

非法经营罪堵漏条款的合理认定

——以堵截构成要件为标准的分析

肖 征, 蒋凌申

(中南大学 法学院, 湖南 长沙 410083)

摘 要: 非法经营罪是“堵截构成要件”理论和“空白罪状”理论在立法上的同时运用,但也存在不合理扩张以致违背罪刑法定主义的危险。《刑法修正案(七)》的通过,增加了224条之一,也修改了225条第(三)项,使得非法经营罪所调节的非法经营行为的特征更加的明晰,这为限制非法经营罪堵漏条款的不合理扩张提供更为有利的参照标准。理清非法经营罪堵漏条款的理论依据,在消除不必要质疑的同时,亦证明了非法经营罪的堵截构成要件的地位和功能,详细解析该要件中各个要素的含义与特征,就能够明确非法经营罪堵截构成要件的内容和调整对象,从而达到对该罪堵漏条款的合理认定。

关 键 词: 非法经营罪; 堵截构成要件; 空白罪状; 特许经营; 市场准入秩序; 罪刑法定主义

中图分类号: D924.12

文献标识码: A

文章编号: 1009-2013(2009)04-0096-07

Reasonable Identification of the Preventing Article of Illegal Business Operation Crime

——Analysis on the standard constitution factors preventing article

XIAO Zheng, JIANG Lin-shen

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: There still exists certain danger in the conviction for illegal business operation crime though it is based on the legislative combination of Constitution Factors of Preventing Article Theory and Blank Criminal Theory. *Criminal Law Draft for Amendment(七)*, adding one of the paragraph of Article 224, revising the third paragraph of Article 225, makes the characteristic of the illegal business operation crime more clear, which supplies a standard reference for the unfair expansion of preventing article of the illegal business operation crime. Once people understand the Preventing Article Theory clearly, the importance and the function of the preventing articles can be proved, the meaning and characteristic of each constitution factor can be understood as well. Hence the preventing article can be reasonably identified.

Key words: illegal business operation crime; constitution factors of preventing article; blank criminal; concession; order of market access; principle of crimes and penalties stipulated by law

“非法经营罪”由于采取“空白罪状+堵漏条款”这样过度概括性和不明确性立法模式,而成为97刑法中被质疑和批评的最多的一项罪名。两高的司法解释对“堵漏条款”的多次扩张,使得“非法经营罪”变得比普洛透斯的脸还更加的丰富而不可捉摸,更遗憾的是,几乎每一条司法解释的合理性都受到了质疑。学者们担心“空白罪状+堵漏条款”的立法模式给了法律随意适用和司法解释任意扩张的空间,有违罪刑法定主义之精神,让“非法经营罪”成为又一个“口

袋罪”^[1]。从司法实践来看,“非法经营罪”所引发的问题似乎并不比“投机倒把罪”少,非法经营罪的合理性值得怀疑^[2]。基于对罪刑法定原则的遵循,学者们为限制该罪的堵漏条款做出了巨大的努力,有的学者甚至主张要立即废除非法经营罪^[3],或者修改、废除该罪的堵漏条款^[4]。本文认为,“非法经营罪”并不是所有非法经营行为的兜底罪名,而是有着独特的调节对象,2009年《刑法修正案(七)》(简称《修正案(七)》)的通过更加明晰了这一倾向,因而不能轻言废除;采用“空白罪状+堵漏条款”的立法模式虽是缘于立法技术的局限,但限制该罪的堵漏条款在目前的法律解释技术上亦有着理论上的合理性和现实的可能性,对

收稿日期: 2009-07-14

作者简介: 肖 征(1979-),男,湖南长沙人,刑法学硕士研究生,主要从事中国刑法学研究。

非法经营罪堵截构成要件的解析就可以达到对堵漏条款的合理限制。

一、非法经营罪堵漏条款的理论依据

2009年修订后的刑法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:1)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物品的;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批准文件的;3)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,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的行为。从罪状结构的分析可得,本罪的堵漏条款由“违反国家规定”所统摄,可以完整的归纳为:违反国家规定,有其他严重扰乱市场秩序的非法经营的行为,情节严重或情节特别严重的,构成非法经营罪。所以非法经营罪堵漏条款的设置是利用到了“堵截构成要件”理论和“空白罪状”理论,而明晰二者在非法经营罪立法中的作用与关系是消除质疑,定位其地位的重要前提。

