

# 我国外汇犯罪背景下金融刑法的不足与完善

李妍熹

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2023年6月14日; 录用日期: 2023年7月13日; 发布日期: 2023年7月24日

## 摘要

我国是一个外汇交易管控制国家。近几年, 伴随着互联网金融技术革新和人民币国际化, 传统的金融交易模式产生了翻天覆地的变化, “成本低”、“效率高”、“融合强”的互联网平台交易模式呈几何增长态势, 外汇交易成为一种新潮。此背景下, 金融刑法在多变的互联网外汇犯罪中不断受挫, 金融刑法规制扩大化趋势间接抑制了金融创新, 刑事立法的滞后性与刑事司法的谦抑性之间适配不当为人们所诟病, 面对多方质疑与困境, 亟待为金融刑法的改革、发展提供一种方向的可能性。发挥外汇管理局和央行的监管作用事前预防外汇犯罪。坚持信用指引, 完善我国金融刑事立法。避免以经验性总结为司法依据, 完善个罪具体适用的相关司法解释。同时, 金融刑法应联合行政法、民法, 树立“行政处罚在前、民事赔偿为辅、刑事规制在后”的理念, 共同应对我国外汇犯罪。

## 关键词

金融刑法, 外汇犯罪, 外汇交易

# The Deficiency and Improvement of Financial Criminal Law under the Background of Foreign Exchange Crime in China

Yanxi Li

School of Law, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Jun. 14<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jul. 13<sup>th</sup>, 2023; published: Jul. 24<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

China is a foreign exchange trading control country. In recent years, with the technological inno-

vation of Internet finance and the internationalization of the RMB, the traditional financial trading model has undergone earth-shaking changes. The Internet platform trading model of “low cost”, “high efficiency” and “strong integration” has shown a geometric growth trend, and foreign exchange trading has become a new trend. In this context, the financial criminal law is constantly frustrated in the changing Internet foreign exchange crime. The expansion trend of the financial criminal law system indirectly inhibits financial innovation. The inappropriate adaptation between the lag of criminal legislation and the modesty of criminal justice is criticized by people. In the face of multiple doubts and difficulties, it is urgent to provide a direction for the reform and development of financial criminal law. We should give full play to the regulatory role of the State Administration of Foreign Exchange and the Central bank to prevent foreign exchange crimes in advance, adhere to credit guidance, perfect our country’s financial criminal legislation, avoid taking empirical summary as the judicial basis, and perfect the relevant judicial interpretation of specific application of the crime. At the same time, financial criminal law should be combined with administrative law and civil law, establish the idea of “administrative punishment in the first place, civil compensation in the second place, criminal regulation in the last place”, and jointly deal with foreign exchange crimes in China.

## Keywords

Financial Criminal Law, Foreign Exchange Crime, Foreign Exchange Transactions

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

随着经济全球化趋势的不断发展，各国货币的融合进一步加强，外汇交易成为了一种更为普遍的行为模式，但也正因为这种交易的大幅出现，给国家外汇局带去了强大的监管压力，同时，也给金融刑法带去了巨大风险。在互联网技术革新的加强作用下，外汇犯罪的行为模式正在不停演变进化，现行的金融刑法已不能完全囊括这些新型外汇犯罪行为并进行有效规制。为应对互联网外汇交易越法风险，金融刑法的改革、重构势在必行。为便于读者理解金融刑法的现状，需先对以下概念进行明晰：

金融刑法，是指对违反金融市场规则的金融犯罪主体，根据刑事立法的相关规定确定其应负的刑事责任及其应受的刑事处罚的规范[1]。

外汇是指用作国际交易的支付手段和资产，主要表现为外币现钞、外币有价证券等<sup>1</sup>。外汇交易是指在交易场所一国本币与另一国外币进行交换。外汇犯罪是指违反我国外汇管理法规，实施的以外汇为对象且应受刑法规制的行为。根据《个人外汇管理办法》和《外汇管理条例》可知，我国是一个外汇管制国家，即在“三元悖论”<sup>2</sup>里我国根据现有国情的需要，为了实现本国货币政策的相对独立性和汇率的相对稳定性的宏观目标，不得不放弃了资金自由流动的远期目标。这意味着个人在银行结售汇时要遵守每年最多结售5万美元或等值外币的规定，企业在进行对外交易时的结汇行为也会受到相应的监管与限制。

