

反垄断罚款裁量权控制

潘 宁*

内容提要：研究反垄断量罚问题具有重要的现实和理论意义，因此有必要系统审视反垄断量罚问题并思考如何通过完善相关规范控制罚款裁量权。分析 177 份处罚决定书数据发现，反垄断罚款裁量权行使未能很好践行《反垄断法》第 49 条的要求，而且经梳理中国裁判文书网上 69 份包含被处罚人诉请法院审查量罚内容的文书后发现，这些不当不公裁量罚款的现象未能被司法有效控制。进一步从立法的维度来看，反垄断量罚规范也存在表述模糊、体系欠协调和裁量要素体系不健全三方面问题。这些问题概括来说即为反垄断罚款裁量权失控问题。对此，应遵循以原则控制和程序控制模式为核心的整体思路，将《反垄断法》第 49 条裁量因素列举部分表述改为“应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间、违法者的悔过情况、消除违法行为后果的情况以及经济社会背景下的经营者状况”，同时增加“反垄断机构应当在处罚决定书中载明所有被纳入考量的因素，并逐一基于相关事实作出定性结论”为第 2 款。

关键词：反垄断 罚款裁量 实证分析 《反垄断法》第 49 条

一、引言

通过不断完善反垄断制度来推动现代市场体系建设是我国发展市场经济、实现现代化目标的重要路径。^{〔1〕}2020 年初，国家市场监督管理总局发布《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》，正式启动了《反垄断法》的修订。尽管本次修订草案回应了新经济、新业态的垄断认定问题，提升了行政垄断规制的可行性，也通过上调罚款数额、修改经营者集中相关违法行为的罚

* 潘宁，北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见张守文：《反垄断法的完善：定位、定向与定则》，载《华东政法大学学报》2020 年第 2 期。

款情形设定条款等来力图改善责任的威慑效果,但始终存在疏漏和不足,^{〔2〕}“重定罚轻量罚”的结构性缺陷^{〔3〕}依然存在,因此反垄断量罚问题是现行反垄断制度仍需进一步回应的重要方面。

重视反垄断量罚问题具有效益、效率和公平三个价值维度的重要性。首先,从效益的维度来看,罚款裁量适度与否关系到其能否恰到好处地威慑市场主体。法律责任是法律的“牙齿”,罚款是反垄断法中重要的法律责任形式,因此罚款的威慑效果是反垄断法规制效果的重要内容。反垄断罚款要想实现预期的威慑效果,必然要通过适度的罚款间接引导市场主体,罚款裁量如果不当,很可能异化成为一种新的扭曲。只有科学地认定反垄断违法行为、确定责任并适度裁量责任大小,反垄断罚款的功能方能实现。其次,从效率的维度来看,由于经济法具有突出的经济性,其要反映经济规律,节约交易成本,提高市场运行的效率,^{〔4〕}作为其下位法的反垄断法必然要通过有效率的规制来提升整体经济的运行效率。有鉴于此,罚款裁量规则设定之时还应当通过分析执法成本和收益来考量规制效率的问题。最后,从公平的维度来看,恰当赋予和控制反垄断罚款裁量权,避免“同案异判”,实现罚款裁量正义是重要的竞争法治问题。正义意谓以平等对待平等的人们,要求对两个重要情况相同的事件以同一办法处之。但每一个有权力的人都易于滥用权力,假如防止自由裁量权滥用没有保证,自由裁量权与专擅权力便很难判别了,法律正是避免这种状态的途径,^{〔5〕}所以竞争法中的罚款裁量规范必须担当控制权力滥用之重任。

然而,关于反垄断罚款裁量适度、有效和公平与否这一重要问题的研究尚且不足。既往研究反垄断罚款制度的文献主要涉及罚款的功能与理念、罚款不确定性问题以及罚款与其他责任的关系问题。^{〔6〕}这些研究敏锐地认识到罚款确定性、罚款与其他处罚关系问题的重要性,侧重关注制度效益和功能,作出了诸多有益的贡献。但从研究内容所涉价值维度来看,反垄断罚款确定性问题相关研究的目的重在提高罚款的透明度和改善罚款的可预见性,但实际上分析罚款适度与否、公平与否以及作出罚款决定效率如何的篇幅较少;从研究视角来看,反垄断量罚问题还缺少外部视角的研究,实际上,反垄断量罚问题处于经济法学与行政法学的交叉领域,由于经济法的执法主体形式上主要是行政机关,行政法上裁量权控制理论和实践可以被借鉴到经济法的执法裁

〔2〕 相关分析参见潘宁:《〈反垄断法〉修订中罚款情形设定条款的缺憾与完善》,载《经济法论丛》2020年第2期。

〔3〕 参见金善明:《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择——以〈反垄断法〉修订为背景》,载《法商研究》2019年第2期。

〔4〕 参见张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版,第221-222页。

〔5〕 参见〔美〕博登海默:《博登海默法理学》,潘汉典译,法律出版社2014年版,第83、46-48页。

〔6〕 对于罚款功能和理念问题,黄勇和王健均强调反垄断罚款制度以威慑为主要目标。对于罚款的不确定性,黄勇指出应当通过制定实施细则的方式对反垄断行政罚款计算作出更为明确的规定,而且详细介绍了欧盟和美国设定罚款的国际经验;刘武朝从罚款对象具体化、销售额内涵的三个维度、合理裁量因素归纳三个方面回应了垄断协议行为罚款规则模糊性问题;王健认为应当以“五步裁量法”为核心内容制定一部罚款指南来解决量罚问题;丁茂中关注罚款基于获利还是损害而设定的问题,认为从保持执法公平性和罚款本身属性来看损害赔偿模式更为妥当,但考虑到可行性,在统一会计年度、营业额、罚款比例选择标准的基础上以比例自由裁量模式作为过渡更符合目前的执法条件。对于罚款与其他处罚的关系问题,黄勇率先指出了罚款与停止违法行为、没收违法所得之间是并用还是选用的问题。对此,冯博认为理论上应当组合使用方能实现反垄断法执法的公平与效率,但执法实践中没收违法所得却由于条文过于抽象、缺乏统一认定标准而被经常忽视,呈现以罚代没的特点。黄勇的观点参见黄勇、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。王健的观点参见王健、张靖:《威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善——法经济学的研究进路》,载《法律科学》2016年第4期,以及王健:《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。刘武朝的观点参见刘武朝:《垄断协议行为罚款规则的适用及审思》,载《中国行政管理》2014年第5期。丁茂中的观点参见丁茂中:《垄断行为法律责任条款实施困境的消解》,载《法学》2017年第9期。冯博的观点参见冯博:《没收违法所得与罚款在反垄断法执法中的组合适用》,载《法商研究》2018年第3期,以及冯博:《反垄断法中罚款数额的影响因素与实证检验——基于我国反垄断法实施十年的数据》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

