

论刑事案件不法原因给付财产的没收

吴光升*

内容提要 我国民、行、刑立法协调性的不足导致法院在很多刑事案件中没收不法原因给付财产时面临法律依据不足的困境,不同法院在处理不法原因给付财产时做法不一、理由各异。在无法律否定给付人合法权益时,不法原因给付财产没收具有双重属性,既是对犯罪行为违法所得的追缴,又是对给付人返还请求权优先性的排除。其正当性来源于两个方面:对于犯罪行为人来说,是任何人不得从不法行为获得利益的矫正衡平理论,对于给付人来说,是财产权滥用失权理论。不法原因给付财产没收条件具有双重符合性:不仅要符合违法所得没收的条件,还要符合排除给付人返还请求权优先性的条件。不法原因给付财产没收具有制裁性,其适用应遵循比例原则。为防止严重滥用财产权的行为,在不法原因给付行为具有犯罪预备性质时,犯罪行为人事后返还给付人的不法原因给付财产也应加以没收。

关键词 不法原因给付财产 违法所得 给付人 返还请求权 没收

目次

- 一、问题的提出
- 二、不法原因给付财产没收困境的立法根源
- 三、不法原因给付财产没收的性质与正当性基础
- 四、不法原因给付财产没收的限度
- 五、事后返还不法原因给付财产的没收
- 六、结语

* 温州大学法学院教授。本文系2020年度国家社科基金一般项目“刑事诉讼中案外人的财产权保障研究”(项目批准号:20BFX090)的阶段成果。

一、问题的提出

在司法实践中,相当部分刑事案件涉及违法所得的处理,在这些违法所得中又有不少属于被害人出于谋求不法利益而给付犯罪行为人的财物。如何妥当处理这些财物是刑事司法实践不时面临的棘手问题。“郝某诈骗案”就是此类案件的一个典型:2021年2月至4月,犯罪行为人郝某虚构认识公安民警并能帮助在押人员任某办理取保候审的事实,骗取任某家属韩某人民币9.5万元。在刑事诉讼期间,郝某家属与被害人韩某达成谅解协议,退还韩某人民币4万元。法院审理后认为,郝某行为构成诈骗罪,韩某意图以花钱请托方式,通过非法途径办理任某的取保候审,其被骗钱款不能视为被害人的合法财产,而应作为赃款予以没收;但对郝某家属事后退还韩某的人民币4万元不予处理。法院最后判决郝某行为构成诈骗罪,责令其退赔赃款人民币5.5万元,并予以没收。^①

该案面临的最大问题是能否没收被害人的不法原因给付财产。所谓不法原因给付,一般认为是基于违反强行性法规或公序良俗的原因所为的给付。^②不法原因给付财产大体可分为两种:一是已构成犯罪或应予以行政处罚的行政违法行为的不法原因给付行为所给付的财产;二是其他不法原因给付行为所给付的财产。《刑法》第64条规定,对于犯罪行为人“供犯罪所用的本人财物”应予以没收。《行政处罚法》第8条与《治安管理处罚法》第11条也分别规定,用于违反行政管理秩序行为的“非法财物”与“直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具”应予以没收。据此,对于第一种不法原因给付财产,因给付人已成为犯罪行为人或应受行政处罚之行政相对人,法律明确否定给付人对给付财产具有合法权益,将其作为给付人的“供犯罪所用的本人财物”“非法财物”或“直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具”予以没收,一般问题不大。

第二种不法原因给付财产又可分为两种:一是在给付之前属于给付人的合法财产;二是在给付之前系给付人占有的违法所得。对于后者,在刑事案件中直接将其加以没收也不存在问题。但对于前者,由于给付人的不法给付行为并未构成犯罪,也未构成应受行政处罚的行政违法行为,不能直接从给付人手中加以没收,而只能以没收犯罪行为人(不法原因给付财产领受人)的违法所得或犯罪工具的方式加以没收。但根据《刑法》第64条规定,如不法原因给付财产属于“被害人的合法财产”,该财产既不能作为违法所得没收,也不能作为犯罪工具没收,而应返还作为被害人的给付人。但何为“被害人的合法财产”?不法原因给付财产在何种情况下才不属于“被害人的合法财产”而可加以没收?当前立法与司法解释并无明确规范,司法实践认识不一,不同案件对这些不法原因给付财产的处理方式并不一致,有的案件判决没收,^③有的案件则判决返还给付

① 参见北京市门头沟区人民法院(2021)京0109刑初193号刑事判决书。

② 参见李永军、李伟平:《论不法原因给付的制度构造》,载《政治与法律》2016年第10期,第109页。

③ 参见北京市门头沟区人民法院(2020)京0109刑初160号刑事判决书。

人^④。即使在判决没收的案件中,没收理由也不尽相同,有的甚至不说明理由^⑤。

该案还涉及一些其他值得研究的问题:没收不法原因给付财产是否应当以及如何遵循比例原则?犯罪行为人事后返还给付人的不法原因给付财产还能否没收?当前立法与司法解释对此也无明确规范。对前一问题,从笔者所查阅案例来看,法院判决大多不考虑比例原则,有多少就没收多少,如有的案件没收数额达人民币350万元^⑥。这种不考虑比例原则的没收是否正当,很值得研究。对后一问题,“郝某诈骗案”持否定立场,其他案例也持否定立场,^⑦而这是否合理,也值得研究。

对于不法原因给付财产处理问题,目前民法学界讨论较多,关注点大多在给付人对不法原因给付财产有无返还请求权,^⑧刑法学界的讨论相对较少,且主要集中于刑法应如何规制侵占、骗取不法原因给付财产的行为,^⑨对上述不法原因给付财产的没收问题则关注甚少。尤其是对《刑法》第64条中“被害人的合法财产”的解读直接关系到刑事案件中能否没收不法原因给付财产,但当前学界对此问题并未作深入讨论,大多认为只要违法所得明确属于被害人财产就应加以返还,^⑩至于被害人属于不法原因给付人时还能否返还,很少有人作进一步讨论^⑪。司法实践中这种涉及不法原因给付财产没收的案件比较多,上述问题如不能得到妥当解决,一方面容易给司法机关滥用权力侵害公民财产权利留下空间;另一方面也会纵容一些人滥用财产权谋取不法利益。基于此,本文先对我国有关不法原因给付财产处理的法律规范进行简要梳理,并对其不足带来的不法原因给付财产没收困境进行分析,然后对没收上述第二种不法原因给付财产中的合法财产的法律性质、没收的正当性基础以及没收的限度等进行分析,最后对犯罪行为人事后返还的不法原因给付财产的没收问题进行讨论,以期引起学界对这些问题的关注和深入研究。

二、不法原因给付财产没收困境的立法根源

我国《宪法》第13条规定,公民的合法财产受法律保护,不得随意加以剥夺。《刑法》第64条也规定,如追缴、责令退赔的违法所得属于被害人的合法财产,应返还被害人;犯罪工具不属于犯罪行为本人所有的财物时,不得加以没收。因而在给付人的不法给

④ 参见北京市房山区人民法院(2020)京0111刑初413号刑事判决书。

⑤ 参见北京市丰台区人民法院(2021)京0106刑初169号刑事判决书。

⑥ 参见北京市海淀区人民法院(2020)京0108刑初737号刑事判决书。

⑦ 参见北京市西城区人民法院(2021)京0102刑初167号刑事判决书。

⑧ 参见王洪、高凡:《非法性抗辩与不当得利返还——以英国法为比较对象的研究》,载《法学论坛》2023年第1期,第139-150页。

⑨ 参见陈少青:《侵占不法原因给付物的法律规制——以刑民评价冲突的消解为切入点》,载《法律科学》2021年第3期,第180-190页;王昭武:《法秩序统一性视角下的不法原因给付》,载《华东政法大学学报》2022年第2期,第20-32页。

⑩ 参见何帆:《刑事没收研究——国际法与比较法视角》,法律出版社2007年版,第205-207页;乔宇:《刑事涉案财物处置程序》,中国法制出版社2018年版,第137-138页。

