

非法经营罪中兜底条款的必要性分析

刘佳欣

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2024年1月7日; 录用日期: 2024年2月2日; 发布日期: 2024年2月20日

摘要

非法经营罪对我国社会主义市场经济起到了很大的保护作用, 维护了社会经济秩序。但近年来, 由于新经济模式不断出现, 兜底条款适用的不规范, 以及对罪名构成要件的理解偏差等原因, 均导致了司法适用过程中非法经营罪的消极滥用现象。要走出这种司法现状, 就必须坚持刑法在经济领域的谦抑, 要全面检验非法经营罪的构成要件并在判决书中予以说明, 要与时俱进地检验特定行为的实质危害, 防止形式化的、不适当当今时代的有罪判决。

关键词

非法经营罪, 兜底条款, 非法经营行为, 国家规定, 严重扰乱市场秩序

The Necessity Analysis of the Bottom Clause in the Crime of Illegal Business Operations

Jiaxin Liu

School of Criminal Justice, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 7th, 2024; accepted: Feb. 2nd, 2024; published: Feb. 20th, 2024

Abstract

The crime of illegal business operation has played a great role in protecting China's socialist market economy and maintaining the social and economic order. However, in recent years, the constant emergence of new economic models, irregularities in the application of touting clauses, and deviations in the understanding of the constituent elements of the crime have all led to negative abuses of the crime of illegal business operation in the process of judicial application. In order to get out of this judicial status quo, it is necessary to adhere to the modesty of the criminal law in the economic field, to comprehensively test the constituent elements of the crime of illegal business operation and explain them in the verdict, and to keep up to date with the test of the substantial

harm of a particular act and to prevent formalized guilty verdicts that are not adapted to the present era.

Keywords

Crime of Illegal Business Operation, Bottom Line Clause, Illegal Business Operation, State Regulation, Serious Disruption of Market Order

Copyright © 2024 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. 引言

《刑法》第 225 条规定的非法经营罪是在 1997 年修订《刑法》时设立的，旨在消除 1979 年《刑法》中规定的投机倒把罪这一“口袋罪”。本罪采用了“列举 + 兜底条款”的立法模式，因此需要通过法律或司法解释来明确其适用范围。在从投机倒把罪过渡到非法经营罪的过程中，立法者不断对非法经营罪进行具体化，而留下的“小口袋”则因司法适用而演变成了如今无所不包的“大口袋”，与罪刑法定原则相去甚远。其中，“兜底条款”起到了弥补法律滞后性和规避列举式罪名不周延性的作用，以解决有限的法律规定与无限的社会生活之间的矛盾[1]。

有实证研究指出，在司法实践中，非法经营罪的判决结果通常伴随着具有实质意义违法性的经营行为。司法裁判人员可以根据明确的法律、行政法规或司法解释做出合理有效的裁断。根据综合司法实践中适用“国家规定”和认定涉及商品或服务的经营行为等情况进行的实证分析，非法经营罪在司法实践中并不存在“口袋化”的倾向[2]。但以《刑法》第 225 条第(一)项、第(四)项以及该条全文作为非法经营罪整体定罪依据，呈现出全面“口袋化”新态势[3]。由此可以看出，对于兜底条款在非法经营罪中的定位，学界目前还没有形成比较一致的看法。

本文将深入分析理论和实践中对非法经营罪兜底条款的运用，进一步审视“兜底条款”的作用，更好地理解“兜底条款”在非法经营罪中的必要性，并为严格制定“兜底条款”提供入罪标准的思路，最终实现对所有“罗列”和“兜底”的全面覆盖，提高司法规范对非法经营罪的适用力度。

