

我与高冀飞、daviswei等探讨许霆案 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__E6_88_91_E4_B8_8E_E9_AB_98_E5_c122_486423.htm 随着八名专家和律师为许霆“上书”，接下来陈瑞华老师发表《许霆案的法治标本意义》，贺卫方老师发表《许霆案：法官何以说理》。许霆案便持续的开始升温。一月二十七日，笔者阅读中国律师网，理论专栏中就有四篇是关于许霆案的。这就使笔者又产生一个疑问，为什么不论是专家、学者，还是普通网民、百姓，都在持续的关注许霆案呢？表面上看，好像我们都在关注该案事实认定是否有误和量刑是否的畸重。实际上，我们是在关注与我们息息相关的中国民生、中国人的法治生存环境、中国的司法公正与透明。读了青年学者高冀飞的《对许霆行为的罪与罚的探讨--应当把关注的焦点从ATM转移到行为人的行为上》文章，笔者深有感触，颇有为许霆没被评为“跨年度新闻人物”鸣冤喊不平。2008年前他成为媒体的焦点，是由于他被认定有罪、犯盗窃罪被判处无期；年后他再度被大家关注，是由于他给司法界出了个大难题--如何处置他哪？这不再是法官的“独家”思考，这已成为法律人共同的探索。在这里，笔者无意评论法院对本案所作判决的正确性与否，因为任何一个案件的法律判决，其正确性永远都不是绝对的，都会受客观条件的制约；笔者也无意评论适用于本案的法律的正确性与否，因为任何一部法律都具有相对性，都是在不断完善的。笔者在这里与高冀飞等就许霆案的事实与法律问题发表一些看法，以抛砖引玉。高冀飞在《对许霆行为的罪与罚的探讨--应当把关注的焦点从ATM转移到行

为人的行为上》认为盗窃罪定罪准确，但认定金额错误，量刑过重。可笔者和许多网友对他的观点产生一些疑问，并就本案的定罪量刑问题提出了一些问题，与他进行了探讨。

Daviswei的问题：总的来说，作者的诸多观点值得赞同，但本人有以下两点不同意见，特与作者商榷：1、关于不当得利 作者认为，“由人为原因引起的不当得利的事实，只能是基于错误而产生的，而不能是受益人故意为之的，否则构成侵权。”本人认为，作为一名刑法研究人员，作者上述观点实在是对民法不当得利制度的误解：在民法中是否构成不当得利只需考虑获益人获得利益是否有法律依据，而获益人获得该利益是因获益人或受损人行为造成则在所不问。作者虽未明言，但作者似乎认为民法中侵权行为与不当得利不能并存。实际上，民法中侵权行为与不当得利并不互相排斥，侵权行为与不当得利竞合的情形比比皆是。例如，甲盗窃乙100元钱。此案例中，甲的行为侵害乙的货币所有权，构成侵权，同时，甲获得100元货币所有权并无法律依据，亦构成不当得利，乙可选择依据何种法律关系向甲主张权利。此案例中的不当得利即为甲的故意行为所造成。再如，甲未经乙的同意，擅自将乙的油漆用于涂刷其汽车。此案例中，甲的行为侵害乙的油漆所有权，构成侵权。同时，乙的油漆因附合于甲的汽车而被甲取得所有权，甲取得油漆所有权没有法律依据，构成不当得利，此不当得利亦为甲的故意行为所造成。由此可知，所谓“不当得利不能是受益人故意为之”的说法并不成立。2、关于秘密窃取 本人认为，所谓“秘密窃取”，是指行为人在自以为财物的有权占有人不知晓的情况下，通过自己主动的行为（需特别说明的是，依笔者的理解，盗

