

我们如何将许霆案打造成法治进步的典型案例？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__E6_88_91_E4_BB_AC_E5_A6_82_E4_c122_485378.htm

新年伊始，广东省高院裁定，广州市中院关于许霆“盗窃金融机构罪”的一审判决“事实不清，证据不足”，据此撤销一审判决，发回重审。可以说，这场跨年度的审判已成为一场全民参与的公众事件。银行、法院、无期徒刑、无罪、盗窃、非法侵占、不当得利等关键词和法律术语勾起公众无限的热议，许多法学专家和普通公民在他们的博客中写下看法。有人这样说：“许霆案将如何塑造中国法律，我们拭目以待。”我作为一位普通公民，也热切地希望管辖此案的司法机关能够努力工作、严格依法办案、力争将这起性质特殊的案件办成典型案例。几天来，我们集中时间，看了许多关于许霆案定罪量刑问题的讨论和说法。大家要么咬住柜员机是不是银行的问题不放，要么就咬住许霆取款当时的行为性质不放，我认为这些思维角度都很拘谨，缺乏辽阔的法学视野和严谨的逻辑思维方法。要达到科学与严谨的法学思维，并将本案打造成中国法治的经典作品。我认为我们必须首先构筑三个基本前提：第一个基本前提是，本案中被许霆拿走的那174825元钱本身的法律属性究竟是什么？这个前提将决定该案是民事案件还是刑事案件的问题。这是司法机关和大多数人都没有仔细思考过的。另一个基本前提是：许霆究竟在哪个时间段上开始着手实施犯罪？这个前提将决定许霆的行为是盗窃罪还是非法侵占罪的问题。这更是绝大多数人都没有仔细思考过的问题。第三个基本前提是程序方面的，本案到底应该是一个公

诉案件还是一个自诉案件？而一旦破解了这三个基本前提，答案自然也就水落石出了。打造中国法治经典案例也才有现实可能性。

一、我们先来说说第一个基本前提：柜员机是机器。机器就是机器，它不是银行，银行是人。将人和机器混为一谈，这不但不合逻辑，而且荒谬可笑。网友在这个问题上产生了一种我经常说的思维痉挛----不看机器为什么出错，只讨论机器本身是不是人，而这个“机器本身是不是人”的问题本来就是一个伪问题，因此所导致的任何联想和答案就不但都是错误的与不合逻辑的，同时也是幼稚和荒唐的。当我们把视角改到“机器为什么出错？”这个问题上，并从法理学角度来论证这个问题的话，我认为：鉴于任何任何法律意义上的行为，都是人的意志的外化.而本案中银行对于许霆的帐户支付命令，只可能是命令机器在许霆的帐户余额限度内（170余元）支付，而绝对不可能指示和命令机器在许霆的帐户余额限度之外再支付174825元的.在这个问题上，机器出故障漏掉了银行的钱，是银行命令它出故障并把钱漏出去的吗！?显然不是、也不可能是出自银行的意志！所以，机器多付钱的机械动作压根就不是银行意志的外化!机器多付钱的机械动作也就根本不可能代表和体现银行的意志! 说句大白话，柜员机只是一只钱口袋罢了，问题在于：这个钱口袋有个主人不知道的窟窿，这个窟窿第一个可能是买钱袋的时候就有的，即由于那台离行式单体柜员机的软件系统制造商的过错形成。第二个可能是软件系统升级时负责升级的技术人员的过错造成的。在这种情形下，从这个窟窿里漏出来的钱自然是银行的遗失物，或者遗忘物。这笔钱绝对不是银行自愿送给许霆的，当然也不是许霆扒窃走的，而是因为软件制造

商或者系统升级技术人员的过错导致银行遗失的财产！这便是理解本案性质的至关重要的第一个基本前提。事实上，那银行也确实是在从那窟窿中漏出19万3千多元钱（包括郭取走的18000元）长达50个小时后才发现丢钱的。因此，我们必须先将这丢失掉的174825元看成是因为制造商或者系统升级人员的过错造成的遗失财产，只有这样，我们才好进行后续的论证与推论！

