

案例评析系列

这些案件大都为全国关注的名案要案，其余也在相当范围内为社会和法律界所知晓。但其更重要的共同特征还在于案件中涉及诸多值得研究的法理问题乃至社会问题。

中国疑难刑事名案 法理研究

第六卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

赵秉志/主 编

- 何鹏盗窃案
- 梁丽拾百万黄金案
- 左安一被控诈骗宣告无罪案
- 张文中诈骗案
- “熊猫烧香”病毒案
- 郭水明等人贩卖毒品案
- 贵州习水国家公职人员嫖宿幼女案
- 郑筱萸受贿案
- 王怀忠受贿、巨额财产来源不明案



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

京师刑事法文库 (68)

中国疑难刑事名案 法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第六卷



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国疑难刑事名案法理研究. 第六卷/赵秉志主编. —北京:北京大学出版社, 2011. 1
(案例评析系列)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18366 - 3

I. ①中… II. ①赵… III. ①刑事犯罪 - 案例 - 分析 - 中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 263441 号

书 名: 中国疑难刑事名案法理研究 (第六卷)

著作责任者: 赵秉志 主编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18366 - 3/D · 2783

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 24.75 印张 485 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

现代刑事法治是由一系列刑事法律事件所组成的鲜活、生动的画卷。在这幅画卷中,刑事案例构成其最跌宕起伏的部分。典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程,更是从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。因而选择典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究,既具有专业的学术价值,也蕴含深刻的社会意义。

案例研究是一种理论与实践结合的研究范式。早在20世纪80年代初期和中期,我于中国人民大学刑法专业攻读硕士学位和博士学位期间,我的两位恩师、新中国培养的第一代著名刑法学家高铭暄教授和王作富教授,即通过他们的言传身教、著书立说和实践活动,给了我刑法学研究应当坚持理论联系实际的学术方向与方法的深刻影响。因而在读研究生期间和博士生毕业留校任教后,在专业学习与学术研究中,我注意并且逐渐形成理论联系实际、关注国内外重大现实刑事法治问题的研究风格和特点,其中就包括对典型疑难案例的关注和研析。在新中国第一部刑法典施行十载之年即1990年,我还曾经萌发念头,打算编著一本对刑法典施行后十年间的典型、疑难名案予以研究的著作。为此,当时我已经收集、整理了大量案例资料,甚至也构思了书名与案例研究的体例、特色。遂后,此项目因我工作繁忙且准备出国留学而被束之高阁,但有关念头一直没有打消。后来,我在整理出版五卷本个人文集的过程中,又对刑法学研究中的理论联系实际问题进行了较为深入的思考和归纳,认为其有丰富而合理的内涵,值得努力挖掘和大力弘扬。^①其中当然也包含对案例研究的重视。1994年年底,我主持承担了美国福特基金会资助中国人民大学法学院的项目“高级司法官培训教材”之一,内容为以案例研析形式阐述刑法理论与实务问题。我组织一批志同道合的中青年学者,历经近六年的不懈努力,编著出版了九卷本、近三百万字的《中国刑法案例与学理研究》。这部系统研析中国刑法理论与实务的案例研究著作于2001年4月由法律出版社出版发行后,受到法学界尤其是司法实务界的广泛好评与欢迎,一印再印,于2004年9月修订再版后又得以重印,并于2006年荣获司法部第二届全国法学教材与科研成果二等奖。这可以说是法律界、法学界对案例研究形式的肯定。

