

自从比特币横空出世以来，全世界百币丛生，币圈流传着种种创富的神话，中国也一直是币圈的主战场，中国人是主力军，币圈韭菜也是一茬一茬，前赴后继。但自从2021年9月份人民银行等十部委联合发布《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》以来，经营虚拟货币相关业务均被列为非法（个人持有虚拟货币不算非法，但风险自担），我国对虚拟货币经营者的打击也进入了空前严厉的阶段，不断有虚拟货币相关业务的经营者的经营者被刑事立案。

所谓虚拟货币相关业务经营就境内而言，主要包括以下范围：

- a.开展法定货币与虚拟货币兑换业务,即法币交易，OTC；
- b.虚拟货币之间的兑换业务，即币币交易，
- c.作为中央对手方买卖虚拟货币，即做市商、承兑商
- d.为虚拟货币交易提供信息中介和定价服务，即引流、投资咨询业务、NFT、数字货币钱包业务
- e.代币发行融资，即ICO（首次代币发行）、IMO（首次矿机发行）、IF0(首次分叉发行)、IEO（首次交易发行）
- f.虚拟货币衍生品交易，即现货交易、杠杆交易、合约交易等。

从当前的司法实践和判例来看，虚拟货币的经营者被刑事立案后，追究的罪名主要包括非法经营罪，组织领导传销罪，诈骗罪或集资诈骗罪，非法吸收公众存款罪等等，如果被定为前两个罪名，涉案赃款就可以全部罚没，而不涉及到退赃的问题，这可能也是前两个罪名出现比较多的原因。

那么，陈律师今天先给大家分析一下，虚拟货币相关经营业务是否能构成非法经营罪，以及相关的辩护观点。

非法经营罪，是指未经许可经营专营、专卖物品或其他限制买卖的物品，买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，以及从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为

非法经营罪的刑事处罚相对来说还是比较轻的，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

传统上非法经营罪认定的范围包括：

（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的（未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品。为了保证市场正常秩序，在我国对一些有关国计民生、人们生命健康安全以及公共利益的物资实行限制经营买卖。只有经过批准，获取经营许可证后才能对之从事诸如收购、储存、运输、加工、批发、销售等经营活动。没有经过批准而擅自予以经营的，就属非法经营。所谓限制买卖物品，是指依规定不允许在市场上自由买卖的物品，如国家不允许自由买卖的重要生产资料和紧俏消费品、国家指定专门单位经营的物品，如烟草专卖品(卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械)、外汇、金银及其制品、金银工艺品、珠宝及贵重药材，等等。哪些物品限制买卖，由国家法律、行政法规规定。所有这些都是国家为调控特定物品的经营市场而作的特殊规定，非经许可即经营限制买卖的物品，给国家限制买卖物品市场造成了很大的混乱。应当指出，限制经营物品虽然多种多样，但其必须为国家有关法律、法规所规定，只有有关法律、法规规定限制经营的，才属限制经营物品，否则，就不能对之加以认定。此外，是否为限制物品，并非一成不变，国家根据实际需要，可以加以变化调整）；

（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的（买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、法规规定的经营许可证或者批准文件。经营许可证或者有关批准文件，是持有人进行该项经济活动合法性的有效凭证。无之则就属于非法经营。一些不法分子、本来没有经营国家限制买卖物品的资格，无法获取有关经营许可证件或者批准文件，便从他人处购买甚或伪造经营许可证或批准文件，企图逃避检查、制裁。由此，买卖许可证件及批准文件的不法行为也应运而生。此种行为，直接促使了情节严重的非法经营国家限制买卖物品的活动泛滥，具有相当大的危害性，因此，亦应以刑罚予以惩治。进出口许可证，由国务院对外经济贸易管理部门及其授权机构签发，不仅是对外贸易经营着合法进行对外贸易活动的合法证明，也是国家对进出口货物、技术进行管理的一种重要凭证，如海关对进出口货物、技术查验放行时必须以此为依据。进出口原产地证明，是指用来证明进出口货物、技术原产地属于某国或某地区的有效凭证。其为进口国和地区视原产地不同征收差别关税和实施其他进口区别待遇的一种证明。所谓其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，一般是指对限制买卖物品的经营许可证件或批准文件。如烟草专卖许可证就是烟草专卖局颁发给企业单位和个人准许其经营烟草专卖品的证书，它包括烟草专卖生产许可证、烟草专卖经营许可证。所谓准运证，是由省级烟草公司根据烟草总公司的调拨

