

# 拾得信用卡在ATM机使用之 行为性质辨析\*

李会彬 李程

**【摘要】**关于拾得他人信用卡并在ATM机上使用的行为,应属于诈骗性质,不构成盗窃罪。如果对该种行为进行整体评价,则可以得出其在本质上具有诈骗性质的结论,因此信用卡诈骗说更具合理性。但信用卡诈骗说仅笼统地承认该类行为具有诈骗性质,而对其构成特征没有细化,存在着诸多缺陷。应从智能机器的范围、人类对机器所授予的处分财产权限、智能机器所模拟的人类思维的判断范围、诈骗罪的受害主体等四个方面予以限定,从而使信用卡诈骗罪与盗窃罪予以区分。

**【关键词】**信用卡诈骗 盗窃罪 ATM机 诈骗性质

**【中图分类号】**D914 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2015)02-0090-06

## 一、问题的引出

就拾得他人信用卡后到ATM机上使用的行为如何定性,学界主要存在着信用卡诈骗说<sup>①</sup>与盗窃说<sup>②</sup>两种观点。虽然2008年4月18日最高人民检察院在《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》指出:“拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为,属于刑法第一百九十六条第一款第(三)项规定的‘冒用他人信用卡’的情形,构成犯罪的,以信用卡诈骗罪追究刑事责任。”但是,该司法解释并没有使争论平息,盗窃说的观点依然为提倡者所坚持。<sup>③</sup>而且,即使是在司法实务界,不同的法院也可能会根据自己的不同理解做出不同的判决。<sup>④</sup>笔者认为,出现这一现象的根本原因就在于对拾得他人信用卡在ATM机上使用行为是否

具有诈骗性质存在分歧。因此,深入探讨该问题不仅具有理论意义,也对指导司法实践正确处理该类案件具有重要实用价值。

\* 2011年度国家社会科学基金项目“我国刑事司法对刑法基本原则的挑战与应对”(11BFX130)。

- ① 刘明祥:《用拾得的信用卡在ATM机取款行为之定性》,《清华法学》2007年第4期;刘宪权:《信用卡诈骗罪若干疑难问题研究》,《政治与法律》2008年第10期。
- ② 张明楷:《也论用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质》,《清华法学》2008年第1期;王海涛:《论财产犯罪中债权凭证的刑法评价》,《政治与法律》2010年第4期。
- ③ 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第712页。
- ④ 夏尊文:《拾得他人信用卡在ATM机上取款行为之定性探微》,《中国刑事法杂志》2011年第4期。

## 二、对两种观点的评析

### (一) 盗窃说评析

盗窃说完全否认以智能手段通过机器非法获取财物的行为具有诈骗的性质，认为拾得信用卡在 ATM 机恶意取款的行为应当构成盗窃罪。笔者认为这一观点存在着以下两个方面的缺陷：

#### 1. 割裂地认识问题

盗窃说的出发点是“机器不能被骗”。诚然，如果抽象而论，由于机器不可能成为任何法律关系的主体，确实不存在机器被骗的问题。但是，“机器不能被骗”这一命题，并不能否认行为人可以通过机器诈骗自然人。因为，利用 ATM 机恶意取款的行为，是一系列要素的组合，它涉及 ATM 机的程序制定者、ATM 机、ATM 机背后的管理者、卡的合法持有人及恶意取款者等要素。如果割裂上述要素之间的联系，仅就其中某一个环节单独予以评价，当然不能得出该种行为具有诈骗性质的结论。但如果我们将这些要素组合成一个整体的话，则会得出完全不同的结论。即 ATM 机的程序制定者向 ATM 机输入了能够模拟人类思维的程序，ATM 机的管理者授权 ATM 机用模拟的人类思维程序代为识别取款者身份并处分财产，恶意取款者通过各种虚假方式获得了 ATM 机程序中的身份认证，ATM 机代表其管理者向恶意取款者处分财产，因为管理者的处分行为使合法持卡人遭受财产损失。将这些要素结合成一个整体之后我们会发现，其与传统的盗窃行为有着明显的区别：首先，ATM 机中存在着模拟人类思维的程序，它能够代替人类大脑进行判断，不同于一般的密码电子锁。其次，管理者授权 ATM 机可以代为处分财产。而恶意取款者通过虚假方式获得了 ATM 机程序中的身份认证时，实际上 ATM 机是代表管理者自愿交付了财产，而不是行为人窃取了财产。也即“ATM 机支付金钱是由行为人隐瞒真相这一诈骗手段而受欺诈做出的，被诈骗的并不是机器，而是其背后

