

我国反垄断罚款威慑不足的 制度成因及破解思路

王 健

【摘 要】通过与欧盟、美国最近十年反垄断罚款金额进行比较,以及对反垄断罚款所涉行业/企业的数据进行分析和观察资本市场对于上市公司披露反垄断罚款信息后的反应,基本上可以得出我国反垄断罚款仍普遍存在威慑不足的问题。这种威慑不足与反垄断罚款存在的制度缺陷高度相关,其中罚款的独用、罚款的限缩和罚款的漏洞是造成威慑力不足的三大主要制度成因。基于威慑理论制定罚款指南并走向精细化罚款是提升反垄断罚款威慑力的国际通行做法。我国现有的粗犷型反垄断罚款制度急需转型走向精细化罚款制度,以有效破解反垄断罚款威慑不足的问题。

【关键词】反垄断罚款;威慑不足;威慑理论;精细化罚款

【作者简介】王健,浙江理工大学政法学院教授。

【原文出处】《法学评论》(武汉),2020.4.109~118

【基金项目】本文系国家社科基金重点项目“反垄断法制裁的现代化研究”(项目批准号:18AFX019)的阶段性成果。

我国反垄断罚款制度经过11年多时间的适用,其威慑效果逐渐显现,但同时也暴露出威慑不足的问题。通过系统梳理自反垄断法实施以来的典型罚款数据和案例,并进行国际和行业等比较分析,笔者发现我国反垄断罚款威慑不足已是一个较为普遍的问题。这种威慑不足与反垄断罚款制度的内在缺陷高度相关,其中罚款的独用、罚款的限缩和罚款的漏洞是造成罚款威慑不足的三大制度成因。目前我国反垄断罚款制度的设计 and 应用略显粗糙,只有向精细化的反垄断罚款转型,才能有效破解我国反垄断罚款威慑不足的难题。2020年1月2日,国家市场监督管理总局公布了《反垄断法》修订草案(公开征求意见稿),其中提高反垄断罚款威慑力度的修改思路受到了广泛关注。此

外,我们应加快制定反垄断罚款指南,同时在反垄断修法时进行制度革新来实质提升我国反垄断罚款的威慑力。

一、从数据看我国反垄断罚款的威慑不足问题

反垄断执法机构作出的罚款金额是否足够高是国际公认的判断反垄断罚款是否能够起到有效威慑作用的最主要标准之一。^①我国是与欧盟、美国并列的反垄断三大司法辖区之一,因此通过与主要司法辖区的欧盟和美国最近十年反垄断罚款金额进行比较是比较恰当的,从中我们大致可以看到我国反垄断罚款确实存在相对的威慑不足问题。与此同时,笔者再对反垄断罚款所涉行业/企业的数据进行分析,基本上也可以得出罚款威慑不足的结论。而资本市场对于上市公司披露反垄断罚款信

息后的反应进一步印证了反垄断罚款威慑不足的问题。

(一)国家(地区)数据比较

2020年1月,欧盟官方公布了卡特尔案件罚款的一系列最新统计数据。从中可以看到,欧盟自2000年以来卡特尔案件罚款金额快速增长,而且增长幅度还很大。其中,2010-2019年期间欧盟卡特尔案件罚款金额总计162.25046674亿欧元,^②合计人民币1257.701亿元(按照2020年3月5日的汇率)。另据美国司法部公布的2009-2018年期间反托拉斯罚款金额的统计数据,罚款金额总计97.85472亿美元,^③合计人民币678.602912256亿元(按照2020年3月5日的汇率)。

我国反垄断法自2008年8月1日开始实施,截至2019年8月30日,我国反垄断执法机关累计罚款金额超过120亿元人民币。^④通过横向比较,世界三大反垄断辖区最近十年的罚款金额欧盟最高,美国其次,中国只有欧盟的九分之一,美国的六分之一。而且欧盟的罚款金额尚没有统计滥用市场支配地位案件。如果将滥用市场支配地位案件的罚款金额再加上,欧盟的罚款金额将更为惊人。这种数据对比分析较为客观揭示了我国反垄断罚款确实存在威慑不足之处。当然,这种威慑不足是相对来说的,相比其他国家(地区)第一个执法十年乃至二十年的表现来看,我国在反垄断执法初期就取得这个成绩应值得充分肯定。

(二)行业/企业数据分析

笔者梳理了2008年8月1日至2020年4月14日期间,原国家工商总局、国家发改委以及国家市场监管总局网站公布的经营者实施垄断协议、滥用市场支配地位案件共104件。从上述案件的罚款情况来看,104个案件中,53.8%左右的案件罚款比例低于3%。还有很多核心卡特尔案件的罚款比例只有1%。罚款比例低意味着罚款金额少,罚款比例低还意味着罚款不够严厉,不能有效威慑企业的违法行为。

上述案件中,有三个行业和一个企业的数据值

得进一步分析。医药行业、水业、汽车行业这几年分别查办了9件、8件和7件,案件数名列前三,时间跨度也比较长。例如,第一个医药行业反垄断案件是2011年11月的复方利血平原料药垄断案,最近一个是2020年4月的注射用葡萄糖酸钙原料药垄断案,10年9个案件;第一个水业垄断案是2013年12月的大亚湾溢源净水公司垄断案,最近一个是2019年10月的宿迁正源自来水公司垄断案,7年8个案件;第一个汽车行业垄断案是2014年9月的一汽大众及湖北奥迪经销商垄断案,最近一个是2019年12月的丰田汽车垄断案,6年7个案件。从案件的发生频率来看已经很高了,其中的原因很多,但很难说与罚款金额低、威慑力不足没有关系。

