北京市高级人民法院

刑 事 判 决 书

（2015）高刑终字第410号

原公诉机关北京市人民检察院第一分院。

上诉单位（原审被告单位）北京荣鹏房地产开发有限公司，住所地北京市房山区琉璃河白庄村东，法定代表人李×3。

诉讼代表人李×4，北京荣鹏房地产开发有限公司办公室主任。

辩护人洪道德，北京市双利律师事务所律师。

辩护人邓璐，北京市双利律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）藏长泉（曾用名臧长泉），男，1960年10月1日出生。1988年5月因犯诈骗罪、行贿罪被判处有期徒刑四年；1995年4月因犯非法买卖枪支、弹药罪被判处有期徒刑一年零六个月，缓刑两年。因涉嫌犯合同诈骗罪于2012年6月11日被逮捕。现羁押在北京市第一看守所。

辩护人杨明，北京市双利律师事务所律师。

辩护人孙莹，北京市双利律师事务所律师。

北京市第一中级人民法院审理北京市人民检察院第一分院指控被告单位北京荣鹏房地产开发有限公司及被告人藏长泉犯非法经营罪一案，于二Ｏ一五年六月二十九日作出（2013）一中刑初字第3776号刑事判决。宣判后，在法定期限内，原审被告单位北京荣鹏房地产开发有限公司及被告人藏长泉不服一审判决提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问了上诉单位的诉讼代表人及上诉人，听取辩护人的辩护意见，认为事实清楚，决定不开庭审理。本案经合议庭评议，现已审理终结。

北京市第一中级人民法院判决认定：

2001年3月，被告人藏长泉成立被告单位北京荣鹏房地产开发有限公司（以下简称荣鹏公司）并担任法定代表人。2009年，藏长泉以荣鹏公司的名义，取得北京中荣工贸有限公司（以下简称中荣公司）位于北京市房山区琉璃河白庄村一宗土地的房地产开发建设权。2009年8月至2010年7月，荣鹏公司及藏长泉在未取得立项、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证及商品房预售许可证等审批手续并且未变更土地用途的情况下，在该地块上私自开工建设名称为荣景公寓的居民住宅楼8栋及附属楼1栋，共建成房屋615套及地下室134套。项目在建期间，北京市规划委员会于2009年9月、2010年6月两次对其下发违法建设停工通知。2011年至2012年间，北京市房山区住房和城乡建设委员会以及北京市房山区城市管理监察大队也先后多次对其下发《行政处罚决定书》以及《限期拆除决定书》等。荣鹏公司明知荣景公寓因系违法建设已被多次处罚的事实，在藏长泉的授意下，于2009年至2012年间向社会公开销售，共计销售房屋605套及地下室120套，销售总金额人民币1.9亿余元。

一审法院认定上述事实的证据有：被告人藏长泉的供述，证人王×1、陈×、董×、张×1、刘×、李×1、王×2、张×2、卜×、谢×等人的证言，中荣公司危房改建合作协议书及补充协议、房地产委托开发合同及补充协议、中荣公司股权转让合同，商品房内部认购合同、抵账协议、（2013）精师审字第087号审计报告、荣鹏公司出具的证明、房屋销售明细表，北京市房山区发展和改革委员会出具的证明，北京市国土资源局房山分局出具的复函、证明以及北京市国有土地使用权出让合同，北京市规划委员会房山分局出具的复函，北京市房山区城建档案信息中心出具的建设工程规划许可证附件，北京市房山区住房和城乡建设委员会出具的证明，违法建设停工通知书、责令停止建设通知书，北京市规划委员会房山分局关于卫星查违发现违法建设情况的函，房山区城管监察大队询问笔录、限期拆除决定书、公告，北京市规划委员会房山分局关于移送巡查中发现违法建设情况的函，行政处罚决定书及现场检查笔录、询问笔录，接受刑事案件登记表、呈请立案报告书、呈请破案报告书、立案决定书，荣鹏公司工商注册资料，户籍资料、河北省涿州市公安局双塔派出所出具的证明、北京市公安局房山分局出具的工作说明，逮捕证等法律手续，到案经过，北京市原宣武区人民法院刑事判决书、北京市原大兴县人民法院刑事判决书，北京市规划委员会房山分局关于对琉璃河镇荣景公寓住宅小区依法补办规划手续的复函等。

