

公开盗窃论中入罪问题的思考

梁德荣

澳门科技大学, 法学院, 澳门

收稿日期: 2024年1月11日; 录用日期: 2024年2月18日; 发布日期: 2024年2月29日

摘要

在盗窃罪中增加公开盗窃作为入罪情形, 否认秘密要素作为入罪条件是近年来不少学者所支持的理论, 为此学者们提出了盗窃罪与抢夺罪在坚持秘密要素下会导致的入罪问题, 本文将探讨这些入罪问题是否在中国的法律体系中确实存在, 公开盗窃论是否确有必要。

关键词

盗窃罪, 抢夺罪, 公开盗窃, 入罪问题

Reflection on the Issue of Criminalization in the Theory of Public Theft

Derong Liang

Faculty of Law, Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Jan. 11th, 2024; accepted: Feb. 18th, 2024; published: Feb. 29th, 2024

Abstract

In recent years, many scholars have supported the theory of adding public theft as a criminal offense and denying the use of secret elements as a condition for criminal offense in theft. Therefore, scholars have proposed the problems of criminal offense caused by adhering to secret elements in theft and robbery. This article will explore whether these criminal issues do exist in China's legal system and whether the theory of public theft is indeed necessary.

Keywords

Theft, Robbery, Public Theft, Other Related Issues



1. 引言

在中国的现行刑法中，第 264 条¹的盗窃罪通说为“秘密窃取说”，即行为人所实施的盗窃行为应为秘密窃取公私财物，“秘密窃取说”为司法实务通说且与一般大众认知中的盗窃行为相符。秘密窃取指行为人采取了隐蔽不被人发现的方式取走了他人财物的行为，与之相对的是抢夺罪中以公然的方式夺走财物的行为。近年来，对盗窃罪中应存在“公开盗窃行为”的理论逐渐被不少学者提倡，他们认为“盗窃行为既可以具有秘密性，亦可具有公开性”，即公开平和方式取走他人财物也定性为盗窃行为，而与之相对应将抢夺行为限缩为以暴力方式取走他人紧密占有的财物且行为具有导致人身上伤亡的可能性[1]，以此否认盗窃罪中的秘密要素。公开盗窃论者认为固守传统的秘密要素，会导致在司法实践中存在处罚间隙。同时因为盗窃罪和抢夺罪存在不同的入罪条件和加重条件，会导致处罚差异。否认秘密要素是否确有必要？在中国现有的法律体系下是否真的存有公开盗窃学说学者所指的问题，笔者将对公开盗窃论者提出的入罪问题主要论点进行探讨。

2. “公开盗窃说”所指入罪问题的主要观点

2.1. “公开盗窃说”质疑通说中对盗窃罪与抢夺罪的区分方式

盗窃罪和抢夺罪都是财产型的犯罪，现今中国的通说将盗窃罪限定为“秘密窃取”，而抢夺罪则是“乘人不备公然夺取”，依此来区分两罪。公开盗窃论者对此并不认可，认为盗窃罪的行为方式除了秘密窃取外，同时包括公开以平和的方式取得他人的财物，否认盗窃罪中的秘密要素。单凭行为人的主观上判断其犯罪行为是“秘密窃取”，而在事实上却已被犯罪嫌疑人所发觉，将会造成司法上判决的障碍，既因为它并不具备盗窃罪的秘密要素而不能适用盗窃罪，也因为没有趁人不备而不能适用抢夺罪。可见，理论通说上对没有适用二罪所有的犯罪情形进而存有处罚间隙，应重新划分盗窃罪和抢夺罪的方式。规定秘密盗窃与公然以平和手段取走他人财物时都适用于盗窃罪，而抢夺罪则要求在公然夺取他人财物时具有一般的人身危险性[2]。相较于抢夺罪的一般人身危险性，抢劫罪的高度人身危险性显著更高，据此来区分盗窃、抢夺与抢劫。

2.2. 盗窃罪的部分入罪条件不适用秘密要素后且未达数额要求将无法适用抢夺

在中国的盗窃罪的第 264 条条文中标明“入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”构成盗窃罪，且未标明该入罪条件的数额要求，而在抢夺罪的构成要件中并未有存有相似的入罪条件，仅以数额较大为入罪条件，秘密要素将会对盗窃罪与抢夺罪的实益存有影响。扒窃行为被财物所有人发现但仍完成了取走财物的行为，或者在行为人入户盗窃时被财物所有人发现的行为等，由于不符合秘密窃取这一盗窃罪的构成要件，通说会把这些行为认定为抢夺行为。抢夺行为入罪条件为金额需达到“数额较大”，上述未达到该数额要求的“公开夺取他人财物”行为在司法认定中将无法适用抢夺罪。将会出现扒窃被发现时既遂亦无法用盗窃罪定罪处罚，或存在入户盗窃可以入罪，入户抢夺却不能入罪的情形，导致存在处罚间隙。

