



中国法学会优秀课题成果文库

ZHONGGUO FAXUEHUI YOUXIU KETI CHENGGUO WENKU

王安异 著

非法经营罪 适用问题研究

FEIFA JINGYINGZUI SHIYONG WENTI YANJIU

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国法学会优秀课题成果文库

ZHONGGUO FAXUEHUI YOXIU KETI CHENGGUO WENKU

王安异◎著

非法经营罪 适用问题研究

FEIFA JINGYINGZUI SHIYONG WENTI YANJIU



本书是中国法学会2013年度部级法学研究一般课题“非法经营罪适用问题研究”【课题编号CLS(2013)C79, 主持人王安异教授】的主要成果, 课题鉴定等级为优秀。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

非法经营罪适用问题研究 / 王安异著 .—北京:
中国法制出版社, 2017. 12
ISBN 978-7-5093-8298-1

I. ①非… II. ①王… III. ①经济犯罪—研究—中国
IV. ①D924.334
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 044539 号

策划编辑 舒丹

责任编辑 侯鹏

封面设计 李宁

非法经营罪适用问题研究

FEIFAJINGYINGZUI SHIYONG WENTI YANJIU

著者 / 王安异

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 787 毫米 × 960 毫米 16 开

版次 / 2017 年 12 月第 1 版

印张 / 22.5 字数 / 265 千

2017 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8298-1

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66060794

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



编委会



顾 问：王乐泉

主 任：陈冀平

副主任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军

委 员：（按姓名拼音排序）

卞建林	蔡守秋	陈卫东	陈兴良	陈泽宪	付子堂
公丕祥	韩大元	何勤华	胡建淼	黄 进	怀效锋
贾 宇	李 浩	李 林	李 龙	李明德	李仕春
梁慧星	林 嘉	刘春田	马怀德	莫纪宏	沈国明
沈四宝	孙宪忠	王利明	王振民	吴汉东	吴志攀
姚建宗	叶 青	应松年	张保生	张庆福	张守文
张卫平	张新宝	赵秉志	赵旭东	郑成良	周叶中
朱孝清	朱 勇				

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编 辑：曹 菲 姚国艳



中国法学会优秀课题成果文库

CHINESE LAW SOCIETY EXCELLENT RESEARCH TOPICS OUTSTANDING ACHIEVEMENTS COLLECTION

· 2016 ·

刑事诉讼法修改后的司法解释研究 王敏远等著

农村土地股权制改革：现实表达与法律应对 刘云生著

技术侦查制度中的隐私权保障问题研究 胡忠惠等著

社会保险基金信托法研究 黎建飞主编

继承法修订入典之重点问题 杨立新主编

证券欺诈规制的实证研究 邢会强著

审判人员职能配置与分类管理研究 江必新主编

中国特色社会主义法治发展道路 李林主编

强化虚拟社会管理与健全网络立法研究 常健等著

· 2017 ·

食品安全风险交流的法律制度研究 孙颖著

财政责任视野下的地方政府债务治理研究 王婷婷著

减刑、假释案件审理程序规范化研究 茅仲华等著

中国反腐败立法研究 刘艳红等著

新刑事诉讼法实施问题研究 卞建林 陈卫东等著

非法经营罪适用问题研究 王安异著

《政府信息公开条例》评估报告 叶必丰等著

审判中心与刑事诉讼 胡铭著

中国法学会优秀课题成果文库

出版说明

为了全面推进课题研究成果的应用转化，繁荣法学研究，服务法治实践，推进法治中国建设，中国法学会特设立“中国法学会优秀课题成果文库”，集中推出反映当前我国法学研究前沿水平，具有重大理论价值、重大学术价值、重大应用价值的学术精品，充分发挥优秀成果和优秀人才的示范引领作用。凡入选成果文库的作品，均为中国法学会年度招标课题或委托课题中鉴定等级原则上为“优秀”，选题价值较大，创新性较强，对重要领域或重要问题有较为系统深入的研究，具有较高学术价值或应用价值，文风严谨，符合学术规范和出版形式要求。从2016年开始，每年从当年结项的课题成果中精选出符合上述条件的作品，纳入“中国法学会优秀课题成果文库”，予以出版。

