

A Guide to Criminal Justice

彭东/主编

本集要目

【刑法适用】

金融犯罪认定四题（下）

非法手段获取信用卡并使用行为的定性

【司法前沿】

金融犯罪态势与金融犯罪研究

【证据运用】

论出版物行政鉴定结论在刑事诉讼中的性质及运用

【法律释义】

刑事诉讼法修改的主要内容解读(上)

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》理解与适用

【疑案剖析】

擅自制作网络游戏外挂并出售牟利的行为如何定性

——张某等人侵犯著作权案评析

总第50集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2012 年第 2 集(总第 50 集)

主 编：彭 东

副 主 编：王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

侯亚辉 张凤艳



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2012 年. 第 2 集: 总第 50 集 / 彭东
主编. —北京: 法律出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3185 - 9

I. ①刑… II. ①彭… III. ①刑法—研究—中国 ②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924. 04 ②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 103474 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贺 兰

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

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/6.75 字数/163 千

版本/2012 年 6 月第 1 版

印次/2012 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3185 - 9 定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》

2012 年第 2 集(总第 50 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富 姜 伟

顾 问:(以姓氏笔画为序)

卞建林 龙宗智 何家弘 张仲芳

张明楷 陈卫东 陈兴良 郎 胜

赵秉志 梁根林 阎敏才

编辑委员会

主 编:彭 东

副 主 编:王 军 聂建华 黄 河 史卫忠

侯亚辉 张凤艳

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 齐 涛 孙铁成 李景晗

张玉梅 张志强 张希靖 张晓津

张寒玉 尚洪涛 陈鸷成 贺湘君

高峰志

通讯编委:王新环 赵志辉 赵智慧 周东曙

马迎春 孙 刚 刘艳华 刘凌轩

李 宁 俞昕水 沈雪中 谢 强

施忠华 黄秀强 董芳兴 蒋万云

孟国祥 尹晔斌 王桂芝 沈丙友

农中校 徐振华 冉 劲 雷秀华

李世清 袁 江 扎西央拉 谭 鹏

柳小惠 高 原 冯明杰 蒋雪智

赵铁实 蒋洪军

执行编委:张晓津 李 莹

目 录

【刑法适用】

- 金融犯罪认定四题(下) 张明楷(1)
非法手段获取信用卡并使用行为的定性
..... 刘宪权 郑 娟(24)
恶意透支型信用卡诈骗罪若干新问题研究
..... 王亚明 刘继春(42)

【司法前沿】

- 金融犯罪态势与金融犯罪研究
..... 王 军 张晓津 李 莹(57)

【证据运用】

- 论出版物行政鉴定结论在刑事诉讼中的性质及运用
..... 邱志英 刘丽娜(69)

【法律释义】

- 刑事诉讼法修改的主要内容解读(上) 黄太云(81)
《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机
信息系统安全刑事案件适用法律若干问题的解释》
理解与适用 陈国庆 韩耀元 吴峤滨(162)

【疑案剖析】

擅自制作网络游戏外挂并出售牟利的行为如何定性

——张某等人侵犯著作权案评析 ……… 杨永勤 李小文(186)

从数额看虚报注册资本罪的困境和出路

——析沈某某虚报注册资本案 …………… 郑洪广 石会燕(199)

【刑法适用】

金融犯罪认定四题(下)

张明楷*

三、杜绝主观归罪

从我收集的资料来看,对金融犯罪的认定,也存在主观归罪的现象。最为典型的是,对于主观上想购买假币,但客观上却是上当受骗,购买了一堆餐巾纸的案件,均认定为购买假币罪。例如,颜某在网上发现有仿真假币销售的信息后,立即与对方建立联系,随后以10万元真钞购买了对方65万元币值的假币。不料货到手后,颜金立却发现自己买回一堆白纸。他心有不甘,通过“钓鱼”手法将骗子引诱出洞,并协助警方抓获了骗子。但是,让他万万没有想到的是,作为受害人的自己随后也被警方逮捕,并被法院以购买假币罪判处3年有期徒刑。^①在我看来,这是典型的主观归罪。

