

A Guide to Criminal Justice

彭东/主编

本集要目

【刑法适用】

信用卡恶意透支的刑事法律责任研究

犯罪认定中的行政处罚研究

【司法实务】

在当前刑事抗诉工作中如何把握“量刑明显不当”

【证据运用】

强制医疗案件的证明标准和证据审查

【法律释义】

关于《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》修改内容的解读

【疑案剖析】

利用游戏漏洞制作外挂刷取游戏币的行为性质认定

——曾某破坏计算机信息系统案

盗窃—杀人—取财的行为应如何定性

——赵某某故意杀人、盗窃案评析

总第57集

刑事司法指南



法律出版社

LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2014 年第 1 集(总第 57 集)

主 编：彭 东

副 主 编：王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

侯亚辉 张凤艳

执行主编：侯亚辉



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. 2014 年. 第 1 集: 总第 57 集 / 彭东
主编. —北京: 法律出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5837 - 5

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. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 059011 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/程 岳

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/翟国磊

开本/A5

印张/9.25 字数/225 千

版本/2014 年 4 月第 1 版

印次/2014 年 4 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 - 5837 - 5 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》

2014年第1集(总第57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

执行主编:侯亚辉

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军	刘岳	齐涛	孙铁成
李景晗	张书铭	张玉梅	张志强
张希靖	张晓津	张寒玉	尚洪涛
陈鸫成	金威	贺湘君	高锋志
曹红虹			

通讯编委:王新环 赵志辉 赵智慧 周东曙

马迎春 孙刚 姜生 刘凌轩

顾晓敏 王冠军 沈雪中 顾玫帆

施忠华 黄秀强 冯祖强 孔繁润

孟国祥 程华荣 尹晔斌 罗树中

沈丙友 农中校 徐振华 冉劲

雷秀华 李晓红 袁江 周亦峰

谭鹏 柳小惠 孙文胜 冯明杰

蒋雪智 张宏勋 王秀会

执行编委:曹红虹 张寒玉

执行编辑:李占州

目 录

【刑法适用】

信用卡恶意透支的刑事法律责任研究

..... 曹 坚 顾静薇 许 佳(1)

犯罪认定中的行政处罚研究 刘 夏 傅 霞(27)

【司法实务】

在当前刑事抗诉工作中如何把握“量刑明显不当”

..... 杨 飞 李志婷(37)

【证据运用】

强制医疗案件的证明标准和证据审查 丁海涛 孙 勇(45)

【法律释义】

关于《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》修改

内容的解读 史卫忠 张寒玉(56)

【疑案剖析】

利用游戏漏洞制作外挂刷取游戏币的行为性质认定

——曾某破坏计算机信息系统案 许 丹(91)

盗窃—杀人—取财的行为应如何定性

——赵某某故意杀人、盗窃案评析 谭海霞(97)

【2013 年司法解释】

【刑法适用】

信用卡恶意透支的刑事责任研究

曹 坚* 顾静薇** 许 佳***

目 次

- 一、信用卡恶意透支刑事责任概述
 - (一)信用卡恶意透支的概念界定
 - (二)信用卡恶意透支的法律规定
- 二、信用卡恶意透支刑事法律责任的现状分析
 - (一)信用卡恶意透支案件的特点
 - (二)新型信用卡恶意透支案件的类型
- 三、完善信用卡恶意透支刑事法律责任的建议
 - (一)完善信用卡恶意透支犯罪的构成要件
 - (二)规范信用卡恶意透支犯罪的刑罚适用
 - (三)贯彻落实宽严相济的刑事司法政策

* 上海市人民检察院第一分院二审处副处长,法学博士。

** 上海市虹口区人民检察院研究室主任。

*** 上海市人民检察院公诉二处助理检察员,法学硕士。

信用卡恶意透支是持卡人利用欺骗、隐瞒银行的手段,超过规定限额或规定期限,并且经发卡行催收无效的透支行为。利用信用卡进行恶意透支的行为在严重扰乱日常金融管理秩序的同时,也对银行消费信贷资金的安全造成了相当严重的侵害,甚至有可能威胁到国家金融资产的安全。在司法实践中,信用卡恶意透支犯罪及其刑事法律责任的认定存在许多问题需要深入研究,笔者以近年来上海市虹口区检察院(以下简称虹口区院)办理的信用卡恶意透支案件为分析样本,在比较和参考外省市类似案例的基础上,对当前信用卡恶意透支的刑事法律责任问题进行了实证性的研究,以期完善立法、推动司法进步。

