

# 何以破解经济治理中刑法的“口袋化”

李云霖<sup>1</sup> 王玉好<sup>2</sup>

**【内容摘要】** 刑法法益失衡在实践中引发了包括非法经营罪等在内的大量“口袋化”现象，其根源在于法益泛化模糊刑事干预边界，立法技术缺陷诱发司法恣意，秩序优位抑制市场创新动能。这导致刑法在市场经济治理中频繁“越界”。破解之策在于引入“结构法益观”，构建“基础层(单纯秩序违反)—核心层(实质法益侵害)”的双阶识别体系，确立“法益关联性、损害实质性、监管失效性”三重审查标准，将刑事规制置于实质侵害市场自由与重大公共利益的场域。通过立法明确法益保护范围、司法实质审查法益关联、行刑协同构建全周期治理体系的三维路径，形成“自由保障优先、过罚比例适配”的规制范式，推动市场经济治理中的刑法职能从“抽象秩序管控”向“具体利益衡平”转变，在坚守谦抑性底线的同时提升刑法治理效能，为市场经济高质量发展提供法治保障。

**【关键词】** 法益 市场经济 口袋化 结构法益观

**【作者】** 1 李云霖，湘潭大学法学院教授；

2 王玉好，湘潭大学法学院博士研究生。(湖南湘潭 410005)

当下实践中，以非法经营罪为典型的刑法“口袋化”现象，折射出市场经济治理中刑法法益保护功能的系统性异化：行政违法与刑事不法的界限模糊、司法解释对空白罪状的过度填充、职业自由限制与市场活力的此消彼长。以上问题暴露出传统法益理论在应对动态治理需求时的结构性缺陷。究其本质，是在“秩序法益优位”的范式下，刑法的角色从“自由保障者”异化为“秩序管控工具”，导致刑事干预边界失焦、市场主体预期紊乱、治理效能内耗等连锁反应。这一困境的破解，需要回归法益理论的本质功能，重构刑法介入市场经济治理的逻辑起点与边界。本文以“结构法益观”为理论切口，通过解构刑法“口袋化”现象背后的法益失衡机理，探索刑事规制从“抽象秩序管控”向“具体利益衡平”的角色转型，为构建适配市场经济高质量发展的刑法体系提供智识支撑。



## 市场经济治理中现有刑法法益观的困境

《刑法》第二编第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”，以庞大的罪名体系体现了国家对市场经济治理强烈的刑法干预色彩，形成了系统性的“市场经济治理罪”。那么，作为典型的法定犯，“市场经济治理罪”保护的法益是什么？有论者认为，法定犯是单纯违反禁止规范的犯罪，是对国家规定的单纯不服从，并没有实质地侵害法益。即便认为行为侵害了法益，但其维护的也是抽象的法秩序，而非具体的法益。<sup>①</sup>受此类观点的影响，“市场经济治理罪”的现有法益理论，虽存在“市场秩序说”“市场准入秩序说”“市场国家管控秩序说”“市场基础秩序说”等多种学说，但均以“秩序维护”为价值基点，即将行政管控需求作为刑法介入的正当性依据，将刑法法益归结为行政法益。这种以行政管控秩序为核心的法益观，在实践中导致刑法的“口袋化”现象日益明显，并给市场经济发展带来了较为严重的制度障碍。

### （一）现有法益观的内在缺陷

在市场经济治理过程中，现有刑法法益观呈现出三重结构性缺陷，这些缺陷共同构成了刑法“口袋化”现象的深层原因。

第一，秩序法益的无限扩张。当前刑法对“市场秩序”的泛化保护，已异化为刑事手段边界不断扩张的工具。以非法经营罪为例，其构成要件中“国家规定”的模糊性，使得“市场秩序”的内涵被无限延伸至行政管理的末梢领域。司法实践中，大量仅违反特定行业准入规则但未实质侵害法益的行为被纳入刑事规制范围。如将农村地区自宰生猪售卖、娱乐场所无证零售烟草等具有社会相当性的行为认定为犯罪，而实际上此类行为仅涉嫌违反行政管理措施，缺乏对市场经济治理利益的实质冲击。这种“秩序维护优先”的思维模式，实质是将刑法降格为行政管理工具，违背了其“个人自由保障”的原初功能定位。

第二，法益识别标准的行政化依赖。刑法法益识别过度依附行政法律规范，“国家规定”的泛化援引导致“认定犯罪必须援引刑法以外的部门法；犯罪的核心要素不再由刑法直接规定，而是转由行政法规定”。<sup>②</sup>相关实证研究表明，在非法经营罪等典型行政犯案件中，即便是经最高人民法院审核后的案例，完全符合“违反国家规定”要求的比例也只有 57.14%，<sup>③</sup>而实质性法益侵害论证的缺失更是屡见不鲜。这种“行政违法即刑事不法”的推定逻辑，使得刑事法益丧失了独立判断空间，暴露出行政法律规范对刑事法益的实质替代。

