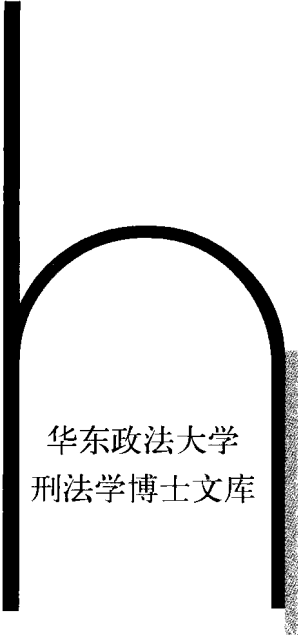


华东政法大学
刑法学博士文库

期待可能性 理论研究

上海人民出版社

肖晚祥 著



华东政法大学
刑法学博士文库

期待可能性 理论研究

 上海人民出版社

肖晚祥 著

图书在版编目(CIP)数据

期待可能性理论研究/肖晚祥著. —上海:上海
人民出版社, 2012

(华东政法大学刑法博士文库)

ISBN 978-7-208-10771-7

I. ①期… II. ①肖… III. ①刑法-法的理论-研究
IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 108954 号

责任编辑 曹培雷

封面设计 陈楠

• 华东政法大学刑法博士文库 •

期待可能性理论研究

肖晚祥 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 19 插页 2 字数 296,000

2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-10771-7/D·2089

定价 38.00 元

总序

1

在现代社会,刑法在人类社会生活、国家生活中依然演绎着举足轻重的角色,彰显出其无尽的魅力。刑法学作为一种文化的凝结,激发着一代代的学人为之皓首穷经,兀兀穷年,刑法学的发展正是这样薪火相传,生生不息。在这样的传承过程中,《华东政法大学刑法学博士文库》(以下简称《文库》)就像涓涓细流或一缕烛光,以学者或学子们自身的沉思和耕耘为刑法学的研究和刑事法治的发展注入自己的精神,闪烁出自己的智慧。继承前人之心智和毅力,“安知不如微虫之为珊瑚与赢蛤之积为巨石也”(章太炎语)。

华东政法大学刑法学科是上海市重点学科,早在1981年就获批设立刑法学硕士点,2003年设立刑法学博士点和博士后流动站,刑法学课程被评为上海市精品课程,学科曾得到联合国教科文组织和世界银行的重点资助。近年来,华政刑法学科一直走在全国同类学科的前列,致力于刑法学基础理论的研究与教学,取得了一系列高水平、令人瞩目的教学和科研成果,为国家培养了大批高层次、高质量的理论研究与教学人才、司法人才,成为中国刑法学教学和研究的南方重镇。学科依托华东政法大学刑法学研究中心,为研究刑法学的学人提供了坚实的平台和良好的氛围,《文库》就是中心推出的系列著作中的一部分。作为博士们思想和智慧的结晶,作为他们宣传和弘扬刑法文化的窗口,《文库》中的著作包含着华政刑法专业博士生们的追求、志向和期望,维系着他们对法治前景的憧憬。

古人曾经指出:理论和学术的追求在于“究天人之际,通古今之变,成一家之言”(司马迁语)。著书立说,匡济天下,一直是中国文人的最高追求,这一根脉至今仍然浸润在当代学人的精神深处。在我看来,作为刑法文化的研究者,“弘扬、建构、批判”是基本的要求也是终极目标,也是《文库》追求的基本价值取向。

所谓“弘扬”，首先是指弘扬祖国优秀的刑法文化传统，发掘中国刑法文化中优秀历史遗产，汲取世界各民族一切合理的、现代的刑法知识成果，促进刑法的发展，促进法治的完善，促进社会的进步。无论是从文化发展的历史过程分析，还是从当代文化的构成体系分析，刑法文化都是人类生活不可或缺的选择方式，刑法的发展更是直接和明显揭示了人类价值与信仰的一种追求，刑法文化从一定意义上说是一个民族、国家和地区在一定的历史时期适应环境并取得成功的一种记录。圣人贤良无非是人类文化与智慧的代言人，正是他们在对困境的思考中，产生出了精湛的思想，创造了不朽的著作，形成和丰富了文化的宝库。刑法文化既有多样性的要求，又有一些共同的价值取向，这些都需要学者们去传递和弘扬。

