

新《行政处罚法》中“没收违法所得”的法律性质及适用研究

林奕圳

澳门科技大学, 澳门

收稿日期: 2022年11月3日; 录用日期: 2022年11月16日; 发布日期: 2023年1月18日

摘要

为推动行政处罚制度的进步, 新《行政处罚法》在有关没收违法所得这一部分进行了修改, 由此, 没收违法所得的法律性质及其相关实践也引起了一定的讨论。这些讨论关系着“没收违法所得”如何才能最好发挥其应有的作用, 因此对“没收违法所得”的相关争议情形进行深入研究有着较为重要的意义。在理论层面, 许多文章对“没收违法所得”的法律性质及其在实践中可能出现的争议进行了探讨, 如没收违法所得数额的认定、没收违法所得与退赔的顺序如何确定、有关没收违法所得中是否涉及间接收入以及在单行性规范没有规定没收违法所得时是否没收其违法所得等, 本文将从这些角度进行切入, 以“没收违法所得”的法律性质为讨论起始, 而后逐一对其适用过程中可能出现的争议情形提出建议以供参考。

关键词

没收违法所得, 法律性质, 适用完善

A Study on the Legal Nature and Application of “Confiscation of Unlawful Gains” in the New Administrative Punishment Law

Yizhen Lin

Macau University of Science and Technology, Macao

Received: Nov. 3rd, 2022; accepted: Nov. 16th, 2022; published: Jan. 18th, 2023

Abstract

In order to promote the progress of the administrative punishment system, the new Administra-

tive Punishment Law has been amended in the section on “confiscation of unlawful gains”, and as a result, the legal nature of unlawful gains and their application have also aroused certain discussions. These discussions are related to how “confiscation of unlawful gains” can best play their due role, so it is of great significance to conduct in-depth research on the relevant disputes of “confiscation of illegal income”. At the theoretical level, many articles have discussed the legal nature of “confiscation of unlawful gains” and its possible disputes in practice, such as the determination of the amount of confiscated unlawful gains, how to determine the order of confiscation of unlawful gains and restitution, whether indirect income is involved in the confiscation of unlawful gains, and whether to confiscate unlawful gains when the specific regulations do not make the provision for the confiscation of unlawful gains. This article will start with the discussion of the legal nature of “confiscation of illegal gains” from these perspectives, and then make suggestions for the possible disputes in the process of its application one by one for reference.

Keywords

Confiscation of Unlawful Gains, Legal Nature, Applicable Improvement

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

行政法上有关“没收违法所得”的法律性质在学界一直都是具有争议的话题，而此次新修订的《行政处罚法》也在第二十八条的第二款对其进行了规定，相比起过往位于《行政处罚法》第八条的规定，新《行政处罚法》的规定更为详尽，同时也根据各领域内的不同情况，允许法律、行政法规以及部门规章制定符合其领域监管的内容，可见，新修订的条款能够更为灵活地为不同监管领域提供上位法的规定，让不同行业的监管能更为贴合其所属的特点运行。而与此同时，有关“没收违法所得”如何更为合理适用的讨论也应运而生，在本文的论述过程中，笔者将围绕没收违法所得的性质以及在实践过程中所可能引起的争议进行论述。

2. 没收违法所得的法律性质之争

关于“没收违法所得”是否属于行政处罚这一问题，在理论界中曾引发不少讨论，有学者认为“没收违法所得”不属于行政处罚的范畴，具体理由如下：没收违法所得仅仅只是将本就不应该属于当事人的利益进行没收，没有从根本上给予违法者以额外的处罚，因此并不能够将其纳入到行政处罚的范畴[1]。可见该观点认为要想起到处罚的效果，就需要让违法当事人因此而承担额外的代价，让其意识到惩戒带来的后果，如果没收其违法所得只是让其回到了初始未实施违法行为时的状态，则不能起到有效惩戒的效果。王青斌学者亦认为没收违法所得无法使违法当事人的收益状态较其未违法之时有所下降，而制裁需要产生对违法当事人不利的法效果，并非使其恢复至原来的状态，因此没收违法所得不属于制裁的范畴，缺乏行政处罚的法律作用，故而不能将其认定为行政处罚[2]。章剑生学者则认为没收违法所得的性质仅仅是让违法当事人交出本不属于其自身的财产，具有追缴的性质，故而将其认定为行政强制执行方式或许更合适[3]。除此之外，亦有学者提出相反的观点，冯军学者认为虽然其财物来源系属违法途径，但是其仍然处于违法当事人的控制之下，在这种情况下将其没收，亦可在心理层面起到威慑作用，具有惩罚的效果[4]，且没收违法所得可以切断其本身的违法收益预期，从而使得违法行为人受到震慑。