二、我们再说说第二个基本前提：几乎所有的人都把目光集中在那个提款之夜，这是不对的。我们最好不要把判断许霆行为性质问题的着眼点放在许霆提款当时，而要放置在他的犯罪起意的发生时间以及着手时间。关于这个问题，假如我自己是许霆，采用设身处地的换位思考的话，我恐怕会这样思考（其他人恐怕也会这么思考的）：假如指控我出于盗窃的动机和目的去取钱，我一定不服气！我当时只是觉得刺激、紧张，也根本不知道自己这样做是什么法律性质，但是，我一定不承认我当时就有犯罪故意的，我肯定是有激烈的思想斗争过程的。因此，如果说我这时候就想把这些“白拣”来的钱说成是我出于盗窃犯罪的目的去拣的，我肯定不服气。更加重要的是，我的名字和身份证号码、家庭地址都掌握在失主（银行）手里，他们当时就能够知道我是谁并且查找到我的呀。你们见过那种一面偷别人的东西一面还把自己的姓名、年龄和家庭住址等真实身份告诉给失主的小偷吗？所以，你们说我当时是秘密窃取，我一定不承认。我当时是个精神正常的人，不是精神不正常的人啊。我拿钱的同时，也把自己是谁告诉给了失主，这怎么能算是采用秘密手段呢？当我取走钱之后，我面临着一个类似于哈姆雷特式的问题：还，还是不还？这确实是个问题。我当时确实

是想着要保管几天以后再看的呀。但是，后来。我的思想中的恶压倒善，于是，我开始逃跑，我的犯罪起意开始产生了。再后来，我的单位领导、银行都给我打电话，让我还钱，让我去自首，我拒绝了。这样一来，我可能就构成犯罪了……笔者是个法理学教师，站在法理学的角度，我认为：在第一个基本前提下，对于这174825元，如果许霆尽快归还，自然不属于非法侵占，但是，很遗憾，许霆不但拒绝失主要求归还，而且还被他挥霍掉了，这样一来，他的行为就成为一个完整的非法侵占犯罪的构成要件的覆盖对象了。综上所述，我认为，关于许霆的行为性质，主要应从以下各点进行考虑：（一）关于本案的犯罪对象：因柜员机软件系统制造商或者升级技术人员过错导致的遗失财产174825元。而拾得他人财产是一种典型的不当得利。因此，这笔钱在许霆提取当时是民法意义上的不当得利，我国民法将此称为不当得利之债，依法应当返回失主。获得不当得利的许霆是债务人，失主银行是债权人。所以，拣到东西要归还失主，不仅仅是个道德问题，也是我国民事法律的明文规定。但是在刑法上，拒不返还不当得利的行为就是非法侵占罪了。在两者之间有着从民事到刑事的转折关系，其转折点是获得不当得利的人拒不归还不当得利。本案中，当许霆开始逃跑、拒绝还钱和自首、挥霍来自银行的不当得利之后，这笔钱便从不当得利转化为非法侵占罪的犯罪对象了。（二）许霆犯罪构成的主观方面是逐渐形成的：用许霆自己的话说“当时有代银行保管的想法”，这是他说出的真话而不是假话，反映了他在提款当时的真实而又复杂的心理状态。只有当他逃跑后想法发生变化才是犯罪起意。而拒绝还钱的时候就是他从犯罪起意

走向犯罪着手的根本转折点。用法理学的话来说，只有这时候，主体内在的非法侵占意志才开始外化为具体的犯罪行为。

（三）关于许霆犯罪构成的客观方面：许霆提取174825元当时不是犯罪行为，算是拾得银行遗失财产。只有当银行要求他归还并向公安机关自首，遭到许霆的拒绝时，这种拒绝行为和随后的花用行为才是刑法意义上的侵占行为。拒绝行为加花用后果，组成了非法侵占犯罪行为的客观方面。

（四）理解本案性质的刑法学理论根据是：按照刑法学界主流观点，在侵占罪中，假设行为人拾得他人（包括法人）遗失物之时，其拾得行为本身并不违法，但是在民法上对拾得者课以代为保管而后返还的义务。只有当行为人仍占有完整的代为保管物，却拒绝了权利人退还的要求，这就是我们通常所说的能还而不还，就是典型的侵占行为。再多说一句，在法律专业圈的讨论中，搞刑法的不懂民法，搞民法的不懂刑法。大家都在画地为牢，隔山打牛。所以对此案理解各有偏颇。而只有使用法理方法对两个部门法的认识进行综合统一，方可作到度势揆情，对本案的定性问题得到正确的答案。总之，简单来说，这个案子是刑法案子，认识问题的方法和角度却应该是民法角度，只有这样，才能达到法学视野的辽阔和逻辑上的周延与思考方法的正确啊！另外，这个案件的定性要回到正确的方面来，还必须要有程序上的配合。因为侵占罪是自诉案件而不是公诉案件，所以，必须将目前的公诉程序全部推倒，国家退出本案控方身份，该由银行担任刑事自诉人，才能最终实现。这就是本案的第三个重大前提了！通俗地形容一下：本案审理到现在，已经构成一个“亚历山大之结”，我们必须使用亚历山大大帝的那把宝剑，将这

