

许霆案之法律症结与肯要 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_E4_c122_485408.htm,br> “许霆案”引发了包括法学学者、律师、众多网友在内的“全民大讨论”，并被南方周末与中国影响性诉讼研究中心评为“2007年度十大影响性诉讼”。本案引发的讨论延及民法、刑法、刑事政策以及社会学等等诸多方面，本案是否构成犯罪？构成什么犯罪？始终是本案的两个核心问题，笔者对此从刑、民两个方面来发表一些管见之谈。

一、基本案情 2006年4月许霆在一家商业银行的ATM取款机上取款时无意中发现ATM机出错，他本想取款100元，结果ATM机出钞1000元，而银行卡账户里却只被扣除存款1元。于是，他便利用ATM机的这一系统错误，先后取款171笔，合计17.5万元。其后，于2007年12月16日，许霆被广州市中级人民法院一审判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。2008年1月16日，广东省高级人民法院裁定将“许霆案”发回重新审判，2008年2月22日，许霆案在广州市中级人民法院开庭审理，“许霆案”的最终结果尚未可知。

二、未违反财物人意志是本案不构成盗窃罪的关键 目前各方对许霆案争议的重心在于许霆的行为是否构成“盗窃罪”？而这个问题的焦点又集中于许霆的行为是否属于“秘密窃取”。我们知道秘密窃取是盗窃罪的重要特征，也是区别其他侵犯财产罪的主要标志，所以，正确理解秘密窃取行为，就成了本案是否构成盗窃罪的焦点，而该焦点之关键又在于是否违反财物人意志。对于“盗窃”行为的定义没有明文的法定解释，在刑法学理论上一般认为

“秘密窃取”是盗窃罪的客观方面要件。所谓秘密窃取，通常认为是指行为人采取自认为不会被财物人（包括财物的所有人、保管人、经手人）发觉的方法，将公私财物非法占有的行为。从这一定义可以看出秘密窃取的认定应包含两方面的内容，一方面是行为人主观上认为其行为本身具有秘密性（不被财物人发觉）；另一方面是财物人（被害人）无意志或违反财物人意志，财物人无意志是指财物人未发觉盗窃行为，违反财物人意志是指财物人发觉了盗窃行为，财物人在主观上不会对盗窃行为的性质产生错误认识而将财物主动自愿地交付给行为人，行为人拿走财物的当时与财物人的意志相违背。这是盗窃罪区别于诈骗罪的一个主要特征，诈骗罪是财物人基于行为人的诈骗行为而陷于认识错误，并基于这种错误认识将财产主动处分给他人，行为人拿走财物的当时是与财物人的意志不相违背。就本案而言，许霆的行为是否构成盗窃罪关键是看是否违背了财物人的意志。笔者认为没有违背财物人的意志，因为许霆取得额外款项是银行ATM机存在技术故障所导致的，并且许霆是按步骤正常操作的，该技术故障不是许霆造成的（这是本案不属于诈骗罪的主要原因），可见银行ATM机是主动自愿将额外款项给付许霆的，许霆取得额外款项的行为时并不违背财物人的意志，因此，许霆的行为不属于秘密窃取，不构成盗窃罪。公诉机关对此认为许霆的盗窃行为并不是针对自动柜员机，而是针对银行，因此许霆的行为仍然是一个单方行为。言下之意也包含：银行ATM机出现故障而主动自愿将款项支付给许霆，不代表银行的意志，向许霆支付额外款项是违背银行意志的，因此是秘密窃取，构成盗窃罪。被看这种观点似乎有道理，但是

