

恶意透支型信用卡诈骗罪疑难问题探析

高艳东

信用卡诈骗罪可分为涉假型信用卡诈骗(包括使用伪造的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人的信用卡)和恶意透支型信用卡诈骗,刑法中的信用卡恶意透支是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收不归还的行为。它与涉假型信用卡诈骗罪不同,但如何区分各类行为的界限,是一个理论难题。笔者认为,可将信用卡的使用过程分为三个阶段:从发卡银行流出时(出行时)、行为人使用时(使用时)、银行要求使用人清偿时(即银行查证时)三个阶段。

不同的涉假型信用卡诈骗时信用卡在这三个阶段各有真假不同的表现形式:“使用伪造的信用卡”时信用卡的真假关系如下:出行时(信用卡是假的)——使用时(假)——查证时(假);“使用作废的信用卡”时信用卡的真假关系如下:出行时(真)——使用时(假)——查证时(假);“冒用他人信用卡”时信用卡的真假关系如下:出行时(真)——使用时(真)——查证时(假);“恶意透支”时信用卡真假关系如下:出行时(真)——使用时(真)——查证时(真)。这里的真假应从形式与程序上理解,按社会公众一般人对信用卡真假之理解,即只要行为人通过向银行申领信用卡的程序而持有信用卡,从而进入信用卡法律关系中就可以认定为真卡;反之,如果未通过银行的正常申领程序而存在的信用卡则是假卡。当然,依照信用卡章程与规则,行为人如果使用假身份证而冒领的信用卡虽然在程

序与形式上是合法的,其实质仍是无效卡。但是,这种无效卡在银行发现之前,其消费、储蓄、转账等活动都可以正常地开展,尤其是借记卡,它并不具备透支功能,行为人先存了一定款项,再去特约商户消费,要求特约商户去辨别此卡之实质真实性显然不可能,此时客户与特约商户的法律关系并非一律无效,一般仍应认定为有效。因此,从刑法角度讲,出行时信用卡之真假判断只能以是否通过银行正常申领程序为标准,它符合一般公众认识观念与认识能力,若苛求一般公众审查信用卡的实质真实性,则是将银行的专业审查责任不当地转嫁给了公众,也易导致信用卡制度的混乱。^①因此,只要是未通过银行正常申领程序的信用卡应一律视为假卡。这一分析使信用卡使用流程中的真假状况判断全面,也使立法逻辑严密,便于司法实践操作。

恶意透支的信用卡诈骗特殊机理是:信用卡在出行时是真的——信用卡在使用时也是真的——信用卡在查证时也是真的,其真卡判断标准也依形式标准和程序标准,查证时是真的指查证时的透支人签名与持卡人一致。

一、恶意透支概述

信用卡是信用制度发展的产物,允许提前消费是其功能之一,也是银行利润来源之一。透支是指持卡人在发卡行或发卡公司信用卡账户上资金不足或已无资金的情况下,经发卡行或发卡公司的批准,允许其以超过信用卡上预留资金的额度使用信用卡进行消费,其实是发卡银行或公司向持卡人提供的一种消费信贷。

(一)透支的分类与成立要件

透支有善意透支与恶意透支,两者区分的关键在于主观意志内容不同,即主观上是否有非法占有银行资金的目的,无这一目的的,即是善意透支,有这一目的的即为恶意透支。在恶意透支中,又可分为

