

# 持捡来的银行卡消费如何定罪

□ 刘帅

2019年1月,刘某在新河县人民公园附近的小路上拾得孙某丢失的一张农行卡,刘某发现卡背面标注了一个“孙”字和数字“123”,随后他拿着该卡在一家农行ATM机上试着猜密码,结果竟然碰对了密码。刘某发现该卡内有存款1.4万元,便产生了贪念。1月26日,刘某冒用该卡刷卡699元购买羽绒服一件,并分两笔各刷卡970元办理购物卡两张,还刷卡消费7200元购买华为Mate20手机一部,共计消费9839元。两天后,刘某再次持拾得的农行卡到ATM机上查询余额,发现卡内的金额已经归零,就将银行卡丢进了路边的垃圾桶。孙某发现银行卡丢失后进行了挂失,查到该卡在刷卡消费现象便立即报了警。刘某到案后将非法消费的9839元全额退赔被害人。

新河县人民法院经审理查明,被告人刘某犯罪事实清楚,证据确实、充分,构成信用卡诈骗罪。被告人刘某到案后如实供述自己的罪行,可以从轻处罚;被告人积极退赔被害人的损失,并取得被害人谅解,可从宽处罚。被告人自愿认罪,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚,对其可以从宽处理。依照相关法律,判决被告人刘某犯信用卡诈骗罪,判处拘役四个月,缓刑六个月,

并处罚金人民币二万元。

说法

本案中的刘某是用银行卡刷卡消费,而且银行卡是捡来的,没有诈骗任何人,为什么构成的不是侵占罪而是信用卡诈骗罪呢?

依据我国刑法的规定,侵占罪和信用卡诈骗罪是两种完全不同的犯罪。侵占罪,是指以非法占有为目的,将代为保管的他人财物、遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交还的行为。侵占罪侵犯的是财产权利,而且,侵占罪属自诉案件,告诉的才处理。信用卡诈骗罪是指以非法占有为目的,违反信用卡管理法规,利用信用卡进行诈骗活动,骗取财物数额较大的行为。信用卡诈骗侵犯的客体是信用卡管理制度和公私财产所有权。在本案中,刘某捡到的是银行卡,银行卡本身并没有财产价值,不属于法律意义上的遗忘物,银行卡价值的实现需要向财产所有权转化,而这种转化行为已经超出了侵占罪的范畴,因此刘某不构成侵占罪。

我国刑法规定的“信用卡”,是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。也就是说,法律上所规定的“信用卡”不限于具



有透支功能的信用卡,也包括具有存取现金等功能的借记卡。本案中刘某捡拾的是中国农业银行发行的银行卡,具有消费支付、转账取现等功能,应认定为信用卡。

构成信用卡诈骗罪有以下四种情形:使用伪造的信用卡,或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的;使用作废的信用卡的;冒用他人信用卡的;恶意透支的。《最高人民法院、最高人民检察院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》第五条又进一步明确了“拾得他人信用卡并使用的”属于我国刑法第196条中的“冒用他人信用卡”。因此,本案中的刘某拾得银行卡并进行刷卡消费的行为涉嫌信用卡诈骗罪。

我国刑法第一百九十六条规定:进行信用卡诈骗活动,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。被告人刘某拾得信用卡而冒用,因贪欲而产生犯意,主观恶性较轻,犯罪手段平和,社会危害较小,而且,刘某积极退赔被害人损失,并取得被害人谅解,悔罪态度明显,依法可以从宽处理。因此,对被告人刘某判处拘役四个月,缓刑六个月,并处罚金人民币二万元。

## 代书遗嘱存有瑕疵效力如何认定

□ 宁元元

2019年11月11日,朱某因病去世,但其在去世前的11月3日留下一份遗嘱,称将房产、车辆等全部留给侄子浩浩(化名),存款用于支付医疗费用及日常生活。朱某的妻子郭某看到遗嘱后,认为朱某将属于她的财产份额也给了浩浩,严重侵犯自己的合法权益,于是将浩浩诉至黄骅市人民法院,请求判决遗嘱无效,并由郭某继承朱某的遗产。朱某与郭某系半路夫妻,双方结婚后共同生活了六年有余。朱某生前无子女。遗嘱中,朱某将婚前自有的一套楼房及房内所有家具家电和生活用品、一辆电动汽车都留给了侄子浩浩;将全部存款用于日后的日常生活和医疗费用。通过遗嘱内容来看,朱某并未给老伴儿郭某留下任何遗产。

