卖空、转手承包等投机倒把行为同以虚假的合同、代买代卖为手段而骗取公私财物行为的界限，由于忽视了这两种行为的本质区别，只从它们的形式上去看，因而常常区别不清。应当看到，在投机倒把罪的行为中，那种“买空卖空、转手承包、偷工减料、掺杂使假、以假充真”等等行为本身都含有欺骗的内容，但都是以实际存在的“工商业交易”为前提的。这与诈骗罪的以不存在的虚假事实为前提而进行欺骗诈取是不一样的。前者的欺骗是以实物来欺骗的，不论其物是假的，还是半真半假的，总还有其物在；而后者则是虚构事实，给人以假相，使人信以为真，而达到骗取钱财的目的。这是区别两种犯罪的关键。举一案例说明，被告人李××伪造了某对外出口贸易公司的介绍信后，持信到某容器厂谎称该公司与外国公司签订了啤酒、矿泉水出口业务合同，要求该厂予以协助，为其提供啤酒容器桶十万只。后又伪造了一个香港某公司委托加工啤酒桶十万只的协议书。由于该容器厂无生产能力，由被告人李××与该厂负责人转包给七十三个单位，并签订了买空卖空合同八十一份，合同总金额达二千五百余万元，骗收材料予付款一百三十三万八千余元。对李××的行为是按投机倒把罪处理还是按诈骗罪处理，有不同意见。有的认为，被告以国家和集体名义，代订合同，买空卖空，属于投机倒把行为，而投机倒把罪本身就包含有诈骗的内容，本案是以投机倒把为主，应以投机倒把罪论处。这种见解是难于成立的。被告人李××虽有买空卖空，转包渔利的行为，但这些都是虚假的，所谓转手加工承包啤酒桶的业务是根本不存在的，这些只是他实施诈骗罪所采取的欺骗手段，其行为完全符合诈骗罪的构成要件，应以诈骗罪论处，不应定投机倒把罪。

论走私罪

金子桐

一

走私，国际上的一般含义是指以牟取非法利润或暴利为目的，违反一国的海关法规，逃避它对外贸易的管理或垄断，非法运输货物、货币和其他物品进出国境的行为。它是一种国际性社会现象，是由于国家间商品差价的存在及各主权国家实行对外贸易管制而发生的。因为各国或各地区之间只要存在着商品差价，一些不法商人就会不顾本国或他国的主权，逃避其对外贸易管制，千方百计地将价贱地区的商品，偷运进出国境，到高价地区或国家内出售牟利。因此，走私行为损害各国主权，冲击其民族经济，危害很大。各国法律都予明文禁止，对其危害严重者，还要作为犯罪予以惩罚。

海关是一个国家的经济大门，负有查禁走私的重任。可是在旧中国，这座大门却长期被帝国主义者所控制。那个时候，他们往往与国内封建官僚买办相勾结，大量外货倾销我市场，又掠夺大量廉价原料外运。致使我民族经济长期遭受掠夺和摧残，工商凋敝，民不聊生。海关完全失去了保护国家利益的作用。此情此景，从旧社会过来的人，至今还记忆犹新。解放后，中国人民成了国家的主人，海关从此完全掌握在人民手中。此后，党和政府就海关制度、

对外贸易管制等方面颁发了一系列政策法令，并严格实行了对外贸易管理，堵住了走私，为把好这座大门，维护国家主权和民族利益，做了大量工作。可是，国外的一些不法商人及国内的新旧剥削分子是不会改变他们伺机图利的阶级本质的。解放以来，我们一直警惕地与时起时伏的走私活动作坚持不懈的斗争。特别是近几年，他们乘我对外开放，对内搞活经济，管理制度没有及时跟上之隙，在我国东南沿海，又掀起大规模的走私活动，把大量滞销和质量低劣的外货偷运进来，又把黄金、银元、珠宝、玉器、贵重药材及珍贵文物等偷运出口，其数量之多，价值之大，涉及范围之广，都是空前的。它破坏我对外贸易管制，扰乱市场管理，损害我工、农、渔业生产，破坏社会主义经济秩序，并在政治上危害我国主权，在思想文化上进行渗透腐蚀，所造成的危害后果，也是卅多年来所仅见的。这实质上是新形势下阶级斗争在经济领域内的重要反映，也是一个危及国家主权、社会主义建设成败的大问题。我们法律工作者面临这场严重斗争，必须坚定地拿起《海关法》、《刑法》这些法律武器。