还有一个必须要提及的公司是伊士曼(中国)投资管理有限公司,其在2017年12月因固定经销商向航空公司转售航空涡轮润滑油产品的价格,被上海市物价局处罚款金额2369957.15元。^⑤2019年4月,该公司又因利用其在中国大陆醇酯十二成膜助剂市场的支配地位,实施排除、限制竞争的限定交易行为被上海市市场监督管理局处罚款金额24378711.35元人民币。^⑥时隔两年,再次被处罚,罚款比例都是5%。从行为定性来看,伊士曼公司显然属于累犯,理应从重处罚。欧盟法院认为,为了决定罚款金额,委员会必须要确保它的行动有着必要的威慑效果,再犯证明先前罚款的威慑力是不足的。^⑦

(三)资本市场的反应

我国反垄断执法机关查处的反垄断案件中,有不少是中外证券市场的上市公司。如果对一个公司的反垄断罚款金额低于市场预期,对于公司的业绩影响很小,股票价格就会上升,这说明对该企业的反垄断罚款没有产生威慑作用。我们以高通公司垄断案、上海黄金饰品垄断案和茅台五粮液垄断案加以说明。

国家发改委2015年2月9日公布了对美国高通公司的处罚决定,罚款60.88亿元人民币,这是我国迄今为止罚款金额最高的案例。尽管如此,但从资本市场的反应看,还是认为处罚偏轻了。高通股价

随后上扬了2.82%，最高达69美元。^⑧2013年8月12日，国家发改委公布了对操纵黄、铂金饰品价格的上海黄金饰品行业协会以及老凤祥等5家金店的价格垄断行为的处罚决定，罚款金额共计人民币1009.37万元。其中，老凤祥的罚款金额为323.29万元，仅占上半年净利润的0.83%。^⑨由此可见，其罚款金额相对于收益来说，基本上可以忽略不计，难怪老凤祥在处罚决定公布后开盘股价就涨逾5%。^⑩2013年2月22日，贵州省物价局和四川省发改委公布了对贵州茅台酒公司和四川五粮液公司的行政处罚决定，分别罚款2.47亿元和2.02亿元。在处罚决定书公布后，茅台五粮液的股价应声而涨，按照收盘时间分别涨了4.73%和3.55%。这说明，市场认为，反垄断执法机关对于两家公司的反垄断罚款金额比预期的要低。白酒业分析人士简爱华告诉中国经济时报记者，此次处罚力度较轻，难以对茅台和五粮液的长期发展产生较大影响。^⑪

二、我国反垄断罚款威慑不足的制度成因

我国反垄断罚款威慑不足问题与现有的反垄断罚款制度的内在缺陷高度相关。通过分析，我们认为罚款的独用、罚款的限缩和罚款的漏洞是造成威慑力不足的三大制度成因。其中，“罚款的独用”证明了现有违法所得并科罚款的处罚模式在具体适用中存在难以克服的制度障碍，造成威慑力的“第一次制度性降低”；“罚款的限缩”有悖于反垄断罚款制度设计的初衷，属于制度的误用，导致威慑力的“第二次制度性降低”；“罚款的漏洞”则过于拘泥于企业的独立人格而没有从整体上考虑作为单一经济体的企业集团对于反垄断违法行为的影响和应承担的法律责任，实乃制度的缺位，造成威慑力的“第三次制度性降低”。

（一）制度的障碍：罚款的独用

我国《反垄断法》第46条和47条规定，对违法行为（垄断协议和市场支配地位滥用）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1%以上10%以下的罚款。反垄断法要求对违法企业“没收违法所得”与“罚款”并施，其目的非

常明显，那就是要让违规者得不偿失，捞不到任何好处。^⑫如果在特定案件中此两项处罚措施同时适用，应会形成巨大执法威慑。^⑬有些专家甚至担心没收违法所得并处罚款会造成过度威慑。特别是对于那些违法持续时间很长的案件，如果没收违法所得，将具有很高的威慑力。

因此，从理想状态来看，没收违法所得叠加罚款确实会实现有效威慑目标，甚至还可能导致过度威慑的结果。但从现实状态来看，没收违法所得和罚款并科的案件并不多见。从笔者统计的104个典型反垄断行政处罚案例来看，只有27件适用了没收违法所得，占有处罚案件的25.96%。这实际上造成了大多数反垄断行政处罚案件没收违法所得常常缺位，而罚款独用的局面。罚款的独用严重影响了“没收违法所得并科罚款”制度设计的效用，将无法实现反垄断执法的威慑目标。统计数据基本上可以消除原先过度威慑的担忧，反倒是威慑不足的问题浮出水面。正如有专家指出的：如果只罚款，不去没收违法所得，那相关企业放出的“血”就有可能很少，甚至不及违法所得的一个零头，这样的罚单又有什么惩罚意义，又能震慑谁？^⑭

此外，我们通过数据分析，发现在同时适用没收违法所得和罚款的27个案件中，有16件案件的没收违法所得金额超过罚款金额，约占比59.25%。有些案件没收违法所得甚至是罚款的71倍，两者相差悬殊。^⑮因此，我国反垄断行政处罚的威慑力实际上是比较依赖没收违法所得的，罚款的独用必然难当威慑大任，将会导致行政处罚的威慑力大幅度降低。这种降低实际上反映了现有制度设计存在重大障碍，没收违法所得经常缺位造成了罚款威慑力的制度性降低，是为“第一次制度性降低”。

（二）制度的误用：罚款的限缩

我国反垄断罚款制度可以说是中西合璧的产物，最高10%这一端借鉴了欧盟的做法，另一端最低1%又考虑到了中国的习惯做法。因此，我们借鉴欧盟的做法是比较有现实意义的。此处的“销售额”指的是涉案产品销售额还是总销售额？欧盟《1/2003号

