

# 对设立非法结汇罪遏制境外投机资金的思考

张家华<sup>1</sup>, 周雄文<sup>2</sup>

(1 中国人民银行 梅州市中心支行, 广东 梅州 514021; 2 湖南工业大学 法学院, 湖南 株洲 412008)

**摘 要:** 在人民币升值预期强烈的情况下, 大量境外投机资金进入, 严重影响国家经济和金融安全。通过借鉴亚洲金融危机时期我国刑法对骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪打击的成功经验, 提出了尽快设立非法结汇罪遏制境外投机资金的必要性。

**关键词:** 境外投机资金; 非法结汇罪; 犯罪构成

2005年 7月人民币汇率机制改革后, 人民币对美元单边持续升值, 境外投机资金利用现行外汇管理政策和管理上的漏洞, 纷纷通过各种渠道和方式进入国内市场, 导致国际收支持续顺差, 外汇储备急剧攀升。这种局面, 一方面迫使中央银行投放更多的基础货币对冲日益增多的外汇, 直接充裕流动性, 推动物价抬高, 增加宏观调控难度, 影响宏观调控效果; 另一方面, 境外投机资金的大幅进入, 使金融风险显著增加, 因为未来市场预期一旦发生逆转, 将导致跨境资本集中撤离, 必将引发金融风险, 产生金融危机。有鉴于此, 在当前形势下设立非法结汇罪, 以刑法来规制境外投机资金, 以刑罚来严厉遏制国际虚假投机资金显得极为迫切。

## 一 非法结汇罪的犯罪构成

按我国刑法理论的通说, 犯罪构成是刑法规定的、决定某一行为的社会危害性及其程度, 而为该行为成立犯罪所必须具备的一切客观要件和主观要件的有机整体, 是区分罪与非罪、此罪与彼罪的标准。<sup>[1]</sup>要界定非法结汇罪就有必要分析其犯罪构成。

1、非法结汇罪的客体。该罪侵犯的客体是我国外汇管理制度的结汇制度, 具体而言是侵犯外汇指定银行的结汇制度。我国的结汇制度是以现行的 5 外汇管理条例 6 和中国人民银行于 1996 年 6 月 20 日发布的 5 结汇、售汇及付汇管理规定 6 等行政法规和部门规章的具体结汇制度, 至于侵犯其他的外汇管理制度或秩序的行为, 则按照刑法其他规定处理,

如非法买卖外汇以非法经营罪处理。非法结汇罪的犯罪对象是人民币, 目的是结汇进行套利。

2、非法结汇罪的客观方面。该罪客观方面表现为违反国家规定, 采取虚假投资、虚假货物贸易、虚假外债、虚假服务贸易以及虚假经常转移等违法方式进行结汇, 是结汇数额较大, 扰乱市场秩序, 情节严重的行为。具体表现如下: 第一, 以虚假或者无效的凭证、合同、单据、外汇管理部门的核准件等骗取结汇; 第二, 违反国家规定收取人民币抵顶应当收取外汇, 或者以外汇为他人支付在境内的费用, 由对方付给人民币; 第三, 其他违反国家规定非法结汇。

由于非法结汇方式众多, 不能一一列举, 因此以列举式和概括式立法不失为明智之举。在罪状表现上, 以叙明罪状与空白罪状相结合描述为宜。本罪应该是数额犯罪, 即非法结汇要达到数额较大以上, 具体标准要综合考量。这里的数额既可是一次非法结汇的数额, 也可以是多次非法结汇金额之和, 即对多次非法结汇在刑事追诉时效内未经处理的, 按累计非法结汇数额处理。此外, 在量刑方面, 要严格执行 5 刑法 6 总则第六十一条的规定。

3、非法结汇罪的主体。该罪的犯罪主体为一般主体, 自然人和单位均可成为该罪的犯罪主体。自然人犯本罪的一个特点就是与银行、海关的工作人员或外贸公司的人员相勾结共同行骗。这里的单位在性质上没有作任何限制, 无论是国家机关、事业单位还是国有(或非国有)的公司、企业都可构成此

