

许霆案：类推制度会不会“借尸还魂”？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AE\\_B8\\_E9\\_9C\\_86\\_E6\\_A1\\_88\\_EF\\_c122\\_485258.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_B8_E9_9C_86_E6_A1_88_EF_c122_485258.htm) 众所周知，类推制度已经在中国退出历史舞台，已经离开我们的视线。但是随着许霆案件的发生，类推制度似乎是呼之欲出，会经常看到类推制度的影子在晃来晃去，似乎阴魂犹在，甚至大有复活之可能。79年《刑法》规定的类推制度，虽已“寿终”，但未“正寝”。伴随着97年《刑法》罪行法定原则的确立，类推制度的消亡本来可以盖棺定论。但是，一个制度的消亡，绝非像一个自然人的死亡，死得那样彻底。毋庸置疑，中国经济在以日新月异的速度飞奔，但是由于《刑法》与生俱来的滞后性，新奇的突发的具有社会危害性的行为却时有发生，所以禀承恶有恶报的国人开始怀念类推制度。类推制度遂跃跃欲试，大有登上大雅之堂之趋势。2001年湖北曾发生彩票假球案，由于伪造假球以求中彩之犯罪行为前所未有的，控方大为犯难，遂以类似《刑法》中的诈骗罪和破坏生产经营罪，堂而皇之诉诸法院。类推制度名亡实存，开始死灰复燃。《论中国名亡实存的有罪类推制度》一文发人深思。2002年的刘海洋伤害黑熊案，由于《刑法》第341条只规定了猎捕、杀害野生动物是犯罪行为，而未规定伤害动物是犯罪行为，故对伤害野生动物的行为显得手足无措。国人对类推制度的渴望似乎与日俱增，以至于李寒同志曾撰美文《应恢复刑法的类推制度》，予以大声疾呼。许霆利用自动取款机的故障，疯狂取款17.5万元，事情被媒体曝光以后，舆论哗然。许霆案件，无异于埃及的狮身人面兽，由于面目张得另类，

所以在现行《刑法》中不能找到一个适当的罪名、适当的罪行，给许霆套上穿上。正因为制定《刑法》的巨擘大腕，不是诸葛孔明能掐会算，无法预料到自动取款机会发生故障，同时会被人利用，故该定何种罪名，该给予什么样的刑事处罚，法律界发生了地震。有的认为该行为应当定性为盗窃罪，有的却认为该行为无罪，是不当得利。有的认为该行为符合侵占罪的特征，有的则认为该行为符合信用卡诈骗罪的构成。但是由于许霆案件本身另类特别，所以各种分析，似乎各有其理，但是又都存在难以服人之处。其一、许霆的绝非标准版的盗窃罪。认定许霆构成盗窃罪，这是控方的主流观点，一审法院采信了该指控，遂以盗窃罪判处许霆无期徒刑。但是一审判决面世以后，人们对许霆行为构成盗窃罪的反对之声，此起彼伏。许霆发现自动取款机出现故障、取款1000元只扣1元能多得999元以后，不是拾到天上掉的馅饼回家偷着乐，而是明明知道自己的银行卡上只有170多元，却要卷土重来，疯狂取款171笔，取款总额多达17.5万元，不仅自己取，而且还叫上好朋友郭安山来取，所以“以非法占有为目的”这个盗窃罪的要件，许霆应当说是具有的。问题出在许霆没有盗窃罪构成要件的“秘密窃取”。许霆使用自己的银行卡，使用真实的密码，在监控录像现场拍摄下，按照银行卡操作程序，进入计算机系统。许霆发出提款指令，自动取款机经过运算之后，将款额交付给许霆。问题是自动提款机大脑出人意料的发生了紊乱，多付给了许霆钱，并且是一错再错。盗窃罪是“以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为”。但是许霆的行为明显不符合盗窃罪“秘密窃取”之特征。首先，许霆的每

一笔取款都应当有交易记录，你取款，我记帐，我付款，我销账，对也好错也好，许霆与金融机构之间存在着双方交易。既然存在双方交易，金融机构不仅可以通过监控录像监控，也可以通过交易记录，对谁曾与其发生过交易“看得明明白白”，“知道的清清楚楚”，这怎么能说许霆是在“秘密窃取”？许霆没有破坏自动提款机，也没有偷偷修改、篡改计算机系统，从而使自动提款机无奈被动交钱，而是自动取款机自己出现了故障，“亲自出动”拱手将款交给许霆，这怎么叫“秘密窃取”？既然存在双方的交易行为，许霆怎么会构成单方面偷偷所为的盗窃罪？“失主”主动将钱交给盗贼，天下是否有如此盗窃？当控方承认被害方有过错、存在误算误给时，实际上等于已经承认该案件不构成盗窃罪。“失主”误算误给，怎么等于盗贼秘密窃取偷偷拿走？其二、许霆的行为不完全符合不当得利的规定。毕竟系金融机构的自动取款机故障促成了许霆的取款行为，是银行错给，许霆错拿，所以多人对许霆无罪报有信心。认定许霆的行为符合不当得利的规定，这是辩护律师的无罪辩护观点。不当得利是民法调整的范畴，不受《刑法》规范，如果对许霆无罪辩护成功，法院采信不当得利的辩护意见，许霆将得以自由，那自然是律师的光荣。但是在不当得利这个问题上，辩方事先似乎没有铆足劲下大功夫，倒是控方有备而来一语破的，他指出了“不当得利是指被动地获取他人财物，拒绝返还。而许霆是主动地、恶意地170多次取走银行的钱，是明显的主动非法占有他人的财产”，故许霆的行为不属于民法上的不当得利。根据《民法通则》第92条对不当得利做出的诠释，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，就是不当