⑪ 有人讨论了给付财产本属违法所得时的没收问题,但对于给付财产原本属给付人合法财产时的没收问题并未深入讨论。参见李长坤:《刑事涉案财物处理制度研究》,上海交通大学出版社2012年版,第107、218-219页。

付行为未构成犯罪或应受行政处罚的行政违法时,能否在刑事案件中没收不法原因给付财产,关键在于是否有法律在给付人即使属于被害人时也否定其对不法原因给付财产的合法权益。但从目前来看,民事法律未从根本上否定给付人对不法原因给付财产的返还请求权,行政法律与刑事法律也很少有否定给付人对不法原因给付财产合法权益的具体规定,这导致实践中法院没收不法原因给付财产时面临法律依据不足的困境,各法院对此做法不一。

(一) 不法原因给付财产立法的协调性不足

就给付人对不法原因给付财产是否存在合法权益而言,民事法律是基础,行政法律与刑事法律是补充。如民事法律否定了给付人对不法原因给付财产的返还请求权,在刑事案件中就可以该财产属于领受人即犯罪行为人的违法所得或犯罪工具为由直接加以没收。如民事法律未否定给付人的返还请求权,就需有行政法律或刑事法律否定给付人的合法权益,否则在刑事案件中没收不法原因给付财产就会面临法律依据不足的问题。

从民事立法过程来看,我国民事法律曾有过否定给付人对不法原因给付财产返还请求权的规定,后来这些规定被删除。根据1986年颁布的《民法通则》第61条与1999年颁布的《合同法》第58、59条,如不法给付行为属于“当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的”行为,不仅给付人对不法原因给付财产无返还请求权,而且还应将此财产没收或返还集体或第三人。如该财产属于犯罪行为人的违法所得,则可根据《刑法》第64条没收上缴国库或返还集体或第三人,不能返还给付人。但2017年颁布的《民法总则》考虑到民事法律调整的是平等民事主体之间的法律关系,而收缴不法原因给付财产属于国家与公民之间的法律关系,应由行政法律而非民事法律调整,因而对前述收缴规定作了较大调整,^⑫在第157条规定,“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿……法律另有规定的,依照其规定”。2020年颁布的《民法典》第157条作了相同规定。对于其中的“法律另有规定的,依照其规定”,较权威的解释认为这是指该条的返还原物规定并非绝对的,如法律有特别规定,也可不返还,如合同标的是枪支的,合同无效,交易的枪支应根据有关法律收缴。^⑬在我国不当得利制度修改过程中,虽有不少学者提出应设置不法原因给付请求返还的例外,但因学界对不当得利不予以返还的性质存在争议,《民法典》第985条维持了原有规范,未针对不法原因给付财产的返还设置例外。^⑭由此可见,在《民法总则》之前,由于我国民事法律否定了给付人对不法原因给付财产的返还请求权,在刑事案件中可直接根据《刑法》第64条没收不法原因给付财产,但此后的《民法总则》《民法典》均未否定给付人的返还请求权,在刑事案件

^⑫ 参见陈广辉:《“有偿请托”的私法定性及其司法规制》,载《中国政法大学学报》2020年第6期,第169-170页。

^⑬ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第787页。

^⑭ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(四),人民法院出版社2020年版,第2804-2805页。

中就不能再仅仅根据《刑法》第64条没收不法原因给付财产,除非有行政法律或刑事法律明确否定了给付人对不法原因给付财产的合法权益。

但从当前行政法律与刑事法律来看,否定给付人对不法原因给付财产合法权益的规定相当少。在行政法律方面,很少有明确否定给付人对不法原因给付财产合法权益的规定。一方面,行政法律中存在明确将违法所得返还被害人的例外规定,并非所有行政违法行为的违法所得均可加以没收。如《行政处罚法》第28条第2款规定:“当事人有违法所得,除依法应当退赔的外,应当予以没收。”《治安管理处罚法》第11条规定:“违反治安管理所得的财物,追缴退还被害人;没有被侵害人的,登记造册,公开拍卖或者按照国家有关规定处理,所得款项上缴国库。”另一方面,当前行政法律中涉及违法所得没收的具体规定均旨在没收违法行为人的违法所得,很少明确否定给付人对不法原因给付财产的合法权益。如《食品安全法》第122条规定,“违反本法规定……由县级以上人民政府食品安全监督管理部门没收违法所得和违法生产经营的食品、食品添加剂以及用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品……明知从事前款规定的违法行为,仍为其提供生产经营场所或者其他条件的,由县级以上人民政府食品安全监督管理部门责令停止违法行为,没收违法所得”;第138条规定,“违反本法规定,食品检验机构、食品检验人员出具虚假检验报告的,由授予其资质的主管部门或者机构撤销该食品检验机构的检验资质,没收所收取的检验费用”。这些规定仅仅要求没收违法行为人的违法所得,至于这些违法所得如属不法原因给付财产时能否否定给付人的合法权益而将其没收上缴国库,则并不明确。其他如《药品管理法》第138条、《安全生产法》第92条也都存在类似情况。

在刑事法律方面,以下法律规定可视为否定给付人对不法原因给付财产合法权益的规定:一是2021年颁布的《反有组织犯罪法》第46条第1项规定,“涉案财产符合下列情形之一的,应当依法予以追缴、没收:(一)为支持或者资助有组织犯罪活动而提供给有组织犯罪组织及其成员的财产”。根据该规定,给付人出于支持或资助有组织犯罪活动而提供给有组织犯罪组织及其成员的财产,即使给付人未被追究刑事责任,给付人对该财产也无合法权益,应加以没收。二是《反恐怖主义法》第95条规定,“对依照本法规定查封、扣押、冻结、扣留、收缴的物品、资金等,经审查发现与恐怖主义无关的,应当及时解除有关措施,予以退还”。根据该规定的反对解释,只要不法原因给付财产与恐怖主义相关,即使给付人的给付行为未构成帮助恐怖活动罪,给付人对不法原因给付财产也无合法权益,应加以没收。除这些规定外,大部分刑事涉案财物没收规定均旨在追缴没收犯罪行为人的违法所得,并未明确否定给付人对不法原因给付财产的合法权益。如前述《食品安全法》《药品管理法》《安全生产法》等规定的可以没收违法所得的违法行为,其情节严重时均可构成犯罪,但这些规定仅仅要求追缴没收犯罪行为人的违法所得,至于这些违法所得如属不法原因给付财产时还能否加以没收并不明确。

(二) 不法原因给付财产没收的适用困境

在域外,不管是大陆法系国家还是英美法系国家,其民事法律大多否定了给付人对不法原因给付财产的返还请求权,因而法院在刑事案件中只要能认定不法原因给付财产

属于犯罪行为人的违法所得或犯罪工具,就可依据刑法规定直接将该财产加以没收,不存在法律障碍。如在德国,由于其《民法典》第817条否定了给付人对不法原因给付财产的返还请求权,^⑮在不法原因给付财产被认定为犯罪行为人的违法所得或犯罪工具而被法院判决没收后,检察机关可根据《德国刑法典》第75条拒绝给付人的返还申请而将该财产上缴国库^⑯。在美国联邦,根据其不法约定制度(illegal agreement),因不法约定而无效之契约自始无效(void ab initio),已移转之金钱、动产与不动产不得回复原状,除非给付人无违法之故意。^⑰基于此,在美国联邦民事没收中,如不法原因给付财产属于违法所得或犯罪工具,法院可直接裁决没收,除非给付人提出无辜所有者抗辩并能证明其对该财产成为违法所得或犯罪工具具有无辜性。^⑱美国联邦刑事没收亦是如此。^⑲

