

卖电子烟被控非法经营罪 力辩“未遂”情节终获缓刑

□北京盈科(上海)律师事务所 康烨

电子烟是一种模仿卷烟的电子产品，一度被认为与传统卷烟相比对健康的危害较小，深得一些时髦人士的青睐。很多人特地从国外购入，国内也出现了专门的代购人员。

但是为了接近传统卷烟的体验，不少电子烟通过雾化等手段，将尼古丁等物质变成蒸汽后让用户吸食。根据相关研究，电子烟仍然有害健康，更不是戒烟的手段。

为此，我国明确将此类电子烟纳入烟草专卖，普通人是不能随意售卖的。

我的当事人就是因为对此欠缺认识，私下进行电子烟交易而被追究了刑责。幸好我作为辩护人及时介入，围绕未遂情节进行辩护，让他最终获判缓刑。

日本购物 觅得电子烟“商机”

2019 年 3 月，王栋和林冰在日本机场相遇，因为都是上海人，两人一来二去就熟悉起来。

后来林冰请王栋帮忙，用王栋的名义携带“万宝路”牌电子烟回国。

由于这次帮忙，王栋对林冰从事的这门生意很感兴趣，就请林冰带带路，做做贩卖电子烟的生意。

2019 年 6 月 14 日，王栋和林冰相约，一起从日本机场各买了上百条“万宝路”牌电子烟回到浦东机场。由于王栋与上家“小米”还有一笔谈妥的交易，两人在次日凌晨赶到浦东新区一旅馆门口。

可还没来得及及看货，就被事先埋伏在四周的公安民警以及烟草专卖局工作人员抓获。公安机关经审讯，对三人以非法经营罪立案。

公安民警当场缴获“小米”车上有尚未销售的“万宝路”牌电子烟共计 207 条，王栋、林冰从日本带回的电子烟分别有 126 条和 132 条。

涉案金额 至少22万余元

经上海市烟草质量监督检测站鉴定，这些均为纳入专卖的烟草制品。

公安机关另外查明，王栋早在 2019 年 5 月开始就陆续从日本携带数百条电子烟，向稳定的两个下家销售，销售价格为 22 万余元。

根据最高人民法院、最高人民检察院《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》，非法经营数额在 5 万元以上属于刑法第二百二十五条规定的“情节严重”，面临 5 年以下有期徒刑或者拘役；非法经营数额在 25 万元以上就属于“情节特别严重”，面临 5 年以上有期徒刑。

如果是 5 年以下有期徒刑，有可能同时适用缓刑，而 5 年以上有期徒刑就不可能获得缓刑了。

因此，公安抓捕当天查获的准备交易的 207 条电子烟如何定性，

就显得格外关键。

笔者作为王栋的律师，于公安阶段就介入本案，并申请取保候审成功。

既遂未遂 成为量刑关键

法院认为，非法经营烟草专卖品中的“非法经营”不仅表现为销售行为，还表现为以销售为目的的生产、运输、储存等多种行为方式，只要行为人实施了其中任何一种行为，就侵犯了国家对特许经营的正常管理秩序，若达到情节严重的情形，便构成非法经营罪，且为既遂。

而行为人是否完成销售，仅是社会危害后果的程度不同，不影响非法经营罪既遂的成立。

此外，在卷烟尚未销售时，因无违法所得数额，法律便规定用非法经营数额进行评判，该非法经营数额能够客观全面地反映出非法经营行为的规模以及与此相应的扰乱市场秩序的严重程度，对尚未销售但具有生产、运输、储存等非法经营行为之一的，只要非法经营数额达到“情节严重”的要求，便成立非法经营罪，且为既遂。

