



最高人民法院法官释法

“口袋罪”的司法命运

非法经营的罪与罚

Judicial Fate of "The Indefinite Crime"

刘树德 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

“口袋罪”的司法命运

非法经营的罪与罚

Judicial Fate of "The Indefinite Crime"

刘树德 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

“口袋罪”的司法命运:非法经营的罪与罚/刘树德著. —北京:北京大学出版社,2011.11

ISBN 978 - 7 - 301 - 16849 - 3

I. ①口… II. ①刘… III. ①经营 - 违法 - 刑事犯罪 - 研究 - 中国
IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 203534 号

书 名:“口袋罪”的司法命运——非法经营的罪与罚

著作责任者:刘树德 著

责任编辑:侯春杰

标准书号:ISBN 978 - 7 - 301 - 16849 - 3/D · 2959

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印刷者:三河市博文印刷厂

经 销 者:新华书店

730mm × 1020mm 16 开本 25 印张 435 千字

2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷

定 价:49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

最高人民法院法官释法

市场自治、政府干预、刑罚介入 (代前言)

从人类经济发展史来看,市场经济体制与计划经济体制是两大经济形态。市场与政府的关系往往又是两大经济形态不同的关键所在。具体来说,在计划经济体制下,权力是配置资源的基本手段,是左右经济的根本力量,是获取利益的主要工具。权力决定经济,权力先于经济。计划经济是政府主治经济,政府权力过大,政府干预过多。计划经济作为一种权力经济,是隶属经济而不是平等经济,是命令经济而不是自由经济,是专制经济而不是法治经济。计划经济是一种纵向统配经济,生产者隶属于政府机关,没有独立的地位,不享有自主的权利。^① 市场经济是市场本位、市场主治经济,而不是政府本位、政府主治经济。政府与市场的关系,不是市场服从于政府,而是政府服务于市场,不是市场纳入政府,而是政府纳入市场。市场经济发展的动力首先源于市场的自由竞争而不是导于政府的

^① 参见邱本:《市场法治论》,中国检察出版社2002年版,第7页。

2 “口袋罪”的司法命运——非法经营的罪与罚

行政管理,市场经济的权利取向是精简政府的行政权限而扩大市场的自治权利。^①

“不可能找到完善的市场经济,不存在完善的市场经济……各种形式的市场完善是市场经济永远不得与之斗争的东西”。^② 因此,在当今世界,大多数国家采取的经济体制形态已不再是纯粹的市场经济或者计划经济,而是不同程度地共同发挥市场和政府的功用,形成以市场为主导同时发挥政府调控作用的“混合”经济体制。对此,许多学者均有论述,例如,查尔斯·沃尔夫所言:“市场与政府间的选择是复杂的,而且,通常并不仅仅是这两个方面。因为这不是纯粹在市场与政府间的选择,而经常是在这两者的不同组合间选择”;“市场与非市场间的选择并不是一种纯的选择,而是一种程度上的选择。然而,从产生这种制度的经济和社会行为的角度来看,选择的程度还是至关重要的。选择越倾向于市场,其体制就会面临更多的导致市场缺陷的危险;选择越倾向于非市场,其体制就会面临更多的导致非市场缺陷的危险”。^③ 米德指出:“实际上,到底是采取自由放任的市场竞争,还是采取对个别经济行为进行必要的社会控制?这二者之间常常发生冲突,要抉择何者更优是不可能的。纵观经济政策的演变,我们可以看出,理论与实践都是在不断地发生变化的,人类有时强调自由竞争市场的作用,有时却又希望政府能进行适当的控制。但是,我们始终如一地认为:当人们只考虑需要政府对经济进行特别干预而忽视市场机制时,应该提请政府注意竞争性市场机制的功能;当人们虔诚地笃信自由放任可以解决一切问题时,又必须强调社会控制在什么情况下仍然是必要的”。^④ 萨缪尔逊指出:“市场和政府这两个部分都是必不可缺的。没有政府和市场的经济都是一个巴掌拍不响的经济”。^⑤ 斯蒂格利茨指出:“市场是经济的中心,但政府必须发挥重要作用。这一问题的关键是如何在市场和政府作用中取得平衡”。^⑥ 戈德史密斯指出:“私人企业和资本主义经济发展也并非生活在真空之中,它们需要有能力政府,而不是被动的政府——要求它能够铸造使利润动机和价格机制充分发挥作用的圣堂”。^⑦ 卡尔·波拉尼对美国市场制度形成

