

## 财产损失与盗窃罪认定

付立庆\*

**内容提要：**单纯侵害财物的所有权或者占有，不足以奠定盗窃罪的法益侵害基础。盗窃罪理应与诈骗罪一样，被理解为侵害被害人整体财产价值的犯罪，财产损失是盗窃罪不成文的构成要件要素。所有权人单纯取回自己的财物而未索赔，或者债权人取走欠款人的金钱用于抵债，或者行为人留下足额“对价”而窃取他人财物等场合，都在客观上难以肯定盗窃罪的法益侵害结果，主观上难以肯定盗窃罪的非法占有目的（应理解为非法获利目的）。盗窃的既遂时点，不是被害人失去财物或者行为人控制财物之时，而是窃取行为直接导致被害人遭受财产损失之时。行为完成时的财产损失数额构成盗窃数额，财产损失的计算应以经济损失为基础进行整体评价，同时对“对价”予以适当限定而不能过于宽泛，并应受到责任主义的限制。整体财产损失必要说不会导致对相应盗窃行为的放纵，相反该说在盗窃罪定罪和量刑两方面均有重要意义。

**关键词：**盗窃罪 财产价值 整体财产损失 非法获利目的 财产损失数额

盗窃罪曾长期占据我国刑事案件发案量和被追诉量的首位，直到2019年才被危险驾驶罪取代而退居次席。〔1〕根据2025年最高人民检察院工作报告，2024年起诉的刑事犯罪前五名分别是危险驾驶罪、盗窃罪、诈骗罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪和帮助信息网络犯罪活动罪，其中盗窃罪起诉193270人。考虑到盗窃罪与属于行政处罚对象的盗窃违法行为的界分，以及一旦认定为犯罪所面临的严重附随后果，对盗窃罪予以限缩认定势在必行。另一方面，我国盗窃罪（以及其他财产犯罪）的法定刑配置（尤其是法定最高刑配置）总体偏重，〔2〕如何实现罪刑均衡也是理论研究无法回避的课题。

在诈骗罪中单独讨论实质的财产损失是常态，但少有学者在盗窃罪中讨论实质的财产损失。〔3〕我国有学者明确主张盗窃罪是针对个别财产的犯罪，行为人在转移被害人财物时以类

\* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

本文系教育部重点研究基地重大项目“数字经济时代财产安全的刑法保障研究”（23JJD820005）的阶段性成果。

〔1〕 参见《最高检：五年来我国刑事犯罪结构出现明显变化，严重暴力犯罪发案减少，醉驾发案量排第一》，《新京报》2023年2月16日第A05版。

〔2〕 仅与德国和日本比较，两国刑法规定的盗窃罪法定刑上限都是10年自由刑，我国盗窃罪的法定刑上限则是无期徒刑，在刑法修正案（八）生效之前甚至是死刑。

〔3〕 支持这一判断的，如王骏：《财产罪中“损失”要素的体系性地位》，《政治与法律》2019年第1期，第40页注28。

似物品进行“填补”的，即便填补的价值明显超过被害人财产的价值，也不影响盗窃罪的成立。〔4〕甚至有学者从对盗窃罪财产损失的形式理解出发，主张为了寻求财产犯罪内部的体系协调，对诈骗罪的财产损失也应形式化地理解。〔5〕但是，要合理划定盗窃行为刑事处罚与行政处罚的界限，有必要重新解读盗窃罪的实质成立要件，重新认识财产损失在盗窃罪乃至整个财产犯罪中的地位。

本文的立场是，成立盗窃罪既遂需要给被害人的整体财产造成实质损害，成立盗窃罪未遂需要给被害人的整体财产造成财产损失的具体危险。这一立场可称为盗窃罪整体财产损失必要说。如何从理论上对这一立场予以说明，其能否与我国刑法的相关规定兼容，能否为我国的司法实务所接受，都需要论证。并且，这样的立场将对盗窃罪的未遂范围和既遂时点、盗窃数额的计算等产生怎样的影响，也有待展开。对这些问题的回答，有助于盗窃罪的限缩认定，也将构成本文的基本内容。

## 一、盗窃罪的保护法益是财产价值

讨论财产损失与盗窃罪认定的关系，核心问题是，成立盗窃罪是否需要实质性给他人造成财产损失。这需要结合盗窃罪的保护法益展开讨论。结论上，不应认为刑法规定盗窃罪是为了保护财产所有权、其他本权或者占有，而应认为其保护的是财产权背后具象化的财产价值，由此财产损失构成盗窃罪的法益侵害内容。

### （一）所有权或者占有无法构成盗窃罪的保护法益

对于盗窃罪（以及其他财产犯罪）的犯罪客体（保护法益），我国传统通说简单认为是公私财产所有权。〔6〕这种所有权说至少存在如下疑问：其一，所有权是物权法上的概念，是对于“物”的权利。坚持所有权说会导致将盗窃罪理解为针对狭义财物的犯罪，否定财产性利益（如债权）可以成为盗窃的对象，这与现代社会财产的存在形态以及司法实践的需要相脱节。由此，所有权说不得不变通为本权说，将债权等其他本权纳入其中。其二，从民法角度看，窃取等一般财产犯罪行为不会改变法律意义上所有权的归属，自然也就无法真正侵害到所有权。行为人排除并取而代之的位置，是能够在事实上全面支配财物的地位，而非民法上所有权的地位。〔7〕其三，作为一种物权法律关系，所有权本身不能用“量”来决定或权衡。在我国刑法对成立盗窃罪等多数财产犯罪要求“数额较大”的立法模式下，司法者不会因为仅仅侵犯了所有权就考虑定罪而需要另外考虑罪量问题。其四，严格按照所有权说，会不当缩小或者扩大处罚范围。前者如，非法持有者不可能对禁止持有的毒品等违禁品建立所有权，按照所有权说，从非法持有者处盗窃毒品的不可能成立盗窃罪，这会导致法网过窄。后者如，留下足额货币而未经许可取走他人财物的行为仍然侵犯了他人对财物的所有权，如一概按照盗窃罪处理，会导致法网过宽。

在质疑与批判所有权说（及本权说）的基础上，占有说成为有力主张。我国学者提出，

〔4〕 参见张明楷：《刑法学》下，法律出版社2021年版，第1239页。

〔5〕 参见陈少青：《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》，《中国法学》2021年第1期，第285页以下。

〔6〕 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2022年版，第505页；王作富主编：《刑法分则实务研究》中，中国方正出版社2013年版，第929页。

〔7〕 参见车浩：《重构财产犯罪的法益与体系》，《中国法律评论》2023年第4期，第61页。

财产犯罪（取得罪）的法益首先是财产所有权及其他本权，其次是需要通过法定程序恢复应有状态的占有；〔8〕或者首先是公私财产的所有权以及其他物权、借贷权等本权，其次是未经法定程序不得没收的利益。〔9〕这些主张虽然认为所有权或者其他本权是财产犯罪的保护法益，但在承认或者变相承认占有也是法益的意义上，都属于占有说的体现。更有学者明确主张，存在合理根据的占有是财产犯罪的保护法益。〔10〕在占有说看来，只要行为人以窃取方式破除了权利人对财物的占有并建立起新的占有关系，就足以认定盗窃罪既遂。〔11〕可是，在侵害物本身的所有权或者对物的合理或平稳占有却未给财物权利人造成实质损害时，按照盗窃罪处理，既弱化甚至架空了盗窃罪的财产犯罪属性，也可谓不顾刑法与治安管理处罚法之间的衔接。有理由认为，类似于行为人采取窃取方式转移财物之占有，同时留下等额价值金钱等相应“对价”的场合，或者债权人窃取债务人相当数额金钱而免除对应债务等其他虽侵犯占有却未给被害人造成实质财产损害的情况，即便符合刑法第264条“盗窃公私财物”的字面规定，按照治安管理处罚法予以规制，也更能适应刑法谦抑性的要求。

归根结底，占有说只关注由谁控制和支配财物这种客观事实及其变化，而未能引入应有的价值评价。若将占有说的逻辑贯彻到底，即便是双方合意的财物转移，仍可谓在客观上破坏了他人的占有从而具有法益侵害性。正如论者所说，占有本身不是财产犯罪的保护法益，当然也不是盗窃罪的法益；破坏占有本身不必然具有违法性，因而占有不可能成为一个独立的保护对象。〔12〕只有破坏占有进而导致占有所承载的财产价值遭受损害的行为，才具有法益侵害性。据此，对于出质人取回自己所有的质押物的，只有破坏占有进而损害质权人的财产利益时，才具有法益侵害性。经过合意的占有转移虽然客观上破坏了占有，但能够评价为因法益主体的同意而无从肯定财产损害，从而不具有法益侵害性。

支撑占有说的一个重要理由是，侵害平稳或合理占有的行为侵犯了重要的财产秩序，有必要动用刑罚以预防类似行为再次发生。可是，财产秩序毕竟不同于我国刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”所保护的经济秩序。侵害财产流转秩序但并未对被害人的整体财产造成损害的盗窃行为，难以为属于侵犯个人法益犯罪的盗窃罪的法益侵害奠定基础，其并未达到“应当受刑罚处罚”的程度。需要指出的是，窃取他人财物但未给他人造成实质财产损害的场合，即便否定盗窃罪的成立，也不意味着行为人可以肆意拿走权利人的财物，对其可予以行政处罚。行政拘留或者罚款等，同样能对相应行为起到惩戒作用，还不会给行为人贴上“犯罪人”的标签，从而避免产生犯罪附随后果。况且，还存在特殊场合适用寻衅滋事罪、非法侵入住宅罪、非法处置查封、扣押、冻结的财产罪等其他犯罪的空间。

