



## 信用卡诈骗罪理论探讨

刘远

信用卡诈骗罪是我国刑法第196条规定的一种金融诈骗罪，也是现时社会常见多发的一种犯罪。从理论上对信用卡诈骗罪的概念、构成要件以及司法认定等基本问题进行探讨，会对刑事立法与司法实践有所裨益。

### 一、信用卡诈骗罪的概念

刑法第196条规定了信用卡诈骗罪的罪状和法定刑，但并未揭示该罪的内涵。用下定义的方法揭示该罪的内涵，是研究信用卡诈骗罪的逻辑起点。在这里，我们可以通过借鉴刑法学通说在诈骗罪定义方式上的利弊得失，来给信用卡诈骗罪下一个科学的定义。刑法学通说认为，诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取公私财物数额较大的行为。<sup>①</sup>笔者认为，这种定义有两个弊病：一是未将诈骗罪与使用诈骗方法构成的其他犯罪从定义上区分开来。例如，贪污罪可以是国家工作人员利用职务上的便利骗取公共财物的行为，这时贪污罪的行为就符合诈骗罪的通说定义。内涵是概念所反映的事物的本质属性的总和，是一事物区别于他事物的根本特征。没有揭示诈骗罪特定内涵的定义，一定不是诈骗罪的科学定义。通观我国刑法学关于各种具体犯罪的定义，可以说都存在以上通病。事实表明，对具体犯罪的定义如果不将其直接客体的内容囊括进来，无论如何不符合科学的要求<sup>②</sup>。例如，只有将诈骗罪与贪污罪在直接客体上的不同写进各自的定义，才能将两者真正区分开来。二是未能将诈骗犯罪的客观要件要素揭示出来。通说定义仅仅将诈骗罪的客观要件解释为“用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取公私财物数额较大的行为”，而何谓“骗取”则没有说明。正因如此，刑法理论上有的理解为“占有说”，<sup>③</sup>有的理解为“交付说”；<sup>④</sup>也就是说，由于通说定义仅仅对“诈骗”解释了一半，等于基本重复了“诈骗”一语，故引致诸多分歧。正如有的学者针对将“罪名”定义为“犯罪的名称”的做法指出：“它在逻辑上犯了同义反复的错误，无非是说罪就是犯罪，名就是名称，罪名就是犯罪名称，因而告诉人们罪名就是罪名。”

<sup>⑤</sup>鉴于上述，笔者认为所谓诈骗罪，是指行为人以非法占有为目的，用虚构事实或隐瞒真相的方法，使被害人陷于认识错误或持续陷于认识错误，因而自动地向行为人或者指定的第三人交付数额较大的公私财物，从而以公私财产所有权为唯一必要客体，触犯刑法并应当负刑事责任的行为。同理，根据新刑法第196条的规定，信用卡诈骗罪是指行为人以非法占有为目的，以伪造、作废的信用卡，冒用他人的信用卡，或者恶意透支等方法，使其信用卡交易地位相对的当事人陷于认识错误或持续陷于认识错误，因而自动地向行为人或其指定的第

三人交付数额较大的资金或财物，从而主要侵犯了信用卡结算秩序并同时侵犯了公私财产所有权，触犯刑法并应当负刑事责任的行为。

## 二、信用卡诈骗罪的构成

限于篇幅，这里仅对犯罪的客体要件与客观要件进行探讨。

### （一）信用卡诈骗罪的客体

1988年中国人民银行改革银行结算制度，由此确立了以票据和信用卡组成的所谓“三票一卡”为核心工具的银行结算制度。由于信用卡制度是银行信用的形式或载体之一，所以信用卡诈骗罪首先直接侵犯了以信用卡制度为形式的信用下结算秩序。此外，由于信用卡诈骗罪是一种诈骗犯罪，所以不可避免地侵犯公私财产所有权。问题在于对信用卡诈骗罪而言，到底其主要客体是信用卡结算秩序还是公私财产所有权。综观刑法学界对这一问题的论述，多数观点没有明确区分主要客体与次要客体。此外，一种观点认为，其主要客体是国家财产所有权，次要客体是金融秩序。<sup>⑥</sup>还有一种观点把商户经营管理制度也作为信用卡诈骗罪的犯罪客体。<sup>⑦</sup>笔者认为，上述这些观点都是值得商榷的。

