

关于行政处罚“没收违法所得”的若干问题

胡建淼

(中央党校(国家行政学院)政治和法律教研部, 北京, 100091)

摘要: 行政法上的“没收违法所得”是《行政处罚法》设定的 13 种处罚手段之一, 与罚款、没收非法财物一起构成了财产罚的类型。但它到底属于“行政处罚”还是“行政收缴”向来存在争议, 而且《治安管理处罚法》一直将它定性为“收缴”措施。文章指出, 行政处罚是指行政主体依法对违反行政管理秩序的行为人进行行政制裁的行政行为。“制裁”的本质特征乃是让违法行为人对自己的违法行为额外地付出代价, 而不仅仅是对违法状态进行修复。《行政处罚法》与《治安管理处罚法》必须并轨, 统一将“没收违法所得”定性为“收缴”行为, 并作为行政处罚的配套措施。此外, 还对“违法所得”的计算标准、没收违法所得与没收非法财物的区别, 特别是对“违法所得”的收缴权与处罚权, 以及对收缴权与退赔优先权和税收优先权之间的关系作了较好的处理和阐述。

关键词: 行政处罚; 违法所得; 计算标准

中图分类号: D922.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2023)05-0042-14

行政法上的“没收违法所得”是《行政处罚法》设定的 13 种处罚手段之一, 与罚款、没收非法财物一起构成了财产罚。无论在行政法理论上还是在行政执法实践中, “没收违法所得”都是争议点多、关注度高的一个重要课题, 关于其行为的定性和权力的归属, “没收权力”与其他“处罚权力”的关系, 特别是“违法所得”的范围和计算标准, 还有“违法所得”与“非法财物”的区别等, 诸多无法回避的问题, 都值得深入研讨。

一、“没收违法所得”行为的定性: 行政处罚抑或行政收缴

(一) “没收违法所得”制度及行为性质之争

“没收违法所得”, 是指行政机关依法将当事人因从事违法行为而获得的财产权益强制无偿收归国有的一种行政处罚, 属于财产罚的一种形式。这一“罚种”早在 1996 年的《行政处罚

法》中已由第 8 条第 3 项直接设定。2021 年修订《行政处罚法》时, 第 9 条第 2 项再次保留了这一处罚形式。

作为一种正式的行政法律制度, “没收违法所得”始于 1957 年的《治安管理处罚条例》。其第 4 条规定: “……由于违反治安管理行为所得的财物, 应当没收……”这样的规定一直保留到 2005 年制定《治安管理处罚法》之前。这在其他法律法规中也有零星的规定, 如我国第一部《土地管理法》(1986)第 47 条: “买卖、出租或者以其他形式非法转让土地的, 没收违法所得, 限期拆除或者没收在买卖、出租或者以其他形式非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施, 并可以对当事人处以罚款……”直到 1996 年制定《行政处罚法》时, “没收违法所得”才成为行政处罚中的一个基本“罚种”。

自《行政处罚法》实施二十多年来, “没收违法所得”作为一种处罚形式, 行政法学者耳熟能

收稿日期: 2023-07-09; 修回日期: 2023-08-23

作者简介: 胡建淼, 男, 浙江慈溪人, 中央党校(国家行政学院)政治和法律教研部一级教授、博士生导师, 专家工作室领衔专家, 主要研究方向: 行政法, 联系邮箱: hujianmiao@vip.163.com

详，行政执法人员也运用得得心应手。但其实，一种质疑始终存在：“没收违法所得”是否属于“行政处罚”？质疑者认为，没收违法所得是我国《行政处罚法》规定的处罚种类之一，其功能在于剥夺非法收益。但从行政处罚的功能“惩戒”这一角度出发，没收违法所得不是一种“新的不利负担”，不具有惩戒功能，因此不应认定为行政处罚^[1]。当然，传统观点的支持者也不乏其人。他们认为：“违法所得也是‘所得’，这种财产利益，在未被没收之前，实际处于违法当事人的控制和支配之下，没收这种利益，即使它是违法取得的，也同样会对当事人产生惩戒的心理和精神效果。因此，没收违法所得以及没收非法财物等在性质上属于行政处罚无疑。”^[2]还有观点认为，无论是剥夺合法利益或违法利益，都是一种制裁，因为利益具有中性价值取向^[3]。

在2021年《行政处罚法》的修订过程中，关于“没收违法所得”是否属于“行政处罚”的争论重现。有的学者认为没收违法所得剥夺的不是当事人的合法财产，不符合“新的不利负担”这一行政处罚的重要内涵，其功能属于恢复原状而并不是制裁，我国刑事法律制度中的没收违法所得也并不是财产罚，因此不属于行政处罚^{[4]〔50〕}。立法机关考虑到中国现行的立法规定、执法实践和传统习惯，依然保留了“行政处罚”的定性^①。

（二）“没入”作为一种“从罚”的全球考察

从全球视角考察，“没收”违法所得^②被称为“没入”（英文为 seizure，德文为 Einziehung），大多数国家将它作为行政处罚中的一种与“主罚”相配套的“从罚”，也有一些国家未将它列入“行政处罚”（行政罚）的范围，只是将它作为一种收缴措施。

奥地利是行政处罚制度形成最早的国家。它早在1925年就开创了行政法规法典化，制定了《行政罚法》^③。根据现行《行政罚法》，奥地利行政处罚的手段和种类由“主罚”和“从罚”构成。主罚包括自由罚、金钱罚和警告。“没入”即没收违法的标的物，是处分财产权的“从罚”。没入违法行为标的物，一般以行政犯本人所有和所使用的为限。主罚与从罚的关系是：主罚可以独立存在和实施，而从罚依附于主罚方能存在和

实施。

德国是公认的行政处罚制度最为成熟的国家之一，它的行政处罚制度主要以《违反秩序罚法》为依据。其在1992年的《违反秩序罚法》中^④，和奥地利一样将行政处罚的种类分为两类，即主罚和从罚。主罚只有罚鍰（罚款）一种，“没入”作为一种“从罚”而存在。“没入”包括标的物没入和价值没入，价值没入是指没收和标的物相当的金额。没入作为从罚，是主罚的辅助罚，不得单独行使。

法国和奥地利、德国一样属于大陆法系，但它的行政法以判例法为主。法国没有专门的“行政罚法”，但也存在行政处罚制度，这种制度散见于其他制定法^⑤或行政法院的判例之中。法国的行政罚是指行政机关对违反行政法义务的当事人科以刑罚以外的处罚。这种处罚的特点是由行政机关决定，而不是由法院判决，处罚的种类是刑罚以外的制裁，包括申诫、罚款、扣留、没入、停止营业、停止发行、取消职业证件、取消开车执照、丧失某种利益、取消某种资格等^[5]。可见，“没入”在法国并没有作为一种普遍性的处罚形式，系由单一法作个别规定的处罚手段。

美国作为一个普通法系国家，没有为行政处罚制度单独立法。但在制度和理论上都将行政机关对违法当事人的“制裁”（sanction）视为行政处罚，并规定在行政程序法之中。美国1946年的《联邦行政程序法》^⑥第551条^⑦第10款规定：“‘制裁’包括下列行政机关行为的全部或一部分：①禁止、强制、限制或者其他影响个人自由的措施；②不予救济；③给予处罚或罚金；④销毁、禁用、没收或者扣押财产；⑤确定应给付的损害赔偿、归还、恢复原状、补偿、成本费、收费或酬金的数额；⑥许可证的吊销、停止或附加条件；⑦采取其他强制性或限制性措施。”^⑧不难发现，美国关于行政处罚的手段比较泛滥，几乎把承担不利后果的所有手段全部视作处罚。在那里，“没收财产”显然是“行政制裁”的一种形式，且具有独立的地位。

