一、问题提出

未经许可从事外汇兑换业务，通过兑换行为本身从中谋取经济利益的，构成非法经营罪，当下无争议。但是个
人私自非法买卖外汇
的，用于自用的行为，是否可以认定为非法经营罪的经营行为？

二、问题分析

第一，1998年12月29日全
国人大常委会于颁布了单行刑法
——《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》（以下称“《决定》”），《决定》第4条规定，“在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇，扰乱市场秩序，情节严重的，依照刑法
第二百二十五条的规定定罪处罚。”对于什么叫“非法买卖外汇”没有具体化，规定比较笼统，没有明确区分私自买卖外汇是否可以直接评价为犯罪行为。

第二，对于买卖外汇的违法行
为，2008年的《中华人民共和国外汇管理条例》（以下称“《
外汇管理条例
》”）第45条将其类型化为4种模式：私自买卖外汇、变相买卖外汇、倒买倒卖外汇和介绍买卖外汇。私自买卖外汇的违法性无争议，但是这只是行政违法层面的考量，是否可以直接评价为犯罪，仍需要刑法适用层面考察。

第三，2019年最高人民法院、最高人民检察院
《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》（以下称“《外汇解释》”）第二条规定，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。

《外汇解释》作为刑法适用层面考察，对非法买卖外汇行为是否入罪进行细化，但是只列举了倒买倒卖外汇或者变相买卖外汇等，对于私自买卖外汇却没进行列举。我们翻看了“《外汇解释》理解与适用”，发现所阐述的重点是集中在地下钱庄等经营者，对于非经营行为人的个人私自买卖外汇是否入罪没有明确！

总之，私自买卖外汇是违法行为，这一点没有争议，但是否构成犯罪在司法实践中还是存在争议。核心问题在于法律规定的表述不清楚，导致各地法院司法认定存在不一致，而且最高人民法院对这个问题的态度也不清楚。

三、现有案例的司法处理情况

（一）不区分自用还是用于买卖，直接认定单纯购买外汇行为，认定为非法经营

案例1：黄某、李某、陈某甲非法经营

案号：（2013）珠香法刑初字第2084号

2013年9月29日上午，被告人李某、陈某甲商议，将其在广州合伙经营的货款港币503万元拿到珠海市拱北口岸地下广场负一层被告人黄某经营的“信旭商行”兑换为人民币。随后，由被告人李某与被告人黄某联系，商定以1:0.792元的汇率
，将上述港币503万元兑换成人民币398.3760万元。当日上午11时许，被告人李某、陈某甲携带港币503万元到被告人黄某经营的“信旭商行”进行兑换，被告人李某、陈某甲要求被告人黄某将兑换后的人民币398.3760万元汇入其提供的户名为邝xx广州农行帐户，被告人黄某准备安排汇款时，被公安机关当场抓获，并缴获港币503万元。

该案辩
护人都没有做
无罪辩护，辩护人提出的辩
护意见是：1、被告人陈某甲
兑换货币是为了自用，社会
危害性小。2、被告人陈某甲
归案后如实供述罪行。3、被告人陈某甲
是初犯。建议本院对被告人陈某甲判处缓刑。

法院最终认为，被告人黄某、李某、陈某甲
在国家规定的场所以外非法买卖外汇，扰乱金融市场秩序，情节严重，其行为均已触犯刑律，构成非法经营罪，但全部适用缓刑。

（二）以超出日常生活“自用”的范围，认定购买是用于出卖，实质上是一种非法买卖外汇的经营行为

案例2：刘某某非法经营罪案

案号：（2016）粤0781刑初321号

法院认为，被告人刘某某于2015年3月至11月25日间转账人民币合计81921911.88元用于购买美元外币，相关银行账户交易明细显示，上述交易数额大，次数多，频率高，明显已超出日常生活“自用”的范围；未有证据证实被告人刘某某有正规经营珠宝生意实体店，被告人刘某某也称其在厂里打工，其没有珠宝加工厂，没有成规模地收购钻石进行加工出售，其上述购买的美元外币是用于做生意（刘某某的朋友叫刘某某去香港帮他们进钻石，刘某某用美元买回来之后，他们再按照一定的汇率用人民币和刘某某结算）或部分转给他人；证

被告人刘某某所称的上述行为实质上也是一种非法买卖外汇的经营行为，已构成非法经营罪。

辩护律师在本案中提出当事人是买外汇是为了“自用”，但是法院反驳的核心要点是，被告人的辩解与在案证据存在矛盾，并且有相反的证据证实他人从被告人处换过美元，其评价的逻辑是被告人购买是用于出卖，而不是单纯的“自用”。

