

再评许霆案 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__E5_86_8D_E8_AF_84_E8_AE_B8_E9_c122_481259.htm 随着许霆案件再次判决结果公布于众，许霆罪不可赦成事实。围绕着许霆案件的大讨论还将继续。裁判结果的公正性注定很难取得多数人谅解。法律是人民意志的集中体现，得不到多数人支持的裁判是应当引起司法机关高度警示的！法院的公信力为什么在持续下降，这只能从法院自身寻找答案。当司法独立演变成司法“独断”时，裁判就没有公正保障。在此，能不能从制度上减少“司法独断”呢？审判程序引入外部“陪审团”，把量刑情节明晰化，裁判也许会更加公正。

一、许霆的行为是否构成犯罪；ATM机故障，许霆以外取款成功，随后产生非法占有银行财物意识。这个过程仍然属于民法上的不当得利。柜员机出错，属于银行的过错。银行管理工作失误，导致柜员机功能出现故障，就好比一个正常人把自己的钱包或者财物遗失在路上，路过的人捡到了。虽然，许霆明知柜员机故障仍恶意取款，具有非法占有的故意。但是，正如捡到钱包的路人，有的人拾金不昧，有的人就想暂时据为己有，还有的人打算变成个人的财产。这里我们不能说，捡到钱包的人是秘密窃取。秘密窃取是盗窃行为，秘密窃取的本质行为人在原物所有人保管条件下，趁其不备取得财物。而捡到遗失物属于所有人过错把自己的财物遗失。柜员机故障客观上造成了保管的钞票失去了安全屏障，任何持卡人都可以轻而易举的乘机把这些失去安全保护的钞票暂时占有。如果说许霆获取柜员机款项后，短期内认识到不属于自己的财物，或者银行发现后，催要积极返还，许霆就是返还不当得利，

不属于犯罪行为。相反，许霆拿到款项后，长时间不打算还款，或者在银行报警后，被警察传讯后，迟迟不还款，那么许霆的恶意取款行为就转变为恶意的非法占有银行财物的行为。本案中，许霆和辩护律师、及家人的错误在于，坚持许霆取款行为是不当得利，但是，又不积极履行偿还索取款项的义务。而其许霆家人的认识极端，认为还款就是承认盗窃犯罪。许霆从被公安机关抓获，到审判，到重新审理，在看守所经历了一年多。不考虑这是实际情况，片面的主张许霆的行为是不当得利，是不符合客观事实的。《刑法》关于侵占罪的规定是不当得利占有他人财物，经权利人索要拒不返还的，属于侵占罪。毫无疑问，许霆案件长时间羁押后，经法院审理后仍没有及时返还索取款项，这就是侵占罪。至于，银行的过错和柜员机是否属于金融机构不在此问题的讨论之列。《中华人民共和国刑法》第二百七十条、将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。本条罪，告诉的才处理。二、许霆案件该如何适用法律？法院以盗窃罪判处许霆无期徒刑引起社会舆论普遍质疑。由此，人们质疑银行柜员机是否属于“金融机构”？银行柜员机出错，银行有过错，要承担多少责任？还有银行已经从柜员机生产商处获取了赔偿，银行没有损失许霆还要承担责任吗？上述几个问题，实际上还是围绕着法院盗窃罪的罪名进行展开辩论的。如果许霆的行为就不是盗窃犯罪，争论毫无疑义。盗窃罪是一种常见的犯罪形态，

犯罪行为处于非法占有为目的，采取秘密的手段，窃取他人财物或者非法获取他人财物数额较大的行为。这里采取“秘密手段”是盗窃罪的主要特征。何谓秘密手段？就是犯罪行为人的手段足可以让被盗者不能及时察觉、或者较长时间难以察觉。这种“秘密手段”可以是犯罪行为人的伪装，也可以是受害人的疏忽大意，或者是其他原因造成的，这不影响盗窃罪的成立。银行卡持卡人利用银行自动柜员机出错恶意取款，虽然由非法占有银行财产的故意，但却不是秘密的手段获取。银行卡持卡人都有详细的身份信息登记，而且同一个银行的银行卡都会在这个银行的管理系统内。持卡人利用自己银行卡在柜员机提款除了把自己的身份信息遗留在了银行柜员机交易系统内。同时，银行的所有柜员机系统都安装了监控摄像头，只要持卡人利用柜员机进行操作取款，他的行为过程就完全暴露在监控设备之下。在此，犯罪行为没有“秘密手段”可言。除非是犯罪行为自己破坏银行柜员机的摄像装置，然后趁机使用伪造的银行卡进行恶意取款。否则，持卡人使用自己银行卡在柜员机恶意取款不构成盗窃犯罪。持卡人许霆被法院以盗窃罪处以重罚引起社会广泛的关注和争议。之所以如此，是因为许霆的行为对象是银行，而我们国家对银行的法律保护有一种先天特殊和优待。这是基于传统的政策性银行管理体制，以及国家金融安全的政治气氛有关。今天金融业不断开放，司法机关仍然过分偏袒的保护银行，这实际上是对公民权利和其他企事业单位权利的不尊重。法院围绕柜员机是否属于金融机构展开争论，以及逐级向最高人民法院上报。根源在于法院坚持自己关于许霆恶意取款属于盗窃犯罪的认识，同时还是盗窃金融机构。

