

许霆案中的法律解释问题

张立刚

(山东警察学院 法律部, 山东 济南 250014)

摘要:为探究作为典型疑难案例许霆案的产生原因,详细分析了许霆盗窃罪定性和量刑变化的法官解释。分析认为:混乱的法律解释体制是许霆案所隐含的诸多司法制度弊端产生的深层原因,诸如许霆行为是否具有非法占有目的、是否违背被害人意志、是否具有秘密性以及可否适用刑法第63条第2款量刑处罚等问题,都对现行的法律解释体制产生了较大的质疑和冲击。许霆案的司法实践表明,中国现行的法律解释体制已经面临着必须重构的历史课题。

关键词:许霆案;法律解释;盗窃罪;量刑

中图分类号:D920.0

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2013)01-0052-13

沸扬多年的“许霆恶意取款案”^①(以下简称许霆案)早已“尘埃落定”,但该案留给法律人的思索和启示,却还要继续下去。笔者在梳理许霆案的有关文献时,有一个非常令人疑惑的“发现”:在对许霆案的争论中,法律解释问题不“在场”,鲜有学者专门论及该案中的法律解释问题,难道真如苏力教授所说“在许霆案一审判决上,我不认为问题出在论证、推理或解释上,因此就不可能用这些手段来解救。法律推理、论证或解释,这些看似放之四海而皆准的手段,不过是‘看上去很美’”^[1]?笔者并不完全赞同苏力教授的观点,虽然不能排除“政治性判断或考量”^[1],但笔者以为法律解释仍然是许霆案中无法回避的问题。在许霆案中,法律解释首先不是一个理论问题,而是一个体制问题,也就是权力架构问题。基于此,本文先就中国法律解释体制的现状做一概略描述,然后针对许霆案定性和量刑的法官解释进行具体剖析,最后就许霆案给予中国法律解释体制重构的启示谈谈自己的几点认识。

一、混乱的法律解释体制

学界公认中国现行的法律解释体制主要是由1981年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》(以下简称81决议)确立的,其基本内容为学界所周知:全国人大常委会行使法律解释权,

① 2006年4月21日晚21时许,许霆到广州市天河区黄埔大道西平云路163号的广州市商业银行自动柜员机(ATM)取款,同行的郭安山在附近等候。许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡准备取款100元。当晚21时56分,许霆在自动柜员机上无意中输入取款1000元的指令,自动柜员机随即出钞1000元。许霆经查询,发现其银行卡中仍有170余元,意识到银行自动柜员机出现异常,能够超出账户余额取款且不能如实扣账。于是,许霆持银行卡在该自动柜员机指令取款170次,共计取款174000元。许霆告知郭安山该自动柜员机出现异常后,郭安山亦采用同样手段取款19000元。同月24日下午,许霆携款逃匿。2007年5月22日,许霆在陕西省宝鸡市被抓获,其所取的钱款已被挥霍花光。许霆案可谓一波三折。2007年9月27日广州市人民检察院以盗窃罪向广州市中级人民法院起诉,2007年12月17日广州市中级人民法院以许霆犯盗窃罪判处有期徒刑。经上诉,2008年1月9日广东省高级人民法院以事实不清、证据不足为由发回重审。2008年3月31日广州市中级人民法院重审以后以许霆犯盗窃罪,判处有期徒刑5年,并处罚金2万元。本案上诉以后,2008年5月23日广东省高级人民法院二审裁定驳回上诉,维持原判,并将裁定依法报请最高人民法院核准。2008年8月20日,最高人民法院核准许霆案的判决。

收稿日期:2012-08-16

作者简介:张立刚(1970-),男,山东济南人,讲师。

对一定范围内的事项进行解释,其解释同被解释的法律具有同等效力;最高司法机关可就司法工作中具体应用法律问题进行解释,“两高”的解释若有原则性分歧,应报请全国人大常委会解释或决定;不属于审判和检察工作中的其他法律如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释等。

按照现代法治实践中比较普遍的理解,“把法律解释视为与法院裁判过程中的法律适用密切相关的一项活动,视为裁判者适用法律的一个基本前提”^[2],因此绝大多数国家的法律解释权一般主要由司法机关行使。与这种普遍理解相异,在法律解释归属权问题上,中国的体制极具中国特色,采用了二元化的制度设计,“一方面确定最高国家权力机关的常设机关全国人大常委会作为法律解释的主体,行使法律解释权;另一方面,又规定最高司法机关和其他方面也是法律解释的主体,也行使法律解释权。”^[3]并且,制度角色在法律上和法律实践中的地位是颠倒的:法律上,法律解释权主要属于全国人大常委会,法律实践中却是由最高司法机关扮演法律解释的主要角色。造成这种现象的原因在于解释监督制度的缺乏。

虽然中国宪法在法律解释权归属问题上的规定是一贯和明确的,确定由全国人大常委会行使,但法律实践表明,由于受自身工作机制所限,又不具体从事司法实践,仅由全国人大常委会行使法律解释权,远远不能满足现实生活需要。于是,从 1955 年 6 月《全国人民代表大会常务委员会关于法律解释问题的决议》开始,逐步将法律解释权赋予其他机关,首先规定最高人民法院审判委员会有一定的法律解释权;1979 年《中华人民共和国人民法院组织法》规定最高人民法院对于在审判工作中具体应用法律问题进行解释;⁸¹ 决议则将法律解释主体扩大到了最高人民检察院、国务院及主管部门等。按照人大制度的内在逻辑,全国人大常委会在把本应由自己行使的法律解释权部分“转授”给其他国家机关后,为了保持其国家权力机关的地位和权威,应当同时设置制约或纠正机制,防止其他国家机关通过解释法律变相地修改代表机关制定的法律,或者法律被非法修改后能及时进行纠正。事实如何呢?以最高人民法院的司法解释为例,在 2007 年《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)实施前,1997 年发布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》对于司法解释如何接受全国人大常委会的监督只字未提,2007 年《最

高人民法院关于司法解释工作的若干规定》加了“司法解释送审稿应当送全国人民代表大会相关专门委员会或者全国人民代表大会常务委员会相关工作部门征求意见”这样一条规定;《监督法》规定司法解释应报全国人大常委会备案,如果认为司法解释与法律相抵触,国务院、中央军委、省级人大常委会、最高人民检察院可提出书面审查要求,其他机关、组织、个人可提出书面审查建议。由此可以看到,长期以来,最高人民法院的法律解释没有受到应有的制度监督与约束,近年来虽然有关法律规定相继出台,却过于原则和笼统,缺乏相应的具体制度支持,没有可操作性,必然流于形式。在这样的制度框架下,就出现了“能动司法”的法律现象。最高人民法院的法律解释在行文上采取了规范化的表述形式,而非个别性表述形式,在逻辑结构上和法律一样包括条件假设、行为模式和法律后果等要件,同立法在形式上并无二致,实质是一种“司法法”。这种规范化的法律解释实际上是细则化的立法,而不是对法律的具体适用中的阐释。而且,在立法机关颁布一部法律后,最高人民法院往往都紧接着出台该法律的司法解释,而司法解释的条文又往往比被解释的法律还要多,在审判实践中各级法院多依据司法解释适用法律,司法解释大有取法律而代之的趋势。因此,在法律解释实践中,一方有权但无力行使、无力甚至是无意对其他主体的法律解释进行合法性监督,另一方则抢滩扩权,越权司法案例比比皆是,乱解释、滥用自由裁量权现象也屡见不鲜。这就使得中国的法律解释呈现二元化的颠倒体制,这样一种法律解释体制“用‘混乱’一词来概括最为恰当。这种混乱表现为法律解释立法的主体混乱、名称混乱、权限混乱、内容混乱、程序混乱、法律效力混乱等”^[4]。在这样混乱、颠倒的体制下,以司法解释对法律条文做变相修改就不足为奇了。例如,1998 年实施的《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》就对刑法第 264 条关于盗窃罪^①的规定做了诸多重大修改。审判实践说明,这些修改在“许霆案”这样的疑难案件中不但无助于法律具体适用,反而成了重大的司法障碍,如“数额特别巨大”3 万~10 万元的僵化标准、把“盗窃金融机构”解释成“盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等”都直接给量刑设置了困局。

