

2001年第8辑 (总第19辑)

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院 刑事审判第一庭、第二庭

本辑要目

【案例】

金义祥抢劫案

——抢劫致人重伤应如何量刑

买买提盗窃案

——如何理解累犯制度、数罪并罚制度中的“刑罚执行完毕”

【法律·法规和司法解释】

报废汽车回收管理办法

关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知

【法律·法规和司法解释的理解与适用】

《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》的理解与适用

【审判实务释疑】

关于以单位名义挪用公款归个人使用是否构成挪用公款罪的意见

【专题论谈】

法官主持庭审的相关问题

【裁判文书选登】

马方太诈骗案

——安徽省高级人民法院刑事判决书

法律出版社

刑事审判参考

2001年第8辑（总第19辑）

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一庭、第二庭

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2001 年. 第 8 辑. 总第 19 辑/最高人民法院
法院刑事审判第一庭, 最高人民法院刑事审判第二庭编.
- 北京: 法律出版社, 2001. 8
ISBN 7-5036-2520-1

I. 刑… II. ①最…②最… III. 刑事诉讼-审判-中
国-参考资料 IV. D925.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 054235 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/李 跃	责任校对/何 萍
印刷/北京民族印刷厂	
开本/880×1230 1/32	印张/3.875 字数/94 千

版本/2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
88414933 88414934(读者服务部) 88414135(责任编辑)
出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2520-1/D·2134

全年定价: 120.00 元, 含邮费 140.00 元 本辑定价: 10.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

刑事审判参考

2001年第8辑 (总第19辑)

顾问: 刘家琛 姜兴长 沈德咏
高铭暄 马克昌 陈兴良

本刊编辑委员会
主编: 南英 张军
副主编: (姓氏笔画为序) 李武清
刘效柳 任卫华
高憬宏 熊选国
委员: (姓氏笔画为序) 张军
王玉琦 白富忠
杨万明 刘效柳
李武清 李燕明
周峰 裴显鼎
郭清 高贵君
党建军 熊选国

特邀编辑
周军 (北京)
于天 (重庆)
吴喆 (辽宁)
魏健 (河北)
宓小平 (浙江)
王成金 (福建)
贺小电 (湖南)
卢火雄 (广西)
陈忠裕 (贵州)
张荣庆 (甘肃)
陈良 (新疆)

黄祥青 (上海)
关奇才 (黑龙江)
梁国裕 (内蒙古)
刘玉安 (山东)
纪红华 (江西)
田立文 (河南)
赵书军 (广东)
罗平 (四川)
张晓建 (陕西)
徐静 (青海)
苏勇 (军事法院)

周学智 (天津)
姜富校 (吉林)
李懿 (山西)
石德和 (安徽)
徐安欣 (江苏)
王志辉 (湖北)
张永林 (湖南)
梁子安 (海南)
张克文 (云南)
桑布 (宁夏)
(西藏)

目 录

【案 例】

- 陈建明等销售伪劣产品案[第 115 号]
——销售假冒他人注册商标的产品行为如何定性 (1)
- 何涛虚开增值税专用发票案[第 116 号]
——虚开增值税专用发票给国家造成的经济损失
如何计算 (10)
- 王安涛侵犯著作权案[第 117 号]
——未经许可将非法获得的计算机软件修改后出
售牟利的行为如何定性 (19)
- 金义祥抢劫案[第 118 号]
——抢劫致人重伤应如何量刑 (25)
- 买买提盗窃案[第 119 号]
——如何理解累犯制度、数罪并罚制度中的“刑罚
执行完毕” (33)
- 何肃黄、杨柯传播淫秽物品牟利案[第 120 号]
——在互联网上刊载淫秽图片、小说、电影的行为
如何定性 (39)
- 徐华、罗永德贪污案[第 121 号]
——在国有企业改制中隐瞒资产真实情况造成巨额
国有资产损失的行为如何处理 (46)
- 刘忠伟私分国有资产案[第 122 号]
——集体私分国有资产行为与共同贪污行为如何区分 (53)

【法律、法规和司法解释】

国务院

报废汽车回收管理办法 (62)

最高人民法院

关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定
问题的通知 (69)

