

反不正当竞争罚款制度精细化研究

俞慧莹

(中南大学 法学院, 长沙 410017)

摘要:我国反不正当竞争罚款制度存在处罚上下限设计不当和处罚裁量区间过大等问题。为解决该问题,发挥罚款效用,反不正当竞争罚款制度应以实现最优威慑为主要目标。在反不正当竞争罚款设定时应充分运用比例原则,既要考量多元利益平衡,又要兼顾与民事赔偿之间的衔接,避免整体威慑过度。基于此,反不正当竞争罚款制度的优化举措应为:以精细化罚款为优化思路;罚款设定方式改用倍率数距式为主、数值封顶式为辅;罚款裁量时需考虑基础裁量因素、辅助裁量因素和特别裁量因素。

关键词:反不正当竞争法;罚款;最优威慑;比例原则;倍率式罚款;裁量因素

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-349X(2024)01-0067-09

DOI:10.16160/j.cnki.tsxyxb.2024.01.010

Study on the Refinement of the Anti-Unfair Competition Fine System

YU Huiying

(School of Law, Central South University, Changsha 410017, China)

Abstract: In China's fine system for anti-unfair competition, there are some issues such as improper design of upper and lower penalty limits and a wide range of discretionary penalties. In order to address these problems and maximize the effectiveness of fines, the primary objective of the anti-unfair competition fine system should be to achieve optimal deterrence. When setting fines for anti-unfair competition, the principle of proportionality should be fully utilized, taking into account both the balance of multiple interests and the connection with civil compensation, in order to avoid the overall excessive deterrence. Based on this, the article proposes optimization measures for the anti-unfair competition fine system: adopting a refined fines as the optimization path; using a multiplier-based approach as the main method for setting fines, supplemented by a capped numerical approach; considering basic discretionary factors, auxiliary discretionary factors, and special discretionary factors when imposing fines.

Key Words: Anti-Unfair Competition Law; fines; optimal deterrence; principle of proportionality; multiplier-based fines; discretionary factors

一、问题的提出

反不正当竞争罚款制度在《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争

法》)的执法过程中发挥了重要作用。实证研究表明,从 2019 年至今,我国市场监管部门每年在处罚不正当竞争行为时适用罚款的比例均高

基金项目:2022 年度中南大学研究生自主探索创新项目(1053320215645)

作者简介:俞慧莹(1998—),女,浙江杭州人,硕士研究生,研究方向为经济法学。

达 90% 以上^①。然而,《反不正当竞争法》存在的罚款设定不当(即处罚上下限设计不当和处罚裁量区间过大)的问题,在一定程度上影响了行政处罚惩罚与预防双重目的的实现。

反不正当竞争罚款上下限设计不当主要表现在两个方面。其一为罚款上限偏低导致威慑不足。威慑不足是指处罚不足以平衡相关不正当竞争行为所带来的负面影响。理论上,已有学者关注到这一问题^②。实践中,唯品会网络不正当竞争案是典型案例之一,国家市场监督管理总局对其“二选一”行为处以 300 万元顶格处罚,但 300 万元罚款与该不正当竞争行为所造成的损害明显不成正比^③。此外,美团因不正当竞争屡遭行政处罚,被处罚金额累计才刚刚超 300 万元^④;饿了么先后因修改商家配送范围、强迫商家签订独家合同“二选一”等不正当竞争行为而被各地市场监管部门立案处罚,多项处罚金额仅为数万元^⑤。其二则是罚款下限过高导致威慑失效。威慑失效是指因罚款下限设置偏高,处罚时有“悬而不用”之嫌。法定

下限的设置意在让经营者认识到一旦违法便要付出高昂的代价,故在趋利避害的理性考量下遵守法律或避免再犯。但若处罚时常常避而不用,底线的威慑效果自然无从谈起。再者,法律规定减轻处罚的初衷是防止“一刀切”影响个案公平正义的实现,其适用应为例外。但实践中突破法定下限,罚款仅数万甚至数千元的情况十分普遍。实证研究表明,仅在 2023 年 3 月各地市场监管部门处罚的不正当竞争案件中就有 60% 以上的案件存在罚款减轻处罚^⑥。该现象属实背离了设置“减轻处罚”的本意,频繁适用有违法理。

