

信用卡犯罪の体系的性研究

晋 涛¹

摘要：刑法中的信用卡应当回归规范含义，仅指具备银行授信额度和透支功能的贷记卡，不包括借记卡。刑法规定了4个信用卡犯罪，覆盖了信用卡犯罪的整个流程。四个罪名联系密切，连续实施四个犯罪，具有素材同一性，成立包括的一罪。“盗窃信用卡并使用的”是一款法律拟制，仅限于使用他人真实有效的卡，对自动柜员机使用应坚持机器不能被骗的原则。盗窃信用卡并使用的，是否包括出售、赠与、出借等转让行为，关键看转让行为是否实质上构成使用。盗窃信用卡并使用的，包括对信用卡透支。盗窃信用卡并使用不适用于行为人把真卡误认为是伪造的信用卡、作废的信用卡并使用，也不适用于行为人把伪造的信用卡、作废的信用卡误认为是真卡并使用的情况。这种行为根据在自动柜员机使用还是在银行柜台或者特约商户使用分别成立盗窃罪或者信用卡诈骗罪。抢劫信用卡并使用的应当数罪并罚，抢夺、诈骗、拾得信用卡并使用的，只对使用行为定罪。恶意透支的主体只限于持卡人，催收是开户行对持卡人本人催促还款的意思表示，催收应到达持卡人支配领域才生效。银行在明知信用卡申请人不具备还款能力仍为其办理信用卡，持卡人透支的，成立被害人承诺，持卡人不构成恶意透支。刑法应保持谦抑品格，很多金融犯罪过于彰显刑法的打击作用，阻碍了金融业健康发展。关键词：信用卡；恶意透支；被害人承诺；错误；盗窃罪

クレジットカード犯罪の体系的性研究

要旨：刑法で言うクレジットカードはデビットカードを除外し、与信限度額

と貸越しの機能をもっているクレジットカードだけを指すという規範に合う意味に戻らなければならない。刑法においては、四種類のクレジットカード犯罪を定めており、クレジットカード犯罪の全プロセスを含めている。クレジットカードの盗用は法律的擬制で他人の真実かつ有効なカードを使うことに限られている。自動販売機については機械が騙される可能性がないという原則が守られなければならない。クレジットカードの盗用には貸越しが含まれていない。販売、贈与、貸出などの譲渡行為が含まれるかどうかは実質的使用になっているかどうかによって判断されるべきである。クレジットカードの窃盗および悪用は行為者が偽造カード、廃棄カードを本当のカードと間違えて使うという状況の適用から除外されることになる。クレジットカードを略奪して使うことは併合罪として刑を言い渡される。クレジットカードカードの奪い取り、詐欺、拾得およびその後の使用は使用行為にのみ罪を言い渡される。悪意貸越しの主体はカード持参人に限られている。請求は持参人の支配分野に届いてはじめて効力が発生するようになる。銀行は返済能力のない申請者にカードを発行する場合、持参人の貸越しが被害者の承諾になり、悪意貸越しにならない。刑法は謙抑主義を取るべきものである。刑法は多くの金融犯罪に働きかけすぎて、金融業の健全な発展を妨げるようになる。

キーワード：クレジットカード、悪意貸越、被害者承諾、錯誤、窃盗罪

Research on the system of credit card crime

Abstract: The credit card in criminal law should return to normative meaning, only refers to the credit with bank credit card and overdraft function, does not include debit cards. The criminal law stipulates four credit card crimes, covering the whole process of credit card crime. Four charges are closely linked, continuous implemented the four crimes with material identity, setting up an including sin. "Stealing credit card and use" is a legal fiction ,only means using other people's

real and effective card .The use of ATMs should uphold the principle that the machine can not be deceived.Theft and use of credit cards, including whether the sale, gift, lending and other transfer behavior, the key to see whether the transfer constitutes a substantial use.Theft and use of credit cards, including credit card overdraft.Theft of credit cards and use does not apply to the perpetrator mistook real card for a fake credit card, void credit card, nor does it apply to the situation where the perpetrator mistook the forged credit card and the invalidated credit card as a real card.These two cases are based on the use of the ATM or bank counters or special merchants to constitute the theft or credit card fraud respectively. The robbery and use of credit card shall be combined punishment for several crimes. Robbery, fraud, pick up credit cards and use, only convicted the latter behavior. The subject of malicious overdraft is limited to the cardholder, collection is the bank urge the cardholder to repayment. The collection should reach the cardholder dominant field to take effect. The bank knows that the credit card applicant does not have the repayment ability still giving them credit card, cardholder overdraft establish the victim commitment, cardholders do not constitute a malicious overdraft. Criminal law should maintain the modest character, many financial crimes are too much to highlight the impact of the criminal law, hinder the healthy development of the financial industry.

Key words: Credit card; Malicious overdraft; Consent of the victim; False; Theft

金融犯罪在我国刑法中占有很大的比例，也是多发高发犯罪，准确性金融犯罪关涉到金融犯罪的治理，更涉及到犯罪人的合法权益保障。信用卡已成为日常生活最常用的金融工具之一，相伴而生的信用卡犯罪也随着信用卡业务量的增加出现了诸多问题。刑法修正案增加了信用卡犯罪的新类型，立法解释、司法解释也对司法实践中出现的问题给出了具体指南，这为规制信用卡犯罪提供了依据。“尽管针对现行《刑法》第196条全国人大常委会出台了专门性的立法解释，2009年‘两高’也出台了具有明确针对性的《最

高人民法院、最高人民检察院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》，但是其在司法适用过程中仍然存在诸多疑难问题。”²信用卡犯罪的很多问题仍需要进一步澄清，为规制信用卡犯罪划清界域，最终服务于社会经济发展。本文从信用卡规范含义的回归、信用卡的罪名体系、“盗窃信用卡并使用的”几个问题、恶意透支的适用解析这四个方面对信用卡犯罪进行了全面性研究。

