

政治与法律 2015年第10期·经济刑法

盗窃罪法益:立法变迁与司法抉择

熊亚文

(厦门大学法学院,福建厦门 361005)

摘要 通过对入罪判断起决定作用的目的论解释以及谨守出罪的实质解释,法益概念发挥着重要的解释论机能。对盗窃罪构成要件的解释,离不开法益观念的指导。“扒窃”、“入户盗窃”和“携带凶器盗窃”等新型盗窃行为入罪表明,盗窃罪的保护法益已经由一元的财产法益走向多元的“财产+人身”法益。盗窃罪保护法益的多元化必然会现实地改变其犯罪构成要件之该当。因此,只有通过法益观念指导新型盗窃罪构成要件的解释,才能得出具有实质合理性且合乎目的性的解释结论,从而为新型盗窃行为的入罪判断提供统一、规范的限定标准。

关键词 盗窃罪;法益;扒窃;入户盗窃;携带凶器盗窃

中图分类号:DF625 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)10-0061-13

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.10.005

一、问题的提出

众所周知,“法益”作为刑法理论的基础性概念,是刑法解释的重要工具。对犯罪构成要件的理解,离不开法益观念的指导。一方面,犯罪构成要件保护法益的内容决定刑法规定该犯罪、设立该条文的目的,这便从形式(定性)上划定了具体罪刑规范的适用范围,指导司法机关做出入罪判断,实现刑罚处罚范围的明确性。另一方面,并非所有侵害特定法益的行为均成立相应犯罪,构成要件保护法益的辅助性还要求必须对构成要件进行实质判断,“使符合犯罪构成要件的行为的法益侵害性已然达到值得科处刑罚的程度,从而将‘情节显著轻微危害不大的’行为排除在犯罪圈外”。^①这便进一步从实质(定量)上限定了具体罪刑规范的适用范围,实现了刑罚处罚范围的合理性。可见,通过对入罪判断起决定作用的目的论解释(以符合文义解释为前提)以及谨守出罪的实质解释,法益概念发挥着重要的解释论机能。

在我国刑法中,盗窃罪属于典型的侵财类犯罪,盗窃犯罪的本质历来都被认为是侵犯他人对财物的本权或占有,盗窃罪的保护法益无可争议地归结为所有权、占有权等财产权益。应当说,在《刑法修正案(八)》(以下简称“修八”)对盗窃罪作出立法修正之前,对盗窃罪法益的一元认识是完全正

作者简介:熊亚文,厦门大学法学院博士研究生。

① 石经海、熊亚文:《何以“以刑制罪”:罪责刑相适应原则的定罪意义》,《社会科学战线》2015年第2期。

确的,这种一元法益观也足以作为盗窃罪构成要件的解释与司法适用提供指导。然而,自修八新增“入户盗窃”、“携带凶器盗窃”、“扒窃”等三种盗窃罪的基本行为类型(以下合称“新型盗窃行为”)以来,盗窃罪的一元法益观似乎丧失了准确指导新型盗窃行为构成要件的解释与司法适用之功能,有关新型盗窃行为的入罪根据及标准等问题一度引起理论纷争和实践混乱。以“扒窃”为例,虽然2013年发布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《2013年盗窃罪解释》)已将其界定为“在公共场所或者公共交通工具上盗窃他人随身携带的财物”,但理论界对于“公共场所”要素是否必要、“随身携带”财物范围如何等问题仍旧争论不休。这实际上表明,随着新型盗窃行为入罪,盗窃罪属于纯粹侵犯财产利益的犯罪的一元法益观正受到前所未有的冲击,一元法益观因没能正确揭示新型盗窃行为的法益侵害性而导致法益的解释论机能无从发挥。

与传统盗窃类型(即“数额型盗窃”)相比,刑法并没有为新型盗窃行为入罪设定数额门槛,这便引发如下疑问:同样是成立盗窃罪且适用相同的法定刑,为何传统盗窃行为入罪需要达到一定的数额标准,而新型盗窃行为入罪却没有如此要求呢?同样是盗窃数额较小的财物,为何传统盗窃行为充其量仅成立盗窃罪未遂(一般情况下不作为犯罪处理),而新型盗窃行为却可以成立盗窃罪既遂呢?质言之,与传统盗窃行为相比,新型盗窃行为的不法内涵到底新在哪里?其违法性提升的根据究竟何在?这些问题直接关系到对新型盗窃行为立法的规范目的和保护法益的重新理解,其本质是对新型盗窃行为法益侵害内容的探寻。基于法益概念的解释论机能,要想为新型盗窃行为的入罪判断提供统一、规范的限定标准,就必须寻找并根据新型盗窃行为修正立法的规范目的,即其旨在保护的法益内容,对新型盗窃行为的构成要件做出准确解释。如果脱离盗窃罪修正立法的保护法益去解释新型盗窃行为的构成要件,那么,无论采取何种解释立场、使用何种解释技巧、援引何种解释理由,均无法保证得出较为一致性和合理性的解释结论。遵循这一思路,本文拟在探寻并揭示盗窃罪修正立法保护法益之变化的基础上,对新型盗窃行为的入罪标准作出合乎逻辑的限定,以期裨益于盗窃罪的理论和司法完善。

二、立法变迁 盗窃罪保护法益的多元化

若将新型盗窃行为与传统盗窃行为进行比较,不难得出如下结论:既然新型盗窃行为入罪不要求数额较大,而传统盗窃行为入罪要求数额较大,那么,立法者做出如此区别对待的理由应当在于,新型盗窃行为除侵犯了单纯的财产利益外,还同时侵犯了其他无法用财产价值衡量(即财产利益范畴之外)的法益。正是由于新型盗窃行为侵害法益的多元化,立法者才有充分的理由将其入罪且不设定数额门槛。否则,从立法论上来说,新型盗窃行为入罪便欠缺合理根据,有违同等对待原则和罪刑相适应原则。笔者认为,“扒窃”、“入户盗窃”和“携带凶器盗窃”等新型盗窃行为入罪表明,盗窃罪的保护法益已经超出了单纯的本权、占有等财产权益范畴,而转向了人身及其相关权利范畴。简言之,盗窃罪的保护法益已经由一元的财产法益走向多元的“财产+人身”法益。根据法益的解释论机能,盗窃罪保护法益的多元化必然会现实地影响其犯罪构成要件的解释,进而影响盗窃罪的司法适用。因此,具体探讨“扒窃”、“入户盗窃”和“携带凶器盗窃”三种新型盗窃行为侵害法益的内容(即除了侵犯值得刑法保护的财产权益外,还侵犯何种法益),对于盗窃罪的司法适用而言,是一个极其重要且始终绕不过去的前置性问题。

(一)“扒窃”立法保护法益的多元化

修八将“扒窃”行为入罪的实质理由何在,或者说,“扒窃”行为与传统盗窃行为的等价性体现在哪里,这是准确揭示“扒窃”行为侵害法益内容的关键。《现代汉语词典》将“扒窃”定义为“从别人身