另外,《反不正当竞争法》对违法行为设定的处罚幅度偏大,且未对违法程度和处罚梯度作进一步细化,这便给执法裁量权的滥用留下了可能性。《反不正当竞争法》规定的罚款区间上限是下限的五倍、十倍,甚至三十倍,如对商业贿赂处“十万元以上三百万元以下的罚款”,对虚假宣传处“二十万元以上一百万元以下的

① 在中国市场监管行政处罚文书网以“《中华人民共和国反不正当竞争法》”为处罚依据,加上处罚年份这一检索条件;再以“罚款”为处罚种类、以“《中华人民共和国反不正当竞争法》”为处罚依据,加上同一处罚年份的检索条件。随后,将后者检索结果除以前者所得即为每年在处罚不正当竞争行为时罚款的适用比例,检索时间为 2023 年 8 月 19 日。

② 参见中国应用法学研究所课题组、曹士兵、牛凯、丁文严、王德夫:《电子商务平台“二选一”行为的法律性质与规制》,《中国应用法学》2020 年第 4 期,第 150-153 页;吴太轩、刘阳:《我国反不正当竞争地方立法的完善》,《西南石油大学学报(社会科学版)》2020 年第 2 期,第 81 页;王海丽:《链接跳转的反不正当竞争法规制研究》,山东财经大学 2022 年硕士学位论文,第 38 页。

③ 据爱库存平台粗略估计,仅唯品会 2020 年 12 月前两周的“二选一”行为,便给爱库存平台的商家造成了 2.2 亿元以上的损失。参见夏禹:《国家严抓反垄断,电商平台却仍在“二选一”? || 深度》,2020 年 12 月 24 日, https://www.sohu.com/a/440254806_226049。此外,唯品会(中国)有限公司 2020 年的年度报告中虽未公示净利润,但其 2018 年的净利润达 27.7 亿元,亦可说明 300 万元罚款对其可谓九牛一毛。

④ 参见谢碧鹭、李犇:《市场监管总局依法对美团涉嫌垄断行为立案调查》,2021 年 4 月 26 日, http://www.jjckb.cn/2021-04/26/c_139907656.htm。

⑤ 参见《逼迫商家“二选一”饿了么因不正当竞争被多地监管部门立案处罚》,2019 年 8 月 1 日, <https://www.163.com/dy/article/ELGMMCQH05500IQJ.html>。

⑥ 在中国市场监管行政处罚文书网以“《中华人民共和国反不正当竞争法》”为处罚依据、以“罚款”为处罚种类、以“2023”为处罚年份进行检索,排除虚假广告以《广告法》处罚的文书,筛选得到 2023 年 3 月符合条件的文书共有 37 篇,其中减轻处罚的有 24 篇,检索时间为 2023 年 6 月 22 日。

罚款”,对侵犯商业秘密处“十万元以上一百万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上五百万元以下的罚款”。然而,我国尚未出台反不正当竞争行政处罚裁量基准,且各地颁布的反不正当竞争条例或重复《反不正当竞争法》的法律责任条款或不提及,只有极少数地方划分了详细、完备的裁量阶次。虽然在有裁量基准指导的情况下,执法机关可以充分说理补强行政处罚决定的合理性,但实践中市场监管部门对确定罚款数额的说理是欠缺的,多数文书仅是事实陈述、证据罗列和法律依据示明,即便是在国家层面,国家市场监督管理总局对唯品会(中国)有限公司出具的行政处罚决定书亦是如此。此外,以瑞幸咖啡虚假宣传案为例,其中3家涉案企业均为瑞幸公司虚假宣传行为提供了实质性帮助,却被分别处以200万元、160万元和100万元罚款^①。对比3份行政处罚决定书的实质内容,从公众视角无法得知罚款数额存在数十万元甚至一百万元差异的正当性。由此可知,过大的处罚幅度会导致模糊的罚款裁量,进而削弱行政处罚决定的说服力,且相似案件处罚标准不一等问题也会随之而来。

