持有烟草专卖零售许可证经营走私烟行为的刑事追诉探析

殷黄娟 张琼

摘要：对于持有烟草专卖零售许可证经营走私烟，各地司法机关的处理方式不尽相同，类案的判决中出现了罪与非罪、此罪与彼罪的双向偏离。为实现司法的精确性与衡平性，本文从违法类型的确认、具体罪量的确定对该行为进行了犯罪量审查，得出其是符合刑法犯罪构成的行为的结论，据此再结合实务经验提出具体刑事追诉路径。

关键词：烟草专卖制度；走私烟；犯罪量审查；刑事追诉

# **一、问题背景：持证经营走私烟如何进入刑事追踪视野**

我国作为世界上最大的烟草及烟草制品生产和消费国家，烟草经济在我国国民经济发展中起着十分重要的作用。据统计，2020年我国烟草行业的税利总额和财政总额创历史新高，其中实现财政总额12037亿元[[1]](#footnote-0)。鉴于烟草是一种成瘾性消费品且明显有碍于人类身体健康，我国寓禁于征并实行烟草专卖许可制度，将烟草制品的生产、批发、零售等各环节均设定行政许可，全部纳入烟草专卖法律法规的规制之中，以实现国家垄断。同时《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称涉烟司法解释）第一条第五款规定，非法经营烟草专卖品，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。

在欧洲经济与政治一体化进程中，瑞典、希腊等欧盟成员国逐步取消实行烟草专卖制度，但开放市场后的欧盟烟草市场逐步被烟草寡头垄断。英美烟草在1905年进入中国后，曾一度占据我国市场近70%的市场份额。因此即使烟草行业的税利带有“原罪”，我国也仍未废除烟草专卖制度，不仅是作为国家经济战略，更是作为国家安全战略避免让烟草税利沦为被跨国烟草公司和走私及不法贸易者疯狂追逐的“肥肉”。

近年来，我国烟草专卖制度在不断完善。2015年修订的《中华人民共和国烟草专卖法》删除了特种烟草专卖经营许可证的相关规定[[2]](#footnote-1)，依法申领取得烟草专卖零售许可证的商户由此被允许经营外国烟草，但其进货渠道仅限于其所在辖区的烟草专卖公司。持有烟草专卖零售许可证经营走私烟”（以下简称“持证经营走私烟”）是指持烟草专卖零售许可证的商户经营无合法来源证明的进出口烟草专卖品。走私烟包括“无标志外国卷烟”、“出口倒流国产卷烟”。根据《国务院关于严厉打击卷烟走私整顿卷烟市场通告的批复》（以下简称国函[2000]13号）的规定[[3]](#footnote-2)，“无标志外国卷烟”即箱包、条包和盒包上没有“由中国烟草总公司专卖”、“中国关税未付”、“没收非法进口卷烟”等字样或国务院烟草专卖行政主管部门规定的专门标识的外国卷烟；“出口倒流国产卷烟”即标注“专供出口”字样的，不允许回购、禁止在国内市场销售的国产卷烟。且有“中国关税未付”和国务院烟草专卖行政主管部门规定的专门标识的卷烟仅在免税店零售是合法经营，否则为“走私烟”。随着外国卷烟经营权的下放，持证户经营走私烟的案例频发，对该行为的定性处理逐渐走入刑事追踪视野。

# **二、问题提出：持证经营走私烟行为刑事司法认定分歧**

近年来，持证经营走私烟的案例频发，但各地司法机关的处理方式不尽相同，笔者通过分析持证销售走私烟相关案例的裁判文书发现，在类案判决中有罪与非罪、此罪与彼罪双向偏离的现象。

**（一）刑事违法性认定分歧**

司法实践中从犯罪嫌疑人处查获的走私烟经鉴定后往往系“真品卷烟”，因而有司法者认为如持证销售的走私烟系真品卷烟，则应适用《最高人民法院关于被告人李明华非法经营请示一案的批复》（以下简称“李明华案批复”），认定该行为属于“有证超范围和地域经营的情形，不宜按照非法经营罪处理”。如“陈某某等掩饰、隐瞒犯罪所得案”刑事判决书中[[4]](#footnote-3)，认定被告人陈某某持有烟草专卖零售许可证，在非指定烟草专卖部门购入“走私卷烟”进行经营，应该适用“李明华案批复”，由烟草相关主管部门行政处罚即可，因此判定被告人陈某某购进和销售“走私卷烟”的行为不构成非法经营罪。更有部分司法者从防止非法经营罪异化扩张的角度出发，主张行为人只要持有涉烟司法解释第一条第五款中列举的烟草专卖许可证[[5]](#footnote-4)的其中一种，仅是实施改变经营性质的涉烟行为则均不宜以犯罪论处，进行行政处罚即可。

