

的价值,即价款的总合,去除成本等费用。此违法所得计算方法,适用于《食品卫生法》第四十条、第四十四条及第四十五条所涉及的违法行为和违法食品、产品。此违法所得计算方法去除成本等费用,是基于以下理由:这类食品、产品本身卫生质量并无问题,只是由于生产经营行为违反了《食品卫生法》、食品卫生法规而不得生产经营,或这类食品、产品存在危害健康的可能,或可以做他用或经过技术处理之后可以利用,《食品卫生法》也没有规定将未售出部分及售出后必须追回并全部销毁,故这类食品、产品可以不销毁、不必要销毁,所以此种违法所得计算应去除其成本等费用。

3.3 几种特殊情况下违法所得的计算方法

3.3.1 违反《食品卫生法》的规定,未取得卫生许可证或者伪造卫生许可证从事食品生产经营活动的,由于其缺乏明细帐,无证经营起始日期难以确定,故其违法所得的计算十分困难。关键是确定无证生产经营日期。为此,应首先让违法的食品生产经营者提供其无证生产经营起始日期及其证据;食品卫生监督机构通过查访邻里及消费者,提供无证生产经营的起始日期的证据;有营业执照的,从营业执照发放日期之后第15日算起(暂应征得违法者的认可)。在今后制定法规时,可以对无证生产经营起始日期难以查证的作出起始日期的硬性规定,分为几种期间,例如15日前、一

个月前,等等,如同《工业产品质量责任条例》对不易确定的违法所得规定一定的罚款数额那样。

3.3.2 会餐、配餐致成食物中毒的,其违法所得应是全部会餐、配餐食品价值的总合,理由是,会餐、配餐情况下发生食物中毒,很难确定是哪种食品致成;没有多种食品的组配,也没有会餐、配餐情况下食物中毒的发生。所以会餐、配餐情况下发生食物中毒时,其违法所得应是中毒餐的膳食价格的总合。

4 关于成本的计算方法

如前述,在违法所得的第二种计算方法中有去除成本项,这里所说的成本只包括各种原料价款、其他材料价款和生产动力费,对经营者仅指进货价款,均不包括生产经营人员的工资和各种管理费。

5 参考文献

- 1 中华人民共和国食品卫生法. 1995—10—31
- 2 国务院. 工业产品质量责任条例. 1986—4—5
- 3 国家技术监督局, 财政部. 查处无生产许可证产品的实施细则. 1989—9—30
- 4 国家技术监督局. 关于印发技术监督行政案件“违法所得”、“非法收入”计算意见的通知. 1990—9—25

试论“违法所得”的概念及其计算方法

李汉帆 朱建如 陈永德 湖北省卫生防疫站 (430070)

1995年10月30日第八届全国人大常委会第十六次会议通过了《中华人民共和国食品卫生法》(以下简称《食品卫生法》),其突出特点之一是完善了行政执法手段和加大了执法力度。对比《食品卫生法》与新近废止的《食品卫生法(试行)》法律责任一章,《食品卫生法》除扩大了卫生行政机关对违法食品生产经营者行政处罚幅度;对不同的违法行为根据不同情况作了明确的处罚规定;对阻碍从事食品卫生监督管理的国家工作人员依法执行职务的行为,对从事食品卫生监督管理的国家工作人员玩忽职守的行为,分别规定了法律责任外,另赋予了卫生行政机关可对违法食品生产经营者没收违法所得的规定。正确理解和应用《食品卫生法》赋予的这一执法手段,不仅可对违法食品生产经营者予以有效的打击,减少违法行为的产生,而且还

可避免食品卫生行政争议,提高卫生行政机关的执法权威。下面就违法所得的概念及其计算方法提出笔者的体会和看法。

1 违法所得的概念和特征

违法所得,即非法收入,系指食品生产经营者违反《食品卫生法》的有关规定所获得的财物。对食品生产经营者的非法收入予以没收,是为了保护消费者的合法权益,是对违法行为的惩罚。确定食品生产经营者是否有违法收入,应看其行为是否符合以下几个特征:

- 1.1 违法主体必须是食品生产经营者,即指一切从事食品生产经营的单位或者个人,包括职工食堂、食品摊贩等。
- 1.2 违法主体必须具有违反《食品卫生法》规定的强

制性义务规范的行为,这种行为表现在食品生产经营者有主动从事违法食品生产经营的作为性行为,也表现在食品生产经营者放弃卫生质量管理,致使食品卫生质量不符合《食品卫生法》规定的不作为行为。

