

An abstract graphic consisting of several overlapping, curved orange lines that sweep across the upper left and middle portions of the page, creating a sense of movement and depth.

诈骗类案件的 争议解析

王卫东◎著



在“魔道对飙”的过程中，
律师对诈骗类犯罪的认识和办案技能也必须要升级。

新 华 出 版 社

诈骗类案件的争议解析

王卫东◎著

新华出版社

图书在版编目（CIP）数据

诈骗类案件的争议解析/王卫东著. —北京：新华出版社，2020.8

ISBN 978-7-5166-5263-3

I.①诈... II.①王... III.①诈骗罪—研究—中国 IV.①D924.354

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第138536号

诈骗类案件的争议解析

著 者：王卫东

责任编辑：蒋小云 封面设计：中尚图

出版发行：新华出版社

地 址：北京石景山区京原路8号 邮编：100040

网 址：<http://www.xinhua.pub.com>

经 销：新华书店

购书热线：010-63077122 中国新闻书店购书热线：010-63072012

照 排：中尚图

印 刷：河北盛世彩捷印刷有限公司

成品尺寸：240mm×170mm

印 张：36 字 数：534千字

版 次：2020年8月第一版 印 次：2020年8月第一次印刷

书 号：ISBN 978-7-5166-5263-3

版权所有，侵权必究。

目 录

[前言](#)

[第一章 诈骗犯罪的基本构造](#)

[第一节 欺骗行为](#)

[第二节 错误认识](#)

[第三节 处分行为](#)

[第四节 处分意识](#)

[第五节 遭受损失](#)

[第二章 非法占有目的](#)

[第一节 证明的难度](#)

[第二节 推定的依据](#)

[第三节 辩方的反制](#)

[第三章 诈骗数额](#)

[第一节 数额的种类](#)

[第二节 被害人损失](#)

[第三节 诈骗的成本](#)

[第四节 两头骗](#)

[第五节 案发前退还](#)

[第四章 单位犯罪](#)

[第一节 以单位名义](#)

[第二节 由单位实施](#)

[第三节 单位所有和使用](#)

[第四节 五个层面的厘清](#)

[第五章 合同诈骗之合同](#)

[第一节 合同的形式](#)

[第二节 内容和主体](#)

[第三节 幌子合同](#)

[第六章 诈骗手段和场合](#)

[第一节 以其他方法](#)

[第二节 诈骗的场合](#)

[第七章 无罪辩护](#)

[第一节 无欺骗行为](#)

[第二节 有欺骗行为](#)

[第三节 履行意愿](#)

[第八章 被害人挽损](#)

[第一节 主张退赔](#)

[第二节 谁是被害人](#)

[第三节 善意取得](#)

[第四节 表见的应对](#)

[第五节 起诉担保人](#)

[第九章 古玩诈骗](#)

[第一节 不保真](#)

[第二节 保真的风险](#)

[第三节 服务里的诈骗](#)

[第四节 普通诈骗与合同诈骗](#)

[第五节 骗货和瑕疵免责](#)

[第十章 借款诈骗](#)

[第一节 伪造公文材料](#)

[第二节 还款能力](#)

[第三节 借款理由与逃匿](#)

[第四节 虚假担保的无罪](#)

[第五节 假保证担保](#)

[第六节 假物权担保](#)

[第七节 担保人被骗](#)

[第十一章 婚恋诈骗](#)

[第一节 假相亲骗彩礼](#)

[第二节 假恋爱骗酒钱](#)

[第三节“杀猪盘”骗赌资](#)

[第十二章 伪劣和假冒](#)

[第一节 伪劣的程度](#)

[第二节 假冒的定性](#)

[第十三章 保健品诈骗](#)

[第一节 旅游会销](#)

[第二节 微商营销](#)

[第十四章 投资平台诈骗](#)

[第一节 真平台假价格](#)

[第二节 真平台真价格](#)

[第三节 假平台真价格](#)

[第十五章 传销和诈骗](#)

[第一节 骗取财物](#)

[第二节 非法占有目的](#)

[第三节 模式与定性](#)

[第四节 计酬的方式](#)

[第十六章 虚假诉讼与诈骗](#)

[第一节 意图骗取和实际骗取](#)

[第二节 法庭上的欺骗](#)

[第三节 诈骗和虚假诉讼交织](#)

[第四节 诉讼程序对诈骗的阻却](#)

[第十七章 信用卡诈骗](#)

[第一节 另类之处](#)

[第二节 移动支付](#)

[第三节 冒用和三角诈骗](#)

[第四节 被害人的确定](#)

[第五节 不法获卡后](#)

[第六节 骗积分](#)

[第七节 以卡养卡](#)

[第十八章 贷款诈骗三问题](#)

[第一节 贷款诈骗与骗取贷款](#)

[第二节 既骗银行也骗担保人](#)

[第三节 民刑交叉](#)

[第十九章 保险诈骗](#)

[第一节 事后投保](#)

[第二节 诈死骗保](#)

