



第三视域下的法律

——厦门大学法学院在职法律硕士优秀论文集
(2013年卷)

编委会主任：徐崇利 李智勇

主 编：林秀芹

副主编：游 钰

Law



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

013059332

D920.4-53
24



第三视域下的法律

——厦门大学法学院在职法律硕士优秀论文集
(2013年卷)

主 编：林秀芹
副主编：游 钰



北航

C1666054

D920.4-53
24



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

第三视域下的法律:厦门大学法学院在职法律硕士优秀论文集(2013年卷)/林秀芹主编.

—厦门:厦门大学出版社,2013.6

ISBN 978-7-5615-4572-0

I. ①第… II. ①林… III. ①法律-中国-文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 046891 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:17 插页:2

字数:403 千字 印数:1~1 000 册

定价:45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

编委会主任：徐崇利 李智勇

编委会成员：徐崇利 李智勇 林秀芹 何丽新 周 蕾

朱炎生 刘连泰 李国安 李兰英 李 刚

张 榕 周东平 周 赟 朱泉膺 游 钰

前 言

自1999年厦门大学法学院开始招收在职法律硕士研究生以来,每年均有逾百名来自法院、检察院、公安机关、行政机关、律师事务所、银行、公司企业、新闻媒体等机构的优秀学员负笈前来深造。这些学员丰富的实践经验和多元化的专业背景为法学院带来勃勃生机。他们的学位论文往往以其从实践经验中总结而来的第一手资料为基础,结合硕士阶段的理论研习心得,探讨与揭示法律实践运行中的规律、问题和解决途径,形成许多视角独特、透视深入、启示丰富的优秀作品。为了让更多读者分享他们的智慧和研习成果,厦门大学法学院从近年来通过答辩的在职法律硕士论文中选择有代表性的优秀论文结集出版。这些论文的作者历经从法律实践者(甚至解释者)到法律研习者的转变,以客观、理性、冷静的态度洞悉法律实践并观察、剖析、探索法律问题,实现法律实践与法律解释理论之间的穿越,融合法律知识共同体和职业共同体的法律解释智慧,突破了法律文本含义、解释者前见的二元界限,故借用伽达默尔诠释学的概念将本论文集命名为“第三视域下的法律”。

本集论文的主题涵盖刑法、民法、行政法、经济法、诉讼法等诸多学科领域。谢其锋硕士的《非法经营罪研究》深入探讨了非法经营罪这一容易被“口袋化”的罪名,论文提出了破除“口袋化”倾向和完善非法经营罪的重要建言。杨志谦硕士的《论交通肇事罪自首的认定》所主张的关于交通肇事罪自首认定的“全部肯定说”与此后最高人民法院出台的相关司法解释相契合,显示了论文研究的前瞻性。吴道强硕士的《论侦查程序中的隐私权保护——以若干刑事侦查行为为中心》深入分析了拍照、查询话单、按捺指纹等具体侦查行为中的隐私权保护问题,提出了隐私权保护宪法化和加强侦查行为规制的建议,这对于保障人权意义重大。陈梅芳硕士的《论行政裁量基准的法律效力——以工商行政处罚裁量基准为样本》认为行政裁量基准应由法院在个案中审查其合法性,裁量基准在现实中过强的适用效力应当回归到其应有的、较低的效力层次。论文见解独到,论证充分,有利于我们科学认识日益增多的行政裁量基准。洪清彪硕士的《论治安调解——以〈中华人民共和国治安管理处罚法〉第9条为中心》深入分析了治安调解的适用条件、原则等具体问题。论文针对性强,论证充分,具有很高的实践参考价值。陈鹏祥硕士的《海峡两岸行政协作之法理探析——以出入境

