



# 恶意透支案件中退赔情节的 量刑适用

□ 福建省厦门市中级人民法院 吴成杰  
厦门大学附属第一医院法律事务办公室 刘燕棉

量刑情节的正确适用既关系到合理判罚的作出，还关系到公平正义的实现。对于恶意透支这种因信用卡具备“天然透支属性”而引发犯罪的特殊情形，如何准确把握退赔情节的量刑适用，显得尤为重要。

## 一、研究案例

### 1. 基本案情

被告人叶某于2015年下半年先后在4家商业银行各申领一张信用卡，先后透支本金共计49 303.05元。后叶某因无还款能

力即变更电话、住址以逃避银行追讨，经相关银行多次催讨后逾三个月仍未还款。2016年3月30日，叶某经公安机关电话通知后到案接受调查，对以上事实供认不讳。二审期间，上诉人叶某的家属代其退缴赃款49 303.05元，用于退赔

被害单位的全部经济损失。

## 2. 裁判结果

一审法院经审理作出判决如下：被告人叶某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑2年，并处罚金人民币2万元；责令被告人叶某向被害单位退赔透支本金共计人民币49 303.05元。宣判后，叶某向上一级人民法院提起上诉。二审法院经审理认为，叶某具有自首、当庭认罪且在二审期间通过其家属代为退缴全部赃款等从轻处罚情节，遂改判为：叶某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑2年，缓刑2年，并处罚金人民币1万元。

## 二、退赔情节的量刑适用

本案事实清楚，证据确实、充分，定性准确，案件争议的焦点在于量刑上的平衡与把握，尤其是对于上诉人叶某在二审期间新出现的退赔量刑情节，如何掌握正确的裁判尺度值得加以研究。

### 1. 恶意透支行为的刑责分析

我国《刑法》第196条规定了信用卡诈骗罪，即以非法占有为目的，利用信用卡虚构事实，隐瞒真相，骗取公私财物数额较大的行为；《刑法修正案（五）》规定了“恶意透支”，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡行两次催收后超过三个月仍不归还的行为；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》（以下简称《解释》）第6条对恶意透支的定罪量刑标准和处罚原则作出了具体解释，提高了司法实践的操作性。可以说，“以非法占有为目的的加上一超、二催收、三个月不还”日益成为刑事审判司法实践中认定持卡人构成恶意透支犯罪的基本模式。我国刑法及相关司法解释对恶意透支作出严格规定，目的在于尽力避免将持卡人的透支行为纳入到刑事打击的范围。这就要求人民法院在审判实践中，不仅要遵守刑法谦抑性和罪刑法定原则，还应在量刑时能够充分结合案件情节作出轻重缓急判决。

首先，从法律制裁角度看，只有当行为的危害程度达到相当的严重程度，超越了民事、行政等法律法规的保护范围时，才能动用刑罚对其进行规制。而恶意透支作为刑民交叉集中体现的一个重要领域，在适用法律对其进行规制时，本应更多地适用刑法前置的经济和民事手段，只是在实践中，出于挽回经济损失的考虑，大部分被害银行选择通过刑事报案途径寻求保护。对比民事救济和刑事制裁两种方式，虽然违法透支的情形较为类似甚至相同，只是在透支本金数额和主观目的认定上存有差异，但是处理结果却有天壤之别。通过民事救济途径，银行缺席审判率

高、执行到位率低；通过刑事制裁方式，银行既可节约诉讼成本又容易收回透支本金及高额利息等费用。如此一来，客观上形成了“透支加欠款不还加催收三个月未还等于恶意透支”的司法认定逻辑链条，使得许多违约透支纠纷未通过民事调解直接刑事化，容易给刑事干预民事埋下隐患，进而造成刑事保护功能的过分扩张。银行刑事报案的主要目的是要收回被拖欠的款项，却导致刑事制裁功能在外在形式上给人一种错觉，即渐渐由以维护金融秩序为主，变为以威慑被告人退还钱款、保护银行财产为主，责令被告人退赔日益成为刑事制裁的一个重要功能。

