

盗窃罪认定的二元路径：以“秘密性”为基础适用“公开盗窃说”的合理性研究

杨莫轩 陈智信

上海政法学院，上海

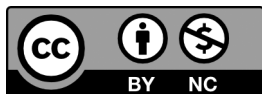
摘要 | 随着我国社会经济的发展，侵犯财产类犯罪的刑事案件数量呈增多趋势，盗窃罪在其中占据重要地位。针对盗窃行为模式日益多样化，是否仍将“秘密窃取”作为盗窃罪构成的必备要件，争议层出不穷。部分学者结合社会实际，提出“公开盗窃说”以反驳传统“秘密窃取说”。“秘密窃取说”的核心是将“秘密性”作为盗窃罪认定的关键，通过浅析其主要特征探讨合理性。但“秘密窃取说”在评价新型盗窃行为、区分相似罪名及主客观归责上存在局限。“公开盗窃说”则创新性地将“公开平和”作为盗窃罪认定的新要素，为解决当下传统理论的实际适用局限提出新见解。本文结合传统“秘密窃取说”与新“公开盗窃说”的各自优势，提出盗窃罪认定的二元路径，主张以“秘密窃取说”为基础兼容“公开盗窃说”，以“取财行为是否暴力”作为标准，将“秘密性”与“公开性”作为“平和窃取”的行为修饰，提供相对理性的评价标准。

关键词 | 盗窃罪；秘密性；公开盗窃；司法实务

Copyright © 2026 by authorx (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



1 问题的提出

盗窃罪作为一类经典的侵犯财产型犯罪，在中西方法制史中均有悠久历史，在我国刑事犯罪领域占据重要地位。根据我国国家统计局公布的数据，2018—2022年，公安机关关于盗窃罪刑事案件的立案数（单位：起）分别为2786804、2258236、1658609、1602450、1203989。^①能够看出，虽然我国盗窃罪刑事案件数量呈逐年下降趋势，国内治安状况一定好转，但盗窃罪刑事案件仍数量众多，盗窃罪的治理仍是我国建设法治社

会、国家，推进社会综合治理的重要任务。

我国传统的刑法理论中，盗窃罪的认定，只要在客观上存在通过秘密窃取的手段将他人所有的财物占为己有，在主观上存在行为人意图秘密窃取，无论发现与否，都成立盗窃罪。^[1]然而，随着社会经济不断发展，犯罪人的作案思维及犯罪方式也在同步发生变化，新的犯罪手段、犯罪逻辑、行为模式层出不穷，盗窃罪亦呈现类似趋势。基于新形势，学者们就“秘密窃取”是否仍应作为盗窃罪成立的必备构成要件展开探讨，以张明楷教授为代表的部分学者在研究新时期盗窃罪行为模式

作者简介：杨莫轩，上海政法学院刑法学研究生；陈智信，上海政法学院刑法学研究生。

文章引用：杨莫轩，陈智信. 盗窃罪认定的二元路径：以“秘密性”为基础适用“公开盗窃说”的合理性研究[J]. 社会科学进展, 2026, 8(4): 322-329.

<https://doi.org/10.35534/pss.0804057>

^① 此数据源于中国国家统计局官网，<http://www.stats.gov.cn/>，访问日期：2024年8月1日。

时，创新性地提出“公开盗窃说”——以公开平和的手段窃取他人财物。他们认为“秘密性”已并非盗窃罪的必要条件，而是盗窃罪的常见情形之一。^[2]

以上两种观点均有各自的道理与理论支撑，秉持综合权衡的原则，本文认为，针对盗窃罪行为手段日益复杂多样的现状，需聚焦于传统“秘密窃取说”的利弊分析，在合理保留“秘密窃取说”的基础上兼容“公开盗窃说”，取长补短，形成新时期盗窃罪认定的二元路径，兼谈其在司法实践中的具体适用，为新时期我国盗窃罪的防治与处理提供参考。

2 “秘密性”保留之概述

2.1 “秘密性”之理论基础

关于盗窃罪的字面历史解释，可追溯参考至东汉时期许慎^①所著的《说文解字》^②，书中将“盗”字拆分为“次”和“皿”，认为“次”有贪婪之意，而“皿”则为古代盛食物的器具，“次”与“皿”即为“盗”——因内心贪婪而取他人器中之物；而“窃”在书中为“竊”字，则可以拆分为“穴”——洞穴、“米”——大米、“离”——虫子，整体译为虫子从洞穴中拿米，让人不易察觉，引申义是趁人不备取走他人食物。在汉语语言文字中，“盗窃”是偏正短语，分别由修饰语和中心语两部分组成，“盗”字强调“贪婪取得”，“窃”字强调“不易察觉”，“盗”作为修饰“窃”的修饰语，“窃”才是“盗窃”这一偏正短语中着重强调的意思，即“盗窃”应被理解为“秘密窃取”。

盗窃罪作为最古老的罪名之一，在财产私有制度产生后便已存在。中国古代刑法自始至终将“秘密窃取”作为盗窃罪成立的必备要件，其中最典型的代表是《唐律》^③，律令在《贼盗篇》明文规定，“诸盗，公取、窃取皆为盗”。《唐律疏议》^④在对该律令进行解释时指出，“公取，谓行盗之人，公然而取；窃取，谓方便

