

谢望原:"无情的法律与理性的解释 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__E8_B0_A2_E6_9C_9B_E5_8E_9F__c122_486344.htm 编者按 2006年4月21日晚10时，广东省高级人民法院的保安许霆与同事郭某到法院附近的ATM机取款。由于ATM机故障，在他取出1000元后，银行卡账户里却只被扣了1元。许霆先后在这台ATM机上取款171次，合计17.5万元。一年后，许霆被抓获归案。2007年11月20日，广州市中级人民法院作出判决：许霆盗窃金融机构，数额巨大，构成盗窃罪，判处无期徒刑。目前该案已经被广东省高级人民法院发回重审。原本不起眼的一个案件却引起了学者这么激烈的讨论，观点针锋相对，莫衷一是。那么，如果我们是法官，面对这样一个案件会不会有一个确定的判决呢？该案自被披露以后，本报收到了读者大量的评论，让我们来听听他们的声音……许霆案经媒体披露以后，一时间人们对案件的定性议论纷纷，人们对许霆案作出如此强烈反响，固然有其复杂的社会原因，但是其中最为突出的一点，就是很多人认为一审法院对许霆判处无期徒刑实在太过分了！然而，法律是无情的。如果许霆的行为确实足以认定为盗窃金融机构，那么一审法院的判决就无可厚非了！问题在于：将本案定性为盗窃金融机构是否确信无疑？国外类似行为的刑法性质 为了说明许霆案的性质，我们有必要了解国外关于此类行为的理论见解和刑法定性。根据我们已有的了解和掌握的资料来看，对类似许霆行为的案件有两种不同的定性：其一，日本等国的刑法对此没有作出具体规定，但理论上很多学者认为，机器(包括电脑)不能成为欺诈的

对象，因为机器没有人类的思维与意识能力，不存在上当受骗的前提，因而以信用卡等套(骗)取ATM机上的钱款的行为应当按照盗窃罪定性处理。这种理论立场经一些学者介绍到中国，并在国内产生重要影响。本案一审法院所作出的判决无疑是受到日本刑法学理论立场影响的结果。其二，澳大利亚、丹麦、瑞典等国刑法明确规定此类行为属于欺诈性质，因而应当按照欺诈类犯罪定罪处罚。此外，在芬兰、挪威、英国等刑法中亦有类似规定。许霆行为在刑法理论中的定性我国现行刑法对许霆案这类行为没有作出专门的明确规定，在刑事司法实践中，主要是根据刑法学说来定性。大体上也有两种主张，一是主张采纳前述日本刑法学说的主张，将其认定为盗窃罪；另一种则认为没有必要完全照搬他国刑法学说，主张智能机器(人)等电脑设备也可以成为欺诈的对象。笔者即持此一主张。其理由如下：其一，从“宽严相济”刑事政策立场来看，对此类行为按照诈骗定性更有利于被告人，符合有利被告原则。许霆所实施的行为无疑构成了犯罪，现在的问题在于???不能无争议确定罪名因而影响其刑罚轻重之时，原则上应当按照有利被告原则处理。根据我国刑法规定，盗窃罪的处刑远远重于诈骗罪的刑罚???盗窃金融机构最高可处死刑，而诈骗罪最高为无期徒刑，而就许霆案的具体刑罚适用来看，如果足以认定为盗窃金融机构，则其主刑的法定量刑幅度乃是处无期徒刑或者死刑，如果认定为诈骗罪，则应当处3年以上10年以下有期徒刑。其二，从学理上来看，利用信用卡从ATM机上非法套取钱款，完全符合诈骗罪的本质特征，对此类行为按照诈骗定性更符合逻辑。毫无疑问，诈骗罪的本质特征就是以不诚实的手段骗取不属于自己的

有价值之物，而不在于被欺骗的对象是聪明的成年人还是认识能力尚未发育成熟的幼童，抑或机器人。ATM机实际上就是柜员制度中的负责存取款的自动柜员(机器人)。由于ATM机器人完全代行了银行柜员的职能，对ATM机器人的欺骗本质上就是对银行柜员的欺骗。而利用ATM机的错误非法套取银行钱款，正如行为人使用小额票面值的钞票哄骗无知幼童(如把10元钞票说成100元钞票)，进而骗取其价值较大之物品一样，这种行为事实上就是不诚实地骗取了银行钱款！既然如此，为什么不能将此种行为定为诈骗呢？其三，主张利用信用卡非法套取电脑等机器管理的钱财是盗窃的观点已经不合时宜。由于电脑技术的广泛普及和普遍运用，智能机器人已经在越来越广泛的领域事实上扮演了有关人员的角色。事实上，人类在设计智能机器人或电脑之时，已经赋予了其一定的人类思维能力与认识能力乃至情感表达能力，因而机器人已经具有了“人”的诸多特征。既然如此，法律以及法律学说就应当承认机器人具有一定的人类“性格”！否则，我们的法律或法律学说将不能适应同犯罪作斗争的需要。关于许霆案的几种认识的评说 有关许霆案的报道引发的思考，还有以下几种认识值得关注：(一)认为该案不构成犯罪 不少善良的人们认为许霆案根本不构成犯罪。持此种观点者的怜悯之心可嘉，但却无法为许霆找出无罪的合法理由。对于法律来说，他必须承担相应的刑事责任！本案中，许霆第一次用信用卡取钱，意外发现自己在ATM机仅取1元而机器却支付给他1000元，如果他就此停住，则他的行为显然不够成犯罪。但是，当他后续利用信用卡反复重复套取ATM机里的钱款时，其主观上显然具有了非法占有他人财物的目的，且客观

