

行政管控有效性对非法经营罪的限缩适用

□ 郭晓红

问题探讨

非法经营罪自设立以来,其适用范围始终处于动态调整之中。从早期强调全面管控的立法取向,到如今逐渐恪守刑法谦抑、限缩适用的司法立场,这一变迁折射出国家治理能力与社会主义市场经济体制的规范运行密切相关,也出于维护个人利益和社会公共利益的考量。一旦经营活动完全脱离监管,其危害住往是多方面的。例如,在客运领域,未经许可从事大巴营运,可能因车辆安全状况缺乏保障,驾驶员资质参差不齐直接危及乘客的生命财产安全;又如,在税收层面,脱离管控的非法经营烟酒行为可能造成国家税收流失,影响财政收支和公平竞争秩序,甚至诱发更严重的社会风险。

一、“严格管控”到“多元治理”:非法经营罪适用范围的动态调整

非法经营罪的立法目的,在于对特定的经营活动进行必要管控。这种管控既服务于国家宏观经济治理的需要,与社会主义市场经济体制的规范运行密切相关,也出于维护个人利益和社会公共利益的考量。一旦经营活动完全脱离监管,其危害住往是多方面的。例如,在客运领域,未经许可从事大巴营运,可能因车辆安全状况缺乏保障,驾驶员资质参差不齐直接危及乘客的生命财产安全;又如,在税收层面,脱离管控的非法经营烟酒行为可能造成国家税收流失,影响财政收支和公平竞争秩序,甚至诱发更严重的社会风险。

但与此同时,这种管控的范围和力度并非一成不变。近年来,国务院持续深化“放管服”与“证照分离”改革,大幅清理和缩减行政审批事项。作为非法经营罪前置条件的“国家规定”与刑事打击范围,也必然随之同步收缩。其背后的深层法理在于,当行政监管足以有效控制某类风险时,刑

法便应当退居其后,将治理任务交由更为灵活、成本更低的行政手段来承担。一些过去明确被认定为非法经营罪的行为,如今已不再认定为犯罪。以药品行业为例,早期市场秩序混乱,假药劣药多发,无证经营药品极易造成人身损害,刑法介入具备正当性。而随着监管体系不断完善,药品质量整体提升,2025年国家药品抽检显示化学药品不合格率仅0.62%,单纯无证经营普通药品带来的人身危险性大幅下降,司法实践已不再以非法经营罪规制该类行为。又如,在烟草经营过程中,租用或借用他人许可证经营、有资质者委托无资质者购烟销售,实务中均不作为犯罪处理。究其本质,在于此类行为尚未完全脱离国家管控体系,通过行政手段即足以予以制裁。同样的道理也体现在其他经济犯罪中。以信用卡诈骗罪为例,不少国家将信用卡透支行为视为民事纠纷而非犯罪,这在一定程度上是因为银行本身具有相应的管控能力和手段。近年来,我国司法实践中,即便满足司法解释的对信用卡诈骗罪的追诉要求的恶意透支行为,认定为信用卡诈骗罪的案件数量也显著降低。刑法手段过度前置、过度扩张,不仅难以实现预期的治理效果,更会损害市场整体活力,阻碍新型商业模式的发展。因此,在非法经营罪的适用上,应当顺应国家治理能力和市场机制的成熟趋势,坚持刑法谦抑原则,合理限定其处罚范围,实现有效治理与市场活力之间的平衡。

