

文旅行业违法所得认定问题立法研究

——以《文化市场综合行政执法事项指导目录(2021年版)》为蓝本

张佳宁

浙江省旅游标准化研究会, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年9月11日; 录用日期: 2023年9月19日; 发布日期: 2023年11月29日

摘要

作为行政处罚种类之一的没收违法所得, 在新《行政处罚法》出台之前, 长期处于法律内涵释义缺位状态, 导致一系列执法难题。理论上产生违法所得的性质之争、违法所得的算法逻辑之争和违法所得的修法更新之争。以文旅行业为例, 归纳违法所得认定的立法现状, 一是规定没收违法所得与罚款并行; 二是规定没收违法所得与没收非法财物等行政没收并列; 三是规定不没收违法所得, 另处罚款, 罚款金额以违法所得为基数。提出文旅行政部门适用违法所得规定的两个执法要点, 把握以“不扣除成本为原则, 扣除成本为例外”的违法所得认定规则, 注意区分“违法所得”与“非法财物”之间的界限。

关键词

行政处罚, 违法所得, 行政执法, 行政没收

Legislative Research on the Identification of Illegal Income in Cultural Tourism Industry

—Based on the Guidance Catalogue of Comprehensive Administrative Law Enforcement Matters in Cultural Market (2021 Edition)

Jianing Zhang

Tourism Standardization Research Association of Zhejiang Province, Ningbo Zhejiang

Received: Sep. 11th, 2023; accepted: Sep. 19th, 2023; published: Nov. 29th, 2023

Abstract

As one of the types of administrative punishment, the confiscation of illegal income, before the introduction of the new “Administrative Punishment Law”, has been in the absence of legal connota-

tion and interpretation for a long time, resulting in a series of law enforcement problems. In theory, there are the dispute about the nature of illegal income, the dispute about the algorithm logic of illegal income and the dispute about the revision and updating of illegal income. Taking the cultural and tourism industry as an example, summarize the legislative status quo of illegal income identification, one is to stipulate the confiscation of illegal income and fine in parallel; second, the confiscation of illegal income and confiscation of illegal property and other administrative confiscation; third, it is stipulated that illegal income shall not be confiscated and a fine shall be imposed, and the amount of the fine shall be based on the illegal income. This paper puts forward two law enforcement points for the administrative departments of cultural tourism to apply the provisions on illegal income, grasp the rule of identifying illegal income with the principle of not deducting cost and the exception of deducting cost, and pay attention to the distinction between “illegal income” and “illegal property”.

Keywords

Administrative Punishment, Illegal Gains, Administrative Law Enforcement, Administrative Confiscation

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

违法所得概念最早是出现在 1979 年的刑法条文中，迄今为止已有四十余年。我国行政法发展起步较晚，违法所得概念被引入行政法范畴是在 1996 年，当年《行政处罚法》正式实施，没收违法所得以列举式的形式赫然处于 7 种行政处罚之列。从法律文本上来说，过去《行政处罚法》对于行政处罚都没有下过清晰具体的定义，更何况作为行政处罚其中一项措施的没收违法所得，几乎长期处于法律内涵释义缺位的状态。立法上的缺位导致没收违法所得作为行政处罚的种类之一，一直以来受到学界的争议。争议主要在二，一是对于没收违法所得是否属于行政处罚的性质之争，二是对于违法所得认定的含义之争。本文旨在对违法所得的认定之争开展有限探讨。2021 年新《行政处罚法》出台，继续肯定了没收违法所得作为行政处罚种类之一的法律地位，同时还首次明确了违法所得的内涵，确立了民事责任优先退赔的原则，尊重不同行业领域出台的关于违法所得计算的法律、行政法规和部门规章等规范性文件。¹ 通览各行业领域出台的关于违法所得计算的法律、行政法规和部门规章，² 包括 2022 年 11 月最新发布的《市场监督管理行政处罚案件违法所得认定办法(2022 年 11 月征求意见稿)》，可得，在行政处罚立法领域，依托新《行政处罚法》的出台，基本建立起以违法所得计算不扣除成本为原则、扣除成本为例外的违法所得认定规则。

