

## 全球反垄断学会

### 乔治梅森大学法学院

#### 《国务院反垄断委员会关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南》

#### 修改意见

本意见旨在对国家发展和改革委员会（以下简称“发改委”）发布的《国务院反垄断委员会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）（以下简称“《指南》”）中确定垄断行为违法所得以及罚款确定意见。我们基于在反垄断法以及经济学领域丰富的经验与实践，特提交本意见。<sup>1</sup>

我们非常欣赏发改委对其近期发布的《指南》公开征求意见，这体现出发改委正努力提高反垄断行政处罚的透明度并增强法律的确定性。

我们诚挚建议，《指南》对涉及追缴（或者称没收违法所得）以及罚款的相关条款进行修改，将其适用限定于如下情形：（1）反垄断违法行为事实清楚、明确（即，如果以行为发生的时间节点测量，基于现行法律、法规，理性第三方应该预见到该涉案行为有可能被认定为违法），并且不存在任何的效率正当性；（2）违法所造成的损害能被计算清楚；（3）对损害的测量、计算是施加罚款、惩罚的基础；（4）没有可替代的其他救济能充分阻止将来的违法行为。换言之，我们至少强烈建议发改委明确反垄断执法机构不会将惩罚性制裁，如没收违法所得或罚款的处罚方式扩展至包括这两类行为：单方行为，如拒绝交易与差别待遇；以及纵向限制，如排他性交易、搭售与捆绑、以及转售价格维持。这两类行为出于效率正当性的考量已被广泛认可。

我们同样强烈建议发改委能做出阐释，包括没收违法所得与罚金在内的全部处罚，如何与具体的涉案损害相关，并且如何得出这是理论上的最优处罚。如下所述，经济分析决定总体最优处罚，包括没收违法所得与罚款。根据与最优化处罚框架相一致计算得到罚款

---

<sup>1</sup>乔治梅森大学全球反垄断学会（GAI）是一个国际领先的研究和教育平台，其专注于为全球竞争机构和法院面临的重要课题提供法律和经济学分析。GAI的执行理事 Joshua D. Wright，法学教授、经济学博士，是前美国联邦贸易委员会委员。GAI理事 Koren W. Wong-Ervin 是美国联邦贸易委员会知识产权与国际反垄断前顾问。GAI国际顾问委员会主席法学教授 Douglas H. Ginsburg 是美国哥伦比亚特区巡回上诉法院资深法官及美国司法部反垄断部门前助理总检察长。Bruce H. Kobayashi，法学教授、经济学博士，是 GAI 资深学者及创始理事。

后，没收违法所得应该是全部罚款的一部分，而不是在最优的罚款之上施加额外的惩处。如果没收违法所得是额外惩处，那么，罚款应根据最优处罚予以减少。

最后，我们诚挚建议反垄断执法机构依据经济分析来确定反垄断违法行为造成的损害。如果用其他方式来代表违法行为造成的损害，如违法所得作为罚款或追缴的基础，这些计算应该限于因明确的违法行为所直接造成的成本与收益损失。这是为了确保罚款或追缴与因违法所导致的损害相一致。因此，我们建议《指南》明确指出反垄断执法机构应使用经济分析来确定那些极为特殊的情形，并在任何时候都尽可能使用相关的市场数据。当因缺少相关信息使得违法所得的计算并不明确时，我们强烈建议反垄断执法机构不进行处罚。

### 对处罚的经济学分析

经济学理论告诉我们，惩罚应该达到一定的标准，产生足够的震慑效果，使得那些意图违法的行为人慎重权衡其为违法行为会承担的全部社会成本。<sup>2</sup>从市场参与者以及其反垄断违法行为的事前意图角度来看，金钱上的救济性处罚（例如追缴）与惩罚性处罚（例如罚款）并不会产生经济学上意义的区别。在将自己的行为与法律规范进行比对时，市场参加者只关心预期的处罚是什么，而并不关心该预期惩罚是“追缴”、“赔偿”、“罚款”或者其他关于支付金钱赔偿方面的法律术语。

