

案例评析系列

中国刑法典型案例研究

STUDY ON TYPICAL CRIMINAL
CASES IN CHINA



第三卷

破坏市场经济秩序犯罪

学术顾问 / 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植

主编 / 赵秉志



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

京师刑事法文库

③③

D924.05/58

:3

2008

中国刑法典型案例研究

STUDY ON TYPICAL CRIMINAL
CASES IN CHINA



第三卷

破坏市场经济秩序犯罪

学术顾问 / 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植

主 编 / 赵秉志

副主编 / 刘志伟

撰稿人 (按姓名音序排序)

郭 健 黄俊平 刘 科 吴 丹 周洪波 周建军



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法典型案例研究. 第三卷·破坏市场经济秩序犯罪/赵秉志主编. —北京: 北京大学出版社, 2008. 1

(案例评析系列)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13268 - 5

I. 中… II. 赵… III. 刑法 - 案例 - 研究 - 中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 197008 号

书 名: 中国刑法典型案例研究(第三卷)·破坏市场经济秩序犯罪

著作责任者: 赵秉志 主编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13268 - 5/D · 1949

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 25.75 印张 417 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

学术顾问

- 高铭喧 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘顾问教授、博士生导师，中国人民大学荣誉教授，中国法学会刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席
- 马克昌 武汉大学资深教授、博士生导师，北京师范大学刑事法律科学研究院特聘顾问教授，中国法学会刑法学研究会名誉会长
- 王作富 北京师范大学刑事法律科学研究院特聘顾问教授，中国人民大学荣誉教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会顾问
- 储槐植 北京师范大学刑事法律科学研究院特聘顾问教授、博士生导师，北京大学法学院教授，中国法学会刑法学研究会顾问

编审委员会

主任

- 赵秉志 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会常务副主席

委员

- 卢建平 北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会常务理事，中国法学会犯罪学研究会副会长，国际刑法学协会副秘书长暨中国分会秘书长
- 李希慧 北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所所长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会秘书长，北京市崇文区人民检察院副检察长
- 张智辉 最高人民检察院检察理论研究所所长、研究员，法学博士，天津市人民检察院常务副检察长，中国法学会刑法学研究会常务理事，北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授、博士生导师
- 胡云腾 最高人民法院研究室副主任、应用法学研究所所长，法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授、博士生导师
- 张远煌 北京师范大学刑事法律科学研究院犯罪学与刑事政策研究所所长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会犯罪学研究会常务理事
- 李汉军 北京师范大学法学院刑法教研中心主任、教授、法学博士，中国法学会犯罪学研究会理事
- 刘志伟 北京师范大学刑事法律科学研究院院长助理、中国刑法研究所副所长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会副秘书长
- 王秀梅 北京师范大学刑事法律科学研究院院长助理、国际刑法研究所副所长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会副秘书长
- 王志祥 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、法学博士
- 于志刚 中国政法大学刑事司法学院教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事，北京市顺义区人民检察院副检察长

编写说明

判例的功能与作用是显而易见的,在习惯法向成文法的发展过程中,判例起到了经验总结的作用;在成文法的发展与完善过程中,现实判例的出现往往是法律改革的起因和前奏。现今的我国,虽然并不实行判例制度,但典型案例的选编、发布与研究,对指导司法,乃至完善立法也发挥着极为重要的作用。为此,我国有关司法机关非常重视典型案例的选编和发布,早在1983年,最高人民法院就开始以各种形式发布案例。目前,除了最高人民法院通过《最高人民法院公报》选编和发布一些典型案例之外,最高人民法院、最高人民检察院乃至诸多地方的司法机关还有计划地定期选编一些具有参考性、借鉴性、示范性的案例并进行一定的解释或评析,如最高人民法院刑一庭和刑二庭定期编辑的《刑事审判参考》、最高人民检察院公诉厅定期编辑的《刑事司法指南》、最高人民检察院研究室定期编辑的《典型疑难案例评析》等。刑法理论界近年来也积极开展对案例的整理和研究,至今已编撰、出版案例研究的著作数十部。毋庸讳言,各级司法机关和刑法理论界对刑法案例的选编、研究,对于科学理解和适用刑法、提升司法质量乃至促进立法完善发挥了极其重要的作用。但是,客观而言,已有的案例研究成果也存在诸多不尽如人意之处:或者案例选编不具有典型性、疑难性,或者案例内容介绍不全面、不规范,或者理论解析不是过于简单、浅显,就是过于散乱而缺乏针对性,或者缺乏对案例研究结论的概括和提炼,等等。显然,这些不足在一定程度上妨碍了案例研究成果对司法实践的参考、借鉴、指导作用的充分发挥。

