【王微、方继民诈骗案】将他人手机号码非法过户后转让获取钱财行为如何定性？

▍文 郑晓红 何毅

▍来源 《刑事审判参考》总第71集

▍作者单位浙江省高级人民法院刑二庭 浙江省余姚市人民法院刑庭

一、基本案情

余姚市检察院以王微、方继民犯诈骗罪向法院提起公诉。王、方对公诉机关指控的事文和罪名均无异议。

法院经公开审理查明：2007年6月，王在移动公司办理业务时结识了该公司员工方，两人预谋以贩卖移动公司手机“靓号”的方式牟利。之后方继民利用工作之便从移动公司内部电脑系统查得137※※※※9999、137※※※※8888、137※※※※6666、137※※※※8888、135※※※※6666等14个号码的机主资料信息，而后通过制假证者伪造了14张与机主资料相同的假身份证。同年7月13日至16 ll，王微分别持上述假身份证到义乌市移动公司营业厅，将原机主的移动号码137※※※※9999、137※※※※8888、137※※※※6666、137※※※※8888、135※※※※6666非法过户到自己名下，随后王微隐瞒上述手机号码系通过虚假手段办得的真相，以自已名义将其中的137※※※※9999、137※※※※8888、137※※※※6666、137※※※※8888，4个号码卖给他人，共计获取4l000元。

法院认为，王、方以非法占有为目的，采用隐瞒真相的方法，骗取他人财物，数额较大，其行为均已构成诈骗罪。公诉机关指控的罪名成立。王微判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现还有其他犯罪没有判决的，应当对新发现的犯罪作出判决，把前后两罪所判处的刑罚，执行数罪并罚。案发后，王、方能自愿认罪，酌情予以从轻处罚。鉴于方有悔罪表现，适用缓刑不致再危害社会，可对其适用缓刑。据此，判决如下：

1．被告人王微犯诈骗罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币八千元；连同前犯诈骗罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币一万元，决定执行有期徒刑五年，并处罚金人民币一万八千元。

2．被告人方继民犯诈骗罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币八千元。

一审宣判后，王、方均未提出上诉，检察院亦未抗诉，判决发生法律效力。

二、主要问题

行为人使用伪造原机主的身份证等手段，将原机主手机号码过户至自己名下，尔后以本人名义将号码卖与他人获取钱财的行为应该如何定性?

三、裁判理由

本案在审理过程中，对王、方的行为应如何定性有两种意见：

第一种意见认为，本案应定盗窃罪。主要理由在于，目前移动电话虽然已经没有入网费，但实际上好的号码因为有一定的市场需求，可以作为一种特殊的商品在特定的场合交易，机主能够据此获取经济利益。因此移动电话号码实际具有一定的价值，可以认为是一种虚拟的有价物，能够作为盗窃罪的犯罪对象。本案被告人王微、方继民以非法占有为目的，在原机主未知情的情况下，采取伪造身份证的方式将原机主号码过户到自己名下，使该手机号码脱离原机主的控制，其行为构成了盗窃罪。至于盗窃数额的认定，根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定，盗接他人通信线路、复制他人电信号码，销赃数额高于电话初装费、移动电话入网费的，盗窃数额以销赃数额计算。由于手机号码的具体价值无法确认，本案的盗窃数额可以销赃数额即非法转让获取的钱财数额来认定。将手机号码卖给他人获取钱财，是盗窃后的销赃行为，并非诈骗行为，不应重复评价，应以盗窃罪一罪论处。

第二种意见认为，本案应定诈骗罪。主要理由在于，目前移动电话已没有入网费，因此手机号码本身不具有价值，不能成为盗窃罪的对象。虽然被告人王微、方继民利用伪造的身份证将他人手机号码过户至自己名下，但是上述号码实际并未脱离原机主的控制，原机主发现后可以随时到移动营业厅将号码取回，且没有任何障碍，因此王微、方继民对他人手机号码并没有实际取得占有，其行为不构成盗窃罪。王微、方继民将不属于自己所有的手机号码以自己的名义卖给他人获取钱财的行为构成了诈骗罪。

我们认为，对二被告人的行为应以诈骗罪定罪处罚，理由如下：

1．单纯的手机号码没有价值，因而没有财物属性。

盗窃罪属于侵财犯罪，其犯罪对象是财物，财物是有价值的，是能够使实施盗窃的行为人获得利益而使原所有人受到财产损失的有体物或无体物。虽然我国刑法第二百六十五条规定“以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照盗窃罪的规定定罪处罚”，但该条规定主要适用于两种情况：