<sup>1</sup> 收稿日期: 2008- 05- 06

**作者简介:** 张家华, 男, 江西遂川人, 中国人民银行广东梅州市中心支行科员, 法律硕士, 主要研究方向为经济法学; 周雄文, 男, 湖南娄底人, 湖南工业大学法学院教授, 法学博士, 研究方向为经济法学。

罪。在实践中,单位主体多为拥有进出口经营权的外贸公司、企业或其他单位。

4 非法结汇罪的主观方面。该罪一般表现为直接故意,即明知自己违反规定却以欺骗的手段向外汇指定银行结汇的行为,积极追求该结果发生的心理态度。值得注意的是该罪在主观上不仅仅表现为直接故意,还可以表现为间接故意,如行为人明知他人是非法结汇,但出于亲戚、朋友或其他利害关系而为犯罪分子提供帮助的,该行为人的主观方面既可能是/希望并追求0该犯罪发生,也可能是持/放任0的态度,因此对非法帮助结汇的罪犯而言,其犯罪主观方面既可能是直接故意也可能是间接故意。

## 二 设立非法结汇罪的必要性

1、从当前境外投机资金非法结汇大规模入境给社会经济造成的危害看,有必要设立非法结汇罪。境外投机资金进入的主要原因有三,一是人民币对主要国际货币美元等的加快升值,投机资金入境进行汇率套利。在当前人民币与美元利差不断缩小甚至出现倒挂的情况下,境外资金只要进来就能坐收汇率收益,这是当前境外投机资金进入的最大推动因素。二是境外投机资金钻某些招商引资政策的空档,进行虚假投资,结汇后资金非法改变用途,违反5外汇管理条例6不得私自改变资金用途的规定。例如近几年来,南方某省有不少专为套取粤、港澳两地通行车牌,非法结汇后资金根本没有投资,而是汇出或者其他改变资金用途行为的虚假外商投资企业。三是参与其他投机等违法犯罪活动,例如,非法结汇后进入股市、债市和楼市,甚至地下钱庄进行洗钱。2007年我国外汇储备新增4619亿美元,贸易顺差为2622亿美元,外商直接投资(FDI)为748亿美元。(数据来源,国家统计局52007年国民经济和社会发展统计公报6)一般认为,新增外汇储备与两者之间的差额为境外投机资金,即2007年境外投机资金流入达1249亿美元,其中无法解释资金流入达870亿美元。

境外投机资金主要通过虚假投资、虚假贸易、虚假外债和虚假经常转移等方式结汇,这些资金持续大规模流入必然会产生一定的经济风险和社会危害:第一,推动外汇储备过快增长,2005年以来每年新增官方外汇储备达3061亿美元,外汇储备增长率达30%。第二,促使人民币加快升值,外汇储备的大幅增加,表明外汇市场上的外币供给和人民币需求大幅增加,外币供给的增加将使外汇汇率下跌,对人民币需求的增加促使人民币汇率上升。第三,加

剧国内流动性,形成通货膨胀压力。第四,弱化货币政策的有效性,影响宏观调控效果。在现行的结售汇制度下,中央银行不得不持续大量买进日益增多的外汇,这样必然导致基础货币投放量增加,而货币供给量的大幅增加又将加剧国内通货膨胀,为了控制通货膨胀,中央银行不时通过货币市场的正向回购和发行票据回笼过多的供给量,从而弱化货币政策的有效性,影响宏观调控效果。因此,鉴于境外投机资金非法进入的危害性,有必要运用法律手段,尤其是严厉的刑法来进行规制。

