

张某非法经营案

张某非法经营案

北京市第二中级人民法院

刑事判决书

(2020)京02刑抗6号

抗诉机关北京市人民检察院第二分院。

原审被告人张晓东。因本案于1998年5月15日被逮捕，1999年5月31日因犯非法转让土地使用权罪被处罚金人民币一百五十万元，同日被取保候审。

辩护人王楠，北京桂润律师事务所律师。

北京市丰台区人民法院审理北京市丰台区人民检察院指控原审被告人张晓东犯非法经营罪一案，于1999年5月31日作出(1999)丰刑初字第266号刑事判决，认定张晓东犯非法转让土地使用权罪，处罚金人民币一百五十万元。宣判后，在法定期限内，张晓东未上诉，同级人民检察院未抗诉，判决发生法律效力。判决发生法律效力后，张晓东不服，提出申诉。北京市丰台区人民法院于2001年12月5日作出(2001)丰刑监字第3号驳回再审申请通知书，驳回其再审申请。张晓东仍不服，向人民检察院申请监督。北京市人民检察院第二分院于2020年7月2日以京二分检刑申抗〔2020〕2号刑事抗诉书向本院提起抗诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。北京市人民检察院第二分院指派检察官高景惠、检察官助理赵娟出庭履行职务，原审被告人张晓东及其辩护人王楠到庭参加诉讼。本案经合议庭评议、审判委员会讨论并作出决定，现已审理终结。

北京市丰台区人民法院一审判决认定：1995年3月2日，被告人张晓东经国

企房地产开发公司授权天创经济文化发展总公司任命为国企房地产开发公司二分公司总经理期间，在未向土地管理部门办理土地使用权转让手续的情况下，代表国企房地产开发公司与水利部丹江口水利枢纽管理局签订了期房转让合同，非法将位于本市丰台区太平桥小区金融时报社南侧的土地 1600 余平方米及所建的两栋综合楼，以人民币 3300 余万元的价格转让给该管理局使用。后被公安机关查获。

认定上述事实的证据有：证人宋某、陈某 1、季某、陈某 2、刘某、沈某的证言，北京市房屋土地管理局出具的证明，天创经济文化发展总公司的证明、任命书，期房转让合同、收据及有关书证等，被告人张晓东亦供认。

北京市丰台区人民法院认为，国企房地产开发公司及其授权的天创经济文化发展总公司无视国家法律，违反土地管理法规，非法转让土地使用权，情节严重。被告人张晓东身为国企房地产开发公司下属二分公司总经理，明知未向国家土地管理部门办理土地使用权转让手续，仍将土地非法转让给他人使用，是直接责任者，其行为已构成非法转让土地使用权罪。判决：被告人张晓东犯非法转让土地使用权罪，并处罚金人民币一百五十万元。

北京市人民检察院第二分院抗诉认为，北京市丰台区人民法院(1999)丰刑初字第 266 号刑事判决书确有错误，原审被告人张晓东的行为不构成非法转让土地使用权罪。理由如下：

一、法院判决书认定原审被告人张晓东构成非法转让土地使用权罪错误。一是根据在案证据显示，原审被告人张晓东在担任国企房地产开发公司二分公司总经理期间，代表国企房地产公司与水利部丹江口水利枢纽管理局签订《太平桥小区综合楼期房转让合同》时，国企房地产公司不是涉案地块的土地使用权人，无法实施转让或非法转让土地使用权的行为；二是本案事实的实质是太平桥农工商联合公司、国企房地产公司和水利部丹江口水利枢纽管理局三方对涉案地块的开

发建设行为，太平桥农工商联合公司一方作为涉案地块的实际使用权人出地、水利部丹江口水利枢纽管理局一方出资，张晓东所在的国企房地产开发公司实质上是引进资金的中间人并负责建筑施工；三是《土地管理法》及《[中华人民共和国土地管理法实施条例](#)》规定土地使用权转移的，必须向地方政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，更换土地证书。但法律并没有规定双方对土地的开发建设前必须完成土地使用权的过户登记，而且在当时的历史情况下后补房屋所有权证、土地使用权证的情况很普遍，法院判决书将原审被告未向国家土地管理部门办理土地使用权转让手续作为犯罪构成的要件于法无据；四是在案相关证据显示涉案地块的土地使用权人始终未发生实质转移，直至2005年之前一直在太平桥农工商联合公司名下；五是非法转让土地使用权罪是牟利型犯罪，非法获利是构成犯罪的情形之一，但判决书并没有将原审被告人的非法获利作为犯罪情节严重程度的评价。

