

“扒窃”入刑:贴身禁忌与行为人刑法

车 浩*

内容提要 “扒窃”入刑的法理构建,是被害人教义学与行为人刑法分工合作的结果。一方面,应从被害人视角出发,在不法构成要件层面进行扒窃概念的建构;“公共场所”与“随身携带”并非界定扒窃构成要件的核心要素;应以“贴身禁忌”作为扒窃概念的思想基础。扒窃是指侵入他人贴身范围、盗窃他人贴身携带的财物。随身携带的财物,如果不在贴身范围内,不能成为扒窃的对象;得到允许进入他人贴身范围后实施盗窃的,不构成扒窃。另一方面,应当发掘立法原意中的行为人刑法思想,在责任阶段限缩扒窃犯罪的打击范围;利用功能性的责任概念,在责任层面视情形给予扒窃的偶犯予以责任的减免。

关键词 扒窃 贴身禁忌 被害人教义学 行为人刑法

引 言

根据修改后的《刑法》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。”依此,行为人只要实施了扒窃行为,不计数额,一律按照第264条入罪处罚。除了醉驾之外,扒窃入刑大概是2011年通过的《刑法修正案(八)》中最引人注目的一处修改。在《刑法修正案(八)》出台之前,关于扒窃应否入刑的问题,学界曾出现过一些批评意见。有的观点认为,扒窃行为总体上而言只是一种违反治安管理处罚法的行为,不宜认定为犯罪。否则,“就会不适当地扩大盗窃罪的定罪范围、刑法处罚的范围,也混淆了刑事处罚和行政处罚的边界。”^①甚至在《刑法修正案(八)》出台之后,仍然有声音批评这一立法。例如,有的学者认为,扒窃入刑是立法者掉进“浪漫主义的迷雾”^②;“扒窃型盗窃的入罪化是刑事立法功利化倾向进一步加剧的后果,是刑法万能理念的进一步体现”^③。在立法论上,这些批评或许不无合理之处,但是,从解释论的角度出发,在扒窃已经入刑之后,目前刑法理论和司法实践所面临的最重要的问题,是如何适用“扒窃”规定。

扒窃问题考验着中国学者的理论创新力。表面上看来,扒窃入刑意味着“扒窃”这个日常用语被规定为法言法语,但实际上,由于每一个法言法语都会被赋予法理上的解释,因此,立法者在这里出给学界的题目是,如何将一个在中文语境下司空见惯的、能够引起人们形象联想但含义模糊不清的日常用语,转化为一个在理论上具有明确内涵和规范边界的法学概念。这个任务比较困难,因为“说起扒窃,可能很多人都心领神会言之何物,但往往无法精确解释其含义”^④。而且,“扒窃”如同“嫖宿幼女”一样,是一个具有中国特色的立法,无法从国外的立法和理论中获得可资借鉴的资源,只能依赖于中国学者自己对

* 北京大学法学院副教授,法学博士。本文初稿曾提交北大法学院五四学术研讨会,得到了张守文、潘剑峰、汪建成、沈岍、梁根林、刘凯湘、傅郁林、郭雳、洪艳蓉、凌斌、龙俊、王成、王社坤等各位师友的指教,特此致谢。文责自负。

① 参见《扒窃行为是否入罪存在争议》,载《法制日报》2011年1月7日。

② 付立庆:《刑法修正案(八)中的浪漫主义思维》,载《云南大学学报(法学版)》2011年第5期。

③ 李翔:《新型盗窃罪的司法适用路径》,载《华东政法大学学报》2011年第5期。

④ 吴加明:《刑法修正案(八)中“扒窃”的司法实践认定》,载《中国检察官》2011年第7期。

生活和法律的理解与想象,以及在理论上的抽象和创造。目前,学界关于扒窃概念的主流观点是通过“公共场所”与“随身携带”来加以界定。此外,还有一些研究分别从盗窃数额、技术手段、扒窃次数等因素来界定或限定扒窃。这些讨论凸显出三个问题:(1)一些塑造扒窃概念的理论尝试,可能并没有提炼出扒窃有别于一般盗窃行为的本质特征,存在内涵不清、外延模糊、缺乏规范边界的缺陷。(2)在尚未明确扒窃概念的情况下,就讨论“扒窃是否一律处罚”的问题,可能存在将扒窃概念本身与扒窃犯罪的惩罚范围混为一谈的风险。(3)对于扒窃惩罚范围的限缩,缺乏具有理论根据的有效方案。

笔者认为,应当从两个方面对扒窃入刑展开法教义学的理解和适用:一方面,在构成要件层面,“公共场所”与“随身携带”并不是界定扒窃概念的核心要素。通过借鉴社会学理论的研究成果,开辟被害人视角,以“贴身禁忌”作为扒窃概念的思想基础。扒窃是指侵入他人贴身范围,盗窃他人贴身携带的财物。随身携带的财物,如果不在贴身范围内,不能成为扒窃的对象;得到允许进入他人贴身范围后实施盗窃的,不构成扒窃。另一方面,在惩罚必要性的层面,要重视立法者的目的追求,重新激活在理论史上沉寂已久的行为人刑法思想,来限缩扒窃犯罪的打击范围。特别是偶犯与惯犯的区分,既要为其在法教义学上安排稳定的位置,也要为其寻找实定法上的支持。

一、公共场所与随身携带:对目前界定扒窃概念的两个核心要素的质疑

目前,关于扒窃概念比较流行的解释是,“扒窃指在公共交通工具上或在车站、码头、商场等公共场所窃取他人随身携带财物的行为”,^⑤简单地说,扒窃是指在公共场所窃取他人随身携带的财物的行为^⑥。显然,这里用以界定扒窃概念的核心要素是“公共场所”和“随身携带”。但是,笔者认为,这两个要素仅仅是对多发、常见的扒窃现象在经验层面的总结,没有在经验现象的基础上出现理论的飞跃,没有在理论上确立扒窃概念的内涵和外延。依此定义下的扒窃行为,难以成为一个在学理上自足、在实践中有甄别力的概念。

(一)对“公共场所”的质疑

多数观点认为,立法者之所以将“扒窃”作为盗窃罪的选择性入罪情形,无疑是看到了不同于普通盗窃的特殊性,而“扒窃”行为区别于普通盗窃之特征之一在于,扒窃发生在公共场所。这就是所谓扒窃行为的时空特定性。按照这种观点,如果不是发生在上述场合,则构成一般的盗窃罪。^⑦坚持这种观点的代表性理由是,“发生在多人同在的场合,严重影响群众的安全感,有比较大的社会危害性”。^⑧例如,有的学者认为:“扒窃行为单独列出并予以严惩的原因是其发生在公共场所,除了侵害公民的财产权之外,更使得民众人人自危,从而降低社会安全感,因此产生较严重的社会危害性。只有发生在公共场所,才能使不特定民众看到并感知,从而转化为对己财产安全的担忧,进而转变为整体社会安全感的降低。换言之,这种较一般盗窃更严重程度的危害性,只有发生在公共场所方能得以彰显。脱离了公共场所这样特定的条件,盗窃行为尚不足以造成上述危害”。^⑨这是一种较具代表性的观点。的确,公共场所的表述既符合汉语字典对扒窃的定义,也符合公众和司法机关的惯常印象。但是,将在公共场所作案视作扒窃行为的本质特征之一,从概念定义的角度来看,存在诸多疑问:

第一,从司法实践的经验来看,绝大多数盗窃案件都表现为“秘密窃取”。在这个秘密窃取过程中,

⑤ 黄太云:《刑法修正案解读全编》,人民法院出版社2011年版,第111页。

⑥ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第881页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,第97页。

⑦ 对于“公共场所”的界定,在刑法理论和实务界又存在较大争议:有的观点认为,条例所列场所并不能涵盖全部公共场所,公共场所具有空间开放性,即要求对全体社会公众开放,如私人住宅和特定人员才能进入的单位就不属于公共场所;公共场所可以为多数人聚集或者人员流动,具有人员上的多数性和不特定性特征;公共场所必须具有社会活动性,即场所的功能用于满足公众的社会生活需求,从而有别于仅供企事业单位内部人员使用的场所或区域。参见张迅寒:《扒窃案件“公共场所”的界定》,载江苏法制报2011年12月16日。

⑧ 前引⑥周光权书,第97页。

⑨ 前引④。

不仅被害人本人没有察觉,而且其他人往往也并不知道(行为人为了掩护自己,会设法避免为被害人发现,当然也会尽量避免被其他人发现)。在这种情况下,所谓旁观者人人自危进而降低社会安全感实在是无从谈起。

第二,即使扒窃行为当场被其他人发现,因而影响公众的安全感,也不能成为提升扒窃不法内涵的根据。(1)发生在公共场所而被公众目睹的杀人、伤害、诈骗等犯罪,包括其他非扒窃型的盗窃行为,显然都会比非公共场所的犯罪更容易让公众产生不安全感,但是没有人会由此就认定公共场所是杀人罪、伤害罪、诈骗罪或其他盗窃犯罪的本质特征或界定要素。(2)其他没有发生在公共场所的非扒窃型盗窃案,同样也会带给公众不安全感。入户盗窃显然是在非公共场所的盗窃案件,但是这种盗窃恐怕会让案发地周边的居民产生更大的自危感。(3)有些时候,与公共场合下的扒窃相比,在非公共场所发生的扒窃同样甚至会更加产生不安全感。例如,某写字楼里的B的单人办公室,显然不属于公共场所,如果某保洁工A在进入办公室后趁B不备,利用与B近距离接触的机会从其身上窃取财物,这同样也应当被认定是一种扒窃行为。这种案件经常发生后,整个写字楼甚至周边大厦里的办公人员都会产生财物的不安全感。

