

刑法中违法所得的泛化适用及其纠偏

李迎寒*

内容提要：实务界与理论界存在泛化适用刑法中违法所得的迹象，表现为涵摄内容的偏移化、与犯罪组成之物的混同化、关联填充的概括化，导致刑法没收范围内外失衡、案件定性失当等弊端。违法所得应解释为符合构成要件的刑事不法行为的直接所得与间接所得。经济价值属性决定违法直接所得作为危害结果时，相应的不法行为所侵害的法益应限定于交易秩序、公私财产权益。作为不当利益平衡措施的违法所得没收注重对受侵害法益的相对复原，由此决定了法益恢复论能为司法实践锚定违法间接所得的没收范围提供正当且有效的思维工具。合规范性的生产经营活动是对社会交易秩序的良性恢复，其投资收益部分不应予以没收，以同时实现契合利益衡量的评价效果。

关键词：没收 违法所得 危害结果 法益恢复

刑法中的违法所得^{〔1〕}往往“一饰多角”，不仅影响司法机关对具体罪名的认定，还会影响罚金刑的裁量以及没收的执行。然而，刑法尚未阐明违法所得概念的具体内涵，使得司法实践不受法律定义的约束而出现违法所得的适用乱象。例如，扩大违法所得中“违法”的涵摄内容，不再将其限定于刑事不法阶层；忽视违法所得与犯罪组成之物的界限，将犯罪组成之物纳入违法所得的范畴；概括填充不法行为与所得财产之间的关联性，将违法所得的投资收益一概计算在内。从实体法视角对违法所得的学术研究多是围绕刑法总则的特别没收^{〔2〕}规定展开。^{〔3〕}然而，以特别

* 李迎寒，华东政法大学刑事法学院博士研究生。

〔1〕 如无特别说明，本文中的“违法所得”均指刑法中违法所得。

〔2〕 特别没收与一般没收不同，前者的法律依据为《刑法》第64条，后者的法律依据为《刑法》第59条。

〔3〕 相关研究成果主要有王锴：《没收违法所得的合宪性分析——基于德国刑法上特别没收合宪性改革的启示》，载《法学杂志》2022年第1期；李巨洋：《论没收违法所得是否应当扣除成本》，载《湖北社会科学》2021年第11期；黄旭巍：《论经济犯罪所得之没收》，载《法学评论》2021年第5期；庄绪龙：《“犯罪所得投资收益”追缴的影响因素与判断规则》，载《中国法学》2019年第5期；万志鹏：《论犯罪所得之没收》，载《法商研究》2018年第3期；李长坤：《论违法所得及其他涉案财物的界定——兼论对没收程序司法解释第6条的理解》，载《法律适用》2017年第13期。

没收为视角界定违法所得难免会以偏概全,忽视刑法分则中违法所得的功能定位。虽有少数理论成果专注于个罪中违法所得的解释问题,^{〔4〕}但未能将违法所得的认定规则推广至其他罪名中,无法为恰如其分地框定违法所得适用领域输送理论供给。故此,本文将进一步观察违法所得泛化适用的具体表现,深度剖析泛化成因,指出应当借助违法所得本体论层面的结果属性与经济价值属性来匡正违法直接所得的适用场域,通过规范论层面的规则构建锚定违法间接所得的没收范围。本文试图纠正刑法中违法所得泛化适用之情形,以期在违法所得认定过程中实现保护合法权益与惩治不法侵害之间张弛有度的司法效果。

一、违法所得泛化适用的具体表现

违法所得的泛化适用,是指减少不法行为与所得财产及其关联性的限制因素,而形成扩大违法所得适用范围的现象。具体而言体现在以下几个方面。

(一) 违法所得中“违法”涵摄内容的偏移化

有观点认为,刑法中“犯罪所得”与“违法所得”的内涵一致,是达到犯罪程度的不法意义上的所得。^{〔5〕}也有观点对此持怀疑态度,认为“巨额财产来源不明罪中的巨额财产既可能是非法所得,也可能是犯罪所得”^{〔6〕}。该观点本质上与违法所得涵摄内容“广义说”类似。“广义说”主张违法所得是犯罪分子在整个犯罪过程中不法行为所得的所有财物,包括犯罪行为以外的其他违法行为所得的财物,而“狭义说”则将后者排除在外。^{〔7〕}“广义说”对“狭义说”批判道:“如果采用‘狭义说’,则不起诉和撤诉案件中的违法所得及定罪之外的涉案违法所得难以处理,会导致这些案件中的违法所得‘收、退两难’”。^{〔8〕}“广义说”从违法所得的处理方式出发,主张违法所得包括一般违法行为所得。然而,该说混淆了作为行政处罚措施、监察处置措施的没收一般违法所得与刑事特别没收的界限,背离了比例原则的要求。

没收的法理依据——“任何人不得从不法行为中获益”——并不排斥一般违法没收的存在。但违法所得中“违法”涵摄内容的偏移化,将造成刑事特别没收措施不当囊括对一般违法行为所得的没收处理,使刑事特别没收制度的适用范围失衡。巨额财产来源不明罪中,倘若将国家工作人员明显超过合法收入且拒不交代来源的财产、支出部分推定为职务违法行为所得,那么,直接适用作为监察处置措施的一般违法没收即可。在监察机关有权没收职务违法行为所得的情形下,

〔4〕 相关研究成果主要有冯文杰:《论洗钱犯罪所得财物中“所得”的实质解释——以〈刑法修正案(十一)〉为视角的分析》,载《政法论坛》2021年第4期;刘宪权:《操纵证券、期货市场罪司法解释的法理解读》,载《法商研究》2020年第1期;孙万怀、江奥立:《我国刑法罚金适用的理念和规则——以利用未公开信息交易罪现实争议为视角》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期;万志尧:《内幕交易刑事案件“违法所得”的司法认定》,载《政治与法律》2014年第2期。

