

明法文库

盗窃罪基本问题研究

DAOQIEZUI JIBEN WENTI YANJIU

高 巍 著



中国人民公安大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

盗窃罪基本问题研究 / 高巍著. — 北京: 中国人民公安大学出版社, 2011.8
ISBN 978-7-5203-0483-2

盗窃罪基本问题研究

高巍 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地址: 北京市西城区木厂地大街甲9号
邮政编码: 100038
电话: 010-63882344
网址: www.gapress.com.cn

印 次: 2011年8月第1次
印 数: 2011年8月第1次
字 数: 8.72万字
开 本: 880毫米×1232毫米
印 张: 239千字

定 价: 26.00元

电子邮箱: gap@gapress.com.cn

营销中心电话: 010-83903524
邮购部电话: (门市部) 010-83903525
发行部电话: (网络) 010-83903523

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

盗窃罪基本问题研究: 明法文库 / 高巍著. —北京:
中国人民公安大学出版社, 2011. 8
ISBN 978 - 7 - 5653 - 0483 - 5

I. ①盗… II. ①高… III. ①盗窃—刑事犯罪—研究
—中国 IV. ①D924. 354

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 131478 号

盗窃罪基本问题研究

高 巍 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 8 月第 1 版
印 次: 2011 年 8 月第 1 次
印 张: 8. 75
开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32
字 数: 233 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0483 - 5
定 价: 26. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn
电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254
读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257
警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253
公安图书分社电话: 010 - 83905672

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

《明法文库》编委会

编委会主任：曹永年

谨以此书献给我的母亲

编委会委员：——罗丽华女士

曹永年 陈永水 陈云东 高 巍

黄松红 刘艺平 罗 刚 朱 良

车 军 彭 莹 仇永胜 王启俊

张锡昌 郑永清

《明法文库》编委会

编委会主任：陈云东

编委会副主任：陈铁水

编委会委员（按姓氏拼音排序）：

蔡 磊 陈铁水 陈云东 高 巍

黄积红 刘艺兵 罗 刚 米 良

牟 军 彭 荣 仇永胜 王启梁

张锡盛 郑冬渝

陈云东

公元 2011 年 5 月 30 日

总序

“明法”为篇，始出《管子》，曰：“以法治国则举措而已。”《管子》虽齐国稷下诸君杂糅之，但其承接管仲之余绪，应大体不谬。此后，法家从商鞅至韩非，无一不以明法为经。秦用法家之法，履至尊而制六合，威震四海。然而，雄兵百万，金城千里，并没有换来帝位永固。一夫作难而七庙隳，为天下所笑倒在其次，后世之君不敢明法为治，才是国之大害。

修德还是明法，儒法两家看似殊途，其实同归，皆帝王之术耳。《商君书》曰：“今夫人众兵强，此帝王之大资也，苟非明法以守之也，与危亡为邻。”《韩非子》曰：“明法者强，慢法者弱。强弱如是其明矣，而世主弗为，国亡宜矣。”以国强主重为本宗，明法、任法、壹法、从法，虽治国使众所向披靡，然一旦剑指君王，则法治立时坍塌。所谓明法，于君王，只是戏言。以一人之力与万人战，岂有不亡之理？

近世以来，民权之说由泰西而至东土，虽筌路蓝缕，虽荆棘载途，然其接引法治之希望，却日久弥坚。主权在民之下，明法为治。兆民之幸福与安宁，不系于一家一姓；国家之前途与命运，不仰于一人一事。不淫意于法之外，不为惠于法之内，先贤明法之深意，方能践行于华夏之地。

今时逢盛世，法学振兴，云南虽地处西隅，于明法之肫诚，并不稍让于人。学院同仁，不揣拙陋，集腋或可成裘。

是为序。

陈云东

公元2011年5月30日

引 言

2006年4月21日晚,一个叫许霆的青年来到一家商业银行的ATM机上取款,其银行卡上的账户余额为176.97元,许霆打算取出100元钱,在输入取款金额的过程中,不小心输成了1000元。令人惊奇的是,ATM机随后吐出了1000元钱。许霆当即查询账户,发现取款1000元后其账户只扣除了1元钱,于是许霆继续持卡在该ATM机进行如上操作170次,共计取款174000元后携款逃匿。2007年5月22日,许霆在陕西省宝鸡市被抓获归案,后被广州市中级人民法院判决认定成立盗窃罪,判处无期徒刑。该判决经媒体宣传后,引起轩然大波,社会各界纷纷参与讨论,后广东省高级人民法院二审在维持许霆盗窃罪成立的同时,撤销其无期徒刑判决,改判其有期徒刑5年。

