

# 非法经营罪的出罪路径——基于违法性认识错误的分析

周俊杰 冯娜\*

长春工业大学公共管理学院, 吉林 长春 130012

**摘要:** 非法经营罪因其泛化适用而具有法定犯属性。为保护非法经营罪的社会治理功能, 不允许违法性认识错误作为出罪理由。因此, 有必要在刑事政策与责任主义之间寻找中间地带, 给予违法性认识错误一定空间。其中最重要的就是对违法性认识错误的不可避免性进行判定, 判定应依据个别标准而非平均水平的标准, 客观上考察其知法的机会, 主观上考察行为人了解非法经营罪的努力程度。以此标准为非法经营罪提供出罪路径。

**关键词:** 违法性认识错误; 非法经营罪; 不可避免性判断; 责任主义

DOI: 10.64649/yh.shfzykcx.issn3078-8994.202609023

## 0 引言

学界对非法经营罪的讨论, 大多聚焦其口袋罪性质。大部分学者基于法教义学研究非法经营罪的构造, 意在限缩其适用范围。也有部分学者从法益和构成要件方面展开研究<sup>[1]</sup>。非法经营罪虽在学界内被诟病已久却不见取消, 这是因为该罪涉及的相关法规较为滞后, 需要依托非法经营罪中的空白罪状和兜底条款来保障规制的弹性<sup>[2]</sup>。因此, 既然非法经营罪的法规未有修订, 那么在此情境下不改变其治罪范围, 转而基于违法性认识错误构建出罪路径, 是一种更现实的选择。

违法性认识错误的适用面临三重问题: 非法经营罪边界宽泛, 普通人难以准确把握; 违法性认识错误在责任体系中的定位尚有争议; 将其作为出罪事由又可能削弱经济犯罪治理效力。本文据此尝试构建出罪路径, 在社会治理与责任主义之间寻求平衡。

## 1 违法性认识错误作为非法经营罪出罪理由的合理性

在“王力军非法经营再审改判无罪案”中, 王力军未办粮食收购许可证及营业执照, 因倒卖玉米被临河区人民法院认定为非法经营罪, 再审被认定为无罪<sup>[3]</sup>。此案报道中, 当事人“不知道收购玉米是犯罪”的说法得到了舆论的广泛支持。“不知法者不免责”的基础是绝对的知法推定<sup>[4]</sup>, 而绝对的知法推定在人们权利觉醒的冲击下已然动摇<sup>[5]</sup>。人们对“不知法者不免责”的怀疑, 给了违法性认识错误作为非法经营罪的出罪理由一些讨论空间。与学界和民间的热烈讨论相较, 司法机关对于非法经营罪中“不知法”的抗辩理由, 基本不予采纳。那么, 将违法性认识错误作为非法经营罪的出罪理由, 是否具有合理性?

从心理责任论看, 对明知违法者与因认识错误而不知违法者作相同非难, 忽视了二者不

同的心理事实。因此, 将违法性认识错误完全排除于责任判断之外, 难以通过心理责任论的检验。

从规范责任论的角度看, 张明楷教授将规范责任论解释为“行为人原本可以不实施符合构成要件的不法行为, 却实施了这种行为时, 才值得谴责<sup>[6]319</sup>。”其中“原本可以”的意思是“本可以选择”。但是, 行为人陷入违法性认识错误的前提是, 行为人无法判断自己的行为合法性, 既然行为人无法判断行为本身是否合法, 那么他“原本就无法”选择实施“合法行为”。在行为人判断能力失控的情境下, “选择”这一行为本身并不决定其行为是否违法, 而是由其是否具有“违法性认识”决定其是否违法。那么, 此种情境下的行为人是否“本可以选择”获得违法性认识? 获得违法性认识的“可选择性”可以基于行为人的努力程度讨论。行为人努力了解法律后依然陷入违法性认识错误, 应当认为其“无法选择”避免违法性认识错误。可见, 规范责任论也无法排除违法性认识错误作为非法经营罪的出罪理由。

机能责任论<sup>[6]321</sup>的概念则能做出恰当解释。行为人了解法律的努力程度根本上反映了行为人对法律的忠诚度。机能责任论的重心在于预防犯罪, 它关注行为人现在与未来对法律的忠诚度<sup>[7]</sup>。对于已尽力知法却陷入不可避免错误的行为人, 处罚既难以实现特殊预防, 也难以实现一般预防; 其并无对抗法律的意识, 过度处罚反而可能削弱其与公众对法律的信赖。

本质上来说, 违法性认识中的“不可避免”是国家制定法律以及进行普法教育时的失误, 而这种失误却要由行为人承担, 显然不合理。因此当检视行为人的违法性认识而确定其具有不可避免性时, 基于责任主义及机能责任论, 违法性认识错误不可避免作为非法经营罪的出罪理由有合理性。

