

普罗透斯之脸：加密数字货币的 双重属性、法律风险与刑法控制

——以比特币和首次代币发行（ICO）的分析为视角

刘博涵*

摘要：以比特币为代表的加密数字货币自2009年诞生以来已在世界范围内广泛流通并发展出了发行智能合约代币的融资模式。比特币币值过山车式地暴涨暴跌和打着ICO幌子的圈钱式融资给尚处于襁褓之中的区块链科技金融蒙上了一层阴影。为切断其与传统金融市场的风险传递，我国金融监管部门先后出台两份文件对比特币、代币融资进行了管制性监管。但是，其对比特币货币属性的否定及金融工具属性的视而不见不仅没能监控风险，反而在一定程度上扼制了现有监管体系和金融刑法规范的适用可能性，让区块链科技金融再次回到监管阙如的蛮荒状态。恰当的应对之策是对现行金融刑法规范进行实质解释以控制风险，并适时调整立法以迎接正在到来的区块链科技金融时代。

关键词：区块链 比特币 ICO 法律风险 刑法规制

博登海默曾说：“正义具有一张普罗透斯似的脸，变化无常，随时可呈现不同形状，并且具有极不相同的面貌。”^{〔1〕}加密数字货币一如正义一般，有着普罗透斯般善变的面孔。从第三方支付、互联网信用消费，再到P2P借贷和众筹融资等金融模式的创新，我们正在迎来互联网金融发展的全盛时代。如果说当前的“互联网金

* 刘博涵，厦门大学法学院博士研究生。

〔1〕 [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学2017年版，第265页。

融主要表现为金融对互联网信息技术的工具性应用”^[1]，以既有金融市场为研究对象原型的金融监管原理和法律体系仍可在互联网金融领域得到运用，那么以“比特币”为代表的加密数字货币在金融业的应用正在经历由“量变”到“质变”的过程。加密数字货币的出现和流行，可能会对传统金融理论与金融监管制度造成颠覆性的影响。尽管中国人民银行联合有关部门已先后出台了两份规范性文件试图“杜绝”比特币和 ICO 市场（Initial Coin Offering，译作“首次代币发行”，以下简称 ICO）风险的滋生和蔓延，但对新生事物不准确的认识和判断，不仅无法杜绝风险，反而会带来更大的风险。

一、星火燎原：基于区块链技术科技金融的兴起与制度应对

2018 年“区块链”一词频频见诸报端，2 月 26 日的《人民日报》整版刊发关于区块链的专题文章解读区块链的有关问题。区块链作为一种链接组织协作的新技术与金融业融合迸发出了前所未有的创造力，亦对现有的金融监管体制和法律体系造成了冲击和挑战。

（一）加密数字货币的流通与 ICO 金融模式的发展

2008 年 11 月，一个化名中本聪（Satoshi Nakamoto）的日裔美国人在《比特币：一种点对点式的电子现金系统》^[2]一文中首次提出了“比特币”（Bitcoin）的概念并对其运作机制进行了阐释。比特币是一种任何人都能够创造和管理，用于各种交易的新型虚拟货币。它使用遍布整个 P2P 网络节点的分布式数据库来管理货币的发行、记录货币交易和账户余额信息，并使用密码学的设计核查重复消费，保证货币流通各个环节的安全性。设计者期望这一货币能替代美元和欧元甚至全球货币，彻底改革金融业。^[3]2009 年 1 月，中本聪所设计的系统在开源式软件上运行，比特币正式开始流通。随后，世界各地的“矿工”们为攫取第一桶金纷纷贡献计算力，经营比特币与美元、人民币等法定货币“兑换”业务的交易所也如雨后春笋般在世界范围内遍地开花，比特币的币值也从最初的一万比特币购买一个比萨饼到 2017 年被爆炒到一个比特币标价逾 20000 美元。尽管比特币的币值如坐过山车般大

[1] 李有星、陈飞、金幼芳：《互联网金融监管的探析》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2014 年第 4 期。

[2] Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System, 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. 最后访问时间：2019 年 1 月 20 日。

[3] 参见贾丽平：《比特币的理论、实践与影响》，载《国际金融研究》2013 年第 12 期。

起大落，但在平静期的当下单个比特币的币值亦逼近 4000 美元。^[1]

