

许霆案仅仅是量刑过重？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_A1_88_E4_c122_481268.htm 很少有案件能够如许霆案有如此大的学术争议，比许霆案影响大的有，但比许霆案在学术上有如此大争议的实属罕见，被《南方周末》评为中国2007年十大诉讼案。随着法律界的高官给许霆案的“定性”，如最高人民法院副院长姜兴长、广东省人民检察院检察长郑红都认为许霆案判得过重，即许霆构成盗窃罪，只是量刑过重的问题，以至“‘许霆案量刑过重’渐成共识”（中新网《“许霆案量刑过重”渐成共识，最高院将进行研究》），我为这样的“共识”深感不安！银行的行为与许霆的行为谁更不可思议？谁的错更易导致社会混乱？银行的现金是如何保管的，运钞车、金库是荷枪实弹的，地方上所有的与民众生活相关的机构保护都没有比银行的保护更高的了，现金的交接清点都是在最严格的程序要求下进行，即使ATM机也一样，我们很难从ATM里多取出一元钱，当然里面没有装一元面值的货币，银行的现金应该是安全性最高的。许霆用自己的银行卡与银行进行交易时，ATM机多吐钱了，还不停地吐，这样的行为不是不可思议的吗？许霆的行为并不应当得到鼓励，而且应当受到谴责，但却是人的本性的较为正常的反映，网上调查的结果看多数人遇到这样的情况都难以克制，并不认为许霆行为是不可思议的。听一个讲座讲到：在美国曾经就类似问题进行过调查，调查的内容是假如给你隐身衣你最想做的是做什么，有60%的人回答去抢银行。网上有认为许霆构成犯罪的举了一个例子，说是淫妇脱去

衣服的“引诱”并不影响强奸罪构成。但是许霆案的取款是与ATM机意志相通的，在许霆的账户上有“交易记录”。知道谁更不可思议其实就已经可以判断谁的过错更大，防范的措施在哪里，谁该为此进行防范，什么样的防范更有效率，正常的ATM机是防范的唯一途径，就已经明白了这应该是一个民事案件，而不是刑事案件。我们假设一千个许霆存在和一千台这样的ATM机存在，谁更易造成混乱，谁该为此负责，实际上社会本来就存在不远不止一千个“许霆”，可能是上亿个“许霆”，这上亿个“许霆”并没有造成危害，可是一台ATM机出错就造成了危害。这个案件本来就这么简单，然而我们的“刑事专家”们不会用简单的方式来判断，会用复杂的方式来判断。应当将以许霆行为中心转向以银行行为为中心来看待整个事件的性质。法律到底是如何规定盗窃的？判断许霆是否构成犯罪最直接的方式就是从法律条文中找有无相关规定，从条文中实在找不出关于许霆行为构成犯罪的假定事实和依据。《中华人民共和国刑法》第二百六十四条 盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，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；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：（一）盗窃金融机构，数额特别巨大的；（二）盗窃珍贵文物，情节严重的。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》法发〔1998〕3号：根据刑法第二百六十四条的规定，结合当前的经济发展水平和社会治

安状况，现对盗窃罪数额认定标准规定如下：一、个人盗窃公私财物“数额较大”，以五百元至二千元为起点。二、个人盗窃公私财物“数额巨大”，以五千元至二万元为起点。三、个人盗窃公私财物“数额特别巨大”，以三万元至十万元为起点。各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），可以根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在上述数额幅度内，共同研究确定本地区执行的盗窃罪“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的具体数额标准，并分别报最高人民法院、最高人民检察院、公安部备案。《广东省高级人民法院关于确定盗窃案件数额标准问题的通知》粤高法发〔1998〕11号：根据我省各地经济发展的情况，经研究，对我省执行“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的问题通知如下：一、我省执行上述三个数额的标准分三类地区、三个档次掌握：（一）一类地区是广州、深圳、珠海、汕头、佛山、东莞、中山等七个市。盗窃数额较大的起点掌握在二千元以上；数额巨大的起点掌握在二万元以上；数额特别巨大的起点掌握在十万元以上。鉴于许多讨论者认为许霆构成侵占罪，也一并把侵占罪的条文附上：《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。现行刑法关于盗窃罪的规定到底有没有错？全国每年审理盗窃案件数万起，没有人认为关于盗窃罪的法律规定有任何问题。