一是使被害人产生初装费、入网费损失的。根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第五条的规定，盗接他人通信线路、复制他人电信码号的行为按照当地邮电部门规定的电话初装费、移动电话入网费计算盗窃数额，只有在销赃数额高于电话初装费、移动电话入网费的，才按销赃数额计算。由此可见，“盗接他人通信线路、复制他人电信码号”的行为以盗窃罪定罪处罚是因为行为人的行为导致逃避缴纳邮电部门的电话初装费、移动电话入网费，从而使自己获利并给邮电部门造成损失。这种情况定盗窃罪是以电话初装费、移动电话入网费的存在为前提，且行为人盗窃侵害的对象不是电信码号本身，而是电信码号所承载的入网费用。但本案中，在移动电话已经取消入网费的前提下，手机号码本身只是一种通讯代码，不具有价值，不具备财物的属性。行为人取得手机号码后，不会由于逃避应当缴纳的入网费从而带来收益，原所有人失去号码后再次办理新号时，也不会因缴纳入网费而产生财产上的损失，所以单纯非法过户他人手机号码不构成盗窃罪。

二是被害人产生话费损失的。《解释》第五条还规定，“明知是盗接他人通信线路、复制他人电信码号的电信设备、设施而使用的，盗窃数额按合法用户为其支付的电话费计算”。这种情形之所以以盗窃罪定罪，是因为行为人盗接他人通信线路、使用复制的电信码号后产生的电话费由合法用户支付，从而导致行为人不交话费而获利，使他人受到话费损失，因此这里盗窃罪侵害的对象是他人的电信资费而不是号码本身。因为单纯复制号码本身并不能造成他人财产损失，也不能使自己获利，只有通过使用这些号码，才能造成他人电信资费的损失从而获利，电信码号只是作为电信资费的载体存在的。本案中，二被告人非法将他人手机号码过户出售后，由于原号码所有者不能继续正常使用该号码，故及时到移动公司查询导致案发，本案从二被告人手巾购买有关手机号码的人尚未使用该手机号码，因此并未给原号码所有者造成话费损失，所以也不符合此种以盗窃罪定罪处罚的情形。

2．手机号码非法过户后进行转让才是实现获利的关键。

盗窃罪只要将财物秘密窃取后就实现了财产利益，所窃取的财物可以自己使用，也可以给他人使用，并且这种使用完全具备经济学意义上的使用价值的特征。这体现在，行为人不必付出经济成本就可以使用所窃取的财物，而这一经济成本原来是应该付出的；或者行为人窃取财物后予以销赃，从而得到了经济利益。但就本案而言，被告人非法过户手机号码后没有自己使用，而是通过转让才获得了经济利益，也即本案二被告人实现获利的关键在于将非法过户的他人手机号码出售的行为。本案被告人非法转让他人手机号码获得利益的第一阶段是将他人名下的手机号码非法过户到自己名下，第二阶段是以本人名义将非法过户的手机号码转让给他人获利。上述两个阶段的行为是一个完整不可分割的整体，行为人将号码过户的目的在于转让获利，转让才是整个行为的关键，故不能将号码过户行为与转让行为割裂开来单独在刑法上进行评价。因此，本案中的非法过户行为与转让行为之问的关系和盗窃犯罪中的窃取行为与销赃行为之间的关系具有实质性的不同。区分侵财犯罪的本质在于侵财的手段，以秘密窃取的手段实现侵财的是盗窃，以欺骗手段实现侵财的是诈骗。由于手机号码自身没有价值，因此一般非法过户的行为不构成盗窃罪；从被害人确定的角度看，原手机号码所有者没有因此受到财产损害，真正受到财产损害的是出钱购买这些手机号码的人，而其财产受到侵害的关键在于被告人隐瞒了这些手机号码属于非法过户的事实，故本案属于以骗侵财，不符合盗窃罪的构成要件。

3．非法过户手机号码并转让获利的行为符合诈骗罪的犯罪构成。

诈骗罪的犯罪构成有四个要素：行为人的欺诈行为――被害人产生错误认识――被害人基于错误认识而交付（或处分）财产――被害人遭受财产损害。本案被告人的行为完全符合上述要素，被告人先利用伪造的身份证将他人手机号码过户到自己名下，然后隐瞒自己非该号码真正机主的真相，使被害人误以为该号码是被告人所有，产生错误认识，接着被害人基于这一错误认识购买该手机号码，使被告人获得财产利益，最后被害人发现手机号码因被真正机主取回而不能用，因此蒙受经济损失，整个过程符合诈骗罪的构成特征。

