

# 论我国反垄断罚款的结构化改革

## ——从一元构造体系走向二元构造体系

王 健\*

### 目次

一、问题的提出	(二) 反垄断罚款二元构造体系的制度
二、我国反垄断罚款一元构造体系及局限性	结构
(一) 我国反垄断罚款一元构造体系解析	四、我国反垄断罚款走向二元构造体系及制
(二) 我国反垄断罚款一元构造体系的	度改革
局限性	(一) 我国反垄断罚款走向二元构造体
三、反垄断罚款二元构造体系的普遍化及制	系势在必行
度结构	(二) 基于二元构造体系改革我国反垄
(一) 反垄断罚款二元构造体系的普	断罚款制度
遍化	五、结语

**摘要** 反垄断罚款有着一元构造体系和二元构造体系之分。我国目前直接基于涉案产品销售额或总销售额计算罚款的做法,均是典型的一元构造体系,在适用中显现了相当大的局限性。反垄断罚款的二元构造体系始于欧盟,目前已经为国际社会广泛采纳。二元构造体系下的反垄断罚款,既考虑了与违法行为有关的涉案销售额,也考虑了与威慑效果有关的总销售额,形成了反垄断罚款计算条款和封顶条款共存的局面,很好地协调了罚款相当性与罚款威慑理念之间的关系。我国反垄断执法将进入新纪元,涉及大型企业的反垄断调查和处罚案件将越来越多,销售额也将从“初级阶段”的涉案企业总销售额进化到整个企业集团的全球总销售额。此时,明显走两端的直接计算罚款的一元构造体系的弊端就会越来越明显。我国反垄断法应对罚款进行结构化改革,走向罚款计算条款和罚款封顶条款相结合的二元构造体系。

**关键词** 反垄断罚款 罚款结构主义 一元构造体系 二元构造体系

\* 浙江理工大学法政学院教授、法学博士。本文系国家社会科学基金重点项目“反垄断法制裁的现代化研究”(项目编号:18AFX019)的阶段性研究成果。

## 一、问题的提出

我国反垄断法规定,对于垄断协议和滥用市场支配地位的行为,“处上一年度销售额1%以上10%以下”的罚款。由此可见,销售额是计算反垄断罚款的核心要素,对于确定最终罚款金额有着决定性的影响。通过案例的梳理,我们发现以国家市场监督管理总局反垄断局的组建为时间节点,之前大多数案件按照涉案销售额计算罚款金额,之后则逐渐转向按照总销售额计算罚款金额。也就是说,实践中,我国反垄断执法机关在确定罚款金额时,直接按照涉案销售额或者总销售额在1%—10%罚款比例区间计算罚款金额(计算条款),这种确定罚款金额的方式我们称之为二元构造体系。与此相对应的是,欧盟及其大多数成员国的反垄断执法机关在确定罚款金额时通常先依据涉案销售额计算罚款起点金额(计算条款),然后根据从重或从轻因素调整罚款金额,但最后确定的罚款金额不能超过上一年度总销售额的10%(封顶条款)。这种罚款制度构建了涉案销售额和总销售额相结合、计算条款和封顶条款共用的二元构造体系。

二元构造体系下的反垄断罚款,既考虑了与违法行为有关的涉案销售额,也考虑了与威慑效果有关的总销售额,很好地协调了罚款相当性与罚款威慑理念之间的关系。而一元构造体系下的罚款则只能顾及罚款相当性和罚款威慑理念的一端:如果直接按照涉案销售额计算罚款金额,虽然符合罚款的相当性但会导致威慑不足的后果;如果按照总销售额计算罚款金额,虽然考虑了威慑理念,但可能会导致背离罚款的相当性,同时也可能会产生威慑过度的问题。对于一些大型企业而言,涉案产品销售额和总销售额相差十倍乃至百倍以上为常见现象,据此计算的罚款金额差距也是相当惊人的。因此,罚款构造体系的选择直接决定了罚款的威慑效果和企业的违法成本。我们认为,我国目前的一元构造体系及其应用实际上是对反垄断罚款二元构造体系的价值缺少清晰的认识,将罚款的计算条款和封顶条款混为一体,在适用过程中有很大的弊端,导致罚款的威慑效果出现大幅波动。鉴于此,我们建议我国反垄断罚款应兼顾罚款的相当性与罚款的威慑理念,对罚款进行结构化改革,从一元构造体系走向二元构造体系,同时根据二元构造体系改革反垄断罚款制度。

## 二、我国反垄断罚款一元构造体系及局限性

### (一) 我国反垄断罚款一元构造体系解析

#### 1. 我国反垄断罚款规定实际是一种计算条款

对于我国反垄断法规定的“处上一年度销售额1%以上10%以下”的罚款,可以有两种完全不同的解读。一种解读是这种罚款规定只是一种计算条款,在具体适用时考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素在罚款幅度范围内(1%—10%)直接确定一个比例计算罚款金额;还有一种解读是该条款包含了封底规定和封顶规定,不应该是直接计算罚款的条款。实际上国外也有类似的争议。欧盟及其成员国普遍规定了处“上一年度销售额10%以下”的罚款。欧盟及大多数成员国认为这是一个封顶条款,只是规定了罚款的上限,具体计算时另有一套程序和规则。但也有少数成员国特别是其法院对该条款是计算条款还是封顶条款存在争议。有些成员国认为10%的法律最高罚款限制不是封顶条款(cap),而是上部框架(upper frame),其只与最严重的违法行为有关。例如,西班牙国家法院认为这只是一个计算条款,具体罚款比例要考虑从重和从轻情节、违法行为持续时间、严重程度。10%的罚款上限是罚款幅度范围内(0—

10%)的上限(upper limit of a range of fines),只有在发生非常严重的违法行为,同时又有从重情节时才予以适用。<sup>[1]</sup>

从实践来看,我国反垄断执法机关将“处上一年度销售额1%以上10%以下”罚款的规定视为计算条款,通常的做法是考虑《反垄断法》第49条规定的违法行为的性质、程度和持续的时间等因素,直接处以上一年度销售额一定比例的罚款。例如在先声药业集团原料药垄断案中,国家市场监督管理总局根据《反垄断法》第47条、第49条规定,考虑到当事人违法行为的性质、程度和持续的时间,当事人能够在调查期间主动进行整改,且已向下游制剂企业供应了巴曲酶原料药,当事人尚未取得违法所得,决定对当事人处2019年度销售额50.367亿元人民币2%的罚款,共计1.007亿元人民币。<sup>[2]</sup> 还例如,在高通公司垄断案中,国家发改委认为,当事人滥用市场支配地位的行为性质严重,程度较深,持续时间较长,决定对当事人处2013年度在中华人民共和国境内销售额8%的罚款,计60.88亿元人民币。<sup>[3]</sup>

## 2. 反垄断罚款计算条款的核心要素:销售额概念的变迁

在具体计算反垄断罚款时,一个核心问题是如何界定罚款基数“销售额”。此处的上一年度销售额是指涉案销售额还是总销售额?不同的“销售额”直接决定了最终计算的罚款金额大小,对于企业的利益影响甚大,也直接关系到罚款的威慑效果。通过梳理2008年8月1日反垄断法实施至2021年2月18日期间公布的127个典型案例(其中国家发改委系统49个、国家工商机关41个、国家市场监管机关37个),我们发现我国反垄断执法机关很长一段时间内基本上是按照涉案销售额计算罚款,只是到了组建国家市场监督管理总局反垄断局以后,逐步转向依据总销售额计算罚款,销售额概念的变迁痕迹清晰可见。

在茅台、五粮液垄断案中,国家发改委明确按照上一年度涉案销售额的1%处以罚款;日本企业汽车零部件垄断案按照2013年度中国境内涉案产品销售额的8%、6%和4%处以罚款;美敦力垄断案中则对当事人处2015年度中国境内市场涉案产品销售额4%的罚款。有的案件在计算罚款金额时明确指出了涉案的产品及销售额,例如上海领鲜物流公司垄断案的“通过经销商销售巴氏杀菌奶的相关销售额”、新兴精英医药公司垄断案的“杨酸甲酯原料药销售额”、江西保险公司垄断案的“共保销售额度”、徐州烟草垄断案的“紧俏卷烟销售额”、杭州富阳纸业垄断案的“卷筒白板纸销售额”。“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。”<sup>[4]</sup>

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。只有这样,对于违法企业才是一个严厉的制裁。即使垄断协议涉及的产品金额很小,违法企业仍然会被处以全年销售额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。<sup>[5]</sup> 国家市场监督管理总局反垄断局组建后,局长吴振国表示:“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

[1] Jose Maria Beneyto & Jeronimo Maillo, *The Fight Against Hard Core Cartels in Europe: Trends, Challenges and Best International Practices*, Bruylant Press, 2016, p.238, 253.

