

转自：刑事实务

非法虚拟货币交易平台的刑法规制探讨

作者：柯苇

炒币的暴富神话让市场投机气氛浓厚，价格波动剧烈，投资者盲目跟风热炒。2017年9月4号，央行等七部委发布了《关于防范代币发行融资风险的公告》，定性代币发行融资涉嫌从事非法金融活动，严重扰乱经济金融秩序。自禁令出台以来，一些虚拟货币交易平台为躲避监管打击，通过“出海”方式，将服务器设置在境外、实质面向境内群众提供交易服务，继续从事相关非法活动。一些不法分子受巨大市场和利润驱使，趁着监管洼地效仿搭建虚拟货币资金盘“收割韭菜”，诱导玩家参与高风险期货交易，洗劫投资者资金。该类平台游离于监管体系之外，客户资金、大盘涨跌、配资杠杆皆操控在管理者手中，在运营过程中频频突破现行刑法底线，乱象丛生，行为具有涉及面广、资金量巨大、专业技术性强的特点，在扰乱了市场、金融秩序的同时，也给社会秩序造成了极大隐患。

此类平台诱骗的对象大多是缺乏虚拟货币交易知识和辨识能力、对欺诈手法不知情的“小白群体”，即使后期产生怀疑，平台往往以正常投资风险为由进行推脱，删除或篡改其在互联网中操作记录，使电子化的犯罪证据难以寻觅，对案件的取证、认定上都造成了不同程度上的障碍和困难。

除了证据认定困难外，围绕此类案件的罪名适用和处理问题产生了一些理论争议和实务困惑。对此，本文拟以非法虚拟货币交易平台典型案例为分析样本，从对赌状态、进出金控制、诱导操作、平台操控等方面出发，对行为的危险性质及不法程度进行识别，在此基础上对罪名适用、交易欺诈行为定性、共犯与数额认定等争议焦点问题进行探讨。

一是对赌状态

：正常的平台所有人和管理者应该是中立的，其盈利来源于佣金、返利、配资等。非法虚拟货币交易平台虚构己方系外盘代理的身份，实际上是自制“内部盘”，没有接入到真实的市场。平台不仅是交易场所的提供者，还与客户进行对赌交易，从整个的架构设计来看，平台利润点来自于高昂的手续费和客户在平台上的“投资失败”。对赌过程中，平台可通过后台数据随时了解客户的资金额、持仓量、交易明细、出入金等状况，并成立“风控部门”监视客户的盈利情况。

另外，平台是用虚拟数据与客户的真金白银对赌。对于客户而言，己方的资金数据是通过入金实现的；对于平台而言，己方的资金数据是系统内的数字，可以在后台随意增减，即平台虽然会预备一些虚拟货币用于客户提币，但与平台交易量之间完全不对等。客户的损失是真实资金，客户的获利在真实出金前只是数据。平台通过虚拟资金参与交易，从不仅可以形成盘面上交投两旺的景象，更可获得倾覆式的对赌收益。

二是诱导入金和出金控制：

此类平台会通过包装平台、行情、承诺盈利、虚构盈利案例等欺骗方式诱导投资人入场，受害人的资金最终转入平台设立人的账户，客户出金时候平台会进行限制，可分为拖延出金、拒绝出金二个层面。拖延出金抓住事主急于挽回本金的心理，怂恿长期投资，并以其他“投资客”正在赚钱来诱骗事主持续追加投资。拒绝出金如伪造网站被黑客攻击的假象，以门头沟事件等行业先例为借口，拒绝支付客户出金。

