

例1-谎称车祸案：

A打电话欺骗在家休息的老人B：“您的女儿在前面马路上出车祸了，您赶快去看看。”B连门也没有锁便急忙赶到马路边，A趁机取走了B家中的财物。

张明楷教授观点：

并非只要行为人实施了欺骗行为进而取得了财产就成立诈骗罪，因为盗窃犯也可能实施欺骗行为。本案中虽然A实施了欺骗行为，但B没有因为受骗而陷入处分财产的认识错误，更没有基于认识错误处分财产。所以，A取走财产的行为，只能成立盗窃罪。此例说明，并不是“只要有欺骗行为就成立诈骗罪”。

例2-骗盗西服案：

洗衣店经理A发现B家的走廊上晒着西服，便欺骗本店临时工C说：“B要洗西服，但没有时间送来，你到B家去将走廊上晒的西服取来。”C信以为真，取来西服交给A，A将西服据为己有。

张明楷教授观点：

并非只要行为人使用欺骗手段，导致对方将财产“转移”给自己或者第三人就成立诈骗罪，因为盗窃罪也有间接正犯，盗窃犯完全可能使用欺骗手段、利用不具有处分财产权限或地位的人取得财产。本案中C显然受骗了，但他只是A实施盗窃行为的工具而已，并不具有将B的西服处分给A占有的权限或地位。所以，A成立盗窃罪（间接正犯）。由此可见，并不是只要受骗者将财物“转移”给行为人就成立诈骗罪。

例3-试穿西服案：

A假装在商店购买西服，要求试穿西服，售货员B将西服递给A让其试穿，A穿上西服后声称去照镜子，在B接待其他顾客时，A趁机溜走。

张明楷教授观点：

即使是财产的占有者、所有者形式上将财产“交给”他人，但如果没有处分财产，即财产实际上仍然处于占有者、所有者占有时，行为人趁机通过违法手段取得财产的，也不成立诈骗罪。本案中A显然不成立诈骗罪，只成立盗窃罪。因为尽管B受骗了，形式上也将西服“交给”了A，但此时西服仍然处于B占有下，B并没有将西服处分给A占有，A是通过进一步实施违反B的意志转移西服的行为才占有该西服的，所以，A的行为成立盗窃罪。显而易见，如果不能认定被骗者基于认识错误“处分”财产，就不能认定为诈骗罪（既遂）。

例4-虚构债权诈骗案：

2003年8月，市民李某来到某区检察院民行科申诉，称她近几年陆续借给邻居潘某18万元，经多次催讨，潘某一直未还。2002年5月，李某向某区法院申请对潘某的房屋予以财产保全，不料夏某等人也持潘某的借条要求偿还债务，法院据此进行民事调解，致使李某的债权无法得到全额偿还。李某不服，声称自己从没听说潘某还向其他人借了钱。办案检察官调查发现，2003年5月至7月，潘某在与李某债务纠纷一案中，为少还债务伪造了向夏某等3人借款共计16万元的3张假借条，同时指使这3人向法院起诉，致使李某的18万元债权只能与虚构的16万元债权共同从潘某价值仅14万余元的房屋中得到清偿。某区检察院依法将该案提起公诉后，2003年1月9日，某区法院以妨害作证罪判处潘某有期徒刑8个月。

张明楷教授观点：

就本案而言，如果承认财产性利益是诈骗罪的对象，则认定潘某的行为构成诈骗罪更为妥当。因为潘某使用欺骗手段使法官陷入认识错误，从而进行调解，导致李某的债权无法得到全额偿还，这更符合诈骗罪（三角诈骗）的特征。

例5-骗免返还名画案：

乙无偿地将名画借给甲观赏。后来，当乙要求甲返还名画时，甲使用欺骗手段使乙免除自己名画的返还义务。

张明楷教授观点：

甲的行为是就名画成立侵占罪，还是就名画的返还请求权成立诈骗罪？一种观点认为，甲的行为就名画成立侵占罪，不就名画的返还请求权存在诈骗罪。这是因

为，财物

的返还请求权是被

害人的财物所有权的一种效果，换言之，

之，

财物的返还请求权包含在财物的所有权之中；将违法取得财物的行为作为财产犯罪予以处罚时，就已经将被害人对该财物包括的权利作为法益评价在其中，不能再将行为对其中个别权

利的侵害进行重复评价

。例如，行为人骗取他人财物后又毁坏该财物的，作为诈骗罪处罚时，就已经包含了对其后毁坏财物的处罚，因而不另认定为故意毁坏财物罪。在骗免返还名画案中，不能以侵占财物（名画）的犯罪轻于诈骗财产性利益（名画的返还请求权）为由，通过处罚诈骗罪吸收侵占罪。因为在不可罚的事后行为的情形下，之所以仅按前行为的性质认定犯罪，而不比较刑罚的轻重，是因为在法益侵害的时点，

前行为的违法已经包含、吸收了后行为的违法，而不是刑罚吸收的问题。

例6-骗免缴电费案：

行为人正常大量用电后，在电力公司人员即将按电表收取电费时，产生不缴或少缴电费之念，使用不法手段将电表显示数调至极小额度，使收费人员误以为行为人没有用电，从而免除行为人的电费缴纳义务的。

张明楷教授观点：

本案中行为人的行为成立诈骗罪。在本案的情形下，电力公司不存在电力返还请求权，只有货款（电费）请求权。

行为人

所骗取的不是

电力本身，而是对方的电费

请求权这一财产性利益

。恳请读者注意，这种情形与一般的窃电不同。行为人为了不缴或者少缴电费，事先采用不法手段，使电表停止运行的，所窃取的是电力本身，而不是财产性利益。但在上述场合，行为人事先没有窃电的意图，而是正常使用电力；事后骗取的也不是电力，而是对方的电费请求权这一财产性利益。二者不宜混淆。

。

例7-赌博诈骗案：

行为人实施赌博诈骗行为，导致被害人惨败。被害人当时仅携带了2万日元，行为人便与被害人约定，被害人日后向行为人支付剩余的139万日元。日本最高裁判所除认定对2万日元成立诈骗罪（一项诈骗，即对狭义财物的诈骗）外，还认定后者成立二项诈骗罪（骗取财产性利益）。

张明楷教授观点：

日本审判实践上之所以这样认定，是因为日本刑法将财物与财产性利益作为并列的对象予以规定。而我国刑法并没有将财物与财产性利益作并列规定，根据前述解释，财产性利益只是财物的一种表现形式，所以，当行为人通过欺骗手段取得了狭义财物时，一般没有必要就财产性利益再认定为诈骗罪。

例8-解除林权抵押诈骗案：

2016年10月，被告人郑某谎称需要资金开发果业，用其2000余亩林权抵押，向广源小额贷款公司（以下简称广源公司）借款1000万元，并办理了抵押登记。10月15日，郑某收到贷款，当日全部转入炒期货，后亏损950余万元。2017年年初，郑某与广源公司商议，农行贷款利率低，希望广源公司解除抵押，郑某再用该林权到农行办理贷款，贷款下来立即还款给广源公司。2017年6月中旬，双方办理了抵押登记注销手续；7月下旬，郑某以该林权抵押从农行办理贷款800万元，但未归还广源公司，而是随即又拿去炒期货，全部亏损，郑某尚有本金近700万元未能归还。

