

许霆的行为应定性为不当得利，不构成侵占罪 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_B8_E9_9C_86_E7_9A_84_E8_c122_485355.htm 许霆从银行ATM自动柜员机恶意取款案近阶段成为人们议论的热点,这个案子的特殊性决定了人们的众说纷纭,我们认为,本案应定性为为不当得利，虽然许霆案发后有逃逸拒不归还的情节，然而由于被害人没有告诉，故亦不构成侵占罪,更不应当是公诉机关起诉的盗窃罪。以下我们先回顾一下案的简要案情,然后再作分析。 简要案情:2006年初，24岁的许霆来广州打工，4月21日晚10点左右，许霆与同事郭安山来到广东省高级人民法院对面的自动柜员机旁，用自己的工资卡取钱，原本只想取一百元钱的许霆，无意中将一百元按成了一千元，自动柜员机竟然真的吐出了一千元钱，十分奇怪的许霆再次把卡插进自动柜员机，查询自己的余额，他发现，自己的余额只少了一块钱，他决定再试试看，反复50多次后，卡中只有170多元余额的许霆，从自动柜员自动柜员机里取出了5万5千元。回到宿舍后，两个人就商量该怎么办？报警或者报银行，郭安山就说，天上掉馅饼一样的，反正不拿白不拿。22日凌晨1点左右，许霆和郭安山再次来到自动柜员自动柜员机前，许霆用自己的工资卡再次连续取款102次，银行卡里原本只有170多元的许霆，一共在自动柜员自动柜员机上取出了17万5千元，他的同事郭安山则取款1万8千元。同年11月7日，郭安山向公安机关投案自首，并全额退还赃款1.8万元。经天河区法院审理后，法院认定其构成盗窃罪，但考虑到其自首并主动退赃，故对其判处有期徒刑一年，并处罚金1000元。而潜逃一年的

许霆，17.5万元赃款因投资失败而挥霍一空，2007年5月在陕西宝鸡火车站被警方抓获。2007年11月6日，广州中院公开开庭审理本案；同年12月初作出一审判决，广州中院审理后认为，被告许霆以非法侵占为目的，伙同同案人采用秘密手段，盗窃金融机构，数额特别巨大，行为已构成盗窃罪，遂判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。许霆不服提起上诉，广东高院二审经书面审理于2008年1月初下达二审裁定，将本案发回重审。重审阶段，公诉机关仍以许霆涉嫌盗窃犯罪进行公诉，且仍被定性为盗窃金融机构，2008年2月22日，广州中院重审开庭，但未当庭宣判。据凤凰卫视报道，广州中院已经将本案逐级层报至最高人民法院进行请示。我们认为公诉机关的指控定性错误，综合各方面的因素来看，许霆取款行为首先应当被定性为不当得利，是否构成侵占犯罪，还要看许霆是否拒绝归还不当得利，是否经过被害人的告诉程序。作如此定性的理由如下：一、许霆从自动柜员机取钱是在自己的银行帐户中取钱，绝非窃取，所取超过其帐户中应有的钱款应认定为不当得利，而非盗窃赃款

1、许霆是用合法手段在自己的银行账户中取钱，显然不是采取“秘密”手段窃取许霆的取款行为是合法实施的，因为其是在采用合法手段在自己的银行账户中取钱。柜员机出错导致许霆银行帐户存款增加是柜员机主的过错，由于银行与柜员机机主之间的委托授权关系，当然也可以视为银行的过错，而并非许霆的过错。许霆没有因为银行过错而停止从自己合法银行帐户内实施合法取款操作的法定义务。许霆取钱后自己账户上的款项也是被扣除的，在取1000元时，自己的储蓄账户上也被扣掉1元，即使由于种种原因导致取款后账户余

额扣减与实际取款金额相差悬殊，也不能以此来否认许霆的行为是从其自己的银行帐户中取款的行为，更不能认为许霆是从他人银行帐户内取钱。因此，许霆所取超过其帐户中应有的钱款应当认定为自动柜员机的误付，而这种误付行为显然不应当定性为窃取行为。