^① 在这点上,信用卡与假币不同,假币的制造者是罪犯,而不是银行,假币表面的识别更具有技术可能性,而信用卡的实质真假识别则对普通人而言在技术上不可行。

为行政法意义上的恶意透支与刑法意义上的恶意透支。前者指虽具有非法占有目的,但数额较小、情节轻微或者虽开始具有非法占有目的,但在规定的期限内经银行催收而予以归还的情形,这时除承担民事上的返还、赔偿责任外,还可由公安机关视情况给予15日以下拘留,5000元以下罚款等行政处罚;刑法意义上的恶意透支,则不仅要求具有非法占有目的,还需超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还,三个条件缺一不可。有学者认为只要具有非法占有目的(达到一定数额)即可,至于外部的表现行为,如是否超越限额、限期透支,透支后经银行催收是否归还等等,只是认定主观意志内容的迹象或证据。^①对此,笔者不赞同。涉假型信用卡诈骗与透支型信用卡诈骗在理论上具有显著差异,两者的社会危害性亦不相同,国外对透支可构成信用卡诈骗罪持否定观点的学者大有人在。这是因为,其一,信用卡交易的规则是,加盟店只要确认信用卡的有效性与其署名同一性,不必要确认信用卡会员有无支付意思与能力,行为人呈示其信用卡不能说是欺诈行为。其二,加盟店只要将销售发票送给信用卡公司,信用卡公司就必须代付持卡人购买的款项,故不能认为加盟店有财产上的损害。其三,发卡行收到加盟店送来的发票后,即便明知会员无支付意思与能力,也必须向加盟店代付会员购买商品的货款,也不存在发卡行陷入错误而交付财物的问题。^②

虽然我国学者对恶意透支应定罪尚无争议,但国外否定论学者的观点不得不令我们反思。虽然恶意透支侵犯了公私财产权,但它与诈骗罪五个要素很难完全吻合,至少恶意透支不同于典型的诈骗,它虚构事实、隐瞒真相的情节相对更少,因而同样的危害结果,透支型信用卡诈骗较涉假型信用卡诈骗的可谴责性更小。与之相对,刑法上对恶意透支的定罪条件限制也应更多、更严格。有关司法解释

^① 侯放、柯葛壮主编:《信用证信用卡外汇违法犯罪的防范与处罚》,中国检察出版社1999年版,第304页。

^② 刘明祥著:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版2001年版,第264页。

也反映了这一点,1995年4月20日最高人民检察院、最高人民法院《关于办理利用信用卡诈骗罪案件具体适用法律若干问题的解释》规定:“个人以非法占有为目的,或者明知无力偿还,利用信用卡恶意透支,骗取财物金额在5000元以上,逃避追查,或者经银行进行还款催告超过三个月仍未归还的,以诈骗罪追究刑事责任。”其适用的是诈骗罪,且起刑点是5000元。诈骗罪的最低刑是3年以下有期徒刑、拘役或者管制,甚至可以单处罚金。而同期涉假型信用卡诈骗罪相同数额则至少要处5年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金,孰轻孰重,一目了然。因此,笔者认为,刑法上规定的限额与期限条件、催收不还条件,不是认定非法占有为目的的证据,而是与非法占有并列的,对恶意透支行为起限制作用的客观要件,其目的是缩小处罚范围。

(二) 恶意透支的表现形式

1. “积少成多”型。持卡人以非法占有为目的,短时间内持信用卡在不同特约商户、网点频繁使用、取现,每次金额都在规定限度内,积少成多,从而形成大量透支额。

2. “交叉担保”型。利用信用卡管理章程的审查不严及对担保要求不明确,交叉担保或互相担保使担保形同虚设,流于形式。例如,A为B担保,B为C担保,C为A担保,分头在不同银行申办信用卡,在申办时均隐瞒出国事实,信用卡到手后,利用出国前的短暂时间,突击性地反复透支,然后携款外逃。

3. “内外勾结”型。持卡人与发卡银行工作人员内外勾结,利用信用卡恶意透支。

4. “骗领”型透支。持卡人在申领信用卡时弄虚作假,伪造身份证、私刻公章,骗取银行信任而领取信用卡,之后进行恶意透支。

5. “私相授受”型。根据香港商业罪案调查科解释,是指犯罪分子以结伴形式合作,由其中一个人取得信用卡后,交另一个人到大陆境内疯狂购物玩乐,形成巨额透支。事后,当签购帐单寄达持卡人时,他便持没有离港旅游证明证件向银行报称账项出错,把透支额推

