

论盗窃罪数额犯的未遂

黎 宏

内容提要:未遂犯是能够引起某种侵害法益威胁结果的结果犯。数额犯中的数额,既不是犯罪成立要件,也不是量刑规则,而是作为限制犯罪成立范围的要素,即只有在行为会引起一定数额的财物被侵害的危险结果时,该行为才有可能成立数额犯的未遂犯。我国《刑法》第264条所规定的三种盗窃罪数额犯,均有成立未遂犯的可能。就针对数额较大财物的盗窃行为,要成立未遂犯,一方面,必须具有引起数额较大财物被盗的危险,另一方面,还必须超越“情节显著轻微危害不大”的要求。这样说来,实施引起数额(特别)巨大财物被盗危险的场合就不用说了,即便是实施引起数额较大财物被盗危险,尚未造成严重后果(如窃取了部分财物,但未达数额较大要求)的场合,也可成立数额较大类型盗窃罪的未遂犯。有关盗窃罪未遂犯相关司法解释是注意规定而非拟制规定,并不排除对数额较大类型的盗窃罪未遂犯的处罚;针对数额(特别)巨大财物进行盗窃,结果却只是盗窃到数额较大的财物的场合,属于想象竞合,应当择一重罪论处。

关键词:盗窃罪 数额犯 未遂 行为危险 结果危险

黎宏,清华大学法学院教授。

盗窃罪数额犯的未遂犯是个老生常谈、常谈常新的话题。这里所谓的盗窃罪数额犯,是指单次盗窃,即一次行为所导致的盗窃数额问题,不包括累计数额即多次盗窃的数额在内。累计数额的场合,或者属于单独处罚的“多次盗窃”,或者需要累计数额处理,属于加重刑罚的条件即量刑规则,不存在未遂问题。由于我国《刑法》第264条将“盗窃公私财物,数额较大”,作为“处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”的条件,并将“数额巨大”以及“特别巨大”作为加重法定刑的情节,因此,数额的大小在一般盗窃罪的处理当中就有了至关重要的地位。其不仅决定盗窃罪的定罪,还影响着盗窃罪的量刑。

由此而来的问题是数额的性质,即其在盗窃罪的规定当中到底是盗窃罪的成立条件还是既遂要件。若说其是盗窃罪的成立条件,则所有的盗窃罪,不管是既遂还是未遂,至

少都必须满足“数额较大”的要求。未达数额较大要求的,一概不成立盗窃罪。相反地,如果说其是盗窃罪的既遂要件的话,则未达数额较大要求的,也能够成立盗窃罪,只是不成立既遂犯,而作为盗窃罪的未遂犯处理。对于这一问题,刑法理论界有成立条件说和既遂要件说之争。只不过成立条件说存在的问题比较明显,即如果说刑法分则规定的是犯罪的成立模式,既包括具体犯罪的既遂形态,也包括预备、未遂等形态的话,则刑法总则第23条第2款有关未遂犯的规定就难以理解了。因为,未遂犯也是一种犯罪形态,如果其也在分则具体犯罪之中的话,则分则所规定的法定刑当中自然也含有未遂犯的法定刑,那么,未遂犯如何按照既遂犯“从轻”或者“减轻”处罚呢?同样,《刑法》第22条第1款规定:“为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备”。如果说刑法分则规定的犯罪是成立要件,包括了犯罪的各种停止形态,则“为了犯罪”中的“犯罪”,就要包括相关犯罪的未遂和中止等形态。但谁会为了一个未遂或者中止形态而“准备工具、制造条件”呢?因此,肯定盗窃罪数额犯存在未遂形式的观点成为了主流。我国的相关司法解释,历来也都主张盗窃罪存在未遂犯。^[1]

但是,盗窃罪数额犯的未遂犯在多大范围内存在?如“数额较大”类型的盗窃罪是否处罚未遂犯?盗窃罪数额犯的未遂形态该如何处罚?如以数额巨大或者特别巨大的财物为目标实施盗窃,结果却未得逞的(包括分文未得和取得财物数额较小),该如何处罚?到底是作为数额巨大或者特别巨大财物的盗窃罪的未遂犯处罚还是作为数额较大的盗窃罪的未遂犯处罚?这些问题都还存在重大争议。

笔者认为,盗窃罪数额犯之类的各种以“数额较大”或者明确地规定有具体数额的犯罪类型,属于各类数额犯的既遂形态,均存在与之对应的未遂形态。只是我国刑法中的绝大多数犯罪行为均有与之相对应的行政违法行为,所受的处罚是行政处罚,而且我国《刑法》第13条也明确规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,这种二元的制裁体系和刑法规定,使得并非所有的盗窃未遂行为都构成刑法上的盗窃罪,只有当盗窃行为既未达到各类盗窃罪的数额要求,又不属于“情节显著轻微危害不大的”未遂场合,才有可能构成应当受到刑法处罚的盗窃罪(未遂)。

综上,下文在对学界既有的各种主张盗窃罪数额犯未遂形态的学说进行述评的基础上,结合我国有关处罚盗窃罪未遂犯的相关司法解释,对上述见解进行阐明。

一 学说述评

目前,就盗窃罪数额犯是否存在未遂犯而言,我国学界大体上有三种见解:第一种见解认为,“数额较大”类型的盗窃罪不存在未遂形态,但“数额(特别)巨大”类型的盗窃罪

[1] 参见赵秉志著:《犯罪未遂形态探究》(第二版),中国人民大学出版社2008年版,第346页;王作富主编:《刑法分则实务研究(中)》,中国方正出版社2010年版,第1069页以下。2013年4月2日最高人民法院、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》第12条规定:盗窃未遂,具有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:(一)以数额巨大的财物为盗窃目标的;(二)以珍贵文物为盗窃目标的;(三)其他情节严重的情形。

存在未遂形态。这是我国的传统见解,以所谓“重罪轻罪区分说”为代表;〔2〕第二种见解认为,不管是“数额较大”的类型还是“数额(特别)巨大”的类型,均存在未遂形态,以“事实数额说”、“规范数额说”为代表。〔3〕第三种见解认为,“数额(特别)巨大”类型的盗窃罪不存在未遂形态,但“数额较大”类型的盗窃罪存在未遂形态,其以所谓“量刑规则说”为代表。〔4〕下文分别展开论述。

(一)“重罪轻罪区分说”

这种观点实际上是对我国传统学说的深化。我国传统观点认为,“小偷小摸、数额很小,不能当作盗窃罪;盗窃、诈骗少量财物,属于违反治安管理处罚法的行为;只有盗窃、诈骗公私财物数额较大的,才构成刑法中的盗窃、诈骗罪”,〔5〕这意味着,盗窃少量财物的,连盗窃未遂都不构成。