以上关于案例研究的思考和学术活动,尽管也组织了诸位研究生参与案例研究的

^① 参见拙著:《刑法总论问题研究》(“刑法学研究系列”之一)“序言”,中国法制出版社1996年版。

项目,但尚未将案例研究作为研究生的学位论文来考虑。在近年来我指导、培养研究生的过程中,主要是基于下述几点原因,我开始尝试引导研究生将典型疑难案件的研究作为硕士学位论文的形式来考虑:其一,倡导青年学者理论联系实际的学风。理论联系实际可以有多种表现形式,而案例研究无疑是其中最为典型、最有特色的形式。其二,促进青年学者关注现实法治问题。现实法治问题也可以表现在许多方面,而典型、疑难的名案要案肯定是现实法治问题最直接、最丰富、最生动的反映。其三,避免硕士学位论文选题的重复与内容的空泛。由于近年来硕士研究生培养数量的急剧大量增加,硕士论文选题重复和内容类似的现象也日趋严重,从而使本应富有学术价值的硕士学位论文质量日益下降,研究生每每为避免重复而伤透脑筋。而选择典型、疑难案件之研究作为硕士学位论文,其法理问题因案而异,就在相当程度上解决了硕士学位论文选题重复与内容空泛的困扰。此外,一件典型疑难案件所涉的主要法理问题毕竟是有限的数个,以一篇硕士学位论文的3—5万字左右的篇幅予以研究,也大体可以研究得较为细致和比较深入,并可以保证和检验出硕士学位论文的质量。因可以说,硕士学位论文也是研究疑难案件较为适宜的形式。

经过几届指导法学硕士和法律硕士以案例研究为硕士学位论文的实践和答辩经验,这种案例研究形式的硕士学位论文得到了充分的肯定,截至2007年,我和我所指导的研究生们已经积累了20余篇案例研究形式的硕士论文成果。在北京大学出版社蒋浩先生的鼓励和支持下,我构想中的创建以硕士学位论文为主体的案例研究系列著作的蓝图终于得以实现。2008年1月,定名为《中国疑难刑事名案法理研究》(1—3卷)的首批成果由北京大学出版社出版。收入书中的25个案例研究,除1篇为我与左坚卫教授合写、我作为辩护律师办理的一个案件之研究,1篇为刘志伟教授指导的法律硕士论文外,其余23篇均为本人指导并于此前两年通过学位论文答辩的法学硕士论文和法律硕士论文。这些案件有大半为当时全国关注的名案要案,其余也在相当范围内为社会或法律界所知晓。但其更重要的共同特征还在于案件中涉及了诸多值得研究的法理问题乃至社会问题。案例研究的作者们从案情出发归纳和发掘问题,但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题,而是旁征博引,生发开去,深入问题,升华法理,从而使案例研究既有实践意义,又有学术价值。案例研究之后,还尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书,以备读者查阅和进一步研究有关问题之用。

《中国疑难刑事名案法理研究》(1—3卷)出版后,得到了刑法理论和实务界的广泛关注,取得了较好的社会反响。这进一步坚定了我将案例研究作为硕士研究生的学位论文的想法。我更加注意收集新出现的大案要案的裁判文书及其他资料,并鼓励我指导的学生选择这种毕业论文写作模式。在积累新的案例研究硕士学位论文期间,发生了著名的许霆利用自动取款机技术故障盗窃巨额现金案,该案一审法院的判决结果引起了刑事法学界乃至全社会的关注,学者们对该案进行了热烈研讨,形成了一批相

当有深度的科研成果。我在此基础上,于2008年12月编辑出版了《许霆案件的法理争鸣》,作为《中国疑难刑事名案法理研究》的第4卷。这是我对重大疑难热点案件研究模式所作的又一种探索。该书出版后,我继续指导学生以案例研究的形式进行硕士论文写作,又形成了一批这方面的研究成果。经收集和筛选,我挑出了20篇案例研究,编辑成《中国疑难刑事名案法理研究》第5卷和第6卷,交由北京大学出版社出版。这批研究成果中,大多仍为我所指导的硕士研究生完成。所研究的案件有大半为近几年来发生的社会影响面很广的名案要案。其中,第5卷共收入了11个案件,内容涉及危害公共安全罪、破坏市场经济秩序罪、侵犯公民人身权利罪等三个领域;第6卷收入了9个案件,内容涉及侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪和贪污贿赂罪等三个领域。这些案例研究既有对最新发生的热点案件的深度分析,也涉及对数年前发生的重大疑难案件的深层反思。在研究内容和研究体例上,继承了《中国疑难刑事名案法理研究》第1—3卷的风格,保持了这套大型案例研究丛书的系统性、连贯性。

学术研究是薪火相传的事业。学术研究的方向、道路和方法也是学术事业的重要组成部分。我国老一辈刑法学家所倡导的理论联系实际、不尚空谈的学风促进了我国刑法学事业的健康发展,也培养了我们这代中青年刑法学人。基于繁荣发展刑法学事业的使命感和承前启后、培养刑法学青年学者的教师职责,我们应当在论述理论、传授知识的同时,也十分注重对我国刑法学研究中理论联系实际、关注现实法治问题的学风的坚持、维护和弘扬。本书也是我和青年同仁在此方面的探索的继续。我们的研究难免有种种不足乃至谬误之处,但我们坚信此一学术方向与方法是正确的。