一审法院认为，被告单位荣鹏公司及其直接负责的主管人员被告人藏长泉，违反我国《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《城乡规划法》、《建筑法》等法律规定，在未变更土地性质，且未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证、商品房预售许可证等资质的情况下，违法建设、销售房屋，非法经营额达1.9亿余元，严重扰乱了市场秩序，情节严重，其行为均已构成非法经营罪，依法均应惩处。故判决如下：一、被告单位北京荣鹏房地产开发有限公司犯非法经营罪，判处罚金人民币二千万元；二、被告人藏长泉犯非法经营罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币二千万元；三、继续追缴被告单位北京荣鹏房地产开发有限公司的违法所得，予以没收。

荣鹏公司的上诉理由是：1、原审法院认定事实有误，荣景公寓1、2号楼表明在工业用地上通过补办手续可以取得住宅的产权证，时任房山区规划委主任的李×2曾同意办理荣景公寓3-10号楼的各项手续，且与上诉人相同情形的很多开发项目均未被定罪；2、原审法院适用法律有误，没有司法解释规定本案构成非法经营罪，应依法宣告无罪。

荣鹏公司的辩护人的主要辩护意见为：本案是典型的行政违法案件，不构成犯罪。

藏长泉的上诉理由是：1、原审判决与事实不符，适用法律不当。本案的起因与行政机关不作为有密切关系，只应适用行政处罚，定罪无法律依据。2、其曾检举揭发杨某贪污线索和房山区38家企业的违法开发建设线索。

藏长泉的辩护人提出以下辩护意见：1、涉案地块上的1、2号楼已办下房产证，原审未查明荣景公寓能否补办房产证等关键事实。2、原审认定本案构成非法经营罪，缺乏相关司法解释。3、藏长泉举报他人贪污的立功情节未被采纳。

本院经审理查明：

1999年，被告人藏长泉等人注册成立中荣公司，藏长泉任法定代表人。同年12月中荣公司以出让方式取得位于北京市房山区琉璃河白庄村东一宗土地的国有土地使用权。中荣公司在该土地上建设1、2号住宅楼，并于2000年4月取得建设工程规划许可证，同年取得房屋产权证。2001年3月，藏长泉又成立被告单位荣鹏公司并担任法定代表人。2009年，藏长泉以荣鹏公司的名义，取得中荣公司位于上述白庄村土地的房地产开发建设权。2009年8月至2010年7月，荣鹏公司在未取得立项、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证及商品房预售许可证等审批手续并且未变更土地用途的情况下，在该地块上私自开工建设名称为荣景公寓的居民住宅楼8栋及附属楼1栋，共建成房屋615套及地下室134套。项目在建期间，北京市规划委员会于2009年9月、2010年6月两次对其下发违法建设停工通知。2011年至2012年间，北京市房山区住房和城乡建设委员会以及北京市房山区城市管理监察大队也先后多次对其下发《行政处罚决定书》以及《限期拆除决定书》等。荣鹏公司明知荣景公寓因系违法建设已被多次处罚的事实，在藏长泉的授意下，于2009年至2012年间向社会公开销售，共计销售房屋605套及地下室120套，销售总金额人民币1.9亿余元。

上述事实，有下列证据证明：

1、被告人藏长泉的供述：其是荣鹏公司的董事长，也是该公司的实际经营者。1999年其成立的中荣公司取得琉璃河镇白庄村一块土地，并于同年办理了土地证，使用年限为50年。2005年，其将中荣公司及该土地抵账给董×。2010年4月荣鹏公司与中荣公司签订房地产委托开发合同，据此荣鹏公司在该土地上新建住宅楼8栋及附属楼1栋，其中6号楼、7号楼的1-4单元及原来建成的1、2楼归中荣公司，其他楼归荣鹏公司。大部分房屋已经由荣鹏公司对外销售或用于抵债等，所售房屋均由荣鹏公司出具发票。新建的这些楼只有土地证，没有发改委的立项审批许可、规划许可证、开工证及售楼许可证等手续。由于没有相关手续，荣景公寓曾被房山区住建委下发停工通知书并罚款人民币15万元。现在荣鹏公司负责补办相关手续。

2、证人王×1的证言证明：其于2009年7月至2011年5月间任荣鹏公司的销售经理，负责销售荣景公寓。销售流程是首先对外散发售楼小广告，后将客户约到荣鹏公司售楼处签合同并交房款。

3、证人陈×的证言证明：荣鹏公司于2009年前后开发了荣景公寓。其中6号楼及7号楼的1至4单元房屋抵账给中荣公司的董×，还有其他一些房屋也用于抵账。用于抵账的房屋也由荣鹏公司出具销售发票、合同。

