

行政诉讼案例研究 (八)

■ 主编 / 吴在存

■ 北京市高级人民法院行政审判庭 / 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

行政诉讼案例研究(八)

XINGZHENG SUSONG ANLI YANJIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼案例研究. 8/北京市高级人民法院行政审判庭编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 1
ISBN 978 - 7 - 5093 - 5097 - 3

I. ①行… II. ①北… III. ①行政诉讼 - 案例 - 北京市 IV. ①D927. 105. 305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 011841 号

责任编辑 王佩琳

封面设计 周黎明

行政诉讼案例研究 (八)

XINGZHENG SUSONG ANLI YANJIU (BA)

编者/北京市高级人民法院行政审判庭
经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2014 年 1 月第 1 版

印张/18.25 字数/295 千

2014 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5097 - 3

定价: 50.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66038139

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

主 编：吴在存

编 委：王金山

娄宇红

编 辑：朱世宽

寨利男

田玉玺

王志军

赵宇辉

向绪武

张晓琨

蔡英伟

刘 行

刘井玉

程 琥

胡华峰

李 洋

序

《中华人民共和国行政诉讼法》实施二十多年来，在有效解决行政争议，保护公民、法人和其他组织合法权益，监督和支持行政机关依法行政，推进社会主义民主法制建设等方面发挥了不可替代的重要作用。

由于属地管辖原则，加之北京特殊的区位优势，决定了涉及中央部委、在京中央直属机构的案件均由北京市法院管辖。北京法院行政审判不仅要处理好北京市行政机关涉诉行政案件，还要审理好涉及国家部委的行政诉讼案件。这些案件稳妥审理不仅关系到行政审判职能的有效发挥，更关系到首都法治形象与社会和谐稳定。令人欣慰的是，首都法院的行政法官们，面对行政审判中出现的新情况和新问题，不断加强理论研究，切实提升自身素质，努力增强司法能力，紧紧围绕党和国家以及首都工作大局，认真履行宪法和法律赋予的审判职责，依法审理和审查执行大量行政案件和非诉行政执行案件，对推进依法行政和依法治市做出了应有的贡献。

当前，我国社会主义法治国家建设进入了一个新的阶段。依法治国、建设社会主义法治国家作为我国治国基本方略，已经被明确载入宪法。党的十八大根据到2020年全面建成小康社会的新形势和新要求，作出了“全面推进依法治国”的重大决策和战略部署，并提出了2020年基本建成法治政府的目标。党的十八大以来，习近平总书记多次就社会主义法治建设发表重要论述，提出了许多关于社会主义法治建设的新思想、新观点、新要求，为全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家提供了强大的理论指引和思想武器。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确发出了“推进法治中国建设”的号召，深刻指出：“建设

法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。”同时把“深化司法体制改革”作为建设法治中国的一项重要任务，提出了目标要求，作出了具体部署。我们一定要深入学习领会，坚决贯彻执行。依法行政是依法治国的重要环节和核心内容，依法行政程度的高低，直接关系到党和政府在人民群众心目中的形象和人民群众对法治的信心，也会影响到经济社会的健康发展。实现依法治国，必须首先实现依法行政。当前，全市经济发展稳中有进，创新驱动深入推进，环境建设取得新成效，民生保障持续改善，统筹发展力度加大，城市运行平稳有序。同时也必须看到，巩固和发展稳中向好的形势，需要紧紧把握首都发展的阶段性特征，做好在较长时间内应对各种困难和复杂局面的准备。在此期间产生的一些矛盾和问题，有些已经转化成行政争议，有的还呈现出突发性、群体性、敏感性的特点。并且，随着形势的发展和法治建设步伐的加快，人民群众通过行政诉讼渠道解决行政争议的情况将会越来越多，对人民法院依法提供有效行政诉讼救济的要求也将越来越高。积极应对经济社会形势变化引发的新情况、新问题，引导群众以理性合法的方式表达利益诉求，及时妥善化解行政争议，为首都发展提供有力司法保障，已成为当前和今后一个时期全市法院工作的重点。