第三，静态法益与动态治理的结构性矛盾。现有法益理论僵化的保护范畴难以适应市场经济的动态发展趋势。例如，在数字经济领域，生成式人工智能技术、算法定价等新型产业模式不断突破既有规范框架，而刑法仍以工业时代的“秩序维护”为核心保护法益。这种静态法益观导致了两种极端：一方面，对实质侵害市场经济治理利益的行为反应迟滞；另一方面，对创新试错行为过度干预。法益保护与治理需求的脱节，加剧了刑事规制的任意性与不可预见性。

### （二）制度异化的深层机理

现行刑事法益制度异化的深层机理，根植于立法、司法与治理体系的系统性断裂。其中，立法技术的妥协性设计首当其冲。在风险社会语境与市场创新压力的双重裹挟下，立法者为兼顾规范稳定性与治理灵活性，大量采用空白罪状授权行政法律规范、兜底条款预留解释空间的折中策略。这种“双重失范”的立法技术，虽意图缓解成文法的滞后性，却因缺乏动态校准机制，实际异化为行政权向刑事领域渗透的制度通道——空白罪状将法益识别权让渡于行政法律规范，兜底

① 刘艳红：《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径》，《比较法研究》2019年第1期。

② 罗翔：《机械司法与客观归罪之破局——以非法狩猎罪的司法限缩为视角》，《探索与争鸣》2023年第1期。

③ 王恩海：《最高人民法院对非法经营罪中“违反国家规定”的适用》，《法治研究》2015年第4期。

条款则赋予司法者不受约束的解释能力，二者共同消解了刑法作为“保障法”的独立品格，为后续的司法恣意与“行刑倒挂”埋下伏笔。

第一，立法技术妥协：空白罪状与兜底条款的“双重失范”。刑法在经济犯罪领域广泛采用“空白罪状+兜底条款”的立法模式，形成规范构造的双重弹性陷阱：一是空白罪状的行政依赖，即将刑事犯罪的构成要件填充任务交由行政法律规范，导致刑事违法性判断依赖行政法。二是兜底条款的规范吞噬，即“其他严重扰乱市场秩序行为”类似条款的适用呈现泛化趋势，为司法扩张提供了制度通道。上述双重失范的根源在于立法者对市场经济秩序的模糊定位。立法者试图通过抽象表述平衡市场秩序维护与刑法谦抑性的要求，却因路径依赖与条文设计缺陷，导致法益的内涵长期游移于“国家管控秩序”与“自由竞争秩序”之间。以非法经营罪为例，当“市场秩序”既可解释为“国家特许经营秩序”，亦可等同于“一般市场准入秩序”，甚至是“与市场有关的准入、交易、竞争等秩序”时，法益标准的混乱必然引发司法适用的任意性。立法者为应对市场复杂性而保留弹性条款，却因缺乏动态评估机制，形成“立法供给不足→司法扩张填补”的恶性循环。立法者所设想的“小口袋”，在司法实践中以一种不以立法者意志为转移的方式演变成了“大口袋”。<sup>①</sup>

第二，司法能动扩张：实质解释对罪刑法定原则的侵蚀。司法机关通过“实质解释”突破形式理性，将行政违法升格为刑事不法，导致罪刑法定原则被实质消解。如为了应对传销带来的社会治理问题，2001年最高司法机关将传销纳入非法经营罪，而传销本质是以欺诈手段非法占有财物，其核心法益是公民财产权益而非市场秩序。司法解释的扩张掩盖了传销行为的诈骗属性，直至《刑法修正案（七）》单设组织、领导传销活动罪，方实现法益的归位。又如，近些年为了配合国家关于禁止食用野生动物的决定，司法解释未区分保护对象是人工繁育还是在野外环境中自然生长繁殖的情形，一律将非法经营国家重点保护野生动物及其制品的行为，以“扰乱市场秩序”为名，以非法经营罪入罪。直至《刑法修正案（十一）》增设非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪，将行为对象限定为在野外环境中自然生长繁殖的非国家重点保护野生动物，对经营人工繁育的非国家重点保护野生动物及其制品，根据“举重以明轻”的基本法理，不再构罪。此类解释以“风险预防”之名，实则架空了刑法构成要件的明确性。

第三，治理工具错配：刑事手段替代行政监管的制度惯性。长期以来，刑事手段被异化为行政监管失灵的“兜底工具”，形成“行政监管宽松化—刑事打击兜底化”的路径依赖。其本质是制度性风险转嫁：一方面，行政监管因规则模糊、执法惰性等问题未能有效预防违法行为，导致风险累积至刑事领域；另一方面，司法机关被迫通过扩大罪名适用范围的方式承担本应在前端化解的治理责任，造成司法资源浪费与市场主体预期紊乱。实践中，大量涉及市场经济治理的案件，如非法集资类案件，生产、销售伪劣产品类案件，许多都存在“行刑倒挂”与监管卸责的问题：要么是行政机关缺位，由公安机关直接介入；要么是行政机关将执法难度高、问责压力大的案件移送刑事司法机关，形成“以刑罚替代监管”的路径依赖。同时，刑事手段的过度前置亦会挤压行政规制空间，市场主体往往直接面临承担刑事责任的风险，严重抑制市场自我修复机制和市场创新发展。如为了打击小产权房交易，司法机关将《城市房地产管理法》第38条的行政管理规定等同于“国家禁止性规定”，直接认定售房者构成非法经营罪，忽视了行政违法与刑事犯罪在法益侵害程度上的本质差异。当“维护社会秩序”成为裁判隐性逻辑时，罪名的构成要件便异化为政策工具，法益的规范评价功能随之消解。

