

【案例】

[第 1 号]

北京太子纺织工业有限公司、 姚志俊等走私普通货物案^①

—— 单位走私犯罪在法律文书中如何表述

一、基本案情

被告单位：北京太子纺织工业有限公司。

诉讼代表人：赵德江，原北京太子纺织工业有限公司董事长。

被告人 姚志俊 男，59 岁，原系北京太子纺织工业有限公司总经理。因涉嫌走私罪，1997 年 7 月 28 日被逮捕。

被告人 叶志明 男，34 岁，原系北京太子纺织工业有限公司报关员。因涉嫌走私罪，1997 年 7 月 28 日被逮捕。

被告人 洪胜利 男，36 岁，福建省晋江市英林镇人，农民。因涉嫌走私罪，1997 年 7 月 28 日被逮捕。

被告人 洪天命 男，32 岁，福建省晋江市英林镇人，农民。因涉嫌走私罪，1997 年 7 月 28 日被逮捕。

1998 年 5 月 15 日，北京市人民检察院分院以被告单位北京太子纺织工业有限公司犯走私普通货物罪，被告人姚志俊、叶志明、洪胜利、洪天命犯走私普通货物罪、非法经营罪，向北京市第二

凡本刊刊载的案例 不论年份、期数，一律统一按序编号 以方便查阅、使用。

中级人民法院提起公诉。

北京市人民检察院分院起诉书指控：

1. 被告单位北京太子纺织工业有限公司总经理姚志俊、报关员叶志明与被告人洪胜利、洪天命经预谋，于 1996 年 6 月至 1997 年 2 月间，先后伪造来料加工出口合同多份。被告人姚志俊、叶志明利用被告人洪胜利提供的假出口报关单，核销了本单位应出口而在境内销售的保税货物羊毛条 200 吨，偷逃关税、增值税合计人民币 283 万余元；利用被告人洪天命提供的假出口报关单核销了本单位应出口而在境内销售的保税货物羊毛条 100 吨，偷逃关税、增值税合计人民币 141 万余元。

2. 被告人姚志俊、叶志明于 1996 年 6 月至 1997 年 6 月间，分别伪造来料加工合同 10 余份，从北京海关骗领来料加工手册 15 本，卖给被告人洪胜利 10 本，卖给被告人洪天命 5 本。被告人洪胜利、洪天命将买来的来料加工手册转手倒卖。被告人姚志俊获人民币 9 万余元，被告人叶志明获人民币 43 万余元，被告人洪胜利获人民币 12 万余元，被告人洪天命获人民币 20 万余元。

被告单位北京太子纺织工业有限公司的诉讼代表人赵德江及被告人洪胜利，对北京市人民检察院分院起诉书指控的事实未提出异议。被告人姚志俊辩称起诉书认定的事实与实际不符，其辩护人认为姚志俊的行为只构成走私罪，不构成非法经营罪，且个人实际未得赃款，又有立功情节，请求对被告人姚志俊判处有期徒刑并适用缓刑；被告人叶志明辩称，其行为不是走私，其辩护人认为，被告人叶志明在单位走私中没有参与预谋，主观上没有走私的故意，只是奉命行事，应认定为走私犯罪的从犯，其未将非法经营的赃款据为己有，且有立功表现，请求法庭予以考虑；被告人洪胜利的辩护人认为，洪胜利系走私的帮助犯，其不具有走私和非法经营犯罪的主观故意，请求对洪胜利从轻判处；被告人洪天命辩解，其没有走私，只是中间介绍，办来料加工手册个人未获赃款 20 余万

元，其辩护人认为，认定洪天命非法经营获赃款人民币 20 余万元证据不足。

北京市第二中级人民法院经公开审理查明：

1. 被告单位北京太子纺织工业有限公司经国家海关许可进口保税羊毛原料 300 余吨 货物价值人民币 1200 余万元。该原料加工后，太子公司擅自在境内销售，却未补缴关税及增值税。被告人姚志俊在担任北京太子纺织工业有限公司总经理后，与该公司报关员叶志明及被告人洪胜利、洪天命预谋，于 1996 年 6 月至 1997 年 2 月间，伪造出口销售合同多份，并用洪胜利、洪天命提供的假报关单核销了北京太子纺织工业有限公司应缴纳的税额共计人民币 425 万余元。其中，被告人姚志俊、叶志明伙同洪胜利偷逃关税及增值税共计人民币 283 万余元，伙同洪天命偷逃关税及增值税共计人民币 141 万余元。案发后，被告单位北京太子纺织工业有限公司已补缴税款 425 万余元。