## 2. 互联网外汇犯罪在金融刑法上的现状

在互联网技术发展的推动作用下，网络上一时兴起许多外汇交易平台，有的以投资理财为名吸收公

<sup>1</sup>2008年修订的《外汇管理条例》。

<sup>2</sup>三元悖论(Mundellian Trilemma)，由美国经济学家保罗·克鲁格曼就开放经济下的政策问题所提出的。其含义是：在开放经济条件下，本国货币政策的独立性、汇率的稳定性、资本的自由流动性不能同时实现，最多只能同时满足两个目标，而放弃另一个目标。  
//转引自百度百科。

众存款，有的以教授外汇知识为名实行集资诈骗，有的以买卖、伪造、变造仓单为手段帮助实施骗购外汇活动……外汇违法犯罪行为多样且具有迷惑性，让人难以辨识，增加了国家机关对金融市场的监管难度。那些脱离了合理监管的外汇交易将对我国金融安全造成巨大威胁，首先我国的外汇储备金会受到影响，进而导致国际贸易的结算出现问题，再而波及众多从事跨境买卖的企业，影响我国金融安全与经济发展。为加深读者对现状的理解，笔者将从外汇犯罪的三大罪名和关联罪名出发，分别阐述互联网外汇犯罪在金融刑法上的现状，进而便于读者识破“合法外表”下的非法外汇交易。

## 2.1. 外汇犯罪三大罪名

在 1988 年公布的《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇、非法买卖外汇犯罪的决定》(以下简称《决定》)中，有专门规定的外汇犯罪为逃汇罪、骗购外汇罪、非法买卖外汇犯罪，本文称之为“外汇犯罪三大罪名”。鉴于学术研究已对上述罪名的构成要件进行了详细研讨，本文在此就不再赘述，主要通过真实案例介绍它们的表现形式、所起作用与存在的问题映射互联网外汇犯罪的现状。

### 2.1.1. 逃汇罪

逃汇罪是为维护国家外汇管理制度而设立，主要是以外汇进出境的管控为目的。针对逃汇罪的存废问题，即是否需要刑事规制，在理论上现存两种主流观点，一种是认为逃汇罪存在即有道理，它关乎国家的外汇资产稳定，应严加监管；另一种观点以经济学为支撑，认为逃汇罪的犯罪主体是在违反国家规定的背景下，对其自我资产的合理处置，即主体将其所有的外汇资源存放或者转移至境外，不具有使得国家金融资源遭受巨大损失的风险，金融刑法应当对前述这种未引发金融资源强制转让风险的逃汇行为去罪化<sup>[2]</sup>。笔者，更为赞成第二种观点，有选择的去罪化，如(2020)沪 0109 刑初 986 号案件，行为人为赚取人民币与外汇资金之间的汇率差额，通过虚构转口贸易背景向宁波银行申请一千万欧元的贷款，但因为汇率波动，行为人未能按期结汇，给银行带去外汇储备风险的情况应以法律进行规制，但对于合法资产的自我处分行为，在违反我国规定但未影响到我国金融市场安全的情况下，可以去罪化处理。

另外，针对逃汇罪主体是否应当扩大至个人，笔者秉持支持态度，在 2017 年国家外汇局通报的个人外汇违规典型案例中，有两起为个人分拆购付汇，个案数额可高达 240 万加元和 144 万美元<sup>3</sup>，具有可罚性和社会危害性。

### 2.1.2. 骗购外汇罪

根据中国裁判文书网收录的数据，构成骗购外汇罪的案件共 27 起，包括冒用他人银行账户、伪造贸易合同、重复使用报关单、分拆资金等方式逃避监管、向银行骗购外汇的行为。值得讨论的一点是，个人分拆购付汇行为该如何处置？在(2019)鄂 1381 刑初 49 号案件中，行为人为其弟在澳大利亚买房，在亲戚、朋友、同事知情的情况下，利用前述 31 位人士的身份，在银行开设账户，虚构事项进行购汇，并将所购价值 100 余万美元的外汇汇往澳大利亚。当地法院认为其分拆购付汇的行为是明知国家为防止外汇资金非法外流，为购买大额外汇，而规避国家对外汇监管，有意采取虚构出国留学等经常项目下的购汇事实骗购银行外汇的行为，构成骗购外汇罪。但笔者认为，上述案件并不符合骗购外汇罪的构成要件和立法目的，除了主体要件外，行为人的行为完全符合了逃汇罪的其他构成要件，且在出借账户人许可和同意下，为生活性资金使用而采取了违法手段的行为不应以一概之的适用刑事手段进行规制。

