

# 恶意透支型信用卡诈骗案实证分析

田宏杰

(中国人民大学刑事法律科学研究中心 北京 100872)

**内容提要:** 恶意透支型信用卡诈骗案件作为常见多发的典型轻微刑事案件,具有行为主体集中、作案手法固定、挽回损失率高等特点,但由于对该类型案件的法律适用存有诸多争议、对证据标准的认识不统一,原本应得到快速处理的该类案件,常常久拖不决,影响了诉讼效率和诉讼公正的实现,也不利于保障犯罪嫌疑人合法权益。为此,应积极协调侦查机关,统一证据标准和入罪门槛,保障案件迅速得到审查办理,同时注重发挥检察机关法律监督职能作用,遏制部分商业银行信用卡诈骗案件高发趋势。

**关键词:** 恶意透支 信用卡诈骗 法律适用 检察监督

随着我国信用卡业务的快速发展,信用卡诈骗案件也呈现高发态势,其中恶意透支型信用卡诈骗案件已然成为司法实践中案发比例高、适用争议多的案件。以某基层检察院2014年至2016年办理的信用卡诈骗案件为例,该院共受理审查起诉信用卡诈骗案件178件180人,占全部受理审查起诉案件的5.53%。其中恶意透支型信用卡诈骗案件150件150人,占受理信用卡诈骗案件数的84.27%。经审查,恶意透支型信用卡诈骗案最终提起公诉84件84人(均作有罪判决),做不起诉处理66件66人,占此类案件受理总数的44%。此外,另有因犯罪嫌疑人无法到案、证据材料缺失等原因

不符合受理条件的恶意透支型信用卡诈骗案件22件22人。<sup>①</sup>恶意透支型信用卡诈骗案件已然成为常见多发案件,而在审查起诉过程中凸显出来的各种问题制约了此类案件的审查办理效率。为此,本文拟在对该院2014年至今受理的150件恶意透支型信用卡诈骗案件进行细致梳理的基础上进行实证分析,以为此类案件的治理提供参考。

## 一、恶意透支型信用卡诈骗案件特点分析

(一) 犯罪嫌疑人主体身份特点: 多未婚或者离异、文化程度不高、职业稳定性差、法律意识淡薄

犯罪主体年龄集中在20~45岁之间,多未

作者简介: 田宏杰(1970—),女,汉族,重庆市人,中国人民大学刑事法律科学研究中心、法学院教授、博士生导师。

本文为教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国刑法现代化的道德使命”(项目批准号:2009JJD820012)的阶段成果。

① 数据源自对北京市某区基层检察院审查起诉部门的调研。

婚或者离异,缺乏家庭的稳定性,这也是犯罪主体不以收入为参照,滥用信用卡维持高消费的主要原因。犯罪主体的职业稳定性差,流动性强,收入低。外来流动人口类犯罪主体一般是基层打工者,工作岗位可替代性强,不稳定;本地户籍人口类犯罪主体多无业、享受低保或者薪酬在3千元以下。文化程度相对低,高中及以下文化程度者占比约68%。法律意识淡薄,很多人对恶意透支未按时还款属于犯罪并无清楚认识。犯罪嫌疑人多利用临时工作单位申领信用卡。如犯罪嫌疑人刘某某为中国移动公司后勤临时工。正是由于在申请信用卡时,填写了工作单位,所以犯罪嫌疑人的办卡申请更容易通过,而信用卡发卡银行并未认真考察、核实该申请人在该单位的具体工作性质,为嫌疑人实施信用卡诈骗行为创造了便利条件。

(二) 恶意透支型信用卡诈骗案涉案银行相对集中,与各行信用卡市场占有率不成正比

涉案银行主要集中在广东发展银行(以下简称“广发银行”)、浦发银行、中信银行,而四大国有银行涉及较少,主动报案的银行也主要集中在广发银行、浦发银行、中信银行,其他银行多是在犯罪嫌疑人供述后,由公安机关向银行主动调取报案材料。相关调查数据显示,中国信用卡累计发卡量位居前三的分别是工商银行、建设银行、招商银行,三家银行发卡量占到市场总量3.91亿张的一半,但这三家银行的涉案量相对较少,仅占全部涉案数的6.67%。<sup>②</sup>主要原因如下:一是各行的信用卡客户质量不同,工商银行、招商银行和建设银行对信用卡市场的开拓较早,较早占有了部分优质、高端客户资源,而浦发银行、广发银行、中信银行等是在信用卡市场竞争日趋激烈的情况下进入信用卡市场,为了确保规模而相应降低客户准入门槛,继而导致客户恶意透支的发生概率升高。二是部分银行对申请客户的资信度审查制度不健全,银行为抢占客户资源,不断降低授卡标准,提高授信额度。如很多信用卡诈骗案件的犯罪

