广东省惠州市惠阳区人民法院

刑 事 判 决 书

（2014）惠阳法刑二初字第83号

公诉机关惠州市惠阳区人民检察院。

被告人于某水，男，1988年8月17日出生，汉族，初中文化，户籍地湖北省襄樊市（现襄阳市）樊城区。因本案于2013年12月12日被羁押，同日被刑事拘留，同年12月26日被逮捕，2014年7月31日被本院取保候审。

辩护人黄旭辉，广东力臣律师事务所律师。

惠州市惠阳区人民检察院以惠阳检公诉刑诉（2014）119号起诉书指控被告人于某水犯诈骗罪，于2014年3月12日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭进行审理。应惠阳区人民检察院的建议，本院依法分别于同年6月6日、7月23日对本案延期审理。同年6月4日、8月22日，惠阳区人民检察院先后向本院移交补充侦查的证据，并于同年8月22日向本院移送惠阳检公诉刑变诉（2014）4号变更起诉决定书，对认定事实作出变更，并将指控于某水的罪名变更为盗窃罪。本院依法于同年4月1日、9月11日、9月28日先后公开开庭审理了本案。惠阳区人民检察院指派检察员万春杨、代理检察员高明首出庭支持公诉，被告人于某水及其辩护人黄旭辉到庭参加诉讼。现已审理终结。

惠阳区人民检察院指控，2013年10月30日20时30分许，被告人于某水用其邮政储蓄银行卡（卡号为6210......7728）到惠阳区新圩镇塘吓创亿商场旁邮政储蓄银行惠州市惠阳支行ATM柜员机存款时，于某水先后几次存入300元，均遇到现金退回的情况，经多次在柜员机查询，发现账户余额相应增加。发现这一情况后，于某水尝试从该网点旁边的农业银行跨取2000元和1000元，获得成功，遂产生了恶意存款并窃取银行资金的念头。于是返回邮政储蓄柜员机，连续10次存款3300元，马上到附近银行柜员机跨取1.5万元，并转账5000元，再次返回，连续存款5000元1次、9900元3次、10000元3次，至2013年10月30日21时58分59秒，于某水共恶意存款17次，恶意存入人民币97700元，后被告人于某水到深圳市龙岗区其他网点陆续跨取和转账，到2013年10月31日6时28分10秒，于某水共窃取人民币90000元。中国邮政储蓄银行惠州市惠阳支行工作人员发现后，于2013年11月3日联系于某水无果后报警。2013年12月12日于某水被公安机关抓获。至2013年12月15日于某水共退还人民币92800元。认定上述犯罪事实的证据如下：被告人供述、现场勘查笔录、抓获经过、扣押决定书及书证等。被告人于某水采取秘密手段窃取他人人民币90000元，数额巨大，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百六十四条的规定，应当以盗窃罪追究其刑事责任。提请依法判处。

被告人于某水辩称：我不是盗窃，而是侵占。

辩护人辩护称：于某水的行为并非“秘密窃取公私财物”，不管其当晚存了多少次钱，最后是和银行形成了9万多元不当得利的债权债务关系，其存钱取钱行为均为合法，其行为如果构成犯罪的话，也只能构成侵占罪。于某水刚开始对柜员机故障并不知情，屡次存款存不进去，其在知道柜员机出故障前的这部分金额，不应计入盗窃金额里。同样情形的其他客户经银行通知退清款项不构成犯罪、于某水未及时退款构成犯罪，这不可能是盗窃罪的法律特征，而是侵占罪的法律特征。于某水的犯罪行为在特定条件下才能实施，柜员机存在故障，银行方存在过错在先，诱发了犯罪，望法院对其减轻处罚乃至宣告缓刑。于某水归案后次日就将所有赃款归还了银行，银行方也明确表示不追究他的责任，请法院量刑时充分考虑。