一、信用卡恶意透支刑事法律责任概述

(一)信用卡恶意透支的概念界定

“透支”是信用卡本身具有的一项重要功能,是指根据持卡人与发卡机构的用卡协议,发卡机构允许持卡人在规定限额内超过其账户余额进行消费或现金提取。发卡机构对持卡人提供适度的信用额度,既能方便持卡人的使用,促进消费增长,也有利于增加银行的利息收入。只要持卡人正确地利用这一功能进行透支消费取现,它就是发卡行允许和追求的,也是受到法律保护的。^①但如果持卡人恶意地利用这一功能,故意超过信用额度进行透支或超过规定期限透支,经发卡机构催收拒不归还,以达到非法占有透支资金的目的,侵犯发卡机构的合法权益,则会受到法律的制裁。

根据危害性程度的不同,恶意透支又可以分为一般违法型恶意透支和犯罪型恶意透支。两者在主观目的和行为方式上则具有一致性,都是以非法占有透支资金为目的,并在这一主观目的的支配下,故意违反信用卡章程和有关协议约定,超过规定限额或规定期限进行透支,经发卡行催收仍不归还。它们的区别仅在于前者

^① 隋卫东、李祥金:“恶意透支及其刑法规制”,载《法学论坛》2009年第4期。

透支金额较小,情节显著轻微,无须刑事处罚;而后者透支数额较大,情节较为严重,符合刑法规定,应当予以刑事制裁。

(二)信用卡恶意透支的法律规定

我国第一张信用卡产生于1985年。随着信用卡市场的发展,与信用卡有关的犯罪,尤其是恶意透支行为开始在我国境内大量出现。为确认恶意透支行为的性质并对相关案件进行处理,1994年7月11日公安部法制司在《关于利用信用卡恶意透支案件如何定性问题的答复》(以下简称公安部《答复》)中指出:“一、恶意透支数额较大,持卡人表示愿意偿还并且在约定的期限内全部偿还的,不构成诈骗,由发卡行按有关规定予以罚息处理;二、恶意透支数额较大,经多次催偿,拒不偿还或逃避隐藏的,以诈骗定性,是否构成犯罪,视具体情节定;三、恶意透支数额较大,虽表示愿意偿还,但无正当理由在约定期限内拒还或无偿还能力的,以诈骗定性,是否构成犯罪,视具体情节定;四、对利用信用卡进行恶意透支的行为,应如何定性处罚,法律、法规尚无明确规定;处理该问题应以持卡人是否具有恶意占有的故意、是否具有社会危害性、透支的款项是否全部清偿等几方面综合考虑。”这是我国最早有关恶意透支的刑事规定,基本上与后来的刑法规定及相关司法解释保持一致。1995年4月20日最高人民检察院和最高人民法院联合颁布的《关于办理利用信用卡诈骗犯罪案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称1995年两高《解释》)规定:“个人以非法占有为目的,或者明知无力偿还,利用信用卡恶意透支,骗取财物金额在5000元以上,逃避追查,或者经银行进行还款催告超过三个月仍未归还的,以诈骗罪追究刑事责任。持卡人在银行交纳保证金的,其恶意透支金额以超出保证金的数额计算;行为人恶意透支构成犯罪的,案发后至人民检察院起诉前已归还全部透支款息的,可以从轻、减轻处罚或者免于追究刑事责任;对实施上述犯罪行为的银行工作人员,应当依法从重处罚。”和1994年公安部《答复》一样,该解释也将恶意透支行为纳入

