

对盗窃罪的立法与司法之思考 - - 从一案例说起 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/479/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AF\\_B9\\_E7\\_9B\\_97\\_E7\\_AA\\_83\\_E7\\_c122\\_479451.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_AF_B9_E7_9B_97_E7_AA_83_E7_c122_479451.htm) [摘要]

虽然新刑法典对盗窃罪进行了修改，但是仍然存在一定的立法缺陷。司法实践中存在严重的教条化倾向，导致个案有失公正。二者之间存在密切的联系，因此有必要在提高司法人员素质的同时，完善立法，将理性的法律交到执法者手中。 [关键词]

犯罪本质 人身危险性 自首 立法模式 Abstract: There are still some faults in the stipulation of larceny in the Criminal Code, although the new Criminal Code improves more than the old one and, the rigidly doctrinal tendency in the judicial practice results in the unfair judgments. Because of the intimate relationship between legislation and judicial practice, it is necessary to make legislation better further and improve the quality of the judges as well, in order to transfer the rational law to the judicial branches. Key words:

criminal essence personal criminality surrender legislative mode

不久前，笔者听到如下一个案例：某甲是一个19岁的在校大学生，在北京一家电脑公司打工，某日遭公司解雇后很是气愤，在听到别人的似乎玩笑的话“弄他几台电脑”后，当夜回到公司偷出六台电脑（市场价格总计共近5万元）放在自己的住处。第二日公司发现被盗后，怀疑是甲所为，便将其叫来询问，甲当时便予以承认。公司便将其留下，并向公安机关报案。后经人们法院审判，认定甲构成盗窃罪，判处有期徒刑10年。应该说此案是一件简单的盗窃案，司法机关裁判起来似乎并无困难，案件判后影响也并不十分广泛，但是笔者

却感到很是遗憾和惋惜。惋惜的是一个正值意气的大学生因一念之差，将在铁窗内度过人生中十年的黄金时光，遗憾的是司法机关执法教条僵化。在遗憾惋惜之余不免重新考察盗窃罪之立法，发现立法本身存在一定的缺陷。为了将所思所想阐述清楚，笔者按实际之思路，先从对本案的评判说起。

一 本案的裁判存在严重错误 笔者认为，司法机关在进行裁判时，如果能在以下两个问题上给予慎重考虑的话，使甲在避免漫长的牢狱生涯、获得更多的人生机会的同时，同样可以感受到法律的威严、在思想上得到教化，从而达到国家对其行为进行法律追究的应有效果。此案的罪与非罪 刑法的主线是犯罪与刑罚的关系体系，而什么样的行为构成犯罪则是犯罪论体系的核心问题。从目前新刑法之规定看，只有具有犯罪本质、符合分则具体犯罪构成的行为才成立犯罪。对于本案，笔者首先从犯罪的本质进行考察。在关于“犯罪本质”的问题上，刑法学界存在“犯罪本质一元论”和“犯罪本质二元论”的不同观点，笔者认为无论是从“一元论”还是“二元论”出发，均可认定某甲不构成犯罪。就“一元论”而言，刑法第十三条规定的犯罪概念，表明犯罪的本质在于其严重的社会危害性<sup>①</sup>对社会秩序和社会关系具有破坏作用的行为对社会造成这样或那样损害的事实特征，也就是说，只有具有严重的社会危害性的行为才构成犯罪。社会危害性是主观恶性和客观危害的统一。对于主观恶性的含义有两种观点：其一，主观恶性是指罪过形式<sup>②</sup>故意或过失。故意罪过的心理事实是显意识，具有认识、情感、意志三个心理因素。〔1〕（P29 - 37）根据此观点，就本案中某甲来看，其主观上有认识，但通过考察其报复的动机以及事后表现，

