

“倒卖文物罪”刑事业务交流会

业务综述



2024年3月20日星期三下午两点半至五点半，由深圳市律师协会刑事诉讼专业委员会（以下简称“刑诉委”）主办，广东华商律师事务所刑事法律专业委员会承办的深圳律协刑诉委暨华商刑委会“倒卖文物罪”刑事业务交流会在广东华商律师事务所26楼小剧场（深圳市福田区港中旅大厦26楼）召开。

会议开始前，广东华商律师事务所曾铁山书记发表致辞，深圳市律师协会刑事诉讼专业委员会这样专业的委员会，给我们大家一个很好的学习交流刑事辩护经验的平台。通过以律协为纽带的形式，加强各律所之间的学习交流，不仅仅能够提升刑事辩护的专业技能，也能够提高我们在个案中的收费的标准，不搞低价竞争，有利于净化法律服务市场环境。我们律师要做到业务上合理规划就是“1+1”配置，一个主业和一个辅业，也祝在座的各位能够在这次研讨会能够有所收获，同时也欢迎大家经常来华商律师事务所交流。

曾铁山主任致辞完毕，由广东华商律师事务所刑事法律专业委员会秘书长杨

叶律师简单介绍了参与本次案例研讨会的人员刑诉委主任黄云主任，主讲人刘越律师、与谈人陈国庆副主任、卢方副主任、苏明飞律师等其他刑诉委委员，李斌泉监事到会参加本次研讨会。在场的还有其他同仁律师参加了本次研讨会。



本次研讨会的主题是“倒卖文物罪”刑事疑难案例研讨会。刘越律师作为主讲人先介绍了一下基本案情以及其承办该案件的辩护过程。

刘越律师讲道：本次研讨会分享的案例其实是一个失败的案例，但为什么要分享呢？第一，这个罪名在广东地区还是比较少见的，第二，我在办理这个案件过程中，是二审介入的，一审是判定有罪，我们在通过阅卷、与当事人沟通、检索相关案例包括一些相关法律规定和司法解释，我们当时相信这个案件是能够被改判的，但二审却维持了一审的判决。所以借着这次机会，和大家一起讨论一下复盘这次辩护过程中可能存在的某些过失，比如我们的辩护方案，证据分析、辩护观点以及选择的辩护理由是不是有问题，争取在这次沟通交流中都有所进步。

现在转入正题，这个案件基本情况是被告人郭某在西安大唐西市经营一家文

物古玩店，通过购进其他店面或地摊物品专卖牟利。2020年12月28日至2021年5月8日，郭某通过网店“某某堂”，向肖某出售多面古铜镜。因为某州A县警方因为肖某参与涉嫌一起盗墓案件，通过线索摸排，摸到了远在西安的郭某那里，随后被跨省抓捕到A县。案发后，在其店铺缴获一批铜镜。经广东文物保护站的鉴定，出售的铜镜均为文物，其中包含二级文物3件，三级文物8件，一般文物32件。这个案子在实际侦查过程中，鉴定程序和鉴定流程是存在问题的，不过今天我们就不再去讨论了。我们主要讨论这个罪名本身的法律问题。这个案件的处理，就警方、公诉机关、一二审法院都认为郭某构成倒卖文物罪，但认为的理由是有出入的，侦查机关、公诉机关、一审法院认为珍贵文物是不能买卖的文物，所以郭某是销售了国家禁止经营的文物。二审到我们这里后，我提出一个观点就是：珍贵文物不属于国家禁止经营的文物，构成本罪的理由不充分的；那么二审法院认可我们的一个观点，但没有写在文书里面，只是口头表达了珍贵文物不等于国家禁止经营的文物，同时提出另外一个观点，说文物保护法有一个条款就是关于什么是具有合法来源的文物，只有是具有合法来源的文物才能够买卖，然后就说你这个被告人就文物的合法来源是不是能够提供，你得证明你出售的文物的来源是合法的，如果能证明合法来源，就不构成本罪。结合本案情况，二审法院认定被告人郭某无法提供销售文物的合法来源，所以就属于销售国家禁止经营的文物，构成倒卖文物罪

我们辩护人认为：涉案文物不属于国家禁止经营的文物。从证明责任上，郭某有没有责任证明自己出售的文物来源合法性呢？辩护人认为这个证明责任应该由公诉机关来证明我们涉案文物的来源是不合法的。本来郭某也不具备鉴定文物等

