

作者：

曾杰律师，金融犯罪辩护律师，广东广强律师事务所副主任暨非法集资案件辩护与研究中心主任

（如需转载，请私信或联系作者本人获得授权）

关于美金U商是否会构成非法经营罪，是一个颇值得研究的话题。

本文所提及的U，就是指USDT，是Tether公司推出的基于稳定价值货币美元的代币Tether USD，即USDT。实践中，会存在境外的USDT承兑商或交易者，在相关虚拟货币的买卖业务中经常使用美元或其他外汇作为结算货币，专门从事此类虚拟货币兑换业务的商家或者交易主体，一般称之为美金U商。而一旦这种交易行为涉及我过境内的客户，有人会疑惑，是否会涉嫌非法买卖外汇类非法经营罪？

何谓买卖外汇类非法经营罪？

非法经营罪有“口袋罪”之俗称，是指违反国家规定，无合法资质开展相关特殊领域的经营行为，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

而所谓非法买卖外汇类非法经营罪，根据2019年最高法、最高检《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》中的规定，“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。”

我国对外汇实行强制管理制度，任何组织、个人在我国境内从事外汇买卖、结汇业务，必须获得国家外汇管理部门的许可并在指定场所进行。比如现在很多地下钱庄、非法外汇黄牛的主要业务是资金跨国（境）兑付，导致巨额资本外流，社会危害性巨大，属重点打击对象。据此，《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，扰乱金融市场秩序，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。

因此，美金U商所开展的业务，是否构成外汇类非法经营罪，就看其是否在我国境内未经许可从事外汇买卖和结汇业务。比如中国公民张三将手上持有的USDT出售给A团队，A团队支付相应的美金给到张三，具体的操作即张三将U转到A团队指定的地址，A团队支付美元现金或者转账

到张三的账户；反过来，张三如果需要向A购买U，也需要支付对应的美金给到A，A通过这种买卖业务赚取差价获利。由于我国很早就将虚拟货币定性为一种虚拟商品，因此，单单从这个交易模式来看，属于张三和A之间的虚拟商品交易业务，并不涉及外汇的兑换和买卖问题，此处的关键问题，在于虚拟货币USDT本身并不是外汇或者货币，因此，并不能单独将此行为作为非法买卖外汇的指控事实。

特殊情况下的定罪思路

但是，在某些特殊情况下，该类行为可以作为非法买卖外汇的一个环节。比如国内的张三手上持有美金，A团队与张三交易，将美金换成U，然后有帮助或者介绍张三把U兑换成人民币，此时，A团队如果完全参与其中，就属于主导后者参与帮助了张三的非法换汇流程，如果总金额超过500万人民币，就属于通过虚拟币买卖的方式帮助客户张三进行了非法经营外汇买卖的行为，从而定罪。

在这类行为模式中，张三的美金-U-人民币的兑换过程中，A团队可能全程帮助进行交易和兑换，也有可能和其他人民币U商合作，以介绍客户的方式推荐张三实现U-人民币的操作，A团队具有帮助他人犯罪的主观故意，同时也要客观行为，因此认定A团队构成非法经营的定罪思路并无争议。

因此，对于我国境内的美金U商而言，其业务模式中，出于交易便利的缘故，其一般也会有人民币与USDT交易的行为，因此这类U商的风险，还是比较高的。如果其为客户提供美金换U，然后又为同一客户提供U换人民币的操作，此时客户为同一人，如果总交易金额达到500万人民币以上，因此，可以直接认定这类U商为客户提供了美金和人民币的兑换服务，从而构成犯罪。

而如果是A团队，为不特定的客户提供otc兑换服务，既有美金交易，又有人民币交易，该如何定性呢？

此种模式下，比如之后张三把美金卖给A团队，A团队支付U给张三；同时，A团队又向李四购买U，支付人民币。此时，外观上看，张三出售了美金获得U，李四出售了U，获得了人民币，但是，这种模式下，不论是张三和李四，都没有进行换汇操作，A团队对外提供的业务始终还是进行虚拟货币的买卖，属于一种以营利为目的的业务活动，但是无法定性为非法买卖外汇。

当然，在具体的案件中，案件的事实情况可能还会多种多样。比如A团队仅仅只是为张三提供美金换U的服务，之后张三自己通过OTC渠道，将自己用美金换来的U兑换成了人民币，其自己完成了换汇操作，此时，A团队没有参与到客户张三的美金-人民币的换汇操作中，对于张三事后的操作也不知情。同时，USDT作为一种虚

拟商品，根据2021年《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》，公民个人买卖虚拟货币，违背公序良俗的，相关民事法律行为无效，由此引发的损失由其自行承担，实际上，任何商品交易行为，都需要符合公序良俗，因此，公民个人的投资交易行为，模式本身并不被禁止，当前也没有刑事法律法规规定其构成犯罪，因此，除非其处在换汇交易的链条中，才能认定为犯罪。

明知他人是从事换汇服务的地下钱庄，依然与其交易，是否共同犯罪？

对于此问题，笔者认为应该根据具体的客观行为进行判定，这里最核心的交易行为特征，就是看交易标的。比如A团队，长期通过B出售美金，或者虚拟货币，B是进行人民币-外汇倒卖的非法生意的，长期需要人民币、美金或者虚拟币的储备，因此两团队进行合谋，A团队长期为B团队提供业务所需要的美金或者外汇或者其他虚拟货币，B团队利用A提供的外汇或者虚拟币对外进行非法的换汇服务，此时则可以认定AB存在共同开展非法经营活动的故意。

但是如果双方没有合谋，但是如果A团队明确知道自己和B的交易，会帮助B直接开展换汇非法经营活动，比如A团队明知自己支付给B地下钱庄的某一笔美金，会被B用于换汇出售，此时，也可以认定A在主观上存在犯罪故意，客观上实施了帮助他们开展非法经营活动的行为。

但是，如果A仅仅知道B是从事地下钱庄的换汇活动，对于自己与B的交易，是否会涉及帮助其进行非法活动，并不明知，客观的交易行为上，也无法推定A明知，就无法认定A具有共同犯罪的主观故意。这就好比张三知道李四是从事电信诈骗的团伙，如果张三是提供餐饮服务的，张三为李四提供餐饮服务，无法推定张三是李四从事电信诈骗的共犯；但是，如果张三是出售银行卡或者各种支付账号，或没有正当理由帮助李四转账、收款等等，就可以认定张三在主观上应该具有犯罪故意。

所以，USDT等虚拟货币在我国被定性为虚拟商品，美金U商是否涉嫌非法经营罪，需要具体分析其所开展的业务行为模式。如果美金U商是与客户进行单向的美金、虚拟货币兑换业务，并不会涉及外汇买卖兑换；但若行为模式下的交易流程形成“美金-U-人民币”换汇交易链条，且当事人在行为时主观心态存在明知，那么很可能会被认定为非法买卖外汇类非法经营罪。

（如需转载或引用该等文章的任何内容，请私信沟通授权事宜，并于转载时在文章开头处注明来源。未经我们授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与我们联系。）