

外汇领域违法犯罪的治理困境与纾解方案

邹玉祥*

摘要:当前,我国外汇领域违法犯罪存在以下突出情况:一是以变相买卖外汇为代表的违法犯罪行为总量居高不下;二是资金跨境转移手段愈加复杂、隐蔽。面对违法犯罪的新情况,以刑法和刑事诉讼法为代表的部门法在司法适用中正面临着新的挑战。一方面,刑法规范存在供给不足的问题,无论是在处罚范围还是在处罚力度上,都难以应对该领域的众多违法犯罪行为;另一方面,刑事诉讼环节的案件侦办难度提升,跨境对敲型非法买卖外汇案件的取证难度大。对此,建议建立“协同共治”的监管理念,确保行政执法与刑事司法的有效联动;完善刑法罪名体系,严密刑事法网;提升打击涉虚拟货币案件的工作质效,坚决维护外汇市场稳定和国家经济金融安全。

关键词:外汇;协同治理;非法买卖外汇

中央金融工作会议指出,要全面加强金融监管,有效防范化解金融风险。外汇市场是我国金融市场的重要组成部分,加强外汇市场管理,依法打击外汇领域违法犯罪,防范和化解汇率超调风险,既是保持人民币汇率在合理均衡水平上平稳运行的重要举措,也是维护国家金融安全的重要内容。近年来,受美国等发达经济体的货币政策以及地缘政治冲突等因素的影响,非美货币普遍承压,其中亚洲货币贬值加快,日元、泰铢、越南盾等亚洲国家货币币值遭遇不同程度的下跌。^①在跨境资金流动形势日益复杂,人民币汇率波动加大的背景下,企业与个人套利或避险的意愿增强,资本投机的灰色空间扩大,外汇领域违法犯罪活动明显呈上升态势。因此,本文立足于司法实践中的典型案例,试图准确识别当前外汇领域违法犯罪的突出情况和潜在风险,系统分析现行外汇管理法规体系面临的新挑战,并尝试提出有针

* 邹玉祥,男,中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士,研究方向为行政刑法学、经济犯罪、单位犯罪。

① 参见陈植:《央行再度收紧离岸市场人民币流动性“稳汇率”决心迫使投机资本离场》,载《21世纪经济报道》2024年6月21日,第3版。

对性的对策建议,以期为维护外汇市场稳定和防范输入性风险提供学理支撑。

一、我国当前外汇领域违法犯罪的突出情况

(一)以变相买卖外汇为代表的违法犯罪行为总量居高不下

总体来看,为了规避正规换汇渠道的额度限制以及监管措施,企业和自然人通过外汇掮客利用虚拟货币、离岸账户或地下钱庄等违法方式转移资金的行为仍大量存在。根据公开资料显示,自2019年后,国家外汇管理局各分支机构发布的处罚案例总量骤然提升,累计罚没金额更是逐年攀升。在众多违法犯罪行为中,外汇掮客的作用愈发凸显。2023年12月,最高人民检察院、国家外汇管理局联合印发了8件典型案例,几乎每个案例都有外汇掮客的参与,其在违法犯罪行为的发展过程中起到了重要的推动作用。此外,自然人分拆逃汇的案件较为严重,理论和实务界对该行为的定性存在争议,同案不同判的现象时有发生。

(二)资金跨境转移手段愈加复杂、隐蔽

随着金融科技和网络通信技术的飞速发展,犯罪手段由传统的“倒买倒卖外汇”模式转变为了“对敲型”模式,跨境对敲型非法买卖外汇是当前非法买卖外汇的典型表现。实践中,违法犯罪人员主要通过地下钱庄、虚拟币交易、注册空壳公司、虚假贸易、非法移机境外的境内商户POS机刷卡等方式完成资金的非法汇兑。在此类案件中,人民币和外币一般不进行物理上的跨境流转,表面上资金在境内外单向循环,实质上属于变相买卖外汇行为。与传统模式相比,“对敲型”模式转移资金手段更加隐蔽、专业性更强,对侦查取证、审查证据的要求更高。^①

