

**最新金融从业人员
违规违纪违法犯罪的
防范与处理实用全书
下 卷**

第八篇

外汇与外债管理过程中的 违纪违法犯罪行为的 防范与处理

外汇与外债是完全不同的两个概念，外汇为国际债权，外债却是国际债务；外汇管理的目标是改善国际收支和稳定汇率，而外债管理的目标是使外债成为诱发国民经济持续发展的催化剂，同时又能避免债务危机。但是，外汇与外债之间有着紧密的联系；举借外债是平衡外汇收支的重要手段；外债的举借与偿还，直接表现为国家资本项目外汇的收支；国家外汇储备状况和创汇能力，决定其外债偿还能力并因而制约其借用外债的规模。因此，从这个意义上讲，外债管理又是国家资本项目外汇管理的重要组成部分。

我国关于外汇与外债管理的现行法律和行政法规主要有：1996年1月29日公布并于1997年1月14日修正的《中华人民共和国外汇管理条例》，1996年6月20日发布的《结汇、售汇及付汇管理规定》，1996年5月13日发布的《境内居民因私兑换外汇办法》，1997年9月24日发布的《外债统计实施细则》、《境内机构借用国际商业贷款管理办法》，1993年1月1日公布的《非银行金融机构外汇业务管理规定》，1997年9月27日公布的《银行外汇业务管理规定》，1995年2月27日发布的《关于加强外汇指定银行挂牌汇价管理的通知》，1995年9月14日发布的《国际收支统计申报办法》，1998年8月28日通过的最高人民法院司法解释和现行刑法等等。

第一章 外汇与外债管理的一般规定

第一节 外汇管理概述

一、外汇

(一)“外汇”一词是怎样形成的

“外汇”(Foreign Exchange)这个词是“国外汇兑”或“国际汇兑”的简称。它包涵“汇”与“兑”两方面的意思。“汇”是指资金在地域之间的移动；“兑”是指货币在种类之间的兑换。因此，“国外汇兑”或“国际汇兑”表示的是本国货币换成外国货币后，汇往国外的意思。

大家都知道，国际之间的债权债务清算或货币收支与国内债权债务清算或货币收支情况是不同的。在国内，债权债务关系的清算或货币收支，使用的一般都是本国法定货币。因为货币相同，所以在清算或收支时，不存在折算问题。可是，在国际间债权债务的清算或收支时，因为各国货币制度不同，外汇管理制度各异，不仅货币名称不一，而且货币的价值更不相等，因此在清算或收支时，必须按一定的比例（汇率）折算成相应的外国货币。也就是说，国际之间的债权债务清算或货币收支，一般都要经过两国或两

国以上的银行，经过“兑”与“汇”的过程，才能实现。

（二）外汇的概念

外汇是国际间进行清算的工具。根据货币基金组织的规定，外汇是一个国家的货币行政当局（中央银行、货币机构、外汇管理基金及财政部）以银行存款、财政部库存款、长短期政府证券等形式所保有的，在发生国际收支逆差时可以使用的债权。在我国，外汇是指以外币表示的可以用作国际清偿的支付手段和资产：①外国货币，包括纸币、铸币；②外币支付凭证，包括票据、银行存款凭证、邮政储蓄凭证等；③外币有价证券，包括政府债券、公司债券、股票等；④特别提款权，欧洲货币单位；⑤其他外汇资产。

（三）外汇的分类

根据不同的标准，外汇可作如下分类：

1. 按在国际收支中的性质，外汇可分为经常项目外汇和资本项目外汇

经常项目外汇是经常项目下能收入和支出的外汇。经常项目外汇收支包括：贸易收支、劳务收支和单方面转移等。资本项目外汇是指因国际资本输入输出的收入或支出的外汇，包括直接投资、各类贷款、证券投资等形式。

2. 从国际结算支付的角度划分，外汇可以分为自由外汇和记帐外汇

自由外汇是无需货币发行国批准，即可自由兑换成其他国家货币或第三国办理支付的外汇，它在国际结算广泛使用，如：美元、日元、英镑、港币、法郎等。与自由外汇相反的是非自由外汇，是指不能在国际金融市场上自由买卖，一般也不能随意携带出入国境的外汇，如我国的人民币。记帐外汇又称协定外汇，是能够根据政府或民间双边清算协定规定的外汇收付，并记载在双方银行帐户上，通过转帐进行清算的外汇。这种外汇不能转让给第三者使用，也不能兑换成自由外汇。

