

行政处罚上违法所得的认定和处置研究

郑 琳*

内容提要：违法所得的认定和处置，一直是行政处罚上具有争议性的议题。新《行政处罚法》明确了违法所得的定义，增设了退赔程序，以及允许法律、行政法规和部门规章做例外规定，是对执法实践的立法回应。然而违法所得在具体实践中如何认定，退赔程序所要实现的对受害人权益救济的功能如何与执法效率相平衡，以及无违法所得和违法所得难以计算时，如何与罚款组合适用以防止处罚倒挂，是实践部门面临的难题。没收违法所得，兼具公法上追缴不当得利的功能、行政处罚的制裁功能和处罚权延伸的教育功能。违法所得的认定应当以“总额说”为原则，“差额说”为例外，并遵循五项基本准则。没收违法所得前的退赔，要具有退赔的现实可能性，并且要完善退赔的方式和期限。无违法所得或违法所得难以计算时，可以与比例罚的方式组合适用，以实现过罚相当。

关键词：没收违法所得 退赔 过罚相当 行政处罚

一、问题的提出

违法所得的认定和处置一直是行政处罚上关注的焦点。2021年修订的《行政处罚法》关于“违法所得”的规定，在征求意见稿的基础上，吸收各方意见，多次修订，最终成形。^{〔1〕}新修订

* 郑琳，大连海事大学法学院讲师。

本文为国家社科基金重大项目“大数据、人工智能背景下的公安法治建设”（19ZDA165）的阶段成果。

〔1〕 历次草案版本及最终版本如下：《行政处罚法（修订草案征求意见稿）》第25条：“有违法所得且有受害人的，应当责令退赔或者返还受害人；退赔、返还受害人后的剩余部分或者没有受害人、无法确定受害人的，应当依法予以没收。”《行政处罚法（修订草案）》第26条：“……有违法所得的，应当予以没收。”《行政处罚法（修订草案二次审议稿）》第27条：“……当事人因违法行为获取的违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。”《行政处罚法》（2021年修订）第28条：“……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。”

的《行政处罚法》“重申了没收违法所得的性质属于行政处罚的基本立场”〔2〕,在此基础上进一步明确违法所得的定义,增设了退赔的程序,并且允许法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算做例外规定。上述制度的完善,都是本次新《行政处罚法》关于违法所得的修改亮点。

其实在原《行政处罚法》适用过程中以及新《行政处罚法》草案发布后,没收违法所得的性质、认定标准和处置方式就一直是争议的焦点。应当说,新《行政处罚法》并没有将没收违法所得从行政处罚种类中删除,没收违法所得将仍然发挥行政处罚的制裁功能,在立法上消除了关于没收违法所得不是行政处罚的争议。〔3〕自1996年没收违法所得写入《行政处罚法》,关于其性质的讨论一直是学界争议的焦点。比如冯军教授认为,没收违法所得对当事人产生惩戒的心理和精神效果,属于行政处罚。应松年教授认为没收违法所得具有追缴性质,不是违法者实施违法行为付出的代价。新《行政处罚法》修订之初,没收违法所得的性质再次引起讨论。比如王青斌教授认为,没收违法所得不应当属于行政处罚的种类,因为其不具有行政处罚的法律作用。马怀德教授则认为,没收违法所得是对当事人违法利益的剥夺,具有制裁和惩戒效果,视为一种行政处罚并无不可。新修订的《行政处罚法》虽然明确了违法所得的定义,即“违法所得是指实施违法行为所取得的款项”,并且作了例外规定优先的表述,确立了“总额说”是原则、“差额说”是例外的适用要求,但是在实践中如何具体操作,还需要进一步提炼基本准则。此外,新《行政处罚法》将退赔作为没收违法所得的前置程序,在补偿受害人的同时,也给行政机关的执法带来一定的困扰,如何平衡权益救济和执法效率,需要更为周延的退赔制度设计。最后,如果没有违法所得或违法所得难以计算时,如何与罚款组合适用,体现过罚相当原则,同样是困扰实践部门的难题。

新《行政处罚法》关于违法所得认定和处置的规定,是经过深思熟虑考量的。只有正确理解和适用新法的规定,才能发挥没收违法所得的制度功效。为此,本文将剖析没收违法所得的三重功能,在此基础上探讨违法所得的认定标准、退赔程序和有无违法所得的处置等具体的制度设计,希冀能够服务于行政处罚实践,给执法人员带来思维碰撞的火花。

二、行政处罚上没收违法所得的三重功能

没收违法所得的功能定位,是认定标准、退赔程序以及没收处置等具体制度构建的前提。我国《行政处罚法》上的没收违法所得,具有公法上不当得利的追缴功能、行政处罚的制裁功能和处罚权延伸的教育功能。

(一) 公法上不当得利的追缴功能

法谚有云:“任何人不得因自己的违法行为获利。”这不仅体现在私法领域,公法上法律制度

〔2〕 杨伟东:《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年版,第102页。

〔3〕 参见冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第120页;应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社2004年版,第261-262页;王青斌:《行政法中的没收违法所得》,载《法学评论》2019年第6期;马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

同样不允许当事人获得财产上的利益以牺牲公共利益为代价。否则，该财产的取得就不具有正当性，国家应当予以剥夺。^{〔4〕} 公法上不当得利的追缴功能具体体现在以下三个方面：

一是追求衡平价值。“公法上不当得利的功能是补救不正当的财产转移，使得行政主体与公民间恢复原有衡平。”^{〔5〕} 以《草原法》为例，草原等自然资源属于国家所有。^{〔6〕} 公民买卖或者以其他形式非法转让草原、非法开垦草原的，即是对国家资源的不合法占有，财产欠缺法律原因而发生不合法的变动。《草原法》明确规定执法机关应当没收其违法所得，^{〔7〕} 就是为了使财产秩序恢复到合法状态，^{〔8〕} 以追求衡平价值。

