

盗窃罪的认定应坚持秘密窃取说

◇ 郭晓红



通说观点认为成立盗窃罪要求秘密窃取，这一观点也得到了实务的普遍认同。1998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》明确规定盗窃罪是秘密窃取。从“窃”一词的本来含义看，就具有“秘密性”，如“窃窃私语”“窃以为”这类在公众心中已经达成共识的语言用法。古代刑法区分“窃盗”与“强盗”，就表明前者是秘密的，也就是盗窃罪，后者是公开的，也就是现今的抢劫罪。理论上学者主张盗窃可以是公开的，认为当着被害人的面取走被害人的财物，也应认定为盗窃罪，并提出了“公开盗窃”这一既公开、又秘密的概念。这一观点扩张了盗窃罪的范围，也就当然地限缩了抢夺罪的成立范围，认为成立抢夺罪需要对物使用暴力、夺取被害人紧密占有的财物。公开盗窃论的观点与我国司法实践及理论通说存在一定差异，其理论适用仍需结合实务与体系逻辑进一步探讨。

一、盗窃是否包括公开不能完全参照德日刑法学

德日刑法中的盗窃罪既可以是秘密的，也可以是公开的。但是，德日刑法中是没有我国刑法所规定的抢夺罪，我国刑法中有盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪，而德日刑法中仅有盗窃罪、抢劫罪。我国刑法中的抢夺罪必然在德日刑法中被“分流”至盗窃罪、抢劫罪；以行为是否可能会侵犯人身权利为标准区分盗窃罪与抢劫罪，如果行为没有侵犯人身权利的可能，无论是秘密还

是公开，都构成盗窃罪，而对物使用暴力夺取被害人紧密占有的财物、行为有侵犯人身权利的可能性则被认定为抢劫罪。考虑到德日刑法中盗窃罪与抢劫罪的法定刑差异较大，对于以公开、和平方式获取他人财物，认定为更轻的盗窃罪，也符合罪刑相适应原则。

而我国刑法中在盗窃罪与抢劫罪之间还存在抢夺罪，就不宜完全参照德日刑法中盗窃罪的概念。我国刑法中的抢夺罪应该是承载了限缩盗窃罪与抢劫罪的范围的功能。抢劫罪是一种复合行为犯，既侵犯人身权利也侵犯财产权利。但如果行为人的行为对被害人人身权利侵犯的可能性相对较小，或者行为本身相对单一，即使造成了被害人伤亡结果的，也仅能认定为是抢夺罪。例如，2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》规定，抢夺罪的加重情节“其他严重情节”“其他特别严重情节”，就包括了抢夺致人重伤、死亡的结果。对物使用暴力也并非抢夺罪独有的特征，如果对物使用暴力时侵犯人身权利的可能性较大，应认定为抢劫罪。前述2013年司法解释第六条规定，驾驶机动车、非机动车夺取他人财物，明知会致人伤亡仍然强行夺取并放任造成财物持有人轻伤以上后果的，应当以抢劫罪定罪处罚。此外，抢夺罪也会“挤占”盗窃罪的部分空间，我国刑法中盗窃罪的范围就不可能像德日刑法中的那样宽泛。较之秘密窃取他人财物，公然夺取他人财物的行为，无论是从行为人的主观恶性、还是从社会一般公众的认识来看，危害性都大于秘密窃取他人财物。因此，我国刑法中的抢夺罪是危害性大于盗窃罪、小于抢劫罪的部分行为的“集合”。

财产犯罪是一种古老型犯罪，与特定的社会文化、公众观念是密切相关的，虽然不同国家的财产犯罪有其共通的原理，但亦具各国的特色。包括各国

财产犯罪的罪名数量、具体个罪的构成要件、此罪与彼罪的区分等，均呈现出诸多不同与特色。以抢劫罪为例，我国刑法中的抢劫罪所规定的法定刑相对比其他国家如德国、日本的更重，并且我国刑法中的寻衅滋事罪、抢夺罪也“分流”了其他国家刑法中抢劫罪的部分范围。因此，虽然我国刑法理论认为抢劫罪的手段行为要求足以压制被害人的反抗，但实务中诸多判决进一步强调，只有暴力手段有可能严重侵犯人身权利的，才能成立抢劫罪。值得注意的是，凡是立法上没有规定抢夺罪的国家，多认为盗窃罪既可以是秘密的，也可以是公开的。但是，规定了抢夺罪的国家，则强调盗窃罪必须是秘密窃取，如俄罗斯、越南、泰国、蒙古、朝鲜等。例如，《俄罗斯联邦刑法典》第158条规定：“偷窃，即秘密窃取他人财产。”第161条规定：“抢夺，即公开夺取他人财产的行为。”