或许有人认为,公共场所的扒窃会给公众带来的自危感,并非是指发生在当场,而是社会公众事后来看或者预想未来可能被扒窃而产生的恐惧。但是,面对已经或可能发生的犯罪而自危,这是任何一种违法犯罪行为都会给社会公众带来的感觉,不是盗窃罪所独有的,更不是扒窃的特征。综上所述,一个能够在所有的盗窃案乃至所有的犯罪行为中都会出现的“不安感”或“自危感”显然无法支撑公共场所成为扒窃概念的本质特征的观念,更不能提供有别于其他盗窃行为的区别尺度。

第三,发生在公共场所的扒窃,与刑法其他规定中因案发于“公共场所”而入罪或加重刑罚的情况存在差异,因而不具备提升不法内涵的理由。例如,《刑法》第130条规定,不得非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品进入“公共场所”,这是由于所携带物品的高度危险性而在意外发生时必然会对公共场所中的不特定多数人产生重大危害后果。就这一点来说,无论扒窃行为是否发生在公共场所,或者是否被其他人发现,都不会产生这种危害后果。再如,按照《刑法》第237条规定,强制猥亵妇女或者侮辱妇女的行为,发生在“公共场所”时提升法定刑,这是由于该罪保护的法益本来就是妇女的人格权益,如果这种猥亵或侮辱行为发生在公共场所而被他人围观时,则必然会加重对妇女人格权益的侵害程度,因而才提升法定刑。但是,扒窃是否发生在公共场合或者是否被其他人发现,对被害人本人却毫无影响,更不存在加重侵害的问题。因此,通过比较刑法中其他“公共场所”的规定可知,认为扒窃必须是发生在公共场所才能提升不法内涵的观点,在体系解释上是缺乏根据的。

第四,从司法解释的规定来看,公共场所的扒窃也应当被认定为是扒窃的形式之一。1997年11月4日最高法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定:“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。”从语法结构的基本逻辑来看,该司法解释在“扒窃”前冠以“在公共场所”作为定语,一方面说明,公共场所仅仅是外在于扒窃概念的修饰成分,而非内在于扒窃概念本身,另一方面也说明,扒窃可以分为“公共场所”的扒窃和“非公共场所”的扒窃。由此可见,“公共场所”完全可以存在于所有盗窃行为之中,并不是扒窃行为独有的特征。

(二)对“随身携带”的质疑

在目前的主流观点中,窃取被害人随身携带的财物,被认为是界定扒窃概念的关键。但是,无论从“随身”的语义来看,还是目前流行的一些法律解释,用“随身”来界定扒窃都存在很大的疑问。从汉语语义上来看,“随身”是指带在身边、跟在身旁。由此出发,有学者提出,扒窃所窃取的应是他人随身携带的财物,亦即他人带在身上或者置于身边附近的财物。例如,在公共汽车上窃取他人口袋内、提包内

的财物;在火车、地铁上窃取他人置于货架上、床底下的财物的,均属于扒窃。^⑩ 有学者认为,不直接接触被害人身体,但趁被害人不备,将距离被害人很近、占有关系紧密的财物拿走的,也是扒窃。例如,犯罪人将被害人自行车前的置物筐中的财物拿走的。^⑪ 还有的学者虽然主张扒窃是指从他人身上偷窃财物,但是又认为扒窃也包括“从骑行中的自行车后座上窃取他人财物”。^⑫ 按照上述举例,置于身体附近的财物,即使与人身没有接触,也能成为扒窃的对象。但是这样一来,扒窃这个概念的内涵和外延就都变得含糊不清了。人们从这些论述当中,或许能够得到一些符合惯常印象的感觉,但同样会得出一些与惯常印象相悖的感觉;更重要的是,从中看不到扒窃这个概念的真正内涵和具有相对明确性的边界。按照这种对“随身携带”的解读,必然会产生三个难以解决的难题:

第一,在实践中无法为扒窃范围提供明确的标准。财物距离身体多远,才能被评价为“身体附近”?例如,既然盗窃行李架上的行李算作扒窃,那么盗窃放在旅客面前的桌子上的、与其身体没有接触的茶杯,是否算作扒窃? 如果不算,那么前后的逻辑就没办法保持一致;如果这种行为算扒窃,那与人们一般对扒窃的印象恐怕又出现矛盾。再如,如果说放在旅客头顶的货架上的行李属于在身体附近,那么与旅客间隔几个座位的货架上的行李是否属于在身体附近? 放在与旅客间隔一个车厢的货架上的行李是否属于在身体附近? 如果放在自行车前车筐或者后座上的财物能够成为扒窃的对象,那么,放在小汽车后备箱里的财物,或者载货大汽车后备厢中的财物,能否成为扒窃的对象? 显然,主流观点无法在逻辑上一以贯之地回答上面的问题,也无法提供一种可操作性的、有明确边界的标准。

第二,无法将那些不可能构成扒窃的行为排除在外。难道只要财物处在身体附近,就能够成为扒窃的对象吗? 例如,A 在公园的长椅上看书,把自行车停在长椅旁边,B 路过时趁 A 不备将自行车偷偷地骑走,这当然是在盗窃身体附近的财物,但能够被评价为扒窃吗? 更进一步,如果 B 偷偷开走的是一辆停在 A 身体附近的汽车,能够被评价为扒窃吗? 恐怕没有任何人会赞成“扒窃”一辆自行车或者“扒窃”一辆汽车的结论。但是,按照一些观点所主张的扒窃概念,既然上述行为都属于“窃取他人身体附近的财物”,因而在逻辑上只能被认定为属于扒窃。由此可见,这个概念在面对边界案例时,无法提供有效的甄别功能。

第三,在理论上无法自洽。既然以一个概念的形式出现,人们必然要追问,作为扒窃概念的一部分,为什么扒窃的对象可以是“身体附近的财物”而不能是远离身体的财物? 显然,无论是身体附近还是远离身体,财物都属于被害人占有,这是构成盗窃罪的基本前提。能够对这种观点中的所谓“身体附近的财物”做出学理上的解释的,恐怕只能是认为在这种情形下,与远离身体的财物相比,身体附近的财物与被害人之间存在一种相对紧密的占有关系。^⑬ 但是,为什么刑法对于紧密的财物占有关系(身体附近)要不计数额的保护,而相对松弛的占有关系(远离身体),却必须达到一定的财产数额才会保护? 这个概念的后果,就是必然要求在财物的“紧密占有”与“松弛占有”之间划分出保护与否的界限,但是在刑法理论上,却根本无法提供如此划分的根据,这种划分是令人费解的。

二、构建扒窃概念的观念基础:被害人视角下的贴身禁忌

扒窃作为一种不计犯罪数额的行为类型被入罪,与普通盗窃相比,必然存在升高的、独特的不法内涵。这种不法内涵还必须要与入户盗窃中的入户、携带凶器盗窃中的携带凶器相当。如前所述,它既不可能是盗窃地点发生在公共场所,那不仅不够,而且没有什么实质意义;它也不可能是把随身携带的财物扩大到行李架上的行李这种与身体没有任何接触的财物,因为仅仅是说,这里存在一个紧密的占有关

^⑩ 张明楷:《盗窃罪的新课题》,载《政治与法律》2011年第8期。

^⑪ 前引⑥周光权书,第97页。

^⑫ 曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2011年版,第462页。

^⑬ 例如,周光权教授认为,扒窃对象既包括随身携带的财物,也包括紧密占有的财物。参见前引⑥周光权书,第97页。

系,对于扒窃入刑也提供不了任何法理上的根据。那么,扒窃多出来的这块不法内涵,究竟是什么呢?在笔者看来,要想回答这个问题,有必要从被害人的角度展开思考。

以往对于扒窃的财物范围的争论,没有关心和注意到被害人的意义。尽管人们都明白扒窃是贴近被害人身体的一种盗窃,但是对这种“贴身”的关注,最终只是落在了财物与身体的距离远近这一点上。在这种思考方式中,扒窃中的被害人似乎也被当作一个冷冰冰的、毫无感情的客体,其作用仅仅在于衡量与财物之间的距离。当人们提到“身体附近的财物”时,身体与财物似乎被视作空间坐标系中的两个坐标而已。但是,盗窃罪所保护的财产,本质上是服务于个体人格发展的工具;甚至可以说,法律保护的所有对象,归根结底是为了处于这个社会中的个人。所有的基础性思考,都应该围绕着这个主题展开。不了解和明白个人在社会中的发展和意义,就不可能真正地理解刑法保护的法益,也必然会在打击犯罪的目的上出现认识偏差。

正是以“人”为中心的思考,促使本文从被害人教义学的角度来界定扒窃。从字面上看,扒窃比普通盗窃多出一个“扒”字;从涵义上看,扒窃比一般的盗窃行为多出的东西,就在于行为人盗窃的对象是被害人贴身范围之内的财物,而行为人未经允许进入到他人的贴身范围这一点,不仅符合“扒”的外部特征,而且触犯了一种法理和社会观念上的“贴身禁忌”。这种贴身禁忌,是指未经允许或缺乏法律根据,不得侵入他人的贴身范围。这里强调的是人的身体的隐私和尊严。每个人的贴身范围都是一个禁忌空间。在法律秩序上,这也是人身权和人格权的一部分。恰恰在这一点上,表现出扒窃与其他普通盗窃的区别之处,扒窃行为在打破他人占有取走财物这个所有盗窃行为共有的财产危害性之外,多出了一块侵入他人贴身空间、违反贴身禁忌的危害性,因此,不计数额,也可以定罪。从贴身禁忌的角度来理解扒窃,既是受到其他学科研究成果的启发,也是源自于对刑法本身规定的解读。