笔者认为,没收违法所得在法律性质上属于行政处罚。首先,笔者认为没收违法所得不属于行政强制的范畴,《行政强制法》第二条第二款¹明确规定了行政强制措施的概念,可见行政强制措施是为了阻止违法行为、防止危害扩大或证据毁损而采取的措施,此处与没收违法所得的时间节点上有不融洽之处,行政强制措施更多是发生在违法行为正在进行时,为了对其不良影响进行控制而采取的行动,而没收违法所得更多发生在违法行为已经实施完毕之后,故而不能将其认定为行政强制措施。其二,两者的目的指向不同,行政强制措施的施行指向如上述条文中所示的目的,而没收违法所得与该条文目的没有直接关系,因违法行为人的违法行为已经完成,故而没有阻止违法行为的目的指向,且没收违法所得仅仅是使违法当事人交出自己因为违法行为而取得的财产,亦无法达到防止危害扩大或证据毁损的直接目的。其三,行政强制措施体现在实行中的暂时性,而没收违法所得在时效上并非只是暂时性的行为,一旦违法所得被予以没收将不予返还。故而笔者认为没收违法所得不属于行政强制的范畴。

其次,笔者认为没收违法所得具有一定的惩戒作用。根据新《行政处罚法》的规定:“违法所得是指实施违法行为所获得的款项”,从这一条文可以看出,没收违法所得并没有明确指出需要扣除前期违法当事人所投入的成本以及其他方面的支出,因此没收违法所得并非直接使得违法行为人回到其实施行为之前的状态,而很有可能使违法行为人所投入的成本以及其他方面的支出也一起被予以没收,这意味着没收违法所得在实质上使违法行为人的利益状态处于未实施违法行为时的下方,已然为其实施的违法行为而付出损失与代价。与此同时,没收违法所得亦能在其心理层面造成一定的威慑与惩戒,起到心理层面的处罚效果。在实际层面与心理层面均起到了一定的惩戒效果,符合行政处罚制裁的目的;除此之外,新《行政处罚法》第二条²对行政处罚进行了概念上的厘清,根据法条上的规定,笔者认为没收违法所得属于行政处罚。首先,没收违法所得由行政机关作出,符合主体要件;其次,违法行为人由于违法行为而获利,因此这一部分增加的财产并不属于违法行为人的合法权益,故而没收违法所得并不减损违法行为人的权益,但是,笔者认为没收违法所得增加了违法行为人的义务,违法行为人因为其违法行为而获利,但是其在“没收违法所得”的程序中被要求有配合没收、交出违法所得的义务,这些都符合行政处罚的概念中关于“增加义务”的表述。而“予以惩戒”的法律效果也如上文所述得以体现,因此笔者认为在新《行政处罚法》的框架体系之下,没收违法所得符合行政处罚的概念范畴,可以将其认定为行政处罚。

3. 违法所得的数额认定标准

对于违法所得的数额认定标准,理论界中有多种讨论,具体可分为以下两大类,即总额说与差额说,其差别在于是否扣除违法行为人所投入的成本。

3.1. 总额说

总额说的观点即认为只要是违法行为所取得的利益都应该予以没收,不需要扣除前期所投入的成本,虽然前期投入的成本有可能属于合法的来源,但是由于违法行为人将其用于从事违法活动,即使其来源合法,在此也与违法活动及其收益在性质上产生混同[5],因此不应该予以扣除。除此之外,从行政效率的角度进行考量,如果将经营的成本加入其中,将会大大增加执法的困难程度与时间成本,经营的成本包括人力成本、产品成本甚至水电费用,这些计算有时需要专业的会计人员进行,即使违法行为人自己主动提供,也需要进一步核实其真实性,是十分耗费人力与物力的过程,而总额说的应用则不需要进

