

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.03.005

欢迎按以下格式引用:杨玉晓.区块链金融衍生品刑法规制研究[J].重庆大学学报(社会科学版),2020(6):127-137. Doi:  
10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.03.005.**Citation Format:** YANG Yuxiao. Research on criminal law regulation of financial derivatives in blockchain [J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2020(6):127-137. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.03.005.

# 区块链金融衍生品刑法规制研究

杨玉晓

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

**摘要:**区块链技术自产生之日就与金融有着密切联系,其作为一种全新技术组合,正渗透到不同金融场景中。区块链技术发展改变了传统金融运营模式,冲击了金融风险管控和现有法律体系。区块链金融衍生品的高度匿名性与去中心化交易,使监管机构搜集信息受阻,难以确保信息准确性和全面性,导致出现部分业态下监管真空,为犯罪发生提供了土壤。对区块链金融衍生品进行刑法规制能维持国家货币稳定,防范金融风险,预防诱发犯罪,有其必要性。区块链金融衍生品在刑法上定性有货币说、金融工具说和财产说。通过比较德、美、日、俄国家对区块链金融衍生品的法律政策,结合国内区块链金融衍生品交易实践,其主要是作为金融工具在使用,因此把区块链金融衍生品认定为金融工具较为科学。区块链金融衍生品交易涉及金融交易安全、金融管理秩序安全和金融投资人财产安全等刑法法益,只有以刑事政策为引领立足现实展望未来,以刑事法律为基础坚持防控风险和推动技术发展相结合,以刑事合规为辅助建立刑罚与非刑罚相贯通的体制机制,打造立体规制体系,才能防范区块链金融衍生品交易犯罪,促使其在法治轨道上健康发展。

**关键词:**区块链;金融衍生品;金融工具;风险管控;刑法规制**中图分类号:**D924.33 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2020)06-0127-11

区块链,又称为分布式账簿技术,是伴随着计算机技术快速发展,通过密码学建立的去中心化、分布记账、集体维护数据库的一种数字化技术方案。区块链使用密码技术和时间戳,在按时间序列组成的数据模块中记录交易数据,通过“共识机制”<sup>①</sup>把记录数据分储到对等的P2P网络节点,形成不可更改、永久保存、不可逆向的数据记录,使交易在不依靠任何中心机构可信性验证情况下自由实现。区块链是继大数据、云计算、人工智能等新兴技术之后又一备受关注的技术创新。

修回日期:2020-03-12

基金项目:西南政法大学2020年度博士科研创新项目“区块链金融刑法问题研究”(FX2020012)

作者简介:杨玉晓(1985—),男,河南省项城市人,博士研究生,西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防中心研究员,主要从事金融刑法研究,Email:529525242@qq.com。

①区块链事务达成分布式共识的算法。

区块链创设的主要目标就是建立一个去中心化支付体系。其作为底层技术在金融领域实现了以比特币为代表的金融衍生品,并已形成一种新型金融生态体系,引发大量关注和研究。金融是现代经济的核心,一招棋活,全盘皆活。区块链金融衍生品顺应时代发展而生,根植于传统金融产品又独立于传统金融产品。其把金融产品从传统中心化运作模式变为分布式商业模式,使金融产品在资产管理、融资、投资和支付领域都带来巨大改变,对风险管控和现有法律体系形成巨大冲击。由于区块链金融衍生品匿名性和去中心化交易,使监管机构收集信息受阻,监管缺失,为犯罪发生提供了土壤。

综观国内对区块链金融法律规制研究,代表性成果有谢杰的《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》<sup>[1]</sup>。该文针对比特币交易可能涉及的犯罪来探讨金融刑法如何在立法、司法和执法层面进行全方位制度优化。王熠珏在《“区块链+”时代比特币侵财犯罪研究》<sup>[2]</sup>一文中认为比特币本质上是商品,刑法对其犯罪行为认定时应当注意平台交易和非平台交易差异,予以认定。王冠在《基于区块链技术 ICO 行为之刑法规制》<sup>[3]</sup>中谈到数字货币不应当是刑法意义上的货币,以数字货币为募集对象的 ICO<sup>②</sup> 行为可以考虑使用非法经营罪兜底条款,不应当认定为刑法上的货币犯罪。范拓源在《区块链技术对全球反洗钱的挑战》<sup>[4]</sup>中谈到了在区块链技术下为有效应对洗钱犯罪,需要完善没收制度,建立国际协作制度,设立举证倒置程序来精准打击。这些成果大多集中在区块链金融领域某一种或某一类犯罪方面,而整体上对区块链金融衍生品刑法规制研究少有涉及。因此弥补研究真空,防范金融风险,是摆在我们面前重大而现实的课题。

## 一、区块链金融衍生品法律定性

区块链技术的目标是建立一种“去中心化”的支付体系。因此,金融领域是区块链应用最为成功的一个领域。比特币、以太币、瑞波币等加密币具备区块链的主要特征,可以称其为“区块链金融衍生品”。一种新生事物我们只有弄清楚其性质才能开展进一步研究。对区块链金融衍生品进行法律定性是开展刑法规制的基础。