一、信用卡规范含义的回归

“立法者所使用的语言是经过审慎推敲的。”³信用卡作为一个金融业专门术语，具有特定的含义。“信用卡最重要的特质乃是作为支付工具而存在，就其形态而言已经极其多样，不论是以明文立法或以学理解释加以定义，皆难免有所偏颇。现今社会经济发展迅速交易形态多变，信用卡功能亦将随商业与社会之需要而推陈出新，并使信用卡出现新的衍生形态。所以如果以文字限缩对信用卡制度进行定义，难免将因社会快速变迁而显不适，并容易限制信用卡制度未来的发展。”⁴作为刑法中的一个术语，基于罪刑法定和确定性原理，必须明确信用卡的具体所指。

（一）刑法用语解释与部门法的一致性和差异性

刑法是保障法，对刑法中用语不一定要按照具体部门法中的术语理解，如重婚罪中的“婚姻”、侵犯公民通信自由罪中的“公民”等，这取决于刑法的规范保护目的。“根据《产品质量法》的规定，这里的‘产品’主要是指经过加工、制作、用于销售的产品，但不包括建筑工程。即除了建筑工程以外的一切伪劣产品，不管是工业一用品还是农业用品，不管是生活用品还是生产资料，不管是危害人身、财产安全的产品还是不危害人身、财产安全的产品，都可能包括在本罪的伪劣产品之中。”⁵很显然，论者严格遵守了概念一致性原则，刑法打击违法犯罪行为与具体部门法保护调整合法行为在目的上相一致，只不过存在方向的差异。因此，生产、销售伪劣产品罪中对产品做出限缩解释（不包括建筑产品）没有必要。“刑法并不从属于民法，

并且具有不同于民法的目的，故不可能在任何场合都以民法等法律为根据。例如，即使是民法上的私人财产，也可能在刑法上成为公共财产（参见刑法第91条第2款）。民法上的所有权人窃取刑法上属于公共财产的财物时，依然成立盗窃罪。”⁶

对刑法中术语的解释与特定部门法不一致非但不受排斥还受到大力认可，源自二者在目的上的一致性。但是在有些犯罪中，刑法规定的行为是以前置性法律违反作为构成要件的，前置性法律的规制对象、范围、方式等影响到犯罪的成立，对于前置性法律中的术语应当严格遵守，这涉及到罪与非罪的认定，如倒卖文物罪中的“文物”必须严格按照《文物保护法》的规定，假冒注册商标罪中的“商标”必须按照《商标法》的规定（因此不包括未注册的驰名商标）。“特别是在经济刑法领域，行政从属性乃是其主要特征，大量的空白刑法规范要借助经济行政法规补足其构成要件。”⁷

对于刑法中术语的理解，一方面应当考虑刑法的目的，另一方面又要考虑相关法律规定，具体考量一致性和冲突性，作出最适合二者定位的选取。信用卡犯罪中的信用卡应该仅指具有透支功能的贷记卡或者准贷记卡，而不应泛指一切银行卡。

（二）何为信用卡

何为信用卡，这需要我们简单梳理一下信用卡的发展历程。中国人民银行对信用卡的理解也是一个变化的过程，这也直接影响到了刑法中信用卡的样态。1996年1月26日中国人民银行颁布的《关于印发〈信用卡业务管理办法〉的通知》第三条：“本办法所称信用卡，是指中华人民共和国境内各商业银行（含外资银行、中外合资银行，以下简称商业银行）向个人和单位发行的信用支付工具。信用卡具有转帐结算、存取现金、消费信用等功能。”该规定并没有明确区分信用卡与普通卡，通知里界定的信用卡实质上是银行卡。1999年1月27日中国人民银行《银行卡业务管理办法》第五条：“银行卡包括信用卡和借记卡。银行卡按币种不同分为人民币卡、外币卡；按发行对象不同分为单位卡（商务卡）、个人卡；按信息载体不同分为磁条卡、芯

片（IC）卡。”第六条：“信用卡按是否向发卡银行交存备用金分为贷记卡、准贷记卡两类。贷记卡是指发卡银行给予持卡人一定的信用额度，持卡人可在信用额度内先消费、后还款的信用卡。准贷记卡是指持卡人须先按发卡银行要求交存一定金额的备用金，当备用金帐户余额不足支付时，可在发卡银行规定的信用额度内透支的信用卡。”该规定中明确将银行卡区分为信用卡和借记卡。2011年1月13日银监会颁布的《商业银行信用卡业务监督管理办法》第七条：“本办法所称信用卡，是指记录持卡人账户相关信息，具备银行授信额度和透支功能，并为持卡人提供相关银行服务的各类介质。”梳理中国人民银行和银监会对信用卡的相关规定可知：早期中国人民银行并未明确区分信用卡和借记卡，随着对信用卡认知的进一步提升，中国人民银行和银监会都明确了信用卡的定义和特征“具备银行授信额度和透支功能”。即信用卡是获得银行授信具有透支功能的银行卡。

（三）信用卡在刑法中的所指

“由于我国现行《刑法》是在1997年10月1日正式生效的，而其规定的信用卡诈骗罪中‘信用卡’的含义显然是秉承中国人民银行1996年发布的《信用卡业务管理办法》规定的内容，即既包括贷记卡也包括借记卡。这就产生了一个问题：我国刑法中信用卡诈骗罪中‘信用卡’的含义是否需要随着银行业务管理工作中‘信用卡’含义的变化而变化？”⁸全国人大正是对立法原意的忠诚，对信用卡做出了与当前金融领域不同的理解。2004年12月29日《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》：“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。”即，全国人大常委会的立法解释将信用卡等同于银行卡，与96年《关于印发〈信用卡业务管理办法〉的通知》对信用卡的规定相同，与中国人民银行以及最近的证监会的规定都明确区分了信用卡和借记卡不同。全国人大常委会的立法解释具有准立法的性质，中国人民银行以及证监会的规定是部门规章性质，从二者效力位阶上说，应该认可全国人大常委