从该案争论的背后,不难窥见对于盗窃罪的认定的分歧和偏见,以及情绪和理智的激烈对撞。在类似于“全民审判”的氛围中,以许霆案为切入点,间杂着道德的大旗和愤懑的情绪,刑法理论界和实务界在裹挟和质疑声中步履蹒跚。何为盗窃罪?盗窃罪的法定刑如何设置?盗窃罪的认定程序的正当性何在?这些问题,不仅是社会大众焦虑的来源,也是刑法界无法回避的理论困境。作为一种古老而常见的犯罪类型,盗窃罪的法律适用却并未明确和清晰过,反而一直处于不断地变迁和争议之中。

首先,关于盗窃罪的侵害法益究竟是所有权还是占有状态?何种程度、方式的占有值得刑法保护?在德日刑法中,有法律的财产说、经济的财产说、法律的经济财产说、本权说、占有说、修正说的学说对立。在我国刑法理论中,也有着所有权说和占有说的对

立,在占有说中,存在着合法占有与平稳占有的不同认识。不同学说的争议背后既牵涉盗窃罪惩罚的边界和正当性依据,也影响到犯罪行为的最终法律评价。例如,行为人窃取他人毒品的行为,依据不同的学说则会得出不同的结论。经济的财产说、占有说会肯定盗窃毒品成立盗窃罪,而法律的财产说、本权说、所有权说则会否定盗窃毒品行为成立盗窃罪。问题是,因何会有不同学说的对立?不同学说的理论原点和思想基础为何?证成学说的正当性基础为何?这些问题则有待于进一步的探究。

其次,盗窃罪的对象是否包括无形物和无价值之物,或者说盗窃罪的犯罪对象的范围在实体化向精神化变迁的过程中,其边界和依据也并不清晰。特别是20世纪中后期以来,随着科学技术的迅猛发展,新型财物的出现催生了对盗窃罪犯罪对象的深度思考,如QQ号码、网络游戏装备等实物能否作为盗窃罪的犯罪对象,则需要结合盗窃罪的侵害法益,依据刑法解释的基本原则进行分析。

最后,盗窃罪的行为方式是否需要具备秘密性、盗窃罪的着手和既遂、未遂标准的认定等也是理论界和实务界争议颇大的问题。

在某种意义上,盗窃罪的上述争议根植于国民情感和社会文化,也与国家的价值权衡和经济发展水平有着密切的关系。因此,深入研究盗窃罪的基本理论和疑难问题,既有助于进一步揭示争议背后的价值权衡和社会意识,也有助于形成盗窃罪疑难问题的基本共识。本书正是基于上述认识,尝试通过对盗窃罪的相关问题进行梳理和检讨,努力构建盗窃罪研究的理论共识、反思偏离刑法证成模式的情绪化偏见。当然,基于刑法学研究的规范属性,笔者对于盗窃罪的研究和论证只是一种价值权衡的结果,不可避免存在诸多有待改进和反思之处。

目 录

第一章 盗窃罪的本质	(1)
第一节 国外关于盗窃罪的本质学说	(1)
一、德国学说	(1)
二、日本学说	(4)
三、英美学说	(7)
第二节 我国关于盗窃罪本质的学说及重构	(11)
一、所有权说的提出和缺陷	(11)
二、占有说的提出与修正	(16)
第二章 盗窃罪的行为客体	(26)
第一节 有体物与无体物之争	(26)
一、学说演变	(26)
二、有体性说的证成	(30)
三、有体性说对我国刑事司法实务的审视	(32)
第二节 有价值之物与无价值之物之争	(45)
一、国外学说争议	(45)
二、我国的学说及评析	(48)
第三节 几种特殊“财物”的认定	(50)
一、无主物	(50)

