

抢劫信用卡并使用行为的刑法评价

——基于不可罚的事后行为之考察

郭小亮¹, 黄文忠²

(1. 江西警察学院 法律系, 南昌 330100; 2. 江西省人民检察院, 南昌 330046)

摘要:抢劫信用卡并使用行为简单定性为抢劫罪或者信用卡诈骗罪的做法难言妥当。抢劫信用卡的行为构成抢劫罪(既遂), 应按照情节轻重量刑。抢劫信用卡当场使用的, 构成抢劫罪, “当场使用”是指行为人实力控制被害人期间使用信用卡。抢劫信用卡事后使用行为, 不符合不可罚的事后行为成立要件之法益同一性、对象同一性和法益包括性要求, 应单独定罪评价, 且与抢劫罪并罚。抢劫信用卡事后使用的, 按照抢劫罪(不计数额)和信用卡诈骗罪或者盗窃罪并罚。抢劫信用卡既当场使用又事后使用的, 按照抢劫罪和信用卡诈骗罪或者盗窃罪并罚。

关键词:抢劫信用卡; 不可罚的事后行为; 法益侵害; 信用卡诈骗

中图分类号: D924.3 **文献标志码:** A **文章编号:** 1673-8039(2020)05-0089-08

司法实践中, 抢劫他人信用卡并使用的案件时有发生, 实务和学界对此类案件的处理存在较大争议。实务部门通常参照最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》, 对此类案件一般按照抢劫罪论处, 但学界普遍认为这种一刀切的作法明显过于简单化, 与刑法相关理论并不吻合, 应区分不同情形分别处理。抢劫他人信用卡并使用的处理, 刑法理论上主要有四种不同观点: 第一种观点, 主张以抢劫行为为评价重点, 不区分当场使用和事后使用, 一律定抢劫罪^[1]。第二种观点, 认为应以使用行为为评价重点, 并且区分当场使用和事后使用分别处理。抢劫信用卡并当场使用的, 构成抢劫罪; 事后使用的定信用卡诈骗罪, 既当场使用又事后使用的, 则应以定抢劫罪与信用卡诈骗罪且数罪并罚^[2]。第三种观点, 主张抢劫行为和使用行为之间存在类型性的牵连关系, 按照牵连犯处理, 即从一重罪论处^[3-4]。第四种观点, 认为抢劫行为和使用行为应单独评价, 抢劫信用卡的行为构成抢劫罪, 使用信用卡的行为构成盗窃罪或信用卡诈骗罪, 且数罪并罚^[5-6]。

作者以为, 司法实践中和刑法理论上认为抢劫信用卡并使用行为以抢劫行为为评价重点, 不区分当场使用和事后使用, 一律定抢劫罪的做法难言妥当, 认为单纯抢劫信用卡行为并不成立抢劫罪以及刑法评价重点在于使用行为的观点亦值得商榷。对抢劫信用卡并使用行为的定性分析, 应区分当场使用还是事后使用, 以及既当场使用又事后使用三类情形。根据不可罚的事后行为理论, 确认当场使用与事后使用的性质, 同时明确抢劫信用卡行为的定性, 合理界定抢劫行为与使用行为的关系, 最终确定两行为是可以进行整体性评价或者应该分别予以考察, 唯此才能使评价结论客观妥当。

一、抢劫信用卡并使用行为的性质确证

(一) 不可罚的事后行为及其成立要件

1. 不可罚的事后行为的概念。不可罚的事后行为, 通常也称为共罚的事后行为, 我国台湾地区称为“不罚(与罚)之后行为”。刑法理论上对不可罚的事后行为的概念并未形成规范统一的表述, 中外学者从不同角度对不可罚的事后行为进

收稿日期: 2020-07-20

基金项目: 江西省社会科学研究“十二五”规划项目“财产犯罪的事后行为研究”(15FX03); 江西警察学院重点科研项目“抢劫信用卡后处置行为的刑法评价”(2018ZD002)

作者简介: 郭小亮(1977—), 男, 江西遂川人, 法学硕士, 江西警察学院法律系副教授、刑法教研室主任; 黄文忠(1975—), 男, 江西丰城人, 江西省人民检察院检察官。

