

# 非法经营罪的价值取向与质疑

## ——对《刑法》第二百二十五条第三项的分析

唐稷尧<sup>1</sup>, 王燕莉<sup>2</sup>

(1. 四川师范大学 法学院, 四川 成都 610068; 2. 四川大学 法学院, 四川 成都 610041)

**摘要:**《刑法》第二百二十五条第三项在罪状表述方式上具有高度抽象性与最大概括性,这使得非法经营罪的内涵具有扩张性特征。制定这一规范的目的在于令刑法保持应对新型经济失范行为的灵活性,其价值取向以中国当前经济生活的现状为背景,从克服刑法典的局限性来说具有某种法哲学意义上的合理性,并且与中国的传统价值观以及主流刑法理论相契合。但这一刑法规范的危险性在于:该规范在内容上具有不明确性和不可预测性,这可能导致刑罚权的滥用,其价值取向与罪刑法定原则和市场经济的内在要求相悖。

**关键词:**《刑法》;非法经营罪;不明确性;扩张性;罪刑法定

**中图分类号:**DF623 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2002)01-0059-09

1997年《刑法》第二百二十五条是关于非法经营罪的规定。学界大都认为,此罪是从1979年刑法典投机倒把罪中分离出来的一个独立犯罪[1](592页)。对于投机倒把罪的取消,立法机关提出的理由是:“其规定比较笼统,界限不太清楚,造成执行的随意性”,“根据社会主义市场经济发展的要求,需要规定的犯罪行为,尽量分解作出具体规定,……不再笼统规定投机倒把罪。”[2]刑法学界也以赞许的口吻将这一修定视为罪刑法定原则在刑法分则中的重要体现,认为这将在实践中使罪与非罪界限更加清晰,避免执法的随意性[3]。然而,如果结合近年来的司法解释对该罪的罪状进行深入分析就可以发现,由于第二百二十五条第三项的存在,非法经营罪的价值取向存在与罪刑法定基本原则相背离的倾向,也

与市场经济的基本要求不相符合,其适用与立法机关的初衷相去甚远。

### 一 一个具有高度抽象性与最大概括性的罪状

根据《刑法》第二百二十五条的规定,非法经营罪包括三项行为:第一项,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;第二项,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;第三项,其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。前两项的内容具有明确性和确定性,值得注意和深入分析的是第三项的规定。为了分析的方便,我们先根据刑法规定将该项条文单独列出:违反国家规定,有其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役……显然,这是一条规定具体犯

收稿日期:2001-10-17

基金项目:四川省教育厅人文社会科学青年基金项目[川教计(1999)128号]。

作者简介:唐稷尧(1972—),男,四川省乐山市人,四川师范大学法学院讲师,法学硕士。

王燕莉(1977—),女,重庆市人,四川大学法学院硕士研究生。

罪的条文,与分则其他的规定具体犯罪的条文一样,它由罪状与法定刑构成。罪状是进行定罪活动的基本依据,对具体犯罪基本特征的描述,其在表述上越抽象、越概括就越可能多地涵盖具体行为类型,即在司法实践中就可以将该规范适用于越多的具体行为。如果对《刑法》第二百二十五条第三项进行深入分析与比较,我们就可以发现,其罪状表述方式具有其他罪刑条文所不具备的高度抽象性与概括性。

1. 在这一条文中,“严重扰乱市场秩序的非法经营行为”是对本罪特征的描述性语句,这一语句最大的特点是具有高度的抽象性。从表面上看,“严重扰乱市场秩序”是对行为属性的描述,但这一描述本身是高度抽象的,可以用在刑法分则第三章所有的其他犯罪行为上,它本身并不能指明客观行为是什么。因此,它不具有区分此行为与彼行为的功能。“非法”一词是对行为性质的法律评价,其本身对于行为特征的具体化、明确化并无意义。这样看来,“经营行为”应当说是本罪行为特征的关键性描述词语。所谓“经营”,是指“筹划并管理”[4](559页)。具体到市场经济中,可指在市场活动中的以营利为目的筹划与管理行为。从这一意义而言,任何具体的市场活动都可以纳入经营行为的范围,这一词语可以说也是对市场主体行为特征的高度抽象。纵观刑法分则其余简单罪状的描述语句,像《刑法》第二百二十五条第三项这样高度抽象的描述性语句是绝无仅有的。从立法技术上看,使用简单罪状一般是因为立法者认为这些犯罪的行为特征本身易于被人理解和把握,无需在法律上作具体的描述,如故意杀人罪、诈骗罪。然而,从上述分析可以看出,这一刑法条文所规定的犯罪行为特征不仅自身不易为人理解和把握,而且还因其高度抽象性而使该条文丧失了明确性。