二、以秘密与公开区分盗窃罪与抢夺罪具有合理性

首先，公然夺取他人财物的行为认定为抢夺罪更符合国民的既有的“明抢暗偷”的观念，认定为盗窃罪会冲击公众的既有认知。如果将秘密与公开均认定为盗窃罪的行为方式，就相当于将“秘密”与“公开”等同视之而均认定为盗窃罪，有违罪刑均衡，也易导致盗窃罪构成要件缺乏明确性、类型性。我国刑法对于其他犯罪的规定，也多将“公然”“公开”的行为方式与“非公开”的方式另行区别对待，例如，在公共场所当众强奸妇女、奸淫幼女，在公共场所当众猥亵儿童，刑法对其规定了加重的法定刑。刑法中的其他相关罪名的认定也是坚持了“抢”是公开的，例如，刑法中的聚众哄抢罪，也并没有要求“哄抢”必须是对物使用暴力、夺取被害人紧密占有的财物，只要是公开的方式即可。

其次，持公开盗窃的论者批评“秘密窃取说”的一个重要理由是，如何认定秘密性存在模糊，认为盗窃罪

的秘密性已经被实务所抛弃。通说观点认为，行为人主观上认为是秘密，但客观上是有人知晓的，也是秘密窃取，但这并不意味着盗窃罪的秘密性已经被抛弃。盗窃罪之所以要求“秘密性”，在于行为人主观上不想让被害人知晓，趁被害人不知情的情况下取走财物。例如，甲在路边假装车主的样子，利用万能钥匙打开停在路边的自行车，事实上，车主及其好友均在远处目睹了甲的这一行为，而甲对此并不知情。甲主观上认为是秘密的，但事实上是公开的、被他人知晓的，这种行为为仍然被认定为是秘密窃取而构成盗窃罪。

持盗窃可以是公开的论者认为，既然客观上是已经被他人知晓，又何谈秘密，进而否认盗窃罪要求秘密窃取。笔者认为，这样的批评是没有道理的，主观认识与客观现状存在偏差是普遍存在的现象。例如，行为人主观上想杀人并基于此而开枪，但客观上被害人并不存在的，也可以认定是故意杀人罪。行为入主观上想贩卖毒品，客观上误将面粉当成毒品而贩卖的，也应该成立贩卖毒品罪。这绝不是主观归罪，更不能据此认为，客观上没有入也可以成立故意杀人罪，就否认故意杀人罪的对象是人，客观上没有毒品也可以认定为贩卖毒品罪，就否认贩卖毒品罪的对象是毒品。也不能认为客观上是公开的，就否认盗窃罪的秘密性。

三、以是否对物使用暴力区分盗窃罪与抢夺罪更具不确定性

盗窃罪的秘密性随着时代的发展，其表现形式也多样化，行为入主观上认为的秘密性在客观上可能并不“秘密”。随着摄像监控的普及，诸多盗窃行为可能会被被害人知晓，或者说，对被害人而言是公开的。但是，这并不意味着需要重构盗窃罪的构成要件而认为盗窃就可以是公开的。只是对于盗窃罪秘密性的认定，主观认识与客观实际存在偏差的现象会逐步变多。

以盗窃罪数额较大、数额巨大、

数额特别巨大为例。早期商品经济不够发达，商品的种类、价格相对单一，行为人对商品价格的认识不会出现明显的偏差，主观与客观是较为一致的，实务中也多以盗窃对象的实际价格来计算犯罪数额。但是，随着商品经济的发展，同一类型的商品，价格差异可能很大，完全可能出现行为入主观上认为所盗窃的手表价值数额较大，但客观上手表价值数额特别巨大，这种情形仍然需要尊重行为人的主观而认定为盗窃数额较大而非盗窃数额特别巨大。同样，行为入主观上想秘密窃取，客观上是公开的，认定为盗窃罪的理由也是秘密窃取，而非公然夺取。

