

许霆惹了谁--关于许霆案件的几点看法 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\\_E6\\_83\\_B9\\_E4\\_c122\\_481265.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E8_AE_B8_E9_9C_86_E6_83_B9_E4_c122_481265.htm)

关于许霆案件，法律专家、学者、公众发表了各自的看法。法律专家、学者观点归纳如下：1、主张盗窃罪不成立 中国政法大学侯国云教授认为：许霆的行为既不是不当得利，也不是盗窃，而是一种全新的行为。许霆的行为不是秘密窃取。所谓秘密窃取，其本意是取得财物者隐藏自己的身份不让财物的所有者、占有者或保管者知道是谁取走的。许霆显然没有隐藏自己的身份，因为他取款时用的是他自己的真实的信用卡，这样

，ATM机就会记录下他的账号，银行根据他的账号可以查到他的名字、住址和身份证号码。这就等于他在取款时告诉银行说：“钱是我许霆取走的”。这当然不是秘密窃取，而是公开获取了，所以不能以盗窃论。田文昌律师：总的来看，这样的行为肯定是有社会危害性的，既违背道德，也违背法律，其获取财物显属不当得利，这一点是不应有争议的。至于在刑法层面上应当如何地定性，要结合法律条文的具体规定来加以分析。如果说这种行为构成犯罪，不外乎是三种情况：一是盗窃罪，二是诈骗罪，三是侵占罪。目前社会上争议的观点主要也是涉及到这三个罪名。在本案中，行为人用自己的卡在取款机取款时，既未在卡上做手脚，也未在取款机上做手脚，完全是按照正常和正当程序操作。这说明他没有实施法律明确规定的盗窃手段，也就是说并未有秘密窃取的行为。在此情况下，虽然他具有占有这笔不义之财的动机和结果，但是依照罪刑法定原则，认定为盗窃罪显然是勉强

的。打个比喻，如果把银行卡视为他自己的钱柜(或银行保险箱)，他随时取用自己钱柜里的钱当然是正当的，而如果他窃取了别人的钱装进自己的钱柜则是盗窃行为。但是，如果是别人主动将钱错放进了他的钱柜，他在取钱时多拿了明知是不属于他自己的钱，这种行为就不符合盗窃罪的特征了，因为他并没有实施法律规定的盗窃罪的手段。实际上，本案中的情况就像大钱柜与小钱柜的关系。行为人的银行卡好比小钱柜，银行的柜员机系统好比是大钱柜，按照设计好的程序，银行根据存款人存款的数额将大钱柜的钱分放到存款人的小钱柜。但是，由于系统故障，大钱柜往小钱柜放钱时放多了，或者是大钱柜流向小钱柜的通道出了漏洞，有一些钱流进了小钱柜。这种情况与柜台操作人员在储户取款时多数了钱是一个道理，过错并不在于取款者。而且这种现象也并不罕见，但并不可能将占了便宜的取款者定为盗窃罪。

## 2、主张盗窃罪成立

钱列阳：就定性而言，我认为许霆的行为构成盗窃罪是没有问题的，而且其盗窃的是金融机构，并盗窃数额特别巨大。笔者同意钱列阳律师观点，认为盗窃罪是成立的。下面就相左的意见和观点提出自己的看法，兼与侯国云教授、田文昌律师商榷。许霆行为具有秘密窃取的特点，其理由是“取款”当时没有人在场，试想如果有人发现，许霆还会取出17.5万元吗？不会。侯国云教授认为：“许霆显然没有隐藏自己的身份，因为他取款时用的是他自己的真实的信用卡，这样，ATM机就会记录下他的账号，银行根据他的账号可以查到他的名字、住址和身份证号码。这就等于他在取款时告诉银行说：‘钱是我许霆取走的’。这当然不是秘密窃取，而是公开获取了，所以不能以盗窃论。”侯国云教授

