

通往奴役之路的透支诱惑--许霆和郭安山利用ATM故障超额取款案的法律分析 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__E9_80_9A_E5_BE_80_E5_A5_B4_E5_c122_486286.htm 一 简介 1、简要案情 2006年4月21日夜，许霆来到广州市商业银行（以下可简称银行）的自动取款机（Automatic Teller Machine，以下简称ATM）取款。他的储蓄账户里只有170多元，插入储蓄卡输入密码想取款100元，但在操作时不慎多按了个“0”??变成取款1000元，而ATM竟然依其指令吐出1千元钱供其支取，同时只扣除账户里的1元钱。于是许霆反复操作，在不同时间先后取款171笔，合计取款17万5千元。他的同事郭安山得知后，先是用自己合法持有的储蓄卡以类似方式取款8千元，后提供资料出钱找人办了一张假身份证，以假名“刘阳”办理了该银行的储蓄卡，又取款1万元，合计取款1万8千元。2006年11月，郭安山投案自首。2007年5月，许霆被抓获。经查，案发当时ATM系统发生故障，许霆和郭安山（以下可简称取款人）均为该银行的储户，在广东省高级人民法院从事保安工作。郭安山自首后即主动退还所取的全部款项。许霆有逃避追查的行为，其本人称所取款项除日常花销外，有5万元已经遗失，其余投资失败无法追回，其家庭经济条件有限，财力不足，无法归还所取款项。 2、一审意见 检察院认为，明知ATM有问题，取款人连续多次提取银行的款项，盗窃数额达到法定标准，他们行为已构成盗窃罪，先后对郭安山和许霆提起公诉。许霆的辩护律师认为，取款人没有秘密窃取的故意，只有侵占别人财产的故意，构成的是侵占罪。广州市

天河区人民法院一审认为，郭安山的行为亦构成盗窃罪，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1千元。2007年底，广州市中级人民法院一审认为，许霆以非法侵占为目的，采用秘密手段，盗窃金融机构，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。（上述简介来源于新闻报道，个案的法律事实应以有权机关的司法认定为准。如有实质性出入，具体的法律适用也应相应随之改变。）

3、本文观点 许霆持合法储蓄卡利用ATM故障超额取款17万多元，经催收后逾期不还的行为是恶意透支行为，依法构成信用卡诈骗罪；以判处五年以上六年以下的有期徒刑，并处十三万元以上十四万元以下的罚金为宜。郭安山持合法储蓄卡利用ATM故障超额取款8千元，经催收后即主动归还的行为依法不构成犯罪。但他提供资料出钱找人伪造、变造居民身份证，以该身份证骗领储蓄卡，使用该骗领的储蓄卡取款1万元的行为，依法构成信用卡诈骗罪；以判处一年以下有期徒刑，并处二万元以上三万元以下的罚金为宜。根据其自首和主动退还全部赃款的情节，可以从轻或者减轻处罚。

二 民事分析 ATM是按照预先设定的程序使用，通过接受或拒绝客户指令或其他方式办理业务的交易工具。在法律地位上简化之，可以将ATM视为从事相关业务的银行职员。本案ATM为银行所有与管理，交易资金由银行补充，交易程序由银行设定，其交易行为视同银行的交易行为，其意思表示即是银行的意思表示。许霆与郭安山在案发之前已经与银行依法订立了储蓄合同，他们在ATM发生故障时持卡分别取款17万5千元和8千元，又与银行订立了可变更可撤销的借款合同。他们原来

