

● 中国法学会刑法学研究会
● 中国人民大学刑事法律科学研究中心 联合主办
● 国际刑法学协会中国分会

刑法 评论

(第5卷)

【要目】

- 信用卡诈骗罪司法适用问题研究 梁华仁 郭 亚
论刑法国际化的内在机理与外在因素 苏彩霞
论加入WTO之后中国刑事法的符合性 孙万怀
量刑公正的重要视角
——酌定量刑情节新探索 莫开勤
受贿罪主观方面研究 李希慧 童伟华
罪刑法定主义的局限性在日本
——以关于日本刑法第175条的判例为题材 [日]坂口一成
德国有关行政犯性质的学说及其评析 黄明儒

赵秉志/主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

5

- 中国法学会刑法学研究会
- 中国人民大学刑事法律科学研究中心 联合主办
- 国际刑法学协会中国分会

刑法 评论

(第5卷)

赵秉志/主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论.第5卷/赵秉志主编. —北京:法律出版社,
2004.8

ISBN 7-5036-5015-X

I. 刑… II. 赵… III. 刑法—研究—丛刊
IV. D914.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 071588 号

法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11 字数/303 千

版本/2004 年 9 月第 1 版

印次/2004 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939714

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5015-X/D·4733

定价:18.00 元

顾问 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员 (以姓氏音序为序)

陈明华 陈兴良 胡云腾 姜伟 郎胜 卢建平

李希慧 刘宪权 阮齐林 吴振兴 张军 张智辉

主编 赵秉志

副主编 卢建平 张智辉

本期执行编辑 刘志伟

目 录

全国刑法年会论文

- | | |
|----------------------|--------------|
| 信用卡诈骗罪司法适用问题研究 | 梁华仁 郭 亚 / 1 |
| 金融诈骗罪基本问题探究 | 于改之 / 15 |
| 金融诈骗罪立法的完善 | 聂立泽 徐留成 / 31 |
| 疑难信用卡诈骗行为定性研究 | 金瑞峰 / 40 |
| 合同诈骗罪的构成特征检讨 | 魏 东 / 48 |
| 合同诈骗罪的几个问题 | 刘才光 / 64 |
| 合同诈骗罪的“非法占有目的”之解释和认定 | 钱叶六 / 72 |
| 合同诈骗罪与合同欺诈行为的界定刍议 | 田肇树 / 85 |

理论前沿

- | | |
|---------------------|-----------|
| 论刑法国际化的内在机理与外在因素 | 苏彩霞 / 95 |
| 论加入 WTO 之后中国刑事法的符合性 | 孙万怀 / 114 |

专题论坛

- | | |
|--------------------------|-----------|
| 共同正犯本质问题研究 | 陈家林 / 129 |
| 量刑公正的重要视角
——酌定量刑情节新探索 | 莫开勤 / 146 |

司法实务

- | | |
|---------------|---------------|
| 刑法中“利用职务之便”研究 | 于 宏 范德繁 / 157 |
| 受贿罪主观方面研究 | 李希慧 童伟华 / 188 |