中国法学会

2016年12月

前 言

非法经营罪诞生伊始，争议不断，适用难题频现。该罪的前身是1979年《刑法》第115条投机倒把罪，立法上因为“刑法关于投机倒把罪的规定比较笼统，界限不太清楚，造成执行的随意性”，所以在1997年《刑法》分则第三章第八节“扰乱市场秩序罪”中增加了非法经营罪，从而不再笼统规定投机倒把罪，以利于避免执行的随意性。^①随着各种新情况的出现，这种局面正在发生变化，立法时理想的状态随之消失，不仅其立法的笼统性没有被消除，而且司法难题也未见减少。

随着司法实践中的定罪难题接踵而至，司法解释的陆续出台，非法经营罪越来越表现得像个“口袋罪”。1998年8月28日最高人民法院《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》对非法经营罪进行扩张解释，将“在外汇指定银行和中国外汇交易中心及其分中心以外买卖外汇，扰乱金融市场秩序”“公司、企业或者其他单位，

^①参见王汉斌1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上的《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》。

违反有关外贸代理业务的规定，采用非法手段，或者明知是伪造、变造的凭证、商业单据，为他人向外汇指定银行骗购外汇”“居间介绍骗购外汇”解释为非法经营罪。此后，非法经营罪不仅被修改了两次，而且在各种雨后春笋般的司法解释中相继被扩张，逐渐呈现了新“口袋罪”的倾向。这种扩张“使这个‘小口袋’的‘口径’越扯越大”，“现在，在学界看来，非法经营罪适用范围的扩张越来越快，其与投机倒把罪的‘口径’越来越接近。非法经营罪正面临着向投机倒把罪的回归，罪刑法定原则也正面临着被突破的危险”^①。非法经营罪的立法初衷显然已经面临挑战，维护罪刑法定原则逐渐变成压倒性的问题。在此条件下，如何解决法律适用的难题，已经不可能再就事论事，而已关系到罪刑法定原则，实际上事关非法经营罪的存亡。无论放弃对法律适用难题的关注，抑或怠慢对罪刑法定的坚守，都会让该罪从刑事法治的地平线上消失。

本项研究的目的，是在坚守罪刑法定原则的前提下，解决非法经营罪适用中的各种疑难问题。如果该罪的刑事法治基础没有改变，立法基本理由仍然存在，那么疑难问题一旦解决，非法经营罪也就能够回归初衷，重新发挥有利于避免执行随意性的功能。相反，非法经营罪如果只是强化管理的工具，过多服从行政目的，可以任意扩张，任人解读，则“口袋罪”是最好的归宿，也就不存在什么法律适用难题。本项研究在梳理非法经营罪适用的各种难题时，不仅对其进行分类整理，归纳其基本的特征，而且更重视探讨其内在的根源，发掘其法律功能和政策取向，检视其成败得失，提出解决问题的方案。非法经营罪与投机倒把罪一样，都具有很强的

^① 龚培华：“非法经营罪的立法沿革及其构成”，《法学》2008年第1期。

刑法保护功能，是对市场秩序的法律保护手段。从刑罚理论看，我国刑罚兼顾了消极的一般预防、刑罚报应、特殊预防，并整合为绝对主义与相对主义的并合^①。其中，刑法的一般预防属于优先的选择，在非法经营罪的空白罪状、兜底条款和罪量要素同时出现的情况下，无疑使一般预防赖以发挥功能的明确性大打折扣，暴露出严重的问题和不足。该明确性问题给人以巨大的想象空间和发挥余地，直接具体化为各种现实难题，似是而非地接纳了各种类型的讨论及判罚。如非法买卖人头骨、向调查公司人员非法提供、出售公民个人信息、违反规定经营稀土等是否构成非法经营罪？行为人被查获、准备用于贩卖的盗版光碟的，构成销售侵权复制品罪还是非法经营罪？对于这些问题的讨论，很大程度上是源自非法经营罪的兜底性，辅之以空白罪状的留白和罪量要素所体现的实质危害性，后者削弱、侵蚀了刑罚的一般预防，使问题纠结在一块且变得更加复杂。本项研究的基本假设是，鉴于非法经营罪的规范特征，需要进一步明确其规范内容，细化其行为类型，可基于司法解释构建其行为类型体系，并按照这些行为类型来解决具体问题，发挥刑罚功能。该罪虽然有兜底性，但并不必然沦为“口袋罪”，应该可以通过解释加以明确，使众多问题能够得以解决。