经审理查明，2013年10月30日20时30分许，被告人于某水用其于2013年9月19日开设的邮政储蓄银行卡（卡号为6210......7728），到惠阳区新圩镇塘吓宜之佳（原创亿）商场旁的中国邮政储蓄银行惠州市惠阳支行（下称惠阳支行）ATM机存款时，连续6次操作存款300元，现金均被柜员机退回，于某水发现ATM机屏幕显示“系统故障”，且其手机信息显示每次所存的钱已到账，账户余额相应增加，于是其尝试从该ATM机旁边的农业银行ATM机支取该邮政储蓄账户的2000元和1000元，获得成功，其确认上述所存的款已到账后，遂产生了恶意存款以窃取银行资金的念头。于是于某水返回上述邮政储蓄银行ATM机，连续10次存款3300元，并到附近银行ATM机分三次支取15000元和转账5000元后再次返回上述邮政储蓄银行ATM机，连续存款5000元1次、9900元3次、10000元3次，至2013年10月30日21时58分59秒，于某水共恶意存款17次，存入人民币97700元，接着于某水到深圳市龙岗区其他网点对该账户内的存款进行支取和转账，至次日6时28分10秒共将存款90000元转移并非法占有。2013年11月1日，惠阳支行工作人员清查核算数据时，发现账实不符，后查明系该行位于惠阳区新圩镇塘吓宜之佳（原创亿）商场旁的ATM机发生故障，客户于某水利用ATM机故障多次恶意存款，获取该行资金所致。同月4日该行联系于某水无果后报警。同年12月12日于某水在湖北省襄阳市樊城区太平店镇其家中被公安机关抓获。至同年12月15日止，于某水及其亲属通过转账和汇款方式将人民币92800元转入其卡号为6210......7728的账户，退还给惠阳支行。

另查明，惠阳支行位于新圩塘吓宜之佳（原创亿）商场旁的ATM机因设备故障，于2013年10月30日19：55：48至31日凌晨出现异常情况，用户在该ATM机上进行存款交易时，用户确认存款信息后，系统入账成功，用户账户余额增加，而自动存取款机却没有将用户递交的现金收入钞箱，而是直接退回给了用户。

证明上述事实的证据有：

1、证人证言：（1）郭某来（惠阳支行ATM机维护员）的证言：2013年11月1日，我银行进行清查核算数据，发现账实不符。经查，证实系我行位于惠阳区新圩镇塘吓创亿商场旁的ATM机发生故障，存款入账成功却将现金退回给用户，客户于某水在同年10月30日恶意多次（共交易18次）进行大额存入，共非法获得94150元，并于当天将此款转移。同年11月6日，我行工作人员即按于某水的开户信息去联系，无法找到其本人，即报警。郭某来还出庭证实于某水的行为是经省行发现后，把账单报给其所在单位，其所在单位发现ATM机发生故障后，采取撤掉钞箱、停机等措施。

（2）刘某燕（惠阳支行综合管理员）出庭作证证实：我单位发现于某水占有银行资金后，我打过于某水的三个电话号码，其中二个关机、一个说打错了，该三个电话号码是省行给我们的，是于某水开户时留的。当天，也有其他客户占有银行资金的情况，最多是一笔两笔，最多一到两万，他们知道后都主动联系我们，不知道的经催收后都退了钱，没有取很多笔的。

（3）古某标（惠阳支行综合管理部经理）出庭作证证实：我单位发现这个案子后即协调业务部门追逃、催收，当时派刘某燕打电话，但没找到于某水，派人去找他发现地址不符。我们发现有20多个客户有被告这种情况，普遍是一笔两笔，都主动或催收后退款了。

（4）刘某斌、陈甲伟（惠阳支行信贷部工作人员）出庭作证证实：本案发生后，我两人与陈乙伟一起受行长指派，于11月7日按上级交给我们的地址到深圳坪地去找于某水，但发现没有地址上的门牌号，就在现场拍照。

2、惠阳支行出具的一本通／绿卡通交易明细（司法）、银信通查询结果、循环机流水阅读，证实被告人于某水的卡号为6210......7728的邮政储蓄银行卡从2013年10月30日，6次连续存款300元、10次连续存款3300元、接着连续存款5000元、10000元、9900元、10000元、10000元、9900元、9900元，存款均已入账，存款时柜员机均退回钞票后被用户取走，期间多次查询交易。同日至31日，该账户取款38000元，转账55300元（其中300元转账为开始存款前操作，取款3000元为在连续17次存款前操作）。

