

叶 青 顾肖荣 主编

经济刑法

Economic Criminology

16

谢 杰

互联网金融时代经济刑法的困局与超越
——“去中心化”数字支付工具的法律与经济分析

王佩芬

持有伪造发票罪立法评述

上海市徐汇区人民检察院课题组

关于非法占有目的之证明研究

罗开卷

论《刑法修正案（九）》对贪污受贿罪的立法修正

林勇康

江西省农村基层组织人员职务犯罪特点、成因及
对策



上海社会科学院出版社

经济刑法

Economic Criminology

16

叶 青 顾肖荣 主编



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济刑法. 16/叶青,顾肖荣主编. —上海:上海社会科学院出版社,2016

(刑事法学创新学科系列丛书)

ISBN 978-7-5520-1132-6

I. ①经… II. ①叶… III. ①经济—刑事犯罪—文集
IV. ①D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 037402 号

经济刑法(第十六辑)

主 编:叶 青 顾肖荣

责任编辑:周 河

封面设计:黄晴妨

出版发行:上海社会科学院出版社

上海顺昌路 622 号 邮编 200025

电话总机 021-63315900 销售热线 021-53063735

<http://www.sassp.org.cn> E-mail:sassp@sass.org.cn

照 排:南京展望文化发展有限公司

印 刷:江苏凤凰数码印务有限公司

开 本:710×1010 毫米 1/16 开

印 张:21.5

插 页:2

字 数:370 千字

版 次:2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-1132-6/D·348

定价:68.00 元

版权所有 翻印必究

卷首语

《经济刑法》第16期如约在春天与读者见面了。

本期《经济刑法》共分五个专题。

第一个专题是经济刑法总论研究。随着互联网金融时代的到来,经济刑法面临新的调整对象与规范内容,以比特币为代表的“去中心化”数字支付工具的兴起,经济、金融等行政法律体系对比特币虚拟商品、非货币的属性定位及形式上比特币与实体经济、金融体系的风险切割,导致货币、外汇、证券、期货、税务、财产、融资等领域的经济刑法规范面临结构性失灵与适用性紊乱风险。《互联网金融时代经济刑法的困局与超越》一文从比特币发行与交易机制“去中心化”与治理结构、资源分配、利益实现中心化等实质特征出发,深度解构比特币经济机理,揭示比特币货币与金融投资、投机功能关系,确立比特币的货币、金融商品法律属性的实质解释原理,从而引入经济刑法规范微调、司法规则与执法机制优化等解决经济刑法困局、控制互联网金融市场风险的制度安排。

面对“互联网+”时代的到来,各行各业借助互联网平台取得了长足的发展,然而,不可避免地带来的困惑是,在互联网世界中界定、鉴别与判断各种违法犯罪的现象变得异常复杂,刑法应如何理性介入与合理规制就成为一个现实问题。在何种程度上信息和通信产业需要为第三方滥用互联网的基础设施的犯罪行为负责?译文《网络服务分类与服务提供者的刑事责任研究》以域外的研究成果为我们提供了一个解决问题的视角,有所启发。

总论中的共犯问题一直是研究的疑难境地,共犯问题不断地以它独特的理论魅力吸引学者探究。《论共犯的脱离》认为,共犯脱离理论是一个独立的概念,在本质上与共同犯罪的中止属于不同的理论范畴。共犯脱离理论在我国刑法理论中具有独立的研究价值,应当将共犯的脱离作为一项刑事政策来看待。共犯脱离理论的适用是我国刑法罪责刑相适应原则的体现,有利于我国刑罚个别化机能的发挥,符合我国当前刑事政策,同时还体现了我国刑法的谦抑性。共犯的脱离可以发生在犯罪行为着手以前,也可以发生在犯罪行为着手以后,