三是提供反向建议、诱导客户

频繁、重仓、高杠杆：

平台或根据提前掌握的K线图给客户发布反向建议，或根据对行情的预判给客户发布反向建议。在虚拟货币炒币平台中，由于需保持K线实时与国际大盘一致走向（避免客户怀疑），反向操作建立在对行情判断基础上，同时对客户的交易操作进行“执行力监督”，如客户不配合则反复诱导、劝说，配合限制登录等措施，若反向操作建议成功的让客户亏损，则声称行情会有逆转，诱导客户扛单；如客户却盈利则称行情要变化，见好就收、落袋为安为由，劝说客户卖出。频繁操作建议目的是增加客户手续费，损耗客户入金，此外，重仓、高杠杆也可有效降低客户的防风能力。

四是控制、影响K线图涨跌：

平台内的K线涨跌决定着投资者的收益。平台行情并没有连接国际大盘，而是模拟参照国际比特币价格走势或者将复制的多个交易所数据拼接而成。虚拟货币交易平

台会谨慎选择控制K线图走势，因与实时国际市场行情不符容易被客户察觉，且同一时间多名客户同时做多做空，操纵后果难以评估，且引发大量客诉。故平台选择必要时通过“插针”来完成控制，即设置机器人虚拟账户，对该账户进行虚拟注资，用虚拟资金控制交易行情，并在交易平台中设置资金放大比例数十或数百倍于受害人的“主力账户”，通过放大后的资金优势操作、控制市场行情。

五是控制交易软件和后台账户：

通过对交易软件和后台账户的控制，可影响客户正常下单、撤单（止损）和平仓等交易操作，篡改盈利客户的下单情况和交易数额；任意选择点位将受害人平台内余额强行平、爆、穿仓，后台增加点差和手续费等。另外，由于此类平台自身技术力量所限，交易软件使用会出现卡顿、延迟、不稳定等情况，影响客户的盈亏。

一、非法经营罪

第一种观点认为，非法经营罪在客观方面首先应该是一种经营行为，经营行为之所以非法是因为侵犯了国家限制买卖物品和经营许可证的市场管理制度。假借投资交易达到非法占有他人钱财的行为明显不同于市场经营活动，未产生扰乱正常虚拟货币市场秩序的影响。上述观点实质上是认为只有规范的符合市场经济的经营行为才是非法经营中的“经营”，即认为禁止经营领域不应当存在非法经营行为。

第二种观点认为：《关于防范代币发行融资风险的公告》）法律位阶较低，不足以成为入刑的前提条件，但此类非法虚拟货币交易平台开展的业务包括买空卖空的虚拟标准化合约交易行为，因此可按照非法期货交易来规制。但相应监管机构出具的证明函往往都是证明涉案的交易平台是否具有期货交易的资质，并不出具涉案平台所进行的交易是否属于“类期货”的模式，对此是否可以由司法人员依据自己的判断和经验来认定也产生一定的困惑。

笔者认为，

立法的重点并非在于对经营行为的严格解释和限定，“经营”二字应为中性，并非规范的符合市场经济的经营行为才为经营。经营行为的非法，包括国家限制、禁止经营或者特许经营的行为[1]，刑法第225条规定的“市场秩序”内涵的理解应当包括市场准入秩序（即市场主体和客体的进入或退出应符合有关规定）[2]。对于国家禁止买卖的产品，如果行为人却作为商品经营，谋取利益，显然不仅扰乱了市场准入秩序，而且扰乱了市场管理秩序。如一起非法买卖人类头颅骨的案件法院最终以

非法经营罪定罪量刑[3]，而买卖头骨不可能所谓存在正常的“市场”。

根据我国关于期货交易和期货交易所的法律法规，我国对期货交易实行的是许可证制度，未经国务院期货监督管理机构批准，任何单位或个人不得以任何形式组织期货交易及其相关活动。判断行为是否属于期货交易行为应当从期货交易的本质特征上加以把握，在具体案件中，行政主管部门没有义务，也不会对所有涉案的期货经营行为出具书面的定性意见，如果认定行政机关的意见是必要证据，那么不利于司法活动的顺利进行，在充分调查了解的基础上，司法机关有权直接依照法律、法规确定案件行为的性质。[4]2013年中国证监会办公厅在《关于做好商品现货市场非法期货交易活动认定有关工作的通知》中首次提出非法期货交易认定标准以及程序，即采用功能要件与形式要件相结合的方式对非法期货进行认定。目的要件以标准化合约作为交易对象，允许交易者以对冲平仓方式结束交易，而不需交割实物以转移