3、柜员机的监控录像截图，证实被告人于某水分别于2013年10月30日20时57分、20时58分、21时，在惠阳区新圩镇塘吓创亿商场旁的邮政储蓄银行ATM机前等待办理业务和办理存取款时的情况。经辨认，被告人于某水确认上述截图的相片是其本人。

4、惠阳支行出具的《关于我行离行自助终端发生异常的情况说明》，证实该行位于新圩塘吓创亿购物广场一楼的离行自动存取款机因设备故障，于2013年10月30日19：55：48至31日凌晨出现异常情况，用户在设备上进行存款交易时，用户确认存款信息后，系统入账成功，用户账户余额增加，而自动存取款机却没有将用户递交的现金收入钞箱，而是直接退回给了用户的情况。在具体存款流程中，异常情况出现在当用户“确认存款”后，终端设备向后台服务“发送请求报文”，系统“应答失败”时，本应返回“非退钞指令”却返回了“退钞指令”，因此将钞票退回给了用户。

5、个人账户开户申请书、手续费收据等，证实被告人于某水于2013年9月19日开设账号为6210......7728的邮政储蓄银行绿卡通账户。

6、惠阳支行出具的《关于客户于某水案发前后账户余额情况说明》，证实于某水的账户6210......7728截止至2013年10月30日20：31：28，余额为1211.05元，案发后在其通过多种途径转移资金后，截止至2013年10月31日06：28：10，余额为7927.05元。

7、惠阳支行出具的《关于客户于某水退还资金情况说明》，证实于某水被公安机关抓获后，二次通知其亲属分别往其本人账户6210......7728汇入58000元、28000元，公安干警在押解于某水途经深圳坪地时，由于某水操作从其他账户转账6800元到其账户6210......7728，三次主动返回款项共计92800元。

8、惠阳支行出具的《关于我行对用户于某水追讨非法所得的情况说明》及追讨人员到追讨现场的照片资料等，证实该行得知客户于某水存在非法获取该行资金的异常行为后，于2013年11月4日多次拔打其联系电话，但无法联系到客户，该行于11月7日派出办事人员根据于某水的联系地址（深圳市坪地坪西吉祥路XX号X栋XXX）前去追查，但发现其所留地址不存在，无法联系到客户。

9、现场勘查记录，证实存取款、转账的现场分别位于惠州市惠阳区新圩镇塘吓宜之佳（原创亿）商场旁的中国邮政储蓄银行柜员机、中国农业银行柜员机、惠州市惠阳区新圩镇中国建设银行内柜员机、深圳市龙岗区龙平路116号中国邮政柜员机、深圳市龙岗区长兴路中国农业银行内柜员机。

10、扣押决定书及扣押清单，证实公安机关从被告人于某水身上缴获1张卡号为6210......7728的邮政储蓄银行绿卡通（借记卡）。经辨认，于某水确认该借记卡是其在塘吓创亿商场旁的邮政储蓄银行ATM柜员机作案用的工具。