国际刑法

关于欧盟和英国、德国国际司法协助制度的考察报告

中国国际司法协助考察团/212

域外法治

罪刑法定主义的局限性在日本

——以关于日本刑法第175条的判例为题材 [日]坂口一成/237

德国有关行政犯性质的学说及其评析

黄明儒/262

刑法学者

何 鹏 教授

刘福谦/290

张明楷 教授

刘凤科/300

动态与信息

韩国刑法学中的主要问题

——首届中韩刑法学术研讨会综述

赵秉志 魏 东/311

社区矫正理论与实务研讨会综述

刘强 李少兵 张凤军/336

湖南省法学会刑法学专业委员会简介

/344

全国刑法年会论文

编者按

中国法学会刑法学研究会第四届常务理事会于2003年7月研究决定对今后每年一度的年会文集的出版工作进行了重要改革,要求年会主持人一般应在本年度年会召开之前将年会文集公开出版发行,同时供年会研讨使用。该决定的内容也被2003年10月8日中国法学会刑法学研究会理事会通过的《中国法学会刑法学研究会学术年会规则》所规定。2003年刑法学研究会年会主持人安排如期在年会之前公开出版了年会文集。但由于受“非典”等因素的影响,安排提交2003年年会论文的时间较短,再加上要在年会召开之前出版年会文集等情况,以至有20余篇论文没有收入年会文集。为弥补此缺憾,中国法学会刑法学研究会与国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心和国际刑法协会中国分会协商,在三家单位联合主办的《刑法评论》(第4卷、第5卷)特设专栏,从已经提交且符合年会主题的论文中精选13篇予以刊登。

信用卡诈骗罪司法适用问题研究

梁华仁* 郭亚**

一、信用卡诈骗罪的基本特征

信用卡诈骗罪在犯罪构成上具有如下特征:

* 中国政法大学教授。

** 中国政法大学硕士研究生。

(一)犯罪主体。根据刑法规定,本罪的犯罪主体为一般主体,只能由自然人构成。在犯罪主体中存在以下问题:

1. 单位能不能成为该罪的犯罪主体?

对此学界存有分歧。否定说认为,信用卡存在使用额的限制,单位不必冒此风险去诈骗如此小的数额的财物。肯定说认为,单位持卡人在单位意志下可以实施恶意透支等信用卡诈骗行为,且实践中已发生了单位恶意透支数额巨大甚至特别巨大的案件。我们认为,单位可以也应当成为本罪的犯罪主体。因为:

(1)按照发行对象,信用卡分为单位卡和个人卡,单位既然可以作为合法持卡人和使用人,当然能够实施如恶意透支此类的诈骗活动。根据《银行卡业务管理办法》的规定,单位的允许透支额(无论是单笔透支额还是月透支额)都比个人要大,如果单位基于非法占有目的进行恶意透支,数额也是非常惊人的,但对单位处罚却缺乏法律依据,显然是不合适的。

(2)根据《刑法》第177条的规定,单位可以成为伪造、变造金融票证罪的犯罪主体,单位为实施信用卡诈骗而伪造信用卡是完全可能的,如果不规定单位成为信用卡诈骗罪的犯罪主体,那么就只能就手段行为追究刑事责任,而不能追究目的行为的刑事责任,不符合牵连犯的构成原则。

(3)刑事立法应具有协调性,与其性质类似的信用证诈骗罪可以由单位构成,而信用卡诈骗罪只能由自然人构成,在立法上明显不协调。^①

为此,我们建议,刑法在修订时,应规定该罪既可以由单位构成,也可以由自然人构成。不过,在修订之前,只能按照罪刑法定原则,追究直接责任人员的刑事责任。

2. 使用作废的信用卡或者恶意透支实施诈骗的犯罪主体,是否仅限于合法持卡人?

有观点认为,使用作废的信用卡的主体既可以是持卡人,也可以是

^① 参见王晨著:《诈骗犯罪研究》,人民法院出版社2003年版,第224页。

持卡人以外的人。^①但也有人认为只能由持卡人构成。^②对恶意透支行为主体的观点颇多,^③归纳起来,不外乎肯定说和否定说两种。对此,我们的意见是这两种行为主体只能是持卡人本人,持卡人以外的人除共同犯罪外均不能成为犯罪主体。

对作废的信用卡,无论由于何种原因信用卡作废,其他人(相对于持卡人)如果可以成为行为主体,在其确实不知是作废的信用卡时定罪处罚,就可能违背了主客观一致的刑法原则。行为人在使用作废的信用卡时,无论其是否明知该信用卡是否作废,都需要冒用他人名义实施诈骗。因此,对其他人使用作废的信用卡,可以“冒用他人的信用卡”的行为定罪处理。