非法虚拟货币交易平台未经过有关部门批准，私自搭建的合约交易和杠杆交易模块（实质系从事标准化期货合约），对外也宣称属于期货性质，侵犯了期货市场管理制度和管理秩序，构成非法经营罪。

此类平台在构成非法经营罪的同时，如果被认定构成诈骗罪，有观点认为系只实施了一个危害行为，同时触犯数个性质不同的犯罪构成，系想象竞合犯的状态。笔者认为，行为人在非法经营的不法状态上叠加实施了诈骗行为，目的行为是诈骗，手段行为是非法经营，触犯数罪名之间没有明显的主从之分，构成实质竞合中的牵连犯状态。

对牵连犯处理规则一般是择一重罪处断，但在理论上也存在着从一重重处断、数罪并罚的争议。学术上认为，如果承认牵连犯的存在，处理规则只能是择一重处，如果认为牵连犯可以数罪并罚，就无法与实质数罪区分开来，牵连犯的概念就没有意义[6]；司法实践中则认为对牵连犯，刑法分则有特别规定的，应当适用特别规定定罪处罚；刑法分则没有规定的，按照择一重罪从重处罚的原则处理。[7]

二、不宜认定开设赌场罪

第一种观点：平台诱骗他人参与对赌，构成开设赌场罪。如最高人民法院 1991 年

对四川省高院所作出的《关于设置圈套诱骗他人参与赌博获取钱财的案件应如何定罪问题的电话答复》提到：诱骗他人参赌，纠集多人进行赌博，属于刑法规定的聚众赌博。上诉答复请示提到的情形是：诱骗群众参加猜红蓝赌局，在红蓝上做手脚，参赌者有输无赢，设赌者包赢不输。

第二种观点：平台诱骗他人参与对赌，却存在偷看底牌（监视盈利）、诱导投注（诱导客户操作）、不仅仅以抽头获利（根据客户亏损获利）的行为，不适宜定性为开设赌场罪。

笔者认为，虽然此类非法交易平台与客户处于对赌状态，但不宜将对赌状态视为聚众赌博。

首先，绝大部分入场投资人均被诱骗参与，认为公司不参与交易，并无参赌故意；其次，如果以赌博罪认定，会造成被害人财产损失将作为非法赌资没收，不符合公平原则。

三、诈骗罪

第一种观点是平台系封闭、对赌，则反向建议、频繁操作引导此类行为已经足够达到操控赌局的地步，导致客户极大概率亏损，构成诈骗罪。

第二种观点是即便平台系封闭、对赌、反向建议等行为，也需要达到控制（行情、交易软件）程度才能构成诈骗罪。

《最高人民法院公报》2007年第8期黄艺、袁小军等诈骗案中提到，被告人以打假牌的方式控制赌局的输赢结果，赢取他人钱财，构成诈骗罪；《人民法院案例选·总第51辑》2005年第1辑郭怀立等人诈骗案中提到，被告人以诈赌为手段致使被害人有输无赢，骗取被害人财物，构成诈骗罪。

按照陈兴良教授的观点：“设置圈套诈骗人参赌的行为，属于赌博行为。在这种情况下，设赌者往往在赌博中采取一定的作弊手段，因而也具有某种欺诈性。但如果设置骗局，虽以赌博的形式但实际上进行诈骗，则超出了赌博的范畴，属于赌博诈骗行为，应以诈骗罪论处。[8]

赌博的胜负一类是完全取决于偶然因素，一点人为的因素都没有；另外一类是对于赌博结果可以在一定程度上进行控制，即赌者为提高自己的赢的概率，赌技水平慢慢逐渐提升，对赌局的输赢产生一定的影响，但是只要指赌局结果的输赢取决于对于双方当事人来说都是不确定的偶然因素，仍然还属于赌博罪的范畴。