在行政执法实践中，众多罚款数额的计算，是以违法所得的具体数额为基础，囿于违法所得的认定不一，不可避免产生行政执法乱象。以文旅行业为例，《旅游法》《旅行社条例》《旅游行政处罚办法》等法律法规也设定了“没收违法所得”的行政处罚手段，但没有对违法所得这一概念做出解释说明，致使旅游行政管理机关在进行违法所得认定时，存在着对违法所得的内涵理解不一、执行起来计算方法不

¹ 《中华人民共和国行政处罚法(2021 修订)》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。”

² 参见《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》《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》《国家能源局行政处罚案件违法所得认定办法》等规范。

一的情况。随着经济社会的进步和公民法律素养的提升，社会对依法行政的要求越来越高，文旅行业的发展受到法律规制，也成为必然趋势。为此，厘清违法所得的法律内涵与外延，思考文旅行政部门在行政处罚实践中如何适用违法所得规定，对于切实解决文旅领域的行政执法难题，具有可观的实践意义。

2. 学界关于违法所得认定的学理争点

由于违法所得是我国独创的一个法律概念，故其学理内涵具有强烈的本土特色。据不完全统计，截至目前，现行有效的法律规范中，涉及违法所得内容的法律有 187 部，行政法规有 243 部，部门规章有 917 部，军事法规规章、团体规定、行业规定及其他有 31 部，相关司法解释有 233 件。这反映了违法所得这一概念牵涉甚广，行政法领域大多数规范性文件均有承载。在不同的行政规范性文件中，违法所得扮演着不同的角色，违法所得本身可以作为行政处罚的对象，比如被没收和认定违法行为的成立；同时，违法所得也可以作为行政处罚罚款数额的计算标准。作为行政处罚罚款数额基准的违法所得，其计算方式不同会对相对人的权利义务产生实质性影响，因此本文尝试归纳学界对于违法所得认定存在的几个争点，以期对文旅行业的行政执法人员提供规范的行政执法思路：一是对于违法所得的性质之争，即没收违法所得这一行政措施究竟是否属于行政处罚范畴；二是对于违法所得的认定应该持有何种算法逻辑，针对行政执法实践中的困境与难点，如何计算违法所得是具有实践导向的学术探讨；三是对于违法所得概念的更新，是否应当通过修法实现“没收违法所得”与“责令相对人退赔或返还”两者之间的升级与转化。

2.1. 违法所得的性质之争

对于没收违法所得这一行政行为是否属于行政处罚范畴，有观点认为并不属于，应松年认为，没收的违法所得并不是违法者的合法财产，没收实质上具有追缴的性质^[1]。章剑生认为，如果以没收违法所得这种方式去惩处行政违法行为，行政相对人充其量只要交出原本就不属于他合法拥有的财产即可，客观上难以达到行政处罚的目的^[2]。也有观点认为没收违法所得属于行政处罚范畴，例如，姜明安认为，违法所得是非法经营等行为获得的利益^[3]。张树义认为，违法所得是违法获得的金钱或其他财物^[4]。马怀德认为，违法所得是违法所获收益^[5]。余凌云认为，违法所得是违法直接获得的收益，包括其孳息^[6]。

2.2. 违法所得的算法逻辑

对于违法所得的计算问题，是在性质认定的基础上进行的，目前学界主要存在两种学说，一是“利润说”，二是“收入说”，本质上是为了厘清违法所得的计算标准。收入说代表观点认为，应当以违法行为直接获得的收入作为违法所得，不扣除其他间接费用。利润说代表观点认为，不法利益的计算应扣除行为人取得该不法利益所缴纳的法定规费和合理支出等必要成本。这一问题的探讨必然又引出何为成本、何为利润的疑问，而前述这些问题对于行政执法人员来说，都是困扰已久的难点与痛点。

2.3. 违法所得的修法更新

有学者主张，对于没收违法所得这一措施，可以借鉴民事责任中的退赔与返还规定^[7]，将行政责任与民事责任在违法所得认定问题上作一定结合，并纳入行政处罚法的修改意见中。也有学者认为，在没收违法所得款中增设责令相对人退赔或返还规定，无疑是增加行政成本与执法损耗，且无益于保障消费者的合法权益^[8]，故不建议纳入修法内容。