会的解释，即刑法中“信用卡”是包括贷记卡在内的一切银行卡。

认为刑法中的信用卡是指包括贷记卡在内的一切银行卡，这种理解应得到修正，应当还信用卡以本来面目，信用卡应该仅指贷记卡，不包括借记卡。

其一，“恶意透支的”用语表明信用卡诈骗罪的信用卡只能是贷记卡。信用卡诈骗罪（196条）：“有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，……（四）恶意透支的。”透支是银行根据持卡人的申请，准许其在授信限额内从银行自由借款的行为。只有信用卡才具有透支功能，借记卡不具备透支功能。根据本条表述的进行信用卡诈骗恶意透支的，可知该项中所指的信用卡一定是具有透支功能的信用卡，而不是泛指银行卡。进而可以认为196条中的信用卡仅指具有透支功能的信用卡。虽然可以对刑法用语作出相对性解释，⁹但是在统一性和相对性之间，应当以统一性为原则，以相对性为例外，否则刑法的体系性将遭到破坏。对信用卡诈骗罪中的信用卡作出不一致的解释，即第四项仅指可以透支的贷记卡，其余三项是指一切银行卡，破坏了信用卡作为一个法定金融术语的意义稳定性，这并不具有特别的理由。信用卡诈骗罪中的信用卡是真正意义上的信用卡，同样伪造金融票证罪、妨害信用卡管理秩序罪、窃取、出售、非法提供信用卡信息资料罪中的信用卡都应当是真正意义上的信用卡，即具有透支功能的信用卡。将借记卡排除出这些犯罪之外，并不妨害对非法获取借记卡信息、伪造借记卡、持有、运输借记卡行为的处罚，对这些行为可以按照侵犯公民个人信息罪、伪造事业单位印章罪、诈骗罪等处罚。区别信用卡与借记卡，是因为滥用信用卡行为不但侵害了银行或者持卡人的财产，还破坏了银行与持卡人之间的高度信任关系，进而破坏了金融安全。借记卡主要是对银行和持卡人财产的伤害，谈不上对金融安全的破坏。因此，区分二者既有必要又没有形成处罚漏洞。

其二，关于信用卡的立法解释是类推解释，应当废除。很显然，作为两种性质不同的银行卡，借记卡与贷记卡有着本质的不同，贷记卡可以透支，持卡人与银行之间除委托合同外另外存在一个概括的借款合同，而借记卡持卡人与银行之间只存在一个委托合同。将不具有透支功能的借记卡认定为是具有透支功能的贷记卡，是对两种不同事物的同一看待，是类推解释。类推

解释与扩大解释的区别方法，永远是刑法学无法圆满解决的困惑，但“类推解释与扩大解释的界限仍旧是必须从法规用语的可能意义的超越与否而获得。”¹⁰类推解释与扩大解释具有相似性，“类比不是单独出现的，而毋宁是将逻辑推论，即设证、归纳和演绎整合进了自身之中”。¹¹虽然在方法论上很难提供可操作性标准，但在具体个案中，二者的区分还是相对容易，二者在事实填充下界限分明。将信用卡理解为银行卡，将下位概念提升到上位概念，将种概念提升到属概念，是典型的类推解释。可见无论是从概念同一性还是概念提升，将信用卡理解为银行卡是不利于行为人的类推解释。尽管立法解释抑或司法解释具有法律效力，但也是以自身遵守法律和符合社会基本认知为前提，如果它们本身构成了对社会正义、对罪刑法定的破坏，就不具有正当性。不管何种解释，所谓解释都是对文本内在意义的探寻，超越文本的最大意义就是法的续造，在刑法范围内受到严格禁止。上述立法解释将信用卡解释为银行卡，是对刑法文本的破坏和超越，为刑法所禁止，应当废除。

立法者是人不是神，在刑法中出现立法错误并不鲜见。“立法者的思想通过语言并不能得到充分的表达，词不达意的现象总是存在的。”¹²刑法中存在表述错误、前后矛盾、重复啰嗦、歧义表达、归类唐突、不合规范等多种错误，如“以下”、“本法另有规定的，依照规定”、“公民”、“和”、“虚伪”等等都存在错误，在立法还未修改的前提下，可以对他们作出补正解释。同样，程序和讨论远不及立法严格的立法解释更可能出现错误，对信用卡的解释是一个明显的错误解释，也应当对其补正解释为“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（透支型）电子支付卡。”这样刑法中的信用卡就回归到真正意义上的信用卡了。当然，最理想的方式是废除该立法解释。

二、信用卡的罪名体系

受制于罪名法定，我国具体犯罪只存在于刑法典和一个单行刑法中（在刑法典之外，《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非

法买卖外汇犯罪的决定》还规定了一个罪名，骗购外汇罪），这为我们统计研究罪名提供了准确性和确定性。根据两高的罪名规定，我国刑法共规定了468个罪名，其中信用卡犯罪的罪名共有4个。

（一）信用卡的罪名体系

刑法定了伪造、变造金融票证罪（177条）、妨害信用卡管理罪（177条之一第1款）、窃取、收买、非法提供信用卡信息资料罪（177条之一第2款）、信用卡诈骗罪（196条）四个罪名。我国刑法对信用卡犯罪规定了严密的体系，从非法获取信用卡信息资料、到伪造、变造信用卡、非法持有信用卡或者骗领信用卡、购买、出售、非法购买假信用卡，再到信用卡诈骗，从非法制作到非法使用信用卡的整个过程都有相关的罪名存在。

伪造、变造金融票证罪（177条）处罚包括伪造信用卡的行为，这里的伪造信用卡不包含伪造空白的信用卡。伪造信用卡是指伪造具备使用功能，即消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的信用卡。伪造不具有使用功能的信用卡根本不可能扰乱金融秩序，更不可能侵害他人的财产权益。就如伪造货币罪，必须伪造正在流通的货币，具有与正在流通的货币完全相符或者基本上无差别。伪造已经停止流通的货币的，或者与正流通的货币差别巨大的，打算用来骗取财物的可按照诈骗罪（预备）处罚。还有，在妨害信用卡管理罪中，法条明确区分了伪造的信用卡和伪造的空白信用卡，“明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的”，对伪造的信用卡没有数量要求，对伪造的空白信用卡，要求数量较大。可见刑法明确区分了伪造的信用卡和伪造的空白信用卡。伪造空白信用卡为什么需要数量较大才构成妨害信用卡管理秩序罪，因为伪造的空白信用卡原本不可能危害金融安全，只有数量较大，表明了进一步写磁伪造的可能，才对这种行为进行处罚。伪造空白的信用卡，不具备信用卡的功能，不属于伪造、变造金融票证罪。根据信用卡的特性，不存在变造信用卡，在他人信用卡之上对信用卡进行加工（重新写磁、压制新码等）实质上是伪造。“尽管法律中并未明确规定变造信用卡的行为，