1.3 违法主体必须有生产经营收入,包括已获得的生产经营收入和应获得生产经营收入但尚未获得的生产经营收入(如产品已售出,货款尚未收到)。

1.4 违法主体所生产经营的物品必须是食品、食品添加剂、食品容器、包装材料和食品用工具、设备,洗涤剂、消毒剂。

2 违法所得的计算方法

对违法所得的认定,从表面上看似乎不难,但在实际运用中,无论在法学理论界,还是在行政执法系统、司法系统都存在很大的争议。目前,在执法实践中,则存在两种不同的做法或观点。一种观点认为,违法所得仅指违法所得的利润部分,不包括生产经营过程中的成本及合理支出。其理由是从定义上理解,违法所得只能是违法者违法生产经营所得的一部分,生产经营成本是违法者的支出部分,只有从总收入中扣除其支出部分才是违法者所得的,如果违法者无违法所得,可通过罚款或其它行政处罚予以惩戒。另一种观点认为,违法所得是指违法生产经营的全部总收入。其理由是既然违法者实施了违法行为,就不存在合理支付的问题。违法行为应受到制裁,若仅只没收违法收入的利润部分(有的没有利润),就起不到惩戒违法行为的作用。

2.1 其它行政机关和司法机关对违法所得的计算方法

2.1.1 将违法所得认定为违法所得利润部分,即计算违法所得时将其违法生产经营的全部收入扣除成本及其它合理开支。如最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》(1995年9月1日颁发),认为违法所得数额是指生产、销售伪劣产品获利的数额;又如国家物价局《关于价格违法行为的处罚规定》(1988年5月14日颁发),认为违法所得包括:a.出售商品的实际销售价格(含出厂价格、供应价格、批发价格、零售价格)高于国家定价的全部价差金额;b.收购商品的实际收购价格低于国家规定等级价格的全部价差金额;c.出售商品的实际销售价格高于国家指导价格(含浮动幅度、差价率、利润率和最高限价)的全部价差金额;d.未执行国家规定的商品提价申报制度,而实际提价的全部金额;e.超过规定的收费标准的全部金额;f.自立名目滥收费用的

全部金额;g.采取短尺少秤、以次充好、降低质量以及价外附加条件等变相涨价手段多得的全部金额;h.违反规定的调价日期,提前提价或者推迟降价的全部金额;i.采取其它手段违反价格政策、法规获取的非法收入。

2.1.2 将违法所得认定为违法所得的全部收入。如国家土地管理局《关于贯彻〈中华人民共和国土地管理法实施条例〉几个问题的答复》(1991年4月8日颁发),认为非法转让土地,是非法所得的前提条件,构成非法转让土地行为,其所得的数额都属非法所得,应依照《中华人民共和国土地管理法实施条例》第31条规定处理。

2.1.3 将违法所得的认定授权给执法机关根据不同情况裁量是否扣除成本及合理的开支,或规定不同情况违法所得的计算方法。如国家技术监督局《关于印发技术监督行政案件“违法所得”、“非法收入”计算意见的通知》(1990年9月25日颁发),指出违法所得的计算应根据不同情况依下列公式计算:a.将非法收入的全部作为违法所得,计算公式为: $s = \alpha \cdot Q$ 其中 s 表示非法所得, α 表示销售单价, Q 表示销售量;b.将非法收入扣除应当扣除的部分后作为违法所得,计算公式为: $s = \alpha \cdot Q - \beta$ 其中 β 表示应当扣除部分,包括产品生产成或经销者的商品进价部分。该通知还指出,经销者产品已售出,货款尚未到的,也应当计入违法所得或非法收入;已缴纳税款、已退款、退货、赔款的,应当从违法所得或非法收入中扣除;违法销售量能以销售产品的批次、时间确定的,以产品销售的批次、时间确定,不能以销售产品的批次、时间确定的,则以现场检查出的数量计。又如国家工商行政管理局《关于投机倒把违法违章案件非法所得计算方法问题的通知》(1989年12月1日颁发),指出违法所得应按以下情况分别予以计算:a.销售产品有进销价(批发价、零售价)的以销价与进价之差作为非法所得,属于生产加工的,以生产加工的产品的销价与成本价之差作为非法所得;b.提供货源、支票、现金、银行帐户等方便条件,或者代出证明、代开支票、代订合同以及虽未直接参与违法经营活动,但在违法活动中采取各种手段,牟取非法利益的,以全部非法收入作为违法所得;c.在工商行政管理机关处理前,违法者已缴纳税款的,应从违法所得中予以扣除;d.违法者商品已售出,货款未收到,应包括在违法所得数额内。