得利。这似乎是说，只要是没有合乎法律的理由，取得了不应当得到的利益，都可囊括为不当得利。但是，不当得利的民法理论通说认为，不当得利只可被动取得，不可以主动争取。许霆在第一次取款时，由于自动取款机故障无意多得999元，这应当是不当得利。但是许霆在明明知道自动取款机出现问题，而且取款早已超过自己的存款额以后，却仍然玩命狂取现金170次，这实在是积极促成，而不是被动接受。这已经远离了不当得利。其三、许霆的行为被锁定在《刑法》规定的侵占罪范围之外。人多多少少都存在贪欲，否则不会有那么多疯狂的股民，有那么多亢奋的彩民。在自动取款机出现故障有利可图时，许霆的贪婪得以激发。许霆之所以取款成功，完全得力于自动取款机出现故障。但是一审却以盗窃罪判处许霆无期徒刑，这让许多朋友表现出极端不理解，多认为量刑过重。既然前提是金融机构的自动取款机发生故障，错误的多给了许霆钱，不是许霆非法侵入计算机系统或者破坏自动取款机而造成，许多人认为应当以侵占罪定罪量刑，比较适合。根据《刑法》第270条规定，侵占罪的法定刑，在侵占数额巨大时，最高量刑为五年，远远低于许霆因盗窃被判决的无期徒刑，惺惺惜惺惺，人们会稍稍心理平衡。但是，根据《刑法》第270条关于侵占罪的规定，侵占罪的侵占对象只包括代为保管的他人财物、他人的遗忘物和埋藏物。很明显，金融机构没有委托许霆代为保管财物，许霆完全是出于私欲占有该17万余元。因为金融机构的自动取款机出故障，所以才导致多付款额之差错，绝非金融机构“遗忘”或“埋藏”自己资金之行为。侵占罪对侵占对象和适用范围之立法界定，完全将许霆行为排除在侵占罪之外。虽多人有帮

助许霆之心，但难有保佑之法。其四、许霆的行为不全像《刑法》信用卡诈骗罪的特征。许霆手中持有的是货真价实银行卡，实际上应当是储蓄借记卡，他在自己卡上没有足够余额的情况下，银行ATM自动取款机却意外出现故障，没有拒绝其取款请求，而是“雪中送炭”，促成了许霆的大肆取款的透支行为。许霆的所作所为，又确实有点像《刑法》196条规定的恶意透支，也就是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。由于银行ATM自动取款机程序出现错误，许霆所持的储蓄卡无形中转变为能够透支的“准贷记卡”，致使许霆透支成为可能。ATM自动取款机当时发生故障，在取款人储蓄账户余额不足的情况下，并未拒付，而是吐出1千元只扣除账户里的1元，似乎实质上同意了取款人的透支要约，作出了实际承诺行为。自动取款机是金融机构拟制的营业员，该行为后果自然有金融机构负责。根据《合同法》第25条和第26条的规定，承诺通知到达要约人时生效，承诺生效时银行即与取款人订立了可以透支的新借款合同。但是许霆在透支以后，没有在法定的“准贷记卡”的透支期限最长期限60天内还款，故涉嫌信用卡诈骗罪。但是，许霆手中的借记卡，又的确不同于《银行卡业务管理办法》中准予透支的贷记卡或者准贷记卡。该办法第6条明确规定，“信用卡按是否向发卡银行交存备用金分为贷记卡、准贷记卡两类。贷记卡是指发卡银行给予持卡人一定的信用额度，持卡人可在信用额度内先消费、后还款的信用卡。准贷记卡是指持卡人须先按发卡银行要求交存一定金额的备用金，当备用金帐户余额不足支付时，可在发卡银行规定的信用额度内透支的信用卡。