二是实现行政机关的权益救济。当公民侵犯行政机关的权益时，行政机关在“法律明确授权的情况下可以作出侵益行政处分以实现其返还请求权”^{〔9〕}，没收违法所得即是典型的侵益行政处分。例如在《食品安全法》中，当事人未取得食品生产经营许可从事食品生产经营活动或者未取得食品添加剂生产许可从事食品添加剂生产活动的，食品安全监督管理部门没收其违法所得就是排除可能存在的食品安全隐患，及时救济部门的权益。^{〔10〕} 因为一旦酿成食品安全事故，行政机关将遭受巨大的问责压力。

三是填补制裁的漏洞。当行政罚款的威慑力不足时，没收违法所得的追缴不当得利功能还能够填补制裁的漏洞，起到威慑补充的作用。例如在海事行政处罚领域，海事管理机构先是对船舶所有人或者经营人予以罚款，有违法所得的再进行没收违法所得。^{〔11〕} 没收违法所得在这里主要起到的就是补充制裁的作用，防止行政罚款的威慑力不够，造成违法成本小于获利的执法尴尬局面，从而筑起行政制裁的第二道防线。

综上所述，没收违法所得的第一重功能就是公法上不当得利的追缴。该功能是基于宪法上的公共财产权神圣不可侵犯而对公法上衡平价值的追求，其同时还是行政机关实现自身权益救济的重要途径。此外，在部分行政处罚领域，没收违法所得还兼有填补制裁漏洞的作用，这也是其第一重功能的辐射效果。

（二）行政处罚的制裁功能

没收违法所得，作为我国《行政处罚法》上行政处罚的种类之一，同样具备行政处罚的制裁功能。因此，没收违法所得不仅“惩罚实施违法行为的违法者，课予其本来义务之外的额外负担”^{〔12〕}，而且使当事人心生畏惧，避免将来再犯^{〔13〕}。概括言之，没收违法所得的制裁功能可体现为惩罚和预防两个面向。

〔4〕 参见李惠宗：《追缴不法利得作为主要行政罚的法理基础》，载《法令月刊》2015年第7期。

〔5〕 汪厚东：《公法上不当得利研究》，载《北方法学》2012年第2期，第48页。

〔6〕 我国《宪法》（2018年）第9条规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有……”

〔7〕 参见《草原法》（2021年）第64条和第66条。

〔8〕 参见林明昕：《论不法利得之剥夺：以行政处罚法为中心》，载《台大法学论丛》2016年第3期。

〔9〕 熊勇先：《公法不当得利及其救济》，载《法学杂志》2012年第6期，第109页。

〔10〕 参见《食品安全法》（2021年）第122条。

〔11〕 参见《内河海事行政处罚规定》（2019年）第21条。

〔12〕 王贵松：《论行政处罚的制裁性》，载《法商研究》2020年第6期，第19页。

〔13〕 参见翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2009年版，第796页。

关于惩罚面向的制裁功能,行政处罚制裁功能最直接的表现就是对违法当事人的惩罚,其又可细分为两个层次,一是确认行为的违法性,二是惩戒后果的更不利性。执法机关作出没收违法所得的决定,就已经确认当事人的行为违法。确认行为的违法性必然会给当事人的权益造成重大影响,产生惩罚的效果。例如,经营者没有明码标价的行为被价格监督管理部门确认违法后,消费者就会对经营者的诚信产生怀疑,其后续的经营肯定会受到影响。没收违法所得在确认行为违法性的同时,在某些处罚领域会产生惩戒后果的更不利性,以强制当事人的额外付出为代价。^{〔14〕}例如,执法机关没收违法所得的款项,除了当事人的获利收入外,还包括其前期投入的成本,以及缴纳的税费,产生的惩戒效果显然使当事人处于更不利的境地。

关于预防面向的制裁功能,行政处罚制裁功能的预防作用,是为了警示违法当事人,使其不敢再犯。没收违法所得的制裁功能不仅是面向过去的,而且是着眼未来的。在当前的风险社会中,为了预防损害的发生,维护社会秩序和公共利益,没收违法所得作为政府机关实施行政处罚的重要手段,同样要发挥风险预防的作用。没收违法所得预防面向的制裁功能,体现在两个方面:一是对违法当事人的特殊预防,二是对潜在行为人的一般预防。^{〔15〕}对于违法当事人而言,没收违法所得能够让其知晓实施违法行为要付出不菲的代价,从而防止其再次实施。对于潜在行为人而言,没收违法所得能够给其“敲响警钟”,吓阻其从事违法行为,最终消灭其违法意图。例如在疫情期间,针对经营者售卖假冒伪劣口罩、破坏市场秩序、侵犯消费者健康权益的行为,市场监管部门及时出手进行行政管制,对其违法所得进行没收,就起到很好的治理效果。该举措不仅防止违法的经营者继续从事违法行为,对于意欲跟风的其他经营者而言,也起到了很好的警戒作用。^{〔16〕}

总而言之,没收违法所得同样发挥着行政处罚的制裁性功能,该制裁功能不仅是对于既有行为的确认违法和形成惩戒后果的更不利性,而且是面向未来对违法当事人的特殊预防以及对于潜在行为人的一般预防。