在对反垄断违法行为的监测与惩罚并不完善的情况下，追求利润最大化的市场参与者会需要面临潜在的赔偿风险。他们在从事有反垄断违法风险的那些受质疑的行为时，会权衡赔偿从事被禁行为的所得（因从事限制竞争行为所得的利润）与预期的惩罚，究竟会更少还是旗鼓相当。预期惩罚相当于施加的全部处罚乘以处罚可能性。处罚可能性包括反垄断执法行为或私人提起反垄断投诉、诉讼的可能性。如果所有限制竞争的行为能被私有主体察觉到并有权起诉，或者被公共反垄断执法机构惩罚，并且惩罚水平最大程度等同于其社会成本，那么就不必要为阻止反垄断违法行为施加任何额外的处罚。如果限制竞争的行为被察觉到的可能性小于 100%，那么，以高于违法行为社会成本的标准来施加处罚，才可能会有效地阻止未来的违法行为。

---

<sup>2</sup> Gary S. Becker, 《犯罪与惩罚：经济手段》，76 J. POL. ECON. 169 (1968); 同样请见 William M. Landes, 《反垄断违法行为的最优处罚》，50 U. CHI. L. REV. 652 (1983); Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, 《反垄断处罚》，6 COMPETITION POL'Y INT'L 3, 3 (2010); Bruce H. Kobayashi, 《反垄断、执法机构、赦免：公司违反反垄断法的经济学分析》，69 Geo. Wash. L. Rev. 715 (2001).

只有当有可能发生第二类错误或假阴性错误时（当违反法律的公司逃避了处罚时），包括所有金钱性质的罚款、追缴以及民事赔偿在内的最优处罚，应该等同于违法行为造成的损害除以惩罚可能性。最佳威慑理论指出，在违法行为很容易被察觉的情形下，金钱惩罚的最优全部数额应该少于限制竞争的行为不易被察觉的情形。在密谋垄断协议的垄断案件中，相对于那些虽会造成损害但更易被察觉的单一公司违法的情形，没收违法所得以及处以的罚金，其全部数额会更大，以产生足够的威慑效果。在固定价格以及其他密谋达成的横向垄断案件中，我们能合理预期到的是，因为这些密谋的隐蔽性，监管者以及私人起诉者并不能确认并对每一个存在的违法密谋行为提出挑战。<sup>3</sup> 另一方面，大部分潜在单一公司的损害行为是公开、显著的。例如，对下游垄断者提供原材料等的上游提供商能敏锐地察觉到垄断者在分配方面的任何限制，若原材料提供商被限制竞争，他们一般会愿意对限制竞争的行为提出挑战。

垄断案件同样可以根据第一类错误成本的术语进行区分（假阳性错误造成的成本，或者当公司致力于效率性、增加福利的行为但被错误地惩罚）。因为赤裸的固定价格垄断缺乏效益补偿，执法行为中第一类错误成本近乎于零。相反，在评估某些有效率并有益于部分消费者，却有可能阻碍竞争并对其他消费者不利的行为时，第一类错误会很大并有可能使得严厉的惩罚会阻挡合法竞争性的行为。存在重大第一类错误成本的可能性降低了当成本较低时最优化惩罚的水平。

一般情况下，任何执法制度应力求将执法的总体社会成本最小化。<sup>4</sup> 这些成本包括第一类错误成本、第二类错误成本以及与反垄断行政执法制度相关的其他成本。反垄断学者依赖于该决策理论框架，推进最能促进竞争和保护消费者福利的反垄断规则的认同<sup>5</sup>。美国最高法院已经承认，法院在反垄断案件中面临辨别促进竞争和损害竞争行为的困境，并强调尤其是第一类错误发生概率较高。<sup>6</sup> 美国最高法院对此也明确表示关注。最初，

---

<sup>3</sup> Ginsburg & Wright, *supra* note 2.

<sup>4</sup> 请见 Frank H. Easterbrook, 《反垄断界限》, 63 TEX. L. REV. 1, 15 (1984); 同样请见 James C. Cooper et al., 《作为推断问题的纵向反垄断政策》, 23 INT'L J. INDUS. ORG. 639, 658 (2005) [以下简称 Cooper 等人]; Joshua D. Wright, 《摒弃反垄断芝加哥学派困扰：基于证据的反垄断案例研究》, 78 Antitrust L.J. 1, 241 (2012).