北京市高级人民法院行政审判庭长期以来注重调查研究和案例指导工作，针对审判实践中的新情况、新问题，选择一些在法律适用上具有典型意义、有指导作用的案例，专门组织评析，编辑成书，旨在以典型案例指导审判实践、统一裁判标准、促进依法行政、提升法律意识，至今已出版七卷，在社会上引起较好反响。衷心希望这种好的学习和调查研究风气能够继续保持和发扬下去，并深深植根于行政审判实践的沃土之中，成为一支鲜艳的法学理论与审判实践相结合的奇葩，为全面推进依法治国战略部署，促进法治政府建设做出应有的贡献。

是为序。

北京市高级人民法院院长

慕平

2013年11月

目 录

Contents

第一章 行政处罚

1. 电子出版物与软件产品的交叉认定问题 (1)
——某公司不服某市工商行政管理局某区分局工商行政处罚案
2. 善意取得违规发票不构成违法行为 (3)
——某宾馆不服某区国家税务局稽查局行政处罚案
3. 环境噪声污染的认定及处理 (8)
——某商贸公司不服某县政府环保行政处罚案
4. 经营过期食品与贮存过期食品的区分 (13)
——某幼儿园不服某区卫生局行政处罚案
5. “跨法行为”应适用行为结束时施行的法律 (16)
——仝某不服中国保险监督管理委员会某监管局行政处罚案
6. 违规停车的认定及法律适用问题 (21)
——王某不服某交通管理大队交通处罚案
7. 以电话方式参与境外赌场赌博行为的性质认定 (24)
——贺某不服某市公安局治安行政处罚案
8. 比例原则在行政处罚中的运用 (31)
——某电梯公司不服某区质监局安全监察行政处罚案
9. 因未合法送达侵害相对人权益的行政处罚应予撤销 (35)
——某钢铁公司六股东不服某市工商行政管理局行政处罚案
10. 正确认定“一事不再罚”中的“一事” (39)
——李某诉某交通管理大队行政处罚案
11. 工商部门有权对不正当竞争行为在裁量幅度内给予处罚 (43)
——某肉食厂不服某市工商行政管理局某分局行政处罚案

12. 电力驱动三轮车应当认定为机动车 (46)
——王某不服某交通管理大队行政处罚案
13. 对公安机关重复决定的认定 (48)
——张某不服某县公安局治安行政处罚案
14. 法律文书的送达瑕疵对实体公正的影响 (52)
——某公司不服某市国土资源局行政处罚案

第二章 行政强制

15. 严重违法法定程序的强拆行为应确认违法 (55)
——某公司不服某镇人民政府强制拆除行为案
16. 违法建设的认定依据和适用法律原则 (57)
——李某某不服某镇人民政府规划行政强制案
17. 依据《会议纪要》作出的行政行为的主体认定与合法性审查 (61)
——王某不服某区人民政府强制拆除行为案
18. 针对发布“小广告”作出停机行为的执法主体认定 (64)
——王某不服某市城市管理综合行政执法局行政强制案
19. 拆除决定适用法律错误可确认违法 (66)
——李某等 21 人不服某镇人民政府强制拆除决定案

第三章 行政许可

20. 许可注销程序中行政裁量的司法审查 (69)
——王某不服中华人民共和国某总署注销新闻记者证案
21. 工商注册的经营性民办培训机构的法律监管 (72)
——项某要求某市工商行政管理局某区分局履行法定职责案
22. 利害关系人有权对分工实施的行政许可程序中下级行政机关的
初审不作为提起诉讼 (78)
——侯某要求某市国土资源局履行许可职责案
23. 有关提前退休视同缴费年限的司法审查 (81)
——王某不服某区人力资源和社会保障局提前退休审批案

