

# 许霆案二审“模拟庭辩”



【法的精神之王琳专栏】

在法官宣布开庭之后,公诉人宣读起诉书,指控许霆犯有盗窃罪,且数额特别巨大。辩护人发表了辩护词,为许霆作了无罪辩护。在法庭调查中,对相关证据以及基本事实,控辩双方并无太大争议。庭审进入法庭辩论阶段。

**辩护人:** 公诉人指控我当事人犯有盗窃罪,请问我的当事人是在向谁盗窃?

**公诉人:** 被告盗窃了广州商业银行17万元人民币,已构成盗窃金融机构罪,且数额特别巨大。

**辩护人:** 请问我的当事人与本案受害人,也就是广州商业银行之间,是不是存在储蓄关系?

**公诉人:** 是,但我要提醒辩护人,被告盗窃的是超出他账户的银行资金。储户的身份改变了盗窃金融机构的事实。

**辩护人:** 谢谢公诉人的提醒。那么请问:我的当事人是不是拿着他自己的银行卡在该柜员机取款,并取到了超出他账户金额的款项。

**公诉人:** 是。但被告的恶意取款行为是违背银行意志的。

**辩护人:** 请问我的当事人在柜员机上插入银行卡,并输入正确的密码后,是进入了金融机构,还是进入了属于他个人的银行账户?

**公诉人:** 辩护人,被告的盗窃行为是他成功地从这台柜员机里取走了超出他账户金额的17万元人民币,而不是他进入哪里盗走了这些钱。

**辩护人:** 我的当事人通过正常的取款操作,进入了他的个人账户,怎么就违背银行意志,并盗窃了银行的17万元资金?

**公诉人:** 因为柜员机的取款程序发生了错误,不是银行的真实意思表示。被告正是利用了柜员机的这一错误实施了盗窃行为。

**辩护人:** 公诉人的意思是,我的当事人在进入了自己的银行账户后,却取走了银行的钱,而这个取款的行为就是盗窃?

**公诉人:** 利用程序漏洞,将明知不属于自己的财物据为己有,当然是盗窃。

**辩护人:** 那么,我当事人的账户内为何会有超出账户金额的款项呢?

**公诉人:** 是柜员机的程序出错,才响应了被告发出的超出其账户金额的恶意取款要求。

**辩护人:** 不管善意取款也好,恶意取款也好,也不管是银行认可的取现也好,或违背银行意志的取现也好,请公诉人告诉我们,我的当事人是不是进入了他的个人账户之后,才取的款?

**公诉人:** 是被告利用了柜员机的系统错误取的款。

**辩护人:** 那么是不是只

有在我的当事人进入了他的个人账户之后,才能利用公诉人所称的“柜员机的系统错误”实施取款行为?而只要不进入他的个人账户,所谓“程序错误”也就仅仅是个错误。

**公诉人:** 是。

**辩护人:** 谢谢。我们已经还原了事实的本来面目,本案不过是一个储户依照正常的取款程序,在他个人的账户内取走了一笔超出他账户余额的款项。这就是公诉人所认定的“盗窃金融机构”?

**公诉人:** 被告利用了柜员机程序出错这一特定时机,以非法占有为目的,违背银行意志,连续100多次窃取了银行经营资金17万元。以上行为符合盗窃罪四要件,故构成盗窃罪。

**辩护人:** 请公诉人明确告诉我们,我当事人的取款行为,哪一点符合盗窃罪的客观要件?

**公诉人:** 被告在柜员机前实施了秘密窃取的行为。

**辩护人:** 我当事人在进入了他个人账户之后的取款行为,怎能认定为“秘密”?

**公诉人:** 是被告错误地认为他的恶意取款行为银行方面不会发现,所以符合“秘密窃取”的特征。

**辩护人:** 为什么我的当事人会错误地认为他的取款行为不会被银行方面发现?

**公诉人:** 因为他事先已经知道柜员机程序出错了,与被告犯有同类罪行的郭安山也证实,他曾对被告说过,系统坏了,可能什么凭证都

不会留下来。被告正是基于这样的侥幸心理,实施了恶意取款行为。

