

2019 年第十七届“理律杯”模拟法庭竞赛

出 庭 意 见

海西省人民检察院呈递

第 31 号参赛队

2019 年 11 月 2 日

目录

第一部分：案件事实.....	4
第二部分：法律适用及缩略词列表.....	6
第三部分：出庭意见.....	8
第一节 一审审理程序符合法律规定.....	8
第二节 出庭检察员针对上诉人提出的争议证据的意见.....	8
一、上诉人李小可的供述具有合法性、真实性、关联性，可以作为定案根据.....	8
（一）上诉人李小可的供述具有合法性.....	8
1. 上诉人李小可在侦查期间所做供述不是在疲劳状态下做出.....	8
2. 上诉人李小可并未在侦查阶段被非法限制人身自由.....	9
3. 上诉人李小可在侦查阶段所做供述不存在其他法定排除事由.....	10
（二）上诉人李小可的供述具有真实性.....	10
（三）上诉人李小可的供述具有关联性.....	10
二、金州海关出具的各项说明可以作为定案根据以认定案件事实.....	11
（一）金州海关出具的各项说明可以作为定案根据.....	11
1. 金州海关出具的各项说明的取得过程和形式具有合法性.....	11
2. 金州海关出具的各项说明具有真实性.....	11
3. 金州海关出具的各项说明具有关联性.....	12
4. 金州海关出具的各项说明能够作为定案根据.....	12
（二）金州海关出具的说明可以认定案件事实.....	13
第三节 上诉人李小可犯走私普通货物罪，犯罪事实清楚，证据确实充分.....	13
一、文汇公司构成走私普通货物罪.....	13
（一）文汇公司符合单位走私犯罪的主体要件.....	13
1. 文汇公司符合单位的主体要件.....	13
2. 本案所涉走私行为是文汇公司意志的体现.....	13
3. 本案违法所得为文汇公司所获.....	14
（二）文汇公司存在走私行为.....	14
1. 文汇公司篡改相关文件.....	14
2. 文汇公司通过贿赂国家机关工作人员的手段办理相关手续.....	14
（三）文汇公司的走私行为破坏了国家的监管制度和征收关税制度.....	15
（四）上诉人偷逃应缴税额和走私行为与结果之间存在因果关系.....	15
1. 针对“破坏海关监管制度”的结果.....	15
2. 针对“破坏征收关税制度”的结果.....	16
（五）文汇公司应当对走私普通货物的行为承担责任.....	16
1. 文汇公司的单位意志由李小可等人代表.....	16
2. 李小可成立走私普通货物罪的故意.....	17
3. 李小可存在违法性认识的可能性.....	18
二、李小可应负刑事责任，且一审量刑适当.....	18
（一）李小可应负刑事责任.....	19
（二）一审判决对于上诉人李小可的量刑正确.....	19
1. 文汇公司偷逃税额“情节特别严重”，主要责任人应当承担相应责任.....	20
2. 上诉人李小可被传唤到案说明情况的行为不构成自首.....	20
（三）上诉人李小可在单位犯罪中起主要作用，量刑适当.....	20
第三节 上诉人及其辩护人提出的其他上诉理由不成立.....	21

一、上诉人及其辩护人提出的证据不能证明涉案设备应该免税.....	21
(一) 上诉人及其辩护人提出的第一组证据不能证明涉案设备应该免税.....	21
1. 上诉人所援引的相关文件、案例不能够证明进口的设备应当免税.....	21
2. 《关于进口焦炉煤气燃气轮机发电机组的问题请示》不能说明两者提到的设备属性完全相同.....	21
3. 编号 Z070371300170 的《免税证明》不能够证明进口的设备应当免税.....	21
4. 江西日报关于江西华电公司的部分报道不能够证明涉案设备与报道中设备相同.....	22
(二) 上诉人及其辩护人提出的第二组证据不足以论证仅满足实质要件即可免税.....	22
(三) 上诉人及其辩护人提出的第三组证据不能证明涉案设备应该免税.....	22
1. 顺城公司 2008 年 12 月 15 日出具的《情况说明》无法指明申请了免税审批手续.....	22
2. 《海关同意按减免税货物办理税款担保手续证明》(编号为 08-11、09-01) 不能证明涉案设备办理了免税手续.....	22
3. 海西外运报关行 2009 年 4 月 2 日的《进出口货物报关单修改撤销申请表》不能直接指向“正在办理减免税审批手续”.....	22
4. 《减免税管理办法》第十九条不能推定免税备案、审批手续已完成.....	23
二、文汇公司应就涉案设备缴纳 10% 的关税, 不应予免税.....	23
(一) 文汇公司代理进口的六台设备不应免税.....	23
1. 燃气轮机发电机组属于《不予免税目录》, 不应免税.....	23
2. 金州海关认定顺城公司进口设备不应予以免税.....	24
3. 文汇公司代理顺城公司进口的两台设备未办理免税审批手续, 不应免税.....	24
4. 文汇公司代理利源、诚晨公司进口的四台设备不符合法定免征关税的事由.....	24
(二) 文汇公司代理的六台进口燃气轮机发电机组依法应该缴纳 10% 的关税.....	25
1. 文汇公司基于其代理行为具有代理纳税的义务.....	25
2. 涉案设备缴纳 10% 的关税认定正确且合法.....	25
第四部分: 启示.....	26
一、案件实体部分的相关思考.....	26
(一) 国际贸易发展下的走私普通货物罪.....	26
(二) 对于单位犯罪, 高管可否“豁免”刑事责任?	27
二、案件证据部分的相关思考.....	28
第五部分: 结语.....	28

金州市人民检察院
上诉案件出庭检察员意见书

提起公诉机关：金州市人民检察院

起诉书号：金检公一刑诉[2014]46 号

一审法院：海西省金州市中级人民法院

判决书号：(2014)金刑一初字第 40 号

上诉人：海西文汇进出口有限公司、李小可、沈某洪

案由：走私普通货物罪

审判长、审判员：

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定，我们受海西省市人民检察院指派，代表本院，出席今天海西省高级人民法院公开开庭审理的李小可走私普通货物案二审法庭，依法履行职务。

被告单位海西文汇进出口有限公司(以下简称文汇公司)住所地金州市民航路 19 号 11 层 16、17 号，法定代表人李小可。诉讼代表人张小谦，文汇公司副总经理。

上诉人李小可，男，1969 年 8 月 5 日出生，身份证号码 340101XXXXXXXXXX，汉族，本科毕业，文汇公司法定代表人兼总经理，住 XX 市 XX 区杏林园小区 3 号楼 XXX 号。因涉嫌走私普通货物于 2013 年 12 月 9 日被金州海关缉私局刑事拘留，因涉嫌走私普通货物犯罪于 2014 年 2 月 9 日经本院批准，于同日被金州海关缉私局执行逮捕。

被告人沈某洪，男，1975 年 5 月 20 日出生，身份证号码 34010119750520XXXX，汉族，大专毕业，文汇公司副总经理，住金州市 XXX 区货站街 XXX 号院 12 号楼 XX 号。因涉嫌走私普通货物于 2013 年 12 月 4 日被金州海关缉私局刑事拘留，因涉嫌走私普通货物犯罪于 2014 年 2 月 10 日经本院批准，于同日被金州海关缉私局执行逮捕。

本案由金州海关缉私局侦查终结，以被告单位文汇公司、上诉人李小可、沈某洪涉嫌走私普通货物罪，于 2014 年 4 月 8 日向本院移送审查起诉。本院受理后，于 2014 年 4 月 10 日已告知被告单位及被告人有权委托辩护人，依法讯问了被告人，听取了被告人的辩护人的意见，审查了全部案件材料。期间，本院分别于 2014 年 5 月 8 日、2014 年 7 月 14 日退回金州海关缉私局补充侦查，金州海关缉私局于 2014 年 5 月 28 日、2014 年 8 月 14 日重新移送审查起诉。本院自 2014 年 6 月 29 日至 2014 年 7 月 13 日、2014 年 9 月 14 日至 9 月 29 日延长审查起诉期限。9 月 12 日金州市中级人民法院提起公诉，2016 年 11 月 7 日一审法院作出判决。

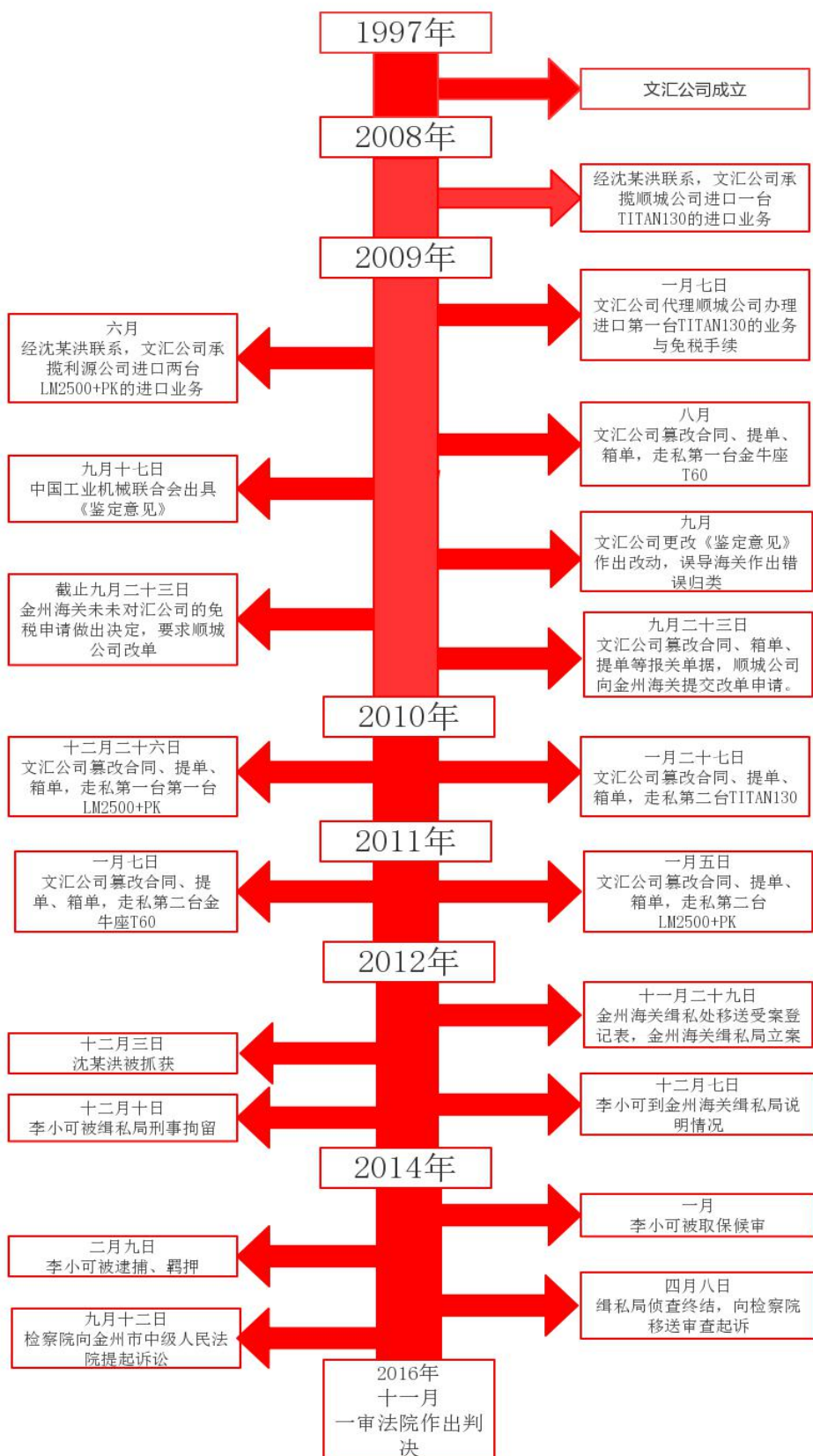
第一部分：案件事实

1997 年，被告单位海西文汇进出口有限公司（以下简称文汇公司）成立。其成立后主要从事进出口代理业务，上诉人李小可系公司法人代表兼总经理。2007 年被告人沈某洪系公司业务经理。2008 年底，文汇公司通过承揽了海西顺城集团煤焦有限公司（以下简称顺城公司）从美国索拉公司进口的一 TITAN130 燃气轮机发电机组设备的转关及报关业务。在办理该设备通关过程中，文汇公司向金州海关汝阳办事处（以下简称汝阳海关）申请办理进口设备免税，但未获批准。