第四章 行政登记

24. 正当程序原则在土地登记程序中的运用 (84)
——王某诉某区人民政府集体土地行政管理案
25. 人民法院审理房屋登记行政案件时应当审查善意取得 (88)
——张甲、张乙不服某市住房和城乡建设委员会房屋所有权转移登记案
26. 房屋权属登记机构有权依照人民法院生效判决进行更正登记 (92)
——邓甲不服某市住房和城乡建设委员会房屋权属登记案
27. “网签合同”是否是办理房屋所有权转移登记应审查的事项 (96)
——郭某不服某市住房和城乡建设委员会房屋行政登记案
28. 一方当事人未到场的婚姻登记行政行为的法律效力 (102)
——高某不服某区民政局结婚登记案
29. 房屋行政登记与民事继承纠纷交叉案件中行政诉讼原告主体的认定 (105)
——陈甲等不服某市住房和城乡建设委员会房屋行政登记案
30. 房屋登记行政案件中起诉期限的认定 (111)
——翟某不服某市住房和城乡建设委员会房屋行政登记案
31. 凭借虚假购房资格办理的房屋权属登记应予撤销 (115)
——于某不服某市住房和城乡建设委员会房屋权属行政登记案
32. 民事生效判决不必然导致登记机关撤销原登记行为的后果 (118)
——于某等三人不服某市住房和城乡建设委员会不履行撤销房屋登记职责案
33. 行政机关土地登记行为的审查义务 (121)
——高某、赵某不服某县人民政府土地行政登记案

第五章 行政确认

34. 申请人提供虚假重大疾病证明是否应被取消限价商品房购买资格 (124)
——舒某不服某区房屋管理局取消限价商品住房购买资格案
35. 保障性住房申请人资产认定的司法审查 (127)
——宋某不服某区房屋管理局政策性住房购买资格取消通知案
36. 诉讼、仲裁是否可作为工伤认定申请期限的中止事由 (131)
——李某某不服某区人力资源和社会保障局工伤认定不予受理决定案

37. 因工作压力引起的精神疾病不能纳入工伤认定范畴…………… (134)
——姜某不服某区人力资源和社会保障局工伤认定案
38. 员工在聚餐后遭受机动车事故伤害是否应认定为工伤…………… (136)
——黄某不服某区人力资源和社会保障局工伤认定案
39. 上下班途中交通事故伤害工伤认定问题…………… (140)
——冉某君、张某某不服某县人力资源和社会保障局不予认定
工伤决定案
40. 超过法定退休年龄的劳动者能否认定工伤…………… (148)
——马某某诉某区劳动和社会保障局工伤认定申请不予受理案
41. 前期物业管理备案行为的可诉性…………… (158)
——周某不服某区房屋管理局前期物业管理备案行为案

第六章 政府信息公开

42. 行政机关履行政府信息公开职责的起算期及履责形式要件分析…………… (163)
——杨某某不服某部政府信息公开案
43. 审查中的过程性信息不属于应公开的政府信息…………… (167)
——白某不服某市国土资源局某分局政府信息公开案
44. 行政机关在履行职责的过程中获取信息但未保存的不属于
“政府信息不存在”…………… (169)
——鞠某不服某区房屋管理局政府信息公开案
45. 行政机关作出政府信息区分公开必须严格依法甄别免于公开的内容…………… (171)
——金某不服某市国土资源局政府信息公开案
46. 政府信息公开案中个人隐私、商业秘密及获取信息公开义务的认定…………… (174)
——李某不服某市住房和城乡建设委员会政府信息公开告知案
47. 政府信息公开案件原告资格、公开客体及证据规则…………… (180)
——常某不服某区住房和城乡建设委员会政府信息公开案