〔5〕 参见前引〔3〕,万志尧文;前引〔3〕,黄旭巍文。

〔6〕 于冲:《关于巨额财产来源不明罪客观要件的反思与重构》,载《法学论坛》2013年第3期,第115页。

〔7〕 持“广义说”的有刘仁海:《职务犯罪“其他违法所得”的认定与处置》,载《法学》2021年第5期;何鑫:《刑事违法所得数额的司法认定问题研究——以特别没收为视角》,载《法律适用》2020年第11期。持“狭义说”的有梅传强、欧明艳:《集资犯罪追赃中刑民交叉实体问题及其解决——以是否追缴集资参与人获得利益切入》,载《法治研究》2019年第6期;尹振国、方明:《我国刑事特别没收手段的反思与重构——兼论〈刑法〉第64条的完善》,载《法律适用》2019年第5期。

〔8〕 前引〔7〕,刘仁海文,第150页。

作为司法机关的法院越俎代庖实施特别没收不具有目的上的正当性，进而违反比例原则。

针对非国家工作人员的一般违法行为亦是如此。尽管有学者认为，“考虑到案件处理的效率，与其将案件再行移送行政机关追缴，不如由司法机关代为追缴”〔9〕。然而，效率不能罔顾公正，各司其职是公正的表现形式之一。一方面，刑事案件的社会危害程度远大于一般违法案件，因此司法机关在办理刑事案件时往往施加更强有力的调查措施。另一方面，行政不法事实与犯罪事实是两个相对独立的法律事实，无论是在证明对象、证据资格和救济方式上，还是在证明标准上，前者受到的法律约束要比后者更为宽松。〔10〕比例原则中的必要性原则以权利为本位，即使某个手段能带来更大的收益，但如果对权利的相对损害更大，那么也不符合必要性原则。〔11〕既然采用行政处罚的没收程序能够有效解决行政违法所得的收缴问题，那么动用刑事司法程序处理一般违法行为所得就毫无必要性可言。

（二）违法所得与犯罪组成之物的混同化

我国《刑法》第64条将包括犯罪工具、犯罪组成之物〔12〕在内的“供犯罪所用的本人财物”列为特别没收的对象，从而导致司法机关处理涉案财物时，不区分涉案财物中的违法所得与犯罪组成之物。如在走私犯罪案件中，司法实践倾向于将违法所得认定为普通货物、物品这一犯罪组成之物，其外延可以扩大至原物以外的财产总额。〔13〕导致的后果是，违法所得的适用范围借助犯罪组成之物之名得以延伸。尽管处置违法所得与犯罪组成之物的手段相同，但仍应划清两者之间的界线。这是因为，一方面，裁判文书应当详细说理，明确没收到底是违法所得的没收还是犯罪组成之物的没收，否则有违罪刑法定原则之嫌。〔14〕更何况，“一个含混具有歧义的判决书必然使当事人以及其他人对之产生怀疑”〔15〕。裁判文书的明确性是判决产生权威的重要途径，明确两者的界限有利于树立司法公信力。另一方面，违法所得作为犯罪对象时，将犯罪组成之物与违法所得混同会导致案件定性失当。例如，普通货物、物品在行为人实施不法行为之前就已经存在，其因走私这一不法行为成为犯罪组成之物。有观点认为行为人走私后贩卖的普通货物、物品是违法所得，将财产转换为现金、金融票据等行为，符合洗钱罪中的自洗钱情形。〔16〕按照该观点，无论是直接实施跨境走私的行为人，还是向直接走私人收购普通货物、物品的商贩，都可能被认定为同时构成走私普通货物、物品罪与洗钱罪。相反，如果将偷逃的关税作为走私普通货物、物品罪的犯罪所得，上述行为人则仅构成走私犯罪。可见，将违法所得与犯罪组成之物混同化的观点，同时会扩张洗钱罪的惩治范围。

〔9〕 时延安：《违法所得没收条款的刑事法解释》，载《法学》2015年第11期，第129页。

〔10〕 参见陈瑞华：《行政不法事实与犯罪事实的层次性理论——兼论行政不法行为向犯罪转化的事实认定问题》，载《中外法学》2019年第1期。

〔11〕 参见刘权：《比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角》，载《法商研究》2021年第4期。

〔12〕 犯罪组成之物是指充足构成要件的法律上不可欠缺之物，包括赌博中的赌资、行贿罪中的贿赂款。参见陈家林：《外国刑法理论的思潮与流变》，中国人民公安大学出版社2017年版，第19页。

〔13〕 如《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》（法〔2002〕139号）第24条的规定。有法院在判决时也是如此认定，如安徽省合肥市中级人民法院（2020）皖01刑初10号刑事判决书、重庆市第五中级人民法院（2016）渝01刑初77号刑事判决书、广东省珠海市中级人民法院（2016）粤04刑初50号刑事判决书。

〔14〕 参见何显兵：《论“扫黑除恶”中的没收犯罪工具》，载《东方法学》2019年第5期。

〔15〕 张明楷：《明确性原则在刑事司法中的贯彻》，载《吉林大学社会科学学报》2015年第4期，第38页。

〔16〕 参见陈鹿林、战晓宁：《买卖走私货物过程中的洗钱犯罪问题研究》，载《中国检察官》2021年第22期。

或许有观点认为,将自洗钱认定为犯罪的目的就在于扩张洗钱罪的适用范围,所以将违法所得与犯罪组成之物混同并不会导致案件定性失当。然而,洗钱罪的扩张并非毫无限制,将不符合规范保护目的的不法行为纳入洗钱罪的规制范畴,是违反罪刑均衡原则的机械司法,是盲目顺应国际趋势的被动回应,也是违法所得与犯罪组成之物混同化的弊端所在。洗钱罪的规范保护目的主要是维护金融监管秩序,使市场交易行为能够反映真实供需关系。将“黑钱”转为“白钱”的金融脱管结果,对于市场经济领域而言就是财产的“无”中生“有”。犯罪组成之物本身不具有不法性,只是由于其涉入不法行为而具有特殊预防的必要性,但仍不能否定其本身能够反映真实的供需关系。换言之,犯罪组成之物对于市场经济领域而言是从“有”到“有”的过程,不存在破坏金融监管秩序进入市场经济领域的情形。因此,将走私普通货物、物品罪中的违法所得与犯罪组成之物混同化,背离了洗钱罪的规范保护目的,导致相关案件定性失当。