11、被告人于某水的供述：我于2013年9月19日在邮政储蓄银行新圩营业室开了一张邮政银行卡，卡号：6210......7728，开户时留的联系手机号是131....6760，留的暂住地为龙岗区坪西市场。同年10月30日21时许，我想给我弟弟于某剑的银行卡转300元，我当时记得我卡上还有2500元，因不想动卡上的钱，就跟朋友借了300元，然后来到塘吓创亿商场旁的邮政储蓄银行柜员机，用邮政银行卡先转了300元过我弟弟的银行卡上，接着，我才把现金300元存到我银行卡上，存进后钱却吐了出来，我再存一次还是吐了出来，柜员机显示系统故障，我继续操作存款，还是吐出来，此时我发现手机上信息显示钱到账了（到账显示每次300元，手机显示我卡上有4000多元），我觉得奇怪，想取钱出来但操作不了，于是到旁边农业银行柜员机取了3000元，发现我卡上的钱确实是到账了，即起贪心，就将取到的钱和之前要存的300元共3300元拿到柜员机再次存入邮政银行卡上，柜员机还是显示系统故障，但我手机短信显示钱到账了，于是我重复操作存入这3300元，存入多少次我记不起了，我想多存点钱，就搭乘摩托车到新圩建设银行柜员机取了15000元，另外转了5000元给于某剑，取钱后返回塘吓创亿商场旁的邮政储蓄银行柜员机，往我卡上多次存入10000元，我手机短信显示有9万多元，我马上搭乘出租车到龙岗双龙地铁站前面邮政储蓄银行柜员机取款2万元（到龙岗是23时多），24时后我又到附近农业银行柜员机取款2万元，再给于某剑转了15000元，又往我女友许某婷的农村信用社卡转了3万多，这样我邮政银行卡剩下7000多元，存到许某婷卡上的钱被我在龙岗农行取了2万出来，剩下的钱后来也在龙岗全部取出来，我取钱后在龙岗住了10多天，发现没有银行的人来找我，即回到湖北襄阳老家。作案后，我因害怕关了二天手机（131....6760），后来有开机，但我没有带在身上使用。同年12月12日，我在家中被公安抓获。至被抓时钱被我花了1万多元，有些钱放我亲戚处，被抓后我通知他们退回给银行了。

上述证据均依法经法庭质证，本院予以确认。

本院认为，本案（惠阳于某水案）因与广州许霆案非常类似引起社会的广泛关注。本案审理过程中，控辩双方也针对被告人的行为是否构成犯罪？构成盗窃罪还是侵占罪展开了激烈辩论。根据双方的争论焦点及本案的所有证据，本院综合分析评判如下：

一、罪与非罪

（一）关于ATM机与银行的关系。ATM是英文AutomaticTellerMachine的缩写。中文一般称为自动柜员机，因大部分用于取款，又称自动取款机。它是一种高度精密的机电一体化装置，利用磁性代码卡或智能卡实现金融交易的自助服务，代替银行柜台人员工作，可以完成存入或提取现金、查询存款额、进行账户之间的资金划拨等工作。它是银行运用高科技进行自助交易的终端形式，也是目前银行与公众都认可的交易方式。它意味着通过ATM进行交易的行为一经结束，就某一个交易行为而言就已经具有了法律意义上的终端完成形式。所以，ATM机与存款人之间的关系应该确定为ATM机的管理使用者（银行）与存款人的关系，而不是ATM机与存款者的关系，更不是ATM机的技术维护人与存款者的关系。如果ATM机发生故障，造成损害的后果，银行作为机器的管理人，其责任是不能免除的。

在广州许霆案中，许多法律专家认为许霆不构成犯罪的主要理由也在于此。首先，ATM机被视为银行的延伸，ATM机所发出的指令代表银行的意志，那么许霆在ATM机上进行的符合规则的操作行为，以及ATM机对许霆所作的回应行为，都应被看作储户与银行的民事交易行为，这种交易由于银行方面的错误而支付了超出储户存款限额的钱款，这只能说明银行发出了错误指令，提供了不真实的意思表示，只是一种无效交易行为，而不具有盗窃犯罪的基本行为属性。其次，没有银行的配合和互动，许霆恶意取款是无法完成的。ATM机支付了许霆所申请的取款数额，只扣除了极少数额，这说明银行同意将这些所有权转移给许霆，而许霆并没有采取任何欺骗、暴力、敲诈等非法行为。不仅如此，作为银行意志的代表，ATM机一旦发现故障，既可能向储户多付款，也同样可能向储户少付款，这都代表银行表达了错误的意思表示，取款人只要是符合规范地进行取款操作，就属于无效交易情形，而不是盗窃行为。