在我国,由于《民法典》未否定给付人对不法原因给付财产的返还请求权,法院在刑事案件中不能像域外法院那样直接以该财产属于犯罪行为人的违法所得或犯罪工具为由加以没收,而是必须在确定是否有行政法律或刑事法律否定给付人对该财产的合法权益后才能裁决是否没收上缴国库。但我国明确否定给付人对不法原因给付财产合法权益的行政法律与刑事法律相当少,这使得法院在刑事案件中处理不法原因给付财产时面临一种左右为难的困境:一方面,给付人不法给付的目的在于追求不法利益,如不没收而将其返还给付人,不利于预防相关不法行为的发生,还会助长给付人利用刑事司法追回不法原因给付财产的投机心理;另一方面,如将不法原因给付财产加以没收又缺乏明确法律依据,面临正当性质疑。这种困境使得法院在刑事案件中处理不法原因给付财产时认识不一、方式各异。首先,是否没收并不一致,有的法院将其加以没收,有的法院将其返还给付人。其次,在没收不法原因给付财产的案例中,以何种理由没收也不统一。有的法院以不法原因给付财产不属于《刑法》第64条的“被害人的合法财产”为由加以没收。如在“张某诈骗案”中,法院就以“本案被害人意图以花钱请托的方式,通过非法途径和手段谋取工伤保险利益,故其所遭受的经济损失不应作为被害人的合法财产受到法律保护,应认定为赃款并予以没收”。^⑳有的法院则参照不法原因给付制度原理,通过否定给付人的返还请求权没收不法原因给付财产。如在“王某某诈骗案”中,法院就以“被害人支付钱款系由于帮助家属逃避刑事处罚、违法办理北京户口、北京车牌等不法事项”,因而对被告人王某某“以上述事由骗取的钱款应依法予以追缴并没收”。^㉑“王某某诈骗案”亦是如此,法院判决仅仅指出不法原因给付财产被用于请托违法事项,因而应当予以没收。^㉒

^⑮ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第539页。

^⑯ 参见林钰雄主编:《没收新制(四):财产正义的实践》,元照出版公司2019年版,第206页。

^⑰ 参见前注②,李永军、李伟平文,第112-113页。

^⑱ 参见吴光升:《美国民事没收的无辜所有者抗辩:历史、现状与启示》,载《法治研究》2015年第4期,第113页。

^⑲ See 21 U. S. C. Sec. 853(n)(6)(A).

^⑳ 参见前注③,北京市门头沟区人民法院(2020)京0109刑初160号刑事判决书。

^㉑ 参见北京市通州区人民法院(2022)京0112刑初21号刑事判决书。

^㉒ 参见北京市海淀区人民法院(2020)京0108刑初1067号刑事判决书。

通过限制解释《刑法》第64条的“被害人的合法财产”来没收不法原因给付财产是最直接的路径。但该路径存在难以消除的质疑:就给付人的被害人身份来说,刑事被害人是因犯罪行为直接遭受权益损害的人,在给付人出于犯罪行为人的诈骗等行为而作出不法原因给付的情形下,如给付人确实遭受了财产损失,其被害人身份就不能仅以其存在过错为由加以否认。也许因此故,很多没收不法原因给付财产的法院判决并未否定给付人的被害人身份。但一方面承认给付人的被害人身份,另一方面又将其给付财产加以没收,很难不让人感到疑惑。而且,即使不认可给付人的被害人身份,^{②③}但只要其对不法原因给付财产存在合法权益,法院也不能随意没收。就给付人对不法原因给付财产是否具有合法权益来说,在被给付犯罪行为之前,不法原因给付财产属于给付人的合法财产,在无法律明确否定给付人对该财产的返还请求权或合法权益的情况下,就否定不法原因给付财产属于给付人的合法财产,并将其作为犯罪行为人的违法所得加以没收,缺乏合法性。

虽然我国民事法律未规定不法原因给付制度,但已有不少法院在处理涉及不法原因给付财产的民事纠纷时依据该制度的原理否定给付人的返还请求权。^{②④}一些法院在刑事案件中参照不法原因给付制度否定给付人的返还请求权后将不法原因给付财产予以没收,似乎在遵循一种惯例。^{②⑤}但是,财产权是公民的基本权利,以否定给付人返还请求权的方式没收不法原因给付财产是对公民基本权利的重大干预,应有法律明确授权。而且,在民事案件中否定给付人的返还请求权可以将《民法典》第8条“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗”作为法律依据,但在刑事案件中通过否定给付人返还请求权的方式没收不法原因给付财产,却存在法律依据不足的问题。因为民事案件否定给付人的返还请求权仅仅是拒绝给予司法救济,并未完全剥夺给付人通过其他方式追回给付财产或获得赔偿的可能性,而刑事案件没收不法原因给付财产却直接剥夺了给付人追回给付财产或获得赔偿的可能性,两者给给付人财产利益带来的不利后果完全不同,民事案件可以参照不法原因给付制度否定给付人的返还请求权,并不等于刑事案件也可以参照不法原因给付制度否定给付人返还请求权后将不法原因给付财产加以没收。

由于我国《民法典》未否定给付人对不法原因给付财产的返还请求权,行政法律与刑事法律也很少明确否定给付人对不法原因给付财产的合法权益,对于大部分不法原因给付财产来说,在刑事案件中不管是通过否定给付人返还请求权的方式加以没收,还是通过限制解释《刑法》第64条“被害人的合法财产”的方式加以没收,均面临法律依据不足的困境。但这并不表明这些不法原因给付财产完全不可没收,只是在此种情况下的不法原因给付财产存在两种相互冲突的合法利益——给付人的财产返还利益与国家的违法所得没收利益,故应转换没收思路,不能如同给付人对不法原因给付财产不存在

^{②③} 如有观点认为非法集资参与人不应有被害人身份。参见非法集资犯罪问题研究课题组等:《涉众型非法集资犯罪的司法认定》,载《国家检察官学院学报》2016年第3期,第108-109页。

^{②④} 参见张红:《请托关系之民法规制》,载《法学家》2018年第5期,第65-66页。

^{②⑤} 参见柏浪涛:《侵占罪的保护法益是返还请求权》,载《法学》2020年第7期,第138-139页。

合法权益一样直接根据《刑法》第64条加以没收,而应以给付人对不法原因给付财产具有返还请求权为前提,先通过利益平衡排除给付人返还请求权的优先性,而后再根据《刑法》第64条进行没收。为此,必须准确厘定这种没收的性质与正当性基础,并根据利益平衡原则设置合理的优先性排除条件与排除程度。

三、不法原因给付财产没收的性质与正当性基础

判断何种情况下可排除给付人返还请求权的优先性而没收不法原因给付财产,关键在于准确界定这种没收的性质并厘清其正当性基础。如将不法原因给付财产没收界定为一种刑罚措施,就不能针对未构成犯罪的给付人采取这种没收措施;如将其界定为一种保安处分措施或其他制裁措施,即使给付人未构成犯罪,也可对其采取没收措施。没收性质不同,其正当性基础也就不同。将这种没收视为对犯罪行为违法人违法所得的剥夺时,其正当性基础是矫正平衡理论;将这种没收视为对给付人合法财产权益的剥夺时,其正当性基础是财产权滥用失权理论。

(一) 不法原因给付财产没收的性质

在域外,由于民事法律否定了给付人对不法原因给付财产的返还请求权,并实行物权行为的无因性,不法原因给付财产属于领受人的财产,不法原因给付财产没收是针对作为领受人的犯罪行为人所采取的措施。对于犯罪行为人来说,不法原因给付财产是违法所得或犯罪工具,因而不法原因给付财产没收问题实际上是一个违法所得没收与犯罪工具没收的问题。对此,域外立法存在不同做法,日本与法国将违法所得与犯罪工具没收定位为一种刑罚措施,^{②6}意大利将其纳入保安处分中的财产保安处分范畴,^{②7}而《德国刑法典》则将违法所得与犯罪工具的“追缴与没收”作为独立于“刑罚”与“矫正与保安处分”的法律后果加以规定^{②8}。美国联邦根据所适用的程序界定违法所得与犯罪工具没收的性质:适用刑事程序时它们是针对犯罪行为人所采取的刑罚措施,适用民事程序时它们是不只适用于犯罪行为人的、独立于刑罚措施的制裁措施。^{②9}在学界,对于违法所得没收,有刑罚论、保安处分论、独立刑事制裁论、不当得利衡平措施论、多元论等观点;对于犯罪工具没收,有刑罚说、保安处分说、多义说、独立制裁说等观点。^{③0}

就我国而言,由于民、行、刑立法协调性不足,以及我国民事法律不采用物权行为无因性理论,不法原因给付财产在大部分情形下并不属于犯罪行为人的财产,因而不法原

^{②6} 参见张凌、于秀峰编译:《日本刑法及特别刑法总览》,人民法院出版社2017年版,第9、11页;《法国刑法典》,孙平译,法律出版社2023年版,第14页。

^{②7} 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第382-383页。

^{②8} 参见《德国刑法典》,徐久生译,法律出版社2019年版,第16-54页。

^{②9} See Catherine E. McCaw, *Asset Forfeiture as a Form of Punishment: A Case for Integrating Asset Forfeiture into Criminal Sentencing*, *American Journal of Criminal Law*, Vol.38:181, p.191-193 (2011).