的管理者。”<sup>①</sup>因此，其行为是刑法中的三角诈骗而不是盗窃。盗窃说仅将行为人用拾得的信用卡在 ATM 机上使用这一行为拿出来单独予以评价，忽略了 ATM 机的管理者及卡的合法持有人，因此将该类行为评价为盗窃，不具有合理性。

2. 用拾得的他人信用卡在 ATM 机上使用与在人工柜台使用并无本质区别

盗窃说认为，用拾得的他人信用卡在 ATM 机上使用构成盗窃罪，在人工柜台使用或者持卡向特约商户消费构成信用卡诈骗罪。因为，在 ATM 机上取款不存在自然人被骗并基于瑕疵意思表示处分财产这一事实，而在人工柜台取款或者持卡向特约商户消费则存在着这一事实。两者存在性质上的差异。<sup>②</sup>笔者认为，事实并非如此，其原因除了诈骗罪说所主张的两者都具备“交付罪”的本质特征外，<sup>③</sup>还因为两者在构造上并无本质不同。用信用卡在银行柜台交易的这一过程，虽然存在工作人员这一因素，但工作人员在其中并不起实质作用。只要持卡人将信用卡交由银行工作人员，并输入正确的密码，银行工作人员就会按照持卡人的要求支付现金。至于信用卡的来源，持卡人是否为合法持卡人本人，是否冒用了他人的信用卡，银行工作人员不予审查和判断。持卡在特约商户消费的行为也同样如此。在这个过程中，对信用卡进行实质审查的仍然是计算机，即由计算机对信用卡的真伪及其所记载的持卡人信息进行核实，如果能够输入正确的密码即视为持卡人本人取款。而柜台工作人员只是按照计算机的核实结果进行处理，密码正确即予以支付，密码不正确不予支付。因此，柜台工作人员在这里所起的作用仅仅是按照机器的指令行事，不存在对持卡取款行为进行实质审查的问题，

① 李翔、周啸天：《信用卡诈骗罪中“冒用”的展开》，《中国刑事法杂志》2008年第5期。

② 张明楷：《也论用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为性质》，《清华法学》2008年第1期。

③ 刘明祥：《再论用信用卡在 ATM 机上恶意取款的行为性质》，《清华法学》2009年第1期。

那么也就不存在银行柜台工作人员被欺骗的问题。因此,盗窃说认为,用拾得的信用卡在银行柜台取款的行为,直接欺骗了自然人,是自然人基于认识错误处分了财产并不符合实际情况。那么其所主张的,将在ATM机上使用的行为与在银行柜台使用或在特约商户上消费的行为区别开来,分别按盗窃罪与信用卡诈骗罪处理不具有合理性。同样将盗窃信用卡并使用的行为也按上述两种情况进行区分并分别定罪的观点也不具有合理性。

### 3. 与我国刑法立法规定不相吻合

如果一概否认在ATM机上恶意取款的行为具有诈骗性质,从而否认该种行为构成信用卡诈骗罪,将使我国《刑法》关于信用卡诈骗罪规定的许多条款形同虚设。因为我国刑法不仅规定了冒用型信用卡诈骗罪,还规定了使用伪造的信用卡的诈骗罪、使用作废的信用卡的诈骗罪、恶意透支型的信用卡诈骗罪。这三种类型都存在着在ATM机上使用的情况。如果以“机器不能被骗”为由否认拾得他人信用卡在ATM机上取款的行为构成诈骗罪,实际上也就否认了上述三种信用卡诈骗罪行为类型中在ATM机恶意取款的行为构成信用卡诈骗罪。因为使用伪造的信用卡、作废的信用卡在ATM机上恶意取款,或者用真实的信用卡在ATM机上恶意透支,与用拾得的信用卡在ATM机上取款并无本质区别,四者之间都不存在直接欺骗自然人后,自然人基于瑕疵意思表示直接处分财产的情况。但无论在理论上还是司法实践中,对上述前三种行为以信用卡诈骗罪定罪处罚却很少有人提出质疑。因此,笔者不明白的是,持盗窃说的论者因何以“机器不能被骗”为由只否认拾得他人信用卡在ATM机使用的行为构成信用卡诈骗罪,而对其它几种信用卡诈骗罪类型却没有提出质疑呢?因为按照持盗窃说论者的逻辑,上述三种行为都应当认定为盗窃而不是信用卡诈骗。但这显然是不合理的。