认定犯罪应当从客观到主观,先判断客观行为是否符合构成要件,然后判断行为人是否具备法律所要求的相应的主观要素,而不能从主观到客观地认定犯罪。否则,我们每一个人都没有自由

* 清华大学法学院教授,博士生导师。

① 参见李自庆:“买来假币也是‘假’的”,载《检察日报》2010年6月24日第7版。

可言。只有当客观行为本身造成或者足以造成法益侵害结果时,才需要进一步追问行为人的主观心理。基于同样的理由,当行为人购买了一堆餐巾纸时,我们没有必要问,行为人是否想购买假币,只是买错了所以买来了餐巾纸,相反,只需要判断对方的行为是否构成诈骗罪。

认定犯罪还需要逐一判断行为是否符合构成要件要素。不能认为,只要行为人想购买假币,其行为一定是购买假币。因为购买假币罪的成立,不仅要求行为人具有购买行为与故意,还要求客观上购买的是假币。即使在未遂的时候,也要求行为人在行为当时具有购买到假币的现实可能性。可是,在我前面所举的案件中,行为人虽然主观上有购买假币的故意,客观上有购买的行为,但所购买的并不是假币,而且在行为当时,也不可能有买到假币。既然如此,就不符合购买假币罪的构成要件,也不符合未遂犯的构成要件,不能认定为购买假币罪。

显然,仅因为行为人主观上想购买假币,就认定为购买假币罪的既遂或者未遂,实际上是一种主观归罪现象。之所以一直存在这种现象,是因为20世纪80年代在此问题上的主观主义传统观点仍然在实践中产生不良影响。

传统观点认为,能犯未遂,是指犯罪人所实施的行为本身可能达到既遂,但由于意志以外的原因而未得逞;不能犯未遂,是指犯罪人所实施的行为本身就不可能既遂因而未得逞。后者又进一步分为对象不能犯未遂与手段不能犯未遂。例如,使用枪支向人开枪而未得逞的,是能犯未遂;以为目标是人实际上是向物开枪的,属于对象不能犯未遂。再如,使用砒霜杀害他人但由于抢救及时而未得逞的,是能犯未遂;本欲使用砒霜但因发生认识错误使用了砂糖因而未得逞的,属于手段不能犯未遂。并且认为,手段不能犯未遂与迷信犯具有本质区别,手段不能犯时,行为人所实施的行为与其所认识(或本欲实施)的行为完全不同,而迷信犯所实施的行

为与其所认识(或本欲实施)的行为完全相同;手段不能犯是由于认识错误所致,迷信犯是由于愚昧无知所致。因此,传统观点认为,手段不能犯成立犯罪未遂,而迷信犯不成立犯罪。但是,对这种传统观点应当进行反思。

传统观点采取的是抽象的危险说。亦即以行为人在行为当时所认识到的事实为基础,以一般人的见地判断有无危险。如果按照行为人的计划实施行为具有发生结果的危险性,就是未遂犯;即使按照行为人的计划实施行为也不具有发生结果的危险性,则是不能犯。^①例如,行为人本想以毒药杀人但误用了砂糖,如果按照行为人的计划以毒药杀人,就具有致人死亡的危险,因而是未遂犯。再如,行为人以为砂糖能致人死亡而使人饮用砂糖,即使按照行为人的计划实施该行为也不可能发生致人死亡的结果,因而属于不能犯。

笔者认为,为了实现法益保护目的,同时保障行为人的人权,必须贯彻客观的未遂犯论。首先要说明的是,不能犯是就个别犯罪而言,而不是就全部犯罪而言。例如,虽然就故意杀人而言是不能犯,但可能成立故意伤害罪(手段不能)。换言之,对于甲罪属于不能犯的,只是意味着不成立甲罪的未遂犯,但可能成立乙罪(以具有侵害乙罪的法益的危险性为前提),^②本文主张,只有当行为人主观上具有故意,客观上实施的行为具有侵害法益的紧迫危险时,才能认定为犯罪未遂;行为人主观上具有犯意,其客观行为没有侵害法益的任何危险时,就应认定为不能犯,不以犯罪论处。至于客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险,则应以行为时存在

