

CP&I

第8卷

刑事法判解

Criminal Precedents and Interpretation

陈兴良 / 主编

【个罪研究】

- 非法经营罪研究
- 销售假冒注册商标的商品罪研究

【刑法适用】

- 论伤害致人死亡犯罪的认定
- 生产、销售不符合标准的医用器材罪疑难问题解析

【调研报告】

- 关于北京市法院减刑假释工作的调研报告

【判例研究】

占有贷款目的之认定研究

D914
20/8



刑事法判解

Criminal Precedents and Interpretation

陈兴良 / 主编 周光权 / 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解. 第8卷/陈兴良主编. —北京:法律出版社,
2005.4

ISBN 7-5036-5466-X

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—判例—研究—中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 021421 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/13.5 字数/271 千

版本/2005 年 5 月第 1 版

印次/2005 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5466-X/D·5183 定价:23.50 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



主编简介

主 编： **陈兴良**，男，汉族，1957年生，浙江义乌人。北京大学法学学士（1981），中国人民大学法学硕士（1984）、法学博士（1997）。1984年至1997年在中国人民大学法学院任教，先后任助教、讲师、副教授、教授，1984年被评为博士生导师。自1998年至今任北京大学法学院教授、博士生导师、法学院副院长。兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国法学会刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长。主要研究领域为中国刑法学、刑法哲学。主要科研成果包括：《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》、《本体刑法学》等，发表论文近200篇。系国家教委首批跨世纪优秀人才（1997），享受国务院政府特殊津贴（1997）；获全国杰出青年法学家称号（1999），获教育部高校青年教师奖（2001），北京市优秀教师（2004）；教育部社会科学委员会委员（2004），国家社会科学基金项目学科评审组专家（2004）；新世纪“百千万人才工程”国家级人选（2004），教育部“长江学者”特聘教授（2004）。

副主编： **周光权**，男，汉族，1968年生，重庆市人。四川大学法学学士（1992），中国人民大学法学博士（1999）。1999年起在清华大学法学院任教，现为副教授。兼任中国法学会刑法学研究会副秘书长。主要研究领域为中国刑法学、刑法思想史。主要科研成果包括：《刑法学的向度》、《法治视野中的刑法客观主义》、《刑法诸问题的新表述》等，发表论文90余篇。获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖（2002）；第三届“胡绳青年学术奖”（2003）；清华大学“学术新人奖”（2004）；中国青年法律学术奖（法鼎奖）银奖（2005）。

约稿函

《刑事法判解》是由北京大学法学院陈兴良教授任主编、清华大学法学院副教授周光权任副主编，法律出版社出版的刑事法学类连续出版物。自1999年创办以来，至今已出版6卷。

自第7卷始，《刑事法判解》将适度进行改版。

改版目的：使出版物更为贴近司法实务，更具有针对性，更能够解决实际问题；同时，在更短的周期内能够刊发更多作者的稿件。

改版范围：涉及内容选题、文章篇幅、版式诸方面。

改版后的栏目：包括【个罪研究】、【刑法适用】、【刑事诉讼法适用】、【刑事审判资料】、【审判实务】、【问题与争鸣】、【判例研究】、【案例研究】等。

我们始终如一地坚持的编辑宗旨是：“反映刑事司法领域的新问题，提出指导司法实务的真见解”。

我们诚挚地欢迎关心中国刑事法制进程的同仁向《刑事法判解》惠赐大作，稿件篇幅不限，但以不超过2万字为宜。我们承诺：自收到作者投稿之日起1个月内，无论刊用与否，都会将稿件处理意见告知作者。但因人力所限，来稿恕不退还。大作一经采用，即付稿酬。

致信处：清华大学法学院

致信人：周光权

邮编：100084

电子邮件：gqzhou@mail.tsinghua.edu.cn

注释体例

全文采页下注，每页重新编号。格式为：作者；书名；出版社及出版年份；页码。

范例

〔著作类〕张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第21页。

〔主编类〕陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社2003年版，第113页。

〔译注类〕[日]大塚仁：《刑法概说》（各论），第3版，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第56页。