量当中；^{〔7〕}从研究方法来看，尽管既有文献创新地通过描述统计执法案件总结出了反垄断罚款裁量的中国问题，并在此基础上通过比较和借鉴域外罚款规则来具体构建本国的裁量方法体系，但目前学界对国内既有相关法律规范的解释还较少。

综上所述，研究反垄断罚款裁量问题不仅具有突出的现实需要，而且从研究角度来看也有较大空间。基于此，本文主要关注如何改进反垄断法相关条款方能使得执法主体规范地裁量罚款并实现适度、高效和公平规制的问题。具体而言，本文将聚焦以下与反垄断罚款裁量相关的一系列问题：第一，在反垄断执法过程中，罚款裁量是否符合《反垄断法》第49条的要求，对量罚问题的司法审查有无欠缺之处，规定量罚要求的相关规范有无值得完善之处；第二，对于立法、执法和司法三维审视发现的罚款裁量权失控问题，反垄断罚款裁量权控制模式该如何选择方能从宏观上对这些问题的解决产生积极的指导意义；第三，从微观来看，我国《反垄断法》第49条该如何理解，其明确列举的裁量因素本身的概念该如何界定，所列因素是否周全，各因素之间的关系是什么，如何修改《反垄断法》第49条方能更好地实现其预期价值。

二、反垄断罚款裁量权失控：基于执法、司法和立法数据的实证分析

过往相关的研究当中，有学者通过统计来发现重要的理论问题，^{〔8〕}这交代了理论观点所依据的事实证据的发现过程，结合了定性和定量，提升了观点的说服力。有鉴于此，本文将从执法、司法和立法三个维度基于数据系统地分析我国反垄断罚款裁量存在的问题。

（一）执法维度的分析

为了更真切和直观地认识我国反垄断执法中罚款裁量的具体情况，笔者从国家市场监督管理总局反垄断局网站收集了自2018年机构改革后至2020年6月6日以市场监管总局名义公示的所有行政处罚案件。这些案件共包括184份决定书，其中处罚决定书177份，中止或终止调查决定书7份。

首先，经过对这些决定书所载数据的分析发现，除了既往文献指出的无销售额或者销售额难以计算时的罚款适用问题和处罚类型间的关系问题之外，反垄断罚款裁量并未很好地践行《反垄断法》第49条的要求。裁量因素的定性说明本是量罚的重要依据，但实践中执法机构却普遍未完整说明法律规定量罚所应当考虑的因素在案件中的具体情况。^{〔9〕}据统计，在177份处罚决定书中，至少对一项法定裁量因素作定性结论的处罚决定书一共有103份，法定裁量因素解释率仅为58.19%，这些提及了法定裁量因素的决定书大多数仅对一项或者两项应当考量因素予以说明，因此不完全解释十分普遍。我国现行《反垄断法》第49条规定：“对本法第四十六条、第四十七

〔7〕 如刘宏光基于行政法学上的裁量权控制理论分析证券执法中的量罚问题，详细参见刘宏光：《证券监管机构如何罚款？——基于行政裁量基准视角的研究》，载《财经法学》2020年第4期。

〔8〕 如王健从国家发改委和国家工商总局网站上收集了2008年8月1日至2016年8月16日期间公布的典型罚款案例49个，从违法行为类型、违法行为持续时间、罚款数额、罚款比例和没收违法所得五个方面进行了描述统计，并在数据分析的基础上揭示出我国反垄断罚款的不确定性问题。（参见前引〔6〕，王健文。）

〔9〕 在《反垄断法》第49条规定的三种必需的裁量因素之外，《反垄断法》第46条还明确规定了可以针对经营者垄断协议行为选择是否考量自首情节。不过，自机构改革以来，执法机构仅仅在一个案件中的两份处罚决定书中考量并说明了该裁量因素。

条、第四十八条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”但实际上,有的反垄断执法机构在认定某项违法行为构成后,直接作出处罚决定而完全不说明作出该处罚所考量的因素,有的是在作出具体决定前笼统援引第49条概括地表示该罚款已结合了违法行为的性质、程度和持续的时间,仅有少数决定书对部分法定裁量因素予以说明。比如在重庆市市场监督管理局2019年8月9日对9家云阳县烧结砖生产经营行业当事人固定价格、划分市场行为作出的9份处罚决定中,执法机构直接对当事人王正田^{〔10〕}和周国江^{〔11〕}作出了仅没收违法所得而未处罚款的决定,在决定部分并未陈述任何与裁量因素相关的内容。^{〔12〕}在广东省市场监督管理局2020年5月6日对32家机动车检测行业当事人固定价格行为作出的32份处罚决定中,执法机构笼统援引了第49条但未就应当裁量因素作具体定性,仅确认了8个当事人对违法行为起主要作用。^{〔13〕}在贵州省市场监督管理局2019年12月31日对17家驾驶培训行业当事人固定价格行为作出的17份处罚决定中,执法机构在其处罚决定中指出“考虑到当事人在调查过程中能够配合本机关的调查,如实陈述相关事实,积极进行整改且违法行为持续较短”^{〔14〕}。虽然该份决定书中陈述了该当事人违法行为持续时间的定性,但对法律要求应当考虑的违法行为的性质和程度并未作出相应的定性结论。

其次,除了《反垄断法》第49条明确例举的三种裁量因素之外,实践中,反垄断执法机构还将在违法中所起作用、是否积极配合调查和如实陈述、是否主动停止违法行为、是否积极整改和有无立功情节纳入裁量考虑的范围,这些事实上的裁量因素也有待被法律进一步确认。在涉及联合限制竞争等共同违法行为时,一些执法机构确定了不同当事人在违法中的角色及所起作用,并将此作为量罚时考虑的因素。在177份处罚决定书中,考量了违法角色和所起作用的决定书一共有83份,比如浙江省市场监督管理局对杭州市13家混凝土企业协议固定价格、划分市场行为作出13份决定书,其中针对当事人杭州瑞鼎建材有限公司和杭州五友建材有限公司作出的决定中,明确指出两者在达成垄断协议过程中起主要作用,并在适用数值式罚款时,相对其他未起主要作用的当事人多10万元罚款,^{〔15〕}而对当事人杭州亿方混凝土有限公司,则明确指出其在达成垄断协议中参与程度轻微,所以作出了不予处罚决定^{〔16〕}。可见,将违法角色和所起作用纳入考量因素能够更好实现过罚相当,因此具有一定合理性。^{〔17〕}

与之相似的还有是否主动停止违法行为和是否积极整改这两种情节。主动停止违法行为是指在调查期间,当事人在反垄断执法机构未作相关指令要求前主动停止了自己的违法行为,而积极

〔10〕 参见渝市监经处字〔2019〕第8号处罚决定书。

〔11〕 参见渝市监经处字〔2019〕第13号处罚决定书。

〔12〕 采取类似做法的还有山东省市场监督管理局在一起联合抵制案中当事人菏泽市汽车行业协会直接作出罚款30万的决定而未说明裁量理由。(参见鲁市监行处字〔2019〕第7号处罚决定书。)