[第三节 自伤自杀](#)

[第四节 冒名骗保](#)

[第五节 无罪辩护](#)

[第六节 内外勾结](#)

[第二十章 非法集资和诈骗](#)

[第一节 诈骗方法](#)

[第二节 突出打击重点](#)

[第三节 非法集资行为](#)

[第二十一章 票据诈骗](#)

[第一节 无罪辩点](#)

[第二节 冒用和索赔](#)

[第三节 使用假票](#)

[第四节 票据与担保](#)

[第五节 职务便利](#)

[第六节 支付和担保](#)

[第二十二章 有价证券诈骗、金融凭证诈骗和信用证诈骗](#)

[第一节 有价证券诈骗罪](#)

[第二节 金融凭证诈骗罪](#)

[第三节 信用证诈骗罪](#)

[附录](#)

[后记](#)

前言

从刑事辩护业务的专业细分角度来看，诈骗类犯罪的深度和广度足以令一位律师皓首穷经。《中华人民共和国刑法》（后文简称《刑法》）中含有“诈骗”二字的罪名就有十个，含有“诈”“欺”“伪”“假”“骗”“虚”“瞒”的其他欺瞒型罪名更多。在理论界尚未对诈骗类犯罪中的诸多争议达成共识的情况下，律师办理诈骗类案件时，自然也等不来标准答案，遇到类似“这份合同是不是合同诈骗罪中的合同”“婚恋诈骗行为人案发前已经退还的数额要不要从诈骗数额中扣减”“被害人损失不等于行为人之所得时以哪个为诈骗数额”等事关定性和量刑的实际问题时，就只能哪家理论对辩方有利用哪家，力图言之有理、言之有据。至于非法占有目的，这是一个难以说清但在办案子时必须说清的问题。

随着资讯的发达和财物形态的数字化趋势，诈骗这种交付型侵财犯罪与经济、科技水平亦步亦趋，犯罪随社会的发展而不断升级和变异，远程非接触性的电信网络诈骗犯罪的持续高发即为明证。“诈骗剧本”“话术”和“角色扮演”出现在诈骗案件的证据卷宗里，意味着行为人的诈骗行为升级了。案发后，警方通过追踪资金流信息流、大情报系统、信息碰撞这样的立体化侦查措施侦破诈骗案件^[1]，很显然，警方的侦查手段也升级了。在“魔道对飙”的过程中，律师对诈骗类犯罪的认识和办案技能也必须要升级。

诈骗类犯罪究其实质是行为人在不同的场合说台词，它和戏剧的内

瓢是一样的，都是为了让别人——信。相声里，有一个假扮李鸿章亲爹骗清朝知县钱财的段子。现实中，四川泸州中院审理过一起行为人假冒李鸿章亲孙子骗钱的诈骗案。^[2]每个诈骗案件都是一场戏，不同的仅是人物和道具的多寡以及情节的设置。简单的如借款诈骗，只有行为人与被害人两方；复杂的如信用证诈骗，不仅有买卖双方、数家银行和承运人，还加入了信用证和提单这样的金融工具和物权证券。

诈骗类案件的辩护，不仅要有辩方立场，还要有控方视角；诈骗类案件被害人挽损事务的代理，几乎每一件都是疑难复杂。以诈骗类案件办理为论述对象的律师实务书籍并不多，本书笔者动笔时希冀能写出些许的新意，写得有趣，也有料。本书从诈骗类犯罪的客观基本构造起笔，通过对非法占有目的、诈骗数额的计算、被害人的挽损途径、诈骗手段与场合、诈骗犯罪中的合同以及无罪辩护等方面分析诈骗类犯罪中的共性争点和辩点，继而分析借款、古玩、婚恋、保健品、投资平台等常见诈骗犯罪以及八个金融诈骗罪的个性争点和辩点，其间穿插了对传销、虚假诉讼、假冒伪劣犯罪与诈骗犯罪进行的对比和分析。

支撑笔者这样一位并不从事理论研究的执业律师去梳理、分析各种诈骗类犯罪案件中的争点和辩点，并将之出版的主要动力是兴趣。为什么同样的诈骗数额，合同诈骗罪的量刑要比诈骗罪轻？对非法占有目的之隐瞒是不是诈骗犯罪意义上的欺骗？诈骗类犯罪是针对个别财产的犯罪还是整体财产的犯罪？以取财为目的，而在小区楼道里、钢材市场、期货交易市场和民事诉讼法庭上实施的欺骗行为在认定构成诈骗类犯罪时有没有差别？诸如此类只有诈骗类犯罪才独有的问题牵引着笔者去探求答案，并感受思考的乐趣。

本书是律师业务方面的专业书籍，如能对读者朋友们办理诈骗类案

件有所裨益，或书中的108个案例能够拓展读者朋友们的办案思路，笔者将万分荣幸。囿于学养有限和惯性的辩方立场，书中观点错误、逻辑不周、言辞粗陋之处难免，恳请读者朋友们与同行批评指正。