二、外汇领域违法犯罪的治理难题

随着人民币国际地位的提高和金融业高水平对外开放的推进,企业和个人的换汇需求在不断扩大,外汇监管也在长期经受着较大压力。面对违法犯罪的新情况,以刑法和刑事诉讼法为代表的部门法在司法适用中正面临着新的挑战。

(一)刑法规范供给不足

外汇领域违法犯罪案件之所以频发,是因为实践中确实存在大量的灰色外汇交易需求。但是,我国现行刑法在外汇领域仅有逃汇罪、骗购外汇罪和非法经营罪三个罪名,无论是在处罚范围还是在处罚力度上,都难以应对该领域的众多违法犯罪行为,具体表现如下。

^① 参见张晓津、贝金欣、王拓:《强化行刑衔接协同惩治涉外汇违法犯罪——最高人民检察院、国家外汇管理局惩治涉外汇违法犯罪典型案例解读》,载《人民检察》2024年第4期,第43页。

其一,不以营利为目的的非法买卖外汇行为难以受处罚。尽管相关的单行刑法和司法解释规定,非法买卖外汇,扰乱市场秩序,情节严重的以非法经营罪定罪处罚,但学界通说观点认为,非法经营罪处罚的重点是经营者,即需要行为人以营利为目的从事提供产品或服务的市场经营行为,^①单纯地用自有资金进行外汇场外交易尚不构成本罪。^②实践中也通常持这种观点,如(2017)粤01刑初49号刑事判决书中载明,被告人仅是将自有资金(港币)通过黑市兑换成人民币,并非以买进卖出为手段赚取差价,其行为不具备以营利为目的的市场交易属性,不属于非法经营行为,故不构成非法经营罪。可见,外汇场外交易的购买者也即现实需求者难以被非法经营罪所评价。理论界和实务界对非法经营罪这一“口袋罪”的善意限缩,却不当放纵了外汇领域违法犯罪的原始需求。

其二,个人实施的分拆逃汇行为既不构成逃汇罪,也难以被评价为骗购外汇罪。逃汇罪的立法目的在于禁止外汇在未经监管的情况下发生地理上的转移。自然人以分拆的方式逃避限额监管,擅自将境内的外汇非法转移至境外,该行为虽然具备了逃汇罪的不法特征,但逃汇罪的犯罪主体只能是公司、企业或其他单位,自然人实施的逃汇行为仅构成行政违法。实践中,为了遏制和打击此种逃汇行为,进一步维护金融管理秩序,部分法官选择以骗购外汇罪定罪处罚。^③但是从严格意义上说,骗购外汇罪仅打击特定的骗购行为,如使用伪造、变造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,或重复使用前述文件等,个人通过分拆方式套取外汇的行为不符合特定的骗购特征。此外,《中华人民共和国外汇管理条例》第39条、第40条,《个人外汇管理办法》第7条等规定都在前置法层面有意区分了“以分拆手段等逃汇行为”和“使用虚假或无效单据等骗购行为”之间的差异。这也就意味着,骗购外汇罪也不能合法且有效地处罚自然人实施的分拆逃汇行为,该行为在刑法层面缺少合适的规范约束。

(二)刑事诉讼环节的案件侦办难度提升

在大量的跨境对敲型非法买卖外汇案件中,行为人将传统直接买卖外汇操作行为割裂开来,人民币和外汇之间的买卖在境内外银行账户上分别进行,作案手法隐蔽,取证困难。^④尤其是在以虚拟货币为换汇媒介的案件中,由于虚拟货币具有匿名交易、去中心化、无国界的特点,加之网络本身的开放性、不确定性、隐蔽性,因此难以对应到实际交易人的身份信息。尽管虚拟货币交易在我国明确受禁止,但实践中,在我国境内专门兑换、交易虚拟货币

