

非法经营罪口袋化研究

摘 要

非法经营罪自设立以来就饱受争议，该罪由 1979 年《刑法》中的投机倒把罪延申而来，因为当年的投机倒把罪发展到后来外延笼统不清晰，逐渐偏向政治性罪名，所以在 1997 年修订刑法时，将其拆分为非法经营罪等罪。

1997 年《刑法》的第二百二十五条规定了非法经营罪，有如下几个特征：“违反国家规定”的空白罪状、“非法经营行为”，以及兜底条款，其用意主要在于区分一般违规经营行为和非法经营行为。本罪从设立以来经历二十余年的发展，在稳定社会市场经济发展秩序的同时，也逐步暴露出自身的一些缺陷，其中一个重要问题就是“口袋化”问题严重。本文即打算从立法、司法解释和司法实践等角度分析这一问题，以期明确非法经营罪的内涵和外延，呼应刑法谦抑性的特点，体现刑法的底线作用。本文分为以下三个部分：

第一部分分别从立法、司法方面阐述了非法经营罪“口袋化”的表现，详述了多次扩张对非法经营罪行为结构的影响。除了立法不断扩张外，司法解释的扩张不可忽视，有关非法经营罪这一罪的司法解释现已涉及到其他领域，比如电信、外汇等等，扩张之广已经引起各界关注。本部分更是通过个别案例的简述来体现非法经营罪在司法实践方面的扩张。

第二部分对应第一部分的内容，分别从立法和司法方面分析了非法经营罪成为“口袋罪”的原因，不仅有罪状设置的原因，也包括了司法主体等各种原因，并对这些原因进行了详细分析。

第三部分通过分析非法经营罪的特点和本质，阐明如何在立法上和司法上明确非法经营罪与他罪之间的界限；接着从非法经营罪的特点出发，明确罪与非罪的底线；最后针对兜底条款的不断扩张提出了作者的一些建议，希望能够对非法经营罪在实际中的准确应用起到些许参考。

关键词：非法经营罪；不当扩张；司法解释；司法实践

Abstract

It has been controversial since the Crime of Illegal Business Operation was set. It was divided from the Crime of Speculation and Profiteering in the Criminal Law of 1979. Because the Crime of Speculation and Profiteering in the Criminal Law had been extended too much and was gradually inclined to Politically charges, so, in 1997 (the new Criminal Law has been promulgated and implemented), it was divided into many other crimes, including the Crime of Illegal Business Operation.

Article 225th of the Criminal Law of 1997 stipulates the Crime of Illegal Business Operation, which has some features: "Violation of State Regulations", "Illegal Business Operation", and "Other Illegal Business Operation that seriously disturbs the market order". Its main purpose is to distinguish general illegal business operation from illegal business operation. Since its establishment, the crime has developed no less than 20 years. Though it can play an important role in stabilizing the economy development order of social market, some defects have also been exposed gradually. One serious defect is "Pocketing". This paper analyzes this problem from three aspects: legislation, judicial interpretation and judicial practice, to make clear of the intension and extension of the Crime of Illegal Business Operation, echo the modest features of Criminal law, reflect the last line of Criminal law. The structure of this paper is as follows:

The embodiment of "pocketing" of the Crime of Illegal Business Operation is elaborated in the first part, including legislative aspect and justice side. The effects of multiple expansion on the structure of the Crime of Illegal Business Operation are also be elaborated. Except the growing legislative expansion, the expansion of judicial interpretation can't be neglected. Other areas, such as telecommunications and foreign exchange, have been included into this Crime because of judicial interpretations. The extent of expansion has attracted the attention of all walks of life. This part also enumerates relevant case and analyzes the expansion of this crime in judicial practice.

The second part, corresponding to the first part, analyzes the reasons why this crime has become a "pocket crime" from the aspects of legislation and justice. Not only because of the establishment of crimes, but also have various reasons such as judicial subjects. We analyzed those reasons at great length.

In the third part, the features and essence of the Crime of Illegal Business Operation are analyzed. And this part specifies the ways to clarify the boundary between this crime and other crimes from legislative side and justice side respectively. Then by analyzing the features of this crime, the line of crime and innocence was clear. Finally, it puts forward some suggestions for the continuous expansion of the disclosure clause, hoping to provide some references for the accurate application of this crime.

Key words: the crime of illegal business operation, inappropriately expansion, judicial interpretation, judicial practice

目 录

引 言	1
一、非法经营罪“口袋化”的表现	3
（一）非法经营罪在立法上的不当扩张	4
1. 1998 年立法上第一次扩张的不当表现	4
2. 1999 年立法上第二次扩张的不当表现	6
3. 2009 年立法上第三次扩张的不当表现	6
4. 非法经营罪立法上扩张的特点	7
（二）非法经营罪在司法上的不当扩张	7
1. 司法解释上的不当扩张	7
2. 非法经营罪在司法实践中的不当扩张	9
二、非法经营罪成为“口袋罪”的原因	11
（一）立法上的原因	11
1. 防止法外遗奸的立法目的	11
2. 非法经营罪罪状的设置	11
（二）司法上的原因	13
1. 司法价值观和社会价值观	13
2. 司法解释体系的不合理	13
3. 司法人员法律素养不一	14
三、合理限制非法经营罪扩张的举措	15
（一）合理界定非法经营罪侵犯的法益	15
1. 关于非法经营罪损害法益的理论争议	15
2. 非法经营罪侵犯的法益	16
3. 立法上明确法益	16
4. 司法方面的限缩	16

(二) 准确界定与精准适用非法经营罪的前提条件.....	17
1. 对“国家规定”理解上的论争.....	17
2. 立法机关对“国家规定”范围的明确化.....	18
3. 司法机关对待“国家规定”范围的应有立场.....	18
(三) 准确把握“非法经营行为”的涵义.....	19
1. 立法上的完善.....	19
2. 司法适用上的举措.....	20
(四) “情节严重”的合理认定.....	21
(五) 限定兜底条款不断扩张的举措.....	22
1. 立法机关对“其他非法经营行为”的适用宜采取必要的限定.....	23
2. 司法机关对“其他非法经营行为”的限定解释：同类解释原则.....	23
结 语	25
参 考 文 献	26
致 谢	28

引 言

自 1997 年《刑法》规定了非法经营罪以来，该罪就因为其高度的概括性和抽象性而受到了广泛关注。该罪是由 1979 年《刑法》第 117 条制定的投机倒把罪分裂而来。1979 年之前我国并没有刑法，但是一些政策性文件和其他规范性文件中有关于投机倒把的规定，比如中央人民政府贸易部于 1950 年 11 月 4 日颁布的《关于取缔投机商业的几项指示》等。^①这种行为是一种经济活动，而经济活动与一国的经济体制紧密连接。我国之前实施计划经济，严厉打击、取缔投机倒把行为，旨在克服私商投机性，将投机倒把行为消灭，随着打击力度不断加大及社会的发展，当时投机倒把罪已逐步向政治罪名靠拢，加上我国 1979 年刑法中的投机倒把罪采用了空白罪状的规定，这就为以后发展为口袋罪埋下漏洞。随后该罪外延被无限扩大，以致严重危及我国市场经济的平稳发展，所以在 1997 年我国修订刑法之时，投机倒把罪被拆解，1997 年《刑法》将其拆分成包括非法经营罪、合同诈骗罪等在内的多个罪名。

在设立非法经营罪时，关于该罪的具体表现行为和兜底条款的设立与否争议较大，有学者认为应该遵循刑法罪刑法定原则明确具体地制定该罪，避免成为继投机倒把罪之后的另一口袋罪；而有的学者认为基于法律的滞后性和社会发展快速性，不适宜将法律细化，否则会因为法无明文规定不处罚而导致不少非法行为肆虐；还有学者赞同保留兜底条款，认为刑法不可能归纳所有犯罪行为，法律又禁止类推解释，没有兜底条款会导致刑法丧失弹性，部分非法行为逃避法律制裁，其后再制定新刑法，根据法不溯及既往的原则也不能对之前的非法行为追责。^②最后，在我国 1997 年《刑法》规范的非法经营罪中保存了兜底条款。由于《刑法》第 225 条第 4 款的兜底规定，随后加上我国迅速发展的市场经济，许多涉嫌违规的新兴的经营行为和经营方式出现，因此我国立法机关和司法机关也在不断地对非法经营罪进行扩张，以打击此类行为。通过在立法上和司法解释上以及在司法实践中的运用分析非法经营罪，笔者发现该罪有可能成为下一个口袋罪，比如司法解释中关于非法经营罪的解释，该罪的范围已经从《刑法》第 225 条前三款的同类行为扩张到外汇、电信、出版、信用卡套现等。越来越多的

