

2022年2月23日，最高人民法院决定对《关于审理非法集资刑事案件具体适用法律若干问题的解释》（以下简称《非法集资案件司法解释》）予以修改，修正后的《非法集资案件司法解释》自2022年3月1日起实施。该解释第二条第八项修改为“以网络借贷、投资入股、虚拟币交易等方式非法吸收资金的”，以非法吸收公众存款罪定罪处罚。这一修改再次引起了业界对虚拟币触及非法集资法律风险的密切关注。

实际上，自2017年9月4日央行等七部门发布《关于防范代币发行融资风险的公告》（下称《2017公告》），到2018年4月央行等五部门发布《防范以“虚拟货币”名义进行非法集资的风险》，再到2021年9月24日十部委《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（下称《2021通知》），官方即已三令五申禁止虚拟货币非法集资活动。而上述《非法集资案件司法解释》无疑是进一步明确了虚拟货币类非法集资案件的法律适用标准。

下文将结合新规修改及监管政策的延续，重点围绕虚拟币行业从业人员存在的常见误区来分析虚拟货币业务的非法集资犯罪风险。

误区一：

《非法集资案件司法解释》出台前，虚拟货币不会涉及非法集资类犯罪。

近年来涉虚拟货币的非法集资案件数量呈逐年上涨趋势，并在2019年飞跃式上升。其中，2021年传销（48.52%）、诈骗（27.82%）、网赌（11.96%，常关联洗钱类犯罪）类案件相对较多，而非法集资类案件占比相对较低，仅0.54%。[1]由此可见，《非法集资案件司法解释出台》前，伴随着部分虚拟货币已经在一些国家或地区得到法律或市场认可，许多黑灰产业也将虚拟货币作为交易首选，虚拟货币涉及非法集资类犯罪的案件已有发生。

之所以数量相对较小，一方面是因为非法集资类犯罪的法定构成要件需要满足非法性、公开性、利诱性、社会性的特征，虚拟货币的募集对象与以往P2P、私募类案件的募集对象存在差异，相对圈层化从而较为封闭；另一方面，之前执法监管的主要着力于“以虚拟货币为噱头”，也即挂羊头卖狗肉，缺乏真实交易基础，以直接收割新入场人员资金为目的，甚至能够操纵修改后台数据的虚拟盘；这种相对简单粗暴的犯罪手法，往往也能够被传销、诈骗等犯罪评价所包含。尽管案件数量少，但从业人员不能忽视的是，从监管的延续性来看，

早在《2017公告》中，央行就明令禁止虚拟货币ICO（Initial Coin Offering，即首次公开发行），2018年央行上海总部《常抓不懈，持续防范ICO和虚拟货币交易风险》中也对ICO以及衍生而出的IFO、IEO、IMO等变种虚拟货币融资手法予以警示。

由此可见，虚拟货币类非法集资案件早已有之，《修改司法解释的决定》对相关法律适用的进一步明确化，既是承接文件政策一贯精神，落实于法律之上的增补必然，无疑为新形势下打击预防虚拟货币非法集资犯罪提供了更加明确的法律依据。

误区二：

只要在境外开设虚拟货币交易所或发行虚拟货币项目，即可以不受境内监管，不被追究法律责任。

我国《刑法》第六条规定了刑事犯罪的属地管辖权，即凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。依照属地管辖规定，犯罪的行为或者结果地，包括犯罪行为的实施地、预备地、开始地、途经地、结束地等与犯罪行为有关的地点，犯罪行为有连续、持续或者继续状态的，犯罪行为连续、持续或者继续实施的地方都属于犯罪行为发生地。犯罪结果发生地，包括犯罪对象被侵害地、犯罪所得的实际取得地、藏匿地、转移地、使用地、销售地，其中有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

两高一部《关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》，网络犯罪的犯罪地包括用于实施犯罪行为的网站服务器所在地，网络接入地，网站建立者、管理者所在地，被侵害的计算机信息系统或其管理者所在地，犯罪嫌疑人、被害人使用的计算机信息系统所在地，被害人被侵害时所在地，以及被害人财产遭受损失地等。同时，具有特殊情况，由异地公安机关立案侦查更有利于查清犯罪事实、保证案件公正处理的跨省（自治区、直辖市）重大网络犯罪案件，可以由公安部商最高人民检察院和最高人民法院指定管辖。

《2021通知》中第三条明确规定：境外虚拟货币交易所通过互联网向我国境内居民提供服务同样属于非法金融活动。对于相关境外虚拟货币交易所的境内工作人员，以及明知或应知其从事虚拟货币相关业务，仍为其提供营销宣传、支付结算、技术支持等服务的法人、非法人组织和自然人，依法追究有关责任