合法持有的不可透支的储蓄卡，在使用过程中实际成为了可以透支的准贷记卡：1、先订立了储蓄合同 取款人在本案的第一次ATM操作之前，已经先依法申领了合法的居民身份证，向银行提供该真实的身份证明申领存折、储蓄卡等相关凭证，存入自己合法拥有的货币。银行接受货币、身份证明和相关申请文件等开具凭证，储户据此凭证可以支取存款本金和利息，银行依照规定支付存款本息。根据《储蓄管理条例》第三条的规定，取款人与银行订立了储蓄合同。2、后订立了借款合同 许霆在本案的第一次ATM操作时，向银行发出了超额取款请求，他在账户余额不足时多按了个“0”发出指令的行为不是储蓄合同已经约定的不可透支（存款人只能支取本人存款本息）履行方式，而是发出了一个透支（可以超出本人存款本息支取款项）的新要约；此后的类似操作行为亦同。采用数据电文形式的该要约符合《合同法》第十四条规定，进入ATM系统之时根据《合同法》第十六条规定即生效力。通常情况下，ATM会正确识别银行卡类型，拒绝取款人通过储蓄卡发出的透支要约。ATM当场提示取款人的操作出错即是拒绝要约的通知到达要约人，透支的新要约根据《合同法》第二十条的规定失效。但是ATM当时发生故障，在取款人储蓄账户余额不足的情况下，吐出1千元只扣除账户里的1元，实质同意了取款人的透支要约，作出了承诺行为。根据《合同法》第二十五条和第二十六条的规定，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合同。这份新合同为《合同法》第十二章规定的借款合同。3、储蓄卡变成了准贷记卡 银行卡对应着相应的账户，是客户与银行之间合同权利义务的载体和凭证。以是否

具备透支功能考察，取款人的银行卡在使用过程中，实际上已经从不可透支的储蓄卡变成了可以透支的信用卡；原来不可透支的储蓄账户也相应地根据《银行卡业务管理办法》第六条规定和双方的借款合同变成了可以透支的信用卡账户。该信用卡透支的额度可以根据ATM每吐出1千元扣除1元，按比例扣完推算。根据《银行卡业务管理办法》第六条第三款的规定，由于取款人的账户内有余额，可视为已经缴纳一定金额的备用金，所以本案透支的具体信用卡类型是准贷记卡。

4、可变更可撤销的合同 银行原来与取款人订立了不可透支的储蓄合同，在ATM发生故障后吐出1千元只扣除账户里的1元，实际上与取款人订立了可以透支的借款合同。根据《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见》第71条规定，ATM故障产生的对行为性质、对方当事人、标的物数量等的错误认识导致银行的行为后果与自己的意思相悖，并造成较大损失，可认定为重大误解行为。根据《合同法》第五十四条和第五十五条的规定，银行对因重大误解订立的借款合同，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内有权请求人民法院或仲裁机构变更或者撤销。就本案来看，由于自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内并未向人民法院请求变更或撤销借款合同，银行的撤销权已经消灭。虽然取款人与银行订立该借款合同的行为不符合银行管理规范 and 通常的业务程序，许霆的准贷记卡的透支额度远远超出一般信用卡的透支额度，取款人也没有与银行书面约定还款时间和利息计算方式，但是该借款合同并不因此无效。《银行卡业务管理办法》是中国人民银行颁布的行政规章，《最高人民法院关于适用若干问题的解释（一）》第四条规定，“合同法实施

以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”可以认为银行甘冒违反本行业行政规章自行承担风险，对与之交易的取款人发放了超乎寻常待遇的信用卡。交易当事人之间有约定的依其约定，无约定的可依法律规定，具体可依照《合同法》第六十一条、第六十二条和第一百二十五条规定，结合《银行卡业务管理办法》等确定。

5、透支意思表示的认定 根据《商业银行法》第三条的规定，商业银行经营如吸收公众存款、发放贷款、提供保管箱服务、银行卡等各项业务，但是未修改银行章程并经国务院银行业监督管理机构批准前，没有且不能经营赠与或者将自有资金交个人客户保管等业务。本案取款和付款的行为是取款人与银行双方互动交易的行为，仅有储户的一个巴掌拍不响，对双方意思表示的认定十分关键。考察银行业务、规范、习惯和社会民众的一般经验认识，在银行存款，银行会归还本金并计付利息；向银行借款（贷款），借款人要归还本金及利息。银行的具体业务制度存在适应情事进行调整的可能，客户自身也没有认定ATM发生故障的权利。银行经营允许客户透支的银行卡业务，对知悉透支交易的人而言，账户里头余额不足甚至没钱却能超额取出钱不足为奇。即便一个专业的银行职员实时见到客户从余额不足甚至没钱的账户超额取款，通常也会先认为客户在进行透支交易。透支本身并不排斥行为人的非法占有目的，但只有结合其他情形符合相关法律规定的标准，才可以认定为恶意透支。有鉴于此，综合各方面因素从双方行为的外部特征审视意思表示，取款人发出的要约内容中明确表明取款的数额超出