2. 非法经营罪的立法范围与边界

《刑法》第二百二十五条非法经营罪的立法过程几经变迁，由最初 1997 年《刑法》修订案的“2 项列举 + 兜底条款”，到现在的“3 项列举 + 兜底条款”。中间随着社会的发展，新型产品、新型领域、新型手段不断涌现，立法者先后新增有关“未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务的”“非法从事资金支付结算业务的”的具体明确立法表述。同时，为填补司法实践中出现的各类新型非法经营案例的漏洞，司法机关发布了与非法经营罪紧密相关的司法解释，例如涉及“骗购外汇、非法买卖外汇”“非法出版物”“扰乱电信市场管理秩序案件”等刑事案件的具体应用。由此可见，立法者在非法经营罪的罪名下，不断增加新的行为种类，与时俱进地规制各类新兴事物所隐藏的非法经营行为的具体表现。实际上，原《刑法》225 条中的兜底条款可以涵盖其前述三种行为，而在立法中新增前述条款，反而将兜底非法经营罪的行为进一步具体化，是兜底条款“去口袋化”的切实表现。尽管学界有不少观点认为非法经营罪是一个被滥用的“口袋罪”，但不能仅仅因为该罪的兜底条款这一特性就

认为其适用范围存在不当的扩张。因此，笔者将从非法经营罪本身入手，根据当前成文立法的描述来解读非法经营罪的具体成立要件。

2.1. 非法经营罪的本质特征：非法经营行为

尽管在非法经营罪中保留了“其他非法经营行为”这一兜底规定，但可以通过合理解释来限制其适用范围。对于列举项之后的兜底规定，应结合与其并列、刑法明文列举的要素进行解释，并确保兜底规定与其他明文列举的要素相当。换言之，在适用非法经营罪的兜底条款时，首先必须满足前三项条款的条件，而突破前三项条款的适用则被视为滥用。如前所述，在“互联网+”时代，经营行为模式不断创新，每种情形或领域都受到国家政策的影响而进行相关治理，这很大程度上导致了非法经营案件的突然增加。随着社会的发展，新型产品、新型领域和新型手段不断涌现，必然扩大了非法经营罪的适用范围并增加了案件数量。可以预见，根据社会和司法发展趋势，将来可能会纳入更多新型行为进行非法经营调整[4]。在司法实践中，对于某一经营行为是否非法的认定主要集中在如何判断该经营行为是否同时违反了国家或政府相关的行政许可并严重破坏了市场秩序。

截至目前相关领域的行业规定来看，以互联网为基础衍生出来的各式各样的新兴产业，工商管理及其他部门相继出台的与之相匹配的行政规定存在一些不足之处。同时，与非法经营罪关联出现的大部分立法解释和司法解释主要是以传统行业如食品、卫生为主要领域。这就导致司法工作人员在实践中处理“互联网+”运营模式下的新型经营行为时，针对其经营行为可能引发的“违反国家规定”“严重扰乱市场秩序”，及其“情节严重”程度的问题，只能按照以往的办案经验，继续沿用传统行业的规范或相关解释来约束。然而，“互联网+”运营模式具有大数据、网络化、区块链等技术特点，现有的法律评价体系无法全面评估这类新的经营行为模式。例如，在《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》出台前，网络公关公司和网络营销公司打着“互联网+”的旗号，进行有偿删帖发帖、污蔑他人、散布未经确认的消息、谋取巨额非法利益的案件频发。这些行为既无法通过行政手段加以规制，又无法在对市场正常经营秩序造成严重冲击的情况下运用刑法手段予以打击，从而使得这些行为与法律脱节，对人们的生活造成了较为严重的冲击。因此，如何认定非法经营行为需要司法实务人员在已有的法律框架下作出合理的解释，并将该行为归入恰当的犯罪要件行为中。