① 参见邱本:《市场法论》,中国检察出版社2002年版,第87—88页。

② 参见[美]伊萨克森等:《理解市场经济》,商务印书馆1996年版,第140页。

③ 转引邱本:《自由竞争与秩序调控》,中国政法大学出版社2001年版,第114页。

④ 参见[美]米德:《混合经济》,上海三联书店1989年版,第4—5页。

⑤ 参见[美]萨缪尔逊等:《经济学》(上册),中国发展出版社1992年版,第87页。

⑥ 参见胡鞍钢:《政府与市场》,中国计划出版社2000年版,第152页。

⑦ 同上注,第58页。

过程进行研究后得出与众不同的结论:“正是在中央集权式的干涉主义不断膨胀的前提下,通向自由市场的道路才得以开拓并未曾再关闭”。^①

此种“混合”现象的出现,可以说,是人类对经济发展规律的充分认识的结果。一方面,“市场经济是最有生产效率和最尊重人的自由社会形式”。^②实践证明,要真正促进社会经济的发展,最有效的办法还是市场的自由竞争,除此以外,别无他途。“明天的社会不是来自某种预先确定的选择,而是来自不同生活方式和价值体系之间的自由竞争”。^③西方资本主义国家的经济演变经历了一个由自由放任到政府主治再到市场主治这样一个否定之否定的过程。国家干预的缺陷往往大于希望弥补的那些市场缺陷,市场办不到、办不好的事情,政府往往同样办不到、办不好。用政府干预来弥补市场缺陷实在是用更不完善的东西代替不完善的东西。另一方面,市场经济又需要宏观调控^④,因为:一是市场经济不能始终自动均衡。加尔布雷思明确指出,“经济体系会自我改进的说法,现在也许已没有人相信。不平衡发展、不均等……行业间的缺乏协调——这些都是体系中的一部分,也是现实中的一部分”。^⑤二是市场调节无法克服盲目性。市场主体各自追求自认为极大化的私人利益,各自为“政”,必然导致盲目性,具有极大的破坏性。三是市场经济无法自给自足。市场机制的存在和运作必须依靠系列的基础条件,如必要的市场交易规则。“政府的必要性在于:它是‘竞赛规则’的规定者,又是解释和强制执行这些已被决定的裁判者”。^⑥四是市场经济无法实现社会公平。萨缪尔逊指出:“市场是没有心脏和大脑的,因而不能指望市场自身能够自觉地意识到它所带来的严重的社会不平等,更不能指望市场自身来纠正这种不平等”。^⑦五是市场经济无法促进公共利益。西斯蒙第曾言:“包括在所有其他人的利益中的个人利益确实是公共福利;但是,每个人不顾别人的利益而追求个人的利益,同样,他自己力量的发展并不包括与他力量相等的其他人的力量之内,于是最强有力的人就会得到自己所需要的利益,而弱者的利益将失去保障,因为人们的政治目的就在于少损