第一，对犯罪的复杂客体不进行主要客体与次要客体的区分是理论不彻底的表现。唯物辩证法告诉我们，矛盾的发展是不平衡的，总有矛盾的一方居于另一方的上风，这种斗争关系在相互依存中相互消长。构成犯罪复杂客体的两种客体，就是一对矛盾。矛盾的哪一方在立法者心中占据优势，取决于一定社会的经济、政治和文化状态。比如，抢劫罪是复杂客体的犯罪，在我国刑法中被作为一种财产犯罪规定在“侵犯财产罪”一章中，但在大陆法系国家刑法中，抢劫罪一般是作为人身犯罪而加以规定的。可以预见，随着我国人民物质文化生活水平的提高，早晚有一天抢劫罪会作为人身犯罪的一种。

第二，信用卡诈骗罪是以信用卡结算秩序为主要客体，以公私财产所有权为次要客体的犯罪。这是因为，其一，金融秩序有着统一性与核心性。随着我国经济体制从计划体制向市场体制的转轨，包括信用卡结算秩序在内的金融秩序日益成为国民经济的血液循环系统。邓小平指出：“金融很重要，是现代经济的核心。金融搞好了，一着棋活，全盘皆活。”<sup>⑧</sup>据资料反映，当今国际上以货币进行的交易总额中，与实物贸易挂钩的交易额只占2%。亚洲金融危机也说明，金融商品的供求变化对社会经济的影响力，已经远远超过广实物商品供求变化的影响力。因此，金融犯罪的社会危害性，是传统的财产犯罪所无法比拟的。<sup>⑨</sup>其二，金融秩序被侵犯的后果具有扩张性与不确定性。这与金融秩序的统一性和核心性是紧密相连的两个方面。金融经济时代，金融安全已成为经济发展的前提条件，并关联着一国的经济安全和政治安全，对金融秩序的侵犯，具有全局性，会“牵一发而动全身”，后果具有极大的扩张性；而对公私财产所有权的侵犯，则具有局部性，后果具有相对的确定性。只有将金融秩序作为金融诈骗罪的主要客体，才是实事求是地反映了这类犯罪的社会危害性。

第三，刑法学通说对犯罪的次要客体与选择客体的关系研究得不够彻底。刑法学通说对犯罪的次要客体概念仅仅在必要客体的意义上使用，实际上，犯罪的次要客体应有“必要的次要客体”与“选择的次要客体”之分。前者例如，不特定或多数人的人体健康、与健康直接相关的生命是危害公共卫生罪的“必要的次要客体”，公民的人身权利是抢劫罪的“必要的次要客体”，等等。后者例如，金融系统中的贪污罪、受贿罪、职务侵占罪等的基本构成和加重构成（如果有的话）都不受其是否侵犯了金融秩序影响，但在同等情况下，这些犯罪又侵犯了金融秩序，即可作为“情节严重”或“情节特别严重”处理。显然，“选择的次要客体”与选择客体不同。按照通说定义，<sup>⑩</sup>选择客体就加重构成而言是必要客体，是加重构成的必要要件，加健康权利和生命权利对于非法拘禁罪的加重构成是必要要件。而“选择的次要客体”对犯罪的加重构成也不是必要要件。“选择的次要客体”概念的确立，使犯罪客体概念不再仅局限于对抽象犯罪类型的普遍性危害特征的概括，而且可以用来表达具体

行为样态的特殊性危害特征，从而使犯罪客体概念更大程度地容纳犯罪行为危害共性与危害个性。<sup>○11</sup> 商户经营管理制度对信用卡诈骗罪可谓是一种“选择的次要客体”，而非“必要的次要客体”，也不是“选择客体”。所以，用商户经营管理制度来表达信用卡诈骗罪作为抽象犯罪类型所具有的普遍性危害特征，显然是不科学的。

## （二）信用卡诈骗罪的客观要件

信用卡诈骗罪在客观上表现为行为人用伪造、作废的信用卡，冒用他人的信用卡，或者恶意透支等方法，使其信用卡交易地位相对的当事人陷于认识错误或持续陷于认识错误，因而自动地向行为人或者指定的第三人交付数额较大的资金或财物的行为。

首先，关于本罪的犯罪工具和犯罪对象。本罪的犯罪工具是信用卡，而犯罪对象是被害人的资金或货物。信用卡又称电子货币，是金融机构或专营公司签发的证明持卡人良好信誉，可以在事先指定的商店或者场所进行记账消费的一种信用凭证。尽管各银行所发行的信用卡功能不同，但信用卡却具有以下基本功能：转账结算功能、储蓄功能、汇兑功能、消费贷款功能。从不同的角度可以对信用卡进行不同的分类。<sup>○12</sup> 各种信用卡都可以成为本罪的犯罪工具，无论是国内发行的还是国外发行的。

