

# 非法经营罪与罪刑法定原则的冲突问题研究

胡 焯

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年10月8日; 录用日期: 2022年12月5日; 发布日期: 2022年12月12日

## 摘 要

非法经营罪的前身乃投机倒把罪, 经过修改后依旧存在着空白罪状和兜底条款, 一直遭受着“口袋罪”的诟病, 可以说其存在就是对罪刑法定原则的挑战, 但这并不能成为取消设立该罪的原因。该罪名的存在具有正当性, 是刑法对于不断出现的新兴经营模式可以进行合理干预的依据。因此, 当下最重要的是从刑法解释学出发, 在两者的冲突中更好地理解 and 把握非法经营罪的内涵。本文围绕该主题并结合司法判例详细讨论了以下四个问题: (一) 法经营罪的刑行交叉问题, 以更好把握对该罪中的“违反国家规定”的理解; (二) “扰乱市场秩序”的认定; (三) “情节严重”的认定标准; (四) 刑法在市场经济中的立场。希望通过以上讨论来厘清非法经营罪与罪刑法定原则的关系。

## 关键词

非法经营罪, 罪刑法定原则, 违反国家规定, 扰乱市场秩序, 情节严重

# Research on the Conflict between Crime of Illegal Business Operations and the Principle of Legality

Ye Hu

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 8<sup>th</sup>, 2022; accepted: Dec. 5<sup>th</sup>, 2022; published: Dec. 12<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

The predecessor of crime of illegal business operations is crime of speculation. After modification, there are still blank facts and transparency provisions in it, and it has been criticized as “a pocket crime”. Its existence is a challenge to the principle of legality, but this cannot be the reason to cancel the establishment of this crime. The existence of the crime is legitimate, which is the basis for

criminal law to legitimately intervene in the constantly emerging business model. Thus, the most important thing at present is to better understand and grasp the connotation of crime of illegal business from the perspective of criminal hermeneutics. Centering on this theme and combining judicial precedents, this paper discusses the following four problems in detail: 1) The intersection of criminal law and administrative regulations of crime of illegal business operations, in order to better understand “in violation of State regulations” in this crime; 2) The identification of “disrupt market order”; 3) The identification standard of “serious nature”; 4) The position of criminal law in market economy, hoping through the above discussion to clarify the relationship between crime of illegal business operations and the principle of legality.

## Keywords

Crime of Illegal Business Operations, The Principle of Legality, In Violation of State Regulations, Disrupt Market Order, Serious Nature

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 非法经营罪概况

### 1.1. 历史沿革

非法经营罪的前身是投机倒把罪，所谓“投机”是指对时机予以利用以取巧，“倒把”是指操纵物价，以假代真进行销售，长途贩运赚取差价，从而扰乱市场。投机倒把罪诞生于计划经济时代，符合当时的社会背景特征，与其说是一个法律概念，不如说是一种以遏制资本家投资倒把行为为目的的政治武器。随着我国 1997 年刑法的修订，该罪名正式被废除，被主要拆分为寻衅滋事罪、合同诈骗罪、非法经营罪、生产销售伪劣产品罪这四个罪名，当然还包括其他一些具体的罪名。受制于当时社会发展的局限，上述的这几个罪名并不能涵盖所有扰乱市场经营秩序的情况，因此为了刑法能够全面有力打击相关经济类刑事犯罪，并为后期出台司法解释留有余地，在 97 年刑法立法时就保留了“其他”的兜底表述，且该种表述一直保留至今<sup>[1]</sup>，其中具有该种表述的最典型的罪名之一就是非法经营罪，关于该罪，已有许多司法解释<sup>1</sup>进行具体认定，对于该罪的司法适用也在逐渐完善，从广度上来看，几乎覆盖到各个经济行业；从规制的对象来看，都是针对司法解释出台的时间点前后几年的新兴经营模式的犯罪。

