

论案件事实的定性原则

——以盗窃与抢夺、抢劫三个概念的界限为例

聂长建, 李国强

(中南民族大学法学院, 湖北武汉, 430073; 光山县人民法院, 河南光山, 465400)

摘要: 法律上的概念种类总是有限的, 而它所涵摄的案件事实的种类是无限的, 一个法律概念要涵摄多个案件事实。案件事实离此概念越远, 就离彼概念越近, 直至其与彼概念的距离短于与此概念的距离, 那么它就涵摄于彼概念而非此概念。概念是对事物本质的反映, 对案件事实的定性不能从法律概念的字面表述和案件事实的现象的关联度来判断, 而应该从法律概念的本质和案件事实的本质的关联度来判断。对案件事实是否属于盗窃罪、抢夺罪或抢劫罪的定性, 也要坚持这一原则, 才能定性准确。

关键词: 案件事实; 定性原则; 盗窃罪; 抢夺罪; 抢劫罪

中图分类号: D90

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2010)05-0040-07

在司法三段论中, 案件事实是小前提, 法律规范是大前提, 结论是指法律规范给予案件事实的后果, 对案件事实的定性不同, 导致判处结果的不同, 直接影响到司法判决的公正性问题。法官的目光要往返流转于法律规范与案件事实之间, 首先要对案件事实进行定性, 然后才能适用于能够涵摄它的法律规范和作出司法裁判。只有对案件事实的定性是准确的, 才能够作出正确的司法判决。

一、问题的提出

通说认为, 盗窃是指秘密窃取公私财物的行为, 而抢夺是指乘人不备公然夺取公私财物的行为; 在司法实践中, 只要不属于秘密窃取的, 几乎均认定为抢夺罪。张明楷教授指出: “根据这两个传统定义的字面含义, 基本上不可能区分盗窃罪与抢夺罪。”^[1]“盗窃与抢夺的关系, 似乎属于 A 与非 A 的关系: 只要不成立盗窃, 就必然成立抢夺。但是, 这种区分存在缺陷。”^[1]⁽⁷²⁹⁾张教授反对把“秘密窃取”作为盗窃罪的必须的构成要件是有道理的, 他本人对盗窃罪的定义是: “盗窃罪, 是指以非法占有为目的, 窃取他人占有的数额较大的财物, 或者多次窃取的行为。”^[1]⁽⁷²⁴⁾他认为

将公开取得财物一概划分为抢夺的观点, 没有充分考虑盗窃与抢夺在对象上的差异。就如同“秘密窃取”不是“盗窃罪”的必备要件, “公开取得财物”也不宜都以抢夺罪定性, 因为将“行为人公开使用复制的电信设备、设施的, 将电信卡公开非法充值后并公开使用的, 公开利用他人公共信息网络上账号、密码上网, 造成他人电信资费损失的, 都认定为抢夺罪。这是不可思议的。”^[1]⁽⁷³⁰⁾抢夺罪规定了致人伤亡的结果加重犯, 盗窃罪没有如此规定, 原因在于抢夺行为可能致人伤亡。同时具备以下两个条件的, 即可以认为具有致人伤亡的可能性: 其一, 所夺取的财物必须是被害人紧密占有的财物; 其二, 必须对财物使用了非平和的手段。而如果仅具备上述一个条件的, 宜认定为盗窃罪: 其一, 对离开被害人身体的财物实施非法取得行为, 宜认定为盗窃罪; 其二, 虽然对被害人紧密占有的财物实施非法取得行为, 但行为本身平和、平稳, 而不能评价为对物暴力, 因而不可能致人伤亡的, 也宜认定为盗窃罪^①; 其三, 如果行为人所取得的并非被害人紧密占有的财物, 也没有使用强力夺取财物, 即使被害人在场, 也只能认定为盗窃罪。^[1]⁽⁷³⁰⁾除了“其三”, 我们赞成张教授的其他观点。

为什么对“其三”的主张有保留? 因为我们认为对这个主张应该具体分析, 其具有不同的属性和法律意

收稿日期: 2009-12-29; 修回日期: 2010-04-12

基金项目: 国家社会科学基金项目《法律推理研究——语用学与语用逻辑的视角》(07BZX046)

作者简介: 聂长建(1969-), 男, 河南光山人, 中南民族大学法学院讲师, 法学博士, 主要研究方向: 法理学; 李国强(1975-), 男, 河南光山人, 河南光山县人民法院法官, 主要研究方向: 法理学。