计划、文件或合同而签发的办理烟草托运手续的证书。前者是领证单位或个人从事烟草专卖业务的资料证明文件，是区分烟草行业合法经营和非法经营的重要凭证。后者是领取单位或个人从事烟草运输合法与否的重要凭证，国家主管部门经审查批准后将上述证件发给单位和个人，以加强对烟草专卖品的生产、经营和运输的监督和统一管理）；

（三）未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的（未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务）；

（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为(如非法从事传销活动、彩票交易；倒卖国家禁止或限制进口的废弃物；垄断货源、哄抬物价、囤积居奇；倒卖外汇、执照以及有伤风化的物品；等等。本罪属情节犯，非法经营行为必须“情节严重”才能构成犯罪，如果只有非法经营行为，情节并不严重则不构成犯罪。“情节特别严重”是加重情节。一般来说，应当以违法所得数额较大或者巨大，作为“情节严重”的基本情节；以违法所得数额特别巨大作为“情节特别严重”的基本情节，同时还要结合其他情节来考虑。所谓其他情节，主要是指：多次实施非法经营行为、经行政处罚仍不悔改的；利用职权从事非法经营活动，影响很坏的；垄断货源、哄抬物价，严重扰乱市场，对国民经济和社会安定造成严重影响的；进行非法经营活动造成严重后果的等。)

非法经营罪犯罪构成的要点还包括：

（1）本罪的刑事违法性与其行政违法性是一致的。也就是说，非法经营者必然违反有关的工商法规、没有行政违法性就不存在刑事违法性，在我国目前行政经济法规不很健全的情况下，考察某一经营行为是否违反国家规定，一定要把国家政策的精神吃透，对既不宜提倡、也不宜急于取缔的，要因势利导，使其向有利于社会的方向发展，不要轻易作犯罪处理。

（2）本罪在主观上要求行为人必须是出于故意，对于因不知其为非法而进行非法经营的，不认为构成本罪，而只能给予行为人以行政处罚。

（3）本罪在犯罪情节上要求情节严重的才构成犯罪，而认定情节是否严重，应以非法经营额和所得额为起点，并且要结合行为人是否实施了非法经营行为，是否给国家造成重大损失或者引起其他严重后果，是否经行政处罚后仍不悔改等来判断。

虚拟货币经营是否构成非法经营罪的有关观点：

1、经营虚拟币交易平台是否涉嫌非法经营罪

2017年9月4日，中国人民银行等七部委联合发布了《关于防范代币发行融资风险的公告》，该公告除了要求任何组织和个人不得非法从事代币发行融资活动，还要求本公告发布之日起，任何所谓的代币融资交易平台不得从事法定货币与代币、“虚拟货币”相互之间的兑换业务，不得买卖或作为中央对手方买卖代币或“虚拟货币”，不得为代币或“虚拟货币”提供定价、信息中介等服务。换言之，境内虚拟货币交易平台均属违规。

非法经营罪，是行政犯。行政犯，以违反行政法的前置性规定为前提，这决定了在司法认定上，行政犯构成要件符合性的判断要依赖行政法的规定，没有行政法依据的，不得认定为犯罪。

具体到非法经营罪而言，以

“违反国家规定”为前提。

《刑法》第九十六条规定，本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

现阶段，我国关于虚拟货币的法律规定基本处于空白状态（《民法典》第127条规定，“法律对于数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”。但是目前全国人大及常委会均没有制定关于网络虚拟财产的规定，国务院也没有相关的行政法规。监管政策散见于中国人民银行等部委发布的通知、公告和风险提示中）。《关于防范代币发行融资风险的公告》是中国人民银行等七部委联合发布的，不属于刑法中“国家规定”的范畴。因此，经营虚拟货币交易平台本身并不构成刑法第二百二十五条中的“违反国家规定”。

虚拟货币交易平台通常是以网站及移动APP形式存在的，就目前的法律规定和司法实践看，其中仍然可能存在构成非法经营罪的风险。

《互联网信息服务管理办法》第七条规定，从事经营性互联网信息服务，应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证（以下简称经营许可证）。

《互联网信息服务管理办法》第三条第二款规定，经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户有偿提供信息或者网页制作等服务活动。

根据上述规定，设立经营性互联网信息服务网站（通过互联网，利用网上广告、代制作网页、出租服务器内存空间、主机托管、有偿提供特定信息内容、电子商务及

其它网上应用服务等方式获得收入的网站），应该申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证。经营虚拟货币交易网站，属于经营互联网信息服务，未获得许可设立经营性网站的，司法实践中存在以非法经营罪定罪处罚的判例（在司法实践中已经有未获得许可设立经营性网站被以非法经营罪追究刑事责任的情况下，应该清晰地认识到，未取得经营许可证，擅自设立经营性网站的，有可能被以非法经营罪定罪处罚。不过，我们仍然对此持保留态度，理由如下：非法经营罪是一个受到严格限制的刑法罪名，不能无限地扩大对其适用范围的理解。未取得经营许可证，擅自从事经营性互联网信息服务，《互联网信息服务管理办法》没有明确规定可追究刑事责任（第十九条第一款（违反本办法的规定，未取得经营许可证，擅自从事经营性互联网信息服务，或者超出许可的项目提供服务的），只规定了行政法律责任，没有“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的规定），其他法律或司法解释也没有明确规定可追究刑事责任，以非法经营罪定罪处罚有违罪刑法定的嫌疑）。