(三) 处罚权延伸的教育功能

处罚和教育相结合是行政处罚法上的重要原则。没收违法所得,在发挥公法上追缴不当得利的制度功效、实现行政制裁的威慑作用时,也应具备处罚权延伸的教育功能。

没收违法所得的威慑要注意限度。没收违法所得“一方面要制裁违法行为人以维护公共管理秩序和保护受害人权益,另一方面对于违法行为人的正当权益予以保护,防止因行政处罚不当侵犯行政相对人的正当权益”^{〔17〕}。例如在价格执法领域,经营者哄抬物价、暴利倾销等价格违法行为,有一定的市场因素在里面,如果将其全部销售收入都认定为违法所得而进行没收,很可能导致有些中小经营者彻底丧失经营能力,客观上不利于营商环境的建设。

应经由比例原则调适实现处罚和教育相结合。在优化营商环境的背景下,政府在尊重市场规律的同时,应避免“有形的手”过度干预。在市场监管领域,没收违法所得形成的制裁威慑要注

〔14〕 参见胡建森:《〈行政处罚法〉通识十讲》,法律出版社2021年版,第77页。

〔15〕 参见熊樟林:《行政处罚的目的》,载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

〔16〕 参见刘如慧:《行政处罚法上剥夺不当利得制度之比较法研究》,载《兴大法学》2017年第22期。

〔17〕 江必新、夏道虎主编:《中华人民共和国行政处罚法条文解读与法律适用》,中国法制出版社2021年版,第93页。

意限度，注重教育效果的体现。没收违法所得的威慑限度，可以通过比例原则加以调适，以“一般的合目的性观点及其个别案件的情况为准”〔18〕，实现处罚权延伸的教育功能。首先，要判断没收全部违法所得是否有助于处罚目的的实现，如果没收其获利收入就能够对价格违法的中小经营者起到足够的警醒和教育作用，就没有必要没收全部违法所得。其次，甄别没收违法所得是不是诸多侵益性处分中对行政相对人侵害最小的手段，如果行政约谈、责令改正等手段就能起到规制效果，就没有必要作出没收违法所得的行政处罚。最后，衡量没收违法所得能否在私人利益和公共利益之间取得相对平衡，如果将经营者全部销售收入都定性为违法所得而进行没收会对市场自发秩序形成负面影响的话，其实并不符合公共利益的需要，这也是得不偿失之举。

一言以蔽之，没收违法所得的处罚权延伸的教育功能，本质上是对于制裁功能的威慑限制，通过适度的处罚体现教育警醒作用，防止蜕变为严厉的制裁对社会市场秩序产生消极影响。

（四）小结：三重功能的关系

公法上不当得利的追缴是没收违法所得的核心功能，没收违法所得的本质就是剥夺违法行为人所占有的违法所得，维护国家和社会的公共利益。行政处罚的制裁功能是没收违法所得的次要功能，相比于其他处罚种类而言，没收违法所得虽然也有制裁性，但是属于弱功能。处罚权延伸的教育功能，是没收违法所得的限制功能，防止制裁功能的扩大化。（三重功能的关系参见图1）

理解没收违法所得的功能，是构建违法所得的认定标准、制定退赔程序和违法所得难以计算时与罚款组合适用的基础。正是因为没收违法所得具有三重功能，所以不同处罚领域违法所得的认定和处置，体现出差异化的特征。不过，违法所得认定和处置的差异化，并不代表无章可循，其仍然遵循着一定的规律，而且有些硬性准则是执法机关应当遵守的。

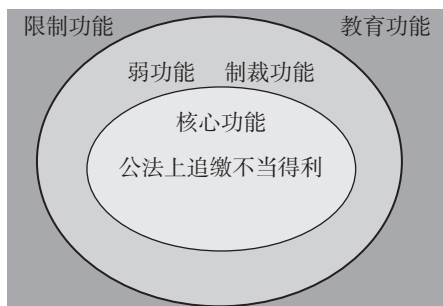


图1 三重功能的关系

三、行政处罚上违法所得的认定标准

违法所得的认定标准一直是颇具争议性的话题。新《行政处罚法》将违法所得定义为“实施违法行为所取得的款项”，并且允许法律、行政法规和部门规章作出例外规定，因此确立了“总额说”是原则、“差额说”是例外的适用要求，但是在具体的实践操作层面，还需要提炼基本的

〔18〕 陈清秀：《行政处罚法》，法律出版社2016年版，第303页。

认定准则。

（一）“总额说”和“差额说”的理据

“总额说”的观点认为，计算违法所得时不应当扣除违法行为前期投入的合法成本。因为没收违法所得必然会涉及合法利益，^{〔19〕}具有适法性的成本在违法活动中已经与收益实质混同而无法排除，而且在执法实践中也存在成本难以计算的问题^{〔20〕}。在食药领域，执法部门一般采用“总额说”的观点，违法所得包括“成本和收入”，^{〔21〕}“所取得的相关营业性收入”^{〔22〕}或是“全部经营收入”^{〔23〕}。此外，在动物防疫领域，违法所得也是“全部收入”。^{〔24〕}

“差额说”的观点认为，计算违法所得时应当扣除成本乃至缴纳的税费。因为没收的违法所得应当是“非法收益”^{〔25〕}，追缴的是“违法得利”^{〔26〕}。在工商领域，执法部门一般采纳“差额说”的观点，违法所得的认定“应当扣除合理的支出”。^{〔27〕}在价格领域，违法所得是“消费者或者其他经营者的多付价款”。^{〔28〕}在环境领域，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。^{〔29〕}此外，在能源领域也持“差额说”，要“扣除直接用于生产、经营等活动的合理支出”。^{〔30〕}

应当说，“总额说”优点在于能够发挥没收违法所得的制裁作用，缺点在于可能造成过罚不当，侵犯当事人的权益。“差额说”的优势在于充分考虑到当事人的利益，劣势在于仅剥夺不当得利而无法实现惩戒效果。