仔细从法理上分析，这种观点是站不住脚的，理由如下：

（1）ATM机是银行采取的一种快捷低成本的交易工具，是银行柜台服务的延伸，是银行的有机组成部分，储户到ATM机办理业务与到柜台办理，其性质和后果没有法律上的区别，储户到ATM机与柜台服务员一样都代表的是银行而对外发生业务往来，ATM机的程序设置不论是否存在瑕疵都是银行意志物化的结果。（2）违反财物人意志是有时间性的，是指行为当时违反财物人意志，而不是指事后违反财物人意志。而本案中在取款当时只能是ATM机所代表的银行意志（即自愿额外付款），而不能以事后发现故障时的银行意志来认定许霆的行为。在实践中，如果是银行柜台服务员的单方失误而给予顾客不当利益的，事后发现都是要求顾客返还不当得利来解决，司法实践亦未出现将此作盗窃罪处罚的先例。究其原因就是因为顾客取得不当利益的当时不违反银行的意志，并且银行柜台服务员的单方失误不是顾客原因造成的。那么在业务中与柜台服务员处于同等法律性质的ATM机出现此类情况，ATM机与柜台服务员一样在行为当时都代表着银行意志，其法律后果也不应存在区别。（3）如果我们将公诉机关的上述观点作归谬推理，将得出一个可怕的结论：如果ATM机在行为时不能代表银行的意志，那么ATM机的动作都不是银行意志的体现，ATM机所发生的一切业务（无论是有无故障发生）都不是银行的意思表示，在民事上都是无效的民事行为，都应作为不当得利返还，这显然是荒谬的。

三、本案行为的普遍性分析 如果对本案行为进行抽象分析，就会发现本案之所在“秘密窃取”问题上发生重大分歧，是因为本案具有不同于一般盗窃犯罪行为的如下特征：1、“正

常行为”所谓“正常行为”，是指本案中双方存在储蓄合同的民事关系，许霆没有采用破坏性、技术性等手段非法进入到银行系统来获取款项，其行为本身与正常取款并无二致，是按ATM取款机的程序要求正常操作。这与一般盗窃行为明显不同，例如不同于溜门撬锁、挖洞跳墙等入室盗窃行为以及在公共场所掏兜割包等扒窃行为，也不同于破解帐户密码、侵入他人计算机系统的网络盗窃行为。

2、“对方失误”

一般而论，盗窃犯罪都是利用对方的失误或疏忽来实施的，比如忘记锁门而失窃、忘关保险柜而失窃或者失灵的报警装置未及时更换而失窃等等。我们不难发现利用这些失误都是在防护财物不被侵犯方面的失误，而不是主动给付财产的失误，在这种失误下，财物人对非法占有财物的行为在当时无意志或非法占有其财物的行为在当时违反了其意志，因此，这种失误不影响盗窃罪的构成；而本案的失误表现为主动给付财产方面的失误，在这种失误下，非法占有其财物的行为在当时不违反财物人的意志，拿取财物人“公然自愿奉上”的财物，显然不是偷盗行为。两种失误的区别就如同在一个小卖店，前者的失误就好比店主出于疏忽没有关好和留意钱匣，被人趁机拿走了钱；而后者（即本案）的失误，却是店主疏忽大意地把一百元当作十元找给了顾客。前者当然属于盗窃行为，而后者显然不是。如果我们把符合本案上述两个特征的行为推而广之，就会发现社会生活中大量存在此类行为，具有普遍性而不是本案所独有，比如：找错钱（如上例将一百元当作十元找给了顾客）、卖错货（如一家珠宝店因工作失误将优质高价的翡翠摆在了廉价货中出售，你虽然发现了翡翠标签上的实际高价但售货员未发现，于是你卖了几

样)、另外还如现在水、电、天然气、暖气已大量使用了仪表和磁卡的方式,如果仪表发生计数不动而能照常使用的故障,用户不报告修仍继续使用。种种这些行为的共同特点都是双方都存在这样那样的民事关系,(1)如果不从结果上看,就行为人的行为本身而言,都是民事活动中的“正常行为”; (2) 行为人获得利益的结果都是以“对方失误”为必要条件的,对方不失误则行为人不可能获利,并且对方的失误不是行为人的原因导致的。显然不能将此类行为一律作为盗窃罪或其他犯罪来处理,在实践也多以民事途径解决,比如对于因质量瑕疵、折旧磨损、高温辐射等原因导致用电计量装置不正常的情况下出现的用户不当用电,就不作盗电来对待。《供电营业规则》第79条规定,用户认为计费电能表不准确时,可提出校验申请。对计费电能表确实不准的,应根据民法不当得利制度,进行电费多退少补的结算。是不是此类行为一律不作为犯罪处理呢?那也不是,当民事行为超过一定限度,具有相当程度的社会危害性时,就将纳入作为社会防卫工具的刑法的调整范围,即所谓的“出民入刑”,“刑法在根本上说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量。”[]从司法角度看,本案此类行为的入罪、出罪,是以罪刑法定为前提。我国现行刑法分则第五章共规定了12种具体的侵犯财产罪。按照犯罪目的的不同,可以分为三种类型:(1)以非法占有为目的的侵犯财产罪。包括抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、聚众哄抢罪、侵占罪、职务侵占罪、敲诈勒索罪。(2)以挪用为目的的犯罪,包括挪用资金罪、挪用特定款物罪。(3)以破坏为目的的犯罪,包括故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪。本案对罪名的争