^① 参见[日]牧野英一:《刑法总论》(上卷),有斐阁1958年版,第331页。

^② 也可能成立甲罪的预备犯。如行为人准备了杀人的毒药后,却将食盐误当作毒药给他人食用的,虽然不成立故意杀人的未遂犯,但仍然可能成立故意杀人的预备犯。

的所有客观事实为基础,站在行为时,根据客观的因果法则进行判断。

首先,要将行为时存在的所有客观事实(包括事后查明的客观事实)作为判断资料,而不是以行为人计划的内容作为判断资料。在行为人原本打算投放毒药,但事实上只投放了食盐时,要将投放食盐的事实作为判断资料。在行为人以为是仇人而开枪,但事实上射击了稻草人时,要将客观上射击稻草人的事实作为判断资料。显然,在这两种情况下,不可能成立未遂犯。基于同样的理由,事后查明,对方根本没有出售假币时,所谓的购买者就不可能购买到假币,因而不可能成立购买假币的未遂犯。

其次,对没有发生侵害结果的原因进行分析,考察具备何种要素时会发生侵害结果,在行为当时具备这种要素的可能性。例如,甲拦路抢劫,但行人(被害人)身无分文。没有发生侵害结果的原因,是行人没有随身携带财物。但是,行人随身携带财物的可能性非常大,故应认定甲的行为成立抢劫未遂,而不能认定为不能犯。再如,甲以杀人故意向人开枪,但射击的是早已死亡的尸体。甲的行为没有发生死亡结果,是因为甲射击的是尸体。由于不存在尸体变为活人的可能性,故甲的行为成立不能犯。在主体不能的情况下,由于不存在具备主体要素的可能性,故均应认定为不能犯。例如,邮政部门的临时清扫工,误认为自己是邮政工作人员,而私自开拆、隐匿或者毁弃邮件,由于行为人不具有邮政工作人员的特殊身份,故不成立刑法第二百五十三条规定的以邮政工作人员为主体的私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪。基于同样的理由,对方客观上在实施诈骗犯罪,不存在出售假币的可能性,故所谓的购买者就不可能购买到假币,不可能造成法益侵害结果。

最后,应当根据客观的因果法则,而不能根据行为人或者一般人的观念判断危险的有无。例如,甲为了杀人而使乙食用剪碎的头发。即使行为人或者一般人都认为吃了头发会死亡,但根据科

学的因果法则,甲的行为不可能造成死亡,故甲的行为成立不能犯。在对方并没有出售假币时,不管是根据客观的因果法则,还是根据一般人的观念,都不可能购买到假币,因而不能成立未遂犯。

总之,只要采取客观的未遂犯论,抛弃主观主义的未遂犯论,得出的结论必然是,行为人客观上购买了餐巾纸的行为,不可能成立购买假币罪(包括未遂犯)。

四、避免罪刑失衡

在认定金融诈骗罪时,经常面临着如何避免罪刑失衡的问题。

(一)由于司法解释所规定的金额诈骗罪的定罪数额高于普通诈骗的定罪数额,于是经常出现这样的现象:行为人实施所谓金融诈骗行为,但数额没有达到金融诈骗罪的数额较大起点,却达到了普通诈骗罪的数额较大的起点。流行的观点认为,既然不符合特殊法条规定的构成要件,就不能以犯罪论处。但是,这种观点明显导致罪刑失衡。

一般来说,特别法条的适用,以行为符合普通法条为前提。因为特别法条的要素不仅完全包含普通法条的要素,而且通过特别要素的增加,或者概念要素的特殊化,缩小了犯罪构成要件。特别法条的构成要件是较狭义的“种”,普通法条的构成要件是较广义的“属”,前者是下位概念,后者是上位概念。因此,特别法条的构成要件的实现,必然包含普通法条的构成要件的实现。^①