2.2. 非法经营罪的前置条件：违反国家规定

交易自由是市场经营活动的核心，国家规定便是市场参与者的保护伞，更是市场经营者从事经营活动的高压线。有学者指出，《刑法》第二百二十五条中关于非法经营罪的处罚范围是通过动态调和“交易自由”与“国家管制”之间的价值预设所确定的结果[5]。非法经营行为的认定基于其违反国家规定的事实。这些规定通常包括特定的行政许可，例如烟草许可和债券许可。然而，在中国的行政规范体系在历史发展中曾经出现过层级混乱的情况。在对同一项经营许可进行规范时，常常会出现行政法规与地方性法规相抵触的情况。这种情况在司法实践中容易导致对行政法规的运用产生困惑，从而使得司法人员将“违反了国家规定”作为“兜底条款”直接应用于正常经营行为，将其定为非法。根据《刑法》第96条的规定，该条款仅限于“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”。司法实务人员需要严格把握“违反国家规定”的实质内涵，了解地方性行政法规的制定环境和适用环节，区别国家规定与地方性行政法规的适用范围及规制对象，才能更好地适用非法经营罪的相关条款。“违反国家规定”并不仅仅是语义上的重复，它是构成非法经营罪的要素之一。深入到具体案例中，检察人员需要寻找经营主体实施的经营行为符合“违反国家规定”一般标准要求的具体证据，以证明特定行为确实违反了这些标准。

随着学界关于“违反了国家规定”问题探讨的逐步加深，近年来司法机关日益关注行为违反“国家规定”的解释问题，然而，需要明确的是，“违反国家规定”只是非法经营罪成立的前提条件之一，并不是唯一的条件。这并不意味着行为人所做的事情只要违反了“国家规定”就构成非法经营罪[6]。《刑法》第225条关于非法经营罪的具体表述搭建了一种“框架式”的立法条文，使得该罪能够容纳现有以及未来的刑事政策因素，为社会经济运行发展保驾护航。但其广受学者们诟病的便是其缺乏明确性的立法设计。“清晰性要求是合法性的一项最基本的要素”[7]。清晰明确的裁判文书可以帮助确保正确的法律标准被应用到相关案件中。准确地解释法律事实、逻辑推理和法律依据，以支持裁判结果的合理性和公正性。清晰明确的裁判文书是司法公正和透明的重要保障之一。这就要求司法裁判人员在判决时加强对裁判理由的阐述，以进一步消除因非法经营罪立法规定不明确而在司法实践中产生的模糊性[2]。不能简单地援引《刑法》第225条的整体罪名来试图涵盖具体案件中关于非法经营罪的实质构成要件未达到定罪标准的情形。在此基础上，还应当对非法经营罪其他要素进行检验。

2.3. 非法经营罪的实质要件：严重扰乱市场秩序

结合刑法第二百二十五条的成文法条框架，可以将非法经营罪的构成要件进一步抽象概括为下列四个要素：一是违反国家规定；二是符合立法描述的行为类型；三是扰乱市场秩序；四是情节严重。目前学界大多从前两个方面探讨如何进一步限缩非法经营罪的成立条件进而限制口袋罪的扩张[8] [9] [10] [11]。司法实务部门更倾向于将“情节严重”作为划定犯罪与普通违法行为的标准。然而，“扰乱市场秩序”是构成非法经营罪的实质要素，也是证明非法经营罪成立的必要条件。前述四个要素之间相互独立且具有紧密的逻辑关系。即使经营行为的内容违反国家规定，如果该违法经营行为无法在逻辑上证明对市场秩序造成干扰的后果，那么就不构成非法经营罪。严重扰乱市场秩序是非法经营罪的核心要素，这一要素表明了该罪名的保护法益。某一特定行为虽然具有违法性，但其损害的法益与相应的罪名之间无直接关联，并不能以该罪论处。有学者指出，非法经营罪之所以成为刑法中的“口袋罪”的根本原因在于该罪名的(四)项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”内涵不清[12]。由此引发关于非法经营罪出罪与入罪的进一步思考，关键在于如何认识和理解该条款第四项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。有学者提出，可以根据目前司法实践中出现的所有非法经营行为所涉及的商品或服务的性质进行分类，以进一步明确兜底条款规定的“其他非法经营行为”的主要类型，从而为司法实践提供更为明确、具体的指导[2]。相较于基于传统经营模式下的经营行为的分类，笔者认为司法实务人员应当时刻地关注实际工作中遇到的新问题，主动发现案件问题，通过细致分析具体个案中的每一环节对应的犯罪构成要件，合法有效地开展逻辑论证，裁判说理得出真实可靠的定罪量刑的裁判结果。即使现有的法律评价体系无法完全直接有效地规制新的经营行为，但从非法经营罪的实质保护法益出发，结合具体证据形成完整的刑事指控体系。