级的能力的，主观上不存在倒卖文物的意图，所以认为被告人郭某不构成犯罪。

我详细的向二审法院解释了关于来源合法性的问题，二审法官的观点就是关于来源合法的问题、举证责任的问题，你可以参考掩饰隐瞒犯罪所得罪、洗钱罪都是要说明买卖时间、地点等交易外观上足以认定是合法的来源的，或者本身明显就是合法的渠道，才不构成本罪。

我说这一点上，法官你说的没错，但你忽略了一个问题，比如掩隐罪，在指控里面首先必须要先证明是涉案财产是赃物赃款；再反过来说被告人收购这个赃物采用合法的方式或者有合法的交易外观收购的，主观上不是为了掩饰隐瞒，这种情况之下，才不构成掩隐的本罪。而本案这个倒卖文物罪，你要先说明这个文物来源不合法的，作为辩护人我再反推你这个指控不合法来源的证据的合理合法性，如果你认定不合法的来源从证据角度分析后不成立，或者说不能证明被告人的涉案货物来源不合法，被告人就不构成倒卖文物罪；证明涉案物品是不具有合法来源的证明责任在于公诉机关，不在于被告人自己证明自己是合法。

据我所知，众多罪名中举证责任倒置的刑事罪名，就是巨额财产来源不明罪，即使是巨额财产来源不明罪也不是所有的举证责任都是被告人承担，因为侦查机关首先要证明我有巨额财产与我的收入水平不符才行，我再进一步证明我的财产来源是合法的。你不能因为这一个罪名，就把所有的举证责任放到被告人身上；这是违反刑诉法的基本规定的。不过很遗憾，二审法院还是维持了原判。

经此一案，我再反思自己的辩护观点和策略到底哪里出了问题。其实我们主要的辩护观点就是四个，第一，珍贵文物并不等同于国家禁止经营的文物；第二、《文物保护法》允许公民买卖文物，并没有区分一般文物和珍贵文物；所以一审法院的判项认为理由是与法律规定相违背的。第三，有关文物来源合法性的证明责任

在公诉机关而非被告人。所有人都可以看到，这个权利外观就是一种占有状态，如果但凡我买一个财物都要证明我的财物来源是合法的，作为市场交易主体就会因为司法机关的这样的认定不堪重负，无法正常经营和生活，故不能合法来源的举证责任加之到被告人身上，第四，被告人没有主观犯意。这里说的是被告人的专业背景情况，作为一个生意人是没有能力鉴定文物的等级的。

关于倒卖文物罪，它是一个简明的罪状描述，这个刑法规定还需要结合别的法条加以细化。包括刑法及其司法解释还是要把文物的概念讲清楚，这个在《文物保护法》或《文物保护实施条例》里面去寻找它的概念，然后进一步寻找禁止的文物是什么概念。就哪些是国家禁止经营的文物，我国法律并没有明确规定，只是文物保护法相关规定了哪些文物是可以买卖的范围，列举式说明加一个兜底条款：来源合法的可以买卖，还有一些禁止性条款。私人之间是不是可以买卖珍贵文物？买卖珍贵文物需要什么样的条件？出卖这个文物是否需要出具文物的合法来源？通过什么途径得到的？很多刑事案件里面涉及到主观的认定，审慎的义务到底应不应该让一般的销售主体来承担，审慎的义务标准过高，将严重影响经济行为的效率性，违背了市场经济规律中的公平和效率应当有所兼顾，而不是绝对的公平。这留着是一个作为辩护的一个点，来讨论。

现在我们看法律规定，刑法第 326 条 以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

法律规定对于文物是什么样文物并没有清晰的定义，而是在量刑上就一般文物、珍贵文物，一级文物、二级文物等的件数等等来作为量刑的计算依据；

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若

干问题的解释》第6条：出售或者为出售而收购、运输、储存《中华人民共和国文物保护法》规定的“国家禁止买卖的文物”的，应当认定为刑法第三百二十六条规定的“倒卖国家禁止经营的文物”。

《文物保护法》第44条：禁止国有文物收藏单位将馆藏文物赠与、出租或者出售给其他单位、个人。这里的禁止仅限于国有文物收藏单位。

《文物保护法》第50条规定：文物收藏单位以外的公民、法人和其他组织可以收藏通过下列方式取得的文物：

- （一）依法继承或者接受赠与；
- （二）从文物商店购买；
- （三）从经营文物拍卖的拍卖企业购买；
- （四）公民个人合法所有的文物相互交换或者依法转让；
- （五）国家规定的其他合法方式。文物收藏单位以外的公民、法人和其他组织收藏的前款文物可以依法流通。

