

浅析盗窃信用卡并使用的行为

刘明祥

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 盗窃信用卡并使用的行为本来属于信用卡诈骗, 但刑法第 196 条第 3 款规定要按盗窃罪定罪处罚, 这缺乏科学合理性。盗窃信用卡并使用的共同犯罪案件具有一定的特殊性, 应该根据具体情况作不同处理。盗窃信用卡并使用的犯罪既遂应以利用信用卡取得他人财物(或用来支付了费用)作为标准。

关键词: 盗窃信用卡; 冒用信用卡; 诈骗罪; 盗窃罪

中图分类号: DF623

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2003)05-0616-04

在司法实践中, 盗窃信用卡并使用的案件时有发生。对这类案件应当如何定性, 如果是二人以上共同作案应当如何处理, 还有区分这类犯罪既未遂的标准应当如何掌握, 这都是理论上有待进一步研究, 并且是与我国刑法第 196 条第 3 款的规定是否科学合理的问题。

一、盗窃信用卡并使用行为的定性

我国刑法第 196 条第 3 款规定:“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。”盗窃他人信用卡后又加以使用, 这种使用就是“冒用他人信用卡的”行为, 是该条所列的四种信用卡诈骗的表现形式之一, 对此不以信用卡诈骗罪论处, 而按盗窃罪(第 264 条)定罪处罚, 自然是一种例外。

至于对“盗窃信用卡并使用的”以盗窃罪定罪处罚是否合理, 我国刑法理论界存在肯定与否定两种不同观点。肯定论者提出的理由又有所不同: 一种意见认为, 这是属于牵连犯的问题, 即牵连触犯盗窃罪和信用卡诈骗罪两个罪名, 应从重处断, 按盗窃罪定罪处罚^[1]; 另一种意见认为, 在这种情况下, 盗窃行为是主行为, 行为人冒用他人名义使用信用卡的行为是盗窃罪的继续, 是从行为。按主行为吸收从行为的原则, 应定盗窃罪^[2]。再有一种意见认为, 区分盗窃罪与诈骗罪(包含信用卡诈骗罪)的关键, 就是看被害人是否因受骗而自愿将财物交付给行为

人, 只要不是被害人因受蒙蔽而自愿交付财物给行为人, 就不构成诈骗罪, 而只能构成盗窃罪。如盗窃他人信用卡后, 到银行设置的取款机上冒领现金。由于银行不承担损害后果, 被害人是信用卡的所有者, 而被害人并未向行为人交付财物, 所以, 不能定信用卡诈骗罪, 而只能定盗窃罪^[3]。还有一种意见认为, 盗窃他人的信用卡, 就等于是取得了一定价值的货币使用权, 只不过这些货币要通过使用信用卡而实现, 因此, 盗窃信用卡并使用的, 在性质上是盗窃, 应当按盗窃罪定罪处罚^[4]。也有一种意见认为, 信用卡是有价值意义的支付凭证, 凭卡可以取得财物, 盗窃信用卡并使用同盗窃印鉴齐全的支票骗取财物的行为相类似, 所以, 要以盗窃罪论处^[5]。最高人民法院在 1986 年 11 月 3 日对上海市高级人民法院就一个案件的请示答复中也指出: 被告人盗窃信用卡后又仿冒卡主签名进行购物、消费的行为, 是将信用卡本身所含的不确定价值转化为具体财物的过程, 是盗窃犯罪的继续, 应定盗窃罪。

但是, 否定论者提出, “盗窃信用卡并不独立构成侵犯财产权的犯罪, 它必须依靠后继行为的支持。‘使用’行为是主行为, ‘盗窃’行为是辅行为。如以牵连犯理论解释, 得出的结论与刑法的规定恰好相反, 盗窃并使用信用卡的, 应定信用卡诈骗罪。”^[6]笔者以为, 在我国, 肯定论虽然是通说并且有法律依据, 但是值得商榷。

第一, 我国的信用卡是银行或金融机构发给消费者使用的一种信用凭证。它不同于货币和有价证

券,本身并非是财物,持卡人失去信用卡并不会直接造成财产损失,因此,盗窃信用卡的行为,不可能触犯盗窃罪的罪名,自然不发生与信用卡诈骗罪相牵连的问题,同样不存在盗窃罪这种主行为吸收信用卡诈骗罪之从行为的现象。

第二,认为盗窃信用卡等于是取得了一定价值的货币使用权也不够妥。因为盗窃罪的对象只限于财物,不包括财产权利或财产性利益,这是为各国刑法理论所公认和许多国家刑法明文规定的。

