

行政诉讼起诉状

原告：北京发课文化发展有限公司
地址：北京市朝阳区崔各庄乡草场地村 258 号
法定代表人：路青

被告：北京市地方税务局第二稽查局
地址：北京市朝阳区裕民路 12 号院 C3 座
法定代表人：郭筑明

诉讼请求：

- 1、请求依法撤销被告作出的《北京市地方税务局第二稽查局税务处理决定书》（二稽税稽处【2011】63 号）；
- 2、本案诉讼费由被告承担。

事实和理由：

被告经对原告 2000 年 11 月 29 日至 2010 年 12 月 31 日涉税事项进行税务检查后，作出《北京市地方税务局第二稽查局税务处理决定书》（二稽税稽处【2011】63 号）（以下简称“《处理决定书》”）。经行政复议，行政复议机关已作出维持决定。

原告认为，被告作出的《处理决定书》是错误的。具体理由如下：

一、主要证据不足

1、被告认定的主要事实证据不足

被告认定原告少缴印花税、营业税、城市维护建设税、教育费附加、企业所得税，缺少事实依据。

（1）被告认定原告在“博雅园”项目、“三影堂”项目和“上院”项目中“共取得应税收入 15,823,724.36 元”，“未在账簿中记载”，“未进行申报纳税”。被告据此要求原告就上述三个项目补缴企业所得税 4,344,497.64 元。但没有证据表明被告所认定的相关项目与原告的收入构成直接关联性。

(2) 被告直接通过会计账簿所记载的数据推导原告应当缴纳的营业税、城市维护建设税、教育费附加，而并未核查相应的事实。会计账簿属于人工转载、登录，所记载的数据不能作为直接证据使用，必须有相应的原始凭证予以佐证。

(3) 被告忽略原告的真实成本费用，导致数据严重失实。被告在采用“查账征收”的情形下，应当核实原告的真实成本费用。但被告却怠于采集对原告有利的证据。

(4) 被告仅在《处理决定书》中告知原告应补缴税款、加收滞纳金金额，却未明示计算过程，使原告知其然而不知其所以然。如此草率处理，令人难以信服！

2、被告采集的证据因程序违法而不具有证据效力

根据 2011 年 4 月 6 日北京市地方税务局向被告下发的《重大税务违法案件督办单》(京地税稽督【2011】第 7 号)，原告涉税案件已从公安机关转由税务机关办理。故，公安部门自 2011 年 4 月 6 日之后不应再介入涉税行政案件；公安部门作为非适格主体所调取的证据也不应作为被告对原告作出税务处理决定的依据。然而，被告据以对原告作出税务处理决定的依据恰恰包含了公安部门在 2011 年 4 月 6 日以后对原告股东刘正刚、会计胡明芬等人的讯问笔录。因此，该等材料不具有证据效力，不能作为税务机关行政行为的依据。

即使是 2011 年 4 月 6 日之前由公安机关采集的材料，根据最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(法释【2002】21 号)第七十条“生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁决文书确认的事实，可以作为定案依据”之规定，公安机关作为侦查机关，其收集、制作的材料尚未经人民法院确认，被告也不能将其作为定案依据。

3、被告据以作出税务处理决定的全部证据材料均无原件

2012 年 3 月 27 日，原告在行政复议机关查阅被告据以作出处理决定的证据材料，但全部材料均为复印件。被告仅凭借复印件即作出具体行政行为，原告无法对证据的真实性、合法性、关联性予以确认。

二、适用法律、法规错误

由于被告认定的事实缺少证据，在这一虚妄的事实基础上适用的法律、法规当然是错误的。即使从法律技术层面，也存在如下错误：

1、适用《征管法》错误

根据被告向复议机关提交的材料可知，被告并未能完整、清晰地收集所谓与原告相关的成本资料、收入凭证、费用凭证等。根据《中华人民共和国税收征收管理法》（简称“《征管法》”）第三十五条“纳税人有下列情形之一的，税务机关有权核定其应纳税额：（四）虽设置账簿，但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账的”，以及《企业所得税核定征收办法（试行）》（国税发【2008】30号）第三条“纳税人具有下列情形之一的，核定征收企业所得税：（四）虽设置账簿，但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账的”之规定，被告应当采用“核定征收”方式，而非错误地采用“查账征收”方式。