### 2.1.3. 非法买卖外汇犯罪

非法买卖外汇犯罪以维护国家合法监管外汇为目的，行为人以人民币或实物非法交换外汇、私自买卖外汇、买卖外汇数额的行为在违反了国家规定的基础上，不仅会动摇银行在外汇交易市场上的合法地

<sup>3</sup> 参见“国家外汇管理局综合司关于部分企业、个人外汇违规典型案例的通报”，载国家外汇管理局网站，2017 年 3 月 30 日。

位,影响国家外汇收入,还会波及国家金融市场的稳定性,干扰外汇管理、不利于汇率稳定,因此,具有可罚性。其次,在刑法修改以前非法买卖外汇犯罪曾以投机倒把罪进行处罚,现在,非法买卖外汇犯罪以非法经营罪论处[3]。

## 2.2. 外汇犯罪关联罪名

除上述“外汇犯罪三大罪名”外,还有很多使用外汇交易形式进行的其他犯罪活动,本文将此类行为构成的罪名统称为“外汇犯罪关联罪名”,主要有诈骗罪、非法吸收公众存款罪、洗钱罪、开设赌场罪等。对于此类罪名,主要通过金融刑法和相关司法解释进行规制,在对相关案件进行统计的过程中,笔者发现外汇交易犯罪的关联罪名数量明显多于“外汇犯罪的三大罪名”数量,正如学理上有这样一种说法,相较于那些通过特别法规定的罪名行为模式,行为人更趋向于主动避开这些行为模式,给非法的行为目的披上合法的外衣,以滋逃避法律规制。接下来,笔者将会对上述主要的外汇犯罪关联罪名用真实案件进行分别说明,以了解在金融刑法规制下外汇交易犯罪行为的现状。

### 2.2.1. 诈骗罪

我国在外汇交易上设有限制,那些打着“高收益”旗号,受人追捧的“炒汇”行为实则已经触碰到了法律边界,不少国民因为法律意识不够,仍以追逐高回报投资为荣,全然不知自己已经成为集资诈骗、合同诈骗的受害者。在中国裁判文书网上收录的以“炒汇”为噱头而进行的诈骗就有 119 起案件,其中合同诈骗有 5 起(主要采用订立委托炒汇<sup>4</sup>合同为表现形式),集资诈骗有 7 起(主要采用保本理财、高年化收益率、入金返利等表现形式)。其余的 107 起案件统一以诈骗罪定罪处罚,例如,(2020)豫 1003 刑初 106 号案件,行为人购买虚假外汇交易平台“MT4”(MateTrader4)和入金平台“GCG”“ATN”,在引导被害人以人民币换汇入金后,通过控制虚假外汇交易平台上的外汇涨跌,骗取被害人资产数额巨大。同样以诈骗罪起诉“GCG”“ATN”“MT4”平台的此类案件在 2019 年就有 9 起,2018 年有 1 起,可想而知该网络诈骗平台的犯罪规模之大,涉及资产之多。

除上述平台外,犯罪分子在违法追利的疯狂下,各种违法炒汇平台大肆兴起,例如“迈德汇”“普纳”“掌中宝”“参客”“福利斯”“FCT”“环球国际”“金利国际”<sup>5</sup>平台等等,这些平台都从事着操控虚假外汇交易市场涨跌走势,骗取公众资产的不法行为。值得一提的是,“MT4”“MT5”虚假外汇交易平台在上述 119 起案件中,出现了 27 次,是此类犯罪的行为人十分青睐的诈骗平台。

### 2.2.2. 非法吸收公众存款罪

在此罪中,犯罪分子主要采用虚构外汇投资项目、帮炒外汇等行为模式,非法吸收公众存款且数额较大,例如,(2018)陕 01 刑初 173 号案件,行为人以虚假的聚宝投资炒汇名义向社会公众承诺高额收益,非法募集资金,数额巨大;(2019)冀 04 刑终 381 号案件,行为人安淑芹在未经国家相关部门的许可下,以炒汇名义,吸引公众参与高额利息(每投资一万元,日息 50 元)的投资活动,非法吸收五百余名不特定群众的资金共计约一千六百万元,使投资群众损失约七百万元。与此同时,随着互联网的普及,无形中扩大了上述违法投资的宣传范围,公众资产安全也会相应的出现巨大隐患。

在司法实践中,司法人员往往会把非法吸收公众存款罪作为外汇犯罪类集资诈骗罪的保底罪名,当行为人有非法占有目的时,以集资诈骗罪处罚,无非法占有目的时,以非法吸收公众存款罪处罚[4],这样使得非法吸收公众存款罪极可能成为互联网金融犯罪新的“口袋罪”[5]。