^{③0} 参见吴光升:《刑事涉案财物处理程序研究》,法律出版社2018年版,第6-44页。

因给付财产没收的性质应分不同情形界定：有法律明确否定给付人对不法原因给付财产合法权益的，其性质问题是如何对违法所得没收与犯罪工具没收进行定性的问题；无法律明确否定给付人对不法原因给付财产合法权益的，它不仅是针对犯罪行为人采取的没收措施，更是针对给付人采取的没收措施，其性质问题应从犯罪行为人与给付人两个方面来分析。

从犯罪行为人的角度来看，在无法律否定给付人对不法原因给付财产的返还请求权或合法权益时，不法原因给付财产没收只能是违法所得没收，而不是犯罪工具没收。根据《刑法》第64条规定，犯罪工具没收的对象只能是犯罪行为人本人所有的财物，在法律没有否定给付人的返还请求权或合法权益时，不法原因给付财产就不可能是犯罪行为人的财物。虽然违法所得没收可降低犯罪收益而具有犯罪预防效果，但不能将之定位为一种刑罚措施，因为刑罚措施剥夺的是犯罪行为人的合法利益，而违法所得没收的对象不是犯罪行为人的合法利益，刑事诉讼法设置犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序这种未定罪没收程序也说明了这一点。同时也不能将这种没收定位为一种保安处分措施，因为保安处分旨在消除将来可能发生的危险，而违法所得未必是违禁品，违法所得没收的根本目的也并非消除潜在危险。本质上，违法所得没收是将犯罪行为人所获得的不法利益加以剥夺，以使其财产状况恢复至犯罪行为实施之前，因而这种没收类似于不当得利衡平措施，是一种独立于刑罚与保安处分的法律后果。

对于给付人来说，在既无法律明确否定其返还请求权，又无法律明确否定其合法权益的情况下，其不仅对不法原因给付财产具有返还请求权，而且根据国不与民争利的基本理念，其返还请求权相对于国家没收违法所得利益具有一定的优先性，没收不法原因给付财产是对这种返还请求权优先性的排除。对于这种优先性排除属于何种性质的措施，首先，它不属于刑罚措施，因为它所针对的给付人的不法给付行为并未构成犯罪。其次，它不是保安处分措施，如不法原因给付财产属于违禁品，给付人对其根本就不具有合法权益，更谈不上有返还请求权。最后，这种优先性排除也与前述作为准不当得利衡平措施的违法所得没收有所不同。由于给付人的返还请求权及其优先性均非不法利益，对这种返还请求权优先性的排除并不是恢复原合法利益状态，而是对原合法利益的一种减损。从给付人的角度来看，不法原因给付系给付人将自己的合法财产作为交易筹码，请托他人为其谋取不法利益。这种不法利益的谋取往往是以领受人侵害国家利益、社会公共利益或他人合法权益为代价。因而从本质上看，给付人返还请求权优先性的排除是对给付人不法原因给付行为的一种制裁措施。从这点来看，它在性质上类似于犯罪工具没收。

综上，在民事法律未明确否定给付人对不法原因给付财产的返还请求权，行政法律与刑事法律也未明确否定给付人对不法原因给付财产的合法权益时，不法原因给付财产没收在性质上具有双重性：在将不法原因给付财产作为违法所得剥离于犯罪行为人时，它对犯罪行为人具有准不当得利衡平措施的性质；在排除给付人返还请求权的优先性而将不法原因给付财产没收时，它对给付人具有制裁措施的性质。

（二）不法原因给付财产没收的正当性基础

财产没收是对公民基本权利的一种严重干预,应有坚实的正当性基础。在域外,由于民事法律否定了给付人对不法原因给付财产的返还请求权,不法原因给付财产没收的正当性问题是为何可没收犯罪行为人违法所得或犯罪工具的问题。但在我国,由于大部分情形下给付人对不法原因给付财产存在返还请求权,这使得不法原因给付财产没收虽然包含犯罪行为人违法所得没收的内容,但其核心内容是对给付人返还请求权优先性的排除,是对给付人不法给付行为的制裁,因而其正当性问题不仅仅是一个为何可没收犯罪行为人违法所得的问题,更多还是一个为何可排除给付人返还请求权优先性的问题。

对于没收犯罪行为人违法所得的正当性问题,虽然德国有学者认为其正当性基础是财产权滥用失权理论,即违法所得本属一种影响正常财产秩序的恶害,行为人或第三人等通过不当行为使其具有民事交易程序与财产权保障的外观,这是对基本权利保障机制的滥用,应通过没收去除这种财产利益。^①但德国主流观点认为没收犯罪行为人违法所得的正当性基础是任何人不得从不法行为获得利益的矫正衡平理论。^②英美法系国家的主流观点也持类似立场,认为这种违法所得没收的正当性基础在于矫正正义,即“犯罪不值得的基本正义理念”(fundamental notion of justice that crime shouldn't pay)与“所有犯罪行为人都应当被打回原状的正义要求”(justice requires that in all cases the criminal should be put back in the status quo ante)。^③财产权滥用失权理论本质上是通过剥夺行为人的财产利益进而加大行为人的不法成本来预防不法行为,而矫正衡平理论则是通过剥夺行为人的不法利益进而减少其不法收益来预防不法行为。对于犯罪行为人来说,虽然这种不法原因给付财产没收具有预防不法行为的客观效果,但这种没收不属于对其合法财产的没收,以财产权滥用失权理论作为其正当性基础实属牵强。相反,以矫正衡平理论作为其正当性基础更有说服力。基于此,以矫正衡平理论作为我国不法原因给付财产没收中没收犯罪行为人违法所得的正当性基础是比较妥当的。

对于为何可在不法原因给付财产没收中排除给付人返还请求权的优先性,有三种可能的正当性基础:矫正衡平理论、司法拒绝保护说与财产权滥用失权理论。笔者认为,就我国而言,其正当性基础应是财产权滥用失权理论,而非其他。

首先,将矫正衡平理论作为我国不法原因给付财产没收中排除给付人返还请求权优先性的正当性基础不妥当。如前所述,在无法律否定给付人的返还请求权或合法权益时,给付人对不法原因给付财产返还请求权的优先性具有合法性,因而排除给付人返还请求权的优先性,实际是剥夺给付人的合法利益,而非不法利益。这很难用任何人不得从不法行为获得利益来论证其正当性。

^① 参见魏国晋:《论犯罪利得没收“滥用或失权理论”之应用与限制》,载《军法专刊》第64卷第5期(2018年),第191页。

^② 参见林钰雄主编:《没收新制(二):经济刑法的新纪元》,元照出版公司2016年版,第62-74页。

^③ See Roger Bowles, Michael Faure & Nuno Garoupa, *Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.25(2):275, p.282-292 (2005).