¹ 参见《行政强制法》第二条第二款:行政强制措施,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。

² 参见《行政处罚法》第二条:行政处罚是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织,以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为。

行这一流程。可见采取总额说的观点能够使违法行为人用于从事违法行为的成本被没收，一定程度予以惩戒，同时也能起到提升执法效率的作用。

3.2. 差额说

差额说的观点即认为需要予以没收的违法所得应该扣除成本，因为在此没收的应当是违法的收益[2]。违法行为人先前投入的成本并非属于违法收益，不产生于违法行为实施之后，因此对这一部分的数额应该予以扣除，不予没收。可见，差额说在计算方面提出了更为精确的要求，充分考虑到违法行为人付出的成本以及违法所得的情况。

可见，总额说与差额说各有其优劣，总额说能够更为突出惩戒的效果，提升执法的效率；差额说能够较为充分考虑违法行为人的支出与所得情况，却也增加了执法的难度。

笔者认为新《行政处罚法》中对“没收违法所得”的理解应以总额说为原则。首先，从文义解释的角度出发，《行政处罚法》用的是“实施违法行为所取得的款项”这一表述，可见从条文的语义进行理解，并没有提到对其成本的扣除，条文的意思更为贴近“总额说”的认定形式。并且以总额说为认定原则更有助于起到惩戒的效果，使违法行为人被予以没收之后的利益状况不如实施违法行为之前的利益状况，符合“没收违法所得”在行政处罚中的定位。总额说的认定有助于违法行为人在实施违法行为时掂量自己的成本，自己投入的成本越多被予以没收的数额也就越大，这将在一定程度上遏制违法行为人投入违法活动的成本，起到一定的预防作用，而在差额说的计算方式之下，违法行为人的投入是可以被退还的，因此违法行为人将不再在意自己为此投入的金钱或其他成本，这不利于遏制违法当事人的违法行为，同时差额说的认定也会产生一定的困难，比如当遇到一些从事违法行为入不敷出的情形时，因其违法取得的款项还没有支出的成本多，这将导致难以认定应该没收违法所得的数额，也在一定程度上增加了执法成本。故而，笔者认为没收违法所得应当以“总额说”为原则，在以“总额说”为原则的前提之下，新《行政处罚法》同时亦允许法律、行政法规、部门规章根据其所涉及领域的特殊性进行贴合实际情况的规定，例如在食品药品等关乎生命健康安全领域中，应该予以更为严格的管制，故而采取“总额说”的认定标准，让违法行为人承担更为严重的违法成本；而在工商领域，由于对生命健康影响不算特别大，且关乎市场的经营运作以及周转活力，故而亦可以考虑采取“差额说”的认定标准对其进行管制[6]。因此，笔者认为新《行政处罚法》中的“没收违法所得”应以“总额说”为原则，“差额说”为例外。

4. 退赔与没收的先后顺序

根据新《行政处罚法》第二十八条的规定，在没收违法所得时还需要依法予以退赔，那么二者实行的先后顺序在适用的过程中如何安排呢？根据新《行政处罚法》第二十八条法律条文的表述，在处置违法行为人的违法所得时应当先予以退赔，而后其余的部分再进行没收，这样的理解更为符合条文所规定的先后逻辑顺序，同时也更符合《行政处罚法》所体现的“以人为本”的执法理念。

在对违法所得进行没收的过程中，先给遭受损失的受害人进行退赔，则更能够体现民事责任优先的原则。民事责任优先的原则有利于更好保护受害者的权益，如果受害者的权益得不到一定的保障，则可能导致其基本生活受到一定影响[7]，对社会运作的正常秩序也会造成影响。在此，笔者认为将退赔程序安置于没收违法所得之前，一方面能够在时间维度上尽快地将受害人的损失进行返还，另一方面，从违法行为人的违法所得来源上看，其多数的违法所得即来源于受害人，先退赔再予以没收能够最大限度保证受害人的损失得以返还。因此，在没收违法所得之前先行予以退赔能够在较快的时间范围内尽最大可能保障受害人的合法权益。与此同时，民事责任优先原则也正是《民法典》第187条的应有之意，如此也有助行政责任与民事责任相协调，在此条款中可以看出新《行政处罚法》所体现的对第三人权益的保护[6]。