① 陈兴良：《非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察》，《法学家》2021年第2期。



### （三）范式危机的系统反思

现有刑法法益观在市场经济治理中陷入了系统性困境：法益抽象化消解了其本应具备的限缩犯罪的功能，功能错位导致“秩序维护”与“自由保障”的价值目标尖锐对立，引发刑事政策的内在撕裂，方法论缺失加剧理论供给与实践需求的脱节。三者叠加，暴露出传统法益范式在动态治理场景中的解释力枯竭与适应性危机，亟待通过法益观的结构性的重塑实现理论突围。

第一，法益抽象化导致刑法限缩功能失灵。从本体论上看，“市场秩序”等集体法益因缺乏具体标准，导致解释的限缩功能失灵。当刑事可罚性建立在“抽象危险”而不是“现实且具体的法益侵害危险”基础上时，必然会产生无法遏制的“口袋化”风险。在现有法益观的指导下，司法解释正通过三重机制消解“损害原则”：其一，以“危险拟制”替代“危险证明”。根据《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》，只要行为违反国家金融管理法规，即推定行为具有破坏金融秩序的危险，从而免除了司法机关证明具体危险存在的责任。这种立法技术本质上采用了“抽象—抽象危险犯”模式，将行为不法与结果不法混同。但当危险本身成为被保护的法益时，刑法就丧失了作为最后手段的正当性。其二，“累积性危害”理论的滥用。司法机关常以单个行为虽未造成显著损害，但同类行为累积将危害市场秩序为由入罪，但这种论证存在双重缺陷：一方面违背了刑法的个体归责原则，将集体法益的抽象危险建立在统计学假设之上；另一方面架空了因果关系证明。其三，“预防性司法”的过度扩张。如司法解释将“违反市场经营、价格管理规定”的行为直接认定为非法经营罪，实质是将刑法作为社会管控工具。某些行为可能具有实质危害性需要进行刑事处罚，但是当刑法成为风险控制的常规工具时，市场经济的根本秩序必然会受到冲击。

第二，功能错位引发价值冲突。从价值论上看，现代市场经济秩序应以保护市场主体交易自由、财产权益为核心价值，但现有理论过度强调社会秩序优先性，忽视了市场经济自由发展与竞争的价值取向。当“秩序维护”被绝对化时，刑事手段就异化为行政管理的延伸工具，背离刑法的保障法定位，实质消解了刑法的谦抑性原则。司法实践中普遍存在“法益论证闭合化”现象：法官回避对立法目的进行实质审查，仅以“立法已确认法益”为由进行循环论证。例如，《宪法》第15条“社会主义市场经济”条款要求刑法对市场秩序的干预必须符合自由竞争价值，但在“胡某某代购境外药品案”<sup>①</sup>中，法院将未危及用药安全的代购行为入罪，暴露了法益判断与宪法价值理念的断裂：刑法对药品管理秩序法益的维护高于对患者生命健康权的维护，而后者不才应是药品管理秩序本该追求的根本价值吗？这种法益批判机能的虚置，本质上是现有刑法法益理论在市场经济治理中的功能错位引发的价值冲突。

第三，方法论缺失加剧理论与实践脱节。从方法论上看，现有研究多停留于法益概念的形式化争论，缺乏对构成要件形成制度性约束的体系化建构。“市场秩序”作为集体法益，应当具有可还原性，即必须能够分解为具体个体法益的集合，且这种还原路径需要满足“可识别性”与“具体性”的双重要件。司法者在适用涉及集体法益的罪名时，应遵循三段论式的法益还原程序：首先识别刑法规范所保护的集体法益类型，其次解构该集体法益对应的个体法益谱系，最后在具体案件中验证该行为是否实质威胁到特定个体法益的实现。如果行为仅侵害了行政管理秩序，但没有最终侵害个人法益，即使其在行政法层面被认为侵害了集体法益，也只是行政违法行为，而不可能成为犯罪行为。<sup>②</sup>但在现有法益观下，司法适用呈现出明显的“去还原化”特征，如非法经营罪的司法判定普遍采取“形式违法性+经营数额”的标准，省略了法益还原的论证环节。这种