个“结”彻底砍断，重新打一个正确的“结”，方为法治正途。而亚历山大大帝之剑的落剑之处，只能是公安机关当初受案、立案之际。因为，在这个地方，由两个主体（银行、公安机关）和两股力量（行政法意义上的报案或者控告、公安机关的本能受案和以启动公诉程序为目的的立案）扭结成了最初的错误，这个程序性错误的根源是来自否认“先民后刑”原则、采用中国司法习惯（不是惯例）中的刑事优先原则的影响的。所以，我们应该从第一次跌倒的地方重新开始，在程序上重新来过，这就必须将即将开始的新程序建立在彻底否定已经完成的旧程序的基础上。只有把旧楼连根拔掉，才好盖新楼！只有这样，才能把本案打造成法治经典。以上算是我对本案在法律实体问题上的基本看法和分析。三、我们再说说第三个基本前提：如何从公诉程序转向刑事自诉程序 要实现这个转向，有个重要的拐点，那就是许霆案的判决书在认定犯罪事实方面存在明显而重大的错误！前面说过，广东省高院裁定，广州市中院关于许霆“盗窃金融机构罪”的一审判决“事实不清，证据不足”，据此撤销一审判决，发回重审。许多网友可能认为这个依据只是官样文章、公文套话而已，对案件本身的定性和量刑并无实际的意义。但是，几乎所有的讨论者，甚至包括许霆本人及其辩护律师，在关注案件的定性是否正确、量刑是否过重的时候，都忽略了一个可能影响案件未来发展方向的重要细节，那就是司法机关在对本案的犯罪事实进行认定时出现了明显的错误，这将有可能影响到案件未来的发展方向。在仔细地阅读了广州市中级人民法院的判决书、广东省高级人民法院的裁定书之后，我发现，原审法院对案件事实的认定结论是：当被告人

许霆用自己的广州市商业银行银行卡（该卡内余额170多元）提取工资时，发现银行系统出现错误，即利用银行系统升级出错之机，分171次恶意从该柜员机取款共175000元。得手后携款潜逃，赃款被花用光。而后，判决书主文第二项判决追缴被告人许霆的违法所得175000元发还广州市商业银行。在这里，司法机关犯了两个明显无疑的错误：第一个错误是，一方面认定许霆卡内余额有170多元，另一方面却言之凿凿地确认许霆犯罪所得赃款为175000元，这就把许霆卡内原有的余额170多元也认定成是赃款了，这是很荒唐的。按照许霆在柜员机取款的经过来看，当他每从柜员机中提取1000元，柜员机就从许霆的银行卡中划走1元钱。以此推理，假设许霆以千元为单位提款171次，得到175000元，柜员机必然从许霆的银行卡中划去175元。这175元是许霆的私人合法财产，怎么可能是赃款呢？因此，许霆提取的“赃款”只能是174825元，而绝对不应该被认定为175000元的！另外一个明显的错误是：关于卡内余额究竟是多少的事实，判决书说170余元也是属于事实不清的。在现代化的银行里，许霆提款前卡内余额究竟有多少？提款后卡内余额又究竟有多少？应该是两个明确的数字，而不可能是一个大约数！至于证据不足的问题，就判决书文字进行分析和对照，主要出现在法院所认定的“银行系统升级出错”这一事实上。原审判决说：“有被害单位广州市商业银行报案材料、证人黄敏穗的报案笔录、银行交易流水账、许霆在广州市商业银行的开户资料证实：位于平云路广州市无线集团工业区门口的广州市商业银行离行式单台柜员机在案发当时系统升级出错……”。按照刑事诉讼举证规则的相关规定，对这一事实的认定，必须具有起码的

