

【法学研究】

我国反垄断法中没收违法所得制度的系统化重构

张 雅

摘要:我国反垄断法的首次修改并未突破没收违法所得“并处”行政处罚的强制性模式,反而因引入民事公益诉讼和刑事责任放大了多元救济衔接不畅的问题,加之目前违法所得衡量尺度不一致、“以罚代没”数额拟制不科学等难题,反垄断没收违法所得出现了立法与实践的背离。然而,没收违法所得具有独特的性质、功能和价值,与其他救济措施无法相互替代,具有存在的合理必要性。因此,通过考察世界范围内没收违法所得与罚款的适用模式,我国可以采取复用模式替代“并处”模式保证没收违法所得的灵活适用,同时细化违法所得认定与计算方法并建立垄断违法所得专项资金账户,将违法所得返还受损主体,实现市场主体利益的平衡,畅通多元救济措施间的衔接。

关键词:反垄断法;行政处罚;没收违法所得

中图分类号:D923

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2022)11-0072-09

自2008年《反垄断法》出台以来,我国在近14年的反垄断行政执法中以“没收违法所得并处行政处罚”的规定为指导。但大量案件表明,面临复杂的反垄断实践,没收违法所得这一行政处罚方式并未得到广泛应用,单处罚款已经成为主要手段。有学者对此进行实证研究发现,没收违法所得案件在总体反垄断案件中的占比甚至只有10%左右,执法人员常常采取“以罚代没”的形式进行处罚^[1]。当然,这与违法所得计算的复杂性有关。国家发展改革委曾在2016年发布了《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)》,但该征求意见稿经过多次的修改,仍未最终确定发布,各界对违法所得的认定和计算始终难以达成共识。因此,反垄断执法机关在缺乏详尽法律法规或指南指导的情况下,对“违法所得”认识模糊、标准不一,为避免产生争议,干脆选择“违法所得难以计算,故不计算违法所得”的方式。但是,如此一来,我国没收违法所得与行政处罚的“并处”规定显得形同虚设,一定程度上与部分国家或地区仅采用罚款的做法并

无不同。而“并处”模式作为我国反垄断法律责任中的特色制度,区别于一般国家或地区的规定,学者们对此表现出极高的研究热情,但对于组合使用还是替代使用的争论始终未有结果。

2022年,我国《反垄断法》迎来制定以来的首次修改,但遗憾的是,新规不仅未对上述困境进行回应和解决,还带来新的适用难题,导致行政救济与私人民事诉讼、民事公益诉讼、刑事救济衔接不畅。这与我国向来重视没收违法所得并倾向于根据违法所得计算行政处罚的固有思维密不可分^[2]。可以预见,在今后一段较长时间内,我国反垄断执法机关在面临经营者违法所得难以计算的情况时,依然会选择倚重单处行政处罚的做法,并将此部分的额度加载在罚款的比率上,或在没有上一年度销售额时提高固定罚款金额,以实现“没收违法所得”的“等价替代”。但这种“替代”是否真的“等价”,标准如何,能否完全实现对违法垄断经营者的适度处罚和威慑?解决这些问题,必须从根本上重塑我国反垄断领域没收违法所得的适用模式。

收稿日期:2022-09-18

作者简介:张雅,女,中国政法大学市场监管法治研究中心研究员(北京 100091),香港城市大学法学院博士后研究人员(香港 999077)。

一、我国反垄断没收违法所得适用的实证分析

自我国反垄断法实施以来,相较于民事诉讼私力救济手段的式微,以没收违法所得并处罚款的公力救济手段成为追究垄断行为法律责任的主要方式。正视和反思我国反垄断没收违法所得适用的现状和问题,特别是在“并处”的法律规定下,执法机关究竟对违法所得如何认定和计算,难以计算时如何应对等,行政处罚决定书能给予最直观的呈现,因此有必要对反垄断没收违法所得的适用进行实证研究。

1. 样本选取

在研究样本的选择上,为实现有的放矢,本文主要从两个维度考虑:一是行为类型。我国仅对滥用市场支配地位行为和达成并实施垄断协议行为的经营者采取“没收违法所得并处罚款”的处罚方式,因此文章仅分析上述两种行为的行政处罚结果,使样本总量更为客观,不致稀释统计概率。二是时间跨度。随着执法经验的积累和执法人员专业度的提升,近两年的执法数据能够更为清晰地反映现阶段执法水平的情况,由此得出的结论更合理,也对完善思路的指引更科学。基于上述考虑,笔者对国家市场监督管理总局官方网站上公布的自2021年1月28日至2022年9月2日以来查处的42起涉及滥用市场支配地位行为和达成并实施垄断协议行为案件的行政处罚决定书进行实证分析。