主体,其在未失业情况下工资水平也仅是每月4千元,但其持有的多张银行卡授信额度基本都在1万元至5万元之间,显然对客户资信进行审查时存在着审核标准低,或者是把关不严、复核不到位等问题。三是报案银行对司法机关的有意选择。按照信用卡诈骗罪管辖原则,信用卡诈骗犯罪既可以由信用卡部所在地司法机关管辖,也可以由信用卡刷卡消费地司法机关管辖。据银行报案人员讲述,为了便于与信用卡部所在地公安机关形成较为固定的联系,银行委托的催收公司更愿意选择固定的信用卡部所在地公安机关报案。

(三) 恶意透支型信用卡诈骗案件作案方式趋同

作案过程大多表现为在一定时期内进行多次少量的刷卡消费或套现行为。在150件恶意透支型信用卡诈骗案件中,仅有极少数是在短期内迅速达到透支额度后又逃避银行催收;绝大部分案件中,犯罪嫌疑人通过少量多次刷卡消费或支取现金,在1至5年的时间内,逐渐形成“慢性”恶意透支。此外,犯罪嫌疑人多有“以卡养卡”现象。据统计,20%恶意透支型信用卡诈骗案件中,犯罪嫌疑人办理了2张以上信用卡,如犯罪嫌疑人冀某某办理了6家银行的信用卡,犯罪嫌疑人赖某某办理8家银行信用卡,且均有恶意透支行为。犯罪嫌疑人迟延还款的原因多为家庭经济状况拮据却大量刷卡,案发后大部分嫌疑人能通过各种途径筹钱还款,完全不还款的情形较少。

(四) 与普通诈骗罪相比,绝大多数恶意透支型信用卡诈骗案件涉案单位均已挽回损失

恶意透支型信用卡诈骗案件中,74.67%的犯罪嫌疑人在庭审前偿还全部透支款息,远高于普通诈骗案件还款数。恶意透支型信用卡诈骗案件在案发后积极归还欠款,弥补涉案银行的损失,一定程度上反映了犯罪嫌疑人的人身危险性并不高,有积极承担责任并早日回归社会的强烈愿望。

<sup>②</sup> 郑秀梅《商业银行信用卡业务的营销策略研究》载《中国商贸》2014年第9期。

## 二、恶意透支型信用卡诈骗案件问题梳理

### (一) 恶意透支型信用卡诈骗案件法律适用问题

2009年12月3日最高人民法院、最高人民检察院出台《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《信用卡刑事案件解释》),统一对恶意透支型信用卡诈骗案件的相关问题进行了解释。但在司法实践中,公、检、法三机关对信用卡诈骗规定的理解仍存在诸多不一致,证据审查标准也不统一。

1. “非法占有目的”的推定问题。与其他侵财类犯罪相比,涉嫌恶意透支型信用卡诈骗罪的犯罪嫌疑人在申领信用卡的初期即预谋非法占有银行钱款的较少,一般都是正常透支使用并如期按照银行规定还款,后来由于不良消费习惯的形成等,久而久之失去还款能力及意愿。从嫌疑人供述与辩解情况看,有的嫌疑人辩称由于长期奔波在外忘记还款,有的辩称由于自身法律意识淡薄未能充分认识到长期透支不还款的严重性,还有的辩称由于不愿承担高额孳息出于抵触心理不愿还钱。导致犯罪嫌疑人未能及时还款的原因五花八门,但能否从中把握关键信息,推定嫌疑人在信用卡使用过程中产生非法占有他人钱款的目的,是此类案件定案的关键之一。

从对《信用卡刑事案件解释》的认识层面而言,办案人员一般均能认识到仅符合“经发卡银行两次催收后超过3个月不还”的客观条件并不能必然构成信用卡诈骗罪,还要综合把握其他案件情节,共同推定犯罪嫌疑人的非法占有目的。然而在实际办案过程中,由于缺乏较为明确的操作标准,除上述客观条件外,还需查证何种类型以及多少可以推定犯罪嫌疑人非法占有目的的证据,则争议颇大。由此导致承办人更注重对“经发卡银行催收后仍不归还”这一客观条件的审查,而忽视了对持卡人“非法占有目的”的判断。司法实践中对案件做不起诉处理的主要依据依旧是犯罪数额小,且全部归还本金利息,因而情节轻微不予起诉,极少有因为认定持卡人不具有“非法占有目的”而