最后,衷心感谢北京大学出版社蒋浩先生及编辑同仁对本书及时编辑出版的鼎力支持和辛勤劳动。《中国疑难刑事名案法理研究》这一系列著作就是在蒋浩先生的热情鼓励和直接帮助下才得以面世的,他的鼎力支持,使《中国疑难刑事名案法理研究》这套案例研究系列丛书得以紧贴时代发展的脉搏源源不断地面世,这是对我刑事法研究事业及其理论联系实际的研究风格的莫大肯定和支持,是我们所不能忘记的。

本书主编:赵秉志教授谨识

2010年9月

于北京师范大学刑事法律科学研究院

目 录

(四) 侵犯财产罪

何鹏盗窃案法理研究·····	买园园	1
一、选案理由·····		1
二、基本案情·····		2
三、裁判要旨·····		3
四、引发的理论问题·····		4
五、关于盗窃罪的研讨·····		5
六、关于侵占罪的研讨·····		11
七、由本案审判所引发的理论探索·····		19
八、结语·····		24
附录一 云南省曲靖市中级人民法院刑事判决书·····		24
附录二 云南省高级人民法院刑事判决书·····		27
附件三 云南省高级人民法院刑事判决书·····		29
梁丽捡拾百万黄金案法理研究·····	袁 昕	32
一、选案理由·····		32
二、基本案情·····		32
三、引发的理论争议·····		33
四、各种认定的可能性与面临的问题·····		34
五、“拾得他人财物”概念的提出与类型的划分·····		41
六、“拾得他人财物”之刑法定性·····		45
七、结语·····		49
左安一被控诈骗宣告无罪案法理研究·····	左坚卫 邱丛丛	50
一、选案理由·····		50

二、基本案情	50
三、裁判要旨	51
四、引发的理论问题	52
五、合同诈骗罪客观方面的认定	53
六、合同诈骗罪“非法占有目的”相关问题研究	60
七、错案纠正后,被告人的相关权益如何恢复	80
八、结语	82
附录一 黑龙江省哈尔滨市中级人民法院刑事判决书	83
附录二 黑龙江省高级人民法院刑事判决书	87

张文中诈骗案法理研究

——诈骗行为的认定及单位诈骗的处理	赵秉志 左坚卫	95
一、选案理由		95
二、基本案情		95
三、裁判要旨		96
四、引发的理论问题		96
五、张文中是否实施了诈骗行为		97
六、张文中的涉案行为是单位行为还是个人行为		113
七、对刑法没有规定单位犯罪的单位诈骗行为的处理		115
八、结语		117
附录一 河北省衡水市中级人民法院刑事判决书		118
附录二 河北省高级人民法院刑事判决书(有删节)		145

(五) 妨害社会管理秩序罪

“熊猫烧香”病毒案的法理研究	袁 慧	153
一、选案理由		153
二、基本案情		153
三、裁判要旨		155
四、引发的理论问题		155
五、制作和传播计算机病毒并从中牟利的情节如何定性		155
六、网络虚拟财产的定性		167
七、结语		177
附录 湖北省仙桃市人民法院刑事判决书		178

郭水明等人贩卖毒品案法理研究	常 燕	183
一、选案理由		183
二、基本案情		184
三、裁判要旨		185
四、本案引发的理论问题		185
五、毒品犯罪适用与配置死刑问题研究		186
六、毒品案件共同犯罪的认定及其对量刑的影响		195
七、关于毒品犯罪分子“立功”的认定及其对量刑的影响		200
八、结语		208
附录一 福建省厦门市中级人民法院刑事判决书		209
附录二 福建省高级人民法院刑事判决书		219
贵州习水国家公职人员嫖宿幼女案法理研究	苏云萍	228
一、选案理由		228
二、基本案情		229
三、裁判要旨		230
四、引发的理论问题		230
五、贵州习水嫖宿幼女案司法定性的法理分析		231
六、嫖宿幼女罪、强奸罪的法条关系与嫖宿幼女罪的立法完善		238
七、结语		244
附录 贵州省遵义市中级人民法院刑事判决书		244