本人账户的存款本息，客观上是取款人在本人账户资金不足的情况下，向银行申请允许其以超过账户预留资金的额度向银行借款。该要约应认定为透支内容的要约，取款的数额与存款本息的差额即是透支要约的数额。而ATM吐出1千元供其支取只扣除其账户的1元，客观上是银行作出了同意透支的承诺，并按相应比例扣除账户余额的方式以行为确定了可以透支的额度。许霆与银行在通过ATM进行第一次透支交易时有意思表示不尽一致之处，许霆并不知道ATM会扣除账户的1元吐出1千元，允许透支999元。但是ATM并未对透支的内容作出实质性变更，取款人的要约也未表明承诺不得对要约的内容作出任何变更，事后更未及时反对。因此根据《合同法》第三十一条规定，ATM的承诺有效，双方订立的借款合同以ATM承诺的内容为准。取款人与银行先订立了储蓄合同，双方可依照该合同履行约定的权利义务。但在ATM发生故障可以凭不当操作方式透支之时，银行实际上向广大储户发出了凭合法持有的储蓄卡既可以在账户余额内支取款项，也可以超出账户余额透支的要约邀请，此要约邀请在故障排除后取消。许霆第一次误操作发出透支要约与银行订立了借款合同之后，偶然发现存在该要约邀请，于是自第二次起反复操作发出透支要约，与银行订立透支额度更大的借款合同。郭安山从许霆处得知此要约邀请，也持合法储蓄卡与银行订立了借款合同。

6、相关行为辨析

(1) 赠与合同 若成立赠与合同，则取款人主动接收ATM吐出的现金应为接受赠与的承诺，ATM吐出现金的行为应为赠与要约，取款人操作发出指令应为要约邀请。但是，ATM吐出现金的行为本身并非具体确定的赠与意思表示，取款人也不能证明银行有此意思表示

，不符合《合同法》第十四条构成要约的规定，赠与合同不成立。若将取款人操作发出指令视为赠与要约，ATM吐出现金为赠与承诺，则ATM吐出现金时赠与合同即成立。不符合《合同法》第一百八十五条规定，“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。”如果银行在取款人透支交易完成后表示将该透支款项赠给取款人，此时银行才是发出赠与要约，若取款人作出接受赠与的承诺，则原来订立的可变更可撤销的借款合同变更为赠与合同。（2）保管合同 《合同法》第三百六十七条规定，“保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。”ATM吐出现金的行为本身并非具体确定的保管意思表示，不表明交付保管物，在当事人没有其他约定时不成立保管合同。银行没有将自己的资金交由个人客户保管的业务，而取款人已经与银行订立了储蓄合同，自有的资金都在银行储蓄，双方相互代对方保管财物于理不通。（3）乘人之危 取款人并未迫使银行作出不真实的意思表示，根据《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见》第69条规定，不能认定为乘人之危。（4）不当得利 取款人与银行经双方法律行为订立借款合同，在银行没有请求变更或撤销合同并实现之前，取款人接受ATM吐出现金的行为有合法根据，不属于《民法通则》第九十二条的规定的的不当得利情形。若径行认定不当得利，违反了《合同法》第五十四条的规定，实际剥夺了银行的撤销权。郭安山使用虚假的居民身份证故意告知虚假情况，诱使银行作出错误意思表示，与其订立了储蓄合同并开具储蓄卡作为凭证。郭安山使用该骗领的储蓄卡又利用ATM故障与银行订立取款1万元的借款合同。依照《最高人民法院

关于贯彻执行若干问题的意见》第67条的规定，可以认定为欺诈行为。但是，根据《居民身份证法》第二条、第七条、第八条和第十八条第一款的明文规定，居住在中华人民共和国境内年满十六周岁的中国公民应当依照本法的规定向常住户口所在地的公安机关申请领取居民身份证，并由居民常住户口所在地的县级人民政府公安机关签发。伪造、变造居民身份证（有关分析认定可见本文“三刑事分析”之“3、郭安山行为的定罪量刑”）的，属于法律禁止并应予以制裁的行为，依法应追究刑事责任。《刑法》第一百七十七条之一和第一百九十六条也明文规定，使用虚假的身份证明骗领信用卡（有关信用卡的分析认定可见本文“三刑事分析”之“1、‘信用卡’的刑法界定”）和使用以虚假的身份证明骗领的信用卡均属于法律禁止并应予以制裁的行为。《合同法》第五十二条规定，“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”因此，郭安山使用伪造、变造居民身份证与银行订立的储蓄合同无效，他使用骗领的储蓄卡利用ATM故障超额取款，与银行订立的1万元借款合同也无效。根据《合同法》第五十八条规定，他应返还因无效合同取得的财产，并赔偿因其过错造成银行受到的损失。