议主要是盗窃罪、侵占罪、诈骗罪（包括金融诈骗），其他罪名明显不符合本案情况，对这三个争议的罪名，笔者在前面已排除了诈骗罪和盗窃罪，那么对本案此类行为是否可以适用侵占罪呢？

四、从不当得利分析本案的定罪

（一）在民法上属于不当得利 对于不当得利，我国通说认为其构成要件为：（1）一方获得利益；（2）他方受到损失；（3）取得利益与所受损失间有因果关系；（4）没有合法根据。理论界对受益人的主观状况是否应成为构成要件存在肯定说和否定说两种观点：肯定说认为“不当得利的功能在于使受领人返还无法律上原因所受的利益，就构成要件而言，不以受益人的行为是有故意过失、不法性为要件”。[]“不当得利本质上是一种利益，与当事人的意志无关，只要存在不当得利这一事实，不论当事人意志如何，均应产生不当得利之债。”[]否定说则主张，“从主观方面来看，当事人取得的不应当取得的利益时的主观状况应是善意的，”并且认为“只有基于善意的主观状况所取得的不应当取得的财产才能具有不当性，而不是非法性。”[]我国大多数学者持肯定说观点而成为通说，并体现在了立法上，我国《民法通则》第92条规定：“没有合法根据，取得不当得利，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”因此，受益人主观上是否有过错，不影响不当得利的构成。对于本案，有人认为：许霆在主观上有过错，并存有非法占有的目的，他是主动追求利益而不是被动得到利益，故而认为不属于不当得利，显然这是持前面所述的否定说观点得出的结论。但根据通说，不当得利本质上是一种利益，不当得利应属于事件，法律规定不当得利之债的目的，并不在于要制裁受益人的得利行

为，而在于纠正受益人不当得利的不正常不合理的现象，因此本案这类行为从民法角度分析，其法律性质应当属于不当得利。（二）在刑法上属侵占罪 不当得利虽然表明本案这类行为在民法上的法律性质，但并不意味着所有不当得利都不具有可罚性，当其主观恶性与客观危害达到一定程度时，就具有纳入刑法调整范围的合理性。我国现行刑法中规定的侵占罪，其实涵盖了这一社会关系。我国刑法第270条规定了侵占罪，该条第1款规定：“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”构成侵占罪；第2款又规定：“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，”也依照侵占罪处罚。对于该法条有两种学理解释，产生两种解释的根源在于人们对如何界定“代为保管”存在分歧??可以概括为狭义说和广义说两种不同观点。1、依狭义说来解释 狭义说主张对保管作严格的限制解释，代为保管必须以双方当事人之间存在明确的保管关系为前提。如代为保管是“接受他人委托暂时代其保管”。[]代为保管是“是他人暂托自己保管、看护”[]。依狭义说来理解侵占罪法条，我国刑法规定的侵占罪的犯罪对象则只限定为三种，即（1）有明确委托关系而保管的他人财物，（2）遗忘物，（3）埋藏物。2、依广义说来解释 广义说认为不应机械地从字面上理解“代为保管”，“代为保管”不应局限于双方当事人之间明确的委托保管关系，还应包括行为人未经委托而自行保管的他人财物的情况。如“代为保管，主要是指基于委托合同关系，或者根据事实上的管理，以及习惯而成立的委托、信任关系所拥有的对他人财物的持有管理”。[]依广义说来理解侵占罪法条，我国刑法规定的侵占罪的犯罪对

