



9. 陈爱菊等非法经营案

问题提示：租用他人烟草专卖零售许可证从事经营的能否构成非法经营罪？

【要点提示】

租用他人烟草专卖零售许可证虽然在形式上具有烟草专卖资质，但因未经法定程序取得烟草行政主管部门许可，擅自从事卷烟经营，情节严重的，构成非法经营罪。

【案例索引】

一审：北京市西城区人民法院（2010）西刑初字第459号（2010年8月24日）

二审：北京市第一中级人民法院（2010）一中刑终字第3206号（2010年10月26日）

【案情】

被告人陈爱菊伙同被告人郑航于2007年8月至2010年2月间，租用北京兴华丽金属门窗经贸中心烟草专卖零售许可证，在本市西城区百万庄东口甲31号的卷烟零售店内非法经营烟草制品，其中从北京市西城区烟草专卖局购进真品卷烟31809条，价值人民币1868103元。此外，被告人陈爱菊还收购个人假烟、走私烟进行贩卖。2010年2月23日，西城区烟草专卖局对陈爱菊经营地点及暂住地进行检查过程中，起获的软世纪红塔山等品种真烟796条（价值人民币64197.5元）、软玉溪等品种假烟共计125条（价值人民币22877元）、软南洋双喜等品种走私烟共计39条（价值人民币2200元），后被抓获。

【审判】

北京市西城区人民法院审理认为，被告人陈爱菊、郑航违反国家规定，在



未经许可的情况下，经营法律、行政法规规定的专营专卖物品，情节特别严重，破坏了市场管理秩序，已构成非法经营罪，且系共同犯罪，应予惩处。被告人陈爱菊在共同犯罪中起主要作用，系主犯。被告人郑航在共同犯罪中起辅助作用，系从犯，应从轻处罚。鉴于被告人郑航实施部分犯罪时未满18周岁，认罪态度较好，依法对被告人郑航减轻处罚。故依法判决：一、被告人陈爱菊犯非法经营罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币十二万元。二、被告人郑航犯非法经营罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币三万元。

一审宣判后，二被告人以原判事实不清、量刑过重为由提出上诉。

北京市第一中级人民法院认为：原审法院根据二被告人犯罪的事实、情节、对社会的危害程度及各自法定、酌定的量刑情节，依法做出的判决并无不当，且审判程序合法，裁定驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案起获的假冒卷烟、走私香烟的数量均未达到法定追诉标准，应作为酌定情节，仅对量刑有影响。本案的主要争议点有二：一是租用他人烟草专卖零售许可证擅自经营卷烟，情节严重的行为能否构成非法经营罪？二是本案在援引法条时，是引用刑法第225条第（1）项“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”，还是该条文的第（2）项“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”？

一、租用他人烟草专卖零售许可证擅自经营卷烟，情节严重的行为能否构成非法经营罪？

国家在烟草行业实行烟草专卖制度，对于烟草制品的生产、销售实行垄断经营，集中管理。根据刑法第225条的规定，对于未经许可，经营烟草制品，扰乱市场秩序，情节严重的行为构成非法经营罪。在审判实践中，将没有烟草专卖零售许可证的无证经营行为，或者是超出许可经营范围的经营行为，认定构成非法经营罪，并无争议。但是，被告人租用他人烟草专卖零售许可证经营卷烟的行为，能否构成非法经营罪，存在不同意见。一种意见认为：因北京兴华丽金属门窗经贸中心已经获得烟草专卖局的行政许可，陈爱菊租用该执照后，经营行为、经营地点都没有变更，都在原行政许可的范围之内。而且，本案绝大部分烟草制品从西城区烟草公司购进，来源于正当渠道，既没有损害消费者利益，也没有导致国家税款流失，被告人没有到烟草行政主管部门补办变更登记手续，实质上仅仅是手续上的瑕疵。因此，租用烟草专卖零售许可证进行经营的行为不能被追究刑事责任。另一种意见认为：租用烟草专卖零售许可



证的行为实质上仍是一种无证经营行为，相较没有烟草专卖零售许可证擅自经营的行为，行为方式更隐蔽，同样侵害了国家烟草行业的市场专营秩序，情节严重的，应认定构成非法经营罪。