比特币的兴起，其背后依赖的是一个去中心化的记账系统——区块链。区块链是一种按照时间顺序将数据区块相连组合而成的一种链式数据结构，并以密码学方式保证的不可篡改和不可伪造的分布式账本，比特币的所有交易记录均保留在区块上。^[2]比特币是区块链最早的一个应用，随后的几年中，根据特定用途对区块链的性能、去中心性、合规性、匿名性、安全性等要素进行处理、优化的多元化的区块链系统纷纷问世，如致力于促进金融服务提供商之间跨境货币兑换的瑞波（Ripple）、旨在刺激市场活性的通用平台以太坊（Ethereum）以服务私营公司、实现信息或交易分享为宗旨，因而不发行加密货币的超级账本（Hyperledger）和 R3 金融服务联盟（R3 financial services consortium）等。^[3]

随着加密数字货币的广泛流通，ICO 融资模式也逐渐兴起，区块链的实践应用在科技金融领域逐渐展开。一个典型的 ICO 融资流程为：融资方有一个需要融资的产业项目，通过发行智能合约代币的方式向投资方融得比特币等流通较为稳定的数字货币，随后将融得的比特币在全球的比特币交易所兑换为其所需的法定货币，如美元、欧元、人民币等，再将法定货币投入需要资金的产业项目；投资者将法定货币在交易平台“兑换”成比特币并申购智能合约代币，其持有的智能合约代币的价格会随着融资方项目运行状况的好坏而波动，投资者可以在自己认为合适的时机在交易所抛售其持有的智能合约代币，换回比特币等通行的数字货币，进而“兑换”为法定货币。ICO 的融资规模在 2014 年尚不足 2600 万美元，2015 年一度下滑到 1400 万美元，但在 2016 年下半年随着比特币市场热度的高涨，全球 ICO 融资总额一跃上升至 2 亿美元。在比特币币值被爆炒至 20000 美元历史高位的 2017 年，全球 ICO 亦呈现出爆炸式增长态势，全年融资规模达 53 亿美元。国家互联网金融安全技术专家委员会 2018 年 9 月在其官网发布的《区块链行业动态月报》显示，“2018 年的前三个月全球 ICO 筹集资金规模已经超过 2017 年全年水平，前三个月 ICO 筹集资金总额为 63 亿美元，是 2017 年的 118%”。^[4]ICO 的融资规模一路高歌猛进，传统融资方式无论在融资规模还是在投资者的参与度上都难以望其项背。

[1] Bitcoin Price Index, <https://www.coindesk.com/price/>. 最后访问时间：2019 年 1 月 21 日。

[2] 参见姚博：《比特币、区块链与 ICO：现实和未来》，载《当代经济管理》2018 年第 9 期。

[3] 参见 [美] 凯文·沃巴赫：《信任，但需要验证：论区块链为何需要法律》，林少伟译，载《东方法学》2018 年第 4 期。

[4] <https://www.ifcert.org.cn/industry/216/IndustryDetail>, 最后访问时间：2019 年 1 月 22 日。

(二) 加密数字货币交易的投机性、犯罪俘获与我国的监管应对

与比特币币值一路走高相伴的并不是其在实体经济中认可度的升高和实体贸易中支付量的提升,事实上比特币在商品和服务交易中支付的接受度仍十分有限,在美国也只有微软、亚马逊等互联网企业或电商巨头接受比特币的商品消费支付。2017年,比特币币值的暴涨实际是巨量投机性需求带来的,迅速涌入的热钱希望在比特币与法定货币“兑换率”急速拉升的过程中低买高卖赚取其中的价差利润。ICO融资模式的发展更是加深、放大了比特币市场的投机性与高度风险性。2017年,一个名为“草泥马本位人工智能体”的ICO项目发行的智能合约代币叫“马勒戈币”,就是这样一个从名字到内容都无比荒诞的“圈钱”项目,其代币价格却在上线之后的一周之内上涨了900%。^[1]这种伪ICO项目的大行其道印证了行为金融中的“博傻理论”^[2],在博傻心理的驱使下,持有比特币的“投资者”买卖ICO智能合约代币并不考虑项目优劣、是否匹配法定货币对价,他们只相信会有更傻的投资(投机)者进入市场,相信其能够在价格高点将智能合约代币卖出而获得价差利益。这种投机泡沫的集聚、危机的积累对市场参与者的资产安全构成了严峻的风险。^[3]此外,利用比特币实施的洗钱犯罪已经现实发生。2013年10月,美国联邦调查局(FBI)查封了一个名为“丝绸之路”(Silk Road)的毒品、枪械等违禁品网络交易平台,比特币是该网站唯一接受的结算工具,被查算的月平均交易额保守估计为120万美元。^[4]