2. 样本分析

在没收违法所得适用方面,只有19起案件并处没收违法所得,占总样本数量的45.24%;其余23起仅进行了行政罚款,占总样本数量的54.76%,其中没有违法所得的有3起,违法所得为负的有1起,违法所得难以计算的有7起,未进行任何理由说明的有12起,除却违法所得为零及负值的情况,其他19起案件仅采取罚款处罚显然与立法相背离,并且在实施“以罚代没”时均未对罚款比率是否考虑违法所得进行特别说明。如此现状,究竟是立法不适宜还是执法不重视,值得关注 and 深入讨论。

在违法所得的计算方面,19起没收违法所得的案件中,有7起并未对违法所得的计算方式进行说明,仅在最终的处罚决定中直接提出没收数额。在

其余12起案件中,执法机关对违法所得的计算方式通常依据《行政处罚法》第28条第2款或《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》第2条,以当事人实施违法行为获取的全部收入减去当事人直接用于经营活动的合理支出得出违法所得金额,这里的全部收入通常包括直接收入和间接收入。例如,在“贵州周富承物流有限公司滥用市场支配地位案”^①中,执法机关认为违法所得不仅包括当事人通过协议直接获取的指定保险回馈数额,而且包括通过促成他人签订合作协议获取的间接利益,无论是直接还是间接降低当事人营业成本、提高营业利润的经济利益部分都属于违法所得。而在计算来源方面,执法机关一般通过涉案协议、交易明细、财务数据等证据确认违法所得的数额,在案件复杂的情况下,也会通过会计师事务所出具的审计报告进行确认。

在违法所得的归属方面,执法机关通常只要求违法经营者退还涉及垄断行为的押金、保证金等,而违法所得收入则予以没收,上缴国库。例如,“宁夏长燃天然气有限公司滥用市场支配地位案”^②中,当事人滥用市场支配地位销售报警器和波纹管的所得扣除合理成本后的金额被认定为违法所得,全部没收,并未返还消费者。当然,若是当事人已经主动退还的部分通常不再计入违法所得,如“宜兴港华燃气有限公司滥用市场支配地位案”^③中当事人滥用市场支配地位收取高额采暖增容费,并在燃气管道安装上收取不公平高价,前者由于当事人主动退回不计入违法所得,后者以抽样工程合同金额与第三方机构造价评估金额偏离比例计算为违法所得进行没收,同样没有返还受害消费者。

在违法所得难以计算的案件中,常见的现实困难主要包括三类:一是实际违法销售额“成分”复杂,如“北京凯瑞联盟教育科技有限公司垄断协议案”^④中当事人违法所得来自对违反垄断条款的加盟商的罚款,但实际全部罚款中还涉及其他违约情形,执法机关无法对垄断行为所致的违法所得进行准确剥离;二是“反事实”情况难以推测,如“盖思特利商贸(北京)有限公司限定最低转售价格垄断协议案”^⑤和“上海食派士商贸发展有限公司滥用市场支配地位案”^⑥均是由于执法机关难以确定当事人未实施垄断行为时涉案产品的合理价格,继而难以明确违法所得;三是当事人财务状况特殊,如在

“新田县龙泉机动车驾驶员培训学校等垄断协议案”^⑦和“遵义市中心城区 8 家液化石油气经营企业达成并实施垄断协议案”^⑧中均因当事人财务制度不健全,无法提供翔实的财务资料或数据,导致执法机关无法准确核实其产品成本,计算垄断利润。

二、“并处”模式下没收违法所得 适用难题剖析

无论在修订前还是修订后,我国反垄断法都坚持对滥用市场支配地位行为和达成并实施垄断协议行为采取“没收违法所得并处上一年度销售额 1% 以上 10% 以下罚款”的处罚措施。从立法层面看,这种“并处”模式要求将没收违法所得和行政处罚同时适用,没有授予反垄断执法机关对前者的自由裁量权。从上述针对反垄断没收违法所得适用的实证研究可以看出,真正遵循并处模式处罚的案件只有 45.24%,当然这个数据相较于 2008—2018 年期间没收违法所得 30.30% 的适用率(66 起滥用市场支配地位及实施垄断协议的案件中仅 20 起适用)^[3]已经有明显提升,但这依然表明自反垄断法立法以来,没收违法所得的立法与执法始终存在双向背离:立法脱离执法,执法背离立法。而本次修订在这一点上没有任何改进也着实令人费解,尤其是在引入反垄断公益诉讼的情况下,没收违法所得的适用将会面临新的难题。

1. 违法所得衡量尺度不一致

在没收违法所得的实施的,违法所得的认定既是重点也是难点。根据我国《行政处罚法》第 28 条规定,违法所得是指“实施违法行为所取得的款项”,这一规定既未明确内涵,也未划定外延,很难对执法实践进行具体指导。事实上,被处以没收违法所得的案件中,大部分处罚决定书并未对违法所得的认定进行详细说明,其计算标准不得而知;而为数不多的详述违法所得确认过程的案件中,衡量尺度也并不一致,主要分为以下三种标准。

一是垄断收入标准。在这种标准下,只要是与垄断行为实施有关的产品和服务所带来的收入都属于非法收益,不应归于违法经营者,因此,在经营者实施垄断行为期间获得的全部收入都被认定为违法所得。这种标准未考虑经营者生产、销售产品或提供服务过程中支出的合理成本和利润,无疑扩大了