二、从宏观限制到具体限缩:非法经营罪的司法认定边界

既然宏观层面对非法经营罪予以限制,那么在司法实践的具体认定中,对其解释、适用同样应当坚持限缩立场。

首先,非法经营罪的规制重心在于经营行为本身。在现代市场经济条件下,经营模式日趋多样,产业链条不断延伸,但这并不意味着刑法可以将

与经营有关的所有环节一律纳入非法经营罪的规制范围。如果受评价的主营行为本身具有合法性,或者处于有效的行政监管之下,那么为该主营行为提供服务的辅助性行为(如推广、宣传、保管行为等),就不宜单独认定为非法经营罪。例如,境内消费者从境外网购烟草用于自用,在入境时如实申报并依法缴纳关税,该进口行为完全受海关监管且未形成境内二次销售流通,不具有非法经营罪的实质违法性。在此情形下,即便是无烟草专卖资质的人员对这一受管控的合法跨境经营行为进行推广、宣传,亦不应认定为非法经营罪。非法经营罪所评价的“特定商品的经营行为”,本质上是指向向不特定对象的流转与销售行为,而非对合法消费或合规流转行为的宣传推广,且宣传推广行为本身在现行行政法下并不需要取得烟草专卖许可证。刑法本身具有严密的罪名体系,不同环节、不同性质的危害行为,应由相应的罪名分别评价。例如,宣传推广行为为造假的,可能构成虚假广告罪;帮助他人买卖非法经营所得的赃款赃物的,可能构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。非法经营罪评价的是经营行为本身,其他边缘环节则应由相应罪名分别评价,否则,既会混淆不同罪名的规范功能,也会使非法经营罪沦为兜底性的“口袋罪”。

其次,就“经营行为”本身而言,刑法与行政法的规制范围与评价标准并不相同。在法定犯的司法认定中,对于同一法律概念,刑法解释固然要以行政法规范为前置参考,但在成立要件上往往应当恪守行政法规范的规定,这是由法秩序统一性原则与刑法谦抑性品格共同决定的。具体到非法经营罪的认定,对“经营行为”这一概念同样必须坚持实质从严认定,绝不能仅凭客观上存在交易事实就一概套用本罪。以进出口烟草为例,《烟草专卖法实施条例》第六条规定:“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,必须依照《烟草专卖法》和本条例的规定,申请领取烟

草专卖许可证。”但该行政许可规范所针对的,本质上是境内的经营主体及其开展的市场经营行为。从刑法实质评价的角度来看,经营烟草专卖品进出口业务,唯有在境内形成了二次销售渠道、面向不特定消费者扩散出售,或者境内未经许可的主体向境外输出销售时,才具备刑法意义上的“经营”属性。反之,若属于境外商家直接发货给境内特定消费者供其个人自用,且入境时已全程接受我国海关监管并如实申报纳税,该行为即不属于刑法意义上的脱离监管的“经营行为”,境外商家亦无办理我国境内烟草专卖许可证的法定义务及现实可能。从监管竞合的角度而言,海关通过对货物入境及税收管控,实际上已经完成了对该跨境消费与流转环节的功能性监管,并未造成国家管控体系的脱节。

最后,要坚持实质判断,以法益侵害的现实危险为核心。我国对于特殊物品的刑事规制,重点不在于物品静态持有,而在于物品是否脱离监管渠道向外流通扩散。以走私犯罪为例,其规制的目的是货物、物品的进出口,而非进出口之外的其他内容。例如,我国的A公司与某国B公司签订我国限制出口的货物订单。因A公司无出口资质,便与有出口资质的国内C公司签订买卖合同,由C公司代理出口至香港D公司,再由D公司交付某国B公司。在此过程中,C公司的出口行为全程处于海关管控之下且缴纳了关税,不存在侵犯我国进出口秩序的可能。即便A公司与C公司之间的买卖合同虚假,也仅属民事问题,此合同也没有损害合同任何一方及其他人的利益,更不能以此认定甲构成走私国家禁止进出口的货物罪。

在非法经营罪的认定过程中,是否构罪,应当在个案中具体考察经营行为有没有脱离国家相关部门的监管,实务案例也支持这一观点。例如,葛某某非法经营案中,葛某某没有危险化学品经营许可证,仅在上、下游均具备完整的经经营危险化学品资质的企业之间隔间撮合铝粉买卖。由于其不参与生产、仓储、运输,危险品的全部交易流程处在

三、以虚开发票罪论处不存在解释论障碍

反对以虚开发票罪论处的主要理由是存在文义障碍,即刑法第205条之一的罪状表述为“虚开本法第205条规定以外的其他发票”,增值税专用发票已由第205条所规定,似不能纳入虚开发票罪的对象范围。对此,学理上已提供两条可行的解释路径,二者实则殊途同归。