(六) 贪污贿赂罪

郑筱萸受贿案法理研究	刘 雷	256
一、选案理由		256
二、基本案情		257
三、裁判要旨		258
四、引发的理论问题		258
五、受贿罪的司法认定问题		260
六、受贿罪死刑的司法裁量		274
七、受贿罪死刑设置的立法研究		280
八、结语		292
附录一 北京市第一中级人民法院刑事判决书		292
附录二 北京市高级人民法院刑事裁定书		315

王怀忠受贿、巨额财产来源不明案的法理研究	田 甜	321
一、选案理由		321
二、基本案情		322
三、裁判要旨		324
四、引发的理论问题		325
五、受贿罪中“利用职务上的便利”问题		325
六、受贿罪量刑情节研究		334
七、严厉打击腐败犯罪与死刑的适用		344
八、结语		351
附录一 山东省济南市中级人民法院刑事判决书		352
附录二 山东省高级人民法院刑事裁定书		374
附录三 中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书		379

（四）侵犯财产罪

何鹏盗窃案法理研究

买园园*

一、选案理由

随着我国市场经济的进一步确立、发展和完善,更多的经济运行形式以及经济权利载体不断涌现,致使侵犯财产犯罪的案件行为方式更加多样化,犯罪对象也日益新颖,侵犯的犯罪客体亦更加复杂,这无疑在理论上对侵犯财产犯罪的研究以及司法实践中应对这些新形式犯罪提出了艰巨的挑战。在ATM机上实施犯罪行为就是这类新形式犯罪中较为典型的代表。随着ATM机和银行卡的日益普及,与ATM机有关的犯罪日益呈现多发态势,并且犯罪形式与手段多变,从而引起了广大民众对ATM有关的犯罪密切关注。

2008年8月20日随着最高人民法院核准广东省高级人民法院关于许霆盗窃案件终审判决的刑事裁定的作出,这起曾经引起社会广泛关注和公共空间热议的许霆盗窃案,终于画上了休止符。尽管专家学者抑或是普通民众对许霆案件的审判结果仍存在不同程度的质疑,但是可以肯定的是它不可能再受到如前的关注。而和许霆案有很多相似之处的云南何鹏案,又逐渐进入了人们的视野。由于何鹏盗窃案本身的特殊性使其受到了不少关注,再加之许霆案的影响,此案的受关注程度一度升高,并逐渐引起了社会的广泛讨论。由于许霆案和何鹏案在案情上存在诸多相似,都是与ATM机有关,行为人皆实施多次取款行为,都经过了最高人民法院的核准将原审判定的无期徒刑经过特殊减刑程序减为有期徒刑,所以说在某种程度上何鹏案可以说是许霆案的翻版。何鹏的辩护律师认为,何鹏案具有标杆意义。如果说许霆案是民意促使“司法回归理性”,司法裁判不能机械化运行,不能枉顾法理诠释法律。而“云南许霆案”的改判,则彰显了云南省高级人民法院人性化选择,彰显司法的人民性。^①作为继许霆案以后一

* 北京师范大学刑事法律科学研究院2007级刑法学硕士。

① <http://news.9ask.cn/Article/pljz/201001/298915.html>.

个具有代表性和很强启示性的标本,何鹏案带给法学研究的启迪是多方面的,并且富有深刻的现实意义。

尽管何鹏案和许霆案一样经过了一审、二审与再审,最终从无期徒刑改判为有期徒刑8年零6个月,但是何鹏案件并没因此画上句号。因为根据这笔意外打入何鹏银行账户内的存款的性质,就应否定何鹏的行为构成盗窃罪的可能。显然,这起影响重大的案件,尽管诉讼过程一波三折,但是仍然是以错误的诉讼结果结案。那么,何鹏多次取款的行为的性质应该如何定性?到底是什么原因致使法院经过多次审理,仍然将原本无罪的行为定性为盗窃罪并处以重刑?整个审理过程中究竟存在哪些问题,影响了法院公正地审理本案?