私窃其财，皆名为盗”，“公取”对应现代犯罪的抢夺罪，“窃取”则对应盗窃罪，两者在唐朝律令中都被归类为“盗”罪。此外，《唐律疏议》认为“窃盗人财”是“潜行隐面而取”，可见盗窃罪的行为方式在唐朝的律法中被规定为“秘密窃取”。不仅如此，此种观念还被后世法律所继承，例如近现代的《大清律例》^⑤《大明律》^⑥以及《中华民国刑法》^⑦，无一例外地将“秘密窃取”规定为成立盗窃罪的必备要件。时至今日，我国的传统刑法理论依然将“秘密窃取”认定为盗窃罪构成的必备要件。《中华人民共和国刑法》第二百六十四条^⑧关于盗窃罪的规定，虽然没有明文规定“秘密窃取”，但是条文释义给出具体内容，即“本条规定的‘盗窃’，是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物的行为”。由此可见，我国传统刑法理论在盗窃罪的行为结构中反复强调“秘密性”。

2.2 “秘密性”之三大特征

盗窃罪强调“秘密性”的保留，契合社会公众对于盗窃行为的一般认知，但这样的认知是否存在片面性，以及新时期“秘密性”对于盗窃罪的成立是否具有“必须性”，则需要全面深入地了解“秘密性”的特征，主要包括以下三点：

首先，“秘密性”的认定离不开主客观相统一原则。客观上，行为人以不被人发现的手段进行盗窃行为，同时在主观上认为财物所有权人不会发现自己的盗窃行为，两者统一才能认定盗窃罪中“秘密性”是否成立。相较于客观的盗窃行为，对行为人主观认知的认定更加复杂，包括行为人是否认为自己的行为是秘密窃取，以及财物所有权人是否发觉自己的行为。对于行为人和财物所有权人主观方面的讨论，在司法实务中大致可分为以下四类：第一类，行为人主观上认为财物所有权人未发觉其盗窃行为，客观上财物所有权人确实未发现，原则上应当认定属于“秘密窃取”；第二类，行为

① 许慎（约58年—约147年），字叔重，东汉汝南召陵人，东汉文学家、经学家。

② 《说文解字》原文以小篆书写，全书共分15卷、540个部首、收字9353个，共10516字，其中第十五卷为说文解字序，是科学文字学和文献语言学的奠基之作，在中国语言学史上有极其重要的地位。

③ 《唐律》是中国现存第一部内容完整、系统的律典，也是唐朝的主要法典，共有12篇、502条。

④ 《唐律疏议》是中国现存最古老也最完整的封建法典的释文，是唐太宗为统一律文的解释，以保证律书的统一适用而诏示下属编写的。分30卷，12篇，502条，其篇目同唐律完全相同。

⑤ 《大清律例》是清朝最后一部封建法典，于乾隆五年（1740）编成，共7篇47卷，包括律436条，律后附有例1409条。

⑥ 《大明律》是明代主要的刑法典，由朱元璋时敕修，分六部官制，规定刑名、法例、官吏、民事、礼仪、国防等内容。

⑦ 《中华民国刑法》是国民政府建立之初，在北洋政府的《暂行新刑律》和《改定刑法第二次修正案》的基础上拟成了其刑法，并于1928年3月10日公布。

⑧ 《中华人民共和国刑法》第264条：【盗窃罪】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；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

人主观上认为财物所有权人未发觉其盗窃行为，可客观上所有权人已发觉，但由于恐惧无奈等原因，装作未发现，仍然属于“秘密窃取”；第三类，行为人主观上认为其盗窃行为已经被财物所有权人发现，而且财物所有权人也已确实发现，则不属于“秘密窃取”；第四类，行为人主观上认为自己的盗窃行为已被财物所有权人发现，但是财物所有权人未发现，随后行为人依旧实施犯罪行为，可见行为人主观恶性较大，其犯罪行为不能简单定义为“秘密窃取”。

其次，“秘密性”的成立仅存在于盗窃者和被盗窃者之间，排除与盗窃行为无关的第三人。即使过程中第三人发现盗窃者的窃取行为，盗窃者的窃取行为仍具有“秘密性”，但是第三者在发现后所做出的行为会影响盗窃罪成立的犯罪形态。比如，若第三者由于恐惧等心理因素未制止，或者进行制止但未成功，行为都成立盗窃罪的既遂形态；而若第三者在发现后及时制止并制止成功，则成立盗窃罪的未遂形态。需要注意的是，此处的窃取行为是默认满足刑事犯罪的“入罪”条件，如果达不到刑事犯罪的“入罪”条件，则属于行政处罚的范畴，并非本文讨论重点。

