

数字货币激励性法律规制的逻辑与路径

赵莹^{*}

摘要:当下,数字货币已在世界范围内广泛应用,世界各国正逐步认识到数字货币在经济发展中的作用并对其进行有效的法律监管。我国出于保障金融安全的目的,对数字货币采取的是“一刀切”式的禁易规则立法,这将会导致数字货币在民间的灰色发展,抑制金融创新。厘清数字货币的概念并进行类型化分析是法律有效监管的前提。采用激励性法律规制实现数字货币的法定化,法律规制须由禁易规则的“父爱主义”转向管制规则的“国家主义”,同时识别数字货币不同类型的法律性质,“刺破数字货币面纱”进行穿透式监管,确立国家金融监管部门、监管科技公司与行业协会“协调共治”的监管主体,辅以数字货币交易平台准入、信息披露和税收监管等法律制度安排。

关键词:数字货币 比特币 激励性法律规制 金融监管

一、问题的提出

数字货币的产生由来已久,具有多种形式,如19世纪的电汇付款,1950年代的信用卡以及当今的数字货币。1976年,英国经济学家哈耶克在书中提到:“希望有一天我们不再依赖于政府获得稳健的货币,而是来自于银行对于自身利益的尊重”。^①他主张应由私人银行发行多种货币,同法定货币展开公平自由竞争,这样才能产生足以让人信任的货币。当今世界区块链技术与金融创新的结合,产生了比特币、以太币、派币等一系列数字货币,这些数字货币的发展也印证了哈耶克的预言。比特币、以太币等数字货币不是由国家主权机关发行,是一种个人对个人形式的加密数字货币,具有去中心化的特征,使用密码学的设计保证货币支付体系各个环节的安全性。世界各国对比特币、以太币等数字货币的监管制度均不相同,这与对数字货币法律属性的认定不同相关。例如,英国和荷兰发布了数字货币的白皮书,德国财政部将比特币认定为“记账单位”,

^{*} 西南政法大学经济法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(20AZD117)、中国博士后科学基金资助项目(2017M622953)

① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《货币的非国家化》,姚中秋译,新星出版社2007年版,第19页。

可以用来交税和从事贸易活动,美国德克萨斯州认为比特币是一种货币,应该将其纳入金融法规的监管范围之内,日本政府在《资金决算法》中增设转账对数字货币予以法律规制。^① 而中国对数字货币的态度是“一刀切”式否定,认为比特币、以太币等不由货币当局发行的“虚拟货币”,不具有与货币等同的法律地位,不能也不应该作为货币在市场上流通使用,采用法律禁止性规范否定了其法律地位。根据有关统计,2013年末全球加密资产有66种,2021年1月份全球数字货币的数量则达到8249种,总体市值为9000多亿美元。^② 数字货币的发展是时代发展之必然,若一味地否定其法律地位,将会导致数字货币在民间无序发展,威胁我国金融安全。不具备“法定地位”的社会自发流通货币应当得到法律的关注和回应,纳入法律的调整范围当中,以解决财产权保护、金融监管等现实法律问题。^③ 2020年5月28日颁布的《中华人民共和国民法典》第127条规定“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”,明确规定了民事主体享有保护其虚拟财产的权利,在私法领域中以开放包容的态度为数字货币等虚拟财产的法律保护提供了法律依据。我国有学者认为数字货币具有准货币的法律属性,有必要在立法中确认数字货币作为准货币的法律地位,再以此为逻辑构建系列法律制度。^④ 2021年4月18日,中国人民银行副行长李波在博鳌亚洲论坛上表示,目前国家正在研究对比特币、稳定币的监管规则,将来任何稳定币如果希望成为一个得到广泛使用的支付工具,必须要接受严格的监管。^⑤ 目前世界各国对数字货币的法律属性认识和监管规则不同,社会期待更清晰的理论指引和明确的法律规则,因此有必要重构数字货币法律规制之路径。

二、数字货币的概念及类型化分析

(一)数字货币的概念厘清

当下,国内外对数字货币缺乏统一的定义。目前的定义主要有以下几种:(1)电子货币。电子货币即代替现金的货币电子化,是银行和金融机构将法定货币运用互联网技术将其采用电子、网络进行存储和支付的方式,如移动支付。电子货币仍然是以国家信用为基础的法定货币,与现金具有相同的货币职能,是现金的电子化形式。(2)虚拟货币。2018年4月欧盟委员会通过的《第五反洗钱指令》将虚拟货币定义为不是由中央银行或公共机构发行或担保的价值的数字表示形式,不具有货币或金钱的法律地位,但被自然人或法人视为交换手段,可以电子方式进行转移、存储和交易。^⑥ 虚拟货币不是一般等价物,而是价值相对性的表现形式或表现符号,通常被用作

① 参见 https://www.sohu.com/a/317716106_114774, 2020-05-01。

② 参见 <https://coinmarketcap.com>, 2020-05-01。

③ 参见王沛然:《论数字货币的法律定性——经济本质标准的构建与类型化应用》,《北京科技大学学报》(社会科学版)2020年第6期。

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

⑤ 参见《央行李波:确保加密资产不会引发严重金融风险》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1697422515528504290&wfv=spider&for=PC>, 2021-04-19。

⑥ See European Banking Authority EBA, Report with Advice for the European Commission on Crypto-assets, 2019, pp. 1-6.