最高人民法院 最高人民检察院

关于办理伪造、贩卖伪造的高等院校学历、学位证
明刑事案件如何适用法律问题的解释 (71)

【法律、法规和司法解释的理解与适用】

《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》
的理解与适用 祝二军 (73)

《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管
理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如
何定罪问题的批复》的理解与适用 祝二军 (78)

【审判实务释疑】

最高人民法院刑二庭

关于以单位名义挪用公款归个人使用是否构成挪用
公款罪的处理意见 (82)

【专题论谈】

法官主持庭审的相关问题 姜 伟 田文昌 张 军 (83)

【裁判文书选登】

马方太诈骗案

——安徽省高级人民法院刑事判决书 (100)

【案例】

[第 115 号]

陈建明等销售伪劣产品案

——销售假冒他人注册商标的
产品行为如何定性

一、基本案情

被告人陈建明,男,1965年7月21日出生,无业。因涉嫌销售伪劣产品犯罪,于1999年6月15日被逮捕。

被告人吴松希,男,1971年2月8日出生。因涉嫌销售伪劣产品犯罪,于1999年7月8日被逮捕。

被告人马丹辉,男,1965年8月12日出生,无业。因涉嫌销售伪劣产品犯罪,于1999年6月15日被逮捕。

被告人李延广,男,1965年9月26日出生,农民。因涉嫌销售伪劣产品犯罪,于1999年6月15日被逮捕。

被告人张文振,男,1975年6月3日出生,农民。因涉嫌销售伪劣产品犯罪,于1999年6月15日被逮捕。

被告人方文魁,男,1965年6月18日出生,农民。因涉嫌销售伪劣产品犯罪,于1999年6月15日被逮捕。

北京市人民检察院第二分院以被告人陈建明、吴松希、马丹辉、李延广、张文振、方文魁犯销售伪劣产品罪,向北京市第二中级

人民法院提起公诉。

北京市第二中级人民法院经公开审理查明：

被告人陈建明与景巨良(另案处理)预谋销售假冒卷烟,景巨良在北京市朝阳区高碑店花园闸村、半壁店方家村分别设立办公室及两个烟库,用于销售假冒卷烟。1999年2月至5月间,陈建明和景巨良又与吴松希、方文魁、马丹辉等人预谋由广州、福建等地,购买假冒卷烟并贩运来京销售。后吴松希、方文魁等人将假冒的“三五”、“万宝路”、“红塔山”、“中华”等卷烟装入集装箱,经铁路、公路运输至北京市。马丹辉负责接收假冒卷烟,并在北京广安门火车站货场调度王建华(另案处理)的配合下将吴松希等人用火车运到北京的假冒卷烟提出后,再用汽车运送到陈建明及景巨良所指定的地点,由陈建明和景巨良负责联系烟摊予以销售。其中,被告人陈建明伙同他人共销售假冒卷烟金额661.5854万元;吴松希销售假冒卷烟金额284.618万元;方文魁销售假冒卷烟金额19.26万元。马丹辉帮助被告人吴松希、方文魁等人将假冒卷烟运至被告人陈建明、李延广处,运送的假冒卷烟价值人民币603.8783万元。

1999年5月间,被告人李延广、张文振欲将被告人马丹辉从铁路非法贩运至北京市的假冒“石林”、“金健”等卷烟716箱进行销售时,被查获。经北京市价格事务所鉴定,从李延广、张文振处收缴假冒卷烟,共计价值人民币34.511万元。

经对案发后从陈建明、马丹辉、李延广、张文振等人处查获的卷烟进行鉴定,证实均为假冒他人注册商标的劣质卷烟。

北京市第二中级人民法院认为:被告人陈建明、吴松希、马丹辉、李延广、张文振、方文魁分别结伙,违反国家产品质量法规,以假充真,大量销售假冒劣质卷烟,严重地破坏市场经济秩序,其行为均已构成销售伪劣产品罪。在共同犯罪中,陈建明、吴松希、李延广、方文魁均起主要作用,系主犯,均应依法惩处。被告人张文