〔杂志论文类〕季卫东：“程序比较论”，载《比较法研究》1993年第1期。

〔文集论文类〕周光权：“特殊防卫权研究”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第13卷），中国政法大学出版社2003年版，第586页。



卷首语

《刑事法判解》第7卷的成功改版,为加快本连续出版物的出版进程奠定了基础。《刑事法判解》第8卷将继续秉承“反映刑事司法领域的新问题,提出指导司法实务的真见解”的编辑宗旨,以此推动我国刑事法的理论研究。

在《刑事法判解》第7卷的“卷首语”中,我曾经论及中国传统法律解释是以语言分析为特征的,而西方的法律解释侧重于逻辑论证。当然,不能说中国古代没有逻辑思想,在《先秦名学史》一书中,胡适就专章论述了中国古代的法治逻辑。^①春秋时期荀子的“有法者以法行,无法者以类举”的论断中,包含的类推思想就是建立在逻辑基础之上的。韩非喜好“刑名之学”,这里的“名”学,就是中国古代的逻辑学。及至《唐律》规定的“入罪,举轻以明重;出罪,举重以明轻”的司法原则,都包含着丰富的逻辑思想。

但从总体上看,中国传统法律思想中的逻辑内容是薄弱的。相比之下,西方法学从古希腊的逻辑思想一脉相承,形成自成一体的法学方法论。例如,在西方法学方法论的著作中,都论及一个重要的概念 Subsumtion。Subsumtion 通常被译为归摄或者涵摄,也有个别学者译为推论(归入)的。我个人认为,涵摄的译法是较为传神的,这种译法来自台湾学者。涵摄可以在两种意义上使用:(1)解释论意义上的涵摄。德国学者卡尔·拉伦茨指出:逻辑学将涵摄推论理解为将外延较窄的概念划归外延较宽的概念之下,易言之,将前者涵摄于后者之下的一种推演。从事这种推论首先必须定义这两个概念,然后确定上位概念的全部要素在下位概念中全部重现。下位概念的外延较窄,因为除了上位概念具有要素外,它至少还有另一个要素。^②作为一种法律解释方法,涵摄是通过逻辑演绎而展示甚至穷尽上位概念的内涵,将各种各样的下位概念置于其下,这样一个解释过程就是涵摄。正如拉伦茨所言,例如,“马”的概念可以涵摄于“哺乳动物”的概念之下,因为所有定义“哺乳动物”的必要而且充分的要素,在被穷尽定义的“马”的概念中重现。因此,凡法律规定哺乳动物的情形,均可以适用于马,也就是说,马可以解释为哺乳动物,因为哺乳动物与马之间存在一种涵摄关系。反之,两个概念之间如果不存在涵摄关系,即不能把一个概念归置于另一个概念之下,则对一个概念的法律规定并不表明对另一个概念的规定。例如禁止牛马通行的规定,不能适用于骆驼,因为牛马与骆驼是并列的概念,牛

① 参见胡适:《先秦名学史》,学林出版社1983年版,第141页以下。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第152页。



马不能涵摄骆驼。在这种情况下,法律对骆驼通过未设禁止性规定。(2)适用论意义上的涵摄。对此,拉伦茨指出,作为法律适用基础的涵摄推论,并不是将外延较窄的概念涵摄于较宽的概念之下,毋宁是将事实涵摄于概念描述的构成要件之下,至少看来如此。然而,如果精确地审视就会发现,不是事实本身被涵摄,被涵摄的毋宁是关于案件事实的陈述。确定法律效果的三段论法中及涵摄推论中的小前提,其出现之——作为陈述的——案件事实,与作为生活事实的案件事实不同,后者是前者所指涉的对象。涵摄推论的小前提乃是如下陈述:法条构成要件所指涉的要素,其于陈述所指涉的生活事件中完全重现。^①因此,适用论意义上的涵摄,实际上是指将待决事实置于法律规范构成要件之下,以获得待定结论的一种逻辑思维过程。^②在逻辑上来说,就是法律规定与案件事实之间同一关系的证明过程。正因为具有这种同一性,某一案件事实可以被某一法律规定所涵摄,因而获得了以这一法律规定评价该案件事实的逻辑上的正当性。