诈骗罪,并进一步指明了恶意透支型诈骗罪的要件和特征。^①

1997年我国刑法修订时,在第196条正式规定了恶意透支型信用卡诈骗罪,并且对“恶意透支”作出了专门的规定:“恶意透支进行信用卡诈骗活动,数额较大的,构成信用卡诈骗罪;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,并且经发卡行催收后仍不归还的行为。”2009年12月3日,最高人民法院、最高人民检察院联合颁布了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称2009年两高《解释》),对“恶意透支”作出了更为具体和详细的解释。^②2009年两高《解释》通过限定《刑法》中“恶意透支”的定义、

① 恶意透支型诈骗罪的要件和特征包括:首先,恶意透支型诈骗犯罪主体为个人,即凡达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人都可以成为犯罪主体,单位不能构成本罪的主体。此外,“个人”也并不限于“持卡人”,即便不是信用卡的合法持卡人,只要利用信用卡实施了恶意透支的诈骗行为,亦构成诈骗罪;其次,行为人主观上必须以非法占有为目的或者明知无力偿还;最后,行为人客观上利用信用卡恶意透支,骗取财物金额在5000元以上,逃避追查,或者经银行进行还款催告超过三个月仍未归还。

② 首先,2009年两高《解释》明确了刑法中“恶意透支”的定义,限定以非法占有为目的,并在规定限额或限期透支后经发卡行两次催收后超过3个月仍不归还的,才构成恶意透支。其次,细化了“以非法占有为目的”的认定标准,列举了六种情形,分别是:1. 明知没有还款能力而大量透支,无法归还的;2. 肆意挥霍透支的资金,无法归还的;3. 透支后逃匿、改变联系方式,逃避银行催收的;4. 抽逃、转移资金,隐匿财产,逃避还款的;5. 适用透支的金额进行违法犯罪活动的;6. 其他非法占有资金,拒不归还的行为。行为人符合以上情形而进行的透支,应当认定为“以非法占有为目的”的恶意透支行为,其中对于第一种情形的“明知”必须产生于透支前,行为人在透支后,才知道自己没有还款能力,因而无法归还透支款项的,属于疏忽导致的善意透支。再次,重新确定了犯罪数额标准,将入罪数额从5000元提升至1万元。此外,明确规定恶意透支的数额,是指在第一款规定的条件下持卡人拒不归还的数额或者尚未归还的数额,不包括复利、滞纳金、手续费等发卡行收取的费用。最后,该《解释》增设了罪轻及出罪条款,即规定在公安机关立案后人民法院判决宣告前已偿还全部透支款息的,可以从轻处罚,情节轻微的,可以免除处罚;恶意透支数额较大,在公安机关立案前已偿还全部透支款息,情节显著轻微的,可以依法不追究刑事责任。

重新确定犯罪数额标准以及增设出罪标准等解释内容,实际提高了恶意透支型信用卡诈骗罪的人罪门槛,也表明了司法机关区别对待《刑法》规定的不同类型信用卡诈骗罪的意图。^①根据这一司法解释,我们可以进一步细化一般违法型恶意透支和犯罪型恶意透支的界限:行为人以非法占有为目的,故意违反信用卡章程和有关协议约定,超过规定限额或规定期限透支,但数额在一万元以下,或尽管透支数额在1万元以上,但发卡行没有进行两次催收,或持卡人在两次催收后3个月内归还了欠款,或者在公安机关立案前已偿还全部透支款息,情节显著轻微,可以依法不追究刑事责任的,则构成一般违法型恶意透支,不构成犯罪,但需承担相应的民事责任或由公安机关视情况处以拘留或罚款。行为人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,数额超过1万元,并且经发卡行两次催收后超过3个月仍不归还的,构成恶意透支型信用卡诈骗罪,应当承担相应的刑事责任。

二、信用卡恶意透支刑事法律责任的现状分析

(一)信用卡恶意透支案件的特点

1. 犯罪数额较低,还款率较高

根据上海市的定罪量刑标准,10万元是恶意透支数额较大和数额巨大的分界线,而司法实践中绝大多数的信用卡恶意透支案件的涉案数额属于数额较大范畴,以虹口区院2010~2012年恶意透支型信用卡诈骗案件涉案金额统计来看,犯罪金额在10万元以下的有329件,占起诉案件的89.9%,其中大多案件涉案金额在人民币1万~5万元之间,犯罪金额在10万元以上的有37件,占起诉案件的10.1%。