行政处罚在普通法系的创始国英国很少有存在的空间^[6-7]。我们在该国既找不到“行政程序法”，又找不到“行政罚法”，理论上也不存在对

应的“行政处罚”概念。因为英国只有“罪”与“非罪”的区分,不存在“刑罚”与“行政罚”的区别^[8]。在具体行政管理领域,英国会制定单行的行政管理方面的法律。这些法律并不直接赋予行政当局对公民实施行政处罚的权力,只为公民设定各类法定义务和刑事责任。当公民违反法定义务时,行政当局不实施行政处罚,而只向当事人发出警告性的通告,相当于责令履行义务或纠正违法。如果当事人拒不履行这一通告,行政机关可向法院起诉,要求追究当事人的刑事责任(如蔑视法庭类犯罪)。如果法院支持行政当局的意见,就会裁判当事人承担刑事责任,罚款是其最常用的刑事责任之一。可见,英国的行政处罚大多已被刑事处罚所包含和吸收,很难找到行政意义上的处罚手段^[9]。在英国这种制度背景下,显然找不到作为行政处罚的“没收”手段。

日本原本属于大陆法系,二战以后,它吸收了许多美国法的元素,总体上受德国法和美国法的影响较深。行政处罚在日本被称为行政罚,系指国家机关对违反行政法义务的当事人给予的法律制裁,具体是指秩序罚。包括:①罚款;②停止或撤销受益行为(如停止或撤销许认可、给付的停止等);③赋课加算税、征收金等给予经济负担;④公布违反义务行为等^[10-11]。日本的行政罚由法院而不是行政机关决定。日本的秩序罚包括申诫罚(公布违反义务行为等),财产罚(罚款、赋课加算税、征收金等),能力罚(撤销许认可等),没有人身罚,人身罚全部进入行政刑罚之中。这不能不说是日本行政处罚制度中的一个特点。在日本找不到“没入”之罚,与此较为接近的是“课征金”。

俄罗斯的行政处罚是指有关机关和公职人员针对当事人在各管理领域的行政违法行为^⑥所实施的制裁。这个庞大的制度体系以《俄罗斯联邦行政违法法典》^⑦为基础。该法典设置了广泛的处罚手段:①训诫;②行政罚款;③有偿收缴实施行政违法行为的工具或行政违法对象;④没收实施行政违法行为的工具或行政违法对象;⑤剥夺赋予自然人的专门权利;⑥行政拘留;⑦将外国公民或无国籍人行政驱逐出俄罗斯联邦国境;⑧取消资格^⑧。俄罗斯将行政处罚分为主要罚和

附加罚:训诫、行政罚款、剥夺赋予自然人的专门权利、行政拘留和取消资格等,属于主要罚种;有偿收缴实施行政违法行为的工具或行政违法对象、没收实施行政违法行为的工具或行政违法对象以及将外国公民或无国籍人行政驱逐出俄罗斯联邦国境,既可以作为“主罚”,也可以作为“附加罚”设定和适用^⑨。如此众多的处罚手段,覆盖了所有处罚种类:人身罚、财产罚、行为罚、资格罚和申诫罚^[12]。在俄罗斯,“没收”既可以作为主罚,也可作为从罚。

越南的行政处罚制度受俄罗斯的影响较深,其作为行政处罚法典的《越南社会主义共和国行政违法处罚法》^⑩是模仿《俄罗斯联邦行政违法法典》制定的。依据这一法律,行政处罚是指国家对行政违法行为的制裁,是有关国家机关对有故意或过失违反国家管理规定的行为,但未达到追究其刑事责任程度的公民、组织给予的行政处罚^[13]。在行政处罚手段的设置上,越南在俄罗斯行政处罚制度基础上有较大的改进:首先是把主要罚种与补充罚种区别开来,接着是把行政处罚与相关保障措施区别开来。根据《越南社会主义共和国行政违法处罚法》第11条规定,主要罚种只有两项:①警告;②罚款。补充罚种也只有两项:①没收许可证;②没收赃物、违法工具。处罚机关对当事人实施主要罚时,可以同时给予补充罚,但补充罚不得单独使用。可见,“没收”在越南是作为一种“补充罚”而存在的。

在中国台湾地区的学者看来,“行政罚”系以秩序罚为主要内容,故又称为行政秩序罚。行政秩序罚可以说是行政机关基于维持行政秩序之目的,对于过去违反行政义务者,所施以刑罚以外之处罚,资为制裁^[14-16]。根据中国台湾地区《行政罚法》^⑪第2条的规定,行政罚乃是一种“裁罚性的不利处分”,其手段包括:①限制或禁止行为之处分:限制或停止营业,吊扣证照,命令停工或停止使用,禁止行驶,禁止出入港口、机场或特定场所,禁止制造、贩卖、输出入,禁止申请或其他限制或禁止为一定行为之处分;②剥夺或消灭资格、权利之处分:命令歇业,命令解散,撤销或废止许可或登记,吊销证照,强制拆除或其他剥夺或消灭一定资格或权利之处分;

③影响名誉之处分：公布姓名或名称、公布照片或其他相类似之处分；④警告性处分：警告、告诫、记点、记次、讲习、辅导教育或其他相类似之处分。中国台湾地区行政处罚的手段，设置得比较详细，但它没有将人身罚和“没收违法所得”列入处罚的范围。“没收违法所得”只是作为一种与行政罚相配套的“追缴”制度而存在^⑤。

（三）“没收违法所得”的定性选择：行政收缴

从以上考察不难发现，“没收违法所得”在个别国家和地区作为一种独立的“行政制裁”手段而存在(如美国)，在有的国家不作为“行政处罚”手段(如日本)，在大多数国家(如奥地利、德国、俄罗斯、越南等)，“没收违法所得”以“没入”作为一种“从罚”(或“补充罚”)而不是“主罚”而存在，而“从罚”与其说是“罚”，不如说是一种行政处罚(主罚)的配套措施。法律制度上之所以将这种配套措施称之为“罚”，是因为这种措施常常在“行政处罚法”中一并规定。“从罚”的定性正是为兼顾“行政处罚”与“配套措施”而折中的结果。

无论2021年《行政处罚法》的修订增加了“行政处罚”的定义还是此前并无法律定义，行政处罚始终被我国理论界定性为是对违法当事人的一种制裁。制裁不是对一种利益的“填平”，而是将当事人合法的权益作为额外的违法成本，是当事人作为违法的“对价”而不得不额外付出的“代价”。“违法所得”不是当事人的合法权益。“没收违法所得”只不过是让当事人将不该得到的东西“吐”出来而已，当事人并没有额外承受不利后果。这已成为大多数国家特别是中国理论界的共识，在这种理论的支配下，不应当将不具有“惩罚性”而具有“填平”功能的“没收违法所得”定性为“行政处罚”。如果继续将“没收违法所得”定性为“行政处罚”，既会造成理论与法律在逻辑上的混乱，还会形成执法操作上的困境。