其次，关于本罪的行为方式。信用卡诈骗罪的法定行为方式有：

1. 使用伪造的信用卡进行诈骗。伪造信用卡是指未经国家主管部门批准，非法制造信用卡的行为。主要有两种情况：一是非法制造信用卡，即模仿信用卡的质地、版块、模式、图样以及磁条密码等制造信用卡。二是在真卡的基础上进行伪造，即信用卡本身是合法制造出来的，但是未经发卡银行或公司发行给用户正式使用，即在信用卡背面上未加打用户的账号、姓名，在磁条上也未输入一定的密码等信息、就将这种空白的信用卡再进行一番加工、使其貌似已经发给用户的信用卡。构成本罪并不需要有“伪造”行为，同时本罪所要求的是诈骗行为而不仅仅是“使用”行为。诈骗行为包括用伪造的信用卡购买商品、在银行或自动柜员机上支取现金以及接受用信用卡进行支付结算的各种服务，如购买飞机票、住宿费等。随着信用卡业务的不断发展，诈骗行为可能会有新的表现形式。使用伪造的信用卡进行购物或者消费，由于没有起存金，一旦使用得逞，就使特约商户在经济上遭受损失。

2. 使用作废的信用卡进行诈骗。作废的信用卡是指因法定事由失去效用的信用卡，又称黑卡。根据有关规定，主要有以下几种情况：（1）信用卡超过有效使用期限而自动失去效用。信用卡一般都规定有效使用期限，过期的信用卡即归于无效。（2）信用卡持卡人在信用卡有效期限内中途停止使用，并将其信用卡交回发卡行，办理退卡手续后，该卡即归于作废。（3）因挂失信用卡而使信用卡失效作废。对因挂失而失效的信用卡，任何特约商户都将不再接受该卡的消费活动。但是在我国，由于信用卡管理系统不完备，银行传递信用卡挂失的申请到特约商户接到银行的止付令，往往需要两三天甚至更长时间，由此产生了一个“时间差”，如果有人在这段时间里使用该信用卡到特约商户进行消费，特约商户势必按有效的信用卡对待并接受消费。

使用涂改卡进行诈骗，是否为使用作废的信用卡进行诈骗的一种形式？对此应如何定性？刑法学界存在不同认识。有助学者认为，对使用涂改卡进行诈骗的，应认为是使用作废的信用卡进行诈骗的行为方式之一。<sup>○13</sup> 有的学者认为，涂改卡实质上是一种变造的信用卡，故应将此种行为视为一种独立的犯罪行为。由于新刑法未规定使用变造的信用卡的行为方式可以构成信用卡诈骗罪，故对此种行为可认定为使用伪造的信用卡进行诈骗的信用卡诈骗罪。<sup>○14</sup> 笔者认为，这两种观点的分歧关键在于什么是涂改卡。如果象上述两种观点的论者那样，将涂改卡理解为是指被涂改过卡号的无效信用卡的话，则第一种观点是正确的。因为在废卡的基础上进行涂改，仍然是废卡。所谓变造的信用卡是指在合法有效的信用卡的基础上进行非法变更的信用卡。实际上，涂改卡除上述这种情况外，还应包括在合法有效的信用卡的基础上进行涂改，这种信用卡才是真正的变造信用卡。由于新刑法未规定使用变造信用卡

进行诈骗的按信用卡诈骗罪论处，而且变造与伪造不同，所以对这种行为不能认定为是一种使用伪造信用卡进行诈骗的信用卡诈骗罪，符合诈骗罪的应按诈骗罪处理。

3. 冒用他人的信用卡进行诈骗。信用卡的使用是以持卡人本人在银行信用卡账户上的资金作为支付保证的，如果他人任意地使用持卡人的信用卡，就会使持卡人的资金随时都可能遭受损失，同时也给发卡机构带来风险。因此，信用卡必须由持卡人本人使用，是各国普遍遵循的一项原则。根据我国发行信用卡的各有关银行的规定，信用卡都限于合法的持卡人本人使用，不得转让或者转借。所谓冒用他人的信用卡，就是非持卡人以持卡人的名义使用持卡人的信用卡而骗取公私财物的行为。例如，使用拾得的信用卡进行消费；又如，未经持卡人同意，使用代为保管的持卡人的信用卡进行消费。为了防止冒用，在我国，有的信用卡印有持卡人的照片，有的信用卡虽没有持卡人的照片，但在使用时应同时出示身份证件，以验证使用者与持卡人是否为同一人。一些国际信用卡集团，主要是通过确认签名来防止信用卡的冒用，即持卡人在领到信用卡后，在信用卡背面的纸条上签名，以后在持卡消费时都必须在特约商户的小票上签名，特约商户的营业员确认二者一致后，才接受信用卡进行结算。在我国，许多人为了使用的方便，往往将信用卡与身份证件合放在一起，结果往往造成信用卡与身份证件同时丢失的情况。丢失信用卡，往往为不法分子冒用所捡拾的他人信用卡创造了机会。另一方面，即使信用卡未丢失，也存在持卡人的信用卡被骗走或托人代为保管后被行骗者或保管人冒用的情况。因此，要防止信用卡被冒用，一方面持卡人应妥善保管信用卡，以防丢失或被骗走，而且不应随意将自己的信用卡交给不可靠的他人保管；另一方面，在发生上述情况后，持卡人应尽快办理挂失手续，发卡银行应尽快将有关挂失信息通知特约商户。这时应注意，冒用他人信用卡进行诈骗而构成本罪的不包括盗窃他人信用卡而加以冒用的情况。