2. 特殊的空白罪状描述方式决定了该条文内容具有最大的概括性。立法技术上使用空白罪状其意图是通过指明需要参照的法律、法规来使某一具体犯罪的构成特征明确化。在《刑法》第二百二十五条中,“违反国家规定”是典型的空白罪状描述方式,它能否承担起使该条第三项所规定的行为特征得以明确化和具体化的重任呢?回

答是否定的。根据《刑法》第九十六条的解释,《刑法》中所称的“违反国家规定”,是指违反全国人大及其常委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。也就是说,国家最高立法机关和最高行政机关所颁布的所有涉及市场管理的规范性文件都可包括在内,其内涵的概括性不可谓不高。由于市场活动纷繁复杂,规范性文件层出不穷,这种罪状表述方式使得社会公众无法通过这一空白罪状确知刑法到底意图禁止何种类型的市场行为。

3. 《刑法》第二百二十五条第三项采取了特殊的罪状描述模式,即高度抽象的简单罪状描述方式与最大概括性的空白罪状描述方式相结合的模式。一般情况下,我国《刑法》中涉及空白罪状描述方式的条文主要有三种类型:一种是明确指明需要参照的具体法律、法规,同时简单地描述具体犯罪的客观方面特征,如《刑法》第三百四十四条规定“违反森林法的规定,非法采伐、毁坏珍贵树木的”;一种是不仅明确指明需要参照的具体法律、法规,同时又用叙明式描述方式具体描述犯罪客观方面特征,如《刑法》第三百四十条规定“违反保护水产资源法的规定,在禁渔期、或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品,情节严重的”;还有一种是虽然采取“违反国家规定”这一高度概括的空白性描述方式,但同时又用叙明式描述方式具体展现犯罪客观方面特征,如《刑法》第一百九十条规定“国有公司、企业或其他国有单位,违反国家规定,擅自将外汇存放境外;或者将境内外汇非法转移到境外,情节严重的”。将以上三种形式与《刑法》第二百二十五条第三项相对比,我们可以发现,该条的罪状描述模式的确是独具特色。

4. 特别需要指出的是,像《刑法》第二百二十五条第三项这种罪刑条文即使在外国刑法有关经济犯罪的条款中也是极其罕见的<sup>①</sup>。无论是英美法系还是大陆法系国家,其经济立法和行政法规都大量存在根据需要规定罪与刑的条款的情形,这些罪刑条款附着于有关经济法律中,有利于对经济犯罪构成的具体理解[5](276页),故不存在犯罪构成不明确的问题。在现行的德、日、韩、瑞士、俄罗斯等国的刑法典中,也找不到与我国刑法

典中这一条文类似的规定。例如在德国,虽然在犯罪构成方面使用空白刑法是其经济刑法的一个典型特征,但是,为了符合德国宪法所要求的法律明确性的规定,德国立法机关采取了多种技术来保证空白刑法的明确性,包括直接引述具体的法律条款或者是把经济法中的一部分禁止性行为改写后,将其规定在惩罚性条款中,同时还引述具体需要参照的法律条款[6](155—157页)。在外国刑法中,与我国《刑法》第二百二十五条最接近的可能要数《俄罗斯联邦刑法典》(1996年颁布)第一百七十一条的规定。该条文罪名也称为非法经营罪,具体规定为:“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……”[7](86页)两相对照可以发现,俄罗斯刑法的这条规定与我国《刑法》第二百二十五条第一项十分相似,但恰恰却没有第三项的规定。

## 二 三个值得注意的司法解释

由于采取高度抽象化的语句来描述犯罪特征(即所谓“严重扰乱市场秩序的非法经营行为”),社会公众无法通过这一描述把握该罪基本的行为特征。因此,到底什么行为是非法经营行为,只能取决于其是否“违反国家规定”。但是,根据《刑法》第九十六条的规定,“违反国家规定”在内涵上又具有最大的概括性,它可以包括现存的和将来可能制定的涉及经济活动的所有法律、法规以及国务院制定的行政措施、命令、决定。由于“非法经营行为”一词具有高度的抽象性,因此,对于确定需要参照的法律、法规、命令、决定的具体范围,也就不具有实质的限制性意义<sup>②</sup>。这样,从理论上讲,市场活动中任何违反经济法律、法规、国务院行政措施、命令、决定的行为都可能被合法地认定为非法经营罪。显而易见,《刑法》第二百二十五条第三项的存在使非法经营罪的内涵超越了第一、二项的具体规定而具有了几乎无限的扩张性。对于市场经济活动中各种“违反国家规定”的行为,即使刑法其他条款没有对它们做出明确规定,司法机关也可以引用该罪将其一网打尽,这一结果已在1998年以来的三个重要的司法解释

