浙江省嘉兴市中级人民法院

刑 事 判 决 书

（2019）浙04刑终353号

　　原公诉机关嘉善县人民检察院。

　　上诉人（原审被告人）廖某1，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，湖南省新化县人，初中文化，住新化县。因本案于2018年8月1日被刑事拘留，同年9月7日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　辩护人刘连轩，山东嬴牟律师事务所律师。

　　上诉人（原审被告人）许某某，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，湖南省新化县人，初中文化，住新化县。因本案于2018年8月1日被刑事拘留，同年9月7日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　辩护人李云，浙江开发律师事务所律师。

　　上诉人（原审被告人）廖某2，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，湖南省新化县人，初中文化，住新化县。因本案于2018年8月1日被刑事拘留，同年9月7日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　辩护人肖建湘，湖南如顺律师事务所律师。

　　上诉人（原审被告人）伍某某，女，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，湖南省新化县人，初中文化，住新化县。因本案于2018年8月1日被刑事拘留，同年9月7日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　辩护人徐君伟，浙江品尚律师事务所律师。

　　原审被告人刘某1，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，四川省安岳县人，初中文化，住安岳县。因本案于2018年6月6日被刑事拘留，同年6月8日变更强制措施为指定居所监视居住，同年8月27日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　原审被告人廖某3，女，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，湖南省新化县人，初中文化，住新化县。因本案于2018年8月1日被刑事拘留，同年9月7日被逮捕，2019年8月16日变更强制措施为取保候审。

　　原审被告人李某某，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，湖南省冷水江市人，初中文化，住冷水江市。因本案于2018年6月22日被刑事拘留，同年7月27日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　原审被告人魏某某（自报），男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，四川省都江堰市人，初中文化，住都江堰市。因本案于2018年6月22日被刑事拘留，同年7月27日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　原审被告人刘某2，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，湖南省汉寿县人，初中文化，住汉寿县。因本案于2018年6月22日被刑事拘留，同年7月27日被逮捕。现押于嘉善县看守所。

　　嘉善县人民法院审理嘉善县人民检察院指控被告人刘某1、廖某1、许某某、廖某2、廖某3、伍某某、李某某、魏某某、刘某2犯诈骗罪一案，于2019年8月16日作出（2019）浙0421刑初90号刑事判决。被告人廖某1、许某某、廖某2、伍某某不服，提出上诉。本院受理后，因上诉人许某某未委托辩护，本院依法通知嘉兴市法律援助中心为上诉人许某某指派律师进行辩护。本院于2019年9月29日将案卷移送嘉兴市人民检察院查阅，该院于次月29日阅卷完毕，并提出检察意见。本院依法组成合议庭，经阅卷、讯问上诉人，听取辩护人意见，认为本案事实清楚，决定不开庭审理。在审理过程中，经浙江省高级人民法院批准延长审限二个月，经中华人民共和国最高人民法院批准延长审限三个月。现已审理终结。

　　原判认定：被告人刘某1在明知他人实施电信网络诈骗犯罪的情况下，仍先后多次为他人制作虚假投资网站、APP，并销售给他人用以实施诈骗。其中包括：

　　2018年2月以来，被告人廖某1、许某某以非法占有为目的，合谋在不同的QQ群推荐虚假理财软件，以投资高额回报为诱饵骗取被害人财物。其中，由被告人廖某1向被告人刘某1购买“恒信辉煌”“银基伟业”“合众天成”“华投网”虚假理财软件，又通过网络购买作案所用QQ号、微信号；再由被告人廖某1、许某某招募被告人伍某某、廖某2、廖某3为业务员，在不同的QQ群推广上述虚假理财软件并与被害人联系，实施具体的诈骗行为；同时由被告人许某某负责软件后台管理及业务员的日常管理。至案发，已查证五被告人骗取王某、盖艳等4名被害人财物共计1776895.99元。