4. 恶意透支进行信用卡诈骗。根据透支的性质，可分为善意透支、违规透支（违规性恶意透支）和恶意透支（犯罪性恶意透支）三种。从我国各银行发行的信用卡来看，除个别种类的信用卡不允许透支外，多数信用卡都允许在一定的限量内进行透支，不允许透支的信用卡主要是一些外币卡，如中国银行发生的外币长城卡。在国内使用的各种人民币信用卡，各发卡银行一般规定可以在一定的限额内进行短期的善意透支。所谓“恶意透支”，也称犯罪性恶意透支，新刑法第196条第2款明确规定，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。从实践中看，恶意透支进行诈骗主要有两种类型：一是持卡人在申请办理信用卡时就弄虚作假，如私刻公章、伪造保函或证明、伪造身份证或使用他人的身份证。骗取发卡银行工作人员的相信，办理信用卡，然后进行大量透支；二是持卡人在办理信用卡时并未弄虚作假，而是使用过程中，在短时间内持卡在不同的特约商户或网点频繁使用或取现，每次使用或取现的金额都在银行规定的限额内，但累计在一起，即造成大量透支，然后携款潜逃，恶意透支的主体必须是合法持卡人，凡使用伪造、作废的信用卡或冒用他人信用卡进行“透支”的，不是恶意透支；非持卡人与持卡人合谋为持卡人进行恶意透支提供帮助的，是恶意透支的共犯。再从具体的行为方式上来看，主要存在以下几种情况：（1）持卡人利用有效真卡进行恶意透支。一般在短时间内多次多地领取或消费不需发卡银行特别授权的最高限额，导致巨额透支后一走了之。（2）持卡人因超额使用信用卡，已被发卡银行列入止付名单，但他们利用当前通讯手段还相当落后的弱点，抢在止付名单到达外地特约商户前，大量透支取现或消费。（3）持卡人骗取真卡后异地恶意透支。（4）持卡人与他人合伙私相接受利用真卡进行异地恶意透支。所谓“私相接受”，根据香港商业罪案调查科的解释，是指犯罪分子以结伴形式，由其中一人取得信用卡后，交给另一人持卡到大陆境内疯狂购物玩乐，形成巨额透支。过一两个月，当签购账单寄达持卡人时，持卡人便持没有离港证明向银行报称账项出错，把透支额推给银

行承担。(5)持卡人与发卡银行工作人员相勾结,利用信用卡进行恶意透支。这是内外勾结进行信用卡诈骗犯罪的形式。

### 三、信用卡诈骗罪的司法认定

#### (一)罪与非罪的界限

首先,要从客观方面区分。第一,新刑法未将使用变造的信用卡的行为和骗取发卡银行信用卡进行消费的行为规定为信用卡诈骗罪的罪状之一,因此不能作为本罪处理,符合诈骗罪要件的应以诈骗罪论处。新刑法第177条规定的伪造、变造金融票证罪,对于犯罪对象为票据、委托收款凭证、汇款凭证、银行存单,信用证及其附随的单据和文件的,都规定了伪造和变造两种行为,而对于信用卡这一犯罪对象,则仅规定了伪造。相应地在信用卡诈骗罪的规定中,也未规定使用变造的信用卡进行诈骗的行为方式。同时也未规定骗取信用卡进行诈骗的行为方式。笔者认为,未将上述两种行为方式纳入本罪规范的范围,实属立法上的疏忽,因为这些犯罪行为是客观存在的。第二,构成本罪要求“数额较大”,因而达不到这一标准的,不应借口存在其他严重情节而认定为犯罪。对普遍诈骗罪所要求的数额究竟是指什么数额,刑法理论上存在“犯罪指向数额说”、“犯罪损失数额说”、“犯罪所得数额说”、“分别数额说”等不同观点的争论。互<sup>15</sup>信用卡诈骗罪的数额也必然存在这方面的问题。笔者认为,信用卡诈骗罪的数额应是指犯罪的交付数额,理由如下所述。