窃罪中行为人的行为并不包括语言），将原被他人占有的财物变为自己占有。也就是说，“秘密窃取”的关键是，占有的改变是行为人行为的结果，而不是被害人主动改变其财物的占有关系。ATM机类似于银行职员（是一个可进行人机对话的机器人），信用卡使用人在ATM机上操作，实际上是进行人机对话。对本案而言，许霆取得的货币在从ATM机吐出之前，是被银行占有，吐出以后，则被许霆占有，占有关系发生了改变。现在需要分析的核心问题是，该占有关系的改变是谁的行为的结果：如果是许霆砸开ATM机将钱取出来，则显然是许霆的行为改变了占有关系。但如果货币是ATM机主动吐出来的，因ATM机是银行的“职员”，就等于是银行主动把钱交到许霆手上，银行货币占有的改变是银行自己的行为所导致。许霆输入取款指令，相当于对银行说“请给我1000元”，ATM机吐出1000元的过程，就等于银行主动将1000元交到许霆手上。简而言之，本案得以发生的关键，是银行的“职员”出了问题，类似于银行委派了一名白痴担任“职员”，别人叫他给1000元，他就把1000元给别人了。很显然，本案中，银行货币占有关系的改变是基于银行自己的行为，而非许霆的行为（许霆输入取款1000元的指令，仅相当于他对银行说，“请给我1000元”），许霆的行为并不符合“秘密窃取”的要件，如许霆的行为构成盗窃，那本人想请教作者的是：甲为一名30岁的无民事行为能力精神病人。某日，甲手持一张100元纸币在街上行走。乙见甲为精神病人，欲占有甲的100元钱，即上前对甲说：“请把钱给我，好吗？”甲听乙说完，即将100元纸币递交给乙。乙拿到钱后即逃之夭夭。请问乙的行为构成盗窃吗？高冀飞答复：侵权行为

为故可成立不当得利，我说过不当得利只是一个状态，这个状态可能由行为(法律行为\事实行为)引起。通常侵夺财产的犯罪，权利人主张的是无权请求权，在原物不存在的情况下主张不当得利或者侵权责任。比如在无权处分发生善意取得，而放款未付或未完全支付\或者低价出卖的情况下，侵权人的得利是小于给被害人造成的损失，因此要承担的不是返还责任，而是赔偿责任。在责任竞合的场合，行为人可择一行使。如在特别是难以证明过错存在的情况下，受害人主张不当得利(不考虑过错)则更加有利。而在能够证明行为人有过错的情况下，往往主张侵权责任或违约责任对被害人更加有利，比如把有人格象征意义的或对权利人有特殊纪念意义的物品无权处分，则依法要承担精神损害赔偿的责任。而且不当得利的范围要广一些。在债法中不当得利尚处于补充地位。不是债权发生的主要原因。那么，怎么能用一个不当得利制度涵盖所有债的发生原因，甚至用它来解释所有“取得型”的财产犯罪呢？那么，敲诈勒索罪\诈骗罪\抢夺罪都是不当得利，都只有一个财产返还责任，而不追究刑事责任。这不是刑法谦抑性的体现，相反是民法扩张适用性的体现。突破了部门法各自的调整范围。这样的思维贻害不浅。责任竞合需待得请求一方作出选择，在故意侵夺财产的情形下，人们通常会选择侵权责任，极少数会选择不当得利(除非证明不了存在对方故意)，因此，我说不当得利不能以故意为之，实为此意。因为主张侵权，不仅可以要求对方赔偿，而且可以要求其赔礼道歉。不当得利对于有选择权的原告，绝非上选，而是退而求其次的选择。同样，在责任聚合的情况下，已经排除了不当得利的适用。可以说没有不当得利的适用余

地。退赔所依据的规范是刑法第64条，这是司法机关的义务，而不是不当得利的受益者的返还义务。。而且刑事责任和民事责任，在公诉案件的情形下，也不容被害人自己作出选择。刑事责任不是对被害人承担的责任。这一点必须弄清。只有在自诉案件中，自诉人才有权利选择民事诉讼\刑事自诉\或者刑事自诉附带民事诉讼。我说不当得利不能故意为之，另一个原因，也就是一个行为如果构成故意犯罪，则不当得利没有适用余地。因为罪过已经十分明显。