但由于这种变造的行为必须通过重新压印或重新写磁等过程才能完成，因而理论和司法实践中一般认为，变造的信用卡应当属于伪造的信用卡，这也是由信用卡自身的特殊性所决定的。”¹³妨害信用卡管理罪（177条之一第1款）处罚骗领、持有、运输、出售、购买、提供伪造、骗领的信用卡的行为。其中“非法持有他人信用卡”，包括非法持有他人作废的信用卡和他人使用身份证明骗领的信用卡。“使用虚假的身份证明骗领信用卡的”，既包括单纯证明身份的证明如居民身份证、军官证、士兵证、港澳居民往来内地通行证、台湾居民来往大陆通行证、护照等，也包括主要证明还款能力或者资信状况的证明，如收入证明、房产证明、工作状况等。将使用虚假的身份证明仅仅理解为证明身份，而不包括资信证明是对字义的表面理解。如果自己的身份证丢失，按照自己真实的身份证伪造身份证申领信用卡的，不属于使用虚假的身份证明骗领信用卡。窃取、收买、非法提供信用卡信息资料罪（177条之一第2款）除了信用卡识别性信息如信用卡账号、密码、开户人、开户银行等，还包括信用卡动态使用信息，如使用频率、取存款数额、违约状况、透支额度等等。信用卡诈骗罪（196条）是按照信用卡的功能骗取银行或者持卡人财物的行为。如果骗取了他人信任，信用卡持卡人将卡主动交给行为人，并告诉行为人密码，行为人使用信用卡获取财物的，不构成信用卡诈骗罪，构成诈骗罪。

（二）信用卡各罪名之间的关系

信用卡犯罪的四个罪名关系密切，它们共同构筑了信用卡犯罪的刑事法网。它们之间的区别明显，单独实施相应的行为就可以构成一定的信用卡犯罪。问题是如果实施一系列行为，则应该怎么处理。如甲获取乙的信用卡资料信息，伪造了乙的信用卡，之后持该伪造的信用卡到银行取钱4万。对甲该如何处罚？这种情况下应该理解为牵连犯或者包括的一罪，只对甲按照信用卡诈骗处罚即可。甲的行为之间具有紧密结合性，行为素材具有一致性，根据手段行为与目的性为或者原因行为与结果行为的类型化关系可成立牵连犯。如果甲因技术拙劣制造出的信用卡只具有外观相似性，根本不可能到自动柜

员机或者银行使用的，只对窃取、收买、非法提供信用卡信息资料行为进行处罚，不成立伪造金融票证罪、妨害信用卡管理秩序罪、信用卡诈骗罪。伪造金融票证罪中“伪造信用卡的”不包括伪造的空白信用卡、也不包括根本不能按照信用卡功能使用的信用卡。伪造金融票证罪的法益是金融安全，伪造的空白信用卡不能直接使用信用卡，不会对金融安全造成损害。同理，伪造不能使用的信用卡与伪造空白信用卡具有相同性质。四个罪名之间，伪造、变造金融票证罪和信用卡诈骗罪最高刑是无期徒刑，妨害信用卡管理罪和窃取、收买、非法提供信用卡信息资料罪最高刑是十年有期徒刑，这关系到牵连关系或者竞合时的适用选择。

成立包括的一罪时，行为材料必须具有同一性，即获取的信用卡信息资料被用于制造信用卡，又使用该信用卡到金融机构取钱。如果甲非法获取A的信用卡信息资料，但伪造了B的信用卡，持有运输了C的信用卡，用D的信用卡到银行取了三万块，对甲应该四罪并罚。

三、“盗窃信用卡并使用的”几个问题

196条第3款规定了“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。”该款理论上多有争议，需要给予澄清。“法解释不是对条文字词句的含意的单纯的解释，而是需要运用法律原理、规范原理来做成。”¹⁴对于该款的解释，要充分运用刑法原理，遵守学界基本共识。

（一）理解“盗窃信用卡并使用的”需要达成的几点共识

首先该款是法律拟制。所谓拟制，就是将原本不相同的事物按照已规定的事物对待。即B不是A，却将B当做A来看待。分则中法律拟制有多种类型，有一罪拟制为数罪，数罪拟制为一罪，重罪拟制为轻罪，轻罪拟制为重罪等等。这款拟制比较复杂，将成立盗窃罪的盗窃信用卡（多次盗窃、入户盗窃、扒窃、携带凶器盗窃）与不成立盗窃罪的盗窃信用卡（普通盗窃）与此后的使用行为（在自动柜员机上使用和在银行柜台、在特约商户使用）一并处理，统一认定为盗窃罪。该拟制既包括将数罪拟制为一罪的情况，也包括将此罪拟制

