

非法经营罪 若干问题研究

●陈泽宪

一

从被取消的投机倒把罪名中分解衍生出的非法经营罪，刑法第二百二十五条采用了叙明罪状表述，并以列举的方式作了具体规定。但是非法经营罪仍然保留了“口袋罪”的某些特征。刑法第二百二十五条第三项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之规定，在尚无立法解释加以限制的情况下，显然是一个富有弹性的条款，从而给司法机关留下较大的自由裁量余地。

在修订刑法的过程中，对于取消投机倒把罪之后，是否需要保留在“非法经营罪”中留这么一个小“口袋”，曾有过争论。一种意见认为，由于新刑法要确立罪刑法定原则，刑法规范的明确具体是罪刑法定的内在要求，因此，在新刑法分则中不宜再规定“其他”之类不确定的罪状内容，这也符合对“口袋罪”进行分解使之具体化的初衷。另一种意见认为，由于要取消类推制度，对“口袋罪”进行分解之后，如果对某些罪状规定得过于确定、具体而毫无弹性，对各种犯罪行为又难以尽列无遗，特别是在经济犯罪形态发展变化较快

的经济变革时期，倘若有的条款一点“口袋”都不留，可能不利于及时打击花样翻新的经济犯罪，也不利于刑法典的相对稳定，因此有限制地设置一点“其他”之类的拾遗补漏条款还是必要的。新刑法关于非法经营罪的规定正是更多地考虑了后一种意见而设置了第三项内容。这也从一个角度反映了我国刑法改革的渐进性和传统的原则性与灵活性相结合的立法指导思想对修订刑法的深刻影响。

新刑法实施两年来，从司法实践的情况看，非法经营罪的“口袋罪”遗传基因已经逐步显

现。刑法第二百二十五条第三项之规定正越来越多地被援引，作为对刑法没有明文具体规定的有较大社会危害性的非法经营行为定罪的法律依据。由于“经营”的含义相当宽泛，从生产、流通到交换、销售等几乎所有的经济活动，都可能属于经营活动，因此，非法经营罪的适用范围在实践中存在不断扩大的趋势。

但是，中国刑法毕竟已经步入罪刑法定的时代，灵活性必须以原则性为基础，任何与罪刑法定的基本原则相抵触的刑事立法与司法都应当尽力避免。因此，如何理解和把握非法经营罪的本质特征，正确阐释和适用该罪条文第三项规定，防止非法经营罪任意膨胀成为新的“口袋罪”，从而动摇罪刑法定原则的根基，这是立法者、司法者和学者们应当共同关注的课题。

二

刑法第二百二十五条关于非法经营罪的规定，只能适用于扰乱市场秩序，情节严重的非法经营行为。该条第三项的适用，也不能脱离这个基本前提。因此，



对于刑法未明确规定的一种具有一定危害性的行为,若以非法经营罪论处,必须符合以下几个条件:

(一) 该行为是一种经营行为。虽然“经营”一词在语言学上并不特指经济营业活动,而是指“筹划并管理”、“泛指计划和组织”等,但是,作为“破坏社会主义市场经济秩序罪”中规定的非法经营行为,其“经营”一词理应是经济领域中的营业活动,即应理解为是一种以营利为目的的经济活动,包括从事工业、商业、服务业、交通运输业等经营活动。强调此“经营”行为以营利为目的的是必要的,这是非法经营罪作为一种经济犯罪所应具备的一个基本特征。如果某种所谓经营活动不是以营利为目的,而是为了公益或者慈善目的,则即便该行为的某些方面不符合有关法规,也应将其排除于本罪之外。

(二) 该经营行为非法。所谓“非法”,是指该经营行为违反国家立法机关制定的法律和决定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,通常是违反国家法律、法规的禁止性或者限制性规范。如果国家法律、法规等未对某种经营行为予以禁止或者限制的,该经营行为不得被认定为非法经营行为。例如,在国家立法机关和国务院未对 IP 电话的民间经营行为作出明文禁止或者限制之前,民间经营 IP 电话的行为就不宜认定为非法经营行为。国务院所属部门或者地方政府未经国务院批准或者授权而颁发的某种行政规章或其他文件中超过国家法律、法规内容的有关规定,一般不能成为认定非法经营行为的法律依

据。

(三) 该非法经营行为严重扰乱市场秩序。以市场秩序作为本罪侵犯的客体,这一方面表明非法经营罪是一种扰乱市场秩序的犯罪,另一方面,个罪客体与类罪客体的重叠,也印证了该罪之规定是“扰乱市场秩序罪”这一节的“兜底”条款。此所谓“市场秩序”包括市场准入秩序、市场竞争秩序和市场交易秩序。这三种秩序都可能成为非法经营罪侵害的客体。但是,并非所有扰乱市场秩序的非法经营行为都可构成本罪,而必须是情节严重者始当构成。非法经营罪作为一种经济犯罪,其所谓“情节严重”,首先应当考虑经济衡量标准。譬如:1. 经营数额特别巨大;2. 销售金额巨大;3. 获利数额较大;4. 造成合法经营者的严重经济损失;5. 给国家造成严重经济损失;等等。此外,诸如造成恶劣的社会影响或者人民生命、财产重大损失等严重后果者,亦可视为情节严重。像某些经营非法出版物、非法经营化学危险品等行为,就有可能出现上述情形。由于“情节严重”与否关乎罪与非罪的界限,因此宜由司法解释作出统一的具体规定。

