

天上掉馅饼能吃吗？--关于“取款17万被判无期”的一点议论 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E5\\_A4\\_A9\\_E4\\_B8\\_8A\\_E6\\_8E\\_89\\_E9\\_c122\\_486280.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_A4_A9_E4_B8_8A_E6_8E_89_E9_c122_486280.htm)

2006年4月21日晚，许霆来到天河区黄埔大道某银行的ATM取款机取款。取出1000元后，发现银行卡账户里只被扣了1元，他立时感到“幸运”降临于己身，立即连续取款5.4万元。许某回到住处，激动之余，将此事告诉了同伴郭某。两人即分别前往提款，反复操作多次。最后经警方查实，许霆先后取款171笔，合计17.5万元；郭安山则取款1.8万元。事发后，郭某主动自首后被判处有期徒刑一年，而潜逃一年被抓获的许某日前被广州市中院以盗窃罪判处无期徒刑。此事经媒体监督后，各界反响激烈。很多学者，也都持有不同的观点。主要观点如下：

：一、本案判决符合有关法律规定，数额特别巨大，符合盗窃金融机构的从重情节，因此定罪，量刑并无不当。“中国人民公安大学法律系副教授黄娜认为，许霆利用ATM机漏洞多次盗取款项的行为构成盗窃罪，法院判决并无不当。从主观方面来看，许霆是以非法占有为目的，利用银行漏洞多次进行盗取。如果他第一次取款是偶然错取的话，那的确仅构成不当得利。但在本案中，得知出错后，许霆反而告知朋友，二人更多次返回取现，其非法占有的想法毋庸置疑。随后更在潜逃中将巨款挥霍一空，被抓获时无一追回，整个过程并无任何可获从轻或减轻的量刑情节。” [1] “广州市律师协会刑事委员会主任钟闻东表示，在该案中虽然看似法院量刑过重，但其实仍在法定范围内。钟闻东表示，许霆以非法侵占为目的，采取秘密手段盗窃，明知其银行卡内只有170多元

，但在发现银行系统出错时即产生恶意占有的故意，并分171次恶意取款17.5万元而非法占有，得手后潜逃并将赃款挥霍花光，其行为符合盗窃罪的法定构成要件。……而根据刑法关于盗窃罪的相关规定，同案人郭安山个人盗窃金额数额不大且全部退赃，同时主动自首并向公安机关交代与许犯案经过等，因此获得从轻处理并无不妥。” [2] 二、本案案情复杂，有罪、无罪，罪轻、罪重应作充分论证。“北京大学法学教授贺卫方也表示，案件适用民法还是刑法，涉及到几个关键的支撑点，对这些支撑点进行判断汇总，最终才能决定适用哪种法律最合适，不管是采用哪种法律，都应该给出一种合理、复杂的推论或解释。但是这些，在现在的判决书上都看不到。可用民法则应避用刑法。” [3] 三、本案属民事纠纷不应追究刑事责任。“广州知名律师朱永平认为，本案中许霆不构成盗窃罪，更不应追究刑事责任，其与银行只存在民事关系，充其量构成不当得利。对于盗窃罪非法占有和秘密窃取两大构成要件，朱永平认为，许霆主观上并非非法占有，甚至可以说是合理占有。他认为，正是银行出错，创造了合理占有的机会，给储户送钱。另外，许霆在提钱的时候是公开进行，并非秘密窃取。因此，许霆的行为并不构成盗窃罪”。 [4] 笔者为内蒙古原律师事务所黄秩和律师，本人同意第二种观点。一、关于定罪 许某定盗窃罪是否正确？笔者认为，定盗窃罪至关重要的因素是对ATM机的定性，学者、网友普遍认为ATM属于金融机构的延伸，在这种情况下，我们就应当弄清它是一个什么性质的延伸？其二是支取并获得钱的行为的性质是什么？笔者认为，ATM机是银行的履约工具。设立他的目的就是让客户支钱。其行为代表银行的作为。