应该说,涵摄概念的上述双重含义,对于我们建构起法学方法论是十分重要的。近年来大陆法系与英美法系学者将关于法学方法论的著作不断地介绍到国内来,我们对此应当给予足够的关注,并期待能在司法实践中运用这些法律思维方法。

本卷在“个罪研究”栏目中,推出的是对非法经营罪和销售假冒注册商标的商品罪进行讨论的两篇论文。杨万明、裴显鼎、朱平的“非法经营罪研究”一文,对非法经营罪作了较为系统的论述。非法经营罪是从原投机倒把罪中分离出来的,由于该罪的罪状存在“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”这样一种堵截性规定,从而形成了一个小口袋,因而在司法实践中,如何在坚持罪刑法定原则的基础上正确地认定“其他非法经营行为”确是一个值得研究的问题。我认为,这里的“其他非法经营行为”应由法律、法规和司法解释作出明确规定,在无明文规定的情况下不能自行认定。此外,还应注意,随着市场经济的深入发展以及行政许可制度的改革,我国行政特许范围也在逐渐收缩。例如,根据1983年国务院颁布的《金融管理条例》,金银属于特许经营的物品。但2003年2月27日国务院明令取消第二批行政审批项目。随之,中国人民银行[2003]67号文件公布了停止执行的26项行政审批项目,其中包括黄金收购许可和黄金制品生产、加工、批发业务审批。至此,黄金从特许经营物品名单中剔除,黄金经营不再需要许可,因而也就不存在非法经营黄金而构成非法经营罪的问题。当然,这里也存在一个值得研究的问题,就是《金银管理条例》禁止单位和个人私自买卖金银,但对单位规定在特许的情况下可以经营黄金,对个人则无此特许的规定。那么,在取消特许以后,个人经营黄金是否仍然属于非法经营呢?某地曾经发生这样一起案件:被告人于某于2000年9月15日至2002年9月15日承包了某金矿的坑口,共生产黄金约2.3万克,欲运往他地,在高速公路收费站被查获。该案经某地法院审理,认为:被告人于某在无黄金经营许可证的情况下大肆收购、贩卖黄金的行为,严重扰乱了黄金市场秩序,情节严重,已构成非法经营罪。虽然2003年初国务院下发了国发[2003]5号文件取

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第152页。

② 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第191页。

消黄金收购许可证审批制度,但对于国内黄金市场的发展运行,还有行政法规、政策及相关部门的规章加以规范,不许任其无序经营。《金银管理条例》在废止前,该条例的其他内容仍然有效,故于某的行为在当前仍属违法行为,公诉机关指控的事实清楚,证据充分,罪名成立。上述判决的根据是2003年9月9日中国人民银行办公厅关于认定非法经营黄金行为有关问题的复函,该复函指出:国发[2003]5号文件发布后,企业、单位从事黄金收购,黄金制品生产,加工,批发业务,黄金供应,黄金制品零售业务无需再经中国人民银行的批准。《金银管理条例》中与国发[2003]5号文件相冲突的现象自动失效,但在国务院宣布《金银管理条例》废止前,该条例的其他内容仍然有效。这一复函的意思是:国发[2003]5号文件只是取消了单位经营黄金业务的特许,个人经营黄金按照《金银管理条例》仍是非法的,这一推理的逻辑似乎没错:《金银管理条例》只规定了对单位收购黄金的特许,国发[2003]5号文件也只能取消对单位的特许,而不涉及个人。但问题在于:在对单位收购黄金的特许取消以后,黄金就已经不再属于特许物品了,因而也就不存在《刑法》第225条第1项规定的“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的”行为。这里的“未经许可”是以有许可为前提的,国发[2003]5号文件取消黄金经营的特许以后,黄金经营就不存在需要特许的问题,又如何存在“未经许可”呢?按照这一逻辑推理,于某的行为根本不构成非法经营罪。由此可见,在司法实践中,如何认定非法经营罪,确实存在需要研究之处。柏浪涛的“销售假冒注册商标的商品罪”对该罪构成和适用中的若干疑难问题进行了较为详尽的探讨,对于司法实务有一定指导意义。

