

论区块链加密货币的刑法定性

马永强*

内容摘要: 随着区块链技术的日渐发展与主权国家法律治理的“左支右绌”,去中心化的互联网正在成为犯罪人心目中的“法外空间”。破局的关键是解决刑法教义学层面区块链加密货币的定性难题,而明确加密货币的刑法定性的前提是凝聚区块链加密货币相关概念的使用共识。通过检讨当前加密货币刑法定性的不同学说,可以发现泛泛而论采纳哪种学说并不妥当,而应结合加密货币的类型和应用场景具体分析。应从财产和金融资产两大维度检视加密货币的刑法属性。其一,加密货币并非虚拟财产,而是一种依托区块链软硬件系统且可作用于现实世界的真实财产,符合财物的特征。其二,应当肯定加密货币金融属性的区分说,准确识别符合证券特征的竞争币和代币,并明确比特币和稳定币可能具有的准货币性质。基于此,则可就加密货币相关犯罪作出更为妥当的教义学评价。

关键词: 虚拟货币;数字货币;虚拟财产;财产犯罪;金融犯罪

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 2095-7076(2022)02-0105-16

DOI: 10.19563/j.cnki.sdfx.2022.02.010

一、问题的提出

近年来,传统网络虚拟空间中的犯罪问题得到理论界与实务界的密切关注,然而,在区块链世界的隐秘角落,去中心化互联网中的犯罪问题正在野蛮生长,但鲜为人知。作为互联网进化到 Web 3.0 时代的最新成果,区块链技术为人类社会带来了新的愿景和想象。^①区块链技术的积极面向体现为,通过打造无须中心化验证的信任架构,^②完成网络虚拟空间由信息互联网向价值互联网的划时代转型,^③而且可能成为元宇宙的底层技术标准,^④融通信息、价值与现实生活,实现真正意义上的“数字化生存”^⑤。然而,在更为宏观的演化趋势中,区块链技术正在使人类由地缘政治时代过渡到去中心化的技术政治时代,^⑥这不仅催生了一系列相较于传统互联网领域更加难以规制的犯罪问题,还可能带来主权国家的权力危机。既然区

* 大连海事大学法学院讲师,法学博士。

本文系中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“弱人工智能时代的刑事风险规制”(项目编号:3132021292)的阶段性成果。

①See Shermin Voshmgir, *Token Economy: How the Web3 Reinvents the Internet*, Token Kitchen, 2020, pp. 27-28.

②See Kevin Werbach, *The Blockchain and the New Architecture of Trust*, MIT Press, 2018, pp. 28-29.

③See Mary C. Lacity, *Blockchain Foundations: For the Internet of Value*, Epic Books, 2020, p. 42.

④See George Gilder, *Life after Google: The Fall of Big Data and the Rise of the Blockchain Economy*, Regnery Gateway, 2018, pp. 187-188.

⑤参见[美]尼葛洛庞帝《数字化生存》胡泳、范海燕译,电子工业出版社2017年版,第228-232页。

⑥See Parag Khanna and Balaji S. Srinivasan, *Great Protocol Politics*, Foreign Policy, <https://foreignpolicy.com/2021/12/11/bitcoin-ethereum-cryptocurrency-web3-great-protocol-politics/>.

区块链场景下的犯罪问题已不再是遥远的想象,就必须针对区块链相关犯罪的演化方向预先准备应对方案。在这场数字时代的社会转型中,法律治理的介入不仅需要区块链技术的发展趋势了然于胸,更需要借助系统内外的符码沟通对新兴领域的事物给出妥当的法律评价。

研讨加密货币的刑法定性问题的意义是:一方面,理解区块链领域的犯罪现象,离不开对区块链加密货币的深刻认识。借助区块链技术而形成的价值互联网和去中心化的虚拟空间,是区块链互联网区别于传统互联网的核心特征,这一价值互联网的实现,离不开作为链上治理工具及价值传递手段的加密货币。在区块链世界,技术开发的目标并非以计算机为中介,为现实空间提供信息传输和信息的多样化呈现,而是试图直接以个人主权的理念作为观念支撑,^①实现去中心化的技术信任。区块链领域的犯罪现象,往往借助加密货币对于现实世界中货币和金钱的重新定义,属于与中心化权力结构并驾齐驱的平行虚拟空间场景下的犯罪。另一方面,治理区块链领域的犯罪,离不开刑法上对于加密货币的准确评价。区块链技术的复杂性带来了理解上的难题,随着加密经济蓬勃生长,当前存在比特币、竞争币、代币、稳定币等诸多加密货币形态。同时,主权国家也在实验发行央行数字货币。在此背景下,若要运用刑法对区块链领域的犯罪进行规制,就必须思考如何从加密货币的“普罗透斯之脸”中准确提取出各类加密货币的关键特征,明确加密货币的刑法定性及评价方式。

关于加密货币的刑法定性,关键争议在于:能否以虚拟财产的传统路径来理解加密货币的刑法属性?若仅仅将加密货币理解为一种虚拟财产,不仅会陷入当前虚拟财产的刑法属性及其保护路径的争议问题,^②还可能导致难以准确理解区块链加密货币 ICO 等金融活动的刑法性质。^③因此,本文试图在厘清区块链犯罪规制与加密货币定性关系的基础上,指出加密货币并非虚拟财产,而是一种具有实在性的真实财产。进而,对加密货币金融资产属性展开甄别,初步明确不同类型加密货币的刑法教义学定性,为进一步研究加密货币相关犯罪的法益保护路径提供前提和基础。

二、作为犯罪认定前提的加密货币刑法定性之争

(一) 区块链犯罪规制与加密货币定性的关系

在特定中介组织面临信任危机的背景下,区块链技术作为一种去中心化的信任机制,使我们能够借助不可篡改的分布式账本,来建立基于技术、算法和开源代码的共识及相互信任,并由此开启了一场人类历史上前所未有的数字化转型以及改写现实社会中金融、科技等诸多领域的组织方式的宏伟社会实验。^④但这并不意味着区块链技术仅仅是理想主义者的试验田。十余年来区块链行业的发展历程已经表明,在这场后信息时代的人类实验中,既有密码朋克和开发人员的“筚路蓝缕”,也有加密无政府主义者的“甚嚣尘上”,更不乏法外狂徒“浑水摸鱼”,通过在虚拟空间中实施各类违法犯罪行为来牟取暴利。

首先,基于区块链犯罪中的人际关系网络,可以将当前区块链领域真实存在的犯罪现象概括为五大犯罪类型。一是,针对加密货币投资者而言,当前存在各种类型的财产犯罪和金融犯罪。在现实生活中,既有针对比特币等加密货币持有者的盗窃、诈骗^⑤、抢劫^⑥等财产犯罪,也有针对比特币等加密货币投资者的

^①See James Dale Davidson and William Rees-Mogg, *The Sovereign Individual*, Macmillan, 1997, pp. 14-17.

^②参见陈兴良《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,载《中国法学》2017年第2期,第146页;欧阳本祺《论虚拟财产的刑法保护》,载《政治与法律》2019年第9期,第39页。

^③参见邓建鹏《ICO 非法集资问题的法学思考》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2018年第8期,第43页。

^④See Don Tapscott and Alex Tapscott, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin and Other Cryptocurrencies Is Changing the World*, Portfolio, 2018, Preface.

^⑤如“刘某、魏某等诈骗案”,参见山东省聊城市东昌府区人民法院(2021)鲁1502刑初176号刑事判决书“文力谎称代为操盘诈骗案”,参见吉林省扶余市人民法院(2020)吉0781刑初3号刑事判决书“张子伟、曾雪强、雷辉诈骗罪”,参见浙江省杭州市萧山区人民法院(2020)浙0109刑初1238号刑事判决书“宋俊伟诈骗罪”,参见浙江省兰溪市人民法院(2019)浙0781刑初47号刑事判决书。

^⑥如“周建强、王玉龙、翟伟民抢劫案”,参见浙江省宁波市中级人民法院(2020)浙02刑初24号刑事判决书。

非法吸收公众存款^①、集资诈骗^②、传销^③等金融犯罪。二是,由洗钱活动相关的上下游犯罪的实施者实施的洗钱犯罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益的犯罪^④,以及 OTC 商家所实施的帮助信息网络犯罪活动罪^⑤。三是,区块链从业者所实施的犯罪,如在代币发行过程中的虚假宣传、非法集资等犯罪,中心化交易所可能实施的操纵加密货币价格、非法经营等犯罪,加密货币挖矿服务提供商可能在矿场的经营过程中实施的行贿犯罪。^⑥四是,由加密货币投资者实施的犯罪,如逃税犯罪和外汇类犯罪。五是,去中心化领域的链上链下犯罪,如利用虚假的 NFT 所实施的诈骗犯罪,黑客实施的链上盗窃犯罪,^⑦去中心化自治组织(DAO)可能涉及的开发者犯罪,等等。