① 刑法修正案(八)对第 264 条进行修改是在许霆案结案后,因此本文仍以刑法修正案(八)生效前的刑法文本和司法解释文件作为研究范本。

法律解释与法律适用直接相关,法律解释体制上的这种乱象会严重损害法律统一适用的基础,妨碍中国健全的司法功能的形成。随着中国社会的发展和法治建设的不断深化,这种乱象的负面影响越来越明显,已成为中国法治建设的障碍,这在“许霆案”中全面地凸显出来。

二、许霆行为性质的法官解释

对许霆行为的法律定性,(2007)穗中法刑二初字第196号刑事判决书、(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书、(2008)粤高法刑一终字第170号刑事裁定书和最高人民法院(2008)刑核字第18号刑事裁定书的认定是一致的,即许霆恶意取款行为构成盗窃罪。在这几份裁判文书中,以(2008)粤高法刑一终字第170号刑事裁定书对许霆行为定性说明最为充分^①,其裁判理由可综合如下:

(一)许霆恶意侵犯公共财产所有权的行具有严重的社会危害性

许霆在明知ATM机出现了异常并能够多占有银行资金的情况下,仍连续取款170次,取款金额达174 000元,非法占有银行财产173 826元,尔后又携款潜逃且未退赃的行为已经属于一种严重侵权行为,不仅严重侵犯了公共财产的所有权,给国家财产造成了巨大损失,还危害了国家金融机构正常的金融秩序,损害了金融安全,具有严重的社会危害性。

(二)许霆的行为具有刑事违法性,符合盗窃罪的犯罪构成要件

首先,许霆主观上具有非法占有银行财产故意,表现为:第一,许霆在第一次取款并通过查询银行卡余额后,已经明知ATM机出现了异常;第二,许霆利用ATM机的异常,多次实施取款行为,积极追求非法占有银行财产的目的;第三,许霆在取款后为逃避法律责任,又携款潜逃,最终实现非法占有银行财产的目的。

其次,许霆客观上实施的非法取款手段符合“秘密窃取”的特征。许霆取款时不仅明知ATM机出现了故障,而且认为银行工作人员不会当场察觉到其恶意取款行为,这足以说明许霆主观上产生了其行为不会被当场发觉的侥幸心理,虽然许霆持有的是其本人的银行卡,ATM机旁亦有监控录像,这些都只是使银行事后能够查明许霆的身份,但不足以使银行能够当场发觉并制止许霆的恶意取款行

为,所以许霆的行为具有“秘密性”特征。当ATM机出现故障时,已不能正确执行和代表银行的意志,不能正确执行银行的指令,所导致出现的不如实扣账等故障情况违背了银行的真实意思,故许霆非法占有银行资金的行为显然违背了银行的意志。

(三)许霆的行为具有应受刑罚处罚性

许霆的行为已经不是民事侵权行为,其主观恶性及违法程度已经远远超出了民事违法的范畴,如果不受刑罚制裁,就不足以防止类似行为的出现,不能实现刑罚的预防目的。

三、许霆行为性质的法理辩驳

(一)许霆的行为是否具有严重的社会危害性

法官对许霆的盗窃罪判决,用苏力教授的话来讲,当然主要是出于一种政治性考量,对许霆行为性质的法律解释亦是以政治性考量为指导。保护公共利益和国家财产是法官在裁判时适用法律的首要考虑的基本准则,这在许霆案和之前的何鹏案^②中表现得极为明显,体现出对公共利益优先保护的裁判出发点。^③因此,有学者就许霆案评论说,该案体现了的1997年修订《中华人民共和国刑法》(以下简称97刑法)的国家主义倾向^[5]。笔者以为,作为社会主义国家的刑法体现国家主义的保护倾向并不存

① 法官是否有法律解释权在国内学术界有很多争议,可参见范愉《法律解释的理论与实践》,载《金陵法律评论》2003年秋季卷,第21-34页。在许霆案中,法官作为解释者的角色是双重的,风格迥异:在定性上,法官机械适用法律,是坚定的法条主义者;在量刑上,从无期徒刑到5年徒刑的处理结果令人大跌眼镜,又说明了法官在法律解释上任性的一面。

② 何鹏原系云南省公安专科学校学生,2000年9月入学后,家里人为了方便其取钱,在陆良县城农行为他办理了一张金穗储蓄卡。2001年3月2日,何鹏拿着这张余额为10元的金穗储蓄卡,到农业银行的一台ATM机上查询存款余额。时逢农行云南省分行计算机系统发生故障,造成部分ATM机失控。何鹏看到,原本仅有10元钱的卡上却突然冒出了许多“0”,何鹏随即按键取出了100元。何鹏惊喜不已,又连续按键6次,取出现金4300元。次日上午,何鹏再次持卡到其他几家银行的7台柜员机上连续取款215次,共取现金425300元;两天里取款金额相加,共取现金近43万元。2002年7月12日,云南省曲靖市中级人民法院以盗窃罪判处何鹏无期徒刑。何家不服,上诉至云南省高院。10月17日,云南省高院二审驳回上诉,维持原判。2007年底,广州许霆案改判为5年,也为何鹏带来转机,后经其父母辗转申诉,云南省高院将其改判为8年零6个月。参见周东飞《何鹏案:已经结束的和即将开始的》,载<http://news.sina.com.cn/o/2010-01-18/071116949481s.shtml>。

③ 这种政治性考量在一审重审时广州市人民检察院的起诉书中表达得最为直观、形象。起初平常的取款行为,被指控为“2006年4月21日,被告人许霆伙同郭安山(另案处理)窜至广州市天河区黄埔大道西平云路的广州市商业银行ATM提款机……”,2个惯偷巨盗的形象立即跃然纸上。参阅(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书。

在过多的非议,因为现行宪法第 12 条明确规定“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”。问题在于,许霆案的有罪判决并不显示真实的国家主义倾向,而是一种伪装的国家主义倾向。金融机构可以作为国家和公共利益的代表,但金融机构也有其机构本身利益,特别是在平等的民事活动中,并且金融机构处于不同法律地位时的利益关系不能混同。“在经济体制下,我们必须把银行等金融机构从等同于国家财产守卫者的神圣位置上请下来,回归到商业机构这一合理、合法的位置上来。如此才能与其他社会个体处于平等的地位,从而实现法律面前人人(包括法人等拟制人)平等的法治原则。”^[6] 否则,银行就会利用其自身的优势地位,设置有利于自身的法律条款,造成与其客户间严重的责任不对等问题,并且在纠纷发生时,这种责任不对等能够得到司法机关的支持。在现实生活中,本来是金融机构与其客户间作为平等民事主体的利益纠纷,金融机构就会利用其国家财产守卫者的身份,把纠纷升级为国家财产和公共利益被侵犯,从而得到不平等的司法保护。

在许霆案中,法官应当首先确认许霆与银行存在何种法律关系且取款行为是否在该法律关系中发生这样一种法律事实。显然,法官已注意到许霆与银行存在合同关系,其行为是在履行合同过程中发生的^①,但却认为与该案缺乏关联性,忽略了双方合同关系的存在对该案的法律意义。事实是,“当事人之间存在着‘银行卡支付服务合同’的基础法律关系,‘取款行为’属合同履行行为”^[7],许霆恶意取款行为就是发生在双方合同关系存续期间,双方产生的纠纷应当首先以该法律关系存在为前提进行处理。造成这一不经意忽略的原因是由于法官对以下“事实”的想当然认定,即侵犯银行利益就是侵犯国家利益和公共利益。在判决书中,“国家财产”、“公共财产所有权”、“银行财产、银行利益”这些字眼经常互换使用,共同出现,这就说明法官认为银行利益就是国家利益、公共利益,两者之间是可以划等号的。但是,如上所述,银行利益与国家利益、公共利益之间不能直接划等号,许霆的行为使银行利益受损并不意味着许霆的行为侵害了国家和公共利益。如果法官认为许霆的行为侵害了国家和公共利益,法官就必须解释在该案中银行利益如何成为公共利益的。审判中,法官在陈述了许霆如何恶意取款后话锋一转,许霆行为的社会侵害性马上从侵犯银行利益上升到侵犯国家和公共利益、危害国家金融机