到目前为止也还没有认为规定得哪里不合理。以广州市为例，盗窃非金融机构十万元以上的，判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，盗窃金融机构十万元以上的判处无期徒刑或者死刑。盗窃金融机构是在盗窃非金融机构量刑基础上只上了一个档次，没有必要再规定一个有期徒刑，法律规定并不像某些人说的“断档”，也没有人认为不合理。假如许霆真的采取了某些措施改变了ATM机的某些硬件或者程序来取走17万元，判处许霆无期徒刑还有谁会认为法律规定的不合理来为许霆叫屈吗？又假如许霆是撬门盗窃了非金融机构的17万元，也判处了无期徒刑，会有如此大的争议吗？再假如原广州中院按照盗窃非金融机构最低刑量刑判处许霆十年有期徒刑，难道就是公平合理的吗，难道我们就可以接受许霆被判处十年有期徒刑再再假如当时公安机关接到报案后，认为这是一个民事案件不作刑事立案侦查，我们的感觉又会怎样，我们难道不觉得更合理而泰然接受了？这到底是为什么？因此，法律规定本身并没有错，那么问题的症结到底在哪里？关键问题在于ATM机是普通机器，还是银行“行为”？那么是什么原因会使一部分人，包括许多专家和法官，甚至包括最高人民法院副院长和广东省人民检察院检察长，都认为许霆构成盗窃罪，但又是“特殊情况”量刑过重呢？是他们把ATM机看成是一架机器，一架普通的机器，发现机器坏了，就不能再恶意取款，就如同他人的门没有上锁一样不可以进去拿东西，否则就是盗窃。这样的说法能否成立呢？我们认为ATM机首先是一个柜员，是一个拟人的交易者，交易者是会对自己的财产进行管理和交易的，这是一个必须附着的理念，脱离了这一个理念，我们的思维就一定会混乱。ATM

机不是一台静态“机器”，它是允许储户与其里面的现金进行“亲近”和“交易”的，它是有活的“身份”和“行为”存在的，即它代表着银行与储户进行交易。公众为什么会许霆案如此震惊，就是因为我们大家都有对ATM机是一个交易者、管理者的认识，这样的认识来之于他们对ATM机交易与银行柜员的交易并无区别的习惯里，而且这样的感觉本身就没有错！正因为ATM机是一个交易者的身份，所以就有对“自己”财产的绝对义务；正因为它负有绝对义务，所以才不应该归罪于恶意利用交易对方过错而构成盗窃犯罪。如同在柜员取款一样，如果许霆多次恶意的利用柜员过错而交易不构成犯罪就是因为柜员对财产负有绝对的义务，只有这样财产的保护才是有效率的。因而法律从来就不会将利用交易对方过错获利定为犯罪。普通公众都能够有这样的感觉，反而是我们的法学家们认为是盗窃！如果凭感觉尚不能认定ATM机是交易者管理者的许，那么我们再来从法律角度论证ATM机是不是一个交易者和能否实施交易行为。交易者的交易行为在民事法律上叫做“民事法律行为”，我们就分析一下ATM的行为是否属于“民事法律行为”，如果它的行为是一个民事法律行为，那么它就一定是一个交易者，就具有“活的身份和行为”。首先是它体现银行的意志，是银行意思表示的方式，银行通过设定严格、准确和安全的程序来与储户进行交易，银行通过ATM机来管理其交易。其次体现银行的行为，当储户将卡插入进行交易时，储户发出取款金额的指令后，ATM机即按照银行设定的程序指令付款，扣除储户中相应的金额，并将付款数额记录下来，储户也认可ATM机的记录信息和法律后果，双方的权利义务因为取款而发生

