

恶意透支型信用卡诈骗罪的认定问题

梁 芳

(中国政法大学 刑事司法学院,北京市 100088)

[摘 要] 随着信用卡透支功能在社会生活和经济活动中的广泛使用,信用卡业务的风险也与日俱增,持卡人恶意透支的现象层出不穷,严重侵犯了公私财产安全,扰乱了市场金融秩序。文章依据最高人民法院、最高人民检察院颁布的《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《解释》),分析该罪在认定过程中的“非法占有目的”、“经银行催收仍不还”和数额认定等问题。

[关键词] 恶意透支; 非法占有; 催收; 数额认定

[中图分类号] D924.35 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2012)02-0076-04

我国刑法第196条对恶意透支的概念已经做出了较为明确的规定,2009年12月3日,最高人民法院、最高人民检察院颁布了《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《解释》),《解释》在此基础上对其做了进一步完善,但是对于恶意透支型信用卡诈骗罪的认定在理论和实践中仍然存在着一些较大的争议。

一 “非法占有目的”的认定

《解释》第6条第2款列举了“明知没有还款能力而大量透支,无法归还”等6种行为方式,并规定行为人实施了所列6种行为之一的,就应当认定其具有“非法占有目的”。根据该司法解释,行为人实行了上述行为之一,法院就应当而非可以认定其具有非法占有的目的,即在这种情况下法官几乎没有自由裁量的余地。在此,存在一个通过客观行为推定主观非法占有目的的问题^[1]。也就是很多人所说的事实推定。这样的规定是存在一定问题的。

(一)《解释》有关规定的合理性

实践中的案件千差万别,需要法官根据一个具体案件的各种证据综合判断。司法解释现在对一些犯罪目的明确规定应当根据哪些外在行为进行认定,而且有些规定还具有一定的强制性,正如《解释》第6条第2款,要求法院在出现某种行为时必须认定行为人具有犯罪目的,这种规定过于僵化,限制了法官的事实认定权,同时也有客观归罪的嫌疑。笔者认为,司法解释的规定应当尽量合理,减少对

法官事实认定权的侵害,尽量弱化这种“法定性”。也就是说,司法解释在对此类问题进行规定的时候,应当避免使用强制性的字眼,如“应当认定”等,而要给法官一些合理的自由裁量的空间。由此可见,《解释》有关信用卡诈骗的非法占有目的的认定规定是不恰当的,不能要求法官在出现某种外在行为的时候就必须认定行为人有非法占有的目的,而是应该更多的采取“建议性”或者是“可以”性的规定。

(二)《解释》有关规定的充分性

《解释》存在的另外一个问题是,仅仅根据其中一些行为认定行为人具有犯罪的目的,是否具有充分性。根据第6条的有关规定,根据其中一些外在行为,确实可以推论出行为人具有非法占有的目的,但是也有一些外在行为很难推论出行为人具有该目的。例如行为人“使用透支的资金进行违法犯罪活动的”。诚然,行为人使用透支的资金进行违法犯罪活动时,应该预见到很有可能会面临资金被没收的问题,一旦被没收,资金就难以归还,其在透支时可能具有非法占有的目的。但是也可能存在这样的情况,即行为人在透支时确实没有非法占有的目的,而是希望通过违法犯罪活动获取更多资金后,再归还所透支的资金。作为一种事实认定方法,推论的得出应当能够排除其他合理的可能性。行为人使用透支的资金进行违法犯罪活动既然不能排除行为人不具有非法占有目的的可能性,但如果仅仅根据此外在行为就认定其必然存在非法占有目的,显然是不恰当的。

(三)《解释》有关规定中具有“事后价值倾向性”事由的分析

《解释》第6条第2款中第1项对非法占有的目的做了这样的规定:“明知没有还款能力而大量透支,无法归还的。”有学者认为,这种不区分具体情况而唯以不具有确定性的“或然结果”为定性标准的理念是一种“事后价值倾向性评价”^①,是有违现代法治理念的。笔者比较赞同这种观点。例如假如行为人虽然没有固定的收入来源,但是其通过真实合法的途径领取了信用卡并进行了大量透支,且将所透支的款项投资了高风险高利润的证券或者股票,此时可能会产生两种结果:一旦行为人投资失败,无法归还透支款项,法院即可根据《解释》第6条第2款认定其“明知没有还款能力”从而推定行为人主观上具有“非法占有目的”;但是如果行为人运气极佳,获得了丰厚的利润和回报并及时归还了透支款项,他就绝对不会受到刑法的非难和否定性评价。显然,此时法官只是以或然性的结果为依据反推出行为人是否具有主观上的非法占有目的,确实“有违现代法治行为确定性以及评价确定性的理念精神”。