2. 被告人姚志俊、叶志明伙同他人于 1996 年 6 月至 1997 年 6 月，伪造来料加工进口合同 10 余份，从海关骗领来料加工手册 15 本。被告人姚志俊、叶志明共出售来料加工手册 15 本，违法所得人民币 54 万余元归个人使用。其中，卖给被告人洪胜利 10 本，收取人民币 33 万余元；卖给被告人洪天命 5 本，收取人民币 21 万余元。

3. 被告人洪胜利将购买的来料加工手册 10 本 以人民币 70 万余元的价格，向他人非法出售，违法所得 37 万余元；被告人洪天命将购买的来料加工手册 5 本 以人民币 42 万余元，向他人非法出售 违法所得 21 万余元。

被告人姚志俊、叶志明所获赃款大部分已被起获，被告人洪胜利、洪天命所获赃款已被挥霍。

北京市第二中级人民法院认为：

被告单位北京太子纺织工业有限公司总经理姚志俊、报关员

叶志明 为给公司谋取利益 勾结被告人洪胜利、洪天命 违反海关法规，采用伪造合同、提供假报关单的手段，将该公司进口保税货物擅自在境内销售牟利后的应缴税额予以核销，偷逃了国家应收的巨额关税及增值税，其行为已构成走私普通货物罪。被告单位及其直接负责的主管人员姚志俊、直接责任人员叶志明、被告人洪胜利、洪天命等所犯走私普通货物罪，均情节严重，应分别按照单位犯罪及个人犯罪予以处罚。

被告人姚志俊、叶志明、洪胜利、洪天命违反国家有关规定 买卖来料加工手册，从中获取暴利，严重扰乱了市场秩序，其行为已构成非法经营罪。被告人姚志俊、叶志明、洪胜利、洪天命所犯非法经营罪，情节均特别严重，应依法惩处。

北京市人民检察院分院关于被告单位北京太子纺织工业有限公司、被告人姚志俊、叶志明和洪胜利、洪天命犯走私普通货物罪，被告人姚志俊、叶志明、洪胜利、洪天命犯非法经营罪的指控 事实清楚，证据确实、充分。被告人姚志俊辩称起诉指控与事实不符，经查，起诉书指控姚志俊的犯罪事实不仅有其他证据证实，且其本人亦多次供认。被告人姚志俊的辩护人关于姚志俊的行为只构成走私罪，不构成非法经营罪的辩护意见，经查，姚志俊等人分别实施了走私和非法经营两种行为，故被告人姚志俊的辩解及其辩护人的辩护意见缺乏事实和法律依据，不予采纳；被告人叶志明关于其行为不是走私的辩解，其辩护人关于叶志明系走私犯罪中的从犯，非法经营所得赃款未据为己有的辩护意见，经查，叶志明在单位走私犯罪中起主要作用，在非法经营犯罪中所获赃款已从其家中起获，故被告人叶志明的辩解及其辩护人的辩护意见缺乏事实依据，不予采纳；被告人姚志俊、叶志明的辩护人关于二被告人有立功情节的辩护意见，经查属实，予以采纳；被告人洪胜利的辩护人所提辩护意见，没有事实和法律依据，不予采纳。被告人洪天命及其辩护人所提辩护意见，经查，起诉书对其非法经营罪认定个人

获赃款数额不妥，对本罪应认定其犯罪的全部违法所得；其他辩解及辩护意见缺乏事实和法律依据，不予采纳。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第一百五十四条第一款、第一百五十三条第二款、第二百二十五条第（二）项、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第六十八条第一款、第六十四条的规定，于 1998 年 12 月 17 日判决如下：