王卫东

2020年5月31日

注解：

[1] 参见李富成：《电信诈骗犯罪侦查与诉讼实例指导》，中国检察出版社2017年4月第1版，第318页。

[2] 参见泸州市中级人民法院审理的2018川05刑终第142号刑事裁定书。

第一章 诈骗犯罪的基本构造

与“故意伤害他人身体”相比，“诈骗公私财物数额较大”似乎也很简单，但同是简单罪状的诈骗罪，给各种身份的解释者“留白”而出的解释空间要比故意伤害罪广阔许多。

行为人实施欺骗行为—受骗者产生或陷入错误认识—基于错误认识处分财产—行为人或第三者取得财产—被害人遭受财产损失^[1]，诈骗类犯罪（既遂）客观要件的基本构造已为各界基本接受，笔者称之为“诈骗犯罪的阶层构造”。与同为侵财型犯罪的盗窃罪、抢劫罪、侵占罪相比，诈骗类犯罪之层层递进的五层逻辑构造，甚为特殊。在论证行为人的行为是否构成诈骗类犯罪时，不仅需要论证行为人主观上是否具有非法占有目的，还要对于五层逻辑构造进行层层递进的筛选和过滤，前一个逻辑层级不能通过，则不能进行下一个层级的论证，行为人的行为便不能被评价为诈骗类犯罪（既遂）。实务中，五阶层中的每一阶层都有争议点，运用阶层构造识别实务中形形色色之行为是否构成诈骗类犯罪的过程，就像一次次的探险，在处处陷阱、步步惊心的同时，也甚有乐趣。学者们对于五阶层中的每一阶层都有大量的著述，在不断发展诈骗类犯罪的理论体系的同时，也不断挑战传统法律概念的适用性。与此同时，实务案件中的行为人不不停地往“理论池”中扔“素材”，比如，一片小小的二维码就能激起千层浪。

辩护律师大多是“拿来主义者”，某个理论如果能够对所办理案件中的无罪、罪轻辩护有所帮助，则就会出现在自己的辩护词中。行为人是

制造问题的人，学者是研究问题的人，裁判者是解决问题的人，检方是指控犯罪的人，辩护律师是为涉嫌犯罪者辩护的人，虽然在承办某个具体案件时，各自的角色和立场不一样，但在案件办结之后，各方都会有对案件定罪量刑的复盘、检讨和研究。毕竟，大家都是要提高自己的办案能力和理论素养的（此点行为人似乎要除外）。辩护律师固然不是诈骗类犯罪理论研究的引领者，但在个案中辩护律师是比审判员更早接触到案卷的人，需要对诈骗犯罪阶层构造在实务中常见的争议点有所了解。

笔者不展开行为人实施欺骗行为至被害人遭受损失这五个阶层的全部理论观点，仅就实务有代表性的部分争点进行讨论。

第一节 欺骗行为

行为人是否实施了一个可以被评价为诈骗类犯罪意义上的欺骗行为，容易被忽略，因为日常生活语言中的欺骗与诈骗类犯罪中的欺骗并不是一个概念。比如，感情骗子所实施的欺骗行为，就不是诈骗类犯罪意义上的欺骗行为。故何种欺骗行为是诈骗类犯罪意义上的欺骗行为，并不是显而易见的。此处先以微信二维码案^[2]（本书第1号案例）为例，试做分析。

微信二维码案件的简要案情如下：

2017年2月至3月间，行为人刘某先后多次到福建省石狮市沃尔玛商场门口的某脆皮玉米店、某奶茶店、某菜市场等处，将上述商家店里的微信二维码秘密调换为自己的微信二维码，致使到店里消费的顾客本应转账至店主微信账号的钱款转入了刘某的微信账号，共计转入人民币6983.03元。

微信二维码案件的审理情况和争点如下：

检方以刘某犯诈骗罪提起公诉。一审中，刘某对指控的事实不持异议，表示自愿认罪（笔者注：同等数额诈骗罪的量刑比盗窃罪轻，自愿认罪属正常）。

法院经过审理，对案件定性与检方持不同观点，认为检方指控刘某的行为构成诈骗罪属定性不当，法院对此的主要评析意见为：

其一，刘某采用秘密手段。刘某以覆盖的手段调换商家的微信收款

二维码，从而获取顾客支付给商家的款项，符合盗窃罪的客观构成要件。秘密调换二维码是其获取财物的关键。

其二，商家向顾客交付货物后，商家的收取货款权利已然处于确定、可控状态，顾客必须立即支付对等价款。微信收款二维码可以看作是商家的收银箱，顾客扫描商家的二维码即是向商家的收银箱付款。行为人秘密调换（覆盖）二维码，即是秘密用自己的收银箱换掉商家的收银箱，使得顾客交付的款项落入自己的收银箱中，从而占为己有。

