将酒店积分占为己有的行为定性及其犯罪形态

——李展明盗窃案

庞美娟 吴英杰

**要点提示：**酒店积分具有管理可能性、转移可能性和价值性，没有管理权限的行为人非法取得并转卖酒店积分，造成实际损失的，应以盗窃孽既遂论处。

**案例索引：**

一审：广州市海珠区人民法院（2017)粤0105刑初137号。

二审：广州市中级人民法院（2018)粤01刑终447号。

**一、案情**

原公诉机关：广州市海珠区人民检察院。

上诉人审被告人）：李展明。

被告人李展明于2014年11月17日入职七天四季酒店（广州）有限公司（以下简称七天公司），任职离级Java开发工程师，2016年4月26日离职。2015年5月至6月，李展明在广州市海珠区新滘西路300号上班期间，利用工作上的便利，编程生成假的电话号码，并将编辑后门程序植入公司程序，避开验证码验证，秘密取得公司的积分。随后，李展明将积分卖给同案人陈阳（另案处理），经统计，同案人陈阳因购买上述积分用郑超支付宝账户转账至李展明使用的谭余成支付宝账户的款项合计642850元，用陈蕾支付宝账户转账至李展明使用的谭余成支付宝账户的款项合计317250元。公诉机关以李展明构成盗窃罪提起公诉。

李展明及其辩护人在一审阶段对起诉书指控的主要事实没有异议，但辩称李展明的行为构成职务侵占罪，李展明销售的积分是通过网上购买验证码获取和关闭公司系统验证码功能两种方式获取的，通过购买验证码获取的积分销售的犯罪数额应从指控的犯罪金额中剔除，公诉机关对犯罪数额的认定有误。

**二、裁判**

广州市海珠区人民法院一审认为，李展明以非法占有为目的，秘密窃取公私财物，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪。惟李展明已经若手实行犯罪，由于意志以外的原因而未得逞，是犯罪未遂，可以比照既遂犯减轻处罚。故判决：一、李展明犯盗窃罪，判处有期徒刑五年，并处罚金5万元；二、追缴李展明的违法所得（960100元），上缴国库。

宣判后，检察机关提出抗诉：1.原审法院认定犯罪未遂属于认定事实错误。原审不应以“失控说”作为盗窃既遂与未遂的标准。七天公司的免费住房服务或商城上的商品是以使用积分全额支付，积分在平台内具有相应的财物价值。李展明将积分转卖，其已取得实际控制权。盗得积分已被李展明兑现，而购买积分的最终用户也短时间内将所购买的积分使用完毕。2.原审量刑畸轻，对李展明应处十年以上有期徒刑。综上，请二审依法纠正。

李展明以本案应当定性为职务侵占、原审量刑过重为由，提起上诉。

广州市中级人民法院二审认为，一是关于李展明的行为定性问题：1.七天公司积分由客户通过手机在七天公司网站上注册合法取得，可以兑换七天公司的免费住宿或者商城上的商品，其用途能被一般社会公众认同具有价值，且其价值能够通过兑换被客观衡量，能够在人们的现实生活中发挥作用，具有我国刑法上“公私财物”的法律属性。2.李展明只是七天公司“积分大挪移活动”的程序开发、维护负责人之一，负责积分互赠技术支持，没有对公司积分的经手、管理权，其虽在一定程度上利用工作上的便利条件，但取得大量公司积分并予转移的关键，是利用其个人计算机的技能实施秘密窃取行为，其行为本质仍是盗窃。故李展明秘密窃取被害单位积分的行为构成盗窃罪，并非职务侵占罪。原判认定李展明犯盗窃罪正确，二审法院予以支持。李展明及其辩护人提出李展明的行为不构成盗窃，而构成职务侵占罪的意见不成立，二审法院不予采纳。

二是关于李展明盗窃行为的犯罪形态及犯罪数额认定的问题：1.七天公司积分具有我国刑法上“公私财物”的法律属性，李展明窃取积分、转移交易，并将其所有操作记录永久删除，令被害单位无法追溯已转移的积分最终去向，故虽积分仍在七天公司计算机系统中，但李展明已实际控制七天公司积分。2.李展明通过转卖积分获得违法所得，其侵财目的已得逞，其行为是犯罪既遂。3.李展明窃取的约7100万积分绝大部分已经转卖，根据一般生活经验及被害单位的抽查样本，消费者购买积分后通常会在短期内消费使用，李展明的盗窃行为已造成被害单位实际损失，只因关键数据已被删除、积分层层转让等原因未能查明具体数额，故根据有利于被告人原则，以违法所得数额认定李展明盗窃数额。综上，原判认定李展明盗窃未遂有误，二审法院依法予以纠正。检察机关提出李展明的行为属盗窃既遂的意见依据充分，二审法院予以支持。

三是关于李展明违法所得数额认定的问题：李展明在侦查阶段前期供述，其只是想通过正常的网上申请流程来开会员卡转赠积分，并未供述已采取该方式取得积分，还称曾骗下家其的积分是通过网上接码平台注册会员得来的，在侦查阶段后期才辩称2015年5月20日前是通过网上平台买手机验证码取得积分，但对后期的辩解没有提供相关依据。而公安机关调取的支付宝交易记录，经李展明及同案人陈阳确认是李展明违法所得，故原审以李展明卖掉积分并从掌控的谭余成支付宝账户获得的款项数额为其违法所得数额依据充分，二审法院予以支持。李展明及其辩护人提出原判认定的违法所得数额有误的意见，二审法院不予采纳。

