

## 专题研讨三：

### 涉案虚拟货币（财产）的

### 处置问题

### 背景材料

#### 【案例16】

2016年11至12月间，被告人黎某利用黑客手段入侵“快捷币”网站，盗取该网站内比特币1478.22个，黎某变卖一部分比特币后用于购买车辆。对剩余的比特币350.11个、莱特币19791.7个等物品，公安机关提现人民币17346718.76元后予以扣押。一审法院判决被告人购买的车辆和公安机关提现的人民币均予以没收，上缴国库，二审维持原判。

#### 【案例17】

被告人刘某于2018年11月，利用“钓鱼”网站骗取某公司在“币安网”的账户、密码等数据，将该公司在“币安网”的50.999个比特币、299.98个以太币转移至其账户内并予以出售、转移。一审法院判决继续向被告人刘某追缴违法所得的比特币和以太币，发还被害单位。二审改判为：继续追缴刘某违法所得，发还被害单位。即一审明确追缴虚拟货币返还被害单位，二审未明确追缴虚拟货币还是追缴等价的人民币返还被害单位。

### 争议焦点

对于涉案虚拟货币，应判决返还原所有人还是予以没收？应判决向被害人、国库返还或者上缴虚拟货币，还是判决返还、上缴等价的人民币？

### 情况介绍



狄克春

(江苏省苏州市公安局经侦支队支队长)

各位专家下午好，作为一线刑事警察，我汇报的内容是虚拟货币刑事处置的操作实践和思考体会：

首先是分类和属性。

我认为虚拟货币在不同的应用场景可以呈现不同属性：基础属性是数据信息，一旦形成交换价值的共识，就会呈现财产或财物属性，部分场合还会呈现金融乃至货币属性。刑事执法需要区分处理，没有交换价值的空气币可以作为数据，没有处置必要；存在交换价值的主流虚拟货币，既有证据固定需求，也有处置必要。

其次是保全和处置。

刑事诉讼法规定的查封、扣押、冻结（以下简称“查扣冻”）措施，主要针对有体物或者中心化管理、实名登记的无体物，虚拟货币不具备这些特征，现有措施并不能精准匹配其证据固定要求，需要我们从实质解释角度，对当事人控制的虚拟货币采取划拨式扣押，即重新设定私钥后转到执法机关的钱包或者地址，目前没有更好办法。对中心化交易所或者公链运行商掌控的虚拟货币，理论上可以使用冻结，但三大“中概”交易所在2017年已经应监管要求转移至境外，让本来普通的冻结，在规范上需要履行国际司法协助手续。《2021年通知》发布后，境内原有的交易所对接服务团队也均已撤离，现在点对点操作存在较大障碍。

需要说明的是，目前刑诉法只规定了证据保全措施，没有财物保全措施，对只有财产属性、没有证据属性的财物，似乎不能“查扣冻”。另一方面，虚拟货币完全匿名，就“对人之诉”而言，其对证明犯罪事实本身并没有证据属性，不能使用证据保全措施，对此也要作扩张解释。就“对物之诉”而言，其有证明作用，可以使用“查扣冻”。

至于会议材料，我认为刑事处置更为容易，要抓住两个要点。一是吃透政策，最近十年我国监管政策不断收紧，可以概括为风险自担、允许持有、限制交易、禁止经营。主流虚拟货币在政策上属于虚拟商品，在法律上具有财物属性，据此要消除“违禁品”和“交易均非法”两个误解，对不符合《刑法》第64条规定的，显然不能没收。二是分类处置，只要定位于特殊商品，刑事处置就不存在较大争议，判决上宜原则概括，操作上要区分处理。其中追缴的发还要尽量保持原状处置，退赔和执行上可以灵活处理；只有罚没才需要变现。

最后是罚没和变现

。鉴于境外存在合法的交易经营政策和环境，我主要汇报三个看法：

一是变现合理性。

有观点认为，我国不应对罚没虚拟货币进行处置变现，否则会引起“只许州官放火”的质疑。我认为，改至境外变现有合理依据：其一，符合《刑法》64条规定情形的，依法应当予以罚没；其二，罚没以后需要上缴国库，而按照有关规定，必须予以变现成法币才能入库；其三，境外存在合法的交易环境，而罚没变现既是我国应有的财政收入，也可以减少境内存量。

