

司法实践中,对于无证经营电子烟能否认定为非法经营罪,争议很大—— 区分类型认定无证经营电子烟行为

基本案情

2017年8月至2020年10月间,谢某等人在没有取得烟草专卖许可的情况下,谢某等从广州、深圳等地采购有关品牌的电子烟烟弹进行销售牟利。后被公安机关联合烟草专卖局执法人员查获有关品牌的加热不燃烧型烟弹共计11430条。经鉴定,上述烟弹均为真品IQOS卷烟;经某市烟草专卖局价格鉴定,上述烟弹价格金额共计人民币275.4万元。另查明,谢某等人也销售烟油雾化型电子烟。

□李勇 多甜甜

近年来,电子烟在全球范围内流行,同时无证经营电子烟的案件急剧增加,对其能否认定为非法经营罪,争议很大。2021年11月10日,国务院发布第750号令公布修订后《烟草专卖法实施条例》(下称《条例》),《条例》增加了“电子烟等新型烟草制品参照本条例卷烟的有关规定执行”。2022年3月11日,国家烟草专卖局出台《电子烟管理办法》(自2022年5月1日起施行)(下称《办法》)。《条例》修订之前,无证经营电子烟的行为定性就存在争议,《条例》修订之后依然存在争议,成为困扰司法实践的难题。

【争议观点】

上述案例中涉及两种电子烟,一种是加热不燃烧型电子烟,一种是烟油雾化型电子烟。类似案件如何定性存在不同观点:一种观点认为,无论是加热不燃烧型电子烟还是烟油雾化型电子烟,均不应认定为非法经营罪,原因在于电子烟不同于传统卷烟,《条例》修订前并没有将电子烟纳入专营专卖物品,国家烟草专卖局的相关文件属于部门规范性文件;修订后的《条例》对电子烟也只是规定“参照执行”。因此,也不能认定为非法经营罪。另一种观点认为,加热不燃烧型电子烟原本就属于烟草制品,无证经营该类电子烟的,构成非法经营罪;在《条例》修订之前无证经营烟油雾化型电子烟的,不构成非法经营罪,但是,之后无证经营的构成非法经营罪。

【法理分析】

笔者认为,厘清以下三个问题,有助于此类问题的解决:
厘清电子烟的类型。电子烟主要分为两大类,一类是加热不燃烧型(烟弹为固体),另一类是烟油雾化型(烟弹为液体)。加热不燃烧型电子烟由烟弹和烟具组成,其烟弹由卷烟纸包裹烟草薄片并加装滤嘴组成,外形与传统卷烟相似。加热不燃烧型电子烟的烟弹核心材料是烟草薄片,烟草薄片来自烟叶,是由烟叶碎屑、烟

梗、副产品等结合制作而成的均匀薄片。烟油雾化型电子烟是通过雾化等方式供人抽吸的电子装置,也是由烟弹和烟具组成,其烟弹是含有雾化物等的电子烟组件,雾化物是可被电子装置等全部或部分雾化为气溶胶的混合物及辅助物质,一般为液体,主要成分为烟碱(尼古丁)以及各种口味添加剂。

加热不燃烧型与烟油雾化型电子烟最主要的区别在于,前者的核心原料是烟草薄片,后者的核心原料是烟碱(从烟叶中提取的尼古丁)。加热不燃烧型电子烟烟弹中的烟叶薄片、卷烟纸和滤嘴,与普通卷烟本质相同,其与普通卷烟的主要不同之处在于吸食方式不同,后者是通过燃烧的方式吸食,前者是通过加热不燃烧的方式吸食。正因如此,烟草专业领域所指的真实意义上的电子烟并不包括加热不燃烧型,而将其视为普通烟草制品。《条例》以及国家烟草专卖局的相关文件所指的电子烟,均不包括加热不燃烧型。烟油雾化型电子烟与普通卷烟,无论是成分还是外形,都差异巨大。厘清加热不燃烧型电子烟和烟油雾化型电子烟是准确性的前提。