行了阐述,归纳起来,主要从法益侵害、吸收关系、包括的一罪等方面予以界定。例如,德国著名刑法学者韦塞尔斯认为,不可罚的事后行为属于吸收关系,是指犯罪的后续行为之情节或者情形没有超过通过先前行为的所获程度,没有对已经形成的法益损害造成本质性的扩大,没有侵犯新的法益^{[7]482}。德国刑法学者冈特·施特拉腾韦特和洛塔尔·库伦认为,不受处罚的后行为其实经常被归入吸收关系,但是基于不同的基本思想,单纯的保障或利用行为只要没有给受害人造成新的损失或者针对另一个法益,那么就应让位于真正作为犯罪侵害行为核心的取得行为^{[8]439}。日本刑法学者前田雅英认为,数个行为跨越不同的犯罪构成要件时所成立的包括的一罪,是所谓不可罚(共罚的)事后行为^{[9]352}。我国台湾地区刑法学者陈子平认为,所谓“不可罚的事后行为”,系指犯罪完成后,所伴随的违法状态存续中,由于该行为通常属于该违法状态所包含,因而以该当构成要件加以评价为已足者而言^{[10]459}。

作者认为,刑法理论上对不可罚的事后行为概念表述之差异,主要体现在对前后两行为之间关系的理解不同以及前后两行为所侵害法益的判断不同,但共同认可的是,构成事后不可罚的行为的前提条件是该事后行为本身能够单独构成犯罪,即事后行为具备构成要件该当且属违法和有责行为,但鉴于事后行为与前行为之间具有某种吸收关系或者主次关系,事后行为的法益侵害完全能包括在前行为的法益侵害之中,处罚前行为即可达到充分保护法益之刑法目的,因而对事后行为不再定罪处罚。显然,事后行为需重点关注并考察的是以何种标准来准确判断前后行为之间的某种内在关系,以及后行为能被概括性评价在前行为之中。对此,作者认为从法益侵害角度出发对不可罚的事后行为进行界定具有科学性,以法益侵害为标准进行判断具有理论上的合理性和实践上的可操作性,而以吸收关系或者包括的一罪为标准进行判断,由于判断标准本身并不清晰,因而导致概念自身缺乏明确性。据此,不可罚的事后行为可界定为:在状态犯的场合,为确保、利用或处分本罪所获不法利益而实施的后行为,如果未侵害新的法益或扩大原法益侵害范围的,则被前行为之罪一并评价,不另行定罪处罚^[11]。

2. 不可罚的事后行为的成立要件。作者主张,不可罚的事后行为的成立要件可从五方面予

以考察。第一,前后行为主体相同。显然,刑法理论上讨论后行为是否具有可罚性的前提是实施后行为之主体与前行为的主体相同,即对同一行为前后伴随实施的两个不同行为如何进行刑法评价,因此,前行为和后行为的主体要求是同一行为人,如果前后行为涉及行为人以外的第三人,则属于共同犯罪讨论之范围,自然不在不可罚的事后行为讨论之列。第二,前后行为法益侵害相同。法益相同不仅指前后行为侵害的法益性质相同,即侵害了同类型的法益,而且前后行为所侵害的法益数量相等。若后行为引起了新的不同类型的法益侵害或另行侵害的法益数量超出了前行为的法益数量,则应对后行为独立进行评价。第三,前后行为侵害对象相同。即前后行为须指向同一对象,即被害人相同。若行为侵害了不同的被害人,则后行为不能被包括在前行为之中一并评价。正如德国刑法学者乌尔斯·金德霍伊泽尔所言:“如果侵害了不同的权利人,则根本不成立共罚的事后行为。”^{[12]483} 第四,后行为能独立成罪。不可罚的事后行为讨论的前提是后行为能独立成罪,如果后行为属于纯事实性质的行为,本来就不属于不可罚的事后行为,自无讨论必要。第五,前行为法益可包括后行为法益。即后行为所侵害的法益能被前行为所侵害的法益所包含。前后行为法益侵害相同要求的是后行为侵害法益性质和数量均和前行为一致,但是,如果后行为所造成的法益侵害的程度和范围已经超出了前行为的法益侵害程度和范围,则后行为显然不能被整体评价于前行为之中,应另行单独评价处罚。例如,行为人抢夺他人手机后,发现手机里存有被害人的不雅隐私,便以此威胁勒索被害人的情形,威胁勒索行为所侵害的法益虽然主要是财产权,和抢夺罪一样,但威胁勒索行为所侵害的财产法益显然已经超越了抢夺罪的财产法益范围,其不能被包括在抢夺行为中一并评价,需要单独处罚。事后行为同时满足上述五个要件,即主体相同、法益相同、对象相同、独立成罪性和法益包括性,才能成立不可罚的事后行为。就可罚的事后行为而言,虽然有观点主张按照牵连犯从一重罪论处,但由于刑法理论上对牵连犯这一概念本身的科学性和合理性存有疑问,牵连犯面临着存废的历史命运,加之司法实务部门在很多情形下对牵连犯实行数罪并罚,因此,作者主张对可罚的事后行为与前行为分别定罪且数罪并罚。