来自柜员机制造商证据、对软件系统升级操作人员的询问笔录、计算机软件专家的鉴定结论等相关证据予以证明，但是，从判决书中，我看不出司法机关收集过这些证据并且由控方向法庭举证的任何迹象。有一个有趣的细节是：在这份决定许霆终身命运的判决书上，法庭确认的第一条和第三条证据中居然缺少“2”，直接从“1、被害单位广州市商业银行报案材料、证人黄敏穗的报案笔录、银行交易流水账、许霆在广州市商业银行的开户资料证实……”跳到了“3、同案人郭安山供认及笔录证实……”。对此，也许普通人会以为这是司法人员工作上的粗枝大叶而已，但是，这个细节还存在另外一种显而易见的可能性：当审判人员发现第2号证据对他（她）制作的判决书后面的事实认定部分不利或者出于其他不得而知的考虑时，就故意地从判决书打印稿当中删除了这份证据。这就不仅仅是证据充足不充足的问题了，在“不惮以最大的恶意猜测国人（鲁迅语）”的网络思维方式下，是可以让非专业网民产生各种各样的“浮想联翩”的……我当然不能想象审判人员会故意地隐匿或者销毁也许、可能存在的第2号证据。我只是无法想象：对这么明显的关于两个钱款数字的事实认定错误，究竟是如何滑过司法人员的“法眼”的？答案可能只有一个：不假思索、草率下判。因此，广东省高级人民法院裁定中所说的“事实不清、证据不足”就不再是官样文章或者没有实际意义的公文套话了。按照笔者从事法律实践工作的经验，这两个钱款数额错误应该不仅仅存在于法院判决书中，在检察机关的起诉书、公安机关的移送审查起诉申请书中肯定也是存在的。正确、合法、及时是司法公正的生命，人民法院正确进行审判的基本前提是认定事实

实正确，而事实清楚、证据确凿是法院判决合法与正当的基础，是司法公正的命脉所在。现在，处理许霆案件的公安机关、检察院和原审法院连本案最基本和最重要的案件事实都认定错误了，我们还能相信判决书的权威性和公正性吗？一滴海水往往既能折射太阳的光芒，也会反映黑暗和乌云。司法机关在办理这个全国闻名的重大案件时，竟然出现这种令人不可思议的严重错误，我们自然就有理由怀疑其是否真的有确凿的、明确的和无误的直接证据和其他间接证据来证明许霆的犯罪事实之全貌了。在这里，我请求该案的公诉机关广州市人民检察院本着以事实为根据、以法律为准绳的精神，以对国家法律负责、对案件事实负责、对社会舆论负责的精神，有错必纠，严格依法办事，请求法院延期审理，将此案退回原侦查机关进行补充侦查。然后在补充侦查并且获得明确、实在、有效的证据的前提下重新决定是否继续提起公诉。鉴于我心里明白但是现在还不能言说的“两个不可能查清”的案件事实，最后，广州市人民检察院应该可以也完全能够以“存疑不起诉”的方式决定撤回公诉，然后，公安机关按照有关规定撤消此案。然后，两机关均可通知银行方面自行向法院提起刑事自诉，该项自诉将以许霆为被告、以非法侵占罪为请求。然后，当程序上的“旧楼”被连根拔除之后，在新的程序演进中，银行可以自诉人身份起诉许霆犯有非法侵占罪。那么，当核心法律事实被校正为遗失174825元，其法律属性被定性为银行遗失物的情况下，结合许霆在长达一年的时间潜逃在外拒绝银行建议还钱自首、并且将174825元挥霍一空的两个案件情节，案件结局将可能演化成ABCD剧结尾：A结尾：银行自行起诉后经过调解，在许霆

归还174825元的损失后银行撤诉结案，许霆可以不负刑事责任。银行把收宇通广电公司的同等数额的钱归还给该公司。

B结尾：如果银行坚持刑事自诉以儆效尤，则许霆依然不能逃脱刑事处罚。 C结尾：银行声明放弃刑事自诉。在此情况下，是银行自行处分其权利，合法合理。 D结尾：银行不起诉也不表态。经过法定时效后，银行失去刑事自诉权利。另外，已经向银行赔偿了损失的广电宇通公司也可以视银行动作相机行动，或者径行行使代位求偿权、以返还不当得利为诉讼请求成为刑事自诉附带民事诉讼当事人。如果银行不提起刑事自诉，该公司也可单独对许霆提起民事诉讼。无论如何结尾，都是程序正义，都是合法合理，都是法律尊严得到维护..... 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