二是变现合规性。

关键是如何找到处置变现的合规模式，对专业性、政策性和敏感性要求很高，核心要件可以总结为“三个领域”“一个环节”。第一是执法办案领域，涉及行政执法、刑事办案和监察处理三种罚没，对此存在部分规范，例如先行处置

，需要权利人自行申请和执法机关审查批准，但这些要求一般都有条件落地。第二是财政监管领域，原则上要公开公平和价值最大化处置，根据《罚没财物管理办法》规定，公开拍卖是基本处置方式。但当前国内已经没有合法的公共交易渠道，需要处置单位提出具体方案，报上级财政部门审核备案。第三是虚拟货币监管领域，核心是必须到境外交易变现。在此前提下，境内收购商或者代理人的先行行为，应符合我国监管政策。就境外监管而言，首先要选择允许虚拟货币经营的国家、地区；然后在持牌交易所注册用户身份，因为交易所可以间接实现公开拍卖的效果；还要获取境外商业银行专用账户，同时还要注意罚没财物的信息披露，避免事后引发争端。第四是外汇管理环节，境外交易的变现款返回境内依法必须结汇，但虚拟货币去中心化的匿名性特征，导致外汇管理部门难以审核结汇项目的真实性，因而当前收购中间商难以正常结汇。有没有结汇手续，是现阶段判断处置合规性的最直接方法，还可以借此分析境内收购商是否存在违法犯罪嫌疑。

三是变现科学性。

境外交易大体有三种模式可以选择，第一种是执法机关直接至境外交易，但因执法机关注册不了境外交易所用户，无法获取商业银行专用账户，不具有可行性；第二种是专业中间商至境外交易，由于无法保障处置价值最大化，且难以通过结汇审核，也不足取；第三种是委托代理人境外交易变现，借鉴于改革开放初期曾经大显身手的外贸出口代理制，可以较好地满足上述合规要求，处置单位只要负责选好专业的人、支付佣金，是目前相对科学的模式。

我发言结束，请各位老师指正！



周振杰

(北京师范大学刑事法律科学研究院副院长暨安徽师范大学法学院院长(挂职)、中国刑法学研究会理事、中国法学会案例法学研究会常务理事)

各位同仁下午好，非常荣幸可以在实务刑法论坛分享我针对情况介绍中两个争议焦点的思考。

第一

，回答两个争议焦点问题，要先明确虚拟货币的属性，对此存在货币说、数字货币说、数字资产说、有偿证券说、虚拟财产说等不同观点。从规范角度看，虚拟货币在我国只能是以计算机系统数据形式存在的虚拟财产或数字资产，与法定货币的法律地位不同，不应该也不能“作为货币在市场上流通使用”。

但是，我认为虚拟货币是一种财产。首先《民法典》第127条明确了网络虚拟财产是法律保护的主体。该条虽然内容模糊，并没有禁止网络虚拟财产存在。

《2013年通知》中亦明确比特币是虚拟商品，之后的文件虽然禁止性立场越来越明显，但没有完全否定比特币的虚拟商品属性。即便《2021年通知》中也只规定违背公序良俗的相关民事法律行为无效。不违背公序良俗的、个人合法持有的虚拟货币，可以作为财产存在。

司法实践中承认虚拟货币是一种物。如在上海市发布的典型案例[上海市第一中级人民法院民事判决书（2019）沪01民终13689号]中，法院认为比特币具有价值性、稀缺性和可支配性等特点，具备权利客体特征，符合虚拟财产的构成要件，应当受到法律保护。其他省市法院也有类似判决，支持当事人原物返还的诉讼请求。因此，除理论上的讨论外，从法律原则性规定、相关政策性文件与司法实践案例看，虚拟货币也是一种财产。

## 第二

，针对前一个争议焦点，根据《刑法》第64条规定，用于非犯罪目的的涉案虚拟货币应当返还原所有人。用于犯罪目的的则应该予以没收。

## 第三

，返还、上缴形式可以分为两种情况。在返还被害人的场合，应当综合被害人诉求和执行的可能性。在上缴国库的场合，原则上应判决上缴等价的人民币，针对犯罪人不存在任何财产等例外情形，也可以判上缴虚拟货币，但是要通过特定程序将之变为法定货币。