其次,司法拒绝保护说无法证成国家剥夺给付人财产权益的正当性。对于不法原因给付制度何以可否定给付人的返还请求权,域外存在一种有力的观点——司法拒绝保护说。如有德国学者认为,这种返还请求权否定的目的在于保护司法纯洁性,避免司法机关因维护不法利益而有损其正义形象与司法尊严。^{③④}英美法系国家类似观点也认为,否定给付人返还请求权的法理基础是不应允许给付人因其自身的非法或不道德行为获得损害赔偿。^{③⑤}但这种司法拒绝保护说很难成为我国排除给付人返还请求权优先性的正当性基础。这一方面在于排除给付人返还请求权的优先性不同于不法原因给付制度否定给付人的返还请求权,后者平衡的是给付人与领受人的利益冲突问题,而前者平衡的是给付人与国家的利益冲突问题;另一方面在于这种返还请求权优先性的排除对于给付人来说,不仅仅是一个使其财产返还诉求得不到司法救济的问题,还是一个因不法原因给付财产被没收而使其财产返还利益完全丧失的问题,司法拒绝保护说无法为此提供充分的正当性基础。

最后,将财产权滥用失权理论作为我国排除给付人返还请求权优先性的正当性基础既符合其制裁属性,也有充分的法律依据。一方面,在不法原因给付财产没收中排除给付人返还请求权的优先性,在某种程度上是对给付人将自己的合法财产用作谋求不当利益工具行为的一种惩罚,其本质是对违法行为工具的没收。一般认为,没收违法行为工具的正当性基础在于财产权滥用之禁止。如德国刑法学者阿尔宾·埃泽尔(Albin Eser)认为,《德国基本法》第14条第2项的“财产权负有义务”与“行使需有利公共利益”规定是对财产权保障界限的描述,财产持有人应以符合公共利益之方式行使其财产权,否则就属于超出财产权保障界限的滥用行为而不受法律保护。^{③⑥}在英美法系国家,犯罪工具没收被视为一种对财产所有人疏忽地让自己的合法财产成为自己或他人犯罪工具的行为所进行的惩罚,^{③⑦}也是以财产权滥用之禁止作为正当性基础。以财产权滥用失权理论作为排除给付人返还请求权优先性的正当性基础,相比前述两种理论更有说服力。另一方面,这种财产权滥用失权理论在我国法律中已有充分体现。我国《宪法》第51条规定,我国公民“在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。《民法典》第8条与第132条分别规定,“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗”;“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”。这表明我国宪法与法律在保护公民财产权的同时,也要求公民行使财产权时负有不损害国家利益、社会公共利益以及他人合法权益的法律义务,如果公民违反这种法律义务,不仅其行为不会发生预期的法律效力,他还可

^{③④} 参见王钢:《不法原因给付与侵占罪》,载《中外法学》2016年第4期,第929-931页。

^{③⑤} See Lincoln Caylor & Martin S. Kenney, *In Pari Delicto and Ex Turpi Causa: The Defence of Illegality - Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US*, *Business Law International*, Vol.18(3):259, p.260 (2017).

^{③⑥} 参见前注^{③④},魏国晋文,第190页。

^{③⑦} See *Austin v. United States* 509 U.S. 602, 1993.

能承担相应的法律责任。^{③⑧} 在不法原因给付财产的案件中,虽然犯罪行为人在大部分情形中并未为给付人谋取不法利益,但给付人将自己的合法财产作为对价或工具,请托犯罪行为通过不法行为为其谋取不法利益,实际上是意图利用自己的合法财产侵害国家利益、社会公共利益或他人的合法权益。为预防这种财产权滥用行为的发生,即使给付人的不法给付行为未构成犯罪或应受行政处罚的行政违法行为,也应让其承担一定的法律责任。在给付人请求返还给付财产与国家要求没收该财产发生冲突时,排除给付人返还请求权本应具有的优先性就是给付人应为其不法给付行为承担的法律责任。

总而言之,不法原因给付财产没收具有双重属性,这决定了其正当性基础也具有双重性:对于犯罪行为人来说,这种不法原因给付财产没收的正当性基础是任何人不得从不法行为获得利益的矫正衡平理论;对于给付人来说,这种不法原因给付财产没收的正当性基础是财产权滥用失权理论。

四、不法原因给付财产没收的限度

在法律既未否定给付人的返还请求权,也未明确否定给付人的合法权益时,法院对不法原因给付财产的没收需经过双重审查:首先从犯罪行为方面审查该财产能否作为违法所得加以没收;其次从给付人方面审查能否排除给付人返还请求权的优先性而将该财产没收。同时,不法原因给付财产没收作为一种制裁给付人滥用财产权行为的措施,其适用应符合比例原则。

(一) 不法原因给付财产没收条件的双重性

在何种条件下可将不法原因给付财产作为违法所得从犯罪行为人处剥离,主要需考虑该财产与被指控犯罪行为之间是否存在因果关系。目前学界对此问题已有较多讨论,实务界对此问题也有相当关注,^{③⑨} 本文不再重复。此外,在何种条件下可排除给付人返还请求权的优先性也值得关注,由于这种优先性的排除对给付人来说具有制裁性,其设置应遵循责任主义原则,需要给付人的财产权滥用行为符合一定的主客观条件。

1. 给付人主观上对不法原因给付具有故意

在不法原因给付制度的讨论中,一般认为只有给付人存在过错时才可否定其返还请求权。如德国通说认为,否定返还请求权需给付人在主观上明知不法或有重大过失。^{④⑩} 在英美法系国家,如给付人存在事实认识错误,不能否定其返还请求权。^{④⑪} 英国近些年的案例,如2020年的“斯托费尔案”(Stoffel & Co v. Grondona)与“亨德森案”(Henderson v. Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust)还认为,给付人的过错明显大于领受

^{③⑧} 参见王利明:《论禁止滥用权利——兼评〈总则编解释〉第3条》,载《中国法律评论》2022年第3期,第19-20页。

^{③⑨} 参见前注^⑩,何帆书,第123-132页;屈舒阳:《刑事没收制度研究》,法律出版社2023年版,第170-210页。

^{④⑩} 参见陈自强:《不法原因给付》,载《月旦法学杂志》2021年第4期,第140-145页。

^{④⑪} 参见前注^⑧,王洪、高凡文,第141-143页。

人的过错也是否定给付人返还请求权的一个重要考虑因素。^{④②}王泽鉴也认为,否定返还请求权系法律上的制裁,应以给付人对给付原因不法性的认识具有故意或过失为要件。^{④③}

在不法原因给付制度中否定给付人的返还请求权,需要平衡的是作为平等民事主体的给付人与领受人之间的利益冲突。但在不法原因给付财产没收中排除给付人返还请求权的优先性,需要平衡的是国家与给付人之间的利益冲突。根据国不与民争利的基本理念,其适用条件应严于不法原因给付制度否定给付人返还请求权的条件。而且对于给付人来说,不法原因给付财产没收实质上是对其滥用财产权行为的一种制裁,而权利滥用主观上不能仅仅是过失或重大过失,而应当是故意。^{④④}另外,在不法原因给付制度中否定给付人的返还请求权只是导致给付人请求返还财产的诉求不受法律保护,并未完全使给付人丧失给付财产利益,而排除给付人返还请求权优先性后将给付财产没收上缴国库将导致给付人几乎完全丧失给付财产利益。基于此,不法原因给付财产没收宜以故意作为主观要件,只有在给付人明知或应当知道其通过不法给付行为所追求的利益属于不法利益时,才能排除其返还请求权的优先性。

2. 给付人客观上实施了不法给付行为

从逻辑上看,只有给付人因不法原因给付行为遭受了利益损害才存在能否请求返还给付财产的问题。如给付财产在给付前不属于给付人的合法财产,或者给付人在不法给付后获得了相应利益而未有财产损失(如嫖娼后支付组织卖淫者嫖资),给付人无返还请求权,该不法原因给付财产可直接根据《刑法》第64条加以没收。如给付人仅仅作出给付承诺而未有实际财产给付,犯罪行为人无违法所得,也就不存在财产返还问题,更不存在没收问题。

此处需要讨论的是:一是何为“给付”,二是何为“不法原因”。对于不法原因给付制度中的“给付”,德国通说认为是指有意识地、基于一定目的增加他人财产的行为,^{④⑤}而且认为这种给付财产必须是领受人为自己获得的财产,如财产给付仅仅是一种过渡性给付,因给付人撤销委托而请求返还时并未援引自己的不法行为,同时允许给付人撤回不法委托也符合法治思想,它不属于此处的“给付”范围^{④⑥}。王泽鉴也认为,不法原因的“给付”应理解为具有终局性的财货移转,不包括交付支票或债务约束等尚未终局完成的财货变动,否则就可能在否定给付人返还请求权的同时,带来领受人可要求给付人继续交付的不当后果。^{④⑦}

对于“不法原因”,需解决两个问题:一是其中的“原因”是指什么,二是其中的“不法”范围如何确定。对于不法的“原因”,德国学界认为它是行为主观目的或动机的不

^{④②} See Nathan Tamblyn, *The Defence of Illegality in Private Law*, *Liverpool Law Review*, Vol.43(1):33, p.35 (2022).