### (二) 信用卡诈骗说评析

信用卡诈骗说敏锐地洞察到了在ATM机上

恶意使用信用卡的行为具有诈骗的性质,正如论者所言,“机器本身并不能受骗,但由于机器是按人的意志来行事的,机器背后的人可能受骗,用计算机诈骗、信用卡诈骗同诈骗相比,人受欺骗具有间接性,即由计算机代替人处分财物,并非是人直接处分财物。”<sup>①</sup>其高明之处在于从整体上看待此种行为的性质,即在对该行为进行评价时既不脱离机器背后所代表的自然人(因为单独就机器而言是不能被骗的),也不脱离机器单独对行为人的行为进行评价。但信用卡诈骗说存在以下两点不足:

#### 1. 否认两罪为一般与特别的关系不具有合理性

虽然在ATM机上恶意使用的行为与普通诈骗罪存在着构造上的差异,即并非自然人基于瑕疵意思表示直接处分财产,但正如论者所言,这仍不能否认其行为的本质是诈骗。既然承认其行为本质是诈骗,那么它就具有普通诈骗罪的本质特征。因此,以该种行为在某些构成要素上不同于普通诈骗,否认两者之间是一般与特别的关系,是忽略其本质属性的表现。同时,否认信用卡诈骗罪是普通诈骗罪的特殊类型,则有可能将本身不具有诈骗性质的行为评价为信用卡诈骗罪,从而不当扩大其处罚范围。例如,尽管在刘明祥教授看来,“许霆案”中许霆的行为也不具有诈骗性质,但由于其认为信用卡诈骗罪不是普通诈骗罪的特殊类型,不一定非要具有诈骗性质,因此,即使许霆的行为不具有诈骗性质,也可以认定为信用卡诈骗罪。但是,无论我国《刑法》第196条的法条规定,还是相关司法解释,对信用卡诈骗罪的构成要件进行描述时,均采用了“信用卡诈骗活动”的表述方式。而上述观点认为,许霆的行为即使不具有诈骗性质,也可以定性为信用卡诈骗罪,显然与立法规定不相符合。因此,否认信用卡诈骗罪是普通诈骗罪的特殊类型,有扩大其处罚范围的倾向。

<sup>①</sup> 刘明祥:《用拾得的信用卡在ATM机取款行为之定性》,《清华法学》2007年第4期。

2. 不能为准确区分诈骗行为与盗窃行为提供明确的标准

信用卡诈骗说虽然认识到欺骗机器的行为具有诈骗的性质，有可能构成诈骗类犯罪，但其并没有对其范围进行进一步界定。因此，承认欺骗机器的行为具有诈骗性质仍然是一个非常模糊的概念，不具有构成要件的定型性。如机器必须具备什么样的条件，它模拟了什么样的人的思维，机器背后的管理者是否授予了机器处分财产的权限，行为人实施了怎样的行为等才能视为诈骗，论者均没有论及。这就使得信用卡诈骗罪与盗窃罪有时难于区分。诚如反对者所言，倘若行为人以非法占有为目的，侵入他人无人驾驶飞机的电脑控制系统，使无人驾驶飞机飞入自己控制的场所，可以认定为诈骗罪；倘若被害人门前安置了智能机器人管理家务，行为人通过技术手段，使管理家务的机器人交付财物给自己也可以成立诈骗罪。但这是让人难以接受的。<sup>①</sup> 甚至我们可以举出更极端的例子，用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为，与拾得能够打开 ATM 机储款箱的钥匙打开 ATM 机取款的行为是否存在区别？伪造别人身份证明磁卡，通过划卡器的身份识别功能进入某研究机构拿走财物，是否也具有诈骗性质？显然仅笼统地承认该类行为具有诈骗性质，而不对其构成特征进行进一步细化，难以回答上述疑问。因此，不加限制地承认欺骗机器的行为具有诈骗的性质，会导致其构成要件限制机能的丧失，从而难以使得诈骗罪与相关犯罪得以区分。

### （三）小结

综上，盗窃说完全否认以智能手段通过机器非法获取财物的行为具有诈骗的性质，存在割裂地看待问题的不足，并且与我国有关信用卡犯罪的立法精神不相吻合，其将拾得他人信用卡在 ATM 机上取款的行为与在银行取款的行为分别评价为盗窃罪与诈骗罪，不利于准确定罪量刑，因为两者在性质上没有什么区别（前文详细论述）。因此，盗窃说是不可取的。而诈