而非法虚拟货币交易平台往往通过一系列不平等的交易规则 and 不法手段，使得进入平台的客户处于极大概率亏损的状态（1）增加客户风险、限制客户赢率（如反向建议、频繁操作、重仓引导、限制高杠杆、拖延出金等）（2）降低己方风险、提高己方赢率（如虚拟资金对赌等、监视客户账户）（3）直接操控结果（如K线图操控、交易软件操控、拒绝出金等），直接造成客户亏损。

对上述三种情形，最后一种构成控制赌局争议较小。前两类情形叠加投资的高风险性，可以导致极大概率客户亏损，但是否达到刑法意义上的“控制”程度，则存在一定的争论空间，究竟降低对方多少的赢率，提高自己多少的胜率算作“控制”赌局，也是一个无法量化的事实。另一方面，即便认同属于控制赌局，也不宜通过此路径论证为诈骗罪，因为认定诈骗还必须符合诈骗罪的各项犯罪构成要件。

我国刑法中对诈骗类犯罪是在“虚构事实、隐瞒真相”的定型基础上做出的判断，本文将从该罪构成要件的欺诈行为、因果关系入手，对行为与被害人财产损失的链条关系进行梳理。因此类诈骗行为与通常诈骗手法有所区别，对诈骗罪各构成要件的理解需要更加的深入；此类诈骗行为往往以看似合法运营的公司集团化协作运营，涉案人员的主观故意更加错综复杂，需要细致分析。

对平台具有非法占有目的的争议较小，因平台运营的盈利来源就是客户亏损，运行的最终目的就是为了让客户亏损，员工分工明确，目的明显，即在避免客户怀疑的前提下最大限度地造成客损、手续费及仓息，并将之据为己有。

平台的运作建立在众多的谎言与欺骗之上，在众多欺骗行为中，哪些可以被认定为诈骗罪中的“虚构事实，隐瞒真相”；如何认定诈骗行为与损害后果之间的因果关系等方面是争议较大的问题，也是涉案人员的重点辩护、辩解方向。

从民事欺诈和刑事诈骗区分的角度来看，涉案平台的行为已经超出了民事欺诈的界

限。举例来说，无论是“以假充真、以次充好、以不合格产品冒充合格产品”的生产、销售伪劣商品犯罪，还是假冒注册商标等侵犯知识产权犯罪，都带有一定欺诈性[9]。但正如销售伪劣产品罪名虽然与诈骗罪均可以表现为“骗”的形式，却与诈骗罪不存在普通法和特殊法之间的关系，两者犯罪构成却是相对独立的。在销售伪劣产品罪中，行为人往往具有真实的交易意图也实际存在交易行为，交付的标的物仍然具有基本属性，目的通过“以次充好”、“以假充真”等瑕疵履行的方式来赚取差价、谋取暴利，还属于民事欺诈的范畴。而在诈骗犯罪中，行为人根本没有交易意图，并不想发生真实的交易，使用的“交易物”几乎都是毫无价值或者没有任何成本的东西，甚至是子虚乌有，只是以“交易”为名骗取他人财物，其实质是虚构骗局、诱人上当。

因虚拟货币平台与炒作其他标的的非法交易平台存在一定的共通性，笔者查询关于此类非法交易平台的多个判例，大部分认为此类案件的骗点在于“将对赌包装成投资，即被害人陷入自以为投资的误解中而自愿交付钱财入金开户，参与其本不欲参与的虚假投资。这一笼统的事实根据欺骗层面又可拆分为诸多小“骗点”（1）虚构系真实、正规，实时对接大盘的交易平台，隐瞒公司与客户之间的对赌关系。（2）虚构出入金自由的真相，隐瞒平台封闭、被害人钱款进入平台即被控制，出入不自由的事实。（3）隐瞒平台指导是意图是客户亏损的真相。（4）隐瞒平台对交易软件的控制、价格走势的操控真相。需要说明的是，拆分层次的目的和意义主要是为了确定不同身份的涉案人员的个体责任，结合具体嫌疑人主观认知程度进行判断定性；同时为避免过于割裂地分析某个行为的性质，拆分的同时也注重对平台整个模式进行分析和评价。

