



盗窃罪与非法经营罪犯罪对象的认定

——李某盗窃卷烟防伪标识案

刘科

[裁判要旨]

被告人李某，男，28岁，原系云南省某地区烟草专卖局专卖科稽查队队长。2000年6月至2001年8月，被告人李某利用其担任该烟草专卖局专卖科稽查队员进入仓库抬东西的机会，或采取盗取仓库钥匙潜入仓库的手段，先后三次从本单位仓库盗得印有“××专卖”的卷烟防伪标识（以下简称烟标）33本（共计165000枚），并将其中大部分烟标交给王某某、李某某等卷烟零售商使用（这些零售商将烟标贴到外地非法贩运到该地的卷烟上，以使这些卷烟的身份合法化），以冲抵其债务及获取现款，共计获取非法利益三万余元，用于其赌博挥霍。据此，当地人民检察院以李某的行为构成盗窃罪为由向同级人民法院提起公诉，要求追究其刑事责任。被告人李某及其辩护人对检察机关指控其盗窃的事实及证据均无异议，只是提出李某认罪态度较好，积极退清赃款，要求给予从宽处理。人民法院审理后认为，被告人李某以非法占有为目的，秘密窃取公私财物，数额巨大，其行为已构成盗窃罪，应受刑罚处罚。鉴于被告人李某案发后能如实供述犯罪事实，积极退赃，系初犯，可酌情从轻处罚。人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第七十二条、第七十三条之规定判决被告人李某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币三万元。 鈹€

[疑难争议]

本案在公诉及审判过程中对于案件定性、罪名及数额确定上均存在着分歧意见，概括起来，主要有以下三种观点：

第一种观点认为，本案的犯罪对象——烟标具有违法性，李某的行为社会危害性较小，不应以犯罪（盗窃罪）处理，通过其它处罚方式进行惩治更为妥当。

第二种观点认为，本案系典型的牵连犯罪，行为人为了达到一个犯罪目的——通过出售烟标渔利，实施了二个犯罪行为——一为盗窃烟标，一为销售烟标，盗窃是手段，出售是目的，其方法行为触犯了盗窃罪，目的行为触犯了非法经营罪，对此牵连犯罪应择一重罪处罚即按照非法经营罪定罪处罚。

第三种观点认为，李某的行为构成盗窃罪。理由是李某的行为具备了“社会危害性”、“刑事违法性”、“应受刑罚惩罚性”，其行为完全符合盗窃罪的犯罪构成，应以盗窃罪论处。

[学理探讨]

笔者认为，第三种观点是正确的，但是其提出的理由尚待进一步论证。下面，笔者拟对上述观点逐个进行分析的基础上，对该案从学理上加以探讨。

一、李某的行为具有严重的社会危害性，已经构成犯罪

上述第一种观点认为李某的行为不应以犯罪处理，其提出的理由如下：

鈹€鈹€（一）本案的犯罪对象——烟标具有违法性，不能成为盗窃罪的对象，李某的行为社会危害性

较小，不足以构成盗窃罪。首先，从烟标推广的目的来看，它是地方烟草管理部门在地方保护思想支配下的产物，其产生的主要目的是为了当地卷烟销售的地域性，以保证批发企业自身的利益；其次，从烟标推广的负面效果来看，卷烟零售商只有在当地的批发企业购进贴有烟标的卷烟进行销售才视为合法销售，其它途径所购卷烟无论真假均为“假烟”，这种做法保全了“局部利益”，但客观上严重地束缚了市场的自由流通，背离了市场经济自由竞争的原则，对市场环境健康发展的损害勿庸置疑，“国家专卖”的航线偏离了正轨；再次，从烟标产生的途径来看，烟标并非国家有关主管部门通过制定行政法规加以推广使用的，《中华人民共和国烟草专卖法》及《烟草专卖法实施条例》对此均无规定，仅为当地烟草专卖局在汲取外地州“经验”之后自行制定推广的，其产生也未通过上级主管部门审批同意或授权，它只是地方某一行政机关越权行使行政权力的结果，因此，这种越权所产生的“成果”——烟标——应视为非法行政行为的产物。基于以上三点，持该观点的学者认为购买烟标的零售商的卷烟虽然是从外地州购进的，但并无假烟、劣烟，卷烟零售商购买烟标是“迫不得已”，是市场体制转轨时期烟草行业混乱行情下产生的“合情”之举。由此，认为李某围绕烟标所实施的行为，虽表现出主观恶性，但实际危害不大，不应以犯罪（盗窃罪）处理。