在刑法学上提出“贴身禁忌”的规范性观念,并不是一时的异想天开,而是能够在生物社会学和身体社会学领域得到遥相呼应的思想支持。从生物社会学的角度来看,避免和禁止陌生人的身体接触是生物进化以及社会关系建立的一个基本准则。英国动物学家莫里斯教授在《裸猿三部曲》中指出,“成人的身体接触含有性的联想。除了人工授精之外,性交是不可能不产生亲密基础的,所以在一定程度上,身体接触就成了性交的同义语。”^⑭莫里斯教授的研究表明,触摸是亲密的基础,是一切感觉之母。没有任何一种语言文字能胜过亲密的身体接触,身体接触是人类最基本的交流方式。

人不仅是生物的,而且是社会的。由于身体接触成了性行为的一个标志,因此,在日常生活交往中,人们逐渐开始控制身体的接触。对婴儿和恋人行为的研究结果表明,两个人身体亲密接触的程度取决于两人的信赖程度。现代生活拥挤的状况使每个人周围遍布陌生人;正是由于不信任陌生人,至少不完全信任陌生人,所以不遗余力地拉开和他们的距离。在繁忙的社区生活中,一定要禁止和陌生人的身体接触。快镜头放映街头小景或大楼里熙来攘往的行人能清楚地说明,人们时刻遵守着异常复杂的、避免接触陌生人的策略。莫里斯教授敏锐地指出,与陌生人接触的限制,只有在极为拥挤的情况下才能解除,只有对特殊行业的人才会开禁(比如像理发师、裁缝和医生),因为他们的职业使他们“有权接触”顾客和病人的身体。与密友和亲属的身体接触所受的限制较少。他们的社会角色确定他们不是性伙伴,所以和他们的身体接触危险较少。尽管如此,招呼问候时的身体接触仍有固定的程式。握手礼有固定的程式,亲吻礼也有固定的程式,使之与性伙伴嘴对嘴的接吻区别开来^⑮。

生物社会学上这些出色的、精辟的分析,能够在思想资源上支持本文对于扒窃概念的界定。那些放在贴身范围之内的财物,之所以不同于其他财物,就在于这些财物处于一个禁止他人侵入的空间,这个空间是作为一个生物体和社会体的个人对自己身体进行保护、避免与他人接触的最低界限和最后防线。而行为人未经他人允许,侵入这个私人空间进行盗窃,正好违反了作为人际交往底线的“贴身禁忌”准

^⑭ [英]莫里斯:《裸猿》,何道宽译,复旦大学出版社2010年版,第86-87页。

^⑮ 参见[英]莫里斯:《亲密行为》,何道宽译,复旦大学出版社2010年版,第145页。

则。只有这一点,才能为扒窃在普通的盗窃之外奠定新的、升高的可罚性基础。

此外,本文赖以界定扒窃概念的贴身禁忌,也在一定程度上汲取了身体社会学的研究成果。时至今日,身体已经成为社会学中一项意义重大的思想主题。社会学的研究对象并非只是“非具身性”的心智,不受身体感受和习性影响,而是包括了会思考、有感情的身體,这种认识已经成为社会学想象力的核心要义。^{①⑥} 按照希林的分析,涂尔干、齐美尔和马克思在各自的著述中,关于身体的重要性存在会通之处,他们都把身体看作社会的源泉、社会结构性特征的“定位场所”和手段,个体据此可以在情感上和生理上定位于社会、定向于社会。^{①⑦} 人类对身体的认识经历了一个曲折的历程。柏拉图和笛卡尔开启了身体与意识(灵魂)二元对立的传统,在这一传统中,身体由于是人与动物的共享体而被贬低和压制,相反,意识和思想成为中心,由此建立了主体哲学。而从尼采及福柯之后,身体成为个人的决定性基础,身体恢复了在哲学和社会史中的地位,各种与身体有关的理论日益流行,这被一些学者称为当代理论的“身体转向”^{①⑧}。

按照最新的身体社会学的理论发展,身体不仅是自然的产物,而且也是社会性的,它受到社会规范和社会经验的影响。或者说,身体不仅是生理态的,而且是沟通态的。本质上具有沟通性的身体,是一切社会乃至一切社会科学实践的道德基础。^{①⑨} 本文以贴身禁忌作为思想基础来界定扒窃概念,所提到的贴身的“身”,正是以这样一种身体观为前提条件的。身体不是一具简单的肉身,而是我们履行各种社会约定、承担各式社会任务的工具,也是我们在特定的场合、以特定的方式拒绝他人的工具。表现在人进入社会交往后,对于熟悉和喜欢的人,往往会向其开放自己的身体范围,允许不同距离和程度的身体靠近甚至接触,如亲友之间的并肩坐、搂肩搭背甚至牵手拥抱等;相反,对于陌生人或者厌恶的人,则往往是通过保持甚至扩大身体间的距离,从而表现出拒绝和排斥的心意。

由于身体的这种特殊功能,使得贴近身体肌肤表面的那一层物理空间,生发出规范层面的意义,即“贴身禁忌”:未经本人允许,他人不得侵入其贴身空间。不过,贴身禁忌作为对人性观察的普遍性结论,与它作为提升扒窃不法内涵的根据之间,并不是一步到位的关系,而是需要在法秩序的层面进行更加具体的理论建构。

三、扒窃构成要件的理论建构

一般而言,财产作为“身外之物”,不会与身体直接产生瓜葛。但是,按照本文的界定,在扒窃的场合,除了财产法益受到侵害之外,行为人也违反了贴身禁忌。本文主张的扒窃概念,是指盗窃他人贴身携带的财物。由于盗窃的财物是处于被害人贴身空间之内,因此,行为人是以一种违反贴身禁忌的方式盗窃他人的财产,从而比单纯的盗窃财产的行为具有更高的危害性,提升了行为的不法内涵。

“扒窃”是以一种“扒”的方式实施的盗窃,这里的“扒”就包含了侵入他人贴身范围之意。相对于通常所说的“随身”,本文主张的“贴身”有一个严格限缩的理解,就是财物必须处于被害人贴身范围之内。一方面,扒窃的对象必须是处在他人贴身范围之内的财物,脱离贴身范围的财物,即使处于身体附近(随身),也不能成为扒窃的对象。另一方面,行为人必须是未经允许进入到他人贴身范围之内的盗窃,才是扒窃。如果行为人是得到允许进入他人贴身范围,然后又实施盗窃的,不属于扒窃。“贴身”携带的财物,与不贴身但“随身”携带的财物的区别,可以用以下的例子加以说明。假设一个人携带着一条很细小的毒蛇上街,毒蛇跟随在他身边附近爬行时咬伤了他人,行为人要对此负责,因为他使得毒蛇这样的危险源出现在一个不属于他专有的、其他人也有权进出的公共空间里;相反,如果这个人将毒蛇放

^{①⑥} 参见[英]克里斯·希林:《文化、技术与社会中的身体》,李康译,北京大学出版社2011年版,第1页。

^{①⑦} 前引①⑥,第14页,第30-42页。

^{①⑧} 汪民安、陈永国:《后身体:文化、权力和生命政治学》,吉林人民出版社2011年版,第1页。

^{①⑨} [加]奥尼尔:《身体五态》,李康译,北京大学出版社2010年版,第8页。

进自己的贴身范围例如衣服的里衬里面,而他人未经允许将手伸进其中时被毒蛇咬伤,法律不会要求携带毒蛇者对此负责,因为这个人将毒蛇放置在一个对于自己而言绝对安全同时具有排他支配性的个体空间之中。本文所强调的贴身范围,就是这样一个在规范上具有排他支配性的“组织领域”。以下展开述之。

(一) 本文观点能够与宪法规范和整体的法秩序相协调

我国《宪法》第38条规定,“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”。从法理上看,“人格尊严”的用语及其保护条款,与德国基本法中的以“人格主义”为哲学基础的“人的尊严”的概念之间存在着某种可互换的意义空间。这种人格主义视角下的“人的尊严”观念,乃是在将人作为人格的存在之前提下,强调“人格”的尊严,而这种“人格”则被认为是在社会关系中形成与发展的。^② 当将扒窃的被害人作为普遍的人格主体,放置在社会关系的形成与发展之中时,就会凸显出对于维系人的尊严所不可或缺的“贴身禁忌”的意义:当人们进入公共空间参与社会生活的时候,彼此身体之间应保持适度的距离,至少在其贴身范围之内,应留下不容随意侵入的空间,由此保证社会交往中最起码的安全感和作为独立主体的人格尊严。在这一点上,提倡从“贴身禁忌”的角度来解读扒窃不法内涵提升的根据,显示出部门法的解释与作为基本法的宪法条款之间的融通性。此外,本文观点也能够也在整体的法秩序中得到回应。在权利类型上,民法上的隐私权是与本文主张的“贴身禁忌”较为接近的法律范畴。^③ 例如,监督考场纪律的老师,即使发现了考试作弊的女生,也不能掀开裙子去证明写在她大腿上的答案;再如,商场里的窃贼,即使视频已经有证据证明他的盗窃行为,商场的保安也不能对其搜身。在这些场合,背后发挥作用的观念,都是那个旨在维护身体隐私和尊严的贴身禁忌。