综上，二审法院认为李展明以非法占有为目的，秘密窃取公私财物，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪。原判认定事实清楚，证据确实、充分，定罪正确，惟认定犯罪未遂有误，致量刑及对违法所得的追缴处理不当，二审法院依法予以纠正。检察机关的抗诉意见，二审法院予以支持。李展明及其辩护人的意见，二审法院不予采纳。故判决如下：一、维持一审判决第一项对李展明的定罪部分；二、撤销一审判决第一项对李展明的量刑部分，及第二项；三、李展明犯盗窃罪，判处有期徒刑十年，并处罚金10万元；四、追缴李展明的违法所得960100元，发还被害单位七天公司。

**三、评析**

当今经济生活日趋丰富，具有一定使用价值的栽体越来越多，逐渐出现行为对象有别于常见的侵犯财产犯罪的案件。本案行为人窃取酒店积分的犯罪行为是手段较新的侵犯财产犯罪。实务中要处理好此类案件，明确行为构成犯罪的要素以及犯罪形态是做到罪责刑相适应的前置条件。本案被告人李展明的行为定性主要涉及职务侵占与盗窃的区分、盗窃既遂与未遂等问题。

**(一)利用工作便利窃取活店积分行为的定性**

职务侵占与盗窃在客观方面的表现，都侵犯了原本的财物占有关系。其中，构成职务侵占罪的要件行为为“利用职务上的便利”。行为人必须是利用其职务上所具有的自我决定或者处置单位财物的职权，即能够通过自我支配和控制财物的权力来实现非法占有。刑法对占有物的侵占规定得相当成体例，对遗忘物、埋藏物、委托物等的占有都有规定。因此，结合立法目的从体例解释的角度来着，刑法第二百七十一条关于职务侵占罪的规定，当中“利用职务上的便利”应当严格限定解释范围，限于行为人基于自身的职务或者业务非法占有单位财物的行为。此外，根据张明楷教授的观点，利用职务便利的盗窃、诈骗行为对法益的侵害不可能轻于盗窃罪与诈骗罪，只有将行为排除在职务侵占罪之外，以盗窃罪、诈骟罪论处，方能实现罪责刑相适应。

本案被告人李展明任职于七天公司，是该公司的一名高级Java开发工程师，归属于技术部门。而七天公司计算机中的酒店积分的取得、转雉、兑换等活动是由运营部门经办的，对酒店积分享有支配和控制的权力，是专门管控酒店积分的职能部门，技术部门仅是在计算机系统运作过程之中提供技术支持，对酒店积分并没有实际的支配和控制权限，是占有辅助者。被告人李展明的职务不属于运营部门的职权组成，所在的技术部门团队只负责酒店积分的开发和转移，其利用自身计算机技术窃取酒店积分是实现盗窃的一种手段，不可评价为基于自己的职务或者业务将单位财物据为己有。例如同理地，单位司机在运输途中将装在集装箱中的货物转移自己占有，成立盗窃罪。因此，被告人李展明对酒店积分没有管控上的职务便利，其职务与本案中的职务便利不能对应，窃取酒店积分的行为应构成盗窃罪。

**(二）盗窃罪既遂的标准**

目前法学界对盗窃罪既遂的标准，有接触说、转移说、隐匿说、失控说、控制说以及失控与控制折中说。检察机关抗诉意见认为原审法院采取失控说认定被告人李展明盗窃未遂属于事实错误。失控说认为盗窃罪既遂以所有人或者占有人对财物是否丧失控制为标准，控制说认为盗窃罪既遂以行为人是否获得对所盗财物的实际控制为标准。通常来说，只要行为人获得了对财物的支配和控制权，建立了新的占有关系，便属于盗窃罪既遂。

本案涉及的酒店积分可以通过兑换等方式使顾客取得相应的消费优惠，在社会公众视野来看，是具有使用价值的，该种财产性栽体也得到经济社会的认可。尽管酒店积分需要累计到一定数量才能享受消费优惠，但是每个积分都是不可分割的，有着累积性的价值和经济期待利益。也即酒店积分具有价值性、转移可能性和管理可能性。被告人李展明侵入七天公司计算机系统窃取酒店积分之后，将非法操作记录永久删除，以致被害单位七天公司无法追拥酒店积分的最终去向。对此，被害单位七天公司已经丧失了对酒店积分所享有的支配和控制权能，被告人李展明对酒店积分取得了实质上的支配和控制能力，其在窃取酒店积分后亦予以转卖获得违法所得，主观上的目的已然实现。并且顾客在取得酒店积分后，根据一般常理，顾客是会将酒店积分进行兑换而获取消费优惠，被告人李展明的行为也给七天公司造成了实际的损失。所以，采取控制说来评价被告人李展明的行为更能符合罪责刑相适应原则，具有司法适用的合理性。

综上，对于酒店积分这样的特殊形式，当其作为犯罪行为对象时，需要结合犯罪行为构成要素和财产性形式特征两方面加以考究，从而作出相适应的量刑结果。而比较职务侵占与盗窃的法定刑和纵观整个刑法体系，对“利用职务上的便利”作限定解释更为符合立法精神和司法实践。盗窃罪与占有概念关系密切，审判实践当中采取哪种既遂标准，应当站立在占有的概念和关系去研判。

**（作者单位：广州市中级人民法院）**