

# 将出借给他人的银行卡内资金转移至自己控制之下—— 该行为是盗窃还是侵占

□ 吕树喜

2019年2月13日,张某和曹某各自以自己的名字为朋友尹某办理了一张银行卡,然后将银行卡连同绑定的手机卡一并交给尹某使用,并告诉尹某银行卡密码。尹某曾向张某借款5万元,加上尹某答应付给张某的银行卡租卡费,共欠张某6万余元。张某向尹某索要欠款未果后,于当月17日与曹某到银行查询其二人为尹某办理的银行卡存储情况,发现卡内有余额,于是,在尹某不知道的情况下,二人将两张银行卡挂失,将卡内存款取出。因涉嫌盗窃罪,张某和曹某被公安机关逮捕,检察机关以张某、曹某犯盗窃罪,向法院提起公诉。

在庭审中,张某认为自己不是盗窃,而是侵占。因为虽然尹某持有该卡及其密码并使用该卡,但是对于张某所申领银行卡的发卡银行来讲,张某才是该银行卡法律意义上的合法持有人,而非尹某,与银行之间存在法律关系的是张某。尹某与发卡银行之间并不存在任何的法律关系。张某认为自己并没有使用秘密手段窃取他人占有的财物。另外,本案的发生事出有因,系二人之间的债权债务纠纷所引起。因此,张某认为其行为构成侵占罪,而非盗窃罪。曹某则认为将自己名下银行卡内的钱取出并不是秘密窃取,属于代为保管。应将本案转为自诉案件。同时,尹某本身租

用银行卡进行售卖是违法的,尹某也存在过错。

法院经审理认为,被告人张某、曹某明知自己名下的银行卡内存款系他人所有,且该银行卡及密码一直由他人保管,二被告人在他人不知情的情况下,向银行申请挂失,重新办理银行卡及设置密码并转出资金的行为,虽然符合银行的相关制度,但这并不能否定其行为是一种秘密窃取行为。因为行为人挂失他人持有的自己名下的银行卡并将银行卡内资金转移至自己控制下,对于他人及财物所有人来说是不可知的。经审理查明,尹某使用的张某、曹某的银行卡内资金不是尹某的,即便找不到受害人,所有权依然归属受害人,这种以秘密方式窃取他人财物的行为,符合盗窃罪的构成要件,被告人张某、曹某构成盗窃罪。张某涉案金额380264元、曹某涉案金额199630元,属于数额巨大。张某、曹某在案发后如实供述,积极退赔,已将全部盗窃金额处理完毕,并取得尹某的谅解。张某与曹某的辩护人建议依法从轻、从宽处罚的意见,法院予以支持,遂依法以被告人张某犯盗窃罪,判处有期徒刑六年,并处罚金人民币十五万元。被告人曹某犯盗窃罪,判处有期徒刑三年六个月,并处罚金人民币十万元。二被告人向承德市中级人民法院提起上诉,承德市中级人民法院经审理,裁定驳回上诉维持原判。

## 说法:

本案争议焦点在于案件的定性,被告人张某、曹某的行为构成盗窃罪还是侵占罪。盗窃罪,是指以非法占有为目的,秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃公私财物的行为。侵占罪,是指以非法占有为目的,将他人的交给自己保管的财物、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。盗窃罪和侵占罪都以他人财物为对象,都侵犯了公私财物的所有权,主观上都是故意,并都以非法占有他人财物为目的,这是二者的共同之处。但是,二者有着明显的区别,最根本的区别是盗窃罪是将别人占有的财物非法占为己有,而侵占罪是以非法所有为目的将自己代为保管的他人财物变为归自己所有。

从客观方面考虑,盗窃罪的行为人是在没有占有公私财物之前就产生了非法占有的目的,而侵占罪的行为人是在持有公私财物之后才产生非法占有的犯罪故意。本案中被告人张某、曹某在向银行申请挂失之前,银行卡连同本卡绑定的手机卡一直在尹某控制之下,被告人张某、曹某并未实际控制银行卡及绑定的手机卡。二被告人在查询到涉案银行卡内有余额,挂失补办银行卡并重置密码后,才实际控制卡内资金。也就是说,在实施犯罪行为之前,二被告人并未实