上偷窃(财物)”。^②从中可以看出,扒窃与普通盗窃最为核心的区别在于是否“从别人身上”窃取财物。因此,笔者认为,对扒窃的违法性实质即侵害法益性之探寻,也应从这一点出发。

理论上,有学者从“贴身禁忌”的角度来解释扒窃行为不法内涵的提升根据,认为“从字面上看,扒窃比普通盗窃多出一个‘扒’字;从涵义上看,扒窃比一般的盗窃行为多出的东西,就在于行为人为人盗窃的对象是被害人贴身范围内的财物,而行为人未经允许进入到他人的贴身范围这一点,不仅符合‘扒’的外部特征,而且触犯了一种法理和社会观念上的‘贴身禁忌’。这种贴身禁忌,是指未经允许或缺乏法律根据,不得侵入他人的贴身范围,这里强调的是人的身体的隐私和尊严。每个人的贴身范围都是一个禁忌空间,在法律秩序上,这也是人身权和人格权的一部分。恰恰在这一点上,表现出扒窃与其他普通盗窃的区别之处,扒窃行为在打破他人占有取走财物这个所有盗窃行为共有的财产危害性之外,多出了一块侵入他人贴身空间、违反贴身禁忌的危害性,因此,不计数额,也可以定罪”。^③

笔者认为,“贴身禁忌说”紧紧围绕着“扒”字来剖析扒窃行为相对于普通盗窃行为的独特不法内涵,由此揭示扒窃行为违法性提升之根据,说明扒窃入罪在立法论上的合理性,并依此指导扒窃行为入罪与否的判断标准,其态度、立场和方法都是值得肯定的。然而,扒窃行为违反“贴身禁忌”仍旧只是一种表象,要想揭示扒窃的侵害法益内容,还需在这个方向上走得更远些。必须思考,违反“贴身禁忌”的扒窃行为,真的仅仅只是因为违反“贴身禁忌”而导致行为违法性提升吗?是否因违反“贴身禁忌”而引起了更加内在和实质的法益侵害,才是正确揭示扒窃行为法益侵害内容所要回答的问题。

事实上,“贴身禁忌”的背后旨在对被害人人身及贴身财物提供前置性保护,因为违反“贴身禁忌”的行为通常具有造成被害人人身损害的高度危险性,并且通过违反“贴身禁忌”而取得被害人贴身财物的行为通常会导致被害人及其他人产生无法控制财物的紧迫危险感(或者说“财产安全性恐慌”)。因此,扒窃行为除侵犯一定的财产法益外,还应当侵犯(或者威胁)了被害人的人身权利,并由此导致被害人及其他人产生无法控制财物的紧迫危险感。前两者(即被害人财产和人身权益)是扒窃行为侵害的个人法益,后者是扒窃行为侵害的社会法益(社会秩序、财产安全感等)。只不过,由于扒窃行为对被害人人身权利和财产权益的侵犯和威胁,肯定会附随导致被害人及其他人产生无法控制财物的紧迫危险感,二者之间是一种重叠、表里关系,因而无需再对后者进行特别判断。

理论上还有观点认为,尽管修八将扒窃类型化地规定为盗窃罪独立不法行为定型的基本依据在于,贴近被害人人身窃取其随身携带的财物,不仅构成对他人财产的侵犯,而且直接触犯他人的“贴身禁忌”,间接威胁他人人身安全;但是,仅仅有这一不法内涵的增加,还不足以使立法者将扒窃规定为盗窃罪独立的不法行为定型正当化,必须在扒窃行为这一客观不法的基础上,着眼于扒窃行为人为人“扒手”的人的主观不法属性,即“扒手”扒窃已成习性(常习犯)、以扒窃为业(常业犯)或者意图以扒窃为业等人的主观不法属性,将扒窃行为的客观不法与“扒手”的人的主观不法相结合,才能将扒窃的不法提升至刑事可罚的程度,才能认定扒窃行为该当盗窃罪的扒窃构成要件。^④

笔者认为,将扒窃行为人为人“扒手”的人的主观不法作为扒窃行为违法性提升根据的观点,无论是在刑法理论上还是在司法实践上,都难以走通。

从理论上说,这种观点存在如下问题。其一,混淆了违法与责任。犯罪的实体是违法与责任,违法是客观的而责任是主观的。所谓扒窃行为人为人“扒手”的人的主观不法,实际上是责任层面的问题,其应以客观不法为基础和前提,不存在独立于不法的罪责,否则便是纯粹的主观归罪与彻底的行为人

^② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2012年版,第964页。

^③ 车浩:《“扒窃”入刑:贴身禁忌与行为人刑法》,《中国法学》2013年第1期。

^④ 参见梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,《法学研究》2013年第2期。

刑法。其二,混淆了可罚性与需罚性。这种观点采取的限制扒窃行为入罪之立场值得肯定,但是,该论者却混淆了扒窃行为的可罚性与需罚性问题。扒窃行为的可罚性是为其入罪提供根据,扒窃行为的需罚性则是对已经符合扒窃构成要件的行为是否需要给予刑罚处罚提供理由,二者不在同一个层面上。其三,有违刑法禁止重复评价原则。“扒手”的人的主观不法属性,包含“扒手”扒窃已成习性(常习犯)、以扒窃为业(常业犯)等内容,这些都是以已经被评价过的客观行为为载体,并以犯罪前科、违法记录等客观形式呈现出来,如果再将这些已经受过处罚的行为作为犯罪成立的重要考量因素,则无疑对这些行为在定性上予以了重复评价,有违刑法禁止重复评价原则。

从实践上看,这种观点存在的问题是,扒窃行为人“扒手”的人的主观不法面临证明难题,最终结果只能是落入主观归责的窠臼。要想认定扒窃行为人“扒手”的人的主观不法,就必须证明行为人扒窃成性或者(意图)以此为业,这就至少要有相关前科记录或品格证据加以佐证。然而,一方面,“品格证据”并非我国刑事诉讼法规定的法定证据形式之一,其缺乏作为证据必须具有的法定性、客观性和关联性(“证据的三性”),根本不能作为刑事诉讼证据使用。另一方面,如果将相关前科记录作为犯罪成立的条件,则违反了刑法禁止重复评价原则,如果单纯依靠犯罪嫌疑人、被告人供述来证明其具有“扒手”的人的主观不法,则不仅违背了刑事诉讼的证明规则即“只有被告人供述而无其他证据佐证的,不能定罪处罚”,而且还容易导致刑讯逼供,最终结果极有可能是主观归罪。

综上,“扒窃”入罪的违法性提升根据只能从扒窃行为的客观不法中寻找,即贴近被害人人身窃取其随身携带的财物,不仅构成对他人财产权益的侵犯,还因直接违反他人的“贴身禁忌”而间接威胁他人人身安全。相应地,扒窃行为的如此不法内涵也应成为解释扒窃行为构成要件的指导工具和标准。

