

|合规联盟原创出品|

最近，杭州法院网公布的一则开庭公告引起了公众关注。该开庭公告涉嫌的被告人有赵鹏、赵东、林凤锦等人，检察院以非法经营罪与帮助信息网络犯罪活动罪提起公诉，并于5月12日在杭州市西湖区人民法院审理。这不禁让大家想起去年7月被盐城警方带走调查的“OTC之王”——赵东，行业内人员推测，该案件中被告人具有很高的可能性是币圈老人赵东。

本文就虚拟市场外交易行为，分析阐述了场外交易人员可能涉嫌的“帮信罪”及注意点，旨在帮助区块链从业人员明析法律风险和合规红线。

一、行为是否具有违法性

帮助信息网络犯罪活动罪是《刑九》修正案中新增的罪名，目的是严密法网，降低网络帮助犯的入罪门槛，将那些网络犯罪帮助行为独立入罪，力求精确地打击网络犯罪帮助行为。结合两高司法解释及《刑法》第287条之规定，帮助信息网络犯罪活动罪的危害行为主要表现为网络犯罪行为提供接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助。行为人具有明知的故意，从事前述行为涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪。

刑法学界多将该罪称之为“帮助犯的正犯化”，但实际上这样理解存在偏颇。有些网络犯罪基于互联网技术的匿名性、取证的复杂性等，主犯往往不能发现，同时帮助犯与正犯之间并不存在犯意联络，仅仅有帮助行为被公安机关发现，此时，将帮助网络犯罪行为理解为正犯的帮信罪，即与正犯构成共同犯罪[1]。

二、正犯的帮信行为

前述也讲到，有时候无法认定帮助者与被帮助者之间存在共同的犯罪主观故意，无法对帮助者按照帮信罪处理。才将帮助信息网络犯罪活动罪定为独立的罪名。但是该罪成立，往往伴随正犯的实行行为。即行为人帮助对象行为的性质，当被帮助的行为属于刑法分则条文所规定的某个具体罪名的构成要件时，此时，行为人可能同时触犯两罪以上，符合《刑法》第287条之二第三款，“构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚，”成立想象竞合，从重罪处罚。

我们以前述的赵东案为例，单看公诉机关提起公诉的两罪名，非法经营罪法定刑更高，在量刑上比帮助信息网络犯罪活动罪更重。如果法院审理查明的事实与公诉机关提起诉讼的犯罪事实一致，有可能就会以非法经营罪判处刑罚。

三、场外交易是否合法

前面讲到，场外经营的商户处非法经营罪的前提是主犯的实行行为违法，符合非法经营罪的犯罪行为构成要件，主观上具有可责性。这涉及到场外交易是否合法？自94公告之后，我国境内已经不存在场内交易行为。但是注意并非所有的场外交易均合法。

常见的场外交易是直接兑换型。比如通过某交易平台在法币交易区将完成虚拟货币与法币的相互兑换，此时交易平台仅充当中介撮合的角色。另一种就是直接在线下与熟人等完成兑换。

还有一种场外交易是对敲型汇兑。该种场外交易主要被在实践中应对大额兑换，甚至存在地下钱庄交易。这种情况下，资金实际上并未发生跨境流转，而是分别在境内外单线路收付人民币或外币，平行交割使资金跨境流出[2]。我国《外汇管理条例》第8条规定，“中华人民共和国境内禁止外币流通，并不得以外币计价结算。”

因此，场外交易经营者未经有关主管部门批准，非法买卖外汇业务赚取手续费，扰乱市场秩序，情节严重时，就会构成非法经营罪。

场外交易的经营商户应当注意自身经营的合规，若经营方式为对敲型汇兑时，多具有非法经营外汇、洗钱等违法犯罪行为。即使在不构成前述犯罪行为时，若为前述犯罪行为提供帮助行为，将可能涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪。

References

[1] 王昭武.共犯最小从属性说之再提倡—兼论帮助信息网络犯罪活动罪的性质[J].政法论坛,2021(03):165-178.

[2] 火小律.赵东案中涉嫌的非法经营罪与“帮信罪”是什么? <https://bitkan.com/ksite/feed/496574>.

全球区块链合规联盟

“设立区块链行业标准，加强行业自律，共同维护良好的市场秩序和行业环境，为行业健康发展提供理论指导，推动行业健康可持续发展”。

作者：区块链合规联盟；来自链得得内容开放平台“得得号”，本文仅代表作者观点，不代表链得得官方立场

凡“得得号”文章，原创性和内容的真实性由投稿人保证，如果稿件因抄袭、作假等行为导致的法律后果，由投稿人本人负责

得得号平台发布文章，如有侵权、违规及其他不当言论内容，请广大读者监督，一经证实，平台会立即下线。如遇文章内容问题，请发送至邮箱：linggeqi@chaind.com