**（二）罪名认定分歧**

有观点认为，持证经营走私烟，扰乱市场秩序，情节严重构成非法经营罪。如“林某等非法经营案”刑事判决书中[[6]](#footnote-5)，认为被告人林某、鲁某违反国家规定，非法经营走私外烟，扰乱市场秩序，数额达人民币154138元，情节严重，其行为均构成非法经营罪。

有观点认为，行为人明知是“走私卷烟”而从走私犯罪分子手中直接收购、贮藏的则有可能构成走私普通货物、物品罪的共犯。如无法证明行为人是直接从走私罪犯手中购入走私烟，但若上游犯罪的走私普通货物、物品罪的犯罪事实成立，则应以构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪追究行为人的刑事责任。如上文提到的“陈某某等掩饰、隐瞒犯罪所得案”，法院判决认为“被告人陈某某无视国家法律，明知是偷逃关税的“走私烟”仍予收购、贮藏，掩饰、隐瞒犯罪所得，价值人民币303744.13元，情节严重，其行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪”。

# **三、问题分析：持证经营走私烟行为的犯罪量审查**

如卢梭所言“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量[[7]](#footnote-6)。”刑罚制裁是前置法制裁力量的有效保障但绝不能直接替代前置法制裁。要界定某一违法行为是否构成犯罪则必须厘清违法行为和犯罪行为间的泾渭之界。犯罪行为必须是违法行为，犯罪的危害本质和违法实质取决于前置法的规定。“持证经营走私烟”明显有违我国《中华人民共和国烟草专卖法》等相关法律的规定，该行为是具有前置法违法性及其相应法律责任的违法行为是实务界的共识。违法行为与犯罪行为的社会危害本质相同，但存在违法程度的差异。在论证某一违法行为是否具备刑事违法性时，即是一种违法程度论证又被称作是犯罪量的审查，这种审查必须始终秉持刑法谦抑和形式理性的刑法理念，通过违法类型的形式判断到具体犯罪量的确认从而实现对某一违法行为的刑事违法性的实质判断。

对于“持证经营走私烟”行为犯罪量的审查应分两次进行：

**（一）犯罪量的初审：选择违法类型**

构成要件是违法类型，是成立犯罪所必须具备的条件[[8]](#footnote-7)，违反前置法但不符合犯罪构成的行为仅需前置法规制即可。因此，应首先对“持证经营走私烟”的违法类型进行判断。

有观点认为“持证经营走私烟”属于“不按照规定的进货渠道进货”的违法类型，应不宜按照犯罪处理。其依据是对于“有证超范围经营”或者“不按照规定的进货渠道进货”，不仅有“李明华案”的个案批复，《涉烟司法解释》以及两高研究室对解释的理解与适用也都明确该两种行为仅是违反有关行政法规但社会危害性不大，不宜按照犯罪处理。笔者认为不能将“持证经营走私烟”界定为属于上述行政处罚即可的行政违法情形。首先，“走私烟”和假烟一样存在天然的违法性，显然不同于“不按照规定的进货渠道进货”是需要借助法律方能认识该行为的违法性；其次两者的社会危害内容以及社会危害程度都有着明显的不同，对于持证户不按照规定渠道进货《烟草专卖法实施条例》仅规定了“没收违法所得”、“处以罚款”等行政违法责任[[9]](#footnote-8)，之所以这样规定是因为“不按照规定的进货渠道进货”和“超范围经营”仅是对“由谁卖、卖多少”的内部流转秩序的违反，并未妨害烟草专营专卖的市场秩序且未影响国家财政税收，予以行政处罚即可。对于涉“走私烟”的违法行为，国函[2000]13号则明确规定了构成犯罪的要依法追究刑事责任[[10]](#footnote-9)，这种违法责任规定的差异源于后者危害的不再是烟草专卖品的“内部流转秩序”而是直接破坏了国内市场上流通烟草的生产总量和供销关系，严重扰乱国家对于烟草专卖品生产、销售、进出口业务的管控秩序，同时造成我国财政税收流失严重，此种情况下行政法律规范的制裁力量显然独木难支，必须济之以刑事法律的制裁力量。

