



链通刑辩出差前做核酸

3、有的地方在“推定”行为主观上是否明知时，会着重考察行为人是否有“测卡”行为。

有的认为，听说过从事某个行业的活动可能会收到有问题的资金，或先前的行为是否导致银行卡冻结，都过于笼统，认定行为人主观明知，应当着重考察行为人在行为时或行为前后的主观（心理）状态。

因此，行为人是否有“测卡”行为，就成为了认定是否“明知”的关键。所谓“测卡”，是指行为人在交易虚拟货币前，通过小额转账或消费方式测试银行卡（VX或ZFB）的状态是否正常，言外之意，就是通过测试，发现银行卡冻结的，就会更换其他银行卡，即行为人知道从事虚拟货币交易收到H钱的可能性很大，而且“测卡”行为贴近虚拟货币交易的行为发生时，能够更为精确地反映行为人届时的主观状态和心理。

有的认为，行为人“测卡”这种异常行为表面，其对交易虚拟货币可能收到H钱的认知是深刻的，作为守法公民，应当审慎，应停止交易；若行为人继续交易，则放任了收到问题资金的发生，就可以推定其主观明知。为此，通行为人的银行流水和

转账（消费记录）也被用来佐证，以达到“铁证如山”的效果。

4、有的认为，仅考察虚拟货币交易前的“测卡”行为是不够的，还应当考察虚拟货币交易后，是否有“资金过滤”的行为。

所谓“资金过滤”是指，行为人在出售虚拟货币时，已经意识到可能收到问题资金，但主观上依旧放任这种结果的发生，继续交易，在交易完成后，又将出售获得的资金，进行提现、频繁划转或转到理财，以规避资金的冻结或逃避监管。有的地方认为，行为人这种躲避追踪的事后行为，足以表明其对收到H钱是有深刻的认识的，加之银行流水、转账和提现记录等证据，可以达到“铁证如山”的效果。

5、有的认为，行为人不留“过夜资金”也可以推定其主观“明知”。

所谓“不留过夜资金”是指，行为人出售虚拟货币后，不敢将资金留在卡里，甚至有一种不过夜的说法。有的地方认为，行为人不留过夜资金或卡内不留余额的行为属于异常因素，表明其对虚拟货币交易的风险和可能收到问题资金有比较深刻的认知，可以据此推定其主观“明知”。

6、有的地方认为，认定行为人主观是否明知，应当考虑行为人是否属于虚拟货币交易“职业者”。

有的认为，行为人的不同身份，其注意义务也应当有所区别，比如：虚拟货币交易职业者，应当具有比普通用户或低频偶发的交易者更高的注意义务，即对普通用户和低频偶发的交易者认定明知时，标准应当提高；反之，对虚拟货币交易职业者或高频交易者（搬砖等），应当降低认定明知的标准，入罪从宽。但是关于职业者的标准，目前还不清晰，各地并没有统一的标准，但部分地方认为，雇佣他人从事虚拟货币交易或长期从事虚拟货币或以虚拟货币交易的获利作为生活的主要来源或有虚拟货币从业经历，可以认定为“虚拟货币职业者”。

7、有的地方认为，行为人不用自己的卡从事虚拟货币交易也属于可以推定其主观明知的理由之一。

2021年，我们在中部偏北部的一个县城办案，承办人就讲，行为人不用自己的银行卡从事虚拟货币交易，而雇佣他人，使用被雇佣人的银行卡从事虚拟货币交易，属于躲避监管（“做贼心虚”），足以推定行为人“主观明知”。

其实，大部分做得比较大的OTC商家，都有自己的工作室或团队，绝大部分OTC团队使用的银行卡都是团队成员及其亲属的卡，当然，也有少部分人使用租赁或购买的银行卡，后者的行为涉嫌妨害信用卡管理罪（此处不展开，后续文章详细分析）

。这种观点，虽然过于主观，但是有些地方，还是受到了这种观点的影响。

8、有的认为，在推定行为人主观明知与否时，应当区分交易流水的大小。

有的认为，在掩饰隐瞒犯罪之外增设帮信罪，关键是要解决网络犯罪侦查难、取证难、惩治难的问题，过于严苛地认定标准不符合目前严厉打击网络犯罪的要求，因此对于帮信罪的主观明知的认定标准，可以相对降低。交易流水大的、交易频繁的，其社会危害更大，因此行为人需要承担更多的注意义务。

9、有的认为，在推定行为人主观明知时，还应当综合考虑“交易方式”是否存在异常。

《924政策》发布之后，虚拟货币交易呈现出“线上交易转线下交易”“线上线下相结合”“现金交易”“隐秘交易”等特点，因此，有的地方认为，在推定行为人主观是否明知时应当综合考虑“交易方式”是否异常，比如：线上比线下异常，现金比转账异常，头部交易所比山寨交易所异常，审核银行流水比不审核流水异常，正常沟通比使用境外非法加密聊天软件异常，差价过大或非正常返点比市价成交异常，偏僻场所成交比公共场所异常，陌生人交易比熟人交易异常，他人提供资金比自有资金交易异常.....



链通刑辩团队走进威海

鉴于以上种种，我们建议：

- 1、对于虚拟货币交易引起的风控、止付和冻卡，建议相关机关向卡主或持卡人出具《告知函》，明确告知我国对虚拟货币交易的政策及其风险，告知函可以向其户籍所在地、经常居住地或缴纳社保的单位发送，也可以通过实名认证的手机号或社交软件发送。若被明确告知其交易对象可能涉嫌电信网络诈骗犯罪，但行为后续仍继续交易的，则后续可作为推定主观明知的重要参考。
- 2、建议通过司法解释或典型案例的形式，对职业者、冻卡数量和次数等进一步明确。
- 3、通过司法解释或典型案例的形式，践行宽严相济的原则，明确异常交易的认定标准，比如价格异常的认定标准等。
- 4、对于不构成犯罪的虚拟货币交易行为，以行政的手段加以规制，比如进入征信黑名单、银行卡非柜、出具告知函、签署承诺书或告知用人单位等。