<sup>5</sup> 请见, 例如, C. Frederick Beckner, III & Steven C. Salop, 《决策论与反垄断规则》67 ANTITRUST L.J. 41 (1999); James C. Cooper et al., *supra* note 4; David S. Evans & A. Jorge Padilla, 《为单方行为设计反垄断规则：新芝加哥学派方法》, 72 U. CHI L. REV. 73, 98 (2005); Keith N. Hylton & Michael Salinger, 《搭售法律与政策：决策论》, 69 ANTITRUST L.J. 469 (2001); Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright, 《创新及反垄断界限》, 6 J. COMPETITION L. & ECON. 153 (2010).

<sup>6</sup> *Pac. Bell Tel. Co. v. LinkLine Commc'ns, Inc.*, 555 U.S. 438, 451 (2009) (“未避免抑制价格竞争的势头，我们对原告依谢尔曼法提起价格过低诉讼谨慎地予以限制。”); *Credit Suisse Sec. (USA) LLC v. Billing*, 551 U.S. 264, 283 (2007) (“当反垄断诉讼的威胁以意想不到的方式（因错误和恐惧）可能严重影响相关方的行为时，允许该类诉讼可能威胁证券市场的有效运行。”); *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 414 (2004) (“错误的推理以及由此导致的错误结果代价极大，因为它抑制了反垄断法旨在保护的行为。”(内引号省略)).

Frank Easterbrook 法官在创造性分析中解释，第一类错误对消费者所产生的成本可能会大于第二类错误所产生的成本，因为“相对于对审判错误的纠正，经济制度对垄断的纠正更为容易。”<sup>7</sup>

特别是，如果经济学文献已经认同并且经实证表明，被诉违反反垄断法的行为可能具有许多效率考量上的正当性，那么过度遏制的成本会更高。例如，经济学家一直认为单方行为（如拒绝交易或差别待遇）和纵向限制（如排他性交易、搭售和捆绑销售以及转售价格维持）通常是促进竞争的。<sup>8</sup>这会增加第一类错误的风险，因为法院难以辨别该行为是促进竞争还是损害竞争。

另外，单一公司违反竞争法的行为很可能会被发现。对处罚的经济分析表明，在违法行为被发现可能性高的情况下，最佳威慑不需要多倍或超补偿性赔偿或惩罚。<sup>9</sup> 例如，像转售价格维持或排他性交易之类的纵向限制必然涉及被诉垄断者的消费对象，因此发现潜在行为的可能性接近 1。在涉及被告公然进行垄断行为的情况下，垄断行为被发现的可能性也很高，对这些违法行为处以累计超过单一损害的没收和罚款，可能会阻碍其他企业从事类似安排，即便其可以增加福利并促进竞争。

## 具体建议

### I. 第五条——违法所得的含义

《指南》似乎确立了一套框架，即违反反垄断法行为的主要救济方式是按照受影响销售额比例进行罚款。第五条似乎推定没收违法所得是一种额外的救济方式。我们认为这套框架可能会过度遏制有利竞争行为，因而对反垄断执法机构所主张的促进经济福利和经济效率的目标不利。<sup>10</sup> 第五条还规定，如果垄断行为发生在中国境外，反垄断执法机构可以没收涉及中国市场的违法所得。我们恭敬地向贵司建议，为避免与国外法律冲突和重复

---

<sup>7</sup> Easterbrook, *supra* note 4, at 15.

<sup>8</sup> 请见，例如，James C. Cooper et al., *supra* note 4; Francine Lafontaine & Margaret Slade, 《排他性合约以及纵向限制：经验证据以及公共政策》，《反垄断经济手册》391, 409 (Paolo Buccirossi ed., 2008) [以下简称 Lafontaine & Slade]; Daniel O'Brien, 《对纵向限制的反垄断处理：可能性定理之外》，《纵向限制优劣》40, 76 (2008) [hereinafter O'Brien].

<sup>9</sup> 请见，例如，Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, 《反垄断以及专利劫持的界限：对 Cary 等的回复》，78 ANTITRUST L.J. 2, 505, 704-07 (2012).