购买商品或服务的手段。^① (3)加密货币。加密货币即使用密码学原理来确保交易安全及控制交易单位创造的交易媒介。加密货币基于去中心化的共识机制,与依赖中心化监管体系的银行金融系统相对。加密资产是一种私有资产,主要依赖于加密技术和分布式账本技术作为其感知或固有价值的一部分。(4)数字通证。通证为代币英文 Token 的谐音,是一种形状及尺寸类似货币,但限制使用范围、不具通货效力的物品。数字通证代表着“可流通的数字权益证明”,可以是合同、门票、证书、积分、权限、证券、资质等。通常需要以金钱换取,用在商店、游乐场、大众运输工具等地方,作为凭证以使用服务、换取物品等。(5)首次代币发行。即企业通过众筹形式,在交易平台上向不特定对象发行以区块链形式承载的通证,换回比特币等数字货币,再到数字货币交易平台上兑换法定货币,是一种募集资金的活动。首次代币发行是一个过程,在该过程中,发起人为他们的项目筹集资金,以换取可能代表的商品或服务。(6)法定数字货币。即由货币当局发行、存储于电子设备、具有现金特性并能够逐步替代现金和银行账户相关联的记账式货币的价值载体,即“法定电子现金”。法定数字货币是法币的完全电子化,用以替代实物现金,降低传统纸币发行、流通的成本,从而提高货币使用的便利性。在我国指的是由中国人民银行发行的,存储于电子设备、具有现金特性并能够逐步替代一部分现金的法定货币的数字化形式。

从以上数字货币的定义可知,数字货币的概念定义多种多样,已发展出许多交易平台和新型交易模式,导致数字货币概念的模糊化和多样化。电子货币、比特币、数字通证、首次代币发行和法定数字货币之间互不相同,但也存在一定的重复性与交叉性。根据法学理论,法律概念是一个完整的体系,即使法律规范不明确,但通过法律概念的逻辑推演,从高层次的概念就可以演绎出下位阶层的具体概念,法律体系的“逻辑自足性”可以弥补法律漏洞。目前我国对数字货币并没有明确的法律规范,因此确定其法律概念至关重要。根据数字货币的发行机关是否具有国家信用,可以将数字货币分为两大类,即法定数字货币和非法定数字货币。法定数字货币指的是由中国人民银行发行的法定货币的数字化形式,2020年4月16日已经在我国开始试运行。非法定数字货币(以下简称数字货币),指由私人发行,运用点对点的区块链技术发行、管理和流通的货币,主要包括比特币、以太币等虚拟货币。

(二)数字货币的特征

当下,数字货币发展迅速,源于其具有的密码学技术保证其去中心化、匿名性等特征。具体而言,比特币、以太币等数字货币具有如下主要特征:

1.去中心化保证交易真实性。传统金融需要一个中心机构进行验证交易,确定安全性。国家主权机关发行的法定数字货币是流通中现金的替代,由国家信用背书,与法定货币等值,具有无限法偿性,所以法定数字货币是中心化发行。而比特币、以太币等数字货币则是去中心化发行,以区块链作为底层网络技术开发,区块链技术可以通过算法建立一套自治机制,无须中介机构就可以完全实现点对点的货币转移,参与者可以自发公平地发行货币、转移货币,每个参与者都可以验证交易的真伪。因此数字货币不需要以国家信用为基础,可由私人发行,一般需要采用数字货币交易平台发展会员进行交易,以保证交易的真实性和安全性。

^① See Consumer Advisory on Investment Schemes Involving Digital Tokens (Including Virtual Currencies), <https://www.mas.gov.sg/news/media-releases/2017/consumer-advisory-on-investment-schemes-involving-digital-tokens>, 2019-12-15.

2. 加密技术保证货币安全性。基于密码学设计的比特币等数字货币也称为加密货币,加密技术是比特币的生命之基,用以确保货币流通各个环节的安全性。每个比特币由公钥、私钥和钱包地址构成。首先随机数发生器产生一个私钥,私钥经过算法处理生成公钥,而公钥无法反向计算出私钥,公钥通过哈希算法得出公钥哈希,这种技术也具有不可逆性,再将上述密法进行编码,就可以得到钱包地址。比特币的操作需要私钥,它可以保存在任何存储介质中,除了用户自己以外其他任何人无法获取,这种不可逆推的密码学技术是比特币安全的基础。

3. 化名性保证有限追溯性。比特币的持有者不是匿名的,而是化名的。每个比特币的公钥对参与网络的每个人都是可见的,网络参与者可以跟踪每一笔交易,而私钥只有比特币的持有者知道。因此比特币等数字货币的公钥就像银行卡号,可以对外公布,而私钥就像银行卡密码,只有持有者知道。但交易链可以跟踪,如在反洗钱的犯罪行为调查中,调查人员可根据公钥的去向确定犯罪活动轨迹。如果通过数字货币提供、接受服务,数字货币就在某个阶段与物理世界建立了链接,即使私钥没有公开,也可以链接到物理世界中的某个人。因此,比特币不是一个完全匿名的支付网络,其化名性可以保证有限度的追溯。^①

数字货币能够快速发展,具有自己的合理性,在可预见的未来,全球数字货币由法定数字货币和数字货币双轨相容发展仍将是主要趋势。^② 因此对比特币、以太币等数字货币而言,也应该对其法律属性进行分析,探究法律规制原理及路径。

(三)数字货币的类型化分析

至今比特币发展已经出现了多种以比特币为基础的高阶金融产品,如数字通证、首次代币发行等。数字货币的法律性质与其具体交易密切相关,证券、财产、货币等性质不可一概而论。^③ 法律的发展相对于社会经济科技的发展具有一定的滞后性,法律对百态社会不可能明察秋毫,事无巨细,存在一定的漏洞和滞后是必然,类型化分析属于自然法论,是漏洞补充方法的理论依据。^④ 类型思维适用于中心明确、外延不加固定的相对包容性思维,应对于巨变时代社会中不断发展变化的各种情况。基于法律关系的类型,即“法的构造类型”,立法者在调整法律关系时根据其类型特征,对不同类型的法律关系适用不同的规则予以调整。不同阶段的数字货币,其法律关系发生了变化,根据不同发展阶段数字货币的法律关系可以对其进行类型化分析。

1. 比特币、以太币等数字货币

要对比特币等数字货币的法律性质进行分析,首先须确定其是否具有货币属性。货币是“吾以吾之所有予市场,换吾之所需”,^⑤其本质是一种个体与社会的契约,以国家信用发行,可以作为交易媒介进行支付,具有价值尺度、流通手段、支付手段、贮藏手段和世界货币五种职能,其中价值尺度和流通手段是其基本职能。而数字货币是私人发行,具有一定投机性质,价值波动大,

^① See Thomas A. Frick, Virtual and cryptocurrencies—regulatory and anti—money laundering approaches in the European Union and in Switzerland, 8 May 2019 © Europäische Rechtsakademie (ERA) 2019, pp. 1—14.