<sup>4</sup>委托炒汇:指客户将保证金交到受托公司,由该公司将保证金以客户名义汇到外汇交易平台账户内,再由公司指定操盘手进行外汇交易。

<sup>5</sup>参见(2020)豫 0402 刑初 186 号、(2020)苏 0116 刑初 81 号、(2019)浙 0703 刑初 63 号、(2019)新 23 刑终 274 号、(2019)湘 1321 刑初 29 号、(2019)吉 0182 刑初 442 号案件。

### 2.2.3. 洗钱罪

在洗钱罪中，行为人主要有两种行为模式，一是，以外汇投资、外汇结算、外汇转账为手段进行洗钱；二是为他人非法炒汇、外汇理财取得的资金进行洗钱。外汇交易在其中充当两种角色，一种是洗钱罪的手段，如(2021)陕 05 刑终 132 号、(2021)陕 0522 刑初 22 号案件；另一种是洗钱罪的原因，如(2020)闽 0582 刑初 1043 号、(2019)浙 0105 刑初 408 号案件。与外汇交易相关的洗钱罪案件，在中国裁判文书网上并不算多，仅有 8 起案件，但足以警示人们，外汇交易有此演化的风险。

### 2.2.4. 开设赌场罪

开设赌场罪在外汇交易上的主要表现为金融对赌，如(2020)赣 0802 刑初 218 号案件，行为人利用“MT4”平台，以经营二元期权<sup>6</sup>交易为名，在“龙汇网”组织外汇赌博，以外汇涨跌为赌注；(2019)苏 0305 刑初 282 号案件，行为人在“鑫莉园”组织外汇赌博，采用投注外汇涨跌方向的方式，由平台和参与人对赌，获得非法收入。其次，行为人为了逃脱国内工商部门和外汇局的监管，通常会把公司登记注册在国外，如(2018)粤 0106 刑初 670 号案件中，行为人万某将非法外汇公司注册于瓦努阿图共和国，包装成海外公司，以此混淆视听。再次，随着互联网技术的发展，利用外汇进行金融对赌的行为已不再局限于简单的汇率波动，出现了商品对赌，如(2020)辽 07 刑终 71 号案件，行为人搭建“御楠居易购”、“优品红酒”投资理财平台，采用购汇兑换数据，炒虚拟名贵药材和红酒的国际价格涨势方式获得违法收入，实则平台内部对赌，风险性极高，被害人随时面临着投资资产全数亏损的风险。

在中国裁判文书网收录案件中，外汇金融对赌类的开设赌场罪案件有 54 起，其中在“MT4”平台进行金融对赌的就有 24 起案件。在外汇交易犯罪关联罪名中，开设赌场罪成为了“第三座大山”，急需提高民众法律意识，识破“炒汇”骗局。正如外汇局所言明的那样，凡是炒汇都是骗局。

为了便于读者进一步理解互联网外汇交易在金融刑法上现状，制作下表，以供参考(表 1)。

**Table 1.** Current situation of foreign exchange crimes from 2012 to 2023

**表 1.** 2012~2023 年外汇犯罪现状

罪名	年份							单位：件
	逃汇罪	骗购外汇罪	诈骗罪	非法吸收公众存款罪	洗钱罪	开设赌场罪	总计	
2023	0	0	1	0	0	0	1	
2022	0	1	0	1	0	0	2	
2021	0	1	10	7	2	2	22	
2020	2	1	29	26	2	13	73	
2019	2	7	45	22	2	15	93	
2018	3	10	23	20	0	14	70	
2017	4	5	2	18	2	4	35	
2016	1	2	3	5	0	3	14	
2015	0	0	6	5	0	2	13	
2014	1	0	3	2	0	1	7	
2013	0	0	1	0	0	0	1	
2012	0	1	0	0	0	0	1	
总计	13	28	123	106	8	54	332	

数据来源于中国裁判文书网，由笔者进行筛选与整理后所得。外汇交易类非法经营罪暂无收录数据，故上表无相关数据。数据更新截止于 2023 年 6 月 14 日。

<sup>6</sup>二元期权只考虑标的资产的走向(看涨或看跌)，而股票、外汇等传统金融工具，投资者需同时考虑价格走向以及涨跌幅度，因此，二元期货属于简化的金融工具。//转引自百度百科。