义。如果盗窃是以“平和”的方式非法取得财物,那么这种“平和”有三种情况:①行为人秘密取得,被害人(物主)不知道,因而不可能发生冲突,是“平和”的;②行为人公开取得,物主在现场知道,但是物主离盗窃物和行为人的距离有点远,行为人判断出他可以在物主赶到前逃离现场,因而不可能发生冲突,是“平和”的。例如,行为人看到门口一辆摩托车没有锁,门也是开的,且里面的院子里有人,行为人骑车就跑,院子里的物主跑出来边追边喊,但追不上,这种情况也是张教授“其一”里的盗窃情况^②;③被害人(物主)在场,行为人估量被害人(物主)力量小而自己力量大,因此虽然自己占有他的财物,他也不敢和自己发生冲突,在这种情况下,占有财物的“平和”是以武力为后盾的,因而“平和”只是假象,而不是实质。在这种情况下,笔者就不同意仍以“盗窃罪”定性。为什么盗窃罪的性质要低于抢夺(劫)罪?因为犯罪分子知道自己理亏而不主动去和对方或其他人冲突,且力图避免这种冲突,以“平和”状态取得他人财物,①②两种情况都是这样的。但第③种情况不是这样,在这种情况下,是因为对方比自己弱小而不敢和自己冲突,因而造成“平和”的假象,而非对方的真实意思,这种恃强凌弱的主观恶性远远大于前两种情况。如果以盗窃罪论处,就违背了刑法第5条“罪责刑相适应”的原则: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。

张明楷教授针对以盗窃罪论处的“其三”还举例说明:26岁的男青年刘某深夜偷偷进入76岁的孤寡老太太王某房中,企图窃取财物。刘某翻找财物时,声响惊醒了王某,王某不敢阻拦,只是苦苦哀求不要拿走她的财物。刘某见状对王某置之不理,继续翻找财物,最后找出现金2000元拿走。王某的行为构成盗窃罪。因为刘某行为并非对物暴力,仍然是平和的手段,因而不可能致人伤亡,所以,属于公开盗窃行为。^[2]笔者认为这个例子不能说明问题,由于王某“不敢”阻拦才致使刘某以“平和”方式占有对方的财物,这与上面所讲的①和②两种情况是不同的。因为王某“不敢”是一种心理状态,具有偶然性。王某完全可能不顾一切、拼死拼活地阻拦,那样就可能出现致人伤亡的情况,这在实际生活中并不少见。张教授认为“因为刘某行为并非对物暴力,仍然是平和的手段,因而不可能致人伤亡”,这个判断是武断的。其结论“属于公开盗窃行为”也就失去了根据。在抢夺罪和盗窃罪中的区别中,张教授认为是否“平和”占有财物是厘清概念的关键,这个观点笔者是赞同的,但是张教授没有对“平和”的性质进一步界定。从刘某案来看,张教授的“平

和”似乎仅指一种状态,而对这种“平和”状态所产生的原因则在所不问,笔者认为这是有问题的。如果赞同盗窃罪的“平和”要件说,就必须进一步追问“平和”状态的原因是什么?笔者认为,“平和”状态只能指行为人独自造成的状态,他独自不让冲突发生。这也就是在上面所提的①和②两种情况下,行为人不让被害人发现或离被害人有距离而不被被害人接近,因而就不可能发生冲突而是“平和”的,且这种状态是稳定的。但在刘某案中,“平和”状态不是行为人刘某独自造成的状态,而要靠被害人的“配合”,所以这种“平和”状态不是必然的而是偶然的,也是不稳定的。如果被害人虽力量不足但有勇气去反抗,或者被害人本身就身强体壮,那么“平和”的状态就不存在了。

再看看抢夺的实例,行为人一般为两人以上,这是为了增加己方的力量,被害人除了有财物外,一般是行为人所认定的弱小者^③,作案地点比较偏僻,作案时间一般选在正常人不出来的时候。行为人如此处心积虑地安排,是为了更好地实施抢夺,抢夺是典型的“恃强凌弱”的夺取,甚至作案时间和地点的选择也是为了让弱小者得不到有效支援。抢劫罪特别是带凶器抢劫,同样是“恃强凌弱”,是实施暴力或以暴力为后盾,暴力纵使不爆发也确实存在着。而盗窃罪中的暴力是不以任何形式存在的,其“平和”状态是必然的、完全的、无条件的。抢夺罪、抢劫罪区别于盗窃罪的“平和”状态,就是因为盗窃罪里没有暴力,连隐形暴力也没有,因而不可能有致人伤亡的情况出现,这就保证了“平和”的彻底性和真实性;反之,只要存在暴力,即行为人的绝对力量远远超过被害人,^④哪怕这暴力没有爆发因而也呈现“平和”状态,这种“平和”状态也与盗窃罪的“平和”状态有着本质的不同,尽管它们在现象上是一样的,但对案件事实定性时,应依据案件事实的本质而非现象。

