



下面谈谈我们对这类案件辩护工作的几点看法：

一、
针对“非法占有”的认定，引导案件定性向非法吸收公众存款等较轻罪名转换。

集资诈骗罪要求行为人有非法占有的目的。根据《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》（下称解释），使用诈骗方法非法集资，具有下列情形之一的，可以认定为“以非法占有为目的”：（一）集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；（二）肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；（三）携带集资款逃匿的；（四）将集资款用于违法犯罪活动的；（五）抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；（六）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；（七）拒不交代资金去向，逃避返还资金的；（八）其他可以认定非法占有目的的情形。

在实际辩护工作中，重点还在是否能推翻“非法占有”的认定。对于非法集资行为，首先要看是否具备四个特征，非法性、利诱性、公开性、社会性（不特定性），

综合行为人主观期待利益，具体履行能力和事后的补救行为等因素综合判断非吸还是集资诈骗。

1、关于非法性，是指“未经有权机关依法批准”。2017年9月，中国人民银行、中央网信办、工业和信息化部、工商总局、银监会、证监会、保监会发布了《关于防范代币发行融资的公告》。

根据《公告》，代币发行融资是指融资主体通过代币的违规发售、流通，向投资者筹集比特币、以太币等所谓“虚拟货币”，本质上是一种未经批准非法公开融资的行为，涉嫌非法发售代币票券、非法发行证券以及非法集资、金融诈骗、传销等违法犯罪活动。且，代币发行融资中使用的代币或“虚拟货币”不由货币当局发行，不具有法偿性与强制性等货币属性，不具有与货币等同的法律地位，不能也不应作为货币在市场上流通使用。同时《公告》要求自发布之日起，各类代币发行融资活动应当立即停止。已完成代币发行融资的组织和个人应当做出清退等安排，合理保护投资者权益，妥善处置风险。有关部门将依法严肃查处拒不停止的代币发行融资活动以及已完成的代币发行融资项目中的违法违规行为。

所以，我国监管层目前仅仅是将代币融资定义为非法融资，相关法规并不禁止公民持有比特币等虚拟货币。现实中，国内大量投资人、炒币者仍在海外参与ICO和代币交易活动。

在实际辩护中，我们首先要注意上述《公告》的法律效力问题，是否能够作为刑法定罪依据；其次，首次代币发行即ICO并非虚拟货币非法集资案件中行为人进行融资的唯一形式。如果以具体实物资产作为支撑和抵押，比如深圳的普洱币，最初宣称对应等值普洱茶发行。再比如近期我们承办的某案，行为人以韩国某地房产作为底层资产，将总价值划分若干等分参照发行虚拟币的案件，该案中投资人购买的虚拟货币，更像是一种投资行为，币值伴随房产价值的变化波动，投资者的行为究竟是一种购买行为还是自担风险的投资行为，是我们辩护中应重点探讨的问题。



二、区分虚拟币案件中的诈骗行为和民事欺诈行为

集资诈骗罪中的“诈骗”就是指行为人以非法占有为目的，以诈骗手段进行融资。但现实交易活动中，并不是存在虚假信息的交易手段就一定属于刑法意义上的诈骗方法。刑法具有补充性，诈骗类犯罪的设置是为了保护财产财产交换的对价安全，而不是为了全面保护人们在财产交往中的信任。如果是侵犯的是信任，一般属于民事欺诈，只有对财产安全有本质侵犯，才会构成欺骗手段。

我们要对案件中所涉的欺骗行为做一梳理，排除对民事欺诈行为的刑事指控。一看欺骗内容，是对个别、局部事实的欺骗，还是对整体、全部事实的欺骗；二看欺骗程度，是否达到使他人产生错误认识处分财物的程度；三看是否以非法占有为目的。具体到实务中，要注意案件中的投资者对项目虚假性是否存在主观明知，是否单纯基于渴望获得虚拟币的动机而参与 ICO，或者自认为涉案虚拟币比自己已持有的数字货币更有升值潜力，出于投机目的而自愿参加 ICO，在这种情况下，我们认为并不能构成诈骗罪。

此外，否定涉案虚拟币的货币属性也是辩护中值得探讨的方向。2017年的《公告》将虚拟货币发行融资的行为界定为“一种未经批准非法公开融资的行为”，并要求任何组织和个人都不得非法从事代币发行融资活动，任何交易平台都不得从事兑换业务、不得买卖虚拟货币、不得提供服务，任何金融机构和非银行支付机构不得开展与代币发行融资交易相关的业务。同时，证券、银行、保险行业监管部门《关于防范比特币风险的通知》指出，比特币并非货币，但却是一种虚拟商品。

在这类案件的辩护中，否定虚拟货币的货币属性，承认其资产属性，也就承认了虚拟货币本身具有一定的交换价值，那么人们场外私下进行的法定货币与虚拟货币之间的交换，就不能认为系违法行为。所以，目前国家仅是禁止比特币为代表的虚拟币公开发行，并不禁止场外交易，即使是场外初次交易，如果存在真实交易行为的话，就难以认定其行政违法性，相应的，也就不成立犯罪。在ICO行为中，比特币等虚拟货币无疑是以“商品”之名行“资金”之实。一个典型的例子就是2012年7月，“烤猫(Firedcat)”在深圳成立Bitfountain公司发行“虚拟币IPO”事件，因为国内并不认可虚拟币的货币属性，所以也就无法认定该行为是非法集资。

我们在前文《谈虚拟货币诈骗案件的辩护要点》也分析过虚拟币价值属性与诈骗认定的关系，及判断虚拟币价值的基本方法。比特币为代表的虚拟币去中心化，没有发行政府及权威机构做信用背书，且交易价格波动巨大，并不具备货币属性也不宜作为货币使用。但其本质上仍属于一种特殊商品，应定性为一种无记名的有价证券，这不仅于民法层面拥有充分的物权理论支撑，同时也能被进一步解释为《刑法》第92条所规定的“财产”，所以，针对该类型的网络诈骗，从鱼龙混杂的“币”中，区分出主流虚拟币以及可以流通的“山寨币”，是对抗诈骗指控的有力辩点。

同时，从犯罪金额入手，找寻罪轻甚至无罪情节，针对自首、立功、退赃、主从，及参照部分犯罪共同说理论，是否存在部分人员涉嫌集资诈骗，部分人员涉嫌非系等情形的把握，也能对虚拟货币诈骗案件辩护工作起到积极作用。