(二) 本文观点能够在刑法范围内取得体系解释上的自治性

第一,从贴身禁忌的角度来理解扒窃,能够与对非法搜查罪的理解取得体系解释上的呼应。《刑法》第245条规定,“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”该条中规定的“非法搜查”是指未得到允许或缺乏法律根据的情况下,对他人的身体或住宅进行搜查和检查。除了住宅之外,第245条对搜查的对象明确限定为身体,因此,搜查他人随身携带但与他人身体没有关联的财物,不属于非法搜查罪所禁止的范围。由此可知,针对身体的非法搜查罪的保护对象是人的贴身安全以及建立在身体之上的隐私和尊严。^④ 这种贴身安全和隐私不受侵犯的尊严,也就是本文所说的“贴身禁忌”。在这一点上,针对身体的非法搜查与扒窃一样,都违反了贴身禁忌:前者是一种违反贴身禁忌的搜查行为,后者是一种违反贴身禁忌的盗窃行为。

第二,《刑法》第245条将非法搜查与非法侵入他人住宅并列,而且刑度相同,说明刑法对人的贴身尊严与住宅安宁视为同等重要之物并予以同等保护;与此呼应的是,立法者在264条的盗窃罪中,同样将“入户盗窃”与“扒窃”并举:前者是非法侵入他人住宅后盗窃住宅内的财物,后者是非法侵入他人贴身范围后盗窃贴身财物。由此一来,第264条中“扒窃”与“入户盗窃”的并列,与《刑法》第245条“非法搜查身体”与“非法侵入住宅”的并列之间,取得了遥相呼应的完美效果,这是法律智慧的彰显。

第三,在刑法典内部,通过贴身禁忌来奠定扒窃概念,能够与入户盗窃的可罚性根据取得共通的法理基础,在法律解释上取得逻辑一致性。刑法为什么要处罚入户盗窃? 那是因为行为人在盗窃之外,还未经允许侵入到了被害人的一个隐私性的避风港,而这个避风港有利于社会中个人身心的自我保护和

^② 参见林来梵:《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案》,载《浙江社会科学》2008年第3期。

^③ 2010年起施行的《侵权责任法》第2条中规定了隐私权,这是我国第一次在重要的民事法律中规定隐私权。但之前民法理论就已经对隐私权展开了研究。相应地也提出了私人空间的概念,但主要是指个人的隐秘范围。参见杨立新:《关于隐私权及其法律保护的几个问题》,载《人民检察》2000年第1期。但是整体而言,民法上对隐私权的研究只是作为人格权的一种类型,并未集中对隐私权与身体的关系进行深入的研究,也难以对刑法上的问题提供更多的启发和借鉴。因此,这里需要刑法面对现实问题自行提炼概念。

^④ 身体安全和人身安全的范围很广,但是,当不涉及身体伤害可能性时,一般所说的身体安全或人身安全,就是人身私密和隐私的问题。

隐藏。每个人都需要有一个家,显然刑法不是在保护房屋的所有权,因为租的房子也是入户盗窃的保护对象;刑法也不会因为单纯的空间地点就提高惩罚,因为如果行为人得到允许进入到他人住所之后再盗窃的,也不适用入户盗窃。所以,关键的问题并不在于行为人是在什么时空地点进行盗窃,而在于行为人是否“未经允许侵入”到这个空间后实施盗窃。恰恰在这一点上,侵入他人的“贴身范围”进行盗窃与侵入他人的“户”进行盗窃,在惩罚根据上取得了完美的法理一致性(这也再一次说明了仅仅强调“公共场所”这种单纯的地点状语对于扒窃概念的无意义)。对此,司法解释也正确地指出,入户抢劫中的“户”必须具有住所生活的功能,这也说明刑法不是为了保护单纯的物理建筑空间,否则,进入商铺抢劫或盗窃也能构成入户抢劫或盗窃。由此可见,除了要保护盗窃所侵犯的财产权之外,刑法设立入户盗窃从而增加保护的这个“户”的意义和目的,与设立扒窃从而所要额外保护的对象是一样的,都是在保护公民身体周围的隐私性和安全性。就此而言,贴身范围与家庭住所都具有同样的禁忌意义,侵入贴身范围与侵入住宅也具有类似的危害性,只有从这个角度理解,才是把握了入户盗窃与扒窃并列的根本原因。

第四,刑法上处理盗窃未遂/既遂的问题时,也会遭遇“贴身禁忌”的问题。例如,通说认为,行为人在商场里盗窃一些体积较小的财物如戒指或手表等,一旦放入贴身范围,就被认定为既遂而非未遂,即使其盗窃行为已经被店员发现的情况下也是如此。^②原因何在?这是因为盗窃罪的既遂,是指行为人已经转移了财物的占有,对财物建立起新的控制支配关系。而行为人一旦将这些财物放入贴身范围,其他人未经法定程序或本人允许就再也不能接触和取出。此时,就必须承认新的占有关系已经建立,盗窃行为已经既遂。在这个过程中起到决定作用的,就是财物进入到了一个即使权利人也不能随意进入的、排他性的支配空间,而这个空间的守卫者就是“贴身禁忌”。

(三) 本文观点能够为司法实践关于扒窃的认定提供明确标准

只要财物处在被害人的贴身范围之内,无论财物的价值多少都不影响扒窃行为的成立;^③如果财物脱离了贴身范围,即使处在身体的周边(如行李架上的行李,或者放在眼前的茶杯),对其盗窃也不能构成扒窃,而应当按照普通盗窃罪所设定的数额标准进行判断。

无论是行李还是茶杯,当它们脱离了被害人的身体范围的时候,它们所处的都已经不再是一个只有占有人自己才能支配的独立空间,而是一个谁都可以自由进出的公共空间,占有人只有依靠规范上的所有权才能主张单独占有。这样一来,再也不会出现那个行李或者茶杯究竟要与被害人隔得有多远,对其盗窃才不是扒窃的问题了。既然它们脱离了贴身范围,对其盗窃就不是扒窃。再比如说,行为人盗窃被害人挎在肩上或者腋下的皮包内财物的是扒窃;行为人盗窃被害人拖拉的三轮车上的财物的不是扒窃。尽管这两种情况下,财物都与被害人身体之间存在某种连接,但是关键性的差异在于,前者处在被害人的私人空间之内,而后者即使与被害人身体相连,但在整体上却处在一个公共空间里,对此盗窃并没有违反贴身禁忌。由此,本文就提供了一个清晰的标准,它既能够与一般公众对扒窃的印象相吻合,又能够为这种印象找到法理上的根据,从而可以明确地限制扒窃的适用范围,而不至于完全恣意地判断。

此外,在一些特殊的场合,行为人得到允许进入对方贴身范围后盗窃财物的,不构成扒窃。^④例如,A与B是情侣关系,双方在亲热时,A的手伸入B的衣服内,趁B不注意而取走其贴身携带的钱包。再

^② Vgl. Krey/Hellmann, Strafrecht BT 2, 2005, Rn. 44; Lackner/Kuehl, Strafgesetzbuch, 2004, § 242 Rn. 16.

^③ 当行为人侵入他人贴身范围之内行窃时,掏出来的究竟是几百元还是几元,那仅仅是一个偶然的结果,国家的刑罚是否发动,不取决于这个偶然的结果。这个数额无论大小,都无损于扒窃的行为形象,都是在以一种违反贴身禁忌的方式盗窃他人财物。

^④ 从笔者所查到的资料来看,目前国内学界在扒窃对象是“贴身财物”这一点上较为接近本文观点的,主要有曲新久教授和黎宏教授的阐述。但是,曲新久教授一方面承认“扒窃是指从他人身上偷窃财物”(参见《刑法学》,中国政法大学出版社2011年版,第462页),另一方面又认为扒窃也包括“从骑行中的自行车后座上窃取他人财物”,这就使他的观点缺乏一致性。黎宏教授也认为“扒窃是指从别人身上偷窃财物”(参见《刑法学》,法律出版社2012年版,第744页),但是,一方面他并没有对此定义做出理由说明,另一方面,仅仅是这样的定义还无法回答那些得到他人允许贴身后又偷窃财物的行为如何定性的问题。

如,C向D提供正规的按摩服务过程中,发现D裤袋中的手机外露,遂趁D不注意而将其手机取走。又如,E在马路上心脏病突发而跌倒,路过的F在得到E允许的情况下,伸手到E的上衣里兜内为其取救心丸,并顺手取走其兜内的200元钱。按照本文所主张的扒窃概念,上述三种场合均不构成扒窃。行为人取走被害人财物当然是未经允许的,但是其进入被害人的贴身范围,却是得到被害人允许的,因此,尽管其行为性质已经属于盗窃,但是由于并没有“侵入”对方的贴身范围,因而不构成扒窃。简言之,没有违反贴身禁忌的盗窃行为不属于扒窃;如果财物数额达到较大标准的,按普通盗窃罪处理;没有达到较大标准的,只能按照无罪处理。

(四) 针对一些反对意见的回应

有人可能担忧,只有处于贴身范围之内的财物才能成为扒窃对象,这样是否会过于限缩打击范围。然而,犯罪圈的大小是一个无法证实或证伪的问题,基本上依赖于言说者自己的感觉。在《刑法修正案(八)》出台之前,刑法理论上并没有太多声音觉得盗窃罪的打击范围过小,而在扒窃入刑之后,由于不计数额就可以入罪,实质上已经大大扩张了盗窃罪的范围。因此,本文提供的标准,其实是在立法扩张基础之上的一种司法性限缩。至于说那些处于身体附近的财物,如火车货架上的行李等等,如果达到普通盗窃罪的数额标准,当然不会放纵这种盗窃行为;如果没有达到数额标准,那么即使在修法之前,这种行为也不会定罪。所以,认为本文观点会不当缩小犯罪圈的担忧并无必要。