(二)“入户盗窃”立法保护法益的多元化

修八将入户盗窃作为盗窃罪的一种独立行为样态入罪,显然是以抢劫罪的加重情节“入户抢劫”为参照的。但与入户抢劫不同的是,入户盗窃是作为盗窃罪的基本行为类型之一而存在的,其规范功能在于扩大盗窃罪的处罚范围(即将数额不大的入户盗窃行为以独立的行为类型入罪);^⑤入户抢劫则是作为抢劫罪的法定加重情节之一而存在的,其规范功能在于对已经成立抢劫罪的特殊行为类型加重处罚。因此,不能将二者的认定标准完全等同。

立法者之所以将入户盗窃行为作为盗窃罪的一种独立行为样态入罪,是因为以下考量。一方面,入户盗窃是盗窃犯罪中较为常见的一种形态。以浙江省 Q 县为例,入户盗窃案件可占到盗窃犯罪总数的 30%左右,入户盗窃的严峻形势可见一斑。但是,原有盗窃罪立法所设置的数额或次数门槛,却使绝大部分入户盗窃行为不能入罪处罚,不利于对入户盗窃的控制和打击。另一方面,随着我国经济的高速发展,人们的住房条件的日益改善和公民隐私观念的加强,保护户的空间安全和住房安全成为人们极为重要的权利内容,入户犯罪作为我国刑法的一种特殊规定,显然是建立在对公民居住权的保护和与户及房屋密切相关的人身权的保护基础之上的。

立法上的不足与现实中的需要无疑是促使修八将入户盗窃独立入罪的直接动因,但是,入户盗窃入罪的实质理由仍应从其法益侵害性中寻找。在笔者看来,相比于普通数额型盗窃行为,入户盗窃因“入户”行为而使其不法内涵更为丰富,因而违法性程度也就更高。自古以来,户作为与外界相对隔离的私人住所,素有“私人城堡”之称。“住所拒绝一切陌生人或者政府窥视的眼神和窥探的耳朵,住宅权不受侵害这项宪法性权利是基于普通法对于私人住宅的尊敬,当违法者闯入他人住宅时,

^⑤ 在修八之前,入户盗窃行为只能通过“数额较大”或“多次盗窃”两种途径入罪,对于入户盗窃数额未达较大标准或者次数未达多次标准的,不成立盗窃罪。在修八之后,入户盗窃作为独立的盗窃罪基本行为类型之一,可以在无犯罪数额和次数门槛的限制下,径直成立盗窃罪。由此,修八扩大了盗窃罪的处罚范围。

侵犯的不仅仅是他人的财产,他人抵御外来侵犯的碉堡随之也受到了侵犯,个体生命安全的根源同时也受到了侵犯。”^⑥入户盗窃因“入户”行为的存在而具有丰富的不法内涵。首先,也是最为直观的不法内涵,入户盗窃不仅侵害了财产权,而且侵害了住宅安宁权。^⑦尽管入户盗窃并不是非法侵入住宅罪与盗窃罪的结合犯,因为如果拆开入户与盗窃分别判断,入户行为可能并不成立非法侵入住宅罪,盗窃行为亦不一定成立盗窃罪;入户并不是盗窃行为本身的组成部分,而是限制处罚范围的要素(同时为违法性提供根据)。^⑧但是,入户行为因属于非法进入他人住宅的行为,而仍具有与非法侵入住宅罪相同性质(但程度不同)的法益侵害性,即侵犯了住宅的安宁与平稳。其次,入户盗窃在侵犯公民住宅安宁与平稳的背后,还隐含着对公民人身权利的侵害危险。因为入户盗窃易于转化为抢劫或演出强奸等更严重的犯罪,潜在着危险升高的可能。^⑨正如我国台湾地区学者林东茂所言:“住所通常有人,而建筑物未必有人,一旦窃贼入侵,不仅居住自由受到侵扰,更可能引发搏斗而升高危险,这个危险不能任其发生,所以对入户盗窃作特别规定。”^⑩不仅如此,由于户的相对封闭性,侵害人身权利的犯罪一旦发生在户内,被害人将处于孤立无援的境地,此类犯罪造成的人身损害一般都相当严重。最后,入户盗窃行为不仅在客观上具有多重的法益侵害性,同时也反映出行为人较深的主观恶性,从而提升了行为的违法性程度和行为人的人身危险性程度。

笔者完全赞同如下观点:从“入户盗窃”作特别规定的立法本意来看,其目的之一是保护公民的财产权,这是与一般盗窃情形相同的共性特征;其目的之二是保护公民的人身权,包括公民的生命健康权、隐私权、住宅不受侵犯权等,其中又以保护公民的生命健康权、防止遭受潜在的生命和健康威胁为首要目标。^⑪并且,笔者认为,在入户盗窃立法所保护的多元法益中,由于盗窃罪一直以来都属于侵犯财产类犯罪,入户盗窃行为侵害的主要法益仍然是财产权益,只是在保护财产权益的同时又具有连带保护人身权利的侧面而已。尽管如此,这种保护法益内容的次要改变,也足以对盗窃罪相应犯罪构成要件的解释与适用带来质的变化。

(三)“携带凶器盗窃”立法保护法益的多元化

从立法沿革来看,携带凶器盗窃第一次出现在立法者考虑范围之内是在1997年刑法的修订过程中,当时的修订草案拟规定“对于携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处”,不过,最终通过的刑法将这一规定删除,仅保留了“对于携带凶器抢夺的,以抢劫罪论处”之规定。的确,从一般民众的法感情来看,携带凶器盗窃与携带凶器抢夺的违法性程度是有本质区别的,刑事立法不可能将二者等同,否则便是对法治国同等对待原则的公然漠视,更有违罪刑相适应的刑法基本原则。刑法立法之所以通过法律拟制的方式将携带凶器抢夺的行为以抢劫罪论处,是因为携带凶器抢夺者很可能由针对财物的暴力转化为针对人身的暴力,伤害他人人身甚至生命的危害后果出现的潜在威胁极大,只有将两种不同行为等同评价才能做到罪刑相适应,才能对携带凶器抢夺行为起到震慑和预防作用。

在时隔十五年之后,修八终将携带凶器盗窃作为盗窃罪的一种独立行为模式入罪,并且未做任何犯罪数额的要求。如此立法修正,既源于数额、次数型盗窃罪立法的固有不足,也有对携带凶器盗窃行为的多发情势及其自身所具有的严重社会危害性之考量。正如全国人大常委会法工委的立法工作者所言:“……携带凶器盗窃等行为,虽然严重危害人民群众的财产安全,并对群众人身安全

⑥ [美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》(第四版),王秀梅等译,北京大学出版社2009年版,第240页。

⑦ 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第727页。

⑧ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第880页。

⑨ 参见魏汉涛、戴志军:《入户盗窃之再解读》,《云南大学学报(法学版)》2014年第2期。

⑩ 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订三版),中国人民大学出版社2009年版,第161页。

