

许霆该当何罪？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E8_AE_B8_E9_9C_86_E8_AF_A5_E5_c122_481258.htm 今年三月三十一日，社会各界高度关注的许霆案重审后的一审结果为：广州市中级人民法院定许犯盗窃罪，判处有期徒刑五年，并处罚金2万元，追缴赃款173826元。笔者认为许的客观方面是秘密窃取的观点值得商榷，并试图通过对柜员机（ATM）的分析来分析许的行为。ATM为银行机具，其与持卡人的交易行为，如存取款、转帐或查询等为实为银行与持卡人之间的行为。虽然形式上为人机对话，但ATM是银行为提高效率及方便持卡人的银行服务终端，为银行服务的延伸。ATM应持卡人请求作出的付款或拒绝付款行为，体现银行的意思表示。因此，许利用自己的真名实姓向银行发出取款的指令，仅为一种请求，而行为上非直接去“取”。机器吐不吐钞的主动权在银行，非持卡人客观上所能支配。而盗窃，盗窃人在取得财产的行为上有主动性，即违背所有人意志，强行秘密转移财产在自己的控制下。本案中许并没有通过对ATM硬件或软件破坏来改变银行意志达到取款的目的，而是因银行故障未能判断其帐户是否有资金即自行支付，许的行为显然不能认为“秘密窃取”。延伸思考，如果许不是在ATM里取现17.5万元，而是在柜面一次或多次取现17.5万元，是否广州市中院还认定为盗窃罪？笔者倾向认为许的行为更符合恶意透支，许可能构成“信用卡诈骗罪”。刑法第196条信用卡诈骗罪之一为恶意透支，该条第二款对恶意透支解释，“指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发

卡银行催收后仍不归还的行为”。2004年12月全国人大常委会对信用卡作解释：“是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”。恶意透支常见态为持卡人逃避银行监管限额下多次取现消费，达到化整为零的或积少成多目的，银行卡发展前期因授权网络不够发达，为方便持卡人用卡方便，各银行普遍采取一定金额范围内无需授权直接使用，如某商业银行取现限额为600元（消费另设限额），则只要该持卡人不在黑名单上，任何一银行网点可直接取现600元，而超过金额则通过电话等方式经发卡行授权使用。有些持卡人利用该规定在一城或数城市多家银行网点限额内取现，这样累计透支数额就非常大了，造成因滥用信用而巨额透支。现阶段虽然网络化程度很高，但有些国内外银行发行的信用卡仍保留该方式。非常见态为银行因管理不善，如内外勾结给予持卡人大额透支，或者银行误认为并非持卡人帐上有充裕资金，而给予取现或转帐造成大额透支。国内银行出现过上述两种透支情形的案例。媒体报道有学者呼吁推动立法堵塞漏洞，笔者认为对现有法律结合具体案情正确理解更为重要。（作者：吴宇，江苏金鼎英杰律师事务所）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com