

非法经营罪堵截条款异化之研究

武良军

内容提要:将非法经营罪堵截条款构成要件的异化,归结于具有高度抽象性和概括性堵截条款的立法规定,是一种虚假的表象性认识;在适用中司法人员对堵截条款的曲解才是非法经营罪堵截条款异化的实质。是故,对非法经营罪堵截条款异化的限缩应立足于司法而不是立法。教义学的分析路径可以在司法适用中实现对非法经营罪堵截条款异化的限缩。基于《刑法》第225条的规定,教义学视阈下非法经营罪堵截条款司法适用的具体限缩,应从“违反国家规定”、“其他扰乱市场秩序的非法经营行为”和“情节严重”三个方面展开。虽说“网络水军”具有较大的社会危害性,但并不符合非法经营罪的构成要件,司法解释将其以非法经营罪论处,有违罪刑法定之嫌。

关键词:非法经营罪 刑法教义学 罪刑法定

武良军,海南大学法学院博士研究生。

一 问题的提出:非法经营罪堵截条款异化之疑问

自1997年刑法为消解传统的“口袋罪”(即投机倒把罪)而设置非法经营罪以来,在最高人民法院和最高人民检察院颁发的一系列司法解释^[1]和各级人民法院的诸多判决

[1] 最高人民法院和最高人民检察院颁发的这些司法解释主要有:(1)1998年最高人民法院发布的《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》第3条和第4条;(2)1998年最高人民法院发布的《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;(3)2000年最高人民法院发布的《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;(4)2001年最高人民法院发布的《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》;(5)2002年最高人民检察院发布的《关于非法经营国际或港澳台地区电信业务行为法律适用问题的批复》;(6)2002年最高人民法院、最高人民检察院发布的《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2条;(7)2003年最高人民法院、最高人民检察院发布的《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的若干问题的解释》第6条;(8)2005年最高人民法院、最高人民检察院发布的《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;(9)2009年最高人民法院、最高人民检察院发布的《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》第7条;(10)2010年最高人民法院发布的《关于审理非法集资金额刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条;(11)最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条。

的推动下,非法经营罪的构成要件呈不断扩张与异化之势,并演变为新的“口袋罪”,这一点学界已基本形成共识。时至今日,非法经营罪的适用范围已然扩张到我们生活中的各个领域,如外汇、证券、期货、保险、出版、电信、传销、医药、饲料等等。^[2]但在诸多适用非法经营罪的司法案例中,援引《刑法》第 225 条第 4 项堵截条款的案例占据绝大多数,有学者抽样发现,其比例高达 67.88% 至 76%。^[3]因此,目前理论通说认为,非法经营罪在司法中的这种无限扩张与异化的“罪魁祸首”,就是有违罪刑法定原则的高度抽象性和概括性的堵截条款的立法规定。^[4]

然而,将非法经营罪“口袋化”之问题的产生归结于这一堵截条款的立法规定,无疑有掩盖问题的本质之嫌。诚如有学者所言,“当解释者对法条难以得出某种解释结论时,不必攻击刑法规范的不明确,而应反省自己是否缺乏明确、具体的正义理念”。^[5]此外,现行刑法中具有“口袋化”趋势的罪名并非仅非法经营罪一例,一些不具有堵截条款的罪名如寻衅滋事罪、破坏计算机信息系统罪以及组织、领导、参加黑社会性质组织罪同样具有“口袋化”的倾向。^[6]所以,简单将问题归结于立法规定本身显然无助于该问题的根本解决,必须得透过堵截条款之立法模糊这一问题的表象,认清非法经营罪“口袋化”趋势的实质,并在此基础上寻求堵截条款异化的解决路径,这才是理论对实务应有之立场。有鉴于此,本文将基于这一理念展开对非法经营罪堵截条款异化之论述。

值得注意的是,最高人民法院与最高人民检察院针对近年来网络谣言的泛滥和网络信息环境的恶化,于 2013 年 9 月 6 日联合颁发了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。该《解释》第七条规定,“违反国家规定,以营利为目的,通过信息网络有偿提供删除信息服务,或者明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息等服务,扰乱市场秩序,具有下列情形之一的,属于非法经营行为‘情节严重’,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚……”这一规定被视为是针对近年来不断恶化网络环境的“网络水军”^[7]而做出的惩罚性规定。自这一《解释》颁布后,在北京、江苏南京、湖南湘潭等地,便相继出现了为他人有偿删帖和有偿发布虚假信息的“网络水军”,被检察机关以涉嫌非法经营罪提起公诉的案例。

客观地说,《解释》第七条在某种程度上对整顿目前失序的网络环境是有利的,但问

[2] 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》,《政治与法律》2012 年第 3 期,第 37 页。

[3] 参见欧阳本祺:《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》,《法学》2012 年第 7 期,第 119 页。

[4] 参见徐松林:《非法经营罪合理性质疑》,《现代法学》2003 年第 6 期,第 89 页;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,第 121 页。

[5] 张明楷著:《刑法分则的解释原理(上)》(第二版),中国人民大学出版社 2011 年版,序说第 3 页。

[6] 参见于志刚:《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》,《法学家》2013 年第 3 期,第 70 页。

[7] 所谓网络水军,原本是指“由网络公关公司雇佣的、以获取利益为目的,在互联网集体炒作某个话题或人物,以宣传、推销或攻击某些人或产品的网络人员”。但由于目前网络水军的表现形式主要是“以网络公关公司的形象和名义在互联网注册和对外承接工作任务,接受工作任务后由专人负责对外承接炒作任务、策划操作方案,然后组织‘水军’实施”,所以人们将水军背后的“推手”网络公关公司也指称为“网络水军”,媒体报道被司法机关处理的“网络水军”正是后一种意义上的。本文中的“网络水军”也是后一种意义上的。参见王志祥:《网络水军非法经营行为应予以定罪》,《法制日报》2013 年 9 月 11 日第 007 版。

题是,在现代刑法倡导以罪刑法定原则为中心的背景下,对“网络水军”以非法经营罪论处是否具有规范上的依据?质言之,《解释》对“网络水军”以“非法经营罪定罪处罚”的规定,究竟是符合《刑法》第225条第4项堵截条款构成要件的合理解释,还是逸脱《刑法》第225条第4项堵截条款的不正当异化。显然,这与本文的论述主旨息息相关,兹以下一并论述之。