⑪ 韩筱筠:《“户”内无人应否构成“入户盗窃”》,《检察日报》2011年5月11日第3版。

形成威胁,具有严重的社会危害性,但往往由于犯罪分子一次作案案值达不到定罪标准无法对其定罪处罚,只能作治安处罚,打击力度不够,难以形成有效震慑,也影响了民警和群众与扒窃等犯罪行为斗争的积极性,导致犯罪分子有恃无恐,屡打不绝。”^⑫

既然立法者将携带凶器盗窃与数额较大的普通盗窃等同视之,并适用相同的法定刑幅度,那么,没有数额要求的携带凶器盗窃行为的违法性程度应与数额较大的普通盗窃相当。因为“来自正义思想,要求(依该当法秩序之一般评价而言)同种的事物(或具有相同意义的事物)应予相同处理的原则”,否则“构成评价上的矛盾,而与——被解为‘同等标准’的——正义理念不能相容”。^⑬根据自然科学领域的“把握定量,控制变量”的分析方法,对于数额不足的携带凶器盗窃的不法内涵之提升理由,只能从“携带凶器”这一要素中予以探寻,即“携带凶器”的独特行为样态与普通盗窃行为相比,多出了什么样的法益侵害性。

显而易见,携带凶器盗窃在侵犯公民财产权的同时亦对公民人身权造成威胁。立法者将携带凶器盗窃行为单独入罪的根本原因在于,携带凶器盗窃极有可能由取财型犯罪上升为暴力型犯罪,从而对人身造成重大危害。^⑭由此可见,携带凶器盗窃的不法内涵已经超出单纯数额型盗窃行为对财产法益的侵害范围,这种行为不仅侵犯了公私财产的所有权,而且对被害人的人身也构成了潜在威胁。一方面,与普通盗窃行为相比,携带凶器盗窃表明行为人具有坚强的犯罪决意和后续的犯罪计划,显示出更大的主观恶性。另一方面,正所谓“身怀利器,杀心自起”,行为人携带凶器盗窃,往往有恃无恐,一旦被发现或者被抓捕时,则使用凶器进行反抗,这种行为以暴力为后盾,不仅侵犯他人的财产,而且对他人的人身形成严重威胁。^⑮因此,可以得出结论,携带凶器盗窃行为所侵害的法益,不仅包括值得刑法保护的财产性利益,还包含对被害人人身权利的潜在威胁,二者缺一不可,否则不足以作为携带凶器盗窃行为的违法性提升提供实质根据,不能据此构成携带凶器型盗窃罪。

三、司法抉择:法益观念下新型盗窃行为入罪之限定

在揭示新型盗窃行为入罪背后隐含的盗窃罪保护法益的多元化之基础上,根据法益观念指导新型盗窃行为构成要件的解释,可以得出具有实质合理性且合乎目的性的解释结论,从而为新型盗窃行为的入罪判断提供统一、规范的限定标准。

(一)“扒窃”入罪之限定

根据《2013年盗窃罪解释》第3条第4款之规定,“扒窃”被界定为“在公共场所或者公共交通工具上盗窃他人随身携带的财物”。司法解释采取的立场与刑法学界的主流观点基本一致,“公共场所”和“随身携带”被认为是“扒窃”的两个核心要素。^⑯尽管有不少学者提出,将在公共场所作案视作扒窃行为的本质特征之一,从概念定义的角度来看存在诸多疑问。但是,笔者认为,作为刑法规范术语的“扒窃”与作为日常生活用语的“扒窃”应具有本质区别,后者是社会生活所呈现出的行为典型样态,而前者是立法者基于刑事政策的需要从行为典型样态中抽象出的犯罪行为定型。刑法规范术语中的“扒窃”虽然来源于日常生活用语中的“扒窃”,但具有相对独立性,且更加定型化、规范化。立

^⑫ 黄太云:《〈刑法修正案(八)〉解读(三)》,《人民检察》2011年第8期。

^⑬ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第212页。

^⑭ 参见周啸天:《携带凶器盗窃的刑法解析——对〈刑法修正案(八)〉的解读》,《法律科学》2011年第4期。

^⑮ 参见前注^⑫,黄太云文。

^⑯ 参见张明楷:《盗窃罪的新课题》,《政治与法律》2011年第8期;陈家林:《论刑法中的扒窃——对〈刑法修正案(八)〉的分析与解读》,《法律科学》2011年第4期,等等。

法者完全可以基于可罚性和需罚性考量,将刑法规范术语中的“扒窃”限定为在公共场所实施的扒窃,这不仅无可厚非,而且体现了刑法谦抑性的内在要求。

问题的焦点在于:如何理解扒窃对象——“随身携带的财物”之范围?对此,官方的权威观点认为,随身携带应该理解为一种实际的支配或者控制的占有状态,随身携带的财物包括被害人带在身上与其有身体接触的财物,以及虽未依附于身体但置于被害人身边可用身体随时直接触摸、检查的财物(“支配财物说”)。^⑮学界的主流观点认为,随身携带的财物是指他人带在身上或者置于身边附近的财物,例如,在公共汽车上窃取他人口袋内、提包内的财物,在火车、地铁上窃取他人置于货架上、床底下的财物的,均属于“扒窃”(“身边财物说”)。^⑯此外,还有一种有力的观点认为,随身携带的财物仅指他人身上的贴身财物,如被害人身上所穿衣服兜内的财物、被害人佩戴的首饰等与被害人身体密切接触的财物(“贴身财物说”)。^⑰

不难看出,“支配财物说”与“身边财物说”实际上并无本质差异,二者仅仅具有财物与人身距离上的区别而已;“贴身财物说”则完全将人身以外的财物排除在外,而不论财物与人身的距离如何。正如有学者所言,贴身财物是一种事物,离开贴身状态的财物是另一种事物,两者之间事物属性不可能同一,离开贴身状态的财物之间,无论距离被害人的身体具体有多远,相互之间只是量上的差别而非质的区别;从与贴身财物本质特征相区别的角度看,只要离开贴身状态,与身体不接触的财物之间的事物属性应属同一关系。^⑱