从第一层面来看，仅隐瞒公司与客户之间的对赌关系，笔者认为尚未达到诈骗罪语义中的欺诈，因不排除部分平台希望通过开展对赌合约业务的经营行为，在运营中遵守对赌的公平原则，这与诈骗罪直接骗取对方财物的方式应有所区别。

从第二层面来看，入金诱导和拖延出金，尚不能直接指向财产损失，需要结合其他行为一同评价。

从第三层面来看，在对赌、封闭的状态下，进行频繁操作诱导、反向建议、高杠杆、重仓的诱导的行为，是在市场原有高风险的基础上，数倍放大了客户风险，增加了客户亏损概率，是一种突破了公平交易底线，道德底线的欺骗行为。

有观点认为，对没有事先预知行情，没有操控交易软件的反向建议操作，不应当认定为诈骗罪。如《刑事审判参考》总第113集第1238号徐波等人非法经营案（绍兴中院审理）判决要旨认为：被告人将行情反向提供给客户的行为不成立诈骗罪中的“虚构事实”。因为诈骗罪中的虚构事实是虚构与客观事实相反的事实，并不包括行为人不能控制、存在或然性的对将来事实的预测。该案提到的涉案天津纆沅公司使用的是天津矿产资源交易所的交易平台，不具备现货原油销售资质，存在反向建议是存在对赌关系的明确信号，该案例也提到“手续费和盈利全部进入天津纆沅账户”，可以确认系与客户对赌。

诈骗罪中的事实，还包括未来现象的当下事实，因为对将来事实的欺骗也会使人发生错误认识并交付财产。与事实陈述相反，价值判断则仅仅是一种个人的见解或者看法，事实陈述与价值判断之间的界限，往往是流淌变化，不易区分的。决定性之处在于，是否表述内容中包含一个可被检验和复查的实质内核，简言之，是否具有可验证性。[10]如本文中介绍的反向建议即存在一个后续验证行为“如成功让客户亏损，则让客户扛单，如建议失败，则建议客户立即卖出”，且后续验证是在平台对客户交易的执行力监督基础上做出，此类验证行为使得反向建议超出了对未来事实预测、价值判断的范畴，向诈骗罪欺诈的领域进一步延申。

如绍兴中院在徐波案后又审理了类似判例，如（2019）浙06刑终440号孙坤朋诈骗罪的裁判文书中提到：原审被告隐瞒投资者与自己交易的事实，如果投资者知道自己交易对方是原审被告，肯定不会听从原审被告提供的行情建议，系典型的隐瞒真相。客观上原审被告不能完全控制投资者交易，故原审被告采用恶意诱导方式，在投资者赢利后，原审被告则立即让投资者卖出止赢....

综上，笔者认为，对赌状态下的反向建议并附加后续验证行为的，构成诈骗罪意义上的欺诈。

对于频繁操作，如单独审视，因手续费是明规则，且平台每次操作均得到客户同意，难以证明和判断是否是频繁操作，更难去界定频繁操作和必要操作的差额，但正如之前所述，此类平台各种诈骗手段与非诈骗手段相互结合，应当统一结合，不当割裂审视。

关于反向、频繁操作建议与客户亏损之间因果关系的认定：对于事先不知道行情的反向建议，嫌疑人往往辩解与客户亏损之间不存在必然因果关系，部分涉案人员则辩解投资虚拟货币的期货本身足以导致客户基本亏损的局面，反向建议等行为仅加快了客户亏损的速度而已。