综上所述,在判断行为人是否具有非法占有目的的时候,一定要综合主客观各个方面的因素进行综合考量,而不能仅仅通过某一个客观行为就推出行为人具有非法占有的主观故意。另外,《解释》第6条第2款的规定应该由“应当认定”的强制性规定改变为“可以认定”的建议性规定。如此一来,被告方只要提出可以动摇控方指控的反证,推定就可能会被推翻。

二 “经银行催收仍不归还”是否是构成本罪的必要条件

要认定行为人构成恶意透支,“经发卡银行催收三个月内仍不归还”是否是构成本罪的必要要件?通过分析法条可知,现行刑法及司法解释对该问题持肯定态度,但是理论上仍然有两种不同的看法。

一种观点认为,有的不法分子在银行申办信用卡以后,并不是用于正常的消费,而是肆意挥霍,大量透支,明显超过其还款能力,非法占有和诈骗钱财的目的十分明显。如果对于这种透支行为,也要求经银行催收三个月内不还才能作为犯罪处理,犯罪分子可能早就已经隐匿财产或者逃之夭夭,“显然于打击犯罪、防范金融风险大为不利。”^[2]因而,对于一些非法占有目的十分明显的不法分子,无需经过银行催收即可认定其恶意透支。第二种观点认为,经银行催告不还款的行为应当是信用卡诈骗罪的必

要构成要件^[3]。通过比较上述两种观点可以看出,很多学者之所以对这一程序性的规定存在异议,主要原因就在于这一规定可能不利于实践中一些特殊情形的恶意透支的处理,例如行为人非法占有目的十分明显的情况或者因为行为人逃避追查而导致无法催收的情况。这种担忧不无道理,但是本文认为,将“经银行催收三个月仍不归还”规定为成立恶意透支的必要要件总体来说还是利大于弊,应该坚持。

(一)透支业务的高风险性

透支功能作为信用卡的一个特色功能,可以为银行带来巨大的利润,但是,其从诞生之日起就同时蕴含着巨大的风险,特别是在国家和社会的诚信体系缺失的情况下更是如此。对此银行应该有着清醒的认识。信用卡的透支利息要远远高于普通利息,而且在持卡人不能按时归还其所透支的款项时,发卡银行还要收取很高的滞纳金和其他费用等,也就是说,在持卡人透支的情况下,银行已经为其设定了沉重的负担。而且,与其他情形的信用卡诈骗行为不同,恶意透支型犯罪的行为人使用的毕竟是自己合法持有的信用卡,透支行为最初也是持卡人和银行依照双方合同约定的一种合法行为,而催收行为也是银行一方应该尽到的告知或者提醒义务。刑法不能过分的坚持银行保护主义,而应该在持卡人和银行的利益之间保持一定的平衡。如果没有“经银行催收三个月仍不归还”这一必要条件作为入罪的限制门槛,持卡人很有可能会因为其一时疏忽的透支行为而被追究刑事责任,这是不合理的。此外,如今恶意透支犯罪横行的局面也不能完全归咎于持卡人,银行也责无旁贷。很多银行为了追求发卡数量,而对发卡行为管理不严,把关不准,存在着严重的滥发情形,有时候甚至对申请人的资信状况都不做调查。在银行存在着如此严重的疏漏的情况下,将“经银行催收三个月内仍不归还”作为恶意透支入罪的一个限制条件是十分必要的,否则,刑法难免沦为银行的“讨债工具”。

(二)刑法谦抑性的要求

将催收不还作为恶意透支犯罪的一个必要条件也是刑法谦抑性的要求。刑法第196条规定了信用卡诈骗罪的5种情形,其中,恶意透支犯罪属于信用卡业务的固有风险,而使用伪造的、以虚假的身份证明骗领的信用卡、作废的信用卡或者是冒用他人信用卡的犯罪则并非信用卡业务的固有风险^[4]。与其他几种信用卡诈骗行为相比,恶意透支的主观恶性较小,而且由于持卡人向银行所提供的详细的个人信息,恶意透支犯罪也更容易追查和避免。对于属

于信用卡业务固有风险的恶意透支行为,应该更多的采用民事或者经济的手段进行规制,而非动辄就将其纳入刑法的打击范围,这是刑法谦抑性的要求和体现。将“经银行催收三个月内仍不归还”作为恶意透支构成犯罪的必要条件,虽然在特定情形下不利于打击某种类型的犯罪,但是如果仅仅为了这一小部分犯罪而过分扩大刑法打击的恶意透支行为的范围,就会造成刑法保护功能的过分倾斜。况且,即使将催收不还作为恶意透支的必要条件,也不意味着刑法对持卡人非法占有目的十分明显的透支行为就束手无策了。