二、基于案件事实的本质定性

刑法坚持罪刑法定的原则,首先要确定被告人的行为是否犯罪、此罪还是彼罪。但是刑法的罪名是有限的,而生活中犯罪行为的样式可以说是无限的。当我们用抽象的法律规范适用于案件时,就会发生“抽象”法规范概念和“具体”案件事实之间的巨大张力。这是因为,面对纷繁复杂、千变万化的无限事实,概念总是单纯、稳定和有限的,一个概念总是要面对性质不同的多个事实。概念是人所创造的,人创造概念面临着矛盾的二难选择——表达准确和使用方便,二者

兼备是非常难的,通常必须在这二者之间达成妥协和平衡。若把数不尽的犯罪情形一一对应地确定为相应的罪名,人们的主要精力将放在过多的法律概念上,这种法律就无法有效地适用和操作了。

哈特认为疑难案件是由于语言的“空缺结构”(Open Texture)带来的,法律规则“都伴有含糊或‘空缺结构’的阴影(fringe),而且这如同影响特定规则一样,也可能影响在确认法律时使用的确定最终标准的承认规则。”^{[3](123)}为什么通过语言表达的规则存在“空缺结构”?原因就在于概念和事实不是一一对应而是一对多的关系,一个概念表达多种事实,这些事实虽在同一概念之下,性质却不同,它们距离概念中心地带的远近也是不同的,离概念远的事实就处在概念的边缘地带。

由于犯罪行为 and 罪名并非一一对应关系,有的犯罪行为离罪名的中心部分比较近,是清晰的,容易区别;有的犯罪行为离罪名的中心部分比较远,即其处于概念的外延上,具有模糊性,不容易区别。当然这个距离是有限度的,它离这个罪名的中心太远就意味着它离另一个罪名的中心近了,它有可能变成另一个概念。概念外延边缘的模糊性是普遍现象,法律概念也不例外,对案件事实定性的困难通常就在这里发生了。正如哈特所指出的:普通词语也是“既有明确的标准情形,也有引起争议的边际情况。”“有时,对一种表达方式来说,明确的标准情况或范例与那些成问题的情况相比,两者的差别仅仅是程度的不同而已。一个男士,其头亮而光,他显然属于秃头之列;另一位头发蓬乱,则他显然不是秃头;但问题在于第三个人只是在头顶的周围有些稀稀落落的头发,如果他是否算秃头被认为是重要的或者任何实际结果取决于此的话,这个问题可能被无限期地争论下去。”^{[3](4-5)}

就盗窃、抢夺、抢劫这三个罪名的中心部分而言,是清晰的。“抢夺罪,是指以非法占有为目的,当场直接夺取他人紧密占有的数额较大的公私财物的行为。”^{[1](718)}“抢劫罪,是指以非法占有为目的,以暴力、胁迫或其他方法,强取公私财物的行为。”^{[1](710)}在通常的情况下,非法取得他人财物属于这三种罪名的哪一种清晰的。即以“平和”状态取得财物是盗窃罪;在以暴力取得财物的情况下,对物的暴力属于抢夺,对人的暴力属于抢劫。单看定义,似乎不应该对案件事实的归类定性犯难。但问题在于,法律生活远比法律概念和规定复杂多样,有些法律事实就处于法律概念外延的边缘地带,而此法律概念外延的边缘地带和彼法律概念外延的边缘地带处于直接接触状态。而在法律认定时,我们只能取一个罪名加以定性,这时候

就叫人疑窦丛生、左右为难了。对于盗窃罪而言,其中心概念是“窃”,在张教授的定义里是“窃取”。“窃取”在现代汉语中解释为“偷窃”,“偷”则为“私下里拿走别人的东西”。^{[4](1024,1269)}所以说,“秘密”取得是该概念的中心意思,也就是①的情况,这种情况处于概念的中心部位,是清楚的,没有争论的。问题是②的情况,它处于概念外延的边缘,公开拿他人的财物,是与概念的中心部分“秘密”有距离的。之所以仍将这种情况归类于盗窃罪,不是说其与盗窃罪非常吻合、非常接近,而是说它与周围的其他概念更不吻合和更加遥远。而法律的概念、刑法的罪名有限,法律还没有设定一个与它非常吻合、非常接近的概念来涵摄它。只能在可供选择的罪名中,选出一个相比较而言与它最吻合最接近的概念来涵摄它,这是在比较权衡中定性的,这个选择迷雾重重、疑点颇多、争议颇大,法律上的疑难案件,多指此类。比如,②的情况是离盗窃罪的中心部分有点远,但是离抢劫罪、抢夺罪的中心部分更加遥远,定为盗窃罪稍微有点偏题,而定为抢劫罪、抢夺罪简直是离题万里,所以应定为盗窃罪。