不予起诉的案件。

2. 如何认识“经两次催收后超过三个月不还”。与“非法占有目的”的认定相关的问题是,已经有证据证明犯罪嫌疑人具有非法占有他人钱款的目的,但是尚不符合“两次催收超过三个月不还款”的条件,能否认定其构成信用卡诈骗罪?对此问题,有观点认为可以构成信用卡诈骗罪,也有观点认为不构成信用卡诈骗罪,但可能构成诈骗罪。笔者认为,对此问题的把握,应从“两次催收超过三个月不还”的定位作用出发。如果将“两次催收超过三个月不还”仅作为“非法占有目的”的推定依据之一,那么如果有其他证据已经足以证明行为人具有非法占有目的,则“两次催收超过三个月不还”并没有符合的必要。但如果将这一条件定位为不仅仅是推定“非法占有目的”的依据之一,还是定罪入刑的客观构成要件,则必须加以认定。从《刑法》第196条第2款对恶意透支的定义来看,“经发卡银行催收后仍不归还”属于恶意透支型信用卡诈骗罪的客观构成要件要素,属于应当有证据加以证明的构罪条件。与此相对应的是,《信用卡刑事案件解释》将催收次数明确为2次,催收后不归还期限明确为3个月,实际上是有收紧恶意透支型信用卡诈骗罪的打击范围、提高该类型犯罪入罪门槛之意。因此,在恶意透支型信用卡诈骗罪的入罪把握上,应注意“经发卡银行两次催收后超过3个月不还”的独立价值,避免打击范围的扩大化。尽管如此,如果已经有证据证明行为人具有非法占有目的,虽然不符合恶意透支型信用卡诈骗罪的入罪条件,但是符合《刑法》第196条第1款规定的前三项行为方式,或者符合《刑法》第266条普通诈骗罪构成要件的,仍然可以认定为信用卡诈骗罪或者普通诈骗罪。

3. “两次催收”的认定问题。司法实践中对“两次催收”产生的争议主要包括以下三个方面:一是催收主体是否仅限发卡银行,对于发卡银行委托第三方咨询公司开展催收欠款业务的,能否认定为“经发卡银行催收”。从某基层检察院办理的案件来看,浦发、中信等银行存在大量催收欠款业务外包情况,由这些咨询公司

出具的催收记录可否作为定案证据,仍有疑问。二是“两次催收”是否应当有时间间隔。从办案情况看,由于部分案件中有效催收次数较少,可能仅有两次有效催收,但两次催收时间间隔又仅有几天甚至一天。从司法解释规定“两次催收”的立法本意看,应当是赋予信用卡持卡人一定宽缓期限,以便于筹钱还款。但如果催收记录显示的有效催收相隔时间极为短暂,可能就违背了司法解释的本意,有扩大打击范围的嫌疑。三是如何判断“有效催收”。司法实践中,发卡银行催收方式主要包括电话催收、短信催收、电子邮件催收、书面信函催收、上门催收等几种方式。在办案研讨中,有观点认为不管采用何种方式,必须是直接向嫌疑人发出了催收信息并有证据表明嫌疑人已经确认收悉,才能认定为一次有效催收。也有观点认为只要发卡银行出具相关催收记录,明确记载了曾经两次以上述方式进行催收,即可以认定为有效催收。此外,与此问题相关的是,嫌疑人有意逃避催收的,能否认定嫌疑人构成恶意透支型信用卡诈骗。有观点认为,只要发卡银行没有进行有效催收,即便有证据证明嫌疑人恶意逃避催收,也无法认定其构成信用卡诈骗罪;也有观点认为,如果有证据证明银行已经尽到合理催收义务,只是由于嫌疑人恶意逃避催收,才使得银行没有完成有效催收的,则可以认定其构成信用卡诈骗罪。

4. 如何认定有效还款。在恶意透支型信用卡诈骗案件中,持卡人在银行催收之后有时会有低于银行“最低还款额”的“小额还款”行为,该“小额还款”是否能排除犯罪嫌疑人的“非法占有目的”,以及是否应重新起算“三个月催收期限”,存在较大争议。有观点认为,犯罪嫌疑人有还款行为,在主观上反映了其有还款而非占有的愿望,因此不论还款多少,三个月的催收时间应当重新起算。另有相反观点认为,低于银行“最低还款额”的“小额还款”不应当重新计算催收期限。在这种情况下,“三个月期限”以犯罪嫌疑人上一次较大额(即不低于“最低还款额”)的还款时间为计算的起始时间。第三种观点认为,对“小额还款”后是否应重新起