2、被告所依据的规范性文件不具有合法性

原告认为，被告作出《处理决定书》所依据的《北京市地方税务局关于明确企业所得税若干政策业务问题的通知》（京地税企【2002】526号）不具有合法性，人民法院不应承认其效力。

根据《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称“《企业所得税法》”）第五条“企业每一纳税年度的收入总额，减除不征税收入、免税收入、各项扣除以及允许弥补的以前年度亏损后的余额，为应纳税所得额”、第二十二条“企业的应纳税所得额乘以适用税率，减除依照本法关于税收优惠的规定减免和抵免的税额后的余额，为应纳税额”之规定，“应纳税所得额”、“应纳税额”为税法基本概念，亦为严谨、规范的税法用语，属于具有特定内涵的范畴，而“京地税企【2002】526号”文第五条创制所谓的“应补缴所得”、“补缴企业所得税额”，将使基本概念的特定内涵无所对应，“范畴”也就失去了“范”的意义。对此，《税收规范性文件制定办法》（国家税务总局令第20号）第九条规定，“制定税收规范性文件，应当做到内容具体、明确，内在逻辑严密，语言规范、简洁、准确，具有可操作性”。此类“不严谨”情况，《国家税务总局关于开展全国税务系统税收规范性文件清理工作有关问题的通知》（国税函【2006】872号）将之认定为“文件规定不合理”，不具有“规范性”。

根据《企业所得税法》第五条“企业每一纳税年度的收入总额，减除不征税收入、免税收入、各项扣除以及允许弥补的以前年度亏损后的余额，为应纳税所

得额”、第八条“企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出，包括成本、费用、税金、损失和其他支出，准予在计算应纳税所得额时扣除”之规定，“应纳税所得额”计算要素中的“减项”，应当包括“成本”、“费用”、“税金”、“损失和其他支出”，以及“不征税收入”、“免税收入”、“允许弥补的以前年度亏损”，共七项。而“京地税企【2002】526号”文第五条允许计算要素中的“减项”仅为“成本”、“费用”、“税金”三项，削减了纳税人的大部分权利，与现行的法律相背离。

同时，“京地税企【2002】526号”文第五条也与具体的规章相抵触。根据国家税务总局《关于查增应纳税所得额弥补以前年度亏损处理问题的公告》（2010年第20号公告）第一条“根据《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称企业所得税法）第五条的规定，税务机关对企业以前年度纳税情况进行检查时调增的应纳税所得额，凡企业以前年度发生亏损、且该亏损属于企业所得税法规定允许弥补的，应允许调增的应纳税所得额弥补该亏损。弥补该亏损后仍有余额的，按照企业所得税法规定计算缴纳企业所得税。对检查调增的应纳税所得额应根据其情节，依照《中华人民共和国税收征收管理法》有关规定进行处理或处罚”、第二条“本规定自2010年12月1日开始执行。以前（含2008年度之前）没有处理的事项，按本规定执行”之规定，查增“应纳税所得额”的“减项”，应当依据《企业所得税法》第五条的规定确定，也当然包括“亏损”。而“京地税企【2002】526号”文第五条确定的“减项”显然不包括“亏损”。

根据《中华人民共和国企业所得税法实施条例》（以下简称“《企业所得税条例》”）第九条“企业应纳税所得额的计算，以权责发生制为原则，属于当期的收入和费用，不论款项是否收付，均作为当期的收入和费用；不属于当期的收入和费用，即使款项已经在当期收付，均不作为当期的收入和费用。本条例和国务院财政、税务主管部门另有规定的除外”之规定，“应纳税所得额”的计算方法，应以“权责发生制”为原则，属于当期的费用，不论款项是否支付，均应准予扣除，而不是“京地税企【2002】526号”文第五条采用会计上的“相匹配”原则。