(二) 抢劫信用卡并使用行为的性质厘定

1. 抢劫信用卡行为的性质。理论上对使用信用卡行为的性质之考察,需要以对抢劫信用卡行为之性质的预先判断为基础。若认为抢劫信用卡的行为不能单独成罪,则毫无疑问需要对使用信用卡行为予以定罪处理,若主张抢劫信用卡的行为可单独成罪,那么使用信用卡的行为就可能被抢劫行为一并评价处罚。在不可罚的事后行为中,前后两行为都满足构成要件符合性,且属违法和有责的行为,若前后行为中有一个不满足有罪性条件,自不在不可罚的事后行为讨论之范围。当前,对于单纯抢劫信用卡行为如何认定,理论和实务主要有两种意见:一种意见认为,抢劫信用卡但没有使用的,不能定抢劫罪。另一种意见认为,抢劫信用卡的行为本身已经构成抢劫罪。其中,主张不构成抢劫罪的理由是,如果只是以抢信用卡为目的,采用暴力胁迫等侵害人身的手段也仅仅是当场夺取了信用卡(未夺取其他物品),并且也未使用信用卡,那就不能认定其构成抢劫罪。由于信用卡卡片本身的经济价值很低,如果行为人采用的暴力、胁迫等侵害人身的手段行为的危害性也很小,自然也就属于情节显著轻微的一般违法行为,不应定抢劫罪^[2]。认为可以构成抢劫罪的理由是:抢劫罪与盗窃、诈骗、抢夺、侵占罪不同,其成立不以数额较大为前提。信用卡本身是具有一定价值(工本费)的有价证券,因此,抢劫信用卡即构成抢劫罪,不以使用、消费为前提。量刑时可不计数额,依据情节轻重处罚^[13]。

作者主张,抢劫信用卡的行为可以成立抢劫罪。理由是:第一,抢劫罪的成立未要求“数额较大。”普通盗窃、诈骗、抢夺和敲诈勒索等犯罪的成立要求“数额较大”,否则便不具有构成要件符合性,“数额较大”成为大多数财产侵害行为是否有罪的基本标准。抢劫罪则不同,抢劫罪属于传统暴力型犯罪,侵害的客体属于复杂客体,既侵害了财产权,也侵害了人身权。在既遂的标准上,抢劫罪有两个判断标准:一是抢到了财物(没有价值大小的要求);二是造成了被害人轻伤以上的损害后果。只要行为人所采取的暴力、胁迫等行为达到了压制被害人反抗的程度,并抢到了相关财物,包括抢到了被害人的信用卡在内,即可构成抢劫罪既遂。即使行为人未能抢到信用卡,也未抢到其他任何财物,若行为人的暴力行为造成了被害人轻伤以上伤害后果的,同样构成抢劫既遂。

因为抢劫罪属于暴力强制型犯罪,严重危害社会秩序和公民安全,历来属于公安司法部门重点打击的犯罪类型。刑法对抢劫罪未规定数额较大的立法目的也正是基于有效保护公民人身财产安全,进而维护社会正常秩序的要求,至于定罪后如何对行为人量刑,则可以根据不同情形予以分别处理。第二,信用卡本身具有财产凭证的属性。属于财产犯罪的对象。在电子支付方式基本成为普通公民消费支付主流形态的现代经济社会背景下,对行为人而言信用卡就是一个电子钱包,随时可用来进行各类支付消费活动。现实中大量频发的信用卡犯罪事实表明,信用卡被偷抢后若被犯罪分子不法利用,在某种意义上而言,信用卡所有人的合法财产即处于被侵害的紧迫危险状态。信用卡本身就记载了一定金额的财产内容,即使行为人未使用所抢劫的信用卡,也使他人的财产处于危险之中,在该种情形下,就已经具备法益的侵害性,也就侵犯了《刑法》第263条所保护的法益,其抢劫信用卡的行为已经构成了抢劫罪^{[4]719}。因此,抢劫信用卡的行为本身已然造成了紧迫的法益侵害,国家需要对此行为予以及时打击以充分地实现法益保护的刑法目的,从而保护公民合法权益和维护社会正常秩序。此外,关于抢劫信用卡的数额问题,有观点认为信用卡本身的工本费(约人民币20元左右)是抢劫数额,作者认为,该观点不妥。信用卡作为一种财产凭证,属于特殊的财产,其能成为财产犯罪的对象并不是因为本身工本费的价值,而是因为信用卡账户内通常存储有较大数额资金或者可以透支较大数额资金,一旦信用卡被抢则使信用卡账户内的资金面临被转移取走的巨大风险,这种法益侵害的紧迫危险性才是刑法需要主动介入之缘故。因此,抢劫信用卡而未使用的不计数额,按照犯罪情节轻重予以量刑,情节的轻重可考虑的因素包括信用卡账户内可用资金数额的多少、造成的社会影响大小、被害人人身伤害情况、行为人的主观恶意等。