2、秘密窃取的疑问。

你举例说银行雇佣白痴职员例子，这是很多人所列举的例子。但这样的类比本身是否科学，这只是想象出来的案例，银行雇佣白痴职工的可能性可能比ATM出错的概率更低。因此，建议大家举一些现实生活中可能发生的例子。另外，人和机器是不同的，人可能出错一次、两次，但不可能出错171次，如果没有人维护，它会永远这么错下去，而且连犯错误都那么精确，每次都是1000：1。因此，将机器完全和人划等号是有问题的。从刑法理论上讲，欺骗精神病或者幼童、或者利用其不能辨认和控制自己行为性质和后果的状态，取得其财物，定盗窃是没有问题的。如从前律师资格考试就考过一道真题：甲哄骗一名3周岁的幼童，在其监护人不在场情况下，用一块棒棒糖把孩子身上的金锁片换走。是利用儿童的无知，实施了盗窃(对于其父母财产的秘密窃取)。

首先，3岁孩童不具有处分财产的能力，没有上当受骗的“资格”，因此不属于诈骗。其次，幼童没有分辨是非的能力，不知甲的行为是侵犯财产的行为，而其家长也对此毫不知情，因此是秘密窃取行为。我不知道你听没听过马三立的相声《逗你玩》，里面偷衣服被子的小偷就构成盗窃罪，而非抢

夺罪。因为他欺骗的是幼童。在你给出的案例中，从精神病手中骗去100元，当然属于盗窃行为，精神病虽然是财物所有者，但他不具有管理财产的能力，要由其财产代管人负责管理。而未经监护人同意，没有处分权。行为人知道这个情况，而从精神病手中骗钱，相对于监护人属于秘密窃取的行为。当然100元不构成盗窃数额。 Daviswei再回复：在本人看来，高先生对本人关于不当得利部分的商榷意见的回复既缺乏理性，也过于急躁：首先，在不当得利与侵权行为竞合的情况下，权利人是否选择依据不当得利主张权利或者在现行司法体制下能否依据不当得利主张权利，与不当得利是否成立完全是两回事。在本人所举的盗窃案例中，即使乙依据侵权之债主张权利更为有利，难道就能够否定在该案中不当得利之债的成立吗？其次，本人在商榷意见中从未论及民事责任与刑事责任的关系问题，更从未作出过类似于“行为人的行为只要构成民事上的不当得利，就不能够构成刑事犯罪”的表述，高先生难道不觉得您的回复“……，那么，怎么能用一个不当得利制度涵盖所有债的发生原因，甚至用它来解释所有‘取得型’的财产犯罪呢？那么，敲诈勒索罪\诈骗罪\抢夺罪都是不当得利，都只有一个财产返还责任，而不追究刑事责任。这不是刑法谦抑性的体现，相反是民法扩张适用性的体现。突破了部门法各自的调整范围。这样的思维贻害不浅”有点无的放矢吗？您为什么就不能先看清楚本人的评论再发表回复意见呢？笔者认为本案偏向于刑事案件，不宜适用不当得利。同时认同Daviswei的秘密窃取不成立的观点。 Cfit的问题：我只是有两点疑惑：1．银行是靠赢利生存的商业机构，可是在这个案子里一点也没有体现出“客户是上帝

”的商业行为准则。一般商业行为的原则是：在尽量减少损失的前提下，让客户满意，保护自己的声誉。可这件事中，银行既 not 急于追钱（人家还钱都不要），也不顾客户的意愿（许打电话给银行，得到的答复是还不还都得坐牢），更不怕败坏名声（自己出了错还有脸到处张扬）。什么原因？2

．全国人民选出代表组成人大，人大代表制定法律，法官按法律判案，判的结果却遭到了绝大多数人的反对（至少在网上是这样）。是法官曲解了法律，还是人民代表制定法律时没有代表人民的意愿，反正这中间肯定有问题。高冀飞回复CFit：银行在案发后第三天发现ATM被盗之后就开始查找取款者并向警方报案。而此时(案发后第三天)许霆已经携款潜逃，许霆在逃离广州的路上想到要将钱还给银行，于是联系银行。银行是在报案之后，才接到许霆的电话。许霆确实打过电话，但是银行说：“现在我们控制不了了，我们已经报案了，你还款可能还要坐牢。”银行说的是实话，因为许霆的行为涉嫌盗窃，银行是无权干预刑事司法的。而许霆一听这话，就一不做，而不休。继续携款潜逃。这是央视经济半小时报道的案情。另外，假如许霆事后积极退赃，则属于酌定的从轻\减轻情节，但许霆没有这样做。如果在银行报案后，许霆自首并积极退还赃款，可能也不会有这样的结局，但许霆也没有这样做，他选择了逃亡一年，使司法机关浪费警力通缉和追捕，使银行方面承受经济损失(间接损失是银行资金周转的可得利益)。因此，许霆除了是初犯，由于有机可乘偶发犯罪动机，一贯表现良好外，不具有任何法定\酌定的从宽情节。从认罪的态度上，也不能说属于较好。 Cfit再回复：你说许霆如果积极退款，态度好一点，别逃一年就不会