恶意透支是相对于善意透支而言的。善意透支是信用卡得以存在和运作的制度基础,恶意透支是基于非法占有为目的对透支权利的滥用,行为性质则完成了从私法上违约行为到公法上的犯罪行为的转变,二者具有主体的同一性。其他人为了非法占有公私财物持信用卡消费或者提取现金,都谈不上是透支行为,而是直接的诈骗活动。

恶意透支主体是否包括“骗领信用卡人”?有人认为,要对“骗领信用卡人”具体分析才能得出结论。假如把骗领信用卡可分为善意的骗领和恶意的骗领,二者的区别在于领取信用卡时是否有非法占有公私财物的目的。只是手续上的不完善进行骗领的,行为人在领取后,如果遵循信用卡管理办法和章程的规定正当使用信用卡的,可以称为“善意的骗领人”,^④如果为了实施诈骗活动而骗领的可称为“恶意骗领人”。“恶意骗领人”以犯罪为目的当然谈不上透支问题,故不能成为该罪的犯罪主体。“善意的骗领人”如果按照信用卡业务管理规定行事,则不

① 参见侯放、柯葛壮主编:《信用证信用卡外汇违法犯罪的防范与处罚》,中国检察出版社 1999 年版,第 298—299 页。

② 参见李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社 2002 年版,第 285 页。

③ 参见李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社 2002 年版,第 290 页。

④ 参见李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社 2002 年版,第 292 页。作者认为,这类人应当属于恶意透支的主体。

具有刑法上的评价意义;其一旦实施了恶意透支,应推定主观上有非法占有的目的,这时,我们又如何界定其领取信用卡时有无犯罪意图。因此,骗领人从犯罪主体角度分为善意还是恶意缺乏实际意义。正因如此,我们认为骗领人不能成为恶意透支的犯罪主体。

(二)犯罪主观要件。行为人在主观方面是故意,并具有非法占有的目的。

需要指出,刑法在修订后,该罪的罪状中没有明确规定非法占有目的,而在其他类型的诈骗罪中却规定了非法占有目的(如集资诈骗罪、合同诈骗罪),这种立法处理一定程度上引起了分歧。有人认为应当严格按照罪刑法定的要求,刑法明文规定目的的,该目的为必备构成要件,否则,就不是必备要件。^①

我们认为,无论何种形式的诈骗罪,非法占有目的都是其必备要件。诈骗犯罪是一种贪财性犯罪,行为本身就暗含了非法占有目的,无论是否明文规定,都是题中应有之义。至于刑法上的规定,不应引起分歧,凡是明确规定非法占有目的的,都有对应的合法行为,如集资诈骗罪对应合法的集资行为,合同诈骗罪对应正常的合同纠纷,包括本罪中的恶意透支对应善意透支,刑法正是为了将犯罪行为与合法行为正确区分,立法技术上才作如此处理。

(三)犯罪客体要件。本罪的客体为复杂客体,即信用卡的管理秩序和公私财物的所有权。

(四)犯罪客观要件。本罪的客观方面具体表现为四种形式:

1. 使用伪造的信用卡。使用伪造的信用卡是信用卡诈骗罪的重要表现形式。伪造信用卡主要有两种行为表现:一是完全模仿真实信用卡的质地、模式、版块、图样以及磁条密码等非法制造信用卡;二是在真实信用卡基础上进行伪造,如在空白信用卡上输入其他用户的真实信息进行复制,或者在空白卡上输入虚假信息等。另外,还有一些行为也属于伪造信用卡,如在原有信用卡上涂改、变造等。行为人必须有使用伪造的信用卡的行为,才构成本罪。所谓“使用”,是指利用信用卡的法

^① 参见夏朝晖:“试论合同诈骗罪”,载《法商研究》1997年第4期,转引自王晨著:《诈骗犯罪研究》,人民法院出版社2003年版,第15页。

定功能进行支付、消费、结算等行为。使用伪造的信用卡,可以是行为人自己伪造后使用,也可以是明知是他人伪造的信用卡而使用,如果行为人将伪造的信用卡出售或者单纯伪造信用卡而没有使用的,以伪造、变造金融票证罪处理。