这种观点，实际上是把机器等同于人了。所谓秘密窃取，是指相对自然人的，即不让人发现，以顺利取得财物。而不包括取款机以及摄像头“发现”。比如，某工厂仓库安装有摄像头监控设备，该工厂工人李某知道仓库有摄像头监控，李某（未作任何伪装）夜里潜入仓库盗取了库房材料，摄像头的存在（等于李某告诉工厂材料是我李某拿的）并不影响李某盗窃罪的成立。难道说因为有摄像头存在，李某属于公开拿，而不构成盗窃罪？田文昌律师认为：“如果把银行卡视为他自己的钱柜(或银行保险箱)，他随时取用自己钱柜里的钱当然是正当的，而如果他窃取了别人的钱装进自己的钱柜则是盗窃行为。但是，如果是别人主动将钱错放进了他的钱柜，他在取钱时多拿了明知是不属于他自己的钱，这种行为就不符合盗窃罪的特征了，因为他并没有实施法律规定的盗窃罪的手段。实际上，本案中的情况就像大钱柜与小钱柜的关系。行为人的银行卡好比小钱柜，银行的柜员机系统好比是大钱柜，按照设计好的程序，银行根据存款人存款的数额将大钱柜的钱分放到存款人的小钱柜。但是，由于系统故障，大钱柜往小钱柜放钱时放多了，或者是大钱柜流向小钱柜的通道出了漏洞，有一些钱流进了小钱柜。这种情况与柜台操作人员在储户取款时多数了钱是一个道理，过错并不在于取款者。”笔者不敢苟同田文昌律师的比喻和观点。一、银行卡就是银行卡，不是什么小钱柜，“小钱柜”里也没有钱，有的只是数据，这是一个偷换概念的错误。尽管平时大家都说，银行卡里有多少钱，但实际钱还是存在银行里。二、许霆从取款机多“取款”与柜台操作人员在储户取款时多数了钱绝对不是一个道理，前者是许霆的行为发生的后果，绝

不是别人主动将钱错放进了他的“小钱柜”，而是他从大钱柜里“取”的。后者是银行工作人员行为发生的后果。另外，侯国云教授认为：“用其他一些刑法理论也能得出许霆不构成犯罪的结论：比如，依期待可能性理论，我们不能期待许霆在遇到此种情况时不这样做，就不应以犯罪论处；依刑法谦抑理论，对许霆的行为不动用刑法也能解决，就不应动用刑法；依刑罚目的理论，对许霆的行为不加以刑事惩罚，也能达到预防此类行为再次发生的效果，就不应给予刑事惩罚。如果我们站得高一点，看得远一点，综合运用刑法理论指导实践，就会发现本案不以犯罪论处是正确的。”笔者认为依期待可能性理论，恰恰得出许霆行为应当以犯罪论处。期待可能性理论来自德国法院1897年对“癖马案”所作的判决：行为人多年以来受雇驾驶双匹马车，其中一匹马具有以其尾绕住缰绳并用力压低马车的癖性。行为人多次要求换一匹马，但是，雇主没有答应他的要求。某日该马劣性发作，车夫采取了所有紧急措施，但马仍然撞伤他人。法院判决行为人无罪，理由是很难期待被告人坚决违抗雇主的命令，不惜失去职业而履行避免其已预见的伤害行为的结果发生的义务。行为人违反规范的行为是在不得已（如外部压力等）之下而为，则不能对行为人进行非难。行为人主观上其受到利益驱使希望实施犯罪，则不能适用该理论。一、期待可能性，是指从行为时的具体情况看，可以期待行为人不为违法行为，而实施适法行为的情形。侯国云教授认为：“我们不能期待许霆在遇到此种情况时不这样做，，就不应以犯罪论处”。按照侯国云教授的逻辑，强奸犯因受到受害人美丽、性感的诱惑（非受害人主动诱惑）实施强奸，盗窃犯进入他人

住宅因无人（给犯罪嫌疑人造成可乘之机）而实施盗窃，可以不受处罚。本案完全可以期待许霆不窃取不义之财，而把情况通知银行或者报警。二、许霆在“取款”时，完全是其主观上受到利益驱使主动实施犯罪，因此不能适用该理论而不受处罚。三、刑法谦抑理论适用于立法，而不适用于司法实践。四、不处罚难以达到预防效果。诚然，对许霆判处无期徒刑是比较重的，笔者认为应改为5至7年有期徒刑比较适当。如果能挽回损失，3年有期徒刑也是可以的。造成损失判10年。理由如下：1、取款机损坏是导致许霆犯罪的条件，与预谋犯罪比主观恶性小。许霆惹了谁？如果取款机不坏，许霆不会犯罪。2、民意也是值得考虑的，即社会效果。尽管好多原来力挺许霆的人因许霆在法庭上大放厥词而转变立场。3、与贪污、抢劫犯罪比盗窃犯罪的社会危害性小的多，然而处罚却不轻。4、人性都有若点，其情可悯。虽不能免其罪，但减轻处罚是应该的。最后要说的是，侯国云教授、田文昌律师都是法律大家，如果在英美法系国家，他们的辩护可能创制判例法，但在中国成文法环境下肯定不行。网络的发展对社会，对民主的发展必将起到更大的推动作用。许霆案的重审得益于网络。实践将证明，其审理结果也会受益于网络。（作者：姜杰，北京市尚剑律师事务所）

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](http://www.100test.com)