① 河南省中牟县人民法院（2021）豫0122刑初665号刑事判决书。

② 张明楷：《避免将行政违法认定为刑事犯罪：理念、方法与路径》，《中国法学》2017年第4期。

司法逻辑实质是将“市场秩序”异化为脱离个体权益的独立存在，使集体法益沦为没有实体内容的“概念空壳”。

现有理论在市场经济治理中面临的困境，本质是秩序法益观与市场经济高质量发展之间的价值张力。当既有理论构建仍固守“国家—市场”的二元管控思维时，必然难以回应数字经济时代市场创新与权利保障的现实需求。这一困局的破解呼唤新的法益理论范式，使刑法从“管控秩序”转向“权利保障”，从单一的法益保护转向多元的利益衡平，通过动态、实质的司法审查机制实现刑事干预范围的有效限缩。

## 市场经济治理中结构法益观的证立

2025年1月，国家发改委印发《全国统一大市场建设指引（试行）》，旨在构建“面向全球、充分开放”<sup>①</sup>的统一大市场，这标志着我国“坚定不移地扩大高水平对外开放，打造市场化、法治化、国际化一流营商环境”。<sup>②</sup>在新阶段，需要重构刑法在市场经济治理中的法益保护内容，从而推动刑法从“秩序管控工具”向“自由保障基石”的角色转型。

### （一）本体论建构：结构法益观的理论革新

结构法益观在解构传统法益观“秩序优位”缺陷的基础上，提出以“治理利益”为核心范畴，构建双层的法益识别体系。结构法益观的本体论重构，是以宪法价值为指引，以权利保障与经济自由为目标，以法益的实质侵害为基准，不仅剥离了行政法律规范对法益的异化控制，更通过“基础层—核心层”的二元架构，为刑事规制的精准化提供理论支点。

第一，实质法益：从“秩序维护”到“治理利益”。刑法所保护的法益应该是具体内容。结构法益观认为，刑法在市场经济治理中保护的并非是泛化、抽象的市场经济秩序，而是国家通过对特定市场领域实施管控手段所保障的具体国家治理利益，即其将刑法“市场经济治理罪”的保护法益界定为国家对市场的管控秩序和特定治理利益。国家“不是单纯为了强制国民服从去命令、禁止某种行为，而是为了实现具有法的事态、关系或者阻止无价值的事态去命令、禁止某种行为”。<sup>③</sup>结构法益观要求对立法者干预市场经济的立法目的进行审查，考量立法者对市场进行管控的正当性，要求明确秩序管控背后的特定治理利益，而治理利益属于宪法性利益，高于秩序管控利益。结构法益观突破现有法益观对抽象秩序的单一维护，将刑法干预的正当性锚定于“治理利益”的实质化保护，即通过保障市场经济的基础性利益（竞争自由、产权安全）与发展性利益（创新动能、营商环境），实现社会整体福祉的提升。

第二，双层结构：法益识别的动态分层体系。行政法与刑法的立法目的不同，“刑法的立法目的是惩罚犯罪和保护法益，而行政法的立法目的是维护社会秩序和监督行政主体”。<sup>④</sup>行政不法与刑事不法不是量的区别，而是质的区别。“在行政法保护法益过于抽象的情况下，行政犯只能从中过滤出能够被具体化的实体法益作为保护对象；在刑法保护法益已经溢出行政法保护法益范围的情况下，应通过规范目的的分析，找到行政不法与刑事不法的保护法益差异，从而实现两者的有效区分。”<sup>⑤</sup>结构法益观认为，“市场经济治理罪”的保护法益分为基础层和核心层，其中，基础层是国家对市场的管控秩序，核心层是国家管控市场所欲实现的治理法益。对于只破坏基础层而并未破坏核心层的行为，只具有行政不法性，并不具有严重的法益侵害性，不应当进行刑事规制。只有行为同时具备行政不法性与刑事不法性，且损害具体明确时，才能入罪。结构法益观

① 刘志强：《全国统一大市场建设指引实施（政策解读）》，《人民日报》2025年1月8日，第2版。

② 刘坤：《推动全国统一大市场建设走深走实》，《光明日报》2025年1月8日，第4版。

③ 福田平：《行政刑法》，东京：有斐阁，1978年，第36页。

④ 刘宪权、董文凯：《行刑二元：生成式人工智能治理的新范式》，《探索与争鸣》2024年第7期。

⑤ 孙国祥：《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》，《法学家》2017年第1期。

通过重构法益的实质内核与分层体系，完成了从“秩序依附”到“利益衡平”的跃迁。以“治理利益”替代“抽象秩序”作为法益的实质，不仅剥离了传统法益观对行政管控的依赖，更通过“核心法益—附属法益”的动态分层，建立起法益识别的体系框架，赋予刑法回应市场经济治理中“口袋化”困境的解释张力。这一本体论革新，为破解传统法益观的功能缺陷提供了理论支点，但其制度生命力仍需回归价值论层面进行效能检验。