1. 被告单位北京太子纺织工业有限公司犯走私普通货物罪，判处罚金人民币 425 万元。

2. 被告人姚志俊犯走私普通货物罪，判处有期徒刑 8 年；犯非法经营罪，判处有期徒刑 5 年，罚金人民币 10 万元，决定执行有期徒刑 12 年，罚金人民币 10 万元。

3. 被告人叶志明犯走私普通货物罪，判处有期徒刑 7 年；犯非法经营罪，判处有期徒刑 7 年，罚金人民币 44 万元，决定执行有期徒刑 13 年，罚金人民币 44 万元。

4. 被告人洪胜利犯走私普通货物罪，判处有期徒刑 14 年，罚金人民币 283 万元；犯非法经营罪，判处有期徒刑 7 年，罚金人民币 37 万元，决定执行有期徒刑 20 年，罚金人民币 320 万元。

5. 被告人洪天命犯走私普通货物罪，判处有期徒刑 12 年，罚金人民币 141 万元；犯非法经营罪，判处有期徒刑 6 年，罚金 21 万元，决定执行有期徒刑 17 年，罚金人民币 162 万元。

6. 继续追缴被告人姚志俊、叶志明、洪胜利、洪天命犯非法经营罪的违法所得。

一审宣判后，被告单位北京太子纺织工业有限公司及被告人姚志俊、叶志明、洪天命不服，分别向北京市高级人民法院提出上诉。北京太子纺织工业有限公司的上诉理由是：罚金过重；姚志俊的上诉理由是：为公司走私普通货物的犯罪行为，应按照《关于惩治走私罪的补充规定》量刑；其倒卖来料加工手册，只应负 3 本的

罪责 不应负 15 本罪责；叶志明的上诉理由是：对走私不知情，对假报关单以及如何预谋均不知道；洪天命的上诉理由是：在犯罪中只起中间人的作用，量刑过重。

北京市高级人民法院经二审审理认为，本案各被告人的犯罪事实清楚 证据确凿，一审判决适用法律正确 定罪量刑适当 审判程序合法。

北京市高级人民法院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第 一 项的规定，于 1999 年 1 月 20 日裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

二、主要问题

1. 本案作为单位走私犯罪，在法律文书中应当如何表述？
2. 刑法修订前发生的走私普通货物罪如何适用刑法第十二条？

三、裁判理由

自我国实行改革开放以来，对外贸易不断发展，贸易形式多种多样，国家制定了一系列政策和法律法规，鼓励对外贸易出口创汇。但是 有些犯罪分子钻政策、法律空子 以对外贸易之名 行走私犯罪之实，在境内非法倒卖保税货物，即是走私的一种特殊形式。

根据《海关法》第五十七条规定，保税货物是指经海关批准不须办理纳税手续进境，在境内储存、加工、装配后必须复运出境的货物。不须缴纳关税进境和在境内储存、加工、装配后必须复运出境销售，是保税货物的两大特点。来料加工、来件装配、补偿贸易，是目前国际通行的对外经济合作方式，也是我国法律允许的、吸收外商直接投资创汇的重要方式。在来料加工、来件装配、补偿贸易中 外商所提供的原材料、零件、制成品、设备等 都是经海关特许进口的不须缴纳关税的货物，即保税货物。将保税货物在境内销售，必须经过海关批准，并且补交应缴纳税额。

1988 年 1 月 21 日全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充

规定》第六条规定 对于“未经海关许可并且未补缴关税 擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物 在境内销售牟利 ”数额较大 构成犯罪的 以走私罪追究刑事责任。刑法第一百五十四条将上述规定纳入刑法典，明确规定对上述行为以走私普通货物、物品罪定罪处罚。

本案被告人姚志俊、叶志明、洪胜利、洪天命经过密谋策划 采取伪造出口销售合同，利用假出口报关单等手段，核销了北京太子纺织工业有限公司进口保税货物 300 吨羊毛条在境内销售后应向国家缴纳的关税及增值税共计 425 万余元，将该应缴税额据为单位所有，该单位及各被告人的共同行为均已构成犯罪。对其销售保税货物后偷逃应缴税额的行为，应当以走私普通货物罪追究被告单位及被告人的刑事责任。