¹第 264 条：盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，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。

据此承认“公开盗窃说”确有必要，将上述在公共场所公开平和夺取他人所有物的行为属于“公开盗窃”行为，即属于扒窃行为适用盗窃罪；其次，入户盗窃没有数额的要求，但如果当行为人进入房屋盗窃被发现时，若不承认存在公开盗窃的行为，则该行为应被评价为入户抢夺，若行为人所获的财物没有达到数额要求无法入罪，因而适用盗窃罪方能使其行为得到处罚[3]。

2.3. 坚守秘密要素会导致“转化型抢劫”的适用错误

在中国现行刑法中对抢夺罪和盗窃罪都存在“转化型抢劫”的相关规定规定，其中抢夺罪的《刑法》第 267 条²第二款：“携带凶器抢夺的，依照本法第 263 条³的规定定罪处罚”，即认定为抢劫罪。那将存在一种情形：被害人因遗忘或掉落等原因无法直接控制自己的财物或与财物具有空间上的距离，但财物并未离开被害人的视野，行为人携带符合刑法所指的凶器并遇到了该财物时，以为自己是秘密取走了该财物，被害人虽注视着这一行为却未能阻止。本案例中行为人的所有行为均在下被害人注视下，其取走其财物的行为实际上以公开以平和的方式取走了他人的财物，由于其不存在秘密要素，如果不承认存在“公开盗窃”的情形该行为不会被认定为的盗窃罪。此时行为人的公然夺取的行为被定性为抢夺罪，且同时存在符合转化型抢劫构成要件的携带凶器，因而该行为会被评价为抢劫罪。由于抢劫罪的社会危害性与法定刑等明显高于抢夺罪和盗窃罪，该案例的定罪便非常不合理，明显不符合罪刑均衡原则[1]。

3. “公开盗窃说”中实务问题的观点探讨

3.1. 入户抢夺问题并不存在处罚间隙

公开盗窃论者所指“入户抢夺”存在处罚间隙的问题，指出“秘密性”的这三种盗窃行为均可以在不考虑犯罪金额的情况下入罪，但当其“秘密性”被打破，则因抢夺罪有入罪的“数额较大”的要求无法入罪。主张导致处罚间隙。该观点实际与现今学界和司法实务的通识相悖，现今对上述三种盗窃行为入罪无数额要求这一观点学界普遍持有批判态度[4]，司法界也鲜有适用。不论是入户盗窃等行为还是一般的盗窃、抢夺，都应当达到数额较大的这一量刑起点，否则将会导致惩罚范围过分扩张，罪刑不相适应等情形，依此作为支持公开盗窃论属实不妥。也有学者[3]举出，可承认抢夺罪与盗窃罪本身存在竞合，即行为符合抢夺罪的构成要件就必然符合盗窃罪的构成要件。“入户抢夺”当然符合“入户盗窃”，据此，可以将“入户抢夺”未达到“数额较大”的行为认定为盗窃罪，以此避免在处罚上存在漏洞。不过如果这般认定会导致司法认定上的困难，会导致民众无法清楚认知特定犯罪标准，增加司法难度，此举没有必要性。

3.2. 转化型抢劫的有限限缩

在上述公开盗窃论者所指的特殊案例中，行为人拾走钱包的行为要被认定为抢劫罪，这一法律适用根源是在《刑法》第 267 条第二款“携带凶器抢夺”拟制为“抢劫罪”这一拟制规定，并非是因为坚持盗窃罪的秘密性所导致的。在案例中，行为人虽携带了凶器，但是行为人与被害人在空间上有相当的距离，行为人并未有实际使用该武器的可能性。现今学界大多对这一拟制性规定持限缩的态度，即使是张明楷教授也指出[5]，需要对“携带凶器抢夺”作限制解释，若所携带的凶器无随时可使用的可能性，则

² 第 267 条抢夺公私财物，数额较大的，或者多次抢夺的，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。携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

³ 第 263 条以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金……

就不宜适用 97《刑法》第 267 条所规定的携带凶器抢夺转化为抢劫罪。携带凶器抢夺转化为抢劫罪，是应当在行为人在实施抢夺行为时，在与被害人当面对触时，具备随时使用凶器的可能性，因此行为上虽然是抢夺行为，但同时也具有抢劫的高度人身危险性，从而设立的拟制性规定。在案例中行为人虽然是公然夺取了被害人的财物，但行为人和被害人在空间上具有间隔，被害人并不会有任何行为导致行为人使用其所携带的凶器，或因行为人所携带的凶器导致人身伤亡的人身危险性。因此这一行为并不会被转化为抢劫罪，不存在公开盗窃论者所指的“因不支持公开盗窃导致抢夺罪转化为抢劫罪以致罪刑不均衡”的情形。