二、不动产	(56)
三、人体器官	(66)
第三章 财物的占有	(76)
第一节 占有概述	(76)
一、占有观念的形成和演变	(76)
二、占有的性质	(78)
第二节 占有的有无	(79)
一、占有事实	(80)
二、占有意思	(84)
三、短暂失控物的占有	(88)
四、占有有无判断标准的具体应用 ——以梁某案为切入点	(91)
第三节 占有的归属	(95)
一、处于上下、主从关系的人之间的占有	(96)
二、对等关系者之间的共同占有	(106)
三、包装物的占有归属	(111)
四、死者的占有	(120)
第四章 盗窃行为	(135)
第一节 秘密性是否为窃取行为的必备要件	(135)
一、学说争议	(135)
二、否定窃取秘密性立场的提倡和证成	(140)
第二节 “数额较大、多次盗窃、入户盗窃、携带凶器 盗窃、扒窃”的界定	(142)
一、“数额较大”的认定	(142)

二、“多次盗窃”的认定	(151)
三、入户盗窃	(163)
四、携带凶器盗窃	(170)
五、扒窃	(179)
第五章 盗窃罪的主观要件	(183)
第一节 盗窃罪的主观要件	(183)
一、普通盗窃罪的主观要件	(183)
二、特殊盗窃罪的主观要件	(198)
三、几种特别的故意形式	(205)
第二节 盗窃罪的目的	(211)
一、是否需要目的	(211)
二、使用盗窃的可罚性边界	(222)
第六章 盗窃罪的形态	(230)
第一节 盗窃罪的着手	(230)
一、普通盗窃罪的着手	(230)
二、特殊盗窃罪的着手	(233)
第二节 盗窃罪的既遂	(240)
一、盗窃罪既遂的标准争论	(240)
二、学说评析与控制说的证成	(243)
三、盗窃罪既遂的具体判断	(250)
参考文献	(254)

第一章 盗窃罪的本质

盗窃罪的本质，即盗窃罪之所以成立犯罪的依据。一种行为成为犯罪而被国家所规制，应当是其具有某种危害社会的特征，且这种危害性已到了有必要发动刑罚手段予以干预的程度。具体而言，盗窃罪之所以成为犯罪，就在于其对于刑法所保护的法益具有侵害性。问题在于，盗窃罪究竟侵害了何种法益，在国内外的刑法理论界和实务界，却不无争议。而争议的背后，则是立场和文化的不同。

第一节 国外关于盗窃罪的本质学说

一、德国学说

德国刑法理论中关于盗窃罪的本质问题，一般是从财产的界定角度展开。也就是说，如何理解财产的性质实际上就是盗窃罪的侵害法益。围绕着财产的性质，在德国先后形成了三种主要的学说：

（一）法律的财产说

法律的财产说认为，刑法上的财产是民法上权利的总和，包括盗窃罪在内的财产罪的本质就在于对民事权利的侵害。该说认为，关于财产的保护，其基本法律应当是民事法律，而刑法则具有从属性，只应当出现于民事手段不足以保护权利的场合。因此，作为刑法保护财产的范围，则需要限定于民事权利的范围之中。例如，德

国学者宾丁指出：“财产权何时受到侵害，不应当由作为保护法的刑法来决定，而应当由财产法来决定。离开了民法、公法对财产权、债权的规定，刑法对财产权、债权便一无所知。因此，认定是否对这种权利产生了侵害时，刑法完全从属于财产法。刑法对财产法特别是民法的从属性，并不因为帝国法院的权威而有丝毫减少。”^① 依据法律财产说的观点，不法原因给付物、无效债权、不法所得物等因为不具有民事权利，不受民事法律保护，不能成为财产罪保护法益的财产。如果第三者盗取、诈取、侵占这类钱物，自然不能够成立财产罪。^② 法律的财产说与自然权利的理论有着密切的关系。在法律的财产说产生、盛行的 18、19 世纪，正是自然权利思想深入人心的时代，权利的保护成为公民和国家的终极诉求。因此，作为限定国家功能和目的的自然权利思想，就要求国家只能在个体权利保护的范围内行使权力，这就是法律的财产说的思想背景。