### 3. 互联网外汇犯罪背景下金融刑法的不足

为了规制上述不法行为,在我国司法实践中,主要依据《决定》和金融刑法相关条文进行规制,但因为现实情况的变化,以前的法律规范已经不能合理适用于所有外汇交易违法犯罪行为,互联网金融风险的多变性与刑事立法的明确性之间矛盾激化[6]。在司法适用中,鼓励金融创新与规制金融犯罪平衡难的问题突出,给金融刑法带去风险与质疑。接下来,笔者将从立法、执法、司法三个层面展开叙述。

#### 3.1. 传统金融刑法在立法理念与立法技术上存在滞后性

“良法为善治之前提”,金融刑法想要发挥其在金融领域最后一道防线的作用,就要先建立起良善的法律法规予以遵循。

##### 3.1.1. 立法理念方面

目前,传统的金融刑事立法理念已经不能很好地适应互联网外汇违法犯罪交易行为的现状,具有一定的不足,主要表现在以下三个方面:

其一,金融刑事立法缺少金融创新理念,这意味着针对新型的互联网外汇犯罪,在刑法的认定上,将会出现漏洞,如若为了防止漏洞,在无明确解释出台的情况下,而肆意扩大适用金融刑法的兜底条款,将会产生刑法规制扩大化之嫌,甚至可能有冲破罪刑法定原则的风险。

其二,金融刑事立法思想遵循“事后主义”[7]<sup>7</sup>,注重对违法犯罪行为的事后处罚,而忽视了事前防范的重要性。这样可能导致金融刑法无法合理的介入那些正在发生的外汇犯罪行为,即便这些外汇犯罪可能对金融市场产生了重大的负面影响,这无形中增大了金融风险的治理成本,也给金融市场埋下了极大的隐患。

其三,金融刑事立法的信用观念淡薄,更多的将立法焦点放在对财产利益的保护上,而忽视了对信用安全的保护。信用是金融活动的实质,也是整个金融市场赖以存在的基础[8]<sup>8</sup>。在非法吸收公众存款罪中,涉案的金融资源存在资金回笼的可能性,该罪在侵犯金融管理安全的同时,也极大地侵犯了金融信用体系。现代金融业是一个基于信用而搭建起来的行业,诚实信用原则在其中发挥着重要作用,缺少对信用安全的保护可能会助长信用犯罪之风,这在一定程度上促使了金融风险的形成[7]。

##### 3.1.2. 立法技术方面

随着互联网金融的快速发展,我国传统的立法模式出现了前瞻性不足、协调性不强、个罪罪状描述不清的问题。互联网外汇犯罪在彰显金融刑法立法技术存在不足的同时,也给金融刑法带去了一定的挑战,主要在这三个方面:

一是,金融刑事立法前瞻性不足,金融市场交易模式的变化就如蝴蝶效应一般,必然引起金融刑事立法的修改,在这样一种联动的关系下,金融刑事立法会出现修改过于频繁的问题,从而影响金融刑法的稳定性。

二是,金融刑事立法协调性不强,金融刑法作为金融安全的最后一道防线,应当协调前置法(如,行政法、民法、经济法)共同应对互联网金融犯罪,但在司法实践中,金融刑法前置的现象频发,即在未适用行政法等前置法进行前期规制的情况下,直接采用了金融刑法进行处置。金融刑法未能合理把握好自己是“最后手段”的角色,在互联网外汇交易违法现象加剧的背景下,不合理的充当了“首要手段”。

三是,金融刑事立法个罪罪状描述不清,在“外汇犯罪三大罪”中,规定了入罪的定性和定量要求,

<sup>7</sup> 参见刘远,赵玮:《金融刑法立法理念的宏观分析》,载《河北法学》2006年第9期,第3页。//转引自袁林,吕垚瑶,吕昭义:《金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究》,载《西南政法大学学报》2013年第15卷第3期,第58页。

<sup>8</sup> 参见黄伟明,李涛:《金融视角看金融犯罪》。//转引自张志辉,刘远:《金融犯罪与金融刑法新论》,载《山东大学出版社》2006年版,第14页。

如“情节严重”“数额较大”，但却未明确规定出具体程度和数额，对于“什么是情节严重”、“多少是数额较大”在司法实践中存在着经验化趋势，进而表明金融刑法规制范围存在着扩大化风险。