^{④③} 参见王泽鉴:《不当得利》(第2版),北京大学出版社2015年版,第125页。

^{④④} 参见前注^{③⑧},王利明文,第10页。

^{④⑤} 参见前注^②,李永军、李伟平文,第118-119页。

^{④⑥} 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第464-465页。

^{④⑦} 参见前注^{④③},王泽鉴书,第119页。

法。^{④⑧}法国亦有学者持类似观点,认为这种“原因”是一种目的因,是指双方当事人订立合同所追求的目的。^{④⑨}日本学界则认为,不法的“原因”不仅是指给付内容之原因行为本身不法,还包括行为附随情况的不法。^{⑤⑩}对于“不法”范围,不同国家的认定标准有较大差异。德国民法和瑞士债法将其界定为违反公序良俗或强制性法规,日本民法则将其限于严重违背善良风俗而不包括违背公共秩序。^{⑤⑪}我国台湾地区学者大多认为这种不法是指公序良俗之违背与强行法规的违反,王泽鉴进一步认为,这种强行法规之违反不包括行政取缔规定的违反。^{⑤⑫}

上述有关不法原因给付制度客观条件的讨论主要基于合理平衡民事主体利益的冲突,考虑何种情况下即使给付人遭受了财产损失,国家也不为其提供法律救济。因而不不管是“给付”的界定,还是“不法”范围的确定,均出于合理平衡民事主体利益冲突的要求:为鼓励给付人通过撤销委托中止不法委托行为,应赋予给付人返还请求权,“给付”因而不包括委托情形;给付人往往是不法给付的主因,给付人的利益相对更不值得保护,为预防给付人滥用财产权引发违反公序良俗的行为,违反公序良俗属于“不法”范围。但在不法原因给付财产没收中,应否排除给付人返还请求权的优先性需要平衡的是国家与给付人的利益冲突,因而除“原因”的界定外,其他客观条件均不能完全照搬不法原因给付制度来设置,而应根据不法原因给付财产没收对给付人所具有的制裁属性来设置。

具体而言,在“给付”的界定方面,不应将其限制于增加犯罪行为入财产利益的财产所有权转移行为,还应包括不具有终局性的财产委托行为。如给付人为谋取不法利益,将财产交付犯罪行为入,以委托其转交其他人作为为其谋取不法利益的报酬,即使犯罪行为入最后未将财产所有权转移他人,只要给付人谋求的不法利益严重违反法律规定,也应排除给付人返还请求权的优先性。一方面,对于给付人来说,这种不法原因给付财产没收是一种针对其财产权滥用行为的制裁措施,而损害国家利益、社会公共利益以及他人合法权益的财产权滥用行为并不限于财产所有权转移行为,还包括其他财产权能的行使行为;另一方面,不法原因给付制度之所以将委托行为排除于给付范围之外,在于避免出现领受人可要求给付人继续给付的不当后果,而在不法原因给付财产没收中排除给付人返还请求权的优先性并不会带来此种不当后果。

在“不法”范围的界定方面,虽根据《民法典》第8条与第10条,遵守法律与遵守公序良俗均是民事主体从事民事活动与司法主体解决民事纠纷的基本原则,但不能完全以此界定不法原因给付财产没收的“不法”范围。对给付人来说,不法原因给付制度的拒绝提供法律救济是一种消极性制裁,而不法原因给付财产没收是一种积极性制裁,后

^{④⑧} 参见前注②,李永军、李伟平文,第118-119页。

^{④⑨} 参见[法]弗朗索瓦·泰雷等:《法国债法:契约篇》(上),罗结珍译,中国法制出版社2018年版,第659页。

^{⑤⑩} 参见前注④⑩,陈自强文,第147页。

^{⑤⑪} 参见李先波:《原因非法不当得利返还请求权探析》,载《求索》2016年第2期,第66页。

^{⑤⑫} 参见前注④⑫,王泽鉴书,第123页。

者对给付人的否定评价要比前者严重。从理论上讲,给付人的返还请求权被排除之后,给付人仍然存在通过其他途径挽回财产损失的可能性。而给付人返还请求权的优先性一旦被排除,这种不法原因给付财产就会被没收并上缴国库,给付人很难再通过其他途径挽回财产损失。基于此,在“不法”范围的界定方面,不法原因给付财产没收应严于不法原因给付制度。这种“严”是说,给付人所谋求的不法利益不仅应是法律不予以保护的利益,还要求领受人或其他人为给付人获取不法利益的终端行为至少是损害国家利益、社会公共利益或他人合法权益而应受行政处罚的行政违法行为,而不能是单纯的民事违法行为或不受行政处罚的行政管理秩序违反行为。

(二) 不法原因给付财产没收的比例原则

比例原则是制裁性措施均应遵循的基本原则。对于犯罪行为人来说,不法原因给付财产没收不具有制裁性而带有衡平性,无需遵循比例原则,但对于给付人来说,它却是一种针对其财产权滥用行为的制裁措施,应遵循比例原则。同时,我国不法原因给付财产没收的核心是对给付人返还请求权优先性的排除,这种排除是冲突利益平衡的结果,更须遵循比例原则。

在不法原因给付制度中,由于返还请求权的否定对给付人具有制裁性,学者们在讨论如何否定给付人的返还请求权时,一般认为应进行比例性考量,以确保这种制裁与给付行为的不法性具有相当性。如日本学者谷口知平认为,是否否定给付人的返还请求权,应考虑不法性的强弱、拒绝救济的苛酷性、信任关系等多个方面。这一立场也得到了日本判例的认可。^{⑤③}王泽鉴基于这种返还请求权否定的制裁性,主张在裁量给付人的返还请求权时,应公平衡量当事人利益,不能因给付人本身不清白就一概拒绝保护。^{⑤④}如何判断给付人返还请求权的否定是否符合比例原则,学界提出了不少方案。如有学者认为,应否否定返还请求权,首先应考虑法律的目的以及目的与手段之间的比例关系;其次应考虑行为的违法程度。^{⑤⑤}有的学者则认为,是否符合比例原则应考虑的具体因素包括被违反的法律规范性质及其规范目的、违法行为的危害性、当事人对违法性的认识、缔约目的和动机、从不法行为获得的相对利益,以及当事人在合同行为中的相对地位等。^{⑤⑥}在不法原因给付制度中如何处理给付人的返还请求权本质上是保护给付人利益还是保护领受人利益的次优选择问题:如给付人与领受人均对不法给付存在过错,否定给付人返还请求权相当于让同样存在过错的领受人保留不当利益,而赋予给付人返还请求权则不利于预防不法行为的发生;如只有给付人存在过错,否定给付人的返还请求权仍然会让领受人保留了无法律原因的利益。基于此,在不法原因给付制度中如何处理给付人的返还