这种偏激的认识，导致案件适用法律错误，还导致案件长时间难以有公正结论，许霆被长时间羁押，这将人为的加重许霆的刑期。因为谁都知道，被告人羁押时间越长，刑期就越长，否则法院和检察院、以及公安机关就面临着办错案国家赔偿的潜在风险。所以，对于一些有争议的案件，在法定的审理期限内难以办结的，应当变更被告人的羁押方式。这样可以避免由于司法机关自身法律判断失误和不准确，人为造成审判阶段羁押时间过长，导致刑期偏重的问题。至于柜员机厂商赔偿银行损失，这个和许霆恶意取款的责任没有必然联系。许霆非法占有了银行的财物，必须偿还，没有偿还就是违法。至于偿还对象可以是银行，也可以是柜员机厂商。但是，许霆方面不能主张银行的损失已经得到补偿，免除许霆恶意取款不还的法律责任。这种说法很荒唐，违背了权利义务一致原则，欠债还钱天经地义！银行的过错是一个酌情零星情节，正因为有了银行的过错，所以在罪名的确定上，才发生了争议。但是盗窃罪对银行的过错要求不是很高。而银行的过错是许霆案件成立侵占罪的前提。

三、许霆案件量刑是否过重；该判多少合适？

广州中院原审将许霆判无期徒刑。遭到舆论强烈质疑。但是，要是按照盗窃罪的法律规定，这个刑期还没有什么不对的。民众不解的是银行有过错，为何还让许霆一个人承担责任？为什么民众和银行打官司，民众总是输得多？许霆的行为不是秘密窃取财物的行为，是不当得利或者侵占罪。因而刑期明显太重了。实际上，上边的分析已经很清楚了，许霆的行为不符合盗窃罪的条件，我们不能找不到罪名硬是寻找牵强的相似法律条文给许霆上刑！很多人给法院、给全国人大上书，给最高人民法院建议，

都是要求给许霆一个法律之外新罪名。这种找不到法律适用依据，临时指定法律解释给人量刑的做法，既干扰了司法公正，又违背了罪刑法定的原则。这些上书，写建议干预司法审判的人，一是破坏了独立审判，二是违背了罪刑法定原则，三是利益驱动。很简单的一个事实，许霆利用柜员机出错恶意取款，没有及时返还，经司法机关财物强制措施后，仍没有返还。这符合《刑法》270条规定的侵占罪。最多判刑5年以下了不得了。然而，我们的法院就是不甘心，非要偏袒银行。实际上，在目前情形下，如果许霆家人积极偿还款项，许霆判刑2-3年最合适不过了。至于许霆辩护人的无罪主张，已经不适合了。如果辩护人一开始就动员许霆还款，随后争取无罪辩护，还有胜算。现在已经过了一年多了，没有可能了。

四、许霆案件中有没有法定和酌情量刑情节？许霆案件中有没有酌情从轻情节，或者法定情节。量刑情节是刑事诉讼程序中根据被告人的犯罪事实和行为过程，以及犯罪后的表现，而依法规定的从轻、减轻、加重处罚情形。比如自首是法定情节，未成年人都是法定情节。酌情情节一般是认罪态度较好，积极履行赔偿义务。家里有老人需要照顾，或者是生活所迫，被逼无奈等。不过受害人有过错也是一种酌情情节。但是这个情节的在许多案件中影响力不大。本案中，银行柜员机出错的酌情情节被许霆法庭的不诚实抵消了。最后庭审许霆的言行，让很多支持他的人纷纷倒戈很不诚实。所以，许霆的表现反而使加重量刑情节成立。许霆案件有人主张许霆无罪，有人主张是侵占罪，法院坚持是盗窃罪，还有人积极建议出台司法解释罗织新罪名。在此人们的疑问是为何法院和民众的观点存在如此大的分歧呢？由此延伸，