### 3.2. 金融刑法在执法贯彻上存在一定困难

处理互联网外汇交易违法犯罪问题，不仅需要在立法上加以完善，也需要在执法上加以重视。在执法层面，金融刑法主要存在以下三个方面的不足：

#### 3.2.1. 技术方面

互联网外汇犯罪行为的犯罪场所不同于其他金融案件，它发生在网络，却又与现实生活息息相关，鉴于技术攻关难的问题，在取证、搜证、查证方面都有一定技术难题。其次，对于犯罪分子有意毁灭罪证的行为，也存在着销毁容易、恢复难的问题。技术两端的失衡，将使规制互联网外汇犯罪行为的金融刑法陷入执行困境。

#### 3.2.2. 管辖方面

鉴于互联网外汇犯罪的交易平台多是面向不特定多数人开放的，存在涉案被告人所在地分布广泛，被害人人数众多且跨省，平台端口分布多地等现象，因而管辖问题突出。在众多互联网外汇犯罪案件中，不乏一些涉案金额大且跨国的案件，如(2020)闽 0105 刑初 49 号跨国诈骗案件、(2015)长刑二初字第 21 号韩国公民在中国境内办网进行金融对赌案件，对此，公安机关异地管辖和国际合作侦查问题亟待解决，不然，金融刑法难以合理介入。

#### 3.2.3. 舆论方面

因为互联网外汇犯罪关系群众的切身利益，难免会受到来自社会舆论的较大关注，无形中给金融刑法的执法方面带去了一定的舆论压力，在此情形下，金融刑法自然会处于被群众审视的状态，当其出现重大失误的时候，难免受到社会多方的诟病，不利于维护金融刑法的权威形象。同时，舆论应当相对独立于法律的实施，执法机关不能为了平息舆论而放弃自己的执法立场，要坚守在自己的岗位，执法奉公、执法严明，维护金融刑法的公正。

### 3.3. 金融刑法在司法适用上有规制扩大化趋势

金融创新的发展不可避免的鞭策着与之相对的金融刑法的改革，金融刑法是保护金融市场安全的最后一道防线，却在司法实务中，时常充当惩罚不法行为的首要手段，这不仅与金融刑法的谦抑性原则相悖，还不利于增强金融创新。在司法层面，金融刑法的不足主要体现在以下方面：

#### 3.3.1. 依据方面

随着互联网金融创新性发展，互联网外汇犯罪的关联罪名在法律依据上存在一些“先天性”不足。以《刑法》第 176 条规定的非法吸收公众存款罪为例，该罪在定罪上要求以违反国家金融管理法律规定为前提，但以互联网外汇交易为手段非法吸收公众存款的违法行为并未有相关前置法规定。此类前置法缺失将直接导致金融刑法中以行政法规为前置的法律条文依据空白化，在司法实践中难免会出现审判经验化的趋势，表现为金融刑法规制边界的扩大化，进而抑制金融创新性发展。通过互联网外汇犯罪暴露出金融刑法前置法缺失问题，将间接地对金融刑法保护的金融市场创新产生不利影响。

#### 3.3.2. 适用方面

在对互联网外汇犯罪的规制上，金融刑法出现规制扩大化趋势。这种趋势不仅表现在司法认定方面，还表现在适用范围方面。由于互联网金融犯罪案件的司法认定与法律适用极其复杂、存在瓶颈，各地司

法机关相继推出各种经验性适用依据,使得全国各地司法机关出现适用标准不统一的现象,这是金融刑法在司法认定上扩大化的表现。其次,对于一些如上文的(2019)鄂 1381 刑初 49 号案件中,行为人为其弟买房而违反国家个人结售汇限制性规定的案件,可能司法机关是试图通过“从严”政策对此类外汇犯罪行为下一剂猛药借此警醒民众,但笔者认为这是金融刑法过度介入了应当通过行政手段进行规制的违法行为领域,不仅与刑法谦抑性原则相悖,更恐有浪费司法资源之嫌。

### 3.3.3. 处罚合理性方面

在司法实践的罪名认定上,行为人的主观方面具有重要作用,如互联网外汇犯罪类非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪,在主观方面的区别为“是否以非法占有为目的”,对于同案行为人应据其职位分工所表现的主观不同而区别对待,然而,在实务中以相同罪名定罪是常态,这背离了金融刑法责任主义原则。

