

两高司法解释明确非法买卖外汇认定标准；新增非法外汇交易所得超50万元可获刑5年以上

1月31日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的解释》（下称《解释》），对非法买卖外汇的认定、量刑标准进行了明确，自2019年2月1日起施行。

《解释》规定，实施倒买倒卖外汇或者变相买卖外汇等非法买卖外汇行为，以非法经营罪定罪处罚；同时，提高了非法买卖外汇“情节严重”和“情节特别严重”的认定标准。专家认为，《解释》出台将对非法买卖外汇犯罪产生较强震慑作用，对于普通的境外旅游、求学人群影响不大。

换汇黄牛、对敲型地下钱庄情节严重以非法经营罪定罪

在非法买卖外汇的认定方面，《解释》规定，违反国家规定，实施倒买倒卖外汇或者变相买卖外汇等非法买卖外汇行为，扰乱金融市场秩序，情节严重的，依照刑法第二百二十五条第四项的规定，以非法经营罪定罪处罚。

最高人民法院刑三庭、最高人民检察院法律政策研究室负责人表示，倒买倒卖外汇和变相买卖外汇为实践中地下钱庄非法买卖外汇的主要方式。倒买倒卖外汇，是指不法分子在国内外汇黑市进行低买高卖，从中赚取汇率差价，此类钱庄俗称为“换汇黄牛”。变相买卖外汇，是指在形式上进行的不是人民币和外汇之间的直接买卖，而采取以外汇偿还人民币或以人民币偿还外汇、以外汇和人民币互换实现货币价值转换的行为。资金跨国（境）兑付是一种典型的变相买卖外汇行为，跨国（境）兑付型地下钱庄又被称为“对敲型”地下钱庄。

刑法第二百二十五条对非法经营罪的处罚做出了明确规定：情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

《解释》提高了非法买卖外汇“情节严重”的数额认定标准。此前的规定出自1998年《最高人民法院关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，非法买卖外汇20万美元（根据当时人民币对美元的汇率计算约相当于200万元人民币）以上的，或者违法所得5万元人民币以上的，属于“情节严重”。

《解释》规定，非法经营数额在500万元以上的，或者违法所得数额在10万元以上的，应当认定为“情节严重”。此前没有规定非法买卖外汇“情节特别严重”的认定标准，《解释》按照“情节严重”数额标准的五倍确定“情节特别严重”的认定标准，即非法经营数额在2500万元以上或者违法所得数额在50万元以上的，应当认定为“情节特别严重”。

同时,《解释》还以“数额+情节”的形式,规定了可以认定为“情节严重”和“情节特别严重”的四种情形:曾因非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇犯罪行为受过刑事追究的;二年内因非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇违法行为受过行政处罚的;拒不交代涉案资金去向或者拒不配合追缴工作,致使赃款无法追缴的;造成其他严重后果的。非法经营数额在250万元以上,或者违法所得数额在5万元以上,且具有四种情形之一的,可以认定为“情节严重”;非法经营数额在1250万元以上或者违法所得数额在25万元以上,且具有四种情形之一的,可以认定为“情节特别严重”。

广强律师事务所金融犯罪案件辩护律师曾杰表示,此前我国只规定了非法买卖外汇“情节严重”的情形,这意味着即便是非法买卖外汇达到千万、数亿的被告人,也只能认定其为“情节严重”,最高刑在五年以下,此前国内很多案件都是如此处理。《解释》出台之后,对“情节特别严重”的标准有了明确规定,达到数额或者情节标准的案件,可以在五年以上十五年以下有期徒刑间量刑,这对于打击该类犯罪无疑具有强烈的震慑作用。

另外,单位犯罪适用自然人犯罪的定罪量刑标准。单位实施非法买卖外汇行为,依照《解释》规定的定罪量刑标准,对单位并处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员定罪处罚。

地下钱庄更具隐蔽性,为《解释》重点打击对象,从重处罚

曾杰对新京报记者表示,从当下的司法实践来看,非法买卖外汇大都通过地下钱庄以“对敲”方式进行,具体手段是把人民币和外汇的直接交易隔离,人民币只在境内交易,外汇在境外交易,没有发生物理流动,以对账的形式来实现“两地平衡”。这样,地下钱庄的境内账户和境外账户之间没有资金往来,表面上没有倒卖行为,实质上却完成了非法的换汇活动。这种模式更加方便不法分子将境内的资金转移到境外。而且,随着互联网技术的发展,很多地下钱庄还会采取虚拟货币的方式进行支付和购汇,从而更加具有隐蔽性。这也是《解释》出台的一个关键背景。

2015年11月浙江金华市公安机关侦破一起通过非居民账户(NRA)实施资金非法跨境转移的地下钱庄案件,即为“对敲型”地下钱庄。据媒体报道,该案涉案金额达4100余亿元,后公诉机关以非法经营罪对犯罪团伙提出指控。