第七章 要求履行法定职责

48. 公安机关未在法定期限内作出行政决定属于拖延履行法定职责…………… (186)
——韦某要求某公安派出所履行法定职责案

49. 拆除违法建设案件中行政机关法定职责的认定…………… (190)
——陆某要求某市规划委员会履行法定职责案
50. 行政机关未在合理期限内对行政相对人申请作出明确答复的
行为构成不履行法定职责…………… (194)
——张某要求某区人民政府履行法定职责案
51. 民事诉讼不是城管部门拖延履行查处违建职责的正当理由…………… (197)
——易某等六原告要求某区城市管理监察大队履行法定职责案
52. 夜间装卸料行为是否属于城管处罚范围…………… (200)
——王某要求某区城市管理监察大队履行法定职责案
53. 行政机关实施服务性行政行为不以法律法规明确授权为前提…………… (205)
——夏某要求某街道办事处履行法定职责案
54. 公安机关未履行非本机权限范围职责不属于行政不作为…………… (207)
——隋某要求某县公安局履行户口登记职责案
55. 行政机关应积极履行自己的法定职责…………… (210)
——北京某公司要求某部履行政府采购监管职责案
56. 行政机关履行法定职责应当遵循行政效率原则…………… (214)
——曹某要求某区城市管理监察大队履行法定职责案
57. 对村务公开监督管理案件如何进行司法审查…………… (216)
——刘某要求某乡人民政府履行村务公开监督管理职责案

第八章 行政复议

58. 复议机关对争议矿区内探矿权或采矿权归属主体认定的合法性审查…………… (221)
——某地质矿产勘查技术有限公司不服某部行政复议决定案
59. 行政复议不得对申请人未申请的标的作出决定…………… (224)
——范某不服某部行政复议决定案
60. 复议机关维持不作为行为的适格被告确定…………… (228)
——梁某不服某区人民政府行政复议决定案

第九章 投诉举报处理

61. 工商部门查处食品包装违法行为的法律适用…………… (231)
——周某不服某市工商行政管理局某区分局行政答复案

62. 质量免检标志不应认定为商业广告…………… (233)
——王某不服某市工商行政管理局某区分局投诉不予受理案
63. 有机产品认证标识不属于食品强制性标准…………… (240)
——周某不服某市工商行政管理局某区分局投诉答复案

第十章 其 他

64. 行政机关对法院协助调查函的复函不属于行政诉讼的受案范围…………… (242)
——柳某不服某区卫生局对法院协助调查函的复函案
65. 专利申请权转让与优先权转让之差别的司法审查…………… (245)
——某机械有限公司等不服国家某局手续合格通知书案
66. 商标转让中意思表示的认定…………… (249)
——甲公司不服某局商标转让案
67. 具体行政行为的判定标准…………… (254)
——加某不服某交通支队道路交通事故认定复核终止通知书案
68. 对劳动行政处理程序中劳动关系认定问题的审查…………… (256)
——某有限公司不服某区人力资源和社会保障局劳动行政处理决定案
69. 助产机构出具出生医学证明行为性质的认定…………… (261)
——黄某不服某区卫生局医学证明案
70. 执法检查中发生交通事故的行政赔偿归责要件分析…………… (266)
——白某不服某派出所行政赔偿案
71. 作为证据的公文书存在明显瑕疵的应不予采纳…………… (270)
——某生物科学研究所不服某市知识产权局停止给付
专利申请资助金案
72. 被异议商标三年不使用的期限计算…………… (275)
——广州某集团有限公司不服某商标局撤销申请
不予受理通知书案
73. 行政机关应依法严格审查商标转让行为…………… (278)
——某公司不服某商标局核准商标转让证明案