2. 使用信用卡行为的性质。关于使用信用卡行为的性质,司法实务和刑法理论上存在两种不同意见。一是整体评价说,即不区分行为人使用的时间,抢劫信用卡当场使用和抢劫信用卡事后使用的都统一定抢劫罪。二是分别评价说,即区分行为人使用的时间,对当场使用和事后使用分别予以评价。具体而言,持整体评价说的人认

为,行为人抢劫信用卡并使用的,不应区分当场使用和事后使用而作出不同的评价,不管是当场使用还是事后使用所抢得的信用卡,均应评价为抢劫罪,而无需将事后使用信用卡行为单独评价为信用卡诈骗罪^[1]。目前实务部门普遍采取的做法也是按照抢劫罪一罪进行处理。支持区分评价说的人认为,当场使用与事后使用,分别构成不同的罪,应当实行数罪并罚^{[1]721}。当场使用与事后使用具有不同的性质,当场使用抢来的信用卡取得他人财物,具有当场强取财物特性,因而构成抢劫罪。但事后使用抢来的信用卡取得他人财物,则不具有当场强取财物的特性,而具备“冒用他人信用卡”的特征,所以,构成信用卡诈骗罪^[2]。

作者认为,对使用信用卡行为性质的界定(指事后使用信用卡的情形),需要借助不可罚的事后行为理论予以阐释。需要说明的是,当场使用信用卡的,并不构成不可罚的事后行为。原因在于,不可罚的事后行为是指在前行为已然实施完毕并构成犯罪前提下,即在前行为已经构成状态犯的条件下,行为人为确保或者利用前行为的不法利益之获得而实施后行为。因此,后行为是在前行为完成之后所实施,两行为在时间节点上具有明显的前后承继性。在行为人当场使用信用卡的场合,由于抢劫行为并未实施完毕,尚在持续之中,此时的使用信用卡的行为自然构成抢劫整体行为之一部分,与不可罚的事后行为所讨论之范畴无关,直接按照抢劫罪论处即可。事后使用信用卡的,根据前文所述,成立不可罚的事后行为需要满足五个要件,即主体相同、法益相同、对象相同、独立成罪性和法益包括性。根据该五个要件,对抢劫信用卡后使用信用卡的行为逐一分析验证。第一,主体相同。本文讨论的预设情形是行为人单独犯罪,不包括共同犯罪,因此要求行为人自己本人使用所抢来的信用卡,该要件通常容易满足,若属于抢劫共同犯罪的,因不符合主体同一性要求,自不在讨论范围,也不构成不可罚的事后行为。第二,法益相同。抢劫信用卡的行为侵害的法益有两个,即信用卡持卡人的人身权和财产权,主要法益是持卡人的财产权。使用信用卡行为的法益侵害也有两个,即国家金融管理秩序和被害人的财产权,且主要法益是金融管理秩序。从法益侵害的数量上看,两者侵害的法益数量相等,都侵害了两个法益。从法益侵害的性质上看,两行为都侵害了财产权这一法益,两者有一个法

益性质相同,但是财产权对抢劫罪而言是主要法益,对信用卡诈骗罪而言是次要法益,并且抢劫信用卡行为所侵害的另一法益即人身权与使用信用卡行为所侵害的另一主要法益即金融管理秩序,二者法益性质完全不同,金融管理秩序这一法益侵害显然不能被包括在抢劫罪的人身权法益侵害之中,属于一个性质截然不同的法益侵害。因此,使用信用卡行为与抢劫信用卡行为实际所侵害的法益并不相同。根据前文论述,前后行为侵害的法益相同是成立不可罚的事后行为的必备条件之一,这样后行为所侵害的法益才能被包括在前行为所侵害的法益中予以一并评价。因此,使用行为所侵害的法益与抢劫行为所侵害的法益并不相同,使用行为不能被合并到抢劫行为中一并评价,使用行为不成立不可罚的事后行为,应当单独定罪处罚。有观点认为,可以将事后使用信用卡行为整体评价在抢劫行为中,显然是未认识到抢劫罪与信用卡诈骗罪主要法益的差异性和两者在犯罪类型上的本质不同,只是和稀泥似地将两行为混杂在一起,这种为求简单经济处理案件而无视两罪本质差异的做法违背刑法理论,实不足取。但是,当场使用信用卡的行为,因为被害人仍在行为人的暴力胁迫等控制之下,此时的使用行为实际就是抢劫行为的不可分割的一部分,因而不涉及对法益同一性的判断问题。第三,对象相同。从形式上看,抢劫行为与使用行为针对的对象似乎都是同一张信用卡的同一被害人,但是使用信用卡的行为同时骗取了国家金融机构或窃取了国家金融机构的资金,其被害对象包括信用卡合法所有人和国家金融机构,与抢劫信用卡的对象相比,多了一个被害对象即国家金融机构,两者侵害的对象并不完全重合。因此,使用信用卡的行为对象与抢劫信用卡的行为对象并不相同,使用行为不能成立不可罚的事后行为。行为人抢劫信用卡后当场使用的,使用行为完全属于抢劫行为的一部分,不需要进行对象同一性判断。第四,独立成罪性。这里所指的使用信用卡的行为当然是行为人抢劫信用卡后事后使用的行为,当场使用信用卡的行为则属于抢劫行为的一部分。根据行为人不同使用情形分别构成不同的犯罪,若行为人对 ATM 等机器使用,则构成盗窃罪;若行为人在银行窗口使用或者冒充特约商户使用的,应构成信用卡诈骗罪。因此,在独立成罪性这点上使用信用卡的行为符合不可罚的事后行为成立要求。