脱离行为发生在不同的犯罪阶段,脱离者所承担的法律 responsibility 也不相同。因此,应当根据脱离者脱离行为发生的阶段对脱离者的刑事责任予以认定。

第二个专题是金融犯罪研究。证券市场的违法犯罪问题也因最近一段时期股市的剧变而有所突显,理论研究也随之跟进。《市场操纵犯罪的实质解释:基于法经济学分析视角》一文认为,健全市场操纵认定标准是当前资本市场监管中的重要任务,其理论前提与实践基础在于对市场操纵实质的准确把握。现有的市场操纵实质解释在法律与经济分析层面存在明显缺陷。资本市场中市场操纵违法犯罪的实质是对证券、期货合约以及其他金融衍生工具或者投资者资本配置决策进行非正当控制并从中谋取金融交易利益。市场操纵是金融商品操纵与市场资本操纵的独立进行或者联合展开。市场操纵实质的法经济学解释表明,操纵者通过价量操纵或决策操纵中的任何一种路径对资本市场形成操纵,或者通过叠加地使用价量操纵与决策操纵强化与提升对资本市场的非正当控制力度。这些学术观点不无见地。这个专题之下对于洗钱犯罪、非法吸收公众存款罪和信用卡诈骗罪的探讨与研究也值得一读。

第三个专题是财产犯罪研究。财产犯罪刑民交叉案件的定性问题既是一个疑难艰深的理论问题,又是一个复杂多元的司法实务问题,它涉及罪与非罪以及此罪与彼罪的界分。案件的事实是否存在刑法和民法的认识分歧,对于同一概念的解釋在刑法和民法的语境中是否同一,以及行为是否满足财产犯罪构成要件的定型性问题便需要仔细考虑。如果不能在构成要件上符合刑法分则中财产犯罪的要求,即便其所谓的社会危害性再大,根据罪刑法定原则也不应当以刑事手段处理。在缓和的违法一元论立场下对财产犯罪刑民交叉案件的定性问题所进行的法益分析规则、被害人介入的刑事司法思维以及刑事政策考量等规则的探讨,最终是为了让“犯罪的归刑法,非罪的归民法”,以期在一定意义上缓解刑法的扩张与泛化,从而准确界分财产犯中的民事问题与刑事责任。

财产犯罪的另一个突出问题是“两抢”犯罪的认定。抢劫罪、抢夺罪是司法机关办理的常见侵财性犯罪,案件数量众多,案发环境各异,不同犯罪分子造成的实际财物损害或人身伤害后果也不尽相同,司法机关在准确定性的基础上还需要结合各种法定或酌定量刑因素进行合理定量分析,尽量符合罪责刑相统一的刑事评价原则要求。

第四个专题是贪污贿赂犯罪研究。《刑法修正案(九)》对贪污、受贿犯罪的定罪量刑模式做出修订。围绕着这次修订,本专题下的论文从立法、司法适用角度展开了广泛、深入的研讨。客观地说,修改贪污、受贿犯罪的定罪量刑模式不仅有利于适应经济社会发展,更是实现罪刑均衡、提高司法操作性的需要;修

正的内容不仅有利于推进反腐败斗争,更促进了我国刑法与《联合国反腐败公约》规定的衔接,加大了打击贪污受贿犯罪的力度。从立法完善的角度来看,应对受贿罪确定不同于贪污罪的定罪量刑标准;应将非特定公物纳入挪用公款罪的犯罪对象;应将贿赂的范围从“财物”扩大至“不正当好处”;宜取消被动型受贿罪中“为他人谋取利益”要件和行贿罪中“为谋取不正当利益”要件等。

第五个专题是经济刑法实务。该专题下的论文主要针对经济刑法适用中的典型案例、疑难复杂问题展开论述,学术见解、观点、做法虽不能说周全、权威,但也凝聚了作者的思考与心血,若能为司法实务界提供借鉴与参考,足矣。

本期出版之时,正逢上海社会科学院全面推进国家高端智库建设,法学研究所也正全力打造国家高端法治智库建设。向目标看齐。我们在备受鼓舞的同时,更需要加倍努力,真诚期待《经济刑法》能为国家的法治建设增砖添瓦。