(三)解决问题的方法

1996 年 12 月 16 日《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第 7 条第 3 款规定:“恶意透支”是指持卡人以非法占有为目的,或者明知无力偿还,透支数额超过信用卡准许透支的数额较大,逃避追查,或者自收到发卡银行催收通知之日起 3 个月内仍不归还的行为。根据这个司法解释,“逃避追查”和“经银行催收”是作为恶意透支犯罪的选择性要件而非唯一要件,也就是说,如果行为人恶意透支犯罪意图十分明显,即使是没有经过银行催收,也可能直接认定其为信用卡诈骗犯罪。据此,有学者认为,立法机关没有采纳该司法解释的合理性规定,从而给司法认定带来了难题^[5]。笔者认为,1997 年刑法删除了“逃避追查”这一选择性要件并非偶然或者因为疏忽。如果仍然将“逃避追查”和“经银行催收”作为选择性要件加以规定,可能会导致司法机关自由裁量权过大,造成刑法保护功能的过分扩张,同时也有违刑法的谦抑性要求。

在实践中,对于行为人逃避追查导致银行无法进行催收的情况,银行可以采取公告的方式进行催收,或者将催收不能作为“经催收不还”的一种情形来处理。对于非法占有目的十分明显的恶意透支行为,银行可以责令持卡人提供担保或者重新提供有效的担保,要求其在规定的时间内归还透支款项,在必要的时候可以停止该信用卡的服务。在立法和司法解释未作变更的情况下,银行自身加强管理可以有有效的减少恶意透支型信用卡诈骗犯罪的发生。

三 实践中的数额认定问题

《解释》改变了恶意透支型信用卡诈骗罪的数额标准,使其与其他类型的信用卡诈骗行为区别开来。使用伪造的、以虚假的身份证明骗领的、作废的信用卡或者冒用他人信用卡的,数额在 5000 元以上不满 5 万元的认定为“数额较大”,而恶意透支信用

卡的,数额在 1 万元以上不满 10 万元才可以认定为“数额较大”。与此相应,恶意透支“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准也分别是传统信用卡诈骗数额标准的 2 倍。《解释》考虑到了恶意透支犯罪的特殊性并提高了其入罪门槛,这对于贯彻宽严相济的刑事政策,避免刑法打击面过宽有着积极的意义,但是同时,由于传统型的信用卡诈骗和恶意透支型信用卡诈骗行为入罪数额标准不一致,在实践中如果行为人为人同时实施了两种类型的信用卡诈骗行为,如何正确认定其犯罪数额以及如何量刑在司法实践中亟待达成共识。

如果甲某使用伪造的信用卡实施的诈骗数额为 3 万元,同时使用其本人的信用卡恶意透支了 8 万元,此时行为人无论哪种行为均构成信用卡诈骗罪,但两种行为的数额应该如何计算,应该适用哪个量刑幅度呢?理论和实践中对此存在着不同的看法,主要有以下 3 种观点:

(一)数罪并罚说

一种观点认为,甲某的两种行为都构成信用卡诈骗罪,应当分别量刑,然后按照数罪并罚的原则进行处罚。笔者认为此种意见欠妥。虽然两种形态的信用卡诈骗罪分别为不同的法律条文所规定,但其在罪名上仍然是统一的,不应该将其拆分为独立的两个信用卡诈骗罪。在我国刑法理论与实践,通说认为数罪并罚中的“数罪”应该指的是异种数罪。把同一种犯罪的两种不同行为方式看作是两个独立的犯罪,缺乏理论和实践支撑,是不可取的。

(二)折算说

第二种观点认为,依据两种不同形态信用卡诈骗罪的法益侵害程度、社会危害性以及《解释》中对两种形态犯罪界定的 2 倍数额起刑点的法律规定,将起刑点较高的“恶意透支型”信用卡诈骗罪中规定的数额折半,还原至普通型信用卡诈骗罪之入罪标准^[6]。结合上述案例,持这种观点的人认为,首先应当将甲某恶意透支的 8 万元折半成 4 万元,再与其使用伪造的信用卡诈骗的 3 万元直接累加,计算出甲某信用卡诈骗的总额为 7 万元,然后按照普通型信用卡诈骗罪的量刑标准进行处理。此时甲某的诈骗数额达到了信用卡诈骗罪“数额巨大”(5 万 ~ 50 万元)的标准,应该在此量刑幅度内量刑。依照这种观点的实质精神,在上述案例中,也可以将甲某使用伪卡诈骗所得的 3 万元乘以 2,然后与其恶意透支的 8 万元进行累加,即将其诈骗的数额统一换算成恶意透支犯罪的数额标准,计算得出行为人诈骗总额为 14 万元,然后按照恶意透支型信用卡诈骗罪