^② 参见许多奇:《从监管走向治理——数字货币规制的全球格局与实践共识》,《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第1期。

^③ 参见许多奇:《从监管走向治理——数字货币规制的全球格局与实践共识》,《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第1期。

^④ 参见刘士国:《类型化与民法解释》,《法学研究》2006年第6期。

^⑤ 戴金平、黎艳:《货币会消亡吗?——兼论数字货币的未来》,《南开学报》(哲学社会科学版)2016年第4期。

担保信用不如法币,无法长期稳定的承担货币的价值尺度。但其最主要的功能体现在理财,价值会随着市场行情发生变化,金融创新可以满足不同群体的金融需求,具有一定的流通职能。可见数字货币无法全部承担法定货币的职能,它是一种新型的投资和支付手段,因此并不会撼动法定数字货币的地位,而只是一种辅助性质的、居次要地位的数字货币。目前很多国家对数字货币进行立法监管,并没有将其地位与法定货币相等同。杨延超研究员认为数字货币与传统货币不同,以区块链作为底层技术的数字货币催生了国家垄断信用之外的民间信用货币体系,属于数字货币的新货币说。数字货币新货币说是对货币本质属性的回归,其诞生和发展均具有历史必然性,并最终为以法定货币为主、数字货币为辅的货币体系提供理论支持。^①可见以比特币为主的数字货币只是具有货币的一部分职能,并不能完全取代货币,在数字时代与法定货币成互补关系。因此,根据比特币、以太币等数字货币的特征分析,它是一种虚拟货币,具备财产属性,但不会替代法定货币,只是居于辅助地位的、具有理财性质的数字货币。

2. 数字通证

在比特币基础上发展起来的高阶金融衍生品数字通证,也称为代币,是一种可流通的数字权益证明,表现形式可以是合同、门票、证书、积分、证券和资质,其功能已经超越了数字货币,是持有者获得利益或者执行指定功能的权利的加密保护。当下,对数字通证的法律性质存在很多争议,有人认为数字通证是使用区块链技术支付的使用费,即使用权的证券化;有人认为数字通证属于民法上的债权,即持有人享有一定给付的民事法律权利。^②瑞士金融市场监管局根据通证的不同功能将其分为支付类通证、应用类通证和资产类通证。^③支付类通证类似数字货币,用作金钱或者价值转移的支付手段,可以将其看作数字货币;应用类通证是基于区块链技术开发的应用或者服务,持有者可以通过通证获取相应的服务,可将其看作民法的债权予以处理;资产类通证代表的是资产,持有者可以向发行人所要债务或者股权,发行人向持有人承诺在将来收益中获得的份额,从法律关系上来看,这类通证同股票和债券类似,可以适用证券法予以规制。美国将通证分为证券类通证和非证券类通证两类,根据通证是否为“投资合同”、具备资本投入、期待获取利润、不直接参与经营四个特征,判定其是否具有证券特征。^④因此要根据法律关系、行为性质判定通证的法律属性,在法律适用上区别对待。

3. 首次代币发行

公司通过首次代币发行从国际投资者那里筹集资金,而无须满足当地发行股票的法律标准,是一种去中心化的募资行为。首次代币发行规避了金融监管,融资周期短,流程简单,因此在发展之初如火如荼。2016 年国内的首次代币发行项目仅为 5 个,在 2017 年上半年就快速发展为 44 个,由于缺乏监管制度且门槛低,因此风险积聚,2017 年 9 月 4 日,中国人民银行、中央网信办、工信部等七部委联合发布公告,全面叫停代币融资活动。持技术中立态度的瑞士对首次代币发行持开放态度,认可首次代币发行行为的合法性,但应遵守国家有关证券交易的规定,并且发

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

② See Consumer Advisory on Investment Schemes Involving Digital Tokens(Including Virtual Currencies), <https://www.mas.gov.sg/news/media-releases/2017/consumer-advisory-on-investment-schemes-involving-digital-tokens>. 2019-12-15.

③ 参见邓建鹏、孙朋磊:《通证分类与瑞士 ICO 监管启示》,《中国金融》2018 年第 22 期。

④ 参见深圳证券交易所课题组:《证券型通证的海外实践与分析》,《证券市场导报》2021 年第 4 期。

布了首次代币发行指南,准备发行首次代币的公司应当符合国家关于金融市场的法律要求。^①美国、加拿大、新加坡等国认为首次代币发行是一种证券,因此将其纳入证券法的监管范围。从法律关系角度进行分析,首次代币发行是区块链技术与比特币、以太坊等数字货币在众筹领域的发展和创新,通过区块链技术募集资金,通过交换比特币、以太坊等数字货币达到融资目的,因此首次代币发行的发行人与通证持有人的关系属证券法律关系,可以适用证券法的相关法律规定。在承认比特币、以太坊等数字货币法律地位的基础上,适用证券法律制度予以规范和调整。

三、数字货币适用激励性法律规制之逻辑进路

(一)数字货币适用激励性法律规制的法理

通过对数字货币的概念厘清和类型化分析,可知不同发展阶段的数字货币具有不同的法律属性,具有法定化基础,那么数字货币法定化法理基础为何?世界各国对数字货币的法律规制经验的法理为何?需要我们逐一解答。

传统的法律理论大多要求被管理者不得从事某种行为或者是必须为某种行为,我们称之为义务性规范或者禁止性规范。这种规制方式若想达到效果,需要较强的执法能力,否则大家对规范置若罔闻;另外也会因为信息不对称,导致该规范与市场规律相脱节,阻碍市场创新。在全球的法制改革中,这种依靠禁止性规范的立法模式受到的批评较多,执法成本较高。因此各国开始转向激励性立法,如果激励立法的内容与被管理者激励相容,就可以发挥立法引导作用,降低执法成本,既规避风险又能调动被管理者的创新热情。但是,如何设计激励性法律规范就成为关键。^②

目前西方国家着重开始借助法律将管制性政府向服务型政府转变,化刚性管理为柔性管理,激励知识创新。^③美国政府针对数字货币发布了两个文件,一个是2013年3月美国财政部的金融犯罪执法网络发布的关于数字货币的文件,规定比特币等数字货币具有实际货币的同等价值,或者是实际货币的替代品。^④一个是美国税务局将比特币等数字货币认为是资产,在现有税务原则下进行征税,开展金融监管。^⑤可见,美国承认比特币等数字货币的法律地位,鼓励数字货币创新发展,但并不是一味放纵,而是在承认法律地位的基础上,激励被管理者的创新热情,在现行法律框架下进行金融监管。“法律的首要目的是通过提供一种激励机制,诱导当事人事前采取从社会角度看最优的行动……通过规则的强制,迫使产生外部性的个体将社会成本和社会收益

① See Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA: Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs), 2018, pp.1-9.