^① 刘宪权、曹伊丽:“‘恶意透支型’信用卡诈骗罪的刑法分析”,载《华东政法大学学报》2010年第6期。

在公安机关立案后,大多数恶意透支持卡人都会千方百计筹措资金归还欠款。据2012年虹口区院受理信用卡恶意透支案件相关数据统计显示,共有106名持卡人在立案后还款,其中有78人在侦查阶段还款,28人在审判阶段还款(因虹口区院在审查起诉阶段不接受持卡人还款,因此没有相关数据)。还款的持卡人中有14人偿还了全部透支本金和利息,70人偿还了全部透支本金,22人偿还了部分透支本金。从统计数据还可以看出,透支金额与还款比例成反比,透支金额较低的持卡人还款比例较高,如透支金额在1万~5万元之间的持卡人,其总体还款率在88.5%,而透支金额较高的持卡人还款比例较低,如透支金额在5万元以上的持卡人,其总体的还款率则为75%。司法实践中,立案后的还款大多数是由持卡人的家属筹措资金还给银行,特别是对于在校学生或无业人员来说,因为本身没有经济来源,更是只能依靠家庭来归还欠款。

2. 犯罪主体多为无业人员

在检察机关办理恶意透支型信用卡诈骗案件中,发现很多行为人在申领信用卡时处于无业状态。通过对2012年虹口区院受理信用卡恶意透支案件犯罪嫌疑人的身份构成进行统计分析,发现大部分均为没有固定职业的无业人员,没有稳定的收入来源和还款能力。还有部分持卡人曾有犯罪前科,2010年曾被刑事处罚的有10人,占受理案件总人数的9.5%;2011年曾被刑事处罚的有21人,占受理案件总人数的18.9%;2012年曾被刑事处罚的有13人,占受理案件总人数的13.9%。

上述行为人之所以能成功申领信用卡,主要基于持卡人通过虚报身份、虚构收入状况的方式以达到申领信用卡所需的资信要求,其在申领信用卡之初就具有非法占有银行资金

的目的。^① 需要强调的是,一是行为人提供的虚假材料应当限定为资信材料,如果其使用虚假的身份证明骗领信用卡则不属于恶意透支的范畴,而属于冒用他人身份的信用卡诈骗罪。二是行为人采取互为担保或者循环担保的违法方式,骗取发卡行的信任而领取信用卡。《银行卡业务管理办法》(以下简称《办法》)第41条规定,发卡行应当认真审查信用卡申请人的资信状况,根据申请人的资信状况确定有效担保及担保方式。然而,该《办法》法律效力等级较低,关于信用卡申领中的担保方式以及银行审查方式的规定很模糊,在实践中的可操作性也不强,因此给不符合申领条件的行为人大开方便之门。^② 担保的本意是由第三方为申办人的信用及还款提供保证,降低银行信贷风险,而本案中毛致远夫妻的资产状况不佳,双方互为担保人为对方申办信用卡提供担保,也无法发挥担保应有的作用。三是银行资信审查流于形式,把关不严,随意放宽申请人、担保人条件,简化申请手续,或不对申请人、担保人进行信息核实。还有的银行委托中介机构营销信用卡即“代办”,由于中介机构工作人员素质参差不齐,对申请人信息审核不规范、不到位,甚至代替申请人填写申请信息的情况时有发生,从而导致原本不符合申领条件的行为人能够获得信用卡。^③

① 如杨某信用卡诈骗案中,杨某因赌博欠下高利贷,于2013年2月向光大银行上海分行提供虚假的工作单位、住宅地址及联系方式,成功申领了1张商旅白金贷记卡,杨建华多次持卡透支消费或取现用于抵偿赌债,共透支人民币99000余元。

