

也谈谌义华虚开增值税发票案、朱奕骥投机倒把案的定性与量刑 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_B9_9F_E8_B0_88_E8_B0_8C_E4_c122_483335.htm

《中国律师》2001年第10期刊登的汤永平、陈武能的文章《判例：保证司法公正的标准和尺度就两起虚开、代开增值税专用发票案例的比较谈保护被告人平等受刑权》（以下简称《汤文》，《汤文》将两起案件的有关情况列出明细表进行对照，朱奕骥在虚开增值税发票的份数、金额、抵扣税款的金额、造成国家损失的数额、个非法所提的数额等方面均少于谌义华，但两案的定性却不同，处刑相差更大，犯较重的罪判处较轻的刑罚，犯较轻的罪的却判处较重的刑罚。从《汤文》的内容看，最高人民法院对犯罪事实完全相同的案件作出了不同的判决结果，进而得出法院的判决“没有平等保护被告人的受刑权”结论。该文所举的两个案例均是江西省高级人民法院作出二审判决的案件，对这两件案件最高人民法院在复核时作出不同的判决。最高法院作出这样的判决是根据这两件案件的具体事实并严格依照我国刑法及有关司法解释作出的，判决结果的不同是因为案件事实的不同。当然这两起案件在法律适用问题上值得进一步探讨，但并不是《汤文》所说的“如果本案以判例作为依据，就不会发生判决结果大相径庭和案件当事人难以接受的情况”。为了便于大家进一步探讨，笔者拟简单介绍这两案件的事实及审判经过并对法律适用问题作一简单探讨。

一、案件的基本事实及审理经过

1、谌义华虚开增值税发票案 基本案情：1994年3月，被告人谌义华创办了昌发物资供销公司，自任总经理。同年4月，取得了增值税一

般纳税人资格，并领取了增值税专用发票。1994年8月，广东人陈少春找到谌义华，二人共谋虚开增值税专用发票牟利。在8月至11月间，被告人谌义华伙同陈少春等共为陕西省西安凯特实业公司、广州越秀八达经贸公司、四川通达实业公司等单位虚开增值税专用发票87份，虚开税款27 195 165.26元，已抵扣30份，抵扣税款4014 113.79元，案发后共追缴赃款794 974.02元，给国家造成税款损失3219 139.77元。审判经过：一审：江西省南昌市中级人民法院1997年3月27日作出判决，依照《中华人民共和国刑法》第一百一十八条、第五十三条第一款和全国人民代表大会常务委员会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条第（一）项的规定，认定被告人谌义华犯投机倒把罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。宣判后，谌义华不服提出上诉。二审：江西省高级人民法院1998年8月12日作出判决，依照《中华人民共和国刑法》第十二条、第二百零五条第二款、第五十七条第一款、全国人民代表大会常务委员会《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》第一条第二款，认定被告人谌义华犯虚开增值税专用发票罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并报最高法院核准。复核：最高法院认定，二审法院认定的事实中，除虚开税款数额512万余元和抵扣税款651万余元因缺乏证据而不予认定。依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第五十七条第一款、全国人民代表大会常务委员会《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》第一条第二款的规定，认定被告人谌义华犯虚开增值税专用发票罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币一万元。

2、朱奕骥投机倒把案 基本案情

：1994年7月至8月，被告人朱奕骥在个人承包新余市经济技术发展总公司南方公司（以下简称南方公司）期间，先后将本单位领购的增值税专用发票五本及公司营业登记证、税务登记证副本、财务章交给刘小虎、胡应宣（均另案处理）等人，由胡应宣等人在广东省潮阳市以南方公司的名义，为珠海光波技术公司等企业虚开增值税专用发票一百九十七份（《汤文》误写为137份），税额共计76 945 923.44元。受票方实际抵扣税款5 586 186元。同期，胡应宣等人为朱奕骥提供增值税专用发票六十份，朱奕骥以南方公司为购货单位为自己虚开税额96 775 415.76元。案发后，税务机关已追回非法抵扣的税款71 344.25元。朱奕骥非法牟利167000元。审判经过：

：一审：江西省新余市中级人民法院1996年8月1日作出判决，依照《中华人民共和国刑法》（1979年）第118条、第53条第一款和全国人民代表大会常务委员会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条第一项的规定，认定被告人朱奕骥犯投机倒把罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。二审：江西省高级人民法院1997年7月28日作出判决，依照1979年《中华人民共和国刑法》第53条第1款、全国人民代表大会常务委员会《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》第一条第二款、第四款的规定，认定朱奕骥犯虚开增值税专用发票罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。并报最高法院核准。复核：最高法院复核认定，被告人朱奕骥系单位的承包经理，其伙同他人虚开增值税专用发票的行为发生于1994年8月以前，构成投机倒把罪，属单位犯罪。依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、1979年《中华人民共和国刑法》第一百一十八条、第六十条的规定，认定朱奕骥

犯投机倒把罪，判处有期徒刑十年，并处没收全部财产；违法所得予以追缴。二、法律适用分析 对谌义华虚开增值税发票案，南昌市中级人民法院一审认为，依照1979年《中华人民共和国刑法》第一百一十八条及1982年《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条第（一）项的规定，谌义华伙同陈少春等人为他人虚开增值税发票的行为构成投机倒把罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。1997年3月南昌市中级人民法院一审作出判决时，《全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》已于1995年10月30日通过并公布生效。而谌义华的行为是发生在1995年10月30日以前，对谌义华的行为究竟是按1982年的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》（以下简称《82年决定》）还是按1995年的《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》（以下简称《95年决定》）来处理，就存在一个选择的问题，选择的依据应该是1979年刑法第九条所确定的“从旧兼从轻原则”。比较两个决定关于虚开增值税发票的行为定性的规定，根据79年刑法的规定，此行为构成投机倒把罪，《82年决定》对此罪的法定刑规定为“情节特别严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产。”《95年决定》规定此行为构成虚开增值税专用发票罪，规定最重法定刑适用条件为“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的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”《82年决定》规定犯投机倒把罪情节特别严重的，就可以判处无期徒刑或者死刑；《95年决定》则规定，虚开增值税专用发票，