2009 年 4、5 月，李小可在明知燃气轮机发电机组对应关税税率为 10%的情况下找到杨某生（时任汝阳海关综合业务科科长），表示其希望通过机械工业联合会（以下简称中机联）鉴定商品属性的方式，把燃气轮机发电机组设备的商品属性归为燃气轮机组以降低税率。2009 年 9 月，李小可向汝阳海关提供了伪造的中国机械工业联合会《关于对焦炉煤气轮机发电机组技术鉴定的意见》文件，误导海关将涉案设备的属性认定为燃气轮机组，并提交伪造货物名称为“燃气轮机组”的虚假合同、提单、箱单等报关单证，按照对应税率为 3%的“燃气轮机组”向汝阳海关虚假申报，逃避海关监管，偷逃应缴税款。

2009 年 7 月至 2011 年 1 月，文汇公司又先后承揽了顺城公司从美国索拉公司进口的第二台 TTAN130 燃气轮机发电机组设备、诚晨公司从美国索拉公司进口的两台金牛座 60 型燃气轮机发电机组设备以及利源公司从美国 GB 公司进口的两台 LM2500+PK 型燃气轮机发电机组设备的通关业务。在办理上述 5 台设备的过程中，李小可及沈某洪均以伪造货物名称为“燃气轮机组”的虚假合同、提单、箱单等相关报关单证向汝阳海关虚假申报，未给海关提供燃气轮机发电机组归类的正确基础资料，误导海关归类，逃避海关监管，偷逃应缴税额。

经金州海关依法计核：文汇公司代理顺城公司、诚晨公司利源公司进口燃气轮机发电机组设备共计 6 台，共计偷逃海关税款 2062.4735 万元人民币（以下货币单位均为人民币），文汇公司从偷逃的海关税款中共非法获利 461.04 万元。



第二部分：法律适用及缩略词列表

法律法规名称	发布机关	实施日期	法律法规简称
《中华人民共和国刑事诉讼法》	全国人民代表大会常务委员会	2018 年 10 月 26 日	《刑事诉讼法》
《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》	最高人民法院	2013 年 10 月 09 日	《防范冤假错案工作机制的意见》
《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》	最高人民法院、最高人民检察院、公安部 国家安全部、司法部	2017 年 06 月 27 日	《排非规定》
《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》	最高人民检察院	2006 年 07 月 26 日	《渎职侵权案立案标准》
《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》	海关总署	2018 年 05 月 01 日	《计核走私逃税款暂行办法》
《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》	最高人民法院，最高人民检察院，海关总署	2002 年 07 月 08 日	《办理走私案件的意见》
《中华人民共和国刑法》	全国人民代表大会	2017 年 11 月 04 日	《刑法》
《国务院关于调整进口设备税收政策的通知》	国务院	1997 年 12 月 29 日	《调整进口设备税收通知》 ¹
《中华人民共和国海关法》	全国人大常委会	2017 年 11 月 05 日	《海关法》
《中华人民共和国海关进出口货物商品归类管理规定》	海关总署	2014 年 03 月 13 日	《进出口货物归类管理规定》
《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》	最高人民法院	2000 年 10 月 10 日	《主犯、从犯问题的批复》
《最高人民法院，最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》	最高人民法院，最高人民检察院	2014 年 09 月 10 日	《办理走私案件的若干解释》

法律法规名称	发布机关	实施日期	法律法规简称
《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》	最高人民法院	1998 年 05 月 09 日	《自首和立功的解释》
中华人民共和国海关进出口货物减免税管理办法	海关总署	2018 年 07 月 01 日	《减免税管理办法》
《中华人民共和国进出口关税条例》	国务院	2017 年 03 月 01 日	《进出口关税条例》
《海关总署关于明确减免税政策执行中若干问题的通知》	海关总署	2003 年 06 月 04 日	《明确减免税政策执行的通知》

部分证据及单位缩略语列表

名称	简称
《关于对焦炉煤气燃气机轮发电机组技术鉴定意见》	《鉴定意见》
《金州海关出具的涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》	《核定证明书》
《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款送核表》	《送核表》
海西省文汇进出口有限公司	文汇公司
海西顺成焦煤有限公司	顺成公司
海西鑫磊煤化集团诚晨焦化有限公司	鑫磊公司
海西利源焦化有限公司	利源公司
中国机械工业联合会	中机联

第三部分：出庭意见

出庭检察员认为，本案一审审理程序符合法律规定，一审认定事实清楚，证据确实充分，法律适用正确，请求合议庭维持一审判决。为进一步揭露犯罪的社会危害，弘扬法治和公平正义，依据当庭出示并经质证的证据及法律规定，发表如下公诉意见：

第一节 一审审理程序符合法律规定

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十三条到二百二十六条关于一审刑事诉讼程序的相关规定，本案一审合议庭组成合法，依法开庭审理，不存在程序方面的瑕疵，符合法律规定。

第二节 出庭检察员针对上诉人提出的争议证据的意见

本案证据繁多，检方在此只针对争议证据，即针对上诉人李小可的供述和金州海关出具的两份情况说明的证据力及证明力做出说明，其他证据如证人证言等，由于双方无争议，且经一审判决可以作为定案依据，在此便不加以详细说明。

根据证据法的规则，证据是否具有合法性、真实性、关联性是检验该证据能否作为定案根据的标准。所谓合法性系指运用证据的主体要合法，每个证据来源的程序要合法，证据必须具有合法形式，证据必须经法定程序查证属实。¹所谓真实性系指证据的表现形式本身必须是真实存在的，而不能是虚假的或者伪造的；且证据反映或记录的案件事实必须是可靠和可信的，而不能是虚假的²。所谓的关联性系指证据必须同案件事实存在某种联系，并因此对证明案情具有实际意义。³下文将详细论述系争证据均具有合法性、真实性、关联性，可以作为定案根据，论述如下：

一、上诉人李小可的供述具有合法性、真实性、关联性，可以作为定案根据

出庭检察员根据李小可对排除侦查阶段供述所作的理由得知，上诉人认为该份口供存在法定排除事由应当予以排除。下文将根据本案的争议焦点具体论述检方收集到的上诉人李小可在侦查阶段所作供述不应被排除，陈述如下：

（一）上诉人李小可的供述具有合法性

1. 上诉人李小可在侦查期间所做供述不是在疲劳状态下做出

根据最高人民法院印发《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》的通知，采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述，应当排除。虽然法律明确规定了以疲劳审讯系非法取证手段，法律却并未明确定义何为疲劳审讯，且亦未为疲劳审讯建立量化标准。但可以确定的是，认定“疲劳审讯”的标准不应等同于认定“刑讯逼供”的标准。因为根据条文表述，条文将“刑讯逼供”与“疲劳审讯”以“或者”一词连接，说明法律体系上疲劳审讯与刑讯逼供属于并列关系，疲劳审讯不属于刑讯逼供的特别手

1 樊崇义：《证据法学》，法律出版社2017年版，第129页。

2 参见陈瑞华：《证据法学》，北京大学出版社2012年版，第130页。

3 前引1樊崇义书，第127页。

段，因此不能机械地认定疲劳审讯系变相地刑讯逼供，亦不能僵化地将认定刑讯逼供地标准适用于认定疲劳审讯。

所以，检方认为在这种情况下应予以法官自由裁量权——对于如何认定“疲劳”，可以根据合理标准，依个案情，予以综合判断。⁴据此检方针对本案提出了以下认定意见：

上诉人李小可接受讯问的时长在正常范围内，不构成疲劳审讯。根据经验与常识得知，讯问时间持续越长越容易构成疲劳审讯，实务中亦是如此。如果把询问时间12小时以上的案件数算在一起，则排除的比率为32.58%；16小时以上的案件加在一起，排除的比率为34.94%；24小时以上的案件排除的比率为42.37%。审讯时间在48小时以上的，更容易被认定为疲劳审讯。⁵可见，实践中往往会以审讯持续时间作为一个参考标准认定疲劳审讯。本案中，上诉人李小可第一次被讯问时长仅为两小时，第二次讯问时长为四小时二十五分钟，第三次讯问时长为三小时，第四次讯问时长为两小时三十九分。四次讯问时长基本在四小时以内，唯一一次讯问时长在四小时以上的亦未超出正常范围。相比于实务中因讯问时长超出合理范围而排除被告人供述的案件，上诉人李小可的接受讯问的时长属于正常范围，并没有出现讯问持续时间过长的情形，况且，根据数据分析显示，在所有讯问时间过长的案件中，法官亦未将每一起案件均认定为疲劳审讯。因此本案中上诉人李小可接受讯问时长系正常且合法的，根据司法实践经验，本案不应被认定为疲劳审讯。