在“刑法适用”栏目中,刊载了三篇论文。夏成福的“论伤害致人死亡犯罪的认定”结合多个具体案例,对故意伤害致人死亡的诸多复杂情形进行了仔细研讨,针对性强,言之有物,能够解决许多争议问题。胡东飞的“生产、销售不符合标准的医用器材罪疑难问题解析”一文讨论的问题也比较重要。该罪中所涉及的共犯问题,的确是应当引起重视的。司法解释是:“医疗机构或者个人,知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用,对人体健康造成严重损害的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚”。这是一个容易引起争议的规定。对于这一规定,司法解释的制定者阐述了两点理由:一是从事经营性业务的医疗机构或者个人,其购买、使用医用器材的行为,属于以牟利为目的的经营行为,与销售医用器材的行为无异。如果其明知是不符合标准的医用器材而购买、使用,那么,其主观上就具有销售不符合标准的医用器材的故意,在客观上对人体健康造成严重损害时,完全符合《刑法》第145条规定的销售不符合标准的医用器材罪的构成要件,就应当以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。二是产品质量法有类似规定。《产品质量法》第62条规定“服务业的经营者将本法第49条至第52条规定禁止销售的产品用于经营性服务的,责令停止使用;对知道或者应当知道所使用的产品属于本法规定禁止销售的产品的,按照违法使用的产品(包括已使用和尚未使用的产品)的货值金额,依照本法对销售者的处罚规定处罚”。^①

^① 参见张军:《解读最高人民法院司法解释·刑事·行政卷(1997~2002)》,人民法院出版社2003年版,第164页。

这是一个基本不讲法理的解释。刑法制定的该犯罪行为明明的是销售,何以包括购买,使用?这一法理关系难道仅用一句“与销售医用的药材行为无异”就此了结的吗?至于行政处罚的规定不能作为刑事处罚规定的类比,这个道理也是很简单的。要想讲清楚此问题,得从对合犯入手。这里的法理问题是:在刑法未将具有对合关系的对方规定为犯罪的情况下,对其能否以刑法规定的犯罪的共犯论处?对于这个问题,在刑法理论上确实存在争议,对此胡东飞的论文作了介绍。我个人认为,在罪刑法定原则的规制下,对此不能以共犯论处。**高艳东**的“票据诈骗罪客观方面探讨”一文,主要对票据诈骗罪客观行为的有关疑难问题作了探讨,对于司法实践中正确地认定本罪具有参考价值。

在“**刑事诉讼法适用**”栏目中,发表了两篇论文。**周霄**的“我国刑事诉讼证人作证制度的思考”一文,对出庭作证制度的有关理论问题作了较为深入的探讨。**刘方权、曹方安**的“刑事程序法律责任论”一文提出了程序法律责任的概念,并对此作了必要的理论论证。程序法律责任是相对于程序违法而言的,是程序违法的法律后果。在当前重视程序正义的情况下,对程序法律责任的探讨,我认为是具有现实意义的。

在“**理论前沿**”栏目中,发表了两篇论文。**王永茜**的“被害人的行为影响犯罪成立的实例分析”一文,提出了一个被害人的行为如何影响犯罪成立的问题,值得我们关注。以往我们将被害人的行为之于刑事责任的影响,仅局限于量刑,我认为这是不够的。在某些情况下,还可能影响定罪。那么,被害人的行为影响定罪的理论根据又何在呢?这是很值得研究的,当然这里有极专门的问题。例如德国学者讨论的被害人承诺是阻却构成要件还是阻却违法的问题。^①本文则主要从个罪上,对被害人的行为在何种程度上影响犯罪成立的问题做了颇有价值的探讨。**王琪**的“累犯的实证研究”一文,是用实证研究的方法,对累犯问题从判决角度作了研究。由于研究路径的转换,本文的研究结论是富有启发的。

在“**调研报告**”栏目中,发表的是北京市高级人民法院刑一庭副庭长**刘京华**的关于北京市法院减刑、假释工作的调研报告。该报告资料充实,数据丰富,并对有关问题作了有理有据的分析,相信对于我们了解减刑、假释的实际情况是有帮助的,我们欢迎这一方面的来稿。