三 刑事分析

1、“信用卡”的刑法界定

人们通常所说的“银行卡”、“信用卡”，实际是采用《银行卡业务管理办法》的分类方法。该办法第二条第一款规定，“本办法所称银行卡，是指由商业银行（含邮政金融机构，下同）向社会发行的具有消费信用、转账结算、存取现金等全部或部分功能的信用支付工具。”同法其他条文就此进行了相应分类，最基础的分类是分成信用卡与借记卡，前者包括贷记

卡与准贷记卡，具备透支功能；后者包括转账卡（含储蓄卡）、专用卡和储值卡，不具备透支功能。但是《全国人大常委会关于有关信用卡规定的解释》认为，“刑法规定的‘信用卡’，是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。”显然，刑法上的“信用卡”比人们通常所说的信用卡要宽泛，包括《银行卡业务管理办法》规定的信用卡和借记卡在内。在本案中可以认为，刑法上的“信用卡”即是《银行卡业务管理办法》的“银行卡”。无论银行卡是合法申领还是非法骗领，无论银行卡是否具备透支功能，只要符合全国人大常委会的立法解释，均属于刑法上的信用卡。以下均使用“信用卡”用语。

2、许霆行为的定罪量刑

许霆依法申领居民身份证，使用该真实的身份证明办理了信用卡，然后持卡利用ATM故障取款17万多元。根据法律规定结合犯罪构成要件分析其行为如下：（1）主体 许霆达到法定责任年龄，具有刑事责任能力，是《刑法》第一百九十六条第二款规定的“持卡人”。（2）主观要件 他明知自己的账户只有170多元存款，透支的款额大大超出账户余额；他从事保安工作，家庭经济条件有限，明知巨额透支大大超出自己的实际经济状况，使用之后将无力归还；他取款之后又逃避追查，明显具有不想归还欠款的恶意。上述行为符合《刑法》第一百九十六条“以非法占有为目的”的主观要件，亦符合《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第七条规定的“‘恶意透支’是指……明知无力偿还，透支数额超过信用卡准许透支的数额较大，逃避追查”认定。（3）客观要件 超过规定期限透支《银行

卡业务管理办法》第四十六条规定，“准贷记卡的透支期限最长为60天。”许霆持有的信用卡具体类型是准贷记卡，自透支之日起60天内应返还借款，此期限有《银行卡业务管理办法》规定，不影响借款合同双方在无明确约定时据此规范判断。但许霆迟迟不予归还，案发一年之后才被侦查机关采取强制措施。符合《刑法》第一百九十六条的“超过规定期限透支”情形。经发卡银行催收后仍不归还根据《刑法》第一百九十六条的规定，行为人尽管已经实施了超额或超期的透支行为，但经发卡银行催收后返还的，不能认定为恶意透支。但本案并非如此。许霆知道银行与侦查机关追查并四处逃避，即便不从他实际知道追查之日起计算，则自他被侦查机关采取强制措施询问告知起可视为收到催收通知，被采取强制措施告知之日即是发卡银行催收之日。通常情况下，侦查机关并不排斥被采取强制措施的人员通过各种方式还款。但根据许霆供述，他透支的款项除日常花销外，有5万元已经遗失；其余作投资经营用途已经失败，无法追回；且家庭经济条件有限，财力不足。经过较长时间，客观上仍无法追回受害人的经济损失。《刑法》没有明文规定催收之后经过多长期限可视为“仍不归还”，根据《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定，对于超过规定期限的透支，应从允许的透支期限届满后，自收到发卡银行催收通知之日起3个月内予以归还。许霆持准贷记卡透支超过《银行卡业务管理办法》允许的60天透支期限，自被采取强制措施告知之日起3个月内未返还透支款项，应视为“经发卡银行催收后仍不归还”。数额较大《刑法》第一百九十六条规定构成信用卡诈骗犯罪需“数额较大的”，根