上诉人李小可在接受讯问时精神状况良好，不应被认定为疲劳审讯。上诉人李小可接受讯问时年龄为44岁，不属于高龄被告人，按照经验与常识，其精神承受能力应该较强。且无证据表明李小可身体患有疾病，说明李小可在接受讯问时身体健康状态是良好的，没有因为疾病导致精神承受力弱。同时，李小可作为文汇公司的总经理，常年经手繁忙的进出口业务，身体与心理甚至会比常人有着更强的承受能力。并且，检察机关在每次讯问结束后给予了李小可必要的休息时间，保障了李小可的人身权利。从上诉人李小可的讯问笔录中来看，李小可在接受四次讯问时，所做供述前后之间并无明显矛盾之处，语言表达流畅，表述思维清晰，对于许多案件事实时间与税率问题都能做出明确详细的供述。例如在第一份供述中，李小可清晰说出自己于1986年考入海西工学院计算机专业，2005年开始接触燃气轮机发电机组；对于涉案设备所涉及的复杂税率、从被代理公司所取得的利润收益也能清楚表述。在第四份供述中，李小可对于自己系2009年8月找到杨某生，2009年3月24日拿到国家鼓励发展项目确认书都做出了清晰的供述。李小可接受讯问时为2013年底，在说到以上距离讯问时间已久的案件事实时，李小可不仅能完整叙述事实经过，连时间节点都能清晰记得，且前后供述并无矛盾，说明李小可在接受讯问时精神状态良好，检察机关所取得的供述不是在李小可疲劳状态下取得的，因此不应当被认定为疲劳审讯。

2. 上诉人李小可并未在侦查阶段被非法限制人身自由

根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部等印发《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的通知，采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。何为非法拘禁等非法限制人身自由的方法，法律上并未给出明确规定。根据2006年最高人民检察院发布的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》，⁶国家机关工作人员构成非法拘禁罪的立案标准之一是非法剥夺他人人身自由24小时以

4 董坤：《论疲劳审讯的认定及其所获证据之排除》，载《现代法学》2017年第3期。

5 易延友：《疲劳审讯的认定与界定——以817个实务案例为基础的展开》，载《政法论坛》2019年第2期。

6 参见《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》二、国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利犯罪案件，（一）国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁案（第二百三十八条）非法拘禁罪是指以拘禁或者其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。国家机关工作人员利用职权非法拘禁，涉嫌下列情形之一的，应予立案：1、非法剥夺他人人身自由24小时以上的；2、非法剥夺他人人身自由，并使

上。检方认为，可以将非法拘禁成立的时间也规定为24小时。⁷本案中，李小可第一次传唤到案时间为2013年12月7日14时30分，讯问结束时间为2013年12月9日13时15分。在被传唤的47小时内，根据法律规定有24小时是符合法律规定的，⁸超出的23小时由于未达到成立非法拘禁是时间标准，因此不因被认定为非法限制李小可的人身自由，李小可在该阶段所做供述不应予以排除。

3. 上诉人李小可在侦查阶段所做供述不存在其他法定排除事由

根据刑事诉讼法及其相关解释规定，除疲劳审讯外其他法定排除事由包括：刑讯逼供；以暴力或威胁的方法获得的被告人供述；未依法录音录像；未在法定场所进行讯问。本案中，上诉人未提出本案中存在以上法定排除事由，事实上上诉人也确未遭受过刑讯逼供或暴力、威胁，使其肉体或精神上遭受难以忍受的疼痛或痛苦，违背其意愿做出供述。且本案不属于应当录音录像的案件范围，上诉人经口头传唤到指定地点——金州海关缉私局讯问室接受讯问也并未违法，因此上诉人在侦查阶段做出的口供系合法所得，不存在其他法定排除事由。

侦查人员取得的被告人供述符合法定规范。在取得被告人供述的整个过程中，侦查人员严格依照法律规定对被告人进行讯问，明确记录了讯问的时间、地点，讯问人的身份及人数；未变相拘禁被告人；尽到了权利告知的义务；亦依法要求被告入核实供述。因此，被告人在侦查阶段所作供述符合法定规范。

（二）上诉人李小可的供述具有真实性

如上文所述，李小可的供述系合法取得，不存在使李小可违背其意志做出供述的情形，李小可所做供述系在其真实意志的支配下所做的。并且，李小可在每一份口供末页均签字并摁了手印，说明口供已得到李小可的核实确认，认同所作口供的真实性，并且不存在讯问人员伪造、删减、篡改口供的情形。从供述内容上看，李小可的供述稳定，前后内容无矛盾之处，能够相互印证。因此，李小可的供述具有真实性。

（三）上诉人李小可的供述具有关联性

在李小可的第一份供述，第一组证据材料的4至9页中，李小可陈述了案件经过，并陈述了文汇公司为何希望将税率应为10%的燃气轮机发电机组降至3%；在李小可的第二份供述，第一组证据材料的10至14页中，李小可陈述了文汇公司修改合同、提货单中进口设备名称的事实，并叙述了自己去到北京找到中国机械工业联合会出具《关于对焦炉煤气燃气轮机发电机组技术鉴定意见》的经过；在李小可的第三份供述，第一组证据材料的15至16页中，李小可陈述了文汇公司修改鉴定意见的事实；在李小可的第四份供述，第一组证据的17至19页中，李小可主要陈述了自己找到杨某生修改鉴定意见的事情经过。以上四组证据，每一组均与案件事实有着密切的联系，对证明案件事实具有实际意义，因此李小可的供述具有关联性。

因此，上诉人李小可在侦查阶段所做供述不存在法定排除事由，系合法取得，不应被排除；且具有真实性和关联性，可以作为定案根据。

用械具或者捆绑等恶劣手段，或者实施殴打、侮辱、虐待行为的3、非法拘禁，造成被拘禁人轻伤、重伤、死亡的4、非法拘禁，情节严重，导致被拘禁人自杀、自残造成重伤、死亡，或者精神失常的；5、非法拘禁3人次以上的；6、司法工作人员对明知是没有违法犯罪事实的人而非法拘禁的；7、其他非法拘禁应予追究刑事责任的情形。

7 郑旭、徐文静：《论非法拘禁供述排除规则的适用》，载《山东青年政治学院学报》2018年第3期。

8 前引7郑旭、徐文静文。

二、金州海关出具的各项说明可以作为定案根据以认定案件事实

一审中金州海关出具的两份《情况说明》、《金州海关出具的涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》上述证据的形式与取得过程皆符合法定要求，内容真实合法，可以证明文汇公司代理进口的燃气轮机发电机组货物的属性及税率，具有合法性、真实性、关联性。下文将分别进行论述：

（一）金州海关出具的各项说明可以作为定案根据

1. 金州海关出具的各项说明的取得过程和形式具有合法性

两份《情况说明》的取得与形式符合法律规定。其一，金州海关应当对燃气轮机发电机组进行归类说明。《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》第二十七条规定：“对于涉嫌走私的货物或者物品，应当按照《中华人民共和国海关进出口税则》规定的归类原则，归入合适的税则号列，并按照《进出口关税条例》及其他有关税率适用的规定采用正确的税率确定偷逃税款。”因此，海关为保障计核工作的公正性、科学性和权威性，应当做出相关的《情况说明》。其二，金州海关做出的《情况说明》依据合法。本案中，金州海关参照海关总署答复和《中华人民共和国海关进出口税则》的规定进行归类，符合法律规定。其三，金州海关做出《情况说明》符合程序规定。本案立案前，金州海关向海关总署归类中心请示涉案设备的商品归类，海关总署依法做出了《情况说明》作为回应，指明涉案设备应归入“其他发电机组”类别，税则编 85023900，关税税率 10%。增值税 17%。综上，作出《情况说明》的程序、形式合法。

《核定证明书》的取得与形式符合法律规定。对于《核定证明书》的法律规定有二：一是《计核走私偷逃税款暂行办法》第十条规定：“送核单位送交的《送核表》及随附单证、材料符合计核要求的，除第九条规定的情况以外，海关计核部门应当自接受计核之日起 7 个工作日内作出计核结论，向送核单位出具《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》，加盖海关税款核定专用章，并随附《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款计核资料清单》。”本案中金州海关关税处作为计核部门依照金州海关缉私局送交的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款送核表》依法出具了三份《核定证明书》，分别说明了文汇公司代理顺城公司、诚晨公司、利源公司进口的涉嫌走私设备的品名、原产地、规格、数量、税则号列、计税价格、税率、汇率等内容，因此该份证据具有合法性。二是最高人民法院、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》的通知规定：“在办理走私普通货物、物品刑事案件中，对走私行为人涉嫌偷逃应缴税额的核定，应当由走私犯罪案件管辖地的海关出具《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》（以下简称“《核定证明书》”）。海关出具的《核定证明书》，经走私犯罪侦查机关、人民检察院、人民法院审查确认，可以作为办案的依据和定罪量刑的证据。”本案中金州海关关税处是管辖地海关，并已经金州海关缉私局、金州市检察院、金州市法院审查确认，因此该份证据具有合法性。

2. 金州海关出具的各项说明具有真实性

金州海关出具的说明表现形式真实可靠，非经伪造产生的。根据《刑事诉讼法》第七十三条规定，物证的照片、录像、复制品，书证的副本、复制件需注明与原件核对无异，须有复制时间，并且要有被收集、调取人签名、盖章；根据第八十五条的规定，鉴定文书缺少签名、盖章的鉴定意见不得作为定案根据。《刑事诉讼法》的两条规定系针对证据的真实性做出的，明确规定了为了保障证据的真实性，提取的证据应有相关单位、人员的盖章、签名，

盖章或者签名具备一项即可。金州海关出具的各项情况说明，虽然不属于上述规定的书证、物证、鉴定意见，但是系证据，因此，参照法律对其他证据的真实性的规定，金州海关出具的情况说明也应具有经办单位的盖章或者签名。根据第二组证据显示，金州海关出具的各项情况说明末尾均有金州金州海关关税处的盖章，说明各情况说明来源真实，不是伪造的，载体具有真实性。

金州海关出具的说明能够相互印证，不存在前后矛盾、不一致的情形。金州海关沈阳关税处于2014年7月21日出具的《情况说明》与2014年1月2日出具的《情况说明》均显示，涉案设备燃气轮机发电机组的税则号应归为85023900，对应的关税税率为10%，增值税率17%。且在三份《核定证明书》计核依据和计核方法要述的第三项中，亦明确表示按照六台设备走私行为分别发生的时间，应依据《中华人民共和国海关进出口税则》（2009年）、（2010年）计算税额，关税税率均10%、增值税税率均为17%、无消费税。因此以上三份情况说明前后能够相互印证，且无证据反驳以上说明存在不真实之处，金州海关出具的各项说明在事实上具有真实性。

3. 金州海关出具的各项说明具有关联性

为了统合前述《核定证明书》与《归类指导意见书》，金州海关出具了两份《情况说明》。第一份于2014年7月21日出具的情况说明表明金州海关向海关总署请示涉案设备如何归类以及适用税率，第二份于2014年1月2日出具的情况说明，则依照《归类指导意见书》直接指明涉案设备的货物归类、适用税率，金州海关出具这两份《情况说明》的目的在于帮助侦查机关与法院查明案件事实。因此金州海关出具的各项情况说明具有关联性，与本案具有高度关联性，能实际证明涉案设备的税则号及应适用的税率。