一是构成要件要素的定性路径。“本法第205条规定以外”属于表面的构成要件要素或者界限要素,而非真正的构成要件要素。虚开发票罪是虚开类犯罪的普通法条,虚开增值税专用发票罪是特别法条,特别法条所规定的行为当然符合普通法条的构成要件。并且,第205条规定的是虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的发票,行为人虚开了增值税专用发票但并未将其用于骗取、抵扣税款的,该发票本就属于“第205条规定以外”的发票。

二是语义解释路径。这一路径可类比走私犯罪的法条关系:刑法第151条第2款将走私国家禁止出口的贵金属规定为走私贵金属罪,走私黄金进口并未被该条规定为犯罪,故可依刑法第153条以走私普通货物、物品罪论处,其中“本法第151条规定以外的货物、物品”应理解为“被第151条规定为犯罪以外”。同理,“本法第205条规定以外”亦可解释为“被第205条规定为犯罪以外”;不以骗抵税款的为目的的虚开增值税专用发票行为既未被第205条规定为犯罪,认定为虚开发票罪并无解释论上的障碍。

对此,可能有人会提出,2005年全国人大常委会关于刑法有关出口退税、抵扣税款的“其他发票”界定为除增值税专用发票以外的、具有出口退税和抵

监管范围内,危险品也全部处于上、下游有资质的企业的控制之下,检察机关认为其不构成非法经营罪,作出不起诉决定。又如,在李明华非法经营案中,最高人民法院认为,超范围和地域经营香烟的行为不构成非法经营罪。香烟跨区域交易只是将A地滞销的烟流转到B地,既不会使香烟生产总量超出国家控制,具体香烟的销售本身也是在持证的情况下进行的销售,处于国家监管状态之下,更不会影响国家税收,故通过行政手段即可予以规制。再如,最高人民法院《刑事审判参考》第1714号付某、彭某等案中,被告人持有卷烟专卖许可证却擅自销售不合格电子烟,司法机关未认定非法经营罪,而以销售伪劣产品罪论处。其背后的核心逻辑在于:只要经营者本身是持证主体、经营场所固定,其整体经营活动就已经置于烟草行政部门的管辖视线与动态抽查体系之下,并非完全脱离行政管控的地下“黑户”。即使行政机关事前并不知道其具体在卖某种电子烟(存在具体行为的违规逃避监管),但因其未彻底脱离国家监管体系,也不能认定为非法经营罪。

三、监管竞合下的实质判断:以核心经营行为是否受到监管为入罪标准

非法经营罪的适用不应成为市场活力的羁绊,而应保持合理限度。当前经营领域面临多头、多角度监管,海关、药监、市场监管等部门均可能对同一经营行为实施管控,由此形成监管竞合。在此背景下,判断某一行为是否值得刑法介入,关键在于考察其核心经营环节是否已经处于行政监管的有效掌控之下。例如,当消费者以自用为目的从境外购买药品时,该行为已全程纳入海关监管。海关通过限额、限值及征税,实际上已将药品的规模与用途锁定在自用范围内,其监管效果与药监部门的许可管理具有功能上的等价性。因此,即便该药品未经药监部门许可,只要已通过海关合法申报纳税且未在境内形成二次销售,就不具有“严重扰乱市场秩序”的实

质违法性。倘若要求消费者在海关合规通关后,还须向药监部门报备,不仅造成监管重复、徒增消费者的制度负担,也模糊了行政违规与刑事犯罪的界限。只要核心流转环节已被海关有效管控,行政手段即足以应对风险,刑法便无介入必要。在此基础上,无论是境内消费者还是境外卖家,均无作为非法经营罪处罚的必要。

与之相对的是,倘若行为人以“蚂蚁搬家”的方式,将本应限于自用范围内的物品(如药品、烟草)化整为零、分批入境,并在境内构建二次销售渠道向不特定对象出售,则该行为本质上已超越“自用”边界。其核心危害不仅在于单次通关是否合规,还在于流通方向已从“终端消费”转为“市场扩散”。换言之,其社会危害性源于行为人在境内建立了脱离监管的销售网络。这种“假借自用名义入境”及“入境后无证二次销售”的组合行为,既通过化整为零规避了海关的实际入境监管,又脱离了境内专卖秩序的管控,从而分别触及走私犯罪与非法经营罪。