第五,法益包括性。行为人抢劫他人信用卡后的使用行为触犯了信用卡诈骗罪,侵害的法益包括国家正常的金融管理秩序和信用卡合法持有人的财产权,而抢劫信用卡的行为侵害的法益包括被害人的人身权和财产权,金融管理秩序这一法益显然无法被涵盖在人身权和财产权之内。因此,使用行为所侵害的法益不能被包括在抢劫行为所侵害的法益之中,二者之间不具有包括与被包括的关系,若行为人当场使用信用卡的,使用行为属于抢劫行为的一部分,自然被包括在抢劫行为中,无需另行评价。

综上可知,事后使用信用卡的行为属于抢劫后处置财物的行为,该事后行为是构成可罚的事后行为还是成立不可罚的事后行为,需要根据刑法理论上不可罚的事后行为的成立要件进行具体考察方能得出客观合理的结论。使用信用卡的行为虽然通常属于确保或者利用抢劫罪所获不法利益而实施的后行为,但其在法益同一性、对象同一性和法益包括性三方面与不可罚的事后行为的成立要件并不吻合,因而不构成不可罚的事后行为,需要单独定罪评价。

二、抢劫信用卡并使用行为的分类评价

(一) 抢劫信用卡当场使用行为的认定

抢劫信用卡当场使用的,认定构成抢劫罪并无争议,但对于当场使用过程中未实际成功使用和消费的情形是否构成抢劫罪既遂存在不同看法。有观点认为,当场使用但未取得财物的,应当按照抢劫未遂论处^[2]。也有观点主张,抢劫信用卡的行为,已经构成抢劫罪(信用卡)既遂^{[5]318}。作者认为,根据前文所述,只要行为人以非法占有为目的,抢劫并获取他人信用卡行为本身即可构成抢劫既遂,是否实际使用消费对抢劫既遂没有影响。只不过,行为人没有实际使用消费的,根据情节轻重进行量刑,行为人当场使用消费的,其实际使用消费的数额构成抢劫数额,这也符合最高人民法院关于“两抢”司法解释之规定。

这里需要讨论的是关于“当场使用”的理解。通常而言,当场是指实施犯罪的现场,或者刚一逃离现场即被发现和追捕的过程中。但是,在理解抢劫信用卡并当场使用时,并不能完全照搬上述解释,需要根据信用卡使用的不同情形进行判断。具体而言,抢劫信用卡并当场使用的情形主要有三种:第一,当着被害人的面使用。第二,虽然未

