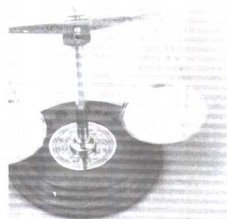


第5卷

刑事法

XINGSHI【陈兴良/主编】FANJIE

判解



法律出版社

【陈兴良/主 编】

【周光权/副主编】

刑事法 判解

第5卷

法律出版社

2003年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解. 第5卷/陈兴良主编. —北京:法律出版社, 2002. 9

ISBN 7-5036-3882-6

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-判例-研究-中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 054564 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	责任印制/陶松
开本/850×1168 1/32	印张/19 字数/470千
版本/2002年10月第1版	印次/2002年10月第1次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
应用法律出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414135 88414142	传真/010 88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010 88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899
书号:ISBN 7-5036-3882-6/D·3599	定价:33.00元

卷 首 语

《刑事法判解》第5卷已经编就,这一卷的内容涉及刑事司法的各个层面,当前社会上关注的某些司法热点问题与疑难案例,也在本卷中得到了反映。

在“个罪研究”栏目中,发表了3篇论文。陈运光的“虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪研究”一文,对虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪进行了较为深入的研究。由于本罪涉及对增值税专用发票以及其他可以退税或者抵扣税款发票的管理机理,而且这种犯罪在现实生活中十分复杂,以往在刑法理论上只是拘泥于对法条的解释,不能应对司法实践中的实际需要。本文从实际情况出发,对本罪的研究深度大大超过了一般的刑法教科书,对于司法机关处理本罪具有一定的指导意义。樊守祿的“绑架犯罪研究”一文,从立法与司法两个层面对绑架犯罪做了系统研究,尤其是司法适用部分,涉及绑架罪的罪数形态、未完成罪等一些复杂疑难问题,具有一定的理论意义。苏文革的“受贿罪客观要件之研究”一文结合具体案件,对受贿罪的利用职务上便利、为他人谋取利益以及受贿罪的行为对象等问题进行了深入探讨,这种在文中穿插案例、夹叙夹论的写作方法,对于研究个罪是较为适当的叙述形式,也是我所倡导的。本文在这方面的尝试是较为成功的,值得借鉴。

在“刑法适用”栏目中,发表了7篇论文。张培鸿的“论国家工

作人员的界定”一文涉及到的国家工作人员身份是刑法中的一个老问题,但本文选择了一个较有特点的视角,即从实然与应然这两个层面加以考察,因而有一定的新意。徐文宗和卢宇蓉的“论我国刑法中的地点加重犯”一文提出了地点加重犯这一概念,它属于加重犯的一种,我国刑法中存在地点加重犯的立法例。在以往刑法理论中,对于地点加重犯的研究十分薄弱,本文对此作了较为深入的研究,这是值得肯定的。刘东根的“道路交通事故责任与交通肇事罪”一文,实际上涉及交通事故的违章责任与刑事责任的关系问题。我国刑法中的交通肇事罪是以违章责任为前置条件的,因而研究两层关系对于正确地认定交通肇事罪具有重要意义。本文根据交通肇事罪的司法解释,对这一问题作了探讨。应飞虎的“一元主义抑或二元主义”一文,涉及偷税罪的评判标准,所谓二元主义是指数额加上比例相结合的评判标准。目前我国刑法采二元主义,本文作者对此提出了批评,其观点可以作为一种刑法修改时的参考。刘树德的“刑法中伪造及关联行为的处置”一文,结合司法解释的规定,对刑法中的伪造及关联行为进行了法理上的分析,对于正确认定伪造型犯罪具有一定的意义。朱新武、王友明的“对贪污贿赂案件中赃款走向的法律分析”一文,涉及到司法实践中一个常见的争议问题:在贪污贿赂案件中,赃款走向是否影响犯罪成立。在这个问题上,检、法两家往往争议较大。本文作者是检察官,从控方角度提出了其看法,认为贪污贿赂罪赃款赃物的去向,仅是构成犯罪后对款物的处理方法,并不影响贪污贿赂罪的成立。毛国芳的“论挪用公款与挪用资金犯罪构成的区别”一文通过对公务、公款与资金等概念的分析,论述了在司法实践中易于混淆的挪用公款罪与挪用资金罪的界限,对于司法机关正确处理此类案件具有一定的意义。