（一）作为单位走私犯罪，在法律文书中应当如何表述的问题

过去这个问题一直不明确，写法也不统一。1998 年 9 月 8 日最高人民法院在《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》中，对单位犯罪案件的审理程序作了专门规定。本案对被告单位的表述即是依照该司法解释第二百零七条、第二百零八条的规定，首先列明被告单位，再列明代表被告单位出庭的诉讼代表人。如被告单位委托律师的，接下来还要列明委托的律师姓名、单位。之后，才能依次列出各被告人，本案在法律文书中的表述是正确的。

实践中遇到的相关问题还有，案件原本是单位犯罪，但检察机关未起诉单位为被告，起诉的只是单位犯罪的主管人员和其他直接责任人员。甚至只是按普通自然人犯罪对有关被告人提起公诉。对此，人民法院在开庭审判前或者在开庭审理时，可以依照最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第一百七十八条的规定，建议检察机关补充起诉。如果检察机关不接受法院的意见，人民法院仍应当按照起诉指控的事实和

依法认定的证据作出裁判。认定被告人确系单位犯罪直接负责的主管人员或者其他直接责任人员的，判决书中不能径行将有关单位列为被告。但在经审理查明的事实中，必须表述清楚：被告人 × × × 系以单位名义，为单位利益，实施犯罪，且其违法所得归单位所有，故属单位犯罪，被告人承担主管人员或直接责任人员的刑事责任。判决的法律依据，必须引用刑法分则中有关单位犯罪处刑的相应条款，只判处个人。由于检察机关未起诉单位，故而亦不能径判单位罚金刑。与单位主管人员、直接责任人员勾结共同犯罪的非犯罪单位人员，应当按自然人犯罪，结合其在与单位共同犯罪中的地位、作用依法处罚。

（二）刑法修订前发生的走私普通货物犯罪如何适用刑法第十二条的问题

1979 年刑法没有关于单位犯罪的规定，1988 年 1 月 21 日全国人大常委会颁布的《关于惩治走私罪的补充规定》，补充了对单位走私犯罪的规定。

根据《关于惩治走私罪的补充规定》第五条的规定，企业、事业单位、机关、团体走私该补充规定第一条至第三条规定的货物、物品（即鸦片等毒品、武器弹药、伪造的货币、国家禁止出口的文物、珍贵动物及其制品、黄金、白银或者其他贵重金属等）对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照该补充规定对个人犯走私罪的规定处罚。企业、事业单位、机关、团体走私上述以外的货物、物品，数额在 30 万元以上的，判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，情节特别严重，使国家利益遭受重大损失的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑。企业、事业单位、机关、团体走私，违法所得归个人所有的，或者以企业、事业单位、机关、团体的名义进行走私，共同分取违法所得的，依照该补充规定对个人犯走私罪的规定处罚。

1997 年刑法在《关于惩治走私罪的补充规定》的基础上，对单

位走私普通货物、物品犯罪的规定作了修改二者的主要区别在于量刑幅度、法定最高刑以及走私数额计算的标准等方面不同。对于刑法修订前发生的个人走私普通货物、物品犯罪，由于刑法规定是以偷逃应缴税额作为量刑的标准，而《关于惩治走私罪的补充规定》是以走私货物的价额作为量刑的标准，比较而言，对同一走私犯罪案件，适用刑法规定处刑要轻。因为我国境内销售的进口物品，其价格除了该进口物品入境前的价格，还要加上进口时海关征收的税额即“应缴税额”总会比走私物品的价额要低。所以根据刑法第十二条规定，前面讲到的走私案件应按照刑法定罪量刑。对于单位走私普通货物、物品犯罪，是按照《关于惩治走私罪的补充规定》定罪量刑，还是按照刑法定罪量刑，根据刑法第十二条的规定，则应具体案件具体分析。

