

蔡桂生：“借记卡案”的刑法剖析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_94_A1_E6_A1_82_E7_94_9F__c122_484646.htm 【摘要】 本文主要讨论一“借记卡案”的犯罪定性问题，通过分析作案人的主观故意，从盗窃罪、侵占罪、信用卡诈骗罪三个方面进行分析。

The article focuses on the determination the nature of the crime in the “ Prepaid Debit Card (PDC) Case ”, after questioning the criminal intent of the wrongdoer, I bring out the discussion from the perspective of three facets??the crime of theft, embezzlement, credit card fraud. 【关键词】 盗窃罪 侵占罪 信用卡诈骗罪 提纲：一、论题的铺垫----案例中的盗窃罪、侵占罪与信用卡诈骗罪 二、论题的深化----“两个主义之争”下分析主观故意 三、论题的收尾----“借记卡案”刑法上的具体认定 法律的生命始终不是逻辑，而是经验。 ----霍姆斯 一、论题的铺垫-----案例中的盗窃罪、侵占罪与信用卡诈骗罪 公民甲在ATM机上使用借记卡取款后转身离开，排队于其后的公民乙随即上去取款。此时，ATM机上的公民甲的借记卡还在其中，处于不需要输入密码即可继续操作的状态，于是公民乙便将公民甲的钱款取走，案值属于该地区数额较大，触犯刑法相关罪名，构成犯罪。此案为盗窃罪、侵占罪抑或信用卡诈骗罪？盗窃罪，是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物，数额较大，或者多次盗窃公私财物的行为。在犯罪构成上，描述本罪罪行的犯罪客观方面，一般表现为以秘密窃取的方法，将公私财物转移到自己控制之下，并非法占有的行为。秘密窃取是指行为人采用自认为不使他人发觉的方法占有他人财物

。只要行为人主观上是意图秘密窃取，即使客观上已被他人发觉或者注视，也不影响盗窃的性质的认定。秘密窃取，可以是被害人不在场时实施，也可以是物主在场，乘其不备时实施。[1] 侵占罪，是指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，或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为。侵占罪实际上可以分为两种类型：一是普通侵占；二是侵占脱离占有物。前者指将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的行为；后者是指将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为[2]。何谓遗忘物？在刑法上，遗忘物与遗失物有何区别，学界尚存争论。一种观点认为，前者是财物的所有人或持有人将所持财物放在某处，因疏忽忘记拿走；后者是指失主丢失的财物。具体区别为：

（1）前者一经回忆一般都能知道财物所在位置，也较容易找回；后者一般不知失落何处，也不易找回。（2）前者一般尚未完全脱离物主的控制范围；而后者则完全脱离了物主的控制。（3）前者一般脱离物主的时间较短；后者一般脱离物主的时间较长。据此，侵占所谓遗失物的行为不构成侵占罪

。[3]而张明楷教授认为，不应区分二者，换言之，刑法上的遗忘物概念包含遗失物。上述观点的第一个理由即等于只要被害人回忆起财物之位置，作案人的行为就会从无罪变为有罪，而第二、第三个理由则有将被害人占有的财物与遗忘物相混淆之嫌，依社会一般观念，当财物尚未脱离被害人的控制范围或者脱离时间较短时，应属于被害人占有的财物，而非遗忘物。比如，某人因为到超市去买东西，将自行车（未上锁）停在超市门口的路边上，进去花了10分钟买完东西出

来发现车不见了，此便是偷盗行为，因为自行车不是遗忘物，是车主还占有着的财物。故区别二者事实上是相当困难甚至不可能的。即使可以明确区分，从实质上说，对侵占遗失物数额较大的行为，也有值得刑法进行规制的必要。其次，对遗忘物的解释不可以流于字面，而宜理解为“非基于他人本意而失去控制，偶然（即不是基于委托关系）由行为人占有或者占有人不明的财物”。[4]本文偏向于张教授的观点。但是我认为，在一定情况下，二者可以区分得比较明显，如果被害人完全回忆不起财物之位置且放弃寻找，财物应属遗失物；若被害人没有放弃仍处在积极有效地追踪寻找期间，财物应属遗忘物。由此看来，本案中的借记卡中的钱款应是遗忘物。但由于货币是特殊的种类物，在民法上，（1）货币占有权与所有权合二为一。（2）货币所有权的转移以交付为要件。（3）货币不发生返还请求权与占有回复诉权的问题，仅能给予合同关系、不当得利或侵权行为提出相应的请求。