构正常的金融秩序、损害金融安全这样的高度,轻易就抹平了银行利益与公共利益间的鸿沟。事实上,案发后不久,银行就得到了 ATM 机运营商的赔偿^②,就此来看,许霆行为的社会危害性很轻微。由此可见,对许霆的盗窃罪判决正是基于其行为侵害了国家和公共利益这样的政治性判断而作出的,意在警示任何人都不能在银行的漏洞面前心存非分之想,“不受刑罚制裁,就不足以防止类似行为的出现”^③,但对银行方面的警示作用则微乎其微,体现了传统的宽官严民的司法心理的影响。

(二) 许霆行为中是否有非法占有目的这一盗窃罪构成要件

首先要指出一点,中国刑事立法中对盗窃罪的犯罪目的从未做出明确规定,刑法学界把非法占有作为盗窃罪构成要件并成为通说肇始于 1992 年“两高”颁布的《关于办理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》和 1997 年 11 月 4 日最高人民法院颁布的《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》。和刑法关于盗窃罪规定比较来看,司法解释在内容上对盗窃罪法条作了重大修改,事实上和法条存在抵触,把非法占有作为盗窃罪犯罪目的的要

① 在几份裁判文书中出现了“取款”、“许霆的帐户于 2006 年 2 月 6 日开立,帐号为 102457023100018,预留了身份证复印件”、“《广州市商业银行羊城借记卡章程》”等字样。

② 法官在裁判文书中对辩护人的辩护意见都给予了不同程度的回应、评判,但唯独对一审重审时辩护人所提出的“本案受害单位的损失已得到赔偿”的事实没有回应。赔偿是由 ATM 机运营商做出的,这是该案中一个关键的事实。在许霆案已立案审理、赃款由法院追缴发还的情况下,ATM 机运营商为什么要赔偿银行?这就说明 ATM 机运营商与银行间存在某种法律关系,必须赔偿。仅从裁判文书的文字中就可以了解,ATM 机运营商与银行是合作经营关系,由运营商提供机器,商业银行提供网络、押钞等其他服务,二者一起从持卡人使用 ATM 机跨行交易中所提取的手续费中分成。可见,运营商的存在表明 ATM 机是运营商与银行在合作经营中作为合作方提供的资源。通过运营商而不是银行; (2) (2008) 穗中法刑二重字第 2 号刑事判决书:追缴被告人许霆的犯罪所得 173 826 元,发还受害单位; (3) 最高人民法院(2008) 刑核字第 18 号刑事裁定书:核准广东省高级人民法院(2008) 粤高法刑一终字第 170 号,维持第一审以盗窃罪在法定刑以下判处被告人许霆有期徒刑 5 年,并处罚金人民币 2 万元的刑事裁定。在(1)中,追缴赃款发还广州市商业银行;在(2)中,变成了追缴赃款发还受害单位,这里的“受害单位”是否就是广州市商业银行?如果是,但广州市商业银行已经得到赔偿,则广州市商业银行岂不是因此双倍受益?如果“受害单位”是运营商,但运营商根本没有参与到许霆案中,不是诉讼关系的参与者。显然,法官已看到了这个难题,所以在(3)中,赃款没了,不用追缴了。那么,这个赃款归谁所有了?

③ 引自(2008) 粤高法刑一终字第 170 号刑事裁定书。

件是其中比较突出的一点^[8]。

其次,以非法占有目的作为盗窃罪构成要件,是造成在许多类似许霆案这样的疑难案件中法律适用存在悖论、争议的原因所在。有的案件以盗窃罪定罪处罚,但仔细推究起来却并不存在所谓非法占有目的,从而使司法判决难以自圆其说。如在何鹏案中,其储蓄卡上的款项从10元变为百万巨款,占有转移的发生并非何鹏所为,与何鹏毫无关系,而是由于银行计算机系统故障所导致的^①,所谓何鹏非法占有银行财产根本无从谈起,如按犯罪构成理论来说,在缺失了非法占有目的要件的情况下又如何以盗窃罪对其处罚?

在许霆案中,非法占有是学术界对该案争议的焦点问题之一,因此而形成了“盗窃罪说”、“侵占罪说”、“诈骗罪说”、“信用卡诈骗罪说”、“无罪说”等不同的观点^[9]。法官在判决书中对许霆行为性质有关评价文字也是矛盾百出,极其纠结。一方面,对辩护人向法院提交的《广州市商业银行羊城借记卡章程》的第4条规定^②做出了完全有利于银行的解释,认定这不过是银行设立的免责条款,而完全罔顾根据该条规定许霆行为具备合法形式;另一方面,在有关赃款数字的解释上,法官语无伦次,自相矛盾。(2008)粤高法刑一终字第170号刑事裁定书认为,许霆第一次在柜员机取款并多占有银行999元的利益属于民法上的不当得利,不是盗窃行为。这也就是说在第一次取出的1000元中有1元是许霆合法所有,其余999元为非法所得。一个行为怎可导致两种相悖的结果?究竟是合法行为还是非法行为?究竟哪1元是合法所有?说许霆连续取款170次,取款金额达174000元,非法占有银行财产173826元,存在同样的悖论责难。犯罪目的是行为人的主观内心活动,在司法实践中本就不易认定,往往是根据嫌疑人的行为进行推定,许霆案中的赃款数字悖论实际说明法官对于许霆行为是否具有非法占有目的认定不清,根本无法把握。^③

在类型化盗窃罪中,占有关系的破坏是加害人主动实施的,并且占有的转移是在加害人控制之下,受害人没有参与占有转移。许霆的取款行为则不同,占有关系的破坏是双方共同行为的结果,许霆插卡输入密码,然后ATM机配合完成占有转移。也就是说占有关系的破坏是互动(下文将继续阐述这一点)的结果,以ATM机出错为前提^[10]。因此,在许霆案中,“占有关系的破坏—建立”区别于类型化的盗窃行为,这正是在这个问题上法官语无伦次、自相

矛盾的原因所在。

(三) 许霆行为是否违背银行意志

法官在审理中认为,“当ATM机出现故障^④时,已不能正确执行和代表银行的意志,不能正确执行银行的指令,所导致出现的不如实扣账等故障情况违背了银行的真实意思,故许霆非法占有银行资金的行为显然违背了银行的意志”。^⑤有的权威学者也对法官的认定加以学理支持,如张明楷教授认为,“根据基本的金融规则,银行管理者仅同意存款人取出与其存款额相应的现金,不会同意取款额超出存款额的情形。这一点也为存款人所知。许霆的行为不可能得到银行管理者的同意,相反违反了银行管理者的意志”^[9]。

无论是法官的认定还是张明楷教授的学理观点,在许霆的行为是否违背银行意志这个问题上,都是主观判断色彩浓厚,缺乏详细有力的论证支持。

(1)不止是银行管理者,一般人都不会对他人从自己的过失中获取利益而自己蒙受巨大损失的行为表示同意,这是一般的生活常识。但法律关系主体的意志不同于日常生活中主体的意志,具有法律性,判断一个行为是否得到某人的同意,不能仅看某

① “刷卡消费”说明金钱占有转移不仅指物理空间的转移,还包括虚拟空间的转移。因此,不论何鹏是否取款,占有转移已然发生了,何鹏并没有破坏占有关系。有学者指出,刑法意义上的占有主要在于确定财物与占有人之间事实上的控制支配关系,并以此评价占有人或夺取该占有的人的行为性质,至于占有人是以所有权人、用益权人的意思,还是暂时管有的意思都在所不问,只要足以表明占有人控制、支配财物的状况即可。可参见周光权、李志强《刑法上的财产占有概念》,载《法律科学》2003年第2期,第39-41页。

② 第4条的全部内容:“持卡人应妥善保管本卡,牢记密码,并不得向他人泄露。持卡人使用本卡时必须输入正确的密码,凡密码相符的交易均视为持卡人的合法交易,持卡人须对该交易负责。”

