

华一律师事务所

法律意见书

艾未未先生：

北京华一律师事务所受阁下委托，就阁下在北京发课文化发展有限公司（以下简称“发课公司”）涉税案件中所涉刑事责任的事宜出具具体法律意见，经对发课公司交来的现有材料进行审查和分析，提供如下法律意见，供参考。

一、出具本法律意见书的主要事实依据：

- 1、发课公司出具的《税务行政处罚事项告知书》
- 2、发课公司出具的《北京市朝阳区公安分局扣押物品、文件清单》
- 3、发课公司出具的《北京市公安局调取证据通知书》
- 4、发课公司出具的《北京市税务局第二稽查局税务检查通知书》
- 5、当事人陈述。

二、出具本法律意见书的主要法律依据：

- 1、《中华人民共和国税收征收管理法》
- 2、《中华人民共和国刑法》
- 3、《中华人民共和国刑法修正案（七）》
- 4、《中华人民共和国刑事诉讼法》
- 5、《中华人民共和国公司法》
- 6、中华人民共和国《最高人民法院关于适用《公司法》若干问题的规定（二）》
- 7、中华人民共和国《最高人民法院关于适用《公司法》若干问题的规定（三）》
- 8、中华人民共和国《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》
- 9、中华人民共和国《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》
- 10、中华人民共和国《公安机关办理刑事案件程序规定（修正）》
- 11、联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》

三、事由

4月3日，发课公司设计师艾未未在北京首都国际机场被北京市公安局带至北京郊区某地，开始审讯，不准其与外界有任何接触。公安机关未通知艾未未家人。

4月6日，在被关押3天后，审讯人员要求艾未未在一份由朝阳区公安局出具的《监视居住决定书》上签字，但该文书没有注明案由，只有监视关押的理由，并要求艾未未将落款日期签成4月3日。

4月3日，北京市公安局等多个执法部门来到发课公司，出示了搜查令，查抄了电脑、光盘等多项资料，但未查抄任何财务会计资料。

4月6日晚上十一点左右，税务局与市公安局到发课公司委托记帐的会计服务公司，出示了《北京市公安局调取证据通知书》，调取了记帐凭证、缴税凭证、资产负债表、损益表等多份会计资料。相隔一个小时左右，即4月6日午夜前，新华社发布快讯：“公安部门周三晚称，发课公司实际控制人艾未未涉嫌经济犯罪，正依法对其进行调查。”但快讯中并未提供其它细节。

4月7日，发课公司的会计人员胡明芬与公司失去联系，直至6月份，发课公司方从其他途径得知她当时被公安机关带走，而且至今不能正常联系上她本人。

4月8日，税务局及朝阳公安分局等多个执法部门来到发课公司，查抄了2005年至2010年的所有财务会计资料、合同和公章等物品，并向发课公司首次正式出示了有关查税的通知，即《税务检查通知书》。

4月10日，发课公司的财务经理兼股东刘正刚被四个便走强行带走，至今不能正常联系上他本人。

4月12日，北京市税务局第二稽查局发来通知书，要求公司法定代表人路青前往税务局接受询问调查。

5月11日，公安机关告知艾未未的家属路青，可安排家属会面，于是路青递交了会见申请；15日，公安机关将路青接到关押艾未未的地方，让双方见面，话题只限于艾的身体健康情况。

6月22日，艾未未被匆忙释放，未签署任何法律文书。其母亲被要求签字为艾的取保候审做担保，但艾及家人未看到或收到公安机关出具的关于取保候审的法律文书。同日，新华网发表了题为“北京市公安机关依法对艾未未取保候审”的简讯。