[2] 国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处[2021]1号。

[3] 国家发改委行政处罚决定书,发改办价监处罚[2015]1号。

[4] 王健:《我国反垄断罚款威慑不足的制度成因及破解思路》,载《法学评论》2020年第4期,第112页。

[5] 参见吴振国:《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。

得到明确答复。”〔6〕从实际情况来看，国家市场监督管理总局 2018 年 3 月组建后到 2021 年 2 月 18 日，共公布了 37 个案件的处罚决定书。这 37 个案件中，只有刚开始的深圳拖轮公司垄断案和深圳理货公司垄断案两个案件仍然按照上一年度相关销售额即涉案产品销售额计算罚款，之后的案件均按照上一年度总销售额计算罚款金额。

我们再以高发的药品行业反垄断案件的罚款计算为例来说明销售额概念在我国的变迁。在国家市场监督管理总局反垄断局成立之前，国家发改委和国家工商机关共查处了复方利血平原料药垄断案、别嘌醇片垄断案、艾司唑仑药品垄断案、盐酸川芎嗪原料药垄断案、异烟肼原料药垄断案、水杨酸甲酯原料药垄断案等 6 个案件。这些案件基本上按照涉案产品销售额或者涉案的具体产品销售额，例如别嘌醇片销售额、艾司唑仑片销售额、水杨酸甲酯原料药销售额，来计算罚款。国家市场监督管理总局反垄断局成立以后，查处了冰醋酸垄断案、扑尔敏原料药垄断案、注射用葡萄糖酸钙原料药垄断案、盐酸溴己新原料药垄断案、巴曲酶原料药垄断案共 5 个案件。这 5 个案件无一例外均按照涉案企业的上一年度总销售额计算罚款。〔7〕基于总销售额计算毫无疑问已经成为我国计算反垄断罚款的主流做法。

## （二）我国反垄断罚款一元构造体系的局限性

我国反垄断罚款制度源于欧盟，又部分考虑了中国的立法习惯，但在实际应用过程中，没有将上一年度销售额 10% 的罚款规定视为封顶条款，而是直接在 1%—10% 区间内计算罚款金额。这种一元构造体系严重依赖销售额概念的界定，不是涉案销售额就是总销售额，二者只能选择其一，未能充分发挥涉案销售额和总销售额在罚款确定中的不同作用，也未能区分计算条款和封顶条款在确定罚款过程中的不同价值，导致实践中有着相当大的局限性，罚款的威慑功能受到了极大的挑战。从目前运作情况来看，无论是基于涉案产品销售额还是总销售额计算罚款金额，均不同程度上存在局限性，不能发挥具有确定性的有效威慑效果。

### 1. 基于涉案销售额计算罚款的局限性

我国在长达 10 年的时间里按照涉案产品销售额来计算反垄断罚款金额，有据可查的案例接近 100 个，给我们评判此种方式计算罚款的优劣提供了丰富的素材。从已有的案例来看，基于涉案销售额计算罚款金额毫无优越性可言，反而其局限性暴露无遗。首先要区分涉案企业的总销售额和涉案销售额，这无疑增加了人力成本。其次，按照反垄断法的规定，此处的涉案销售额局限于上一年度的涉案销售额。上一年度的涉案销售额在实践中具有不确定性，往往取决于反垄断执法机关的立案时间或者处罚决定时间。这种上一年度销售额有着很大的操作空间和被刻意规避的可能，有时甚至会导致上一年度销售额很小甚至没有上一年度销售额，我国已经发生不少这方面的案例。因此，如果仅仅将涉案销售额局限于上一年度涉案销售额，会导致反垄断罚款的威慑力严重不足。实际情况不仅如此，而且存在三个非常明显的局限性：

第一，涉案销售额局限于上一年度涉案销售额，没收违法所得普遍缺位。按照我国反垄断法的规定，对于达成和实施垄断协议、滥用市场支配地位的企业，没收违法所得，并处上一年度销售额 1% 以上 10% 以下的罚款。从该条规定来看，只有没收违法所得并处罚款，才有可能实现有效威慑目标。但从实际情况来看，没收违法所得普遍缺位。据统计，按照上一年度涉案销售额计算罚

〔6〕 倪泰：《细化措施落实竞争政策 突出重点加强反垄断执法——专访市场监督管理总局反垄断局局长吴振国》，载搜狐网 2019 年 5 月 22 日，[https://www.sohu.com/a/315720310\\_99916761](https://www.sohu.com/a/315720310_99916761)。

〔7〕 虽然这些案件的处罚决定书上写着对当事人处“上一年度销售额”或“××年度销售额”一定比例的罚款，但实际上此处的“销售额”就是涉案企业的总销售额。

款的案件共有92个,其中同时没收违法所得的案件却只有21个,只占到了23%。由于我国对于上一年度销售额的解释过于严格、罚款比例普遍偏低,因此如果单处罚款,不并处没收违法所得,违法者的违法成本是很低的,肯定会产生威慑不足的问题。“我们甚至可以这样认为,对于那些单处罚款但不没收违法所得的案件,处罚基本上是起不到有效威慑效果的。”〔8〕

第二,涉案销售额局限于上一年度涉案销售额,缺少时间威慑乘数的应用。按照《反垄断法》第49条的规定,我国反垄断执法机关在计算具体罚款金额时,法定考虑因素包括违法行为的性质、程度和持续时间三大因素。其中,违法行为持续的时间是可以客观量化的因素,时间越长其对竞争的损害一般也越大。世界上很多国家的反垄断法据此规定了时间威慑乘数,即在依据上一年度涉案销售额按照一定比例计算出罚款起点金额后,根据持续时间乘以一定的系数,以提高对于反垄断违法行为的惩罚力度。例如,欧盟《2006年罚款指南》第24条规定,为了充分考虑每个企业参与违法行为的持续时间,罚款数额为根据销售价值一定比例确定的金额乘以参与违法行为的年数。少于六个月的期间将按半年计算;超过六个月但少于一年的期间将按全年计算。这说明持续时间在欧盟最终确定罚款时有着很高的权重。而反观我国的反垄断罚款实践,违法行为的持续时间对罚款比例的确定并没有起到应有的作用。例如,浙江保险行业垄断案违法行为持续时间4年、上海黄金垄断案违法行为持续时间6年,仅按照1%比例处罚,复方利血平原料药垄断案和广东海砂垄断案违法行为持续时间1年左右,但按照10%比例处罚,而海南东方水厂垄断案违法行为持续时间11年,仅按照2%进行处罚。〔9〕在绝大多数案例中,反垄断执法机关只是考虑了持续时间,但实际上没有类似国外的时间威慑乘数的应用,对于一些持续时间比较长的案件根本不能起到有效威慑作用。

第三,涉案销售额局限于上一年度涉案销售额,而不是整个违法行为持续期间的涉案销售额。虽然我国反垄断法规定按照上一年度销售额计算罚款,但如果没有适用时间威慑乘数,也没有没收违法所得,那么这种立法就存在严重的漏洞,特别是对于那些违法行为持续期间很长的垄断协议案件,仅仅按照上一年度的涉案销售额计算罚款金额,对于涉案企业而言微不足道。违法成本太低,实际上就是在鼓励违法。因此,在计算罚款金额时,是按照罚款决定上一年的涉案销售额还是违法行为持续期间所有涉案销售额,这个非常关键。一些没有考虑时间威慑乘数的国家例如德国和西班牙直接按照企业违法行为持续期间的所有涉案销售额计算基础罚款金额。我国如果按照涉案销售额计算罚款金额,则应要么适用时间威慑乘数,要么按照整个违法行为持续期间的涉案销售额计算罚款金额,否则,就会导致威慑力严重不足。

## 2. 基于总销售额计算罚款的局限性

国家市场监督管理总局反垄断局应该是看到了十年来反垄断执法中基于涉案销售额计算罚款的局限性特别是威慑力严重不足的问题,希望转向基于总销售额计算罚款以实质提高罚款的威慑力和执法的严肃性。该方案的实施确实有很大的震撼力,从涉案销售额到总销售额,相当于从一个低点跳到了高点,是一个180度大转向,无论对涉案企业还是反垄断执法机关均有着很大的压力,很多人担心会导致罚款的过度威慑。通过对国家市场监督管理总局组建后到2021年2月18日期间的37个案件的统计分析,我们得出两点结论:一是直观上大幅度提高了罚款的威慑效果;二是实际

〔8〕 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,第26页。

〔9〕 参见王健:《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,第71页。

上对罚款威慑力的提升有限,目前还是一种想象中的过度威慑。其主要原因是现有反垄断调查处罚对象大部分是中小企业,涉案销售额和总销售额的差别很小,同时基于总销售额计算罚款存在局限性,销售额打折现象较为普遍。

第一,直观上大幅度提升了罚款的威慑效果。我们以几个案件加以说明。我国反垄断法实施将近 13 年时间,有一家公司(目前仅此一家)因不同的垄断行为受到了两次反垄断调查处罚,这就是伊士曼(中国)投资管理有限公司。其先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,同时通过限定经销商销售产品的对象,分割经销商的销售市场,被上海市物价局处上一年度相关销售额人民币 47 399 143 元 5% 的罚款,金额为人民币 2 369 957.15 元;<sup>[10]</sup>接着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以其 2016 年度销售额人民币 487 574 226.99 元 5% 的罚款,计人民币 24 378 711.35 元。<sup>[11]</sup>第一次处罚按照 2016 年度涉案销售额人民币 47 399 143 元的 5% 处罚,后一次则按照 2016 年度总销售额人民币 487 574 226.99 元的 5% 进行处罚,两者相差约 10 倍,罚款数额大幅度提升。在安徽支付密码器垄断案中,信雅达公司 2014 年度涉案产品的销售额只有人民币 952 136.75 元,但公司总销售额却高达人民币 11.01 亿元,<sup>[12]</sup>两者相差约 115 倍。按照涉案销售额计算的罚款和按照总销售额计算的罚款数额相差惊人。又例如先声集团原料药垄断案,国家市场监管总局对当事人处 2019 年度销售额人民币 50.367 亿元 2% 的罚款。根据先声药业集团在香港的《招股说明书》记载,药品销售收入人民币 48.003 23 亿元,其他(包括用于治疗其他疾病的药品、原料药及其他保健食品)销售收入人民币 3.996 28 亿元,后者仅为前者的 8.3%。<sup>[13]</sup>原料药仅是其他收入的一小部分,保守估计就是人民币千万元左右的规模。按照涉案销售额计算的罚款金额和按照总销售额计算的罚款金额之间,相差 50 倍左右。因此,从上述分析数据来看,直观上确实大幅度提升了罚款的威慑效果。