（二）经济的财产说

经济的财产说认为，作为整体的具有经济价值的利益即是财产，因此也是盗窃罪的侵害法益。那么，对于不法原因给付物、不法所得物等的窃取行为，都可以成为盗窃罪，因为其具有经济价值。或者说，判断盗窃罪的法益应当以经济价值作为根本标准，具有经济价值的利益，无论其是否具有民法上的权利，都可以成为盗窃罪等财产犯罪的侵害法益；而不具有经济价值的事物，即使其具有民法上的权利，也不能成为盗窃罪等财产犯罪的侵害法益。^③ 经济的财产说的提出，与犯罪的本质由权利侵害说向法益侵害说的转型有关，还与对刑法隶属于民法观点的批判有关。首先，在 20 世纪初，关于犯罪本质的转型开始发生，权利侵害不再具有通说的地

① 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 540 页。

② 刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 9 页。

③ 刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 9 页。

位,而受到了法益侵害说的冲击。在此背景下,法益侵害说的观念折射在盗窃罪等财产犯罪的本质问题上,则促进了扩大财产犯罪保护范围的经济的财产说的提出,如有学者所指出的:“经济的财产说之所以取代法律的财产说,还有一个重要原因是刑法的目的由权利保护思想转向法益保护思想。”^①其次,20世纪初在德国开始的刑法独立性说也使财产从一个民法独有概念具有演变为刑法独立概念的可能性。例如,德国学者 Bruns 认为,民法秩序并不等于法秩序,刑法是具有固有的目的与使命的独立的法律,不能根据民法概念来理解刑法上的侵害客体(保护法益),对于刑法的解释必须从民法思想中解放出来。因此,即使是对同一概念,在刑法上也完全可以作出与民法不同的解释。刑法的概念必须在考虑其刑罚法规目的的基础上,直接根据生活事实而形成。^②从这个意义上说,由于刑法只服务于自己的规范目的,则可以依据刑法的价值和立场确定盗窃罪的侵害法益,不需要考虑是否具有民法上的同一性和正当性。

(三) 法律的、经济的财产说

法律的、经济的财产说是法律的财产说和经济的财产说的折中。该说认为,法律的财产说注重财产的形式层面,即民事权利的一面,而经济的财产说则重视财产的实质层面,即经济利益的一面,两种学说都过于极端。因此,应当对法律的财产说和经济的财产说进行折中,把民事权利和经济利益结合起来考虑。易言之,除了违法的利益之外,由法秩序所保护的整体上有经济价值的利益即是财产。因为,“实际上,由于刑法的目的是通过保护法益来维护社会秩序,所以,只有法秩序承认的利益,或者说只有民事法上应该保护的利益,才能成为财产罪的保护利益。但是,刑法上的保护法益也可以是民事法上无权利的利益,只不过不能是民法上不被保

① 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第559页。

② 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第554页。

护的违法的利益”。^①

德国刑法理论中关于盗窃罪等财产犯罪的侵害法益的争论，其根源在于如何看待刑法的规范目的。如果认为刑法的目的在于保护个体的权利，则法律的财产说具有合理性；如果认为刑法的目的在于保护社会秩序，则经济的财产说也无可非议。但是，事实上，刑法的目的绝不仅仅是满足于个体权利的保护，其在一定程度上还通过对权利基础和权利内容的保护实现对权利的提前和周延保护。因此，对于权利基础和权利内容的保护，在形式上并不能够等同于权利，但是却与权利具有内在的关联性。从这个意义上，把盗窃罪的侵害法益确定为法律的、经济的财产说更具有合理性。例如，日本学者大谷实认为：“只要刑法的基本目的是通过保护法律利益来维持社会秩序，则主张只有被法秩序所承认的利益即在民法上所保护的利益才是值得保护的财产的法律财产说，基本上是正确的。但是，在财产关系日益复杂的现代社会中，权利、义务关系的确定不一定容易，如果刑法仅以民法上所保护的利益为对象的话，反而会招致不能保护民事上的正当利益的事态。因此，只要承认事实上不受法律的直接谴责而存在的利益，即大体上不违法的经济利益的存在，则有必要保护该种法益。这样说来，法律经济财产说是妥当的学说。”^②