① 参见杨兴培、吕鼎:《论非法经营罪的司法适用——以非法买卖外汇为视角》,载《法治社会》2018年第6期,第60页。

② 参见陈兴良:《相似与区别:刑法用语的解释学分析》,载《法学》2000年第5期,第34页。

③ 参见龙天鸣:《个人套汇行为的非罪化宣示——基于刑法解释论与刑事政策的分析》,载《经济刑法》2021年第21辑,85页。

④ 参见王东海:《“对敲”型非法买卖外汇的司法认定》,载《中国检察官》2020年第6期,第52页。

行为难以禁绝,利用虚拟货币作为支付结算工具实施洗钱、非法买卖外汇等犯罪案件数量呈现上升态势。虚拟货币交易平台及其服务器多设在境外,且大部分换汇客户和账户在境外,证言调取难度大,资金流水也难以取证,众多因素导致实践中有境外证据的案件相对较少。^①在最高人民检察院和国家外汇管理局公布的典型案例中,徐某悦等人非法经营案是唯一一件有境外证据移送的案件。此外,非法买卖外汇往往涉及海量资金交易数据,且涉案银行账户资金交易记录、买卖外汇人员数量众多,作案时间长,外汇数额通常因涉外证据难以固定、利率变化、交易信息庞杂等因素而难以精准认定。^②

三、外汇领域违法犯罪的纾解方案

(一) 建立“协同共治”的监管理念

在专业化分工日趋精细的现代社会,某一领域的风险与问题往往无法靠单一治理手段就能有效解决,而是需要多元化、系统性的社会治理体系,以共建共治共享为原则,合理配置治理力量、有机调整治理结构,以实现对社会风险与问题的科学治理。同理,面对资金跨境流通需求不断加剧的现实状况,必须做到全链条、全领域的综合治理,建立“协同共治”的监管理念,确保行政执法与刑事司法的有效联动。

行政执法的本质在于管理,可通过权力运行的灵活性和主动性实现对现有秩序的及时维护,并可根据社会发展及时调整监管策略。刑事司法则强调保障性,是对已被违反之规范效力的重新确证,对前置法秩序的再次重塑。尽管刑事手段具有更强的威慑性,但惩罚不是目的,以刑罚为后果的威慑应秉持克制和谦抑,并以反向推动行政治理效果最大化为首要目标。反之,一旦越过行政治理走向前端,则会侵蚀行政手段的治理效果并可能导致法律因民众的麻木而丧失其规制作用。因此,在外汇领域违法犯罪全链条治理中,应以行政治理为先导,以刑事治理为保障,充分发挥各种治理手段的优势,构建防范化解系统性金融风险的立体治理机制。

在行政治理层面,应统筹推进外汇管理改革开放发展,强化外汇领域风险监测、预警和评估,提升监管精准性和有效性。应持续释放外汇管理改革效能,丰富外汇便利化政策,推进跨境贸易便利化,满足多样化用汇需求。持续深化外汇市场双向开放,健全外汇市场产品体系,丰富境内外汇市场参与主体,推广普及汇率避险工具,提升企业汇率风险管理能力,有力增强外汇市场韧性,从而更好地服务于实体经济发展和国家改革开放大局,合理引导庞大的购汇与换汇需求,使其在法治轨道内、合理监管下安全有序地得到满足。与此同时,外汇管理部门等行政机构应加强与公安机关、检察机关等司法部门的合作力度,定期召开联席会

^① 参见谢杰:《区块链技术背景下金融刑法的风险与应对》,载《人民检察》2017年第8期,第64页。

^② 参见张晓津、贝金欣、王拓:《强化行刑衔接协同惩治涉外汇违法犯罪——最高人民检察院、国家外汇管理局惩治涉外汇违法犯罪典型案例解读》,载《人民检察》2024年第4期,第43页。

议,共同分析金融犯罪的最新动向以及提出相应对策,推动信息互通、线索互移、成果共享。对符合刑事立案条件的违法行为,及时移交公安部门处理,并同步移送相关证据材料,提升执法司法办案合力。

在刑事治理层面,应进一步严密刑事法网,扎紧制度牢笼,提升违法犯罪的成本,严厉打击外汇违法犯罪活动。可以考虑调整外汇犯罪的罪名体系,填补外汇犯罪的处罚漏洞,提高对外汇犯罪新手段的侦查能力,充分发挥刑罚的惩治和预防功能。此外,检察机关还应加大对金融、外汇等部门转移的可疑交易信息和交易记录的排查力度,精准打击非法跨境汇兑活动。当前的外汇犯罪与部分上游违法行为勾连紧密,多起案例是在查处电信网络诈骗、网络赌博、洗钱等涉及资金出境的犯罪案件过程中被连带发现的。对于案件中涉及的行政违法线索,应及时向行政执法机关移送,推进外汇领域违法犯罪的协同共治,坚决维护外汇市场稳定和国家经济金融安全。