针对这种见解,“重罪轻罪区分说”认为,在确定未遂犯的处罚范围时,应当从客观主义的立场来判断,只有在行为对刑法所保护的重要利益造成了严重危险或者威胁的时候,才能作为未遂犯处罚。刑法所保护利益的大小,从刑法对各种犯罪行为所设置的法定刑的轻重上能看得出来。因此,在考虑未遂犯的处罚范围的时候,可以此为参考。对于法定刑规定重的犯罪即为重罪,可以考虑处罚其未遂形态,而对于法定刑规定较轻的犯罪即为轻罪,则没有必要处罚其未遂形态。就我国《刑法》的规定而言,轻罪和重罪之分,可以 3 年有期徒刑为界,即实施了法定最低刑为 3 年以上的犯罪时,应处罚其未遂形态。事实上,我国的司法解释也是以此作为盗窃罪未遂犯的处罚标准的。〔6〕按照这种理解,盗窃数额(特别)巨大的场合,存在未遂形态,但在数额较大的场合,则不存在未遂形态,或者说至少不处罚未遂犯。

我国的司法实践多采纳上述观点。有一个比较早的典型案例为证。2006 年 4 月 8 日下午,在郑州市黄河路与南阳路交叉口的知青村地锅城门前,一名窃贼在撬盗放有价值 3000 多元的烟酒的汽车后备箱时,窃贼被该酒店保安当场抓获。该男子被抓后,气焰嚣张,并准备使用事先准备好的凶器反抗抓捕,被保安制止。然而该男子在被派出所民警带走的当晚就被释放了。警方的理由是,根据最高人民法院的有关司法解释,不能追究这种盗贼的刑事责任。《治安管理处罚法》又没有盗窃“既遂”和“未遂”的概念和规定,我们确实没有办法处理,只能放了他们。我们也很无奈。据记者调查,公安局处理该案件依据的是 1998 年 3 月 17 日最高人民法院出台的《关于审理盗窃案件过程中具体问题的解释》。该解释的第 1 条第 2 项规定,盗窃未遂,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,应当定罪处罚。关于数额巨大的标准,当年河南省高院、检察院、公安厅联合发文规定:“(盗窃未遂的违法分子)盗窃金额为 1 万元以上的,应当追究刑事

〔2〕 参见黎宏著:《刑法学总论》,法律出版社 2016 年版,第 239-240 页。

〔3〕 参见刘之雄:《数额犯若干问题研究》,《法商研究》2005 年第 6 期,第 74 页以下;吴亚安:《论我国刑法中数额的性质》,《政治与法律》2016 年第 9 期,第 45 页。

〔4〕 参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,《清华法学》2011 年第 1 期,第 13 页。

〔5〕 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版,第 47 页。

〔6〕 参见黎宏著:《刑法学总论》,法律出版社 2016 年版,第 239-240 页。

责任”。〔7〕虽然从客观主义的刑法观以及我国司法实践的角度来看,这种观点确实有一定的现实针对性,但从理论论证上来看,也存在倒果为因的不足。

事实上,我国司法实践中将“3年有期徒刑”作为是否处罚未遂犯的分水岭只是总结实践经验得出的结论,而非一定要如此处罚的原因。未遂犯的处罚原因及其范围最终还是取决于刑法保护法益的大小以及其他社会因素。

从我国的司法实践来看,盗窃罪长期以来高居各种违法犯罪行为之首。同时,近年来刑事立法体现了积极的能动主义司法观——针对社会治安现状,有目的地运用刑法手段来打击重点犯罪。因此,对于法定刑为3年以下有期徒刑的盗窃数额较大财物的盗窃罪的未遂形态予以处罚很有必要。

此外,司法解释只是确定盗窃未遂时具有“以数额巨大的财物为盗窃目标”等情形的,“应当”依法追究刑事责任,但并没有否定以数额较大的财物为盗窃目标的场合“可以”依法追究刑事责任。“重罪轻罪区分说”的观点存在缺陷,我不再坚持。

(二)“事实数额说”与“规范数额说”

这种见解认为,就盗窃罪而言,不管是“数额较大”类型还是“数额(特别)巨大”类型,均存在未遂形态。但是其说理不同,以下分别叙述。

1. “事实数额说”

这种学说认为,数额犯中的数额,是犯罪构成要件的定量标准,其功能在于划分罪与非罪,而非犯罪的既遂与未遂,既然未遂犯也是犯罪之一种形态,则必然要受数额要求的限制。如刘之雄教授认为,法定的定罪数额标准,对于数额犯而言,是既遂行为与未遂行为的共同标准,行为数额达到法定定罪标准的,就应当依法追究行为人的刑事责任。盗窃罪的未遂,其“数额较大”的具体标准可以适当高于既遂,但这种区分必须限制在“数额较大”的法定范围内,而不应当违背法律规定,将“数额较大”在未遂情况下提升为“数额巨大”。〔8〕换言之,盗窃数额较大财物的,也可能存在未遂犯形态。同样,王昭振博士也认为,数额犯的既遂形态表明的是行为人对数额犯犯罪构成要件保护法益的一种实际损害,而未遂形态表明的是—种威胁。数额要件是对法益侵害程度的一种说明与限定,对数额犯的既遂和未遂形态的认定具有实质影响。“数额犯存在既、未遂形态,但其同样受数额‘截断’功能的制约”。〔9〕换言之,数额犯的未遂犯场合,也必须达到成立盗窃罪的基本犯所提出的“数额较大”的要求。否则,不成立未遂犯。于志刚教授提出的所谓“构成要件要素标准说”与上述“事实数额说”如出一辙。他认为,数额是构成犯罪的定量要件,但起到的是定性功能,“数额”的存在对于具体数额犯的成立具有决定性的影响。〔10〕数额犯的场合,“不论既遂还是未遂,都要受到数额要件的限制。有现实损害的场合,未达数额要求的,行为不构成犯罪”;在没有现实损害,只有现实威胁的场合,只有达到数额要件限定要求的才可以作为犯罪处理。

〔7〕 参见张有义、李跃武:《盗窃未遂,嫌犯即可逍遥法外》,《法制早报》2006年5月9日第3版。

〔8〕 参见刘之雄:《数额犯若干问题研究》,《法商研究》2005年第6期,第74页以下。

〔9〕 王昭振:《数额犯中“数额”概念的展开》,《法学论坛》2006年第5期,第62页。

〔10〕 参见于志刚:《关于数额犯未遂问题的反思》,《刑法论丛》2010年第1卷,第66页。

依照上述“事实数额说”和“构成要件要素标准说”，数额是数额犯的构成要件要素，行为人要成立犯罪，即便是未遂犯，也必须满足数额规定的要求。换言之，未遂犯の場合，即便没有实际拿到数额较大的财物，但至少必须具有拿到数额较大财物的危险。但问题是，只要说数额犯中的数额是犯罪构成要件的定量标准，具有划分罪与非罪的功能的话，则上述目的无论如何都实现不了。因为，行为人尽管已经针对数额较大的财物着手盗窃但一无所获，或者只是拿到数额较小的财物的場合，如何满足作为盗窃罪构成要件定量标准的“数额较大”的要求呢？对此，尽管主张“事实数额说”的学者也认为，未遂犯の場合，并不要求实际满足“数额较大”的要求，只要有这种危险就足够。但这种理解与其前提条件相互冲突。如果说满足数额较大的要求是盗窃罪数额犯的成立前提的话，则客观上没有达到这种要求的行为，无论如何，都不可能成立盗窃罪。这是由“数额”作为犯罪构成要件定量标准的性质所决定的。