## （二）盗窃罪的保护法益是权利背后的财产价值

在德国，理论上将财产犯罪分为“对所有权的犯罪”和“对财产的犯罪”，并认为立法上将犯罪对象限定于“财物”的盗窃罪属于前者，犯罪对象也包括“财产性利益”的诈骗罪则属于后者。不过，诚如学者所言，在我国刑法将财产犯罪的对象统一规定为“财物”的单一

〔8〕 参见前引〔4〕，张明楷书，第1224页。

〔9〕 参见黎宏：《刑法学各论》，法律出版社2016年版，第286页。

〔10〕 参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2021年版，第101页。

〔11〕 参见王钢：《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》，《政治与法律》2015年第4期，第30页。

〔12〕 参见车浩：《占有不是财产犯罪的法益》，《法律科学》2015年第3期，第122页以下。

制立法模式下，理论上应就财产犯罪构建可以统一适用的一元概念与理论，而不再区分所谓财物犯罪和财产性利益犯罪、侵害所有权的犯罪和侵害整体财产的犯罪，等等；也就是说，在我国，缺乏区分不同财产犯罪类型，分别构建财产犯罪刑法解释学概念和原理的法律规定依据。<sup>[13]</sup> 本文也认为，盗窃罪和诈骗罪等的保护法益应统一理解，盗窃罪不是单纯针对所有权的犯罪。应当看到，我国社会形势的变迁导致交易习惯和民众生活方式的改变，为在盗窃罪等财产犯罪的成立方面不是要求单纯的占有转移而是要求实质的财产损害，提供了契机。也就是说，与财产存在形态从实体到虚拟、从一元到多元的变化相应，应当放弃以占有破坏为评价重点的盗窃罪构造，而转向占有破坏背后的财产损害。

具体来说，在以盗窃罪为代表的财产犯罪的保护法益问题上，以所有权说为代表的本权说过于抽象，而占有说过于侧重事实变化本身，二者都拘泥于权利的外观，因而总会有一些解释上的难题。解决问题的方向是，穿透财产权等的外壳，将法益保护的内容具象化、价值化。财产犯罪的保护法益不是所有权或者占有这些观念或权利，而是通过人对财产的支配所享有的财产价值。与之相适应，对于取得型财产犯罪，不应强调单纯的占有转移，而应强调财产损害。<sup>[14]</sup> 据此，就盗窃罪的成立而言，即便要求具备违反被害人意思的占有转移，其也不过是孕含着法益侵害危险的事态，充其量只是盗窃行为的“中间结果”。唯有由此造成被害人整体上财产价值、财产利益的减损，才属于盗窃罪的“最终结果”，即构成要件结果，才能构成此类犯罪的实质性法益侵害。财产损害因为参与塑造了盗窃罪的法益侵害内容而区别于单纯的占有转移，成为盗窃罪不成文的构成要件要素。

这种将盗窃罪等财产犯罪的保护法益界定为被害人财产价值的立场，称为财产价值说。该说实际上一方面强调财产的经济价值属性，另一方面认为占有（而不限于所有权等本权）也可能因其背后的财产价值而值得保护，这实际上是透过占有的事实外观而强调其经济属性。我国有学者认为，财产是服务于个人自由发展的工具，存储着法益持有者的行动机会，因其相对于人的功能性和工具性而受刑法保护。刑法对财产的保护，必须要放在损害个人行动机会的意义上理解。有些行为虽然改变了财产的外部形态或者与财产主体之间的关系，或者干扰了财产主体的支配意愿，但其并没有损害财产中存储的行为机会，就应当被排除出刑法的打击范围。<sup>[15]</sup> 在此，论者所说的“没有损害财产中存储的个人发展机会或行动潜能”，就是本文强调的被害人的整体财产价值未受实质损害。

主张财产价值是盗窃罪等财产犯罪的保护法益，进而主张实质财产损害是盗窃罪不成文的构成要件要素，还可以从（扩张的）价值总额理论得到进一步说明。罗克辛 1966 年在提出“价值总额理论”（Wertsumentheorie）时认为，货币是一种纯粹的价值载体，其价值在于这些货币实体中所蕴含的（无体）价值总额，也就是其在经济上的交易兑换价值；当财产犯罪以货币作为客体时，所观察的行为对象就应当从原本的财物本体（货币）转换成其中所蕴含的价值。<sup>[16]</sup> 例如，行为人为兑换零钱而在杂货店老板碰巧离开时，径自取走收银台中 10 张

[13] 参见李强：《财产性利益犯罪的基本问题》，法律出版社 2020 年版，第 55 页。

[14] 参见黎宏、王琦：《财产犯罪保护法益的实务选择》，《国家检察官学院学报》2018 年第 2 期，第 8 页以下；蔡桂生：《刑法中侵犯财产罪保护客体的务实选择》，《政治与法律》2016 年第 12 期，第 33 页以下；徐凌波：《论财产犯的主观目的》，《中外法学》2016 年第 3 期，第 736 页以下。

[15] 参见前引 [7]，车浩文，第 69 页。

[16] Vgl. C. Roxin, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, FS-H. Mayer, 1966, S. 469.

10元纸币，再将自己的1张100元钞票放到收银台而离去。由于行为对象不再是有体的钱币而是这些钱币所体现的无体价值总额，且行为人主观上没有要持续剥夺杂货店老板该100元价值总额的意思，就可以直截了当地以客观上没有财产损害、行为人主观上没有非法获利目的为由，否定盗窃罪的成立。尽管罗克辛坚持将价值总额理论的适用范围限定在对象为货币的情形，但在德国，也有学者（如格里博姆）明确主张应将此种思维进一步适用于所有的可替代物（vertretbare Sachen），即应当着眼于这些可替代物的交换价值而非实体物本身，从而主张扩张的价值总额理论。<sup>〔17〕</sup>

本文的立场是，所谓可替代物，不限于同种物品，也包括物品与金钱之间的替代。因此，所谓价值总额就是被害人整体财产的价值总额。侵犯财产的犯罪就必须要有财产上的损害，而每个人对自己的财产是重在使用价值、还是重在交换价值不能一概而论，行为人是否损害相对人的财产利益从而构成盗窃罪，必须就具体情形来判断相对人对其财产的实质利益何在。据此，在不理会水果摊位上“请勿自己动手”的警示自行挑选水果并按标价将价金放在摊位上离开的场合，由于水果摊老板对水果的实质利益不在于对水果的占有和使用，而在于水果能够换取金钱这种交换价值，所以行为人并未造成财产损害，因此不应构成盗窃。<sup>〔18〕</sup>擅自换钱的场合，同样是因为杂货店老板对其原本拥有的10张10元纸币注重的是交换价值而非使用价值，所以不能肯定财产损害，从而应得出无罪的结论。这样说来，只有对被害人整体财产的价值总额造成了损害的，才是侵害他人财产，才值得动用刑罚加以处罚。

### （三）财产价值损害与占有侵害的关系

总体而言，所有权说可谓主张观念化或者精神化的法益概念，占有说则可谓主张事实化的法益概念。对于财产犯罪的法益，不但应当摒弃抽象化而回归物质化、具象化，也应当从关注纯粹事实的变化提升为考察功能或者价值的变化。换言之，对包括盗窃罪在内的财产犯罪的法益侵害内容，应穿透占有等形式外观而考察其实体内容，即财产价值的损害。而且，这里的财产损害并非形式上的个别财产的损害——形式上看，违背被害人意愿而转移对财物的占有时，就已经使被害人对具体财物丧失了占有、使用、收益、处分等权益，就具体物本身来说，已然造成了损害。这里的财产损害应当和诈骗罪一样，理解为实质的财产损害或者说整体上的财产损害，即被害人财产价值总额的损害。

这意味着，侵害了形式上的占有但因获得了“对价”（如获得了对应的现金或者可随时实现的债权）而未在整体上遭受财产损害的，就不存在整体财产价值损害，从而欠缺盗窃罪的法益侵害。相反，即使（如后文所述，在非消耗性财产性利益等场合）未侵害占有但造成他人整体财产价值减损的，仍可能具备盗窃等财产犯罪的法益侵害。具体说，在狭义财物或者只能排他性利用的财产性利益的场合，占有侵害虽然是财产损害的必要途径，但占有侵害并不必然导致财产损害。在非排他性财产性利益的场合，占有侵害不是财产损害的必要途径，不侵害占有也能造成他人财产损害。尽管也涉及对占有以及占有转移的具体理解（是承认规范性占有、还是强调事实性占有，是否承认加害被害双方的共同占有，等等），但这里要强调的是，被害人遭受财产损害不以其丧失对财物的占有为当然前提。对盗窃罪认定而言，占有及其转移（侵害）的判断，只是判断是否存在财产损害时的直接素材而不具有决定性意义，财产损害的

〔17〕 Vgl. Gribbohm, Die rechtswidrige Zueignung vertretbarer Sachen, NJW 1968, S. 241.