所谓“建构”，实际上就是与时俱进。从一定意义上说，刑法是稳定的但又是滞后的，刑法文化需要弘扬但更需要改造，尤其是处于社会转型时期的中国，社会生活日新月异，法治的许多领域都在改弦更张，在旧有体制逐步解体过程中，新的体制尚未确立的边际，建构成为一项重要的使命，这是社会的迫切要求，也是理论研究者的历史责任。就刑法而言，存在着大量的如哈特所说的“空缺结构”，需要我们去应对、去补缺，建构较为完备的刑法学理论，建立科学的刑法学体系，以制度的建构促进观念的更新成为理论的重要使命。

具体而言，这种建构包括博士们对于自身学术理论的建构，对于刑法制度的设计，也包括对于作为他们研究和学业成果的《文库》本身的建构。荀子在《劝学篇》中说道：“不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。骐骥一跃，不能十步；弩马十驾，功在不舍。”我坚信，在他们继往开来的努力中，一定会在我国刑法学术体系的建构中确立自己的位置和人生轨迹。

所谓“批判”，既是一种方法论也是一种思考的结果。建构与批判实际上是一个事物的两个方面。对于刑法学的研究同样既是一个建构的过程又是一个批判的过程。新的理论的建构、理论的完善必然包含着对于旧的理论、理论缺陷的否定或修补，否定或修补就是一个批判的过程。而立足于批判基础上的刑法理论必将促使人们去建构和完善刑法的理论和思想。当然，由于方法论的不同，建构与批判具体表现在行为的方式和思路上也

会具有较大区别。据此我们也会发现在《文库》的一些著作中,有些著作更倾向于建构某些理论,有些著作则更为突出对于现实的批判,为人们提供思考的方法和路径。批判的方法张扬了理论和学术的独立性,体现了学术的本质冲动,体现了学术存在的内在必要性,为打破知识视野的局限性提供了批判的武器,当然在现实性较为直接的刑法学领域,有时又显得束手无策。但无论如何,质疑和批判绝非仅仅是一种情绪化的产物,而都应该建立在广博而全面的知识积累基础上,都应该建立在冷静的理性论证的前提下。

“文章千古事,得失寸心知。”本《文库》所追求的“弘扬、建构、批判”宗旨只是一种外在形式表达,从实质上说,博士应该有博学之才,应该是有识之士。他们可能青灯素面,他们也可能守土一方,但是作为“士”,诚意、正心、修身、齐家、治国、平天下的观念应该是不变的信条,著书立说应该是一件庄重而严肃的事情,应该是战胜自我,洁净心灵,悟透人生的过程。伟大的时代召唤着与其相适应的理论成果和人格性情,我衷心希望更多的博士们经过自身矢志不渝的追求,走在时代的前列,成为社会发展的动力源。

刘宪权*

* 荷兰艾柔莫斯大学法学博士,现任华东政法大学法律学院院长、教授、博士生导师、刑法学研究中心主任,兼任国际刑法学研究会中国分会常务理事、中国刑法学研究会副会长、上海市刑法学研究会会长。

序

期待可能性理论是最近十余年来我国刑法学界颇为关注的一个刑法理论问题,围绕此论题发表的学术论文不在少数,相关专著也时有所见。肖晚祥博士的专著《期待可能性理论研究》出版,为这一理论的研究又增添了亮色,殊为可喜。