① 参见胡鞍钢:《政府与市场》,中国计划出版社2000年版,第8页。

② 参见[美]艾哈德:《社会市场经济之路》,武汉大学出版社1998年版,第271页。

③ 参见[美]亨利·勒帕日:《美国新自由主义经济学》,北京大学出版社1959年版,第233页。

④ 参见邱本:《自由竞争与秩序调控》,中国政法大学出版社2001年版,第326—329页。

⑤ 参见[美]加尔布雷思:《经济学与公共目标》,商务印书馆1980年版,第209页。

⑥ 参见[美]弗里德曼:《资本主义与自由》,商务印书馆1986年版,第16页。

⑦ 参见经济学消息报社编:《诺贝尔经济学奖得主专访录——评说中国经济与经济学发展》,中国计划出版社1995年版,第44页。

失、多得利。……个人利益乃是一种强取的利益,个人利益常常促使它追求违反最大多数人的利益,甚至归根结底可以说是违反全人类的利益”。^①

当然,此种“混合”经济体制中政府的干预只能是适度的。因为,从柏拉图的“绝对理念”、康德的“不可知论”、黑格尔的“绝对精神”到马克思的实践观,均表明人的认识能力在一定条件下都是有限的,人类并没有认识一切、计划一切的能力。因此,人们实在没有理由认为国家干预的人为秩序比自发形成的市场秩序更完善。现代新自由主义者通过对国家干预的理论分析和实证研究也证明,市场机制固然不是十全十美的东西,但国家干预也并非没有缺点,国家并不是一个具有无所不在、正确无误的天赋的神圣建筑,而同样是一个理性不足和资源有限的人类组织,国家也一样会犯错误,不能确保国家干预一定符合公共利益和集体偏好,不能确保国家干预一定能弥补市场的不足。恩格斯曾指出:“国家权力对经济发展的反作用可以有三种:它可以沿着同一方向起作用,在这种情况下就会发展得比较快;它可以沿着相反方向起作用,在这种情况下,像现在每个大民族的情况那样,它经过一定的时期都要崩溃;或者是它可以阻止经济发展沿着既定的方向走,而给它规定另外的方向——这种情况归根到底还是归结为前两种情况中的一种。但是很明显,在第二和第三种情况下,政治权力会给经济发展带来巨大的损害,并造成人力和物力的大量浪费”。^②在黑格尔看来,“现代国家的本质在于,普遍性是同特殊性的完全自由和私人福利相结合的……目的的普遍性如果没有特殊性自己的知识和意志——特殊性的权利必须予以保持——就不能向前迈进,所以普遍性必须予以促进,但是另一方面主观性也必须得到充分而活泼的发展。只有在这两个环节都保持着它们的力量时,国家才能被看作一个肢体健全的和真正有组织的国家”。^③国家作为凌驾于、外在于私权和私人福利之上的最高权力,就在于从根本上保护私权和私人福利,实现普遍利益与个人利益的统一,而不是片面追求纯粹的普遍利益。诺斯也指出:“国家的存在是经济增长的关键,然而国家又是人为经济衰退的根源;这一悖论使国家成为经济史研究的核心,在任何关于长期变迁的分析中,国家模型都将占据显要的一席”。^④

同时,政府干预的实质是政府意志统治而不是市场主体意思自治,政府

① 参见〔美〕西斯蒙第:《政治经济学新原理》,商务印书馆1983年版,第243页。

② 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1995年版,第701页。

③ 参见〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1982年版,第261页。

④ 参见〔美〕诺斯:《经济史中的结构与变迁》,上海三联书店1994年版,第20页。

作为外在于经济的政治权威是超然至上的而不是平等对待的,政府干预很容易破坏经济的自然秩序。政府拥有强制力量,从政府的立场对待市场往往难以善待市场。政府高高在上,从政府的眼光观照市场往往藐视市场。政府具有自大的本能,从政府的尺度度量市场常常缩小市场。政府并不是中立者,为利益矛盾所制约的制度局限重重,难以纠正各种市场失效。政府的原则与市场的原则与其说是相互替代不如说是相互冲突,市场所缺少需要弥补的,政府未必具有并能提供,政府所提供的未必就是市场所需要的,市场与政府常常发生错位,政府对市场缺陷的弥补往往也不到位。政府同时面临与市场同样的制约,如信息有限的制约、制约能力的制约,等等。可见,政府自身的属性和本能也内在要求得到限制和收敛。为了确保政府权力始终沿着积极的方向来促进经济的发展,最关键的在于恰当地界定政府权力。正如弗里德曼所言,“政府的职责范围必须具有限度”,而且“政府的权力必须分散”,这是一个自由文明的社会必须坚持的原则,因为“文明的巨大进展从没有来自集权的政府”。^①

市场经济反对中央集权、反对经济统制、反对集权计划,要求政府尽可能地减少干预。市场经济是市场主治而不是政府主治,市场经济是制约政府干预的最天然的屏障和最有力的基础。市场经济从根本上最大可能地限制了政府的权力,使得政府减少自己的权限,减少干预,自动地退出许多领域,缩小自己的活动范围。^② 在建立社会主义市场经济体制的过程中,不能把市场经济等同于完全放任经济甚至是无政府主义经济,否则是危险的。诺斯指出,“在整个历史上,当人们需要在国家——但可能具有剥削性——与无政府之间作出选择时,人们均选择了前者。几乎任何一套规则都好于无规则”。^③ 刘易斯也指出,“国家越落后,一个开拓性政府的作用范围就越大”,“软弱的政府不能维持自己境内的秩序”。^④ 卡尔·波拉尼更指出,“通往自由市场的道路被打开了,并且随着有组织的中央控制型干预的大量增加而不断保持着通畅……自由市场的引入,远远不能排除对控制、管制和干预及其不断增加的范围的需要。管理者不得不持续地提防着以保证制度的自由运行。这样,即使那些最热心希望免除国家的所有不必要的职能和那些全部哲学观都是要求限制国家行为的,都只能把新的权力、机关和建立自

