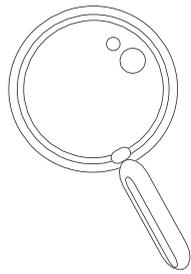


我国《刑法》第二百二十五条将“违法所得一倍以上五倍以下”规定为认定罚金数额的标准，但司法实践中普遍存在违法所得难以查证的现实问题，这便导致罚金刑在客观上难以得到准确有效地适用，特别是在非法经营罪这类经济型犯罪中，罚金刑本该充分体现其经济制裁的惩罚功能，可由于上述原因的存在，罚金刑远未能实现其应有的刑罚价值。为明确非法经营罪的罚金数额，实践中通常采用诸多变相认定的方式确定违法所得，但由此出现了说理过程不周延、数额认定不客观等突出问题。面对以上情形，本文认为，罚金刑是附加刑并非附属刑，特别在经济型犯罪中，强调罚金刑的价值尤为重要，其中，加强罚金刑在非法经营罪刑罚体系中的张力是根本，回归法律条文穷尽体系解释的可能性结论是关键，结合现实问题开展类型化分析处理是重点。



# 非法经营罪违法所得无法明确情形下罚金的认定问题

## 问题的提出

根据我国《刑法》第二百二十五条的规定，违反国家规定，因非法经营行为扰乱市场秩序，情节严重的，构成非法经营罪。本罪除判处相应自由刑外，还需并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。在司法实践中，公安机关通常可以查明案件非法经营额，但却往往无法明确行为人具体的违法所得，造成上述情形的主要原因是，《最高人民法院研究室关于非法经营罪中“违法所得”认定问题的研究意见》明确“违法所得”是获利数额，即非法经营额扣除直接用于经营活动的合理支出部分后剩余的数额。这意味着非法经营案件中除了需查明经营总额外，还必须明确经营活动的成本总额。

然而，非法经营额往往通过交易流水便可明确，但经营活动的成本总额通常难以在交易流水中直接体现，这就造成取证无法穷尽的困境。

非法经营罪是司法实践中多发的案件类型，无法明确违法所得的情形在这类案件中更是常见，可如果根据刑法规定，缺乏具体的违法所得金额就无法认定罚金数额的话，大量的非法经营案毫无疑问将陷入处理上的困境。目前司法实践虽认识到上述问题，但在应对上呈现出处理方式简单、体系说理弱化等现象，直接影响该类案件整体的办理质效。

## 处理上的不同见解

第一种观点认为，根据罪刑法定原则基本原理，“无犯罪便无刑罚，无刑罚便无犯罪”。既然罚金的判处需要参照违法所得金额，这意味立法者认为只有存在违法所得的非法经营行为才有打击必要。没有违法所得的情形不应认定为犯罪。

第二种观点认为，非法经营罪中“并处（或单处）违法所得一倍以上五倍以下罚金”并不意味着必须有具体的罚金金额。行为人未获利意味着违法所得即为0，罚金则为0的一倍至五倍，因此，在这种

情况下，对行为人并处（或单处）的罚金为0。

第三种观点认为，根据刑法条文的规定，违法所得是判处罚金的唯一依据，虽客观上无法具体明确违法所得金额，但可通过行为人自供或者交易明细的辨认予以确认。这种观点是当前司法实践中较为常见的做法。

第四种观点认为，没有非法获利意味着无法比照违法所得确定罚金数额，但从犯罪性质看，非法谋利是行为人实施犯罪行为的主要原因，加大本罪经济制裁具有极大的必要性。因此，可根据案情酌定判处罚金。这种观点被部分省份以量刑指导意见的形式予以确认。

## 充分适用罚金刑的必要性和认定依据

上述前两种观点在没有深入把握罚金刑条文的前提下就贸然放弃对罚金刑的适用，是机械理解法律规定的结果，结论颇为极端。后两种观点积极调动罚金刑在经济类犯罪中的惩处价值，具有合理性，但由于缺乏对刑法条文的有效解读，显易出现取证不客观、酌定判处罚金依据不足等问题。

特别是第三种观点，部分司法机关为了减轻侦查取证的负担，降低诉讼过程的对抗性，选择由行为人自行确认违法所得，但此种情形完全可能导致行为人为逃避打击故意少报、瞒报违法所得，以此认定违法所得并据此确认罚金金额，显然不合理。

在本文看来，第四种观点具有合理性，但关键是需要对酌定判处罚金的依据开展体系性阐述。

第一，非法经营罪中的“并处（或单处）违法所得一倍以上五倍以下罚金”，核心内容在于后面的“罚金”而非前面的“违法所得”。换言之，根据“并处（或单处）……罚金”的表述，实施非法经营罪的行为人必须科处罚金刑，这是罪刑法定原则的基本要求。

