

刘某甲等12人走私贵金属、骗取出口退税案

——涉骗取出口退税的走私行为能否认定为牵连犯择一重罪处罚

关键词：刑事 走私贵金属罪 骗取出口退税罪 牵连犯 数罪并罚 认罪认罚

基本案情

2016年年底，被告人刘某甲经被告人李某某提议，得知可以利用国家出口退税的相关政策骗取出口退税，即以贵金属为部分原材料，且贵金属在产品原材料成本占比不超过80%即可享受出口退税（以下简称“‘二八比例’退税政策”），进而通过将黄金夹藏在“高性能导线”等产品内部向海关申报出口的方式走私出境，在境外拆卸产品、销售黄金的同时，再以高科技产品名义骗取出口退税。

（一）走私贵金属事实

2017年2月至2020年4月，被告人刘某甲为首的12名被告人组成犯罪团伙，向山东、浙江两家贵金属冶炼有限公司采购定制纯度为999%的黄金，经简单加工后装入“高性能导线”或“高科技音频解码器”等产品内部，并伪装为高科技产品，以自身设立的生产出口公司或委托代理公司作为出口经营单位，与设在香港地区由其实际控制的关联公司签订虚假买卖合同，以“高性能导线”“HiFi级高品质DAC音频解码器”等品名向海关伪报出口，将其中黄金部件走私至香港地区并予以销售。

被告人张某乙、霍某某、王某甲等人在香港地区接收货物，将其中的黄金部件拆解后，根据国际金价走势及刘某甲的指令，视行情通过香港关联公司在当地销售。拆解后的视频转换器、输入板等配件材料，通过实际控制的中转公司回流进口至生产出口公司，用以重复使用。2017年2月至2020年4月底，以刘某甲为首的犯罪团伙走私出口黄金部件共计2,917.45855千克，货值金额共计

808,240,741.10元人民币。

（二）骗取出口退税事实

2017年2月至2020年4月，以被告人刘某甲为首的犯罪团伙将品名为“高性能导线”“HiFi级高品质DAC音频解码器”等产品伪装成高科技产品报关出口，将黄金部件走私出境并予以销售后，再通过签订虚假合同的方式从香港回流进口被拆卸的输入板等材料，以高报价格、多报数量等欺骗手段虚增配件票价，调整配件与黄金部件的发票价格比率，使出口产品符合“二八比例”退税政策，进而骗取出口退税。由被告人刘某甲、朱某某、李某某、张某甲、周某某、刘某乙实际控制或参与管理的多家公司自行申报出口退税，或由代理公司代为申报退税。截至案发，该犯罪团伙骗取出口退税共计112,177,937.02元，另有14,139,735.48元因意志以外原因而未得逞。

审理过程中，已在审查起诉阶段认罪认罚的被告人刘某甲、朱某某、李某某、王某甲等6人在庭审中对公诉机关指控事实或量刑建议提出异议，公诉机关认为前述人员不再具备认罪认罚的事实基础，撤回相应量刑建议并提请法庭依法判处刑罚。

福州市中级人民法院于2021年12月7日作出（2021）闽01刑初14号刑事判决，对被告人刘某甲以走私贵金属罪判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人财产人民币三百万元；以骗取出口退税罪判处有期徒刑十五年，并处没收个人财产人民币六千万元；决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人财产人民币六千三百万元。对朱某某、李某某、张某甲、周某某、刘某乙、刘某丁等6名被告人（股东或关键员工）以走私贵金属罪、骗取出口退税罪数罪并罚，分别判处十九年至八年不等的有期徒刑，并处没收个人财产或罚金；对刘某丙、张某乙、霍某某、王某甲、王某乙等5名被告人（主要员工）以走私贵金属罪分别判处八年八个月至五年不等的有期徒刑，并处罚金；继续追缴各被告人的违法所得。

一审宣判后，部分被告人不服，提起上诉。福建省高级人民法院于2022年10月17日作出（2022）闽刑终51号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为，应当从牵连犯的本质判定两个犯罪行为之间是否存在手段与目的的牵连关系，与骗取出口退税存在时空关联的走私行为并非一律成立牵连犯择一重罪处罚。本案走私贵金属与骗取出口退税之间的时空关联，无法上升到刑法意义上的牵连关系，具体理由如下：

（一）《审理骗取出口退税案件司法解释》第9条的适用范围厘清

《审理骗取出口退税案件司法解释》第9条规定择一重罪处罚的理论基础是牵连犯理论。牵连犯是指犯一罪（或以犯一罪为目的）而其方法或结果行为触犯他罪的情形。当某种手段通常用于实施某种犯罪，或者某种原因行为通常导致某种结果行为时，才宜认定为牵连犯。虚开增值税专用发票与骗取出口退税之间通常两个行为性质相近，关联紧密，常态伴生，税务机关退还出口企业的税款乃是虚开增值税专用发票所记载的进项税额，故两个行为均给国家税收利益造成实质损失，共同侵害税收管理秩序的法益。故二者存在手段与目的、原因与结果关系，司法解释由此作出择一重罪处罚的牵连评价。