② 参见[美]史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2008年版,第126页。

③ 参见倪正茂:《加强激励法学研究 完善法治国家建设》,《上海大学学报》(社会科学版)2014年第3期。

④ See Application of Fincen's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies (March, 18, 2013), http://www.fincen.gov/statutes_regs/guidance/html/FIN-2013-G001.html, 2019-12-20.

⑤ See IRS Virtual Currency Guidance: Virtual Currency is Treated as Property for U.S. Federal Tax Purposes; General Rules for Property Transactions Apply (March, 25, 2014), <http://www.irs.gov/uac/Newsroom/IRS-Virtual-Currency-Guidance>, 2019-12-10.

转化为私人成本和私人收益,使得行为主体对自己的行为承担完全责任。”^①比特币、以太币等数字货币之所以被叫停,不是由于数字货币本身原因造成,也不是数字货币创新导致,而是有人利用比特币、以太币等数字货币进行非法金融活动造成的。由于比特币具有去中心化的特征,监管难度大,因此比特币很多用于地下非法交易,或者帮助跨境资金交易。如果一味否定其法律地位,将会导致比特币、以太币等数字货币转下地下活动,金融监管部门更难识别风险,从而威胁金融安全。因此在对比特币、以太币等数字货币进行监管时,应该首先激励数字货币持有者正确利用数字货币,促进数字货币的健康有序发展。社会制度要解决的核心问题是激励问题,即如何使个人对自己的行为负责。法律作为一种基本制度,能够通过权利义务责任的配置事实,内部化个人行为的外部成本,诱导个人选择社会最优行为。传统经济法理论体系包括宏观调控法和市场规制法,调控和规制经常出现在同一法律法规中;但现代经济法中,无论是宏观调控法还是市场规制法均在此之外发展出了激励、引导和促进的措施,如此才能彰显经济法和经济法学的回应性。^②因此应正视数字货币为数字时代货币发展的必然性,采用激励性法律规制分析数字货币法律属性,合理配置持有人的权利和义务,建立投资者保护制度,将数字货币纳入正规金融监管范畴,引导其健康有序发展。

(二)数字货币激励性法律规制的困境

货币的数字化形态是货币发展至今的必然,采用激励性法律规制可为数字货币的法定化提供理念支撑,引导当事人采用合理方式维护社会整体利益,既鼓励金融创新也维护金融安全。那么数字货币的激励性法律规制的困境在哪里?分析其与现行法律制度的矛盾与对当今监管制度造成的挑战,是进行有效法律监管的前提。

1.数字货币的法律属性与现行法律制度不协调

制度化即是某个特定的组织行为或组织结构被社会或组织环境中有关各方广泛接受,因此具有合法性或合理性,而组织环境中的制度化机制促就这类现象的稳定存在、重复再生。^③2013年12月3日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》中规定,比特币具有没有集中发行方、总量有限、使用不受地域限制和匿名性等特点。虽然比特币被称为“货币”,但由于其不是由货币当局发行的,不具有法偿性与强制性等货币属性,因此并不是真正意义上的货币。从性质上看,比特币应当是一种特定的数字商品,不具有与货币等同的法律地位,不能也不应作为货币在市场上流通使用。2017年9月4日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》规定:“代币发行融资是指融资主体通过代币的违规发售、流通,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,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。”因此责令所有境内的数字货币交易场所限期关闭,并且停止注册新用户。2020年10月中国人民银行发布的《中国人民银行法(修订草案征求意见稿)》第19条规定人民币包括实物形式和数字形式。可见人民币增加了数字形式,但只规定人民币作为我国法定货币的地位,否定了其他货币作为我国货币的来源。基础性法律制度的缺失导致数字货币的法律属性和现实发展与现行法律制度的冲突。欧盟

① 张维迎:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2003年版,第72页。

② 参见卢代富:《经济法中的国家干预解读》,《现代法学》2019年第4期。

③ 参见周雪光:《基层政府间的“共谋现象”——一个政府行为的制度逻辑》,《社会学研究》2008年第6期。

《第五反洗钱指令》规定数字货币是指不是由中央银行或公共机构发行或担保的价值的数字表示形式,不一定属于法定货币,并且不具有货币或金钱的法律地位,但被自然人或法人视为交换手段,可以电子方式进行转移、存储和交易。^① 欧盟的法令否定了数字货币法定货币的地位,但并未否定其私法上的财产属性,要求其必须符合相关法律规定,从而为规制数字货币提供了法制保障。对数字货币的法律规制如果缺少明确的监管机构和监管制度,那么将会导致数字货币在灰色地带野蛮生长,出现大量违法事件,扰乱金融秩序健康有序发展。数字货币并不是豺狼虎豹,一味驱赶只会导致乱象丛生。数字货币的法律规制应首先正确识别数字货币的法律属性,对相关法律制度进行修改或者调整,积极构建严格的金融监管制度。

