

利用POS机终端机非法套现的行为如何定性

——戴某某、唐某等 13 人非法经营、诈骗案

□宋进 裴圆圆

基本案情

2018 年 6 月起，被告人戴某某、唐某先后进入某隆电子商务有限公司（以下简称“某隆公司”）工作，担任客户经理职务，负责为使用该公司代理的 POS 机从事非法套现的客户进行结算。被告人陈某某、单某某、陆某、潘某某、张某某、李某、胡某某、史某某、张某某、周某、徐某某分别通过某隆公司向某信信息技术有限公司（以下简称“某信公司”）申请 POS 机，并进行银行卡套现活动，某隆公司收取刷卡金额的 0.1%作为手续费，3 天后将余款返还持卡人。2018 年年底，某隆公司开始无法正常返现，被告人陈某某、单某某、陆某、潘某某、张某某、李某、胡某某、史某某、张某某、周某、徐某某等人在向某隆公司索要无果后，向各自刷卡套现的发卡银行以交易失败扣款成功、未消费等虚假理由申请拒付退款，发卡银行基于上述虚假理由从某信公司的账户中，将相应刷卡金额返还至原银行卡内。经查，各持卡人申请拒付成功金额 1 万元至 40 余万元不等。

争议焦点

本案主要存在两大争议焦点：
争议焦点之一：持卡人利用他人提供的 POS 机为自己套现是否构成非法经营罪？

第一种意见认为，非法经营罪，应当发生在经营行为中，自刷自套不是经营行为，持卡人在自己申领的 POS 机上刷卡，只有一方主体，且持卡人不是经营人，不是商户，故不符合非法经营罪的主体身份。

第二种意见认为，商户与持卡人是平等的地位，行为人申领 POS 机目的在于实施信用卡套现行为，不论是为他人还是为自己刷卡，均违反了不得虚构交易的特定行业规则，严重扰乱金融管理秩序，故应当构成非法经营罪。

争议焦点之二：持卡人在伪造材料的情况下申请拒付的行为如何定性？

第一种意见认为，持卡人向银行申请拒付，是基于自己受损的事实，其申请拿回的是自己的钱款，没有非法占有的故意，故不构成犯罪。

第二种意见认为，持卡人在利用 POS 机套现后，明知退款由某隆公司支付，但由于没有获得某隆公司相应退款，为了弥补自己的亏损，采用隐瞒真相、虚构理由的方式，转向银行申请拒付，从而获得赔偿，属于一种非法获利的行为，故构成诈骗罪。

评析意见

（一）持卡人利用他人提供的 POS 机为自己套现构成非法经营罪

根据最高人民法院、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》第十二条之规定：“违反国家规定，使用销售点终端机具（POS 机）等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接交付现金，情节严重的，应当依据刑法第二百二十五条



名词解释

POS机套现

POS 机套现实质上是一种欺骗银行的行为，犯罪嫌疑人擅自将信用卡的消费信贷功能改变为现金贷款，使发卡机构无法判断持卡人的正常资信状况和信用卡资金用途。POS 机套现已成为银行卡犯罪金额最高的一种犯罪形式并逐年递增。这既扰乱国家金融秩序，对金融安全带来巨大风险，也容易滋生地下金融活动，影响社会稳定。



资料图片

持卡人，但是并不禁止行为人与持卡人主体重合。特约商户持自己或者实际控制的信用卡刷卡时，行为人具有两种重合的身份，在虚构的交易行为中，行为人一人担当交易双方的角色。

3.从侵犯的法益分析，持卡人在未发生真实交易情况下，使用自己的信用卡在自己申请的 POS 机上套取现金，已经确实将金融机构资金置于高度风险之中，侵犯了设立非法经营罪所要保护的国家金融管理秩序。并且非法经营罪所体现的规范、指引、教育功能在于从事某种经营应当按照国家规定事先获取经营许可资格，或者遵守特定行业的特定规则，如果行为人未获取相关许可或者违反特定行业的特定规则，就应当认定为非法经营行为。行为人申领 POS 机的目的在于实施信用卡套现行为，不论是为他人还是为自己刷卡，均违反了不得虚构交易的特定行业规则，严重扰乱金融管理秩序。

非法经营罪数额犯，利用 POS 机套现，数额在 100 万元以上的，或者造成金融机构资金 20 万元以上逾期未还的，属于情节严重，本案中，单某某、陈某某等 11 名持卡人套现数额均未达到非法经营罪入罪数额，故不构成非法经营罪。

（二）持卡人伪造材料申请拒付的行为构成诈骗罪

本案中，11 名持卡人与戴某某等人约定套现及退款的相关流程，对自己从事套现的过程、交易对手以及退款方系某隆公司是明知的。多名持卡人多次向戴某某等人讨要还款的事实，说明其在主观上知晓资金的返还义务人为某隆公司，但因无法从某隆公司追讨，故将债务转嫁他人，通过编造理由，虚构交易等名义，将原本属于某隆公司的债务伪造成属于第三方支付平台的债务，再通过银联等机构，从无关第三人处获得赔付。该行为已构成诈骗罪。多名辩护人提出，持卡人确实遭受损失，其拒付只为了要回自己的损失，而没有占有其他资金，认为持卡人主观上不具有非法占有的意图。笔者认为，对于套现的行为，属于违法行为，故该利益属于非法利益，不受法律保护，但其隐瞒事实、虚构理由，将非法交易包装为合法交易，并通过银行提供的救济渠道，从第三方处获得钱款，弥补自己亏损，转嫁损失，一样属于骗取他人钱款。非法占有目的，不仅体现为非法获利，也可以体现为非法减少损失。持卡人的非法利益，如真实反映给银行，必将遭到银行的拒绝，这恰恰反映了银行不会保护非法套现的利益，其给予的救济渠道仅针对真实、合法的交易行为，没有通过该救济渠道的资格，而使用隐瞒事实、虚构理由的方式，进入该救济渠道，从而获得赔偿，就是一种非法获利的行为，构成诈骗罪。

处理结果

2020 年 5 月 9 日，上海市闵行区人民检察院以被告人戴某某、唐某涉嫌非法经营罪，被告人单某某、陈某某等 11 名持卡人涉嫌诈骗罪向上海市闵行区人民法院提起公诉。

同年 6 月 11 日，上海市闵行区人民法院以戴某某、唐某犯非法经营罪分别判处二年及一年有期徒刑，并处罚金；单某某、陈某某等 11 名持卡人犯诈骗罪，分别判处六个月至三年有期徒刑，并处罚金。

（作者单位：上海市闵行区人民检察院）

的规定，以非法经营罪定罪处罚。”

1.从主观方面分析，非法牟利目的作为非法经营罪的主观构成要件，在使用 POS 机套现案件中，这一主观目的通常表现为行为人通过提供 POS 机手续费，但是由于提供 POS 机帮助持卡人套现的是

其本人，故不需要对行为人和持卡人的主观目的加以区分，也即基于主体身份的重合性，持卡人和行为人的主观目的也必然是重合的，应当看到持卡人“套现”的主观目的就是其使用 POS 机帮助自己“套现”的主观目的。因此，持卡人使用 POS 机为自己“套现”也是为

获取银行信用卡积分，规避信用卡取现较高银行利息等，而这就是持卡人非法牟利主观目的的具体表现。

2.从客观方面分析，信用卡套现类非法经营规制的是行为人在无真实交易的背景下向“信用卡持卡人”直接支付现金的行为，对象是