其次，恶意透支行为在最终成立之前，实质上经历了一个透支行为性质不断演变的过程。透支功能是信用卡最基本的运作特点，因此，所有的恶意透支行为最初都起始于合规的信用卡可以透支的约定，只是之后由于这种透支行为超过了发卡行规定的限额或期限，正常透支逐渐演变为违约透支，之后再经发卡行两次催收后超过三个月仍不归还高于10 000元的透支本金，根据《解释》第6条第2款列举的“以非法占有为目的”的6种行为方式来推定行为人主观上具有非法占有的目的，透支行为便由一般民事违法透支最终演变为刑事违法犯罪中的恶意透支。恶



意透支本身具有的契约性和交易性,使其与冒用他人信用卡实施诈骗等其他三种传统型信用卡诈骗犯罪有所区别,其犯罪化在很大程度上是基于对市场背信、违约行为的法律规制,是司法审查判断的结果,而非“天生犯罪行为”,即从一定程度上来讲,恶意透支的产生“情有可原”。因此,人民法院在对此类案件进行量刑时,若被告人在宣判前已经履行退赔或者大部分退赔义务,则应尽量从宽处理,否则让被告人既履行退赔责任又接受较重的刑事制裁,难免有加重被告人负担之嫌。

## 2. 恶意透支行为的归责辨析

当下,大量信用卡不当透支甚至恶意透支现象的产生,并不

能单纯归咎于持卡人、透支人的非法行为,还应考虑到发卡行经营管理不规范的因素。为此,审判机关在对恶意透支案件进行评议和量刑时,还应兼顾被害单位的过错因素,并综合被告人的犯罪性质、情节及对社会的危害程度等因素,作出罚当其罪的判决。笔者将因银行经营管理不规范而诱发恶意透支犯罪之处归纳为以下四个方面。

(1) 对POS非法套现经营缺乏有效监管。部分银行受利益诱导,降低设立POS特约商户的准入门槛,且后续跟踪监管不到位,使POS成为不法分子进行非法套现的作案工具,不少案例中的持卡人是通过POS消费或套现透支后构成恶意透支犯罪的。

(2) 发卡行对客户授信审核把关不严。银行为抢夺客户源,在客户申领信用卡时采用免年费、免收入证明等低标准,使得大量资信较低的人员成功申领信用卡并恶意透支,尤其是近年来各大银行在把关不严的情况下,还不断提高持卡人的授信额度,客观上为持卡人交叉大额使用不同信用卡并最终构成恶意透支提供了便利。

(3) 银行间信用卡信息共享机制不健全。目前银行间缺乏便捷信息共享机制,导致被告人可一人持有多家银行信用卡且所享信用额度远超其还款能力,致使被告人

有机会实施连续、大规模的恶意透支犯罪行为。

(4) 发卡行对持卡人案发前还款性质的认定不合理从而诱发犯罪。部分发卡行将持卡人在案发前归还的钱款性质认定为归还利息、滞纳金、手续费等费用,造成本金未被还清,利息、滞纳金继续计算的情形,加剧了持卡人的还款难度,甚至导致部分持卡人放弃还款。

实际上,信用卡透支对银行来说本身就是高风险业务,商业银行应充分认识到该业务的风险性,而国家法律出于保护正常金融秩序的需要,已经将信用卡恶意透支行为上升到刑法层面进行规制,可以说银行已经从公权力的保护中获益匪浅,甚至在一定程度上形成了“银行放贷、司法催债”的不良局面。因此,司法机关在使用公权力对信用卡金融秩序进行保护时,不但要考虑银行的权益,还应充分考虑合同相对方的持卡人的权益,尤其是在被告人已经履行退赔义务、银行已从中获取高额滞纳金及利息等费用补偿的情况下,在对恶意透支被告人进行量刑时更应从宽掌握,既起到鼓励被告人积极退赔从而减少被害银行损失的实效,也符合宽严相济刑事政策的精神要求。[CCC](#)

法律事务

栏目编辑:韩立平 hanliping@fcc.com.cn