检验检疫管理之行政协作机制为视角》以出入境检验检疫管理制度为视角,探讨了两岸行政协作的困境和出路,为两岸行政协作模式进行了富有前瞻性的制度设计。高碧芬硕士的《我国明码标价制度研究》专门探讨了我国确立已久却又经常遭到背离的明码标价制度,提出了富有见地的立法和执法建议。在新闻侵权纠纷越来越多的背景下,来自新闻媒体的廖桂金硕士在《新闻真实性的法律思考——以〈厦门晚报〉新闻侵权纠纷为分析基础》一文中深入探讨了新闻真实性的认定标准和法律规制,论文的理论分析深刻,实证材料丰富,具有极强的说服力。庄俊彬硕士的《浅谈人肉搜索的法律规制问题》结合实践分析了“人肉搜索”所引起的权利冲突和法律责任问题,提出了对“人肉搜索”进行法律约束的具体对策,富有启示意义。征地补偿一直是社会关注的热点问题,来自法院的黄鸣鹤硕士在《当前司法实务中农村征地补偿款分配纠纷若干问题探讨》一文中结合厦门司法审判实践,探讨了农村征地补偿款分配纠纷处理中面临的突出问题,论文为此提供了论证充分、可操作性强的司法解决方案。郭其洪硕士的《商业银行应收账款质押融资风险及防范》深入分析了商业银行应收账款质押业务的风险,提出了许多精到的商业银行风险防范对策。姚亮硕士的《劳动基准公益诉讼研究》探讨了劳动基准公益诉讼的理论依据和现实基础,并提出了极具价值的制度设计建议。李加胜硕士在《我国破产管理人制度研究——以破产程序的中心变迁为视角》一文中提出了确立和实行破产管理人中心主义的建议。论文的研究结论对于完善尚处于初建阶段的我国破产管理人制度具有重要价值,得到上级有关部门的重视。纪荣凯硕士的《不动产登记民行交叉案件审理新模式探析》针对实践中不动产登记案件中民事争议与行政争议交叉现象不断增多的现象以及不动产登记案件审理所面临的困境,提出了构建并行诉讼审理案件方式的建议,相关建议论证充分,可操作性强。欧阳波硕士在《我国民事诉讼发回重审制度的完善》一文中探讨了我国民事诉讼发回重审制度的现状、问题和完善措施,论文关于发挥重审制度的功能定位有着独到而深刻的认识。

论文集的编辑和出版得到社会各界特别是论文作者及其所在单位的积极配合和大力支持。论文集的出版还得到了厦门大学法学院和厦门大学出版社的大力支持和许多实际的帮助,在此一并致谢。

中国的法治之路漫长而艰巨,需要立法者、执法者、教育者、传播者和研究者乃至社会大众长期不懈的努力。我们相信,涓涓细流终将汇成大海,论文集所呈现的智慧成果将成为推动我国法治进步的一种力量。作为教育者,我们为此感到骄傲,也倍感肩负的责任,我们将通过不断改革培养模式和提高教育质量服务于中国的法治建设。让我们一起努力实现中国的法治梦!

目 录

非法经营罪研究	谢其锋/1
论交通肇事罪自首的认定	杨志谦/18
论侦查程序中的隐私权保护	
——以若干刑事侦查行为为中心	吴道强/32
论行政裁量基准的法律效力	
——以工商行政处罚裁量基准为样本	陈梅芳/54
论治安调解	
——以《中华人民共和国治安管理处罚法》第9条为中心	洪清彪/67
海峡两岸行政协作之法理探析	
——以出入境检验检疫管理之行政协作机制为视角	陈鹏祥/86
我国明码标价制度研究	高碧芬/108
新闻真实性的法律思考	
——以《厦门晚报》新闻侵权纠纷为分析基础	廖桂金/128
浅谈人肉搜索的法律规制问题	庄俊彬/153
当前司法实务中农村征地补偿款分配纠纷若干问题探讨	黄鸣鹤/173
商业银行应收账款质押融资风险及防范	郭其洪/187
劳动基准公益诉讼研究	姚 亮/201
我国破产管理人制度研究	
——以破产程序的中心变迁为视角	李加胜/216
不动产登记民行交叉案件审理新模式探析	纪荣凯/231
我国民事诉讼发回重审制度的完善	欧阳波/254



非法经营罪研究

谢其锋*

引言

非法经营罪是 1997 年修订《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)时增设的一个新罪名,被放在《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中。刑法学界对非法经营罪的研究成果丰硕,但还存在问题与不足。主要问题是,虽然法学界普遍承认非法经营罪已经口袋化,并对之持否定态度,但如何解决口袋化的问题,却没有合适的意见和方法。有人提出要取消非法经营罪,但取消后立法上如何再设置罪名,设置哪些罪名,则缺乏详细的论证和解决方案。^① 因此,有必要对非法经营罪的概念、犯罪构成,特别是司法适用中的疑难问题、立法设置的合理性等问题进行更为深入的研究,并提出立法完善建言,为司法实践服务。

第一章 非法经营罪概说

非法经营罪是从 1979 年刑法规定的投机倒把罪中分解出来的。由于投机倒把罪规定比较笼统,界限不太清楚,造成了执法的随意性。1997 年修订刑法时,把投机倒把罪分解并作出具体规定,有些按投机倒把罪追究刑事责任的具体行为在生产、销售伪劣产品罪和破坏金融管理秩序罪中作了规定,在扰乱市场秩序罪中增加了对非法经营专营专卖物品、买卖进出口许可证等犯罪行为的规定,不再笼统规定为投机倒把罪,而是增设非法经营罪。《刑法》第 225 条规定:“违反国家规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产:(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;(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者批准文件的;(三)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”1998 年 12 月 29 日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》第 4 条规定,在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇,扰乱市场秩序,情节严重的,依照《刑法》第 225 条的规定定罪处罚。单