第二,实际上提升罚款威慑力有限。从涉案销售额转向总销售额,在同样罚款比例情况下,罚款金额一般会有较大增长,上述三个案例已经清晰证明了这个论断。但如果我们再详细分析这 37 个案件,却得出了不同的结论。37 个案件中,31 个案件是中小企业,占了 83.8%。这些中小企业基本上是从事单一产品生产的企业,涉案销售额和总销售额的差别实际上并不大,无论按照哪个销售额计算罚款,最终的罚款金额不会有大的差距。还有 5 个案件涉及上市公司或跨国公司,占了总案件数的 13.5%。这些企业一般从事多个产品的生产经营,有些甚至在全球从事生产经营活动,涉案销售额和总销售额差距很大。如果按照涉案销售额罚款,不能起到有效威慑作用;如果按照总销售额罚款,则可能造成过度威慑。但从实际案件情况来看,作为罚款计算基础的涉案企业的总销售额均不同程度存在打折现象:局限于企业的国内总销售额而不是全球总销售额(例如伊士曼公司的醇酯十二成膜助剂化工原料垄断案);局限于涉案企业总销售额而不是整个企业集团总销售额(例如湖南尔康公司的扑尔敏原料药垄断案);局限于某个区域的销售额(例如长安福特汽车垄断案和丰田汽车垄断案)。目前只有 1 个案件涉及整个企业集团的总销售额,占了总案件数的 2.7%,这就是先声药业集团原料药垄断案。这种情况下,尽管按照涉案企业的总销售

[10] 上海市物价局行政处罚决定书,第 2520170032 号。

[11] 上海市市场监督管理局行政处罚决定书,沪市监案处字[2019]第 000201710047 号。

[12] 同花顺财报 2:《信雅达:2014 年报净利润 1.11 亿 同比增长 0.17%》,载同花顺财经网,http://stock.10jqka.com.cn/20150318/c572198654.shtml。

[13] 参见《先声药业集团有限公司招股说明书》,第 488 页,载先声药业网站 2020 年 10 月 13 日,http://www.simcere.com/UploadFile/20201013040026.pdf。

额计算罚款,基本上还在企业可以承受的范围内,只是有限提升了罚款的威慑力,过度威慑的可能性还很小。

因此,目前的总销售额仍是“初级阶段”的总销售额,需要进一步进化到“高级阶段”的总销售额,即整个企业集团的全球销售额。现在欧盟及其成员国的反垄断法规定“处以上一个年度整个企业集团全球销售额10%以下”已是常态(下文详述)。如果直接按照整个企业集团的全球总销售额处以罚款,则可能会产生过度威慑的效果,此时应对我国的罚款结构进行改造,由一元构造体系走向二元构造体系,以实现最优威慑目标。

### 三、反垄断罚款二元构造体系的普遍化及制度结构

#### (一) 反垄断罚款二元构造体系的普遍化

##### 1. 反垄断罚款二元构造体系的起源与发展

现在大多数国家反垄断法规定的是倍率式罚款设定方式,其中欧盟及其成员国规定的倍率封顶式罚款(罚款额不应超过上一营业年度总销售额的10%)已经为越来越多的国家所采用,是各国反垄断立法的普遍做法。<sup>[14]</sup> 倍率封顶式罚款由于与销售额挂钩,不仅能够较好反映违法行为对于市场竞争的影响,而且可以克服数值式罚款可能低于违法所得和不能跟上通货膨胀速度<sup>[15]</sup>等诸多弊端。

倍率封顶式罚款(上一年度总销售额10%以下)自产生以来,就存在如何适用的争议。按照通常的思路,反垄断执法机关会直接应用该规定来计算罚款金额,这种做法属于罚款“一元构造”思路,即将该规定作为罚款的计算条款,我国目前就属于这种情况;还有一种做法就是将最高处总销售额10%以下的罚款视为罚款最高限额的封顶条款,具体的罚款计算则按照一种体系化的方法和步骤来进行,只要计算的罚款金额不超过总销售额的10%就作为最终的罚款金额,由此形成反垄断罚款计算条款和封顶条款共用的“二元构造”体系。

欧盟法院在1983年先锋公司案中认为,在确定合适的罚款金额时,不能是基于总销售额简单计算的结果。《第17号条例》第15(2)条规定的销售额是指企业或企业集团总的销售额,不是与违法行为有关的销售额。另一方面,委员会在计算罚款时,应该考虑与违法行为有关的销售额,因为它揭示了违法程度。在随后的水泥卡特尔案中,欧共体委员会认为,罚款通常基于欧共体范围内涉案产品销售额来计算。1992年,委员会表示,其将继续努力向《第17号条例》规定的最高罚款限额靠近。<sup>[16]</sup> 欧盟法院的判决和委员会的行动清楚表明,10%总销售额不是计算条款,不能基于总销售额简单计算罚款,计算罚款要考虑与违法行为有关的涉案产品销售额,总销售额10%的最高罚款限额是委员会的努力目标。这实际上已经确立了二元罚款结构,包括基于涉案产品销售额计算罚款的起点金额(计算条款)和总销售额10%的最高罚款限额(封顶条款)。

欧盟后来制定的《1998年罚款指南》(2006年修改)进一步明确了二元罚款构造体系。根据该《罚款指南》的相关规定,委员会首先将计算每个企业或企业协会的罚款起点金额。在确定罚款起

[14] 王晓晔:《反垄断法》,法律出版社2011年版,第362页。

[15] 美国《谢尔曼法》1890年规定的最高罚金是5000美元,历经5次修改,到1984年提高到了最高1亿美元。按照美国学者的说法,这些数额定期进行修订是为了反映通货膨胀情况。参见[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》(第3版),许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第649页。

[16] Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials* (Fourth Edition), Oxford University Press, 2010, p.1100-1101.

点金额时,委员会将计算企业在欧洲经济区相关地域市场内与违法行为直接或间接有关的商品或服务的价值(销售价值)。罚款起点金额将与销售价值的比例有关,具体比例大小取决于违法行为的严重程度,再乘以违法行为的持续时间。作为一般规则,销售价值的比例最高幅度设定在销售价值的30%。其次,委员会可以向上或向下调整罚款起点金额,但罚款的最后数额不得超过上一营业年度参与违法行为的企业或企业协会总销售额的10%。在《1998年罚款指南》制定之前,欧盟法院对于欧盟委员会的罚款决定实施全面审查,指南制定后,欧盟法院转向有限审查,仅审查合法性以及是否应用指南正确计算罚款。欧盟法院认为,修改欧盟委员会处罚决定中的罚款计算的起点金额是不恰当的。这意味着欧盟法院全面认可了欧盟委员会在罚款指南中确立的二元罚款结构。<sup>[17]</sup>

欧盟成员国也相继确立了反垄断罚款的二元构造体系。例如,德国《2013年罚款指南》在第一部分“原则”中规定,与企业总销售额相结合,“违法行为获得的销售额”是决定惩罚标准的合适起点。“违法行为获得的销售额”充分反映了受影响市场的重要性、企业在市场上的地位以及销售额带来的“潜在收益和损害”,而总销售额则代表了违法者对惩罚的敏感性。联邦卡特尔局假设“潜在收益和损害”是企业于违法期间从“违法行为获得的销售额”的10%。“违法行为获得的销售额”是指企业于违法期间从违法行为有关的商品或服务销售中获得的国内销售额。在根据法定罚款框架考虑本指南第9—15段计算罚款的范围内,联邦卡特尔局对违法行为进行评估时,还将基于所有从重和从轻因素的全面评估确定罚款的法律标准,但最高罚款金额不能超过联邦卡特尔局做出处罚决定之前的一个营业年度总销售额的10%。

## 2. 反垄断罚款二元构造体系的全球影响力

欧盟的这种罚款二元构造体系也为其他很多国家和地区所借鉴,例如南非、新加坡、我国台湾地区。南非《2015年罚款指南》规定,委员会将参考该企业受影响的销售额来计算将要征收的罚款起点金额。罚款起点金额按受影响的销售额的一定比例来计算,范围在0%到30%之间。受影响的销售额是指已受到违法行为影响的企业商品或服务销售产生的销售额。最终罚款金额不得超过该企业上一个财政年度在南非共和国的年销售额及其在南非共和国的出口额的10%。新加坡《2016年罚款指南》规定,根据违法行为的严重性和企业上一营业年度在新加坡相关商品和地域市场的受违法行为影响的销售额确定罚款起点金额。但最终罚款不得超过其《竞争法》第69(4)条规定的法定罚款最高限额,即该企业每一违法年度在新加坡业务的销售额的10%,最长不超过三年(“总营业额”)。我国台湾地区的“公平交易法”原来只有数值式罚款,2011年修法时,引入了类似于欧盟的罚款机制,其第41条(现第40条)第2项规定,违反第14条联合行为禁止规定,经“主管机关”认定有情节重大者,得处该事业上一会计年度销售金额10%以下罚款。<sup>[18]</sup> 根据“违反‘公平交易法’第十条及第十四条情节重大案件之裁处罚款计算办法”的规定,“本法”第41条第2项所称事业上一会计年度销售金额,指“主管机关”作成处分时该事业上一会计年度之营业收入总额。依第41条第2项规定裁处之罚款,其额度按基本数额及调整因素定之。这里的基本数额,指违法行为于违法期间内所获商品或服务销售金额之30%。基础金额计算出来经调整因素评估后,最终所定罚款额度不得超过受处分事业上一会计年度销售金额之10%。很显然,我国台湾地区的反垄断罚款也采用的是二元构造体系。

<sup>[17]</sup> Mariusa Baran & Adam Doniec, *EU Courts' Jurisdiction over and Review of Decisions Imposing Fines in EU Competition Law*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (2010), [https://yars.wz.uw.edu.pl/images/yars2012\\_5\\_6/s235.pdf](https://yars.wz.uw.edu.pl/images/yars2012_5_6/s235.pdf).