### (一) 区块链金融衍生品定性的刑法学纷争

区块链金融衍生品属新生事物,它具备了货币部分功能,又具有商品的某些特性,还具有金融工具特性,因此在理论界有不同观点。总体看来有数字货币说、金融工具说和财产说。

#### 1. 数字货币说

数字货币说认为以比特币为代表的区块链金融衍生品本质上是一种货币。按照马克思的观点,货币是一般等价物,其具有价值尺度、支付手段、储藏手段、流通手段和世界货币五种功能。纸币是由国家发行的,依靠国家强制力保证实施的货币符号。只有纸币才需要由国家发行并认可,货币未必是国家发行,也未必需经国家认可。区块链金融衍生品具备货币主要功能:既可以作为交易媒介为商品定价,又可以作为支付手段清偿欠款,还可以作为财富储藏。以区块链为底层技术,具有去中心化的特点并没否认区块链金融衍生品货币性质。由于其是一种虚拟货币,需要借助数字化技术实现,故将其称之为“数字货币”。况且央行也在发行数字货币,现实生活中支付宝、微信中财产也都以数字货币形式而存在。故这种学说认为,区块链金融衍生品与货币性质相同,本质上是一种数字化货币。

<sup>②</sup>首次代币发行,英语:Initial Coin Offering,简称 ICO。

## 2. 金融工具说

金融工具说认为,“区块链金融衍生品包括比特币、瑞波币等虚拟货币以及 ICO 网络中介都属于金融活动工具”<sup>[5]</sup>。该学说认为区块链技术所带来的挑战是源于我国传统金融体系中“金融抑制”<sup>③</sup>释放出来的变革与创新力量,在一定意义上是民间融资不断扩张的诉求,是现代技术发展促发传统垄断金融体制的一场深刻的革命<sup>[6]</sup>。这场革命借助比特币、瑞波币、以太币、ICO 网络等金融工具在传统融资受限的情况下开展融资,而非把其本身当做一种货币。有关统计数据显示,“我国国内比特币持有量,仅占当前比特币总量的 6.8%,交易量却占总量的 79.4%”<sup>[7]</sup>。这也说明在实际操作中,比特币是作为一种金融工具用于融资的。

## 3. 财产说

区块链金融衍生品是伴随着网络技术与区块链技术发展而兴起的。将其看成一种财产能更好地解决相关犯罪问题。财产说认为区块链金融衍生品本质上是一种财产,是一种“虚拟财产”<sup>[8]</sup>,其具有价值,可以在全球范围内买卖,也可兑换成多种法定货币。曾在互联网上出现的“比特币勒索病毒”,制造者通过“木马程序”把病毒植入目标电脑,来锁定目标电脑中 JPG、PDF、DOCX 文件,要求使用者支付一定数额比特币作为赎金来解除被锁定文件。这时,如果只承认其为计算机数据,那么无法认定损失数额,仅以破坏/非法控制计算机信息系统罪<sup>④</sup>定罪处罚明显不当。还会造成利用区块链金融衍生品进行毒品犯罪、洗钱犯罪也无法计算犯罪数额,面临法律无从规制的尴尬局面。

### (二) 区块链金融衍生品定性的多法域审视

自区块链金融衍生品诞生以来,其高度匿名性和不依赖监管的特点,为网上开展交易提供了便利,受到诸多客户追捧,同时也为逃税、投机、洗钱等犯罪提供了条件。当前,区块链金融衍生品已经突破了虚拟社区,向传统金融和实体经济领域蔓延,世界各国政府都在出台相关法律对其进行规制,确保其在法治轨道上运行。

#### 1. 德国——金融工具

德国政府对区块链金融衍生品持积极的态度,是世界上第一个承认区块链金融衍生品合法性的国家<sup>[9]</sup>。在 2016 年德国公开的文件《区块链金融衍生品:分布记账——以比特币为例》中对区块链金融衍生品在交易中数据储存、跨境支付使用、银行之间转账进行了详细分析。德国联邦监管局认为区块链金融衍生品是一种金融工具,可以在银行中作为记账使用,不具有法定货币的地位。德国政府对区块链金融衍生品的态度,接近于金融工具说。

#### 2. 美国——虚拟货币

美国对区块链金融衍生品态度较为前瞻。美国政府注意到区块链金融衍生品在实践中具有强大的支付、结算功能,将其当做一种特殊货币——虚拟货币<sup>[10]</sup>。虽然这种货币不是美国法定货币,不具备法定货币地位,但是美国政府用监督货币手段对其进行监管,这种监管措施比一般金融产品监管措施还要严格<sup>[11]</sup>。比特币交易平台由联邦政府和州政府共同监管,通过层级分工配合,把区块链金融衍生品交易平台、支付商视为金融服务业中的资金传递者纳入被监管范围,形成一套完整的监管体系。