对自己伪造信用卡又使用的行为定性学界存在争论。一种意见认为,应当以伪造金融票证罪和信用卡诈骗罪数罪并罚;^①另一种意见认为,应按照牵连犯的原则从一重罪处罚。其中牵连犯说对何为重罪又有分歧:第一种观点认为,二者法定刑相同,以结果行为(信用卡诈骗罪)论处为宜。^②第二种观点认为,应以伪造金融票证罪处理。因为伪造金融票证罪是行为犯,而信用卡诈骗罪是结果犯;前者无数额限制,而后者有数额限制。二者虽然法定刑相同,但显然伪造金融票证罪对行为人更为严厉,因此应定伪造金融票证罪;还有一种意见认为,行为人伪造后使用的,若数额较大,定信用卡诈骗罪,若数额达不到较大标准,定伪造金融票证罪。^③

对此,我们的看法是,行为人有使用自己伪造的信用卡行为,同时又把伪造的其他信用卡出售或者交予他人使用的,应当数罪并罚;如果行为人单纯为了本人使用信用卡而伪造的,使用行为达到数额较大标准才构成牵连犯;至于在牵连犯情形中,何为重罪,应当以行为的具体社会危害性和适用的刑种、刑期为标准,而不应当以法定刑的轻重为标准;如果二者程度均相当,为整体体现危害行为的特征,以结果行为即信用卡诈骗罪定罪处罚。

2. 使用作废的信用卡。作废的信用卡是指因法定原因而失去效用的信用卡。根据信用卡章程,可以导致信用卡作废的原因一般有以下几种情形:(1)信用卡超过有效期限而自动失效;(2)持卡人在有效期内停止使用交回原发卡银行而失效;(3)因信用卡挂失而失效。无论是持卡人还是非持卡人,明知是上述已经作废的信用卡而使用的,均以本罪论处。

① 参见王晨著:《诈骗犯罪研究》,人民法院出版社2003年版,第234页。

② 转引自王晨著:《诈骗犯罪研究》,人民法院出版社2003年版,第234页。

③ 参见马克昌主编:《经济犯罪新论》,武汉大学出版社1998年版,第82页。

使用涂改卡是不是使用作废的信用卡?涂改卡按照有关规定,当然归于无效,但涂改是在作废的真实信用卡上涂改有关信息的伪造行为,是信用卡绝对无效的原因。而作废信用卡是真实信用卡因为法定原因归于无效,并非自始无效。所以,使用涂改卡应属于“使用伪造的信用卡”。

3. 冒用他人的信用卡。信用卡必须由持卡人本人使用是信用卡管理的国际性规则,根据这项规则,信用卡的使用权仅限于持卡人本人,不得转借或转让。所谓“冒用他人的信用卡”即指,非持卡人未经持卡人同意或者授权,擅自以持卡人的名义使用信用卡,进行信用卡业务内的购物、消费、提取现金等诈骗行为。冒用他人的信用卡,行为人必须有非法占有的目的,这就将与借用亲属、朋友的信用卡等形式上的冒用行为区别开来。

冒用他人的信用卡仅指冒用他人的合法信用卡,而不包括伪造的、作废的信用卡。如果行为人明知是伪造或者作废的信用卡而冒用的,应属于使用伪造的或者作废的信用卡行为。

冒用信用卡不仅限于“持卡”冒用,也可以无卡冒用。如有的金融机构在互联网上设置了信用卡网上账户,信用卡用户可以进行电子商务并网上支付,网络金融结算系统为了保护用户信用卡信息的安全,给每一位用户的信用卡设置了特殊的密码,以防止信用卡信息被他人恶意窃取和使用。这种措施虽然增强了用户信用卡信息的保密性,但密码本身也可能被冒用或者被破译,行为人通过破解的密码,获得他人信用卡信息,进而占有他人财产,本质是冒充他人身份的诈骗行为。因此,冒用用户密码进行网上信用卡支付非法占有他人财产的,也应定为信用卡诈骗罪。