### 1.2. 空白罪状的特性和其兜底条款

#### 1.2.1. 空白罪状

所谓空白罪状，是指法律条文中没有具体地写明某一犯罪的构成特征，而是指明了其构成必须参照其他法律法规、法令中的规定，而《刑法》第 225 条的非法经营罪就属于典型的空白罪状。从立法技术上来说，空白罪状将构成要件交给行政规范体系而放弃在刑法中做出详细规定，是符合非法经营罪特征的。具体而言，非法经营罪属于行政犯(法定犯)，行为之所以构罪是因为违反了国家的行政管理规定且同时达到了刑事违法性标准，具有行政与刑事的双重违法性，因此对于行政犯构成要件的界定必然会涉

<sup>1</sup>例如全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 4 条、最高人民法院 1998 年 12 月 17 日《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、最高人民法院 2000 年 5 月 12 日《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》、最高人民法院 2001 年 4 月 10 日《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》等，这些都是对《刑法》第 225 条第 4 项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的具体认定。

及到国家的行政管理体制，并且基于“法无禁止即可为，法无授权即禁止”的原则，国家对于市民生活的干预是动态化的，由此在刑法上的体现就是刑法对于经济犯罪的入罪门槛也是在不断变化的。而刑法典作为我国法律渊源中的核心，为了保持其权威性，必然不可轻易变动，因此，空白罪状在经济刑法领域中是必不可少的[2]。正如有的学者所说，“空白刑法的存在是与行政犯的独特性质相吻合的一种刑法立法形式，它不仅适用于已经产生的行政犯(罪)，也可以适用于将来可能出现的行政犯(罪)” [3]。

### 1.2.2. 兜底条款

至于《刑法》中第 225 条“非法经营罪”的兜底条款，其实就是该条第 4 项的规定，即“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，它并没有具体明确的行为方式，而是用了很模糊的“其他”一词。兜底条款一方面弥补了列举式条款没有办法详尽列举每一种情况的漏洞，发挥着和空白罪状一样的保护刑法典稳定的功能，另一方面也符合行政犯的特点和需要，但其“兜底性”从客观上给司法实务的“口袋”化倾向埋下了隐患，遭到了许多学者的批判，认为非法经营罪的兜底条款的存在带有极大的模糊性和不明确性，与刑法中的罪刑法定原则不相符，观点激烈的学者甚至提出要废除该条款。

### 1.3. 非法经营罪和罪刑法定原则的关系

我国《刑法》第 3 条后半句体现了罪刑法定原则<sup>2</sup>，具体可分为形式的侧面和实质的侧面，形式的侧面包括法律主义(专属性原则)、禁止类推解释等，实质的侧面则包括明确性原则和合理性原则(正当性原则) [4]。但作为一种法律原则，其内容是抽象化的，会随着人们观念的转变和社会发展而改变，特别是随着经济的快速发展，像非法经营罪这样的法定犯日益增多，其侵害的法益对象和程度也在不断变化，这对罪刑法定原则的适用带来了严峻的挑战。而非法经营罪既属于空白罪状又存在兜底条款，在该罪名下研究罪刑法定原则无疑是颇具争议的，即把握非法经营罪最大的难点就是对罪刑法定原则的理解与适用，这也是遭到许多学者批判的地方。有学者提出：“如果刑法规范的表达过于模糊、弹性、不周延或者欠缺实体的正当性，则可能给刑罚权的扩张和滥用留下可乘之机，公民个人的权利就存在被无辜侵犯的可能” [5]。在实务中，因地方法院对“违反国家规定”这一概念理解的偏差，混淆了行政违法性和刑事违法性，同时对于“扰乱市场秩序”和“情节严重”缺少统一的判断标准，最终导致将许多只需要接受行政处罚，而无须遭受刑罚的行为却通过类推解释使其入刑。此外，在颇具开放性的市场经济中，一些新兴经营模式出现，有的地方法院因为新兴经营模式与其他传统的罪名不匹配，又因为审限的要求，抱着“宁可错杀三千，不可放过一个”的主观入罪态度，就一刀切地通过兜底条款将其解释为非法经营罪。