了改变，完成了双方所要达到的目的。或者更通俗地说，在ATM机取走一万元，那么你与银行的权利就少了一万元，银行就减去支付一万元的义务。完全符合《民法通则》54条“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为”。再次该行为不违反法律，我们一直都认可它是一个合法的交易行为，对双方都具有约束力。我们在ATM机取款的行为，或者说银行使用ATM机来进行业务操作，符合民事法律行为的三个特征：意思表示；达到民事法律后果的或目的的行为；具有法律约束力的合法行为。我们必须注意这样一个事实，许霆一直是通过自己的账户与银行发生交易，许霆每取一笔款，其账户上都有记录，即双方权利义务在取款时“变更”着，变更的对与错那是另外的法律关系。就要循着“变更”的对与错来判断双方的法律关系和权利义务，而不是从“盗窃”的角度来判断。如果否定ATM机是银行“行为”，否定是民事法律行为，那么所有储户在ATM机取款就是违法行为，所有在ATM机取款的人都在干违法的事？或者该取款行为就不能认定，银行就不能相应扣减储户存款的数额！那我们大家在ATM机的取款都不算数，银行要重新按照没在ATM取款的数额支付给我们，这样荒唐的确结果银行愿意接受吗？国家能够接受吗？社会能够接受吗？法律是这样规定的吗？ATM机“行为”等同于柜员行为，ATM机的法律性质等同于柜员性质，ATM机出错就与柜员出错的法律性质相同，那么利用ATM机交易出错与利用柜员交易出错获利的法律性质也相同！许霆利用ATM机出错而“恶意取款”等同于利用柜员出错而恶意取款。有什么理由可以原谅利用柜员出错而不追究刑事责任，利用ATM机出

错就要追究利用者的刑事责任呢？哪条法律规定银行使用ATM机就可以减少其保管财产的绝对义务？哪种心理状态可以认可银行使用ATM机出错而减少其绝对义务？有没有必要增加立法“权利人在交易中出错而要让对方来承担盗窃罪”的规定呢？我想大家肯定会认为不合理，因为这种行为与盗窃的行为是完全不同的，其社会危害性也与盗窃的危害性不同。那么关于许霆案靠不上盗窃罪是盗窃罪“立法空白”就不存在了，因为许霆本来就不应该构成盗窃罪，这不是说既定的法律上，而是社会的合理需求上。200多年前意大利著名刑法学家贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中说到“刑罚的目的既有不是要摧残折磨一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行”“刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”防范ATM机的钱重新被类似许霆的人取走是要惩罚许霆更有效率？还是管理好ATM机更有效率呢？傻子都知道结果。改善银行管理就能够防止类似的“重蹈覆辙”，还有什么理由“惩罚许霆”盗窃呢？是不是许霆的行为就不能规定为犯罪或者违反治安法律而受到较之民事责任更重点的处罚，又比盗窃罪轻得多的处罚呢？这倒是一个值得讨论的问题，毕竟是恶意的取走17万多元现金啊。如果法律规定一个其它的罪名，以示适度惩戒过度利用他人交易过错的行为，公众的心理可能会认为是社会秩序的需要。从大量的认为“量刑过重”的反映中，我们看到社会对许霆行为还是有一定惩罚的期待的。那是以后制定法律的事，现在只能依法确定许霆无罪，盗窃罪里装不下利用交易对方过错的事实。如果以后制定了这样的法律，那也不是针对ATM机的，而是对所有的利用对方交易出错的恶意获取巨