　　2018年3月以来，陈洪江、刘鹏君（均已判决）以非法占有为目的，合谋在不同的QQ群推荐虚假理财软件，以投资高额回报为诱饵骗取被害人财物。其中，由陈洪江向被告人刘某1购买“君联财富”“中融信安”“国投中金”等虚假理财软件，又通过网络购买作案所用QQ号、微信号；再由陈洪江、刘鹏君招募伍清军、罗健、刘意、陈铁、段操勤（均已判决）及\*\*、戴陆长（均另案处理）为业务员，在不同的QQ群推广上述虚假理财软件并与被害人联系，实施具体的诈骗行为；同时由陈洪江负责修改APP后台数据，使被害人产生能得到高额回报的错误认识，由刘鹏君负责业务员的日常管理。至案发，已查证上述人员骗取袁某等10名被害人钱财共计902559.60元。

　　2018年5月以来，孙罗林（另案处理）以非法占有为目的，在不同的QQ群推荐被告人刘某1制作、销售的“无锡创业投资”等虚假理财软件，以投资高额回报为诱饵骗取被害人财物，并招募被告人魏某某为业务员，被告人魏某某又招募被告人李某某为业务员，在不同的QQ群推广上述虚假理财软件并与被害人联系，实施具体的诈骗行为；另招募被告人刘某2、邹明花（另案处理）负责取款等业务。至案发，已查证骗取被害人修国庆共计47807.60元。

　　被告人廖某3、魏某某、李某某、刘某2到案后如实供述了自己的主要犯罪事实。被告人廖某3与廖某2系夫妻关系，其亲属协助退出违法所得20000元。

　　原判认为，被告人刘某1、廖某1、许某某、廖某2、廖某3、伍某某、魏某某、李某某、刘某2的行为均已构成诈骗罪。在共同犯罪中，被告人刘某1、廖某3系从犯，依法应当减轻处罚。被告人廖某3、魏某某、李某某、刘某2有坦白情节，依法可以从轻处罚。被告人伍某某当庭认罪，被告人廖某3退出违法所得，均可酌情从轻处罚。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，第二十六条，第二十七条，第六十七条第三款，第七十二条第一、三款，第七十三条第二、三款，第六十四条之规定，以诈骗罪分别判处被告人刘某1有期徒刑七年，并处罚金十四万元；判处被告人廖某1有期徒刑十一年三个月，并处罚金二十二万元；判处被告人许某某有期徒刑十一年一个月，并处罚金二十二万元；判处被告人廖某2有期徒刑十年五个月，并处罚金二十一万元；判处被告人伍某某有期徒刑十年，并处罚金二十万元；判处被告人廖某3有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金三万元；判处被告人李某某有期徒刑三年，并处罚金三万元；判处被告人魏某某有期徒刑三年，并处罚金二万元；判处被告人刘某2有期徒刑三年，并处罚金三万元；从被告人廖某1处扣押的OPPO手机1部发还被告人廖某1，黑色苹果7手机依法予以没收；从被告人许某某处扣押的黑、白色小米手机2部发还被告人许某某，银行卡8张依法予以没收；从被告人廖某2处扣押的VIVO手机、白色小米手机、OPPO手机、联想手机各1部及台式电脑主机1台发还被告人廖某2；从被告人廖某3处扣押的VIVO手机1部发还被告人廖某3，银行卡3张依法予以没收；从被告人伍某某处扣押的苹果7P手机1部、护照1本发还被告人伍某某，笔记本电脑1台、金融@家3个、银行卡6张依法予以没收；从被告人魏某某处扣押的白色小米手机3部、黑色小米手机3部、黑色长虹手机1部、白色OPPO手机1部、戴尔笔记本电脑1台、台式电脑主机1台发还相应被告人，金色苹果6SP手机1部、密保2个、中国电信手机卡5张、银行卡11张依法予以没收；被告人廖某3所退违法所得20000元发还相应被害人；责令九被告人退赔相应被害人剩余损失。

　　被告人廖某1上诉及其辩护人提出：1.嘉善公安对本案无管辖权。2.侦查机关对廖某1进行刑讯逼供，廖某1因受刑讯逼供而作出违背意愿的非客观供述不能作为定案依据，应予排除。3.原判认定事实不清，证据不足，适用法律错误。据此，请求二审依法判决。

　　被告人许某某上诉及其辩护人提出：1.嘉善公安对本案无管辖权。2.侦查机关对许某某进行刑讯逼供，其第一、二份口供系在遭受刑讯逼供后根据办案民警的意思作出，并不真实。3.原判认定廖某3诈骗胡某、盖艳的事实与其无关，且其从未伙同伍某某实施过诈骗行为。许某某未参与任何诈骗行为，请求二审改判其无罪。