* 谢其锋:厦门大学法学院 2006 级法律硕士,福建省公安厅经济犯罪侦查总队副队长、调研员。

① 彭辅顺、陈鹏展:《非法经营罪专题整理》,中国人民公安大学出版社 2007 年版,第 69 页。

位犯前款罪的,依照《刑法》第231条的规定处罚。1999年12月25日第九届全国人大常委会通过的《刑法修正案》第8条对《刑法》第225条规定的非法经营罪进行了修改、补充,即增加1项作为第3项(未经国家主管部门批准,非法经营证券、期货或者保险业务的),原第3项(其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为)改为第4项。2009年2月28日全国人大常委会颁布的《刑法修正案(七)》第5条规定,将《刑法》第225条第3项修改为“未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的,或者非法从事资金支付结算业务的”。从上述非法经营罪的立法演变过程来看,非法经营罪是根据社会主义市场经济的发展要求而设立的,并且随着国家政治、经济政策的需要而不断扩大范围。虽然新刑法通过增加列举项来明确行为类型,但总体上其规定仍然模糊和笼统,其内涵与外延也不够明确,特别是第4项兜底条款的存在,使得非法经营罪落入投机倒把的窠臼,成为一个新的“口袋罪”。

一、非法经营罪的概念

《刑法》第225条对非法经营罪的行为方式是采用列举加概括相结合的方式规定其犯罪行为,并没有给出非法经营罪的概念。因此,刑法学界对非法经营罪进行了多种界定。笔者认为,对非法经营罪的定义必须紧扣其客观方面的三个要件,即“违反法律、行政法规规定”(刑事违法性)、“实施了扰乱市场经营管理秩序的经营行为”(社会危害性)、“情节严重”(应受惩罚性)。也就是说,一个行为构成非法经营罪,首先,该行为必须违反国家法律、行政法规的禁止性或限制性规定,即未经批准进行经营活动;其次,必须是一种经营行为,发生在经济活动领域中;最后,情节严重,严重扰乱了市场秩序,一般扰乱市场秩序的非法经营行为不构成犯罪。据此,我们可以给非法经营罪下个定义:“非法经营罪是指违反法律、行政法规规定,从事国家禁止或者限制的经营活动,扰乱市场秩序,情节严重的行为。”该定义缩小并限定了“国家规定”的范围,揭示了非法经营行为的本质属性,符合定义应有的科学性、准确性和简洁性的原则。

二、国外相关立法借鉴

在国外有关刑事立法中,多数国家刑法没有单独规定非法经营罪这种罪名,而是包含在其他罪名之中,只有少数几个国家有关于非法经营罪的规定。随着宏观经济学说对资本主义国家经济立法的影响,为保障国家干预和调控经济职能的有效实现,美、德等国刑法纷纷规定破坏社会经济秩序的罪名,严重违反行政规范的行为被纳入刑法调整。《美国模范刑法典》第224.7条(商业欺诈活动)规定:行为人在经商过程中实施该条所列的7项行为,成立轻罪。由于法律体系的不同,美国对非法经营等不正当交易行为的规定则比较宽泛,它包括类似我国刑法中的出售假冒注册商标的商品罪,虚假广告罪,诈骗罪,编造并传播证券、期货交易虚假信息罪等,甚至包括我们所指的违反治安管理处罚的行为。但并不能以此认为美国对非法经营的刑罚比我国严厉。

俄罗斯1997年1月1日起实施的《俄罗斯联邦刑法典》第171条、第172条分别规定了非法经营罪和非法从事银行活动罪。俄罗斯对非法经营罪的规定主要强调对无证经营、无照经营或超越经营权限经营行为的规制,刑法处罚的只是没有相应经营资格而从事经营活动的行为,而将经营内容违法和经营方式违法两种情形排除在非法经营罪之外,规制范围比

较狭窄。

通过立法比较可以看出,对非法经营行为进行法律规制有其共性,也是市场经济的必然要求。但中外刑法对此罪的规定有较大差别:首先,国外刑法对非法经营罪都采用叙明罪状,对犯罪特征的描述明确、具体;而不像我国刑法对此罪采用空白罪状,对犯罪特征的描述过于抽象,给实际操作造成困难。其次,国外刑法对非法经营罪没有设置兜底条款,非法经营行为的内涵和外延都比较确定,不会给司法恣意、擅断留下空间,也就没有“口袋罪”之虞。最后,国外刑法对非法经营罪采取的轻刑主义值得我们借鉴。美国模范刑法典将非法经营行为定为轻罪,即刑罚在1年以下监禁的犯罪;俄罗斯联邦刑法典对非法经营罪的最高刑期均不超过5年;而我国刑罚对非法经营罪的最高刑期高达15年有期徒刑。从惩罚的效果来看,将非法经营罪视为社会危害性极其严重的犯罪行为进行规制,收效甚微,并不利于自由竞争秩序的维护和市场经济的健康发展。

