

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【司法实务】

非法获得信用卡并使用的行为性质分析

关于开设赌场罪的若干实务问题研究

证券类犯罪案件侦查起诉相关问题探析

【证据运用】

口供补强证据规则及其具体应用

关于特定减免税类走私案件证据问题的几点思考

【法律释义】

《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》的理解与适用

《关于国有单位的内设机构能否构成单位受贿罪主体问题的答复》的理解与适用

【疑案剖析】

“沃顿案”司法认定疑难问题评析

徐光全等十六人非法买卖枪支案抗诉案例评析

总第29集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2007 年第 1 集(总第 29 集)

主 编：张仲芳

副主编：彭 东 王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2007 年. 第 1 集: 总第 29 集 / 张仲芳
主编. —北京: 法律出版社, 2007. 5
ISBN 978 - 7 - 5036 - 6994 - 1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 052189 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/林 红	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/北京外文印刷厂印刷	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/6.75 字数/160 千
版本/2007 年 5 月第 1 版	印次/2007 年 5 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
苏州公司/0512 - 65193110	
书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 6994 - 1	定价: 19.80 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》
2007 年第 1 集(总第 29 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)

龙宗智 刘绍武 张 军 陈卫东

陈兴良 郎 胜 南 英 胡安福

赵秉志 阎敏才

编辑委员会

主 编:张仲芳

副 主 编:彭 东 王 军 聂建华 黄 河

史卫忠

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 王光月 王 健 李树昆

李景晗 张凤艳 张寒玉 张晓津

张希靖 贺湘君 侯亚辉 黄卫平

路 飞

通讯编委:苗生明 张道发 殷玉谈 刘永志

周东曙 苑瑞先 吕景文 李成林

沙 莎 季 刚 蒋永良 陈海鹰

张厚琪 欧秀珠 王景凤 鲍 峰

刘建国 刘光圣 李芳芳 丁维群

徐新励 朱乾坤 李思阳 潘祥均

吴永胜 孙志红 王成刚 李志虎

徐 雷 朱绍银 苟军德 刘 军

尚 争 勇 扎

执行编委:张寒玉

目 录

【司法实务】

- 非法获得信用卡并使用的行为性质分析 张明楷(1)
关于开设赌场罪的若干实务问题研究
..... 邱利军 廖慧兰(50)
证券类犯罪案件侦查起诉相关问题探析
..... 宋伟岩 吴春妹(62)

【证据运用】

- 口供补强证据规则及其具体应用 罗 静(76)
关于特定减免税类走私案件证据问题的几点思考
..... 师 众 郭 祥(88)

【法律释义】

- 《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》的理解与适用 马 东(109)
《关于国有单位的内设机构能否构成单位受贿罪主体问题的答复》的理解与适用 张玉梅(122)

【疑案剖析】

- “沃顿案”司法认定疑难问题评析 利 捷(130)

徐光全等十六人非法买卖枪支案抗诉案例评析

..... 苗生明 赵永红(141)

【2006年刑事法律和司法解释汇集】

【司法实务】

非法获得信用卡并使用的 行为性质分析*

张明楷**

相关法律及司法解释

《中华人民共和国刑法》(节录)

第一百九十六条 有下列情形之一,进行信用卡诈骗活动,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产:

- (一)使用伪造的信用卡的;
- (二)使用作废的信用卡的;
- (三)冒用他人信用卡的;
- (四)恶意透支的。

* 应《刑事司法指南》编者之约,作者将已发表的部分成果进行修改、整理,形成本文,以供司法机关的同仁参考。

** 清华大学教授、博士生导师,北京市西城区人民检察院副检察长。

前款所称恶意透支,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不归还的行为。

盗窃信用卡并使用的,依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。

第二百六十三条 以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;有下列情形之一的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产:

- (一)入户抢劫的;
- (二)在公共交通工具上抢劫的;
- (三)抢劫银行或者其他金融机构的;
- (四)多次抢劫或者抢劫数额巨大的;
- (五)抢劫致人重伤、死亡的;
- (六)冒充军警人员抢劫的;
- (七)持枪抢劫的;
- (八)抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。

第二百六十四条 盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,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;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;有下列情形之一的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:

- (一)盗窃金融机构,数额特别巨大的;
- (二)盗窃珍贵文物,情节严重的。

第二百六十七条 抢夺公私财物,数额较大的,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;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。