非法经营罪在适用中最基本的规范逻辑是堵截构成要件，不仅因为其处于“补漏”的地位，而且拥有涵摄力极强的文义，使具有兜底功能。该罪的罪状中有“违反国家规定”“非法经营”“情节严重”“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”等概念，内涵小，外延大，涵摄能力强，适用范围宽，可以包括各种非法经营行为，可以为经营活动中无法构成生产、

^① 张明楷：“新刑法与并合主义”，《中国社会科学》2000年第1期。

销售伪劣产品罪、走私普通货物、物品罪、信用卡诈骗罪、侵犯著作权罪、虚假广告罪的危害行为提供堵漏依据，堵塞法律漏洞。这就是堵截构成要件。为了限制非法经营罪的无限扩张，理论上对其行为进行了限定。有观点认为，非法经营罪应限定于违反行政许可或违反市场准入的行为^①。该观点无疑着眼于遏制“权力滥用的洪水猛兽”在非法经营罪刑法适用中的泛滥，有助于防止司法权的擅断和滥用。这种动因是值得肯定的，但其在策略上主要选择了“围堵”，而缺乏必要的“疏导”，加之在“围堵”过程中强化了对审批权的保护，从而占用了更多防控资源，缺乏更精细化的分解和反思。也有学者从规范违反意义上限定该罪的适用，将其限于法律、行政法规以及国务院规定的行政措施中有禁止性规范的行为^②。禁止规范与命令规范均为刑法中规范违反的内容，在空白罪状的参见规范中并无明确的界限，限定于禁止规范难免会使逻辑上不周延。此外，所参照法规中的禁止规范与刑法中的禁止并不一致，并不能等同于附属刑法^③，如果是为了限制非法经营罪的适用范围而作此简单化处理，则是没有必要的。非法经营罪的关键问题是明确性问题，堵截构成要件暴露了该问题，也就要着力于解决它，以帮助进一步明确其规范内容，细化其行为类型。

非法经营罪具有堵截构成要件，但并不当然就违反罪刑法定原则。堵

① 陈兴良：“刑法的明确性问题：以《刑法》第225条第4项为例的分析”，《中国法学》2011年第4期；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”，《政治与法律》2012年第3期。

② 时延安：“对非法经营罪罪状的限缩解释”，《中国检察官》2011年第2期。

③ 我国刑法对非法经营罪采取了法典化的模式，刑罚的一般预防应为优先的选择，在适用时也应发挥行为规范的功能，维护刑法的稳定性，不能依附于其他部门法，不能轻易地随着其他部门法的废改立而变化。这也是本书反对限定于其他部门法中禁止规范的原因。此外，该问题涉及解释论的具体展开，容后进行具体、深入的阐述。

截构成要件来自德语“*Auffangtatbestand*”，本意有总括、汇聚性构成要件之义，应为具有概括性特征而能够容纳较广泛外延的含义，从而是有助于弥补刑法漏洞的构成要件，发挥补充功能。在我国刑法中，该要件是“刑事立法制定的具有堵塞拦截犯罪人逃漏法网功能的构成要件”，包括“或者其他”型，如德国《刑法典》第184条“散布淫秽文书罪”中“或者其他途径公布于世”，“持有型”和泛化罪名（或兜底罪名），如美国刑法中的邮电诈骗罪^①。在德国刑法中，堵截构成要件既可以是这种具有泛化特征的构成要件，即兜底罪名的构成要件，如德国《刑法典》第266条“背信罪”、《反不正当竞争法》第16条“虚假广告罪”；^②也可以是那种具有“或者其他”型的条款，即所谓兜底条款，如德国《刑法典》第250条第1款第1项（加重抢劫罪）所规定的“携带武器或其他危险性工具”。对于非法经营罪而言，堵截构成要件表现在泛化罪名和兜底条款两个方面，不仅在“非法经营”行为中有充分的概括性，可为各种非法生产、销售商品、知识产权使用等犯罪的兜底，而且附带了“其他”的扩张性规定，使这种兜底性进一步扩张，使法网恢恢，疏而不漏。这两方面的概括规范内容同时面临无限扩张的问题，也威胁了罪刑法定原则。在堵截构成要件意义上，非法经营罪不同于纯粹“口袋罪”，如果能够科学地解释和合理定位，也有助于解决各种疑难问题。理论上将非法经营罪斥为“口袋罪”，在诟病多而建设性意见不足的条件下，带来了更多疑惑、担心和沮丧，无法使人正视其刑法保护功能。对非法经营罪的这些批判多少带有现象学的痕

① 参见储槐植：《刑事一体化论要》，北京大学出版社2007年版，第63页。

② Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, 2Auf., Carl Heymann Verlag, 2008, S. 121.