(注 1)。

6月27日，税务局下达了《税务行政处罚事项告知书》。

6月29日，发课公司向税务机关提交了《听证申请书》，请求召开听证会，并归还发课公司的全部会计资料，以便发课公司核帐查税。

7月6日，税务机关向发课公司发来《听证通知书》，决定听证会不公开举行，对于归还会计资料的请求未予以答复。

7月11日，发课公司向税务机关提交了《异议书》，对不公开举行听证的决定表达了异议，并再次要求税务机关归还发课公司的全部会计资料。

7月14日，听证会以不公开的形式举行。

7月19日，发课公司法人代表接到税务人员电话，通知发课公司从7月20日起三日以内到朝阳区十八里店派出所查看会计资料。发课公司法人代表表示：此为行政处罚程序，税务机关却要求公司到公安机关查看本该归还的会计资料，此举不妥，拒绝前去查看。

7月20日，税务局向发课公司发来《提供纳税资料通知书》。

7月28日，发课公司向税务局提交了《对<提供纳税资料通知书>的复函》，再次重申税务机关应归还会计资料。

四、法律意见

(一)、对公安机关限制艾未未人身自由的行为的法律分析:

1、对公安机关采取“监视居住”强制措施的分析:

公安机关在关押艾未未之时，并未出示相关法律文书，而是在3天之后才让其以案由不明的所谓《监视居住决定书》法律文书上签名，并要求其倒签时间为4月3日当天，此举公然违反了《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》的有关规定(注2)。但由于文书落款时间已倒签，文书空白之处，在事后亦可能得到公安机关的补充，所以不能认定公安机关4月6日之前的行为已构成非法拘禁或绑架。

从公安机关的上述行为可知，他们试图将关押行为冠以“监视居住”的概念，然而，即便是“监视居住”，公安机关的所作所为也存在着若干漏洞与法律不相符，无法自圆其说：

(1)若公安机关确以逃税案为由立案并对艾未未采取强制措施，则公安机关违反了对逃税案应予立案追诉的有关法律规定，导致随后的一系列关押、审讯等行
为严重违法。

根据《刑事诉讼法》第五十条，“人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。”可见，监视居住作为限制人身权利的强制措施之一，只有在已确定案件的情况下方能实施，所以，刑事立案是最基本的前提条件。既然公安机关对艾未未直接宣布了“监视居住”的决定，就应当已完成刑事立案。

然而，从艾未未被关押至被释放，公安机关除了告知其强制措施从“监视居住”转成“取保候审”外，对其所涉嫌的罪名，即立案的案由，一直没有出示明确的法律文书予以告知。在这种情况下，我们只能以新华社简讯以及随后税务机关对发课公司的一系列税务检查举动等作为分析依据，推测此案的立案案由是涉嫌“巨额逃税”。但是，公安机关以此为由立案并关押审讯艾未未，却又不符合法律所规定的公安机关对于逃税案的立案追诉标准：

《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定

(二)》第五十七条规定了公安机关对于逃税案应予立案追诉的三种情况(注3),对于发课公司,只适用第一条,其前提必须是“经税务机关依法下达追缴通知后,不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的”;09年2月颁布的《刑法修正案7》中对于逃税案的刑事责任追究,亦有相同的前提。可见,对于从未受过任何行政处罚的发课公司而言,即使逃税,也应该由税务机关先进行行政处罚;在发课公司拒绝行政处罚结果之前,公安机关对此事无权立案,更无权以此为由关押发课公司的任何人。

可见,如果公安机关关押艾未未的案由仅仅是由于发课公司涉嫌逃税,那么这个案由完全不能成立,亦是不合法的,这导致公安机关随之而来的关押行为也严重违法。

(2)公安机关不仅依据不合法的案由对艾未未采取强制措施,甚至不按法律规定实施监视居住,已然变相羁押。

关于实施监视居住的场所,《刑事诉讼法》第五十七条和《公安机关办理刑事案

件程序规定(修正)》第九十八条第一款对此有着明确规定(注 4)，应当是被监视居住人在办案机关所在的市、县内生活的合法住处，无固定住处的，公安机关才能为其指定生活居所。艾未未是北京本地人，户口所在地为位于东城区的艾家故居，其所在的公司在北京亦有固定的办公地点，公安机关却径直将其另行秘密关押，不告诉其被关押的具体地址，亦不通知其家人，已然变相羁押。