〔13〕 参见粤市监反垄断行处〔2020〕第1、6、8、12、17、23、24、32号处罚决定书。

〔14〕 如黔市监处罚〔2019〕第26号处罚决定书。

〔15〕 参见浙市监案〔2019〕16号处罚决定书;浙市监案〔2019〕19号处罚决定书。

〔16〕 参见浙市监不处〔2020〕1号不予行政处罚决定书。

〔17〕 类似的决定书还可参见国市监处〔2020〕8号处罚决定书。在此份决定书中,国家市场监督管理总局认定当事人山东康惠医药有限公司在违法行为实施过程中起主导作用,当事人普云惠公司起次要作用,太阳神公司起辅助作用,因此将三当事人的罚款倍率分别确定为10%、9%和7%。

整改是指调查期间当事人在反垄断执法机构作出相关指令后，积极听从并纠正了自己的违法行为，两者都属于悔过情节，但存在主动与被动的差别。不过，在所有被观察的 177 份处罚决定书中，同一案件的多名当事人在积极整改方面表现均一致，没有表现不同的案件，因此无法对分析积极整改情节与量罚之间的关系，而仅能对分析主动停止违法行为情节与量罚的关系。具体而言，在前述杭州市 13 家混凝土企业垄断协议案中，执法机构考虑到当事人杭州余杭恒力混凝土有限公司不仅和其他当事人一样尚未实施垄断协议，而且其在达成后一段时间内主动退出了该垄断协议，并且在调查过程中能够积极配合、如实陈述相关情况的事实，决定对其从轻处理，因此在适用数值式罚款的情形下，该当事人相对那些同样在达成垄断协议时未起主导作用但未主动停止违法行为的当事人少 25 万罚款。^{〔18〕} 理论上，违法行为人主动停止违法行为意味着其主观上存在明显的悔过意识，客观上也终止了自己行为导致违法后果的进程，因此将该情节纳入量罚也能够让罚款的威慑效果变得更为适度，让具有不同违法表现的当事人间量罚变得更为公平。

除了效益和公平外，另外两类实践中出现的与调查时表现相关的裁量因素则更多体现的是对效率价值的追求。第一种是是否积极配合或如实陈述。比如对于前述案件的当事人杭州余杭恒力混凝土有限公司而言，其是该案 13 名当事人中唯一具有积极配合调查并如实陈述情节的当事人，因此和主动停止违法行为情节一起被综合考虑减少了 25 万罚款。然而，配合调查是《反垄断法》第 42 条设定的法定义务，不予配合将可能会构成拒绝、阻碍反垄断调查这项违法行为，那么因存在积极配合情节而被从轻罚款是否具有法律上的正当性有待进一步论证。第二种是是否存在立功情节。比如天津市发展和改革委员会对天津口岸堆场垄断协议案所作 17 份决定书中，有三个当事人存在立功情节。其中，当事人胜狮物流（天津）有限公司^{〔19〕}和天津振华国际物流运输有限公司^{〔20〕}相对于没有立功情节但是其他情节一致的当事人中外运（天津）储运有限公司^{〔21〕}和天津振华海晶物流有限公司^{〔22〕}而言，适用的罚款倍率减少了 2 个百分点，而当事人天津胜狮货柜有限公司^{〔23〕}相对于没有立功情节但是其他情节一致的当事人天津金狮五矿国际物流有限公司、天津博达集团有限公司和天津玛伦达物流有限公司^{〔24〕}而言，适用的罚款倍率减少了 1 个百分点。与积极配合或如实陈述的情节一样，立功情节的考量也是为了激励相关当事人披露违法信息，让垄断规制变得更为高效。垄断违法行为具有相当的隐蔽性，通常反垄断执法机构获取足够的信息和证据认定违法难度较高，所以确有必要建立和完善相应的制度来解决这一信息问题。

然而，目前违法所起作用、是否积极配合调查和如实陈述、是否主动停止违法行为、是否积极整改和有无立功表现这些情节均未被《反垄断法》第 49 条明确列举或者通过其他条款予以规定，因此执法机构将此情节纳入量罚尚缺少形式上的法律规范依据，可能产生执法机构处罚随意的风险。为了规范反垄断执法机构的罚款行为，既然《反垄断法》第 49 条已经采取了裁量因素

〔18〕 参见浙市监案〔2019〕22 号处罚决定书。

〔19〕 参见津发改价检处〔2018〕71 号处罚决定书。

〔20〕 参见津发改价检处〔2018〕72 号处罚决定书。

〔21〕 参见津发改价检处〔2018〕70 号处罚决定书。

〔22〕 参见津发改价检处〔2018〕69 号处罚决定书。

〔23〕 参见津发改价检处〔2018〕77 号处罚决定书。

〔24〕 分别参见津发改价检处〔2018〕74 号、75 号和 76 号处罚决定书。

法定化的路径,同时实践中出现的这些裁量因素也有其存在的理性,那么有必要在理论上更进一步探讨每一种裁量因素是否应法律化以及如何法律化的问题。

(二) 司法维度的分析

为了回顾和总结反垄断罚款裁量问题的司法审查情况,笔者通过以“反垄断法”和“罚款”为全文关键词并将案件类型选择为行政案件的检索方法,在中国裁判文书网共检索得到了132份文书,剔除了不包含被处罚人诉请法院审查罚款裁量内容的69份文书后,得到了63份文书。这些文书覆盖了从一审到再审各个程序,涉及七大垄断案件和39份反垄断执法机构的处罚决定书。该七大垄断案件行政诉讼情况请参见表1。

表1 典型涉及罚款裁量问题的七大垄断案件行政诉讼情况梳理

序号	案件名称	违法类型及罚款	裁判概述
1	西安宏林实业有限公司与陕西省物价局物价处罚争议案	固定价格,罚款倍率6%,罚款3589828元	一审中,原告主张同案有当事人免于处罚,有的被适用3%的罚款,对自己适用6%是处罚不公。被告称不予处罚的当事人存在自首情节,适用3%罚款倍率的当事人达成但尚未实施垄断协议。对此,西安铁路运输法院援引《反垄断法》第49条和《行政处罚法》第27条第1款认定原告不存在减轻或免除的法定情节,且原告对以2015年销售额为基数无异议,该处罚合法合理。二审中,上诉人对处罚数额未表异议。
2	中昊等会计师事务所与山东省工商局等处罚争议案	划分市场,罚款倍率1%,罚款28018元	二审中,北京市第二中级人民法院认为《反垄断法》规定的上一年度销售额是指启动调查时的上一年度,山东省工商局确定的处罚基数并无不当。中昊所与其他24家行业单位违法行为持续一年左右,于2014年5月7日主动停止了违法行为,由于《反垄断法》第46条规定对尚未实施所达成垄断协议仍可以处五十万元以下的罚款,本案中山东省工商局结合相关协议已经主动终止等情形对当事人会计师事务所的处罚已属从轻处罚,处罚幅度适当。中昊还申请了再审,但被驳回,北京市高级人民法院确认了二中院对罚款裁量的观点。 ^[25]
3	凯里市凯顺通驾驶培训中心等与贵州省市场监督管理局物价行政处罚争议案	固定价格,尚未实施,适用数值式罚款,罚款50000元	贵州省高级人民法院认为对凯顺通驾培中心处50000元罚款的处罚幅度在《反垄断法》第46条规定的范围内,并无不当,不予采纳上诉人认为处罚严重违反《反垄断法》第46条规定的原则的主张。 ^[26]