笔者认为,根据扒窃行为不仅侵犯他人财产权益,还因直接触犯“贴身禁忌”而间接威胁他人人身安全的不法内涵,对“随身携带的财物”应作限制解释,只有将其限定为“贴身财物”,才能使扒窃行为具备违法性提升根据。对于贴身之外的财物,即使处于伸手可及或者随时可控的身体附近,也不应将其认定为“随身携带的财物”。首先,扒窃行为的违法性提升根据只存在于对贴身财物的窃取中,一旦财物处于贴身范围之外,便失去不法内涵的提升要素。只有当被窃取的财物与被害人身体有密切的物理接触时,扒窃行为造成被害人人身损害的危险与窃取非贴身财物相比才会显著升高。也只有当贴身财物被窃取时,才容易导致被害人及其他人产生“无法控制财物的紧迫危险感”或“财产安全性恐慌”。其次,由于一般人对贴身财物具有最强的管控能力,因而窃取贴身财物的难度和风险与窃取非贴身财物相比要大得多,对贴身财物的窃取反映出行为人的主观恶性和人身危险性较大,从而表明行为人的规范违反程度较深。最后,采取“贴身财物说”可以避免“支配财物说”和“身边财物说”固有的司法认定难题。因为财物距离身体多远才能被评价为“身边附近”或“可随时支配、控制”并没有明确具体的界限标准,司法上难以对窃取贴身之外财物的行为与普通盗窃行为作出区分。正如有学者所质疑的:如果说放在旅客头顶货架上的行李属于在身体附近,那么与旅客间隔几个座位的货架上的行李是否属于在身体附近?放在与旅客间隔一个车厢的货架上的行李是否属于在身体附近?如果放在自行车前车筐或者后座上的财物能够成为扒窃的对象,那么放在小汽车后备箱里的财物或者载货大汽车挂车车厢中的财物,能否成为扒窃的对象?显然,主流观点无法在逻辑上一以贯之地回答以上问题,也无法提供一种可操作性的、有明确边界的标准。^⑲综上,应将《2013年盗窃罪解释》规定的“随身携带的财物”限定为“贴身财物”,如此方能实现刑罚处罚范围的合理性与明确性。

^⑮ 参见陈国庆、韩耀元、宋丹:《〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载彭东主编:《刑事司法指南》(2013年第3集),法律出版社2013年版,第141页。

^⑯ 参见前注^⑮,张明楷文。

^⑰ 参见董玉庭:《扒窃行为入罪论》,《人民检察》2014年第13期。

^⑱ 同上注,董玉庭文。

^⑲ 参见前注^⑮,车浩文。

明确“扒窃”的构成要素即“在公共场所或交通工具上盗窃他人贴身财物”,仅从形式(定性)上回答了何为“作为盗窃罪行为类型之一的‘扒窃’”。尽管立法和司法解释均未对“扒窃”入罪设定数额或次数门槛,但刑法理论和司法实践都明确否定“扒窃一律入罪”之论断。这意味着,基于刑法的辅助性法益保护原则,在界定“扒窃”行为构成要素之基础上,还需从实质(定量)上回答何为“值得刑罚处罚的‘扒窃’”,以进一步限定“扒窃”入罪。

在行为方面,虽然立法和司法解释并未对扒窃入罪设定数额门槛,但这并不意味着扒窃型盗窃罪属于行为犯,作为侵犯财产类犯罪,盗窃罪保护的首要法益依然是财产法益,盗窃罪的结果犯属性仍未改变。因此,扒窃行为必须侵犯了值得刑法保护的财产利益才能入罪处罚(不过无需达到“数额较大”的标准),对于未侵犯值得刑法保护的财产利益的扒窃行为,一般不成立盗窃罪。当然,由于“值得刑法保护的财产利益”是一个外延并不明确的概念,其不可避免地存在一个模糊地带。在这种情况下,需要综合考虑“扒窃”的行为手段是否具有较强的技术性或破坏性、是否具有窃取较大数额财物的可能性等因素,判断是否成立盗窃罪。值得注意的是,对于未取得任何财物或者取得财物明显不值得刑法保护的“扒窃”,无论如何也不能成立盗窃罪既遂。如果由于行为人主观恶性和人身危险性较大、行为手段具有很强的技术性或破坏性、没有取得财物的结果具有很大的偶然性等情节,而具有可罚性和需罚性根据的话,那么可以认定成立盗窃罪未遂。

在行为人方面,由于主观恶性和人身危险性的有无及大小,不仅影响犯罪的成立与否,还影响刑罚的轻重甚至有无及承担方式,因而反映行为人主观恶性和人身危险性的情节是定罪量刑的重要考量因素。据此,对于初犯、偶犯等主观恶性和人身危险性较小甚至阙如的情况,由于预防必要性相应较小甚至阙如,应视具体情况,或依照我国《刑法》第 13 条“但书”不认为是犯罪,或认定成立犯罪但免于刑事处罚,或尽量适用缓刑、非监禁刑,或在量刑时予以从宽对待。对于常习犯、常业犯等主观恶性和人身危险性较大的情况,由于预防必要性相应较大,应当从严把握。如果“扒窃”财物已然较大,则在相应法定刑幅度内从严处罚;如果“扒窃”未取得财物或者取得的财物不值得刑法保护,则应综合行为人主观意图(是否意欲窃取较大数额的财物)、行为手段(技术性、破坏性是否较强)、客观上是否具有窃取较大数额财物的可能性(由于偶然因素而没有取得较大数额的财物)等因素,判断是否构成盗窃罪未遂。如前所述,笔者不主张单纯以“扒手”的人的主观不法作为“扒窃”入罪的根据,对于未取得财物或者取得的财物不值得刑法保护的“扒窃”,其入罪根据应在于扒窃行为的客观法益侵害危险,而“扒手”的人的主观不法只能在此基础上对处罚(预防)必要性产生影响。换言之,即便行为人是一个扒窃惯犯,但只要“扒窃”行为本身没有达到刑法所要求的法益侵害性,对其就不应当定罪处罚,否则便是纯粹的主观归罪和彻底的行为人刑法。

(二)“入户盗窃”入罪之限定

从修八之规定来看,入户盗窃入罪既无数额门槛也无次数要求。有学者据此认为,入户盗窃属于行为犯而不是结果犯。^②笔者不同意这种观点。尽管入户盗窃的违法性提升的根据在于,它不仅侵害了财产权,还侵犯了公民住宅的安宁与平稳,并在其背后隐含着对公民人身权利的危害危险。但是,入户盗窃仍旧只是盗窃罪的行为类型之一,其侵害的主要法益仍然是财产权益,只是在保护财产权益的同时又具有连带保护人身权利的侧面而已。因此,对于入户盗窃行为也应以行为人取得值得刑法保护的财物为既遂标准。在此意义上,入户盗窃仍应属于结果犯而非行为犯。当然,要求入户盗窃行为至少取得值得刑法保护的财物才构成既遂,并不是指入户盗窃“数额较大”的才构成犯罪,而是旨在将仅入户窃取了客观价值与使用价值均低廉的财物之情形排除在外,从而使构成犯罪的入户盗

^② 参见武良军:《论入户盗窃、扒窃等新型盗窃罪的既遂与未遂——〈刑法修正案(八)〉实施中的问题与省思》,《政治与法律》2013 年第 9 期。

窃行为的违法性达到值得科处刑罚的程度。

明确入户盗窃需以行为人取得值得刑法保护的财物为入罪条件,只是实现了入户盗窃不法内涵的一个方面(即侵害财产法益);至于真正导致入户盗窃违法性提升的另一不法内涵(即侵害住宅安宁与平稳,并隐含对人身权利的侵害危险)如何得以实现,才是需要着重探讨的问题。笔者认为,根据入户盗窃行为对住宅安宁与平稳的侵犯及其隐含对人身权利的侵害危险,对入户盗窃中“入户”之解释至少应当满足如下条件,方能实现修八立法的规范目的。