这么重，我不这么认为。法院认定许霆犯的是“盗窃金融机构罪数额巨大”，里面没有提到逃亡和态度问题。“盗窃金融机构罪”是指许的取款行为，“数额”是固定的，和逃不逃没关系。而在法官认定的罪名下量刑已经是最低的了，态度再好也是无期。同案的郭判的轻是因为数额没到“巨大”，才有考虑态度的余地。说许打电话时银行已报案，这不是许的错。存款是实名制，许的卡是单位办的工资卡，银行找到单位就可以联系到许霆，但他们没和许霆联系，而是选择了第一时间报警。事实上银行和警方找到单位时，许的队长就把许的联系方式给了银行了，但银行不和许联系。还是队长把银行的电话给了许，许主动和银行联系的，银行的人告诉他还不还钱都得坐牢，许是躲避非法牢狱之灾才逃亡的。Cfit提出了很有意义的一个问题，就是法律的民意性或说意志性问题，同时这个问题蕴含着恶法的判断问题，但本次没有讨论，很是遗憾。笔者问题：“您能在今天关心许霆案，说明您是热衷法律的法律人士。有您这样的法律后生，我深感中国法治也许也有一线光明。不过有三个问题，我这里提出来与您讨论讨论。首先是社会危害性确定的广泛性问题??或说有罪无罪问题的认定问题。这个问题的关键点是有罪无罪是否必须由专业的法官来进行？审判委员会做出有罪无罪决定，参加庭审的人必须遵守应该吗？普通人真的不知道社会危害性吗？陪审团确定事实与合议庭确认事实，谁更科学性？有人说民意何以逐天涯，请您发表合议庭广泛性代表性的意见。第二是量刑的公开问题??量多长的刑，被告没有必要知道原因吗？社会也没有必要知道吗？请您对本案量刑的自由裁量权问题把表意见。第三就是“恶法是不是法的问题”

，本案是适用法定事实，那么这种法定事实的法是不是恶法！顺便提一下事实问题，假如本案可套用06年律考题，就像您说的“ATM不是法律主体，不具有民事行为能力，不适用民法中的代理制度。”那请问您，根据您的这个结论，是不是必然导出一个法律后果，那就是每一个通过ATM机取款的人还有拥有ATM机的银行都可主张行为无效啊。因为这种交付是没有意思表示的。是不是一个严肃的前提，导出一个滑稽的结果。”高冀飞答复：“ATM不是法律主体，不适用民法中的代理制度。这是没有问题的。在银行与持卡人交易的过程中不存在第三方主体。ATM和信用卡都是工具，与卖布的手中的尺子，卖米的秤一样没有质的区别。凡是有度量衡的东西都不敢保证绝对精准。但是其误差是在合理限度内的，双方也可以接受。ATM是一种支付工具，当支付工具正常工作时，其交付是体现银行的意思的，这个意思表示早在订立信用卡使用合同之时即已做出。因此，在正常工作时，ATM是按照银行的意志工作的，双方都是在履行合同。但是工具就可能存在误差，就像点钞机、验钞机都会出现错误。所不同的是银行有营业员监督，相当于双保险，而ATM则不可能旁边总站着一个人，否则，就不叫“自动”取款机了，其高效、便捷的优点也就表现不出来了。工具在正常使用的时候是体现银行意志的，而在故障的情况下是违背银行意志的，这应当是常识判断，不应该有疑问。ATM的出现使得持卡人不须经银行工作人员之手可以自己提取现金，如同网上划账、网上缴费一样。如果出现了因系统、程序的错误，造成消费者损失，银行当然要承担责任，其免责条款在很多情况下是无效的。但是，在没有人现场监督的情况下，ATM