[25] 中国裁判文书网并未公示该案一审判决书。另,新联谊费县分所(罚款倍率2%)、新联谊临沂分所(3%)、山东泰信(1%)、山东汇正联合(1%)、山东大宇(2%)、临沂盛大联合会计师事务所(1%)也提出了类似的再审申请,而临沂沂州(2%)、山东万兴德(2%)、山东新华有限责任(2%)、山东天恒信(1%)、临沂安丰联合(1%)、山东恒宇(2%)、临沂元真(3%)、山东鸿诚(3%)、临沂恒正(3%)、临沂恒达信(2%)、山东天元同泰(3%)、平邑沂蒙有限责任(3%)、临沂启阳联合(2%)、临沂信德金桥会计师事务所(1%)存在一审和二审两份判决书,山东鸿信会计师事务所(3%)则只有一份一审判决书。这些判决中法院对量罚问题的审查表述内容均同中昊所的判决一致。

[26] 与此类似的还有丽珑、贵龙、星华和凯利(均被罚款50000元)等驾驶培训学校也都经历了一审和二审,判决中对量罚问题的审查表述内容与凯顺通的判决一致。此外,还有两个涉案行业协会也提出了行政诉讼。法院指出省发改委基于凯里驾培协会违法行为的性质、程度等因素,对其处罚款15万元并责令立即停止违法行为,符合《反垄断法》第46条第3款、第49条之规定,适用法律以及处罚幅度并无明显不当。黔东南州机动车驾驶人考试行业协会(被罚款300000元)相关判决中对量罚问题的审查表述内容与凯里市机动车驾驶培训行业协会的判决一致。

续前表

序号	案件名称	违法类型及罚款	裁判概述
4	镇远县金通驾校有限公司等与贵州省市场监督管理局物价行政管理处罚争议议案	固定价格，罚款倍率4%，罚款260191.67元	金通驾校主张量罚幅度违反《规范价格行政处罚权的若干规定》第12条第（三）项的规定，但贵州省高级人民法院称其未能举证证明存在符合该法律规定的情形，依据《反垄断法》第46条对金通驾校处2016年度主营业务收入4%的罚款在该条规定的幅度范围内，并无不当。金通驾校还认为应当依据《关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南（征求意见稿）》，以启动调查或违法行为时为基准认定“上一年度”。对此，法院认为该指南未正式发布施行，不具法律效力，因此“上一年度”的基准现行法律缺乏明确具体规定，对于行政机关基于案件情况、执法惯例以及行政执法中的自由裁量权所作的认定，如无明显不当应当予以尊重。而且，在金通驾校不能提供证据证明其于2017年已经停止违法行为情形下，以作出行政处罚决定的时间作为基准年度符合行政处罚的公平原则，也符合该规定的文义解释。 ^{〔27〕}
5	钦州市中天烟花爆竹销售有限公司与广西壮族自治区市场监督管理局工商行政处罚争议议案	划分市场，罚款倍率8%，罚款22586元	南宁铁路运输法院在一审判决中指出，原告利用其特许经营的市场优势地位，与其他两家公司达成垄断协议造成的危害不应仅以该公司是否获取高额利润为依据，三家公司分区域划分销售的行为间接剥夺了该地区零售商的自主选择权，提高了消费成本，从而弱化了价格对市场的调节作用，产生排除限制竞争的效果，扰乱了市场竞争秩序，其危害后果是非常严重的。根据区工商局调取的证据，包括原告中天公司在内的三家公司已实施了达成的垄断协议，而中天公司2014年度销售额是区工商局根据中天公司提供的书面说明确定的，因此区工商局根据《反垄断法》第46条第1款以及《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第10条第3款对中天公司作出的处罚决定，适用的法律正确，幅度也在法律规定范围内，认定的数额有事实依据、并无不当。 ^{〔28〕}
6	上海海基业高科技有限公司等与安徽省工商行政管理局处罚争议议案	划分市场，罚款倍率8%，罚款75913.85元	本案经过了一审、二审，当事人还提出了再审申请，但均被驳回。北京市西城区人民法院、第二中级人民法院和高级人民法院均概括地指出安徽工商局在综合相关调查事实的基础上作出了被诉决定书，认定事实清楚、适用法律正确，结论并无不当，相关处罚数额的计算结论亦无不妥。
7	扬州市江都公路运输有限公司与扬州市工商行政管理局处罚争议议案	附加不合理交易条件，适用《反不正当竞争法》量罚	上诉人主张量罚应当适用《消费者权益保护法》，目前处罚过重。被上诉人称上诉人将售票系统与保险系统联机强制搭售，而且上诉人调查过程中拒绝配合，对执法人员警告不予理睬，也未及时纠正违法行为，经媒体曝光后社会影响较大，因而具有从重处罚情节。法院认为被上诉人扬州市工商局在职权范围内适用《反不正当竞争法》第23条对上诉人违法行为进行处罚，适用法律正确，裁量幅度符合规定，裁量结果适当。

〔27〕 该垄断案是三个机动车驾校达成并实施固定价格协议，该案另一名被处罚的当事人恒安机动车驾驶培训学校也提起了行政诉讼，只不过贵州省贵阳市中级人民法院在一审判决中仅分析了基准年度问题而未评判罚款倍率裁量问题。