(一) 堵截构成要件理论

1. 堵截构成要件的定义与特征

所谓的堵截构成要件,是指刑法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,表现形式包括“或者其他型”、“持有型”和“最低要求型”。^[5]其存在的意义就在于成文法自身的局限性,因为刑事规则是有限的,而现实社会中需要刑法规制的行为是无限的,有限的规则与无限的行为之间存在着永恒的矛盾,由于人类预测未来的能力有限,即使再完备优秀的成文刑法典也无法回避法律盲区和缺失的现实存在^[6]。就“非法经营罪”而言,其所调控的市场经济活动纷繁复杂,改革开放以来,经济犯罪激增,花样不断翻新,犯罪分子也不断地改变行为方式来规避法律,刑法条文既无法给予完全罗列,也不能将所有的非法经营行为抽象概括或者类型化,所以为了以一驭万,不得不运用了堵截构成要件的模糊性与概括性来回应犯罪形式的复杂性,为的是让刑法在取消类推制度之后可以从容应对复杂多变的非法经营行为,达到法网恢恢疏而不漏的效果。因此,就有学者认为在非

法经营罪的客观方面要件上,立法者成功运用了堵截构成要件的立法方式,表现为“或者其他型”,使用“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的表述将千变万化未被罗列到的非法经营行为囊括进来^[7]。

另外,从表现的方式上看,堵截构成要件可以分为类比推断型和最后兜底型。所谓的类比推断型,是在列举若干刑法禁止的重点情形后,采用“或者其他”、“以及其他”等词语将相关的类似情形划入到刑法禁止范围,在立法上突出的表现为堵漏条款。由于“或者其他”、“以及其他”这类用语的内涵具有相对不确定性和概括性,其外延也具有开放性与动态扩展性,大幅度地延伸了该种犯罪构成所统摄的非法行为的范围,提高其所蕴含的能量,从而使该项罪名的适用率与威慑力大大的增加^[6]。非法经营罪所采用的堵截构成要件就是典型的类比推断型。所谓的最后兜底型,是指立法者为防止法网的隙漏,在采用罪行系列化立法方法后,同时设计了一个具有“最后兜底型犯罪构成”的罪行规范,如刑法266条的(普通)诈骗罪,就具有防止分则第三章规定的十几种具体诈骗罪不能完全涵盖社会生活中需要予以刑法规制的所有类型的诈骗行为的兜底功能。值得注意的是,虽有少数学者已经注意到类比推断型堵截构成要件的功能和特征,并希望以此限制非法经营罪堵漏条款的扩张^[8],但没有引起学界的广泛注意,在司法解释中也往往是将共同兜底型的堵截构成要件的功能进行混同。因此,区分两种类型堵截构成要件之间的差别,可以避免在解析非法经营罪的堵截构成要件时陷入使用最后兜底型来评价非法经营罪堵截功能的误区。

2. 非法经营罪的堵截构成要件的功能与地位

非法经营罪的罪状设计明显不符合兜底型堵截构成要件的特征,类比推断型构成要件是将相关类似的情形划入刑法调节的范围,这意味着这种堵截要件遵循的是“同类原则”,其所调节的其他行为只限于所列举行为的同类情形,而不包括非同类情形^[9]。非法经营罪的堵截构成要件和前三款叙明的条款之间是个联系体,同属于一个有机体的构成部分,其第(四)项必须是前三项叙明罪状的同类情形,并且不得超越后者所共有的共同性质,因为这些“共同性质”是本罪堵截构成要件的参考和制约因素,其作用在于分析、解释、适用堵截构成要件各要素的时候,须严格遵守“只含同类规则”,而不是脱离这个联系另起炉灶。

据上述可知,非法经营罪堵漏条款的应用,只是

为“非法经营罪”自身提供堵漏功能,而并非要将非法经营罪设计成为一系列广义的非法经营行为的兜底罪名。将非法经营罪认定为一个兜底罪名是源于语义表述和解释的局限,认真分析该罪类比推断型堵截构成要件的特征,就可以明白我国刑法条文中的非法经营罪的“非法经营的行为”不具备这么大的包容力。