条例》第23条规定,对于参与违法的每一企业及企业协会,上述罚款不应超过其上一营业年度总销售额的10%。毫无疑问,欧盟反垄断罚款中的销售额指的是“总销售额”。但在确定罚款金额时,欧盟通常将“总销售额10%”作为最高封顶条款使用。在具体计算罚款时,按照欧盟《2006年罚款指南》第13条和21条的规定,委员会将选择企业参与违法行为最后一个完整营业年度“涉案产品销售额”或者说“违法销售额”(指南中称为“销售价值”)不超过30%计算罚款起点金额,然后考虑时间威慑系数计算出基础罚款金额,再根据各种裁量因素对基础罚款金额进行调整,最后确定的罚款金额不能超过总销售的10%。也就是说,按照欧盟的罚款确定规则,依据最高幅度30%销售额比例计算罚款起点金额时,此处的销售额指的是“涉案产品销售额”(计算条款);按照不超过10%销售额比例限定最高罚款金额,应基于总销售额进行计算(封顶条款)。此外,欧盟委员会将“总销售额”10%封顶条款中的销售额解释为“全球销售额”,而“涉案产品销售额”最高30%计算条款中的销售额则指的是“欧盟经济区范围内的销售额”。

我国反垄断罚款制度尚没有欧盟这么精细的安排。在反垄断罚款金额确定过程中,人们对于“处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款”的理解和适用存在严重分歧。从立法背景上来理解,“上一年度销售额”应指的是总销售额,而不是涉案产品销售额。即使垄断协议涉及的产品金额很小,违法企业仍然要遭受全年销售额1%至10%的罚款,这体现了本法对垄断协议行为的巨大威慑作用。^⑩从我国目前已经查处的反垄断案件来看,大多是基于涉案产品销售额来计算罚款的。其中,有的案件只是模糊表达依据“涉案产品销售额”计算罚款金额,还有更多案件基于“相关销售额”、“相关市场销售额”或直接基于“销售额”来计算罚款,但从处罚决定书的内容来看,不是基于总销售额,而是局限于涉案产品销售额来计算。

也就是说,我国大部分案件实际上是按照上一

年度涉案产品销售额来计算罚款的,而且很多案件的罚款比例是5%以下,达到8%—10%罚款比例的极为少见。欧盟在按照上一年度涉案产品销售额计算罚款起点金额时,罚款比例最高可以达到30%。同样按照上一年度涉案销售额计算罚款,我国的罚款比例比欧盟低很多。还有一些国家例如德国,罚款比例虽然与我国差不多,也按照10%计算罚款起点金额,但其罚款基数是企业于违法期间从“违法行为为获得的销售额”,而我国仅是上一年度的涉案产品销售额,两者也相差甚远。因此,同样是按照涉案产品销售额计算罚款,与国外相比,我国目前的反垄断罚款金额显然是偏低的,自然会导致威慑不足的问题。反过来,如果我们以“总销售”作为罚款基数,即使按照现在的罚款比例,罚款金额也会大幅度提高。例如,伊士曼航空涡轮润滑油垄断案中,该公司2016年度涉案产品销售额只有47399143元,但其2016年度的总销售却高达487574226.99元,^⑪两者相差约10倍。

我国在计算反垄断罚款金额时,除了按照涉案产品销售额计算罚款金额以外,还在不少案件中对违法行为的地域范围进行了较大限缩。很多案件的违法行为和涉案产品是全国性的,但最后计算罚款时却局限于某一区域(省)的涉案产品销售额,而且通常是负责查办该案的反垄断执法机关所管辖的省份的涉案产品销售额。中国有31个省、自治区和直辖市,只计算其中一个省的涉案产品销售额,最终的罚款金额必将大幅度缩减。例如,在湖北省物价局查办的一汽大众及湖北奥迪经销商垄断案中,如果按照2013年一汽—大众全国奥迪销售额作为罚款基数,由于其全年销售奥迪汽车488488辆,若以单车均价40万计算,销售总金额为1954亿元,^⑫而湖北省2013年奥迪销售额为41.43亿元,^⑬两者相差47倍。上述案件,即使以最低比例1%进行罚款,最终的罚款数额相差也会是相当惊人的。

我国借鉴了欧盟的罚款设定方式,但在确定罚款金额时却直接以涉案产品销售额为基数计算最终的罚款,没有发挥总销售额在反垄断罚款中的作用,

也不是基于全球销售额而是涉案产品某一区域(省)销售额,这种罚款的限缩和制度的误用,导致罚款大幅下降,实质减损了罚款的威慑力,是为“第二次制度性降低”。

(三)制度的缺位:罚款的漏洞

在确定反垄断罚款时,欧盟较为普遍的做法是,将整个企业集团视为一个经济体和一致行动人,计算整个企业集团的销售额,而不仅限于涉案企业的销售额。欧盟规定,如果该集团的母公司在违法期间对子公司的经营产生了决定性影响,则公司年度总销售额的10%的最高罚款限额可以基于该公司所属集团的销售额。^⑨同时,欧盟通过诸多判例确立了母公司对于控股子公司的罚款承担连带责任。欧盟的这种做法可以有效提高罚款的威慑力,也有利于防范企业对其违法行为“化大为小”的规避行为。

通过考察我国的反垄断罚款典型案例,我们发现存在两个特别值得关注的现象。一是分公司成为罚款对象十分常见;二是罚款对象的子公司化甚至孙公司化倾向特别明显。罚款对象是分公司的案件主要有:湖北天然气垄断案中的中石油昆仑燃气有限公司咸宁分公司;山西直供电垄断案中的西山煤电集团发电分公司、中国大唐集团公司山西分公司等;浙江保险业垄断案中的中国人寿财产保险股份有限公司浙江省分公司等。还有不少反垄断罚款案件的对象仅是作为子公司的销售公司,例如茅台垄断案中的“贵州茅台酒销售有限公司”是贵州茅台酒股份有限公司的控股子公司(持有95%股权)、五粮液垄断案中的“宜宾五粮液酒类销售有限责任公司”是宜宾五粮液股份有限公司的控股子公司(持有90%的股权)。此外,还有一些反垄断罚款对象是孙公司,例如上海黄金饰品垄断案中的上海老凤祥银楼有限公司是老凤祥股份有限公司的孙公司、PVC垄断案中的鄂尔多斯市君正能源化工有限公司是内蒙古君正能源化工集团股份有限公司的孙公司。