违法所得的认定范围。

二是垄断利润标准。《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》中规定,违法所得的计算应当以“当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入”减去“当事人直接用于经营活动的适当的合理支出”,在此标准指导下,垄断利润即为违法所得,是经营者实施违法垄断行为获得的全部收入扣除其应当缴纳的税费和在经营过程中产生的合理成本所得。实践中执法机关多采取此标准确认违法所得。垄断利润标准虽然较垄断收入标准考虑了经营成本,但本质上是实施垄断行为的全部利润,既包括合理利润(未实施垄断行为状态下可能获取的利润),也包括非法利润。显然,两个标准都忽略了合理利润。

三是直接垄断利润标准。相较于垄断利润标准,该标准只考虑与违法垄断行为相关的直接利润,表现为只计算直接行为人的垄断利润,而对相关企业(如交易相对方、关联公司等)因垄断行为获取的利润不作处理。该标准对违法所得的计算覆盖度过分缩小,可能导致投机行为,使没收违法所得的功能名存实亡,无法真正起到对竞争损害的弥补作用。

计算标准的不统一势必导致同案不同判,既可能对违法经营者过度威慑,也可能出现威慑不足的窘况,不仅加大了执法难度,而且提高了执法成本。

2. “以罚代没”数额拟制不科学

没收违法所得是一种公平的金钱补救措施,旨在剥夺不法分子的不当得利,其功能的不可替代性也正是本次修法依然坚定地保留该处罚措施的原因。但实践中执法人员更倾向选择“以罚代没”,使经营者承担大于其垄断获利的经济责任^[4]。“以罚代没”确实有理论上的合理性:违法所得的计算对理论和技术的要求高、难度大,准确从全部营业收入中剥离出违法利益非常困难,在没有相关规定指导的情况下,通过增加罚款数额达到没收不当利益的方式或许可行。

然而,“以罚代没”的本质是将经营者上一年度销售额的一定比例拟制为违法所得,这样的做法是典型的取效率而舍公平。首先,就计算基础来说,“销售额”本身存在概念歧义,究竟是经营者的全部产品或服务的销售额,还是涉及垄断行为的产品或服务的销售额?前者的数额最方便获得,可以直接根据经营者的年度财务报告等财务资料确定,但此

时拟制的违法所得数额并不能准确反映垄断获利或垄断损害,反而扩大了计算基数,可能导致威慑过度;而后者将销售额认定为受垄断行为直接或间接影响的销售收入总和,虽然能够实现实质公平,但可能同样陷入难以计算的循环。其次,就时间跨度来说,只选取“上一年度”的销售额,无论“上一年度”的计算起点如何,都忽略了违法行为的持续时间;对于实施期间少于一年的案件,拟定数额可能高于实际违法所得,产生过度威慑;而对于实施期间多于一年的案件,拟定数额可能少于实际违法所得,出现威慑不足。最后,就拟制比例来说,我国规定罚款比率的浮动范围是1%—10%,因此“以罚代没”时违法所得加罚款的比率上限也只有10%,但现实中的垄断行为尤其是性质恶劣的核心卡特尔行为等,本身获取的不当利润可能就高于销售额的10%,而且为避免争议,处罚决定书中通常对于考虑违法所得因素的罚款比率认定也避而不谈,不透明的拟制方法严重影响了反垄断处罚结果的威慑力和可预测性。

3. 反垄断多元救济衔接不畅通

本次修法前,我国反垄断法律救济仅通过两个途径:一是以执法为手段的行政救济,二是以司法为手段的私人民事救济^[5]。但本次修法提出了多元救济模式,新增了民事公益诉讼和刑事救济。如此一来,多种救济间的衔接将成为新法实施面临的重要问题。这种衔接主要关乎先后实施的不同法律措施能否对受害人实现充分救济,对违法者进行适度惩罚,其核心矛盾在于违法所得的处置。

根据《行政处罚法》第74条规定,违法所得“必须全部上缴国库”,“除依法应当退还、退赔的外,财政部门不得以任何形式向作出行政处罚决定的行政机关返还罚款”。但实践中大部分没收违法所得款项均没入国库,退还受害人的较少^[6],导致对其他救济方式的实施带来阻碍。一方面,就刑事救济而言,新法第67条规定,违反反垄断法构成犯罪的应承担刑事责任,而《刑法》第64条规定,犯罪分子的违法所得应予以追缴或责令退赔,可见刑事救济中违法所得应当退还受害人。另一方面,就民事救济而言,包括私人民事诉讼和民事公益诉讼,新法第60条规定,因垄断行为给他人造成损失的经营者应承担民事责任,设区的市级以上人民检察院可以就损害社会公共利益的垄断行为提起民事公益诉讼,根据《民法典》第179条及《最高人民法院、最高人