骗说从整体上（而不是割裂的）对行为进行评价，洞察到了该类行为诈骗的本质，符合未来刑事立法的发展趋势。但是，我们也应看到信用卡诈骗说并不完善，它只是笼统地提出了通过智能机器欺骗自然人的行为具有诈骗性质，可以构成诈骗类犯罪。至于在什么条件下可以认定该类行为具有诈骗性质，诈骗说并没有予以细化，从而使得该罪与盗窃罪有时难于区分。因此，盗窃说所提出的一些反驳意见，是该理论在现有阶段难于回答的。正是基于这一思路，笔者下文拟就在 ATM 机上恶意取款行为的诈骗性质范围进行界定，以试图弥补信用卡诈骗说的缺陷。

## 三、在 ATM 机上使用拾得信用卡行为的诈骗性的界定

笔者认为信用卡诈骗是普通诈骗罪的特殊类型，因此，将在 ATM 机上恶意使用信用卡的行为认定为信用卡诈骗罪，除了满足一般诈骗罪的构成要件之外，还应同时满足以下四个条件：

### （一）机器内存在有效的模拟人类思维的人工智能

首先，机器内必须存在着有效的模拟人类思维的人工智能，这是在 ATM 机上恶意使用信用卡的行为构成诈骗罪的前提。如在银行 ATM 机系统内存在着判断信用卡真伪、识别身份、密码核对以及按照取款者的要求支付现金等人工智能。正是由于这些模拟人类思维的程序的出现，使其代替了自然人的操作与判断，并代为处理事务。因此，如果机器内不存在着模拟人类思维的人工智能，其就不可能代替人类处理事务，则不可能构成诈骗类犯罪。这一点将拾得他人信用卡在 ATM 机上取款的行为，与拾得他人钥匙到其家中取走财物的行为区分开来。前者是利用人工智能的判断失误获取财物，而

<sup>①</sup> 张明楷：《非法使用信用卡在 ATM 机上取款的行为构成盗窃罪》，《清华法学》2009 年第 1 期。

后者根本不存在模拟人类思维进行判断的问题,因此前者构成信用卡诈骗罪,后者构成盗窃罪。

其次,模拟人类思维的人工智能在机器内的运行必须是正确有效的。如果人工智能由于某种原因瘫痪或者陷入错误,其就不能再模拟人类思维进行判断,因此也就不能代替人类处理事务。那么在这种情况下,ATM机自动吐出现金不能视为ATM机代替自然人交付了财产,行为人的行为也就不可能具有诈骗性质。这一点将利用ATM机出现错误时恶意取款的行为(如许霆案)排除在信用卡诈骗罪之外,由于这种行为不具有交付罪的特征,笔者认为将其认定为盗窃罪更为合理。

### (二) 背后的管理者授权机器代为处理财物

机器的管理者或者拥有者须授权机器代为处理财物。即机器相当于一个电子营业员,<sup>①</sup>能够代表管理者处分财物,由其代为支付财物或者款项与由管理者本人支付财物或者款项并无区别。例如ATM机完全能够代表银行支付款项,用信用卡在ATM机上取款与在银行柜台取款没有任何区别,自现金从ATM机吐出时起,取款者即取得所有权。而用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为,实际上存在着ATM机代表管理者向行为人交付现金这一事实,基于其存在“交付行为”,应当将其行为评价为诈骗。那么以此为标准,前文所述的通过划卡器的身份识别功能进入某研究机构拿走财物的行为;侵入他人无人驾驶飞机的电脑控制系统,使无人驾驶飞机飞入自己控制的场所的行为;通过技术手段使管理家务的机器人交付财物的行为均不具有诈骗性质。因为,虽然这些机器中都存在着模拟人类思维的人工智能,但由于这些机器背后的管理者并未授权它们代为处分财物,而机器不可能自己处分财物。因此,其中不存在机器代表自然人交付财产的行为。这些行为只能构成盗窃罪而不是诈骗类犯罪。

### (三) 恶意使用者的行为在机器所模拟的人类思维的判断范围之内

行为人所实施的行为必须在机器所模拟的

人类思维的判断范围之内。管理者在向机器输入模拟人类思维的程序时,一方面是将先前通过自然人判断处理的事物交由机器判断处理,由机器代替人类思维进行判断;另一方面也圈定了机器能够代理管理者处理事务的范围。因为机器不同于人类,人类思维具有主动性和活跃性,可以对多种事务进行判断。而机器具有被动性,只能在人类对其所输入的模拟人类思维的程序范围内进行判断。如果行为人实施的行为超出了机器模拟人类思维的判断范围,或者该行为与对机器设定的人工智能根本不相关,则不应当认定具有诈骗性质,不能构成信用卡诈骗罪。因为超出人类对其所输入的模拟人类思维的程序范围,也就超出了人类对机器的授权范围,因而也就不能再代替人类处理事务。例如,行为人拾得自动取款机的钥匙打开自动取款机取款的行为,以及行为人采用拆卸手段打开自动取款机取款的行为,由于均不在机器所模拟的人类思维的判断范围之内,因此不能构成信用卡诈骗罪。这些行为完全符合盗窃罪的犯罪构成,因此应构成盗窃罪。