^① 参见陈兴良：《投机倒把罪：一个口袋罪的死与生》，载《现代法学》2019 年第 4 期。

^② 参见柯葛壮著：《中国经济刑法发展史》，黑龙江人民出版社 2009 年版，第 371 页。

新型行为由于没有明确的法律规定，被纳入非法经营罪中。在此背景下，本文拟对非法经营罪“口袋化”问题展开专门探讨，希冀通过本文的研究，使该罪在维护法律稳定性的同时还能弥补法律漏洞，最终达至立法追求的目的。

一、非法经营罪“口袋化”的表现

非法经营罪是由投机倒把罪分裂而来的，当时投机倒把罪与我国的计划经济制度相冲突，“低价买入，高价卖出”这一行为在当时的计划经济体制下是投机倒把，但是自从我国改革开放后，该类行为就属于市场经济发展正常的经营手段。市场经济秩序要求市场配置资源，这就允许一定的投机行为才能活跃市场经济。所以，在这样的发展情况下，投机倒把罪已经跟不上新发展的市场秩序，再加上当时的刑法对投机倒把罪的规定笼统，界限模糊，在当时已经发展成口袋罪，所以在市场经济发展的新环境下，1997年我国修订刑法时，立法者废除并拆分了投机倒把罪，根据其中不同犯罪行为的不同特征，对需要做出具体规定的犯罪行为做出规定，具体而言，在1997年《刑法》中，有28个罪名都是从投机倒把罪中拆解出来的，包括非法经营罪，这些罪名分别被规定在刑法分则的不同章节中，包括第三章、第六章。

在1997年《刑法》中，非法经营罪是被分布扰乱市场秩序罪这一节中。法条这样规定是为了避免因规定过于具体绝对而导致有些犯罪分子成为漏网之鱼，导致市场波动，所以在当时保留了一个“小口袋”，即保留了兜底条款。这在当时也是符合市场经济发展初期的情况的。虽然非法经营罪保留了兜底条款，但是前提必须是“违反国家规定”这就大大减少了前罪，即前文所述的投机倒把罪的“口袋罪”的特征，而且非法经营罪采取概括加列举的形式，既具体了犯罪行为的特征，又针对市场经济发展初期经营行为涉嫌犯罪的复杂性进行了概括性规定。^①

但是，随着市场经济的迅速发展，一些非法经营行为并未被刑法明确规定，司法上认定困难，这就需要立法机关在立法上加以明确，客观上也就扩张了非法经营罪的具体经营行为。再加上该罪兜底条款缺乏明确的判断标准，在面临新型经营行为涉嫌犯罪时，兜底条款就成为了容纳箱，各种新型行为被纳入兜底条款，使得非法经营罪有发展为另一“口袋罪”的倾向。

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《〈中华人民共和国刑法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2009年版，第458页。

（一）非法经营罪在立法上的不当扩张

1. 1998年立法上第一次扩张的不当表现

1998年12月29日，全国人大常委会第六次大会通过《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，该《决定》第4条是1997年《刑法》以来立法机关对非法经营罪的第一次修改，该《决定》的主要内容之一即为将非法买卖外汇行为囊括到非法经营罪中。

在1979年《刑法》中，与外汇有关的罪行都是笼统以投机倒把罪追究责任，非法买卖外汇是具体的犯罪行为。“两高”于1985年公布的《关于当前办理经济案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》第3条及国务院于1987年颁布的《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条中，^①倒卖外汇都被认为是投机倒把行为进行惩治。伴随着我国外汇体制的不断改革，各种套汇、逃汇等行为大肆增长，对社会造成一定危害，所以，立法机关于1988年1月21日通过《关于惩治走私罪的补充规定》^②对该类行为做出立法规制，在当时这一措施的确有效地打击了外汇市场中的涉嫌的违法犯罪行为。但是在1997年我国《刑法》修订时，我国外汇管制逐步被放宽，只有逃汇罪入刑，对骗购外汇和非法买卖外汇等其他有关外汇的犯罪行为没有做出具体规定。随着亚洲金融危机爆发，我国的金融市场也遭遇了冲击，一些有关非法外汇行为严重破坏我国外汇管理制度，危害我国的经济发展。为严厉打击犯罪，惩治非法行为，规避金融风险，最高院于1998年8月28日公布《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》，虽然对打击犯罪有一定积极作用，但是治标不治本，从根本上难以解决问题。为了填补我国的立法空缺，在1998年的12月29日，立法机关发布《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，填补了刑法空缺，而且明确了依照非法经营罪惩治非法买卖外汇行为。^③

不管非法经营罪有哪些行为方式，经营行为是实质。非法经营罪被规定在“扰乱市场秩序罪”这一节中，则“经营”这一词应是指以取利为追求的市场交易活动，也就是说行为主体以获利为目的，实施某种可能带来利益的行为。该罪必须以取利为特定目的并没有规定在条文中，但是客观方面是经营行为就决定

^① 该条例2008年已失效。

^② 1997年《刑法》修订后，已失效。

^③ 《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，载《中国审计》1999年第3期。

了主观方面是以营利为目的；此外，根据本条文的规定，违法所得数额是罚金数额计算的基准，这就表明违法所得是行为人实施犯罪行为所获取的经济利益，也就是说实施经营行为是客观表现，获取利益的追求是主观表现。

关于非法买卖外汇行为，如果按照非法经营罪本质来解释，就是通过买卖外汇行为获得利益，通说认为买卖行为包括“买”和“卖”两种行为，本质是一种买进卖出的经营活动，卖出可以说是经营行为具有营利的目的，那么如果在非国家规定的交易场所兑换外汇、买汇自用的非法行为，还能依照非法经营罪处罚吗？既然非法买卖外汇行为被归属于非法经营罪，那么其本质也应该与非法经营罪本质相同，为获取利益而实施经营活动是非法经营罪的本质，那么非法买卖外汇行为也应该是一种以取利为追求的经营活动，如果行为人买汇自用，那么不论出于何种目的，该种行为都不能说是营利性的，那也就不能依照非法经营罪处罚，因为在这种情况下根本没有违法所得，比如为了学习、工作等目的，行为人为买汇自用，还得向非法定组织支付一些费用，这种情况下换来的外汇根本就不是非法所得，只能算是违法金额，如果笼统将行为都归属于非法经营罪，这难免会混淆买和卖两种行为的性质，造成群众经济损失，此为其一。

关于非法经营罪能不能囊括非法买卖外汇的犯罪行为，有学者以为：“在此《决定》中，该行为是除刑法中罗列的非法经营罪行为方式之外新的行为方式”，也有学者以为：“该规定是将非法买卖外汇行为囊括在兜底条款中。”^①若是依照前者的说法，单行刑法是立法机关用来增加非法经营罪行为方式的一种方法，而且增添的行为方式与刑法典规定的非法经营罪的行为方式不属同类；按照后者说法，将非法买卖外汇行为规定为非法经营罪并没有扩大非法经营罪的适用范围，而是以立法的方式解释兜底条款。本文以为，兜底条款应该与刑法规定的非法经营罪的行为方式实属同类，但是，不论是将非法买卖外汇行为作为新增的非法经营罪的行为方式还是将其解释为兜底条款，都不符合非法经营罪的行为特征，这是对该罪的不当扩张，此为其二。

综上，本文认为，立法机关通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》是对非法经营罪的首次扩张，而且这次扩张为非法经营罪发展为“口袋罪”开了先例，将本质上不属于同类的行为方式归于为一种犯罪，为以后法律修改和司法解释带来负面效应。