（二）“‘总额说’是原则、‘差额说’是例外”的理解与具体适用

基于违法所得的定义是“实施违法行为所取得的款项”，宜认定《行政处罚法》主要是采用“总额说”的观点，这也是立法机关的看法，^{〔31〕}符合法治国家的立法趋势。^{〔32〕}为何认定“总额说”是新《行政处罚法》没收违法所得的原则，可以从法律解释的角度进一步阐述。首先，在文义解释层面，“取得”一词更贴切“总额说”，^{〔33〕}“所取得的款项”解释为“全部款项”，即全部

〔19〕 参见熊樟林：《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》，载《政治与法律》2020年第3期。

〔20〕 参见前引〔3〕，马怀德文。

〔21〕 参见《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）。

〔22〕 《餐饮服务食品安全监督管理办法》（2010年）第44条。

〔23〕 《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）。

〔24〕 参见《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）。

〔25〕 前引〔3〕，王青斌文，第160页。

〔26〕 冯博：《没收违法所得与罚款在反垄断执法中的组合适用》，载《法商研究》2018年第3期，第139页。

〔27〕 参见《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》（2008年）第2条。

〔28〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》（2010年）第16条。

〔29〕 参见《环境行政处罚办法》（2010年）第77条。在《行政处罚法》修改后，环境法学者撰文仍然坚持“差额说”。参见刘飞琴：《我国环境没收违法所得制度之重构》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2021年第6期。

〔30〕 参见《国家能源局关于印发〈国家能源局行政处罚案件违法所得认定办法〉的通知》（国能发监管〔2020〕2号）。

〔31〕 参见黄海华：《新行政处罚法的若干制度发展》，载《中国法律评论》2021年第3期；张晓莹：《行政处罚的理论发展与实践进步——〈行政处罚法〉修改要点评析》，载《经贸法律评论》2021年第3期。

〔32〕 结合德国的经验来看，其对不当得利的追缴也从“净额主义”走向“总额主义”。参见李洪雷：《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法〉（修订草案）》，载《法商研究》2020年第6期。

〔33〕 参见傅玲静：《行政处罚法上不法利益之审酌及追缴》，载《月旦法学杂志》2009年第174期。

销售收入，语句逻辑上更通畅，符合常理认知。其次，结合体系解释，新《行政处罚法》第9条保留没收违法所得作为财产罚，理应发挥行政处罚的制裁性。既然是制裁，就应当使当事人较于违法行为发生前处于更不利的地位，“总额说”的计算方式不扣除成本，增强了没收违法所得的惩戒性，减损了当事人的权益。^{〔34〕}最后，从目的解释出发，“总额说”的制裁性后果，对于通过行政处罚手段实现行政管理以及维护社会秩序和公共利益的目的，更具有实质性的效果。当然，对于“违法所得”的定义解释，只是确立“总额说”的原则性地位。由于新《行政处罚法》允许法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算另行规定，作为“总额说”的补充，“差额说”取得合法性地位。例如价格执法领域，采用“差额说”就更为合理。根据与上海、天津等地的价格监督管理部门的同志访谈发现，实践部门基本倾向于采用“差额说”。在优化营商环境的大背景下，从保护市场和中小经营者的角度出发，采用“总额说”进行没收违法所得，很可能导致经营者无力继续经营，进而影响市场的活力。因此，《价格违法行为行政处罚规定》在修订时，就可以确立“差额说”作为违法所得的计算标准，《市场监督管理行政处罚案件违法所得认定办法（征求意见稿）》第3条也是采取的“差额说”，^{〔35〕}这样不会过于严苛。^{〔36〕}

虽然其他法律、行政法规和部门规章可以规定是采用“总额说”还是“差额说”作为违法所得的计算标准，但是在立法、执法和司法实践中要遵循以下五项准则：第一，规范性文件不得首次规定。新《行政处罚法》只允许法律、行政法规和部门规章可以对违法所得的计算另行规定，当前大量的规范性文件在没有上位法依据的情况下，规定违法所得计算标准是违法的。在新法正式生效实施后，部门行政管理领域的违法所得计算标准，至少应当在规章以上法律层级进行规定，规范性文件可以细化补充，但是不能首次规定。第二，生命健康标准是“总额说”和“差额说”的重要界限。关乎个人生命和身体健康领域的违法事项，宜采用“总额说”没收违法所得。最典型的就是在食药领域，通过没收全部违法所得，可以惩戒违法行为人，从而有效打击食药领域的违法行为。相比而言，工商领域虽然存在质量不合格产品，但产品质量一般不会关乎生命健康，按“差额说”计算违法所得即可。第三，特别法优于一般法适用。相比于《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》，《餐饮服务食品安全监督管理办法》就属于特别法。因此，在法律适用过程中，对于餐饮业的违法所得，应适用后者这一特别法，按销售收入计算违法所得。^{〔37〕}第四，执法惯例予以法制化。行政管理中违法所得的认定，许多已经形成执法惯例。比如，证券交易中对于内幕交易违法所得的计算，就已经形成执法标准和惯例，以实际获利作为违法所得。^{〔38〕}司法一般也予以尊重，除非“明显不合理，或者明显侵犯被处罚人权益”^{〔39〕}，法院

〔34〕 参见前引〔31〕，张晓莹文。

〔35〕 该条规定：“市场监督管理部门计算违法所得的基本方式：以当事人因实施违法行为所取得的全部款项扣除直接用于生产经营活动的必需支出，为违法所得。”