二

什么是走私罪？依照我国刑法第一一六条及暂行海关法的规定，是指违反海关法规，非法运输、携带或邮寄货物、金银、货币、票据、有价证券以及其他物品进出国境，逃避海关监管，逃套外汇，偷漏关税，从而破坏对外贸易管理、进出口物品管理和关税管理，情节严重的行为。由此可知：(一)走私罪的侵害客体是对外贸易管制，它的内容包括：1、对进出口货物，根据国计民生需求，采取准许、限制或者禁止的许可制度；2、对进出口的非贸易性物品，采取限进、限出、限值、限量的制度，不得超限携带进出国境；3、对金融、外汇实行由国家集中管理、统一经营的制度，禁止自由兑换及套汇、逃汇；4、对进出口货物实行关税保护政策，除部分特许免税的以外，其他必须纳税才允许进出口等四个方面。(二)走私罪的客观方面，必须是违反海关法规，逃避海关监管，情节严重的行为。(三)它的主观方面，是由直接故意构成，以获取非法利润或牟利为目的。如果不具此目的而隐匿不报或者由于携带难以辨认的珍贵文物出口而申报不实的，均非走私行为，更不构成犯罪。以反革命为目的，走私军用物资或逃、套外汇以筹集反革命经费的，则以反革命罪论处。过失行为，例如船主不知情为走私分子运输走私物资；甲某由于乙某的欺骗而为之藏匿走私货物，都没有主观上的共同故意，也不构成走私罪。上述三个主客观方面的特征，缺一就不能构成。也是认定走私行为的罪与非罪及区别于其他罪的重要标志。背此就会造成定性上的错误。

在司法实践中，对走私的定罪上常有许多不同认识。现就下面几个方面，提出粗浅看法：

(一)贩私，应作为走私，还是作为投机倒把？在实践上一直有不同认识。有的认为：贩私，贩卖的是私货，不管被贩到那里，在何人手上，其属私货性质不会改变。因此，任何贩私行为，都应作为走私处理。有的认为：所贩者虽是私货，但只是在国内市场上低买高卖牟利，这是违反市场管理应属投机倒把性质。我们认为这两个罪的性质不同，在侵害客体和客观方面的表现也是不同的。投机倒把罪的侵害客体是国家金融、外汇、金银、物资和工商管理活动。因此，其行为的客观方面，也都表现为违反金融、外汇、金银、物资和工商管理法规，非法从事工商活动，严重扰乱国内市场。而走私罪的侵害客体和客观方面已如前述，是截然不同的。从此来分析贩私行为，就不难得出正确的认识。首先，贩私在国内市场活动，而不是违反海关法规，逃避海关监管，进行进出口的投机买卖。因此，它侵害的显然只是国内的市场管理活动，而不是对外贸易管制。其次，所谓私货的性质未变，这是顺藤摸瓜，查清货