的量刑标准进行处理。此时甲某的诈骗数额同样达到了信用卡诈骗罪“数额巨大”(10万~100万)的标准,应该在“数额巨大”的量刑幅度内量刑。由此可见,对甲某的诈骗行为按照“数额巨大”的量刑幅度进行处理是不存在障碍的。当然,由于对两种行为方式的数额认定标准不同,用“折半”的方法和用“倍乘”的方法得出的量刑幅度有时候可能会出现不一致的情况,此时应该选择有利于被告人的折算方法进行量刑。笔者认为,这种观点考虑了两种不同类型的信用卡诈骗行为犯罪数额标准的差异,试图使金额的累加更加趋于实质的等量化,是比较合理的。但是由于这种观点目前尚未有任何的法律依据,所以只能作为理论上的探讨而无法应用于实践中。

(三)直接累加说

第三种观点认为,在现行的法律制度下,应该将甲某两个诈骗行为所得的数额直接累加,然后按照有利于被告人的原则,适用恶意透支的量刑档次进行量刑。本文认为,在新的有权解释出台之前,按照这种观点处理案件是必要而且合理的。正如上文所述,恶意透支型信用卡诈骗罪社会危害性较小,入罪标准较高,当行为人同时实施了两种类型的诈骗行为时,应当基于刑法的谦抑性原则,选择有利于被告人的量刑标准,即把累加后的数额按照恶意透支型信用卡诈骗罪的量刑幅度进行量刑。

随着信用卡透支业务的不断发展,司法实践中对恶意透支犯罪的认定将会面临着更多形形色色的问题。本文就当前存在的若干有争议的问题进行了

一定的梳理与分析并提出了自己的看法。今后为减少此类犯罪的发生,关于恶意透支犯罪的立法和司法解释仍需进一步完善和合理化,与此同时,更需要社会各界共同努力,争取早日在我国建立起完善的诚信体制,从而从根源上减少或者防止此类犯罪的发生。

注释:

① 所谓“事后价值倾向性评价”,是指有些制度、政策或者其他规范性文件为达到某种理想化、合目的性的预定目标,在评价某种行为性质之时不是以其本无善恶之分的客观表现为评定依据,而是根据行为之发展趋势,人为的设计对行为可能产生之或然结果的否定性评价标准,以达到特定法律效果和社会效果的倾向性价值目标。参见刘宪权,庄绪龙. 恶意透支型信用卡诈骗罪若干问题研究[J]. 当代法学, 2011(1):64-72.

[参考文献]

- [1] 李成,徐敏. 恶意透支型信用卡诈骗罪若干问题研究[J]. 厦门大学法律评论,2002(4):128-157.
- [2] 侯放,柯葛壮. 信用证信用卡外汇违法犯罪的防范与处罚[M]. 中国检察出版社,1999:314.
- [3] 韶爱泉,梅志军. 恶意透支型信用卡诈骗犯罪问题初探[J]. 金卡工程·经济与法,2009(9):129-130.
- [4] 安文录,李睿. 恶意透支行为刑事司法认定问题研究[J]. 刑法论丛,2010(3):287-230.
- [5] 冯涛. 恶意透支信用卡诈骗罪的认定及立法完善[J]. 中国刑事法杂志,2004(1):65-70.
- [6] 刘宪权,庄绪龙. 恶意透支型信用卡诈骗罪若干问题研究[J]. 当代法学,2011(1):64-71.

Issues on Malicious Overdrawing of Credit Cards

LIANG Fang

(China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: With the overdrawing function of credit cards being used more and more frequently in social economic activities, the risks of the credit card business also become higher. Malicious overdrawing of credit cards by cardholders becomes very common and severely violates the safety of public and private properties and the order of financial market. In December 3, 2009, the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate promulgated the Interpretation of the Application of Law on Crime of Disrupting the Management of Credit Cards ("Interpretation"), setting out more specific criteria for the constitutive elements of malicious overdrawing of credit cards. This essay will discuss some issues in the determination of malicious overdrawing of credit cards from the perspective of this Interpretation.

Key words: malicious overdrawing; illegal encroachment; collection; amount