“应纳税所得额”的计算方法，在扣除环节，《企业所得税条例》以“有关的、合理的”标准判断支出，运用的是知识与经验，通过脑力作出判断。而“京地

税企【2002】526号”文第五条却以“能够确认的”标准判断支出，运用的是肉眼而不是智力。

另，2011年9月26日，北京市地税局发布《北京市地方税务局关于公布现行有效的税收规范性文件目录（第一批）的公告》（北京市地方税务局公告2011年第14号）。该目录中并未列入“京地税企【2002】526号”文。根据国家税务总局《关于开展省税务机关税收规范性文件清理工作有关问题的通知》（国税函【2011】60号）第二条第（一）项第二款“清理工作结束后，各省税务机关要向社会公布继续有效（含条文失效废止文件）、全文失效废止、条款失效废止文件目录；未列入继续有效文件目录的税收规范性文件，不得作为税收执法的依据”之规定，“京地税企【2002】526号”文不应作为2011年9月26日以后作出的税收执法文书中的依据。但遗憾的是，在2011年11月1日针对原告作出的《处理决定书》中，仍然将其作为税收执法的依据。

三、违反法定程序

根据《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称“《行政诉讼法》”）第五十四条第（二）项“具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：3.违反法定程序的；4.超越职权的；5.滥用职权的”，《税务稽查工作规程》（国税发【2009】157号）第二十四条“实施检查时，应当依照法定权限和程序，收集能够证明案件事实的证据材料。收集的证据材料应当真实，并与所证明的事项相关联”之规定，被告对原告作出的处理决定，应当具有充足的证据；而该等证据应当具备合法性，包括应当经过法定程序取得；如果被告违反法定程序收集证据的，则该等证据不得作为具体行政行为的事实依据；同时，若被告实施具体行政行为时，存在着违反法定程序之行为的，则其具体行政行为应依法予以撤销。就本案被告而言，其执法存在严重违反法定程序及超越、滥用职权之行为，其处理决定应当予以依法撤销。

1、公安提前介入，公安、税务联合行动，先抓人再查账，程序严重违法

（1）事实

原告首次接到被告的《纳税检查通知书》为2011年4月8日，然在此之前，

相关人员原告职员艾未未、文涛、胡明芬等已被公安机关关押。2011年4月8日之后，公安机关又相继关押原告股东刘正刚、职员张劲松等。具体事实如下：

2011年4月3日上午，艾未未在首都国际机场出境前被警方带走，直到6月22日艾未未被“取保候审”返回家中，家属此前没有收到任何官方告知手续，无法知悉他的涉嫌罪名，以及被采取何种强制措施及被羁押何处。

2011年4月3日中午12点，北京市公安局对位于朝阳区草场地258号的艾未未住宅搜查了近12个小时，扣押了电脑、移动硬盘、光盘、书籍等127项物品，扣押清单落款为北京市公安局朝阳分局，10名艾未未工作室人员被警方带至南皋派出所询问至凌晨。

2011年4月3日14时，艾未未助理文涛被4名着便装的男子强行拉上一辆黑色的别克车带走，随后失去联系，家属到案发地南皋派出所报绑架案。6月24日晚，文涛被北京公安人员送回家中，要求其不得对外谈论被关押情况，不得与艾未未进行任何联系。在文涛失踪期间，家属没有收到任何手续。文涛本人至今也不知因何罪名被关押长达83天。

2011年4月6日晚23点30分左右，被告与北京市公安局到原告委托记账的北京互信财务会计服务有限公司（以下简称“互信公司”），查抄了原告2000年至2011年2月的原始凭证、记帐凭证、缴税凭证、资产负债表、损益表等会计资料。0点47分，新华社发布英文报道：“艾未未涉嫌经济犯罪，正依法对其进行调查。”

2011年4月7日，北京经侦大队将正在兰州探亲的原告会计胡明芬带回北京，此后胡明芬与家属失去联系，直至6月13日被“取保候审”，家属未收到任何官方手续。

2011年4月8日下午3点，被告及北京市公安部门查抄并扣押了原告2005年至2010年的所有财务会计资料、合同和印章等物品，期间被告对艾未未司机张劲松作了询问笔录，并首次向原告出具《税务检查通知书》和《询问通知书》，要求原告法定代表人路青4月12日前往北京市地方税务局接受询问。