在“**域外观察**”栏目中,**周长军、宋燕敏**编译的“澳大利亚联邦的检控政策”一文,可以帮助我们了解澳大利亚联邦的刑事检控政策。**张琳琳**的“日本刑事司法改革的趋势”和**张朝霞、冯英菊**的“英国刑事司法改革的基本走向”两篇论文,分别对日本和英国的刑事司法改革的最新动向作了介绍。他山之石,可以攻玉,在我国正在进行司法改革的背景下,更多地了解域外的司法改革动向,无疑会拓宽我们的视野。

在“**判例研究**”栏目中,发表的是本人关于非法占有目的如何认定的判例研究论文。非法占有目的是某些犯罪的主观构成要件之一,但如何正确地认定却有一定难度。本文结合一个案例,对此作了解析。

^① 参见[德]耶塞克·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第453页。

在“案例研究”栏目中,卢希起的“共犯与身份的个案分析”一文,涉及的是共犯理论,并以一起个案为切入点进行了分析。叶良芳的“俞剑波、金肇阳违法发放贷款案——单位犯罪的主体如何认定?”一文,涉及的是单位犯罪,同样也以一起个案切入进行了研究。案例研究虽然由个案引起,但最终都须上升到法理层面加以解决。

陈兴良

2004年5月8日

谨识于北京锦秋知春寓所





目录

01	卷首语	陈兴良
【个罪研究】		
01	非法经营罪研究	杨万明 裴显鼎 朱 平
19	销售假冒注册商标的商品罪研究	柏浪涛
【刑法适用】		
36	论伤害致人死亡犯罪的认定	夏成福
46	生产、销售不符合标准的医用器材罪疑难问题解析	胡东飞
55	票据诈骗罪客观方面探讨	高艳东
【刑事诉讼法适用】		
70	我国刑事诉讼证人作证制度的思考	周 菁
81	刑事程序法律责任论	刘方权 曹文安
【理论前沿】		
96	被害人行为影响犯罪成立的实例分析	王永茜
109	累犯的实证研究	王 琪
【调研报告】		
121	关于北京市法院减刑假释工作的调研报告	刘京华
【域外观察】		
135	澳大利亚联邦的检控政策	周长军 宋燕敏 编译
151	日本刑事司法改革的趋势	张琳琳
166	英国刑事司法改革的基本走向	张朝霞 冯英菊

【判例研究】

- 185 非法占有贷款目的之认定研究 陈兴良

【案例研究】

- 196 共犯与身份的个案分析 卢希起

- 202 俞剑波、金肇阳违法发放贷款案
——单位犯罪的主体如何认定 叶良芳

●【个罪研究】

非法经营罪研究

■ 杨万明* 裴显鼎** 朱 平***

目次

- 一、非法经营罪的客观要件
- 二、非法经营罪中“情节严重”、“情节特别严重”的认定
- 三、非法经营罪中的竞合问题
- 四、非法经营罪与相关犯罪的界限

有关非法经营的刑事案件如何处理,不仅关系到市场秩序的规范、市场环境的完善,同时也涉及公民和其他经济主体的经济自由,因此它既是一个重要的法律问题,也是一个重大的社会问题。有必要进行专题研究。本文主要从司法实践中如何把握和适用非法经营罪的角度,对非法经营罪的客观要件、犯罪情节、犯罪竞合、与相关犯罪的界限等问题进行探讨。

一、非法经营罪的客观要件

根据《刑法》第225条及《刑法修正案》的规定,非法经营罪是指违反国家规定,实施非法经营活动,扰乱市场秩序,情节严重的行为。

违反国家规定是构成非法经营罪的前提条件,也是非法经营行为具有可罚性的客观基础。因此,确定非法经营罪的犯罪构成,首先要审查非法经营行为的行政违法性。这里关键是对非法经营罪中的“非法”和“违反国家规定”如何理解。