法官的自由裁量权如何正确适用呢？法院的解释是每个法官的认识和判断不同，所以在法律适用上有出入，认识有偏差。这个解释显然不能服众，承办法官一个认识偏差，自由裁量权失去准确性，导致他人蒙受不白之冤或者平添几年、十几年牢狱之灾？法官要想争取的定罪量刑，还必须严格的贯彻罪刑法定，疑罪从无的原则。理性客观、独立审判，不受行政干预和利益集团左右。许霆案件中之所以存在巨大的法律适用偏差，就在于法官过于考虑银行的利益，倾向性的使用自由裁判权。不能平等的考虑公民的合法权益。银行和公民在法律面前一律平等。实践中，法院往往保护利益多余保护个人。许霆案件中，法院做大了罪刑法定，独立审判，就不会存在硬把侵占罪定性为盗窃罪，引起社会公众质疑和不满。

五、许霆案件暴露出那些问题，如何提升法官的公正司法水平和公信力？西方的自由裁量权审判制度是建立在陪审团制度基础上，陪审团的意见对法官的裁判很重要。在此，法官近似于一个体育运动的裁判员。独立性和客观性，不受利益集团和法院行政领导干预影响。目前我国的司法审判环境还无法做到。我国法院的行政化色彩非常浓，很多时候审案的法官部决定案件的判决，不审案的领导一句话决定案件的结果。有争议的案件，或者重大的案件，甚至是关系案件都是审判人员丧失了客观公正的立场。许霆案件也就必然的收到了银行利益集团的影响，承办法官也是在院领导作用下做表面文章。要解决好，我国法院法官裁量权失衡的状况，就要解决好以下几个问题：一是法官的素质难以胜任自由裁量权的司法实践需要；如何吸引社会优秀分子进入法院成为审判人员是要考虑的。同时，应当借鉴，西方的陪审团制

度，减轻承办法官的审案压力。二是法院行政化色彩太浓，导致审理和判决人员相互分离。社会热点案件法院审判往往不顾民众舆论，导致判决公正性不够。在此，引入陪审团制度，集中社会民众意见做出裁判有利于司法公正。三是法律条文规定过于简单，不够细化，操作性不强，这就是陈忠林所说的自由裁量权的把握适度难以符合公平正义的标准。自由裁量权，是建立在良好的司法环境背景下的。问题不在这里，在于现在有一种惯性，凡是银行法律问题，法院都倾向偏袒银行。四是律师的社会地位和执业权利还没有到达足以和公诉机关平等对抗的地步，这就是刑事案件中律师还无法充分的为被告人形式辩护权。在此，国家公权利独大，公民权利保护法律不到位，法官不能充分的听取律师和当事人的辩论意见。所以，法官的自由裁量权还无法发挥到较高的水平。五是法院公开审判，接受群众和舆论监督不够。独立审判不是独断。法院不公开审理或者压制对法院审判的报道，权利监督不够，判决不公。长期以往法院判决失去公信力。人们对法院就会存在对抗情绪和不信任。这是十分危险的。所以，审判越公开，越公正，法院的公信力越强。在遇到重大案件和司法活动时，人们就会支持法院的判决。许霆案件的根源在于适用法律不当。所谓的裁量权，不过是法院为了掩饰不当的判决，然后寻找借口。因为许霆案件主张侵占罪的话，就不是一个自由裁量权的问题了，法官首先要适用正确的罪名和法律。当然，如果选择侵占罪，不需要什么酌定情节，就可以轻判。也就不需要法院为了给许霆“寻找”罪名逐级上报最高人民法院而漫长等待了。还有一个问题值得引起法律界高度警惕：许霆案件审理期限过长，导致在法院

审理期限被羁押的期限过长。羁押期限越长，就意味着公安机关和公诉机关、以及法院的法律追责风险加大。对于一些不构成犯罪的人来说，或者罪行较轻的人来说，法院为了避免宣告无罪或者量刑过轻，出现国家赔偿责任，就会认为的加重那些审理期间被长时间羁押的犯罪嫌疑人的刑期，甚至是造成无罪的人被判刑。因此，对于一些有争议的案件，在法定的审理期限内（一个半月内）难以办结的，应当变更被告人的羁押方式，取保候审。这样可以避免由于司法机关自身法律判断失误和不准确，人为造成审判阶段羁押时间过长，导致刑期偏重的问题。最后，法院判决公正性越来越被民众质疑，折射出刑事诉讼制度的缺陷。法院和法官主观性较强，听不进去辩护律师和被告人意见，裁判活动的客观理性不够。为此，审判程序引入陪审团制度是大势所趋。刑诉法修订在即，希望这些程序制度缺陷能够得到完善。 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