针对比特币的投机风险,中国人民银行等五部委于2013年12月3日出台了《关于防范比特币风险的通知》(以下简称《比特币风险通知》),认为比特币“不是由货币当局发行,不具有法偿性与强制性等货币属性,并不是真正意义上的货币”,而“是一种特定的虚拟商品,不具有与货币等同的法律地位,不能且不应作为货币在市场上流通使用”。要求“各金融机构和支付机构不得开展与比特币相关的业务”“防范比特币可能产生的洗钱风险”。针对ICO等代币发行融资活动,中国人民银行等七部委于2017年9月4日发布了《关于防范代币发行融资风险的公告》(以下简称《代币融资风险公告》),将智能合约代币发行融资定性为“一种未

[1] 参见澎湃新闻:《马勒戈币?! 区块链代币发行成荒谬游戏》,2017年8月30日。

[2] See Sandro C. Andrade, Jiangze Bian & Timothy R. Burch, A Practical Anti-bubble Prescription, 9 *Economists' Voice* 15, 17 (2012).

[3] 谢杰、张建:《“去中心化”数字支付时代经济刑法的选择——基于比特币的法律与经济分析》,载《法学》2014年第8期。

[4] See Nicolas Christin, Traveling the Silk Road: A Measurement of a Large Anonymous Online Marketplace, *International Conference on World Wide Web ACM*, 2013.

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”，并要求“任何组织和个人不得非法从事代币发行融资活动”。如果说《比特币风险通知》还只是通过限制比特币的支付功能以切断其与传统金融体系和实体经济的风险传递，那么《代币融资风险公告》则是对比特币交易平台和 ICO 融资模式采取了“零容忍”的态度。虽然《代币融资风险公告》只是要求“加强代币融资交易平台的管理”，但禁止代币与法定货币之间的兑换业务、禁止为代币提供定价、信息中介等服务，已经事实上关停了代币融资交易平台。

二、溯源穷流：比特币的货币属性及对之误判的法律风险

在对比特币属性缺乏深入把握的情况下，《比特币风险通知》贸然对比特币作出“非货币”属性的判断，不仅没有针对控制比特币投机的金融风险对症下药，反而在监管立法阙如的情况下将其置于更大的风险暴露之中。

（一）比特币的货币面孔

在出台《比特币风险通知》的中国现行金融市场监管制度和法律体系下，其所称的“真正意义上的货币”等同于人民币、美元、欧元等以国家、地区中央权力信用为基础，具有法偿性、强制性的法定货币。比特币因其“没有集中发行方、总量有限、使用不受地域限制和匿名性”等特征而被排除在“真正意义上的货币”之外。比特币只是商品，并且是必须强调其虚拟性的商品。但是，法偿性和强制性从来都不是经济学意义上货币属性的依据，根据主流货币经济学“基于交易”的货币本质观，货币是充当交换媒介的一般等价物。^{〔1〕}《比特币风险通知》对货币所持的认知仍局限于法律意义上的货币，而比特币的出现和广泛流通对传统狭义的货币定义造成了冲击和挑战，也正因为加密数字货币的广泛流通，法律意义上的货币与经济学上的货币不再那么“泾渭分明”，其界限逐渐模糊、日渐趋同。如果开放性地站在对货币功能主义的认知上，以能否实现价值尺度、交换媒介、流通手段、价值贮藏、世界货币等职能对货币进行定义，就会发现比特币的货币面孔。

1. 价值尺度职能

货币的第一个重要功能便是作为价值尺度标记商品和服务的价值。目前比特币系统的标记单位为 BTC，在接受比特币消费支付的地区和商店，通常如欧元区同时

〔1〕 参见李黎力、张红梅：《基于交易与基于债务的货币本质观之比较》，载《当代财经》2014年第10期。

用欧元和本国货币标记商品、服务的价格一样同时使用法定货币和比特币标记其价格。当然,在目前比特币流通“受限”的情况下,双重标价商店通常使用当地的法定货币作为计价的原始标准,并按照该法定货币与比特币的“兑换率”标记商品和服务比特币价格。德国联邦金融监管局、中央银行、财政部早在 2011 年就已经将比特币认定为价值单元了,同时还明确了创制、发行这种价值单元或将其作为支付工具使用并不需要得到法律的许可。^[1]

2. 交换媒介和流通手段职能

商品交换时接受货币的一方实际是获得了货币所内涵的价值量,进而使用承载一定价值量的货币与其他接受该货币的人交换与该价值量对等的商品。一种货币的接受度越高,以之进行交易的交易成本和信息成本就越小,其交换媒介的职能就越充分。尽管比特币的第一笔交易是通过信用卡中介才间接购买了一个比萨饼,但时至今日在接受比特币的地区(如德国柏林 Kreuzberg 等地区),人们已经可以直接用比特币购买日用商品和在餐馆消费。从比特币的交易量来看,截至 2019 年 2 月全球比特币的交易量已经突破 2000 亿美元。^[2]