<sup>[18]</sup> 参见前注[8],王健、方翔文,第27页。



2007年之前,澳大利亚对企业的违法行为只能处最高1000万澳元的罚款,2007年开始引入类似于欧盟的倍率封顶式罚款——最高为法人团体停止违法行为起前12个月期间(营业年度)的年销售额的10%。在澳大利亚,反垄断执法机构——澳大利亚竞争与消费者保护委员会(ACCC)没有直接的罚款权力,如果决定对企业的违法行为处以罚款,ACCC只能向法院起诉由法院来决定最终的罚款数额。尽管如此,ACCC的意见还是很重要的,但直到现在ACCC尚未制定罚款指南。澳大利亚也没有像其他国家一样先基于涉案产品销售额计算罚款起点金额,<sup>[19]</sup>ACCC直接依据年销售额10%的最高罚款限制条款计算罚款金额。2018年,经济合作与发展组织(OECD)在评估了澳大利亚罚款制度后认为:第一,对违反竞争法行为的罚款,澳大利亚至少在某些案件中低于可比法域;第二,这个结果不是澳大利亚法律框架所施加的受限的结果。这方面存在差异的原因似乎可能与确定相关罚款所采用的方法有关。因此,其提出了如下两个建议:第一,采用结构化方法确定民事罚款金额;第二,确定罚款起点金额应反映违法企业的规模或受违法行为影响的商业价值量。<sup>[20]</sup> OECD的建议,实际上是催促澳大利亚改变目前的罚款结构,从一元构造体系向二元构造体系转变。

## (二) 反垄断罚款二元构造体系的制度结构

### 1. 基于涉案销售额的计算条款

反垄断罚款二元构造体系有着固定的制度结构——“计算条款+封顶条款”,即反垄断罚款的确定始于计算条款,终于封顶条款。计算条款应用的关键在于依据何种销售额和多大比例确定罚款起点金额。从现有资料来看,全球绝大多数反垄断执法机构依据与违法行为有关的产品销售额来计算罚款起点金额。这种涉案产品销售额在欧盟及部分成员国例如法国被称为“销售价值”,在德国被称为“违法行为获得的销售额”,在英国被称为“相关销售额”,在美国被称为“受违法行为影响的交易额”。从其内容来看,基本上是大同小异,指的是与违法行为有关或受违法行为影响的商品或服务的销售额。一般认为,无论是从(假定的)对消费者的损害,还是违法所得的角度,这一概念都是评估行为严重性很好的指标,而且这样的数据相对容易获得。<sup>[21]</sup>

虽然都是基于涉案产品销售额计算罚款起点金额,但不同的国家对于涉案产品销售额的界定是不同的,目前主要有两种处理方式:第一,有的国家界定为上一年度或参与违法行为最后一个年度涉案产品销售额,例如欧盟、英国、法国等国家和地区。根据欧盟《2006年罚款指南》第13条的规定,通常情况下,委员会将选择企业参与违法行为最后一个完整营业年度的销售额,而不是整个违法销售额作为销售价值;英国《2018年罚款指南》第2.11条规定,涉案产品销售额是指企业在上一个营业年度中受到违法行为影响的相关产品市场和地域市场中的销售额;法国《2011年罚款指南》第33和34条规定,销售价值是法国境内参与违法行为最后一个会计年度与违法行为有关的商品或服务的总销售额。第二,有的国家界定为整个违法行为持续期间的涉案产品销售额,例如美国、德国、荷兰等国家。美国按照“受违法行为影响的交易额”作为基础计算罚金,“受违法行

[19] Rod Sims, *Release of the OECD's Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia Report*, ACCC (26 March 2018), <https://www.accc.gov.au/speech/release-of-the-oecd%E2%80%99s-pecuniary-penalties-for-competition-law-infringements-in-australia-report>.

[20] OECD, *Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia 2018*, OECD (1 March 2020), <http://www.oecd.org/daf/competition/Australia-Pecuniary-Penalties-OECD-Report-2018.pdf>, p.74.

[21] ICN, *Cartels Working Group, Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, International Competition Network (10 March 2020), [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG\\_SettingFines.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_SettingFines.pdf), p.19.

为影响的交易额”覆盖了整个反托拉斯违法期间的销售额。<sup>[22]</sup> 德国《2013年罚款指南》在其第二部分规定，“违法行为获得的销售额”是指企业于违法期间从违法行为有关的商品或服务销售中获得的国内销售额。荷兰也采用整个违法行为持续期间的相关销售额作为计算基础罚款金额的起点。<sup>[23]</sup>

不同的涉案产品销售额的界定方式，决定了计算罚款起点金额时不同的比例。在将涉案产品销售额界定为“上一年度或参与违法行为最后一个年度涉案产品销售额”的国家和地区，例如欧盟、英国和法国均规定了较高变动幅度的罚款比例（0—30%），而且通常还要考虑时间威慑乘数来确定基础罚款金额；在将涉案产品销售额界定为“整个违法行为持续期间的涉案产品销售额”的国家，罚款比例一般会低一些，而且往往是固定罚款比例。例如，美国规定的罚款比例是受影响交易量的20%。确定20%的比例是为了避免浪费时间和金钱，而这些时间和金钱是法院在每一个案件中确定确切的收益和损失所必需的。<sup>[24]</sup> 按照德国《2013年罚款指南》的规定，罚款起点金额的比例是企业于违法期间从“违法行为获得的营业额”的10%。从形式上看，欧盟、英国和法国虽然仅是根据最后一个完整营业年度的销售额乘以0—30%范围内的罚款比例，但由于后面还有罚款的时间威慑乘数，因此，实际计算出来的基础罚款金额不一定小。美国、德国、荷兰等国在计算罚款起点金额时是基于整个违法期间的销售额，实际上已经将时间因素考虑在内了。

## 2. 基于总销售额的封顶条款

根据涉案产品销售额计算出罚款起点金额后，有些国家和地区会进一步考虑时间威慑乘数<sup>[25]</sup>或者企业规模大小倍数<sup>[26]</sup>得出基础罚款金额，再考虑从重或从轻等调整因素后确定罚款金额。调整后的金额如果低于封顶条款计算出来的罚款金额，则直接作为最终的罚款金额；如果高于封顶条款计算出来的罚款金额，则依据封顶条款计算出来的金额作为罚款金额。此时，封顶条款实际上起到反垄断罚款调节器的作用。封顶条款的目的是在保证罚款威慑效果的同时又不侵害企业的生存能力。实际上，反垄断执法机关在确定罚款时，必须要考虑罚款数额破坏违法企业将来生存能力的事实。<sup>[27]</sup> 欧盟委员会认为，10%销售额的上限规定的目的在于防止委员会施加的罚款与违法行为不成比例，并且防止可能造成的对企业财务稳定的威胁。<sup>[28]</sup> 而且，委员会承认

[22] Tarek Teras, *The Economic Analysis of Interaction of Fines and Damages under European and American Antitrust Laws*, The Law School of the University of Chicago (1 March 2020), [https://www.law.uchicago.edu/files/file/125.\\_teras\\_tarek\\_the\\_economic\\_analysis\\_of\\_interaction\\_of\\_fines\\_and\\_damages\\_0.pdf](https://www.law.uchicago.edu/files/file/125._teras_tarek_the_economic_analysis_of_interaction_of_fines_and_damages_0.pdf).

[23] Wouter P.J. Wils, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, 2008, p.90, Footnote 75.

[24] Teras, *supra* note [22].

[25] 例如，欧盟《2006年罚款指南》第24条规定，为了充分考虑每个企业参与违法行为的持续时间，根据销售价值一定比例确定的金额将乘以参与违法行为的年数。少于六个月的期间将按半年计算，超过六个月但少于一年的期间将按全年计算。

[26] 例如，德国《2013年罚款指南》第二部分中规定，总营业额少于1亿欧元的，为2—3倍；1亿欧元至10亿欧元的，为3—4倍；10亿欧元至100亿欧元的，为4—5倍；100亿欧元至1000亿欧元的，为5—6倍；大于1000亿欧元的，大于6倍。德国基于企业规模大小规定罚款倍数，是因为其认为，企业的规模越大，对于惩罚就越不敏感。因此，在最坏的情况下，在特定案件中，罚款的上限只有更高才可能有威慑效果。

[27] Beneyto & Maillo, *supra* note [1], at 232.

[28] Mario Siragusa & Cesare Rizza, *EU Competition Law, Vol. III: Cartel Law: Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, Claeys & Casteels Publishers BV, 2007, p.519.