当着被害人的面使用,但行为人通过暴力胁迫等强制性手段仍将被害人控制在自己手上。第三,被害人刚一逃离或者刚被释放,行为人立即使用。在第一种情形中,所谓当着被害人的面使用,通常是行为人通过暴力胁迫等强制性手段劫取被害人信用卡后,被害人仍在现场时,强迫被害人告知信用卡密码后取款或者转账,或者被害人信用卡上写有密码而直接取款转账的,或者被害人信用卡尚在取款机上处于待取款状态而直接取款或转账的。在第二种情形当中,当场使用通常表现在共同抢劫犯罪中,行为人之间相互配合,部分行为人将被害人控制在某个地方,其他人使用信用卡取款或者转账从而取得钱款。当然在某些特殊的案件中,可能存在这样的情形,比如行为人通过醉酒、麻醉或者催眠等方式使得被害人不知反抗,从而取走了被害人信用卡后使用消费的,对这类情形是否仍可认定为当场使用?例如,上海市普陀区曾发生过好几起麻醉抢劫案,行为人色诱被害人吃下放有安眠药的巧克力或饮料,趁被害人昏睡后(通常第二天中午才醒来),劫走被害人的信用卡、现金等财物,然后模仿被害人签名持信用卡消费购物^[14]。作者以为,对于当场的理解不能过于狭隘,应当根据抢劫罪的特点和不同抢劫情形,从抢劫罪客观行为本质进行具体分析。对于抢劫过程中所发生的空间场所的改变以及时间上的跨越,不能轻易否定行为的当场性,只要被害人仍在行为人的实力控制之下,就可以认为当场仍在延续或继续中。抢劫罪客观方面主要表现为,以暴力胁迫等强制手段对被害人进行实力控制,并在控制被害人期间从被害人处取得了财物,行为人取得财物与行为人控制被害人之间具有因果关系。对于行为人通过醉酒、麻醉或者催眠等使得被害人不知反抗或不能反抗,进而顺利获得被害人信用卡并使用的情形能否认定为当场使用,关键是看行为人使用信用卡时被害人是否仍处于行为人所造成的不知反抗的状态。具体而言,可以分为两种情形:一是行为人使用信用卡时,被害人仍处在不知反抗的状态的,可以视为当场使用。因为这时被害人仍处在行为人的实力控制之下,行为人在实力控制被害人期间取得被害人财物的,实力控制与取得财物之间具有因果关系,就应当认定为当场取得财物,即使当场的时空跨度较大也不例外。实践中司法部门也将此情形认定为当场使用。二是行为人使用信用卡时,被害人已

经清醒而不再处于不知反抗状态的,不能认定为当场使用。因为这时行为人的使用行为已经不属于实力控制被害人情形之下使用,实力控制与取得财物之间不具有因果关系,不能认定为当场使用。第三种情形,被害人刚一逃离或者刚被释放,行为人立即使用。例如,行为人在自动取款机旁蹲点守候,在被害人取款刚结束就抢劫到被害人信用卡并获知密码,随即在取款机上取款的,或者行为人抢劫到被害人信用卡并得知密码后,刚将被害人放走立即在旁边取款机取款的,可以认定为当场使用。虽然行为人取款转账时,被害人已经不处于行为人的实力控制之下,但由于取财行为与被害人脱离实力控制之间的时间间隔过于短暂,这时行为人使用信用卡的行为,就像犯罪分子刚一逃离现场即被发现和追捕的过程中一样,仍可以视为当场。

(二) 抢劫信用卡事后使用行为的考察

抢劫信用卡事后使用的,刑法理论和司法实务之间存在不同意见。司法实务部门通常按照2005年最高人民法院关于“两抢”的意见,对抢劫信用卡并使用的以抢劫罪定罪处罚。刑法学界多数观点认为,实务部门按照抢劫罪一罪论处的做法过于简单,与刑法理论并不吻合,应根据不同情形展开具体分析。有的认为,除了抢劫信用卡的手段行为构成故意杀人罪或故意伤害罪时需要数罪并罚以外,事后使用信用卡的仅构成信用卡诈骗罪;有的主张,事后使用信用卡的行为与抢劫行为构成刑法上的牵连犯,从一重罪论处;有的认为,事后使用信用卡的行为应区分不同使用情形,分别以盗窃罪和信用卡诈骗罪论处,并与抢劫罪数罪并罚。

作者认为,准确界定抢劫信用卡事后使用行为之性质,需要对抢劫行为和使用行为的性质予以分析,并对两行为之间的关系进行合理判断。根据前文第二部分的分析可知,抢劫信用卡的行为本身已符合构成抢劫罪构成要件,事后使用信用卡的行为并不满足不可罚的事后行为的成立要件,事后使用信用卡的行为需要单独定罪评价。并且,不能因为《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”,即盗窃信用卡的以盗窃罪论处,就理所当然地认为抢劫信用卡并使用的情形以抢劫罪论处,因为通常认为《刑法》第196条第3款之规定属于法律拟制,并不能将其推而广之适用。