综上，本案二被告人通过伪造原机主身份证等手段将原机主手机号码过户到自己名下，然后以本人名义将该号码卖与他人获取钱财，符合诈骗罪的构成要件，应以诈骗罪追究刑事责任。

**【张航军等诈骗案】利用异地刷卡消费反馈时差，要求银行工作人员将款项存入指定贷记卡同伙在异地将该贷记卡上的款项刷卡消费完毕，又谎称存款出错，要求撤销该存款如何定罪？**

▍文 方文军 王海防

▍来源 《刑事审判参考》 总第76集

▍作者单位 最高人民法院刑五庭

浙江省宁波市中级人民法院

一、基本案情

被告人张航军，男，1986年11月8日出生，无业。因涉嫌犯货款诈骗罪于2009年4月30日被逮捕。

被告人赵祥茗，男，1989年2月22日出生，无业。因涉嫌犯贷款诈骗罪于2009年6月19日被逮捕。

被告人王丹平，男，1986年11月26日出生，无业。因涉嫌犯贷款诈骗罪于2009年6月9日被逮捕。

浙汀省宁波市海曙区人民检察院以被告人张航军、赵祥茗、王丹平犯盗窃罪，向海曙区人民法院提起公诉。

被告人张航军对起诉书指控的犯罪事实无异议，但认为本案应定性为破坏金融管理秩序的犯罪。

被告人赵祥茗对起诉书指控的犯犯事实无异议，但提出当时与持卡人有约定，且持卡人也出具了保证书，他们仅收取套现成功的手续费，银行欠款由持卡人归还，本案应定贷款诈骗罪。其辩护人认为，赵祥萏仅是受持卡人委托，利用银行信用卡的冲正、撤销业务获得手续费，对银行的欠款应由持卡人归还，持卡人也出具了还款保证书，故赵祥茗无罪。

被告人王丹平对起诉书指控的犯罪事实无异议，但提出他们与持卡人有约定，要求持卡人归还银行欠款，故不构成盗窃罪。其辩护人提出，王丹平无非法占有目的，也未采取秘密窃取的手段，不构成盗窃罪。

宁波市海曙区人民法院经审理查明：

被告人张航军、王丹平受许建明（另案处理）指使，伙同被告人赵祥茗等人，利用POS机刷卡消费通过银联系统反馈到银行电脑延迟一二分钟的漏洞，以要求银行营业员存款冲正的方式，骗取银行资金。具体犯罪事实如下：

1．2009年3月14日16时30分许，被告人张航军、王丹平受许建明指使，伙同中介人陈某（另案处理），在宁波市象山县中国银行象山支行丹峰分理处营业柜台，由张航军持现金和户名为“凌民”的中国银行贷记卡账号办理无卡存款业务，要求营业员在该账号内存入现金人民币（以下币种均为人民币）50000元。当营业员将此款存入该账户要求张航军签字确认时，张立即打电话给许建明，许按照事先约定在异地持户名为“凌民”的中国银行贷记卡，利用POS机将刚存入的50000元刷卡消费49980元。接到许建明操作完成的指令后，张航军随即向营业员谎称存款出错，要求撤销上述50000元存款，并将该款存入其提供的户名为“凌民”的另一中国银行借记卡账号内。因POS机刷卡交易信息通过银联系统反馈给银行有l～2分钟的时间差，营业员未察觉仔款已被消费，仍按照张航军的要求将此款转存入后一借记卡账户内。后银行发现异常，但该借记卡账户内的49988元现金已于当日17时许被人提取。中国银行报案后，经与持卡人凌民家人联系催讨，被骗的49968元陆续由他人代为归还。

2．2009年3月19日15时40分许，被告人张航军、王丹平受许建明指使，伙同被告人赵祥茗在宁波市海曙区广东发展银行海曙支行营业柜台，由赵祥茗持现金50000元和户名为“陈灼”的广东发展银行货记卡账号和借记卡账号，采用上述手段进行操作，许建明在异地利用POS机持贷记卡刷卡消费49800元．在银行发觉异常前，王丹平于当日16时25分许在另一家广东发展银行柜台持该借记卡提取现金40000元，张航军于当日16时40分许从ATM机上取走其余10000元、后经银行多次向持卡人等人催讨，被骗的49800元由他人代为归还。