2. “规范数额说”

由于存在上述问题，有学者将数额犯中的数额从客观具体的“事实要素”转换为了抽象的、包含财物被盗危险在内的所谓“规范要素”，以求解决上述问题。按照这种观点，盗窃他人财物，“数额较大”的规定，既包括实际致使他人数额较大的财物被盗的情形，也包括具有使他人数额较大财物被盗的危险情形。

根据吴亚安博士的观点，数额是对构成要件整体的定量标准，立法者期待它具有区分违法与犯罪的机能。这种机能决定了数额是包含危险在内的规范数额，数额危险的形态决定犯罪的危险与形态。^[11] 立法者所期待的数额区分违法与犯罪的机能，只能通过规范数额实现。从实质上看，决定犯罪成立的数额，必须体现指向法益的侵害行为的各种形态，包含法益侵害的“危险或实害”在内；从形式上看，犯罪成立所要求的违法性不能单纯地解读为侵害了数额较大的财物，而应当结合刑法分则所欲保护的财产，解释为“现实的侵害了特定数额的财物”或者“威胁了特定数额的财物”。^[12] 换言之，在数额犯中，数额较大的危险，是既遂和未遂共同具有的可罚违法性的起点。^[13]

即在规范数额说看来，数额犯中的数额同时包含侵害该数额的“实害与危险”，因此，数额犯不仅存在未遂，而且，数额犯的各个类型均有成立未遂的可能；在判断到底构成何种程度的数额未遂时，主要根据行为人事先对对象目标的认识。在有意针对数额较大及以上财物实施盗窃时，应根据主观认识的不同，分别成立不同层次的未遂犯；相反，在随机盗窃的場合，则应根据实际对象的不同数额，分别加以判断。综上所述，数额犯不仅有未遂，而且根据不同数额要求，存在不同层次的未遂。

诚然，对数额犯中的数额进行规范性理解，认为其包含侵害该数额的“实害与危险”的做法，实属创新之举。即认为“盗窃他人财物，数额较大”的规定不仅包含盗窃他人数额较大财物的“实害”，还包括他人数额较大的财物的“危险”。但若作如此理解则会产生

[11] 参见吴亚安：《论我国刑法中数额的性质》，《政治与法律》2016年第9期，第45页。

[12] 参见吴亚安：《论我国刑法中数额的性质》，《政治与法律》2016年第9期，第48页。

[13] 参见吴亚安：《论我国刑法中数额的性质》，《政治与法律》2016年第9期，第52页。

另一问题,即刑法总则中有关预备犯、未遂犯、中止犯的规定是否还有存在的必要。因为,没有引起实害结果而仅存在危险的场合,属于可能成立预备犯或者未遂犯(包括中止犯)的范畴。如果说刑法分则条文有关数额的规定中,除了实害之外,还包含“危险”这种未完成的犯罪形态的话,则数额犯的未遂形态与既遂形态的社会危害性完全一样,应当适用同样的法定刑。这样一来,刑法总则中有关未完成犯罪的处罚规定就显得意义全无。更为严重的是,我国《刑法》第23条第2款规定,对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。既然数额犯的规定中同时包含有“实害与危险”,二者的社会危害性完全一致,则未遂犯为何要比照既遂犯从轻或者减轻处罚呢?于理不通。

(三)“量刑规则说”

这是张明楷教授提出的一种颇有新意的见解。这种见解认为:刑法分则条文单纯地以情节(特别)严重、情节(特别)恶劣以及数额或者数量(特别)巨大等作为升格条件时,只能视为量刑规则,不可能存在所谓未遂犯;刑法分则条文因为行为、对象等构成要件要素的特殊性使行为类型发生变化,进而导致违法性增加,并加重法定刑,属于加重的犯罪构成(或构成要件),其以既遂为模式,可以存在未遂形态。^[14]

根据上述量刑规则说,就盗窃罪数额犯的未遂形态而言,可以得出如下结论:第一,盗窃罪的数额犯存在未遂形态,但只存在于“数额较大”类型的盗窃罪的场合,而在“数额巨大”以及“数额特别巨大”的场合不存在;第二,以数额(特别)巨大的财物为对象进行盗窃却一无所获的场合,构成基本犯即数额较大类型的盗窃罪的未遂形态,并依照总则中有关未遂犯的相关规定进行处罚,而非作为数额(特别)巨大的盗窃罪的未遂形态进行处罚;第三,数额较大类型盗窃罪的既遂犯(实害)的违法性高于数额(特别)巨大类型盗窃罪的未遂犯(危险),换言之,在盗窃未遂与盗窃既遂竞合的场合,无论如何,都应当依照实害结果来定罪量刑。

但是,量刑规则说有关盗窃罪数额犯未遂处罚范围以及处罚方式的理解遭到了一些学者的质疑。如阮齐林教授认为,依照上述“量刑规则说”,盗窃罪数额加重犯的处罚只能在“有”即数额加重犯的既遂犯或“无”即数额较大类型的未遂犯这两个选项中挑选,不适合我国刑法逐层加重且不易减轻处罚的体系,剥夺了法官的量刑空间,导致刻板量刑。^[15]同样,柏浪涛博士也对上述“量刑规则说”的一些观点提出商榷。他承认法定刑升格条件有加重构成与量刑规则之分,但在区分标准上,则不同意张明楷教授的意见。他认为,在判断法定刑升格条件是不是加重构成要件时,应当实质判断,以违法性特征为首要标准,而不是像上述量刑规则说一样,以行为类型是否发生变化作为判断标准。^[16]

以上质疑或者说商榷所涉及的问题是,盗窃罪中作为法定刑升格条件的“数额(特别)巨大”到底是改变盗窃罪犯罪构成的犯罪加重条件还是仅仅只是改变盗窃罪的量刑的刑罚加重条件?这一争议最初来自德国。德国学说认为,刑法分则所规定的法定刑升

[14] 参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,《清华法学》2011年第1期,第13页。

[15] 参见阮齐林:《论盗窃罪数额犯的既遂标准》,《人民检察》2014年第19期,第14页。

[16] 参见柏浪涛:《加重构成与量刑规则的实质区分》,《法律科学》2016年第6期,第57页。

格条件中,有些属于犯罪的加重条件,有些则属于刑罚的加重条件。关于二者的区别,理论上不同看法。定型性标准说认为,相对于基本构成要件而言,升格条件是否使基本行为类型发生变化,发生变化者为加重构成要件(加重犯),如“入户抢劫”、“持枪抢劫”等使抢劫罪的行为类型发生了变化,所以是加重犯罪的构成要件;未发生变化者为单纯的量刑规则,如“数额(特别)巨大”、“多次”、“违法所得数额巨大”未使基本行为类型发生变化,所以不是加重犯罪的构成要件,而量刑规则或者说是刑罚加重要件。^[17] 相反的见解则认为,定型性特征是构成要件的‘图像’,而违法性特征是构成要件的实体,和构成要件相比,违法性特征更具有决定性意义,因此,在判断法定刑升格条件是不是加重构成要件时,应以违法性特征为首要标准。^[18] 不法加重要素既包括质的要素,也包括量的要素。如我国《刑法》第 234 条规定的故意伤害罪中既包括轻伤也包括重伤,二者属于是性质相同程度不同的违法事实,但其并不妨害重伤成为轻伤的加重犯罪构成。同理,“数额较大”与“数额(特别)巨大”属于性质相同、程度不同的要素,但其并不影响盗窃数额(特别)巨大的财物成为盗窃较大财物的加重犯罪构成。