(三) 不法行为与所得财产之间关联填充的概括化

《刑法》第64条规定的“违法所得的一切财物”,为违法所得概念的填充提供类似兜底的作用。无论与不法行为存在具体的直接关联还是概括的间接关联,因“一切财物”的背书,所得财产都能被司法机关一并纳入违法所得的范畴。^[17]据此,有观点认为,将犯罪直接或间接所得进行投资、置业等经济活动所获取的财产性利益也属于违法所得,应予没收。^[18]这一观点“不仅占据着理论界的主流阵地,而且在国内外的司法实务界也大有市场”^[19],其反映出不法行为与所得财产之间关联填充的概括化现象。

当司法机关对违法所得的关联填充出现概括化情形时,在某些情况下,将混淆违法所得没收与罚金刑的界限,进而造成行为人合法财产的损失。作为附加刑的罚金刑给行为人以财产性的痛苦,通过盈亏权衡体现刑罚的威慑性,利用行为人合法财产的丧失抑制其犯罪性,使行为人无法再犯且唤醒其遵守规范的意识。尽管我国刑罚规定了没收财产的附加刑,但没收财产并不等同于违法所得没收。作为附加刑的没收财产是没收犯罪分子个人合法所有的财产的一部分或全部,而违法所得并非犯罪分子合法所有。没收违法所得并非附加刑中的刑罚措施,其功能与附加刑中的罚金刑、没收财产刑的功能有所不同,适用范围也应有所差异。对违法所得进行概括化的关联填充,会模糊没收违法所得与罚金刑、没收财产刑的界限,引发刑法处罚措施内部功能的分配失调,使各处罚措施无法发挥其应有的预防及惩罚作用。

二、违法所得泛化适用的成因反思

司法实践已出现违法所得适用泛化的趋势并造成诸多不利影响,有必要反思其成因,从根源处予以纠正。

[17] 参见四川省成都市中级人民法院(2018)川01刑初135号刑事判决书。

[18] 参见沈贵明、吕洁:《对赃款赃物投资收益追缴的公司法思考》,载《法学》2017年第3期;前引[7],尹振国、方明文。

[19] 前引[3],庄绪龙文,第163页。

（一）对违法所得机械适用体系解释

违法所得涵摄内容“广义说”运用体系解释的方法，论证违法所得既包括犯罪所得又包括一般违法行为所得。然而，该说对体系解释的适用方法存在偏差，无法在理论上得到足够的支撑。

首先，体系解释并不意味着同一规范内容的表述必须一致，相反，法律规范中的不同表述往往运用体系解释得出相同的含义。“法律体系仅属法律之外在形式而已，利用体系解释如过于机械，拘泥于此项形式，忽视法的实质目的或法意，亦非妥适。”^{〔20〕}例如，高利转贷罪中的“套取”与骗取贷款罪中的“以欺骗手段取得”的含义并无本质区分，都是以虚假理由或虚假条件向金融机构申请并获得贷款。^{〔21〕}之所以在不同罪名中表述不同，主要是从法律语言学角度出发考虑不同行为对象的动宾搭配问题。由此可见，刑法中不同用语的含义有可能相同，以体系解释的方法否认刑法中违法所得与犯罪所得概念的统一性，是机械适用体系解释方法的表现。

其次，洗钱罪的立法沿革表明刑法中的违法所得等同于犯罪所得。体系解释能够确保彼此关联规范之间的协调性，但唯有同时注意规范保护目的才能恰当地理解制定法的意义脉络。“制定法的意义脉络对于解释还扮演着另一种角色：能够被预设为各个制定法规定之间在事理上的一致性。”^{〔22〕}因《联合国反腐败公约》特别强调反洗钱与反腐败工作的紧密性，并使用“犯罪所得”这一概念术语，所以我国在批准加入该公约后，通过刑法修正案对洗钱罪进行修改：增加三类上游犯罪，并将“违法所得及其产生的收益”修改为“犯罪的所得及其产生的收益”。由“违法所得”修改为“犯罪所得”并不会导致洗钱罪处罚范围变动，也无法倒推1997年《刑法》的洗钱罪包括对一般违法行为所得财物性质及来源的掩饰、隐瞒。可见，在立法者看来，刑法中的“违法所得”和“犯罪所得”是同义的。^{〔23〕}

最后，犯罪所得中的“犯罪”并非刑事程序裁判终局意义上的犯罪，违法所得中的“违法”与之相同。我国《刑事诉讼法》规定犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序，对于违法所得的认定不再受责任阶层判决结果的影响，进而提高违法所得的处置效率。然而，违法所得中的“违法”因排除责任阶层的判断而被诟病违反罪刑法定原则。^{〔24〕}为贯彻罪刑法定原则，应对违法所得的没收手段认定为非刑罚措施，从而通过明确特别没收制度的法律性质赋予其适用的正当性。如此解释未经定罪而没收的违法所得同样不违反罪刑法定原则。司法实践中也有法院认为，违法所得没收并不属于刑罚的范畴，二审法院增加追缴、退赔判项并不违反上诉不加刑原则。^{〔25〕}

（二）对违法所得的功能定位不当

由于违法所得首次出现在《刑法》总则特别没收的条款中，所以理论界通常在特别没收制度的适用过程中探讨违法所得的认定问题。有观点据此认为，相对于一般没收而言，对违法所得的