在“刑事诉讼法适用”栏目中,发表了10篇论文。方鹏的“看不见的正义——论刑事诉讼审判评议程序与评议规则”一文,形象

地将秘密进行的审判评议程序与评议规则称为“看不见的正义”，以与被称为“看得见的正义”的公开进行的审判程序与审判规则相对应。以往，我们往往较为关注“看得见的正义”，因为它毕竟“看得见”，却忽视“看不见的正义”，因为它从来就“看不见”。但在某种意义上说，“看不见的正义”比“看得见的正义”还要重要，因为评议结果往往直接决定了一个当事人的命运。方鹏的论文对刑事诉讼审判评议程序与评议规则进行了深入的考察，作者的这种学术敏感性首先就是值得肯定的。徐美君的“论检察机关侦查职能的性质”一文，讨论了检察机关侦查职能的本质。根据《刑事诉讼法》的规定，检察机关具有侦查职能，这是没有疑问的。过去对检察机关的这种侦查职能与检察机关的其他职能有何关系并不十分关注。本文却由此进行了深入的讨论。认为检察机关的侦查职能是其公诉职能的一种派生，换言之，作者倾向于否认侦查职能在检察机关职能中的独立性，这一认识具有一定新意。蒋熙辉的“论求刑权与求刑制度”、林维、韩子清的“求刑权当议”两篇论文，论及检察机关的求刑权问题，这里的求刑并不是指一般意义上的公诉，而是指向法院请求具体刑罚的权力。目前，我国某些检察机关正在进行求刑权的尝试，作者对这个问题的探讨，我认为是极为必要的。吴丹红的“诱惑侦查论”一文对诱惑侦查做了探讨，诱惑侦查是一种特殊的侦查手段，这种侦查手段对于侦破某些高度隐蔽的组织性犯罪是十分有效的，但对这种侦查手段如果不加控制，也会带来侵犯人权的消极后果。本文对诱惑侦查的有关问题，尤其是对诱惑侦查的法律规制做了有益的探讨。张品泽的“刑事审判简易程序选择权研究”一文，探讨了简易程序中的一个重要问题，即到底由谁来选择简易程序的问题，并对此进行了细致的分析。王进喜的“证人证言质证模式比较研究”一文在比较英美法系与大陆法系的证人证言质证方式的基础上，对我国刑事诉讼中的证人证言质证模式进行了研究。李智慧的“证据收集过程的固定问题”

一文,对证据的固定问题做了探讨。以往司法人员往往注重证据收集,而忽视证据固定,导致证据流失或者证明力丧失。因此,证据固定是一个值得研究的重要问题。陈和的“刑事庭审的质证问题”对刑事诉讼活动中常见的质证问题做了探讨,这对司法实践具有一定的参考价值。叶良芳的“论被告人承担证明责任的不适用性”一文对证明责任倒置提出了异议,认为在任何情况下,被告方均不承担证明责任。

在“学术对话”栏目中,发表了我和周光权关于口供问题的对话。口供在刑事诉讼中占有一席之地。在以往口供中心主义的刑事诉讼制度下,口供在刑事诉讼中的作用被夸大、扭曲了,因此带来种种弊端。在这篇对话中,作者讨论了如何看待、处理口供的问题。

在“问题探究”栏目中,集中讨论了婚内强奸问题。婚内强奸之所以引起社会的广泛关注,不仅在于它是一个现实的社会问题,更为重要的是,这样一个现实的社会问题在何种意义上对传统法律提出了挑战,以及法律如何对应。对这些问题的思考都已经超出了这个婚内强奸命题自身的意义,而涉及更为普遍的法理学问题。王勇的“婚内强行性交行为的刑法学思考”、李顺章的“婚内强奸问题新视角”两篇论文从不同角度对婚内强奸问题做了进一步的探讨。

在“域外判解”栏目中,发表了邓子滨译的“弗曼诉佐治亚州案”,文中介绍了美国最高法院反对死刑的重要判例,对我们了解美国的死刑存废之争有所帮助。

在“疑案争鸣”栏目中,涉及两个当今社会关注的个案。米传勇的“纠缠于罪与非罪之间——解读湖北体彩假球案”一文,对发生在湖北的体彩假球案的罪与非罪问题进行了法理分析。付立庆的“死刑犯的生育权——法理、逻辑与存活”一文,对发生在浙江的死刑犯生育权案进行了理论探究。两文都提出了作者的独到见