3. 按持有人的身份，外汇可分为居民外汇和非居民外汇

居民持有的为居民外汇，非居民持有的则为非居民外汇。居民一般指在本国连续居住一年以上的个人和组织，其余的为非居民，但外国使领馆、国际组织派驻机构及其工作人员，即使长期居住本国，亦属非居民。

（四）汇率

汇率又称汇价、外汇率、外汇行市等，是一国货币单位用另一国货币单位的表示的价格，即两个不同国家之间货币的比价。汇率有两种标价方法，其一为直接标价法，其二为间接标价法。直接标价法又称本国币汇价，是指外国货币的数额固定不变，用一国货币的数额表示汇价的变动，国际上绝大多数国家采用此法，我国国家外汇管理局发布的外汇牌价，亦采用直接标价法。间接标价法又称外汇汇价，是指本国货币的数额固定不变，用外国货币的数额来表示汇价的变动。目前，只有英国、美国采用此法。

汇率的种类是多种多样的，由于分类的角度不同而有不同的汇率类别。①可按制定汇率是否通过第三国，分为基本汇率和套算汇率。基本汇率就是针对本国货币与关键货币的实际价值所制定的汇率；套算汇率就是根据基本汇率套算出来的本国货币对其他货币的汇率，在我国，人民币与美元的汇率为基本汇率，人民币与其他货币的汇率均为套

算汇率。②按国际汇率制度,可分为固定汇率和浮动汇率。固定汇率是各国货币之间汇率基本固定,当波动超过一定幅度时,各国应联合干预,维持汇率的固定性。现欧洲共同体的成员国之间实行此固定汇率制度。浮动汇率是各国货币的汇率完全依据供应情况自由浮动的汇率。我国自1994年实行浮动汇率,但不是任汇率自由浮动,而是有管理的;③按外汇管理情况,可以分为管方汇率和市场汇率。管方汇率是指一个国家货币当局能规定并且进行维持的汇率。市场汇率是指外汇市场上进行买卖的实际比率,随市场的外汇供求关系而自由波动。

二、外汇管理

(一) 外汇管理的含义

外汇管理又称外汇管制,是指一个国家为保持本国的国际收支平衡,对外汇的买卖、借贷、转让、收支、国际清偿、外汇汇率和外汇市场实行一定的限制措施和管理制度。外汇管理目的在于保持本国的国际收支平衡,限制资本外流,防止外汇投机,促进本国的经济发展。

我国对贸易、非贸易收支以及外资和引进技术的外汇管理都实行严格限制,自建国以来,一直对外汇实行管制。随着经济体制改革和对外开放的不断深入,尤其是恢复我国世界贸易组织成员的需要,1993年底国务院决定,中国人民银行发布了《关于逐步改革外汇管理体制的公告》。公告决定从1994年1月1日开始,对经常性项目外汇,取消留成,实行银行售汇制,建立银行间外汇市场,保持合理及相对稳定的人民币汇率等新的外汇管理制度。1996年1月29日国务院制定发布了《中华人民共和国外汇管理条例》(以下简称《外汇管理条例》),1997年1月14日又对该条例作了修改。新的《外汇管理条例》明确规定,国家对经常性国际支付和转移不予限制,实现了人民币正常项目下的可兑换。新的《外汇管理条例》的公布施行,标志着外汇管理又进入了一个新的时期。

(二) 外汇管理的执行机关及其职责

我国外汇管理的主要机关是中国人民银行,执行机关是国家外汇管理局及其分局。国家设立国家外汇管理局,同时在省、自治区、直辖市设立了一级分局,在全国各大城市设立了二级分局,此外,还在许多外汇业务集中的市、县设立了支局,形成了从中央到地方的外汇管理体系。

国家外汇管理局的职责是:

- (1)根据国家政策和国内经济发展的需要,制定统一的外汇管理法令、条例及实施细则等,经批准后组织实施;
- (2)汇总编制收支平衡计划并监督执行;
- (3)集中管理国家的外汇资金,统一管理国外贷款和对外借款;
- (4)审查批准外汇业务的金融机构,管理外商投资银行的外汇业务;
- (5)检查和处理违反外汇管理的案件。