基于以上考虑,经过充分的准备,我们决定组织一批具有较高理论水平和司法实务经验的中青年刑法学者编写一套能够涵盖刑法分则中规定的主要罪名、反映司法实践中主要疑难问题的案例研究著作。经过一年多的努力,终于完成了这套名为《中国刑法典型案例研究》的五卷本著作。

在本书中,我们力图体现如下特点:第一,案例选取真实、典型、疑难,使案例研究的成果在实践中具有可参照性;第二,案情介绍与裁判结论全面、准确,使读者能够充分地把握案件的特点和关键问题;第三,理论评析精当、深入、有针对性,实现理论与案例分析的妥当结合;第四,案例研究结论概括准确、简明,方便对司法实践发挥例

示和借鉴作用。此外,为了方便读者了解和研究,本书还在每个问题之后设立相关链接,收录了与该问题相关的法律、法规、司法解释与指导性意见、参考案例。

需要说明的是,本书选取的案例基本上来自已经公开出版的案例研究书籍和法律专业网站,特向整理案例资料的原作者与相关的出版机构、网站表示崇高的敬意和诚挚的感谢!

北京大学出版社及蒋浩先生、苏燕英女士与各位责任编辑等同仁,从本书的策划到编辑、出版,付出了大量的心血和劳动,在此一并表示衷心的感谢!

赵秉志

2007年12月于北京师范大学刑事法律科学研究院

目 录

1. 如何区分走私普通货物、物品罪中单位犯罪与自然人犯罪的界限？
——曹毅走私普通货物、物品案 (1)
2. 走私珍贵动物制品罪中的对象是否包括非野生的濒危动物制品？
——李细牛、文善启、依光走私珍贵动物制品，非法收购、运输、
出售珍贵濒危野生动物制品案 (8)
3. 如何处理走私珍贵动物制品罪中的认识错误问题？
——比恰亚戈隆、敏巴哈都加利、李昌权等走私毒品案 (14)
4. 对单位走私罪中的直接负责的主管人员和直接责任人员如何认定与处罚？
——肇庆市肇港客运合营有限公司、伍卓良、甘启源等走私普通物品案 (22)
5. 公司总经理全权办理工商登记时虚报注册资金的行为如何定性？
——余侠虚报注册资本案 (28)
6. 如何认定提供虚假财会报告罪中的直接责任人员？
——董博等提供虚假财务会计报告案 (34)
7. 国有公司劳务人员“监守自盗”，从中收取货款的行为如何定性？
——付玲公司、企业人员受贿罪案 (43)
8. 筹建中的企业工作人员索取、收受贿赂的行为如何定性？
——杨志华企业人员受贿案 (50)
9. 企业内部清算期间擅自处置公司库存资产的行为如何定性？
——沈卫国等挪用资金、妨害清算案 (54)
10. 销售汽车时收受的对价为伪造的汇票之行为如何定性？
——陈国强签订、履行合同失职被骗案 (60)

11. 合资公司营业部副部长以家人名义成立公司并销售任职公司产品
产品的行为如何定性?
——杨文康非法经营同类营业案 (64)
12. 如何认定伪造货币罪的既遂与未遂?
——唐方俊等伪造货币案 (69)
13. 未制止他人购买假币并事后使用的,是否构成共同犯罪?
——姜长远购买假币案 (76)
14. 如何区分购买假币罪与持有假币罪的界限?
——黄世国持有假币案 (80)
15. 侦查陷阱下出售假币的行为如何定性?
——梁盛进、丁玉娥出售假币案 (84)
16. 贩运伪造的国家货币罪是否需以营利为目的?
——张继全贩运伪造的货币案 (89)
17. 代购假币未牟利的行为如何定性?
——蔡少群等出售、购买假币案 (93)
18. 用假币充抵欠款如何定性?
——吴振兴等出售、持有、使用假币案 (97)
19. 刚开始使用假币就被抓获的行为如何定性?
——叶杰俊持有假币案 (100)
20. 如何区分擅自设立金融机构罪与非法吸收公众存款罪的界限?
——李晓光擅自设立金融机构案 (102)
21. 如何理解非法吸收公众存款罪的对象范围?
——龙港镇池浦村村委会、赵典飞等非法吸收公众存款案 (107)
22. 如何理解非法吸收公众存款罪的客观行为与主观罪过内容?
——张敦恩等非法吸收公众存款案 (111)
23. 帮他人窃取客户信用卡内信息的行为如何定性?
——王群涛等伪造金融票证案 (115)
24. 如何认定内幕交易罪的主体?
——叶环保等内幕交易、泄露内幕信息案 (122)