最后，盗窃罪成立既遂形态，需要“秘密性”贯穿整个窃取行为，该过程可以切割为实施行为前、实施行为中、实施行为后三个部分。第一个过程并不是犯罪形态中的预备阶段，而是行为人即将准备实施核心的窃取行为前所做的铺垫，例如接近盗窃目标等，若此时被发现，并不影响盗窃罪的成立，只是此时的犯罪形态是盗窃未遂；第二个过程可以理解为“行为人着手实施窃取行为之后，彻底掌握财物支配权之前”，此时被财物所有权人发觉而导致行为人停止窃取的行为，构成盗窃罪的未遂；第三个过程可以理解为“行为人成功转移占有公私财物，并达到控制支配的程度”，若财物所有权人已经发现自身失去对财物的控制权，但行为人成功逃跑的，仍成立盗窃罪的既遂形态。需要注意的是，在整个窃取行为的过程中，行为人因抗拒抓捕或者毁灭证据等原因做出暴力反抗的行为，则应根据行为的暴力程度转化为抢夺罪或抢劫罪，而非以盗窃罪论处。^[3]

传统刑法理论之所以保留“秘密性”在盗窃罪认定中的必要性，是为了帮助司法者快速区分行为性质，分清罪与非罪、此罪与彼罪，但在新时期的司法实践中，“秘密性”能否仍然作为盗窃罪的必备要件存在，值得深思。部分主张“保留说”的学者认为，秘密窃取应当作为盗窃罪的核心因素，这是与抢劫罪、抢夺罪等罪名进行区分的关键。^[4]换言之，探讨“秘密性”的保留应该从行为人自身出发，无论行为人的客观行为被察觉与否，只要行为人主观上有秘密窃取并非法占有的目的，并在客观上做出盗窃行为，都应成立盗窃罪。若盲目否认盗窃罪认定中“秘密性”的重要地位，会对司法实务工作带来困扰，并不可取。

2.3 “秘密性”之核心地位

无论是基于我国刑法对传统法律文化的继承，亦或是受传统法律思维影响而产生的“秘密性”保留说，都奠定了“秘密性”在盗窃罪认定中不可撼动的核心地位。

笔者认为，“秘密性”更体现盗窃行为的隐蔽性以及违法性。“秘密窃取说”关于“秘密性”的评价主要在于看待角度的不同。支持保留“秘密性”的部分学者认为“秘密窃取”的评论角度应该从行为人自身出发，行为人客观上实施盗窃行为，主观上希望自己的盗窃行为不被他人发现。^[5]此角度的评价体现盗窃行为的隐蔽性，也体现我国刑法中“主客观相一致”的原则——行为人的客观行为和主观意图在“秘密性”阶层达成一致，只要两者都有“秘密性”，应成立盗窃罪。按照此逻辑，在上文所述的两个典型案例中，被害人都属于后知后觉的情况，行为人主观上均体现秘密窃取且非法占有他人财物的意图，但在客观上表现出公开平和的手段，理应被纳入抢夺罪的范畴，坚守“秘密性”必要保留说的原则。但抢夺罪的行为方式是趁人不备，公然夺取他人财物，对他人财物具有一定暴力程度，无法和谐包容“平和窃取”的行为范围。若从行为危险性的角度进行评价，“公开平和”的窃取行为介于“公然夺取”和“秘密窃取”之间，比“秘密性”更具法益侵害性，却未达到暴力行为的程度；此外，若从行为人的主观恶性评价，行为人明知外界对其盗窃行为进行阻止，但依然选择“公开平和”的行为方式进行“窃取行为”，显然其主观恶性相较于“秘密窃取”而言更大，不仅能够揭示“秘密性”本身的违法性质，更能对违法行为的恶劣程度进行一个简单评价，对于认定盗窃罪的成立具有重要意义。

其次，“秘密性”更契合社会公众对于盗窃罪的一般认知。2023年1月8日，中华人民共和国最高人民法院举行的全国高级法院院长会议提出，准确适用法律，应当尊重人民群众的朴素公平正义观。^[6]一直以来，我国社会法治精神提倡“法为民所有”，社会公众对于我国的法律寄予公平正义的期待，认为法律极具权威。社会公众对于法律的认知程度，无法比肩专业的法律学习者，其大量运用朴素的公平正义观去“认知”法律。他们对于法律的了解绝大多数基于社会生活中的一般常识而非专业法律知识、法律思维及法律术语，仅通过正常人的思维或价值观来理解或判断是非黑白。换言之，保留“秘密性”必要性更符合公众意志，在社会实践中更具普适性。

徐光华教授作为保留“秘密性”的支持者，认为将盗窃罪的成立限制于秘密窃取有利于保持司法的稳定性与延续性，如果轻易改变，会降低社会公众对于刑法的认同感。^[7]“秘密性”作为传统法律文化的遗传，社会公众更容易在认知中将其与“盗窃”相互联系，所谓

“明抢暗偷”就是如此。以闫某某盗窃案^①为例，行为人在手机所有者蔡某的注视下，将其掉落手机捡走，法院一审判定行为人成立盗窃罪，认为该案例符合“公开盗窃”的逻辑。被告人上诉后，二审法院经过审理，裁定驳回上诉，维持原判。再审环节，省高院认为闫某某属于非法侵占他人遗失物，但由于涉案金额不达标，且行为人有良好认错态度，最终认定不构成犯罪。从社会公众的角度进行分析，闫某某未看见手机掉落过程，无法确定蔡某作为手机所有者的身份，单纯因贪婪心理捡走别人掉落手机，并没有满足犯罪的程度；从法律层面的角度进行分析，手机掉落时无法证明属于所有者的控制支配下，行为人在客观上仅为拾取“遗失物”行为，主观上缺乏盗窃意图，无法成立盗窃罪。从盗窃的“秘密说”角度进行分析，该案所谓的“秘密性”并非用于形容窃取意图，而是行为人存在非法占有“遗失物”，且“不被人发现”的侥幸心理，根本无法推定盗窃罪的成立，否则易受质疑。