本案中被告单位北京太子纺织工业有限公司走私普通货物，其犯罪行为发生在刑法修订以前。刑法关于单位走私普通货物犯罪的法定最高刑重于《关于惩治走私罪的补充规定》如果单从法定最高刑上看，似应适用《关于惩治走私罪的补充规定》处理此案。但是，此案走私的货物价值为 1200 余万元人民币如果适用《关于惩治走私罪的补充规定》应属于“情节特别严重”即要在 5 年以上 10 年以下有期徒刑幅度内处刑。如果按照刑法第一百五十三条的规定走私普通货物、物品的应当根据其走私偷逃的应缴税额而不是走私货物、物品的价额量刑。本案走私普通货物偷逃的应缴税额为 425 万元尚未达到“情节特别严重”(关于走私普通货物“情节特别严重”的标准目前司法实践中一般掌握在 500 万元以上)只属于“情节严重”即应在 3 年以上 10 年以下有期徒刑幅度内量刑。根据刑法第十二条规定的从旧兼从轻原则结合本案具体情况对被告单位和被告人而言修订后刑法规定的刑罚较轻。故一、二审法院适用刑法对本案进行判处符合刑法第十二条的规定是正确的。

(审编：张军)

[第 2 号]

刘振杰骗购国家外汇额度案 ——倒卖骗购的外汇额度行为如何定罪

一、基本案情

被告人刘振杰男 30 岁，无业。因涉嫌诈骗、伪造公文印章罪，于 1994 年 4 月 29 日被逮捕。

被告人：赵玉斌，曾用名赵玉开，男 35 岁，原系北京航天计算机辅助设计技术联合公司工作站经理。因涉嫌投机倒把罪，于 1994 年 4 月 29 日被逮捕。

被告人孙海涛男，29 岁，北京峻峰电子工程公司副经理。因涉嫌投机倒把罪，于 1994 年 4 月 29 日被逮捕。

被告人张军男 28 岁，无业。因涉嫌投机倒把罪，1994 年 4 月 29 日被逮捕，1998 年 1 月 25 日被取保候审。因涉嫌非法经营罪，于 1998 年 9 月 25 日被逮捕。

1998 年 2 月 4 日，北京市人民检察院分院以被告人刘振杰犯非法经营罪、伪造国家机关公文、印章罪，被告人赵玉斌、孙海涛、张军犯非法经营罪，向北京市第一中级人民法院提起公诉。

北京市人民检察院分院起诉书指控：

被告人刘振杰于 1992 年 11 月至 1993 年 8 月间，采用私刻印章、伪造国家外汇管理局外汇额度支付书等手段，从中国银行骗取 1.4 亿余美元的外汇额度，后通过被告人赵玉斌、孙海涛、张军及刘凤坤（另案处理）等人联系用汇单位，将骗取的国家外汇额度倒

卖给中国华信电子企业集团、广州对外经济发展电子公司等单位，从中牟取暴利 4400 余万美元和 4600 余万元人民币，被告人刘振杰将所获美元全部汇出境外，所获人民币存放至常可（另案处理）处。

被告人赵玉斌、孙海涛在被告人刘振杰非法倒卖外汇的活动中，不仅向刘介绍买汇单位，而且将刘振杰提供的外汇比价再次加价后卖给买汇单位，从中牟取暴利。被告人赵玉斌通过刘振杰为中国黑色金属进出口总公司、中国农业信托投资公司等单位及孙海涛调汇计 4200 余万美元，非法经营额计人民币 3.88 余亿元，被告人孙海涛为非法倒卖外汇，在中国银行设立了专门帐号，以供倒汇使用，并通过赵玉斌、刘振杰为北京瑞得实业总公司、北京海淀区先锋电子技术公司等单位调汇 2000 余万美元，非法经营额计人民币 1.94 余亿元。被告人赵玉斌、孙海涛将所获暴利均汇入本公司帐上，并用于公司经营活动；被告人张军通过刘振杰为广东省中山市对外贸易总公司、中国华阳技术贸易总公司调汇 160 万美元，并通过他人为北京市崇文区华扬精纸公司调汇 11.7 万美元，非法经营额计人民币 1880 万元，获利 55 万元人民币。

