

## 非法经营犯罪研究系列（十三）

### 币圈虚拟货币OTC商家经营者涉嫌掩饰、隐瞒犯罪所得罪等

#### 刑事犯罪的两个辩护思路

车冲：广东法丞汇俊律师事务所刑事律师

冻卡潮出现以后，很多虚拟货币OTC商家被刑事拘留，涉嫌的罪名多为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，洗钱，诈骗，开设赌场，非法经营。

之前在《非法经营犯罪研究系列（十一）币圈虚拟货币OTC场外交易商家经营者的刑事风险》一文中已经对OTC商家涉嫌的多个罪名进行了详细分析。但是如果OTC商家真的被公安机关调查后，如何“自证清白”？本文就阐述两个容易被公安机关用来“证实”OTC商家主观上对于交易和交易对手的“非法性”具有明知的观点及相应的辩护思路。

1.公安机关：如果你不“明知”钱是黑钱，为何收到钱以后会在多个银行账户内频繁划转？结论：你主观明知，构成犯罪

公安机关之所以会有如此逻辑，依据在于《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中关于“推定明知”的规定：“没有正当理由，协助他人将巨额现金散存于多个银行账户或者在不同银行账户之间频繁划转的”。从该规定来看，如果OTC商家在收到钱以后就在多个银行账户和不同银行账户之间频繁划转资金，在形式上的确符合了该条款的内容，但是并不意味着一定就能认定为“明知”，从而认定构成相应的刑事犯罪。

原因何在？原因在于，该司法解释虽然列举了推定的明知的情形，但是并未规定，凡是具有这些行为的均会必然得出“明知”的结论。得出该结论的依据在于该条款规定了“例外情形”，即“但有证据证明确实不知道的除外”。

那么除了“明知”是犯罪所得及其收益的情形外，还有没有合法的理由能让OTC商家也会频繁转移资金的情形呢？

事实上，没有合法的理由，但是存在频繁划转不合法但也不构成刑事犯罪的情形。

具体而言，根据银管支付[2018]11号《关于开展为非法虚拟货币交易提供支付服务

自查整改工作的通知》的内容，银行是被禁止为虚拟货币交易提供服务的。

而且银行系统会对虚拟货币进行日常交易监测，这就使得OTC交易商家和交易者均会采取措施规避银行的监测。包括在交易时不备注任何与虚拟货币相关的字样，也包括在收到相应款项后进行“频繁划转”以达到规避银行监测的目的。

由此可见，并非所有的账户间的“频繁划转”均属于“明知”是犯罪所得及其收益的情形，还存在OTC商家为了规避银行的交易监测而进行“频繁划转”的情形，而这种操作虽然不合法，违反银行管理部门的规定，但是并不属于刑事犯罪。

2.公安机关：你之前有被冻结过银行卡，这已经足以说明你这个事情是有风险的，还继续做？结论：你主观明知，构成犯罪

这个观点其实可以理解为包含两个定罪逻辑：

第一，之前冻结过银行卡，而冻结银行卡都是因为违法犯罪，这次再被冻结说明OTC商家又做了违法犯罪的行为，所以足以证明OTC商家主观明知，从而认定构成犯罪。

第二，之前冻结过银行卡，说明所从事的OTC交易是违法犯罪，被冻结后仍然继续做OTC交易，是在主观明知的情形下继续做违法犯罪的行为，所以足以证明OTC商家主观明知，从而认定构成犯罪。