3．2009年3月20日l0时30分许，被告人张航军、王丹平受许建明指使，伙同被告人赵祥茗在宁波市江东区广东发展银行宁东支行营业柜台，由i赵祥茗持现金55000元和户名为“王琼钿”的广东发展银行贷记卡账号和借记卡账号办理无卡存歉业务，要求在该贷记卡和借记卡账号内分别存入50000元和50000元。待营业员要求赵祥茗签字确认时，赵立即打电话给许建明，许在异地持该贷记卡利用POS机将刚存入的50000元刷卡消费49800元。赵祥茗接到许操作完成的指令后，向营业员谎称搞错存款账户，要求将上述两账户存款数额对换。在银行发觉异常前，张航军持该借记卡于当日11时许分别通过银行柜台和ATM机取走现金48000元和2000元后经银行向持卡人等人催讨，被骗取的44800元陆续由他人代为归还。

4．2009年3月20日14时许，被告人张航军、王丹平受许建明指使，伙同被告人赵祥茗在宁波市江北区广东发展银行城北支行营业柜台，由赵祥茗持现金55000元元和户名为“赵燕飞”的广东发展银行贷记卡账号和借记卡账号，采用上述手段进行操作，许建明在异地利用POS机持货记卡刷卡消费49980元。在银行发觉异常前，张航军持该借记卡于当日14时30分许分别通过银行柜台和ATM机取走现金45000元和5000元。后经银行向持卡人等人催讨，被骗取的44980元仅由他人代为归还l000元。

5．2009年3月24日13时许，被告人张航军、王丹平伙同汪自铁（另案处理），在宁波市海曙区广东发展银行马园支行营业柜台，由张航军持现金55000元和户名为“诸葛源”的广东发展银行贷记卡账号和借记卡账号，采用上述手段进行操作，许建明在异地利用P0S机持货记卡刷卡消费49000元。在张航军要求将上述两账户存款数额对换时被识破，张航军、汪自铁当场被抓。当日l3时30分许，存入借记卡内的5000元现金被人从ATM机上收走。

被告人赵祥茗、王丹平分别于2009年6月1日和3日被抓获，另查明，户名为凌民、陈灼、王琼钿、赵燕飞和诸葛源的贷记卡信用额度分别为5000元、10000元、8000元、8000元和10000元。

宁波市海曙区人民法院认为，被告人张航军、赵祥茗、王丹平以非法占有为目的，故意隐瞒存入贷记卡中的资金已被消费的真相，要求银行营业员办理冲正业务，骗取银行资金数额巨大，其行为均构成骗罪。其中，张航军、王丹平诈骗金额18万余元，赵祥茗诈骗金额13万余元。三被告人存贷记卡中存钱后通知其同伙刷卡消费，因卡内已实际存入现金，该刷卡消费系正常消费行为而非透支行为。三被告人在其同伙刷卡消费行为完成以后，要求银行营业员办理冲正业务，系利用银联系统对异地刷卡行为反馈到计算机系统中有所延迟的漏洞，使营业在不知贷记卡中的钱款已被消费的情况下作出错误的处分行为，将银行自有的资金存入了被告人指定的借记卡中．故被告人最终获得资金的手段是诈骗而非窃取。公诉机关指控三被告人犯盗窃罪的罪名不当，被告人及其辩护人提出本案不构成盗窃罪的辩解和辩护意见成立，予以采纳，但张航军、赵祥茗提出本案构成其他犯罪的辩解不能成立。对于赵祥苕、王丹平的辩护人所提被告人的行为不构成犯罪的辩护意见，经查，虽然被告人与持卡人之间约定欠款由持卡人归还，但被告人采取欺骗手段骗取银行资金，并非正常的超限使用，且被告人与持卡人约定被告人每次从银行套现的款项中收取近40％的高额手续费，被告人应当知道持卡人不打算归还银行欠款，故所提无罪意见不能成立，本院不予采纳。据此，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十五条第一款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人张航军犯诈骗罪，判处有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币二万元；

二、被告人赵祥茗犯诈骗罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二万元；

三、被告人王丹平犯诈骗罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币一万元；

四、违法所得人民币79 680元继续予以追缴。

一审宣判后，被告人没有上诉，检察机关没有抗诉，判决已发生法律效力。

二、主要问题

利用异地刷卡消费反馈时差，要求银行作人员将款项存入指定贷记卡，当同伙在异地将该贷记卡上的款项刷卡消费完毕，又谎称存款出错，请求将该款项存入另一借记卡，冉取出的行为，如何定罪?