4. 恶意透支。所谓透支,是指持卡人在发卡行账户上已经没有资金或者资金不足的情况下,根据发卡协议或者经银行批准,允许其超过现有资金额度支取现金或者持卡消费的行为。透支实质上是银行为客户提供的短期信贷,透支功能也是信用卡区别于其他金融凭证的最明显特征。信用卡透支建立在持卡人良好的资信基础之上,因此,透支人仅限于合法持卡人,非合法持卡人利用所持信用卡进行透支的,不能认定为信用卡透支。透支可分为善意透支和恶意透支。

善意透支可分为完全合法的善意透支和不当透支。完全合法的善意透支,指持卡人完全遵循信用卡章程和发卡约定,在约定或规定的额度、期限内行使透支权,并如期归还的行为。不当透支,是指持卡人违反了信用卡章程和发卡约定,超过约定或规定的额度、期限进行透支,但经发卡银行催收后及时归还或者自动归还的行为。完全合法的善意透支与不当透支的相同之处是行为人均没有非法占有的目的。其界限在于,是否遵守了信用卡章程和发卡约定。不当透支实质上是一种违约行为,应承担相应的民事责任。

恶意透支可分为一般违法性的恶意透支和犯罪性的恶意透支。一般违法性的恶意透支,是指行为人以非法占有为目的,故意违反信用卡章程与约定进行透支,逾期不还,但诈骗金额较小的行为。一般违法性的恶意透支是行政违法行为,应承担相应的行政责任和民事责任,由于其社会危害性较小,不构成犯罪。犯罪性的恶意透支是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍拒不归还的行为。犯罪性的恶意透支按照行为类型,又可分为超限额的犯罪性恶意透支和超期限的犯罪性恶意透支。一般违法性的恶意透支和犯罪性的恶意透支相同之处在于行为人均有非法占有的目的,不同之处在于是否达到了犯罪程度,实践中以是否达到了司法解释的数额为标准。二者不但有量上的区别,而且还有质上的划分;

区分上述透支的不同类型,有助于我们对恶意透支行为的认定。犯罪性的恶意透支由下列要件构成:

(1)主体要件。仅限于合法持卡人。骗领信用卡人和其他非经申办程序而基于诸如借用、拾取、收买、盗窃、抢劫等行为持有信用卡的人员,不能成为恶意透支的主体。原因前文已述,此处不赘。

(2)主观要件。行为人的主观罪过形式是故意,包括对规定限额、规定期限的明知和非法占有目的。行为人的非法占有目的一般基于对其行为的推定,经发卡银行催收后仍拒不归还既是行为的一个客观方面,又是推定非法占有目的的重要依据。推定过程中,要区别具有主观恶性的拒不归还与存在合理的客观因素的不能归还,前者是主观不愿,后者是客观不能。信用卡的透支本身是一种高风险的业务,银行应充分意识到其风险成本,如果持卡人在透支后,确属有不可抗力等正当

理由客观上不能归还的,基于刑法的谦抑性,不应作犯罪处理。司法实践中,行为人有下列行为,可以认定其具有非法占有目的^①:持卡人巨额透支后携款逃跑的;透支用于违法、犯罪活动致使透支款项无法归还的;将透支款项用于挥霍、购买奢侈品,大大超过其实际支付能力的。

(3)客观要件。犯罪性的恶意透支的客观方面有两种表现。一是超过规定限额透支,经催收不还,此称为超限额的犯罪性恶意透支。所谓透支限额,是指发卡银行规定的持卡人可使用的超过其实际存款余额以上的最高限额,包括单笔透支限额和月累计透支限额两种。超过限额透支的,发卡银行随时都可以催收。按照1996年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》精神,“不归还”是指在“收到发卡银行催收通知之日起3个月内仍不归还”;如果行为人未经催收自动归还或者在催收后归还透支款项的,不以犯罪处理,构成不当透支,承担相应民事责任。