我国《反垄断法》第46条和47条罚款的对象是

经营者。本法所称经营者,按照第12条规定是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。分公司仅是营利法人的分支机构不是法人,那能否成为《反垄断法》意义上的经营者呢?这就要看分公司能否纳入“其他组织”的范畴。从《反垄断法》对于经营者具体表现形式的排列来看,其他组织应是“非法人组织”,但按照《民法总则》第102条非法人组织的规定,非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等,分公司应不属于其他组织的范畴。因此,分公司不应理解为“其他组织”从而成为反垄断法上的“经营者”,也不能直接成为反垄断罚款的对象。将分公司视为反垄断法上的经营者是不妥当的。这种做法会导致罚款的巨大漏洞,大大缩减上一年度销售额这一罚款基数,罚款金额也会大幅下降。一旦为其他公司普遍采用,将会彻底架空罚款的威慑力。将子公司或孙公司作为罚款对象与分公司的情况有些类似。在反垄断案件中,尽管母公司并未直接实施违法行为,但子公司的商业模式或价格政策却往往是母公司整体商业战略的一部分。如果仅追究子公司的责任,则难以对母公司形成有效的约束,甚至可能导致母公司通过子公司实施违法行为而又轻易地规避制裁。^⑩

直观来看,子公司的销售额和整个企业集团的销售额一般相差甚远,不同的罚款基数计算的罚款金额也相差甚远。将孙公司作为罚款对象,最后的罚款金额相对来说也会低很多。从目前统计来看,涉及子公司或孙公司的罚款案件基本上是企业或上市公司,如果罚款数额相对于其年度总销售额过低,难以起到威慑效果。这也是欧盟为什么对于大企业的罚款要加一个特别威慑系数的原因。^⑪我国反垄断罚款对象的子(孙)公司化,实际上过于注重企业的独立法律人格,没有注意到企业作为一个整体的经济体,母公司对于子公司实际决策与运营管理的控制力,以及作为一个企业的整体发展战略的影响,容易为违法企业钻空子,从而产生罚款的漏洞问题。这种漏洞因制度的缺位导致,

在实践中甚至显示出了有意为之的倾向。无论将罚款对象确定为分公司还是子公司或者孙公司,这种操作都会显著降低罚款金额,是为“第三次制度性降低”。

三、破解我国反垄断罚款威慑不足难题的基本思路

由于我国反垄断罚款威慑不足是制度性缺陷造成的,因此要破解这个难题需要有体系化的解决思路和具体对策,我们更应从全球的视野学习借鉴国外对于类似问题的解决之道。通过研究,笔者发现,在反垄断法实施初期,各国反垄断罚款制度比较原则,是一种粗犷型的反垄断罚款制度。后来随着从粗犷型罚款制度转向精细化罚款制度,威慑理论成为反垄断罚款设定和应用的基本理论,各国不约而同以威慑理念为指导修改了反垄断罚款制度和制定了反垄断罚款指南,反垄断罚款的威慑效果才逐渐显现,有效破解了反垄断罚款威慑不足的问题。

(一)走向精细化罚款是提升反垄断罚款威慑力的国际通行做法

从国际层面来看,反垄断罚款制度的演进大抵上经历了粗犷型罚款和精细化罚款两个阶段。第一阶段的反垄断罚款是一种粗犷型反垄断罚款。这个阶段的反垄断罚款通常表现为:罚款的裁量权过大,罚款具有很大的不确定性,罚款金额相对来说也偏小。欧盟竞争法直到1962年才在第17号条例中对罚款作了规定。其第15(2)条规定,委员会有权征收违法企业上一年度销售总额10%以下的罚款。具体罚款金额取决于违法行为的严重性和违法行为的持续时间。至于如何考虑严重性和违法行为持续时间,欧盟一直没有详细的规定。实际上,委员会在很长一段时间内在其裁决中没有关于罚款金额的说明。^③这种粗犷型罚款制度一直延续到1998年欧盟委员会制定了《罚款指南》才有所改观,前后长达40年时间。从1979年以来,欧盟委员会多次表达对威慑不足的关注。1983年出台的委员会第13份竞争政策报告提到,“经过近二十年”的

执行竞争法的实践,由于在此期间委员会处以的罚款相对较轻,委员会发现这种尺度的罚款尚没有证明产生了足够的令公司不再重复违法行为的威慑效果。^④

《罚款指南》的制定是粗犷型罚款转向精细化罚款的重要标志。从全球来看,法院是推动精细化罚款的重要力量。欧洲初审法院在1995年三个焊接网卡特尔判决中建议,委员会将其罚款确定方法变得更为透明是明智的。这些判决对于欧盟《1998年罚款指南》的出台发挥了积极作用。^⑤2010年1月,巴黎上诉法院批评法国竞争管理局的罚款计算方法缺少透明度,将其对钢铁网卡特尔案的罚款减少了八成。在这一判决之后,经济部长任命了一个专家组,以便就最佳选择提供咨询意见。竞争管理局着手起草一份通知,准确描述罚款的计算方式。^⑥2011年5月16日,法国颁布了《罚款指南》,共68条。最近20年,全球许多反垄断执法机构制定了罚款指南。还有不少国家通过多次修改反垄断法细化了反垄断罚款规定,提高了反垄断罚款的威慑力度。例如,德国通过《反限制竞争法》第七次和第九次修订,明确了反垄断罚款和没收违法所得的关系、确定了按照企业集团全球范围内的总销售计算罚款的最高限额,以及规定了母公司对子公司的罚款承担连带责任。

另一个走向精细化反垄断罚款的重要标志是威慑理论深刻影响了反垄断罚款制度。19世纪80年代以来,威慑理论逐渐渗透到各国反垄断制裁体系和制度设计中,成为制定反垄断罚款指南的基本理论遵循。其中,最早接受威慑理论的是美国1987年《联邦量刑指南》。尽管欧洲接受法经济学的威慑理论非常缓慢,但欧盟委员会明确将最优化威慑原则作为制定1998年和2006年网卡特尔罚款指南的指导思想。^⑦从时间节点来看,先有反垄断罚款威慑理论的研究,再有罚款指南的制定。威慑理论使得反垄断罚款指南更为体系化,指南内容的设计更加科学化,反垄断罚款的计算更为精准和具有可预见性。