对于事后使用信用卡的行为,需要区分不同的使用场合分别考察,若行为人事后在自动取款机等机器上使用信用卡的,由于机器不能被骗,因此只能构成盗窃罪,若行为人在银行柜台等对职员使用信用卡的,则完全符合信用卡诈骗的成立要件,应以信用卡诈骗罪论处。由于事后使用信用卡的行为已经单独定罪评价,属于可罚的事后行为。对这类事后行为,由于其法益侵害已经超出了前行为的法益侵害范围,若仅以前行为定罪或者仅以后行为定罪会造成法益保护的遗漏和不周延,则难以实现法益的完整和充分保护。因此,原则上应和前行为所构成之罪并罚,以实现刑法保护法益的根本目的。至于有观点提出使用行为与抢劫行为之间具有牵连关系,构成刑法上的牵连犯,从一重罪论处。作者以为,通常而言,行为人是基于使用信用卡的主观意图而实施抢劫行为的(不是基于使用意图而抢劫信用卡的情形在实践中确实较少),即抢劫行为和使用行为之间存在类型性的手段与目的之关系,按照牵连犯从一重罪处罚并无大碍。但是,由于牵连犯的概念及其处罚原则在刑法理论上争议颇大,牵连关系的认定标准并不明晰,属于实质数罪的牵连犯为何却按照一罪论处的理论基石也并不牢固,且面临背离罪刑相适应原则和罪刑法定原则的严峻拷问。考察域外其他国家和地区亦可发现,牵连犯法律制度的原生地酝酿废除牵连犯立法、牵连犯的继受地已经废除牵连犯立法的情况下,牵连犯理论废弃的主张就成为有力的观点。牵连犯教义学概念将会成为法律史学中的概念,仅有标本价值,对牵连犯的教义学就不应该还有什么留恋了^[15]。可以看出,牵连犯的概念及其处理原则的科学性正处于风雨飘摇之中,将牵连予以废除并对其实行数罪并罚或许将成为今后世界各国理论与实务的基本走向。因此,虽然我国目前尚未废除牵连犯,但对于牵连犯在刑法总则上并未做出规定,只是在刑法分则对具体情形的处理进行了规定,并且很多情况下规定了对牵连犯实行数罪并罚,因此在我国现行刑法立法条件下,对牵连犯进行数罪并罚并无法律障碍。目前,我国刑法并未对抢劫信用卡并使用情形的处罚做出具体规定,因而按照数罪并罚原则处理具有合理性。也许有人会认为,2005年最高人民法院于“两抢”的司法解释已经对此做了规定,即“抢劫信用卡使用、消费的,其实际使用、消费的数额为抢劫数额”,因此

抢劫信用卡并使用的按照抢劫罪一罪论处,但作者认为该解释规定的使用情形应仅限于当场使用信用卡的场合,事后使用信用卡的情形并不能涵盖在内,否则将违背刑法不可罚的事后行为理论,对于事后使用信用卡的,应当单独定罪评价。因此,作者主张,对抢劫信用卡并事后使用的行为,虽然按照目前刑法理论可构成牵连犯,但是刑法立法并未对此情形的具体处理作出明确规定,为实现对刑法法益的充分保护,体现罪刑相适应原则,原则上应按照数罪并罚进行处理更为妥当,即以抢劫罪和信用卡诈骗罪或盗窃罪并罚。

(三)抢劫信用卡既当场使用又事后使用行为的评价

根据前文分析得知,抢劫信用卡当场使用的,构成抢劫罪,抢劫信用卡事后使用的,原则上应数罪并罚,即以抢劫罪和信用卡诈骗罪或者以抢劫罪和盗窃罪论处。那么,抢劫信用卡既有当场使用又有事后使用的,显然其处理结果已经非常清晰。对于抢劫信用卡当场使用的,成立抢劫罪;事后使用信用卡的行为不成立不可罚的事后行为,分别成立信用卡诈骗罪或者盗窃罪,且与抢劫罪并罚,实行数罪并罚的原因前文已作具体论述,在此不再赘述。表面上看,这似乎和抢劫信用卡事后使用的处理结果一样。但仔细分析,两者是有显著区别的。在抢劫信用卡当场使用的场合,抢劫罪按照行为人实际使用消费的数额进行处罚,而抢劫信用卡当场未使用仅事后使用的情形,尽管抢劫行为以抢劫罪论处,但由于行为人并未实际对信用卡使用和消费,因而不计抢劫数额,按照抢劫行为本身的情节轻重予以量刑。可以看出,单就抢劫罪的量刑来看,在对被害人造成同等人身伤亡结果的情况下,抢劫信用卡当场使用的量刑显然要比抢劫信用卡当场未使用的量刑要重。因此,虽然抢劫信用卡当场未使用仅仅事后使用与抢劫信用卡既当场使用又事后使用行为的罪名认定似乎一样,但两者所体现的法益侵害程度并不完全相同,在量刑上存在具体差异,因此两者并不对等。

综上所述,抢劫信用卡并使用的行为,不能笼统简单地按照抢劫罪一罪论处,亦不能无视抢劫行为本身的构成要件符合性,仅考虑使用信用卡行为的定性处理。透过不可罚的事后行为理论,可以清晰审视和科学论证抢劫信用卡并使用行为

的性质,合理解释和消弭理论和实务之分歧,实现刑法评价的客观妥当性。本文主张,抢劫信用卡行为可以构成抢劫罪既遂。抢劫信用卡当场使用的,以抢劫罪论处,使用消费的数额为抢劫数额;抢劫信用卡当场未使用而事后使用的,以抢劫罪(不计数额,按照情节轻重量刑)和信用卡诈骗罪或盗窃罪并罚;抢劫信用卡既当场使用又事后使用的,以抢劫罪(使用消费的数额为抢劫数额)和信用卡诈骗罪或盗窃罪并罚。当然,对于抢劫信用卡并事后使用行为实行数罪并罚的理由,本文只是根据刑法理论发展态势并结合我国立法规定进行了初步阐述,其科学性和合理性有待于理论和实务的进一步讨论和验证。

参考文献:

[1]吴允锋.也论抢劫信用卡并使用行为之定性——与刘明祥教授商榷[J].法学,2011(3).