笔者同意第二种意见，即租用他人烟草专卖零售许可证擅自从事卷烟经营的行为，属于未经许可，经营卷烟制品的无证经营行为，情节严重的，构成非法经营罪。理由如下：我国《烟草专卖法》第3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”。对于烟草专卖零售许可证的申领、审核程序做了原则性的规定，该法第十六条规定：“申领烟草专卖零售许可证需要相关行政主管部门审查核准，即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”。租用他人烟草专卖零售许可证的行为，虽然形式上取得了烟草经营证照，但因未经法定审查批准程序，取得程序违法，仍然属于无证经营行为。对此，新近施行的《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》进一步予以明确。该解释第一条规定：“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，以非法经营罪定罪处罚”。因此，租用他人经营许可证，以买卖、借用等非法手段取得经营许可证从事经营的行为，因未经烟草专卖行政主管部门许可，均应认定为无证经营行为。本案中，北京兴华丽金属门窗经贸中心是烟草专卖零售许可证的申领人和合法持有人，其从事烟草专卖经营亦应该是由其该公司工作人员进行经营以体现单位对于经营行为的控制和单位意志。二被告人既非该单位的法人、管理者，也非该单位工作人员，通过租用方式非法取得烟草专卖零售许可证后从事经营的行为，不是该单位的经营行为；另外，租用他人烟草专卖零售许可证从事经营，行为手段更加隐蔽，更应予以打击。

二、本案在援引法条时，是引用刑法第225条第（1）项“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”，还是该条文的第（2）项“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”？

在本案中，烟草专卖零售许可证是国家烟草主管部门批准经营烟草制品而颁发的许可证件，该证照不是商品，不能流通和转让。如前所述，买卖、租



用、借用他人烟草专卖零售许可证经营卷烟制品的行为，因未经烟草专卖行政主管部门许可，情节严重的，可以认定为构成非法经营罪。但是，援引刑法第225条第（1）项“未经许可经营专卖物品”，还是第（2）项“买卖进出口许可证、原产地证明等经营许可证或者批准文件”作为处罚依据，存有争议。有一种意见认为，“买卖”与“租用”均属于有偿取得行为，租用他人烟草专卖零售许可证的行为符合刑法第225条第（2）项“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”的规定。笔者认为，本案被告人租用他人烟草专卖零售许可证经营卷烟制品的行为，应援引刑法第225条第（1）项“未经许可经营专卖物品”，作为定罪处刑的依据，理由如下：首先，刑法第225条第（1）项、第（2）项的规定在罪状表述上存在区别。该条第（1）项的罪状特征为：未经许可经营。换言之，通过买卖、租用等方式，非法取得他人经营许可证的行为，属于未经许可的行为，需与从事经营的行为结合在一起，才能充足该项客观行为要件。因此，该项罪状规制的是无证经营行为。而该条第（2）项的罪状特征为：买卖进出口许可证、原产地证明及其他经营许可证或者批准文件，意在惩治买卖证照的行为。需要特别注意的是，第（1）项中的“无证经营”行为中的“经营许可证”与第（2）项中的买卖“进出口许可证及其他经营许可证或者批准文件”存在区别，此证并非彼证；这也是区分二项罪状内容的关键。前者是指国家在诸如食盐、烟草、化肥、农药等实行专营或限制性经营的经营领域，为从业人员发放的资质许可证明。而第（2）项罪状中的“进出口许可证、进出口原产地证明”是指国家在对外贸易中许可进出口某种货物、技术的证明或对某一特定产品的原产地进行确认的证明文件。“其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”是指该条第（1）项“专营、专卖物品或者其他限制买卖物品”以外的法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，如矿产开采、森林采伐、野生动物狩猎等许可证。其次，就法条内部的逻辑关系上来看，该条第（1）项罪状中的“未经许可”行为与第（2）项罪状中“买卖许可证”的行为在逻辑上存在包容关系。如前所述，该条第（1）项罪状表述中包括未经许可和擅自经营二个行为，其中，“未经许可”既包括没有经营许可证，也包括通过不法手段取得经营许可证，即买卖、租用、伪造、变造许可证的行为。认为本案被告人的行为应援引刑法第225条第（2）项“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”规定的观点，不仅在“买卖”行为的解释上存在不周延之处，且由于没有对前述二项罪状中的“许可证或证明文件”加以区分，导致因一行为同时符合非法经营罪中的不同行为要件，而在适用法律上无所适从。因此，



一审法院援引刑法第 225 条第 (1) 项的规定是正确的。

(一审合议庭成员：肖志勇 马俊鸿 刘志远
二审合议庭成员：史 迹 张 虹 杨立军
编写人：北京市第一中级人民法院 杨立军
责任编辑：林卫星)