

作者：黄佳博律师，专注网络、经济犯罪

笔者近两年来办理了数起被指控诈骗罪的影视投资类案件，这类案件居间代理商的主要涉案行为是以可获得预期票房收益的话术吸引客户参与投资相关的影视项目，在招揽客户投资的过程中，使用了虚构身份等类杀猪盘的宣传方式，在客户举报或报警后多被指控涉嫌诈骗罪。笔者认为，此类案件并不必然成立诈骗。律师在办理此类案件时，可从如下三个方面进行辩护，争取打掉诈骗指控。

**第一，行为人招揽投资时虚构身份、夸大收益的行为虽带有欺诈性质，但不足以评价为诈骗行为。**

招揽投资时虚构身份、夸大收益是杀猪盘常用的营销手段，但并不是杀猪盘定性为诈骗的关键因素。业务员以老师、助理、水军身份让客户进去听直播的行为虽然存在虚构身份、虚构群成员的情形，但是代理公司业务员实施该种行为的目的是为了拉拢客户进入直播间听课从而达到诱使客户投资的目的，但客户是否投资及如何投资由客户自行决定，也就是说该种行为并不意味着投资者将处分自己的财产。

诈骗罪的构成，需要被害人的财产损失和行为人的诈骗行为具有因果关系，才能将行为人的行为认定为诈骗罪中的虚构事实或隐瞒真相，才能构成诈骗。如果行为人实施了某些行为，被害人基于该认识错误作出某种行为但该种行为并不意味着财产的处分，则难以将行为人的行为认定为诈骗行为，诈骗罪也就难以成立。

司法实务中，最高人民法院通过《刑事审判参考》的形式将该类行为定性为不属于诈骗罪中的欺诈行为。

以《刑事审判参考》总第113辑的第1238号《未经许可经营原油期货业务，并向客户提供反向提示操作的行为如何定性？》为例，案例中明确提到了业务员利用虚构形象、夸大盈利等方式客户进入平台交易以及建议客户加金，频繁操作的行为不属于认定案件性质的关键，不属于诈骗罪中的“虚构事实”：

“1.被告人徐波等人通过业务员虚构“白富美”女性形象、夸大盈利等方式诱导客户进入平台交易以及建议客户加金，频繁操作的行为不是认定本案性

质的关键行为,不宜认为诈骗罪中的‘虚构事实’。理由是:(1)从本质上看,诈骗罪中的欺诈行为的内容是使被骗人产生处分财产的错误认识,进而处分财产,丧失对财产的占有。由于客户进入平台进行交易投资并不意味着客户就丧失财产,因此诱导客户进入交易平台操作以及鼓动客户加金,频繁操作不能认为系诈骗罪中致被害人处分财产造成损失的行为,故不属于诈骗罪中的欺诈。(2)从事实上看,虽引诱客户投资有夸大的成分,但被害人应当能够认识到投资风险,且客户协议书的提示明确投资可能会造成较大亏损,不能保证获利。换言之,被害人并不会因此对期货盈亏存在偶然性的交易本质产生错误认识.....”

因此,不能因为存在虚构身份、夸大收益的行为就一律以诈骗定性。



### 第三, 行为人主观上不具有非法占有目的。

行为人主观上是否具有非法占有目的应当如何判断,《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)指出:

“应当坚持主客观相一致的原则,既要避免单纯根据损失结果客观归罪,也不能仅凭被告人自己的供述,而应当根据案件具体情况具体分析。对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金,造成数额较大资金不能归还,并具有下列情形之一的,可以认定为具有非法占有的目的:(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的;(2)非法获取资金后逃跑的;(3)肆意挥霍骗取资金的;(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的;(5)抽逃、转移资金、隐匿财产,以逃避返还资金的;(6)隐匿、销毁账目,或者假破产,假倒闭,以逃避返还资金的;(7)其他非法转移资金、拒不返还的行为。”

在影视投资类案件中，客户的投资款项是打到上游平台的对公账户，居间代理商没有过手，资金流向正常，不存在上述所列举的肆意挥霍资金或转移资金、隐匿财产的行为，更不存在拿到佣金后注销公司占有投资款的行为，主观上不具有非法占有目的。

此外，居间代理商在代理过程中如果也通过多种途径审查了上游公司和涉案影视项目的资质，也能充分证明其主观上并不以非法占有为目的，在笔者办理的案件中，上游平台相关对接人员为居间代理商展示了《电影公映许可证》、《电影发行经营许可证》、《电影放映经营许可证》等资质，并且定期向居间代理商和客户交代影视项目的进展情况，居间代理商也通过线上渠道对影视项目的备案、宣发等进行真实性核查。在此基础上，即使平台方的行为被评价为诈骗，也不能认定居间代理商存在共谋，不能认定其主观上具有非法占有目的继而以诈骗共犯定性。