

“文玩诈骗”类刑事案件的实证问题研究(上)

□徐清 蔡莹

近年来，文物鉴宝类电视节目的流行带动了文玩行业的兴起，也让不法分子有了可趁之机，其通过夸大藏品价值、虚构强大买家平台、保证短期内成交等手段，诱骗受害人上门签订展览服务等协议，以检测费、保证金、报关费、鉴定费等等名义骗取受害人巨额钱财。文玩诈骗类犯罪活动日趋猖獗，对人民群众的财产安全构成严重威胁，也严重影响到市场经济秩序及社会和谐稳定。作为一种新型诈骗方法，此类犯罪普遍存在组织严密、分工明确、手法隐蔽、金额巨大、涉及面广、人员众多、追赃挽损难、信访风险高等特点，为侦查取证活动带来一定的难度，同时作为新类型案件，在证据标准、法律适用等方面存在较多争议。对此，笔者对2016年以来上海市闵行区检察院已办理的同类案件进行总结分析，梳理作案手法特点、探讨刑法适用疑难，提出预防建议和对策，以期探索相应的解决方案，实现法律效果、社会效果、政治效果的统一。

案件特征

2016年1月至2018年6月期间，闵行区检察院受理移送审查起诉的文玩诈骗类案件共计13件170人，涉案总金额高达1700余万元，向法院提起公诉8件87人，已判决5件42人。经梳理，该类案件具有如下显著特征：

1.数量上升，发案集中，短期内迅速蔓延。2016年区院受理此类案件2件47人，2017年受理4件51人，件数及人数分别同比上升100%和8.5%；2018年上半年就受理7件72人，占两年半所办案件总数及总人数的53.8%和42.4%。从案发时间来看，集中于2017年下半年，仅在2017年9月，公安机关立案5件60人。由于此类犯罪存在低风险、高收益、隐蔽性强的特点，部分犯罪嫌疑人曾在上家公司担任业务主管，在掌握作案经验的基础上另立门户，导致此类犯罪在短期内迅速蔓延。如在办理的朱天龙、邱师等12人案中，主犯朱天龙曾受雇于孟亚担任亿藏公司总经理分管业务部门，2015年年底离职后伙同他人，以同样的组织架构新成立国德公司继续实施犯罪。

2.分工明确，层级分明，采用“企业化”管理模式。一是采用公司的组织结构，设置多层次不同岗位。此类犯罪集团均租用写字楼成立了所谓的文化艺术品公司、展览展示有限公司等，并设立了股东、总经理、副总、总监、业务员不同层级，既有业务员、鉴定师等业务岗位，也设置了财务、前台、网管、仓管、保洁等负责后勤保障、提供技术支持的岗位。二是实行流水线式的运作模式，各司其职。以招工的名义通过网络平台、熟人介绍等途径进行人员招聘，在网络推广、客户接洽、技术维护、后勤保障等环节均有专人负责，并通过“话术”培训、设立团队回扣、逐级提成标准，刺激业务员提升业绩。如在办理孟亚、龙伟源等29人案中，公安机关移送审查起诉的犯罪嫌疑人中，具有公司负责人、总经理、副总等身份的核心管理层人员5名，具有总监、组长等身份的中层管理人员3名，业务员16名，网络管理员、后勤等保障部门人员4名及专门从事“鉴定”业务的“鉴定师”1名。

3.手法多样，环环相扣，欺骗手段复杂化。此类案件中，犯罪嫌疑人充分利用了文玩藏品真假难辨、价格不确定等行业特点，并牢牢抓住受害人的心理特征，在每个环节都进行精密谋划。在前期通过国外注册公司、网络软文推广等手段进行虚假宣传，以“门槛低、渠道广、交易把握大”为噱头定期对员工集中开展“话术”培训，传授如何通过电话、网络、微信等形式吸引客户上门的方法，在接待客户面谈过程中，又通过鉴定员夸大受害人的藏品价值、向受害人谎称或出示伪造的成交记录、雇佣群众演员冒充国外买家、保证短期内成交等方式诱骗受害人与公司签订展览服务协议，并缴纳所谓的保证金、服务费、出关费等巨额费用，后期制造借口推卸不成交责任，诱骗受害人交回原有服务合同再签订新的展览合同，另外收取展览服务等费用。为进一步规避风险，嫌疑人的欺骗手段也在不断进化，体现在：(1)缴纳费用名义的变更。早期多以保证金、检测费、展览服务费等名义收取巨额费用，后期演变为