民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》相关规定,赔偿损失是违法经营者应该承担的民事责任之一,而通常受害人遭受的垄断损失正是垄断经营者违法所得的来源。因此,在刑事和民事救济中均倡导违法所得返还当事人。

三种救济方式的功能并不冲突,同一违法行为极可能承担多种法律责任。若是刑事和民事救济在前,在违法所得已返还当事人的情况下,行政处罚自然只能处以罚款。但若行政处罚在前,在已经没收违法所得的情况下要求经营者承担民事或刑事责任,返还受害人损失的法律责任则会受到阻碍:要么受害人难以获得赔偿,垄断损失无法救济;要么受害人获得赔偿,违法经营者需承担双倍责任,导致惩罚过度。

因此,目前违法所得上缴国库的做法令新法提出的多元救济方式难以顺畅衔接,并严重割裂行政处罚与其他救济手段的适用。

三、反垄断领域没收违法所得适用模式比较分析与借鉴

探讨我国反垄断没收违法所得制度的重构,离不开对成熟反垄断经验的研究。考察世界范围内的反垄断处罚措施可以发现,没收违法所得与罚款的组合适用主要包括合并模式、补充模式和复用模式。

1. 合并模式分析

欧盟是应用合并模式的典型代表地区。欧盟委员会认为违法行为所涉及的销售价值与行为持续时间两个因素,不仅是反映违法行为对经济利益影响的合适指标,而且可以体现各个违法经营者在违法行为中的相对权重。因此,在基础罚款金额的计算方面,以经营者参与违法行为的最后一个完整营业年度的销售额为销售价值,根据违法行为的严重程度确定基础罚款比例(不超过30%),再乘以违法行为的持续时间。可见,违法行为涉及的销售价值与行为持续时间被综合用于违法所得的拟制,以确保在基础罚款金额的计算中就覆盖违法利益的剥夺。此外,欧盟于2006年颁布的《根据〈1/2003号条例〉第23(2)(a)条规定处以罚款的确定方法的指南》中第31条规定,如果可以估算垄断行为的违法所得,欧盟委员会将考虑提高罚款金额以超过违法所得的数额^[7]。由此观之,在欧盟,无论垄断经营者

的违法所得能否确定,罚款都要涵盖并超过这一不当得利的数额。除此之外,匈牙利、英国的罚款和日本、韩国的课征金制度也都在一定程度上合并了没收违法所得的功能。

在合并模式下,罚款的功能不仅在于预防和压制,还在于剥夺所得^[8]。为了实现有效的惩罚和威慑效果,无论是基于获利还是基于损害确定的罚款数额,都必然要高于违法垄断行为的获利或损害。但这种模式在现实中与我国均面临难以准确计算违法所得的问题,因此许多国家在罚款数额的基本确定上采取“拟制”的方式,摒弃对实际违法所得的计算,转而将销售额的一定比例拟定为垄断利益^[9]。

2. 补充模式分析

美国联邦贸易委员会认为没收违法所得旨在剥夺不法分子的不当得利,并阻止其他人未来的违法行为。长期以来,剥夺违法者从非法行为中获得的一切利益都被视为适当、必要的反垄断补救措施。尽管如此,没收违法所得并不是反垄断案件的必要补救措施,通常只作为补充性惩罚手段。这源于美国成熟的反垄断制度具有灵活、多元的救济工具,尤其是美国反垄断私人诉讼的数量在世界范围内都遥遥领先,受害者可以在私人诉讼中获得 3 倍损害赔偿,而且发达的集体诉讼制度通常可以召集到几乎所有的本案受害者,因此在反垄断执法机关处罚时较少考虑没收违法所得。

美国最早在反垄断领域适用没收违法所得的案件是 1999 年联邦委员会诉麦兰实验室一案,并在 2003 年发布了《竞争案件中的货币公平救济政策声明》,强调没收违法所得并非常规的补救措施,联邦贸易委员会只在例外情况下寻求没收违法所得和返还,且考虑以下三个因素:第一,只有在根本违规行为明显的情况下才适用;第二,有合理的基础来计算违法所得数额;第三,根据其他救济方式的实施情况审议没收违法所得的必要性^[10]。然而自该声明发表至 2012 年,联邦贸易委员会只在两起竞争案件中采取过没收违法所得,因此,该声明被认为过度限制了没收违法所得的适用而在 2012 年撤回,委员会强调仅依赖现行反垄断法律,使其为使用货币公平救济提供充分指导^[11]。

无论如何,在没收违法所得的适用上美国相当谨慎:只有当其他补救措施可能无法完全实现反垄断目的时,或当这种货币补救措施可能提供重要的

额外利益时,才会考虑没收违法所得;若其他补救措施可能实现完全救济时,则不再考虑没收违法所得。由此可见,美国反垄断法对于避免受害人重复追偿或违法者过度负责现象的出现非常重视。