## （二）价值论衡平：结构法益观的治理优势

结构法益观的价值正当性不在于逻辑自洽的理论演绎，而在于其能否在治理实践中实现“控权”与“赋权”的辩证统一，即既要约束公权力的扩张冲动，又要释放市场主体的创新活力。结构法益观通过价值论层面的精准衡平，不仅契合现代刑法保障法的本质定位，更与社会主义市场经济体制的宪法要求深层吻合，使法益分层从纸面规则转化为治理动能，真正弥合了刑法干预与市场自由的张力。

第一，破解“抽象秩序崇拜”的制度惯性。传统法益观对“市场经济秩序”的保护存在泛化倾向，将国家管控秩序直接等同于刑法的保护对象，形成了“抽象秩序崇拜”的思维定式。这种惯性思维将行政管控手段与刑事规制混同，导致刑法异化为强化行政权力的工具。但因为行政法强调合目的性，故可能为了达致目的而扩张制裁范围；而刑法必须以安定性为指导原则，故不能随意扩张处罚范围。<sup>①</sup>结构法益观通过法益分层机制，明确区分国家管控秩序（基础层）与国家治理核心法益（核心层），打破“秩序崇拜”的固有逻辑。其价值突破体现在：只有当行为不仅违反行政管控要求，更实质威胁国家治理的根基性利益时，才具备刑事可罚性，从而能有效遏制以“维护秩序”为名过度扩张刑事干预的倾向，避免刑法沦为“社会管理工具箱”，保持刑法的谦抑性。

第二，实现刑事介入与市场自由的精准平衡。结构法益观通过法益分层建构“双阶审查标准”，为刑法介入划定清晰边界。在基础层审查中，要求行为必须实质违反国家管控规范；在核心层审查中，则需证明行为对国家治理法益造成具体危险或实害。这种双重过滤机制既落实了《宪法》第15条对市场自由的保障要求，又兼顾了必要的国家干预需求。具体而言，该理论将刑法定位为“最后保障法”，仅在国家管控手段失效、自由竞争价值遭受根本威胁时启动刑事规制，这不仅是对刑法泛化适用的矫正，更是市场经济治理现代化的必然选择。在“有效市场”与“有为政府”的协同框架下，通过精准界定刑法干预边界，为市场创新与公平竞争提供法治保障，实现刑法打击犯罪与促进市场创新的动态平衡。

第三，构建“过罚相当”的理性规制体系。通过法益层析技术，结构法益观建立起“行政不法—刑事不法”的梯度化评价标准。基础层法益对应行政违法性，核心层法益对应刑事违法性，二者必须同时具备且形成实质关联才能入罪。这种分层评价机制有效克服了传统理论中“量变—质变”的模糊界限，确保刑罚仅适用于具有实质法益侵害性的行为。对未实质侵害国家市场经济治理利益的行为，通过行政监管即可控制风险，无需动用刑罚，从而构建起“行政前置、刑事补充”的理性规制体系。价值论层面的衡平揭示了结构法益观的制度优越性，但若缺乏可操作的实践路径，理论优势可能成为空中楼阁。为此，需进一步构建动态审查框架，将“治理利益”的抽象理念转化为司法裁量中的具体标尺，实现从“价值宣示”到“技术落地”。

## （三）方法论革新：介入边界的动态审查框架

理论的终极意义在于指导实践。结构法益观若欲摆脱“纸面革新”的窠臼，必须通过方法论的重构，将“治理利益”的核心理念嵌入刑事司法的运作机制，形成“理念—规则—技术”的全

① 张明楷：《行政违反加重犯初探》，《中国法学》2007年第6期。

链条治理模式。

一方面，设立“三重过滤”标准，构建刑事介入的实质门槛。结构法益观认为，行为纳入刑事规制的范围，必须经过三重过滤：一是法益关联性的过滤，即将行为限缩于金融安全、民生保障等重大关键领域，排除对安保服务、物业服务、网络直播等非核心经济领域的过度干预，避免泛化适用“扰乱市场秩序”。二是损害实质性的过滤，即通过“秩序+治理利益”双重损害模型评估，将未能实质侵害国家治理利益的行为排除在刑事规制的范围外。同时，这些领域所涉及的国家治理利益应能够还原成个人法益。如对证券、期货、保险、资金结算等金融业务的专营制度的规定，除了涉及国家的金融安全外，还可能严重影响投资人的资金安全，确需刑法予以规制。反之，如烟草制品虽然是专卖物品，但只要是真品烟草，即使未经许可而经营，既不会对国家税收产生影响，也不会对个人的法益造成损害，并无动用刑罚的必要。三是监管失效性的过滤，即要求行政机关穷尽非刑事手段仍无法遏制危害，才能考虑采用刑事规制手段。例如，对于无证销售真品烟草，通过《烟草专卖法》第32条“责令停止经营烟草制品零售业务，没收违法所得，并处罚款”的规定就足以达到治理目的，无需动用刑事手段。