非法经营罪的合理限缩,并非对市场监管的放松,而是国家治理方式从单一刑事管控走向多元协同治理的必然要求。习近平总书记曾深刻指出:“社会主义市场经济本质上是法治经济。”法治经济的要义,恰恰在于用规则明确政府与市场的边界,用法治手段保障市场在资源配置中起决定性作用,同时更好发挥政府作用。这就要求刑法在经济治理中恪守谦抑品格,既不放纵严重扰乱市场秩序的违法行为,也不以刑事手段替代行政规制,不当挤压市场自主调节的空间。衡量非法经营罪边界的核心标准,在于行政管控的有效性,只要经营行为已处于海关、药监、烟草等行政机关的功能性管控之下,未造成国家监管体系的实质脱节,就不具备严重扰乱市场秩序的实质不法性。唯有如此,才能真正实现“使市场在资源配置中起决定性作用,更好发挥政府作用”的治理目标,在法治轨道上推动高质量发展。

(作者系上海政法学院数智法学院教授、博士生导师)

以逃税为目的虚开增值税专用发票应以虚开发票罪论处

□ 王欣元



当前,司法实践中存在这样一类行为样态:受票方并无真实交易,为虚增成本、减少应纳税所得额进而少缴企业所得税,请求他人為自己开具增值税专用发票,并按票面金额的一定比例支付“开票费”“税点”;开票方按受票方的要求开具发票,并就所开发票如实申报缴纳了增值税;涉案专用发票未被用于抵扣增值税进项税额,或者虽经抵扣但因销项已足额申报而未造成国家增值税款损失。这类行为的共同特征是,虚开的对象是增值税专用发票,但行为人指向的税收利益却不是增值税,而是企业所得税等其他税种。2024年3月,“两高”《关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《司法解释》)第10条第2款规定,为虚增业绩、融资、贷款等不以骗抵税款为目的,没有因抵扣造成税款被骗损失的,不以虚开增值税专用发票罪论处,构成其他犯罪的,依法以其他犯罪追究刑事责任。该规定从主观目的与实害结果两个方面在虚开增值税专用发票罪的后端设置了出罪路径,对于纠正以往“唯发票种类论”的定罪罪责意义重大。但该规定仅回答了“不以本罪论处”,而未指明“其他犯罪”究竟为何,故而前述行为的名罪归属也随之成为新的争议焦点。对此,司法实践中大体形成了三条处理路径:一是实行作无罪处理;二是以非法出售增值税专用发票罪评价开票方,以非法购买增值税专用发票罪评价受票方;三是对双方统一以虚开发票罪论处。三条路径的分歧,表面上看是罪名选择之争,实则是对该行为为不法内容的判断之争,即其不法究竟落在骗取国家增值税款上,还是落在把发票当作商品买卖上,抑或是落在破坏发票管理秩序上。笔者认为,此类行为的不法内容主要在于破坏发票管理秩序,故应以虚开发票罪论处。

一、出罪不等于无罪

主张无罪的观点认为,行为入主

观上不以骗税为目的、客观上未造成国家税款损失,便不具有可罚性。但该观点混淆了“不构成某罪”与“不构成犯罪”。

从条文本身看,出罪条款仅排除虚开增值税专用发票罪的适用,其后半句“构成其他犯罪的,依法以其他犯罪追究刑事责任”说明并未认为此类行为当然无罪,只是把罪名的确定交由个案判断。以往有关批复和案例所处理的,是虚开行为是否必然构成虚开增值税专用发票罪的问题,以纠正“虚开即重罪”的机械认定,并无法得出虚开行为一概无罪结论。

从法益看,虚开行为具有独立的不法内涵。我国实行以票控税,发票所承载的交易外观的真实性,是税收征管乃至市场交易信用的基础。无真实交易而开具发票,不仅为受票方逃避纳税义务提供了工具,而且向征管系统输入了虚假数据。刑法在第205条之外另设第206条之一,正是为发票管理秩序提供独立保护。将不骗税的虚开一概出罪,等于宣告第205条之一在增值税专用发票领域没有适用空间,有悖于立法原意。