厘清“国家规定”。非法经营罪是行政犯,根据行政犯从属性原理,无证经营电子烟能否认定为非法经营罪取决于有无前置的行政法规依据,具体体现为刑法第225条中的“违反国家规定”。1991年烟草专卖法第2条规定:“本法所称烟草专卖品是指卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶、烟叶、卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械。”1997年以及2021年修订的《条例》(均为国务院令)第3条均规定:“烟草专卖品中的烟丝是指烟叶、复烤烟叶、烟草薄片为原料加工制成的丝、末、粒状商品。”上述两个文件分别属于法规和国务院令,属于刑法中的“国家规定”,这一点没有争议。根据上述规范性文件,对加热不燃烧型电子烟来说,其中的烟纸、烟草薄片、滤嘴无疑都属于烟草专卖品的范畴。据此,无论是《条例》修订前还是修订后,加热不燃烧型电子烟都属于



探讨的问题:

1. 区分电子烟的类型对行为定性的影响。
2. 无证经营电子烟能否认定为非法经营罪。
3. 关于非法经营罪中“国家规定”的理解。

于烟草专卖品,无证经营,情节严重的,构成非法经营罪。

至于烟油雾化型电子烟,在《条例》修订前,没有将其归入专营专卖物品的范畴,也没有其他“国家规定”将其规定为限制买卖物品。《条例》修订前无证经营烟油雾化型电子烟的,不能成立非法经营罪。2021年修订后的《条例》明确规定“电子烟等新型烟草制品参照本条例卷烟的有关规定执行”。这里的“参照”是法律拟制,不是可以选择执行或者不执行,而是应当执行。换言之,修订后的《条例》实施后,无证经营烟油雾化型的电子烟,情节严重的,可以成立非法经营罪。或许有观点认为,这样会导致非法经营罪的“口袋化”。这种担忧并无必要,一方面,非法经营罪的核心规制对象是专营专卖物品,烟草是国家最主要的专营专卖物品;另一方面,烟油雾化型电子烟中含有的主要成分烟碱以及各种口味添加剂有害人体健康,并且通过加入添加剂的方式调制各种口味以及制作成奶茶杯、饮料瓶等各种外形,对青少年具有巨大诱惑力,纳入非法经营罪专营专卖的规制对象具有正当性。非法经营罪“口袋化”限缩的重点是刑法第225条第4项以及其他类型的限制买卖物品,香烟(无论是普通卷烟还是电子烟)一直是非法经营罪的核心规制对象。

厘清违法性认识。行政犯的禁止错误(违法性认识错误)可以阻却责任,影响故意的认定。对于加

热不燃烧型电子烟来说,烟弹无论是从外形上看,还是从其填充物上看,与普通卷烟没有根本差异,不会导致一般人认知错误。因此,无证经营该类电子烟,情节严重的,认定为非法经营罪并无障碍。对于烟油雾化型电子烟来说,从外形上看与传统香烟几乎没有任何相似性;从烟弹的成分看,并无烟叶、烟丝,一般人无法认识到其是香烟。因此,《条例》修订前,无证经营的,不得入罪,《条例》修订后,也要设置一定的过渡期以进行宣传、普及认知。《条例》于2021年11月10日修订,2022年3月11日出台配套的《办法》,2022年9月28日国家烟草专卖局向各省局发布通知,要求自2022年10月1日起从事电子烟生产经营的市场主体,应当取得烟草专卖许可证。从2021年11月10日到2022年10月1日,这段时间其实就是过渡期,在过渡期间,无证经营烟油雾化型电子烟的也不宜认定为非法经营罪。

结合前述案例,谢某等人无证销售的有关品牌电子烟均为加热不燃烧型电子烟,即使发生在《条例》修订前,也应当认定为非法经营罪;谢某等人销售烟油雾化型电子烟的行为发生在《条例》修订之前,不应计入非法经营罪的数额。

(作者分别为江苏省南京市人民检察院法律政策研究室主任、全国检察业务专家,河南省高级人民法院刑二庭副庭长)