”而该办法第7条还规定：“借记卡按功能不同分为转帐卡（含储蓄卡，下同）、专用卡、储值卡。借记卡不具备透支功能。”可见，对恶意透支构成信用卡诈骗罪使用的信用卡，在银行专业规范的角度看，是指贷记卡或者准贷记卡，而不包括没有信用额度的借记卡。而许霆手中持有的就是没有交付一定备用金的储蓄借记卡。许霆超过储蓄额度恶意支取，而ATM自动取款机不拒付，而且实际大额支付，实际上是我们一厢情愿，推定金融机构同意了许霆的透支要求，显然缺乏说服力。如此之多分析判断，似乎都有道理，似乎又都有不足之处。之所以发生仁者见仁，有的认为有罪，有的认为无罪，之所以智者见智，有的认为构成此罪，有的认为构成彼罪，原因显然在于，在现行《刑法》中不能给许霆的行为找到合适的对象，不能给他穿上合适的穿戴。既然现行《刑法》没有符合许霆行为合适的罪名及合适的罪行，“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，那么就应当适用罪刑法定原则。罪刑法定原则（也称罪刑法定主义）在近现代已成为一项世界公认的刑法基本原则，我们推行罪刑法定原则顺理成章。我国现行《刑法》中第3条明文规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚。法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚”，这就是我国刑法所确定的三大基本原则中的罪刑法定原则。既然法有明文规定，有法可依，那么就应当有法必依。毋庸置疑，从类推制度到罪刑法定，是人类社会的积极进步。贝卡里亚曾说过，“只有法律才能为犯罪规定刑罚，……超越法律的限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。”罪刑法定原则无疑是正义的使者，她使我们每一个人不至于都成为惊弓之鸟，人人自危，或者时时

顾及不知何时何地就可能触雷犯罪。自然法学派代表洛克曾指出：“法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。”罪刑法定原则无疑是自由天使，她先理而后兵，不存在暗箱操作，使人权得到更大保障，使人们得到更充分的自由。而类推制度因好恶而动，致法律稳定性于不顾，无疑会沦落为罪刑擅断的帮凶。罪刑法定原则符合人权人性的要求，长处优点自不待言。但是《刑法》不会囊括一切犯罪，人非神灵，未来谁能全部预知，如果新的具有社会危害性的行为突然发生，是不是要听之任之？俗语又云，有恶必除。若有恶不除，社会安定有保障吗？人们怀念类推制度，似乎情有可原。而类推制度可谓源远流长，早在《尚书·吕刑》中就有“上下比罪”的记载，古代有之。1979年《刑法》第79条规定“本法分则没有明文规定的犯罪，可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑，但是应当报请最高人民法院核准。”这就是我国刑法中的类推制度，现代曾有之。1926年的苏俄刑法第16条，1935年修改的德国刑法第2条，日本新律纲领卷二名例律下等，都有类推制度的记载，这说明许多国家接受了该理论。既然古今中外，都在实行该类推制度，我国岂能积极让他消亡？类推制度的过早夭亡，是不是我国法制的一大损失？就许霆案件而言，尽管盗窃罪的帽子实在不合适，但是许霆在光天化日之下胆敢觊觎金融机构，明知自己帐户没有足够的钱，却利用自动取款机之故障大把捞钱，而且大肆挥霍不义之财，主观上有恶意，客观上有恶行，不打击，不严惩，国人难道不会效而法之？尽管类推制度本质仍属罪刑擅断主义，但是它可以相时相机而动，及时狠狠打击违法犯罪，这难道不是秃子头上的虱子明摆着的？如果

不对许霆之类杀一儆百，以儆效尤，是不是在放纵国家之财之行径？吕祖谦在注解“上下比罪”时就说：“三千已定之法，载之刑书者也；天下之情无穷，刑书所载有限，不可以有限之法，而穷无尽之情；要在用法者斟酌损益之。”正因为刑法罪名有限，但是天下之情况纷繁复杂，无法意料，这难道不需要我们这些执法者审时度势相机而行？若不打击许霆之流之恶行，国人会答应吗？进也忧，退也忧。适用类推制度，却于法无据，适用罪刑法定，就要放纵许霆。尽管类推制度在幕后，但是时时作祟，跃跃欲试，意图垂帘听政，尽管罪刑法定在台前，但是却缩手缩脚，亦步亦趋，意图退避三舍。滑稽否？有趣否？制度之取舍，原则之确定，关乎许霆之命运，更关乎法律之执行。各种制度各有优劣，各种原则各有利弊。历史之所以选择罪刑法定，肯定自有道理。如果在现行《刑法》尘埃落定，已经明确界定的情况之下，抛弃罪刑法定之先进原则，重拾类推制度之褻褻，这合适吗？有法不依，执法不严，法之威望何存？放纵许霆与褻渎法律相比，孰大孰小，孰重孰轻？我们想到了美国的辛普森案件，刑事上似乎放纵了一个辛普森，但是历史证明，法律制度的威严的传承、法律神圣理念的深入，可谓收获多多，不一而足。前事不远，后事之师。我们能不能为了法律的尊严，大胆捍卫一下罪刑法定原则？国人拭目以待。（作者：段建国，开物律师集团北京事务所副主任）

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)