首先,行为人入户的目的应当具有非法性,且非法目的之内容在所不问。入户盗窃的不法内涵提升根据在于,它不仅侵犯了财产权,而且还同时侵害了住宅安宁权。因此,入户的目的应当具有非法性,否则不构成对公民住宅安宁与平稳的侵犯。存在争议的是:入户目的的非法性内容是否仅限于实施侵犯财产类违法犯罪活动?对此,理论上有点指出,根据2005年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称:《两抢意见》)第1条之规定,入户抢劫中“入户”目的的非法性应限于实施抢劫等犯罪,参照这一规定,入户盗窃中“入户”目的的非法性也应当仅限于非法占有他人财物,而不包括基于其他非法目的而进入他人住所并实施盗窃的行为。^{②③}笔者认为,上述观点不当限制了入户盗窃的适用范围,与入户盗窃立法的保护法益和规范目的不符。《两抢意见》是基于入户抢劫属于抢劫罪的加重类型而作的限制解释,然而,修八将入户盗窃规定为盗窃罪的行为类型,是为了扩大盗窃罪的处罚范围,并且对其适用的是盗窃罪的基本法定刑而不是加重法定刑,因此,不能将入户抢劫的认定标准适用于入户盗窃。^④入户盗窃中的“入户”只要侵犯了公民住宅的安宁与平稳即可,这就足以作为入户盗窃行为的违法性提升提供根据,从而将“在户内盗窃”等不具备如此不法内涵的情形加以排除。入户目的的非法性内容不同,并不影响对住宅安宁与平稳的侵犯。换言之,只要是基于非法目的入户,均构成对公民住宅安宁与平稳的侵犯。因此,基于入户盗窃行为违法性提升的根据,不应当对入户目的的非法性内容作出限制,只要是基于非法目的而入户盗窃的,无论是基于犯罪目的还是一般违法目的,都可以认定为“入户盗窃”。

其次,对“户”应作限缩解释,将其限定为正在或可能正在供他人家庭生活、与外界相对隔离的住所,从而将废弃的、空置的及确定长期无人居住的住所等户内不可能有被害人的情形排除在外。

根据《2013年盗窃罪解释》第3条第2款之规定,入户盗窃中的“户”可以界定为“供他人家庭生活,与外界相对隔离的住所”,前者是其功能特征,后者是其场所特征。如果再结合2000年最高人民法院《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称:《2000年抢劫罪解释》)之规定,可以发现,“入户抢劫”中的“户”也是指供他人家庭生活的与外界相对隔离的住所,具体包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等。鉴于《2000年抢劫罪解释》已从严格限制的立场对“户”作出解释,可以认为,“入户盗窃”中的“户”与“入户抢劫”中的“户”在形式上具有相同的外延。

值得思考的是,即便认为入户盗窃与入户抢劫中的“户”在形式上具有相同的外延,是否就意味着二者在实质上也具有相同的外延。笔者对此持否定态度。入户抢劫中“户”的实质外延要小于其在形式上的外延,并非任何封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等供他人家庭生活的、与外界相对隔离的住所,均可以成为入户抢劫的对象。因为任何抢劫行为的发生都需要被害人在场,更不用说入户抢劫行为,所以入户抢劫中的“户”实际上只能是指“有被害人在场时的户”,而不可能包括没有被害人在场的户。无法想象在一个没有被害人在场的户内,入户抢劫行为究竟如何发生。之所以得出如此结论,是因为抢劫行为的侵害法益包括财产权和人身权,二者

^{②③} 参见刘兵:《认定“入户盗窃”要注意把握三种情形》,《检察日报》2011年5月25日第3版。

^④ 参见前注^{①⑥},张明楷文。

缺一不可,在没有被害人在场的户内,因相关行为不可能侵犯被害人人身权利而不成立抢劫罪。

据此,笔者认为,对于入户盗窃中“户”的实际范围,也应当根据入户盗窃立法的保护法益作出目的性限缩,以得出符合其规范目的的解释结论。如前所述,入户盗窃不仅侵犯了财产权,还同时侵犯了住宅安宁权,而法律对住宅安宁与平稳的保护,又是以保护公民的生命健康权、防止遭受潜在的生命和健康威胁为首要目标的。因此,入户盗窃在侵犯公民住宅安宁与平稳的背后,还需隐含着对公民人身权利的侵害危险,否则便不具有违法性提升的根据。由此,应当将入户盗窃中的“入户”限定为“隐藏着对公民人身权利的侵害危险”的“入户”,从而将不可能具有侵害他人人身权利的危险的“入户”排除在外。具体而言,应当将入户盗窃中的“户”限定为“正在或可能正在”供他人家庭生活、与外界相对隔离的住所,从而将废弃的、空置的以及确定长期无人居住的住所等户内不可能有被害人在场的情形排除在外。其中,“正在”供他人家庭生活的与外界相对隔离的住所,是指实际上正在被他人使用的住所,既包括住所内有人情形,也包括使用者一时外出随时可能回来的情形(如上班、出差、逛街、走亲访友等)。“可能正在”供他人家庭生活的与外界相对隔离的住所,则是指不能确定是否已经正在被他人实际使用的住所。对入户盗窃中的“户”作以上目的性限缩,可以将废弃的、空置的以及确定长期无人居住的住所等户内不可能有被害人在场的情形排除在外,从而得出合乎目的性和实质合理性的解释结论与处罚范围。

最后,还需注意以下两种介于普通盗窃与入户盗窃中间情形的处理。

一是以伸入方式盗窃。“以伸入方式盗窃,是指行为人部分身体进入户内或者身体没有进入户内,而是借助某种工具窃取户内财物的行为。”^⑤比如,行为人在户外伸手盗窃户内窗边、门边的财物,或者借助一些工具如绳勾等窃取户内的财物。笔者认为,以伸入方式盗窃并不是严格意义上的入户盗窃,应当按照普通盗窃犯罪论处。因为,一方面,以伸入方式盗窃并不存在现实的入户行为,不符合入户盗窃的行为构成。从文理上看,“入户”是指非法进入供他人生活的与外界相对隔离的住所。倘若认为“伸入”也属于“入户”,则显然超出了“入户”的文义范围。另一方面,以伸入方式盗窃的不法内涵明显小于入户盗窃,其不具备与入户盗窃相当的违法性提升根据,不能将其按入户盗窃犯罪论处。以伸入方式盗窃由于行为人没有进入户内,其对住宅安宁权的侵害相对较轻,且背后隐藏的对被害人人身权利的侵犯危险性也比较小,这种盗窃行为的违法性程度应当更接近于普通盗窃行为。