二 非法经营罪之异化:立法模糊的表象 与司法曲解的实质

(一)非法经营罪堵截条款立法上的模糊

目前,普遍的观点认为,“导致非法经营罪成为口袋罪的直接原因是该罪采取了空白罪状和弹性条款相结合的高度抽象的罪状规定模式。”^[8]换言之,是非法经营罪堵截条款的规定本身导致构成要件的异化。诚然,根据罪刑法定原则的要求,规定犯罪的法律条文必须尽可能地明确,故而从《刑法》第225条第4项的表述“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”来看,因难以直观地反映出该罪的实际处罚范围,以致司法人员容易将只要有实质上值得处罚的非法经营行为皆纳入该款处理,似有违罪刑法定原则之明确性要求的嫌疑。然而,这仅是流于表面观察所得出的结论,倘若进一步分析可知,非法经营罪堵截条款之立法规定的模糊不过是其异化的表象而已,该堵截条款的设置是有其正当理由的。

1. 非法经营罪堵截条款的规定并不违背罪刑法定主义的明确性要求

刑法所规定的犯罪与刑罚应尽量求其明确,这是罪刑法定主义明确性的要求。其既包括构成要件之明确,即“刑法对于犯罪行为法律要件的规定应力求明确,避免使用可以弹性扩张而具有伸缩性或模棱两可或模糊不清的不明确概念或用词,作为构成要件要素”;也包括法律效果之明确,即科处刑罚的种类和刑罚要相对确定。^[9]多数见解认为,非法经营罪堵截条款的规定超越了一般简单罪状与空白罪状应有的界限,违反了明确性要求,从而形成了一个“口袋罪”。^[10]

然而,这种观点忽视了堵截条款的性质与设置目的。堵截条款,是刑事立法为克服成文法自身之局限而制定的具有堵塞拦截犯罪人逃脱法网的构成要件,通常的表现形式有“或者其他型”、“持有型”和“最低要求型”。^[11]这种“或者其他型”等行为的的规定并不是简单的兜底,而是对前述列举情形之外的其他同类行为的概括性规定。因此,这里“其他”等的解释必须受前述叙明罪状的限制,而不是漫无目的的解释。例如,以危险方法危

[8] 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,第37-38页。

[9] 林山田著:《刑法通论(上册)》(增订十版),北京大学出版社2012年版,第37-38页。

[10] 参见徐松林:《非法经营罪合理性质疑》,《现代法学》2003年第6期,第91页;唐稷尧、王燕莉:《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》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2002年第1期,第63页。

[11] 参见储槐植著:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1996年版,第358-359页。

害公共安全罪之“其他”危险方法的解释,就要受制于放火、决水、爆炸与投放危险物质行为的要求,故而理论与实务普遍见解认为,这里的“其他”危险方法应与放火、决水、爆炸与投放危险物质行为具有同质性或相当性。^[12]

非法经营罪的堵截条款亦是如此,通过《刑法》第 225 条前 3 项列举的行为方式和行为对象,能较为清楚地明晰第 4 项堵截条款之所属内涵,从而并不违反罪刑法定主义之明确性要求。这与 1979 年刑法规定的投机倒把罪有着本质上的区别。^[13]

2. 非法经营罪堵截条款的设置是我国转型时期的市场背景所致

应当说,与以保护个人财产为主的传统刑法相比,经济刑法由于关涉“经济法”与“刑法”之重叠领域,所以,不仅要维持传统刑法所要求之构成要件的确性和预见可能性,“基于其经济法之性质,必须能适应产业之发展及财经秩序的变迁,而应该在规范上保持一定程度之弹性空间。”^[14]因此,诸如堵截条款等“具有高度涵盖性和最大包容性的盖然性条款”^[15]在经济犯罪的刑事立法中难以避免。倘若对经济犯罪做出过于精细的规定,反而可能会“令刑事司法在经济犯罪面前陷入不应有的‘不作为’或‘机能萎缩’,从而不仅不是预防犯罪,反而在一定程度上放纵乃至助长经济犯罪”。^[16]当然,这并不意味着规范的弹性越高就越好,“若规范弹性‘太高’,即‘构成要件明确性’过低,则经济秩序或市场之潜在的投资者或参与者亦将因顾虑过于普遍之潜在刑罚可能性危及各项个人基本权而裹足不前,同样无法极大化该整体法益……”^[17]因此,弹性空间的确立,应与规范所处时代的市场背景相一致。

显然,目前的中国正处于转型时期,“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。”^[18]但由于成文法自身存在难以避免的局限,不可能将所有需要纳入非法经营罪处理的经济失范行为进行统一而明确的规定。况且随着时代的变迁,也无法完全预见立法时尚未出现的很多行为。此时,倘若过于追求精细的非法经营罪罪状的表述,“可能不利于及时打击花样翻新的经济犯罪,也不利于刑法的相对稳定”。^[19]因此,在现行刑法第 225 条非法经营罪的规定中,设计了具有高度抽象性和概括性的堵截条款,能较好地回应我国转型时期的市场要求。

3. 堵截条款并非构成要件异化的唯一“空间”