　　被告人廖某2上诉及其辩护人提出：1.廖某2没有诈骗被害人胡某、盖艳，其所参与的诈骗金额仅为4万元。2.侦查机关存在刑讯逼供行为，廖某2的庭前供述不应作为定案依据。3.涉案银行交易明细、微信截图等证据取证程序不合法，被害人陈述与廖某2无关，无法证明廖某2参与诈骗。4.即使认定廖某2构成犯罪，其也系从犯，原判对其量刑过重。据此请求二审对廖某2从轻改判。

　　被告人伍某某上诉及其辩护人提出：伍某某的涉案金额为30余万元，原判认定其参与诈骗69万余元的事实不清；伍某某在共同犯罪中作用较小，系从犯，据此请求二审对其减轻处罚。

　　嘉兴市人民检察院认为：本案被害人之一袁某系在嘉善被骗，且本案中的多个犯罪事实存在直接关联，故嘉善公安对本案具有管辖权；公诉机关已将存在非法取证之嫌的被告人供述予以排除，更换办案民警后廖某1、廖某2所作供述依法可作为证据使用，原判定案采信的证据符合证据“三性”要求；原判认定事实清楚，证据充分，定性准确，但在共同犯罪中地位、作用较低的业务员可认定为从犯，建议二审法院对相关被告人的量刑予以改判。

　　经审理查明，原判认定上诉人廖某1、许某某、廖某2、伍某某及原审被告人刘某1、廖某3、李某某、魏某某、刘某2诈骗的事实，有被害人王某等人的陈述、银行交易明细、转账支付凭证、QQ及微信聊天记录、平台数据、搜查笔录及照片、扣押清单及照片、勘验检查工作记录、刑事判决书、抓获经过、户籍信息等证据予以证实，各上诉人及原审被告人均有供述在案。

　　关于管辖权问题。经查，关联案件被害人袁某在嘉善被骗并在当地报案，嘉善公安据此立案侦查并抓获刘某1等人，对该案具有管辖权。因廖某1、孙罗林等人亦向刘某1购买虚假的投资理财软件并用于实施诈骗犯罪活动，故廖某1、孙罗林等人所涉诈骗案件与被害人袁某被骗案具有直接关联，并案处理有利于查明案件事实，嘉善公安在职责范围内依法对相关案件并案侦查，公安机关所在地人民检察院、人民法院依法受理此案并无不当。上诉及辩护所提本案无管辖权的意见，不能成立，不予支持。

　　关于供述合法性问题。经查，因存在非法取证的可能性，原公诉机关已将廖某1、廖某2的前三份供述予以排除，原判亦未将此作为定案依据。廖某1、廖某2在公安机关更换侦查人员后于看守所内所作笔录中对其犯罪事实供认不讳，且无证据显示二人在该阶段遭受刑讯逼供等非法取证情况，相关供述依法可作为证据使用。许某某归案后即承认其伙同廖某1等人实施诈骗犯罪活动，其所提遭受刑讯逼供的情况并无相关线索或材料予以证实，无法证明其有罪供述系侦查机关非法取证所得，且同案人员廖某1、廖某2、廖某3、伍某某在供述中亦均指证许某某参与诈骗犯罪，许某某与廖某1二人为团伙“老板”，许某某本人的供述亦能与同案犯的供述相互印证，足以认定。故上诉及辩护就供述合法性所提相关意见，不能成立，不予支持。

　　关于诈骗事实及诈骗数额问题。经查，被害人王某、胡某、盖艳、贺某在虚假的理财平台投资被骗的事实，有各被害人的陈述、平某、聊天记录、转账支付凭证、银行交易明细等证据予以证实，相关证据的取证程序合法，所反映的案件事实客观、完整，故各被害人被诈骗的事实清楚。其中，廖某2伙同廖某3参与诈骗胡某、盖艳，以及伍某某参与诈骗王某、贺某的事实，三人均有供述在案，且供述的诈骗过程、细节等与被害人的陈述吻合，足以认定；因诈骗行为相对独立，原判认定廖某2、廖某3、伍某某对各自参与的诈骗行为承担责任，并无不当。廖某1、许某某作为该诈骗团伙的组织者，由廖某1负责购买虚假的投资理财平台、准备作案工具，统筹安排、配合实施诈骗活动并主持分赃；许某某负责日常管理并具体领导、配合实施诈骗活动；二人在扣除业务员提成及日常开支后，分享诈骗所得；故廖某1、许某某应对团伙的全部诈骗所得承担刑事责任，原判将伍某某根据廖某1的安排赴境外实施诈骗之所得从许某某的犯罪数额中予以扣除，系作有利于被告人的认定，并无不当。各上诉人及辩护人就诈骗事实、数额所提意见，以及许某某上诉及辩护所提无罪意见，均不能成立，不予支持。