3. 文旅行业违法所得认定的立法现状

文旅行业所涉及的执法领域庞杂，执法事项繁多，随之带来的执法实践乱象频发。文旅领域行政处罚中所反映的违法所得执法难题主要体现在划转事项过多，存在“小马拉大车”困境。根据基层深化综

合行政执法体制改革的部署要求，文化市场综合行政执法的范围在不断扩大，以浙江省为例，在深化文化市场综合行政执法体制改革的过程中纳入了体育执法等事项，基层文旅主管部门执法人员工作职责增加，执法专业性要求增强，执法人员素质参差不齐。进而转化为在执法实践中，遇到违法所得认定问题产生认知不一，从而导致执法效果差异较大的情形。为化解前述执法困境，文化和旅游部尝试从规范梳理层面着手，于2021年6月30日印发了《文化市场综合行政执法事项指导目录(2021年版)》，虽未创制新的违法所得认定规则，但对于基层文旅主管部门的执法人员却有良好的指导作用。本文以此指导目录为研究蓝本，尝试归纳文旅领域对于违法所得认定的立法现状。

3.1. 没收违法所得与罚款并行

3.1.1. 罚款数额以违法所得为基数，实行分档设罚

《娱乐场所管理条例》第四十八条是以违法所得为罚款数额的计算依据，³其规则可以细化表述为，当违法所得在一定数额以下，直接设置罚款金额；当违法所得在一定数额以上，罚款金额以违法所得为基数。此种罚则设置形式在文旅领域的执法事项中较为普遍，笔者分析此种分档设罚的立法形式，具有一定的科学性和合理性。

3.1.2. 罚款数额以违法经营额为基数，实行分档设罚

《互联网上网服务营业场所管理条例》第二十七条是对擅自从事互联网上网服务经营活动的行政处罚条款，⁴规定没收违法所得与罚款并行，其中对于罚款数额的确定，是以违法经营额为计算基数，同时实行分档设罚。前述条例的第二十九条、第三十条第一款均体现为同类表述方式，实现了同一规范内的罚则规定一致。在没收违法所得与罚款并行的情况下，罚款数额却以违法经营额为基数的行政处罚规范不在少数。⁵从一般思维上来说，两种不同的行政处罚种类，若在执法逻辑中存在承接关系，常见的是依托同一处罚要素。但在此种罚则设置情形下，立法者弃“违法所得”之概念，转而以“违法经营额”为基数，并非偶然。在不同的立法语境中，立法机关不约而同地采取了同类型的立法表述，立法意图可究一二。将违法所得与违法经营额作立法上的概念并列，可能会产生两种极端效果：一种是产生概念上的混同，即自然而然地将违法所得与违法经营额之间划等号，认为没收违法所得即是没收因违法行为而产生的全部经营数额，无形中默认对违法所得认定问题采学理上的“收入说”；另一种则被解读为概念上的对立，即学界部分支持对违法所得采“利润说”的学者^[9]，常以此规范形式为援引，主张在同一条文中存在明显区别的两个立法表达，折射出立法者故意区分二者的立法深意，因此认为违法所得不等于违法经营额。

3.2. 没收违法所得与没收非法财物等行政没收并列

在文旅领域的行政处罚规范中，另一个明显的立法现象就是没收违法所得与没收非法财物相并列，⁶或是表述为没收违法所得与其他具体的行政没收相并列。⁷从行政行为的性质上来说，没收违法所得与没收非法财物均属于行政没收行为，原则上并无孰轻孰重之意涵。之所以留意这一立法现象，是因为目前

³《娱乐场所管理条例》第四十八条：“违反本条例规定，有下列情形之一的，由县级人民政府文化主管部门没收违法所得和非法财物，并处违法所得1倍以上3倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足1万元的，并处1万元以上3万元以下的罚款。”

⁴《互联网上网服务营业场所管理条例》第二十七条：“……尚不够刑事处罚的，由文化行政部门没收违法所得及其从事违法经营活动的专用工具、设备；违法经营额1万元以上的，并处违法经营额5倍以上10倍以下的罚款；违法经营额不足1万元的，并处1万元以上5万元以下的罚款。”