我们凭什么将某一具体的案件事实归于法律规范的概念里?拉伦茨认为:通常为了将之“适用”到具体的案件事实,才需要对法规范解释。在法律适用的过程中,应予适用的规范看来几乎像一个可以用来测量待判案件事实的折尺,但只是看来如此,通常未必尽然。若果真如此,必先具备两点:其一,应予适用的规范很确定,其精确内容为何再无任何疑义;其二,在进行任何法律的判断之前,待判案件事实的全部要件必须均已确定,而且完全适合规范所定的类型。法官解释性认定的必要性在于,这两点是很难达到的,所以拉伦茨说:“事实不然。大部分的案件事实都极端复杂,为了将多数案件事实包含在内,规范必须被单纯化,由是,它仅能包含个别案件事实的少数面相及要件。其余均被忽略。”^{[5](91)}比如对这个问题:假如不同事物不应作“相同”处理,以免作出“不正当”的决定,那么就要弄清楚该规范所忽略的多种要素中,是否有若干要素,其于具体案件中如此重要而不能被忽略;如果是这样就会浮现这样的问题:能否为促成一“正当”的决定,对规范作一定程度的限制或差别化;可否援引其他规范;是否借助规整思想和法律原则填补法律漏洞;如此在法律适用中,法律家将单纯的法律“适用”转变成继续规定规范内容或加以补充的过程。在法律规范适用中,“开始是似乎明确而容易适用的法律文字,最后则发展成一种环绕法律文字而产生的,由解释、限制及补充所构成的网络。调节法律在具体情况中的‘适用’,广泛地改变法律的决定性内容,在极端

的情况甚至改变到无可辨识的程度。”^{[5](92)}如何在案件事实和法律规范之间往返流转来确定大小前提,使未经加工的事实逐渐转化为最终的案件事实,在繁复的规范条文中阐明出适合案件事实的某一法律规范,这恰恰是司法三段论适用最为棘手的问题,这取决于法官的司法能力。如对于德国道路交通安全法第七条所谓的车辆“在运行中”,帝国法院采取狭义解释:只有当车辆借其马达动力正在移动之中,才被认定为“在运行中”。而联邦最高法院则认为:前述判断“鉴于车辆交通及其危险的高度增长,不再能符合道路交通安全法第七条的意义及目的”,因为停驶的车辆在公路上造成的交通危险甚至大于行驶中的车辆。当一辆车撞上停止的车辆而发生意外事故,则不仅行驶中的车辆,停止的车辆也被视为在运行中,双方车辆所有者均负损害赔偿义务。如此规定依据道路交通安全法之责任规定的意义及目的也是正当的,“在运行中”的概念可以配合今日交通情况作不同的理解,在这种情况下,法官过分执着机械性运行的概念,就无法善尽其义务。^{[5](226)}拉伦茨还指出:“假使可以获得能配合规范目的或基本思想之较佳解释的话,于此似乎可以用今天可能的字义为解释的界限。”如法律规定:借武器或其他危险的器具伤害人体者,应处以较重的刑罚。用盐酸攻击人时,联邦宪法法院把这种情形当作刑法意义上的使用“武器”,理由是:以往的语言用法虽然只称机械性的工具为武器,然而这种语言用法随技术的发展有所转变,发生化学作用的工具也被视为武器。对武器一词,依今日的语言用法作广义的理解,事实上也能配合刑法的意义及目的,尽管赖尼克和恩吉施对法院的解释持批判或怀疑的态度,拉伦茨则“认为尚属适当”。^{[5](203-204)}显然,将在公路上“停止的”车辆认定为“运行中”,将“盐酸”视作“武器”,都是从案件事实的本质来定性的,即“停止的”车辆虽然在表象上不同于“运行的”车辆,但对交通安全所造成的本质危害性是相同的;盐酸和机械器具在现象上也是不同的,但对人体造成的本质伤害性是相同的。这两案中小前提的定性绝非形式逻辑所能提供的,它依赖于法官司法能力的把握。霍姆斯提出:“法律的生命不是逻辑,而是经验。”^{[6](1)}说明对案件事实的定性不能单靠逻辑上的字面含义,不能看一个案件事实的现象,而是法官通过长期的司法实践所积累的经验性把握。只有从案件语境中的本质出发,才能将路上“停止的”车辆定性为“运行中”并进行处罚。同理,当我们定性抢劫罪时,联想的是抢劫的动作,就像车辆的“运行中”一样,既然“当一辆车撞上停止的车辆而发生意外事故,则不仅行驶中的车辆,停止的车辆也被视为在运行中”,那么,

