经济与管理

两高《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件
具体运用法律若干问题的解释》的理解与思考

卢勇华

国家烟草专卖局法规司 北京月坛南街 55 号 100045

摘要: 阐述了出台《关于办理非法生产、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《司法解释》)的背景以及刑法对烟草专卖制度本身提供直接保护的几个方面,通过对实践打击涉烟犯罪中法律适用问题的剖析,提出要正确运用《司法解释》对刑法第 225 条的规定,打击非法生产、销售烟草专卖品的犯罪活动。

关键词 《司法解释》;刑法;定罪处罚

doi: 10.3969/j.issn.1004-5708.2012.04.015

中图分类号: TS4-01

文献标识码: A

文章编号: 1004-5708(2012)04-0083-05

Considering about “Judicial Interpretation” on criminal cases
about tobacco monopoly commodities

LU Yong-hua

Law & Regulation Department, State Tobacco Monopoly Administration, Beijing 100045

Abstract: Background with regard to the issue of “Judicial Interpretation” was reviewed and the Criminal Law’s protective effect on tobacco monopoly system was elaborated. The application of law in practices in fighting against tobacco-related crimes was analyzed. The proper application of “Judicial Interpretation” to item 225 of the Criminal Law was put forward in fighting against illegal production and sales of tobacco monopolized commodities.

Keywords “Judicial Interpretation”; the Criminal Law; accusation and penalty

烟草专卖制度是我国社会主义市场经济秩序的重要组成部分。对烟草专卖品的生产、销售、进出口依法实行专卖管理,是为了确保烟草制品质量,维护消费者权益,保证国家财税收入。但长期以来,由于暴利驱使,各种非法生产、销售烟草专卖品犯罪活动屡禁不止、屡打不绝,造成国家税收的大量流失,严重冲击和扰乱了卷烟市场的正常秩序,破坏了国家烟草专卖制度。2003年12月23日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部和国家烟草专卖局曾共同印发了《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》(以下简称《会议纪要》),对指导司法实践中办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件起到重要作用。然而,由于在司法实践中对有关案件的法律适用标准不统一、不明确,加上近年来假冒伪劣烟草制品等违法犯罪活动出现了新情况、新动向,迫切需要在《会议纪

要》的基础上制定出审理此类案件的司法解释,为严厉打击制售假烟等违法犯罪活动提供更加明确和更加有力的法律保障。

历经十年酝酿,2010年3月26日两高《关于办理非法生产、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《司法解释》)正式施行,进一步明确了破坏国家烟草专卖制度有关刑事案件法律适用的标准,为办理制售伪劣烟草制品刑事案件提供了更加有力的法律依据,将在今后依法打击非法生产、销售烟草专卖品犯罪,维护社会主义市场经济秩序和人民群众合法权益的过程中发挥重要作用。

1 《司法解释》的出台背景

烟草专卖制度在市场经济背景下的卓越实践是《司法解释》得以出台的客观基础。法律规定能否按立法初衷作用于社会,受制于诸多社会经济因素的影响。虽然1998年修正的《刑法》第225条明文规定“违反国家专卖、专营制度,情节严重的行为”应当按非法经营罪追究刑事责任,但在本世纪初,司法实践中

作者简介: 卢勇华(1976—),法学硕士,从事与专卖执法和法规相关工作 E-mail: luyh@tobacco.gov.cn

收稿日期: 2011-11-15

以非法经营罪追究非法生产、销售烟草专卖品案件的案例却寥寥可数。在刑法分则有明文规定的前提下,对办理涉烟犯罪案件适用刑法第225条规定存在着一定思想顾虑甚至是思想偏见。如何打消顾虑,扭转认识偏见,一直是烟草法制工作者共同关注和努力解决的问题。要在更深层次上理解和运用《司法解释》,我们应当加深对《司法解释》出台背景的理解。