与上述法定刑升格条件的性质相关,就是法定刑升格条件是否故意的认定内容。若说法定刑升格条件属于犯罪加重条件(即加重构成要件要素)的话,则成立故意,要求行为人对加重条件要有认识;相反地,若说该条件是刑罚加重条件的话,则不管行为人对于该加重条件是否具有认识,均可成立故意。^[19]

我认为,将“数额(特别)巨大”理解为盗窃罪的加重犯罪构成要件更为合适一些。理由如下:

首先,行为对象影响犯罪的类型。这一点在我国的刑法规定中一目了然。例如同为盗窃行为,盗窃枪支弹药的行为与盗窃普通财物的行为性质迥异;同为诈骗,骗取贷款的行为和骗取普通财物的行为在刑法评价上也大不相同。原因在于,行为对象是犯罪客体即法益的实在体,尽管行为形式相同,但如果行为对象不同,也会引起不同的法益侵害结果,从而导致犯罪性质上的差别,因此,行为对象在犯罪的认定上具有重要地位。

此外,从可视性的角度来讲,“数额(特别)巨大”也具有加重行为违法性的效果。正因如此,现实当中,针对数额大的财物和数额小的财物,人们采取的保护措施通常是不同的。对数额大的财物严加防范,在法律上,其转移占有的手续也更为繁琐复杂;而对数额小的财物的防范措施则相对简单,在法律上的转移占有手续也没有那么复杂。不同价值的财物在法律上的意义不同,针对该财物的保护措施也不相同,使得盗窃行为的违法类型也会发生相应的变化。如针对银行金库、博物馆馆藏文物进行盗窃的行为,和针对建筑工地或者置于公共场所的财物进行盗窃的行为,行为人在事前准备、事中作案方式、事后的赃物处理手段上必然有所不同。简言之,即盗窃行为的违法性的大小,很大程度上取决于行为所针对对象的价值大小,即数额的大小。当然,在盗窃罪的场合,预防的必要性也是

[17] 参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区别》,《清华法学》2011 年第 1 期,第 7 页以下。

[18] 参见柏浪涛:《加重构成与量刑规则的实质区分》,《法律科学》2016 年第 6 期,第 57-58 页。

[19] 参见陈子平著:《刑法各论》(上),元照出版公司 2013 年版,第 415-416 页;柏浪涛:《加重构成与量刑规则的实质区分》,《法律科学》2016 年第 6 期,第 53 页。

影响其法定刑高低的重要因素。如扒窃的场合,由于常见多发,因此,即便对象不是数额较大,但仍然会作为犯罪处理。这主要是基于预防必要性的考虑。

其次,“数额(特别)巨大”要件改变的不仅仅是盗窃罪的法定刑,还影响到了盗窃罪的违法和责任要件,即影响到了盗窃罪的犯罪构成,也就是属于“数额(特别)巨大”类型的盗窃罪的加重犯罪构成要件。

这一点,从前几年学界对“盗窃天价葡萄案”的讨论中就能看出。对于类似“盗窃天价葡萄案”一类的案件,学界通说认为:“当行为人将价值明显超过自己认识范围的财物予以盗窃时,应当考察行为人对价值认识的可能范围,以其实际可能认识的价值范围判断行为是否构成犯罪”。^[20] 这意味着,数额(特别)巨大也是故意的认识内容。行为尽管引起了严重结果,但行为人对此没有认识的时候,不能依据该结果而论以故意犯罪。同样,主张“数额(特别)巨大”属于加重刑罚条件的学者也认为:“行为人将数额较大、巨大乃至特别巨大的财物误认为是价值微薄的财物而窃取,又不属于多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,不应认定为盗窃罪”。^[21] 此一结论,正好印证了“数额(特别)巨大”是盗窃罪的加重犯罪条件,而不是加重刑罚条件。

最后,以所盗财物的数额大小区分不同类型的盗窃罪的做法,在各国刑法典中并不罕见。如《瑞典刑法典》第八章第1条、^[22]《挪威一般公民刑法典》^[23]第257条、第258条、第391条以及我国《澳门刑法典》第197条、第198条^[24]当中均有类似规定。德国刑法虽然没有类似规定,但《德国刑法》将一般盗窃(第242条)和特别严重之盗窃(第243条)加以区分,规定了不同的法定刑,并且,在第243条第2款中规定,“所盗窃的物品价值甚微的,不属于……‘情节特别严重’”。换言之,在作为一般盗窃的加重类型的“特别严重盗窃”的判断中,也是考虑了“财物数额”大小这一要素的。

如此说来,如果说盗窃罪数额犯中“数额(特别)巨大”是盗窃罪加重犯罪要件,即便是针对数额(特别)巨大的财物的盗窃,也同样可以存在未遂形态。

二 客观说的展开及其应用

(一)未遂犯的处罚根据

关于盗窃罪数额犯的未遂犯及其处罚范围的认定,必须从未遂犯的处罚根据说起。关于未遂犯的处罚根据,传统学说是从符合修正的犯罪构成的角度加以探讨,^[25]但这种理解非常牵强。因为,未遂犯也是犯罪,如果没有“结果”要求,其不仅会违反《刑法》第

[20] 肖中华等:《对象价值认识错误是否影响盗窃罪的构成》,《人民检察》2007年第22期,第29页以下。

[21] 参见张明楷著:《刑法学》(下)(第五版),法律出版社2016年版,第956页。

[22] 参见《瑞典刑法典》,陈琴译,谢望原审校,北京大学出版社2005年版。

[23] 参见《挪威一般公民刑法典》,马松建译,赵秉志审校,北京大学出版社2005年版。

[24] 参见赵国强著:《澳门刑法各论》(上),社会科学文献出版社2013年版,第363-381页。

[25] 参见高铭喧、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第147页。

13 条的规定,还会导致未遂犯处罚范围的肆意扩张。

近年来,各学说普遍转向从实质的角度讨论未遂犯的处罚根据,认为未遂犯的处罚根据在于发生了法益侵害的客观危险。持客观说的学者认为刑法的目的是保护法益,既遂犯是因行为侵害了法益而受处罚,而未遂犯则是因为具有侵害法益的危险而受处罚,故未遂犯是危险犯。^[26]当然,也有学者从偏向主观说的立场来说明未遂犯的处罚根据。如持印象说的王世洲教授认为,未遂犯的处罚根据应当以行为人在实施接近犯罪构成的行为中所表现出来的犯罪决心为基础,根据行为造成的危害状态或者给公众造成的动摇法治的印象,依照刑罚目的的要求来决定对犯罪未遂的刑事处罚。^[27]