〔20〕 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第108页。

〔21〕 参见刘宪权：《金融犯罪刑法学新论》，上海人民出版社2014年版，第217页。

〔22〕 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第410页。

〔23〕 参见谢雄伟：《论刑事违法所得没收的本质、内涵与计算方法》，载《法学论坛》2016年第5期。

〔24〕 参见卫磊：《追缴未定罪腐败行为所得的刑法实质解释研究》，载《河北法学》2017年第12期。

〔25〕 参见上海市第一中级人民法院（2019）沪01刑终1853号刑事判决书。

没收又被称为特别没收。^{〔26〕}换言之,该观点主张违法所得同时包含需要没收的供犯罪所用的本人财物与违禁品。然而,供犯罪所用的本人财物包括犯罪工具,仅因犯罪工具须被没收而将其解释为违法所得,属于超出字面含义的类推解释。正是将违法所得的范围与特别没收制度的适用范围相等同的做法,使违法所得与犯罪组成之物相混同,最终导致案件定性失当。该观点实际上在确定违法所得的适用场域过程出现理解偏差,过多强调罪名成立后没收制度中违法所得的认定,从应否没收倒推违法所得的范围,继而影响刑法分则中的违法所得之界定。

违法所得的没收建立在因行为人客观不法行为所产生的危害结果之上,因此,具有影响定罪量刑功能的违法所得决定了特别没收的核心范围,只有在确定具体罪名中违法所得的基础上,才能厘清司法实践中特别没收制度的弹性适用范围,即进一步考虑不法行为产生的间接所得能否纳入违法所得“一切财物”之中的问题。如此看来,以应用于特别没收场域的违法所得倒推罪名中作为危害结果的违法所得之范围,忽视了违法所得在具体罪名中的核心定位,本末倒置,导致司法实践对刑法中违法所得概念的泛化适用。据此,应先匡正违法所得在刑法分则具体罪名中的适用场域,再以此为基础确定刑法总则所规定的违法所得没收的范围。

(三) 对违法所得没收的性质认定不足

强调违法所得限定没收范围的功能需要以明确没收违法所得的法律性质为前提。违法所得没收的法律性质决定了其应用的合理性、正当性,能够以此规范违法所得的计算规则。学界对于违法所得没收的法律性质主要存在保安处分说、独立处分措施说、不当利益平衡措施说等不同观点,并出现同一学说得出违法所得没收范围不同的情形,无法满足司法实践的需求。在理论供给不足的背景之下,违法所得的认定规则混乱,进而造成司法实践对违法所得的泛化适用。据此,有必要成功激活法律性质对违法所得没收的规范认定功能,进而纠正司法实践对违法所得的泛化适用。

首先,双轨制时代的保安处分不包括违法所得没收。如果以行为人具有社会危害性为由,认为没收违法所得的本质为保安处分,则无法解释没收已死亡的行为人的违法所得财产的合理性。没收已经死亡的犯罪分子的违法所得财产无法实现特殊预防的功效。即使将保安处分理解为最广义的保安处分,即包括对物的保安处分,也只能将违禁品等本身具有社会危害性或国家禁止流通的物品纳入其中,无法适用于违禁品之外的违法所得财产。“独立的对物程序说”普遍受到美国民事没收制度的影响,而后者旨在解决物权的归属问题,与解决当事人基于特定法律关系发生的权利与义务的对人诉讼不同,更何况该说在我国既得不到有力的观念支持,也找不到现实的制度依据。^{〔27〕}因此,无论如何,违法所得没收的法律性质不应是保安处分。

其次,独立处分措施说徒有其名,无助于消解司法实践泛化适用违法所得的弊端。独立处分措施说将违法所得没收认定为一种独立的处分措施,然而,此说无助于化解没收违法所得是否包括违法所得收益的争议。^{〔28〕}足以见得独立处分措施说单纯就刑事制裁体系予以学说分类,尚不

〔26〕 参见吴广哲:《论我国追缴违法所得判决的实现路径》,载《河北法学》2017年第1期。

〔27〕 参见孙煜华:《涉案财产没收程序如何才能经受宪法拷问》,载《法学》2012年第6期。

〔28〕 例如,主张独立处分措施说的学者中,有观点认为应将违法所得投资收益等一概纳入没收的范畴,也有观点认为部分收益作为合法经营行为的利润不应没收。参见前引〔3〕,万志鹏文;前引〔7〕,尹振国、方明文;蔡可尚、吴光升:《犯罪收益没收的性质与适用》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第3卷,法律出版社2018年版,第371页。

能通过法律性质的界定纠正司法实践泛化适用违法所得的偏差。对没收违法所得性质的明确，意义在于通过性质的厘清框定违法所得没收的适用范围。显然，独立处分措施说无法完美地承担此项任务。

最后，不当利益平衡措施说源自民法不当得利平衡措施，但仍应强调刑法违法所得没收与不当得利平衡措施之间的区别。其一，以是否由国家主体的介入区分刑法违法所得没收与民法的不当得利返还不具有可行性。介入主体是具体措施实施过程中的表象差别，并不能单独决定实质的法律性质。其二，民法中不当得利平衡措施并未形成一方获利而相对方受损的相对“闭合”关系。民法中不当得利平衡措施的规范保护目的在于除去所受利益而非填补损害，存在未导致相对方权利受到损害、但肯定不当得利存在的情形。^{〔29〕}即使在这种情形下，民法也承认相对方有权要求对不当得利予以返还。其三，刑法存在违法所得的前提下，必然有法益的损害，即刑法中的没收违法所得才是对“闭合”关系的相对复原。刑法的规范保护目的是保护法益，只有在刑法所保护的法益受到侵害的情形下，才有机会启动包括违法所得没收在内的处分措施。没收违法所得正是由此恢复财产法益、社会秩序的正常状态。将没收违法所得的本质认定为不当利益平衡措施，能够在符合我国刑事立法规定的基础上规范违法所得的计算规则，消除司法实践概括认定违法所得的弊端。

三、违法直接所得适用场域之匡正

所得财产与不法行为之间具有直接关联性的属于违法直接所得，包括不法行为本身取得的财产以及因实施不法行为获取的报酬。然而，直接关联性仅为客观事实上的因果关系，是规范结果归属之前提，将违法直接所得作为危害结果的场域仍需结合其本身属性规范判定。