给银行承担。^①

二、法定要件疑难问题探讨

(一)对“以非法占有为目的”之理解

我国理论界通说认为,盗窃等取得罪“这类犯罪故意的内容,主要表现为以非法占有为目的而侵犯公私财物的所有权”。^②即认为非法占有目的是故意所包含的内容之一,这种思维反映在恶意透支的刑法规定中,即将“以非法占有为目的”也视为信用卡诈骗罪故意的内容,将“超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还的行为”,视为本罪的客观方面,因为主客观统一,其客观方面主要是故意内容之一——“以非法占有为目的”的表现形式,即“对恶意透支而言,法律明确规定的‘经发卡行催收后仍不归还’实际上也是对‘非法占有目的’的一种推定”。^③实际上,在国外,现在的通说认为非法占有目的是超出了构成要件的客观要素的所谓“超过内心倾向”,与故意性质不同。这种附加含义的非法占有目的是推动行为人实施盗窃等取得罪的内心起因(即犯罪动机)。^④当然,我国刑法中也存在将“非法占有目的”视为故意内容的,从而将客观行为作为推定非法占有目的存在的情形,如最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》中指出,具有下列情形之一的,应当认定其行为属于“以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资”:(1)携带集资款逃跑的;(2)挥霍集资款,致使集资款无法返还的;(3)使用集资款进行违法犯罪活动,致使集资款无法返还的;(4)具有其他欺诈行为,拒不返还集资款,或者致使集资款无法返还的。这主要是由于我国刑法对非法占有目的的理解在不同

① 孙仲中主编:《新刑法与金融犯罪》,西苑出版社1999年版,第294页。

② 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第502页。

③ 赵秉志主编:《金融诈骗罪新论》,人民法院出版社2001年版,第473页。

④ 刘明祥著:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第67页。

法条中有不同认识造成的。从长远看,将客观方面在法条文中明叙,只是为了认定在法条中同样也明叙的主观内容的立法模式,既显得机械和重复,也不符立法简约之原则,应较少采用。

因此,笔者认为,行为人除了客观上超过法定限额透支等行为外,还要求行为人具有非法占有目的,这一内容不是由法条客观行为推定出来的,而是一个独立的须单独认定的定罪要件。

(二) 超额、超期透支的理解

恶意透支的客观行为表现之一,是超过规定的限额透支,或者超过规定的期限透支,两者是选择要件。

透支限额,是指发卡行规定的持卡人可使用的超过其实际存款余额以上的最高限额,是否超过限额以透支后的信用卡存款余额作比较,而不是每次的透支数额,每次透支数额虽未达到限额标准,但余额超过限额的,也是超过限额透支。^①根据1999年3月1日起实施的《银行卡管理办法》第45条规定,同一持卡人单笔透支发生额个人卡不得超过2万元、单位卡不得超过5万元,同一账户月透支余额个人卡不得超过5万元,单位卡不得超过发卡银行对该单位综合授信额度的3%,无综合授信额度可参考的单位,其月透支余额不得超过10万元;外币卡的透支额度不得超过持卡人保证金的80%。

根据《刑法》196条之规定,恶意透支须达到“数额较大”,才构成犯罪。对恶意透支的数额如何计算,有三种不同意见:第一种意见认为应按照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》的规定,以恶意透支5千元以上为数额较大,恶意透支5万元以上为数额巨大,恶意透支20万元以上为数额特别巨大,持卡人在银行交纳保证金的,以超过保证金数额计

^① 单惟婷主编:《商业银行信用卡业务与案例》,西南财经大学出版社1998年版,第46页。

算。^① 第二种意见认为,应以超过透支限额的一定倍数并应当以高于其他使用伪造、作废的信用卡及冒用信用卡犯罪的数额作为犯罪起点标准。这主要是考虑到恶意透支犯罪不同于涉假型信用卡诈骗,凡超过信用卡章程规定的善意透支额5倍或10倍以上的,可认定为恶意透支,这样可避免因货币价值变化而被动地进行数额标准修改。^② 第三种意见认为,目前在最高人民法院新的司法解释出台之前,对恶意透支数额只能依1996年12月16日最高人民法院的司法解释为准。但这一起点的确太低,有待日后出台新的司法解释,但未来司法解释不应采纳第二种观点,因为它缺乏操作性,而透支基数本身很大,以倍数计算,未免又显得太高。^③