^① 黄京平主编：《破坏社会主义市场经济秩序罪研究》，中国人民大学出版社1999年版，第671页。

2. 1999 年立法上第二次扩张的不当表现

1999 年 12 月 25 日，在全国人大常委会通过的《刑法修正案》第 8 条将期货、证券、保险业务增添为非法经营罪的第三项内容，原先的第三项成为第四项。

之所以增加这项规定，是因为当时部分单位或个人在不挂牌设立正式公司的情况下背地里开展期货业务，或者甚至打着正式公司的名义到处找客源，很多单位或个人跟风投资，结果倾家荡产。同样的情况也发生在证券业和保险业市场。不仅是此类业务市场的正常秩序被这种非法经营活动侵扰，投资者等人的投资利益也被损害，可是《刑法》第 174 条的擅自设立金融机构罪却难以用来对该类行为科以处罚。^①为了打击犯罪，《刑法修正案》将证券、期货或保险业务增添为第 225 条的第三项。

所以这样看来，在这项规定中，主体资格问题是明显的针对对象，指的是没有资格从事证券、期货、保险经纪业务的单位和个人非法开展相关业务的行为，这类行为侵害的是金融市场秩序，但是因不符合破坏金融管理秩序罪的特征，而将其纳入非法经营罪中，这显然是一种明显不当的扩张。

3. 2009 年立法上第三次扩张的不当表现

2009 年 2 月 28 日，在全国人大常委会通过的《刑法修正案(七)》中第五条将非法从事资金支付结算业务增添到《刑法》第二百二十五条第三项的内容里。

之所以进行修订，是因为当时一些地下钱庄，用典当行、担保或理财公司打掩护，非法筹集资金，开展非法的金融业务，比如放高利贷，进行融资担保等，严重侵扰了金融秩序的稳定。因此，在《刑法修正案(七)》的第五条中，全国人大法律委员会采用国务院法制办和公安部的建议，在非法经营罪第三项中增加了非法从事资金支付结算业务这一项内容，考虑到该条规定中有情节严重的概括性规范，而数额较大又是情节严重的情况之一，故《刑法修正案(七)》在增添这种行为时没有再设定数额标准。由此看来，资金支付结算的金融市场秩序是维护的对象。

资金支付结算业务是银行为客户提供的因经济往来而产生的资金流转、债务结算等业务。意思是资金支付结算的业务专属商业银行，而地下钱庄没有资格却非法从事着该项业务，本质上是对金融管理秩序的破坏，立法者应当设立新罪

^① 参见黄太云、高翔：《〈中华人民共和国刑法修正案〉简介》，载《中国司法》2000 年第 3 期。

名以适用这种新情况，然而立法者却将其纳入非法经营罪中，这当然是对非法经营罪的不当扩张。

4. 非法经营罪立法上扩张的特点

在 1997 年刑法设立非法经营罪后，接连对非法经营罪进行修改，而且是通过增加行为方式来扩大非法经营罪涵盖的范围。设立之初，专营、专卖或其他限制性买卖的物品是第 225 条的第一项针对的对象，那么，“其他限制性买卖的物品”应是前两种物品的同类。同理，第二项中的“其他法律、行政法规规定的经营许可证或批准文件”应与该项前两类证明文件同类，由此可推知该条兜底条款的范畴应该从前两项归纳总结得出，限定在特定物品文件，可是随着立法上三次修改扩张，其他类的行为被增添到非法经营罪里，新增行为与特定物品文件其实不属于同种性质，这就使非法经营罪的行为结构产生变化，不但使得非法经营罪范畴扩大，而且也无益于兜底条款的定性和归纳范围的确定。

（二）非法经营罪在司法上的不当扩张

如果说立法扩张改变了非法经营罪的行为结构，那么司法方面的扩张可以说是添柴加薪了，通常来说，司法解释文件和具体的司法活动是非法经营罪在司法方面扩张的路径。

1. 司法解释上的不当扩张

司法解释上的不当扩张对司法实践影响颇大，法律解释是为了阐释法律涵义，虽然也有弥补法律漏洞的作用，但解释必须受到法律条文的制约，不能超越法律条文应有之义。而在对非法经营罪进行司法解释时，存在很多越权解释，冲破刑法规定的问题。从非法经营罪设立以来，司法解释或越权或扩张，该罪涉及的范围逐步扩张到了其他类领域。司法解释对非法经营罪的扩张一般是通过以下方式，一种是对兜底条款进行扩张解释，再一种是在明确列举的行为方式之中进行扩张，本文主要是列举对非法经营罪的不当扩张，即本文不列举适当扩张，只列举不当扩张。

（1）对兜底条款进行的不当扩张

对非法经营罪的扩张大都是从兜底条款入手的。好比 1998 年 8 月 28 日，最高院发布《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》，该《解释》第3条和第4条分别规定按照非法经营罪兜底条款对非法买卖外汇行为和骗购外汇行为定罪处罚；根据上文立法上不当扩张的分析，笔者认为该第3条是非法经营罪在司法上的不当扩张。该第4条将未被刑法规范为犯罪的骗购外汇行为定性为犯罪，有违罪刑法定原则，属于不当扩张。

再好比，在1998年12月23日实施的《最高人民法院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》中第11条规定出版其他非法出版物的行为适用非法经营罪的兜底条款，第11条指的是除前10条之外的其他非法出版物，属于兜底项，本就不明确，而《出版管理条例》（1997年）第25条第8项是其违反的国家规定，该第8项也是兜底项。像这类用兜底条款去解释非法经营罪中的兜底条款，显然不符合罪刑法定的原则，属于不当扩张，等等。

（2）对刑法规定的非法经营罪明确列举的行为方式之内容进行不当扩张

司法解释除了对兜底条款进行扩张解释外，还有从刑法规定的非法经营罪明确列举的行为方式之内容入手对非法经营罪进行扩张。譬如《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2009年实施）中第7条将情节严重的信用卡套现行为规定为犯罪，按照非法经营罪进行惩治。当时我国信用卡业务发展迅速，风险问题日益突出，各种犯罪手段快速“更新换代”，措不及防，打击难度大，而且据实践部门反映，现有法律还难以对该类行为定罪处罚，于是中国银联在2007年10月向最高院研究室发出呼吁严厉打击信用卡相关犯罪的建议函，经过仔细研究，《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》出台。

立法者认为按照骗取贷款罪规制会使刑罚范围大，无益于突出打击重点，而且《刑法修正案（七）》第五条亦有相关规定，因此，以各种方式进行信用卡套现情节严重的，可以《刑法》第225条规制。^①笔者不这样以为，信用卡套现是商户配合持卡人的行为，持卡人是套现的“主犯”，而商户只是“帮助犯”，但是该条规定商户犯罪而“主犯”无罪，这显然不合法理。而且信用卡套现行为并不是资金结算，本质上没有影响银行结算方的地位，再者，我国法律法规也未禁止这种行为，这是超越立法进行司法解释。^②

再好比近年来发现的互联网刷单炒信行为在司法中也被解释为非法经营罪，

^① 参见刘涛：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2010年第1期。

^② 参见叶良芳：《将信用卡套现入罪是司法“造法”》，载《中国检察官》2010年第23期。

从组织刷单炒信入刑第一案起，此后很多法院关于刷单炒信行为的判决都近似。叶良芳教授认为刷单炒信行为并没有被刑法规定为犯罪，却通过变通解释入刑，违背了罪刑法定原则，陈兴良教授持相同观点。而有的学者如高艳东教授认为：“在新型互联网犯罪发展迅猛的情况下，刑法应该有前瞻性，刷单炒信行为的社会危害性远超过行政以及民事法所能归责的程度，将其纳入非法经营罪属于适度扩张。”^①笔者赞同前者观点，立法解释抑或是司法解释，都应该以现有法律为基准，围绕法律疑点进行解释，而不能超越法律范围进行解释，否则有违罪刑法定原则的基础原理，而且刷单炒信行为不会对国家特许经营制度造成危害，其目的只是为了在交易中得到优先排名，这种行为会误导消费者，无形中贬低其他商家，但其显然不符合非法经营罪的前三种行为方式，按照同类解释原则，纳入第四项兜底条款也是不合适的，《反不正当竞争法》完全是可以用来规范该类行为。