源，以便追根揭出走私犯的问题，决不能因是私货而改变其非法买卖，扰乱市场管理这一行为的违法犯罪性质。所以，从其行为的特征上看，应定投机倒把为妥。当然，这是仅指贩私中的“二道贩子”、“三道贩子”等而言。但是还有两种情况，就不能等量齐观，一种是走私分子在走私得逞以后，由自己直接贩卖，或指挥他人贩卖，或由走私集团的其他成员贩卖等情况，这实际上是走私行为的延续。因为走私者一般必须脱售走私品，方能实现其牟利的目的。这是走私罪的同一目的行为，自然只能作为走私一罪的情节酌情处罚。另一种是有关文件规定作为走私处理的直接贩私行为。这是仅指在沿海沿边地区，非法直接成批收购、贩卖走私进口的货物和物品牟利而言。它的适用范围仅限于在沿海沿边地域，而且是直接从走私分子手中成批收购私货进行贩卖。这实质上是帮助走私者使其私货得以不被抓获而迅速脱售，以实现其牟利目的的行为。从当前的实际情况来看，它的危害性也是很大的。为了有效地与走私犯罪作斗争，有关政策法令上作为走私罪处罚，也是必要的。

当前，由于有关部门对贩私的认识不一致，导致处理上的不同偏向。如一概把它作为投机倒把或走私，就有可能产生某些案件定性不当。同时，工商部门抓获此类案件，一般都作为投机倒把，予以罚没处理了事，而不追查私货之源，则又往往会放纵重大的走私罪犯，于走私斗争不利。故对此应统一认识。以便彼此步调一致地正确处理贩私问题。

（二）走私的情节，在刑法上有两种作用：一种是作为犯罪构成的情节，一种是作为量刑的情节。当然，这两种情节，在定罪量刑上是不能截然分开的，往往既是犯罪构成的情节，也是量刑的情节。但需先作为犯罪情节，认定构成走私犯罪后，才能也作为量刑的情节。如前所述，走私罪是以走私行为情节严重为构成要件。因而其情节严重与否是区分走私行为与走私罪的重要界限。怎样才算情节严重呢？因走私情况复杂，刑法未作列举规定，旨在让审判人员灵活掌握，以利于斗争。对它的认定，除主要考虑走私物品价额和获利数额外，还要考虑它的手段、损害结果及态度等因素，结合时间、地区和具体对象等情况来综合衡量。

走私物品的价额及获利大小是认定走私罪的基本因素。前者是走私者借以获利的手段，后者是它的追求目标。走私物品价额大小及获利多寡，表明犯罪的规模及危害的程度，这对经济走私的定罪量刑，无疑是具有决定意义的，但决非唯一的因素。因为除经济走私以外，还有毒品走私（鸦片、海洛因等的走私）、文化走私（淫书，淫画，黄色磁带、录象等的走私）及政治性走私（如进口物品夹带反动宣传品等等），其可能造成的危害，是不能用经济价额来表明的。有的还要参照时间、地区及物品性质等因素来考察其社会危害，确定情节是否严重。比如：就以五千元走私价额作为构成犯罪的起点而论，这对当前某些沿海地区走私猖獗的情况来说，是偏低了，会打击面过宽。但对东北、西北地区的走私，就不是偏低的问题，也可能是偏高了一点。同样，这个数额对来料加工的走私，也是显然偏低的，因为这类走私都是上万元以至几十万元，不满万数是很少的。但对文化走私，这个数额则又显然偏高了。而几百付裸体扑克牌，几百册淫书、淫画走私进口在国内出售或散布，腐蚀人们的思想，从而诱发强奸犯罪等的危害性却是不能低估的，虽然它的走私价额不会很大，获利也不会很多。所以各个地区根据当地的具体情况酌定一定数额作为构成走私罪的起点，确有一定道理，但不宜绝对化，更不宜全国统一化。还须结合其他因素来认定，才较允当。

走私的犯罪情节，有的属于走私物品的性质严重，如私运毒品、军用品、珍贵文物或其他违禁品等；有的走私手段、方法很严重，如用特制走私设备或专营走私的工具进行走私；也有的对待查私态度恶劣，如检查或扣留走私物品时，以暴力抗拒等；还有属于犯罪人本身