在设定罚款时必须遵守比例原则。<sup>[29]</sup> 西班牙反垄断执法机构 CNMC(Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)认为,10%最高比例罚款的限制是一种矫正门槛(corrective threshold)。<sup>[30]</sup> 还有的学者认为,欧盟的封顶条款可以起到避免执委会裁罚时有过度侵害事业权益之预防作用。<sup>[31]</sup>

封顶条款主要有数字封顶和比例封顶之分,前者是指采用某个固定数额作为最高罚款限额,后者是指将企业销售额相当程度的比例作为罚款上限。美国《谢尔曼法》对于违法企业处1亿美元以下罚金的规定就是数字封顶条款,欧盟《1/2003号条例》规定的处上一年度全球销售额10%以下的罚款就是比例封顶条款。第一种数字封顶对于大企业而言实际上不具有遏制再犯的效果。<sup>[32]</sup> 当今世界,固定数额罚款美国最高,为1亿美元,但现在全球反垄断案件中罚款金额超过1亿美元的比比皆是。因此,数字封顶条款并不能实现有效威慑效果。现在,反垄断罚款中由固定数字封顶转为销售额比例封顶的国家越来越多。<sup>[33]</sup> 其中,直接采用欧盟比例封顶规定的有英国和法国、奥地利、意大利等欧盟成员国,以及新加坡、南非等亚非国家。例如,南非《1998年竞争法》第59(2)条规定,行政罚款不超过企业上一财政年度销售额的10%;新加坡《2004年竞争法》第69(4)条规定,罚款最多不超过三年总销售额的10%。还有一些国家和地区原来采用数字封顶罚款规定,但后来通过修法改为兼采比例封顶罚款规定,例如澳大利亚、德国。澳大利亚原来规定了不超过1000万澳元的罚款,2007年修法后改为兼采停止违法行为起前12个月期间(营业年度)的年销售额的10%,两者以高者为准;德国原来规定最高处100万欧元的罚款,2005年修法后改为兼采,最高可以按照上一营业年度销售总额的10%来进行处罚。德国《反限制竞争法》第81(4)条规定,对于企业或企业团体,得处超过100万欧元之较高罚款。因此,基于销售额的比例封顶条款已经成为反垄断罚款规定最为主流的做法。

关于封顶条款中的“销售额”是全球销售额还是国内销售额,目前大多数国家和地区将此处的销售额解释为“全球销售额”或者直接规定为“全球销售额”,但也有些国家认为是“国内销售额”(有些国家还包括出口额)或者受影响市场的总销售额。<sup>[34]</sup> 其中,最后一种情形很少有国家采用。正如欧洲法院表明的那样,欧共体《第17号条例》第15(2)条规定的罚款最高限额中的销售额指的是销售总额,即世界范围内企业所有产品的总销售额,而不仅仅是欧共体范围内与违法行为有关的产品的总销售额。<sup>[35]</sup> 欧洲议会和理事会2019年第1号指令即《授权成员国的竞争主管机构成为更有效的执法者并确保内部市场的正常运作的指令》[Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal

[29] Jones & Sufrin, *supra* note [16], at 1116.

[30] Miguel Odriozola, *The Supreme Court Clarifies the Criteria to Calculate Fines for Antitrust Infringements*, Clifford Chance (27 February 2015), [https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/02/the\\_supreme\\_courtclarifiesthecriteriat.html](https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/02/the_supreme_courtclarifiesthecriteriat.html).

[31] 参见许永钦:《违反公平交易法行为制裁制度之研究》,台北大学2004年博士学位论文。

[32] 参见张丽卿:《公平交易委员会裁处罚款额度之研究》,载《公平交易季刊》第15卷第2期(2007年),第83页。

[33] ICN, *supra* note [21], at 44.

[34] *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*, Eur-Lex (10 March 2020), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:453:FIN>.

[35] 参见李国海:《反垄断法律责任专题研究》,武汉大学出版社2018年版,第286页。

market, 简称为“ECN+指令”]第 15 条明确规定：成员国应确保国家竞争主管机构对违反《欧盟运行条约》第 101 条或第 102 条的每个企业或企业协会处以的最高罚款金额不低于该企业或企业协会在做出处罚决定前一个营业年度的全球总营业额 (the total worldwide turnover of the undertaking) 的 10%。

德国《反限制竞争法》第 81(4) 条直接将销售额规定为“全球销售额”。英国《2018 年罚款指南》第 2.25 条规定，反垄断执法机构以做出处罚决定前一年的全球销售额的 10% 作为最高罚款限额。法国、意大利、奥地利、挪威等大部分欧盟国家也将销售额规定为“全球销售额”。亚洲国家马来西亚《2010 年罚款指南》第 3.2 条也规定为“全球销售额”。但新加坡、南非、香港等国家和地区将此处的销售额规定为国内(境内)销售额，或者再加上出口额。新加坡《2016 年罚款指南》第 2.19 条将销售额规定为新加坡销售额；南非《2016 年罚款指南》第 5.20 条规定：行政处罚不得超过该公司在上一个财政年度在南非共和国的销售额及其从南非共和国的出口额的 10%；香港《竞争(营业额)规例》第 2 条规定，销售额是该业务实体从其在香港境内的日常活动所得的款额。

此外，关于封顶条款中的“销售额”是涉案企业总销售额还是整个企业集团总销售额，欧盟法院已经清晰说明，10% 销售额的罚款最高限额必须基于作为单一经济实体的所有公司的总销售额来计算，不能是每个企业销售额单个计算。<sup>[36]</sup> 欧盟法院在 Group Gasconge 垄断案中认为，如果欧盟委员会已确定违法行为可归因于一个集团公司的母公司，则在评估 10% 的上限时，可根据 1983 年第 349136 号指令第 1(1) 条[该条已被 2013 年第 34 号会计指令第 22(1) 条所取代]确定的集团合并销售额，关注集团销售额是正确的方法。在氯化胆碱(Choline chloride)垄断案中，欧盟委员会不仅要求母公司对子公司的违法行为承担责任，而且还因为整个集团的销售额特别大而适用了 1.5 倍大企业威慑乘数，同时拒绝将罚款上限定为子公司销售额的 10%，转而适用整个企业集团的销售额的 10% 来确定最高罚款限额。据此，罚款最终定为 20 990 000 欧元，而不是企业自己认为适当的 12 450 000 欧元(增加了 8 540 000 欧元)。<sup>[37]</sup>

除了欧盟以外，还有很多国家将整个企业集团总销售额的 10% 作为最高罚款限额。例如，德国 2013 年《关于卡特尔违法行为行政处理程序中罚款计算指南的说明》规定，这里所指的销售额，是指企业在联邦卡特尔局做出处罚决定之前的一个营业年度的总销售额。在计算总销售额时，参照点是经济单位，它可以由若干法人或法人团体组成，在某些情况下也可以是自然人。匈牙利《2017 年罚款指南》第 53 条规定，如果竞争办公室(GVH)谴责并对该集团的若干成员处以罚款，则该集团净销售额的 10% 作为对属于同一集团的企业处以罚款总额的最高限额。<sup>[38]</sup> 其第 54 条规定：计算最高罚款金额时，还应考虑企业集团成员在国外取得的销售额，特别是由匈牙利成员，以及企业集团外国成员的违法行为取得的销售价值。乌克兰《2015 年罚款金额计算指南》在鉴于条款中规定：在乌克兰，对各种反垄断违法行为的罚款金额法定上限为违法企业集团全球营业额的一定百分比。

<sup>[36]</sup> Andreas Scordamaglia-Tousis, *EU Cartel Enforcement*, Kluwer Law International BV, 2013, p.368.

<sup>[37]</sup> Carsten Koenig, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, in Marco Corradi and Julian Nowag eds., *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge University Press, 2021, p.14 - 15, 25.

<sup>[38]</sup> Álmos Papp, *New Antitrust Fine Guidelines: Competition Office Targets Foreign Turnover*, Lexology (8 March 2012), <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Hungary/Bn-Szab-Partners/New-antitrust-fine-guidelines-Competition-Office-targets-foreign-turnover#>.

## 四、我国反垄断罚款走向二元构造体系及制度改革

### (一) 我国反垄断罚款走向二元构造体系势在必行

#### 1. 强化反垄断将成为新常态

反垄断法在促进经济体制改革和鼓励创新方面有着举足轻重的地位。我国反垄断法自2008年8月1日开始实施,但推进速度很慢,前四年案件数量寥寥无几。随着2012年党的十八大召开,及2013年党的十八届三中全会做出《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,提出“紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革”,反垄断执法突然加速,2013年涌现了一批著名的反垄断案件,例如茅台五粮液垄断案、奶粉企业垄断案、眼镜片垄断案、上海黄金饰品垄断案等等。业界将2013年称为反垄断元年。<sup>[39]</sup>之后的高通公司垄断案(2015年)、利乐公司垄断案(2016年)达到了阶段的高峰。

2019年11月,党的十九届四中全会做出决定,要求充分发挥市场在资源配置中的决定性作用;强化竞争政策基础地位,落实公平竞争审查制度,加强和改进反垄断和反不正当竞争执法。2020年5月公布的《中共中央 国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》中更是提出要加强和改进反垄断和反不正当竞争执法,加大执法力度,提高违法成本。“加大执法力度,提高违法成本”表明了我国现有反垄断处罚力度还不够,存在威慑不足问题。通过横向比较世界三大反垄断辖区最近十年(2009—2018)的罚款金额,我们可以发现欧盟最高,美国其次,而中国只有欧盟的九分之一,美国的六分之一。这种数据对比分析较为客观地揭示了我国反垄断罚款确实存在威慑不足之处。<sup>[40]</sup>我们再来看看2019年的数据,这种执法差距仍然存在。2019年,我国立案调查垄断协议和滥用市场支配地位案件38件,办结15件,罚没金额2.2亿元;<sup>[41]</sup>欧盟卡特尔罚款14.84877亿欧元(20个企业);<sup>[42]</sup>美国罚款2.55114亿美元,涉及10个企业;<sup>[43]</sup>德国联邦卡特尔局的罚款总额近8.5亿欧元。<sup>[44]</sup>

2020年12月11日,中央政治局召开会议,分析研究了2021年经济工作,首次明确提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”。同年12月16—18日召开的中央经济工作会议,将“强化反垄断和防止资本无序扩张”列为2021年八项重点任务。2021年2月7日,国务院反垄断委员会印发《关于平台经济领域的反垄断指南》。这一连串的政策组合拳表明,强化反垄断将成为我国新常态。<sup>[45]</sup>“在中国经济步入新发展阶段,经济增长将主要依靠创新驱动来拉动的情况下,强化反垄

[39] 参见吴建华:《2013: 反垄断元年》,载华夏时报网2013年7月6日, <https://www.chinatimes.net.cn/article/37379.html>。

[40] 见前注[4],王健文,第110页。

[41] 参见贾玉奎、卢雁、王思捷:《回眸2019: 反垄断与公平竞争》,载《市场监督管理》2020年第2期,第68页。

[42] *Cartel Statistics*, European Commission (15 February 2021), <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

[43] *Antitrust Division Workload Statistics FY 2010 - 2019*, The United States Department of Justice (15 February 2021), <https://www.justice.gov/atr/file/788426/download>.