《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》第九十八条第二款特别指出：“公安机关不得建立专门的监视居住场所，对犯罪嫌疑人变相羁押。不得在看守所、行政拘留所、留置室或者公安机关其他工作场所执行监视居住。”在法律条款如此明示之下，公安机关仍将艾未未另行秘密关押，完全是罔顾法律、执法犯法。

(3)公安机关无故将艾未未另行关押，又不及时通知其家属，变相剥夺了被监视居住人会见律师的重要权利。

根据《刑事诉讼法》及《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》的相关规定(注 5)，若非因涉及国家秘密的案件，从艾未未被采取强制措施之日起，公安机关应当告知其有请律师的权利；其无须经过公安机关批准，有权自行决定聘请并

会见律师，并且，会见律师不须经过公安机关批准。

然而，艾未未从4月3日被带走另行关押后，公安机关不向其告知此项权利，不通知其家属，亦不告知其被关押的具体地址（艾未未家属在不断联系某个相关公安人员的情况下，才在5月份得到了一次会面机会，至此方明确得知其被公安机关押），无疑变相剥夺了艾未未聘请律师的重要权利。

(4)公安机关以逃税案为由，以所谓“监视居住”为手段，将艾未未非法羁押长达81天，是典型的任意羁押；不仅违反了本国法律，亦公然违反了联合国《公民人身权利与政治权利公约》(注6)及《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(注7)。

联合国《公民人身权利与政治权利公约》第九条第一款明确指出：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”同条第三款：“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。……”

中国自 2006 年以来，两次当选为联合国人权理事会成员，对于世界人权方面的普世价值应有基本认同，并且应当为世界人权状况的不断好转做出表率。然而在此案中，公安机关的所作所为毫无法律依据，任意捏造借口便将艾未未任意羁押长达 81 天，给其造成了巨大的精神伤害。这种任意羁押行为无异于“秘密关押”、“强迫失踪”，公然违反了联合国《公民人身权利与政治权利公约》及《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，实为中国法律之耻辱，亦有损中国作为联合国人权理事会成员的身份。

2、公安机关非法拘禁在先，事后所谓的解除“监视居住”、转为“取保候审”亦无法律依据。

6 月 22 日，公安机关释放艾未未，并告知其转为“取保候审”，同样没有出具任何法律文书。虽然新华社于同日发布了一条报道，声称艾未未被取保候审，但新华社毕竟只是通讯社，不能代表司法机关，因此，此报道完全没有法律效力。

根据《刑事诉讼法》规定，取保候审是针对犯罪嫌疑人或者被告的强制措施之一，须向当事人宣读并由其签名(盖章)、捺指印(注 8)，但在艾未未被释放时，完

全没有此环节，只是由艾未未的母亲签了一份担保书。艾未未及其家人由始至终从未接到任何公安机关出具的法律文书，因此，司法机关是否已立案、基于何理由立案、具体罪名是什么，等等，均处于事实不清的状态，“候审”也就无从谈起。因此，所谓“取保候审”，只是公安机关对艾未未及外界的口头的意思表示，从法律程序的角度而言，此案并没有真正进入正常的法律程序。

(二)、对艾未未与税案的关系的实体法律分析

1、对于发课公司可能发生的逃税行为，行政处罚是先置条件。在发课公司拒绝接受税务机关的行政处罚之前，发课公司的法人代表、股东、工作人员等等，均不对此负任何刑事责任。

因发课公司是第一次接收税务检查，税务检查机关的正常工作程序应是：税务检查和询问（此时应当出示税务检查证和税务检查通知书）→发出《税务行政处罚事项告知书》→依条件和请求召开听证会→发出《税务行政处罚决定书》→执行→(纳税人不接受行政处罚的)依法移交司法机关追究刑事责任。然而，此案一开始便由北京市或朝阳区公安局主导，多个部门联合执法，有悖常规，无法可