有的观点认为,把扒窃入罪解读为违反“贴身禁忌”规范,实际上已经改变了盗窃罪的法益性质,将盗窃罪从财产性犯罪改变为侵害人身性犯罪。但是这种看法存在误解。很多刑法规定中都包含多个保护法益,只不过各个法益之间存在主次之分。抢劫罪属于财产犯罪,但显然不会有人认为,刑法规定入户抢劫,就是将抢劫罪由财产犯罪改变为侵犯住宅的犯罪;盗窃罪也是财产犯罪,但显然也不会有人认为,刑法规定携带凶器盗窃,就是将盗窃罪由财产犯罪改变为危害公共安全或侵犯社会管理秩序的犯罪。因此,这种批评意见存在误解。在盗窃罪的场合,无论是普通盗窃还是特殊类型的盗窃,其侵犯的主要法益或者说第一位的法益当然是财产法益,这是普通盗窃与特殊类型的盗窃的共同之处;不同的是,特殊类型的盗窃在侵犯财产法益之外,又额外(相对轻微地)侵犯了其他的法益,例如入户盗窃中的住宅安宁,携带凶器盗窃中的公共安全、人身安全以及危险器具的管制以及扒窃中的贴身禁忌和隐私安全等等,因而才不计数额地入罪。

或许有人质疑,从今日中国社会的某些场景来看,是否还存在“贴身禁忌”?例如,在北京的地铁或公交车上,人流量极大,乘客拥挤不堪,相互之间难以保持距离,几乎都是贴身紧挨,在这种场合下,贴身禁忌似乎已经普遍地消失,那么,此时盗窃他人挎在肩上、拎在手里,背在身后、夹在腋下的皮包里的财物,是否属于“扒窃”?对此,应当这样理解:一方面,贴身禁忌作为一种“禁忌”,首先表现为一种观念上的存在,它与现实效果无关。在概念构造的方法论上,它与所有权概念相类似。在民法理论上,“近代所有权之支配权,是与现实支配无关的存在,因此可认为近代所有权为观念上的支配权。”^{②⑥}而所有权人能够对财物占有、使用、收益和处分,这属于所有权产生的作用和效果,但并不等于所有权本身。^{②⑦}简言之,所有权系观念的存在,而不以对所有物的现实支配为必要;所有权人在客观上或者说事实上不能实现占有、使用等效用,也并不影响所有权的成立。与上述所有权的法理内涵一样,贴身禁忌也是一个规范上的构造物,它与事实上是否难于实现无关。人们即使在社会生活中未能现实地拥有和保持与他人的距离,但仍然就其贴身范围享有“贴身禁忌”。另一方面,作为一种观念存在,贴身禁忌不会消失,但是其现实效果的确会随情境不同而变化,因此不可能得出一个贴身距离10厘米还是5厘米的具体标准。在特别拥挤的公共场合,禁忌意义上的贴身范围被现实地压缩成极其狭隘的物理空间,但是这个空间不会消失,只能说沿着人的身体外形的曲线被无限地压缩。而那个与被害人身体接触的、贴身携带的

②⑥ [日]近江幸治:《民法讲义Ⅱ:物权法》,王茵译,北京大学出版社2006年版,第160页。

②⑦ 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2003年版,第97页;丁海俊:《所有权》,中国法制出版社2007年版,第4页。

皮包,就正好处在这个空间之内。因此,即使在人潮拥挤的场合,盗窃他人贴身携带的皮包以及皮包内的财物,也一样违反了贴身禁忌,因而构成扒窃。

四、行为人刑法与扒窃惩罚范围的限缩

扒窃入刑不仅给刑法理论,也给司法资源带来了严峻挑战。为了控制打击范围,很多学者和实务工作者从不同角度,针对“扒窃是否一律入刑”做出了各种回答。但是,目前的一些议论存在的问题是,常常把限制扒窃惩罚范围的外部因素,当作构成扒窃行为的内部因素。这种理解,将扒窃构成要件的界定与扒窃犯罪的惩罚范围的厘定这两个层面的问题混为一谈,造成了理论和实践中的双重困扰。本文认为,无论是学术讨论还是司法实践,在处理具体问题时,应当坚持位阶性的思考顺序:构成要件的概念界定是第一步的工作,惩罚范围的扩缩是第二步的考量。“扒窃”是《刑法》第264条明文规定的构成要件要素,在上文已经对其加以界定之后,接下来的问题是,是否所有符合扒窃构成要件的行为,都要一律定罪处罚?

根据人大法工委负责人的解释,在立法阶段,扒窃入刑曾考虑到以下因素,“技术含量较高的犯罪;通常具有常习性;具有较高的犯罪技巧和犯罪技能,反侦查能力强;往往为多人共同犯罪,存在进一步伤害被害人人身的可能;对待扒窃行为也以数额论的话具有一定偶然性,而该类犯罪目前比较嚣张,危害性较大。”^{②③}这段说明传递出两个信息:(1)在扒窃问题上不宜再从结果立场过多纠缠财物的数额因素,否则就难以与普通盗窃相区分,也会使得立法目的落空。“如果司法解释再给扒窃设置最低数额限度,尽管可以适当减少盗窃犯罪数量,……但有以司法解释架空刑事法律之嫌疑,立法者对于特殊类型的盗窃行为不计数额的立法努力也将化为泡影。”^{②④}(2)立法当时主要考虑了一些盗窃已成习性、以盗窃为业的扒手的人的因素,扒窃的立法目的之一是为了打击这一类人。这说明,行为人刑法的思想在立法阶段已经被纳入法律。本文认为,为了将打击对象有效地控制在立法者所追求的目的之内,在扒窃犯罪的惩罚范围上考虑行为人刑法是有必要的,但要想合乎法治而不是任意地限缩,需要把这种考虑放置在行为刑法的整体框架之内,为行为人刑法的思想在以行为刑法为根基的教义学体系中确定一个稳定的位置,并尽可能地为之寻找实定法上的支持。从立法原意来看,在扒窃问题上关于行为人刑法的最主要的考虑,是要通过扒窃入刑来打击那些作为“扒手”的惯犯,因此有必要考虑对扒窃的初犯、偶犯从宽处理。以往我国学界对于行为人刑法的研究和关注较少,接下来,本文先对行为人刑法的基本思想略加描述,然后对于两种涉及惯犯/偶犯的行为人刑法的方案加以分析和评价,最后再提出本文观点。

(一) 行为人刑法思想简述

从最初的思想源头看,行为刑法与行为人刑法的区分,主要表现在惩罚根据和惩罚对象的不同。行为刑法的概念,是一种法定的规则,根据这个规则,刑事可罚性是在与行为构成方面加以限定的单一行为相联系的,同时,惩罚仅仅表现为对单个行为的反应,而不是表现为对行为人整体生活导向的反应,更不是表现为对一种行为人所期待的将来危险的反应。行为人刑法则相反,刑罚是与行为人的品格相联系的,同时,刑罚是由行为人对社会的危害及其程度所决定的。^{③⑤}

行为人刑法的思想首先来自于特殊预防的刑罚目的观。按照李斯特的观点,特殊预防应该按照行为人的不同人格类型有区别地进行:对无法遏制又无法矫正的惯犯进行无害化处理;对单纯的偶犯加以威慑;对可以矫正的罪犯进行矫正。由此可见,特殊预防的有效展开,依赖于刑种和刑度是否符合每个行为人的品格。因而,只有当具体的犯罪揭示了特定的罪犯人格,才能引起关注,由此形成的体系就是行为人刑法。^{③⑥}以特殊预防为目的引领的行为人刑法,侧重的是刑法保卫社会、打击犯罪的一面。因

^{②③} 郎胜:《〈刑法修正案(八)〉解读》,载《国家检察官学院学报》2011年第2期。

^{②④} 前引③。

^{③⑤} [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第105-106页。

^{③⑥} [德]施特拉腾韦特、库伦:《刑法总论-犯罪论》,法律出版社2004年版,第38页。

此,在以保障被告人人权为基本精髓的罪刑法定原则面前,行为人刑法的发展空间要远小于行为刑法。这可以轻易地做出对比:行为刑法着重构成要件行为的描述并依此确定刑罚,而行为人刑法需要发现和确证行为人人格中的不良因素,并以此作为刑罚的根据。在明确性、清晰度和无争议性上,前者的效果显然要优越于后者。

基于上述原因,无论在理论还是实践的历史中,行为人刑法几乎从未取代行为刑法的主角地位,而往往是伴随性地充当配角。追溯行为人刑法的首倡者李斯特的思想,也从未主张在刑事可罚性的决定条件上,用行为人的态度代替行为,他的真正想法,是要在行为刑法的框架之内尽可能地重视行为人因素。简言之,在犯罪论部分仍然由行为刑法主导,只是在刑罚论部分更多地发挥行为人刑法的影响。简言之,惩罚的条件仍在于行为,惩罚的内容(种类、强度和期限)则决定于行为人。因此,一部纯粹的行为人刑法典,并未在历史上真实地存在过。李斯特的行为人刑法思想,真正体现在刑罚论部分之“不定期刑”的主张,即刑罚执行的期限应当取决于是否实现特殊预防的目的。后来的很多学者,在继承李斯特的行为人刑法思想的基础上提出了一些理论和观点,正如罗克辛所评价的,这些理论和观点都“不是顺着激进的行为人刑法的道路发展的,而是要将其(行为人刑法)影响限制在犯罪行为法律后果之上。”^②由此可见,传统的、正宗的、原初的行为人刑法思想,是将行为人的品格因素限制在刑罚论的部分,而在犯罪论的部分,则始终坚持行为刑法。

(二)对两种行为人刑法方案的评析

关于如何处理惯犯和偶犯问题,目前刑法理论上主要有两种观点:第一种是由我国学者所提出,直接针对扒窃问题;第二种曾经出现在德国刑法理论史上,试图为整个惯犯的惩罚根据提供普遍性的模式。但是,这两种观点在行为人刑法的道路上走得太远,属于过激的行为人刑法,不仅没有充分表现出行为人刑法的优势,反而放大了行为人刑法的弊端。本文对此均不赞成。