3. 非法经营罪兜底条款的再解释

根据刑法的规定，非法经营罪的成立必须同时满足以下条件：以违反国家规定的方式未获得准入资格进入市场进行经营，并因此扰乱了市场秩序，且情节严重。然而，司法实践却时不时地将非法经营罪简单拆分成“违法加经营”的简单构造。

3.1. 对适用“国家规定”的解读

在犯罪构成方面，非法经营罪的核心标准之一是违反国家规定。然而，在司法实践中，本罪的兜底条款和口袋化现象常常会超越国家规定的范围。具体来说，司法工作人员有时将最高人民法院、最高人民检察院的解释视为国家规定，甚至将部门行政规定看作国家规定。这种对国家规定的不同理解导致了

本罪的口袋化现象。因此，我们需要明确界定国家规定，并严格限定在刑法总则第 96 条规定的范围内。

根据刑法总则第 96 条的规定，国家规定仅包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，以及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。可以看出，地方各级人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，以及国务院各部委制定的规章和发布的决定、命令，都不属于国家规定的范畴。然而，在司法实践中，司法人员并未严格遵守刑法第 96 条的规定，而是参考诸如地方性行政法规，最高法、最高检等部门发布的内部通知文件，抑或政府部门的规章制度来进行具体适用。本文认为，上述法律文件材料仅局限于特定管辖区域内的法律适用，虽然在司法实践中有一定借鉴意义，但并没有立法解释或司法解释的法律地位或作用，不能对刑事案件起到决定性的制约。因此，在具体案件中，我们需要审慎判断对于适用不明确的情况，对于被告人行为仍存在争议的情况必须逐级请示以明确处理，切不可因个别地方性法规或某些内部文件中所提及的规范性文字符合非法经营罪的犯罪构成而恣意拿来作为定罪的法律依据。司法工作人员需要严格落实把关“违反国家规定”的适用情况，否则便不应认定为犯罪。

3.2. 对“严重扰乱市场秩序”的解读

本文认为，非法经营罪“兜底条款”中产生的“严重破坏了市场秩序”，是对于本罪保护法益之“市场秩序”的一种强调。非法经营罪的真正落脚点应在于对“非法经营行为”的实质考察。我国刑法将“严重破坏了 XX 秩序”和“情节严重”作为整体犯罪构成的适用条件，并在条文上明确规定，以保障社会经济的正常发展对“严重破坏了市场秩序”的重要性。这表明立法者的初衷在于再次凸显出来，提醒司法人员谨慎适用非法经营罪。为了避免成文法滞后性所带来的缺陷，将“扰乱市场秩序”和“情节严重”结合起来量化“破坏性”，以便为成文法提供解释的空间，以应对社会发展转型过程中出现的新非法经营行为。

同时，一些学者认为只要犯罪人从事非法经营活动，必然会导致“扰乱市场秩序”的现象，而并不关心是否构成了“严重破坏了市场秩序”的犯罪行为。任何新事物的出现都必然会对现有的世界关系产生冲击，这个冲击是否需要刑法进行规制是我国学界应该探讨的问题。市场秩序是一个动态的名词，是由形态万千的经营行为共同构建的。随着时代的发展，过去的带有经济政策色彩的非法经营行为可能在现代的视角来看不被认定为非法经营罪。同样地，超前的非传统模式的经营行为虽然与现有的法律法规所规制的经营行为存在一定的交集，表面上看属于非法经营活动的范围，但其并未破坏市场秩序，甚至给现有的市场秩序带来新的生机。相反地，如果仅凭借“扰乱市场秩序”来判断一种经营行为是否属于非法经营势必会陷入“先有鸡还是先有蛋”的怪圈。因此，在判断一种行为是否属于刑法规范范围时，必须根据情节的严重程度进行评价，而单纯将其作为非法经营罪的犯罪构成要件，则可能与立法者最初的意图相悖，同时也难免扰乱市场秩序。