三、裁判理由

近年来，我国银行卡产业发展迅速，交易规模持续增长，目前我国已成为世界上持卡人数最多、业务增长最快、发展潜力最大的国家之一。同时，随着信用卡业务发展和经营环境的变化，信用卡风险问题日益突出，与信用卡有关的诈骗、盗窃等犯罪发案率较高，其中相当一部分犯罪与利用P0S机刷卡套现有关。由于犯罪分子作案手段多样化，犯罪行为形式上可能同时触犯多个罪名，故准确定罪成为实践中的突出问题。

本案犯罪手段较为新颖，被告人利用异地POS机刷卡消费反馈到银行电脑有一至二分钟延迟这一漏洞，故意隐瞒存人贷记卡中的资金已被消费的真相，要求银行工作人员办理冲正业务，骗取资金。检察机关以盗窃罪起诉，法院判决认定为诈骗罪。从被告人的作案手段看，涉及的罪名主要是诈骗罪、盗窃罪、信用卡诈骗罪和贷款诈骗罪。其中，最重要的是如何区分盗窃罪与诈骗罪。我们认为，对被告人的行为应当认定为诈骗罪而不是盗窃罪，更不应认定为信用卡诈骗罪和贷款诈骗罪。具体分析如下：

（一）被告人的行为完全符合诈骗罪的构成特征

我国刑法没有对诈骗罪的行为模式作出具体规定。理论上通常认为，诈骗罪的基本模式是行为人以非法占有为目的，采取虚构事实或者隐瞒真相的方法实施欺诈行为，使对方产生认识错误，对方基于该认识错误交付财物，进而造成损失。据此，判断一行为是否构成诈骗罪，客观上要看行为人是否实施了欺诈行为给被害人造成经济损失，主观上要看行为人是否具有非法占有目的。

本案中，被告人张航军等人利用异地刷卡消费反馈到银行电脑有一至二分钟时间延迟的漏洞，隐瞒其存人他人名下的钱已被同伙在异地刷卡取走的真相，让银行营业员将钱转存入他人的另一个银行卡账户内，随后迅速把这些钱取走。该犯罪行为包含了前后两个紧密相关的环节。张航军等人往银行卡中存钱后通知同伙在异地刷卡消费，因卡内已实际存入现金，该刷卡消费行为具有正当性，也不会给银行造成损失，故独立地看，不具有违法性。但是，当张航军等人在其同伙完成刷卡消费行为后，要求营业员办理存款冲正业务，将客观上已经被消费的钱存入另一个银行卡账户，实际上是将银行的自有资金存入了被告人指定的账户中，由此给银行造成损失。显然，正是被告人实施了隐瞒真相的诈骗行为，导致银行营业员陷入认识错误，认为被告人的钱没有被转移，进而实施财物处分行为，将本属于银行的钱存入了被告人指定的另一银行卡账户，直接造成银行的损失。故这种作案过程完全符合诈骗罪的客观特征。

从主观方面看，被告人具有非法占有目的。有辩护人提出，被告人系受持卡人委托，利用银行信用卡的冲正、撤销业务帮持卡人获取银行资金，持卡人也出具了还款保证书，保证归还对银行的欠款，而被告人所获得的仅仅是手续费，故被告人不具有非法占有目的，不构成犯罪。但是，被告人赵祥莒的供述证实，其系通过网上聊天的方式商定与许建明合作进行空卡套现，并谈好按比例分成，后其通过网上论坛联系了三个持卡人，并在2009年3月中下旬到宁波与许建明见面，谈好骗来的钱由持卡人得58％，许建明得20％，其得17％。我们认为，如果持卡人确实急需资金而采取这种骗取银行资金打算日后归还银行欠款的做法，则其付出的代价太大，手续费甚至超过了民间高利贷的利息，极不合常理，且采取欺骗手段获取银行的资金也不是正常地向银行申请贷款或者利用信用卡透支的行为，故不能认定持卡人具有还款意图。同时，即使辩护人提供的所谓还款保证书确系持卡人出具，但藉此并不能证实被告人不明知持卡人具有非法占有目的。实际上，这种骗取银行资金的做法，原本就是被告人与持卡人共同预谋的结果，让持卡人出具还款保证书也不能否定被告人与持卡人具有共同的非法占有目的。由此可见，被告人的行为完全符合诈骗罪主客观两方面的构成特征，应当认定为诈骗罪。