另一方面，构建动态平衡机制，推动立法与司法的协同。通过建立负面清单制度和周期性的法益审查机制，可以有效实现法益的动态平衡：其一，在科技创新领域，可以建立负面清单管理制度，明确科技创新试错、小微企业经营创新等行为在未造成实际损害时免于刑事追究；其二，建立周期性的法益审查机制，可以五年为周期，在立法后每五年对经济刑法条款进行“保护必要性”审查，包括犯罪率变化、行刑衔接效率、市场创新指数等量化数据，对不符合治理需求的条款启动废止或修正程序。通过“三重过滤”标准与“负面清单+周期审查”的协同，使刑法在坚守谦抑性底线的同时，也能够灵活回应数字经济的治理需求。

## 市场经济治理中结构法益观的建构路径

市场经济治理中结构法益观的建构，应通过规范供给、裁判逻辑与治理效能联动的系统性治理方案，形成规范逻辑自洽、权力运行有序、市场活力充盈的现代经济治理格局，为弥合市场秩序维护与市场主体自由间的张力提供解决方案。

### （一）立法的体系化修正：法益保护的实质化

立法的体系化修正是结构法益观落地的基础，可通过罪名分化、构成要件实质化与弹性条款刚性约束，将抽象法益转化为可操作的规范体系。立法的体系化修正应以“法益分层”为逻辑主线，既剥离“口袋罪”泛化适用的惯性，又以量化标准限定法益侵害的入罪门槛，最终在规范供给层面实现刑事介入的精准性与可预期性，为司法与行刑协同提供制度锚点。

第一，罪名分化：剥离泛化适用的制度性工具。“市场经济治理罪”的泛化适用，以非法经营罪最为显著。客观来说，在市场经济活动中，部分具有严重社会危害性的行为因为立法的滞后性未纳入刑法规制范围。为了回应社会治理的需要，往往以“非法经营罪”进行刑事打击，这一方面违反了罪刑法定原则，另一方面也导致大量未实质侵害法益的行为被不当纳入刑事打击范围。近年来，最高立法机关已经意识到问题的严重性，以行为对法益的实质侵害为刑事规制原则，通过刑法修正案增设专门罪名的方式，将部分原本依附于非法经营罪的行为独立成罪，旨在终结“口袋化”逻辑。一是《刑法修正案（七）》对传销行为的剥离。《刑法修正案（七）》增设组织、领导

① 沈某某等人掩饰、隐瞒犯罪所得、帮助信息网络犯罪活动案,上海市第二中级人民法院(2022)沪02刑终607号,人民法院案例库入库编号:2023-05-1-300-001。

② 陆勇案之所以无罪,本文认为根本原因不在于其行为是否属于“经营行为”,而在于其行为未造成实质的法益侵害。

传销活动罪,明确传销活动的独立构成要件,如层级计酬、骗取财物等,切断其与非法经营罪的关联。二是《刑法修正案(九)》对网络犯罪的分流。《刑法修正案(九)》增设了帮助信息网络犯罪活动罪等罪名,对于网络环境下一些涉及经营活动的违法行为,如果符合新罪名的构成要件,就应按照新罪名定罪处罚,而不是笼统地以非法经营罪来处理。<sup>①</sup>三是《刑法修正案(十一)》对多领域罪名进行独立化。如增设妨害药品管理罪,危险作业罪,非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪等。未来可延续这一立法思路,进一步将具有严重社会危害性的行为通过罪名分立的方式从“口袋罪”中剥离,将不具有严重社会危害性,未实质侵害法益的行为出罪,实现刑法的“谦抑而有为”。

第二,构成要件明确化:法益侵害程度的实质限定。立法者可以通过提高入罪门槛与增设犯罪构成要件的方式,严格限定“口袋罪”的法益侵害范围。一是结果要件的引入,即通过明确增加实质性法益侵害的构成要件要求,对行为的入罪进行限缩。如妨害药品管理罪要求“足以严重危害人体健康”,<sup>②</sup>即强调行为对法益的实质威胁。结果要件的引入,将那些仅违反基础层的秩序法益,但未侵害核心层的治理利益法益的行为,排除出罪。二是目的要件的引入,即通过明确增加主观上具有实质法益侵害目的的构成要件要求,对行为的入罪进行限缩。如非法经营罪的构成要件应明确是“以牟利为目的”,从而排除非以营利为目的的行为入罪。三是行为类型的特定化,即通过立法将规制对象限定为特定行为类型,排除其他类型行为入罪的可能性。如非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪明确限定行为对象为在野外环境中自然生长繁殖的非国家重点保护野生动物,对人工繁育的非国家重点保护野生动物及其制品,由于不存在实质的法益侵害,且根据“举重以明轻”的基本法理,不应纳入刑事规制范畴。

第三,刚性约束:限缩弹性条款的适用空间。刑法的“口袋化”本意是允许司法机关发挥主观能动性,解决“有罪不能罚”“重罪无法重罚”的困局,但是实践中可能破坏刑法基本原则。因此,司法机关应当摒弃“法律工具主义理念”,限缩弹性条款的适用空间。一方面,可通过制定《行政许可刑事指引目录》的方式,对空白罪状进行改造,明确刑事可援引的“国家规定”的具体内容和行为类型,并将范围限缩于法律、行政法规,排除对部门规章和地方性文件的任意援引。同时,对该目录进行动态管理,每两年修订一次,可考虑增设“技术中立豁免清单”,将人工智能等新兴科技创新领域纳入非刑事化试错范畴。另一方面,可通过严格限定“弹性条款”的解释空间和程序,增设“同质同类”解释规则,限缩兜底条款的泛化适用,要求兜底条款适用需与明文列举行为具有“同质同类性”和“法益同源性”。