3. 复用模式分析

复用模式的典型代表国家是德国,德国《反限制竞争法》中规定了针对违法垄断行为没收违法所得和罚款的处罚,但对于二者的适用,并不像我国一样采取严格的并处模式。

《反限制竞争法》第 34 条详细规定了竞争主管机构实施违法利益没收的事项,其第 1 款规定:“经营者故意或过失地违反本法、欧洲共同体条约第 81 条或第 82 条规定或竞争主管机构的处分,且因此获得经济利益的,竞争主管机构应没收该经济利益,并令经营者给付相当于该项利益的金额。”当然,经济利益的数额应当经过估算得出,同时应当核定经营者缴付金额的具体数目。同时,该法第 81 条规定了以故意或过失实施限制竞争行为的罚款,其中第 5 款规定因秩序违反行为获得经济利益,在进行罚款时应当对该经济利益进行剥夺。但没收违法所得和罚款并不总是同时适用,该法第 34 条第 2—5 款规定,若该经营者因已支付损害赔偿或被处以罚款或被没收犯罪所得导致第 1 款中所述经济利益不复存在时,可以不予没收,已没收的应退还已证明给付的金额。并且当没收违法所得会对经营者造成不公平的严苛时,应当仅没收适当金额或不没收,所获经济利益过于微小的也应停止没收。此外,在实施期限上,该措施只能在违法行为终了的 5 年之内实施,且对违法所得的没收期间最长也不得超过 5 年。可见,德国反垄断法承认没收违法所得的重要性,但该措施并不是必要的,而是选择适用。

上述三种模式与我国的“并处”模式相似但又有所不同,相似之处在于都考虑了违法所得剥夺的必要性,不同之处在于剥夺的方式和手段。对于这些模式的认识和解剖对我国探究没收违法所得与罚款的关系以及违法所得数额的确定,具有重要参考价值 and 借鉴意义。

四、没收违法所得在反垄断 执法中的应然定位

准确识别没收违法所得在反垄断行政执法中的

应然定位,是探讨没收违法所得与罚款适用模式(组合使用还是替代使用)的基础和前提。

1. 性质定位

性质是事物间相互区别的根本属性^[12]。从本质上来说,没收违法所得作为一种负担性行政行为,目的在于实现对不法利益的剥夺。在反垄断领域,垄断经营者违法所得的直接来源通常是经销商(中端)和消费者(终端)。1977年美国“布伦瑞克公司诉韦布洛保龄球公司案”首先确立了“垄断损害原则”^[13],垄断损害包括抽象垄断损害和具体垄断损害:前者指抽象的社会整体经济利益受到的损失,如消费者整体福利减损、市场创新活力下降等,该部分损害并未实际转移给生产者或消费者,因此不仅数额难以计算,也没有特定的侵害对象,只能由公权力代表公共利益追究违法垄断者的责任,如采取罚款的经济性惩罚;后者指具体的由他人(消费者或竞争者等)转向生产者的利益部分,该部分利益是经营者实施合法市场竞争行为情况下应当支出的成本或不应当获取的利润,而事实上被垄断经营者侵占,本质上是一种利益转移,应当采用“归还”的救济手段,由于其受损对象特定、明确,因此不仅可以从民事责任上要求损害赔偿,而且可以从行政责任上没收违法所得再通过国家财政的转移支付等手段,归还受损主体。

2. 功能定位

我国《行政处罚法》第9条第(二)项规定,“罚款、没收违法所得、没收非法财物”均属于行政处罚,在学理上,这三种行政处罚均属于“财产权”^[14]。作为追究违法责任的有效手段,没收违法所得和罚款也被应用于反垄断法中。那么,从功能上来说,二者是否都具有惩罚功能?所谓“惩罚”,应指使当事人的利益状态比违法行为实施前更为恶化^[15]。从本质上来说,“违法所得”的内容是经营者获取的垄断利益,属于违法利益;“罚款”的内容往往是销售额的一定比例,而销售额与违法所得之间并不必然是包含关系,有时销售额既包括合法收益也包括违法收益,但特定情况下违法所得可能并不体现在销售额中。例如在滥用市场支配地位低于成本价销售时,销售额中并无具体的垄断利益,此时没有违法所得,仅能处以罚款。可见,违法所得本身具有不正当性,即使被剥夺也并未使违法者获得额外负担,其利益状态只是恢复到尚未实施违法行为

时的状态,并没有比实施前更为恶化,因此不具有惩罚功能。这也是我国行政法律责任中坚持没收违法所得与罚款并用的原因。在这种模式下,剥夺不法利益后采取的罚款才真正使违法者丧失了额外的经济利益,达到惩罚的效果。