3.3. 对“情节严重”的解读

对于“情节严重”的判断，直接关系到案件定性与定量问题。即一种违法经营行为所最终构成的罪与非罪，量刑轻重等后果无不与情节严重程度密切相关。司法实践中，评价经营行为往往涉及两个方面，即犯罪数额和经营行为在市场上的受众群体^[13]。非法经营行为与刑法领域的“刑行交叉”有关。对于“严重破坏了市场秩序”的评估过程是从行政规范领域向刑法规范领域的转变，认定“情节严重”的过程则是对非法经营罪保护法益进行理解的过程。仅凭借犯罪数额来评价“情节严重”是相当片面的，忽视了当前互联网的属性，并拓宽了刑法的规范范围。在“互联网+”时代下，忽视对“情节严重”这一本质危害的判定，轻则同案不一，重则既无对市场秩序的正确维护、并侵犯人们合法财产和其他权益，继

而影响到中国经济结构转型等严重后果。面对新型的理财模式，诸如 P2P 理财等互联网借贷模式，其同时具备传统借贷模式的特点，以及“互联网+”平台特征。该理财模式可以通俗地理解为一种直接连接投资者和借款人的金融模式。平台通过对借款人的信用评估和其他风险控制手段进行审核，后续匹配双方的需求。这种高风险、低门槛、收益显著的特点是传统借贷融资所不具备的。如果司法机关坚持用传统行业标准对其进行规范，必然导致同案不同判，对新型行业构成变相压制，不仅会阻碍新型行业的发展路径，而且也不利于我国当代社会经济结构的转型。因此，笔者认为在适用非法经营罪“扰乱市场秩序情节严重”的情况下，应要求司法机关提供证据来证明非法经营行为对市场秩序造成的实质危害。

4. 非法经营罪兜底条款的必要性分析

4.1. 全面检验非法经营罪的构成要件

兜底条款对非法经营罪的入罪和出罪都有一定的保障作用。司法人员对非法经营罪构成要件要进行全面、充分的考察，具体裁判时要逐一列出，判决书时要细致分析其是否符合特定事实。构成要件要素是否完备应由公诉机关负责具体案件。据此，司法机关负有证明该要件成立而不进行有罪推定的责任，并认为符合其他构成要件要素则必然“扰乱市场秩序”，无法要求犯罪嫌疑人或被告人证明其行为未“扰乱市场秩序”。同样，“违反国家规定”这一要件，必须找到符合《刑法》第 96 条规定的规范性文件及其具体内容，并将其附在判决书说理的部分^[14]。在评估“扰乱市场秩序”的界定时，需要综合考虑有无和多少的判定。此外，优先考虑定性判断而非定量判断。定性判断指的是必须结合当前经济发展背景来分析具体行为是否对市场产生了负面影响。不能仅仅因为某人违反了某项规范并且经营金额或者营利数额较大就认定其已经达到了“扰乱市场秩序”的标准。具体地说，粮食贩卖在粮食缺乏的年代有可能破坏市场并可被列入非法经营；而且在粮食充裕到流通阶段存在明显不足之时，贩运粮食对搞活市场倒是有着举足轻重的作用。其次，即使某一行为有悖于市场准入这一体系，但它在运行过程中仍要达到一定数量才会对“市场”秩序造成冲击。所以，在观察经营行为性质的同时，也要判断该行为是否能在一定限度内对供需产生一定程度的影响。

4.2. 紧随时代变化推动司法出罪化

特定行为的性质随着时代的发展发生变化。尽管司法机关不能提前或者越级地将未来可能被纳入刑法典的危害行为作为犯罪进行处罚，但是完全可以合理地将过去曾被纳入罪刑规范但现在已经不再具有实质危害性的行为解释为无罪。最近，王力军收购玉米案和陆勇案已经开启司法出罪化的先例。为了推进这一过程，对非法经营行为(严重扰乱市场秩序)实质危害性进行评判时，应坚持与时俱进。