（二）被告人的行为不构成盗窃罪

诈骗罪与盗窃罪的区分一般情况下并不很困难，因为实践中盗窃者多采取秘密窃取的方式取得财物，与诈骗罪的界限较为明晰。但足，当行为人实施的行为交织着骗取和窃取两种手段时，诈骗罪与盗窃罪的界分就会变得十分微妙，常常引起很大争议。通常认为，诈骗罪与盗窃罪均以和平手段取得他人财物，但前者是基于受骗人有瑕疵的意思而取得财物，后者是违背被害人的意思而取得财物，故区别二者的关键要看是否存在因陷入认识错误后将财物交付行为人这一财物处分行为。有此财物处分行为的，是诈骗罪；无此财物处分行为的，不能认定诈骗罪，通常构成盗窃罪。

就本案而言，是认定为诈骗罪还是盗窃罪，关键就是看是否存在被害人因受欺骗陷入认识错误后主动交付财物的行为。有观点认为，银行营业员在按照被告人的要求将已经被刷卡套现的钱再次存入另一个银行卡账户时，并没有认识到是将银行的钱交付给被告人，这与通常诈骗案件中受骗人均认识到是将自己所有或者合法占有的财物交付给行骗人的情况不同，故不宜认定营业员有财物处分行为，进而对被告人的行为应认定为盗窃罪。这种见解有一定的合理性。不过，尽管绝大多数情况下受骗人因受骗而交付财物时均认识到所交付的是自己所有或者合法占有的财物，但当行骗人欺骗的内容就是使受骗人认识不到所交付的是本属于其自己所有或者合法占有的财物时，则没有必要要求受骗人必须认识到交付给行骗人的财物原本属于自己所有或者合法占有。例如，甲看见乙在马路上拎到一个钱包，谎称是自己刚丢的，乙便误认为钱包是甲的，将钱包交给甲，甲的行为显然是诈骗，但乙可能并未认识到钱包是其合法占有的。实际上，虽然刑法理论的通说认为诈骗罪中的财物交付行为要求受骗人有交付意思，但对于交付意思的具体内容有很大争议。因而，在以财物交付行为的有无作为区别诈骗罪与盗窃罪的基本视角时，不能机械理解交付行为本身，还要注重对行为人取得财物的主要手段的整体考察。如果行为人主要是以欺骗手段取得财物的，则应当认定构成诈骗罪；反之，行为人虽然使用了一定欺骗手段，但受骗人并没有交付财物，行为人主要是以秘密窃取方式取得财物的，则不应认定为诈骗罪，而应认定为盗窃罪。本案中，被告人欺骗的内容就是使银行营业员认识不到钱已经被刷卡取走的事实，从而使营业员将本属于银行所有的钱存入被告人提供的另一个银行卡账户内，营业员客观上实施了财物交付行为，被告人取得财物的主要手段是诈骗而非窃取，故应当认定为诈骗罪而不是盗窃罪。

（三）被告人的行为不构成信用卡诈骗罪和贷款诈骗罪

首先，被告人的行为不构成信用卡诈骗罪。被告人作案时利用了他人的信用卡账户，并持卡取走了从银行骗取的钱，诈骗行为与信用卡有密切关系。但是，根据刑法第一百九十六条的规定，构成信用卡诈骗罪仅限于四种情形：使用伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡骗取财物；使用作废的信用卡骗取财物；冒用他人信用卡骗取财物；恶意透支。显然，被告人的行为不符合前两种情形。尽管被告人取钱时所持银行卡系他人所有，但这种使用事先得到了持卡人的同意或者授权，故不属于“冒用他人信用卡”。至于恶意透支，由于被告人所实施的原本不是透支行为，故不存在进一步评价是否属于恶意透支行为的余地。被告人从银行骗得资金后，通过自动取款机或者银行柜台将钱取出，是其犯罪行为的自然延续部分，理论上称为不可罚的事后行为，不用再单独评价是否构成犯罪。

其次，被告人的行为不构成贷款诈骗罪。公安机关对本案三名被告人以涉嫌贷款诈骗罪予以逮捕，被告人赵祥茗提出对本案应定贷款诈骗罪。但构成贷款诈骗罪的前提是，行为人采取了刑法第一百九十三条规定的欺诈手段骗取金融机构的“贷款”，如果骗取的不是“贷款”，则没有认定为贷款诈骗罪的余地。所谓“贷款”，是指银行或者其他金融机构作为贷款人向借款人提供的并按约定的利率和期限还本付息的货币资金。本案被告人虽然采取了欺骗手段获得银行的资金，但所实施的行为完全不具备申领贷款程序的任何特征，银行营业员也根本没有认识到所实施的是向客户提供贷款的行为，故被告人的行为与贷款诈骗罪相距甚远，不应认定构成该罪。