(三) 我国对外汇管理的一般规定

1. 对经常项目外汇管理

我国对经常项目外汇的管理体现了人民币经常项目下可兑换的精神,《外汇管理条例》明确规定:“国家对经常性国际支付和转移不予限制”。其主要内容:境内机构的经常项目外汇收入必须调回境内,不得违反国家有关规定将外汇擅自存放在境外;境内机构的经常项目外汇收入,应当按照《结汇、售汇及信汇管理规定》卖给外汇指定的银行,或者经批准在外汇指定银行开立外汇帐户;境内机构的经常项目用汇,应当按照规定,持有效凭证和商业单据向外汇指定银行购汇支付;境内机构的出口收汇和进口付汇,应当按照国家关于《出口收汇结汇核销管理暂行办法》与《进口付汇核销管理暂行办法》的规定办理核销手续;属于个人所有的外汇,可以自行持有,也可以存入银行或卖给外汇指定银行。个人的外汇储蓄存款,实行存放自愿、取款自由、存款有息、为储户保密的原则;个人因私用汇,在规定限额以内购汇,超过规定限额的个人因私用汇,应当向外汇管理机关提出申请,外汇管理机关认为申请属实的,可以购汇。个人携带外汇进出境,应当通过办理申报手续,携带外汇出境;超过规定限额的,还应当向海关出具额凭证;个人移居境外后,其境内资产产生的收益,可以持规定的证明材料和有效凭证向外汇指定银行购汇汇出或者携带出境;居住在境内的中国公民持有的外币支付凭证、外币有价证券等形式的外汇资产,未经外汇管理机关批准,不得携带或邮寄出境;驻华机构和来华人员的合法人民币收入需要汇出境外的,可以持有关证明材料和凭证到外汇指定银行兑付;驻华机构和来华人员自境外进入或者携带入境的外汇,可以自行保存,可以存入银行或者外汇指定银行,也可以持有效凭证汇出或携带出境。

2. 对资本项目外汇管理

境内机构的资本项目外汇收入,除国务院另有规定外,应当调回境内。境内机构的资本项目收入,实行外汇帐户制度;资本项目外汇收入应当在外汇指定银行开立外汇帐户存放,未经外汇管理局批准,不得卖给外汇指定银行;境内机构向境外投资,在向审批主管部门申请前,由外汇管理机关审查其外汇资金来源。经批准后,按照关于境外投资外汇管理的规定办理有关资金汇出手续。借用国外贷款,由国务院确定的政府部门、外汇管理部门批准的金融机构和企业按照国家有关规定办理。外商投资企业借用国外贷款,应当报外汇管理机关备案。依法终止的外商投资企业,按照国家有关规定进行清算、纳税后属于外方投资者所有的人民币,可以自外汇指定银行购汇汇出或携带出境,属于中方投资所有的外汇,应当全部卖给外汇指定银行。

3. 对金融机构外汇业务管理

金融机构经营外汇须经外汇管理机关批准,领取经营外汇业务许可证。未经外汇管理机关批准,任何单位和个人不得经营外汇业务。经批准经营外汇业务的金融机构经营外汇业务不得超出批准的范围。经营外汇业务的金融机构应当按照国家有关规定为客户开立外汇帐户,办理有关外汇业务。金融机构经营外汇业务,应当按照国家有关规定交存外汇存款准备金,遵守外汇资产负债比例管理的规定,并建立呆帐准备金。外汇指定银行办理结汇业务所需的人民币资金,应当使用自有资金。外汇指定银行的结算周转外汇,实行比例幅度管理,具体幅度由中国人民银行根据实际情况核定。金融机构经营外汇业务,应当接受外汇管理机关的检查监督,经营外汇业务的金融机构均应当向外汇管理机关报

送外汇资产负债表,损益表以及其他财务会计报表和资料。金融机构终止经营外汇业务,应当向外汇管理机关提出申请,金融机构经批准终止经营外汇业务的,应当依法进行外汇债权、债务的清算,并注销经营外汇业务许可证。

4. 对人民币汇率和外汇市场的管理

为了适应建立社会主义市场经济的需要,同时符合国际货币基金组织和世界贸易组织对成员国和缔约方关于汇兑安排的规定,国务院对汇率制度作了改革,实现汇率并轨,建立以市场供求为基础的、单一的、有管理的浮动汇率制度。中国人民银行根据银行间外汇市场形成的价格,公布人民币对美元交易的中间价,并参照国际外汇市场的变化,同时发布人民币对其他主要货币的汇率,各外汇指定银行以此为依据,在中国人民银行的浮动幅度范围内自行挂牌,对客户买卖外汇、外汇交易市场应当遵循公平、公开、公正和诚实信用的原则。国务院外汇管理部门依法监督管理全国的外汇市场,中国人民银行根据货币政策的需求和外汇市场的变化,依法对外汇市场进行调控。