〔36〕 参见陈清秀：《行政处罚法上不当利益之追缴问题》，载《法业学刊》2010年第10期。

〔37〕 参见甘肃省天水市中级人民法院（2015）天行终字第8号行政判决书。

〔38〕 参见北京市第二中级人民法院（2019）京02行终858号行政判决书。

〔39〕 耿宝建：《行政处罚案件司法审查的数据变化与疑难问题》，载《行政法学研究》2017年第3期，第14页。

可以另行选择合理的计算标准。^{〔40〕}不过在新《行政处罚法》生效实施后,因为有了上位法的依据,对于违法所得认定不同于“总额说”的执法惯例,如果要在部门行政管理领域继续适用,至少需要在部门规章中予以明确。第五,综合考量。无论是按照“总额说”还是“差额说”计算违法所得,都要综合分析案件的实际情况,考虑当事人的违法情节以及对社会的危害程度,以确保计算违法所得时做到过罚相当,兼顾国家利益与当事人利益。

四、行政处罚上违法所得的退赔处置

执法机关在认定当事人的违法所得后,下一步就是作出退赔处理。责令退赔,作为新修订的《行政处罚法》在没收违法所得的处置中增设的制度,是一种“行政附带民事纠纷解决机制”^{〔41〕},主要是为了实现对受害人的补偿救济功能^{〔42〕}。具体而言,“‘退’是将违法所得中的原物从违法行为人处追缴后返还受害人,‘赔’是在退还不足的情况下,按照行政机关裁决确定的赔偿数额强制执行违法行为人的合法财产以弥补受害人的损失”^{〔43〕}。当然退赔制度的增设也给实践部门带来一定的挑战,比如在一定期限内寻找受害人会存在难度,可能会影响行政执法效率。为此在具体的行政处罚领域完善退赔制度的设计就显得尤为重要。

(一) 退赔违法所得的制度缘起

退赔违法所得是处罚领域既有实践的推广。其实,在新《行政处罚法》增设退赔制度前,部分行政处罚领域已经将退赔作为没收违法所得的前置程序。例如,价格领域就要求经营者限期退还消费者或者其他经营者多付的价款。^{〔44〕}民办教育领域要求民办学校退还所收费用后没收违法所得。^{〔45〕}财政领域要求违法人员限期退还违法所得。^{〔46〕}既有的制度实践,为新《行政处罚法》在没收违法所得前增设退赔程序奠定了经验基础。作为处罚领域具有总则地位的《行政处罚法》,^{〔47〕}其对退赔违法所得制度的增设,相信会促进该制度在其他处罚领域的铺开。

退赔违法所得是多元化纠纷解决机制的重要手段。责令退赔是在处罚过程中附带解决民事纠纷,整体上有利于争议的迅速、一并解决。如果按照以往的纠纷解决方式,行政的归行政,民事的归民事,往往是行政处罚结束,没收的违法所得已经上缴国库,民事责任才最终确认,受害人的民事权益无法得到有效保障。^{〔48〕}如果在处罚过程中就附带解决民事纠纷,将违法所得先退赔受害者,这一矛盾就能得到解决。当然,也有实践部门的执法人员提出质疑,利用行政措施处理

〔40〕 在“胡华光与沅江市卫生健康局行政处罚纠纷案”中,法院就没有参照当时卫生部文件的规定来认定非法所得包括成本在内的全部收入,而是采纳了最高人民法院研究室的答复意见,在认定违法所得时扣除了当事人的合理开支。参见湖南省沅江市人民法院(2019)湘0981行初202号行政判决书。

〔41〕 袁雪石:《行政处罚附带民事纠纷解决机制研究》,载《中国法律评论》2020年第5期,第18页。

〔42〕 参见韩志红、付大学:《没收违法所得返还受害人制度研究》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2012年第5期。

〔43〕 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年版,第215页。

〔44〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》(2010年)第16条。

〔45〕 参见《民办教育促进法》(2018年)第62条。

〔46〕 参见《财政违法行为处罚处分条例》(2011年)第3—6条和第8条。

〔47〕 参见黄学贤:《确立〈行政处罚法〉总则地位的几个问题》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期。

〔48〕 参见前引〔41〕,袁雪石文。

民事责任是否合理。应当说，在当前公私法交融的背景下，行政诉讼中可以附带解决民事纠纷，行政处罚过程中也未尝不可。更何况，该种纠纷解决模式是有利于受害者民事权益实现的，总体有利于多元化纠纷的实质性解决。

退赔违法所得有利于保持法律的协调统一。《行政处罚法》作为行政管理领域的一部重要法律，应当与其他领域的法律保持协调统一。我国《刑法》第64条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还……”《刑法》明确规定了“责令退赔”制度，作为处罚机理和具体制度建构都与《刑法》联系密切的《行政处罚法》，^{〔49〕}应当与刑法的规定协调一致。

（二）退赔违法所得的价值功能

价值功能之一是补偿受害人的合法权益。新《行政处罚法》之所以增设退赔程序，很大程度上是为了实现第三人的权利救济。如果按照旧法的规定，执法机关在违法所得认定完后就直接没收上缴国库，虽然国家和社会公共利益得到补偿，但是受害者的权益无法得到有效保障。对于受害者而言，获得退赔不仅在经济方面得到补偿以弥补损失，在精神方面同样得到慰藉，因为公平正义得到伸张。从价值衡量的角度分析，公平价值要优于效率价值。虽然退赔违法所得在一定程度上会影响执法实践中的执法效率，^{〔50〕}但是相比于补偿受害人的合法权益而言，后者则更为重要。