综上，本案的犯罪手段较为新颖，涉及多个相关罪名之间的区别，准确定罪的关键是细致把握不同犯罪构成之间的核心区别，并实现评价的完整性。特别是在诈骗罪与盗窃罪的区别方面，主要问题是对财物交付行为的认定。既要防止先人为主，以经验束缚认识，不能冈多数受骗人交付财物时能够认识到所交付的是自己所有或者合法占有的财物，就否认缺乏这种认识的情形一定不构成诈骗罪；也要尽可能避免裁判结论明显违背公众的惯常认识，从而影响裁判的公信力。法院对本案被告人的行为认定为诈骗罪而不是盗窃罪等其他罪名，符合法律规定，也符合对诈骗罪构成特征的惯常认识，是妥当的。

【第492号】朱影盗窃案——对以盗窃与诈骗相互交织的手段非法占有他人财物的行为应如何定性刑

　　一、基本案情
　　被告人朱影，女，1963年3月20日出生，小学文化，无业。因涉嫌犯诈骗罪于2008年1月25日被逮捕。
　　山东省威海市环翠区人民检察院以被告人朱影犯诈骗罪向环翠区人民法院提起公诉。
　　被告人朱影对公诉机关指控的犯罪事实供认不讳。环翠区人民法院经公开审理查明：
　　2007年11月1日11时许，被告人朱影伙同李夏云（另案处理）到环翠区羊亭镇港头村王本香家，以驱鬼为由，诱骗王拿出人民币430元及价值人民币1840元的黄金首饰作为道具，交给被告人“施法驱鬼”。朱影将上述财物用纸包好后，在“施法”过程中，乘被害人王本香不备，用事先准备好的相同纸包调换装有财物的纸包，待“施法”完毕，将该假纸包交还被害人，并嘱咐3日后才能打开，随后将被害人的上述财物带离现场。
　　2007年11月某日及同月17日，朱影伙同李夏云又先后到威海经济技术开发区城子村丛日芬家中、南曲阜村于立芳家中，采用上述相同手段，骗窃丛日芬人民币1500元；骗窃于立芳人民币4300元及价值人民币3220元的黄金饰品。
　　综上，被告人朱影共参与作案3起，犯罪金额为人民币11290元。
　　环翠区人民法院认为，被告人朱影伙同他人以非法占有为目的，采用秘密手段窃取他人财物，数额巨大，其行为已构成盗窃罪。朱影与他人共同犯罪过程中，先采用虚构事实的方法欺骗他人拿出财物，后又乘机采用调包的手段窃取该财物，欺骗行为与盗窃行为联结，但其非法取得财物的主要方式是秘密窃取，蒙蔽他人的行为并不直接获得所要非法占有的财物，而只是为实现盗窃创造条件，故其行为不应认定为诈骗罪。公诉机关指控朱影非法占有他人财物的事实清楚，证据确实、充分，但指控其犯诈骗罪的罪名不当，予以变更。被告人朱影归案后如实供述犯罪事实，可酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第二十五条第一款、第五十二条、第五十三条之规定判决如下：
　　被告人朱影犯盗窃罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币二万元。
　　一审宣判后，被告人朱影未提出上诉，检察机关亦未抗诉，判决已发生法律效力。
　　二、主要问题
　　行为人采用欺骗与秘密窃取相互交织的手段，非法占有他人财物的行为，构成盗窃罪还是诈骗罪?
　　三、裁判理由
　　判断交互采用欺骗与秘密窃取的手段非法占有他人财物的行为性质，主要是看行为人非法取得他人财物的决定性手段是秘密窃取还是欺骗而得。
　　诈骗罪与盗窃罪都属于以非法占有为目的的侵犯财产犯罪，从犯罪构成来说，两罪的主要区别在行为特征上：诈骗罪是行为人使用虚构事实或者隐瞒真相的诈欺方法，使财物的所有者、保管者或者经手者产生认识错误，从而“自愿”将财物交与行为人；盗窃罪在客观上表现为行为人采取自认为不为财物的所有者、保管者或经手者发觉的方法，秘密将财物取走。据此，区分盗窃罪与诈骗罪一般不难。但是，当犯罪人为达到非法占有他人财物的目的，交互采用欺骗与秘密窃取的多种手段和方法的，则容易产生定性上的分歧。本案公诉机关起诉指控的罪名与法院判决认定的罪名并不一致，体现了司法实践中对此类案件的定性尚存在一定的模糊认识，需要予以澄清。