4. 金州海关出具的各项说明能够作为定案根据

金州海关出具的各项说明虽不属于八种法定证据种类，但具有证据能力。

首先，从法律规定角度来看，情况说明能够作为合法的证据种类。金州海关出具的两份《情况说明》、《核定证明书》属于“情况说明”类证据，情况说明虽不同于八种法定证据，但2012年修订的《刑事诉讼法》（第四十八条规定：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据”，因此，判断证据种类的合法性不必依据1996年修订的《刑事诉讼法》，仅限于法定证据类型。本案中金州海关出具的情况说明能够证明文汇公司代理进口的燃气轮机发电机组货物的相关信息，可以作为证据。同时，特别法对海关出具情况说明有特殊规定，也可以证明本案中的情况说明应当是合法的证据类型。

其次，从实务角度来看，近年来在走私普通货物罪诉讼中将情况说明作为证据使用的情形较为普遍。在中国裁判文书网使用“走私普通货物”、“刑事案由”和“情况说明”作为关键词进行检索，得出裁判文书数量，2015年为90，2016年为267，2017年为392，2018年为423。因此，情况说明在实务中被广泛认可，确实具有证据能力。

最后，在学理上，普遍认为诉前形成的情况说明与其他证据结合后经查证属实后就可以作为证据使用，金州海关出具情况说明形成的时间是在本案立案后，但其证明的事实和引用的证据皆形成于诉前，且其内容明确、充分，业已经原审庭审出示、质证，可以作为定案证据。

因此金州海关出具的各项说明不存在法定排除事由，系合法取得，不应被排除；且具有真实性和关联性，可以作为定案根据。

（二）金州海关出具的说明可以认定案件事实

金州海关出具的说明认定了涉案商品的税则号，能够参照《中华人民共和国海关进出口税则》确定涉案商品的税率为 10%，由此就可认定上诉人有将税率从 10%改到 3%的改单行为。同时，认定涉案商品是否应免税，应依据《国务院关于进口设备调整税收政策的通知》等文件，而不能直接由情况说明中确定的税则号直接判断是否免税。上诉人及辩护人所辩称的涉案商品应免税的事实不成立，所以其所主张的将税率“从 0%改到 3%”的事实也不能成立。

综上所述，本案系争证据均具有合法性、真实性、关联性，可以作为定案根据。

第三节 上诉人李小可犯走私普通货物罪，犯罪事实清楚，证据确实充分

一、文汇公司构成走私普通货物罪

根据《中华人民共和国刑法》第一百五十三条相关规定，文汇公司的行为符合走私普通货物罪的构成要件。首先，文汇公司符合单位走私犯罪的主体要件；其次，文汇公司存在相应走私行为；再次，破坏了国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品进出口的监管制度和征收关税制度。详细论述如下：

（一）文汇公司符合单位走私犯罪的主体要件

单位是走私普通货物罪的适格主体。根据《刑法》第三十条和第一百五十三条的规定，单位犯罪案件中单位应当负刑事责任，且走私普通货物、物品罪为单位犯罪的类型之一。因此单位构成走私普通货物罪须满足以下三个要件。

第一，须符合单位的主体要件；⁹第二，所涉违法行为体现单位意志；¹⁰¹¹第三违法所得为单位所获。¹²具体论述如下：

1. 文汇公司符合单位的主体要件

依照文汇公司企业法人营业执照显示：“文汇公司成立于 1997 年，法定代表人李小可，司类型为有限责任公司，经营范围包括自营和代理各类商品及技术的进出口业务。”故文汇公司为合法成立并登记的企业，符合单位的主体要件。

2. 本案所涉走私行为是文汇公司意志的体现

李小可和沈某洪是文汇公司的高级管理人员，因此文汇公司意志主要由二人体现。

文汇公司的法定代表人为李小可，业务经理为沈某洪。2008 年底，文汇公司通过沈某洪承揽顺城公司进口设备的转关及报关业务。办理第一台设备业务过程中，李小可参与本案所

9 参见《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》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。

10 单位犯罪行为是单位意志的体现，对单位行为的界定必须从单位的自身意志上加以判定。参见杜文俊：《单位人格刑事责任论纲》，载《社会科学》2007 年第 10 期。

11 参见《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》的第十八条第一款：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。

12 参见《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》的第十八条第一款：单位走私犯罪的另一特征是：“为单位谋取不正当利益或者违法所得大部分归单位所有。”

涉业务办理，对接海关、中机联的工作人员，统筹组织安排公司人员工作，沈某洪为具体实施人员。在办理上述五台设备的过程中，李小可及沈某洪均以伪造货物名称为“燃气轮机组”的虚假合同、提单、箱单等相关报关单证向汝阳海关虚假申报，未给海关提供燃气轮机发电机组归类的正确基础资料，误导海关归类，逃避海关监管，偷逃应缴税额。

3. 本案违法所得为文汇公司所获

根据文汇公司法定代表人李小可的供述，沈某洪与其从事该业务有 20% 的提成，但主要归公司所有，再根据公司相关政策发放业务提成。由此可说明文汇公司以及相关涉案人员的违法所得为单位所获，这也符合了单位犯罪的结果构成要件。

（二）文汇公司存在走私行为

通关走私是指虽然通过设立海关的地点进出国（边）境，但采取隐匿、伪装、假报等欺骗手段，逃避海关监管、检查，非法盗运、偷带或者非法邮寄国家禁止或限制进出口的货物、物品或者依法应当缴纳关税的货物、物品的行为。通关走私的类型之一是伪报、瞒报型走私。伪报、瞒报型走私，是指不直接避开海关监管，而是采取欺骗性的手段接受监管，利用海关管理的漏洞达到偷逃应缴税额而牟利的行为，这是一种新型的走私犯罪，这种方法也被称为商业瞒骗型走私。一般来说，这种类型的走私所采取的形式主要由：单证欺诈、货物欺诈、价格欺诈和支付欺诈。在本案中，文汇公司的欺骗手段主要体现为单证欺诈，篡改相关文件，并以贿赂海关的方式以此逃避海关审批的监管，具体论述如下：

1. 文汇公司篡改相关文件

（1）文汇公司篡改《鉴定意见》

首先，两份鉴定意见内容不一致。经过对汝阳海关和中机联存档的鉴定意见的对比，发现这份提交给汝阳海关的意见书中“发电机组”字样被去掉，商品属性被改为属于燃气轮机组，对此，中机联也出具证明证实，企业对其出具的文件进行了篡改。其次，印章不一致。海西中允司法鉴定中心关于“中国机械工业联合会”印章的鉴定意见证明，从汝阳海关调取的文件上的印章印文与从中国机械工业联合会调取的文件不是同枚印章盖印。

（2）文汇公司篡改合同、提单、装箱单等相关报关单证

根据文汇公司相关证人的证人证言可知，文汇公司在代理顺城公司进口第一台燃气轮机发电机组设备过程中，对报关单据进行了修改，将合同品名中的“发电机”字样去掉，后将“燃气轮机发电机组”改成了“燃气轮机组”，并对合同日期等内容进行了修改，证人证言之间可以相互印证。

因此，文汇公司篡改相关关键文件，属于单证欺诈。

2. 文汇公司通过贿赂国家机关工作人员的手段办理相关手续

李小可与杨某生在明知设备应适用 10% 税率的情况下，商议通过由行业协会出具商品属性鉴定意见的方法降低税率，且李小可与杨某生、董某刚为此发生了不正当的经济往来，杨某生在证言中也承认与李小可之间存在不正当经济往来，李小可借此希望在后续的审批中来逃避海关的审查，以便申报成功。由此可见，李小可为了能够减免税收，与海关相关人员进行商议，在听取了海关人员的意见后，李小可产生了利用鉴定意见进行减税的想法，并进行贿赂希望在后续行为中获取一定的照顾，李小可通过贿赂海关，得知了进行减免税的方法，并在审批环节受到一定的照顾。

因此，文汇公司通过贿赂的手段简化审批程序，利用海关管理漏洞，逃避海关监管。

综上所述，文汇公司篡改相应文件，贿赂海关工作人员，采取伪报、瞒报等欺骗手段，上述行为属于通关走私行为。

（三）文汇公司的走私行为破坏了国家的监管制度和征收关税制度

文汇公司为了通过代理办理减免税盈利，在办理免税不成的情况下，通过篡改中机联《鉴定意见》与合同、箱单、提单等报关文件欺瞒海关、逃避海关监管，偷逃应缴税款共计 2062.4735 万元，数额特别巨大，情节特别严重，破坏了国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品进出口的监管制度和征收关税制度，侵害了社会主义经济利益。

我国《中华人民共和国海关法》、《刑法》、《中华人民共和国海关进出口税则》、《海关进出口货物商品归类管理规定》和《进出口关税条例》共同规定了国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品进出口的监管制度和征收关税制度，目的是维护对外贸易的秩序，确保社会主义市场经济正常运行，这些秩序本质上是社会经济利益的直接或间接表现，进口货物依照法律规定的通关程序，应该由收货人向海关提供真实合法的报关文件，海关通过审核报关文件依法作出正确的货物商品归类并确认税则号列、税率，计算税额，并依法征收关税，文汇公司在代理顺城公司进口燃气轮机发电机组的过程中，先是篡改中机联《鉴定意见》，欺瞒金州海关，同时贿赂海关工作人员，使其放纵文汇公司的走私行为，并在报关过程中推波助澜，使海关作出错误的货物归类，将本应征收 10% 的关税的燃气轮机发电机组错归为征收 3% 关税的燃气轮机，又在之后的改单过程中篡改合同、提单、箱单，逃避海关监管，此后在代理顺城公司进口第二台设备以及代理诚晨公司进口两台设备，代理利源公司进口两台设备的过程中如法炮制，通过篡改合同、提单、箱单，欺瞒海关、逃避海关监管。根据《最高人民法院，最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十三条：“实施走私犯罪，具有下列情形之一的，应当认定为犯罪既遂：（二）以虚假申报方式走私，申报行为实施完毕的；”文汇公司通过篡改相关文件欺瞒海关、逃避海关监管犯罪既遂，且如上文所述且构成偷逃应缴税额特别巨大，存在特别严重情节。破坏国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品进出口的监管制度和征收关税制度、侵害社会经济利益程度及其严重。

（四）上诉人偷逃应缴税额和走私行为与结果之间存在因果关系

危险行为导致结果的发生，要求行为与结果间满足相当因果关系，或者行为升高了结果发生的风险。¹³本案所涉结果是威胁和破坏了国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品进出口的监管制度和征收关税制度。所以，在因果关系论述中，出庭检察员将分析这两个结果，以及与他们有因果关系的行为。

1. 针对“破坏海关监管制度”的结果

海关是国家的进出关境的监督管理机关。海关依法监管进出境的运输工具、货物、物品，征收关税和其他税费，查缉走私，并编制海关统计和办理其他海关业务。¹⁴海关监管是指海关运用国家赋予的权力，通过一系列管理制度与管理程式，依法对进出境运输工具、货物、

13 参见林东茂：《刑法综览》（修订五版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 67-68 页。

