湖北省孝感市中级人民法院

刑 事 裁 定 书

（2014）鄂孝感中刑终字第00122号

　　抗诉机关湖北省应城市人民检察院。

　　原审被告人苏某，务农。因涉嫌犯诈骗罪，于2013年11月21日被应城市公安局刑事拘留，同年12月27日经应城市人民检察院批准逮捕，同日由应城市公安局执行。现羁押于应城市看守所。

　　辩护人左权，湖北诚拓律师事务所律师。

　　原审被告人王某，无职业。因涉嫌犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，于2013年11月27日被应城市公安局刑事拘留，同年12月27日经应城市人民检察院批准逮捕，同日由应城市公安局执行。2014年6月5日经应城市人民法院决定取保候审。

　　辩护人祁静梅，湖北诚拓律师事务所律师。

　　湖北省应城市人民法院审理应城市人民检察院指控原审被告人苏某犯诈骗罪，原审被告人王某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪一案，于2014年5月27日作出（2014）鄂应城刑初字第00052号刑事判决。宣判后，应城市人民检察院提出抗诉。本院受理后，依法组成合议庭，于2014年8月19日公开开庭审理了本案。孝感市人民检察院指派检察员熊涛、贾真珍出庭依法履行职务，原审被告人苏某及其辩护人左权，原审被告人王某及其辩护人祁静梅到庭参加了诉讼。经合议庭评议并提交本院审判委员会讨论决定，现已审理终结。

　　原判认定，2013年8月，被告人苏某在租住的广西壮族自治区桂林市象山区润鸿水尚小区14栋503室内，上网搜索诈骗作案的信息。随后从网上购置了作案所用的网站、QQ号、支付宝账号及笔记本电脑、银行卡、上网卡等工具。2013年10月，被告人苏某将虚假的“朝茂公司”投资理财的广告设置在网站上，并在网站上标注了虚假的投资标的和投资回报利润。2013年10月23日，应城市居民许某在网上点击“朝茂公司”网址后，见其介绍的投资分红项目收益丰厚，便通过QQ与被告人苏某联系。2013年10月23日至11月1日期间，许某在被告人苏某诱骗下分别购买到朝茂公司RTZ-002等“投资项目”人民币283000元，除去返利外，共计被骗人民币260000余元。被告人苏某为及时转移和提取赃款，便联系到被告人王某，让其帮忙取钱，并承诺按所取现金的5%提成。被告人王某在明知被告人苏某要提取的钱为赃款的情况下仍表示同意帮忙取款，并从网上购买了多张银行卡。被告人苏某将赃款转至被告人王某所提供的银行卡，被告人王某从福建省泉州市不同银行的ATM机上提取，留取提成后再将赃款转给被告人苏某新的银行卡账户上，被告人王某从中非法所得赃款共计人民币13000余元。

　　案发后，被告人苏某亲属退出赃款人民币254000元，被告人王某退出赃款人民币13000元，赃款已发还被害人。二被告人均取得了被害人的谅解。

　　原判认为，被告人苏某以非法占有为目的，骗取他人数额巨大的财物，其行为已构成诈骗罪。被告人王某明知是犯罪所得的赃款而予以转移，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。公诉机关指控被告人苏某犯诈骗罪，被告人王某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪的事实清楚，证据确实、充分，罪名成立，依法应予支持。归案后，被告人苏某协助公安机关干警抓获了被告人王某，属立功，具有法定从轻或者减轻处罚情节。二被告人归案后及庭审中如实供述自己的罪行，且自愿认罪，二被告人积极退赃，并取得了被害人的谅解，属有悔罪表现，具有法定和酌定从轻处罚情节。公诉机关上述公诉意见，经查属实，依法予以采纳。二被告人辩护人对二被告人认罪态度较好，积极退赃，并取得被害人的谅解，有悔罪表现的辩护意见，以及被告人苏某辩护人对被告人苏某有立功表现的辩护意见，经查属实，依法予以采纳。被告人苏某辩护人提出被告人苏某属初犯，家庭困难的辩护意见，被告人王某辩护人提出被告人王某主观恶性小，属初犯的辩护意见，与庭审查明的事实及法律规定不符，依法不予采纳。综上，以被告人苏某犯诈骗罪，被告人王某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪的基本犯罪事实和应增加的刑罚量为量刑基准，以二被告人各自具有的量刑情节为调节幅度，并结合社区矫正机关建议对被告人王某适用非监禁刑的社区矫正意见，依法对被告人苏某减轻处罚，对被告人王某从轻处罚，并可适用缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条，第三百一十二条第一款，第六十七条第三款，第六十八条，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第二款、第三款，第五十二条，第五十三条之规定，判决被告人苏某犯诈骗罪，判处有期徒刑二年四个月，并处罚金人民币二万元；被告人王某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年，并处罚金人民币一万元。