中凸现出来。

1. 解释A:《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》(法释[1998]20号)。这一解释第四条规定,骗购外汇、居间介绍骗购外汇达到该解释规定的一定数额,按刑法第二百二十五条第三项的规定定罪处罚。

根据我国《外汇管理条例》的规定,骗购外汇行为是套汇行为的一种表现,它既不同于一般的诈骗活动,也不属于买卖专营物品的行为。从我国刑事立法的历史来看,套汇行为最早被认为是走私罪的一种形式。在1988年1月全国人大通过的《关于惩治走私罪的补充决定》中,它又与逃汇罪一起被规定为一个独立的罪名,称为逃汇、套汇罪[8](276—277页)。但是,1997年刑法典只在第一百九十条保留了有关逃汇行为的规定。两相对照,这意味着套汇行为(包括骗汇行为)在新刑法中已不再被规定为犯罪行为。至于居间行为,历来只有介绍贿赂活动被刑法规定为犯罪,该解释将居间介绍骗购外汇行为认定为犯罪明显是一个全新的规定。1998年12月29日,全国人大常委会颁布了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(以下简称《决定》),在该《决定》中,立法机关单独新设立骗汇罪,也未将居间行为认定为犯罪,这反映出立法机关与司法机关在对待这两个行为上的不同立场。

2. 解释B:《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》(法释[1998]30号)。该解释第十一条规定,违反国家规定,出版、印刷、复制、发行本解释第一条至第十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,依照《刑法》第二百二十五条第三项的规定,以非法经营罪定罪处罚。所谓情节严重,根据该解释第十二、十三条的规定,主要是以经营数额、违法所得额或经营出版物的数量来认定。

我国现行刑法对于非法出版物问题并没有设立单一的独立罪名,而是根据非法出版物的不同性质分别以不同的罪处理,即该解释第一条至第十条规定的内容,包括危害国家安全罪,侵犯著作权罪,侮辱罪,诽谤罪,出版歧视、侮辱少数民族作

品罪,制造、贩卖、传播淫秽物品犯罪等。显然,该解释第十一条所规定的内容在现行刑法中并不存在明确的规定。

3. 解释 C:《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》(法释[2000]12号)。该解释第一条规定,违反国家规定,采取租用国际专线、私设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》第二百二十五条第三项的规定,以非法经营罪定罪处罚。根据2000年9月25日国务院发布的《中华人民共和国电信条例》的规定,国家虽然对电信业务经营实行许可证制度,但其并不属于二百二十五条第一项规定的专营、专卖物品,后者是指由法律、行政法规明确规定的由专门的机构经营的专营、专卖物品,如食盐、烟草等[9](317页)。从规定本身来看,上述解释所涉及的行为是否构成犯罪现行刑法也未有明确规定。更值得注意的是,对上述解释所规定的行为,《电信条例》只在第七十条设立了行政处罚措施,而对盗号、伪造电话卡、以虚假身份证入网等行为则在第六十八条既设立了行政处罚措施又明确规定“扰乱电信市场秩序,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。可见,作为电信行业管理者的最高行政机关对这两类行为的性质是有所区别的。

这三个司法解释的相关条文的共同之处在于:第一,其所规定的行为在该解释出台之前现行刑法并没有对此做出过具体规定,从法理的角度说,并不视为犯罪行为,最高人民法院的司法解释实质上有扩张解释之嫌;第二,在形式上,三条司法解释并没有创设新的罪名,而只是将法律没有明文规定的行为解释为现行刑法中某一罪名的表现形式,从这一点来讲,三个解释在形式上又是合法的;第三,更值得注意的是,虽然上述解释条文中所涉及到的行为类型在客观特征上相去甚远,但它们在认定罪名和引用刑法分则条文上却完全相同,都同样适用《刑法》第二百二十五条第三项。从以上三个共同点可以看出,《刑法》第二百二十五条第三项对这三条解释的产生及其合法性起着关键作用。