类案参考

1. 无论是在《条例》修订前还是修订后,无证经营加热不燃烧型电子烟,情节严重的,应以非法经营罪定罪处罚。
2. 在《条例》修订前及过渡期内,无证经营烟油雾化型电子烟的,不应认定为非法经营罪;2022年10月1日后,无证经营,情节严重的,应以非法经营罪定罪处罚。

对载有一定知识产权的有形物体的侵害,并不意味着权利人失去对知识产权的所有权 技术服务费不能成为财产罪侵犯对象

基本案情

孙某系某科技公司研发中心测试员。2021年6月,该科技公司与某高校合作项目研发团队负责人陈某(非该公司工作人员),私下联系孙某共同制造一台有色金属行业可视测温设备,陈某委托孙某负责硬件采购及组装,并给予孙某好处费5000元。孙某窃取该科技公司实验室内测温设备的工业相机、防护罩、镜头等,重新组装成有色金属行业可视测温设备。因该设备尚未进行温度标定,孙某私自将该设备带至公司实验室使用黑体炉设备进行温度标定,标定完成后将参数发送至陈某处,同时将设备藏匿于公司实验室内。同年7月12日,孙某又窃取科技公司实验室内的各类电缆等,连同标定后的测温设备,邮寄至陈某指定的公司,后前往该公司现场安装调试。报案单位称,上述被盜物品共计价值人民币6.2万元,其中,相关配件价值1.2万元,温度校准服务费价值5万元。

□刘刚

分析这一案件不难看出,孙某的行为可分为两部分:一是孙某拆卸实验室内的测温设备的工业相机、防护罩、镜头、电缆线等配件的行为;二是孙某利用实验室内的黑体炉设备及公司软件系统对自己利用镜头等组装的有色金属行业可视测温设备进行温度标定的服务行为。关于第一部分孙某的行为定性基本能达成一致意见,此处不予讨论。但第二部分孙某的行为如何认定存在较大分歧。之所以对该部分行为定性产生争议,关键在于技术服务费能否成为财产罪的侵犯对象?有观点认为,对于科技公司而言,该项技术服务具备经济价值。孙某在工作时间利用公司的设备制作了测温组件,该有形载体的所有权应属于公司,孙某将其从公司发送给陈某所联系的某有色金属有限公司,客

观上转移了该财物的占有,符合侵犯财产罪的犯罪构成。因此,本案中温度校准服务费5万元应计算在犯罪数额内。笔者认为,孙某拆卸公司配件使用黑体炉设备进行温度标定的行为实际是使用该公司的温度标定技术,称之为技术服务费。技术服务费虽存在价值,但应是一种可期待性利益,在本案当中,该科技公司并未就

类案参考

1. 技术服务费虽存在价值,但应是一种可期待性利益。私自使用该技术行为不宜认定为侵犯财产罪。
2. 私自使用公司技术的行为,可能涉嫌侵犯商业秘密犯罪,要看是否达到追诉标准。

该项技术单独予以向外出售或提供服务,其之前出售的均是成套的设备,售价10万元至20万元不等,其价值暂无法认定。不管孙某第一部分的行為构成何罪,该项技术并未被孙某转移占有,仅仅是被偷偷使用而已。

【法理分析】

技术服务费能否成为财产罪的侵犯对象?目前主要有两种学说:肯定说认为,无形财产能成为财产犯罪的行为客体,因为无形的知识产权总是以有形的载体出现,对载有一定知识产权的有形物体的侵害,即构成对无形财产的伤害。否定说则认为,有的无形财产,例如专利权、商标权等知识产权,虽然依附于有形的载体之上,但是侵占了有形载体,却并不意味着权利人失去了对知识产权的所有权,因此,其很难成为财产犯罪的对象。

具体到本案中,从客观层面看,孙某未经公司许可,擅自使用公司设备进行温度标定进而制作测温设备的行為,只是侵犯了公司设备的使用权,并未实际转移该设备的所有权;某科技公司称该项技术是其公司的核心技术,一般用于客