综上，合理保留盗窃罪中“秘密性”的地位，能在一定程度避免司法误差，同时能够让社会公众运用自身的朴素正义观判断行为的是非，符合公众期待，提升司法公信力。

3 “秘密窃取说”之局限

不可否认，将秘密窃取说合理保留于传统理论框架中，很大程度上符合司法实践要求，并与一般社会公众的认知相契合。但在新时期司法适用中，秘密窃取说这一概念正逐渐暴露出其局限性。

通过对部分支持秘密窃取说的学者的分析过程及说理评价进行综合考量，其主张的核心在于维护传统理论与司法框架的稳定，担忧理论变革可能对现有司法实践带来冲击与影响。应当清醒认识到，社会正处于飞速发展的历史阶段，司法形势面临前所未有的严峻挑战。若仍执着于传统理论的刻板保留，无法走出舒适圈，忽视对司法现状的客观思考以及理论变革创新的辩证取舍，无疑存在明显局限。应在尊重传统理论的基础上，理性审视秘密窃取说在当前司法实践中的局限性，积极探索新理论学说融入司法适用的可能性，为司法实践工作的开展完善奠定基础。

3.1 “秘密窃取说”无法全面评价新型盗窃行为

秘密窃取说的核心在于行为人主观上具有秘密窃取的意图，客观上实施了秘密窃取的行为。然而，在评价新型盗窃行为时，这一理论暴露出无法全面适用于新型盗窃类案件的局限性。

以近年来多发的网络盗窃为例，在2016年发生的“杭州某服装店长盗窃积分案”^②中，行为人的行为虽具有秘密性，但其盗窃手段与传统意义上的“秘密窃取”有很大不同。根据传统秘密窃取说，盗窃行为应当是行为人对他人财物实施的秘密转移占有的行为，而在这类网络新型盗窃案件中，行为人则是通过技术手段或隐蔽的新型手段，实现对无主虚拟财物的控制。在这种情况下，秘密窃取说的适用范围受到限制，难以对行为进行客观全面的评价。

此外，新型盗窃行为中的“秘密性”也已发生变化。传统盗窃中，秘密性表现为行为人避开财物所有人或管理人的监管，而在新型盗窃中，秘密性可能表现为行为人利用系统漏洞规避信息安全防护、利用技术手段使盗窃行为更加隐蔽复杂，亦或利用公开平和的手段使被害人产生错误认识后转移财物，形成网络盗窃、公开平和的盗窃及其他特殊情况，传统的秘密窃取说无法涵盖新型盗窃行为的关键特征。

所以“秘密窃取说”在评价新型盗窃行为时存在局限性，有必要对传统理论进行修正和完善，以适应新型盗窃行为的司法评价需求。

3.2 “秘密窃取说”难以区分盗窃罪与类似犯罪

以司法实践中最容易与盗窃罪产生重叠的诈骗罪与抢夺罪为例进行分析。

(1) “秘密窃取说”与诈骗罪

司法实践中，由于行为方式的差异与重叠，以及被害人的处分意识判断等因素，传统的秘密窃取说无法有效区分盗窃罪与诈骗罪。

盗窃罪的行为方式通常表现为行为人秘密地、未经被害人同意取走他人财物。而诈骗罪的行为方式则表现为行为人通过虚构事实或隐瞒真相，使被害人陷入错误认识，并基于这种错误认识自愿处分财物。但在实际案件中，这样的认定方式可能出现混淆与重叠。例如，在“张某等人盗窃丝绸案”^③中，行为人基于非法占有目

① 参见江苏省高级人民法院刑事判决书，（2021）苏刑再1号。

② 店长江某利用所在商场信息系统中“退货不退消费积分”的漏洞，通过虚假消费、恶意退货等手段，在多张购物卡内盗充4700余万元积分用于倒卖、自用，涉案金额高达40余万元，杭州市拱墅区人民检察院以盗窃罪对江某依法提起公诉。澎湃新闻：《杭州商场一服装店长被控盗窃罪：盗充消费积分谋利40余万》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1548523，（访问日期：2024年9月3日）。

③ 张某与丈夫李某进城打工，期间张某怀孕并辞职回家。在家期间，张某与他人闲聊得知孕妇刑事犯罪不受罚，并信以为真，为分担家庭负担，张某与同乡孕妇合谋抢劫绸缎店。2007年9月8日下午，张某等人雇佣一辆三轮车在绸缎店外等候，随后在未进行任何伪装，也未和店员进行任何交流的情况下，张某等人径直进入店铺，往外搬运绸缎，在场店员误以为她们是老板雇佣的搬运工，未做出制止行为。装满三轮车后，张某等人直接离开，后经统计，搬走的高级绸缎价值50000元。