3. 价值定位

“各得其所”是罗马法中正义的基本内涵^[16]。违法所得作为“罪恶之果”,是行为人通过不法行为获得的本不应当归属自身的利益,没收违法所得正是对“各得其所”这一内涵的深入体现。没收违法所得的价值追求在于实现不同利益主体之间的平衡^[17]。因此,相较于罚款等其他行政处罚手段,其更强调公平——若非自身正当努力获取即为不法利益,因此形成的“财产权”不具有法律上的正当性,不仅无法得到法律的承认和保护,还应进行剥夺,使之恢复应然的利益秩序,逆转“损人”以“利己”的危害。从这个层面上来说,没收违法所得和民法中的返还不当得利原理相似,只是二者实现“公平”的方式不同,前者通过公权力保证实施,后者通过私人诉讼请求,且在反垄断领域没收违法所得在实质公平的追求和实现上更胜一筹。这是因为在市场经济条件下,虽然经营者和消费者都是民法意义上相互独立的平等主体,但由于信息不对称、行为隐蔽性、经营者具有优势地位等因素,消费者无论在信息还是财力方面都无法与经营者抗衡。因此,采取提起反垄断民事诉讼的方式并不能使消费者的利益得到及时有效弥补,在消费者无法得到应有的损害赔偿时,需要政府基于维护公共秩序之目的,以公权力出面进行救济,通过反垄断执法机关没收违法所得实现对违法主体不当经济利益的剥夺,以实现社会公平。

由此可见,从性质、功能、价值上来看,没收违法所得区别于其他救济手段,具有自身存在的合理必要性,具有不可替代性。

五、反垄断没收违法所得适用的系统塑造

解决我国现行“并处”模式下没收违法所得的适用难题,必须打破原有僵化模式的束缚,从转换模式、细化过程、明确去向三个方面进行全过程的体系化重塑。

1. 复用模式替代“并处”模式

在深入讨论破解没收违法所得适用难题之前,

必须首先明确没收违法所得的存在必要性。目前大多数国家和地区都摒弃了这一措施,采用“罚款中心主义”,学界虽然有“存续说”“废除说”“折中说”,但后两种学说一直占据主流地位,尤其是“折中说”,倡导近期保留而远期废除。通过上文对反垄断领域没收违法所得应然定位的讨论,可以看出,没收违法所得是一种公平的补偿办法,其目的在于消除违法者的不公正收益,区别于行政罚款的惩罚功能,区别于私人民事诉讼的个别补偿,更与民事公益诉讼共生互补,因此,没收违法所得是反垄断救济体系中不可缺少的一环,仅仅因为计算困难而采取“废除说”“折中说”无异于因噎废食。

在明确继续适用没收违法所得的基础上,为解决我国目前立法与实践背离的难题,有必要讨论没收违法所得与罚款的新型适用模式。结合上文对三种经验模式的考察来看:首先,我国并不适合合并模式。罚款吸收合并没收违法所得的做法忽略了后者独特的性质、功能和价值,也不利于实现多元救济方式的衔接。其次,我国也不适合补充模式。将没收违法所得作为非常规的补充救济措施需要其他救济方式极为成熟,而事实上我国反垄断私人诉讼的发展难以比肩美国,民事公益诉讼和刑事救济尚处于起步阶段,行政处罚依然是未来反垄断救济的主要手段。最后,灵活的复用模式既能适应我国执法实际,又可同时兼顾与其他救济方式的衔接,不失为明智之选。

具体来说,可以对没收违法所得的适用采取“原则+例外”的规定:原则上对于垄断经营者应当没收违法所得,同时处以罚款;但如果经营者因为没有违法所得、已经支付公益诉讼损害赔偿或被没收犯罪所得,导致原则条款中所述违法所得不存在的,可以不予没收,仅处罚款;若已支付私人诉讼损害赔偿,则应处以罚款并且没收违法所得时应扣除已支付赔偿部分,因支付赔偿导致原则条款中所述违法所得不存在的,可以不予没收,仅处罚款。此外,如果没收违法所得会对经营者造成不公平的严苛,应当不没收或仅没收适当金额。

以没收违法所得与罚款的复用模式代替强制性“并处”模式,赋予了反垄断执法机关合法的自由裁量权,在充分肯定没收违法所得救济价值的基础上,灵活考虑特殊情形下的适用方式,使反垄断执法兼顾公平和效率。

2. 细化违法所得认定与计算方法

违法所得的认定与计算,始终是反垄断执法中不可逾越的难题,解决这一问题确保没收违法所得与罚款复用模式顺利实施的关键。

根据前述分析,违法所得是垄断经营者对消费者和相关市场上竞争者的应得利益的侵占,既不是经营者实施违法垄断行为期间获得的全部收入,也不是经营者实施垄断行为的全部收入扣除经营成本,更不是仅包括直接行为人的垄断利润。基于没收违法所得的补偿性质,违法所得是因违法行为获得的不当利益总和,具体来说:一方面,违法所得是经营者实施垄断行为期间获得的全部收入扣除合理所得之后的部分,因为即使经营者实施了垄断行为,成本回收也是合理所得,另外也可能存在基于主观意愿和合理信赖与之正常交易的相对人,与这类主体进行交易所得的收入应属合理所得;另一方面,违法所得不是单纯的利润总和,应当是扣除合理利润的剩余部分,该剩余利润是经营者不实施垄断行为便无法获得的。