[5]本案中的借记卡中的钱款赔偿当是刑事附带民事诉讼中原告请求的标的物。信用卡诈骗罪，是指使用伪造的信用卡，或者使用作废的信用卡，或者冒用他人信用卡，或者恶意透支，进行信用卡诈骗活动，数额较大的行为[6]。（刑法196条）而根据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（2004年12月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过）：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。故本文涉及的借记卡属于刑法上的“信用卡”范畴。那么“诈骗”应当如何理解呢？机器

（ATM机）可不可以被骗？我认为可以[7]。当使用伪造、作废的信用卡等使机器没有正确识别出是不是真卡、有效卡，机器即被骗，因为机器的程序没有达到它本该有的效果，机器程序没有达到人们的正常期待，即此机器有瑕疵。这样便可以成立信用卡诈骗罪。对于此案来说，机器没有被骗，因为卡不是伪造的，也是处在有效期内的，密码是合法使用人输入的，也没有错，所以机器没有被骗，机器的设计程序达到了它应该达到的目的，机器没有瑕疵，若让它识别此案的作案者，则超出了人们对机器的正常期待。故本案不存在诈骗行为。

二、论题的深化----“两个主义之争”下分析主观故意

大陆法系与英美法系在犯罪罪数上有着不同的理论基础，分别奉行“行为人主义”和“行为主义”。大陆法系注重考虑行为人的主观恶性，英美法系注重考察行为人的犯罪行为；在英美法系刑法理论中可以将大陆法系所认定的一个犯罪事实分割成为多个犯罪行为，并构成多个犯罪。简言之，大陆法系犯罪构成理论上具有统一性，强调主客观相统一；而英美法系犯罪认定上则具有解构解析性，更偏重于客观行为的分析。“两个主义”并没有孰优孰劣的区别，争论它们哪一个更有道理，就像问英语和法语哪一个更好一样荒谬和愚蠢。但是考虑到我国本土法律实际情况，结合我国国情，应该更多地偏向于“行为人主义”进行分析。在本案中，公民乙之行为是和合法的“拾得”行为极端模糊的，此间的“合法”、“非法”之处扑朔迷离，在大陆法系法文化影响下，我们应该依靠高度抽象的思维来厘清此间的种种违法与合法之可能性，以求得正确定案。本文遵照我国学习大陆法系的历来传统，在我国大陆法系“行为人主义”已经有一定根基

的条件下，侧重于分析案中犯罪人的主观恶性，通过其主观上认定的事实加以法律评判，纵然主观恶性是不容易证明的，但是依照大陆法系历来的通过预备行为、犯罪后行为等等来透视行为人的主观状态还是有可能的；虽然无法达致与自然真实完全相符，但还是能够达到法律真实，从而实现大陆法系刑法之目的。犯罪故意内部的认识因素和意志因素之间具有密切关系。认识因素是意志因素存在的前提和基础，行为人对结果发生采取希望和放任的心理态度，是建立在对行为及其结果的危害性质的明确认识的基础上的，惟有有了这种明确认识，才谈得上对危害结果发生是持希望还是放任的心理态度，才会在持希望心理态度时确定行为的步骤和方法，并直接支配行为的实施，从而构成犯罪的故意。认识因素是意志因素存在之前提，也是犯罪故意成立的基础，认识因素的缺失将导致意志因素失去基础，从而不构成犯罪故意；意志因素则是认识因素基础上的发展，是犯罪故意中具有决定性作用的因素，它对于把犯罪故意客观化即把犯罪思想变为犯罪行为，具有重要的主导作用。[8] 本案中公民乙是有犯罪故意的，首先它满足犯罪故意的认识因素和意志因素，在认识因素上，行为人明知自己的行为会发生社会危害的结果（公民甲刚刚走开，很有可能再回头，而且依一般正常社会人的判断，正常人是不容易轻易放弃自己的钱财的，公民甲应该认定为主观疏忽，公民乙在发现有卡未拔出时，明知将造成公民甲的钱款流失）；在意志因素上，行为人对自己将致的危害结果的发生所抱的希望或者放任的心理态度[9]（公民乙在明知危害时却以不作为的方式避开了公民甲的注意，不对其加以提示，存在希望危害发生的意志因素，其在摁下

