

# 陈建华、冯庆元非法经营二审刑事判决书<sup>1</sup>

发布日期：2019-11-20

浏览：266次



## 江西省吉安市中级人民法院 刑事判决书

(2019)赣08刑终372号

原公诉机关江西省遂川县人民检察院。

上诉人（原审被告）陈建华，绰号“高佬”，男，1963年11月21日出生于湖南省安仁县，汉族，小学文化，个体户，家住湖南省郴州市安仁县。因涉嫌犯非法经营罪于2018年1月19日被刑事拘留，2018年2月8日经遂川县森林公安局决定被取保候审，2019年1月17日经遂川县人民检察院决定被取保候审，2019年7月1日经遂川县人民法院决定被继续取保候审。现候审在家。

委托辩护人郭昊，江西钧略律师事务所律师。

原审被告人冯庆元，男，1957年8月7日出生于江西省遂川县，汉族，初中文化，个体户，家住江西省遂川县。因涉嫌犯非法经营罪于2017年12月28日经遂川县森林公安局决定被取保候审，2018年12月26日经遂川县人民检察院决定被取保候审，2019年7月1日经遂川县人民法院决定被继续取保候审。现候审在家。

原审被告人冯未平，男，1979年12月13日出生于江西省遂川县，汉族，初中文化，个体户，家住江西省遂川县。因涉嫌犯非法经营罪于2017年12月28日被刑事拘留，2018年1月18日经遂川县森林公安局决定被取保候审，2018年12月26日经遂川县人民检察院决定被取保

<sup>1</sup>

候审，2019年7月1日经遂川县人民法院决定被继续取保候审。现候审在家。

原审被告人冯花园，女，1984年3月16日出生于江西省遂川县，汉族，初中文化，个体户，家住江西省遂川县。因涉嫌犯非法经营罪于2018年1月3日经遂川县森林公安局决定被取保候审，2018年12月26日经遂川县人民检察院决定被取保候审，2019年7月1日经遂川县人民法院决定被继续取保候审。现候审在家。

原审被告人郭建威，绰号“老马”，男，1978年10月19日出生于江西省遂川县，汉族，高中文化，个体户，家住江西省遂川县。因涉嫌犯非法经营罪于2018年1月24日经遂川县森林公安局决定被取保候审，2018年12月26日经遂川县人民检察院决定被取保候审，2019年7月1日经遂川县人民法院决定被继续取保候审。现候审在家。

江西省遂川县人民法院审理遂川县人民检察院指控原审被告人陈建华、冯庆元、冯未平、冯花园、郭建威犯非法经营罪一案，于二〇一九年七月三十一日作出（2019）赣0827刑初110号刑事判决。原审被告人陈建华对判决不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，审查上诉状，认为本案不属于依法必须开庭审理的案件，决定不开庭审理。本院依法讯问了陈建华，听取了辩护律师的辩护意见，核实了全案证据，对一审认定的事实和适用法律进行了全面审查。现已审理终结。

原判认定，被告人冯庆元自上世纪九十年代起收购**野生动物**，于2013年办理了江西省**野生动物**或其产品经营许可证（经营有效期2013年8月2日至2016年8月2日），但未办理工商营业执照。冯庆元在经营过程中负责收钱付钱，被告人冯未平负责开车送货，被告人冯花园负责收货和与买家联系。被告人陈建华在2012年3月15日向广州市从化工商分局申请登记注册，并取得了工商部门颁发的“个体工商户营业

执照”，经营范围为农副产品零售和非国家重点保护的动物及产品（法律行政法规禁止项目除外；法律行政法规限制的项目须取得许可后方可经营），2014年11月24日经工商部门变更登记了经营范围为“牲畜批发”。在2014年12月至2017年期间，未再向工商行政管理部门申请登记注册。2001年4月黄某4办理了江西省**野生动物**或其他产品经营许可证，2015年被收回。2017年元月至12月27日间，被告人冯庆元、冯花园和黄某4、黄某1、黄某2(均另案处理)在未办理工商营业执照和**野生动物**经营许可证的情况下，分别在家中收购卢某(另案处理)、刘某、李某1、赵某1、赵某2、黄某3、李某2、梁某4、肖某4及不知名的老表在山上捕获的麂子、野猪、鼬獾(花面狸)、果子狸、竹鼠等**野生动物**活体，各自由冯未平和黄某2负责装运至碧洲高速路口，通过奉新至东莞的班车运至广州中新服务区，再由郭建威等人先后装运至从化市太平镇、清远市清城区被告人陈建华的农副产品购销部代为销售，被告人陈建华再加价销售牟利。2017年12月27日，冯未平装运**野生动物**鼬獾13只，小鹿8只，野猪5头，果子狸1只，共27只**野生动物**；黄某1装运**野生动物**鼬獾5只，银星竹鼠2只，小鹿7只，野猪4头，各种蛇类41条，共64只**野生动物**，在让班车托运去广州时被当场查获。经江西亚林林业司法鉴定中心司法鉴定，以上所有物种均被列入《国家保护的有益的或者有重要经济、科学研究价值的陆生**野生动物**名录》。鼬獾、小鹿、眼镜蛇、灰鼠蛇和果子狸均属江西省级重点保护**野生动物**。经查，2017年冯庆元、冯未平、冯花园、郭建威销售给陈建华的非法经营**野生动物**金额为100万元左右。2017年黄某4、黄某1、黄某2销售给陈建华的非法经营**野生动物**金额80万元左右。2017年12月27日，冯庆元主动投案；2018年1月3日，冯花园主动投案；2018年1月20日，陈建华被抓获归案；2018年1月24日，郭建威主动投案。案发后，