“持证经营走私烟”属于国函[2000]13号所规定的涉走私烟违法行为情形，持证户经营走私烟的行为符我国刑法第225条所规定非法经营罪的构成要件；同时行为人为经营走私烟，而又通常会实施的非法收购、运输、窝藏、销售走私卷烟等行为，这些具体行为又分别符合了刑法第153条规定的走私普通货物、物品罪，以及第312条规定掩饰、隐瞒所得、犯罪所得收益罪的构成要件。

1. **犯罪量的二审：确定具体罪量**

通过犯罪量的初审确定“持证经营走私烟”可能涉及的刑法罪名即确定其是符合我国刑法所规定的犯罪构成的违法行为后，第二次的审查则应综合考量以下影响具体罪量大小的三方面法律因素：一是刑法总则第13条“但书”之规定；二是作为刑法分则部分犯罪构成之外“情节严重”、“数额较大”等罪量限制要求；三是司法解释等其他方式对各罪具体罪量的设定，以实现权衡把握从而明确区分违法与犯罪。[[11]](#footnote-10)

如上所述，“持证经营走私烟”系违反国家烟草专卖管理法律法规，严重扰乱烟草市场秩序，可能构成非法经营罪。根据我国刑法第二百二十五条的规定，非法经营罪须满足“违法国家规定”、“扰乱市场秩序”、“情节严重”等条件。其中值得注意的是非法经营罪中的“情节严重”及相关司法解释确立的认定标准是刑法预设的违法程度型，具有评价行为违法性程度的功能，因此非法经营罪中的“情节严重”在犯罪论体系中处于可罚的违法性类似地位[[12]](#footnote-11)。《涉烟司法解释》第三条从非法经营数额、违法所得、非法经营卷烟的数量、预防刑要素等方面对“情节严重”的认定标准做了规定。对于走私普通货物、物品罪的具体罪量，我国刑法第一百五十三条第一款以及两高《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》从偷逃应缴税额、预防刑要素等方面进行了规定。对于掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的具体罪量，我国刑法第三百一十二条以及最高法《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释[2015]11号）从犯罪数额、预防刑要素、犯罪对象、犯罪后果等方面进行了规定，但其中对于数额标准的规定在2021年4月15日起施行的《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释[2021]8号）中被删除了。

# **四、问题解决：持证经营走私烟行为的刑事追诉路径**

**（一）有责性审查**

犯罪是不法且有责的行为[[13]](#footnote-12)。通过犯罪量的审查确定了“持证经营走私烟”是具有相当法益侵害性的行为，但科处刑罚还要求行为人具有非难可能性，这就要求对“持证经营走私烟”的行为人的有责性进行审查，同时行为人的责任程度也是刑罚量刑的基准。

在国内允许合法经营的外国卷烟有着明显的“由中国烟草总公司专卖”等字样或专门的标识，这就使得在审查时，认定持证户具有明知是“走私烟”而经营的主观故意不存在障碍。因此，在司法实践中对于“持证经营走私烟”的行为人具有非法经营的故意，或者明知其经营的走私烟系他人走私犯罪所得的主观故意的认定较为容易。但是如若要以走私普通货物、物品罪或进行刑事追诉，则还需要审查认定“持证经营走私烟”的行为人具有与走私罪犯通谋的共同犯罪故意。

**（二）罪数认定分析**

司法实务中，司法机关对于“持证经营走私烟”行为的认定分歧不仅是罪与非罪，罪数认定分歧也比较大。以上文提到的“陈某某等掩饰、隐瞒犯罪所得案”为例，该案判决认为陈某某持有烟草专卖零售许可证，在非指定烟草专卖部门购入“走私卷烟”进行经营，该行为依法属于超范围和地域经营的情形，应由烟草相关主管部门进行行政处罚，因此判定陈某某购进和销售“走私卷烟”的行为不构成非法经营罪；陈某某明知是偷逃关税的“走私烟”仍予收购、贮藏，掩饰、隐瞒犯罪所得，但由于本案没有任何证据证实被告人陈某某是直接从走私犯罪分子手中购入的走私卷烟，不能以走私罪论处，陈某某收购、贮藏“走私卷烟”的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