其次,对于互联网外汇违法犯罪交易行为直接以金融刑法进行规制,对于实用主义来说,是否是最优方案呢?实践中,司法机关对互联网外汇犯罪主要采用自由刑和财产刑并用的刑事手段,但对于诸如非法吸收公众存款罪、诈骗罪,被害人众多,能否使其金融资产损害最小化才是他们关心的首要问题,为此,采用民事手段使得被害人获得经济补偿,再使用行政手段对行为人进行规制,是否为更佳方案呢?毕竟,国家设定金融刑法的目的不仅在于维护金融秩序,更在于保障金融市场参与主体的各项合法权益,以实现金融交易自由。同时,金融刑法是金融安全的最后防线,在有其他途径能够合理规制外汇犯罪行为的时候,应当“退位让贤”,体现司法合理性。

金融刑法在多变的互联网外汇交易中不断受挫,金融刑法规制扩大化趋势间接抑制了金融创新,刑事立法的滞后性与刑事司法的谦抑性之间适配不当为人们所诟病,面对多方质疑与困境,金融刑法该如何应对?

## 4. 对互联网外汇犯罪背景下金融刑法完善的建议

互联网外汇交易在金融刑法上的现状在反映金融刑法不足的同时,也恰好给金融刑法指明了改进的方向。针对以上互联网外汇交易背景下金融刑法的不足之处,我国金融刑法急需采取有效的应对机制完善金融刑法,为此,笔者将从国家、社会、个人层面提出建设构思。

### 4.1. 三大机关的综合之治

国家是制度构建的主体,人民是国家的主人,为了化解互联网犯罪对金融刑法造成的风险,需要立法、司法、行政机关综合之治。

#### 4.1.1. 立法机关

立法机关在金融刑事立法上应当秉持刑法谦抑性原则,坚持“立罪至后”<sup>[9]</sup>的逻辑规则,明确刑法是最后一道防线的地位,在有效适用前置法不能规制互联网金融犯罪的情况下,慎重适用金融刑法,维护金融刑法的权威性。其次,立法机关应当树立信用观念,为完善互联网金融信用体系提供法律指引,对于非法吸收公众存款罪的互联网外汇犯罪予以高度重视,并明确个罪罪状的定性和定量问题。再次,金融刑法应当联合行政法、民商法共同应对互联网外汇交易风险,通过行政法设置互联网金融主体准入、退出和交易空间的全方位监管规定<sup>[10]</sup>,比照金融刑法对相关外汇犯罪行为采用的财产刑程度,适用行政手段加重处罚,对逐利型行为人起到加倍的威慑作用。通过民商法对互联网外汇交易的弱势方采取保护手段,注重行为人对互联网犯罪中民事赔偿责任的承担,构建合理地金融刑法附带民事诉讼制度。

<sup>9</sup> 立罪至后:指在金融违法责任立法中,金融刑法立罪是在非刑事责任立法之后。//概念转引自胡启忠,胡业勋:《金融刑法的控制要强调谦抑性原则》,载《人民论坛》2010年第10期,第16页。



### 4.1.2. 司法机关

司法机关在适用金融刑法时,应树立“行政处罚在前、民事赔偿为辅”的理念,对社会危害性极大的互联网外汇犯罪行为进行有效的刑法规制,对于其他的互联网外汇犯罪据其涉案规模、社会影响力、对互联网金融的破坏程度进行“选择性”刑事处罚。其次,最高人民法院和最高人民检察院应当合力出具协调一致的关于处置互联网外汇犯罪的司法解释,以实现金融刑法在实践中的司法公正。再次,司法机关应当合理适用从业禁止令<sup>[11]</sup>,对从事互联网金融犯罪的行为人根据其互联网金融秩序、金融安全造成的危害程度决定其是否适用从业禁止令。

### 4.1.3. 行政机关

政府政策在设置方面需要与金融刑法形成一种协调关系,成为金融刑法适用的前置性依据,彰显立法合理性。同时,针对互联网外汇犯罪技术攻关难的问题,政府也应当积极号召,大力培养互联网技术人才,建设专门的、专业的人才队伍。

外汇管理局需要升级其对互联网外汇交易的监管模式,采用“备案+主动”监管模式<sup>[12]</sup>,发现互联网外汇犯罪及时联动司法机关进行高效规制,降低互联网外汇犯罪对互联网金融秩序的破坏程度。另外,外汇管理局还应当加强基础平台建设,完善预防机制,发挥高水平外汇示范平台作用,引导群众合法地进行外汇交易。

中国人民银行可以采用企业一定比例自主借用外汇的政策,一定程度上降低骗购外汇罪的发生概率,节约金融司法资源。同时,近几年,在骗购外汇罪领域,行为人同银行工作人员联合骗汇的事件频发,人民银行有必要加强内部反腐监管,进行职员教育。另外,银行应当承担审核企业交易真实性的责任,打击虚构贸易背景进行骗购外汇的行为,做好事前防卫,极大程度上防止事后追偿浪费司法资源。