③ 还有一组悖论数字:(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书载明,许霆盗窃金额共计173826元;(2008)粤高法刑一终字第170号刑事裁定书载明,许霆盗窃银行经营资金共计173826元;最高人民法院(2008)刑核字第18号刑事裁定书载明,许霆非法取款174825元。也就是说,最高法院事实上否定了一审重审、二审重审以许霆的第一次取款行为不具备犯罪意图为由,因此不予认定那1000元为盗窃金额的结论,认为许霆从第一次取款开始就是在实施盗窃。

④ ATM机故障是种模棱两可的说法。从银行提供的有关书证看,ATM机既不存在物理上的功能障碍也不存在程序、逻辑错误,表现为ATM机能够接受并响应取款指令、出1000元只扣1元是按预先设置的程序进行的和程序本身无系统紊乱、死机现象,并能就交易形成报文向银行主机报送。因此,ATM机本身并无故障。唯一错误的是ATM机出1000元只扣1元不符合银行的常规运作方式,而这个错误是由于运营商在升级过程中操作失误所致。那么,操作失误导致ATM机出1000元只扣1元是否为运营商的真实意图?所以,辩护人提出应对ATM机进行司法鉴定以证实柜员机确实发生了故障及发生什么故障的请求是完全合理的。遗憾的是,法院仅凭银行的有关书证就主观“认定该柜员机出现了故障及出现何种故障、出现故障的具体原因均已查明,是否对涉案柜员机作出司法鉴定并不影响对本案事实的认定”。就此来看,本案一直到结案都存在事实不清的问题,有点葫芦僧判葫芦案的味道。

⑤ 引自(2008)粤高法刑一终字第170号刑事裁定书。

人对该行为是否同意,还要依据相关法律规定和法律事实。为了平衡法益、更好地保护公民权利,法律规定中“视为同意”的情形太多了,如诉讼时效规则。如果依照法官的认定逻辑,ATM 机正常运作就代表银行意志,ATM 机异常运作就不代表银行意志,则 ATM 机是否能代表银行意志将处于永远不确定之中,显然,谁也说不得在哪个时刻 ATM 机会突然异常。这种认定和学理说明实是站在银行的利益立场为银行免责的主观偏袒判断。

(2) 以下几个事实是在银行意志问题上必须关注的:第一,许霆案发生后,银行已获得运营商的赔偿,这说明银行与运营商间存在这样一个约定,即发生类似许霆恶意取款行为时,由此造成的损失由运营商承担。由此可知,银行对类似许霆恶意取款行为的发生是有预知的,并对由此可能造成的损失预先做了自救措施;第二,ATM 机升级完成后没有立即进行运营检测,若当即检测即可发现升级中的错误操作,从而就避免了储户恶意取款行为的发生;第三,许霆恶意取款发生在周末,银行在下周一才发现其行为,这说明银行的管理制度存有重大漏洞。如果银行不存在管理失职行为,恶意取款行为可即时发现并予以制止。同时,银行让异常运行的 ATM 机继续为客户提供服务,是否也意味着对由此发生的后果持默认态度?

(3) 既然银行明知 ATM 机有出错的可能(虽然概率很小),那么银行为什么不在银行卡章程上写明当银行操作出现了疏漏后必须由储户来承担错误? 这是因为“没有一份自愿交易的合约可以规定,当其中一方出了傻瓜式的错误后,还能让另一方来承担这个损失”,“银行再强势,再有霸王条款,它也不能将自身经营能力的失效风险完全加诸储户头上”^[11]。因此,我们可以推知,在 ATM 机异常工作发生储户恶意取款时,银行的态度是放任的,亦即许霆的恶意取款行为并不完全违背银行意志。有的学者从合同法和电子签名法的角度也对这个问题进行了有法律依据的详细论证^[7]。

(4) 银行意志问题的论证也使与之相勾连的另一个问题得到合理的说明,“许霆的恶意取款行为是双向的,即许霆行为与银行行为的互动;而盗窃行为却是一个单向行为”^[12]。的确,一般公众也能直观感受到许霆恶意取款行为与类型化盗窃行为不一样,虽然他们未必能从专业角度指出这种不同。“互动说”以明确的法条规定为支撑^①,而“盗窃罪说”主张者如张明楷、陈兴良教授往往诉诸于思辨

或者似是而非的案例为凭据,对“互动说”所诉诸的法条规定不予回应。实际上,“互动说”所隐含的而“盗窃罪说”所没有意识到或不愿直面的一点是,许霆与银行间存在基础法律关系,其取款行为是发生在法律关系实现过程中,即许霆的行为具有合法形式。张明楷、陈兴良两位教授提供的案例,如将铁片当作硬币投入自动贩卖机使其吐出商品进而取走的行为、行为人用一包糖换取 3 岁女孩所戴项链的行为^[9]和在超市将价值 5 000 元的照相机装入一箱价值 50 元的肥皂包装箱去交款的行为^[13]、乘他人没有关门而溜入室内盗窃的行为^[14],行为发生时均不具有许霆行为发生在基础法律关系中这样一个特点。我们无法否认许霆恶意取款行为与类型化盗窃罪存在的明显区别。

(四) 许霆的行为是否秘密

法官审理认为许霆客观上实施的非法取款手段符合“秘密窃取”的特征,并认为“秘密”具有主观性、相对性的特点,秘密性还只相对于行为实行的当时而言,至于行为事后是否会被发觉并不影响秘密性的成立。很多学者也纠结于许霆行为是否具有秘密性的论证与辩驳上,张明楷、陈兴良两位教授甚至质疑把秘密窃取作为盗窃构成要件的合理性^[13]。或许法官并没有认识到,从行为外观上说,许霆的恶意取款行为与正常的在 ATM 机上取款行为没有任何差别。如果说许霆是在秘密窃取,那么正常的取款行为也是在秘密窃取,因为正常的取款行为也是“机器知道,人不知道”(许霆口供)。因此,单凭秘密性并不能区分正常取款行为与许霆的恶意取款行为,二者的区别只在于 ATM 机异常运作,而许霆利用了这个异常。张明楷、陈兴良两位教授显然意识到这一点,指出存在公开盗窃的情形,许霆行为即便无秘密性也不影响盗窃罪的成立。张明楷教授说,盗窃行为必须是秘密窃取是没有道理的,国外对于盗窃罪的经典定义是:违反被害人意志,将他人占有的财物转移给自己或第三人占有^[15]。这样,许霆行

① 如《中华人民共和国合同法》第 26 条、《中华人民共和国电子签名法》第 3 条第 2 款及第 4 条、中国人民银行《银行卡业务管理办法》[银发(1999)17 号]第 39 条、中国银行监督管理委员会《电子银行业务管理办法》(2006 年第 5 号)第 89 条、1997 年中国人民银行发布的《支付结算办法》第 215 条、中国人民银行《电子支付指引(第一号)》第 2 款、《广东省电子交易条例》第 6 条及第 11 条等规定,可参阅马长生、李莎莎:《从定性之错到量刑之难——许霆案判决核准生效后的思考》,载《湖南师范大学社会科学学报》2009 年第 1 期,第 76-80 页,以及关永宏:《在银行 ATM 机“多取款行为”的法律定性——从合同法和电子商务法视角对“许霆案”的辨析》,载《法律适用》2008 年第 9 期,第 17-19 页。