而对于该司法解释表述“同时构成虚开增值税专用发票等其他犯罪”的“等”字理解，亦应限于牵连犯的范畴内，不宜作扩大解释。否则，将得出“实施骗取出口退税，只要同时构成虚开或走私、贪污受贿等其他所有犯罪的，无论是否存在牵连，一律择一重罪处理，不得数罪并罚”的结论，这与刑法数罪并罚理论以及大众朴素的正义情感相悖，显然不当。

（二）应当结合主客观方面及社会常理判断两个犯罪行为之间是否存在牵连关系

牵连关系的成立与否，可以根据具体案情，从行为人主观目的、客观行为，结合期待可能性和社会常情常理等方面进行综合判断。两个罪行的动机杂糅混同、难以剥离，一个罪行服务于另一个犯罪结果的实现，司法实践中两个罪行接连发生的频率相对较高，且接连发生的状态并未脱离社会公众的一般认知，则两罪之间成立牵连。反之，两个罪行目的动机相互独立，犯罪结果的实现互不依附，从常情常理考量，法律可以期待行为人实施其中一个罪行之后不再

实施另一罪行的，则不能成立牵连关系。

具体到本案，骗取出口退税和走私行为之间仅存在事实上的时空关联，不存在法律上的牵连关系，故不宜机械类推适用《审理骗取出口退税案件司法解释》第9条的规定择一重罪处罚，而应予数罪并罚：

第一，主观上，本案被告人具有单独通过走私黄金、骗取出口退税分别实现获利的犯罪动机和目的。一方面，电子账目数据、微信聊天记录证明，本案犯罪团伙时刻关注境内外黄金大盘价格，制作金价走势图和概率分布表，走私至香港地区分批销售的黄金有盈有亏，而非必然亏损，亏损的产生系犯罪团伙急于回笼资金在港抛售黄金所致。另一方面，多名证人证言、被告人的稳定供述证明，走私黄金拆解销售可以牟利、走私黄金和骗取出口退税“两部分利润加起来比较可观”、“有两个赢利点”。被告人走私黄金和骗取退税的贪利动机泾渭分明，已然从主观上割裂了二者之间的刑法牵连。况且，牟利目的并非走私贵重金属罪的构成要件，被告人将黄金非法运送出境已成立犯罪，获利亏损并非构罪的阻却事由。

第二，客观上，走私黄金与骗取出口退税不存在直接关联。骗取出口退税罪评价的是本案骗取出口货物退税资格的行为，即刘某甲等人伪装高科技产品出口，以虚假交易低值高报、凑整多报抬高零部件的发票价格，调整黄金与零部件票面价格比率，使之符合国家“二八比例”退税政策的欺骗行为；另外还通过出口没有黄金的海运版产品亦骗取了部分出口退税。因此，黄金本身是否出口、销售、获利，与能否骗取出口退税无直接关联。此外，由于犯罪资金来源并不唯一，用于本轮骗取出口退税的结汇款项及下一轮犯罪的启动资金，也并非只能源于销售涉案黄金的赃款。故走私黄金不是骗取退税的必要手段。

第三，常情常理层面，走私黄金与骗取出口退税不存在一般社会经验层面的类型化、高度伴随的牵连。牵连行为之间的关系具体表现为方法准备、主旨支配、后续后果处于同一犯罪进程。一方面，从期待可能性的视角切入，走私黄金出境后，往往伴随发生的乃是销赃而非骗税行为，法律可期待被告人实施走私黄金行为终了之后，不再继续实施骗取出口退税犯罪。以走私黄金换取骗税资格（即方法准备行为）、通过走私黄金和骗取退税两个赢利点分别获利

（即主旨期待行为）、造成近3吨的黄金流出境外和1亿余元的税款损失（即后续结果行为），三组行为在时空上接近乎于同时发生，但进一步将其上升到审判实践或社会经验，认为这在概率上系同一紧密的犯罪进程，难合情理。另一方面，根据《审理骗取出口退税案件司法解释》第9条的精神，与本案骗取出口退税存在牵连评价的行为，乃是虚开发票即刘某甲等人通过虚假交易调整黄金与零部件票面价格比率的行为，司法机关未予启动虚开增值税专用发票罪的追诉程序，故不宜再进一步将走私黄金与虚开发票的行为并列混同，在一次牵连之上再予二次牵连评价。