2、自动柜员机知道，就应当视为银行知道，否则持卡人取款时自动柜员机不付钱或少付钱，持卡人岂不是不能向银行索要欠款了？自动柜员机虽然是机械，但是，其属于受委托代表银行进行意思表示，否则，如果自动柜员机不代表银行进行意思表示，谁还敢在自动柜员机上进行操作。认为许霆应定盗窃罪的一个典型观点是自动柜员机知道，不等于银行知道。如果这种观点成立，那么请问我到自动柜员机取款时，如果与自动柜员机相连的电脑虽然把我卡上的钱扣掉了，但是不给我现金或少给我现金，我还能找银行要钱吗？！因此，自动柜员机知道不等于银行知道的观点是站不住脚的，自动柜员机知道无疑应当视为银行知道。而且，《合同法》第十六条第二款规定：“采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间”。第二十六条第二款规定：“采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定”。自动柜员机实际上是银行指定的存取现金、接收数据电文的特定系统，许霆在自动柜员机上插卡输入密码等行为就意味着相关的数据电文已经进入银行指定的接收系统，从法律层面上讲，银行已经知道了许霆的行为。因此，计算机系统知道而不是银行知道，进而推断出许霆的行为

是秘密窃取的观点是站不住脚的。另外，《银行卡业务管理办法》第三十九条规定：“发卡银行依据密码等电子信息为持卡人办理的存取款、转账结算等各类交易所产生的电子信息记录，均为该项交易的有效凭据”。该条规定清楚说明许霆的行为只是一种依据密码等电子信息办理取款的交易行为，更说明，许霆的行为非秘密窃取行为，不可能构成盗窃罪。

3、许霆取钱过程中没有采取任何措施破坏自动柜员机的任何防护措施，也没有规避任何防护措施，许霆案不具备定性为盗窃的必要条件。构成盗窃行为必须具有破坏防护措施或规避监管措施两个条件之一，这两个条件是构成盗窃犯罪“秘密窃取”的必要条件。而许霆在取钱过程中，是按照合法、合理、惯常的方式操作自动柜员机，没有采取任何措施去破坏自动柜员机的任何保护措施，更没有逃避银行的任何监管，因此，许霆的钱是自动柜员机的误交，而非许霆“秘密窃取”所得。

二、许霆对不当得利负有保管义务 《民法通则》第九十二条规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”许霆取得的17.5万元是没有合法根据且造成银行损失的，是典型的不当得利。许霆对这17.5万元负有返还义务。而保管义务则是返还义务的必要组成部分。如果许霆对这17.5万元没有保管义务，返还义务根本不可能得到履行，因此，无论谁，在银行自动柜员机上取款，如果发生错误，自动柜员机多付款了，取款人对多付款部分都负有代为保管义务，而不能弃之不顾，如果有谁将多交的钱随手扔掉，那么他对这个部分仍负有返还义务。因此，保管义务是返还义务的应有之义。

三、如果许霆将欠款归还自动柜员机机主或银行，则无罪，如果

拒不归还，则构成侵占罪 刑法第二百七十条规定：“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。”许霆自己的不当得利17.5万元实际上是具有代为保管义务的，对负有保管义务的17.5万元应当返还自动柜员机机主或银行。只要许霆将自动柜员机错误多付的款项归还自动柜员机机主或银行，许霆即应认定为无罪，该事件也就是一个民法中的不当得利；如果许霆拒不归还自动柜员机错误多付的钱，则依照前述刑法规定，由于该行为具有较大的社会危害性，应当定性为侵占罪。本案中许霆在取得巨额不当得利后，逃离原先工作单位并将该巨额不当得利用于投资，结果因投资失败而无力偿还，应当认定其存在拒不归还的事实，故构成侵占。需要特别说明的是，以上观点是根据本案的事实来分析认定的，但从辩护人角度而言，由于其“提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的材料和意见”的职责所系，只能针对控方指控进行辩护，而不能代替控告方进行指控告诉，更不能代替法院进行司法认定，故我们认为辩护人为许霆进行无罪辩护是正确的，理由：一是有刑事诉讼法第一百六十二条第（三）项规定的依据：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”。二是有刑法第二百七十条第三款的依据：“本条罪，告诉的才处理”，即由于被害人A T M自动柜员机的机主（据媒体报道机主根据其与银行的有偿代理协议已赔偿银

行全部损失，银行已没有事实依据再行告诉）并未直接向法院进行告诉，故根据不告不理的基本原则，法院不应当认定许霆的行为构成侵占罪。三是有刑事诉讼法第十二条的依据：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”即任何人都必须经过控诉、审理程序才能宣告其有罪。（作者：沈达明、方忠宏，江苏致邦律师事务所） 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