为是否秘密问题就转化为另一问题:许霆的行为是否违背银行意志。

综上所述,许霆的恶意取款行为与类型化盗窃犯罪在主客观要件上存有明显差别,这种差别是立法者所无法预料的,不能想当然地认为立法原意中包含这种差别^[16]。如果把许霆的行为认定为盗窃行为,就需要进一步明确盗窃的具体含义,对许霆的行为以盗窃罪定罪量刑也由于出现了新情况而需要明确法律适用依据,所以,盗窃罪条文本身需要进一步明确界限或作补充规定。按照中国现行的法律解释体制,凡条文本身需明确界限或作补充规定的,由全国人大常委会解释。所以对许霆恶意取款行为是否可定性为盗窃罪是司法过程中法官通过自己的解释解决不了的,且无权进行解释。因此,当法官认定许霆恶意取款行为为盗窃罪,实际上就是扩展了盗窃罪的条文含义,从而创造了一个与刑法条文和司法解释都不同的盗窃罪。这已经不是在具体适用法律中对法条的解释,而是在“造法”。这种造法的强度恐怕就是在判例法系中也不会获得认可,正如美国著名法官霍姆斯曾经指出的:“我毫不犹豫地承认,法官的确而且必须立法,但是他们只能在原有法律的隙缝间进行立法;他们仅限于可从分子到分子的运动。”^[17]而不能对法律本身进行重大的修正和改革。陈兴良、周光权教授也说:“当司法机关在完全脱离文本或突破文本情况下而做出的刑法解释已经不是解释而是带有立法性质的活动,这一活动的结果无可争辩地衍生出司法法这一产物。”^[18]

四、量刑变化的法官解释

法官对许霆量刑的基础依据是认定许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,这一点从初审法院到最高人民法院一直没有变,变的只是刑罚,从无期徒刑、剥夺政治权利终身、并处没收个人全部财产到有期徒刑5年,并处罚金2万元。对同一个行为,量刑基础依据不变而刑罚变化如此之大,如何解释?

广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书认定,鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处刑罚。

广东省高级人民法院(2008)粤高法刑一终字第170号刑事裁定书认为,许霆的犯罪对象、犯罪手段、犯罪条件等具有特殊性:第一,许霆取款的柜员机出现了故障,已非正常的“金融机构”。许霆并无犯罪预谋,偶然发现了柜员机的异常情况才临时产生犯意,许霆的盗窃行为之所以得逞,柜员机的故障客观上提供了便利;第二,许霆采取的犯罪手段在形式上合乎柜员机取款的要求,与采取破坏柜员机或进入金融机构营业场所内部盗窃等手段相比,其社会危害性要小;第三,许霆的犯罪极具偶然性,是在柜员机出现故障这样极为罕见和特殊的情形下诱发的犯罪,类似情况难以复制和模仿,对许霆科以适度的刑罚就能够达到刑罚的预防目的,没有必要对其判处无期徒刑以上刑罚。考虑到许霆具有可以减轻处罚的酌定情节,如果仅只适用刑法分则的规定,对许霆在法定量刑幅度内判处最低刑罚仍属过重,有违刑法总则中所规定的罪责刑相适应的基本原则。故对于许霆可以依照刑法总则第63条的规定,鉴于本案有可以在法定刑以下量刑的特殊情况,可以在法定刑以下判处刑罚。

最高人民法院(2008)刑核字第18号刑事裁定书认为,考虑到许霆是在发现自动柜员机发生故障的情况下临时起意盗窃,其行为具有一定的偶然性,与有预谋、有准备盗窃金融机构的犯罪相比,主观恶性相对较小;许霆是趁自动柜员机发生故障之机,采用输入指令取款的方法窃取款项,与采取破坏手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻,对许霆可以适用刑法第63条第2款的规定,在法定刑以下判处刑罚。

五、量刑变化的法理辩驳

(一)许霆的行为是否属于“盗窃金融机构,数额特别巨大”

(1)如何理解“盗窃金融机构”是许霆案中的焦点问题之一。对“盗窃金融机构”刑法条文并无界定,全国人大常委会也无立法解释,1997年《最高人民法院关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第8条解释为“盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为”。这一“明确且没有遭到任何疑问”^[9]的司法解释在许霆案中引起了学者们的争议,如有的学者认为,如果将盗窃金

融机构解释为盗窃金融机构的经营资金,这就导致一个结论:金融机构的钱放在哪里,哪里就成了金融机构,这样的司法解释显然扩大了追究的范围^[19];有的学者则认为金融机构经营资金的存放地点、银行对资金的占有状态,不影响对金融机构经营资金的认定,盗窃金融机构就是盗窃金融机构的经营资金^[9]。的确,这一司法解释是有疑问的。

首先,考察立法原意,之所以给予金融机构特殊保护,是因为金融机构往往被作为国家利益和公共利益的代表,“金融机构的或留存金融机构的‘财产’数量巨大、集中,一旦失窃,损失巨大”,且“鉴于金融机构都有比较严格的保安措施,最有可能‘成功’盗窃金融机构的往往是金融机构内部的或内外勾结的人,或是那些花费了特别时间、技能、工具和手段因此比较‘职业’的盗窃者或盗窃团伙”^[1]。盗窃金融机构表明行为人恶性甚重、犯意坚决和加重可罚性高,因而对于金融机构的资金、债券给予特殊保护是可以理解的,但并不能因此得出对金融机构其他财产不予特殊保护的结论,盗窃金融机构的交通工具如高级轿车按司法解释的标准(3 万~10 万元以上)也可能构成“数额特别巨大”。由此来看,刑法条文应当是把金融机构作为整体给予特殊保护,而不是仅仅着眼于部分财产,虽然这部分财产相对更加重要。因此,把盗窃金融机构仅解释为盗窃金融机构的经营资金、债券似与立法原意不符。

其次,将盗窃金融机构解释为盗窃金融机构的经营资金的确面临这样一个指责:金融机构的钱放在哪里,哪里就成了金融机构,从而扩大了追究范围。许霆案就是这么推理的:自动柜员机内储存的资金是金融机构的经营资金,许霆盗窃自动柜员机中资金的行为依法属于“盗窃金融机构”的行为。这种推理存在逻辑错误,因为从盗窃金融机构是盗窃金融机构的经营资金并不能反推出任何盗窃金融机构资金的行为都是盗窃金融机构。比如,在有些农村,银行网点的现金往来,是通过银行营业员提着钱箱坐公交车送去的,途中被盗了,只是普通盗窃,并非盗窃金融机构^[20]。在这样的案例中,把盗窃金融机构解释为盗窃金融机构的经营资金就意味着在司法实践中要求犯罪嫌疑人能够辨认所窃财物是否是金融机构的财产,这显然不具有期待可能性,据此审理案件必然导致对嫌疑人的不适当加重处罚。

再次,有的学者认为,如果一定要解释的话,应当把“盗窃金融机构”解释为“以金融机构为盗窃目标”^[19]。这种理解力图表达立法者对金融机构整体

特殊保护的原意,但文字表述上有失严谨,毕竟金融机构本身是不能成为盗窃罪的对象^[14]。一种较合理的理解是,如果将盗窃金融机构解释为盗窃金融机构的经营资金,结合《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 8 条整体来看,可以这样认为,解释者的本意是指盗窃金融机构内的经营资金。这样就可以避免司法解释扩大追究范围的责难,但是,这种理解仍然把金融机构的其他财产排除在特殊保护之外。因此,另一种较全面合理的理解是,把刑法条文中的盗窃金融机构解释为进入金融机构盗窃。这种理解既把立法者给予金融机构特殊保护的意蕴表达出来了,又能避免为司法实践中对金融机构不适当扩大保护提供法律依据。那么,许霆盗窃金融机构了么?与之相连的一个问题是,也是许霆案中的焦点问题,ATM 机是金融机构吗?