一切中国和国外的单位和个人,利用外汇、人民币和物资或其它手段,进行违反中国外汇管理法规的活动,如套汇、逃汇和扰乱金融等,均属违反外汇管理规定的行为,均应承担法律责任。

第二节 外债管理概述

一、外债

(一)外债的概念

根据1984年3月国际货币基金组织、世界银行、国际清算银行和伯尔尼联盟参加的国际审计员工作会议对外债所作的核心定义,外债是指在任何时间,一国居民对非居民承担的,已拨付尚未清偿具有契约性负债的数量,这种负债必须偿还本金或支付利息。我国1987年发布的《外债统计监测暂行规定》将外债定义为,中国境内的机关、团体、企业、事业单位、金融机构或其他机构对中国境外的国际金融组织、外国政府、金融机构、企业或其他机构用外国货币承担的具有契约性偿还义务的全部债务。包括:国际金融组织贷款;外国政府贷款;外国银行和金融机构贷款;买方信贷,外国企业贷款;发行外币债券;国际金融租赁;延期付款;补偿贸易中直接以现汇偿还的债务;其他形式的外债。

(二)外债的种类

(1)按照期限长短,可以将外债分为短期债务和中长期债务,1年以上(不含1年)的为中长期外债,一年期以内的为短期外债。

(2)按照偿还责任,分为外债、外债转贷款。

(3)按照债务形式,可以将外债分为国际金融组织贷款、外国政府贷款、国际商业贷款、发行外币债券等。

二、外债管理

外债管理是指一个国家设立或授权某一政府机关制定并依据政策和法规对本国外债的规模、构成、借债人以及清偿及进行调控,使外债与国情国力相适应,从而得到外债的最

佳社会、经济效益。我国规定国家外汇管理局为外债管理机关,负责统一管理外债的有关事项,包括对借用外债和偿还外债的审查、监测、检查监督,并负责建立全国的外债统计监测系统,统一负责对外公布我国的外债数字。

我国对外债管理的一般规定:

(1)《外汇管理条例》是外汇管理纲领性的法律文件,其对外债确立了下列原则:借用的国际商业贷款应当调回境内;借用国外贷款、发行外币债券,对外担保应当按照规定进行审批,并由经批准的金融机构和企业办理;上述外汇收入办理结汇,须经外汇局事前批准;对外债实行登记制度,规定了违反外债管理的法律责任。

(2)外债登记管理。1987年6月国务院批转国家外汇管理机关于8月27日发布的《外债统计监测暂行规定》以及1997年8月由中国人民银行批转的《实施细则》规定,外汇管理局及其分局是我国的外债登记部门。外债登记分为定期登记和逐笔登记。需要定期登记的有:境内银行和非银行金融机构借入的外债;财政部、经贸部、中国人民银行、农业部、中国银行分行负责的外国政府贷款和国际金融组织贷款。除定期登记以外的国内其它部门、企业借用的外债都需进行逐笔登记。

(3)对外汇担保管理。按照1996年《管理办法》和实施细则的规定,对外担保是指中国境内机构(境内外资金融机构除外)以保证、备用信用证、本票、汇票等形式出具对外保证,或以《担保法》规定的动产对外质押和权利对外质押,向中国境外机构或者境内的外资金融机构承诺,当债务人未按照合同约定履行义务时,由担保人履行义务,或由受益人自将抵押物或者质物折价拍卖、变卖所得的价款中优先受偿。

第二章 违反外汇与外债管理政纪行为的概念、构成、行政法律责任

我国宪法明文规定,一切国家机关和武装力量,各政党和团体,各企业事业单位都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。毫无疑问,行政机关及其工作人员违反法律行使职权的行为,理所当然也应承担行政法律责任。这一章讨论外汇管理中的违法行为构成,以及行政法律责任。

一、外汇管理中违反政纪的概念

通常我们把违反党纪、违反政纪、违法、犯罪行为依照顺序列在一起加以区分,以示明了。前二种行为是特殊主体实施的,即只有共产党员、国家工作人员才能构成行为的主体,而后二种行为是一般主体实施的,任何能独立承担责任的自然人和法人单位都可以实施。违反政纪是国家行政主体及其工作人员在行使职权的过程中违反行政法律规定,对社会造成危害,对主体内部造成一定的负面影响,但是情节较轻,没有构成犯罪。因此,违反政纪从外部角度来说就是行政违法。