堵截条款的立法模式在其他国家、地区同样存在。或许由于司法实践中绝大多数非法经营行为的处罚都是通过堵截条款来实现的,所以,多数见解容易将其异化归结于这一

[12] 参见陈兴良:《口袋罪的法教义学分析:以危险方法危害公共安全罪为例》,《政治与法律》2013 年第 3 期,第 10 页。

[13] 参见李盛:《非法经营罪基本问题研究》,《北京人民警察学院学报》2002 年第 1 期,第 26 页。

[14] 吴元曜:《论经济刑法概括条款之规范模式》,《军法专刊》2005 年第 10 期,第 33 页。

[15] 唐稷尧著:《经济犯罪的刑事惩罚标准研究》,四川大学出版社 2007 年版,第 215 页。

[16] 马荣春:《经济犯罪罪状的设计与解释》,《东方法学》2013 年第 5 期,第 66 页。

[17] 吴元曜:《论经济刑法概括条款之规范模式》,《军法专刊》2005 年第 10 期,第 33 页。

[18] 陈惜珍:《论非法经营罪存在的合理性》,《法学杂志》2007 年第 5 期,第 155 页。

[19] 陈泽宪:《非法经营罪若干问题研究》,《人民检察》2000 年第 2 期,第 22 页。

堵截条款的存在。但正如有学者所言,“刑法条文中兜底性条款、概括性条款不是口袋罪滋生的唯一‘空间’……因此,通过消除兜底性条款、概括性条款解决口袋罪的‘滋生空间’以消除口袋罪的现象,是不现实的。”^[20]例如,2009年12月最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《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》第七条,将近几年来实践中较多存在的利用POS机、网上支付、电话支付等方法从事套现活动,情节严重的,规定以非法经营罪定罪处罚。该《解释》认为“利用POS机、网上支付、电话支付等方法从事套现活动”系属第225条第3项的“非法从事资金支付结算业务”。但是,这严重违背了《刑法修正案(七)》增设“非法从事资金支付结算业务”行为方式的初衷。《刑法修正案(七)》之所以增设此行为方式,目的在于打击当时盛行的逃避金融监管,非法为他人办理大额资金转移等资金支付结算业务的“地下钱庄”,因为“地下钱庄”从事的这些业务只有授权的金融机构才能开展。^[21]然而,信用卡等的套现并没有“以支付结算主体的名义直接为单位和个人办理支付结算业务……特约商户是以收款人的名义接受付款,真正从事支付结算业务的仍然是商业银行”,^[22]因此并不属于“非法从事资金支付结算业务”,从而该解释也是对非法经营罪的异化。由此可见,即使是非堵截条款,也可能发生异化。

事实上,对于经济犯罪设置堵截式的条款也并非中国大陆刑法所独有,我国台湾地区也有相类似的规定。例如,其“公平交易法”第10条规定:“独占之事业,不得有左列行为:一、以不公平之方法,直接或间接阻碍他事业参与竞争;二、对商品价格或服务报酬,为不当之决定、维持或变更;三、无正当理由,使交易相对人给予特别优惠。四、其他滥用市场地位之行为。”同时,根据该法第35条第1款的规定,第10条附带有刑罚法律效果。显然,这里的“四、其他滥用市场地位之行为”就是堵截式的规定。

此外,即使退一步肯认这一堵截条款从字面上看存有些许不明确之处,即只概括规定了非法经营行为是“其他严重扰乱市场秩序”行为,而未进一步具体明确是何种性质的“严重扰乱市场秩序”行为,但不能据此认为这是一个不明确的条款。“法律不是嘲笑的对象”,^[23]倘若司法人员运用合理的解释方法能确定该堵截条款所规定的非法经营行为的具体性质,那么至少从罪刑法定主义的角度来说,仍然可以认为这一条款是明确的。应当说,对于非法经营罪的堵截条款,只要遵循一定的解释规则,如后文论述的“同类解释规则”,是可以达至明确的。

上述分析可知,理论上将司法实践中非法经营罪堵截条款构成要件的异化归结于《刑法》第225条第4项具有高度抽象性和概括性堵截条款的立法规定,仅是一种虚假的表象性认识。因此,非法经营罪堵截条款的异化之罪,不应固守于从立法规定上去寻求,而应转向与立法规定相对应的司法过程中去寻找。

(二)非法经营罪堵截条款司法中的曲解

自1997刑法设置非法经营罪以来,最高人民法院和最高人民检察院扩张非法经营罪

[20] 于志刚:《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》,《法学家》2013年第3期,第76页。

[21] 参见周光权主编:《刑法历次修正案权威解读》,中国人民大学出版社2011年版,第226页。

[22] 陈超然著:《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年博士学位论文,第16页。

[23] 张明楷著:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第1页。

适用范围的司法解释共计有 11 个,其中关于适用非法经营罪堵截条款的司法解释多达 9 个。^[24]除了这些司法解释之外,“实践中一些地方法院的判例更是在司法解释之外‘丰富’了非法经营罪的行为类型”。^[25]例如,非法从事高利贷业务、非法从事保安业务、非法群发短信、非法买卖人体器官、倒卖奥运会门票以及违法建房并出售的行为都有判例相继入刑。由此看来,真正导致非法经营罪堵截条款扩张与异化的,并不是堵截条款的立法规定本身而是现实的司法操作。亦如有学者所洞悉的,现代罪名的“口袋化”或“异化”实质是一种司法现象,这与过去立法上的口袋罪——投机倒把罪有着迥然的区别。^[26]

问题是,究竟哪些因素导致了这种司法现象的形成?质言之,为何司法人员会不断地曲解非法经营罪的堵截条款?在本文看来,其原因可以归结为以下几个方面:

1. 社会风险骤增促使“有恶必罚”观念复归

1997 年我国《刑法》正式废除了类推制度,并于第 3 条明确确立了罪刑法定原则。根据该原则,当既有条文未明确规定某一行为应受处罚时,不得对行为人定罪处罚。但是,随着转型时期现代社会风险问题渐显,经常会出现一些具有严重社会危害性而现行刑法尚未明确规定的行为。由于社会公众对这些行为的处罚要求往往十分强烈,因此在这种行为人值得处罚的实质正义和“法律无明文规定不处罚”的形式正义的不断冲突下,有悖于罪刑法定原则的“有恶必罚”观念容易在司法实践中重新滋生,从而驱使司法人员曲解现行刑法既有条文的规定,将有关行为作为犯罪处理。具有高度抽象性和概括性的非法经营罪堵截条款就成了司法人员曲解法律规定首要选择的突破口。

例如,为打击 2003 年“非典疫情”期间一些不法商贩乘机哄抬物价、牟取暴利,从而危及社会管理秩序和社会公众健康的行为,2003 年 5 月 13 日两高联合发布了《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》。该《解释》将疫情期间的哄抬物价、牟取暴利,情节严重的行为,依据《刑法》第 225 条第 4 项以非法经营罪定罪处罚。然而,诚如有论者所言,“灾害期间哄抬物价、牟取暴利的行为看似符合非法经营罪‘违反国家规定’的前提,但是灾害期间哄抬物价、牟取暴利的行为是一种经营方式的违法,违反了市场交易的价格管理秩序,与非法经营罪列举的行为并不具有同类性质”。^[27]但当时民众对此类行为的惩罚性诉求,最终促成了司法机关将此类行为适用于《刑法》第 225 条第 4 项。

事实上,去年两高发布的有关“网络水军”以非法经营罪论处的解释规定亦是如此。由于近年来“网络水军”在“网络推手”的策划下,通过删帖和发布虚假信息炒作以及宣传、推销或攻击某人或某产品,已经严重危及到网络公共安全秩序,损害了网络用户正常合法的言论和信息交流,公众要求惩罚的欲望强烈。客观现实需要以较为严厉的手段来惩治严重逸脱道德规范的“网络水军”行为,而现行刑法又难以找到妥适的规范来规制“网络水军”,加之“网络水军”行为的有偿性,在此背景下,目光自然转移到具有高度抽象