被告人刘振杰、赵玉斌、孙海涛、张军所获暴利大部分已收缴，其余被挥霍或被他人占用。

被告人刘振杰、孙海涛、张军作案后被抓获归案，被告人赵玉斌于 1993 年 9 月 2 日到公安机关投案自首。

被告人刘振杰对起诉书指控的事实没有提出异议，其辩护人陈谷文辩护意见认为，被告人刘振杰伪造国家机关公文、印章的目的，就是为了从中牟利而触犯了其他刑事法律条文，符合牵连犯的成立条件，因此对刘振杰不应适用数罪并罚，应按从一重处原则处罚，且其所获暴利大部分被收缴，请求对其从轻处罚；被告人赵玉斌在法庭审理中辩解称，其调汇是为本公司利益所为，其辩护人张燕生、邢凤桂辩护意见认为，被告人赵玉斌在刘振杰倒卖外汇活动

中仅起居中介绍作用，且是单位授权行为，不构成投机倒把罪和非法经营罪，请求法庭根据赵玉斌系投案自首及个人未获得利益等情节依法予以从轻或减轻处罚；被告人孙海涛在法庭审理中辩称，其未加价倒卖外汇，调汇是为本公司利益。其辩护人陈少先辩护意见认为，被告人孙海涛的行为不构成非法经营罪；被告人张军对起诉书指控的事实没有提出异议，其辩护人高一之辩护意见认为，被告人张军未直接参与倒卖外汇，仅起居中介绍作用，未扰乱市场秩序，其行为不构成非法经营罪。

北京市第一中级人民法院经公开审理查明：

1992 年 10 月，被告人刘振杰为非法骗取国家外汇额度，兑换美元，通过倒卖获取非法利润，采用私刻国家外汇管理局中央外汇业务中心用汇审批专用章，伪造国家外汇管理局外汇额度支付书等手段自 1992 年 11 月至 1993 年 8 月，先后从中国银行骗兑 1.4 亿余美元的外汇额度。同期，被告人刘振杰通过刘凤坤（另案处理）和被告人赵玉斌、孙海涛、张军等人联系用汇单位并使用用汇单位所提供的人民币资金，陆续将非法骗取的美元额度按国家外汇牌价分 199 笔兑成现汇，后以美元外汇市场调剂价格倒卖给中国对外贸易开发总公司、广东中山华粤贸易公司、中国华信电子企业集团、中国惠通（集团）总公司、广州对外经济发展电子公司等 59 家单位，从中牟取暴利 4400 余万美元和 4600 余万元人民币。被告人刘振杰将所获美元转移至孙明（另案处理）为其提供的澳大利亚和美国银行帐户内藏匿，将所获人民币 4600 余万元转移至常可（另案处理）负责经管的中国农业银行学院路分理处第二流动服务所的帐户内藏匿。案发后，境内外的赃款大部分被追缴，少部分被他人占用或挥霍。

被告人赵玉斌、孙海涛积极参与被告人刘振杰非法倒卖外汇活动，合谋使用孙海涛在中国银行开立的供倒汇使用的峻峰公司帐户。1993 年 3 月 4 日至同年 8 月 6 日，被告人赵玉斌、孙海涛

将中国黑色金属进出口总公司、北京瑞得实业总公司等 34 家用汇单位按外汇市场调剂价格所提供的人民币资金，陆续汇入峻峰公司帐户，通过被告人刘振杰按国家外汇牌价非法配兑现汇共计 4200 余万美元。在刘振杰将其获利部分，即略低于外汇市场调剂价与国家外汇牌价之间的价差划走后，被告人赵玉斌、孙海涛将现汇按外汇市场调剂价非法倒卖给用汇单位。其中被告人赵玉斌倒卖给中国黑色金属进出口总公司等 12 家单位 2100 余万美元，被告人孙海涛倒卖给北京瑞得实业总公司、北京市海淀区先锋电子技术公司等 22 家单位 2080 余万美元。被告人赵玉斌、孙海涛将所获非法利润均汇入各自所在公司帐内并用于公司经营，案发后均被收缴；被告人张军通过刘振杰倒卖给广东省中山市对外贸易总公司、中国华阳技术贸易总公司 160 万美元，并通过他人倒卖给北京市崇文区华扬精纸公司 11.7 万美元，非法获利 55 万元人民币，案发后大部分被收缴。被告人刘振杰、孙海涛、张军作案后被抓获归案。被告人赵玉斌于 1993 年 9 月 2 日到公安机关投案自首。