2011年4月9日下午19时，原告股东刘正刚在北京市海淀区居住小区内被4名着便装的男子强行带走，下落不明。其妻随后到海淀区大钟寺派出所报绑架案。6月11日，刘正刚被“取保候审”，家属未收到任何官方手续。

2011年4月10日凌晨1时，张劲松与朋友分开后失去联系。家属到朝阳区南皋派出所报失踪案。6月23日，张劲松被“取保候审”。此前，家属不知其下落，未收到任何官方手续。

2011年4月12日上午9点半，在3次查抄、5名人员相继被“失踪”后，被告才对原告法定代表人路青进行了第一次询问。

2011年5月20日，新华社发短讯称，“新华社记者从北京市公安机关获悉，经公安机关对艾未未涉嫌经济犯罪一案进行侦查，现已初步查明，艾未未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。” **Error! No bookmark name given.**

2011年6月22日晚上，被关押81天后，艾未未被“取保候审”，官方未给家属任何说法。当晚22时15分，新华网刊登中、英文短讯，“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。”

以上事实说明，被告与公安机构的密切配合行为直接与原告税案相关。

（2）程序错误一：公安提前介入逃避缴纳税款案

根据2009年2月28日修订的《中华人民共和国刑法》第二百零一条第一款“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”，以及第二百零一条第四款“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；但

是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外”之规定，税务行政处理已为公安机关等启动司法程序的前置要件。

根据 2010 年 5 月 7 日实施的《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）》第五十七条第一款之规定，“【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；（二）纳税人五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚，又逃避缴纳税款，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的；（三）扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的”。原告于 2000 年 11 月 29 日成立，在本次税案之前未有任何刑事、行政处罚记录，不存在“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”的行为，不具备公安机关上述立案标准，故原告配合公安机关提前介入，通过抓人查账的方式，是超越、滥用职权的严重违法行为，被告因违反法定程序做出的处理决定应当予以撤销。

（3）程序错误二：税、警联合办案

被告与公安部门联合办案，不仅仅是形式错误，还在于严重混淆了行政与司法的界限，既背离了《中华人民共和国刑事诉讼法》关于刑事立案的严格程序规定，也助长了被告作为一般行政机构，突破了《征管法》并未赋予税务机关人身限制的权力、搜查的权力的界限。如果任一行政机关均可以与公安机关通过“联合”的形式办案，则任一行政机关则实质上具有了限制人身的权力。

2、被告在税务检查前，未依法履行告知义务

根据《税务稽查工作规程》（国税发【2009】157 号）第二十二条第一款之规定，“检查前，应当告知被查对象检查时间、需要准备的资料等，但预先通知有碍检查的除外”。

然而，2011 年 4 月 6 日深夜，在不存在任何有碍检查的情形下，被告未依法

定程序告知原告，擅自到原告委托记账的互信公司，调取了原告自 2000 年公司成立至 2011 年 2 月的会计资料。

3、被告未依法出具税务检查证和《税务检查通知书》

根据《征管法》第五十九条“税务机关派出的人员进行税务检查时，应当出示税务检查证和税务检查通知书，并有责任为被检查人保守秘密；未出示税务检查证和税务检查通知书的，被检查人有权拒绝检查”，以及《税务稽查工作规程》（国税发【2009】157号）第二十二条第二款“检查应当由两名以上检查人员共同实施，并向被查对象出示税务检查证和《税务检查通知书》”之规定，税务检查人员向被检查对象出示证件和税务法律文书是必备的法律程序。

然而，在 2011 年 4 月 6 日深夜，被告向互信公司调取会计资料时，却并未履行法定程序，未出示税务检查证和《税务检查通知书》。

4、被告调取原告会计资料严重违反法定程序

根据《税务稽查工作规程》（国税发【2009】157号）第二十五条之规定，“调取账簿、记账凭证、报表和其他有关资料时，应当向被查对象出具《调取账簿资料通知书》，并填写《调取账簿资料清单》交其核对后签章确认”，以及第二十六条之规定，“需要提取证据材料原件的，应当向当事人出具《提取证据专用收据》，由当事人核对后签章确认”，“需要将已开具的发票调出查验时，应当向被查验的单位或者个人开具《发票换票证》”，“需要将空白发票调出查验时，应当向被查验的单位或者个人开具《调验空白发票收据》”。