第三,认为信用卡是一种支付凭证,盗窃信用卡并使用同盗窃印鉴齐全的支票后骗取财物的行为相类似,以此作为定盗窃罪的根据,似乎也有缺陷。在我国过去长期的司法实践中,对盗窃印鉴齐全的支票后骗取财物的,固然一直是以盗窃罪论处,但新刑法第194条并无第196条第3款那样的例外规定,如果认为两者应同样看待,则第194条关于票据诈骗罪的规定中也应该有类似的规定。既然没有例外的规定,那么,今后对盗窃印鉴齐全的支票骗取财物的行为,就只能理解为是第194条中的“冒用他人支票”所包含的票据诈骗行为,不能另定盗窃罪。

第四,盗窃信用卡后如果不使用就不会侵害他人的财产权,使用才是行为人取得财物或财产性利益的关键,也是造成他人财产损害的原因所在。而使用他人信用卡也就是“冒用他人信用卡”,是刑法第196条规定的信用卡诈骗罪的基本表现形式。

第五,盗窃罪与信用卡诈骗罪都属于以非法取得他人占有的财物为特征的取得罪,从刑法理论而言,区分不同取得罪的关键是看行为人取得财物的手段,如果是采取秘密窃取的手段直接取得财物的,构成盗窃罪;如果是利用信用卡作为欺骗手段通过他人交付(包含间接交付)而间接取得财物的,构成信用卡诈骗罪。由此而论,盗窃信用卡后通过冒用而取得财物的,是信用卡诈骗而非盗窃。因为信用卡并非是财物,其自身的经济价值甚微,不能等同于货币,盗窃信用卡后如果未冒用,即便是烧毁了信用卡,也不会使财物的所有者失去财物。行为人“冒用”是取得财物的手段,也是造成财物所有者财产损害的根本原因。而所谓“冒用”也就是冒名顶替所有人而使用,使对方(包含计算机)误认为是财物的所有者,因而将财物交给行为人(或为行为人支付费用),如果对方明知事实真相,就不会交付,所以,行为的实质是骗取财物。

第六,如果行为人窃取信用卡后,将其扔掉,没有去冒用,即便是第三者拾得后去冒用并取得了财物,也不能追究盗窃者的责任。而对拾得信用卡后

冒用的第三者,通说认为只能按信用卡诈骗罪处理,这也表明信用卡本身并非是财物。但对盗窃后冒用与拾得后冒用这两种同样的“冒用”行为,却要分别定盗窃罪与信用卡诈骗罪两种不同的罪,这显然是违反刑法的定罪理论。

第七,认为盗窃信用卡后冒用的行为实质上是盗窃行为的延续,这种观点也值得商榷。因为盗窃罪作为一种取得罪,是以窃取财物作为实行的着手、以取得财物作为既遂标志的,不存在中间有较长时间间隔的“延续”问题。并且在司法实践中,有的盗窃犯人窃取他人信用卡后,经过很长时间才去冒用,若认为后来冒用而取得财物的行为还是前一个盗窃行为的延续,这也是很难令人信服的。

第八,认为各种诈骗罪(包含信用卡诈骗罪)的成立必须有被害人向行为人交付财物的行为,而窃取有效信用卡后冒名使用,由于被害人并未交付财物,向行为人交付财物的银行等单位并未遭受财产损失,因此,不能构成信用卡诈骗罪。这种观点也不够妥当。因为在司法实践中,虽然绝大多数诈骗案件都是被害人受骗后向行为人交付财物的,但也有受骗者未受害,受害者未受骗,即被骗者是此人而受害者却是彼人的情形,这种发生在三者之间的诈骗案件,在德日等国刑法理论上称之为“三角欺诈”^[7]。上述窃取有效信用卡后用来取得财物的情形,就是这种“三角欺诈”的适例。其特殊性就表现在受骗交付财物的银行等单位并未受害,受害的财物所有者并未受骗。

第九,从各国刑法的规定来看,似乎还没有把盗窃信用卡并使用的行为按盗窃罪定罪处罚的立法例。相反,有的国家刑法(如美国模范刑法典)明文规定,对使用盗窃的信用卡取得财物的,同样要按滥用信用卡罪(相当于我国的信用卡诈骗罪)定罪处罚。德、日等大陆法系国家的刑法理论界,也没有人主张对上述情形按盗窃罪定罪处罚。基于以上理由,笔者建议,今后修改刑法时应删除我国刑法第196条第3款的规定。

但是,应当指出,在刑法尚未删除第196条第3款的规定之前,还得严格按该条款的规定执行,不得以该条款的规定不具有科学性为由而不予适用,否则,就违反了社会主义法制原则。

二、盗窃信用卡并使用的共同犯罪案件的处理

盗窃信用卡并使用的共同犯罪案件具有一定的

特殊性,要注意区别以下几种情况作不同处理。

(1) 二人以上共同作案,窃取他人信用卡后又共同使用,并且给所有者造成数额较大财产损失的。这是一种最典型的共同犯罪案件。根据刑法第196条第3款的规定,对所有共犯人都应该按盗窃罪的共同犯罪来处理。