将“没收违法所得”定性为“行政处罚”，势必违背反映客观规律的理论“共识”。立法必须与反映社会客观规律的基本理论保持一致，而不是相反。正如马克思所言，我们“不是在

制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律”^[17]。“法律只是事实的公认”^[17]，而不是相反。“科学立法、民主立法、依法立法”是我国立法的基本要求。“科学立法”是我国立法的质量目标，“民主立法”和“依法立法”是实现“科学立法”的正确途径。科学的立法就必须反映科学理论与社会实际，凡与科学理论和社会实际相背离的立法就必须修改。

坚持将“没收违法所得”定性为“行政处罚”，还会给我们制造一个执法实践上的困境。根据《行政处罚法》(2021)第30条和第31条的规定，不满十四周岁的未成年人有违法行为的，精神病人、智力残疾人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的，不予行政处罚。这里的“不予行政处罚”在逻辑上当然包括“不予没收违法所得”。但从《行政处罚法》的立法精神来看，对有违法行为而依法不予处罚的，如果有违法所得，对违法所得必须依法处理(退赔或者没收)，并且在实践中，特别是在治安处罚中，也是这么操作的。而现行的法律规定和执法实践恰恰让我们陷于在“不予行政处罚”中“给予行政处罚”的矛盾，只有将“没收违法所得”定性为与“行政处罚”相配套的“收缴”措施，这一“矛盾”才能得到化解。

“没收违法所得”并不符合“行政处罚”的特征，但它符合“行政收缴”的特征。“行政收缴”系指行政主体依法强制收取并处置当事人从事违法行为的财物或违法所得的行政行为。“没收违法所得”不是行政处罚，而是一种与行政处罚相配套的“收缴”措施。行政收缴以当事人违法为前提，是对当事人的违法所得或非法财物的强制处置(收归国有或者销毁等)。

“行政收缴”作为一种行政行为和法律制度，在我国特别是在治安处罚领域早已存在。1957年、1986年和1994年的我国《治安管理处罚条例》虽有“没收”违法所得财物或违法用具和违禁品等的规定^⑥，但没有将它定性为行政处罚^⑦。2005年和2012年的《治安管理处罚法》不仅继续将“没收”排除在“行政处罚种类”之外^⑧，而且将“没收”限定在针对“保证金”^⑨，特别是不仅将“没收”范围扩大至“违法所得财物”

“毒品、淫秽物品等违禁品”以及“赌具、赌资,吸食、注射毒品的用具以及直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具”,而且将它们定性为“收缴”行为^{②0}。行政收缴除了在治安管理处罚领域存在,在其他领域同样存在。如《道路交通安全法》(2021)第96条和第97条规定,对伪造、变造或者使用伪造、变造的机动车登记证书、号牌、行驶证、驾驶证,检验合格标志、保险标志,以及对非法安装的警报器、标志灯具,由公安部门予以收缴。《枪支管理法》(2015)第27条和第28条规定,公安机关对于违法使用的枪支、不符合持枪条件的枪支和应当报废的枪支连同持枪证件,应当予以收缴。《海关行政处罚实施条例》(2022)第62条和第63条规定,海关对于违反海关法的有关货物、物品、违法所得、运输工具、特制设备等,有权予以收缴。

“行政收缴”(包括行政追缴),不是行政处罚行为,而是行政处罚行为以外的负担性行政行为。它既可以是一种独立的行政行为,也可以是一种与其他行政行为(特别是行政处罚)相配套的从属性行政行为。这种行政行为,因不具有“惩罚性”而不是行政处罚,也因不具有“临时性”而不是行政强制措施,同时因不具有“外加性”和“服务性”而不是行政征费和行政收费。“没收违法所得”,与“没收非法财物”一样,是一种“行政收缴”行为,而不是“行政处罚”行为。

二、“违法所得”的范围和计算标准

无论是将“没收违法所得”定性为“行政处罚”还是定性为“行政收缴”,“违法所得”的范围如何界定、标准如何计算,依然是一个充满争议的难题。

(一)《行政处罚法》修订前:“违法所得”多种标准并存

在2021年《行政处罚法》修订前,国家法律层面对“违法所得”的范围和计算标准未有统一规定。根据有关部门的个案答复以及有关部门的规章规定,“违法所得”的范围确定和计算存在多种情况,但最主要的归结为三种:违法所得收入论、违法所得收益论和违法所得折中论。

“违法所得收入论”,将当事人实施违法行为所取得的一切收入都认定为“违法所得”,包括违法行为人实施违法行为所投入的合理成本和因违法行为所获得的利润。所得的形式,包括销售收入、服务收入、报酬、经营额等。如国家安全监管总局《安全生产违法行为行政处罚办法》^{②1}第58条规定,违法所得包括销售收入、服务收入、报酬等。又如原卫生部法监司《关于如何计算化妆品生产经营行为的违法所得请示的复函》^{②2}明确指出:“《化妆品卫生监督条例》所称的违法所得,是指违反《化妆品卫生监督条例》,从事化妆品生产经营活动所取得的全部营业收入(包括成本和利润)。”^{②3}“违法所得收入论”主张违法所得不扣除成本,因此,它所确定的“违法所得”范围最大^{②4}。

“违法所得收益论”,主张“违法所得”为当事人实施违法行为所取得的收入扣除成本以后的收益。就是说,违法所得只包括违法行为人所获取的利润部分,而不包括违法行为人投入的合理成本。我国有关主张“收益论”的规定不少。如原国家工商行政管理总局《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》(【2008】第37号)第2条将“以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出,为违法所得”,作为“工商行政管理机关认定违法所得的基本原则”;原环境保护部《环境行政处罚办法》(【2010】第8号)第77条规定:“当事人违法所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的合理支出,为违法所得。”^{②5}“违法所得收益论”主张违法所得应当扣除合理的成本,因此,它所确定的“违法所得”范围要小于“违法所得收入论”。

“违法所得折中论”,主张对当事人的违法所得,不宜一概采取不扣除成本的“收入论”,同样也不宜一概采取扣除成本的“收益论”,而是应该具体情况具体分析,综合考虑行为人的违法目的、主观意图、损害后果等。例如,如果行为人明知自己的行为违反了相关的行政法律法规,则应当将其通过违法行为持续期间取得的全部收入认定为违法所得;如果行为人在过失条件下实施违法行为,则仅仅应将其违法行为持续期

间取得的利润认定为违法所得。为此，原国家食品药品监督管理局《关于〈药品管理法〉、〈药品管理法实施条例〉“违法所得”问题的批复》(国食药监法〔2007〕74号)指出：一般情况下，《药品管理法》《药品管理法实施条例》中的“违法所得”，是指“实施违法行为的全部经营收入”；《药品管理法》第82条、第87条规定的“违法所得”，是指“实施违法行为中收取的费用”；《药品管理法实施条例》第81条规定的“违法所得”，是指“售出价格与购入价格的差价”；在具体执法过程中应结合案件认定的事实与证据，按照行政处罚的基本原则依法处理。这种观点所主张的“违法所得”范围正好介于“违法所得收入论”与“违法所得收益论”之间，被称为“违法所得折中论”。

(二)《行政处罚法》修订后：以违法所得“全部收入”为原则

关于“违法所得”范围，尽管部分行政机关通过制定规章或者规范性文件对违法所得的认定标准和计算方式作出规定，但在法律层面缺乏统一规定，导致不同领域、不同地方的执法尺度、计算方法不尽一致，既给行政执法人员带来困扰，也可能影响行政处罚的实施^{[18][158]}。

2021年《行政处罚法》的修订，最终解决了这一问题。《行政处罚法》(2021)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。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。”这里确立了一项认定和计算“违法所得”的基本原则和一般标准：违法所得是指实施违法行为所取得的款项，不扣除成本^{[4][101-102]}。这一原则体现的是“违法所得收入论”。