^{⑤③} 参见童伟华:《诈欺不法原因给付财物与利益之刑法分析》,载《汕头大学学报(人文社会科学版)》2009年第1期,第64页。

^{⑤④} 参见前注^{⑤③},王泽鉴书,第125、118页。

^{⑤⑤} 参见许德风:《论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制》,载《清华法学》2016年第2期,第92-93页。

^{⑤⑥} 参见谢鸿飞:《违反刑法的合同的类型与效力》,载《法律适用》2024年第1期,第152页。

请求权,应综合考虑给付人与领受人双方的因素。

而在不法原因给付财产没收中,应否排除给付人返还请求权的优先性,实际上是国家对给付人的不法给付行为应否给予制裁以及给予多大程度制裁的问题,而且这种优先性的排除不存在领受人保留不当利益的问题,因而在比例性考量因素方面,不法原因给付财产没收应与不法原因给付财产制度有所不同,其重点考量因素应是给付人的不法给付行为。

首先,给付人不法给付行为所谋取利益的不法程度。一是给付人所谋取利益违反的法律规定。给付人所谋取的不法利益有可能仅仅违反了行政法律规定,也有可能还违反了刑法规定,在排除给付人返还请求权优先性的程度上,违反后者的排除程度应高于违反前者的排除程度。二是给付人不法给付行为所带来的危害结果。给付人的不法给付行为所带来的危害结果具有差异性:有的犯罪行为人为人实施了不法利益谋取行为并造成实害结果;有的犯罪行为人为人虽实施了不法利益谋取行为,但未造成实害结果;有的犯罪行为人为人根本无意为给付人谋取不法利益而未实施不法利益谋取行为。基于此,对给付人返还请求权优先性的排除程度也应有所不同:犯罪行为人为人未实施不法利益谋取行为的可不排除或只部分排除;犯罪行为人为人实施了不法利益谋取行为但未造成实害结果的可部分排除;犯罪行为人为人实施了不法利益谋取行为并造成实害结果的则应完全排除。从这点来看,“张某等诈骗案”中法院判决将扣押的、给付人企图用于嫖娼的人民币14万余元全部返还给付人,^{⑤7}具有一定合理性;但“王某某诈骗案”中法院将王某某以帮助被害人家属逃避刑事处罚为由骗取的人民币350万元全部追缴没收,而不是部分返还被害人家属,^{⑤8}则有违比例原则。三是不法利益谋取行为所可能受到的处罚。排除给付人返还请求权的优先性旨在制裁给付人的财产权滥用行为,而给付人财产权滥用行为的危害性主要体现在给付人所追求不法利益的谋取行为上,因而在多大程度上排除给付人返还请求权优先性,应与这种不法利益谋取行为所可能受到的处罚成比例,不法原因给付财产没收的数额不应高于这种不法利益谋取行为所可能受到的处罚。从这点来看,“续某诈骗案”中法院将续某以为被害人杨某办理停止司法拍卖及解封事宜为由骗取的人民币350万元全部追缴没收,^{⑤9}在比例原则符合方面存在问题。

其次,给付人的主观恶性程度。一是给付人在促成不法原因给付中的主观过错程度。如给付人虽出于故意,且明知所谋取利益具有不法性,但其不法给付系犯罪行为人为人反复引诱的结果,则给付人主观恶性较低,可不排除或只部分排除其返还请求权优先性。二是给付人作出不法给付后有无反悔而中止或撤回不法给付的努力。如给付人在作出不法给付后又作出反悔或撤回不法给付的努力,相当于给付人存在中止财产权滥用行为的情节,可不排除或只部分排除其返还请求权优先性。

最后,排除给付人返还请求权优先性的必要性程度。排除给付人返还请求权优先性

^{⑤7} 参见北京市房山区人民法院(2020)京0111刑初413号刑事判决书。

^{⑤8} 参见前注^{②1},北京市通州区人民法院(2022)京0112刑初21号刑事判决书。

^{⑤9} 参见前注^⑥,北京市海淀区人民法院(2020)京0108刑初737号刑事判决书。

的目的在于通过制裁给付人的财产权滥用行为预防类似不法行为的发生。如给付人已因这种财产权滥用行为受过其他处罚,无必要通过不法原因给付财产没收再对其进行制裁时,就可不排除其返还请求权的优先性。而且,在给付人的财产权滥用行为已受过其他处罚后又排除其返还请求权的优先性,存在双重处罚的嫌疑。

另外,是否排除给付人返还请求权的优先性,还可能涉及给付人的被抚养人等的合法权益保障问题,如完全排除给付人返还请求权的优先性不仅导致给付人生活困难,还导致其被抚养人缺乏基本生活经费、教育经费的,可部分排除或不排除其返还请求权的优先性。

五、事后返还不法原因给付财产的没收

能否没收犯罪行为人事后私自返还给付人的不法原因给付财产,关键在于厘清这种没收的问题本质,正确认识其合理性限度,然后以此为基础设置合理的没收条件。

(一) 没收事后返还不法原因给付财产的问题本质

在犯罪行为人事后私自返还给付人的不法原因给付财产中,有些是法律明确否定给付人合法权益的财产,有些是法律未否定给付人返还请求权的财产。法律否定给付人对不法原因给付财产合法权益的情形有两种:一是给付人的不法给付行为已构成犯罪或是犯罪行为的一部分,如行贿人向受贿人行贿;二是给付人未因不法给付行为遭受财产损失或已获得与不法给付对应的、无法返还的利益,如嫖娼后向组织卖淫者支付嫖娼费用。对于给付人无合法权益而犯罪行为人事后返还给付人的不法原因给付财产,可根据善意取得制度加以没收:不法原因给付财物属于犯罪行为人的违法所得,犯罪行为人事后返还给付人的行为属于一种非法处分违法所得的行为,给付人明知该财物属于违法所得而接受,不属于善意取得,应将其作为犯罪行为人的违法所得进行追缴没收。在给付人的不法给付行为被定罪的情况下,还可将给付财产作为《刑法》第64条的“供犯罪所用的本人财物”加以追缴没收。在法理上,在给付人已通过财产权滥用行为获取不法利益的情况下,如不将事后返还不法原因给付财产追缴没收,相当于允许给付人保留通过财产权滥用行为获取的不法利益,这有违任何人不得从不法行为中获得利益的基本原则。

在此有问题的是,在法律未否定给付人返还请求权的情形下,对于犯罪行为人事后返还给付人的不法原因给付财产还能否加以没收。在这种情形下,因给付人对不法原因给付财产的返还请求权未被法律否定,犯罪行为人有义务将该财产返还给付人。而且我国不实行美国联邦那种违法所得权益自犯罪行为实施之时就转移至国家的“溯及既往原则”(the relation back doctrine),^{⑥0} 给付人可通过犯罪行为人的事后返还重新获得给付财产的所有权。因而此种情形下的不法原因给付财产没收问题实际上是一个法院能否

^{⑥0} See Stefan D. Cassella, *Criminal Forfeiture Procedure in 2010: An Annual Survey of Developments in the Case Law*, Criminal Law Bulletin, Vol.46(5):898, p.924 (2010).