只要发生实质性暴力的效果,纵使没有实施暴力的直接抢劫动作,也可定为抢劫罪。

概念是反映客观事物的一般、本质的特征,各个法律概念如抢劫罪、抢夺罪、盗窃罪都有自己区别于其他概念的本质特征,这种本质特征是通过语言的抽象表述而展现的,它追求概念的普遍性、一般性。而法官所面对的每件案件事实都是具体的、形象的,具有自己的特殊性和丰富性。正如拉伦茨所言:“对规范适用者而言,主要的问题还不是时间上的距离,毋宁是规范必然具有的一般性及每个具体的‘事件’的特定性之间的隔阂。”^{[5](92)}法律概念和法律事实的不同特点表明,二者并非完全通约的,这就增加了对案件事实定性的复杂性,二者之间的契合关系并非现象上的展示,而是鞭辟入里的本质联系。例如,《刑法》第267条第2款规定,携带凶器抢夺的,以抢劫罪定罪处罚。因为抢夺罪的字面表述是:“当场直接夺取他人紧密占有的数额较大的公私财物的行为”,即指对物暴力,但实质是排除对人的暴力;某人持凶器抢夺财物从表象上看是对物暴力,实际上行为人抢夺财物是为占有它而非损毁它,凶器对物有什么用?持凶器抢夺在现象上是对“物”暴力,本质上是对“人”暴力,并且不以这暴力是否实施为条件,定为抢劫罪是对的。在该条款中,抢夺和抢劫的“现象”是相同的,但“本质”不同,抢夺的本质是“对物”暴力,抢劫的本质是“对人”暴力,而行为人持凶器,凶器只能是针对人而非针对物。如果对“携带凶器抢夺的”的案件事实依据“对物暴力”的“现象”来定性,那它和抢夺的“现象”是一样的,只能定为抢夺罪,这是不准确的。由于概念的“本质”总是以多种形式的“现象”表现出来,以概念的“本质”和案件事实的“本质”的关联度对案件事实定性,不仅使定性准确,而且把人们从纷繁芜杂的、眼花缭乱的表象中引导出来,让法官迅速走出疑难案件定性难的迷宫,使得定性在时间上更为迅速,从而提高司法效率。在刘某案中,“平和”是现象,是以年老体衰的王某不敢反抗为前提的,行为人纵使没有持凶器,没有施暴或威胁施暴,但在当时的环境下,被害人面对力量远大于自己的行为人且又孤立无援的情况下,不也是等于面对暴力吗?她不敢阻拦不正是暴力的因素吗?这种暴力并非一定要实施,只是显示出来即行。一个26岁的男子相对于一个76岁老太婆的暴力,不亚于一个手持凶器的行为人相对于一个和自己年龄相当却没持武器的被害人。之所以把携带凶器抢夺定为抢劫罪,因为凶器增加了行为人的暴力能力,而一个26岁的男子相对于一个76岁老太婆,本身力量的对比差距就是足够的暴力能力,再无须凶器来增加其暴力能力。在

本案中,如果刘某遇见的不是年老体衰的老太婆而是比自己更身强体壮的男子,他的明智选择是赶快逃之夭夭而不是肆无忌惮地拿他人之财物。所以在刘某案中,刘某实质上是以暴力夺取他人的财物,“平和”占有他人财物实属假象。此案离抢劫罪的距离要比盗窃罪近,在现象上符合盗窃罪的“平和”特征但在本质上更符合抢劫罪的“暴力”特征,因此本案应以抢劫罪论处,其完全符合抢劫罪的本质:“以暴力、胁迫或其他方法,强取公私财物的行为。”以盗窃罪处罚实属定性不准,被假象、表象迷惑了。

张教授在区别抢夺罪与抢劫罪时指出:“首先,抢夺行为是直接对物使用暴力(对物暴力),并不是直接对被害人行使足以压制反抗的暴力;行为人实施抢夺行为时,被害人来不及抗拒,而不是被暴力压制不能抗拒,也不是受胁迫不敢抗拒。这是抢夺罪与抢劫罪的关键区别。”^{[1](718)}如果以这段话来对照刘某案,那么该案就是抢劫罪。因为该案没有“对物暴力”,也不存在“被害人来不及抗拒”,被害人正是“受胁迫不敢抗拒”,完全符合抢劫罪的特征。

由此可见,盗窃罪和抢劫罪、抢夺罪的区别在于,盗窃罪的行为人避免和被害人“接触”,因而不可能有暴力的存在,是真正的以“平和”状态取得财物;抢夺罪和抢劫罪都以暴力为要件,但抢夺罪是对物暴力,且这物是被害人的紧密物,否则就没有必要对物暴力了,更重要的是,“物”本身是无意志的,所以“对物暴力”的形式只有一种:直接施暴;抢劫罪是“对人暴力”,由于人本身有意志性,能够受到威胁、恐吓的控制,所以“对人暴力”的形式有两种,直接施暴和虽不施暴但产生暴力的威慑后果。刘某案中,刘某虽没直接施暴,但产生了暴力的威慑后果。

三、基于语境分析案件事实的本质

本质是事物本身所固有的、决定事物性质、面貌和发展的根本属性,是一类事物之所以区别于他类事物的最根本的东西。对案件事实的定性,不能从法律概念的字面表述和案件事实的现象的关联度来判断,而应该从法律概念的本质和案件事实的本质的关联度来判断。但是案件事实首先呈献在法官面前的是“现象”,而“定性”是针对案件事实的“本质”,如果被“现象”所遮蔽,不能够发现“本质”,案件事实的定性是不可能准确的。更为关键的是,事物的本质是隐蔽的,不能用简单的直观去认识,稳定而单纯的“本质”总是由多变而丰富的“表象”表现出来的。“假象”也是一种