浏览全书内容,给人耳目一新之感。期待可能性理论作为源自西方大陆法系的外来理论,学界对相关问题的研究,多局限于该理论的渊源介绍,以及在大陆法系犯罪构成三阶层的理论语境中对该理论的定位及解读,很少有人跳出这一理论本身,从更加宏观的高度,深入研究这一理论所包含的哲学、伦理学底蕴,尤其缺乏对我国古代哲学及司法活动中丰富的期待可能性思想的挖掘,这不能不说是这一理论研究的一大缺陷。本书的出版,从一定程度上弥补了这一缺陷。阅读完本书,我感觉它具有三个方面的特点:

一是较强的理论开创性。一部学术著作的价值,不在于其篇幅的长短,而在于其是否能够以独到的眼光、独特的视角,阐述他人所没有涉及或者没有深入涉及的前沿问题,同时能够言之成理,做到自圆其说,给人以启迪。本书可以说基本上达到了这一标准。肖晚祥博士在写作本书时,没有人云亦云,过多纠缠于期待可能性理论概念上的枝枝节节,而是不落窠臼,独辟蹊径,从一定的高度对这一理论进行审视,论证其合理性,从而为这一理论的存在以及在立法和司法实务中的具体运用提供价值支撑,使本书具有较高的立意。比如,本书第一章“期待可能性的中国古代思想与法律渊源”,相关内容国内学者基本上无人涉猎。在这一章中,肖晚祥博士用了相当的篇幅,开创性地论述了我国古代文化中所蕴含的丰富的期待可能性思想,从而既令人信服地论证了期待可能性思想的中西共通性,也为期待可能性理论的引入提供了有力的文化支撑,其价值是显而易见的。本书第三

章“期待可能性理论的哲学基础——人的意志的相对自由”、第四章“期待可能性理论的伦理学根据——对人性的关怀”、第五章“期待可能性理论的法学价值——刑法谦抑和宽容”，其内容虽然国内其他学术论文偶有论及，但都是比较零星和浅显的，极少这样系统深入地阐述，其价值亦是不容忽视的。即使是其他人已经涉猎较多的部分，肖晚祥博士也能挖掘出被他人所忽略的新意来。如本书第二章“期待可能性理论与制度在西方的形成与发展”，国内有关期待可能性理论的论文和专著一般都会涉及相关内容，但其他学者一般只对大陆法系期待可能性理论的形成与发展进行论述，而极少涉及英美法系国家的期待可能性思想。而本书则辟出专节对这一问题进行了详细论述，读来令人眼前一亮。

二是较强的实务指导性。理论的价值在于指导实务。刑法学作为一门社会科学，如果不能为刑事立法及司法实务提供理论支撑，就会沦为学界的自娱自乐，其价值就会荡然无存。期待可能性理论作为一种刑法理论，其价值也同样体现在对立法及司法实务的理论指导性上。但期待可能性理论作为一个舶来品，在是否应当引入我国及如何指导我国刑事立法及司法实务问题上，却是见仁见智。有些学者认为，期待可能性理论是在西方的理论语境中形成和发展起来的，并不符合我国的理论语境和现实国情；而其他不少学者则走向另外一个极端，意图原封不动地引进这一理论，这样做的后果可能是恰恰印证了反对论者的观点，导致这一理论在中国的水土不服。肖晚祥博士以一个长期从事刑事审判工作的法官的视角，结合自己的工作经验，对是否应当引进以及如何引进期待可能性理论进行了深入阐述和论证，说服力较强。就如何借鉴和引入期待可能性理论的问题，肖晚祥博士在书中提出，对期待可能性理论的借鉴和引入，不能照搬照套，而要考虑现实可能性，根据我国刑法理论和刑事立法及司法的具体情况，进行适当借鉴和引入，关键是要取其神而不是取其形，充分利用我国刑法的现有资源，用旧瓶装新酒。只有这样，才能既充分发挥这一理论的正面功能，又容易为立法者和司法者所接受，同时最大限度减少这一理论所带来的造成司法随意性、破坏法的统一性的顾虑。这一观点无疑是切合我国刑法理论和实务的现实的。在这一思想指导下，肖晚祥博士就如何借鉴和