二是在住宅附连围绕之地盗窃。比如,在农户宅前屋后用围墙、篱笆围起的独立空间,或者在独栋住宅如别墅的院内等实施盗窃行为。笔者认为,在住宅附连围绕之地盗窃的,应当具体情况具体分析,不能一概认定或者不认定为入户盗窃。因为“住宅附连围绕之地”本身是一个内涵和外延均不明确的概念,不能认为所有的住宅附连之地均属于或者不属于“户”。根据具体案件事实,倘若住宅附连围绕之地实质上已经具备了“户”的基本特征,就应当评价为入户盗窃,反之,则应当按普通盗窃犯罪论处。具体而言,以下因素影响住宅附连围绕之地的性质。其一,封闭性。如在通常情况下,外人进入此地是否需要征得户内人员同意或是否需要户内人员开门引导等。倘若需要,则表明此地具有与住宅相当的封闭性,认定为“户”的可能性就越大,反之,则不宜认定为“户”。其二,与外界隔离性。如用以隔离之物的高度、强度、透明度等,均影响住宅附连围绕之地与外界隔离性。隔离物的高度较高、强度越大、透明度越低(如高墙深院),则表明此地与外界隔离程度很高,被认定为“户”的可能性就越大。反之,对于以简易篱笆、木桩、矮墙等围成的院落,由于与外界隔离程度低,不宜认定为“户”。其三,与被害人日常生活的紧密性。如果住宅附连围绕之地是户内人员日常生活的重要组成部分(如已搭建棚顶用于日常就餐、清洗等),则被认定为“户”的可能性就越大;如果仅用于通行、停放

^⑤ 吴允锋:《盗窃罪立法修正之证成及其司法认定》,《社会科学家》2012年第10期。

车辆、种植花草等,则一般不宜被认定为“户”。

(三)“携带凶器盗窃”入罪之限定

根据《2013年盗窃罪解释》第3条第3款之规定,携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械盗窃,或者为了实施违法犯罪携带其他足以危害他人人身安全的器械盗窃的,应当认定为“携带凶器盗窃”。修八修正后的盗窃罪立法也似乎表明,携带凶器盗窃的,无论数额大小、不管次数多少,均应当入罪处罚。笔者相信,不会有人赞同携带凶器盗窃应当一律入罪的结论。尽管携带凶器盗窃入罪在一定程度上表明立法者有意降低盗窃罪的入罪门槛,以严密刑事法网,扩大对盗窃罪的打击范围,但这绝不意味着所有携带凶器盗窃行为均成立盗窃罪。一方面,刑法理论和实践对于“携带凶器盗窃”的理解还不统一,比如何为“携带”、何为“凶器”等,还存在争论。另一方面,即使准确界定了携带凶器盗窃之内涵,也不可能认为所有携带凶器盗窃的行为的违法性均达到了值得科处刑罚的程度。携带凶器盗窃入罪必须遵循我国《刑法》第13条“但书”的要求,将“情节显著轻微危害不大的”行为排除在犯罪圈之外。也正是出于这种考虑,理论上对携带凶器盗窃的解析基本都采取明确甚至限制处罚范围的立场,只不过,由于未能从携带凶器盗窃立法的保护法益出发解释其行为构成,所得结论并不统一。

笔者认为,既然携带凶器盗窃行为所侵害的法益,不仅包括值得刑法保护的财产性利益,还包含对被害人人身权利的潜在威胁,那么,对携带凶器盗窃行为入罪就应当从两个方面予以限定。其一,携带凶器盗窃行为必须侵害了值得刑法保护的财产性利益,否则不可能成立盗窃罪既遂。因为携带凶器盗窃属于盗窃罪的一种独立行为类型,而盗窃罪无论是从刑法的体系地位还是从其本质属性来说,都是侵犯财产类犯罪。尽管新型盗窃行为入罪表明盗窃罪的保护法益已经不是纯粹的财产权利,但无论如何,财产法益仍然是盗窃罪的主要法益,没有侵害任何财产利益的行为是不可能构成盗窃罪的。当然,携带凶器盗窃入罪并没有明确的数额门槛,只要是侵犯了值得刑法保护的财产性利益,均可能成立盗窃罪。比如,携带凶器在农贸市场盗窃少量水果的行为,因没有侵害值得刑法保护的财产利益而不具有刑事可罚性(至少不成立盗窃罪既遂),而携带凶器盗窃价值几百元财物的行为,尽管犯罪数额没有达到普通数额型盗窃的最低标准,仍可能成立盗窃罪。其二,携带凶器盗窃行为必须对被害人人身权利构成潜在威胁,否则不具备违法性提升的根据,除非属于数额较大或多次盗窃的情形,不能成立盗窃罪。这是根据法益的解释论机能所得出的当然结论,倘若处罚没有对被害人人身权利构成潜在威胁的携带凶器盗窃行为,则不符合刑法规定携带凶器盗窃的立法目的,不具有处罚的正当性。

问题在于:对携带凶器盗窃中的“携带”和“凶器”应当作何理解与限定,才能使所得结论满足“对被害人人身权利构成潜在威胁”之法益侵害要求?

首先,对于携带凶器盗窃中“携带”之认定,至少应当具备如下条件才能满足对被害人人身权利构成潜在威胁之法益侵害要求。

第一,“携带”应被理解和限定为贴身携带或紧密控制等行为人能够立即、随时使用凶器的状态,而不能作更为宽泛的解释。理论上观点认为:由于携带凶器盗窃依然成立盗窃罪,而不是成立抢劫罪,对携带凶器盗窃的解释就不应当像解释携带凶器抢夺那样进行限定;携带凶器盗窃不要求具有随时使用的可能性,只要能评价为携带即可,故所谓携带,是指在从事日常生活的住宅或者居室以外的场所,将某种物品带在身上或者置于身边附近,将其置于现实的支配之下的行为;由此,A将凶器放在车内,下车后步行一段距离盗窃的,也可以认定为携带凶器盗窃。^⑤笔者认为,如此解释无疑

^⑤ 参见前注^{①⑥}张明楷文。

过分扩大了携带凶器盗窃的适用范围,实际上已经背离了携带凶器盗窃的规范目的。如前所述,携带凶器盗窃的规范目的,除对财产权利保护之外,还附加了对人身权利保护的内容。倘若携带凶器盗窃的行为没有对被害人人身权利构成潜在威胁,那么就不应当将其入罪处罚。上述解释并没有考虑刑法规定携带凶器盗窃的保护法益和规范目的,所得结论也与其背道而驰。正如有学者所指出的:“行为人将带有凶器的车停在路边入室盗窃,从社会观念上看,行为人占有该凶器,但难以评价为行为人携带了凶器,因为即使被害人反抗,行为也不可能使用该凶器,凶器和行为人分离时,带和不带该凶器实质上没有差别,不能认为行为人携带了凶器。”^{②7}