其次,区块链领域的犯罪屡禁不止甚至愈演愈烈,与区块链技术的革命性特征密不可分,这些特征又与加密货币这一重要的价值传递手段不可分割。在谈论区块链时,人们有时指的是作为下一代互联网——Web 3.0 的技术标准的区块链技术,有时是在说作为当前区块链产业价值存储机制的加密货币,有时则是在表述作为具有不可篡改性特征的去中心化账本的区块链数据库。但由于区块链生态本身具有极高的复杂性,若将这三个重要部分中的任意一个面向割裂出来,均无法精准概括到底何为区块链。在国内关于区块链技术的讨论中,常常有“币链分离”的解读,即应更少地关注区块链领域的加密货币炒作,更多地关注区块链技术本身所可能具有的在产品追溯、司法存证等领域的应用。然而,这些理解忽视了区块链技术的革命性应用和颠覆性效应是无法离开加密货币的,甚至有“买椟还珠”的嫌疑。质言之,作为当前中心化互联网协议的有力竞争者,区块链技术的革命性恰恰在于其可以借助加密货币实现互联网领域的原生价值存储,削弱技术寡头的网络效应和数据垄断权力,打造基于用户授权的下一代互联网,并可能颠覆现实中金融中介的权力,深度整合现实世界与虚拟空间,建立信息时代的个人主权。^⑧就犯罪规制而言,正是区块链技术在落地过程中体现出的这些革命性特征,造就了相关犯罪的隐蔽性、跨国性和抗审查性,因而具有刑法关注的重要意义。因此,在研究区块链领域的犯罪时,必须认识到“币链分离”讨论的无价值性,以当前区块链犯罪的实践为研究焦点,将关注重点集中于以加密货币为价值媒介的区块链犯罪现象。

最后,有必要就区块链犯罪的治理针对性地建构新的法律体系,但在短期内则必须依赖现行法律。区块链犯罪的长期治理必须针对性地建构法律体系的原因在于,“代码即法律”在区块链领域体现得更为明显,代码与法律可能不再是共治关系,而是代码径直取代了法律系统的编码,激活并重塑了去中心化的组织方式,与中心化的传统组织方式分庭抗礼。^⑨甚至可以说,在区块链世界里,每一条公链都是数字时代的“亚特兰蒂斯”。权力以技术信任作为基础,结合政治、经济、伦理等诸多社会结构层面的因素,在虚拟空

①如“汤恭成非法吸收公众存款案”,参见浙江省杭州市富阳区人民法院(2019)浙0111刑初877号刑事判决书;又如“赵运等非法吸收公众存款案”,参见北京市东城区人民法院(2016)京0101刑初144号刑事判决书。

②如“郝铃声、杨放犯集资诈骗罪”,参见广东省高级人民法院(2020)粤刑终624号刑事判决书。

③如“Plus Token 传销案”,参见江苏省盐城市中级人民法院(2020)苏09刑终488号刑事裁定书。

④如“蒋伟、陈涛等掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益、洗钱案”,参见陕西省神木市人民法院(2021)陕0881刑初262号刑事判决书;“周航、张嘉文等掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益案”,参见贵州省贵阳市白云区人民法院(2021)黔0113刑初6号刑事判决书;又如“李传、王德胜、宋冬东、贾鹏掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益案”,参见新疆生产建设兵团霍城县区人民法院(2020)兵0401刑初18号刑事判决书。

⑤如“冯福成帮助信息网络犯罪活动案”,参见浙江省东阳市人民法院(2020)浙0783刑初828号刑事判决书。

⑥参见孙庭阳《落马高官与币圈“挖矿”项目 这些官员为什么违规支持虚拟货币》,载《中国经济周刊》2021年第22期,第70-72页。

⑦如 The DAO 黑客攻击事件。See Jack Parkin, *Money Code Space: Hidden Power in Bitcoin, Blockchain, and Decentralisation*, Oxford University Press, 2020, pp. 207-209.

⑧参见[黎]赛费迪安·阿莫斯《货币未来:从金本位到区块链》,李志阔、张昕译,机械工业出版社2020年版,第191-192、202-203页。

⑨参见[美]凯文·沃巴赫《链之以法:区块链值得信任吗?》,林少伟译,上海人民出版社2019年版,第85-86页。

间中被重新组织起来。^①因此,针对加密生态的自组织性所带来的法益保护缺失,未来必须针对性地构建适用于区块链产业乃至元宇宙时代的法律体系,并妥善思考如何对去中心化的区块链组织进行监管介入。^②从短期来看,面对当前区块链领域的犯罪问题,法律介入宜早不宜迟。不过,在立法作出调整前,当前区块链犯罪的治理必须依赖对现行刑法的解释。有必要借助新兴领域犯罪规制的科学刑事政策理念,以及刑法教义学对现行实定法规范的有效整理,选取和激活区块链犯罪场景下可供适用的罪名。

然而,加密货币的法律地位特别是刑法定性的尚未明确,为具体犯罪的认定带来了许多争议和困扰。由于传统的刑法立法并非针对区块链世界的问题而量身打造,当前面临的棘手问题是:能否将加密货币定义为货币?或者是否可以将加密货币定位为证券等金融工具?虽然当前我国就此缺乏法律上的明确规定,但自2013年以来,为防范区块链加密货币领域的相关风险,有关部门出台了一系列保护性政策。其中,2013年中国人民银行等五部委发布的《关于防范比特币风险的通知》首次将比特币定性为虚拟商品(以下简称五部委《通知》)。2017年中国人民银行等七部委发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》(以下简称七部委《公告》)则首次指出ICO代币不具有与货币等同的法律地位,代币发行融资被定性为一种未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。2021年中国人民银行等十部委发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》(以下简称十部委《通知》)则进一步重申了上述定性以及加密货币可能涉嫌的洗钱、非法经营、金融诈骗等犯罪活动。亦即,加密货币既不属于货币,也不属于合法的金融工具。然而,就刑法上的具体认定过程而言,若坚持这一理解,则意味着对加密货币的监管缺乏现行刑事法意义上的强有力手段。^③例如,对加密货币的限制性规范定位意味着加密货币无法获得与股票、证券类似的法律地位,因此难以以非法发行证券来对ICO行为加以认定。比特币等加密货币的投资者,在涉及价格操纵及内幕交易等问题时,也无法获得刑法上的保护。又如,若无法将比特币等加密货币定义为货币,在适用我国现行刑法中非法集资类犯罪的规定时,则面临着“非法集币”行为能否成立非法集资类犯罪的问题。^④其中,以非法吸收公众存款罪的适用为例,该罪客观构成要件的认定集中体现于对非法集资行为的认定,按照较为严格的界定,我国刑法中非法集资行为指向的对象是法定货币,但由于加密货币的性质尚不明确,在判断“非法集币”行为能否成立该罪时,显然存在能否将加密货币解释为存款的争议。再如,当前在司法实务中,存在将ICO等代币发行行为认定为非法经营罪的案例。然而,相关行为是否侵犯了国家专营制度,其讨论亦离不开对加密货币的性质界定。^⑤

不仅加密货币能否适用证券类及货币类犯罪存在争议,加密货币是否具有财产性质也尚未达成共识,这成为实践中同案不同判的主要原因。^⑥关于加密货币的定性,当前在理论和实践中存在的分歧性学说主要包括违禁品说、虚拟财产说、计算机数据说、证券产品说以及货币说(准货币说)等不同主张。如何在这些学说之间进行取舍,以明确加密货币的刑法定性,是对区块链相关犯罪进行教义学评价的重要前提。

(二) 加密货币的概念使用与刑法定性之争

在理解加密货币的刑法性质时,需要解决的先决性问题是厘清区块链加密货币相关概念的使用。就此而言,当前研究往往混用数字货币、加密货币和虚拟货币的概念,但这些概念实际上存在差别,因而有必

^①See Shermin Voshmgir, *Token Economy: How the Web3 Reinvents the Internet*, Token Kitchen, 2020, pp. 324-325.