依。另外，公安机关通过限制人身自由的刑事办案手段，取得了针对公司财务情况的口供，并以此作为行政处罚的依据，亦是行政处罚证据链的重大问题。

《刑法》第二百零一条第四款对于逃税案的刑事责任追究，有以下规定：“有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任……。”可见，对于从未受过任何行政处罚的发课公司而言，即使逃税，也应该由税务机关先进行行政处罚；在没有行政处罚之前，发课公司的任何人都不应该为此负刑法责任。

2、艾未未在发课公司里的职责，决定了其不是单位犯罪中涉及到个人刑罚的责任主体，不应当为发课公司可能发生的逃税行为负法律责任。

根据《刑法》第三十一条(注9)，对于单位犯罪的处罚原则是“对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚”。艾未未在发课公司里的身份只是设计师，既非法定代表人，亦非直接负责公司缴税事务的主管人员或财务负责人，不是单位犯罪中涉及到个人刑罚的责任主体，因此，不应当为发课公司可能发生的逃税行为负法律责任。

3、实际控制人刑事责任的承担必须遵循罪刑法定原则。

此案中，公安机关一直没有明确告知涉案案由，但新华社两次对此案发表评论，声称从公安机关处得知：“艾未未是公司实际控制人”、“发课公司涉嫌经济犯罪”，若评论属实，对于艾未未所谓“实际控制人”的身份以及指控，存在严重问题。

(1)司法机关凭何判断艾未未“实际控制人”的身份？

法律是严谨的，司法机关欲作出任何指证，都应以充足的证据加以支持，而不能仅凭揣测与想象。发课公司的法人代表、股东、财务负责人都有明确指定，而艾未未在公司里仅仅履行设计师职责，不参与实际财务、管理等实务处理。在此前提下，司法机关究竟凭何判断艾未未“实际控制人”的身份：难道仅仅因为艾未未是知名设计师，并且是法人代表的家属吗？

(2)将“实际控制人”作为犯罪主体视为“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”，有着严格的司法解释，司法机关绝不能对法规作扩大化解释，将之随意套用在《刑法》里有关单位犯罪的任一条款中。

最高人民法院、最高人民检察院下发的《关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中，对“实际控制人”作为犯罪主体视为“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”在法律上须承担刑事责任的违法事由作了明确的解释。《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》中，明确规定应立案追究“实际控制人”的刑法责任的条款也仅限于背信损害上市公司利益案及操纵证券、期货市场案(注10)，在同一份规定中，对于涉税案件并无关于“实际控制人”的明确规定。

以上足以证明，法律法规对单位犯罪的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”及“实际控制人”进行了严格的区别定义，司法机关在执法时，应严格遵循罪刑法定原则，不应对法条作扩大化解释。因此，即使艾未未确是发课公司实际控制人，公安机关故意混淆二者在法律上的严格区别，以此为由将艾未未“监视居住”调查涉税案件的行为，毫无法律依据。

通过以上法律程序与法律事实分析，在假定艾未未先生是因“发课公司涉嫌巨额逃税”而被关押的前提下，我们有以下结论：

- 1、艾未未先生不应当在发课公司的涉税案件中承担刑事责任。
- 2、若发课公司接受税务机关作出的行政处罚决定，则此案止步于行政处罚，税务机关不可将此案移交司法机关，发课公司里的法人代表、股东或公司工作人员，均不会为此案承担刑事责任。
- 3、若发课公司不接受税务机关作出的行政处罚决定，则税务机关可将此案移送司法机关，届时将产生公司相关责任人的刑事责任问题。
- 4、公安机关在没有确凿的法律依据、不出具任何法律手续的情况下，非法关押艾未未先生长达 81 天，已违反我国相关法律，是非法羁押行为。

本份法律意见书尚存在以下疑问无法解答：此案究竟是行政处罚，还是刑事案件？如果是行政处罚，为何刑事立案在先？如果是刑事案件，立案的真实案由究竟是什么？为什么公安机关由始至终都不向当事人艾未未或其家人出具正式的法律文书明确案由？为什么新华社报道中只提到税的问题，艾未未被关押是否确实不涉及其他案由？以上问题，由于公安机关的行为有违相关法律，亦与税行政机关随后的行政处罚行为相互矛盾，因此我们无法仅凭现有的事实与