“现象”,也是“本质”的一种表现。不同的“本质”可以表现出相同的“现象”,不同的案件事实可以表现出相同的“现象”,案件事实的定性如果受到“假象”的干扰,则不可能将不同的案件事实区别开来,因为它们的现象是相同的。比如抢劫罪的本质是使用暴力,但在表象上,“使用暴力”既可以积极的“作为”方式使用,又可以消极的“不作为”方式使用,但都发生了暴力的实际作用。这就要求结合案件事实发生的语境来认识案件事实的本质:时间、地点、当事人的具体情况、相关知识背景、各种外在条件等,即对案件事实的各种因素进行综合、平衡、全面、具体的考虑,而不能仅从现象上作抽象的考虑;在抽象的法律概念里,则将这些语境“要素”忽略,而对具体的案件事实进行定性的法官则不能忽视这些要素。由于案件事实总是具体的而不是抽象的,案件事实存在于特定的语境中,对案件事实的定性是“语用”的而非“语义”的,“语用”就是“语义”加上“语境”,正如哈贝马斯所言:“语义学分析不考虑说话者的言语情景、措辞及其语境、要求、对话角色和所持立场,一句话,置语用于不顾。”^{[7](45)}我们首先基于语境分析盗窃、抢夺、抢劫三个罪名的实质。

词语“做贼心虚”很好地揭示了盗窃罪的本质。因为心虚,所以行为人避免和被害人的接触冲突,秘密窃取(被害人不在场、睡着了、喝醉了或正专注于某一件事等难以发现行为人)是避免和被害人接触的最佳方式。盗窃通常是秘密形式,但也不排除被害人发现行为人的公开形式,但在这种情况下,还是不失因为心虚而避免接触——虽然行为人被被害人发现,但二者保持了距离,保证了不被接触。如果被害人是年迈或腿脚不便者,距离可近一点,但这不是因为对方弱不敢和行为人接触,而是因为对方速度慢无法和行为人接触。在盗窃罪中,不管行为人如何强壮,被害人如何弱小,行为人都因为心虚而处于心理上的弱势,都不敢和被害人接触,这种不接触的“平和状态”是行为人主动造成的。盗窃罪中不可能有暴力存在,不可能有致人伤亡的结果加重犯,这就是盗窃罪的实质。如果行为人毫不心虚,比被害人还嚣张,接触冲突的避免不是行为人主动采取的,而是被害人的胆怯、害怕、不敢抗拒造成的,此情况当以抢劫罪定论。在抢劫、抢夺罪中,要么行为人实施暴力而处于非“平和”状态,要么是虽处于“平和”状态,但这“平和”状态是被害人在行为人的暴力威胁下不敢抗拒造成的。一言以蔽之,在抢劫、抢夺罪中,暴力始终存在。^{[1](727)}行为人在抢劫罪、抢夺罪中的主观恶性远远大于在盗窃罪中的主观恶性,这就是抢劫罪、抢夺罪的实质。

张教授赞成并引用另一位学者的观点:“被害人特别胆小, 眼睁睁看着他人行窃而不敢声张的, 窃取行为很难说是秘密进行的, 但不失其为窃取。”^{[1](727)}这个观点和张教授的刘某案观点是一致的, 笔者认为: 不能成立。因为被害人特别胆小不过是心理状态, 这确实是一个因素, 但并非最主要的因素, 最主要的因素是被害人对现场双方力量对比的判断, 暴力或隐形暴力就在这里出现了。试想, 如果行为人是老妇人, 被害人是身强体壮的小伙子, 双方力量对比显而易见, 那么被害人纵使胆子再小, 他还不声张和反抗吗? 又如公共汽车上, 行为人当着其他人的面窃取一熟睡者身上的钱, 此为盗窃; 如果熟睡者醒了, 行为人不收手而是继续拿取钱财, 纵使被害人没声张、没反抗, 行为人拿取钱财没有使用暴力, 但仍应定为抢劫罪。因为没有使用暴力只是表象, 没有使用暴力并不否认暴力的存在, 没有使用暴力也没有消除暴力的实际作用, 实质在于被害人之所以没反抗, 就是屈服于行为人的暴力, 只是这暴力以“不作为”的方式发生作用罢了。