〔18〕 参见黄荣坚：《六合彩开奖那一天》，《月旦法学杂志》第30期（1997年），第15页。

判断本身才是决定性的。

## 二、盗窃罪整体财产损失必要说的进一步论证

成立盗窃罪（既遂），需要给被害人造成财产损失。理论上，上述主张可以通过财产犯罪的保护法益是财产价值，盗窃罪等财产犯罪的法益侵害是造成他人财产价值减损这样的理由获得说明。这一立场就是盗窃罪整体财产损失必要说（实质财产损失必要说），该说有助于实现盗窃罪认定的内外均衡，能够与我国刑法相关规定兼容，并且已经得到部分司法实务的验证。

### （一）整体财产损失必要说有助于实现盗窃罪认定的内外均衡

强调成立盗窃罪需要给被害人造成实质财产损失，有助于实现盗窃罪认定的内部均衡以及与其他财产犯罪认定之间的外部均衡。

首先，在所有权人单纯窃回他人占有的本人财物的场合，实务上通常认为并未给占有人造成实质财产损失，从而一般不按盗窃罪处理。比如，被告人窃回被法院扣押的本人财物，法院认为因被告人事后没有索赔，其行为主观上不具有非法占有目的，客观上也不会造成占有人财产损失，因而不成立盗窃罪。<sup>〔19〕</sup>又如，公权力机关对扣押物的合法占有不涉及任何经济利益时（如司法机关根据民事诉讼法为证据保全或财产保全而扣押财物），所有权人窃回扣押物的，不会给扣押机关造成任何财产损失，尽管其可能触犯妨害公务罪、非法处置扣押的财产罪等，却不成立盗窃罪。<sup>〔20〕</sup>相应地，所有权人非法取回租赁给他人的财物，使占有人即承租人遭受租金（也可能包括押金）损失的场合，尽管成立盗窃罪，盗窃的数额也应为租金（也可能包括押金）损失数额。<sup>〔21〕</sup>这些场合的处理结论，都难以从盗窃罪法益的占有说得到说明，而更容易从财产损失之有无及损害数额的角度得到解释。所有权人取回所有物的场合，要根据是否给占有人造成实质财产损失来判断行为的可罚性；债权人拿走债务人财物用于抵债等场合，也存在未给被害人造成财产损失从而予以出罪的空间。

其次，盗窃财产性利益的场合，通常也是以财产损失认定盗窃数额。在我国，认为财产性利益具有管理可能性、转移可能性和价值性从而也是“财物”，也能成为盗窃罪对象的观点，逐渐获得较多的学说支持。<sup>〔22〕</sup>实务也接受了这一观点。在利用技术手段，通过变更网络域名绑定邮箱及注册ID，实现对他人域名非法占有的场合，裁判认为其目的是为了非法获取网络域名的财产价值，行为给网络域名的所有人带来直接经济损失，从而肯定了成立盗窃罪。<sup>〔23〕</sup>对于窃取并转让他人纺织品出口配额牟利的行为，司法机关认为这种出口配额可以由人支配与管理并具有经济价值，与传统意义上的财物没有本质区别，从而肯定了相应行为构成盗窃罪。<sup>〔24〕</sup>

〔19〕 参见《刑事审判参考》总第51集，法律出版社2006年版，第28页以下。

〔20〕 参见河北省辛集市人民法院（2015）辛刑初字第25号刑事判决书。

〔21〕 参见河南省确山县人民法院（2016）豫1725刑初字第109号刑事判决书。

〔22〕 参见张明楷：《论盗窃财产性利益》，《中外法学》2016年第6期，第1407页以下；黎宏：《论盗窃财产性利益》，《清华法学》2013年第6期，第127页以下；前引〔13〕，李强书，第60页以下。明确否定财产性利益是盗窃罪对象的，参见刘明祥：《财产罪专论》，中国人民大学出版社2019年版，第109页以下；王莹：《盗窃罪“非法占有目的”的对象刍议》，《中外法学》2015年第6期，第1588页以下；童伟华：《论盗窃罪的对象》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2009年第4期，第70页。

〔23〕 参见最高人民法院指导性案例“检例第37号”。

〔24〕 参见《刑事审判参考》总第66集，法律出版社2009年版，第54页以下。

盗窃财产性利益的场合, 应按照被害人的经济损失计算盗窃数额, 与此相均衡, 就应当要求盗窃普通财物的场合也只有给被害人造成财产损害的, 才值得受到刑事处罚。

比如, 通常所说的使用盗窃并非一概不构成犯罪。行为人盗用他人汽车造成他人较大财产损害的(如汽车所有人本可出租汽车得到租金, 或者油耗较大等), 可能构成盗窃罪。这时, 没有必要一方面认定是对汽车本身的盗窃, 另一方面将盗窃数额确定为行为人获得的经济价值(即被害人损失的经济价值)。<sup>[25]</sup> 在将占有的实质理解为自然人主体对财产的规范性支配的意义上, 财产性利益作为无形无体的观念性、规范性存在, 就仍能肯定对其的占有及占有转移。<sup>[26]</sup> 上述场合, 应直接认为是对使用机动车辆所产生的财产性利益的盗窃,<sup>[27]</sup> 盗窃数额就是被害人由此直接遭受的财产损失。<sup>[28]</sup> 从财产性利益的实质损害看, 如果行为人在出于使用目的盗用汽车多日之后将汽车偷偷交还的, 由于被害人并不知道向谁去主张损害赔偿, 就可直接以损失的租金认定财产损失。相反, 如果偷开行为被发现且在索回车辆的同时要求租金并且得到了租金的, 被害人虽然遭受了财产损失危险却未实际受损, 此时认定为未遂更能限制处罚范围。不存在租金但存在财物消耗的场所, 主张使用盗窃可能构成盗窃罪, 犯罪数额为被盗用物品在被使用期间的损失或消耗的(盗用汽车的, 可考虑油耗、磨损等),<sup>[29]</sup> 更可谓直接肯定了财产损失这一要素对于盗窃罪认定的实际意义——“转向考察利用行为, 等于是在客观要件中增加了实质的财产损失要求, 一定程度上倒向了对整体财产保护的立场”。<sup>[30]</sup>

又如, 偷走写给他人的欠条而致使他人无法主张债权的, 应直接认定针对财产性利益成立盗窃罪, 盗窃数额就是债权数额, 而不是针对欠条本身成立盗窃。<sup>[31]</sup> 偷走欠条但因该欠条并非债权唯一凭证从而债权人并未遭受财产损失的情况, 则不应成立盗窃罪。

再如, 侵夺不动产的场合, 同样属于对财产性利益的侵害, 也以损害数额计算盗窃数额。与德日刑法的相关规定不同,<sup>[32]</sup> 我国刑法中盗窃罪的行为对象与其他财产犯罪一样都被规定为“公私财物”, 但理论和实务均认为不动产不能成为盗窃罪的对象。但是, 在他人不知情的情况下长期在他人空置的房屋内居住从而节省了租金的场合, 单纯评价为民事侵权不足以预防类似现象再次发生, 将其评价为非法侵入住宅,<sup>[33]</sup> 也不足以评价损害他人财产的事实。将该种行为理解为针对租金这种财产性利益的盗窃, 能更好地保护法益和预防犯罪。<sup>[34]</sup>

最后, 要求财产损失有助于实现盗窃罪认定与其他财产犯罪认定之间的外部均衡。成立诈骗罪要求给被害人造成财产损失, 这一点即便在我国也是实务中的做法和学说上的共识。通说主张成立诈骗罪需要具备财产损失要素而成立盗窃罪不需要具备财产损失要素, 一个可能的理

[25] 如此理解的, 参见前引[22], 张明楷文, 第1428页。

[26] 参见前引[13], 李强书, 第149页以下, 第262页以下。

[27] 支持这一立场的, 参见前引[22], 黎宏文, 第137页。

[28] 参见马乐、刘奕禄:《论盗窃罪的法益与财产损失定位》,《河南财经政法大学学报》2020年第4期, 第90页。

[29] 参见前引[10], 周光权书, 第115页。

[30] 前引[3], 王骏文, 第46页。

[31] 将盗窃对象理解为欠条的, 参见前引[22], 张明楷文, 第1436页以下。

[32] 德国刑法第242条规定的盗窃罪行为对象是“他人之动产”, 不动产被排除在盗窃罪行为对象的范围之外。日本刑法第235条规定的盗窃罪行为对象虽是“他人之财物”, 但紧随其后有侵夺他人不动产罪(同法第235条之二)的专门规定, 由此盗窃罪的对象也被解释为他人的动产而不包括不动产。