笔者认为,《银行卡管理办法》于1999年3月1日生效以后,上述观点存在一定缺陷。透支分为行政法意义上的透支与刑法意义上的透支,在行政法上已作了调整的透支,不应纳入刑法领域,对透支数额何者为善意,何者为违反行政法之透支,要依信用卡行政法规来认定。当然,受我国信用卡犯罪先刑(法立法)后行(政立法)的影响,在行政法规尚无规定时,参照诈骗罪司法解释也只是权宜之计。在相关行政法规已出台之后,自然只能依行政法规的标准认定,而不必再出台新的司法解释,这并不违反罪刑法定原则(第一、三种观点的学者可能是基于对刑法专属性的维护)。法律(刑法)和法规之间的关系可分为三种类型:(1)法律规定由法规来确定构成犯罪的条件和相应的法定刑;(2)法律在规定了某种的法定刑的情况下,让法规来确定具体犯罪的罪状;(3)法律规定行政法规规定犯罪构成的

① 参见杨迎泽、郭立新主编:《刑法分则适用疑难问题解》,中国检察出版社2000年版,第94页。

② 刘华:《信用卡犯罪中若干疑难问题探讨》,载《刑法问题与争鸣》(四),中国方正出版社2001年版,第232页。

③ 游伟、肖晚祥:《信用卡诈骗罪的理论界定与司法适用》,2000年刑法学年会论文。

某一要素(如由行政法规确定麻醉品的范围)。^①对透支数额的认定,应属于对犯罪构成的某一要素的内容。当事关刑事制裁时,法律专属性原则具有绝对意义;如果只涉及规范的内容,则可对该原则作相对的理解。而第三种情况则可以说在原则上符合法律专属性原则,此时,援引行政法规,比让法官来决定法律的具体内容,更有利于发挥法律专属性原则的保障功能。^②因此,目前援引最新的《银行卡管理办法》显然比参照一个并非针对这一具体领域的司法解释更符合法律专属性与罪刑法定的要求。因此,在1999年3月1日《银行卡管理办法》实施后,即便尚未出台新的司法解释也不能参照1996年关于诈骗罪的司法解释,而应直接援引“规定的限额”的行政法规内容,即《银行卡管理办法》第45条所确立的标准,也不必单就这一问题出台新的司法解释,否则,无异于画蛇添足。第二种观点所担心的因币值变动影响定罪标准,也不复存在,因为随着币值变动,信用卡行政法规也必将随之调整,直接援引透支额有关规定,便可反映出币值变化因素,因此可避免将一切问题交由刑事法来认定的尴尬。

第二种观点也不能采纳,除了上述理由外,它有导致定罪标准过高的倾向。按照《银行卡管理办法》第45条,个人卡同一账户月透支余额不得超过5万元,第46条又规定,准贷记卡透支期限最长为60天,根据这一规定,发卡银行在发卡时可与持卡人约定最高月透支额为5万元,按透支期限2个月算,则2个月内透支10万元也是合法的。若按第二种观点,即使按2倍—20万元作为起刑点,未免太高而有失公正。

超过规定期限透支,是指持卡人虽然在规定的限额内透支但超过了允许的期限仍不予偿还的行为。《银行卡管理办法》第46条规

① [意]帕多瓦尼著,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,第21页。

② [意]帕多瓦尼著,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,第21~22页。

定,准贷记卡透支期限最长60天,各发卡行一般单独规定为一个月。如果透支已超过限额,则不属于这种情况,而属超过规定限额透支的情形。

(三)经发卡银行催收后仍不归还的理解

1.“催收不还”这一规定是否合理

通说认为此规定既不合理且难操作:(1)实践中,发卡银行是否催收难以认定,持卡人往往以各种理由否认银行曾经催收,使银行处于不利。(2)由于流动人员等因素,银行催收找不到持卡人。(3)“催收不还”含义不明确,催收后多长时间为“催收不还”,部分归还是否视为“催收不还”。(4)持卡人申领时已了解有关透支的规定,对“明知故犯”的行为不必再附加任何条件就可确定其为违法行为,如再附加条件,无疑是对已有规定的否定。(5)会给持卡人造成“规定可不遵守”的印象,既不利培养持卡人守法观念,也不利于有关规章的执行。^①