<sup>10</sup> “竞争政策的目标在于促进消费者福利和效率，而不是促进个别竞争者会行业发展...而且竞争法的实施必须公平、客观、透明以及非歧视”。新闻发布，美国财政部，美中战略与经济对话第六次会议简报——经济对话（2014年7月11日），<https://www.treasury.gov/presscenter/press-releases/Pages/jl2563.aspx>.

处罚，反垄断执法机构应当仅在少数情形下适用该规定，其可能会过度遏制非法行为。同时，我们建议，《指南》的修订应该包含适用该规定的明确条件和具体实例。

具体来说，我们恭敬地建议，《指南草案》应做如下修订：

一般情况下，反垄断执法机构将没收经营者在中国实施商业行为所产生的违法所得，如果：（1）违法行为明确清楚（例如，如果从行为实施时考察以及基于现行法律法规，合理一方应当预见到涉案行为可能会被认定违法）且没有任何合理的效率抗辩；（2）违法行为导致的损害与违法所得的计算具有合理关系；（3）没收款项的计算具有合理的根据；以及（4）其他补救措施无法完全实现反垄断法的目标。如果经营者的经济活动不在中国境内，反垄断执法机构在某些例外情况下可以没收经营者涉及中国市场的经济活动中产生的违法所得。

## II. 第六条——认定违法所得的主要考虑因素

为保证计算的透明公正以及促进经济福利，反垄断执法机构应当确保具有相关资质的人员对违法行为进行经济分析。要求进行经济分析将有助于反垄断执法机构正确地认定损害消费者并且不具有效率抗辩的违法行为。

反垄断执法机构认定违法所得时将通过经济分析评估涉案行为的影响，经济分析将考虑通常会综合考虑因实施垄断行为导致的相关商品价格变化、销售量变化、经营者在相关市场的份额变化、经营者的利润率变化以及为与实际市场相比较而认定的假定竞争市场中的行业特点等因素，必要时借助经济学方法进行分析。

## III. 第八至十条

我们建议，第八条和第九条的修订应当明确要求通过经济分析确定假定收入/成本而不是将计算立足于历史利润率、本行业利润率和近似市场利润率。

至于第九条，尽管其确定了违法所得为减少支出时的认定方法，但并未明确该条是否只适用于涉及垄断行为和相关福利成本的情形。若是如此，我们建议，该条的修订应当明确表明其意图；如果不是，我们建议整体删除该条，因为其似乎错误地将效率视为竞争性损害。

最后，我们建议删除第十条的累加计算，做如下修订：

对于违法所得同时具有本指南第八条、第九条所列情形的，其违法所得根据第八条、第九条所列方法分别认定后累加计算。违法所得可以由额外收入和减少支出累加计算，以及该违法所得应当考虑依据第八条和第九条规定进行的经济分析。

#### IV. 第十二条——认定违法所得的特殊情形

基于以下理由，我们恭敬地建议整体删除第十二条的第 1-3 项。

第一，“合理费用”的认定可能容易导致假阳性错误，将实际上合理的费用认定为不合理费用。此外，经营者无法区分合理费用与不合理费用，使得自身广告宣传难以进行。没收不合理费用的处罚可能会过度阻碍有利情形下的费用。

第二，价格歧视可能会产生促进竞争的效果，因此其不应当包括在没收违法所得的处罚行为之中。价格歧视允许之前因价格过高而无法购买商品的消费者能够购买商品。价格歧视可能具有的效率和促进竞争效果的存在，以致反垄断执法机构应当更加关注过度遏制价格歧视，而不是不遏制。

最后，最低购买价格或者最高销售价格的运用肯定不可能确定特殊情形下的价格。如果具有市场力量的企业不允许实施价格歧视，经济理论表明这些企业将会收取更高价格并限制产量。最低购买价格或者最高销售价格的运用可能会大大地高估违法所得，从而过度处罚可能有益于消费者的行为。

换言之，我们至少建议发改委明确竞争损害理论以及竞争损害计算的可靠方法。

#### V. 第十三条和第十四条——可认定为无违法所得的情形和不予没收违法所得的情形

我们再次建议贵司，违法所得仅适用于满足下列条件的情形：

(1) 违法行为明确清楚（例如，如果从行为实施时考察，以及基于现行法律法规，合理一方应当预见到涉案行为可能会被认定违法），且没有任何合理的效率抗辩；(2) 存在计算违法所得的明确方法；以及(3) 不存在处罚违法者以及制止未来违法行为的替代方法。此外，罚款计算与最优处罚框架一致时，没收应当是全部罚款的一部分，而不是最优罚款之外的一种额外处罚。如果没收是一种额外处罚，那么任何与最优罚款相关的罚款都应当减少。