3. 价值贮藏职能

货币以购买力的形式贮藏价值,比特币既没有与黄金等贵金属挂钩,又没有国家信用和强力背书,其暴涨暴跌的币值更加引起了人们对其价值贮藏职能的广泛质疑。有学者便指出:“比特币没有集中发行方,容易被过度炒作,引起价格大幅波动。”^[3]但是,价值贮藏缺乏稳定性并不能构成对比特币货币属性的否定。只要市场上存在一定规模以比特币而进行的交易活动,那么作为一定量内涵价值载体的比特币就具备经济学上广义的货币属性。“对货币而言最重要的是它能够作为价值的承载者而继续存在,货币的价值含量并不影响对货币的定义。”^[4]

4. 世界货币职能

世界货币随着商品生产和国际贸易的发展而产生和发展,是国际支付、购买、和财富转移的手段。从金本位制到布雷顿森林体系崩溃,美元作为世界货币的内在矛盾一直悬而未决,这种由一个主权国家的法定货币主宰世界经济的世界货币体系早已饱受诟病,全世界各国都在呼唤一个超越主权国家的世界货币诞生。而比特币

[1] 参见 https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html, 最后访问时间:2019 年 1 月 23 日。

[2] 参见 <https://www.blockchain.com>, 最后访问时间:2019 年 2 月 23 日。

[3] 盛松成、翟春:《货币非国家化理念与比特币的乌托邦》,载《中国金融》2014 年第 7 期。

[4] See Bernd von Maydell, Geldschuld und Geldwert: die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Bd. 32, 1974.

因其去中心化、虚拟性、匿名性、自由兑换、所有权专属、不会通胀和代码可开源等特征为超主权国家世界货币的构建提供了可操作性思路，^{〔1〕}当前比特币的广泛流通已经在某种程度上充当了事实上的世界货币。

（二）否定比特币货币属性对货币、外汇市场及税收征管制度造成的风险

由金融监管部门对比特币“不是由货币当局发行，不具有法偿性与强制性等货币属性，并不是真正意义上的货币”，“不能且不应作为货币在市场上流通使用”的定性可以推知——比特币不能构成货币犯罪的犯罪对象，而这一对比特币“非货币”的定性产生了巨大的经济刑法风险——大量利用比特币货币特征而进行的犯罪行为将因金融监管部门对比特币货币属性的剥离而脱离刑法规范的控制，刑法规制货币犯罪的条款将受到抑制。

刑法设置货币犯罪规范的目的就在于保护央行对货币市场的监管地位、维护货币市场秩序，具体方法是保障央行对人民币供给的垄断性地位以便于各种货币政策的有效施行。

我国刑法规定骗购外汇罪以规制使用伪造、变造或重复使用的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据等方式骗购外汇的行为；规定逃汇罪规制擅自将外汇存放境外，或者将境内外汇非法转移到境外的行为；规定非法买卖外汇罪规制违反外汇交易管理规定在取得外汇经营资质的机构之外买卖外汇的行为。但是，境内主体可以在接受人民币的比特币交易平台使用人民币“购入”比特币，通过比特币转账专用的“钱包”软件将比特币转入以美元、欧元等外国法定货币为交易币种的比特币交易平台，进而“卖出”比特币以“兑换”其所需要的外国法定货币。由于比特币交易平台处于金融监管部门的监管真空之中，而比特币用于“转账”的每个“钱包”都有如同电子邮箱的一串地址，账户间“转账”只要交易双方提供彼此的钱包地址，就可以如同收发邮件一样快速实现“转账”，完全脱离任何第三方的中介。这种类似电子邮件通讯的“货币”转移方式通过一次产生一组公钥、私钥的方式保证交易完全匿名，难以跟踪。借此不需要任何证明文件就实现了以比特币为中介，脱离外汇管理制度而进行人民币与其他法定货币的自由兑换，比特币交易市场“变身”为即期外汇交易市场，现行的外汇管理制度完全被架空，保障该制度的骗购外汇罪、逃汇罪、非法买卖外汇罪等刑法规定亦形同虚设。

〔1〕 孙启明、王浩宇、潘智涓：《比特币的世界货币特征探索》，载《北京邮电大学学报（社会科学版）》2014年第1期。

此外,刑法规定逃税罪、骗取出口退税罪、虚开发票罪等涉税罪名旨在促使纳税义务人依法履行纳税义务、保障国家税收收入、维护税收征管秩序,而比特币的“转账”技术机制天然地使其免受税务监控,这将使以逃税罪为核心的整个刑法涉税规范体系面临失灵的风险。