必须具有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的情节，才可以判处无期徒刑或者死刑。由此可见，《95年决定》对虚开增值税专用发票的犯罪在规定适用无期徒刑或者死刑的条件比《82年决定》更为严格，换句话说，对虚开增值税专用发票的犯罪行为，《95年决定》处罚比《82年决定》要轻，因此在1995年10月30日以后审判发生在此之前的虚开增值税专用发票的犯罪，选择适用《95年决定》是符合1979年刑法第九条规定的原则的。但是南昌市中级人民法院在审理本案时并未选择适用《95年决定》而是选择适用《82年决定》，认定谔义华的行为构成投机倒把罪，这是不符合从旧兼从轻原则的。江西省高级人民法院和最高人民法院在审理、复核本案时，1997年颁布的新刑法已生效，该法第十二条对从旧兼从轻原则再次作了确认，因此在审理本案时应选择较轻的法律适用。由于新刑法对《95年决定》中有关虚开增值税专用发票的犯罪及刑罚的规定未作任何修改，因此按新刑法的规定来处理虚开增值税专用发票的相对于按《82年决定》来处理要轻，选择适用新刑法无疑是符合刑法条十二条的精神的。但江西省高级人民法院和最高人民法院均未适用新刑法而是适用《95年决定》则是值得商榷的，因为《95年决定》既非犯罪时实施的法律亦非审判时法律，且按此法律来处理案件对被告人并非有利，但两级法院均适用《95年决定》而不是新刑法，这一点是值得商榷的。对朱奕骥投机倒把案的处理相对来说要比谔义华虚开增值税专用发票案复杂一些。首先是本案是单位犯罪还是个人犯罪问题。如果说朱奕骥虚开增值税专用发票发犯罪是个人犯罪的话，其法律适用和前案应无区别，但如果是单

位犯罪的话，则情况就不同了。1979年刑法以及此后颁布的补充刑事法律均没有规定单位可以构成投机倒把罪，对单位投机倒把犯罪的行为应如何处理呢？1989年3月最高人民法院和最高人民检察院发布的《关于当前处理企业事业单位、机关、团体投机倒把犯罪案件的规定》第一条第一款规定，“企业事业单位、机关、团体违反国家在关法律、法规，以及国务院有关规定和政策，进行投机倒把活动，为本单位牟取非法利益，数额特别巨大，并且手段恶劣，严重破坏社会主义经济秩序或者严重危害国家、集体和人民群众利益的，除按照行政法规予以处罚外，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员应追究刑事责任。”第三条规定，“企业事业单位、机关、团体进行投机倒把犯罪，符合本规定第一条标准的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照刑法第一百一十七条的规定处罚；对于少数情节特别严重的，依照刑法第一百一十八条的规定处罚。”按照这个规定，单位犯投机倒把罪的，应追究直接责任人员和主管人员的刑事责任，在处罚上应按1979年刑法第一百一十七条或第一百一十八条的规定处罚，而不是按《82年决定》第一条第一款的规定来处罚，处刑最高为有期徒刑十年。而《95年决定》和新刑法均规定，对单位虚开增值税专用发票罪的，对单位并处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照各该条的规定追究刑事责任，处刑最高为死刑。因此对于发生在1995年10月30日前的单位虚开增值税专用发票犯罪的案件，在追究直接责任人员和主管人员的刑事责任时，适用1979年刑法比《95年决定》和新刑法要轻得多。最高人民法院在复核朱奕骥案时新刑法已生效实施，朱奕骥虚开增值税专用发票

发票的行为发生在1994年，按当时的法律及有关司法解释的规定对朱进行处罚相对适用审判时的法律要轻，最高法院在认定朱奕骥的行为系单位犯罪的前提下，选择适用旧法无疑是符合新刑法第十二条规定的从旧兼从轻的原则的。当然以上两个案例在法律适用上之所以存在这么大的区别，关键是两案在事实上存在区别。朱奕骥作为单位承包经理，其虚开增值税专用发票的行为究竟是个人行为还是单位行为，关键是看其所谋取的利益是归个人所有还是承包单位所有。从本案查明的情况来看，朱奕骥所谋取的利益是归其所承包的单位所有，据此最高法院认定其为单位犯罪，并根据《关于当前处理企业事业单位、机关、团体投机倒把犯罪案件的规定》按照1979年刑法第一百一十八条判处其有期徒刑十年。反观谌义华虚开增值税专用发票案，谌义华虽然也是以单位的名义领取增值税专用发票，但其所创办的昌发物资供销公司是一家无资金、无固定办公场所、无相关从业人员的“三无”皮包公司，其虚开增值税专用发票的行为系个人犯罪而非单位犯罪，对其处罚个人犯罪处罚。从以上分析我们可以看出，谌义华虚开增值税专用发票案和朱奕骥投机倒把案虽然在案件事实上有很多相类似之处，但两件案件由于存在个人犯罪与单位犯罪的差别，在处理结果上自然有所区别。仅仅就这两起案件来说，虽然在适用法律上存在一定的争议，但并不存在《汤文》中所说的“没有平等保护被告人的受刑权”的问题。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com