14 参见《中华人民共和国海关法》第二条：中华人民共和国海关是国家的进出关境（以下简称进出境）监督管理机关。海关依照本法和有关法律、行政法规，监管进出境的运输工具、货物、行李物品、邮递物品和其他物品（以下简称进出境运输工具、货物、物品），征收关税和其他税、费，查缉走私，并编制海关统计和办理其他海关业务。第三条：国务院设立海关总署，统一管理全国海关。国家在对外开放的口岸和海关监管业务集中的地点设立海关。海关的隶属关系，不受行政区划的限制。海关依法独立行使职权，向海关总署负责。

物品的进出境活动所实施的一种行政管理。海关监督管理是海关全部行政执法活动的统称。根据《海关法》第五十三条：“准许进出口的货物、进出境物品，由海关依法征收关税。”以及第七十二条第四款：“海关工作人员必须秉公执法，廉洁自律，忠于职守，文明服务，不得有下列行为：索取、收受贿赂”。

本案中李小可及沈某洪均以伪造货物名称为“燃气轮机组”的虚假合同、提单、箱单等相关报关单证向汝阳海关虚假申报，未给海关提供燃气轮机发电机组归类的正确基础资料，误导海关归类，逃避海关监管，偷逃应缴税额，违反了《海关法》第五十三条，阻碍海关依法征收关税职能的实现。另外，李小可贿赂国家工作人员帮助李小可办相关手续，与相关工作人员勾结，违反了《海关法》第七十二条相关规定以及海关部门对于海关工作人员的管理制度。

综上所述，上诉人破坏了国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品中进出口的监管制度。

2. 针对“破坏征收关税制度”的结果

《进出口关税条例》对关税税率的利用、完税价格的审定、税额的缴纳、退补、关税的减免及审批程序以及申诉程序等做了规定。《中华人民共和国海关进出口税则》是《关税条例》的组成部分，具体规定商品的归类原则、商品的税目、税号、商品描述和适用的相关税率。

上诉人通过篡改中机联《鉴定意见》，篡改合同、装箱单、提单等方式使海关做出了错误的货物归类判断，错误的将六台本该按照 10%税率征税的燃气轮机发电机组归入按照 3%税率征税燃气轮机货物号列，并且为了推进进度进度贿赂海关工作人员，共计偷逃应缴税款共计 2062.4735 万元。这一行为不仅违反了《刑法》，还破坏了各条例中对于物品的税率的具体规定。

综上所述，上诉人破坏了国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品进出口的征收关税制度。

（五）文汇公司应当对走私普通货物的行为承担责任

责任即指对符合构成要件的不法行为的非难可能性，只有行为人具备非难可能性，才能对其科处刑罚。公诉人将对文汇公司具有积极的责任要素和争议的消极的责任要素进一步论证：

1. 文汇公司的单位意志由李小可等人代表

单位意志是一个拟制的概念，因为单位作为一个“物”，不可能存在实质意义上的意志。单位作为自然人的集合，单位的意志应体现为自然人的意志。但是单位内部实质存在很多意志，所以单位意志实质指的是单位内的权威意志或主流意志，即主要负责人的意志。在本案所涉走私犯罪中，主要负责人为李小可和沈某洪。由于本案主要针对李小可的上诉，故本出庭意见书只论述李小可的故意。

2. 李小可成立走私普通货物罪的主观故意

《刑法》第十五条规定：“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”。根据《刑法》第一百五十三条，走私普通货物罪未规定过失犯罪的情形。所以本罪的主观方面只能由故意构成。下文将从主观方面论述文汇公司具有单位走私的故意。

（1）李小可对于走私行为的主观故意具备认识因素

故意的认识因素是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，在经验法则评价要素上，只要行为人认识到作为评价基础的事实，一般就能够认定行为人认识到了规范的要素。¹⁵具体法规的规定就遵照了经验法则的推定，《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的规定》第五条第四款中关于走私犯罪嫌疑人、被告人主观故意的认定问题的规定如下：“提供虚假的合同、发票、证明等商业单证委托他人办理通关手续的”，只要行为人认识到其自身实施的是法律规定的这一系列行为，就推定其具有走私的主观故意。在本案中李小可通过篡改单据改变报关单据，误导海关将燃气轮机发电机组的关税从 10% 降到 3%，符合了“提供虚假的合同、发票、证明等商业单证”的情节，实际上是存在与第四款的同类情形，本案中李小可虽然没有“委托他人办理通关手续”，但其本身就是受委托方，通过当然解释可知，既然提供虚假单据委托他人办理已经构成了明知的情节，那么自行篡改单据并且自行办理通关手续这个行为比委托他人更直接，当然也可以构成明知的情节。¹⁶

第四款中所列举情节有两个要素构成其一是“提供虚假的商业单证”，其二是“委托他人办理通关手续”，其本质属性是前者，其方式是后者。对行为本质属性进行分析时，从上文对于不法行为的论述中可知，李小可通过篡改“中机联提供的鉴定意见”，“顺城公司与索拉燃气轮机国际公司购买第一台燃气轮机发电机组的合同装箱单、提单”，“顺城公司与索拉燃气轮机国际公司关于购买第二台燃气轮机发电机组的合同、装箱单、提单”，“利源公司与美国 GE 公司签订的 2009HNGH/XLPJ708US 合同项下两台 LM2500+燃气轮机发电机组合同、提单、发票”，“诚晨公司与索拉燃气轮机国际公司购买两合金牛座 60 燃气轮机发电机组的合同、装箱单、提单等单证”五份单据进行篡改，可得出其行为符合其条款的本质属性。

即便不适用第四款，也可以适用第七款的行为情节型兜底条款，即“其他有证据证明的情形。”对此条文的理解可以采用同质性解释的办法。¹⁷同质性解释必须寻找与例示条款所列举事项的类似点，¹⁸而类似点的寻找，应当从法规的本质属性出发，同类情节的类似点不可过少，相互合适不可冲突。¹⁹

因此，本案中，李小可只要认识到自己的行为是通过伪造报关单据，逃避海关检查，客观上可以达到减税的事实，就可以认定为李小可对于走私行为的主观故意具备认识因素。

（2）李小可对于走私行为的主观故意具备意志因素

直接故意的意志因素是希望危害结果的发生。这里的“危害结果”是指行为人明知的危

15 参见张明楷：《刑法学》（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 254-257 页。

16 即，当刑法不处罚某种重行为时，得出对较之更轻的行为也不得处罚的结论，或者当刑法处罚某种轻行为时，得出对较之更重的行为更应当处罚的结论，是合乎事理、情理或者理所当然的。参见张明楷：《刑法学中的当然解释》，载《现代法学》，2012 年第 4 期。

17 同质性解释是对刑法兜底条款规定用语“其他”或“等”所涵摄内容的具体化，而不是将刑法无明文规定的行为以犯罪论处。参见刘杨东：《刑法兜底条款研究》，华东政法大学博士学位论文，第 62 页。

18 参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2009 年版，第 146 页。

19 即（一）类似点应是例示条款所列举事项的本质属性，而不是偶然属性；（二）类似的各属性与兜底条款所涵摄的事项，应是彼此相容，相互适合的，不可矛盾冲突。（三）兜底条款所涵摄的事项与例示条款所列举的事项的类似点不可过少，否则就是类推。参见宋稚青、林如豪：《逻辑与科学方法》，大中国图书公司 1968 年版，第 196 页。转引自罗传贤：《立法程序与技术》，五南图书出版有限公司 2001 年版，第 212 页。

害结果，“希望”是指行为人积极追求结果的发生，“发生结果”是指行为人实施行为直接追求的结局。行为人主观上没有介入其他独立意识，不是为了其他意图而实施该行为。本案中，李小可是至始至终是希望通过瞒骗海关的行为，达到偷税走私的结果，并且通过伪造报关单据的行为，积极追求偷税走私的结局。

因此，李小可在意志上希望走私结局的发生，具备走私行为故意的意志因素。

综上所述，李小可认识到自己的行为是通过伪造报关单据，逃避海关检查，客观上可以达到减税的事实，对于其行为侵犯国家的对外贸易管制中关于普通货物、物品进出口的监管制度和征收关税制度的危害性是明知的；同时又积极追求偷税走私结果的发生。既具备认识因素又具备意志因素，成立走私普通货物罪的主观故意。

3. 李小可存在违法性认识的可能性

关于第一百五十三条和第一百五十四条中违反国家规定的空白罪状的认定，属于违法性认识的范畴，其指向的是行为人对自己的行为违反法律禁止规范或者评价规范的认识。²⁰鉴于法律的繁杂多变及其他原因，维持知法推定可能违反责任主义的原则。为了平衡责任主义与刑事政策，判断行为人是否具有违法性认识，只需要分析行为人是否具有违法性认识的可能性即可。

首先，本案中李小可具有明确的违法性认识。一审认定事实表明，李小可与杨某生之间存在不正当经济往来，杨某生基于李小可的不正当经济行为非法操作，擅自扩大解释权利和职责权限。李小可进行不正当交易的行为，正是出于对海关的相关法律具有认识，才希望通过此手段，采取非法操作来逃避法律监管，因此其具有事实上的违法性认识。

其次，即便认为李小可不具有事实上的违法性认识，也因其具有违法性认识可能性做出推定。本案中李小可因具有认识能力与特殊的注意义务，而可以避免违法性认识错误。进出口业务是国家间的贸易行为，具备一定的特殊性，因此在此领域的工作人员认识到该领域内的专门性规范，才能使特殊领域的工作建立起社会信任，才能降低和避免只有在缺乏行业规范的情况下才会增生的不必要的成本。李小可作为文汇公司的主管人员，固定召开例会，统筹安排公司内部业务，应当对于海关的相关业务具有相当的认识能力。此外，其作为文汇公司的创始人之一，已有20余年的从业经验，应当以该行业内的一般认识水平推定李小可具有违法性认识。同时，李小可已经得到汝阳海关的告知，设备本就不予免税，并且咨询了相关专业从业人员，李小可因前置行为而负有相应的注意义务去查证自己的行为是否被法律所禁止并积极避免违法性认识的错误，但李小可却没有尽到应尽义务，显然不能以其具有违法性认识错误而阻碍责任的成立或者减轻刑罚。

综上所述，李小可对于本案中走私普通货物、物品罪具有认识可能性，不具备违法认识错误，没有违法阻却事由。

二、李小可应负刑事责任，且一审量刑适当

根据《刑法》第三十一条规定，单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管

20 参见《中华人民共和国海关法》第五十六条下列进出口货物、进出境物品，减征或者免征关税：

（一）无商业价值的广告品和货样；（二）外国政府、国际组织无偿赠送的物资；（三）在海关放行前遭受损坏或者损失的货物；（四）规定数额以内的物品；（五）法律规定减征、免征关税的其他货物、物品；（六）中华人民共和国缔结或者参加的国际条约规定减征、免征关税的货物、物品。第五十七条：特定地区、特定企业或者有特定用途的进出口货物，可以减征或者免征关税。特定减征或者免税的范围和办法由国务院规定。依照前款规定减征或者免征关税进口的货物，只能用于特定地区、特定企业或者特定用途，未经海关核准并补缴关税，不得移作他用。第五十八条：本法第五十六条、第五十七条第一款规定范围以外的临时减征或者免征关税，由国务院决定。