串通第三方鉴定公司，诱骗受害人至鉴定公司缴纳巨额鉴定费，并从中抽成。(2)合同条款的修改。早期在委托服务合同中预设合同条款陷阱，在约定了违约金的同时约定流拍、无法出关等情况下前期费用概不退还等内容，在履约过程中，借口将无法成交的原因归结于客户以达不退还费用目的，后期直接修改合同条款，将收取费用名义直接修改为服务费，以达只收不退目的。(3)业务员角色的变化。早期实行专人定岗、流水作业，后期业务员之间相互客串角色，如在郭彦辉、周沙沙等10人案中，曹姓业务员在其他业务员是客户面前自称为“专家”或“财务总监”，促使受害人支付费用。

4.涉及面广，追赃挽损难，社会风险高。此类犯罪集团采用公司结构形式，团伙规模大，涉案人员众多且流动性强，难以一网打尽。在业务开展中，充分利用网络、通讯技术，突破地域限制，向全国各地的不特定公众推送虚假广告，引诱上门洽谈。如在办的陈积铭、周海斌等8人案中，通过在网上发布代拍卖广告吸引有藏品出售意愿的客户进行网上咨询，通过公司内部有自发软件自动留下咨询客户的联系方式，可供业务员登录查看信息进行电话联系，被骗群众遍布全国各地，高达200余名，涉案金额百余万元。由于此类犯罪职业化倾向明显，转移、隐匿资金手法专业，有的嫌疑人作为幕后控制人，借助他人名义设立公司和账户，案发后逃亡或拒不交代资金流向，导致绝大部分赃款无法追查去向。经统计，此类案件退赔率较低，有退赔行为的嫌疑人仅占总人数的11.7%，大多来自于涉案公司底层业务员退赔工资和业绩提成，退赔金额只占涉案金额的2.8%，对于受害人受损规模而言微乎其微，倘若处理不当易引发群体性信访风险。另此类案件牵涉面广、涉及民生，案发后易成为媒体的报道焦点，引起公众广泛关注，造成较大社会影响，处置不当易引发舆情风险。

5.案情复杂，退查率高，诉讼周期长。作为典型的疑难、复杂涉众型案件，此类案件的庭审对抗性较为激烈、诉讼周期普遍较长，已决案件中仅庭审时间就长达2天，诉讼周期从11个月到16个月不等。难度一在“证据关”和“事实关”的审查，由于欺骗手段的复杂性、组织结构的严密性及有23%的嫌疑人到案后拒不供认等情况，而侦查前期围绕证实非法占有主观目的、履行合同能力、涉案人员的参与程度及具体作用、全面反映投资人损失的相关记录等关键证据普遍存在收集不到位的问题，导致审查起诉期间均曾退回补充侦查，61.5%的案件存在一次退查，30.7%的案件存在二次退查；难度二在于“法律适用关”的把握，作为文玩领域的新类型犯罪，其犯罪手法的隐蔽性及民刑交织的复杂性，导致司法实践中在罪与非罪、此罪与彼罪、犯罪金额的认定、共同犯罪中个体责任的确定等方面存在法律适用分歧，从现有的5起判决来看，42名被告人均诉求一致，法院以合同诈骗罪分别判处有期徒刑九个月至有期徒刑十一年不等，其中仅6人被判处有期徒刑，其余36人均判处实刑，有3人被判处有期徒刑十年以上的重刑，反映出当前对此类犯罪的严打态势。

刑法疑难

(一)罪与非罪——合同纠纷VS民事欺诈VS刑事诈骗

司法实践中，由于此类犯罪手法本身的复杂性及迷惑性，对法律适用的不同理解，导致罪与非罪的定性成为此类案件的审查难点及庭审中控辩双方的争议焦点。具体原因及表现形式有以下几种：