### 三 非法经营罪的价值取向及其根源

从本文第一部分分析可知,《刑法》第二百二十五条第三项的存在使非法经营罪的内涵超越了第一、二项的具体规定而几乎具有了无限的扩张性。对于市场经济活动中各种“违反国家规定”的行为,即使刑法其他条款没有对它们做出明确规定,司法机关也可以引用该条文将其一网打尽。由此,我们就可以理解在最高法院上述三个司法解释中,为什么几种互不相干、客观特征相去甚远且刑法本身并无明文规定的具体行为类型能够被合法地解释为刑法中既有的非法经营罪。在笔者看来,设立这种具有扩张性价值取向的罪名并非立法者立法技术上的疏忽,而是有意而为之,其背后存在着深刻的现实与理论背景。

1. 成文法律自身的缺陷使得这种扩张性罪刑条款的存在具有了某种法哲学意义上的合理性

从本质上讲,由于立法者认识能力的非至上性,成文法是存在局限性的。正如哈罗德·伯曼在谈到美国为何不制定包罗万象的法典时指出,“人类的深谋远虑程度和文字理论能力不足以替一个广大社会的错综复杂情形作详尽的规定”[10](20页)。立法的局限性体现在,法律试图以简单化的公理来表达复杂的客观现象。就刑法而言,成文刑法典使罪刑法定化,将罪刑限定在法律所规定的范围之内,使刑法成为一个相对封闭的规则体系。但刑法典又不可能将社会上的一切危害行为包罗无遗,现代社会变化之疾之大使刑法即使经常修改也赶不上它的变化速度。因此,如何克服成文刑法之局限性就成为摆在立法者面前的一个重要问题。从立法设计上看,主要有规定类推制度和设立概然性条款两种途径。在罪刑法定已成为中国刑法基本原则的今天,面对日益扩大的经济领域的经济活动以及经济转型时期大量的失范行为,设立具有高度涵盖性与最大包容量的概然性条款也就成为立法者的必然选择。

2. 中国当前经济活动的现实状况是这种扩张性罪刑条款得以存在的客观背景

中国目前的经济活动正处于由计划向市场转型的时期,经济领域的不断扩大与经济活动类型的日新月异在给中国经济带来空前活力的同时也带来经济活动中失范行为的激增并直接导致市场

秩序的不稳定甚至混乱,而统一合理的市场规则的缺乏更是加剧了失范行为的出现。因此,建立与维护一个正常的市场秩序成为当前经济生活的主题。但另一方面,由于中国的市场化进程是采取由政府主导的自上而下的方式进行,以经济法律、法规为表现形式的大量的市场规则是由市场外部(即国家)供给而非由市场内部自发形成,这使得它们难以在短期内获得市场主体的内在认同,而这些法律、法规因其较弱的强制力也无法有效地从外部整合市场主体的行为。在这种情况下,出于维护市场活动正常秩序和强化市场规则在经济生活中的地位的目的,要求拥有最大强制力的刑法对经济活动进行规范的呼声也就日益高涨。面对不断涌现的新类型的失范行为,刑法关于非法经营罪的规定恰恰是对这一现实要求的最好的回应,它通过设立高度抽象与概括的刑法规范形成一个以不变应万变的罪名,使刑法在取消类推后得以从容应对纷繁复杂的失范行为而不失其稳定性,为维护市场秩序和强化市场规则在经济活动中的地位提供了一个几乎是“一劳永逸”的罪刑条款。从本质上看,这一条款为国家刑罚权随时随地介入经济领域打开了一个合法的通道。

### 3. 非法经营罪的扩张性与中国传统的价值观和刑法理论具有契合点

中国的传统文化完全不承认个人的存在,个体在社会中是十分渺小和微不足道的,社会秩序对于个体权利与自由而言永远具有终极意义[11](122页)。新中国成立后,由于经济上长期实行高度集中的计划体制,政治上实行中央集权制,因此,国家整体利益得以一再强调。这种整体主义的价值观曾经在相当长的时间支配着我国的社会生活,即使在个体权利开始得以倡扬的当代,社会本位依然是主流的价值观之一。非法经营罪的扩张性是以维护市场秩序为目的,而市场秩序又是一种典型的社会整体利益。显然,在这种文化背景下,《刑法》第二百二十五条价值取向具有深厚的社会基础,容易获得社会公众的认同。就中国目前的刑法理论而言,社会危害性理论依然是占主流地位的、正统的理论,以此为指导的中国刑法中的犯罪概念,是一个典型的实质概念,在犯罪