《经济刑法》编委会

2016年3月

目 录

CONTENTS

第十六辑

001 卷首语

经济刑法总论研究

003 互联网金融时代经济刑法的困局与超越

——“去中心化”数字支付工具的法律与经济分析

谢 杰

028 网络服务分类与服务提供者的刑事责任研究

Dr. DieterDorr & Steffen Janich* 著 涂龙科 杨新绿 译

040 论共犯的脱离

曹琼洋

金融犯罪研究

049 证券犯罪立法问题评析

张 正

054 市场操纵犯罪的实质解释：基于法经济学分析视角

谢 杰

076 全球化视野下中国洗钱犯罪对策研究

陈 捷

095 非法吸收公众存款罪疑难问题探究

王 翔

101 网络金融中利用支付宝实施犯罪行为的司法认定与检察应对

贾艳芳

110 涉信用卡犯罪的分析与防控：刑法之内与刑法之外

俞小海

119 金融创新背景下的民间融资与非法经营罪探析

付 强

张建兵

132 持有伪造发票罪立法评述

王佩芬

财产犯罪研究

- 145 关于非法占有目的之证明研究 上海市徐汇区人民检察院课题组
159 财产犯罪刑民交叉案件定性问题研究综览 杜文俊 赵拥军
166 “两抢”犯罪常见控审争议问题的证据学解决思路 曹 坚 杜文俊

贪污贿赂犯罪研究

- 187 论《刑法修正案(九)》对贪污贿赂罪的立法修正 罗开卷
198 受贿罪量刑问题研究 吴立志 吴 丹
208 行贿罪司法适用疑难问题解析 胡增瑞 李国卿
219 江西省农村基层组织人员职务犯罪特点、成因及对策 林永康
227 论贪污受贿犯罪量刑合理化
——结合《刑法修正案(九)》的立法规定 杨聪宇
236 国企改革中“隐匿行为”之罪责分析 范松辉 王志亮

经济刑法实务

- 249 论非法经营罪实务要点 陈庆安 罗开卷
261 侵犯公民个人信息类案件若干问题的思考 苏双丽
273 侵犯公民个人信息的“情节严重”初论 李 鹏
291 司法实践中侵犯商业秘密罪“重大损失”认定若干问题研究 许 磊
308 对话与对抗：以审判为中心语境中新型诉辩关系之双重构建
韩东成 纵 元

域外法传真

- 321 韩国犯罪人引渡法 王 懿 译

经济刑法总论研究

经济刑法

Economic Criminology

互联网金融时代经济刑法的困局与超越

——“去中心化”数字支付工具的法律与经济分析

谢 杰*

一、“去中心化”数字支付的兴起与经济刑法的制度危机

比特币(Bitcoin)是一种点对点全球通用加密互联网金融系统^①。比特币发行与交易不依赖政府支持、信用担保、传统金融机构服务,也不与特定商品或实物挂钩,而是通过对等式网络种子文件达成的网络协议实现单个节点与其他节点的直接交互,具有“去中心化”特质。比特币使用整个网络分布式数据库进行交易确认,发行总量固定并自适应地按照预定速率逐步增加且增速逐步放缓,最终在 2140 年达到略小于 2 100 万个的极限值。发行的比特币由完成网络运算工作量证明(“挖矿”)的比特币“矿工”获取,藉此激励其利用计算机硬件为比特币进行数学计算从而完成交易验证,提高比特币系统安全性^②。

使用比特币可以购买商品或服务,在全球各大比特币交易所市场价格兑换各国和地区法定货币。总体上比特币市场价格呈现螺旋式上涨态势:从 2011 年 0.3 美元上涨至 2013 年历史性高位 1 200 余美元,2014~2015 年初则在 200~900 美元区间宽幅震荡。根据目前约 1 200 万个发行总量计算,比特币市值处于 25 亿~100 亿美元的波动范围。2013 年 11 月,“比特币中国”日交易量超越原交易规模最大的比特币交易所(日本的“Mt. Gox”以及欧洲的“Bitstamp”),从而使中国成为比特币交易量最大且最为重要的市场之一^③。比特币“挖矿”芯片设计与开发^④、“矿机”组装与销售^⑤、各类比特币现货、期货、

* 谢杰 华东政法大学。本文系作者主持的中国法学会 2014 年度部级法学研究课题“互联网金融风险及法律规制研究”(课题编号:CLS(2014)Y05)的阶段性成果。

衍生工具等交易平台运营与市场参与者的投机热潮^⑥等一系列经济行为将比特币利益链进一步延伸。从实体经济发展趋势、集中交易市值、市场参与者认可度等各方面来看,比特币度过了初创与萌芽阶段,世界经济与金融历史正在见证“去中心化”互联网金融时代的兴起。