（一）结果属性对违法直接所得适用场域的限定

“法定性+法定量”的模式是我国刑事立法的特色，司法实践通过数额立法模式厘定了违法与犯罪的界限，同时限制了法官自由裁量的范围，规范量刑。^{〔30〕}刑法分则中的违法所得概念通常与“数额较大”“数额巨大”组合，成为判断罪名成立与否或法定刑升格与否的关键条件。例如，以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，构成高利转贷罪。此时，违法直接所得属于不法构成要件要素，是实行行为自然并直接导致的后果。不过，不能因为所得财产与不法行为之间存在事实上的直接因果关系，就一概将违法直接所得作为危害结果判断个罪是否成立。危害结果是刑法保护法益的反面，是对犯罪客体的侵害，无法体现法益侵害的违法直接所得自然不能被评价为危害结果。

以走私普通货物、物品类案件为例，走私行为的法益侵害性并不能从普通货物、物品中得以体现，反而是行为人偷逃的应缴税款能够反映出走私行为对海关进出口监管秩序法益的侵害。因此，应认为走私普通货物、物品罪中的违法所得为偷逃的应纳税费，普通货物、物品属于犯罪组

〔29〕 参见王泽鉴：《不当得利类型论与不当得利法的发展——建构一个可操作的规范模式（上）》，载《甘肃政法学院学报》2015年第5期。

〔30〕 参见简爱：《论盗窃罪中的数额认识错误》，载《法律科学》2015年第6期。

成之物而非违法所得。^{〔31〕}以此契合刑事不法中以刑法法益为核心的实质判断。司法实践中也有法院判决支持这一观点。^{〔32〕}此时,偷逃的应缴税款作为违法直接所得,是走私普通货物、物品罪不可或缺的构成要件要素,因其客观上具有结果属性而属于构成要件结果。

在认定操纵证券、期货市场犯罪的违法所得时与此类似,操纵证券、期货市场犯罪行为的本质在于滥用优势非法控制市场,所以应认为作为构成要件结果的违法所得也应以被滥用优势的价值转化衡量为基本原则。^{〔33〕}因此,不能通过实际交易获利的最大差额计算操纵证券、期货市场犯罪的违法所得,而是应排除其他影响证券、期货价格的因素,仅以滥用优势所产生的利益为基础进行估算或拟制计算。例如,诸暨某商贸有限公司等内幕交易案中,涉及的内幕信息有非公开发行事项与年度利润分配预案事项,两者的敏感期分别为2013年1月29日至4月25日、2013年3月28日至4月22日。^{〔34〕}被告人李某甲仅参与并知悉非公开发行事项,系该内幕信息知情人。在计算李某甲的违法所得时,应剔除年度利润分配预案事项这一内幕信息对股票价格的影响。总之,危害结果肯定部分不法行为直接所得的财产具有决定罪名成立与否的功能,属于结果归属的评价范畴。

危害结果不仅包括作为构成要件要素的危害结果,即构成要件结果,还包括构成要件结果之外的非构成要件要素的危害结果。前者作为构成要件要素是罪名成立不可或缺的部分,后者并非罪名成立的必要要件。在唯结果论受到猛烈抨击的背景下,刑事立法层面的“计赃论罪”模式有所松动,转而采用情节、情节+数额的模式,违法所得不再属于构成要件该当性判断中必不可少的要素,但其仍有可能对犯罪的成立产生影响。比如在情节模式中,司法实践在判断具体情节成立与否时,又将违法所得悄然混入其中。当然,此时的违法所得并不是决定犯罪成立的必要要件,而是作为非构成要件结果对构成要件的成立起补充判断的作用。例如,虚假广告罪的成立要求不法行为的情节严重,根据相关司法解释的规定,违法所得数额10万元以上或造成严重危害后果或者恶劣社会影响等情形,都属于情节严重。^{〔35〕}行为人因利用广告做虚假宣传获利5万元并造成恶劣社会影响的,构成虚假广告罪,但此时的违法所得并非构成要件结果,不是本罪成立的必要要件。

肯定不属于构成要件要素的违法直接所得的存在,实际上是缓和的结果归属理论在司法实践中的延伸。缓和的结果归属虽然不具备通常意义上的结果归属与严格的结果归属条件,但仍然将结果归属于行为人的行为,这一现象大量存在于我国司法实践中。^{〔36〕}毕竟行为人的违法直接所得是由构成要件行为所导致的结果,以此认为该行为增加了不法程度是能够接受的。更何况,在我国传统的社会危害性理论影响下,司法实践习惯于将与不法行为有关的所有恶的结果作为社会危害程度的判断因素。违法直接所得作为不法行为在事实上产生的直接结果,更容易被司法机关

〔31〕 参见何萍:《自洗钱入罪后的法律适用》,载《人民检察》2021年第16期。

〔32〕 参见北京市第四中级人民法院(2020)京04刑初2号刑事判决书。

〔33〕 参见前引〔4〕,刘宪权文。

〔34〕 参见浙江省台州市中级人民法院(2015)浙台刑二初字第1号刑事判决书。

〔35〕 参见《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2022〕5号)第12条。

〔36〕 参见张明楷:《论缓和的结果归属》,载《中国法学》2019年第3期。

作为不法行为情节认定的标准。据此，可以认为，违法直接所得作为非构成要件结果的存在，是社会危害性理论与事实因果关系理论的共同产物。

（二）经济价值属性对违法直接所得适用场域的限定

尽管缓和的结果归属为违法直接所得作为非构成要件结果的情形提供了理论基础，但一概将不法行为的直接所得财产作为犯罪情节的衡量标准会重陷以赃计罪的泥潭。因此，应对缓和的结果归属加以限制。一方面，与不法行为之间不具有事实上直接因果关系的违法所得，不应被认定为影响定罪量刑的危害结果。另一方面，不法行为所侵害的法益不是交易秩序、公私财产权益时，不能以违法所得衡量危害结果的轻重，自然无法将非构成要件结果的违法所得归属于行为人的不法引起行为。只有对缓和的结果归属加以限制，才能正常发挥违法所得作为危害结果影响定罪量刑的功能。之所以在对缓和的结果归属进行限缩时，将不法行为所侵害的法益限制于交易秩序、公私财产权益，是因为违法所得本身具有经济价值属性，并且交易秩序、公私财产权益都涉及财产秩序。经济价值属性强调所得财产在使用价值之上的交易价值，并要求财产的交易行为本身能够符合社会公序良俗。法律不保护违背社会主义核心价值观的使用与交易行为，这是刑事政策指引下的应然解读。