北京市第一中级人民法院认为，被告人刘振杰、赵玉斌、孙海涛、张军以非法牟利为目的，在外汇指定银行和中国外汇交易中心及其分中心以外买卖外汇，扰乱金融市场秩序，四被告人的行为均已分别构成非法经营罪，情节均特别严重，均应依法惩处。被告人刘振杰私刻国家机关印章，伪造国家机关公文，骗取国家巨额外汇额度，其行为又已构成伪造国家机关公文、印章罪，情节严重，亦应惩处。鉴于被告人刘振杰在案发后能配合公安机关追回赃款、揭发他人犯罪行为；被告人赵玉斌犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行，故对被告人刘振杰、赵玉斌分别予以从轻处罚。北京市人民检察院分院起诉书关于被告人刘振杰犯有非法经营罪、伪造国家机关公文、印章罪，被告人赵玉斌、孙海涛、张军犯有非法经营罪的指控，事实清楚，证据确实、充分，足以认定。被告人刘振杰的辩护人陈谷文关于被告人刘振杰的行为系属牵连犯，不适用数罪并罚；

被告人赵玉斌的辩护人张燕生、邢凤桂关于赵玉斌系中间介绍，不构成非法经营罪；被告人孙海涛、张军的辩护人关于二被告人的行为均不构成非法经营罪的辩护意见，经查均不能成立，不予采纳。

北京市第一中级人民法院根据《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第二百二十五条第（三）项、第二百三十一条、第二百八十条第一款、第二十五条第一款、第五十六条第一款、第五十九条、第六十九条、第六十七条第一款、第六十八条第一款、第六十一条、第六十四条的规定，于 1998 年 9 月 29 日判决如下：

1. 被告人刘振杰犯非法经营罪，判处有期徒刑 14 年，剥夺政治权利 2 年，没收个人全部财产。犯伪造国家机关公文、印章罪，判处有期徒刑 8 年，剥夺政治权利 1 年，决定执行有期徒刑 20 年，剥夺政治权利 3 年，没收全部财产。

2. 被告人赵玉斌犯非法经营罪，判处有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 2 年，没收全部财产。

3. 被告人孙海涛犯非法经营罪，判处有期徒刑 12 年，剥夺政治权利 2 年，没收全部财产。

4. 被告人张军犯非法经营罪，判处有期徒刑 6 年，没收全部财产。

5. 扣押在案的上列四名被告人违法所得的一切财物，予以追缴；不足部分继续予以追缴或责令退赔。

一审宣判后，四被告人均不服，刘振杰以私刻印章是为了骗取外汇额度，属牵连犯，应定一罪，且量刑过重为由；赵玉斌以应认定为单位犯罪，且量刑过重为由；孙海涛以认定数额不准，量刑过重为由；张军以没有获利 55 万元为由，分别向北京市高级人民法院提出上诉。

北京市高级人民法院经二审审理认为，原审判决认定的事实清楚，证据确凿，对刘振杰、赵玉斌以非法经营罪定罪正确，量刑适当，但对刘振杰以伪造国家机关公文证件罪与非法经营罪实行并

罚属于适用法律不当,予以纠正。对孙海涛、张军量刑偏重,亦予纠正。在案扣押的北京峻峰电子工程公司的部分款项与犯罪无关,依法应予发还。

北京市高级人民法院根据《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第二百二十五条第(三)项、第二十五条第一款、第五十六条第一款、第五十九条、第六十七条第一款、第六十八条第一款、第六十一条、第六十四条和《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(一)项、第(二)项的规定,于1999年3月15日判决如下:

1. 被告人刘振杰犯非法经营罪,判处有期徒刑14年,剥夺政治权利2年,没收全部财产;

2. 被告人赵玉斌犯非法经营罪,判处有期徒刑10年,剥夺政治权利2年,没收全部财产;

3. 被告人孙海涛犯非法经营罪,判处有期徒刑11年,剥夺政治权利2年,没收全部财产;

4. 被告人张军犯非法经营罪,判处有期徒刑5年,剥夺政治权利2年,没收全部财产。

5. 扣押在案的款物,发还北京峻峰电子工程公司人民币418604.39元,其余在案扣押的款物依据北京市第一中级法院(1998)一中刑初字第1276号刑事判决所附清单予以没收,上缴国库,不足部分继续予以追缴或者责令退赔。

二、主要问题

倒卖骗购的外汇额度的行为如何定罪?