## (二) 司法调适:裁判规则的范式转换

司法调适是结构法益观从文本走向实践的关键,其以“独立性审查—实质性论证—比例性检验”的三阶审查框架,重构刑事裁判的底层逻辑。通过剥离对行政认定的依赖、聚焦法益侵害的实质危害、约束刑罚介入的合理边界,司法权得以在个案中达成规范目的与市场规律的平衡。

第一,构成要件独立性审查。首先,需要对“国家规定”这一表述进行独立判断。在行政犯中,法律或者行政法规的合法有效,并不意味着其可以直接适用于刑事案件,还应当判断国家规定所要保护的法益到底是什么,即应探寻立法的本意。如国家规定对药品的经营需经许可,其目的是保护患者的生命健康利益。因此,如《我不是药神》所表现的未经许可代购国外确有疗效的药品用于治疗疾病的行为,虽然违反了药品管理秩序,也不应当对其进行刑事处罚。其次,应对具体行为进行独立判断。如生产、销售伪劣产品罪中的“销售”应是特指明知产品是伪劣产品,而向

不特定对象销售的行为。否则，市场中大量的产品买卖合同行为，将会由于可能存在产品质量问题而面临承担刑事责任的风险，这必然会妨碍市场经济发展。再次，应对危害结果进行独立判断。因集体法益是行政犯的次要法益，所以需对危害“市场经济秩序”作限缩解释，竭力避免“权力造罪”。如非法经营罪中的“严重扰乱市场秩序”应指实质性破坏了国家管控秩序所保护的国家治理利益，要求非法经营行为与合法特许经营者形成直接竞争关系，且达到足以削弱特许制度核心功能的程度。如行为人只是违反国家特许经营秩序，但没有达到破坏相应国家治理利益的程度，则不应当认定该行为在实质上“严重扰乱了市场秩序”。最后，应对行为人的主观目的进行独立判断。如非法经营罪的认定应要求行为人“以营利为目的”，如果不是以与合法经营者争夺生意为目的，则应当排除在“经营行为”之外。

第二，法益侵害实质性论证。司法实践中，机械司法和形式入罪在裁判文书中的直观表现就是法官倾向于回避对法益侵害的说理论证，只是简单地以“违反国家规定+金额”来定罪。如自从2021年最高院司法解释将“私设屠宰厂（场），从事生猪屠宰、销售”这一行政违法行为纳入非法经营罪的规制范围后，全国范围内出现了大量的有罪判决。但司法实践中，普遍将“未经定点进行屠宰活动”等同为“私设屠宰厂（场）”，并据此完成了“违反国家规定”和“扰乱市场秩序”的双重论证，即只要有私自屠宰生猪的行为，售卖猪肉金额达到五万元，即构成犯罪。<sup>①</sup>事实上，在大量的非法屠宰案件中，行为人是为了售卖猪肉而违规自行屠宰正常活猪，其目的显然是为了节省屠宰费，而不是收取屠宰费牟利，其售卖猪肉的金额或者利润不能认定为非法经营的数额或者利润。因此，无论是从目的还是从规模上来看，自宰自卖生猪的行为显然达不到与定点屠宰厂（场）形成竞争的可能性，不可能属于“非法经营”行为，再加之地方“熟人社会”的天然监督制约机制和检验检疫制度的普及完善，食品安全风险也相对可控，对其进行刑事打击并无必要。<sup>②</sup>由于法益侵害的论证不充分，导致司法实践中的形式入罪和罪名适用混乱。对此，有必要在刑事判决书中增设“法益侵害论证”专章，要求司法裁判者说明行为如何具体损害市场经济秩序和国家治理利益，并阐明司法裁判者对构成要件独立性审查的详细结果。在裁判文书中对法益实质侵害的论证要求，有利于促使司法裁判者对裁判过程、结论的合法性及合理性深入思考，避免机械司法和形式入罪。