2. 数字货币金融风险对现行监管制度的挑战

数字货币存在很多风险。国际清算银行总经理奥古斯汀·卡斯滕斯将数字货币描述为“泡沫,庞氏骗局和金融危机的结合”,并鼓励金融监管机构采取措施遏制与该资产相关的风险。^② 欧洲银行业管理局主席安德里亚·恩里亚采取的立场与奥古斯汀·卡斯滕斯相近,他也认为数字货币将被用于违法犯罪活动,应当进行金融监管。欧洲银行业管理局认为应防止受监管的金融机构购买、持有或出售加密货币,并且还应避免与虚拟货币管理者建立直接或间接联系,以便隔离风险。^③ 因此卡斯滕斯和恩里亚出于对金融市场的完整性和保护消费者的考虑,认为应该禁止数字货币。数字货币交易平台涉众人数广、投机氛围浓厚、客户身份识别、上游资金来源、下游资金去向难以确定,也不可避免地成为涉恐、洗钱、贩毒、走私、非法集资等违法犯罪活动的工具。由于其匿名性和不可逆性的特点,容易被作为洗钱、诈骗等违法行为的手段,不仅损害交易方的权利,也容易破坏金融秩序。^④

数字货币的监管与《中华人民共和国反洗钱法》(以下简称《反洗钱法》)规定的金融监管存在一定的冲突。一是反洗钱义务主体方面。《反洗钱法》第3条规定:“在中华人民共和国境内设立的金融机构和按照规定应当履行反洗钱义务的特定非金融机构,应当依法采取预防、监控措施,建立健全客户身份识别制度、客户身份资料和交易记录保存制度、大额交易和可疑交易报告制度,履行反洗钱义务。”由此可知反洗钱的义务主体为金融机构或者特定非金融机构,而数字货币可以不通过任何金融机构进行“点对点”的交易,因此数字货币平台或者持有人应该遵守反洗钱法规定,成为反洗钱的义务主体。这点与我国目前的《反洗钱法》存在一定冲突,需要对《反洗钱法》进行修订。二是反洗钱手段方面。《反洗钱法》第20条规定:“金融机构应当按照规定执行大额交易和可疑交易报告制度。金融机构办理的单笔交易或者在规定期限内的累计交易超过规定金额或者发现可疑交易的,应当及时向反洗钱信息中心报告。”而数字货币的交易结算方式一定程度上绕开了现有银行机构的结算方式,规避了金融监管,削弱了《反洗钱法》监管效果。

(三) 数字货币激励性法律规制的“禁易规则”向“管制规则”转变

^① See European Banking Authority EBA: Report with Advice for the European Commission on Crypto-assets, 2019, pp.1-7.

^② See A. Carstens, Money in the Digital Age: What Role for Central Banks? 2018, <https://goo.gl/zqmUJK>, 2019-12-10.

^③ See A. Enria, Designing a Regulatory and Supervisory Roadmap for FinTech' (2018), <https://goo.gl/7cjHQB>, 2019-12-10.

^④ 参见张梅林:《保持谨慎态度 加强立法监管——数字货币的“世界启示录”》,《中国金融家》2018年第12期。

法律经济学中的卡拉布雷西和梅拉米德将法律规则按照法益保护内容的不同划分为“财产规则”“责任规则”和“禁易规则”,被学界称之为“卡—梅框架”。依据“卡—梅框架”,禁易规则规定的是法益拥有者的交易资格,关注的是特定法益是否可以在特定私人之间进行自愿交易,即“不许法益在即使是资源的买卖双方之间进行转让”。^① 实质上,这是取缔特定的交易市场,包括取消法益的客体标的,也取消法益的主体资格。2020 年 4 月 26 日,广东省深圳市中级人民法院裁定全国首例比特币仲裁裁决因违反社会公共利益被撤销。^② 可见,我国目前对比特币、以太币等数字货币的立法态度是禁止交易的,否定了数字货币交易平台的主体资格和投资者的合法权益。

后来的学者在“卡—梅框架”基础上发展了“无为规则”和“管制规则”。管制规则规定的是法益的交易条件,关心的是法益拥有者能否以法律规定的特殊标准和方式进行交易,因此对特定法益得以交易的法定条件进行限定。^③ 管制规则意味着国家对私人之间的交易行为进行直接干预,目的在于保护法益本身在双方当事人私人效益之外的社会价值,由国家介入对法益进行监管。禁易规则旨在禁止特定的法益进行市场的交易,而管制规则指的是允许或者鼓励法益开展市场交易,但对交易行为进行监管或者管制,对特定的法益交易设定法定条件。

我国对数字货币采取了严厉的管制性监管态度,禁止数字货币在市场交易。实际上,这种监管制度对金融科技信用风险规制失灵,抑制竞争且加剧信息不对称,也遏制了创新,不利于金融科技市场的发展。^④ 同时,一味禁止数字货币在国内的流通,无法有效保护数字货币持有人的合法财产权益。因此对数字货币的激励性法律规制应由禁易规则向管制规则转变。法律明确规定法益的归属,即不得违反金融秩序、损害投资者利益,允许法益的私人转让,但要严格限定法益转让的条件。制定和审核相应法定要求的并非是当事人,而是代表国家的第三方权威,这也符合经济法规制数字货币的基本原理。在禁易规则协调下的数字货币,禁止非达标的私人转移法益,禁易规则体现的是“父爱主义”,禁止私人之间转移法益,管制规则体现了“国家主义”。数字货币的法律规制应该由“父爱主义”转向“国家主义”。以首次代币发行为例,它是公司筹集资金的一种越来越流行的方式。首次代币发行允许公司通过发行代币进行借贷,然后可以在数字货币交易所进行交易。因此,首次代币发行使公司能够从国际投资者那里筹集资金,而无须满足当地发行股票的法律标准。但是,缺乏金融监管导致首次代币发行中诈骗事件的发生率较高。因此导致

① 参见凌斌:《法律救济的规则选择:财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》,《中国法学》2012 年第 6 期。

② 广东省深圳市中级人民法院(2018)粤民特 719 号民事裁定书裁定:根据《中国人民银行、中央网信办、工业和信息化部、工商总局、银监会、证监会、保监会关于防范代币发行融资风险的公告》,自 2017 年 9 月 4 日以后任何所谓的代币融资交易平台不得从事法定货币与代币、“虚拟货币”相互之间的兑换业务,不得买卖或作为中央对手方买卖代币或“虚拟货币”,不得为代币或“虚拟货币”提供定价、信息中介等服务。因此,自 2017 年 9 月 4 日起,OKcoin 网站提供数字货币的交易及定价均为非法。而且,既然数字货币在上述网站无法交易,上述网站对数字货币的定价也没有合理依据,无法采信。仲裁裁决高哲宇归还与数字货币相等价值的美元,并按裁决作出之日美元兑换人民币汇率结算为人民币,变相支持了数字货币和法定货币的交换,涉嫌支持非法发售代币票券及人民币非法流通行为,违背了法律强制性规定及社会公共利益,仲裁裁决应当予以撤销。