(二) 空白罪状理论

所谓的空白罪状,又称空白刑法,是指立法者在刑事立法分则条文中对行为要件要求参照相关法规或制度才能确定具体犯罪构成要件的类型化表述。而被委托指明参照的法律、法规等规范由于对犯罪构成要件起补充说明的作用,故被称为补充规范。非法经营罪中所用的“违反国家规定”就是典型的空白罪状,刑法第96条规定,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。正因为空白罪状具有需要参照其他法律甚至是级别更低的法规和规章这样的特征,学者们不断地担忧空白罪状与罪刑法定主义之间的矛盾,如有的学者认为对“国家规定”的参照会使国务院的行政法规有权规定刑事罚则,非法经营罪可以随着行政法规、行政措施、行政命令的变化而变化,难免导致违反“罪刑法定原则”的出现^[10]。但不得不承认的是,随着公共事业范围的空前扩大,和国家行政职能与行政目的日趋增多,行政犯罪的频繁出现,空白罪状的相应增加也就成为了不可阻挡的必然趋势,世界各国也都十分重视空白罪状在立法中尤其是在行政刑法立法中的应用。因为国家必须要将严重违反国家行政管理法规的行为规定为刑法中的犯罪,才能保障行政政策实施和保护社会大众的权益;再者,社会活动纷繁多样的,其范围日益广泛,用简单的一个法条甚至整部刑法都是没有能力将这些行为的构成特征给予完善的规定,所以不得不委托于其他专门性的法律予以完成;另外,社会活动的复杂多变,使得用于调节此类行为的法律、法规必然也要因地、因时的不断增减、修订、改变,而作为基本法的《刑法》基于其稳定性的要求和修订程序的制约,是不可能如此迅速的反映效率,所以其在对经济行为的调节上实现正义也只能寄托于其他法规的变化。正因为这样,新的时代也必然赋予罪刑法定主义以新的意义,所以刘艳红教授认为,空白罪状是现代法治国的因应之道,是现代罪刑法定原则的体现,因为其符合罪刑法定主义民主、

法治的原则,符合罪刑法定主义的法律专属性原则,是罪刑法定主义的明确性原则之体现和运用^[11]。

尽管使用空白罪状没有违背罪刑法定原则,但笼统地使用“违反国家规定”还是有过于的抽象与概括之嫌,而且有的学者还甚至认为“国家规定”一词甚至不是法律术语^[12],所以学者们多倾向于应该更加明确非法经营罪的补充规范。但这些做法虽具有理论上的合理性,却显然不具备可操作性。因为仅就非法经营罪而言,非法经营行为违反的行政、经济管理法律、法规数量众多,仅该罪第(1)项所需的补充规范,就有《烟草专卖法》《食盐专营法》《国务院关于化肥、农药、农膜实行专营的规定》《矿产资源法》等国家规定,如要以“违反……法”的方式予以全部列举非法经营罪中所要的参考法律、法规不是简明扼要的刑法条文所能够承受。更值得注意的是,“国家规定”一词还是名副其实的高频刑法词汇,在我国刑法典占有特殊的地位,以2009年修正后的《刑法》为例,共有31条40次使用到了“国家规定”这一词,而直接使用“违反国家规定”的刑法条文达24条,共30次,如都以这样的方式加以全部列举,刑法典无疑将会变成一部百科全书式的经文。而且我国经济处于转型期,经济活动的复杂多变,这些用于调节此类行为的法律、法规必然也会有增减变化,如果都将这些法规用刑法条文予以明确规定,其结果只会使导致刑法典频繁变动,势必破坏刑法典的稳定性,使其变得更加的难以琢磨。所以说使用“国家规定”一词是刑法简明性的因应之求,也是刑法稳定性的内在要求。刑法第96条专门就对“违反国家规定”一词做出明确的解释,正说明刑法第225条采用了空白罪状的立法模式,是考虑到非法经营行为及相关的“国家规定”的变化,因此,在不断变化的社会经济生活中,只要坚守罪刑法定原则,严格把握本罪的重要构成要件——“国家规定”的范围与含义,是完全能够做到准确判断罪与非罪界限的^[13]。

综上所述,非法经营罪所采用的立法模式是理论上的合理性和现实上可操作性的统一,并不是立法者的疏漏或者懈怠,而是在深刻把握了非法经营罪特征的基础上作出的选择。纵然非法经营罪有着各样的缺漏,但诚如张明楷教授所说,在发现法律缺陷时不宜随意批评,而应做出补正解释,发现法律的缺陷不是什么成就,将有缺陷的法条解释得没有缺陷才是智慧^[14]。本文正基于这样一种态度,运用堵截构成要件的理论