其三，刘某并没有对商家或顾客实施虚构事实或隐瞒真相的行为，不能认定商家或顾客主观上受骗。所谓“诈骗”，即既有人“使诈”，又有人“受骗”。该案中，刘某与商家或顾客之间没有任何联络，包括当面及隔空（网络电信）接触，除了调换二维码外，行为人对商家及顾客的付款没有任何的明示或暗示。商家指令顾客扫商家的二维码支付价款，但正是行为人采用秘密手段换码，使得商家没有发现二维码已被调包，而非商家本人主观上自愿或指令顾客扫行为人的二维码交付财物。顾客基于商家的指令，当面向商家指定位置上的二维码转账付款，扫码付款的结果由商家承担，不存在顾客受到行为人刘某欺骗的情形。顾客不是受骗者，也不是受害者，商家是受害者，但不是受骗者，案件中并无受骗者。

综上，刘某的行为不符合诈骗罪的客观构成要件，其以秘密手段调换商家二维码获取财物的行为，符合盗窃罪的客观构成要件，应当以盗窃罪追究其刑事责任。

2017年9月12日，一审法院作出（2017）闽0581刑初1070号刑事判决，判决刘某犯盗窃罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币两千元。

微信二维码案中，虽然检、法之间的根本分歧仅在于是否有欺骗行为，但因该案而引发的争议却扩大到了诈骗类犯罪中的欺骗行为、错误认识、处分、盗骗竞合、三角诈骗、新型三角诈骗、谁是被害人等方面，可谓一石激起千层浪，几乎把诈骗犯罪客观要件中的模糊之处全部暴露出来。实事求是地说，微信二维码案所产生的争议涉及诈骗类犯罪五层逻辑构造的每一层逻辑构造，本章先讨论第一层欺骗行为，着眼于行为人刘某之“隐身”，和欺骗行为之“互动”。

笔者认为，欺骗是一种互动行为。

微信二维码案件中，刘某采用秘密手段，调换（覆盖）商家的微信收款二维码的行为，究竟是不是一种欺骗行为呢？

欺骗，说到底就是骗人，骗人是需要和被骗的人“交谈”或“交流”的，在“交谈”或“交流”的过程中，行为人把死的说成活的、把坏的说成好的、把假的说成真的、把丑的说成美的，如果缺少了行为人和被骗者之间的“交谈”或者“交流”，则行为人欺骗了被骗者这句话，便没有谓语，也没有宾语。所谓机器能不能被骗的争议因素中有一部分也是基于此。

在微信二维码案件中，行为人刘某既没有和作为处分财物者的顾客说话，也没有和顾客见面，双方根本没有交流。而诈骗罪是典型的互动式犯罪，没有行为人与被骗者之间的互动，何以言诈骗？

互动，是彼此联系、相互作用、彼此影响的过程，是双方行为。诈骗犯罪中需要有互动，没有互动，被骗者就接收不到行为人所虚构的事实或隐瞒的真相等信息，被骗者接下来即使“有所作为”也与行为人之虚构事实、隐瞒真相挂不上钩，更谈不上产生或陷入错误认识，当然离因

之处分财物就更远了。只不过，互动的方式是并不限于把坏的“说”成好的，诸多例证都能证明不说话也能互动、不见面也能互动。

具体到微信二维码案中，如果案件被定性为诈骗罪，则行为人刘某与被骗者顾客之间的互动在哪里？由于行为人与被骗者之间既没有见面，也没有打电话，他们是通过什么媒介互动的？是那张被秘密换掉的二维码吗？

笔者不妨先举一个发生在两者之间面对面却什么也没说的互动例子：某甲到超市采办年货；经过一番挑选之后，某甲推着装满了各种年货的手推车走到收银台结账；收银员一言不发，逐件扫描价格码后，某甲出示手机微信付款码；收银员用扫码枪扫描收款后，闸口打开，某甲携带商品离开超市。这个案例里，某甲与收营员虽然什么也没说，但是什么都做了，双方当然是有互动的，互动的媒介是眼神和交易惯例。依据交易惯例，某甲推着手推车到收银台前，收银员自然会认为某甲是前来结账的，且认为推车里的年货都是某甲挑选后决定购买的，收银员逐一扫码累加货款后，某甲出示微信付款码给收银员，收银员扫码收款，开闸放行。这是依据交易惯例进行的购物付款——啥也不用说。

还可以举一个发生在陌生的两者之间、相隔千里，虽交流顺畅却什么也没说的例子。某乙深夜打开手机购物网站，下单买了一双鞋，之后，某乙关灯睡觉。两天后，某乙的手机上收到小区速递柜的取件密码信息。某乙下班后到小区速递柜输密码取鞋子。该例中，某乙甚至不关心交易对手是男是女，也不能肯定深夜下单时，交易对手是不是在线。但是，其与交易对手之间显然是有信息的传递和互动的，虽然不见面、不认识、不网聊，但购鞋合同的条款齐备，要约、承诺、付款、发货、收货地址等一应俱全，鞋子也买到了。