。

由此可见，此类案件国内公安机关是否可以“管辖”，与对外宣传的公司所在地是在境内或境外，并无排他的决定性关联，只是很多情形下，公司所在地往往也是犯罪行为的直接发生地，当地公安机关更能掌握主动权。同时，由于网络犯罪的特殊性，犯罪行为地、结果地往往横跨多个区域，也就意味着多地公安都会获得管辖权。目前司法实践中时常出现外地公安机关跨省侦办虚拟货币案件，如韩国DGC共享币【（2020）苏0991刑初175号】传销案件中，组织发起者为韩国人，境内中国区总部在浙江，系由江苏盐城公安承办。

误区三：

新解释中对虚拟货币交易定性非法吸收资金，意味着国家变相认可了虚拟货币交易的合法性。

法理层面，刑事和民事是基于不同的角度所作出的法律评判，物的本身价值与其是否合法并无关联。《民法典》第四百六十二条规定：占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险。该占有保护请求权并不因占有物的取得非法而排除，意在保护占有的稳定性，避免社会秩序的进一步动乱。德国著名法学家耶林在其名著《论占有》中明确指出，自占有保护层面言，强盗与小偷亦受保护。故在小偷所占有的盗窃物被他人再次非法占有时，虽然盗窃来的赃物本身非法，但依然可以作为有价值的财产定性后者入罪。因此，无论是集资法币、虚拟货币也好，甚至是淫秽物品、毒品等明确非法的违禁品，能够认定其价值并不等同于认定其交易本身的合法性。

监管层面，央行2013年《关于防范比特币风险的通知》一直到2021年《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》，官方均不认可其具备货币的法偿性。从历史文件沿革来看，2013《关于防范比特币风险的通知》对于虚拟货币属性的描述为：“从性质上看，比特币应当是一种特定的虚拟商品，不具有与货币等同的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通使用。”

实务层面，杭州互联网法院在2019年发布的《网络社会治理审判观点》认为，“比特币不具有货币属性，但因其凝结了抽象劳动力，具有使用价值和交换价值，应认定其具有虚拟财产和商品属性”。2021年北京市朝阳区法院（2021）京0105刑初1302号认为：“虚拟货币具有财产属性，为财产性利益，属于

盗窃罪所保护的法益。”2022年5月5日上海高院在官方公众号“浦江天平”上的一则案例评析中也肯定了比特币作为虚拟财产的价值所在。

误区四：

我国不认可虚拟货币的法偿性，因此，通过币币交易即可规避非法集资风险。

如上所述，基于国家确保金融安全的考量，我国尚不认可“虚拟货币”的货币本质，即明确其不具有法偿性。由此，部分虚拟货币从业人员认为，未通过法定货币募集资金，而是通过币币交易的形式接收主流币，即可规避非法集资、传销等相关吸收资金类犯罪的行为。

不认可虚拟货币的法偿性，仅仅是国家基于金融安全的考量而认定的，但这并不代表着国家否定了其商品属性和经济价值。刑事案件讲究实质评判，穿透认定，因此，尽管国家否定虚拟货币的法偿性，但在刑事实质认定层面，依然可以通过穿透认定的方法，在犯罪认定层面明确其所涉及的具体金额。尤其是在《修改司法解释的决定》颁布实施以后，从法理上已经没有问题。

此外，在实务层面，已有类似币币类型交易被认定为非法集资犯罪的先例，比如（2020）苏09刑终488号Plustoken案中，依照体系解释原则，在认定传销类犯罪时也可能予以参照，将吸纳的虚拟货币作为资金认定。从刑事控告的角度来看，被害人遇到虚拟货币项目理财或ICO投资致使持有的虚拟币被骗的，公安部门也应当基于此条款认可虚拟币的财产价值属性而非由受害人自证价值，也应当可以援引该条款进行控告。

误区五：

未违反前置行政法规的虚拟货币涉案行为可以直接排除非法集资犯罪中的“非法性”。

我国非法集资犯罪中的“非法性”认定采用二元标准，即“未经有关部门依法许可”（非法吸收，形式认定）或者“借用合法经营的形式吸收资金”（变相吸收实质认定），满足其一即可定性。后者是前者的延伸，弹性和模糊空间很大，此次《修改司法解释的决定》中新增的网络借贷、投资入股、虚拟币交易都可以纳入到该范畴中。