## 2 非法经营罪的出罪困境：基于违法性认识错误的反驳

尽管不可避免的违法性认识错误具有出罪合理性，立法对此仍保持沉默，司法实践也鲜少将其作为责任判断要素。下文从三个方面分析其理论与实践阻力。

### 2.1 绝对知法推定对非法经营罪的出罪限制

1979年《刑法》的简洁易懂为刑法学界主张“违法性认识不要说”奠定了基础，并提供了理论支持<sup>[8]</sup>。一方面，1979年刑法典语言上追求简明易懂，是出于普法目的。普通人理解法律门槛降低，其违法性认识可能性则大大增加，“知法推定”有了生长的土壤。另一方面，出于普法考虑，若推崇“不知法者不为罪”，则是鼓励人们懒于学法知法。至此，违法性认识错误在法律中失去了其空间。

然而，时代发展之下，法律规制的范围越来越广，非法经营罪涉及七十多种行为类型也难以被普通人全面了解。其实，违法性认识和知法推定是一个法律空间中的一体两面，那么各个国家又都能够在多大程度上容忍行为人对法的无知，可以通过其对违法性认识错误的态度管中窥豹。从比较法角度看，国外法律对待知法推定则宽容许多，许多国家认为知法推定并不绝对。有以下几种情况。一是以德国为代表的，刑法明文规定存在违法性认识错误不可避免时行为人不承担责任。二是以日本和瑞士为代表的，明文规定违法性认识错误在特定情况下可以减责。也即行为人有合理的理由相信行为的合法性<sup>[8]</sup>。三是如意大利，明文规定不知法不能成为抗辩事由。表面上看，意大利把不知法的责任完全归于个人承担，但是意大利刑法典第五条因为排除了违法性认识错误不可避免性而被认定违宪。根据违宪判决，行为人做了最大努力理解法律却仍然无法正确理解的情况下，也可以作为排除犯罪的理由。

如果说1979年的刑法典因为罪责相对少、语言易懂而推崇绝对的知法推定是合理的。那么如今，这种不容置疑的绝对则亟需改变。绝对知法推定的要求是苛刻且不切实际的，人们既无法随时查阅法律，也不可能随时获得完全正确的法释义，另外，法律的更新速度之快也让知法推定对普通人更显苛刻。罗克辛认为，人们在缺乏自身的认识力量时，在做出某种行为之前，就需要不停地检视行为的合法性，直到找到反对其举止合法性的理由出现<sup>[9]621</sup>。苛刻的知法推定会使得社会充满猜疑，使得人们无时无刻不在怀疑自己行为的合法性。另外，认为违法性认识错误的承认会鼓励人们不知法也值得怀疑。普法自然是社会治理目标，但是没有必要把知法推定做到绝对，以致“知法不绝对就是绝对不知法”。对知法的过分要求反而会削弱法律的威信。

## 2.2 非法经营罪中违法性认识错误的证明难题

违法性认识涉及主观心理，确有证明困难，但证明困难与行为是否具有可非难性并非同一问题。事实认识错误及其他心理状态同样需要证明，却并未因此被排除于责任判断之外。因而，真正的难题并非“无法证明”，而是社会治理与责任主义之间的张力。

### 2.3 非法经营罪中责任主义对犯罪治理的张力

目前学界主要基于责任主义论证违法性认识错误不可避免性作为出罪理由的合理性，从责任主义出发无可非议，如“明确道义性责任是以违法性意识为枢轴而回转的<sup>[10]251</sup>。”基于责任主义做出的论证是有力的，但是却无法驳倒从刑法管理角度对违法性认识的反对。刑法管理功能与责任主义的出发点不同：前者重在犯罪预防，后者强调罪责相当。随着刑法治理功能强化，责任主义与犯罪预防之间形成张力，但二者均不可偏废。在违法性认识问题中，学界实有必要将关注的重心放在此类制度技术或裁量机制的构建或完善上而不是对违法性认识在犯罪论体系中的位置问题坐而论道<sup>[5]</sup>，而非将重点放在“探讨违法性认识的属性究竟是‘故意’还是‘责任’<sup>[11]</sup>”上。本文将通过出罪路径建构，在非法经营罪的犯罪治理功能与责任主义之间寻找平衡点。

## 3 非法经营罪出罪路径构建：违法性认识不可避免的判定原则

关于非法经营罪的出罪路径建构，除了在立法技术上限缩其适用范围<sup>[12]</sup>，也可以对其规制范围的行为类型分情况处置<sup>[13]</sup>，本部分构建基于违法性认识错误使用后者方式。为了在非法经营罪的犯罪治理功能与责任主义之间寻找中间地带、为非法经营罪出罪寻找判定标准，针对以下三点展开探讨，其中关键在于如何判断非法经营罪中违法性认识的不可避免性。

### 3.1 非法经营罪中违法性认识不可避免性的客观判断原则

客观判断的核心是行为人是否具有知法机会。一方面，应考察其生活情境中能否便利、有效地查明相关规范；若客观上缺乏合理查明机会，可认定认识错误具有不可避免性。另一方面，应考虑行业特殊性。对于依法需要培训、许可或受特别规范约束的从业者，其通常具有更高的知法机会和注意义务，原则上较难主张认识错误不可避免。