三

市场经济既是自由经济,也是法治经济,自由的界域止于法律的禁限。只要国家法律法规没有明文禁止和限制的经营活动,均不得视为非法经营行为。要正确地认定刑法第二百二十五条第三项规定的非法经营罪的“其他”表现形式,除了必须符合前述各项条件之外,还应当注意通过理解该条第一、二项的立法精神,来把握三项规定之间的内在

逻辑联系,进而正确运用第三项规定。

从该条第一、二项规定的内容分析,不论是专营、专卖物品或者其他限制买卖物品,还是进出口许可证及其他经营许可证或者批准文件,都与国家特定的许可制度有关。可见,非法经营罪的构成与违反国家有关经营许可制度的法律、法规存在某种内在联系。明确这一点,有助于我们正确理解和适用该条第三项规定,防止其被滥用而膨胀为新的“口袋罪”。

国家关于经营许可制度的设定,往往与经营主体资格、经营条件和经营物品的范围有关。其出发点是保障国家经济安全,维护国家和人民的重要经济利益,以及维持市场经营的正常秩序。例如,国家规定和公布了不准私营企业及个体户生产和经营的产品目录。其中,不准个体户和私营企业生产经营的商品有:民用爆炸品,化学危险品,严重污染城乡生态环境的生产项目,军服、人民警察服装及专用材料,石油成品油,印制商标标识,卷烟、烟草制品等 18 类。不准个体户、私营企业批发的商品有:国家专营专卖商品,国家计划商品,与人民生活密切相关的某些必需品,某些特殊性商品,图书、期刊等 5 大类。不准个体户、私营企业经营的有:进口旧服装,内部发行书刊,文物,国家保护的珍贵野生动物、珍稀树种,废弃的一次性医疗器械具,中药材重点品种,重要工业品生产资料,有色金属,化肥等。

违反上述禁止性规定的非法经营行为,有的可构成特定的犯罪,如非法制造、买卖、运输爆

试论 防卫过当的罪过形式

● 周宁

我国刑法第二十条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”刑法此条关于正当防卫和防卫过当的规定，从形式上看，虽然二者仅仅相差了一个条件，即明显超过防卫的必要限度、客观上造成了重大损害结果，但是，正当防卫与防卫过当据此却有了质的区别：前者是国家法律所确认和保护的对社会有益的行为，而后者却是国家法律所禁止和惩罚的危害社

会的行为。单从形式上来看，依据防卫明显超过必要限度造成重大损害结果，使防卫人承担刑事责任，似有客观归罪之嫌，其实不然。根据我国刑法主客观相一致的原则，防卫过当只有具备了犯罪构成要件，才负刑事责任。在防卫过当这一特殊犯罪的构成要件中，其犯罪的主观方面即罪过形式是确定防卫过当负何刑事责任的关键。本文拟对防卫过当的罪过形式加以探讨，以与大家商榷。

所谓罪过，是刑法所否定的行为人实施行为时对将造成的危害社会结果的心理态度。按照行为人对其行为将造成危害社会结果所持的不同心理态度，罪过包括故意和过失两种基本形式。我

炸物，非法生产、买卖军用、警用装备、标志，倒卖文物等；有的则可直接适用刑法第二百二十五条第一项规定，如非法经营国家专营专卖物品或者其他限制买卖物品的；非法经营其他产品，严重扰乱市场秩序的，就可能适用该条第三项规定论罪。此外，即使是国有企业或者其他非私有单位和个人，未经法定许可而从事必须获得许可或合法授权方可从事的经营活动，扰乱市场秩序情节严重的，亦可构成本罪。

新刑法施行以来，对于刑法第二百二十五条的适用，也有了一些相关的补充立法和司法解释。前者如1998年12月全国人大常委会通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，后者如1998年12月最高人民法院《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》。该《决定》和《解释》所针对的非法经营犯罪，也充分表现出这类非法经营行为违反国家特定许可制度的有关法律、法规的性质。根据我国商业银行法第三条和第十一条之规定，买卖外汇和代理买卖外汇均属商业银行经营的业务范围，未经中国人民银行批准，任何单位和个人不得从事买卖外汇和代理买卖外汇业务。因此，从事非法买卖外汇活动自应视为非法经营。根据国务院颁行的《出版管理条例》的有关规定，报纸、期刊、图书、音像制品和电子出版物等应当由出版单位出版。设立出版单位，应由其主办单位向所在地省、自治区、直辖市人民政府出版行政部门提出申请，经审核同意后，转报国务院出版行政部门审批。从事出版物印刷、复

制、发行业务的单位，应当按照国家有关规定向所在省、自治区、直辖市人民政府出版行政部门提出申请，经审核许可，并向公安机关和工商行政管理部门依法登记后，方可从事出版物的印刷、复制和发行。未经许可并依法登记，不得印刷、复制、发行出版物。此外，出版单位、印刷或者复制单位、发行单位均不得经营非法出版物。违反这些规定必然会扰乱出版物市场的经营秩序，有的甚至会危害社会的稳定。因此，上述司法解释对于非法经营出版物情节严重的行为和经营非法出版物情节严重的行为，均以非法经营罪追究刑事责任的意见，是基本符合刑法第二百二十五条之立法精神的。

（作者系中国社会科学院法学所研究员）

责任编辑 李玉花