^②参见任文岱《元宇宙备受瞩目 法律需做好哪些准备》,载《民主与法制时报》2021年12月1日,第3版。

^③参见谢杰、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,第88页。

^④参见王冠《基于区块链技术ICO行为之刑法规制》,载《东方法学》2019年第3期,第139-142页。

^⑤参见张庆立《区块链应用的不法风险与刑事法应对》,载《东方法学》2019年第3期,第79-80页。

^⑥参见王熠珏《“区块链+”时代比特币侵权犯罪研究》,载《东方法学》2019年第3期,第150页;孙宇《涉虚拟货币犯罪的刑事法规制困境及出路》,载《青少年犯罪问题》2021年第5期,第82页。

要形成如下共识。

其一,不宜笼统地使用数字货币这一概念来表述区块链加密货币。当前讨论中,有论者以数字货币的概念来统称近年来出现的央行数字货币以及去中心化的数字货币,进而探讨其中的刑法认定问题。^①然而,去中心化的加密货币与央行发行的数字货币有明显区别。核心区别是:第一,就底层技术而言,加密货币在技术标准上具有明确性,其是由私人部门发行、以区块链技术作为底层技术来设计的开源代码产品,具有去中心化和匿名性的特征,并且借助密码学算法来防止伪造和欺诈交易;^②而后者则采取“中心化”的发行架构,更加注重整合中心化的治理需求,具有可控匿名的特征,央行可以追踪数字货币的流向。^③第二,就法律性质而言,前者挑战了20世纪以来的国家货币理论,其法律意义和监管方式存在重大争议,^④而后者则属于官方认可的法定货币,在法律属性上并无疑问。^⑤而且,我国的数字人民币已经落地,使用数字货币概念来讨论区块链加密货币的刑法问题会增加歧义,因而论者往往需要特殊解释。^⑥所以,以数字货币来指代区块链加密货币缺乏严谨性。

其二,以虚拟货币概念来指称加密货币亦存在不妥之处。以虚拟货币的概念来表述加密货币,源于我国监管部门对于加密货币的经验性认知。七部委《公告》指出,“向投资者筹集比特币、以太币等所谓‘虚拟货币’,本质上是一种未经批准非法公开融资的行为。”十部委《通知》再次强调,“比特币、以太币、泰达币等虚拟货币具有非货币当局发行、使用加密技术及分布式账户或类似技术、以数字化形式存在等主要特点,不具有法偿性,不应且不能作为货币在市场上流通使用。”然而,根据这些理解,将加密货币表述为虚拟货币,可能会混淆现实中加密货币与Q币等中心化虚拟货币的差别,不利于体现概念表达的严谨性、客观性与前瞻性,更会误导研究者对加密货币作出理解上的误判,使其难以认知区块链加密货币乃是虚拟空间中独特且不可替代的原生价值存储手段,不利于现实世界的法律与数字化虚拟世界这一人类第三次文明轴心时代的产物的有效整合。^⑦

基于此,应当就加密货币使用更为准确的概念表述:在学术研究中,既可以简洁地使用加密货币、私人数字货币等概念,也可以将之完整地表述为区块链加密货币、加密数字货币或数字加密货币,但唯独不宜使用“虚拟货币”这一可能导致名实不符的概念。

明确概念表述后,进一步的问题是如何评价当前加密货币的刑法定性之争。关于加密货币的刑法定性,实际上存在两方面的判断尺度。一是在事实层面,刑法应如何理解加密货币,以使法律解释契合事物本质;二是在规范认定层面,刑法对加密货币性质的解读,究其根本乃是为了回答,对于潜藏在加密货币背后的法益,应以何种路径来加以保护。

首先,在当前的诸多学说中,备受质疑的理解是“违禁品说”。违禁品说认为,在国家禁止加密货币挖矿和交易的背景下,基于刑事政策的考量,应将包括比特币在内的加密货币理解为违禁品,而非我国刑法所保护的财物。^⑧然而,这一观点并无依据。第一,我国法律、行政法规并未禁止加密货币的持有。第二,虽然根据前述规范性文件,当前央行等金融实务部门对加密货币交易采取禁止态度,且明确否认了此类“虚拟货币”作为货币的法律地位,但这并不意味着加密货币属于违禁品,这些政策仅仅是为防范金融风

①例如张启飞《论数字货币犯罪的刑法规制》,载《法治研究》2021年第6期,第56页。

②See Jason Scharfman, *Cryptocurrency Compliance and Operations: Digital Assets, Blockchain and DeFi*, Palgrave Macmillan, 2021, p. 3.

③参见何为、罗勇《数字货币来了:比特币·区块链·货币未来》,当代世界出版社2021年版,第62页;柯达《货币法偿性的法理逻辑与制度反思——兼论我国法定数字货币的法偿性认定》,载《上海财经大学学报》2020年第6期,第137页。

④参见杨延超《论数字货币的法律属性》,载《中国社会科学》2020年第1期,第92页。

⑤参见李敏《数字货币的属性界定:法律和会计交叉研究的视角》,载《法学评论》2021年第2期,第110页。

⑥参见巫文勇《货币数字化场景下洗钱犯罪形态和刑法重构》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期,第110页。

⑦参见高全喜《虚拟世界的法律问题》,载《现代法学》2019年第1期,第65页。

⑧参见周铭川《盗窃比特币行为的定性分析》,载《南通大学学报(社会科学版)》2020年第3期,第103-104页。

险而创设的预防性监管要求。现行监管规则并未禁止普通民众交易和持有加密货币等区块链资产,禁令指向的对象是 ICO 活动,以及金融支付机构和网络平台的服务提供。第三,我国的司法实践也明确否定了加密货币的违禁品属性。例如,上海市第一中级人民法院在其民事判决书中明确指出:比特币属于网络虚拟财产,应受法律保护。比特币具有价值性、稀缺性、可支配性等特点,故其具备了权利客体的特征,符合虚拟财产的构成要件。^①实践中虽有司法机关以“违反社会公共利益”为由撤销了首例支持以等值美元/人民币赔偿比特币财产损失的仲裁案,但裁定理由并非比特币系违禁品。^②刑事审判实践中的判例亦明确否定了违禁品说,个人持有的加密货币受刑法保护。例如,在四川乐山抢劫案中,三名男子抢劫朋友之妻总价值达 600 万元的比特币和以太币,被按照抢劫罪定罪处罚。^③

其次,基于对加密货币刑法保护进路的理解分歧,当前针锋相对的两大学说是虚拟财产说和计算机数据说。其中,虚拟财产说将加密货币理解为一种虚拟商品,或者可以将其更为细致地界定为一种货币类的虚拟财产。我国监管部门也持类似理解。五部委《通知》以及七部委《公告》等规范性文件均提及了加密货币的定性问题。其中,根据五部委《通知》,比特币不具有货币属性,但属于“虚拟商品”,因此在刑法评价层面可以被理解为财物,基于财产犯罪的路径得到保护。而计算机数据说则试图另辟蹊径,通过将加密货币理解为一种计算机数据,适用我国刑法中的计算机犯罪来对加密货币的相关法益给予刑法保护。^④

虚拟财产说和计算机数据说的争议,究其实质是在当前虚拟财产的刑法属性这一研讨框架下展开的。其中,虚拟财产说值得肯定之处在于,通过主张加密货币属于虚拟财产,进而适用刑法中的财产犯罪,可以更为妥当地进行个案评价。若采纳计算机数据说,如在司法实践中有法院将窃取比特币的行为认定为非法获取计算机信息系统数据罪,^⑤则实际上否定了比特币的财产价值,因而无法周延地保护相关法益。存在的疑问是,能否以虚拟财产的基本框架来理解区块链加密货币?一般认为,虚拟财产是指具有财产性价值、以电磁数据形式存在于网络空间的财物,包括网络游戏账号、QQ 账号等账号类虚拟财产,网络游戏装备等物品类虚拟财产,以及 Q 币、金币等货币类虚拟财产。^⑥相应地,比特币等加密货币被理解为与 Q 币等虚拟货币具有类似属性:即只能作用于虚拟空间,无法脱离虚拟世界而径直对现实世界发挥作用。然而,这一理解思路可能忽视了加密货币与 Q 币等货币类虚拟财产在技术标准方面的大相径庭所带来的事实学差异,以及由此引发的法律定性分野。后文将详细研讨,将加密货币理解为虚拟财产缺乏事实学根据,仅从财产犯罪角度来规制相关犯罪亦并不充分。

最后,基于加密货币的技术特征及其在现实生活中的应用场景,以及对加密货币相关犯罪充分规制的迫切需要,当前讨论中还有论者主张“证券产品说”或“货币说”(准货币说)。其中,“证券产品说”认为,特别是在 ICO 代币发行融资的场合,区块链加密货币作为一种金融产品被投资者加以认购,因而应被理解为一种无记名有价证券,进而按照刑法上的相关罪名来加以规制。^⑦而“货币说”(准)货币说”则认为,鉴于加密货币被大规模采用的现实可能性,“有必要在立法中确认数字货币作为准货币的法律地位,以此作为逻辑起点建构其作为准货币的系列法律制度。”^⑧此类主张的实践价值是,在刑法未作出修正的现状下,可以通过教义学的技术性手段对相关犯罪的成立进行扩张解释。若肯定特定加密货币属于刑法中的

①参见上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终13689号民事判决书。

②参见广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民特719号民事裁定书。

③参见《队伍教育整顿|市中区人民法院审结全市首例抢劫虚拟货币案件》,载乐山市市中区人民法院官网 2021 年 3 月 30 日, <http://www.lsszqfy.gov.cn/home/article/detail/id/10834.html> 2021 年 12 月 20 日访问。