据《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定，恶意透支5千元以上的，属于“数额较大”。许霆透支17万多元，在此数额标准起点之上。（4）客体许霆透支的款项来源于银行，其恶意透支行为影响了金融机构正常的结算秩序，不但侵犯了银行的财产所有权，也同时侵犯了国家的信用卡结算与金融管理秩序。根据《刑法》第一百九十六条的规定，数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第七条第三款规定，“……恶意透支5万元以上的，属于“数额巨大”；恶意透支20万元以上的，属于‘数额特别巨大’。”但在具体地区的司法实践中，广东省高级人民法院《关于办理破坏社会主义市场经济秩序犯罪案件若干具体问题的指导意见》第16条规定，“关于……信用卡诈骗罪……的数额标准。……数额在10万元以下为‘数额较大’，10万元以上不满50万元为‘数额巨大’，……”许霆支取的17万5千元扣除账户原有的170多元本息，仍有17万4千多元，此数额即为他恶意透支的数额。由于超过10万元不足50万元，恶意透支应认定为“数额巨大”。综上，许霆恶意透支17万4千多元的行为依法构成信用卡诈骗罪；数额巨大，可处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。根据《刑法》第一百九十六条规定和广东省高级人民法院《关于办理破坏社会主义市场经济秩序犯罪案件若干具体问题的指导意见》第16条规定的客观标准，就定罪数额、主刑和附加刑简略对应划分相应的量刑档次，以判处五年以上六年以下的有期徒刑，并处十三万元以上十四万

元以下的罚款为宜。3、郭安山行为的定罪量刑 郭安山依法申领居民身份证，使用该真实的身份证明办理了信用卡，然后持卡利用ATM故障超额取款8千元的行为，由于自首后即归还全部款额，根据《刑法》第一百九十六条第二款“经发卡银行催收后仍不归还”的规定，不能认定为恶意透支，依法不构成犯罪。郭安山找人伪造、变造居民身份证，以此虚假身份证明骗领信用卡，持该卡取款1万元，可以从手段与目的区分解成三个行为：一是他提供资料出钱找人伪造、变造居民身份证；二是他以伪造、变造的居民身份证骗领信用卡；三是他使用骗领的信用卡取款1万元。根据法律规定结合犯罪构成要件分析其行为如下：（1）主体 郭安山达到法定责任年龄、具有刑事责任能力，是可以申领、使用居民身份证和信用卡的自然人。（2）主观要件 他明知合法的居民身份证应向公安机关申领，但为了非法占有银行资金，提供资料出钱找人伪造、变造的居民身份证，主观上与该居民身份证的制作人都具有《刑法》第十四条第一款“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望……这种结果发生……”的直接故意，并且此故意为《刑法》第二十五条第一款规定的“共同故意”。他明知居民身份证系伪造、变造却向银行提供，故意告知虚假的身份事实骗领信用卡，以及明知该信用卡为非法骗领所得仍加以使用取款，均是直接故意。（3）客观要件 郭安山提供资料给他人，出钱购买他人制作的假名“刘阳”的居民身份证是伪造、变造居民身份证的行为。他本人没有亲自制作虚假的居民身份证，但是为了能够凭此不被识破骗领信用卡，就需要向银行提供与其本人真实情况差异不大的居民身份证。只有他提供本人照片、性别、大致

年龄等资料或提出具体要求，制作人才会依此定做。他提供的资料或已提出的要求已经体现在虚假居民身份证的记载信息之中，他出的钱实际支付了虚假居民身份证的制作费用。他提供资料指示制作并出钱购买他人制作的虚假身份证是伪造、变造居民身份证行为中的环节，是伪造、变造制作的分工行为，属于《居民身份证法》第十八条第一款和《刑法》第二百八十条第三款规定的“伪造、变造居民身份证”。郭安山持伪造、变造的居民身份证骗领信用卡是妨害信用卡管理的行为。根据《刑法》第一百七十七条之一第一款第（三）项规定，使用虚假的身份证明骗领信用卡，妨害信用卡管理，构成犯罪。但郭安山持伪造、变造的居民身份证仅骗领一张信用卡，只是普通情节，并非此条法律规定的“数量巨大”情节。郭安山持骗领的信用卡取款1万元，是信用卡诈骗行为，且数额在符合定罪的标准起点之上。《刑法修正案（五）》第二条规定，“将刑法第一百九十六条修改为：有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，……：（一）使用伪造的信用卡，或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；……”《全国人民代表大会常务委员会关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》规定了信用卡诈骗的四种法定行为方式，《刑法修正案（五）》除了全部保留外，在其第十四条第（一）项的“使用伪造的信用卡的”的同一句增加“或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡”，言明与其同等看待。因此，《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第七条第二款“行为人实施《决定》第十四条第一款（一）、……项规定的行为，诈骗数额在5千元以上的，属于‘数额较大’；诈骗数额在5万元