[44] Carsten Koenig & Fernanda Luisa Bremerkamp, *Competition Law Sanctions in Germany*, SSRN (30 October 2020), <https://ssrn.com/abstract=3708970>, p.17.

[45] 需要说明的是,强化反垄断,国家需要投入更多的人力和财力,提高反垄断执法机构的权威性。否则,仅凭目前我国反垄断执法队伍的编制人数和地位,实现中央的决策目标难度相当大。

断和防止资本无序扩张更具有现实意义。”<sup>[46]</sup>可以预见的是，2021年我国反垄断执法将迈入新纪元，反垄断法的实施将达到一个新的高度。

## 2. 强化反垄断的本质是推进具有重大影响案件的反垄断执法

强化反垄断，不仅仅是要求提高反垄断罚款金额，更重要的是中央发出了一个信号，要求反垄断回归本源，加大重大案件的执法力度。放眼全球，欧盟委员会集中关注对共同体有着特别重要的政治、经济或法律价值的案件；美国司法部仅处理一些重大案件。“由于公共机构预算资金的有限性，反垄断法的执行不可能处理所有的反竞争行为。此时，采用战略执行方法是非常重要的，即反垄断法应该只涉及对竞争有着重大意义或影响的案件。”<sup>[47]</sup>

通过分析截至2021年2月18日的127个典型反垄断案例，我们发现我国反垄断执法案件中中小企业实施的垄断案件占了绝大多数，涉及大型企业（包括上市公司、跨国公司）的案件数量明显偏少。其中，涉及跨国公司的反垄断案件18个，仅占了14%，著名的有高通公司垄断案、利乐公司垄断案、美敦力公司垄断案、施乐辉公司垄断案、奔驰汽车垄断案；涉及上市公司的反垄断案件9个，仅占了7%，著名的有茅台五粮液垄断案（涉及贵州茅台和五粮液）、安徽支付密码器垄断案（涉及信雅达和兆日科技）、上海黄金饰品垄断案（涉及老凤祥）、巴曲酶原料药垄断案（涉及先声药业集团）、异烟肼原料药垄断案（涉及华润双鹤）、扑尔敏原料药垄断案（涉及尔康制药）。但这些涉及上市公司的反垄断案件，处罚对象大都是上市公司的子公司甚至孙公司，直接处罚上市公司的仅有2个，1个是安徽支付密码器垄断案中的信雅达公司，还有1个是年初处罚的巴曲酶原料药垄断案中的先声药业集团。

我们相信这种执法情况在中央要求强化反垄断后将会有较大改观。实际上，中央已经将强化反垄断上升到战略高度。世界正处于百年未有之大变局当中，但全球化仍然是不可逆转的历史潮流。在经济全球化的背景下，各个国家和地区反垄断的政策目标已从原来以维护国内公平竞争为主转向更多地注重国家战略利益。防止外国企业尤其是跨国公司对本国市场的垄断也是维护国家战略利益的一个方面。<sup>[48]</sup>在国内国际双循环新发展格局下，我国经济的高质量发展将更加依赖市场的决定性作用，反垄断法的实施效果将是检验新时代全面深化改革成果的重要标准。因此，目前的国内外形势对于强化反垄断提出了更高的要求，而且实践中反垄断举报和案件线索也呈现了爆发性的增长。在这种情况下，我国有限的反垄断执法力量和执法资源也应该进行有效配置，有目的地将重心向大案要案转移，要专注于对竞争、对民生有着重大意义或影响的案件。

## 3. 重大影响案件的反垄断执法将突显罚款一元构造体系的弊端

一旦反垄断执法重心回归重大影响案件，那么现有的执法格局将发生重大变化。针对大型企业（包括上市公司和跨国公司）的反垄断调查和处罚案件预计将会明显攀升。大型企业的反垄断调查处罚，必然会提出依据整个企业集团总销售额计算罚款的问题；跨国公司的反垄断调查处罚，必然会提出依据全球总销售额计算罚款的问题。此时如果我们在计算罚款金额时仍然坚持涉案企业总销售额而不涉及整个企业集团的总销售额，或者仅仅坚持涉案企业国内总销售额而不考虑

[46] 刘慧：《中央政治局会议强化反垄断 传递市场监管重要信号》，载《中国经济时报》2020年12月15日，第1版。

[47] 王健：《我国成品油市场中的反垄断问题》，载《法学》2012年第2期，第27页。

[48] 参见王先林：《从经济理论、法律制度到国家战略——关于反垄断的三维视角》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2018年第3期，第46页。

全球总销售额,将会受到广泛质疑。反垄断是市场经济国家的通用语言。强化反垄断背景下,总销售额将从初级阶段进入高级阶段,即从涉案企业总销售额转为整个企业集团总销售额,从涉案企业国内总销售额转向全球总销售额,与国际主流做法接轨。然而在这种情况下,我们如果按照目前的一元构造体系思路直接依据整个企业集团全球销售额计算罚款,很可能造成过度威慑,直接基于总销售额计算罚款造成过度威慑的担忧也将成为现实。

第一个面临这个问题的案件是巴曲酶原料药垄断案中的先声药业集团。该企业是在香港上市的公司,但其主要业务在国内,是中国制药工业百强企业。下属主要子公司/孙公司有上海先声、海南先声、江苏先声、先声生物制药、先声上海医药、上海先声、山东先声等企业,其生产经营的产品包括肿瘤产品、中枢神经系统产品、自身免疫产品、心血管产品、抗感染产品以及其他产品。<sup>[49]</sup> 本案涉及的巴曲酶原料药由其子公司江苏先声与 DSM Pentapharm 签订了中国境内的独家供应协议,但整个拒绝交易行为由先声药业集团统一指挥。国家市场监督管理总局最后依照整个企业集团 2019 年度总销售额人民币 50.367 亿元的 2% 计算罚款,共计人民币 1.007 亿元。相较江苏先声的总销售额或者涉案产品巴曲酶原料药的销售额,整个企业集团的总销售额无疑差距甚大。上述罚款金额占 2019 年归母公司净利润的比例约 10%。“一位不愿具名的医药行业人士向《证券日报》记者表示,这一处罚金额还是相当重的,因为这并非按照企业销售原料药的金额进行处罚,而是按照企业当年的全部销售金额处罚。”<sup>[50]</sup> 这是我国第一个按照企业集团总销售额处以罚款的案件。相比原先初级阶段的总销售额,罚款金额大幅度攀升,过度威慑变得更有可能。<sup>[51]</sup>

欧盟规定,对于一个企业的罚款,最终罚款金额不能超过整个企业集团上一年度全球总销售额的 10%,但从实际情况来看,绝大多数案件的最终罚款均在全球总销售额的 1% 以下。截至 2019 年 12 月 31 日,欧盟 441 个案件中,只有 25 个案件的罚款额达到了全球总销售额的 9—10% 区间,占 5.67%; 279 个案件只达到全球总销售额的 0—0.99% 区间,占 63.27%; 42 个案件只达到全球总销售额的 1—1.99% 区间,占 9.52%; 22 个案件只达到全球总销售额的 2—2.99% 区间,占 5.23%; 14 个案件只达到全球总销售额的 3—3.99% 区间,占 3.17%; 17 个案件只达到全球总销售额的 4—4.99% 区间,占 3.85%。<sup>[52]</sup> 也就是说,63% 案件的罚款金额在企业集团全球总销售额的 1% 以下; 77% 案件的罚款金额在企业集团全球总销售额的 3% 以下; 85% 案件的罚款金额在企业集团全球总销售额的 5% 以下。我国现在对这种有着较大影响力的案件,最终的罚款比例一般不会低于 2%,最高甚至达到 10%,对国际卡特尔案件常见的罚款区间是 5%—8%<sup>[53]</sup>。相比欧盟的实践而言,我国如果按照企业集团全球总销售额乘以目前这个罚款比例,最终的罚款金额无疑是偏高的,可能会产生过度威慑问题。

#### 4. 走向二元构造体系势在必行

威慑过度会导致罚款变异,甚至可能会偏向适用承诺制度解决反垄断争议。经济理论表明,越来越严厉的制裁不一定能带来更好的反垄断执法。高额罚款和其他严厉处罚的威胁可能阻碍

[49] 参见前注[13],第 258、488 页。

[50] 张敏:《先声药业“挟”原料药以令下游厂商滥用市场地位被罚 1 亿元 占 2019 年净利润约 10%》,载证券日报网,<http://m.zqrb.cn/gscy/gongsi/2021-01-31/A1612103825963.html>。

[51] 尽管罚款金额较大,但先声药业集团公司认为,有关事件及行政处罚不会对公司业务经营及财务状况产生任何重大影响。同上注。

[52] *Fines Guidelines 2006-Fines as Percentage of Global Turnover*, European Commission (15 February 2021), <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>。

[53] 例如日本企业汽车零部件垄断案、日本企业汽车轴承垄断案。

企业之间的有效合作,甚至可能阻碍合法的商业活动。<sup>[54]</sup> 如果我们还是坚守罚款的一元构造体系,直接按照总销售额计算罚款,其适用的弊端就会越来越明显。