从我国刑法规定的角度来看,客观说值得赞成。

一方面,可以肯定,我国刑法在未遂犯的规定上没有采取主观说。主观说认为,未遂犯之所以受到处罚,是因为行为当中显现了行为人违反法规范的主观意思。但是,既遂犯也是行为人的违反法规范意思的体现,为什么刑法在既遂犯之外还要单独规定未遂犯呢?同样,预备犯中也显现了行为人违反法规范的主观意思,但为什么我国刑法要将预备犯和未遂犯分开规定并予以不同的处罚呢?或许有人说,依照《刑法》第 23 条第 2 款的规定,未遂犯和既遂犯在处罚上并没有太大差别,因为其只是“可以”比照既遂犯从宽处理而已。这确实是对主观说有利的理解。但司法实践当中,对于未遂犯一般都是从宽处理的。而且,既然《刑法》第 23 条对未遂犯进行专门规定,显然也是在提醒司法工作人员,其与既遂犯不同,二者要区别对待。

另一方面,如果说我国刑法的相关规定对主观说不利的话,则印象说也难以接受。因为,印象说虽然以结合了主、客观两方面内容的面貌出现,但其以行为人的行为是不是动摇了一般人对法秩序的信赖、动摇了法安定性的感觉为处罚根据,而不是以是否对法益造成了侵害(威胁)为根据,本质上还是主观说。

本文认为,未遂犯的场合,行为尽管没有引起法益侵害的实际结果,但仍然要作为比预备犯更严重的犯罪加以处罚,就说明其不仅导致了一定的法益侵害的危险,而且该危险达到了一定程度。这种程度的危险,从某种意义上讲,就是一种结果,即“危险结果”。如此说来,和既遂犯一样,未遂犯之所以受罚,是因为在一般观念上具有导致特定实害结果的抽象危险行为,经过合乎因果法则的发展,引起了特定的侵害法益危险的结果,从而使该行为在形式和实质两方面皆具备了未遂犯的成立要件。就盗窃罪数额犯而言,之所以处罚其未遂,就是因为不仅存在具体的盗窃行为,且就事后所查明的情况来看,该行为还引起了使数额较大财物被盗的现实危险(结果犯)。详述如下:

首先,从形式上看,未遂犯也是犯罪的一种,必须具备犯罪构成的一般要求。从犯罪构成的角度来讲,任何犯罪,客观上都要具备以下要件,即存在具有特定危险的行为(实行行为),经过某种合乎规则的发展(因果关系),使得该危险变为了现实(结果)。未遂犯

[26] 参见曲新久著:《刑法学》(第二版),中国政法大学出版社 2009 年版,第 131 页;张明楷著:《刑法学》(上)(第五版),法律出版社 2016 年版,第 339 页。

[27] 参见王世洲著:《现代刑法学(总论)》,北京大学出版社 2011 年版,第 221 页。

也是犯罪的一种,其成立当然必须符合上述要求。当然,要注意的是,独立于危险结果的危险行为,并不是指所有在形式上都符合构成要件的行为,而是其中具有引起结果的一般抽象危险的行为。其意义在于,一方面是满足罪刑法定原则的要求;另一方面,是为了切实地保护法益,从一般预防的观点出发,将刑法禁止何种行为的行为规范告诉给一般公众。^[28]

其次,从实质上看,未遂犯也是一种结果犯。从我国刑法将预备犯和未遂犯分别认定并分开处罚的角度来看,未遂犯只有在发生了“作为未遂犯的结果的危险性”,即“法益侵害的危险只有达到一定程度以上”,值得作为未遂犯加以处罚时,才能成立。相反地,如果说未遂犯在行为人着手实行之后即告成立的话,则在行为人为了杀人而在他人住宅埋下一颗定时炸弹,设定过10年即爆炸,结果3天之后就被发现的场合,行为人的行为就要成立未遂犯。但是,此时距离爆炸结果的发生尚有近10年的时间,中间不知道会发生什么事情,炸弹最终会不会发生危害公共安全的结果,这一切都只有在差不多经过10年之后才能预测。因此,在埋弹后的第3天时就认定该行为成立爆炸罪的未遂犯,显然为时过早。从此意义上讲,作为未遂犯成立要件的“结果”,应当是一种非常现实、具体的结果。其认定,不能仅以行为在实施当时所具有的一般危险为根据,而必须在事后的立场上,以该行为对行为对象的威胁程度是不是达到了一定程度,另外加上“治乱世用重典”之类的政策性考虑来确定。

最后,在认定判断作为没有引起实害结果却要受到刑罚处罚类型的未遂犯时,将结果危险作为重要参考依据,是符合我国刑法的相关规定的。

在国外,盗窃、诈骗等行为一定是刑法规定的犯罪行为,只能受刑罚处罚,而不可能是只受到行政处罚的行政违法行为。^[29]

但我国,对于违法(包括犯罪)行为采取行政处罚和刑事处罚的二元制裁体系。《治安管理处罚法》第49条规定,盗窃、诈骗、哄抢、敲诈勒索或者故意损毁公私财物的,处5日以上10日以下拘留,可以并处500元以下罚款;情节较重的,处10日以上15日以下拘留,可以并处1000元以下罚款。这意味着,在我国,即使不构成犯罪的盗窃、诈骗等行为,还有可能构成行政违法。其二者之间的区分,虽说按照《刑法》第13条的规定,主要是看行为的情节是不是“显著轻微、危害不大”,但就侵害财产的行为而言,所谓“情节”,主要还是指“结果”。因为,“结果”本身就是成立犯罪的最为重要的情节。这一点从《刑法》第14条、第15条的规定就能得以证实。同时,在我国当今,行政违法和刑事违法的区分,主要还是看后果,而不是行为。在盗窃对象本不存在或者没有达到数额较大的程度,行为根本不可能达到致使数额较大的财物被盗的危险程度时,将该行为认定为未遂犯,不仅会使盗窃行政违法行为没有存在的余地,还会违反《刑法》第13条“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定,不当扩大犯罪的成立范围。

(二) 盗窃罪数额犯的处罚范围

如果说未遂犯的处罚根据是,在一般观念上具有侵害特定法益的抽象危险的行为,经

[28] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道、乐之道》,有斐阁2013年版,第62页。

[29] 参见黎宏著:《结果本位刑法观的展开》,法律出版社2015年版,第17页以下。

过合乎法则的发展,事后引起了一定威胁法益的危险状态即结果的话,则就盗窃罪数额犯未遂形态的成立而言,必须存在某种可能导致数额较大财物被盗的抽象危险行为(类型性要求),引起了数额较大财物被盗的具体危险状态的事实(侵害结果)。从这种角度来讲,盗窃罪数额犯中,三个不同层次的数额犯都存在未遂犯,而不是只有数额(特别)巨大的盗窃罪的场合才具有未遂犯。以下,结合有关盗窃罪的司法解释中的相关规定,进行具体叙述。