(2) 行为人盗窃他人信用卡后将卡丢弃,第三者拾得后加以使用,造成所有者数额较大的财产损失。在这类案件中,由于盗窃者与使用者既无共同故意也无共同的行为,不可能构成共同犯罪。分开而论,使用者未经合法授权而使用他人信用卡的行为,属于“冒用他人信用卡”,构成信用卡诈骗罪。盗窃者窃取信用卡的行为不是造成被害人财产损失的直接原因,信用卡本身又并非是价值数额较大的财物,因而不能构成盗窃罪。同时,也没有适用刑法第196条第3款而定盗窃罪的余地。因为该条款所规定的“盗窃信用卡并使用的”,一般是指行为人既有盗窃行为又有使用行为,其中盗窃或使用行为可能是共犯行为,如果是第三者实施了盗窃或使用行为之一,而与行为人不存在共犯关系的,则不能认定为“盗窃信用卡并使用的”行为。

(3) 行为人盗窃他人信用卡后转交给第三者,并授意其使用,第三者使用信用卡取得了数额较大的财物,但他不知信用卡是行为人窃取的,以为是其拾得的或者通过其它手段取得的。在这类案件中,盗窃信用卡的行为人即便是未参与分赃,只要他提供了所窃取的信用卡并授意(包含明示与暗示)第三者使用,就应该认为其与第三者共同使用了窃取来的信用卡,对他来说,既有盗窃信用卡的行为并且又使用了窃取的信用卡,尽管不是其单独直接使用,而是与别人共同使用或故意帮助别人使用,也应该认为是符合刑法第196条第3款之规定的,应按盗窃罪定罪处罚。由于直接使用信用卡的第三者不知信用卡是盗窃来的,所以,在盗窃信用卡这一点上,直接使用者不应承担责任(只能由盗窃者单独承担责任),直接使用者只对自己使用他人信用卡的行为负责。根据我国刑法第196条的规定,明知是他人的信用卡而恶意使用,这是一种“冒用他人信用卡”的行为,构成信用卡诈骗罪。

(4) 行为人盗窃他人信用卡后转交给第三者,并授意其使用,第三者虽未参与盗窃行为,但明知信用卡是窃取来的而予以使用,取得了数额较大的财物。在这类案件中,对盗窃信用卡的行为人,基于与上述第三种情形同样的理由,应该适用刑法第196条第3款的规定,认定为构成盗窃罪。至于对直接使用信用卡的第三者,能否按盗窃罪的共犯处理,还

有待进一步研究。这属于大陆法系国家刑法理论上所称之为“继承的共同正犯”(或“承继的共同正犯”)的问题。所谓继承的共同正犯,是指某行为人(先行者)在实行行为的一部分终了之后,其他行为人(后行者)认识了其间的情况后,具有共同加功的意思加工于事后的行为的情形。后行者对其加工前先行者已经惹起的犯罪的部分是否也负责任,成为理论上的难题^[7]。就盗窃信用卡并使用的案件而论,由于刑法规定要按盗窃罪定罪处罚,而盗窃信用卡和使用信用卡是两种相对独立的行为,并且有时间上的先后性,先行者盗窃信用卡后,后行者可能在明知信用卡为对方所窃取的情况下,而参与实施使用信用卡的活动,后行者如果对先行者盗窃信用卡的行为也要承担责任,那就与先行者构成盗窃罪的共犯;如果只对自己参与实施的后行为承担责任,那就只能按信用卡诈骗罪追究其刑事责任。笔者赞成前一种意见,认为后行者与先行者构成盗窃罪的共犯。这是因为,既然后行者明知信用卡是先行者所窃取的,并利用其所窃取的信用卡非法取得了他人财物,就表明双方就行为整体形成了共同故意;再说,共同犯罪是因为相互了解和参与实施而对他人的行为也承担责任,至于相互了解的时间则并不重要;况且,后行者利用先行者盗窃的信用卡,就如同利用自己盗窃的信用卡一样,理应对此结果承担责任。另外,刑法之所以规定“盗窃信用卡并使用的”要以盗窃罪论处,主要是因为信用卡诈骗罪比盗窃罪轻,而盗窃信用卡并使用的,比仅使用(即冒用)他人信用卡的情形多了一种盗窃行为,其社会危害性更大,有必要处更重的刑罚。因此,后行者既然明知信用卡是先行者所窃取的,而又使用窃取的信用卡,无论是其主观恶性还是其客观危害性,均比拾得他人信用卡后使用的要严重,因而对其按盗窃罪的共犯处罚(不按信用卡诈骗罪处罚),是符合刑法第196条第3款之精神的。