二、日本学说

日本关于盗窃罪的侵害法益一直存在本权说和占有说的对立。同时，随着社会的发展和判例的演变，在本权说和占有说中，都出现了部分修正的学说，概称为修正说。

（一）本权说和占有说

本权说是日本早期的学说。该说认为，盗窃罪的侵害法益应当

① 刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第10页。

② [日]大谷实：《刑法各论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第137页。

是所有权和其他本权。因为，日本刑法条文把盗窃罪的客体规定为“他人的财物”，即是指“他人所有之财物”，而非“他人所占有之财物”。因此，行为人从盗窃犯那里拿回属于自己所有的财物，并未对财物的本权造成侵害，自然不成立盗窃罪。^① 本权说的另外一个依据在于，如果不认为所有权及其他本权是财产罪的保护法益的话，则很难说明夺取财物之后予以损坏的行为是一种事后不可罚的行为。^② 与本权说相对的学说是占有说，该说认为，财物的占有或持有本身才是盗窃罪的侵害法益，至少在构成要件阶段不应当考察该占有是否具有法律上的正当性。因此，不论何种形式的占有均是刑法保护的客体，即使是行为人从盗窃犯那里拿回属于自己所有的财物，也符合盗窃罪的构成要件，只不过可以作为自救行为而阻却违法性。支持占有说的一个重要依据为禁止私力救济的思想。因为日本民法所规定的占有诉权制度正是意欲禁止基于本权的私力救济，主张权利的实现应通过国家的民事诉讼制度来实现。易言之，国家要求尊重事实上的财产状态，对占有也应当单独加以保护，自然对盗窃犯的占有也要保护。^③ 此外，占有说的出现，也与财产形式的多元化和权利行使的复杂性有关，在财产和权利的行使和运行处于复杂、多变的情况下，维持一种财产占有的秩序或状态对于可预期的社会秩序具有重要的意义，这也是占有说存在的依据。

（二）修正说

本权说和占有说的争论焦点在于，国家设立盗窃罪所保护的法益或目的，究竟是以所有权或其他本权为重还是以被占有财物的财产性秩序为重？如果把刑法的直接目的和终极目的都视为所有权和其他本权，则使个体的所有权和本权在实现方法上更加全面和充

① [日] 大冢仁：《刑法概说》（各论），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第182页。

② 刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第11页。

③ [日] 西田典之：《日本刑法各论》，刘明祥等译，武汉大学出版社2005年版，第104页。

分，并在一定程度上使私力救济的范围扩大，从而使刑法成为实现个体权利的一种消极工具。反之，如果重视被占有财物的财产性秩序的话，则是一种积极的刑法功能观。或者说，在国家权力和个体权利的博弈中，国家可以为了财产性秩序这种整体利益对个体实现权利的救济方式进行一定的限制。因此，在根本上，本权说和占有说是一种国家观和权利观的对立。正如日本学者西田典之所指出的：“本权说与占有说之间的对立，可以说是围绕以下问题展开的，即盗窃罪这一规定究竟是为了保护私法上的正当权利关系还是保护事实上的财产秩序，进一步而言，以刑事法的形式禁止私力救济应控制在什么范围之内。为此，这一问题的对策就远远超越了对于从盗窃犯人处夺回自己之物这一行为的刑法处理，其解答还应包括对于刑法介入民事纠纷应控制在何种程度这一现实问题的回答。”^①正是基于本权说和占有说之间的对立和冲突，日本学者开始尝试在二者之间进行折中和调适，并形成了多种修正说。

各种修正说或者是对本权说的扩张，或者是对纯粹占有说的限制，其中影响最大的学说为“平稳占有说”，该说由平野龙一所提出。平野龙一认为，盗窃罪的侵害法益为占有，但并非是全部的占有，而只是限于所谓平稳占有的场合。例如，基于民事关系的财产管理人的占有、对违禁品的占有，都是平稳占有，对其加以侵害的行为，可能构成财产罪。同样，租借期限已到但尚未返还时，所有者擅自取回的行为也侵害了他人对财物的平稳占有，构成盗窃罪。相反，所有者从盗窃犯那里取回属于自己的财物，则不侵害平稳占有，也不构成盗窃罪。^②实际上，平稳占有说是将所有人取回被他人非法占有的财物作为例外的一种占有说，但是，因何要特别排除所有人取回他人非法占有财物的情形，却缺乏清晰的理论依据，也

① [日] 西田典之：《日本刑法各论》，刘明祥等译，武汉大学出版社 2005 年版，第 104 页。

② 刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 15 页。