际控制卡内资金,在实施犯罪行为之后才实际控制卡内资金,故从客观上讲,二被告人的犯罪行为符合盗窃罪的构成要件,并不符合侵占罪的构成要件。

从主观方面考虑,盗窃罪中行为人产生犯罪故意时尚未控制他人财物。侵占罪中行为人产生犯罪故意时已经控制他人财物。本案中,二被告人到银行查询其二人由尹某办理的银行卡,发现卡内有余额,此时产生了非法占有的目的,然后才通过申请挂失并重新办理银行卡及设置密码的方式控制了他人的卡内资金。也就是说,二被告人在产生犯罪故意时尚未控制他人财物,而是通过查询知道账户内有资金,产生非法占有目的以后,才实施的犯罪行为。故二被告人的行为应构成盗窃罪,而非侵占罪。

关于犯罪形态方面,本案中的二被告人在向银行申请挂失,并重新办理银行卡及设置密码,实际控制银行卡内的资金,尹某失去对银行卡内资金的控制时,即完成了盗窃行为,此时犯罪已经既遂。二被告人向银行申请挂失并重新办理银行卡及设置密码的行为,虽然符合银行的相关规章制度,但是并不能否定二被告人通过上述行为使尹某失去对银行卡内资金的控制,完成窃取的事实。综上,本案中的被告人的行为应属于盗窃而非侵占。至于本案中尹某的租用购买他人银行卡的行为是否涉嫌“帮信”犯罪,则需另案处理。

# 未成年子女的父母没有监护能力 监护人该如何确定

□ 顾成炼

高甲与柳某于2008年9月8日登记结婚后,育有长子高乙、次子高丙。后高甲因车祸去世。2020年3月17日,经辖区派出所主持调解,两个孩子的奶奶贺某与母亲柳某签订调解协议书,约定高乙跟随奶奶贺某生活,高丙跟随母亲柳某生活,双方各自负担抚养费。协议签订后,高丙并未跟随母亲生活,而是高乙、高丙一直跟随奶奶贺某生活。奶奶认为母亲柳某不承担对高丙抚养义务的行为违反了双方协议,故起诉至法院,请求法院判令柳某立即履行协议中对高丙的抚养义务。

法院经审理查明,柳某父母双亡,现患重度抑郁症,尚在治疗中,暂时无抚养能力。鉴于此,法院依法向贺某释明,可以变更诉讼请求为高丙由贺某抚养,由柳某支付抚养费,但贺某坚持原诉讼请求不予变更。由于柳某暂时无抚养能力,贺某夫妇作为有抚养能力的祖父母,对高乙、高丙应当承担抚养的义务,法院依法驳回了贺某的诉讼请求。

## 说法:

随着经济快速发展,人口流动性显著增大,离婚率日益攀升,由此引发的未成年子女抚养的纠纷也就越来越多。如何在符合法律规定的基础上,综合考虑适格人的抚养能力、未成年人的自身意愿以及未成年人的长期发展等情况,做出最有利于未成年人的判断,是处理这类案件的关键所在。

根据民法典总则编第二十七条之规定,父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列人员中有监护能力的人担任监护人:(一)祖父母、

外祖父母;(二)兄、姐;(三)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。本案中贺某与柳某虽然签订有针对孩子抚养问题的协议,该协议不违反法律规定,是双方真实的意思表达,合法有效。但是,该协议的签订是建立在双方都具有合格抚养能力的基础之上的,柳某确诊患有重度抑郁症,此时是不具备直接抚养能力的。并且柳某父母均已死亡,此时有监护能力的祖父母是第一顺位监护人。鉴于此,贺某夫妇作为有抚养能力的祖父母应当承担起对高乙、高丙的抚养义务,不得以协议有效作为其抚养义务的抗辩理由。

同时,我们也应当认识到,父母对未成年子女的抚养义务是天然存在的。父母不能以其不具备直接抚养能力为抗辩理由拒绝履行能力范围内的抚养义务。在本案中,虽然柳某患有重度抑郁症,其精神状况现阶段不适合直接抚养高乙、高丙,但这并不意味着柳某对高乙、高丙的抚养义务被免除了。柳某虽然患有重度抑郁症,但其工作、生活都是正常进行的,其具有一定的经济能力且有一定的收入来源,因此虽然法院认定其不适宜直接抚养孩子,但其仍应在能力范围内适当承担高乙、高丙的生活、教育等必需费用。

最有利于未成年人原则是本案乃至该类案件审理过程中应当遵循的最高准则。该原则内容弹性较大,着眼于未成年人成长需求的差异,在实际审判工作中,法官应秉持未成年人利益优先、未成年人利益最大化的态度和目的,作出最有利于未成年人的安排和决定,最大限度地保护未成年人的合法权益。

# 公 告