从与逃税罪的关系看,受票方虚增进项进行抵扣,在应纳税义务范围内少缴税款的,应以逃税罪论处。2025年11月,最高人民法院发布的“依法惩治危害税收征管犯罪典型案例”的判决书旨在对此已有明确表态,即意在防止对实体企业轻罪重罚。但逃税罪的成立受制于数额与比例的双重标准,且须以税务机关依法下达追缴通知等处理程序为前提。当这些条件不具备时,逃税罪不能成立,但不能由此推断虚开行为也不可罚。逃税罪评价的是不缴、少缴税款的结果,并不能覆盖虚开行为对发票管理秩序的侵害,二者保护的法益本就各有别。

二、不宜以非法出售、非法购买增值税专用发票罪填补空档

近年来,出现的一种做法是,将开票方收取“开票费”的行为认定为非法出售增值税专用发票罪,将受票方支付“开票费”取得发票的行为认定为非法购买增值税专用发票罪。其主要论据是,开票方收取费用后为他人开票,本质上是将增值税专用发票当作商品出售。但这一路径至少存在三重障碍。

第一,收取“开票费”不等于买卖

发票。从语义看,虚开指向发票记载内容与真实交易不符,其不法性在于破坏发票所承载的交易外观的真实性;买卖则指向把发票本身当作物品交易,其不法性在于使发票脱离税务机关的领用与流转管控。刑法在虚开之外另行规定非法出售、非法购买增值税专用发票罪,恰说明二者并不等同。从行为构造看,有偿性并非买卖的充分条件。开票方收费可能仅为弥补税费成本,也可能将开票用作营利。前者缺乏将发票作为商品出售的意思,后者才具有买卖的实质。因此,应当审查所收费用是否明显超出开票方为开具发票实际承担的增值税及附加税费、所得税等成本,行为入是否借此牟利并达到可评价为“买卖”的程度。若仅因收取了费用即认定为非法出售,则一切有偿虚开都将转化为出售,非法出售增值税专用发票罪势必成为虚开行为的当然归宿。这既脱离实际,也违背立法原意。此外,还须考察开票主体的意思独立性。若开票主体系受票方的意志设立或者使用,在交易中并无独立于受票方的意思,实质上只是受票方虚增成本的“开票通道”,便谈不上成立买卖双方的相对方关系。

第二,非法出售、非法购买增值税专用发票罪同样以骗抵税款为目的,这从法定刑配置可以得到印证。刑法第207条对非法出售增值税专用发票罪配置的最高法定刑是无期徒刑,与第205条虚开增值税专用发票罪基本相当;第208条第2款进一步规定,非法购买增值税专用发票又虚开或者出售的,其最高法定刑同样是无期徒刑。若认为这两罪仅保护发票管理秩序而不要求骗抵税款的目的,那么同样只破坏发票管理秩序的虚开发票罪,何以最高法定刑仅为7年有期徒刑?只有将二者理解为虚开增值税专用发票罪的补充性罪名,即处罚的是指向骗抵国家增值税款的预备性、周边性行为,其重刑配置才能获得合理解释。《司法解释》第16条第3款亦印证了这一观点。可见,立法与司法解释始终是在骗抵税款的语境中安排这一组罪名的。需要强调的是,此处的税款损失特指增值税款的损失,不能以企业所得税等其他税种的流失替代,否则出罪条款划定的界限将被架空。

第三,分罪评价将造成罪刑关系倒挂。在此类行为中,受票方通常是犯意的发起者和指使者,开票方多为执行者。若开票方以非法出售增值税专用发票罪论处,依照《司法解释》的规定,票面

扣税款功能的凭证,并据此主张以发票的抵扣功能作为两罪的界分标准。但该立法解释解决的是刑法第205条中“其他发票”的外延问题,即那些非专用发票的凭证可被视同专用发票对待,这一标准是为了合理界定第205条的适用对象,而非为刑法第205条之一划定禁区。更为重要的是,功能标准着眼于发票的抽象功能,而刑法第205条罪状的落脚点是“用于骗取出口退税、抵扣税款”,侧重于实际用途。倘若仅凭抽象功能即可定罪,出罪条款便失去意义。正因为行为入未实际利用抵扣功能骗取税款,该行为才被排除于刑法第205条之外。既已排除,就不宜再以该发票抽象上具有抵扣功能为由否定其落入刑法第205条之一的可能。