② 在一起信用卡恶意透支案件中,毛某因被朋友骗光做生意的资金,为了打官司讨公道,他与妻子两人互为担保人办理了两张信用卡,用透支的钱款打官司,累计5万多元。参见聂晶:“还款漏零头 61 个信用卡‘负翁’成被告”,<http://business.sohu.com/20071203/n253766274.shtml>,于2013年9月9日访问。

③ 如吴某信用卡诈骗案中,吴某曾于2004年11月因诈骗罪被上海市黄浦区人民法院判处有期徒刑二年三个月,刑满释放后于2008年5月至2009年4月持民生银行、中国光大银行、中国银行4张信用卡恶意透支金额共计人民币103,445.15元。其中,吴建平于2008年10月向中国银行申领普通信用卡后,产生了透支行为,透支金额36000余元,在大部分透支本金尚未归还的情况下,又于2009年4月向中国银行再次申领双币信用卡,继续透支人民币2000元,美金100元。

3. 少还多支、以卡养卡、逃避银行催收情况较普遍

在大量透支信用卡内资金之后,为了能够继续透支信用卡,行为人往往采用两种办法:一是采用“少还多支”的方式,即通过归还最低还款额的方式防止银行停止其信用卡的透支功能,从而可以继续透支该卡,但在归还最低还款额后,行为人往往会进行一次大额的透支;^①二是采用“以卡养卡”的方式,即行为人同时向多家银行申办信用卡并同时使用,在一张信用卡透支过限时,以另外一张信用卡的资金填补资金空缺,最终导致多张信用卡均超过规定期限或者规定限额透支。^② 恶意透支的持卡人为便于循环透支,大多存在向多家银行申办信用卡并同时透支使用的情况,涉及的银行少则三家,多则七八家。2012年全市受理恶意透支案件中,持卡人同时持有5张以上信用卡的案件超过120件,个人持卡数量最高达39张。2012年虹口区院受理恶意透支案件中,持卡人持有3张以上信用卡的案件共42件,持3家以上银行信用卡的案件30件,个人持卡数量最高达20张。这种疯狂的申领导致的结果必然是无法填补透支资金,从而造成银行的损失。从发卡行范围来看,基本上国内外各大银行信用卡均成为犯罪目标,但更多集

① 如林某恶意透支案,其因网店需要资金周转,于2008年7月在某银行申办了一张额度为2万元的信用卡,通过网上银行购物然后退款等方式套现。此后一年,林某每月都会透支数百元至数千元不等,开始他还按照最低还款额偿还欠款,后来他每月按时还款1元或2元,远远低于最低还款额。至2010年初,林某恶意透支累计5万余元,并更换联系方式逃避银行催缴。参见王威、刘珺、石芳:“信用卡恶意透支将被追究刑责,多数嫌犯主动还钱”,<http://news.163.com/10/0519/23/6736TIAG00014AEE.html>,于2013年9月4日访问。

② 如刘某自2006年以来,先后申请了中国银行、广发银行、民生银行等6家银行信用卡,采取多张信用卡循环使用方式透支,比如用广发信用卡透支或取现消费,再用民生信用卡偿还广发信用卡的透支款,用此种方式,利用6张信用卡互相还款,最后因资金链断裂,累计透支9万余元,经银行多次催缴仍不归还。参见胡群:“信用卡诈骗案频发,北京首现透支禁止令”,<http://finance.sina.com.cn/money/bank/credit/20110506/02089799565.shtml>,于2013年8月21日访问。

中于如光大银行、民生银行、兴业银行、广发银行等中小型民营银行。

根据 2009 年两高《解释》第 6 条的规定,持卡人透支后逃匿、改变联系方式,逃避银行催收,应当认定持卡人具有非法占有目的。在司法实践中,“逃避银行催收”主要分为三种情况:一是银行在催收开始时可以联系到行为人,但是行为人由于无能力归还透支本金以及高额的利息和滞纳金,于是采用不接银行人员电话甚至更换手机号码、住址的方式以逃避催收。^①二是某些行为人在申领信用卡之初就已经产生非法占有银行资金的目的,因此其在申领信用卡时就填报虚假的联系方式。在透支后,银行也就无法根据其留下的联系方式进行有效催讨。三是持卡人取得信用卡后更换了地址和联系方式,但是没有意识到要主动通知银行,从而导致银行无法通过电话和信函进行有效催收。在具体办案实践中,持卡人在透支达到一定数额时银行也会关闭信用卡的透支功能,届时行为人必定是明知其已透支银行大量资金,如若再拖延不还,就应当认定其具有非法占有目的。