## 第四

，虚拟货币的价值的认定，当实践中存在六种方案。第一，根据交易的价格来计算，主要存在于禁止虚拟货币境内交易以前的裁判中。第二，根据价格鉴定来计算，但相关政策文件也已明确禁止估价行为。第三，根据销赃所得计算。第四，根据被害人支出成本来计算。第五，根据双方协议的价格计算。第六，将虚拟货币以违禁品处理，不计算价值，根据情节轻重处理。可以明确的是，虽然不同案件的事实情况不一，认定还要具体问题具体分析，但至少第六种方法并不足取。

需要首先明确价格计算主体。我建议由被害人提供证据或侦查机关根据搜集的证据证明涉案虚拟货币的价值。其次，计算时点要根据不同的犯罪法益类型确定。如在盗窃罪侵犯的是被害人财产权，可以以失窃时的标准计算，由被害人提供证据证明价值。而受贿罪侵犯的法益主要是国家机关工作人员的廉洁性，行贿和受贿之间是一种违法交易关系，可以以受贿人实际控制货币的时间来计算，由侦查机关证明。

最后

，虽然现在有文件禁止虚拟货币的国内交易，但国外交易平台的价格可以作为参考。在规范层面，《公告》明确规定“不得为代币或‘虚拟货币’提供定价、信息中介等服务”，但并没有禁止将之作为参考因素。另一方面，在属人管辖和保护管辖层面，中国公民在赋予虚拟货币合法地位的国家中也可能持有虚拟货币。对于发生在境外的此类案件，以国外（尤其是案发地）交易平台的价格为参考，是最便捷、经济的方法。以上观点不适当的地方，请大家批评指正。



周加海

( 最高人民法院研究室副主任、中国刑法学研究会秘书长、中国法学会案例法学研究会副会长 )

本次论坛是坦诚、深入的学术交流。与会各位专家都充分阐明了自己的立场，同时能认真倾听不同意见。研讨的视角涉及理论实践、法律政策、刑民交叉等众多维度，可以很好地推动理论与实践的深化发展。

受各位专家发言的启发，也想围绕研讨的三个问题谈谈个人粗浅的、不成熟的思考。

## 一、涉网络游戏装备、游戏币等虚拟财产刑事案件的司法实务问题

对涉网络游戏装备、游戏币等虚拟财产刑事案件，基本观点是，如果行为人是通过非法侵入他人计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取他人网络游戏装备、游戏币的，宜以非法获取计算机信息系统数据罪论处；如果不是以技术手段，而是通过欺骗、暴力、胁迫等手段获得他人网络游戏装备、游戏币的，则应视情以诈骗罪、抢劫罪等罪论处。

一方面，网络游戏装备、游戏币等虚拟财产的财产属性难以根本否认。对否认网络游戏装备、游戏币财产属性的观点，一些学者从多角度展开了批判，很是有理有力，由于时间关系，不一一援引，只提两点：（1）如果根本否认网络游戏装备、游戏币的财产属性，那么，对使用非技术手段非法占有他人网络游戏装备、游戏币的案件，就难以作出妥当的处理——对抢劫他人网络游戏装备、游戏币的，除非造成或者可能造成致人伤亡的后果，都不构成犯罪；以交易为名骗取他人网络游戏装备、游戏币的，无论数量多大、违法所得多少，也都不能以犯罪论处。这恐怕让人难以接受。（2）人们之所以较为普遍地将网络游戏装备、游戏币称为“虚拟财产”，是不是意味着其财产属性已在一定程度上成为社会共识？特别是，现今虚拟财产已经从起初的理论概括上升为一个法律概念，民法典已经明确将“网络虚拟财产”作为一种民事权利加以保护。

另一方面，网络游戏装备、游戏币等虚拟财产虽具有财产属性，但并非必须作为财产犯罪的对象加以保护。在刑法中，具有财产属性但未作为财产犯罪对象加以保护的例证可谓比比皆是，最可类比的是商业秘密。网络游戏装备、游戏币等虚拟财产，虽具有财产属性，但显然也是计算机信息系统数据，在刑法规定非法获取计算机信息系统数据罪之后，对非法获取网络游戏装备、游戏币等虚拟财产的行为，原则上宜以该罪论处；不符合该罪构成而符合诈骗罪、抢劫罪等财产犯罪构成的，才以有关的财产犯罪论处。这是因为：（1）与传统财产不同，网络游戏装备、游戏币等虚拟财产在价值方面缺乏一个普遍认可、相对客观的衡量标准。在网游开发商、玩家眼里，那是财富、宝贝，而在不玩网游的人，尤其是家长们看来，那玩意一文不值，甚至是有毒的“精神鸦片”。（2）将网络游戏装备、游戏币等虚拟财产作为财产犯罪的对象加以保护，常常导致量刑畸重。如果从网络服务商处盗窃游戏币，与传统的盗窃行为有所不