笔者认为，虽然非法经营罪看似是对罪刑法定原则的一个重大冲击，但我们并不能采取过激的态度，应当通过完善刑法的解释，对非法经营罪有一个整体全面的把握。罪刑法定原则中所谓的明确性原则并不仅仅指的是绝对明确，也包括相对明确。因此，对于行政犯的认定，应当确立判断标准和认定程序，从而明确罪刑规范，这才是罪刑法定原则对此类罪名的要求。所以本文将从“违反国家规定”的理解、“扰乱市场秩序”的认定、“情节严重”的认定标准和刑法在市场经济中的立场这四个方面展开论述，以厘清非法经营罪与罪刑法定原则之间的冲突问题。

## 2. 非法经营罪的刑行交叉问题

### 2.1. “违反国家规定”之理解

非法经营罪属于法定犯(行政犯)，在刑事违法性评价之前存在前置性规范，只有违反了前置性规范才

<sup>2</sup> 《刑法》第 3 条：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。

有可能构成犯罪，由此可以看出行政法律规范与刑法在非法经营罪的认定中存在着千丝万缕的关系，是判断罪与非罪的重要标尺。该条款中的“违反国家规定”的认定直接关系到罪刑法定原则的适用问题，具体而言，即明确性原则，是否通过表述清晰的语言使国民了解该行为内容，能够对自己的行为性质有所预测。

关于该类行政规范的效力性，在《刑法》第96条<sup>3</sup>做出了严格的限制，在2011年最高院发布的《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》(以下简称“《关于国家规定的通知》”)中又进行了进一步的解释。其中，对于全国人大及其常委会制定的法律和决定没有疑问，因为这是由国民选举的代表组成的立法机关的立法，符合罪刑法定原则的民主主义[4]。但是，对于国务院制定的行政法规等，有学者提出异议，认为这有悖于民主主义。笔者认为，这是混淆了刑事立法问题和法律补充适用。罪刑法定原则中的民主主义强调的是刑法必须由民选代表机关，即立法机关来规定，这是对于第一层次(立法问题)的规定，但是上文所指的“国家规定”，关系到的是第二层次(法律补充适用问题)，即是法律制定后由谁根据什么来予以解释，怎样把法律适用到个案上的问题，两者是不同层次上的概念[3]。

关于该类行政规范的内容，根据同类解释规则，非法经营罪的第4项兜底条款应该与前面所列出的三类行为在性质上具有相当性。非法经营罪第1项中的“未经许可”需与《行政许可法》中的“行政许可”作区分，非法经营罪第1项中指的是未经法律授权的专营专卖，特指具有国家垄断性质的许可，其标准应该严格于《行政许可法》中的行政许可，主要包括食盐、烟草，直接针对违反许可进行的物品买卖。第2项指的是买卖证明文件的非法经营行为，且仅仅局限于明确列出的四类文件，直接针对的是关于许可文件的买卖。第3项是非法经营业务行为，且该类业务都是国家垄断经营的，直接针对的是违反许可从事该类特殊业务[6]。

笔者认为，刑法总论中的“国家规定”是一个笼统的概念，是提取公因式后共同的元素，到了具体应用层面时应当具体化。非法经营罪前三项行为都是围绕许可制度展开的，那么第四项也应当是关于许可的。总体而言，非法经营罪中的“违反国家规定”应作限缩解释，特指违反许可类的国家规定。

## 2.2. 行政违法性与刑事违法性的重合与界限——以郭嵘非法经营案为例

非法经营罪属于行政犯，存在双重违法性，而基于刑法的最后手段性，刑事违法性的标准应当远高于行政违法性，这就涉及到行政违法性和刑事违法性的认定和衔接的问题。在司法实践中，因为法官对于特殊领域知识储备有限、行政违法性和刑事违法性判断依据模糊等原因，往往会出现两者混淆的错误判决，本文将以此案为例来展开论述这一现象。<sup>4</sup>