张明楷教授观点：

行为人通过欺骗手段获得抵押权或者通过欺骗手段使他人解除抵押的，应当认定为诈骗罪。本案中，郑某先前对广源公司虚构贷款用途骗取贷款的行为成立骗取贷款罪。后来郑某以注销抵押后用该林权再抵押获得的贷款还钱给广源公司为由骗得对方解除抵押权，使该笔债权丧失了抵押担保，客观上给广源公司造成了重大损失。本书认为，郑某对担保权的解除构成对财产性利益诈骗。当然，由于广源公司最终只有一个财产损失，对于郑某的行为可认定为包括的一罪，以诈骗罪处罚。

例9-李四骗取Q币案：

张三花5万元购买了Q币等虚拟财产后，随即被李四骗取。

张明楷教授观点：

非法获取计算机信息系统数据罪属于扰乱公共秩序罪，是对公法益的犯罪，但窃取他人虚拟财产的行为主要侵犯的是被害人的个人法益。通过将某种行为认定为侵害公法益的犯罪来保护个人法益，明显不当，因为这种做法必然侵害被害人的诉讼参与权利，也不利于附带民事诉讼的提起。本案中，如果对李四的行为仅认定为非法获取计算机信息系统数据罪，那么，张三就难以行使相关的诉讼权利。这种做法不仅忽视了对张三财产的保护，而且进一步侵害了张三的相关诉讼权利。

例10-A等暴力获取Q币案：

A等人在游戏厅以暴力相威胁，让被害人说出网络账户与密码，然后通过设置新密码的方法，将其价值数万元的Q币据为己有。

张明楷教授观点：

当行为人采用其他方法非法获取他人的网络游戏币、Q币等虚拟财产时，不可能认定为计算机犯罪。本案中，A等人的行为并没有非法侵入计算机信息系统，也不符合非法获取计算机信息系统数据罪的构成要件，更没有破坏计算机信息系统。

例11-甲乙盗取Q币案：

A准备了50万元现金，打算用于购买Q币，但在购买之前被甲悉数盗走。B准备了50万元现金后立即购买了价值50万元的Q币，但购买后还没有使用，乙立即侵入计算机信息系统，一次性盗走了B的全部Q币。

张明楷教授观点：

将针对虚拟财产实施的盗窃、诈骗等行为一概以计算机犯罪论处，并不能做到罪刑相适应。针对本案，按照否定说的观点，对甲应认定为盗窃罪，适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的法定刑，对乙应认定为非法获取计算机信息系统数据罪，用“三年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑。这显然不协调、不公平。或许有人认为，对乙可以适用该罪情节特别严重的法定刑（“三年以上七年以下有期徒刑”）。可是，

对乙

非法获取

计算机信息系统数

据的行为本身并不能认定为情节特别严重

。倘若认定为情节特别严重，一定是考虑了行为人所侵害的财产价值与被害人遭受的财产损失，这反过来说明应当重视对被害人财产的保护。况且，即使适用情节特别严重的法定刑，也难以做到罪刑相适应。

例12-B抢劫毒品案：

A在运输毒品过程中遇到B抢劫其毒品时A能否进行正当防卫？

张明楷教授观点：

所有权说不能说明正当防卫问题。本案中，如果否认甲与A能够进行正当防卫，则意味着任何人都可以非法占有甲的非法所得与A运输的毒品，这显然不合适。如果肯定甲与A可以进行正当防卫，则必须具备两个前提：

- 一是丙与B的行为属于不法侵害。对此恐怕没有疑问。
- 二是甲与A的防卫行为必须属于保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利的行为。

这便存在疑问了。如果说甲是为了保护乙的财产所有权而进行正当防卫，A是为了保护国家对毒品的所有权而进行正当防卫，显然过于牵强。所以，要肯定甲与A的行为是正当防卫，

必须肯定

甲占有的赃物、A占

有的毒品本身就是一种财产、一种利益

。而这正是所有权说不愿意看到的局面和不能说明的现象。

例13-乙骗取自己摩托车案：

甲盗窃了乙的一辆摩托车，一个星期后，乙发现甲盗窃了自己的摩托车，乙便从甲处将该摩托车骗回。

张明楷教授观点：

如果财产关系相当明确，不需要通过法定程序即可恢复应有状态的占有，相对于本权者行使权利的行为而言，就不是财产罪的法益。

如果占有者对财物的占有不存在与本权者相对抗的合理理由，相对于本权者恢复权利的行为而言，也不是财产罪的法益

。本案中，即使不符合自救行为的特征，但由于乙是本权者，占有者甲对摩托车的占有不能与本权者相对抗，或者说甲与本权者的对抗没有合理理由，故相对于乙恢复所有权的行为而言，甲对摩托车的占有不是财产罪的法益，乙的行为不成立诈骗罪。但相对于第三者而言，甲对摩托车的占有仍然是财产罪的保护法益。此外，如果乙并非骗回自己所有的摩托车，而是骗取甲所有的其他财物，即使其所骗财物相当于或者少于摩托车的价值，但由于不是恢复权利的行为，依然成立诈骗罪。

例14-假营诈骗案：

2016年5月15日至7月20日，被告人夏迎某、夏海某等人窜至河南洛阳市、焦作市、平顶山市等地，租用酒楼，以家纺产品展销会的名义，通过免费赠送礼品为由聚拢老年人群参加。夏迎某、夏海某在此过程中负责购买礼品、租赁场地并安排夏宾某、冯明某、刘福某等其他被告人负责发传单、发送礼品、维持现场秩序、看车等工作。夏迎某、权红某通过讲课的方式，虚构其产品具有治疗疾病方面等功效，再以退还货款、出资赴少林寺旅游、去郑州看梨园春节目等名义，骗取多名被害人货款共计352,220元。

张明楷教授观点：

在本案审理过程中，争议焦点之一是，本案是民事欺诈行为还是诈骗行为？法官正确地指出，

诈骗罪与民事欺诈不是对立或互斥的关系而是一般与特殊的关系，是可以同时成立的

。故在司法实践中判断一行为是否构成诈骗罪时，不能从证明其是民事欺诈来否定其是诈骗罪，而应从诈骗罪的构成要件入手，以是否符合诈骗罪的构成要件来进行判断。就本案而言，被告人夏迎某等人不具备进行真实交易的主观意图，在其开展的所谓家纺展销活动中，采取虚构商品具有治病功效、发放小礼品等形式吸引众多老年人参加，并通过承诺退还货款的手段促使老年人积极付款，当所收款项达到一定程度后即卷钱逃离，并且事先对逃离的路线、方式、次序精心谋划。另外，在开展所谓的带被害人旅游、现场观看知名节目纯属编

造。因此，可以认定被告人夏迎某等人主观上具有非法占有他人财物的目的，客观上实施了虚构事实的欺骗手段，其行为不是正常的市场营销行为。本案一审法院以

诈骗罪判处被告人

有期徒刑，二审认定一审判决定性准

确。

只要欺骗行为的实质是使受骗者陷入或继续维持处分财产的认识错误并进而处分财产，就可能成立诈骗罪

，至于欺骗行为是否同时成立其他犯罪，只是罪数认定问题，不影响诈骗罪的成立。

例15-制售干细胞注射液行医案：

2016年下半年，许某经汪某介绍，假借为上海某大学转化医学研究院（以下简称研究院）副院长崔某介绍研究病例为由，租借上海某大学两间办公室为办公地点。许某与汪某商议后，决定由汪某为其制作提供干细胞注射液，由许某以研究院名义对外招揽神经系统病患，谎称使用纳米生物疗法已经治愈众多病患。嗣后，许某委托李某等人负责现场运作事宜；张某冒充主任医师身份，负责接待病患、诊断病情，借纳米生物疗法名义推销使用干细胞注射液，以人民币2.98万元至6.1万元不等的价格收取病患诊疗费用。同期，汪某在上海某实验室内制作干细胞注射液，供许某等人为病患进行静脉注射。截至2017年4月案发，许某、汪某等人使用上述方法为患有渐冻症等疾病的患者有偿注射干细胞注射液，收取费用共计134.8万元。后查明，许某、汪某、李某、张某等人均无医师资格，研究院也非医疗机构；经鉴定，涉案产品“纳米生物因子”干细胞注射液属于依照《药品管理法》必须批准而未经批准生产的情形，应认定为假药。