第二,行为人应当认识到自己携带了凶器且具有对人使用凶器的意思,即意将使用被携带的凶器作为实施盗窃行为的后盾。如果没有使用之目的,且依其职业特点所自然携带的器物,虽然可能被用于杀伤,但不宜被认定为携带凶器。^{②8}例如,木工、石匠等基于职业需要而携带电钻、刀具等工具,在上下班途中临时起意实施盗窃行为的,一般不宜被认定为携带凶器盗窃(并不绝对)。需要说明的是,如果行为人仅具有对物使用的意思而携带凶器盗窃的(如行为人携带仅打算用于撬门、撬锁的螺丝刀、起子、老虎钳等器械盗窃),一般不应评价为携带凶器盗窃,因为行为人仅对物使用器械的行为不会直接对被害人人身权利构成潜在威胁。当然,如果行为人既打算将这些器物用以实施盗窃行为,又打算在一定情况下用以行凶伤人,那么其行为无疑应当被认定为携带凶器盗窃。

第三,“携带”必须存在于盗窃的实行行为过程中,只有携带凶器实施了盗窃的实行行为,才可以被认定为携带凶器盗窃。如果行为人仅仅是在盗窃行为的预备阶段携带凶器,而从着手实施盗窃时起就没有携带凶器,则不能认定为携带凶器盗窃。^{②9}这是因为,单纯处于盗窃预备阶段的携带凶器并不具有针对被害人的潜在危害性,只有在接近被害人之时才对被害人具有潜在危害性,所以,在预备阶段携带凶器的危害性与一般盗窃并无太大差异,不宜将其作为携带凶器盗窃包含的内容。^{③0}

其次,对于“凶器”之认定,同样需要满足“对被害人人身权利构成潜在威胁”之法益侵害要求。

从汉语词义来看,“凶器”是指“行凶的器具”,而“行凶”是指“打人或者杀人”,故可将“凶器”进一步解释为“打人或者杀人用的器具”。如此解释释放的信号是,行为人主观上的使用意思(即“主观用途”),在一定程度上可以影响所携带器具的性质。例如,行为人随身携带一根小型撬棍去仓库实施盗窃行为,倘若行为人仅仅意图将该撬棍用于打开仓库大门等,就不宜将其认定为凶器;倘若行为人意图既将其作为盗窃工具,又将其用于“防身”或攻击他人等作为顺利实施盗窃行为之后盾的行凶工具,则可以将其认定为凶器。

众所周知,我国刑法中的“凶器”可分为性质上的凶器与用法上的凶器,前者指本身用于杀伤他人的器具;后者是指从使用的方法来看,可能用于杀伤他人的器具。^{③1}根据《2013 年盗窃罪解释》第 3 条第 3 款之规定,行为人携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械盗窃的,当然属于“携带凶器盗窃”,这一点没有疑问。因为上述器械均属于性质上的凶器,其本身用途就是用于杀伤他人,只要行为人所携带的器械属于上述国家禁止个人携带的器械,那么无论行为人主观上具有何种使用意思,其均可以认定为“凶器”(客观标准),这是立法者基于上述器械本身所具有的极大危险性而对其通常用于杀伤他人的一种立法推定。当然,“在下列行为人不直接面对财物占有人,既不存在当场抗拒抓捕的客观需要,行为也不存在此种主观意图的场合,即使携带国家禁止个人携带的

^{②7} 周光权:《从法益保护角度理解“携带凶器盗窃”》,《人民检察》2014 年第 6 期。

^{②8} 王志坤:《“携带凶器”辨析》,《人民检察》2014 年第 6 期。

^{②9} 参见王志祥:《〈刑法修正案(八)〉解读与评析》,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 383 页。

^{③0} 参见陈冬伟、淡亚锋:《“携带凶器盗窃”的理解与认定》,《中国检察官》2011 年第 8 期。

^{③1} 参见张明楷:《简论“携带凶器抢夺”》,《法商研究》2000 年第 4 期。

器械,也不应当认定为携带凶器。第一,行为人在身上携带管制刀具的情况下,在自己家中利用计算机侵入银行操作系统进行转账操作实施盗窃的;第二,行为人在携带管制刀具的情况下,在自己的私人工厂的车间里实施窃电行为”。^②因为在此类被害人及相关人不在场的情况下,行为人携带凶器的行为不可能对他人人身权利构成潜在威胁,不具备违法性提升的根据。

然而,对于携带上述国家禁止个人携带的器械之外的工具盗窃的,如老虎钳、刀片、起子、撬棍等,这些工具是否应当被认定为“凶器”,则存在争议。有学者认为,携带凶器盗窃中的凶器虽然包括性质上的凶器与用法上的凶器,却只需要器物使人产生危险感、可能攻击他人即可,而不需要具有明显的杀伤力;一切可能使人产生危险感、可能攻击他人的器物,例如盗窃用的起子、钳子等应当评价为“凶器”。^③对此,笔者认同“需要器物使人产生危险感、可能攻击他人”的观点,但却不赞同一切可能使人产生危险感、可能攻击他人的器物都应当评价为“凶器”的结论。正如有学者指出的,“作案之钳子、起子为一般家庭的常用工具,其本身即非凶器,而被行为人携带盗窃,只为备供行窃之工具,且经用以启开铁窗,自难谓携带凶器行窃”。^④“使人产生危险感、可能攻击他人”固然是凶器的内在属性,但具有这一内在属性的器物却不一定是凶器,如一根尼龙绳、皮带也足以成为攻击他人的器物,但却一般不被认为是凶器。

笔者认为,对于非国家管制器械是否属于“凶器”,应当采取主客观相结合的认定标准。在客观方面,该器械必须具有一定的杀伤力,能够对一般人的人身安全构成潜在威胁。因此,盗窃通常使用的作案工具,如万能钥匙、刀片、小型老虎钳等,一般不能被评价为凶器。但也不排除有些盗窃作案工具,如撬棍、大钢丝钳、电工刀等,具备一定的杀伤力,足以对一般人的人身安全构成具体危险,此时便需要结合行为人主观上的使用意图,来判断是否应将其认定为“凶器”。在主观方面,行为人必须具有对人使用器械的意思,包括打算“能偷则偷、不能偷则抢”或“万一遇到抓捕用于抗拒抓捕而脱身”等主观意图。对于意图纯粹将非国家管制器械用于破除财物防护设施或者其他便于盗窃实行用途的情形,因行为人不具有对人使用器械的意思,而不存在对被害人及相关人的人身权利构成潜在威胁的可能性,不应当认定为“凶器”。值得强调的是,对行为人主观意图的证明需要客观、经验事实予以支撑。具体而言,应当根据具体案情和证据进行分析,通过审查行为人所携带的器械与盗窃行为、盗窃目标之间是否存在关联,器物本身所具有的物理危险性,以及其他经验分析判断等,^⑤结合社会常识、常理综合判定行为人主观上是否具有对人使用器械的意识,进而认定该器械是否为“凶器”。

(责任编辑:杜小丽)

^② 陈志军:《“携带凶器盗窃”的司法认定》,《法学》2013年第8期。

^③ 参见前注②,张明楷书,第880-881页。

^④ 林山田:《刑法特论》(上),台北三民书局1978年版,第239页。

^⑤ 参见谢望原:《六个方面把握“携带凶器盗窃”》,《人民检察》2014年第6期。