① 参见〔美〕弗里德曼:《资本主义与自由》,商务印书馆1999年版,第4—5页。

② 参见邱本:《市场法治论》,中国检察出版社2002年版,第12页。

③ 参见〔美〕诺斯:《经济史中的结构与变迁》,上海三联书店1994年版,第24页。

④ 参见〔美〕刘易斯:《经济增长理论》,上海三联书店1990年版,第516、520页。

由放任所需的工具交给完全相同的国家”。^①

社会主义国家经济体制改革,从实质上说是对政府管理经济的检讨和纠偏,即将改革前的国家干预与市场调节的颠倒关系端正过来,也即从政府主治到市场主治。市场主治,即市场调节在资源配置中起主导作用,但并不排除(甚至要求)国家干预在资源配置中的次要作用。^② 市场主治将经济的发展动力首先诉诸于市场的自由竞争而不是制度的行政管理,求助于市场主体的自主性、积极性和创造性而不是政府的指令性、计划性和权威性。市场主治要求简政放权,扩大市场自主权。政府与市场主体的关系不是市场主体附属于政府而是独立于政府。市场主治的取向是市场本位而不是政府本位。市场主治要求政府干预减少到最低限度而市场自由竞争发挥到最大程度。^③ 纵观中国政府权力演变和社会经济发展的历史,不难看出,在高度集权的体制下,政府权力过大,政府权威滥用,侵犯了企业和个人的正当权利,窒息了经济民主和经济自由,从而严重地阻碍了社会经济的发展。中国市场经济的发展由政府启动,由政府推进,由政府改革,由政府主导,中国市场经济的顺利发展在很大程度上归功于政府主导。同样,要继续推进中国市场经济的顺利发展也必须加强和完善政府主导,即注重和加强宏观调控。^④ 中共十四大在总结几十年的改革经验后,提出建立社会主义市场经济体制,“就是要使市场在社会主义国家宏观调控下对资源配置起基础性作用,使经济活动遵循价值规律的要求,适应供求关系的变化;通过价格杠杆和竞争机制的功能,把资源配置到效益好的环节中去,并给企业以压力和动力,实现优胜劣汰;运用市场对各种经济信号反应比较灵敏的优点,促进生产和需要的及时协调。同时也要看到市场有其自身的弱点和消极方面,必须加强和改善国家对经济的宏观调控”。这种体制就是以市场为本位的体制。所谓以市场为本位,也就是以自治为本位。自治是市场的内在要求,凡是私人能自治的,政府就不应染指,政府应服务促进私人自治。以市场为本位,就意味着市场与政府的关系是市场为主政府为辅,市场为先政府为后,市场为本政府为末,在既可以由市场调节又可以由政府干预的情况下由市场调节,在既不能由市场调节又不能由制度干预的情况下由市场调节,在既可以由政府干预又可以不由政府干预的情况下不由政府干预,在既可以由

① 参见〔美〕G. M. 霍奇逊:《现代制度主义经济学宣言》,北京大学出版社1993年版,第181页。

② 参见邱本:《自由竞争与秩序调控》,中国政法大学出版社2001年版,第114、131页。

③ 参见邱本:《市场法治论》,中国检察出版社2002年版,第103页。

④ 参见邱本:《自由竞争与秩序调控》,中国政法大学出版社2001年版,第333—334页。

市场调节又可以不由市场调节的情况下由市场调节。^①同时,合理有效的宏观调控应当在性质上具有合法性、在范围上具有确定性、在运作上具有程序性、在结果上具有责任性。所谓确定性,即宏观调控的范围或领域应当是确定的,而不是笼统的、模糊的,不得借宏观调控之名滥加干预。^②政府(国家)权力过大,干预过多,无疑会妨碍市场自由竞争。而“保持竞争自由,乃是任何市场经济的基础。只要哪里自由不受任何压制,哪里自由就得到法律保障,哪里市场经济基础就能存在,也会受到社会上的极端重视”。可以说,“自由的原则与竞争的原则是同生共死的”,“一旦竞争受到排斥,市场经济便丧失了维持经济秩序和保障自由的力量”。^③