4. 量刑轻刑化现象明显

由于多数信用卡恶意透支案件的涉案金额不大,且被告人多有自首、坦白、退赃等情节,轻刑化趋势明显,适用缓刑、免于刑事处罚的比率较高。在 2012 年全市检察机关受理并已判决的 1502 件信用卡诈骗案件中,判处有期徒刑的 339 件,占 22.6%,拘役 50 件,占 3.3%,宣告缓刑的 906 件,占 60.3%,免于刑事处罚的 207

^① 如魏某信用卡诈骗案,其以个人名义先后申领了中国银行、工商银行、宁波银行等 9 张信用卡,其间累计消费、提现 20 余万元,用于赌博挥霍。当开卡银行多次催收时,魏某为了躲债,在未通知银行的情况下,擅自变更联系方式及住址,以此来逃避银行的催收。参见沈欣:“男子申领 9 张信用卡,恶意透支被警方抓获”,<http://news.cnnb.com.cn/system/2011/09/05/007064706.shtml>,于 2013 年 9 月 4 日访问。

件,占13.8%。^①此外,全市检察机关作相对不起诉决定7件。2012年虹口区院受理并已判决的信用卡恶意透支案件为123件124人,判处有期徒刑的19件,占15.4%,拘役的6件,占4.9%,宣告缓刑的84件,占68.3%,免于刑事处罚的14件,占11.4%。此外,公安机关撤回起诉意见6件6人。信用卡恶意透支案件的量刑较为轻缓,确实符合该类案件的特点,也有助于维护持卡人的权益。然而,对于持卡人适用相对不诉、免于刑事处罚、缓刑等处理,还是会留有刑事犯罪记录,对其以后的生活、工作等造成困难。另外,轻刑化仍需消耗大量的司法资源,不利于提高诉讼效率。因此在今后,对轻微的信用卡恶意透支案件如何由轻刑化向无罪化处理转变值得深思。

(二)新型信用卡恶意透支案件的类型

1. POS机非法套现案件

近年来,出现越来越多的利用POS机套现的恶意透支案件,且套现金额日益增加,目前在互联网上可查询套现案件最高涉案金额竟高达43亿元。^②所谓“套现”,是指行为人成功申领信用卡后,为套取卡内资金,以付一定手续费的方式联系所谓特约商户帮助其采用虚假消费的方式套取银行资金。一般来说,信用卡的正常、合法交易包括:通过柜面、自助机具、POS机及互联网等渠道进行消费、取现、存款(还款)。也就是说,信用卡可以用来刷卡支付,若提取现金则需支付1%的手续费和每日0.5‰的透支利息。而信用卡的非法套现则规避了正常应当支付的手续费和透支利

^① 参见上海市人民检察院金融处:《2012年度信用卡犯罪案件情况通报》。

^② 如刘某信用卡诈骗案,其在工商银行办理了牡丹贷记卡后,与特约的戴尔笔记本电脑经销商合作,假意刷卡采购大量高档电子产品,借以套取现金,2个月内恶意透支3万余元。参见沃冬栋:“用POS机非法套现,涉案近43亿元”,<http://jinbaonet.com/mainnew/nbnews/tfsj/shwx/2011-08-05-376209.html>,于2013年9月17日访问。