案件基本事实：南通三联科技发展公司成立于1993年12月，法定代表人为郭嵘，经营范围包括农药，1998年10月该公司注销。被告人郭嵘于2003年至2005年1月，明知其经营的该公司已被工商行政管理机关注销，却仍然以该公司的名义对农药进行采购，并且在没有另外申请新的农药生产许可证的情况下，擅自以“小改大或大改小”方式分装农药，销售额计708,585元。

法院认为部分：行为人郭嵘违法分装农药的行为违反了《农药管理条例》<sup>5</sup>的规定，在该规定中，生产农药(分装农药)，应当向国务院工业产品许可管理部门申请农药生产许可证。而行为人郭嵘未经许可，以南通三联科技发展公司的名义分装农药进行销售，扰乱市场秩序，情节严重，其行为已经触犯刑律，

<sup>3</sup>《刑法》第96条：本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

<sup>4</sup>郭嵘非法经营、假冒注册商标案：江苏省如皋市人民法院(2005)皋刑初字第0269号刑事判决书。

<sup>5</sup>行为人郭嵘实行该行为是在2003年至2005年，当时施行的是2001年《农药管理条例》，即中华人民共和国国务院令326号，后在2007年进行修改。为了方便结合该判例对本文内容进行论述，本文所指的《农药管理条例》都是2001年的《农药管理条例》。

构成非法经营罪。对于郭嵘以三联公司的名义购进农药未进行分装直接予以销售的行为，根据《农药管理条例》，未对销售农药实行登记许可制，因此该行为只能属于无证经营，不能构成非法经营罪。

在郭嵘非法经营案中，郭嵘存在两个行为：未经许可分装农药和未经许可销售农药。笔者赞同第二个行为的法院认定部分，但是对于第一个行为构成非法经营罪，笔者认为该结论值得进一步推敲。法院的审判逻辑是这样的：根据《农药管理条例》第 6 条<sup>6</sup>，郭嵘的分装农药的行为也必须进行登记。同时根据该条例第 40 条第 1 项<sup>7</sup>，可以将《农药管理条例》(其效力等级为行政法规)作为《刑法》第 225 条中所规定的“国家规定”，以此为依据入罪。从文字上来看，这样的审判逻辑思维似乎没有问题，因为该《农药管理条例》第 6 条明确规定了“生产”包括分装，且是“下同”的，那么“下同”一词就将两者联系起来。但是否可以直接以《农药管理条例》第 6 条中“生产包括分装”的规则应用到本案中？笔者认为，从关于农药管理的相关规定的宏观角度来看，从体系解释出发，就会发现其存在几点错误。

**Table 1.** Comparison of the provisions on Regulations on Pesticide Administration and Measures for the Implementation of Regulations on Pesticide Administration

**表 1.** 《农药管理条例》与《农药管理条例实施办法》规定比照

	《农药管理条例》	《农药管理条例实施办法》
登记制度	第 6 条：国家实行农药登记制度。生产(包括原药生产、制剂加工和分装，下同)，必须进行登记。	第 10 条第 1 句：生产者分装农药应当申请农药分装登记，分装农药的原包装农药必须是在我国已经登记过的。
罚则	第 40 条第 1 项：有下列行为之一的，依照刑法关于非法经营罪或者危险物品肇事罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由农业行政主管部门按照以下规定给予处罚： (一) 未取得农药登记证或者农药临时登记证，擅自生产、经营农药的，或者生产、经营已撤销登记的农药的，责令停止生产、经营，没收违法所得，并处违法所得 1 倍以上 10 倍以下的罚款；没有违法所得的，并处 10 万元以下的罚款；……	第 36 条：对未取得农药临时登记证而擅自分装农药的，由农业行政主管部门责令停止分装生产，没收违法所得，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有违法所得的，并处 5 万元以下的罚款。