其次,要从主观方面区分。虽然新刑法未明确规定本罪以行为人具有非法占有的目的为要件,但从诈骗犯罪的本性考虑,这一要件已经暗含在新刑法的规定之中了,因此可称为“不成文之构成要件要素”。行为人要具有本罪的故意和非法占有的目的,就必须具有法律所要求的明知。具体到本罪的四种行为方式来说,也就是要求行为人对所使用的信用卡是伪造、作废的信用卡这一事实具有明确的认识。至于行为人对冒用他人的信用卡和恶意透支的行为性质,更毫无疑问地具有明知。但另一方面,判断行为人是否具有本罪的故意和目的,特别是对恶意透支的判断,还必须从主客观相结合的角度进行。以对恶意透支的判断和认定为例。新刑法明确规定了“恶意透支”的概念,这一概念是狭义的恶意透支,与广义的恶意透支不同。在实践中,对恶意透支的界定首先必须正确区分恶意透支(广义)和善意透支。两者的本质区别在于行为人的目的不同。后者是为了先用后还,在规定的范围内进行透支,届时将归还透支款和利息;前者则是为了将透支款非法占为己有,根本不想归还或者没有能力归还。我国信用卡章程中规定,持卡人在存款账户上应保持足够金额以备支付,如确有急需,允许限额透支,单位卡透支限额为3000元,个人卡透支限额为1000元。同时章程还规定了透支利息,自透支之日起,15日按日息万分之五计算,从第16日起按日息千分之一计算;超过一个月或透支超过限额,除加倍计息外,取消其使用信用卡的资格,并追回所欠本息。可见,透支期限在一个月以内的限额透支是善意透支;反之,是恶意透支。善意透支与恶意透支的主要界限是:是否违反有关信用卡章程的规定透支;在规定的时间内是否及时补足存款。<sup>16</sup>在认定行为属于广义的恶意透支后,为了正确定罪,还必须进一步区分违规性恶意透支与犯罪性恶意透支(狭义的恶意透支)。犯罪性恶意透支也就是刑法所定义的恶意透支,它与违规性恶意透支区别的关键究竟应是经发卡银行催收后仍不归还,还是应为以非法占有为目的?笔者认为应是后者。正如有的学者所认为,新刑法将“经发卡银行催收后仍不归还”规定为犯罪性恶意透支的条件,是由于认定非法占有的目的比较困难,但在有些情况下,即使没有经发卡银行催收,但其行为本身足以表明其具有非法占有的目的,故也可定为本罪。<sup>17</sup>笔者认为这一观点与本文所主张的“交付说”是一致的。实践中,对以下几种行为不能认定行为人具有非法占有目的,故不是恶意透支:一是持卡人因长期出差或出国等原因,未能及时收到发卡行的透支通知,而造成的拖欠拖支现象;二是持卡人因资金暂时周转不灵而在透支后无法按时归还的;三是持卡人因不可抗力的原因暂时丧失偿还能力的;四是持卡人提供担保,担保人在银行的催告下为其还清了透支款项的。<sup>18</sup>

## （二）犯罪既遂的标准

我国刑法对诈骗罪的规定最简单，但由此造成了理论上对诈骗罪客观方面要素的更大争论，这种争论表现为对诈骗罪的既遂标准的不同意见。“占有说”为我国司法实践与许多学者所坚持，<sup>○19</sup>按照此说，诈骗罪客观方面要素应为：“欺诈行为——被害人陷于认识错误或持续陷于认识错误——被害人基于错误而处分财物——被害人或第三人的财产损失——行为人获得该财物或使第三人得之。”“交付说”为某些学者所主张，<sup>○20</sup>按照此说，诈骗罪客观方面要素仅包括欺诈行为——被害人陷于认识错误或持续陷于认识错误——被害人基于错误而处分财物。按照“损失说”，<sup>○21</sup>诈骗罪客观构成要件要素应为上述三个再加上“被害人或第三人的财产损失”。根据最高人民法院1996年12月16日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》，信用卡诈骗罪的既遂标准也是上述“占有说”。