大非法利益的行为，ATM机不应该有特殊的法律地位。个人的意见可以规定在侵占罪里，只有在权利人要求返还，而非法占有人拒不返还的情况下，规定为侵占罪是比较恰当的。但是现行的侵占罪里并没有这样的规定，只是规定了代为保管、他人遗忘物、埋藏物非法占为己有数额较大拒不返还的。因此，法规规定盗窃罪本来就是合理的，并没有错误，也不是什么“特殊情况”的盗窃，“特殊情况”不能演变成“欲加之罪”，不能使用刑法第63条第二款的“特殊情况”报请最高人民法院核准在最低刑以下减轻处罚。交易方过错并不能构成盗窃罪的“特殊情况”，而是不构成犯罪的问题。是什么阻碍了正常思维 许霆案经过公安机关侦查、检察院的批捕和起诉、中级法院的一审判决，如此多的“直接承办”该案的“刑事专家”们居然是惊人一致地认定许霆构成犯罪！非直接承办的专家学者们居然也以认定构成盗窃罪者居多！盗窃罪的法律条文没有规定，情理上又不能接受，理性的考察社会规范的效果又集中在银行管理上，而不是惩罚许霆的惩罚上，是什么原因还能使众多的法学专家认定许霆构成盗窃罪呢？一个直接的诉求就是许霆“恶意取款”数额巨大，所以要刑法“惩罚”！出发点不是防止“重蹈覆辙”，而是要“惩罚”行为者！“惩罚”的心态占据了人们的心灵空间。一个以国家利益为基点，以道德权力化为标准的思维习惯里，民分为刁民和良民来进行管理，民属于管理的对象，管理对象有错误，自然第一个想法是惩罚，无罪推定原则在法治国家已经有几百年的历史，抄到中国来为什么就那么难呢？即使抄来了也还是如此羞羞答答的不愿意实行？真是纯粹的意愿问题吗？重要的是利益的角度，利益的角度决定谁

是真正的主体问题，也就决定思维的角度，心理接受的角度。长期在这样扭曲的思维里，以致我们不会正常思维，不会从权利的角度，社会主体利益调整的角度来合理思维，尽管我们正在力图调整。对“恶”的惩罚其实在现行的法律体系里面已经体现了层次，道德谴责、民事责任、违约责任、行政违法责任、刑事责任。属于道德的归道德，属于民法的归民法，属于刑法的归刑法，只有严重危害社会关系的恶，不使用刑罚手段不足以以维护社会秩序时才可动用刑罚手段，否则就是酷刑暴政。以许霆行为为中心推到以银行行为为中心，清楚防范的层次在民法上。人性的恶并不可怕，可怕的是对“恶”太过敏感而对“善”的期望太高，非理性的“惩恶”同样会使社会秩序崩落，“文革”的惨痛不应忘记太快！如果判决许霆盗窃罪，将严重打击法律的生命力“理论是灰色的，生命之树常青”，这是克劳塞维茨在《战争论》中的经典名言。判例是法律的灵魂，公众感知法律的教育不是法律条文，而是活生生的案例，从判例中感知法律的生命。判例才会告诉人们法律对个人行为的影响和预期，有法不依是另类的“判例”告诉人们条文中的法律并不能影响人们的生活和预期，那个可以不依法的主体和行为才能够真正影响人们的生活和预期，于是有法不依者集中了社会的权威，把社会引向混乱的歧途。在美国法治秩序几乎是美国司法大案推动，一个“马佰里诉麦迪逊案”确立了美国法院的地位和宪政格局，也展现了美国法官在案件中的责任和智慧。中国的个案虽然不能产生如此影响，但是案件的判决仍然诠释着宪政格局和法律理念，也体现法官的素质、勇气、智慧和责任。许霆案的判决考验着中国的司法制度，法院、法官、

检察官、公安、律师、法律使命、公众意识、宽容、法理、情理、理性、非理性、权力、权利、目的、手段、自我纠错能力等所有主体关系、意识和力量。法治的道路是在司法实践中脚踏实地走出来的，每个人都有责任，法律职业者更有特殊的使命！法治社会是公民幸福、国家富强的保证，我们需要加倍小心维护并推进！站在法治与权治的十字路口，希望我们不要再走错路！（作者：蔡庆发，江西带湖律师事务所）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