户定制测温设备,销售测温设备的价值即包含了该项技术的服务费;实际上,孙某偷偷使用设备进行温度标定的行为,确实获得了一定的财产性利益,但这并不符合犯罪的行为特征。比如,设计院的员工偷偷利用公司的设备替公司以外的项目做设计成果,同样是偷偷使用行为,而非将公司的技术转移占有。另外,关于此项技术,孙某偷偷使用并未导致此项技术不能使用,此项技术仍然可以用于公司的后续测温设备中,其价值并未被否定。因此,该行为在客观层面上不符合犯罪的构成要件。从主观层面上看,孙某的目的在于制作测温设备,主观上也是抱着偷偷使用公司设备及技术的想法,并未有盗窃或者侵占公司设备及技术的故意。综上,结合主客观两方面,孙某拆卸公司配件使用黑体炉设备进行温度标定的行为不应当认定为犯罪。此外,孙某私自使用该科技公司技术的行为,可能涉嫌侵犯知识产权类的侵犯商业秘密行为,但其价值尚未达到该类犯罪追诉标准,因此,不宜通过刑法来评价,应从民事角度主张权利。

总而言之,孙某拆卸公司配件并邮寄他人的行为应认定为盗窃罪,使用黑体炉设备进行温度标定的服务行为实际只是使用了该公司的温度标定技术,技术服务费虽存在价值,但该项技术并未被孙某转移占有,其仅仅是私自使用行为,不宜认定为侵犯财产罪。

(作者为安徽省合肥市高新区人民检察院副检察长)

□李雅

近年来,提供“两卡”跑分、转账等违法犯罪行为有所增加,涉及罪名包括诈骗罪,帮助信息网络犯罪活动罪(下称帮信罪),非法利用信息网络罪,侵犯公民个人信息罪和掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(下称掩隐罪)等。受上线不在案、上游犯罪事实难以查证等因素影响,对于行为人提供“两卡”并提供刷脸、转账等支付结算帮助的行为如何定性,一直是司法办案的难点问题。对此,笔者结合具体案例,从主观明知、客观行为方面对提供“两卡”并实施支付结算的帮助行为进行全面审查、综合分析,探讨区分帮信罪与掩隐罪的认定标准。

关于主观明知方面

【基本案情与分析】

2021年4月,戴某发朋友圈申办贷款,陌生人联系其要求提供银行卡刷流水即可。戴某明知他人利用信息网络进行违法犯罪活动,仍按照其要求办理“两卡”,后将2张手机卡及配套9张银行卡提供给对方,被对方操作用于接收非法资金且在银行卡之间相互转账,其间,戴某按照上线要求偶尔配合刷脸。经查证,戴某的银行卡接收非法资金143万余元,其中涉及电信诈骗案件10起,涉案金额达26.2万元。案发后,戴某被抓并认罪认罚。最终,戴某因犯帮信罪被法院判处有期徒刑十个月,并处罚金人民币2万元。

本案中,戴某主观上明知他人利用信息网络实施犯罪,为获利将“两卡”提供给他人,其所提供“两卡”被用于转移何种违法犯罪资金、是否是犯罪所得等持放任态度,至于刷脸是用于人脸识别还是转账并不关心,虽客观上“两卡”被用于接收电信诈骗犯罪所得,资金流入即诈骗既遂,但根据主客观相一致原则,应认定为帮信罪。

【类案总结】

帮信罪与掩隐罪的主观方面均为明知,但两者的主要区别在于,主观明知的内容不同,这需要从明知程度、犯罪对象、发生时间等方面进行判断:

一是明知的程度。帮信罪的主观明知是一种概括性明知,具有高度盖然性,即行为人只知对方可能实施网络违法犯罪行为,对被帮助对象的犯罪手段、性质等都不明确,若明知上流犯罪实施某种具体犯罪行为仍提供帮助的,则可以犯罪的共犯论处;而掩隐罪主观明知既可能是概括性明知,也可能是具体性明知,即明知转移的是犯罪所得、犯罪所得收益,但对于具体是什么犯罪所得或犯罪所得收益可以明知,也可以不明知。