[33] 认为盗用他人不动产只构成非法侵入住宅罪而不构成盗窃罪的观点, 参见前引[22], 张明楷文, 第1438页。

[34] 认同偷住他人房屋可能构成针对财产性利益的盗窃, 但必须给被害人造成现实、具体损害的观点, 参见前引[22], 黎宏文, 第137页。

由是，违背被害人意思而转移占有的盗窃比基于被害人瑕疵意思而转移占有的诈骗，具有更重的行为不法，因此在二者法定刑相同的立法之下，也就无需在结果不法上进一步要求盗窃罪具备实质财产损害。但是，在评价诈骗罪的轻重之际，必须要加进欺骗行为的侧面进行考虑，而且现实中既然诈骗罪和盗窃罪的法定刑是相同的，就现行法而言，就不能说盗窃罪比诈骗罪更重。<sup>〔35〕</sup>联系到对欺骗行为本身的否定性评价和预防必要性，认为盗窃罪的行为不法重于诈骗罪从而无需具备实质财产损害，未必站得住脚。据此，从盗窃罪与诈骗罪认定的均衡性看，能得出成立盗窃罪也需要给被害人造成实质财产损害的结论。

不仅诈骗罪，从盗窃罪与其他取得型财产犯罪的均衡性看，也能得出成立盗窃罪需要给被害人造成实质财产损害的结论。比如，使用暴力、威胁强行拿走对方财物但留下“对价”的场合，不应认为构成抢劫罪。我国的抢劫罪是重罪，基本法定刑已然较重（相当于“情节较轻”的故意杀人罪的法定刑），几种加重情形的法定刑更是提升至“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”，所以解释论上认定抢劫罪应尤其慎重。抢劫罪既然被规定为“侵犯财产罪”，就应当以行为完成时是否给被害人的整体财产造成损失作为既遂与否的标准。在上述类似场合，如果手段行为足以按照故意伤害罪评价，就只需要评价为故意伤害罪；如果手段行为不构成故意伤害罪但情节严重的，可以按照强迫交易罪处理；手段行为不构成故意伤害且情节难说严重的，充其量予以行政处罚，而不需要也不应当扣上抢劫罪这一重罪的帽子。

再比如侵占罪。在我国，针对代为保管的他人财物成立侵占罪，除了需要“非法占为己有，数额较大”，还明文要求“拒不退还”。尽管学说上对“拒不退还”与“据为己有”的关系还有争议，认为前者与后者表达的都是“变合法占有为非法所有”的观点<sup>〔36〕</sup>也很有影响，但不论从文理解释看，还是从本罪为亲告罪所体现的立法旨趣看，都应当像通说那样认为，“拒不退还”是立法者为限制处罚范围专门规定的特别要求，即便将代为保管的他人财物据为己有且数额较大，只要没有拒不退还（已经退还，或者至少是同意退还），就不构成侵占罪。这一规定充分表明，我国刑法对普通侵占罪并非着眼于对委托保管的具体财物的所有权造成的侵害，而始终是以委托者的财产是否因他人的侵占行为而受到损害作为犯罪的成立条件。法条中的“拒不退还”不一定是指拒不退还原物，而应当实质理解为“拒不填补对方的损失”，只有这样才可以实质性地肯定行为人的非法占有的目的。侵占罪如此，盗窃罪也应当如此。

## （二）整体财产损害必要说与我国立法能够兼容且已被部分实务所认可

或许有人认为，主张财产损害是盗窃罪独立的构成要件要素缺乏实定法根据，违反罪刑法法定原则。可是，罪刑法法定原则并不排斥不成文的构成要件要素。“财产损害要件并非是添加了不利于行为人的突然袭击式的要素，而恰恰是从不具有法益侵害时不应成立犯罪这一刑法谦抑性所导出的要件，欠缺条文上的根据恐怕不能说是决定性的弱点。”<sup>〔37〕</sup>以上论断虽然是在讨论诈骗罪的财产损害要件时提出的，但放在盗窃罪的场合也同样成立。在德国刑法的规定之下，成立诈骗罪明文要求造成他人财产损害（德国刑法第263条），而盗窃罪（同法第242条）无此明文要求。按照反对解释规则，认为成立盗窃罪无需财产损害比较自然。但在我国，

〔35〕 参见〔日〕山口厚：《詐欺罪における処分行為》，载《平野龍一先生古稀記念論文集》上卷，有斐閣1990年版，第449页以下；〔日〕山口厚：《問題探究刑法各論》，有斐閣1999年版，第148页。

〔36〕 参见前引〔4〕，张明楷书，第1264页。

〔37〕 〔日〕田山聡美：《詐欺罪における財産の損害》，载《曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集》下，成文堂2014年版，第164页。

盗窃罪和诈骗罪的规定在立法上都采取了简单罪状的方式，都未明确要求财产损害。立法规定的粗糙一定程度上抹平了构成要件上的差异——如同要求财产损害是为了限定诈骗罪的处罚范围一样，主张成立盗窃罪也需要具备财产损害至少不存在法律上的障碍。

根据我国刑法第264条的规定，成立盗窃罪除了包括“数额较大”的情形，还包括其他特殊情形，特殊情形下成立盗窃罪仍然需要给被害人造成财产损害。或许可以认为，刑法修正案（八）增加了入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃三种盗窃罪的人罪情形，是添加和突出了盗窃罪中侵犯人身权利的属性，即便没有造成财产损害的场所，也会因为侵害人身权利而构成盗窃罪既遂。但是，这样的理解会将盗窃罪与抢劫罪一样理解为复杂客体（双重法益）犯罪，但这与两罪悬殊的法定刑明显不协调。盗窃罪是单一侵犯他人财产的犯罪，在没有造成他人财产损害时不应肯定盗窃罪的既遂。

主张成立盗窃罪既遂需要给被害人造成“数额较大”（普通盗窃的场合）或者并非数额显著轻微（其他盗窃的场合）的财产损害，是强调盗窃罪财产犯罪属性的当然结果。这样的立场获得了司法实务的认同。比如，对于短期内多次盗窃他人财物但总额微小的情形，虽然符合“多次盗窃”的形式规定，但检察机关最终认定为“情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪”。<sup>[38]</sup>对于入户盗窃取得财物后准备离开时被户主发现而后被警察当场抓获的案件，尽管检察机关认为入户盗窃是行为犯，只要实施了相应行为即构成既遂，但法院认为应当将造成他人财产损失补充解释为盗窃罪的构成要件要素，不论是要求数额要素的普通盗窃、还是入户盗窃，既遂与未遂的区分均应坚持以侵财结果为标准。<sup>[39]</sup>对于扒窃他人随身携带的手机因被发现而未得逞的案件，法院采纳了辩护人的辩护意见，认为扒窃作为盗窃犯罪的一种表现形式，属于侵犯财产犯罪的范畴，如果犯罪行为未造成被害人实际财产损失，则不宜认定为犯罪既遂。<sup>[40]</sup>这些都说明，单纯侵犯财物所有权或者占有的，不宜作为盗窃既遂来处理。盗窃罪保护法益的财产价值说以及将财产损害作为盗窃罪不成文构成要件要素的立场，并非只是理论推演，其在不同类型的盗窃案件中得到了实务的支持。

### 三、整体财产损害必要说对盗窃未遂范围和既遂时点的影响

将整体财产损害作为盗窃罪的独立构成要件要素，涉及盗窃罪的未遂范围如何框定、既遂时点如何把握等问题。这需要结合盗窃罪的主观方面进行考察，并且根据财产的不同形态进行具体分析。

#### （一）盗窃罪中的非法获利目的与未遂范围

成立诈骗罪需要非法获利目的这一点逐渐为更多人所接受。<sup>[41]</sup>在承认利益盗窃也构成盗窃罪，尤其是强调盗窃罪是针对被害人整体财产价值之犯罪的情况下，盗窃罪也要和诈骗罪一样，被解释为以致使自己或他人获得财产上的收益为目的的“利欲犯”。获得财产上的收益，意味着窃取狭义财物或者财产性利益，按照其价值加以利用以实现自身财产价值的增加。盗窃

[38] 参见最高人民法院指导性案例“检例第209号”。

[39] 参见湖北省孝感市中级人民法院（2015）鄂孝感中刑终字第00147号刑事裁定书。

[40] 参见湖北省武汉市硚口区人民法院（2019）鄂0104刑初835号刑事判决书。

[41] 主张诈骗罪中的非法占有目的应理解为不法获利目的的观点，参见前引〔14〕，徐凌波文，第736页以下；前引〔7〕，车浩文，第74页。

罪的场合，正是非法获利目的从主观上担保着盗窃罪财产损失结果的发生。这是因为，在财产价值总额守恒的意义上，被害人的财产损失划定了行为人（或者与其有利害关系的第三人）非法获利的范围。由此，这里的非法获利目的是指将造成他人财产损失结果（并且自己从中获利）作为目的。这种意义上的目的，包含在对盗窃故意的重新解读之中。

结合刑法第14条的规定，在盗窃罪的场合，其犯罪故意是指“明知自己未经同意而窃取对方财产的行为会发生损害他人财产价值的结果，并且希望或者放任这种结果的发生”。据此，窃取行为并未给他人整体财产价值造成减损的场合，比如行为人当场给付足额“对价”而未经同意取走他人财物的，或者在秘密取走他人现金的同时留下真实借条且有相应还款意愿和还款能力的，或者债权人拿走债务人相当数额的财物并表明债务一笔勾销的，就可能认为这些场合不但客观上欠缺作为盗窃罪独立构成要件要素的财产损失结果，而且主观上也欠缺盗窃故意（不存在明知自己的行为会造成他人财产损失结果的认识因素）以及包含于其中的非法获利目的（属于盗窃故意的意志因素），从而自始不成立盗窃罪（包括不成立盗窃罪未遂）。但是，相应场合，情节严重时存在认定为强拿硬要公私财物，按照寻衅滋事罪处理的可能性；除此之外的情形，要么基于对“交易”的实质理解而评价为强迫交易（但因欠缺法律要求的手段而不构成强迫交易罪），要么评价为具有强制性质的民间借贷或者非法行使债权，不按盗窃罪处理更符合刑法谦抑性原则。