例如,有不法分子在银行申办信用卡后,四处流窜作案,其透支的数额巨大甚至特别巨大,明显超出其还款能力,非法占有和诈骗财物的故意十分明显,如果这种行为也要求“经银行催收不还”,罪犯可能早已“远走高飞”或转移了财产。对这种行为,有学者认为可以先以诈骗罪立案侦查,如果被采取强制措施的嫌疑人经银行催收期满后,仍不能归还透支款,即可以认定为恶意透支,如果在催收期间归还了透支款,虽然依法不构成恶意透支,但仍可视情节追究诈骗罪的刑事责任,“归还”视作诈骗罪中的退赃情况。^②也有学者认为应以信用卡诈骗罪立案侦查,“对于那些异地大量透支、大肆挥霍,透支数额巨大或特别巨大,明显超过其还款能力的,可由公安机关以信用卡诈骗罪立案侦查,对嫌疑人在银行催收期间,可以采取取保候审

^① 王明立:《信用卡恶意透支及其法律责任》,载《金融时报》1997年12月10日第6版。

^② 柯葛壮:《信用卡恶意透支犯罪》,载《政治与法律》1999年第1期。

或监视居住的强制措施,但不宜采用刑事拘留或逮捕的强制措施。”^①另有学者提出了理论上的解决办法,即对“催收不还”作变通解释,对行为人超限额的巨额透支,发卡行随时可以催告持卡人还款,只要有证据证明行为人具有非法占有目的,客观上银行进行了第一次催收行为,持卡人未作归还的,便可以定“经发卡银行催收后仍不归还”。^②

笔者认为,这主要是由于恶意透支的性质与信用卡诈骗罪其他行为方式不同而造成的,关键要认清两个问题:

第一,金融业作为一种风险产业,它能很快地赚很多的钱,也能很快地亏本,如你图别人的高利,别人就图你的本,即金融业具有很大的不确定性。^③这种高风险性既是金融机构营利的手段(如信用卡透支的利息远高于普通利息),也是客户对金融业的要求,我们不能以传统产业较平稳和严格的产权关系来看待金融业。当然,对非金融业固有风险性的诈骗行为,如使用伪造、作废信用卡的行为应严厉打击,但对属于典型金融业固有风险性的危害行为,如透支行为,更多的应是以经济手段(如更高的利息及罚款)使风险既可得到抑制,又可使风险转化为金融机构的利润,而不是以刑罚介入从根本上消除风险(风险不在,利润亦失)。在现代金融业固有风险面前,我们不能坚持太绝对的“银行中心主义”,而应“银行与客户双重兼顾”,不能在允许银行对透支科以重息的同时,却对客户的半步越池行为予以致命打击。因此,对“恶意透支”这种本质上源于金融业固有风险的投机行为,应限制使用刑罚,而“催收不还”这一要件,恰有此功能,其合理性也即在此。而且,“催收不还”要件使恶意透支发生了质变,使它由不确定的金融风险转变为确定的债权债务关系,对这种已确定的关系的标的——财产权的侵犯,是刑罚发动之源。

① 游伟、肖晚祥:《信用卡诈骗罪的理论界定与司法适用》,2000年刑法学年会论文。

② 赵秉志主编:《金融诈骗罪新论》,人民法院出版社2001年版,第477页。

③ 曾康霖、虞群娥:《当代金融业的定位与发展》,载《金融理论与实践》2001年第5期。

第二,上述学者争议的核心在于:对无法催收的、不可能催收的如何适用这一要件。这实际是对刑法作了严格字面、机械的理解,看看对侵占罪的法条理解,或许可让我们明晰。侵占罪也有一个“拒不退还或交出”的定罪限制条件,从最高人民法院判例到学界通说,都认为拒不退还或交出的意思表示方式并无任何限制,无论行为人是否以语言明确表示其拒不退还或交出的意思,只要行为人的行为在客观上足以表现其拒不退还或交出的意思,就属于拒不退还或交出。如马某将郭某代为保管的密码箱打开,窃取存折后取款大肆挥霍,且去向不明,即可认定为“拒不退还或交出”。^① 同样,对“催收不还”也不应仅限于字面含义,对无法催收,不可能催收的完全可以认定为“催收不还”,这也符合立法精神。总之,“催收不还”这一要件合理且必要,但不要作机械理解,要保持法典中类似条件类似理解。