的本质属性方面特别强调社会危害性。即使是在已经确立罪刑法定原则的新刑法中,其第十三条关于犯罪概念的规定,依旧十分强调这一本质属性<sup>⑨</sup>。而我们注意到,《刑法》第二百二十五条第三项虽然没有明确说明具体的行为特征,也没有指出应当参照的具体法律、法规,但却十分明确地指出了设立这一规范的事实根据——行为严重扰乱市场秩序。联系中国目前的以社会危害性为中心的刑法理论与犯罪概念可以发现,这一规定使非法经营罪的设立与解释性适用获得了道德上的合理性与法律上的合法性。

### 四 对非法经营罪价值取向的质疑

《刑法》第二百二十五条关于非法经营罪的规定,虽然以其特殊的罪状设计增加了规范本身的包容量,增强了《刑法》应对复杂经济生活的灵活性、适应性。但是,如前所述,这种设计已超越了一般的简单罪状与空白罪状应有的界限,它所具有的适应性和包容量是以规范内容的模糊性、不明确性为代价的。笔者以为,其价值取向是值得质疑的。

#### 1. 非法经营罪所具有的扩张性与罪刑法定原则的价值选择背道而驰

由于立法者自身的局限性,《刑法》的规范对象具有不完整性,故刑事立法不可能将所有应予刑罚制裁的不法行为毫无遗漏地加以规范,所谓刑法结构的严密性永远都只有相对意义。在现代法治原则确立以后,面对这一现实,立法者都选择承认刑法规范对象的不完整性,为保障个人自由和人权而实行罪刑法定原则。正如有的学者所指出的,“罪刑法定消灭不了刑法的不完整性,而是以容忍刑法的不完整性的客观存在为其前提”[12](179页)。罪刑法定原则使刑法本身成为一个相对封闭的规则体系,它不允许在刑法规范之外对尚未明确规定的行为加以刑罚处罚,即使这一行为的确存在较大的社会危害性。因此,这一原则本身具有限制机能,它限制了刑法过分干预社会生活,是立法者价值偏一的选择。然而,《刑法》第二百二十五条第三项却使非法经营罪成为一个“超级的”概然性条款,一个新的“口袋罪”,它所拥有的巨大的扩张性在本质上使其同类推制度具有同样的价值取向,不同之处在于前者在形

式上尚披着罪刑法定的外衣。

## 2. 非法经营罪的设立使刑罚权存在滥用的危险

贝卡利亚曾指出,法律的含混性是一个弊端,它会法律这样“一部庄重的公共典籍变成一部家用私书”[13](15页)。虽然立法是从千姿百态的事实中抽象出适用于所有案件的法律原则,肯定具备一定的概括性,但立法所设立的规范又必须具有相对的明确性。因为刑法规范既是评价规范,又是行为规范,它通过对禁止性行为的明确规定对社会公众的行为起引导作用。因此,贯彻罪刑法定原则不仅要求罪刑规定事先由法律给出,更要求这种法律规范必须明确规定禁止性行为的客观特征,否则,模棱两可的法律规范会使人们无法把握法律的意旨,无所适从。这种法律规范,即使罪刑是法定的,但因其内容不明确,故也无法防止刑罚权的滥用,罪刑法定主义保障公民自由的目的也就无从实现。

根据《刑法》第二百二十五条第三项和《刑法》第九十六条的规定,确定一个行为是否构成非法经营罪(符合该条第一、二项除外)关键有两个要件。一是行为是否具有严重扰乱市场秩序的危害后果。由于法律未明确规定量化标准,故行为是否符合这一条件实际上是由司法机关自由裁量。二是行为是否“违反国家规定”,即行为是否具有违法性。由于刑法并未指明确认该罪具体应参照哪些法律、法规,因此,在适用该条时,具体参照何种规范性文件事实上也由司法机关或司法人员自行决定,只要所参照的文件属于“国家规定”所涵盖的范围之内,其适用活动就是合法的。刑法的这一规定在适用上可能造成的消极后果是严重的。

就司法解释而言,非法经营罪的这一规定事实上为司法权超越立法权提供了条件。中国的法律解释体制的特点是,“通过解释形成具有普遍效力的一般解释性规定。……绝大多数司法解释属于不针对具体个案裁判的抽象解释。”[14](182页)而司法机关在处理具体案件时,不仅要依据法律,也要遵守相关的司法解释。因此,这些解释事实上具有“准立法”的效力。由于《刑法》第二百二十五条第三项的存在,使非法经营罪的定