1. 惯犯作为不法构成要件的内容

第一种已经出现的行为人刑法的方案,是将惯犯作为不法构成要件的组成内容。目前一些学者的观点可以被概括成这种方案。例如,有的学者认为,“扒窃的犯罪构成,在主观和客观上有职业惯犯的特点”。^③还有的学者提出,“构成扒窃必须具备在公共场所实施多次盗窃的事实。……不要求数额、只要求情节的扒窃应当具有多次性的特征。”^④按照这样的解释,惯犯或者多次性并非是在构成扒窃之后再考虑是否处罚的外部因素,而是变成了扒窃概念内部的“构成特征”。梁根林教授对这种观点有较为深入的阐述,他认为将扒窃独立入罪,主要是考虑了扒手盗窃成性、以此为业等内在的决定人的人身危险性因素,即人的不法;简言之,是扒手的人的不法升高了扒窃行为的不法程度。按照梁根林教授的观点,并非只要认定行为人实施了扒窃行为,即可认定其行为该当盗窃罪之扒窃构成要件,而是必须能够认定行为人盗窃成性、以此为业,或者至少有相关前科记录与品格证据证明其意图以此为业,因而具有扒手这一人的不法属性,才能根据其扒窃行为,认定其该当扒窃型盗窃罪构成要件^⑤。

然而,如果上述主张者并不打算以一个崭新的犯罪论体系作为言说背景,那么所谓“扒手的不法与扒窃的不法共同组成扒窃不法构成要件”的主张,可能会引起更大的理论纰漏。按照“不法(包括构成要件该当性与违法性)——责任”的犯罪论体系的通说,任何犯罪的不法构成要件的客观部分和主观部分,都不包括关于行为人是否以此类犯罪为业或具有犯罪习性等因素在内;客观不法的内容,主要围绕行为、结果以及因果关系展开;主观不法的内容,则是指向客观构成要件的故意以及犯罪目的等要素;“盗窃已成习性、或者以盗窃为业”这种带有人格特征的因素,从来都没有出现在通说对“不法”的理解

^② 前引⑩,第107页。

^③ 李慧:《扒窃并非一律定罪判刑》,载《检察日报》2011年8月22日版。

^④ 王强军、李莉:《新型盗窃行为研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第5期。

^⑤ 引自梁根林教授在“当代刑法思潮第十讲:但书、罪量与醉驾、扒窃”论坛上的阐述。<http://criminallaw.com.cn/article/default.asp?id=8082>; http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_69390.shtml。

中。由此可见,将扒手的不法与扒窃的不法共同认定为扒窃的不法构成要件,这种主张的说服力需要付出极大的代价,它会与一些传统的、已经得到公认的、最重要的基础观念发生决裂。这不仅仅需要论者以一个崭新的犯罪论体系作为语境,而且对这种新语境的建构和阐发,应当成为在扒窃问题上主张“扒手不法”的前提性框架,而不是补余或前瞻,否则,为了强调一只蚂蚁的独特性而摧毁整个蚁穴,恐怕会有得不偿失的遗憾,甚至受到只破不立的质疑。当然,如果研究者已经下定决心在一种与目前的通说完全不同的犯罪论体系中讨论扒窃问题,那又另当别论。在本文看来,这种新的犯罪论体系可能是行为人刑法思想最极端的表现形式。理论史上有过表现,行为人刑法思想针对刑法理论最核心地带的一次冲击,是尝试以行为与行为人并重来构建一个二元的定罪体系。在犯罪论体系上,将犯罪的构成要素二分为行为和行为人并将二者并列的立场,被称为“二元的犯罪论”。一般认为,欧洲学者中的坎托罗维奇、拉德布鲁赫和米特迈尔等学者的主张都可以归入这一理论。其中,最纯正的二元犯罪论体系是米特迈尔的犯罪论体系,它包括符合构成要件的违法性举动、行为人的人格和责任三个要素。行为人人格第一次被作为一个独立的、与行为并列的要素被提出来^{③④}。

2. 惯犯作为特殊的罪责形式

第二种行为人刑法方案,是将惯犯视作一种特殊的罪责形式。与上述将犯罪人的人格因素放进不法的观点相反,刑法理论史上曾经出现过另外一种试图通过罪责概念诠释行为人刑法思想的努力,这就是将惯犯作为一种罪责形式。根据德国1933年《惯犯法》的规定,对皮条客、流浪者、乞丐、酗酒者和懒汉的惩罚,是由于行为人在整体上符合这样一种犯罪学意义上的“行为人类型”而进行的。但是,这会引出在罪责统一性上的难题。一方面,多数行为刑法的条文都是以与单个犯罪行为相对应的罪责作为惩罚基础,另一方面,一些行为人刑法的条文却是依赖于整体意义上的行为人类型,在惩罚根据上,二者如何协调?一些德国学者努力想把这种犯罪学意义上的“行为人”的存在本身就解释为一种“罪责”。其中,最有影响力的解释,是由梅茨格尔(Mezger)提出的“生活方式的罪责”：“行为人的刑法性罪责,并不仅仅是单个行为罪责,而且还是他自己允许其发生变异的整个生活方式的罪责。”^{③⑤}在这样一种罪责概念中,起决定性作用的是在行为人的性格支配下所形成的“不应如此”的生活状态。此后,鲍克曼将梅茨格尔的思想进一步改造为“生活选择的罪责”,“行为人罪责的本质,不在于其错误的生活方式本身,而在于对其生活的错误选择。”^{③⑥}以这些罪责理论为基础的行为人刑法,在刑法学说史上被称作“犯罪学的行为人类型理论”。

笔者不赞成这种观点。现实生活中,人们的生活并不完全是由其人格所支配和选择的,无论是“生活方式的罪责”还是“生活选择的罪责”,都难以将可责难的人格与不可责难的命运准确地区分开来。现实社会并非真空实验室,在多元参数混杂的社会生活中,将一个人的罪责与他的全部生活相联系,相比于仅仅将罪责与单个的构成要件行为相联系,显然前者的罪责范围和内涵要模糊得多。更重要的是,这样一种对“不入流”的生活充满厌恶和敌视的“精英视角”,蕴涵着用国家权力清洗“低等人群”或“异类”的巨大危险。随着法治国和人权保障的观念在二战之后的德国重新复兴,这种国家不是惩罚一个人的行为,而是基于社会治理的理由从整体上去谴责一个人的生活方式的罪责理论,或者说,这种扩张性、激进的行为人刑法理论,已经失去了发展的土壤,逐渐地退出了讨论的中心。

(三) 本文观点:利用功能主义的责任概念来减免偶犯责任

笔者主张的观点,是在功能主义的责任概念中减免偶犯扒窃的需罚性。近年来,由德国学者罗克辛

^{③④} 对上述几种犯罪论体系的详细介绍,可参见[日]大塚仁:《刑法概说》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第106-107页;洪福增:《刑法理论之基础》,台北刑事法杂志社1977年印行,第22-24页。在笔者看来,将惯犯作为不法构成要件的内容,恐怕需要在一种以“犯罪行为—犯罪危险性人格”为基本结构的犯罪论体系中才能得到妥当理解。目前国内已经有学者提出这种新体系的雏形。参见张文、刘艳红、甘怡群:《人格刑法导论》,法律出版社2005年版,第228页。

^{③⑤} 前引^{③④},第108页。

^{③⑥} Bockelmann, Studien zum Taeterstrafrecht, 1940, S. 153.

教授和雅科布斯教授为代表,在责任领域出现了从规范责任论向功能责任论发展的态势。两者所主张的责任论都被认为是功能主义的,尽管它们在具体结构上有所不同。本文认为,这两种功能主义的责任概念,都能够为解决减免偶犯扒窃责任的问题提供资源。一方面,与传统的、正宗的行为人刑法思想相比,本文的观点可能是激进的,因为行为人刑法的问题被从量刑阶段提前到责任阶段考虑;但另一方面,与上述两种过激的行为人刑法方案相比,本文的观点又是缓和的。因为这里仍然恪守着在行为刑法的框架之内考虑传统行为人刑法的底线,即对行为人的归责始终是以一个确定的构成要件行为,而不是某种模糊不清的行为人的生活方式作为前提,由此,法治国的罪刑法定原则得以坚守。

1. 以罗克辛的责任概念为基础的解决方案

罗克辛教授观点的独特性在于区分了责任与罪责。他用责任概念取代了罪责概念在传统犯罪论体系中的最后阶层的地位。按照他的观点,责任是与不法并列的阶层,是罪责的上位概念;作为两个下位概念,罪责和预防必要性一起组成责任。这样一来,缺乏罪责或者缺乏预防必要性时,都会排除责任^③。显然,与仅仅由单一的罪责元素构成的传统的责任概念,以及被认为是将责任概念理解为一般预防的纯粹工具的雅科布斯的责任概念相比,罗克辛是在罪责与预防之间做了一个调和。在罗克辛的责任概念中,罪责被赋予边裁的角色;在罪责所划定的范围之内,预防必要性发挥着功能性的调节作用。罪责概念是以“规范的可交谈性”为基础的,在罪责的范围内,再从预防的视角考虑对行为人刑事制裁的必要性。如此一来,动用刑罚去惩罚一个人,不仅是因为他有罪责,而且因为有预防的必要。