上他非法占有了17多万元之巨，这时他就难辞其咎了！（二）认为该案应当以侵占罪处理 笔者注意到，为了减轻许霆的刑事责任，不仅被告人的律师为许霆作了其行为构成侵占罪的刑事辩护，另有一些网友或学者也认为许霆的行为至多也只能构成侵占罪。问题在于，我国刑法规定的侵占罪的对象构成要件乃是：非法占为己有的他人财物必须是自己代为保管的财物或者是他人的遗忘物或埋藏物。而许霆多次利用信用卡套取的钱款显然不属于他自己代为保管的他人财物，也不是他人的遗忘物或埋藏物！因而，本案不符合侵占罪的构成要件，而以侵占罪处理本案当然不恰当。（三）许霆案是否属于共同犯罪 从媒体报道的案件事实来看，许霆是和同事郭某一起去ATM机上取款的，而且郭某还对许霆说“天上掉馅饼一样的，反正不拿白不拿”，二人又共同利用信用卡套取了ATM机的若干款项。那么许霆和郭某是否构成共同犯罪？我认为，如果媒体报道属实，则该二人无疑构成共同犯罪了。这一道理很简单，无须过多赘述。问题是：最初郭某并没有和许霆共同谋议去套取ATM机的钱款，郭某只是在后来发现许霆能够套取ATM机钱款(5.5万元)时，建议许霆不要报告，并和许霆各自利用自己的信用卡继续套取ATM机的钱款，那么郭某是否应当对套取的全部钱款数额负责呢？此种情况下，郭某构成承继的共同犯罪(正犯)。至于郭某是否应当对全部套取的钱款负责，理论上有不同理解。一种观点认为，承继的共同犯罪的场合，后加入者应当对全部犯罪负责；另一种观点则认为，承继共同犯罪的场合，后加入者只应当对其加入后的行为负责。我倾向于后一种观点。因为对行为人没有参与共谋实施的犯罪也追究刑事责任，有扩大刑事责任

之虞，而按照行为人实际参与共同犯罪的具体情况追究刑事责任，更符合实事求是的客观公正精神。（四）本案是普通诈骗而不是信用卡诈骗 笔者在和有关同行讨论该案时，有人提出：许霆的行为是否涉嫌信用卡诈骗呢？我认为，本案的特点是行为人利用了信用卡，同时利用了ATM机的程序错误。但实质上仍然是行为人对ATM机进行了不诚实的欺诈性操作。我国刑法第196条专条规定了信用卡诈骗罪，其客观构成要件必须是行为人有下列行为之一：（1）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；（2）使用作废的信用卡；（3）冒用他人的信用卡；（4）恶意透支。纵观本案事实，无一符合上列四个要件之一。因而，许霆的行为属于以信用卡作为工具的诈骗钱款，符合我国刑法第266条规定的普通诈骗罪构成要件。（作者系中国人民大学刑事法律科学研究中心教授、博士生导师）许霆取款行为不应以犯罪论处 侯国云 么惠君 近段时间，许霆在ATM机里恶意提款被判无期徒刑一案，引起社会广泛关注。在我看来，对许霆的行为不应该治罪。这里谈几点理由与大家商榷。一、从行为的性质看，不应治罪 众所周知，盗窃的基本特征是秘密取得他人财物并非法占有。这里的两层含义缺一不可。虽然秘密取得他人财物，但若不非法占有，不构成盗窃；虽然非法占有，但不是秘密取得，也不构成盗窃。许霆在ATM机里提取现金的行为，显然不属于秘密取得。因为他是利用自己真实的信用卡，在公共场合，并采取合法的手段提取的。他使用了真实的信用卡，ATM机就会记录下他的账号，银行就可以通过他的账号查到他的名字、身份证和住址。这等于他在提取现金时向银行公开了自己的身份。这就不是秘密提取，而是公开提