除此之外，将退赔的程序置于没收违法所得之前可以在整体上提升司法运作的效率，如果在没收违法行为人的违法所得之后由受害人再对其提起民事诉讼，将会额外增加诉讼成本，不管从受害人的角度还是从法院的角度都会产生额外的负担，相比之下，行政机关在前期调查的过程中就已经对违法行为人的违法事实有所了解，并且行政机关在其监管的领域具有一定的专业性，因此，由行政机关在前置环节一并解决民事纠纷将有更高的效率^[8]。综上所述，笔者认为在没收违法所得之前对受害人予以退赔可以在一定程度上节约司法资源，也能够减少受害人的诉讼负累，在此过程中亦能够促使违法行为人积极配合退赔，一定程度上起到教育的作用。可见，新《行政处罚法》在实施没收违法所得之前所增加的退赔程序具有重要意义。

5. 直接收益与间接收益是否应予以没收

直接违法所得强调收益与违法行为的直接相关性，即违法行为人从事违法活动所直接获得的款项。对于直接违法所得的处置，根据新《行政处罚法》的规定应该将其予以没收，在对具有直接相关性收益部分的处置并没有太多争议，产生较多讨论的问题系对于间接违法所得的处置，间接违法所得并非违法行为人从事违法行为所直接获得的收益，而是违法行为人通过违法所得从事其他行为而产生的后续收益，对于这部分与违法行为不具有直接性的收益如何处置，则存在着讨论的空间。

此处将间接违法所得分为孳息部分与从事其他活动所产生的收益。首先，如果是违法所得产生的孳息，应当如何处置？笔者认为违法所得所产生的孳息应该对其予以没收，理由如下：此处产生的孳息是建立在违法所得的基础之上的，没有违法行为人通过违法行为而产生的收益也就不会有后续孳息的产生，并且该产生的过程不需要有额外的其他行为即可完成，故而此处的孳息与违法所得应视为具有混同的性质，二者无法进行分割，难以将孳息单独评价。可见，在这样的推论过程中孳息与违法所得具有高度连续性，应当将违法所得及其所产生的孳息也一并予以没收。

倘若违法行为人将违法所得用于从事其他活动，而后经此获利，是否应该将后续从事其他活动的收入也予以没收呢？在这个问题上存在着一定的讨论，笔者在此更倾向于将此部分间接收益进行没收，首先使用“违法所得”并不是一个合法的行为，根据法律的规定“违法所得”应该予以没收，可见违法行为人具有配合“没收”的义务，而非将其用于从事投资等其他活动，因此虽然使用该款项的过程中披上了一层合法行为的外衣，但是无法剥离的是其实质是使用“违法所得”而从事的活动，使用“违法所得”而非配合予以没收亦属于背离应履行的义务，属于另一种违法行为，因此符合新《行政处罚法》所规定的“实施违法行为所取得的财物”，其后续的收益亦可以视为违法所得的延伸，如果不予以没收，违法行为人有可能使用其违法所得进行盈利，而没收的违法所得却比后续间接收益在数额上更少，这就使得违法当事人即使被没收违法所得，但相比起未实施违法行为时仍处于有正向收益的状态，此种情形可能不利于违法行为人进行悔改。因此笔者倾向于对间接违法所得亦采取没收的形式，在具体适用的过程中亦可对其进行酌情考量。而由于实践当中情况多变，各监管领域可根据实际情况进行规定。

6. 没收违法所得能否在单行性规范没有规定的情形之下适用

如果相关的单行性规范仅规定了其他处罚却并未规定“没收违法所得”，在这种情形之下还能否对其违法所得进行没收？对于这一问题亦然引发了不少讨论，对该问题持反对意见的观点认为根据新《行政处罚法》第四条的规定³，所有应当给予行政处罚的行为都应当由除《行政处罚法》以外的法律、法规、规章进行规定，如果其他的单行性规范没有对“没收违法所得”进行规定，那么将不能对违法

³参见《行政处罚法》第四条的规定：公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规、规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。

