

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

应扣除本人工费等的耗支。如用工业酒精兑制白酒,向牛奶中掺尿素等。虽然相对人的违法行为是故意的,本金的投入是为了获取违法所得,但本金部分并不是违法人违法行为之能所得到的。扣除本金,并不是承认其违法行为的合法性。

2.1.2 过失的违法所得

是相对人应当预见自己的行为可能违反《食品卫生法》,因为疏忽大意或者已经预见而轻信能够避免,以致发生违法行为而获取的违法所得。如某饮食店不注意生熟分开而致食物中毒。过失的违法所得的计算应扣除本金投入但不能扣除人工费等耗支。扣除了人工费等耗支就等于承认了这种违法行为的合法性。

虽然以上两种违法所得的计算方法是一致的,但区分这两种违法所得却十分必要。在以违法所得为基数作行政处罚时,对故意的违法行为,卫生行政机关在自由裁量权范围内要坚持倚重不倚轻的原则。

2.2 按违法所得是否投入了本金,可分为可扣除的违法所得和不可扣除的违法所得。

2.2.1 可扣除的违法所得 是违法人投入必要本金从事违法活动而获取的违法所得。其计算应扣除本金投入。

2.2.2 不可扣除的违法所得 违法人没有投入本金从事违法活动而获取的违法所得。如违法人拣用养鸡厂扔掉的病死鸡加工后卖,这种情况的违法所得就是违法经营额的全部。

3 适用违法所得可予行政处罚的违法行为的法律限制

在行政处罚时,并非所有的违法行为都会涉及违法所得。也就是说,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。在《食品卫生法》所列举的法律责任中,将适用违法所得可予行政处罚的违法行为归纳为下列2种:

3.1 不具备食品生产经营主体资格或主体资格不完善的违法行为。包括未取得卫生许可证、租用卫生许可证以及涂改卫生许可证的违法行为。

3.2 生产经营不符合卫生标准的食品以及食品添加剂等的违法行为。包括生产经营禁止性食品以及未经国务院卫生行政部门批准或有虚假宣传内容的具有特定保健功能的食品。

对适用违法所得可予行政处罚的违法行为进行法

律限制,目的有二,一是防止自由裁量权的滥用,二是用来表明对违反《食品卫生法》禁止性规范和义务性规范在制裁上的轻重差别。

4 对以违法所得为依据进行行政处罚的一点看法

《食品卫生法》在涉及以违法所得进行行政处罚时,都是根据违法所得的有无区别对待。如第42条,对生产经营禁止性食品的,有违法所得的没收违法所得并处违法所得的1~5倍罚款;没有违法所得的,处以1千至5万元的罚款。如甲乙两个相对人,甲有违法所得100元,乙没有违法所得。按规定对甲的罚款数额(包括没收部分)为200~600元,乙的罚款数额为1千至5万元。以此看出,按有无违法所得进行处罚,有少量违法所得的要比无违法所得轻得多。这样一些“精明”的相对人就会钻此漏洞,通过各种手段,制造有少量违法所得的假证,逃避本应严厉的行政处罚,给卫生行政机关查处违法所得造成不必要的麻烦。本文建议在以后修改《食品卫生法》时,不以违法所得的有无为依据,给违法所得定个基数。还以生产经营禁止性食品为例,可定违法所得的基数为500元。按规定计算,违法所得超过这个基数的罚款为1千至3千,低于这个基数的加罚款1千至5万元,卫生行政机关再结合自由裁量权就可以基本保持这两种情况处罚上的协调性。

5 违法所得的查证

违法所得的查证是指卫生行政机关为实施行政处罚,对相对人违法所得金额的调查取证工作。

5.1 卫生行政机关有对违法所得查证权的法律依据

《食品卫生法》第35条第3款明确规定,食品卫生监督员在执行任务时,可以向相对人了解情况,索取必要的资料,相对人不得拒绝和隐瞒。由此可以看出,卫生行政机关或食品卫生监督员有权对相对人违法所得进行查证,查证违法所得是卫生监督员的职务性行为。

5.2 相对人拒绝或隐瞒查证工作的法律责任

《食品卫生法》第53条规定,拒绝阻碍食品卫生监督管理人员执行职务的,应当承担刑事责任或治安管理行政责任。

5.3 违法所得的查证技术性很强,是个值得深入探讨的问题。