法院进一步了解到,浩浩是朱某唯一的侄子,朱某最后住院的日子都是浩浩及其家人在照顾,郭某只是偶尔探望,朱某的后事也是浩浩的家人帮忙处理的。此外,遗嘱是朱某生前通过口述遗嘱内容,让他人书写后打印而成,并在医院中由其本人签字;遗嘱所涉遗产主要是一套小产权拆迁安置房,浩浩手中有拆迁安置补偿协议,其他财产浩浩认可可是朱某和郭某婚后置办。同时,为了证明遗嘱是朱某的真实意思表示,浩浩提交了一份用手机拍摄的遗嘱签订过程的视频资料。

庭前调解过程中,签订遗嘱的视频资料成为双方争议的焦点。郭某认为,朱某并不识字,但录像中朱某却手拿遗嘱念有词,且声音微弱,根本听不清所念内容,重要的是画面有卡顿和黑屏画面,其怀疑原始视频资料被剪辑过,要求浩浩提交视频原始载体,并主张进行鉴定。浩浩则称视频原始载体不知道弄哪去了,已无法提交。

法院对双方进行了调解,虽然浩浩持有遗嘱,但遗嘱在形式和内容上都存在较大瑕疵。从形式上说,书面遗嘱中并无见证人签名,录像中虽能显示是朱某本人签了字,但声音不清,且视频存在卡顿和黑屏,缺乏连续性。另外也没有无利害关系的人在场见证,无法客观表明是朱某的真实意愿。从遗嘱内容上说,朱某处分了与郭某的婚后共同财产。朱某无权处分属于郭某的财产。在朱某病重住院期间,浩浩一直照顾着,并为其办理了后事。经过反复沟通协调,双方当事人达成一致调解协议,原告郭某继承涉案房屋及房屋内的家具家电和其他生活用品,并自愿给付浩浩上述财产部分份额折款45000元;浩浩领取的朱某丧葬费及存款,在扣除医疗费及办理丧葬事宜后,剩余部分归浩浩所有。

说法

代书遗嘱又称代笔遗嘱,是因遗嘱人不能书写而口述内容,委托他人代为书写的遗嘱。《中华人民共和国继承法》第十七条第三项规定,代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,注明年、月、日,并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。见证人须为非继承人、遗嘱人等无利害关系人。一般而言,书写遗嘱后,由代书人向遗嘱人宣读,由遗嘱人确认,以确保系遗嘱人的真实意思表示。确认无误后,由遗嘱人、代书人、其他见证人签名,并注明年、月、日。见证人是否适格,亦直接影响代书遗嘱的法律效力。本案所涉代书遗嘱,因遗嘱中无见证人签名,视频资料中遗嘱人声音不清楚,画面不连续,且无见证人在场,均影响了遗嘱效力的有效认定。

## 离婚协议已分割的房屋为何一年后又被法院执行

□ 闫子玉

2010年10月,王某以个人住房公积金贷款方式购买某小区房屋一处,借款期限为20年。2012年2月,张某与王某登记结婚。2017年2月,张某与王某二人离婚,双方签订的离婚协议中约定了该房屋归张某所有,但暂未办理不动产变更过户手续。张某离婚后与两个孩子一直居住在该房屋中,并自行偿还贷款。2018年,王某因民间借贷纠纷被诉至沧县人民法院,原告向法院申请财产保全,沧县人民法院查封了登记于王某名下的该套房屋。张某得知其所住房屋被查封后,就该查封行为向该案执行部门提出书面执行异议,沧县人民法院裁定驳回张某的异议申请,并告知可在十五日内提起诉讼,后张某诉至沧县人民法院。2019年1月15日,沧县人民法院依法判决“驳回张某的诉讼请求”。张某不服,提起上诉,沧州市中级人民法院依法判决“驳回上诉,维持原判”。

说法

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(二)》第八条规定,离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议,对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的,人民法院应当受理。本案中张某与王某对案涉房产的分割达成的协议,仅对二人具有法律约束力。由于涉案房产未办理所有权登记变更手续,现仍登记在王某名下,依照《中华人民共和国物权法》第九条“不动产的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外”的规定,故离婚协议不能发生涉案房产的物权变动效力,该离婚协议中关于案涉房产的分割条款对外不产生效力。

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五

条规定:“对案外人的异议,人民法院应当按照下列标准判断其是否系权利人:(一)已登记的不动产,按照不动产登记簿判断;未登记的建筑物、构筑物及其附属设施,按照土地使用权登记簿、建设工程规划许可、施工许可等相关证据判断……案外人依据另案生效法律文书提出排除执行异议,该法律文书认定的执行标的权利人与依照前款规定得出的判断不一致的,依照本规定第二十六条规定处理。”第二十六条规定:“金钱债权执行中,案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的,人民法院不予支持。”故本案中申请执行人依照生效的裁判文书执行作为被执行人王某名下的房产并无不当。