（二）本案的犯罪数额难以计算。烟标是特殊产物，难以估量其价值。如果以制作购买的实际价格来计算，仅为0.008元/枚，本案盗窃烟标的价值仅为1000余元。

笔者认为，上述观点存在以下问题：

（一）对烟标性质的看法有失偏颇，盗窃烟标的行为具有严重的社会危害性。《中华人民共和国烟草专卖法》虽未对烟草专卖的进货渠道有所规定，但《实施条例》第25条中却规定：“取得烟草专卖管理零售许可证的企业或者个人，应当在当地的烟草批发企业进货，并接受烟草专卖许可证发证机关的监督管理”。“当地的烟草专卖批发企业”是指当地的三级批发企业或受委托的批发企业，“未从当地烟草专卖批发企业进货”既包括异地进货，也包括越级进货。这是该《实施条例》对卷烟进货渠道的“区域性”的规定。也就是说，行政法规赋予了卷烟进货渠道的地域精神，也赋予了地方烟草专卖局的管理职能，烟标的出台并非绝对的“无法无据”。另外，烟草行业是一种特殊的行业，由于其特殊的用途和价值，在其他行业放开自由竞争的情况下，国家仍然强调着对它的专营，即强调烟草行业的国家垄断性和计划性（当今许多西方发达资本主义国家对烟草行业的管理亦是如此），故不能将它和市场经济下其他行业同等类比。烟草行业的计划与垄断只有落实到具体的省、地、县，这种计划和垄断才有实际意义，将地方执行这些计划而制定的方法和手段归于“地方保护”，这显然走了极端。因此，笔者认为，对本案犯罪对象性质的分析应本着辩证唯物主义的态度，一分为二地进行评价，否则，错误的前提必然导致错误的结论。€

肯定了烟标的合法性，盗窃烟标行为的社会危害性也就不证自明了，因为“社会危害性是指行为对刑法所保护的社会关系造成损害的特性……它可以通过我国刑法第13条所列举的犯罪所侵犯的以下客体而表现出来：……（5）对于社会主义制度下各种财产权利的危害”。既然烟标是合法的，其又具有一定的经济价值（不管是持本观点的学者所说的1000多元，还是下文笔者所认定的销赃数额3万多元），具有财产的特性，盗窃烟标行为就是一种侵犯财产权利的具有严重社会危害性的行为。

（二）对盗窃罪犯罪对象的内涵界定错误。上述观点由认为烟标具有违法性而否定了盗窃烟标构成盗窃罪的可能，这显然是认为盗窃罪的犯罪对象应该是合法财物，笔者认为这是错误的。对此笔者拟从以下两个层次回答这个问题。

第一个层次的问题是烟标是否具有“公私财物”的特性？这是构成盗窃罪的前提条件。如果烟标不具有公私财物的特性，则无论如何不能成为盗窃罪的犯罪对象。刑法理论通说认为，作为盗窃罪犯罪对象的公私财物，就是本身有经济价值和使用价值，能够为人们所掌握和控制的事物，它具有以下特征：经济价值性；可支配性；属于动产范围。根据上述判断公私财物的标准，烟标显然是一种公私财物。烟标具有可支配性和属于动产范围是显而易见的，至于烟标的经济价值，可从以下角度分析：烟标虽然“特殊”，但是系当地烟草公司从河南漯河以129676元价格制作购进的，它的产生付出了资金，其本身也有实际价格，使用者要出资购买粘贴；在它出台之后烟草公司即将它纳为“有价证类”、“按资金管理严格管理”；从其用途来看，是“为了区分合法经营和非法经营，取缔卷烟非法自由批发市场，制止乱渠道进货等不法行为”，它在特殊行业里有其特殊的使用价值。因此，烟标是一种公私财物，符合盗窃罪犯罪对象的基本要求。

第二个层次的问题是，在肯定了烟标是一种公私财物，因而符合盗窃罪犯罪对象基本要求的情况下，假使如第一种观点所说，烟标的性质有违法之处，是否能妨碍它构成盗窃罪的犯罪对象。笔者认为，盗窃行为并不因其对象“合法”与否的争议而影响其犯罪性质。在我国，违禁品与赃物均可构成盗窃罪的犯罪对象，何况性质合法与否尚有争议的烟标呢？根据我国刑法理论通说，违禁品构成盗窃罪的犯罪对象是由