同的是，并不会带来“我有你无”“我多你少”问题；对网络服务商而言，游戏币被盗后可以即刻再生，不会造成被偷一个少一个的损失，其损失的其实是被盗游戏币如果能顺利出售所可能获得的收益。正是因此，即便是主张对盗窃游戏币类案件以盗窃罪论处的学者，也都认为，此种情形要作特殊考虑，否则会带来严重的罪刑失衡问题。（3）网络虚拟财产虽已成为民法典的保护对象，但长期以来、直至今日，对网络虚拟财产的范围种类和性质定位，在民法学界仍存在重大争议。在是否将网络游戏装备、游戏币等虚拟财产作为财产加以保护的问题上，刑事司法是否不宜走的太快？

我们无法得知，2009年立法机关在增加规定非法获取计算机信息系统数据罪时是否有上述考虑，是否有将网络游戏装备、游戏币等虚拟财产作为计算机信息系统数据予以特别保护的意旨，但可以肯定的是，对此类案件以非法获取计算机信息系统数据罪论处，完全客观解释论的立场，同时，也有助于避免上面提到的价值难以衡量、量刑畸重、权利性质尚不明确等问题。

我国台湾地区1997年修改刑法时，在第323条将“电磁记录”增设为动产的范围，对窃取电磁记录的行为适用盗窃罪，但是2003年修正刑法时，将“电磁记录”又从动产的范围内删除，实际上是否定了1997年的刑法修正，对窃取电磁记录的行为规定适用专门的获取计算机信息系统数据等计算机犯罪来处理。其背后的理论和实践根基，或许也是因为将虚拟财产等同于传统意义上的财物加以保护存在问题。

有观点提出，对非法获取网络游戏装备、游戏币等虚拟财产的案件应按盗窃罪等财产犯罪论处，同时，可以按虚拟财产的法益主体不同区分认定虚拟财产的价值和行为人的犯罪数额，这样，既能解决按盗窃等罪论处可能造成的处罚过重问题，又能避免按计算机犯罪论处所带来的处罚漏洞问题。但是：（1）按法益主体不同认定法益价值，理论上是否合理、实践中是否可行，不无疑问。按此观点，同一品种的狗，有被当作亲如家人的宠物饲养，有被当作肉狗饲养的，是否也要区别认定价值？（2）从实践看，非法获取网络游戏装备、游戏币等虚拟财产的案件绝大部分是采取技术手段窃取，对有关行为以非法获取计算机信息系统数据罪论处完全符合法律规定，且可避免诸多问题和争议，保障案件处理取得更好效果。（3）欺骗、抢劫网络游戏装备、游戏币等虚拟财产的，实践中发案很少，由于此类行为无法为非法获取计算机信息系统数据罪所涵括，对其例外地按诈骗罪、抢劫罪等财产犯罪论处，在法理并也并无问题。犹如对以暴力手段抢劫商业秘密的，不应再按侵犯商业秘密罪而应按抢劫罪论处一样。

对以技术手段窃取网络游戏装备、游戏币等虚拟财产的行为是以非法获取计算机信息系统数据罪还是以盗窃罪论处，在理论上，涉及到如何看待刑法第二百

八十五条第二款与第二百六十四条的关系。普遍认为二者存在竞合关系，但对是法条竞合还是想象竞合、如是法条竞合何为特殊法条还存在不同认识。有观点认为，第二百八十五条第二款（非法获取计算机信息系统数据罪）带有兜底性质，凡符合盗窃、侵犯知识产权等犯罪构成的，应按相应犯罪论处；只有对不符合其他犯罪构成的，从适用该款。此观点似可再议。信息时代，数据是重要资产，在一定意义上都有财产价值。若按此观点，第二百八十五条第二款恐怕就将失去适用空间。如上分析，个人倾向认为，在以技术手段非法获取网络游戏装备、游戏币等虚拟财产的场所，将第二百八十五条第二款视为特别规定似更加适宜。