（三）牵连犯的认定及罪数评判的核心在于实现罪责刑相适应

对牵连犯择一重罪处罚系学理通说，未予并罚的轻罪罪名与重罪量刑悬殊，单以重罪评价足以涵盖轻罪罪责。如司法实践中，通过伪造公司印章（法定刑最高3年）实施合同诈骗的行为，通常选择合同诈骗罪（法定刑最高无期徒刑）作为重罪处罚，足以实现罪责刑相适应。

然而，学理和规范层面存在从一重罪处罚、从一重罪从重处罚、数罪并罚等处罚规则。我国法律制度并没有对牵连犯处罚的一般性规定，刑法分则关于牵连犯的处罚并未形成标准统一的处罚原则。如准备实施恐怖活动同时构成其他犯罪的（如非法持有枪支、弹药罪等）从一重罪处罚（刑法第120条之二）；伪造货币并出售或运输伪造的货币，以伪造货币罪从重处罚（刑法第171条）。再如组织、领导参加恐怖组织罪与杀人、爆炸、绑架等犯罪的（刑法第120条），保险诈骗罪与故意造成财产损失、被保险人死亡伤残或疾病（刑法第198条第2款），雇用童工从事危重劳动罪与造成事故又构成其他犯罪（如244条之一）等情形，实行数罪并罚。司法解释亦有数罪并罚的规定，如2016年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第17条规定，国家工作人员同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。刑法总则第61条、第69条体现了“一罪一罚，数罪并罚”的定罪量刑原则，其未将牵连犯作为特殊的罪数形态另行规定，意味着立法机关未形成或打算形成另外的处理原则。在规则无法统一的情况之时，一罪与数罪之争的归宿在于平衡被告人的罪责。在成立牵连犯的情况下，仅以重罪处罚足以实现罪责刑

相适应，且数罪并罚可能导致量刑过重的，择一重罪处罚即可；反之，一罪论处难以完整评价被告人的罪行及其社会危害性的，则宜采用数罪并罚的处罚规则。

具体到本案，即使本案的两个犯罪行为成立牵连犯，但走私贵重金属近3吨、骗取出口退税1.1亿余元，两行为分别造成特别严重的危害后果，两罪法定刑幅度相当、均为10年以上有期徒刑或无期徒刑；“法定刑相同，意味着数罪之间无轻重之分，择一重罪处罚无从谈起”。无论是走私贵重金属罪还是骗取出口退税罪，任一罪名单独评价都难以涵盖两罪行的社会危害性。本案共计12名被告人，触犯两罪名的被告人多达7人，在对相关被告人未适用无期徒刑的情况下，一罪上限15年，数罪并罚上限20年，数罪并罚不仅能够实现对个人的罪责刑相适应，亦能拉开与另外5名仅触犯走私贵重金属一罪的从犯的量刑梯度，打击孤立主犯，感化挽救从犯，实现全案量刑平衡。故确有并罚之必要。

综上，被告人事后在香港地区销售黄金亏损的事实，无法否定其事先走私黄金销售的直接目的及贪利动机，更无法建立走私贵重金属和骗取出口退税之间直接的、类型化的牵连关系，不属于《审理骗取出口退税案件司法解释》第9条的关于择一重罪处罚的适用情形，应对两个犯罪行为同时承担刑事责任，予以数罪并罚在通常意义上对行为和结果均不存在重复评价，能够实现罪责刑相适应和全案的量刑平衡。

二、关于审查起诉阶段认罪认罚的被告人在普通程序庭审中对公诉机关指控事实提出辩解的权利保障问题

法院生效裁判认为：人民法院应当保障被告人的辩护权，并根据其辩解的成立情况、辩解内容的性质，作出有梯度的区分处理。被告人在庭审中对指控事实提出辩解的，应从实体、程序两个层面，定性、定量两个维度，综合认定其是否成立认罪认罚、认罪认罚的价值意义以及从宽处罚的幅度，不宜仅仅根据被告人提出辩解后简单笼统表态认罪认罚而予认定，避免对“口服心不服”的技术型认罪认罚错误地进行从宽处罚。

认罪认罚成立阶段分为“审查起诉阶段”和“审判阶段”两种，后者的成

立不限于公诉机关指控罪名和提出的量刑建议，被告人承认主要犯罪事实、愿意接受刑事处罚即可，故在程序开展和实体认定均较为灵活，但从宽处罚幅度一般也小于前者。因此，对于已经同公诉机关签署《认罪认罚具结书》的被告人当庭提出辩解后，人民法院以保障辩护权为前提，根据被告人当庭辩解和案件的证据情况，认定被告人是否成立认罪认罚、以及成立何种阶段的认罪认罚，进而正确掌握从宽处罚的幅度。