价值功能之二是实现处罚的制裁功能。责令退赔，对于违法当事人而言，同样能够实现惩戒的目的。首先，违法当事人退赔违法所得需要查找受害人，这其实要消耗时间和金钱成本，可能会影响当事人的正常生产经营，是一种间接经济损失。其次，受害者较多、数额较大的退赔行为，本质是对当事人财产的重大剥夺，当事人甚至要付出额外的对价。最后，违法所得是否退赔以及退赔的数额，会影响违法当事人最终的处罚结果。如果当事人不退赔违法所得，显然要承担更为不利的制裁后果。

（三）退赔违法所得是没收的前置程序

首先，这是条文的逻辑结构使然。新《行政处罚法》第28条规定：“……当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。……”从条文的逻辑结构分析，退赔是在没收前规定的，应当是“先退赔、后没收”。而且退赔前置是建立在“依法”的基础上，要求存在法律、行政法规和部门规章的明确规定，否则可以直接没收。不过，结合退赔的制度缘起和价值功能分析，相信会有越来越多的部门行政管理领域的处罚立法会增设退赔制度，“先退赔、后没收”将成为执法惯例。需要注意的是，这里的退赔前置是要求行政机关科加责令的义务。因为该条款在结构上是“责令改正条款”后的特别条款，要求行为人改正违法行为，返还没有法律和合同上原因的不当得利。^{〔51〕}

其次，这符合民事责任优先的原则。退赔前置，还有重要的原因就是民事责任优先的考虑。

〔49〕 参见尹培培：《双重面向之处罚法定原则的困境及其出路——基于法的明确性原则》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第5期。

〔50〕 参见前引〔3〕，马怀德文。

〔51〕 参见袁雪石：《中华人民共和国行政处罚法释义》，中国法制出版社2021年版，第196页。

这充分体现了社会主义市场经济中, 优先保护私权的立法价值取向, 更符合公平公正原则。^{〔52〕}一般而言, 当事人的违法行为虽然对公共利益和第三人利益都有侵害, 但是对于第三人而言, 侵害外在表现更为明显, 救济途径比较单一。因此, 需要及时通过民事救济以弥补损失。如果当事人的违法所得直接上缴国库, 第三人再向违法当事人寻求民事赔偿, 权益就有可能得不到有效保障。结合《民法典》的规定, 当事人在同时承担民事、行政和刑事责任时, 如果财产不足以支付, 优先承担民事责任。^{〔53〕}此外, 在《证券法》中, 也有类似的规定。^{〔54〕}

当然, 对于“短时间内难以退赔的金额, 行政机关可以先没收违法所得再按照国库退库制度予以退赔”^{〔55〕}。需要注意的是, 该种情形属于例外, 是由案情复杂、涉案金额大等客观原因造成的。如果是当事人拒不退赔或超期退赔等主观原因造成的退赔不能, 行政机关没收违法所得后, 第三人要求退还时, 由当事人依法承担民事责任。^{〔56〕}

(四) 退赔违法所得制度的完善

当然, 新《行政处罚法》关于退赔制度的规定是比较原则的, 在具体的处罚实践中, 需要细化相关规则和程序的设计, 以平衡执法效率和实现补偿救济功能。

退赔不影响违法所得的认定。在处罚实践中, 执法人员比较困惑的问题就是违法所得是以退赔后的款项计算, 还是退赔前的款项计算。《价格违法行为行政处罚规定(修订征求意见稿)》第21条规定了“退还多付价款的数额不影响违法所得的认定”。由此可见, 退还违法所得不影响违法所得的计算, 但是积极退赔可以作为从轻、减轻处罚的考量因素。

退赔要有现实可能性。执法部门针对退赔反映比较强烈的问题是, 有些个体工商户连账簿都没有, 买卖行为没有登记, 也没有联系方式, 无法查找受害人。结合目前的执法实践来看, 针对医院、教育系统的违法所得的退赔可操作性比较强, 因为在电子系统中都有记录, 方便查找受害人。退赔的现实可能性还有一个重要的判断标准, 就是“法律关系要明确, 这样符合效率原则, 也有利于整个社会迅速回归正常秩序, 如果法律关系模糊的, 应当通过诉讼途径加以解决”^{〔57〕}。

退赔期限需要进一步明确。退赔的期限, 是实务部门比较关注的问题。期限过短, 无法完成退赔任务; 期限过长, 影响执法效率。虽然有实务部门人员建议退赔期限可以不予写明, 将裁量权留给执法机关, 但是期限的明确可以提高执法效率, 只要期限的设置遵循执法规律, 应当予以写明。根据与大理州价格监督管理部门的同志访谈得知, 大部分违法所得的退赔, 在15个工作日都能够完成。因此, 可以将15个工作日作为退赔期限的标准。如果存在数额较大、受害者较多的情况, 15个工作日无法完成退赔任务的, 经过行政机关负责人的批准, 可以延长至30个工作日。

〔52〕 参见李建华、麻锐:《论财产性民事责任优先承担规则》, 载《社会科学战线》2011年第8期。

〔53〕 《民法典》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。”

〔54〕 《证券法》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。”

〔55〕 黄海华:《新行政处罚法的若干制度发展》, 载《中国法律评论》2021年第3期, 第56页。

〔56〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》(2010年)第16条。

〔57〕 前引〔51〕, 袁雪石书, 第197页。

退赔方式的改进，一是取消公告查找受害人的方式。公告查找受害人的方式在实践中效果不明显，不仅影响办结期限，而且还存在不能公告的情形。因此，《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》第21条，就取消了原来行政法规中关于公告查找受害人的规定。^{〔58〕}在其他行政处罚领域，同样可以借鉴。二是执法机关在做出处罚决定后，知悉受害人的，可以增加抄送告知的规定，^{〔59〕}这样也方便违法所得退赔工作的开展。