证据给出合理解答。

北京市华一律师事务所

二〇一一年八月十五日

备注

注 1:

新华社报道内容如下：“新华网北京 6 月 22 日电记者从北京市公安机关获悉：公安机关对艾未未涉嫌经济犯罪依法进行侦查，已查明其实际控制的北京发课文化发展有限公司存在逃避缴纳巨额税款、故意销毁会计凭证等犯罪行为。鉴于艾未未认罪态度好、患有慢性疾病等原因，且其多次主动表示愿意积极补缴税款现依法对艾未未取保候审。”

注 2:

《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》

第九十五条对犯罪嫌疑人监视居住，应当制作《呈请监视居住报告书》，经县级以上公安机关负责人批准，签发《监视居住决定书》。

第九十六条公安机关对犯罪嫌疑人决定监视居住的，应当向犯罪嫌疑人宣读《监视居住决定书》，由犯罪嫌疑人签名(盖章)、捺指印，并通知负责执行的派出所。

注3:

《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定

(二)》

第五十七条[逃税案(刑法第二百零一条)]逃避缴纳税款，涉嫌下列情形之

一的，应予立案追诉：

(一)纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上，经税务机关依法下达追缴通知后，不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的；.....

注 4:

《刑诉》第五十七条

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定:

(一)未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指

定的居所;

《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》第九十八条

固定住处，是指犯罪嫌疑人在办案机关所在的市、县内生活的合法住处;指定的居所，是指公安机关根据案件情况，在办案机关所在的市、县内为犯罪嫌疑人指定的生活居所。

注 5:

中国《刑事诉讼法》第九十六条

犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。

《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》

第三十六条 公安机关在对犯罪嫌疑人依法进行第一次讯问后或者采取强制措施之日起，应当告知犯罪嫌疑人有权聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告，并记录在案。

第三十七条 对于涉及国家秘密的案件，公安机关应当告知犯罪嫌疑人聘请律师须经公安机关批准。

注 6: 《公民人身权利与政治权利公约》(中国未加入此公约)

第九条

一、人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。

二、任何被逮捕的人，在被逮捕时应被告知逮捕他的理由，并应被迅速告知对他提出的任何指控。

三、任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的

人受监禁不应作为一般规则，但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判，并在必要时报到听候执行判决。

四、任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。

五、任务遭受非法逮捕或拘禁的受害者，有的到赔偿的权利。

注 7：

中国于 1986 年签署了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，该《公约》第一部分第一条第一款对酷刑定义如下：“就本公约而言，‘酷刑’系指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或被换衣所作的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦又是在公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或者其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或随附的疼痛或痛苦则不包括在内。”

注 8 :

公安机关办理刑事案件程序规定 (修正)

第六十六条 需要对犯罪嫌疑人取保候审的，应当制作《呈请取保候审报告书》，说明《取保候审决定书》。《取保候审决定书》应当向犯罪嫌疑人宣读，由犯罪嫌疑人签名 (盖章)、捺手印。

注 9 :

《刑法》第三十一条[单位犯罪的处罚原则]单位犯罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。

注 10 :

《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定 (二) 》

第十八条[背信损害上市公司利益案 (刑法第一百六十九条之一)]上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务，利用职务便利，操纵上市公

司从事损害上市公司利益的行为，以及上市公司的控股股东或者**实际控制人**，

指使上市公司董事、监事、高级管理人员实施损害上市公司利益的行为，涉嫌下

列情形之一的，应予立案追诉：

.....

第三十九条[操纵证券、期货市场案（刑法第一百八十二条）]操纵证券、期货市

场，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

（六）上市公司及其董事、监事、高级管理人员、实际控制人、控股股东或者其他关联人单独或者合谋，利用信息优势，操纵该公司证券交易价格或者证券交易量的；

.....