首先,数额较大类型的盗窃罪也存在未遂犯,但应限定在一定范围之内。

关于未遂犯的处罚范围的确定,即什么样的犯罪处罚未遂犯,什么样的犯罪不处罚未遂犯,并没有一个特别绝对的要求。这主要是取决于各国的刑事政策和法律规定。日本学者前田雅英教授指出,未遂犯的处罚范围,只应存在于保护重大法益的场合。但在有必须严厉打击犯罪要求的社会或者时代,容易产生基于预防目的而广泛处罚未遂犯的倾向。特别是在未遂的领域,容易受制于“国民的处罚要求”。如在治安恶化的时代,为了回应国民的扩大处罚要求,1981年的英国未遂犯法案(*Criminal Attempts Act 1981*),就变更了迄至当时为止的判例的做法,转而向主观说的方向发展。^[30]即未遂犯的处罚,虽说通常只应限于重大法益,但要受国民处罚要求的影响。就我国的情形而言,作为盗窃罪对象的财产,不管是公有还是私有,都是为我国宪法所规定的重要法益。我国现行《宪法》第12条规定,社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。第13条规定,公民的合法的私有财产不受侵犯。同时,在我国,尽管针对盗窃行为的处罚越来越严厉,但盗窃在诸种违法行为中仍然名列前茅。针对这种现状,我国近年来的刑事立法将一些社会危害严重、人民群众反响强烈,原来有行政管理手段调整的盗窃行为(如多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃)直接规定为了犯罪。这些实际上都是为了满足“国民的处罚要求”。在这种背景之下,仍然要求盗窃罪的数额犯必须达到盗窃财物的价值达到相当于人民币1000—3000元以上,恐怕是非常困难的。同时,虽说依照我国《刑法》第264条的规定,盗窃他人财物数额较大的,才构成盗窃罪,但从刑法总则的规定适用于刑法分则所规定的所有犯罪的角度来看,说盗窃他人财物未达数额较大程度,但可能达到较大程度的,构成盗窃罪的未遂犯,也并无不可。既然如此,有什么理由可以说盗窃罪数额犯中只有针对“数额巨大的财物”或者针对“珍贵文物或者金融机构”而盗窃的才存在未遂犯呢?

只是,由于我国《刑法》第13条明文规定,一切危害社会的行为“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,这就意味着,即便是盗窃未遂行为,要构成未遂犯的话,也必须达到超出“情节显著轻微危害不大”的程度;同时,我国对于一般的盗窃违法行为,仍然保留有行政处罚,由此而引出的另一个问题是,应当受到行政处罚的盗窃行为和应当受到刑事处罚的盗窃(包括未遂)行为该如何区分?从处罚的角度来讲,在我国,盗窃行为可以分为三种类型,即:违反《治安管理处罚法》的盗窃即盗窃违法行为、盗窃犯罪行为(未

[30] 参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第6版),东京大学出版社2015年版,第101页。

遂)、盗窃犯罪行为(既遂)。其中,盗窃既遂的情形比较好认定,就是客观上实际占有了他人数额较大的财物的行为。但是,已经着手盗窃,却什么也没有拿到,或者只是拿到了数额较小的财物的场合,到底应当构成行政违法行为还是犯罪行为(未遂)?二者该如何区分呢?

从本文的立场来看,如果说未遂犯的处罚根据在于“行为危险和结果危险同时存在”的话,则行为人的盗窃行为,只要事前从一般经验上看,具备致使公私财物被盗的可能性即抽象危险(如针对公私财物进行盗窃),且从事后所查明的事实来看,该行为已经引起数额较大的财物被盗的危险结果(如行为人确实已经接近数额较大财物,或者已经将数额较大财物拿到手,但尚未离开现场即被抓获)的话,则该行为就要构成盗窃罪数额较大犯的未遂犯。相反地,行为人着手实施盗窃行为,但事后来看,该行为没有引起使他人数额较大的财物被盗的危险结果的场合(如根本就没有数额较大财物的存在),就连盗窃罪未遂犯也不构成,对其只能依照《治安管理处罚法》的相关规定处理。

综上,作为行政违法行为的盗窃行为和作为盗窃罪未遂犯的盗窃行为的区别在于,实施盗窃行为,尽管没有导致他人数额较大的财物被盗的结果,但事后来看,足以引起数额较大财物被盗危险结果的场合,可以作为刑法中的未遂犯处罚;相反地,实施盗窃行为,但事后来看,根本不可能引起数额较大财物被盗危险结果的场合,即便已经到手了一些财物(如在专卖10元物品的店中,已经拿到了6个发卡),但也只能作为行政违法行为,按照《治安管理处罚法》加以处理。实际上,单就结论而言,我的这种见解和前述的“规范数额说”和“事实数额说”的理论并没有多大差别。但“规范数额说”和“事实数额说”在得出结论的逻辑上存在严重缺陷。这是本文和其他见解之间的不同。这样说来,就盗窃罪数额较大犯的未遂犯的成立而言,关键并不是是否存在盗窃行为,而是行为时是否存在数额较大的公私财物。实际上,我国相关司法解释也是这么理解的。如2013年4月2日最高人民法院、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》第12条规定“以数额巨大的财物为目标”、“以珍贵文物为盗窃目标”的场合,要处罚盗窃罪的未遂犯。这里“数额巨大的财物”、“珍贵文物”都是行为时必须客观实在的对象,只能通过事后查明的事实来确定。

其次,特定情形下的数额减半规定,宜作为盗窃罪数额犯未遂的规定。

2013年4月2日最高人民法院、最高人民检察院发布的《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“司法解释”)的第2条规定,盗窃公私财物,具有曾因盗窃受过刑事处罚;一年内曾因盗窃受过行政处罚;组织、控制未成年人盗窃;自然灾害、事故灾害、社会安全事件等突发事件期间,在事件发生地盗窃;盗窃残疾人、孤寡老人、丧失劳动能力人的财物的;在医院盗窃病人或者其他亲友财物的;盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的;因盗窃造成严重后果等八种情形之一的,“数额较大”的标准可以按照前条规定标准的50%即减半确定。如此规定的理由在于:就盗窃犯罪而言,数额固然是影响定罪量刑的重要情节,但行为人的一贯表现、犯罪方式、盗窃对象等也是影响社会危害性的重要因素。故在综合考虑有关情节的基础上,对盗窃“数额较大”的标准作出特别规定,以尽量消除“唯数额论”的不足,贯彻罪责刑相适应刑法基本原则和主客

观相统一刑法基本原理。^[31]

但对这一规定,质疑之声不绝于耳。张明楷教授认为,这种做法颠倒了违法与量刑责任,极不妥当,根据该种超出司法解释范围的解释还会得出诸多不公平的结论。^[32] 本文同意这种见解,认为上述弱化数额要求而强化其他情节要求的规定方式,存在和罪刑法定原则相冲突的问题。正如《刑法》第 264 条中明文规定,一般盗窃必须达到“数额较大”的标准,相关“司法解释”也明确地说明,“数额较大”是指“公私财物价值 1000 元至 3000 元以上”。众所周知,数学是撇开对象的具体内容,纯粹形式地研究事物的数量关系和空间形式的科学,其表述是最为精确的,容不得一星半点的含糊。因此,认为“数额较大”包含一定条件下的原定标准的 50% 的理解,显然是有问题的,有类推解释之嫌。这种“数量不够,情节来凑”,即将不达标准的数量以其他情节来补充认定的做法,有故意虚化或者说模糊法条中的“数额”规定之嫌,违反了我国《刑法》第 3 条所规定的罪刑法定原则。