### 3.2 非法经营罪中违法性认识不可避免性的主观判断原则

非法经营罪中不可避免性的主观原则需判断其是否尽最大努力避免违法性认识错误<sup>[10]627</sup>。主观判断原则的构建同样也是两面。一方面，

基于社会危害程度和行为人意识的匹配程度判断是否为违法性认识未必。所谓违法性认识未必是指行为人对其所为之不法没有确定的认识,而只是认为其行为可能是违法的<sup>[14]</sup>。认识到自己行为的社会危害,并不意味着违法性认识,只能表明在非法经营罪中的违法性认识未必,但是对于行为人来说也是认识自己违法行为的一次机会,应当努力抓住。非法经营罪定责中,违法性认识未必的责任应当介于违法性认识错误和违法性认识错误不可避免之间。对行为人来说,其认识到自己行为的社会危害,首先即构成违法性认识未必,其次再通过其他原则的检视可进一步审查其是否构成违法性认识错误。另一方面,应当考察其查明法律的主动性。这种主动性主要是指其是否主动向有权解释的机关咨询法律问题。如果行为人向有权部门咨询了相关问题,那么,因为国家对于法律解释的绝对垄断,行为人对其的信赖应当受到保护。但是,面向专业人士的咨询则不能作为非法经营罪的出罪理由,“行为人不能因为征求懂法之人的意见,而完全摆脱就其行为是合法还是违法作出个人判断的义务<sup>[10]234</sup>。”

### 3.3 非法经营罪中违法性认识不可避免的个别化原则

#### 参考文献:

- [1] 劳东燕. 非法经营罪中的经营行为研究 [J]. 现代法学, 2024, 46(5): 49-68.
- [2] 童德华. 非法经营罪规制目的的预设与生成 [J]. 政治与法律, 2021(4): 53-67. DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2021.04.005.
- [3] 最高人民法院. 指导案例 97 号: 王力军非法经营再审改判无罪案 [EB/OL]. (2018-12-19) [2026-09-23].
- [4] 劳东燕. “不知法不免责”准则的历史考察 [J]. 政法论坛, 2007(4): 106-116.
- [5] 劳东燕. 责任主义与违法性认识问题 [J]. 中国法学, 2008(3): 150-166. DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2008.03.007.
- [6] 张明楷. 刑法学: 上 [M]. 6 版. 北京: 法律出版社, 2021.
- [7] 王钰. 功能刑法与责任原则: 围绕雅科布斯和罗克辛理论的展开 [J]. 中外法学, 2019, 31(4): 1050-1074.
- [8] 车浩. 法定犯时代的违法性认识错误 [J]. 清华法学, 2015, 9(4): 22-46.
- [9] 罗克辛. 德国刑法学总论: 第 1 卷 犯罪原理的基础构造 [M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [10] 赵秉志. 刑法新探索 [M]. 北京: 群众出版社, 1993.
- [11] 陈兴良. 违法性认识研究 [J]. 中国法学, 2005(4): 131-141.
- [12] 王弘宁. 非法经营罪去“口袋化”之路径——以“入罪”与“出罪”的双向互动为视角 [J]. 社会科学战线, 2017(9): 236-240.
- [13] 马荣春, 罗飞. 论非法经营罪的立法尴尬与解脱 [J]. 广西社会科学, 2008(12): 96-99.
- [14] 储志豪. 法定犯未必的违法性认识: 界定与适用 [J]. 河南财经政法大学学报, 2024, 39(1): 109-120.

**作者简介:** 周俊杰 (1998.04—), 男, 汉族, 浙江台州人, 硕士研究生, 研究方向: 法理学。  
冯娜 (1977.10—), 女, 汉族, 吉林长春人, 法学博士, 副教授, 研究方向: 法理学, 刑法学。

判断违法性认识错误的可避免性, 应采取个别化标准, 即结合行为人的实际认识能力判断。客观上可考察其生活环境、普法程度和信息获取便利性, 主观上可结合教育背景、职业与学习能力等因素。上述因素具有显著个体差异, 若以社会平均水平为标准, 可能使认识能力较弱者仅因未达到抽象的“平均知法水平”而被认定错误本可避免, 背离责任主义的个别化要求。

#### 4 结语

为了保护非法经营罪治理经济类犯罪的灵活性, 在责任主义与刑事政策之间寻找平衡。本文从违法性认识错误作为非法经营罪出罪理由的合理性为起点, 说明了违法性认识错误作为出罪理由的可能性, 并制定了违法性认识错误不可避免的判定原则。更深的意义在于, 本文并未讨论非法经营罪应该如何限缩, 或者讨论违法性认识错误的属性归属问题, 而是讨论这两个领域欠缺的对违法性认识不可避免性的判断机制, 为立法司法中的具体机制的构建提供一种视角。