- 1.合同诈骗与合同纠纷混杂。嫌疑人在行骗过程中借助公司包装、签订合同、预设合同陷阱、制造合同履行困难等手段制造民事纠纷的假象，到案后辩称公司与客户之间是劳务服务关系，因文玩市场真伪难辨、价格不确定的行业特点及客户方或收购方原因造成合同履行不能，故属于经济纠纷，主观上没有诈骗的故意。
- 2.合同诈骗与民事欺诈混杂。从外在表征看，二者均实施了虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为，也都给对方当事人造成了损失，但承担的责任性质却大不一样，在具体办案中，如何区别二者，争议较大。
- 3.被骗资金去向不明，影响主观故意的认定，嫌疑人对资金的流向往往辩解称用于项目前期经营或运作，并因项目不成功而钱款无法返还受害人，侦查人员难以查证资金去向。
- 4.主犯在逃，到案嫌疑人辩解自己只是一般工作人员，主观上不知晓在逃主犯的合同诈骗行为，因在案证据不足以证实犯罪嫌疑人主观上非法占有目的，导致对相关人员的捕、不诉。

上述分歧的根源在于“非法占有目的”的证明和认定，对于证据收集问题，将在对策建议中具体阐述，此处仅就法律适用问题予以探讨。在合同纠纷中，合同双方在签订合同时具有履行意愿，只是在履约过程中因犯罪嫌疑人履行能力或者客观条件发生了变化导致无法履行，违约方需承担民事上的违约责任。民事欺诈是一方当事人故意实施某种欺骗他人的行为，并使他人陷入错误而订立合同。司法解释定义为：“一方故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方做出错误意思表示的，是欺诈”。可见民事欺诈的故意在于以欺骗手段，诱使对方违背真实意思表示签订合同，通过双方履约行为从中牟利，并不包含非法占有对方财物的目的，行为本质是在显失公平的交易中谋取不法利益，法律后果是双方签订的合同可变更、可撤销或者无效，并承担由此产生的民事责任。合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，使用欺诈手段，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。其本质在于利用合同非法占有他人财物，如货款、保证金、抵

押金等等。签订合同只是手段，犯罪嫌疑人主观上不具有履行合同的意愿，客观上没有履约的能力和实际行动，其主观恶意最深，社会危害后果最重，故以最严厉的刑法手段进行制裁。

可见，区别罪与非罪的关键在于犯罪嫌疑人是否具有“非法占有目的”。由于非法占有目的作为一种主观上的心理活动，根据主观见之于客观、客观反映主观的基本原则，判断犯罪嫌疑人的心理状态的根据只能是其实施的活动及其他相关情况。故在具体认定“非法占有目的”时，要坚持主客观相一致的原则，以“履约诚意”和“履约行为”为核心，综合考虑其他情节，经过周密论证，才能得出正确结论。既要避免客观归罪之嫌，也不能被嫌疑人的辩解内容牵着走。

具体到案件审查中，可以从签约、履约、事后各阶段进行综合判断：1.履约能力。犯罪嫌疑人在签订合同时明知公司经营期间无一起成交记录，但仍对外虚构公司具有强大的买家平台和推广实力，在与受害人打电话时，根据“话术”内容虚构“已有买家看中藏品且买家已给出报价”的事实诱骗受害人至公司实地洽谈。2.履约诚意。通过预设合同陷阱条款的手段掩饰自己无诚意履约的意图，以高价收购为幌子，诱骗客户签订协议并以此为据收取检测费、服务费等费用，后又以无法出关、检测报告称藏品不合格为由终止协议。3.履约行为。在签订了展览服务协议后，根本没有按照合同约定为受害人寻找买家、联系国外展会等积极履约行为，特别是骗取鉴定费的手法中，所谓的鉴定公司根本没有专业仪器和检测人员，检测过程就是半个小时内由打字员根据报告模板和微信群内得到的藏品信息输入即可完成，所谓的检测报告结论是人为操控的结果。4.财物处置。公司在经营期间的唯一收入来源就是受害人缴纳的推广费、服务费等等费用，而收到费用中，有一半以上用于老板和各级员工的工资提成，受害人缴纳的鉴定费也由鉴定公司和犯罪嫌疑人成立的文化公司两家抽成，均未真正用于合同履行。5.事后态度。当受害人缴纳代为拍卖的费用后，却迟迟没有消息而询问进展时，犯罪嫌疑人要么以出示虚假的买家支付记录来继续蒙蔽受害人，要么以流拍为由改拍卖为展览为由收回原先签订的服务合同并予以销毁，甚至不再回复等消极的逃避行为，而并非主动承担违约责任，采取积极措施减少受害人损失的行为。上述情形共同反映出犯罪嫌疑人既不具有履约诚意，也不具备履约能力，更没有实际履约行为的本质，足以认定其非法占有目，故此类案件显然是合同诈骗而不是民事欺诈更不是合同纠纷。