但是,如果换一种思路,说上述规定不是盗窃罪既遂犯的规定,而是未遂犯的规定的规定的话,则上述冲突可以部分消除。详言之,在“司法解释”第 1 条清楚地规定了作为既遂犯标准的“数额较大”的前提下,紧跟其后的第 2 条中有关“特定情节下,数额减半”的规定,可以看作为前述规定的未遂犯的规定,而不用将其看作为盗窃罪数额犯的既遂犯的规定。因为,根据本文的理解,构成盗窃罪数额犯的未遂犯,要求“行为危险和结果危险同时存在”。既然司法解释将《刑法》第 264 条“盗窃他人财物,数额较大”中“数额较大”理解为“公私财物价值 1000 元至 3000 元”,则可以说,成立盗窃罪数额犯的基本犯,无论如何都必须满足这一数额要求;没达到这一数额要求的,不可能成立既遂犯。如果说“数额减半”的场合也成立盗窃罪的话,则这种情形最多只能成立盗窃罪数额犯的未遂犯,而绝对不可能成立已经获得了数额较大财物的既遂犯。因为,从本文的立场来看,成立盗窃罪数额犯的未遂犯,除了有盗窃行为的行为危险之外,还要有数额较大财物被盗的结果危险。这种结果危险,除了“分文未得”的危险状态之外,还包括“有部分所得,未达数额较大要求,但完全有可能达到数额较大要求”的场合(如盗窃孤寡老人放在列车行李架上的提包里的财物,在已经拿到了 1200 元的时候被发现。事后查明,该老人的提包里有 12000 元现金),这样才符合成立盗窃罪的未遂犯所必须的“危险结果”即状态的要求,也符合未遂犯作为犯罪必须满足《刑法》第 13 条所排除的“情节显著轻微、危害不大的,不认为是犯罪”的情形。更为根本的是,只有这样理解,才能消除上述解释和罪刑法定原则之间的抵牾。当然,必须说明的是,这种将“数额减半”理解为未遂犯的成立要件的规定也只能解决部分问题。如就盗窃上述孤寡老人手提包里的财物的场合而言,如果事后查明,老人手提包里只有 1200 元钱,即便被全部拿走,也不可能产生“数额较大财物被盗”的结果危险的场合,则上述未遂犯的理解就难以成立了。但这种难题并不是上述理论本身的问题,而

[31] 参见胡云腾、周加海、周海洋:《〈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》,《人民司法》2014 年第 15 期,第 19 页。

[32] 参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,《清华法学》2014 年第 1 期,第 11 页。

是规定自身的问题。如果一个规定从各个方面都难以自圆其说,则只能说该规定经不起推敲了。

再次,“以数额巨大的财物或者珍贵文物为盗窃目标的,成立盗窃未遂”的规定是注意规定,而非拟制规定。

有关盗窃罪数额犯的未遂,学界长期以来的有力学说认为,“数额较大”是盗窃罪基本犯成立的罪量要素,既然盗窃数额未达较大的不成立盗窃罪,其基本犯的未遂显然也不能作为犯罪处理;只有行为人以“数额巨大”的财物为目标才应当追究刑事责任。^[33] 这种观点,简单地说,就是因为只有窃取到他人“数额较大”的财物的才成立盗窃罪,而“以数额巨大的财物或者珍贵文物为盗窃目标的”场合,逻辑上显然会产生“数额较大财物被盗”的危险,所以,只有以“数额巨大的财物或者珍贵文物”为盗窃目标的场合,才成立盗窃罪未遂犯。

这种观点是我国司法实践的传统立场。如1984年11月2日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》的第1条就规定,潜入银行金库、博物馆等处作案,以盗窃巨额现款、金银或珍宝、文物为目标的,即使未遂,也应定罪并适当处罚。1992年12月11日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第1条第2项继承了这一规定的基本内容,明文规定,盗窃未遂,情节严重的,如明确以巨额现款、国家珍贵文物或者贵重物品为盗窃目标的,也应定罪并依法处罚。现行刑法颁布之后,1998年3月10日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第1条第2项再次重申了这一规定,“盗窃未遂,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,应当定罪处罚”。正因具有这种历史沿革,所以,2013年4月2日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条才作如下规定,即“盗窃未遂,有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:(一)以数额巨大的财物为盗窃目标的;(二)以珍贵文物为盗窃目标的;(三)其他情节严重的情形”。

但是,如前所述,在本文看来,盗窃罪数额犯中,三个不同层次的数额犯都存在未遂犯,而不是只有以数额(特别)巨大的财物为目标的场合才具有未遂犯。理由已如前述。这里主要谈谈对上述给司法实践产生巨大影响的司法解释相关规定的理解。

对于相关司法解释中有关盗窃未遂的规定,本文认为,也可以这样解读:

第一,“以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的,应当定罪处罚”的规定,意味着,在最高司法机关看来,即便是盗窃罪一样的数额犯,也还是有成立未遂犯的余地。

第二,司法解释只是规定了追究盗窃罪数额犯的未遂犯的上限,但并未对其下限作出限制。即虽然上述司法解释明文表示,对“以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的”未遂犯“应当依法追究刑事责任”,但并没有说对以数额较大的财物或者国家一般文物等为盗窃目标的未遂犯就不得追究其刑事责任。《刑法》第23条第2款规定:

[33] 参见马克昌主编,吴振兴、莫洪宪执行主编:《百罪通论》,北京大学出版社2016年版,第768、752页。

“对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”,而“可以”规定是一个选择性的规定,和上述司法解释中作为强制性规定的“应当”规定相比,是一个程度比较轻、对被告人有利的处罚规定。司法机关完全可以根据实际情况,在不超过上限的情况下,自由地选择对盗窃未遂形态的处罚。

第三,司法解释中还规定“其他情节严重的情形”,也应当作为盗窃未遂,依法追究刑事责任。换言之,即便是以“数额较大”的财物为盗窃对象,只要是“情节严重”的,也可以按盗窃未遂处罚,并不一定要求是以“数额巨大的财物”或者“珍贵文物”为盗窃对象。这样说来,以上述司法解释第 12 条的规定为依据,对盗窃罪数额犯的未遂处罚范围进行自我设限,是没有道理的。

值得注意的是,即便是以“数额巨大的财物”或者“珍贵文物”为盗窃目标的场合,也并不是有此计划或者行为,就一定构成盗窃的未遂犯,也还是必须遵循“危险行为和危险结果同时存在”的原则,只有在针对数额巨大的财物或者珍贵文物进行盗窃,而且实际上也造成了该种危险状态即结果的场合,才应当作为盗窃罪未遂犯,追究行为人的刑事责任。因此,在行为人花了 7 个月的时间挖掘通往银行金库的地道,没想到进去之后才发现金库里有保险柜,而他们完全没有准备,以至于失败的场合,尽管以挖掘通往金库的地道进行盗窃的方式具有行为危险,但因为无法打开保险柜而无法获得其中的钱财的场合,因为不可能引起“数额较大的金钱被盗的危险结果”,因此,还是难以将行为人作为未遂犯处理。