在以上理解的延长线上，能够肯定成立未遂的，需要是在非法获利目的的支配下实施盗窃，但未给被害人造成实质财产损失的场合。比如，想要盗窃他人的笔记本电脑，刚接触到财物就因为看到电脑主人在场而只得偷偷溜走，或者想吃“霸王餐”而从餐厅厕所逃跑但被及时发现当场抓获等场合。明显可以看出，如此理解时，会将一部分行为直接予以出罪处理，从而能够限缩盗窃未遂的成立范围。

## （二）狭义财物场合的盗窃既遂时点

以往对盗窃罪既遂的讨论，主要是接触说、转移说、失控说、控制说、失控加控制说以及失控或控制说等既遂标准之间的争论，更多是围绕占有侵害来展开的。当财产损失成为独立的构成要件要素之后，盗窃罪的既遂标准应从通常理解的占有转移时变更为损害发生时，即产生了财产价值减损的时间点才是盗窃既遂的时点。这可称为财产价值减损说。

在行为对象是财物的场合，一般来说，被害人丧失对财物的占有时，就已经失去了相应财物的财产价值，就能肯定盗窃的既遂。这时，对既遂时点的判断结论可能与失控说或者控制说的结论一样，但财产价值减损说更具有操作性和说服力。比如，在甲到乙家做客时，将乙的戒指藏到浴缸下，打算等到下次再来时再拿走。这时，以往的理解认为，即便难以判断行为人是否建立了新的占有，但由于被害人不知道财物在何处，被害人继续占有存在明显障碍，就应肯定盗窃的既遂。<sup>[42]</sup>不过，在上例中，判断财物究竟在行为人的占有之下，还是在被害人的占有之下并不容易：由于财物尚处于被害人家中，仍在被害人控制的物理范围之内，就可能认为被害人尚未失去对财物的控制即占有。<sup>[43]</sup>另一方面，因为只有行为人知道财物在何处，且财物体积小、藏匿地点隐蔽，被害人找到该财物有很大困难，就可能认为行为人已经占有了财

[42] 参见前引[4]，张明楷书，第1257页。

[43] 对于住家保姆将雇主的现金及首饰藏匿于家庭衣帽间以及保姆所住房间抽屉里的行为，法院判决肯定了雇主对财物的控制，进而肯定了盗窃罪的未遂。参见《刑事审判参考》总第68集，法律出版社2010年版，第19页以下。

物。对于类似这样的占有是否发生转移、被害人是否失去对财物的控制之判断结论未必明确的场合，财产价值减损说更具有说服力。也就是说，在行为人出于非法获利目的而将财物藏于隐蔽之处，导致被害人已经持续地无法有效享有财物的财产价值之时，就意味着被害人已经丧失了财物的财产价值，此时就应当认定为盗窃既遂。

这里，是否存在财产损害的确定时点，应当是规范判断之下窃取行为完成之时。因此，在窃取行为已经造成他人实质的财产价值减损之后，就已经能够评价为盗窃既遂。事后返还财物或者通过赔偿弥补损失的，由于已经充足了犯罪成立的实体要件，按照犯罪既遂处理没有任何障碍，因而就只能作为量刑情节予以考虑。财产价值减损说同样认可这一实务处理的正当性和合理性。比如，因赌博欠下赌债，偷配单位保险柜钥匙秘密取走柜内资金，之后返回宿舍留言写明自身身份和作案原因，并表明日后会连本带利归还的场合，由于盗窃行为已经完成，且行为人在盗窃之前、之时均欠缺还款能力，就应当认定财产损害结果已经发生，盗窃行为已经既遂，表明日后归还的行为以及之后返还财物的行为都只是体现其主观恶性不大的量刑情节。<sup>〔44〕</sup>再如，因债务人拒绝履行到期债务，债权人偷走对方财物的场合，如果在窃取行为完成时（不应机械理解为一个固定的时间点，而应理解为一个合理的时间段，这也是规范地理解窃取行为的意义所在）及时告知债务人盗窃事宜，并声明双方债权债务一笔勾销，或者声明只要债务人还款就归还所窃之物的，就应当认为行为人是通过“以物抵债”的方式非法行使债权，客观上并未给被害人（债务人）造成财产损害，主观上也没有非法获利的目的。相反，如果窃取债务人财物时未及时告知债务人，就可以认为其窃取财物不是为了实现债权，而是给他人造成财产损害，此无疑属于盗窃既遂。

关于狭义财物场合财产损害的判断与盗窃既遂的时点，还涉及非法盗用的问题。如果转移财物占有时不具有对财物本身非法获利的目的而仅仅是盗用，转移财物后又返还财物的场合，与单纯的赔偿损失或者出于非法获利目的而盗窃之后因害怕受到惩罚等原因返还财物的场合，存在本质区别。此时，要根据是否存在财产损害来判断是否成立盗窃罪。在存在财产损害时（如盗用他人营运出租车给他人造成营运损失），损害数额达到入罪标准的时点（这需要量上的精确计算）就是盗窃既遂的时点。不过，这时已经是对财产性利益的盗窃了。

### （三）财产性利益场合的盗窃既遂时点

在肯定财产性利益能够成为盗窃对象的情况下，判断财产性利益受到损害的具体时点，需要结合不同情形展开讨论。

以是否只能排他性利用为标准，财产性利益可以分为两大类：<sup>〔45〕</sup>一类是像债权这样的，只能排他性、消耗性利用或使用的财产性利益。对于这类财产性利益的盗窃，仍然可以要求占有转移。当这种类型的财产性利益以请求权为载体时，如果按照盗窃罪法益的占有说，并且对财产性利益的占有采取规范性占有的概念，则在财产性利益发生占有转移（权利归属转移）时，就是盗窃既遂。而按照财产价值减损说，则只有在请求权的行使变得困难甚至无从行使时，才能认定为财产性利益受到损害。由此，财产价值减损说界定的既遂时点，就可能晚于占有说立场下的通常理解。

比如，逃交高速公路费的场合（如进入需要付费的高速公路后，在即将到达目的地附近

〔44〕 参见《刑事审判参考》总第64集，法律出版社2009年版，第36页以下。

〔45〕 参见张明楷：《人工智能时代的财产犯罪课题》，《国家检察官学院学报》2025年第2期，第26页。

的高速公路出口收费站时，冲开高速公路护拦逃走的），由于这种逃离行为事实上使行为人获得了免交高速公路通行费的利益，就构成（利益）盗窃罪。<sup>〔46〕</sup>而且，按照财产价值减损说，只有在行为人脱离收费站的控制范围，使收费人员行使债权显著困难或者不再可能时，才能实质认定因不能行使债权而导致被害人财产性利益减损，进而肯定成立盗窃既遂。<sup>〔47〕</sup>这意味着，如果行为人逃离后幡然悔悟而折返缴费的，或者及时被收费站工作人员堵截从而补交费用的，都属于虽造成财产损失危险但未造成实际损害，仅成立盗窃未遂。

再如，秘密占用他人不动产的场合，也是以占用行为导致他人财产价值减损（即他人因此未能行使收取租金的权利从而发生财产损失）之时为盗窃既遂的时点。在此，如果不动产权人一直未发现自己的房屋被他人占用从而一直未行使请求权的，就只能说其请求权遭受了被侵害的危险而尚未实际遭受侵害，此时就属于未遂。只有在权利人无法行使请求权时（如行使请求权遭到拒绝，或者因行为人逃跑等致使权利人无从行使请求权），才能肯定盗窃的既遂。这样的主张限制了盗窃未遂的成立范围，而且由于只有在符合特定条件时才处罚盗窃未遂，<sup>〔48〕</sup>这就相当于限缩了盗窃罪的处罚范围。

另一类是可以被非排他性、非消耗性使用的财产性利益，行为人非法获取财产性利益的同时，并不妨碍被害人享有相同的财产性利益。这样的场合，被害人财产性利益的损失不以财产性利益占有的转移为前提，其损失的判断时点和数额都值得研究。比如，对于具有财产性质的数据，非法获取他人数据的行为通常不会导致他人丧失对数据的占有和支配，行为人非法使用他人数据一般也不会妨碍权利人对同一数据的使用。<sup>〔49〕</sup>例如，利用爬虫软件获取被害人软件服务器提供的公交车到站信息，并无偿发布在自己开发的公交软件上，以提高自己软件的市场占有率。对此，法院认定构成非法获取计算机信息系统数据罪，<sup>〔50〕</sup>但这实际上并未充分评价对他人财产的侵害行为。有论者认为，尽管承载于数据之上、经搜集整理的公交车到站信息是一种财产性利益，但利用爬虫软件取得他人搜集整理的公交车到站信息的行为，不能构成对公交车到站信息这一数据本身的盗窃罪，因为取得他人数据的行为并未剥夺他人对数据的占有，被告人在自己开发的软件上发布数据也不会妨碍被害人继续利用数据。但是，财产性利益在相关市场的唯一性（或稀缺性）可以成为独立于本身效用之外的另一种财产性利益，对其有认定占有转移的余地，从而将相关行为认定为盗窃罪就仍然符合盗窃罪的构造。<sup>〔51〕</sup>上述观点以认可“盗窃罪是转移占有型犯罪”甚至“占有是盗窃罪的保护法益”为基础，因此其论证过