**辩护人:** 公诉人认为柜员机出错的几率有多大?

**公诉人:** 这与本案无关。

**辩护人:** 如果有位储户在柜员机取款时,主观上也盼望着能遇到取1000元而系统只扣1元的好事,但结果却并未如愿。按照公诉人的推断,这位储户是否构成“盗窃金融机构未遂”?

**公诉人:** 这个对比不能成立。

**辩护人:** 这位储户主观上有非法占有银行资金的故意,客观上也有取款的行为,只是因为对象的原因而未得逞,难道不是“盗窃未遂”吗?

**公诉人:** 这种假设没有意义,因为柜员机出错的几率很小。

**辩护人:** 既然柜员机出错的几率很小,将我当事人的取款行为认定为盗窃又能实现刑法的何种目的?

**公诉人:** 一般预防。这个案件的意义就在于它告诫人们,别人的东西即便无人看管也不能取。

**辩护人:** 别人的东西即便无人看管我也不能取,但别人放在我钱箱里的东西我还是有取权的。我们在银行开设的个人账户,不正是寄存在银行的钱箱吗?如果公诉人不能证明我的当事人有罪,请法院判决我的当事人无罪。

**公诉人:** ……

(以上对话纯属虚构,请勿对号入座)

(作者系海南大学法学院副教授)

# 民众权利不能在收费站前挂空挡



【学者视线之肖余恨专栏】

“贷款修路,收费还贷”曾经是中国发展交通的一大创举,奈何这个创举是“杀敌一万,自伤五千”,其后遗症现在已经到了令人崩溃的地步了。中国的公路越修越漂亮,但在漂亮的表象之下,“三步一哨,五步一岗”的收费站,早就激起了舆论的强烈不满。

2月27日,国家审计署再次公布了对一些地方高速公路收费情况的审计结果,自然又激起了一轮口诛笔伐。对审计署公布的这些“无良”结果,我是一点也不奇怪的。建立在高速公路上的“政府形象”,严格说来实在是糟糕透了。今年雪灾的时候,一些地方的高速曾一度“违规”收费,导致严重堵车,可除了媒体曝光之外,你又能怎么样?高速公路成了数钞机,贪婪得成了与民争利的工具。问题是,你竟然奈何不得。

收费的高速公路,其背后多少都活跃着政府的身影。谓予不信,请看“典型”。据2月28日《新京报》报道,27日国家审计署公布的审计报告中指出,安徽省高速公路总公司违规转让合巢芜高速公路经营权,流失国资12.4亿。这个损失谁来承担?再延长收费28年就是了。这就是典型的权力霸气,甚至是匪气。如果统计一下,跌倒在“高速路上”的官员有多少,那肯定是一个惊人的数字。然而,因此而导致的天文数字般的损失,最后不都是老百姓扛起来了么,大不了“再收五百年”就是了。

公路本是公共产品,应该服务于民。一些地方政府为了加速发展经济,采用各种手段上马高速公路,这本是好事,但在财政收入大幅增长的情况下,在对附着于汽车消费激增的巨额税费的前提下,却丝毫没有尽快改善高速公路的服务。各地政府没有尽到应有的责任,一凭高速公路蛮横地攫取暴利。高速公路的公益性被高额收费所侵蚀。地方政府与高速公路存在着直接或间接的利益关联,要么是政府贷款收费,到一定程度后,再来个“转让收益权”逃避舆论的抨击,要么是收费行政专营变本加厉。同时,高速公路服务差,价格高,态度傲慢,资费不透明,操作有暗箱。表面上,政府借此获得发展资金,但却难以逃过与民争利的恶评,其潜在危害巨大。政府不能不对此详加审视并深刻反省。

现在的问题是,我们有什么底气来和高速公路背后的“政府”博弈?政策是政府制订的,想转让就转让,想回购就回购,想延长就延长,规则成了一些地方政府手里的泥团。“稳定压倒一切”,当矛盾激化、舆论鼎沸的时候,这个无敌盾牌就会举起来了——其实,很多时候,这个“政府”,是个别人嘴里的政府而已。如果晒一晒每次转让、延长的理由和事实,都不难发现一些闪烁的猫腻。

到了重新审视、严格审查公路收费与民争利的时候了。这已经不仅仅是一种呼声,更是一种不可漠视的汹涌民意。当然,更主要的是,我们有哪些权力和资源来和公路的过度收费——其实是高速公路背后的政府进行博弈。在一定程度上,这已经成为中国公民权利意识和权利诉求的试纸了。就现在看来,民众的权利还都是挂着空挡,再轰油门,也是走不了一步的,如何换挡,还得看政府了。

