

“扒窃”司法认定中的若干争议之辨

谢蔚

(中国青年政治学院 法律系,北京 100089)

摘要:扒窃是指行为人以非法占有为目的,在公共场所窃取他人随身携带财物的行为。公共场所是指不特定多数人
可以进入、停留的场所。随身携带的范围应理解为被害人紧密控制的范围,具备随时支配财产的可能性的范围。扒窃采取
结果无价值立场,需符合总则中但书的罪量规定才能定罪处罚。

关键词:扒窃;公共场所;随身携带;结果无价值

中图分类号:D914 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-5884(2013)12-0132-03

《刑法修正案(八)》第39条对刑法第二百六十四条进行了修改,增加了“多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”成立盗窃罪的规定。此条文的修正引发理论司法界关于扒窃认定的诸多争议与分歧。2013年4月《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》规定,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的,应当认定为“扒窃”。但本解释对争议的澄清并无实质意义。扒窃采用的是行为无价值还是结果无价值的立场,修正后的盗窃罪条文规定的是五种独立定罪情形还是两种罪状,扒窃成立是否要求携带凶器,“公共场所”、“随身携带”是否是扒窃的核心成立要素,公然窃取他人放在身边的物品又是否构成扒窃,扒窃入刑与刑法13条但书的关系,扒窃既遂的界定等等。对上述争议问题的回答直接关系到扒窃司法认定的准确性、权威性。

一 争议一:扒窃之“携带凶器”或“多次”限定

2011年6月13日,在公交车里,张某发现站在其旁边的陆某戴着耳机听歌而且裤兜张开,里面有数张百元大钞,遂起贪念,趁公交车上下车拥挤之际,伸手插进陆某口袋将其袋中财物据为己有。陆某发现后报警,张某当场被抓获。在其身上起获盗窃赃款785元。

争议焦点在于对“多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”的理解。第一种意见认为,扒窃的成立不需要以携带凶器为必要条件,扒窃是与盗窃公私财物数额较大、多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃情形一样并列、独立的五种盗窃定罪情形。第二种意见认为,携带凶器是扒窃成立的限定条件。第三种意见并未主张“携带凶器”为“扒窃”的必要条件,但认为“多次”为扒窃成立的限定条件。

分析:本文赞成第一种意见。扒窃乃独立的特殊盗窃

情形,并无“携带凶器”或“多次”的限定条件。理由:(1)对于条文“携带凶器盗窃、扒窃”标点、文义理解的分歧。肯定意见认为“携带凶器”是对“盗窃、扒窃”的共同修饰与限定,然而,单从语义来看,毫无疑问,在这句话中,顿号表示的是词与词之间的并列关系,扒窃是与多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃并列的四种特殊盗窃情形,而且从语义整体性、统一性出发,“携带凶器盗窃、扒窃”中的顿号也应当与前三个词中的顿号用法一致。(2)盗窃为扒窃的上位概念,携带凶器盗窃本身从语义射程上就已包括携带凶器扒窃的情形,主张携带凶器共同修饰盗窃、扒窃二者非同一位阶的概念,与理不合。(3)肯定的观点均体现了限制扒窃入罪思想。对于“行为人实施扒窃行为,不能一律入罪”思想在理论司法实践中其实基本达成共识,但主张通过“携带凶器”限定扒窃处罚范围的思想的逻辑问题在于,限制扒窃定罪处罚范围并不能得出“携带凶器为扒窃成立条件”。通过结合刑法总则第13条但书的规定完全可以将“情节显著轻微危害不大”的扒窃行为进行出罪,从而实现限制扒窃定罪处罚的目的。因而主张以“携带凶器”限制扒窃的定罪处罚范围论者所提倡的节省司法资源、刑法谦抑性、公平等等理由并不能成为有力理据。

因此在上述两个案例中,其行为是否构成扒窃,并不应以“携带凶器”更不应以“多次”为必要条件,若符合扒窃成立相应条件,应认定构成扒窃,成立盗窃罪。

二 争议二:扒窃之核心成立要素界定

(一)“公共场所”的范畴

案例:某日犯罪嫌疑人小黄在按摩院二层包房内,在被害人晓红为其按摩时,通过以假换真的方式掉包晓红颈部所带的黄金项链一根(价值人民币6800元)。在嫌疑人结账时被被害人晓红及时发现并抓获。

1. 争议焦点一:扒窃的成立是否需发生在“公共场所”