笔者认为，对包括信用卡诈骗罪在内的金融诈骗罪，在犯罪既遂标准上采取“交付说”才是科学的。这是因为，第一，坚持“交付说”，有利于更好地保护公私财产所有权。犯罪的社会危害性集中通过犯罪客体表现出来，由于金融诈骗罪的犯罪客体之一是公私财产所有权，故其犯罪的社会危害程度大小不在于行为人是否占有了公私财物，而在于被害人是否失去了对财物的控制。从民法学上看，所有权包括占有权、使用权、收益权和处分权四项权能，而占有权是所有权的基础。刑法对所有权的保护，应立足于对占有权的有效保护，这就要求刑法规定具有一定的预防性。被害人是否失去了对财物的控制，应以被害人是否交付财物为标准。因此，即使行为人未能实际获得财物，甚至被害人的财物并未受损失，但只要被害人交付了财物，就应以金融诈骗罪既遂论处。坚持占有说则事实上将金融诈骗罪既遂的理论标准推到了“犯罪目的说”的地步。第二，金融诈骗罪的主要客体是金融秩序，因此金融诈骗罪的客观要件要素的立法设计应围绕着有效保护金融秩序进行。如果一方面承认金融诈骗罪的主要客体是金融秩序，一方面又将金融诈骗罪既遂的标准推迟到与普通诈骗罪相同的地步，则金融诈骗罪作为金融犯罪和经济犯罪的意义就大可怀疑，就会产生理论和法律内部的逻辑矛盾。实际上，金融诈骗犯罪进行到“交付”的地步时，金融秩序已经受到了严重的挑战与破坏。以“交付说”为金融诈骗罪既遂的标准，也符合诈骗犯罪的内在逻辑要求，同时与“犯罪构成要件齐备说”这一通说也不矛盾。<sup>○23</sup>例如，在国债回购与反回购交易中发生的金融诈骗案件，往往是行为人要使被害人上当受骗而交付的资金非法调出场外，实现实际的占有，还需要进行进一步的欺诈。因为STAQ系统规定，会员通过国债回购交易融入的资金要调出交易清算中心，只能是转往会员单位本部账户，严禁转往非会员单位账户，以保证系统交易资金的安全。所以行为人在冒充会员进行国债回购交易和反回购交易诈骗时，可能交易对方已上当受骗而交付了资金或债券，但行为人要想实际占有犯罪对象，必须将对对方交付的资金或债券调出场外，这就还得继续行骗。在金融诈骗罪既遂标准上如果不采取“交付说”而采取“占有说”，则对有些金融诈骗罪案件无法给以及时有效地打击，甚至容易使罪犯逃脱制裁。坚持“交付说”，就要求以犯罪的交付数额为标准认定信用卡诈骗罪的既遂。

## （三）牵连犯的认定问题

### 1. 伪造信用卡并使用的行为

对于伪造信用卡并使用伪造的信用卡进行诈骗的行为应如何定性的问题，在新刑法颁布前，刑法学界存在不同认识，有的认为应定伪造有价证券罪，有的认为应直接定诈骗罪，有的认为这种情况形成伪造有价证券罪和诈骗罪的牵连犯形态，应从一重罪处断。新刑法规定了伪造金融票证罪与信用卡诈骗罪后，有的学者认为两罪的法定刑相同，敌对上述行为以结果行为即信用卡诈骗罪论处为好。<sup>○24</sup>笔者认为，固然应以信用卡诈骗罪处断，但认为两罪的法定刑相同是不准确的，根据新刑法的规定，信用卡诈骗罪的法定刑为重。并且用信用卡诈