（三）作为资金所有者，没有通过买进卖出外汇赚取差价牟利，其行为不具有以营利为目的的市场交易性，并非经营行为

案例3-1：戴某权非法经营罪案

案号：（2017）粤01刑初49号

被告人戴某权通过私人交易形式将约1800万元的港币兑换成人民币，从当时汇率来看，其以港币兑换人民币并未牟利，且兑换后绝大部分款项存于个人账户，符合其供述兑换目的系自用。
被告人戴某权作为资金所有者，并非从事非法买卖外汇的经营者，只是将自有港币资金通过私人黑市交易形式兑换成人民币，而非通过非法买进卖出外汇赚取差价牟利，其行为不具有以营利为目的的市场交易性，并非经营行为，故被告人戴某权的行为不构成非法经营罪。
被告人及辩护人提出被告人不构成非法经营罪的意见，本院予以采纳。

案例3-2：刘某某非法经营不起诉案

案号：温检公诉部刑不诉〔2019〕1号

被不起诉人刘某某虽然违反国家有关外汇管理的规定兑换外汇给他人，但其兑换的外汇均来源于其本人经
营的外贸公司的货款，
而且其兑换外汇并
非以牟利为目的，其行为不具有经营
性质，不符合《中华人民共和国刑法
》第二百二十五条规定的非法经营罪的犯罪构成要件。

案例3-3：刘某等人组织、领导、参加黑社会性质组织、非法经营案

来源：刑事审判参考第1158号

被告人刘某被指控于2001年12月至2010年6月，为归还境外赌债，通过XX集团及其控制的相关公司，将资金转人另案处理的范某彰控制的公司账户，范某彰后通过地下钱庄将5亿多人民币兑换成港币为刘某还债。对于上述行为，一审湖北咸宁中院2014年5月22日判决认定刘某构成非法经营罪。被告人刘某提出上诉。湖北省高级人民法院审理后认为，
上诉人刘某为偿还境外赌债的兑
换外币行为，
因不具有营利目的，不属于经营行为，不构成非法经营罪
，故而二审判决改判非法经营这一节无罪。

四、本文观点

笔者认可案例3-1至3-
3的三个案例的观点和处理结果，不认同案例1的观点，对于案例2的法律适用应谨慎认定。

笔者认为，
为了自用而单纯购买外汇的行为，不能评价为一种经营行为，当事人不是从事这类业务的经营者，不得以非法经营罪入罪；要认定非法经营罪，仍然要符合该罪的犯罪构成要件，要以营利为目的，且是经营行为，否则不应当作为犯罪处理。

例如，2017年广东省高院的刑二庭课题组在调研报告中曾指出：“不以营利

为目的，通过地下钱庄将外币兑换成人民币或者将人民币兑换成外币的行为，只是一种单纯的非法兑换货币的行为，如兑换人并没有通过兑换行为本身从中谋取经济利益的，不能构成非法经营罪。”

需要说明的是，如果有证据证明购买者购买外汇的目的是为了后续倒卖获利的，实践中，可能会被认定为构成犯罪，例如上述的案例2：刘某某非法经营罪案【（2016）粤0781刑初321号】。

该类型的购买外汇的买家只是实施了购买行为，还没有开始后续倒卖。但是为了贩卖而购买，可以参照刑法理论上目的犯中的“短缩的二行为犯”，实质上是可以评价为只要有证据证明行为人是为贩卖为目的而实施了购买行为，则实践中并不需要行为人实施了具体的倒卖行为才入罪。这种逻辑类似于贩卖毒品罪的两种行为模式之一：以出卖为目的的购买行为模式。

笔者认为，如果进行实质评价，则入罪时的证明标准要更加严格，不能单纯仅凭口供就认定是为了贩卖而购买外汇。

——作者简介——

郑泳彬律师，盈科广州刑事部副主任，广东省律师协会刑事法律专业委员会委员，广州市律师协会
职务犯罪刑事法律专业委员会委员，刑法学硕士，
华南师范大学法学院
本科校外导师，具有证券投资基金从业资格，人民大学律师学院第七、九期刑辩高级研修班成员。曾获2021年
和2019年度盈科
全国优秀刑辩律师；2020年盈科广州优秀律师，广州律协2021年度业务成果奖、2019年度业务成果奖、2018年度理论成果奖、2017年度“业务成果奖”和“理论成果奖”。以严谨细致，专业实干，办理多起重大、疑难、复杂案件，取得了让当事人称赞的理想效果。