④参见江苏省淮安市金湖县人民法院(2015)金刑初字第90号刑事判决书。

⑤参见河北省邯郸市峰峰矿区人民法院(2017)冀0406刑初18号刑事判决书。

⑥参见江波《虚拟财产司法保护研究》,北京大学出版社 2015 年版,第 31-33 页。

⑦参见王熠珏《“区块链+”时代比特币侵犯犯罪研究》,载《东方法学》2019 年第 3 期,第 153 页。

⑧杨延超《论数字货币的法律属性》,载《中国社会科学》2020 年第 1 期,第 84 页。

证券产品或货币,则可以激活我国现行刑法中证券犯罪、非法集资类犯罪在区块链犯罪问题上的适用空间。^①

上述不同学说在理解上各有侧重、各有千秋。由于在区块链技术应用的现实中,加密货币存在诸多不同类型,不同类型的加密货币性质更是差异极大,故而有必要结合加密货币的类型和应用场景来筛选和分辨上述不同观点的适用可能性,对其刑法性质进行细致讨论。

三、以使用场景区分为基础的真实财产说之提倡

虚拟财产这一 Web 2.0 时代的产物,是当前理论和实践讨论的重要议题。随着科技和实践的演进,更多的虚拟财产被纳入法律的规制范围。然而存在的疑问是,是否有必要将加密货币纳入广义的虚拟财产的范围,抑或应当基于加密货币自身的属性和特征,探寻其刑法教义学定性。

(一) 不宜将区块链加密货币理解为虚拟财产

理由之一:由于事实学层面所采取的技术标准不同,区块链加密货币与虚拟财产在法律性质上存在重大差异,不宜将二者混同。首先,虚拟财产并非严格的法律概念,而是就过去几十年来网络虚拟空间中可能具有法律保护价值的对象所进行的抽象性概括。就刑法教义学研究而言,争议焦点有二,一是虚拟财产是否具有财产性,二是虚拟财产是否属于刑法中的财物。^②关于虚拟财产的财产性,核心争议在于:若虚拟财产的价值并非来源于生成虚拟物品的数据代码本身,仅仅体现于其与法定货币等真实财产之间的兑换关系,则此时能否认为虚拟财产所具有的交换性利益,属于刑法中财产犯罪的保护法益?对此,当前理论界并未达成共识。^③即便虚拟财产的财产性可以得到肯定,仍存在的另一重大争议是,能否将虚拟财产理解为财物。^④之所以虚拟财产能否被理解为财物存在重大争议,根本原因在于:在传统互联网的技术实现方式中,用户对于虚拟财产并不享有完全的物权。例如,Q 币等网络虚拟财产以电磁记录方式存在、以特定数字单位表现,存储于网络游戏运营企业提供的服务器内。用户并不实际占有 Q 币,而只是基于服务器对用户所购买的 Q 币数量的记载,享有对 Q 币的不完整权属。当网络服务提供者发现用户采用外挂、盗窃等手段获取 Q 币时,或者当网络服务提供者的经营业务发生变更时,其可以通过修改服务器数据的方式使之毁损灭失,这就表明用户并没有能力实际占有 Q 币,其能够主张的权利并非对物的所有权而是债权。软件 UI 界面中显示的 Q 币数量只是由网络服务提供者实际占有的、用以记载债权的电磁信息而已。^⑤又如,在电影《失控玩家》所展示的场景中,科技巨头抢走了知识产权本属于一家初创企业的游戏,并且该巨头可以随意对用户封号、删除装备,将游戏进行停机和随意改版。在侵权违法行为被揭露后,科技巨头的 CEO 还手持锤子毁坏了公司服务器,试图将该虚拟游戏物理毁灭。因此,互联网虚拟财产是基于科技公司的软件工程师编写的代码来建构的,缺乏去中心化的物理特征以及技术上不可篡改的特征,其随时可能因为该公司的倒闭或篡改行为而凭空消失。由于特定的网络服务提供者拥有随时对这些虚拟财产进行删除或物理毁灭的能力,虚拟财产的使用者对 Q 币、游戏装备等各类虚拟财产不享有绝对排他的支配权,因而虚拟财产是否属于财物存在争议,其不具有与加密货币相类似的价值存储意义。

然而,旨在重新划分用户与网络服务提供者权限的 Web 3.0,则基于区块链技术第一次让用户掌握了

①参见杨玉晓《区块链金融衍生品刑法规制研究》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2020年第6期,第133页。

②参见徐凌波《虚拟财产犯罪的教义学展开》,载《法学家》2017年第4期,第47-48页。

③肯定性的理解如董玉庭《论刑法中财物概念之解释——以诈骗罪为视角》,载《当代法学》2012年第6期,第56-57页;否定性的理解如欧阳本祺《论虚拟财产的刑法保护》,载《政治与法律》2019年第9期,第44页。

④参见刘明祥《窃取网络虚拟财产行为定性探究》,载《法学》2016年第1期,第157页。

⑤参见徐彰《盗窃网络虚拟财产不构成盗窃罪的刑民思考》,载《法学论坛》2016年第2期,第157页;也有论者以“游戏装备”为例,准确揭示了这一问题,参见刘明祥《窃取网络虚拟财产行为定性探究》,载《法学》2016年第1期,第156页。

对虚拟财产的完整物权,用户占有的不再是财产性利益,而是货真价实的数字资产。因为事实意义上的技术标准带来的权利构造的不同,区块链上的数字资产与我们当前所使用的虚拟财产概念之间存在重大差异,以至于加密货币的财物属性几乎不存在争议。第一,相较于货币类的虚拟财产,加密货币具有“反脆弱性”,符合物权特征。由于货币类的虚拟财产存储在中心化的服务器上,其市值可以被随意删改,也极易损毁灭失。而区块链加密货币则依托于区块链这一不可篡改的去中心化账本,无法被随意篡改。当前 Web 2.0 时代互联网巨头的数据垄断、算法之恶、深度伪造、滥用管理权、用户隐私泄漏以及闭源代码的安全问题等,均是以加密货币作为价值存储的 Web 3.0 技术架构所试图解决的问题。借助区块链技术,旧技术框架下网络服务提供者对数据的肆意篡改、破解或欺骗系统在区块链世界变得困难或不可能。第二,区块链技术发展至今,加密货币已经具有作用于现实世界的支付功能,而不是仅仅影响虚拟空间,这一特征也与虚拟财产之间存在显著差别。在现实中,萨尔瓦多及中非共和国已经通过立法的方式明确将比特币纳入法定货币体系。在欧美国家,加密货币也已经可以被用于房屋买卖、房屋租赁等日常消费和支付活动。可以预见,随着区块链技术被认可以及加密资产在法律层面上被认可,更多的国家会改变政策,积极推动加密货币的应用。在这一背景下,加密货币不仅仅是区块链上的原生货币,还可能成为现实世界中某些国家的法定货币,仅仅将加密货币理解为虚拟财产不具有妥当性。第三,加密货币还具有货币类虚拟财产所不具有的金融属性。不可否认的是,当前的加密货币投资已经占据了非常重要的投资市场份额,截至本文写作时,加密货币的最高市值已超过 3 万亿美金,这既显示了投资者的实际资金投入,也反映了去中心化金融创新对现实世界的变革力量及其中可能蕴藏的金融风险。在此背景下,如何理解加密货币的金融属性,将直接影响有无必要激活刑法中的破坏金融管理秩序罪、金融诈骗罪以及扰乱市场秩序罪等经济犯罪来对相关犯罪活动展开规制,从而有效保护相关刑法法益。相较而言,虚拟财产则并无这些问题。因此,若将这两种性质上存在显著差异的事物混同,将不利于开展进一步的刑事政策应对与刑法教义学评价。

理由之二是:虚拟财产的理解路径,将使区块链领域相关犯罪陷入虚拟财产刑法定性的迷雾之中,不利于犯罪的具体认定。若对虚拟财产持过于广义的理解,把虚拟空间中所有的新兴财产均不加区分地理解为虚拟财产,将导致虚拟财产概念的崩溃,也会使相关思考陷入不必要的争议。前已论及,在现实中,Q 币等货币类虚拟财产的性质之所以难以确定,正是因为这些虚拟财产是作为数据被存储在特定公司的中心化服务器中的,且仅能停留在虚拟空间。我们无法使用 Q 币来换取日常生活中所需的商品,这些虚拟财产也极易因为中心化机构的业务调整或服务器遭受攻击而损毁灭失。因而存在这些货币类虚拟财产是否具有财物的本质特征,能否被视同财物的争议,^①是仅仅将之理解为一种与计算机犯罪相关的代码和数据,还是必须将之解释为刑法上的财物或财产性利益?^②例如,在盗窃虚拟财产的理解中,网络虚拟财产是否属于无体物或财产性利益不乏争议,存在“盗窃罪说”“数据犯罪说”与“计算机诈骗罪说”等分歧性理解。^③此外,还存在虚拟财产可否被占有转移等争议问题。^④既然当前虚拟财产认定中的分歧性理解可能会对具体定罪过程带来困扰,区块链犯罪的认定不必多此一举。由于加密货币在事实上区别于虚拟财产,且可以基于区块链系统明确地进行占有转移,将之定性为虚拟财产,不仅存在“削足适履”的嫌疑,还会使相关犯罪的认定陷入这些纷繁复杂的争议中无法自拔。而如果否认加密货币属于虚拟财产,并肯定其属于一种基于区块链技术的真实财产,则可以避免陷入这些争议。