[24] 例如,1998 年最高人民法院发布的《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》等,详见前注 1,列举(1)-(9)。

[25] 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,第 37 页。

[26] 参见于志刚:《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》,《法学家》2013 年第 3 期,第 70 页。

[27] 陈超然著:《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 年博士学位论文,第 15 页。

性和概括性的非法经营罪堵截条款的规定上。但是,能否基于“有恶必罚”的观念将“网络水军”的行为纳入非法经营罪论处,是值得商榷的。

2. 诉讼上的便利致使司法机关为规避某罪名认定的困难而选择非法经营罪

应当说,既有的司法解释大部分是将无法在现行刑法中寻求相合适的罪名通过解释,扩张为非法经营罪的行为类型。然而也有一些原本是可以透过现行刑法的有关罪名予以处罚,但依然规定适用非法经营罪处罚的情形,如1998年最高人民法院发布的《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》即是如此。司法实践中也同样存在类似情形,如审判实践中大量的销售盗版物的案件都被认定为非法经营罪。^[28]此现象的形成,很大程度上在于非法经营罪诉讼上的便利。这种便利一方面体现在非法经营罪的证据要求相对简单,易获取,主要是证明经营行为的违法;另一方面则体现在相关司法解释对非法经营罪入罪标准的规定较其他犯罪要低。

以《刑法》第217条侵犯著作权罪和第218条销售侵权复制品罪为例进行说明。原本,对于著作权侵犯的认定十分简单,但由于实践中对于著作权的认定往往缺乏著作权人的指认而实际上很多情形都难以认定为侵权,而是否属于非法经营行为认定的受制因素则要少得多,比如出版物没有正式编号、没有生产线号、假冒出版社等情况,就较易认定。^[29]除此之外,根据2008年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第26条和第27条的规定,侵犯著作权罪的入罪标准为非法经营数额5万元以上或违法所得数额3万元以上;销售侵权复制品的入罪标准是违法所得数额10万元或违法所得数额未达该标准,但尚未销售的侵权复制品货值达到30万元以上。而《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12条就非法经营罪的入罪标准规定,违法所得数额达到2万元即可。

同样,对于“网络水军”以非法经营罪进行规制也存在相类似的理由。事实上,对于目前常见“网络水军”的删帖行为,根据现行刑法并非全然毫无办法。例如,2013年4月25日海南省海口市中级人民法院就以非法控制计算机信息系统罪对侵入凯迪论坛删除帖子、非法获利的两被告进行了刑事处罚。^[30]此外,对于非通过侵入他人计算机系统删帖而是通过给予相关网站维护人员好处费形式删帖的,则可以以非国家工作人员行贿罪论处。但无论是非法控制计算机信息系统罪还是对非国家工作人员行贿罪,对于定罪的证据标准或入罪标准较之非法经营罪显然要更为复杂或要求更高。所以,寻求更为便利的非法经营罪也就成为《解释》出台的重要原因之一。

3. “轻罪重罚”的传统理念促使司法人员避轻就重进而选择非法经营罪

“轻罪重罚”是我国传统法律文化的重要组成部分,早在《商君书·靳令》中就已有“行刑,重其轻者,轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑,刑去事成”的说法。^[31]尽管现代犯罪学理论的研究已经表明,“轻罪重罚”并不科学。但“轻罪重罚”这一传统理念对于我国

[28] 参见欧阳本祺:《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》,《法学》2012年第7期,第124页。

[29] 参见高晓莹:《论非法经营罪在著作权刑事保护领域的误用与退出》,《当代法学》2011年第2期,第52页。

[30] 参见海南省海口市中级人民法院刑事裁定书(2013)海中法刑终字第57号。

[31] 参见张国华著:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1998年版,第124页。

现代刑事司法实践的影响仍然存在,每逢一定时期某一类犯罪行为突出,便会出现司法机关要求对该类犯罪从重从快处理的“严打”现象。应当说,非法经营罪之所以适用范围如此广泛,是在某种程度上受到了这一传统理念的影响。

再以侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪为例进行说明。《刑法》第 217 条就侵犯著作权规定的法定刑是三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金,对于数额巨大或有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;第 218 条就销售侵权复制品规定的法定刑是三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。是故,现行刑法就侵犯著作权和销售侵权复制品的法定刑规定是较轻的。而第 225 条非法经营罪的法定刑显然要高于二者,不仅情节严重的法定刑是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;对于情节特别严重的,处五年以上有期徒刑并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。因此,较之于前两者来说,非法经营罪的惩罚程度显然要高很多。这也是为什么审判实践中绝大多数盗版出版物的案件都以非法经营罪处理的原因之一。

事实上,司法解释对“网络水军”以非法经营罪论处,某种程度上也有同样的考虑。“网络水军”一般涉案数额巨大,影响恶劣且范围广泛。《刑法》第 285 条非法控制计算机系统罪最高法定刑是 7 年以下有期徒刑并处罚金,第 164 条对非国家工作人员行贿罪的最高法定刑是 10 年以下有期徒刑并处罚金。与之相比,第 225 条非法经营罪的法定刑最高可达 15 年,并可以处违法所得一倍以上五倍以下罚金或没收财产,故较之前两者要高,而且有些“网络水军”并非完全都可以以非法控制计算机系统罪或对非国家工作人员行贿罪论处。

应当说,实践中被异化的非法经营行为很多是公众所关注的事案,例如,群发短信案、非法传销案、买卖人骨案、倒卖奥运会门票案、违法建房并出售案和“网络水军”案等。这些事案的共同特点是,大都牵动着公众的神经,随着公众要求严厉制裁这些行为的呼声提高,司法机关便会寻求“严厉制裁”的解决路径,因此选择处罚较重的罪名——非法经营罪就不难理解了。

是故,正是以上三个方面因素的影响,促成了司法机关不断从非法经营罪的堵截条款寻求突破口,从框架下的扩张走向框架外的异化。所以,在适用中司法人员对堵截条款的曲解才是非法经营罪堵截条款异化的实质,只有透过表象认清了这一实质,对于非法经营罪堵截条款异化的限缩才可能真正实现。

三 解决的路径:非法经营罪堵截条款的教义学限缩

(一) 堵截条款限缩的教义学路径之提倡

前已述及,非法经营罪堵截条款的异化不在立法而在司法,因此,“未来的消减思路就应当立足于司法而不是主要求助于立法。”^[32]认为“要根本解决问题,只有像 97 年修订