三、探微知彰:比特币的金融工具属性及对之误判的法律风险

当前理论界与实务部门对比特币的经济机理和交易机制还没有系统、科学的认识,《比特币风险通知》对比特币确立的“虚拟商品”定性,不仅没有为将来出台有效的监管措施指明方向,反而在这一道路上垒起了一堵难以逾越的高墙。

(一) 比特币的金融工具面孔

在金融学经典理论——有效资本市场假说下,金融资产的价格反映资本市场的内在价值,金融资产的市场价格将围绕该价值上下波动,其中最直观也最有代表性的便是股票价格。尽管股票代表着发行公司的分红权益,其内在价值围绕公司经营状况的好坏变化,但是,“焦急”的投资者等不及股份分红,资本市场的存在大大提高了股票的流转速度,也正是资本市场股票价格的瞬息万变让低买高卖的投机者变现速度远快于等待公司分红的股民。加上强制分红制度的步履维艰,“炒股炒成了股东”在中国成为一种对“套牢”者的调侃。没有任何信用背书和实体经济支撑的比特币币值之所以会暴涨暴跌,投机是其最主要的因素。

2013 年是中国比特币交易量大幅增长的一年,年初比特币币值还不足 100 元人民币,中国的比特币交易量占全球份额不足 20%。但到了 12 月《比特币风险通知》出台前夕,比特币币值暴涨到 8000 元人民币,中国更是超越美国成为第一大比特币交易国,市场份额占全球近 70%。^[1] 比特币价格的飙升暴涨,主要源于中国投资者的加入。而中国第二大比特币行业网站——火币网的一项用户抽样调查显示,在中国约“80.77% 比特币投资用户交易比特币是为了短期盈利,通过差价赚取利润”^[2]。投机因素尤其是中国投资者的投机因素是全球比特币价格暴涨最主要的推动力。

2013 年年底至 2014 年年初,多国先后出台了规制比特币的相关政策。^[3] (见表一)

[1] 参见《回顾 2013 年比特币市场》,网址: <https://www.tuicool.com/articles/Y7vAFbA>, 最后访问时间: 2019 年 1 月 27 日。

[2] 孙忠:《疯狂比特币》,载《上海证券报》2017 年 1 月 7 日。

[3] See Countries Where Bitcoin Is Legal & Illegal (DISH, OTSK), <https://www.investopedia.com/articles/forex/041515/countries-where-bitcoin-legal-illegal.asp>, 最后访问时间: 2019 年 1 月 27 日。

表一 主要国家金融监管部门规制比特币的相关政策

时间	国家（机构）	政策主要内容
2013年12月	中国	不具有法偿性与强制性等货币属性，并不是真正意义上的货币。不具有与货币等同的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通使用
	欧洲银行监管局	比特币价格波动剧烈、风险大，不受法律保障
	法国	比特币是虚拟货币，不受监管，没有担保，不具有法偿性
	新加坡	比特币交易是商业考量，政府不干涉比特币的交易与使用行为
2014年2月	俄罗斯	任何俄罗斯公民和法人实体都不得使用比特币
2014年3月	美国	比特币属于财产，但在任何司法管辖区内都不具有法定货币地位
	日本	比特币与价格随市场行情波动的贵金属等同样对待，但不是货币，银行或证券公司不得充当交易中介或开设专用账户

各国金融监管部门对比特币的相关政策出台后，尤其是多国作出负面回应之后，比特币币值迅速回落。在中国，《比特币风险通知》出台的前后两天，比特币币值便从8000元人民币迅速跌落到5000元，而到了12月18日其币值更是下探到了2700元的低谷。^[1]

比特币币值暴涨暴跌的过程中，无论是使用法定货币“购入”比特币，还是在交易市场将比特币“兑换”成法定货币套现离场，都是在比特币币值起落大潮中承担着“价格”波动风险以谋求法定货币利益的最大化。比特币以极低的交易成本和极其便捷的方式在“商品”和法定货币之间“兑换”，并在全球各大交易平台通过集中竞价的方式交易。交易的实质是比特币以投资工具的形式，在具有证券、期货交易实质功能的网络交易平台进行着日交易量可达数亿元人民币的集中交易。甚至还可以使用杠杆、做空等交易机制对比特币进行各类衍生性的交易，2017年12月，比特币期货已经通过自我许可程序先后在美国芝加哥期权交易所和芝加哥商品交易所上市，冠冕堂皇地走进了全球最大、历史最悠久的期货交易所——芝加哥商品交易所。^[2]比特币在实践中事实上承担着套利、投资（投机）、兑现法定货币的金融工具功能，其金融工具的面孔已经显露无遗。