以是否对物使用暴力而夺取被害人紧密占有的财物，作为区分盗窃罪与抢夺罪的标准，较之秘密与公开的区分标准，标准并非更明确。所谓的成立抢夺罪要求“对物使用暴力”必然面临着暴力的程度的界定，进而合理划分与盗窃罪、抢劫罪的界限。我国刑法中其他犯罪涉及手段行为是暴力的，同样面临着判断上的不确定性，比如，实践中，对于抢劫罪与敲诈勒索罪之所以存在判断上的反复与不确定性，很大原因是暴力的程度如何划定。此外，以被害人是否“紧密占有”财物来区分盗窃罪与抢夺罪，如何判断是否“紧密”更是存在不确定性。

以对物使用暴力作为区分盗窃罪与抢夺罪的标准，其标准的合理性也值得商榷。如果贯彻此种标准，盗窃罪的范围将被扩大化，既包括秘密方式，也包括公然的方式，两种方式的危害性是否相当也是值得商榷的。我国刑法中抢劫罪的手段行为包括暴力、胁迫以及其他方法，既然使用暴力之外的胁迫、其他方法的都能够被认定为抢劫罪，那么，对物使用暴力，夺取被害人紧密占有的财物，且具有造成被害人伤亡的可能性却被认定为更轻的抢夺罪，并不合理。对物使

用暴力的前提是要求被害人紧密占有财物，那么，这种暴力很可能甚至必然侵犯人身，这也容易混淆抢夺罪与抢劫罪。

四、突破盗窃罪的秘密性的理论创新应慎重

一种创新的理论从其提出到能否被实践所采纳，可能是较为长期且反复的过程，并非当然正确。盗窃可以是公开的理论从20世纪80年代提出至今，依然没有得到实务的支持，需要重新审视该理论在我国当下的合理性。笔者并非刻意维护通说关于盗窃罪的秘密性，只是认为，当某一种理论在实践中普遍适用且没有明显困惑的情形下，移植域外理论就需要慎重。当被害人的面公然取得其财物的案件是一直存在的，认定为抢夺罪也并没有引发异议且得到了公众的普遍认同。突破盗窃罪的秘密性还会打破我们既有的观念，甚至打破我们对语言文字的理解，将“明抢暗偷”修正为是“公开地偷”，其理论与实践的意义值得思考。

刑法学自主知识体系的创新并不意味着我们不借鉴域外的理论与立法，但作为传统型犯罪的财产犯罪，各国立法、司法与理论的背后更是其文化、观念的体现，对财产犯罪理论与立法的修正不能忽略这一现实。理论上已经有越来越多的学者认识到，刑法学研究在合理借鉴域外经验的同时，要摆脱对域外刑法教义学的过度路径依赖。刑法教义学上的理论移植并非像自然科学领域的技术引进那么便捷，国民观念、文化传统、语言习惯、政治与法律制度等，都是必须考量的因素。坚持盗窃罪的秘密性，无论从我国国民观念的认同度，还是从司法实践的效果来看，在当前都是更为务实的选择。

（作者单位：上海政法学院人工智能法学院）

“社交媒体养号”行为的定性误区及匡正

◇ 石经海 刘翔宇

二、“社交媒体养号”行为的准确认定

第一，明确立法目的，正确理解公民个人信息的“可识别性”。个人信息保护法对个人信息做了一般信息和敏感信息的区分，并对敏感信息进行了界定，这与《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》中关于“公民个人信息”概念的界定相一致。可见，从这个角度而言刑法所针对的个人信息保护范围与民法所针对的个人信息保护范围并不相同，刑法仅就侵犯“敏感信息”的行为予以规制。而从个人信息保护法关于敏感信息的概念界定中也不难看出，之所以对敏感信息的处理提出了更高的要求，在于大量敏感个人信息的泄露和流通无疑会增加社会中的不安定因素，从而滋生盗窃、诈骗等各种犯罪形式，从而导致对公民其他各方面权利的侵害。本罪的立法初衷实则是为了扩大犯罪圈，将犯罪打击提前化以实现刑法的预防功能。实际上，单纯的“微信好友信息”不具备“可识别性”。首先，微信账号不需要进行实名认证，只需要手机号码即可注册。同时，这也意味着手机号码的实际持有人不一定是微信账号的实际使用人。其次，就绑定支付系统进行了实名认证的微信账号而言，微信账号持有人的手机号、身份证号码等相关信息只有微信运营商通过后台服务系统才能了解，而不攻占运营商系统、盗取上述信息的情形下，实际上行为人无法通过“加微信好友”的方式对具体公民个人的身份进行识别，也无法了解公民个人的活动情况，也就是说，“微信好友信