另有裁判观点认为：作为具有正常、理性思维的成年人可以自主决定如何交易，且明知交易有风险，鼓动、诱导高频交易以及提供反向建议只能影响客户的判断，而不能必然导致对此遵循。即使遵循也可能出现未亏损反而盈利的情况。因此，提供反向建议与损失亦不存在直接的因果关系，况且还不能排除部分交易是未受上述的影响而自主决定的。[11]该观点核心是从客户具有交易自主性来否认因果关系，并认为反向建议有可能并不准确。

按照必然因果关系说，当危害行为中包含着危害结果产生的根据，并合乎规律产生危害结果则属于必然因果关系，如果某一现象虽然有引起危害后果的可能性，但发生过程中，偶然与另一因果性的锁链联系在一起，一致由另一现象合乎规律地产生这一结果时，那么前一现象和所发生的结果之间就没有因果关系。

在必然性与偶然性交织的案件中，“必然—偶然”因果关系理论无法给出具有说服力的解释，因必然性与偶然性标准欠缺具体而明确的判断规则，导致对因果关系可以作出肯定意义上的空洞解释，却难以作出否定意义上的实质排除或确认。[12]在科学发展的今天，一些人会通过制造条件的方式实现犯罪，但必然因果关系说却将这种行为排除在原因之外。[13]

条件说是法律上因果关系的事实基础，是所有因果关系理论都无法回避的起点，该学说求助于思维上的排除法，即设想条件不存在时，结果是否同样发生，在行为人故意地实施危害行为的场合，假设没有类似行为，结果也会发生的，一般作为刑法上的假定因果关系加以讨论。如部分涉案人员辩解，因虚拟货币的市场行情本身具有极大的不稳定性，同时叠加期货交易本身的高风险性，即没有反向建议等人为干预客户最终也要亏损，此辩解即属于假定因果关系的范畴。

笔者赞同下述观点，在假定结果会发生的场合，行为人的危害行为和结果之间的具体因果关系可以确定，行为人不能以由代行为人为由，主张他的行为不可责。如战争中杀人的士兵，不能认为如果该士兵不杀人，被害人也会为其他士兵所杀，从而否认该士兵杀人行为是制造法益风险的行为，私自杀害即将被执行死刑的犯人，也同样构成故意杀人罪[14]。另外，虚拟货币期货的高风险性是行为人反向建议前已经存在的状态且由平台自身设置，并非行为实施后的外力介入因素，如一起裁判文书[15]中提到：水压不足等物业管理不足是放火前已经存在的状态，而非放火行为后的外力介入因素，与危害后果之间不存在刑法意义上的多因一果关系..

从客观归责理论来看，反向建议等行为制造、增加法所不容许的风险，从规范评价角度来说，可以归责于行为人。至于被害人是否同意他人造成风险（完全认识到风险并且有意识造成了风险），笔者认为，对于配合“执行力监督”的反向建议，甚至如不跟单便被限制登录、强平等手段的，已经超出被害人同意和自主选择交易的范畴。

诚然，反向建议的成功率取决于引导者的准确判断水平，根据不同引导者的水准，反向引导的准确率有高有低，导致少数客户因失误的反向引导反而出现盈利情况，对此，应当整体衡量行为与损失的因果关系，如采取流行病学上的统计方法，经过大量观察样本，确认行为是否具有导致结果发生的高度盖然性，从而降低控方责任，有效保护法益。（1）首先，从经验法则上来看，反向建议等行为除了直接导致客户亏损，更为核心的作用是将客户引导至高风险，极易受重创的危险状态。这种行为可以有效导致客户亏损率的升高，否则反向引导不会普遍存在于炒作各种标的的非法平台之中，且作为导致客户亏损的手段长期存在。（2）从客户亏损次数来衡量是否反向建议并不合理，因反向建议的目的并非让客户每次均亏损，而是多次小盈利、单次大亏损，即减少客诉，又达到一举重创客户资金的目的，平台甚至将这种：“高超的平衡能力”作为对分析师的考核指标。对此建议可通过受到反向建议等诱导的客户亏损人数、金额、次数、频率与自主操作的客户相应数据做出对比，增加因果关系的说服力。