由此可见司法解释对非法经营罪发展为“口袋罪”所做的“贡献”。

2. 非法经营罪在司法实践中的不当扩张

无论是立法抑或是司法解释，不论其内容是否合理，只要这些规范性文件出台并生效，司法机关就有权依法履行职能，本小节讲的是各级司法机关对在立法上以及司法解释中没有明确规定的行为，按照自己的理解将其以非法经营罪定罪处罚的情形。比如在2018年的“笑气”一案中，^②司法机关提起公诉的罪名是非法经营罪。一氧化二氮就是“笑气”，又叫氧化亚氮，人吸入后生理上会产生快感，精神上出现幻觉，脸上会出现呆笑，长期吸食会造成不可逆的神经损伤，吸食过多会有生命危险。“笑气”只在《危险化学品目录》中被列为普通危化品，由安监等部对其进行管理，不是受管制类药品，^③所以销售“笑气”不属于贩卖毒品罪，但是“笑气”的出现已经危及到广大青少年的安危，为了尽快规制该行为，警方、检察院和法院百般搜索法律最终只能以非法经营罪来规制，起诉依据以及判决依据是国务院颁布的《危险化学品安全管理条例》第77条第三款，认为被告人未经许可经营销售一氧化二氮，违反了非法经营罪第一项的规定，所以依据非法经营罪进行惩治。

^① 卢宇，邓文迪：《网络刷单炒信刑事定性因果反思与司法坚守—非法经营罪之孽缘消解》，载《重庆邮电大学学报》2020年7月第32卷第4期。

^② 浙江省元和县2018年4月4日作出（2017）浙1125刑初135号刑事判决书。

^③ 参见王琦：《首例“笑气”入刑的进步与局限》，载《团结报》2017年12月30日第6版，第1页。

虽然该判决确实对销售“笑气”行为起到了规制和威慑作用，但是我们仍要分析该判决是否达到了罪责刑相适应原则，乍一听到“笑气”，我们不知道是什么，但是一经解释，我们立马想到了毒品，行为人做着贩卖毒品的行当，危害广大青少年的生命安全，却因为法律没有支撑点，而导致公检法搜索可能合理的法条来规制该行为，销售“笑气”确实是没有取得经营许可证，但是该销售行为更主要的是危害公众身体健康并且具有成瘾性，将其规制为非法经营罪不免会造成非法经营罪的扩张而又不能真正对该行为起到制止作用。

自从非法经营罪设立以来，立法上和司法上不断扩张，行为类型不断增多，逐渐成为惩治经济犯罪的大兜子，非法经营罪已然成为另一“口袋罪”。

二、非法经营罪成为“口袋罪”的原因

（一）立法上的原因

1. 防止法外遗奸的立法目的

在设立非法经营罪时，关于该罪的具体表现行为和兜底条款的设立与否争议较大。有学者认为根据刑法规定的罪刑法定原则，关于该罪的制定应该明确具体，避免成为继投机倒把罪之后的另一口袋罪；而有的学者认为法律的滞后性和社会发展快速性，不适宜将法律细化，否则会因为法无明文规定不处罚而导致不少非法行为肆虐；还有学者赞同保留兜底条款，认为刑法不可能归纳所有犯罪行为，法律又禁止类推解释，没有兜底条款会导致刑法丧失弹性，部分非法行为逃避法律制裁，其后再制定新刑法，根据法不溯及既往的原则也不能对前述非法行为追责。成文法典本身的局限性要求成文法典特别是刑法典在遵守罪刑法定原则的同时，保持一定的概括性，以此来适应社会的发展变化，因此我国1997年《刑法》保留了非法经营罪的兜底条款，这也是立法者在努力克制成文法局限性，以追求刑法稳定性的同时，并能及时追究违法犯罪行为。虽然是为了防止法外遗奸，但是这样看来，非法经营罪当时也是保留了口袋罪的特征，因为在该罪中同时还存在空白罪状等，不符合刑罚明确性特征。

2. 非法经营罪罪状的设置

非法经营罪的任何一种扩张不可否认地都与立法者、司法解释主体的价值观、法律观甚至刑罚观有一定的关联，但是导致非法经营罪扩张最主要最直接的原因是该法条的罪状设置。1997年刑法取消投机倒把罪，将其分解为多个罪名，但是在同样的刑事政策下，非法经营罪不断扩张，而其他罪却没有这种情况，可以发现，非法经营罪的罪状设置使其扩张成为可能。该罪的扩张增强了刑法的适应力，能够及时打击犯罪，但是扩张也不免使该罪发展为下一个“口袋罪”。

（1）“违反国家规定”的空白罪状

这是非法经营罪的前提条件。判定某种行为是否符合非法经营罪，先要判定某种行为的行政违法性与否。有学者认为“国家规定”不是法律术语，涵义模糊

不清，普通大众无法辨析。^①根据《立法法》、《行政法规制定程序条例》可以明确什么是立法机关制定的法律和决定，也能明确什么是最高行政机关制定的行政法规，然而最高行政机关的行政措施、命令和决定由于没有必须遵守的严格规定，含义也不清晰，故而就无法明确了。

有学者认为，从《刑法》第96条的规定看，立法机关和最高国家行政机关是制定国家规定的主体，但是根据相关规定，犯罪和刑罚是由法律设定的，而非法经营罪的前提却包括了行政法规，行政法规和刑法处于不同的效力等级，这样不利于公民的刑事权利的保护。该观点主要从应然性角度评判该条规定，有一定的道理，说明立法存在不明确的问题。

也有学者觉得该前提条件在非法经营罪的四项条款中无实体意义：^②因为前三项中，不论是违法还是未经许可还是未经批准，都是违反国家规定的，而且第四项中的非法就是违反国家规定的意思，故“违反国家规定”这一前提条件对非法经营罪的四项条款没有什么意义。

在一次研讨会中也有关于该前置条件的论争，有学者以为适用经济刑法应该把握如下方面：一是以经济行政法规来界定经济违法性与否，二是存在追究其刑事责任的提示性条款。不能在没有规定刑事责任提示性条款的情况下将经济违法行为进行定罪处罚。有的学者观念相反，觉得刑法才是是否追究刑事责任的基准，是否有刑事责任条款不重要。^③学界关于该点的争论，也反映在实务部门的有关规定之中。

综上所述各种不清晰和争议，都给了非法经营罪不断扩张的机会。

（2）兜底条款的设立

非法经营罪第四项属于兜底条款，也被称为堵截的构成要件、截漏条款，之所以设立该条款是因为其具有堵塞拦截犯罪、避免犯罪人逃避刑事处罚的作用，此条款旨在解决实际情况中非法经营行为层出不穷的问题。但是在实践中，也正是由于该兜底条款不具有明确性，使得非法经营罪被滥用，逐渐成为另一“口袋罪”。

从这一条款分析，我们就不知道什么是“其他”扰乱市场秩序的行为。兜底

^① 参见谢玉童：《试论非法经营罪》，载《云南法学》1999年第3期。

^② 参见马春晓：《非法经营罪的“口袋化”困境和规范解释路径》，载《中国刑事法杂志》2013年第6期。

^③ 参见周宜俊：《“经济违法行为的刑法介入”研讨会纪要》，载《华东刑事司法评论》（第7卷），法律出版社2004年版。

条款应是对其他同类行为的概括，但是不少关于非法经营罪的司法解释存在突破该规定的问题。有学者曾统计，目前为止，在相关司法解释或文件中有 9 种左右的经营失范行为被明确归入该罪的第四种行为模式当中。^①

有学者于 2012 年进行研究，以 243 份基层法院判决书研究样本，在北大法意的案例数据库中进行高级搜索，得到 358 条记录，其中有 243 份判决书援引非法经营罪第四项，占比 67.88%，^②因而可知，兜底条款的设立对非法经营罪成为“口袋罪”的贡献不可轻视。