引入期待可能性理论的相关操作性问题提出了具体意见,其观点也是相当中肯的,既具有针对性,也具有可行性,相信对我国刑事立法和司法实务会有所助益。

三是浓郁的人文关怀气息。期待可能性理论作为“对在强大的国家法规范面前喘息不已的国民脆弱的人性倾注刑法的同情之泪的理论”,其核心在于法不强人所难,在具体案件的判断和处理上强调同情心,从而使作出的裁判符合人情、人性及社会公众的心理期待。可以说,这一理论本身就蕴含着强烈的人道主义精神,具有非常浓厚的人文底蕴。而肖晚祥博士在本书中,对这一人文底蕴作了充分的阐发,从而使本书洋溢着浓郁的人文关怀气息。通读本书,无论是对中国古代期待可能性思想的探究,还是对期待可能性理论的哲学根据、伦理学根据及法学价值的论述,无论是对期待可能性理论引入的必要性与可行性的分析,还是对借鉴与引入期待可能性理论的具体制度设计和操作设想,无不体现作者对人性弱点的同情与关照的人文精神。阅读本书,我们能够感受到作者那种对人类不幸和人性弱点的深深同情之心,感受到作者对动用刑事手段制裁犯罪的无奈。对于一个刑事法官而言,这是一种殊为可贵的精神。我们似乎见惯了我国刑事法庭上不苟言笑、威严肃杀的法官形象,从而定势化地认为这就是刑事法官所应当具有的品质。殊不知,一个刑事法官,如果不具备我国古代先贤所倡导的“生道杀民”的悲悯之情,没有一种宽容之心,是难以成为一个称职的法官的,更不可能成为一个让人景仰的好法官。刑事法官需要疾恶如仇,因为惩恶就是扬善;但更需要悲天悯人,因为拯救胜于惩罚!俗话说,文如其人。阅读本书,我们可以感受到作者作为一个法官所具有的人文关怀气质,而这恰恰是当前需要在我国法官尤其是刑事法官群体中大力倡导和培育的。

肖晚祥是华东政法大学培养出来的硕士和博士,硕士毕业后即在法院工作。长期的实务工作使肖晚祥博士养成了勤于思、敏于行的品格,工作和学习期间发表了不少具有相当学术价值的论文。本书是在他的博士论文基础上扩展而成的。我作为肖晚祥的博士生导师,对他写作本书的艰苦自是心有戚戚。在本书成稿之日,肖晚祥博士请我作序,自是欣然答应,写