债权等财产性利益具有现实意义上的经济价值。财产性利益的经济价值在于能够进行交易流通的价值，债权也不例外。不能因债权被设定了兑现条件而否认其交易价值，其兑现条件不足以使债权消失时，仍应承认债权的现实交易价值。并且，从比较法视野出发，财产性利益属于违法所得的观点已被接受。^{〔37〕}《德国刑法典》规定，只要基于犯罪行为产生的财产性利益均可予以没收。日本也规定，诸如存款债权、专利权等可成为经济交易对象的利益能够成为没收对象。美国最高法院在认定违法间接所得时，认为刑法条文中的“直接”与“间接”是指行为人如何获得财产，例如，前者指直接从毒品购买者处获得毒赃，后者指安排毒品购买者向跑腿中介支付中介费，^{〔38〕}而后者实际上即为消极的财产性利益。

财产及财产性利益只有在具有公认的交易价值时才能成为违法所得的对象，其本身并非绝对禁止交易的客体。这意味着违法所得本身应具有可替代性与可计量性。贿赂犯罪中的“权—色”交易，女性性权利并不具有公认的交易价值，因而不属于受贿方的违法所得。“钱—权”交易中，受贿方所得的字画、房屋等财产具有交易价值而被认定为违法所得，行贿方所得的官位具有不可交易性，无法被认定为违法所得。不过，行贿方基于行贿行为获取的招标项目、签订合同之类的竞争优势，直接体现在项目中标、合同成立的债权债务关系之中，属于具有交易价值的财产性利益，能够被认定为违法直接所得。又如非法组织卖血罪、组织出卖人体器官罪中的血液、器官，无法承认其具有公认的可买卖性。有法院在判决时也指出，按照理论通说人体器官在我国属于禁止交易的物品，并且这一理论通说已经上升至国家法律规定层面，将人体器官作为商品买卖不仅有违伦理道德，而且严重破坏我国对于人体器官移植行为的管理秩序。^{〔39〕}因此，人体器官自然不能被评价为违法所得。

〔37〕 参见前引〔28〕，蔡可尚、吴光升文，第368页。

〔38〕 See *Honeycutt v. United States*, 137 S. Ct. 1626.

〔39〕 参见北京市第一中级人民法院（2014）一中刑终字第2489号刑事裁定书。

通过违法所得的经济价值属性,同时可以将犯罪创设物排除在违法所得概念之外。犯罪创设物,如伪造的文书、变造的货币,皆不具有规范意义上的交易价值,或者说法律或公共道德否定其交易价值,因此无法满足违法所得的经济价值属性要求,不属于违法所得。违法所得的经济价值属性决定了其作为危害结果时,不法行为所侵害的法益能够通过经济价值予以衡量,如交易秩序、公私财产权益。对于无法通过经济价值衡量法益侵害程度的,违法所得自然不能被认定为该罪名的危害结果。因此,并不是所有的违法直接所得都属于危害结果继而影响罪名的成立,同样存在违法直接所得无法被认定为危害结果的情形。除侵害交易秩序、公私财产权益之外的犯罪中,行为人通过不法行为直接获得财产的,虽然不能被认定为决定定罪量刑的危害结果,但仍应肯定所得资产与不法行为之间的事实因果关系。

四、违法间接所得没收范围之锚定

违法直接所得经流转得到的财产不再保持不法行为取得时的“原貌”,成为违法直接所得的衍生类型。由于违法直接所得财产在流转过程中涉及的交易、兑换、投资、加工等环节,使“所得”与“违法”之间不再具有直接关联性,因此,这些衍生类型的财产被称为违法间接所得。违法所得的应用范畴同样涉及违法间接所得的认定及其处置问题。

(一) 违法间接所得决定没收的边际范围

违法间接所得因涉入不法行为之外的流转环节,往往使所得财产的价额再次发生变动,以此作为危害结果不足以精准反映不法行为的法益侵害程度。如在集资诈骗类案件中,“集资诈骗的数额应以犯罪嫌疑人实际骗取的金额计算”〔40〕,而不是以行为人将违法直接所得财产投资交易后的价额计算。只不过,违法所得不属于危害结果时,同样能够基于“任何人不得从不法行为中获益”的法理要求被没收。例如,虽然买卖妇女、儿童所获得的“对价”属于违法所得,但无法承认妇女、儿童人身自由的可交易性、可替代性与可计量性,自然不以行为人的违法所得作为影响定罪量刑的危害结果。不过该违法所得与不法行为之间的确存在事实上的直接因果关系,也应被予以没收。

违法所得没收范围的判断考察的是如何最大限度地恢复财产法益、社会秩序的正常状态。“此等消除破坏状态之措施虽然与过去已发生的事实相联结,但其目标却是针对未来的。它的目标并非对该不法行为之非难与究责,而是阻止此等已遭破坏的财产秩序状态延续到未来。”〔41〕尽管在过去的行为发生之时,财产秩序已然遭受侵害,但“在观念论的时间观之下,过往的罪行与其他任何事物一样,都并非一成不变、固定于时光之中的永恒定在,因此也只能在当下的意义脉络中判断”〔42〕。换言之,不法财产经由流转环节后,不法程度可能会发生转变,财产秩序的待恢复内容也应该立足于现在的受侵害程度判断。虽然“违法所得的一切财物”之表述,承认违法行为与所得财产之间的间接关联性,但并非违法间接所得一概要没收。当不法财产经由流转环节后