以上的，属于‘数额巨大’；……”的标准也同样适用于“或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡”。广东省高级人民法院《关于办理破坏社会主义市场经济秩序犯罪案件若干具体问题的指导意见》第16条亦规定，“关于……信用卡诈骗罪……的数额标准。……数额在10万元以下为‘数额较大’……”郭安山持骗领的信用卡取款1万元，在5千元以上10万元以下，属于“数额较大”。（4）客体 郭安山与他人共同伪造、变造居民身份证的行为侵犯了国家居民身份证管理制度及其管理秩序。他以伪造、变造的居民身份证骗领信用卡，妨害了国家对信用卡的金融管理秩序，侵犯了金融机构的信誉以及金融机构和公众的合法利益。他持骗领的信用卡取款，数额较大，危害金融机构正常的结算秩序，不但侵犯了银行的财产所有权，也侵犯了国家的金融管理秩序。如前所述，郭安山的三个行为分别构成如下犯罪：第一，构成伪造、变造居民身份证罪，依法可判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。郭安山与他人共同制作虚假的居民身份证，构成伪造、变造居民身份证罪。居民身份证是公安机关颁发给适龄公民的法定身份证明，也属于国家机关的证件的一种，但国家为了实现对居民身份证制度更有效的管理，已经在《居民身份证法》立法规范和《刑法》第二百八十条第三款单列其行为予以评价，并在《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》中有独立罪名。特殊条款优先于一般条款适用，在可以根据现行居民身份证法律具体适用时，不宜以国家机关证件解释并入罪。第二，构成妨害信用卡管理罪，依法可判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金。《

刑法》第一百七十七条之一第一款规定，“有下列情形之一，妨害信用卡管理的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；……（三）使用虚假的身份证明骗领信用卡的；……”第三，构成信用卡诈骗罪，依法可判处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。《刑法》第一百九十六条第一款规定，“有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；……（一）使用伪造的信用卡，或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；……”郭安山的这三个行为相互独立，具有复数性，分别触犯不同罪名，但数罪之间又存在牵连关系，都服从非法占有银行资金的目的，成立牵连犯。牵连犯的通常处理原则是实质上的数罪，处断上的一罪，结合《刑法》第五条规定，一般不宜数罪并罚，可按处刑较重的重罪论处。由于信用卡诈骗罪的处刑较伪造、变造居民身份证罪、妨害信用卡管理罪都重，所以郭安山的这三个行为应以信用卡诈骗罪论处。鉴于他有自首并主动退还全部赃款的情节，根据《刑法》第六十七条规定和《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》第三条第（五）项规定“无法退赃的，在决定刑罚时，应作为酌定从重处罚的情节予以考虑。”的反意解释，可以从轻或者减轻处罚。综上，郭安山找人伪造、变造居民身份证，以此虚假身份证明骗领信用卡，持该卡取款1万元的行为依法构成信用卡诈骗罪，数额较大，依法可处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金，根据《刑法》第一百九十六条规定和广东省高级人民法院《关于办理破坏社会主义市场经济秩序犯

罪案件若干具体问题的指导意见》第16条规定的客观标准，就定罪数额、主刑和附加刑简略对应划分相应的量刑档次，以判处一年以下有期徒刑，并处二万元以上三万元以下的罚款为宜。根据其自首和主动退还全部赃款的情节，可以从轻或者减轻处罚。