被告人陈建华退缴违法所得款 15 万元已没收，被告人冯庆元已退缴违法所得款 10 万元已没收。上述事实，有相关证据证实。

原审法院认为，被告人陈建华、冯庆元、冯未平、冯花园、郭建威违反国家规定，在未向工商行政管理部门申请登记注册，取得营业执照、及未取得林业主管部门**野生动物**经营许可的情况下，从乡镇村民手中收购非法猎捕的非国家重点保护**野生动物**进行销售，情节严重，其行为已构成非法经营罪。冯未平、冯花园、郭建威在本案中起帮助作用，是从犯，依法应当从轻处罚。被告人冯庆元、冯花园、郭建威主动归案，并如实供述了自己的犯罪事实，是自首，依法可以从轻处罚。被告人冯未平归案后如实供述了自己的犯罪事实，依法可以从轻处罚。根据被告人冯庆元、冯未平、冯花园、郭建威的犯罪情节和悔罪表现，宣告缓刑对其所居住的社区没有重大影响，依法可以宣告缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第一项、第二十五条第一款、第二十七条、第六十七条第一款、第三款、第五十二条、第五十三条第一款、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第二款、第三款之规定，判决：一、被告人陈建华犯非法经营罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二十万元。二、被告人冯庆元犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币十万元（已缴纳）。三、被告人冯未平犯非法经营罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处罚金人民币十万元（已缴纳）。四、被告人冯花园犯非法经营罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币十万元（已缴纳）。五、被告人郭建威犯非法经营罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币十万元（已缴纳）。

原审被告人陈建华上诉提出，原判认定事实有误，适用法律错误，其不构成非法经营罪。理由：1. 陈建华与冯庆元之间是委托代销关系，

不是经销买卖关系，不能以冯庆元的经营数额来认定陈建华的经营数额，只能认定冯庆元是经营主体，陈建华起帮助、次要作用。2. 陈建华认可是在帮冯庆元代销非国家重点保护野生动物，但该行为系一般违法行为，不属于犯罪，不构成非法经营罪。根据《中华人民共和国野生动物保护法》的规定，未持有合法来源证明出售、利用、运输非国家重点保护野生动物的，由县级以上地方人民政府野生动物保护主管部门或者市场监督管理部门按照职责分工没收野生动物，并处野生动物价值一倍以上五倍以下的罚款。陈建华的行为可作为一般行政违法进行处理。

原审被告人陈建华上诉另提出，即使其行为构成非法经营罪，原判也量刑过重，请求从轻、减轻处罚并适用缓刑。

辩护人提出，陈建华二审自愿认罪认罚，请求二审法院对陈建华从轻、减轻处罚并适用缓刑。

二审审理查明的事实和证据与一审认定的一致。有经一审庭审举证、质证、认证的被告人陈建华、冯庆元、冯未平、冯花园、郭建威的供述，证人陈某 4、卢某、李某 1、李某 2、赵某 1、赵某 2、刘某、黄某 3、项某、黄某 1、黄某 2、宋某、龙某、王某等人的证言，现场勘验笔录、辨认笔录，司法鉴定意见，归案情况说明，微信转账、聊天记录，书证等证据予以证实，足以认定。二审另查明，上诉人陈建华二审自愿认罪认罚，书写了认罪悔过书并缴清了一审所判处的全部罚金。该事实，有相关书证予以证实。

二审中，本院依法委托湖南省安仁县司法局对上诉人陈建华进行了审前社会调查。审前社会调查表载明安仁县司法局同意对陈建华适用社区矫正。

本院认为，上诉人陈建华及原审被告人冯庆元、冯未平、冯花园、郭建威违反国家规定，在未向工商行政管理部门申请登记注册，取得营

业执照、未取得林业主管部门**野生动物**经营许可的情况下，收购非法猎捕的非国家重点保护**野生动物**进行销售，情节严重，其行为均已构成非法经营罪。原审被告人冯庆元、冯花园、郭建威主动归案，并如实供述了自己的犯罪事实，是自首，依法可以从轻处罚。原审被告人冯未平、冯花园、郭建威具有从犯情节，依法应当从轻处罚。原审被告人冯未平归案后如实供述了自己的犯罪事实，系坦白，依法可以从轻处罚。原判根据冯庆元、冯未平、冯花园、郭建威的犯罪情节和悔罪表现，对其四人宣告缓刑符合法律规定；因陈建华一审不认罪，原判未对其宣告缓刑也符合法律规定。鉴于陈建华二审认罪认罚，具有悔罪表现，且审前社会调查表明其没有再犯罪的危险，对其宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响，故可采纳陈建华及其辩护人提出改判缓刑的意见。原判认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法。依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第一项、第二十五第一款、第二十七条、第六十七条第一款、第三款、第五十二条、第五十三条第一款、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第二款、第三款及《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条、第二百三十六第一款第（一）（二）项之规定，判决如下：

一、维持江西省遂川县人民法院（2019）赣0827刑初110号刑事判决第（二）（三）（四）（五）项。即：被告人冯庆元犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币十万元（已缴纳）；被告人冯未平犯非法经营罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处罚金人民币十万元（已缴纳）；被告人冯花园犯非法经营罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币十万元（已缴纳）；被告人郭建威犯非法经营罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币十万元（已缴纳）；

二、撤销江西省遂川县人民法院（2019）赣 0827 刑初 110 号刑事判决第（一）项。即：被告人犯陈建华非法经营罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二十万元；

三、上诉人陈建华犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币二十万元（已缴纳）。

（缓刑考验期，从判决确定之日起计算）

本判决为终审判决。

审判长 伍春辉

审判员 彭 箭

审判员 刘凯升

二〇一九年十一月四日

法官助理尹菁

书记员王艳丽