二是超过规定期限的透支,经催收不还的,此称为超期限的犯罪性恶意透支。《银行卡业务管理办法》规定,准贷记卡透支期限最长为60天,发卡行有的规定为1个月。若透支额虽没超过限额,但超过上述期限,经发卡行催收后仍未归还的,构成犯罪。催收后行为人归还的期限为3个月。如果行为人未经催收自动归还或者在催收后归还透支款项的,不以犯罪处理,构成不当透支,承担相应民事责任。

对于3个月的期限,笔者认为,信用卡诈骗罪近年来发案率呈上升趋势,其中以恶意透支为犯罪手段的居多,在此情况下,为有效预防和打击犯罪,催收还款期限应适当缩短,以防止犯罪人在催收后逃之夭夭,为侦破带来不必要的难度。由于行为人与发卡行签约时,已被明示告之可透支的最高限额与期限,其本不应当故意违反,经催收后又拒不归还,主观恶性和非法占有目的已昭然若揭,何须要给其长达3个月的期限?笔者认为,催收的期限以1个月为宜。

对“催收不还”学界也有不同理解。如有人提出催收可以催收的次

^① 参见李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第294页。

数为依据,三次催告无效果的,以犯罪处理。^① 还有人认为,对有利用信用卡透支功能进行巨额诈骗嫌疑的,即可以犯罪处理,不必以催收为必要,经立案后归还的,可视为退赃情节。^② 对上述观点,“三次催告说”我们认为并无可操作性,三次催收既加大了发卡行的工作量,又不能防止犯罪人逃避侦查。“催收非必要要件说”虽能有效打击犯罪,但是有混淆民事与刑事界限之嫌。持卡人虽违反规定超额、超期透支,但从行为本质看,仍属于民事行为,未经催收即行立案并采用强制措施,把刑事介入民事纠纷,有违刑法谦抑性原则,并会造成刑法保护功能的过分扩张和保障功能的萎缩。

透支款还款主体不仅限于持卡人,而且还包括担保人。拒不归还的处理原则是持卡人本人拒不归还。因此,发卡行直接向持卡人催收遭拒的,即可认定犯罪,因为持卡人拒不归还时,其非法占有目的就可推定,符合全部犯罪构成要件。至于其担保人为其归还了透支款,可以作为量刑情节考虑;发卡行直接向担保人催收的,担保人归还的,持卡人犯罪不成立;担保人拒不归还,但持卡人并不知情的,不构成犯罪,持卡人知情并拒不归还的,构成犯罪。

透支数额的认定上,应注意,在超限额的犯罪性恶意透支中,透支犯罪数额是指全部透支金额,而非超过限额部分;透支犯罪数额是指透支金额本身,而不包括利息和罚息。

二、信用卡诈骗罪司法认定中有关问题

1. 盗窃信用卡并使用行为的定性

盗窃信用卡并使用行为应如何定性,学界争议颇多,归纳起来,主要有以下几种观点:

(1) 应定盗窃罪。理由主要有:信用卡是一种支付凭证,盗窃信用卡在很大程度上就是占有了他人的财物,虽然盗窃信用卡以后,行为人

^① 参见刘华:“信用卡犯罪若干疑难问题探讨”,载《刑法问题与争鸣》第4辑,第230页。

^② 参见柯葛壮:“论信用卡恶意透支犯罪”,载《刑法问题与争鸣》第4辑,第264页。

还要通过使用行为才能达到真正占有他人财物的目的,但使用信用卡过程,是将信用卡不确定价值转化为具体财物的过程,实质上是盗窃犯罪的继续,因此应以盗窃罪论处。该种观点和有关司法解释与立法精神一致。^①