2013年12月3日中国人民银行等五部委《关于防范比特币风险的通知》(简称《比特币风险通知》)明确强调比特币虚拟商品属性及其投资风险,禁止金融机构与支付从事与比特币有关的业务。《比特币风险通知》对于控制比特币市场风险、遏制网络经济风险向金融体系与实体经济传导等具有非常积极价值。但是,比特币或比特币支付系统不仅可能成为洗钱犯罪、外汇犯罪、货币犯罪、走私犯罪的工具或渠道^⑦,而且比特币持有者具有成为财产犯罪(盗窃、普通诈骗等)、金融犯罪(非法集资、金融诈骗、市场操纵等)被害人的高度风险,甚至比特币系统本身都长期受困于是否构成庞氏骗局(集资诈骗)的巨大争议之中^⑧。《比特币风险通知》所确立的比特币虚拟商品性与非货币性的属性判断会导致一系列经济犯罪对象与行为的解释与认定陷入困惑,加之当前理论与实务界对利用或者针对比特币的犯罪行为的机理尚缺乏深入把握,这些因素共同导致比特币的兴起对整个经济刑法体系产生重大却潜藏未现的影响。

重在调整经济与金融关系的行政法律制度意图从规范形式上进行切割,但很难有效控制比特币市场风险及其对整个法律制度构成的冲击。以发行与交易系统上的“去中心化”与治理结构、资源分配及经济利益实现平台上的中心化特征为基础深度解构比特币的经济机理,有助于把握比特币固有的机制性缺陷与市场风险来源,揭示比特币的实质性货币与金融投资(投机)功能,从而在法律属性上确立比特币在特定情形下的货币或金融商品定位。比特币经济机理解构与法律实质阐释为经济刑法通过制度微调、司法规则与执法机制完善奠定了坚实的基础,比特币兴起所产生的绝大部分经济刑法适用性紊乱问题将得以解决。证券期货犯罪条款适度拓展“证券”范围可以将比特币金融市场管理秩序与投资者合法权益纳入刑事保障体系,同时以恢复量化功能的数额认定标准盘活财产、税务、融资犯罪等刑法规范对相关比特币犯罪行为的可适用性,有效解决新型互联网金融系统的“去中心化”机制导致的货币、外汇、资本管制刑事保障机制失灵。

二、“去中心化”互联网金融对经济刑法体系全面挑战的风险评估

《比特币风险通知》以“正面定性与反面否定”相结合的方式对比特币属性

提出了明确意见,即比特币“应当是一种特定的虚拟商品”,“不是真正意义的货币”,“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”^⑨。可见,在中国金融市场法律制度及其监管框架下,“真正意义的货币”等同于法定货币,即人民币、美元等以本国或者其他国家或者地区中央权力信用为基础的法偿性、强制性货币。比特币不具有货币属性,而且与银行、资本市场、保险市场等金融体系中的金融产品无关,只是商品且必须强调其具有虚拟性。

然而,作为非货币性、虚拟性“商品”的比特币能以极低的交易成本在“商品”与法定货币之间进行快捷兑换,并以集中竞价交易的方式在全球各大比特币交易平台进行投资或投机,甚至可以通过附加杠杆、做空、融资、融币等交易机制进行各类远期、期货、期权等衍生性交易。同时,基于对金融市场及其监管秩序全面且有效保护的价值追求,我国经济刑法规范体系设置了货币、外汇、证券、期货等众多具有金融工具属性的行为对象要素。金融监管机构对比特币货币、金融属性的制度性剥离以及对其虚拟商品属性的强调会产生一个不容忽视的经济刑法制度风险:大量利用比特币的货币性或者金融工具性特征的经济犯罪行为将因为比特币的虚拟商品属性限定而脱离经济刑法的规范控制范围,经济刑法会随着比特币市场以及比特币经济行为的逐步繁荣而面临前所未有的系统性冲击。