2.2 违反《食品卫生法》的违法所得的计算方法

目前,《食品卫生法》尚无实施细则,卫生部也未就违反《食品卫生法》的违法所得计算予以规定。在执法

实践中,如何计算违法所得,是由卫生行政机关根据不同情况裁量处理。但笔者认为,违反《食品卫生法》的违法所得应指违法食品生产经营的全部收入,不应扣除成本。但在计算违法所得时应注意:违法者食品已售出,货款未收到,应包括在违法所得数额内;在处理前,违法者已缴纳税款、已退款、退货的,应当从违法所得中扣除;违法销售量能以销售产品的批次、时间确定的,则以产品的批次、时间确定,不能以销售产品的批次、时间确定的,则以现场检查出的数量计。之所以违反《食品卫生法》的违法所得应是违法食品生产经营的全部收入,其理由如下:

2.2.1 《食品卫生法》调整的物品是关系消费者人身安全的食品。如果食品生产经营者违反《食品卫生法》,致使食品在生产经营过程中产生或污染有毒有害物质,可对人体健康产生不同程度的急性、慢性或潜在性危害,或产生致癌、致畸、致突变作用,甚至危及生命和子孙后代,影响民族兴旺发达。因此,必须对违反

《食品卫生法》的行为予以严厉的打击,以减少违法行为的发生。

2.2.2 《食品卫生法》第八章规定的可以予以没收违法所得的违法行为都是违法情节较重的违法行为,造成的后果也是严重的,必然会影响正常的国家食品卫生行政管理秩序。

2.2.3 既然是违法行为,只有承担责任的义务,而不存在牟利的权利,因而不存在合理支付的问题,违法所得多少便是多少,不应扣除本钱和合理的支出。若仅没收违法收入的利润部分(有的没有利润),而《食品卫生法》对罚款数额又有上限规定,仅靠罚款就起不到惩戒违法行为的作用。

2.2.4 执法实践中,成本的核算是一件十分复杂的技术问题。绝大多数食品卫生监督管理人员又疏于这项工作,很难将产品成本计算精确。若计算不准确,极易引起行政诉讼,并使卫生行政机关在行政诉讼中处于不利的地位。

关于“违法所得”以及“违法所得”查证的法律研究

曲文轩 山东省淄博市卫生防疫站 (255026)

李 萍 山东省淄博市张店区卫生防疫站 (255022)

《食品卫生法》自1995年10月30日开始实施法律责任中涉及违法所得问题。没收违法所得以及以其为基数实施行政处罚,充分体现了责任法定与责任适应合理化的原则。研究违法所得以及违法所得查证的法律意义,对于既严厉打击行政违法行为又防止滥用自由裁量权导致行政诉讼有重要意义。本文作一浅析,愿与同道商榷。

1 违法所得的涵义及特征

违法所得是相对人在食品生产经营过程中实施违反《食品卫生法》的行为而获取的不当得利。根据这一理解,违法所得具有下列特征。

1.1 违法所得是相对人违法行为之所得

这里的法,是指《食品卫生法》以及相关的行政法规及其行政规范性文件。“违法所得”在执法领域有着广泛的应用。但相对人违反上述法的内容以外的法之所得,如违反工商行政管理法规之所得,不是本文所讨论的范畴。

1.2 适用违法所得可予行政处罚的违法行为有一定

的法律限制

相对人实施违法行为可能会获取违法所得,但适用违法所得可予行政处罚的违法行为却有一定的法律限制。它只适用于《食品卫生法》所列举的违法行为。

1.3 违法所得属不当得利

相对人实施违法行为之所得,并非都界定为违法所得,它包括违法所得及本金投入等。违法所得是违法经营额的全部扣除了本金投入的部分,即不当得利。

2 违法所得的分类及计算方法

2.1 按违法者违法行为的主观方面,将违法所得分为故意的违法所得和过失的违法所得。我国行政法在坚持客观归责的原则下,也十分注重违法行为的主观方面。掌握主观和客观相统一的原则,目的在于正确量刑。

2.1.1 故意的违法所得

是指相对人明知自己的行为违反《食品卫生法》,但希望或放任这种行为继续发生,以此而获取的违法所得。故意的违法所得的计算应扣除本金投入,但不