（一）程序方面

首先，法庭应当审查被告人认罪认罚是否真实、自愿，告知被告人享有自我辩护的权利及认罪认罚可能导致的具体法律后果。其次，法庭应继续听取被告人的辩解，就辩解内容有针对性地组织法庭调查、法庭辩论。最后，法庭辩论终结前，法庭需要最终确认被告人是否仍然坚持自己的辩解，承认公诉机关指控的全部事实还是部分事实，接受公诉机关提出的量刑建议还是笼统接受司法机关的刑事处罚；同步征询公诉机关是否撤回、调整或保留已经提出的认罪认罚量刑建议。庭审中，法庭有必要针对被告人首次提出相关辩解的诉讼阶段、当庭提出辩解的理由进行发问，甄别被告人在审查起诉阶段进行认罪认罚的动机，是否真诚悔罪、愿意接受处罚。

（二）实体方面

认罪认罚的成立，以被告人如实供述自己的罪行、承认指控的主要犯罪事实为前提，故应当结合在案证据审查被告人的辩解能否成立。一方面，其辩解能够成立的，仍然属于如实供述自己的罪行，不影响“认罪”的认定，进而继续成立原先审查起诉阶段的认罪认罚。另一方面，其辩解不能成立的，如果是对关键（主要）事实辩解，则不能成立如实供述主要犯罪事实，而是不成立认罪认罚；如若是对边际（次要）事实进行辩解，不影响定罪量刑的，则不再成立审查起诉阶段的认罪认罚，但可以认定为审判阶段的认罪认罚，并根据认罪认罚成立的诉讼阶段、对查明案件事实的价值和意义等情况，一般较之于审查起诉阶段认罪认罚的从宽处罚幅度予以从严掌握。

具体到本案，已在审查起诉阶段认罪认罚的被告人刘某甲、朱某某、李某

某、张某甲、刘某乙、王某甲等6人在庭审中对公诉机关指控事实或量刑建议提出异议，公诉机关认为前述人员不再具备认罪认罚的事实基础，撤回相应量刑建议并提请法庭依法判处刑罚。一审判决根据法庭调查和辩论情况，针对认罪认罚情节作出有梯度的认定及处罚。一方面，刘某甲、朱某某、李某某当庭辩解走私黄金是手段，该行为无法盈利，骗取出口退税是最终目的，始终否认与罪数评价相关的客观事实和主观故意，虽在最后陈述阶段表示认罪认罚，但未对法庭调查阶段所否认的事实予以供述，亦不接受司法机关数罪并罚的处罚，相关辩解不能成立，故三人均不再成立认罪认罚，不予从宽处罚。另一方面，周某某、张某甲、刘某乙、王某甲对出资入股参与犯罪的金额、脱离犯罪团伙的时间、犯罪地位作用等事实提出辩解，张某甲当庭亦表示不接受公诉机关提出的量刑建议；鉴于前述4人所作不能成立的辩解系对次要事实的辩解，在庭审后期陆续表示自愿认罪认罚，王某甲另于庭后提交《认罪书》，故前述4人不再成立审查起诉阶段的认罪认罚，但成立审判阶段的认罪认罚，从宽幅度较审查起诉阶段从严掌握，其中王某甲在庭审中认罪程度和悔罪情况较差，从宽幅度进一步从严掌握。

裁判要旨

1. 对于骗税型走私犯罪的罪名适用应当厘清牵连犯的适用范围，准确进行罪数评判。2002年最高人民法院《关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定，实施骗取出口退税，同时构成虚开增值税专用发票等其他犯罪的，依照刑法处罚较重的规定定罪处罚。然而，和骗取出口退税存在关联的犯罪行为，并非一律成立牵连犯并予以择一重罪处罚，而应当根据具体案情准确判断行为人的两个犯罪行为是否具备牵连犯的本质特征。骗取出口退税与走私行为存在时空关联，但二者之间不存在常态化、高度伴随的牵连关系，不成立牵连犯，当以数罪并罚，实现刑法对犯罪行为的全面评价，进而贯彻罪责刑相适应的刑法基本原则。

2. 已在审查起诉阶段认罪认罚的被告人在庭审中对指控事实提出辩解的，应从程序、实体两个层面，定性、定量两个维度，综合认定被告人是否成立认罪认罚、认罪认罚的成立阶段、价值意义及从宽处罚的幅度，切实保障被告人的辩护权，避免对技术型认罪认罚的被告人错误地予以从宽处罚。

关联索引

《中华人民共和国刑法》第204条、第69条

《中华人民共和国刑事诉讼法》第15条

《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条

一审：福建省福州市中级人民法院（2021）闽01刑初14号刑事判决（2021年12月7日）

二审：福建省高级人民法院（2022）闽刑终51号刑事裁定（2022年10月17日）