其实,在我们日常生活中,这种情况并不少见。因此,离婚分割财产后,一定要及时变更不动产登记。离婚双方达成的财产分割协议无法对抗第三人,要防范其引发不必要的纠纷。

## 人身安全保护令 护受害人安全

□ 刘帅 张宝文

6月4日,乐亭县人民法院在受理一起离婚案件时,收到原告刘某一份特殊的申请,申请法院发出人身保护令保护自己和家人的人身安全。这是自2016年《中华人民共和国反家庭暴力法》实施以来乐亭县人民法院发出的第一份人身安全保护令。

经调查核实,申请人刘某在与被申请人王某婚姻关系存续期间,多次遭到王某殴打,身体多处受伤。今年4月,刘某再次遭受王某殴打后报警,派出所对王某进行了警告。事后,刘某搬到儿子家中居住,但王某仍不思悔改,继续通过电话、微信等方式威胁恐吓刘某。由于多次遭到家暴,刘某无奈,向乐亭法院提起离婚诉讼并申请人身安全保护令。

为保证申请人刘某的人身安全不再受到威胁和暴力伤害,乐亭县人民法院新寨法庭依照法律规定,当即作出人身安全保护令裁定,“禁止王某对刘某实施家庭暴力,禁止王某骚扰、跟踪、接触、威胁刘某及其相关亲属”。目前,该份《人身安全保护令裁定书》已经送达双方当事人,并陆续送达村委会、妇联和

说法

人身安全保护裁定,是一种民事强制措施,即法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保婚姻案件诉讼程序的正常进行而作出的民事裁定。主要内容包括:禁止对受害人继续实施暴力行为;禁止利用电话、信件、网络等方式骚扰受害人或对受害人实施跟踪、窥视等行为;禁止进入受害人的住所或其他活动场所;禁止擅自处分受害人居住的房屋及其他价值较大的夫妻共同财产等。

《中华人民共和国反家庭暴力法》中规定:当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险,向人民法院申请人身安全保护令的,人民法院应当受

理。申请人身安全保护令应当以书面方式提出;书面申请确有困难的,可以口头申请,由人民法院记入笔录。申请的关键是有证据证明遭受了家庭暴力或正面临家庭暴力的威胁。由于家庭暴力的隐蔽性,受害人往往存在取证困难。受害人遭受家庭暴力时,应及时报警,注意保留证据。去医院治疗时,应将病历、X光片、受伤部位的照片等全部保存下来。施暴者的保证书、威胁的短信、村(居)委会的相关记录等也要注意保存。

人身安全保护令是人民法院依法、适时、适度干预家庭暴力的做法,不仅达到了预防家庭暴力再次发生的效果,还因有效制止家庭暴力而使其中一些当事人的婚姻关系得以维持,促进了社会和谐。

在各种各样的离婚案中,女性主动提出离婚的有相当一部分是难以承受的家庭暴力,然而,当女性鼓起勇气到法院离婚后又往往因“同在屋檐下”而难免受对方报复。“人身保护裁定书”送达被申请人时即生效,表明受害人从此就是人民法院依法明确保护的对象,这种保护是以法制强制力为后盾的“特别保护”。

## 向继子女讨要赡养费 诉求缘何被驳回

□ 刘帅

江某与李某系再婚夫妻。江某与其前妻共育有三个女儿,长女江甲,次女江乙,三女江丙,三个女儿均未与江某共同生活。李某再婚前也有一子魏某。江某与李某结婚后,带着魏某共同生活。2018年7月7日,江某突发大面积脑梗死、脑栓塞等,在医院治疗后失语、偏瘫。2019年7月1日,江甲、江乙、江丙代理江某向邯郸市永年区人民法院提起了诉讼,要求被告魏某支付江某赡养费。诉称:被告魏某是江某的继子,被告母亲李某与江某结婚时被告还小,还在读高中,当时已经下岗,没有经济来源,是江某供被告吃、住,供他读完高中、大学,又给他买房、办婚事,还给他带孩子直到孩子小学毕业。自江某病倒后,魏某只看望过一次,后来再也不管了。江某现在生活不能自理,完全需要他人护理,开支极大。江某抚养了魏某,还抚养了他的孩子,可被告却对原告不尽赡养义务,请求判令被告魏某支付江某自2018年8月至2019年12月每月1000元赡养费,共计17000元,并承担本案诉讼费。