第二章 非法经营罪的构成特征解析

犯罪构成是我国刑法所规定的、决定某一行为成立犯罪所必需的一切客观要件和主观要件的有机统一的整体。非法经营罪的犯罪构成有以下基本特征:

一、非法经营罪的客体

由于非法经营行为涉及的社会关系众多,因此关于非法经营罪的客体,我国刑法理论界存在多种看法。归纳起来有简单客体说和复杂客体说两大类。简单客体说认为本罪只侵犯一种具体的社会关系,而复杂客体说认为本罪侵犯两种具体的社会关系。

1. 简单客体说分“市场秩序说”、“市场管理制度说”和“市场管理活动说”三种观点。

2. 复杂客体说主要有两种观点:一种观点认为,本罪侵犯的客体是“市场经济秩序和国家对经营活动的管理制度”^①;另一种认为,本罪侵犯的客体是“国家对有关行业的经营管理制度和市场交易的正常秩序”^②。

3. 观点评析及结论。目前,刑法理论界视简单客体说为主流观点,其中市场经营管理秩序说得到多数论者的赞同。笔者认为,简单客体说中的“市场管理秩序说”基本反映出非法经营罪的本质特征,但“市场管理秩序”是一个涵盖性较广的概念,必须将其限定在一个确定的范围内,即国家有关专营、专卖或其他限制买卖物品、经营许可管理的领域内。综上分析,非法经营罪的犯罪客体是国家关于市场经营管理的秩序,包括市场经营管理中的专营、专卖秩序,许可证、批准文件管理秩序,以及其他的经营管理秩序。

二、非法经营罪的客观方面

非法经营罪的客观方面表现为行为人违反国家规定,进行有关非法经营活动,扰乱市场

① 严军兴、肖胜喜:《新刑法释义》,中共中央党校出版社1997年版,第269页。

② 黄京平:《扰乱市场秩序罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第155页。

秩序,情节严重的行为。本罪客观方面包括下列三个要件:

(一)违反国家规定

违反国家规定是界定非法经营行为的前提条件。《刑法》第 96 条明确规定,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。具体到本罪而言,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律,国务院颁布的行政法规、决定、命令等关于对部分物品实行专卖、专营,对部分经营活动实施许可证制度、审批制度的规定。

(二)实施了扰乱市场经营管理秩序的非法经营行为

非法经营行为扰乱了国家对特定的商品经营、特定经营许可文件、特定行业以及其他特定市场经营方面的正常管理秩序。根据《刑法》第 225 条和全国人民代表大会常务委员会《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、《刑法修正案》第 8 条和《刑法修正案(七)》第 5 条的规定,非法经营罪客观方面实施非法经营行为的具体表现形式包括以下四种:

1. 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。“专营、专卖物品”是指法律、行政法规规定有专门机构经营的物品,如食盐、烟草。“其他限制买卖的物品”,是指国家在一定时期内限制经营的物品,如化肥、农药。随着国家经济的发展,这类物品也会有所变化。未经许可经营上述物品,是指没有经过主管机关的批准取得经营许可证和相关批准文件,擅自收购或经销这些物品。只要未经许可擅自经营,情节严重者即构成非法经营罪。

2. 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。进出口许可证,是指国家许可对外贸易经营者进出口某种货物和技术的证明。进出口原产地证明,是指在国际贸易中,对某一特定产品的原产地进行确认的证明文件。其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件,是指法律、行政法规规定的所有的经营许可证或者批准文件。如矿产开采、森林采伐、野生动物狩猎许可证。^①

3. 未经国家有关主管部门的批准,非法经营证券、期货或者保险业务的,或者非法从事资金支付结算业务的。随着证券、期货、金融和保险市场的逐步建立和完善,严重扰乱证券、期货、金融和保险市场秩序的违法犯罪现象也随之增多,侵害了广大投资者、股东及投保人的利益。为打击这类犯罪活动,根据《刑法修正案》第 8 条和《刑法修正案(七)》第 5 条的规定,将《刑法》第 225 条第 3 项修改为:“未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的,或者非法从事资金支付结算业务的。”

4. 其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。这是指前三项以外的其他破坏市场管理秩序的非法经营行为。目前,刑事立法和司法解释明确规定按照非法经营罪定罪处罚的行为有以下 10 个方面:

(1)非法买卖外汇行为。根据 1998 年 8 月 28 日最高人民法院公布的《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 1998 年 12 月 29 日全国人大

^① 熊选国、任卫华:《刑法罪名适用指南——扰乱市场秩序罪》,中国人民公安大学出版社 2007 年版,第 19 页。

常委会颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第4条第1款的规定,在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇,扰乱市场秩序,情节严重的,依照《刑法》第225条的规定,以非法经营罪定罪处罚。