(一) 货币、外汇市场及其监管秩序刑事保护失控风险

比特币不是法定货币,不具货币法律地位,不能且不应作为货币在市场流通的反面否定型属性判断明确指向一个结论:比特币不能构成外汇、人民币或者其他国家和地区的法定货币等外汇犯罪或货币犯罪的行为对象。但事实上不仅比特币支付、交易系统可以直接跨越既有的外汇监管制度从事逃汇或购汇行为、经营外汇业务、持有境外资产等,比特币“去中心化”发行机制更是能够在中国市场直接投放“货币”,在脱离央行货币政策的前提下影响中国经济体系中的实际货币供应量。外汇犯罪条款^⑩直接面临失灵或者失控的风险,货币犯罪条款^⑪规制效力可能在中长期受到潜在的折损风险。

骗购外汇罪系禁止通过使用伪造、编造的海关、外汇管理机关证明文件或者重复使用海关、外汇管理机关证明文件等欺骗方式购买外汇的行为。而任何持有人民币的行为主体可以在中国境内的各大比特币交易平台开设资金与交易账户以市场价格购入相应数量的比特币,将比特币提现之后通过比特币客户端转入境外各种以美元、欧元、日元等法定货币为交易币种的比特币交易平台,

再以市场价格卖出比特币兑换成需要的法定货币。由于比特币是特定虚拟商品而非作为一般等价物的货币,利用比特币支付与交易系统能够彻底脱离外汇管理制度以及该制度最具强制力的经济刑法保护机制骗购外汇罪的震慑,将人民币兑换成世界上主要国家或地区法定货币且完全不需要实施任何欺骗性使用海关、外汇证明文件的行为。因此,比特币支付与交易系统的存在与发展使得传统骗购外汇行为模式、骗购外汇罪对购汇管理制度的保护相当程度上失去意义或者失灵^⑫。逃汇罪系禁止单位违反外汇管理法律法规将应当调回境内的外汇存放境外或者将境内外汇非法转移境外的行为。基于相同原理,利用比特币支付系统以及全球比特币交易平台能够高效地实现人民币与其他国家或地区法定货币之间的无监管性兑换与转移,经济刑法对境内外汇限制转出与境外外汇限制存放的刑事控制力度受到实质性撼动^⑬。此外,非法经营罪禁止违反外汇交易管理规定在国家许可的交易市场之外从事买卖外汇业务。中国各大比特币集中竞价交易平台的业务内容表现为以市场决定的“兑换率”提供人民币与作为特定虚拟商品的比特币之间的交易,形式上显然无需受制于监管机构外汇交易场所的业务许可。而在实践中比特币市场参与者及财经媒体一般将这种“兑换率”直接称为“汇率”^⑭。这些比特币交易平台业务现象背后的实质内涵说明人民币兑比特币现货交易至少具有变相外汇即期交易的疑问,但非法经营罪关于禁止非法从事外汇交易业务的规定对此并无有效的反应能力。

经济刑法设置货币犯罪规范功能在于保护货币市场以及央行对货币市场秩序的监管。实现该功能最为基本的要求便是人民币供给只能源于我国央行的货币政策与货币监管行为,刑法禁止并处罚我国央行之外的任何行为主体影响中国经济体系内货币供应的行为^⑮。然而,传统经济刑法货币犯罪条款以遏制假币为核心震慑各种非法增加货币供应的震慑模式完全无法规制比特币。比特币玩家通过“挖矿”(即承担比特币系统计算与密码验证工作量)获取比特币,其在中国市场使用比特币购买任何商品或者服务的同时就意味着原本人民币垄断下的货币总量中增加了另一种不受央行监管的支付工具或者交易中介。在既定的商品与服务生产效率下,比特币在经济体系中使用规模的增长形式上表现为货币总量的增长,实质上会造成传统法定货币使用规模减小以及单位人民币购买力的下降。如果比特币经过长期发展后在国内商品与服务贸易出现规模化增长,则会出现比特币对法定货币的规模化替代,显著缩减央行资产负债表以及央行行为对短期利率的影响。如果基于比特币支付的经济总量发展到大于法定货币规模的水平,这不仅是对货币秩序的冲击,其理论结果更是对传统法定货币体系的取代^⑯。由于比特币系统并不存在中心化的发行主体,外

部法律评价体系亦不认可其货币地位,现行货币制度从比特币影响货币总量的伊始便无法使用经济刑法货币犯罪条款对这种与假币投放、使用具有等同货币制度干扰性与对抗性的行为进行制裁。