#### 3. 日本——财产价值

日本政府对区块链金融衍生品态度较为慎重。日本国会在 2016 年通过《资金结算法》,把虚拟

③金融抑制是指政府对金融活动和金融体系的过多干预,抑制了金融体系的发展,而金融体系的发展滞后又阻碍经济发展。

④《刑法》第 285、286 条。

货币定义为可以在不同主体之间进行转移支付或清偿债务的一种以法定货币计算通过电子系统处理的财产价值。其类似于财产说但又不同于财产说:认可其有财产价值,但没有进一步认可其本身具有财产的收益、使用功能。这种定义坚守技术中立,没有将区块链金融衍生品与虚拟货币进行等同,既能够包括当前流行的比特币、以太币、瑞波币,又能为将来新出现的区块链金融衍生品留出足够的解释空间。日本政府对区块链金融衍生品的定位是一种财产价值,一种可以用法定货币计算的财产价值。

#### 4. 俄罗斯——虚拟财产

俄罗斯不承认区块链金融衍生品具备法定货币地位,也不承认其是金融工具。俄罗斯禁止加密货币融资业务,加强对区块链金融衍生品管制。俄罗斯曾在2014年宣布,卢布为其法定货币,不允许任何货币或者货币代替品来取代卢布的法定货币地位。但俄罗斯并没有否认区块链金融衍生品,承认其是一种财产,一种普通虚拟财产。俄罗斯对区块链金融衍生品的态度接近于财产说。

### (三) 我国的规定及笔者观点

如上所述,理论界对区块链金融衍生品定性产生了较大分歧。不同国家对区块链金融衍生品的定义也不尽相同,但截至目前尚没有一个国家承认其具备法定货币地位。

#### 1. 定性学说及不同国家规定评析

三种学说各有优缺点。数字化货币说看到了区块链金融衍生品具有货币一般属性,肯定了其未来发展趋势,而忽视了区块链金融衍生品不属于法定货币且监管难度较大的特殊性,难免“挂一漏万”。金融工具说虽然承认其是一种金融工具符合当下监管需要,但忽视了其具有支付结算功能,有一定局限性。财产说肯定了其价值,但这种定性没有考虑到其能够作为金融产品进行投资收益的特性,亦带上了局限性的烙印<sup>[12]</sup>。纵观上述四国对待区块链金融衍生品的态度,亦是各有千秋。各国经济社会发展水平不同,法律历史文化背景不同,所面临的经济问题也不尽相同,没有一种规定普适于所有国家和地区。

#### 2. 我国的规定及态度

我国否认区块链金融衍生品为数字货币,但没否认其价值。在2013年中国人民银行等单位联合下发的《关于防范比特币风险的通知》(以下简称《通知》)中规定,比特币不具有与货币同等法律地位,不能在市场上当做货币来流通使用。并且《通知》明确要求国内被监管银行不能开展与比特币相关的业务活动。《通知》表明了一个态度:在我国法律不赋予区块链金融衍生品法定货币地位。然而,从《通知》中我们同样可以看出,我国法律并没有否认区块链金融衍生品价值,也没有绝对禁止私人之间交易金融衍生品,只是对金融衍生品的监管采取了审慎态度。

#### 3. 笔者的观点

从历史发展角度看,区块链金融衍生品成为“数字货币”是技术发展潮流。虽然在我国区块链金融衍生品尚不具备法定货币地位,但是在现实生活中,比特币等区块链金融衍生品在网络技术支持下,可以对大多数商品和服务作出价值衡量充当支付媒介。买卖双方取得比特币和取得实体货币之间并没有本质区别。从实践角度看,比特币交易平台上的投资者、参与者在平台上进行比特币买卖存在价格变动,面临市场风险。故而区块链金融衍生品交易属于具有投资功能的金融工具。我国比特币持有量和交易量存在巨大反差,区块链金融衍生品主要是作为金融工具而使用。因此,我国可以把区块链金融衍生品定义为具备某些货币功能的特殊金融工具,这样既考虑了现实规制的需要,又为其未来的发展预留了法律解释空间。



## 二、区块链金融衍生品刑法规制必要性探析

“区块链金融衍生品是区块链技术在金融领域引发的一场“革命”,引领了金融行业未来发展方向”<sup>[13]</sup>。在去中心化、集体维护、可靠数据库技术支持下,第三方信用评估已无存在价值,区块链金融会依靠自身信用设计为金融衍生品交易提供可靠保障,减少交易成本,激发交易活力。但近年来区块链金融衍生品所涉嫌犯罪频发,甚至一度沦为外汇犯罪、洗钱犯罪、走私犯罪、货币犯罪的工具,对其进行刑法规制十分必要。

### (一) 法益分类

我国《刑法》中金融犯罪共 38 个罪名,大致可以分为两大类:“破坏金融交易秩序”和“破坏金融管理秩序”。这两类罪名分别分布于刑法第三章第四节“金融诈骗罪”和第五节“破坏金融管理秩序罪”之中。金融刑法是我国刑法的重要组成部分,是判定金融业务行为是否合法的依据所在。从法益的角度对区块链金融衍生品所涉及的问题进行分析非常必要。