于以下原因：首先，违禁品首先也是财物，只不过是一种特殊的财物，虽然国家法律明令禁止非法持有或流通违禁品，但是地下流通往往很难避免，因此违禁品也是一种商品，是一种黑色商品，并具有经济价值，犯罪分子盗窃这类物品后出卖，可以获得一定的非法利益。其次，违禁品虽然是违法物，但是并非无主物，仍有合法的所有人。违禁品的所有权归国家所有。再次，1997年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》也对违禁品能否成为盗窃罪的对象持肯定态度。该解释第5条明确规定：“盗窃违禁品，按盗窃罪处理的，不计算数额，根据情节轻重量刑。”实践中，盗窃违法物品的案例并不鲜见，典型的如盗窃盗版光盘，对此均可按照盗窃罪处理。与此同理，即使认为烟标具有违法性，盗窃烟标的行为仍可以按照盗窃罪处理。

（三）本案犯罪数额能够认定。最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》以及云南省《关于印发盗窃罪数额标准的通知》都明确规定“被盗物品的价格，应以被盗物品价格的有效证明确定”，“销赃数额高于按本解释计算的盗窃数额的，盗窃数额应以销赃数额来确定”。具体到本案中，主要涉及以下数额：烟标的购进数额，根据烟草公司财务科的证明，该公司从河南漯河汇华激光全息彩印有限公司购入的激光防伪标识含税每枚0.008元，被告人共计盗窃烟标165000枚，含税价值应为1320元；烟标的销赃数额，根据当地烟草专卖局证明，社会上不法分子非法倒卖的伪造烟标售价大约0.2—0.25元。参考该价格，李某的销赃数额应在31000元到40000元之间，本着就低不就高的原则，至少应认定31000元，李某也供认其销售烟标用于冲抵其债务及获取现款，共计获取非法利益三万余元。本案中，由于销赃数额远远高于购进数额，根据上述解释的规定，应该按照销赃数额3万余元计算盗窃数额。

综上所述，第一种观点由于对烟标的性质界定不妥当，进而对盗窃烟标行为的社会危害性认识不足，所以才得出被告人李某的行为不构成犯罪的错误结论；即使烟标确有该观点所说的弊端，但是由于盗窃罪的犯罪对象并不局限于合法财物，被告人李某的行为仍然可以构成犯罪（盗窃罪）。

二、李某的行为不构成非法经营罪

第二种观点认为，李某的行为构成非法经营罪。其理由如下：本案系典型的牵连犯罪，行为人为了达到一个犯罪目的——通过出售烟标渔利，实施了两个犯罪行为——一为盗窃烟标，一为销售烟标，盗窃是手段，销售是目的，其方法行为触犯了盗窃罪，目的行为触犯了非法经营罪，对此牵连犯罪应择一重罪处罚即按照非法经营罪定罪处罚。

该观点的持有者进一步论证道：

【（一）李某销售烟标的行为已构成非法经营罪。我国刑法第225条第（二）、（三）项明确规定：“买卖进出口许可证、进出口原产地证明及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的”、“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，情节严重的，构成非法经营罪。该地区烟草专卖局拥有国家赋予的对当地烟草行业进行专卖管理的权利，它具有绝对的强制性，烟标是其正常行使行政权的结果；烟标的产生亦不仅仅只带来完全的负面效应，它在防止假烟、劣烟流入当地卷烟市场、规范专卖渠道上确实起到一定作用，其性质不能简单论断。因此，烟标应视为一种特殊的许可、批准“证明”，买卖这种特别证明行为扰乱了国家对市场的管理秩序，其性质类似于《刑法》第225条第（二）项所规定的情形，亦属于第（三）项“其他严重扰乱市场秩序的行为”。以非法经营罪处罚该行为，完全符合此罪规定的精神。

【（二）非法经营的情节特别严重，社会危害性很大，该罪的处罚重于盗窃罪。实践中认定非法经营“情节严重”和“情节特别严重”主要是以犯罪数额为依据，综合考虑其他情节，如引起市场秩序混乱、造成严重后果、多次进行非法经营活动、社会影响恶劣等情况。参考最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中非法经营“情节严重”情形的第（2）项规定“违法所得在2万元至3万元以上”，本案李某得款3万余元，数额上已达到定罪量刑的标准。此外，本案行为应视为“情节特别严重”：从其犯罪手段来看，烟标系采用非法手段多次盗窃所得；从其犯罪动机来看，获得暴利几乎全为满足其豪赌的需要；从其犯罪次数来看，其非法出售烟标多达数十次；从其犯罪后果来看，烟标通过非法渠道流入市场，使当地市场卷烟价格局部上有所波动，导致不正当竞争。综合以上情节，被告人李某应被判处5年以上有期徒刑，此量刑显然高于盗窃罪的处罚，故应以非法经营罪定罪处罚。