2. 对“催收不还”的认定

学界有两种理解:一是以催告次数为标准,银行对持卡人的透支一般实行3次催告,即第一次发出书面通知催告还款,第二次派外勤人员上门索要,第三次诉请法院发出支付令,若经三次催告仍无效,即可认定为拒不偿还。^② 二是采用时间标准,一般发卡行允许透支的期限为1个月,如果在1个月内持卡人未能还本付息,发卡行在进入第二个月才派外勤人员催要透支款,透支人在法定的15天内可以提出异议。两个月的催要时间,对于本以非法占有为目的的透支者而言,采用民事法律手段已经不能解决问题,至此3个月结束,民转刑开始。因此,经过银行催告后超过3个月不还的即可认定构成犯罪。^③

从我国的司法实践中看,一般采用的是第二种学说,该学说后来为司法解释所采纳,1996年12月16日最高人民法院《关于审理诈

① 刘志伟著:《侵占犯罪的理论与司法适用》,中国检察出版社2000年版,第107页。

② 刘华:《信用卡犯罪中若干疑难问题探讨》,载《法学》1996年第9期。

③ 罗会宝:《关于信用卡透支行为罪与非罪的界定》,载《中外法学》1995年6期。

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,自收到发卡银行催收通知之日3个月内仍不归还的行为构成恶意透支。在新的司法解释出台之前,仍应依这一标准,但这一标准有时会显得过于僵硬,在制定新的司法解释时,应参考两学说,各取其优点。首先,对尚有偿还能力或非法占有目的尚不明确且不易认定的透支人,应采用时间标准,这时以一个确定的时间允许透支人筹集款项,使其尚不坚定的犯意转化,有利于缩小打击面,使信用卡的透支款在透支人和银行之间妥善解决,以更高效地发挥信用卡的透支功能。其次,对透支额巨大、明显超出其偿还能力,具有较明显的非法占有意图者,可采用次数标准,主要在于确认透支人已无偿还能力。这样不拘泥于时间的灵活方式,有利于刑事诉讼的顺利进行,提高办案效率。再次,对骗领信用卡后透支、流动性大的透支人也可以采用次数标准,主要目的是尽快结束民事程序而转入刑事程序,借助警察力量尽快地发现透支人以防止银行损失不可挽回。最后,在采用次数标准时,也应以时间标准为补充,即虽然透支人经过了3次催告后而未偿还,但刑事诉讼过程中在3个月以内归还了透支款,仍以无罪论,这也是基于透支功能所特有的允许一定商业风险,使商业纠纷尽可能消化于私法秩序中,以促进经济的良性循环。

三、骗领信用卡后恶意透支行为的定性

骗领信用卡,是指行为人在办理信用卡申领手续时,采取弄虚作假,私刻印章,伪造证明、证件或盗用、冒用他人的印章、证件等欺诈手法,骗取银行信任,从而领取并持有信用卡。对此行为,学界争议较大,较有代表性的观点有:第一种观点认为,采取提供假证明、假身份证的欺骗方法办理信用卡,然后进行大量透支的,其行为本身就足以证明是恶意透支。^①第二种观点认为,恶意透支的“催收不还”要

^① 朗胜主编:《〈关于惩治破坏金融秩序犯罪〉的释义》,中国计划出版社1995年版,第137页。

件很难适用于骗领信用卡的人,立法应作修改,要么将“使用骗领的信用卡的”补充为信用卡诈骗罪的行为方式之一;要么在《刑法》第196条第2款恶意透支中增加但书规定:“但采用欺骗手法领取信用卡的,不受发卡银行催收后仍不归还的限制。”^①第三种观点认为,恶意透支是指合法持卡人的超额消费,而骗领信用卡时持卡人的身份是非法的,故主体不符合,对骗领信用卡并进行巨额透支的行为,可认定为诈骗罪。^②第四种观点认为应当分别处理,骗领信用卡后虽已使用但尚未透支即被抓获的,应以诈骗罪(未遂)处理;骗领多个信用卡后在规定限额内透支使用,其透支额之和达到诈骗罪起点的,构成诈骗罪;骗领后超过限额或期限透支,在催收后按时归还,因其骗领本身就说明了其具有非法占有目的,故仍应按诈骗罪论;超过限额或期限透支且经催收不还,属恶意透支的信用卡诈骗罪。^③