展开对非法经营罪堵漏条款的分析。

二、非法经营罪堵截构成要件要素的解析

所谓的堵截构成要件的要素就是组成堵截构成要件各个部分。从语法结构上看,该要件可分解为以下几个短语部分,即“其他”、“违反国家规定”、“严重扰乱市场秩序”、“非法经营的行为”以及“情节严重或情节特别严重”,每一个要素部分均以各自丰富的内涵而共同构成了非法经营罪的堵漏条款。首先,“非法经营行为”由“严重扰乱市场秩序”所修饰,即必须满足这个条件,而“严重扰乱市场秩序”正指引“非法经营罪”所保护的法益,这一法益的范围也同样受制于非法经营行为的特征;其次,作为类比推断型堵截构成要件突出特征的“其他”,其范围也由“严重扰乱市场秩序的非法经营行为”所修饰和限制,并反过来指引非法经营行为不得超越前三项行为的共同性质;最后,“违反国家规定”在整个堵截构成要件中居于统摄位置的同时,其范围也受该罪所调节的非法经营行为本身特征的限制。这是一种相互联系而又相互制约的关系,但以往的研究却忽视这样一种联系,从而无法触及各个要素所蕴含的内容或者仅局限对某一个要素的研究,造成对整个堵漏条款的片面理解。

(一)“非法经营行为”解析

堵漏条款中的“非法经营行为”是体现非法经营罪所调节对象的特征与性质的核心字眼,更是体现着非法经营罪自身的独特性。但学者们对“非法经营的行为”的理解各有不同,有的学者认为,“其他非法经营行为应当具备以下条件:第一,这种行为发生在经营活动中,主要是生产流通领域。第二,这种行为违反法律、法规的规定。第三,具有社会危害性,严重扰乱市场经济秩序。”^[15]有的学者则将确定这些行为的依据交予其他法律和司法解释,如陈兴良教授认为“这是个空白规定,哪些行为属于这里的其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为,应以法律或司法解释的规定为根据加以确认。”^[16]有的学者则以类比推断的方法从前三项叙明罪状中总结非法经营行为的特征,如马松建教授认为“非法经营行为”是违反经营许可制度的行为^[17]。本文则倾向于类比推断的方法,首先,就语法角度而言,“非法”一词是对行为性质的法律评价,具体所指应该就是“违反国家规定”,其本身对于堵漏条款来说并没有具体化和明确化的实际意义,所谓的“经营行为”的定义除了能够得到字典上的原初

本义外,在各部门法的研究材料中鲜有给予明确的描述;其次,从定义的角度看,如果单独用“非法经营行为”来界定“非法经营罪”,就会有同语反复之嫌;再次,从堵截构成要件的特征来看,此处的非法经营行为应该要具备前三项非法经营行为的共同性质。所以,在理解非法经营罪所调节的“非法经营行为”的内涵时,是不能用“经营行为”的通俗语义来做无限制的解释,除了要考察其本来的文义之外,还应该参照前三项叙明罪状的内容。

非法经营罪第(一)项是指未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或其他限制买卖物品的行为。所谓的未经许可,是指未经国家有关主管部门批准^[18]。所谓专营,是国家对商品的一种“垄断性”经营方式,是指国家的物质部门或国家授权的商业部门对某些重要商品实行统一经销的经营方式,如食盐、化肥、农药、农膜、专用钢材等就属于国家专营的重要商品。对于国家实行专营的商品,除国家制定的经销部门外,其他单位和个人均不得经销,以保证专营产品的正常供应,减少流通环节,防止价格上涨,避免经营混乱,保护消费者的合法权益^[19]。所谓专卖,是指对重要商品的生产、经营以及生产所需原材料、机械设备供应等实施统一管理的生产经营方式,如金银及制品、烟草、种子等就属于专卖的商品。专卖与专营都是由国家指定的部门对商品的生产经营实施垄断的经营方式,只是专营是侧重于对经营领域的垄断,而专卖则不仅垄断商品的经营领域,连生产领域也属垄断其经营的范围。所谓其他限制买卖的商品,是国家对除专营、专卖的重要商品外的其他重要的生产资料的经营实行限制,只允许经过特别批准的市场主体在授权的范围内予以经营,如木材、原油、成品油、煤炭、特种劳保用品等。由此可见 225 条第(一)项所指的未经许可而违反专营、专卖以及限制买卖制度的行为,其本质是违反了国家的特许经营制度。

非法经营罪第(二)项是指买卖进出口许可证、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行为。所谓的进出口许可证,是指国家为加强进出口商品的管理,对进出口配额的批件和允许进出口货物、物品,经主管部门按国家规定的权限审查批准后,由外贸主管部门向进口人或者出口人颁发的凭据。买卖进出口许可证的行为违反了国家对限制进出口的货物、技术实行的许可证管理制度。所谓的进出口原产地证明,是指用于证明进出口货物、