息。在实践中我们发现,大量套现行为在处于无法监管的状态下,银行对账单也显示刷卡地点为“无区域中心”,所以对于此类套现行为极难惩罚。也正因为如此,在近几年的案件中,“套现”类型的恶意透支型信用卡诈骗案件呈现逐年迅速增加的趋势。^① 2009年两高《解释》第7条规定:“违反国家规定,使用销售点终端机具(POS机)等方法,以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金,情节严重的,应当依据刑法第225条的规定,以非法经营罪定罪处罚。”在这类案件中,提供POS机的非法中介、特约商户办理信用卡套现是为了赚取手续费,是通过虚构交易等方法欺诈银行资金,其行为的社会危害性主要体现在非法办理资金支付结算业务,因此对于这类人一般以非法经营罪定罪,而对恶意透支的持卡人则应定信用卡诈骗罪。当然,如果行为人既利用POS机非法经营又利用POS机给自己套现,因有两个犯罪行为且符合两个犯罪构成,是实际上的两罪,应以非法经营罪与信用卡诈骗罪分别定罪,然后予以数罪并罚。

2. 内外勾结恶意透支案件

持卡人与银行工作人员或者特约商户合谋,通过信用卡透支的方式共同套取银行资金。内外勾结型恶意透支的表现形式有两种:一是银行工作人员利用职务之便,使得本来不具有申领条件的申领人成功申领信用卡,在申领成功后分取事先双方约定的利益,或者利用申领的信用卡共同套现并使用钱款;二是行为人在特约商户处通过虚假交易等方式套取银行资金。实践中,骗领信用卡恶意透支犯罪中,必然有银行工作人员过失或者故意才能促成该行为的完成。在银行工作人员和申领人通谋的情况下,就同时具

^① 吕晓春:“信用卡诈骗中恶意透支的原因分析及防范对策”,<http://xian.qq.com/a/20120917/000262.htm>,于2013年8月21日访问。

有骗领和内外勾结两种表现特征。^①

3. 单位恶意透支案件

某些公司因经营需要流动资金,但未能通过正常信贷渠道办理贷款,为获取资金,公司以员工的名义申办信用卡,但申领到的信用卡并不实际发放给员工,利用信用卡进行大额现金透支用于公司经营,以填补公司需求资金的缺口。这种透支套现行为经常发生在小型企业,一般涉案金额较大,从银行透支的金额也不能及时偿还,就会造成发卡行经济上较大的损失。^②如在乐某某职务侵占、信用卡诈骗案中检察机关认为乐某某将单位使用的信用卡用于自身消费,由于单位不能构成信用卡诈骗罪的主体,应由信用卡持有人对此承担刑事责任。而法院认为,本案中涉嫌的信用卡已在公司入账并为公司使用,乐某某利用职务便利使用该卡个人消费,其性质与职务侵占行为相同,应以职务侵占罪论处。该案是一例典型的转为公司经营型恶意透支,为给公司融资,乐某某使用公司员工身份办理信用卡并进行透支,将资金投入公司运营,最终导致恶意透支。还有一种情况是利用个人信用卡大额信用额度,

① 如在一起信用卡诈骗案中,王某与刘某于2008年11月至2009年2月期间为牟取利益分别设立了办理信用卡的中介点,通过某银行信用卡部的工作人员杨某为其办卡提供便利,使得提供虚假证明材料的无工作单位、无固定收入、资信能力差的申领人能够顺利办卡。待银行发卡后,他们将持卡人的信用卡通过POS机,以刷卡虚拟消费方式透支提现,扣除办卡和透支套现“手续费”后,将剩余现金交给持卡人。王某、刘某二人采用上述手段先后为他人骗领到某银行信用卡约500张,杨某通过为王、刘二人办卡共收取好处费31万余元。参见谢科可:“银行工作人员与信用卡黑中介勾结犯罪如何定性”,<http://www.huzhou.jcy.gov.cn/jcsj/201102/t20110217498754.shtml>,于2013年8月21日访问。

② 如乐某某职务侵占、信用卡诈骗案中,2006年4月至2008年5月间,上海易士多连锁超市有限公司出纳乐雪野在公司员工周春妹、周易等人不知情的情况下,用其身份证复印件向银行申领多张信用卡用于公司日常运营,后将该信用卡私自用于个人购买衣物等个人消费,并从公司的现金账中支取现金还入上述信用卡,共计透支人民币17773.43元。