不过,应当指出,如果刑法不设第196条第3款之规定,也就不会出现所谓“继承的共同正犯”之类的复杂问题,在盗窃信用卡并使用的共同犯罪案件的处理上,也不会出现上述种种难题。从这种意义上而言,该条款也有废除的必要。

三、盗窃信用卡并使用的犯罪既未遂之区分

采用何种标准来区分盗窃信用卡并使用的犯罪案件之既未遂,也是在理论上争议的问题。有人

认为, 盗窃信用卡并使用的, 应以是否窃取到信用卡作为认定盗窃罪既遂与否的标志。因为盗窃行为是主行为, 行为人冒用他人名义使用信用卡的行为是盗窃罪的继续, 是从行为。应以盗窃这种主行为是否既遂作为本罪既遂的标志, 而不能以使用信用卡这种从行为是否完成作为认定既遂的标准。也有人认为, 盗窃信用卡之后, 只要有使用的行为就构成盗窃罪既遂。因为盗窃信用卡并使用, 是一种复行为犯, 只要既实施了盗窃行为又实施了使用行为, 就完全具备了刑法第 196 条第 3 款以盗窃罪定罪处罚的全部要件, 因而即便是未取得财物, 也属于犯罪既遂。还有人认为, 盗窃信用卡并使用的, 只有使用信用卡取得了他人财物(或用来支付了费用), 才能构成犯罪既遂。因为对盗窃信用卡并使用的行为既然是按盗窃罪定罪处罚, 那也就应该按盗窃罪既遂的标准来掌握认定。笔者赞成最后这种主张。

第一, 如前所述, 信用卡是一种信用凭证, 并非是财物, 窃取到信用卡并不等于取得了财物, 因此, 把窃取到信用卡作为盗窃罪既遂的标志是不妥当的。因为窃取信用卡只是行为人取得财物的手段, 用窃取的信用卡来取得他人财物, 既是其主观目的之所在, 也是给所有人造成财产损失的根本原因, 所以, 还是应该以是否取得财物作为认定既遂与否的标准。

第二, 盗窃信用卡并使用的, 刑法规定以盗窃罪定罪处罚, 固然可以认为是一种复行为犯, 但是, 复行为犯的既遂并非都不要求有危害结果的发生。例如, 抢劫罪也是一种复行为犯, 但由于它是一种财产罪, 理论上的通说认为, 普通抢劫罪仍然要以是否劫取到财物作为既遂与否的标志, 采用暴力、胁迫手段而未劫取到财物的, 还是只能认定为抢劫未遂。同

样道理, 盗窃信用卡并使用的, 只有已取得财物(或用来支付了费用), 才能按盗窃既遂处理。使用过程中被人发现, 或者因不知密码等原因而未提取到现金, 则不能认为是盗窃既遂。

第三, 从刑法理论而言, 无论是信用卡诈骗罪还是盗窃罪, 都是以非法取得他人占有的财物为特征的取得罪, 是否取得他人占有的财物是这类犯罪既遂与否的标志。刑法第 196 条第 3 款只是规定盗窃信用卡并使用的要按盗窃罪定罪处罚, 并未规定要按盗窃罪既遂来处罚。是否属于盗窃既遂还得按盗窃罪既遂的标准来掌握或认定, 不能另搞一套。因此, 只有以行为人使用信用卡取得财物与否(或支付费用与否)作为犯罪是否既遂的标志, 才是符合刑法理论和刑法之规定的。

参考文献:

- [1] 王作富. 刑法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999. 319.
- [2] 陈明华. 刑法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 508.
- [3] 高铭暄. 新编中国刑法学(下册)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1998. 784.
- [4] 宋晓峰. 金融犯罪的界限与认定处理[M]. 北京: 中国方正出版社, 1998. 246.
- [5] 陈兴良. 刑法新罪评释全书[M]. 北京: 中国民主与法制出版社, 1995. 531.
- [6] 李文燕. 信用卡诈骗罪[A]. 单长宗. 新刑法研究与适用[C]. 北京: 人民法院出版社, 2000. 426-427.
- [7] 山口厚. 诈欺罪中的处分行为[A]. 平野龙一先生古稀祝贺论文集[C]. 东京: 有斐阁, 1990. 459.
- [8] 马克昌. 比较刑法原理[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002. 691.

A discussion on the offence of stealing a credit card and using it

LIU Min xiang

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The nature of stealing a credit card and using it is cheating by means of credit card. It is unreasonable to convict the person who commits this crime of larceny and punish him or her in accordance with the provision of the third paragraph in Article 196 of Criminal law of PRC. The cases of stealing a credit card and using it should be dealt with according to different conditions. An accomplished offence of stealing a credit card and using it should be regarded as the act of obtaining others' property by using credit cards (or using it for payment).

Key words: stealing a credit card; using another's credit card illegally; crime of fraud; crime of theft