一般而言,反垄断罚款指南包括引言(原则)、罚款的裁量方法和步骤以及附则三个部分。在引言部分,指南一般都会规定,罚款的政策目标在于追求有效威慑效果,同时将威慑分为一般威慑和特别威慑两类。罚款的裁量方法和步骤部分,一般包括罚款起点金额的计算,在此基础上考虑时间威慑乘数和核心卡特尔的进入费(Entry Fee)得出基础罚款金额,接着考虑从重因素、从轻因素以及大企业的特别威慑调整基础罚款金额,最后为了防止过度威慑规定最高罚款限额。在这个部分的每一个裁量阶段几乎都跟威慑理论有关。在附则部分,罚款指南为了避免特殊情形下的过度威慑,规定了象征性罚款制度或者为了实现特殊威慑目标,罚款金额可以不受上述最高罚款金额的限制。

从已有的数据来看,罚款指南的制定和威慑理论的应用与罚款威慑力的提升高度正相关。也就是说,走向精细化罚款制度后,各国一般会显著改善罚款的威慑力。我们以欧盟为例加以说明。欧盟于1998年制定罚款指南并导入威慑理论后,1999年的罚款就上升了75%。2006年修改罚款指南后,罚款金额增长了近三倍。到了2008年末,对于其他类似的卡特尔违法行为,在《罚款指南》考虑了最优威慑原则的应用之后,欧盟对核心卡特尔的罚款金额比1990年增长了29倍。^③自此,这种罚款金额的增长成为了一种趋势。

(二)走向精细化罚款是破解我国反垄断罚款威慑不足的必由之路

总体上来说,我国目前的反垄断罚款还是一种粗犷型的罚款制度,属于罚款制度设计和应用的第一阶段。这个阶段的反垄断罚款过于原则,尚未制定罚款指南,也没有威慑理论的指导,导致具体适用中缺乏清晰的罚款思路,罚款的可预期性不高。我国如果要提升反垄断罚款的威慑力,改变反垄断罚款威慑力不足的窘境,那么采用国际通行做法,修改反垄断罚款规定,加快制定反垄断罚款指南,导入威慑理论,从而转向精细化的反垄断罚款制度是必由之路。此外,我国还需在威慑理论指导下,

针对罚款的独用、罚款的限缩和罚款的漏洞所存在的问题,进一步在反垄断修法时革新反垄断罚款制度的相应内容,以最大程度破解反垄断威慑不足的难题。

从粗犷型反垄断罚款转向精细化反垄断罚款,国外的经验可以总结为“一二”理论,即法院是一个重要推动力量,威慑理论和罚款指南是两大重要标志。从我国的实际情况来看,迄今为止,对执法机构的反垄断处罚决定提起行政诉讼要求司法审查的案件很少,而且所有案件无一例外都是反垄断执法机关胜诉。因此,在目前情况下,我国由法院推动反垄断执法机关向精细化罚款转型不具有很强的现实可行性。然而,在依法治国和法治政府建设要求下,我国要求行政机关建立健全行政裁量权基准制度,细化、量化行政裁量标准已经成为一种发展趋势。^④很多行政机关相继制定了较为细化的行政处罚裁量基准或裁量办法。在这个大环境下,我国反垄断执法机关更有动力和压力去推动反垄断罚款制度由目前的粗犷型转向精细化罚款制度。

威慑理论的应用和罚款指南的制定是走向精细化罚款的两大重要标志。其中,罚款指南是具体落实精细化反垄断罚款的载体,而威慑理论则是指导反垄断罚款指南制定的基本理论,也是罚款指南体系和内容设计的中心。只有在指南中贯彻实施威慑理论,才能够有效提高罚款的威慑水平。如果只有指南的外在形式没有威慑理论的实质内容,同样也不会解决我国反垄断罚款威慑不足的问题。从我国反垄断执法机关以往的执法实践、工作报告、工作要点和领导讲话来看,对于威慑理论和理念的认识和重视有一个过程。在反垄断法实施的早期,执法机关秉持的是“适度罚款”理念,避免高额的处罚对被罚企业的生产经营造成不必要的影响。^⑤到后来要求着力加强反垄断执法力度,推进反垄断执法的常态化、专业化和精细化。^⑥2017年开始,反垄断执法机构开始强调“增强反垄断法威慑力”。^⑦2019年,国家市场监督管理总局反垄断局在工作综述中,将“精准出击,着力提升反垄断执法威慑力”作为一项重要工作

进行总结。^③

这说明,我国反垄断执法机构开始关注执法的威慑力问题。然而,如果要系统解决我国反垄断罚款威慑力不足问题,则需要在罚款指南(我国也许称为“反垄断行政处罚规则”)中全面落实威慑理论和理念。根据国外反垄断罚款指南的经验,应在罚款指南的“原则”部分明确规定威慑理念,将威慑作为罚款的主要目标。威慑目标不仅包括特殊威慑目标,而且要体现一般威慑目标;在“罚款裁量方法和步骤”部分,应对持续时间长的违法行为、核心卡特行为、再犯行为和大企业规定特别的威慑罚款,同时也要规定最高罚款限额以防止过度威慑的发生;在“附则”部分,基于特别威慑考虑进一步调低罚款金额或调高罚款金额。此外,我们还应通过反垄断修法对现行的反垄断罚款制度进行革新,突出罚款中心主义,明晰罚款结构主义和倡导罚款整体主义,以彻底改变目前因罚款的独用、罚款的限缩和罚款的漏洞造成的反垄断罚款威慑力不足的问题,这是更有针对性的制度安排,与我国的实际情况相符合。