二、威慑理念指导反不正当竞争罚款制度

(一)反不正当竞争罚款制度的目标

反不正当竞争罚款制度所追求的目标是多元的,有惩罚违法经营者、威慑不正当竞争行为、维护公平竞争秩序等,其中威慑为主要目标。之所以强调威慑目标,是因为反不正当竞争罚款最重要的目的是防止违法经营者再次违法以及阻却潜在的违法经营者实施不正当竞争行为。这是由客观趋势所决定的。从《反不正当竞争法》数次修法对罚款上限的提升以及2022年11月公布的《反不正当竞争法(修订草

案征求意见稿)》再次提高多项不正当竞争行为罚款的最高数额中可见,我国反不正当竞争处罚的严厉程度在逐步加强,威慑目标在反不正当竞争罚款制度中的重要性不言而喻。

反不正当竞争罚款制度威慑目标的实现以威慑理论为基石。威慑理论历史悠久,源于传统刑罚理论。贝卡利亚双面预防的刑罚目的观和罪刑均衡的思想最早体现了刑罚的威慑功能^[1]。边沁则将经济学的方法引入威慑理论分析中,但是只给出了刑罚威慑的一个简单构想,没有更深入的分析^[2]。现代意义上的威慑理论由贝克尔在《犯罪与刑罚:一种经济学进路》一文中提出,不同于古典犯罪学,贝克尔主张最适威慑(亦可称“最优化威慑”),认为法律制裁的目的在于求得威慑的效果维持在其对社会之边际利益的贡献等于其对社会所产生之额外的边际成本^②。在贝克尔之后,以波斯纳为代表的法经济学家将威慑理论引入反托拉斯法中进行了诸多研究,随后该理论被各国反垄断制裁体系和制度设计所借鉴^{[3]28-29}。威慑理论始于刑法,却不限于刑法,具有威慑效果的反垄断罚款、惩罚性赔偿亦可适用该理论。而反不正当竞争罚款的威慑效果在过去一直被忽视,因为固有思维认为垄断行为所造成的损害往往比不正当竞争行为更严重。但随着互联网经济突破时间与空间限制,其中的不正当竞争行为变得十分隐秘、不易被察觉,部分违法行为所造成的损害已然比肩垄断行为。且不正当竞争行为对市场竞争秩序的损害是难以逆转的,相较于事后弥补,威慑再犯是罚款的第一要务。因此,基于反不正当竞争罚款威慑目标的定位,威慑理论是其重要基础。另外,《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》扩大了惩罚性赔偿的适用

① 参见国市监处〔2020〕23号行政处罚决定书,沪市监总处〔2020〕322020000342号行政处罚决定书,京海市监处字〔2020〕第394号行政处罚决定书。

② 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》,《法律科学(西北政法学报)》2016年第4期,第125页,转引自陈志民:《“吓阻(deterrence)”概念下之反托拉斯法私人诉讼——“最适损害赔偿”理论之政策启示》,《人文及社会科学集刊》,2002年第1期,第58页。

范围,当惩罚性赔偿与行政罚款并行适用时,更需要以威慑理论协调二者的整体威慑效果。

(二)最优威慑与反不正当竞争罚款设定

反不正当竞争罚款所追求的不是完全威慑、绝对威慑,而是最优威慑。最优威慑要求行政罚款金额能够有效威慑不正当竞争经营者,既不会因为罚款责任小于违法经营者的获利而导致威慑不足,也不会因为罚款责任过高而对违法经营者造成不必要的过度威慑^[4]。当威慑目标既定时,社会危害与执法概率之间具有此消彼长、相互替代的动态均衡关系^①。

损害在反不正当竞争罚款中是确定最优罚款数额的必要基础。正当竞争的损害必然是允许的,《反不正当竞争法》只是确保竞争者免受不正当竞争之害,且这里的损害必须是“显著损害”^[5]。反不正当竞争罚款是对损害竞争秩序以及间接损害消费者权益的必要干预,同时对部分竞争者遭受非有形财产损失予以回应。然而,竞争秩序损害、消费者权益损害以及非有形财产损失在实践中难以被量化,便需要有一个相当的替代值。与损害密切相关的是获利,经营者实施不正当竞争行为是为牟取利益,而非造成社会危害。若不正当竞争行为对社会的净损害为负(损害减去利得),即其可以增加社会的福利,执法机关便不会禁止该行为^{[3]34}。故《反不正当竞争法》处罚的不正当竞争行为通常是损害大于非法获利的行为。鉴于此,以“获利”为罚款基础时,需要附加一定系数以符合威慑理念。