上述两个例子中，某甲可以通过偷换年货上的价格标签欺骗收银员而变身成一位一言不发的诈骗行为人，某乙也可以因为打开的是一个钓鱼网站而下单，成为一个一言不发的被骗者。即便如此，不论是通过眼神、网络，还是交易习惯，某甲和收银员之间，以及某乙与钓鱼网站运营者之间都有直接的信息传递、接收和回应，虽然一言不发，却都用潜台词说了以下语句——

“我要买这种款式和码数的鞋。”

“好的，请先用支付宝付款两百元。”

“款已付，请发货到这个地址。”

“好的，我会尽快发货。”

回头看微信二维码案。联系行为人刘某与顾客之间唯一的纽带是那个被调换的二维码，行为人似乎向顾客传递了一个“请扫这个二维码（实际上已经被调包）付款”的信息，顾客似乎也接到了这个信息，并且通过扫码的行动向行为人传递了一个“好的，我会扫这个二维码付款”的回应。实际上，行为人和顾客之间既没有见面，也没有交流，上述交流的内容是本章嫁接上去的，顾客甚至并不知道行为人刘某的存在。这个“不知道”与前述在钓鱼网站上购物被骗的某乙不知道购物网站的运营者是何许人有很大的区别。网上购物的某乙确切地知道自己有一个交易对手，也知道这个交易对手一定是存在的，而微信二维码案中的顾客却不知道行为人刘某之存在，更不知道二维码已经被行为人刘某调包了。但我们也要看到，二者也有些许的相似，网上购物被骗的某乙以为自己是向卖鞋子的经营者付款，其实收款人并不是卖鞋子的，是钓鱼网站上的运营者收款。二者之间的根本区别在于，网上购物的某乙与钓

鱼网站运营者之间在钓鱼网站上有直接的信息的发出、接收、回应等互动，这一点显而易见。而微信二维码案中顾客与行为人刘某之间是否存在互动，却是很难回答的问题。

从广义上来说，因为世界是普遍联系的，微信二维码案中的顾客与行为人刘某之间也存在以二维码为载体的信息互动，如果否定这种互动，顾客的付款也不会到行为人刘某的账户里。但即便如此，也可以肯定地说，顾客与行为人之间不存在直接的互动，二者之间的互动是通过商家和商家的营业环境这个媒介“间接”和“转手”进行的。

“间接”和“转手”表现为“请扫码付款”。注意，此处不是“请扫这个被调包过的二维码付款”，这个关于付款方式的交易信息并不是行为人刘某向顾客发出的，而是店家发出的，这是店家在交易时通过店堂告示或者口头告知顾客，并经顾客认可的支付货款的方式。同时，“二维码在这里”这个将二维码特定化的位置信息，也是店家发出的。质言之，顾客在付款时，其实接收到了店家发出的两个层面的信息：其一是“请通过扫码的方式付款”，其二是“我的收款二维码在这里”。在扫码支付之前，客户除了收到店家的这两个层面的信息之外，没有收到过任何人的信息，当然也没有收到过行为人刘某发出的信息。顾客直接收到的都是店家的信息，交流的对象也是店家，全程并未同行为人刘某之间发生过信息互动和交流。也可以将这种特殊的互动方式类比为：店家给顾客发出了拟好内容的“电报”，电报内容为“奶茶10元一杯，付款账户123456”；行为人夜间偷偷修改了店家发给顾客的“电报”内容，把付款账号改成了“654321”；第二天，店家依惯例在顾客买奶茶时继续“发报”给顾客，但付款账号已被调包修改，行为人一直隐身幕后，既没有和店家互动，也没有与顾客沟通，互动的双方是顾客和店家，且行为人的存在并不为这两者所知，但行为人却通过“654321”这个账户坐收顾客

支付的款项，以致店家受损。此种通过“间接”和“转手”的方式进行的“互动”，是否还能够被称之为行为人与受骗者之间的互动？至少，以日常生活经验判断，此种方式恐不能被称为“互动”。

实务中，存在行为人更改送货地址或者付款账号以非法占有他人财物的真实案例。《检察日报》曾刊登过一篇名为《更换快递单冒领他人包裹如何定性》的文章，其中提到一个离职快递员换单案^[3]（本书第2号案例）。

离职快递员换单案的简要案情如下：

行为人小冯曾经在一个快递公司工作过。离职后，小冯潜入快递公司的厂棚内，偷偷把一个发给他人的包裹快递单撕掉，然后贴上另一个新快递单，收件人填写的是自己父亲的名字，收件地址和联系电话写上小冯自己的地址和电话。包裹送到后，小冯以其父亲的名义将包裹领走，该包裹内的货物价值计4116元。

笔者认为，行为人小冯更改快递单信息，表面上看好像是骗了快递员，但快递员对快递单信息被更改并不知情，其职责是按照快递单的指示投递邮件。所以，不能认为行为人欺骗了快递员，而是快递员在不知情的情况下，被行为人当作作案工具，行为人因此顺利地窃取了他人包裹，故行为人是盗窃罪的间接正犯。虽然笔者并未在文中详细分析快递员与行为人小冯之间是否有互动，但显然否认双方之间有互动，而是认为快递员在不知情的情况下，被行为人当作了盗窃工具。