③ 参见凌斌:《法律救济的规则选择:财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》,《中国法学》2012 年第 6 期。

④ 参见杨东、陈哲立:《虚拟货币立法:日本经验与对中国的启示》,《证券市场导报》2018 年第 2 期。

金融秩序混乱的并不是首次代币发行本身这种方式和技术,而是因为欠缺相关法律制度予以指引和规范。对此,美国对首次代币发行适用合格投资者制度,要求只有合格的投资者才能参与其中。^① 美国对首次代币发行采用的就是管制主义规则。国际货币基金组织董事总经理克里斯蒂娜·拉加德多次强调了数字货币的优势,并鼓励政策制定者保持开放的态度,努力建立公正的监管框架,以最大程度地降低风险,允许金融创新。^② 欧洲中央银行执行委员会成员伊夫·梅施建议对数字货币采取监管行动,将许可和监管规则扩展至方便数字货币持有人的投资。^③ 同时,金融行动特别工作组、金融稳定委员会和国际证监会组织等国际机构一直在研究数字货币市场的发展,并发布了许多关于金融服务领域适用标准的文件。^④ 从以上其他国家和国际组织的立法中可以看出其对数字货币持开放态度,在承认其法律地位的基础上,设立投资者保护制度、反洗钱和反恐怖犯罪制度等进行法律规制。数字货币是数字世界中资本和技术的结合,形成了数字空间的新权贵,要实现数字空间的正义,需要将国家权力引入监管领域,国家权力是一种整体性的力量,会对数字货币的各方力量进行平衡,形成新秩序,对社会财富进行协调和再分配,实现法律正义。但需要注意的是,国家权力的介入不等于强调“父爱主义”,因为国家权力的介入是一种外部强力介入,如果介入过强,将会抑制社会创新和金融创新,伤害数字世界的创新和活力。^⑤ 一味禁止数字货币确实更容易导致其逃避资本管制,进入灰色地带绕过金融监管并成为进行非法活动的温床。有鉴于此,各国政府有必要通过减少私人数字货币的流动性来确保对货币创造的控制,如通过禁止在付款中使用、禁止将其转换为合法货币的方式或者对合法投资者规定条件。因此,我国数字货币的法律规制由禁易规则走向管制规则更符合数字货币的发展趋势,且有国际经验可资借鉴。

四、数字货币实施激励性法律规制的路径

激励性法律规范要有明确的实体规则调整,否则就是一纸空文,发挥不了法律的激励作用,也会让行为人无所适从。当下我国经济立法应当转变立法思路,由“管理型”立法向“治理型”立法转变,实现简政放权、保护市场主体经济自由。建立现代的经济治理体系,需要政府和市场各司其职,各尽其能,充分考虑市场主体的权利和利益以及各个市场主体之间的博弈,在相关的立法宗旨、基本原则和集体规则中体现“治理型”立法理念,才能取得更好的实效。^⑥ 因此,对数字货币应该根据数字货币的不同类型进行差异化法律调整。

(一)“刺破数字货币面纱”

法律制度是一种公共产品,为了满足人们的制度需求,我们应该设计一套满足人自身利益需

① 参见邓建鹏:《区块链的规范监管:困境和出路》,《财经法学》2019年第3期。

② See C. Lagarde, Central Banking and Fintech - A Brave New World (2017), <https://goo.gl/WN2J2q>; and An even-handed Approach to Crypto-Assets, 2018, <https://goo.gl/vpHMHHR>, 2019-12-20.

③ See Y. Mersch, Virtual Currencies Ante Portas (2018), <https://goo.gl/B7igrn>, 2019-12-10.

④ See G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Communique 23.07.2018, Buenos Aires, Argentina, para 10, <https://goo.gl/8iaFgQ>, 2019-12-20.

⑤ 参见高奇琦、周荣超:《从私权到公权:用公权力来规范私权区块链的发展》,《学习与探索》2021年第4期。

⑥ 参见张守文:《政府与市场关系的法律调整》,《中国法学》2014年第5期。

求的法律制度,将人的利益与法律制度有机结合。数字货币的激励规制目标,首先应“刺破数字货币面纱”,根据不同类型的数字货币进行不同的激励规制设计。激励目标在法律的目标和行为主体的目标之间起到一种调和的作用,才能达到法律制度的激励目标。因此数字货币的法律规制应当既符合金融监管的目标又能保护行为主体的权益。法律制度的目标具有抽象性和具体化的特点,因此法律制度激励目标也可以分为宏观目标和微观目标。宏观目标应当体现为行为主体的自我激励、自我发展的理想目标。微观层面的激励目标要求众多行为主体在个性化目标之间的选择和平衡,并最终确立每个具体法律制度所要实现的治理目标。数字货币激励性法律规制宏观目标在于维护金融稳定与安全,鼓励金融机构、数字交易平台以及投资者合法开展金融活动,避免发生系统性金融风险。而微观目标则要根据不同类型的数字货币规定不同的激励目标。对比特币、以太币和支付类的通证,由于其最主要的功能是理财,价值会随着市场行情发生变化,金融创新可以满足不同群体的金融需求,具有一定的流通职能。作为一种新型的投资手段和支付手段,其微观激励目标是赋予其法律地位,保障其在法律框架下合法合理开展金融活动,将其纳入金融监管制度。对应用类通证,根据其法律关系可将其作为一般的民事债权进行保护,因此将其纳入民法范畴进行调整,微观激励目标为平等保护双方当事人合法权益。对首次代币发行和资产类的通证,应将其纳入证券法范畴进行调整,微观激励目标是规范首次代币发行的发行和交易,注重保护投资者的合法权益,不违反现行法律制度,维护市场经济秩序。