下上述感受。同时希望肖晚祥博士永葆学术热情,在刑事法学的殿堂中不断探索,再出佳作。

是为序。

刘宪权

2012年7月

目 录

导 论 /1

第一章 期待可能性的中国古代思想与法律渊源 /6

第一节 儒家哲学思想和期待可能性思想的契合 / 6

第二节 经义折狱：儒家法律方法与期待可能性思想的契合 / 37

第三节 儒家伦理法的具体制度与期待可能性思想的契合 / 49

第二章 期待可能性理论与制度在西方的形成与发展 /69

第一节 期待可能性理论与制度在大陆法系的形成与发展 / 69

第二节 英美法系国家的期待可能性思想 / 88

第三章 期待可能性理论的哲学基础——人的意志的相对自由 /96

第一节 意志自由论 / 97

第二节 意志决定论 / 109

第三节 相对的意志自由论 / 117

第四章 期待可能性理论的伦理学根据——对人性的关怀 /126

第一节 刑法对人性的关怀何以重要 / 126

第二节 人性的内涵 / 135

第三节 刑法如何关照人性 / 144

第五章 期待可能性理论的法学价值——刑法谦抑和宽容 /162

第一节 期待可能性理论与刑法谦抑 / 162

第二节 期待可能性理论体现刑法宽容 / 169

第六章 期待可能性弱失的判断 / 178

第一节 期待可能性弱失的成立要件 / 178

第二节 期待可能性的判断标准 / 190

第三节 期待可能性的错误 / 197

第七章 期待可能性理论的借鉴与引入 / 201

第一节 期待可能性理论引入的必要性与可行性 / 201

第二节 期待可能性在我国犯罪论体系中的地位 / 210

第八章 我国刑法理论对期待可能性理论的借鉴 / 226

第一节 期待可能性理论对犯罪本质理论的借鉴意义 / 226

第二节 期待可能性理论对一些争议问题的合理解释 / 233

第九章 期待可能性理论与我国刑事立法 / 245

第一节 对我国刑法有关条文及司法解释的分析 / 245

第二节 期待可能性理论对我国刑事立法的借鉴意义 / 251

第三节 期待可能性的立法设想 / 260

第十章 期待可能性理论在司法实务中的运用 / 265

第一节 期待可能性理论对法官司法观念的影响 / 265

第二节 期待可能性理论在司法实务中的具体运用 / 270

结 语 / 279

参考文献 / 280

后 记 / 288

导 论

期待可能性理论作为一种刑法理论,发轫于 19 世纪末的德国。“所谓期待可能性者,乃对于某一定之行为,欲认定其刑事责任,必须对于该行为人能期待其不为该行为,而为其他适法行为之情形也。亦即依行为当时之具体的情况,如能期待行为人不实施犯罪行为,而为其他适法行为,其竟违反此种期待,实施犯罪行为者,即发生刑事责任之谓也。故若缺乏此种期待可能性,则为期待不可能性,而成为阻却责任之事由,即不能使该行为人为人负刑事责任。”^①根据期待可能性理论,如果行为是在行为人无可奈何之情形下实施的,即使形式上触犯了刑律,也不应该成为刑事非难的对象,或应当减轻对行为人的处罚。

英美法系国家虽然没有系统的期待可能性理论,但其刑法理论和刑事立法及司法实务中还是体现了不少期待可能性思想。英美法系国家关于刑事责任的理论认为,一个人对某一个行为承担刑事责任的前提必须是行为人具有实施合法行为的能力,行为人能够控制自己的行为,行为体现行为人的品格,这就包含了期待可能性思想。在英美法系国家的司法实务中,期待可能性事由是作为合法辩护事由处理的,其中包括正当事由和宽恕事由,期待可能性的弱失主要是作为宽恕事由减免行为人的刑事责任。

期待可能性作为一种理论概念,虽然由西方提出,但是,并不表示期待可能性思想为西方人所独有。期待可能性思想所体现的人性光芒,古今皆然,中外同理。期待可能性思想的核心在于法不强人所难,不要求人们做其不可能做到的事情,在具体案件的判断和处理上强调同理心,做到人同此心,心同此理,从而使作出的裁判符合人情人性及社会公众的心理期待。而这种考虑背后的深层次的心理依据和伦理基础,乃是出于对人性弱点的

^① 高仰止:《刑法总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司 1983 年版,第 282 页。

一种同情和关照,出于对人作为人的尊重和关怀,出于对动用刑事手段制裁犯罪的一种无奈。这样一种思想在中国古代有着非常深厚的哲学基础和制度渊源。从哲学上说,中国古代儒家“仁”的思想、中庸观念,都包含着丰富的期待可能性思想。从法律方法和具体制度来说,中国古代法作为一种伦理法,所包含的孝悌思想、伦理序差格局观念所引发的经常权结合、法理情相容及经义折狱、原情定罪的法律方法,均与期待可能性思想存在本体论与方法论上的契合之处。而中国古代的容隐制度、法律和司法实务中对复仇的容忍与宽宥甚至褒扬等,均是直接体现了期待可能性思想。