(2)此行为构成牵连犯,应从一重罪处罚。^②但在具体处理上,有的认为应按盗窃罪处理,有的认为应定诈骗罪。

(3)应具体情况具体分析。盗窃有效卡使用的,定盗窃罪;盗窃无效卡使用的,定信用卡诈骗罪。还有一种具体分析的观点,认为若在特约商户或者在银行使用盗窃来的信用卡支取现金或者进行消费的,构成信用卡诈骗罪;若在没有灵性的ATM(自动取款机)上使用盗窃来的信用卡,定盗窃罪。^③

(4)盗窃信用卡并使用的行为只能构成信用卡诈骗罪,不构成盗窃罪。^④

我们同意第四种意见,因为:

(1)定盗窃罪不能完全反映行为整体。盗窃信用卡并使用的行为从整体上看是一个采用非法手段占有他人财产的过程,具体看来,是由盗窃取得他人的信用卡和冒用他人的信用卡两部分组成。无论是盗窃罪还是诈骗罪,它们都是财产性犯罪,非法取得他人的财产是该类犯罪评价的重点。在该行为的两部分中,取得财产的是冒用行为而非盗窃行为,盗窃行为只是提供了一种可能,并非评价重点。定为盗窃罪无法反映行为人取得财产的冒用行为特征。

(2)盗窃信用卡以后的使用行为不是“事后不可罚行为”。所谓“事后不可罚行为”是指在侵犯同一法益范围内,先前犯罪行为自然继续与顺延,且法律不再重复评价和处罚的行为。“事后不可罚行为”与先

① 张明楷著:《刑法学》(下),法律出版社1997年版,第652—653页。

② 高铭喧主编:《新型经济犯罪研究》,中国方正出版社2000年版,第955—958页。

③ 参见于英君:“银行信用卡犯罪的类型及定性研究”,载《刑法问题与争鸣》第4辑,第245页。

④ 李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第303页。

前行为侵犯的是同一法益,事后行为的实施不会扩大侵犯法益的范围与程度,因此为先前的犯罪行为所吸收。事后行为其实质可以归结为一个构成要件可以包括评价什么样范围内的行为。^① 事后行为和先前行为为同一行为主体所实施,基于同一个犯罪故意,侵害同一法益,先前行为已完整地构成一个犯罪,是一闭合的犯罪构成,足以完整地评价行为性质,事后行为因其性质为先前行为吸收,不为刑事法单独定罪或处罚。

盗窃信用卡并使用的行为定为盗窃罪,显然把使用行为作为“事后不可罚行为”处理,这种观点是不妥当的。信用卡本身并无价值,单纯盗窃信用卡不构成犯罪,不符合先前行为成为闭合的犯罪构成条件;盗窃行为侵犯的是公私财产权,侵犯的法益是单一的,使用行为实质上是盗窃行为人冒用他人信用卡的行为,不仅侵犯财产权,而且还侵犯了金融管理秩序。使用行为扩大了盗窃行为侵犯法益的范围,“已破坏另一个新的法益”,^② 亦不符合事后行为的条件。因此,使用行为具有可罚性,不应当为盗窃行为所吸收。

(3)这种行为不成立牵连犯。牵连犯要求手段行为和结果行为均触犯刑法规定并构成犯罪,只是因为手段行为和结果行为存在某种牵连关系,而以一重罪处断。本行为中,盗窃行为不能独立成立犯罪,冒用行为可构成犯罪,二者虽存在事实上的牵连关系,但属于一复合行为,并不构成牵连犯。因此,从牵连犯原则出发认定为盗窃罪或是诈骗罪的观点都是不妥当的。

(4)在银行或特约商户取款消费与在ATM上取款,性质上并无不同。ATM机虽然不具有人的灵性,但是,其能为客户服务,是建立在人为设置的程序基础上的。按照信用卡的有关规定,只有持卡人本人才能使用此信用卡,ATM机为客户服务亦需验证身份后进行,对于ATM机,客户的密码即等于客户的身份,客户输入密码进入程序其实就是验

① 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第400页。

② 李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第306页。