第一种意见认为:扒窃成立盗窃罪不以发生在“公共场所”为必要。第二种意见认为“扒窃”成立以发生在“公共场所”为必要。

笔者认为争议意见的产生系论者对“公共场所”的理解差异所致。否定论者将“公共场所”过度局限于一些毫无争议、传统意义上的“公共场所”,但又看到了在一些新型的非传统意义的领域发生扒窃的可能性,但受其狭义的“公共场所”的概念所限,故认为扒窃不应被限定于“公共场所”,在非“公共场所”领域也有发生扒窃的可能。其所指也可能发生扒窃的非“公共场所”实际很大部分就是肯定论者所说的广义的、实质意义上的“公共场所”。因而二者意见并不存在实质的冲突。因此笔者认为扒窃应当以发生在公共场所为限,但采广义的、实质意义上的“公共场所”的概念。

具体理由如下:第一、扒窃应当发生于“公共场所”直接关系到扒窃入刑的法旨。“扒窃入刑”将其规定为一种特殊的独立盗窃行为,社会危害性是扒窃入刑的主要原因,而扒窃社会危害性的产生与其发生在公共场所息息相关,因为公共场所乃自然不特定人都可以进入,使得每个人都会成为潜在的被害人,在公共场所犯罪容易被发现,遭到被害人或见义勇为很容易引发或者转化为其他犯罪,极易引起公众恐慌,危害社会公共秩序,第二、“公共场所”条件的确立为扒窃的司法认定提供了明确的指导方向,反之,缺乏相对明确的条件限制,会导致司法认定过程中主观性因素过强,同案不同判,不利于司法权威的树立。第三、适度扩张公共场所的概念,与时俱进,符合大众观念。第四、值得注意的是,1997年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定:“对于一年内入户盗窃或者在公共场所‘扒窃’三次以上的,应当认定为‘多次盗窃’,以盗窃罪定罪处罚。”该解释应理解为注意规定,此处的公共场所仅仅是一种修饰,并不能以此认为“扒窃”可分为公共场所和非公共场所扒窃,由此认为扒窃也可发生在非公共场所。

2. 争议焦点二:“公共场所”的界定

狭义说(形式说):将“公共场所”的认定标准局限于人数、场所功能等形式条件。认定的“公共场所”往往为传统意义的毫无争议的地点,但范围较狭窄已不能适应现代刑法的发展。广义说(实质说)认为“公共场所”即“不特定人可以进入、停留的场所以及有多数人在内的场所”。^[1],所谓的“不特定人可以进入”指的是不特定对象进入的可能性,只要具备不特定人随时可能进入停留的可能性,即使实际该地点没有很多人的存在,也不能否定其“公共场所”性。

笔者认为:1. 实质说概念所指的“不特定人”应该特指“不特定多数人”进入的可能性。如果一个场所只能限定“不特定一个人”或者“特定多数人”进入则不能具备“公共场所”的功能与属性。比如只要交钱就能进但特定时间段内限一人的VIP包间,设立了严格门禁制度的办公楼、学校图书馆等等不具备公共场所的特有属性与功能,行为人在这些场合不具备成立扒窃的场所条件,但依据具体情形可考虑其成立盗窃,或者当这些场所能够评价为“户”时,考虑能否成立“入户盗窃”。2. 扒窃所强调的“公共场所”不能与“聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪”中“公共场所”作同等解释,因为不同罪名强调保护的法益不同,后者强调对实际的公共秩序的管理保护,因而要求必须存在多数人行行为,而非指存在的可能性。前者的范围大于后者。

结合案例,足浴店整体而言虽然为公共场合,但是案发的包房并不具备“公共场所”性,在特定时间段内,该空间是相对封闭的,足浴店的包间属于只有特定多数人即订包房的顾客,足浴店的工作人员才能进入的场合。社会上的其他人员,足浴店的其他顾客在内的不特定多数人并不能自由进入,因此该包间不属于“公共场合”,相应的不能认定为扒窃。

(二)“随身携带”的界定

案例:某某市口,甲趁被害人不备,偷偷拉开被害人放置在自行车后座的挎包,窃取人民币619元及被害人MP3等物,后被抓获。经鉴定,盗窃财物总价值为723元。

争议焦点:“随身携带”的界定。

“随身携带”是成立“扒窃”的核心成立要素,对于此理论司法实务界基本无异议,但关于“随身携带”的内容则莫衷一是:有观点认为,“随身携带”限于被害人放置身上的财物,比如手中拿着,背上背着,肩上挎着的财物,兜里揣着,脖子上戴着等,如果没有贴身放置在身上,即使在被害人控制范围之内也不能算“随身携带”^[2],也有观点认为,“随身携带”的财物既包括手中握有该财物或将财物放置于衣裤口袋、随身的挎包中的典型情形,也包括放置于身边的目光可及的财物……^[3]