我们可以把刘某案和张教授所举的另一个例子作比较: “如果将公开取得他人财物的行为都评价为抢夺, 那么, 携带凶器却又以平和方式公开取得他人财物的, 都必须认定为抢劫罪。这是人们难以接受的。例如, 被害人 A 在自己家里的三楼阳台上掏钱包时, 不慎使钱包掉在楼下马路上。A 立即让妻子 B 下楼取钱包, 自己在阳台上看着钱包。携带管制刀具的被告人甲看见马路上的钱包欲捡起时, A 在楼上喊: ‘是我的钱包, 请不要拿走。’ 甲听见 A 的喊声后, 依然不慌不忙地拿走钱包。如果因为甲的行为具有公开性而认定甲的行为属于抢夺钱包, 那么, 对甲便应认定为携带凶器抢夺, 进而认定为抢劫罪。这恐怕不具有合理性。即使通说以其他理由否认甲的认定成立抢劫罪, 但在其他类似案件, 通说必然导致扩大抢劫罪的范围。”^[2]在这两个案例中, 张教授主张都以盗窃罪定性, 笔者认为对刘某案应以抢劫罪定性, 而“钱包”案则以盗窃罪定性。因为这两个案件事实, 在表象上是一致的, 都是以“平和方式公开取得他人财物”, 但在实质上是不同的。因为刘某案中, “平和”里面掩藏着暴力, 被害人因屈服于行为人的暴力而不敢反抗, 所以造成了“平和”的假象。但“钱包”案不同, 因为被害人在三楼阳台上, 行为人在马路上, 二者相距太远而不可能有接触, 不可能有暴力, 纵使行为人手持凶器也不可能现场施暴, 在这种情况下, “平和”才是实质的。这案件事实虽不十分吻合盗窃罪或者说在盗窃罪概念的边缘地带, 但与盗窃罪的距离要近于抢夺罪或抢劫

罪, 所以应该定为盗窃罪。假如被害人不是在阳台上而是在马路上掏掉钱包, 这钱包离他很近, 俯身即可拾起, 却畏惧手持凶器正在拾钱包的行为人而不敢去拾钱包, 被害人 A 喊着“是我的钱包, 请不要拿走。”甲听见 A 的喊声后, 依然不慌不忙地拿走钱包。在这个时候, 暴力就存在了, 行为人当以抢劫罪定性。我们可以设想一下, 在外观上估量二人力量差不多的情况下, 如不是行为人而是被害人 A 拿着刀具, 那么, 行为人甲听见 A 的喊声后, 还能够不慌不忙地拿走钱包吗? 被害人之所以不敢反抗就是因为刀具在行为人手增加了行为人的暴力力量, 这时暴力纵使不使用但也发生了实际的作用。在此情况下, “平和”的表象里是“实质”的暴力, 所以应该以抢劫罪定性。

可见, 张明楷教授的“平和窃取说”和通说的“秘密窃取说”的问题之所在, 就是忽视了盗窃罪在本质上的非暴力性, 而抢夺和抢劫则具有暴力性, 二者的区别在于对物暴力还是对人暴力。一些坚持“通说”观点的学者对张明楷教授的观点进行了很有见地的批评, 但在捍卫自己的观点时, 却无法自圆其说, 尽显强词夺理之态。如吴林生批评张明楷教授的“平和窃取说”有违罪刑法定原则, 在运用历史解释、比较解释方法方面并不成功, 对其自身衍生问题的解决方案也不理想, 不宜为我国刑法理论和实务界所接受。”^[8]并指出, “在我国目前的刑法语境下, 秘密窃取说具有形式和实质上的合理性。”^[8]但遗憾的是, 对于在语言空缺结构的边缘模糊地带的一些案件, 秘密窃取说也是没有说服力的。如吴林生引用的案例: 学校校园里, 一个学生在宿舍外晾晒衣服(价值超过 1 000 元), 由于担心衣服被盗走, 就在离晾晒衣服不远处看书。当他偶一抬头却发现有人正在拿他的衣服, 于是就大喊“抓贼”。当他跑到晒衣处时盗贼却早已不知去向。有论者认为, 盗贼是在该学生的注视下拿走了衣物, 因此构成平和窃取。这一案例中, 行为人在盗窃着手之际, 被害人发觉, 转而公然夺取衣物逃跑的, 属于盗窃和抢夺事实竞合的情形, 也不是和平窃取的适例。^[8]笔者认为, 为了坚持自己的秘密窃取说、反对平和窃取说, 把这样的案件定性为“盗窃和抢夺事实竞合”, 是站不住脚的, 因为这个案件没有任何暴力, 当然不是抢夺罪。又如, 窃贼经蹲点侦查后, 发现 A 家人某一段时间内(白天)肯定外出, 就于此间携带配备好的钥匙, 打开 A 家门, 光天化日下, 大摇大摆地搬东西, 邻居以为他是 A 家的亲戚而不加阻拦。按照秘密窃取说, 这不是盗窃罪, 但若说是抢夺罪或抢劫罪, 更是说不过去了, 因为此案中没有暴力。这是一个边缘模糊地带的案件事实, 它离盗窃罪中心地带的距离要近于抢