无数细节的列举有时并不会使相关的问题得到解决,反而会使问题更加混淆,所以笔者并没有对这个案件中涉及的所有的的问题加以研析,而只是欲对何鹏案件中争议最大的几个问题进行探究:从犯罪构成的角度对何鹏的行为是否构成盗窃罪、侵占罪进行论证,在肯定何鹏的行为不构成犯罪的基础上,对何鹏行为的性质进行更深层次的定性,并对何鹏案件审理中所存在的相关问题进行思考与探析。

“与公众对司法日益提高的期待相比,中国司法改革的步伐仍显过于迟缓。其结果就是司法制度潜藏的一些深层问题在特定的时间、特定的个案中就会爆发出来,成为人们街谈巷议的对象。许霆案就是一个浓缩了司法积年弊端的典型样本。”^①何鹏案无疑是继许霆案以后一个更具有代表性和很强启示性的标本,带给法学研究的启迪也是多方面的。所以,无论是从何鹏案已被称为“云南许霆案”的社会影响上看,还是从案件本身可探讨的价值来看,何鹏案都很有研究的价值与必要。因此本文以一种探究真理的执着态度,对本案所涉及的何鹏行为的定性及其应否治罪等问题,略抒己见。

二、基本案情

被告人何鹏,男,汉族,1979年7月13日出生于云南省陆良县,大专文化,学生,系云南省公安专科学校学生。住云南省昆明市教场中路11号。因涉嫌犯盗窃罪于2001年3月5日被陆良县公安局刑事拘留。同月12日释放。同年4月6日又被逮捕。11月26日取保候审。2002年3月11日被再次逮捕。

2001年3月2日晚,被告人何鹏持个人在中国农业银行陆良县支行办理的“金穗储蓄卡”到校外的ATM自动柜员机上查询余额时,奇怪地发现卡面上余额有百万之多,于是何鹏当即按键取款100元,ATM机当即按何鹏的指令吐出现金100元。何鹏发现这一现象后,继续按键取款,共六次提取现金4400元。当晚,何鹏返回学校请假,

^① 陈瑞华:《许霆案的法治标本意义》,载《南方周末》2008年1月17日。

并到翠湖旁边政协宾馆住宿一夜,于3月3日上午持卡到中国银行翠湖储蓄所、胜利广场储蓄所、云南省分行、北市区支行、东风支行以及工行武成分理处等七台ATM机上,连续取款215次共取款425300元。当天下午何鹏将钱送回陆良县马街镇家中藏匿,在路上打电话通知其母到农行为其金穗储蓄卡挂失,并连夜返回昆明。之后,何鹏以其同学伏丽仙的名字存入交通银行7300元,以金政波的名字存入47000元,又购买了手机等物品挥霍并将金穗卡丢入下水道。3月5日,陆良县公安机关找到何鹏,何鹏父母遂将这些现金悉数上缴,公安机关以涉嫌信用卡诈骗罪将何鹏拘留。后经审查,公安机关认为是银行电脑系统故障,何鹏不构成信用卡诈骗罪,并于3月12日将其释放。同年4月6日,陆良县检察院又以何鹏涉嫌盗窃罪对其批捕,当天,何鹏被送入陆良看守所,11月13日,何鹏再次取保候审获释。2002年3月11日,何鹏的取保候审被突然宣布取消,何鹏再次被捕送进看守所。

同年4月9日,云南省曲靖市中级人民法院开庭审理此案,未当庭宣判,后于7月12日以盗窃罪判处何鹏无期徒刑。曲靖市中级人民法院认为,被告人何鹏以非法占有为目的,利用银行电子计算系统出现故障,自动柜员机丧失识别能力之机,使用仅有人民币10元的储蓄卡,从自动取款机里提取了银行的人民币429700元,其行为已经构成盗窃罪,且盗窃数额特别巨大。从案情上看,曲靖市中级人民法院认为何鹏恶意占有银行429700元的主观故意是明显的,其理由是:在第一天取钱4400元后,他已经明知银行机械系统发生故障,但仍然在第二天连续不断地取款425300元,并将款交给其母藏匿,同时叫其母将金穗卡挂失。从客观方面看虽然其取款的每笔交易均会在银行留下记录,表面上看不属于秘密窃取的方式,但从其挂失并且抛弃储蓄卡这一情形看,其主观目的是造成一种银行资金损失,不是其行为所致,也就是将公开的记录转变为秘密的窃取过程,所以其行为方式实质上就是属于秘密窃取,被告人何鹏及其辩护人的意见不能成立。因而认定何鹏犯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。