换言之，我们强烈呼吁发改委至少能够对第十四条规定的没收增加以下两个安全港：（1）经营者实施单方行为，例如拒绝交易或歧视交易，包括经营者的该行为针对竞争者的情形；和（2）经营者实施具有合理促进竞争效果的纵向限制行为。

例如拒绝交易和歧视交易（包括针对竞争者的情形）之类的单方行为可能会产生促进竞争效应，例如鼓励企业提供从事高风险和高成本的研发活动和促进经济增长的创业行为。事实上，强制共享不仅会阻碍实施该行为的企业创新，也可能会鼓励竞争者搭便车而不是创造有益于消费者的竞争技术或商品，进而阻碍创新。此外，美国最高法院已经承认，强制共享，尤其是竞争者之间的强制共享与反垄断法的根本目标所有冲突。<sup>11</sup>

类似地，从整体的证据中可以得出相当具有说服力的结论，纵向限制基本不会导致反竞争效果，反而多数情况下有益于消费者。2005年，一项由美国联邦贸易委员会和司法部的经济学家们主持的研究表明，“尽管一些研究发现了既有促进竞争也损害竞争的证据，但是实质上，没有任何研究声称已经认定纵向限制可能会损害竞争。”<sup>12</sup>2009年的另一项研究表明，“生产商决定施加纵向限制的，这似乎不仅使得其自身获益，而且也会使得消费者从更高质量的产品以及更好的服务中获利。”<sup>13</sup>最后，美国联邦贸易委员会的一位经济学家最近在关于纵向限制的竞争效果的经验性证据的一篇论文中认为，“文献并不认为纵向限制具有反竞争效果，鲜有例外”。在大多数情况下，纵向限制“不可能具有反竞争效果”。<sup>14</sup>

## VI. 第十八条——“销售额”的含义

第十八条允许反垄断执法机构在特定情况下以境内外的销售额为基础计算罚款。我们恭敬地建议，为避免与国外法律冲突或者重复处罚，应当整体删除该规定，这可能会过度遏制违法行为。

## VII. 第二十至二十八条——罚款的设定

第二十至二十八条规定了不同违反反垄断法行为的不同罚款比例。我们强烈呼吁这些规定的修订应当明确不同的罚款比例与违法行为产生损害之间的相关性。我们也强烈呼吁发改委明确罚款的总额将包含没收款项，或者如果没收是一种额外处罚，那么应当减少与最优处罚相关的罚款。

---

<sup>11</sup> *Trinko*, 540 U.S. at 407-08.

<sup>12</sup> James C. Cooper et al., *supra* note 4, at 658.

<sup>13</sup> Lafontaine & Slade, *supra* note 8 at 409.

<sup>14</sup> O'Brien, *supra* note 8 at 76.

最后，我们建议，第二十八条应当按照如下修订，删除评估市场结构的主要因素，这些评估标准难以确认行为的严重性。反而，针对个案进行经济分析对认定特定行为是否具有反竞争性以及该行为影响相关市场的程度是必要的。

反垄断法执法机构将根据垄断行为的违法程度，在法定幅度内进行调整，确定最终罚款比例。根据第二十七条调整的罚款比例不足以反映违法程度的，~~上调罚款比例，反之下调罚款比例。~~违法程度严重的，调整后的罚款比例不低于 6%；损害很小的，不高于 3%。

违法程度主要考虑垄断行为对市场竞争和消费者利益的损害程度。反垄断执法机构针对个案评估违法程度，评估因素主要包括涉案企业市场占有率，~~相关市场进入难易程度、集中度和竞争程度，交易相对人的市场力量，违法行为的地域市场范围，违法行为实施程度，相关商品价格变动情况以及消费者和其他经营者受到的损失等。~~

### 结语

我们非常感谢能有机会提供意见，并乐意就发改委可能对本意见所提出的任何问题作出回应。