明确违法所得的范围后,需要对其进行科学计算。现实中执法机关的计算依据主要来自经营者提供的财务账簿或会计师事务所出具的审计报告,而出于对惩罚的规避,经营者可能对账簿销毁、隐瞒或造假,致使违法所得难以计算。因此,在经营者无法提供准确财务数据,第三方会计师事务所也难以出具审计报告的情况下,采取科学的估算方法至关重要。违法所得来自对其他利益主体合法利益的侵占,因此在数额上约等于受损利益主体的损失总和。从这种意义上来说,违法所得数额可以拟制为对受损利益主体的损害赔偿数额,其估算方法可以参照反垄断损害赔偿数额的计算。

在反垄断私人诉讼发达的美国,法院确认了多种计算损害赔偿的方法,这些方法一般通过“反事实”情况的模拟进行估算。传统方法有两种:一是前后法。该方法将受害主体的业务情况与不法行为前后不同时期的业务情况进行比较,其差额即为原告受损利润;二是标杆法。通常将受害主体的业务与另一个不受垄断行为影响的基本相似的业务进行比较,其逻辑是若非垄断行为的破坏,该主体的业务情况本应与被比较的业务情况相同,从而为原告的损害提供衡量标准^[18]。除此之外,Hoyt 等人确定了第三种方法——市场份额法,试图弥补前后法和

标杆法的不足,最高法院在 *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research* 一案中承认了该法的有效性,它通过前两种方法估算出受害者原本的市场份额,再减去其实际市场份额,结合市场销售总额和平均利润估算出受损数额^[19]。当然,除此之外还有其他应用相对较少的方法。上述方法虽然主要是针对相关市场竞争者利益损失的推算,但其中关于未受垄断行为影响的产品价格估算对于消费者利益损失的计算也有帮助。

因此,出于保证执法效率和平衡当事人权益的考虑,我国反垄断执法机关在违法所得难以计算时可采取上述方法进行估算。同时,还应允许垄断经营者根据自己提供的违法所得收益证据进行推定估算数额的抗辩,以保障其合法权益。

3. 建立垄断违法所得专项资金账户

尽管反垄断更加强调威慑性,通常关注旨在遏制未来竞争损害的结构性或行为补救的措施,但不容忽视的是,垄断行为的一般目的是以牺牲竞争者和消费者利益为代价使违法者获益,因此反垄断案件采取金钱救济措施是适当且必要的,应当采取行动补救因违法垄断行为造成的损害,剥夺违法者攫取的不法利益。没收违法所得并返还受害人可以成为反垄断法中的有效补救办法,通过剥夺违法者的不当得利使受害者恢复到原本的利益状态。

根据我国新反垄断法的规定,除了传统的行政处罚、私人民事诉讼两种救济措施之外,民事公益诉讼和刑事诉讼也已纳入反垄断救济体系。如上文所述,行政处罚中没收违法所得并由国家取得财产所有权的做法不利于受害主体利益的恢复和多元救济措施的衔接,因此,应当建立起违法所得返还受害人制度。目前,不少学者对于这一做法都有共同认识,但具体实施方式却并未言明。事实上,违法所得返还受害人制度并不如想象中那般简单,尤其是在垄断影响范围广、受损竞争者和消费者基数大的情况下,如何返还?而且,随着我国反垄断民事公益诉讼制度的确立,也必然要面临胜诉后的损害赔偿资金等款项如何管理使用的问题,而现行法律法规对公益诉讼损害赔偿款项的使用管理并不明确。

为实现多元救济方式的衔接,可以参考环境民事公益诉讼案件的现实做法,开设反垄断救济专项资金账户。不过,实践中这一账户的使用管理权或归财政局,或归检察院,不统一的管理模式极易滋生

新的寻租空间。我国反垄断委员会负责组织、协调、指导全国反垄断工作的开展,因此,可以由反垄断委员会成立反垄断基金管理中心,对款项进行统一核算和管理。反垄断执法机关没收的违法所得款项和反垄断民事公益诉讼胜诉获得的款项均进入该基金管理中心,由受害人提供证据申请获得赔偿;已经进行反垄断私人诉讼的,违法垄断行为构成犯罪的,受害人获取的赔偿均从专项账户中支取。当然,法律不保护躺在权利上睡觉的人,出于提高资金利用效率的考虑,垄断行为受害者申请赔偿应在一定期限内。具体来说,反垄断执法机关在没收的违法所得款项进入反垄断救济专项资金账户时,应发布公告通知相关受害人在规定期限内申报赔偿,超期申请且无合理理由的视为放弃获赔权利,专项账户内超期剩余的资金归国家所有,可用于支持反垄断工作的开展。