笔者采取限制的“紧密控制”的观点,(1)所谓“随身携带”的本质应当是“随时随地利用的可能性”,指仍处于被害人“紧密控制”范围内,具备随时支配可能性的财物,但这种随时支配可能性需要具体判断,比如火车上睡在中铺和下铺的旅客放置于下铺床下的行李便不在其随时支配的范围,对于下铺的旅客而言,只要其未离开下铺的位置,其放置于床下的行李则属于其“紧密控制”下,具备“随时支配可能性”;放在椅背后的挎包,放在旁边凳子上的相机(被害人一只手还扶在椅背上与友人说话),正坐在自行车上或者推着自行车的被害人放在自行车自行车前方筐内的财物均应认定为“随身携带”的财物。(2)“贴身说”的观点,过于限制了“随身携带”的范围,不利于对扒窃犯罪的打击,也不符合立法目的。而“实际控制说”、“目光可及说”的观点过度扩张了“随身携带”的范围。当财物“脱离”被害人的“紧密控制”范围时,扒窃行为实施所带来的对被害人的人身威胁的可能也大大降低,其主观恶性也大大降低,“随身携带”财物范围的过度扩张模糊了普通盗窃与扒窃的边界、刑罚与行政处罚的边界,不利于司法资源的合理配置。(3)关于“随身携带”,还会有人提到“被扒窃财物的体积大小”问题,有观点认为被扒窃的财物应限于体积较小的财物,体积较大的财物不具有“随身携带”的可能性^[5]。事实上,生活中“随身携带”大体积财物情形随处可见,地铁里背着大提琴或将琵琶靠在身边的学生;火车站带很多行李的旅客等等,关键在于财物是否始终处于被害人紧密控制下,具有随时使用的可能,而这与体积大小无关。能否将大件财物“随身携带”因人而异,只是技术问题,并非法律问题。

因此,应当认为案中2个被害人被窃的财物均满足“随身携带”的要求,行为人的行为构成扒窃,成立盗窃罪。

(三)公然窃取他人放在身边的物品是否构成扒窃

案例1:某商场正在做活动,商场保安数人亲眼看见当地盗窃团伙趁被害人陈某、李某观赏节目时,拉开其手提包拉链,窃走钱包。临走时,该团伙头目得意的跟保安打招呼,保安惧于该盗窃团伙的势力,不敢声张。

案例2:某公交车站,陈某感觉身后有异样,回头一看,

张某手里拿着其 hello kitty 牌钱包,自己的手提包已被划开。

案例涉及的主要问题是:扒窃是否必须秘密窃取。可能会有观点主张:秘密窃取是区分盗窃罪与抢劫罪、抢夺罪的标准。这种观点存在主观主义的嫌疑。不可否认,秘密窃取说法符合人们的语义习惯但并不符合法理。区别盗窃罪与抢劫、抢夺的根本在于行为人是否采用暴力取财这种暴力包括对人的暴力或对物的暴力进而产生危害或危害的可能。因而笔者认为不应将秘密窃取认定为普通盗窃、扒窃的限定条件。

案例1、2正是分别代表了“公众知晓扒窃但被害人不知晓”及“被害人知晓”两种公然窃取情形,秘密窃取并非阻碍扒窃的成立条件,只要符合犯罪构成,行为人可成立扒窃,以盗窃定罪处罚。

三 争议三:扒窃之基本立场判定:行为无价值与结果无价值

案例:某电影院,蒋某见坐在旁边位子的李某裤兜里钱包胀鼓鼓的,趁李某不备,将手伸进对方兜里偷到钱包后,发现里面没有钱,后被抓获。

争议的焦点问题在于:单纯实施了扒窃行为但并未获取财物是否能够定罪处罚。

笔者认为,扒窃体现了行为无价值倾向的结果无价值的刑事立场。理由是:

扒窃归根结底属于财产性犯罪,盗窃罪的范畴,而对于财产法益的侵犯是其本质,这一点是本质所在不能动摇,因而仅仅实施窃取行为未获取任何财物或值得刑法保护的财物的如纸巾、名片、廉价玻璃等等,不能认为成立既遂。若为扒窃设立数额限定,意味着凡是实施了扒窃行为但未达到数额的行为均视为未遂,情节再恶劣也是未遂。同时依据《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》,对于盗窃未遂,如果情节严重,如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的才定罪处罚,于是若依此观点,大多数的扒窃都将无法定罪。当刑法本身并未为扒窃设立具体罪量而予以加强,强行设立金额、次数等要求将“有架空刑事法律之嫌,立法者对于特殊类型的扒窃行为不计数额的立法努力也将化为泡影。”^[4]于是,可能有人问,没有数额的限制如何体现其结果犯的性质。笔者认为,当分则未做规定具体的罪量因素时,可以通过刑法总则13条但书的规定对其进行总的量的考量。这种考量包括被害人、扒窃对象、行为人、社会影响等综合考虑,金额当然也是考量因素之一但绝不仅仅限于金额。只有当扒窃行为总体上符合但书对犯罪总的量的要求时才可成立盗窃罪进行定罪处罚,而对情节较轻、社会危害性不大的扒窃给予行政处罚即可。