骗罪的罪名来对这种行为进行客体评价更准确。

## 2. 盗窃信用卡并使用的行为

刑法学界曾有三种看法：一是认为应定盗窃罪，二是认为应定诈骗罪，三是认为是牵连犯。大多数学者主张第一种观点。<sup>○25</sup>但笔者认为，对盗窃金融工具并使用的行为，从理论上讲以区别金融工具的性质和状况分别处理为宜。从金融工具是否记载有其所有权人的姓名为标准，可分为记名的金融工具和不记名的金融工具两类。记名的金融工具的买卖，需要同时出示所有权人的有效身份证件或印鉴，而不记名的金融工具的买卖则不需要。前者如保险单、记名式支票和本票。凭证式国债、记账外汇、信用卡、记名存单和记名股票等，后者如无记名股票和无记名式支票以及不记名存单等。对盗窃不记名的金融工具并使用的行为，由于其不存在与金融诈骗罪的牵连关系，故定为盗窃罪是科学的。如最高人民检察院1986年12月1日《关于盗窃中国工商银行发行的金融债券是否应按票面数额计算的批复》指出，中国工商银行发行的金融债券不记名，不挂失，盗窃犯罪分子未被抓获之前，无法阻止其获得债券的本金和利息，应按票面数额计算盗窃数额；未兑现的，可作为量刑时予以考虑的情节。这种盗窃不记名的金融工具并使用的行为，仅仅侵犯了公私财产的所有权，而并未侵犯金融秩序，因此以盗窃罪定性没有问题。对盗窃印鉴齐全的记名金融工具并使用的行为定为盗窃罪也是可取的。但如果对盗窃印鉴不齐全的或缺乏有效身份证件的记名金融工具（如信用卡）并使用的行为也定性为盗窃罪，则是不科学的。这是因为：（1）盗窃不记名的金融工具或印鉴齐全的记名金融工具并使用的行为实际上是一种单纯的盗窃行为，而盗窃印鉴不齐全的或缺乏有效身份证件的记名金融工具并使用的行为实际上是一种盗窃罪与金融诈骗罪的牵连犯形态。最高人民法院1986年11月3日对上海市高级人民法院就王平盗窃信用卡骗取物品如何定性问题请示的答复中认为，被告人盗窃信用卡后又仿冒卡主签名进行购物，是盗窃犯罪的继续，因此不另定诈骗罪，应以盗窃一罪定性。信用卡是一种记名的金融工具，这一司法解释把盗窃缺乏有效身份证件的记名金融工具并使用的行为等同于盗窃不记名的金融工具或印鉴齐全的记名金融工具并使用的行为，显然是无视了其作为牵连犯形态的事实。因此，对盗窃印鉴不齐全的或缺乏有效身份证件的记名金融工具并使用的行为从理论上讲，应择一重罪处断。那么，何者为重呢？一般情况下，金融诈骗罪比盗窃罪重。金融诈骗罪的所有基本构成的法定刑都是5年以下有期徒刑或者拘役，并处巨额罚金；而盗窃罪的基本构成的法定刑则是3年以下有期徒刑、拘役或者管制，对罚金的适用是“并处或者单处”。且无巨大的数额限定。同理，两者的第二级和第三级加重构成的法定刑也一般都是金融诈骗罪为重（保险诈骗罪例外）。按照盗窃罪适用死刑的规定，只有盗窃金融机构金融工具数额特别巨大的，才适用死刑；而金融诈骗罪9种具体犯罪中有4种规定了死刑，且无上述犯罪场合的限制。因此，所谓择一重罪处断，即意味着一般情况下是按照金融诈骗罪的相应罪名定罪处刑。当然，少数情况如果按照盗窃罪处断更重时应按盗窃罪论处。而且，用金融诈骗罪的罪名来对上述行为进行客体评价更确切。因为盗窃印鉴不齐全或缺乏有效身份证件的记名金融工具并使用的行为，不仅侵犯了公私财产所有权，更重要的是侵犯了金融秩序；而如果定为盗窃罪，则容易使人认为这种犯罪仅仅侵犯了公私财产所有权而没有侵犯金融秩序。新刑法第196条第2款的规定，没有正确地贯彻牵连犯的基本原理和处断原则。这一规定给人造成另一个印象，就是似乎所有盗窃金融工具并使用的行为，都应同样按盗窃罪来处理。如1992年12月11日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》就是把所有的盗窃有价支付凭证、有价证券、有价票证并使用的行为都以盗窃罪论处。这也同时造成了下面一大困惑。（2）盗窃罪是纯正的自然人犯罪，单位不能构成，而单位实施盗窃行为是一种客观存在。这就是说，单位盗窃金融工具并使用的，无法对单位定为盗窃罪，只能对其直接责任人员认定盗窃罪。如最高人民检察院1996年1月23日《关于单位盗窃行为如何处理问题的批复》指出，单位组织实施盗窃，获取财物归单位所有，数额巨大、影响恶劣的，应对

其直接负责的主管人员和其他主要的直接责任人员按盗窃罪依法批捕和起诉。这一解释显然具有极大的不合理性，实际上自然人成了犯罪单位的替罪羊。而金融诈骗罪的大多数犯罪都可以由单位构成，如果一般情况下，对盗窃印鉴不齐全或缺乏有效身份证件的记名金融工具并使用的行为认定为相应的金融诈骗罪，则可以解决单位犯罪主体上的困惑。（3）盗窃印鉴不齐全或缺乏有效身份证件的记名金融工具（如信用卡、记名的有价证券等）并使用的行为，如果按照盗窃罪论处，还会使对其共犯形态的认定变得过于麻烦。当盗窃犯罪分子的同伙或者朋友明知信用卡是盗窃来的而使用的情况下，对盗窃分子的同伙或朋友按盗窃罪的共犯论处；但如果盗窃犯的朋友不知道所使用的信用卡是盗窃来的（比如盗窃犯告诉其朋友是捡来的），对使用者则无法按盗窃罪的共犯论处，<sup>○26</sup>只能认定为一个构成盗窃罪，一个构成信用卡诈骗罪。这就是说，如果这样处理，则盗窃犯的朋友在不知道是盗窃来的信用卡而使用的情况下，比知道是盗窃来的信用卡而使用的情况下一般来说要受到更重的刑罚处罚。这是没有根据的，甚至可以说是轻重颠倒的。综上，笔者认为，对于盗窃信用卡等记名金融工具并使用的行为，不应硬性规定按盗窃罪论处，应分别情况对待，或者按盗窃罪处理，或者按金融诈骗罪与盗窃罪的牵连犯处理。当然，在罪刑法定主义之下，司法实践应当严格按照现行刑法的规定定罪量刑。