25. 如何理解编造并传播证券、期货交易虚假信息罪与操纵证券交易价格罪的区别?
——李定兴编造并传播证券交易虚假信息案 (128)
26. 如何认定操纵证券交易价格的行为及其目的?
——赵喆操纵证券交易价格案 (134)
27. 如何认定用账外客户资金非法拆借罪的主观要件?
——张海燕等用账外客户资金非法拆借案 (140)
28. 如何区分非法出具金融票证罪与非罪的界限?
——莫京等信用证诈骗、黄永刚非法出具金融票证宣告无罪案 (148)
29. 如何认定刑法施行以前假冒他人身份使用伪造的票据诈骗的行为?
——董澄宙票据诈骗案 (153)
30. 窃取储户资料制作储蓄卡取款是否构成金融凭证诈骗罪?
——马球等金融凭证诈骗案 (164)
31. 如何认定使用变造的金融凭证进行诈骗的行为?
——曹娅莎、刘锦祥金融凭证诈骗案 (171)
32. 模拟证券交易骗取股民资金能否构成集资诈骗罪?
——李文等集资诈骗、虚假出资案 (178)
33. 骗取贷款是否一定成立贷款诈骗罪?
——张福顺被控贷款诈骗宣告无罪案 (189)
34. 使用虚假的产权证明作担保贷款的行为是贷款诈骗还是合同诈骗?
——陈玉泉、邹臻荣贷款诈骗案 (197)
35. 如何认定单位名义下的信用卡恶意透支诈骗?
——羊蕊信用卡诈骗案 (205)
36. 伪造银行债券骗取银行资金是否构成有价证券诈骗罪?
——涂序接、李贵仔有价证券诈骗案 (214)
37. 单位事后投保是否构成保险诈骗罪?
——某航运营业部等保险诈骗案 (222)
38. 设置两套账,少缴税款的行为如何定性?
——张乐常犯偷税罪上诉案 (232)

39. 福利企业发包部分资产收取管理费并享受国家减免税优惠的行为如何定性?
——沁阳市三亚玻璃钢厂、张杜娟、勒悦军偷税案 (241)
40. 对抗税务人员乱征税的行为如何定性?
——赵源抗税宣告无罪案 (251)
41. 让他人为自己代开增值税专用发票的行为如何定性?
——于国胜虚开增值税专用发票案 (259)
42. 虚开增值税专用发票而以此骗取国家出口退税款的行为如何定性?
——蔡伟廷骗取出口退税案 (266)
43. 既为他人虚开运输发票又为自己购买运输发票进行虚假纳税申报如何处理?
——上海航通船务有限公司、宝山民建线路管道安装队、唐熠、黄新祥虚开抵扣税款发票、偷税案 (274)
44. 如何认定假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪与生产、销售伪劣产品罪的罪数形态?
——黄味金等假冒注册商标案 (279)
45. 如何认定假冒注册商标罪、非法经营罪的罪数形态?
——郭嵘非法经营、假冒注册商标案 (286)
46. 如何认定假冒注册商标罪中的非法经营数额?
——张万平等假冒注册商标案 (291)
47. 如何认定非法制造注册商标标识罪中的“他人”?
——张弘伪造国家机关印章案、非法制造注册商标标识案 (295)
48. 非法实施他人专利的行为是否属于假冒专利罪的行为方式?
——周小波假冒专利案 (299)
49. 如何认定侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪的罪数形态?
——葛权卫侵犯著作权案 (307)
50. 如何选择销售侵权复制品罪与非法经营罪竞合时的法律适用原则?
——顾然地等人非法经营案 (311)
51. 如何认定侵犯著作权罪中的定罪情节?
——湖南大学财税远程教育中心等侵犯著作权案 (317)
52. 如何认定侵犯著作权罪中的非法经营数额?
——李渭渭等侵犯著作权案 (325)