〔40〕《最高人民法院关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第17条。

〔41〕吴耀宗:《刑法第三十八条之一第二项立法理由与德国扩大没收》,载《月旦法学杂志》2016年第4期,第50页。

〔42〕王钢:《刑事归责的时间之维——论危害结果延迟发生案件的司法处理》,载《法学》2022年第2期,第58页。

使不法程度降低，只需没收违法直接所得即可阻止已遭破坏的财产秩序状态延续到未来时，违法间接所得的没收范围将会被限缩。问题是如何立足于不法财产流转后的状态，判断财产秩序所需恢复的程度。回答这一问题即为解决违法所得没收的边际范围的关键。因此，违法直接所得属于特别没收的核心范围，而违法间接所得则属于违法所得没收的边际范围。既然危害结果之外的违法间接所得才是影响特别没收边际范围的决定因素，那么，计算应予没收的违法间接所得对司法实践的应用就至关重要。

（二）违法间接所得没收规则的具体构建

作为不当利益平衡措施的违法所得没收并非刑罚措施。报应刑与预防刑并合主义说作为理论界关于刑罚正当化根据的通说，^{〔43〕}无法为违法所得没收提供正当化依据。而法益恢复论却能够恰如其分地发挥作用，成为违法所得没收的正当化理论基础。一方面，违法所得属于被害人的合法财产时，没收后应及时返还，表明没收是对被害人财产权益遭受损害后的恢复。“法益恢复所特有的补偿功能对被害人的补充更为直接、具体。”^{〔44〕}行为人已对被害人损失的财产予以自行返还时，再将该部分财产作为犯罪组成之物纳入违法所得部分予以没收的做法，明显超出处罚的必要性，与对恶行的评价不相称。另一方面，即使没有特定被害人时也应没收违法所得，这实际上是对因不法行为侵害而受到社会交易秩序的恢复。倘若因不存在特定被害人而放任行为人对违法所得的控制，则意味着部分社会交易秩序无法得到恢复。从比较法视野出发可以得出同样的结论，例如美国的吐赃制度相当于我国的没收违法所得，前者规定将收缴的内幕交易犯罪所得的赃款归入公平基金，进而分配给广大投资者，实现在股市中的周转循环。^{〔45〕}

评价能否没收原不法行为的违法间接所得，第一阶段是判断流转行为的合规范性，第二阶段则取决于法益恢复的结果。法益恢复的结果判断是对不法财产流转后的状态进行评价，分析能否通过流转行为本身所指涉的正价值恢复被侵害的社会交易秩序。倘若得出肯定性结论，自然无需借助违法所得没收这一不当利益平衡措施的外力予以修复，以此判断对违法间接所得没收的范围。具体而言，违法间接所得没收规则的构建包括以下两个阶段：

1. 第一阶段：流转行为的合规范性判断

行为人实施的流转行为本身不合乎规范的，违法直接所得原财产经转化后的间接所得仍具有不法性。行为人对违法直接所得进行交易、兑换等行为被评价为不合乎规范时，交易、兑换后的违法间接所得无法摆脱其原有“污点”。违法直接所得本身所侵害的法益与流转行为本身所指涉的负价值叠加，导致违法间接所得仍具有不法性。更何况，当流转行为被评价为洗钱等犯罪行为时，直接根据结果的客观归属，也能够将原不法行为的违法间接所得评价为新不法行为的违法直接所得，同样应予以没收。

并非涉及将违法直接所得转化为违法间接所得的流转行为都不合乎规范，只有七类特定的上游犯罪行为实施的流转行为才有可能构成自洗钱犯罪。对于不具有掩饰、隐瞒上游犯罪所得及

〔43〕 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国人民大学出版社2017年版，第440-448页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第671-672页。

〔44〕 刘科：《“法益恢复现象”：适用范围、法理依据与体系地位辨析》，载《法学家》2021年第4期，第165页。

〔45〕 参见邢会强：《内幕交易民事诉讼与投资者保护：制度比较与模式选择》，载《投资者》2018年第2期。

其收益的客观流转行为也不应认定为构成洗钱罪。域外司法实践的做法亦是如此。例如,行为人从与被害人开设的联合账户中秘密提取资金,并将其转入自己名下的银行账户中从事正常的小额零售支付交易,上诉法院认为资金的处置并不复杂,且账户信息能够被正确识别,行为人并没有为逃避监管而涉及高度不规则的转移方式,撤销了对行为人犯基本洗钱罪的指控。^{〔46〕}我国司法实践仍需严格把握行为人流转行为的合规性界限,结合行为人对资金处置的复杂程度判断具体行为是否违反了新的法益,而非一概将涉流转行为评价为不合乎规范。只有在流转行为被评价为具有合规性之后,才能进一步借助法益恢复的结果判断违法间接所得能否予以没收。

2. 第二阶段:结合法益恢复的结果判断

违法直接所得涉及的流通过程不同,导致违法间接所得的类型有所差异,进而影响社会交易秩序的恢复程度。据此,有必要采取类型化思维,对违法直接所得经流转后的产物及其可能存在的样态予以类型化,补充违法间接所得概念思维下的形态漏洞,进而更为全面地构建违法间接所得的没收规则。

(1) 违法直接所得的孳息是原物的自然产物,应予没收

违法直接所得的孳息是行为人获取违法直接所得后的产物,不属于作为危害结果的违法直接所得,应将其划入违法间接所得的范畴之中。如在白某甲、高某职务侵占案中,白某甲利用职务之便实际出资9万元获取鉴定价格为13.4万元的门面房,高某利用职务之便实际出资6万元获得鉴定价格为8.99万元的门面房,两人将房屋出租后取得租金分别为3.36万元、2.24万元。^{〔47〕}法院认为白某甲与高某的违法直接所得应为门面房的鉴定价格扣除出资成本后的价额,即白某甲非法占有单位财物4.4万,高某非法占有单位财物2.99万,违法直接所得的孳息为二人将门面房出租后的租金,是二人的违法间接所得,被依法没收。将违法直接所得的孳息排除在犯罪数额的计算范围之外,将其作为违法间接所得予以没收的处理方式得到了司法实践的广泛认可。^{〔48〕}之所以将违法直接所得的孳息予以没收,是因为其并非行为人实施法益恢复行为的产物,不具有法益恢复结果。孳息与违法直接所得原物相伴而生,是由违法直接所得原物产生的额外收益,其本身并未涉入行为人的合法生产、经营管理等因素,所以违法直接所得的孳息仍为“毒树之果”,而非法益恢复的结果。