《行政处罚法》之所以坚持以“违法所得收入论”而不是“违法所得收益论”为原则，得到了多种理由的支持：一是从收入中扣除成本的操作比较困难；二是对于一些严重的违法扣除成本反而背离了“过罚相当”原则；等等^{[4][102][18][160]}。最为重要的是，它遵循和体现了“不让违法者获益”的法律原则^[19]。“不让违法者获益原则”(the principle of not benefiting the offender)源自古罗马流传至今的法谚——“任何人不得从其不法行为

中获得利益”(nemo potest ex suo delicto consequi emolumentum)，意思是利益的取得都要通过合法的方式，违法行为不能获利。要促使人们遵守法律，不去实施违法行为，就不得不剥夺违法行为人违法所得的利益^[20]。国家法治的目的在于保障社会秩序，维护社会公平，禁止实施法律禁止的作为或不作为的行为。违法有悖于法律的基本宗旨，凡实施违法行为，无论基于任何理由，都会背离立法目的，“不让违法者获益原则坚守的是法的本质底线”^[21]。正如有学者指出的：“如果行为人能够从自己的违法行为中获得利益且不被事后没收，违法的成本小于违法获取的利益，那么实质上是在变相地纵容违法行为，损害法律的权威性^{[22][212-213]}。”“不让违法者获益原则”可以引申出两点要求和规则：一是只要有违法所得就必须没收；二是违法所得原则上不扣除成本。放弃“没收违法所得”就是放纵当事人违法。

(三)违法所得“全部收入论”的例外

我们同时必须注意到，《行政处罚法》(2021)第28条第2款在规定“违法所得是指实施违法行为所取得的款项”，即确立“违法所得全部收入论”这一基本原则的同时，保留了“例外规定”，即“法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定”。这就是说，原则上违法所得不应当扣除成本，但如果法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算另有规定的，优先适用其他规定，包括扣除成本等。这里必须提醒的是，有权进行“例外规定”的只限于法律、行政法规和部门规章，地方性法规、地方政府规章和行政规范性文件无权对违法所得作“例外规定”。

《行政处罚法》对于违法所得的计算之所以确立“原则+例外”的模式，体现和反映了“原则性与灵活性相结合”的宗旨。一方面，为了阻却违法，不让违法者获益，应当坚持将当事人从事违法行为的一切所得都作为违法所得对待，不扣除成本；另一方面，考虑到行政执法领域的广泛性、差异性、复杂性，保留法律、行政法规和部门规章对违法所得的一些合理的计算方法^⑤，“授权不同类型的行政监管机关通过部门规章进行差异性立法，这也符合现代行政国家的监管

现实需求”^{[22][216]}。

《行政处罚法》2021年修订之后,其他法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算标准的规定与新《行政处罚法》不一致的,应当进行修改,必须符合新的《行政处罚法》之新要求,即“违法所得是指实施违法行为所取得的款项”。若真需作例外规定的,也必须符合《行政处罚法》的立法精神、基本原则和基本要求。笔者认为,法律、行政法规和部门规章对违法所得作“例外规定”时,可以也应当正视以下几点:

一是依法应当退赔和已经退赔的必须从违法所得中扣除。这一扣除是有《行政处罚法》的直接依据的。《行政处罚法》(2021)第28条第2款第一句规定:“当事人有违法所得,除依法应当退赔的外,应当予以没收。”

二是已交的税款可以考虑扣除。税款是指国家为了维持运转以及为社会提供公共服务,对个人和法人强制和无偿征收实物或货币的总称。它具有强制性、无偿性和合法性。按理说,对违法所得不存在征税问题,只是没收问题。但如果违法当事人已为他的违法所得纳了税,再从税务机关退回,又由其他处罚机关实施没收,这不易操作且成本较高,因此直接从违法所得额中扣除更简便。我国已有一些规定明确了这一点。如原国家工商行政管理总局《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》(【2008】第37号)第9条规定:“在违法所得认定时,对当事人在工商行政管理机关作出行政处罚前依据法律、法规和省级以上人民政府的规定已经支出的税费,应予扣除。”此外,原国家工商行政管理总局《关于对中介服务机构通过行贿手段获得交易的违法所得计算问题的答复》(工商公字〔2008〕198号)、《中国证券监督管理委员会证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》(证监稽查字【2007】1号)等都有同类规定^②。

三是对一些违法情节不重、成本过大且清晰而收益不大者,可以酌情考虑扣除合理的成本。这样的考虑是符合比例原则和过罚相当原则的。我国已有一些规定作出了这样的考虑。如原国家工商行政管理总局《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》(【2008】第37号)第2

条将“以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出,为违法所得”;原环境保护部《环境行政处罚办法》(【2010】第8号)第77条也规定:“当事人违法所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的合理支出,为违法所得。”我们主张,对违法所得可扣除合理成本者,必须采取限缩原则,严格框定于以下条件:①违法情节不重。重大的违法不适用本项。②成本清晰,可以与违法所得相分离。如果成本很难计算清楚,可以不适用本项。③其他应当考虑扣除成本的情形。

(四)“违法所得”范围的拓展和限制

“违法所得”在范围上除了是否扣除成本以及如何扣除成本之外,尚有许多问题值得研究。对于“违法所得”之范围本身,既不可限制过度,造成违法行为人变相获益,也不宜开放过度,造成侵害善意第三人的合法权利和影响社会的正常经济秩序。我们既要“对违法所得”范围作适当的拓展,也要对该范围作适当的限制。

首先,我们要对“违法所得”范围作适度的拓展。

其一,“违法所得”不仅指当事人从事违法行为的金钱收入,而且包括物质和利益上的收获。现有的主流观点主张将“违法所得”限定为当事人从事违法行为的“金钱收入”^③。笔者以为,“违法所得”确实是一种“收入”,是因违法行为而获得的收入,但是,“收入”不应当只限于“金钱”形式。只要因违法行为获得的“收入”,无论是货币、股权、证券^④或实物^⑤等,都应当属于“违法所得”。为此,有学者主张将“违法所得”定义为“违法者通过违法手段获取的不正当利益”^{[18][50][23]}。这不失为一种更好的表达,用“不正当利益”代替“金钱收入”,可以突破“违法所得”的狭窄形式。

其二,“违法所得”不仅指当事人从事违法行为的金钱收入,还应当包括由该收入转化的财产。如当事人因违法经营获得违法收入2000万,又用该款购买了一套别墅,该别墅即属于“违法所得”所转化的财产,属于应当没收的范围。但是,这类“违法所得”只以违法行为当事人本人

的转化财产为限，如果发生在他与第三人之间，那要视第三人是否知情而定。如违法当事人将违法收入借给第三人，第三人不知情且用此款购买别墅，那么该别墅不属于应当没收的“违法所得”，其还款应当属于违法行为当事人的违法所得。我国的刑事政策也已表明这一点^{③1}。

其三，“违法所得”不仅指当事人从事违法行为的直接所得，还包括一定条件下的间接所得。如当事人因违法经营获得违法收入2 000万，又用该款购买股票获得收益1 000万。这种情况下，不仅作为直接违法所得的2 000万是应当没收的，作为间接违法所得的1 000万同样应当没收。但是，没收间接的违法所得必须有严格的限制：①系由直接违法所得投入所得，具有直接的因果关系；②合法所得与违法所得界线清晰，能够分割。