①参见陈兴良《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,载《中国法学》2017年第2期,第147页。

②参见张明楷《非法获取虚拟财产的行为性质》,载《法学》2015年第3期,第12页。

③参见陈兴良《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,载《中国法学》2017年第2期,第161-162页。

④笔者认为,可以适度肯定财产性利益的占有转移,但前置性的争议是虚拟财产是否属于财产性利益。参见马永强《盗窃罪中财产性利益占有的规范化解释进路》,载《政治与法律》2020年第3期,第58-60页。

总之,采用虚拟财产说来理解区块链加密货币属于对加密货币特征的误解。虑及区块链加密货币的技术特征、实在法评价以及可能的实践应用,将区块链加密货币理解为虚拟财产的主张,不仅无视了二者的事实学差异,还将延续当前虚拟财产刑法定性讨论中的模糊性与分歧性,干扰相关犯罪的具体认定,其妥当性值得商榷。

(二) 加密货币是一种具有实在性的真实财产

基于区块链技术的实现方式,对区块链加密货币的实在性特征的准确理解是:区块链加密货币是一个由软件和硬件共同构成的加密货币系统,且基于其物理层面的去中心化特征形成了一种通用性质,并借助非对称的加密算法实现了排他属性。这一系统具有两大核心特征:其一,该系统体现为一个软硬件一体的分布式加密系统。^①这意味着只有同时摧毁世界上所有的加密货币硬件系统,才能彻底毁灭加密货币账本所记载的数据,但这基本是不可能事件。^②因此,加密货币区别于传统虚拟财产的特殊属性还在于,其借助硬件系统的分布式存储第一次实现了去中心化的数字资产,我们不能仅从软件层面来理解加密货币系统,而必须认识到去中心化的区块链技术具有物理性的一面。其二,在这一区块链加密货币系统的实现过程中,物理层面的去中心化与持有者对私钥的持有缺一不可。持有者持有的私钥是加密货币系统的有机组成部分,更是验证账本不可或缺的微观要素。私钥是物,加密货币系统也是物,分布式地存在于物理世界。唯有理解了这两个特征,我们才能进一步理解为何加密货币并非虚拟财产,而是一种新兴的真实财产。

进而,根据上述区块链加密货币的实在性特征,加密货币不仅具有价值性和稀缺性,还具有排他性和可支配性,持有者可以对加密货币进行占有、使用、获得收益以及进行占有转移,其完全符合物的典型特征,因而应被理解为是一种基于区块链技术的真实财物。

第一,加密货币的价值性体现于其是去中心化信任机器所承载的价值的存储媒介,且发展至今已经具备了与现实世界相互沟通的能力。从技术演化及其社会交往意义的视角来看,加密货币是人类进入数字社会以后,创造出的无需中介即可实现的内生于互联网的去中心化价值存储工具,这一工具也演化出可以作用于现实空间的价值存储功能,因而应被理解为一种真实财产。首先,对加密货币价值的公允理解是,加密货币承载了去中心化互联网领域的产品 and 应用所蕴含的经济价值,并正在成为虚拟空间中的重要支付手段。^③进而,随着区块链技术的普及,加密货币还正在具备整合现实空间中的经济价值的社会交往意义。在互联网技术的演化过程中,线上交易平台整合了实体商铺的功能,即时通信工具和社交网络整合了人与人之间的沟通方式,加密货币则进一步整合了现实空间中的价值存储功能。以比特币为例,目前已有国家将比特币确定为法定货币,这意味着,比特币可以成为现实世界中的价值存储和交换媒介。现实中也并不乏投资者将比特币等加密货币作为投资标的,用以固定其劳动收益,实现投资增值的目的。因此,为更好地理解该领域的犯罪,至少就刑法评价而言,应充分理解加密货币所具有的价值存储功能。

第二,加密货币持有人可以对其加密货币钱包内的加密货币进行排他性支配,借助区块链技术,持有人可基于自由意志作出赠予、出售、支付等处分行为,不受任何第三方的阻碍和妨害。与财物的特征一致,基于区块链技术,加密货币具有物权的排他性特征,持有加密货币私钥的用户拥有绝对的财产权。以比特币为例,比特币的持有者通过持有私钥,形成对比特币系统中特定数额的比特币的占有和支配。只有比

^①See H. Kent Baker, Ehsan Nikbakht and Sean Stein Smith, eds., *The Emerald Handbook of Blockchain for Business*, Emerald Publishing Limited, 2021, p. 88; Michael Bedford Taylor, *The Evolution of Bitcoin Hardware*, 9 Computer 50, 58 (2017).

^②为防范战争威胁,当前还有许多加密货币系统运行在可以抵御战争风险的地堡里。随着区块链技术的普及,当下宇宙空间中亦有加密货币系统在运行,这意味着加密货币系统具有较强的“反脆弱性”。See Tyler Bain and Peter Kent, *Cryptocurrency Mining for Dummies*, Wiley, 2019, p. 169.

^③参见[美]斯蒂芬·P.威廉姆斯《区块链浪潮:加密启蒙运动的开始与互联网的终结》,葛琳译,浙江大学出版社2021年版,第38页。

币系统中的公钥与私钥相配合,才能使用或转移比特币资产。^①对于比特币来说,唯一的所有权体现于对私钥的掌握。^②区别于Q币等虚拟财产,私钥存储可借助多种媒介(电磁数据、硬件钱包、一张纸等),持有者因比特币系统的坚固性以及对私钥的独占性而享有排他性权利,这也使比特币与某一互联网公司创造维护的虚拟财产之间很难画等号。一旦私钥丢失,中心化的区块链交易平台、加密货币持有人或任意第三方主体均无法找回加密货币,其效果就是“物的灭失”。^③

第三,加密货币具有转移可能性。借助由软硬件共同组成的开源去中心化账本,加密货币具有可转移性,且转移过程可以在链上公开检验。在加密货币持有者使用私钥和去中心化钱包进行转账操作的场合,加密货币的占有转移与物理空间中物的占有转移并无实质性差异,实践中频发的加密货币犯罪亦表明加密货币的非法转移过程需要法律予以关注。与货币类虚拟财产的特征相对比后不难发现,由于加密货币与虚拟财产在占有转移可能性层面的重大差异,在法律评价层面很难将加密货币理解为一种债权,可以将其理解为真实财物。

综言之,鉴于加密货币作为财产的保护价值,以及加密货币与虚拟财产之间的重要事实差异,原则上应肯定加密货币系一种可以作用于现实世界的去中心化的真实财产,将之与虚拟财产明确界分。一旦如此区分,对加密货币的法律定性将可以径直跳出虚拟财产认定中的争议,获得更妥当的理解。

(三) 以使用场景区分来明确加密资产的性质

虽然本文将加密货币理解为一种区别于虚拟财产的真实财产,但由于区块链加密资产在不同的场景下,既可能表现为加密货币,也可能表现为加密货币所对应的财产性利益(二者均属于加密资产),因而在开展特定犯罪的具体认定时,应结合加密资产的使用场景来区分性地加以判断。亦即,不同的场景可能会影响特定场合中加密资产的性质界定,需要判断特定场景涉及的到底是与私钥获取相关的真实财物的占有转移,还是与虚拟财产相关的财产性利益转移。

一方面,当前区块链世界中存在许多中心化交易所等服务主体,在涉及中心化加密货币交易所的场合,由于用户并不直接持有特定加密货币的私钥,而是与交易所之间形成了基于债权的托管关系,因而涉及网络虚拟财产的性质界定问题。若因交易所的原因发生了财产损失,加密货币投资者可向特定的中心化交易所主张债权。此类中心化主体深度参与的场合,刑法中占有转移的判断要求准确区分虚拟财产和真实财产。例如,若行为人盗窃了加密货币投资者在中心化交易所的账户,进而实施了提币行为,此时针对中心化交易所用户的法益保护,则可能需要适用虚拟财产相关犯罪的处理规则来加以理解,判断是否存在财产性利益型盗窃;或者从诈骗罪的构成要件出发,考虑行为人是否具有面向中心化交易所成立三角诈骗的可能。又如,在交易所遭遇大规模黑客入侵的场合,^④面对黑客直接获取交易所私钥的行为,就财产犯罪的认定维度而言,宜直接按照针对加密货币这一真实财产的盗窃罪来展开评价。

另一方面,在中心化交易所以外的使用场景中,有必要区分特定财产犯罪所涉及的加密货币到底是被害人实际持有的加密货币,还是存放在去中心化交易所的加密货币,抑或他人代为投资保管的加密货币,并结合具体的行为方式来妥当认定。虽然加密货币也具有数据特征,但在不涉及债权债务关系的去中心化加密货币交易所的场合,对特定加密货币私钥的窃取行为,就财产犯罪的认定维度而言,更为妥当的定性路径是将加密货币理解为真实财产,按照盗窃罪予以处理。而就质押或锁仓于去中心化交易所的加

^①See Joshua A.T. Fairfield, *Owned: Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge University Press, 2017, pp. 173-174.