携带凶器抢夺的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

第二百六十九条 犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

第二百七十条 将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还的,处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金;数额巨大或者有其他严重情节

的,处二年以上五年以下有期徒刑,并处罚金。

将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交出的,依照前款的规定处罚。

本条罪,告诉的才处理。

《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》(节录)

刑法规定的“信用卡”,是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。

《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》(节录)

第十条 根据刑法第一百九十六条第三款的规定,盗窃信用卡并使用的,以盗窃罪定罪处罚。其盗窃数额应当根据行为人盗窃信用卡后使用的数额认定。

目 次

一、前提观点

二、盗窃信用卡并使用

(一)本款规定的性质

(二)本款规定的合理性

(三)相关疑难问题的处理

三、侵占他人信用卡并使用

(一)侵占他人信用卡并使用的行为,不成立侵占罪

(二)侵占拾得他人信用卡并使用的,视使用方法不同,分别成立信用卡诈骗罪与盗窃罪

(三)合理区分盗窃信用卡与侵占(拾得)信用卡,正确区分此罪与彼罪

四、骗取、抢夺他人信用卡并使用

五、抢劫信用卡并(未)使用

随着信用卡的普及,信用卡诈骗罪越来越普遍,需要研究的问题也越来越多。其中,行为人非法获得他人信用卡并使用的行为性质较为复杂,但刑法仅规定了盗窃他人信用卡并使用的以盗窃罪论处,而没有(也不可能)规定对侵占他人信用卡并使用、骗取或抢夺他人信用卡并使用、抢劫信用卡并使用应如何处理。于是,对这类行为的处理,不仅在理论上存在争论,而且在司法实践中极不统一,本文就此发表若干浅见。

一、前提观点

全国人大常委会2004年12月29日《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》指出:“刑法规定的‘信用卡’,是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。”据此,国民较为普遍使用的借记卡也属于信用卡,因为借记卡具有消费支付、存取现金的功能。本文所称信用卡,以该立法解释为准。

刑法第196条所规定的信用卡诈骗罪,包括了各种使用行为。本文的前提观点是,对机器使用信用卡的,不可能构成信用卡诈骗罪。换言之,机器不可能成为各种诈骗罪的受骗者。

众所周知,诈骗罪的行为结构是:行为人实施欺骗行为——对方陷入或者继续维持认识错误——对方基于认识错误处分(或交付)财产——行为人取得或者使第三者取得财产——被害人遭受财产损失。国外刑法理论与审判实践公认,“机器不能被骗”;只有对自然人实施欺骗行为,才可能构成诈骗罪。如日本学者平野龙一指出:“诈骗罪以欺骗行为使他人陷入‘错误’为要件。因此,

采用吸铁石从老虎机中吸出并取得弹子时,或者以铁片取代硬币从自动贩卖机中取得香烟时,由于不存在错误,所以不是诈骗,而是盗窃。”^①福田平教授指出:“使用拾得的他人的现金卡从自动取款机中取出现金的行为,由于不是使对方产生与真实不一致的观念的行为,故不是欺骗行为。因此,可以说这种情况不成立诈骗罪,而成立盗窃罪。”^②日本的判例也认定机器不能成为诈骗罪的受骗者。^③德国刑法理论也明确指出:刑法第 263 条的诈骗罪,“以欺骗与错误为前提,符合这一要素的无疑是人的错误而不是机器的‘错误’”。^④同样,韩国刑法关于各种具体诈骗罪的规定,以及韩国大法院的判例,^⑤也表明诈骗罪的欺骗行为的对象不能是机器。英美刑法的理论与判例同样认为诈骗罪的受骗者只能是人,而不包括机器。诈骗罪的成立“必须有人受欺骗……欺骗必须作用于被害人(受骗者)的大脑,并且欺骗必须是取得财物的原因”。^⑥或者说,“欺骗必须影响被害人的头脑”。^⑦

不过,我国台湾地区有个别学者提出了机器可以成为诈骗罪的受骗者的观点,理由是:“现在由于科技的发达,透过电脑的作用,机器也可以接受人所传达给它的讯息并且做出人所预期的反应,所以这样的机器在一定范围里头,它的思想能力和作用方式和

① [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会 1977 年版,第 213 页。

② [日]福田平:《刑法各论》(全订第 3 版增补),有斐阁 2002 年版,第 252 页。

③ 参见日本东京高等裁判所 1980 年 3 月 3 日判决,载日本《裁判月报》第 12 卷第 3 号,第 67 页。

④ [德]Ulrich Sieber:《コンピュータ犯罪と刑法 I》,西田典之、山口厚译,成文堂 1986 年版,第 205 页。

⑤ 参见[韩]吴昌植编译:《韩国侵犯财产罪判例》,清华大学出版社 2004 年版,第 135 页。

⑥ Richard Card, *Criminal Law*, 14th ed., Butterworths 1998, pp. 304, 310.