第一章 行政 处罚

1. 电子出版物与软件产品的交叉认定问题

——某公司不服某市工商行政管理局某区分局工商行政处罚案*

一、基本案情

某市工商行政管理局某区分局（以下简称某分局）在对其他案件进行查处过程中，发现某公司销售《美国语伴》光盘的行为，遂于2009年3月24日以该公司涉嫌违反《无照经营查处取缔办法》第四条第一款第（五）项的规定为由予以立案。在某分局对某公司进行询问的过程中，该公司的委托代理人认可该公司自2008年11月至2009年3月间销售《美国语伴》125套，金额为106596.97元，并提供了记账凭证、税收征用缴款书等单据。经向新闻出版总署出版管理司查询，《美国语伴》CD-ROM于2003年4月28日由新闻出版总署原音像电子和网络出版管理司批准（批准文号为：新出音管[2003]150号），由中国科学文化音像出版社出版，专用书号为ISBN7-89996-021-5/H.001。经向北京市新闻出版局查询，涉案公司未取得《出版物经营许可证》。2010年6月1日，某分局作出被诉处罚决定，认定该公司自2008年11月至2009年3月，销售《美国语伴》电子出版物125套，销售金额106596.97元，其行为属于《无照经营查处取缔办法》第四条第一款第（五）项规定的超出核准登记的经营范围、擅自从事应当取得许可证或者其他批准文件方可从事的经营活动的违法行为。依据《无照经营查处取缔办法》第十四条第一款之规定，予以取缔，并决定罚款60000元。在北京市某区人民政府作出的×政复决字××号行政复议决定维持被诉处罚决定后，该公司于2010年11月26日向一审法院提起诉讼。

二、审理结果

一审法院经审理认为：《美国语伴》系由中国科学文化音像出版社出版的电子出

* 原告：某公司；被告：某市工商行政管理局某区分局。

出版物，原告在未取得出版物经营许可证的情况下，从事该电子出版物的销售活动，依据《电子出版物出版管理规定》第五条、《出版物市场管理规定》第三条和《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》第322项的规定，被告认定原告的行为违反了《无照经营查处取缔办法》第四条第一款第（五）项的规定，对其违法事实的定性并无不当。同时，被告在作出处罚决定的过程中履行了立案、调查、听证告知及送达等程序，符合相关程序规定。被诉处罚决定处罚额度亦无不当。需要指出的是，被告对于原告涉嫌违法行为的立案时间为2009年3月24日，作出行政处罚的时间为2010年6月1日，超出了《工商行政管理机关行政处罚程序规定》第五十七条规定的90日的办案期限。但其未在法定举证期限内向法院提交延期审批手续的相关证据。被告在履行上述法定程序中存有瑕疵。但该瑕疵尚不足以导致被诉的行政处罚决定被撤销，因此，一审法院在此予以明确，被告在今后的工作中应当予以纠正。故而判决驳回某公司的诉讼请求。

某公司不服一审判决提起上诉。

二审法院经审理认为：《美国语伴》系经新闻出版总署批准，由中国科学文化音像出版社出版的电子出版物。就《美国语伴》产品本身而言，其属于以数字代码的方式将有关英语学习的信息编辑加工后储存在CD-ROM上，通过阅读显示、播放设备读取使用的大众传播媒体，符合《电子出版物出版管理规定》第二条第二款规定的电子出版物的特点。某分局认定该产品属于电子出版物具有事实和法律依据。一审判决认定事实清楚、证据充分，适用法律正确，程序合法，应予维持。某公司的上诉理由均缺乏事实及法律依据，对其请求不予支持。故二审判决驳回上诉，维持一审判决。

三、分析意见

本案的焦点是《美国语伴》是否属于电子出版物以及法官对于立法目的的理解。

本案中语伴在线公司在诉讼中主张《美国语伴》为软件产品，而非电子出版物，然而软件产品与电子出版物是否是分裂开来或者互不相关的法律概念呢？从国家税务总局国税函〔2008〕168号《关于明确电子出版物属于软件征税范围的通知》^①看，国家税务总局和新闻出版总署对于电子出版物和软件产品的关系观点明确，电子出版物为软件产品的一个分支，即软件产品的定性并不能当然否定产品的电子出版物属性。对此，即便是软件界和电子出版界本身，也是予以认可的。^②

① 主要内容为就新闻出版总署反映的部分地区在执行软件产品增值税优惠政策时将电子出版物排除在外的问題，明确指出电子出版物属于软件范围，应当享受软件产品的增值税优惠政策。

② 《关于软件和电子出版物的对话》，<http://www.it8g.com/YeJie/200904/18230.htm>，2012年4月11日访问。该文内容提到了软件界和电子出版界对于电子出版物为软件产品的分支的普遍观点。