二、鉴于原审被告人张晓东不构成投机倒把罪，法院判决书依照《[中华人民共和国刑法](#)》[第十二条第一款](#)(从旧兼从轻)规定，认定其犯非法转让土地使用权罪系适用法律错误。一是原审被告人张晓东以国企房地产开发公司的名义与水利部丹江口水利枢纽管理局签订《太平桥小区综合楼期房转让合同》的行为发生并完成于1995年3月，应当适用1979年《[刑法](#)》，[第一百一十七条](#)规定“违反金融、外汇、金银、工商管理法规，投机倒把，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处、单处罚金或者没收财产”。法条采取列举的方式，将违反上述行政法规，情节严重的行为，以投机倒把罪论处，但并没有列出土地管理法规，因此对于土地使用权的非法转让行为，不能依据投机倒把罪来处理；二是《[最高人民法院、最高人民检察院关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答\(试行\)](#)》中，对投机倒把行为列举中，也没有将土地使用权作为

犯罪对象；对司法解释规定“倒卖国家不允许自由买卖的物资”中的重要生产资料和紧俏耐用消费品的理解，也应当根据国家行政机关的规定，如：国家工商行政管理局、商业部、国家物资局 1985 年 4 月 29 日《[关于禁止就地转手倒卖的重要生产资料和紧俏耐用消费品的品种范围的通知](#)》中，明确列举的 24 种重要生产资料和紧俏耐用消费品中，并无土地或土地使用权。国家工商行政管理局、商业部、物资部于 1998 年作出的《[关于调整禁止就地转手倒卖的重要生产资料和紧俏耐用消费品的品种范围的通知](#)》，调整列举了 22 种重要生产资料和紧俏耐用消费品，仍然没有将土地或土地使用权纳入其中。因此，土地使用权及地上房产不宜归类为“国家不允许自由经营的重要生产资料”，也不属于投机倒把罪的犯罪对象。综上，依据《[中华人民共和国刑法](#)》[第十二条第一款](#)(从旧兼从轻)规定，原审被告人张晓东的行为应当按照无罪处理。

再审庭审中，原审被告人张晓东辩称，其没有转让土地牟利，其无罪。其辩护人认为，张晓东的行为不构成犯罪，同意检察院的抗诉意见，张晓东的行为是一种正常的经济行为，不具备社会危害性，从犯罪构成、法律规定各方面分析，张晓东的行为均不符合犯罪的构成要件。

本院经审理查明：

1993 年 11 月 3 日，天创经济文化发展总公司组建国企房地产开发公司第一、二分公司，对外经营统一使用国企房地产开发公司的营业执照及资质证明，任命原审被告人张晓东为国企房地产开发公司二分公司总经理。

1995 年 1 月 6 日，原审被告人张晓东以国企房地产开发公司的名义(乙方)与北京市丰台区太平桥农工商联合公司、北京鸿新联公司(共同甲方)签订《联建合同书》和《房屋转让合同》，约定由甲方提供位于太平桥小区金融时报南侧 1669 平方米建设用地，乙方出资，联合建设 4130 平方米建筑物，房屋建成后甲乙双方

按面积各得 50%。甲方负责提供规划及用地许可证，办理建设所需手续，并协助乙方办理有关产权过户的一切手续。同时约定乙方出资购买甲方的 50%建筑物面积，合同总金额为人民币 1450 万元，乙方有权利在付清全款后取得房屋产权证及有关土地使用证明。太平桥农工商联合公司先后为上述建设项目办理了建设工程规划许可证、建设工程开工证、固定资产投资项目投资许可证等。上述建设项目涉及土地的使用权类型为划拨。