#### 1. 金融交易安全

区块链金融衍生品具有支付结算功能,主要体现在两个方面:第三方支付和依托类支付。第三方支付为一种独立支付系统,其需要以区块链为底层技术为用户提供结算服务。依托类支付是一种消费者能够在网络浏览过程中进行支付消费支付种类。区块链技术不但能提供人民币支付服务,还能够开展外汇支付服务,功能完善。新技术在带给我们便利的同时,也隐藏了诸多隐患。如在区块链金融背景下从以数字货币为核心的交易,延伸到了积分共享、交易清算等新兴金融服务形态。区块链数据价值不仅在于单个数据,还在于大量数据聚集、计算和分析所带来的“次生利益”。这种情况下会导致区块链金融数据相对集中,容易成为被犯罪侵害的对象。又如区块链金融用户行为模式、ID 地址聚集在一起就容易被犯罪所侵害。区块链金融衍生品交易对大量数据具有依赖性,然而这些数据往往包含着海量的敏感数据。为了取得这些数据,高明的黑客们将 APT 代码在大数据中进行隐藏,绕过防御检测,对相关数据进行持续性攻击。因此维护其交易安全就很重要,区块链金融衍生品交易安全应当是刑法所保护的法益。

#### 2. 金融管理秩序安全

互联网金融融资业务可以分为两类:一是众筹融资平台,二是 ICO 网络借贷中介。众筹融资平台属于传统互联网金融,需要电商介入,针对融资方进行评估分析,并依据融资方的信用等级来开展相应的业务,具有中心化,易监管。ICO 网络借贷是一种线上运行融资机构,是区块链金融衍生品构建的一种不同于传统互联网金融的全新金融生态体系,其不需担保,主要通过借贷利率高低来开展借贷,不具有中心化,难监管。区块链金融衍生品能兑换部分国家本位货币,洗黑钱行为借助其能够绕过国家外汇监管,既方便又快捷,危害到金融管理秩序安全。

例如美国曾出现臭名昭著的“丝绸之路”网站就是借助区块链金融衍生品不易监管的特点进行恐怖主义融资、赌博、洗钱等犯罪。其网站的管理者乌尔里被捕以后犯罪数额得以查清:网站用户数百万人,每月的交易额高达 119 万美元<sup>[14]</sup>,用户数量之多,涉案数额之大令人瞠目结舌。目前,犯罪分子利用区块链技术隐蔽性高、技术性强、匿名化等特点大肆开展危害金融管理秩序犯罪,已成为全球打击犯罪的重点对象。

#### 3. 金融投资人财产安全

有关数据显示,2017 年比特币已经从年初的 900 多美元涨到年末的 19 000 多美元<sup>[15]</sup>,区块链金融衍生品火爆引来了众多病毒黑客。如曾经肆虐全球的 Petya、Bad Rabbit 病毒直接向受害者勒

索加密货币。又如曾在2016年The DAO<sup>⑤</sup>所编写的智能合约中的split DAO函数遭到了黑客所编程程序的攻击,造成其项目资产池不断被分离,仅数小时,5 900多万元加密货币——以太币被洗劫一空,给持有人造成了重大的财产损失。在攻击成功以后,攻击者还对外发表声明,他们是合法正当利用The DAO漏洞来获取以太币的,态度十分嚣张<sup>⑥</sup>。自区块链金融衍生品诞生以来至少有16起严重的加密货币被盗案件,总涉案数额超过6亿美元<sup>⑦</sup>。一时间加密货币成了最容易被黑客犯罪侵犯的对象。因此,投资人的财产安全也应该属于刑法所保护的對象。

## (二) 規制现状

2012年互联网金融模式由国外进入国内,得到了迅速发展,出现了前所未有的金融业态,也滋生了前所未有的金融犯罪问题。特别是区块链金融衍生品所涉犯罪案件呈井喷式爆发,而对其規制则相对滞后。

### 1. 刑事政策过于保守

金融犯罪大多是“法定犯”,因此国家金融政策会对其刑事政产生较大影响。过于保守的金融政策会阻碍新兴技术发展,过于激进的金融政策则会造成相关犯罪比例提升,危害社会生活秩序。我国对区块链金融衍生品态度过于保守,否认区块链金融衍生品法律地位,并要求各级银行与金融机构不得开展与区块链金融衍生品相关业务。这种金融政策体现在我国刑事政策中就是对区块链金融衍生品法律地位的不承认,对所涉犯罪缺乏严厉打击,这就会造成犯罪圈过大,犯罪数激增情况。事实上,我国金融政策完全可以更加开放包容,承认区块链金融衍生品的“特殊金融工具”地位既有利于对相关犯罪进行有效規制,又能为以后发展留足空间。刑法具有谦抑性,司法解释也要遵循相应的规则,因此刑事政策的转变有先导性和灵活性,而目前我国针对区块链金融衍生品的刑事政策不利于使用刑法对其有效規制和使其自身健康发展。

### 2. 法律不完善

区块链与金融相融合可在服务技术、服务场景、服务产品等多方面进行。区块链对金融的影响大致分为两类:一是将区块链技术嵌入传统金融,只是利用区块链技术搭建管理和信息平台开展金融活动;二是由区块链技术与金融融合衍生出金融衍生品。如果在其中产生犯罪,第一类只是犯罪手段发生了变化,犯罪本身并没有发生实质性改变。第二类会产生出新的犯罪类型,涉及多种犯罪种类。与此不相适应的是,我国刑法相对滞后缺少明确规定,前置性法律亦不能提供入罪参照,使得有关利益无法有效保护,对相关犯罪不能精准打击。如比特币作为区块链金融衍生品代表性产物,缺少法律规定的准入门槛,大量的比特币交易游离法律之外,形成了诸多不受法律保护的亚制度,游走在违法犯罪边缘。相关部门虽通过发布公告、提示、约谈等方式开展规范工作,但是难以通过强有力的惩处机制規制相关违法犯罪行为,使区块链金融衍生品交易充满了风险。