⑦ Janet Dine & James Gobert, *Cases & Materials on Criminal Law*, 2nd ed., Blackstone Press Limited 1998, p. 392.

人是一样的,再加以这样的机器的反应能力和模式都是可以由人透过软体(程式)来控制,因此学者有认为自动贩卖机是人的意思的延伸,对自动贩卖机的不正使用已经影响到自动贩卖机所有人的意思活动,对自动贩卖机施‘诈术’也应受诈欺罪的规范(沈银和,《司法周刊》266期)。”^①这种观点虽然被内地的不少学者接受,但其合理性存在疑问。

首先,如果认为计算机等机器也可以成为欺骗行为的受骗者,就几乎不可能区分诈骗罪与盗窃罪。例如,根据机器可以成为受骗者的观点,将普通铁币投入自动贩卖机而取出商品的行为,构成诈骗罪。这是难以令人接受的。再如,许多汽车装有智能锁,其钥匙具有识别功能。如果采纳机器也可能成为受骗者的观点,那么,使用某种工具打开汽车的智能锁开走汽车的,也成立诈骗罪。不仅如此,倘若采纳机器也可能成为受骗者的观点,当被害人的住宅大门安装智能锁时,行为入使用工具使该门打开的,也属于欺骗机器;从住宅取得财物的,也成立诈骗罪。概言之,“如果依照欺骗机器也是诈骗的见解,用铁丝将金库的门打开的,也变成诈骗了”。^②这显然不合适。

不妨以自动取款机为例说明。某天下午,某银行自动取款机管理员马某发现取款机内只剩下8000多元钱,遂取出25万元现金准备装入自动取款机。按银行规定,取款机的密码由马某管理,钥匙由营业员于某保管,开启自动取款机时必须两人同时在场,但恰巧此时有人办理业务,于某一时走不开,便将钥匙交给马某,由马某一人完成了现金装机工作。次日,自动取款机中的25万元不

^① 黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,台湾元照出版公司1999年版,第82页。主张机器可以成为受骗者的是沈银和,黄荣坚教授在《刑法问题与利益思考》一书中批判了这种观点。

^② [日]町野朔:《刑法各论の现在》,有斐阁1996年版,第124页。

翼而飞。事后查明,银行当晚值班保安付某待在值班室内,闲极无聊时,想起银行同事曾说过自动取款机保险柜锁十分高级,除非同时具备专门钥匙和密码,否则休想打开。自诩是“开锁专家”的付某,想试一试这把锁中之王能否被自己打开。付某找来一根铁丝和一个发卡,试着将铁丝捅进锁内,然后用发卡一拨,密码盘竟然转动起来,付某再一拉把手,仅半分钟时间,保险柜门居然开了。付某将全部现金分装成5个口袋全部取走。某区检察院以涉嫌盗窃罪将犯罪嫌疑人付某逮捕。据技术人员介绍,该类取款机是德国进口取款机,安全性能很高,密码十分复杂,任何人单凭记忆很难记下密码,同时钥匙也不能复制。^① 如果认为机器可以成为诈骗罪的受骗者,那么,上述自动取款机也可以成为受骗者;付某的行为就是通过欺骗自动取款机取得财物,进而构成诈骗罪。但这是不可思议的。打开自动取款机的锁取出其中的现金,与将伪造的信用卡插入自动取款机中取出其中的现金,并无区别。如果说存在欺骗,那么,前者欺骗的是智能锁(同样存在密码),后者欺骗的是智能取款程序(也是存在密码);但不管是智能锁还是智能取款程序,都是人设计的。付某打开自动取款机的锁后,要非法占有其中的现金,必须另实施转移行为;同样,行为人持伪造的信用卡使自动取款机吐出现金后,要非法占有吐出的现金,也必须另实施转移行为。所以,肯定付某的行为构成盗窃罪,而认定使用伪造的信用卡从自动取款机中提款的行为构成诈骗罪,有自相矛盾之嫌。