的，通过轻微的欺骗手段或公开平和的行为方式，使被害人放松警惕，在被害人尚未认清事实的“默许”情况下公然转移财物，其行为既具有诈骗的性质，也具有盗窃的特征。此时，被害人的处分意识并不明确，难以仅凭传统的秘密窃取说来准确区分两罪。

（2）“秘密窃取说”与抢夺罪

传统刑法理论通过判断客观行为是否具有“秘密性”、行为人对财物转移的暴力或胁迫程度、被害人的知情状态等来区分盗窃罪与抢夺罪。传统的秘密窃取说能在主客观相统一的前提下简单地区分两个罪，但在处理司法实践中的特殊情形仍存在局限性。

例如，在“王某公开盗窃钱包案”^①中，结合案情，钱包虽掉落至楼下，但仍未脱离所有人李某的控制范围，行为人王某不顾李某的劝阻警告，执意公然将钱包捡走，按照传统盗窃罪认定的秘密窃取说，该行为不具备秘密性，不符合盗窃罪的构成要件。同时，该行为较为平和，缺乏暴力性，危害程度不大，显然亦未达到抢夺罪的地步，根据罪责刑相适应原则，不能认定其成立抢夺罪。深入分析该案，若仅套用传统的秘密窃取说，难以准确界定该案性质，定罪量刑方面易生歧义，但在合理引入“公开盗窃说”概念后，将该案认定为“以公开平和的手段实施的公开盗窃”，更具有合理性。

3.3 “秘密窃取说”过度重视主观因素

传统的刑法理论将“秘密窃取”规定于客观构成要件，但是“秘密性”具有主观色彩，即行为人自认为通过“秘密窃取”的手段实现转移占有，即可构成盗窃罪。此种观点一方面要求行为人只要在实施盗窃过程中自认为是秘密进行，另一方面要求盗窃罪的客观行为具有“秘密性”。如果第三人察觉但未能改变行为人的主观意识，并不影响盗窃罪的成立，换言之，只有行为人已经意识到自身行为不再具有“秘密性”，那么继续实施行为也无法成立盗窃罪，由此可见传统理论对于主观因素的重视程度高于客观因素。例如，小偷在商场扒窃，自以为窃取他人财物未被察觉，无论第三者察觉与否，构成盗窃罪；如果小偷主观上发现自己的行为已被第三人察觉，但第三人由于恐惧等心理因素而没有阻止，小偷仍继续进行扒窃，显然无法满足秘密窃取的要求，不构成盗窃罪。

如果以行为人的主观方面作为依据定性其行为，忽略行为人客观方面的事实分析，无疑会造成定罪量刑的偏移。无论是苏联的“四要件”体系还是德日的“三阶层”体系，均需从客观方面进行分析，再根据行为人的

主观方面评定其行为的社会危害性，做到客观公正的正确归责，传统的“秘密窃取说”认定方法，将这一过程本末倒置，不符合我国客观主义原则的定罪模式，违背罪责刑相适应的刑法原则。诚然，对于行为人主观方面的分析与提炼能够在一定程度帮助司法者判断其客观行为性质，综合考量犯罪事实，但主观因素终究是虚无缥缈的，并不能作为决定因素来评断客观行为的性质，行为最终的定性以及归责一定是根据行为人的客观具体行为完成的。因此，盗窃罪的成立仍需要坚持从客观到主观进行抽丝剥茧地分析，“秘密窃取说”在逻辑分析层面混淆主客观方面因素，有主观定罪之嫌，在目前的司法实践工作中存在局限性。

前文通过总结“秘密性”的三大特征已经将主客观的不同情形进行详细区分，论述“秘密窃取说”的局限性主要以主客观不一致的两种情形为主。情形一：行为人主观认为窃取行为未被察觉，而实际已被发现，由于其客观行为不具有秘密性，无法评价为盗窃罪；情形二：行为人在客观上未被发现，但是其主观自认为已经暴露，但出于某种原因，仍选择继续转移财物，此种情形在主观上已不具备“秘密性”，依然不属于盗窃罪成立的范畴。上述两种情况，主观或客观缺失“秘密性”条件，若仍坚守“秘密窃取说”，上述情形应判定为抢夺罪，但上述行为无论从主观意图与客观行为，均未达到“抢夺罪”的暴力程度，若对此类案件均以抢夺罪包容评价“公开平和的盗窃行为”，容易造成定罪的偏差、量刑的畸重，有损司法公信力。

4 “公开盗窃说”之提出

4.1 公开盗窃说概述

“公开盗窃说”亦称“平和窃取说”，是指通过公开平和的手段窃取财物，实现转移占有的目的，此概念初次由张明楷教授提出，重新定义抢夺罪与盗窃罪的划分标准，扩张盗窃罪的行为模式，使窃取行为不再仅限于“秘密性”，并支持“公开盗窃”也能成立盗窃罪。