技术原产地的有效凭证,它在对外贸易中具有重要意义,国家严禁骗取、伪造、变造、买卖或盗窃进出口原产地证明。买卖进出口原产地证明的行为违反了国家关于进出口许可证买卖的禁止性规定,在更深层次的意义上也违反了国家特定的经营许可制度。其他法律、行政法规的经营许可证或者其他限制买卖物品的证明文件,是批准经营某些特定行业或特定商品而颁发的许可证和批准文件,这类经营许可证和批准文件是经营者从事经营专营、专卖物品、限制买卖物品或者某些特定行业、特定商品的必要前提,经营者必须具备符合相关要求的条件并经有关主管机构审查批准后才能领取相关的经营许可证或批准文件。上述的这些经营许可证和批准文件本身是禁止买卖的,违反规定买卖这类经营许可证和批准文件的行为,则违反了国家特许经营制度。

非法经营罪第(三)项在《修正案(七)》通过之前是指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行为。根据《中华人民共和国证券法》《期货交易管理暂行条例》及《中华人民共和国保险法》相关的规定,要从事证券、期货或者保险业务,都必须经过国家有关主管部门批准,并取得经营相关业务的许可证。《修正案(七)》则将“非法从事资金支付结算业务”也列入该罪第三项的调控范围,根据《支付结算办法》第3条规定,所谓的“支付结算业务”是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、信用卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为。同时该法第6条又规定,银行是支付结算和资金清算的中介机构,未经中国人民银行批准的非银行金融机构和其他单位不得作为中介机构经营支付结算业务,但法律、行政法规另有规定的除外。因此,资金的支付结算业务必须是银行,或经过中国人民银行批准以及法律、行政法规的许可的单位方可拥有经营的资格,其他单位如不具备上述条件则不能从事该项经营行为。所以非法经营证券、期货或者保险业务,非法从事资金支付结算业务的行为,也均是违反了国家特许经营制度。

另外,《修正案(七)》增加的224条之一的立法举动更加值得注意,因为其所确定的组织领导传销罪修正了司法解释《关于情节严重的传销或变相传销行为如何定性问题的批复》(法释[2001]11号)对传销和变相直销行为的定性。按批复的规定从事传销或变相传销活动,扰乱市场秩序情节严重的,应当按照刑法225

条(3)项的规定,以非法经营罪定罪处罚。所谓的传销行为,是指生产企业不通过店铺销售而由传销员将本企业产品或服务直接销售提供给消费者的经营方式。这种经营方式以高额回报为诱饵,不断招募参加者,这些参加者需要支付入会费或购买产品并为经营者不断发展下线,从而形成“金字塔”式的推销结构。因此,从非法传销的行为表现及其特征来看,其与前三项非法经营行为存在本质性的差别,所以刑法没有用新的款项将其增列为非法经营罪的行为之一。组织领导传销罪单独定罪正说明非法经营罪调节对象的特定性。

综上所述,225条前三项规定的非法经营行为虽然表现形式各异,但其所具备的共同性质都是破坏了国家的特许经营制度。据此,利用“同类规则”可以肯定地推论出该条第(四)项所指的非法经营行为也应该是破坏国家特许经营制度的非法经营行为。

(二)“严重扰乱市场秩序”解析

“严重扰乱市场秩序”由于其概括性往往为过去的研究所忽视,并将其作为构成“口袋罪”的祸首之一进行批判。但本文认为“扰乱市场秩序”是本罪的另一核心字眼,体现着整个非法经营罪所保护的法益。在我国刑法体系中,非法经营罪属于“扰乱市场秩序罪”,有的学者认为此类犯罪所侵犯的法益应是国家对市场的管理秩序^[13]。但这样的定位虽不失之错误,但仍然无法精确指明非法经营罪的法益,因为这一秩序还主要包括市场进入秩序(市场准入秩序)、市场交易和竞争秩序以及市场退出秩序^[20]。从前文对刑法225条前三项叙明罪状的分析可知,非法经营罪所调节这些行为的前提都是“未经许可”、“未经批准”,或者行为本身是“买卖进出口许可证”等破坏特定经营许可制度的行为,可以肯定非法经营罪所扰乱正是市场的准入秩序而非其他的市场秩序。所谓的市场准入秩序,是指国家为限制市场主体进入某些特定的经营领域,由最高权力机关及其常委会或最高的行政机关就进入该特定经营领域的主体资格条件制定专门的法律法规,市场主体只有依法获得经营许可方有权从事该领域经营权利的秩序。就我国国情而言,市场的准入秩序应包含如下几个方面:

(1) 市场准入秩序所规范的领域只能限于某些特定领域。这些特定领域,是政府为弥补市场机制的缺陷,依据市场经济的需要进行限制的行业,通常包括:自然资源开发利用的行业、公共资源配置的行业、自然垄断行业、信息严重不对称的行业、外部不经济的