(2)非法出版行为。根据1998年12月11日最高人民法院公布的《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》第11条的规定:违反国家规定,出版、印刷、复制、发行本解释第1条至第10条规定以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物,情节严重的,以非法经营罪定罪处罚。

(3)非法经营电信业务行为。根据2000年4月28日最高人民法院公布的《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》第1条的规定,违反国家规定,采取租用国际专线、私自转接设备或者其他方法,擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动,扰乱电信市场管理秩序,情节严重的,依照《刑法》第225条第4项的规定,以非法经营罪定罪处罚。2003年4月22日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《办理非法经营国际电信业务犯罪案件联席会议纪要》补充规定,对于未取得国际电信业务(含涉港澳台电信业务)经营许可证而经营,或被终止国际电信业务经营资格后继续经营,应认定为“擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务”,情节严重的,按照上述规定以非法经营罪追究刑事责任。

(4)传销或变相传销行为。根据2001年4月10日最高人民法院对广东省高院《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》,对于1998年4月18日国务院《关于禁止传销活动的通知》发布后,仍然从事传销或者变相传销活动,扰乱市场秩序,情节严重的,应当依照《刑法》第225条第4项规定,以非法经营罪定罪处罚。^①

(5)生产、销售“瘦肉精”行为。根据2002年8月16日最高人民法院、最高人民检察院公布的《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条的规定,未取得药品生产、经营许可证件和批准文号,非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品,扰乱药品市场秩序,情节严重的,依照《刑法》第225条第1项的规定,以非法经营罪追究刑事责任。

(6)非法生产、储运、销售食盐行为。根据2002年9月4日最高人民检察院公布的《关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条的规定,违反国家有关盐业管理规定,非法生产、储运、销售食盐,扰乱市场秩序,情节严重的,依照《刑法》第225条第4项的规定,以非法经营罪定罪处罚。

(7)哄抬物价、牟取暴利行为。根据2003年5月13日最高人民法院、最高人民检察院公布的《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条的规定,违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定,哄抬物价、牟取暴利,严重扰乱市场秩序,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照《刑法》第225条第4项的规定,以非法经营罪定罪,依法从重处罚。

(8)擅自设立互联网上网服务营业场所、从事互联网上网服务行为。根据2004年7月

^① 根据2009年2月28日公布的《刑法修正案(七)》第4条的规定,非法传销或变相传销行为定组织、领导传销活动罪,不再按非法经营罪论处。

19日最高人民法院、最高人民检察院和公安部公布的《关于依法开展打击淫秽色情网站专项行动有关工作的通知》，对于违反国家规定，擅自设立互联网上网服务营业场所，或者擅自从事互联网上网服务经营活动，情节严重，构成犯罪的，以非法经营罪追究刑事责任。

(9)擅自发行、销售彩票行为。根据2005年5月13日最高人民法院、最高人民检察院公布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条的规定，未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的，依照《刑法》第225条第4项的规定，以非法经营罪定罪处罚。

(10)非法为信用卡持卡人套现。根据2009年12月15日最高人民法院、最高人民检察院公布的《关于妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条的规定：违反国家规定，使用销售点终端机具(POS机)等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金，情节严重的，应当依据《刑法》第225条的规定，以非法经营罪处罚。

(三)情节严重

非法经营罪属于“情节犯”，情节严重是构成非法经营罪的必备条件。也就是说，非法经营行为必须达到情节严重的程度，才能定罪处罚。否则，只能作为一般行政违法行为处理。情节严重一般有两条界定标准：一是数额标准，包括非法经营额和非法获利额；二是其他情节标准。实践中一般表现为以下几种情况：多次实施非法经营行为屡教不改，非法经营行为造成严重后果，社会影响恶劣，引起市场秩序严重混乱以及犯罪的动机、目的、时间、手段、形式、对象等内容。非法经营罪作为一种贪利性经济犯罪，其社会危害性主要表现为犯罪数额，犯罪数额的大小是衡量非法经营罪社会危害严重程度的主要根据，是区分罪与非罪的主要标准。^①目前，区分非法经营行为是否达到情节严重的程度，主要以2001年4月8日最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第70条规定的非法经营罪的具体追诉标准和相关的司法解释为依据。情节严重的标准如何把握下文将详细论述。

三、非法经营罪的主体

非法经营罪的犯罪主体为一般主体，包括自然人和单位。《刑法》第225条对于一般自然人构成非法经营罪作了规定，即凡年满16周岁、具有刑事责任能力的自然人，都可以成为本罪的主体。单位实施的非法经营行为，与自然人相比，涉案金额更大，情节更为严重，具有更大的社会危害性。因此，修订后的《刑法》在第231条规定了本罪的单位犯罪。需要指出的是，由于自然人和单位成立非法经营罪的条件不同，不论是非法经营数额还是非法所得数额，通常是单位远高于自然人，因此不少自然人常常假借单位的名义实施非法经营犯罪。因此，在实践中要严格按照单位犯罪的相关规定，注意区分是自然人犯罪还是单位犯罪。