外汇管理行政违纪就是外汇管理行政主体在外汇管理中违反外汇管理、法规,扰乱了外汇管理秩序,可能给管理相对人造成了一定的损失。外汇管理主体不仅单指国家外汇管理局及其分局,还包括外贸部、海关、中国人民银行等等与外汇管理相关的部门。国家外汇管理部门及其工作人员在执行职务中其行为违反行政法律规定,未履行他们的职责和义务,因而承担一定的法律责任,这种违法行为的特征,就是不依法办事,即不依照行政法律规定履行自己应尽的职责和义务。

二、外汇管理违反政纪的构成要件

外汇管理违反政纪的构成要件,是指外汇行政法规所规定的某项行政违法行为必须同时具备的主观客观要件总和,具体包括以下四个方面。

(一) 外汇管理违反政纪是外汇管理行政机关及其工作人员实施的行为

外汇管理行政违法的主体是外汇管理行政单位及其工作人员。外汇管理违反政纪是与外汇管理部门及其工作人员的管理权限和行政职责联系在一起的。如果没有一定的行政权限,就谈不上外汇管理行政越权或滥用权力;如果没有法定的行政职责,也谈不上行政失职。所以外汇管理行政违纪必须是在行政法上享有权利并承担义务的国家外汇管理行政机关及其工作人员实施的行为。

(二) 外汇管理违反政纪是行政机关及其工作人员主观上有过错的行为

主观上有过错是指外汇管理行政机关及其工作人员对其实施的行政违法行为及其造成的后果所抱的心理状态,包括故意和过失。

所谓故意,是指明知自己的行为会发生危害社会的后果,并且希望或放任这种后果发生的心理状态。如国家外汇管理局在审查金融机构申请经营外汇业务时,明知不符合经营资格而仍批准其经营外汇。所谓过失,一是指应当预见自己的行为可能发生危害社会

的后果,因疏忽大意而没有预见,或者虽有预见但轻信可以避免,以致发生危害社会的后果的心理状态。

(三)外汇管理违反政纪是违反行政法律规定的行为

外汇管理违反政纪,不同于民事违法和刑事违法,它们由不同的法律规定调整,依法被追究不同的法律责任。违反政纪与刑事违法既有区别又有联系;一般说来,违反政纪的危害程度小,某种违反政纪若引起严重后果,危害程度大,则构成犯罪。

(四)外汇管理违反政纪是外汇行政机关及其工作人员在行使行政权力,执行公务的过程中产生的,并且该项违法行为与行政权力的行使、公务的执行有内在的联系。

三、外汇管理违反政纪的种类

(一)外汇管理行政失职

外汇管理行政失职是指法定的外汇管理行政主体没有行使其依法享有的行政职权。外汇管理行政职权在本质上属于权力的范畴,它具有不可处分性,即外汇管理行政主体无权放弃自己享有的行政职权,放弃外汇管理行政职权即意味着放弃职责,须承担相应的法律责任。所以外汇管理行政失职的实质是外汇管理行政主体没有履行其依法承担的行政职责,即外汇管理主体不履行应当履行的作为义务。

境外投资的外汇风险和外汇资金来源审查,以及对境外投资资金的汇出和回收、投资利润和其他外汇收益汇回的监督管理部门,是国家外汇管理局及其各省、自治区、直辖市、深圳分局。它们的行政职责是在境内投资者提供符合要求的资料和证明后 30 日内作出书面审查,并且作出审查结论,否则就构成行政失职。

(二)外汇管理行政越权

外汇管理行政越权是外汇管理行政主体超越法定职权范围而作出的行为。通常主要有外汇管理行政主体超越管辖权,超越自由裁量权,它们都是行政主体没有职权而作出,是超越权限的行为。

根据(1997)205 号文《关于金融机构经营本外币业务统一发放许可证的通知》,从 1997 年 7 月 1 日起,中国人民银行对金融机构经营人民币业务和外币业务统一发放许可证,即由中国人民银行根据外汇管理部门的批准文件办理或换发《金融机构法人许可证》、《金融机构营业许可证》或《保险机构法人许可证》、《经营保险业务许可证》。而 1993 年 4 月 15 日发布的《关于国家外汇管理局分局对金融机构外汇业务管理工作权限的规定》中明确上述证件的办理,换发机关为外汇局分局,因此,自 1997 年 7 月 1 日起,若外汇局分局再继续办理、换发上述证件,即属超越职权。