(作者系南京政治学院新闻传播系副教授)

# 公布代表号码完善了权力监督链条

■今日视点

2月16日公布所有党政领导联系电话和职务分工情况后,昆明昨日又公布了第十二届人民代表大会438名代表的姓名、工作单位、职务和联系电话,其中包括市人大常委会主任、副主任、秘书长、委员和各专委会主任的联系电话。据悉,此举是为了更好地让人大代表成为党和人民群众的桥梁和纽带,反映人民群众的意见和要求。

(2月28日《新京报》)

昆明在政务公开和公民参与权力监督的道路上又前行了一大步,甚至可以说,此次公布人大代表联系电话,比之前公布党政领导电话号码具有更深刻的意义。因为从权力架构上来说,人大代表是直接面向广大选民负责的,而政府部门又向人大负责,选民则通过人大代表来监督政府的行政权力。从这个意义上来说,公众监督政府部门最有

效的途径并非拨打政府部门领导的电话,而是直接找对应的人大代表。

昆明连续公布党政领导干部和人大代表的联系电话,已经清晰地描述出了一个公民有序行使权利的渠道——倘若自身的问题需要解决,可以向政府部门领导寻求帮助;如果政府部门未能妥善给你解决问题,你又可以很方便地找到相应的人大代表,通过人大代表来监督和约束行政权力。这样的制度安排,事实上已经通过一个相对完整的链条,将监督权力的遥控器交到了每一个选民手中。

并且,由于电话的相继公布和媒体的广泛报道,昆明的政府部门和人大代表事实上已经主动给自己套上了权力的紧箍咒。在媒体与公众的高度关注下,在每一部电话随时都会响起的压力下,政府部门和人大代表都将更谨慎地行使自己的权力。而有了通畅的渠道,公众也会乐于为了自己

的切身利益,通过这一部部电话来监督政府部门乃至人大代表。因此,昆明相继公布党政领导和人大代表的联系电话,事实上营造了一种难得的公民社会形成氛围,在这种氛围中,政府部门、人大代表都将学会时时刻刻在公众的监督中行使手中的权力;而公众也会在这种氛围中养成随时监督权力的良好习惯。而这一切,正是公民社会形成和权力有序运行的坚实基础。

或许昆明此次公布的人大代表联系电话依然会有打不通或打通了却没人接的现象,或许这次的公布电话也会引来舆论在党政领导干部公布时类似的质疑,但正所谓瑕不掩瑜,昆明从制度上完善权力监督的善意依然值得肯定和推广。多一点宽容吧,当这个权力监督制度逐渐成熟起来,我们收获的,将不仅仅是那一个个公布在媒体上的电话号码。

(陈强)

■第三只眼

## 期待“昆明新政”尽快在全国推广

昆明新政可以看作地方政府创新的一个典型案例。政府创新包括政治创新、行政创新和公共服务创新。诸如政务公开、政治参与、政治透明等都属于政府创新的内容。昆明市公布官员和人大代表的电话,有利于公民对政府进行监督,有利于民意通过人大代表更顺畅地表达,这显然是政治创新的内容。

政府创新应当有两个条件:一是富有责任心和进取心的官员推动,二是公民的政治参与需要。一方面,昆明新政正是个性官员推动的结果,本质上正是政府创新对官员责任心和进取心的必然要求。另一方面,随着物质生活的提高,人们关心政治、公共参与的积极性也越来越高,这是政府创新现实的推动力。可以说,昆明新政是公民政治参与热情与个性官员共同作用的结果。

1999年1月23日,贵阳市实行人大旁听制度——凡年满18周岁、具有完全行为能力的市民,都可自愿报名参加旁听市人大常委会会议,并可在会上作简短发言——同样引起强烈反响。此后,这一制度获得地方政府创新奖,并在全国推广。现在,同样是政府创新,昆明市向社会公布官员和人大代表电话的做法,会不会像贵阳市人大旁听制度那样在全国推广?对此,我们抱有很大的期待。(王攀)

# 市委书记体罚镇长值得叫好吗?

■热点纵论

令四川彭州市丹景山镇镇长想不到的是,因为街道没“扫”干净,这个旅游大镇的头头不得不在开会时“扫面子”——在一次工作会议上,彭州市委书记让镇长站着听了近半个小时的“课”。