四、非法经营罪的主观方面

非法经营罪的主观方面表现为故意，而且只能是直接故意。即行为人明知自己的行为违反国家规定，从事非法经营活动会扰乱市场秩序，却希望并积极追求这种结果的发生。非

^① 谢玉童：《试论非法经营罪》，载《云南法学》1999年第3期。

法经营罪是贪利性犯罪,一般来说,行为人具有牟利的目的。虽然刑法条文没有明确指出成立非法经营罪必须具备犯罪目的,但刑法理论界普遍认为,成立非法经营罪在主观上具有一定的犯罪目的,即以牟利为目的。而犯罪目的只能存在于直接故意之中,不可能存在于间接故意之中。因此,本罪的主观罪过形式只能是直接故意而不能是间接故意。

非法经营罪是典型的法定犯(又称行政犯)。在法定犯的故意罪过中是否应当具有违法性认识,在刑法理论界争论很大,在我国存在肯定说、否定说和折中说三种观点。目前刑法界的通说认为,原则上违法性认识不是故意犯罪的认识内容,但是在一定的条件下如果行为人缺乏违法性认识也可以阻却犯罪故意的成立。也就是说,如果行为人没有认识或者不可能认识自己行为的违法性,而认为自己的行为是合法的,那就不应认为具有犯罪故意。因此,在司法实践中,对于确实不了解国家有关规定而进行了非法经营活动,不具有犯罪故意的,不宜以犯罪论处,可以给予相应的行政处罚。判断行为人在主观上是否明知或应知自己的经营行为的非法性,一般可以从以下几个方面综合判断:(1)所经营的物品是否是众所周知的专营、专卖品或者其他限制买卖的物品。(2)行为人的专业知识水平、认识能力和从事经营活动的经验和阅历。(3)行为人是否因相同的非法经营行为受过行政处罚。如果在受过行政处罚之后仍然进行此类活动,其行为在主观上就转化为故意。(4)有其他证据表明行为人了解国家有关规定而有意为之的。

第三章 非法经营罪司法适用中的疑难问题分析

1997年刑法典设立非法经营罪对于严厉打击非法经营行为,维护市场经济秩序,发挥了重要作用。但是,由于《刑法》第225条的规定是特殊的空白罪状描述方式,采取列举与概括相结合的方法表现非法经营罪客观要件的内涵,具有高度的抽象性和最大的概括性。因此,在司法实践中对该条款的理解和适用存在很大的争议和困惑。特别是对“违反国家规定”、“非法经营”、“情节严重”和“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的不同理解与适用,直接关系到行为人罪与非罪的问题。下文将结合实际案例逐一论述。

一、“违反国家规定”的理解和界定

“违反国家规定”是构成非法经营罪客观方面的前提条件。这表明非法经营罪构成要件的危害行为必须是违反特定的非刑法规定的行为。也就是说,非法经营罪中的行为构成被包含在“违反国家规定”之中。什么是“国家规定”?刑法理论界的观点各异,实务部门也理解不一。有论者认为,对“国家规定”应作限制性解释,国家规定仅限于法律法规范围,包括国务院及所属各部门制定的行政法规。也有论者认为,“国家规定”不包括国务院所属各部门制定的规章等规范。司法实践中对“国家规定”的不同理解和适用,会对案件的定性作出截然不同的结论。我们通过一个真实的案例来展开说明这个问题。简要案情是:2003年以来,福建省某市贸易公司经理关某某明知自己没有对外劳务合作经营权和境外就业中介的经营资格,却接受有对外劳务合作和境外就业经营资格公司的委托,以民间劳务咨询服务的名义在社会上招收赴新加坡劳务人员。关某某通过上述公司办理合法手续,将345名劳务

人员送往新加坡,并向每名劳务人员收取4万~6.5万元人民币的中介费,非法经营额达1700多万元人民币,非法营利近70万元人民币。2005年3月,公安机关以关某某涉嫌非法经营罪立案侦查,经依法侦查终结将此案移送起诉。但是,在此案的定性上,公、检、法三机关却产生了严重分歧。争议的焦点集中在两个方面:一是关某某没有对外劳务合作经营权和境外就业中介的经营资格,却接受有对外劳务合作和境外就业经营资格公司的委托,招收人员赴新加坡劳务的行为是否违反了“国家规定”?二是关某某的贸易公司“超范围经营”,其从事对外劳务中介行为是否属于刑法意义上的“非法经营”?法院审理认为,关某某的行为不构成非法经营罪,建议检察机关撤回起诉。最后检察机关对关某某作不起诉处理。由此案引出下列两个问题:

(一)“国家规定”的内涵和外延

根据《刑法》第96条的规定,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。显而易见,首先,刑法明确限定“国家规定”的制定主体只有最高立法机关和最高行政机关,除此之外的任何机构都无权制定“国家规定”。其次,“国家规定”的外延只包括法律、行政法规、国务院规定的行政措施、发布的决定和命令。国务院所属各部门制定的规章、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和决定,以及地方各级人民政府制定或发布的地方行政决定和命令均不属于“国家规定”的范畴。实践中的非法经营行为种类十分繁杂,目前对有些经营行为并没有相应的国家法律、行政法规、行政措施、决定和命令予以规制。尽管存在着上位法的缺位和空白,以及具有严重甚至极其严重社会危害性的行为亟待刑法规制,但部门规章依然无法上升到行政法规的位阶,即不能视为“国家规定”。但是,国务院批转的下属部门的规章或通知,是在全国范围内要求加强有关方面管理的行政措施,属于《刑法》第96条规定的“国家规定”的范围。例如1998年4月18日国务院发布了《关于禁止传销活动的通知》(简称《通知》)明确禁止任何形式的传销活动。该《通知》具有行政法规性质,具有普遍的适用性,此后进行的任何形式的传销活动或者变相传销行为活动,均应属于“违反国家规定”的非法活动。“国家规定”具体到本罪,就是关于对部分物品实行专营、专卖,对部分经营活动实施许可证制度、审批制度的规定。上述案件中,公安、检察机关对关某某定罪“国家规定”是2002年5月14日劳动和社会保障部、公安部、国家工商局公布的《境外就业管理规定》(第15号令)。该规定不属于“国家规定”,也就是说,关某某“违反国家规定”的前提不存在,因此法院的判定是正确无疑的。目前,由于我国对外劳务合作市场管理混乱,引发众多涉外事件,国务院正在抓紧制定《对外劳务合作条例》,在该条例颁布实施以后,此类行为可入罪。

(二)行政法规中刑事罚则规定的必要性

经济违法行为的刑事责任,要不要以空白罪状所指的法律、法规中有刑事责任规定(一般表述为“构成犯罪的,依法追究刑事责任”)为前提?有观点认为,非法经营罪作为行政犯,只要经营行为为“国家规定”所禁止,具备行政违法性,达到情节严重程度的,就构成非法经营罪,不要求违反的“国家规定”中具有刑事罚则。也有观点认为,非法经营罪作为行政犯,其犯罪的构成必须以相应的“国家规定”中具备刑事罚则为必要条件。某种经营行为即使具备行政违法性,但国家规定中并没有“追究刑事责任”的刑事罚则规定的,不能以犯罪论处。

由于我国目前对行政犯采用的是一种大一统、依附型的立法模式,其特点是行政犯的所有基本罪状和法定刑均在刑法典中加以规定,行政法规不设定独立的罪状和法定刑,只是在处罚罚则中对追究刑事责任作出笼统的宣告式表述,如“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,或者是“构成犯罪的,依照有关法律规定追究刑事责任”。^① 笔者认为,行政法规中的这种宣告式表述,不仅对社会公众具有威慑指引、预防犯罪的功能,而且是行政执法和刑事执法衔接的唯一依据。首先,行政犯是违反了国家行政法规的行为,且达到一定严重程度,具有行政违法与刑事违法双重违法性,对其究竟是否追究刑责,要以行政法规中有刑事罚则规定为前提。其次,行政处罚和刑事处罚应有各自的处罚对象。既然行政法规已明确将上述行为排除在应追究刑事责任的范围,司法机关就不宜介入,而应由行政机关依法作行政处理。因为刑罚是最后的制裁手段,应符合谦抑精神。复次,立法规范要统一,否则,有的行政法规中有刑事罚则规定,有的却没有,必然误导社会公众对行为违法性的认识。最后,《刑法》第225条第4项规定了“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的兜底条款,若将所有违反行政法规且情节严重的行为全部予以刑事追究,势必造成非法经营罪规制的违法行为过于宽泛,执法随意。当然,在行政法规中“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的“依法”,只能是依据刑法中的相关规定,而不是其他的法律规范。如果刑法无相关条款规定,即使其他法律、法规规定“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,也没有任何意义。因此,非法经营罪的成立必须以非法经营行为在相关经济、行政管理法律、法规中有刑事责任的规定为前提。

二、刑法意义上的“非法经营”