期待可能性理论目前已经成为德日规范责任论的核心。在近现代刑事责任学说中,先后出现过道义责任论、社会责任论、心理责任论、规范责任论。道义责任论从哲学上的意志自由论出发,认为达到一定年龄,心智发育正常的人,均具有正常的伦理判断能力和合法行为的选择能力。在可以选择合法行为的情况下,行为人却选择犯罪行为,故应当对自己的选择承担刑事责任。刑事责任是对行为人犯罪行为的一种道义非难和报应。社会责任论从哲学上的意志决定论出发,否定人的意志自由。社会责任论认为,刑事责任的本质不是道义非难和报应,而是防卫社会,刑事责任的根据是犯罪人的社会危险性。构成责任的不是各个具体的行为,而是对社会造成危险的行为人的危险性格。心理责任论从意志自由出发,将外部的事实对象与行为人的心理关系作为责任来把握,认为责任是行为人与已经发生的危害结果之间的心理关系,具有正常责任能力的人,只要具备了故意或者过失就可以追究其刑事责任。规范责任论是在对道义责任论、社会责任论和心理责任论的扬弃的基础上发展起来的。道义责任论过于强调人的意志自由,将人看成抽象的人,而不考虑人所处的环境,在有些情况下会造成强人所难的结果。道义责任论虽然号称强调伦理色彩,但事实上存在矫枉过正的弊端,在某种意义上,由于其对伦理的过分强调而导致其反伦理的结果。因为伦理强调不同情况不同对待,强调合情合理,而道义责任论不考虑行为人所处的具体情况而对其实施的危害行为一律予以道义责难和报应的特点,在根本上是带有反伦理色彩的。而社会责任论从防卫社会的角度出发来确定刑事责任的根据,其中虽然不乏闪光思想和合理因

素,但过于功利,显然是将人作为手段而不是目的对待,故从根本上是不可取的。心理责任论将行为人的心理认识与危害结果之间的联系作为刑事责任的根据,过于简单化,同样存在伦理性不足的缺陷。刑事责任的根据需要以行为人对于行为造成的危害结果存在心理上的联系为依据,行为人对于没有故意或者过失的行为不应当承担刑事责任,但这只是必要条件而不是充分条件,仅仅如此还不够。即使行为人出于故意或者过失造成了危害结果,如果这种行为是行为人迫不得已而实施的,也不能对行为人加以责任非难,因为守法必须以可能为前提,对于不可能之事进行责任非难和追究,就会使刑法丧失正义的基础,而成为赤裸裸的暴力。所以,刑事责任的根据不仅在于责任能力和心理认识,在本质上更在于行为人守法的客观可能性,也即实施合法行为的期待可能性,是为规范责任论。

以期待可能性理论为核心的规范责任论虽然在德日刑法理论中占有重要地位,但期待可能性理论在德日刑法实务界的待遇却有很大差别。日本刑法实务界尽管也是比较慎重,但相对还是对这一理论较为宽容。而德国刑法实务界基于法的统一性的考量,对期待可能性理论接纳性并不高,基本上只是将期待可能性理论作为刑事立法和对有关法条进行解释的一个根据,而在司法实务中很少将期待可能性的弱失直接作为对被告人宽免处罚的一个事由。在我国刑法学界,目前对期待可能性理论是否需要引入我国的问题,既有反对者,也有赞同者,但赞同者远远多于反对者。在赞同者中,对于引入的方案则见仁见智。笔者认为,期待可能性理论作为一种人性关怀的刑法理论,其合理性是无论什么样的理由都无法否定的,因为其是立足于人类的普遍正义感和同理心之上的,否定了期待可能性理论,也就否定了刑法和刑事司法活动的正义品格的一个重要基础。我国刑事司法饱受诟病的一个方面,是司法过于机械和僵化,缺乏人情味,其中一个重要的原因是我国刑事法官缺乏系统的期待可能性理论的熏陶,在刑事司法活动中伦理考量不够,从而与社会公众普遍的正义感和同理心相违背。所以,对于期待可能性理论的借鉴和引入问题,不是一个要不要的问题,而是一个如何借鉴和引入的问题。