其四，“违法所得”不仅指当事人从事违法行为的已得收入，还包括可得收入。“可得收入”是指违法当事人从事违法行为后，可以取得而尚未取得的收入。比如，当事人违法经营与另一当事人签约可获得200万款项，但案发时只拿到100万，另100万尚未取得。当事人已拿到的100万属于“已得收入”，另100万则属于“可得收入”。这里的200万都应当视为“违法所得”。我国在刑事政策上已经明确了这一点^{③2}。

其五，“违法所得”不仅指当事人从事违法行为的财产收入，还包括因从事违法行为而为自己或特定利害关系人避免的损失。“财产收入”可分为积极收入与消极收入。前者指获得的收益，后者是指避免的损失。“违法所得”应当既包括收益(积极收入)，也包括避免的损失(消极收入)。我国的刑事政策同样明确了这一点^{③3}。

其次，我们要对“违法所得”范围作两点限制。

一是违法行为的载体与介质不属于违法所得，不得将违法行为的载体与介质记入违法所得。例如，当事人非法买卖或非法转让土地时，土地仅仅是违法行为的载体和介质，不得计入“违法所得”。全国人大常委会法制工作委员会《关于“没收非法所得”是否包含没收土地问题的答复》(1990年8月2日)指出：“土地管理法第

四十七条的规定，即“买卖或者以其他形式非法转让土地的，没收非法所得，限期拆除或者没收在买卖或者以其他形式非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，并可以对当事人处以罚款”。这条规定中的“没收非法所得”不能解释为包含土地。全国人大法工委《关于违法转让土地行为“非法所得”计算问题的答复》(1992)再次表明了此意。

二是违法行为的结果不全属于违法所得。违法行为的收益属于违法所得，但违法行为的结果未必是违法所得。因为有的违法行为会产生收益，有的违法行为并不产生收益。如违法建筑，只是一种违法行为的结果，属于“非法财物”的范畴，而不属于“违法所得”。因此，对于违法建筑，原则上只能“拆除”，而不能作为违法所得予以“没收”。只有在法律有明文规定的前提下，可以被作为“非法财物”予以“没收”^{③4}。

三、“违法所得”与“非法财物”

虽然“没收违法所得”与“没收非法财物”都属于财产罚，并且同属于“没收”的范畴，但《行政处罚法》对它们作出分别设定，特别是在第28条第2款将“没收违法所得”作出直接授权，而未对“没收非法财物”作出直接授权。这就使得区分“违法所得”与“非法财物”显得十分重要，它直接关系到《行政处罚法》的正确适用。再则，通过“违法所得”与“非法财物”的比较，有助于我们加深和拓宽对“违法所得”的认知。

区分“没收违法所得”与“没收非法财物”应当从“前提—载体—时间”切入和展开。

(一) 前提：“违法”与“非法”

《行政处罚法》(2021)第9条第2项所设定的两种“没收”手段，即“没收违法所得”与“没收非法财物”，其标的性质是不同的，即“违法”的“所得”与“非法”的财物。“所得”的前提是“违法”，“财物”的前提是“非法”。由此，人们很自然得出结论：“违法所得”与“非法财物”的区别在于前提不同，前者是“违法”，后者是“非法”。

按理说,“违法”与“非法”是有区别的。依《立法工作规范手册(试行)》^[24]的解释,“违法”一般用于违反法律强制性规范的行为;“非法”通常情况下也是“违法”,但主要强调缺乏法律依据的行为。笔者认为,“违法”主要指违反禁止性法律规范的行为;“非法”主要指应当有法律依据而实际无依据的行为。“违法”的“违法性”自然比“非法”的“违法性”要严重得多。但在行政处罚的理论、制度和执行实践中,“非法”通常也指“违法”,两者常常通用。因此,以“违法”还是“非法”区别“违法所得”与“非法财物”并无实际意义。

(二) 载体:“钱”与“物”

从《行政处罚法》(2021)第9条第2项规定的文字表达看,“没收违法所得”与“没收非法财物”的区别还在于“载体”不同。“违法所得”是指金钱收入,载体是“钱”;“非法财物”则是指当事人从事违法行为过程中的违禁物品、违法财物和违法工具等^{[4](50)[18](50)[22](79)}。有的认为还应当包括涉案原材料、制品等^[25]。总之,“非法财物”是一种“物”。不少人因此以为,“没收违法所得”与“没收非法财物”的区别主要在于:前者没收的是“钱”,后者没收的是“物”。

这样的认知是不周全的。如上所述,“没收违法所得”中的“所得”主要是指“金钱收入”,但不限于“钱”,还包括非金钱形式,如股权、股票和有关物品等;“没收非法财物”中的“财物”也不只限于“物”,“钱”(如赌资)也可成为“非法财物”的载体。因此,“钱”与“物”这两类载体不能作为区别“没收违法所得”与“没收非法财物”的绝对标准。

(三) 时间:“违法之后”与“违法之中”

“违法所得”是因从事违法行为而获得收益,“非法财物”是从事违法行为过程中的违禁物品、违法财物和违法工具等。因此,“违法所得”发生于违法行为“之后”,非法财物发生于违法行为“之中”。这几乎成为一种共识。

这种共识界线清晰明了,便于掌握。但仔细斟酌就不难发现,以行为发生时间上的“之后”与“之中”区别“违法所得”与“非法财物”过于机械,不具有高度的盖然性。虽然“违法所得”

一般发生于违法行为“之后”,但“非法财物”可以发生于违法行为“之前”“之中”和“之后”。如,作为“非法财物”的违法建筑,是一种违法行为的结果体,发生于违法行为之后。其实,“违法所得”与“非法财物”的真正区别不是时间上的“先后”,而是行为与结果的“因果关系”:因违法而获得财产上的收益属于“违法所得”,用之于违法或由违法所造成的结果,乃是“非法财物”。

(四) 结论:“违法所得”与“非法财物”之间

“没收违法所得”不同于“没收非法财物”,区别就是“违法所得”不同于“非法财物”。“违法所得”与“非法财物”的区别不在于前提(“违法”与“非法”),也不在于载体(“钱”与“物”),更不在于行为的时间(违法行为“之后”与“之中”),而在于逻辑,因违法而获得财产上的收益属于“违法所得”,用之于违法或由违法所造成的结果,乃是“非法财物”。

四、“没收违法所得”的权力与其他权力的关系

就行政执法机关而言,“没收违法所得”既是一种行政行为,也是一种行政权力。行政行为是行政权力的外在形态,是行政权力外化的结果。这里旨在探讨行政执法机关如何获得这种权力,以及这种权力与其他行政权力(如没收非法财物权、罚款权、征税权等)是什么关系。

(一) “没收违法所得”的授权性质:普遍授权与直接授权

在“职权法定”“法无授权不可为”的法治背景下,行政执法机关没收违法所得之权力,不是先天固有的,也不是自我赋予的,而是来自法律的授权。

在《行政处罚法》2021年修订前,没收违法所得之权力,取决于单行立法对行政执法机关的个别授权,《行政处罚法》并未作直接的授权。《行政处罚法》2021年修订后,该法第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。”这是作为基础性法律的《行政处罚法》首次将没收违法所得之权力直接授予

行政执法机关。这就意味着，任何行政处罚机关在处理当事人的违法行为时，都有权没收当事人的违法所得，无须依赖其他单行立法的单独授权。无论有关单行立法是否规定执法机关可以没收当事人的违法所得，行政执法机关都直接依据《行政处罚法》拥有了此种权力，因为《行政处罚法》(2021)第28条第2款是一种直接授权条款，它将没收违法所得之权力直接授予了行政执法机关。