义权掌握在司法机关手中,面对经济活动中实际存在的大量的违法违规行为,它可以以司法解释的名义自行决定将何种违法、违规行为犯罪化、何时将它犯罪化。前文所述最高法院发布的三个司法解释相关条款就是如此。然而,违法、违规行为并不等同于犯罪,是否将其犯罪化应由立法机关决定。司法机关以解释的名义自行决定刑罚权是否介入某一经济活动显然是对立法权的侵入,不仅与罪刑法定基本原则相悖,也违反《立法法》第八条第四项的规定。更为重要的是,由于司法解释是针对某一具体法律规定(即非法经营罪)进行解释,故其本身可以不涉及溯及力问题。其一经公布实施,即对所有正在审理和尚未审理的案件具有法律效力,如果该行为是发生在该解释公布之前,那么,通过适用该解释来处罚行为人显然缺乏公正性。正如有学者对“解释A”评论时所言,“它将法律没有明文规定的行为解释为刑法中某一罪名的表现形式,因而是创造法律。如果按照这种解释对行为人进行对其不利的惩罚,必将导致侵害个人权利,这显然是有悖于罪刑法定原则的”[15]。但是,无论是个案的适用还是司法解释,虽然它们在实质上同罪刑法定的基本价值相左,但在形式上都具有合法性,因为非法经营罪的法律规范本身内涵的模糊性与不确定性为这种适用与解释提供了形式上合法性,正是规范自身向司法机关、司法人员授予了这种广泛的自由裁量权。对于这种法律规范潜在的危险性,美国当代的一位著名法学家有过如下精辟的论述:“从社会学的角度看,把愈来愈多的、模糊的、极为弹性的、过于宽泛和不准确的规定引入法律制度(特别是政治性的刑法领域)之中,无异于对法律的否定和对某种形式的专制统治的肯定。这种状况必定会增加人们的危险感和不安全感。”[17](232页)

就非法经营罪的个案适用而言,如果不存在正式司法解释,司法机关在法律自身的内涵范围内进行自由裁量在形式上就是合法的。但是,由于这一法律规定极度的抽象与概括,一方面社会公众对其行为是否可能构成该罪缺乏必要的预期,另一方面,法律自身赋予司法机关人员的裁量权又是如此之大,社会个体的自由很可能会因此

而受到威胁。

1999年8月,北京市高级人民法院对一起骗购外汇案作出的终审判决明显体现出这一规范对当事人潜在的不利之处。最高人民法院在其编辑的《刑事审判参考》1999年第5辑中将该案及判决作为重要案例刊登出来。该案被告人在1997年9月至1998年5月间曾大量骗购外汇,其行为时间跨越新旧刑法,同时又在“解释A”和全国人大《决定》颁布之前。正如本文第一部分所陈述的,在新刑法生效前,骗汇是套汇行为的一种形式,应定套汇罪。而新刑法事实上是取消了这一罪名。因此,从理论上讲,虽然被告人的行为存在较大的社会危害,但在罪刑法定原则之下,根据从旧兼从轻的法律规定,其是否构成犯罪是值得商榷的。但是,由于《刑法》第二百二十五条第三项的存在,这又为处罚这种行为留下了巨大的解释空间,而司法解释本身又不涉及溯及力问题。北京市高级法院正是以被告人行为之后最高法院发布的“解释A”为依据将该行为以非法经营罪定罪处罚。由此可见,非法经营罪在法律适用中的作用及其对当事人的影响。

### 3. 非法经营罪的价值取向与市场经济的要求相悖

第一,现代市场经济的特点是市场主体特别重视对长期利润的精细和有系统的计算,而不是通过简单的投机行为和短期行为获取暴利,因此,它必须以存在一个可以理性地预测其行为后果的法律制度为基本前提[17](页)。正如有学者在论述德国经济刑法时所谈到的,“法律的可靠性对于经济生活来说,具有完全特殊的意义。一个在实践中能够加以遵守的经济刑法,对经济秩序的作用,就像国家对经济者进行刑事干涉必须明确与可预期性一样,是绝对必要的。”[6](169页)而《刑法》第二百二十五条第三项的规定则与市场经济要求的行为可预测性背道而驰。根据该条和第九十六条的规定,某一行为是否构成非法经营罪,主要是看其行为是否违反国家规定。由于没有明确指明需要参照的具体规定,故理论上则有理由认为,所有违反经济领域中的法律、法规、行政措施、命令、决定的行为都可能被认定为非法经营罪。更重要的是,所谓行政措施、命令、决定