第一种观点过于武断,实践中完全可能存在行为人只是因保密或不想让他人确知自己的财产状况(这在当今社会尤为突出),通过使用假身份证等骗领了银行的信用卡,其后遵循信用卡章程和办法正常使用,透支行为也完全符合限期、限额及利息的规定,对上述行为定为恶意透支不符合刑罚有限介入经济领域纠纷的原则。第二种观点对未来立法完善具有积极意义。但其对催收不还仍坚持的是文理解释,过于苛求法条完美性,未免使有限条文不堪犯罪情形多变之重负,而这些矛盾靠论理解释、以逻辑的方法解释“催收不还”在符合立法原意的情况下即可解决。第三种观点将刑法上的概念与行政法规和其他部门法的概念相混,而刑法上的许多概念恰有其独特的内涵。第四种观点除了存在上述问题外,其处理方式也可能显失公正,如按其观点,骗取后超限额透支,在催收期内归还,按诈骗罪处

① 侯放、柯葛壮主编:《信用证信用卡外汇违法犯罪的防范与处罚》,中国检察出版社1999年版,第312页。

② 刘华:《信用卡犯罪中若干疑难问题探讨》,载《法学》1996年第9期。

③ 游伟、肖晚祥:《信用卡诈骗罪的理论界定与司法适用》,2000年刑法学年会论文。

理,而催收不还的按恶意透支的信用卡诈骗罪处,由于两罪刑罚设置差不多,但诈骗罪的起刑点远较恶意透支的信用卡诈骗罪低,因此,极可能出现同样行为和数额,若经催收归还按诈骗罪处刑重,而催收不还的按信用卡诈骗罪却处刑较轻的不公平状况。

我们认为,骗领信用卡后恶意透支的定性关键要认清骗领行为的性质,主要有以下几点:

(一)对“持卡人”的理解

《刑法》第196条第2款规定:“前款所称恶意透支,是指持卡人以非法占有为目的……”,此款中的“持卡人”是否应限定为合法持卡人?许多学者给予了肯定回答,也有人认为应包括非法持卡人,“骗领信用卡与完全合法的领取信用卡并无质的不同,尽管就其实质而言,在法律上是无效的,但在发卡行发现之前,发卡行、特约商户都是将其作为合法持卡人对待从而与之产生各种信用卡法律关系。因此,应将这种骗领信用卡的持卡人在信用卡法律关系中视为合法持卡人。”^①

笔者赞同后者观点,除了前述理由外,还有以下原因:首先,这涉及刑法上的概念与其他部门法概念之间的关系,认为此处持卡人应限于合法持卡人的观点显然是将行政法规上的持卡人(合法)等同于刑法上的概念,这有违刑法理论。“刑法规范具有独立性,而不仅仅是其他法律的制裁措施,当一个法律规范因规定了刑事制裁而成为刑法规范时,它就与其他刑法规范结成一个整体,该规范的适用对象和范围,都要随刑法特有的性质和需要发生变化,例如,如果禁止‘雇主’实施某种行为(如不得调查工人的政治倾向)的规范是劳动法规范,其中的‘雇主’可以是民法意义中的任何人:既可以是自然人,也可能是法人或非人格化的单位。但是,一旦这个规范以刑罚为制裁措施(意大利1970年第300号法律第8条、第38条第1款),该规范中所说的‘雇主’就只能是自然人,因为我们在刑法制度中不允

^① 赵秉志主编:《金融诈骗罪新论》,人民法院出版社2001年版,第471页。

许追究法人或集体单位的刑事责任。如果从民法意义说,该‘雇主’是一个股份公司,那么在适用刑法规范时,就必须确定这个公司内的哪些自然人具有‘雇主’资格,从所举的这个例子中,我们已经看到,刑法在加强某一禁止性命令威慑力的同时,还具有将原有的禁令‘改造’为新的法律规范,甚至改变法律适用对象的作用。”^①认为刑法上“持卡人”应等于行政法规上持卡人(肯定是合法的)的观点,实际是“刑法从属性说”的一种反映。这种学说是启蒙时代一部分自然法学家的观点,该学说认为刑法没有自己独立的禁止性规范,刑事规范中只有制裁这一部分真正属于刑法的内容,因此,刑法只有依附于行政法、民法等其他部门法才可能存在(其中的概念也自然须依民法、行政法而界定了)。但是,“刑法从属性说”在今天早已衰退,取而代之的是占统治地位的“刑法独立性说”。^②大陆法系许多国家刑法采纳的均是“刑法独立性说”,如《日本刑法》第235条规定“窃取他人的财物的,是盗窃罪”。在民法上,日本民法中的财物包括动产与不动产,但此处刑法上的财物仅限于动产,因为第235条之二规定,侵夺他人的不动产的构成侵夺不动产罪。因此,刑法上的“持卡人”完全可以作出不同于行政法规和民法意义上的理解。