笔者认为，“本案属牵连犯罪，应择重罪即非法经营罪处罚”的观点是值得商榷的。李某出售烟标的行为不能构成非法经营犯罪，即使该行为构成非法经营罪，其盗窃烟标与销售烟标的行为也不能构成牵连犯罪。理由如下：

（一）烟标不属于刑法第225条第（二）项中所规定的各种经营许可证或者批准文件，因此不能适用本项的规定认定李某销售烟标行为构成非法经营罪。本项规定的经营许可证或者批准文件主要包括：1. “进出口许可证”，是指由国家许可对外贸易经营者进出口某种货物或技术的证明。2. “原产地证明”，是指用来证明进出口货物、技术原产地的有效凭证，是进出口国或地区视原产地不同征收差别关税和实施其他进

出口差别待遇的凭证”。3. “其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”，是指法律、行政法规规定从事某些生产经营活动者必须具备的经营许可证或者批准文件，如烟草专卖许可证就是国家烟草专卖局颁发给企业或个人准许其经营烟草专卖品的证书。在认定某种经营许可证或者批准文件是否属于本项中规定的经营许可证或者批准文件时，“法律、行政法规规定”是其构成的必要条件。本案中，烟标推行的具体文字依据是该地区烟草专卖局(99)文件《卷烟防伪标识管理实施意见》，这种地方行业管理部门的内部行文，显然与此项所述的“法律、行政法规规定”相去甚远，其产物“烟标”和“其他许可证及批准文件”的效力亦不可相提并论。

(二)销售烟标亦不应属于刑法第225条第(三)项中所规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。笔者认为，此条款虽然弹性较大，但是它不能包罗所有扰乱市场秩序的经营行为。刑法关于非法经营罪的规定，只能适用于违反国家规定，扰乱市场秩序，情节严重的非法经营行为。该条第三项的适用，也不能脱离这个基本前提。因此，对于刑法未明确规定的一种具有一定危害性的行为，若以非法经营罪论处，必须符合以下几个条件：1. 该行为是一种经营行为。虽然“经营”一词在语言学上并不特指经济营业活动，而是指“筹划并管理”、“泛指计划和组织”等，但是，作为“破坏社会主义市场经济秩序罪”中规定的非法经营行为，其“经营”一词理应是经济领域中的营业活动，即应理解为是一种以营利为目的的经济活动，包括从事工业、商业、服务业、交通运输业等经营活动。2. 该经营行为非法。所谓“非法”，是指该经营行为违反国家立法机关制定的法律和决定及国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令，通常是指违反国家法律、法规的禁止性或者限制性规范。3. 该非法经营行为严重扰乱市场秩序。其所谓“严重扰乱市场秩序”，首先应当考虑经济衡量标准，譬如：经营数额特别巨大；销售金额巨大；获利数额较大；造成合法经营者的严重经济损失；给国家造成严重经济损失等等。此外，诸如造成恶劣的社会影响或者人民生命、财产重大损失等严重后果者，亦可视为情节严重。

李某销售烟标的行为符合上述第1、3条件是显而易见的，如果认定他构成非法经营罪，关键是看是否符合第2项“经营行为非法”的要求，而判断某项经营行为是否非法则以是否符合国家规定为标准的。根据刑法第96条的规定，“违反国家规定”是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定、国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。也就是说，国家最高立法机关和最高行政机关所颁布的所有涉及市场管理的规范性文件都可以包括在内。如果国家法律、法规等未对某种经营行为予以明确禁止或者限制，该经营行为不得被认定为非法经营行为。例如，在国家立法机关和国务院未对IP电话的民间经营行为作出明文禁止或者限制之前，民间经营IP电话的行为就不宜认定为非法经营行为。国务院所属部门或者地方政府未经国务院批准或者授权而颁发的某种行政规章或其他文件中超过国家法律、法规内容的有关规定，一般不能成为认定非法经营行为的法律依据。

客观地讲，烟标的出台程序简易，推广依据单薄，实施范围狭小，作为近年来各地卷烟市场兴起的专卖管理“经验”，其优劣成败尚需相关政策法规加以评定。由于不具有“国家规定性”，导致它不可能同国家法定的其他许可证明、经营手段有同等的地位，销售烟标的行为亦达不到非法经营犯罪的要素标准。作为“烟标”这种市场活动中局部产生的物品，缺乏普遍性及典型性，由于法律法规还未有所涉及，对其侵害行为如何保护与打击的规定尚为空白，故不宜对销售烟标的行为以非法经营罪论处。