(二)“没收违法所得”与“没收非法财物”两种权力的比较

《行政处罚法》(2021)第9条第2项虽然设定了两种“没收”权力，即“没收违法所得”与“没收非法财物”，但该法第28条第2款只对“没收违法所得”作了直接授权。这就意味着，行政执法机关已当然拥有了“没收违法所得”之权力，但并不拥有“没收非法财物”之权力。行政执法机关在实施处罚的同时，是否可以没收当事人的“非法财物”，须依据有关单行立法的具体规定而定。法律明文规定可以“没收非法财物”的，才可以“没收非法财物”^{③5}；法律如无规定，就不可以。

《行政处罚法》之所以对“没收违法所得”与“没收非法财物”的授权采取不同的态度，乃是因为，“没收违法所得”是无条件的，只要是“违法所得”就必须“没收”，这是贯彻“不让违法者获益原则”的结果；而“没收非法财物”是有条件的，因为“非法财物”非常复杂：有违禁品、违法工具和违法结果；有自己的财物，也有他人的财物；有他人知情者，也有他人不知情者；等等。对于“非法财物”，应不应当没收以及如何没收，在《行政处罚法》未作统一规定的条件下，取决于单行立法的具体规定。

(三)“没收违法所得”与罚款等其他行政处罚的关系

在《行政处罚法》(2021)第9条所设定的13种处罚手段中，“没收违法所得”与其他处罚手段之间不具有排斥性：执法机关没收了当事人的违法所得，并不影响执法机关同时给予当事人依法罚款或者拘留等；执法机关已对当事人作出罚款等处罚决定的，也并不影响同时没收当事人的

违法所得。因为，其他处罚手段取决于单行立法的具体授权，而“没收违法所得”乃是由《行政处罚法》直接授权的。

必须指出的是，对当事人既没收违法所得又给予罚款等其他处罚，不属于“一事二罚”情形，并不违反“一事不二罚”原则。

(四)“没收违法所得”与“依法退赔”的关系

《行政处罚法》(2021)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。”这里表达了“没收”与“退赔”之间的关系，确立了“退赔优先”原则：对于当事人的违法所得，能够依法退赔的，应当依法退赔；不能依法退赔或者退赔之后有剩下的部分，才应当没收^{③6}。

这一“民事赔偿优先”原则，在《行政处罚法》2021年修订前没有统一规定，但在单行立法中已有零星规定。《证券法》(2019)第220条规定：“违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金、违法所得，违法行为人的财产不足以支付的，优先用于承担民事赔偿责任。”国务院《价格违法行为行政处罚规定》(2010)第16条也规定：“本规定第四条至第十三条规定中的违法所得，属于价格法第四十一条规定的消费者或者其他经营者多付价款的，责令经营者限期退还。难以查找多付价款的消费者或者其他经营者的，责令公告查找。经营者拒不按照前款规定退还消费者或者其他经营者多付的价款，以及期限届满没有退还消费者或者其他经营者多付的价款，由政府价格主管部门予以没收，消费者或者其他经营者要求退还时，由经营者依法承担民事责任。”2020年我国《民法典》出台，其第187条规定：“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任；民事主体的财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。”^{③7}

(五)“没收违法所得”与“税收优先”原则

《税收征收管理法》(2015)第45条第2款规定：“纳税人欠缴税款，同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的，税收优先于罚款、没收违法所得。”这一规定体现了“税收”优于“违法所得”原则，体现了当“没收违法所得”

处罚权与“征税权”冲突时,应当坚持“征税权”优先。

《税收征收管理法》(2015)第45条第2款关于征税权优于没收权的规定,与《行政处罚法》(2021)第28条第2款关于没收违法所得的规定并不冲突。前者是规定征税权优于没收权,后者是规定退赔权优于没收权。

关于在计算违法所得是否应当扣除已缴纳税款的问题,与税收优先原则同样没有矛盾。因为前者是解决计算方法、确定违法所得范围的问题,而后者乃是解决如果两款不足时,应当先行满足哪一款的问题。

五、结论

“没收违法所得”这一行为的性质,在我国一直处于“双轨”体制之中:在《行政处罚法》中作为一种“处罚”手段存在,而在《治安管理处罚法》中一直作为“收缴”措施对待。在国外,将“没收违法所得”(没入)作为行政处罚的一种“主罚”手段可谓是少之又少。行政处罚是指行政主体依法对违反行政管理秩序的行为人进行行政制裁的行政行为。制裁的本质特征乃是让违法行为人为自己的违法行为额外地付出代价,而不仅是对违法状态的修复。“违法所得”不是行为人的合法收入,不具有法律保护的利益,理应“吐出”和“没收”,以体现和贯彻“不让违法的获益”之原则。《行政处罚法》与《治安管理处罚法》必须并轨,统一将“没收违法所得”定性为“收缴”行为,并作为行政处罚的配套措施。

将“没收违法所得”定性为“收缴”而不是“处罚”行为,依然不影响将“没收违法所得”与“没收非法财物”进行区别。这一区别的意义来自法律对它们的授权不同:《行政处罚法》对“没收违法所得”作了直接授权,而由单行立法对“没收非法财物”作个别性授权。这一授权模式还是应当保留。“没收违法所得”与“没收非法财物”的区别就在于“违法所得”与“非法财物”的区别。它们之间的区别主要不在于前提、载体和行为时间上,而在于逻辑上,因违法而获

得财产上的收益属于“违法所得”,用之于违法或由违法所造成的结果,乃是“非法财物”。

关于“违法所得”范围的计算标准,依然应当坚持以违法所得“全部收入”为原则,扣除成本为例外,但应当细化计算方法。关于对违法所得“收缴权”与“退赔权”、“处罚权”和“征税权”之间的关系,遵循现有原则不变。

注释:

- ① 有关人士解释,这次修订之所以依然将“没收违法所得”定性为“行政处罚”,主要考虑到:(1)可以将“新的不利负担”解释为大多数行政处罚的特征,但不是所有行政处罚的特征。(2)没收违法所得涉及当事人较大的财产利益,惩戒作用较为显著,是法律据以更好保护公共利益和社会秩序而作的专门规定。(3)除本法外,目前还有很多单行法律也将没收违法所得作为行政处罚。没收违法所得作为行政处罚的观念已经形成,并在行政执法实践中普遍实施。如果作调整,大量法律、法规、规章需要修改,行政执法中的观念需要改变,显性和隐性社会成本较高。(4)为解决长期困扰基层执法工作的实际问题,本次修改对没收违法所得作了界定,是指实施违法行为所取得的款项,原则上不扣除成本,因此,违法所得中包括了当事人的投入,对当事人来讲也是一种“新的不利负担”。见许安标主编:《中华人民共和国行政处罚法释义》,中国民主法制出版社2021年6月第1版第50页。
- ② 在有的国家还包括非法财产。
- ③ *Verwaltungsstrafgesetz-VStG*. 1925年制定后,经多次修订,最后一次修订在1964年。
- ④ 1952年1月2日由联邦议会制定并通过。此法后经几次修改,最新的修正案于1992年7月15日通过。
- ⑤ 如:根据《保险法典》第310~318条,由保险监督委员会采取的处罚措施;第(1996)597号法律第71条规定的证券交易委员会采取的处罚措施;第(1999)223号法律第26条规定的预防和抵制兴奋剂委员会作出的处罚措施;第(2000)108号法律第40条规定的电力管理委员会作出的处罚措施;等等。
- ⑥ 美国《联邦行政程序法》(*The Administrative Procedure Act*,简称APA)于1945年由美国国会参众两院先后通过,1946年6月11日由杜鲁门总统签署公布生效。该法于1966年9月6日编入《美国法典》第五篇。1978年,美国国会对该法的部分条款作过修订。
- ⑦ 这是按美国法典的统一编号。
- ⑧ 原文是:"sanction" includes the whole or a part of an agency—(A)prohibition, requirement, limitation or other condition affecting the freedom of a person; (B)withholding of relief; (C)imposition of penalty or fine;