总之,市场经济体制中的政府(国家)在经济领域的职能就是组织竞争、维护竞争,而不是参与竞争、限制竞争。“国家的任务不在于直接干涉经济,至少当经济尚未要求干涉时应当这样。如果国家参与生产,这跟一个以冒险精神为基础的经济制度不相适应”。^④政府干预与市场主体自由是矛盾冲突、此消彼长的,政府干预扩大往往就是市场主体自由的缩小,扩大政府干预很少不以牺牲市场主体自由为代价;政府较之市场主体是强者对弱者,政府干预常常具有威逼侵蚀市场主体自由的危险,扩大政府干预更是加重这种危险。因此,政府干预不能以丧失自由竞争为代价。只要自由竞争尚存,经济自由进而政治自由就有了基础和保障。正如艾哈德所言,“赋予个人自由经济活动权并且通过市场和价格来协调个人分散的经济计划之市场经济秩序是政治自由和民主自由思想在经济范围的体现。任何国家统制经济和对经济的任何社团控制,最终意味着限制西方民主国家宪法保证的基本自由和破坏自由发展个性的权利”。^⑤也就是说,没有市场、市场竞争,就没有经济自由以及由此而来的政治自由。弗里德曼说:“我找不到任何例证来证明:人类社会中曾经存在着大量政治自由而又没有使用类似自由市场的东西来组织它的大部分的经济活动”。^⑥

立足于上述政府干预与市场自治的辩证关系,作为政府干预的极端形式与最后手段——刑罚介入(此处表现为立法者设置非法经营罪的调控范

① 参见邱本:《市场法治论》,中国检察出版社2002年版,第190页。

② 同上注,第41页。

③ 参见[美]艾哈德:《社会市场经济之路》,武汉大学出版社1998年版,第232页。

④ 同上注,第102页。

⑤ 同上注,第232页。

⑥ 参见[美]弗里德曼:《资本主义与自由》,商务印书馆1986年版,第11页。

围)自然也应有限制,并遵循谦抑性原则。^①从立法层面来看,刑法的谦抑性,是指“刑法依据一定的规则控制处罚范围与处罚程度,即凡是适用其他法律足以抑制某种违法行为、足以保护合法权益时,就不要将其规定为犯罪;凡是适用较轻的制裁方法足以抑制某种犯罪行为、足以保护合法权益时,就不要规定较重的制裁方法”。^②非法经营罪作为政府用来规制市场经营行为的最严厉手段,调控范围(具体表现为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”)过大,必然会影响市场主体的经营自由,进而致使市场经济的活力受损。

^① 学界关于刑法谦抑的表述、定义、内涵、根据等均存在分歧,参见王明星:《刑法的谦抑精神研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第1页以下。

^② 参见张明楷:《论刑法的谦抑性》,载《法商研究》1995年第4期。

目 录

第一章 非法经营罪的立法例	1
一、国外非法经营罪的立法例	1
二、我国非法经营罪的立法溯源	2
第二章 非法经营罪的基本构成要件	10
一、非法经营罪侵犯的法益	10
二、非法经营罪的行为要件	12
三、非法经营罪的主观要件	169
第三章 非法经营罪的加重构成要件	186
第四章 非法经营罪的罪数	201
一、非法经营罪的法条竞合	201
二、非法经营罪的想象竞合	221
三、非法经营罪的其他罪数问题	224
第五章 非法经营罪与他罪的区分	228
一、非法经营罪与诈骗罪的区分	228
二、非法经营罪与非法经营同类营业罪的区分	240
三、非法经营罪与生产、销售伪劣产品罪的区分	242
附录一：非法经营罪调控范围的再思考	246
一、《行政许可法》的许可分类引发的思考	246
二、《行政许可法》立法理念引发的思考	258
三、《行政许可法》设定依据引发的思考	264