针对离职快递员换单案，张明楷教授发表过对该案定性的不同意见。他虽然认为这个案件中快递公司的人受到了行为人的欺骗而处分了货物，应当认定为诈骗罪，但他也未分析行为人与快递员之间有无互

动。^[4]

在平和占有的情况下，笔者强调行为人与被骗者之间的互动，是作为以区分秘密窃取和诈骗的因素之一。虽然，秘密性常被用来区分盗窃罪与抢夺罪，但若被害人或被骗者对于同何人交易、交易内容如何均一无所知，则蕴含在一无所知之中的对于被害人或被骗者的信息封锁行为，将产生区分盗窃罪和诈骗罪的衡量价值。

在继续探讨下去之前，值得一提的是张明楷教授在《刑法学》教科书中举的一个案例。案例大致为行为人进入他人住宅后，明知卧床不起的老人盯着自己，但依然搬走了住宅里的电视机。^[5]张明楷教授认为这是公开盗窃，构成盗窃罪。张教授还指出，“秘密窃取公私财物并非盗窃罪的最最终的、排他的、永远不可推翻的定义，相反，解释者应当作出符合时代的解释结论”^[6]。有学者对此提出质疑，认为应构成抢夺罪或抢劫罪，此争议至今尚未平息。^[7]笔者认为在违背被害人意志的前提下，在被害人注视之下的公开取财，既不避讳被害人的发觉，也不掩盖取财行为，是不具有秘密性的。但由于秘密性已经被认为不是盗窃罪区别于其他财产型犯罪的特征，公开盗窃的观点已逐步被接受，其原因是盗窃罪被认为是侵犯财产罪的兜底规定。^[8]当违背被害人意志、平和占有、非暴力都具备时，在卧床不起的老人的注视下，搬走电视机的行为既不能被评价为抢夺，也不能被定性为敲诈勒索和诈骗，只能兜底为盗窃。即便如此，也不能否认大多数的盗窃行为是具有秘密性的，越秘密则越像盗窃罪，而大多数诈骗行为是具有公开性的，越公开越像诈骗罪，反之亦然。

在微信二维码案中，行为人的偷换二维码的行为完全符合既不让店主发觉，也不让顾客发觉，同时也在掩盖非法取财行为，由于行为人的

确是秘密进行的，店主和顾客才真的没有发觉，行为人也才不和店主与顾客进行交流互动，以使取财行为不至于暴露，得以悄悄地进行。

因笔者持诈骗罪是互动式犯罪的立场，认为没有行为人和被骗者（被害人）之间的信息传递与回复等互动行为，便谈不上骗，更谈不上被骗者（被害人）陷入错误认识。在行为人实施诈骗犯罪的过程中，互动的方式不限，互动的媒介也不限，甚至行为人可以一言不发地进行，被骗者（被害人）也可以一言不发地回应，但行为人不能是隐身的，更不能是刻意隐身的。通过电信网络进行的沟通或者虚构身份进行诈骗不是笔者认为的隐身和刻意隐身，笔者反而认为这是双方交流互动的一种体现。无论行为人是否使用真实身份，如果被骗者（被害人）自始至终均不知道行为人的存在，则互动是不成立的，也难言成立诈骗。

此处，需要回顾一下离职快递员换单案。该案中，行为人小冯虽然采取了秘密手段更换了快递单，但并未隐身，更未刻意隐身；相反，其必须接电话并主动现身才能取件。同时，其主动在新快递单上填上自己父亲的名字以及留下电话号码和收件地址，向快递员传递误导信息，这个行为并不具备秘密性的特征，快递公司和快递员至少知道这个包裹要送到哪里、取件人是谁、取件人电话号码、包裹最终在哪里被谁取走了。而微信二维码案与之不同点在于，二维码都长得很像，上面也没有字，大家都看不懂，顾客们既不会去辨别二维码的特征，扫码后也不会去查看钱进了谁的腰包，自始至终被蒙在鼓里。

对于微信二维码案，笔者与一审判决的定性观点相同，认为刘某与店主、顾客之间均未发生针对财产处分决策的沟通交流或意思互动，该案中的财产转移是“缄默形式的财产转移”^[9]。即便如此，笔者也不认为三角诈骗是个伪命题，三角诈骗仍然是普遍存在的，如行为人的行为可