首先，从《农药管理条例》和《农药管理条例实施办法》的相关规定的比照(见表 1)可见，在案发时有效的 2002 年《农药管理条例实施办法》第 36 条，单独规定了对在没有取得农药临时登记证的情况下仍擅自分装农药的行为的处罚，如果认为《农药管理条例》第 40 条第 1 项的生产包括分装的话，就会发生该条例与实施办法相冲突的现象。《农业管理条例实施办法》的制定机关是农业部，其效力级别属于部门规章，是否应该根据上位法优于下位法的原则而直接认为《农药管理条例实施办法》第 36 条的规定无效呢？笔者认为不是，两者的关系应当这么理解：《农药管理条例实施办法》是《农药管理条例》的细化和补充。且从两种行为的危害程度上来说也是合理的，违法生产，毫无疑问，其性质要比违法分装恶劣得多，若没有进行生产登记就意味着缺少行政机关的监督和管理，缺乏技术标准恣意生产出来的农药很有可能会对环境、人体、农作物造成直接损害，是一个“源头式”的危害，且具有不确定的扩张和

<sup>6</sup>2001《农药管理条例》第 6 条：国家实行农药登记制度。生产(包括原药生产、制剂加工和分装，下同)农药和进口农药，必须进行登记。

<sup>7</sup>2001《农药管理条例》第 40 条第 1 项：有下列行为之一的，依照刑法关于非法经营罪或者危险物品肇事罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由农业行政主管部门按照以下规定给予处罚：(一) 未取得农药登记证或者农药临时登记证，擅自生产、经营农药的，或者生产、经营已撤销登记的农药的，责令停止生产、经营、没收违法所得，并处违法所得 1 倍以上 10 倍以下的罚款；没有违法所得的，并处 10 万元以下的罚款。

分散危害的可能性。在《农药管理条例》第7条中，对于首次生产和首次进口的农药的登记也要分为三个阶段的规定也可以佐证这一点。而与之相比，分装的前提是已经存在生产出来的农药，产品性质已经稳定。结合《农药管理条例》和《农药管理条例实施办法》中对于生产和分装的处罚力度的规定来看，违反狭义的生产登记制度擅自生产农药的处罚的金额是违反分装登记制度擅自分装农药的两倍，这也是与他们性质恶劣程度相匹配的。

其次，按照生活常识，生产和分装是两个不同的行为，生产应该是一个从许多原材料到加工成产品的工程，是一个从无到有的过程；而分装只是将一个数量多的集合物按照一定的标准划分成许多个小单位，不存在创造的过程。《农药管理条例》第6条将分装也包括在生产内是一个法律拟制，且该种拟制即使是在该行政法规内也应该得到严格限制。这种拟制直接关系到的是登记制度，因此在行政管理层面，涉及到登记制度的时候对于生产和分装的要求是一样的，可以将分装拟制为生产，但对于违反该登记制度的惩戒，两者却存在质的差别。在行政规范内部，都要严格限制拟制的适用，在刑法问题上就应该采取更加谨慎和谦抑的态度，法院直接将行政法规中的拟制照搬到刑法中适用的现象，显然是违背了罪刑法定原则<sup>[1]</sup>。

综上所述，行为人郭嵘违法分装的行为违反的是《农药管理条例实施办法》，其效力等级是行政规章，不得因违反行政规章而将行为人郭嵘入罪。法院没有从关于农药的行政规范体系宏观地来正确理解前置性规范，导致行政违法性和刑事违法性的混淆。同时，这也反映出刑法对于非法经营罪的“违反国家规定”的认定态度存在偏差，只要涉及到的规范满足效力级别就草率地认为其满足了该要件的规定，这违背了罪刑法定原则。虽然对于刑法法官来说，要求其对于行政规范有一个全面的了解有点过于苛刻，但是在《关于国家规定的通知》第二条中也明确规定了，“对被告人的行为是否‘违反国家规定’存在争议的，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示”。但是该司法解释的规定并未引起司法实践的注意。因此，当出现该种模糊不定、难以把握的情形时，地方法院应该请示最高院，以保持司法的统一。其实，为了尽量减少刑法对于经济领域的干预，除了满足形式上的“违反国家规定”之外，也必须满足“扰乱市场秩序”和“情节严重”两个要件，在郭嵘案中，法院未涉及到对这部分认定，而是直接给出了结论，认为也违反了罪刑法定的原则。因此，关于这两个要件的论述，笔者在此案中将不再展开，而会在后文进行详细论述。