〔28〕 该垄断案中另一名被处罚的当事人风顺烟花爆竹有限公司也提起了行政诉讼，一审判决对该问题的表述与中天的判决一致。

基于上述梳理可以发现,对反垄断罚款裁量的司法审查存在以下几方面特点:第一,大多数判决仅依据《反垄断法》第46条判定罚款裁量幅度的合法性和合理性,并未援引《反垄断法》第49条详细分析裁量所依据的具体情节,这涉及在同一部法律中不同法条关系的理解问题。第二,在关注到《反垄断法》第49条的判决中,未有判决比较分析各处罚当事人罚款倍率差异所依据的情节,所有判决对同案的提起诉讼当事人的罚款裁量审查表述基本一致,这涉及如何理解《反垄断法》第49条立法目的的问题。第三,各方对于量罚审查法律依据的认识并不一致,对不同法律相同内容的法条间关系理解也存在分歧。有的法院同时援引《反垄断法》第49条和《行政处罚法》第27条第1款,这涉及经济法与行政法之间关系问题。与此同时,有的当事人认为执法机构裁量罚款倍率时应当遵循《规范价格行政处罚权的若干规定》第12条的规定,有的当事人主张适用《消费者权益保护法》相关条款裁量,但执法机构事实上依据《反不正当竞争法》第23条进行裁量,而法院认定垄断行为却援引了《反垄断法》第17条第5项,认定构成搭售的同时确认执法机构依据《反不正当竞争法》第23条进行量罚合法合理,还有的执法机构同时援引《反垄断法》第46条第1款和《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第10条第3款对相对人作出相应罚款。这些现象涉及上位法与下位法之间的关系以及处于同一位阶的法律与法律之间、部门规章与部门规章之间的关系该如何认识的问题。另外,有的法院在其判决书中关于审查量罚问题的部分,仅笼统表示执法机构在综合相关调查事实基础上作出决定,认定事实清楚、适用法律正确、结论并无不当、相关处罚数额的计算结论亦无不妥,并未援引具体法条。第四,一些判决涉及了罚款计算的时间基准认定问题,但法院对此看法不一。有的法院明确指出《反垄断法》未对此明确规定即应属于执法机构自由裁量事项;有的法院则认为上一年度销售额是指启动调查时的上一年度,因此这涉及如何理解《反垄断法》第46条规定和执法机构裁量权范围的问题。综上所述,反垄断量罚司法审查工作中的未决问题包括量罚依据问题和量罚时间基准是否为裁量事项的问题。

(三) 立法维度的分析

由于本文研究的落脚点是讨论如何通过修法来有效控制反垄断裁量权,除了前述执法和司法维度的审视之外,笔者还梳理了与反垄断罚款裁量权控制相关的规范,比较分析表明反垄断量罚规范存在“表述模糊”“体系欠协调”和“裁量要素体系不健全”三方面问题。反垄断罚款裁量相关规范对比请参见表2。

表2 反垄断罚款裁量相关规范对比

规范	条文表述
《反垄断法》第49条	对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。
《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》第56条	对本法第五十三条、第五十四条、第五十五条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。

续前表

规范	条文表述
《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条	经营者有《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条所列情形的，应当依法从轻或者减轻处罚。 经营者有下列情形之一的，应当从重处罚：（一）价格违法行为严重或者社会影响较大的；（二）屡查屡犯的；（三）伪造、涂改或者转移、销毁证据的；（四）转移与价格违法行为有关的资金或者商品的；（五）经营者拒不按照本规定第十六条第一款规定退还消费者或者其他经营者多付价款的；（六）应当从重处罚的其他价格违法行为。
《禁止垄断协议暂行规定》第 32 条第 3 款	反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续时间等因素。
《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第 37 条第 2 款	反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续时间等因素。
《行政处罚法》（2021 年修改）第 32 条	当事人有下列情形之一的，应当从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫或者诱骗实施违法行为的；（三）主动供述行政机关尚未掌握的违法行为的；（四）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；（五）法律、法规、规章规定其他应当从轻或者减轻行政处罚的。
《行政处罚法》（2021 年修改）第 33 条	违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。 当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。 对当事人的违法行为依法不予行政处罚的，行政机关应当对当事人进行教育。

首先，根据表 2 对比可以发现，一些规范表述裁量因素的准确性稍显不足。比如，什么是违法行为的性质？是根据该违法行为所属的违法行为类型与排除、限制竞争的关系来抽象判断恶劣与否吗？什么是违法行为的程度？是指某特定违法行为对竞争秩序的危害程度，还是指某特定行为人的违法行为从整个共同违法事件来看的涉案程度？什么是消除违法行为后果的情况？是指主动停止违法行为情节或者积极整改情节吗？还是专指存在类似《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条第（五）项的经营者退还消费者或其他经营者多付价款的情节？

其次，规范体系内部各规范欠缺协调性，规范本身含义的解释以及规范间适用关系的处理有待进一步梳理。《禁止垄断协议暂行规定》第 32 条第 3 款和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第 37 条第 2 款对裁量因素的表述中均加入了“情节”这一因素，但是“情节”与其他与之并列的“性质”“程度”以及“持续时间”因素之间是什么关系？这两条行政法规相对于作为上位法的《反垄断法》而言，增加“情节”这一因素是悖反还是细化？层级为行政法规的《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条相对于层级为法律的《反垄断法》第 49 条及其修订草案对应条款而言增加了对历史违法行为和调查中配合情况的考量，那么如何理解此规范的部门法属性？如何理解两者之间的适用关系？《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条将伪造、涂改或者转移、销毁证据这一具体的拒绝、阻碍反垄断执法机构调查行为规定为应当从重处罚的情节，那么该如何理解该条与《反垄断法》第 42 条之间的关系？如果同时适用，既让具有此情节的当事人构成拒绝、阻碍反垄断调查这一违法行为并适用《反垄断法》第 52 条的法律责任，又让当事人因此情节在

罚款裁量时受到更重的罚款,是否形成对同一情节的重复评价?如何认识反垄断罚款的性质?如何看待《反垄断法》第46条第2款未规定立功制度而《行政处罚法》第27条规定了立功制度?

最后,既然《反垄断法》第49条采取了法定化裁量因素的裁量权控制模式,在列举三种因素后加上了起兜底作用的“等因素”字眼,并鉴于反垄断执法实践以及其他法部门已经积累了一些有益的裁量经验,而且透过本次修订草案的意见征求稿可以发现已经有在第49条内新增裁量因素的倾向,所以不妨通过此次修订将其以法律形式明确下来。对此,有一系列问题需要解决。比如,本次修订增加的“消除违法行为后果的情况”这一改变如何评价和完善?除此之外有无必要增加“调查中的配合情况”为量罚情节?是否要在自首制度基础上创设反垄断调查中的立功制度?是否将“历史相关违法行为”纳入量罚范围?以及对于那些域外反垄断执法中纳入量罚情节的其他因素有无必要引入?如果存在引入的价值和必要性,那么具体如何借鉴?

三、反垄断罚款裁量权控制模式的选择

上述分析系统地揭示出了反垄断罚款裁量权失控问题。反垄断量罚存在考量情形欠缺法律依据和量罚不当问题,此为反垄断执法中罚款裁量权失控之表现。法院对量罚适度和公平的审查趋于形式,控制裁量权的相关规范本身存在疏漏,这些则是失控之原因。对此,应当通过完善相关规范,力求在赋权与控权之间形成良好的平衡。反垄断法完善需要在定位和定向的基础上思考如何定则,^[29]因此下面将首先讨论反垄断罚款裁量权控制的整体思路。反垄断罚款裁量问题属于经济法学与行政法学交叉的问题,因此不仅应当从经济法学内部视角进行理论分析,而且应当注重行政法学这一重要的外部视角。^[30]行政法学上的裁量权控制理论为经济法学中思考反垄断罚款裁量权控制问题提供了整体思路。下文将基于行政法自由裁量权控制的四个模型理论,分析经济法上反垄断罚款裁量权控制模式该如何选择。