(2)ATM 机的法律属性和地位并没有明确的法律规定。显然,按照现行的法律解释体制,司法机关在司法适用中无权加以界定或解释而应当诉诸于立法机关补充规定。许霆案中的法官在 ATM 机属性法无明确规定的情况下表现出了一种自我赋权的行为,对 ATM 机的法律属性和地位进行了解释,这种解释表现为 2 个判断,而这 2 个判断是相互矛盾的:一方面认为自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的设备,另一方面又认为柜员机是金融机构,虽然已非正常。^①到底是设备还是金融机构?这对认定许霆行为是否违背银行意志有莫大关系,法官显然把握不准。学术界对 ATM 机的法律属性和地位也莫衷一是。有的学者认为 ATM 机当然不是金融机构,因为金融机构的设立需要金融主管部门批准,而自动取款机的设置则可以由金融机构自身决定^[14];有的学者认为 ATM 机是金融机构的一个组成部分,将其视为金融机构也并无不妥^[5];有的学者认为 ATM 机是金融机构的“电子代理人”^[7]等等。考察许霆案中 ATM 机的法律属性和地位尤需注意裁判文书中载明的下列信息:1)许霆案中的 ATM 机是离行式的,又称作自助银行;2)ATM 机运营商的存在,说明 ATM 机并非为银行所有,而是由运营商提供给银行使用作为合作的资源。由此来看,许霆案中 ATM 机的法律属性和地位殊难判定。且假设 ATM 机是金融机构,而许霆既没有的物理空间上进入 ATM 机,也没有采取计算机网络技术手段在虚拟

① 参阅(2008)粤高法刑一终字第 170 号刑事裁定书。

空间上进入 ATM 机以获取钱财;同时,银行与 ATM 机运营商间存在何种法律关系实际是本案的又一重要法律事实,而法院并未对此进行调查。在这种情形下对 ATM 机的法律属性和地位又做了自我矛盾的解释,就此认定许霆盗窃金融机构实持论不足。

(3)“数额特别巨大”的标准“3 万~10 万元以上”语出《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 3 条。这种一刀切式的僵硬标准并非一无是处,据说“它简单明确,可以保证法律适用在全国的相对统一和在各省的统一,可以预期会比较有效地限制司法裁量权,减少司法腐败的可能”^[1]。它历经 10 年而不变并得到司法机关的严格遵守,实际也反映了被告人权利长期被忽视的现实以及司法者视犯罪嫌疑人如敌对分子进而严厉打击不予宽宥的司法政治化意识。“数额特别巨大”是对行为人社会危害性的一种表达,但社会危害性并不是固化的概念,而是随社会发展而变化着的。决定社会危害性的因素有很多,其中公众的法感情会影响行为的可罚性及其程度,因为社会危害性实质上是一种社会评价,而在这种社会评价中,公众的法感情起着举足轻重的作用。具体到刑罚的适用,公众的法感情无疑会对刑事司法包括刑法解释与定罪量刑活动产生重大的影响^[21]。经历了近 10 年的经济高速发展以后,数额特别巨大的数字标准已严重脱离实际,其内含的社会危害性程度也已失真,特别是对比于“贪污受贿数十万元甚至上百万元,也只不过判处十几年”^[14]的现实,公众难以接受许霆案“数额特别巨大”这样的司法判断。依据公权力强行判断,只能使法律实施的社会效果大打折扣。

(二) 许霆案适用刑法第 63 条第 2 款处罚是否恰当

(1)刑法第 63 条第 2 款规定了酌定减轻处罚制度,“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”该制度又被称为特别减轻制度。该制度在 1997 年刑法修订之前存在的主要问题是滥用现象较严重,而 1997 年新刑法出台后,其突出问题是适用率极低,几乎处于搁置状态^[22]。造成这种现象的主要原因之一在于立法规定的适用条件不够清晰,即何谓“案件的特殊情况”立法上缺乏明确的界定,而理论上和司法实践中都存在不同理解。立法的初衷,根据新刑法出台之初的一些权威意见来看,意指案件涉及政治、外

交、国防、宗教、民族、统战和经济建设方面的问题,为维护国家利益,需要对行为人判处低于法定最低刑的刑罚^[23]。但由于无明确的立法规定和解释,而且立法初衷也已不能适应社会实践发展的要求,所以最高人民法院对何谓“案件的特殊情况”的立场已悄然发生变化^[22]。从其核准适用酌定减轻处罚的案例如刘昌华、甘顺远、王杰先抢劫案^[24]、程乃伟绑架案^[25]、上海力劲机械公司走私案^[26]来看,最高人民法院倾向于认为,所谓“案件的特殊情况”不限于国家重大利益的需要,也包括案件虽不具有法定减轻情节但对行为人判处法定最低刑仍然过重的情况^[21]。但条文需要进一步明确界限属于全国人大常委会解释职权范围内的事项,因而这一变化的合法性是值得怀疑的。此外,需要特别指出的是,酌定减轻处罚制度应当是适用于定罪正确的案件,这一点恐怕没人质疑,而许霆案盗窃罪定性存有极大争议,能否适用刑法第 63 条第 2 款处罚值得怀疑。

(2)许霆案可以说是以盗窃定罪后适用刑法第 63 条第 2 款的第 1 例,那么对许霆酌定减轻处罚是否具有正当性?减轻幅度是否损害刑法安定性?

许霆没有法定减轻处罚情节,从裁判文书对减轻处罚的理由看,有 4 个导致许霆减轻处罚的酌定情节:1)发现取款机异常后临时犯意,不是有预谋的;2)没有采取破坏手段盗取钱财;3)案发具有偶然性,主观恶性不大;4)使用自己的银行卡采用输入指令取款的方法窃取。这就是许霆案据以适用刑法第 63 条第 2 款的特殊情况。首先,依据刑法理论,从轻处罚与减轻处罚有很大区别:从轻是指在法定刑之内予以从轻,而减轻是在法定刑之下予以减轻,适用于那些足以表明犯罪人具有重大悔改表现、社会危害性较轻的情形。其次,就这 4 个导致许霆减轻处罚的情节看,都不是酌定减轻情节。“临时犯意”只是酌定从轻情节,司法实践中临时犯意的犯罪被告人从未获得如此丰厚的待遇;“没有采取破坏手段窃取”连酌定从轻情节都不是,只是不是从重情节而已;案发偶然性也只是酌定从轻情节,主观恶性不大,通常被视为酌定的从轻情节,法院极少因为主观恶性不重而做出减轻处罚的裁决;第 4 个酌定情节实际上说受害人有过错,但“被害人的过错引起被告人的犯罪行为的,一般是使被告人责任减轻或者特殊预防必要性减少的事由,而不是减轻处罚的根据”^[27]。可见,这 4 个情节没有什么足以据以做出令人诧异的减轻处罚的特殊性,而只是一些很普通的情节。如果按照裁判文书减轻处罚的逻

辑,必然会得出这样的结论:对任何初次以非破坏手段实施的盗窃行为,都可予以特别减轻。这是令人难以接受的。再次,酌定减轻情节是刑法无明文规定而由法院酌情决定的领域,法院据此减轻刑罚必须遵循一些基本的量刑准则,如酌定减轻情节应当与法定减轻情节保持大体上的平衡,基本处于同一层次上;根据酌定减轻情节选择具体的量刑种类和量刑幅度时,应当与法定减轻情节的适用保持一致,不应无原则地降格适用刑罚;依据酌定减轻情节予以减轻刑罚应当有较为充分的裁判理由以确保当事人和社会公众对这种“法外施恩”的裁判表示信服^[28]。上述 4 个情节并不是酌定减轻情节而是酌定从轻情节,许霆又没有法定的减轻情节,显然,法院选择的“酌定减轻情节”与法定的减轻情节不可同日而语,根本不相对称,并不能据此减轻对许霆的处罚。而且,裁判文书中没有充分的减轻处罚的裁判理由说明,也没有进行必要的法律推理,显然难以服众。不仅如此,许霆案还存在多个从重情节,如逃匿、没有退赃、教唆他人犯罪、认罪态度差等,如果法官确信许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,不但不能减轻处罚,反而应当加重处罚许霆。由此来看,裁判文书中载明的减轻处罚情节并非“案件的特殊情况”的真实表达,而只不过是些“托词”,真实的改判原因是法官不愿承认的、司法机关受到了民意(以部分法律学人和媒体舆论为代表)的强大压力,改判的结果是司法机关与民意博弈的产物。^①

按照原刑法第 264 条的规定,盗窃罪有 4 个量刑档次:1)3 年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;2)3 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金;3)10 年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;4)无期徒刑或者死刑,并处没收财产。盗窃金融机构,数额特别巨大的行为,适用第 4 个量刑档次。张明楷教授指出,中国刑法理论公认并具有一定根据的观点是,加重处罚是加重一格处罚,而减轻处罚是与加重处罚相对应且相对立的概念,因此减轻处罚也只能减轻一格处罚。如果最低刑为无期徒刑时,只能在第 3 档 10 年以上有期徒刑至无期徒刑以下之间判处刑罚。在此意义上说,对许霆判处 5 年有期徒刑是不当的^[27]。虽然立法中对减轻处罚的幅度并没有明确限制,但减轻幅度如此之大,显然没有遵循基本的量刑准则,又没有充分的裁判理由说明,因而“是对刑法适用性合理限度的忽视”^[29],难逃滥用自由裁量权的指责。