(三)通过反垄断修法进行制度革新以实质提升我国反垄断罚款的威慑力

具体而言,我国走向精细化反垄断罚款,在制度设计时,除了遵循国外通行的做法以外,还应在反垄断修法时通过三条具体路径革新我国的反垄断罚款制度,最终实现提升罚款威慑力的目标。这三条路径包括走向罚款中心主义、走向罚款结构主义和走向罚款整体主义,与反垄断罚款威慑不足的三种制度成因罚款的独用、罚款的限缩和罚款的漏洞形成一一对应关系。走向罚款中心主义可以有效克服罚款的独用产生的弊端,同时显著改善了罚款的作用和威慑力;走向罚款结构主义,不仅可以化解罚款的限缩问题,而且可以提高罚款的威慑强度,同时也不至于导致过度威慑;走向罚款整体主义,可以弥补罚款的漏洞,实质上提高罚款的威慑力度。通过这种制度革新,也可以为我国反垄断罚款指南的制定创造良好的条件。

1.走向罚款中心主义是克服罚款独用的有效路径

“罚款的独用”实际上对于传统的以没收违法所得为中心的行政处罚过于信赖,对于罚款在反垄断处罚中的中心地位认识还不够清晰而导致的。立法时也没有充分考虑到反垄断法中的违法所得与一般行政法中的违法所得具有很大的不同,实践中违法所得的计算明显缺少统一标准,根本无法准确预期,呈现出巨大的模糊性。^④反垄断执法机关在处罚时普遍对没收违法所得有畏难情绪,这是导致大部分案件呈现出罚款独用格局的根本原因,我国《反垄断法》第46条和47条规定的没收违法所得并科罚款的制度价值彻底落空,没收违法所得实际上已经沦为次要地位。尽管我国反垄断执法机关强调,执法实践中,计算违法所得往往难度较大,但要应算尽算,不能计算的要充分说明理由。^⑤然而,此举还是不能很好解决没收违法所得适用中的困局,应是权宜之计。

如果我们放眼全球,就会发现整合没收违法所得的罚款中心主义和复用没收违法所得的罚款中心主义是较为主流的做法。我国反垄断法修订时建议删除现行的没收违法所得并科罚款的制度设计,改采整合没收违法所得的罚款中心主义。在以罚款为中心设计反垄断行政处罚制度时,应考虑违法所得对于罚款的影响,即任何罚款应使得违法者无利可图,建议将违法所得作为罚款的加重处罚因素。例如,欧盟《2006年罚款指南》第31条规定,如果违法所得可以估算,委员会还将考虑增加罚款金额,以超过违法所得的金额。我们还可以在反垄断修法时考虑一种新的罚款中心主义方案,即将现有反垄断行政处罚中没收违法所得和罚款的前后顺序作出调整,改采罚款+没收违法所得的处罚结构。这种制度设计,将传统的以没收违法所得为中心转向以罚款为中心,既与国际通行做法基本同步,也可以很好关照我国没收违法所得的历史和传统,在适用时有一定的灵活性。当罚款成为行政处罚的中心后,不仅可以消除罚款独用的争议,同时也为罚款制度的适

用打开空间,为接下来的二元罚款构造体系的设计奠定了基础。

2. 走向罚款结构主义是克服罚款限缩的有效路径

罚款的限缩,从表面来看是因为法律没有明确界定销售额而引起的,但实际上根本原因是反垄断罚款结构认识不清造成的,再加上反垄断执法机关在执法初期为了减少执法阻力,当一个概念有多种解释时“避重就轻”就成了较为自然的选择。很显然,这种选择不是基于威慑理论进行的,将“销售额”限缩为“涉案产品销售额”甚至是“某一区域(省)的涉案产品销售额”极大损害了罚款的威慑力,最终结果很可能导致激励违法而不是威慑违法。国家市场监督管理总局反垄断局局长吴振国先生近期表示:“罚款基数应为企业上一年度的全部销售额,而不是涉案产品的销售额。就此问题,市场监管总局已经专门请示全国人大常委会法工委,并得到明确答复。”^⑤从新的反垄断执法机关国家市场监督管理总局2018年组建后查处的案件来看,基本上是按照总销售额来计算罚款的。例如,在国家市场监督管理总局公布的其自行调查的冰醋酸原料药垄断案的行政处罚决定书,该决定书中的具体处罚措施包括没收违法所得,同时按照被调查企业上一年度销售总额为基准计算罚款金额。在扑尔敏原料药垄断案的行政处罚决定书中,具体行政处罚措施同样包括没收违法所得,并按照被调查企业上一年度销售总额为基准计算罚款金额。^⑥

尽管从涉案销售额转向总销售额计算罚款是一个比较大的进步,也确实提高了罚款的威慑力。此举实际上将我国的处上一年度销售额10%以下的罚款条款视为罚款的计算条款。但如果对于从事多产品销售的跨国公司或大型企业集团而言,直接按照总销售的最高10%比例计算罚款,可能会产生过度威慑的问题。这与欧盟等国家和地区所奉行的将企业总销售的10%作为罚款封顶条款有着很大的不同。因此,我们再向前进一步,在反垄断修法时明确将处销售额(总销售)10%以下的罚款条款作为封顶

条款,同时按照涉案产品销售额计算罚款的起点金额,从而走向罚款结构主义,建立罚款计算条款和罚款封顶条款相结合的二元罚款构造体系,将会实质改善罚款的威慑效果。在二元罚款构造体系下,我们首先根据涉案商品销售额计算罚款起点金额,此时建议参照欧盟的做法将罚款比例确定为0%-30%之间,具体比例根据违法行为的性质、违法程度等因素来决定。在实践中,欧盟确定的罚款平均比例是17%,最小是15%,最高是25%;^⑦或者参照美国的做法采用固定罚款比例20%。其次,计算好罚款起点金额后,再考虑时间威慑乘数和核心卡特尔的特别威慑罚款比例,确定基础罚款金额;紧接着根据从重和从轻因素对基础罚款金额进行调整,包括再犯行为和大企业的特别威慑罚款比例,最终计算出来的罚款金额不超过封顶条款规定的最高罚款比例计算出来的罚款金额。这种二元罚款构造体系不仅很好贯彻了威慑理念,而且可以解决威慑不足问题,同时也可以防范过度威慑给企业带来不必要的负担,是一种较佳的制度设计。