1995 年 3 月 2 日，原审被告张晓东以国企房地产开发公司的名义(甲方)与水利部丹江口水利枢纽管理局(乙方)签订《太平桥小区综合楼期房转让合同》，项目位于北京市丰台区太平桥小区金融时报南侧，占地 1666.9 平方米，建筑面积约 4922.17 平方米(以实际建筑面积为准)，约定转让总金额为 3370.8 万元。乙方分期付款，在付足 90%购房款后，甲方开始为乙方办理本项目的土地使用证的过户手续，并确保今后无产权争议或者纠纷。

1998 年 1 月 16 日，原审被告张晓东以北京九龙新区房地产物业公司的名义作为甲方(国企房地产开发公司二分公司于 1995 年 3 月 20 日撤销建制)与水利部丹江口水利枢纽管理局(乙方)签订《太平桥综合楼期房竣工决算书》进行工程决算，北京市丰台区太平桥小区二期综合楼已经过北京市丰台区质监站竣工验收合格，乙方已经支付给甲方综合楼转让金额 33688417 元，还需再付给甲方转让金额 1463348.94 元。

2004 年 9 月，北京太平桥工贸集团(原北京市丰台区太平桥农工商联合公司)取得上述合同涉及的综合楼房屋所有权证书，并于同年 10 月办理了国有土地使用证书。2005 年 4 月，该房屋所有权人变更为水利部丹江口水利枢纽管理局驻北京联络处，同年 5 月，该国有土地使用证书亦注明经交易转让给水利部丹江口水利枢纽管理局驻北京联络处。

上述事实，有经一审及再审开庭审理中质证确认的天创经济文化发展总公司的批复、任命书、免职决定，国企房地产开发公司与北京市丰台区太平桥农工商联合公司、北京鸿新联公司签订的联建合同书和房屋转让合同，国企房地产开发公司与水利部丹江口水利枢纽管理局签订的太平桥小区综合楼期房转让合同，北京九龙新区房地产物业公司与水利部丹江口水利枢纽管理局签订的太平桥综合楼期房竣工决算书，中华人民共和国国有土地使用证、房屋所有权证等证据证实。

本院认为，[刑法](#)是国家打击犯罪的重要手段，是处罚最为严厉的法律，必须严格遵循罪刑法定原则，法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。本案中，原审被告张晓东在未办理土地使用权转让手续的情况下，即与他人签订期房转让合同，依据当时的行政法规，该行为涉嫌行政违法，但结合当时的法律、政策综合考虑，该行为并不构成刑事犯罪，原判认定张晓东犯非法转让土地使用权罪，属于法律适用错误。

首先，对原审被告张晓东行为的法律评价应当适用 1979 年《[中华人民共和国刑法](#)》（以下简称“[旧刑法](#)”）的相关规定。起诉书指控的犯罪事实及原审判决书认定的犯罪事实均指向张晓东以国企房地产开发公司的名义与水利部丹江口水利枢纽管理局签订《太平桥小区综合楼期房转让合同》的行为，该行为发生并完成于 1995 年，故对该行为的法律评价应当适用行为时的法律，即[旧刑法](#)的有关规定。同时，因该案审判时，1997 年《[中华人民共和国刑法](#)》（以下简称“[新刑法](#)”）已经开始施行，依据[新刑法](#)[第十二条](#)的规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”

对张晓东行为的法律评价应当适用上述“从旧兼从轻”的法律原则，只有在[旧刑](#)

法认为是犯罪的情况下，才能考虑适用新刑法的有关规定。原审判决在未论证张晓东的行为依据旧刑法是否构成犯罪的情况下，直接援引新刑法第十二条，适用新刑法对张晓东以非法转让土地使用权罪定罪处罚，属于法律适用错误。