支取和获得钱的行为是行使合同权利。ATM机刷卡付钱行为，是银行的履约行为，不能视为银行钱财被秘密窃取。支取行为，是客户行使合同权利，银行出错超额付款，当事人获取，属于依合同获取财物，在此前提下怎能定盗窃呢？盗窃罪与其它犯罪的重要区分点是在被害人不知情的情况下，使其丧失对其财产的控制。本案中一方划卡，一方吐钱。在此前提下，怎么就被确定为银行不知情，如若不知情它吐钱干吗？况且，银行有录像予以监控，足以找到对方当事人的真实身份。综上，笔者认为定盗窃罪显然值得斟酌。许某不负刑事责任吗？许某负不负刑事责任的关键是其有没有主观故意。许某明知扣一元，取一千。仍继续划卡，长达171次，取款后又潜逃，足以说明其有占为己有的主观故意，就算其获得时认为是银行搞得福利或活动，那么，您别跑啊！银行发现后，可以以意思表示不真实，撤销付款行为，讨回多付的款项。但是这一潜逃，毁了，足以证明您主观有非法占为己有的故意了。另外，这种不劳而获，无因巧取，原则上是刑法惩罚的范畴。因此不负刑事责任显然是不可取的，是不符合社会主义公正价值观的。许某应定何罪？笔者认为，许某应定合同诈骗罪。合同诈骗罪是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。主体、客体和主观方面符合要件，我们不用细说。这里我们着重说一下客观方面。合同诈骗罪在客观方面表现为签订、履行合同过程中骗取对方当事人财物的行为。储蓄行为无论是从主体、订立、内容和形式上都是属于合同行为，储蓄合同成立后，储户的主要合同权利就是实时可以要求银行履行还款义务。银行也有义务随时应储户的要求付款。本案许

某划卡是提出付款要求，ATM机吐钱是银行履行还款义务。因此17万元是在履行合同中被占有的是毫无疑义的。根据《刑法》第二百二十四条的规定，骗取必须为下列情形之一：

- （一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；
- （二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；
- （三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；
- （四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；
- （五）以其他方法骗取对方当事人财物的。

显然本案属于第五项以其他方法骗取对方当事人财物的情形。

二、关于刑罚 笔者认为本案当事人应处以较轻的刑罚。许某主观恶性小。主观恶性是处以刑罚的重要依据，很多危害社会的行为为什么是排除犯罪性的行为呢？就是因为其没有主观恶性。许某第一次取钱肯定一点主观恶性没有，以后取钱我们也可以推定其没有主观恶性，许某认为是银行进行的恩赐，或说银行主动施舍，划卡随意支钱与当众发钱没有什么不同，国外也有这样的案例，不处以刑事责任。但是，你一跑，就足以证明你在主观上有占有对方当事人钱财的恶性了。但是这种主观恶性非常的小，产生的动机主要是不劳而获心理。对许某犯罪行为分析应着眼于以下两点：

- （一）在刑法学理上许某是作为还是不作为？在实践中，具体犯罪行为尽管存在着千差万别，但归结起来可以分为作为和不作为两种基本形态。我国《刑法》的作为是指不当为而为，不作为是指当为而不为。那么，许某能不能取钱，肯定能，因此其应为当为。当为而为，不是刑法要求的行为。显然其取钱行为，是不应追究刑事责任的。其二是其取钱后，明知这

笔钱超出自己拥有范围，因此其应当作为，或是向银行咨询是否搞活动??搞恩赐，或是等银行索要时予以返还，但其没有作，构成当为而不为。因此，其不作为行为应追究刑事责任。（二）在刑法意义上许某是作为犯还是不作为犯？刑法规定某罪以作为方式为其构成要件的犯罪行为，并以作为方式实施犯罪的，称之为作为犯；以不作为方式为其构成要件的犯罪行为，并以不作为方式实施犯罪的，称之为不作为犯。作为犯罪要求作为的形式表现出来，不作为犯要求以不作为的形式表现出来。盗窃犯是作为犯，而从学理看，其取钱行为又不是刑法学理意义上的作为，依盗窃追究刑事责任是有违立法精神的。因此，应在不作为犯罪中寻找对许某的处罚。对于不作为犯罪，一般是处以较轻的刑罚的。最后建议，如若许某能主动退赔，最好定罪后适用缓刑或免于刑事处罚。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)