振帮助他人销售假冒劣质卷烟,系本案从犯,依法对其从轻处罚。马丹辉亦系本案从犯,其在被公安机关羁押后,能协助公安机关抓获同案犯,有立功表现,故依法对其减轻处罚。鉴于李延广、张文振犯罪未遂,故依法对其从轻处罚。北京市人民检察院第二分院指控上列被告人犯销售伪劣产品罪的事实清楚,证据确实、充分,惟在认定的部分数额上有误。陈建明的辩护人的辩护意见,经查,陈建明被羁押后,虽能帮助公安机关做一定工作,但不属于立功,故其辩护意见不予采纳。吴松希、方文魁的辩解及二被告人的辩护人的辩护意见,经查,二被告人积极参与销售伪劣产品的犯罪事实,有书证及同案犯的供述在案证实,二被告人在公安机关亦多次供述,足以认定,现其否认,显系狡辩,故二被告人的辩解及其辩护人的辩护意见,不予采信和采纳。马丹辉的辩护人的辩护意见,经查,马丹辉明知是假冒劣质卷烟,仍帮助他人予以销售的事实,不仅有同案犯的供述,起获的书证在案证实,且马丹辉在法庭审理中亦供述,故其辩护人的辩护意见不予采纳。李延广的辩护人的辩护意见,经查,李延广纠集他人积极实施销售假冒劣质卷烟,并非起次要作用,系主犯,故其辩护意见不予采纳,但所提系犯罪未遂的辩护意见,经查属实,予以采纳。张文振的辩解及其辩护人的辩护意见,经查,张文振伙同他人销售假冒劣质卷烟的犯罪事实,有同案犯的供述、指证,且其在公安机关亦曾供述,现其翻供,显系推卸罪责,故其辩解及辩护人的辩护意见不予采信和采纳。根据各被告人犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照《中华人民共和国刑法》第一百四十条、第五十七条第一款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第二十七条第一款、第二款、第二十三条、第七十二条、第七十三条第三款、第六十八条第一款、第六十一条、第六十四条及最高人民法院《关于处理自首和立功若干问题的解释》第五条之规定,于2000年12月14日判决如下:

1. 被告人陈建明犯销售伪劣产品罪,判处无期徒刑,剥夺政治

权利终身,并处没收个人全部财产。

2.被告人吴松希犯销售伪劣产品罪,判处有期徒刑十五年,并处罚金人民币二百八十五万元。

3.被告人马丹辉犯销售伪劣产品罪,判处有期徒刑六年,并处罚金人民币一百五十万元。

4.被告人李延广犯销售伪劣产品罪,判处有期徒刑四年,并处罚金人民币三十五万元。

5.被告人张文振犯销售伪劣产品罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民币十三万元。

6.被告人方文魁犯销售伪劣产品罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人民币十九万元。

7.继续追缴上述被告人的违法所得。

8.随案移送的物品予以没收,上缴国库。

一审宣判后,陈建明、吴松希、李延广、张文振不服,提出上诉。

北京市高级人民法院经审理认为:一审判决认定的事实清楚,证据确实、充分,定罪及适用法律正确,量刑适当,审判程序合法,应予维持。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(一)项之规定,2001年3月8日裁定驳回上诉,维持原判。

二、主要问题

1.销售假冒注册商标的产品的行为如何定性?

2.帮助运输伪劣产品的行为如何定性?

3.伪劣产品尚未销售出去的,其销售金额如何确定?

三、裁判理由

(一)销售假冒注册商标的产品的,应按产品质量是否合格定性

生产、销售伪劣产品的违法犯罪行为往往与假冒注册商标、销售假冒注册商标的商品违法犯罪行为交织在一起。犯罪分子为了能够顺利地销售伪劣产品,往往冒用名牌产品的注册商标;而假冒

商标,或者销售假冒注册商标的商品,往往也是将自己生产的低等级、低档次产品冒充高等级、高档次产品,其实质为“以次充好”的行为。因此,销售假冒注册商标的产品的行为,既可能构成销售伪劣产品罪,也可能构成销售假冒注册商标的商品罪,还可能同时构成销售伪劣产品罪和销售假冒注册商标的商品罪。但是,销售伪劣产品罪与销售假冒注册商标的商品罪的犯罪构成是有区别的,销售伪劣产品罪的犯罪对象只能是伪劣产品。