其次，依据旧刑法的规定，原审被告人张晓东的行为不构成犯罪。依据旧刑法，张晓东的行为最有可能触犯投机倒把罪。旧刑法第一百一十七条规定：“违反金融、外汇、金银、工商管理法规，投机倒把，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处、单处罚金或者没收财产。”该法条采取列举式立法体例，明确将违反金融、外汇、金银、工商管理法规情节严重的行为，界定为投机倒把罪，但并未将违反房地产管理法规和土地管理法规的行为纳入其中。同期，1985年《最高人民法院、最高人民检察院关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》规定，当前投机倒把行为主要有8种情形，虽然第一种情形规定了“倒卖国家不允许自由经营的重要生产资料和紧俏耐用消费品”，但依据1985年《国家工商行政管理局、商业部、国家物资局关于禁止就地转手倒卖的重要生产资料和紧俏耐用消费品的品种范围的通知》，房屋和土地使用权亦不在该通知所明确列举的24种重要生产资料和紧俏耐用消费品之中，解答规定的其余7种情形明显不包含房屋和土地使用权。综上，依据罪刑法定的原则，投机倒把罪的罪状应当严格限定为违反金融、外汇、金银、工商管理法规的行为，犯罪对象特定、具体，不能随意作扩大解释，房屋和土地使用权并非投机倒把罪的犯罪对象。张晓东未办理土地使用权转让手续即与他人签订期房转让合同的行为，不符合投机倒把罪的构成要件，依法不构成投机倒把罪。

再次，在法律无明文规定的情况下，不能将行政违法行为上升为刑事犯罪行为。依据1990年《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、1993年《北京市实施〈中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例〉

办法》的相关规定，转让地上建筑物、其它附着物连同转让划拨土地使用权、包括出售开发建设的房屋连同转让划拨土地使用权的，须经土地管理部门和规划管理部门、国有资产管理部门批准，由土地使用者同土地管理部门签订土地使用权出让合同并补交地价款后，方可进行。未经批准擅自转让划拨土地使用权的，由土地管理部门依法没收其非法收入，并根据情节对非法转让双方处非法收入2倍以下罚款，直至依法收回划拨用地，没收地上建筑物。上述行政法规、规章对未经批准擅自转让划拨土地使用权的行为规定了明确的行政处罚措施，亦未明确构成刑事犯罪的，移送司法机关处理。本案中，张晓东未办理土地使用权转让手续即与他人签订期房转让合同的行为，涉嫌行政违法，但该类行政违法行为并未被纳入刑法的调整范围，不能追究刑事责任。

最后，根据国家当时的房地产产业政策，本案中的行为亦不宜作为犯罪处理。1992年《国务院关于印发<国务院关于发展房地产业若干问题的通知>的通知》指出，房地产业在我国是一个新兴产业，随着城镇国有土地有偿使用和房屋商品化的推进，将成为国民经济发展的支柱产业之一。加快发展房地产业，对于提高土地既是资源又是资产的认识，促进土地的节约和合理利用，对政府筹集建设资金，加快城市建设和经济发展，都具有重要作用。本案中，原审被告人张晓东未办理土地使用权转让手续即与他人签订期房转让合同的行为，虽然涉嫌行政违法，但合同主要内容已经实际履行，未造成其他不良后果，且符合当时的产业政策，故不宜动用刑事处罚手段干预此类经济行为，从而为经济社会发展营造良好的营商环境。

综上，原审判决认定张晓东的行为构成非法转让土地使用权罪，属于法律适用错误，应当依法予以纠正。北京市人民检察院第二分院抗诉理由成立，本院予以采纳。原审被告人张晓东及其辩护人所提张晓东的行为不构成犯罪的辩解和辩护意见成立，本院予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第十二条、《中华人

民共和国刑事诉讼法》第二百五十四条第三款、第四款、第二百五十六条、第二百三十六条第一款第(二)项及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第四百七十二第一款第(三)项、第五百三十一条的规定，判决如下：

- 一、撤销北京市丰台区人民法院(1999)丰刑初字第266号刑事判决。
 - 二、原审被告人张晓东无罪。
 - 三、原审判决已执行的罚金，依法予以返还。
- 本判决为终审判决。

审判长 蔡 宁

审判员 金昌伟

审判员 吴 宏

二〇二一年九月三十日

书记员 许天卉

©北大法宝：（www.pkulaw.com）专业提供法律信息、法学知识和法律软件领域各类解决方案。北大法宝为您提供丰富的参考资料，正式引用法规条文时请与标准文本核对。欢迎查看所有[产品和服务](#)。

[法宝快讯：如何快速找到您需要的检索结果？法宝 V6 有何新特色？](#)



扫描二维码阅读原文

原文链接：

<https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fceldfc71dffaab119028370d00ee627ac15bdfb.html>