4、证人董×的证言证明：2003年至2005年，藏长泉欠其债务，遂将中荣公司及该公司在琉璃河白庄村的一块约40多亩的工业用地抵账给其，但其一直没有开发该地。2010年，藏长泉和其约定，由藏长泉负责开发该地，所建楼房中的1万平米归其所有，用于抵偿先前所有债务。藏长泉在该地上建设了荣景公寓。归其所有的房屋也对外出售，由荣鹏公司出具购房手续及发票。

5、证人张×1的证言证明：2006年，因藏长泉无法偿还董×的欠款，双方约定由董×再交纳人民币500万元，藏长泉将中荣公司转让给董×。期间中荣公司一直未经营。2009年，藏长泉与董×商量开发荣景公寓，用其中1万平米楼房偿还董×。房屋销售以及购房手续均由荣鹏公司负责。

6、证人刘×的证言证明：最初中荣公司的负责人是藏长泉。藏长泉因欠董×债务，将中荣公司股权转让给董×。后藏长泉答应把荣景公寓6号楼及7号楼的4个单元约1万平米的房屋抵账给董×，并由荣鹏公司负责对外销售、签合同。后董×又将中荣公司转给荣鹏公司。

7、证人李×1的证言证明：其是定州市建安建筑工程有限公司的项目经理。其公司参与过荣景公寓的建设。藏长泉用荣景公寓内3套房屋折抵其施工建设款。其将其中两套房屋出售或折抵钱款了。房屋买卖合同是购房人与荣鹏公司签订的。

8、证人王×2的证言证明：其是辽宁金帝第一建筑工程有限公司北京分公司的负责人。其公司参与过荣景公寓的建设。藏长泉用荣景公寓内30多套房屋折抵其施工建设款。后其将房屋出卖。房屋买卖合同都是购房人与荣鹏公司签订的。

9、证人张×2的证言证明：其于2011年11月购买了荣景公寓一处楼房。销售员告诉其该房屋的产权证还在办理过程中。

10、证人卜×、谢×的证言证明：二人均购买了荣景公寓一处楼房，房屋的产权证至今未能办理下来。

11、中荣公司危房改建合作协议书及补充协议、房地产委托开发合同及补充协议、中荣公司股权转让合同证明：2009年3月，中荣公司与荣鹏公司签订危房改建协议，后双方又于2010年签订委托开发合同以及补充协议，双方约定，中荣公司委托荣鹏公司对房山区琉璃河白庄村土地进行房地产开发，由荣鹏公司负责开发建设及新项目销售，6号楼及7号楼共计118套住房归中荣公司，由中荣公司自行销售，荣鹏公司负责提供买卖合同及销售收据或发票。

12、商品房内部认购合同、抵账协议、（2013）精师审字第087号审计报告、荣鹏公司出具的证明、房屋销售明细表等证明：除1、2号楼外，荣景公寓项目还建成住宅楼8栋及附属楼1栋，包括房屋615套及地下室134套；对外销售或用于抵债的房屋605套及地下室120套，收入共计人民币1.9亿余元。

13、北京市房山区发展和改革委员会出具的证明证明：荣景公寓项目未立项。

14、北京市国土资源局房山分局出具的复函、证明以及北京市国有土地使用权出让合同等证明：中荣公司具有坐落于房山区琉璃河镇白庄村东一宗国有土地使用权，土地证号为”京房国用（1999）字第193号”，土地用途为工业用地，土地使用权面积为30433.1平方米，土地登记为七类地区，土地使用期限为50年。荣景公寓项目未办理用地手续。

15、北京市规划委员会房山分局出具的复函证明：荣景公寓未办理建设用地规划许可证手续，故该局先后于2009年9月14日、2010年6月22日依法对其下发了《责令停止建设通知书》，责令其停止建设、接受调查，并移交城管部门查处。该地块上所建住宅项目不符合《北京市房山区琉璃河镇总体规划（2011-2020年）》方案，属于无法采取改正措施消除对规划影响的情形。

16、北京市房山区城建档案信息中心出具的建设工程规划许可证附件、北京市规划委员会房山分局出具的复函证明：荣景公寓仅1号、2号住宅楼有建设工程规划许可证，3号至10号住宅楼未取得建设工程规划许可证。

17、北京市房山区住房和城乡建设委员会出具的证明证明：荣景公寓未办理建筑工程施工许可证手续。

18、违法建设停工通知书、责令停止建设通知书证明：北京市规划委员会分别于2009年9月、2010年6月对中荣公司就位于房山区琉璃河镇白庄村东的荣景公寓项目发出责令停止建设通知。