行政法学者将裁量权控制模式总结为通过规则的命令控制模式、通过原则的指导控制模式、通过程序的竞争控制模式和通过监督的审查控制模式四种模式。其中,通过规则的命令控制模式建立在“自由裁量是法律规则供给不足的产物”的认识基础上,这种模式是通过明确的规则从源头压缩,甚至取消自由裁量空间,裁量基准制度就是典型例证。通过原则的指导控制模式建立在“法治所要求的是法律应当能够控制自由裁量权的行使而不是消除”的认识基础上,该模式是通过基本原则的指导来使自由裁量符合法治主义所强调的基本价值,同时使其在面对多样化现实时游刃有余。通过程序的竞争控制模式是一种过程中的控制技术,力图通过行政程序让行政相对人和其他利害关系人成为裁量权行使过程中的参与者,进而确立一个“公权—私权”的竞争性结构。通过监督的审查控制模式则是事后通过权威主体依据预先标准对自由裁量过程和结果进行审核和判断的一种监控和矫正机制。通过比较这四种控制模式的控制理念、控制时机、控制主体和

[29] 参见前引[1],张守文文。

[30] 当然,尽管经济法与行政法存在一些共同性的基本假设和一些需要共同面对的问题,但伴随政府职能的新发展,两者在法律理念、调整领域上具有显著差异,又需要在借鉴之时站在自身法部门视角上有所取舍。(参见前引[4],张守文书,第259页。)

控制技术，学者主张走向一种复合控制模式。^{〔31〕}在此基础上，本文通过以下分析认为反垄断罚款裁量权控制应当走向一种原则控制和程序控制为主，监督控制为辅的复合控制模式。

通过规则的命令控制模式的典型代表是美国的反垄断案件刑事罚金，但基于罚款性质差异、竞争法实证研究尚少以及规则控制带有的僵化风险，目前我国反垄断量罚不宜以此控制模式为主导。在美国，反垄断罚金数额法定区间=20%×受影响的商业量×系数区间。具体而言，系数区间受到犯罪点数影响，两者存在一个法定的对应转换关系。犯罪点数=5+调整点数，其中调整点数是事先为不同情节（提高因素包括违法类型、高层管理者参与、存在违法记录、阻挠执法等，减少因素包括主动告发、积极配合、认罪态度好、认真接受处罚等）确定的取值区间为[-10, 10]的具体数值。罚金数额法定区间为罚金裁量提供了参考和约束，裁量机构一般应当在该区间内酌情确定最终的数额。^{〔32〕}与之相比，我国的反垄断罚款的性质显著不同。我国《反垄断法》没有明确罚款的法律性质，学界对此也存在较多争议。有学者认为其更接近欧盟的行政罚款，有学者则强调罚款的经济法责任属性。无论争议结果最终为何，这种罚款性质的不同意味着方程中自变量的选择及其计算方式会有不同。同时，该罚金基准计算方程建立在系统的情节量化评估基础之上，但我国的法学实证研究发展相较美国还不尽成熟，因此欠缺量罚评估的理论支撑。此外，还有很多行政法学者指出这种控制模式从理念上就是不符合自由裁量权制度的功能定位的，^{〔33〕}而且在现实中也会陷入僵化困境^{〔34〕}。

欧盟通过设定罚款方法指南规定了计算罚款数额两步走的方法，是通过原则的指导控制模式的典型代表，我国的控制模式与此类似，而且此模式本身的理念贴近经济法运行的特征，因此以此为主导能够更好地控制反垄断量罚问题。欧盟的反垄断罚款数额=销售价值^{〔35〕}×裁定比率×违法持续时间+进入费+裁定调整数额。具体而言，裁定比率根据违法行为的性质、企业的市场份额以及所涉地域范围等因素确定，一般不超过30%。调整数额的裁量一般考虑历史违法行为、调查中配合情况、违法行为中所起作用、违法阶段、能否确保有效阻止违法^{〔36〕}以及特定社会经济背景下的企业生存状况等因素，而且要求最终数额控制在经营者上一年度总营业额的10%以内。欧盟并没有像美国那样量化每种具体的裁量因素，而是从宏观上提出了一个应当考虑的裁量因素体系和一套裁量方法，力图通过这种形式来为裁量权行使划定基本框架，同时为执法者保留一定裁量空间，从而在法治基本价值与行政现实需求之间追求一种平衡。^{〔37〕}我国《反垄断法》相关规定更接近欧盟这种通过原则的指导控制，而且一些学者也在为追寻罚款确定性提出一套中国版的裁量方法，但裁量因素体系仍有待进一步完善。实际上，我国《反垄断法》中规定了反垄

〔31〕 参见王锡铤：《行政自由裁量权控制的四个模型》，载《北大法律评论》第10卷，第2辑，北京大学出版社2009年版，第311-328页。

〔32〕 参见前引〔6〕，黄勇、刘燕南文。

〔33〕 参见前引〔31〕，王锡铤文，第326页。

〔34〕 参见余凌云：《游走在规范与僵化之间——对金华行政裁量基准实践的思考》，载《清华法学》2008年第3期。

〔35〕 销售价值概念的解释参见袁嘉、郝俊淇：《国际反垄断行政罚款制度评析及其对我国的启示》，载《价格理论与实践》2015年第5期。

〔36〕 即通过估计违法所得来将罚款增加至高于估计的违法所得。

〔37〕 参见前引〔31〕，王锡铤文，第316页。

断罚款裁量的一般条款,即《反垄断法》第49条,该条以开放式列举的形式原则性地提出了应当予以考虑的诸多因素。该条具有控制罚款裁量权的潜在价值,但其却被忽视和遗忘。另外,从经济法理论的角度来看,此模式本身的理念十分贴近经济法的基本原则和运行的现实特征。经济法运行中执法因素具有特殊重要性,^[38]执法需要一定的裁量权,但调制主体因为职权界限不明而表现出超越职权或者滥用职权等一些问题,所以又必须贯彻和落实经济法最基本的调制法定原则。

通过程序的竞争控制模式是行政法学领域力推的一种模式,也是我国反垄断执法当中事实上存在的一种控制模式。这种模式通过规范设定裁量权的行使方式,打破了执法机构在权力运用和语言解释等方面的垄断,使裁量权行使由垄断封闭走向竞争开放,成为一个信息分享、知识交流、利益竞争和互相制约的过程,由此不仅提高裁量的理性化水平,而且提升裁量结果的可接受性,^[39]不仅对裁量权形成了一个约束机制,而且保留了裁量权行使的自由空间,因此该模式本身即具有相当的合理性。基于《行政处罚法》的相关规定,我国也存在控制反垄断量罚的通过程序的竞争控制模式。在国家市场监督管理总局公示的反垄断处罚决定书中,大部分有对行政程序告知过程的说明,也有一些案件进行了陈述、申辩或者要求举行听证。但是,如前所述,多数判决仅基于《反垄断法》第46条审查罚款倍率是否在其规定的幅度范围内,而忽视了第49条的实质要求,因此这个竞争性结构的作用并未得到有效发挥。