迹，以司法解释作为事物本身，通过批判将其描述成“口袋罪”，同时却无法突破由此所编织的思想樊篱。既然非法经营罪承载了重要的保护、预防及弥补漏洞的功能，那么就不能对刑法解释和适用中的各种问题进行主观的放大，也不能用各种经验事实来进行简单的断言，而应着眼于保护功能解决司法问题，维护刑事法治。堵截构成要件是非法经营罪的系统特征，使其存在于一定的社会结构和罪名体系中，发挥着刑法的功能，反过来又通过这些功能保护社会系统本身。这种保护功能，在解释论中有助于正确认定非法经营罪的规范含义，细化行为类型，在审判实践中有助于认定实行行为，划分此罪与彼罪的界限，判定非法经营罪的犯罪形态。

在堵截构成要件的意义上，非法经营罪适用中的各种难点问题具有本质上的统一性。非法经营罪的难点问题集中在空白罪状、兜底条款和罪量要素上，均应在堵截构成要件上把握。

空白罪状涉及刑法中参照其他部门法规定问题，在理论上被区分为纯正的空白罪状和不纯正的空白罪状，以是否参见立法者所颁布的法律为区分标准^①。我国刑法中非法经营罪应属纯正空白罪状，需参见一些非法律的规范，同时又因为其自身的类型性特征在刑法中规定得并不十分明确，故在严格意义上不符合罪刑法定原则。但是我国的立法和司法的实际情况有一定的特色，立法问题在很大程度上借助于司法解释来解决，即使立法上没有完全明确其类型性特征，也并非不可接受。一方面，鉴于我国司法解释已经成为现有条件下解决刑法明确性不足的权宜之道^②，在一定程度上能够

① Otto, Die Auslegung von Blankettstrafatbeständen, in: Jura, 2005(8).

② 陈兴良：“刑法的明确性问题：以《刑法》第225条第4项为例的分析”，《中国法学》2011年第4期。

诠释规范含义，明确其应予参见之其他部门法的规范内容，分解各种非法经营的行为类型；另一方面，我国其他法律和行政法规中也规定了一些刑事罚则，虽然不同于外国刑法中的附属刑法，但也可参照非法经营罪之刑法规定，充当该罪适用中的参照系，不至于使非法经营行为的认定完全无法可依。在此，堵截构成要件就应闪亮登场，成为必要的限制条件和适用的标尺，避免适用中的过度解释、类推解释和任意罗织。

非法经营罪兜底条款的扩张化，是诟病的集中所在。对此我国刑法理论中有比照同类、依附他法、客体限定、解释弥补等不同观点，其中虽然解释弥补说也有明显的缺陷，但相对较符合我国国情，而且其缺陷也可由参照其他部门法来弥补。司法解释均根据实际情况作出，是对非法经营行为的细化和具体化，虽然不可能充类至尽，但也有助于明确各种“其他”非法经营的行为类型，无疑可以发挥重要功能，能作为理解堵截构成要件的重要依据。对于兜底条款，司法解释不能是无限的，因为堵截构成要件排斥“口袋罪”，对司法解释也有实际的约束，可排除不明确的、过于严苛的、不合理的司法解释。

罪量要素也是影响非法经营罪明确性的要素。按照行政违反加重犯的观点，罪量要素可以成为辅助认定非法经营罪行为类型的依据。这不符合堵截构成要件的特征，该要素虽然是区分非法经营罪与非罪的关键依据，但不能用来定义其行为类型。在理论上，罪量要素分别被理解为处罚条件、构成要件、量化条件等，通过立法的方式表明了其实质的危害性，在不同的行为类型中所表明的危害性及其程度都大为不同，因而在非法经营罪的适用中不易把握。在堵截构成要件的意义上，如果行为类型不能明确，罪量要素也就五花八门，而只有通过解释细分了这些行为类型，罪量

