

上海市第一中级人民法院

刑事裁定书

(2021)沪01刑终584号

原公诉机关上海市闵行区人民检察院。

上诉人(原审被告)鲍光耀,男,1972年1月23日出生于上海市,汉族,大专文化,无业,户籍地上海市虹口区;2020年1月5日因涉嫌犯合同诈骗罪被刑事拘留,同年2月10日被取保候审,同年11月27日被逮捕,现羁押于上海市闵行区看守所。

辩护人徐鹤鸣,上海市鸿和律师事务所律师。

上海市闵行区人民法院审理上海市闵行区人民检察院指控被告人鲍光耀犯合同诈骗罪,于2021年2月26日作出(2020)沪0112刑初2427号刑事判决。判决后,鲍光耀不服,提出上诉。本院于2021年4月2日受理后,依法组成合议庭,经阅卷,讯问了上诉人,听取了辩护人意见,认为本案事实清楚,决定不开庭审理。本案现已审理终结。

一审法院判决认定:2018年7月2日、8月7日,被告人鲍光耀明知湖北A工程有限公司(以下简称湖北A公司)所承建的工程造价为11亿元人民币(以下金额币种相同)的闵行区5,000台加装电梯项目虚假,仍以“上海A公司”副总的名义,伙同他人与安徽B有限公司(以下简称B公司)签订加装电梯协议,并使用“上海A公司”银行账户以工程保证金的名义收取B公司150万元。事发后,经B公司及与B公司建立工程施工合作关系的施工人员的催要,鲍光耀通过上海A公司账户向B公司还款100.5万元。

2020年1月4日,被告人鲍光耀被公安机关抓获,其到案后否认实施诈骗,通过微信支付王某向B公司还款9万元。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实:被告人鲍光耀的供述;被害单位B公司法定代表人王某的陈述及其提供的进场通知书、承诺书、建设银行专用回单、聊天记录、转账凭证;湖北A公司的法定代表人刘某1的报案笔录及其提供的湖北A公司的营业执照、印章备案证明、身份证复印件、2020年10月27日与本案所涉内容所作书面说明材料;涉案人李某的讯问笔录;证人周某、汪某、戴某、刘某2、朱某、曹某的证言;相关辨认笔录,《内部合作协议》,20万元付款凭证,汪某出具的谅解书、收条,朱某和李某签订的战略合作协议,刘某2和王某签订的合同,相关施工图纸、施工合同、施工许可、办公地点照片等相关书证;公安机关的受案登记表、上海公安局案(事)件接报回执单、情况说明等。

针对控辩双方的争议焦点,一审法院综合评判认为:

一、关于对被告人鲍光耀的定性。一审法院认为,涉案人李某的讯问笔录及证人刘某1的证言及其提供的相关湖北A公司的营业执照、印章备案证明等书证材料及证人朱某的证言可证实,李某、朱某分别虚构XX工程局与湖北A公司代理人的身份所签订的涉案电梯加装项目的上游合同系伪造,被告人鲍光耀提供给王某的上游合同没有小区的名称及位置,更没有要加装电梯的具体楼号,没有施工时间,也没有工程款的支付方式等基本合同内容,所附图纸也无法反映具体施工对象。鲍光耀的供述反映其对此均未向朱某与李某提出疑问,且其对本市旧小区加装电梯项目需征询居民意愿以及政府进行财政

补贴等事宜应当明知，但其也未就此向朱某与李某作任何了解，此外其要求上海A公司的法定代表人刘某2使用由其提供的湖北A公司的公章伪造发包方身份（该公章的印鉴与湖北A公司法定代表人刘某1提供的工商登记备案印鉴不一致）与B公司签订协议，在收取B公司“保证金”后也未将钱款用于与电梯加装项目相关之处。鲍光耀的上述一系列行为反映其对李某与朱某签署的涉案电梯加装项目上游合同虚假明知，且参与其中，继续将虚假项目发包给B公司，以收取工程保证金为名骗取钱款，其行为构成合同诈骗罪。

二、关于犯罪数额的认定。一审法院认为，被告人鲍光耀借上海A公司的名义并利用该公司账户收取B公司钱款150万元，事后通过该公司账户将钱款汇入王某、沈某、陆某、金某账户共计向B公司还款100.5万元，故犯罪金额为49.5万元。一审庭审中鲍光耀及其辩护人提出林某系B公司股东，又是安徽XX建筑工程安装公司法定代表人，故上海A公司于2019年9月25日汇给该公司的15万元应当计入鲍光耀还给B公司的钱款，因没有安徽XX建筑工程安装公司的相关证词证实其所收钱款即代B公司收取，故一审法院不予采纳；鲍光耀及其辩护人另提出2019年10月至12月分5,000元、2,000元不等金额支付给戴某2万余元也应计入已还款，结合戴某的证言，相关钱款为戴某所得劳务报酬，故一审法院也不予采纳。B公司提出上海A公司支付给沈某的43万元中有20万元系被告人鲍光耀用于归还XX项目的钱款，由于双方对于返还钱款的用途未作确认，从有利于被告人出发，应当认定为本案返还款。王某提出案发后鲍光耀微信支付给其的9万元中有5万元系鲍光耀欠案外人徐某的钱款，不应计入已还款，此系王某的单方意见表示，一审法院亦不予采纳。

综上，一审法院认为：被告人鲍光耀以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，虚构事实，隐瞒真相，骗取对方钱款49.5万元，数额巨大，其行为已构成合同诈骗罪。鲍光耀在到案后返还了部分钱款，可对其酌情从轻处罚。一审法院遂依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四条第（一）项、第（五）项、第五十二条、第五十三条、第六十四条之规定，以鲍光耀犯合同诈骗罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币五万元；责令鲍光耀退赔被害单位损失人民币四十万五千元。

上诉人鲍光耀上诉称：一审认定事实不清。其辩护人辩称：原审审判程序不符合法律规定，定罪量刑证据不充分，判决结论不正确，现有证据得不出鲍光耀犯合同诈骗罪的唯一性结论。

本院经审理查明的事实、证据与原审判决相同。

本院认为：原审判决认定上诉人鲍光耀犯合同诈骗罪的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，且审判程序合法。关于上诉方所提原审审判程序不符合法律规定的意见，经本院核查，未发现一审审判程序存在违法情形。关于上诉方所提在案证据无法得出鲍光耀犯合同诈骗罪的唯一性结论的辩解，原审判决在对鲍光耀的评析意见中已做充分阐述，本院予以认同并不再赘述。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）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审 判 长
审 判 员
人民陪审员
书 记 员

胡洪春
周艳华
韦庆
金鑫

二〇二一年六月二十四日