2 “口袋罪”的司法命运——非法经营的罪与罚

附录二：非法经营罪罪状——“口袋罪”的权衡	270
一、法律体系角度的质疑	270
二、刑法渊源角度的质疑	271
三、罪刑法定角度的质疑	276
附录三：罪刑法定视野下附属刑法的追问	281
一、附属刑法的表现形式	281
二、附属刑法的规定方式	284
三、附属刑法的两个解释学问题	290
附录四：“口袋罪”的司法命运	
——42个非法经营案例的证明	296
案例索引	379
后记	385

第一章 非法经营罪的立法例

一、国外非法经营罪的立法例

世界大多数国家均未设置独立的非法经营罪名。俄罗斯、越南、中国等国家规定了单独的非法经营罪。《俄罗斯联邦刑法典》^①第22章“经济活动领域的犯罪”第171条(非法经营)规定:“1. 未经注册或违反注册规则,以及向进行法人注册的国家机关提交明知虚假的材料,或在必须领取专门许可证(执照)时没有这种许可证,或违反许可证的要求和条件而从事经营活动,如果这种行为对公民、组织或国家造成巨大损失,或同时获得巨大收入的,处数额为30万卢布以下或被判刑人2年以下的工资或其他收入的罚金;或处180小时以上240小时以下的强制性社会公益劳动;或处4个月以上6个月以下的拘役。2. 上述行为,有下列情形之一的:(1)有组织的集团实施的;(2)获得的收入数额特别巨大的,处数额为10万卢布以上50万卢布以下或被判刑人1年以上3年以下的工资或其他收入的罚金;或处5年以下的剥夺自由,并处或不并处数额为8万卢布以下或被判刑人6个月以下的工资或其他收入的罚金”。^②《越南刑法典》^③分则第16章“侵犯经济管理秩序罪”第159条(违法经营罪)规定:“1. 任何人未经登记注册而经营、

① 《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,中国法制出版社2004年版。

② 《俄罗斯联邦刑法典》(黄道秀等译,中国法制出版社1996年版)第22章“经济活动领域的犯罪”第171条(非法经营)规定:“一、未经注册或在必须获得专门许可证(执照)时没有这种许可证,或违反许可证颁发的条件而从事经营活动,如果这种行为对公民、组织或国家造成巨大损失,或同时获得巨额收入的,处数额为最低劳动报酬300倍至500倍或被判刑人3个月至5个月的工资或其他收入的罚金,或处180小时至240小时的强制性工作,或处4个月以上6个月以下的拘役,或处3年以下的剥夺自由。二、上述行为,有下列情形之一的:(1)有组织的团伙实施的;(2)获得特别巨大数额收入的;(3)具有非法经营或非法从事银行获得罪前科的人员实施的,处数额为最低劳动报酬700倍至1000倍或被判刑人7个月至1年的工资或其他收入的罚金,或处5年以下的剥夺自由,并处或不并处数额为最低劳动报酬50倍以下或被判刑人1个月以下的工资或其他收入的罚金。”

③ 《越南刑法典》,米良译,中国人民公安大学出版社2005年版。

2 “口袋罪”的司法命运——非法经营的罪与罚

超出登记范围经营或者在法律规定必须有专营证的情况下无专营证经营,或者因实施本条或者本法第 153 条、第 154 条、第 155 条、第 156 条、第 157 条、第 158 条、第 160 条、第 161 条、第 164 条、第 193 条、第 194 条、第 195 条、第 196 条、第 230 条、第 232 条、第 233 条、第 236 条或第 238 条规定的行为之一被行政处罚或者刑事处罚未取消案籍又再犯的,处五百万盾以上五千万盾以下罚金,或者处二年以下监外改造。2. 有下列情节之一的,处三个月以上二年以下有期徒刑:(1) 利用机关、组织名义的;(2) 冒用不存在的组织名称的;(3) 违法经营价值在三亿盾以上的;(4) 非法获利较大的。3. 对犯罪人还可处以三百万盾以上三千万盾以下罚金”。^①