53. 如何理解侵犯著作权罪中“违法所得数额”的含义？
——王红星、赵坤侵犯著作权案 …………… (328)
54. 如何认定侵犯商业秘密罪中的“商业秘密”？
——马长根、马国庆、李国钢、袁永林侵犯商业秘密案 …………… (332)
55. 技术信息是否属于侵犯商业秘密罪中的商业秘密？
——方顺龙、林耀章、向小祥、黄应中、李启兵、李如润侵犯商业秘密案 …… (341)
56. 如何认定侵犯商业秘密罪中的“重大经济损失”？
——朱家辉等侵犯商业秘密案 …………… (347)
57. 非直接投标人以暴力威胁利诱等手段串标勒索的行为如何定性？
——徐淑华等串通投标案 …………… (352)
58. 如何认定合同诈骗与经济合同纠纷的界限及与合同欺诈行为的区别？
——李庆吉合同诈骗案 …………… (357)
59. 预付小额合同押金并在得到对方预付货款后没能履行经济合同的行为如何定性？
——廖国万被控合同诈骗宣告无罪案 …………… (362)
60. 通过电话诈骗对方供货的行为如何定性？
——卞光斗等合同诈骗案 …………… (366)
61. 骗取他人巨款经营国家限制流通棉花的行为如何定性？
——于军非法经营案 …………… (372)
62. 采用传销手段为单位进行非法集资的行为如何定性？
——王大江非法经营案 …………… (378)
63. 非法印制、销售法轮功类书籍的行为如何定性？
——覃皿等非法经营案 …………… (381)
64. 伪造假邮票冒充真邮票进行销售的行为如何定性？
——何超等伪造有价票证案 …………… (385)
65. 为使对方交付合同定金而施以暴力、抢劫的行为如何定性？
——吴建林强迫交易案 …………… (388)
66. 将审计验证核定书盖章后的复印件交给委托方的行为如何定性？
——张昌祥等被控中介组织人员出具证明文件重大失实宣告无罪案 …… (392)
- 索引 …………… (396)

1. 如何区分走私普通货物、物品罪中单位 犯罪与自然人犯罪的界限？ ——曹毅走私普通货物、物品案^①

【案情介绍】

被告人：曹毅，中国天诚（集团）总公司（以下简称总公司）和北京中海贸海峡经贸公司为出资人。

1996年7月，被告人曹毅以中国天诚（集团）总公司（以下简称总公司）和北京中海贸海峡经贸公司为出资人，以注册资本1000万元向天津市工商行政管理局申请设立中天诚（天津）五金矿产有限公司（以下简称天诚公司），同年7月6日获发营业执照。1997年1月27日，天诚公司与澳大利亚BHP铁矿有限公司（以下简称BHP公司）签订两份一般贸易合同，其中MNM-9718号合同约定进口铁矿粉120万吨，MNM-9719号合同约定进口铁矿块30万吨。同年6月11日，天诚公司与澳大利亚哈默斯利炼铁有限公司（以下简称HI公司）签订编号为CTC-9701L的一般贸易合同，进口铁矿块30万吨。天诚公司签订上述合同后，以经营进口澳矿为由向总公司提请担保以开立信用证，获总公司批准。后被告人曹毅持上述合同及总公司为天诚公司出具的四份不可撤销还款担保函，以天诚公司及天津双龙矿业发展有限公司（以下简称双龙公司）的名义向中国银行天津市分行（以下简称天津中行）申请开立了4份不可撤销的即期信用证，执行一般贸易合同付款。1997年5月至1998年2月间，BHP公司及HI公司按前述一般贸易合同先后提供澳矿共计608059吨并陆续运抵国内相关港口。天诚公司采用隐瞒一般贸易真相，伪签来料加工合同的手段，骗取来料加工手册，并将到港澳矿中的58万余吨逃避海关监管，以来料加工贸易方式报关进口，偷逃应缴税额共计人民币19381246.63元。