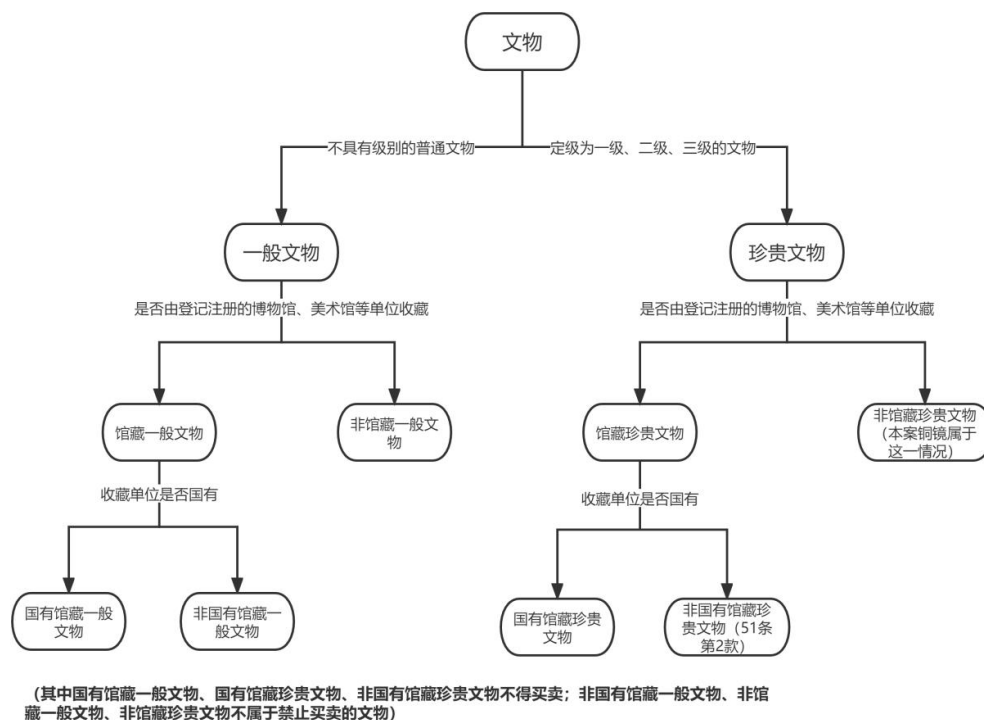
上述规定完全肯定了私人之间可以买卖文物，而且文物没有关于等级的限制，一审法院就违背了这些规定。

《文物保护法》第51条规定：公民、法人和其他组织不得买卖下列文物：

- （一）国有文物，但是国家允许的除外；
- （二）非国有馆藏珍贵文物；
- （三）国有不可移动文物中的壁画、雕塑、建筑构件等，但是依法拆除的国有不可移动文物中的壁画、雕塑、建筑构件等不属于本法第二十条第四款规定的应由文物收藏单位收藏的除外；
- （四）来源不符合本法第五十条规定的文物。

国有的肯定不能买卖，非国有馆藏珍贵文物应该怎么理解？怎么断句？这个案件中它首先是非国有，也不是馆藏的珍贵文物，这个馆必须是文物管理部门批准设立的博物馆，不是随便起个名字就是博物馆；这里的断句就很讲究了，应当是非国有的文物，但是属于馆藏的珍贵文物才不能买卖，否则这个概念的周延就扩大化了，与前面矛盾了，只要不是国有馆藏的文物都不能买卖，那私人的也不能买卖，明显不符合该项的立法本意；

第四项的关于来源不合法的问题；被告的经营场所是陕西省由专门文物管理部门批准的专门做文物交易的场所，存在大量的地摊货、跳蚤市场之类的；在陕西、河南这些省份存在很多古都遗址，也盛产各种文物、古玩，我们就把这一条引用了一下，想说明的问题就是珍贵文物可以买卖，后来我们做一个图，予以分类说明，作为分析法律意见的辅助材料交给司法部门。



以上分享主要想和大家一起讨论一下辩护策略中可能存在的问题，希望能共同进

步，有所收获谢谢大家。

杨叶律师讲道：我一朋友这长沙参加一场文物交流会，这个会叫“床交会”，就文物古玩放在酒店的床上，也有地摊货，也有展厅的展交会。市场交易中文玩有不同形式的流通渠道。

陈国庆律师：刑法对文物类犯罪规定了9个相关罪名。包括走私文物、故意损毁文物、故意损毁名胜古迹、非法向外国人出售、赠送珍贵文物、倒卖文物、非法出售、私赠文物藏品、盗掘古文化遗址、古墓葬、盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪。