综上所述,《美国语伴》是否符合《电子出版物出版管理规定》中对于电子出版物的描述。《电子出版物出版管理规定》第二条第二款规定,电子出版物是指以数字代码方式,将有知识性、思想性内容的信息编辑加工后存储在固定物理形态的磁、光、电等介质上,通过电子阅读、显示、播放设备读取使用的大众传播媒体。电子出版物的概念核心仍是出版物,故而电子出版物的本质仍是出版物的特性即传播知识、文化和思想。我国对出版物发行实行许可制度,故早在《电子出版物出版管理规定》之前,《出版管理条例》已将电子出版物作为规范对象。而之所以新闻出版总署另行出台《电子出版物出版管理规定》,无非是要详细阐明电子出版物与以往出版物不同的新特点可能导致的认定和管理难题。故在把握《电子出版物出版管理规定》对电子出版物概念的界定,尤其是在将其与一般软件产品进行区分时,应主要把握出版物概念。

在以上问题明了后,再对电子出版物的概念进行分析,便可以发现,电子出版物保留的软件产品的特点是,以电子介质及程序作为支持手段和载体,而其具备的出版物的特征则是以数据作为主体,以传播知识、文化、思想为目的。这正是国家将其作为出版物纳入许可制度的原因,也是其与一般软件产品允许开发生产单位直接经营销售不同之所在。就本案争议的《美国语伴》而言,其具有听力、会话等十四项功能模块,主体是数据,通过安装程序读取数据,可以进行交互式学习,以传播知识、文化、思想为目的,符合《电子出版物出版管理规定》第二条第二款对于电子出版物的描述,海淀工商分局对其电子出版物的认定无误。

(撰稿人:何君慧 张美红)

2. 善意取得违规发票不构成违法行为

——某宾馆不服某区国家税务局稽查局行政处罚案*

一、基本案情

2011年7月29日,某区国家税务局稽查局(以下简称某区国税稽查局)对某宾馆作出国罚[2011]21号《税务行政处罚决定书》(以下简称《处罚决定书》)。

* 原告:某宾馆;被告:某区国家税务局稽查局。

《处罚决定书》的主要内容为，某区国税稽查局于2011年2月14日至同年6月17日对某宾馆2008年1月1日至2009年12月31日期间纳税情况进行检查，确认某宾馆有如下违法事实：1. 某宾馆在2008年度经营过程中取得开票方与购票方不一致的北京市商业企业专用发票23份，发票金额合计1270405.40元，上述所得第三方开具的发票，某宾馆在该年度企业所得税税前扣除的金额为1270405.40元；2. 某宾馆在2009年度经营过程中取得开票方与购票方不一致的北京市商业企业专用发票41份，发票金额为1115070元，上述所得第三方开具的发票，某宾馆在该年度企业所得税税前扣除的金额为1115070元；3. 根据1993年《发票管理办法实施细则》第四十九条第（二）项的规定，某宾馆使用第三方开具发票作为记账凭证的行为属于“未按照规定取得发票的”行为，同时，某宾馆将上述不合法凭证在企业所得税税前列支的行为违反了《税收征收管理法》第十九条及《税收征收管理法实施细则》第二十九条的规定，不具有合法、有效性，不得在税前扣除。某区国税稽查局依据1993年《发票管理办法》第三十六条的规定，决定对某宾馆2008年至2009年连续“未按照规定取得发票的”行为处10000元罚款，并限定某宾馆自《处罚决定书》送达之日起15日内到税务申报大厅缴纳入库，逾期不缴纳罚款，将依照《行政处罚法》第五十一条第（一）项的规定，可每日按罚款数额的百分之三加处罚款。

某宾馆不服《处罚决定书》，于2011年8月24日向一审法院诉称：1. 作出《处罚决定书》的主体错误。县级以上税务机关具有2000元以上罚款的职权，某区国税稽查局不是县级以上税务机关，无权作出《处罚决定书》。2. 我单位取得的发票不是伪造的，是通过正当渠道取得的，且确实发生了此项业务，并要求供货方提供真实有效的发票。3. 关于不符合规定的发票问题，因受当时客观现实的制约及法律法规的限制，依据当时的手段，我单位无法确认什么叫第三方发票，我单位没有过错，不应承担责任。某区国税稽查局未对什么叫“未按照规定取得发票的”行为作出解释，所作《处罚决定书》没有法律依据。4. 根据有关规定，税务检查机关发现发票错误应通知更换发票，但某区国税稽查局未通知我单位。某宾馆请求撤销《处罚决定书》。