刑法描述罪状的用语和措辞应当是明确和特定的,《刑法》第225条中的“非法经营”也有其特定的含义。“非法”是对行为性质的法律评价;“经营”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,任何具体的市场活动都可以纳入经营行为的范围。而刑法意义上的“非法经营”仅指国家法律限制性规定的经营行为。《城乡个体工商户管理条例实施细则》规定,“未经工商行政管理机关核准登记颁发营业执照擅自开业的,属于非法经营”。这里所指的“非法经营”是指无证、无照经营,不是刑法意义上的“非法经营”。这从《中华人民共和国保险法》第77条关于申请业务许可证和办理工商登记的先后顺序中可以得到解释。该条款规定:“经批准设立的保险公司,由批准部门颁发经营保险业务许可证,并凭经营保险业务许可证向工商行政管理机关办理登记,领取营业执照。”显然,颁发经营保险业务许可证和核准登记颁发营业执照是两种不同类型的行为。亦即只有刑法意义上的“非法经营”才能构成非法经营罪。那么,“超范围经营”的行为是否属于刑法意义上的“非法经营”?对于公司法人来讲,非法经营行为不论是否为未经许可无证经营法律、行政法规规定的专卖物品的行为,还是其他的非法经营行为,都是《中华人民共和国公司法》规定的超越范围经营的一种行为。如果对这种达到追诉标准的超范围经营的行为按非法经营罪予以追究,则很可能是刑事法律对市场经济中的公司主体的经营自由权利的一种极端干预。^② 笔者认为,“超范围经营”的行为不属于刑法意义上的“非法经营”,也就是

① 游伟、肖晚祥:《论行政犯的相对性及其立法问题》,载《法学家》2008年第6期。

② 刘克安:《非法经营罪探析》,载《湖北民族学院学报》(哲学社会科学版)2003年第4期。

说,“超范围经营”不属于“违反国家规定”。因为,刑法上规定的非法经营罪,必须是行政法上违反法律特别禁止义务的行为,而不是违反一般禁止义务的行为。在民法上,公司法人的“超范围经营”的行为并不认定无效,而违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止规定的民事行为当然无效;在行政法上,后者的法律责任明显重于前者。无论“超范围经营”的行为如何严重,其法律责任止于行政法律,而不能进入刑事法律领域。因此,上述案例中关某某的贸易公司“超范围经营”从事对外劳务中介的行为,不可能成立刑法上的非法经营罪。

三、“情节严重”的把握标准

我国现行刑法所规定的犯罪,不仅有“质”上的要求,而且有“量”上的限制,只有社会危害性相当严重的才纳入犯罪圈之中,至于社会危害性不很严重的行为,则均由其他法律处理。^①如前所述,非法经营罪属于“情节犯”,情节严重是区分非法经营罪与非罪的一个重要标准,具有重要的实践价值。《刑法》第225条以非法经营行为“情节严重”作为定罪起刑的标准,以“情节特别严重”作为加重量刑幅度的认定依据。但何为“情节严重”和“情节特别严重”,该条并未具体规定。一般来说,“情节严重”,主要应从非法经营额、非法获利额、经行政处罚仍不悔改、造成严重后果的、造成恶劣政治影响等指标进行考虑。“情节特别严重”,一般是指非法经营数额或者非法获利数额特别巨大的;造成特别严重后果的;造成十分恶劣影响的;对国民经济和社会安定造成严重破坏的;等等。^②“情节严重”一般有两条界定标准:一是数额标准,包括非法经营额和非法获利额;二是其他情节标准。目前,刑法理论界基本认同犯罪数额是认定非法经营罪情节是否严重和区分罪与非罪的主要标准。但是,对如何界定和把握情节严重的标准却有不同的认识。第一,情节严重是否考虑犯罪数额之外的其他因素。我们知道,“情节”是指影响行为社会危害程度的各种情况,如行为的方法、手段、时间、地点、一贯表现、目的、动机。大多数论者认为,非法经营罪的情节严重应当考虑以下因素:是否多次实施非法经营行为屡教不改,是否引起市场秩序严重混乱,是否造成严重后果,社会影响是否恶劣等内容;同时还应当考虑犯罪的动机、目的、时间、手段、形式、对象等。如果只考虑数额,而不考虑其他因素,则无法揭示出非法经营行为的社会危害性,无法体现罪刑责相一致的原则。^③第二,对犯罪数额是指经营数额还是违法所得数额有争议。从客观主义刑法的基本要求出发,为实现司法公正和方便司法,主流观点主张在认定非法经营行为“情节严重”时,应以行为人非法经营数额为主要根据,综合考虑非法获利数额和其他情节。^④

从犯罪的概念及其本质特征——行为的严重社会危害性和刑法所保护而为犯罪所侵害的法益的角度考量,笔者基本赞同上述多数论者的意见和主流观点。同时认为,有关司法解

① 田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2001年版,第151页。

② 熊选国、任卫华:《刑法罪名适用指南——扰乱市场秩序罪》,中国人民公安大学出版社2007年版,第19页。

③ 彭辅顺、陈鹏展:《非法经营罪专题整理》,中国人民公安大学出版社2007年版,第56页。

④ 马松建:《非法经营罪疑难问题研究》,载《郑州大学学报》2004年第5期。