## 4.2. 注重企业责任与舆论监督

通常互联网外汇交易平台的建立会以线下公司为发起者或操控者,互联网企业为了逃避我国工商监管,常有意在国外注册公司后再到我国互联网搭建外汇交易平台实施犯罪。资本的本质是资本家对剩余价值的狂热追逐,但我国是社会主义国家,在国情的使然下,那些试图在我国从事互联网交易活动的企业应当提高自己的社会责任感与服务意识,遵守金融刑法的规定,主动加强自我约束力,抵制违法收益吸引。

社交媒体是舆论的前沿,对于从事互联网外汇犯罪的企业名单、平台网址应当进行一定程度的曝光,用以警示民众,同时起到普法宣传作用,以提高民众法律意识。

## 4.3. 提高公民法律素养

公民在从事互联网外汇交易时应当提高自身法律意识,保持谨慎态度,增强识破互联网金融骗局的能力,并积极向有关部门举报互联网外汇违法犯罪行为。同时,公民应当重视征信,司法机关可以通过征信等级、信用受限的方式(具体如,征信问题户5年不能使用微信、支付宝电子支付功能)对公民起到合理的规制作用,使得公民不愿助长非法外汇交易之风,也在一定程度上防止侥幸心理驱动下的越法行为。另外,公民可以通过阅读司法机关公布的典型案例,培养自己的法律意识,在极大程度上防止自己成为互联网外汇犯罪的被害人,间接地为金融刑法所保护的金融市场安全作出自己的贡献。

## 5. 结语

从互联网普及和金融创新的大背景来看,互联网外汇交易在互联网金融市场已占据一席之地,互联网外汇犯罪在反映金融刑法既有不足的同时,也在不断挑战和质疑着金融刑法的地位与合理性。在快速

发展的互联网时代,互联网外汇犯罪的行为模式千变万化,金融刑法本身的滞后性日益凸显。与此同时,以行政法为代表的前置法的空白化迫使金融刑法在司法实践上只能凭靠经验性总结,出现规制扩大化趋势,而这种趋势不仅抑制了金融创新,也与金融刑法的谦抑性原则相悖,更与金融刑法试图构建的互联网金融秩序相背而驰。为应对上述困境,建议秉承刑法谦抑性、注重信用指引完善金融刑事立法,在总结已有司法经验下完善相关司法解释,统一司法适用标准,坚持“行政处罚在前、民事赔偿为辅、刑事规制在后”的理念,在比照现有刑事财产刑处罚标准的基础上,加重行政处罚的力度,完善受害者附带民事诉讼制度,根据外汇犯罪情形的严重程度合理定罪处罚。亟待为应对我国外汇犯罪背景下金融刑法的不足提供一种完善的可能性。

## 参考文献

- [1] 屈学武. 金融刑法学研究[J]. 北京: 中国检察出版社, 2004.
- [2] 商玉玺. 金融刑法边界限缩: 一种经济学分析框架[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2021, 42(1): 80-89.
- [3] 刘艳红. 论外汇犯罪[J]. 中国刑事法杂志, 1999(3): 30-35.
- [4] 全威巍. 互联网金融刑法规制扩大化的反思与限缩[J]. 河北法学, 2021, 39(1): 166-183.
- [5] 周茂辰. P2P 网贷犯罪刑事治理研究[D]: [硕士学位论文]. 南京: 东南大学, 2019.
- [6] 黄明儒, 孙珺涛. 论刑法介入互联网金融的限度[J]. 理论探索, 2019(5): 14-19.
- [7] 袁林, 吕垚瑶, 吕昭义. 金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究[J]. 西南政法大学学报, 2013, 15(3): 56-62.
- [8] 张志辉, 刘远. 金融犯罪与金融刑法新论[M]. 济南: 山东大学出版社, 2006.
- [9] 胡启忠, 胡业勋. 金融刑法的控制要强调谦抑性原则[J]. 人民论, 2010(10): 16.
- [10] 屠宣铭. 金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究[J]. 法制博览, 2017(7): 254.
- [11] 张泽辰. 资本市场改革背景下证券犯罪法律规制研究[D]: [博士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2021.
- [12] 陈晨. 新形势下外汇犯罪司法实务若干问题研究[J]. 中国刑事法杂志, 2017(4): 110-130.