可以肯定的是,在刑事立法为了限制处罚范围而使特别规定不周全时,对不符合特别法条(封闭的特权条款)的行为不得依普通法条处理。即普通法条的规定比较完整,但为了避免扩大处罚范围,或者为了限制处罚范围,刑法分则条文将普通法条所规定的部分行为做出了特别限制规定,导致符合普通法条的部分行为不成立犯罪。在这种情况下,对不符合特别法条规定的行为,不得依

^① 参见陈志辉:《刑法上的法条竞合》,作者发行1998年版,第43页。

普通法条论处。例如,虽然居民身份证也属于国家机关证件,但刑法第二百八十条第三款仅将伪造、变造居民身份证的行为规定为犯罪,旨在不处罚买卖、盗窃、抢夺、毁灭居民身份证的行为。因此,行为人买卖、盗窃、抢夺、毁灭居民身份证的,不符合刑法第二百八十条第三款(特别法条)的规定,只能宣告无罪,不得适用刑法第二百八十条第一款(普通法条)的规定,以买卖、盗窃、抢夺、毁灭国家机关证件罪论处。

问题是,当案件事实符合所谓特别法条的行为类型,但并未达到司法解释所确定的定罪数额标准,却达到普通法条的定罪数额标准时,能否适用普通法条?

例如,刑法第二百六十六条要求诈骗数额较大;刑法第一百九十二条、第一百九十四条、第一百九十六条至第一百九十八条关于金融诈骗罪的规定,也要求数额较大。但是,根据最高人民法院、最高人民检察院2011年3月1日《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,诈骗公私财物3000元以上的,属于数额较大,而根据其他相关司法解释,贷款诈骗、保险诈骗,以1万元为数额较大的起点;票据诈骗、金融凭证诈骗、信用卡诈骗,以5000元为数额较大的起点(其中恶意透支型信用卡诈骗罪以1万元为数额较大的起点)。于是,出现了这样的问题:对于贷款诈骗、保险诈骗8000元的,票据诈骗、金融凭证诈骗、信用卡诈骗数额4000元的,应当如何处理?

笔者采取以下方案:行为人实施金融诈骗行为时,主观上打算(包括概括故意等情形)、客观上也足以骗取数额较大甚至巨大的财物但由于意志以外的原因未得逞的,宜以相应金融诈骗罪的未遂犯定罪处罚。例如,行为人打算骗取10万元保险金,并实施了相应的保险诈骗行为,但没有得逞。对此,宜以保险诈骗罪的未遂犯定罪处罚。行为人实施金融诈骗行为时,主观上没有打算骗取金融诈骗罪所要求的数额较大的财物,客观上所骗取的财产数额

没有达到相应金融诈骗罪的定罪标准,但达到了普通诈骗罪的数额标准的,应认定为普通诈骗罪。如对于前述仅打算冒用他人信用卡购买价值 4000 元的商品的 A,应认定为普通诈骗罪。

综上所述,当行为人实施所谓金融诈骗行为,但数额没有达到金融诈骗罪的数额较大起点,却达到了普通诈骗罪的数额较大的起点时,应当普通诈骗罪论处。这样处理,不仅避免了罪刑失衡,而且完全符合罪刑法定原则。

(二)保险诈骗罪的法定刑低于普通诈骗罪与合同诈骗罪法定刑,对于普通诈骗或者合同诈骗,可能判处无期徒刑,但对于数额特别巨大的保险诈骗,最高也只能判处 15 年有期徒刑。这样的处理,也得到特殊法条优于普通法条原则的支持。但是,这样的处理明显导致罪刑失衡。

不可否认,一个行为同时符合同一法律的普通条款与特别条款规定的犯罪构成时,应依具体情况与法律规定,原则上应适用特别法优于普通法的原则,但是,在特殊情况下,也能适用重法优于轻法的原则。这里的“特殊情况”是指以下两种情况:

第一,法律明文规定按重罪定罪量刑。如刑法分则第三章第一节第一百四十九条第二款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