通过监督的审查控制模式是各国反垄断量罚控制制度体系常见的一种模式,但在我国并不经常启动。基于经济法运行中执法的特殊重要性,司法机关很多情况下会对执法机构的专业性、政策性言语保持克制立场。另外,受到“重定罚轻量罚”的影响,司法审查中往往更重视违法行为构成认定正确性,着重笔墨对定罚进行长篇分析,而量罚部分仅是轻描淡写,更多流于形式。实际上,即使假定已经存在事前的通过原则的指导控制模式和事中的通过程序的竞争控制模式,由于调制主体和调制受体之间存在显著的势差,反垄断执法的机构仍然可能会滥用其在调查和处罚过程中的“支配地位”,所以通过监督的审查控制模式必不可少。

四、反垄断罚款裁量权控制规范的完善

尽管目前我国《反垄断法》中一些具体规范具有原则控制的功能,《行政处罚法》相关条款也具有一定的程序控制功能,而且司法实践也出现了对反垄断量罚的司法审查,但是这些模式更多流于形式,而且模式间关系不清,彼此未能有机结合。实际上,量罚是一项系统工程,只有按照逻辑且周到地考量应当予以考量的各种情节方能保证量罚适度、公平和高效。《反垄断法》第49条可以成为有机结合原则控制和程序控制的关键条款,即不仅在实体上更为科学地规定应当考虑的具体因素,而且还需增加一些程序约束。《反垄断法》第49条明确例举了“违法行为的性质”“违法行为的程度”和“违法行为的持续的时间”三个法定裁量因素,《〈反垄断法〉修订草

[38] 参见前引[4],张守文书,第472页。

[39] 参见前引[31],王锡铨文,第318-319页。

案（公开征求意见稿）》第56条则将此改为“违法行为的性质”“违法行为的程度”“违法行为的持续时间”以及“消除违法行为后果的情况”四个法定裁量因素。尽管目前该条采取开放式列举方式，为执法实践中出现的其他裁量因素提供了空间，但法律明确列举的因素和实践中考量的因素在数量和种类上存在较大出入，该条的原则控制功能也难以发挥。因此，值此修订契机，应当在准确解释既有法定裁量因素、理清各种潜在裁量因素间关系的基础上，构建一个更全面和协调的法定裁量因素体系。

有鉴于此，本文首先对现行法律列举的三个裁量因素中存在争议的概念进行解释。第一，“性质”在此处是指事物的特性和本质，“违法行为的性质”是指该行为的违法行为类型及其违法特征的综合评价。由于现行法律对于“垄断协议”和“滥用市场支配地位”这两种性质和违法构成要件截然不同的违法行为设定了相同的倍率式罚款，而且修订草案也有统一罚款形式的趋势，所以有必要将这种性质上的不同体现到罚款裁量之中，有必要根据违法行为类型抽象地评价该种违法行为的违法特征。当然，抽象评价的任务最好是以行政法规这种层级的下位法来细化和落实，而不是在不同的部门规章中各自表达。第二，“程度”在此处是指事物发展变化达到的状况，但“违法行为”单独修饰程度存在指向不明的问题，因此需要增加新的修饰词来明确程度的具体指向，或者通过下位法来对此进行详细解释。本文认为“违法行为的程度”应当包括抽象和具体两个层次。在抽象的层面，“违法行为的程度”应当是指整体行为违法的程度，更具体地说就是违背该法立法目的的程度，也就是整体违法行为竞争损害的程度；在具体的层面，“违法行为的程度”就应当是指该整体行为中具体当事人违法行为在整体行为中所起的作用，也就是具体违法行为涉案的程度。尽管这个具体层面的讨论仅针对共同违法行为，但现时的或者可能的排除、限制竞争行为经常是以共同违法行为的形式出现，所以抽象—具体两个层次的划分是契合实际的。

在明晰了三种法定裁量因素中两种争议性概念的内涵后，还需理清法定裁量因素的体系构成问题。第一，基于前述分析可知，反垄断执法机构在裁量罚款时还考量了是否积极配合调查或如实陈述、是否主动停止了违法行为、是否积极整改、是否有自首情节以及是否有立功情节这几种具体情况，这些可被归纳为悔过情况。第二，修订草案中新增“消除违法行为后果的情况”确有必要，因为从立法目的来说，《反垄断法》不只是为了预防和制止垄断行为，还要削减、消除已经实行垄断等违法行为带来的竞争损害后果，由此方能保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会市场经济健康发展。第三，《禁止垄断协议暂行规定》和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》裁量因素条款中增加“情节”会使裁量因素间关系混乱。“情节”是指事情的变化和经过，但目前罗列的其他三种要素很多本质上都是不同的情节。如果加入情节意味着认为前三种都不是情节。尽管可以把违法行为的性质和程度仅视为一种抽象的评价，但是违法行为的持续时间一定是具体且特定的，其实质是一种情节，所以会导致列举逻辑混乱。第四，应当将《价格违法行为行政处罚规定》第17条中考量的“历史相关违法情况”增加至《反垄断法》第49条的列举当中。理论上，由于《反垄断法》旨在预防和制止垄断行为，反垄断罚款也就承担着打击和预防的双重功能。屡查屡犯的人相对于初次违法的行为人具有更高的竞争损害风险，所以有必要在量罚时予以区分，对屡查屡犯者处以相对于初次施行垄断违法者更重的

罚款，进而使罚款发挥恰当的威慑效果。另外，实际上欧盟、美国和日本^{〔40〕}也都将此要素纳入罚款裁量的考量体系当中，这些立法实践也一定程度上反映了新增这个因素的必要性。第五，应当在《反垄断法》第 49 条中明确增加列举“经济社会背景下的企业状况”这一重要的裁量因素。在日本，这一裁量因素主要体现为对经营者“行业属性”和“规模”的考量。^{〔41〕}借鉴这一立法经验，“经济社会背景下的经营者状况”被理解为当前宏观经济整体状况、经营者所属行业在宏观经济背景下的发展现实状况和战略地位，以及经营者自身的发展状况三个方面。考量当前宏观经济整体状况可以平滑经济周期波动给竞争执法带来的影响，考量所属行业现实状况和战略地位能够更好兼顾常态化经济和非常态化经济时期显著不同的行业发展状况以及竞争执法需求，考量经营者自身的发展状况则能够防止罚款变成经营者生存的威胁，避免陷入为了预防和制止垄断行为反而影响整体经济的健康发展的局面。这些裁量因素有其存在价值，也或多或少已经体现在执法实践当中，但其必须通过纳入法定裁量因素的方式使其受到控制。由此可知，加入这一裁量因素体现了经济法的经济性和规制性，在加强竞争法治的前提下提升了竞争政策与产业政策的协调性，从更高角度来看也更符合经济法促进经济与社会良性运行与协调发展的根本目的。