我们认为，专家意见的立论前提很明显，就是不管ATM机是否正常都代表银行行为，不管是民事交易还是刑事罪案，其过错全部由银行负责或承担。对此，本院持不同意见，我们尤其不认可机器故障对操作人的刑事犯罪行为构成过错。理由是，ATM机并不是由银行设计生产，而是有专门的公司生产和维护，银行一般只是购买或租赁使用，机器是否发生故障，银行并不能控制甚至纠正，（经过法庭调查及证人出庭作证证明，银行人员没有人懂得ATM机的运行和维修技术）。即使ATM机作为银行服务延伸具有拟人人格，这种故障也不是银行所希望发生或故意造成的，所以，如果把机器故障导致的错误指令等同于银行的正常意志，是不合理的，对银行也是不公平的；其次，机器虽然能替代人完成一些工作，但机器本身是无意识的，人有意识机器无意识，这是人与机器的本质区别，也就是说，银行柜台员工一旦发现错误时会及时纠错，但机器在没有被发现并排除故障之前，它不会自动修复故障，它会一直错下去，所以机器故障不能等同于银行的过错，即使机器故障产生的民事后果可能要由银行或机器的生产和维护者承担。二者的关系放到刑事罪案中，更应该将责任进行明确的区分。本案中，我们只能说，机器故障是操作人产生犯意的前提之一，但绝不是操作人产生犯意的原因，银行管理即使有过错也不是被告人恶意存款的必然原因，也即，不能说银行对被告人的犯意存在过错，更不能说机器故障是银行在诱导被告人犯罪。因为物质前提不能等同于犯罪的因果关系，故障只是犯罪行为实施的前提，但与犯罪本身没有因果关系。所以，把机器自身故障视为银行对操作人恶意取款的配合和互动，显然有失偏颇。

（二）控辩双方的意见。在ATM机正常的情况下，被告人于某水拿着银行借记卡前往ATM机存钱，与其本人拿着现金前往银行柜台存钱完全一样，这是一种公开合法、为银行所允许和欢迎的交易方式。这种情况下，将ATM机接受指令的交易等同于银行柜台交易，交易双方及普通公众都会认可，没有疑问。所以，控辩双方对于某水开始不知情的存款行为的性质不持异议，均认为不构成犯罪。双方争论焦点是在于某水发现ATM机发生故障以后继续反复存钱这一后续行为上。

辩方认为，ATM机因发生故障造成存款入账成功但吐出现金，如同银行柜员发生差错，多付给客户钱款一样。于某水存款于ATM机后，手机短信提示存款成功，即说明于某水与银行之间的交易已经完成。交易完成后，ATM机又将于某水存入的现金原封不动地吐出来，这时候现金的性质已经发生变化，属于银行的遗失物，于某水不取其他人也会取走，所以于某水是在保管银行的遗失物。ATM机存款入账之后，又将现金吐回，这是银行的过错，于某水没有纠正银行过错的法律义务。于某水反复存款，与ATM机（银行）之间都是合法交易，最后将钱款从其它银行取走，也是处理遗失物，涉及是民法中的不当得利问题，而不是犯罪。道德的评价不能等同于法律的评价，刑法关注的是人们的底线行为。

控方认为，被告的后续行为绝对是非法的。于某水前往ATM存钱开始的目的是为了存300元，但因ATM机发生故障，存几次钱均被退回，于某水在准备放弃存钱时，发现手机来信息表明存款已经入账，他继而从旁边的农业银行跨行取款两次（分别是2000元和1000元）获得成功，被告人在此之前的行为不是犯罪。但此后于某水已经证实其存款时虽然现金被退回但存款已经入账，存款交易完成但没收现金。又返回邮政储蓄ATM机连续操作十次3300元，后又到附近银行ATM机取现金15000元，转账5000元，再次回到邮政储蓄这台故障ATM机反复存款，共17次，存入人民币97700元，并于当晚到深圳市龙岗区其它银行网点跨行提取现金和转账，得款人民币90000元。这时其与ATM机的一系列交易，完全是以非法占有为目的的行为，已经不具有合法性。

我们认同控方的观点，理由是，于某水通过取款方式验证，确认邮政储蓄这台A\*\*机已经发生故障，他此后17次交易的目的很明显，通过这种方式获取银行现金，而且，被告人于某水的所有行为也证实其内心非常清楚，这些钱不是他的，所以其行为构成非法占有。