[1] 参见邓伟：《比特币价格泡沫：证据、原因与启示》，载《上海财经大学学报》2017年第2期。

[2] 参见唐波：《美国期货品种上市机制的反思与启示——以比特币期货上市为视角》，载《东方法学》2019年第1期。

(二) 否定比特币金融工具属性对证券、期货市场及投资者保护造成的风险

金融监管部门“比特币应当是一种特定的虚拟商品”“普通民众在自担风险的前提下拥有参与的自由”^[1]的定性在确立比特币虚拟性、商品性的同时，否定了其真实性和金融性。否定比特币金融工具属性的后果是无法在现行金融监管法律框架下对比特币市场进行监管，刑法在证券、期货市场和投资者权益保护等方面的规定受到折损。

我国刑法对“未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货”的行为以非法经营罪定罪处罚。在交易所买卖比特币的机制与在证券市场申购、抛售股票的机制如出一辙：投资者在比特币交易所同时开设法定货币账户和比特币账户，并充入一定数额的法定货币或比特币，投资者向交易平台提交买入或者卖出申报，交易所按照“价格优先、时间优先”的集中交易规则匹配价格、撮合成交，买入生效后的比特币计入投资者的比特币账户，卖出生效后的法定货币则计入投资者的法定货币账户，法定货币还可以提现。在比特币发展的早期，比特币交易平台就已经实际经营起了比特币期货业务：交易平台接受一定担保的杠杆交易，投资者向第三方法定货币账户转入人民币或比特币账户转入比特币，然后以一定杠杆买入比特币做多或以一定杠杆卖出比特币做空。交易平台根据即时行情进行结算，账户资金不足则强行平仓。^[2]比特币交易市场这种预付资金、现金交割、客户双向交易、标准化交易、预付款低于警戒线交易平台有权强行平仓等交易机制完全符合期货市场的保证金、标准化合约、当日无负债结算、强行平仓等制度。

此外，由于比特币市场的流通量、市值均远远小于传统证券市场，这便给市场操纵者利用比特币或资金优势以传统证券市场常见的连续交易、相对委托等手段打压、拉抬比特币市值并从中攫取巨额差价收益提供了可能。在交易平台监管制度缺位的情况下，交易平台的内部人员利用职务便利获取的比特币流动数据等尚未公开的内幕信息抢先于普通投资者完成交易而侵害其权益的情况也极有可能发生。在比特币表现出明显的金融工具特征且投资者合法权益受到市场滥用行为侵害的风险显著高于传统资本市场的情况下，金融监管部门对比特币虚拟商品的定位导致刑法规定的操纵证券、期货市场罪、内幕交易罪、利用未公开信息交易罪完全无法适用于比特币交易市场中客观存在的市场侵害行为。

[1] 中国人民银行等五部委在发布《比特币风险通知》时指出：“比特币交易作为一种互联网上的商品买卖行为，普通民众在自担风险的前提下拥有参与的自由。”参见网址：http://www.gov.cn/gzdt/2013-12/05/content_2542751.htm，最后访问时间：2019年1月24日。

[2] 参见简工博：《监管尚为空白，比特币交易风险大》，载《解放日报》2013年12月4日。

四、因事制宜：控制比特币市场犯罪的刑法调适与行政法调整

既然否定比特币货币、金融工具的属性会架空既有金融监管体制、折损刑法维持金融市场秩序、保护金融投资者法益的功能，那么是不是改弦更张肯定其货币、金融工具属性就万事大吉了呢？事实上非黑即白地肯定或否定比特币的货币、金融工具属性都会面临现有制度上的困境：肯定比特币的货币、金融工具属性有利于组织现有的监管法规、刑法规定对比特币市场愈演愈烈的和潜在的金融犯罪进行精准定位和打击，还有利于建立和完善监管比特币交易平台的制度。但囿于比特币不全面、不完善、不彻底的货币功能，^{〔1〕}肯定其货币属性意味着放弃政府垄断货币供应的模式，让位于一种发行和支付系统均不受任何政府监管的私货币，这无疑会将一国经济置于无法控制的风险暴露之中。出现这一困境的原因在于，监管部门在主观上坚持以现有的民事、行政法律体系刻画、形塑比特币的法律特征，削足适履地对其作出扁平的、线性的形式判断，而没有立足比特币的经济机理、客观运行状况对其法律属性进行实质解构。^{〔2〕}