### 3. 法律适用存在分歧

区块链金融衍生品的载体是数据代码,其一系列交易行为都是在独立网络空间中完成的,行为有别于传统,对于使用互联网信息技术进行篡改代码、网络攻击、更改合约机制等非法获得利益的行为,刑法学界有着不同的认识。例如“挖矿行为”是区块链金融衍生品出现之后新出现的行为,类似于在数字竞猜游戏中的“竞猜游戏”机制,如果猜中将会获得区块链金融衍生品——比特币(或其

<sup>⑤</sup>The DAO 是以太坊上的一个去中心化应用众筹 APP。

<sup>⑥</sup>Werbach & Cornell, Supra Note 25.

<sup>⑦</sup>作者的分析源于 Michael Matthews 的 List of Bitcoin Hacks (2012-2016), steemit, <https://steemit.com/bitcoin/@michaelmatthews/list-of-bitcoin-hacks-2012-2016> and other sources.

他加密货币)作为奖励<sup>[16]</sup>。然而挖矿的效率与计算机运算能力等硬件设施相关,这就催生了劫持他人计算机进行恶意挖矿的行为。现有挖矿行为大致可以分为两种:第一,利用他人计算机的闲置资源进行挖矿。也即挖矿程序智能化,在别人使用计算机时自动停止挖矿,当别人闲置计算机时自动开启挖矿程序,具有秘密性不易被发现。第二,强制挖矿,通过病毒控制别人的计算机,挤占别人的使用权进行饱和状态强制挖矿,具有强制性容易被发现。对这些行为是否构成犯罪,构成何种犯罪,刑法理论和实务界仍存在较大分歧。

### (三) 刑法规制必要性

区块链金融衍生品对现有金融业态是一种大融合提升,金融业大洗牌局面即将到来。正因如此,如何维护金融安全成了经济发展的重要保障,对区块链金融衍生品进行刑法规制,预防金融犯罪、防范金融风险对国家经济建设和社会发展具有重大意义<sup>[17]</sup>。

#### 1. 区块链金融衍生品属于刑法保护的财产范畴

区块链金融衍生品能作为货币来购买商品,且能在交易平台上兑换成法定货币是毋庸置疑的。虽然部分学者认为区块链金融衍生品不属于刑法中所规定的财产,盗窃该类“产品”按非法获取计算机数据罪<sup>⑧</sup>定罪处罚,但是这种处理方法混淆了具有中心化的Q币、金币、游戏道具和去中心化的区块链金融衍生品之间的区别,明显不妥。如果刑法固守传统不对区块链金融衍生品进行刑法意义上的保护,那么广大持有者合法权益就得不到保护,显然背离了刑法宗旨。

#### 2. 刑法规制是防范金融风险维持国家货币稳定的需要

区块链金融衍生品——比特币自从产生以来发生了数次急剧涨跌,这种急剧涨跌易造成金融市场动荡。比特币交易在我国有着客户群数百、资金数百亿元的庞大群体,算上火币、以太币、瑞波币、莱特币等其他区块链金融衍生品,涉及人员和规模就更大。如果不对其进行防范,一旦失控将会造成重大金融灾害。因此将区块链金融衍生品纳入刑法规制有利于防范金融风险、维持国家货币稳定。

#### 3. 刑法科学规制能预防诱发犯罪

区块链金融衍生品是以区块链为底层技术,由于区块链技术的匿名性和复杂性,使通过其实施盗窃、逃税、洗钱、敲诈勒索成为可能。这些犯罪具有对象复杂、危害程度深、危害范围广、危害智能化等特点<sup>[18]</sup>。如2017年在全球范围内出现的“比特币勒索病毒”,每次勒索金额少则数千元,多则上万元,波及范围达73个国家,危害程度之深,范围之广,令人惊诧。笔者曾借助裁判文书网进行了检索,2016年至今,利用区块链技术进行非法集资、诈骗、ICO传销的案件共104件,涉案金额大的达30多亿元人民币。因此对区块链金融衍生品进行刑法规制开展犯罪预防非常必要。

## 三、我国区块链金融衍生品刑法规制路径

### (一) 监管体制创新:以刑事政策为引领

“法律包括规则和原则和政策,原则和政策是广义上的规则”<sup>[19]</sup>。预防遏制犯罪是我国刑事政策的首要目的。司法实践中刑事政策对定罪量刑起着重要作用,地位不言而喻。

#### 1. 我国目前金融犯罪刑事政策

在我国当前金融立法中,一直坚持刑法滞后性和谦抑性原则——刑法介入以行为违反民事、行政法律为前提。我国金融体制是“大一统”模式,国家完全禁止任何对金融系统的破坏行为,刑法列