表明其情感上并不存在强烈的占有欲，而且心境不佳，所以在一定程度上降低了其主观恶性的严重性。鉴于这样的情感，某甲也就没有希望将电脑据为己有的意志因素，这也可以从其面对公司人员询问的即时回答上看出来。由此可见，某甲的主观恶性缺乏相当的严重性。其二，主观恶性是指由犯罪前、中、后行为表现出来的犯罪人的恶劣思想品质。它具体表现了犯罪人应受道义上和法律上责难的程度，主观恶性不仅包括罪过，而且包括犯罪的目的、动机、以及犯罪前后表现所反映出的犯罪人的品质。〔2〕（P184）那么综合考察某甲的情况，也可得出相同的结论。客观危害是指行为对法益所造成的客观危害。就盗窃而言，也就是盗窃行为对法律所保护的财产利益——财产所有权造成的客观危害。本案中，某甲的行为的确侵害了公司的财产所有权，使其丧失了对其电脑一夜的控制权。但是客观危害的大小如何呢？笔者认为，所有人因为盗窃行为而失去对其财产的实际控制所造成的有形或无形的损失可以成为衡量客观危害大小的一个标准。就本案而言，公司对其财产的一夜的控制权并没有多少实际意义，因为公司并没有因为这一夜的控制权而失去什么经济利益，因为第二天由于某甲的承认，公司又重新获得了对电脑的控制权。因此，某甲的行为所造成的客观危害也并非十分严重。由此可见，本案的事实说明某甲的行为并没有达到刑法所规定的犯罪的社会危害性的严重程度。所谓“二元论”是指“认为人身危险性涵括在犯罪的特征之中，并且与社会危害性相并列，是犯罪的本质特征”〔1〕（P188），即犯罪具有社会危害性和人身危险性的二元本质。如前所述，某甲的行为并不具有严重的社会危害性，那么，其人身危险

性又如何呢？人身危险性是再犯可能与初犯可能的统一，再犯可能即犯罪人本人再次实施犯罪的可能性，初犯可能即犯罪人以外的其他人主要是潜在的犯罪人的犯罪可能性。再犯可能与主观恶性密切相关，一般情况下，主观恶性决定着再犯可能，主观恶性的大小决定再犯可能的有无。从本案来看，考虑到某甲的主观恶性并非严重以及其在校大学生的身份，其再犯的可能性很小。客观危害作为已然之罪的外在表现，具有物质的或者精神的外观，因而对社会上的其他人产生一定的影响。〔3〕（P540）因而，初犯可能与客观危害也有着密切的关系，初犯可能是以客观危害为基础的，没有客观危害就没有初犯可能，客观危害小其初犯可能性也就很小。那么，某甲的行为的有限的客观危害也就决定了其对社会上其他人产生的影响有限。由此可见，某甲的人身危险性不大，甚至可以说显著轻微。因而，从犯罪本质二元论来看，某甲的行为也没有构成犯罪。反过来说，如果对于人身危险性显著轻微的某甲，贴上犯罪人的标签，则不利于其继续社会化，同时对其收监服刑也极易使其进一步感染犯罪。因为，在某种程度上，监狱被称之为“犯罪兵营”〔4〕（P301）。所以，从犯罪的本质方面考察本案，根据“犯罪使社会遭受到的危害是衡量犯罪的真正标准”〔5〕（P63），同时根据刑法的谦抑性原则，完全可以不认定某甲的行为为犯罪，给予如此严重的刑罚处罚。如果通过其他的非刑罚方法进行处理，也许更能体现法律之公正。其次，从盗窃罪的犯罪构成进行考察。尽管目前刑法学界对于我国以犯罪构成为认定犯罪的标准的犯罪论体系颇有微词，但不可否认，司法机关几乎已经习惯于用“四要件”来进行司法裁判，所以笔者也从