⁵采取同类立法形式的还有《中华人民共和国文物保护法》第七十一条。

⁶《娱乐场所管理条例》第四十三条：“娱乐场所实施本条例第十四条禁止行为的，由县级公安部门没收违法所得和非法财物，责令停业整顿3个月至6个月。”

⁷《出版管理条例》第六十一条：“……尚不够刑事处罚的，没收出版物、违法所得和从事违法活动的专用工具、设备，违法经营额1万元以上的，并处违法经营额5倍以上10倍以下的罚款，违法经营额不足1万元的，可以处5万元以下的罚款。”

学界对于立法上如何安排行政没收仍有争议^[10],学者常以没收违法所得与没收非法财物不具有行政处罚的制裁性而否认其属于行政处罚的范畴。本文不对其现有立法安排加以评判,而是在已有的立法基础之上分析二者相并列的内在意涵,帮助区分违法所得与非法财物之间的界限关系。

3.3. 不没收违法所得,另处罚款,罚款金额以违法所得为基数

此种情形在文化市场综合行政执法事项中最为特殊,体现为《营业性演出管理条例》第四十九条第一款:“演出举办单位或者其法定代表人、主要负责人及其他直接责任人员在募捐义演中获取经济利益的,由县级以上人民政府文化主管部门依据各自职权责令其退回并交付受捐单位;……尚不构成犯罪的,由县级以上人民政府文化主管部门依据各自职权处违法所得3倍以上5倍以下的罚款。”在此条款设置中,少见地采取不没收违法所得的规定,但罚款金额依然以违法所得为基数来确定。笔者分析,此条款意欲规范的情形,特指文化演出部门在举行募捐义演活动时牟取不正当经济利益。相较于其他违法情形,此类募捐义演活动往往有明确而具体的募捐主体和受捐对象,因此“责令退回并交付受捐单位”切实可行,同时也与新《行政处罚法》中规定的民事责任优先规则不谋而合。

4. 文旅行政部门适用违法所得规定的思考

4.1. 执法实践中把握以“不扣除成本为原则,扣除成本为例外”的违法所得认定规则

在考察文化和旅游部出台的《文化市场综合行政执法事项指导目录(2021年版)》时,笔者留意到《信息网络传播权保护条例》第十九条的特别设置。⁸从此条规定的设置上,可以尝试窥见立法者的立法原意:在做出没收违法所得的行政处罚时,不区分成本和利润。何以见得?此条款较文旅领域其他行政处罚条款的不同之处在于,特别规定了情节严重的情形。在此情形下,执法机关可以没收主要用于提供网络服务的计算机等设备。从性质上来说,设备本身并不具有违法性质。立法者如意欲采利润说,此种情形下,行政处罚的设置即是变成虽没收设备,但在违法所得计算时扣除购买相应设备的成本,颇有“买椟还珠”之意。在不规定情节严重情形时,对违法所得认定无论采收入说还是利润说,似乎都合乎逻辑。但情节严重情形的设置,即是需要在条款前后的处罚力度上产生递进的效果,否则会不符合对于情节严重情形的处罚认知,即无法产生更大的处罚力度,如采利润说反而会造成过罚不相当的结果。通过窥探立法原意,提示基层文旅行政部门执法人员在执法实践中,如无法律、行政法规、部门规章的特殊规定,原则上应当对违法所得的认定采收入说,即没收违法所得时,应当以不扣除成本为原则,以扣除成本为例外情形^[11]。

4.2. 执法实践中注意区分“违法所得”与“非法财物”之间的界限

国家环保总局在《关于〈固体废物污染环境防治法〉第六十五条“没收违法所得”适用问题的复函》中称:“……环保部门可以根据固体废物污染环境防治法第六十五条的规定责令停止非法收集废机油、煤油的违法行为,没收违法所得,包括没收其非法收集的废机油、煤油。”国家环保总局在撰写此份复函时使用了“包括”一词,从而在语义上产生前者囊括后者的理解。笔者认为,这种理解是对立法原意的一种曲解,是对“没收违法所得”这一行政处罚的误读。追溯《固体废物污染环境防治法》第六十五条的条文变迁,无法得出违法所得包含了非法财物的内在意涵。为了更为客观地说明非法财物与违法所得之间的关系,有学者通过分析行政法规范的构成要件^[12],认为“非法收集的废机油、煤油”属于违法行为的构成要件,而违法所得属于行为人的非法目的。行政法规范往往旨在制裁手段行为,非法目的实