<sup>⑧</sup>《刑法》285条第2款。



举了破坏金融秩序的若干行为,处罚较重。比如对民间融资坚决否认、绝不允许,甚至通过专门刑事立法来打击。学界虽有人积极主张针对区块链金融衍生品犯罪应当科学解释积极立法,调整“过于保守,一刀切”的刑事政策,精准打击,但刑事政策依然没有改变。

## 2. 我国金融犯罪刑事政策的问题

随着经济社会的快速发展,传统大一统金融模式弊端丛生,采取“家长式”管理模式,对新生事物挑战传统金融监管市场的动力过于恐慌,将目前处在法律边缘的区块链金融衍生品不加鉴别地扼杀。这种“过于保守,一刀切”的金融刑事政策会导致更多区块链金融衍生品交易转入地下,滋生金融犯罪行为,影响我国金融市场的繁荣稳定。

## 3. 坚持与国家金融改革方向相契合

刑事政策只有与国家金融改革方向相契合才具有生命力。区块链金融衍生品虽为虚拟金融产品,但也服务于实体经济,金融与实体二者相辅相成。我国在2017、2018年的金融政策文件中均提到金融服务实体经济,我们应朝着这样一个方向迈进。区块链金融对传统金融产生了较大的挑战,使我国金融政策调整成为必然。刑事政策必须及时转变理念,契合国家金融政策,不能墨守成规。因此对区块链金融衍生品法律评价也应多元,不能因其有可能诱发犯罪就不赋予其合法地位,对其的评价要考虑未来技术发展需要,要考虑对我国实体经济是否能产生促进作用,要考虑相关行为是否具有严重的社会危害性等诸多因素。只有对其采取较为宽缓的刑事政策,才能坚持与国家金融改革方向相契合。

### (二) 审慎基调下的鼓励:以刑事法律为基础

针对区块链金融衍生品刑法应当申明立场:坚持风险防控与推动技术发展相统一。因此以刑事法为基础坚持审慎下鼓励是这种立场的最直接体现。区块链在金融领域产生了巨大的连锁反应,金融衍生品正是这种反应的集合式。区块链金融衍生品的出现不仅催生了诸多新兴产业,还催生了许多新兴的犯罪行为。针对那些不法行为,我国刑法规制相对落后:“互联网+金融”刑法尚未给予其足够的回应,更勿庸谈“区块链+金融”了。虽然政府曾多次出台相关文件来规范加密货币,禁止金融机构开展与比特币相关的业务,但是政府的这种政策性叫停并未从本质上解决问题。扬汤止沸,不如釜底抽薪,只有良好的法律才能为其发展提供强有力的保障。

#### 1. 区块链金融犯罪与刑法理性化

刑法理性化是人们不懈追求的目标。近代理性刑罚论认为,对犯罪进行惩罚是犯罪本质属性,但不是刑罚的目的。“刑法是一种自卫手段,以行为违反它的生存条件为前提”<sup>[20]</sup>。马克思对刑罚设置目的性这一精辟论述,实质上与预防犯罪理论不谋而合。孟德斯鸠认为,在政治宽和的国家,一个好的立法者所关心的预防犯罪多于惩罚犯罪<sup>[21]</sup>。贝卡利亚认为,刑罚就是制造一种阻力,以抵消犯罪的引力<sup>[22]</sup>。刑法的目的既不是要摧残一个感知者,也不是要消除其业已犯下的罪行。由此得出,对区块链金融衍生品的刑法规制,主要目的不应在惩罚区块链金融衍生品涉及的犯罪,而是为了更好地促进区块链金融业的发展。这才符合刑法理性化要求。

#### 2. 区块链金融犯罪的二次违法性

在行政法律没有对区块链金融衍生品进行规制时,刑法能否对其规制,理论上不同观点。部分学者认为刑法应当具有谦抑性,区块链金融衍生品所涉犯罪基本上都是法定犯,因此对区块链金融犯罪认定应当坚持二次违法性。对此笔者有不同看法:大多数金融犯罪虽是法定犯但也不尽然。如《银行法》中规定的“强迫担保罪”在刑法中并没有予以体现。再如编造并传播期货交易罪是刑法先行入罪后相关行政法规才予以修改。故而,对于区块链金融衍生品刑法规制不一定要以二次违



法性为前提,必要时应当直接介入。

### 3. 完善解释还是新增立法

对区块链金融衍生品刑法规制应当坚持具体问题具体分析。一方面要考虑刑法体系的稳定性,特别是当今我国金融刑法体系已经相对完善,区块链金融衍生品所涉犯罪大都能囊括进现有法律框架内,暂时没有改变金融业的组织方式。因此可通过法律解释把所涉犯罪纳入现行罪名之下。如利用区块链技术实施洗钱、赌博、诈骗,这些犯罪行为只是借区块链金融衍生品为工具,犯罪性质没有本质改变,因此可以通过解释将其纳入现有罪名体系。另一方面对区块链技术衍生出的新型犯罪,无法解释到传统罪名体系之中的,要通过增加新罪名来进行规制。例如针对对于区块链金融衍生品交易不能简单以非法经营罪进行处罚,要考虑区块链金融衍生品性质虽在法律上没有得到明确确认,但是在实践中它确实是一种支付手段,并且能兑换部分国家的法定货币,甚至能不受国际汇率的影响,对其规制还需在实践中不断探索研究,必要时刑法要新增立法,设立新罪名。