(二)实行穿透式法律监管方式

当下,世界各国对数字货币监管方法差异很大。中国人民银行禁止首次代币发行并关闭了国内交易所,美国证券交易委员会则认为尽管数字货币本身只是简单的代码,但要看其出售的方式是否构成投资的一部分,认为此类证券应被视为证券,应该遵守传统的金融法规。美国商品期货交易委员会则认为数字资产是一种商品,与石油和咖啡无异。^① 法国正在考虑采用一种特殊的自愿制度来监管首次代币发行,由法国金融市场管理局进行监督。^② 从上文对数字货币的类型化分析可知,只有首先确认数字货币的不同法律性质,才能确定监管主体和监管内容。数字货币类型不同,法律属性差异较大,不易进行统一监管,应根据其法律性质进行差异化法律规制,采用穿透式法律监管方法。穿透监管可以透过金融产品的表面形态,看清金融产品或者业务的实质,按照“实质重于形式”的原则甄别金融产品或金融业务性质,根据产品的功能、性质和法律属性明确监管主体和适用的法律规则。

(三)监管部门、监管科技公司与行业协会“协调共治”

金融监管必须直面数字货币发展带来的新挑战。未来数字货币的发行和运作,金融服务提供商可能相当复杂,尤其在合约、产权和机构认定上。为未来数字货币提供合约安排和交易的机构未必是被清晰定义为金融机构的某一机构,而可能是一个多样化机构的集合。其中一些以金融业务为主,一些以技术公司为主,它们之间的关系并不能被简单定义为业务外包,而是服务分

^① See B. Pierson, Virtual Currencies are Commodities, U.S. Judge Rules, Reuters French AMF (2018) Summary of Replies to the Public Consultation on Initial Coin Offerings (ICOs) and Update on the UNICORN Programme, <https://goo.gl/ki4W21>, 2019-12-10.

^② See French AMF (2018) Summary of Replies to the Public Consultation on Initial Coin Offerings (ICOs) and Update on the UNICORN Programme, <https://goo.gl/ki4W21>, 2019-12-10.

工和共享。金融和技术之间的界限日益模糊,给金融监管带来了巨大挑战,应从功能视角重新审视金融监管,同时注重行为监管,在资本和风险之外重视金融科技监管。

“规制治理”强调利用多元的治理主体,引入多元的治理工具,通过更好、更公平、更有效率、更具参与性的治理体系来实现规制任务。因此应当由政府进行专项规制治理,规制治理的要素包括规制治理的目标、规制机构及机理、改进规制质量的规制工具和规制过程、规制政策工具,其间更应关注规制与治理过程的民主正当性。^① 在多元主体并存的条件下,共同合作开展社会治理的行动。对数字货币,采用金融监管部门与监管科技公司相结合统筹监管的方式,注重发展监管科技。金融监管部门发展金融科技进行监管,成立监管科技公司,鼓励成立专门的监管科技公司,接受金融机构的委托,对金融机构的合规状况进行评估。发挥社会共治力量,不仅仅是政府一方的管理或者监管。在市场经济条件下,各种利益群体的出现,需要表达利益诉求和影响决策的渠道,因此政府在当今时代应该重视民主政治建设和社会管理,积极培育各种代表不同利益群体诉求的社会组织。^② 21 世纪初,民间组织的大量出现,政府逐渐强调发挥社会管理职能,政府管理职能开始向行业管理组织转移,开始职业自治时代,民间组织开始参与社会管理,国家的权力开始下沉到特定的社会组织。国家一元化治理模式开始向多元化治理模式转变,国家向社会分权。如果数字货币未来有更进一步的发展,可考虑设立与中国支付清算协会、证券业协会、银行业协会、保险业协会地位相当的数字货币协会,并且由该协会进一步接受政府主管部门的委托承担相应的监管职能。^③ 数字货币的监管主体也应该采用柔性监管,实行多元化主体协调共治。在这个复杂的规制空间中,存在着多层规制机构,不仅有国家监管部门,还有监管科技公司和行业协会。因此在这个规制空间下,如何把握复杂规制网络中不同主体的法律地位和相互间的法律关系,理解规制主体之间的互动,考虑如何通过规制空间中的政策,改进政策的形成,提高规制的有效性就变得至关重要。激励性治理网络更强调多元主体的参与,以更合作、互动性更强的范式,形成相对持续、稳定的关系,通过不同主体共享、动员和分散的资源,协调利益和行动,实现多个部门的“协调共治”。

(四)激励性监管制度的主要内容

1.数字货币平台准入制度

2018 年 10 月经济合作与发展组织通过的《金融行动工作队标准》修正案规定交易所和数字货币提供商应遵守《反洗钱/了解您的客户(KYC)》控制措施,受到国家监管。其目标为司法管辖区将确保虚拟资产服务提供商根据《反洗钱/了解您的客户(KYC)》法规开展活动,并确保进行适当的客户尽职调查,保持持续的监控,及时报告可疑交易。金融行动特别工作组的建议仅限于反洗钱方面,为了进一步加强监管,出台了《反洗钱金融行动特别工作组建议》,并将“数字货币”和“数字货币服务提供商”的新定义添加到词汇表中,规定“为管理和减轻数字货币带来的风险,各国应对数字货币服务提供商进行监管,实行许可注册制度,以监督和确保遵守《反洗钱金融

① 参见[英]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康译,清华大学出版社 2018 年版,第 7 页。

② 参见俞可平:《中国治理变迁 30 年(1978—2008)》,《吉林大学社会科学学报》2008 年第 5 期。

③ 参见樊云慧、栗耀鑫:《以比特币为例探讨数字货币的法律监管》,《法律适用》2014 年第 7 期。

行动特别工作组建议》所要求的有关措施”。^①国际清算银行 2018 年年度报告中也建议采用这种方法,加强对数字货币服务提供商的监管。^② 欧盟 2018 年通过的《第五反洗钱指令》第 47 条规定:“成员国应确保虚拟货币与法定货币之间的交换服务提供商以及托管货币提供商已注册,货币兑换和支票兑现办事处以及信托或公司服务提供商已注册并获得许可,并且对赌博服务的提供者进行了监管。”可见,欧盟采纳了经济合作与发展组织的建议,即交换服务提供商和货币提供商应进行注册或许可。欧盟采用的方法是一种经典的“守门人”方法,旨在通过守门人控制数字货币的流量,这些“守门人”对数字货币与法定货币的交易或对数字货币进行行为监管。^③

