

看到二审判决书上的“改判”二字，一瞬间万般感受涌上心头：白天跋涉千里，晚上熬夜看卷的疲惫；风雪天在看守所门口排队时渗进皮肤的寒意；与一审法官无数次尝试沟通后遭拒绝的沮丧与无力；当事人对辩护人无条件的信任带来的感动和激励……历经一年多，这个案件终于获得了满意的结果。

凭职权偷卖礼品卡

如今，很多企业逢年过节时不再发放实物福利，而是购买礼品卡发给员工，让员工可以自主选择所需的礼品。

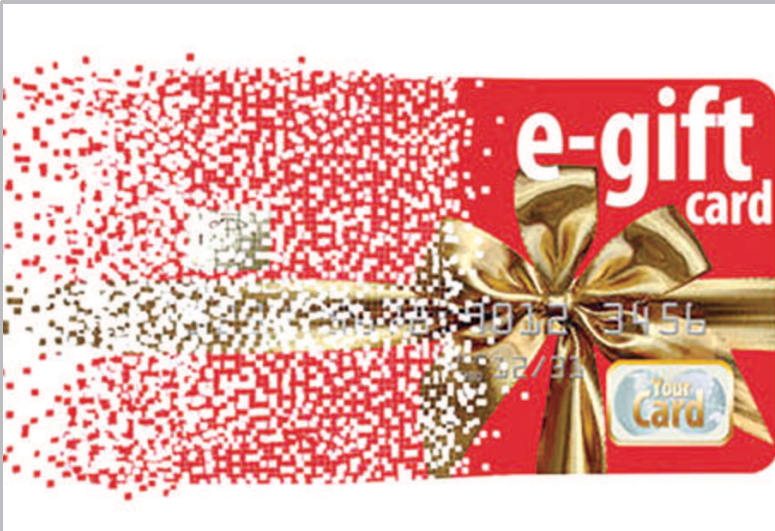
还不满30岁的小冉就凭着自己的计算机技能，在一家销售礼品卡的A公司担任IT经理，负责管理整个公司的礼品卡、订单和数据库系统。

公司会通过包括网络平台在内的各种渠道销售礼品卡，用户购买或者收到礼品卡后，可以扫卡上的二维码兑换各种食品。

为了方便仓储和发货，A公司在异地设立了B公司，负责实体

私自生成礼品卡 获利500余万 一审获刑14年 二审改判6年

□ 上海申同律师事务所 朱羽丰 北京京朗律师事务所 李雨婷



资料图片

礼品卡的生产、发货以及兑换食品的发货，两家公司定期进行结算。

小冉在职期间，依据职权生成了很多虚拟礼品卡，一部分交给市场部制成实体卡，另一部分悄悄放在自己的网上二手商铺以优惠价出售。在一年多时间里，他通过这种方式获利500余万元。

小冉离职后事情败露，他被以涉嫌盗窃罪立案侦查。

基于B公司的报案，经有关机构认定，B公司损失的金额为700万余元。

这个刚刚新婚不久的年轻人就这样进了看守所，经家属委托，我们担任了小冉的辩护人。

是否“盗窃”存疑问

虽然公安机关是以涉嫌盗窃罪立的案，但这显然不是一起传统的盗窃案，进一步分析案情后我们认为，这甚至不是一起“盗窃案”。

小冉显然是基于自己操控相关电脑系统的职权实施了生成虚拟礼品卡并出售的行为，他涉嫌的应当

是职务侵占罪。

而在侦查阶段，公安机关基于“盗窃”这一认定委托了价格认定，以确定小冉涉嫌盗窃的金额。

我们认为，首先，本案到底构成职务侵占罪还是盗窃罪尚未定性。

如果被定性为盗窃罪，涉案金额按照价格证明来认定，但如果定性为职务侵占罪，依法就应当按实际损失认定。盲目做“价格认定”，草草认定本案涉案金额是不妥当的。

其次，本案价格认定小组的人员组成不明、没有进行实物查验及核实或勘验的相关记录、没有价格认定基准日，甚至未写明产品单价。更大的问题在于，做出认定的主体没有相应的资质。

最后，公安机关一直认为本案中B公司是被害人，但B公司实际根本没有损失，因为他们是基于A公司下单而发货的，而A公司一直没有察觉小冉的行为，于是A公司跟B公司实际已经结清了那段时间的所有款项。