三、裁判理由

(一) 国家外汇管理制度的变迁

建国以来,为了消除国际金融市场汇率动荡对我国经济发展的不利影响,巩固人民币的统一市场,保证国内金融物价的稳定,保证国家外汇收支的平衡,我国一直实行较严格的外汇管理制度,对单位和个人的外汇收入、支出、使用、转移等活动进行监督和管

理。为此，我国曾一度实行外汇额度制度，即境内一切中外机构的外汇收入都必须卖给中国银行（法律另有规定或经过外汇管理机关批准者除外）。国家为了鼓励单位、企业出口创汇的积极性，在这些单位把他们出口创收的外汇卖给国家银行时，允许根据创汇额的多少，按一定比例留下部分外汇给他们使用。由于真实的外汇已在单位出口创汇后卖给银行了，因此这部分留成的外汇只是表现为一个根据创汇额计算出来的、可使用外汇的额度指标。当出口单位、企业需要使用留成外汇时，在此额度的范围内，再按外汇牌价向银行交付人民币买出外汇。这种外汇额度帐户在外汇管理部门开立，申请开立外汇额度帐户的单位，根据不同对象需分别提供有关批件和有关材料，并填写“国家外汇管理局外汇额度开户申请书”一式两份。

随着改革开放的深入发展，1994 年我国取消了外汇额度制度。1996 年以后，用汇单位根据规定，持相关证明随时可以直接到银行购买外汇。长期以来，我国实行的是较严格的外汇管理制度。在这种制度下，我国只存在一个全国统一制定的汇率和由中国银行统一经营的官方的外汇市场即国家外汇调剂中心。

1998 年 10 月 25 日中国人民银行、国家外汇管理局发布《关于停办外汇调剂业务的通知》，国家外汇调剂中心更名为中国外汇交易中心。中国外汇交易中心共设 36 家分中心，其业务范围也由原来办理所有外汇交易手续变成了只办理金融机构之间的外汇交易手续，一般单位的外汇交易改由银行办理，纳入银行结售汇体系。外汇交易分中心的设置数量也较过去各地外汇调剂中心的数量大为减少。但不论过去还是现在，买卖调剂外汇都必须在国家指定的交易场所进行，国家严禁在此之外进行任何外汇非法交易，以防止外汇投机。

1987 年至 1992 年，本案被告人刘振杰曾在中国银行营业部汇出款处汇出科工作，期间与中国福利进出口公司进口部业务员

孙明（已判处无期徒刑）相识，后被告人刘振杰在为孙明办理调汇业务中，发现孙明系用假印章、假手续套取外汇。1992年7月，刘振杰调离中国银行到中国惠通（集团）公司任财务人员，在惠通公司从事调汇业务，刘振杰遂起意按孙明使用过的方法非法调汇。1992年9月，刘振杰离开惠通公司后私刻了“中国惠通（集团）总公司财务章”与“国家外汇管理局中央外汇业务中心用汇审批专用章（二号）”及“刘凤坤”、“陈友清”的私人名章，用自己购买的外汇额度申请书、支付书，伪造、变造惠通公司的外汇用汇额度支付书、申请书，开始以惠通公司名义，骗购外汇额度，非法牟利。

（二）罪名的确定

本案发生在1992年至1993年间，公安机关于1993年将被告人羁押，检察机关于1998年起诉，法院经一审、二审，于1999年结案。期间历时6年，相关法律已作了修改：

1979年刑法第一百一十七条规定了投机倒把罪，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处、单处罚金或者没收财产。第一百一十八条规定，以走私、投机倒把为常业的，走私、投机倒把数额巨大的或者走私、投机倒把集团的首要分子，处三年以上十年以下有期徒刑，可以并处没收财产。

全国人大常委会1982年3月8日《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条第一款第一项规定，对1979年刑法第一百一十八条投机倒把罪的法定刑修改为：情节特别严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产。

1997年刑法对投机倒把罪作了解构，非法经营罪即是分解后的一个罪名。刑法第二百二十五条规定：

“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：