被告人后续交易不构成民法中的不当得利。《民法通则》第92条规定，没有合法依据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。尽管发生不当得利的原因有事件也有行为，但本质上，不当得利属于事件，作为事件，应当与获利人的意志无关，不以获利人有行为或识别能力为前提，不是由获利人的意志决定而取得。本案中，既然后来的17次交易都是被告人故意为之，说明被告人已经由意外受益的心理转变为非法占有的意图，其先前不当得利的性质也已经发生变化，由意外被动获得转变为主动故意侵权，严重的侵权行为即可构成犯罪。所以被告后来的17次交易行为显然不再构成不当得利。同理，辩方称，被告人行为构成对银行遗忘物的占有或保管，也是不成立的，因为，如果说银行遗忘物是通过被告人故意、反复的行为而“制造”出来的，那么认定后续17次交易吐回的钱款是遗忘物，显然违背基本逻辑和常理。

综上，我们认为，被告人的后续行为是非法的，存在明显的非法占有的故意，并且具有社会危害性，应当进入刑法规范的领域。

此罪与彼罪

既然被告行为应当进入刑法规范的领域，那么他构成什么罪？控方认为，被告于某水的行为构成盗窃罪，辩方认为构成侵占罪。

（一）我们认为，被告人的行为构成盗窃罪。理由如下：首先犯罪的主客体不存在问题。被告人达到法定责任年龄，也具有刑事责任能力，侵犯的客体是银行财产权。

从主观方面来讲，被告人于某水具有非法占有的目的。责任主义原则要求，责任与行为同存，也即行为人必须在实施盗窃行为时已经具有非法占有的目的，本案中，被告人后面17次存款的目的非常明显，其明知ATM机发生故障，积极追求多存款不扣现金的后果，明显具有非法占有公私财产的故意。

本案的关键在于犯罪的客观方面，被告人的行为是否符合盗窃罪中秘密窃取的特征？本案及许霆案的争议集中于此，许多人认为，被告人以真实银行卡，到有监控录像的ATM机操作，银行可以根据真实账号查到，被告人的行为具有公开性，是“公开”窃取，不是秘密窃取，也就不构成盗窃罪。我国刑法理论认为，秘密窃取是指行为人采取自认为不使他人发觉的方法占有他人财物，只要行为主观意图是秘密窃取，即使客观上已经被人发觉或者注意，也不影响盗窃的认定。本案中，被告人利用机器故障，通过存款方式占有银行资金时，银行并不知晓其非法占有的目的，也不知道存款最后被非法占有的情况，即构成秘密窃取。身份的公开性并不能否定其行为的秘密性，不能将盗窃罪要求行为的秘密性等同于身份的秘密性，混淆两者的区别。退一步说，即使银行当时知晓情况，但只要被告人行为时自认为银行不知晓，也构成秘密窃取。从被告人后来连夜转移资金的行为来看，他就是希望在银行未知晓或将ATM机维修正常之前占有银行资金。因而，其行为符合秘密窃取的特征。

最后，辩方还认为，盗窃罪作为一种最原始最古老的犯罪，被赋予了约定俗成的含义，国民在日常生活中对什么是盗窃有明确的认识和界定，被告人以合法形式取得钱财，认定其构成盗窃罪很难让公众信服和认可，因为法律制度的正当性，必须使基本规则为民众所认可。我们认为，认定任何犯罪都需要主客观相统一。本案中，案件事实和被告的行为过程都显示，被告人于某水由于主观意图发生的变化，导致先前合法行为后来转化成了非法行为，所以被告人的合法形式并不能掩盖其非法目的。同时，本案也是因ATM机故障让被告临时起意的犯罪，发生的概率较小，在盗窃方式上具有特殊性，但概率小和特殊性都不影响对被告人犯罪构成的分析。被告人于某水后来的多次操作行为，主观上具有非法占有银行资金的故意，客观上实施了窃取银行资金的行为，已经构成盗窃罪。