象并不局限于基于委托关系而保管的他人财物，还包括其他基于法律上或者事实上的原因，如租赁、借用、担保、承揽、运输、无因管理、不当得利等等原因而持有管理的他人财物。根据我国政治、经济的发展需要，刑法不但注重保护国家、集体的财产所有权，同时也注重保护公民的财产所有权，并且也为了减少司法实践中在这方面的困扰，另外结合对国外侵占罪立法的现状和趋势的研究，目前，多数学者倾向于广义说。笔者赞同广义说，依照广义说的观点侵占罪的犯罪对象应当包括不当得利，因为受益人负有返还不当得利的法律责任，因此在返还不当得利前，受益人应对他人财物承担善良保管的义务。但不是所有的不当得利都可作为侵占罪的犯罪对象，因为侵占罪本质在于将自己合法持有的他人财物非法占为己有，合法持有他人财物，是本罪成立的前提，如果行为人持有他人财物一开始就是非法的，则当然不可能构成侵占罪。如前所述，不当得利不以受益人的主观过错和行为的不法性为要件，因此，那些基于违法行为所取得的不当得利不能作为侵占罪的犯罪对象。就本案而言，许霆在发现ATM机的技术故障后，出于非法占有的目的，先后取款171次，因此有人认为：许霆第1次取款时，不知道ATM机有技术故障而取得的额外款项（不当得利），可以作为侵占罪的犯罪对象，但其后，他在明知情况仍上百次的取款，其主观上为故意，并有非法占有的目的，由此而非法取得的额外款项不能作为侵占罪的犯罪对象。笔者认为这种观点不能成立，理由如下：法理上，一般认为，违法行为有四个构成要件：（1）必须是违反法律规定的行为；（2）违法必须是危害社会的行为；（3）原则上必须有故意或过失。（4）违法

的主体必须是具有责任能力[]。以上四个要件，缺一不可。在本案中许霆具有合法的取款人身份，他的每一次取款都是正常操作，与一般储户的取款行为并无两样，其行为本身都不违反法律规定，至于出现不当得利的结果的主要原因是ATM机存在技术故障，但该故障并非是许霆的行为造成的。许霆的第1次取款与其后的取款，在行为上都是一样的，行为本身不违反法律规定，唯一不同的是主观状态。因此，许霆的取款行为至少不具备违法行为四个构成要件中的“必须是违反法律规定的行为”这一要件。在客观方面，许霆的取款行为与一般储户一样都不违反法律规定，只是在主观方面存在过错，如果就此来认为许霆的取款行为是违法行为，显然是“主观归罪”。由此可见，许霆的取款行为不是违法行为，所取得的额外款项为合法持有，本案许霆的不当得利应该属于侵占罪的犯罪对象。从整个案情看，许霆存在前后两个行为，先是通过合法的取款行为获取不当得利，后是非法予以占有，符合侵占罪的行为特点。因此，许霆在合法持有不当得利后，没有尽到善良保管义务和及时返还给银行，而是予以非法占为已有，进行挥霍并逃匿，数额巨大，拒不退还并，其行为构成侵占罪。

五、结语 通过以上对本案法律症结与肯要的分析，只是在理论上论证许霆案定为侵占罪较为适宜。另外从司法实务角度看，由于本案两个关键问题：盗窃罪的“秘密窃取”和侵占罪的“代为保管”在刑法条文未作定义，对此亦无立法解释和司法解释，因此，本案对法官的业务素质、裁判水平和办案艺术是一个考验，需要法官发挥好在个案处理中的裁判解释权（或称审判解释权）。笔者认为罪刑法定主义原则禁止类推解释，但是并不禁止扩张解

释，法官对本案所涉的“秘密窃取”和“代为保管”是否予以扩张解释将直接影响到判决结果的社会正义与公平的评价。另外，鉴于本案的社会影响性，本案的判决结果还可能对普遍存在的具有本案“正常行为”和“对方失误”这两个特征的行为经后处理起到标杆性的作用。 作者简介：李飞，北京市汉卓律师事务所律师。 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