一旦出现故障，就可以被利用作为犯罪工具，许霆一案即属此情形。不能说ATM出了错误，就将其视为银行的赠与行为，或者说银行变更了合同。即使银行变更合同也会提前告知用户的。许霆使用银行卡的权限应仍受原合同的约束。再比如您到自动售货机前面买饮料，价格标签上面标明您要买的饮料是10元一瓶，这是要约，您的投币是对自动售货机的经营者作出承诺，结果您投币之后，没有吐出相应的商品，这时候说您是向其捐赠了“公德钱”，售货机的主人接受赠与，你们之间形成赠与合同，您肯定说这违背了您的真实意志，那么如果您投下一瓶的价款，在机器故障的情况下却吐出了20瓶，您觉得这是卖主的赠与，还是变更了商品的价款呢？这个例子实际上还不如许霆案明显。如果银行有意变更合同条款，也不会以这种方式，他会主动联系客户的。”“您的提问把我们的问题带入了一个更大的话题。而这个话题我想我暂时没有能力进行讨论。合议制还是陪审制，是司法体制的问题。在认定事实上，陪审制有利于限制任意裁判，有效监督司法活动。但民众不是法律专家，所以法律的问题应该交给法官。在此，我想从刑事诉讼证明标准的角度，谈您所提出的问题。我们说刑事诉讼的证明标准，是事实清楚\证据确实充分，在大陆法系国家是内心确信，英美法系国家是排除合理怀疑。现在大陆法系国家诉讼法理论上提出了心证的客观化，即将整个推理过程严密地形成文字化最终得出结论，不仅要求法官内心确信，还要使公众确信。法官有解释说明判决理由的义务。控诉方的证明责任除了举证行为责任和举证不能或不力的后果责任外，还负有说服责任，即说服法官和社会一般人相信被告人有罪。这是无罪推定的要求。

英美陪审团是从各行各业的非法律人士中抽取的，代表一般公众(社会一般人)，因此如果陪审团对事实不能提出合理怀疑，则可以认定被告人有罪。但前提是这种怀疑是合理的。陪审团所要做的工作是认定构成要件事实。即我们所说的许霆是否有非法占有目的，是否属于秘密窃取行为等等。如果在这些问题上，按照一般人标准(经验常识和通常逻辑)不能确定则对定罪就有障碍。在成文法传统的国家实行陪审团程序的很少，因为罪刑法定，构成要件十分明确。是否是秘密窃取，非法占有这些定性的问题，是不须陪审团成员表决的。事实判断交给陪审团解决，价值判断交给法律解决。许霆的一审判决确实没有达到这一点，没有给出充分的法理解释，甚至在事实认定上也存在问题，因此被高院以事实不清裁定发回重审”。本提问笔者想探讨三个法律前沿问题：第一、当前我们国家的司法现状是否已经具备将庭审中确定事实的职责与适用法律并作出判决的职责进行分工。在美国确定事实与适用法律有着科学精细的分工。美国地方法院，有法官，也有陪审员。“The judges do not answer to questions of fact ; the jury do not answer to questions of law”。法官不回答事实问题，陪审员不回答法律问题。“The judges find the law , the jury the facts”。法官对法律负责，陪审员对事实负责。笔者认为，这次许霆案争议如此的大，一个重要原因便是确定事实的法官不具有广泛的代表性。因此我国的合议庭也应当就确认事实和适用法律进行分工，各司其职。而且我们实行了这么长时间的人民陪审员制度，公民法律意识普遍增强，因此完全具备了确定事实与适用法律进行科学严密的分工。第二、量刑轻重也应该在判决中明确加以说明。其实，认