算三个月催收期限,应根据“不枉不纵”的原则,按照还款的数额情况区别对待。对此,司法机关和银行系统应当明确重新起算三个月催收期限所应达到的还款数额标准。

5. 恶意透支型信用卡诈骗本金计算问题。在恶意透支型信用卡诈骗的本金计算方面,司法机关与银行等金融机构损失计算方式不统一,导致银行对案件补充证据配合程度不高。根据信用卡发放和使用章程的规定,银行在计算损失时采用的是复利计算方法,客户的还款在优先偿还各种银行收缴的费用后,最后才是实际取现或消费的本金。但根据《信用卡刑事案件解释》,恶意透支的数额不包括复利、滞纳金、手续费等发卡银行收取的费用,因此只有持卡人恶意透支的部分即本金才可以纳入刑法评价,司法机关也只将实际未归还的本金数额作为犯罪数额。因为上述原因,银行报案材料中所列明的数额往往大于犯罪嫌疑人应当认定的司法本金的数额,而公安机关往往直接根据银行报案数额移送审查起诉,导致大量案件犯罪数额的计算方式与立法规定存在冲突,计算结果对嫌疑人显失公允。检察机关要根据相关材料对司法本金进行重新计算认定,大批案件因为数额根本不够而被退回公安机关处理。而一旦银行提供的可计算材料不足,就将导致补证、退补工作,延长了办案周期。

6. 信用卡诈骗数额累计计算问题。(1) 不同行为类型的信用卡诈骗罪数额累计计算问题。鉴于恶意透支型信用卡诈骗行为的特殊性,《信用卡刑事案件解释》对普通型信用卡诈骗和恶意透支型信用卡诈骗的相关起刑点作了不同规定。当普通型信用卡诈骗和恶意透支型信用卡诈骗并存时,能否累计犯罪数额,存在不同观点。一种意见认为,由于两者行为形态及定罪量刑标准的差异,不能累计犯罪数额。至于如何处理,又有两种不同主张:一是主张分别对两种形态的行为进行评价,若同时构成信用卡诈骗罪,按照数罪并罚的原则,在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上范围内量刑;二是主张从一重处理,即对两种形态的信用卡诈骗行为分别考量,将法定刑较重的信用卡诈骗行为作

为基准刑,法定刑较轻的行为作为从重处罚情节。<sup>③</sup>还有意见认为,两类信用卡诈骗行为的形态及定罪量刑标准虽然存在差异,但毕竟隶属于同一罪名,具有质上的同一性,合并计算犯罪数额定罪量刑,有利于体现信用卡诈骗罪的社会危害性,符合罪责刑相适应原则。但至于如何累计,又有两种不同主张:一是换算说,即从实现精准量刑的角度出发,将恶意透支数额按50%比例换算成普通类型的诈骗数额,再合并计算,按照普通类型的标准定罪量刑。二是就轻认定说,从刑法谦抑性及人权保障的角度出发,先将两者犯罪数额直接累计计算,再按照标准较高的恶意透支型信用卡诈骗行为定罪量刑。<sup>④</sup>(2)一人持有多个信用卡透支,每张卡透支均未满1万元,可否累计数额定罪的问题。《信用卡刑事案件解释》和最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》均以透支数额达到1万元以上作为恶意透支的追诉标准,但没有明确规定这1万元是单张银行卡的透支数额,还是数张银行卡的透支累计额,因此造成实践中争议较大。在调研中一种观点认为,“一人多卡透支”行为是基于同一个犯罪故意、针对同一个客体而连续实施的,属刑法意义上的连续犯,因此在数额上应该累计计算,对累计后达到1万元的,应定罪量刑。另一种观点认为,贪污和盗窃数额能够累计计算,是因为这两种行为本身就触犯了道德底线,而且被法律法规所禁止。而信用卡的基本功能就是透支使用,持卡人基于民事合同关系取得信用卡并进行透支是合法合理的。如果单张卡的透支额度未达到定罪标准,其行为就不应被刑事法律所否定。在目前法律没有明确规定可以累计定罪的情况下,不能以刑法手段定罪处罚。对此类透支行为所造成的欠款,应当通过民事诉讼程序进行处理。第三种观点认为,当持卡人的多张信用卡中有1张信用卡的透支数额达到1万元的,说明其已有