### 3. “扰乱市场秩序”及“情节严重”之认定

#### 3.1. 非法经营罪所侵害的法益

非法经营罪处于《刑法》第三章中的第八节——“扰乱市场经济秩序罪”。侵犯的法益是认定该罪名的一个核心问题，直接关系到罪刑法定原则实质侧面的合理性要求。关于该罪侵犯的法益存在许多学说，包括“市场管理秩序说”、“管理活动说”、“市场经济秩序说”、“市场秩序说”、“市场交易的正常秩序说”，也有学者从侵犯的社会关系的数量角度出发，将其分为简单客体说和复杂客体说<sup>[7]</sup>。也有学者进行了具体化，认为非法经营罪侵犯的法益是国家通过特许可管理形成的市场经营秩序<sup>[7]</sup>，上述理论都是有依据且合理的，但因为市场经济秩序是一个高度抽象化的概念，许多学说只是描述了法益的一个侧面。不如从实践的角度出发，思考这样一个问题：在考虑刑事处罚必要性的时候，是以政府对市场的管理秩序为判断标准，还是市场本身受到的损害更加重要？如果仅仅是前者，那么非法经营罪的构成要件核心就是“违反国家规定”，刑法就有可能沦为国家保护制度的武器而导致国家对民众经济生活的过度侵害，对于非法经营罪就只需要一个形式上的违法性认定即可入罪，这就违背了罪刑法定原则实质侧面的合理性要求。本文将会结合王力军非法经营再审改判无罪案来论述该问题。

### 3.2. “扰乱市场秩序”的认定——以王力军非法经营再审改判无罪案为例

该案件讲述了被告人王力军在2014年11月至2015年1月期间，未办理粮食收购许可证，未经工商行政管理核准登记并颁发营业执照，擅自无证照违法收购玉米，将所收购的玉米卖给巴彦淖尔市粮油公司杭锦后旗蛮会分库，非法经营数额218,288.6元，非法获利6000元。<sup>8</sup>

法院的改判基于，虽然王力军没有办理粮食收购许可证及工商营业执照买卖玉米的行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定，但没有达到严重扰乱市场秩序的危害程度，不具备非法经营罪相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性，因此不构成非法经营罪。

但是判决中并没有具体论述王力军的行为为什么不具备相当的社会危害性、形式违法性和刑事处罚必要性。但这背后体现的是罪刑法定原则的合理性原则，一般认为当罚行为应符合以下两个要件：1) 在大部分人看来这种行为具有严重的社会危害性，主张用刑法规制；2) 适用其他制裁方法不能抑制这种行为<sup>[8]</sup>。在王力军案中，虽然王力军非法收购玉米的行为违反了国家规定，但实际上对于当地的生活是起到了积极的作用的，一方面增加了当地农民的收益，另一方面也方便了当地农民和收购机构之间的供需的对接问题，解决了一些贫困人口没有能力或者意愿投资购买玉米脱粒机的问题。此外，从大部分人的视角来看，这种行为没有或者只有轻微的社会危害性，甚至有当地农民是十分支持该种做法的，认为王力军被判处非法经营罪是违背常理的。因此王力军的行为根本就不能满足当罚行为的第一个要件。而行政法律规范之所以对这种无证经营进行处罚是出于管理职能，是经过国家授权便于管理社会活动的，而刑法与行政的价值定位不同，刑法侧重秩序维护<sup>[9]</sup>。从根本上来说，王力军在当地无证收购玉米并卖给公司的行为并没有对市场秩序造成危害。而且值得注意的一点是，在当地无证收购玉米是很常见的现象，可以说已经形成了当地的一种默认的“市场秩序”，这也符合经济市场自发性的特征，所以没有必要动用刑法来处罚该种行为。