其次,从“诈骗”一词的基本含义来看,受骗者只能是自然人。因为机器不会陷入错误,只是视指令正确与否作出反应,根本不可能被骗。例如,甲将自己的信用卡插入自动取款机取款,输入了正确密码时,自动取款机会吐出现金。同样,甲将自己的信用卡交给

^① 蒋天兵、蒋丽华:“铁丝一捅发卡一拨就能打开取款机”,载《检察日报》2004年12月13日第3版。

乙让其从自动取款机取款时,如果乙输入了正确密码,自动取款机也会吐出现金。没有区别的是,甲的信用卡被丙拾得后,如果丙输入了正确密码,自动取款机照样会吐出现金;甲的信用卡被丁抢夺后,如果丁输入了正确密码,自动取款机一定会吐出现金。反之,上述甲、乙、丙、丁中的任何一人,如果没有输入正确密码,自动取款机就不会吐出现金。这表明,机器根本不认识取款人,不存在被骗的问题。概言之,诈骗罪中的欺骗行为,必须是使他人(受骗者)产生与客观真实不相符的观念(认识错误)的行为。而使用伪造的信用卡等从自动取款机中取款的行为,并不是使自动取款机产生与客观真实不相符的观念,相反,是作出了符合自动取款机预先设置的内容(如密码等),故不能认定为欺骗行为。

最后,上述观点认为,“自动贩卖机是人的意思的延伸,对自动贩卖机的不正使用已经影响到自动贩卖机所有人的意思活动,对自动贩卖机施‘诈术’也应该受诈骗罪规范。”但其理由存在疑问。(1)虽然自动贩卖机是按照人设计的程式处理事情,但并不认为自动贩卖机就具有人的意思活动。相反,当行为人将并非硬币的金属片投入自动贩卖机时,虽然因为符合设定的程式而能取得其中的商品,但这种行为只是违反了自动贩卖机所有人的意志,而不是使自动贩卖机所有人陷入认识错误。将并非硬币的金属片投入自动贩卖机时,已经超出了人的意思延伸的范围,所以,自动贩卖机不能按其所有人的原本意思拒绝交付商品,相反仍然能使行为人取得商品,这便不可能是自动贩卖机所有人的意思的延伸了。(2)如果说自动贩卖机、自动取款机是人的意思的延伸,那么,当自动贩卖机、自动取款机出现故障,行为人持拾得的IC卡到自动取款机取款时,就难以说是人的意思的延伸了。即使依照机器可以成为受骗者的观点,对这种行为恐怕只能认定为盗窃罪。但在这种场合,行为人之所以能够取款,也是因为IC卡与行为人输入的指令符合了(出现故障的)自动取款机的程序,与自动取款

机没有出现故障的情形并无区别。所以,机器可以成为受骗者的观点,会出现难以自圆其说的局面。(3)如果说自动贩卖机、自动取款机是人的意思的延伸,那么,当人对动物进行各种训练,使动物能够听从人的使唤时,动物也是人的意思的延伸。欺骗该动物取得财物的(如诱使被害人家的看门狗,将被害人住宅内的财物叼出后给行为人),也成立诈骗罪。这似乎不可思议。

信用卡诈骗罪是普通诈骗罪的特殊类型,换言之,规定信用卡诈骗罪的条文为特殊法条,规定普通诈骗罪的法条为普通法条。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。既然是信用卡“诈骗”罪,就应当有因为受骗(认识错误)而处分财产的自然人,而机器不可能被骗。所以,刑法第196条中的“使用”、“冒用”应限定为对“自然人”冒用。换言之,利用信用卡从自动取款机上非法取得现金的,不宜认定为“诈骗”,认定为盗窃罪可能更为合适。

明确机器不能成为诈骗罪的被骗者,有利于正确区分各种诈骗罪与相关犯罪(尤其是盗窃罪)的界限。例如,行为人购买伪造的货币后,采取将假钞与真币剪切、拼接的方法进行再伪造,然后使用借记卡将假钞存入银行的自动存款机,再从自动取款机中取出真币的,由于没有自然人受骗,不能认定为诈骗罪,而应认定为盗窃罪。司法实践中将这种行为认定为诈骗罪的做法,并不妥当。