在行政法律体系中并不属于行政法规,而属于其他规范性文件,制定这些文件的行为属于其他抽象行政行为,而不属于行政立法。因此,其制定程序较为简易,目前也尚无法律规定的统一程序。但它们同时又大量存在,在数量上和易变性上都远甚于法律、行政法规甚至各种规章<sup>④</sup>。显然,市场主体是否有能力及时、准确、完整地知晓这些规范性文件的具体内容是值得怀疑的。因此,对他们而言,到底何种行为可能被认定为非法经营罪从而承担刑事责任在事实上是很难预知的。就市场经济而言,刑法有关经济犯罪的规定事实上是为市场主体设定最后的行为边界。然而,非法经营罪的不明确性却使这一边界模糊了,并直接导致刑法丧失了必要的可预期性,市场主体无法通过刑法规范来预测自己行为的后果,从而也就无法以此来调整自己的行为。其扩张性对市场主体来说,意味着在其头上时刻都高悬着一柄达摩克利斯之剑。

第二,许多学者都认为,经济犯罪是市场经济的副产物,是发展市场经济过程中付出的无法避免的某种代价,经济犯罪的过程与市场经济发展运动相联系而具有利害交织的特点。因此,经济活动的合法与非法、罪与非罪的界限之确定具有很强的政策性<sup>⑤</sup>。笔者认为,对经济犯罪的刑事政策应有别于对严重暴力犯罪尤其是有组织犯罪的打击政策。对于后者,刑法为保护社会而采取模糊型构成要件以求严密设计罪状和广布法网是十分必要的,如现行《刑法》第二百九十四条对有组织犯罪的罪状设计。而对经济犯罪的刑事政策则恰恰相反。市场经济的本性要求赋予个体更大的自由度,而我国的经济生活正在经历一个向市场转轨的过程,因此,国家对经济生活的刑事干预不是应当扩张而应当有所限制,以形成一个有利于市场发育的宽松环境。《刑法》在经济生活中应严守其谦抑性和辅助性原则。就这一点而言,1972年成立的德国经济刑法改革委员会所确立的经济刑法改革基本方针是值得借鉴的,其认为《刑法》应当尽量减少对经济关系的干预,尽可能以行政、民事赔偿措施和企业的自我监督来取代刑罚[18](53页)。笔者以为,像非法经营罪这样的“超级”概然性条款的价值取向显然与市场经济

济的要求相左,其对市场自由的影响是显而易见的。就前述三个司法解释中适用第二百二十五条第三项定罪的相关条文而言,“解释B”与“解释C”所涉及的行为完全可以通过行政管理的方式来调整。尤其在开放电信业已成大势所趋之时,以刑罚手段惩罚所谓扰乱电信市场管理秩序的行为,其合理性与明智性是值得怀疑的。

### 五 余论:解决的途径

在笔者看来,《刑法》第二百二十五条第三项的设立并非是立法技术的疏漏,立法机关在决意取消投机倒把罪这一“口袋罪”的同时,又在刑法中设立非法经营罪这一“小口袋”,显然是有意而为之。其主要目的正如有的学者所言,是“以免挂一漏万,使违法犯罪者逃避法律制裁”[19](596页)。应当说,成文刑法的局限性是一个客观存在的事实,立法者面对中国经济转型期失范行为的激增、经济领域的扩大和新类型经济行为的不断出现,制定刑法典时希望尽量减少其漏洞以应对复杂多变的社会生活,其立法意图无可厚非,但其方式却值得商榷。有关非法经营罪的刑法规定的确存在着与罪刑法定原则不和谐之处,其价值取向也与市场经济的内在要求相悖。有关该罪的立法与司法活动表明,虽然罪刑法定原则已在刑法典中被确立下来,但无论在立法还是在司法活动中,其贯彻并不彻底。从根本上看,要消除这一刑法规范可能产生的消极影响必须废除或修改《刑法》第二百二十五条第三项,而这尚有赖于刑法观念的根本转变。在中国现存的政治、经济、文化大背景下,旧刑法观念的转变与新观念的确立都非一蹴而就之事,为此,我们需要在中国刑法制度的现存框架之内寻找解决的途径。

途径之一:通过立法活动来适用《刑法》第二百二十五条第三项。设立刑法第二百二十五条第三项的主要理由是为克服成文立法的局限,使刑法保持应对新问题的灵活性。但是,为遵循罪刑法定原则,引用该条来处罚刑法尚未明确规定的经济失范行为的决定应由立法机关做出,而不是由司法机关做出。全国人大常委会在1998年12月29日颁布的《决定》就是采取的这种方式,事实上也反映出我国立法机关与最高司法机关不同的立场。除了采取制定单行刑法的方式外,立法机关也可以通过设立附属刑法规范的方式明确规定适用非法经营罪第三项的行为的特征。此外根据《立法法》第四十二条和第四十七条的规定,全国人大常委会还可以采取立法解释方式对适用《刑法》第二百二十五条第三项的具体行为类型做出规定<sup>⑥</sup>。