但是上述的两个定罪逻辑都是有问题的。为什么本律师认为有问题？

原因如下：

第一，  
银行卡被  
冻结不等于一定涉  
嫌违法犯罪，不能得出OTC商家明知

的结论。

银行卡被冻结可以分为多个情况讨论，一个是被冻结48小时或者较短的几天时间，一个情况是被冻结6个月后解冻，一个是被冻结后超过6个月仍然被继续冻结。

第一种情形的冻结是“临时冻结”措施。根据《金融机构反洗钱规定》的内容，中国人民银行或者其省一级分支机构可以调查可疑交易活动，如果经过调查仍然不能排除洗钱怀疑的，应当立即向有管辖权的侦查机关报案，而侦查机关接到报案以后，侦查机关认为不需要继续冻结的，中国人民银行在接到侦查机关不需要继续冻结的通知后，应当立即以书面形式通知金融机构解除临时冻结。值得注意的是，临时冻结的时间是不得超过48小时。金融机构在按照中国人民银行的要求采取临时冻结措施后48小时内，未接到侦查机关继续冻结通知的，应当立即解除临时冻结。这种情形下，说明了银行账户虽然被冻结，但是不能得出被冻结款项或者被冻结人涉嫌违法犯罪的结论，因为如果涉嫌违法犯罪，侦查机关自然会采取继续冻结措施而非解除冻结措施。

因此，从临时冻结的情形考虑，虽然OTC商家的账户被冻结过，但是不能从曾经被冻结的经历中得出冻结银行卡都是因为违法犯罪，而只能得出曾经被怀疑涉嫌违法犯罪，但是最终被证明与违法犯罪无关的结论。

由此可知，是无法根据一个被证明与违法犯罪无关的临时冻结措施得出OTC商家主观上是明知在做违法犯罪的事情的。

第二种情形以及第三种情形，虽然是有冻结的期限，但是对于被冻结人员而言，该冻结属于长期冻结且无法解除。但是对于该两类情形同样无法得出公安机关的结论。如果公安机关以冻结经历来推论他人主观明知涉嫌违法犯罪，说明并不是追究的之前的冻结事情，而是在调查当下的事情，那么当下的事情是否涉嫌违法犯罪就应该回归到当下的案件中的证据和事实中，而不是依靠之前的“冻结”情形来认定OTC商家的刑事责任。举例而言，一个人之前做了违法犯罪的事情A，后面又做了事情B，我们不能直接因为他做过A而得出他做的B这个事情也涉嫌违法犯罪，因为这两个事情是不同的事情。而且，更为关键的是虽然OTC商家的银行账户被长期冻结，但是并不代表已经确认了与之关联的违法犯罪事实。在违法犯罪事实尚未确定的情形下，公安机关的这一定罪逻辑更无法成立。

第二，之前冻结过银行卡，并不能说明所从事的OTC交易是违法犯罪，也不能说明行为人在进行OTC交易时“明知”所收到的虚拟货币或者款项是犯罪所得。

一方面，我们国家不禁止个人之间的场外交易。我们国家虽然禁止代币融资交易平台直接从事法定货币与代币、“虚拟货币”相互之间的兑换业务，但是只是禁止交易平台的行为以及作为中央交易对手买卖，也禁止代币融资交易平台为代币或虚拟货币提供定价、信息中介等服务。

如果要认定OTC交易的“非法性”，也只能从上面的“定价、信息中介”等内容来界定。但是OTC交易本质上是场外交易，是卖家和买家之间的个人交易行为，不属于融资交易平台提供定价、信息中介服务，因此这种个人交易行为恰恰是不被禁止的。这种情形下，很难得出OTC商家属于提供“定价、信息中介”服务的行为。

另一方面，OTC商家的交易行为不属于非法经营的规制范围。按照《刑法》中非法经营罪的构罪要求，只有违反“国家规定”的行为才有可能被认定涉嫌非法经营罪，而“国家规定”的范围仅仅限于：“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。”而《关于防范代币发行融资风险的公告》并不属于“国家规定”的范围内的部门颁布的行政措施、决定、命令等。因此，并无法律依据将OTC商家的行为认定涉嫌非法经营等刑事犯罪。

既然OTC商家的买卖行为并无刑事风险，就不能得出，有冻卡经历就得出OTC商家知道所从事的行为涉嫌违法犯罪而继续从事可证实主观上明知的结论。进而更无法得出OTC商家对于所收取的款项属于犯罪所得主观上具有“明知”的结论。

本文是车冲律师结合办理“币圈”相关案件涉嫌刑事犯罪案件的实务经验总结所得，希望对涉案人员的刑事辩护工作有所帮助。