伪劣产品有广义和狭义之分。广义的伪劣产品包括假冒他人品牌但本身质量合格的产品,即所谓“假冒不伪劣”的产品。狭义的伪劣产品仅指刑法第一百四十条规定的“在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格冒充合格的产品”。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第一条规定,生产、销售伪劣产品罪的犯罪对象不包括只是“假”但不“劣”的产品,其中判断产品质量是否“劣”的具体标准,应当按照《中华人民共和国标准化法》的规定,包括确定产品质量的国际标准、国家标准、行业标准、地方标准和企业标准。

就假冒注册商标的商品而言,存在两种情况:其一,假冒商标,同时,商品本身质量未达到同类产品最低质量标准,属于不合格的产品;其二,假冒商标,但商品本身质量达到同类合格产品的最低质量标准,属于合格的产品。销售假冒注册商标的产品的行为具体构成何罪,关键在于所销售商品的质量是否合格:销售质量合格的假冒注册商标的商品,应当以销售假冒注册商标的商品罪定罪处罚;销售质量不合格的假冒注册商标的商品,则应按法条竞合情况下“择一重处”的处罚原则选择销售假冒注册商标的商品罪或者销售伪劣产品罪定罪处罚。例如,行为人销售假冒注册商标的伪劣产品,销售金额在五十万元以上的,虽然同时构成了销售伪劣产品罪和销售假冒注册商标的商品罪,但依照刑法第二百一十四条

的规定,销售假冒注册商标的商品罪法定最高刑为七年有期徒刑,而以销售伪劣产品罪定罪,根据其销售金额的具体情况,可判处七年以上有期徒刑或者无期徒刑;如果行为人销售假冒商标的伪劣产品,销售金额不满五万元,依法不构成销售伪劣产品罪,但其行为危害后果、情节均特别严重,就应当以销售假冒注册商标的商品罪定罪处罚。因此,为准确适用刑法和《解释》,严惩假冒伪劣商品犯罪,不放纵和轻纵犯罪分子,对于假冒伪劣犯罪案件中所涉产品是否属于伪劣产品,应当进行鉴定。对此,最高人民法院2001年5月21日下发的《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》明确规定:“一、对于提起公诉的生产、销售伪劣产品、假冒商标、非法经营等严重破坏社会主义市场经济秩序的犯罪案件,所涉生产、销售的产品是否属于‘以假充真’、‘以次充好’、‘以不合格产品冒充合格产品’难以确定的,应当根据《解释》第一条第五款的规定,由公诉机关委托法律、行政法规规定的产品质量检验机构进行鉴定。二、根据《解释》第三条和第四条的规定,人民法院受理的生产、销售假药犯罪案件和生产、销售不符合卫生标准的食品犯罪案件,均需有‘省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构’和‘省级以上卫生行政部门确定的机构’出具的鉴定结论。三、经鉴定确系伪劣商品,被告人的行为既构成生产、销售伪劣产品罪,又构成生产、销售假药罪或者生产、销售不符合卫生标准的食品罪,或者同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的,根据刑法第一百四十九条第二款和《解释》第十条的规定,应当依照处罚较重的规定定罪处罚。”

本案中,被告人陈建明等人为了牟取非法利益,大量销售假冒的“红塔山”、“中华”、“三五”、“万宝路”、“北京”、“红河”等商标的劣质卷烟,销售金额数额特别巨大,既严重侵犯了他人的注册商标专用权和国家的商标管理制度,又侵犯了国家的产品质量管理制度和消费者的合法权益。其行为同时触犯了第一百四十四条和刑法

第二百一十四条的规定,既构成销售伪劣产品罪,又构成了销售假冒注册商标的商品罪,属于法条竞合犯的情形。综合本案的事实,陈建明等人的行为应以较重犯罪的处罚条款定罪量刑,即以销售伪劣产品罪对被告人陈建明等人定罪处罚。