魏某则认为江某与自己母亲结婚时,当时自己已年满21周岁,并已高中毕业,江某与自己之间并未形成继父子抚养关系,对自己没有抚养义务,其主张不能成立。

法院经审理认为:江某与魏某母亲李某结婚时,魏某已是成年人,无须再对其进行抚养教育。因此,二人之间未形成抚养关系,魏某没有赡养江某的法定义务。因此,法院依法驳回原告的诉讼请求。

说法

继子女是指夫或妻一方与前配偶所生的子女;继父母是指子女母亲或者父亲再婚的配偶。通常情况下,继父母与继子女之间关系属于姻亲范围,如果继父母子女之间形成了抚养教育关系,或者通过收养,继父母将继子女收养为子女,则他们之间就形成了直系姻亲关系。根据我国婚姻法的相关规定,继父母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务,适用于父母子女关系的有关规定。继父母与继子女之间的抚养义务和赡养义务是对等的,继父母要求继子女履行赡养义务的前提是继父母对继子女履行了抚养教育义务。抚养教育包括生活上的照顾、思想行为上的教育、经济上的供养等多个方面。

在司法实践中,抚养关系的形成,可以通过再婚时继子女是否已经成年、双方是否共同生活、继子女是否接受继父母生活上的照顾和经济上的供养、双方家庭身份融合程度等方面进行综合判断。本案中,江某与李某结婚时,魏某虽然与二人共同生活,但当时已成年,并未形成抚养关系,双方的家庭身份融合程度较低,不适用婚姻法中关于父母子女之间的规定。因此,原告要求魏某承担赡养义务是缺乏事实与法律依据的。

## 两狗相争致人损伤 赔偿责任该由谁担

□ 刘帅

居住在三河市燕郊某小区的闫某遛狗过程中,与同时遛狗的曹某相遇,双方的狗相互狂叫。闫某牵拉自己狗的同时,要求曹某控制住他的狗。双方的狗并未发生接触。在此过程中,闫某不慎摔倒,经医院诊断为第一腰椎压缩骨折。后闫某将曹某诉至三河市人民法院要求人身损害赔偿。后经鉴定,闫某系腰1椎体粉碎性骨折,构成九级伤残。

庭审中,闫某主张,自己受伤是被对方的狗惊吓所致。曹某的狗是大中型狗,且没有牵引,在正面相遇时,双方的狗狂叫,且曹某的狗窜至自己面前,导致自己受到惊吓倒地致伤,故曹某应承担责。曹某认为,双方之间的狗并没有接触,闫某不能证明其摔倒是因受到自己的狗惊吓所致,因此不同意赔偿。

法院经审理认为:闫某、曹某双方在小区遛狗时相遇,闫某在紧张情势中摔倒,对此双方没有争议。闫某于当日到医院诊治并住院治疗,没有证据证明闫某在当日摔倒事件之后又发生其他伤害事件,故医院的诊断结论足以证明闫某的腰部骨折与受到曹某饲养遛狗时的惊吓跌倒之间存在因果关系。因此,曹某应承担相应的民事赔偿责任。闫某系受到惊吓后自行摔倒,其自身未尽到安全注意义务,亦应承担部分责任。故对闫某所遭受的合理损失,酌定曹某承担40%的赔偿责任,闫某自行承担60%的赔偿责任。

说法

本案中,闫某与曹某的狗相互狂叫,曹某的狗也并未接触到或咬到闫某,为什么还要承担相应的赔偿责任呢?

《中华人民共和国侵权责任法》第七十八条规定:饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担责任,但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的,可以不承担或者减轻责任。狗致人损害,并非只局限于撕咬、抓挠等与身体直接接触的行为,狗靠近陌生人吠叫、嗅等行为也完全可能引起他人恐慌,进而发生身心损害的后果。宠物犬的这些非攻击行为,虽然没有与受害人直接接触,但只要与受害人的损害结果构成因果关系,同样属于“饲养动物造成他人损害”,宠物犬饲养人也要承担相应的责任。

《中华人民共和国侵权责任法》第二十四条规定:受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失。本案中,小区院内为公共场所,闫某与曹某在小区内遛狗时所发生的紧张情势,双方均应当预见自己的狗有可能惊吓或者伤害他人,虽然双方之间的狗没有对他人实施攻击行为,也没有发生接触或撕咬,但闫某确定是因此受到惊吓而跌倒。对此,曹某应承担相应的民事赔偿责任,闫某其自身未尽到安全注意义务,亦应承担部分责任。