明确机器不能成为诈骗罪的被骗者,有利于认定共同犯罪和处理共同犯罪的认识错误问题。例如,行为人甲窃取他人信用卡和密码后,向乙谎称是拾得的信用卡,甲、乙共同在自动取款机上取款。人们对此往往得出不同结论。其实,对这类案件,即使没有

刑法第196条第3款的规定,对甲与乙也均应认定为盗窃罪。因为机器是不能被骗的,乙的行为并不符合诈骗罪的构造。从表面上,甲是盗窃并使用信用卡,乙是冒用他人信用卡,但是,冒用他人信用卡应限于对自然人冒用,而不包括所谓对机器冒用(对机器也不可能存在冒用问题),所以,乙的行为并不符合信用卡诈骗罪与普通诈骗罪的特征。

明确机器不能成为诈骗罪的被骗者,有利于区分一罪与数罪。司法实践中,经常出现行为人利用同一金融票证分别对机器使用与对人使用的情形。对此,是认定为一罪还是认定为数罪,一直存在争议。其原因之一,在于没有区分对自然人使用与对机器使用的不同性质。根据本文的观点,在银行柜台或者特约商户对自然人冒用他人信用卡的,构成信用卡诈骗罪;在机器上使用伪造、变造的信用卡或者使用他人信用卡的,构成盗窃罪。因此,行为人利用同一金融票证分别对机器使用与对人使用的,理当成立数罪。

二、盗窃信用卡并使用

刑法第196条第3款规定:“盗窃信用卡并使用的,依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”简言之,盗窃信用卡并使用的,以盗窃罪论处。

(一)本款规定的性质

联系刑法第196条的前两款规定,第3款所称盗窃并使用的信用卡,必须是他人真实有效的信用卡。如果明知是伪造或作废的信用卡而盗窃并对自然人使用的,应认定为信用卡诈骗罪(使用伪造的信用卡、使用作废的信用卡)。“使用”不仅包括盗窃者本人使用,还应包括盗窃者利用不知情的第三者使用。例如,行为人甲盗窃信用卡后,教唆、指使未满16周岁的乙使用。由于乙没有达到法定年龄,不具有规范意识,甲成立刑法第196条第3款规定的盗窃罪的间接正犯。再如,A盗窃信用卡后欺骗乙,谎称自己是该卡的合法持有人,令B信以为真使用该信用卡。由于B不知

情,A利用了没有故意的B的行为,仍然是刑法第196条第3款规定的盗窃罪的间接正犯。

由于我国刑法规定的盗窃罪以数额较大为起点,故一般没有将信用卡本身评价为财物,盗窃了他人真实有效的信用卡但并不使用的行为,目前还难以成立盗窃罪,也不能构成信用卡诈骗罪。^①只有盗窃并使用了信用卡,才可能认定为盗窃罪。正因为如此,最高人民法院1998年3月17日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定:“盗窃信用卡并使用的,以盗窃罪定罪处罚,其盗窃数额应当根据行为人盗窃信用卡后使用的数额认定。”一种观点认为,盗窃信用卡并使用的,构成牵连犯,应从一重罪处断。^②在这种观点看来,盗窃信用卡是手段行为,其本身即构成盗窃罪,而使用信用卡是目的行为,触犯另一罪名,所以,应以牵连犯从一重罪处断。本文不赞成这种观点。因为如果行为人仅盗窃信用卡但不使用,那么,被害人就不会遭受财产损失,故不能认定行为人盗窃了信用卡所记载的财产;信用卡本身作为有体物,其价值也不可能达到“数额较大”的标准,故不能认定盗窃信用卡本身的行为构成盗窃罪。既然盗窃信用卡本身并不构成盗窃罪,也不触犯其他罪名,就难以成立牵连犯。基于同样的理由,本文更不赞成对盗窃信用卡并使用的行为实行数罪并罚的观点。

盗窃他人信用卡后在自动取款机上使用的,理所当然成立盗窃罪。换言之,即使没有刑法第196条第3款的规定,对于盗窃信用卡并在自动取款机上使用的行为,也应认定为盗窃罪。因为这

① 在国外,盗窃他人信用卡本身便成立盗窃罪,如果冒用他人的信用卡(在自动取款机上使用的除外),则又成立诈骗罪。只是有人主张成立数罪,有人主张成立牵连犯。

② 参见刘远:《金融诈骗罪研究》,中国检察出版社2002年版,第319页以下。