的严重情况，如走私惯犯，走私集团的首要分子，或国家工作人员利用职权大量走私及以单位名义走私等等。这些固然与暂行海关法第一七六条所列的十项重大走私行为相类似或基本相同，但非一定完全等同。在司法实践中，有人却以等同对待，把该条规定的十项重大走私行为，都视为情节严重而予追究刑责，是不恰当的。须知：该法第一七八条明文规定，对十项重大走私行为，只有“其情节重大者”才“移送司法机关究办”，其他只能给以行政处罚。由此可见，重大走私行为与“情节严重”划等号的观点是于法无据的。其实，暂行海关法规定的“其情节重大者”与刑法第一一六条规定的“情节严重”，用词固不尽同，实系同义语。只是两个法律制定有先后，在用字遣词上不同而已。当然也无可否认，重大走私行为在情节上确是比较严重的，但也应看到，每一项重大走私行为的本身，在情节上还有轻重之分。例如走私毒品数量上有多有少；抗拒检查使用暴力也还有程度上的差别，扭打几下没有伤害与造成伤亡后果，情节上差距是很大的。显然，暂行海关法规定要作为犯罪处理的，是指重大走私行为中“情节重大者”而言。因为走私罪在刑法上是空白罪状，是以暂行海关法有关规定为其具体内容的。对海关法规定的“情节重大者”如何正确理解，于认定走私罪至为重要。

三

对走私罪的处罚，按照刑法第一一六条规定，要处“三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处没收财产”。如果以走私为常业的，走私数额巨大的或者走私集团的首要分子，依照刑法第一一八条及全国人大常委《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》的规定，要处“三年以上十年以下有期徒刑，可以并处没收财产”，“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”。

对走私案件的量刑，除依照刑法有关规定外，还须结合外事政策，侨务政策及少数民族政策等对某些具体对象适当作宽严的考虑。下面略谈在司法实践中遇到的几个问题：

（一）对走私罪的量刑情节有二种：一种是法定情节，另一种是酌定情节。如前所述，刑法第一一六条规定的“情节严重”，条文含义十分清楚地表明是犯罪构成的情节。有人不明乎此，把它作为法定从重情节来考虑，显然是不妥当的。须知：走私罪的法定从重情节，只是：1.以走私为常业的；2.走私数额巨大的；3.走私集团的首要分子；4.国家工作人员利用职务犯走私罪的；5.情节特别严重的。但是1、2、3、5四种情况，已予立法加重，规定了较重的法定刑，不能再从重。只有对国家工作人员利用职务犯走私罪的，才是法定刑内的从重，也就是法定从重情节。不论是构成情节，还是法定情节，在量刑上仍包含酌定情节，审判人员仍应在依法规定的量刑幅度内，酌情确定刑罚之轻重。所谓情节特别严重，通常是指对国家主权、社会主义经济和人民利益造成特别重大危害而言。例如：走私物品价额特别巨大，数十万元、数百万元的；走私罪的惯犯、大犯、首要分子销毁罪证，嫁祸他人或者阻挠、打击揭发检举者的；武装掩护走私，伤害我缉私人员的；走私分子为首聚众持械拒捕，或者抢走已被查获的赃物和走私罪犯的；大量或多次走私珍贵文物、武器、毒品或淫秽物品的；国家工作人员或者勾结国家工作人员进行走私给国家和人民造成特别重大损害的，等等。对这些情节特别严重的罪犯，自当处以长期徒刑、无期徒刑直至死刑。

（二）数额问题。走私罪是以获取非法利润或暴利为目的经济犯罪。因此，所称数额，首先是指走私货物、物品的价额，但也包括违法所得，即非法利润或暴利。这两个数额的大小都表示了已经或可能对社会造成危害的程度，都对量刑具有重要意义。但违法所得并不是一

定能够实现和数额绝对确定的，因而在考虑走私数额而量刑时，并不以这两个数额具备为条件，只要有其中之一符合于某项规定就可。两者具备或者缺一，可作为量刑宽严因素加以考虑。