在江苏省扬州市邗江区人民法院（2015）扬邗刑初字第0037号刑事判决书中，法院认为，

“经营性互联网信息服务”是指通过互联网向上网用户提供信息或者网页制作等服务活动，包括利用互联网站向用户有偿提供特定信息内容、网上广告、制作网页以及其他网上应用服务等以营利为目的的商业活动，设立经营性互联网信息服务网站实行经营许可制度，而被告人王某未获得许可设立经营性网站，其行为符合非法经营罪的构成要件。

2021年5月21日，国务院金融稳定发展委员会第五十一次会议要求，强化平台企业金融活动监管，打击比特币挖矿和交易行为，坚决防范个体风险向社会领域传递。在此政策背景下，接下来进一步清理虚拟货币市场势在必行，虚拟币交易平台被明确纳入刑法打击范围的可能性增加。

2、虚拟币交易，哪种模式涉非法经营罪？

从现有法律法规+司法实践角度，对比特币的“特定的虚拟商品”法律定性并没有改变，民法典也是允许中国人持有比特币的。这是虚拟币在中国还能够有生存空间的前提条件。

目前，**有两种涉虚拟币的业务模式是合法的。**

一是虚拟币钱包业务

，即维护虚拟币的安全

，提供阻击黑客攻击的解决方案等；二是OTC，以币交换币

。由于这两种模式是合法的，因此，这两种模式提供信息中介服务或其他技术服务

在法律上是容忍的。

但是，对于钱包提供增值服务，也就是“定期利息”等，是不被我国法律允许的。理由是9.4公告将虚拟币的金融属性否定了，因此凡涉及虚拟币的金融服务，一般而言都涉嫌违法，只是程度不同。

因此，凡是用稳定币进行对敲的业务（违反《外汇管理条例》），都有可能被认定为违反中国刑法第225条非法经营罪的行为。

3、虚拟货币非法金融活动≠非法经营罪

自十部门发布《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（以下简称《通知》），代表国家对打击虚拟货币相关活动的强硬态度。

如果相关主体一旦从事上述虚拟货币业务活动，按照通知就会涉嫌非法发售代币票券、擅自公开发行证券、非法经营期货业务、非法集资等非法金融活动，构成犯罪的，依法追究刑事责任。但是，上述活动有多少和金融活动有关，就《通知》所述的虚拟货币金融活动范围而言，实际上是将具有较强金融属性的虚拟货币衍生业务活动与不具有金融属性但又与虚拟货币相关的业务活动统一作为非法金融活动处理。

也就是说，《通知》将本不属于金融活动范围的业务拟制为了金融活动。

比如为虚拟货币交易提供信息中介和定价服务，提供营销宣传、支付结算、技术支持等服务。

这些服务活动本身与金融活动没有任何关系，只是因为所提供的对象涉及虚拟货币交易，因此也被拟定为是非法金融活动。

在拟制为非法金融活动的前提下，从事虚拟货币相关业务活动，在作为犯罪打击时就应相当谨慎。并不是从事上述任何活动，《通知》都会成为刑事犯罪“非法性”的依据。

《通知》本身就对从事虚拟货币相关业务活动，规定了不构成犯罪的情形

，比如，非法发售代币票券，就不会构成犯罪，如果相关主体发行虚拟货币以取代人民币在市场上流通，则仅仅侵犯货币发行管理制度，而不涉及犯罪。常见的有将虚拟货币作为内部商品流通的凭证（不包括发行虚拟货币用于集资）。且实务中，作为犯罪处理的虚拟货币金融活动，常见的是以发行虚拟货币集资的情形，如发行虚拟货币就涉及到非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、诈骗罪、以及组织、领导传销活动罪。而虚拟货币交易、兑换环节被作为犯罪处理，并不是因为其具有非法金融活动的性质，而是被利用作为了洗钱、赌博等犯罪活动的工具。