〔46〕 参见前引〔22〕，黎宏文，第132页。

〔47〕 新近的研究强调财产性利益的事实占有，即事实上的行使可能性（参见徐凌波：《财产犯罪中财产性利益的事实占有：以存款债权为中心》，《法学研究》2024年第5期，第140页以下）。按此逻辑，对于逃费行为的定性乃至既遂时点，或许能得出和本文同样的结论。不过，该文从“债权的实现利益未发生事实占有转移”出发，认为逃避债务履行不构成盗窃罪。在本文看来，这仍然是纠缠于成立盗窃罪以占有转移为前提而得出的结论。在债权的行使显著困难乃至不能行使时，肯定事实意义上财产性利益的占有从被害人转向行为人并非不可能。如果立足于财产价值减损说，由于此时难以否认财产损害的发生，就应当承认盗窃罪的法益侵害。

〔48〕 根据2013年最高人民法院、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条的规定，盗窃未遂，以数额巨大的财物为盗窃目标，或者以珍贵文物为盗窃目标，或者有其他情节严重的情形的，应当依法追究刑事责任。

〔49〕 参见柯耀程：《“电磁记录”规范变动之检讨》，《月旦法学教室》第72期（2008年），第122页。

〔50〕 参见广东省深圳市南山区人民法院（2017）粤0305刑初153号刑事判决书。

〔51〕 参见黎森予：《“数据犯罪”概念的否定与化归》，《南大法学》2024年第4期，第43页。

程颇为曲折。与此不同,在将盗窃罪的保护法益理解为他人的财产价值时,上述未对具有财产性质的数据转移占有的窃取行为,就仍然属于盗窃他人财产利益,在被害人遭受的财产损失达到“数额较大”标准时,就构成盗窃既遂。此时,如果是行为人通过相应行为直接获利的场合自不必说,即便是无偿将他人搜集的信息发布到自己的软件上,但其是为了抢占市场份额进而获取经济利益,就不妨碍其行为具有侵害他人财产价值的属性,仍能构成盗窃罪。

进一步说,“在人工智能时代,擅自使用或者通过欺骗方式使用他人财产但他人并没有丧失财产的现象可能明显增加,财产损失的判断会成为难题”。<sup>[52]</sup>对此需要强调的是,能够确定的潜在收益的丧失也是一种财产性利益或财产价值的减损,也属于财产损失。在潜在收益的丧失也不存在时,比如偷蹭他人Wi-Fi流量,但他人流量是包月且不限流量的(每月支付固定费用即可无限使用),不会因行为人的行为而需要额外支出费用或是减少潜在收益的,被蹭流量者不存在财产损失,行为人就不能构成盗窃既遂。

#### 四、整体财产损失必要说对盗窃数额认定的影响

在将整体财产损失界定为盗窃罪独立构成要件要素的情况下,盗窃数额的认定会受到何种影响,财产损失的具体数额如何计算,都值得进一步研究。

##### (一) 应将被害人的财产损失数额认定为盗窃数额

首先,在计算盗窃罪的犯罪数额时,要摒弃将财产转移数额作为盗窃数额的做法。以往的通常处理是,既然违背被害人意思的占有转移构成盗窃罪的法益侵害,则占有转移数额就是盗窃数额。理论上主张即便存在足额“对价”也不能排除盗窃罪的认定,就是基于这样的逻辑。同时,2013年最高人民法院、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》(以下称“盗窃罪司法解释”)第4条第2款规定,“盗窃行为给失主造成的损失大于盗窃数额的,损失数额可以作为量刑情节考虑”,这实际上也是根据通说将违反被害人意思的财产转移数额理解为盗窃数额。不过,正如论者所说,既然在取得财产之外另行判断财产损失,就应当以损失数额作为定罪和选择法定刑基础的“数额”才正确。<sup>[53]</sup>

其次,不应以行为人的获利数额作为盗窃数额。作为非法获利目的的客观体现,成立盗窃罪会有行为人或者行为人方第三人财产价值的增加,其来源于被害人财产价值的减少,二者存在对应关系。不过,这种对应关系只需要被害人的损害是行为人获利的直接来源,而不要求获利数额与损害数额完全相等。在二者不一致时,不应以获利数额作为盗窃数额。

对此,司法实务的相应判决有值得检讨之处。比如,以非法获利为目的,盗用他人股票交易账户高买低卖某一股票,同时通过自己的账户低买高卖同一股票的,行为人盗用账户高买低卖时,不能排除同一交易时间内具有“价格优先,时间优先”的其他人会与被害人的股票账户进行交易,被害人遭受的损害数额一般要大于行为人实际非法获利的数额。但是,对于上述案件,司法机关选择将行为人获利的数额认定为盗窃数额。<sup>[54]</sup>在本文看来,如果将“以行为人的获利数额作为盗窃数额”的立场极端化,甚至会将销赃数额作为盗窃数额,这既不符合

[52] 前引[45],张明楷文,第31页。

[53] 参见前引[3],王骏文,第40页。

[54] 参见《刑事审判参考》总第41集,法律出版社2005年版,第41页以下。

司法实务的一贯做法，也明显不利于法益保护和打击犯罪。只要能在客观上肯定行为人的盗窃行为与被害人的财产损失具有直接因果关系（能肯定是被害人的财产损失直接形成了行为人的获利），同时能在主观上肯定行为人的相应行为是出于非法获利目的（包括让第三人获利的目的），就能将最终的财产损失结果归属于行为人的盗窃行为。<sup>〔55〕</sup>对此，将第三人实际获利的部分从犯罪数额中扣除而仅作为酌定量刑情节，欠缺充分理由。

最后，在将盗窃罪的保护法益从所有权说（及本权说）或占有说转换为财产价值说的立场下，应以法益侵害的程度（被害人财产损失的数额）认定盗窃数额。比如，在将质押给他人的汽车盗回的场合，法院判决没有以质押物本身的价格而是以其担保的债权来计算盗窃数额，<sup>〔56〕</sup>就是重在考量盗窃行为给被害人造成的实际损失。<sup>〔57〕</sup>在行为人是质押物的所有权人，担保的债权价值低于质押物自身价值时，就更能体现出财产价值说的优势。比如，行为人因欠他人15万元债务，将自己价值18万元的汽车质押给对方，并在之后盗回了被质押的汽车。对此，占有说会以被窃取财物的价值（18万元）作为盗窃数额，但从行为人是相应财物的所有权人这一点来看，将被盗物品的价值作为盗窃数额并不合理。但是，按照所有权说一概否定该行为的可罚性，也存在疑问。按照财产价值说，被害人的财产损失应当是实质的而非形式的，在上述场合，只有因为质押物被盗而导致被害人无法行使相应债权时，才能肯定财产损失，进而肯定盗窃罪的成立，盗窃数额也应当是被害人的财产损失数额（15万元）。这样处理，一方面限制了入罪，一方面也宽缓了刑罚。

在将财产损失数额而非财产转移数额或者行为人获利数额界定为盗窃数额的情况下，需要对财产损失概念的内容进行限定。只有盗窃行为直接给被害人造成的并且是体现被盗财物经济价值的损失，才是盗窃罪的财产损失。也就是说，盗窃数额由行为造成的直接损失与体现被盗财物经济价值这两方面构成。前者如，盗窃他人生产设备的核心零件导致他人停产，由此造成的经济损失就属于间接损失，不应认定为盗窃数额。此时，间接损失数额可以作为量刑情节考虑。后者如，为盗窃通讯光缆防护用塑料管，砍断已铺设完毕但尚未启用的光缆和电缆（造成直接经济损失20万余元）从而盗窃光缆防护管一根（价值100余元）。这样的场合，由于要盗窃塑料管就要破坏光缆和电缆，被害人的直接经济损失可谓是由盗窃行为所致，但该直接经济损失却未体现为被盗财物的经济价值，而属于被盗财物之外给被害人造成的损失，其不应计算为盗窃数额，对破坏光缆和电缆的行为只能按故意毁坏财物罪处理。

## （二）以行为完成时的财产损失数额作为盗窃数额

如前所述，盗窃的既遂时点是财产损失的发生时点，因此财产损失数额应当是行为完成导致损害发生时被害人财产价值的减损数额。“盗窃罪司法解释”第4条第1款第1项前段规定，被盗财物有有效价格证明的，根据有效价格证明认定盗窃数额。这里的“有效价格证明”不能简单理解为购买相应财物时的原始价格（如购物发票记载的价格）。一则，在被盗财物为消耗品，因使用存在较大程度折旧时，应充分考虑折旧情况；二则，被盗财物为黄金等贵重财物时，可能存在较大升值空间，也应考虑可能升值的情况。由此，应当以盗窃行为完成时给被