构成要件的角度来分析此案的罪与非罪的定性问题。刑法第264条规定：“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；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；……”，可见，盗窃罪的客观方面表现为多次秘密窃取或者秘密窃取数额较大的公私财物的行为，盗窃公私财物的数额大小就成为裁判是否构成盗窃罪的要件之一，因此，盗窃罪也被刑法学界通称为数额犯。数额在数额犯中具有重要的意义，可以作为定罪的依据，但是是否能将这种意义扩大到将其作为定罪的唯一依据呢？关于此问题，有两种观点：一是认为，法律只规定了数额对定罪的意义，数额是定罪的唯一条件，其他情节只对量刑有影响，这称之为“构成要件说”；一是认为，情节是说明社会危害程度的重要部分，虽然法律未明文规定，但认定数额犯罪无法脱离其他情节，这称之为“处罚条件说”〔6〕（P594 - 595）。如果根据“构成要件说”，在裁判盗窃案件时只要考察其盗窃数额是否达到了《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》中所列举的数额标准以及本地区关于认定数额的具体规定，就可以直接认定罪与非罪。就本案而言，根据北京市高级人民法院、高级人民检察院、公安局结合本市的经济水平和社会治安状况，对盗窃罪数额的认定标准：D?D数额较大为1000元以上；数额巨大为1万元以上；数额特别巨大为6万元以上。某甲的盗窃数额达到5万元，符合其所列“数额巨大”的标准，构成了盗窃罪并且是加

重处罚的情况（但量刑也应该是处三年以上十年以下有期徒刑，才符合法律之规定。）。然而，从立法规定和司法解释的连续性及其所体现的法律精神来看，“构成要件说”是站不住脚的。刑法第264条中所规定的“多次盗窃”便是情节的体现，另外，从1998年3月17日起施行的《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》第六条的规定：“审理盗窃案件，应当根据案件的具体情形认定盗窃罪的情节：（一）盗窃公私财物接近“数额较大”的起点，具有下列情形之一的，可以追究刑事责任：……；（二）盗窃公私财物虽已达到“数额较大”的起点，但情节轻微，并具有下列情形之一的，可不作为犯罪处理：……；（三）盗窃数额达到“数额较大”或者“数额巨大”的起点，并具有下列情形之一的，可以分别认定为“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”：……”以及第七条的规定：“审理共同盗窃犯罪案件，应当根据案件的具体情形对各被告人分别作出处理：……”来看，在具体认定盗窃罪时，对盗窃罪的数额标准不能作机械的考虑，必须考虑其他情节，包括行为人作案的原因、手段、次数、后果以及事后的态度、退赃等情况。也就是说，在盗窃案中，数额并不是决定社会危害性大小的唯一因素，其他情节也对定罪量刑有不可忽视的重要意义。从本案来看，虽然数额巨大，但情节显著轻微，危害不大，处在可定罪可不定罪的界限之上。本着刑法的谦抑之精神，对甲不用刑罚，而用其他刑罚替代措施，同样可以获取最大的社会效益。D?D有效的预防和抗制犯罪。二、某甲是否成立自首退一步说，即便是认定某甲已经构成犯罪，笔者认为仍然可以根据“自首”D?D这一法定情节，从轻或者

减轻对某甲的处罚。《刑法》第67条规定的自首，是我国刑罚适用制度的一项重要组成部分，是刑法的基本原则之一。D?D惩办与宽大相结合的原则在量刑活动中的具体体现。认真贯彻执行这一制度，“对于争取、挽救、改造犯罪分子中的多数，孤立、打击少数，分化、瓦解犯罪分子，迅速查清案情，正确、即时处理刑事案件，有效地打击犯罪、保护人民、保卫社会主义现代化建设，有重要意义。”〔7〕

(P582) 为了正确发挥自首的刑法作用，1998年5月9日最高人民法院在《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》中明确了自首的认定条件，其中“第一条根据刑法第六十七条第一款的规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。(一)自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的，也应当视为自动投案。犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首。……”的规定，对自首的对象作了扩大解释，目的主要是为了给犯罪行为人更多的自新的机会。笔者认