[32] 于志刚:《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》,《法学家》2013 年第 3 期,第 76 页。

刑法时取消‘投机倒把罪’那样,取消模糊而含混的‘非法经营罪’这个罪名,按实际行为进行分解,对确需予以刑事打击的非法经营行为单独设置具体罪名”的观点,^[33]因未能妥当考虑在经济刑法中,为保证“整体经济秩序之安定性与公正性”而不得不做出的概括性规定,^[34]故并不可取。

问题是,如何在司法中对非法经营罪堵截条款的异化加以限制,2011年最高人民法院曾发布了《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》。该《通知》明确规定,“对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第(四)规定的‘其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为’,有关司法解释未作明确规定的,应当作为法律适用问题,逐级向最高人民法院请示”。显然,该《通知》以“逐级请示”的形式来限制地方法院对非法经营罪堵截条款的扩张与异化,无疑具有一定的积极意义。但与此同时,《通知》又在某种程度上有赋予最高人民法院僭越立法权之嫌,即最高人民法院似乎有权决定何者是“其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,这显然有悖于罪刑法定原则。事实上,最高人民法院出台的大量对堵截条款异化的司法解释,已然证明最高人民法院也是堵截条款异化的重要原因之一。^[35]有见解或基于这样的考虑,所以主张“在司法解释中设立有关溯及力的特别条款”。^[36]但是,既然认为司法解释将法律未明文规定的行为作为犯罪处理,已然违背了罪刑法定原则,就不可能通过赋予司法解释以溯及力的特别规定来消除这一根本性缺陷。况且,此口一开,也为司法解释僭越立法权提供了条件,即司法解释可以就法律上未明确性质的行为规定为犯罪进行处理,这无疑极大地动摇了作为现代刑法基石的罪刑法定原则。

应当说,对于非法经营罪堵截条款的限缩,不仅是地方法院的任务,同时也是最高人民法院的任务。因此,最为有效的路径是,通过法官解释对非法经营罪的这个“口袋”之口径进行限缩。^[37]但也有学者对此表示怀疑,认为“法官解释容易造成解释的差异化,有损司法统一”,“法官的整体素质较低且参差不齐”也“无法有效避免地方行政权力的干预”。^[38]

客观地说,这些异议并非毫无道理,但有值得商榷之处。首先,从非法经营罪扩张与异化的实际情况来看,对于非法经营罪堵截条款进行扩张或异化的多是层级较高的法院,基层法院对堵截条款进行扩张与异化的较少,而且由于事实上法院内部请示制度的存在,基层法院对堵截条款的异化很多也是上级法院的意思。显然,对堵截条款的异化并不是法官的素质差所导致的,所以不能简单以法官素质较差而否定法官的解释。其次,如果说

[33] 徐松林:《非法经营罪合理性质疑》,《现代法学》2003年第6期,第93页。

[34] 吴元曜:《论经济刑法概括条款之规范模式》,《军法专刊》2005年第10期,第33页。

[35] 例如,2000年4月28日最高人民法院颁发的《关于扰乱电信市场管理秩序案件具体适用法律若干问题的解释》第1条,就是在国家尚无相关行政法规对有关行为进行规制的前提下,规定对擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利的行为,以非法经营罪论处。

[36] 唐稷尧、王燕莉:《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》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2002年第1期,第66页。

[37] 参见张天虹:《罪刑法定原则视野下的非法经营罪》,《政法论坛》2004年第3期,第94页。

[38] 莫洪宪、罗钢:《非法经营罪司法解释再解读——以城市违法建设出售行为为例》,《中国刑事法杂志》2013年第11期,第26-27页。

不对法官解释的技术和方法加以限制,确有可能导致解释结论的差异,但只要明晰非法经营罪堵截条款解释的规则,于一定程度上可以避免这种差异的存在。最后,至于行政权的干预,这显然不是解释本身的问题,而是现行司法环境所致,即使是通过请示制度也不能避免行政权的干预,反而是,建立一套解释规则可以就行政权对法院判决的干预提供隐形的限制。

在本文看来,刑法教义学的分析路径可以对刑法适用中的法官解释进行必要的规制,对非法经营罪堵截条款的异化也能进行较好的限缩。所谓刑法教义学,是指法教义学在刑法领域中的运用,就其准确含义目前尚存争议。例如,陈兴良教授认为,“法教义学是以实证法,即实在法规范为研究客体,以通过法律语句阐述法律意蕴为使命的一种技术方法”^[39]。周详博士认为,刑法教义学是指“以刑法规范为根据或逻辑前提,主要运用逻辑推理的方法将法律概念、规范、原则、理论范畴组织起来,形成具有逻辑性最大化的知识体系”^[40]。德国学者罗可辛说的更为抽象一些,他认为,刑法教义学是“研究刑法领域中各种法律规定和各种学术观点的解释、体系化和进一步发展的学科”^[41]。也有见解认为,刑法教义学一词随着时代的变迁而有所演变,并有了传统和现代之分。“传统刑法教义学把刑法秩序解释成封闭的体系”,现代刑法教义学打破了这种封闭的观点,走向开放,并具有反思与批判的功能,主张“把刑法合目的性的考量纳入刑法教义学之中”^[42]。虽然,这些概念表述间存有差异,但其核心意义是明确的,即刑法教义学以现行的刑法规范为基础和界限,通过对现行刑法规范进行解释来解决具体案件,并使裁判知识尽可能体系化。“裁判的依据是‘现行法律规范’”、“裁判结论的得出方式是对法律规范的‘严格解释’”,以及“裁判知识的体系化”是其三个最为核心的要素。^[43]

因此,通过刑法教义学的方法来解释非法经营罪的堵截条款,一方面可以将非法经营罪堵截条款的适用严格限制在现行刑法规范的界限之内,避免其任意扩张与异化;另一方面努力追求裁判知识的体系化,有利于克服个案裁判时法官解释的恣意,从而也可减少裁判过程中的行政干预。亦如学者指出,在“罪刑法定原则要求的明确性在我国尚未获得圆满解决”的情形下,“通过法教义学的解释克服刑法明确性的不足是一个重要的途径”^[44]。是故,接下来本文将着力从教义学的路径展开对非法经营罪堵截条款司法适用的具体限缩。

(二)教义学视阈下堵截条款司法适用的具体限缩

教义学的核心是以现行法律规范为基础,因此,教义学视阈下非法经营罪堵截条款司法适用的具体限缩,也应基于《刑法》第 225 条的规定展开。基于该条的规定,其教义学的具体限缩应包括以下三个方面:

[39] 陈兴良:《刑法教义学方法论》,《法学研究》2005 年第 2 期,第 40 页。

[40] 周详:《教义刑法学的概念及其价值》,《环球法律评论》2011 年第 6 期,第 81 页。

[41] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第 1 卷)》,王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 117 页。

[42] 冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014 年第 1 期,第 175-180 页。

[43] 王春业、张忱子:《论法官的依法裁判——兼论法教义学方法对法官裁判的意义》,《福建行政学院学报》2012 年第 4 期,第 46 页。

[44] 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,第 124 页。

1. “违反国家规定”的教义学限缩

根据现行《刑法》第225条的规定可知,“违反国家规定”是非法经营罪成立之前提。质言之,即使行为人具有严重的社会危害性,但不满足“违反国家规定”之要素,亦不能以非法经营罪论处。有学者通过实证研究发现,无论是非法经营罪的司法解释还是地方法院的判决,都存在对“国家规定”假参照和不参照的情形,从而有悖于罪刑法定主义。^[45]因此,有必要从教义学的角度,对“违反国家规定”加以限缩。在本文看来,对“违反国家规定”的限缩,至少可以从这样两个方面展开:

一方面,严格以《刑法》第96条的规定确定“国家规定”的位阶。《刑法》第96条明文规定,“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。”据此可知,“国家规定”的制定主体仅限于全国人民代表大会及其常务委员会和国务院,其他主体制定的行政法规或部门规章皆不能认定为这里的“国家规定”。因此,对于国务院下属部门制定的各规范性文件不能理解为非法经营罪中“国家规定”。例如,2001年国家粮食局、财政部、国家工商总局、中国农业发展银行联合下发的“国粮调(2001)168号文件”不能视为“国家规定”。

问题是,对于实践中存在着的一类较特殊的规范性文件——国务院批转的下属部门的规章是否属于“国家规定”,如2004年国务院批转发改委《关于坚决制止电站项目无序建设意见的紧急通知》。有见解认为,国务院以批转形式发布所属部门制定的规范性文件属于“国家规定”,因此可以为司法机关用于界定非法经营行为。^[46]本文同意这一见解。理由是,国务院以批转形式发布所属部门的规范性文件,属于《刑法》第96条规定的“发布的决定和命令”,因此可以视为“国家规定”。

另一方面,违反国家规定的内容必须以明确规定为前提。罪刑法定原则不禁止在一定条件下将部分构成要件的认定委诸于行政法规等相关“国家规定”,但是该“国家规定”的内容必须明确并无异议,否则适用不明确的国家规定亦可能背离罪刑法定原则。于此点限制,理论界和实务界并未关注,从而致使部分司法解释的规定和理论解释的结论常违背公众的预测可能性。例如,对于去年两高颁布的司法解释将“网络水军”以非法经营罪论处,有学者认为,将有偿删帖或有偿发布虚假信息的行为以非法经营罪论处,是以“违反国家规定”为前提的,即违反了2000年9月国务院颁发的《互联网信息服务管理办法》第4条关于“国家对经营性互联网信息服务实行许可制度”的规定。^[47]从表面上看,有偿删帖或有偿发布虚假信息似乎符合违反“国家对经营性互联网信息服务实行许可制度”的规定。但事实上,这里的有偿删帖或有偿发布虚假信息绝大多数情形并不属于该规定实行许可的范围。

“经营性互联网信息服务”有其专有的内涵,即指通过互联网,向上网用户有偿提供

[45] 参见欧阳本祺:《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》,《法学》2012年第7期,第122-123页。

[46] 参见秦新成:《非法经营罪中“国家规定”及有关刑事罚则的理解》,《法学》2008年第1期,第147页。

[47] 参见王志祥:《网络水军非法经营行为应予定罪》,《法制日报》2013年9月11日第007版。

信息或者网页制作、硬盘空间出租等服务活动,^[48]其核心在于以网站为载体向上网用户提供信息服务,如在自己申请的网页上发布广告,向用户出租服务器硬盘空间等。2000 年 11 月 3 日北京市通信管理局《关于互联网信息服务业务办理经营许可和备案有关问题的通告》也明确规定,“经营性 ICP 许可证主要是指利用网上广告、代制作网页、出租服务器内存空间、主机托管、有偿提供特定信息内容、电子商务及其他网上应用服务等方式获得收入的 ICP 许可证”。然而,对于目前打击的多数“网络水军”,大部分是组织水军发帖或斡旋删帖的公关公司,即并不以直接在申请的网页上发布虚假信息,所以不能将其与《互联网信息服务管理办法》中的“经营性互联网信息服务”等同。此外,经营性的互联网信息服务实行许可制度是不区分“服务信息”的违法与合法的,如果说有偿发布虚假信息构成非法经营,那么有偿发布真实信息也可构成非法经营,显然,司法解释仅将有偿发布虚假信息规定为以非法经营罪论处,本身存有自相矛盾之处。由此看来,将有偿删帖或有偿发布虚假信息作为非法经营行为论处并非如有学者所声称的那样,有明确的规范为前提。

此外,还有论者认为,行为人违反国家规定以非法经营罪追究刑事责任,应以国家规定针对该行为有追究刑事责任的表述为前提。^[49]但司法实务和理论上多数见解认为,不要求非刑事法律法规中有刑事责任的规定。本文持多数意见。理由是,刑法中的空白罪状是指刑法将某一罪名之部分构成要件委诸于其他非刑事法律规定,并不以刑罚罚则存在于该规范为前提,对于多数行政法规及规范性文件而言,不能苛求制定该某条款时要仔细考虑是否可能触犯刑法。所以,对此要求的限缩是不妥的。

2. “其他扰乱市场秩序的非法经营行为”的教义学限缩

根据非法经营罪堵截条款的罪状表述,何为“其他”严重扰乱市场秩序的“非法经营行为”是划定非法经营罪堵截条款规制范围的关键。^[50]如果仅以罪状的字面意义理解,似乎只要这种行为发生在经营活动中,且行为违反法律规定并具有严重社会危害性,即可认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。^[51]果真如此,非法经营罪将很少有扩张或异化之情形,因为只要违反国家规定,基本都会满足另外两个要素。

但问题是,孤立地从字面意义上对此条款进行解释,明显违背了堵截条款设置的立法目的和解释规则。诚如学者所言,对于堵截条款的适用解释,必须联系堵截条款前的明确列举,对于堵截条款的解释必须遵循只含同类规则,即堵截条款的内容限于与列举相同类的情形,而不能包括不同类的情形。^[52]因此,对于“非法严重扰乱市场秩序的非法经营行为”必须结合《刑法》第 225 条前 3 项的规定来看。从该条前 3 项的规定来看,^[53]一个共