但，被告到互信公司和原告处调取会计资料时，均未依上述规定出具《调取账簿资料通知书》，更未填写《调取账簿资料清单》并交原告核对确认；被告向互信公司、原告调取证据材料原件、查验发票时，均未向原告出具《提取证据专用收据》和开具《发票换票证》、《调验空白发票收据》。

5、被告调取原告会计资料未在法定期限内退还

根据《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第八十六条“税务机关行使税收征管法第五十四条第（一）项职权时，可以在纳税人、扣缴义务人的业务场所进行；必要时，经县以上税务局（分局）局长批准，可以将纳税人、扣缴义

务人以前会计年度的账簿、记账凭证、报表和其他有关资料调回税务机关检查，但是税务机关必须向纳税人、扣缴义务人开付清单，并在 3 个月内完整退还；有特殊情况的，经设区的市、自治州以上税务局局长批准，税务机关可以将纳税人、扣缴义务人当年的账簿、记账凭证、报表和其他有关资料调回检查，但是税务机关必须在 30 日内退还”，以及《税务稽查工作规程》（国税发【2009】157 号）第二十五条第二款“根据调取纳税人、扣缴义务人以前会计年度的账簿、记账凭证、报表和其他有关资料的，应当经所属税务局局长批准，并在 3 个月内完整退还；调取纳税人、扣缴义务人当年的账簿、记账凭证、报表和其他有关资料的，应当经所属设区的市、自治州以上税务局局长批准，并在 30 日内退还”之规定，被告向原告调取以前年度会计资料，应在 3 个月内完整退还；被告向原告调取当年的会计资料，应在 30 日内退还。

但，被告在上述法定时限届满时，并未依法退回所调取的全部会计资料，且时至今日，仍未退还，不仅严重影响了原告的生产经营活动，且实质妨碍了原告复议和诉讼的权利。

6、被告未依法定程序进行检查和审理

根据《税务稽查工作规程》（国税发【2009】157 号）第四十条“检查过程中，检查人员应当制作《税务稽查工作底稿》，记录案件事实，归集相关证据材料，并签字、注明日期”，第四十二条“检查结束时，应当根据《税务稽查工作底稿》及有关资料，制作《税务稽查报告》，由检查部门负责人审核”，以及第四十三条“检查完毕，检查部门应当将《税务稽查报告》、《税务稽查工作底稿》及相关证据材料，在 5 个工作日内移交审理部门审理，并办理交接手续”之规定，被告在税务检查过程中，应当依法制作《税务稽查工作底稿》、《税务稽查报告》等必备的法律文书，并以此作为审理的依据。

但，在本案中，被告对原告作出《处理决定书》的依据却欠缺《税务稽查工作底稿》和《税务稽查报告》。

四、被告超越职权

被告认定原告存在的“隐匿收入”包括：“博雅园项目”装修款 1,107,716 元，“上院项目”装修款 9,28,118.36 元，“三影堂项目”装修款 4,507,890 元。由于原告并不具备建筑施工行业的相关资质，故，即便该等装修款收入归属于原告，

也属于“未取得资质”的营业行为。而根据《中华人民共和国建筑法》第六条“国务院建设行政主管部门对全国的建筑活动实施统一监督管理”，以及第六十五条第三款“未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，并处罚款；有违法所得的，予以没收”之规定，对于“未取得资质证书承揽工程的”收入，其监督管理权限、处罚权限，属于国务院建设行政管理部门，而不是税务部门。

原告认为，被告作出的《处理决定书》缺乏事实和法律依据，严重侵犯了原告的合法权益。特向贵院起诉，请求法院支持原告的诉讼请求。

此致

北京市朝阳区人民法院

原告：北京发课文化发展有限公司

法定代表人：路青

2012年4月13日