(二)被告人张文振受雇于被告人李延广运输伪劣产品的行为,构成销售伪劣产品罪的共犯

生产、销售伪劣产品罪是选择性罪名,只要行为人以销售为目的,实施了生产或者销售行为之一的即可构成犯罪。但在本案中,被告人马丹辉没有生产伪劣卷烟,亦没有实施联系货源、寻找买家、商议价格、收取货款等销售伪劣卷烟的行为,仅是受雇于被告人吴松希、方文魁等人运输假烟,以收取运费。对于这种雇佣关系,在民事法律关系中,被雇佣人在雇佣人的命令和指挥下的行为法律后果通常由雇佣人承担,在民法理论上这被认为是替代责任,即民事责任具有可替代性。但在刑事法律关系中,由于犯罪行为被认为是对国家和社会利益的侵犯,只要行为人具有主观故意和客观侵害行为,其刑事责任就不能被排斥。也就是说,被雇佣人在雇佣人的指使下实行的故意犯罪行为依法不具有刑事免责性,除非被雇佣人不明知其行为的违法性,即系在认识错误的情况下实施的行为,因不具备犯罪故意而不构成犯罪。

本案中,被告人马丹辉虽没有具体实施销售假冒伪劣卷烟的行为,但其明知所承运的是假冒伪劣卷烟,仍积极帮助被告人吴松希、方文魁等人将假冒劣质卷烟运至被告人陈建明、李延广处。这一运输行为作为买卖行为的先行行为,是被告人吴松希、方文魁、陈建明、李延广等人实现销售行为必不可少的组成部分,属于刑法意义上的帮助犯。刑法上的帮助犯并不要求行为人必须具备实行犯的特定身份,也不要求行为人直接实施实行行为。只要行为人明知实行犯实施犯罪行为仍帮助其实施的,就构成共同犯罪,承担相应的刑事责任。对此《解释》第九条已予以肯定,即“知道或者应

当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件,或者提供制假生产技术的,以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处”。因此,被告人马丹辉的行为构成销售伪劣产品罪。一审法院根据其在共同犯罪中所处的地位和所起的作用,以及归案后的表现,依法减轻处罚,于法有据。

(三) 生产、销售伪劣产品罪中“销售金额”的计算

根据刑法第一百四十条的规定,对生产、销售伪劣产品的行为,必须达到一定的严重危害程度,即销售金额达到五万元以上的,才以犯罪论处,并根据销售金额的大小确定了生产者、销售者刑事责任的轻重,将量刑划分为四个档次。这种法定刑的设置,符合此种犯罪的贪利性质,也揭示了社会危害性的大小与刑罚轻重的关系。

“销售金额”作为生产、销售伪劣产品罪定罪处刑的重要标准,根据《解释》第二条第一款的规定,是指“指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法收入”。“所得”的收入通常是指行为人在出售伪劣产品后,已经从买方实际得到的收入。“应得”的收入是指行为人由于某种原因虽没有实际取得收入,但根据合同或事先的约定,买方应该支付给行为人的产品价款,属于可期待收益。但如果行为人尚未实施销售行为,其“销售金额”的认定,则是司法实务中的难题。《解释》考虑到伪劣产品尚未销售,社会危害性小于已销售出去的实际情况,在第二条第二款规定:“伪劣产品尚未销售,货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额三倍以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚”。从而对尚未销售行为的认定不仅从行为的犯罪形态的质上作出了明确规定,而且从销售金额的量上进行了规范,为司法实践中解决类似问题提供了明确的标准和依据。

对于伪劣产品的货值金额具体如何计算,司法实践中存在不

同认识。为了依法正确、统一认定伪劣产品的销售金额,2000年修订的《产品质量法》第七十二条明确规定:“货值金额以违法生产、销售产品的标价计算;没有标价的,按照同类产品的市场价格计算”。据此,《解释》第二条第三款规定:“货值金额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算;没有标价的,按照同类合格产品的市场中间价格计算。货值金额难以确定的,按照国家计划委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部1997年4月22日联合发布的《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》的规定,委托指定的估价机构确定”,从而明确了确定伪劣产品价格认定的四种方法:一是只要能查明行为人出售伪劣产品的实际销售价格的,按实际销售价格计算;二是无法查明实际销售价格,但有标价的,按标价计算;三是既无法查明行为人的实际销售价格,也没有标价的,按照同类合格产品的市场中间价格计算;四是既无法查明行为人的实际销售价格,也没有标价和同类合格产品的市场价格的,委托指定的估价机构确定。应当说明的是,上述四种方法不是任选性的,而应是递进性的,即只有在按照前种方法无法认定伪劣产品的价格时,才应适用相应的后种方法计算。如本案中,司法机关从被告人李延广、张文振的库房内收缴了假冒“石林”、“金健”等劣质卷烟716箱,虽然此批假冒劣质卷烟尚未销售就被查获,既没有实际销售价格,也没有标价,但“石林”、“金健”等卷烟是有市场价格的,根据《解释》第二条第二款的规定,应按照“石林”、“金健”等卷烟的市场中间价格计算。当然,由于本案的处理是在《解释》颁行以前,一审法院参照北京市价格事务所对收缴的该批尚未销售出去的卷烟抽样所作的估价鉴定结论,确定销售金额的做法也是正确的。