为，为了更好的实现自首的立法意图，同时，为了做出有利于被告人的解释以体现罪行法定原则的“保护被告人权利”之精神，应该对“有关组织”再作扩大解释，即包括被盗单位、所在单位、城乡基层组织等一切有义务对其违法犯罪行为采取司法协助措施的有关组织。就本案而言，某甲在司法机关尚未介入之前，公司对其进行询问之时便予以承认盗窃的事实，表现出积极主动的心理态度，其情况根据立法意图，是符合《解释》中“罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的”规定的，应该认定为自首。因为刑法规定“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。”，所以，某甲可以在“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”的量刑幅度内得到从轻或者减轻的处罚。从本案的裁判情况来看，很明显人民法院并没有认定某甲的自首情节，因而做出了判处某甲10年徒刑的量刑严重错误的判决。由于司法人员教条僵化的理解法律，司法水平低下，导致了严重的裁判错误，如果不能及时得到纠正，一段美好的花样年华就会变成冰冷的铁窗生涯，这不仅是某甲的悲哀，更是法律的悲哀！

### 三、盗窃罪在立法上存在缺陷

笔者在对此案分析评价的之后，不免产生疑问：这仅仅是一个具体案件的司法认定的错误问题吗？作为规范标准的刑事立法是刑事司法的裁判标准，刑事立法上一旦失之毫厘，则会导致刑事司法的谬以千里。因此，我们不得不回到盗窃罪的刑事立法上进行考察，结果发现，导致司法错误固然有司法人员素质不高、执法水平低下之原因，同时，盗窃罪在立法上的缺陷也难逃其咎。对于发案率最高也最古老的盗窃

罪而言，各国立法者在其刑法典中对此罪概念的界定大致无外乎两种界定模式：一是多数国家采取的定性的单一模式；一是少数国家采用的定性+定量的复合模式。所谓“定性”是指只对行为的性质进行规定。所谓“定量”是指对行为中所包含的“数量”进行规定。下面分别对两种模式进行简要的介绍。

（一）定性的单一模式

1. 德国 1999 年生效的《德国刑法典》在第 19 章规定了“盗窃罪和侵占罪”，其中从第 242 条到第 244 条是对盗窃罪的规定。第 242 条为盗窃作了概念性的一般规定：“（1）行为人以使自己或者第三者违法地占有的意图而拿走他人可移动的物品，处五年以下的自由刑或者金钱刑。（2）力图可罚。”第 243 条规定的是“盗窃的特别严重情形”。“（1）在特别严重的情形中盗窃处三个月以上十年以下的自由刑。通常存在特别严重的情形，如果行为人在实施行为时侵入、翻越、用假钥匙或者其他没有被规定为用于符合秩序的开启的工具闯入建筑物、办公或者商业空间或者其他被围住的空间或者隐藏在该空间中；盗窃为防止拿走而通过锁闭的保管物或者其他保护设备加以特别安全保管的物品；职业地盗窃；从教堂或者其他服务于宗教活动的建筑物或者空间中盗窃被献于神职或者服务于宗教崇敬的物品；盗窃处于一般可进入的收集场所中的或者被公开展览的具有科学、艺术或者历史或者用于技术发展意义的物品；利用他人的无助、不幸事件或者共同危险进行盗窃；盗窃购买它需要武器法所规定的许可的手提火药武器、机关枪、冲锋枪、全自动或者半自动步枪或者带有炸药的战斗武器控制法意义上的战斗武器或者炸药。（2）在第 1 款第 2 句第 1 项至第 6 项的情形中不存在特别严重的情形，

如果该行为关系到价值很小的物品。”第244条规定的是“携带凶器的盗窃；结伙盗窃；侵入住宅的盗窃；”〔8〕（P146 - 147）据此，1999年的德国刑法典只对盗窃罪的盗窃手段、场所、物品的性质、盗窃人和受害人的情况等作了规定，以表明盗窃罪的轻重，而没有规定数额对成立盗窃罪的意义。