笔者不认同该案判决中的观点，即在本案中直接适用“李明华案”批复，并得出应由烟草相关主管部门进行行政处罚而不构成非法经营罪的结论。首先，“李明华批复”仅是针对具体案件且批复中所称的“超范围和地域”在“李明华案”中具有个案特性，不应将批复中的出罪条件无条件扩大适用到所有“持证经营走私烟”的案件中；其次，如上文分析，即使涉案“走私烟”系真品卷烟且陈某某已依法申领取得烟草专卖许可证，但“走私烟”是通过脱离了国家管控的非正常渠道进入国内卷烟市场，因此“经营走私烟”不再仅仅是“超范围和地域”这种影响烟草职权部门对烟草专卖品在国内内部流转秩序的管控的行政违法行为，而是严重扰乱了我国烟草专卖品的市场秩序同时造成了国家税收的严重流失的刑事犯罪行为。本案中海关部门出具的《关于反馈涉嫌走私偷逃税款计核有关情况的函》证实陈某某购入的“走私卷烟”偷逃应纳税款为人民币203605.58元，陈某某收购、贮藏、销售的“走私卷烟”的上游犯罪即走私普通货物、物品罪已经成立。据此，笔者认为陈某某明知是“走私烟”而购进、贮藏的行为同时构成了非法经营罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪，应根据想象竞合犯从一重处的原则，确定相应罪名。

**（三）犯罪形态确认**

根据想象竞合犯从一重处的原则确定罪名，则需要对各个罪名的法定刑进行分析，犯罪形态的确认关系到各罪名的量刑档次。“持证经营走私烟”的案例中，司法工作者即使对于该行为构成非法经营罪上取得共识，但是在犯罪形态确认时，对于非法经营罪是否存在未遂又有不同意见。我国刑法理论界和实务界中，以非法经营罪没有未遂的观点为主流，该观点的依据主要有：非法经营罪是行为犯，非法经营表现为生产、销售、储存、销售等多种形式，只要实施了其中的一种行为，就侵害了国家限制买卖物品和经营许可证的市场管理秩序，对于情节严重的，构成非法经营罪，且为既遂[[14]](#footnote-13)。但目前涌现出了许多质疑这一主流共识的新观点，有主张认定非法经营罪未遂的观点认为：非法经营表现为生产、运输、储存、销售等多种行为方式，这些具体的行为方式也存在完成与未完成两种可进一步界定的状态。[[15]](#footnote-14)笔者认为，第二种观点在司法实务中不具有实际操作性，如在“陈某某等掩饰、隐瞒犯罪所得案”一案中，侦查机关查获的是陈某某收购后贮藏在仓库中的走私卷烟，并以查获数量认定为本案犯罪数额。这种犯罪数额认定方法是司法实务的通常做法，因为经营走私烟的持证户明确知道经营走私烟是违法行为，通常会隐匿、销毁收购以及销售走私烟的证据，在无法查证持证户实际收购、销售走私卷烟数目的情况下，司法机关通常根据“存疑有利于被告”的原则仅以现有查获的走私卷烟的数目来追究行为人的刑事责任。如若根据第二种观点的主张，本案中陈某某以销售为目的收购走私卷烟，涉案卷烟系从其仓库处查获的尚未销售的，应认定为非法经营罪未遂。这种认定通常会有违司法实务工作者的一般正义感，因为虽较难查证陈某某收购、销售走私卷烟的全部数目，但司法实务工作者通常会有陈某某的实际犯罪数额绝对大于被查获的数额的内心确认，在“存疑有利被告”原则下才退一步认定犯罪数额，如若还要再退一步认定“未遂”往往会让司法实务工作者有轻纵犯罪之感。同时，将非法经营行为拆解成一个个独立的具体行为再进行完成形态的界定也与现实司法实践不符，非法经营行为人通常是要实施多个具体的行为方能实现其经营盈利的目的，如陈某某以销售为目的，但其需要收购并由此需要运输走私卷烟，如将收购、运输、销售拆解开来独立界定完成形态，显然会让对非法经营罪的完成形态界定变得异常复杂且混乱。

**五、结语**

在新时代，司法实务工作者要有产品需求观，准确把握人民群众在民主、法治、公平、正义、安全等方面更高层次、更丰富内涵的需求，避免刑法规范扩张与异化而给公众带来不好的法治产品体验是题中应有之意。同时司法实务工作者还要有产品品质观，定性准确量刑精准，提供优质法治产品更是司法实务工作者的应为之事。