决定一部专门保护烟草专卖制度的《司法解释》能否出台的理论交锋,在于烟草专卖制度与市场经济制度是否具有相容性、刑法对烟草专卖制度本身直接发挥保护作用是否具有正当性。市场经济和法治社会,是承载当代中国全面进步的两只车轮,法治社会以市场经济为基础,市场经济的具体制度需要法律的肯定和保护,两者互为条件又互相促进。本世纪初,市场化的经济体制改革能否容纳国家烟草专卖制度是社会和烟草行业讨论的热点,烟草专卖制度的垄断实质与市场经济的竞争取向相矛盾,而刑法对各种社会关系的保护依靠的是最严厉的法律惩罚手段。基于刑法谦抑性的原则与要求,刑法保护国家烟草专卖制度是否适应市场经济需要、是否会破坏建设市场经济所倡导的竞争观念,让上个世纪末的刑事法理论和实务工作者心存疑虑。

《司法解释》的出台,得益于刑事政策理论研究的主观努力和烟草专卖制度市场经济体制下的成功实践,验证了市场经济体制决策者的高瞻远瞩。WTO协议的签订、反垄断法的颁布,从国际法、国内法两个方面陆续肯定《烟草专卖法》确立的烟草专卖制度的合法性、正当性,通过划清竞争规则普适性和法定垄断特殊性的具体疆界,把烟草专卖制度定义为中国市场经济体制的组成部分,烟草专卖制度作为中国市场经济体制组成部分的特殊制度,其正当性和合理性得到社会承认。

2 《司法解释》的突出特点

《司法解释》清晰表明了刑法对烟草专卖制度提供的直接保护,体现以下方面:

2.1 《司法解释》标题的明晰化

回顾既往的司法政策文件,囿于当时对烟草专卖制度的认识局限,往往会习惯性忽略甚至回避烟草专卖制度是刑法直接客体的法律属性,隐晦地将“打击假冒伪劣烟草制品”作为文件标题,其结果就是实务工作者不能清晰区别非法生产、销售烟草专卖品案件的直接客体的主次之分,淡化了刑法对烟草专卖制度的直接保护作用。针对此种现象,《司法解释》直接把“办理非法生产、销售烟草专卖品案件”作为标题,明确表明烟草专卖制度是犯罪的直接客体,受刑法直接

保护,有利于指导司法实务工作者在办理案件时结合刑法最相适应条款判明直接客体的主要方面,正确确定罪名。

2.2 法律效力的明确化

《司法解释》是全国人大授权最高人民法院和最高人民检察院对法律在适用中所做出的具有法律效力的阐释和说明,是烟草专卖法律体系的重要组成部分,可以直接作为裁判依据,在司法实践中直接援引。《司法解释》从维护国家烟草专卖制度入手,将非法生产、销售烟草专卖品的刑事案件具体应用法律问题解释,补充了烟草专卖法与刑法对涉烟刑事法律的规定,解决了这两部法律中对违法经营烟草专卖品处罚不明确的问题,更加有利于全面维护国家烟草专卖制度。

2.3 适用罪名的明确化

根据《司法解释》规定,非法生产、销售烟草专卖品犯罪行为是五项罪名,按具体犯罪情形是,生产、销售伪劣产品罪;假冒注册商标罪;销售假冒注册商标的商品罪;非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪;非法经营罪。行为人实施非法生产、销售烟草专卖品犯罪行为,同时构成生产、销售伪劣产品罪、侵犯知识产权犯罪、非法经营罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。《司法解释》将非法生产、销售烟草专卖品等犯罪应适用的罪名明确列出,便于司法机关统一掌握和适用。

2.4 数额认定的清晰化

非法经营数额、非法所得数额、销售金额、货值金额的认定,是长期困扰司法实践的具体问题。《司法解释》首次将四种数额认定的概念、计算方式和采集依据进行了界定,为实践办案提供了有力依据。众所周知,非法经营的规模越大社会危害性越大。非法经营的规模在非法经营犯罪的具体环节表现形式有所区别,在生产环节表现为生产的烟草专卖品数量、在销售环节表现为以贩卖为目的购买的烟草专卖品数量或者销售的烟草专卖品数量。在不同的经营环节,非法经营数额这个概念涵盖了销售金额、货值金额等概念,其外延比销售金额、货值金额更为宽泛。因此,非法经营数额作为一个待证事项,在司法实践中更易于收集证据予以证明。同时,针对非法生产、销售烟草专卖品的行为特征,《司法解释》创造性地规定了非法经营数额,既可以货币折算的数额来认定,也可以非法经营的卷烟数量来认定,为办案实务提供了简单明了的操作标准。