^②See Shermin Voshmgir, *Token Economy: How the Web3 Reinvents the Internet*, Token Kitchen, 2020, pp. 80-81; 还可参见[黎]赛费迪安·阿莫斯《货币未来:从金本位到区块链》,李志阔、张昕译,机械工业出版社2020年版,第183页。

^③参见王瑾《数字货币的商法性研究》,载《法学杂志》2020年第12期,第85页。

^④典型的例子如Mt.Gox被盗事件。See Jack Parkin, *Money Code Space: Hidden Power in Bitcoin, Blockchain, and Decentralisation*, Oxford University Press, 2020, p. 25.

加密货币而言,加密货币持有人是否仍占有这些加密货币,还需结合不同去中心化交易所的技术标准来具体判断。结合刑事政策的考量,在去中心化智能合约遭受黑客攻击的场合,由于加密货币持有者往往无法向去中心化交易所主张债权,故不宜定性为诈骗罪,宜按照盗窃罪来加以认定。

此外,在涉及黑客犯罪的场景中,可能仍存在较大争议的是:基于区块链系统与传统计算机系统的技术特征差异,应如何结合区块链技术应用中的具体犯罪场景,来细致研讨行为人是否构成非法控制计算机信息系统或获取计算机信息系统数据的行为,即对此能否按照数据类犯罪来加以认定?原则上,应以财产犯罪作为定性基准,准确开展对于以数据为载体的法益侵害行为的刑法定性,^①以体现对被害人财产法益的充分保护,并兼顾对于特定区块链系统漏洞攻击行为的必要刑法评价。

四、区块链加密货币的金融资产属性之甄别

上述对于刑法中加密货币财产属性的一般观念厘清,解决的是加密货币是否属于财物的问题。从中可得出肯定结论,加密货币属于一种基于区块链技术所形成的真实财产,这将有助于回答加密货币相关犯罪行为能否成立财产犯罪。然而,由于大量区块链领域的犯罪已经超出了财产犯罪的调整范围,如区块链项目方等主体所实施的严重侵犯区块链投资者权益的行为,往往无法成立财产犯罪,因而加密货币的刑法定性问题还需从金融资产属性这一维度来思考:在区块链金融实践的特殊场景中,能否将特定的加密货币理解为证券或者准货币,从而对相关金融犯罪展开刑法规制。对此,需结合不同加密货币的特征分类研讨,以准确界定其刑法性质。

(一) 证券性质鉴别:竞争币与代币的刑法评价

对于去中心化金融领域的犯罪活动开展刑法规制的先决性问题是:刑法有无依据通过规制破坏金融管理秩序罪来对去中心化金融领域的犯罪进行调整的可能。若将破坏金融管理秩序罪的保护法益理解为特定领域的金融管理秩序,即一种制度依存性的权益,^②则存在的疑问是:国家是否有介入去中心化金融领域犯罪的必要?如可能有论者会认为,至少在当下,去中心化的金融领域其实并无国家肯认的管制秩序,如此一来,只要这些领域的行为并不直接地冲击传统的金融管制秩序,则刑法似乎并无介入的必要。

然而,该理解的偏颇之处在于,其未能意识到去中心化的金融活动看似“穿梭”来往于虚拟空间,但并非与现实世界泾渭分明,而是愈发与现实世界深度融合,所以此类理解不仅低估了去中心化金融对主权国家金融秩序的潜在冲击,也忽视了刑法对投资者利益这一个人法益的必要保护。一方面,就刑法评价而言,去中心化金融活动可能成为主权信用的竞争者,因而应前瞻性地认识到此类新型金融犯罪对传统金融管制秩序的可能侵害,并尽可能激活现有罪名来加以规制。另一方面,在去中心化金融的场景下,也存在刑法可以干预的参与主体,如区块链项目方、中心化加密货币交易所、投资银行、风险投资机构等。这些中心化主体很可能实施各类新式金融犯罪,给个人投资者带来重大损失。在互联网领域有这样的说法:如果说互联网的 Web 2.0 时代意味着用户就是产品的一部分,那么在 Web 3.0 时代用户就是早期投资者退出时的流动性提供者,资本操纵价格涨跌、制造庞氏骗局以及项目运营失败的经济代价均由用户承担。现实中还经常发生个人投资者举债参与区块链金融活动,却因中心化加密货币交易所设置的不当交易规则的引诱,盲目使用高风险杠杆交易而引发爆仓进而自杀的悲剧性事件。^③因此,从刑事政策学的理解进路来看,出于对法秩序的维护以及对投资者个人法益的保护需要,应尽可能将去中心化金融领域的犯罪也纳入刑法的规制范围,以防虚拟空间中的金融风险及犯罪风险向现实世界进一步扩散和蔓延。

^①参见杨志琼《我国数据犯罪的司法困境与出路:以数据安全法益为中心》,载《环球法律评论》2019年第6期,第169页。

^②参见张小宁《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》,载《法学》2018年第12期,第150页。

^③例如,在轰动全国的“6.18 星海湾大桥一家三口坠海案”事件中,一对夫妻炒币亏 2000 万后杀害三岁女儿并双双跳海。

在肯定相关行为具有刑法调整必要性的前提下,对于加密货币是否具有证券性质的甄别,将直接影响加密货币相关犯罪行为能否通过破坏金融管理秩序罪来加以规制。当前高层级的前置法规范供给严重不足以及规范性文件对于加密货币金融产品地位的否定性评价,导致刑法上相关罪名的涵摄困难。例如,由于加密货币无法获得与股票、证券类似的法律地位,投资者在涉及价格操纵内幕交易等问题时无法获得刑法保护。把符合证券特征的加密货币理解为刑法中的证券,将有助于从刑法评价角度就加密货币的性质问题得出妥当的理解结论。

在不同类型的加密货币中,可能具有证券特征的是竞争币和代币。二者均属于与特定区块链系统或应用程序的运行相关的加密货币。其中,竞争币(Altcoin)又俗称山寨币,是与比特币进行竞争的其他区块链加密货币,其在功能和用途上往往针对比特币进行了改进,甚至在设计时增加了智能合约功能。许多优质的竞争币不仅在功能上超越了比特币,而且成为区块链行业的创新引擎。代币(Token)又被译为通证,是各类区块链应用程序的项目方在特定区块链上发行的加密货币,用以担当创建和执行去中心化应用程序或智能合约的媒介。作为与去中心化应用相对应的加密货币,持有人通过持有特定的代币来获得参与特定项目的权利,而竞争币则与特定区块链底层系统相对应。^①如ETH是以太坊公链所对应的竞争币,而以太坊公链上还存在数万种基于ERC-20协议发行的代币,分别对应于以太坊公链上的去中心化应用或智能合约应用。^②

将竞争币解释为刑法上的证券所面临的困难是,限于我国证券类犯罪的立法规定及相关刑法解释的教义学化程度,对于刑法中证券概念的理解,尚未发展出实质性的判断标准。以欺诈发行证券罪为例,证券的构成范围被形式性地理解为“股票或公司、企业债券、存托凭证或者国务院依法认定的其他证券”,而竞争币能否被扩张解释为证券,完全依赖于国务院是否基于法定程序就此展开认定。^③有必要进一步研讨,有无从刑法解释层面就刑法中的证券概念发展出实质性判断标准的可能。例如,一种可能的实质性标准是,以罪刑法定原则为前提,将尚未开发完成或尚未完全实现去中心化的区块链项目的公募行为,扩张解释为公司、企业债券的发行行为。此类公募活动与证券类犯罪的法益侵害的吻合性在于,由于特定的区块链项目尚未开发完成,或基于其共识机制设定而尚未完全实现去中心化,^④因而其区块链系统的运行在很大程度上仍依托于中心化管理,特定区块链的项目方等运营实体仍有能力操纵面向社会公众的竞争币公开发行过程,实施欺诈发行、内幕交易等行为,故投资者将面临较大的风险。基于稳定社会公众的规范信赖的功能性目标,刑法应当对投资者的利益加以保护。当然,证券的界定并不纯粹是逻辑问题,还关系到政治架构、金融监管分工安排。归根到底,证券的本质特征可以被概括为“共同投资,风险裸露”^⑤。