六、许霆案对重构中国法律解释体制的几点启示

许霆案的出现是在新时期特别是近年来中国公民法律素养、法治意识和对社会公正关注度有了长足提升的背景下,司法制度潜藏的深层问题在特定个案中爆发的结果,“许霆案就是一个浓缩了司法积年弊端的典型样本”^[30]。它一波三折的戏剧性变化过程所蕴含的法治意义,使之成为中国法治发展过程中具有标本价值的经典案例。许霆案所揭示出来的司法制度的深层问题是多方面的,导致问题出现的原因也是多方面的,其中,混乱的法律解释体制可以说是问题出现的深层次根源之一。许霆案的司法实践表明,现行法律解释体制已经面临着必须重构的历史课题,以下是作者的几点思考和认识。

(一) 解决立法解释权虚置化问题

81 决议似乎为全国人大常委会立法解释权和最高司法机关的司法解释权划清了界限,但由于对法律本身含义、界限问题与具体应用问题没有明确界定,而事实上二者在法律实施过程中也很难区分,因而看起来泾渭分明的立法解释与司法解释的界限就是模糊的,不可避免地会出现本应由全国人大常委会解释的事项,却往往由最高司法机关解释了,司法解释就越位充当了立法解释的角色,呈现出司法解释立法化倾向和立法解释权萎缩的局面,“两高”几乎垄断了法律解释的权力。在许霆案中,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》规定了一个与刑法条文截然不同的盗窃罪,而法官适用司法解释创制了一个在构成上与刑法和司法解释都不同的盗窃罪,整个过程中我们见不到立法解释的踪影。立法解释的“不在场”,反映了立法解释主体对司法解释权扩张的默认和司法解释侵蚀立法解释的漠视,这进一步加剧了立法解释权虚置、失位的危险。从长远来看,立法解释权虚置会“造成立法部门的功能萎缩,立法修法时可能比较随意或有更大的惰性,或为了避免立法争议而‘卸责’,把‘脏活累活得罪人的活’全塞给司法机关,这不利于中国的民主政治发展”^[1]。解决立法

① 许霆被改判为 5 年徒刑后,何鹏父母向云南省高院提出申诉。2009 年 11 月 18 日,云南省高院对何鹏作出再审判决,判决书认定的事实和罪名与之前的判决虽然一样,但是刑期由无期徒刑改判为 8 年零 6 个月(当时何鹏已服刑 8 年零 5 月余)。从何鹏案到许霆案,法官似乎在导演一出“等待戈多”的荒诞剧。

解释权虚置化问题,“重要的一个办法,是使全国人大常委会和最高司法机关的法律解释范围进一步具体化”^[3]。应当以法律化制度化的形式予以规制,使关于全国人大常委会法律解释范围的法律规定进一步具体化和具有可操作性。这就要求全国人大常委会建立健全立法解释机构,充实人员,切实加强立法解释工作,及时阐明法律、法令条文的立法原意,进一步界定和补充说明易产生歧义的问题,保证公民和司法人员都能准确地理解法律。

(二) 加强对司法解释的监督和制约机制建设

在许霆案中,法院不会意识不到《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定了一个与刑法法条不同的盗窃罪,也不会意识不到以盗窃罪对许霆定性处罚实际上是通过司法判决创造了一个与司法解释和法条都相异的盗窃罪,因为对何谓盗窃行为一般公众均可认知,而类型化的盗窃行为中也从不具备合法形式,且“盗窃金融机构”、“ATM机是否金融机构”、“非法占有”以及适用特别减轻制度对许霆大幅度降格处罚等问题引起了激烈争议,学术界分歧很大。在这种情形下,各级法院非但没有层报最高人民法院诉诸于全国人大常委会进行立法解释以求得盗窃罪的法条含义和何谓“案件的特殊情况”的明确界限,反而依据自由裁量权强行判决。反映了司法机关对全国人大常委会立法解释权威的忽视,越权解释和违法创新俨然已成惯例,同时也说明了全国人大常委会对这种现象的放任态度。长此以往,必然侵蚀中国的人大制度框架,不利于法治建设和民主政治的发展,因为法律作为规则体系是代表民意的立法者对某个行为或现象的好恶,体现了立法者的主观价值判断和选择,而司法机关并非民意机关,其司法解释不受立法程序制约,以司法解释的形式“立法”必然会降低立法民意的含量,从而降低法律规则的质量。所以,虽然由于“我国司法解释的发展源于1979年以后这一时期剧变的社会关系与速成立法所导致的法律即时性与立法粗糙”^[31],因而司法解释及类似司法立法的创制性解释现象有其历史合理性,且往往有一定的立法先导性质,但由于司法腐败、法官素质和体制等多方面的原因,司法机关的权威和能力尚不足以承担过高的社会使命。因此,必须加强对司法解释主体监督和制约机制建设。

(1) 健全司法解释的备案和审查制度。《监督法》第31条规定,司法解释应报全国人大常委会备

案,如果认为司法解释与法律相抵触,第32条规定国务院、中央军委、省级人大常委会、最高司法机关相互间可向全国人大常委会提出书面审查要求,第33条规定全国人大法律委员会和有关专门委员会可提出修改、废止司法解释的议案等。这些规定为建立健全司法解释的备案和审查制度提供了基本法律依据,关键是要设置具体的制度予以贯彻落实,如提出审查的途径、接受审查的机构、审查期限、审查的法律后果以及可能最重要的是如何激发有权机关的审查冲动等。

(2) 建立司法过程中吸纳民意改善司法解释工作机制。《监督法》第32条第2款规定,如果认为司法解释与法律相抵触,除国务院、中央军委、省级人大常委会、最高司法机关以外的其他国家机关、组织、个人可向全国人大常委会提出书面审查建议,2007年《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》第10条第5项将有关国家机关、社会团体或者其他组织以及公民提出制定司法解释的建议作为司法解释的立项来源。这些规定为吸纳民意完善司法解释工作提供了规范依据。吸纳民意对司法解释工作具有现实意义,因为“社会的快速发展以及价值多样化可能带来法律与民意或与某些民意脱节,政治经济发展不平衡的大国或为保持国家法治统一或为兼顾各地具体情况也难免引发法律与民意的紧张”^[1],因而“吸纳民意未必贬损司法独立,相反可能是司法独立的保证和司法权威的培育”^[1]。应当强化这些规定的程序可操作性,对一般公民提出司法解释审查、立项建议的途径和接受审查、立项建议的机关作出具体规定,以利于公民合法权利的行使。许霆及其亲属在借助媒体扩大案件影响的同时,却不知还有这样一项权利,错过了一个绝佳的辩护武器。

(3) 赋予基层审判机关以司法解释请求权,提高司法解释的适时性和适用性。司法解释本应是具体适用法律问题的解释,实际却变成了规范性司法解释,成了司法法,司法解释与具体司法实践的距离和立法解释一样也是相当的远。这就造成不同法院在适用法律时尺度不一,而且司法实践中的新问题无法及时反馈给最高审判机关,也就难以及时制定相应的司法解释以指导司法实践。这一困境与司法解释本身工作机制设置不无关系。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第10条将法院内部有权提出司法解释请求的主体规定为最高人民法院审判委员、最高人民法院各审判业务部门、各高级人民

法院、解放军军事法院,排除了审理多数具体案件的基层法院和中级法院的司法解释请求权。这样,最高审判机关就失去了与司法实践最紧密联系的制度机制,导致司法解释滞后于司法实践,“这也正是‘云南许霆案’(何鹏案)出现7年后,仍然没有颁布相应的司法解释的重要原因”^[32]。