四 相关犯罪辨析

1、盗窃罪（1）量刑考察

假如许霆和郭安山的行为构成盗窃罪，考察量刑情况：《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第三条规定第二款规定，“各省、自治区、直辖市高级人民法院可根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在前款规定的数额幅度内，分别确定本地区执行的‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’的标准。”根据《广东省高级人民法院关于确定盗窃案件数额标准问题的通知》第一条第（一）项的规定，广州市地区的盗窃犯罪，“盗窃数额较大的起点掌握在二千元以上；数额巨大的起点掌握在二万元以上；数额特别巨大的起点掌握在十万元以上。”许霆的盗窃数额为17万多元，数额特别巨大；郭安山的盗窃数额为1万8千元，数额较大。《刑法》第二百六十四条规定，“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：（一）盗窃金融机构，数额特别巨大的；……”许霆盗窃金融机构，数额特别巨大，量刑基准即是无期徒刑（并处没收财产）。《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问

题的解释》第六条规定，“……（三）盗窃数额达到“数额较大”或者“数额巨大”的起点，并具有下列情形之一的，可以分别认定为“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”：……2、盗窃金融机构的……”郭安山虽然盗窃数额较大，但盗窃金融机构可以认定为“其他严重情节”，可处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。由于有自首和主动退还全部赃款的情节，依法可以减轻处罚。可见，一审法院对他们行为的量刑结果在合法范围之内。争议的焦点首先是盗窃定罪是否得当。我们可以注意到，一审法院认为他们盗窃金融机构，意识到金融机构及国家金融管理秩序的重要性和特殊性，对于法律分析刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社会关系即犯罪客体的问题亦当合理借鉴。（2）反向质疑银行的ATM发生故障时即发出了透支诱惑，客观上引诱本无犯罪意图的储户透支，如果储户取款构成盗窃犯罪，那么ATM故障何尝不是设置圈套？银行或者导致ATM故障人员的管理行为实质上是一种诱使方式的教唆行为，理应与取款人构成共同犯罪。虽然银行一方可以过失辩护，但却不能排除《刑法》第十四条“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且……放任这种结果发生”的间接故意，对于本案中双方互动方可实现的交易行为，若认为银行一方不具有真实的犯罪意图，不以共同犯罪追究他们的刑事责任，也不应追究取款人的刑事责任。《刑法》第二十九条规定了教唆犯应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚，“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪”才可以从轻或者减轻处罚。为何司法机关不追究银行或者导致ATM故障人员的刑事责任？就盗窃定罪来说，本案取款人利用ATM故障超额取款的行为完成之时，即触

犯刑律构成盗窃。在法律上所差别者，是根据相关情节适用《刑法》或《治安管理处罚法》的问题。若取款人持合法信用卡利用ATM故障超额取款后，出于各种考虑在银行没有发现故障并催收之前将全部款项交回，则是否仍应追究其刑事责任或治安管理处罚责任？取款人归还了全部款项，没有对银行造成直接的损害，客观上正是由于他们的行为指出了故障所在，银行可以采取措加以防范风险和避免损失，有利于自身与整体金融管理的改进和完善。可是，国家机关和银行必须将他们“绳之以法”，明显有悖情理道义。（3）秘密窃取根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，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”。许霆和郭安山持合法信用卡利用ATM故障分别超额取款17万多元和8千元的行为，具备非法占有目的。但是，他们都是个人账户和信用卡的合法持有人，提出付款的请求与取款的行为自始至终都是使用信用卡与密码在自己的账户内光明正大地操作，就操作程序而言与平常从储蓄账户取款没有不同；他们多按一个“0”或其他数字的行为属于发出透支的要约，ATM系统收到此要约的数据电文并作出承诺，银行只要愿意就可以实时查到相关信息，对银行而言并不具有隐蔽性；他们没有采用其他如利用相关科学技术侵入系统、更改相关设定等行为。郭安山使用骗领的信用卡超额取款1万元，取款行为本身并非不为银行所知，同样不具备“秘密窃取”的行为特征。没有法律规定禁止客户通过ATM进行超额取款的交易，银行接受交易对方的指令同意其支取款项，对双方来说都是采用公开方式，不是采用“秘密窃取”方式。由

于犯罪构成的客观要件不足，许霆和郭安山的行为依法不构成盗窃罪。

2、侵占罪 根据《刑法》第二百七十条规定，侵占罪的侵占对象包括代为保管的他人财物、他人的遗忘物和埋藏物。本案超额取出的款项由取款人不断发出要约与银行交易取得，并非不需取款人操作发出指令就已在取款人的储蓄账户新增，银行也无“遗忘”或“埋藏”自由资金的行为。该款项不是银行的遗忘物或埋藏物。取款人虽有“非法占为己有”意思，却无“代为保管”的意思，如本文“二民事分析”之“6、相关行为辨析”的“（2）保管合同”所述，交易双方不成立保管合同。超额取出的款项并非“代为保管的他人财物”。