〔55〕 当然，还要受到责任主义原则的约束，即需要对行为会导致被害人财产损失（包括对自己之外其他人也可能从自己的高买低卖中获利）这一点有基本认识。

〔56〕 参见《刑事审判参考》总第84集，法律出版社2012年版，第44页以下。

〔57〕 参见王琦：《货物调包类财产犯罪案件的教义学分析》，《政治与法律》2020年第2期，第54页。

害人造成的实际财产损害作为盗窃数额，这一数额既可能因折旧而低于原始价格，也可能因升值而高于原始价格。因此，上述司法解释规定就只有在不存在折损（如新品）或者折损可以忽略时才有意义。在有较大折损或者较大升值的场合，应按照该解释第4条第1款第1项后段规定的“根据价格证明认定盗窃数额明显不合理的，应当按照有关规定委托估价机构估价”来处理。估价的依据，应当是财物被盗时充分考虑折旧或升值情况而形成的客观价值，这形成了被害人的财产损害数额，进而成为盗窃数额。

不仅如此，即便是销赃数额大于盗窃行为完成时被害人财产损害数额的，也只能以损害数额计算盗窃数额。比如，被告人从事收购金砂再加工成黄金出售的经营行为，因沙场老板不愿出售金砂，被告人盗得金砂9袋共315公斤（按当时市场收购价计算，价值4500元），后将所盗金砂进行加工，提炼出62克黄金，出售后得款18414元。根据行为当时有效的司法解释规定（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》第5条），销赃数额高于盗窃数额的，盗窃数额按销赃数额计算。<sup>[58]</sup>但是，司法机关并未按照这一规定以销赃数额认定盗窃数额，而是以所盗金砂的市场价格认定盗窃数额。<sup>[59]</sup>即便该案中存在加工后再销赃的事实，与上述司法解释规定不完全一致，但司法机关没有机械适用司法解释规定的做法，是值得肯定的，而这种做法从财产价值说的角度容易得到合理说明。

以盗窃行为完成时被害人的直接财产损害数额计算盗窃数额，会允许在计算盗窃数额时进行必要扣除，这种扣除甚至应当包括盗窃已然既遂、被害人就被盗财物尚未取得但已经能够确定取得的收益。<sup>[60]</sup>也就是说，在既遂时点上应整体计算被害人的失与得，这里的“得”，除了包括所谓“对价”，也包括从第三方处确定得到且不会因财物被盗而失去的财产利益。比如，柜台营业员盗窃移动通讯公司代理商经营的手机SIM卡3000余张，而代理商可以通过营销活动从移动通讯公司获得返利，因此其每张SIM卡的实际成本并不是从移动通讯公司购置时付出的成本，而是要比该成本低出很多。检察机关虽然坚持应按被盗财物的有效价格证明来确定盗窃数额，但一二审法院都扣除了被害人能够确定获得的返利数额，以被害人实际的财产损害数额作为盗窃数额，从而将盗窃“数额特别巨大”调整为盗窃“数额巨大”。<sup>[61]</sup>

### （三）存在“对价”场合整体财产损害的判断

在将被害人整体财产的减损作为财产犯罪（包括盗窃罪）财产损害的判断标准时，有一种情形值得讨论，即存在所谓“对价”的场合。“对价”既可能表现为货币，也可能表现为同类物，还可能表现为财产性利益（如债权的免除）。对于财产犯罪的“犯罪成本”能否从犯罪数额中扣除，有论者提出了“一般等价物扣减”“同类物相抵”“被害人目的符合性”等三项原则，主张只要满足其中一项，即应将“犯罪成本”数额从被害人丧失的财产数额中扣除，以其差额作为计算财产损失的依据。<sup>[62]</sup>这与本文的基本立场和问题解决方向总体一致。不过，上述主张仍然是在纯粹经济价值的意义上理解“对价”，而未能完整把握财产价值的丰富内涵，从而得出“一般等价物一律扣减”这样过于绝对的结论，这样的结论会在被害人对被

[58] 由于存在较大争议，之后的“盗窃罪司法解释”取消了这一规定。

[59] 参见《刑事审判参考》总第93集，法律出版社2014年版，第52页以下。

[60] 这与前文主张的能够确定的潜在收益的丧失也是财产价值减损的立场，在逻辑上是一贯的。

[61] 参见《刑事审判参考》总第87集，法律出版社2013年版，第49页以下。

[62] 参见张平寿：《犯罪成本制约犯罪数额认定的路径审视》，《中国刑事法杂志》2018年第5期，第59页以下。

盗财物存在主观价值的特定场合丧失合理性。在本文看来，还是应当在财产价值及其是否得到弥补的意义上界定“对价”的功能。对财产权人来说，在狭义财物的场合，其行使财产权无非是持有和交换这两种方式，前者体现使用价值，后者体现交换价值。因此，无论是使用价值的损害、还是交换价值的损害，都会直接影响整体财产的价值，而是否存在这样的损害，取决于“对价”是否足以填补相应损失。在财产性利益的场合，则需要结合行为前后被害人的“收支”状况，判断行为给被害人财产总额带来的影响。

第一，当权利人持有该财物的利益在于其交换价值而完全不在于其使用价值时，盗窃该财物并留下足额“对价”的场合，可以否定财产损害。比如，行为人趁酒吧服务生招呼其他客人之际，从酒柜中取走一瓶高档红酒并按照标价留下现金。在此，由于财产权人持有该财物的利益在于实现其交换价值而不在于该财物的使用价值，行为人留下价金正是实现了该财物的交换价值，从而相对方就不存在财产损失，行为自然不应论以盗窃罪。又如，有关规范规定某种药品必须凭身份证方能购买，甲未携带身份证，于是在药店盗窃了该药品并留下相当价值的现金。有学者认为上述场合“能实现权利人占有该财物的目的”，“似乎也能否定盗窃罪的成立”。〔63〕这不仅肯定了交换价值的衡量在盗窃罪认定中的重要意义，甚至认同了财产损害必要说的立场。在类似场合，仅因行为人在拿走财物时未得到对方同意就以盗窃罪处罚，“显然是将自由利益与财产利益相混淆，而过度扩张了盗窃罪之保护范围”。〔64〕

第二，尽管权利人的利益在于使用价值，但行为人于行为时提供的“对价”能够有效弥补使用价值之损失的场合，也应否定被害人整体财产价值的减损。比如，行为人盗窃他人保险箱中的财物，因无法打开保险箱，遂将保险箱连同其内财物一起搬走，同时将自己事先带来的同型号保险箱放于原处，以拖延案发时间。对此，实务人员主张，“在计算盗窃数额时，亦应将行为人事先所带保险箱价值从其所窃保险箱及箱内财物的价值中扣除”。〔65〕本文认可这一论断，因为行为人留下的保险箱作为同类物，可以弥补被害人对保险箱在使用价值上的损失。

概括而言，所谓“对价”能够弥补使用价值之损失，其实包括如下条件：（1）难以肯定权利人对相应财物纯粹的主观价值；（2）上述财物使用价值的大小能够通过定价等方式加以明确；（3）通过行为人提供的“对价”，能够较为容易地再次获取该种财物，或者行为人提供的“对价”已经具有与被盗财物同样的使用价值。以上条件旨在尽量避免判断“对价”能否弥补使用价值之损失的不确定性。未同时满足上述条件的，就应当认为行为人支付的“对价”不足以弥补被害人的损失。

第三，在权利人的利益在于使用价值，所谓“对价”无法弥补使用价值之损失的场合，则应肯定财产损害；在无法确切衡量损害数额时，可按照存疑有利于被告的原则处理。财产损害的判断标准，涉及对财产本身的理解：是从纯粹经济价值意义上理解财产及财产损害，还是相对缓和地理解财产，认为对被害人具有特殊意义、具有情感价值的特殊物品也是财物。在处分目的的落空也可能构成诈骗罪财产损害的对意义意义上，对盗窃罪的财产损害也应采取较为缓和的立场，将主观情感价值也计算进财产价值。主观情感价值强调附着于财物的财产权利人的

〔63〕 参见前引〔57〕，王琦文，第55页。

〔64〕 张天一：《刑法上之财产概念——探索财产犯罪之体系架构》，我国台湾地区辅仁大学2007年博士学位论文，第283页。

〔65〕 前引〔62〕，张平寿文，第60页。

情感利益，比如已去世母亲少量甚至仅有的照片，附着了照片所有人对其母亲的不尽思念。此时，主观情感价值作为财物对权利人个人的效用，可谓是广义使用价值的一部分。

在主观上的情感价值这种使用价值无法用金钱或者其他财物的交换价值加以覆盖、填补时，就能体现其使用价值所受到的损害，进而肯定整体财产价值的损害。所以，在偷走他人去世母亲仅存照片的场合，即便留下所谓“对价”，仍可以盗窃罪处罚。这不是因为窃取行为对该物的所有权造成了侵害，而是因为给被害人的财产价值造成了损害。需要强调的是，主观情感价值毕竟与财物原本的经济价值距离较远，具有主观情感价值的财物被评价为盗窃罪等财产犯罪的对象时，应限于相应财物具有不可替代性的例外场合，而不能随意扩张。至于主观价值在数额上不好计算，不能成为否定主观价值损害也是财产损害的理由。在窃得价格鉴定中心无法估价的物品的场合，法官不会因为无法计算具体财产损失而拒绝将其认定为盗窃罪。同样的道理，在确实因为没有交换价值而无法估计经济价值时，按照存疑有利于被告的原则适用最低档法定刑，也是一种务实的选择。