在笔者看来,按照这种功能性的责任概念,可以考虑将扒窃的惯犯与偶犯之分在责任中的预防必要性部分处理。对于扒窃的惯犯,本来就是立法所要打击的对象,是规范目的所在,预防必要性已经被立法理由充分地说明;相反,对于扒窃的偶犯,并非立法者想要制裁的群体,预防必要性之低也是显而易见的:偶尔的灵魂出窍者或一时贪小便宜者,既没有用刑罚制裁来加以特殊预防的必要,也没有面向公众进行一般预防的必要性。那么,就可以因为偶犯缺乏预防必要性而排除其责任,进而得出扒窃行为虽然具有不法性质,但是偶犯的行为人不负责任的结论。当然,排除偶犯的责任,这是特殊情况下最极端的优惠;一般情况下,主要还是减轻责任。由此可见,如果采纳罗克辛教授的责任概念,可以在逻辑上得出这样的结论:一个实施扒窃行为的初犯、偶犯,在罪责上与一个惯犯是一样的;不同的是,初犯、偶犯的预防必要性要低于惯犯,因而他的责任在整体上也要低于惯犯。一个实施扒窃行为的初犯、偶犯,即使在有罪责的时候,也可能没有责任(免责而无罪);或者至少是与惯犯相比,因为预防必要性低而责任减弱(减责、有罪但轻罚甚至不罚)。

2. 以雅科布斯的责任概念为基础的解决方案

雅科布斯教授的功能责任论的核心主张是,行为人是否具有责任,要根据行为人对法规范的忠诚和社会解决冲突的可能性来决定。一方面,如果行为人没有基于对法律的忠诚而形成一个更强烈的动机去抑制犯罪的动机,那么就是行为人自己的问题,就可以对其进行归责。另一方面,责任被看作是一种解决社会冲突的方式。在社会具有更好的自治能力,即使不追究行为人的责任,也能解决行为人引起的冲突并维护法规范和社会的稳定时,行为人就无责任。^④相反,“在一个正常社会的正常状态下发生的法益侵害,只要不可能被归属于其他人或者事件,就必须归属于行为人,如果行为人的行为具有导致法益侵害发生的危险的话”^⑤。

按照雅科布斯的责任概念,也可以提供区分惯犯与偶犯的解说框架。一方面,虽然偶犯和惯犯的扒窃行为都表现出了对法规范的不忠诚,但是,相对于偶犯,惯犯由于其屡教不改的惯常性,对法规范的轻视甚至敌视显然更加强烈,犯罪动机更加难以抑制,因而在对法规范的不忠诚程度上要高于偶犯。另一

^③ 前引^③,第557-558页。

^④ Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 1993, S. 480ff.

^⑤ 冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,第2页。

方面,除非是病理性的惯犯,可以用医疗方式来解决社会冲突而无需行为人承担刑事责任,否则,就偶犯与惯犯相比较而言,训诫、具结悔过、赔礼道歉等刑法第36、37条规定的教育性非刑处置方式,用在偶犯身上显然会比用在惯犯身上发挥更可期待的效果。当这种非刑罚处置方式能够发挥功能解决冲突时,要求行为人承担刑事责任并对之适用刑罚的必要性自然就相应地降低。由此,在对法规范的忠诚度和适用其他方式解决冲突的可能性两个方面,偶犯与惯犯的责任程度得以区分。

(3) 关于本文观点的进一步展开

上文提出的两种以功能性责任概念为基础,在“不法—责任”的责任层面,来区分偶犯责任与惯犯责任的思路,是笔者在法教义学上的一种尝试。一方面,这种尝试能够在我国刑法语境下得到融通。这一点是源于对我国《刑法》第5条的理解。我国《刑法》第5条规定,“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”显然,这里的“刑事责任”不能理解为刑罚意义上的法律后果,否则就会出现同义反复的困境。应当把这里的“刑事责任”理解为三阶层犯罪论体系中的第三阶层的“责任”,或者说,是“不法—责任”意义上的责任。^⑫由此,责任程度的高低甚至有无,直接影响着惯犯扒窃或偶犯扒窃的刑罚轻重甚至有无。就此而言,利用域外传来的功能性的责任概念并没有脱离我国刑法的具体语境。

另一方面,本文的构想是对功能性责任概念的发展。首先,这里涉及到对需罚性的体系性地位的理解。“应罚性和需罚性的概念从20世纪50年代开始,被认为是确定犯罪和处罚的两大条件,在法理上具有社会危害性的行为,即具有应罚性而成立犯罪,但是否需要刑罚加以制裁,则必须考虑刑事政策上的刑罚的制裁能否达到目的,应罚性因而是犯罪成立与否的判断依据,而需罚性则是处罚与否的判断依据。”^⑬本文所讨论的所有扒窃行为是否都“需要刑罚加以制裁”,恰好就是传统理论中“需罚性”的内容,也就是本应放在量刑阶段考虑的问题;而放在量刑阶段考虑,也恰恰一直是传统行为人刑法思想的核心。在这个意义上,传统的行为人刑法思想的,与需罚性、应罚性之间明确二分的框架以及我国以往的司法实践之间三者其实是暗合的:偶犯还是惯犯的问题,虽然是一个行为人刑法的问题,但是这个问题不影响定罪,而仅仅涉及到量刑。与上述区分应罚性与需罚性的观念相左,罗克辛和雅科布斯的责任概念,本质上都是将传统理论中原本被放置在犯罪论体系之外的、处于量刑阶段、基于刑事政策而考虑的需罚性问题前置到犯罪论体系之内,并安排在责任概念之下。

本文也正是看中了功能性责任概念在这一点上的突破,因而提出将偶犯与惯犯的问题放在功能性责任中加以解决的方案,这样一来,偶犯与惯犯之分,就有了提前进入犯罪论体系的机会,进而会影响到是否定罪。或许有人会质疑说,本文的主张未必会得到功能性责任论的首创者的赞同。例如,在罗克辛教授的教科书中,他仅仅是用非常特殊的例子来阐明其责任概念中的预防必要性,例如,阻却责任的紧急避险、难以避免的违法性认识错误等;同时,他用专节阐述了“构成行为罪责与生活方式的罪责”之别,由此来特别撇清他的责任概念与那种激进的行为人刑法思想无关。^⑭本文在这里将惯犯与偶犯问题纳入责任范畴,会不会滑入功能性责任论者所担忧和避免的那种激进的行为人刑法之中?笔者认为,这种顾虑是没有必要的:(1)正如上文所说,我国刑法关于扒窃的立法,主要目的本来就是为了打击那些以扒窃为业的惯犯。《刑法》第264条规定的“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”,这本来就不是与偶犯的责任而是与惯犯的责任相适应的法定刑。(2)这里所说的扒窃的惯犯,完全

^⑫ 冯军教授指出,责任有三种含义,一是指作为刑罚根据的责任;二是指犯罪成立要件的责任;三是指作为刑罚量定标准的责任。参见前引⑪,第184页。

^⑬ 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第89页。

^⑭ 按照行为刑法的基本要求,刑法上的责任,是单个行为的责任,而不是行为人的性格责任或间接的生活方式的责任。这种性格或间接的生活方式的要素,虽然不在责任中定位,却会在量刑阶段考虑。根据德国刑法典第46条第2款规定,法院在量刑时要考虑行为人的动机、目的,行为所表现出的感情和行为时的意志,以及行为人以前的生活经历、基本人格和经济状况等等因素。这被认为就是关于行为人的性格以及生活方式对量刑的影响。Sch/Sch/Stree, § 46, Rn. 30-33.

不同于德国学者所担忧的、在德国1933年《惯犯法》中所要惩罚的“惯犯”。因为扒窃的惯犯仍然是以实施了扒窃构成要件行为为前提条件的,因此,始终是针对有明确构成要件行为的惩罚,这一点根本有异于《惯犯法》中针对流浪者、乞丐、酗酒者和懒汉那种所谓“生活方式的罪责”或者“生活选择的罪责”的惩罚,后者才是德国学者所担忧、顾虑和抵抗的对象。因为这种生活方式的罪责,缺乏明确的构成要件行为作为前提。(3)本文借助于责任概念所要解释的,不是主张因为行为人是惯犯而从重处罚;相反,是为了在惯犯的基本责任框架之内,解脱或减轻偶犯的责任。这里所说的在犯罪论体系内部解决偶犯与惯犯的观点,是从与德国学者的顾虑相反的方向出发的。德国学者之所以对于在责任或者犯罪论体系之中讨论行为人刑法问题存在重重顾虑,归根结底是担心行为人刑法会冲击法治国的原则,超越罪责的边界,进而出现对人权的侵犯。但是,这样的担忧主要是基于行为人刑法在从重处罚方面的影响。相反,对于从轻处罚而言,这种担忧是不存在的。当行为人刑法在从轻处罚方面发挥影响的时候,由于“不存在禁止超越罪责的规定,所以,一种特殊预防和行为人刑法的思想就可以自由地展开了。……在这里对行为人人格的判断,就一定会发挥决定性的作用。人们能够完全一般性地说,一种特殊预防的行为人刑法的思想,在量刑和惩罚形态都不超过罪责标准的领域内,仍然还具有一个广阔的发展前景,因为在这个范围内,这个思想是与一种现代的重新社会化刑法的所有发展趋势相一致的,同时,对于法治国来说也是完全没有问题的”^{④5}。

由此可见,只要是朝着有利于行为人的责任轻缓的方向去展开解释,将行为人刑法的思想放置在功能性责任概念之中,不会带来任何问题。本文主张对于那些偶犯,根据预防必要性的考虑,将其从扒窃的责任中减轻或者免除,这是与行为人刑法的现代发展趋势和潮流相吻合的。

(四) 支撑本文观点的实定法根据

根据本文的观点,对于扒窃的偶犯,根据预防必要性的考虑,可以将其从扒窃的责任中减轻或者免除。由此可以得出的结论是,对于扒窃的偶犯,根据具体案情,分为三种责任程度以及法律后果,并可以相应地由以下的刑法规定或者司法解释中得到实定法意义上的支持。