2. 信息披露制度

数字货币的监管应该设置信息披露制度。自从 20 世纪 70 年代以来,“放松管制”理论在西方国家流行,“激励性管制”通过依法限制特定市场主体的市场权利,避免无效竞争,激励市场主体行使权利,积极参与决策和管制,减少成本,提高效率,减少寻租与腐败。^④ 法国规定金融市场管理局批准合格市场投资者条件。符合某些条件的首次代币发行应当对透明度、投资资金安全性和反洗钱等方面的信息进行披露。金融市场管理局将发布已获批准的首次代币发行的“白名单”,并在欺诈性首次代币发行的“黑名单”基础上进行补充,由监管机构进行监管和开展执法活动。^⑤ 新加坡金融管理局则要求首次代币发行向消费者披露有关投资产品的信息,遵守相关法律规定,旨在确保消费者的公平交易。如果消费者与不受金融管理局监管的机构存在交易行为,则不受法律保护。消费者可以在金融管理局网站上查看金融机构目录。^⑥ 在传统的金融机构中,实行严格的客户识别程序,以避免参与非法金融活动,因此除了现金以外,其他常用的金融交易形式都与客户相关联,而比特币的匿名化特征增加了监管难度,在首次代币的发行中,参与主体认知存在差异,如何对首次代币发行项目进行真实性审查,技术可行性与应用价值评估难度加大,因此在法律规制中应该激励数字货币持有人、首次代币发行参与人主动披露信息,积极参与决策和管制,降低成本,提高效率,积极主动保护金融消费者的合法权益。

3. 税收监管制度

数字货币的征税制度是数字货币法定化的关键一步。经济合作与发展组织担心数字货币可

① Outcomes FATF Plenary, 17 - 19 October 2018, <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/?documents/outcomes-plenary-october-2018.html>, with ‘international standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation: The FATF Recommendations’ adopted by the FATF plenary in February 2012, 2018, pp.1-22.

② See Schweizerische Eidgenossenschaft, Der Bundesrat, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger - Technologie und Blockchain in der Schweiz: Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor, 2018, pp.1-13.

③ See Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU [2018] OJ L 156/43.

④ 参见罗豪才、宋功德:《现代行政法学与制约、激励机制》,《中国法学》2000 年第 3 期。

⑤ See French AMF (2018) Summary of Replies to the Public Consultation on Initial Coin Offerings (ICOs) and Update on the UNICORN Programme, <https://goo.gl/ki4W21>, 2019-12-10.

⑥ See Consumer Advisory on Investment Schemes Involving Digital Tokens (Including Virtual Currencies), <https://www.mas.gov.sg/news/media-releases/2017/consumer-advisory-on-investment-schemes-involving-digital-tokens>, 2019-12-15.

能用于避税等违法活动,金融行动特别工作组也认为对数字货币应当注意其匿名性导致的避税行为。欧盟对数字货币的监管对象包括提供商品和虚拟货币的兑换平台。此外,将数字货币转换为法定货币被视为提供服务,对其免征增值税,反之亦然。在英国,来自数字货币的收入的可征税性取决于活动的类型。增值税仅适用于涉及数字货币兑换的商品和服务提供商。在美国,联邦政府层面没有直接全面对数字货币市场进行监管,国家银行监管机构主要通过《国家汇款法》监督美国和外国的数字货币现货交易,数字货币的税收待遇与资本收益相同。日本的监管框架较为复杂,数字货币交换业务在修订《日本支付服务法》后受到监管,要求对企业及其客户的资金或数字货币进行分开管理。数字货币公司每年应保存的会计记录和报告要提交给日本金融服务厅,如果不符合某些条件或存在违规行为,金融服务厅有权进行检查并强制要求其改进做法并取消注册或暂停营业长达6个月;根据《日本防止转移犯罪收益法》,公司需要检查客户身份,保存交易记录,并且必须向当局报告任何可疑交易;根据《所得税法》,数字货币的销售利润被视为杂项收入而非资本收益。^① 比特币、以太坊等数字货币匿名性的交易特征,使得将其纳入现行税收征管制度范畴成为难题,传统的基于金融机构的反偷税漏税机制也不适用于数字货币的交易。对此,有学者认为由于比特币等数字货币未能被普遍接受,需要通过交易平台完成与现实货币的兑换,这些平台将存储交易者的银行账户或者信用卡等信息,监管机构可以执行类似于美国的《海外账户纳税法案》来管理交易平台,打击偷税漏税行为。^②

五、结 语

在人工智能时代,随着区块链技术的发展以及金融创新的需求,数字货币将会不断更新迭代。数字货币是货币发展之必然,但其趋利性也会导致金融风险,因此需要法律保驾护航。经济法发展中存在失衡性,政府经济职能的发挥和市场资源配置中政府的经济政策目标的差异性、市场价值规律、市场竞争机制以及传统经济形态等方面的因素,不可避免地会产生时空、贫富、信息掌握、市场准入等方面的非均衡性,但经济法是社会责任本位法,追求社会利益和个人利益的统一,强调社会责任,这决定了在我国的经济发展中需要重视差异性调整的方法,通过制定相应的政策和法律调整社会公平。^③ 为此,我们应该顺应数字时代需求,承认数字货币的便利性以及合理性,在类型化分析的基础上运用激励性法律规制,由禁易规则向管制规则转变,建立健全不同监管方法,引导数字货币规范发展,鼓励金融创新,保障金融稳定与安全,促进金融的健康发展。

责任编辑 翟中鞠

① 参见后敬桐:《数字货币冰与火之歌:全球监管趋严中迈向规范,法定数字货币或是大势所趋》,《第一财经》2018年10月3日。

② 参见王寰:《比特币引发的国际逃税避税问题及其法律应对》,《税务研究》2018年第1期。

③ 参见曹胜亮:《法经济学视野中的经济法的失衡性研究——兼论经济法差异性调整方法》,《法学评论》2013年第3期。