(2月28日《成都商报》)

堂堂市委书记,怎么会在依法治国年代搞起了体罚。莫非他真以为自己就是彭州的“父母官”,下属都是自己的“子民”,稍不如意就可以随意体罚?更可怕的是,这种做法居然还在网上引来一片叫好声,看来,对入治的迷恋绝非这位书记一个人。

按照这位书记的逻辑推演下去,丹景山镇镇长也该让当地的环卫所长站着开会,环卫所长也可以让环卫工罚站。要是“以其

人之道,还治其人之身”,那位书记如果有错,就该在省委书记面前罚站喽。

有哪条法律法规规定,因为卫生没搞好,上级官员可以对下级官员处以罚站?面子就是人的尊严。官员有大小,职务有高低,但每个人的人格是平等的,即使是犯人,其人格尊严也不能被剥夺,遑论普通公民。如此浅显的道理,堂堂市委书记怎能不明白?很难想象,一个崇尚强权意志,缺乏民主法治意识的官员,会把法治社会的建设推向前进。值得庆幸的是,丹景山镇的这位镇长还没有像云南那位倒霉的官员那样,因为打了个瞌睡就丢了乌纱帽。这或许应该感谢那位书记的“宽宏大量”,毕竟,他的官威和人治意识还没有膨胀到废除一切组织程序的地步。(张兰英)

# 问责官员只剩下罚站了吗?

■相关评论

本来是一件很严肃的事情,这一罚站,就搞得跟演小品似的了。官员工作没做好,自然应受处罚,《领导干部问责办法》、《党员干部处罚条例》及《公务员法》等对此有着详细规定,该记过的记过,该降职的降职,该撤职的撤职……遗憾的是,那位书记无视这些成熟的规章制度,更别谈严格执行了,而是将自己“降格”为小学老师。当书记罚站站长时,也许他没意识到,这将在无形中给其他官员一个异样的心理预期——工作没做好,顶多被罚站或罚扫厕所,没什么大不了的,比丢乌纱帽好……

在这里,依法行政的原则

不见了,有的只是封建家长制沉渣泛起——盛怒之下,便用自己认为正确的方式惩罚“孩子”,作为被罚者,只有无条件接受。这样的治理方式必然是随心所欲的,工作不力者是否受处罚、该受何种处罚,全凭“家长”好恶或一时兴起,简而言之:人治。耐人寻味的是,报道中,无论是书记还是那名镇长,都认为这样做理所当然——当“不正常”理直气壮地成为“正常”时,除了说明某种观念在官员脑中根深蒂固后,要清除它是何等艰难外,是否还反证了一点:常态方式无法激起应有的行政效率,为了“警醒所有干部”,只好祭起罚站这样的奇招?(修仰峰)

【2月28日读者挑刺】  
读者张先生等:2月28日A40版《里德压哨三分 雄鹿顶

翻骑士》第一段第一行中“雷德”应为“里德”。编辑王振,校对吕苏林。

# 公布电话化解了道德风险

■第二落点

不少评论家在论述昆明新政时认为,叫好声反映了民众对政府的监督饥渴和信息交流渠道的堵塞等。诚然如斯。可如果深究起来,我认为还有一个原因:即选民和人大代表之间的沟通不畅造成的道德风险越来越大,到了急需化解的时候了。

选民在选举某一位人大代表时,实际上如同和这位人大代表签订了合同:人

大代表必须承诺要传递民众呼声,伸张选民利益,监督政府权力,选民才会支持他,才会投他的票。

按照这种制度设计,当选的人大代表必须定期深入到选民当中,了解选民的生活状态,倾听选民的心声,与选民深入交流,把选民合理的利益诉求写进议案,向人民代表大会提交。可现实是什么呢?由于种种原因,不少选民根本联系不到自己辖区的人大代表,很

多利益诉求无法申述,选民和人大代表之间的联系纽带出现了断裂。

选民有了人大代表的职务、工作单位和联系电话等,必然一定程度上化解道德风险——选民可以了解一个人大代表的履职情况,是否称职,最后决定下届人大选举时是否选他。这样可现实是什么呢?由于种种原因,不少选民根本联系不到自己辖区的人大代表,很

(东方晦)