(三)外汇管理行政滥用职权

滥用职权是外汇管理行政主体在法定职权范围内出于不合法的动机而背离法定目的的行为。它的特点是主观上有不合法的动机,客观上背离了法定的目的、原则、要求,与行政越权的区别在于:行为是否在职权范围内作出。

外汇局对违反进出口核销管理规定行为的行政处罚为警告,通报批评,没收违法所得,并处 5 万元以上 30 万元以下的罚款。但是如果出于个人恩怨,作了 40 万元的罚款,虽然外汇局有作出 50 万元以下罚款权,但是对违反进出口核销管理规定的最高罚款额为

30万元,作出40万元的罚款则为行政滥用职权。

(四)证据不足

外汇管理行政主体作出一行政行为必须要求证据充分、确凿。若证据不确定充分,则必须由上级外汇局或承办局有关负责人责令复审或进行纠正。

(五)适用法律、法规错误

外汇管理行政主体作出行政行为适用法律、法规错误常见的有二种情况:一是新法已取代了旧法,但对新法规实施以后的相对人的违反外汇管理的行为而仍是用旧法规。二是混淆了此法规与彼法规的适用范围。如对违反境内机构对外担保管理的行为,在1976年8月21日中国人民银行发布新的办法,而外汇管理机关仍然适用1991年8月1日的办法则是明显的适用法律、法规错误。

(六)违反法定程序

外汇管理行政主体违反法定程度的情形主要有:不经过应该通过的步骤;附加不应该经过的步骤;步骤颠倒不遵守时限等。违反法定程序对相对人实施处罚,应由上级外汇局原承办当局有关负责人责令复审后进行纠正。

(七)外汇管理行政侵权

外汇管理行政侵权是指外汇管理行政主体因作为或不作为不法侵害他人合法权益而依法必须承担行政赔偿责任。

四、外汇管理违反政纪的法律责任

外汇管理违反政纪的法律责任是外汇管理行政主体及其工作人员因违反法律规定而依法承担的责任。外汇管理机关的违反政纪的行为,由行政机关承担行政法律责任。如果行政违法是由行政人员本人的过程错误造成的,而非行政机关的命令,委托所致,如越权或滥用职权,那么,这时的违法属于个人违法,按照责任自负原则,行政责任应由个人承担。由于行政法律责任的主体不同,其承担责任的公式也有区别。

(一)外汇管理行政机关承担的责任方式主要有:

(1)赔礼道歉,承认错误。这是一种最为轻微的责任承担形式。

(2)恢复名誉,消除影响。适用于外汇管理行政机关及工作人员的违法或不当处理造成的相对人名誉上的损害。

(3)履行职务。一般由行政失职责任者承担。

(4)撤销违法行为。行政机关及其工作人员的行政行为违法,其本身就有撤销的义务,相对人有要求撤销的权力,上级行政机关和人民法院有权依法直接撤销行政违法行为人的行政行为。

(5)返还权益。适用于行政机关及其工作人员的违法行为已经造成了相对人合法权益的实际损害。

(6)行政赔偿。是一种纯粹的财产责任,它由行政机关及其工作人员的行政侵权行为所引起。

(二)外汇管理行政工作人员承担责任方式:

外汇管理行政工作人员违反政纪的法律责任的方式主要是行政处分、行政损害赔偿

的追偿责任等。这里主要介绍行政处分方式。行政处分是行政政纪责任的承担方式,它以行政机关工作人员的行政违法为前提,行政处分的种类有:警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、开除留用察看、开除。依照有关法规和规章的规定,8种行政处分的适用条件如下:

(1)对于违反国家政策、法律,致使国家和人民的利益遭受到一定的损失,但仍然可以继续担任现行行政职务的人员,可以分别给予警告、记过、记大过、降级处分。

(2)对于严重违反国家政策、法律,造成国家和人民利益遭受重大损失,不能继续担任现行行政职务的人员,可以给降职或撤职处分。如果无职可降或无职可撤的,也可给予降级处分。