形式层面，虚拟货币业务的非法性也完全可以满足。“未经有关部门许可”中的有关部门，根据国务院发布的《防范和处置非法集资条例》，是指中国人民银行、国务院金融监督管理机构和国务院外汇管理部门。根据两高一部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》，认定非法性应当以国家金融管理法律法规作为依据，国家金融管理法律法规仅作原则性规定的，可以根据法律规定的精神并参考中国人民银行等行政主管部门依照国家金融管理法律法规制定的部门规章或者国家有关金融管理的规定、办法、实施细则等规范性文件的规定予以认定。

实质层面，2014年两高一部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（下称《2014解释》）中规定：“行政部门对于非法集资的性质认定，不是非法集资刑事案件进入刑事诉讼程序的必经程序。行政部门未对非法集资作出性质认定的，不影响非法集资刑事案件的侦查、起诉和审判。”由此可见，非法集资案件中的行政前置程序的必要性进一步松动，目前我国尚未认可虚拟币的法币地位，更未将其列为许可的合法集资方式。在面对如虚拟币等所谓的“新型”、“重大疑难”型案件时，完全可以以此为据，越过形式上的非法性直接定性为非法集资活动。

误区六：

不采用公开宣传的方式，而是在内部成员或私下传播的，或者是单位吸收资金不超过150人，就不属于非法集资行为。

通常而言，带有公开宣传目的且个人投资者人数达到150人的即属于吸收公众资金。《非法集资案件司法解释》第一条也明确，“未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款”，该条规定用于排除向特定对象吸收资金的入罪必要。

然而，在实践中经常出现有经营者通过办理会员的方式先把投资者吸纳为单位内部成员，给一个投资总监、投资经理或者业务员之类的职位头衔，然后再购买产品。且这些投资者所吸纳的，也多半是其亲朋好友，通过相互之间单线联系的方式发展成员。经营者希望以此规避公开宣传，向不特定对象吸收资金的法律红线。

针对上述情形，许多裁判文书中会出现法院认定犯罪分子通过“口口相传”的形式进行传播。“口口相传”即指通过亲朋好友以及相关集资参与人，用明示

、暗示方式示意其将信息传播给社会上不特定的人员，承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报，从而达到集资的目的。

《2014解释》第三条中规定：下列情形不属于《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第二款规定的“针对特定对象吸收资金”的行为，应当认定为向社会公众吸收资金：（一）在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；（二）以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的。

因此，即使在形式上系内部私下“口口相传”的，也可能因为实质被定性为公开宣传。除非吸收资金对象必须自始至终均为特定群体，而不能由公众转化。

另外，针对吸收人数的认定，《非法集资案件司法解释》此次修改之后不再区分自然人和单位处罚标准，统一合并为非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的进入追诉标准。这里的150人，参照刑事问题本身重实质轻形式的穿透认定方式，以企业的形式参与出资的，也需要穿透核查企业内的合格投资者要求并合并计算投资者人数。因此，不论主体形式如何，所有参与个人投资者合计超过150人的就可以满足条件。

实践中，大部分虚拟货币项目，在发行货币阶段都还缺少可以实际落地的具体应用场景，主要依靠概念宣传拉取投资，以保证项目的可持续运营。同时，虚拟货币背后的区块链想要实现去中心化的分布式节点记录功能的话，从机制上就需要参与人数越多越好，以保障安全性，被认定为“向社会公开宣传吸收资金”的风险性极高。

误区七：以纯虚拟币作为投资回报，并不返还法币收益的，可以排除利诱性。

非法集资的利诱性主要体现为承诺保本保息及能够获取给付回报。从司法实践来看，目前涉嫌非吸或者传销的空气币案件中，由于其涉及的虚拟货币往往系涉案人员自行发行或变相发行，并不存在实际价值，所以在募集人员和资金时通常会直白甚至夸大宣传投资能够获得的静态收益（即币价升值收益，若是投资矿机进行挖矿的，还会有挖币产出收益）和动态收益（发展其他成员投资的收益，若存在层级链条关系，还会有级差分成等），以吸引用户入金。

在静态收益方面，由于挖币产出是能够通过客户投资额及货币历史数据推算的，在有资金不断进入的上升期，有些涉案人员可能通过私建资金池的方式，利用兑付错配的时间差进行“借新还旧”式的运营；在动态收益方面，组织者或者经营者在发展人员后要求被发展人员缴纳的“会员费”等人头费用，或者通过认购无实际价值的道具商品变相缴纳费用所获取的抽成，也可以表现为一定额度的算力奖励等。