第二,法律虽然没有明文规定按普通法条规定定罪量刑,但对此也没作禁止性规定,而且按特别法条定罪明显不能做到罪刑相适应时,按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。按照笔者的观点,适用重法条优于轻法条的原则必须符合以下三个条件:(1)行为触犯的是同一法律的普通法条与特别法条,否则,应严格适用特别法条优于普通法条的原则。(2)同一法律的特别法条规定的法定刑,明显轻于普通法条规定的法定刑,并缺乏法定刑减轻的根

据,而且,根据案件的情况,适用特别法条明显违反罪刑相适应原则。(3)刑法没有禁止适用普通法条,或者说没有指明必须适用特别法条。否则,必须适用特别法条。即当刑法条文规定了“本法另有规定的,依照规定”时,禁止适用普通法条,或者虽然没有这样的规定,但从立法精神来看,明显只能适用特别法条时,禁止适用普通法条。后者如,军人实施违反军人职责罪的行为,同时触犯普通法条时,只能适用刑法分则第十章的法条,不得适用普通法条。

例如,对于保险诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,能否适用重法优于轻法的原则以普通诈骗罪论处?笔者对此持否定回答,因为刑法第二百六十六条存在“本法另有规定,依照规定”的规定,如果在上述情况下仍然适用第二百六十六条,便明显违反了第二百六十六条的规定。

那么,对于保险诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节,适用刑法第一百九十八条导致罪刑不均衡时,能否以合同诈骗罪论处呢?

笔者的看法是,即使认为刑法第一百九十八条与第二百二十四条之间存在特别法条与普通法条的关系,对于利用保险合同诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,也可能适用重法优于轻法的原则,以合同诈骗罪论处。首先,利用保险合同骗取保险金的行为,触犯的是同一法律的普通法条与特别法条;其次,同一法律的特别法条规定的法定刑,明显轻于普通法条规定的法定刑,但对保险诈骗罪规定较轻的法定刑缺乏合理的根据,而且,根据案件的情况,适用特别法条不符合罪刑相适应原则;最后,刑法第二百二十四条没有禁止适用普通法条,即没有像刑法第二百六十六条那样明文规定必须适用特别法条。既然如此,就可以适用重法条优于轻法条的原则。如果一概适用特别法条优于普通法条的原则,会出现不合理现象:利用保险合同诈骗保险金的,无论数额多

大、情节多么严重,最高只能判处 15 年有期徒刑,而利用其他经济合同骗取财物的,最高可能判处无期徒刑;利用保险合同诈骗保险金 1000 万元的,最高只能判处 15 年有期徒刑,而利用其他合同骗取保险公司价值 1000 万元财产的,最高能判处无期徒刑。这显然违反刑法的公平正义性。

在适用重法优于轻法的原则时,并不存在违反罪刑法定原则的问题。一方面,就“罪”的法定而言,在法条竞合的场合,行为原本构成犯罪,只是适用哪一法条的问题。换言之,“法条竞合,不是构成要件符合性判断的问题,而是犯罪成立后的刑罚法规(法条)的适用问题。”^①另一方面,就“刑”的法定而言,刑法并没有规定在特别关系的场合,只能适用特别法条优于普通法条的原则。没有疑问的是,当刑法分则条文明确规定了“本法另有规定的,依照规定”时,必须按照特别法条优于普通法条的原则处理。但是,当普通法条并没有规定“本法另有规定的,依照规定”时,当然可能按普通法条处理。任何解释者都不应当将自己确立的规则,说成是刑法规定的原则,进而宣称相反观点违反了刑法原则。相反,既然刑法分则的许多普通法条(如第二百六十四条等)并没有规定“本法另有规定的,依照规定”,就表明即使行为符合特别法条时,也可能适用普通法条。否则,刑法会在总则中规定特别法条优于普通法条的原则,或者在分则的所有普通法条中均规定“本法另有规定的,依照规定”。此外,任何原则都会有例外。在人们看来,刑法第一百四十九条第二款规定的可谓一个例外原则(实际上是针对刑法分则的 8 个特别法条规定了重法优于轻法的原则,其数量明显多于分则中的“本法另有规定的,依照规定”的规定),但是,特别法条优于普通法条这一原则的例外情形,不可能仅存在于刑法第一百四十九条第二款的规定之中。基于同样的理由,法