明显的非法占有故意和被追究犯罪的基础,在符合认定恶意透支其他条件的情况下,应当立案追诉,其他每笔不满1万元的透支数额可以累加计算入总额。第四种观点认为是否能累计计算透支金额要综合全案判断。如果持卡人的多张卡均在起刑点以下(如多张卡中的每张透支额均接近1万元)进行透支,就明显有规避法律之嫌,综合其他行为能够反映其主观上的非法占有故意的,则应当定性为信用卡诈骗罪;但如果持卡人只是正常透支使用,持有的银行卡数量不多,透支的数额也不大,其他行为也不足以反映其有非法占有目的,则不宜简单地进行累计计算。<sup>⑤</sup>根据最高人民法院研究室《关于信用卡犯罪法律适用若干问题的复函》[法研(2010)105号]:对于一人持有多个信用卡进行恶意透支均未达到1万元的立案追诉标准的,原则上可以累计数额进行追诉。但考虑到一人办多张信用卡的情况复杂,如累计透支数额不大,应分别不同情况慎重处理。该条规定仍然比较原则,何种情形应当累计、何种情况不应累计,仍然很不明确,实践中的争议仍然没有解决。

7. 如何使用信用卡征信记录的问题。在审查恶意透支型信用卡诈骗案件中,为证明犯罪嫌疑人透支欠款情况,侦查机关调取持卡人的征信记录清单。然而,征信记录清单上不仅显示涉案信用卡的欠款情况,还显示持卡人在其他银行的欠款情况。根据持卡人用卡情况不同,征信记录显示的信用卡状态分为以下几种:(1)呆账。信用卡逾期180天以上未还,发卡银行可以报告该账户处于“呆账”状态。呆账数额由几百元至几万元不等。(2)仍然逾期。此状态下存在三种情形:第一,发卡银行已经报案;第二,逾期已经超过3个月,发卡银行尚未报案;第三,逾期尚未超过3个月。(3)曾出现长时间逾期,当前使用正常或已销户。此状态下存在两种情形:第一,发卡银行未报案,嫌疑

③ 贺平凡《恶意透支与普通型信用卡诈骗并存时的数额认定》,载《人民司法》2011年第20期。

④ 李小文《恶意透支与传统型信用卡诈骗行为并存之罪刑辨析》,载《犯罪研究》2010年第3期。

⑤ 刘洋《信用卡诈骗罪“构罪数额”问题研究》,载《江西警察学院学报》2012年第6期。

人被公安机关抓获前已将欠款还清;第二,发卡银行未报案,嫌疑人因涉嫌恶意透支其他银行信用卡被公安机关抓获,后将该账户欠款还清。逾期金额由一百余元至几千元、数万元不等。(4)没有出现逾期,目前仍然正常使用或已经销户。

对于征信记录显示的第一、二类情况,要不要继续追查,存有争议。一种意见认为,审查起诉中发现上述情况,应当一律以追诉漏罪的方式要求侦查机关补充移送涉案事实进行审查起诉。另一种意见认为,对于银行没有报案,侦查机关也没有调查的不应进行追诉,仅将在案事实提起公诉即可。还有意见认为,是否追诉漏罪,要看欠款数额是否单独构成犯罪,超过1万元的予以追诉,未达到1万元数额标准的,不予追诉。笔者认为,征信记录显示的持卡人在其他银行的欠款情况,并不能直接证明持卡人还涉嫌其他犯罪事实没有移送审查起诉。证明持卡人涉嫌信用卡诈骗其他银行的,除征信记录外,还需要查证账户交易明细情况、催收记录情况等相关证据材料。因此,征信记录显示的持卡人在其他银行的欠款记录仅可以作为一项犯罪线索,转交侦查机关继续侦查办理。对于侦查机关根据此项犯罪线索,查证涉嫌新的犯罪的,则应一并审查起诉,没有查证涉嫌新的犯罪的,则不应追诉漏罪。

## (二) 恶意透支型信用卡诈骗案件法律监督问题

1. 部分股份制商业银行为抢占市场盲目滥发信用卡,成为诱发信用卡诈骗的重要因素。部分银行在发卡审核过程中,放松对信用卡申请人的资信审查,使大量不具有资质的申请人成为持卡人。银行间信用卡产品竞争激烈,一些银行甚至将信用卡的办理量作为奖惩员工的重要考核指标,附赠各项优惠措施吸引客户,在发卡环节过分渲染产品优势而对其风险及责任避而不谈,使信用卡由原本的“高档”消费变得愈来愈“平民化”。在实践中,银行员工为完成摊派的办卡任务,往往仅需申请人提供身份证即可,而资信证明等材料则由银行员工代办,这就导致了大量原本不具备资信申请条件的人轻