1. “不认为是犯罪”的偶犯

第一类扒窃的偶犯,完全没有预防必要性,因而排除责任,对其得出无罪的结论。对此,法律根据是我国《刑法》第13条但书的规定,“一切危害……的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”第一种情形的扒窃偶犯,虽然实施了扒窃行为,“依照法律应当受刑罚处罚”,但是“情节显著轻微危害不大”,因此排除其责任,不认为是犯罪。

2. “免于刑事处罚”的偶犯

第二类扒窃的偶犯,基本上没有预防必要性,但还不能完全消失,因而尚不能完全排除责任,对其可以定罪但免于处罚。对此,法律根据是我国《刑法》第37条的规定,“对犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”。第二种情形的扒窃偶犯,虽然实施了扒窃行为,但是由于基本缺乏预防必要性,因而属于“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”。对此,能够从相关司法解释中获得支持。2010年《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》(以下简称“意见”)第19条规定,“对于较轻犯罪的初犯、偶犯,应当综合考虑其犯罪的动机、手段、情节、后果和犯罪时的主观状态,酌情予以从宽处罚。对于犯罪情节轻微的初犯、偶犯,可以免于刑事处罚。”显然,从法定刑设置来看,扒窃属于“较轻犯罪”,因而可以对某些犯罪情节轻微的初犯、偶犯根据《刑法》第37条免于刑事处罚。

3. “尽量适用缓刑或者非监禁刑”的偶犯

某些扒窃的偶犯,预防必要性很低,责任程度相比作为基本犯的惯犯而言,较为轻缓,因而可以从轻或者减轻处罚。对此的法律根据是《意见》第19条规定,“对于较轻犯罪的初犯、偶犯,……依法应当予以刑事处罚的,也应当尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑。”对于这部分偶犯,责任程度

^{④5} 前引^{④0},第113页。

(主要是预防必要性的部分)比惯犯低,但是比前两种偶犯又为高,因而既不能认定为无罪,也不宜免于刑事处罚,较为合适的方式是“尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑”。

最后,还有两个问题略加说明:(1)本文主要以偶犯与惯犯为例来展示如何在扒窃犯罪的惩罚范围的限缩上实现立法者所追求的行为人刑法的立法旨意,但是,这种限缩显然并不限于偶犯与惯犯的问题,其他一些涉及到行为人刑法的影响因素,都可以依循本文主张的理论模式和法律依据。例如,《意见》第15条规定,“被告人的行为已经构成犯罪,但犯罪情节轻微,或者未成年人、在校学生实施的较轻犯罪,或者被告人具有犯罪预备、犯罪中止、从犯、胁从犯、防卫过当、避险过当等情节,依法不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。对免于刑事处罚的,应当根据《刑法》第37条规定,做好善后、帮教工作或者交由有关部门进行处理,争取更好的社会效果。”显然,这里所规定的未成年人、在校学生以及其他情节,都可以按照本文主张的观点,在功能性责任概念中权衡其预防必要性,进而得出是否减免责任以及法律后果的结论。(2)关于扒窃的惯犯/偶犯与“多次盗窃”的关系。《刑法修正案(八)》同时将扒窃与多次盗窃增设为不计数额的新型盗窃。如果在扒窃的问题上考虑惯犯与偶犯之分,会不会与“多次盗窃”的规定重叠或冲突?对此的回答是否定的。所谓“多次盗窃”,依照通说观点,是“一年之内盗窃三次以上”。据此,对于那些一年之内盗窃三次以下或者每年盗窃一到两次但多年行窃的行为人,就不能认定为“多次盗窃”。但是,只要行为人具备了这些盗窃(无论何种形式的盗窃)的前科劣迹,又实施了符合“扒窃”构成要件的行为,即可排除出“偶犯”、“初犯”的范围,因而对其直接按照《刑法》第264条定罪处罚即可。

余 论

扒窃入刑是中国刑法的独特规定,因而在扒窃概念的塑造上也难以借鉴国外的成形理论,这对中国刑法学者而言,提出了自力更生的任务。由此也迫使我们反思,如何在刑法各论甚至总论层面逐渐发展具有本土特色的、由中国学者自己创造的法教义学理论和规范性概念?笔者有几点省思:

第一,近年来学界流行提倡归纳主义、经验主义和实证研究。然而,本文关于公共场所的讨论试图说明,这里存在一个如何在理论上塑造概念而不被经验事实所迷惑的方法论问题。把习惯印象当成必然规律,把经验总结当成理论概念,这可能是用“公共场所”来界定扒窃概念的观点在方法论上的偏差。正如主张“公共场所”的论者所说的那样,发生在公共场所的扒窃,都是“生活经验上熟悉的扒窃类型”^{④⑥}。但是,这种经验层面的现象总结,并不足以成为一种事物的本质特征,也不能在理论上成为塑造一个概念的核心要素。扒窃之所以多发于公共场所,是由于公共场所人流量密集,彼此之间距离接近,行为人便于利用人们相互之间身体接触、碰撞、挤压等的无意识或意识较弱的情形而实施盗窃。一方面行为人在人群中易于隐蔽自己的行踪;另一方面,也便于接近被害人,并通过人群掩护从其身上窃取财物。也正是这些缘由,一般公众提到扒窃时,脑海中往往都会浮现出小偷在公共场所拥挤的人群中偷东西的形象,而很少会出现对办公室扒窃的联想;但是,上述场合下发生扒窃的可能性很低,却并不意味着绝无可能实施扒窃。即使99%的扒窃都发生在公共场所,也不能说只有公共场所才会发生扒窃或者认为公共场所是扒窃的本质属性。公共场所之于扒窃的意义,仅仅是经验层面由于多发性而产生的描述和总结,却难以成为理论层面进行概念定义时确定的事物本质特征。因此,对于研究者特别是规范法学的研究者,想象力始终是决定观察是否获得意义的关键。

第二,本文不是一篇追溯立法原意或者解读刑事政策背景的研究论文。在方法论上需要注意的是,不能完全或者过分依赖立法理由或刑事政策的解读来从事教义学概念的界定。例如,关于扒窃入刑,立法者有这样的考虑:“(1)技术含量较高的犯罪;(2)通常具有常习性;(3)具有较高的犯罪技巧和犯罪技能,反侦查能力强;(4)往往为多人共同犯罪,存在进一步伤害被害人人身的可能;(5)对待扒窃行为

^{④⑥} 阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2011年版,第538页。

也以数额论的话具有一定偶然性,而该类犯罪目前比较嚣张,危害性较大。”^{④7}但是,这些仅仅是在描述立法者考虑为什么要将扒窃这一类现象用刑法加以惩罚的多个角度的原因,它们并不是在学理上界定扒窃概念的工具。因为司法实践中完全可能存在大量的单个人实施扒窃的案件,这类案件当然不符合“多人共同犯罪”的说法,司法实践中也常常存在胆小怕事,只敢偷但绝不敢硬抢甚至不敢反抗的扒手,这也不存在“进一步伤害被害人人身的可能”,但是,相信没有人就会同意这些行为不属于扒窃,也没有人会赞成对单个活动的或者胆小不反抗的行为人,就不按照盗窃罪定罪处罚。由此可见,上述立法者所介绍的理由,属于立法论上的说明,并不能够当然地成为解释论上的资源,更不能成为界定概念的根据。它们之间的距离,恰恰就是理论工作者展开工作的空间。

第三,本文是一次被害人教义学与行为人刑法的合作。一方面,在扒窃的构成要件的界定上,这里所主张的“贴身禁忌”不是从行为人的视角出发,而是从被害人的视角出发,进而为扒窃相对于普通盗窃的不法内涵的升高提供了一个在法理和体系上自洽的根据;更重要的是,与其他各种扒窃的概念相比,这里能够为司法实践提供一个指导思考方向的、具有可操作性的标准。对此,可以认为是被害人教义学的一个理论成果。另一方面,在明确扒窃概念的基础之上,则需要从行为人刑法的角度出发,在责任阶段体现立法者的意图,进而为困扰司法实践的“扒窃是否一律入刑”的问题提供一个理论上的解说模式,相应地也提供了可供操作的实定法依据。对此,可以视作是行为人刑法的一个理论成果。于是,在扒窃的问题上,将什么是扒窃与是否所有扒窃行为都惩罚这两个问题,分别纳入到不法和责任阶段中,又分别通过被害人教义学和行为人刑法加以回答。应当说,这是两种刑法理论资源的一次分工与合作,也是基于本土问题而发展刑法教义学的一次尝试。

Abstract: Constructing the legal basis of getting “pickpocketing” into criminal law is the outcome of cooperation between victim dogmatics and actor criminal law. On the one hand, the concept of pickpocketing should be constructed regarding illegal essential elements from the perspective of a victim. “Public area” and “carry-on” are not essential elements in defining constitutive requirements of pickpocketing. “Next to the skin taboo” should be the theoretical basis of the concept of pickpocketing. Pickpocketing refers to intruding the next to the skin area of the other persons and stealing their personal carry-on items. If the carry-on items are not within the next to the skin area, they could not be the objective of pickpocketing; stealing under the permission within the next to the skin area does not constitute pickpocketing. On the other hand, the criminal law thought of the actor in original intention of the legislation should be explored and the scope of the crime of pickpocketing should be limited at liability phase. With regard to liability, by applying the concept of functional liability, the liability of casual offender of pickpocketing can be diminished or exempted under certain circumstances, which may include imposing not guilty, criminal penalty exemption, or a lighter or mitigated punishment and other legal consequences.

(责任编辑:白岫云)

^{④7} 前引^{②8}。