张明楷教授观点：针对本案：

- 第一种观点认为，许某等人的行为构成生产、销售假药罪；
- 第二种观点认为，许某等人的行为构成非法行医罪；
- 第三种观点认为，许某等人的行为构成诈骗罪。

其实，许某等人的行为同时成立上述三种犯罪而不是仅成立其中一种犯罪。换言之，不能因为其中一种犯罪

的成立，就否认其他犯罪的成立

。首先，许某等人的行为当然成立生产、销售假药罪；其次，许某等人的行为无疑成立非法行医罪；最后，没有理由否认许某等人的行为成立诈骗罪，因为许某等人虚构事实、隐瞒真相，使病患信以为真，进而处分了财产。但是，许某等人的行医行为、销售假药的行为以及诈骗行为其实是同一个行为，故应宣告许某等人的行为成立非法行医罪、生产销售假药罪和诈骗罪，然后按一个重罪处罚。

例16-代购汽车诈骗案：

在20世纪80年代汽车十分紧俏时，李某在银行贷款买了一辆东风140汽车，因交通事故导致汽车严重损坏，便将汽车拖至汽车制造厂的大修厂修理，由于各种原因，李某已无力偿还银行贷款。不久，李某认识了前往汽车制造厂购买汽车的陈某，李某谎称自己是某公司导购员，能够找关系帮陈某购买一台东风140汽车，价格为4.5万元。陈某信以为真，便按李某的要求将购车款汇至大修厂财务科。李某将其中部分款项交付修理费后，剩下的钱据为己有。陈某到大修厂财务科了解情况后发现自己受骗，便立即报案。公安机关抓获李某后，李某声称：“我没有骗，我将自己的那台车留给了陈某。”

张明楷教授观点：

行为人是否就其意思作了虚假表示，应当综合案件全部事实进行客观判断。不能认为，

只要行为人有实现诺言的某种行为，就不成立欺骗

。换言之，即行为人为实现诺言实施了某种行为的，也不能一概排除其行为的欺骗性。本案中，即使李某将自己的旧车留给陈某，也应认定其就自己的意思实施了欺骗行为。

例17-冒充尼姑消灾诈骗案：

三人冒充“尼姑”，拦住被害人刘某并与其交谈。取得刘某的信任后，她们称刘某的幼子数日内有“大灾”。在刘某的恳求下，她们“勉强”答应帮忙消灾，告知刘某取出家中的全部款项，一是以示诚意，二是兼为“作法”道具。收受刘某交付的10余万元现金后，三人逃之夭夭。

张明楷教授观点：

将来的事实仍然可能存在真假之分。在行为人具有诈骗故意的情况下，就将来的事实进行欺骗时，一种情况是，在行为的当时就能判断真假。因为将来的事实并非都是前所未有的，所以，在许多情况下，人们根据以往的经验、经历以及生活规律，就能判断将来事实的真假。针对本案，应当认为，在行为的当时，根据科学的因果法则，就可以判断

出行为人就将来的事实的陈述具有虚假性。

例18-欺骗赌徒案:

A对犯有赌博罪的B说：“听一个知情朋友讲，你赌博的事已被公安局知道，他们正在侦查，本周五下午要来没收你赢的2万元钱，还要抓你走。与其坐牢，还不如花钱消灾。你将2万元给我，我帮你活动活动，避免公安局抓你。” B信以为真，将2万元交给A。事后B托人打听，得知公安局没有发现B的赌博事实。

张明楷教授观点：

虽然由于人的认识能力有局限性，在行为当时难以分辨行为人就将来事实所作的陈述是否虚假，但事后完全可能证明行为人在行为当时就将来事实所作的是虚假陈述或虚构了事实。在这种情况下，

应当肯定行为当时就具有欺骗性，只是事后才有证据而已

。针对本案，不难看出事后的证据完全能够表明，A就将来事实所作的陈述在行为当时便具有欺骗性。

例19-骗取装修定金案

：（原推文中有两个“例18”，而没有“例24”。法官隔壁将后一个“例18”改为“例1

9”，后面依次修改至“

例24”。——法官隔壁注）

甲有一个规模较小的装修公司，因生意不好，不想继续经营，但又想“挣钱”，于是四处张贴广告：“本装修公司信誉良好，如果业主提前三个月预定房屋装修，并预交5000元装修定金，则在装修完工后，对房屋全部装修款享受七折优惠。”甲收到了十余人的装修定金后，便携款潜逃了。

张明楷教授观点：

事后携款潜逃的事实也表明，甲在行为当时就将来的事实作了虚假陈述。所以，如果将行为性质是否为欺骗与欺骗性质能否由证据证明两个问题分开，就应当肯定行为人可能就将来的事实进行欺骗。

例20-骗取戒指案：

甲女通过网上聊天认识了乙男。甲女为了骗取乙男的财物，在见面后，主动提出将来嫁给乙男，同时要求乙男为其购买戒指，待乙男将戒指送给甲女后，甲女逃之夭夭。

张明楷教授观点：

本案中，虽然在甲女声称将来要嫁给乙男时，还难以辨明真伪，但事后的情况却清楚地表明甲女就将来的事实进行了欺骗。在事后认定甲女的行为成立诈骗罪时，甲女仍然是就将来的事实进行欺骗，而不当然变成就现在或过去的事实进行的欺骗。否认可以就将来的事实进行欺骗的学者，认为类似这样的行为（允诺交友、结婚）是一种针对未来，又接近价值的陈述，所以不能认定为欺骗

。但这种行为也可以说是就行为人的意思进行的欺骗。所以，如果否认可以就将来的事实进行欺骗，则会进一步否认可以就行为人的意思进行欺骗，从而不当缩小诈骗罪的处罚范围。

例21-谎称摆平绑架诈骗案：

甲、乙、丙三人与丁一、丁二有隙，遂于某日绑架了丁二，索要现金30万元。后丁一书面承诺付款6万元后，丁二被解救。之后，丁一没有付款。于是，甲、乙、丙三人扬言绑架丁一的孩子。A得知此事后，将此事告知丁一，并声称自己可以摆平此事，但要求丁一出资3万元进行协调活动，A还向丁一出具保证书：“保证不让绑架事件发生。” A得款后并未从事协调活动，并将3万元据为己有。

张明楷教授观点：

本案中，A的行为既是就自己的意思内容（是否从事协调活动）进行欺骗，同时也是就将来的事实（可否“摆平此事”）进行欺骗，二者难以区分。如果认为就将来的事实进行欺骗不成立诈骗罪，就会导致许多诈骗行为逍遥法外。

例22-谎称中介诈骗案：

刘某为某市某局除名工人，1996年4月他经人介绍结识了香港某装饰设计工程公司总经理伍某。当时，刘某仍称自己是某局职工，认识局领导，能承揽到装修工程，骗取了伍某的信任。不久，刘某以收中介费的名义，骗取伍某30余万元。