因此，本案中王栋实施的从日本至上海的运输电子烟的行为，即使运输电子烟未销售，仍构成非法经营罪既遂。

根据当天王栋所携带的 126 条电子烟，加上之前已销售数额，王栋非法经营数额已达到 22 万余元。

未遂情节 获得法院认可

由于上家“小米”当日交货的 207 条电子烟也是从日本携带入境，存放在家里待价而沽，依上述理由，即便尚未销售，有运输、储存行为，也不构成“未遂”，而是既遂。

而王栋虽然进入了交易场所，但是尚未验货，并未完成交付，因为意志以外的原因未得逞，应当构成未遂。

作为王栋的辩护人，笔者提出这 126 条电子烟是非法经营未遂的辩护意见。



资料照片

最初检察机关内部也有争议，但最后这一意见得到了公诉机关认可，公诉人同意对王栋适用认罪认罚从宽，建议量刑 2 到 3 年。

在法院审理阶段，人民法院认定了此未遂情节，对辩护人提出从轻处罚、适用缓刑的意见予以采纳。

正是由于王栋具有此“未遂”情节，涉案非法经营数额才没有突破 25 万元，而 25 万元即可判处 5 年以上有期徒刑。

最终，王栋被法院判处有期徒刑 3 年，缓刑 4 年。

王栋家中有两个孩子，其中一个孩子还有慢性病，如果被判实刑，对这个家庭来说后果不堪设想。可以说，此“未遂”情节的辩护，是本案获判缓刑的关键。

既有既遂、又有未遂的认定是正确的。

新型烟草 仍然只能“专卖”

本案涉及的电子烟属于近几年方兴未艾的新型烟，它有别于传统的卷烟，最初其法律性质并不明确，但近年来相关法规已经明确将电子烟纳入“烟草专卖”，而不是作为普通的电子产品进行管理。

既然是法律、行政法规规定的专营、专卖物品，我们就应当从

《烟草专卖法》入手，考察哪些属于特定的经营环节和经销渠道。

《烟草专卖法》第三条规定，国家对烟草专卖品的生产、销售、进出口依法实行专卖管理，并实行烟草专卖许可证制度。

该法第二十一条规定，托运或者自运烟草专卖品必须持有烟草专卖行政主管部门或者烟草专卖行政主管部门授权的机构签发的准运证；无准运证的，承运人不得承运。

该法第二十三条规定，个人进入中国境内携带烟草制品的，不得超过国务院有关主管部门规定的限量。

非法经营犯罪行为中任何一环节的行为，包括购买、运输、销售在内，均扰乱了正常的市场秩序，因此只要被告人实施了非法经营活动中的任何一个环节的犯罪活动，就扰乱了市场秩序，构成犯罪既遂。

但是，本案就是一个特殊的情形，被告人仅仅是进入了交易场所，着手收购用于销售的电子烟，未及交易就被抓获，最终这一部分是认定“未遂”的。

再如，陈兴良教授在《刑法各论精释》一书中就提一个非法经营未遂案例：

某人未取得烟草专卖行政主管部门的许可，无生产许可证，根据

零售卷烟户的定购量组织生产卷烟，正在组装机器的时候，因他人举报被烟草和公安部门查处。有证据证明定购的卷烟数量价值超过 5 万元以上。此时，犯罪数额符合追诉标准，但是组装机器准备生产的行为显然不能说是非法经营行为的完成，这种情况下，可以认定为非法经营罪的预备。

倘若某人已生产出他人定购的卷烟但数额还不够订货额，且尚未交货，因他人被查处。此时，在情节严重已经具备的情况下，因行为尚未完成，没有完全生产订货从而取得非法利益，因此应作为犯罪未遂处理。

陈兴良教授举这个例子的观点，是从“情节犯”角度来考虑的，他认为情节犯未遂不是指“情节严重”要件是否欠缺，而是指在已经具备“情节严重”条件的情况下，行为人之犯罪实行行为的未能得逞，因此，情节犯罪是存在犯罪未遂的。

回到本案，该案中的实行行为就是收购行为未完成，后案的实行行为就是生产行为未完成。

因此，推而广之到其它种类的非法经营案件，仍然要仔细甄别实行行为是否得逞，不可盲目认为非法经营包含了生产、销售、运输、运营等上下游、全流程行为，不存在未遂空间，从而错失辩护良策。

(文中人物均为化名)