第三，比例原则适用性检验。刑事司法裁判中的比例原则适用性检验旨在确保刑罚手段与法益保护目标之间的合理性，防止公权力对市场主体的自由与权利造成过度干预，保持刑法的谦抑性。在结构法益观下，比例原则的适用需贯穿于法益侵害判断、罪名选择与量刑裁量的全过程。比例原则包含适当性、必要性、均衡性三重维度。例如，对轻微行政违法但未造成实际法益损害的行为，不得因行政违法“量”的累积而直接升格至刑事追责，需严格区分行政不法与刑事不法的本质差异。在具体裁判中，比例原则的适用需通过以下三步检验：一是目的正当性审查，即确认刑事追责是否以实现法益保护为目标，而非服务于行政便利或政策要求；二是手段匹配性审查，即需要分析罪名构成要件与行为实质危害的对应性；三是结果均衡性审查，即综合考量刑罚后果与社会效益的平衡。比例原则的适用需结合市场经济活动复杂性与创新性的特征，如对人工智能等新业态中技术本身的中立性行为，需区分技术工具与违法目的的关联性，避免因技术载体的新颖性扩大刑事打击范围。比例原则适用性检验的实质是司法能动性谦抑性的统一，通过比例原则的个案适用，可矫正“重打击、轻保护”的惯性思维，推动刑事司法从“管理法”向“保障法”转型。

① 湖南省湘潭市雨湖区人民法院（2022）湘0302刑初175号刑事判决书。这样的判例司法实践中不在少数。

② 《年度案例50佳》编选组：《年度案例50佳（律师实务系列）商事·刑事·行政卷》，北京：人民法院出版社，2024年，第371—376页。



### （三）行刑协同：治理效能的全周期提升

行刑协同是结构法益观治理效能释放的最终场域，其以双重重大性标准筑牢权力边界、以数字监管平台赋能风险预防、以市场主体参与增强治理合法性，构建起“前端预警—中端处置—后端修复”的全周期治理闭环。这一协同机制既承接立法修正的规范成果，又吸纳司法调适的裁判规则，最终通过技术赋能与多元共治，实现刑事治理从“碎片化管控”向“系统性服务”的质变，为现代刑法角色的转型提供实践注脚。

第一，双重重大性标准：行刑衔接的实质性门槛。行政违法仅是刑事介入的必要条件而非充分条件，需通过独立刑事法益侵害性审查，阻断行政认定对刑事司法的过度影响。“双重重大性标准”要求刑事追责需同时满足行政违法性与刑事法益侵害性的双重证明。行政机关移送案件需同步提交行政违法重大性与刑事法益侵害重大性的说明，并证明行政机关已经穷尽治理手段，无法实现治理目的，具有刑事介入的必要性。同时，应当建立行刑证据转化规则，明确行政机关收集的证据需经刑事程序合法性审查后方可作为刑事证据使用，避免证据标准混同。

第二，数字监管平台：风险预警与合规提示服务。数字监管平台是行刑协同治理的核心技术载体，通过数据整合、智能分析与服务输出，实现从“被动惩戒”向“主动预防”的治理模式转型，核心目标是为企业提供精准风险预警与合规指引，降低违法风险。一是形成数据整合机制，打破壁垒，构建“一企一档”全景画像。通过归集市场监管、税务、公安、金融等多部门数据，建立标准化接口与数据清洗流程，形成覆盖企业全生命周期的动态画像。利用区块链技术实现数据实时上链存证与动态权重计算，确保“一企一档”包含基础信息、合规体征与风险指标三维数据，为企业风险精准评估提供全景化、不可篡改的数据底座。二是构建红黄蓝三级预警与动态响应风险分级模型。基于量化标准建立红（刑事立案级）、黄（行政违法级）、蓝（合规瑕疵级）三级风险预警体系：红色风险触发刑事立案与账户冻结，黄色风险推送限期整改警示，蓝色风险提供合规指引。设立动态调整机制，多次未整改的黄色风险将自动升级为红色风险，完成合规的可降级退出监管，实现风险处置的阶梯化与灵活性。三是实现合规提示服务的精准化、场景化、智能化。依托AI模型与大数据分析，定向推送行业合规白皮书、实时预警高风险行为，并提供智能诊断工具（如合同漏洞识别、财务异常检测）与在线合规培训。设立政企互动通道，支持企业预约专家咨询、提交异议申诉，形成“预警—诊断—整改—反馈”的服务闭环。

第三，市场主体参与机制：治理民主化与精准化。市场主体参与机制是行刑协同治理现代化的关键创新，通过治理民主化、精准化的路径，可将单向行政管制升级为多元共治模式。这一机制以行业协会异议权、企业合规协同与公众监督嵌入为核心，通过规则共建、风险共治与权力制衡，打破“政府主导—企业被动”的传统治理格局，推动治理逻辑从“对抗式管控”向“合作式服务”转型，为市场经济的活力释放与秩序稳定注入内生动力。一是推动行业协会异议权的制度化。赋予行业协会参与规则制定、提出书面异议的权利，确保司法解释与合规指引贴合行业实际。二是与企业合规形成协同治理。通过合规承诺互认、标准共建等机制，将企业内生合规动力转化为治理效能。例如，头部企业与监管部门联合制定数据隐私保护指南，既细化法律原则的适用场景，又通过“柔性规则”填补监管盲区，使治理措施精准匹配不同行业、规模企业的风险特征，降低合规成本与执法偏差。三是将公众监督嵌入行刑程序，强化治理合法性。通过政务平台公开案件处理流程、引入行业组织参与听证，以社会力量制衡公权力越界。

编辑 孙冠豪