#### 参考文献

①参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第518页；马克昌主编：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社1993年版，第351页；王作富著：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第615页；甘雨沛等主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社1991年版，第657—658页；王晨著：《诈骗犯罪的定罪与量刑》，第20页；黎全阳：“诈骗犯罪若干争议问题研究”，载《刑事法专论》（下卷），中国方正出版社1998年版，第1318—1319页；赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（下卷），河南人民出版社1996年版，第386—388页；等等。

②参见刘远主编：《危害公共卫生罪》，中国人民公安大学出版社1998年版，第1页。

③参见金凯主编：《侵犯财产罪新论》，知识出版社1988年版，第229页。

④同上。

⑤参见陈兴良主编：《刑法各论的一般理论》，内蒙古大学出版社1992年版。第96页。

⑥参见胡云腾：“论金融犯罪”，载《法学前沿》第1辑，法律出版社1997年版，第81页。

⑦参见周振想主编：《中国新刑法释论与罪案》，中国方正出版社1997年版，第889页。

⑧《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第366页。

⑨参见王卫国：《金融欺诈对商事立法的挑战》，1998年北京预防和控制金融欺诈国际研讨会论文。

⑩参见高铭暄主编：《刑法学原理》第1卷，中国人民大学出版社1993年版，第488页。

○11参见刘远：《金融诈骗罪研究》，中国人民大学法学院1999年博士学位论文，第16页。

○12参见吴晶妹编著：《金融经济学》，中国经济出版社1998年版，第29—30页。

○13参见陈兴良主编：《刑法新罪评释全书》，中国民主法制出版社1995年版，第528页。

○14参见周振想主编：《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463页。



○15参见金凯主编：《侵犯财产罪新论》，知识出版社1998年版，第229页；刘明祥：“论我国刑法中的诈骗犯罪的几个问题”，载赵秉志等主编《全国刑法硕士论文荟萃》，中国人民安大学出版社1989年版，第698页；甘雨沛等主编：《犯罪与刑罪新论》，北京大学出版社1991年版，第680页。

○16参见熊选国：《信用卡恶意透支的认定与预防》，1998年北京预防和控制金融欺诈国际研讨会论文。

○17同上。

○18同上。

○19参见最高人民法院、最高人民检察院1985年7月8《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》；最高人民法院1996年12月16日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》；金凯主编：《侵犯财产罪新论》，知识出版社1988年版，第229页。

○20参见陈兴良主编：《刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第905页；张明楷著：《刑法学》（下），法律出版社1997年版，第782页；张之又、万春：“试论诈骗罪”，载《法学研究》1985年第6期，第42页。

○21参见林山田著：《刑法特论》（上），台湾三民书局1978年版，第334页。笔者认为，林先生一方面主张诈骗罪的既遂采取“交付并有财产损失说”，另一方面又认为诈骗罪的客观构成要件要素包括上述五个，这是自相矛盾的。如林先生举例说：“例如被害人受骗，已将款项交付邮局邮汇，但中途汇票遗失，行为人虽未接获此笔汇款，但仍应负本罪（指诈骗取财罪——笔者注）即遂之刑责。”（见上引著作第334页）按照此说，诈骗取财罪的客观构成要件要素应为四个。

○22参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第2卷），中国人民大学出版社1993年版，第292页。

○23参见刘远：《金融诈骗罪研究》，中国人民大学法学院1999年博士学位论文，第25页。

○24参见周振想主编：《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。

○25参见刘宪权著：《金融风险防范与犯罪惩治》，立信会计出版社1998年版，第184页。

○26参见郎胜主编：《〈关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定〉释义》，中国计划出版社1995年版，第140页；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461-462页。

《中国刑事杂志》2000年第6期

更新日期：2007-8-14

阅读次数：685

上篇文章：论操纵期货市场罪

下篇文章：操纵证券、期货交易价格罪行为方式之解读