## 二、涉比特币、以太币等虚拟货币刑事案件的司法实务问题

网络游戏装备、游戏币等虚拟财产与比特币、以太币等虚拟货币虽都具有虚拟性和财产属性，都可归入虚拟财产的范畴，但两者在生成原理、稀缺性、价值性等方面存在很大差异。前者可谓是“财产性数据”，虽具有一定价值，但更多是具有数据属性；后者可谓是“数据型财产”，虽以数据形式呈现，但在价值层面更类似于现实财产。因此，对前者，原则上宜作为非法获取计算机信息系统数据罪的对象加以保护；对后者，则宜作为财产对待，窃取、骗取、劫取他人比特币等虚拟货币的按财产犯罪论处，用虚拟货币行受贿的按贿赂犯罪处理。

为了有效防范金融风险，我国对比特币等虚拟货币采取了强监管的政策。有关文件明确指出比特币等虚拟货币不具有与法定货币等同的法律地位，不应且不能作为货币在市场上流通使用，并明确虚拟货币兑换、发行、中介等相关业务活动属于非法金融活动，一律严格禁止，坚决依法取缔。需要特别说明的是，倾向主张将虚拟货币作为财产对待而不是数据对待，对窃取、骗取、劫取他人比特币等虚拟货币的按财产犯罪论处而不是数据犯罪论处，主要是因为这样处理能够更好反映虚拟货币有别于游戏币等虚拟财产、有别于一般的计算机信息系统数据的性质特点，进而能够更加客观、妥当地评价违法犯罪，更好贯彻罪责刑相适应原则，更有力地维护被害人的利益，而绝不是变相认同虚拟货币的货币性质，也不是为与虚拟货币有关的非法金融活动背书。正像对盗窃、抢夺毒品的按盗窃罪、抢劫罪论处并不是、也不可能变相肯定毒品的合法性一样。更何况，有关文件并没有将虚拟货币规定为非法物品，而是将其定位为“虚拟商品”；并没有禁止投资交易虚拟货币的行为，只是规定“投资虚拟货币及相关衍生品，违背公序良俗的，相关民事法律行为无效，由此引发的损失由其自行承担”。

还需要补充说明的是：其一，目前对虚拟货币尚缺乏一个统一的权威的定义。虚拟货币种类繁多，真假难辨。上面的观点针对的是比特币、以太币以及其他

具有与比特币、以太币类似特质的虚拟货币。对那些打着“虚拟货币”旗号，实质是可以人为随意操作的所谓“虚拟货币”不能适用。其二，虚拟货币容易滋生赌博、非法集资、诈骗、传销、洗钱等违法犯罪活动，对经济金融安全有重大风险隐患，国家三令五申要防范虚拟货币交易炒作风险。在目前的政策背景下，我们倡议，广大社会公众要充分认识参与虚拟货币投资交易活动的巨大法律风险。

### 三、涉案虚拟货币的处置

对网络游戏装备、游戏币等涉案虚拟财产的处置，从实践看，不存在问题。需要讨论的主要是比特币、以太币等涉案虚拟货币的处置。对此，个人认为，是判决没收上缴国库，还是判决追缴返还或者退赔原所有人，应当视情而定。如果是从事与虚拟货币有关非法经营、非法集资、洗钱等非法金融活动的，应作为犯罪工具或者违法所得予以没收，上缴国库；反之，如果虚拟货币是原所有人合法持有的，则应返还原所有人，虚拟货币已被被告人转让的，则应责令退赔。至于退赔方式，倾向于赞同在判决时做模糊处理。

归纳而言：（1）由于虚拟财产的法律性质、保护方式尚不完全明确，司法实践总体应当持既与时俱进又审慎稳妥的态度。（2）虚拟财产形态多元，不同的虚拟财产差异甚大，应当具体分析、区别对待，做类型化处理。

以上主要是从涉虚拟财产、虚拟货币刑事案件的法律适用角度所作的分析。实际上，围绕虚拟财产、虚拟货币，还有很多更宏大的问题值得我们深入思考和研究。希望各位专家各位同仁持续关注，能够为促进数字经济健康发展、防范经济金融风险、完善国家和社会治理贡献我们的智慧和力量。

---本文转自中国刑法学研究会公众号