2.5 定罪量刑标准和价格认定的明确化

一是明确了定罪量刑标准。《司法解释》第二条规定,伪劣卷烟、雪茄烟等烟草专卖品尚未销售,货值金额达到15万元以上,或者销售金额未达到5万元,但与未销售货值金额合计达到15万元以上的,以生

产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚。销售金额和未销售货值金额分别达到不同的法定刑幅度或者均达到同一法定刑幅度的,在处罚较重的法定刑幅度内酌情从重处罚。第三条规定非法经营数额在5万元以上的,或者违法所得数额在2万元以上的,或者非法经营卷烟20万支以上的,或者曾因非法经营烟草专卖品3年内受过2次以上行政处罚,又非法经营且数额在3万元以上的,属于非法经营“情节严重”,应当定罪处罚。同时规定,犯罪数额分别达到“情节严重”情形的五倍以上的,属于非法经营“情节特别严重”。这些规定对涉烟刑事案件给出了明确的定罪标准和量刑幅度,具有很强的针对性和操作性。

二是规定了犯罪金额的计算方法。对于查获的未销售的伪劣烟草制品货值金额的计算,《司法解释》规定,查获的未销售的伪劣品牌卷烟、雪茄烟,能够查清销售价格的,按照实际销售价格计算。无法查清实际销售价格的,按照该品牌卷烟、雪茄烟的查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算,明确了涉案卷烟、雪茄烟价格认定机关,统一了涉案卷烟、雪茄烟的价格认定标准。

2.6 对非法制售烟草专用机械及卷烟辅料的法律适用规定做了明确和细化

《会议纪要》规定非法生产、拼装、销售烟草专用机械行为,以生产、销售伪劣产品罪追究刑事责任。在具体案件的办理实践中,遇到在制假现场或运输环节查获的大量烟草专用机械和卷烟辅料,普遍存在难以获取生产和销售证据的问题,难以定罪量刑。《司法解释》一是明确规定违反国家烟草专卖管理法律法规,非法经营数额在5万元以上的,或者违法所得数额在2万元以上的;曾因非法经营烟草专卖品受过二次以上行政处罚,又非法经营且数额在3万元以上的,就可以按非法经营罪追究刑事责任。二是针对不同的烟草专卖品(卷烟、雪茄烟、复烤烟叶、烟叶、烟丝、卷烟辅料、烟草专用机械)规定了相应的犯罪金额计算方法。三是对烟草专用机械和同类烟草专用机械进行了明确的司法界定,解决了在烟草源头打假追刑工作中的规定不具体、取证难等问题。

2.7 完善了制售假烟违法犯罪的共犯规定

关于共犯的情形,《司法解释》规定了三种:一是明知他人实施制售假烟犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,二是明知他人实施制售假烟犯罪,而为其提供生产、经营场所、设备、运输、仓储、保管、邮寄、代理进出口等便利条件,三是明知他人实施制售假烟犯罪,而为其提供生产技术、卷烟配方。凡是具有上述行为之一的,均应以非法生产、销售烟草专

卖品犯罪的共犯论处。这为打假追刑工作的延伸提供了法律依据。

2.8 提高了烟草专卖行政执法机关在刑事司法活动中的参与程度

一是改变了《会议纪要》对涉烟货值基本沿用惩治其他假冒伪劣犯罪司法解释的计算方法,明确规定所有涉烟案件货值都以烟草专卖行政主管部门出具的价格计算。二是规定了伪劣烟草专卖品的鉴定机构为国务院产品质量监督管理部门和省、自治区、直辖市人民政府产品质量监督管理部门指定的烟草质量检测机构。这样不仅有利于执法部门操作,同时也提高了烟草专卖行政主管部门在涉烟刑事案件办理中的参与程度。