途径之二:在司法解释中设立有关溯及力的特别条款。就前述三项解释而言,虽然其中的有关内容在本质上有类推解释和越权解释之嫌,但由于《刑法》第二百二十五条第三项罪状内容的高度抽象性与最大概括性,其在形式上依然具有合法性,除非出现与之相反的立法性规范。由于中国目前司法解释事实上所具有的“准立法”效力以及司法解释在制定程序和时间上比立法活动(包括立法解释)简易和简短的优越性,可以预见,在较长的时间内还会出现就该条款的适用而制定新的司法解释的情况。为消除其与罪刑法定原则的矛盾,可以在它将刑法没有明文规定的行为解释为非法经营罪的同时,设立特别条款,明确规定这一解释不具有溯及力,而只对该项解释发布之后的行为有效。

### 注释:

- ①由于笔者掌握的资料有限,只能就手中掌握的资料来论述。因此,不敢断言外国刑法中绝对不存在类似条文。
- ②在《刑法》第二百二十五条第一、二项中,由于对犯罪行为特征本身作了相对具体的描述,这些描述对确定需要参照的法律、法规的具体范围就有了限制作用。
- ③相关论述可参见陈兴良《社会危害性理论》,载《法学研究》2000年第1期;王世洲《中国刑法理论中犯罪概念的双重结构和功能》,载《法学研究》1998年第5期。
- ④参见罗豪才主编《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第159—165页;胡建森主编《行政法学》,法律出版社1998年版,第307—309页。
- ⑤参见梁根林《刑罚结构论》,北京大学出版社1998年版,第249页;杨敦先主编《经济犯罪学》,中国检察出版社1991年版,第33页。



⑥这一方式目前也已存在范例,即2000年4月29日全国人大常委会发布的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》。

### 参考文献:

- [1] 马克昌. 经济犯罪新论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1998.
- [2] 王汉斌. 关于《中华人民共和国刑法》(修订草案)的说明[R]. 全国人大常委会公报,1997.
- [3] 李淳. 略论新中国刑法50年的发展完善[J]. 法学家,2000,(2).
- [4] 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆,1993.
- [5] 储槐植. 美国刑法[M]. 北京:北京大学出版社,1996.
- [6] 王世洲. 德国经济犯罪与经济刑法研究[M]. 北京:北京大学出版社,1999.
- [7] 黄道秀,等译. 俄罗斯联邦刑法典[M]. 北京:中国法制出版社,1996.
- [8] 周道鸾. 单行刑法与司法适用[M]. 北京:人民法院出版社,1996.
- [9] 胡康生. 中华人民共和国刑法释义[M]. 北京:法律出版社,1997.
- [10] (美)哈罗德·伯曼. 美国法律讲话[M]. 北京:三联书店,1998.
- [11] 梁治平. 寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究[M]. 上海:上海人民出版社,1991.
- [12] 梁根林. 刑罚结构论[M]. 北京:北京大学出版社,1998.
- [13] (意)贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [14] 宗建文. 刑法机制研究[M]. 北京:中国方正出版社,2000.
- [15] 李国如,张文. 刑法实施应贯彻罪刑法定原则[J]. 法学研究,1999,(6).
- [16] (美)E·博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [17] 苏力. 市场经济需要什么样的法律[J]. 北京大学学报(社科版),1993,(4).
- [18] 转引自:朱华荣. 各国刑法比较研究[M]. 武汉:武汉出版社,1995.
- [19] 马克昌. 经济犯罪新论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1998.

## Analysis of Item 3 Section 225 of the Criminal Law

TANG ji-yao WANG yan-li

(Law Institute, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610068, China;  
Law Institute, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610064, China)

**Abstract:** The expression of Item 3 Section 225 of the Criminal Law is abstract and general which makes the intension of illegal business crime expansile. The purpose of this legislation is to maintain the flexibility of criminal law in handling new types of illegal economic behaviours, with the present economic situation in China as its background. In the sense of legal philosophy, the value orientation is reasonable to some extent in overcoming the limitation of Criminal Law and agrees with Chinese traditional values and mainstream theories of criminal jurisprudence. However, its danger lies in the fact that its content is uncertain and unforeseeable, which is possible to lead to penalty abuse, and the value orientation is contrary to the principle of legally prescribing penalty and the requirement of market economy.

**Key words:** criminal law; illegal business crime; uncertainty; expansile; principle of legally prescribing penalty