二是发生时间。帮信罪提供支付结算服务的对象通常是上游犯罪所实施的犯罪行为,其犯罪对象不仅包括犯罪行为,还包括严重违法行为;而掩隐罪行为人为人实施的行为针对的只能是上游犯罪所获得的赃款赃物,以上游犯罪事实成立为前提,其犯罪对象仅针对犯罪行为。

三是发生时间。帮信罪发生在上游犯罪实施过程中,包括事前明知、事中明知和事后明知;而掩隐罪发生在上游犯罪既遂或者未遂但已阶段性终结,即明知是犯罪所得、犯罪所得收益而提供“两卡”,限于被帮助对象成立犯罪的情形,是“事后的明知”。

关于客观行为方面

【基本案情与分析】

2021年8月,付某在游戏群中发现提供银行卡“跑分”刷流水可赚钱,即联系且提供1张手机卡及配套4张银行卡给上线,在明知可能是赌博、诈骗犯罪资金的情况下,仍按照上游犯罪分子要求取现交给他们并获利。经查证,付某提供银行卡接收资金并取现

区分帮信罪与掩隐罪的认定标准:

关于主观明知方面

1. 行为表现。帮信罪行为人为人完成资金的支付结算,是一种被动状态;掩隐罪行为状态积极。
2. 行为方式。帮信罪客观行为主要是“互联网接入、服务器托管或者提供广告推广、支付结算等帮助”;掩隐罪客观行为主要是“窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒”等行为。
3. 违法程度。帮信罪行为人为人客观违法性较小;掩隐罪客观违法性更强。

关于客观行为方面

1. 明知程度。帮信罪主观明知是一种概括性明知,具有高度盖然性;掩隐罪主观明知既可能是概括性,也可能是具体性。
2. 犯罪对象。帮信罪犯罪对象不仅包括犯罪行为,还包括严重违法行为;掩隐罪犯罪对象仅针对犯罪行为。
3. 发生时间。帮信罪包括事前明知、事中明知和事后明知;掩隐罪是事后明知。

运用刑法总则从犯理论 评价帮信罪与掩隐罪

共计27万余元,均系电信诈骗犯罪资金。案发后付某自动投案,主动退还违法所得并认罪认罚。最终,付某因犯掩隐罪被法院判处有期徒刑六个月,宣告缓刑一年,并处罚金5000元。

本案中付某明知提供“两卡”用于接收非法资金,非法资金转入后又积极多次取现并交给他们,帮助其实际占有,其主观上应明知接收的非法资金系犯罪所得、犯罪所得收益,客观上积极实施转账行为,应认定为掩隐罪。

【类案总结】

在客观行为方面区分帮信罪或者掩隐罪的不同,应主要从行为表现、方式及违法程度入手:

一是行为表现。帮信罪行为人为人出于获取报酬的动机参与,其直接目的是完成资金在网络犯罪行为的账户和其他账户之间支付结算,是一种被动状态;而掩隐罪行为人为人明知支付结算的是网络犯罪所得、犯罪所得收益的情况下,不仅收集、提供“两卡”,而且通过转账行为使得有关犯罪所得、犯罪所得收益在不同账户之间转移,行为积极。需要注意的是,对于提供“两卡”并按照要求刷脸的行为认定,应结合行为人为人被动状态、接收刷脸次数等综合评价认定,不能径直适用掩隐罪。

二是行为方式。帮信罪的客观行为主要表现为“互联网接入、服务器托管或者提供广告推广、支付结算等帮助”;而掩隐罪需要有“窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒”等行为,具体到“两卡”犯罪中,主要是指代为转账、套现取现,或为配合他人转账、套现取现而提供刷脸等验证服务、协助解冻等帮助行为。

三是违法程度。帮信罪行为人为人一般并不参与实质的转账行为,对于所提供“两卡”用于犯罪的性质、数额等持放任态度,其客观违法性较小;而掩隐罪提供“两卡”系其进一步实施转账行为的手段,两者是手段与目的关系,根据牵连行为择一重罪处罚的规定,应按目的行为从重处罚,且对于转移资金的性质、犯罪数额等存在明确认知而故意为之,其客观违法性更强。

(作者单位:河南省襄城县人民检察院)