3 正确运用刑法第140条和第225条,严惩涉烟刑事犯罪

在实践中,适用刑法第140条和第225条规定,要注意以下两个问题:

3.1 正确选择运用刑法第140条和第225条规定,办理非法生产、销售伪劣烟草制品案件

总结长期以来的涉烟犯罪案件办理经验,在司法实务中罪名确定问题上,是适用刑法第140条规定争取更大的社会认同,还是适用刑法第225条提升办案效果,是一个需要认真分析的法律技术问题。认为应当按第140条定罪的观点,主要持三条理由:一是烟草制品也是商品,对制售伪劣商品的定罪处罚问题刑法有专门规定,以刑法第140条规定定罪更符合罪刑法定原则;二是制售伪劣烟草制品损害了消费者利益,以刑法第140条规定定罪更能彰显保护人民群众利益的政治正确;三是第140条规定的最高刑是死刑,而第225条最高刑是无期徒刑,按“从重处罚”的司法认定原则,应按第140条定罪。

基于刑法第140条规定本身存在法网粗疏的固有缺陷,运用该条规定办理非法制售假冒伪劣烟草制品案件存在两大难以克服的困难和问题:一是查证困难。刑法第140条法网粗疏,体现在该条规定以销售金额作为情节严重的标准,生产、销售伪劣烟草制品的销售金额要达到五万元才构成情节严重。销售金额是销售伪劣烟草制品所得或应得的金额,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确将已生产或购进的尚未销售而可能销售出去的货值金额排除在销售金额之外。而在执法实务中,要查证清楚销售金额,需要投入大量时间精力,有些案件因时过境迁或涉案人员拒不配合,往往无法查清销售金额,从而造成犯罪分子逃脱刑事制裁。二是在一定条件下,对同样的制

售伪劣烟草制品行为,运用不同的刑法罪名会得出显失公平的定罪量刑结果。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》为了弥补刑法第140条的法网疏漏,规定生产、销售伪劣商品没有销售金额的,货值金额在销售金额三倍以上,可按生产、销售伪劣商品罪(未遂)定罪处罚。实务中能查清货值金额、无法查证销售金额的案件占绝大多数,运用该项规定虽然在一定程度上解决了执法实务中的查证困难,但在办理非法生产、销售伪劣烟草制品案件中又产生了对同样的犯罪行为按不同罪名定罪量刑畸轻畸重的问题。因为对于只能查清货值金额的案件是按未遂处理,未遂是法定从轻情节,这就导致实务中大量生产、销售伪劣烟草制品案件按刑法第140条规定处理,往往法院会轻处缓刑。而对能查清货值金额的非生产、销售伪劣烟草制品案件按刑法第225条定罪,一则起刑点低,货值金额五万即可追刑;二则达到起刑金额即不存在未遂的情节,处罚较重。所以说对同样生产、销售伪劣烟草制品刑事案件,选择的罪名不同,会出现罪与非罪、重刑与轻刑的不同处理结果。因此,前述主张按刑法第140条规定追究非法生产、销售伪劣烟草制品的三点理由,在排除犯罪客体认识上的思想误区之后,缺陷显而易见。因此,应当充分利用第225条规定,严厉打击非法生产、销售伪劣烟草制品案件。

3.2 正确运用《司法解释》打击非法制售烟草专卖品犯罪活动

烟草专卖制度的核心就是专卖许可制度。根据《行政许可法》和《烟草专卖法》的规定,烟草专卖许可含有两个方面的重要意义:一是从业资格许可,即未获许可,不得经营法律规定的特许经营项目,不得从事烟草专卖品的产、购、运、销活动;二是违法活动禁止,即有从业资格的经营主体,不得超越行政许可范围和违反法律规定实施经营活动。刑法之于烟草专卖制度的妥帖保护,最为合理的方式是照应烟草专卖许可的具体制度,合理解释刑法第225条的犯罪客观方面,对违反行政许可制度的情节严重的行为予以刑事制裁。