江苏省南京市中级人民法院经审理认为：天诚公司伪报进口货物贸易性质，逃避海关监管，偷逃巨额应缴税款，情节特别严重，被告人曹毅作为天诚公司的主管人员，其行为构成走私普通货物、物品罪。江苏省南京市人民检察院指控被告人曹毅犯走私普通货物、物品罪，事实清楚，定性准确；但指控被告人曹毅犯走私普通货物、物品罪为

^① (2001)苏刑二终字第170号。案例选自中国法院网，<http://www.chinacourt.org/html/article/200310/20/86064.shtml>。

个人犯罪不当。被告人曹毅是以天诚公司名义对外签订合同,并由总公司担保开立信用证进行贸易活动,现有证据不能证实走私的利益归属于曹毅个人,应认定为天诚公司单位犯罪。辩护人关于本案的行为主体是单位的辩护意见予以采纳。天诚公司及被告人曹毅为逃避海关监管,隐瞒一般贸易的事实,采用伪报来料加工贸易方式,偷逃海关税款的行为,符合走私普通货物、物品罪的犯罪构成,进口的澳矿是否在国内销售不影响其犯罪性质。被告人曹毅及其辩护人关于走私故意不明确的意见不能成立。依照《中华人民共和国刑法》第12条、第153条及第2条之规定,对被告人曹毅以犯走私普通货物、物品罪判处有期徒刑15年。^①宣判后,公诉机关未提出抗诉。被告人曹毅不服,提出上诉。江苏省高级人民法院经审理,依法裁定驳回上诉,维持原判。

【法理分析】

处理本案涉及的主要问题在于:如何区分单位犯罪与自然人犯罪的界限?

刑法中的犯罪主体是指实施危害社会的行为,依法应当负刑事责任的自然人和单位。^②可见,刑法中的犯罪主体有着这样共同的要件:一是实施了危害社会的行为,二是应当负刑事责任。因此,犯罪主体有着这样两层隐含的意思:一是犯罪主体必须具备一定的资格;二是其实施的违法行为被确认为符合犯罪构成并需要承担刑事责任。能否成为犯罪主体,首要的是考察其资格。就自然人而言,其必须具备一定的刑事责任能力,只有这样才能具备成为犯罪主体的资格。与刑事责任能力相关的因素包括年龄和精神状况,我国刑法以这两个因素作为行为人是否具备犯罪主体资格的判断因素。但是,对于单位应该以什么作为判断其是否具有犯罪主体资格的因素呢?根据犯罪主体所有的共性,并以自然人的刑事责任能力为蓝本,我们也应当把刑事责任能力扩展到单位中,并把它作为判断单位是否能成为犯罪主体的资格。根据《刑法》第30条规定:公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。根据《刑法》第151条、第152条、第153条的规定,单位可因走私行为定罪处罚。

一、单位犯罪的认定

笔者认为,认定单位犯罪,必须同时具备如下几个条件:

1. 单位犯罪中的“单位”必须符合刑法规定的五种单位形式,即公司、企业、事业单位、机关、团体。如果涉案单位形式不在这五种之中,自然不符合罪刑法定的要求。这里的单位既包括具有法人资格的单位,也包括不具有法人资格的单位。^③借鉴《民法

^① 本案属单位犯罪,但是对单位没有处罚,原因不知。

^② 高铭暄、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第87页。

^③ 参见最高人民法院于1999年6月18日通过的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》

通则》有关法人的规定,笔者认为,成立单位走私犯罪的主体必须具有下列特征:①单位必须依法设立、合法存在,即具有合法性。非法设立的单位,或者单位在未经合法批准成立之前,或者单位在经合法撤销、解散之后实施犯罪的,不以单位犯罪论处。②单位必须是具有一定组织结构形式的组织,即具有组织性。③单位必须是能够独立承担法律责任的组织,即具有独立性。④单位必须有独立的财产。本案中天诚公司为依法成立,具有一定组织性,能够独立承担责任的公司,自然可以成为单位走私犯罪的主体。