[48] 参见张向东:《网络非法经营犯罪若干问题辨析》,《法律适用》2014 年第 2 期,第 59 页。

[49] 参见王作富、刘树德:《非法经营罪调控范围的再思考——以〈行政许可法〉若干条款为基准》,《中国法学》2005 年第 6 期,第 145 页。

[50] 参见韩晓燕:《非法经营罪兜底条款的问题与完善》,《中国检察官》2011 年第 2 期,第 13 页。

[51] 参见马作彪:《未取得生产经营许可证和批准文号生产、销售的达到同类正品癌症药应按假药论处》,《人民司法》2013 年第 14 期,第 20 页。

[52] 参见储槐植著:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社 1996 年版,第 358 页。

[53] 《刑法》第 225 条的第 1 项是“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”;第 2 项为“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”;第 3 项是“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”。

性的特点是,打击对象都直指“未经许可经营法律、行政法规规定由特定主体才享有经营权的特定物品、业务的行为”,^[54]也就是说,其非法经营行为都与“市场秩序中的特许经营秩序”或者说“市场准入秩序”有关。^[55]因此,根据堵截条款的同类解释规则,第4项的行为类型所侵犯的法益必须与已列明的前3项具有相同性质,即同样是对市场秩序中“特许经营秩序”之侵犯的非法经营行为。所以说,1998年12月11日最高人民法院发布的《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》大体来说是符合这一要求的,但《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》显然违背了这一要求。对于2013年颁发的有关“网络水军”的解释规定来说,由于前述已经阐明《互联网信息服务管理办法》第4条关于“国家对经营性互联网信息服务实行许可制度”的规定,并不包括组织水军删帖或发帖的情形,其行为虽对网络安全秩序和公众信息知情权造成破坏,但并没有对市场准入秩序造成破坏,所以该解释规定以非法经营罪论处并不妥当。

应当说,刑法学界就非法经营罪堵截条款的解释应坚持上述同类解释规则,已经取得了较高的共识。但立法机关与司法机关对此尚未有清晰认识。例如,全国人大法工委刑法室对此款给出的解释意见是,“这里所说的其他非法经营行为应当具备以下条件:(1)这种行为发生在经营活动中,主要是生产、流通领域。(2)这种行为违反法律、法规的规定。(3)具有社会危害性,严重扰乱市场经济秩序”。^[56]司法机关也常有见解认为,“市场准入说并不完全符合非法经营罪的立法初衷”,“如果依照市场准入说,那么依据同类解释原则,该罪第4项只能针对前三项以外的特许经营行为进行规制,这样对于禁止经营的行为或者非准入制度的经营行为等就无法规制”。^[57]所以,要想有效限缩非法经营罪的适用范围,必须让更多裁判法官接受和采纳堵截条款这一教义学解释规则。倘若法官在判决时能受这一规则约束,那么即使在公众强烈要求对相关案件的行为人进行严惩的呼吁下,法官的裁判结论亦可能受到限制。

3. “情节严重”的教义学限缩

我国立法“既定性又定量”的模式决定了行为人即使实施了违反国家规定扰乱市场秩序的非法经营行为,也不能径直以非法经营罪处理。因为,根据《刑法》第225条的规定,非法经营罪的成立尚需达到“情节严重”的要求,此外,第225条第4项的罪状表述中也强调扰乱市场秩序的非法经营行为必须达到“严重”的程度。是故,是否“情节严重”也成为区别非法经营行为罪与非罪的关键之一。

如果说,从我国立法“既定性又定量”模式的立法旨趣来看,非法经营罪罪状中“情节严重”无疑是为了限缩此罪的犯罪圈。但事实上,由于刑法谦抑性功能被司法实践所忽视,这一原本为限缩犯罪圈的要素在某种程度上反倒成了非法经营罪扩张与异化的因素。

[54] 孙万怀、邓忠:《非法经营保安业务实践定性的合理性质疑》,《甘肃政法学院学报》2013年第1期,第81页。

[55] 参见陈超然:《论非法经营罪的法益》,《江南大学学报(人文社会科学版)》2013年第1期,第55页。

[56] 全国人大法工委刑法室编:《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。

[57] 张伯晋:《厘清法益明确罪状 摆脱“口袋罪”宿命》,《检察日报》2013年4月19日第003版。

这一方面是由于司法机关对非法经营罪“情节严重”的判断日趋机械化,即过度依赖经营数额或违法所得的判断;另一方面则是对非法经营罪“情节严重”的判断,易以非法经营行为对其他领域的危害性置换为市场秩序的侵害,即有些行为本身虽有较大的社会危害性,但这种危害性主要体现为对社会管理秩序或其他领域的法益侵害,其本身对市场秩序或市场准入秩序的侵害比较小,而为打击犯罪的需要,司法机关常常忽视“扰乱市场秩序”这一限定条件,将对其他领域危害性置换为对市场秩序的侵害。例如,针对“网络水军”的司法解释规定即是如此。毫无疑问,近年来“网络水军”的炒作严重恶化了网络安全环境,侵犯了公民信息知情权和交流权,有些也严重侵犯了个人名誉权,但这在很大程度上仍只限于对社会管理秩序或个人权利的侵害。作为网络公关公司的行为,虽然具有较大的社会危害性,但由于该行为与国家许可制度存在的关联度并不高,因此对“市场秩序”的侵犯应当尚未达到“情节严重”的地步。显然,该司法解释是将“网络水军”对网络安全秩序的侵害置换成了对“市场秩序”的侵害,并不符合非法经营罪设置之旨趣,也有违罪刑法定原则。因此,明确“情节严重”的司法适用,也是限缩非法经营罪堵截条款扩张与异化的重要途径之一。“情节严重”的教义学限缩可从这样两个方面进行:

一方面,严格把握“扰乱市场秩序”对“情节严重”的限定。显然,从《刑法》第 225 条的规定来看,“情节严重”是修饰“扰乱市场秩序”的限定词,所以,这里的“情节严重”并不是任何意义上的社会危害性达到某种程度即可,而是特指对“市场秩序”的侵犯达到“情节严重的程度”。^[58] 因此,即使行为人的行为具有较大的社会危害性,但并非对“市场秩序”的侵害,不能简单以行为有偿或涉及经营行为就将该行为置换为对市场秩序或市场准入秩序的严重危害性行为。