拒绝认罪获刑14年

从案发开始，小冉就知道自己的行为涉嫌犯罪，也一直如实供述和坦白，但他凭自己的认知，也对检察机关指控他盗窃无法认同。

如果根据价格认定的结论和盗窃罪这一定性，B公司损失700万余元，小冉会被判处10年以上有期徒刑甚至是无期徒刑。

审查起诉环节，检察机关一直在说服小冉认罪认罚，并给出11年6个月有期徒刑的量刑建议。

小冉知道，如果坚持职务侵占罪的辩护思路，也许就葬送了盗窃罪这一认定下相对较轻的量刑，小冉的家人也希望他认罪以换取一个较为确定的结果。而我们作为辩护人，一方面要为他争取更好的结果，另一方面也需要全面客观地为他分析案情，并告知可能的不利后果。

小冉顶着巨大的压力思虑再三，还是坚定地拒绝了签署认罪认罚具结书。随后，检察院向法院建议判处小冉14年6个月的有期徒刑。

法院开庭后，经过长达五个月的时间我们才等来一审判决。法院认定小冉不构成职务侵占罪，而是构成盗窃罪。在家属替他作出了赔偿并获得相关公司谅解的情况下，法院仅在检察机关量刑建议的基础上下调了半年刑期，判决小冉有期徒刑14年。

二审改判6年徒刑

一审时，我们曾向法院申请调取证据，但法官拒绝沟通，我们的申请也一直被搁置。二审上诉并会见小冉后，我们确定了增强补足证据的思路，再次递交了调取证据的申请，并申请证人出庭，希望一审判决认定的“没有职权”这一点能被彻底击破。

令人欣喜的是，二审法官把申请

材料移交给了同级检察院，检察院又移交给公安机关要求补充侦查，增补证据终于有了希望。

进入二审后，我们立即赶往法院与法官沟通。法官不仅愿意与辩护人沟通，还积极进行了调查。在和我们沟通时，法官认真记录了我们反馈的案件细节，并很快安排了公开开庭审理，其间法官还提审了小冉，当面听取他的辩解。二审法官的尽心尽责，让我们感觉到案子可能有希望了。

在沟通过程中，二审法官提出：构成职务侵占罪需要有变卖和收款的权力。我们马上回应：“如果认为构成职务侵占罪必须有变卖和收款的权力，那么公司里可能只有总经理才能构成职务侵占罪了。”

沟通过后，我们又检索了大量案例，发现此类新型职务侵占案几乎都存在变卖、变现等情况，我们向法院和检察院提交了案例检索报告，其中有些案例几乎和小冉的情况一模一样。

本案中还有一个难点，就是生成卡、激活卡、兑换卡等步骤，对于没有操作过的人来说非常抽象。如何让检察官和法官了解呢？我们与小冉沟通后，让他写了一份材料交给法院，对相关流程进行了清晰的解释，他还画了一个表格，让整个流程具体化。

为了增加相关证据的说服力，我们没有自行向本案中涉及的公司进行调查，而是向法院申请调查。直到二审开庭前的最后一个工作日下午，我们接到检察官的电话，说申请调取的证据都调到了。

看完这些经过千辛万苦才取得的证据，我们欣喜地发现果然能证明小冉的职权。A公司给出的证明特别指出，小冉当时具有“最高操作权限”，既有生成虚拟卡的权力，又有激活卡的权力。此外，A、B公司之间的银行流水、结算情况和委托生产协议，更证明了B公司是根据A公司的订单发货，并不是一审判决认定的“小冉通过秘密的方式窃取B公司产品”，也更加印证了我们“职务侵占”的观点。

经过最后的法庭交锋，我们本寄望于二审法院能将本案发回重审，并做好打持久战的准备。出乎意料的是，二审法院直接就做了改判，认定本案构成职务侵占罪，判处小冉有期徒刑6年。得知这一结果，小冉激动地哭了……

申房律师事务所
S.F. Attorneys at Law

提供专业房产及婚姻家事法律服务

地址：恒丰路399号达邦协作广场33楼
电话：400-6161-000

北京盈科(上海)律师事务所
BEIJING YINGKE LAW FIRM SHANGHAI OFFICE

全球视野 | 本土智慧
GLOBAL MINDSET LOCAL INSTINCT

办公地址一：上海市静安区江苏路181号盈科律师大厦
办公地址二：上海市静安区裕通路100号宝矿国际商务中心12/50/51层
盈科亚太总部：上海市浦东新区银城中路501号39楼
加入我们：13020237763 | 案件咨询：13062601261

“律师讲述”版由申房所、盈科所冠名推出