解,对于我们都具有启发意义。

在“案例研究”栏目中,李兰英的“生命不能承受执法的冷漠”一文,对新闻媒体披露的因僵硬、机械执法而导致严重后果的案例进行了分析,文中涉及义务冲突等刑法理论问题。倪培兴的“对象错误条件下犯罪既遂的认定”一文,通过对一起故意杀人案的定性分析,探讨了对象错误条件下犯罪既遂应当如何认定这样一个具有实践意义的问题。汪明亮的“盗窃彩票行为的定性”一文,对现实生活中发生的盗窃彩票行为应如何定罪做了分析。姜发根的“一起典型案例引发的诉讼程序问题”一文通过对张某故意杀人(中止)案引发的一些诉讼程序问题进行了深入研究,涉及到目前刑事诉讼法中的一些重要问题。

陈兴良

谨识于北京海淀蓝旗营寓所

2002年3月28日

目 录

卷首语·····	陈兴良(1)
----------	----------

【个罪研究】

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣

税款发票罪研究·····	陈运光(1)
绑架犯罪研究·····	樊守禄(56)
受贿罪客观要件之研究·····	苏文革(84)

【刑法适用】

论国家工作人员的界定·····	张培鸿(127)
论我国刑法中的地点加重犯·····	徐文宗 卢宇蓉(136)
道路交通事故责任与交通肇事罪·····	刘东根(158)
一元主义抑或二元主义——我国偷税罪评判 标准探析·····	应飞虎(174)
刑法中伪造及关联行为的处置——兼评法释 [2001]22号·····	刘树德(183)
论挪用公款与挪用资金犯罪构成的区别·····	毛国芳(202)
对贪污贿赂案件中赃款去向的法律分析 ·····	朱新武 王友明(226)

【刑事诉讼法适用】

看不见的正义——论刑事诉讼审判评议程序与

- 评议规则····· 方 鹏(235)
- 论检察机关侦查职能的性质····· 徐美君(255)
- 论求刑权与求刑制度····· 蒋熙辉(270)
- 求刑权刍议····· 林 维 韩子清(280)
- 诱惑侦查论····· 吴丹红(290)
- 刑事审判简易程序选择权研究····· 张品泽(309)
- 证人证言质证模式比较研究····· 王进喜(362)
- 证据收集过程的固定问题····· 李智慧(389)
- 刑事庭审的质证问题····· 陈 和(399)
- 论被告人承担证明责任的不适用性····· 叶良芳(409)

【学术对话】

- 正确对待口供····· 陈兴良 周光权(419)

【问题探究】

- 婚内强行性交行为的刑法学思考····· 王 勇(429)
- 婚内强奸问题新视角····· 李顺章(450)

【域外判解】

弗曼诉佐治亚州案——美国最高法院反对死刑的

- 重要判例····· 邓子滨(465)

【疑案争鸣】

- 纠缠于罪与非罪之间——解读湖北体彩假球案····· 米传勇(481)
- 死刑犯的生育权——法理、逻辑与存活····· 付立庆(503)

【案例研究】

生命不能承受执法的冷漠·····	李兰英(533)
对象错误条件下犯罪既遂的认定——对一起故意 杀人案的定性分析·····	倪培兴(555)
盗窃彩票行为的定性·····	汪明亮(569)
一起典型案例引发的诉讼程序问题·····	姜发根(577)
附录 《刑事法判解》第1—4卷总目录 ·····	(589)

【个罪研究】

虚开增值税专用发票、用于骗取 出口退税、抵扣税款发票罪研究

陈运光

(海南省海口市人民检察院研究室副主任)

目 次

- 一、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票
罪构成中的疑难问题
- 二、虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款发
票罪和相邻犯罪的差异与罪数

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是一个涉及问题较多，适用法律较难，颇有争议的罪名。它不论在犯罪的客观构件方面、主体构成方面，抑或量刑方面均存在众多疑难与争议问题，如何认识与判解这些问题，确实应该引起足够的重视。下面就上述疑难问题发表如下见解。

一、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票 罪构成中的疑难问题

(一)客观构件方面的疑难问题

1. 虚开行为的内涵与外延

“虚开”是本罪构成的客观手段,但何谓虚开,其内涵和外延是什么?这是许多论者均没有很好解决的问题。笔者以为,认识和探索本罪,首先要解决这一问题,才能更好地揭示本罪的客观表现形式。