第四，在权利人的利益在于交换价值，所谓“对价”能够部分实现该交换价值的场合，应将“对价”的数额从被害人的财产损失中扣除。比如，货车司机将他人的优质铁矿粉调包为劣质铁矿粉而以次充好的案件中，法院在认定构成盗窃（而非诈骗）的同时也指出，交给收货方的铁矿粉“经鉴定具有一定价值，应在盗窃数额中予以扣除”。<sup>[66]</sup>这一立场也获得了学说上的认可。<sup>[67]</sup>

确实，实务中未予扣除“对价”的案例更具有代表性。比如，在货车司机承运过程中将优质煤置换为劣质煤从而牟利的案件中，法院认为用次煤置换好煤是被告人实施盗窃的手段，作为犯罪成本的次煤不应予以扣除。<sup>[68]</sup>以上做法与认识，更多是在占有转移数额而非实质财产损害的意义上理解盗窃数额。一旦强调成立盗窃罪需要给被害人造成整体上的财产损失，在涉及加重处罚情节的场合，行为人留下足额甚至超额“对价”时不认定为盗窃罪（充其量评价为“强拿硬要”，可能成立寻衅滋事罪等其他犯罪），能够做到评价适度，避免量刑畸重。<sup>[69]</sup>在“对价”不足额时，也要将其从犯罪数额中扣除，从而限缩盗窃罪的处罚范围（差额达不到“数额较大”的入罪标准）或者降低盗窃罪的量刑档次（通过扣除“对价”，将“数额特别巨大”/“数额巨大”调整为“数额巨大”/“数额较大”）。

第五，在财产形态涉及财产性利益的场合，需要结合盗窃行为完成时可以确定的被害人“收支”状况，整体判断被害人财产价值总额的变动情况。比如，行为人因对方欠账20万元不还，到对方办公室索债未见到债务人，却看到其办公室保险柜（未上锁）中正好有19万元现金，于是拿走该现金并将欠条（债权关系的唯一凭证）留在保险柜中而后离开。在此，债务人虽然失去了19万元现金却由此被免除了20万元债务，整体上的财产并未减少，故不应认定成立盗窃罪。如此结论虽然会被质疑为助长违法行使债权，但或许更应认为，对于这样的行为，通过民事途径或者行政处罚的方式加以规制足矣，而无需动用刑法。

[66] 参见山西省泽州县人民法院（2014）泽刑初字第4号刑事判决书。

[67] 参见前引〔57〕，王琦文，第52页以下。

[68] 参见山西省大同市新荣区人民法院（2020）晋0212刑初11号刑事判决书。

[69] 比如，在盗窃他人数额特别巨大财物但留下足额甚至超额“对价”的场合，如按照盗窃罪的保护法益是所有权或者占有的理解，对应的法定刑是“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”。此时，尽管留下“对价”这一点会被作为酌定从宽处罚情节，却仍然会在上述法定刑内处罚，从而导致量刑过重。

第六,需要说明的是,讨论留下“对价”的情形是否会给被害人造成财产损害,以“对价”能够在事实上归属于被害人为前提。所谓“在事实上归属于”,是指“对价”处于被害人的占有和控制之下,<sup>[70]</sup>从而可以计算为其整体财产的一部分。由于盗窃行为一般是秘密进行的,即使行为人留下了“对价”,被害人也可能对此并不知情,从而可能无法实际获得该“对价”的利益。为了确保“对价”归属于被害人,可以进一步限定行为人留下“对价”的方式(比如,在拿走他人日文书籍并留下价金的同时,在原处留有说明性质的纸条),以使被害人能够意识到“对价”的存在及其属性,从而足以使其有效占有和控制该“对价”的利益。不符合这些限定的场合,比如前文提及的偷买红酒的情形,行为人若将现金留在酒吧内顾客可以任意开取的酒柜中或者吧台位子上,就很难说该“对价”处于酒吧服务生的占有和控制之下,这种方式就不能被评价为留下了“对价”,该“对价”自然不应计算进被害人的整体财产。

#### (四) 责任主义原则对财产损害数额认定的限定

行文至此,还要特别强调一点,即盗窃行为完成时给被害人造成的财产损害数额构成盗窃数额,这一结论需要在责任主义原则之下加以限定。这意味着,超出行为人认识可能性范围的财产损害,充其量只能作为酌定量刑情节,而不能作为定罪情节或者法定刑选择情节。其理由主要是:盗窃数额是盗窃罪法益侵害结果的体现,是构成要件结果的具体内容,属于客观构成要件要素,作为构成要件要素的盗窃数额需要行为人有认识。在行为人所盗财物的客观价值(比如达到数额特别巨大的标准)明显超出行为人认识能力(比如行为人仅能认识到是数额较大的财物)的场合,就不能以被害人的客观财产损害数额认定盗窃数额,而是要从责任主义出发,按照行为人的认识确定盗窃数额。<sup>[71]</sup>在行为人不可能认识到财物价值达到数额较大的人罪标准时,就不能按照犯罪处理。

## 结 语

本文主要有两点理论追求:一是实现对盗窃罪认定的妥当化,包括合理限定盗窃罪的处罚范围和实现盗窃罪刑事处罚的罪刑均衡这两方面。将盗窃罪理解为针对被害人整体财产犯罪,既有利于限缩盗窃罪的处罚范围,合理划定盗窃行为刑事处罚与行政处罚的规制范围,也有助于在盗窃罪的法定刑(尤其是加重法定刑)较重的情况下,通过扣除行为人支付的相应“对价”降低犯罪数额,从而实现财产犯罪量刑的轻缓化。

二是实现盗窃罪与诈骗罪等相关财产犯罪之间的体系协调。认为不但成立诈骗罪等交付型犯罪要求具备财产损害,成立盗窃罪等夺取型犯罪同样需要具备财产损害,这是笔者向来的主张,<sup>[72]</sup>这一主张在本文中得到了系统展开。在将盗窃和诈骗都理解为针对被害人整体财产的犯罪,两罪的非法占有目的都应理解为非法获利目的这一点上,会更多取得有关两罪共性的认识,从而对两罪法定刑相同、同为事后抢劫上游犯罪等立法现象给出理论上的说明。至于两罪的差别,则更应在行为方式(有无相对方的处分行为)、与被害人意思之间的关系(转移财产

[70] 比如,从他人书架上拿走日文书籍的同时将足额甚至超额价金放在他人书架上,从他人卧室窃取高档花瓶的同时留下足额现金在床头柜上。

[71] 参见《刑事审判参考》总第40集,法律出版社2005年版,第15页以下。

[72] 参见付立庆:《论刑法介入财产权保护时的考量要点》,《中国法学》2011年第6期,第136页。

是完全违背其意思，还是基于其瑕疵意思）等方面寻找，甚至在特定场合考虑两罪之间可能存在竞合，而不应以是否给被害人造成财产损失作为区分标准之一。在上述理解的延长线上，将财产价值理解为包括盗窃罪在内的财产犯罪的共通法益，会对整个财产犯罪体系带来怎样的影响，值得进一步研究。

最后，有两点需要强调。其一，即便如本文所主张的，在窃取行为未给被害人造成实质财产损失从而否定盗窃罪的成立时，仍然可能按照治安管理处罚法予以行政处罚；情节严重的，也可能按照强拿硬要型寻衅滋事罪或者其他相关犯罪处罚。因此，按照本文的主张，并不必然导致对相应违法行为的放纵。其二，只要承认主观价值也是使用价值的一种，只要强调财物对被害人的有用性、目的等要素也会对整体财产损失的判断产生影响，相关主张就不是纯粹意义上的整体财产说。因此，也就没有必要过分夸大整体财产说与个别财产说的对立，更加重要的其实是财产损失的判断标准。<sup>〔73〕</sup>

---

**Abstract:** A mere infringement on ownership or possession is insufficient to establish the infringement on the legal interest protected by the offense of theft. Like fraud, theft should be conceptualized as an offense against the overall value of the victim's property, with property loss constituting an implicit yet indispensable element of its definition. In cases where an owner merely reclaims his or her own property without demanding compensation, a creditor takes a debtor's money to satisfy a debt, or the offender leaves adequate consideration after taking another's property, it is objectively difficult to demonstrate harm to the protected legal interest and subjectively difficult to establish the requisite intent of unlawful appropriation - more precisely, the intent to gain unlawfully. The offense of theft is consummated not at the moment the victim loses possession or the offender gains control, but at the moment the act results in actual economic harm to the victim. The amount of such harm at the time of the consummation of the act determines the value of the theft. This loss must be assessed holistically based on economic impact, with appropriately limited recognition of "consideration" to avoid overly expansive interpretations, and be restricted with the responsibility doctrines. Rather than excusing theft, the doctrine of necessary overall property loss reinforces both the substantive elements of the offense and its sentencing rationale.

**Key Words:** theft, property value, overall property loss, intent of unlawful gain, amount of property loss

---

〔73〕 支持这一主张或者类似主张的，参见前引〔13〕，李强书，第48页；前引〔45〕，张明楷文，第31页。