息”并不符合法律解释所规定的可识别性的要求，不属于公民个人信息。如果认为“无差别加好友”这一行为便属于收集他人已公开个人信息的行为，具有构成犯罪的风险，你我正常的社交活动以及市场经济活动的正常运行都将受到影响，其荒谬程度可见一斑。因此，要正确理解法律所规定的公民个人信息的“可识别性”，不能将该行为一律作为侵犯公民个人信息罪予以认定，只能具体识别到公民个人身份的微信好友信息才属于公民个人信息的范畴。

第二，坚持罪刑法定原则，将“非法获取”正确理解为“以非法手段获取”。“非法获取”的含义应当为“以非法手段获取”而不是“以非法目的获取”。根据罪刑法定原则，我们需要从刑法条文整体出发，对其进行体系性的解释。关于“非法获取”应当包括以下情形：目的非法，手段非法；目的合法，手段非法；目的非法，手段合法。首先，从犯罪构成的整体性出发，犯罪构成要件中的主观构成要件就已经包括了目的的非法性，所以根据罪刑法定原则的要求，目的和手段都非法的情形就一定符合非法获取的定义。其次，“非法获取”是否包括“以非法目的获取”的情形，关键就是要判断目的非法能否将合法的手段也定位为非法，合法的目的能否将非法的手段定位为合法。笔者认为，这并不符合罪刑法定原则的要求。从法律条文本身出发，通过进行体系性的解释可以发现，相关司法解释第六条规定：“为合法经营活动而非法购买、收受本解释……”这里区分了“为合法经营活动”和“非法购买”。前者为目的，后者为手段，可见司法解释是将非法定位为手段违法。且合法目的并不能合法化非法手段。法条原文表达是“窃取或者

以其他方法非法获取公民个人信息的”，这个表达明显是对手段的表达，而非对目的的表达。实际上该行为的可责性并不是其养号行为，而是出卖、提供行为，甚至也不仅仅是其单纯的出卖、提供行为，而是将其账号出卖、提供给信息网络犯罪分子的行为，为信息网络犯罪活动制造了犯罪条件。因此，应当将法律规定的“非法获取”正确理解为“以非法手段获取”，对于社交媒体养号但并不将账号出售或者提供给他人，而是仅用于自身从事不法活动或者其他犯罪活动的行为入，不应当以侵犯公民个人信息罪论处，而依照法律规定予以行政处罚或者认定为其他罪名。

第三，坚持主客观相统一原则，正确认定罪数问题和罪名问题，避免重复评价。如前文所述，侵犯公民个人信息罪作为一种新型的犯罪形式，反映了刑法规制提前化、预备化的倾向，其所保护的法益为后续犯罪所具体侵犯的公民各项人身权益和财产权益。所以，检察院就卢某侵犯公民个人信息、诈骗案中认为行为之间的法益不同从而不具备牵连关系，应当进行数罪并罚的观点是不合理的。其简单地将不法行为人的概括故意简单认定为共同犯罪人间“共谋”的观点也有待商榷。因此，在司法实践中，要坚持主客观相统一的原则，充分澄清行为人的主观目的，运用证据裁判原则认定行为人与下游犯罪人之间是否形成“共同故意”，对于仅明知他人利用社交媒体账号从事犯罪活动而对于他人具体的犯罪行为不甚了解的，行为入应当依法以帮助信息网络犯罪活动罪论处。

（作者单位：西南政法大学法学院；西南政法大学量刑研究中心）

问题探讨

互联网时代给人类带来了巨大的工作和生活便利，同时也为不法分子实施犯罪活动提供可乘之机。最高人民检察院在两会上发布的工作报告显示，2024年，检察机关起诉利用网络实施的犯罪27.2万人。依法惩治电信网络诈骗犯罪，起诉7.8万人，同比上升53.9%。随着网络犯罪的盛行，帮助网络犯罪的行为也层出不穷。“社交媒体养号”行为就是其中新型帮助网络犯罪活动的行为之一。该行为的行为人通过各种网络技术手段获取个人或者商家的手机号码，以虚假事由骗取个人或者商家同意添加为微信等社交媒体的好友，再将含有大量好友的社交媒体账号出售给他人或者自身用于进行违法犯罪活动。回应网络犯罪治理的要求，有必要解决“社交媒体养号”这一新型犯罪行为的定性问题。然而在司法实践中，面对此种新型的不法行为，司法机关在认定过程中存在一些误区，未能对不法分子的行为作出全面合理的评价，不利于实现惩罚犯罪、保护人民的刑法基本目标，不利于网络空间的法治化建设。因此，有必要梳理“社交媒体养号”行为在认定过程中的相关误区并予以匡正。