虚拟货币项目中，虚拟货币奖励或者能够与挖币产出挂钩的算力奖励，就其实质而言，也属于回报承诺，与法币收益性质相同。但从司法实践案例来看，参考有的私募基金涉嫌非吸的已决判例——即便管理人已经通过基金业协会登记，存在底层资产，且私募基金投资合同文本中也包含有投资风险揭示书等提示内容，但是，如果有证据证实该私募基金的某些环节尤其是销售环节突破了“合法性”的框架而被认定具备非吸要求的“非法性”，其相关合同中的保底条款、回购条款，或者承诺高额回报的，即很可能被认定为是利诱性的体现。更何况，有些区块链上的智能合约项目确实存在着未来能够实际落地的应用场景，且该货币的推出只是为了实现场景的特定功能，而虚拟货币本身就非常适合作为流通兑换的通证资产，若发行方在募资阶段承诺回收或者放出市场流通途径的，这种类产品众筹的形式被认定为非法集资不在话下。

综上，通过虚拟货币项目进行集资的，在目前的监管环境下已经能够满足非法性、公开性、社会性要素，而利诱性作为法律红线，则很大程度上会制约虚拟货币项目的发展模式。以此为鉴，虚拟货币行业涉及到类金融化产品的融资过程的，如此前的ICO、IFO、IEO、IMO等融资方式，涉及非法集资的风险相对较高。而目前比较火热的NFT数字通证、GameFi链游等新兴赛道，正常交易NFT艺术品、游戏道具等虚拟资产的，涉非法集资类的风险相对较低（当然可能存在知识产权或者网络赌博相关的法律问题，这个问题将在将来的文章中展开）。然而，若将其作为募资平台吸引资金，并通过设置规则变相进行类资产证券化的拆分，则同样可以适用非法集资的监管逻辑。

误区八：

虚拟币项目本身的技术逻辑自足自洽，即能排除其被认定为非法集资的可能。

从业人员应该牢记：法律或监管的关注点，永远是将安全与秩序放在首位；至于项目自身的科学性、逻辑自洽性，并不能替代其在法律层面的评判。无论从业者本身的初心是探索创新还是其他，无论经营理念、科研技术、生产方式多

么准确、合理、前瞻，均难以避免其被利用作为非法集资工具的可能性，只要这一项目符合非法集资的实质特征，即不能否定其存在破坏国家金融秩序的危害性，从而进入监管者的打击视野。在监管面前，从业人员切忌炫“技”，即尝试用技术逻辑去替代或者解释法律逻辑。

具体到实践中，一些虚拟货币项目，其所设定诸如“虚拟币质押”、“锁仓按期返利”等技术规则，尽管从技术逻辑上看，这些机制客观上可能可以用于提高黑客攻击区块链节点成本以抬高整体安全性，又或是可以防止矿工中途提币跑路，从而损害项目应用场景的稳定性，但在法律逻辑层面，它天生存在容易构建或者蓄积资金池的特质。

在法律评判层面，这类规则极易被视为促使投资者存入虚拟币并强制长期持有的诱导机制，从而具有非法集资某一属性。更何况，虚拟货币的交易价格往往波动巨大，币价上升期市场火热，算力膨胀，单位挖矿产出降低倒逼公司加大投入，币价下降期又要面对投资者的质疑和投诉，一旦出现问题，这些技术原理，也难免被简单等同于“虚假宣传”的大饼。

误区九：

非法集资案件中，被查封扣押冻结的财产包括虚拟货币类财产都是可以返还的。

。

其一，从案涉犯罪主体角度，根据《刑事诉讼法》，明确与案件无关的财物，应当在三天内解除强制措施并予以退还。《公安机关涉案财物管理若干规定》第二条明确，本规定所称涉案财物，是指公安机关在办理刑事案件和行政案件过程中，依法采取查封、扣押、冻结、扣留、调取、先行登记保存、抽样取证、追缴、收缴等措施提取或者固定，以及从其他单位和个人接收的与案件有关的物品、文件和款项，包括：（一）违法犯罪所得及其孳息；（二）用于实施违法犯罪行为的工具；（三）非法持有的淫秽物品、毒品等违禁品；（四）其他可以证明违法犯罪行为发生、违法犯罪行为情节轻重的物品和文件。

因此，判定涉案虚拟货币是否与案件相关，具体应当满足这三个基本条件：（1）查封、扣押（暂扣、封存）、冻结的涉案财物必须是公安机关在案件侦查过程中发现的；（2）这些涉案财物必须与公安机关调查的违法犯罪行为有关联，能够或者有可能证明该行为的真实情况的；（3）具有必要性，主要是指涉案单位和个人为达到伪造、隐匿、毁灭证据的目的，有可能提取、转移、销