3. 走向罚款整体主义是克服罚款漏洞的有效路径

我国目前的反垄断罚款案件中,不少案件将罚款对象定位于分公司、子公司和孙公司,这是一个巨大的漏洞,很可能会成为各大企业规避反垄断违法责任的工具,将罚款责任甚至民事赔偿责任控制在很小的范围内,违法收益和违法成本极不对称。同时也可能成为反垄断执法机关为了减少执法阻力而妥协采用的执法方式。这充分说明,我国对于反垄断案件的复杂性是认识不够的,也过于拘泥于企业法律人格的独立性,对罚款缺少整体性的认识,没有意识到母公司对子公司(孙公司)、总公司对分公司的决策和管理的控制力和影响力。“擒贼应先擒王”,否则罚款是起不到威慑作用的。因此,我们在修订反垄断法时借鉴德国的做法将整个企业集团视为一个“单一经济体”纳入罚款对象是很有必要的。我国在有些个案中已经体现了罚款的整体主义思路,例如在奔驰汽车垄断案中,罚款对象

是北京梅赛德斯-奔驰销售服务有限公司、梅赛德斯-奔驰(中国)汽车销售有限公司和北京奔驰汽车有限公司,将三个公司统一称为“当事人”;^⑨在利乐公司垄断案中,罚款对象是利乐国际股份有限公司、利乐中国有限公司、利乐包装(昆山)有限公司、利乐包装(佛山)有限公司、利乐包装(北京)有限公司、利乐包装(呼和浩特)有限公司,将六个公司统一称为“当事人”利乐集团。^⑩类似的案件还有伊士曼航空涡轮润滑油垄断案、海尔家电垄断案等。这些案件有一个共同的特点,就是被处罚对象背后都有母公司或控制公司的影子,在违法行为中的作用很难彻底分割,因此视为一个整体当事人统一处理。但这些案件除了利乐案,其他案件并没有涉及对于最终母公司的责任追究,也没有将母子公司的总销售额作为计算罚款的基数,因此还有很大提升空间。

在对我国反垄断罚款制度进行革新时,必须强调罚款整体主义,包括罚款销售额的整体主义和罚款责任的整体主义。罚款销售额的整体主义要求在处罚作为单一经济体的企业集团时,应考虑将整个企业集团的总销售额作为罚款的基数。这种处理方式,直接将罚款封顶条款的总销售额极大地提高,相应的最高罚款限额的金额会大大提高。这避免了(故意)通过其非常小的子公司参与卡特尔的大型企业集团可能从较低的最高法定罚款限额中获益的可能性。^⑪与此同时,如果计算整个企业集团的总销售,那么在调整基础罚款金额时,更容易触发大企业特别威慑条款的适用,进一步提高了基础罚款金额。罚款责任的整体主义,主要是明晰母公司对子公司的反垄断违法行为承担连带责任。2017年3月,德国对其《反限制竞争法》进行了第九次修改,正式导入欧盟竞争法存在已久的反垄断罚款的母公司责任。根据新修订的法律,母公司现在要对其子公司的反垄断罚款承担责任,即使母公司本身没有参与违反竞争法的行为,或母公司没有违反与子公司有关的任何监督义务。^⑫只有这样,才能够显著提高罚款的威慑力,母公司才更加重视子公司的竞争合

规问题。德国的这种经验非常值得我国反垄断修法时借鉴。基于现有的反垄断罚款案例显现的问题,只有在我国反垄断法修订时规定母公司对子公司的罚款承担连带责任,才能彻底解决我国反垄断罚款的漏洞问题。

注释:

① See Organisation for Economic Co-operation and Development, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, available at <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>, 2020-01-18.

② See Fines imposed(not adjusted for Court judgments)-period 2015- 2019, available at <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, 2020-01-18.

③ Antitrust Division Workload Statistics FY 2009- 2018, available at <https://www.justice.gov/atr/file/788426/download>, 2020-02-11.

④ 李晶:《市场监管总局晒出反垄断十一年成绩单》,中国市场监管报, <http://www.cicn.com.cn/2019-09/04/cms120444article.shtml>,最后访问时间:2020年2月8日。

⑤ 参见上海市物价局第2520170032号行政处罚决定书。

⑥ 参见沪市监案处字[2019]第000201710047号行政处罚决定书。

⑦ See Wouter PJ Wils, Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement, P. 95, Oxford and Portland, Oregon, 2008.

⑧ 赵莹莹:《高通垄断案结果:被罚60.88亿元高通窃喜》, <http://money.163.com/15/0210/16/A13UD7T600253B0H.html>,最后访问时间:2020年3月6日。

⑨ 陈颖:《上海众金店遭反垄断处罚知名黄金企业面临信任危机》, http://www.p5w.net/stock/news/gsxw/201308/t20130816_270595.htm,最后访问时间:2020年3月5日。

⑩《老凤祥因价格垄断被罚323万早盘股价涨逾5%》, <http://finance.people.com.cn/stock/n/2013/0814/c222942-22564804.html>, 最后访问时间:2020年3月5日。

⑪于祥明、夏子航:《茅台五粮液因价格垄断被罚4.49亿》, http://finance.eastmoney.com/news/1345_20130220273735597_0.html, 最后访问时间:2020年3月5日。

⑫吴应海:《反垄断罚单别忘了“没收违法所得”》,载《检察日报》2013年8月14日第6版。

⑬宁宣凤、彭荷月、高鼎:《反垄断法下财产性处罚的新规和突破》, <https://www.kwm.com/zh/cn/knowledge/insights/anti-trust-new-rules-of-financial-penalty-20160630>, 最后访问时间:2020年3月9日。

⑭同前注⑫。

⑮例如,在安徽支付密码器垄断案中,安徽省工商局没收违法所得合计29348720.1元,但罚款合计只有410587.29元,两者相差71倍。详见皖工商公处字【2016】1号、2号和3号行政处罚决定书。

⑯吴振国:《中华人民共和国反垄断法解读》,人民法院出版社2007年版,第624页。

⑰详见沪市监案处字[2019]第000201710047号行政处罚决定书。

⑱参见刘晓林:《奥迪反垄断罚单或达18亿将创反垄断罚金纪录》, <http://www.eeo.com.cn/2014/0812/264845.shtml>, 最后访问时间:2014年10月13日。

⑲详见鄂价检处【2014】14号行政处罚决定书。

⑳Fines for breaking EU Competition Law, available at https://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf, 2020-03-10.