（一）金融刑法规范的实质解释与对交易平台的反洗钱监控

从比特币的经济机理把握其在经济生态系统中发行、交易、支付等环节的链式关系及其在货币、金融工具等方面的表现形态和功能实现上的互动关系，有助于我们发现比特币的本质属性。在此基础上，对现行刑法规范进行实质解释，以纾解监管真空背景下比特币交易、ICO 融资对货币、外汇、证券、期货等市场的冲击，守住维护金融市场秩序、保护投资者合法利益的底线。例如，绕开国家外汇管理部门的监管，使用人民币购买比特币，再利用比特币交易平台兑换成所需外币，应构成骗购外汇罪。如果境内的比特币交易平台经营者明知行为人利用该平台进行人民币“在岸”与外币“离岸”兑换而提供技术帮助的，则构成骗购外汇罪的共犯。同时，其行为又构成帮助信息网络犯罪活动罪的，应当按照想象竞合犯的原理择一重罪处罚。比特币作为一种特定类型的法定货币资产，如果在商品或服务贸易、提供社会劳务或劳动、资本利得等方面获取比特币达到纳税标准却不申报纳税的，其行为应构成逃税罪。而行为人如果面向不特定的社会公众以支付高额利息为

〔1〕 比特币虽然表现出一定程度的货币属性，但其价值尺度功能严重依附于法定货币、巨大的流通量绝大多数缘于投机炒作而非贸易交易、价值贮藏极不稳定。因此，比特币只是在特定的经济行为和投机行为驱动下聚合出了货币的功能，其货币属性并不全面、完整、彻底。

〔2〕 参见谢杰：《区块链技术背景下金融刑法的风险与应对——以比特币交易对外汇犯罪刑法规制的冲击为视角》，载《人民检察》2017年第8期。

诱饵吸收比特币的行为应构成非法吸收公众存款罪。如果以非法占有比特币为目的,故意编造投资项目“融”得比特币后兑换成法定货币并大肆挥霍的,则应认定为集资诈骗罪。

为有效维护货币市场与外汇市场的稳定,还需在资金流动端切断货币与外汇犯罪的输血管道,以刑法对通过比特币进行的洗钱犯罪进行有效规制。《比特币风险通知》要求央行各分支机构关注比特币匿名性、跨境流通便利性的特点,“认真研判洗钱风险,研究制定有针对性的防范措施”。事实上,比特币支付系统匿名性、去中心化、低成本全球流动的特点可以说是“完美”的犯罪所得流转通道,美国联邦司法部在一份执法评估报告中便将其称为“理想的洗钱工具”。^[1]尽管如此,利用比特币进行的洗钱犯罪并非没有它的“七寸”。无论以何种方式进行洗钱犯罪,其最终目的都是实现以法定货币代表的现实经济利益,通过比特币洗钱也不例外。虽然比特币因其“去中心化”而超强的匿名性难以把握其流转行踪,但要实现犯罪所指向的经济利益,就必须兑换为法定货币,而比特币与法定货币之间的兑换都是通过比特币交易平台实现的,这就让我们为“去中心化”的比特币找到了监管的“中心”。这就要求比特币交易平台按照现行的证券法律制度体系对比特币现货、期货、衍生品的各种集中交易行为按照金融机构反洗钱的标准进行监控,强化洗钱线索报告义务。金融监管部门也应当注意不要在比特币“去中心化”而不受法律监管的环节徒耗监管资源,而要针对比特币网络点对点发行、交易,但是在交易平台集中“变现”的特征集中力量监控比特币交易平台上洗钱嫌疑的交易。同时,加强与其他国家、地区反洗钱犯罪监管部门的联动,建立、健全“去中心化”加密数字货币的反洗钱国际合作机制。

(二) 将加密数字货币、智能合约代币纳入证券定义周延保护

我国没有制定统一的金融工具交易法^[2]整体定义金融工具并将其纳入统一监管,而是通过《证券法》《证券投资基金法》《期货交易管理条例》等分散的、制定主体各异、效力层级不一的规范性文件对证券、证券衍生品、期货、期货衍生品等金融工具进行监管。根据《证券法》第2条的规定,其规制的证券种类仅覆盖股

[1] United States Department of Justice National Drug Intelligence Center, Money Laundering in Digital Currencies, P. 1, <http://www.justice.gov/archive/ndic/pubs28/28675/28675p.pdf>, 最后访问时间:2019年1月25日。

[2] 德国以《证券交易法》将股票、债券、期货、期权等金融资产、金融衍生品一起纳入统一监管。欧盟的《金融工具市场指令》亦将证券、货币市场投资工具、集合投资单元、金融期货合约、利率、外汇、远期利率协议、股权互换等法律许可的多种金融工具纳入同一部法律统筹监管。