二、我国非法经营罪的立法溯源

非法经营罪是 1997 年修订《刑法》设立的独立罪名,但其渊源于 1979 年《刑法》的投机倒把罪。1979 年《刑法》第 117 条规定:“违反金融、外汇、金银、工商管理法规,投机倒把,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,可以并处、单处罚金或者没收财产。”第 118 条规定:“以走私、投机倒把为常业的,走私、投机倒把数额巨大的或者走私、投机倒把集团的首要分子,处三年以上十年以下有期徒刑,可以并处没收财产。”第 119 条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,犯走私、投机倒把罪的,从重处罚。”1982 年 3 月 8 日全国人大常委会第 22 次会议通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第 1 条规定:“(一)对刑法第一百一十八条走私、套汇、投机倒把牟取暴利罪,第一百五十二条盗窃罪,第一百七十一条贩毒罪,第一百七十三条盗运珍贵文物出口罪,其处刑分别补充或者修改为:情节特别严重的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。国家工作人员利用职务犯前款所列罪行,情节特别严重的,按前款规定从重处罚”。

此后,立法机关在附属刑法中将一些违法行为规定按投机倒把罪论处,例如,1991 年 6 月 29 日第七届全国人大常委会第 20 次会议通过的《中华人民共和国烟草专卖法》第 38 条规定:“倒卖烟草专卖品,构成投机倒把罪的,依法追究刑事责任;……烟草专卖行政主管部门和烟草公司工作人员利用职务上的便利犯前款罪的,依法从重处罚”。第 39 条规定:“……买卖本法

^① 1982 年 6 月 30 日公布的《越南社会主义共和国惩治投机倒把、走私、制造伪劣商品、非法经营罪法》第 6 条(非法经营罪)规定:“凡无证经营或者与批准内容不符的经营、偷漏税、无明码标价、售价高于定价、未登记商品商标、非法使用商标或者用其他手段欺骗国家机关和消费者的,处三个月以上二年以下监外改造或者三个月以上二年以下有期徒刑,并处违法商品价值三倍的罚金”。

规定的烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖经营许可证等许可证件和准运证,比照刑法第一百一十七条的规定追究刑事责任。烟草专卖行政主管部门和烟草公司工作人员利用职务上的便利犯前款罪的,依法从重处罚”;1986年3月19日第六届全国人大常委会第15次会议通过、1996年8月29日第八届全国人大常委会第21次会议修正的《中华人民共和国矿产资源法》第44条规定:“违反本法规定收购和销售国家统一的矿产品的,没收矿产品和违法所得,可以并处罚款;情节严重的,依照刑法第一百一十七条、第一百一十八条的规定,追究刑事责任”,等等。

最高司法机关在系列司法解释等规范性文件中将许多违法行为规定或解释在投机倒把罪之中。例如:

(1) 1987年11月27日最高人民法院、最高人民检察院《关于依法严惩非法出版犯罪活动的通知》第1条规定:“以牟取暴利为目的,从事非法出版物的出版、印刷、发行、销售活动,非法经营或者非法获利的数额较大,情节严重的,以刑法第一百一十七条投机倒把罪论处;数额巨大的,适用刑法第一百一十八条;情节特别严重的,适用《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条第(一)项的规定”;第2条规定:“以营利为目的,从事淫书淫画、淫秽音像的出版、印刷、发行、销售活动的,以刑法第一百七十条制作、贩卖淫书淫画罪论处;其中非法经营或者非法获利的数额巨大或情节严重的,不仅触犯了制作、贩卖淫书淫画罪,也触犯了投机倒把罪,应以投机倒把罪论处”。

(2) 1987年7月14日最高人民法院《关于依法严惩猎杀大熊猫、倒卖、走私大熊猫皮的犯罪分子的通知》第1条规定:“对猎杀大熊猫并出卖大熊猫皮的,应依照刑法第一百一十七条、第一百一十八条和全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条第(一)项的规定,从重判处”;第3条规定:“倒卖、走私一张大熊猫皮,即应视为情节特别严重,依照全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第一条第(一)项的规定,判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产”。

(3) 1987年9月5日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗伐、滥伐林木案件应用法律的几个问题的解释》第10条第(四)项规定:“无证收购、贩卖木材情节严重或者数额巨大构成投机倒把罪的,分别依照刑法第一百一十七条或第一百一十八条的规定定罪处罚”。

(4) 1985年7月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》中“三、关于投机倒把罪的几个问题”规定:“(一)关于哪些行为是投机倒把行为以及如何处罚