因此,对于尚未开发完成或尚未实现去中心化的竞争币,因其存在面向社会公众的欺诈发行和价格操纵等金融风险,符合证券的本质特征,可以被实质解释为刑法上的证券。而充分实现了去中心化的区块链平台,由于实现了去中心化的自发秩序,相关运营主体不能被理解为公司、企业,而是属于去中心化的自治组织(DAO),此时价格操纵的可能性也极大降低,相关竞争币不符合证券的特征,因而不具有刑法关注的意义。如就去中心化的公有链而言,多数重大事务均可通过节点民主表决的方式来完成,特定团体或个体很难操控加密货币和区块链治理过程,并不存在一个负有证券法律义务的发行方。

此外还需明确,当前区块链加密货币的ICO发行及交易活动中,往往还有中心化加密货币交易所等

①本文从狭义的角度来界定代币。广义的代币则将竞争币理解为一种支付代币。See Jason Scharfman, *Cryptocurrency Compliance and Operations: Digital Assets, Blockchain and DeFi*, Palgrave Macmillan, 2021, p. 14.

②See Gian Volpicelli, *Cryptocurrency (WIRED guides): How Digital Money Could Transform Finance*, Random House Business, 2021, p. 63, 81.

③参见王爱立主编《〈中华人民共和国刑法〉释义与适用》,中国民主法制出版社2021年版,第548页。

④在这方面,当前的一个尚在进行中的争议案件是SEC v. Ripple Labs, Inc.。

⑤参见邢会强《我国〈证券法〉上证券概念的扩大及其边界》,载《中国法学》2019年第1期,第262页。

金融中介的参与,因而还需考察这些主体在竞争币的发行及交易过程中是否存在内幕交易、价格操纵等问题。总之,采用 ICO 方式欺诈发行中心化程度较高的竞争币或进行价格操纵,可能成立欺诈发行证券罪及操纵证券市场罪,相关宣传活动也可能成立诱骗投资者买卖证券、期货合约罪。限于篇幅,在肯定部分竞争币可能具有证券性质的前提下,关于能否成立相关罪名的具体认定过程,则需专文详加探讨。

鉴于借助代币形式开展的金融活动更为复杂多样,代币的刑法性质需视个案情形而定。^①基于法秩序统一性的要求,代币的法律性质确定需要刑法与前置法的沟通协调。当前我国所采取的“灰产监管框架”可能有待进一步调整,应积极探索监管沙盒等新型监管方式,并最终在立法层面明确代币的法律性质。^②在此之前,为周延地保护法益,在判断特定代币是否符合证券性质时,可供借鉴的判断标准是实用型代币 (Utility Token) 和证券型代币 (Security Token) 的区分。基于美国证券交易委员会 (United States Securities and Exchange Commission) 通过 Howey 测试对代币的法律性质界分,^③证券型代币可以被理解为证券,其持有者可以被理解为特定区块链项目的投资者,为保护投资者利益,其应受到最为严格的监管;而实用型代币则是特定的区块链应用得以有效运行所必需的,虽然也具有投资价值,但主要与特定区块链项目的运行和治理相关,因而不宜将之认定为证券。此外,针对近来出现的非同质化代币 (Non-Fungible Token, 简称 NFT) 的刑法性质,有必要专门加以研究,本文不详细展开。

总之,为了更好地保护投资者利益,防范去中心化金融领域的风险向现实世界弥散,引导区块链产业依法依规发展,有必要对现行刑法中的证券概念进行扩张解释,填补现实中的法律漏洞。通过在犯罪认定中准确识别中心化竞争币及证券型代币,提取出与证券活动相关的加密货币发行及炒作等犯罪行为,将有助于对实践中区块链领域欺诈发行证券、操纵证券市场、诱骗投资者买卖证券、期货合约等行为展开有效规制。

(二) 准货币属性之辨: 可被解释为货币的加密货币

关于加密货币的金融属性,另一核心争议是,能否将比特币及稳定币等明显不符合证券特征的加密货币解释为(准)货币,并适用金融诈骗罪、非法经营罪等罪名来对实践中频发的犯罪活动加以调整。近来的研究日益形成共识的是,倡导将先于管理秩序而存在,且与市场机制相关的实体性利益作为金融诈骗罪的保护法益。^④因而就区块链领域的金融诈骗犯罪而言,刑法的介入符合目的理性。其意义在于,将更好地防止区块链领域的法益侵害,打破不法分子将区块链世界当成法外空间的妄念,稳定大众对于刑法规范以及现代社会文明秩序的预期。^⑤虽然十部委《通知》等规范性文件多次肯定了加密货币可能成立金融诈骗犯罪,但若无法将实质上具有货币性质的加密货币理解为准货币,则基于罪刑法定原则,许多具体罪名将无法被适用。

以非法集资类犯罪的适用为例,存在争议的是,“非法集币”行为能否被解释为刑法上的存款或资金。一旦涉及加密货币是否具有货币性质的讨论,就不得不卷入如何理解货币本质的关键争议。从不同知识领域和学科视角出发,对加密货币本质的理解必然不尽相同。就刑法评价而言,首先需考虑如下两大问题:一是,区块链加密货币属于新生事物,当前在前置法领域也并无明确界定,其是否属于货币不存在唯一真理。毕竟,人类演化的历史已经表明,人类的历史同时也是货币概念不断变化的历史。在人类历史上的某一时期被认为是毋庸置疑的货币理解,在下一个历史时期就不再正确。^⑥既然如此,学术研究在评价加

①参见朱嫒《代币发行交易中的犯罪风险》,载《国家检察官学院学报》2018年第6期,第104页。

②参见苏宇《数字代币监管的模式、架构与机制》,载《东方法学》2021年第3期,第90页。

③参见李敏《融资领域区块链数字资产属性争议及监管:美国经验与启示》,载《现代法学》2020年第2期,第137页。

④参见劳东燕《金融诈骗罪保护法益的重构与运用》,载《中国刑事法杂志》2021年第4期,第14页。

⑤Vgl. Günther Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Ferdinand Schöningh, 2004, S. 32.

⑥See Jack Weatherford, *The History of Money: From Sandstone to Cyberspace*, Crown Publishers, 1998, pp. 264-265.

加密货币是否属于货币时,必须着眼于当下的社会发展,且应保持一定的前瞻性。在数字时代,许多坚固的事物都已“烟消云散”了,数字时代的货币形态,也可能会颠覆人们固有的认知与想象边界。因此,若仍固执地坚守传统理解,坚持认为加密货币必然不属于货币,将不利于刑法知识系统对新生事物的准确研判。

二是,结合刑法教义学的基本原理,对于加密货币的刑法定性,并不必须与前置法理解完全保持一致。法秩序统一性意味着可基于刑法的功能特别是法益保护的需要,来发展和形成刑法教义学意义上的独特理解。^①因此,即便前置法领域存在对于加密货币是否属于证券或货币的不同理解,也不意味着刑法必须“盲目服从”。刑法的从属性意味着,刑法必须对于前置法所确认的保护对象进行再确认和再保护。^②区块链技术在金融应用中的不法风险,集中表现为区块链技术本身的去中心化特征与金融的中心化管制之间的张力,妄置文明社会管控要求于不顾的去中心化,必将带来逾越法秩序的后果。考虑到区块链犯罪对现代社会中心化组织方式的降维打击可能,以及去中心化金融乃是一种新型的金融样态,必须结合区块链金融场景下的犯罪规制需求及法益保护路径的刑事政策学思考,对加密货币形成刑法教义学上的妥当理解。

质言之,不能排除的一种重要理解是:虽然加密货币的理解困惑很大程度上源于其与法定货币体系之间的紧张关系,但在数字社会的演化趋势及中心化金融体系的潜在信用危机面前,加密货币的产生和发展具有历史必然性。就更为合理的监管策略而言,为防止区块链产业的“黑化”及其对法定货币系统的冲击,最优策略是通过保护投资者利益以引导行业在阳光下运行,并展开事前性的监管和事后的刑法规制。如此一来可能达成的理想状态是,加密货币能够与传统法定货币形成相互借鉴、共同成长的关系,在现有货币体系中获得补充性地位,并借助去中心化应用的普及,发挥引领 Web 3.0 时代的科技创新的使命。^③而一旦采取一刀切的理解方式,则可能不当激发区块链产业的抗审查“特质”,使之在隐秘的角落中无序扩张,甚至助推当前的网络黑灰产犯罪和暗网犯罪。