2. 必须满足单位犯罪的主观方面特征。单位犯罪的主观方面要件是指犯罪单位对于犯罪的主观心理状态。单位犯罪在一般情况下,应该是故意犯罪,是有意识、有目的的活动^①,过失不能构成单位走私犯罪应是我国刑法理论在走私罪主观方面的共识。单位虽然其并不具有自然人所具有的生物上的意识能力和控制能力,但是单位可以根据其单位中的机关和成员活动来形成单位的意思,也就是说,单位中的机关和成员的意思可以上升到单位意思。一般认为只有决策机关或决策性的人员的罪过才能上升为单位罪过。单位走私犯罪与自然人走私犯罪一样,主观上都应具备犯罪故意。其区别在于单位走私犯罪的主观故意是一种集体意志的体现,而自然人走私犯罪的故意是一种个人意志的体现。这是因为单位作为一个法律上拟制的“人”,其本身无法思维,其意志必须通过组成单位的个人予以体现。在这里必须强调走私犯罪意志的整体性,是以单位名义实施的,即单位走私犯罪是经单位集体研究决定或由负责人决定的。由此体现的才是单位的集体意志,即单位整体的罪过。本案中被告人曹毅作为天诚公司的主管人员,其主观意志可以表现为单位意志。

3. 利益归属的团体性,即违法所得实际归属于单位。实践中,单位中的个别成员通过集体决定或者决策实施犯罪行为,最终为个人牟利。这些人的主观罪过并不能转化为单位的罪过。因为,他们最终的意思并不符合单位自身的目标,而是对单位利益的一种侵害。应当注意到,为单位牟利是否是单位犯罪罪过中所包含的内容。如果单位成员的意思中包含有为单位牟利的情况,其意思当然与单位自身的目标在某种程度上存在着共同点,可以上升为单位意思。那么,对于不为单位牟取利益的情况,只是为了个人牟取利益的,其并不符合单位自身的目标,所以不能转化为单位意思。笔者认为,单位犯罪的主观罪过中并不包含有“为单位牟利的目的”,单位是独立于单位中的自然人的一种独立的主体,单位成员的意思与单位的意思仍然是相互独立的。单位的意思来源于单位成员,但是其自身对意思的形成有着一定的制约。“为单位牟利的目的”只是单位成员的一种目的,但是并不能当然地成为单位犯罪的目的。例如,实践中的单位非法出租、出售枪支罪并没有要求以牟利为目的,但是,并不否认单位成员会有

^① 在学术界,一般认为过失也可能构成单位犯罪。

此目的。把“为单位牟利的目的”作为单位故意的必要要件,是没有看到单位成员意思与单位意思之间的区别。

单位走私犯罪非法利益归单位所有,这是认定单位走私犯罪的实质条件。如果仅仅盗用单位名义实施走私犯罪、违法所得由实施犯罪的个人私分的,则按照自然人犯罪的规定处理。有些个人通过挂靠单位进行营业,以该单位的名义,借用其进出口经营权,使用该单位的印章或账号等进行营业活动。对这种个人挂靠单位进行的走私活动,根据《对外贸易经济合作部、国家税务总局关于重申规范进出口企业经营行为严禁各种借权经营和挂靠经营的通知》([2000]外经贸发展发第450号文)和《财政部、国家工商行政管理局、国家经济贸易委员会、国家税务总局关于印发〈清理甄别“挂靠”集体企业工作的意见〉的通知》(财清字[1999]9号文)等多个文件规定内容,认定挂靠单位是一种违法行为,个人挂靠单位所进行的走私活动实际上是盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分,属于自然人走私犯罪。本案中被告人曹毅是以天诚公司名义对外签订合同,并由总公司担保开立信用证进行贸易活动,在现有证据不能证实走私的利益归属于曹毅个人的情况下,应认定天诚公司为单位犯罪。