3.3. “盗窃 - 抢夺 - 抢劫”立法体系不需要公开盗窃

中国的《刑法》的立法体系是采用了“盗窃 - 抢夺 - 抢劫”的立法体系，世界上有采用相同立法体系的有俄罗斯、泰国、蒙古等国家，在这些国家的司法体系中，在认定盗窃罪的时候均以秘密盗窃为要件，公然夺取则是抢夺罪的要件。而在英国、德国等国家的刑法体系中并未设立抢夺罪，采取的是“盗窃 - 抢劫”的立法模式，在该立法模式下，盗窃罪即会纳入违背他人意愿、公开以平和的方式取得他人情况的情形。该立法模式下纳入公开盗窃主要是以下两点原因。首先是因没有设立以公然夺取为要件的抢夺罪，如果不纳入公开盗窃的情形，则会导致处罚漏洞；其次在该立法体系下抢劫罪与盗窃罪的社会危害性和法定刑相差过大，若将违背他人意愿公开平和方式取得他人财物的行为定性为抢劫罪，会出现明显罪刑不相适应，有悖罪刑均衡原则。

一般而言，犯罪行为具有公然性时通常意味着有更严重的社会危害性，行为人在实施盗窃行为时，在其主观上看来自己是在实施不被被害人发现的秘密窃取的行为，旨在不和行为人发生正面的接触^[6]。即使可能客观上其行为已经被发现，但是因其主观上的心理，盗窃的行为人的主观恶性和社会危险性都比实施抢夺行为的行为人要轻。现今不论是司法界或刑法学界都不再强调抢夺罪要求“乘人不备”，只强调“公然夺取”是该罪的基本特点。公开盗窃论者认定中国刑法学通说中对盗窃罪的秘密要件会导致存有处罚间隙，事实上是立足于国外如英德等“盗窃 - 抢劫”体系主观上认定的，若立足于“盗窃 - 抢夺 - 抢劫”体系的中国刑事立法体系则不应得出仍需加入公开盗窃这一情形以及重新区分盗窃罪和抢夺罪。

4. 结论：中国刑法体系并不需要公开盗窃

盗窃与抢夺在实务中并未因“未纳入公开盗窃”情形导致司法困境。从法条出发，根据《中华人民共和国刑法》第 264 条盗窃罪与第 267 条抢夺罪的法条对比来看，二者的法定刑几乎完全相同，二者侵犯的法益都是财产法益，量刑情节多考虑的是所获得的财物的数额。换言之，行为人做出了一个侵犯法益的行为，其行为是公开以平和的手段取得他人支配的物品，此时所侵犯的财产法益是固定的，行为人不论是定盗窃罪还是抢夺罪，所量得的法定刑并无差异。这也是为何迄今为止，所谓“公开盗窃”的情形未在司法实践中导致定罪困境或司法纠纷的情况，定为抢夺罪也并未造成被告人罪刑不相适应的情形，因此该问题本身并非一个司法实践待解决的难题。

刑法中存在“抢夺罪”即不适合再适用“公开盗窃”情形，从世界各国的立法与司法实践来看，只有“盗窃 - 抢劫”二分制的国家，为了避免处罚的间隙，且因抢劫罪带有人身侵犯属性法定刑更重，为罪刑相适应将“公开以平和方式取得财物”的行为纳入到了盗窃罪中；而用“盗窃 - 抢夺 - 抢劫”立法模式的国家则将这种行为规定在了抢夺罪中，不承认公开盗窃。中国的刑法中也有“抢夺罪”，因此就不该将“公开盗窃”纳入到盗窃罪的处罚范围中，坚持中国刑法学的通说，维护盗窃罪具有秘密性，更符合中国的实际国情，也符合中国民众的预期，保持中国的司法稳定。

参考文献

- [1] 张明楷. 刑法分则的解释原理(上) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 296.
- [2] 张明楷. 盗窃与抢夺的界限[J]. 法学家, 2006(2): 119-131.
- [3] 阮齐林. 论盗窃与抢夺界分的实益、倾向和标准[J]. 当代法学, 2013, 27(1): 76-82.
- [4] 高国其. 公开盗窃理论构建的认识论与方法论质评[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2014, 20(3): 120-128.
- [5] 张明楷. 论表面的构成要件要素[J]. 中国法学, 2009(2): 92-103.
- [6] 徐光华. “公开盗窃说”质疑[J]. 法商研究, 2015, 32(3): 94-102.