为彼罪的情况，还包括采用一般方式盗窃信用卡在自动柜员机适用原本就成立盗窃的情况（严格意义上说，这种行为不是拟制，而是注意规定）。其次，盗窃信用卡并使用是指真实有效的他人信用卡。刑法明确区分了信用卡、伪造的信用卡、作废的信用卡、使用虚假的身份证明骗领的信用卡，这里的信用卡就是指真实有效的信用卡。“这里所说的信用卡仅限于他人真实有效的信用卡，如果盗窃伪造的作废的信用卡并使用的，应认定为信用卡诈骗罪。”¹⁵将盗窃信用卡并使用的限定为他人真实有效的信用卡是正确的，但将“盗窃伪造的作废的信用卡并使用的，应认定为信用卡诈骗罪”并不完全正确，使用伪造的卡、作废的卡根据在自动柜员机还是在银行柜台或者特约商户使用分别成立盗窃罪或者信用卡诈骗罪。他人使用虚假的身份证明骗领的信用卡，对他人和银行来说都是真卡，盗窃他人使用虚假的身份证明骗领的信用卡并使用的，适用该款拟制。再次，本文坚持机器不能被骗的通说立场，不认可自动柜员机是电子营业员的假设。“‘机器不能被骗’成为各国刑法理论公认的命题。”¹⁶认为自动柜员机是电子营业员，具有营业员的身份，那么使用暴力破坏自动柜员机获取里面的金钱则构成抢劫罪，显然不具合理性。机器不能被骗，建立在人具有思考性，同时带有情感、价值因素，即使高度智能化的机器，也无法和人相比。机器不能被骗的背后，是对人尊严的承认，承认生命、身体、自由等人格的价值。最后，盗窃信用卡并使用的，不要求一定持有信用卡，只要实质上使用了该卡即可。信用卡业务中无论是在银行还是自动柜员机只要行为人输入信用卡卡号和密码，就可以进行信用卡功能操作。信用卡信息和作为信息载体的信用卡卡片相分离还是结合使用并不重要，关键看是否处分了信用卡所代表的财产权。明确了上述前提，需要进一步探讨几个具体问题。

（二）盗窃信用卡并使用的，是否包括出售、赠与、出借等转让行为

“字面解释并不意味着解释的结论是唯一的。因为法律的字面规定往往允许对其进行不同的理解。法官必须从中选择出一个最贴近法律目的的释义。”¹⁷盗窃信用卡并使用的，是指按照信用卡的功能进行使用。盗窃银行

卡并出售、赠与、出借的，是否构成使用，要看出售、赠与、出借等行为是否实质上构成使用。

1、盗窃信用卡后，出售、赠与、出借等转让给第三人并告知密码的，实质上是一种使用行为。将信用卡转让给第三人并告知了密码，第三人的使用行为与行为人的转让行为紧密融合在一起。行为人提供盗窃的信用卡并提供密码，已对第三人的使用有了预期，与行为人自己使用没什么区别，应认为是一种使用行为。如果行为人知道盗窃的信用卡没有密码，后转让给第三人的，第三人使用的同样是使用行为。不因是出售、赠与、出借等转让行为就否定了使用性质，关键看这种行为是否也是一种使用，至于行为人自己使用还是让他人使用并不构成差别。

2、盗窃信用卡后，行为人不知道密码，并将信用卡转让给第三人，第三人最终使用了该行信用卡的，不属于盗窃信用卡并使用的行为。行为人对第三人使用只是提供了信用卡卡片，第三人的使用行为具有独立性，不属于行为人的使用行为。但提供信用卡的行为可以看做第三人使用行为的帮助，构成第三人行为的帮助犯。因为信用卡的密码对于信用卡的使用至关重要，只有通过输入密码，才能侵害信用卡内财产。行为人不知道密码或者不告诉第三人密码，他人通过其他方式获得密码并使用的，不属于行为人的使用。

（三）盗窃信用卡并使用的，是否包括透支行为

使用是否包括透支？有人认为不包括透支，因为透支只限于本人透支。本文认为盗窃信用卡并使用的，应包括透支。盗窃信用卡并使用的是盗窃信用卡后按照行用卡的功能进行消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等行为。“因为‘透支’是信用卡的一种最基本的功能，用盗窃的信用卡‘透支’自然也是按信用卡自身特有的功能（即常用的方法）来‘使用’，没有理由将其排除在‘使用’盗窃的信用卡的范围之外。”¹⁸信用卡的一项别特功能就是透支，银行在授信额度内对持卡人随时向银行借款的事先允诺。当行为人盗窃信用卡后，获取了密码冒充持卡人透支的，是按照信用卡功能使用的行为。认为透支只能是持卡人的行为，从本质上忽略了透支也是一种

消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金的行为。透支是银行授予特定持卡人的一种特别银行卡功能，当第三人非法滥用这种功能时就是使用行为。

（四）盗窃信用卡并使用的认识错误

盗窃伪造、作废的信用卡后，误认为是真实的信用卡并使用的，或者盗窃他人真实有效（包括他人骗领的信用卡）误认为是伪造、作废的信用卡并使用的，应当如何处罚？这是错误论的问题。错误论分为具体错误和抽象错误。具体错误是同一构成要件内的错误，包括对象错误、打击错误和因果关系错误。具体错误的判断规则有具体符合说和法定符合说，本文采法定符合说。抽象错误分为对象错误和打击错误。抽象错误的认定标准有抽象符合说和法定符合说。盗窃信用卡发生的这两种错误，是具体错误，属于同一犯罪构成内的错误。根据法定符合说，“行为者追求的行为与实际发生的事实，假如充足构成要件范围内符合，故意（既遂）因为完全符合而成立。”¹⁹

盗窃信用卡并使用的，是法律拟制。法律拟制是一种立法类推，将原本不相同的两类事物赋予相同的法效果。简单来讲，就是立法将B当做A来看待。既然将两类不同的事物当做同一类看待，那么拟制项的适用应当严格按照法律规定，不应扩大其范围。盗窃信用卡并使用是指明确知道信用卡为真实有效的信用卡并且使用的行为。盗窃伪造、作废的信用卡后误认为是真实的信用卡并使用的，因为并不存在他人真实有效的信用卡，不适用该法律拟制。使用伪造、作废的信用卡与冒用他人信用卡，是信用卡诈骗罪的行为类型，属于具体认识错误里的对象错误，不影响犯罪的成立。行为人有使用他人信用的卡故意，客观上使用了伪造、作废的信用卡，根据法定符合说，构成信用卡诈骗罪。盗窃他人真实有效（包括他人骗领的信用卡）误认为是伪造、作废的信用卡并使用的，虽然存在他人真实有效的信用卡，但行为人是使用伪造、作废的信用卡的故意，不构成盗窃信用卡并使用。行为人使用了他人真实有效的信用卡，行为人有使用伪造、作废的信用卡的故意，根据同一构成要件的法定符合说，应构成信用卡诈骗罪或者盗窃罪。可见，盗窃信用卡并使用的，客观上要求存在他人的真实有效的信用卡，主观上要求使用