二、单位走私犯罪中自然人主体的认定

单位犯罪中的自然人主体是直接负责的主管人员和其他直接责任人员(下统称为责任人员)。所谓直接负责的主管人员,是指在单位犯罪中起组织、策划、指挥、决策作用的人员,一般是单位负责人员,如厂长、法定代表人、主管负责人等。在认定直接负责的主管人员时,一方面应当根据法律规定或公司章程来认定究竟属于谁的职责权限,另一方面根据犯罪单位运行的实际情况。审判实践中,经常遇到的问题是,单位第一负责人(如厂长、董事长、实际控制人)只是概括地知道走私事情,并对该走私行为默许或纵容,是否应承担刑事责任。笔者认为,应追究其刑事责任,其情形属于刑法中的间接故意情形,应当负刑事责任。而不是像有学者所论述的将走私行为分为“大小”,单位第一负责人默许或纵容“小的走私行为”不追究刑事责任,单位第一负责人默许或纵容“大的走私行为”追究刑事责任。所谓其他直接责任人员,是指在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员,亦即是将单位犯罪的意志付诸实施的人员,既可以是单位的经营管理人员,也可以是单位的职工,包括聘任、雇佣的人员。应当注意的是,对于受单位领导指派或奉命而参与实施了一定走私犯罪行为的人员,如果本身对于走私犯罪行为并不明知,一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。认定直接责任人员,应当符合下列两个条件:① 必须亲自实施了单位犯罪的具体行为;② 对自己所实施的单位犯罪行为主观上明知。这两个条件必须同时具备,缺一不可。在审判实践中,由于犯罪单位走私时间长、次数多,参与走私的部门和人员非常广泛,整个部门甚至整个公司的人员都不同程度地参与,这就给直接责任人员的认定带来了“两难”。对追究责任的人员范围,如果认定过窄,不利于打击犯罪;如果认定过宽,又不利于社会

稳定。^①对此,笔者认为应作如下处理:原则上只追究积极实施走私犯罪的直接责任人员,对于一般经手人如业务员、办公室文员、财务人员等,除非其在单位犯罪中的犯意明确、行为积极、作用重大,否则不追究其刑事责任。本案中被告人曹毅持上述合同及总公司为天诚公司出具的四份不可撤销还款担保函,以天诚公司及双龙公司的名义向天津中行申请开立了4份不可撤销的即期信用证,执行一般贸易合同付款。1997年5月至1998年2月间,BHP公司及HI公司按前述一般贸易合同先后提供澳矿共计608059吨并陆续运抵国内相关港口。天诚公司采用隐瞒一般贸易真相,伪签来料加工合同的手段,骗取来料加工手册,并将到港澳矿中的58万余吨逃避海关监管,以来料加工贸易方式报关进口,偷逃应缴税额共计人民币19381246.63元。整个过程中被告人自始至终参与并明知,因此,被告人曹毅是直接负责的主管人员。

【结 论】

区分是单位犯罪还是自然人犯罪一般考虑以下三方面:

1. 涉案单位必须属于刑法中的公司、企业、事业单位、机关、团体。
2. 行为必须体现单位意志。
3. 违法所得必须归单位所有。

以上三方面缺一不可,必须同时具备。

【相关链接】

相关的法律、法规

中华人民共和国刑法

第三十条 公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。

第一百五十三条 走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:

(一)走私货物、物品偷逃应缴税额在五十万元以上的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产;情节特别严重的,依照本法第一百五十一条第四款的规定处罚。

(二)走私货物、物品偷逃应缴税额在十五万元以上不满五十万元的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

(三)走私货物、物品偷逃应缴税额在五万元以上不满十五万元的,处三年以下有

^① 徐留成:《论走私犯罪案件中身份犯的认识》,载《河南师范大学学报》,2006年第1期,第23页。

期徒刑或者拘役,并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。

单位犯前款罪的,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,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑。

对多次走私未经处理的,按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚。

相关的司法解释与指导性意见

最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释(1999年6月18日最高人民法院审判委员会第1069次会议通过)(法释[1999]14号)

为依法惩治单位犯罪活动,根据刑法的有关规定,现对审理单位犯罪案件具体应用法律的有关问题解释如下:

第一条 刑法第三十条规定的“公司、企业、事业单位”,既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位,也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。

第二条 个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。

第三条 盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。

最高人民法院关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复(已于2000年9月28日由最高人民法院审判委员会第1132次会议通过。法释[2000]31号,自2000年10月10日起施行)

湖北省高级人民法院:

你院鄂高法[1999]374号《关于单位犯信用证诈骗罪案件中对其“直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”是否划分主从犯问题的请示》收悉。经研究,答复如下:

在审理单位故意犯罪案件时,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,可不区分主犯、从犯,按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。

最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于印发《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》的通知(2002年7月8日法[2002]139号)

十八、关于单位走私犯罪及其直接负责的主管人员和直接责任人员的认定问题
具备下列特征的,可以认定为单位走私犯罪:(1)以单位的名义实施走私犯罪,即由单位集体研究决定,或者由单位的负责人或者被授权的其他人员决定、同意;(2)为单位谋取不正当利益或者违法所得大部分归单位所有。

依照《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第二条的规定,个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者