(作者单位：上海市闵行区人民检察院)

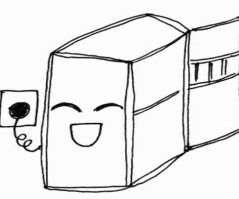
上海芸云餐饮中心遗失营业执照正本，声明作废。
上海宇德经贸有限公司遗失营业执照正、副本，证照编号：29000000201511050037(038)，声明作废。
上海波士道电子科技有限公司遗失营业执照正、副本，证照编号：290000003200503290217(218)，声明作废。
上海群彬实业有限公司遗失营业执照副本，注册号：310107000759217，声明作废。
上海锐言精密机械有限公司遗失营业执照正本，统一社会信用代码：91310114MA1GUJG3W，声明作废。
上海市长宁区喆艺服装店遗失营业执照正本，证照编号：050010201407300023，声明作废。
上海市崇明县兆兰食品商店遗失营业执照正副本，注册号：310230600456422，声明作废。
李国欣遗失上海市宝山区欣团烩面馆营业执照副本，注册号：310113600749415，声明作废。
上海市宝山区芝芬家纺店遗失营业执照副本，统一社会信用代码：92310113MA1LBWU2X，声明作废。
上海夏丽制衣有限公司遗失营业执照正本，证照编号：15000000201511100323，声明作废。
上海锦源服装有限公司遗失营业执照正本，证照编号：15000000201810170301，声明作废。
上海市金山区惠鲜食品店遗失营业执照副本，统一社会信用代码：92310116MA1LW2BF06，声明作废。
上海市松江区泗泾镇红晓点心店遗失营业执照正本，统一社会信用代码：92310117MA1LN5963G，声明作废。
上海市嘉定区新城路街道正轩水牛甜品店遗失营业执照正本，信用代码：92310114MA1L4UPQ3T，声明作废。
上海美萍假发制品有限公司遗失营业执照正本，统一社会信用代码：91310114MA1GTHFL5A，声明作废。
上海柏溪建筑装饰工程有限公司遗失营业执照正副本，证照编号：1200000201604180323，(24)，声明作废。
上海载纳环保科技有限公司遗失营业执照正副本，证照编号：29000000201801250373，(72)，声明作废。
上海瀚震投资管理有限公司梅川路分公司遗失税务登记正证书，税号：310104781149333，声明作废。
上海瀚震投资管理有限公司嘉定分公司遗失营业执照正副本，注册号：310114001896489，声明作废。
上海鸿瑞贸易有限公司淞泉路分公司遗失营业执照正副本，正本证照编号：270000000201106080109，副本证照编号：270000000201106080110，声明作废。
上海鸿瑞贸易有限公司沪亭北路分公司遗失营业执照正副本，正本证照编号：270000000201106080115，副本证照编号：270000000201106080116，声明作废。
上海市浦东新区金桥镇敏君百货经营部遗失营业执照正副本，经营者：钱士敏，注册号：310115601373698，证照编号：150014201904300075，(76)，声明作废。
上海市浦东新区金桥镇展宏百货经营部遗失营业执照正副本，经营者：凌卫农，注册号：310115600504183，证照编号：150014201203140342，(41)，声明作废。

陆宽 遗失注销减资登报传媒 021-59741361 13764257378(微信同号)

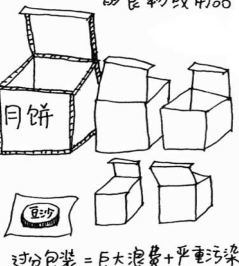


拒绝使用一次性用品

6000~8000双一次性筷子
≈一株20岁的大树



使用无氟冰箱
不会造成臭氧损耗



不买包装豪华又繁缛的食物或用品



废电池放入专门回收箱，以免污染环境

分类回收 循环再生