定事实方面我们的判决书对这一点作的也很不足，只不过比量刑强一些而已。许霆案引发争论，这也是一个很重要的原因。陈瑞华老师认为本案“与判决书拒不说理同样值得注意的是，中国法院的量刑程序没有保持最起码的公开性和透明度，缺乏必要的诉讼参与。量刑问题通常很难在法庭上得到充分的讨论，而往往成为法官通过‘办公室作业’来自行加以决定的事项。根据报道，鉴于许霆案在事实认定上不存在明显的争议，原审法院只进行了一个多小时的法庭审理。在这短短的时间里，法官们不可能对本案的全部法定和酌定情节展开充分的调查，控辩双方也无法对量刑基准、从轻情节、从重情节、人格状况、再犯可能、行为给受害方造成的后果等进行全面的辩论。一句话，法官们在没有进行任何量刑听证、调查评估和听取双方意见的情况下，就断然选择了自由刑的最高幅度。这种近乎草率的裁判方式，决定了刑事法官在量刑方面拥有几乎不受限制的自由裁量权。”第三、就是如何及时适时的解决法律的滞后性和过时性问题。法律滞后性和过时性是大陆法系的通病，如何解决呢？普通法系已经给了我们明确的答案。那便是法官可以不适用“恶”法，判例也可以是法的渊源。高冀飞在回复中简要的介绍了英美法系与大陆法系的一些传统。针对笔者顺便提出的问题，他的观点是ATM机正常使用体现银行的意思，不正常使用不代表银行意思。笔者不同意这个观点，但没有必要再讨论了。笔者回复：感谢您牺牲宝贵时间来参加讨论。在学理上，作为是指不应当为而为之，那么我们讨论一下许霆那个行为不应当作为。你可能说不该取钱，理由可能为明知取一元付一千元，就不应该取。取一千元付一千元才应该取。假如有人

（或说合同相对方）无因给你17万，你敢要不敢要？你肯定说敢要。假如一个十几岁的小孩给你，你敢要不敢要？当然也敢要，无论给你多少次。你要了我起诉你，说你盗窃，为什么，给你钱的人是傻子等无意思表示的人。你会说开国际玩笑。其实，这两例在事实上具有相同性。所以说，取钱行为肯定不是刑法意义上的不当为。取钱后，许霆有一项义务，就是在是时返还此钱，符合当为而不为的不作为特征。那么从这个角度讲，许霆为不作为犯罪，但具体哪一罪，需要讨论，我不敢妄言。这是我根据刑法理论对本案的理解。根据报道，许霆曾想返还此钱，这也就是说在是非确定之时，许霆作为了。因此，辩护许霆无罪还是有一定道理的。但许霆行为不值得赞赏，我们提倡创业发家和创造致富，不提倡不劳而获和巧取豪夺。高冀飞回复：我想自动取款机没有智能到送钱上门的地步，许霆是用自己的工资卡多次到这台坏了的ATM里取钱，如果没有许霆“取款”的行为，这17万余元也不会脱离银行的控制，在因果关系上，银行巨额钱款的丢失是许霆积极主动的行为引起的。一个人无因给我一笔钱，我会觉得他必有所图，肯定会问清原因再接钱的。否则就太天真了。因为我从不相信天上会掉馅饼。而且我知道什么是不义之财。这不是我学过法律之后的选择，从上小学开始就懂得这个道理。一个十几岁的小孩给我钱，我也会问清原因或找他的家长，因为世界上没有无缘无故的爱。同样，说银行变更合同条款（做出新的意思表示）的谬论，也是犯了常识性的错误，即使银行是在做好事，也不会默默无闻，意思表示最起码应当有受领的对象，哪怕是银行在回馈客户，开一台ATM让顾客凭卡取钱，也会大张旗鼓地宣传的。所以