(二)完善罪名体系,严密刑事法网

当前,在外汇领域违法犯罪的综合治理之中,亟须进行改革的便是刑法的外汇犯罪罪名体系,因为其已无法有效且周延地保障既有的外汇监管秩序。

首先,应通过刑法修正的方式,扩大逃汇罪的主体范围,将自然人主体纳入其中。从行为的实质危害性上看,个人分拆逃汇数额较大或多次逃汇的行为与单位逃汇行为具有相同的法益侵害性,均严重破坏了金融管理秩序。尽管《外汇管理条例》第39条也强调追究包括个人在内的逃汇行为的法律责任,其中包括刑事责任,但我国刑法对个人逃汇行为没有规定相应罪名。实践中,个人逃汇案件较为严重,确有必要在今后的立法修改中扩大逃汇罪的主体范围,将个人逃汇数额较大以及多次逃汇的行为作为处罚对象。^①考虑到个人与单位之间行为能力差异巨大的事实,有必要为个人逃汇行为配备与单位犯罪相区别的立案标准,从而将处罚范围限定在合理区间内。

其次,笔者认为应增设非法买卖外汇罪,专门用于处罚非法买卖或变相买卖外汇的行为,不再适用《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第四条之规定。一方面,非法经营罪在外汇领域会造成处罚漏洞。非法经营罪的主要规制对象是具有市场交易属性的行为,其无法处罚不以营利为目的的非交易性行为,而这种行为对外汇管理秩序的侵害同样严重。另一方面,非法经营罪不能完整、准确地评价非法买卖外汇行为的性质。非法经营罪属“扰乱市场秩序罪”一章中的罪名,该罪的保护对象为市场秩序。典型的扰乱市场秩序罪均是以市场交易过程中的某一环节为手段,通过诱骗交易对象、打击竞争对手、破坏市场准入规则或自由交易规则等方式违规牟利的行为。然而,非法买卖外汇行为实际上侵害的是国家的外汇管理秩序而不是市场交易秩序,其并没有利用现有的市场交易途径,更遑

^① 参见罗开卷,马骏:《论金融犯罪的立法及完善》,载《铁道警察学院学报》2016年第3期,第93页。

论对既有的交易方式产生动摇或贬损。如果继续用非法经营罪评价非法买卖外汇行为,则会导致评价重心的不当偏移,难以实现维护外汇管理秩序的规范需求。

(三)提升打击涉虚拟货币案件的工作质效

在侦办以虚拟货币为媒介的非法买卖外汇案件中,侦查机关应当加强与外汇管理部门的合作,构建由外汇管理机关、检察机关和侦查机关共同组成的联席会议,共同就侦查方向、取证规范、法律适用等问题提出意见。在此过程中,应充分用好用足国际刑事司法协助、内地与港澳地区区际刑事司法协助等机制,加大对境外证据的取证力度。与此同时,根据涉虚拟货币案件的证据特征,构建以境内证据为主的证据体系,将侦办案件的突破口放在跨境资金链路的查明上。具体而言,应加强对异常交易情况账户的监控,重点搜集虚拟货币交易哈希值、银行交易明细、第三方支付平台交易记录、通信软件聊天记录等客观证据,重点讯问涉案人员的分工情况、各节点的操作方式以及获利方式,对比犯罪嫌疑人、被告人供述及辩解,逐一查明涉案资金的跨境流转方式以及涉案人员的参与度,合理分析外汇捐客在犯罪中的作用,准确认定犯罪事实。

此外,无论是行政执法部门还是刑事司法部门,都应该不断提升队伍的专业化水平。应丰富执法和司法人员在数字时代背景下的知识储备,加快专项领域的专家团队建设,尝试引入新设备、新技术,进一步提高涉虚拟货币等数字化领域的取证能力。加强与高校和科研院所的合作交流,围绕实践中存在的法律适用疑难问题展开专题研究,从理论以及思想观念上寻求创新和突破。