了“取款”键这一瞬间的行为便表现了他的犯罪故意中的意志因素)。所以本案中的公民乙是有着犯罪的直接故意的,根本不存在所谓的“合法拾得”行为。三、论题的收尾----

“借记卡案”刑法上的具体认定 本案到底是盗窃罪、侵占罪还是信用卡诈骗罪?(一) 否定信用卡诈骗罪 由于在本文第一部分已经分析清楚,本案中不存在诈骗行为,不符合信用卡诈骗罪犯罪构成要件之客观方面,故明确否定“信用卡诈骗罪”说。(二) 否定侵占罪 在否定“侵占罪”说之前,我们先关注另一个案例:2003年4月24日20时许,栾某到ATM(自动取款机)取款后,忘了将卡退出便离开。陈某欲插自己的卡取款,插不进去才发现有卡未退出。于是陈某按“继续服务”键,然后按“取款”键,从ATM机里取出该信用卡里的5750元人民币,拒不退还。[10](本人认为,此案应该加上,栾某不是在被害人还在身边刚刚转身便作案,而是被害人已经走远,栾某无法当场对被害人进行提示)此处提到这个案子(下称B案)和文章开头的案子(下称A案)区别在于,B案满足非法占有、拒不退还的犯罪客观方面的要求,而且是在插进卡之后才发现有卡没有退出,事先没有将卡中钱款占为己有之故意,另外,由于此案中的被害人已经走远,属于侵占遗忘物。至于何为“非法占有”,考虑到这两个案例,应为以不作为的方式有意避开对被害人进行提示,私自占有钱款为非法占有,这是一种“非典型不作为[11]”的变种。而作案人不在取出他人的卡之后,再插入自己的卡进行取款,也是一种不作为的形式,以这种方式取得前款则是“合法占有”(仅有犯罪故意的意志因素,缺失认识因素,故不构成犯罪故意,而为合法),若只有后一种不作为,即“合

法占有[12]”，则是一种“拾得”行为，后来“有合法转为非法”便构成侵占罪。而A案则是符合前一种“非法占有”

（符合犯罪故意的认识因素）的不作为形式，此种“非法占有”当掩盖后来的“合法占有”的“拾得”行为，赋予其非法性，则不构成侵占罪。（三）肯定盗窃罪 A案属于盗窃罪，符合秘密避开被害人的注意，并以不作为的方式不对被害人加以提示，在被害人极有能返回的时候实施占有（由于作案人是排在受害者背后的取款者，故可以认定时间是紧凑的），属于自始非法占有，具有盗窃的主观恶意（兼具认识因素与意志因素），符合犯罪构成的主观方面，数额较大，构成盗窃罪。决定区分侵占罪与盗窃罪之关键在于是否有前述的第一种“不作为”行为。作案时间是不是被害人刚刚离开ATM机是判定是否有此种“不作为”的一个重要参考因素。但有例外，若在作案人有意等候被害人离开，守候在ATM机旁，等被害人走得很远再实施作案，即使时间不紧凑，亦当符合“非法占有”之要求。当然，若作案人在事后又把钱款归还给被害人，无论是主动的还是被害人对其非通过诉讼形式自行主张的，则不构成犯罪，因为其行为失去了社会危害性，并且犯罪客体上不满足犯罪构成要件。【注释】[1] 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》（M）北京：高等教育出版社、北京大学出版社2000年版 第511?512页 [2] 张明楷《刑法学》（M）北京：法律出版社2003年版第783页 [3] 参见高铭暄主编《刑法专论》（M）北京：高等教育出版社2002年版第751页 [4] 参阅张明楷《刑法学》（M）北京：法律出版社2003年版第784页 [5] 参见魏振瀛主编《民法》（M）北京：高等教育出版社、北京大学出版社2000年版 第126页 [6]

刘守芬主编《刑法学概论》（M）北京：北京大学出版社2000年版 第371?372页 [7] 也就是说此观点不同于张明楷教授书中的观点，其观点见张明楷《刑法学》（M）北京：法律出版社2003年版第635页 [8] 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》（M）北京：高等教育出版社、北京大学出版社2000年版 第112页 [9] 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》（M）北京：高等教育出版社、北京大学出版社2000年版 第110?111页 [10] <http://www.315hn.com/expense/model-list.asp?id=1808> 2005-4-24访问 [11] 非典型不作为，指以实现特定的犯罪意图为基础，采用消极不动作的方式达到同积极行为同等效果的行为方式，即采取不作为的方式完成作为的犯罪。（陈浩然《理论刑法学》（M）上海：上海人民出版社2000年版 第192页）之所以说，这是“非典型不作为”的变种，是因为这个“不作为”本身不构成犯罪，而只是实现行为人犯罪行为的一个预备行为，使其犯罪行为的组成部分，即其犯罪行为是由“不作为”与“作为”两方面内容组成。[12] 就像一个人，扔了一个钱包在路上，人走远了，被他人拾得，属于拾得，是“合法占有”；而若人就在附近还没有走远，还极有可能重新把钱包拾起，而他人在钱包丢下之后马上趁此情势将钱包捡走，即为“非法占有”的偷盗行为。区分“合法”与“非法”当以遗忘物是否在物主控制范围之内。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com