* 杨万明:最高人民法院刑二庭副庭长。

** 裴显鼎:最高人民法院刑二庭审判员。

*** 朱平:北京市高级人民法院刑二庭法官、法学硕士。

非法是指违法的一种状态。在我国,法是一个内涵丰富的概念,就法律体系而言,宪法、基本法、国务院及所属各部门制定的行政法规、行政规章以及地方性法规均在法律之列,违反上述法律体系中的任何一项均为非法。然而,《刑法》第225条表述却是“违反国家规定,有下列非法经营行为之一”,“违反国家规定”与“非法经营”是何关系?“国家规定”与“法”是何关系?笔者认为,所谓“国家规定”不是一个法律术语,甚至不是一个政策术语,其含义不明确,市政府、县政府甚至乡政府作出的决定是否属于“国家规定”?违反其决定从事的经营活动能否认定为非法经营行为?不无疑问。例如某市政府为了扶持本地化工企业,保护地方利益,规定凡本市企业购买化工产品必须从本市有关企业进货,违者将给有关企业负责人以行政处分,另外,外地化工企业不得在本市经销上述产品,显然,这种规定是地方保护主义的产物,与市场经济的要求背道而驰。又如,某地为加强非法网吧的管理,颁布政府令,规定在某一段时期内,所有网吧必须停业整顿,不得从事经营活动。根据政府令的规定,对于已取得合法经营资格的网吧在该时期内的经营活动也属于违法活动,其非法经营活动能否以非法经营罪处理?

解决上述问题的关键是如何确定“国家规定”的含义。笔者认为,对非法经营罪中的“法”和“国家规定”应做限制性解释,国家规定仅限于法律法规的范围,包括全国人大及其常委会颁布的法律、国务院颁布的行政法规以及最高人民法院颁布的司法解释。《刑法》第225条所列的第一项非法经营行为是“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或其他限制买卖的物品;”肯定了非法经营罪中的“法”包括法律和行政法规。第225条第2项规定:“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律,行政法规规定的经营许可证或者批准文件的;”《对外贸易法》对进出口许可证、进出口原产地证明制度作了明确规定,买卖进出口许可证、进出口原产地证明则属于违反《对外贸易法》的行为,因此,从该项规定仍能得出结论:所谓非法之法,意指诸如《对外贸易法》等法律以及行政法规。

综上所述,非法经营罪中所说的法律包括两种:一种是全国人民代表大会及其常委会通过的法律;另一种是国务院及所属各部门制定的行政法规。最高人民法院对上述法律法规所作的司法解释则是司法实践中认定非法经营行为的直接依据。除此之外,一切地方性法规、行政规章等都不在非法经营罪的法律之列。在这一“法”的含义上来理解非法经营罪,至少有如下意义。一方面,非法经营罪中的非法不包括违反地方性法规的情形。由于法律与行政法规是全国统一的,这样就可以避免各省、自治区、直辖市之间对同一行为在罪与非罪判断上的分歧,有利于司法统一;同时,有利于控制非法经营罪的打击面,避免刑法对经济活动干预过多所带来的负面影响。另一方面,非法经营罪中“非法”的认定,事关行为人的刑事责任,将“非法”的认定权交由全国人大及其常委会、国务院等中央国家机关,有利于保护无罪的人不受刑事追究。

值得注意的是,将非法经营罪中的“法”作上述理解,导致刑法中的非法经营的含义不同于工商管理中的非法经营。在工商管理中,地方性法规、地方行政规章以及计划单列市的权力机关所通过的规范性文件可作为执法依据,但在刑法上,必须是

违反全国性的法律、行政法规,才能据以定罪。从表面上看,刑法与行政法上对非法经营采取双重标准似乎会带来混乱,实际上,这正体现了刑法与行政法的不同评价标准,客观上有利于采取不同的手段灵活打击违法经营活动,维护全国刑事法制的统一。

《刑法》第225条和《刑法修正案》对非法经营行为具体规定为下列四种行为:

(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的

国家为了促进经济的健康发展,对外汇等物品实行由国家集中管理统一经营的制度。根据《外汇管理条例》的规定,外汇不仅指外国的货币(包括钞票、铸币),还包括外币有价证券,即外国政府公债、国库券、公司债券、股票、息票、外币支付等其他外汇资金。在我国境内,禁止私自买卖外汇,任何非法收购、贩卖外汇的行为都可以构成非法经营罪。但某些行业,国家指定专门的单位经营,如国务院《电影管理条例》规定,电影进口业务由国务院广播电影电视行政部门指定电影进口经营单位经营;未经指定,任何单位或者个人不得经营电影进口业务。又如国务院《食盐专营办法》规定,国家对食盐实行专营管理。对食盐实行定点生产制度,非食盐定点生产企业不得生产食盐。此外军工产品、天然金刚石、麻醉药品、剧毒药品等行业,国家也指定由专门单位经营。某些物品,国家实行专卖制度,如《烟草专卖法》规定,国家对烟草专卖品的生产、销售、进出口依法实行专卖管理,并实行烟草专卖许可证制度。开办烟草制品生产企业,必须经国务院烟草专卖行政主管部门批准,取得烟草专卖生产企业许可证,并经工商行政管理部门核准登记;未取得烟草专卖生产企业许可证的,工商行政管理部门不得核准登记。某些重要生产资料和紧俏耐用消费品,国家不允许自由经营,实行限制经营制度,如钢材、石油、汽车等行业;此外,国家还规定某些物品禁止上市,如走私物品。擅自买卖上述物品的均可构成非法经营罪。

所谓未经许可,包括两种情况,(1)未经法律、行政法规授权许可;(2)未经有关主管部门的许可。例如,《药品管理法》规定,开办药品生产企业,须经企业所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门批准并发给《药品生产许可证》、凭《药品生产许可证》到工商行政管理部门办理登记注册。无《药品生产许可证》的,不得生产药品。国务院《农药管理条例》规定,国家实行农药生产许可制度。生产有国家标准或者行业标准的农药的,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。生产尚未制定国家标准、行业标准但已有企业标准的农药的,应当经省、自治区、直辖市工业产品许可管理部门审核同意后,报国务院工业产品许可管理部门批准,发给农药生产批准文件。国务院《印刷业管理条例》规定,国家对出版、制作、复制、进口、批发、零售、出租音像制品,实行许可制度;未经许可,任何单位和个人不得从事音像制品的出版、制作、复制、进口、批发、零售、出租等活动。

(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或批准文件的

这种行为与第一种行为的不同之处在于:其经营对象不是限制买卖的物品,而是经

营许可证或批准文件。

改革开放以来,为适应经济全球化的趋势,我国逐步放开了对外经济贸易政策。2004年修订的《对外贸易法》第14条规定,国家准许货物与技术的自由进出口。但是,法律、行政法规另有规定的除外。第16条规定,国家基于下列原因,可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口:(1)为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德,需要限制或者禁止进口或者出口的;(2)为保护人的健康或者安全,保护动物、植物的生命或者健康,保护环境,需要限制或者禁止进口或者出口的;(3)为实施与黄金或者白银进出口有关的措施,需要限制或者禁止进口或者出口的;(4)国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源,需要限制或者禁止出口的;(5)输往国家或者地区的市场容量有限,需要限制出口的;(6)出口经营秩序出现严重混乱,需要限制出口的;(7)为建立或者加快建立国内特定产业,需要限制进口的;(8)对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的;(9)为保障国家国际金融地位和国际收支平衡,需要限制进口的;(10)依照法律、行政法规的规定,其他需要限制或者禁止进口或者出口的;(11)根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定,其他需要限制或者禁止进口或者出口的。

国家为了加强对进出口贸易的管理,对限制进出口的货物实行配额或许可证管理,对限制进出口的技术实行许可证管理;同时要求进出口货物必须提供原产地证明。实行配额或者许可证管理的货物、技术,必须依照国务院规定经国务院对外经济贸易主管部门或者由其会同国务院有关部门许可,方可进口或者出口。进出口货物配额,由国务院对外经济贸易主管部门或者国务院有关部门在各自的职责范围内,根据申请者的进出口实绩、能力等条件,按照效益、公正、公开和公平竞争的原则进行分配。为了落实法律规定,对外经济贸易主管部门还制定了一些具体的实施办法,如《对外经济贸易合作部关于调整粮食、植物油、食糖、化肥、棉花进口经营和许可证发放办法的紧急通知》规定,自1994年9月11日起国家规定食糖由中国粮油食品进出口总公司专营,各地方、各部门用货单位进口食糖须经外经贸部配额许可证事务局签发进口许可证。《对外贸易法》还明确规定对外贸易经营者在对外贸易经营活动中,应当依法经营,公平竞争,不得伪造、变造或者买卖进出口原产地证明、进出口许可证。行为人买卖进出口配额许可证、进出口原产地证明的行为,直接破坏了国家对外贸易的正常管理秩序,应追究相应的法律责任。