综上所述，王力军无证收购玉米行为的违法性其实是侵犯了国家对于粮食流通的管理制度，属于行政违法性，没有达到刑法意义上的“扰乱市场秩序”，不存在需要刑法规制的必要性。

### 3.3. “情节严重”的认定标准

首先要解决的一个问题是，“情节严重”是否属于非法经营罪的构成要件？这在实务界和理论界，都基本达成了共识，即非法经营罪中的“情节严重”是成立非法经营罪的必备条件<sup>[10]</sup>。因此在“违反国家规定”和“扰乱市场秩序”这两个要件的基础上，刑法还规定了要达到一定的严重标准，才可构成非法经营罪。进一步提高了入刑的门槛，更加强调了罪刑法定原则中实质的侧面中的合理性原则。

但是由于非法经营罪涉及的经营行为种类不限，认定标准不一，随着社会的发展，各种新型经营模式的出现，这对“情节严重”的认定问题又带来了新的挑战。对于其具体所指的内容，理论界和实务界一直都存在着争议，没有异议的是数额是认定的其中一个重要标准。由此，最高人民法院根据非法经营罪涉及的物品类型的不同，做出了不同的数额认定标准<sup>9</sup>，其衡量基准也存在差异性，有的是以非法经营额为标准，有的是以非法所得额为标准。虽然财产类犯罪可以以数额作为判断情节的严重程度的标准，但对于“市场秩序”的破坏程度并不完全等同于数额的多少，且该种破坏非常抽象。基于此，有学者提出了其他的标准，例如：预防性要素、恶劣社会影响、非法经营的物品的质量等<sup>[11]</sup>。笔者认为，“情节严重”一词从语义上来说，就带有很强烈的主观色彩<sup>[12]</sup>，每个人对于“严重”的认知和感受程度都是不一样的，若将该要件交由法官自己判断，则很可能会出现法官自由裁量权的滥用，造成同案不同判的尴尬局面。

<sup>8</sup> 指导案例97号：王力军非法经营再审改判无罪案，内蒙古自治区巴彦淖尔盟中级人民法院(2017)内08刑再1号。

<sup>9</sup> 例如1998年最高人民法院出台的《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》和《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、2000年最高人民法院出台的《关于审理扰乱电信管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》等。

因此,考虑到该判断标准会涉及到各个具体经济领域的特点,是一种技术性规范,所以在刑法层面,从罪刑法定原则的角度出发来讲,最重要的是存在可参照的标准规范即可。但对于新兴经营模式,在相关参照标准缺失的情况下,刑法应当秉持慎罚的态度,不可轻易入罪。

## 4. 刑法在市场经济中的立场

### 4.1. 经济刑法的立场与作用概述

从理想化的角度来说,理论界和实务界关于刑法对于经济发展的作用的认识是一致的,即“刑法要为市场经济保驾护航,推动经济发展”[12]。也就是说,刑法起的是一个后盾保护式作用,在经济市场中除了一些涉及国家安全和公共安全的情形需要刑法的介入之外,更多的应当是放权给市场,让其自由发挥。但是由于刑法在我国市场经济发展历程中的独特地位,往往起的是一个主导市场的作用。在大多数发达国家,向市场经济过渡的力量来自于市民社会内部,因此市场规则首先是在经济活动中自发形成,市场经济取代封建自然经济是一个长期的、自发的过程。但是我国从计划经济走向市场经济的启动力量来自于国家,即国家主动运用权力建立市场经济,因此在经济刑法领域,往往就出现刑法的过度扩张,想要通过刑法的力量来构建市场经济的规则和秩序,但这往往就违背了罪刑法定原则中的合理性要求[13]。这也相应产生了一些罪名的适用,如非法经营罪,与罪刑法定原则的冲突问题。