从第四层面来看，对于后台技术人为控制K线图走势，对客户账户进行数据回滚、强制平仓等操作，客户却认为自己是投资失误而造成损失，对此认定欺诈和损失之间的因果关系也并不存在障碍。

四、财产损失的认定标准及犯罪数额的计算标准

我国刑法虽然未在法条中明文规定“财产损失”，但将“数额较大”作为诈骗罪的成立条件，因此财产损失是诈骗罪成立的必不可少的要件。[16]财产损失直接影响到犯罪数额的认定以及相应量刑，需要准确把握认定标准。

在非法虚拟货币交易平台中，若客户最终出金大于投入资金，被阻止获取的预期盈利是否应当认定为财产损失，对此存在一定的争议，简单来说，从客户本可以获利角度来说，客户是亏损的，但从客户投入的本金和最终出金数额对比来看，客户并没有亏损。

理论上诈骗罪中“财产损失”认定标准存在两种不同的观点：一种观点是“整体财产说”，即从整体上来考察被害人的财产受有损失，如使用欺诈方法骗取财物，但同时又支付了相应价值的财物，被害人财产的整体并没有受到损害，则不能构成诈骗罪。[17]而另一种观点“个别财产说”认为：即便行为人向被害人支付了相应的款物，也不影响诈骗罪的成立。

根据《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第九条的规定，“对于多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物，在计算诈骗数额时，应当将案发前已经归还的数额扣除，按实际未归还的数额认定，量刑时可将多次行骗的数额作为从重情节予以考虑”。即认定多次诈骗的犯罪数额时，司法解释遵循“整体财产说”。

笔者建议，在认定虚拟货币平台诈骗的犯罪数额时建议参照“整体财产说”，以投资人实际亏损数额来认定，从实务操作角度来说，虚拟货币平台引入的历史行情无法恢复，难以准确界定各投资人预期获取盈利的数额节点，若被害人均以曾经可以获取的利益来主张损失，也不利于判决后追赃挽损工作的顺利进行。

对犯罪数额是否可以扣除客户手续费、自行做单导致的亏损，笔者认同，对于对能够认识到平台操控性的，在该平台内无正常交易可言，在此过程中产生的所谓手续费并不具有手续费的真正含义，系行为人为维持投资假象所巧立的名目[18]，骗局中徒劳无果的浪费性支出。

行为人目的系设局诈骗钱财，不能将案件部分事实割裂开来单独评价、单独考量投资者某次或局部盈利以及某个投资者盈利，而是要考量整个犯罪中全部投资者盈亏情况，将部分事实放到整个案件中，客户自行操作盈亏的结果均未超出行为人的主观故意及犯罪所需的成本，故对所谓手续费及客户自行操作的亏损部分均应计入相应犯罪数额。

五、量刑

有观点认为，交易者进入市场属于高风险的投资行为，交易者自身应当具备相应的风险意识，对自己的投资盈亏承担一定责任，如在正常的证券、期货市场中，如按

照操纵期货市场罪最高刑期为有期徒刑10年，如按照诱骗投资者买卖证券、期货合约最来规制，最高也是有期徒刑10年，相比最高刑期可达无期徒刑的诈骗罪，刑法对该类市场不当行为体现出较为宽缓的刑事政策，故类似与本案的情形应当参照特殊领域的政策，从宽处理。[19]