张明楷教授观点：

事实上，就将来事实的欺骗一般都伴随有其他具体事实的欺骗，将前者排除在诈骗罪之外，也会不当缩小诈骗罪的成立范围。本案中，刘某声称能承揽装修工程，可谓就将来的事实发表意见，同时，这种就将来事实的欺骗又伴随有“仍称自己是某局职工”的具体事实的欺骗。刘某的行为显然成立诈骗罪

。如果一概认为，就将来事实进行欺骗的行为不属于诈骗罪的欺骗行为，就有可能导致刘某的行为不成立诈骗罪。这便导致处罚范围过于窄小。

例23-高级职员A不作为案：

在某个公司，每天早晨秘书B都将需要付款的账单放在公司经理C的桌上。某天早晨，与付款事项无关的高级职员A偶然发现了C桌上的账单，并认识到是已经付款的账单。但是由于A与收款方的债权人相识，他便退出了C的办公室。稍后C进入办公室，依据账单再度付款给对方。

张明楷教授观点：

不作为不可能引起已经发生的结果，而且也不可能避免已经发生的结果。所以在他人已经陷入认识错误的情况下，具有说明义务的人不履行说明义务，使他人继续维持认识错误的，不成立诈骗罪。在本案的情形中，高级职员A虽然具有保证人义务，但他只是C陷入错误经过的旁观者，充其量只成立背信罪，但不成立诈骗罪。所以，除了保证人义务以外，还有其他类似于给虚假事实制造假象或者歪曲、隐瞒真相的行为时，才能认定为欺骗。

例24-骗免支付稿酬案：

作者B与出版社签订版税合同，约定出版社按印数码洋的15%支付稿酬给B。出版社实际印刷3万册，但出版社的有关人员A没有向B说明真相，只付1万册印数稿酬给B，使B陷入认识错误，进而免除了出版社支付2万册印数稿酬的债务。

张明楷教授观点：

基于合同产生的义务。合同完全可能约定，在履行合同的过程中，一方必须将有关事实的真相告知另一方。在这种情况下，一方便具有基于合同产生的义务。本案中，A的行为应成立诈骗罪。

例25-贋品邮票诈骗案：

A为集邮爱好者，收集了一枚仿真度极高的清代邮票。某日，集邮爱好者B来看A的邮票，A出于虚荣心吹嘘该邮票为真品。B动心后提出购买该邮票，并提出以2万元购买该邮票。A同意后，将贋品以2万元卖给B（贋品邮票诈骗案）。（该句号为法官隔壁所加，原推文中没有此句号。——法官隔壁注）

张明楷教授观点：

基于先前行为产生的义务。当行为人故意、过失或者无意识的先前行为使他人

陷入认识错误，存在处分财产的危险时，行为人负有告知真相、使他人避免危险的义务。本案中，A起初并没有诈骗的故意，但其吹嘘行为导致B陷入了认识错误。在B提出购买因而存在处分财产（付款）的危险时，A负有告知真相的义务，但没有告知，使B的财产遭受损失。A的行为应成立诈骗罪。

例26-扬州粮食白酒案：

被告人陈某为个体运输驾驶员。某日上午，一供销社批发部仓库保管员李某交给被告人陈某一张某糖业烟酒公司的销售发票提货联，委托他到该公司提运扬州粮食白酒200箱，计5000瓶。陈某与个体运输驾驶员闵某一起，各开一辆手扶拖拉机前去提货。两辆手扶拖拉机满载，共装上80箱（2000瓶）白酒，尚有120箱白酒不能一次提完，糖业烟酒公司仓库发货员杨某遂开出一张120箱扬州粮食白酒暂存收据，交给陈某。随后，供销社的一辆货车开来公司，陈某即要求杨某将暂存的120箱白酒装上货车一并带走。杨某在发出120箱白酒后，因一时疏忽，未将交给陈某的暂存收据收回。当天上午，供销社仓库保管员李某即将由陈某等人提回的200箱白酒收讫。当天晚上，陈某在整理有关单据时，发现发货方未将120箱白酒的暂存收据收回，便产生了重复提取120箱白酒后占为己有的想法。后来，陈某怕自己亲自前往提取会被识破，遂将暂存收据交给个体运输驾驶员闵某，由闵某将120箱白酒提出，运到陈某指定的地点。陈某将这批价值5250元的白酒销售后得款4490余元。

张明楷教授观点：

在本案中，陈某不仅没有履行告知义务，而且有虚构的作为欺骗。因为陈某让闵某从仓库提出白酒的行为，意味着向被害人表示自己还有120箱白酒没有提走，这本身就是虚构事实的作为欺骗，不属于不作为的诈骗。

例27-骗取消防设施配套案：

韩某是某市公安消防支队防火监督处处长。2014年年初，该市某建设单位经理晏某找到韩某商议办理消防审批手续事宜，韩某提出需交纳20万元消防设施配套费。韩某产生了截留该20万元配套费的想法。韩某向消防支队长朱某汇报时，谎称晏某知道《消防法》规定消防部门不能收取消防设施配套费。随后朱某同意该项目免收消防设施配套费。后来，晏某将20万元交给韩某，几天后，韩某将《消防审核意见书》交给晏某。

张明楷教授观点：

即使利用职务上的便利实施欺骗行为，也仍然可能构成诈骗罪，只不过存在是否与其他犯罪构成竞合关系问题。

本案中，

首先，韩某的行为并非利用职务上的便利将公共财物据为己有，因而不成立贪污罪

。换言之，在韩某收受20万元时，该20万元并非公共财物，而且韩某也不是为了消防支队的利益收

受该20万元，故不能认定为贪污罪。

其次，韩某实施了欺骗行为，致晏某产生了需要交纳20万元消防设施配套费的错误认识，进而处分了财产

。就此而言，韩某的行为成立诈骗罪。

最后，韩某的行为也同时触犯了受贿罪，亦即韩某利用职务上的便利，索取他人财物，为他人谋取利

益，完全符合受贿罪的构成要件

。由于韩某的

欺骗行为与索贿行为是一个

行为，故韩某的行为是诈骗罪与受贿罪的想象竞合。

例28-廖某合同诈骗案：

廖某系厦门国际银行上海黄浦支行的客户经理，在经办与世纪新城公司、东方投资公司的贷款业务中，向对方宣称，要获得贷款，除了签订贷款合同外，尚需支付一定比例的“财务顾问费”给第三方公司，由第三方公司再转给银行。

为骗取对方信任，廖某特意伪造了厦门国际银行的公函，载明华清同仁公司系银行指定的第三方财务顾问公司，要求对方将500万余元的“财务顾问费”支付给这家公司。世纪新城公司、东方投资公司相信了廖某的说辞，在2015年6

月、9月获取银行贷款后，先后将所谓的“财务顾问费”打给了华清同仁公司。除了支付给华清同仁公司一定的开票费用，以及被同案犯王某私自截留了40万元，廖某实得420万余元。

张明楷教授观点：

从解释论上来说，完全可以将利用职务便利实施的诈骗行为排除在职务侵占罪之外，直接以诈骗罪

论处，从而使职务侵占罪与诈骗罪之间保持协调。至于行为人利用职务上的便利欺骗他人非法占有他人财物，而非占有本单位的财物的，则更不应当认定为职务侵占罪。针对本案：

- 一种观点认为，廖某的行为构成职务侵占罪。
- 另一种观点认为，廖某在与世纪新城公司、东方投资公司签订合同过程中，隐瞒真实贷款利率，虚构还需支付“财务顾问费”等事实，诱骗对方支出了不必要的花销，成立合同诈骗罪。