⁸《信息网络传播权保护条例》第十九条:“违反本条例规定,有下列行为之一的,由著作权行政管理部门予以警告,没收违法所得,没收主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件;情节严重的,可以没收主要用于提供网络服务的计算机等设备。”

现与否并不为构成要件所评价。若将“非法收集的废机油、煤油”囊括进违法所得，则会产生重复评价的嫌疑。笔者赞同此种分析模型，并由此通观文旅领域依据国家法律、行政法规设定的行政处罚事项，以及部门规章设定的行政处罚事项，没收违法所得和没收非法财物二者相并列的立法情形不在少数，基本遵循了不对违法行为构成要件重复评价的原则。例如《中华人民共和国文物保护法》第七十一条规定、⁹《音像制品管理条例》第四十二条规定¹⁰和前文已述的《娱乐场所管理条例》第四十三条规定，在褪去修饰词包装的外衣后，此种并列情形本质上是将“钱”与“物”进行并列。无论是非法经营的文物，还是违法经营的音像制品，又或是其他非法财物，从表现形式上来看，都是具象的物品。立法上的并列实则是一种强调，强调非法财物毋需抽象为违法所得，应当为基层文旅行政部门执法人员所警惕。

基金项目

杭州市哲学社会科学重点研究基地课题资助(课题编号 2022JD49)。

参考文献

- [1] 应松年, 张晓莹. 《行政处罚法》二十四年: 回望与前瞻[J]. 国家检察官学院学报, 2020, 28(5): 3-18.
- [2] 章剑生. 违反行政法义务的责任: 在行政处罚与刑罚之间——基于《行政处罚法》第7条第2款之规定而展开的分析[J]. 行政法学研究, 2011(2): 10-24.
- [3] 姜明安. 论行政执法[J]. 行政法学研究, 2003(4): 4-11.
- [4] 张树义. 论抽象行政行为与具体行政行为的划分标准[J]. 中国法学, 1993(1): 60-64+59.
<https://doi.org/10.14111/j.cnki.zgfx.1993.01.011>
- [5] 马怀德. 《行政处罚法》修改中的几个争议问题[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(4): 6-16.
- [6] 余凌云研究团队, 余凌云. 论价格违法行为行政处罚制度的修改与完善[J]. 法治现代化研究, 2022, 6(2): 1-16.
- [7] 张东昌. 证券市场没收违法所得与民事赔偿责任的制度衔接[J]. 证券法苑, 2017, 23(5): 407-422.
- [8] 王思涵. 行政法中的没收违法所得研究[D]: [硕士学位论文]. 昆明: 昆明理工大学, 2022.
<https://doi.org/10.27200/d.cnki.gkmlu.2022.000312>
- [9] 苑晟. “价格欺诈违法行为”违法所得研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2019(10): 49-56.
- [10] 熊樟林. 立法上如何安排行政没收? [J]. 政法论坛, 2022, 40(4): 29-43.
- [11] 张琦蕊, 曾冰. 文旅领域违法所得“净额说”之局限——以“不合理低价游”为例[J]. 太原城市职业技术学院学报, 2023(5): 182-184. <https://doi.org/10.16227/j.cnki.tyccs.2023.0258>
- [12] 朱加嘉. 行政违法所得的司法认定[J]. 人民司法, 2013(11): 106-111.
<https://doi.org/10.19684/j.cnki.1002-4603.2013.11.022>

⁹《中华人民共和国文物保护法》第七十一条：“……文物商店、拍卖企业有前款规定的违法行为的，由县级以上人民政府文物主管部门没收违法所得、非法经营的文物。”

¹⁰《音像制品管理条例》第四十二条：“有下列行为之一的，由出版行政主管部门责令停止违法行为，给予警告，没收违法经营的音像制品和违法所得。”