2从1998年全国人大常委会制定5关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定6后的规制效果看,有必要设立非法结汇罪。1997年,亚洲金融危机首先从泰国爆发,随即席卷了整个东南亚地区,并进而蔓延到韩国、日本。一时间中国周边各国货币纷纷贬值,对人民币汇率的稳定造成了极大的冲击。当时,人民币汇率能否稳定,关系到能否打断各国货币连锁贬值链条,维持国际市场对亚洲的信心,并进而防止亚洲金融危机演变为世界经济萧条。中国政府从长远发展出发,本着负责的态度,明确宣布人民币不贬值。然而,客观的经济形势却对人民币形成强大压力,人民币在外汇黑市对美元的汇率持续走低,逃汇、套汇、非法买卖外汇活动也猖狂起来。而新刑法典惩治外汇犯罪的法条甚少,对骗购外汇、非国有单位逃汇等行为难以打击。于是,在97.刑法典施行大约仅一年时,全国人大常委会断然再次制定特别刑法,于1998年12月29日通过5关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定6(以下简称5决定6),增设了骗购外汇罪,扩大了逃汇罪,并把非法买卖外汇明确视为非法经营罪的行为方式之一,以期加强对外汇犯罪的打击。<sup>[2]</sup>随后最高人民检察院又出台相关司法解释,其他行政机关也出台相关行政规章。事实证明,5决定6对遏制骗购外汇、逃汇以及非法买卖外汇起到了无可替代的作用,1999年新增的国家外汇储备是1998年的1.92倍。刑法有力地打击了这些犯罪活动,维护了经济金融安全,维护了国家和社会的稳定,树立了一个负责任的大国形象。

3从我国当前的形势与东南亚金融危机时期的形势比较看,有必要设立非法结汇罪。首先,亚洲金融危机爆发后,尽管我国对资本管制十分严格,但在1997年以后的许多年份中,每年从中国出逃的资本仍超过100亿美元。那时主要是针对人民币贬值压力,资本千方百计通过转移来赚取利差,逃汇、套汇、

非法买卖外汇活动猖獗。而汇改以后,经常项目和资本项目顺差不断扩大,人民币升值预期强烈,境外投机资金千方百计流入进行套利,大量违规结汇、非法结汇发生。其次,1997年东南亚金融危机爆发后直到1998年,我国资本外逃现象严重,国家外汇储备在当时是重要的宝贵资源。然而时过境迁,如今我国的外汇储备再也不稀缺,并且庞大的外汇储备造成诸多经济难题。第三,当时紧急出台了5决定6等法律、法规进行规制,用于维护经济安全 and 国家利益,现在却没有这方面的法律,甚至无法可依,例如违反5外汇管理条例6四十五条第三项规定构成犯罪的须依法追究刑事责任,但现实的情况是存在无刑可加的尴尬处境。(5外汇管理条例6第四十五条规定:境内机构有下列非法使用外汇行为之一的,由外汇管理机关责令改正,强制收兑,没收违法所得,并处违法外汇金额等值以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任,)

4从完善外汇犯罪的刑事法律规范看,应该设立非法结汇罪。我国学者关于外汇犯罪所使用的概念有所不同。有的学者认为,外汇犯罪是对以外汇管理制度为犯罪客体,以外汇为犯罪对象的犯罪的总称。也有学者提出,外汇犯罪是指企业、事业单位、机关、团体为了集团或局部利益,违反国家外汇管理划定,逃汇套汇,截留和挪用国家外汇,甚至非法倒卖外汇,从中牟取暴利,破坏金融秩序,后果严重的行为。<sup>[3]</sup>笔者认为,外汇犯罪不仅仅限于5刑法6和5决定6中所规定的套汇罪和骗购外汇罪,犯罪主体也不仅仅限于单位,所谓外汇犯罪,应是指以外汇为侵犯对象,破坏外汇管制,或以其他方式违反国家外汇管理法规,并且触犯刑法,依法应当受到刑罚处罚的行为。

目前我国刑法对于打击外汇犯罪方面的刑事法律规范有:骗购外汇罪、逃汇罪和非法经营罪、走私罪等,但针对非法结汇的现象却没有可适用的法律规范,刑事法律更是缺乏这方面的条文。现行5外汇管理条例6没有对结汇主体非法结汇的处罚条款,5结汇、售汇及付汇管理规定6及其他外汇管理

法规中也无对结汇主体的明确处罚规定,尽管对于虚假投资的犯罪行为可以虚假出资罪进行处罚,但无论是从犯罪的主体、客体还是客观方面来说,都难以囊括非法结汇的犯罪行为。从犯罪主体看,虚假出资罪的主体是公司发起人、股东,而非法结汇主体则比虚假出资主体要宽泛得多;从犯罪客体看,虚假出资侵犯的是公司设立的正常管理制度,非法结汇侵犯的是国家外汇管理制度;从犯罪的客观方面看,虚假出资的外延要比非法结汇的外延小许多,两者在客观行为方面存在较少的交叉性,虚假出资只是非法结汇的一种手段而已。因此,鉴于外汇犯罪刑事法律规范,从维护市场经济、国家安全的大局出发,有必要设立非法结汇罪。