人员和其他直接责任人员判处刑罚。首先，李小可作为文汇公司的法定代表人，具有单位主管人员的法定身份，未尽到相应的注意、管理义务，并且在本案中起主导作用，对走私犯罪有直接责任，因此应当负刑事责任。另外，文汇公司偷逃税额属于“情节特别严重”，李小可作为主导人员应当承担相应责任，且不存在自首情节，一审量刑适当。

（一）李小可应负刑事责任

首先，李小可具有单位主管人员的法定身份。根据《刑法》第一百五十三条关于走私普通货物、物品罪的规定，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以刑罚。单位主管人员一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。根据企业法人营业执照和文汇公司出具的股东分工说明和任职说明，李小可系文汇公司的法定代表人，负责主持公司的全部经营管理工作。这一点在张小谦等人的证人证言中均有证实。

其次，李小可作为单位犯罪直接负责的主管人员，未尽到相应的注意义务，纵容公司工作人员的相应行为。李小可法定代表人，要履行相应的职责，要对社会合理关切，要把握公司的发展路径，尽到本身的注意义务，承担领导责任，是现代商业体系下的责任基本要求。第一，在本案中李小可作为法定代表人，负责公司的全面管理，理应合理关切公司的重大交易行为。代理燃气机发电机组金额高达数十万，并且由沈某生副总经理亲自执行，并配备了两个后勤人员进行了辅助，由此可见，本次交易对于文汇公司而言的重要性不言而喻。李小可也亲自到北京求助海关人员，并获取了中机联出具的鉴定意见，说明李小可对这份鉴定意见在本次代理行为中的重要性是具有认识的。第二，根据刘某燕的证人证言，文汇公司会在每周一进行开会，由李小可统筹安排进行业务，本案中为沈某洪安排了其他工作人员协助沈某洪完成其负责代理的涉案项目，说明李小可具有实际的权力进行业务的安排，知晓并支持整个业务流程。综上，李小可作为法定代表人，纵使在供述中说明自己对于燃气机发电机组的代理业务并没有全程参与，都是沈某生一手操办，但是由于其身份的特殊性和商事交易的基本准则，而且鉴定意见报单等属于关键性的文件，李小可应当对其具有粗略的审查，对报单的关键性信息进行把关，所以李小可没有尽到相应的注意义务，应该对这部分行为承担相应的责任。

最后，李小可除了上述纵容行为之外，其对单位走私犯罪具有直接责任，在整个犯罪中起到主导作用。根据《公安部关于如何理解走私罪中“直接负责的主管人员”和“直接责任人员”的答复》可知，所谓“直接负责的主管人员”，是指在企业事业单位、机关、团体中，对本单位实施走私犯罪起决定作用的、负有组织、决策、指挥责任的领导人员。本案中，根据李小可的供述及杨某生的证人证言，李小可为了达到使涉案减税的目的，亲自去到北京找到了中国机械工业联合会的秦某海，请求其按照自己的意愿出具一份《鉴定意见》，希望以此能诱导海关将涉案设备认定为“燃气轮机”从而达到减税的目的。在拿到《鉴定意见》后，由于该意见对涉案设备的性质归属不明确，在杨某生的提示下李小可决定修改此份鉴定意见，并找到沈某洪实施修改行为。李小可与杨某生有不正当经济往来，不仅得到杨某生的提示，还在在程序上获取便利，未向上级请示直接审批同意通过。整个过程均是李小可在与杨某生、秦某海等人对接这体现了李小可在业务中的指挥决策作用。随后李小可安排其下属对文件进行修改，这也体现了李小可的组织统筹的作用。

（二）一审判决对于上诉人李小可的量刑正确

对于上诉人李小可的量刑问题，主要的争议焦点存在于：第一，对于李小可的处罚是否适当；第二，李小可是否存在自首情节；第二，对于李小可的量刑是否应当重于沈某洪。以下将围绕这两个问题进行详细论述：

1. 文汇公司偷逃税额“情节特别严重”，主要责任人应当承担相应责任

根据《刑法》第一百五十三条第三款规定，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：（三）走私货物、物品偷逃应缴税额特别巨大或者有其他特别严重情节的，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。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；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。又根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》，偷逃应缴税额在五百万元以上的，应当认定为“情节特别严重”。

本案中，文汇公司共计偷逃海关税款 2062.4735 万元，属于偷逃应缴税额“情节特别严重”，因而上诉人李小可作为文汇公司直接负责的主管人员，对其应当判处十年以上有期徒刑。对此，一审法院判决符合法律规定，对于上诉人李小可的量刑正确。

2. 上诉人李小可被传唤到案说明情况的行为不构成自首

根据《刑法》第六十七条规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。可以据此推出，自首的构成要件有二：其一，犯罪嫌疑人主动投案；其二，如实供述自己的罪行。而本案中对于李小可自首情节的认定，关键在于认定李小可经传唤到案属不属于自动投案。《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》对自动投案作了详细的规定，根据上述规定，自动投案主要有两种情形：第一种是犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉时；第二种是犯罪事实或者犯罪嫌疑人虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时。

在本案中，首先，上诉人李小可接到司法机关的传唤，虽然未对其人身自由进行现实限制，但会对其产生一种心理和现实的强制氛围，继而在行为上会有相应的受限，往往足以使其丧失自主选择的余地，不满足投案需“主动、直接”的客观要件。其次，李小可作为被传唤的对象，到案后采取讯问侦查方式，传唤到案后采取的是讯问方式，并非一般性的排查询问。即侦查机关已经通过侦查线索初步确定的怀疑对象，不属于罪行未被发现或者未确定犯罪嫌疑人的情形。因而，上诉人李小可被传唤到案说明情况的行为不构成自首，上诉人对于李小可存在自首情节，因而应当从轻处罚的主张不成立。

（三）上诉人李小可在单位犯罪中起主要作用，量刑适当

根据 2000 年最高人民法院《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负责人员是否区分主犯、从犯的批复》规定，对单位内部的成员可以区分主犯、从犯，认定为共同犯罪。在本案中，上诉人李小可与被告人沈某洪构成共同犯罪，并且李小可在此次走私行为其主要作用。具体理由如下：首先，文汇公司由李小可总负责，并且此次业务由李小可主导。第一，根据上述证人证言和物证，李小可与杨某生直接接触并听取其对鉴定意见的建议，因此存在授意下属更改的较大可能性；第二，即使李小可未进行主动授意，那么也存在与沈某洪共同确定篡改鉴定意见的思路的情况。第三，作为公司的主要负责人，他有权力决定公司事务。且李小可全程参与提交鉴定意见、联系杨某生等事项，鉴定意见经由他手，其对鉴定意见的更改内容都十分清晰。因而即使李小可称自己不存在上述两种情况，那么也一定未尽到其身为公司决策层和业务负责人的注意义务，需要承担不可推卸的责任。其次，李小可贿赂国家工作人员帮助李小可办相关手续，与相关工作人员勾结，对文汇公司逃避税收监管、完成走私行为起到了重要作用。因而，应当认为李小可在单位犯罪中起到主要作用，

对李小可的量刑适当。

第四节 上诉人及其辩护人提出的其他上诉理由不成立

由上诉人及其辩护人提出的主要证据可知，其认为本案事实存在两大争议焦点：第一，涉案六台设备的税率认定问题；第二，上诉人李小可及文汇公司是否具有走私的故意。对于后者，前文论述已进行了充分论述，此节仅针对六台设备的税率认定问题进行论述：

一、上诉人及其辩护人提出的证据不能证明涉案设备应该免税

（一）上诉人及其辩护人提出的第一组证据不能证明涉案设备应该免税

对于上诉人及其辩护人所提出的证据，出庭检察员认为其不能够证明涉案设备应当免税，以下进行详细论述：

1. 上诉人所援引的相关文件、案例不能够证明进口的设备应当免税

上诉人的辩护律师试图援引《海关总署办公厅关于武汉钢铁股份有限公司进口燃气轮机发电机组税收问题的复函》（复印件）（《税收问题的复函》）与国家发改委出具给武钢的《国家鼓励发展的内外资项目确认书》。国务院批准武汉钢铁股份有限公司进口设备的案例证明其代理进口的设备应当免税，但是，文件内的“设备和技术清单”显示，武钢进口的实质上是一整组应用了燃气-蒸汽联合循环技术的燃气-蒸汽联合循环发电机组，该设备组在内容上包含燃气轮机发电机组，在此基础上还有一整套蒸汽机设备及其他变压器、管道等部件，而这些其他部件与燃气轮机发电机组的科学组合使得燃气-蒸汽联合循环发电机组相比单纯的燃气轮机发电机组更节能、环保，更高效，更复杂，也更昂贵，进言之，援引进口燃气-蒸汽联合循环发电机组免税的案例来支持进口燃气轮机发电机组也应该免税是没有参考价值的。

2. 《关于进口焦炉煤气燃气轮机发电机组的问题请示》不能说明两者提到的设备属性完全相同

首先，该《问题请示》在实质上只是顺城公司向中机联提出的问题，即便其中有说明性的内容，也并不具有任何法律效力，其次，该《问题请示》将焦炉煤气燃气轮机发电机组与传统火力发电机组进行了对比分析，但并没有列举相关设备的数据，而只是在运作模式、设备材料、燃料等方面进行了相当宽泛的对比，最后，《海关总署办公厅关于武汉钢铁股份有限公司进口燃气轮机发电机组税收问题的复函》并没有直接写明武钢进口的设备的参数、设备属性、甚至设备名称，而只是说明武钢进口的设备不属于内燃机发电机组且技术规格优于《不予免税商品目录》中的低热值煤气燃气轮机，与该《问题请示》结合也不能说明两者提到的设备属性完全相同。

3. 编号 Z070371300170 的《免税证明》不能够证明进口的设备应当免税

被告单位未能调取该《免税证明》原件，美国索拉公司制造的“焦炉煤气燃气轮机发电机组”型号多样，各型号设备属性不同，即便确认设备型号一致，外地海关的行政行为对于金州海关也不具有约束力与参考价值。因而，二审辩护律师所提出的太西焦煤公司《免税证明》不能证明涉案货物与《免税证明》所载设备相同，不能够证明进口的设备应当免税。

4. 江西日报关于江西华电公司的部分报道不能够证明涉案设备与报道中设备相同

首先，新闻报道在被没有被查证属实的情况下本就不能作为刑事诉讼证据，其次，该报道的内容也没有指明江西华电公司进口的设备是什么，无从证明与本案涉案设备一致，最后，江西九江海关为促进当地经济发展而实施的行政行为对金州海关、金州法院而言，没有参考价值。因而，该报道不能够证明江西九江办理的免税设备与涉案设备相同。