以被认定为欺骗行为时，且受骗者与被害人不一致，能够成立三角诈骗。

当行为人实施了欺骗行为后，接下来，需要研究的层面是被骗者的认识错误和处分行为。

第二节 错误认识

都是具有非法占有目的，都是平和手段的侵财性犯罪，保护的法益都是公私财产，为什么在同等金额的既遂状态下，诈骗罪的量刑要比盗窃罪低？

以罪责刑相适应原则的视角，可以认为诈骗罪一定比盗窃罪的罪责轻，才会得出量刑轻的结论。在前述离职快递员换单案中，行为人小冯如果在溜进快递公司厂棚内后，直接把包裹放入自己的背包里拿走，且无人发觉，其构成盗窃罪无疑。但小冯只是更换了快递单，并坐等包裹送上门来，为什么就能得到实质上的从轻发落，而被定为诈骗罪呢？因为，前者是行为人自己完成了整个犯罪，后者加入了快递公司（快递员）的“助攻”，快递公司（快递员）审查不严格，在产生错误认识的情况下，“帮助”行为人完成了犯罪。通俗地说，前者是“单干”，后者是“合作”。

假定非要用数学公式来表达诈骗与盗窃之间的换算关系的话，可以粗略表达为：诈骗=盗窃-被害人的“过错”；或为：盗窃=诈骗+被害人的“过错”。被害人的“过错”是由被害人的错误认识和被害人基于错误认识而处分财物所构成。需要强调的是，此处所谓之被害人的“过错”，并非系被害人故意或过失实施的，侵犯他人合法权益，对行为人实施犯罪行为具有诱发、促成、激化等作用，并最终导致被害的不正当行为。盗窃他人银行承兑汇票并使用，与捡拾他人遗失的银行承兑汇票并使用的罪责当然会不同，前者定为盗窃罪，后者定为票据诈骗罪。基于此，在诈骗案件的辩护中，辩护律师的辩护方向如果是认罪从轻，则并不需要

再强调被害人有多么大的过错，或者强调被害人的警惕性太差而被行为人钻了空子，对于被害人的未尽谨慎义务甚至贪财好色，诈骗类罪名本身的量刑已经将之考虑在内了。但在并不是认罪从轻的诈骗案件辩护中，即使控方有证据证明行为人有欺骗行为，辩护律师也应该谨慎地看待这个欺骗行为究竟有没有导致受骗者（被害方）产生错误认识或者陷于已有的错误认识。此处以周某拍虎诈骗案^[10]（本书第3号案例）为例，试做分析。

周某拍虎诈骗案的简要案情如下：

2006年起，某省林业厅组织华南虎调查队在某县开展野生华南虎生存状况调查工作时，曾经聘请行为人周某担任向导。周某在担任向导期间，了解到一些辨认华南虎的相关知识，并听调查队成员讲过如果能拍到野生华南虎的照片，可以得到大额奖金。2006年12月31日，某县林业局下发《关于开展某县华南虎调查有关问题的通知》，要求当地农民一旦发现大型猫科动物踪迹要及时上报，“凡提供信息可靠，资料真实者，将给予重奖”。林业局对此进行了宣传动员。

周某知道此事后，以给亲戚治疗“官煞病”为名，多次请托他人为其寻找老虎画。2007年9月中旬，某县某乡友谊村村民找到一幅印有华南虎图案的虎画转交周某，周某确认该画中的老虎为华南虎。2007年9月26日，周某携带一部天马牌全自动胶片相机和虎画上山，在山上将虎画折叠仅露出虎体部分，制成华南虎平面模型。9月27日下午，周某将模型摆放在某县某镇文彩村附近的草坪上进行拍摄。随后周某通过电话报知县林业局领导秦某，称其拍到了活体野生华南虎。秦某让周某先冲洗出照片，如有价值即可上报。9月30日，周某委托亲属将相机、胶卷带往市区冲洗，但因所拍摄的底片图像模糊而未冲洗出照片。10月3日，

周某再次携带新借的胶片相机和数码相机进山。在某县某镇文彩村林区北坡上一块平缓地面处，周某将自制的华南虎平面模型摆放在树下草丛中，用树叶遮住模型边缘，从不同距离和角度用两部相机交替拍摄假华南虎照片共计62张。从山里返回后，周某向他人谎称其冒着生命危险拍摄到了活体野生华南虎，并于当晚请亲戚到市区代为冲洗照片。

2007年10月6日，周某向县林业局工作人员李某虚构讲述了自己的拍照经过，并向李某出示了照片。10月7日，周某持所拍假虎照向县林业局领导秦某进行展示，并陈述了其拍虎的经过。10月8日上午，县林业局党组班子听取周某汇报，并查看了照片。随后，县林业局向某省自然保护区和野生动植物管理站副站长卢某汇报此事，卢某要求将照片上报鉴定。当日下午，某县主要领导听取周某拍虎的情况介绍后，决定由工作人员陪同周某到省城说明拍摄情况并上报照片。

10月9日，周某赶到省城，筹备向省林业厅进行汇报的事宜。10月10日下午，某县领导蒋某、林业局领导秦某赶到西安，带领周某到省林业厅汇报。林业厅有关领导和部门负责人查看了照片，听取了口头汇报，初步确定召开新闻发布会公布某地发现野生华南虎的消息并给予周某奖励。

