

上海市第一中级人民法院

刑事裁定书

(2014)沪一中刑终字第107号

原公诉机关上海市徐汇区人民检察院。

上诉人(原审被告)王鹏,2012年10月23日因本案被上海市公安局徐汇分局刑事拘留,同年11月16日被释放并取保候审。2013年11月21日被上海市徐汇区人民法院取保候审,同年12月10日经上海市徐汇区人民法院决定,同月20日由上海市公安局徐汇分局执行逮捕。现羁押于上海市徐汇区看守所。

辩护人董江晨,上海海铨律师事务所律师。

辩护人海涛,上海海铨律师事务所律师。

原审被告章某某,2012年10月19日因本案被上海市公安局徐汇分局取保候审,2013年11月21日被上海市徐汇区人民法院取保候审。

上海市徐汇区人民法院审理上海市徐汇区人民检察院起诉指控被告人章某某、王鹏犯职务侵占罪,于2013年12月20日作出(2013)徐刑初字第1053号刑事判决。原审被告王鹏不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。上海市人民检察院第一分院指派代理检察员王亚洁出庭履行职务,上诉人王鹏及其辩护人董江晨、海涛,原审被告章某某到庭参加诉讼。现已审理终结。

原判经审理查明:

2011年10月,被告人章某某、王鹏经事先预谋,利用章某某身为上海天游软件有限公司产品中心版本控制人员,负责《街头篮球》游戏版本控制及《神仙道》等网页游戏线上有奖活动获奖名单审核工作的职务便利,合伙向不符合获奖条件的《街头篮球》游戏玩家出售该游戏的虚拟道具,非法牟利。其中,王鹏负责对外联系买家,利用支付宝等交易平台接受订单后将买家名单提供给章某某,章某某将王鹏提供的买家名单加入线上有奖活动虚拟道具发放名单,使买家取得此前订购的虚拟道具,完成交易,再由王鹏向买家收款后与章某某平分获利,自2011年10月11日至2012年9月27日,章某某、王鹏共非法牟利人民币25万余元。

2012年10月19日,被告人章某某向公安机关投案。同月23日,被告人王鹏被抓获到案。原判认定上述事实有扣押物品清单、调取证据清单、QQ聊天记录、营业执照、关于同意北京科海电子出版社引进出版互联网游戏出版物《街头篮球》的函、软件再许可协议、劳动合同、保密协议、主体身份证明、薪资证明、银行交易明细、支付宝交易记录、截屏资料及统计资料,证人戴微的证言,被告人章某某的当庭供述及被告人王鹏在侦查机关的供述等证据证实。

原审法院认为,被告人章某某身为公司工作人员,利用职务便利,伙同被告人王鹏将本单位财产占为己有,共计价值人民币25万余元,数额巨大,其行为均已构成职务侵占罪,且系共同犯罪,应予处罚。在共同犯罪中,被告人王鹏系犯意发起者,其与被告人章某某分工配合,地位相当,被告人王鹏对二被告人实际侵占单位财产具有积极、不可或缺的作用,且二被告人分赃平均,被告人王鹏及其辩护人提出王鹏系从犯的辩护意见

，无事实及法律依据，不予采纳。被告人章某某犯罪以后自动到案，如实供述自己的罪行，系自首，依法予以减轻处罚。被告人王鹏到案后如实供述自己的主要罪行，依法予以从轻处罚。鉴于二被告人均系初犯且已退赔涉案赃款，酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款、第二十五条第一款、第六十七条第一款、第三款、第七十二条第一款、第七十三条第二款、第三款、第六十四条之规定，判决：一、被告人章某某犯职务侵占罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年；二、被告人王鹏犯职务侵占罪，判处有期徒刑五年；三、已退赔的赃款发还上海天游软件有限公司；犯罪工具予以没收。

王鹏上诉提出原判认定其犯职务侵占罪的犯罪数额为人民币25万余元不当；其只是协助章某某完成游戏道具的销售，是否销售游戏道具的决定权在于章某某，应当认定其为从犯，要求法院予以改判。

王鹏的辩护人除同意王的上诉意见外，还认为根据司法解释以销赃的数额认定犯罪数额只适用于盗窃犯罪，并不能适用于职务侵占罪，认定王鹏犯职务侵占罪的犯罪数额为人民币25万元过高，且该数额也高于受害单位报案时的数额，要求本院依法改判。辩护人还向本院提出向上海天游软件有限公司调取涉案游戏道具价值意见的申请。

原审被告章某某对原判认定的事实、证据、定性、量刑均无异议。

上海市人民检察院第一分院出庭检察员评判认为，原判认定上诉人王鹏、原审被告章某某的犯罪事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，且诉讼程序合法，建议本院驳回上诉，维持原判。

二审经审理查明的事实和证据与一审相同。

本院认为，原审被告章某某身为公司工作人员，利用职务便利，伙同上诉人王鹏将本单位财产非法占为己有，共计价值人民币25万余元，其行为均已构成职务侵占罪，且数额巨大，依法应予处罚。

关于上诉人及辩护人所持意见，经查：

1、王鹏在共同犯罪中，与章某某分工配合，地位相当，平均分赃，对二人实际侵占单位财产具有积极、不可或缺的作用，绝非从犯，王鹏及辩护人提出王系从犯的意见，无事实及法律依据，本院不予采纳。

2、被害单位提供的异常流出道具清单仅为涉案游戏道具的一部分。在此之前，王鹏、章铁峰已有在网络上出售被害单位游戏道具的行为。两人的犯罪数额有支付宝交易明细、银行交易明细、章某某的当庭供述及王鹏在侦查阶段的供述等证据证实。

辩护人认为原判对犯罪数额认定的依据是对盗窃犯罪数额的认定方法，即以销赃数额来认定被窃财物的价值，以此认定有违“禁止类推”的刑法原则。本院认为，2013年4月4日实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》并无辩方所述的相关规定，辩护人的意见本院不予采纳。

赠送游戏道具是被害单位吸引游戏玩家、保持公司运营收益的手段之一。获得该道具需要游戏玩家具备一定的条件，游戏玩家需要在游戏过程中投入必要的金钱、时间和精力，公司以此从中获利。王鹏也当庭承认，其销售游戏道具的价格大都低于同类游戏道具的市场价格。王鹏、章某某私下销售游戏道具的行为损害了被害单位及正常游戏玩家的

利益。原判认定本案职务侵占罪的犯罪金额为人民币25万余元，已有利于上诉人及原审被告人，故辩护人提出向被害单位调取相关证据的意见本院不予采纳。

原判鉴于上诉人及原审被告人所具有的量刑情节已依法量刑。综上，原判认定上诉人王鹏、原审被告章某某犯职务侵占罪的犯罪事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，且诉讼程序合法，应予维持。上诉人及辩护人的辩解及辩护意见于法无据，本院不予采纳。上海市人民检察院第一分院出庭检察员的评判意见于法有据，应予支持。据此，本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（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	陈捷		
审	判	员	钱丽娜		
	人	民陪	审	员	林丽丽
书	记	员	严佳音		

二 一四年二月二十六日