（二）司法上的原因

1. 司法价值观和社会价值观

司法价值观与社会总体价值观不可分割，有学者说我国社会为本位的传统价值观与非法经营罪的扩张有紧密关系。有学者说：“保护市场秩序是非法经营罪扩张的意义，社会总体利益又内含市场秩序，所以非法经营罪的价值取向更轻易取得大众认可。”^③另外，依我国刑法理论，犯罪实质是社会危害性。所以有学者指出：“固然非法经营罪的兜底条款没有明确申明具体的行为特点，详细的法律法规也没有被指出，可是‘扰乱市场秩序、情节严重’这一事实根据是被明白指出的。我国刑法理论和犯罪概念的中心是社会危害性，连系这一点可知该规范使得非法经营罪的设立与解释性适用合法合理”。^④

2. 司法解释体系的不合理

任何司法解释的出台都与司法解释主体的法律观、价值观密不可分。由于重刑轻民司法观念在我国流传深远，所以司法解释主体难免会受该观念的影响，刑法本来应该作为最后一道防线出现，有时却会在司法解释中作为规制违法行为的首要选择。有学者指出：“事先原则性立法，事后再根据实际情况做出详细的解释，当面对实际需要时，司法解释机关就依据《刑法》第 225 条第 4 项进行惩

^① 参见孔祥参：《论非法经营罪在司法中的扩张及其规制》，载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2020 年第 4 期。

^② 参见欧阳本祺：《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》，载《法学》2012 年第 7 期。

^③ 唐稷尧、王燕莉：《非法经营罪价值取向与质疑一对〈刑法〉第 225 条第 3 项的分析》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2002 年第 1 期。

^④ 同上。

治。又因司法解释的溯及力，对之前的行为也可依据该解释追究刑事责任。所以非法经营罪第4项就体现了‘刑不可知则威不可测’思想。”^①

非法经营罪的设立使得其明确性缺失，则以立法解释或单行刑法对其进行修补是必然的，而各种有普遍约束力的司法解释使得司法主体掌握了该罪的解释权，在不断对该罪进行细化的过程中，必然导致该罪的司法解释不断扩大化。

3. 司法人员法律素养不一

司法人员法律素养不一，导致对法律理解不一，适用法律有时含糊概括，在判决书中只笼统点出按照非法经营罪定罪处罚，未明确点出参照的依据，比如有学者在2015年做了一份实证研究，以2469份判决书为研究对象，其中只有11%左右的判决书引用了具体的司法解释，不到8%的判决书引用了国家规定，参照的国家规定也是各种各样，效力位阶也是参差不齐。由此看来，非法经营罪的前提条件在实践中形同虚设。^②

当第225条的空白罪状和兜底条款交汇时，需要解释“其他非法经营行为”，这就留给司法人员自由裁量空间，在这个空间内，司法解释主体由于法律素养不一，对法律理解或不相同，做出的解释也会有所不同。而且司法实践中，有些判决以法官个人对法律的理解为裁判依据，而不以相关法律作为裁判依据，这都导致非法经营罪扩张。非法经营罪先天不足，再加上后天的发展缺陷，导致该罪逐渐成为“口袋罪”，成为法律界争论不休的罪名。

^① 徐松林：《我国刑法应取消“非法经营罪”》，载《法学家》2003年第6期。

^② 参见潘娟：《从“口袋化”到“去口袋化” 非法经营罪兜底项规制范围的司法限缩——基于刑法第225条第4项运行样态的分析》，载《山东法官培训学院学报》2019年第1期。

三、合理限制非法经营罪扩张的举措

从上文分析，非法经营罪的扩张受到传统的刑法观以及市场经济发展的影响，成文法本身的缺陷也使得我们可以适当扩张非法经营罪，但是凡事都有一个“度”的问题，过当就不再具有合理性。在扩张这一现象客观存在的情况下，我们应该寻求合理边界，避免其成为无限扩张的另一“口袋罪”。

（一）合理界定非法经营罪侵犯的法益

1. 关于非法经营罪损害法益的理论争议

犯罪本质是社会危害性，犯罪客体实质上是犯罪本质的不同表达。我国《刑法》第13条揭露了犯罪的社会危害性在方方面面的表现。那么非法经营罪的本质或者说侵害的法益是什么，我们需要明确，而在此问题上，学者有不同的观点。

（1）市场秩序说

即市场秩序是犯罪客体，侵害市场秩序是社会危害性，将市场秩序类比为市场监督管理制度。^①但是市场秩序并不能等同于监督管理制度，市场秩序是各类主体各种行为以及市场交换客体等共同作用产生的，而监督管理制度只是市场管理调控的一种法律手段，非法经营罪的本质特征无法从整体上反映。而且非法经营罪是“扰乱市场秩序罪”中的一种罪，根据对该节其他罪的分析，其他各罪都是规制了特定的市场秩序，非法经营罪也应该如此。

（2）市场管理秩序说

即市场管理秩序是犯罪客体，是指一种市场运行的正常形态，这种形态是我国在社会经济结构中治理市场活动而产生的。学者但伟以为：“社会主义市场的正常有序运行或经济形态的稳固是我国加强市场调控寻求的目的，尚在完善过程中，该学说将‘目的’作为非法经营罪的直接客体不合适。”^②

（3）市场准入秩序说

市场准入秩序说即某些特别市场只能由某些特别市场主体进入，为辨别进入的主体资格要求，立法机关和国家最高行政机关拟定了专门的法律、行政法规，

^① 参见但伟：《论非法经营罪》，载《法商研究》1999年第2期。

^② 同上。

先通过审批才可以拿到营业许可。市场准入秩序才是非法经营罪的犯罪客体。^①该学说观念明了,已经成为越来越多学者的观点。根据这一观点,非法经营罪前三项中所列举的犯罪对象都和市场准入制度相关,以此学说,非法经营罪口袋化发展能够得以避免。

2. 非法经营罪侵犯的法益

从上文关于非法经营罪本质的理论分析看,市场准入秩序说既合理又合乎文义。非法经营罪的兜底条款应是用来概括前三项所罗列行为的同类行为,从该兜底条款虽然无法明确非法经营罪的法益,但是其应该与前三项行为的法益一致,而前三类都与市场准入秩序相关,因此认定市场准入秩序是其法益符合文义。

3. 立法上明确法益

刑法的预测性要求刑法具备明确性。而非法经营罪在构成要件上存在不明确的问题。为了使非法经营罪与市场经济的发展不断契合,首先要从立法上对该法条进行完善。本文中理论上的分析明确了非法经营罪的本质,确定了非法经营罪侵犯的法益是市场准入秩序,那么首先就要从立法上用法条加以明确,只要立法上明确该法益,非法经营罪的概念就能够清晰明了,非法经营罪的范围就可以被限定,因而能够有效地规避非法经营罪走向无限扩张,避免其口袋化。

4. 司法方面的限缩

刑法的谦抑性是必须遵守的原则。在做司法解释时,司法解释主体须围绕法律进行解惑性的解释,不能越过法律作出越权解释。立法上明确非法经营罪侵犯的法益,那么司法主体在进行司法解释时必须围绕法益做解释,不得超越立法原意做出扩张性的解释,须根据同类解释原则对兜底条款做出合理解释。

譬如“两高”联合公安部、司法部在2020年2月10日公布的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》,将疫情期间囤货、哄抬物价定性为非法经营罪,认定该类行为“违反国家在疫情防控时期有关市场经济、价格管理的规范”,但是根据文中分析,非法经营罪的法益为市场准入秩序,而不是市场价格管理秩序。

司法主体在实践中运用法律时,必须准确把握非法经营罪罪与非罪的界限,

^① 参见钱峻:《非法经营罪法益研究》,苏州大学硕士论文2006年,第32页。

明确行为侵犯的法益是否适用非法经营罪，在对违规行为找不到合适的法条进行规制时，非法经营罪不应该是囊括这些行为的“大篮子”，市场准入秩序才是非法经营罪侵害的法益，那么要按照非法经营罪定罪处罚，则行为人的行为必须侵犯了该法益。

（二）准确界定与精准适用非法经营罪的前提条件

1. 对“国家规定”理解上的论争

非法经营罪的前提是“违反国家规定”，依据我国《刑法》第96条的规定，“国家规定”包括两部分，其他行政规范不包含在内。有学者以为：“‘国家规定’的内在涵义被严格限制，意在克制地方的保护主义或部门保护主义，保护我国的法制统一，避免因理解不一而导致不公正”。^①但是学界中对“国家规定”的范围仍有不同理解。