笔者认为,对期待可能性理论的借鉴和引入,不能生搬硬套,而要考虑

现实可能性,根据中国刑法理论和刑事立法的具体情况,进行适当借鉴和引入,关键是要取其神而不是取其形。我国不少关于期待可能性理论的文章主张利用期待可能性理论对我国刑法理论进行釜底抽薪式的改造和重铸,改变现有的犯罪构成理论;或者希望在维持现有犯罪构成理论的基础上,将期待可能性作为我国犯罪构成四要件的要素之一进行契入,显然是不现实的。同时,在立法上,不少论者主张在刑法典中直接对期待可能性作出明文规定,显然也过于超前,没有考虑到我国刑事立法和司法现状。笔者主张,借鉴和引入期待可能性理论要充分考虑可能性问题,要充分利用我国刑法的现有资源,用“旧瓶装新酒”。只有这样,才能既充分发挥期待可能性理论的正面功能,又容易为立法者和司法者所接受,同时最大限度减少这一理论所带来的造成司法随意性、破坏法的统一性的顾虑。具体而言,就刑事立法层面,在目前情况下,基于我国司法所面临的客观外部环境及司法人员素质有待进一步提高的现实,目前不宜在刑法典总则中对期待可能性作出明文规定,将期待可能性丧失作为一个法定的总则性事由。在目前情况下,可以考虑在刑法典总则中就一些程序性的规定进行修改,在刑法典分则中就妨害司法罪中的某些具体罪名进行修改,体现亲亲相隐的思想。就刑事司法层面而言,以期待可能性丧失作为超法规的出罪事由应当十分慎重,一般情况下不得直接以行为人没有期待可能性作为判决其无罪的依据,如果确有证据证明行为人缺乏实施合法行为的期待可能性,且造成的危害后果较轻的,可以适用《刑法》第13条“但书”的规定,认定为情节显著轻微,不认为是犯罪。同时在理论上对紧急避险进行适当扩大解释,在司法实务中扩大适用紧急避险的范围,将相当一部分期待可能性丧失的情况作为紧急避险予以出罪。对于期待可能性减弱的情况,则可以作为一个从宽处罚事由,适用的范围可以适当放宽一些。

在我国当前的司法实务中,因行为人期待可能性减弱而对其酌情从轻处罚的情况也是一个客观事实。如行为人因为生活所迫而实施盗窃、诈骗等犯罪,一般均会对其酌情从轻处罚,甚至相关地方规范性意见对此有明确规定。如《江苏省高级人民法院〈人民法院量刑指导意见〉(试行)实施细则(试行)》规定,确因生活、治病急需而盗窃的,减少基准刑的30%以下。

《湖北省高级人民法院〈人民法院量刑指导意见〉(试行)实施细则(试行)》规定,确因生活所迫、学习、治病急需而盗窃、诈骗、抢夺、职务侵占的,可以减少基准刑的 20% 以下;确因生活所迫、学习、治病急需而抢劫的,减少基准刑的 10% 以下。《上海市高级人民法院〈人民法院量刑指导意见〉(试行)实施细则(试行)》规定,确因生活、学习、治病急需而抢劫、盗窃、诈骗、抢夺、职务侵占、敲诈勒索的,减少基准刑的 30% 以下。在司法实务具体操作中,如果行为人期待可能性极低,综合考虑各种情节可以对行为人免除处罚的,可以适用《刑法》第 37 条“犯罪情节轻微”的规定,对行为人免于刑事处罚。如果行为人行为时期待可能性减弱,根据行为人的行为造成的危害后果不能对其免于刑事处罚,但需要在法定刑以下减轻处罚的,可以适用刑法第 63 条第 2 款的规定,对行为人减轻处罚。如果不需要减轻处罚的,可以酌情从轻处罚。