

上海市第一中级人民法院

刑事裁定书

(2021)沪01刑终711号

原公诉机关上海市徐汇区人民检察院。

上诉人(原审被告)臧雪,女,1990年12月25日出生,汉族,大学文化,原系上海A投资基金管理有限公司徐汇分部网点负责人,户籍地上海市崇明区,住上海市崇明区;因本案于2020年5月18日被取保候审,2021年3月30日被逮捕;现羁押于上海市徐汇区看守所。

辩护人周楷人,上海市君悦律师事务所律师。

辩护人何堂钦,上海市君悦律师事务所律师。

原审被告侯志刚,男,1984年7月6日出生,汉族,初中文化,原系上海A投资基金管理有限公司徐汇分部网点负责人,户籍地陕西省白水县;因本案于2020年9月9日被刑事拘留,同年10月16日被逮捕;现羁押于上海市徐汇区看守所。

上海市徐汇区人民法院审理上海市徐汇区人民检察院指控原审被告臧雪、侯志刚犯非法吸收公众存款罪、合同诈骗罪一案,于2021年3月30日作出(2021)沪0104刑初47号刑事判决。原审被告臧雪对判决不服,向本院提出上诉。本院受理后,依法组成合议庭,经阅卷、讯问上诉人臧雪、听取辩护人意见后,认为案件事实清楚,决定不开庭审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:一、非法吸收公众存款事实。2015年7月,上海B投资控股集团有限公司(简称“B公司”)成立后,马某(另案处理)等人逐步组建团队,公开宣传“XX”等理财产品,承诺保本付息,非法向不特定社会公众吸收存款。2017年6月,郭某(未到案)向马某收购上海A投资基金管理有限公司(简称“A公司”),并聘用部分B公司的业务人员,以代为投资“齐鲁银行”“宏祥新材”等新三板股权项目为名,承诺保本付息,继续非法向不特定社会公众吸收存款。2016年1月至2017年10月,被告人侯志刚历任B公司业务员、A公司徐汇分部网点负责人等。2015年12月至2017年9月,被告人臧雪历任B公司徐汇门店助理、门店负责人、A公司徐汇分部网点负责人等。经审计,侯志刚本人及其下属团队在B公司期间,非法吸收公众存款不低于人民币200万元(以下币种皆同);在A公司期间,非法吸收公众存款共计700余万元,另接受B公司转单340余万元。臧雪本人及其下属团队在B公司期间,非法吸收公众存款不低于400万元;在A公司期间,非法吸收公众存款共计630余万元,另接受B公司转单300余万元。

二、合同诈骗事实。2017年10月,刘某2、闫某(均另案处理)分别与被告人侯志刚、臧雪等人商定利用冒名的A公司POS机,骗取投资人钱款。其中,刘某2、闫某等人负责办理商户名称为“上海A投资基金管理有限公司”的POS机,并绑定由刘某2、闫某控制的个人银行账户;侯志刚、臧雪等人则利用A公司原有合同,负责欺骗、误导投资人签订合同,通过上述POS机完成刷卡付款。经查,侯志刚骗取钟某50万元、王某213万元、祝某6.5万元,共计69.5万元;臧雪骗取顾某钱款20万元。

2020年5月18日，被告人臧雪接到公安机关电话通知投案，如实供述自己非法吸收公众存款的犯罪事实；在被采取强制措施期间，经侦查人员讯问，又如实供述自己合同诈骗的犯罪事实。同年9月9日，被告人侯志刚被公安民警抓获，到案后对基本犯罪事实予以供认。案发后，被告人臧雪退赃共计199,998元，其中向顾某退赃44,692元，向钟某退赃111,731元，向王某2退赃29,050元，向祝某退赃14,525元，并获得上述人员的谅解；在审查起诉阶段退缴违法所得10万元。

原审确认上述事实并经庭审质证的证据有营业执照、档案机读材料、准予设立/开业登记通知书、内资公司设立登记、准予变更（备案）登记通知书、内资公司变更（备案）登记、股东会决议、章程、合同书、股权转让协议、XX股权认购协议、股权份额持有证明、业户档案、房屋租赁合同、调取证据通知书、商户信息、POS签购单、交易明细、A公司账目表、资金去向说明、资金使用情况表、支付凭证、名片、微信聊天记录照片、非法人入账授权书、合作机构确认函、身份证照片、银行卡照片、商户信息、投资合同、协助查询财产通知书、银行交易明细、受案登记表、抓获经过、到案情况、办案说明、交易记录、谅解书及立案决定书等书证，证人毛某、黄某、王某1、汤某、马某、吕某、戴某、殷某、杨某、吴某、刘某1、闫某、刘某2、范某等人的证言，被害人顾某、钟某、王某2、祝某等人的陈述，司法会计鉴定意见书、司法会计补充鉴定意见书等鉴定意见以及被告人侯志刚、臧雪的供述等。