第二，“违法所得一倍以上五倍以下”本身是“罚金”一词的定语，该定语的意义在于，明确了有违法所得情形下计算罚金金额的方法，但违法所得的有无本身并不影

响罚金刑的实际适用。

那么，在行为人没有违法所得的情形下，又该遵循何种依据？根据2000年11月15日最高人民法院《关于适用财产刑若干问题的规定》（下称《规定》）第二条规定，“刑法没有明确规定罚金数额标准的，罚金的最低数额不能少于1000元”。“并处（或单处）违法所得一倍以上五倍以下罚金”的规定，对实施非法经营行为但没有违法所得的行为人提出了罚金刑的要求，但又没有明确罚金数额和罚金计算方法，此时，可适用上述司法解释的规定，结合案情酌定判处罚金。

第三，有意见认为，《规定》第二条的适用条件是“刑法没有明确规定罚金数额标准”，但非法经营罪条文中明显确定了罚金的计算标准是“违法所得一倍以上五倍以下”，因此不符合适用上述《规定》的条件。然而，我们需要看到的是，罚金刑虽为附加刑，但在不同的犯罪类型中，其自我定位和适用张力并不同，特别是在经济类犯罪中，强调经济制裁的作用具有极为重要的意义。此外，“违法所得一倍以上五倍以下”是特定情形下（即存在违法所得）计算罚金金额的标准，而对于非特定情形下（即不存在违法所得）没有明确罚金金额认定标准，因此，对于没有明确罚金金额数额标准的部分，当然可以适用《规定》第二条。

## 具体类型及罚金刑的适用规则

《规定》第二条明确了罚金数额的下限（不能少于1000元），但未规定上限。结合上述观点必然会得出以下结论，即非法经营罪能明确违法所得的，罚金数额需按照一倍以上五倍以下标准确定；非法经营罪不能明确违法所得的，罚金数额没有上限。上述结论可能导致出现，在相同非法经营金额的情形下，没有违法所得的罚金数额反而可能高于有违法所得的案件。对此，本文认为应结合无法明确违法所得的具体情形，确定罚金刑的适用规则。

一是有证据证明行为人确实没有违法所得。罚金刑的功能在于惩罚和预防，其中“禁止因犯罪行为获利”的惩罚性要求，是适用罚金刑的重要

目的之一。在实践中，存在行为人开始经营但未实际销售的情况，譬如，未经许可购入大量卷烟准备出售，就被公安机关抓获，行为人构成非法经营罪，但没有违法所得；还存在行为人开始经营但因各种原因低于成本价销售，同样没有违法所得。行为人实施非法经营行为没有获利甚至亏损，罚金刑的惩罚功能便相对弱化，更多的在于体现预防功能，故在此情形中，罚金数额的确定总体上应秉持适度性。

二是因客观证据问题无法明确违法所得。“违法所得”是非法经营额扣除直接用于经营活动的合理支出部分后剩余的数额。然而，在司法实践中，经营活动合理支出的范围通常难以明确，譬如，购买、运输、仓储等成本，哪些属于合理支出予以扣除，哪些又属于犯罪成本不应扣除，争议较大。证明经营成本的证据通常难以收集，譬如，行为人为规避打击选择通过现金、虚拟币等形式支付经营成本，造成成本金额无法明确。另外就是行为人自供违法所得金额的真实性通常难以核实，行为人毫无疑问会供述对其有利的经营数量和经营金额。针对上述情形，可以判断违法所得是客观存在的，只是因为证据问题而无法明确，故罚金刑的适用兼具惩罚和预防的必要，其数额的确定应适度放宽但不宜超过经营总额。放宽罚金数额的认定，在客观上也能督促行为人积极配合司法机关查明违法所得，在其意识到如果不配合可能要罚得更多，承担更为严重的罚金处罚时，行为人便只能如实提供相关证据材料证明其违法所得。

三是客观证据无法明确且行为人故意少报、瞒报违法所得。部分行为人为了逃避法律责任，特别是明知自己已无法逃脱刑事责任的追究，但意图逃避法律上的经济制裁，在司法机关要求其说明或者提供材料证明其违法所得金额时，故意选择少报、瞒报或者提供虚假材料，这充分表明了行为人对犯罪行为的社会危害性缺乏足够的认识，主观恶性较大。在此情形中，罚金刑的适用不仅兼具惩罚和预防的功能，而且更有突出预防价值必要，故在数额的确定上应适度提高。

（作者系上海市徐汇区人民检察院检察官）