要素才能发挥量化标准的作用。在解决这些理论问题之后，非法经营罪的适用也就有明确的判断标准了。

我国刑法中的非法经营罪大致可以归纳为四种不同的行为类型，即非法经营特殊物品行为、买卖特殊文件行为、非法经营特殊业务行为、以非法方式的经营行为。随着国家对行政审批权的取消和下放，审批事项进一步减少，经济活动越来越不受行政权的直接控制，而进入法律的调整范围，即使在行政许可的范围内，也不一定都符合法律的规定，其中包括那些“打擦边球”的行为。如行为人虽然经工商行政管理部门登记“批零兼营各种烟酒副食”，但购买制造卷烟的机械擅自生产香烟并出售，此类犯罪必然涉及对非法经营行为类型的细分。在对非法经营行为进行分解时，就应该考虑几种不同的兜底行为方式，如非法经营特殊业务行为、以非法方式经营行为等，在其他部门法中寻找有无相关的刑事罚则，判断其是否具有可罚性，并通过规范参见的方式明确其行为类型。这些行为类型具有较强的概括性和泛化特征，适用面广，在通过规范补充或司法解释能够明确的情况下，才不会损害民众的预测可能性，同时不破坏非法经营罪的堵截功能和保护功能。尤其是以非法方式经营的行为类型，可以包括一些特殊行为，如垄断行为、官商勾结经营行为等，都是严重破坏商业伦理的行为，是社会主义市场经济秩序所不能容忍的。这些虽然在我国《刑法》中没有规定，但从实质上看也应具有可罚性，也是可以通过司法解释予以明确的，因而作为兜底行为方式的一部分无疑具有实质的合理性。

对于现实中争议较大的几个非法经营罪，如游戏私服、开放小产权房、非法经营保安业务等，都值得深入、具体地加以探讨。这既可以检验本研究的基本观点是否合理，也可以给司法实践提供有益的参考。

本项研究主要采用功能分析的方法，以堵截构成要件为分析工具，基于非法经营罪的兜底、堵漏功能对相关现实问题展开研究。该方法着眼于非法经营罪在社会经济及刑法分则罪名体系中的地位 and 特征，有助于把握其刑罚功能，并解决问题。李斯特指出，“最好的社会政策，也就是最好的刑事政策”。非法经营罪在经济刑法的罪名体系中处于兜底、补漏的地位，但也应有合理的界限。无论是司法解释还是刑事政策，都只能在一定程度上发挥限制的作用，且都应符合堵截构成要件的特征。本项研究所归纳的几种行为类型，都是堵截构成要件在当代社会经济条件下的几种表现，具有实证法的基础。结合非法经营罪的堵截构成要件，在我国现有立法条件下解决该罪的适用问题，是值得肯定的。

总之，在非法经营罪拥有诸多刑法明确性问题的规范文义中，包含了较丰富的系统知识，脱离这些知识而要解决适用问题，无异于缘木求鱼。本项研究，重点是再现这一系统知识，再现非法经营罪的刑法功能，使该罪的适用更有利于保护社会主义市场经济秩序，有利于保障经营自由。

目 录

Contents

前 言	1
-----	---

第一章 非法经营罪适用问题概览

第一节 非法经营罪的司法实践问题	4
一、案例分析	4
二、对司法实践问题的归纳	10
第二节 非法经营罪的理论问题	28
一、必要的学术梳理	28
二、简短的评述	44

第二章 对非法经营罪的功能性思考

第一节 非法经营罪的刑法目的	51
----------------	----

一、非法经营罪适用的现实面向	51
二、非法经营罪中的刑法保护	57
三、非法经营罪的刑法保护取向	62
第二节 非法经营罪的刑事政策	66
一、统计学意义上的非法经营罪	66
二、非法经营罪被偏爱的原因	71
三、对非法经营罪刑事政策的选择	83

第三章 非法经营罪的堵截构成要件

第一节 堵截构成要件的概念及构造	94
一、问题的缘起	94
二、堵截构成要件对罪刑法定的意义	97
三、堵截构成要件的结构	104
第二节 堵截构成要件的解释规则及方法	117
一、“只含同类”规则及其不足	117
二、堵截构成要件的解释规则	128
三、堵截构成要件解释方法的位阶	137
四、基本的结论	155