### (四) 真实受害者是机器背后所代表的自然人

脱开人的因素,机器是不能被骗的。因为机器不可能成为法律关系的主体,它永远是法律关系的客体,不可能成为受害者。我们只能说通过机器使得机器背后的自然人遭受到财产损失,不能说让机器遭到了财产损失。也即“无论机器的智能化程度有多高、和人交往的程度有多强,没有社会活动能力和法律权利能力的无生命体机器都不可能成为法律关系的能动一方……。人对机器直接作用的目的和结果都会涉及机器背后的人和人之间的关系。”<sup>②</sup>那么认识到了这一点,我们就不可能得出反对者所提出的,“倘若将ATM机当人看待,那么,将

① 赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,《法制日报》2008年6月1日。

② 高国其:《机器诈骗犯罪浅议》,《中国刑事法杂志》2010年第3期。

ATM 机砸坏后取走其中现金的行为，就成立抢劫罪”<sup>①</sup>的结论。因为，在笔者看来，虽然机器在输入了模拟人类思维的程序的情况下，能够代替人类大脑判断处理一些事务，并能够代为完成一些法律行为（如代为自然人处分财产等），但这并不代表机器就具有了人格，可以成为法律关系的主体。因此，单独就机器而言，它不可能被骗，当然也不可能被抢劫。因此，上述反对者所得出的结论，在笔者看来同样是令人难以接受的。

以上四个方面相互依存，缺一不可。第一个条件与第二个条件对智能机器的范围进行了划定，即该机器必须具有有效的模拟人类思维的程序，并且管理者授权该机器能够代为处分财物；第三个条件划定了行为人的行为范围，即行为人实施的行为在智能机器所模拟的人类思维的判断范围之内；第四个条件将行为仍然归属于自然人，即机器是法律关系的客体，自然人是主体。这四个条件共同划定了在 ATM 机上恶意取款行为构成信用卡诈骗罪的范围，使其与盗窃罪得以明确区分。

#### 余论

就当前社会发展的现状来看，通过智能机器骗取他人的财物的行为，并不仅限于在 ATM

机上取款的行为。还包括利用虚假电话卡骗取电话费的行为，在自动售货机上用假币骗取财物的行为等。而随着未来社会发展，类似的行为会越来越多。承认该类行为具有诈骗性质，对于正确认定其犯罪性质，准确定罪量刑具有十分重要的意义。因此，笔者认为通过司法解释的形式将相关行为纳入现有诈骗类犯罪（普通诈骗罪与特殊诈骗罪），或通过立法新设特殊诈骗类犯罪，是未来刑事立法的正确选择。而这只不过是“犯罪现象引导刑法理论和立法发展”这一规律的现实表现而已。笔者提出的认定在 ATM 机上恶意使用信用卡行为构成信用卡诈骗罪的四个条件，不仅有助于信用卡诈骗罪的正确认定，也希望对现存的以及未来可能出现的相类似犯罪的处理有所裨益。

本文作者：李会彬是北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生；李程是日本早稻田大学法学研究科博士研究生  
责任编辑：赵俊

① 张明楷：《非法使用信用卡在 ATM 机上取款的行为构成盗窃罪》，《清华法学》2009 年第 1 期。

## An Analysis on the Nature of Fraudulent Using the Lost Credit Card on ATM

Li Huibin Li Cheng

**Abstract:** The view is not rational that the behavior of picking up others' credit cards and using it on the ATM is no deception but should be the crime of theft. If we evaluate it on the whole, we can conclude that it is fraud in nature, so the credit card fraud view is more reasonable. The view of credit card fraud has many defects, because it is only generally acknowledged that this kind of behavior is fraud and its characteristics have not been refined. So we should define its range from the following aspects: the range of intelligent machines, disposal of property rights of machines, the scope of intelligent machines imitating human thinking and the victims of the crime of fraud. And then credit card fraud and theft can be distinguished.

**Keywords:** credit card fraud; theft; ATM; the nature of fraud