他人的真实有效的信用卡的故意，才能构成盗窃信用卡并使用。

（五）抢劫、抢夺、诈骗、拾得信用卡并使用的性质

盗窃信用卡并使用的，构成盗窃罪，那么抢劫、抢夺、诈骗、拾得信用卡并使用的，构成何罪？抢劫罪不要求数额，信用卡本身（仅指作为内容载体的信用卡卡片）也是财物，可以作为抢劫罪的对象。因此，抢劫信用卡并使用的首先构成抢劫罪，然后根据在自动柜员机还是在银行柜台或者特约商户使用成立盗窃罪或者信用卡诈骗罪，最终抢劫信用卡并使用的定抢劫罪和盗窃罪或者抢劫罪和信用卡诈骗罪。抢夺财物数额较大或者多次抢夺的，才构成抢夺罪，一次抢夺信用卡的，不构成抢夺罪（当然要排除携带凶器抢夺、聚众哄抢和抢夺后暴力、胁迫的情况）。抢夺信用卡并使用的，抢夺行为不构成犯罪，根据使用情况成立盗窃罪或者信用卡诈骗罪。诈骗信用卡并使用的，包括诈骗别人的信用卡并使用，还包括诈骗他人钱财，他人受骗后主动交出信用卡及密码，让行为人去取钱。骗取他人信用卡，违反持卡人同意使用的，构成信用卡诈骗罪；骗取他人信用卡，持卡人基于受骗同意使用其信用卡，构成诈骗罪。拾得他人信用卡并使用的，因为信用卡卡片本身价值低廉，不构成侵占罪。本文持机器不能被骗的认识立场，不赞成“使用他人遗忘在ATM机上运作的信用卡的行为构成信用卡诈骗罪。”²⁰2008年2月19日最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在ATM机上使用的行为如何定性问题的批复》：“拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为，属于刑法第一百九十六条第一款第（三）项规定的‘冒用他人信用卡’的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。”拾得使用卡并使用的，重点在于使用行为，在机器上使用的构成盗窃罪，在银行柜台或者特约商户使用的构成信用卡诈骗罪。

四、恶意透支的适用解析

（一）恶意透支，仅限于持卡人或者持卡人授权或者默认的人

透支是信用卡的一项基本功能，是持卡人与发卡行提前约定，持卡人有权在一定期间内向发卡行借贷一定数额的金钱的行为。透支是银行的一项业务，遵守信用卡条约的透支是受到鼓励的行为。透支功能可以为银行吸引客户，增加客户持卡量，在一定程度上还能增收。对于客户来说，透支功能可以缓解一时的资金短缺，同时也解决了携带现金的麻烦。但是恶意透支具有滥用银行信用、骗取银行钱财的性质。透支是持卡人与发卡行之间的借款合同，双方主体特定，恶意透支的主体只能是持卡人本人（持卡人授权或者默认的，视为本人）。“盗窃之后的大肆透支行为并非信用卡诈骗罪中的‘恶意透支’，因为这里的‘恶意透支’是一个特定的法律概念，只有合法的持卡人才可能构成恶意透支（否则，不可能存在虽经发卡银行二次催收超过三个月仍不归还的问题）。”²¹ 盗窃信用卡并使用的，虽然不属于“恶意透支”，但包括透支行为。同样，抢劫、抢夺、诈骗、拾得信用卡并透支的，虽然有透支的事实但不是规范意义上的透支，是假冒他人信用卡的行为，根据在自动柜员机或者银行柜台和特约商户使用的不同情况，成立信用卡诈骗罪或者盗窃罪。

（二）催收的构成要件

恶意透支并不当然构成信用卡诈骗罪，只有经催收后仍然不归还透支欠款及其利息的，才构成恶意透支。司法解释又对恶意透支进一步限定为经过两次催收超过三个月仍不归还欠款。“将一次催收扩展为两次催收，是银行部门以及司法实践部门充分认识到现代社会人员流动性大等一系列原因导致的一次催收往往不能有效送达的必要性反应。”²² 更为深层的原因是司法部门也认为处罚恶意透支行为欠缺合理性。透支原本是银行给持卡人的授信行为，一旦持卡人违反约定不偿还透支钱款，银行应对自己的审查程序进行反思，而不能将这种高风险的理财行为根据结果动用刑法处罚另一方。

如何理解催收关系着恶意透支的成立与否。“我们建议两高应尽快颁布司法解释，对实务界和学术界争议很多的‘两次催收’问题，如两次催收是否必须是有效催收、何为有效催收、催收的方式有无限制，两次催收时间的间隔有无要求；以及对透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的，如何确定两次催收。以及因某种原因两次催收后未滿3个月立案，至立案后才滿3个月的是否构成信用卡犯罪，给予明确的解释，以减少争议，统一司法判案的标准。”²³动辄求助于司法解释的现念，是我国刑法解释学落后的原因。司法解释存在诸多问题，并不是理想的问题解决方案。对司法解释的依赖，是推卸责任的表现。最理想的解释是法官等司法人员在具体个案中对法律和事实做出的专门性探讨。催收的成立与否，涉及到恶意透支的成立，也最终关系到信用卡诈骗罪的成立。催收的主体是开户银行，开户银行必须按照严格的催收程序进行催收。银行委托其他单位或这个人的行为，不能视为银行的催收；催收的对象必须是持卡人本人，向持卡人近亲属催收，不构成对本人的催收。要区别向亲属催收和委托亲属转达催收通知，后者是对持卡人的催收；催收的方式需要采取特别的方式，仅仅向持卡人邮寄还款账单不能视为催收。“这里的催收可以是书面催收也可以是电话或口头形式的催收；催收也并不限于发卡银行直接向持卡人催收，发卡银行通过保证人或持卡人家属、通告或者公告形式催收的，也属于这里的催收。”²⁴论者认为向保障人或者持卡人家属催收的，也构成催收，扩大了催收的范围，也违反了债的相对性原理。坚持债的相对性，更为了限缩催收的成立，应该认为“‘催收’包括书面和口头催收。仅限于对持卡人催收，对保证人或者持卡人家属催收的，不属于‘催收’”。²⁵