(2) 违法直接所得的替代物是原物的等值替换,应予没收

违法直接所得的替代物既包括由违法直接所得原物经等价交易、等值兑换等流转过程所得到的对价物,如行为人使用非法集资资金购买的奢侈品等,也包括因违法直接所得原物灭失、损毁或贬值后充抵的与原价等值的财物。但只有对价物与不法行为之间具有关联性的,才属于违法间接所得。对价物所经历的等价交易、等值兑换等流转过程并不限于绝对符合商品价值的交易,而是在符合基本价值规律的前提下进行的交易行为,允许可接受的利益盈亏之存在。因此,对于替代物价值的计算属于估算的过程。这一认定方式也得到域外立法的支持,如《德国刑法典》第

〔46〕 See United States v. Esterman, 324 F.3d 565 (7th Cir. 2003).

〔47〕 参见湖南省岳阳市中级人民法院(2014)岳中刑二终字第63号刑事判决书。

〔48〕 如《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔1998〕9号)的规定,又如内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院(2019)内01刑初24号刑事判决书中对违法所得没收范围的认定。

73d (2) 条规定，犯罪所得之范围与价额及应扣除之支出应估算认定。

替代物的形成过程并未使不法行为对法益产生的负价值得到恢复。对价物涉及的等价交易、等值兑换等流转过程虽未违反相关规范，但仅是对违法直接所得原物进行物理形态的转变，该行为的合规性尚未产生抵消违法直接所得法益侵害结果的正价值，而是在法益侵害结果的负价值之上作出的无涉价值增益的“零贡献”。因此，违法直接所得的替代物作为原物的等值替换，并未产生法益恢复的结果，应予没收。

(3) 违法直接所得的投资收益没收应针对资本投机行为所得

违法直接所得的投资收益是违法直接所得流转所产生的“不法与合法”耦合的结果，既包括资本投机行为所得也包括生产经营行为所得。违法直接所得的投资收益不同于违法直接所得的孳息。虽然二者都是违法间接所得，但孳息是不使用原本的对价，将违法所得原物让渡给他人使用，行为人自己不使用而产生的收益；投资收益则是行为人使用了原本的对价，要求行为人在原物上投入时间和精力进而在使用过程中产生的收益。从行为人的角度判断，孳息无需行为人积极介入，更不需要行为人承担风险；如果需要行为人付出积极作用，甚至承担不确定的风险方能取得的收益，不是孳息而是违法直接所得的投资收益。^{〔49〕}

劳动创造价值而非资本创造价值，纯粹利用违法直接所得为资本进行的投机交易行为，如炒股、购买彩票、理财等资本投机行为虽合乎规范，但该行为所得收益无劳动价值的体现，所以仍被定义为中性行为。该中性行为尚未达到对社会交易秩序法益良性恢复的程度，无法修复被破坏的社会交易秩序法益，因此资本投机行为所得仍应予以没收。与中性的资本投机行为所得资产不同，生产经营收益部分是行为人通过生产管理、劳动加工以及技术投入等获得的，是对社会交易秩序的良性恢复，不应予以没收。违法直接所得在生产经营过程中与劳动要素混合，将所创造的劳动价值外化为生产经营的收益。生产经营收益因涉入劳动要素而创造了价值，能够与不法行为所创造的负价值相抵消，进而使社会交易秩序法益得到良性恢复。因此，行为人利用违法直接所得进行合乎规范的生产经营活动时，只应对违法直接所得的相应金额部分予以没收，对剩余的生产经营收益部分不应没收。最高人民法院也认可这一观点。^{〔50〕}换言之，投资收益中的合法部分仍应得到承认，对投资收益中的合法产出部分不予没收并不会养痍遗患，而是利益衡量之后的结果。

五、结 语

在厘清刑法中违法所得概念具有刑事不法性的基础上，肯定不法行为与所得财产在事实上的直接因果关系与间接因果关系。将非构成要件结果的违法直接所得评价为危害结果，实际上是缓和的结果归属之延伸适用，应根据违法直接所得的经济价值属性限缩其适用场域。司法实践在衡量违法间接所得是否应予没收时，除初步判断违法直接所得交易、兑换等流转行为是否合乎规范

〔49〕 参见王勇：《论〈监察法〉中的违法所得：界分及其类型》，载《当代法学》2022年第1期。

〔50〕 参见《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（法释〔2014〕13号）第10条。

外，还应围绕法益恢复结果综合判断。流转过程中的生产经营等行为具有评价为正价值之可能，由此肯定其合法部分而排除没收。如此认定能在体现法益保护之规范目的同时，更为契合利益衡量的评价结果。

Abstract: In practical and theoretical circles, there are signs of generalized application of illegal gains in criminal law, which is manifested in the deviation of content, confusion with criminal components and generalization of related filling, resulting in the imbalance within and outside the scope of criminal law confiscation and the characterization of cases. Illegal gains shall be interpreted as direct and indirect gains from criminal wrongful acts that meet the constitutive elements. When the economic value attribute determines the illegal direct income as the harmful result, the legal interests infringed by the corresponding illegal act should be limited to the transaction order and public and private property rights and interests. The confiscation of illegal gains as a balance of improper interests measures focuses on the relative restoration of the infringed legal interests, which determines that the legal interest restoration theory can provide a legitimate and effective thinking tool for the judicial practice to anchor the confiscation of illegal indirect gains. Standardized production and operation activities are a benign restoration of the social transaction order and the investment income part should not be confiscated so as to achieve the evaluation effect in line with the measurement of interests.

Key Words: confiscation, illegal gains, hazardous results, recovery of legal benefits

(责任编辑: 简 爱 赵建蕊)