当前,在适用《司法解释》的司法实践中,争议最大的就是对持有零售许可证从事批发和生产活动的定性问题。妥善解决好这一问题对专卖执法活动有着重要意义。《司法解释》第一条第五款明确规定,违反国家烟草专卖管理法律法规,未经烟草专卖行政主管部门许可,无烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许可证、特种烟草专卖经营企业许可证、烟草专卖零售许可证等许可证明,非法经营烟草专卖品,情节严重的,依照刑法第225条的规定,以非法经营罪定罪处

罚。《司法解释》明确罗列了“未经许可”的种类,有助于司法机关办理案件时掌握未经许可的主要表现形式。也正是此款规定,紧密衔接了刑法规定与烟草专卖许可制度之间的保护与被保护关系,全面阐明了侵犯烟草专卖行政许可制度触犯刑法第225条的犯罪客观方面,改变了该条规定在办理涉烟犯罪案件实务中曾经被束之高阁的尴尬境遇,有利于司法机关准确认定非法生产、销售烟草专卖品犯罪活动的罪名。按照这一规定,一个生产、销售烟草专卖品的行为,只要未经烟草专卖行政机关依法许可(依法许可的表现形式为授予烟草专卖法律的四种许可证件),达到情节严重标准,即可按刑法第225条定罪处罚。换言之,构成非法经营罪的一个最主要构成要件就是犯罪嫌疑人必须是无证经营,而怎样认定无证经营则应按照烟草专卖法及其实施条例来执行。

《烟草专卖法》及《其实施条例》对许可证管理的要求在《烟草专卖法》第12条规定:开办烟草制品生产企业,必须经国务院烟草专卖行政主管部门批准,取得烟草专卖生产企业许可证,并经工商行政管理部门核准登记。第15条规定经营烟草制品批发业务的企业,必须经国务院烟草专卖行政主管部门或者省级烟草专卖行政主管部门批准,取得烟草专卖批发企业许可证,并经工商行政管理部门核准登记。第16条规定经营烟草制品零售业务的企业或者个人,由县级人民政府工商行政管理部门根据上一级烟草专卖行政主管部门的委托,审查批准发给烟草专卖零售许可证。已经设立县级烟草专卖行政主管部门的地方,也可以由县级烟草专卖行政主管部门审查批准发给烟草专卖零售许可证。第29条规定经营烟草专卖品进出口业务、经营外国烟草制品寄售业务或者在海关监管区域内经营免税的外国烟草制品购销业务的企业,必须经国务院烟草专卖行政主管部门或者省级烟草专卖行政主管部门批准,取得特种烟草专卖经营企业许可证。《烟草专卖法实施条例》第2章第6条更是直接规定,从事烟草专卖品的生产、批发、零售业务,以及经营烟草专卖品进出口业务和经营外国烟草制品购销业务的,必须申请领取烟草专卖许可证。从《烟草专卖法》及其《实施条例》的规定不难看出,烟草专卖品的生产、批发、零售,以及经营烟草专卖品进出口业务和经营外国烟草制品购销业务是四种不同性质经营活动,要从事其中的任一行为都必须取得烟草专卖行政主管部门的许可,否则就是无证经营,而不是超越经营范围的问题。

4 小结

《司法解释》的颁布实施,对烟草专卖制度本身提

供了直接保护,为卷烟打假再添利剑。办案人员应当从严惩涉烟犯罪、维护国家利益角度出发,结合实践中存在的热点、难点问题,对具体案例加强学习理性解析,通过对法律基本原则的研究运用,依托《司法解

释》的八大亮点,更加全面、准确地把握运用刑法 140 条和 225 条相关规定,捍卫国家烟草专卖制度,打击各类非法生产、销售烟草专卖品的犯罪活动,维护国家利益和消费者利益。