催收是银行对持卡人在信用卡透支违约后采取的明确表达的催促还款的意思表示。催收的成立应采取到达主义，只有催收通知到达持卡人可以受领范围内，行为人才知悉银行催促还款的表示。一个有效的催收应当是开户行在持卡人违约后向其发出的催促还款的意思表示，该表示需到达持卡人受领范围内方有效。那种认为银行一旦发出催收通知就成立催收的行为忽视了催收的目的，行为人未知悉催收，很难认为是恶意透支。

严格界定催收，主要是恶意透支与善意透支其实很难区别，银行开通透支业务就应当承担一定的风险。透支后一旦无法偿还，就可能被定性为信用卡诈骗罪，具有滥用刑法保护银行财产的嫌疑。应严格限定恶意透支的成立，仅限于那种诈骗银行钱财的行为。催收一方面对于恶意透支的判断具有辅助作用，另一面又限缩了恶意透支的成立范围，具有浓厚的谦抑性思想。司法解释又进一步通过催收限缩了恶意透支的成立，体现出对司法对恶意透支入罪的排斥态度，有利于持卡人合法权益的保障。

（三）恶意透支的另外一种解释视角

当下恶意透支泛滥，一方面是持卡人在贪念支配下的犯罪导致，另一方面银行也有很大的过错。审视我国信用卡发卡实践，各家银行为了提高客户占有量，采取各种办法引诱他人办理信用卡。在此理念主导下，银行对申请人的资信能力不进行严格审查，甚至是只要提供一个身份证复印件就可以办卡。银行在面对在校学生、无固定生活来源者、处于低保状态的人群申请信用卡时，对于不具备申领资格或者申领与其收入不相匹配的额信用卡申请同样给予办理一定额度的信用卡。

银行明知对方没有还款能力仍然为其办理信用卡的，属于被害人的允诺行为，行为人的透支不具有违法性，不应构成信用卡诈骗罪。对所有恶意透支入罪化，尤其对银行存在严重过错滥发信用卡的情况下，是歧视性金融政策，有滥用刑法处罚平等主体的合同行为的嫌疑。“为了维护金融管理秩序，《刑法》侧重金融机构利益的维护。换言之，《刑法》所保护的法益，本质上为金融机构的利益。《刑法》诞生之际，主要是以保护银行资产为核心。”²⁶应反思刑法的这种定位，根据宪法的平等理念及比例原则，把刑法作为保护银行打击合同另一方的工具，与刑法的机能相背。

银行对不具备授信额度内还款能力的持卡人滥发信用卡，是一种被害人允诺行为。被害人允诺行为是一种违法性阻却事由，当法益的主体就自己可以处分的法益允许他人侵犯时，视为法益的阙如或者丧失，得到许可的法益侵犯行为人不构成犯罪。其构成要件是：1、承诺的主体，具有理解承诺内

容，并且在此权限内可以自由处分法益。幼儿、高度精神障碍者的承诺、作为没有权限的第三者的承诺、强制、胁迫的承诺无效。2、承诺的存在时期，有承诺需在行为时作出和承诺需在结果发生时作出。事后承诺无效。3、承诺的形式，有意思表示说和意思方向说之分。根据法益侵害说，只要有承诺的内心意思即可，不需要向外部表示出来。4、承诺认识是否必要。意思表示说要求认识到承诺的存在，意思方向说不要求认识到承诺的存在。²⁷银行不严格审查申请人的资信能力，在明知其不具备还款能力，仍对其发放信用卡的，持卡人透支后无法还款的，完全符合被害人承诺，透支人不成立信用卡诈骗罪。“透支功能是信用卡作为一种金融工具的基础功能，持卡人合理利用透支功能，在法理上，首先应考虑的是，民事责任是否足以防范银行资金损失的风险，而非轻易动用严苛的刑事制裁。”²⁸

五、余论：刑法谦抑性与金融犯罪

信用卡应当回归其本真意义，仅指获得银行授信具有透支功能的银行卡。刑法典规定了伪造、变造金融票证罪、妨害信用卡管理罪、窃取、收买、非法提供信用卡信息资料罪、信用卡诈骗罪四个罪名。同时实施相关信用卡行为，根据素材同一性，成立一罪即可。若不具备素材同一性，就应数罪并罚。盗窃银行卡并出售、赠与、出借的，是否构成使用，要看出售、赠与、出借等行为是否实质上构成使用。盗窃信用卡并使用的，包括透支行为。抢劫信用卡并使用的应当数罪并罚。抢夺、诈骗、拾得信用卡并使用的，根据对机器使用还是对人使用成立盗窃罪或者信用卡诈骗罪。恶意透支仅限于持卡人本人，催收是指对持卡人本人催收，有效催收应采取达到主义。在银行明知对方没有还款能力仍然为其办理信用卡的，属于被害人的允诺行为，行为人的透支不具有违法性，不应构成信用卡诈骗罪。

“法律不是‘独行客’，也不是‘救世主’，它需要与其他社会规范共同承担起对社会的管理职能。”²⁹刑法只是社会治理方案中的一种，而且是最无奈的一种策略。刑法不应当成为最前沿的手段，只能在其他法律、伦理、民约、行规等措施无法发挥作用时，作为一种迫不得已的最后手段性才登场。