有学者支持限缩解释论，主张按照罪刑法定原则，只有法律能规制犯罪和刑罚。行政法规效力低于法律，行政措施、决定和命令灵活性大，稳定性差，无益于刑法的威慑力，终究也无益于保护公民权利，故应将“国家规定”限制在法律层面。^②也有学者持扩张解释论，主张国务院所属部门拟定的规范性文件因其也表现国家意志而包括在“国家规定”的范围内，具备普遍约束力。

关于“国家规定”中是不是必要有刑事责任条款也有两种思想。一种认为，谦抑性要求限制非法经营罪的适用范围，仅能在行政处罚不能惩治的情况下，才可用刑法来规制犯罪行为，也就是说，必须在其他手段穷尽用武之地仍不得解决问题后才能适用刑法。所以，该观点以为若是“国家规定”中没有规定对行为追究刑责，则不可纳入《刑法》第225条。另一种观点认为，虽然非法经营罪的前提条件中包含了行政法规等，但是只有刑法的犯罪构成要件才是判定是否构成经济犯罪的根本，国家规定中是否存在刑事责任条款是无意义的，一些司法解释支持该观点。^③

^① 徐敏、尹口：《刑法上“国家规定”的判断标准》，载《中国检察官》2011年第4期。

^② 参见陆焕强、沈琳梅：《从非法经营罪的设置评析空白罪状的缺陷》，载《上海政法学院学报》2006年第6期。

^③ 参见高翼飞：《从扩张走向变异——非法经营罪如何摆脱口袋罪的宿命》，载《政治与法律》2012年第3期。

2. 立法机关对“国家规定”范围的明确化

“国家规定”作为判定非法经营罪成立的前提条件，关系着非法经营罪的扩张与限缩，“国家规定”的含义必须在立法上明确，严格遵守《刑法》第96条的规定，不包含其他部门和政府机关；而且基于同类解释原则，“国家规定”必须是与市场准入制度相关的法律法规。

再者，在“国家规定”中，笔者认为刑事责任提示性条款的存在没有必要。只要符合犯罪构成要件，不论有没有该条款，都应根据刑法规定定罪处罚，相反的，如果存在该条款，而在刑法中没有符合的犯罪构成要件，那么也不能依照刑法定罪处罚。我国没有专门的行政刑法，行政法规不直接设定刑罚，只规定刑事责任的提示性条款这种立法模式会给人一种错觉，认为必须以存在刑事责任提示性条款为追究刑事责任的条件，其实不然。并且行政违法数目庞杂、不稳定性强，若是都存在刑事责任条款，无益于刑法的完整性和统一性。

最后，非法经营罪的司法解释，是不可被纳入“国家规定”中的。司法的被动性特征说明司法机关做出司法解释时必须以现有的明确的立法规定作为依据，即便法条不明确，司法者进行解释也应以原有的法律法规为基础，不可超越法律文本做出司法解释。所以司法解释不属于国家规定的内容。

3. 司法机关对待“国家规定”范围的应有立场

依据最高院在2011年4月下发的《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》，“国务院规定的行政措施”大都是以行政法规或国务院制发文件形式进行规定。以国务院办公厅的名义发文，若是符合规定的几个条件，可视作刑法中的“国家规定”。

笔者认为，司法机关在适用非法经营罪时遵循的“国家规定”必须严格限定在“国家规定”的制定主体范围内。在法条不明确的情况下，可以提交立法机关或解释或拟定法律。在没有法律规定的情况下，司法机关不能越权做出解释，从而导致非法经营罪在司法解释上的扩张。若是在实践中存在司法适用上的争议，应将该司法适用的争议点逐级请示最高院。

笔者还认为，司法机关在具体适用非法经营罪时，必须明确参照的“国家规定”的内容，在判决书中准确写出相关国家规定的条款，不能模糊概括为“犯罪行为违反国家规定”，而是要明确写出“犯罪行为违反XX法律法规XX条款”，而且所参照的国家规定必须是由立法机关或国家最高行政机关制定的，严格控制

非法经营罪的滥用。

以上对非法经营罪之中的“违反国家规定”之“国家规定”进行了一些讨论，需要补充一点：“违反国家规定”是非法经营罪的前置条件，因为该规定中不仅有法律法规，还涉及行政措施、决定和命令，所以在对此进行解释时，不仅应该坚持体系解释，保证刑法的整体性，而且由于我国立法解释相对薄弱，故在弥补漏洞时，不但要控制司法解释，还要合理运用立法解释。

（三）准确把握“非法经营行为”的涵义

准确界定和适用法条中的“违反国家规定”为认定非法经营罪明确了前提，而准确把握法条中的“非法经营行为”的涵义也对司法适用有重要意义：它可以有效避免司法实践中任意使用自由裁量权，防止执法的随意性。因为前置条件“违反国家规定”就表明行为的违法性即非法，因此，此处主要是要准确把握何为“经营行为”。一般来说，“经营”这一行为有持续性特点，目的是营利。有学者认为：“‘经营’在经济领域，是说市场主体开展能够获取利益的活动，营利是目的”。^①

违反我国市场准入制度，侵害市场准入秩序是非法经营罪中的实质。为了明确区分和把握非法经营罪中的非法经营行为和其他违法经营行为，我们需要在立法上和司法上都做出明确区分。

1. 立法上的完善

市场准入是政府制定一系列法律，明确特定领域的市场准入的范围，在立法上区分非法经营罪的非法经营行为和违反其他法律的违法经营行为。

首先要从立法上完备我国的市场准入制度。我国需要从立法上限定行政许可的范围，为市场准入的领域确定一个明确的法律界限。比如2018年首例“笑气”按非法经营罪定罪量刑一案，很明显“笑气”毒性堪比毒品，但是立法上存在漏洞，“笑气”不在管制目录里，导致司法实践无法可依。针对这类亟待进行市场准入限制的行业，急需我国立法机关和最高行政机关列出清晰的目录，以供参考。当然这个目录必须及时更新以免挂一漏万，虽然工作任务艰巨，但是如今互联网发展快速，智能产品层出不穷，都会对该目录制定、反馈和更新起到帮助

^① 参见张天虹：《罪刑法定原则视野下的非法经营罪》，载《政法论坛》2004年第3期。

作用。再者，市场准入制度涉及到各行各业，需要有关各个产业的相关法律法规根据各产业的特征来明确各产业的市场准入范围、条件和方式。最后对于一些涉及到国家安全和公共安全的特殊行业，由我国立法机关制定相应的特殊法来对其加以规定。刑法始终是作为最终防线出现，起补充和底线作用。

2. 司法适用上的举措

在立法完善时，需要司法上的配合，不仅需要司法解释的限缩，更需要司法实践中明确分析个案，区分非法经营罪与其他违法犯罪行为。比如“笑气”一案，虽然当时无法可依，依据非法经营罪处刑，但是很明显罪刑不相适应，“笑气”毒性堪比毒品，即便法律没有相关规定，司法机关也应该逐级上报，寻求合适的立法解释，而不是以行为人未取得经营许可证为由以非法经营罪定罪处罚。

按照国务院在2015年11月颁布的《关于“先照后证”改革后加强事中事后监管的意见》（国发〔2015〕62号，下称《意见》），“先照后证”许可经营改革发生在特定的经营领域。司法机关在适用非法经营罪时，必须准确理解和把握无照经营、无证经营和非法经营行为的区别。

首先，如果经营活动从事的事项属于从事工商登记前置审批事项目录中的事项的，则遵循先证后照的原则分别不同的情况进行处置。对于已获得相应的行政许可证但没有办理营业执照而进行经营活动的，此情形由于并无违反市场准入秩序，因而也就不能依非法经营罪定罪处罚，只能说是侵犯了工商登记制度，可以依法处以行政处罚或民事处罚；如果从事工商登记前置审批事项目录中的事项需要先审批获得经营许可证，而却在没有获得许可证的情况下从事经营活动的，此种情况就应该认定为非法经营行为。