“公开盗窃说”的起源主要来源于国外刑法，“英美法系”，主要以判例法为主，由于判例具有发展性和变动性，且英美法系极其重视保持刑法解释和民法解释的一致，导致其盗窃罪的内容不断变化，所以法官在司法实务中往往会将其范围做扩大解释。^[8]其中以英国刑法为例，其对盗窃罪的定义是，“如果一个人怀着永久性地剥夺他人财产的故意，同时还包括以‘不诚实’的手段将他人的财物进行非法占有，即成立盗窃罪。”^[9]从定义看，能够把盗窃罪构成要件拆分为五个：“第一、据为

^① 李某在与妻子争吵时，不慎将窗边的钱包打落至楼下，为防止钱包被拿走，李某负责在楼上看着钱包，其妻下楼期间，路人王某发现钱包，李某在楼上大声劝阻，而王某不管不顾，直接拿走钱包。

已有；第二、他人所有；第三、不诚实；第四、财产；第五永久剥夺他人财产的意图。”^[10]以上五个要件中，“不诚实”的性质可以类比于我国盗窃罪中的“秘密性”，但显然“不诚实”比“秘密性”包含更多盗窃罪的行为模式。但由于“判例法”不符合我国罪刑法定的原则，相比之下，“大陆法系”的定义对我国刑法更有参考意义。在大陆法系国家，许多刑法学家否认“秘密窃取”作为盗窃罪成立的必备要件，以日本为典型。日本刑法学家大塚仁教授指出，“所谓‘窃取’，只是单纯的盗取，也就是不采取暴力性和胁迫性的手段，违反占有者意思，来侵害其对财物的占有，将财物转移为自己或第三人占有。虽然使用着‘窃取’一词，但是，不需要具有‘秘密性’，可以是公开的侵害占有。”^[11]由此可见，日本刑法认为“窃取手段”是公开平和的，并不受“秘密性”所限。

此外，也有少部分大陆法系国家认为“秘密性”是作为盗窃罪成立的必备要件，主要代表国家是苏联。苏联的刑法定义“秘密窃取”是行为人使用了主观上认为所有权人不会发觉的方法占有财物，只要行为人主观上是意图秘密窃取和非法占有的目的，即使客观上已被他人事后发觉或者注视其逃跑行为，也不影响性质的认定，如果是公开夺取了他人的财物，则构成抢夺罪。^[12]我国刑法的传统理论就与苏联关于“盗窃罪”的观点相类似，但是，结合当下的国家实情，“公开盗窃说”相比“秘密窃取说”更具有合理性，主要从学理角度和实践角度展开。

4.2 公开盗窃说的合理性

“公开盗窃说”相较于“秘密窃取说”在学理上更具有合理性，主要有以下方面。

首先，“公开盗窃说”能够弥补当下司法实践中出现的法律空白，能够涵盖“秘密窃取”之外的其他盗窃行为，从而符合主客观相统一的原则，避免抽象的事实认识错误。如前文所述，“秘密窃取说”局限性的其中一个原因是“行为人只要认识到自己的窃取行为不会被察觉，就可以成立盗窃罪”，在认定犯罪时就从行为人主观方面的要素入手，即使遇到主客观不一致的情形仍以行为人的主观意志为主，颠倒了认定犯罪的主客观顺序，这样不仅是司法工作者难以掌握行为人的主观意志，而且也增加对该行为人的归责难度。而“公开盗窃说”的提出扩大了盗窃罪的行为模式，将公开平和的窃取也作为盗窃手段之一，纠正“秘密窃取说”导致的主客观颠倒的现象，能够从行为人的客观行为入手，避免司法实践中对行为人进行归责时全部以行为人的主观意志为参考，遵循我国刑法从客观到主观的归罪模式，坚持主客观相统一的原则。

其次，“公开盗窃说”能够更有利于盗窃罪、抢夺罪和抢劫罪的区分。我国刑法将侵犯财产类型的犯罪根据主观目的的不同分为三大类：挪用型、毁损型、占

有型。挪用型主要是指挪用资金或者某些特定物品的犯罪；毁损型是指毁坏或损坏公私财物，亦或者破坏生产经营的犯罪；占有型主要是指非法占有财物的犯罪，其中包括盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪、诈骗罪、侵占罪等。在占有型的财产犯罪中，又根据犯罪客观方面的不同，将其分为涵盖抢夺罪、抢劫罪的暴力型犯罪，专属盗窃罪的平和转移型犯罪，侵占型犯罪以及诈骗型犯罪。其中最典型的占有型财产犯罪是盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪，三者。按照客观行为的暴力程度进行区分，“公开盗窃说”定义公开平和的手段转移占有财物即为盗窃，为此盗窃罪是无暴力程度，在前文中探讨过抢夺罪是“对物暴力”，而抢劫罪是“对人暴力”，从法益侵害的角度评价，抢劫罪比抢夺罪更具人身危险性，可见暴力程度也越高。^[13]综上所述，抢劫罪、抢夺罪、盗窃罪的暴力程度逐级减弱，三者的区分主要是通过暴力程度进行区分，而非公开与盗窃，故将运用公开平和的窃取手段转移占有财物定性为“公开盗窃”，不仅符合我国刑法分类财产型犯罪的框架，而且有助于司法实践更好区分盗窃罪、抢夺罪以及抢劫罪。