[2]刘明祥.抢劫信用卡并使用行为之定性[J].法学,2010(11).

[3]赵秉志,许成磊.盗窃信用卡并使用行为的定性分析与司法适用[J].浙江社会科学,2000(6).

[4]王俊.抢劫信用卡并使用的定性[J].刑事审判解,2015(2).

[5]张明楷.诈骗罪与金融诈骗罪研究[M].北京:清华大学出版社,2006.

[6]温登平.论抢劫信用卡并使用行为的性质与处罚[J].刑法论丛,2013(3).

[7]约翰内斯·韦塞尔斯.德国刑法总论[M].李昌珂,译.北京:法律出版社,2008.

[8]冈特·施特拉腾韦特,洛塔尔·库伦.刑法总论I——犯罪论[M].杨萌,译.北京:法律出版社,2006.

[9]前田雅英.刑法总论讲义(第6版)[M].曾文科,译.北京:北京大学出版社,2017.

[10]陈子平.刑法总论(2008年增修版)[M].北京:中国人民大学出版社,2009.

[11]郭小亮,朱炜.盗窃后处分财物行为的刑法评价——基于不可罚的事后行为之考察[J].中国刑事法杂志,2014(3).

[12]乌尔斯·金德霍伊泽尔.刑法总论教科书[M].蔡桂生,译.北京:北京大学出版社,2015.

[13]殷芳保.抢劫信用卡行为应区分情形处理[N].检察日报,2010-09-20.

[14]宋原.“美女”老外色诱抢劫[J].检察风云,2010(9).

[15]路军.移植与限度:牵连犯教义学理论引入之反省[J].法学杂志,2019(6).

Criminal Evaluation of Act of Robbing and Using Credit Card: Based on the Investigation of Subsequent Act of Impunity

GUO Xiaoliang¹, HUANG Wenzhong²

(1. Department of law, Jiangxi Police College, Nanchang 330100, China;

2. Jiangxi People's Procuratorate, Nanchang 330046, China)

Abstract: It is inappropriate to determine the act of robbing and using credit card simply as crime of robbery or crime of credit card fraud. The act of robbing credit card constitutes crime of robbery (accomplished offense) and should be punished according to the seriousness of the case. Robbing credit card and using it on the spot constitute crime of robbery. "Using it on the spot" refers to the doer using credit card in the period of him/her controlling the victim with violence. The act of using credit card after robbing it does not meet the requirements of essential elements of subsequent act of impunity, that is, legal interest identity, object identity and legal interest inclusion, and should be convicted and evaluated separately, and punished together with crime of robbery. The act of using credit card after robbing it should be concurrently punished as crime of robbery (regardless of the amount) and crime of credit card fraud or larceny. The act of using credit card both on the spot and afterward after robbing it should be concurrently punished as crime of robbery and crime of credit card fraud or larceny.

Key words: rob credit card; subsequent act of impunity; infringement of legal interest; credit card fraud

(责任编辑 陇 右)

版权声明

根据《中华人民共和国著作权法》《信息网络传播权保护条例》等国家有关法律规定,本刊作如下声明:

1. 作者向本刊投稿,即意味着将作品的发表权、删改权、信息网络传播权、数字化汇编权、数字化复制权、数字化制品形式(包括光盘、互联网出版物)出版发行权等权利授予本刊,并视同许可本刊官方新媒体免费转载以及与有关数据库的合作(本刊不再另行支付费用)。如不同意以上授权,请在投稿时说明。

2. 本刊载刊的全部编辑内容归《鲁东大学学报(哲学社会科学版)》编辑部所有,未经书面同意,任何单位和个人不得转载、摘编、刊印或以其他方式使用在本刊发表的文章等。如有违反,本刊保留一切法律追究的权利。

3. 本刊版面、栏目等受著作权法保护,对复制、仿制、假冒者将追究法律责任。

4. 已在本刊发表的作品,本刊有免费结集出版精华本、合订本,以及相关电子产品的权利,有特别声明者除外。

《鲁东大学学报(哲学社会科学版)》编辑部