　　应城市人民检察院刑事抗诉书提出：一、原判对被告人苏某量刑畸轻。被告人苏某具有流窜作案、对老年人实施诈骗、利用互联网针对不特定多数人实施诈骗三个酌定从重处罚情节。二、原判对被告人王某量刑畸轻，程序违法。对其适用缓刑违反了《中华人民共和国刑法》第七十二条关于判处缓刑必须同时具备“犯罪情节较轻”、“有悔罪表现”、“没有再犯罪的危险”、“宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响”这四个缺一不可的适用条件；且一审法院对适用缓刑的证据审前社会调查报告未经庭审质证，属程序违法。

　　孝感市人民检察院支持刑事抗诉意见书提出：应城市人民检察院的抗诉正确，应予支持。一、被告人苏某通过互联网设立诈骗网站，发布虚假投资理财信息，诈骗被害人许某（1941年出生）260000余元。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条规定，诈骗公私财物达到规定的数额标准，具有下列情形之一的，可以依照刑法第二百六十六条的规定酌情从严惩处：（一）利用互联网等发布虚假信息，对不特定多数人实施诈骗的；（四）诈骗老年人的财物的。被告人苏某诈骗财物数额巨大，且符合上述解释规定的两种情形，对其应适用该条款的规定从严惩处，原判对其量刑畸轻。二、审前社会调查报告是对被告人宣告缓刑对所居住的社区有无重大不良影响的重要依据，一审法院对被告人王某适用缓刑的证据审前社会调查报告已进行质证的证据不足，对其适用缓刑不当。

　　原审被告人苏某及其辩护人，原审被告人王某及其辩护人均认为原审量刑适当，应予维持。

　　经审理查明，原判认定的事实有经庭审举证、质证的下列证据证实：被害人许某的陈述，搜查笔录及照片，扣押决定书，扣押清单，户籍证明，到案经过，银行卡交易清单、明细，查询通知书，网上聊天记录，情况说明，领条，谅解书，被告人苏某、王某的供述与辩解等。庭审中，出庭检察员和原审被告人苏某及其辩护人、原审王某及其辩护人均无异议，本院予以确认。

　　另查明，本院二审庭审中，对原审被告人王某的审前社会调查报告进行了宣读、质证，出庭检察员和原审被告人王某及其辩护人均无异议，本院亦予以确认。

　　本院认为，原审被告人苏某以非法占有为目的，采取虚构事实，隐瞒真相的手段骗取他人财物，数额巨大，其行为已构成诈骗罪。原审被告人王某明知是犯罪所得的赃款而予以转移，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。关于检察机关提出的第一点抗诉理由，经查，本案被害人许某出生于1941年10月，应适用诈骗老年人财物这一从重处罚情节，原判对诈骗老年人财物这一具体量刑情节已予以考虑，本院不再重复考虑；本案被害人虽仅有许某一人，但被告人苏某在网上设置虚假的“朝茂公司”投资理财网站，任何人都可通过点击该网址进入到网站浏览其信息，故其实施诈骗的对象应是针对不特定的多数人，符合利用互联网发布虚假信息，对不特定多数人实施诈骗这一情形，检察机关认为被告人苏某具有“利用互联网等发布虚假信息，对不特定多数人实施诈骗”的从重处罚情节的抗诉理由成立。原判在量刑时遗漏了这一具体量刑情节，但鉴于原判对被告人苏某的量刑仍系在法律规定的量刑幅度以内，不属量刑畸轻，对被告人苏某的量刑本院予以维持。关于检察机关提出的第二点抗诉理由，二审庭审中对被告人王某适用缓刑的证据审前社会调查报告进行了宣读、质证，出庭检察员和原审被告人王某及其辩护人均无异议，本院予以确认。原判对被告人王某适用缓刑实体处理正确，但相关证据材料审前社会调查报告未按照规定进行庭审宣读、质询和审查，检察机关的该项抗诉理由成立。综上，原判认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，原审法院虽然存在程序上的瑕疵，但未影响公正审判和公正判决，不属于审判程序严重违法，且二审已予以补正，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十七条第（五）项的规定，针对该程序问题不必要撤销原判，发回重新审判。据此，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）项的规定，裁定如下：

　　驳回抗诉，维持原判。

　　本裁定为终审裁定。

　　审判长 张立新

　　审判员 黎艳平

　　审判员 李 菁

　　二〇一四年九月二十二日

　　书记员 许 丹

[更多信息请点击查看把手案例](http://www.lawsdata.com/#/documentDetails?id=57a44971c2265c04d1cf6b86&type=1)