最后，“公开盗窃说”参考了国外的立法观点，再结合我国国情进行修正引进，接轨世界主流司法，符合法律全球化的趋势。“秘密性”是否成为认定盗窃罪的必备要件在我国仍没有具体的结论，国内学者秉持“秘密窃取说”和“公开盗窃说”两种不同的观点，因此可以参照借鉴国外的立法观点。在前文论述“公开盗窃说”提到国外不同国家关于盗窃罪的立法，无论英美法系，亦或是大陆法系，都将“公开盗窃”定性为盗窃罪。因为“公开盗窃”可以拆分成两个典型的要素，分别是转移占有财物的公开性和平和性，这两个典型要素完全符合构成盗窃罪的行为方式和构成要件。由此可知各国的刑法都没有对盗窃罪进行“秘密性”的限制，说明盗窃罪可以通过公开平和的手段进行窃取，故“公开性”与“秘密性”无法完全区分盗窃罪与抢夺罪，而是通过不同的暴力程度来进行区分。^[14]我国作为大陆法系国家，不太适用英美国家的判例法，而比较适用大陆法系。大陆法系作为大陆法系中的典型代表，其具有成熟的理论和极大的影响力，许多国家也都采纳大陆法系的诸多立法观点，可以称得上主导世界司法的主流趋势。那么我国就可以参考大陆法系，采用“转移占有财物的暴力程度”来区分盗窃罪、抢夺罪以及抢劫罪，将“公开盗窃”的行为依附于盗窃罪，并在此基础上结合我国现有的实际情况，可以采用盗窃罪二元路径认定的方法。

5 盗窃罪二元路径认定的具体适用

“秘密性”是否应当成为盗窃罪成立的必备要件，是“秘密窃取说”与“公开盗窃说”聚焦的争议点，本质是因为两种学说对“秘密性”的理解有所不同。“公

开盗窃说”的支持者认为“秘密性”作为盗窃罪成立的评价标准，主要是混淆了主客观方面的要素，甚至造成司法空白等缺陷，应当以客观行为作为主要评价标准，在此基础上再去考虑行为人主观意志；而“秘密窃取说”的支持者认为“秘密性”作为盗窃罪成立的要件是传统法律的传承，更是批评和反对许多学者对“秘密性”存在错误的解释而导致荒谬的观点。但如上文所述，社会的发展导致盗窃罪的行为模式多样化、复杂化，“公开盗窃说”在司法实践中的应用场景也体现其真正的理论价值，越来越多的学者开始支持“公开盗窃说”在法律适用层面的应用。为了更好地将“公开盗窃说”运用于司法实践，便以“秘密窃取说”为基础修正“公开盗窃说”，形成盗窃罪的二元路径认定，主要有以下方面。

首先，无论“秘密窃取说”还是“公开盗窃说”，都是从“人”的角度进行评价，“秘密窃取说”的“秘密性”针对行为人的主观意志，“公开盗窃说”的“公开性”针对行为造成的人身危险性，并非窃取行为本身，而是对财物占有人造成危害的其他行为。盗窃罪的二元认定则是在两个学说的基础上，直接从“物”的角度进行法律评价，即以“取财行为是否暴力”作为评价标准，从而更好区分盗窃罪与其他犯罪——取财行为不暴力达到转移占有的目的，则成立盗窃罪；取财行为暴力而没有附加伤害财物占有人的行为，则成立抢夺罪，若是取财行为附加足以伤害财物占有人的行为，则成立抢劫罪。^[15]以上区分标准更加符合立法精神，同时也体现我国刑法以客观行为对犯罪进行定性的评价模式。

其次，将“秘密性”和“公开性”都作为盗窃行为的修饰，包容于“平和窃取”之中，可以避免对“秘密性”的争议。“秘密窃取说”和“公开盗窃说”对于盗窃罪成立是否受限于“秘密性”都有不同的立场，因此形成了司法实践中对于类似前文两种案例的定性窘境。无论两种学说对于“秘密性”有何定性，以及是否成为盗窃罪的成立要件，都不影响两种学说关于“公开性”的理解，即行为人的行为对不特定的多数人具有公然性质。但是无论两者如何修饰盗窃行为，盗窃行为都应该具有平和性，如果以此种方法不仅能够合理区分案件类型，更能够有限避免混淆主客观因素而对行为人的主观意志先入为主的困境。

最后，在原有两种学说基础上，构建规范的评价标准。两种学说对行为的暴力程度都没有清晰的限制，同时“对物暴力”“控制支配”“紧密占有”等标准，在司法实践中也存在模糊的界限。而盗窃罪的二元路径放弃这些模糊的标准，而是以“取财行为是否暴力”作为评判标准，并对暴力程度进行清晰的划分，分别为“取财行为无暴力”“取财行为暴力但无人身危险”“取财行为暴力且造成人身危险”，相比较原来存在争议的两个学说而言更加清晰，法律适用层面也可以极力避免因