“刑法的适用，尽量作为最小限度上的最后手段，作为第一次其他法律的第二次补充，这称作刑法的‘谦抑性’、‘补充性’，因此，刑法并不是以全部违法行为或大部分违法行为为对象，其中的重大应仅限适用于必要的行为这样的意义，这也被唤作‘片段性’”。³⁰刑法应当具有谦抑性，作为最后的手段，具有不完整性、片段性，这是刑法自身的性质决定的。“刑法只不过是维持人类社会的共同生活的制度之一。有时只需用刑法之外的其他方法就能够解决社会生活中的纠纷。刑法或者刑罚，作为解决问题的‘最后手段’，只有在用较少损害利益的方法无法解决问题的场合，方开始动用它。关于刑法的这一性质，称为刑法的补充性。”³¹同时，人性是复杂的，认为只有处罚才能改造的理念是对人的价值的贬损。近来，刑法以积极扩张的姿态广泛介入人们的生活，从修正一到修正案九，修改内容越发广泛，增设罪名更加多元。以民生刑法、风险刑法为口实，刑法在犯罪化的道路上一路狂奔。“我不得不说，法律不仅仅已经将自己的正当目标抛置一旁，反而在追求一种完全相反的目标！”³²

金融犯罪是违反金融法规，具有严重的社会危害性，按照刑法应受处罚的行为。我国刑法共规定了41个金融犯罪，对货币、票据、证券、金融等各个领域进行了规制。在我们一心打击相关金融行为保障金融安全的同时，过多的犯罪化也凸显了我们金融管理的低水平。“如果说通过独立设立金融诈骗罪，表明刑事立法对这种犯罪的高度重视，那么除了具有空洞的宣传效应外，不会增加司法实践价值的分量。”³³“设立骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，而根据《票据法》、《担保法》、《国内信用证结算办法》和《信用证会计核算手续》等当时既有的法律制度，均没有对以欺骗手段取得银行或者其他金融机构票据承兑、信用证、保函的行为进行行政处罚的相关规定。骗取贷款罪则是对传统民事行为予以刑事规制。”³⁴

有些金融犯罪已不能适应快速发展的金融市场，已成为阻碍经济发展的绊脚石，诸如非法经营罪、非法吸收公众存款罪、骗取贷款、票据承兑和金融票证罪等。金融犯罪要适应金融市场，要配合国家当前的金融政策，打击金融违法的同时促进金融的健康发展。相反，随意处罚有利于金融市场发展

的健康行为，不但阻碍了金融市场的发展，还严重侵犯了公民的合法权益，这会让刑法成为一种纯粹的恶害，应防止刑法朝这个方向发展。

注释：

- 1、晋涛系日本爱知大学中国研究科中国研究专攻2016级博士、南开大学法学院刑法学2015级博士。
- 2、王海桥：《经济刑法解释原理的建构及其适用》，中国政法大学出版社2015年，第228页。
- 3、陈林林：《法律方法比较研究：以法律解释为基点的考察》，浙江大学出版社2014年，第120页。
- 4、刘萍：《信用卡上持卡人与发卡机构间法律关系之理论与实务探析》，《金融研究》2008年第11期，第199页。
- 5、彭文华、王昭武、吴江：《中国刑法罪刑适用》（4版），法律出版社2013年，第123页。
- 6、张明楷：《刑法分则的解释原理》（2版，上），中国人民大学出版社2011年，第71页。
- 7、董秀红：《金融安全的刑法保护》，法律出版社2015年，第180页。
- 8、刘宪权、杨兴培：《刑法学专论》，北京大学出版社2007年，第418-419页。
- 9、如对抢劫罪中的“暴力”（最高刑死刑）和妨害公务罪中的“暴力”（最高刑三年有期徒刑）作出不同理解：抢劫罪中的“暴力”包括致人重伤、致人死亡和故意杀人；妨害公务罪中的“暴力”仅指造成轻伤以下的伤害。
- 10、（日）内藤谦：《刑法原论》，岩波书店2007年，第55页。
- 11、（德）考夫曼：《法律获取的程序：一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年，第164页。
- 12、王凯石：《刑法适用解释》，中国检察出版社2008年，第41页。
- 13、刘宪权：《涉信用卡犯罪对象的评析及认定》，《法律科学（西北政法大学学报）》2014年第1期，第187页。
- 14、林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年，第112页。
- 15、赵廷光、张正新主编：《常见罪行新论》，法律出版社2014年，第148页。
- 16、张明楷：《也论用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质》，《清华法学》2008年第1期，第94页。
- 17、梁根林、（德）埃里克·希尔根多夫主编：《中德刑法学者的对话：罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2013年，第36页。
- 18、刘明祥：《“盗窃信用卡并使用”的含义解析与司法认定》，《中国法学》2010年第1期，第176页。
- 19、（日）佐久间修：《刑法总论》，成文堂2009年，第126页。
- 20、古加锦：《“冒用他人信用卡”型信用卡诈骗罪若干疑难问题研究》，《政治与法律》

- 2013年第5期,第41页。
- 21、彭文华、王昭武、吴江:《中国刑法罪刑适用》(4版),法律出版社2013年,第229-230页。
 - 22、刘宪权、庄绪龙:《“恶意透支”型信用卡诈骗罪若干问题研究》,《当代法学》2011年第1期,第67页。
 - 23、张伟新、于书峰:《恶意透支型信用卡诈骗罪“两次催收”及相关问题研究》,《河北法学》2013年第11期,第200页。
 - 24、杨兴培、李翔:《经济犯罪和经济刑法研究》,北京大学出版社2009年,第221页。
 - 25、彭文华、王昭武、吴江:《中国刑法罪刑适用》(4版),法律出版社2013年,第226页。
 - 26、安曦萌:《金融犯罪概念之争》,《河北学刊》2015年第5期,第160页。
 - 27、参见(日)岡野光雄:《刑法要説総論》,成文堂2012年,第139-140页。
 - 28、毛玲玲:《恶意透支型信用卡诈骗罪的实务问题思考》,《政治与法律》2010年第11期,第42页。
 - 29、刘亚丛:《事实与解释:在历史与法律之间》,法律出版社2010年,第171页。
 - 30、(日)中山研一:《口述刑法刑法総論》(補訂版),成文堂2006年,第19-20页。
 - 31、(日)松宮孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年,第10-11页。
 - 32、(法)巴斯夏:《财产·法律与政府》,秋风译,贵阳贵州人民出版社2002年,第70页。
 - 33、杨兴培、李翔:《经济犯罪和经济刑法研究》,北京大学出版社2009年,第407页。
 - 34、董秀红:《金融安全的刑法保护》,法律出版社2015年,第166页。