我国的经济形势决定了人民币将在未来一段时间内持续升值,这期间,投机资金将会持续涌入中国,不但会推动人民币升值,而且使中国经济流动性泛滥。在这种情况下,政府努力抵御收支危机和货币危机的最后防线就是修补它的防火墙漏洞来阻止投机资金流入和流出。在过去的10年中,国际金融市场经历了数次巨大波动,对世界经济产生了深刻冲击。然而在此期间,我国经济仍能保持高速增长,并且维持较低的通胀水平,这与我国的外汇管理制度和人民币汇率长期稳定分不开的。<sup>[4]</sup>因此,当我们下决心对投机资金进行阻击时,是可以做得更好。

#### 参考文献:

- [1] 马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,2003:69.
- [2] 赵秉志,杨诚.金融犯罪比较研究[M].北京:法律出版社,2004:66.
- [3] 秦醒民.金融犯罪的惩治与预防[M].北京:中国检察出版社,1996:58.
- [4] 唐岫立.美元贬值增加了稳定人民币预期的难度[J].中国金融,2008,3(22).

(责任编辑:徐蓓)

College of Law and Politics, Central China Normal University, Wuhan Hubei 430079, China

**Abstract** America is still a Christian country even if it is influenced by Protestantism. Protestant value conceived America's distinctive rationales of democracy and freedom while the common ethics shared by Christianity safeguards the social order of America. The ethic of honesty and fidelity founded the operation of law. The idea of obedience restrains social rebellion. The moral principle of universal love is the adhesion of social relations and buffer of social contradiction.

**Key words** America; democratic system; Christian ethics

# ( 8) Thought on Enacting Illegal Exchange Purchase to Restrain Foreign Speculative Fund

ZHANG Jia<sup>2</sup>hua<sup>1</sup>, ZHOU Xiong<sup>3</sup>wen<sup>2</sup> ( 037)

1. Meizhou Branch, People's Bank of China, Meizhou Guangdong 514021, China; 2. Law Faculty, Hunan University of Industry, Zhuzhou Hunan 412008, China

**Abstract** With the upvaluation of RMB strongly expected, large foreign speculative fund has poured into China, severely affecting the state's economic and financial security. The successful experience of The Criminal Law attacking the crimes of cheating exchange, arbitrage, illegal buying and selling during Asia financial crisis should be learnt and Illegal Exchange Purchase should be enacted to restrain foreign speculative fund.

**Key words** foreign speculative fund; Illegal Exchange Purchase; crime structure

# ( 9) Russia's Changing Images in China Since 1949

LI Su<sup>2</sup>an<sup>( 049)</sup>

History Research Institute, Heilongjiang Academy of Social Sciences, Harbin Heilongjiang 150018, China

**Abstract** Since 1949 Sino-Russian ( Soviet Union ) relations have experienced three stages of friendship, confrontation and normalization, its image in China changing from angel, demon to friendly neighbour. During the 1950s Russia was prettified in China while in the 1960s and 1970s it was vilified. Not until during the third stage Russia's image in China became real and objective. To build an objective and positive national image is of great importance to Russia and China as well, which needs joint efforts of both countries.

**Key words** China; Russia's image; Soviet Union

# ( 10) The Labour Movement on Jinggangshan Revolutionary Base

LIU Fu<sup>2</sup>chun<sup>, HE Bin</sup>, WANG Ke<sup>2</sup>zhen<sup>( 057)</sup>

Jinggangshan Cadres Academy, Jinggangshan Jiangxi 343600, China

**Abstract** The labour movement on Jinggangshan revolutionary base marked another experimental step forward by Chinese Communist Party represented by Comrade MAO Zedong in their search for truth after the failure of the Great Revolution. During this period, the workers had the right to vote and the right to be voted. Their jobs were secure. The trade unions were entrusted with great power. Despite its poor organization and ineffective leadership, the labour movement helps to promote the development of nationwide labour movement and the establishment of the Red Power, and provides rich experience for future labour movements.