原审法院认为，被告人侯志刚、臧雪与他人结伙，违反国家规定，非法吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，其行为已构成非法吸收公众存款罪，且系共同犯罪，应予以处罚；侯志刚、臧雪以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，分别与他人结伙，骗取被害人财物，数额巨大，其行为又构成合同诈骗罪，侯志刚、臧雪在判决宣告以前一人犯数罪，应予数罪并罚。侯志刚被抓获到案后供述非法吸收公众存款、合同诈骗犯罪事实，侯志刚有退赃情节。臧雪自动投案后供述非法吸收公众存款犯罪事实，系自首；被采取强制措施期间，供述公安机关已掌握的合同诈骗犯罪事实，臧雪退赔、退缴违法所得，获得谅解。原审法院根据被告人犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度、共同犯罪中所起所用、所处地位及赃款追缴情况，依照《中华人民共和国刑法》第一百七十六条第一款、第二百二十四条、第二十五条第一款、第六十七条、第五十二条、第五十三条、第六十九条、第六十四条之规定，判决如下：一、被告人侯志刚犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年九个月，并处罚金人民币五万元；犯合同诈骗罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币四万元，决定执行有期徒刑五年九个月，并处罚金人民币九万元。二、被告人臧雪犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币二万元；犯合同诈骗罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币三万元，决定执行有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币五万元。三、被告人的违法所得应予追缴，合同诈骗所得应退赔给各被害人。

上诉人臧雪对原判认定的事实及罪名没有异议，但认为其在公安机关未掌握其合同诈骗犯罪的情况下就已经向公安机关如实供述，故其合同诈骗一节也应构成自首；原判量刑过重，其认罪认罚并退赔取得了被害人的谅解，请求二审法院对其减轻处罚。

辩护人提出原判对上诉人臧雪合同诈骗一节事实认定不清，证据不足，定性不准

，臧雪构成自首，请求二审法院依法发回重审或改判臧雪构成非法吸收公众存款罪、职务侵占罪，并在量刑时对臧雪从轻、减轻处罚，适用缓刑。

本院经审理查明的事实和证据与原判相同。原判所列举的认定上诉人臧雪、原审被告侯志刚犯非法吸收公众存款罪、合同诈骗罪的证据均经原审当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，本院予以确认。

本院认为，上诉人臧雪、原审被告侯志刚与他人结伙，违反国家规定，非法吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，其行为已构成非法吸收公众存款罪；臧雪、侯志刚以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，分别与他人结伙，骗取被害人财物，数额巨大，其行为构成合同诈骗罪。原判定性正确。针对辩护人所提原判认定臧雪合同诈骗一节事实不清、定性错误的辩护意见，经查，被害人的陈述、相关证人证言、股权认购协议、投资合同、POS机签购单、银行交易明细以及臧雪的供述等证据能够相互印证，证明臧雪与他人共谋，利用A公司合同，以端正公司名义欺骗被害人签订投资合同，并诱导被害人通过上述冒名POS机完成刷卡付款，后骗取被害人钱款的事实，原审法院据此认定臧雪犯合同诈骗罪，定性正确。针对上诉人及辩护人所提臧雪在合同诈骗一节中构成自首的相关意见，经查，侦查机关在办理非法吸收公众存款案件时，发现投资人钟某通过冒名的XX公司POS机进行了刷卡付款，遂于2020年9月14日对钟某被骗案进行立案侦查，在对上述POS机及对应的银行卡流水进行分析时，发现了本案涉案的一笔198,900元款项，经对该款项流向的追踪、对刘某2、闫某的讯问及对相关投资人的询问后，侦查机关于同年10月13日确定臧雪有重大作案嫌疑，同月29日，侦查机关在已掌握臧雪基本犯罪事实的情况下，对其进行调查，臧雪供述了合同诈骗的相关事实，臧雪在被采取强制措施期间供述侦查机关已经掌握的其他罪行，可认定具有坦白情节，但依法不能认定为其有自首情节，原判认定臧雪在合同诈骗一节事实中构成坦白正确。原判根据上诉人臧雪及原审被告侯志刚犯罪的事实、情节、社会危害程度等，并综合二人所具备的自首、坦白、退赔、退缴违法所得，获得谅解等情节，对二人所处刑罚，在法律规定的量刑幅度以内，并无不当。上诉人及辩护人的上述相关意见，无事实及法律依据，不能成立。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	马燕燕
审 判 员	康乐
人民陪审员	吴循敏
书 记 员	周玲

二〇二一年七月六日