虚开,就书面含义而言,是一种信手写就、缺乏客观实际,或者与实际不符的行为动作。它用于专用税收发票上,就是对税收发票的任意填写,不按经济行为的实际发生情况在发票票面注明的栏目里如实填写,或者是根本不发生经济行为就胡乱写就。这就是虚开行为动作的本质特征。它区别于如实填写的行为动作的显著特征是行为活动内容的虚构性。基于此种认识,我们给“虚开”一词所下的定义是:为没有货物销售或没有提供应税劳务而要填开专用发票的行为人,任意开具了增值税专用发票,用于骗取出口退税的发票,抵扣税款的发票;或者虽然有货物销售或提供了应税劳务,但填开了与内容不符的增值税专用发票,用于骗取出口退税,抵扣税款发票的行为。

虚开的内涵,即虚开税收专用发票这一行为涉及的不实行为的内容。我们认为,一切不按照税收专用发票管理规定凭空开具,或者不实开具增值税专用发票,或者用于骗取出口退税发票,抵扣税款的发票的行为均为虚开税收专用发票的内涵。这一内涵可以做广义与狭义的划分。广义的虚开内涵包括,一切凭空杜撰的,不符合实际情况的发票填写行为均属虚开行为。而狭义的虚开,则仅指在税收专用发票票面所设置的栏目里,填写了与经营情况、提供劳务情况不相符或者任意凭空填开了经营情况、提供劳务情况,欺骗税务机关的行为。例如,根本不存在经营行为或者提供劳务行为,却虚构了经营活动的内容和提供劳务的项目、数量、单价、收取金额、税率、税额予以填写;抑或是进行经营活动或提供劳务时,改变经营项目填写、虚增或虚减数量、单价、金额、税率及税额,从而使税收发票票面反映不出经营项目或货物名称、实际支付金额以

及双方之间实际存在的经营、劳务情况及已缴、应缴税款的情况。虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的发票罪的行为,应指狭义的虚开行为。

虚开的外延,即指虚开行为所涉及的范围。本罪的虚开范围包括哪些因素呢?根据最高人民法院1996年10月17日下发的《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法制造出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》(以下简称《解释》)的规定,虚开增值税专用发票,用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的行为范围包括:(1)没有货物购销,或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具专用发票。(2)有购销货物或者提供或接受了应税劳务,但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的专用发票。(3)进行了实际经营活动,但让他人为自己代开专用发票。这一司法解释,为虚开的外延做了解释。

根据《刑法》第205条第4款的规定,虚开外延的具体表现形式如下:

(1)为他人虚开。简称“代开”,其具体行为方式,一是,利用欺骗手段取得一般纳税人资格后,从税务机关领购增值税专用发票或者直接骗取增值税专用发票为他人虚开,从中坐收无本之利——开票费。二是通过伪造增值税专用发票,或通过盗窃、诈骗、抢劫、非法购买等手段获得增值税专用发票后为他人虚开。而为他人虚开的内容包括:在他人没有商品交易或提供劳务的情况下,编造商品交易、应税劳务;或者是在他人有交易活动或应税劳务的情况下,虚构交易量、价格,虚构应税劳务等。

(2)为自己虚开。这种形式是指行为人自己在没有发生货物购销,也不提供或接受应税劳务的情况下,虚构交易事实、应税劳务从而填开专用发票,抑或存在货物购销活动或应税劳务,但开具了随意增减交易额等与实际内容不符的专用发票的行为。这种情

况的具体做法是:以填开虚假增加的进项税额,使增值税抵扣额增大,从而减少自己的应纳税款;虚减销项税额以减少自己经营或提供劳务中的增值税应纳税额度。

(3)让他人为自己虚开。这种形式有三种做法,一是在自己没有发生货物购销活动或应税劳务的情况下,或者只有部分商品交易的情况下,让发票领购人为自己虚开。二是行为人为他人提供非法凭证,让发票领购人为自己虚开。如一些小规模纳税人,为使自己的货物能卖给一般纳税人企业,便千方百计为购货人开具增值税专用发票,使购货人能据此抵扣税款,自己的交易也能实现。三是行为人与不具备增值税一般纳税人资格的企业发生交易后,不能取得增值税专用发票以抵扣税款,为了减少增值税额的缴纳,于是找增值税专用发票领购人为自己虚开。

(4)介绍他人虚开。介绍,即充当中间人。自己既不开票,也不受票,只是把开票方与受票方撮合起来,促使开受双方虚开意图的实现。在虚开专用发票的行为实施中,中间人起到了牵线搭桥的作用,同时,亦从中收取介绍费、好处费。这种表现方式的做法,通常是把双方当事人聚合在一起,由当事人商谈具体虚开事宜;另一种情况是,犯罪分子为了保密,避免遭受打击,故搞单线联系,通过中间人为媒介,按照受票方的要求填写清楚,然后由其送交开票人开具,开具后再由其送返受票人。