五、行政处罚上违法所得的没收处置

当事人退还受害人后剩余的违法所得，或是拒不退赔以及超期退赔的违法所得，执法机关应当予以没收。这里又存在两种情况：一种是有违法所得且能计算清楚的，可以直接没收；另一种情况是无违法所得或违法所得难以计算的，可以与其他处罚手段组合适用，以实现惩戒目的。

（一）有违法所得且能计算的：一般退赔后予以没收

单行法明确规定“违法所得条款”的，优先适用单行法。有学者统计，“有近130部法律、200件行政法规和大量地方性法规、规章规定了没收违法所得的行政处罚”^{〔60〕}。对于单行法中明确规定没收违法所得条款的，并且在处罚实践中违法所得能够计算清楚的，执法机关在经过退赔程序后，优先适用单行法，对当事人的违法所得直接予以没收。需要注意的是，违法所得的计算需要建立在事实清楚、证据确凿、程序合法的基础上，否则行政处罚决定书将会被撤销。^{〔61〕}特别是事实认定部分对违法所得的计算，不仅要按照账目明细与笔录进行逐一核对，而且应当严格核实，否则很容易出现事实认定错误。^{〔62〕}如果相关票据没有得到保存，可以通过“比照的估算方法”^{〔63〕}，酌情确定金额。

单行法没有规定“违法所得条款”的，但实际中违法当事人有违法所得的，可以适用《行政处罚法》第28条的规定。法律文本中确实存在有些单行法只规定了罚款，但没有规定违法所得的情况，造成了该领域“违法行为屡禁不止、违法成本低、处罚威慑力不够”^{〔64〕}。《行政处罚法》作为“行政处罚领域的通用规范，为行政机关实施行政处罚提供基本遵循”^{〔65〕}。这说明，《行政处罚法》可以为行政机关实施行政处罚提供直接的依据。申言之，新《行政处罚法》第28条关

〔58〕《价格违法行为行政处罚规定》（2010年）第16条规定：“…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。……”

〔59〕参见前引〔51〕，袁雪石书，第197页。

〔60〕黄海华：《行政处罚的重新定义与分类配置》，载《华东政法大学学报》2020年第4期，第42页。

〔61〕在“诸暨华明医疗器械有限公司诉诸暨市食品药品监督管理局处罚案”中，被告对原告违法所得的认定属事实不清，且被告在举证期限内也未提供浙江省药监局关于违法所得计算的相关依据，最终行政处罚决定书被予以撤销。参见浙江省诸暨市人民法院（2014）绍诸行初字第14号行政判决书。

〔62〕参见内蒙古自治区满洲里市人民法院（2020）内0781行初20号行政判决书。

〔63〕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，第131页。

〔64〕前引〔60〕，黄海华文，第42页。

〔65〕许安标：《关于〈中华人民共和国行政处罚法（修订草案）〉的说明——2020年6月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议上》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/5936c4478a8b4d79a0edcdc589151a9b.shtml>，最后访问时间：2021年7月11日。

于违法所得的规定,是“有限度的普遍授权条款,性质是漏洞补充。对于单行法中没有规定违法所得而形成的制度漏洞,可以予以填补”^{〔66〕}。因此,执法机关在处罚过程中,对于当事人有违法所得,但是单行法没有直接适用依据的,可以径直适用《行政处罚法》第28条的规定。不过,在适用过程中要注意符合过罚相当原则,否则可能造成该条款被滥用。比如有学者就提出,《广告法》中对于“虚假广告的发布”就只规定对违法当事人处以罚款而没有规定没收违法所得,因为没收违法所得,对当事人可能处罚过重。^{〔67〕}

然而,无论是适用单行法中关于违法所得的规定,还是适用《行政处罚法》中的没收违法所得条款,在适用过程中要注意违法行为与违法所得之间存在直接的因果关系。如果不存在,则不应当予以没收。例如,公司在未办理备案期间从事经营活动所获得的款项,与其未办理备案行为之间就没有直接的因果关系,此时公司的收入就不宜认定为未办理备案行为的违法所得。^{〔68〕}

最后值得注意的是,是否没收违法所得可以由行政执法机关决定,并不是单行法或行政处罚法规定了“没收违法所得条款”,行政执法机关就必须适用。执法机构对于没收违法所得方式的选择性适用,是其行政裁量权的体现,也是为了更好地实现行政处罚“过罚相当”的原则。在执法实践中,存在执法部门对违法对象只进行罚款而没有没收违法所得的情形。例如国家市场监督管理总局在对阿里巴巴和美团作出的滥用市场支配地位的反垄断处罚中,就只进行了罚款而没有计算违法所得。^{〔69〕}根据《反垄断法》第47条的规定,滥用市场支配地位的行为,是应当没收违法所得的。^{〔70〕}国家市场监督管理总局对阿里巴巴和美团“二选一”的滥用市场支配地位的垄断行为只进行了罚款而没有没收违法所得,是坚持处罚和教育相结合的原则,考虑企业的实际情况而进行适度惩戒,目的在于创造一个更加公平公正的电子商务环境和网络餐饮环境,让竞争者和消费者获得福利。

(二) 无违法所得或违法所得难以计算的:与罚款手段组合适用

罚款,是最常见的与没收违法所得组合适用的手段。当无违法所得或违法所得难以计算时,罚款就要发挥剥夺不法利益的特别威慑作用,^{〔71〕}以实现惩戒的效果。例如在价格处罚领域,当出现低价倾销、哄抬价格、价格歧视等违法行为时,由于无违法所得和违法所得难以计算的情形普遍存在,就规定了“没有违法所得时,处A以上B以下罚款”。