　　综上，原判认定的事实清楚，证据确实、充分。

　　本院认为，上诉人廖某1、许某某、廖某2、伍某某及原审被告人廖某3、李某某、魏某某、刘某2以非法占有为目的，利用通讯工具、互联网等技术手段，虚构事实、隐瞒真相，骗取他人财物；原审被告人刘某1明知他人实施电信网络诈骗犯罪活动，仍制作并多次向他人出售虚假的投资理财网站、APP，用以实施电信网络诈骗活动，其行为均已构成诈骗罪。其中，上诉人廖某1、许某某、廖某2、伍某某与原审被告人廖某3系共同犯罪，分别涉案177万余元、168万余元、100余万元、69万余元、77万余元，均属数额特别巨大；原审被告人李某某、魏某某、刘某2系共同犯罪，涉案4.7万余元，均属数额巨大；原审被告人刘某1与利用虚假投资理财平台实施诈骗的各被告人构成共同犯罪，累计涉案270余万元，数额特别巨大。在共同犯罪中，上诉人廖某1、许某某为主犯；原审被告人刘某1、廖某3为从犯，应从轻或减轻处罚；但上诉人廖某2、伍某某及原审被告人李某某、魏某某、刘某2的地位较低，作用相对较小，亦可认定为从犯，结合其认罪态度，依法分别从轻或减轻处罚，并对其量刑予以改判，廖某2、伍某某上诉及其辩护人所提二人系从犯，应从轻或减轻处罚的意见，予以采纳。原审被告人廖某3、李某某、魏某某、刘某2如实供述自己罪行，依法从轻处罚。原审被告人廖某3退出部分违法所得，酌情从轻处罚。嘉兴市人民检察院的检察意见，予以采纳。原判定罪和适用法律正确，审判程序合法。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第（一）、（二）项，《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十五条第一款、第二十六条第四款、第二十七条、第六十七条第三款、第七十二条、第七十三条、第六十四条之规定，判决如下：

　　一、驳回上诉人廖某1、许某某的上诉；

　　二、撤销浙江省嘉善县人民法院（2019）浙0421刑初90号刑事判决第四、六、七、八、九项对上诉人廖某2、伍某某及原审被告人李某某、魏某某、刘某2的量刑部分，维持该判决的其余部分；

　　三、上诉人廖某2犯诈骗罪，判处有期徒刑八年，并处罚金十五万元（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2018年8月1日起至2026年7月31日止；罚金限判决生效后十日内缴纳）；

　　四、上诉人伍某某犯诈骗罪，判处有期徒刑七年，并处罚金十万元（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2018年8月1日起至2025年7月31日止；罚金限判决生效后十日内缴纳）；

　　五、原审被告人李某某犯诈骗罪，判处有期徒刑二年，并处罚金二万元（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2018年6月22日起至2020年6月21日止；罚金限判决生效后十日内缴纳）；

　　六、原审被告人魏某某犯诈骗罪，判处有期徒刑二年，并处罚金一万元（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2018年6月22日起至2020年6月21日止；罚金限判决生效后十日内缴纳）；

　　七、原审被告人刘某2犯诈骗罪，判处有期徒刑二年，并处罚金一万元（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2018年6月22日起至2020年6月21日止；罚金限判决生效后十日内缴纳）。

　　本判决为终审判决。

　　审判长 徐惠明

　　审判员 范 悦

　　审判员 袁敏玮

　　二〇二〇年五月九日

　　法官助理吴静 书记员宋耀刚

[更多信息请点击查看把手案例](http://www.lawsdata.com/#/documentDetails?id=5ed4d5903b3e6922c61aaa19&type=1)