何鹏不服,向云南省高级人民法院提出上诉,高级人民法院驳回上诉,维持原判。

三、裁判要旨

1. 以非法占有为目的,利用银行电子计算系统出现故障,自动柜员机丧失识别能力之机,使用储蓄卡,从自动柜员机窃取了银行的人民币,其行为已构成盗窃罪。

2. 从客观方面看虽然其取款的每笔交易均会在银行留下记录,表面上看不属于秘密窃取的方式,但从其挂失并抛弃储蓄卡这一情形看,其主观目的是造成一种银行资金损失不是其行为所致,也就是将公开的记录转变为秘密窃取的过程,其行为方式实质上就是秘密窃取。

3. 主观上具有非法占有的目的,客观上实施了使用储蓄卡非法套取巨额现金又虚假挂失的行为,其行为具有秘密窃取的性质。

4. 在发现银行自动柜员机出现异常情况后,临时起意盗窃,其行为具有一定的偶然性,与有预谋、有准备盗窃犯罪相比,其主观恶性相对较小;与采取破坏性手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻,主观恶性较小;依照刑法罪责刑相适应的基本原则,对其可在法定刑以下量刑。

四、引发的理论问题

本案作为典型的网络环境下软件著作权侵权案件,在事实认定和法律适用上存在许多争议性问题,主要有以下几点:

1. 何鹏的行为是否构成盗窃罪。本案经过一审、二审、审判监督程序的审理,相关的审理法院始终将何鹏的行为定性为盗窃罪。但是根据这笔由于意外而进入何鹏银行账户内的存款的性质,它是在何鹏的合法占有之下的财物。而我国刑法理论通说的观点,盗窃罪的犯罪对象是绝对不可能是行为人合法占有的财物,因此即使何鹏的主观方面有非法占有这笔巨额款项的目的,客观方面也实施了符合盗窃罪客观行为为核心要件“秘密性”特征的行为,但从犯罪对象的角度就否定了何鹏的行为构成盗窃罪的可能性。对这涉及一系列相关刑法理论的理解与适用,笔者将在下文对其逐一展开论述。

2. 何鹏的行为是否构成侵占罪。可以说何鹏在发现其银行账面意外多出巨款以后,上百次的取款是导致何鹏行为入罪的最主要因素。笔者首先根据相关的民法理论,认为何鹏多次取款的行为的性质是一种由不当得利所转化的民事侵权行为。其次,在确定了何鹏的行为不构成犯罪而只是普通的民事违法行为的基础上,结合侵占罪的相关理论,在探讨了侵占罪中“拒不交出、拒不返还”只是作为侵占罪的情节要件而非行为要件,根据本案何鹏在案发后积极还款的情况,认定何鹏的行为虽然已经构成了民事违法的侵权行为,但其行为所具有的社会危害性和主观恶性还没有达到侵占罪的要求,从而否定了何鹏的行为构成侵占罪的可能。

3. 由本案审判所引发的理论探索。对于本该是无罪的行为,为何经过多次审理,最终还是将何鹏的行为错误地定性为盗窃罪?如何确定社会危害性在定罪量刑过程中所起的作用?虽然何鹏行为与许霆的行为类似,但是很明显何鹏行为所具有的社会危害性和所显示出的主观恶性要远远地小于许霆,为何法院最终对何鹏行为所判处的刑罚还要重于许霆?为何直到审判监督程序,也没有查明是什么因素导致何鹏的银行账面内多出巨款?这一重要证据的缺失,对于案件的审理会造成什么样的影响?对于这两个问题的探析,可以逐本溯源,使我们发现导致问题出现的原因之所在,从而有助于我们更好地应对与正确地处理现实中发生的类似问题。

五、关于盗窃罪的研讨

(一) 何鹏的行为是否构成盗窃罪的主观方面

我国《刑法》第264条规定,盗窃罪是指以非法占有为目的,秘密窃取数额较大的公私财物或者多次窃取公私财物的行为。刑法学界的传统观点一般认为,一个行为若构成盗窃罪,即行为人采取自认为不被财物所有人或者保管人所知的方法将财物取走。^①在本案中,从行为人的主观方面来看,何鹏是具有非法占有的目的的。在盗窃案件中,认定行为人是否具有非法占有的目的,需要特别注意有以下两点:一是必须是行为人实施盗窃行为时就具有非法占有的目的,而不是在行为实施后才产生这一目的。亦即要求“责任与行为同存”,这是责任主义原则的题中应有之义。二是不能将盗窃罪中非法占有目的中的“占有”与民法上的占有混同。在民法上,所有权包括占有、使用、收益、处分四项权能,占有是使用、收益、处分的前提,其只是所有权权能的一部分。而刑法中盗窃罪之非法占有目的之“占有”是指利用财物和排除他人权利的意思。同时,也不能将非法占有目的中的“占有”理解为单纯事实上的支配或者控制,否则难免会将一般的盗用行为当成盗窃罪的构成要件行为,这势必会不适当地扩大盗窃罪的处罚范围。^②