实际上,彻底抛开与违法行为有关的涉案产品销售额而直接适用总销售额是不可取的。企业的总销售额可以揭示企业规模和经济实力大小,涉案销售额则考虑了违法行为所涉及的商品销售额,它揭示了违法行为的大小。这充分说明,我国目前明显走两端的直接计算罚款的一元构造体系的做法是值得商榷的,我国反垄断法应借鉴欧盟、德国等国家和地区的经验,对罚款进行结构化的改造,走向罚款二元构造体系。二元构造体系可以很好兼顾涉案销售额和总销售额的关系,计算罚款起点金额时先考虑与违法行为有关的涉案产品销售额(计算条款),以体现罚款的正当性;同时,为了考虑罚款的威慑功能但又不至于违反比例原则,可考虑基于总销售额的10%作为最高罚款限额(封顶条款),这可以较大程度向上拔高罚款金额,从而体现罚款的威慑功能,但又不至于造成过度威慑的效果。

## (二) 基于二元构造体系改革我国反垄断罚款制度

### 1. 明确反垄断罚款计算条款的具体内容

在计算罚款起点金额时,各国一般都采用国内涉案产品销售额,只有欧盟扩大到欧洲经济区涉案产品销售额。而涉案产品销售额有上一年度和整个违法行为持续期间涉案产品销售额之分,我国在设计反垄断罚款计算条款时,应走哪一条道路呢?

从实际运作来看,欧盟及其成员国基本上将涉案产品销售额解释为参与违法行为最后一个年度涉案产品销售额,从形式上来看,仅计算一个年度的涉案产品销售额,似乎少了点,但这些国家和地区规定的罚款比例最高可以达到30%,而且罚款起点金额确定后乘以违法行为的持续时间(时间威慑乘数),因此罚款金额并不见得就低;而美国和德国等国家则解释为整个违法行为持续期间的涉案产品销售额,罚款比例采用固定罚款比例[20%(美国)或者10%(德国)]。由于依据整个违法行为持续期间的涉案产品销售额计算罚款,虽然罚款比例略低,但计算出来的罚款金额也不见得就低。这两条不同的道路实质上并没有明显的差异。但有一点是明确的,我国如果采用“上一年度涉案产品销售额”方案,罚款比例应不低于10%,否则就会面临反垄断罚款严重威慑不足问题。一般情况下,欧盟在最高30%罚款比例范围内根据严重性程度确定的平均罚款比例是17%,最低是15%,最高是25%。<sup>[55]</sup> 采“整个违法行为持续期间的涉案产品销售额”的国家,计算罚款起点金额的比例为10%更为常见,当然我们也可以借鉴美国的规定将罚款比例定为20%<sup>[56]</sup>。

在反垄断执法机构整合之前,就执法机关的偏好而言,国家发改委掌握的“上一年度”标准是做出处罚决定的上一年度,而国家工商总局掌握的“上一年度”标准是立案调查的上一年度。<sup>[57]</sup> 机构整合后,从国家市场监管总局公布的案例来看,基本上以立案调查上一个年度的销售额为基数计算罚款。这种按照“立案调查上一个年度”销售额计算罚款的方式在实践中已经显示出较大的弊端。有些案件的违法行为持续多年,企业销售额的高峰往往发生在开始实施垄断行为的头几

[54] Koenig & Bremenkamp, *supra* note [44], at 26.

[55] Scordamaglia-Tousis, *supra* note [36], at 58.

[56] 美国反托拉斯刑事罚金的起点金额以美国境内“受影响交易量”的20%来计算。从法经济学角度考虑,之所以选择20%而不是其他百分比的原因主要是考虑了损害因素。一般认为,垄断行为的平均获利为10%;消费者因垄断高价而放弃购买所受的损害(无谓损失)为10%,总共为20%。参见颜廷栋:《宽恕政策实施子法之研究》,载《公平交易季刊》第16卷第4期(2008年),第72页。

[57] 参见万江:《中国反垄断法:理论、实践与国际比较》,中国法制出版社2015年版,第235页。



年,立案调查时销售额已经出现了显著的下降,据此计算的罚款金额就很低。例如,在安徽支付密码器垄断案中,对三家公司的罚款总计只有人民币 410 587.29 元,就属于上述情况。我国甚至还出现了因立案调查上一年度没有销售额而不予以罚款的案件。例如,在湖北咸宁机动车检测垄断案件中出现对咸宁市顺通机动车辆安全检测有限公司只有没收违法所得,没有罚款的情形。在这个案件中,参与反垄断违法行为的顺通公司没有上一年度销售额,故无法计算罚款。<sup>[58]</sup> 在浙江衢州混凝土垄断案中,由于衢州开隆建材有限公司 2017 年度未投产,上一年度无销售额,因此只给予其责令停止违法行为的处罚。<sup>[59]</sup> 在广州惠州机动车检车案中,甚至出现了对上一年度无销售额的 6 家企业仅做出责令停止违法行为的行政决定的情形。因此,如果一律要求按照立案调查的上一年度进行罚款可能不是很合理。

当然,我们也可以改为参考欧盟及其成员国的通常做法,将“上一年度”解释为“企业参与违法行为的最后一个年度”。例如,欧盟《2006 年罚款指南》第 13 条规定,委员会将选择企业参与违法行为最后一个完整营业年度的销售额作为销售价值。然而欧盟的这种规定在反垄断实践中仍然存在不少漏洞。由于反垄断调查持续时间比较长,很多企业不见得在执法机关启动调查后就会立即停止垄断行为。这些企业为了规避反垄断罚款,完全有时间进行操作,将最后一个完整年度的销售额调到尽可能低。对于这种情况,欧盟及其成员国有一定的补救措施。欧盟规定,如果最后一个完整年度的销售额不足以代表其从事违法行为期间的年度销售额,委员会可能会使用其他年度销售额来计算销售价值。<sup>[60]</sup> 从应用情况来看,尽管通常被委员会采用作为销售价值的是参与违法行为的最后一个年度的销售额,但实践显示它也经常参考其他年度的销售额。<sup>[61]</sup> 但这样做显然把问题搞复杂化了,而且太不确定。

如果改采国家发改委原来的做法,解释为做出处罚决定的上一年度销售额,也有类似问题。特别是我国不少案件中,反垄断执法机关一旦启动调查,涉案企业就停止了违法行为。如果反垄断调查持续 2 年以上,就可能会出现上一年度没有涉案产品销售额的情况。因此,我们认为,采用美国、德国、荷兰的整个违法行为持续期间的国内涉案产品销售额可能更为合理、科学,考虑也更为周全,完全可以解决目前反垄断罚款实践中的漏洞。当然,如果认为按照整个违法行为持续期间的国内涉案产品销售额计算罚款起点金额太高,则可以参考西班牙的做法,为整个违法行为持续期间的不同年份的涉案产品销售额确定不同的计算系数。西班牙规定,以企业参与违法行为的最后一个年度为起算时间,向前倒推,计算系数逐步递减。第 1 年的涉案产品销售额的计算系数是 1,第 2 年是 0.75,第 3 年是 0.5,第 4 年是 0.25,第 5 年是 0.15,第 6 年是 0.1,第 7 年及以上是 0.05。<sup>[62]</sup> 这样,违法期间所有年度的涉案产品销售额乘以相应年份的系数后再相加,得出整个违法行为持续期间的涉案产品销售额。根据西班牙的计算方式,整个违法行为持续期间的涉案产品销售额会比美国、德国等国家的低不少,但其罚款比例最低 10%,最高可以达到 30%。

## 2. 明确反垄断罚款封顶条款的具体内容

对我国反垄断罚款进行结构化改造后,将“上一年度销售额的 10%”作为罚款最高限额的封顶条款来适用。在国家市场监管总局将“上一年度销售额”解释为总销售额的情况下,这个总销

[58] 湖北省市场监督管理局行政处罚决定书,鄂市监罚处字[2019]003 号。

[59] 浙江省市场监督管理局行政处罚决定书,浙市监案字[2019]8 号。

[60] Case AT.40428, Guess, EU Commission Decision of 17 December 2018.

[61] Scordamaglia-Tousis, *supra* note [36], at 355.

[62] Beneyto & Maillo, *supra* note [1], at 226.