(二) 金融监管与金融消费者权益刑事保护缺失风险

比特币是一种特定虚拟商品的正面定性判断,在确立比特币虚拟性与商品性基础定位的同时亦否定了比特币的真实性与金融性内涵。比特币交易只是一种普通民众风险自担的、具有参与自由的网络商品买卖行为^⑦。但现实情况是,比特币正以投资、投机工具的形式,在类似于证券、期货交易所的比特币交易平台上进行日成交量达到亿元人民币数量级的集中交易。金融监管部门将比特币属性限定于特定虚拟商品并严格禁止金融、支付机构介入比特币业务^⑧,有利于切割比特币市场向传统金融市场与实体经济传导风险的管道,有助于控制比特币市场过度投机的风险。但否定比特币真实存在且市场参与者正在实际使用的金融工具价值也必须承受附带性结果:无法在金融监管法律框架下对比特币市场进行特殊且严格的管制;无法以金融消费者的标准对从事比特币投资(投机)的市场参与者予以强化保护。具体到经济刑法层面,证券、期货市场管理秩序与投资者权益等法益均面临刑事保护缺位风险。

在证券、期货市场管理秩序刑法保护方面,非法经营罪禁止未经国务院期货监督管理部门批准组织他人参与期货交易的行为。而中国市场中的交易者在比特币及其交易平台发展过程中的早期阶段就已经大规模地参与比特币期货交易:比特币交易平台采用一定倍数的杠杆交易模式,由用户向比特币交易平台提供的第三方资金账户汇入人民币或者向比特币账户存入比特币,既能以一定倍数的杠杆买入比特币做多,也能以杠杆卖出比特币做空。比特币多空合约根据全球最成熟的比特币交易平台之一 Mt. Gox 即时行情价格进行结算,账户金额不足则强制平仓^⑨。标准化交易、现金交割、客户双向交易、对冲、预付资金、预付款处于警戒线下交易平台有权强制平仓等一系列比特币交易机制完全符合标准化合约、保证金制度、当日无负债结算制度、强制平仓制度等期货交易特征。这种期货交易经营行为未经国务院期货管理机构批准,实质上就是非法组织期货交易。但非法经营罪关于禁止非法从事期货交易业务的规定对经营比特币期货交易平台的行为没有任何实质性应对。

在金融消费者刑事保护方面,由操纵证券、期货市场罪、内幕交易罪、利用未公开信息交易罪等一系列证券期货犯罪构成的资本市场投资者合法权益保护条款,完全无法适用于比特币集中交易市场中客观存在的市场操纵以及基于

未公开信息优势而实施的抢先交易等市场侵害行为。比特币市场核心交易机制、流程、环节与证券、期货市场非常接近：市场参与者选择比特币交易所开设账户并充值人民币，或者通过比特币支付系统向交易平台下设的个人比特币账户充值比特币；单位比特币以人民币计价，交易者提交买入或卖出申报，按照“时间优先、价格优先”的集中竞价规则由交易系统匹配价格、撮合成交；买入生效后比特币计入比特币账户，交易者可提取比特币，卖出生效后资金计入资金账户，交易者可提现^②。但由于目前比特币流通量、市值有限，市场操纵者使用一定规模的比特币现货或资金就可以通过连续交易、相对委托、洗售等操纵性交易模式打压或拉抬比特币市场价格并中获取巨额价差收益^②。同时，比特币交易平台及其工作人员不存在金融监管的制度约束且比特币网站内部运作缺乏透明度，比特币市场参与者完全可能面对内部人员利用尚未公开的资金、比特币流动数据等交易信息在普通投资者（投机者）之前抢先完成交易的内线交易风险。比特币市场参与者自担市场风险显然不应当包括自担市场操纵、内线交易等市场侵害行为风险。在比特币已经成为一种金融投机工具但受到市场滥用行为侵害风险明显超过传统资本市场的情况下，金融监管机构对比特币特定虚拟商品的基本定位导致市场参与者无法作为金融消费者得到证券期货犯罪刑法条款保护，一定程度上存在产权非平等性保护的疑问。