相反，如果从事的是目录之外的事项，此时宜遵循先照后证、特种许可审批后置的程序分别不同的情况进行处置。详言之，如果是取得了营业执照但没有获得经营许可证的，要分情况判断：如果行为人在取得营业执照后一定时期内（比如12个月之内），积极按照相关要求为特种许可审批做准备工作和其他一些准备条件，则可以根据该情况判断行为人行为的无罪性，可以责令整改，而不是作出行政处罚或刑事处罚；如果行为人在取得营业执照后一定时期内（比如12个月之内），没有为行政许可做准备工作或者说做的工作不具备经营特种商品的基础条件，则依据《意见》中确立的“谁审批、谁监管、谁主管、谁监管的原则”执行，根据违法行为作出行政处罚或刑事处罚。

最后需要注意的是，在判断“先照后证”未取得经营许可证经营行为的社会危害性时要注重实地考察，严格履行监管职权。“先照后证”改革中，《意见》规定了监管部门和职责，明确了审批事项的前置或后置，各地区各部门在判断未取得经营许可证经营行为的社会危害性时，必须依照法定的条件、遵循法定的审批程序，以免各地方各部门的工作执行走样，在判断非法经营行为时导致结果不公。

（四）“情节严重”的合理认定

构成非法经营罪的要件里，还包括情节严重这一要件，但立法上并未详细规定其认定标准，所以在实践中也可能导致该罪扩张。为纠正这一现象，必须对“情节严重”的标准进行厘定。

首先，“情节严重”应当以客观要素为衡量尺度。在实践中，认定“情节严重”有数额、物品类型及数量、主观要素、预防刑要素等标准。我国的主流观点是犯罪数额为基准，综合考量其他因素。有学者认为：“‘情节严重’相当于判断行为违法性程度的因素，该因素应为在犯罪中产生的客观因素。”^①笔者同意这一观点。主观要素的尺度是无法精确衡量的，裁判者自由裁量权过大可能导致刑罚的轻易启动，再加上主观要素无法把握，也会致使刑讯逼供的产生。因此，为了减少不法逼供并限制刑罚的适用，衡量“情节严重”时不应将主观要素作为认定标准之一。

其次，有学者认为在判断情节严重时，应该增加考虑其他要素。好比商品流通与否，商品是否进入市场，其违法性程度不同。笔者认为这点是有道理的，因为尚未流通的商品比已经流入市场的商品所造成的危害性小，如果商品未流通，行为人行为不必然是“情节严重”。再如，在司法解释中，关于情节严重的数额标准，存在不一的情况。比如认定非法经营出版物情节严重的数额标准有非法经营数额标准和违法所得数额标准两个标准，那么是根据哪一标准来认定情节严重呢？有学者不赞同择一标准^②，认为为何必须以符合标准的数额认定构成犯罪，为什么不依照不符合标准的数额认定不构成犯罪？^③该观点确实引人思考。有学者认为，应以非法经营数额这一标准认定，量刑时考量其他数额。^④笔者赞同

^① 赵祖斌：《论非法经营罪“情节严重”认定标准的重构》，载《西北民族大学学报》2019年第2期。

^② 择一标准说，即两种标准之间是“或”的关系，只要符合一项标准就构成犯罪。

^③ 参见吴情树、陈展鹏：《简论非法经营罪中的数额问题》，载《福建法学》2003年第4期。

^④ 参见陈超然：《非法经营罪适用范围的扩张及其限制研究》，上海交通大学2013年博士论文，第160页。

这种观点，因为非法经营罪侵犯的是市场准入法益，经营数额越大说明经营规模越大，那么对市场准入法益的侵犯也就越严重，再者经营数额对于司法主体来说容易认定。违法所得数额可能与行为人自身联系过于密切，行为人是否善于经营等个人因素都会影响到违法所得数额的大小，所以非法经营数额的认定更显客观。

最后，从第 225 条规定中的“……扰乱市场秩序，情节严重的……”表述可以看出，“情节严重”不是单一出现的，是和“扰乱市场秩序”相连的，“情节严重”指的是扰乱市场秩序的严重程度，而不能单纯地看数额标准，再考虑其他因素，应该是先看有无扰乱市场秩序，再看扰乱程度的严重与否。因为有时候市场秩序失序并不必然是行为人经营行为导致的，也有可能是市场本身存在问题导致市场失序，所以必须先认定市场失序是否是行为人的经营行为导致的，再判断扰乱程度。

所以，必须要在立法和司法上对情节严重的标准进行统一，防止司法主体自由裁量权过大，恣意适用刑罚。

首先从立法上统一“情节严重”判断的标准，立法上要明确非法经营罪侵犯的是市场准入法益，这是非法经营罪的判断前提；其次，立法上可以明确非法经营罪情节严重的认定标准囊括非法经营的数额标准、非法经营的物品类型以及数量、预防刑要素，商品是否流通、市场失序原因。再者司法上必须严格限定解释“情节严重”，在立法上统一情节严重的认定标准后，司法机关必须严格限缩对情节严重的解释，新增一类非法经营行为同时要界定情节严重。最后在司法操作中，严格禁止法官扩张解读“情节严重”，必须按照法律法规或相关司法解释来判定情节严重。要注意特殊情况特殊对待，不同情况全面考察个案，如疫情期间一案一法，特殊情况期间情节严重的认定必须逐级上报给最高司法机关，由最高司法机关针对个案给出相应的司法解释，最后上报给立法机关或备案或立法。

（五）限定兜底条款不断扩张的举措

兜底条款或者说堵漏条款是一种概括性规定。非法经营罪的扩张大都在该兜底项的扩张。社会发展迅速，立法太过于明确不利于规制层出不穷的新型犯罪，但是太过于模糊又会扩大司法解释的范围，导致司法立法化，不利于法律的完整统一性，就非法经营罪来说通过司法解释对其进行明确是必要的，但是司法解释

的不断扩张也引发其向口袋罪发展。

1. 立法机关对“其他非法经营行为”的适用宜采取必要的限定

首先，立法机关要对“其他非法经营行为”进行范围限定。立法机关曾指出：“这是一种概括性规范，是指违反法律、法规规定，发生在经营活动中的具有社会危害性，严重扰乱市场经济秩序的行为”。但这仍存在很大的裁量空间。法律具有稳定性特征，立法机关不可能对经营行为一一列举，司法解释是必须的，但绝不是无限的。为限制司法解释不断扩张，立法机关应该率先对其他非法经营行为进行范围限定，缩小司法解释的解释范围，将其限定同类行为的范围内，这样既可以给司法解释主体一定的解释范围，也可以防止其滥用解释权。

其次，要明确，“违反国家规定”的前提条件也适用兜底条款，在司法解释时司法机关必须遵守该前提条件，不能脱离前提对兜底条款进行扩张解释。好比在2000年4月公布的《关于审理电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》对兜底款项进行解释，可是依据的行政法规《中华人民共和国电信条例》在2000年9月份才公布，也就是说，该司法解释没有相应的国家规定为依据。因此立法机关有必要明确司法机关对兜底条款进行司法解释时，必须遵守“违反国家规定”这一前提条件。

最后，从上文分析可知，非法经营行为是未获得行政许可侵害市场准入秩序的经营行为，2003年我国《行政许可法》颁布，此后的一些司法解释中有些与行政许可无关，甚至不具备“违反国家规定”这一条件，这都是越权解释，所以立法机关在对司法解释进行备案时，有必要进行审查，有学者就曾建议立法机关对司法解释进行审查，建议构建出一个完备的越权司法解释的撤销机制。^①笔者认为该建议有合理性，司法解释是围绕法律进行解释的，但是如今非法经营罪的司法解释有些已经超越了法律，是非法经营罪逐渐成为口袋罪的一大因素，立法机关有必要对司法解释进行审查，保证司法解释的合法合理性。

2. 司法机关对“其他非法经营行为”的限定解释：同类解释原则

学界对非法经营罪兜底条款的适用范围进行了讨论探究，不论是解释方法角度还是犯罪构成角度，学界都支持对兜底条款的适用范围进行限制。但是根据

^① 参见陈兴良：《刑法的明确性问题：以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》，载《中国法学》2011年第4期。