此外,在经济生活中,森林采伐、捕猎、采矿、种子经营等领域,国家有关部门也实行许可证制度。如《种子法》(2004年修订)第31条规定,禁止伪造、变造、买卖、租借种子经营许可证;禁止任何单位和个人无证或者未按照许可证的规定经营种子。国务院《印刷业管理条例》第10条规定,印刷经营许可证不得出售、出租、出借或者以其他形式转让。对于出售、出租、出借或者以其他形式转让印刷经营许可证的行为构成犯罪的应追究刑事责任。

批准文件是有关部门作出的类似许可证作用的文件,是一种使行为合法化的文件。

买卖批文的行为同样会干扰正常的市场秩序,有关法律法规予以明令禁止。如国务院《音像制品管理条例》第5条规定,依照本条例发放的许可证和批准文件,不得出租、出借、出售或者以其他任何形式转让。国务院《农药管理条例》第14条规定,国家实行农药生产许可制度。生产有国家标准或者行业标准的农药的,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。生产尚未制定国家标准、行业标准但已有企业标准的农药的。应当经省、自治区、直辖市工业产品许可管理部门审核同意后,报国务院工业产品许可管理部门批准,发给农药生产批准文件。该条例第42条规定,假冒、伪造或者转让农药登记证或者农药临时登记证、农药登记证号或者农药临时登记证号、农药生产许可证或者农药生产批准文件、农药生产许可证号或者农药生产批准文件号的,依照刑法关于非法经营罪或者伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的规定,依法追究刑事责任。

(三) 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

为了规范证券、期货交易和保险行为,加强对证券、期货交易和保险业务的监督管理,维护证券、期货和保险市场秩序,防范风险,保护交易各方的合法权益和社会公共利益,我国法律法规对证券、期货和保险业务的经营作出了明确规定。

1993年4月22日国务院发布的《股票发行与交易管理暂行条例》第71条规定,证券经营机构违反本条例规定,有下列行为之一的,根据不同情况单处或者并处警告、没收非法获取的股票和其他非法所得、罚款;情节严重的,限制、暂停其证券经营业务或者撤销其证券经营业务许可;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)未按照规定的程序、方式承销股票的;(2)未按照规定发放股票认购申请表的;(3)将客户的股票借与他人或者作为担保物的;(4)收取不合理的佣金和其他费用的;(5)以客户的名义为本机构买卖股票的;(6)挪用客户保证金的;(7)在代理客户买卖股票活动中,与客户分享股票交易的利润或者分担股票交易的损失,或者向客户提供避免损失的保证的;(8)为股票交易提供融资的。第74条、第78条规定,任何单位和个人违反本条例规定,有下列行为之一的,根据不同情况,单处或者并处警告、没收非法获取的股票和其他非法所得、罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。在证券委批准可以进行股票交易的证券交易场所之外进行股票交易的;出售或者要约出售其并不持有的股票,扰乱股票市场秩序的;未经批准对股票及其指数的期权、期货进行交易的;其他非法从事股票发行、交易及其相关活动的。

2004年修订的《证券法》第10条明确规定,公开发行证券,必须符合法律、行政法规规定的条件,并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准或者审批;未经依法核准或者审批,任何单位和个人不得向社会公开发行证券。第32条规定,经依法核准的上市交易的股票、公司债券及其他证券,应当在证券交易所挂牌交易。第36条规定,证券公司不得从事向客户融资或者融券的证券交易活动。第134条规定,证券公司自营业务必须以自己的名义进行,不得假借他人名义或者以个人名义进行。证券公司不得将其自营账户借给他人使用。