根据国家外汇管理局2016年年报,借助现金交易躲避监管是地下钱庄呈现出的新特点之一,即在境内接收人民币现金,境外提取外币现钞。此外,地下钱庄还利用国内外设立的空壳公司,在多地、多家银行开立账户,资金操作手法复杂多变,隐蔽性强;非法活动区域不断蔓延,通过异地资金频繁划转;非法经营活动范围扩大,一些地下钱庄不仅进行资金流转汇兑,还开展为虚假招商企业提供虚假发票、为出

口骗税企业提供虚假出口单证、为企业和个人代办境外开户手续等非法活动，危害程度不断加大。

2016年，国家外汇局等相关部门共查处涉及地下钱庄的非法买卖外汇案件400余起，共处行政罚款近亿元人民币。2017年查处案件数量和罚款金额均大幅增加，共查处涉及地下钱庄交易对手的非非法买卖外汇案件1400余起，行政罚款数亿元人民币。

两高相关负责人表示，近年来，随着国内外经济形势的变化，恐怖主义犯罪国际化，走私犯罪和跨境毒品犯罪增加，以及我国加大对贪污贿赂犯罪的打击力度，从事非法资金支付结算业务、非法买卖外汇等涉地下钱庄犯罪活动日益猖獗，涉地下钱庄刑事案件不断增多。地下钱庄已成为不法分子从事洗钱和转移资金的最主要通道，不但涉及经济领域的犯罪，还日益成为电信诈骗、网络赌博等犯罪活动转移赃款的渠道，成为贪污腐败分子和恐怖活动的“洗钱工具”和“帮凶”。

《解释》中还明确了非法经营罪与洗钱罪或者帮助恐怖活动罪竞合时的从重处罚原则。司法实践中，对于地下钱庄实施非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇行为，通过转账或者其他结算方式协助资金转移，或者协助将资金汇往境外，构成非法经营罪，同时又构成洗钱罪或者帮助恐怖活动罪的，按照竞合犯处罚原则，依照处罚较重的规定定罪处罚。

非法买卖外汇为个人外汇违规重灾区,有人买房有人还赌债

从2018年外汇局通报的典型案例分析来看，非法买卖外汇为个人外汇违规行为的重灾区。根据新京报记者统计，2018年全年，外汇局共通报了130起外汇违规典型案例，36起涉案主体为个人，其中15起案由为非法买卖外汇，罚款金额共计3904.87万元人民币，平均每个案件罚款260.32万元。

通过地下钱庄买卖外汇的常见手段是：将人民币打入地下钱庄控制的境内账户，通过地下钱庄兑换外汇汇至境外账户。15起案件中有2起案件涉案金额超过1亿元。

个人非法买卖外汇向境外转移资产的目的包括购买房产和偿还赌债。有3起非法买卖外汇案是为了购买境外房产，其中金额最大的为香港籍陈某。2015年1月至8月，陈某为实现非法向境外转移资产目的，将1700万元人民币打入地下钱庄控制的境内账户，通过地下钱庄兑换外汇汇至其境外账户，用于购买境外房产等。最终其被罚款153万元人民币。

还有人的目的是偿还境外赌债。2012年6月至2016年9月四年多时间内，浙江籍夏某将14188.45万元人民币打入地下钱庄控制的境内账户，通过地下钱庄兑换外汇汇至境外账户，用于偿还境外赌债。夏某被罚款1418万元，是2018年外汇局通报的

所有非法买卖外汇案例中被罚款金额最高的，也是所有个人外汇违规案例中罚款金额最高的。

另外，有两起案例的通报中直接点明是在澳门赌场的地下钱庄非法买卖外汇。江苏籍徐某、辽宁籍冯某均为在澳门赌场通过地下钱庄多次非法买卖港元，二人违规金额折合人民币分别为265.98万元、1081.79万元，分别被处以罚款32万元、130万元。

2018年12月6日外汇局的违规案例通报中，首次披露个人的外汇违规行为处罚信息被纳入中国人民银行征信系统，违规个人还被实施“关注名单”管理。这意味着，自此以后，非法买卖外汇的个人除了被处以罚金外，还会被实施“关注名单”管理并纳入央行征信。

曾杰对记者表示，《解释》出台后，对于普通的境外旅游、求学这类人群影响不大，但对于有大额购汇、外汇收支需求的国内商户而言，他们应该更加严格地遵守外汇管理方面的法规，在指定的场所换汇和购汇。“因为的确有很多进出口企业，在国际贸易中接收外汇或支付外汇时，都是通过地下钱庄进行，逃避外汇监管，获得非法利益，特别是在境外有经营实体的中国商户，要更加严于律己，不能以‘亲友互助’的名义帮助收汇、换汇，否则极易陷入刑事犯罪误区。”

而对于普通人而言，总体的原则就是只能在指定的场所即外汇指定银行进行购汇，不能通过其他非法的方式，比如通过私人、地下钱庄购汇。

《解释》规定的非法买卖外汇违法金额标准：

非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇，具有下列情形之一的，应当认定为非法经营行为“情节严重”：

- (一) 非法经营数额在500万元以上的；
- (二) 违法所得数额在10万元以上的。

非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇，具有下列情形之一的，应当认定为非法经营行为“情节特别严重”：

- (一) 非法经营数额在2500万元以上的；
- (二) 违法所得数额在50万元以上的。

新京报记者 顾志娟