二人以上伙同走私的数额问题，根据共犯的有关规定和刑法理论，按照各个人参与合伙走私的资金、货品的价额或违法所得，及其在犯罪中的作用分别确定刑事责任的轻重。但对走私集团的首要分子，应按集团走私货物、物品总额及其违法所得处罚。

对多次走私，过去未经处理的，如果已经构成犯罪，则按累计走私货物、物品的价额或者违法所得处罚。

（三）当前走私中的严重问题，是某些企事业单位、机关、团体为了本单位的利益，利用自己的特有条件参与走私活动。有的将来料加工、补偿贸易进口的原料及其制成品，未经上级批准和补税，非法在国内销售牟利；有的假借接受外商捐赠为名进口货物，或者内外勾结，将贸易往来的物资，从捐赠渠道进口在国内销售牟利；还有的虽不是直接进行走私，但与走私犯共谋，为他们提供贷款、资金、账号、证明或者提供运输、保管、邮寄或者其他方便，从中获利……，他们往往非法获利甚巨，几万元、几十万元，甚至百余万元，从而使国家或集体遭受巨大损失，危害十分严重。当然，作为企事业单位、机关、团体，在民事关系上讲是法人，只享有民事权利和承担民事义务，不能成为犯罪主体。但这些违法犯罪活动是通过自然人，即法人内的有关人员实施的。根据罪责自负的原则，就应由行为人负责。所以，我们除可依法没收走私单位的走私货物和违法所得，并可处以罚款外，必须追究其主管人员和直接责任人员的刑事责任。至于有的国家工作人员或其他职工以及集体经济组织的工作人员，并非以单位名义，而是个人与走私犯通谋，非法利用职务之便或其他关系为走私犯提供贷款、资金、账号、证明，或者为之提供运输、保管、邮寄或其他方便的，则更应以走私共犯论处，并完全由他个人承担刑事责任和经济制裁上的一切责任。

此外，有的集体经济组织主要从事走私的，或者以集体组织名义进行走私，集体瓜分违法所得的，这与集团走私无异，对它的直接参加者，自应按共犯有关规定论处，对其中的首要分子还要依照刑法第一一八条规定处以较重的刑罚。

（四）追诉时效在刑法第七十六条中已有明确规定，这指的是对犯罪分子可以追究刑事责任的法定有效期限，与暂行海关法第一八三条“走私行为在三年后发觉者，得减免处分”的规定是不相同的。因为后者只适用于一般走私行为，如在三年以后发觉，得免除或者减轻处分。而对情节严重已构成犯罪的走私行为，能否追诉，则应适用刑法上关于追诉时效的规定。例如：甲、乙各自有过走私行为，都在三年以后发觉。因甲的走私行为情节一般，不构成犯罪，就可适用暂行海关法的规定，减免其行政处罚。而乙的走私行为情节严重，已构成犯罪，如可适用刑法第一一八条判刑，法定刑是三年以下，则其追诉时效应是五年。乙的走私行为未过五年，仍应予追究。明确这一区别的意义在于：执法者对事后发觉的走私行为，首先应确认其情节是否严重，然后才能认定应适用那一个法律的时效，以确定它应否追究或追诉。在司法实践中，有人不明乎此，只知根据暂行海关法规定，不问走私行为是否已构成犯罪，过了三年就不予追究。这样做会放纵罪犯，显然不利于与走私犯罪作斗争。

（五）应注意数罪并罚。走私犯罪常与行贿受贿、投机倒把等犯罪活动交织在一起；也有走私犯使用暴力拒捕伤害我缉私人员或抢走走私物品的；还有走私物品来路不正，是偷、抢、骗得来的，等等，这就应认真区别是数罪还是有牵连关系的一罪。如一案的多种行为还构成其他罪的，就应数罪并罚。