行为人的违法所得进行没收；除此之外，有观点认为新《行政处罚法》第二十八条第二款⁴第一句并非执法层面的指引，论证的逻辑为：新《行政处罚法》的一大重要意义在于促使行政处罚在各领域的设立能够统一与规范，因此第二十八条第二款第一句应当属于在立法层面的指导，本意在于希望后续行政处罚领域的相关立法都能出现对“没收违法所得”的规范，因此该条规定属于立法层面的指导，而非执法层面的指导[9]。

笔者认为在单行性规范未规定的情况之下可以予以没收违法所得，上述两种观点都有值得肯定的地方也有可商榷之处，在第一种观点中，其根据对新《行政处罚法》第四条规定进行解读所得出的不能予以没收违法所得的结论，笔者认为第四条位于《行政处罚法》的总则部分，因此可以理解为对后续相关领域进行行政立法层面的指导，即法律、法规、规章的规定需要依照本法，但并未明确排除本法相关规定所起到的作用，因此新《行政处罚法》第二十八条第二款第一句的规定在此处并未被排除适用。而关于新《行政处罚法》第二十八条第二款第一句属于立法上的指导而非执法上的规范，笔者对此持有不同的看法，笔者认为第二十八条第一款与第二款不能做割裂的理解，新《行政处罚法》第二十八条第一款⁵明确提到了“行政机关实施行政处罚时”，因此其第二款也应当做出相同的理解，认为系针对执法层面而进行的规定，否则，如若同一条规范第一款明确提到实施层面，而第二款却认为属于立法层面的指引，笔者认为这样的理解将对同一条文产生割裂的解读，因此为使法律解读上有较为统一的理解，应对其第二款也认定为针对执法层面的规定。在此处，笔者认为新《行政处罚法》第二十八条是对行政机关进行普遍授权的一个条款，即行政机关可以直接依据该条款作出没收违法所得的决定而无需单行性规范额外进行规定，但这并非要求行政机关必须将每个案件的违法所得都查清，行政机关亦具有一定的裁量权[10]，在具体个案中可以根据实际的情况进行裁量。而这样的理解也更为符合大众心中对公平正义的认识，如若通过违法行为进行获利，那么受到相应的处罚是应该的，而与此同时对其违法所得进行没收也是必要的，否则如违法行为人的违法所得要超过其所应承担的罚款，将可能难以起到惩戒与教育的作用。故而笔者认为根据新《行政处罚法》的规定，在单行性规范没有对没收违法所得进行规定时亦可以对违法行为人没收违法所得。

7. 结语

没收违法所得是必要且重要的措施，对其合理地适用能够维护法律的公正与威严。在本文的论述中，笔者倾向于将没收违法所得的法律性质认定为行政处罚，而根据文义解释的路径，原则上应运用总额说进行计算。在实际适用的过程中，本文也倾向于认定退赔的前置性、间接违法所得同样予以没收、在单行性规范未规定没收违法所得亦可以根据《行政处罚法》对违法所得进行没收的观点。可见，新《行政处罚法》对“没收违法所得”制度进行了更为科学的完善，为执法机关在实践过程中提供了法律的准绳，进一步为公民的合法权益保驾护航。

参考文献

- [1] 应松年. 行政法与行政诉讼法学[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 226.
- [2] 王青斌. 行政法中的没收违法所得[J]. 法学评论, 2019(6): 160-170.
- [3] 章剑生. 现代行政法基本理论[M]. 第2版. 北京: 法律出版社, 2014: 361.
- [4] 冯军. 行政处罚法新论[M]. 北京: 中国检察出版社, 2003: 120.

⁴ 参见《行政处罚法》第二十八条第二款：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。

⁵ 参见《行政处罚法》第二十八条第一款：行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。

- [5] 马怀德. 《行政处罚法》修改中的几个争议问题[J]. 华东政法学报, 2020, 23(4): 13.
- [6] 郑琳. 行政处罚上违法所得的认定和处置研究[J]. 财经法学, 2022(3): 184-188.
- [7] 李明发. 民事赔偿责任优先的理论基础及其法律构建[J]. 江淮论坛, 2014(6): 121.
- [8] 袁雪石. 行政处罚附带民事纠纷解决机制研究[J]. 中国法律评论, 2020(5): 20.
- [9] 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(1): 78.
- [10] 黄海华. 新行政处罚法的若干制度发展[J]. 中国法律评论, 2021(3): 55-56.