结合本案,在判断何鹏的在实施多次取款行为时的主观心态时,应结合案情,按照主客观相统一的原则,进行综合的分析和理性的评价;同时,也不能仅凭单纯主观分析何鹏在实施行为的那短短一段时间是怎么想的,而要结合何鹏实施行为的事前、事中、事后等一系列客观情况,来判定其是否具有非法占有的目的。在本案中,被告人何鹏持账面金额为10元的银行储蓄卡到ATM机上查询存款余额,因时逢云南省分行计算机系统发生故障造成ATM机失控,导致何鹏当时银行账面的存款余额要远远高于其实际账面余额,何鹏随即多次在建设银行、中国银行、工商银行等多台ATM取款机上,分多达200多次共取款429700元,其随后又将该笔存款隐匿,抛弃储蓄卡并且对其进行挂失。从这些行为可以明确地反映出何鹏所具有非法占有所取巨款的主观意图与目的,而这些因素也完全符合盗窃罪构成要件中主观方面要件的要求。因为在何鹏已经意识到ATM机出了故障,且在取款的时候明知以自己的客观经济条件是不可能拥有当时银行账户所显示的巨款,但仍一而再、再而三地反复操作200多次,累计多达40多万元,其非法占有这笔巨款的主观恶性暴露无遗。尽管如此,在肯定何鹏多次取款的时候具有非法占有这笔巨款的主观恶性,那是否就可以将何鹏所实施的行为定性为盗窃呢?我们评价一个行为是否构成犯罪,构成此罪还是彼罪,一定要以犯罪构成理

① 参见金凯主编:《侵犯财产罪新论》,知识出版社1988年版,第150页。

② 赵秉志、彭新林:《关于许霆案的法理问题思考》,载《中国疑难刑事案名案法理研究——许霆案的法理思考》(第四卷),北京大学出版社2008年版,第16页。

论作为唯一的判断标准,所以要评价何鹏的行为是否构成盗窃罪,当然要以盗窃罪主客观两方面构成要件作为评价的标准进而展开讨论。那么,在已经明确了何鹏的行为符合盗窃罪主观构成要件的特征要求以后,若要判断何鹏的行为是否构成盗窃罪,则还需对何鹏的取款行为的客观特征以及这笔意外“飞入”何鹏储蓄卡里的巨款等客观要素进行探究,以考察其行为是否满足盗窃罪客观构成要件的基本特征“秘密性”的要求以及根据这笔巨款的性质是否能将其划入盗窃罪犯罪对象之列。

(二) 何鹏的行为是否构成盗窃罪的客观要件

1. 何鹏的行为是否满足盗窃罪的基本特征——秘密性的要求

盗窃行为所要求的秘密性,即所谓的“秘密窃取”,它是指行为人采取自认为不为被害人所知晓、发觉的方式取得并且占有他人财物的行为。我国刑法理论学界普遍认为,尽管秘密性不是盗窃罪的唯一特征,但它却是盗窃行为要件的最基本的特征,它揭示了盗窃行为要件,并且它也是与抢劫、抢夺、侵占、诈骗等其他侵犯财产罪一章中的罪名进行区分的首要着眼点。有的学者认为“盗窃罪的秘密具有主观性,是指行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓,因此即使在客观上财产所有人或占有人知晓也符合盗窃罪的秘密特征。同时,盗窃的秘密具有相对性,是指行为时财产所有人或占有人不知晓,即使财产所有人或占有人知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征。”^①笔者基本赞同这种对“秘密性”界定的看法,但是认为应该在此基础上对其进一步的明确,以补正其实质内涵。笔者从盗窃罪的“秘密性”的结构着手,认为其应包括下列几个部分:

其一,秘密具有相对性。即秘密性只是针对特定的财物被害人而言的,至于其他人是否发现或者知道行为人正在实施的行为,在所不问。而所谓的特定财物被害人是指财物的所有人、控制者、实际占有人、保管人等。在此基础上,应该注意以下几点:第一,如果财物的所有人和实际控制者、占有人、使用人不是一个主体的时候,应该以财物的实际控制者、占有人、使用人是否知晓为标准。因为如果在此时强调财物所有人是否知晓,是不合适也是不明确的。第二,如果财物是由多个财物所有人、占有人、使用人所实际共有、占有、使用的时候,只要行为人自认为财物所实际控制的人不知晓,至于其他共有人、占有人、使用人是否明确,并不影响盗窃行为的成立。

其二,秘密具有自我性。即是指行为人在取财的时候自认为秘密的,至于客观上是否被他人所知晓,即使是财物的实际控制者发觉了取财行为,也并不影响盗窃罪的成立。例如,小偷在行窃的时候,以为财物的所有人当时正在休息,根本不会发现自己的取财行为,但是财物所有人已经发觉,由于种种原因,而没有阻止。对于这种取财行为,行为人自认为是秘密的,仍应定义为盗窃罪;反之,如果小偷已知道被害人知道自

^① 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日。

己的取财行为,但是使用眼神威胁被害人不要出声,而继续实施行为,此时行为人的行为已经具有了公然性,因而应该定性为抢夺。

其三,秘密贯穿于整个取财行为的始终,而相对于取财行为它具有当即性。即这是相对于取财行为的当时时态而言的,具体就是指行为人实施取财行为的当时,而不是在取财行为之前,也不是在取财行为之后,所以,如果被害人在事后发现财物已丢失,且也能判断出取财者为何人的时候,也不影响秘密性的成立。

其四,秘密具有恒定性。即秘密性必须始终贯穿行为人整个行为的始终。如果在窃取财物的过程中,行为人改变了主观上“秘密窃取”的意图,转而采用暴力、胁迫、欺骗等手段取得财物,那么也就决定了其犯罪性质发生了转化,“秘密性”当然也就荡然无存,此时当然也就不能按盗窃罪论处。

从以上几个方面对《刑法》中的秘密窃取中的“秘密”一词的四个层次的分析,我们可以肯定何鹏实施的多次取款行为是符合《刑法》中“秘密窃取”的含义。首先,因为何鹏实施的行为符合秘密性的相对性要求,即何鹏在实施取款行为的时候银行并不知晓这一情况。虽然何鹏是利用真实的银行卡和输入自己的账户资料取款,银行也能够根据账户信息追查到何鹏的真实身份,但是不能因此否定银行对何鹏实施多次取款行为是不知晓的,“身份的公开并不能否定其行为的秘密性,不能将盗窃罪中要求的行为的秘密性等同于身份的秘密性,混淆两者的区别”。^①即使退一步讲,如有的论者曾提到:“ATM 机的智能性,受主机系统控制,被程序设计者赋予了识别、反应与操作能力。当时,ATM 机认知并确认身份与密码,回应、提示、打单、付款等,证明 ATM 机及主系统当时知晓,也就是为银行当时知晓”^②,承认银行在何鹏当时实施多次取款的行为是知晓的,但也是把何鹏当作是合法的取款人,而绝对不可能在何鹏实施取款行为的当时就知晓了由于自身系统出错而导致打入何鹏账户巨额款项的事实。可以说银行是在陷入了重大误解的情况下,与何鹏实施了一系列的交易行为。所以,银行即使对何鹏的取款行为是知晓的,但也只是处于“一知半解”的状态,其性质是处于陷入重大误解而导致的误知状态,等同于不知。其次,何鹏在当时取款行为时自认为是不被银行所知晓,其行为是秘密的。从何鹏取款两天以后,将所取的巨款带回家中藏匿,并且嘱咐家里人将银行卡到银行挂失,就是行为人何鹏在认为自己实施多次取款行为时,银行并不知晓,所以其想采取一系列措施将这种“秘密”的状态一直维持下去的心态。因此,从以上几点可以判断出何鹏的行为是符合《刑法》盗窃罪客观行为核心要件“秘密性”要求的。

① 赵秉志、彭新林:《关于许霆案的法理问题思考》,载《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》(第四卷),北京大学出版社 2008 年版,第 16 页。

② 王仲兴:《许霆行为不构成犯罪》,载《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》(第四卷),北京大学出版社 2008 年版,第 180 页。