为评价标准不同而带来的司法困扰。

6 结论与展望

随着社会发展，犯罪手段变得复杂多样，司法实践中的定罪量刑也遭遇困境。在占有型财产犯罪中，盗窃罪与抢夺罪的行为模式是最具有高度相似性的，况且刑法条文也没有明确的限制，更增加两者之间的区分难度，同时也引发了“秘密窃取说”和“公开盗窃说”的争议。“秘密性”成为盗窃罪成立的必备要件有悠久的历史渊源，直至今日“秘密窃取说”也依旧是传统刑法理论的观点，简单的区分标准、清晰的评价模式以及高度的社会认可度等优势使其成了盗窃罪成立的主流学说，也被大多数学者所采纳。然而复杂的司法案例引起新的探究，以张明楷教授为代表的学者们针对此种情况提出全新的“公开盗窃说”，主张不以“秘密性”限制盗窃罪的成立，而是认为盗窃罪的成立只需要通过公开平和的手段实现公私财物的转移占有即可，而且能清晰区分盗窃罪和抢夺罪。但是“公开盗窃说”的出现仍引发了许多反对，因为其对“秘密窃取说”的批判，引起对传统刑法理论的冲击。不可否认，“秘密窃取说”作为传统刑法理论存在一定局限性，在当下复杂的经济背景下，难免遇到无法应对的困境，“公开盗窃说”在一定程度上弥补这些局限性，不可否认其存在的价值和意义，能够帮助解决许多司法难题。然而从辩证角度能够发现“公开盗窃说”也会存在不足，对这些不足之处不能视而不见，而是在参考传统刑法理论以及国外不同学说立场的基础上，结合我国司法实况，对其加以修正和完善，构建出更全面的认定盗窃罪成立的二元路径，达到理性且清晰的评价标准，希望为司法实践中解决盗窃罪成立的疑难问题提供参考。

参考文献

- [1] 何荣功. 也论盗窃与抢夺的界限——兼与张明楷教授商榷[J]. 当代法学, 2012(4): 66-72.
- [2] 张明楷. 盗窃罪的新课题[J]. 政治与法律, 2011(8): 2-13.
- [3] 高铭暄, 马克昌. 刑法学(9版)[M]. 北京: 高等教育出版社, 2019: 493-494.
- [4] 肖中华. 盗窃罪手段不应包括“公开盗窃”[N]. 检察日报, 2022-06-01(1).
- [5] 辛旭东, 张元方. “平和窃取”行为之法律定性——兼论“平和窃取说”与“秘密窃取说”[J]. 沧州师范学院学报, 2024(2): 97-104.
- [6] 中华人民共和国最高人民法院. 尊重人民群众朴素公平正义观[EB/OL]. (2023-01-01)[2024-08-05]. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2023/01/id/7092821.shtml>.

- [7] 徐光华. “平和窃取说”质疑 [J]. 法商研究, 2015 (3): 94-102.
- [8] 储槐植. 美国刑法 (2版) [M]. 北京: 北京大学出版社, 1996: 227-228.
- [9] Cross R, Jones P A, Card R. 英国刑法导论 [M]. 赵秉志, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 1991: 214.
- [10] Herring J. Criminal Law: Ninth Edition [M]. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- [11] 大塚仁. 刑法概说 (各论) [M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 193.
- [12] 王威. 盗窃犯罪秘密要件的再解读 [J]. 中国检察官, 2011 (22): 7-9.
- [13] 柳忠卫, 张民兴. 盗窃罪与抢夺罪的再界分——以对“盗窃”的解释为中心 [J]. 湖湘法学评论, 2021 (1): 82-94.
- [14] 马兢程. 论“公开盗窃”理论的合理性 [J]. 四川警察学院学报, 2017 (5): 26-34.
- [15] 毛玲玲. “盗”“抢”区分的学说争议、事实分析与法律判断——从“公开盗窃说”出发的思考 [J]. 青少年犯罪问题, 2022 (1): 112-123.

Dual Approaches to the Determination of Theft: An Analysis on the Rationality of Applying the Open Theft Doctrine based on the Attribute of Secrecy

Yang Moyuan Chen Zhixin

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Abstract: With China's socioeconomic development, criminal cases involving property infringement crimes have been on the rise, among which theft occupies a prominent position. As theft behaviors become increasingly diversified, fierce academic disputes persist over whether “secret appropriation” should remain an essential constitutive element of theft. Based on social practice, some scholars have proposed the open theft doctrine to challenge the traditional secret appropriation theory. The traditional theory takes secrecy as the core criterion for identifying theft and justifies itself through an analysis of its basic characteristics, yet it suffers from inherent limitations in evaluating new-type theft behaviors, distinguishing similar crimes, and realizing subjective and objective imputation. In contrast, the open theft doctrine innovatively adopts “openness and peacefulness” as new judging elements for theft, offering a new solution to the practical application dilemmas of traditional theories. Integrating the advantages of both theories, this paper constructs a dual path for theft identification. It advocates taking the secret appropriation theory as the foundation while accommodating the open theft doctrine. Taking whether the property-grabbing conduct involves violence as the judging standard, this paper defines secrecy and openness as behavioral modifications of peaceful appropriation, thereby establishing a rational evaluation criterion for theft adjudication.

Key words: Theft; Secrecy; Open theft; Judicial practice