其次,在信用卡领域,刑法保护的是信用卡制度。非法持卡人的行为对信用卡制度显然危害极大,甚至从某种程度上讲,非法持卡人对这种制度的破坏,显然要超过合法持卡人的同样行为,如果对非法持卡人的行为不纳入刑法调整范围,对信用卡制度的保护将显得力不从心。

最后,从解释学上讲,将持卡人解释为包括非法持卡人,不违背论理解释的逻辑,因为刑法并未使用“合法持卡人”的字样,这在其他条文中已由司法解释予以了确认,如《刑法》第238条第2款规

^① [意]帕多瓦尼著,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,第2~3页。

^② 陈忠林著:《意大利刑法纲要》,中国人民大学出版社1999年版,第6页。

定：“为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚”，根据司法解释，此处的债务包括索取赌资等非法债务。可见，将持卡人理解为包括非法持卡人符合立法原意。

（二）此时对催收不还应作如何理解

按我们上述的观点，依“刑法独立性说”，此处的催收不还自然不能完全采用行政法规上的催收不还的含义（即第二种观点的学者所认为的银行向透支人发出催收公告，透支人收到催收单后仍不归还的法定程序），此处的催收不还应有独立于行政法规的独立含义。对此处的“催收不还”应作实质性理解，这一实质性理解应遵循立法原意，根据1995年4月20日最高人民法院、最高人民检察院《关于审理利用信用卡诈骗犯罪案件具体适用法律若干问题的解释》和1996年12月16日最高人民法院《关于审理诈骗案件具体适用法律若干问题的解释》，“恶意透支”的客观方面是“逃避侦查”或“经发卡银行催收，超过三个月仍不归还”，新刑法将其概括为“经发卡银行催收后仍不归还”，从符合立法者意图讲，将“逃避侦查”作为新刑法“经发卡银行催收后仍不归还”所包含的内容，既符合“刑法独立性说”，也符合逻辑解释。否则，认为立法者早已经注意到的“逃避侦查”的问题却在新刑法修订中被遗漏，未免低估了立法者的能力。因此，笔者认为，逃避侦查，致使银行无法催收的情形虽然不是行政法规意义上的“催收不还”，却完全符合刑法意义上的催收不还的实质内容。

从解释学角度讲，这也不违反罪刑法定原则，而恰是一种符合逻辑的论理解释，更严格地讲，属于当然解释。《唐律·名例篇》规定：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻，其应入罪者，则举轻以明重。”这是我国最早的关于当然解释的规定，所谓举轻以明重，是指刑法对某一事项未有明确规定，但该事项与刑法明确规定的事项具有同样的属性且程度更为严重，因而当然适用刑法明确规定的事项。^① 逃避侦查、置银行催收于不顾的行为与催收不还都属透支

^① 李希慧著：《刑法解释论》，中国人民公安大学出版社1995年版，第117页。

后不还透支款的行为,但前者的恶性更重于后者,它的反侦查性更强,其危害也更大,故对其适用当然解释也在情理之中。

因此,笔者认为,单纯的骗领信用卡行为,其透支在限额和限期之内,或者虽超额、超期,但银行按骗领人提供的通讯地址发出催收通知后持卡人及时归还,不宜按犯罪处理,这是刑罚在经济领域内适度紧缩的要求。当然,行为人构成其他犯罪,如伪造、变造居民身份证罪或伪造印章罪等,则以其所触犯的罪论处。如果骗领人进行了超期、超额透支,且按骗领人提供的通讯地址催收后不还或者一开始就逃避侦查的,如前所述,完全符合恶意透支的信用卡诈骗罪,且较合法持卡人的恶意透支社会危害性更大,应从重处罚。