参考文献：

[1]（法）卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1962年版，第63页。

[2] 张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第116页。

[3] 赵祖斌，《论非法经营罪“情节严重”认定标准的重构》，载《西北民族大学学报》2019年第2期。

[4] 张建、俞小梅：《涉烟非法经营罪未遂之辨正》，《法学》2013年第2期。

[5] 张建、俞小梅：《贩卖毒品罪未遂标准的正本清源》，《法学》2011年第3期。

1. 数据来源：国家专卖局网站。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 修订前，烟草专卖许可证包括烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许可证、特种烟草专卖经营许可证、烟草专卖零售企业许可证四种。特种烟草专卖许可证针对的主体仅是经营烟草专卖品进出口业务、经营外国烟草制品寄售业务、在免税店经营外国烟草制品的企业，与普通的零售商户、企业并无关系。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 第二条：“凡正常进口的卷烟在箱包、条包和盒包上印有‘由中国烟草总公司专卖'字样；免税店经营的卷烟必须有‘中国关税未付'和国务院烟草专卖行政主管部门规定的专门标识；处理没收的非法进口卷烟在销售前，必须有烟草专卖行政主管部门在箱包和条包上加贴由国家烟草专卖局制定的‘没收非法进口卷烟'专门标识。无上述标志的外国卷烟、出口倒流国产卷烟，由海关、公安、工商行政管理和烟草专卖行政主管部门予以没收。” [↑](#footnote-ref-2)
4. 广东省江门市蓬江区人民法院（ 2018粤0703刑初6号）刑事判决书。 经审理查明，被告人陈某某持有烟草专卖零售许可证在其开设的齐欢商店内非法经营“走私卷烟”。2017年3月3日，民警联合江门市烟草专卖局执法人员在被告人陈某某的江门市蓬江区建业街18号107“齐欢商店”查获“走私卷烟”473条及在其租用的江门市蓬江区金山大厦地下车库一无名仓库查获“走私卷烟”1889条，共价值人民币303744.13元，经鉴定被缴获的卷烟为真品卷烟。上述涉案卷烟偷逃应在海关缴纳税款为人民币203605.58元。 [↑](#footnote-ref-3)
5. 烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许可证、烟草专卖零售企业许可证等。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 参见福建省福清市人民法院（2016闽0181刑初1168号）刑事判决书。审理查明内容简要如下：被告人林某、鲁某夫妇二人在福清市某村某71号经营“鲁某日用品店”，并以被告人鲁某名义申请、持有烟草专卖零售许可证。2015年6月至7月期间，被告人林某、鲁某与福建省漳州市云霄地区的老板（另案处理）联系换购走私外烟事宜，二人以每趟人民币1200元的价格雇请同案人杨某甲（不起诉）驾驶粤Ａ×××××号面包车携带本地香烟前往漳州云霄换购走私外烟，由同案人杨某乙（不起诉）负责押运及联系漳州云霄的老板。换购完成后，同案人杨某乙、杨某甲驾驶粤Ａ×××××号面包车将换购的走私外烟运至福清市渔溪镇交给被告人林某、鲁某。之后，被告人林某、鲁某联系下线买家销售走私外烟，并由同案人杨某乙负责开车运送香烟至买家店内，由被告人林某收取下线买家的烟款。经福建省烟草质量监督检测站抽样检测，查扣的香烟均系真品卷烟。 [↑](#footnote-ref-5)
7. [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1962年版，第63页。 [↑](#footnote-ref-6)
8. 张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第116页。 [↑](#footnote-ref-7)
9. 第五十六条：取得烟草专卖零售许可证的企业或者个人违反本条例第二十三条第二款的规定，未在当地烟草专卖批发企业进货的，由烟草专卖行政主管部门没收违法所得，可处以进货总额5%以下10%以下的罚款。

   第二十三条第二款：“从事零售许可证的企业或者个人，应当在当地的烟草专卖批发企业进货，并接受烟草专卖许可证发证机关的监督管理。” [↑](#footnote-ref-8)
10. 第一条：企业、事业单位和机关、团体以及个人走私卷烟或非法收购、运输、邮寄、贩卖、窝藏走私卷烟和其他非正常渠道流入市场的进口卷烟的，由海关、公安、工商行政管理和烟草专卖行政主管部门依法在其职责范围内进行处理；构成犯罪的，移交司法机关依法追究刑事责任。 [↑](#footnote-ref-9)
11. 同前注⑦。 [↑](#footnote-ref-10)
12. 赵祖斌，《论非法经营罪“情节严重”认定标准的重构》，载《西北民族大学学报》2019年第2期。 [↑](#footnote-ref-11)
13. 同前注⑧ [↑](#footnote-ref-12)
14. 参见张建、俞小梅：《涉烟非法经营罪未遂之辨正》，《法学》2013年第2期。 [↑](#footnote-ref-13)
15. 参见张建、俞小梅：《贩卖毒品罪未遂标准的正本清源》，《法学》2011年第3期。 [↑](#footnote-ref-14)