暂且不论监管政策的完善,仅就刑法规制而言,为了能够更好地规制“非法集币”以及逃汇、骗购外汇等可能冲击既有法定货币秩序的犯罪,有必要在特定场景下将实践中被犯罪人作为支付手段广泛使用的加密货币认定为刑法意义上的货币。例如,在著名的“丝绸之路”暗网犯罪案件中,乌尔布里希特设计的“丝绸之路”网站包含一个基于比特币的支付系统,用于促进该网站上的非法交易,并隐瞒通过该网站传输和接收资金的用户身份和位置。^④在此场景下,比特币就可以被理解为货币。激活加密货币的货币属性,将更加便于整合现有罪名来对加密货币相关犯罪展开规制。准货币的刑法定性意味着,在涉及中心化加密货币交易所或其他金融中介机构的区块链应用场景下,对于非法从事加密货币支付结算业务的行为,可以按照非法经营罪来予以规制。

进而,在刑法评价中,比特币等加密货币是否属于货币的范畴,可以结合货币的如下两个本质特征展开解释。一是,能否作为一种记账符号而存在;二是,是否具有被普遍认可的效力。若比特币等加密货币可以基于去中心化的信任建构,同时符合这两大货币的本质特征,则可以被理解为准货币。^⑤结合区块链加密货币的功能特征,绝大多数竞争币和代币尚不具备货币的全部特征。^⑥值得探讨的是,能否将比特币和稳定币理解为准货币。其中,就刑法评价而言,比特币的货币属性不难得到证立。在实然层面,中本聪在 2008 年发布的比特币白皮书中明确指出,比特币的诞生旨在变革传统以银行为核心构建的中心化金融

①参见[意]杜里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社 2004 年版,第 4 页。

②Vgl. Georg Freund/Frauke Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, Springer, 3. Aufl., 2019, S. 21-22.

③参见杨延超《论数字货币的法律属性》,载《中国社会科学》2020 年第 1 期,第 97-100 页。

④See Fausto Martin De Sanctis, Technology-Enhanced Methods of Money Laundering: Internet as Criminal Means, Springer, 2019, pp. 9-10.

⑤参见杨延超《论数字货币的法律属性》,载《中国社会科学》2020 年第 1 期,第 94-96 页。

⑥主要旨在承载智能合约的竞争币或者实用型代币,原则上不应被理解为准货币。能否将莱特币等实际上仅具有支付功能(即属于记账符号)的竞争币及支付型代币理解为准货币,则存在研讨空间,需结合今后区块链技术的实践情况以及犯罪规制需要来加以评估。

系统,形成一种基于去中心化的共识机制的可靠数字货币。^①作为当前承载价值最高的加密货币以及加密货币市场的晴雨表,比特币承担着现实中的价值存储功能,更已成为个别主权国家的法定货币,可以同时满足上述货币的两大本质特征。因此,在刑法解释层面,基于比特币的实然功能,可以在犯罪认定中根据认定需要将之理解为货币或准货币,以更好地适用逃汇罪、骗购外汇罪、逃税罪、非法经营罪等罪名。^②

另一可能需要在刑法认定时明确给予准货币评价的加密货币类型是稳定币(Stablecoin)。稳定币是一种旨在与特定资产、资产池或一篮子资产的稳定价值相对应的资产。^③作为一种新型加密货币,稳定币与去中心化的金融活动密不可分,其价值在于,通过与美元等目标资产挂钩,为加密货币市场提供一种可以平衡加密货币价格剧烈波动风险的价值存储手段。当前的稳定币并不完全是去中心化的,且由于去中心化稳定币技术上尚不成熟,当前主流的稳定币是中心化稳定币。正因为此,刑法应当对稳定币给予充分关注:稳定币在应用中往往与其他加密货币相伴相随,成为犯罪人实施洗钱、逃汇、骗购外汇等行为的重要工具。不仅如此,相较于去中心化的算法稳定币,中心化稳定币的发行过程存在不透明之处,很难核实发行者实际持有的法定储备货币数量及稳定币中由储备资产支持的比例,因而存在滥发风险,^④需要在监管和犯罪治理方面特别予以关注。在刑法适用中,将稳定币理解为准货币,有助于在认定与区块链加密货币相关的洗钱、非法集资、逃税等犯罪时降低认定成本,提高法益保护能力。应当肯定,去中心化稳定币既属于记账符号,也可以基于去中心化的信任建构,满足准货币的特征;而泰达币等中心化稳定币由于需与美元等法定货币挂钩,并在区块链金融活动中得到普遍认可,因而亦可以因此取得准货币地位。

综上所述,否定当前实际上具有支付结算功能的加密货币的货币性质,可能不利于准确解读相关犯罪对货币、外汇市场及税收征管制度造成的影响。同理,否定加密货币的金融工具属性,也不利于防范加密货币对证券、期货市场及投资者造成的风险。因此,为了增强对加密货币投资者的刑法保护,防范非法集资类犯罪的发生,有必要正视加密货币的法律属性,结合加密货币的功能特征以及刑法认定的要求,对不同加密货币的金融属性给予准确的教义学评价。

五、结论

关于加密货币的刑法定性,值得提倡的基础性理解是将加密货币理解为一种依托于区块链软硬件系统而形成的一种特殊的具有实在性的真实财产,将之与虚拟财产明确区分;考虑到加密货币的金融应用场景,以及适用财产犯罪不足以充分规制区块链领域的犯罪,还需对各类加密货币的金融资产属性区别性地加以理解,从而为经济刑法在区块链犯罪中的适用准备条件。基于技术革命的演进规律,随着区块链技术日渐告别早期探索阶段,即将进入技术落地的爆发阶段乃至狂热阶段,新范式的建立及其带来的利益刺激将会加剧各类投机活动与犯罪活动的井喷。^⑤因此,如何发挥对区块链技术所带来的社会变革及其中潜藏灾难的前瞻性,通过刑法治理引导技术向善,未雨绸缪地提供应对方案,以体现刑法对于自由和现代文明秩序的保障,是一个极富挑战的未竟问题。为增进刑法学界对于加密货币这一新生事物的全面认识,本文聚焦于加密货币刑法性质的整体性研讨。在此基础上,还需深入开展各类区块链相关犯罪的刑法教义学

^①See Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, Bitcoin (Oct. 31, 2008), <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

^②值得进一步研究,是否有必要把隐私币这一特殊类型的竞争币也理解为准货币。隐私币旨在解决比特币的隐私缺失问题,因而具有更强的抗审查能力,如门罗币和 ZCASH。此类加密货币往往以支付功能作为研发核心,且在实践中已经被犯罪人普遍应用。

^③See Douglas Arner, Raphael Auer and Jon Frost, *Stablecoins: Risks, Potential and Regulation*, Bank for International Settlements (BIS) (Nov. 24, 2020), <https://www.bis.org/publ/work905.pdf>.

^④See Jason Scharfman, *Cryptocurrency Compliance and Operations: Digital Assets, Blockchain and DeFi*, Palgrave Macmillan, 2021, p. 17.

^⑤参见[英]卡萝塔·佩蕾丝《技术革命与金融资本:泡沫与黄金时代的动力学》,田方萌等译,中国人民大学出版社2007年版,第115-119页。

研究,以明确中心化与去中心化的观念冲突中的刑法规制限度,并在各具体犯罪的研究中重估本文对加密货币刑法定性的一般观念厘清。这是以问题性思考助推体系性思考,推进区块链刑法研究的学术演化的必由之路。

On the Criminal Law Characterization of Blockchain Cryptocurrencies

Ma Yong-qiang

Abstract: With the growing trend of blockchain technology and the uncertainty of legal governance of the sovereign states, the decentralised Internet is becoming a lawless space in the minds of criminals. The key in solving the problem is to resolve the difficult problem of characterising cryptocurrencies at the level of criminal law doctrine, and the prerequisite for clarifying the criminal law characterization of cryptocurrencies is to gather a consensus on the use of cryptocurrency-related concepts. By reviewing the different doctrines on the criminal law characterization of cryptocurrencies, we can find that it is inappropriate to generalise which doctrine should be adopted, and that specific analysis should be made in relation to the types and application contexts of cryptocurrencies. The criminal law attributes of cryptocurrencies can be examined from two dimensions: property and financial assets. Firstly, cryptocurrencies are not virtual property, but a kind of real property that relies on blockchain hardware and software system and can be used in the real world, which meets the characteristics of property. Secondly, the distinction of financial attributes of cryptocurrencies should be affirmed to accurately identify altcoins and tokens that meet the characteristics of securities, and to clarify the possible quasi-currency nature of bitcoin and stablecoin. A more appropriate doctrinal evaluation can be made on cryptocurrency-related crimes.

Keywords: Virtual Currency; Digital Currency; Virtual Property; Property Crime; Financial Crime

(责任编辑:王 俊)