执法概率是影响反不正当竞争罚款设定的另一关键要素。受制于执法成本、执法技术等客观因素,执法概率不可能为 1。譬如,网络经济的迅速发展让反不正当竞争执法在调查取证、固定证据、大数据分析等方面难以提供有效的技术支撑,直接影响了执法概率^{[6]29}。在威慑确定的情况下,执法概率与惩罚强度呈负相

关,即当执法概率降低时,可以由更高的惩罚强度补偿,反之亦然^[7]。因执法概率有赖于市场监管部门对查处案件进行的大数据分析,故上述探讨仅是基于“最优威慑罚款=损害(附加系数的获利)÷执法概率”这一基础模型提出理论上应如何确定最优罚款数额,距形成可落地实施的反不正当竞争罚款制度尚有差距。

三、比例原则贯穿反不正当竞争罚款设定

(一)内平衡:反不正当竞争罚款设定需考量多元利益

反不正当竞争罚款设定牵扯多元利益,不同主体的利益诉求不同。从立法者的角度看,反不正当竞争罚款设定需要平衡不同的价值目标。尤其在平台经济领域,大型平台关联的个体经营者众多,如淘宝、京东等,若对其施以过于苛刻的行政处罚,平台企业因罚款受到的惩戒影响便有可能泛化至平台内经营者。故处罚时需考虑对中小企业可能产生的不利影响。再者,数字经济发展离不开技术创新,而平台企业恰恰是技术创新的核心力量,威慑度过的高额罚款可能会挫伤平台企业进行深度技术研发的积极性。可见,反不正当竞争罚款设定无法回避创新激励与市场秩序维护之间的平衡问题。从执法者的角度看,发现并惩罚违法行为是需要投入执法资源的,不是不计成本的投入。我国的反不正当竞争执法机构为县级及以上市场监督管理局,所接触的基层案件数量庞大,同时新型竞争行为层出不穷。即使案件未必复杂,亦需要按照法定程序作出处罚决定。且市场监督管理局的职能范围广泛,包括食品安全监督、广告监督、产品质量监督、价格监督等,反不正当竞争执法只是其中的一项。由此可见,我国反不正当竞争执法资源相当有限,平衡行政执法资源的投入与制止、预防不正当竞争行为的

① 参见谭冰霖:《行政罚款设定的威慑逻辑及其体系化》,《环球法律评论》2021年第2期,第26页,转引自陈屹立、陈刚:《威慑效应的理论与实证研究:过去、现在与未来》,《制度经济学研究》2009年第3期,第173页。

获益亦不可忽视。

面对多元利益冲突,反不正当竞争罚款引入并适用比例原则,既具备法理基础,又满足现实需求。首先,作为行政法基本原则的比例原则现已拓展应用到经济法领域。具体而言,在反垄断法领域,有学者主张比例原则在反垄断法中不仅可以适用,也应当适用,甚至构成反垄断法实施的基本要求^[8];也有学者指出对经营者集中的反垄断执法应当贯彻比例原则^[9]。在税法领域,作为典型的裁量征税行为,税收优惠理应接受比例原则的审查^[10]。至于在反不正当竞争法领域,有学者认为,对不正当竞争的认定必须在比例原则的分析框架下展开^[11]。而反不正当竞争罚款作为公权机关的一项行政行为,自然也需遵循比例原则的要求。其次,就《反不正当竞争法》的实施而言,有执法工作者指出,《反不正当竞争法》对违法行为规定的处罚幅度偏大,执法自由裁量权过大^{[6]25},这说明处罚急需比例原则的约束与指导。在法律实施必须注重多元价值权衡的现实背景之下,比例原则不可或缺。

(二)外平衡:反不正当竞争罚款与民事赔偿的衔接

在我国民事诉讼与行政执法双轨并行的反不正当竞争执行体制下,民事赔偿与行政罚款虽均涉及对私人财产的剥夺,但功能定位不同。民事赔偿意在弥补竞争者遭受的损害;行政罚款则是为了维护竞争秩序,出发点是公共利益。当违法经营者需同时承担民事责任和行政责任时,执法者就不得不考虑整体威慑效果。因为处罚的目的是制止不正当竞争行为,避免损害进一步扩大,尽速恢复竞争秩序,而不是彻底驱逐市场主体。至于刑事责任,其以限制人身权利为主,在此不作讨论。