我没有办过文物类犯罪案件，所以我没有什么有价值的经验进行分享，下面我主要从我对文物类犯罪的相关罪名，故意损毁文物、倒卖文物、非法出售馆藏文物罪一点理解，说一说我的一些看法：

#关于故意损毁文物与故意损毁名胜古迹的关系

两个罪名保护的文物范围不存在重叠，但补充了文物保护范围

故意损毁文物保护的文物范围是：国家保护的珍贵文物或被国家确定为全国重点文物、省级文物保护单位的文物。

名胜指国家级、省级风景名胜区的核心景区；

古迹是指未被确定为国家文物保护单位、省级文物保护单位的不可移动文物；比如市县级文物保护单位及未被确定为文物保护单位的不可移动文物。

在风景名胜核心区，打岩钉进行攀岩被判刑。

#关于倒卖文物罪的几点思考

第一，倒卖概念是指出售，或者以出售为目的的收购、运输、存储。所以并不要求完整的购进、卖出两个步骤。

第二，倒卖的必须是国家禁止经营的文物，这个《文物保护法》第五十一条规定禁止买卖的文物。所以的国有文物禁止买卖，非国有馆藏文物，只限于珍贵的文物，什么是珍贵文物，就是指一二三级文物，非国有馆藏单位倒卖普通文物不构成犯罪。

第三，依法取得的文物可以买卖。比如祖传的珍贵文物，可以进入市场流通，但是出售的对象只限于国人或其他单位，不能是外国人，否则构成非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪。

第四，倒卖文物与掩饰隐瞒犯罪所得的关系。主要看是否有事先通谋。

#关于非法出售、私赠馆藏文物藏品罪

第一，犯罪主体只能是国有博物馆或图书馆等单位，不包括私人或集体收藏单位；

第二，出售的对象如果是其他国有的单位，不构成犯罪。

第三，非国有馆藏单位出售、赠予馆藏物品，不构成犯罪，但出售、赠予的对象是外国人的会除外。

第四，文物非馆藏文物和非馆藏文物，非馆藏文物包括：没来得及馆藏的文物以及退出馆藏的文物。一次非法出售、赠予退出馆藏的文物，不构成犯罪。

#关于定罪量刑的问题

第一，文物的等级及价格认定问题；案发前文物已经进行了等级评定的，直接认定；没有认定登记的，应当通过司法鉴定或国务院文物行政部门制定的机构出具报告；

第二，对文物评定等级低，但价格高的文物，比如家里祖传的明朝的青花瓷，没有等级，但价格高，一般按照价格认定。

第三，文物价格。有效价格证明认定文物价值，无有效价格证明，根据销赃价格；

或通过价格部门进行价格认证。

第四，一个案子涉及不同等级的文书时，按照最高等级的文物量刑；有多件同等级的文物，5件同级文物升一级文物。比如20件二级文物，那么就应计算出4件一级文物；按倒卖4件一级文物定罪量刑。

卢方律师讲：关于罪名，最早是按投机倒把罪处罚的，1997年刑法才有倒卖文物罪的。罪状的不明确性很明显。即概念很宽泛，牟利为目的与倒卖，是否包括低买高卖，或高买低卖的这种逻辑关系说清楚，立法层面很模糊。第二个问题，珍贵文物不等于国家禁止经营文物，这一点我是认可的，但文物保护法中关于倒卖文物罪之间的衔接问题是不够紧密的。刘律师这张图里面的分类，我认为法院是将国家禁止经营的文物进行了不合理的扩大解释。

苏明飞律师讲：首先请问一下刘律师，这个案件有没有开庭，刘律师称开了，经我们申请后开庭了的，我没办过这类案件，但我对文物还是了解一些，我经常去大唐西市，我对那些鉴宝专家的鉴定的结果持保留意见，如果我做辩护人，我也无罪辩护，但与刘律师不同，不同点在于从法秩序相统一的原理出发，法无禁止皆可为。我非常赞同张明楷说过的一句话，与其质疑刑法的局限性，不如质疑自己的解释能力。文物保护法第五十条列举的五项，没有禁止公民个人将通过正当途径得到的文物进行交易，更没有禁止珍贵文物的交易。