易取得信用卡,为恶意透支的发生埋下了隐患。在信用卡申请的环节上,各银行虽均有“实名制”的要求,但在具体的操作中,都会有不同程度的变通措施,“代办”“邮寄办卡”的情况比较普遍,而代办人与申请人间的关系、邮寄申办对象的实际情况等,银行现阶段的审查力度根本无法达到翔实和准确,即便申请人本人前来提交申办材料,银行对材料的真实性也很少开展核实工作,给不法分子提供了可乘之机。

2. 发卡银行弱化对持卡人的监管责任,不能及时发现或积极处理持卡人资信状况恶化可能导致还款风险的情况。持卡人达到透支额度前的欠款并不会导致银行采取停卡的措施,这在某种程度上纵容了“透支维生”的信用卡诈骗犯罪,大多数此类犯罪的行为人并不会大金额地冲动消费,而是稳定地在账户无资金的情况下持续透支相当长的时间,如被告人陈某在5年时间内累积透支3.9万余元,但一直未遭到银行停卡。目前对于此类型的慢性透支,银行缺乏有效的动态监控制度。而即使发现持卡人恶意拖欠,部分银行故意拖延、消极处理,直至达到犯罪标准后转手司法机关处理,忽略了银行自身对透支风险的责任承担。

3. 各大银行在信用卡业务领域的无序竞争导致银行对于信用卡申领、POS机申领的门槛过低,且疏于实质审查。目前,在商业银行的竞争中,信用卡消费扣率返点收入已经成为商业银行的主要利润来源。由于商业银行的逐利性,各银行必然追求尽量多发信用卡,尽量多装自己的POS机,这直接导致信用卡申领与POS机安装的门槛越来越低,各方面资格审查难以落到实处,逐渐形式化、无效化。一家商户只需持有公司营业执照、组织机构代码、税务登记、开户证明等手续即可申请一台POS机,而银行只是对上述手续进行形式上的审查,但对于该公司是否实际经营、经营状况如何,却疏于考察、核实。

银行及金融机构对POS机管理不到位,风险识别能力较弱。各银行为授信商户开通的POS机,实现信用卡消费职能的同时,也极易成为犯罪分子实施信用卡诈骗犯罪套现的工具。

虽然银行与商户之间签有特约商户受理业务协议书,对商户亦做了诸多限制,各银行在为授信商户设立和开通POS机前后均有规范的操作流程要求和监管措施,但在执行中并未落到实处。银行在辨别申办POS机的特约商户是否存在高风险行为时,表现出较弱的识别能力,导致严重违背商业运营要求,而信用卡的发卡行、负责POS机业务的银联和收款行对上述异常交易并未进行欺诈风险的识别和控制,导致损失持续蔓延。

4. 商业银行间的竞争,使跨行联动信用监督体制与持卡人个人信用档案难以有效建立。在各银行采用片面追求发卡量的粗放型发展模式下,持卡人可以轻易地向多家银行申领信用卡的方式获得远远超过自身还款能力的信用额度,且商业银行在发出信用卡的过程中,过于注重追逐利益而轻视对公众健康消费习惯的引导,很多持卡人在使用信用卡支付方式的同时,缺乏规范的消费支出预算与透支还贷规划,一旦无法及时还款,为规避发卡行将要收取的高额利息只得求助于循环还款。若各家银行之间能够将在本行有不良信用记录、被列为高风险商户的名单及时与其他银行进行信息共享,有些诈骗行为是完全可以避免的。但是,正是由于这些银行之间信息不够流通,才导致不法分子在一家银行“失手”后,依然可以无后顾之忧地将“黑手”伸向另一家银行。

5. 银行外包信用卡催收业务成为普遍现象,第三方催收的合法性、非法催收造成的不良影响应当引起重视。随着信用卡业务不断发展,信用卡逾期不良贷款逐渐增多,银行和律师事务所的催收能力已无法与之相适应。为缩短逾期账款回收期限,减轻经营压力,绝大多数的发卡行都隐蔽地使用了催收外包的模式,即将信用卡在内的个人消费贷款的逾期债权催收业务外包给第三方催收公司,办案中常见的为“某某咨询公司”,可谓名不副实。

社会上的“讨债公司”以及部分“讨债行为”是被国家明令禁止的,而银行所委托的第三方催收公司大多便是游离于合法边界的“讨债公司”,既没有国家颁发的专门经营许可,又

缺乏法律法规以及发包方银行的管理和监督,其公司营业执照所规定的营业范围是否包括催收这一项也不得而知,合法性及在法律关系中所处的位置受到了质疑。

银行与用户之间是债权债务关系,对此,银行可以自己行使要求用户还款的权利,也可委托他人行使。但应予以书面授权并要求受委托人采取合法手段行使,而据业内人士分析,“目前除了银行委托的律师事务所都具有银行正式授权外,银行出于对催收外包公司行使不法催收手段可能引发的对银行声誉影响的顾虑,一般都不与催收外包公司进行正规的书面授权。”催收外包公司在向信用卡用户催收时,由于用户因透支逾期本来就理亏,也不会主动要求催收外包公司出示银行的书面授权,这也为催收外包公司可能的“非法性”进行了掩盖。