（三）金融市场与实体经济刑事保护机制失调风险

比特币金融性或者货币性的真实性能、商品性与虚拟性的制度性状态以及比特币经济在发展过程中的市场价格极度不稳定性，导致由非法集资犯罪、涉税犯罪、财产犯罪、职务犯罪等一系列重要经济犯罪法律条款^②所构成的刑法保护机制存在失去调整能力的风险。

经济刑法通过设置非法集资犯罪维护特定金融机构吸收存款业务垄断^③、投资者与金融机构财产权以及金融安全，保障以银行等金融中介机构为核心的间接融资体系。违法从事吸收公众存款业务，或者基于非法占有目的，以炒作非上市公司股票、吸收投资款等形式使用诈骗方法获取投资者资金的，分别构成非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪。比特币体系中同样存在以中介机构为纽带，能够实现比特币存储与借贷信用机制的间接融资体系。中介服务机构支付一定比特币占用成本（存“币”利息）吸收不特定比特币持有者分散的比特币资源，以相对集中的规模对外放贷并收取更高的比特币使用费用（贷“币”利息）。在投资者愿意承担比特币市场价格波动风险的前提下，只要比特币中介机构提供的存“币”利息显著高于存款利率，民间资金市场完全可能出现将人民

币资产兑换成比特币并流入比特币间接融资市场的现象。未经许可的比特币存储业务实质上就是非法吸收以比特币为形式载体的人民币存款,如果相关中介机构(人)被证明具有非法占有比特币的故意,实质上就是诈骗以比特币为载体的人民币资金。但由于比特币不具有货币属性,接受社会公众比特币存储的行为充其量只是吸收或集合商品,不能认定为具有显著金融行为特征的非法吸收公众“存款”、非法集“资”或集“资”诈骗行为。因此,经济刑法规范难以规制利用比特币实施的非法集“币”,不仅影响投资者资产安全,而且对间接融资市场秩序与金融垄断利益构成威胁。

纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,达到刑法规定的数额标准且不适用初犯免责的,构成逃税罪。经济刑法打击逃税犯罪的主要目的是为了维护税收征管秩序、保证国家税收收入、促使纳税义务人依法积极履行纳税义务^{②4}。而比特币支付系统在经济领域内的深入应用及其天然的免受税务监控的技术机制将会使得以逃税犯罪为核心的整个经济刑法涉税犯罪体系受到严重影响^{②5}。比特币在目前的监管框架下属于虚拟商品,接受比特币作为商品、服务的经营性收入,实质上构成“以物易物”。传统商品与服务具有现实性以及定价上的可固定性,“以物易物”构成特殊购销行为,交易双方应以各自支付的“物”计算销项税额,以各自接受的“物”核算进项税额。而作为商品的比特币具有虚拟性且与人民币之间不存在一个固定的兑换率,以比特币支付的商品与服务贸易客观上难以计算应纳税额。再以个人所得税为例,由于虚拟商品显然不属于具有确定性的货币“所得”,以比特币作为劳动、劳务等收入,难以计算应纳税数额。在逃税犯罪法律适用上,比特币纳税标准的缺失意味着很多原有的涉税行为根本不涉及是否构成“虚假纳税申报或者不申报”逃税行为的刑法评价问题,比特币资产存在脱离国家税收与纳税义务控制的风险^{②6}。

盗窃、诈骗、贿赂等犯罪的行为对象都是“财物”,显然均可覆盖“商品”,盗窃、诈骗比特币等行为理论上应当构成相应犯罪^{②7}。但是,盗窃、诈骗、利用职务便利收受传统商品(包括“Q币”等传统虚拟商品)的行为之所以能够被定性定量,根本原因在于传统商品估价机制相对稳定地支撑了犯罪性质的解释与犯罪数额的认定。而比特币固然可以被制度性评价为特定虚拟商品进而符合盗窃、诈骗、贿赂等犯罪类型的行为对象特征,但确保传统经济犯罪刑事司法系统得以顺畅运转的商品估价机制与比特币并不兼容——比特币市场价格巨幅波动导致客观上难以确认一个公允市场价格;“去中心化”的比特币系统意味着不存在一个权威的、类似于价格事务所或物价局的价格评估机构。因此,比特币资产很难在传统财产犯罪刑法规范框架下受到刑事保护,围绕着职务行为的