票、公司债券、政府债券、证券投资基金份额，证券衍生品等其他证券授权国务院予以认定。以比特币为代表的加密数字货币及 ICO 发行的智能合约代币正在各网络交易平台供投资者投资、交易，它们事实上表现出了金融工具的特性却因没有被法律纳入合法金融工具的范围而受到相应的监管。如上所述，面对加密数字货币市场、ICO 融资市场可能滋生的各类犯罪可以通过对现行刑法规范进行实质解释扩大犯罪圈而在一定程度上得到遏制，但这只能是权宜之计。因为这一做法可能招致违反罪刑法定原则的质疑，而实质解释的教义学方法在刑法学界远未达成广泛的共识。^[1]因此，从长远来看，要从根本上解决这一问题仍需完善相关立法。日本已于 2017 年率先立法规定了数字加密货币的定义、设置了交易平台的准入标准、规定了投资者保护和反洗钱、反恐怖融资的相关规则，为保护投资者利益、平衡金融创新和金融稳定奠定了坚实的基础。^[2]在我国出台《代币融资风险公告》对加密数字货币交易采取了严厉的管制性监管措施之后，制定专门的法律界定加密数字货币的含义、廓清业务范围、完善市场准入机制、订立投资者保护规则似乎变成了一个非常遥远的愿景。就目前而言，由国务院适时将加密数字货币认定为《证券法》上的“证券”是最符合现实情况、最具可操作性的途径。

相对宽泛的证券定义有利于借助现有的以《证券法》《证券投资基金法》为核心而构建起的金融监管体制对比特币交易市场和 ICO 融资市场提供最周延的保护，最大限度遏制损害市场效率、侵害投资者合法权益的行为。当作为前置性的行政类监管法规将比特币纳入监管范围之后，刑法现有保护资本市场的规范也将被彻底激活：数字加密货币作为以法定货币定价并在交易所上市的金融商品，理所当然地成为刑法所惩治的证券期货犯罪行为所指对象，一系列发生在比特币交易市场的危害金融市场管理秩序、侵害投资者合法权益的行为都将受到金融刑法的规制。未经证券监管部门许可而经营比特币交易所的行为将构成非法经营罪，集中资金优势、比特币持仓优势或者信息优势联合或连续买卖，与他人串通相互进行比特币交易，自买自卖比特币以操纵比特币市场交易量、交易价格，制造市场假象的行为将构成操纵证券市场罪。将加密数字货币纳入证券的定义后将有利于刑法为各种进入比特币交易市场进行金融商品投资的投资者及其资产安全提供制度性保护，为业已

[1] 早在 2009 年刘艳红教授便出版了《走向实质的刑法解释》，同年邓子滨教授出版了《中国实质刑法观批判》；2010 年第 4 期《中国法学》同时发表我国两位著名刑法学教授陈兴良和张明楷的《形式解释论的再宣示》《实质解释论的再提倡》，将刑法学界关于刑法规范形式解释、实质解释的论战推向了高潮。

[2] 参见杨东、陈哲立：《虚拟货币立法：日本经验与对中国的启示》，载《证券市场导报》2018 年第 2 期。

形成的比特币交易市场保驾护航,便于投资者通过更多元的投资渠道和金融市场在合理承担市场风险的情况下合理配置资产。

余论

《比特币风险通知》禁止一切境内金融机构、支付机构办理比特币登记、交易、清算、结算业务,《代币融资风险公告》一纸令下取缔了 ICO,禁止了比特币与法定货币之间的兑换业务。随后有关部门约谈了多家境内比特币交易平台,中国第一家,也是中国最大的比特币交易平台——比特币中国在 2017 年 9 月 30 日停止了所有交易业务。吊诡的是,比特币币值仅在短暂下挫之后又迅速回升,可见市场对比特币的信心并未削减。事实上,由于比特币独立于当前由各国央行组成的国际货币网络体系,任何区域性、单方面的管制措施对其影响都微乎其微。只要互联网存在,比特币等加密数字货币就不可能被彻底禁止。^[1]ICO 代币融资的模式亦可能是一种未来的趋势:智能合约代币的发行过程实际就是各种繁复的合约签订的过程。原本需要由证券公司、律师事务所、会计师事务所等专业服务中介结构耗费大量人力、物力完成的项目尽职调查、财务审计将可能被简单的线上操作所替代,进而未来的整个金融行业都会因智能合约的广泛应用而更加高效、便捷。如果说比特币是区块链技术的“牛刀小试”,那么 ICO 开创的全新融资模式将让区块链逐渐成为未来的商业逻辑,乃至重构未来的社会体系。

[1] See Noah Silverman, *The E - Penny Opera, Act II*, 68 *Wilmott Magazine* 16, 18 (2013).