（2）既然《通知》的内容没有将从事虚拟货币相关业务活动，都作为刑事犯罪处理。那么《通知》能否成为非法经营罪“非法性”的前提？

很多人认为，《通知》明确了虚拟货币业务活动属于非法金融活动，那么非法经营罪将成为以后定罪的常用罪名。

但并不认为《通知》可以成为非

法经营罪“非法性”的依据，以及适用非法经营罪定罪。除了《通知》属于部门规章，不符合“国家规定”的效力级别之外，更应着重考虑非法经营罪打击金融活动的范围。

非法经营罪中与金融活动有关的是，“未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务的，或者非法从事资金结算业务”；“从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节

严重的行为”。以此相对应的就是《

通知》明确从事虚拟货币相关业务活动会涉嫌擅自公开发行证券、非法经营期货业务。如此看来，《通知》为非法经营罪确实提供了“非法性”依据。但是能够符合非法经营期货、证券业务特征的虚拟货币业务活动，在目前看来，也就是虚拟货币衍生品交易中的现货交易、杠杆交易、合约交易。从衍生品交易的特征判断是否符合期货、证券可以成为非法经营罪的依据，但存在的问题是，虚拟货币在我国并未纳入证券、期货管理的范围。

从全球范围来看，虚拟货币的金融衍生品属性愈发明显，越来越多的国家将虚拟货币纳入证券、期货、大宗商品的范围，再以此由专门机构进行管理。

（3）我国根本不存在规制虚拟货币的行政管理部门，如何去认定刑事犯罪的“非法性”？

《通知》的非法金融活动，仅是方便行政管理的需要，将其拟制为“非法金融活动”，但刑事“非法性”却不能以此为依据。在最接近证券、期货特征的虚拟货币衍生

品交易，都欠缺成为非法经营罪“非法性”依据的前提下，不具有金融活动特征的供信息中介和定价服务，营销宣传、支付结算、技术支持等服务更不可能构成非法经营罪。

《通知》无法成为非法经营证券、期货的依据，那么其能否成为“从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为”的依据，答案也是否定的。

有观点认为，开设不具有合约交易、杠杆交易的虚拟货币交易所，可能会违反《国务院关于清理整顿各类地方交易场所切实防范金融风险的决定》，属于未经批准设立金融产品交易所，如果达到扰乱市场秩序的程度，就可以认定为非法经营罪。这里的前提是交易所开在国内，如果是开设在境外，然后面向国内提供虚拟货币交易服务，开设主体并不会构成非法经营罪，即使为其提供信息中介和定价服务，营销宣传、支付结算、技术支持等服务，也不会构成非法经营罪。因为信息中介和定价服务，营销宣传、技术支持等服务本身并不属于需经批准或许可的业务活动，而且在开设主体不构成非法经营罪的前提下，提供帮助的主体也不会构成非法经营罪的共犯。

(5) 如果交易所开在国内，提供除合约交易、杠杆交易之外的服务，会不会构成非法经营罪？

若交易所不提供合约交易、杠杆交易，那么就无法认定具有类证券、期货交易的特征，很难认定属于非法经营证券、期货业务。而《国务院关于清理整顿各类地方交易场所切实防范金融风险的决定》，是重点打击一些未经国务院相关金融管理部门批准设立，从事产权交易、文化艺术品交易和大宗商品中远期交易等各种类型的交易场所，也就是以现货交易为各行变相期货交易交易所。

如果虚拟货币交易所不提供类证券、类期货的合约交易、杠杆交易，则不属国务院相关金融管理部门批准设立的范围，也就不在非法经营罪打击的行列。即使认为虚拟货币交易所提供OTC、现货交易服务，具备严重扰乱市场秩序的程度，有打击的必要，按照《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》，也应逐级向最高人民法院请示。

十部门发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》虽然代表着国家对虚拟货币交易及其相关活动的严厉打击态度，也明确了虚拟货币业务活动属于非法金融活动，

但是并不意味着《通知》就能成为刑事犯罪“非法性”的依据，也不代表相关主体一旦从事上述虚拟货币业务活动，就会构成非法经营罪。

《通知》更多是从行政管理的角度，将具有较强金融属性的虚拟货币衍生业务活动与不具有金融属性但又与虚拟货币相关的业务活动统一拟制为非法金融活动。因此，在拟制为非法金融活动的前提下，从事虚拟货币相关业务活动，以非法经营罪定罪就应相当谨慎，而实务中也是极少对虚拟货币相关业务活动以非法经营罪定罪。

由此说明，从事虚拟货币相关业务活动，并不能动辄就是非法经营罪。

作者简介：北京陈律师，法学硕士，高级合伙人律师，历任特种部队指挥员，检察官，侦察员，纪检干部，企业高管，阅历丰富，学养深厚，擅长疑难重大案件，多种法律关系交叉繁杂案件处理，重信守诺，值得托付。