2. 美国“盗窃罪就是：（1）怀着盗窃意图，（2）非法，（3）获取，（4）并拿走，（5）他人的，（6）动产的行为。”“美国现在大多数司法区仍沿袭普通法把盗窃罪分为重盗窃（为重罪）和轻盗窃（为轻罪）两类。轻重的区别标准有两种。一种是按被盗物品价值为标准来区分轻重，具体数量各司法区不尽相同，……。另一种标准是非价值的：关于盗窃犯本人的情况？D？D再犯偷盗罪的，无论偷盗物品价值大小，均为重盗窃；关于被盗物品的性质？D？D盗窃武器的，无论其价值大小，均为重盗窃；关于盗窃方式？D？D从他人身上盗窃的（例如扒窃），无论价值大小，均为重盗窃。在不分重盗窃和轻盗窃的司法区里，上述情况一般也都作为从重或加重情节。”〔9〕（p228-233）由此可见，美国刑法中的盗窃罪没有数量上的限制，只要有盗窃行为就构成犯罪（哪怕只是盗窃一个苹果），所谓轻重也只有刑罚上的意义。除德国和美国之外，还有俄罗斯、日本、法国、英国、意大利、瑞士等国家对盗窃罪的规定也是将行为性质作为盗窃罪的构成要件，其他情况作为其轻重的标准，而没有将数量作为成立犯罪的要件之一。总之，这种定性模式所表明的是立法定性、司法定量。（二）定性+定量的复合模式 我国刑法第264条规定：“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处……；数额巨大或者有其他严重情节的，处……；数额特别巨大

或者有其他特别严重情节的，处……；有下列情形之一的，处……。”很明显，我国对盗窃罪不但规定了盗窃行为而且直接规定了“数量”限制，既包括数额也包括情节。因此，我国的盗窃罪概念采取的是“定性+定量的复合模式”。笔者介绍这两种盗窃罪的立法模式，目的在于比较哪一种模式更合乎理性，更能有利于司法实践，更能达到刑法所追求的一般公正和个别公正之间的平衡。就比较而言，前者的特点在于对盗窃罪只作形式化的规定，这是与这些国家（俄罗斯除外）对犯罪的一般概念只作形式定义是一致的。后者的特点在于对盗窃罪作了实质性的规定（量的规定表明了其社会危害性的程度），这也是与我国对犯罪的一般概念采取形式特征和实质特征相统一的模式内在一致的。前者的缺点是造成犯罪数量的增加，犯罪率居高不下，不利于国家形象。而前者的缺点正好是后者的优点，当然后者的缺点也在一定程度上表现为前者的优点。后者的即我国的盗窃罪的立法模式存在的重大缺陷在于造成司法领域的混乱、司法人员执法的教条僵化。第一，对于“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”等规定模糊不清，没有精细的进行量化。这样不利于司法实践的具体操作，各地的司法机关就容易各行其是，标准不统一，导致执法混乱、一般公正和个别公正严重失衡的后果。最高司法机关不得不出台一系列的司法解释予以规范，同时还赋予各地方司法机关对此进行司法解释的权利，因而司法解释权过于膨胀，各种解释比较杂乱。第二，司法解释的膨胀，客观上限制了各司法机关在实践中的自由裁量权，导致对法律的理解僵化，个案的裁判不公。例如，最高人民法院1997年11月4日的《关于审理盗窃案件具体应用

法律若干问题的解释》中规定：“个人盗窃公私财物价值人民币500元至2000元以上的，为数额较大。”、“盗窃公私财物接近‘数额较大’的起点，具有下列情形之一的，可以追究刑事责任：……”，可见，此司法解释赋予了将盗窃的数额作为构成犯罪的一个主要条件的重要地位。鉴于我国目前的司法人员的水平低下，这种规定极易被司法机关在具体裁判案件时推向“数额决定论”的极端，而忽视了对其他情节的考察，诸如盗窃人的生活境遇、盗窃的目的、动机、手段、平时的表现等等，特别是在我国没有引进“期待可能性”理论的情况下，更易造成像笔者前面所举案例类似的不正确的定罪和不合理的量刑。因此，鉴于立法对司法的重大作用，为了减少司法个案的不公正，笔者认为很有必要对盗窃罪的立法模式进行修改。虽然，正如前面笔者所言，两种定罪模式均有利弊，但定性+定量的复合模式弊大于利，因此选择单一的定性模式不失为理性之举，从而使罪行法定原则得以灵活运用。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)