19、北京市规划委员会房山分局关于卫星查违发现违法建设情况的函及房山区城管监察大队询问笔录、限期拆除决定书证明：2011年北京市规划委员会应用卫星监测违法建设系统发现位于房山区琉璃河镇白庄村东建设的白庄1号、3号、4号住宅楼，未对其核发建设工程规划许可证及乡村建设规划许可证；荣鹏公司总经理王×3称，荣鹏公司未取得建设工程规划许可证；房山区城管监察大队于2011年8月向荣鹏公司发出限期拆除决定书，并于同年8月17日送达王×3。

20、北京市规划委员会房山分局关于移送巡查中发现违法建设情况的函及房山区城管监察大队询问笔录、限期拆除决定书、公告证明：2012年5月，该局发现房山区琉璃河镇白庄建设荣景公寓5号至10号住宅楼，经核查，该局未对其核发相关规划许可证件；荣鹏公司总经理王×3称，荣鹏公司未取得建设工程规划许可证，也没有其他相关部门许可手续；房山区城管监察大队于2012年6月向荣鹏公司发出限期拆除决定书，并于同年6月29日送达王×3，10月11日对此发出公告。

21、行政处罚决定书及现场检查笔录、询问笔录证明：2011年10月，房山区住房和城乡建设委员会对荣景公寓项目3、4、5、6号住宅楼未取得建筑工程施工许可证违法建设作出责令改正以及罚款处罚。现场检查时，荣鹏公司王×3在场，王×3表示该项目在没有建筑工程施工许可证的情况下进行开工建设，于2010年7月30日竣工，现已投入使用。

22、房屋所有权证证明：房山区琉璃河白庄村东1、2号楼于2000年已办成房产证。

23、接受刑事案件登记表、呈请立案报告书、呈请破案报告书、立案决定书等证明：本案的侦破情况。

24、中荣公司工商注册资料证明：1999年藏长泉等人出资设立中荣公司，法定代表人为藏长泉，公司位于北京市房山区琉璃河地区白庄村北；2006年藏长泉等人将股权转让给董×等人并由董×担任法定代表人；2011年董×又将股权转让给王×3、李×3，并由王×3担任法定代表人。

25、荣鹏公司工商注册资料证明：荣鹏公司注册成立于2001年3月，注册资本1000万元，法定代表人臧长泉；2010年法定代表人姓名变更为”藏长泉”；2011年10月，李×3担任荣鹏公司法定代表人。

26、户籍资料、河北省涿州市公安局双塔派出所出具的证明、北京市公安局房山分局经侦大队出具的工作说明证明：藏长泉的自然人情况，及本案中”臧长泉”与”藏长泉”为同一人。

27、逮捕证等法律手续证明：藏长泉被采取强制措施的情况。

28、到案经过证明：藏长泉的到案情况。

29、北京市公安局房山分局出具的工作说明证明：藏长泉提供的杨某具有贪污行为的犯罪线索，经工作暂未有进展，目前正在进一步工作中。

30、北京市原宣武区人民法院刑事判决书、北京市原大兴县人民法院刑事判决书证明：1988年5月，藏长泉因犯诈骗罪、行贿罪被判处有期徒刑四年；1995年4月，藏长泉因犯非法买卖枪支、弹药罪被判处有期徒刑一年零六个月，缓刑二年。

31、北京市规划委员会房山分局关于对琉璃河镇荣景公寓住宅小区依法补办规划手续的复函证明：荣鹏公司曾向北京市规划委员会房山分局申请补办荣景公寓产权手续，得到回复为该住宅项目与《北京市房山区琉璃河镇总体规划（2011-2020年）》方案不符，形成违法事实，属于无法采取改正措施消除对规划影响的情形。

上述证据，经一审法院庭审举证、质证并予以确认，本院经审核属实，亦予以确认。

本院认为，上诉单位北京荣鹏房地产开发有限公司违反我国《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《城乡规划法》、《建筑法》等法律规定，在未变更土地性质，且未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证、商品房预售许可证等资质的情况下，违法建设、销售房屋，非法经营额达1.9亿余元，严重扰乱了市场秩序，情节严重，其行为已构成非法经营罪，依法应予以惩处；上诉人藏长泉作为直接负责的主管人员，依法亦应予以惩处。