最后,以数额(特别)巨大财物为目标进行盗窃而未得逞时的处理,要根据不同情况进行。

针对数额(特别)巨大财物进行盗窃,分文未取时,量刑规则说认为,由于“数额(特别)巨大”是量刑规则,不可能存在所谓未遂,因此,这种场合下,对行为人就不能适用数额特别巨大的法定刑,而只能适用基本犯的法定刑(数额较大的法定刑),同时适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定。^[34]但如前所说,本文并不同意这种观点。本文认为,“数额(特别)巨大”是加重构成要件,而非加重刑罚要件即量刑规则,因此,针对数额(特别)巨大的财物而盗窃,结果却分文未取的场合,构成针对数额(特别)巨大的盗窃罪的未遂犯。我国传统学说也是这么理解的。如有学者认为:“如果行为人潜入银行金库、博物馆等处作案,从主观犯意和客观盗窃行为上都明确地以数额巨大或者数额特别巨大的钱财或者物品为目标,只是因为行为人意志以外的原因未能取得巨额财物的,可以而且应当认定为数额巨大或者数额特别巨大的盗窃罪的未遂犯,综合全部案情按照《刑法》第 264 条中段或者后段以及第 23 条予以适当的处罚”^[35]

与此相关,针对数额(特别)巨大财物进行盗窃,结果却只是盗窃到数额较大的财物的场合(如行为人意图盗窃价值 5 万元的名画,但由于认识错误,误将价值 2 千元的赝品当作价值 5 万元的油画拿走),该如何处理?对此,有两种处理意见:一种意见认为,这种

[34] 参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区别》,《清华法学》2011 年第 1 期,第 13 页。

[35] 赵秉志著:《犯罪未遂形态研究》(第二版),中国人民大学出版社 2008 年版,第 347 页。

情形,应当作为盗窃罪的基本犯即数额较大类型的盗窃罪的既遂犯处理。因为,造成实害的既遂场合,其违法性程度无论如何都要高于危险(未遂)的场合。^[36] 相反地,另一种意见认为,这种情形属于想象竞合,应当择一重罪论处,最终有可能按照盗窃数额巨大财物的未遂论处。^[37]

笔者同意上述后一种见解。虽然从直觉上讲,造成实害的既遂场合,其违法性程度无论如何都要高于危险(未遂)的场合,但是,这种结论是不是具有法律上的根据,值得探讨。为了切实有效地保护法益,各国刑法通常将未造成实害的危险状态也作为犯罪即未遂犯(有时还处罚预备犯)加以处罚,并且规定“对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”(我国《刑法》第23条)。虽然在司法实践中,“可以”条款意味着“通常必须如此”。但从字面上讲,“可以”也意味着“可以不必如此”,即也可以不比照既遂犯从宽处罚,而是和既遂犯同等处罚。既然未遂犯和既遂犯也可以同等处罚,则“既遂场合,其违法性程度无论如何都要高于危险(未遂)的场合”的说法,并不一定可靠。特别是,在上述场合下,若仅以基本犯(数额较大)的既遂犯论处,就会产生遗漏对数额(特别)巨大财物所受现实紧迫危险的评价,从而导致对数额(特别)巨大法益保护的不周全。^[38] 相关司法解释也持上述见解。“司法解释”第12条第2款规定:“盗窃既有既遂,又有未遂,分别达到不同量刑幅度的,依照处罚较重的规定处罚;达到同一量刑幅度的,以盗窃罪既遂处罚”。

三 结 论

我国《刑法》第264条中所规定的三种不同类型的数额犯中的数额,是成立三种不同类型盗窃罪的既遂要件,而不是成立要件,同时,作为“数额较大”的加重类型的“数额巨大”、“数额特别巨大”是加重盗窃罪的违法性的要件,而不是加重其刑罚的要件即量刑规则。因此,理论上讲,盗窃罪的三种不同类型的数额犯,均有成立未遂犯的可能。但由于我国对于盗窃行为采用刑法处罚和行政处罚的二元制裁体系,同时,《刑法》第13条规定,危害行为“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,因此,针对数额较大财物的盗窃行为,要成立未遂犯,一方面,必须具有引起数额较大财物被盗的危险,另一方面,还必须超越“情节显著轻微危害不大”的要求。

这样说来,实施盗窃行为并且引起了一定数额要求的财物被盗危险结果的场合固不待言,即便是引起数额较大财物被盗危险,尚未造成严重后果(如窃取了部分财物,但未达数额较大要求的)的场合,也均可成立数额较大类型盗窃罪的未遂犯。有关盗窃罪未遂犯相关司法解释中虽然只是规定,以数额巨大的财物等为目标盗窃未遂必须以未

[36] 参见董玉庭著:《盗窃罪研究》,中国检察出版社2002年版,第175页;张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,《清华法学》2011年第1期,第13页。

[37] 参见赵秉志著:《犯罪未遂形态研究》(第二版),中国人民大学出版社2008年版,第347页;柏浪涛:《加重构成与量刑规则的实质区分》,《法律科学》2016年第6期,第60页。

[38] 参见柏浪涛:《加重构成与量刑规则的实质区分》,《法律科学》2016年第6期,第59页。

遂犯定罪处罚,但该规定是注意规定而非拟制规定,并不排除对数额较大类型的盗窃罪的未遂犯的处罚;针对数额(特别)巨大财物进行盗窃,结果却只是盗窃到数额较大的财物的场合,属于想象竞合,应当择一重罪论处,最终有可能按照盗窃数额(特别)巨大财物的未遂论处。

[**Abstract**] Attempted crime is a kind of consequential offense that poses a threat to legal interests. The amount in an amount offense is neither a constitutive element of crime, nor a sentencing criterion, but an element limiting the scope of crime. In other words, only if an act is likely to result in the encroachment of a certain amount of property, can it be judged as attempted crime of amount. All the three types of amount offense stipulated in Article 264 of Chinese Criminal Law may constitute an attempted crime. For the theft of a relatively large amount of property to constitute an attempted crime, it must meet two conditions: firstly, it must put a relatively large amount of property at the risk of being stolen; secondly, it must exceed the standard that “the circumstance is obviously minor and the harm done is not serious”. Thus, if an unaccomplished act of theft has put an (extremely) large amount of property at the risk of being stolen, it can constitute an attempted crime. An act that has put a relatively large amount property at the risk of being stolen, but has not yet caused serious consequences (e. g. a portion of the property is stolen, but the amount does not reach the standard of a relatively large amount), it can still constitute the crime of attempted theft of a relatively large amount of property. The judicial interpretation on attempted theft is a provision of attention rather than a fictitious one, so it doesn't exclude the establishment and punishment of attempted theft of a relatively large amount of property. If the actor aims to steal a huge (or especially huge) amount of property, but only succeeds to steal a relatively large amount of property, he would be considered as imaginative jointer of offense, and should be punished in accordance with the severer punishment rule.

(责任编辑:郑佳)