- (D)destruction, taking, seizure, or withholding of property; (E)assessment of damages, reimbursement, restitution, compensation, costs, charges, or fees; (F)requirement, revocation, or suspension of a license; or (G)taking other compulsory or restrictive action.
- ⑨ 包括：侵犯公民权利的行政违法行为；危害居民健康、卫生防疫安全和社会公德的行政违法行为；财产保护领域的行政违法行为；自然环境保护和自然利用领域的行政违法行为；工业领域的行政违法行为；农业、家畜疾病防治和农用地土壤改良领域的行政违法行为；交通运输领域的行政违法行为；道路交通领域的行政违法行为；电信领域的行政违法行为；企业家活动领域的行政违法行为；金融、税收和收费、有价证券市场领域的行政违法行为；海关事务领域(违反海关规则)的行政违法行为；侵犯国家权力制度的行政违法行为；俄罗斯联邦国界保护领域、俄罗斯联邦境内外国公民或无国籍人逗留制度保障领域的行政违法行为；违反管理秩序的行政违法行为；危害社会秩序和公共安全的行政违法行为；兵役登记领域的行政违法行为；等等。
- ⑩ 俄罗斯联邦国家杜马于 2001 年 12 月 20 日通过，联邦委员会于 2001 年 12 月 26 日赞成，俄罗斯联邦总统普京于 2001 年 12 月 30 日签署联邦法律第 196 号令批准。它以《苏联和各加盟共和国行政违法行为立法纲要》(经苏联最高苏维埃 1980 年 10 月 23 日的决议通过，自 1981 年 3 月 1 日起施行)为基础。
- ⑪ 见《俄罗斯联邦行政违法法典》(2001)第三条之二：行政处罚的种类。
- ⑫ 见《俄罗斯联邦行政违法法典》(2001)第三条之三：主要的行政处罚和附加的行政处罚。
- ⑬ 1989 年 11 月 30 日，越南社会主义共和国国务委员会主席武志功签署，1990 年 1 月 1 日起生效。
- ⑭ 2005 年 2 月 5 日制定，一年后实施。
- ⑮ 中国台湾地区的《行政罚法》第 20 条规定了对不法利益予以追缴。鉴于罚鍰之对象只能是违反行政义务而应受处罚之人，因此存在适用之漏洞需要填补。倘有行为人为他人利益而从事违法行为，致使他人违反行政义务而受处罚，自己获得不法利益而未受惩罚，或行为人为他人实施违法行为而受处罚，他人因此获得由此产生之不法利益却未受处罚时，根据第 20 条的规定，“得于其所受财产上利益价值范围内，酌予追缴”。
- ⑯ 如我国 1957 年的《治安管理处罚条例》第 4 条规定：“实行违反治安管理行为的用具，必须没收的，应当没收。由于违反治安管理行为所得的财物，应当没收。上述用具和财物，除违禁物品外，另有原主的，退还原主。”1986 年和 1994 年的《治安管理处罚条例》基本保留了同样规定。
- ⑰ 因为在“行政处罚种类”条款中未将“没收”列入其中。如 1957 年《治安管理处罚条例》第 3 条规定：“违反治安管理的处罚分为下列三种：一、警告。二、罚款：五角以上，二十元以下；加重处罚不得超过三十元。罚款在裁决后五日内交纳；过期不交纳的，改处拘留。三、拘留：半日以上，十日以下；加重处罚不得超过十五日。在拘留期间，被拘留人的伙食费由自己负担；不能交纳伙食费的，用劳动代替。”1986 年和 1994 年的《治安管理处罚条例》第 6 条保留了同样的处理。
- ⑱ 我国《治安管理处罚法》(2005)第 10 条规定：“治安管理处罚的种类分为：(一)警告；(二)罚款；(三)行政拘留；(四)吊销公安机关发放的许可证。对违反治安管理的外国人，可以附加适用限期出境或者驱逐出境。”《治安管理处罚法》(2012)第 10 条保留了同一规定。
- ⑲ 我国《治安管理处罚法》(2005)第 110 条和《治安管理处罚法》(2012)第 110 条都规定：“被决定给予行政拘留处罚的人交纳保证金，暂缓行政拘留后，逃避行政拘留处罚的执行的，保证金予以没收并上缴国库，已经作出的行政拘留决定仍应执行。”
- ⑳ 我国《治安管理处罚法》(2005)第 11 条和《治安管理处罚法》(2012)第 11 条都规定：“办理治安案件所查获的毒品、淫秽物品等违禁品，赌具、赌资，吸食、注射毒品的用具以及直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具，应当收缴，按照规定处理。违反治安管理所得的财物，追缴退还被侵害人；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。”
- ㉑ 2007 年 11 月 30 日国家安监总局令 15 号公布，根据 2015 年 4 月 2 日国家安监总局令 77 号修正。
- ㉒ 卫法监食发[2000]第 16 号，2000 年 2 月 23 日。
- ㉓ 主张“违法所得收入论”的规定还包括：国家质量监督检验检疫总局《关于实施〈中华人民共和国产品质量法〉若干问题的意见》(国质检法〔2011〕83 号)以及《关于加油站计量作弊案违法所得认定和计算问题的答复意见的函》(质检法函〔2010〕34 号)；原卫生部《关于对如何认定食品生产经营违法所得的批复》(卫监督发[2004]370 号)；农业部办公厅《关于认定违法所得问题意见的函》(农办政函〔2005〕12 号)；农业部办公厅《关于〈中华人民共和国动物防疫法〉违法所得问题的函》(农办政函[2010]9 号)；等等。
- ㉔ 美国、日本、德国、英国、比利时及瑞士都奉行这一立场：对违法所得不扣除成本。在美国，绝大多数法院认为“违法所得”是指“总收入”(See *United States v. Genova*, 333F.3d,750, 761(2003).)在德国，新近立法也已从先前扣除成本的“纯益主义”，变换到了目前不扣除成本的“总体主义”(Bruttoprinzip)。行政机关之所以更加愿意选择不扣除成本，主要是基于如下考虑：(1)扣除成本不方便计算，“涉及企业内部的会计事项”，既会产生执法风险，也会妨碍行政效率。(2)没收违法所得是一种惩罚措施，目的是对违法行为人施加报复和打击，而非使违法行为人恢复到原利益状态。将成本合并没收，本身就是达到了制裁目的，与行政处罚的规制初衷并不违背。(3)对于可能出现的“过量没收”问题，可经由“比例原则”加以限制，这也是比