可以肯定的是，职务侵占罪的行为对象只能是本单位财物，或者说

被害人必须是本单位

。而本案的被害人明显是世纪新城公司与东方投资公司。即使廖某的欺骗行为利用了职务上的便利，在民法上也难以认为廖某的行为属于表见代理。退一步说即使属于表见代理，在廖某不能将赃款退还给世纪新城公司与东方投资公司的情况下，厦门国际银行上海黄浦支行应当对两个公司承担赔偿责任，这也是因为廖某对两个公司实施了欺骗行为，使两个公司遭受了财产损失，因而对两个公司成立诈骗罪。反过来说，廖某并没有利用职务上的便利直接骗取银行的财产。既然如此，当然不可能对银行构成职务侵占罪。特别要强调的是，即使最终由厦门国际银行上海黄浦支行承担了赔偿责任，也不得认定廖某的行为成立职务侵占罪，因为廖某没有对上海黄浦支行实施任何职务侵占行为。

例29-虚构订单案：

快递公司配送站站长孙某为偿还赌债，以编造收货人姓名、收货地址、联系电话等方式，在购物平台虚构货到付款的订单订购各种品牌的手机，货物到达配送站后，孙某利用配送站站长可延迟（3日内）交付货款的制度漏洞以及分派发货任务的便利，将货物截留后低价卖与他人。所得款项除偿还上期应交纳货款外，剩余部分用于偿还赌债和个人挥霍。

张明楷教授观点：

行为人实施欺骗行为时没有利用职务便利，取得财物时利用了职务便利或者工作便利的，更不得认定为职

务侵占罪，只能认定为诈骗罪

。本案中孙某的欺骗行为与职务行为没有任何关系，因为任何人都可以在购物平台虚构货到付款的订

单订购各种商品。在本书看来，

即使退一步承认利用职务便利的诈骗行为可以构成职务侵占罪，也应当仅限于欺骗行为利用了职务上的便利，否则就过于扩大了职务侵占罪的范围：

- 一方面，孙某在取得货物时似乎利用了职务上的便利，但其实只是利用了工作上的便利条件，因为其他快递员也可以偷偷地这样做。
- 另一方面，手机到达配送站后，孙某没有障碍地取得了手机（符合后述直接性要件）。

倘若将快递公司作为被害人，认定孙某的行为成立职务侵占罪或者盗窃罪，则不符合电商是被害人的客观事实。

例30-骗取危房补贴案：

村民乙谎称危房翻新，村长甲代其填写虚假材料并以村长名义签字同意后上报镇政府，从镇政府骗取1万元的危房补助给乙。

张明楷教授观点：

本案中，虽然甲因为从事扶贫管理工作而属于国家工作人员，也利用了职务上的便利，但不能认定为贪污罪，对甲与乙的行为应以诈骗罪论处。

例31-清代文物诈骗案：

乙在某古玩商店购买物品时，误以为某民国时期的普通物品为清代文物，乙一边向店主甲确认该物品是否为清代文物，一边继续察看该物品。由于该物品印有“民国十年制造”字样，所以，乙会立即发现该物品不是清代文物。但店主甲马上走过来，一边用手指掩盖物品的制造年份，一边声称是清代物品，使乙信以为真。甲将物品包装后交付给乙，按清代文物收取货款。

张明楷教授观点：

他人虽陷入认识错误，但在原本可以立即发现认识错误的状态下，行为人通过欺骗行为使其不能或者难以发现认识错误而继续维持认识，进而处分财产，成立法律意义上的欺骗。本案中，甲的行为成立诈骗罪。

例32-“开锁专家”案：

某天下午，某银行自动取款机管理员马某发现取款机内只剩下8000多元后，遂取出25万元现金准备装入自动取款机。按银行规定，取款机的密码由马某管理，钥匙由营业员于某保管，开启自动取款机时必须两人同时在场，但恰巧此时有人办理业务，于某一时走不开，便将钥匙交给马某，由马某一人完成了现金装机工作。次日，自动取款机中的25万元不翼而飞。事后查明，银行当晚值班保安付某待在值班室内，闲极无聊时想起银行同事曾说过自动取款机保险柜锁十分高级，除非同时具备专门钥匙和密码，否则休想打开。自诩是“开锁专家”的付某想试一试这把锁中之王能否被自己打开，便找来一根铁丝和一个发卡，试着将铁丝捅进锁内，然后用发卡一拨，密码盘竟然转动起来，再一拉把手，仅半分钟时间，保险柜门居然开了。付某将全部现金分装成5个口袋全部取走。

张明楷教授观点：

本案中如果认为机器可以成为诈骗罪的受骗者，那么，上述自动取款机也可以成为受骗者；付某的行为就是通过欺骗自动取款机取得财物，进而构成诈骗罪。但这是不可思议的结论。打开自动取款机的锁取出其中的现金与将伪造的信用

卡插入自动取

款机中取出其中的

现金并无区别。如果说存在欺骗，那

么，

前者欺骗的是智能锁（存在密码），后者欺骗的是智能取款程序（同样存在密码）；但不管是智能

锁还是智能取款程序，都是人设计的

。付某打开自动取款机的锁后，要非法占有其中的现金，必须另实施转移行为；同样，行为人持伪造的信用卡使自动取款机吐出现金后，要非法占有吐出的现金，也必须另实施转移行为。所以，肯定付某的行为构成盗窃罪，而认定使用伪造的信用卡从自动取款机中提款的行为构成诈骗罪，有自相矛盾之嫌。

例33-网上盗转存款案：

2014年6月，胡某在某网站上申请了一个个人主页，将“密码解霸”程序链接在上面。同年8月，胡某利用该程序在互联网上窃取了某公司曹某在工商银行开设的银行账户和对应的牡丹灵通卡号及密码，并多次在互联网上窥视其账面情况。同年12月，胡某再次侵入工商银行网上银行系统，从曹某账户上盗转2万元到其预先开设的账户上。胡某尚未取出存款时，即被抓获。

张明楷教授观点：

本案中，由于胡某只是将他人的存款转移到自己的存折上，并没有取出存款，即没有取得狭义的财物，完全可以认定为盗窃罪。司法实践中几乎没有疑问地将这种行为认定为盗窃罪

，故此，在刑法没有增设（在我国也无必要增设）利用计算机诈骗罪的情况下，对类似行为以盗窃罪论处，既不存在处罚上的空隙，也不违反罪刑法定原则，因而没有必要将诈骗罪的受骗者扩大为计算机等机器。

例34-电话转账案：

郑某是某集团的装配工，其利用午休期间车间无人之际，通过车间统计员的电脑多次窃取了本车间多名职工的工资卡（某国有银行借记卡）卡号。然后，郑某购买了一张名为“王某某”的假身份证，以此办理了一张联通手机卡。他利用多数职工疏忽大意未更改银行卡原始密码的便利条件，以及该行电话银行客户服务系统的转账功能，使用已掌握的卡号和密码，先后60余次通过电话银行服务系统，将其他职工借记卡上的钱款转移到“王某某”的手机上，金额达5万余元。