① [日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁 2008 年版,第 524 页。

官在有条件地适用重法优于轻法的原则时,也不存在法官创制法律的问题。因为如上所述,禁止适用重法优于轻法的原则,并不是刑法明文规定的原则;法官适用重法优于轻法的原则,并不是创制一个新的法律规定,而是公平正义地适用刑法的结果。

公平正义意味着对相同的事项应相同对待,对不同的事项应不同对待。这也正是实质法治的要求。罗尔斯提出的法治原则是:法律的可行性、类似的案件类似地处理、罪刑法定、规定自然正义的准则。他指出:“法治也包含这样的准则,即对类似的案件用类似的方法来处理。如果不遵守这个准则,人们就不能按照规章来管理自己的行动。”^①同样,对相同的犯罪应科处相同的刑罚,对不同的犯罪应科处不同的刑罚。这便要求对不同的犯罪设定并且科处与之相应的刑罚。“如果一项罪行与对之设定的刑罚之间存在着实质性的不一致,那么就会违背一般人的正义感。”^②同样,一项判决与所判之罪之间存在实质性的不一致,也会违背一般人的正义感。因此,罪刑相均衡是公平正义的表现,体现了实质法治的要求。

有条件或者例外地适用重法优于轻法,与所谓重刑主义完全是两回事。当对A犯罪行为适用较重的法定刑具有合理性时,如果B犯罪行为的违法性与有责性重于A罪,就没有理由对B罪适用较轻的法定刑。相反,只要能够找到对B罪判处较重刑罚的法律依据与理由,就应当适用判处较重刑罚的法条。这不是什么重刑主义,是基本的公平正义理念和实现公平正义理念的基本方法。

总之,在特别关系中,有条件地适用重法优于轻法的原则,既

① [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,谢延光译,上海译文出版社1991年版,第259页。

② [美]E.博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第287页。

不违反罪刑法定原则,也不违反刑法的其他原则,相反符合罪刑相适应原则,能够避免罪刑失衡。

(三)伪造金融票证与利用伪造的金融票证从事金融诈骗活动时,如何处理才能实现罪刑之间的协调,也是司法实践上经常面临的问题。之所以如此,一方面是因为刑法对相关的犯罪都规定了几个幅度的法定刑,难以确定哪个罪的法定刑绝对重或者绝对轻;另一方面是因为刑法理论对罪数的认定存在不同看法。所以,如何在此问题上避免罪刑失衡,也是值得研究的重要问题。

1. 理论概说

对于行为人伪造、变造金融票证后,使用该伪造、变造的金融票证骗取财物案件的处理,刑法理论存在激烈争论。

第一种观点认为,对这种情形应实行数罪并罚。如有人指出,伪造信用卡并使用的,是两种独立的犯罪行为,应实行数罪并罚。^①

第二种意见认为,对这种情形应认定为牵连犯,其中又存在不同处罚意见。有人认为,对于牵连犯应从一重处罚,但在两罪的法定刑相同的情况下,应以结果行为即金融诈骗罪定罪量刑(如行为人伪造信用卡并使用的,构成牵连犯,但由于两罪的法定刑相同,故对上述行为以结果行为或目的行为即信用卡诈骗罪论处)。^②有人则认为,在两罪的法定刑相同的情况下,应认定为伪造、变造金融票证罪。因为尽管两罪的法定刑一致,但伪造、变造金融票证罪是行为犯,信用卡诈骗罪是结果犯,如果将伪造信用卡并使用的行为按信用卡诈骗罪处罚,就会形成对骗取财物不够数

① 周仰虎、于英君:“论信用卡犯罪的立法完善”,载《法学》1996年第9期。

② 周振想主编:《金融犯罪的理论与实务》,中国人民公安大学出版社1998年版,第462页。