虚开的手法种类繁多,有大头小尾式;有拆本使用,单联填开式;撕联填开式,即开“鸳鸯票”;对开式;环开式等等。

2. 构成虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款发票的客观条件

构成虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的客观方面要件概括起来说,是由行为要件、数额标准要件和情节要件三者组成的。在这里,行为要件指的是法条规定的实施犯罪过程的特定动作内容;数额标准要件指的是构成犯罪的最

低额度的量刑时不同档次的数量幅度;而情节标准要件却专指对量刑起着决定作用的行为的直接危害后果与行为所涉及的额度两方面。

根据《刑法》第 205 条的规定,本罪的行为要件有两个:一是虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票;二是骗取国家税款。这两个行为要件是由该法条第 1、2 款的规定而组成的。这一双重行为要件,由于法条罪状的疏漏而造成了定罪与处罚的困惑。因为如果行为要件是双重的,则当行为人只实施了一个行为而非同时实施两个行为时,是否成立犯罪?如行为人只实施了一个虚开增值税专用发票的行为,是否成立虚开增值税专用发票罪;或者如果行为人同时实施了两个行为,但第二个行为的数额要件又与法条规定的不相符时,是否成立虚开增值税专用发票罪。反过来,如果认为构成本罪的行为只有一个,那么,《刑法》第 205 条第 2 款规定的“骗取国家税款”的活动难道不是行为,而是情节或数额?这无论如何也是说不通的。

笔者认为,本罪构成的完整的客观要件行为体系是双重的,这不是任意理解可以改变的法定要件。但这两个行为要件在构罪中是未必同时具备的,换言之,两个行为在一个犯罪构成中不是充分必要条件,而是仅供选择的要件。即只要行为之一实施完毕,其他构罪条件也具备,则犯罪就成立。这是《刑法》为防止只实施一个行为而不实施两个行为时不能惩治该犯罪行为而设计的。遗憾的是,《刑法》规定的第二个行为由于设置了数额巨大的限制,使得骗取国家税款的行为成罪只能由最高数额档次所独占。而事实上,立法者的本意并非有意排除骗取国家税款一般的额度,而是对实施本罪适用死刑所做的数额限制而已。

关于这一点,我们可以从下列几方面看出:

(1)从行为规范角度的要求而言,刑法的主旨并非只规范一个虚开增值税专用发票或其他专用发票的行为,而是要遏止虚开行

为给国家出口创汇虚盈和税收流失的恶劣现象,而骗取国家税款是其中最恶劣的现象。因此,法律在约束虚开专用税收发票的税收流失源头的同时,应该连同实际的税收款额的损失一起管束。不可能只管源头,而不管结果。换句话说,就是刑法在规范虚开行为的同时,更加重视对利用虚开的专用发票去骗取国家税款行为的管制。两者互为独立又互为依存。

(2)从行为的刑罚承担而言,《刑法》规定对虚开且骗取行为的非共犯分别承担各自行为责任及其后果责任,而不是仅实施虚开的行为人只单独承担行为的刑罚责任。根据最高人民法院《解释》第1条第6款规定,“虚开增值税专用发票犯罪分子与骗取税款犯罪分子均应当对虚开的税款数额和骗取的国家税款数额承担刑事责任。”可见,《刑法》对构成虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款罪是要求客观上由两个行为来构架的。行为人尽管只实施了一个虚开行为或者一个骗取国家税款的行为,但均应对行为所造成的后果和后果的成因承担责任,即虚开行为者要对虚开行为所导致的国家税款的损失后果,骗取税款的行为人要对虚开的行为分别承担责任。

(3)从罪状的语法结构看,“骗取国家税款”、“有前款行为”这两个谓语中,动词“有”和动词“骗取”均是由主语“行为人”来带动的。这表明了法条第1、2款行为要件的并列性质。

(4)从词语的修饰关系看,《刑法》第205条第2款的数额标准所修饰的行为动作有一定的局限性,即仅限于修饰后一个动词谓语——骗取税款的行为。而前款行为的标准是由第1款内容所设定。上述几点,可以看出构成虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的客观行为要件并非一个,而是双重的。当然,这里强调构成本罪行为的双重性,并不是说,实施其中一个行为不能成立犯罪,而是充分考虑了本罪行为的对合性而言。

关于本罪的数额要件内容,依据《刑法》第205条第1、2款的