㉑刘朝武:《欧盟竞争法中的单一主体规则及借鉴》,载《比较法研究》2014年第4期。

㉒欧盟《2006年罚款指南》第30条规定,委员会特别关注并确保罚款具有充分的威慑效果。为了实现这个目的,对营

业额特别大的企业,除了基于与违法行为有关的商品或服务

的销售额计算罚款金额以外,它还可以增加罚款金额。

㉓王晓晔:《当罚则罚——欧共体竞争法中的罚款规则》,载《国际贸易》2001年第2期。

㉔[荷兰]伍特·威尔斯:《欧洲共同竞争法中的罚款处罚》,李国海译,载漆多俊:《经济法论丛》(第5卷),中国方正出版社1999年版,第276页。

㉕王健:《追寻反垄断罚款的确定性——基于我国反垄断典型罚款案例的分析》,载《法学》2016年第12期。

㉖See Nathalie Jalabert-Doury, The French Competition Authority releases guidelines aiming to affirm its power to impose fines and providing more transparency, available at <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2011/05/the-french-competition-authority-releases-guidelin/files/11055/fileattachment/11055.pdf>, 2017-01-03.

㉗王健:《反垄断罚款的发展态势》,载《经济法论丛》2017年第1期。

㉘See John M. Connor and Douglas J. Miller, the predictability of global cartel fines, Review of Competition Law, Vol.2, 2010.

㉙例如,《法治政府建设实施纲要(2015-2020年)》第21条规定,建立健全行政裁量权基准制度,细化、量化行政裁量标准,规范裁量范围、种类、幅度。

㉚邓飞、张一哲:《专访国家发展和改革委员会价格监督检查与反垄断局局长——许昆林》, http://mp.weixin.qq.com/s?_biz=MzA3NTMwMTkxNA==&mid=201964672&idx=1&sn=2fe0077abd5c06e5db88707411388bc4&scene=2&from=timeline&isappinstalled=0&key=c2f8d065a1963e75b40c5a57af9ed46119788407d3593d35336a024de644aa762bb84b834926bc7d820552d93f8cbc8f&a_scene=2&uin=MjQ5ODU1Nzk4Mg%3D%3D&pass_ticket=Elx-Sx3gAwwP3X90MPjgXZwM%2BOu39RRi3VlJ7Dv6wXezX-Tu2SOvDaQyMPilogjwnF, 最后访问时间:2020年3月10日。

㉛国家价监局:《2017年价格监管与反垄断工作要点》,载

《中国价格监管与反垄断》2017年第3期。

③商务部:《砥砺前行继往开来开创反垄断工作新局面》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201710/20171002654522.shtml>,最后访问时间:2020年1月18日。

④吴振国:《致力公平竞争,服务改革发展——2019年反垄断工作综述》, <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2020-02/20/cms123961article.shtml>,最后访问时间:2020年1月18日。

⑤王健、方翔:《反垄断没收违法所得适用的现实困境与解决思路》,载《竞争政策研究》2018年第1期。

⑥倪泰:《细化措施落实竞争政策突出重点加强反垄断执法——专访市场监管总局反垄断局局长吴振国》,《市场监管报》, <http://www.cicn.com.cn/2019-05/22/cms117787article.shtml>,最后访问时间:2020年3月5日。

⑦同前注⑤。

⑧高粱:《2018年中国反垄断执法回顾及启示》, <http://www.gaopenglaw.com/Viewpoint/13968.html>,最后访问时间:2020年3月1日。

www.gaopenglaw.com/Viewpoint/13968.html,最后访问时间:2020年3月1日。

⑨See Andreas Scordamaglia-Tousis, *EU Cartel Enforcement*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2013, P. 58.

⑩参见【2014】苏价反垄断案2号行政处罚决定书。

⑪参见工商竞争案字【2006】1号行政处罚决定书。

⑫See OECD, *Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia 2018*, PP. 52-53, available at <http://www.oecd.org/daf/competition/Australia-Pecuniary-Penalties-OECD-Report-2018.pdf>, 2020-03-01.

⑬See Andreas Grünwald, Jens Hackl and Julia Schwalm, *Germany: Significant Competition Law Changes In Germany*, available at <https://www.mondaq.com/germany/Anti-trustCompetition-Law/578358/Significant-Competition-Law-Changes-In-Germany>, 2020-03-28.

Institutional Causes of Antitrust Fines' Under-Deterrence in China and Solutions Thereto

Wang Jian

Abstract: By comparing the amount of antitrust fines with those of EU and USA in recent ten years, analyzing the data of industries/enterprises involved in the antitrust fines and observing the response of capital market to the disclosure of antitrust fines by listed companies, it can be concluded that China's antitrust fines have the problem of under-deterrence. This under-deterrence is highly related to the institutional defects of antitrust fines, among which the exclusive use of fines, the limitation of fines and the loopholes of fines are the three main institutional causes of the under-deterrence. Based on deterrence theory, it is a common international practice to develop a fine guideline to promote the meticulous fine system to enhance the deterrence of antitrust fines. In order to effectively solve the problem of under-deterrence of antitrust fines, China's current rough antitrust fines system urgently needs to be transformed into the refined one.

Key words: Antitrust Fine; Under-Deterrence; Deterrence Theory; Meticulous Fine