市场经济在不断演变和变化，我们必须根据当前经济发展阶段来判断特定行为是否对社会造成危害，以及是否干扰了市场秩序。一些带有扰乱市场秩序色彩的行为也许在当今已经不具备扰乱市场秩序的本质特征。因此，即使这些行为类型仍然被相应规范列入了“非法经营”这一抽象行为类型，仍然应该采取实质性解释方法将其从非法经营罪的范围内剔除。

因此，即使相关经营行为违反了市场准入的限制性规定，也不应将其视为非法经营罪处理。这是因为在今天的经济条件下，对于一些特许经营的商品(如油品)，我们对未经许可从事油品经营活动的危害性有多大存在疑问，也要考虑是否合理地将这类行为视为犯罪。只有那些对当前市场经济秩序造成严重扰乱并实质侵害法益的行为，才能被视为非法经营罪处理。

5. 结语

面对日新月异、层出不穷的市场经营模式，立法者为了避免成文法滞后性带来的弊端，在现有法律

条文中以“列举+兜底”的形式留下解释的空间。在面对个案的具体情形时,司法人员应该严格遵守现有规范,严格限制“国家规定”的边界,并谨慎地确定何为“情节严重”。他们需要结合市场经济规律、国家方针政策等因素进行具体问题具体分析,以确保解决“口袋罪名”的问题得到妥善处理。经济刑法应当保留其固有的谦抑性^[15],在保证不损害市场交易自由的前提下,允许突破传统经营模式的新兴经营行为出现。倘若该经营行为存在某一表象上的违法性,司法人员应当全面严格审查非法经营罪的构成要件,结合当下时代背景检验该行为的实质危害,进而作出入罪或出罪的决定。要像改革开放初期宽容“个体户”那样,给新的经营模式一个开放的发展环境,谨慎地运用刑法,对非法经营罪和其他带有“兜底条款”性质的犯罪进行限制。相应地,非法经营罪中兜底条款的适用也要求着司法裁判人员在作出有罪或无罪判决时给出实质合理的法律论证或裁判说理。

参考文献

- [1] 姜涛. 经济刑法之“兜底条款”的解释规则[J]. 学术界, 2018(6): 145-161.
- [2] 王吉祥, 陆凌. 非法经营罪的“口袋化”验证——基于 2169 份判决的判断[J]. 江苏警官学院学报, 2022, 37(1): 43-52.
- [3] 李耀. 非法经营罪“口袋性”的新发展与新对策——基于对 22219 份判决书的实证分析[J]. 刑事法评论, 2022, 47(2): 347-363.
- [4] 唐承佑, 宋教德. 非法经营罪法律适用问题及思考[J]. 中国检察官, 2023(19): 26-29.
- [5] 尚勇. 非法经营罪的价值预设与类型构造[J]. 河南财经政法大学学报, 2023, 38(1): 105-116.
- [6] 王恩海. 非法经营罪中“违反国家规定”的解释逻辑——以具体案例为视角的考察[J]. 青少年犯罪问题, 2023(1): 67-76.
- [7] 朗·富勒(Lon L. Fuller). 法律的道德性[M]. 北京: 商务印书馆, 2005.
- [8] 陈兴良. 非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察[J]. 法学家, 2021(2): 56-71+192-193.
- [9] 张伯晋. 厘清法益明确罪状摆脱“口袋罪”宿命[N]. 检察日报, 2013-04-19(003).
- [10] 刘晓萌. 非法经营罪兜底条款适用的再解释——基于行政不法与刑事不法的规范关联[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2022, 24(S1): 39-45+53.
- [11] 祝天剑. 非法经营罪之法教义学限缩[J]. 法律适用, 2022(3): 84-93.
- [12] 高翼飞. 从扩张走向变异: 非法经营罪如何摆脱“口袋罪”的宿命[J]. 政治与法律, 2012(3): 37-46.
- [13] 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(哲学社会科学版), 2019(2): 70-80.
- [14] 郑勇. 非法经营罪的扩张: 原因及其对策[J]. 中国刑事法杂志, 2018(1): 100-110.
- [15] 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): 85-91.