学者欧阳本祺的分析，在司法方面，对兜底条款的态度与学界的主张相反。所以在司法方面有必要再强调对兜底条款的限定解释和适用。

首先，必须要明确行为具备“违反国家规定”这一前提条件。从学者欧阳本祺的分析看，司法解释中参照国家规定的情况如下：（1）有的确实参照了国家规定，其中有些模糊指出违反国家规定，有些明示指出具体的国家规定；（2）部门规章被当作国家规定；（3）司法解释早于国家规定的出台，可见，司法解释中并未规范地遵守非法经营罪的前置条件，司法解释的不断扩张导致该罪不断扩张。因此，明确行为具备“违反国家规定”这一前提条件是非常有必要的，为了有效减少司法解释的这种情况，立法机关进行越权解释审查是一种合理方式。

其次，司法解释是法律理解或适用上的解释，体现的是法律本意，自发布或规定之日起施行，效力及于法律有效期间，因此一般来说司法解释的效力溯及于其颁布之前，但是有些关于非法经营罪的司法解释是将法律未明确规定的行为规定为犯罪，该类司法解释的溯及力就与法的可预测性大不相符了，因此，有的学者认为应该设立专门条款，用来限制有关司法解释的溯及力，指明司法解释溯及力不适用于有关非法经营罪兜底条款的司法解释，只对司法解释发布后的行为有效，陈兴良教授认可该观点。笔者认为该观点确实是合理的，可以避免其与罪刑法定原则冲突，不会产生“刑不可知则威不可测”的现象。

最后，司法实践中必须限缩适用非法经营罪，司法人员慎重适用兜底条款，判决中必须明确指出究竟违反何种具体法律法规、何种国家规定。正如学者刘树德指出：“在适用空白罪状时为了体现空白罪状的制约功能，具体的国家规定应该在判决书中被援引出来”。^①但是从学者欧阳本祺的分析中看出，在司法实践中，援引国家规定的判决书比例简直低得可以忽略不计。在适用非法经营罪兜底条款的判决书中，引用比例更是微乎其微，这不仅使行为不具有可预测性，判决书也起不到应有的作用，非法经营罪在实践中必然成为口袋罪。所以，司法人员必须培养良好的法律素养，改变传统法律思维，锻炼判决书的写作水平，在每一份判决书中必须明确援引的法律法规，为了有效减少判决书不明确的问题，法院有必要对本院的判决书进行自查，督促法官写判决书时严格按照标准进行。必要时，司法机关可以组织定时培训，锻炼法官判决书写作能力。

^① 刘树德著：《空白罪状：界定、追问、解读》，人民法院出版社 2002 年版，第 88 页。

结 语

自从 1997 年刑法规定了非法经营罪，关于该罪的争议不断，立法上的留白给该罪的扩张创造了条件，司法解释的不当扩张和司法实践的模糊适用更是使该罪一步步沦为“口袋罪”。本文从非法经营罪立法上不当扩张开始，阐述了该罪在立法、司法上的不当扩张。导致该罪发展为口袋罪的因素多样，既有法律本身的缺陷，也有传统观念的影响，更有司法人员的法律素养问题，为了限制非法经营罪，本文从法条内容出发，从立法到司法一步步进行分析。

关于该罪的前置条件“违反国家规定”，强调立法的明确性及司法的限定性，尤其强调司法解释与“国家规定”的关联，以及司法实践中援引的具体性；关于“非法经营行为”“扰乱市场秩序”，本文分析了这两个条件的不可分割性，明确了市场准入秩序是非法经营行为的犯罪客体；关于“情节严重”的认定，笔者主张立法上规定判断标准，司法上遵循个案分析，在划定范围内自由裁量，超标准的层报上级，比如疫情期间一案一法，做到特殊情况特殊对待，正常情况严守法律；关于兜底条款，笔者主张立法上划定同类行为的范围，限制司法解释的越权并对其进行严格的越权审查，司法解释必须遵守前置条件，司法实践中明确具体援引的法律法规。

为了防止非法经营罪的无限扩张，保证行为人不仅从法条上得知行为的规范性，在判决书中更能清楚获知行为的法律规范，防止刑不可知则威不可测的情况，立法上的明确性是必须的，但是法律有其稳定性，绝对明确是不存在的，司法解释在弥补法律漏洞，进行法律解惑时必须严守底线，不得出现司法立法化，司法人员适用法律时更要谨记自己只是法律的搬运工，不得作出任何不符合法律的判决，必须提高法律素养，客观搬运法律，不明确的层级上报，特殊情况个案分析，严禁模糊适用。

参考文献

一、著作类

1. 柯葛壮著：《中国经济刑法发展史》，黑龙江人民出版社 2009 年版。
2. 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《〈中华人民共和国刑法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2009 年版。
3. 刘树德著：《空白罪状：界定、追问、解读》，人民法院出版社 2002 年版。
4. 黄京平著：《破坏社会主义市场经济秩序罪研究》，中国人民大学出版社 1999 年版。

二、论文类

1. 陈兴良：《投机倒把罪：一个口袋罪的死与生》，载《现代法学》2019 年第 4 期。
2. 《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，载《中国审计》1999 年第 3 期。
3. 黄太云、高翔：《〈中华人民共和国刑法修正案〉简介》，载《中国司法》2000 年第 3 期。
4. 刘涛：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2010 年第 1 期。
5. 叶良芳：《将信用卡套现入罪是司法“造法”》，载《中国检察官》2010 年第 23 期。
6. 卢宇，邓文迪：《网络刷单炒信刑事定性因果反思与司法坚守—非法经营罪之孽缘消解》，载《重庆邮电大学学报》2020 年 7 月第 4 期。
7. 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》，载《中国法学》2011 年第 4 期。
8. 谢玉童：《试论非法经营罪》，载《云南法学》1999 年第 3 期。
9. 张天虹：《罪刑法定原则视野下的非法经营罪》，载《政法论坛》2004 年第 4 期。
10. 马春晓：《非法经营罪的“口袋化”困境和规范解释路径》，载《中国刑事法杂志》2013 年第 6 期。
11. 周宜俊：《“经济违法行为的刑法介入”研讨会纪要》，载《华东刑事司法评论》（第 7 卷），法律出版社 2004 版。
12. 孔祥参：《论非法经营罪在司法中的扩张及其规制》，载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2020 年第 4 期。
13. 欧阳本祺：《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》，载《法学》2012 年第 7 期。

14. 唐稷尧、王燕莉：《非法经营罪的价值取向与质疑——对〈刑法〉第 225 条第 3 项的分析》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2002 年第 1 期。
15. 徐松林：《我国刑法应取消“非法经营罪”》，载《法学家》2003 年第 6 期。
16. 潘娟：《从“口袋化”到“去口袋化” 非法经营罪兜底项规制范围的司法限缩——基于刑法第 225 条第 4 项运行样态的分析》，载《山东法官培训学院学报》2019 年第 1 期。
17. 但伟：《论非法经营罪》，载《法商研究》1999 年第 2 期。
18. 徐敏、尹口：《刑法上“国家规定”的判断标准》，载《中国检察官》2011 年第 4 期。
19. 陆焕强、沈琳梅：《从非法经营罪的设置评析空白罪状的缺陷》，载《上海政法学院学报》2006 年第 6 期。
20. 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》，载《政治与法律》2012 年第 3 期。
21. 赵祖斌：《论非法经营罪“情节严重”认定标准的重构》，载《西北民族大学学报》2019 年第 2 期。
22. 吴情树、陈展鹏：《简论非法经营罪中的数额问题》，载《福建法学》2003 年第 4 期。
23. 王琦：《首例“笑气”入刑的进步与局限》，载《团结报》2017 年 12 月 30 日第 6 版。
24. 浙江省元和县 2018 年 4 月 4 日作出（2017）浙 1125 刑初 135 号刑事判决书。

三、学位论文类

1. 陈超然：《非法经营罪适用范围的扩张及其限制研究》，上海交通大学 2013 年博士论文。
2. 钱峻：《非法经营罪法益研究》，苏州大学硕士论文 2006 年。