张明楷教授观点：针对郑某的行文，应当认为，

郑某只是盗窃了他人的存款债权，但存款债权可以随时转化为金钱，使其与金钱实质上已经没有区别

。如果对郑某的行为不以盗窃罪论处，则不能有效地保护公民的财产，而且造

成处罚的不协调:盗窃金钱的受刑罚处罚，而盗窃可以随时转化为金钱的存款债权的不受刑罚处罚，这便违反了刑法的公平正义性。

例35-保姆被骗案：

丙是乙的家庭保姆。乙不在家时，行为人甲前往乙家欺骗丙说：“乙让我来把他的西服拿到我们公司干洗，我是来取西服的。”丙信以为真，甲从丙手中得到西服后逃走。

张明楷教授观点：

在诈骗罪中，也存在受骗者（财产处分人）与被害人不是同一人（或不具有同一性）的现象。这种情况在刑法理论上称为三角诈骗（Dreieckbetrug），也叫三者间的诈骗。本案中，对甲的行为应认定为诈骗罪。

例36-冯某套路贷案：

冯某等人于2017年成立小额贷款公司。2018年3月22日，蔡某某两次向公司分别贷款人民币7000元、8000元，但签订借金额分别为14000元、16000元的虚高借款合同。公司以砍头息、保证金、管理费等名义向蔡某某事前分别收取1865元（蔡某某实际得款5135元）、2280元费用（蔡某某实际得款5720元）。冯某事前告知蔡某某，如果未违约按期偿还，虚高的金额无须支付；但若违约，虚高的额将作为违约金、催收费要求蔡某某支付。后蔡某某未按期还款，冯某等人通过打电话、发短信催讨，催讨未果后，持虚高的借条上门索债。

张明楷教授观点：

在一般人

观念中，冯某等人

的行为属于“套路贷”。但是，冯某

等人没有实施任何欺骗行为

，而蔡某某对所有事实与后果清清楚楚。既然如此，就不能认为冯某等人的行为构成诈骗罪：

- 一方面，即使这种情形并不属于正常的民间借贷，也不能认定为诈骗罪。
- 另一方面，冯某等人通过上述方法索债的行为，也不可能构成敲诈勒索罪与其他犯罪。

例37-赵某自我绑架案：

20岁的赵某和父母共同生活，平素游手好闲，贪图享乐，为了让经商的父亲多给一些钱用而费尽心机。某日晚，赵某拿菜刀将自己的左手中指齐指甲根部剁下，让朋友孙某将剁下的手指用信封装好送给其父。第二天早晨孙某又按赵某的意思给赵父打电话：“你儿子已经被我们绑架了，拿50万元来赎人，否则你儿子便没命了。”赵父立即报案，公安机关在赵某和孙某取钱时将二人抓获。

张明楷教授观点：

本案中，赵某与孙某的行为同时具有欺骗与恐吓的性质，赵父一方面陷入了认识错误，另一方面也产生了恐惧心理。在类似情况下，如何认定犯罪的性质，还需要研究。本书原则上认为，类似上述赵某自我绑架案的情形成立诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合。

例38-谎称车祸案：

行为人声称被害人的女儿在马路上出车祸，乘被害人外出时取走其住宅内的财物。

张明楷教授观点：

本案中，虽然其欺骗行为使被害人陷入了认识错误，但该认识错误的内容并不是处分财产，仅此便可以否认诈骗罪的成立。如果仅仅根据没有处分行为而得出诈骗罪既遂的结论，那便意味着该行为可以成立诈骗未遂，但事实上并非如此。

例39-小卖部冒领皮包案：

被害人杨某在旅游购物时将皮包（内有6000余元）丢放在一小卖部的柜台上，便与同伴一起离开。店主发现皮包后，便大喊皮包系何人所有。当问及男游客林某、吴某时，两人便冒充失主将皮包领走，随后匆匆离去。数分钟后，杨某急忙回到小店，店主才知皮包被人冒领。

张明楷教授观点：本案中：

- 如果认为店主占有了皮包，林某与吴某的行为便成立诈骗罪；
- 如果认为店主没有占有皮包，则需要进一步判断杨某是否仍然占有皮包，如果得出肯定结论，林某与吴某的行为则是盗窃罪，如果得出否定结论，林某与吴某的行为则是侵占罪。

可以认为，

店主已经占有了杨某的

皮包，故林某与吴某的行为成立诈骗罪

。由上可见，财产处分者是否对该财产享有所有权，并不影响诈骗罪的成立。

换言之，“

本罪以使人将本人或第三人之物交付为要件，即其交付之物，不以本人所有为限，本人持有第三人之物，使之交付，亦然”。

例40-会议室失窃案：

十余人参加小型会议。散会前，被害人B去洗手间时，将提包放在自己的座位上。散会时B仍在卫生间，清洁工C立即进入会议室打扫卫生。此时，A发现B的提包还在会议室，便站在会议室门外对C说：“那是我的提包，麻烦你递给我一下。”C信以为真，将提包递给A，A立即逃离现场。

张明楷教授观点：

在本案中，清洁工C没有占有B的

提包，他也不具有处分该提包的权限或地位

。换言之，C是A盗窃提包的工具，而不是诈骗罪中的财产处分者。因此，A的行为不成立诈骗罪，只能成立盗窃罪。

例41-三角诈骗间接正犯案：

2008年6月20日，被告人陶某找到从事个体租赁业务的周某，冒充某工地的负责人，要处分该工地上的一批建筑设备，并且要周某自己雇人去工地拉东西。该工地已经停工一年多，实际负责人是范某，范某委托唐某代为看管该工地。次日，周某带人去拉工地设备时，告诉唐某工地负责人欲出卖该工地设备。唐某信以为真，又丢失了范某的联系方式，遂没有进行阻拦。后周某分三次（第一次陶某在场，后两次陶某不在场）拉走价值人民币11700元的建筑设备，陶某得赃款共计人民币9600元（其中，第一次在工地现场得8000元，第二次在周某的个体租赁站得1600元）。6月23日，范某知情后报案。后陶某被抓获归案。

张明楷教授观点：

针对本案，一种观点认为，“本案中，陶某利用别人的不知情，冒充工地负责人，非法处分他人工地设备，以骗为前提，以秘密占有财物为实质，窃取财物数额巨大，其行为方式符合盗窃罪的犯罪构成，构成盗窃罪的间接正犯而非三角诈骗”。其实，本案属于三角诈骗的间接正犯。原因如下：

- 其一，陶某对不具有处分权限的周某实施了欺骗行为，但这一欺骗行为不是诈骗罪中的欺骗行为，而是诈骗罪的间接正犯中的利用行为。

- 其二，周某虽然产生了认识错误，但该认识错误不是诈骗罪中的受骗者的认识错误，而是间接正犯中的被利用者的错误，周某因为该错误而使其行为被陶某支配。
- 其三，周某虽然没有诈骗的故意，但对唐某实施了欺骗行为，周某实施的欺骗行为正是诈骗罪中的欺骗行为，其内容是让唐某容忍其搬走工地设备。
- 其四，唐某受委托看管工地，与被害人范某属于同一阵营，即使不是工地设备的占有者，至少也是辅助占有者，因而具有处分被害人范某财产的权限。
- 其五，唐某基于认识错误处分了财产（容忍周某运走工地设备），行为人陶某取得了财产，被害人范某遭受了财产损失。

假若本案中没有看守工地的唐某及其处分行为，而是由周某直接运走工地设备，则陶某是盗窃罪的间接正犯。

例42-篡改借条日期案：

甲于2010年向乙借款50万元，并于2011年5月1日归还。乙于同日将手写的“甲于2011年5月1日归还了50万元欠款”的收条交给甲。2013年甲又向乙借款50万元，但一直不归还。乙于2016年3月向法院提起民事诉讼要求甲归还欠款时，甲将先前的收条改为“甲于2014年5月1日归还了50万元欠款”。两审法官均信以为真，驳回了乙的诉讼请求。乙随后向公安机关报案。