另一方面,应从实质的角度理解是否达到“情节严重”的程度。以非法经营数额或违法所得判断非法经营行为是否达到“情节严重”的程度,的确是一种较为便捷的方法,但不能过分强调数额在“情节严重”判断中的作用。^[59] 刑法的目的是保护法益,因此,即使行为人的行为形式上符合构成要件的规定,但实质上并没有侵犯法益或对法益的侵犯没有达到法律所规定的程度的,就不宜认定为犯罪。是故,当嫌疑人的行为的确违反了有关市场准入制度的规定,且经营数额达到了非法经营罪的成立标准,但从实质层面来看,此行为对“市场秩序”的侵犯并未达到“情节严重”程度的,也不能直接判定为达到了非法经营罪“情节严重”的标准。例如,前几年在上海发生的“傅炳荣非法经营案”,该案的被告人傅炳荣在没有销售柴油《成品油经营许可证》的情形下,从事黄浦江水上加油业务,无疑违反了国家规定,且数额巨大(销售额达 1103 万元),但傅某是在国有企业因这一行业利润不高主动退出水上加油业务的情形下,才从事这一业务的,虽于行为时违规,但于整个社会发展有利,所以不能径直认定为“情节严重”。^[60] 据悉,该案在二审判决时,被改判为无罪。^[61]

[58] 参见陈超然著:《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 年博士学位论文,第 156 页。

[59] 参见陈超然著:《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 年博士学位论文,第 162 页。

[60] 参见姜雷:《许可证拉倒民营石油大亨》,《财经时报》2007 年 6 月 18 日第 B04 版。

[61] 参见刘宪权著:《中国刑法学讲演录》,人民出版社 2011 年版,第 173 页。

四 结语:风险社会下的司法坚守和立法因应

由于巨大的社会变迁,当代中国社会已然步入“风险社会”甚至是“高风险社会”。^[62] 风险社会下,“恶性交通事故频发、环境污染愈演愈烈、药品与食品安全事故大量涌现……社会成员精神上或心理上的负荷不断增高。”^[63] 民众对安全的期待也在增强,从而对刑法的任务提出了新的要求。“刑法变成了管理不安全性的风险控制工具”,^[64] 刑事立法与刑事司法不断突破传统刑法规范的界限。不论是《刑法修正案(八)》对单纯醉酒驾驶的入罪化规定,还是近来两高对“网络水军”以非法经营罪论处的司法解释,无外乎是现代风险给公众造成的极度不安全感映射到刑法领域的后果。

非法经营罪堵截条款的扩张与异化无疑受到了风险社会的影响。但不断增强的风险并非预示着需要通过扩张与公民权利相对的国家权力来得以解决,反而是更应注重刑法的安定性,以避免对刑法规范扩张与异化而给公众带来新的风险。^[65] 因此,在风险社会下,对非法经营罪堵截条款的司法适用,必须恪守罪刑法定原则,无论如何不能因风险控制的要求而突破罪刑法定原则的限制。个别司法解释对非法经营罪的理解和地方法院对部分个案的判决,有严重违背罪刑法定原则之嫌。“网络水军”纵有千般不是,也应在罪刑法定原则的框架下解决,不能因盲目追求对该类行为的处罚而逸脱了刑法规范的限制。在司法适用中对非法经营罪堵截条款的教义学限缩,对罪刑法定原则的坚守无疑具有重要的意义。

但是,教义学的限缩很大程度是建立在法官是理性人这一基础之上的,而现实生活中,法官的行为和意志难免会受到外在因素的影响。当外在的因素影响足够大时,法官就容易失去理性,从而放松法教义学对其解释的限制,游走在规范的边缘甚至异化规范。尽管本文不认为堵截条款的立法规定是导致其异化的根本原因,但也并不否认,在立法上进一步明确该堵截条款的适用范围,也可以限缩司法适用中堵截条款的异化。例如,倘若《刑法》将第 225 条第 4 项其他扰乱“市场秩序”的非法经营行为进一步明确为“市场准入秩序”,无疑可以更好地化解部分教义学分析上的分歧,从而限缩部分适用中的堵截条款的异化。

然而,需要注意的是,刑事立法的修改往往需要经过严格的审议程序和较长的审议过程,因此,在立法修改之前,对非法经营罪堵截条款的教义学限缩无疑仍是防止法官对该条款异化的最主要路径。此外,即使立法上将《刑法》第 225 条第 4 项明确为“其他扰乱市场准入秩序的非法经营行为”之后,也不能弃置教义学对堵截条款异化的限缩。因为,即使立法明确将扰乱市场秩序的行为限于“市场准入秩序”,司法适用中仍可能存在对“市场准入秩序”或其他构成要件要素的异化,前述“网络水军”的司法解释即是例证。总

[62] 参见袁铁成:《中国进入“风险社会” 危机处理系统落后严重》,《中国青年报》2004 年 7 月 19 日第 03 版。

[63] 魏汉涛:《风险社会的刑法风险及其防范》,《北方法学》2012 年第 6 期,第 107 页。

[64] 劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007 年第 3 期,第 126 页。

[65] 孙万怀:《风险刑法的现实风险与控制》,《法律科学》2013 年第 6 期,第 132 - 133 页。

而言之,风险社会下非法经营罪堵截条款异化的解决,既要在司法适用中注重对堵截条款的教义学限缩,必要时也需刑事立法做出因应。

[**Abstract**] Ascribing the alienation of the constitutive elements of provisions on the prevention of the crime of illegal business operation in the Criminal Law to the highly abstract and general nature of preventive provisions is only a false figurative understanding; the misinterpretation by judicial personnel of preventive provisions is the essence of such alienation. Therefore, the curtailment of alienation of provisions on the prevention of the crime of illegal business operation should be based on judicial practice, rather than legislation. Analysis from the perspective of dogmatics can realize this curtailment in judicial application. Based on Article 225 of the Criminal Law, the concrete curtailment of judicial application of preventive provisions on the crime of illegal business operation from the perspective of dogmatics should be carried out around the following three aspects: “in violation of state regulations,” “other illegal business activities disturbing the market order” and “serious circumstances”. Although “Internet water army” can cause great social harm, it does not meet the constitutive requirements of the crime of illegal business operation. The judicial interpretation that “Internet water army” should be punished as the crime of illegal business operation may have violated the principle of legally prescribed punishment for a specified crime.

(责任编辑:王雪梅)