民法上没有禁止，刑法上更不具有刑事违法性的评价。（小编在这里温馨提示文物保护法属于行政法，行政法的规则是对行政主体的限制，是法无授权不可为，没有法无禁止即可为的规则）

第二就是证明合法来源的义务问题，古董与文物之间存在什么关系，什么是古董，什么是文物，不具有复制性的，有一定收藏价值的就有可能可能是古董文物，侦查机

关指控逻辑不能推定是非法的，但是祖上传下来的，最高法院法官也是说认定倒卖文物罪认定倒卖，尤其是合法来源的推定要慎重。

另外，针对合法来源的问题，公诉机关是否作出回应，如果没有作出回应，我认为根据公诉机关出庭行为规范第 22 条，控辩双方有实质性争议冲突的时候，公诉机关必须予以回应。我之前办理的一个涉枪支散件的案件就是这样的坚持，最终当事人取得了缓刑的结果。

相互讨论过程中，发言人数过多，在此不再一一列明发言的律师：

鉴定文物专门性很强，鉴定瓷器就是要有专门鉴定瓷器的专家来鉴定，鉴定铜镜的也必须是这方面的专家才可以。关于证明责任问题展开讨论，尤其刑事诉讼法的证明规则部分来说明。

古玩本来就是一个非标准价格的产物，可以价值几千甚至几十万，仅在于收藏家的需求。

如果只是一个工艺品，或者我把物品作为工艺品来卖是不是就不构成犯罪，主观上以牟利为目的的，如果没有这个目的是不是可以从主观方面分析辩护要点；交易数额的认定上辩护，还有鉴定意见的质证等；

按道理说还是要重新鉴定的，不过本案最后也没有能够鉴定成。这也是本案在证据层面的一个缺憾。

我们还可以通过正常的市场交易环境下，能否购买到同种类的物品，比如我通过京东或淘宝，能买到很多这种类似的物品。

现实困境是被告人也不可能只买或者卖这一件物件，交易金额与物品不能一一对应的情况是客观存在的。也就无法证明被告人当时购买该物件的来源的准确渠道。

鉴定机构的专家通过目测，分析历史特点、文化特性等标准来鉴定是不是文物不具有稳定性，主观性太强。

询问合法来源，我只是说在地摊上买的，来源不清，来源是否合法等公民之间我可以通过多种渠道购买到铜镜，证明责任如何分配；被告人没有义务自证其罪。很多案件的辩护过程中，我们会选择跟办案机关妥协，介入过程早一点的话，能够实现有效辩护

如果要求被告证明自己的货物来源是合法的，这就有推定被告人的涉案货物来源是不合法的嫌疑。不管是根据存疑有利于被告人的原则，还是未经法院判决认定不能推定被告人有罪的原则，被告人均没有证明自己销售货物的来源合法的义务。反而侦查机关应当侦查取证证明被告人的涉案货物来源是不合法的，才是符合法律和法理的。

卖的人不一定知道这个物品是文物，这是古玩市场中大家淘换物件的一个乐趣。

这个案件严格依据法律规定来，是不是以牟利为目的的，网拍出去的，要看国家禁止经营的文物。

文物的非法性应注重流转过程，如果是第一手是非法的直接说是盗墓的，但经过多次流转后，比如说经过七次流转到了本案的郭某这里，你就不能说郭某的来源不合法，因为的权利外观不管是从购买时间、购买地点还是购买价格都是具有合理性的，当然购买价格不能作为定性或者作为推定货物来源不合法的衡量标准。因为一个古玩，你可以一百元购买过来，但最终价值在别人那里值五百万都是有可能的。

来源不清不等于来源不合法。

李斌泉监事发表监事意见：这是我参加的第五场疑难案件研讨会，我们这个二审生效的案件，也值得探讨，这个研讨会大家都很热烈的发表意见，该研讨会取得良好的效果，我还是建议搞两个案例或者联合其他专业委，一起举办。关于实务专著和操作指引的拟定也是提高活动积分的途径，希望大家都能积极在这方面努力，另外研讨的主题也是要紧扣监事规则要求的。

黄云主任总结发言：

首先感谢广东华商律师事务所，通过本次研讨，引发了我们可以从刑事诉讼法角度将举证责任分配的问题进一步深入来研讨，以及关于非法证据排除的程序事项也可以做研讨。最终目的是将举行的每一次活动让大家有所获益，相互更加熟悉，发现可能的合作机会。



至此，本次案例研讨会圆满结束。