相信通过建立反垄断救济专项资金账户,能够真正实现将没收的违法所得返还受害经营者和消费者的目的,实现主体利益的平衡,畅通反垄断多元救济方式的衔接。

结 语

建立公平、自由的市场竞争机制,促进和保护交易公平,是我国反垄断法追求的目标^[20]。而充分实现反垄断的效率和公平,必须妥善处理没收违法所得与罚款间的关系。针对我国目前“并处”模式僵化的困境,有必要采取复用模式替代“并处”模式,同时细化违法所得认定与计算方法并建立垄断违法所得专项资金账户,从根本上对反垄断没收违法所得的适用进行系统塑造,赋予反垄断执法机关没收违法所得的自由裁量权,实现多主体之间利益的平衡,使反垄断执法兼顾公平和效率,推动没收违法所得适用的灵活、统一。

注释

①贵州省市场监督管理局行政处罚决定书-黔市监价处〔2022〕10号。②宁夏回族自治区市场监督管理局行政处罚决定书-宁市监处〔2022〕2—3号。③江苏省苏州市市场监督管理局行政处罚决定书-苏市监反垄断案〔2021〕4号。④北京市市场监督管理局行政处罚决定书-京市监垄罚〔2022〕06002号。⑤北京市市场监督管理局行政处罚决定书-京市监垄罚〔2022〕06001号。⑥上海市市场监督管理局行政处罚决定书-沪市监反垄断处〔2020〕06201901001号。⑦湖南省市

场监督管理局行政处罚决定书-湘市监反垄断处字〔2022〕1—5 号。
⑧贵州省市场监督管理局行政处罚决定书-黔市监价处〔2022〕1—8 号。

参考文献

- [1] 王贵. 反垄断执法中的没收违法所得与罚款关系研究: 基于 411 起案例的实证分析[J]. 经济法论坛, 2017(18): 86-105.
- [2] 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[J]. 法学, 2016(12): 66-82.
- [3] 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[J]. 竞争政策研究, 2018(1): 20-37.
- [4] 刘岩, 于左. 对国际卡特尔的有效威慑机制研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2009: 169.
- [5] 刘继峰. 竞争法学: 第三版[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018: 258-262.
- [6] 蒋岩波. 反垄断没收违法所得处罚问题研究: 基于法经济学的视角[J]. 经济法论丛, 2017(1): 119-153.
- [7] Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No.1/2003[EB/OL]. (2006-09-01) [2022-6-30]. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:En:PDF>.
- [8] 翁岳生. 行政法: 上册[M]. 北京: 中国法制出版社, 2009: 805.
- [9] 刘继峰. 结构主义视角下我国反垄断罚款制度研究[J]. 社会科学辑刊, 2021(2): 118-128.
- [10] Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases[EB/OL]. (2003-8-4) [2022-07-02]. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/policy-statement-monetary-equitable-remedies-competition-cases>.
- [11] Statement of the Commission: Withdrawal of the Commission's Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases[EB/OL]. (2012-07-31) [2022-07-02]. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/296171/120731commstmt-monetaryremedies.pdf.
- [12] 杨小君. 我国行政复议制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 5.
- [13] 冯博. 没收违法所得与罚款在反垄断执法中的组合适用[J]. 法商研究, 2018(3): 137-147.
- [14] 周佑勇. 行政法原论: 第 3 版[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018: 285.
- [15] 王青斌. 行政法中的没收违法所得[J]. 法学评论, 2019(6): 160-170.
- [16] 汪习根. 法律理念[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2006: 32.
- [17] 谭冰霖. 环境行政处罚规制功能之补强[J]. 法学研究, 2018(4): 151-170.
- [18] ROGER D. BLAIR, AMANDA KAY ESQUIBEL. Yardstick Damages in Lost Profit Cases: An Econometric Approach[J]. Denver Law Review, 1994(72): 113-114.
- [19] RICHARD C. HOYT, DALE C. DAHL, STUART D. GIBSON. Comprehensive Models for Assessing Lost Profits to Antitrust Plaintiffs[J]. Minnesota Law Review, 1976(60): 1233-1236.
- [20] 漆多俊. 经济法基础理论[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 187.

Systematic Reconstruction of the System of Confiscating Illegal Income in China's Anti-monopoly Law

Zhang Ya

Abstract: The first amendment of China's anti-monopoly law did not break through the mandatory mode of confiscating illegal income and "imposing" administrative fines. Instead, the introduction of civil public interest litigation and criminal liability magnified the problem of poor connection of multiple remedies. In addition, the current standards for measuring illegal income are inconsistent, and the amount of "substitute fines for confiscation" is unscientific. Therefore, the anti-monopoly confiscation of illegal income has deviated from legislation and practice. However, the confiscation of illegal income has a unique nature, function and value, which can not be replaced by other relief measures. It is reasonable and necessary to exist. Therefore, by reviewing the applicable models of confiscating illegal income and fines worldwide, China can adopt the common model to replace the concurrent model to ensure the flexible application of confiscated illegal income, and at the same time, refine the identification and calculation methods of illegal income and establish a special fund account for monopoly illegal income, return the illegal income to the damaged subject, achieve the balance of market subject interests, and smooth the connection between multiple relief measures.

Key words: anti-monopoly law; administrative sanction; confiscation of illegal income

责任编辑:一鸣