（二）被告人的行为不构成侵占罪。我国刑法规定，侵占罪是指以非法占有为目的，将代为保管的他人财物，或者将他人的遗忘物、埋藏物非法据为已有，数额较大，拒不退还或拒不交出的行为。分析侵占罪的客观要件，侵占的突出特点是“变合法持有为非法所有”，这也是侵占和盗窃的本质区别，即行为人已经合法持有他人财物，是构成侵占的前提条件。《中华人民共和国刑法》第270条规定，合法持有他人财物包括两种情形：一是以合法方式代为保管他人的财物，是典型意义的侵占，二是合法占有他人的遗忘物或者埋藏物，即对于脱离占有物的侵占。本案不能认定是侵占的关键在于，银行没有同意或授权，所以不构成典型侵占；同时，被告人于某水对银行资金的占有是通过恶意存款取得，不是合法持有，也不构成脱离占有物的侵占。

其次，前面已经分析过，如果在被告人未采取任何主动行为时，ATM机吐钱，被告人得到，可以认定为遗忘物。但本案是被告人通过故意行为，ATM机“被操纵”而吐出现金，那么这些现金肯定不是银行的遗忘物，被告人也不是替银行保管钱财，因为从立法本意来说，遗忘物、保管物、不当得利都不是获得者通过主动行为来获得。如果说某人通过自己故意的、主动的行为获得他人的遗忘物，显然违反法律关于遗忘物的定义，违反基本逻辑。本案中，被告人通过故意行为取得的财物，显然与遗失物、不当得利的法律含义不一致。既然银行资金不能认定为遗忘物，那么被告的行为更不可能是替银行保管，因而其行为也不构成侵占罪。

三、刑罚的衡量

综观本案前行为合法后行为违法的全过程，我们认为，被告人犯意的基础动因在于一念之间的贪欲。欲望人人都有，眼耳鼻舌身意，人有感知就会有欲望，所以欲望是人的本性，它来自于基因和遗传，改变不了，因而是正常的。欲望本身也是有益于人类的，没有欲望人类可能早已灭绝。与此同时，人作为社会中的存在，欲望必须得到控制，必须被控制在合理范围之内。我们知道，许多犯罪尤其是财产犯罪的最初（甚至是唯一）动因就是贪欲，当然在极端情况下，如严重冻饿、危及生命时，可能还有其它动因，但是属于例外或极少数，这里不予以展开。对财产犯罪科以刑罚，目的就是通过报应和预防两种方式，将人的欲望控制在一个合理范围，不让欲望演变为贪欲而危及他人利益，以维持社会的正常交易秩序和人类正常的生活秩序。所以，从这个层面来说，必须对被告人处以刑罚，通过惩罚和警示，将被告人以及有类似想法和行为的人的贪欲限制在一个正常合理的范围之内，以防止犯罪行为的发生。

另一方面，我们同时认为，应当对被告人科以较轻的处罚。理由是：

第一，从主观来说，被告人的主观恶性是较轻的，在知道ATM机发生故障之前，被告人就是去存钱，是一个合法行为，没有任何犯罪意图。他是在取钱过程中，发现ATM机故障并且这一故障可以给他带来巨大利益的时候，因为贪欲而产生的犯意。也就是说，没有ATM机故障作为前提，被告人不会产生盗窃的犯意，因此，其主观恶性有限。同时，银行作为ATM机的管理者和拥有者，其对机器故障（错误吐钱）应当承担过错责任，这一过错虽然与被告人的犯罪行为不构成因果关系，但可以作为对被告人从轻处罚的情节予以考虑。

第二，从被告人的行为方式来看，其获取钱财的方式是平和的，他没有通过其他手段如破坏机器、修改电磁信息、蒙骗他人或通过电脑技术侵入故意改变ATM指令而窃取钱款，他只是利用了ATM机的故障，通过“规范”的方式获取钱款。被告人利用机器故障进行盗窃，与那些典型的盗窃罪案中，受害人因财物损失产生的痛苦和报复欲望，以及毫无民事救济的可能性，必须依赖刑法保护的情形截然不同，这在量刑上必须予以考虑。