这样的说法纯粹是在强词夺理。虽然说君子有所为，有所不为。许霆或许算不上君子。但许霆作为一个神志正常的成年人当然知道什么钱是自己，那些东西不是自己的，在刑法上他能够认识到自己的行为会造成危害结果，这就足够了。我知道这不是我的钱，我把不属于我的取走，我知道我取走钱银行肯定不同意。这就足以认定为我具有非法占有的目的了。如果是自动取款机成了“变形金刚”，自己把钱塞到许霆的钱包里，那么可以说许霆不构成犯罪，因为他不具有盗窃故意，拒不归还可能构成侵占。但事实不是这样的。认定危害行为是作为还是不作为，不当为而为之即可以判断，但仍要结合因果关系，看看哪个行为是引起法益侵害的行为，以及哪个行为是受主观意志支配所为的行为。本案的窃取行为是作为。即利用手中的卡（密码）、故障的自动取款机秘密地将钱款取出的行为。因此，作为还是不作为，不应有疑问。另外，黄律师在文中认为不作为的处罚要比作为轻，这是没有依据的。不论不作为抑或作为，都只是危害行为的表现形式，其本身不足以影响量刑的轻重。罪责刑相适应的内涵是什么？刑罚的轻重要与所犯罪行和承担的刑事责任相适应，考虑的因素是行为的客观危害与行为人的主观恶性和人身危险性，而不是危害行为的表现形式。是作为也好，不作为也罢，都是在行为人主观意志支配下所为的危害社会的行为，都具有严重社会危害性、刑事违法性和刑法上的可谴责性。不作为犯罪是与以作为方式实施危害性相当的行为。本问题笔者想与其讨论许霆到底哪个行为触犯了刑律。由于高冀飞没有正面回答，因此笔者发起了另一轮讨论。笔者回复：我们可能把话题引向偏向。我们所要讨论的是ATM机的支付

行为是否是在代表归属银行履行合同。如是，则不管其故障还是正常都是。因为它有义务保持其正常运转。我所举的赠与合同也在表达这个含义。故障发生就像人发傻一样，是意思表示不真实。我们没有说他没有非法占为己有的故意，但我们说的是认定为盗窃行为是否准确。你说银行做不做宣传与其活动的有效性有直接因果关系吗？另外银行做不做活动也与本案无关。我们讨论的是许霆有没有权利去划卡，如有，那么划卡行为就不是刑法意义上的作为。接下来，就是许霆应不应该拿ATM机的吐款。您会说肯定不该拿，但不拿将导致丢置，另外其也无法证明其没拿，因此，它就有义务保管此钱，或向有关部门举报或等待银行对帐、索要。如其向有关部门举报，他们没人理会，或直接说奉送，那就没事了。如银行说ATM机出故障它就应该返还。我们司法考试认定此行为为盗窃，许霆肯定是不满意这个答案的，因此它又给司法界出了个新问题，也是一个新课题。这个问题不但难倒了法官，也难倒了整个司法界。高冀飞回复：我现在不明白黄律师对待此案的最终观点是什么？是否还是合同诈骗罪，或者是侵占罪？现再次就您提出的疑问作出回应。1、ATM是自助支付工具，其特殊之处仅在于脱离银行依靠持卡者自行操作提取钱款。它不是主体，因此不是银行的代理人，因此用代理或者代表这样的词，十分不准确。只能说ATM能否正常工作是否体现了银行的真实意思。银行是否有取1000只扣1元钱的意思。这是依据常识就能判断的。银行没有作出新的意思表示（变更合同应有起码的通知义务），故取1000元而只扣1元，是与原合同不符的，许霆的工资卡没有此项权限，许霆对此也完全明白。银行确实有义务保证ATM正常运转

，但是这个义务是什么义务呢？是诚实信用义务还是什么义务？这个义务要履行到什么程度？是必须一天24小时日复一日、年复一年如此吗？那么ATM在维护期间需要向客户负违约责任吗？当然不是，ATM维护中，银行会提示：“本机在维护中，请与银行联系，为此给您带来不便，深表歉意。”在ATM当中没有现金时也是如此，您会选择追究银行的违约责任吗？即使起诉，这样的请求也不会得到支持，因为这样的风险是持卡人所应预见的和可以接受的。我想您在这样的情况下会换一台ATM。同样，如果ATM出现故障导致您的卡被吞掉，取不出钱，或者划账时款未到帐却被划掉，此时您可以要求银行承担违约责任。这是履行合同不符合约定的行为，不仅要赔偿您的损失，还要补偿您因此支出的合理费用。我们说到义务，总是与责任联系在一起的，义务的不履行是责任的前因。那么，许霆案件中银行要承担什么责任？