上述对裁量因素构成的思考可以被概括为裁量因素三层次体系，请参见表 3。

表 3 裁量因素三层次体系

客观方面评价	违法行为的性质	违法行为类型
		所涉违法类型特性的综合评价
	违法行为的程度	整体违法行为的竞争损害程度
		个体违法行为的涉案程度
	违法行为的持续时间	
	违法行为的阶段	
	消除违法行为后果的情况	
	经济社会背景下的经营者状况	行业属性
		经营者规模
主观方面评价	悔过情况	是否屡查屡犯
		是否主动停止违法行为
		配合调查情况
		是否积极整改

这个体系明晰了裁量因素之间的关系。第一层次是指主客观方面的二元分类，即将裁量因素

〔40〕 欧盟罚款基础调整阶段将累犯作为从重情节（参见前引〔35〕，袁嘉、郝俊淇文）；在美国，存在违法记录是提高犯罪点数的因素（参见前引〔6〕，黄勇、刘燕南文）；在日本，裁量反垄断罚款时是否再次违法会影响罚款的计算比率（参见王玉辉：《日本〈禁止垄断法〉罚款及其减免制度研究——兼谈对我国〈反垄断法〉相关制度的借鉴》，载《河北法学》2010 年第 3 期）。

〔41〕 日本裁量反垄断罚款时会根据行业特征（划分为制造业、批发业和零售业）、经营者规模（划分为大企业和中小企业）、是否再次违法和是否主动停止违法行为四个方面区分罚款的计算比率。计算比率表参见前引〔40〕，王玉辉文。明确强调减免不适用于告发其他公司的违法行为，也就是明确排除了立功制度。

分为客观方面的评价和主观方面的评价。客观方面的评价主要针对违法行为和违法者两个方面，其中违法行为主要涉及性质、程度、阶段和持续时间，违法者则主要考量其消除违法行为后果的情况和在经济社会背景下的经营状况，主观方面的评价主要是指违法者悔过表现，这些因素共同构成了第二层次裁量因素，也就是本文认为《反垄断法》第 49 条应当予以明确列举的因素。第三层次裁量因素是对第二层次裁量因素的分类和细化。除了裁量因素之间的逻辑关系之外，还有两个外部的相邻关系问题需要理清。第一个有待理清的问题是如按前述的方式修改了《反垄断法》第 49 条，如何看待《反垄断法》第 46 条与该条的关系。对此，需要指明的是《反垄断法》第 46 条第 2 款规定自首为减免处罚情节，这里的自首对应上述裁量因素体系的理论分类就是主动停止违法行为并且配合调查表现极其突出，因此是对悔过情况这种裁量因素的特别强调，两者并不会产生冲突。第二个问题是罚款的时间基准是否为裁量事项的问题。《反垄断法》第 49 条指出了反垄断执法机构确定具体罚款数额时应当考虑的因素。反垄断倍率式罚款的基准为“上一年度销售额”，由于《反垄断法》相关规范并未指明“上一年度”的参考对象，实践中各执法机构采取了截然不同的做法，这在相关行政诉讼中也成为争议焦点。基准的变化事实上会导致最终的罚款数额产生变化，如果本次修法放任这种不确定性问题继续存在，那么反垄断执法机构确定倍率式罚款的具体罚款数额过程中将不仅受到倍率裁量的影响而且受到基准的影响，就必须至少将此时间基准的确定纳入裁量事项当中对其进行一定控制。当然，如果本次修订能够明确上一年度销售额的参考对象则更为理想。

除此之外，由于实践中反垄断执法机构经常在决定书中一笔带过《反垄断法》第 49 条中列举的法定裁量因素、不载明所查实的量罚因素相关事实、不对裁量因素下定性结论就径直作出罚款决定，而且法院在审查反垄断执法机构量罚问题时也经常忽视该条款的重要性，还有必要在完善与法定裁量因素列举相关的实体规则的同时增加一些程序约束。比如在该条后增加一款类似“反垄断法执法机构应当在处罚决定书中载明所有被纳入考量的因素，并逐一基于相关事实作出定性结论”的规定。通过这一规定强调了反垄断执法机构在裁量罚款数额时必须通过决定书充分披露裁量权行使所考量的因素、依据的事实和对每一项因素的评价，如此一来，裁量权行使过程被公开，不仅能够促使执法机构更为谨慎地思考罚款裁量结果的适度性和公平性，提高裁量的理性化水平，提升裁量结果的可接受性，而且也为司法审查量罚提供了基本框架。

五、结 论

尽管反垄断制度建构成就瞩目，本次修订草案也回应了诸多问题，但“重定罚轻量罚”依然存在。经济法领域已就反垄断罚款相关问题形成诸多理论成果，但结合本次草案来看还有不少问题尚未予以回应，而且在研究视角和方法上也有更多可拓展空间。有鉴于此，本文首先透过数据系统分析了反垄断罚款裁量权失控问题。第一，分析 177 份处罚决定书后发现，反垄断量罚未能很好践行《反垄断法》第 49 条的要求。第二，梳理 63 份包含反垄断罚款裁量审查内容的文书后发现，法院对此的审查较为粗疏，依据主要是第 46 条，对条款的理解也存在分歧，因此未能很好监督和控制。第三，对比分析反垄断罚款裁量相关规范后发现，这些规范存在“表述模糊”

“体系不协调”和“裁量要素体系不健全”问题。

对此,本文借鉴自由裁量权控制理论分析后认为,控制反垄断罚款裁量权应以原则控制和程序控制模式为核心。由于《反垄断法》第49条是能够实现有机结合原则控制和程序控制效果的重要条款,本文基于语义分析、系统分析和比较分析等方法建议将《反垄断法》第49条修改为:“(第一款)对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度、阶段、持续时间,违法者的悔过情况、消除违法行为后果的情况以及经济社会背景下的经营者状况等因素。(第二款)反垄断执法机构应当在处罚决定书中载明所有被纳入考量的因素,并逐一基于相关事实作出定性结论。”

Abstract: The study on the discretion of antitrust penalties has outstanding practical needs and important theoretical significance, so we need to think about how to revise relevant rules. The empirical analysis based on the data of 177 punishment decisions shows that the discretion fails to fulfill the requirements of Article 49 of the Anti-monopoly Law, and after analyzing 69 documents on the Chinese Judicial Documents website, which contain the content of the punishment that the punished person has appealed to the court for review, it is found that phenomenon of improper and unfair penalties has not been effectively controlled by the judiciary. From the dimension of legislation, there are three problems in the norms of anti-monopoly quantity and penalty: vague expression, uncoordinated system and unsound system of discretionary elements. These problems can be summarized as the problem of out-of-control discretion of anti-monopoly penalty. Therefore, we should control the exercise of discretion through principles and procedures. Specifically, the expression of factors in Article 49 of the Anti-monopoly Law could be changed to “should consider the nature, degree and duration of the illegal act, the degree of repentance, elimination of the consequences, and business status of violators” in order to better play its control function. Besides, we would better add that the authorities shall be noted all factors into account, and one by one based on related facts to make qualitative conclusions as the second paragraph.

Key Words: anti-monopoly, discretion, empirical study, Article 49 of the Anti-monopoly Law

(责任编辑:殷秋实 赵建蕊)