(三)明确赋予法官个案解释权,增强法律解释体制活力

许霆案对法官的业务素质、裁判水平和办案艺术是一个考验,需要法官发挥在个案处理中的裁判解释权,但审判实践却使我们发现,司法解释如一副脚镣,使得法官办案犹如“戴着脚镣跳舞”^[33]。由于司法解释的权力过于扩张,刚性太强,数量过多,几乎“淹没”了法官解释法律的权力和能力,造成法官对上级法院和司法解释的极度依赖,阻碍了法官法律解释、法律推理以及法律论证能力的提高,如许霆案中“数额特别巨大”的僵化标准就直接给量刑设置了困局,即使法官弹性解释也于事无补。事实上,法官不可能是韦伯式的自动售货机,司法过程也不可能是韦伯式的机械运行过程,一个良性运转的司法过程需要法官运用个案解释权。那种从现行解释体制出发,推论出法官在个案中也没有解释法律权力的观点实际上是种误会^[31]。虽然目前国内法官的整体素质不高,但只要论及精神损害赔偿的原则和规则,从法官在个案中的解释和适用到相关司法解释形成的发展历程,以及“硫酸泼伤黑熊案”改变了人们对刑法中“财物”的通常理解、“南京男性卖淫案”改变了人们对“卖淫”的通常理解,就不应怀疑法官在法律适用中的创造性作用。更重要的是,国内法官的解释权这样一种说没有但事实上在解释法律、说有但法律规定又不明确的“若有若无”状态使得法官在法律适用中的责任模糊化,法官可以借口法外干预的存在而“把所有肮脏的判决都推给了各种各样的干预”^[34]。与其这样,还不如将法官的个案解释权明确化,辅以待的约束制度设置,明确其解释权限和司法责任,反而既能发挥法官在法律适用中的能动性,增强法律解释体制活力,推动法治进程发展,又能避免法官滥用自由裁量权。

七、结 语

法律解释必须以法律规范为依据,接受法律规范的约束,一般性优于个别性,否则法律解释就可能演化为赤裸裸的暴力,成为法治进程的阻碍。这正

是陈金钊教授所倡导的“法治反对解释”原则^[34]的应有之意。对于欠缺司法克制主义熏陶的中国法治建设来说,“法治反对解释”原则可谓切中司法实践的“时弊”。在许霆案中,法官对刑法盗窃罪法条和酌定减轻处罚法条的解释已超越了法条本身意义的涵摄限度而演变为任性裁量;对此,法官“对自己所倾情的判断,哪怕是错误的判断或明显有违法律的判断而没有任何羞愧之心”^[34]。因此,一般性优于个别性的解释原则就不能仅仅表现为理论状态的原则,而必须具体化为可操作的法律解释监督制度措施。只有不断细化和丰富法律解释监督制度建设,遏制违法解释和任性裁量,才可能使司法判决越来越经得起现实和历史的考验。

参考文献:

- [1] 苏力.法条主义、民意与难办案件[J].中外法学,2009(1):93-111.
- [2] 张志铭.关于中国法律解释体制的思考[J].中国社会科学,1997(2):100-114.
- [3] 周旺生.中国现行法律解释制度研究[J].现代法学,2003,25(2):3-10.
- [4] 魏胜强.我国需要制定统一的法律解释法[J].法学,2007(1):32-41.
- [5] 沈海平.情法冲突考验司法理念:对许霆案的法律思考[J].人民检察,2008(3):49-51.
- [6] 杨兴培.“许霆案”的技术分析及其法理思考[J].法学,2008(3):56-61.
- [7] 关永宏.在银行ATM机“多取款行为”的法律定性:从合同法和电子商务法视角对“许霆案”的辨析[J].法律适用,2008(9):17-19.
- [8] 陆诗忠.试论盗窃罪的目的要件[J].河南师范大学学报:哲学社会科学版,2001,28(1):120-121.
- [9] 张明楷.许霆案的刑法学分析[J].中外法学,2009(1):30-56.
- [10] 高艳东.从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析[J].中外法学,2008(3):457-479.
- [11] 郭玉闪.许霆案属于民事纠纷的经济学说明[N].经济观察报,2008-01-14(15).
- [12] 侯国云.许霆盗窃罪的再商榷[J].中国律师,2008(6):44-45.
- [13] 陈兴良.利用柜员机故障恶意取款行为之定性研究[J].中外法学,2009(1):6-29.
- [14] 陈兴良.许霆案的法理分析[N].人民法院报,2008-04-01(5).
- [15] 刘军.根据法律进行思维的方法与限度:以许霆案为例对法官思维的反思[J].法律方法,2009,8(2):

- 292-301.
- [16] 贺卫方. 许霆案:法官何以说理? [N]. 南方周末, 2008-01-24(法治版).
- [17] E·博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [18] 陈兴良,周光权. 刑法司法解释的限度:兼论司法之存在及其合理性[J]. 法学,1997(3):37.
- [19] 邓子滨. 许霆案重审的几个关键[N]. 南方都市报, 2008-01-22(AA31).
- [20] 黄琼,李斯璐. 专家律师研讨许霆案 八成与会者认为许霆无罪[EB/OL]. (2010-08-03)[2011-07-26]. http://news.ifeng.com/society/1/200803/0304_343_423711.shtml.
- [21] 徐立,胡剑波. “许霆案”减轻处罚的根据与幅度分析[J]. 法商研究,2009(5):114-120.
- [22] 冯卫国. 论酌定减轻处罚制度及其完善[J]. 政治与法律,2009(2):93-98.
- [23] 胡康生,郎胜. 中华人民共和国刑法释义[M]. 北京:法律出版社,2006.
- [24] 姚裕知. 如何认定刑法第63条第2款中的“案件特殊情况”[C]//沈德咏. 经济犯罪审判指导:第4辑. 北京:人民法院出版社,2005:13-18.
- [25] 佚名. 程乃伟绑架案:特殊情况下减轻处罚的适用[C]//中华人民共和国最高人民法院刑事审判最高
- 人民法院刑事审判第一庭,中华人民共和国最高人民法院刑事审判第二庭. 刑事审判参考:第4卷(上). 北京:法律出版社,2004:119.
- [26] 佚名. 许善新法定刑以下判处刑罚案[C]//中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭,中华人民共和国最高人民法院刑事审判第二庭. 刑事审判参考:第2卷. 北京:法律出版社,2003:35.
- [27] 张明楷. 许霆案减轻处罚的思考[J]. 法律适用,2008(9):4-8.
- [28] 陈瑞华. 脱缰的野马:从许霆案看法院的自由裁量权[J]. 中外法学,2009(1):67-81.
- [29] 赵秉志. 许霆案尘埃落定后的法理思考[N]. 法制日报,2008-06-01(12).
- [30] 陈瑞华. 许霆案的法治标本意义[N]. 南方周末, 2008-01-17(法治版).
- [31] 范愉. 法律解释的理论与实践[J]. 金陵法律评论, 2003(2):21-34.
- [32] 王宁. 从“许霆案”看我国刑法解释权的分配[J]. 河北法学,2009(3):138-143.
- [33] 吴情树,施琦. 许霆案:刑法司法解释过度化分析的一个视角[J]. 中国刑事法杂志,2008(7):15-18.
- [34] 陈金钊. 法律解释学:权利(权力)能张扬与方法的制约[M]. 北京:中国人民大学出版社,2011.

Legal interpretation problems in XU Ting case

ZHANG Li-gang

(Department of Law, Shandong Police College, Jinan 250014, Shandong, China)

Abstract: In order to study the cause of XU Ting case which a typical hard case, the paper detailedly analyzed the interpretation of the judge about the accusation and sentencing of XU Ting case. The conclusion is that the confused legal interpretation system is the deep reason that causes many judicial system disadvantages showed in XU Ting case, such as whether XU Ting had the purpose of illegal possession, whether was against victim's will, whether had secrecy and so on. All these cause large query about and impact on current legal interpretation system. The judicial practice in XU Ting case shows that current legal interpretation system in our country has been confronted with historical subject that it should be reconstructed.

Key words: XU Ting case; legal interpretation; crime of theft; sentence