2、我明白您的意思，是要把不该取解释成可以取但应该归还，进而得出许霆是不作为侵犯财产。因此可依合同诈骗、信用卡诈骗或者侵占处罚。您的逻辑可能是作这样的推理，即许霆是银行客户，持有有效的工资卡。所以许霆有权利取钱，作为持卡人随时随地在银行及银行自助设施上取钱的行为是合法的。只是他负有保管和返还的义务，拒绝归还可能成立其他犯罪，但不成立盗窃罪。不知道您是否是这个意思。但这样的推理也只是流于表面，我们应当看到许霆为什么有取款的权利？他的权利的界限止于哪里？权利来源于合同，权利界限也受合同条款的约束。许霆没有透支的权利，他账户内的余额是他的权利，超过这170多元的部分是不属于他的权利。特别是他明知道自己取出一千而在账面上没有显示的

情况下，此时取款还能说是他在行使自己的权利吗？当第一次取款其取出的钱已经远远超过了其卡内的余额时，他就已经没有权利再取，你也许会说他卡内还有余额，但那是由于机器的错误而没有被扣减。机器在正常状态下不会有这样的问题。我们不能把异常的现象当成正常的现象看待，更不能以此作为立论的依据。看问题应当关注它的常态，并以常态为参照。正是因为机器工作异常，使得许霆不该得到钱的得到了，而帐上应该扣掉的没有扣，这些都属于不当得利。可以用1000-170多，作一个减法。他不仅没有权利再取款，多得的钱款还要全数返还。因此，他虽仍是持卡人，其与银行的合同虽然还有效。但是其权利已经用尽，信用卡使用合同是继续性合同，而不是一时性合同。他的剩余权利是一种期待权，只能等下次工资到账时才能行使取款的权利。否则取出的钱就是没有任何合法根据的。许霆显然知道自己没有再取钱的权利了。一般地，行为是具有目的性的，不受目的支配的行为自然不会纳入法律的视野。刷卡的直接后果是吐钱。许霆刷卡的目的就是为了让ATM吐钱进而占有这些钱。否则，许霆后面刷卡171次的目的如何解释？您也知道他有非法占有的目的。那么在非法目的支配下的行为具有合法性吗？许多犯罪行为都是在合法形式掩盖下所为的。许霆的行为之所以具备秘密性，也是因为其利用自己的持卡人身份，而且ATM的帐面记载也不能表现出他实施了盗窃。如果他破坏ATM则可能触发报警装置。因为他是刷卡实施盗窃，所以报警装置对他不起作用，因此他顺利地实施了171次盗窃，属于刑法上的连续犯。许某行为在表现形态上属于作为，即不当为而为之，其负有不侵犯他人合法财产的绝对义务，该义

务对应的是财产不可侵犯的对世权，无论其身份是客户还是寻常路人，皆为此项权利的义务人。而在明知自己行为会造成银行财产损失的情况下积极主动地利用“银行卡”取出不属于自己的钱。其行为是作为的盗窃罪无疑。没有他取钱的行为，ATM会自动地把钱吐出来吗？此行为认定为盗窃罪没有问题，许霆当然不满意，他不是提出上诉了嘛，这是他的权利，不过最终判决仍然要依法做出。定性是不会随意改变的。现在对于判决的种种质疑，都是根源于对量刑的不满，或者有人对盗窃的构成要件理解过于机械化，或者有人故意指鹿为马、釜底抽薪，企图靠改变定性来改变量刑。这样的举动我都不赞同。因为根本问题是出在法定刑上面，我在文中提出了两个救许霆的出路，一为治标；一为治本。但其中没有改变定性的办法，因为这是个“馊主意”，即使成功也是后患无穷。本问题想讨论的是ATM机是否在行使主体的意思表示，而不想讨论其是否是主体，因此高博士肯定其不是主体，是与本论题无关的。另外，合同的权利界限与因合同行为引发的犯罪行为之间没有因果关系。因此本人不能同意您的观点。此次讨论虽然没有就三个前沿问题进行讨论，但就事实方面的讨论也很有意义。欢迎专家学者加入继续讨论。

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