张明楷教授观点：事实上，诉讼诈骗

并不仅限于提起民事诉讼的情形

，行为人作为被告参与民事诉讼时，也可能因为诉讼诈骗而成立诈骗罪，却不成立虚假诉讼罪。形如本案，经过公安机关查明真相后，认定甲虽然没有向法院提起虚假民事诉讼，

不成立虚假诉讼罪，但依然构成诈骗罪（也是诉讼诈骗）。

例43-偷改网购信息案：

2015年8月，张某借用李某购物网站账号网购一部价值6000元的手机，收货人为自己，收货地址为自家住址，并付全款。在卖家发货前，李某背着张某登录

自己的购物网站账号，联系卖家更改了收货人和收货地址。后卖家将张某购买的手机寄送给李某，李某将该手机据为己有。

张明楷教授观点：

本书认为，李某的行为属于三角诈骗。

首先，李某的行为不可能成立盗窃罪

。盗窃，是指违反被害人意志，将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有。但本案中，手机原本由卖家占有，李某并没有违反卖家的意志，将其占有的手机转移给自己占有。相反地，卖家是因为受欺骗才将手机寄给李某。李某也并不成立盗窃的间接正犯，因为张某一直没有占有手机，李某不可能利用不知情的卖家窃取张某占有的手机。由此不难看出，仅因李某的行为具有秘密性，就认定其行为构成盗窃罪，明显不当。

其次，张某虽然借用了李某的网购账号购买手机，但没有将收货人与收货地址填写为李某，

所以，张某并没有将手机委托给李某保管（占有），李某事先也没有占有过张某所购买的手机，所以

，李某的行为不可能成立侵占罪

。最后，李某的

行为是笔者提出的新类型三角诈骗的典型之例

。亦即李某对受骗者即卖家实施了欺骗行为，欺骗行为的内容就是更改了收货人和收货地址，使卖家误以为手机是李某购买。卖家基于认识错误处分的是自己占有和所有的手机，但是，

卖家不存在民法上的任何过错，张某无权要求卖家再次发货。显然，卖家当然具有处分权

限，卖家虽然处分的是

自己的财产，但被害人却是张某

。简言之，卖家因为受到李某的欺骗而处分了自己手机使张某遭受了财产损失，所以，李某的行为成立三角诈骗。

例44-开通“亲密付”案：

2019年1月，张某在网上发布虚假的共享单车客服电话。王某通过手机APP申请退还共享单车押金时遭遇系统异常，后王某拨通张某发布的客服电话寻求帮助。张某以快速退还押金需要绑定支付宝“亲密付”为由，骗取王某为张某的支付宝开通“亲密付”，并随即转出王某账户金额2.8万元。“亲密付”是支付宝为亲人、密友等亲密关系打造的极简支付服务，亲人、密友在预先设定的额度内消费时无须开通者确认，即可直接从开通者账户中支付款项。

张明楷教授观点：

针对本案，有意见认为，张某的行为构成诈骗罪；也有意见认为，张某的行为属于“冒用他人信用卡”，应构成信用卡诈骗罪。其实：

- 一方面，虽然张某实施了欺骗行为，但王某只是为了接收退款才开通“亲密付”，而没有基于认识错误处分自己的财产。王某开通“亲密付”的行为充其量只是使自己对财产的占有松弛，而不是使自己的财产转移。所以，王某没有实施处分行为，更没有处分意识。
- 另一方面，王某开通“亲密付”并不能使张某直接获得财产（不符合直接性要件），张某是通过“转出王某账户金额2.8万元”这一盗窃行为才获得财产的。所以，张某的行为因不符合直接性要件而不可能成立诈骗罪，当然也不成立信用卡诈骗罪，只能以盗窃罪论处。

例45-虚假支付链接案：

2010年6月1日，被告人郑某玲骗取被害人金某195元后，获悉金某的建设银行网银账户内有305,000余元存款且无每日支付限额，遂电话告知被告人臧某泉，预谋合伙作案。臧某泉赶至网吧后，以尚未看到金某付款成功的记录为由，发送给金某一个交易金额标注为1元而实际植入了支付305,000元的计算机程序的虚假链接，称金某点击该1元支付链接后，其即可查看到付款成功的记录。金某在诱导下点击了该虚假链接，其建设银行网银账户中的305,000元随即通过臧某泉预设的计算机程序，经上海快钱信息服务有限公司的平台支付到臧某泉提前在福州海都阳光信息科技有限公司注册的“kissal2323”账户中。臧某泉使用其中的116,863元购买大量游戏点卡，并在“小泉先生哦”的淘宝网店上出售套现（事实一）。2010年5月至6月，被告人臧某泉、郑某玲、刘某分别以虚假身份开设无货可供的淘宝网店铺，并以低价吸引买家。三被告人事先在网游网站注册一账户，并对该账户预设充值程序，充值金额为买家欲支付的金额，后将该充值程序代码植入一个虚假淘宝网链接中。与买家商谈好商品价格后，三被告人各自以方便买家购物为由，将该虚假淘宝网链接通过阿里旺旺聊天工具发送给买家。买家误以为是淘宝网链接而点击该链接进行购物、付款，并认为所付货款会汇入支付宝公司为担保交易而设立的公用账户，但该货款实际通过预设程序转入网游网站在支付宝公司的私人账户，再转入被告人事先在网游网站注册的充值账户中。三被告人获取买家货款后，在网游网站购买游戏点卡、腾讯Q币等，然后将其按事先约定统一放在臧某泉的“小泉先生哦”的淘宝网店上出售套现，所得款均汇入臧某泉的工商银行卡中，由臧某泉按照获利额以约定方式分配（事实二）。

张明楷教授观点：

对既采取秘

密窃取手段又采取欺骗

手段非法占有财物行为的定性，

应从行为人采取主要手段和被害人有无处分财物意识方面区分盗窃与诈骗：

- 如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取，诈骗行为只是为盗窃创造条件或作掩护，被害人也没有“自愿”交付财物的，就应当认定为盗窃；
- 如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是诈骗，被害人基于错误认识而“自愿”交付财物，盗窃行为只是辅助手段的，就应当认定为诈骗。

本案中，被告人臧某泉、郑某玲使用预设计算机程序并植入的方法，秘密窃取他人网上银行账户内巨额钱款

，其行为均已构成盗窃罪

。臧某泉、郑某玲和被告人刘某以非法占有为目的，通过开设虚假的网络店铺和利用伪造的购物链接骗取他人数额较大的货款，其行为均已构成诈骗罪。对臧某泉、郑某玲所犯数罪，应依法并罚。

例46-利用ETC逃费案：

2017年12月至2018年4月，张某驾驶轿车多次往返于重庆市万州区和江北区之间。去程时在收费站持ETC通行卡由ETC通道驶入高速，到达时却紧跟前方车辆，不使用通行卡而快速通过ETC通道驶离高速；返程时在收费站人工窗口领取普通通行卡驶入高速，到达时则使用ETC卡由ETC通道驶离高速。利用前述方式，张某实际仅缴纳相邻高速公路收费站之间的通行费用，骗逃了往返于万州收费站与江北收费站之间的绝大部分高速公路通行费用，累计11000余元