夺罪、抢劫罪的距离,在这有限的三个罪名中,盗窃罪是合理的,秘密窃取说并没有合理性。因此,无论“平和窃取说”还是“秘密窃取说”,如果不能分析案件事实的语境,不能基于语境把握案件事实的本质,都无法给予“盗窃罪”定性令人折服的理由,无论“平和”还是“秘密”,都要从“本质”而非“现象”上去认识。如果不从案件事实的本质来分析,不但会混淆盗窃罪与抢夺罪,也会混淆抢夺罪与抢劫罪。如吴林生引用一个例子分析道:A明知自己身上没钱,仍在店长B的注视下从商店货架上取下商品径直出门,B追出讨款,A说没钱后径去。B见A身材魁梧,不敢阻拦。台湾实务机关认为,窃盗罪必须是行为人乘人不知而窃取他人动产,而A公然在B的注视下侵财离去,应论以抢夺罪。^[8]如果我们分析本案的本质,就会发现,A对B使用了“隐性”暴力,因此本案的暴力是对人不对物的,按照我们对盗窃、抢夺、抢劫三个罪名的本质分析,出现暴力(包括隐性暴力)就不是盗窃罪,暴力不是针对物的就不是抢夺罪,本案的暴力不是针对物的,因此既不是盗窃罪也不是抢夺罪,只能是抢劫罪。如此分析,就走出了不是盗窃罪就是抢夺罪的惯性认识误区,通过对案件事实的本质分析,完全可以出现不是盗窃罪、也不是抢夺罪而是抢劫罪的情形。

注释:

- ① 张教授就这一点举例说:“例如,在扒窃等场合,虽然行为针对的是被害人紧密占有的财物,但由于其行为十分平和,而不是迅速瞬间性的对物暴力,所以也不可能致人伤亡。因而只能认定为盗窃,而不能评价为抢夺。”参见张明楷《刑法学》,法律出版社2007年版,第730页。
- ② 张明楷教授认定盗窃罪“其一”的例子是:“例如,被害人乙手

拿钱包去银行取款的途中,因为不小心被路边的铁链绊倒,钱包也随之落在离其身边3米多远的地上。此时,尽管乙眼看着自己的钱包,但由于其脚摔伤不能行走,不能捡回钱包。看到这一情形的甲拾起钱包后逃走。乙的钱包已经离开了乙的身体,不管甲的行为如何迅速、如何有力,都不可能造成乙的伤亡,故甲的行为不成立抢夺罪,宜认定为盗窃罪。”参见张明楷《刑法学》,法律出版社2007年版,第730页。张教授这个分析我们是赞成的,但细查发现,这个例子也是张教授“其三”的一种情况,即被害人在场的一种情况。

- ③ 不排除行为人认定的弱小者实际上是武功高强的人,但行为人如果去抢一个他明知道自己力量还大的人,那他是疯子。
- ④ 行为人和被害人自然的力量差不多,但行为人手持枪、匕首等杀伤力大因而能增加自己力量的凶器,这时就存在暴力,不以行为人是否使用了凶器为条件;行为人没持凶器,但从外观上判断出其自然的力量远大于被害人,像刘某案中的26岁小伙子刘某对76岁的孤寡老太太,这时就存在暴力,也不以行为人是否施暴为条件。

参考文献:

- [1] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [2] 张明楷. 盗窃与抢夺的界限[J]. 法学家, 2006, (2): 119-131.
- [3] 哈特. 法律的概念[M]. 张文显, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [4] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[Z]. 北京: 商务印书馆, 1996.
- [5] 拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [6] 霍姆斯. 普通法[M]. 冉昊, 姚中秋译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006.
- [7] 哈贝马斯. 后形而上学思想[M]. 曹卫东, 付德根译. 南京: 译林出版社, 2001.
- [8] 林生. 平和窃取说之批判——兼与张明楷教授商榷[J]. 法学, 2010, (1): 30-48.

On principles of determining the nature to the facts of case

NIE Changjian, LI Guoqiang

(Law School of Zhongnan Minzu University, Wuhan 430073, China;
People's Court of Guangshan County, Guangshan 465400, China)

Abstract: The sorts of conceptions in law are limited, while the sorts of facts of cases it contains are limitless, and a legal conception contains many facts of cases. If a case fact is farther from this conception, then it is nearer to that conception, until it is shorter from that conception than this conception, then it contains that conception instead of this conception. Conception is the reflection of the essence, to determine the nature of case fact, we should judge from the relationship between the essence of legal conception and the essence of case facts instead of the relationship between the literal depiction of legal conception and phenomenon, we should stick to this principle to determine whether the facts of case belong to theft, plunder or robbing.

Key Words: facts of a case; principle of determine the nature; crime of theft; crime of plunder; crime of robbing

[编辑: 苏慧]