综上，虽然《刑法》第二百七十条第三款规定“本条罪，告诉的才处理”，侵占罪的谦抑有利于衡平公私利益。但是侵占罪的立法已经对侵占对象和适用范围作了明文限制，难以据此依法入罪。

3、合同诈骗罪与诈骗罪 根据《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见》第67条的规定，欺诈是“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示”的行为。欺诈和诈骗，只是同一行为在民事法律与刑事法律显现的两张不同面孔。刑法上的诈骗，即通说的行为人采取虚构事实或隐瞒真相手段令对方当事人产生错误认识。许霆和郭安山持合法信用卡利用ATM故障分别超额取款17万多元和8千元，他们在此行为过程中只是不断向银行提出超额支取请求，没有虚构事实；他们并未删改银行保留的任何信息，没有隐瞒自己的个人账户余额不足的真相；ATM吐出1千元扣除其账户余额1元的意思表示，是由于自身存在客观的故障，并非他们提出支取请求即能“诱使”而付款。由于犯罪构成

的客观要件不足，依法不构成《刑法》第二百二十四条规定的合同诈骗罪和第二百六十六条规定的诈骗罪。郭安山使用伪造、变造的居民身份证，采取虚构身份事实的手段令对方当事人作出错误意思表示，与银行订立储蓄合同骗领信用卡，属于诈骗行为。由于特殊条款优先于一般条款适用，根据《刑法》第一百七十七条之一可以认定“使用虚假的身份证明骗领信用卡”为妨害信用卡管理的犯罪行为，因此不宜以合同诈骗罪或诈骗罪论处。

五 衡平结语 从司法实践的角度考察本案，取款人持合法信用卡利用ATM故障超额取款的全部行为有一个从民事法律关系到刑事法律关系的转化过程，只要依法及时归还所取款项，就可阻却向刑事法律关系转化。现行法律在转化过程中留有交易双方调解和解的余地，不但可以尊重私法自治，也适当控制了公权对民事活动干涉的尺度，有利于消解而不是累积更多的社会冲突与矛盾。本文对涉案行为并非一概而论，而是细分考量，具体情况具体分析。如许霆持合法信用卡透支，经催收后不予归还欠款，认定为恶意透支行为，依法采用信用卡诈骗罪量刑；郭安山持合法信用卡透支，经催收即归还全部欠款，不认定为恶意透支，依法不构成犯罪。在此过程中可以看到，恶意透支构成信用卡诈骗罪的刑事立法具有一定的谦抑性，条文规范中体现了相应的衡平理念，认定恶意透支的客观行为不但需要“数额较大”又“超过规定限额或者规定期限透支”，而且要“经发卡银行催收后仍不归还”。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信用卡诈骗犯罪案件具体适用法律若干问题的解释》也规定，“行为人恶意透支构成犯罪的，案发后至人民检察院起诉前已归还全部透支款息的，可以从轻

、减轻处罚或者免于追究刑事责任。”诸如此类，不一而论。惟有辨明个案的各类法律行为，方可做到罪刑法定；惟有衡平个案的各种法律关系，才可实现罪刑均衡。透支的诱惑不止对于本案而言，使用银行卡或相关业务的人们已经或者正在面对这种诱惑，将来亦仍需面对。商业银行从自身经营角度出发，为了获取利润、抢占市场或其他种种目的，不惜以各种手段刺激人们透支消费，深受其害的不仅是持卡人本人，还包括他们的家庭与相关群体，由此引发了诸多社会问题。当然，透支的利弊也要因应制宜，区别对待。每个人的经验认识有差异，意志控制能力有不同，并不是任何时候都经得起诱惑的考验。往往一不留神或者心存侥幸，恶意透支，就在不经意间推开了通往奴役之路的大门，有的甚至因此堕入深渊。除了在现行法律制度框架下解决个案的司法实践问题，我们同样要警觉透支诱发的社会矛盾和带来的社会危害，深刻反思恶意透支立法入罪的利弊、法律的衡平控制与社会各方面的综合治理。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