　　我们认为，在交互使用欺骗与窃取手段的侵财案件中，认定行为的性质是盗窃还是诈骗，关键是看行为人获取财物时起决定性作用的手段是窃取还是欺骗。若采用“虚构和蒙骗”的直接手段取得他人财物的，应认定诈骗罪；若采用“秘密窃取”为直接手段取得他人财物的，则应认定盗窃罪。
　　就本案而言，首先，本案被害人没有处分财产的意思和行为。诈骗罪是一种交互型犯罪，被害人是否具有处分财物的意思和行为，是区分诈骗还是盗窃的客观标准。诈骗罪中的受骗人的处分行为，必须是基于认识错误，而认识错误的产生是由于行为人的欺骗行为，处分意识具有三个特征：（1）处分对象明确性，即被害人基于此错误认识产生处分特定财物的意思；（2）处分外在形式自愿性，即被害人在错误认识的指导下“自觉自愿”地处分特定财物；（3）处分结果明晰性，即被害人明确知道处分特定财物就是转移财物控制权。处分行为则意味着将财产转移给行为人或第三者占有，即由行为人或第三者事实上支配财产，并不要求受骗人将财物的所有权处分给行为人。至于受骗人是否已经转移给行为人或第三者占有，一方面要根据社会的一般观念判断，认定受骗人是否已经将财产转移给行为人或第三者进行事实上的支配或控制；另一方面，受骗人是否具有将财产转移给行为人或第三者支配或控制的意思。而在盗窃罪中，被害人既没有处分财物的意识，也没有处分财物的行为。本案中，被害人暂时交付财物的目的是让被告人利用财物“施法驱鬼”，虽然形式上财物已经交付被告人实际持有不在被害人手中，但仍在被害人法律意义上的控制范围内。因为在当时的情况下，行为过程均发生在被害人的家中，被害人对于其家中的财物当然具有实际的控制，被害人即使将财物交给被告人，根据社会的一般观念，被害人仍然支配和控制着该财物，即被害人暂时交付财物而没有转移财物控制权。因此，这种交付不能认定为具有处分财物的意思和行为。对被害人来说，被告人趁被害人不备调包取走财物，被害人当时不知情、事后才知道，在这种情况下，虽然财物在被告人手中暂时持有，但被害人既在主观上没有让被告人取得财物控制权的意思，客观上被告人也没有取得财物的实际控制，被害人仅是让其利用财物“施法驱鬼”，并不带走财物，因而被害人虽然受骗了，但他并没有因此而具有将财物转移给被告人支配与控制的处分意思和行为。被告人取得财物的支配与控制完全是后来的掉包秘密窃取行为所致。如果说被告人的行为成立诈骗罪，则意味着被告人接到财物时便成立诈骗既遂，即使被告人事后将财物还给被害人，也属于诈骗既遂后的返还行为，这恐怕与法理不合。
　　其次，被告人非法取得财物主要是以掉包的秘密窃取手段来实现的。被告人以“施法驱鬼”诱使被害人将财物作为道具交给被告人，属于欺诈的性质，但被告人并非依靠该欺诈行为直接取得财物，而这只是为其之后实施秘密窃取行为创造条件。其对财物只是暂时持有，被告人“施法驱鬼”时，被害人仍然没有失去财物占有权，随时可以让被告人停止施法交还财物。因此，通过欺诈取得对财物的暂时持有，不是被告人的目的行为，而只是其实现占有财物目的的辅助手段行为。相对于前述欺诈行为而言，被告人的“调包”行为属于秘密窃取的性质。其秘密性体现在：（1）主观认识上的秘密性，即该调包手法，被告人在主观上不想让被害人知道；（2）手段上的秘密性，即该调包手段不为被害人所知；（3）结果上的秘密性，即调包后被害人并不知财物实际已经被被告人所控制。可见，正是被告人实施的“调包”这一秘密手法，使得本案财物从被害人手上转移到被告人手上，因而被告人最终通过调包手法取得财物控制的行为符合盗窃罪秘密窃取的行为特征。
　　综上，法院认定被告人朱影的行为构成盗窃罪是正确的。

来源：刑事网