毁财物，不采取措施不足以防止这些情形发生的。反之，则不属于涉案财物，应当及时返还权利人。

其二，从被害人或参与人的财产返还角度，就非法集资犯罪而言，《防范和处置非法集资条例》第二十五条规定：“非法集资人、非法集资协助人应当向集资参与人清退集资资金。清退过程应当接受处置非法集资牵头部门监督。”《2014解释》中也规定：“查封、扣押、冻结的涉案财物，一般应在诉讼终结后，返还集资参与人。涉案财物不足全部返还的，按照集资参与人的集资额比例返还。”在《刑法修正案（十一）》中也为非法吸收公众存款罪专门增加了条款：在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚，鼓励和引导涉案嫌疑人积极退赃退赔。因此，属于被害人参与投资的虚拟货币，可以积极争取沟通在诉前得以退赔返还。

需要注意的是，非法集资类刑事案件追缴、返还的损失仅限于本金。根据《2014年解释》的规定，以吸收的资金向集资参与人支付的利息、分红等回报，以及向帮助吸收资金人员支付的代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，应当依法追缴。集资参与人本金尚未归还的，所支付的回报可予折抵本金。在虚拟货币非法集资案件中，被害人通过投资所获得的返点返利，发展下线抽成均不能得到退赔支持，多次复投增加本金的，依照文件精神，也宜将相应收益予以扣除。

误区十：

涉案虚拟货币被冻结后只能被动等待诉讼流程处置，难以在侦查或者审查起诉阶段得到有效保值。

不得不承认，鉴于刑事涉案财产审前处置的不平衡性、涉案财产性质及权属的复杂性及刑事诉讼的程序性等要求，处置工作需要由公检法机关按照程序进行，往往需要较长时间，导致集资参与人多处于被动等待的状态；在财产处置程序启动后，也因对参与人可能财产情况、处置规则及程序等规范性做法不清楚、不了解，无法及时参与到刑事处置程序当中，当兑付不能后易发生失衡，引发社会问题。

就虚拟货币而言，通常具有价格波动大、易贬损，能否及时得到处置对于保全集资参与人的财产至关重要，若能畅通侦查、审查起诉阶段的有效处置，无疑会强化对集资参与人权益的有效保障。笔者认为，尽管我国目前并无法律规范

对相关虚拟币处置的专业机构的资质或者要求作出特别规定，对具体变现过程也没有具体实施细则，在实务层面尚存争议。但当事人依然可以结合一些现有的法律规定，在侦查、审查起诉阶段尝试申请对案涉虚拟币资产进行保值处理：

1、《公安机关涉案财物若干管理规定》第六条：根据案件具体情况，在保证侦查活动正常进行的同时，可以允许有关当事人继续合理使用有关涉案财物，并采取必要的保值保管措施，以减少侦查办案对正常办公和合法生产经营的影响。鉴于此，在面临虚拟货币项目有正常的生产经营活动，采取查封、扣押措施后，公司停止运营如断电断网等易致使虚拟货币减损的情形下，当事人可以主张对案涉虚拟币资产采取必要的保值保管措施，如处置部分虚拟币以确保电力供应等等。

2、《公安机关涉案财物若干管理规定》第二十一条 对于因自身材质原因易损毁、灭失、腐烂、变质而不宜长期保存的食品、药品及其原材料等物品，长期使用容易导致机械性能下降、价值贬损的车辆、船舶等物品，市场价格波动大的债券、股票、基金份额等财产和有效期即将届满的汇票、本票、支票等，权利人明确的，经其本人书面同意或者申请，并经县级以上公安机关主要负责人批准，可以依法变卖、拍卖，所得款项存入本单位唯一合规账户；其中，对于冻结的债券、股票、基金份额等财产，有对应的银行账户的，应当将变现后的款项继续冻结在对应账户中。鉴于此，在案涉虚拟币存在存在价格波动尤其是贬值风险的情形下，当事人可申请予以处置。需要特别说明的是，我国境内并不存在合法意义上的虚拟货币兑换交易场所，而清退过程中涉及到的虚拟货币金额往往特别巨大，办案机关通常会要求或者向当事人指定第三方委托出售，并将变卖价款统一转到要求的指定账户，而对这种处置方式，由于尚无具体法规明确流程和权利义务，可能会产生一些争议，尚需进一步规范。

（来源：长沙打非专线）