一、“社交媒体养号”行为的认定误区梳理

在司法实践中，往往将“社交媒体养号”的行为认定为侵犯公民个人信息罪或者以侵犯公民个人信息罪和下游犯罪数罪并罚。如在指导性案例194号：熊昌恒等侵犯公民个人信息案中，江西省丰城市人

民法院认为，该行为应当以侵犯公民个人信息一罪论处。微信账号的好友信息具有“公民个人信息”属性，且行为人的行为属于非法处理他人公开的信息，仍可构成侵犯公民个人信息罪。而在（2021）苏0706刑初10号刑事判决书卢某侵犯公民个人信息、诈骗一案中，江苏省连云港市海州区人民法院则认为该行为应当以侵犯公民个人信息罪和下游犯罪数罪并罚。其主要理由为，犯罪行为入明知其出售的社交媒体账号将会用于网络犯罪行为，主观上不但具有“心知肚明”型的明知，客观上与下游犯罪分子长期紧密合作形成稳定的协作关系，其行属于参与实施下游犯罪活动，应当以下游犯罪共犯论处，且分别侵害不同法益，成立数罪。

笔者认为，对于“社交媒体养号”行为的认定存在以下几个方面的误区：

第一，错误理解公民个人信息的“可识别性”，一律将该行为作为侵犯公民个人信息罪予以评价。在上述所列举的两种判决之中，其认为行为入虽然将所持有的社交媒体账号与原本的注册人解绑，但是为“养活”社交媒体账号，添加好友予以包装，背后仍然是实名登记号码注册的自然人，关联的是特定自然人。因此，即使微信账号本身缺乏实名登记，也不影响微信账号的好友信息具有“公民个人信息”属性。该观点实际上认为社交媒体账号中的“好友信息”为刑法第二百五十三条之一规定的“公民个人信息”，其养号、加好友的行为便属于收集公民个人信息的行。然而这些信息真的能够单独识别出公民的个人信息或者反映公民个人的活动情况吗？倘若认为这些信息通过和其他信息结合能够识别出公民的个人信息或者反映其特定活动情况，比如姓名、身份证号码、家庭住址等，那么我们

应当如何看待这种结合性识别？如此连续不断地结合下去，“公民个人信息”的范围是否有无边无际之嫌？

第二，错误理解刑法第二百五十三条之一第三款规定的“非法获取”的含义，将其错误理解为“以非法目的获取”，从而将养号用于自身犯罪活动的行为入以侵犯公民个人信息罪和下游犯罪数罪论处。根据我国刑法的规定，侵犯公民个人信息罪既处罚获取，也处罚出售或者提供。且根据司法解释规定：“未经被收集者同意，将合法收集的公民个人信息向他人提供的……属于提供公民个人信息。”换言之，“未经同意提供给他人”本身就是手段违法的提供。该规定意在打击将合法收集的公民个人信息以非法目的提供给他人的行为，从而阻止下游犯罪的发生，保障公民的各项合法权益。若“非法获取”的含义为“以非法手段获取”法律又何须多此一举，专门对“提供”行为也规定予以处罚呢？

第三，错误理解目的与手段之间的牵连关系，引发罪数认定的争议。在卢某侵犯公民个人信息、诈骗案中，江苏省连云港市海州区人民检察院认为侵犯公民个人信息罪与诈骗罪侵犯的法益不同，且从类型化的紧密关联性看，非法获取的公民个人信息并不通常用于实施诈骗罪，卢某等人亦供述与之合作的灰产并非全部实施诈骗，也有其他黑灰产引流之用；实施的诈骗罪也不通常需要非法获取他人微信号对于微信好友开展诈骗。从而并未将其收集和出卖两种行为认定为牵连关系，以数罪论处。然而检察院仅简单指出两罪的法益不同，并未对二罪的具体法益进行说明，理由牵强。另外，其对于目的与手段之间的牵连关系仅从“关联必然性”的角度进行理解，未免过于简单。