(执笔:北京市高级人民法院刑二庭 朱 平

最高人民法院刑二庭 郭彦东

审编:张 军)

[第 116 号]

何涛虚开增值税专用发票案

——虚开增值税专用发票给国家
造成的经济损失如何计算

一、基本案情

被告人何涛,男,1971年3月26日出生,无业。因涉嫌虚开增值税专用发票犯罪,于2000年12月12日被逮捕。

广东省揭阳市人民检察院以被告人何涛犯虚开增值税专用发票罪,向揭阳市中级人民法院提起公诉。

揭阳市中级人民法院经公开审理查明:

1998年11月至2000年6月,被告人何涛通过广东省普宁市国家税务局大坪分局原局长余奕开、副局长余小军(均另案处理)的介绍,取得具有一般纳税人资格的国营马鞍山供销公司(以下简称马鞍山公司)、普宁市星辉贸易有限公司(以下简称星辉公司)、普宁市大利贸易有限公司(以下简称大利公司)的工商营业执照等相关法律手续。为牟取非法利益,伙同许镇平(另案处理)以马鞍山公司、星辉公司、大利公司的名义,为兰州正林农垦食品有限公司等17个单位虚开增值税专用发票共227份,税额1048.984268万元。受票单位用上述发票抵扣税款936.226467万元。何涛收取开票“手续费”53.485309万元。至本案侦查终结前,受票单位抵扣税款已被追回370.466481万元,尚有565.759986万元未被

追回。

被告人何涛在为他人虚开增值税专用发票的同时,为抵扣税款,掩盖开出销项发票的事实,还于1999年11月至2000年7月,先后虚开进项增值税专用发票303份,税额4045.688603万元。

揭阳市中级人民法院认为:被告人何涛伙同他人,在没有货物购销的情况下,为他人、为自己虚开增值税专用发票,其行为已构成虚开增值税专用发票罪。被告人何涛在共同犯罪过程中,起主要作用,是主犯。何涛以马鞍山公司、星辉公司、大利公司的名义,虚开增值税专用发票骗取国家税款数额特别巨大,情节特别严重,给国家利益造成特别重大损失,且没有法定从轻情节,应依法惩处。依照《中华人民共和国刑法》第二百零五条第二、四款、第二十六条第一、四款、第五十七条第一款的规定,于2001年2月27日判决如下:

被告人何涛犯虚开增值税专用发票罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收全部财产。

宣判后,何涛不服,提出上诉。

何涛及其辩护人均提出:原判认定其主犯与事实不符;其虚开增值税专用发票的行为是在当地税务机关的支持和默许下进行的;虚开增值税专用发票向税务部门上缴的税款应从给国家造成的损失中扣除;检举他人犯罪,要求从轻处罚。

广东省高级人民法院经审理认为:原判认定上诉人何涛的犯罪事实清楚,证据确实、充分。在共同犯罪过程中,上诉人何涛自己或者指使他人虚开增值税专用发票,负责收取手续费、掌握资金的使用,在共同犯罪中起主要作用,系主犯。其虚开增值税专用发票被受票单位向税务机关抵扣税款且未能追回的数额特别巨大,至案件侦查终结前,仍有565万余元无法追回,其辩解没有给国家造成重大损失的理由不能成立;其上缴的部分税款是为达到犯罪目的所采取的手段;其检举、揭发他人犯罪线索,经查证不属实,不