通过没收给付人所有的不法原因给付财产对其财产权滥用行为进行制裁的问题。

该问题不同于不法原因给付制度否定给付人返还请求权的问题,也不同于前述排除给付人返还请求权优先性的问题。从对给付人滥用财产权行为的制裁来看,事后返还不法原因给付财产的没收明显要比否定给付人返还请求权与排除给付人返还请求权优先性严厉得多。否定给付人的返还请求权仅仅是对给付人的利益损失不提供司法救济,并未否定给付人因领受人自愿返还而取得的财产权益,而事后返还不法原因给付财产的没收则完全剥夺了给付人在该财产上的合法利益。排除给付人返还请求权的优先性虽在最终结果上也导致给付人丧失给付财产利益,但它并未否定给付人的返还请求权,只是在这种返还请求权与国家没收利益相冲突时否定其优先性,而事后返还不法原因给付财产的没收则完全剥夺了给付人对该财产的所有权。

上述差异使得事后返还不法原因给付财产的没收面临更多障碍。在法律依据方面,不管是基于给付人无返还请求权还是基于排除给付人返还请求权优先性没收犯罪行为人的违法所得,均以不法原因给付财产属于《刑法》第64条规定的违法所得、而给付人主张返还该财产无法律依据为由加以没收,《刑法》第64条的违法所得追缴退赔规定是其基本法律依据。但事后返还不法原因给付财产的没收却无法以此规定作为法律依据,通过事后返还,犯罪行为人已无违法所得,不法原因给付财产已从犯罪行为人的违法所得转变为给付人的合法财产。在法理依据方面,《刑法》第64条的违法所得追缴退赔规定旨在强制恢复犯罪行为人的财产原状,同时恢复其他人包括被害人的不当财产变动。在事后返还不法原因给付财产后,犯罪行为人的财产原状实际上已被恢复至犯罪行为实施之前,已无据此规定追缴退赔之必要。同时,在作为被害人的给付人因不法给付遭受财产损失的情况下,犯罪行为人事后返还不法原因给付财产也是一种恢复不当财产变动的行为。如将事后返还不法原因给付财产加以没收,对于给付人来说相当于又将其财产状况恢复到不当变动原状,这不符合违法所得追缴退赔的立法目的。

（二）事后返还不法原因给付财产没收的有限正当性与适用条件

在给付人有财产损失而犯罪行为人事后将不法原因给付财产返还给付人的情况下,虽然没收这些财产会面临上述障碍,但并非完全不能没收。在法律依据方面,《刑法》第64条“供犯罪所用的本人财物”中的“犯罪”既包括犯罪实行行为,也包括犯罪预备行为,这种犯罪工具没收既包括犯罪实行行为工具的没收,也包括部分犯罪预备行为工具的没收。^{⑥1} 给付人的不法给付行为虽然最后未必被认定为犯罪,但这种不法给付行为有可能构成犯罪预备行为,只是因为司法实践一般不处罚犯罪预备行为而未被定罪处罚。^{⑥2} 同时,这种犯罪工具没收不属于刑罚措施,其适用对象不限于被定罪的人。因而即使给付人未被定罪处罚,对于犯罪行为人事后返还不法原因给付财产,仍可以该财产属于“供犯罪所用的本人财物”为由加以没收。司法实践中有些法院就是以其属于“供

^{⑥1} 参见前注^{③9},屈舒阳书,第120页。

^{⑥2} 参见梁根林:《预备犯普遍处罚原则的困境与突围——〈刑法〉第22条的解读与重构》,载《中国法学》2011年第2期,第166页。

犯罪所用的本人财物”为由对不法原因给付财产予以没收。如在前述“续某诈骗案”中,法院将被犯罪行为人以帮助停止司法拍卖及解封事宜骗取的人民币350万元追缴没收的理由是其“因属于请托方意在用于违法请托的行贿钱款”^{⑥3}。这里的“行贿”实行行为应是实际未曾发生的犯罪行为向司法人员给予财物的行为,给付人向犯罪行为作出的人的不法给付行为只是行贿的预备行为。该案判决将给付人给付的人民币350万元予以追缴没收,实际上就是将给付人用于行贿预备行为的本人财物加以没收。在法理依据方面,犯罪行为人事后返还不法原因给付财产并不能改变给付人已滥用财产权的事实。而且从完善犯罪预备行为的制裁体系来看,将用于犯罪预备行为的不法给付财产加以没收,可填补追究与不追究犯罪预备行为刑事责任之间的空白地带,避免犯罪预备行为处理的两极化。

由于在法律未否定给付人返还请求权时没收事后返还不法原因给付财产只具有有限的正当性,这种没收只能作为一种针对未被追究刑事责任的、具有犯罪预备性质的财产权严重滥用行为的制裁措施,其适用条件不同于前述不法原因给付财产没收条件:一是在主观方面,给付人应具有与犯罪故意类似的主观恶性,对财产权的滥用具有直接故意,即给付人明知不法给付的原因具有刑事不法性,并且希望犯罪行为通过犯罪行为为其谋取不法利益。如给付人在不法给付时仅具有间接故意,对犯罪行为通过犯罪行为为其谋取不法利益在认识方面缺乏明知,在意志方面只持有一种放任态度,则不能没收事后返还不法原因给付财产。二是在客观方面,给付人的不法给付行为已具备犯罪预备性质,即给付人通过不法给付谋求的不法利益违反了刑法规定,只是因为给付人意志以外的原因而未能得以实现。如果给付人所谋求的不法利益并非刑法保护法益,给付人的不法给付行为不具有犯罪预备性质,就不能没收事后返还不法原因给付财产。从这点来看,本文开头所举“郝某诈骗案”中法院对犯罪行为人事后返还的人民币4万元不予处理,其妥当性值得商榷,因为该案给付人不法给付的目的是希望犯罪行为通过行贿方式,让公安司法人员私放在押人员,而这是明显违反刑法规定的行为,故对这4万元事后返还给付人的财产也应予以没收。

六、结 语

法律是一套系统性的规范体系,不同部门法之间应相互协调、相互补充。域外民事法律所确立的不法原因给付制度或不法约定制度一般性地否定给付人对不法原因给付财产的返还请求权,如单独地看这一制度,其似乎保护了领受人的不法利益而不尽合理,但这种返还请求权的否定却为通过刑事程序没收违法所得或犯罪工具清除了法律障碍,法院可直接以犯罪行为人的违法所得或犯罪工具为由没收不法原因给付财产。而在我国,由于民事法律与其他部门法在协调性方面存在不足,《民法典》没有否定给付人对

^{⑥3} 前注^⑥,北京市海淀区人民法院(2020)京0108刑初737号刑事判决书。

不法原因给付财产的返还请求权,大部分行政法律与刑事法律也未明确否定给付人对不法原因给付财产的合法权益,这导致法院在刑事案件中没收不法原因给付财产时经常面临法律依据不足的困境,不同法院在应否没收该类财产问题上立场不一、理由各异,对于犯罪行为人事后返还给付人的不法原因给付财产几乎全部放弃没收。在我国现有法律框架之下,对于那些行政法律与刑事法律未明确否定给付人合法权益的不法原因给付财产,只能在承认给付人对不法原因给付财产具有返还请求权的基础上,从排除给付人返还请求权的优先性入手没收不法原因给付财产。对于那些犯罪行为人事后返还的不法原因给付财产,只能在承认给付人对该财产具有合法权益的基础上,从制裁给付人严重滥用财产权行为的角度有限制地进行没收。从长远考虑来看,应当在民事法律中合理限制给付人对不法原因给付财产的返还请求权,从而为在行政案件与刑事案件中妥当处理不法原因给付财产奠定坚实的法律基础。

Abstract: The lack of coordination among civil, administrative and criminal legislation has led to the dilemma of insufficient legal basis for courts to confiscate the property paid for illegal reasons in many criminal cases. Different courts have different practices in dealing with the property paid for illegal reasons, with different reasons. When there is no law denying the legitimate rights and interests of the payer, the confiscation of property paid for illegal reasons has a dual attribute, which is not only the recovery of the illegal proceeds of the perpetrator of the crime, but also the exclusion of the priority of the payer's right to request for the return of property paid for illegal reasons. The justification of such confiscation is derived from two aspects: for the perpetrator of the crime, the equitable theory of redress that no one shall profit from the wrongful act, and for the payer, the theory of abusive disfranchisement of property right. The conditions of the confiscation of property paid for illegal reasons have dual compliance: not only meeting the conditions for the confiscation of the illegal proceeds, but also meeting the conditions for the exclusion of the priority of the payer's right to request for the return of property paid for illegal reasons. The confiscation of property paid for illegal reasons has a punitive effect and should follow the principle of proportionality. In order to prevent serious abuse of property rights, the property paid for illegal reasons that is subsequently returned by the perpetrator of the crime to the payer shall also be confiscated when the act of payment for illegal reasons is preparatory to the commission of a crime.

(责任编辑:王 楷)