取了。既是公开提取，当然不是盗窃。二、从行为的背景看，不对许霆治罪 许霆在银行办理了工资信用卡，银行里保存着他的名字、身份证和住址等重要信息，在这样的行为背景下，他使用信用卡提取现金，就不同于一般的盗窃。再从行为的原因看，显然是由于ATM机出现错误引起的。如果银行设立的ATM机不出错误，就不可能出现许霆恶意多取现金的行为。ATM机的这一错误是客观事实，是我们无法否认的。从这个意义上讲，说银行或者说ATM机对许霆的行为起了诱导作用，一点也不过分。正是由于行为的背景和原因有此特殊性，因而我认为对许霆的行为不应以犯罪论处。三、从法不责众原则看，不对许霆治罪 许霆主观上当然有过错，这种过错表现为贪占便宜。但这仅仅是一种错误，而不是罪过。原因在于，他采用的手段是合法的(他使用真实的信用卡，采用银行规定的正确方法在ATM机上提款，我们无法否定他提款手段的合法性)。在不采用任何非法手段的情况下，取得额外的财产收益，按照一般的社会心理，是不会有人予以排斥的。换言之，如果说这是一个错误的话，那也是一个多数人都不会犯的错误。既然是多数人都不会犯的错误，按照法不责众的原则，就不应当进行刑事处罚。因此，需要特别强调，也应当立下一个规则：行为人在不采用任何非法手段的情况下取得额外收益，不应当以犯罪论处。四、从刑法的适用对象看，不对许霆治罪 同是严重危害社会的行为，为什么有的适用刑法，有的却没有适用刑法？这其中的一个重要原因就在于，刑法只适用于必然性行为，不适用于偶然性行为。法律，尤其是刑法，只能以必然性行为、多发行为为适用对象。这实际上是刑事审判中的一个不言自明的基本准则。

分析一下许霆的行为，不难发现这是一个偶发行为，或者说是一个偶发事件。因为许霆行为的先决条件是ATM机出现问题，而ATM机出现问题是一种偶发事件。这个偶发事件决定了许霆的行为是一个偶发行为。这么多年，就出现过一起此种案件，这本身就说明这是一种偶发行为。把刑法适用于偶发行为，是对刑法的滥用，也是对刑法资源的浪费。

五、从刑法的谦抑性出发，不应对许霆治罪 刑法的谦抑性，简单说就是尽量减少刑罚的适用。之所以要强调刑法的谦抑性，是因为刑罚是个双刃剑，它虽惩罚罪犯，但也伤及社会。因而，现代刑法观念强调尽量少适用刑法。以此观念观察许霆的行为，显然不属于其他法律调整不了的行为。许霆愿意退还提取的款项，就说明此行为用民事法律完全可以调整。许霆恶意提款的行为，不适用刑法也能解决，若坚持适用刑法，就违背了刑法的谦抑性。

六、从刑罚的目的出发，不应当对许霆治罪 刑罚的目的是预防犯罪。预防犯罪分为特殊预防和一般预防。特殊预防是指通过对犯罪者本人适用刑罚，防止其再次犯罪；一般预防是指通过对犯罪者适用刑罚，警告社会上一般的人不要重蹈覆辙。如果不适用刑罚，同样可以达到预防犯罪的目的，那就没有必要适用刑罚。显而易见，不对许霆的行为以犯罪论处，类似的行为并不会再次发生，不单是许霆不会再次实施此种行为，就是社会上一般的人也不会再实施此种行为。因为这种行为的实施需要特殊的条件，而这种特殊的条件不可能再次出现，而且也无法人为的创造。一句话，不对许霆治罪也可达到特殊预防和一般预防的目的，何必还要治罪呢？

七、从罪刑法定原则出发，也不应当对许霆治罪 罪刑法定的一个主要内容是禁止类推，若对许霆

以盗窃定罪，实际上是类推定罪。因为许霆的行为有以下三个特点：(1)许霆是用真实的信用卡，用合法的手段从ATM机里取款的；(2)在许霆使用合法手段的前提下，是ATM机自动将现金送出来的；(3)许霆在提取现金时把自己的个人信息全部留给了银行，等于告诉银行：“17万是我许霆取走了。”这三个特点使得许霆的行为与传统的盗窃行为有了质的区别。既与盗窃有质的区别，那就不是盗窃。不是盗窃，硬说成盗窃，实为类推。把不是盗窃的行为类推成盗窃行为，然后适用盗窃罪的刑法条文定罪，显然违反了罪刑法定原则。（作者前者为社科院研究员、后者为浙江省象山县检察院检察官）

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