销售额是国内销售额还是全球销售额呢？是涉案企业（通常是子公司）的销售额还是整个企业集团的销售额？不同范围的销售额意味着最终罚款可能达到的高度有着显著的区别。据我们考察，反垄断罚款二元构造体系在应用过程中，基于总销售额范围的不同，封顶条款的规定确实又略有不同。

一般而言，如果将销售额范围规定为国内销售额，则这些国家规定的总销售额是三年的销售额，每年最高 10%。例如，瑞士《卡特法》第 49A 条第 1 款规定，罚款最高不能超过瑞士最近三年国内销售额的 10%；新加坡《2004 年竞争法》第 69(4) 条规定，罚款最多不超过三年在新加坡总销售额的 10%；香港《竞争条例》第 93 条第 3 款规定，总额不得超过有关的业务实体在该项违法行为发生的每一年的销售额的 10%；如该项违法行为发生的年度多于 3 个，总额不得超过有关的业务实体在该等年度内最高、次高及第三高销售额的 3 个年度的销售额的 10%。此处的销售额，按照香港《竞争（营业额）规例》的解释，是香港企业在香港境内的日常活动所得的总收入；印度《竞争法》第 27 条规定，罚款的数额应当相当于卡特尔通过该种协议获得的利益的 3 倍，或者相当于卡特尔最近 3 个财年平均销售额的 10%，两者中以较高者为准。

将销售额范围规定为全球销售额的，则为上一年度全球销售额的 10%。例如，欧盟《1/2003 号条例》第 23(2) 条规定，罚款的最后数额不得超过上一营业年度参与违法行为的企业或企业协会总销售额的 10%。按照欧盟的执法和法院的判例，此处的总销售额指的是全球总销售额；英国《2018 年罚款指南》第 2.25 条规定，在任何情况下，根据上述步骤计算的最终罚款数额都不得超过企业上一营业年度全球销售额的 10%。我国的该项条款规定源于欧盟，因此，当将上一年度销售额的 10% 作为封顶条款使用时，宜将其解释为全球总销售额的 10%，以符合反垄断法主流发展趋势。与此同时，鉴于企业集团是我国大型企业通常采用的组织形态，将总销售额界定为企业集团的总销售额是非常有必要的。将总销售额界定为企业集团总销售额，可以防止规避行为，也可以很好反映整个企业的经济实力和对于惩罚的敏感程度。欧盟法院认为，就销售额与罚款计算相关而言，必须要考虑这个集团的整体销售额。只有合并整个集团销售额才能对威慑效果起决定性作用。竞争法的调查需要很长时间，所以公司在实际罚款之前通常都知道罚款的可能情况。如果一个集团公司的经理知道只考虑子公司的销售额计算罚款，他们可以将销售额转移到集团内的其他公司。<sup>[63]</sup> 当时机成熟时，我们建议在反垄断法或罚款指南中明确加以规定。

封顶条款中作为罚款最高限额的上一年度总销售额，一般指的是反垄断执法机关做出处罚决定的上一年度。欧盟《1/2003 号条例》第 23(2) 条虽然没有对“上一年度”有明确的规定，但在个案中一直是按照“做出处罚决定的上一年度”来适用。<sup>[64]</sup> 英国《2018 年罚款指南》第 2.25 条规定，上一营业年度是指反垄断执法机构做出处罚决定之日的上一营业年度。德国《反限制竞争法》第 81(4) 条规定，罚款不得超过事业或事业团体于主管机关进行决定之前一交易年度所达到之总营业额的 10%。新加坡规定的总营业额在 2007 年《竞争（罚款）法令》中定义为，上一营业年度是指反垄断执法机构做出决定之日的上一营业年度；我国台湾地区“违反‘公平交易法’第十条及第十四条情节重大案件之裁处罚款计算办法”第 3 条也规定，事业上一会计年度，是指“主管机关”作成处罚时的上一会计年度。如果不能获取做出处罚时的上一年度销售额的数据，那么应考虑替代性的补救措施。英国《2018 年罚款指南》第 2.25 条规定，如果不能获取该年度的相关数据，则采用之

[63] Koenig, *supra* note [37], at 10 - 11.

[64] Case AT. 40432 - Character merchandise, EU Commission Decision of 9.7.2019.

前最近一年的相关数据。新加坡《2016年罚款指南》第2.19条也规定,如果无法获取该年度的相关数据,则采用之前最近一年的相关数据。

与其他国家有所不同的是,我国反垄断法还规定了封底条款,“处以上一年度销售额1%以上10%以下的罚款”,即反垄断罚款最少不能少于上一年度销售额的1%。我国的这种封底条款已经产生不少问题,没有考虑到现实中各种可能发生的,即使按1%上一年度销售额计算罚款依然明显过于严苛的情况。<sup>[65]</sup> 特别是对于一些规模较小、盈利能力不强、地域范围较窄行业的垄断行为的查处,哪怕是按照最低的1%进行处罚,也可能存在过度威慑的情况。实践中已经产生为了避免适用反垄断罚款的封底条款,转而适用价格法<sup>[66]</sup>或行政处罚法的案例。<sup>[67]</sup> 在全球范围内,与中国一样既有封顶条款,又有封底条款的国家非常少见。<sup>[68]</sup> 绝大多数国家考虑到反垄断罚款的复杂性和企业的不同特点,不仅不设封底条款,而且在罚款指南中规定了象征性罚款制度。例如,欧盟《2006年罚款指南》第36条规定,在某些情况下,委员会可象征性地处以罚款,但该罚款的正当理由应在其决定中加以说明;捷克《罚款指南》第38条规定,某些案件中,如果合适和适当,竞争保护办公室可不依据本指南的规定确定罚款数额,仅处以象征性罚款。这种违法情形可以是轻微威胁、由于过失而实施的违法行为、不对市场产生负面影响的违法行为、不以限制竞争为目的的违法行为,特别是该案的行为尚未成为竞争保护办公室执法实践的对象时。在一些销售额相当小的案件中,瑞士竞争委员会可能仅处以一次性或象征性的罚款。<sup>[69]</sup> 还有一些国家规定了数额特别低的罚款。按照波兰《罚款指南》第2.1条的规定,对于一些轻微违法行为,可以按照销售收入的0.01%—0.2%计算罚款。捷克《罚款指南》第29条也规定,对于不太严重的违法行为,罚款最高可达销售价值的0.5%。据此,我们建议在修法时取消封底条款,以提高我国反垄断罚款制度的适用性。

## 五、结 语

我国反垄断罚款的一元构造体系是一种简单化的罚款确定方式,有着相当大的局限性。在很长一段时间内,反垄断执法机关直接依照上一年度涉案销售额计算罚款金额,导致威慑严重不足的后果而受到广泛批评。新的国家市场监督管理总局反垄断局组建后,依据总销售额计算罚款,意在提高罚款的威慑力。这一罚款新政有可能造成过度威慑而引发争议。但从运行情况来看,虽然直观上大幅度提升了罚款的威慑效果,但实际上提升罚款威慑力有限。其主要原因在于当前的总销

<sup>[65]</sup> 参见黄勇、刘燕南:《垄断违法行为行政罚款计算标准研究》,载《价格理论与实践》2013年第8期,第28页。

<sup>[66]</sup> 例如,2010年的广西米粉固定价格垄断案,在罚款数额的确定上更多考虑的是价格法律法规的规定,而不是反垄断法。参见孟雁北:《广西米粉涨价案并不典型 “反垄断首例说”不准确》,载新浪网,http://news.sina.com.cn/o/2010-04-08/083617339975s.shtml。

<sup>[67]</sup> 例如,在2019年杭州混凝土企业垄断案中,浙江省市场监督管理局认为,鉴于杭州亿方参与达成垄断协议行为轻微,根据《中华人民共和国行政处罚法》第38条第1款第2项规定,本机关决定对杭州亿方不予行政处罚。参见浙江省市场监督管理局不予行政处罚决定书,浙市监不处〔2002〕1号。

<sup>[68]</sup> 塞尔维亚规定,对企业可以处以总营业额1%—10%之间的罚款。巴西《反垄断法》第37条第1款规定,就公司而言,对发生违法行为的商业活动,处以该公司、集团或企业集团在行政程序发动前的上一个会计年度的总销售额的0.1%至20%的罚款。

<sup>[69]</sup> *Cartels 2020 | Switzerland*, Global Legal Insights (28 February 2020), <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/switzerland>.

售额仍是“初级阶段”的总销售额，这些涉案企业的总销售额均不同程度存在打折现象，局限于企业的国内总销售额而不是全球总销售额，局限于涉案企业总销售额而不是整个企业集团总销售额。一旦进化到“高级阶段”的总销售额，即整个企业集团的全球销售额，那么过度威慑的问题就可能成为现实，此时应对我国的罚款结构进行改造，由一元构造体系走向二元构造体系，以实现最优威慑目标。

反垄断罚款二元构造体系始于欧盟，已经为欧盟成员国普遍采纳，而且有着广泛的全球影响力。二元构造体系可以很好兼顾涉案销售额和总销售额的关系，计算罚款起点金额时先考虑与违法行为有关的涉案产品销售额（计算条款），以体现罚款的正当性；同时，为了考虑罚款的威慑功能但又不至于违反比例原则，可考虑将总销售额的10%作为最高罚款限额（封顶条款），这可以较大程度向上拔高罚款金额，从而体现罚款的威慑功能，但又不至于造成过度威慑的效果。我国强化反垄断将成为新常态，反垄断执法将进入新纪元，涉及大型企业的反垄断调查和处罚案件将越来越多。我国反垄断罚款从一元构造体系转向二元构造体系可以很好协调罚款威慑理念和罚款相当性的关系，我们应该通过反垄断法的修订和反垄断指南的制定，明确反垄断罚款始于基于涉案产品销售额计算的罚款起点金额，终于依据企业集团全球总销售额计算的罚款最高金额。

---

**Abstract** There are two kinds of anti-monopoly fine system, one is the unitary structure system and the other is the binary structure system. At present, the practice of calculating the fine directly based on the sales or total sales of the products involved is a typical unitary structure system, which shows considerable limitations in application. The binary structure system of fines started in the European Union and has been widely adopted by the international community. The anti-monopoly fine under the binary structure system, which considers both the sales related to the illegal act and the total sales related to the deterrent effect, forms a situation where the anti-monopoly fine calculation clause and the capping clause could coexist, and well coordinates the relationship between the penalty equivalence and the concept of penalty deterrence. China's anti-monopoly law enforcement will enter a new era. There will be more and more anti-monopoly investigation and punishment cases involving large enterprises, and the sales volume will evolve from the total sales volume of the concerned enterprises in the "primary stage" to the global total sales volume of the whole enterprise group. At this time, the disadvantages of the unitary structure system of direct calculation of fine will be more and more obvious. China's Anti-monopoly Law should reform the structure of fine, moving towards the binary structure system that combines fine calculation clause and fine capping clause.

**Keywords** Anti-Monopoly Fine, Fine Structuralism, Unitary Structure System, Binary Structure System

---

（责任编辑：黄韬）