张明楷教授观点：

在本案中，行为人在去程持ETC通行卡由ETC通道驶入高速，紧跟前车由ETC通道下高速时收费员虽然没有意识到行为人的欺骗行为，但却误以为行为人使用了ETC，正因为如此才放行了行为人的车辆，没有向行为人收取费用，基于认识错误放弃了债权；返程时行为人再使用ETC卡由ETC通道驶离高速，使收费员误以为行为人仅

在城内往返，因而放弃了部分债权。

如果将一次往返结合起来看，同样也应当认为收费员因为受骗而放弃了相应的债权

。概言之，在本案中，应当认为收费员基于认识错误实施了处分行为，也具有

处分意识。

例47-骗用手机走账案：

2018年12月27日，任某、余某通过某QQ兼职群联系上了被害人孙某，声称可以帮孙某办理用支付宝刷流水的业务。次日上午，任某、余某在肯德基餐厅与孙某见面。任某对孙某说，要拿着孙某手机去见老板走账，走完账回来给孙某好处费，但孙某不能跟着去，让余某陪着孙某一起在餐厅等候；任某称需要1个多小时，最多2个小时回来。孙某同意并将手机交给任某，且将解锁密码、支付宝密码告诉任某。余某陪孙某坐了20多分钟后，找了一个借口离开了餐厅。孙某迟迟等不到任某与余某回来，遂报警。

张明楷教授观点：

本案不同于通常的以借用手机打电话为名盗窃手机，而是典型的诈骗行为。在借用手机的案件中，由于被害人在现场，被害人将手机递给行为人打电话，即使手机在行为人手中，根据社会一般观念，也是由被害人占有手机。所以，行为人乘机拿着手机溜走的行为是盗窃行为。在本案中，孙某将手机交给任某时，知道手机要离开自己一个多小时

。在这种情况下，孙某事实上是将手机转移给任某占有。亦即在孙某将手机交付给任某后，孙某就不再占有手机。既然如此，就应当认为任某、余某的行为属于诈骗。

例48-欺骗盗车人案：

2002年11月24日下午，朱某发现有一推摩托车的人（盗车人）形迹可疑，觉得其摩托车可能是盗取的。当盗车人把摩托车停在路边发动准备骑走时，朱某走过去，装作认识这辆车的样子，围着车看了一会儿，然后对盗车人说：“你到哪里去？”盗车人便弃车而逃。此时，朱某见四周无人，就想骑车回家据为己有。刚骑一会儿，朱某就被前来查寻的失主抓获。摩托车经估价为3200元。

张明楷教授观点：

本书认为，对朱某的行为认定为诈骗罪较为妥当。首先，对朱某的行为难以认定为盗窃罪，因为盗窃罪的成立以盗窃他人占有的财物为前提

。刑法上的占有与民法上的占有不是等同的概念。其次，对朱某的行为不宜认定为侵占罪。

就普通侵占而言，要求行为人将自己基于委托关系而占有的财物不法转变为自己所有的财物。尽管这种“委托关系不一定要有成文的合同，根据日常生活规则，事实上存在委托关系即可”，但从本案来看，朱某与失主、盗车人都不可能有任何形式

的委托关系，所以，不可能成立普通侵占。再次，对朱某的行为不能认定为敲诈勒索罪，抢劫罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪

，因为即使在当时的特定环境下也难以认定朱某的行为是以恶害相通告的恐吓或胁迫行为。最后，朱某的行为符合诈骗罪的构造与直接性要件。因为：

- 一方面，盗车人之所以放弃摩托车，完全是朱某的欺骗行为所致。盗车人虽然表面上没有直接将摩托车交付给朱某，但其放弃摩托车的行为无疑也是一种处分行为。在当时的情况下，盗车人放弃摩托车的直接后果是由朱某占有摩托车，这更加肯定了朱某的行为符合诈骗罪的构造。
- 另一方面，在盗车人放弃摩托车与朱某取得摩托车之间，不另存在朱某独立的不法行为。

所以，盗车人的处分行为与朱某取得摩托车之间不缺乏关联性。

例49-一房三卖案：

2003年5月至2004年3月，毛某与赵某等人签订合同，由毛某出资，赵某等人在某宅基地共同合伙建房，房屋建成后，毛某按合同约定返还赵某等人部分住房，其余住房归毛某所有，可对外出售。在房屋修建过程中，毛某由于没有资金注入遂在预售房屋时采取隐瞒真相的方法，与周某、陈某等20余户购房者重复签订合同，一房卖二主或三主，将10余套房屋重复出售给20余户的房主，从而骗取购房者所交的房屋预付款达33万余元（不包括与同一套住房的第一个购房者签合同时所收预付款）。尔后购房者发现自己购买的房屋被毛某重复出售给他人，分别找毛某要求给房屋或退款，毛某因无钱赔付而无法解决，潜逃至外地躲避，导致部分购房者既未取得房屋，也未追回房款。

张明楷教授观点：

在这类二重买卖或者三重买卖中，由于所有购买者都没有取得房产登记，也没有在事实上占有、控制房屋，所以，只能根据一般观念、交易惯例判断谁是被害人

。例如，在毛某将修建中的某个房屋出卖给A之后，根据一般观念与交易惯例，毛某就不能再将房屋出卖给B和C。反过来说，如果B与C知道毛某已经将该房屋出卖给了A，就不会再购买该房屋。所以，在本案中，宜认定毛某对B、C

等后来的购买者实施了诈骗行为。

如果毛某具有诈骗故意与非法占有目的，则宜认定其对同一个房屋的第二、三个购买者成立诈骗罪。

例50-杨某、谢某群POS机刷卡案：

2016年4月以来，被告人谢某与曾某结伙通过他人冒充银行、京东商城、公检法机关的工作人员拨打电话给郑某等27名被害人，以信用卡欠款需将资金保全、订单出错需退款、涉嫌犯罪需将资金比对等方式实施诈骗。谢某与曾某雇用、指使被告人王某、徐某办理多张银行卡，让被告人杨某、谢某群用POS机刷卡，用于诈骗钱款的转移分流以及取现。其中，谢某8次用银行卡在杨某的POS机刷卡消费，钱款转入杨某的建设银行卡内，杨某将该钱款取走后交予谢某。谢某群5次利用POS机帮助谢某套现。一审法院认为被告人杨某、谢某群的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，二审法院维持了原判。

张明楷教授观点：

《电信网络诈骗意见》规定：“明知是电信网络诈骗犯罪所得及其产生的收益，以下列方式之一予以转账、套现、取现的，依照刑法第三百一十二条第一款的规定，以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪追究刑事责任...3.多次使用或者使用多个非本人身份证明开设的信用卡、资金支付结算账户或者多次采用遮蔽摄像头、伪装等异常手段，帮助他人转账、套现、取现的。”这一规定似乎可以为杨某、谢某群POS机

刷卡案的判决提供根据。但是，

取款人事后多次分别为不同的电信诈骗正犯者取款和事后多次为同一电信诈骗正

犯者

取款，对

电信诈骗正犯者后

来的诈骗行为所起的作用不可能完全

相同。从结论上说，本书的观点是，

反复帮助特定同一电信诈骗正犯者套现、取款的行为人，即使表面上没有语言、文字的事前通谋，也能够成立

诈骗罪的共犯。

换言之，虽然第一次套现、取款行为仅成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪，但在事实上形成心理默契的情况下，后面的套现、取款行为应当成立诈骗罪的共犯。

来源：刑事法库