四 扒窃之入刑:扒窃与刑法13条但书

在保证立法者目的实现的前提下对扒窃的处罚范围进行必要的限缩,在理论司法界是没有争议的命题。但如何将部分没有处罚必要的扒窃排除刑罚处罚则面临扒窃出罪路径的选择问题。

有意见主张在行为刑法的体系框架内适当考虑行为入刑法的位置,将行为人思想至于功能型责任概念中,为部分扒窃行为比如初犯偶犯的出罪寻找实体法的依据^[5]。关于行为人刑法的弊端笔者不再赘述,如同作者自身承认的,这是一个冒险而激进的设想,先不去讨论设想成立与

否,为解决扒窃限制处罚问题而对整个犯罪论体系进行重构的方案实在具有功倍事半之嫌。也有意见主张设立定罪数额标准或者规定扒窃次数来限制扒窃的处罚,认为除了实施扒窃行为之外,多次盗窃的犯罪记录或者扒窃达到一定数额的财物也应当成为扒窃成立盗窃罪的必要条件。但如前述扒窃入刑是与普通盗窃数额较大、多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃并列的盗窃类型,分则立法并未规定有关于扒窃的具体的罪量要素,架空立法,擅自设立扒窃成立条件的做法并不妥当。

笔者认为当无法寻找分则依据时,通过对总则但书条款的把握也能够提供限制扒窃处罚的合理方案。“刑法总则第十三条‘但书’部分对判断某一行为是否构成犯罪提出了一个总的‘量’的标准,即‘情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪’…当某一危害行为符合罪的‘质’的构成要件,在‘量’上不再是‘情节显著轻微危害不大的’才应予以定罪处罚。”^[6]

事实上,当扒窃数额已达到金额较大或者满足多次盗窃条件时,扒窃成立盗窃罪并无疑问,真正需要结合但书进行综合判断的情形主要是指仅仅实施了扒窃行为,与其他盗窃类型也不存在交叉如数额、盗窃次数、携带凶器盗窃的情形,需要考虑是否存在“情节严重”情形,通常结合犯罪主体、犯罪对象、犯罪行为手段、犯罪结果、社会危害性等各因素综合考虑。比如行为人未盗窃财物或窃得财物极少,又为未成年人、偶犯、积极退赔、主观恶性不大的可视为情节轻微,不认为是犯罪。

五 结 论

《刑法修正案(八)》将扒窃规定为与盗窃公私财物,数额较大的、多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃并列的五种独立的,相互之间存在交叉的盗窃类型。扒窃作为独立的一种特殊盗窃行为,“公共场所”和“随身携带”是扒窃的核心成立要素。扒窃的定罪处罚没有数额、次数、手段方式的限制,也不要求具备秘密性和技术性。尽管如此,其财产性犯罪、盗窃罪的本质,决定不能将扒窃认定为行为犯,不能认为一经实施扒窃行为就成立盗窃罪既遂,扒窃的认定还需结合但书的综合判断,只有具备“情节严重”情形的扒窃行为,才能对其进行定罪处罚。司法机关只有把握在“扒窃入刑”上述争议问题的正确立场,才能真正的实现立法目的,有力打击扒窃犯罪,维护公民合法权益。

参考文献:

- [1] 张明楷. 刑法学(第四版)[M]. 北京:法律出版社,2011.
- [2] 张伟珂. 扒窃独立成罪仍需细化[N]. 人民法院报, 2011-04-02.
- [3] 吴加明.《刑法修正案(八)》中“扒窃”的司法实践认定[J]. 中国检察官,2011(7).
- [4] 李翔. 新型盗窃罪的司法适用路径[J]. 华东政法大学学报,2011(5).
- [5] 车浩.“扒窃”入刑:贴身禁忌与行为人刑法[J]. 中国法学,2013(1).
- [6] 最高人民法院研究室,最高人民法院“刑法、刑事诉讼法”修改工作小组办公室.《刑法修正案(八)》条文及配套司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2011.

(责任编辑 罗 渊)