对于荣鹏公司的诉讼代表人及其辩护人、藏长泉及其辩护人所提原审法院适用法律有误，本案不构成犯罪的辩解及辩护意见，经查，我国刑法第二百二十五条关于非法经营罪的规定中，除了明文列举构成非法经营罪的行为之外，还规定了”其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，故认为刑法及相关司法解释没有明文列举本案行为，本案即不构成非法经营罪的意见不能成立。我国《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《城乡规划法》、《建筑法》等法律规定，建设、销售商品房时，需具备居住用地性质的国有土地使用证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证、商品房预售许可证等资质。本案中，荣鹏公司虽然具有涉案地块的国有土地使用证，但在既未将该土地性质由工业用地变更为居住用地，亦未取得各项建设、施工、预售等许可资质的情况下，擅自在该土地上违法建设并向社会公开销售荣景公寓小区，其行为已经违反了前述法律规定，且非法经营额高达1.9亿余元，严重扰乱了市场秩序，属于违反国家规定，实施非法经营的行为，且情节严重，符合非法经营罪的构成要件。藏长泉作为荣鹏公司的实际负责人，属于荣鹏公司直接负责的主管人员，其行为亦构成非法经营罪。故对上述辩解及辩护意见，本院均不予采纳。

对于荣鹏公司的诉讼代表人及其辩护人、藏长泉及其辩护人所提现实中存在大量违规建设、销售居住房屋而未被处罚的现象，且荣景公寓可以补办产权手续，故不构成犯罪的辩解及辩护意见，经查，是否具有其他违法建设、销售房屋的社会现象与荣鹏公司及藏长泉违法建设、销售房屋的行为没有关联性，亦不能据此否定荣鹏公司及藏长泉违反相关法律规定的事实；且原公诉机关出具的北京市规划委员会房山分局关于核实琉璃河镇荣景公寓住宅小区是否符合规划情况的复函，以及荣鹏公司提交的北京市规划委员会房山分局关于对琉璃河镇荣景公寓住宅小区依法补办规划手续的复函等证据，亦明确否定了荣景公寓通过补办手续取得房屋产权的可能性。故对上述辩解及辩护意见，本院均不予采纳。对藏长泉申请证人李×2出庭以证明上述辩解的申请，本院亦不予准许。

对于藏长泉及其辩护人所提藏长泉有揭发检举行为的辩护意见，经查，38起违法建设房屋的线索最初系一审开庭时由辩护人提交的打印件，但辩护人拒绝提供相关会见笔录，亦无其他证据证明该线索系由藏长泉亲自检举揭发；藏长泉提供的杨某具有贪污行为的犯罪线索，原审法院已依法将线索移交检察机关，在本院审理期间，尚未查实。故对上述辩护意见，本院均不予采纳。

本院认为，上诉人藏长泉虽对自己的行为性质有辩解，但到案后能如实供述自己的罪行，可依法从轻处罚。同时，鉴于先前在涉案同一地块上建设的两栋住宅楼已通过补办相关手续于2000年取得了房屋产权证，且本案所涉领域存在行政法规与刑事法律不相衔接、相关政策界限不够清晰等特殊情况，最高人民法院在类似案件中明确该类犯罪行为仅属于情节严重的非法经营行为，依据刑法应处五年以下有期徒刑或拘役。故一审法院根据北京荣鹏房地产开发有限公司、藏长泉犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度所作的判决，事实清楚，证据确实、充分，定罪及适用法律正确，唯对上诉人藏长泉的量刑畸重，本院依法予以改判。据此，本院依据《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第（四）项，第二百三十一条，第三十条，第三十一条，第五十二条，第五十三条，第六十一条，第六十七条第三款，第六十四条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（二）项及最高人民法院《关于适用财产刑若干问题的规定》第五条之规定，判决如下：

一、维持北京市第一中级人民法院（2013）一中刑初字第3776号刑事判决的第一、三项，即被告单位北京荣鹏房地产开发有限公司犯非法经营罪，判处罚金人民币二千万元（罚金自判决生效第二日起十日内缴纳）；继续追缴被告单位北京荣鹏房地产开发有限公司的违法所得，予以没收。

二、撤销北京市第一中级人民法院（2013）一中刑初字第3776号刑事判决的第二项，即被告人藏长泉犯非法经营罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币二千万元。

三、上诉人（原审被告人）藏长泉犯非法经营罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币二千万元。

（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2012年6月11日起至2015年12月10日止。罚金自判决生效第二日起十日内缴纳。）

本判决为终审判决。

审　判　长　　罗鹏飞

代理审判员　　朱锡平

代理审判员　　刘瀚阳

二〇一五年九月二十四日

书　记　员　　李　傲