不过,无违法所得或违法所得难以计算时,如何通过行政罚款实现过罚相当原则,是实践中颇为棘手的问题。实践中确实存在按无违法所得处理比有违法所得处理轻的情况。以哄抬物价为例,能计算违法所得如1000元的话,只能没收1000元,处以5倍罚款5000元,共计6000元,

〔66〕 前引〔51〕,袁雪石书,第198页。

〔67〕 参见黄锴:《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》,载《法治现代化研究》2022年第1期。

〔68〕 参见黄璞琳:《新行政处罚法规定应予没收的违法所得是否扣除成本?》,载《中国市场监管报》2021年6月30日,第003版。

〔69〕 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕28号);《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号)。

〔70〕 该条规定:“经营者违反本法规定,滥用市场支配地位的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。”

〔71〕 参见谭冰霖:《行政罚款设定的威慑逻辑及其体系化》,载《环球法律评论》2021年第2期。

如果不能计算违法所得的，则处以5~50万罚款。此时，对于经营者而言，就会千方百计提供证据证明自己有少量违法所得从而少缴纳罚款。对于执法机关而言，则会寻求法律依据按照无违法所得处理，以实现制裁目的。比如当事人经营标的单价低、交易额小，如果按照无违法所得处以5~50万元罚款，则量罚过重；反之，如果当事人经营标的单价高，交易额大（比如房地产、电商平台），如果按照无违法所得处以5~50万元罚款，又量罚过轻。其结果就可能违背过罚相当原则，出现威慑不足或威慑过度的问题。^{〔72〕}在司法实践中，有法官试图通过法律解释，当违法行为按其违法所得倍数计得罚款小于没有违法所得情形的罚款下限时，应当按没有违法所得情形处理，以实现过罚相当原则。在“深圳市市场监督管理局等与陈书伟行政处罚上诉案”中，法院认为：“对有违法所得的价格违法行为之处罚应重于对没有违法所得的价格违法行为之处罚。即，当价格违法行为按其违法所得倍数计得罚款小于没有违法所得情形的罚款下限5万元时，应属于《价格违法行为行政处罚实施办法》第九条第（五）项所规定的‘其他应当按没有违法所得论处的情形’。”^{〔73〕}在无违法所得和违法所得难以计算时，科学合理地设置罚款额度和区间，就显得尤为重要。

在无违法所得和违法所得难以计算时，比例罚是优先考虑的设置方式。比例罚是科学立法的趋势，其优势在于可以较好地实现处罚中的过罚相当原则。具体而言，可以“违法行为发生期间的涉案销售额”^{〔74〕}为比例罚基数，这充分考虑了当事人的经济实力和应受处罚行为的波及范围，从而避免定额罚对小微企业的过度处罚和对大型企业的处罚威慑力不足。此外，比例罚的数值和范围可以结合既往的执法案例进行科学设置，以体现应受处罚行为的社会危害程度。当然比例罚也有缺点，对于实践部门而言，不如定额罚可操作性强，特别是对于日常经营财务信息记录、保留不完善的小微企业和个体工商户而言，存在销售额难以明确和罚款数额难以计算的问题，此时可以考虑设置定额罚，但是要注意区间的合理设置。因此，条款可以设置为“没有违法所得或者违法所得难以计算的，可以并处违法行为发生期间的涉案销售额X%以上Y%以下的罚款，涉案销售额难以计算的，可以并处A万元以上B万元以下的罚款”。

六、结 语

新《行政处罚法》完善了没收违法所得制度，不仅明确了违法所得的定义，而且增设了退赔程序以及普遍授权法律、行政法规和部门规章可以做例外规定。正确适用新《行政处罚法》关于违法所得制度的规定，首先要知悉没收违法所得在我国行政法语境中所具备的公法上不当得利的追缴功能、行政处罚的制裁功能以及处罚权延伸的教育功能这三重重要功能，在此基础上以“总额说”为原则、“差额说”为例外认定违法所得，并遵循实践操作中的五项基本准则。其次，违法所得没收前具有退赔现实可能性的应当退赔，通过行政附带民事的纠纷解决手段实现受害人的权益救济，同时注意退赔制度的改进避免对执法效率造成过多负面影响。最后，退赔后的违法所

〔72〕 参见张红：《行政罚款设定方式研究》，载《中国法学》2020年第5期。

〔73〕 广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法行终字第459号行政判决书。

〔74〕 叶平、陈昌雄：《行政处罚中的违法所得研究》，载《中国法学》2006年第1期，第107页。

得能够计算清楚的，可以适用单行法中的规定或《行政处罚法》中的规定予以没收；违法所得无法计算或难以计算清楚的，可以与比例罚组合适用，以实现过罚相当原则。

Abstract: The identification and disposal of illegal income has always been a controversial issue in administrative punishment. The new Administrative Punishment Law clarifies the definition of illegal income, adds compensation procedures and allows exceptions of laws, administrative regulations and departmental rules, which is a legislative response to law enforcement practice. However, how to identify the illegal income in the specific practice, how to balance the function of relief for the rights and interests of the victims and the efficiency of law enforcement, and how to combine with the fine to prevent punishment from hanging upside down when there is no illegal income and illegal income are difficult to calculate, are the problems faced by the practice departments. Confiscation of illegal income has the function of pursuing unjust gains in public law, the sanction function of administrative punishment and the education function of the extension of punishment power. Therefore, the determination of illegal income should take “total amount theory” as principle, and take “difference theory” as exception, and follow the five basic principles. The return and compensation of illegal income before confiscation should have realistic possibility, and the way and time limit of return and compensation should be improved. When there is no illegal income or the illegal income is difficult to calculate, it can be applied in combination with the proportional penalty method to achieve retributivism.

Key Words: confiscation of illegal income, return and compensation, retributivism, administrative punishment

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)