（二）上诉人及其辩护人提出的第二组证据不足以论证仅满足实质要件即可免税

《中华人民共和国海关进出口货物减免税管理办法》第六条：“减免税申请人按照有关进出口税收优惠政策的规定申请减免税进出口相关货物，海关需要事先对减免税申请人的资格或者投资项目等情况进行确认的，减免税申请人应当在申请办理减免税审批手续前，向主管海关申请办理减免税备案手续。”第十一条：“减免税申请人应当在货物申报进出口前，向主管海关申请办理进出口货物减免税审批手续”。此规定为“强制性规定”，申报人有义务按照法律规定的申报程序进行减免税申报，否则将不享有减免税优惠。

本案中，上诉人所提出的《减免税管理办法》第十三条的规定，是对海关履行审查职责方面的规定，并不能够当然得出申请人向海关提出申请并办理减免税备案及审批手续仅仅是形式意义上的条件。进而，上诉人得出的免税条件只有一个，没有法律依据，与上述法律规定相违背。综上所述，文汇公司应当按照法律规定的申报程序进行减免税申报，而能够因为实质上的免税而不履行形式上的减免税备案及审批手续。

（三）上诉人及其辩护人提出的第三组证据不能证明涉案设备应该免税

1. 顺城公司 2008 年 12 月 15 日出具的《情况说明》无法指明申请了免税审批手续

该《情况说明》中关于免税手续办理的事实有：顺城公司项目的“国内鼓励发展的内外资项目确认书正在国家发改委审批之中；海西省发改委出具的豫发改资源【2008】438 号函，函内说明顺城公司项目已办理了备案审批手续以及该项目属于鼓励项目等相关情况。”皆无法指明申请了免税审批手续。

2. 《海关同意按减免税货物办理税款担保手续证明》（编号为 08-11、09-01）不能证明涉案设备办理了免税手续

免税备案是指为了享受到免征某某税种的优惠政策，预先在主管机关进行相应资料的认定确认工作。两份情况说明皆写明：担保原因为减免税备案正在办理中，只可以证明办理了免税备案，但不能证明申请办理了免税手续。

3. 海西外运报关行 2009 年 4 月 2 日的《进出口货物报关单修改撤销申请表》不能直接指向“正在办理减免税审批手续”

其中修改或者撤销原因为“因减免税手续正在办理中，特申请以保函方式办理通关手续，望批准为盼。”但减免税备案也是免税手续的一部分，所以“正在办理减免税手续”不能直接指向“正在办理减免税审批手续”。

4. 《减免税管理办法》第十九条不能推定免税备案、审批手续已完成

该条第一款规定，主管海关按照规定已经受理减免税备案或者审批申请，尚未办理完毕的；表述为已经受理减免税备案“或者”审批申请，“或者”表现的是择一性，而非“与”、“和”，引用该法时必须结合证据，本案没有证据证明办理了免税手续审批，故不能证明申请办理了免税手续。

二、文汇公司应就涉案设备缴纳 10% 的关税，不应予免税

海关对涉案设备是否属于《不予免税目录》的判断不会影响对设备税率的认定，《海关总署关于明确减免税政策执行中若干问题的通知》：“海关的主要职责是准确审核内外资不予免税商品目录（指《国内投资项目不予免税的进口商品目录》和《外商投资项目不予免税的进口商品目录》，下同），对应当享受进口税收优惠的商品予以减免税。”海关具有审查《不予免税目录》，确认办理免税的商品是否属于不予免税商品之列的职责，审核的结果只涉及设备是否属于《不予免税目录》，具体符合哪项的问题，不涉及税率认定的问题，而正式的商品归类及税率认定是在报关的阶段，依据的是《海关进出口税则》，换言之，完全可能作出不同于审查是否属于《不予免税目录》是的结论，本案中，文汇公司代理进口的燃气轮机发电机组即是如此，因为其是以燃气轮机作为原动机的发电机，所以属于《不予免税目录》中的“燃气轮机”条款，不予免税，依据《海关进出口税则》，发电机组适用税则号列 85023900，按照 10% 征收关税。

（一）文汇公司代理进口的六台设备不应免税

《国务院关于调整进口设备税收政策的通知》中关于应当予以免税的进出口设备的范围的规定：“对符合《当前国家重点鼓励发展的产业、产品和技术目录》的国内投资项目，在投资总额内进口的自用设备，除《国内投资项目不予免税的进口商品目录》所列商品外，免征关税和进口环节增值税。”说明，国内投资项目获得免税资格，但是项目所涉及的设备不应当然的免税。

本案中，文汇公司代理顺城公司进口的两台设备所属项目虽然取得了《国家鼓励发展的内外资项目确认书》（《项目确认书》），但该设备不应当然免税，因为燃气轮机发电机组中的燃气轮机部分属于《不予免税目录》。且金州海关依据律授权认定了该设备属于低热值燃气轮机，不应予以免税。同时无证据证明办理了申请免税审批手续，故文汇公司代理顺城公司进口的两台设备依法不应免税。而文汇公司代理诚晨公司、利源公司进口的四台燃气轮机发电机组所属的项目没有取得《项目确认书》，不符合法定减征或免征关税的事由，也不应免税，下面将分别就上述事项进行论述。

1. 燃气轮机发电机组属于《不予免税目录》，不应免税

《国务院关于调整进口设备税收政策的通知》免税的范围（一）：“对符合《外商投资产业指导目录》鼓励类和限制乙类，并转让技术的外商投资项目，在投资总额内进口的自用设备，除《外商投资项目不予免税的进口商品目录》所列商品外，免征关税和进口环节增值税。”《国内投资项目不予免税的进口商品目录（2008 年调整）》三十六类第五项第一条：“燃气轮机-所有规格”，第二条：“低热值煤气燃气轮机-输出功率≤100MW”，

《不予免税目录（2008）》中没有写明燃气轮机发电机组，但《海关总署办公厅关于武汉钢铁股份有限公司进口燃气轮机发电机组税收问题的复函》中提及：“武钢进口的燃气轮

机发电机组中的发动机—燃气轮机的技术规格优于《不予免税商品目录》第三十六类第(五)项第 2 条商品“低热值煤气燃气轮机”的技术规格限制“输出功率 $\leq 100\text{MW}$ ”……可以认定武钢此次进口的燃气轮机发电机组不属于《不予免税商品目录》范围内商品，”而《不予免税商品目录》对低热值煤气燃气轮机制定的技术规格限制即是输出功率 $\leq 100\text{MW}$ ，换言之，海关总署审核以低热值煤气燃气轮机作为原动机的燃气轮机发电机组是否属于《不予免税商品目录》时，审核的是其技术规格，以燃气轮机发电机组应该归《不予免税商品目录》约束为前提，进言之，《不予免税商品目录》关于燃气轮机的规定则是全部规格，而顺城公司进口的两台燃气轮机发电机组以燃气轮机作为原动机，无论其型号如何，皆属于燃气轮机，属于《不予免税商品目录》，不应免税。

2. 金州海关认定顺城公司进口设备不应予以免税

《海关总署关于明确减免税政策执行中若干问题的通知》：“海关的主要职责是准确审核内外资不免税商品目录(指《国内投资项目不予免税的进口商品目录》和《外商投资项目不予免税的进口商品目录》，下同)，对应当享受进口税收优惠的商品予以减免税。”

金州海关曾提出顺城公司进口设备属于低热值燃气轮机，不属于可以免税的项目，应按照 3% 的税率纳税，并要求文汇公司改单。实际上并非在做商品归类，亦非认定了税率，而是履行其在办理免税过程中准确审核内外资不免税商品目录，确认办理免税的商品是否属于不予免税商品之列。

3. 文汇公司代理顺城公司进口的两台设备未办理免税审批手续，不应免税

《减免税管理办法》第三条规定：“进出口货物减免税申请人应当向其所在地海关申请办理减免税备案、审批手续，特殊情况除外。”第六条规定：“减免税申请人按照有关进出口税收优惠政策的规定申请减免税进出口相关货物，海关需要事先对减免税申请人的资格或者投资项目等情况进行确认的，减免税申请人应当在申请办理减免税审批手续前，向主管海关申请办理减免税备案手续。”第十一条规定：“减免税申请人应当在货物申报进出口前，向主管海关申请办理进出口货物减免税审批手续。”所以，减免税申请人应当在货物申报进出口前，先向主管海关申请办理减免税备案手续，随后申请办理减免税审批手续。但减免税申请最终能否被受理，应由海关认定。本案中无证据表明文汇公司办理了免税审批手续，因此文汇公司代理顺城公司进口的两台设备未办理免税审批手续，不符合形式要件规定，不应予以免税。

4. 文汇公司代理利源、诚晨公司进口的四台设备不符合法定免征关税的事由

办理免税需要具有相关部门出具的《符合国家鼓励项目确认书》，且经主办海关审核确定不属于《不予免税目录》，并办理免税备案与免税审批手续，利源公司和诚晨公司的四台设备未经相关主管部门审核、出具项目确认书，也没有办理免税备案、审批手续，显然不符合免税条件。

（二）文汇公司代理的六台进口燃气轮机发电机组依法应该缴纳 10% 的关税

1. 文汇公司基于其代理行为具有代理纳税的义务

《中华人民共和国进出口关税条例》第五条规定：“进口货物的收货人、出口货物的发货人、进境物品的所有人，是关税的纳税义务人。”本案中，顺城公司、诚晨公司、利源公司作为进口六台燃气轮机发电机组的所有人，具有缴纳税额的义务。文汇公司作为以上三个单位的报关业务代理人，具有代理单位纳税应缴税额的义务，故文汇公司应该按照金州海关依照《海关进出口税则》确定的税率缴纳关税。

2. 涉案设备缴纳 10% 的关税认定正确且合法

《海关法》第四十二条规定：“进出口货物的商品归类按照国家有关商品归类的规定确定。”《关税条例》第十五条规定：“进出口货物，应当适用海关接受该货物申报进口或者出口之日实施的税率。”因而，海关有权依照上述法律规定认定应缴税率，文汇公司应当依照金州海关认定的税率缴纳相应关税。

（1）文汇公司代理进口的六台设备是燃气轮机发电机组

顺城公司进口的 TITAN130 燃气轮机发电机组、诚晨公司进口的两台金牛座 t60 燃气轮机发电机组、利源公司进口的 LM2500+pk 燃气轮机发电机组，在名称上就都包含燃气轮机发电机组，直接指向了其商品性质，从卡特彼勒(中国)投资有限公司与美国通用电气中国有限公司调取的相关设备的合同装箱单、提单等单证亦证明上述六台设备为燃气轮机发电机组。

（2）我国法律对于燃气轮机发电机组的货物分类与税则号列、税率有明确规定

《关税条例》第十五条：“进出口货物，应当适用海关接受该货物申报进口或者出口之日实施的税率。”金州海关出具的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》（《核定证明书》）证明，文汇公司代理进口六台燃气轮机发电机组的型号与时间如下表 1-1 所示