- 较法上的常见做法。见熊樟林：《立法上如何安排行政没收？》，载《政法论坛》2022年第4期(总第40卷)。
- ②⑤ 有一些刑事政策上的规定也规定了“违法所得”仅指“所获利的数额”。见最高人民法院《关于依法惩处生产销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》(法复[1995]3号)；最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[1998]30号)。
- ②⑥ “考虑到执法实践的复杂情形，不能排除有其他更为合理的计算方式，因而本条授权法律、行政法规、部门规章有权对违法所得的计算作出规定。”见杨伟东主编：《中华人民共和国行政处罚法理解与适用》，中国法制出版社2021年3月第1版第102页。
- ②⑦ 但也有学者主张违法所得不得扣除已交税款。参见陈祺：《违法所得认定标准探究》，载《中国金融》2020年13期。
- ②⑧ 如：“没收违法所得是指行政机关依法将当事人因从事违法行为而获得的金钱收入强制无偿收归国有的一种行政处罚。”见许安标主编：《中华人民共和国行政处罚法释义》，中国民主法制出版社2021年6月第1版第50页。“没收违法所得是指行政机关依法将当事人因从事违法行为而获得金钱收入强制无偿收归国有的一种行政处罚。”见李洪雷主编：《中华人民共和国行政处罚法评注》，中国法制出版社2021年4月第1版第77页。
- ②⑨ 中国证券监督管理委员会《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》(证监稽查字【2007】1号)第21条规定：“本指引所称内幕交易的违法所得，是指行为人实施内幕交易行为获取的不正当利益，即行为人买卖证券获得的收益或规避的损失。其不正当利益，既可以表现为持有的现金，也可以表现为持有的证券。前款所称持有的证券，是指行为人实际控制的账户所持有的证券。”
- ③⑩ 在现实中，实物作为“违法所得”也是常有的事。如双方赌博，一方以钱为赌资，另一方以家里的名犬为赌资。另一方输了，对方就获得了名犬。这名犬就应当作为“违法所得”。赌名车和房子也是同理。
- ③⑪ 最高人民法院、最高人民检察院《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》(法释〔2017〕1号)第6条：通过实施犯罪直接或者间接产生、获得的任何财产，应当认定为刑事诉讼法第二百八十条第一款规定的“违法所得”。违法所得已经部分或者全部转变、转化为其他财产的，转变、转化后的财产应当视为前款规定的“违法所得”。来自违法所得转变、转化后的财产收益，或者来自自己与违法所得相混合财产中违法所得相应部分的收益，应当视为第一款规定的“违法所得”。
- ③⑫ 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2016]29号)第17条第3款规定：“第三款本解释所称‘违法所得’，是指实施刑法第三百三十八条、第三百三十九条规定的行为所得和可得的全部违法收入。”
- ③⑬ 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2012]6号)第10条第1款规定：刑法第一百八十条第一款规定的“违法所得”，是指通过内幕交易行为所获利益或者避免的损失。
- ③⑭ 如我国《城乡规划法》(2019)第64条规定：“未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。”
- ③⑮ 如根据《青藏高原生态保护法》(2023)第56条规定，有关执法部门可以没收“直接用于违法开采的设备、工具”。
- ③⑯ 德国法认为，对于违法所得中包含了受害人的合法财产的情况，就应当赋予受害人返还请求权优先于没收的效力。See Heger in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. C. H. Beck, München, 2018, vor § 73 Rn.4. 引自王思涵：《行政法中的没收违法所得研究》，昆明理工大学2022年硕士学位论文。
- ③⑰ 此外，我国刑事政策也体现了这一精神。如我国《刑法》(2020)第36条规定：“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。”《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2021)第14条规定：“生产、销售的食品、药品存在质量问题，生产者与销售者需同时承担民事责任、行政责任和刑事责任，其财产不足以支付，当事人依照民法典等有关法律规定，请求食品、药品的生产者、销售者首先承担民事责任的，人民法院应予支持。”

参考文献：

- [1] 王青斌. 行政法中的没收违法所得[J]. 法学评论, 2019, 37(6): 160-170.
- [2] 冯军. 行政处罚法新论[M]. 北京: 中国检察出版社, 2003.
- [3] 熊樟林. 立法上如何安排行政没收? [J]. 政法论坛, 2022, 40(4): 29-43.
- [4] 许安标. 中华人民共和国行政处罚法释义[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2021.
- [5] 王名扬. 法国行政法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1989.
- [6] GRIFFITH J A G, STREET H. Principles of administrative law[M]. London: Sir Issac Pitman&Sons, Ltd.,

- 1952;
- [7] JAFFE L L. Judicial control of administrative action[M]. Boston: Little, Brown, 1965.
- [8] 张越. 英国行政法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [9] 应松年. 英美法德日五国行政法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015.
- [10] 南博方. 日本行政法[M]. 杨建顺, 周作彩, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 1988.
- [11] 市桥克哉, 等. 日本现行行政法[M]. 田林, 钱蓓蓓, 李龙贤, 等译. 北京: 法律出版社, 2017.
- [12] 刘春萍. 转型期的俄罗斯联邦行政法[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [13] 徐中起. 越南法研究[M]. 昆明: 云南大学出版社, 1997.
- [14] 翁岳生. 行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [15] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 台北: 三民书局, 1991.
- [16] 陈新民. 行政法学总论[M]. 台北: 三民书局, 1997.
- [17] 马克思恩格斯全集[M]. 北京: 人民出版社, 1961.
- [18] 江必新. 行政处罚法条文精释与实例精解[M]. 北京: 人民法院出版社, 2021.
- [19] 黄锴. 论没收违法所得设定权的分配与收回——基于行政处罚法相关条文的展开[J]. 法治现代化研究, 2022, 6(1): 72-85.
- [20] 德沃金. 认真对待权利[M]. 信春鹰, 吴玉章, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [21] 刘素华, 刘欣. 不让违法者获益原则[C]//胡建淼. 法律原则研究. 北京: 中国社会科学出版社, 2021.
- [22] 李洪雷. 中华人民共和国行政处罚法评注[M]. 北京: 中国法制出版社, 2021.
- [23] 杨伟东. 中华人民共和国行政处罚法理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2021.
- [24] 全国人大常委会法制工作委员会办公室. 立法工作规范手册(试行)[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2012.
- [25] 袁雪石. 中华人民共和国行政处罚法释义[M]. 北京: 中国法制出版社, 2021.

Some issues on "confiscation of illegal gains" in the administrative penalty

HU Jianmiao

(Department of Politics and Law, Party School of the Central Committee of C.P.C(National Academy of Government), Beijing 10091, China)

Abstract: "Confiscation of Illegal Gains" in administrative law, as one of the 13 types of penalties set by *The Administrative Penalty Law*, constitutes a type of property penalty along with fines and confiscation of illegal property. But whether it belongs to an "administrative penalty" or "administrative seizure" has been controversial, and has always been characterized as a "seizure" measure by *The Public Security Administrative Penalty Law*. The present paper points out that administrative penalty refers to the administrative action of administrative agencies to impose administrative sanctions on whoever violates the administrative order. The essence of "sanction" is to make the offender pay an additional price for his or her violation, not just to repair the illegal status. *The Administrative Penalty Law* should be unified with *The Public Security Administrative Penalty Law* to universally characterize "confiscation of illegal gains" as "seizure" and as a complementary measure of administrative penalty. Besides, this paper gives a comprehensive discussion on calculating criteria of "illegal gains". The principle is to take "all revenues" as the criteria to calculate "illegal gains", the identification criteria between "illegal gains" and "illegal property", particularly the relationship between the confiscation power and the punishing power of the "illegal gains", and the relationship between confiscation power, the priority of refund and tax priority.

Key Words: administrative penalty; illegal gains; calculating criteria

[编辑: 苏慧]