实际上,司法解释对行为类型设定也提供了规范支撑。《司法解释》第12条第1项将“没有实际业务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具发票”一并列于虚开发票罪的行为类型,开票方与受票方被置于同一项之下。这为在同一虚开事实中对双方作统一评价、按共同犯罪处理提供了规范基础,可以避免出现双方分属不同罪名、且轻重倒挂的割裂局面。

此外,以虚开发票罪论处,与最高人民法院法官所撰写的“两高”《关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用》的观点亦不冲突。其一,该文对“不以骗抵税款为目的的虚开增值税专用发票行为能否按照虚开发票罪论处”的表述是理论和实务界均有争议,司法解释未作明确规定,尚需进一步探讨,这属于存疑而非否定。其二,该文认定开票方构成非法出售增值税专用发票罪,是以“不能证明其与受票方存在共同故意”为前提的。而在前述行为样态中,开票方系依受票方的授意开具发票,双方对于虚开发票虚增成本、逃避缴纳企业所得税具有共同故意,恰恰不符合该前提。以非法出售增值税专用发票罪相绳,反而背离了该文的适用条件。

从法定刑看,虚开发票罪的评价也是充分的。依照《司法解释》第13条,虚开发票票面金额50万元以上,或者100份以上且票面金额30万元以上的,属于“情节严重”,处2年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;票面金额250万元以上,或者500份以上且票面金额150万元以上的,属于“情节特别严重”,处2年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。对

于未骗抵增值税款、仅指向企业所得税等税种的虚开行为,这一刑罚幅度与其不法程度大体相称,既不存在评价不足,也避免了以最高刑为无期徒刑的罪名相绳所造成的轻罪重罚。

四、有偿虚开增值税专用发票行为的定性步骤

综合上述分析,对有偿虚开增值税专用发票行为的定性,可以从以下三个步骤展开。

第一步,审查行为入是否以骗抵税款为目的,是否因抵打造成国家增值税款被骗损失。二者兼备的,依照刑法第205条以虚开增值税专用发票罪定罪处罚。此外还应区分:负有纳税义务的受票方在应纳税义务范围内虚增进项进行抵扣以少缴税款的,主观上仍属不缴、少缴税款,符合条件的应以逃税罪论处;超出应纳税义务范围骗取国家税款的,才是刑法第205条的规制对象。

第二步,不具备骗抵目的与增值税款损失的,可进一步审查开票方是否具有将发票作为商品出售牟利的独立意图,所收取的“开票费”“税点”是否明显超出其为开具发票实际承担的税负成本,开票主体是否具有独立于受票方的交易意思,是否存在向不特定对象反复兜售发票的情形。具备这些情形的,可以考虑以非法出售、非法购买增值税专用发票罪论处。

第三步,两项均不具备的,虚开行为仍然侵害发票管理秩序,应当依照刑法第205条之一以虚开发票罪论处,并按开票方与受票方在共同犯罪中的地位区分主从犯。

需要说明的是,主张此类行为一律以虚开发票罪“兜底”同样不足取。第二步的实质审查正是为了防止罪名滑落。对于职业化倒卖发票、获利明显超出税负成本的行为,非法出售增值税专用发票罪仍有其独立适用的空间;对于情节显著轻微且危害不大的,依法不作为犯罪处理。三步判断的意义在于,既落实司法解释“构成其他犯罪的,依法以其他犯罪追究刑事责任”的指引,避免出罪条款被理解为一概无罪,又防止以法定刑更重的非法出售增值税专用发票罪去填补虚开增值税专用发票罪限缩后留下的空档,形成新的轻罪重罚,从而在发票类犯罪内部维持一条较为清晰而均衡的罪刑阶梯。

(作者系上海市第二中级人民法院刑事审判庭法官、法学博士)