### (三) 风险调控的底线:以刑事合规为辅助

生产关系变革源自生产力推动。区块链金融衍生品属于新兴产业代表着先进生产力,必然会影响生产关系的转变,相关法律制度也会产生相应的调整。区块链金融衍生品本身蕴藏着巨大的经济发展助推力,但金融市场资本逐利本质往往使其过分追求财富而忽略法律风险,在此背景下需要以刑事合规制度来进行调控。

#### 1. 刑事合规定义匡正

刑事合规定义有广义和狭义之分。狭义上刑事合规是指为了避免单位或其成员开展业务涉嫌犯罪而采取的容许且必要的措施。广义上刑事合规是指某一措施的技术性、制度性或规范性事前或者事后被刑法所认可。广义刑事合规目的有以下两个方面:一是与司法机关达成一致对刑事处罚产生积极影响,进而提升企业价值;二是降低组织或者组织成员开展业务涉嫌犯罪风险。笔者赞成广义上的刑事合规,文章亦是在广义刑事合规概念下论述。刑事合规借助刑事法规,以改进组织自我管理为目的的规章制度和实践。刑事合规的本质是要求组织的管理规范业务行为、职业伦理、行业规则等符合刑事法律规范。刑事合规是组织合规的风向标,在刑事法律的要求之下立足于公司组织结构、规章制度、发展规划建立起的一系列刑事犯罪的发现、报告及预防体制机制。当采取上述措施后仍不可避免受到刑事法律制裁的,则可从轻、减轻或免除责任。当然刑事合规的建立不能仅仅停留在制定制度表面,而是要把合规内化于企业经营文化之中。

#### 2. 刑事合规的特征

刑事合规用刑法来规范自己的行为,是一种合规的刑事化。其具有显著的特点,具体而言:其一,刑事合规实现具有主动性。刑事合规实质是一种自我管理义务。刑法是谦抑的,只有触犯了刑法,刑法才会发挥其惩罚作用。而刑事合规则通过合规计划来主动发挥刑法的规制作用,通过刑事责任风险的正向引导实现自我监督。其二,刑事合规具有两面性。刑事合规是一种免责事由。积极履行是刑法所考虑的重要免责事由。但是同时应当看到,消极履行是刑法对其作出否定评价的重要考量要素,因此其具有两面性。其三,刑事合规具有规范性。“刑事合规本质是组织以刑法为标准来规制自己的行为,审慎评估行为所存在的刑事风险。其最核心价值是规划的合规性,因此刑事合规具有规范性特征”<sup>[23]</sup>。

#### 3. 区块链金融衍生品与刑事合规

刑事合规最主要的目的是对犯罪的预防。区块链金融衍生品涉嫌刑事犯罪大多与盲目追求经济利益,牟取暴利有关,这也是金融行业的自发性所决定的。我国目前的金融行业在互联网驱动下

发展起来,企业趋之若鹜地进军区块链金融行业。然而这些企业只看到经济利益,对所涉及刑事风险防范不足,使得区块链金融衍生品交易可能涉及犯罪概率大大提升。因此对于涉及区块链金融衍生品企业应当引入刑事合规制度。一方面区块链金融衍生品在金融领域所造成的影响,可能涉及的犯罪仅依靠刑法来调整还远远不够,亟需建立一批完备的非刑罚法律法规靠前指引,确保区块链金融衍生品健康快速发展。另一方面,刑法自身体系调整亦必不可少。比如在刑法中设立与区块链金融相关的“过失犯罪”,明确注意义务违反、合规管理与责任内容,用刑法来推动相关企业开展自我监督。通过设置管理过失犯罪刑法激励赋予区块链金融衍生品企业相关人员(如董事、高管、监视)特定保证人义务,增强这类人员审慎监管企业的能力,强化相关企业刑事合规监管动力。

总之,区块链金融衍生品的出现对我国金融市场既是机遇又是挑战,是我国金融市场中的一场革命。当今经济正呈现下行趋势,又处在三期叠加期,我们只有通过刑法来规制区块链金融衍生品保障其刑事合规与良性发展,为我国金融市场注入新活力,增强我国经济内生性动力,才能为扭转经济下行的局面做出贡献。区块链金融衍生品已显示出其锐不可当的发展潜力,我国当前对其采取“过于保守一刀切”的刑事政策,注定行不通。与其消极排斥,不如通过刑法规制引导,明确相应法律,完善相应漏洞,为其发展创造良好的法治环境。只有这样才能使区块链金融衍生品在促进经济增长方面“发威发力”。至于区块链金融产品所涉及的刑事法律风险,刑法不仅要打击犯罪行为,更要防止行政粗暴型干预,以刑法保障和平理性,促使企业更好利用科技,引导公民开展适法行为,推动资源整合创新。新兴犯罪类型总和技术发展相伴,通过研究为我国金融市场繁荣稳定提出更多方法与对策,实现经济、秩序、技术的均衡协调发展,或许就是我们的学术使命。