(三)非法经营罪的处罚重于盗窃罪的处罚的观点无法律依据

上述第二种观点认为本案中非法经营的情节特别严重，社会危害性很大，李某应被判处5年以上有期徒刑，此量刑显然高于盗窃罪的处罚，故应择非法经营罪定罪处罚。笔者认为，假设李某销售烟标的行为构成非法经营罪，情节也属特别严重这个前提是正确的话，确实应被判处5年以上有期徒刑，但是由此认为其处罚重于盗窃罪就是不正确的了。我国刑法第264条规定，盗窃公私财物，数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。根据该规定，盗窃罪适用十年以上有期徒刑的条件是数额特别巨大或者有其他特别严重情节，李某的行为只要具备其中之一，就可能面临十年以上有期徒刑的刑罚。李某的盗窃数额是否特别巨大呢？根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第三条的规定，“个人盗窃公私财物价值人民币5000元至2万元以上的，为数额巨大”、“个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的，为数额特别巨大”的规定，李某盗窃的烟标销赃数额达3万余元，由于笔者不知道该省确定盗窃罪的数额特别巨大的标准是多少，所以不能肯定李某的盗窃数额一定是数额特别巨大。但是，即使李某盗窃数额达不到上述解释“数额特别巨大”的标准，但是按照上述第二种观点所说，由于其盗窃烟标后非法销售情节特别严重，也应在“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产”的量刑幅度内定罪量刑。显然，无论按照哪种情形，李某的行为按照盗窃罪处罚都要重于按照非法经营罪的处罚。

最后人民法院仅判处李某3年有期徒刑，是因为法院并没有认定李某的行为构成情节特别严重或盗窃数

额特别巨大的盗窃罪，只是根据数额巨大，在3年以上10年以下的量刑幅度内定罪判刑，又由于李某有其他酌定从轻处罚情节，按照量刑幅度的下限来适用刑罚。如果按照非法经营罪来处罚，由于不属于情节特别严重，应当在五年以下有期徒刑或者拘役的量刑幅度内处罚，加上法院认定李某有一系列的酌定从轻处罚情节，处罚很可能轻于盗窃罪的处罚。

综上所述，李某销售烟标的行为不能构成非法经营罪。即使该行为可以构成非法经营罪，由于该行为是李某盗窃财物后的销赃行为，属于“事后不可罚”行为，对该行为也不该单独定罪，更不能与盗窃罪一起构成牵连犯。为了做到罪刑相适应，对李某销售烟标的行为可以在量刑时适当考虑从重处罚。

三、李某的行为构成盗窃罪

在分析了李某盗窃、销售烟标的行为构成犯罪的的基础上，笔者拟从犯罪构成的角度谈一下李某的行为构成盗窃罪的理由：

从盗窃罪主观方面的要件来看，李某窃取烟标的目的是为了销售给卷烟零售商以获得非法利益（冲抵其债务及获取现款），符合盗窃罪以非法占有为目的的主观要件。

从盗窃罪所侵犯的客体来看，李某窃取的165000枚烟标是该烟草专卖局从河南漯河汇华激光全息彩印有限公司以每枚0.008元购入的，这批烟标含税价值为1320元，也就是说李某的盗窃行为使得该烟草局损失了价值1320元的财物，侵犯了国有财物的所有权，符合盗窃罪客体的要件。

从盗窃罪客观方面的要件来看，李某采取因工作关系熟悉工作环境、凭身份便于进入仓库、较易接近作案对象的方便，趁他人不注意“顺手牵羊”，或者趁管理人员不备将仓库钥匙偷出后再潜入仓库盗窃，采用秘密手段使单位财物脱离了所有者控制，系典型的盗窃行为；所盗财物价值3万余元，数额巨大，符合盗窃罪客观方面的要件。

从盗窃罪主体方面的要件来看，李某是精神正常的成年人，有完全刑事责任能力，可以构成本罪主体。其虽然具有该烟草专卖局稽查队长的特殊身份，但是其盗窃烟标时并未利用职权以及身份地位等职务之便，而是利用因工作关系熟悉工作环境、凭身份便于进入仓库、较易接近作案对象的工作之便，因此不能成为职务侵占罪的主体。



（作者系北师大刑科院讲师、法学博士）

更新日期：2006-7-1

阅读次数：813

上篇文章：罪名变更与被害人诉讼权利的保护

下篇文章：从“莫兆军案”看“客观真实观”的缺陷

 打印 |  关闭

 TOP