### 4.2. 新兴经营模式下,罪刑法定原则对于经济刑法的要求

笔者认为,之所以会出现刑法过度干预这样的现象,是因为司法者没有用罪刑法定原则去判断行为人的行为,往往片面地因为行为违反了《刑法》第96条中所说的“国家规定”,而不考虑合理性要求,就对那些不值得科处刑罚的行为却出于刑法的大家长主义想而武断地将其入罪。特别是在科技和经济快速发展的现代,诞生了许多新兴经营模式,这必定会给原本的秩序带来一定的冲击,特别是在互联网领域,例如刷单炒信就有以非法经营罪论处的<sup>10</sup>。当然刑法对严重危害市场秩序的行为应该要进行严厉打击,以警示公众要遵守市场秩序与规则,但是对于一些新兴的商业模式,其经营模式还处在一个从无到有的探索阶段,在行政法律规范上都还存在是否予以管制和如何管制的争论,而经济刑法作为最后手段性的规范,更加应当保持谦抑,让位于市场的自我完善,这样才能保障经济市场主体勇于创新。

## 5. 结语

非法经营罪因空白罪状的特征和兜底条款的存在,天然地成为研究罪刑法定原则的最佳对象,同时也决定了只有在深刻理解罪刑法定原则的基础上才能够正确理解非法经营罪的内涵。通过对刑行交叉问题的梳理、“扰乱市场秩序”的认定和“情节严重”的标准认定的讨论和刑法对于市场经济立场的讨论,可以看出我国目前对于非法经营罪存在着肆用、滥用的状况,这与我国学者和司法者对于该罪把握不准确、刑法持着大家长主义的态度以求过度扩张等问题密切相关。在经济快速发展的互联网时代,新兴经营模式的不断涌现,对非法经营罪的适用带来了巨大的挑战,刑法作为最后的手段,应当慎罚、禁止处罚不当罚,以求促进市场经济自身机制和力量的健康发展。因此本文通过梳理非法经营罪与罪刑法定原则之间的冲突问题,明晰行政违法性和刑事违法性的界限,力求准确把握“违反国家规定”的内涵和“扰乱市场秩序”“情节严重”的认定标准,端正刑法对于经济市场的态度。

## 参考文献

[1] 叶晓川,钱程,管依依.非法经营罪的异化扩张与理性限缩[J].行政管理改革,2020(9):85-88.

<sup>10</sup> 李某某非法经营案,浙江省杭州市余杭区(市)人民法院,(2016)浙0110刑初736号。



- [2] 刘树德, 著. 空白罪状——界定·追问·解读[M]. 北京: 人民法院出版社, 2002: 91-92.
- [3] 刘艳红. 空白刑法规范的罪刑法定机能——以现代法治国家为背景的分析[J]. 中国法学, 2004(4): 134-140.
- [4] 张明楷, 著. 刑法学(上) [M]. 第5版. 北京: 法律出版社, 2016: 46-48.
- [5] 葛恒浩. 非法经营罪口袋化的成因与出路[J]. 当代法学, 2016(4): 72.
- [6] 陈兴良. 违反行政许可构成非法经营罪问题研究——以郭嵘分装农药案为例[J]. 政治与法律, 2018(6): 14-15.
- [7] 刘树德. “口袋罪”的司法命运——非法经营的罪与罚[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 10-12.
- [8] 田宇航, 童伟华. 从罪刑法定的实质侧面对兜底条款的分析——以非法经营罪为例[J]. 河北法学, 2015(8): 29.
- [9] 郑伟, 葛立刚. 刑行交叉视野下非法经营法律责任厘定[J]. 法律适用, 2017(3): 73.
- [10] 彭辅顺, 等, 著. 非法经营罪专题整理[M]. 北京: 中国公安大学出版社, 2007: 49.
- [11] 赵祖斌. 论非法经营罪“情节严重”认定标准的重构[J]. 西北民族大学学报, 2019(2): 70-72.
- [12] 张远煌, 龚红卫. 回归与重述: 论我国刑法在市场经济中的使命[J]. 刑法论丛, 2019(1): 477-481.
- [13] 唐稷尧. 扩张与限缩: 论我国商业秘密刑法保护的基本立场与实现路径[J]. 政治与法律, 2020(7): 44.