10月11日上午，省林业厅决定召开新闻发布会并奖励周某现金人民币两万元。当晚，因周某突然不愿意提供照片对外发布，省林业厅、县政府、县林业局相关负责人和工作人员一同给周某做思想工作。周某在获知以后还会逐级奖励和可以考虑给其儿子安排工作的情况下，周某才同意提供照片。

10月12日，某省林业厅召开新闻发布会，向社会公布在某县发现了活体野生华南虎。周某在发布会上展示了自己拍摄的假虎照，并讲述了

虚构的拍虎经过。当日下午，周某之子代周某从省林业厅领取奖金两万元。

之后，周某所拍虎照被疑有假，引起广泛争议。

2008年4月，周某让同村村民协助制作了木质虎爪模具，在某县某乡北草坡的雪地中用虎爪模具伪造华南虎脚印并拍照。随后，周某向国家林业局华南虎调查队和某县林业局报告，谎称自己又发现了野生华南虎活动的踪迹。

周某拍虎诈骗案的审理情况和争点如下：

检方以周某犯诈骗罪、非法持有弹药罪提起公诉。

一审法院于2008年9月27日作出（2008）旬刑初字第82号刑事判决，判决周某构成诈骗罪、非法持有弹药罪，并对周某数罪并罚。

宣判后，周某不服，提出上诉，认为其主观上不是为了骗取奖金，对原判认定其犯诈骗罪不服。

二审开庭时，周某当庭又对原审判决认定其犯罪的事实表示认可，表示认罪服法，愿意接受处罚，并请求法庭考虑其家庭困难和身体疾病，对其判处缓刑。

二审中辩护律师的主要辩护意见为，周某上山拍摄虎照以及到各级政府部门汇报的行为，属公务行为，周某主观上不具有非法占有的故意，不能以客观归罪认定其构成诈骗罪。

出庭检察员则认为，周某在拍摄假华南虎照片之前就明确知道拍到野生华南虎会有重奖，其拍摄假华南虎照片的动机和目的就是为了骗取

奖金，但鉴于周某当庭认罪态度较好，建议法庭予以从轻处理。

二审法院经过审理，于2008年11月17日作出（2008）安中刑终字第91号刑事判决，认定案件中尚没有任何证据直接表明有周某以外的其他人指使、安排或者参与了周某拍摄假华南虎照片的造假行为，也没有证据表明周某2007年10月3日拍摄的假华南虎照片系经过了电脑技术图像拼接处理。原判根据周某的犯罪事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，对其作出的量刑是适当的。但考虑到周某罪行较轻，当庭能够如实交代该案的基本事实，有较好的认罪态度和明显的悔罪表现，适用缓刑不致再危害社会，决定执行有期徒刑两年零六个月，宣告缓刑，并处罚金人民币两千元。

多年之后，回望当初这起沸沸扬扬的案件，仍然令人唏嘘。但回归到是否构成诈骗罪（既遂）本身，该案中确存“拍虎”之虚假，但该案中是否有人产生了错误认识，被骗者（被害人）是否相信了真的有华南虎？二审刑事判决书中详细列出了虎照以及相关拍虎信息逐次流经了某县林业局工作人员、林业局局长、野生动植物管理副站长、副县长、县长、省林业厅，并在二审刑事判决书中留下了这段文字：“因周某不愿意提供照片对外发布，省林业厅、某县政府、县林业局相关负责人和工作人员一同给周某做思想工作。在获知以后还会逐级奖励和可以考虑给其儿子安排工作的情况下，周某才同意提供照片。”多年之后读来，都还能令人感到裁判者在写这段话时提笔、落下、再提笔，最后还是决定写下来的心情变化。

以辩方的视角来看，经过省林业厅、某县政府、县林业局相关负责人和工作人员一同给周某做思想工作，而且许以奖励和解决子女工作，周某才同意提供照片，这自然会产生“谁骗谁”的狐疑。在对于华南虎相关知识的掌握程度方面，林业局、野生动植物管理站、林业厅的工作人

员和负责人与周某相比，不啻专业与业余之间的差别，加上林业局、野生动植物管理站、林业厅的工作人员和负责人是一大群人，而周某只是一个人，周某所拍摄的虎照能够把上述一大群人都骗到了信以为真的程度，令上述人员产生了野生活体华南虎在某县活动的错误认识，逻辑上是违背常理的。

如果辩护律师又遇到了这样一起案件，所有被骗者都在询问笔录中说“疏忽了，当时真的信了，上了当”，即如行为人在借款诈骗案件中都会说“我真的没想不还”。当被骗者坚称自己信了，产生或陷入了错误认识，对此，凭借辩方的取证能力，实务中难以提出反证，只能提出合乎生活常识和逻辑的合理怀疑，而周某拍虎诈骗案就是质疑被骗者是否真的能够产生和陷入错误认识的参照，也是阻断此类犯罪行为被认定为诈骗犯罪既遂的可行路径。

当被骗者（被害人）因为行为人欺骗行为的确产生了错误认识，对于是否构成诈骗罪（既遂）的识别进入下一个阶层——错误认识之后被骗者是否对财物作出处分。