如上所述,催收公司与银行、欠款客户之间的法律关系不明确,且大多数不具备从事此项业务的资质,合法性有待考证,此其一。其二,催收公司与银行按催回收款金额进行佣金结算,催收公司可能不择手段进行催收。同时由于银行无法直接管理催收公司,对其行为难以控制。其三,催收公司人员素质良莠不齐,违法违规的催收手段时有发生,发卡银行因自身利益关系,只要不引发客户投诉,便不置可否。而到了审查起诉阶段,犯罪嫌疑人往往以此辩解,造成关键证据出现瑕疵。

三、恶意透支型信用卡诈骗案件处理完善建议

(一) 加强对恶意透支型信用卡诈骗案件中犯罪嫌疑人“非法占有目的”的审查,并在调研分析的基础上规范“非法占有目的”的认定

如上所述,本类案件犯罪嫌疑人主观恶性相对较小,多数无法还款原因为遭遇重大、持续变故,导致客观上还款不能,就此认定为非法占有较为牵强。另外,部分犯罪嫌疑人虽不具有《信用卡刑事案件解释》第2条规定的6种可以认定为“以非法占有为目的”的情形,但根据其行为及相关事实能够推定其具有“非法占有目的”的,应予以认定。综合上述情形,应分别总结归纳可以推定持卡人具有“非法占有目的”

及不应推定持卡人具有“非法占有目的”的典型情形,为办案提供指导。<sup>⑥</sup>

(二) 积极促成公检法机关召开联席会议,就定罪标准及证据标准等问题达成共识,并以会议纪要的形式加以明确

基于司法实践中公、检、法三机关对证据及法律规定存在认识分歧,应及时组织力量进行调查研究,就“持卡人”“催收”“恶意透支数额”“犯罪情节轻微”等问题达成一致认识。结合立法精神和刑法原理,笔者认为“持卡人”既应包括使用本人身份信息申领信用卡、并经发卡银行批准的信用卡登记持卡人,也包括虽未使用本人身份信息申领信用卡,但合法持有信用卡并使用的实际使用人;“催收”一般以持卡人本人实际接到发卡银行催收为准,持卡人预留的联系方式为假或为逃避银行催收改变联系方式、确实无法取得联系,且发卡银行能够证明已采取了2次以上催收行动的,可以认定银行的催收行为已发生效力。“恶意透支数额”应按照涉案信用卡实际消费数额扣除实际还款数额的方式计算。<sup>⑦</sup>

(三) 重视对此类案件中犯罪嫌疑人的教育工作,并以多种形式开展法制宣传活动

恶意透支型信用卡诈骗案件的犯罪嫌疑人犯罪的原因主要有以下几种:一是犯罪嫌疑人自身法律意识淡薄,未能充分认识到长期透支不还款的严重性;二是犯罪嫌疑人由于不愿承担高额孳息,与银行长期协商未果,出于抵触心理不还钱;三是心存侥幸心理,认为银行不能对自己采取什么硬性措施;四是遭遇失业、疾病等重大困难。对于存在前三种心理认知的犯罪嫌疑人,除进行必要的案件审查工作外,还应着重

对其进行释法说理,开展针对性的思想教育、心理教育和法制教育,并要求嫌疑人具结悔过、书写悔过书。

(四) 加强与银行等金融机构的沟通和合作,妥善处理案件中的矛盾点和敏感问题

根据《信用卡刑事案件解释》的规定,持卡人需要偿还全部款息,才可以被考虑从轻处罚或不追究刑事责任。目前,银行在计算损失时采用的是复利计算方法,就容易造成持卡人最后需偿还远远高于其实际透支本金数额的欠款,给持卡人带来巨大的经济压力。在审查办理案件中,一方面应与银行进行沟通协调,为犯罪嫌疑人减免利息和费用,及时发现并有效抑制案件中可能存在的不稳定因素。另一方面,针对案件事实灵活采取建议简易程序审理、相对不起诉、绝对不起诉等多种处理方式。

出于不良动机使用信用卡容易引发靠借贷维持生活的不良消费习惯,极易滋生违法犯罪。一旦为别有用心之恶分子利用以实施犯罪,势必会造成巨额经济损失,且追回赃款的可能性很小。为有效遏制此类犯罪,笔者提出以下几条建议:

其一,建议督促各银行严格信用卡申领管理,深刻认识因程序漏洞而引发犯罪的巨大风险。商业银行在处理代办信用卡业务时,应要求代办人出具委托人的身份证原件,在发放代办的信用卡及邮寄资料形式办理的信用卡时,应当在发卡前向实际申领人当面核实,对信用卡申请人资信水平和还款能力进行尽职调查,并加强信用卡申办程序的监督,对怠于履行信用调查导致信用卡风险的银行工作人员应严肃处理。同时,完善与扣率返点和信用额度提升

<sup>⑥</sup> 本文即将刊印之际,最高人民法院、最高人民检察院11月28日发布了《关于修改〈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〉的决定》(以下简称“2018年《办理信用卡案件修改决定》”),第1条明确规定:“对于是否以非法占有为目的,应当综合持卡人信用记录、还款能力和意愿、申领和透支信用卡的状况、透支资金的用途、透支后的表现、未按规定还款的原因等情节作出判断。不得单纯依据持卡人未按规定还款的事实认定非法占有目的。具有以下情形之一的,应当认定为刑法第一百九十六条第二款规定的‘以非法占有为目的’,但有证据证明持卡人确实不具有非法占有目的的除外:(一)明知没有还款能力而大量透支,无法归还的;(二)使用虚假资信证明申领信用卡后透支,无法归还的;(三)透支后通过逃匿、改变联系方式等手段,逃避银行催收的;(四)抽逃、转移资金,隐匿财产,逃避还款的;(五)使用透支的资金进行犯罪活动的;(六)其他非法占有资金,拒不归还的情形。”

<sup>⑦</sup> 欣慰的是,上述建议均为2018年《办理信用卡案件修改决定》第2、3、4条所吸纳。

有关的相关优惠规定,调整信用卡业务的无序竞争状态,规范信用卡交易管理秩序。

其二,严格POS机的设立和开通条件,落实申领者经营主体资质的核实机制,整合多方力量加强对授信商户的监管。今后,应规范POS机设立程序,严格特约商户的准入和监管,建立类似于贷款审批前的等级评价体制,按照资信状况详尽甄别后谨慎办理。<sup>⑧</sup>在开通POS机业务后,银行应落实对特约商户的监督管理,切实强化信用卡套现风险的防范责任。收单银行和发卡银行要相互配合,对可疑交易信息早发现、早识别、早预警,对涉嫌套现的特约商户应及时给予警告和纠正;情节严重的,应立即停止商户收单资格。而相关工商行政管理部门对

于为刷卡套现而成立的空壳公司,一经发现,亦应立即取缔。

其三,建立跨行信息联动机制及持卡人信用档案,加强信用卡套现的打击协作。在各银行间建立持卡人信用风险评价信息平台,使恶意持卡人的不良信用记录能够有效地被社会公众,尤其是资信审核人员了解。对于在多家银行申办信用卡并存在不良信用记录的人,严格控制其再次申办信用卡。避免同一人以在不同银行申领多卡的方式获取远超出自身还款能力的信用额度。同时,各银行执行风险上报制度,对发现的非法套现情况,应按照监管要求上报所属银监局、银监会,保障信息通畅,防止损失扩大。

## Empirical Analysis on Credit Card Fraud Committed by Means of Malicious Overdraft

Tian Hongjie

**Abstract:** As a typical example of minor criminal offense, credit card fraud committed by means of malicious overdraft is characterized with centrality of the subject of crime, stability of criminal means and high - proportion of the crime loss retrieving. For the existence of disputes on the law application and different understanding on the evidence standards, cases that should be quickly solved are sometimes delayed, thus affecting the efficiency and fairness of criminal procedure, also the legitimate rights of the suspects. Hence, investigation departments should be better coordinated, and evidence standards and incrimination set-up should be integrated in order to guarantee promptly investing and solving of criminal cases. The legal supervision function performed by procuratorial organ should also be highlighted to contain the increasing trend of credit card fraudulent crimes concerning commercial banks.

**Keywords:** malicious overdraft; credit card fraud; law application; legal supervision

(责任编辑:程绍燕)

<sup>⑧</sup> 为此,2018年《办理信用卡案件修改决定》在特别增加的第11条中明确规定“发卡银行违规以信用卡透支形式变相发放贷款,持卡人未按规定归还的,不适用刑法第一百九十六条‘恶意透支’的规定。构成其他犯罪的,以其他犯罪论处。”