(3)对于严重失职、屡教不改,或者蜕化变质,不适合继续在国家行政机关工作的人员,可以给予开除处分。对于某些人员,也可以根据情况从宽处理,给予开除留用察看处分。

行政处分不能代替刑事责任。对于有犯罪行为的行政机关工作人员,行政机关除予以开除处分外,该工作人员还应承担刑事责任。

第三章 违反外汇与外债管理法规行为的 概念、构成、法律责任

违反外汇管理是指国家外汇管理局及其分局根据国家外汇、外债管理的有关行政法规和规章的规定,对于违反国家外汇、外债管理的有关规定等,需追究当事人相应责任的行为。违反外汇管理的行为是一种违法行为,根据我国外汇管理法规的有关规定,这种行为必然受到有关部门的调查和追究。在事实查清的情况基础上,给予一定的行政处罚。对于违反外汇管理案件的查处,主要是国家外汇管理局及其分局负责。其他一些机关,如海关、公安机关、审计、工商也有权在其所管辖权限范围内查处某些违反外汇管理规定的案件。外汇管理机关的查处工作是一种具体的行政行为,被查处的当事人认为查处工作不合法或不适当的,可以依据《行政复议条例》和《行政诉讼法》的有关规定,申请救济。本章主要讨论当事人对违反外汇与外债管理并需追究当事人的法律责任。对于情节轻微的可以给予政纪处分,对于情节较重并触犯刑法的在以后章节中论述。违反国家外汇管理规定的行为,主要包括套汇、逃汇、扰乱金融秩序,违反外债管理规定的指违反境内机构借用国际商业贷款管理,境内机构发行外币债券管理,外债统计管理,外债担保管理等。

第一节 违反外债管理行为

一、外债统计监测

(一)外债管理法律依据

1987年6月17日国务院批准,1987年8月27日国家外汇管理局发布的《外债统计监测规定》,是第一部关于规定外债统计管理的法规,同时又是针对外债借用后的统计监测,帐户管理和本息的偿还等方面基础性的规定,是制定其他相关规定性文件的依据。1997年根据它又制定了《外债统计监测实施细则》,从而在具体程序上更加细化。

(二)外债统计监测管理

外债统计监测体系主要包括:统计监测口径、外债登记、外债专用帐户、外债偿还审核。我们主要谈及外债登记管理。国家对外债实行登记管理制度,债务人应当按照规定办理登记手续,委托借入的外债,由合同规定的债务人办理登记手续。国务院各部委和境内中资金融机构的外债实行定期登记,其他境内机构的外债实行逐笔登记。

1. 定期登记

定期登记对象包括借用国际金融组织贷款、外国政府贷款的借款单位以及借用外债的金融机构,定期登记采用一次性登记方法。定期登记的对象应在第一笔外债签约后的15天内,到所在地外汇管理局办理外汇登记手续,领取定期登记的《外债登记证》。此后将当月所发生的外债签约提款、偿还情况按月细报“外债签约情况表”和“外债变动反馈表。”

2. 逐笔登记

逐笔登记的对象为定期登记对象以外的非金融外债借款单位。逐笔登记对象应在每笔借款合同签订后的 15 天内,到所在地外汇管理局领取逐笔登记的《外债登记证》办理外债登记手续。办手续需持对外借款有关批件及外债借款合同。当借款需调入境内时,借款单位应执《外债登记证》到指定开户银行办理开立“外债专用现金帐户”手续。调款后应凭开户行收付凭证填写“外债变动反馈表”,并将其影印件报送原登记部门。使用借款时则凭《外债登记证》提款。借款单位办理完还款付息汇出手续后,凭开户银行收付凭证填写“外债变动反馈表”报送原登记部门。当一笔借款清偿后,借款单位应及时向原登记部门注销《外债登记证》,并取消帐户。

(三) 法律责任

未进行外债登记的,依据《条例》由外汇管理机关给予警告、通报批评,并处 10 万元以上 50 万元以下的罚款。

二、违反境内机构在境外发行外币债券的管理

外币债券是指用外币表示的,构成债权债务关系的有价证券。

(一) 法律依据

1987 年 9 月 28 日,中国人民银行发布了我国第一部外币债券管理规定,即《中国境内机构在境外发行债券的管理规定》,对于引进资金,提高我国参与国际金融市场的能力起着重要的作用。1997 年 9 月 8 日中国人民银行批准,1997 年 9 月 24 日国家外汇管理局发布了新的外币债券管理规定,即《境内机构发行外币债券管理办法》。另外,《外债统计监测暂行规定》、《结汇、售汇及付汇管理规定》、《境内外汇帐户管理规定》、《银行外汇业务管理规定》等对于外币债券也作了相应的规定。