笔者认为，操纵期货市场等罪名中，由于交易行为发生在正规交易场所内，针对行为人而言存在政策、市场导向和资金入市等大量的不确定、不可控因素，因此行为人需要利用信息优势或市场主导地位进行蛊惑交易、或“抢帽子”操纵、或重大事件操纵、或利用信息优势等一系列的操纵市场行为。反之，本文提到的非法虚拟货币交易平台中，所有交易都在行为人虚拟“大盘”中进行，平台完全掌握“大盘”的人力、物力、信息力，存在封闭性、控制性，利用信息不对称优势，虚构事实、隐瞒真实来欺骗投资者，该行为的社会危害性、法益侵害的高风险性均与操纵证券类罪名不同，不能参照适用。

结语：对刑事处罚范围的思考

非法虚拟货币交易平台往往以合法公司的形式开展经营活动，如租赁办公室，配备完善的经营团队，申领相应营业执照和正常缴纳税款，员工均通过正常招聘手续入职。此类平台被查获后，除入职时间较短的员工，均可能会被刑事追诉。对此，司法机关面临如何确定共犯的刑事处罚范围，妥善把握刑事追诉的范围和边界等问题。

对于作为公司的中高层员工或者起了较大作用的下层员工，他们常常对公司的诈骗经营模式和客户极大亏损率是明知的，对自身行为非道德性能明确感知，但此情况下，仍然积极为公司工作，虽然直接目的是为了工资和生活，但对于公司的犯罪行为及后果却采取了一种放任的态度，属于间接故意的心理状态。

在案件的具体处理，特别是打击层面与范围上，建议针对各涉案人员按照层级、分工、作用的不同进行了区分，通过判断部门职责、个人行为与违法犯罪的关联性、对于犯罪结果的支配力、否具有明显法益侵害性、从侵害的法益中获利情况、个人在促成危害后果中的主动性程度来综合确认。

对入职时间不长、涉案金额较小，考虑到其初入社会，社会经验有限，判断能力有所欠缺，且在犯罪活动中仅起到次要、辅助作用，根据宽严相济的刑事政策，建议

宽缓处理。

如《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》规定：“对于无相关职业经历、专业背景，且从业时间短暂，在单位犯罪中层级较低，纯属执行单位领导指令的犯罪嫌疑人提出辩解的，如确实无其他证据证明其具有主观故意的，可以不作为犯罪处理。”

刑罚有度，法律的公正天平才不会倾斜，对此类平台的处理的目的在于通过办理案件惩治了一批人，教育了一批人，既精准有效地打击了违法犯罪行为，又取得了良好的法律效果和社会效果。

[1]新型经济犯罪实务精释 罗开卷著 P257

[2]刑事案例诉辩审评中国检察出版社 P184-198 主编：刘晖、劳娃

[3]检察风云 2010年第8期人头骨买卖第一案

[4]中国刑事审判指导案例刘溪等人非法经营案 P540-544

[5]《中国市场》2019年第32期
P34-38页非法期货交易的认定标准探究崔恒力、周寅

[6]刑法总论精释下 陈兴良

[7]中国刑事审判指导案例第71号王昌和变造金融票证案 P151-152

[8]陈兴良.规范刑法学[M].中国人民大学出版社，2008

[9]刑事司法指南 操纵证券市场罪：行为本质及司法认定

[10]陈兴良 刑法各论精释（上）2015年9月第一版

[11] 2017) 粤0306刑初3947号吴筱、吴一帆非法经营、诈骗一审刑事判决书

[12]梁云宝：回归与突破：我国刑法因果关系在归属层面的厘清南京师大学报(社会科学版)》2019年第5期 P120-131页

[13]张明楷刑法学 第五版 P175

[14]刑法总论第三版周光权著 P123

[15] 2018 浙刑终82号裁判文书

[16]刘明祥：《论诈骗罪中的财产损害》，载张志勇等编著：《诈骗罪专题整理》，中国人民公安大学出版社2007年版，第207页。

[17]日]中山研一：《概说刑法II》，成文堂2000年版，第150页。

[18]（2016）浙0603刑初1077号梁琛等人诈骗案

[19]阮方明、李永红、徐宗新：刑事辩护的专家经验