	设备型号	第一次走私时间	第二次走私时间
顺城公司	TITAN130	2009 年 1 月 7 日	2010 年 1 月 27 日
诚晨公司	金牛座 t60	2009 年 8 月 31 日	2011 年 1 月 17 日
利源公司	LM2500+pk	2010 年 10 月 26 日	2011 年 1 月 5 日

表 1-1

由上图可知，涉案六台设备走私时间均在 2009 年 1 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日范围之内，故金州海关在对文汇公司代理进口的六台设备时依照的是 2009、2010、2011 版的《海关进出口税则》，其中设立了“其他发电机组项-其他”组，用以规制发电机组，对应税则号列 85023900，按照 10% 的税率征收关税。

根据海关总署关税征管司《进出口税则商品及品目注释》（《商品注释》）第十六类第八十五章：“发电机组，是指由发电机与除电动机以外的任何原动机（例如水轮机、气轮机、风力机、往复蒸汽机、内燃机）所组成的机器，发电机组如果由发电机及其原动机组装成（或准备组装成）整套设备或装在同一底座上（参见第十六类总注释）并且同时报验（即使为方便运输而分别包装）列入本品目。”而燃气轮机发电机组实质上是用燃气轮机联轴驱动发电机的成套设备机组，燃气轮机作为发电机的原动机，底座是整体式底盘，燃气轮机安装在机组底座的燃机支撑装置上，发电机安装在机组底座的发电机安装座上，符合《商品注释》中“由发电机及其原动机组装成整套设备或装在同一底座上”对发电机组的实质性要求，应归入“其

他发电机组”类别。

(3) 金州海关依据海关总署答复对六台燃气轮机发电机组进行了正确的商品归类

金州海关曾经因为文汇公司实施的走私行为而对涉案的六台设备进行了错误的货物归类, 但已经依法重新进行了归类, 如上所述, 根据《海关进出口税则》的规定, 文汇公司在 2009-2011 年代理进口的六台燃气轮机发电机组在货物归类上应归入“其他发电机组”类别, 适用税则编码 85023900, 按照 10% 的税率征收关税。但因为文汇公司篡改了中机联《鉴定意见》, 相关设备的合同、箱单、提单, 并且以篡改后的文件报关, 使得金州海关对上述六台设备进行了错误的货物归类。金州海关已就涉案设备的货物归类、适用税率向海关总署进行了请示, 海关总署出具了《归类指导意见书》, 对上诉事项进行了说明, 金州海关关税处出具的情况说明: “根据《海关进出口税则》(2009) (2010) (2011) 之规定, 利源公司、顺城公司进口的燃气轮机发电机组应归入“其他发电机组”类别, 编码 85023900, 按照 10% 的税率征收关税。”

虽然海关总署出具的《归类指导意见书》没有直接对诚晨公司进口的两台金牛座 t60 燃气轮机发电机组进行直接归置, 但是实质上诚晨公司进口的两台设备在货物分类上与顺城公司进口的 TITAN130 燃气轮机发电机组、利源公司进口的 LM2500+pk 燃气轮机发电机组相同, 同属于燃气轮机发电机组, 符合由发电机及其原动机组装成整套设备, 装在同一底座上的标准, 也应归入“其他发电机组”类别, 适用税则号列 85023900, 按照 10% 的税率缴纳关税。

综上所述, 文汇公司代理顺城公司进口的两台 TITAN130 燃气轮机发电机组、代理诚晨公司进口的两台金牛座 t60 燃气轮机发电机组、代理利源公司进口的两台 LM2500+p 燃气轮机发电机组, 总计共六台燃气轮机发电机组在货物分类上都应该归入“其他发电机组”类别, 适用税则号列 85023900. 按照 10% 的税率缴纳关税。

综上, 文汇公司代理顺城公司、诚晨公司、利源公司进口的六台燃气轮机发电机组依法应该按照 10% 的税率缴纳关税, 代理顺城公司进口设备所属项目符合国家鼓励进口政策, 但设备本身属于《不予免税目录》, 且没有办理免税审批手续, 不应免税, 代理诚晨公司、利源公司进口的四台设备不符合相关免税政策, 亦不满足免税条件, 故上述六台设备都不应免税。

第四部分：启示

通过对于赛题的研读以及书状的撰写, 我们对于相关问题有了更为深刻的思考, 主要聚焦于以下几点:

一、案件实体部分的相关思考

首先, 对于案件实体部分, 我们主要在国际贸易发展下的走私普通货物罪行为方式认定方面和单位犯罪主要责任人认定方面有了更为深刻的思考。

(一) 国际贸易发展下的走私普通货物罪

在国际贸易中, 最为常见的是一种“伪报、瞒报型走私犯罪”, 其不逃避海关监管, 而是采用欺骗性的手段接受监管, 利用海关管理的漏洞达到偷逃应缴税款而牟利的行为。由于在我国加入 WTO 以后, 海关要严格按照《WTO 估价协定》对进出境的货物进行估价, 而估价的前提是企业如实申报, 这就容易导致一些商人在申报时以伪报品名、伪报价格等方式逃避海关监管。这种走私有两个特征: 其一, 它在表面上接受海关监管, 并且依照规定向海关进

行申报，只不过这种申报不是真实的申报，而是“瞒报”或者“伪报”；其二，这种走私行为是与国际贸易相伴而生的，它离不开商业活动，同时也利用合法的商业活动作掩护。一般来说，这种类型的走私所采取的形式主要由：单证欺诈、货物欺诈、价格欺诈和支付欺诈。

可以说，这类“商业欺瞒型走私”具有高智能化的特征，行为人多是掌握某种专业知识的人员，所采取的手法也做了多种伪装，程序也非常复杂。因而，对于这类走私犯罪应当将犯罪既遂标准适度提前化，以虚假申报方式走私的，申报行为实施完毕的就应当认定为走私罪的既遂。通过将既遂标准前置化，强化海关的监管，从而更好地维护我国的税收制度和海关监管制度。

（二）对于单位犯罪，高管可否“豁免”刑事责任？

我国刑法对单位犯罪规定了双罚制，即对单位处罚金的同时，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。其中的“直接负责的主管人员”，根据最高法《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定，是在单位实施犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。而“其他直接人员”，是指单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，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。鉴于高管在单位中较高的地位，常常能体现法人意志，这决定了犯罪活动由个人行为转化为单位行为的可能性。所以，如果公司高管对该犯罪行为负直接责任，恐难逃代单位受罚的后果。

但是也存在高管对于单位犯罪可以“豁免”刑事责任的情形。对单位具有实际支配与控制权限的高管，如果与单位实施的犯罪行为没有直接关联，既未参与策划组织或容许单位犯罪发生，并且也未在事后对单位犯罪予以追认，那么就不应当认定该高管对单位犯罪行为负责。²¹实务中，一般会综合参考如下几个要素：

第一，单位负责人员是否明知违法活动。例如北京市一中院在北京匡达制药厂偷税案中判决认定：在由单位其它领导决定、指挥、组织实施单位犯罪、不在本人职权分工范围之内，本人并不知情的情况下，则不应以单位犯罪直接负责的主管人员追究其刑事责任。²²这一判例的主旨就在于排除了高管“不明知”情况下的个人刑事责任。但值得注意的是，“不明知”并不是指知道该行为触犯刑律，而是指知道该行为发生的事实。同时，该“明知”的时间节点也不限于事前已知，事中知道相关单位成员将实施或正在实施单位犯罪行为，但容许或默许其发生，也可认为是“明知”。

第二，对违法活动有无纵容、默许或事后追认。单位犯罪中高管的责任认定不同与一般的自然人刑事责任的认定，纵容、默许或事后的追认，都使单位成员的个人意志与行为转化为单位意志与行为成为可能。因此，如果高管对于下属的违法犯罪行为，即没有参与其中，也没有纵容默许，事后也无包庇犯罪或追认的行为，那么，在这种情况下就不应追究高管个人的责任。

第三，有无获得犯罪活动的利益。虽然有无实际获利，并非评判刑事责任的核心要素，但却可以反向证明高管对犯罪活动的参与程度，如果没有获得犯罪活动的利益、也没有任何好处，那么可以间接说明高管没有主观从事违法犯罪活动的故意。

因而，在运用单位犯罪“双罚制”规则时，也应当注重对于直接责任人相关行为的分析，如果直接责任人并不存在以上所列情形，那么就不应当由其承担单位犯罪的责任。所以，在判断公司高管是否承担刑事责任时，还是要根据主客观一致性的原则在案件中进行具体分析。

21 参见陈兴良：《刑法总论精释》（第二版），人民法院出版社2011年9月版，第590页。

22 参见：《刑事审判参考》第251号北京匡达制药厂偷税案。

二、案件证据部分的相关思考

随着社会的不断进步与发展，社会的复杂性愈加显现，事物间的关联亦愈加复杂多样，同时也出现了越来越多能够记载、反映客观事实的物质载体。在刑事诉讼法中，虽然规定了证据包括的八大种类，但不能因为证据的种类形式而约束证据的实际证明能力。

正如本案中，金州海关出具的各项说明虽然难以归入八大证据种类中的任意一类，但是各项说明能够客观反映出金州海关向海关总署请示涉案设备应缴税额，并且收到海关总署做出归类指导的过程，因此能够说明金州海关所做的税额归类系有足够的依据，且根据该依据能确定涉案设备最终的税率。所以，即使各项情况说明不属于八大证据种类之一，但也不能否定其能证明案件事实，对于查明案件具有重要作用。

综上，对于证据的采信与判断，不能因为其不属于证据包括的八大种类而制约法官自由心证的过程，即一切能够反映案件事实，形成过程、获取主体、获取来源合法，并具有真实性能排除伪造怀疑，且与本案有着实际联系的客观物质，都可以被认定为证据。

第五部分：结语

上诉人李小可作为文汇公司的直接负责人，应对公司的进出口报关业务履行业务保障和业务监管义务；作为一名在报关行业内从事近十年的专业报关人员，对报关的相关规定应当具备相当的专业知识。然而李小可为了谋取巨大利润，利用自己的职权，在明知涉案设备税率应为 10% 的情况下，通过授意下属沈某洪实施篡改《鉴定意见》、修改报关合同、提单、报箱单、贿赂国家工作人员等行为，误导海关将设备属性认定为了应缴税额为 3% 的燃气轮机，偷逃应缴税额，违反法律规定，逃避海关监管，损害了国家的税收制度与海关的监管制度。

综上，上诉人李小可作为文汇公司的法定负责人，在本次犯罪行为中实施了主导行为，系本次单位犯罪的直接负责人，且上诉人及其辩护的上诉理由及辩护意见不成立，依据法律规定，文汇公司构成走私罪，李小可应负刑事责任。

一审认定的上诉人李小可犯罪事实清楚，证据确实充分，法律适用正确，应当追究其刑事责任。请求法庭维持一审判决，依法严惩。

此致

海西省高级人民法院

出庭检察员：甲某某 乙某某

海西省人民检察院
2019 年 11 月 2 日