某区国税稽查局辩称：1. 某宾馆在交易过程中取得的发票不是开票方自己依法领购的发票，而是第三方领购的发票，该行为属于“未按照规定取得发票的”行为。我局向某宾馆送达了《税务行政处罚事项告知书》，并举行了听证会，《处罚决定书》合法有效；2. 我局以自己的名义在权限范围内对某宾馆依法作出行政处罚，没有越权执法；3. 某宾馆在经营过程中取得“开票方与购票方不一致”的北京市商业企业专用发票，无论发票是否伪造、无论通过何种渠道取得，即使确实发生此项业务，都不影响某宾馆这一违法行为的构成。某宾馆作为取得发票的一方，无论对取得的

发票是否尽到注意义务,都不影响其取得不符合规定发票违法行为的构成;4. 我局已通知某宾馆更换违规发票,已经履行了法定职责;5. 我局对某宾馆的违法行为给予处罚,没有超过法定追诉期限。某区国税稽查局请求维持《处罚决定书》。

二、审理结果

一审法院经审理认为,某区国税稽查局具有依法对纳税人、扣缴义务人和其他涉税当事人履行纳税义务、扣缴义务情况及涉税事项进行检查处理,以及围绕检查处理开展的其他相关工作的法定职责。某区国税稽查局认定某宾馆在2008年1月1日至2009年12月31日期间,使用第三方开具发票作为记账凭证的行为属于“未按照规定取得发票的”行为,同时认定某宾馆将不合法凭证在企业所得税税前列支的行为违反了《税收征收管理法》和《税收征收管理法实施细则》的有关规定,区国税稽查局依据1993年《发票管理办法》向某宾馆作出《处罚决定书》。但1993年《发票管理办法》已于2010年12月20日修订(修订后的该办法于2011年2月1日施行,以下简称2010年《发票管理办法》),1993年《发票管理办法实施细则》亦重新修订并于2011年2月1日开始实施,某区国税稽查局仍引用1993年《发票管理办法》不利于保护某宾馆的合法权益,属适用法律错误。据此,一审法院依据《行政诉讼法》第五十四条第(二)项第2目之规定,判决撤销了《处罚决定书》。

某区国税稽查局不服上述判决,上诉至二审法院,请求撤销该判决并判决维持《处罚决定书》。某区国税稽查局认为,一审法院判决适用法律错误。依据《立法法》的有关规定,法律、法规、规章等不溯及既往,溯及既往的法律规范须通过法定程序由相应的法律规范作出特别规定。1993年《发票管理办法》和1993年《发票管理办法实施细则》经修订于2011年2月1日开始实施,上述规定中均没有作出溯及既往的特别规定。故对某宾馆发生在2008年1月1日至2009年12月31日期间的违法行为,适用1993年《发票管理办法》作出《处罚决定书》正确无误。

某宾馆同意一审法院判决,请求予以维持。

二审法院经审理认为,行政机关依法行使行政职权作出具体行政行为,应以证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序为基本准则;1993年《发票管理办法》第三十六条第一款第(四)项规定,“未按照规定取得发票的”属于违反发票管理法规的行为,应予查处。1993年《发票管理办法实施细则》第四十九条第(二)项规定,取得不符合规定的发票属于“未按照规定取得发票的”行为。但构成该项违规行为要件应当包括取得发票的单位和个人知道或者应当知道开具发票的单位和个人提供的发票不符合规定,取得发票的单位和个人尽到必要、合理的注意义务,善意取得发票的行为不构成该项违规行为。2010年《发票管理办法》第二十四条第一款第(二)项、第三十九条第(二)项亦明确规定,对未按照发票管理规定使用发