第三，从被告人的行为后果来看，因为银行ATM机总体事故发生率很低，利用ATM机的故障进行盗窃，其发生概率更低；既然银行资金受损与其ATM机故障有直接关联，此后，银行必会在机器的运行精度以及失窃保险上完善制度，那么，将来这类案件发生率应该更低。另外，据银行方面称，当晚机器故障涉及存款错误的有二十多人，仅有被告一人利用机器故障进行盗窃。可以说，这一盗窃案是否发生，几乎产生于公民贪欲是否膨胀的一念之间。面对这种罪案，普通公民关注的应该是自己面对这种情况会怎么选择，而不会因这一特殊形式的盗窃对自己的财物产生失窃的恐惧感。所以，这一犯罪对社会秩序和公民的人身财产安全感并不会产生恶劣影响，本案的社会危害性比常态化的盗窃犯罪要小得多。

第四，对被告人个人生活状况等其它方面的考虑。被告人于某水的父母早已病亡，其与几个姊妹相依为命，生活困苦，不然，他也不会早早辍学外出打工谋生，以他的初小学历和人生经历，可以肯定，他对法律及其行为后果不会有高度清楚的认识，更不可能对这一法律界都存在争议的案件会自认为是盗窃犯罪。既然他不可能明确辨认自己的行为及其后果，我们也可以想象，对于一个穷孩子来说，几乎是从天而降的钱财对他意味着什么？！我们不能苛求每一个公民都具有同等的道德水平和觉悟。同时，被告人取了钱带回老家，除了给弟弟一些钱，剩下的也一直不敢乱花，这说明他对社会管理秩序还是心存畏惧，被抓获之后，被告人随即全部退清所有款项，我们觉得，这孩子仍心存良知。

基于上述事实和理由，本院认为，对被告人判处刑罚并宣告缓刑的量刑幅度，是适当的，能够达到刑罚报应与教育预防的目的。

最后的说明

在作出本案判决之前，我们对与本案类似的著名许霆案作了详细的研究和对比，许霆案犯罪金额是十几万元，终审判决确定的刑期是五年。我们知道，法学理论界对许霆案的判决分歧非常大，国内多位顶尖刑法学教授也各自发表了论证严密但结论完全不同的法律意见。这既说明本案作为一个新类型案件有其自身的特殊性，另外也说明正义本身具有多面性，从不同的角度观察和认识会得出不同的结论。众多争论也说明，对复杂的新类型案件作出正确的司法判断是件非常困难的事，对法官的各项能力甚至抗压能力要求都非常高，因为法律毕竟是一门应对社会的科学，司法判断面临的是纷繁复杂、日新月异的世界，面临的是利益交织、千差万别的社会矛盾和价值取向，面临的是当事人、公众、媒体、专业人士等的挑剔眼光和评价。因而法律专家也好，法官、检察官也好，即使法律观念一致，但也存在不同的伦理观、道德观、世界观，存在不同的思维方式和行为路径，因此，在追求正义的过程中，司法官对案件的判断经常是不一致的但同时也是正常的。检察和审判机关之间，以及不同层级的审判机关之间对同一案件存在不同的认识和答案是正常的，希望得到社会各界的理解和尊重。

就本案而言，判词虽然已经详细阐明理由，但因本案被告在犯罪手段上非常特殊，合法形式与非法目的交织在一起，理论界对案件的定性争议也比较大，那么本判决结果可能难以让所有人肯定或认可。因此，我们也不能确认和保证本判决是唯一正确的，我们唯一能保证的是，合议庭三名法官作出的这一细致和认真的判断是基于我们的良知和独立判断，是基于我们对全案事实的整体把握和分析，是基于我们对法律以及法律精神的理解，是基于我们对实现看得见的司法正义的追求。

综上所述，并经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第二款、第三款、第五十二条、第五十三条的规定，判决如下：

被告人于某水犯盗窃罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币一万元。

（缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。罚金自判决生效之日起一个月内付清。）

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向惠州市中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判长　万　翔

审判员　余志浓

审判员　汪惠强

二〇一四年十月十六日

书记员　黄子阳

附相关法律条文：

《中华人民共和国刑法》

第二百六十四条盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；……

第六十七条

……

犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

第七十二条对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：（一）犯罪情节较轻；

（二）有悔罪表现；

（三）没有再犯罪的危险：

（四）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。

……

被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。

第七十三条……有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年。

缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。

第五十二条判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。

第五十三条罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以酌情减少或者免除。