《烟草科技》2012 年第 7 期目次

· 烟草工艺	
利用热时模型研究贮存时间和环境温度对烟支白度的影响	余苓,张朝平,束茹欣,等
基于机器视觉技术的烟用包装膜磨损程度测定方法	董浩,荆熠,王锦平,等
干燥模式对混合型卷烟感官质量的影响	丁乃红,严志景,查勇
河南烤烟外观质量与感官质量的相关性	闫洪洋,闫洪喜,吉松毅,等
· 设备与仪器	
卷烟厂空调系统提高冷冻水供水温度的实验测试	张小芬,吴伟,张颖,等
PROTOS 卷接机组最后切割和磨刀装置的改进	王永峰,付向春,刘玉军,等
· 信息技术	
基于 OPC 技术的集散控制系统的实现	黄征,吕劲松,曾尔阳
基于 .NET 企业生产过程西格玛水平测评系统的设计应用	朱敏,梁风功,王培琛,等
· 烟草化学	
流动分析法测定烟草中的纤维素	尚军,吕祥敏,王鹏,等

卷烟纸助燃剂对主流烟气 7 种有害成分释放量的影响	郭吉兆,郑赛晶,颜权平,等
近红外光谱技术在烟草在制品稳定性分析中的应用	邓发达,李东亮,温若愚,等
卷烟主流烟气中氨测定方法的改进及不同抽吸模式下的氨释放量比较	王颖,张威,胡清源,等
改性纤维素纸沟槽滤棒选择性降低卷烟烟气中的苯酚	黄富,金勇,钟科军,等
NNK 和 B[a]P 在卷烟烟气基质中的联合致突变性	木濛,潘秀颀,杨陟华,等
基于吸附理论分析活性炭对卷烟烟气的吸附	解晓翠,常纪恒,于川芳,等
· 烟草农学	
微生物制剂 MP 喷施烟叶后的差异蛋白分析	赵敏,汪长国,刘劲,等
不同供钾水平下烤烟高钾新品系钾含量的配合力	潘著,戴林建,吴成林
施氮量对烤烟叶片组织结构和细胞发育的影响	智磊,罗定棋,熊莹,等
Agri 土壤调理剂用量对烟叶香气质量的影响	薛超群,王建伟,奚家勤,等

《烟草科技》2012 年第 8 期目次

· 烟草工艺	
卷烟机剔除梗签物中含丝量的检测	曾静,李斌,冯志斌,等
不同卷烟机型对烟丝造碎的影响	邓国栋,堵劲松,张玉海,等
物料干重控制模式在加香加料及掺配环节中的应用	易浩,廖文大,杜文,等
· 设备与仪器	
复合滤棒成型机组微波检测剔除系统的设计应用	赵宝生
布袋式除尘器反吹增大卷接机组负压波动问题的改进	房华伟,向有新,覃健兴,等
滚刀式切丝机切丝刀切削角度分析	刘志翎,郭颀
ZJ17 卷接机组二次风选漂浮室的改进	柏世绣,付保,张东甫
· 烟草化学	
连续流动法测定烤烟总植物碱的不确定度	张威,王颖,唐纲岭,等
晒黄烟主要化学成分与致香成分的相关性	王浩雅,王毅,孙力,等
模拟卷烟燃吸条件下款冬花浸膏的热裂解	杨叶昆,耿永勤,缪恩铭,等

聚甲基丙烯酸缩水甘油酯互通多孔材料选择性降低卷烟烟气中的苯酚	杨松,聂聪,孙学辉,等
江西烤烟主要化学特性的适宜性评价和聚类分析	王能如,何宽信,黎茶根,等
烤烟不同部位叶片烟碱含量与中微量元素的关联分析	陈伟,唐远驹,潘文杰,等
初烤烟叶 25 种化学成分与焦油的相关、逐步回归及通径分析	张涛,段沅杏,陈进雄,等
基于烟草花叶病毒模板高密度纳米金的制备及其对卷烟烟气 CO 的影响	刘楠,唐纲岭,陈再根,等
· 烟草农学	
烟草 β -胡萝卜素羟化酶基因的克隆与序列分析	林世锋,王仁刚,王轶,等
陕西省白河烟区气候适生性分析	王智慧,李淑娥,刘开平,等
· 病虫害防治	
烟草青枯病病原土壤微生物多样性初步分析	蔡刘体,商胜华,胡重怡,等
烟草野火病拮抗生防菌的筛选、鉴定与应用	孙宏伟,元野,杨晓敏,等