#### 参考文献:

- [1] 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[J]. 人民检察, 2017(8):63-66.
- [2] 王熠珏. “区块链+时代”比特币侵财犯罪研究[J]. 东方法学, 2019(3):149-160.
- [3] 王冠. 基于区块链技术 ICO 行为之刑法规制[J]. 东方法学, 2019(3):137-148.
- [4] 范拓源. 区块链技术对全球反洗钱的挑战[J]. 科技与法律, 2017(3):19-24.
- [5] 周阳. 区块链技术在政府监管中的定位及法律规制:基于海关监管的视角[J]. 法学评论, 2020(1):94-105.
- [6] 易刚, 吴有昌. 货币银行学[M]. 上海:上海人民出版社, 1999:377.
- [7] 吴桐, 李铭. 区块链金融监管与治理新维度[J]. 财经科学, 2019(11):1-11.
- [8] 卜学民. 论区块链对中央对手方结算的挑战及其应对[J]. 北方法学, 2019(6):147-157.
- [9] GOLA Y. German court ruling raises questions about Bitcoin's legal status[EB/OL]. (2018-06-4)[2020-01-9]. <https://www.ccn.com/german-court-ruling-raises-questions-about-bitcoins-legal-status>.
- [10] ANNING P, HOEGNER S, BRITO J. The law of Bitcoin[M]. New York:Oxford University Press, 2015:115-187.
- [11] HILSE L. Threat-Assessment:Bitcoin danger to the unite states? National security and her economic & commercial interests [M]. USA:Create Space Independent Publishing Platform, 2013:24-40.
- [12] 陈吉栋. 播撒信任的技术幽灵:区块链法律研究述评[J]. 探索与争鸣, 2019(12):84-94.
- [13] 陈思语. 区块链应用于证券交易的法律风险及防范[J]. 法律适用, 2019, 23:58-66.
- [14] 刘超亚. 比特币投资市场研究[D]. 北京:首都经济贸易大学, 2016.
- [15] 瑞星网. 比特币火爆背后带来病毒爆发[EB/OL]. (2018-01-17)[2020-01-9]. <http://it.rising.com.cn/dongtai19256.html>.
- [16] 王卫, 南庆贺. 论盗窃比特币的行为性质[J]. 西部法学评论, 2018(5):83-90.
- [17] 刘宪权. 金融犯罪刑法学原理[M]. 上海:上海人民出版社, 2017:1.

- [18] NIKOLIC L. Finding the greedy, prodigal and suicidal contract at seal contracts at scale [EB/OL]. (2018-11-13) [2020-01-9]. [tps://arxiv.org/pdf/1802.06038.pdf](https://arxiv.org/pdf/1802.06038.pdf).
- [19] 周志荣, 张继成. 论法律与逻辑的内在关系 [J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2020(1): 30-48.
- [20] 编译局. 马克思恩格斯全集(第8卷) [M]. 北京: 人民出版社, 1961: 579.
- [21] 孟德斯鸠. 论法的精神(上册) [M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1961: 42.
- [22] 切萨雷·贝卡利亚. 论犯罪与刑罚 [M]. 黄风, 译. 北京: 北京大学出版社, 2018: 104.
- [23] 赵志华. 区块链技术驱动下智能合约犯罪研究 [J]. 中国刑事法杂志, 2019(4): 90-102.

## Research on criminal law regulation of financial derivatives in blockchain

YANG Yuxiao

(*Law school, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120 P. R. China*)

**Abstract:** Blockchain technology has been closely related to finance since it came into being. As a new technical combination, it is penetrating into different financial scenarios. The development of blockchain has changed the traditional financial operating model, and greatly impacted the financial risk management and the existing legal system. The high degree of anonymity and decentralized trading of financial derivatives in blockchain hinders the collection of information by regulators, makes it difficult to ensure the accuracy and comprehensiveness of information, thus leads to a regulatory gap in some industries, and makes room for crime. Therefore, the criminal law regulation on financial derivatives can maintain the stability of the national currency, guard against financial risks, and prevent induced crime, which is necessary. In blockchain, there are three theories about the attributes of the financial derivatives of blockchain: being currency, being financial instrument and being property. By comparing the legal policies of blockchain financial derivatives in Germany, the United States, Japan and Russia, combined with domestic blockchain financial derivatives trading practice, it is mainly used as financial instruments, so it sounds more reasonable to identify blockchain financial derivatives as financial instruments. Financial derivatives trading in blockchain involves criminal law interests such as the security of financial transactions and financial management and the property security of financial investors. We can prevent the crime of financial derivatives trading in blockchain and promote its healthy development on the track of the rule of law only by taking criminal policies as the guidance, basing on reality and looking forward to the future, taking criminal laws as the basis, persisting in the combination of prevention and control risks and promoting technological development, taking criminal compliance as the assistance, establishing a system and mechanism of punishment and non-punishment, and building a three-dimensional regulation system.

**Key words:** Blockchain; financial derivatives; financial instrument; risk management; criminal law regulation

(责任编辑 胡志平)