(二) 境内机构发行外币债券管理

中国人民银行为境外发行外币债券的审批机关。国家外汇管理局及其分局为境外发行外币债券的管理机关,负责审查、协调和监督债券发行及所筹资金的使用和偿还管理。

1997 年的《境内机构发行外币债券管理办法》对债券发行者即“境内机构”作了列举,它们是在中国境内的企业事业单位、国家机关、社会团体、部队等。包括中资机构和外商投资企业,但是财政部、外资金融机构在境外发行外币债券除外。

境内机构需要发行外币债券应当报经国家外汇管理局批准,未经批准擅自发行的无效。境内机构发行外币债券后,应当将资金调回境内,存放外债专用帐户,债券资金应做到专款专用,使用应当符合批准的用途;若需要改变用途的,应当取得批准。债券发行后,发行者要将有关情况报外汇管理部门备案,并按期将资金使用、投资项目经营及偿还情况报送外汇管理部门。

(三) 法律责任

境内机构未经批准,擅自在境外发行外币债券,由外汇管理机关依照《条例》第 44 条给予警告、通报批评,并处 10 万元以上 50 万元以下的罚款。

境内机构擅自将发行外币债券筹集的资金存放境外,属于逃汇行为,由外汇管理机关依《条例》第 39 条责令限期调回,强制收兑,并处逃汇金额 30% 以上 5 倍以下的罚款。

不按规定,向外汇局报送虚假、无效文件和资料的,根据《条例》相关规定处罚。

三、违反国际商业贷款管理

(一)国际商业贷款概念

国际商业贷款是指我国境内具有法人资格的机构及以其名义又向境外银行、金融机构及其企业法人筹借并履行偿还义务的短期、中长期外汇贷款。我国对短期国际商业贷款实行余额管理。国内经批准有权对外借款的金融机构可向当地外汇管理部门申请对外筹借短期商业贷款余额指标。取得借款指标后,可以借款,并可在偿还后根据需要再借,指标可周转使用。而对于中长期国际商业贷款,国内机构对外签订此类贷款协议必须通过国家外汇管理部门审批,国内机构的对外借款一般不能用于外汇管理抵押人民币贷款,不能直接进入外汇调剂市场。

(二)法律依据

1991年8月1日中国人民银行批准,1991年9月9日国家外汇管理局发布的《境内机构借用国际商业贷款管理办法》,规定了国际商业贷款形式只有一般的外汇商业贷款、买方信贷、三来一补项下的外汇借款。另外,非金融机构法人资格标准不够高,导致借款行为存在的一定的盲目性,并且没有规定严格的审批程序。1997年9月8日中国人民银行批准,1997年9月24日国家外汇管理局发布了《境内机构借用国际商业贷款管理办法》对于1991年的缺陷作了弥补。

(三)借用国际商业贷款的管理

1997年9月新通过的《境内机构借用国际商业贷款管理办法》对于借用国际商业贷款在程序上和实体上都作出了严格的规定。首先,借用主体必须是经国家外汇管理局批准的经营外汇借款业务的中资金融机构和经国务院授权部门批准的非金融企业法人,而且对此还作了财务状况、资金运用等条件的限制。对于有权审批借用国际商业贷款的机关是中国人民银行。中国人民银行可以授权国家外汇管理局及其分局具体负责审批、监督、管理。在审批程序以及需提交的材料中,根据借用国际商业贷款的性质,对短期、中长期国际商业贷款,项目融资的审批分别作出了不同规定。对资金的存放、运用、风险的防范,境内机构必须采取有效的措施,使用和管理好贷款资金。

(四)法律责任

外汇管理机关应依照《条例》和新的《境内机构借用国际商业贷款管理办法》等的规定,对下列行为进行处罚:

- (1)境内机构未经批准擅自借用国际商业贷款的;
- (2)境内机构未经批准擅自将借用的国际商业贷款存放境外或在境外直接支付的;
- (3)境内机构违反规定擅自将借用的国际商业贷款转换的人民币使用的;
- (4)中资金融机构擅自将境外分支机构所筹资金调入境内使用的;
- (5)报送虚假、无效的资料、文件,未按规定报送报表和资料的;
- (6)不接受或不配合外汇管理机关监管的。

违反以上规定,可以依照《条例》第44条,和《境内机构借用国际商业贷款管理办法》的有关规定处罚。