为实现民事赔偿与行政罚款整体上的最优威慑,需依据不正当竞争行为的特点,在进行反不正当竞争罚款设定时有所区分。根据不正当竞争损害对象的不同特点,可将不正当竞争行为分为直接损害和间接损害两类。直接损害指有明显受害人,不正当竞争行为直接损害竞争

者,间接损害竞争秩序,如市场混淆、商业诋毁、商业秘密侵犯。间接损害则指无明显受害人,不正当竞争行为直接损害竞争秩序,间接损害竞争者,如不正当有奖销售。虚假宣传、商业贿赂、网络不正当竞争行为则以上两类皆有涉及。不正当竞争行为损害对象的差异应当在反不正当竞争罚款设定中有所体现。在直接损害类不正当竞争行为中,竞争者遭受的损害通常可以通过民事诉讼得到救济,此时,行政罚款不宜设定过高,以免违法经营者承受过重的经济负担。在间接损害类不正当竞争行为中,行政罚款应占主要地位。一方面,罚款立足于惩戒不正当竞争行为以恢复竞争秩序;另一方面,行政罚款的最终归属是财政,基于罚没收入的性质,其会通过社会再分配的方式用于社会管理活动,从而实现间接补偿不正当竞争中利益受损的不特定主体。对直接损害和间接损害皆有涉及的不正当竞争行为可在罚款设定上提供较大的弹性空间,以便依据个案情节,调适民事赔偿与行政罚款,实现最优威慑。

四、我国反不正当竞争罚款制度的优化举措

(一)优化思路:由粗犷型罚款走向精细化罚款

面对反不正当竞争罚款裁量区间的粗犷、模糊给执法造成的困扰,确立公开、规范、精细的规则并逐步形成统一的执法尺度,成为可行的做法。而反不正当竞争罚款精细化以罚款的确定性为基础。罚款的不确定性固然有提高罚款威慑的可能,但基于乐观偏见的天性,人们在面对不确定性时,总是倾向于认为好事情更可能发生在自己身上,而坏事情发生的概率会很低^[12]。因此,罚款的不确定性让经营者无法对行为后果进行预判,进而通过调整生产经营活动来避免违法成本的产生。

反不正当竞争罚款的确定是指相对确定而非绝对确定。原因有两点:一是罚款数额的计算过度精确会给精明的经营者留下利用法律牟利的空间,可预见的罚款数额可能驱使其主动

违法;二是制定详尽、精准的罚款计算标准是不可能的,因为执法概率作为罚款设定必须考虑的因素之一,只可能无限接近事实而不可能等于事实,同时,执法概率会受市场竞争、执法技术等不可量化因素的影响。

(二)罚款设定:倍率数距式与数值封顶式并用

罚款设定方式的选取是反不正当竞争罚款制度的基础。纵观《反不正当竞争法》1993 年确立、2017 年修订以及 2019 年修正的发展过程,虽然增加了不正当竞争行为类型,调整了罚款数额,但罚款设定方式并没有发生根本改变,除市场混淆适用区间倍率式罚款外,其余行为均只适用区间数值式罚款。处罚上下限设计不应当作为区间数值式罚款设定方式可能出现的固有缺陷,虽可通过修法来改善,但由于立法存在滞后性,就会造成因处罚上下限与经济发展水平等客观状况不符而频繁修法,这种做法始终不是解决问题的良策。

鉴于此,笔者建议反不正当竞争罚款设定采用倍率数距式,并考虑特殊情况下适用数值封顶式。“倍率数距式”属于区间倍率式的一种,规定了倍率系数的上限与下限,其典型表述为“处违法所得 X 倍以上 Y 倍以下罚款”^[13]。在倍率数距式下,处罚的上限和下限不是一个定值,而是与罚款基数和倍率紧密相关,能够直观反映不正当竞争行为的危害性与罚款数额之间的正相关性。《反不正当竞争法》第 18 条针对市场混淆行为规定了倍率封顶式,但仅规定了罚款倍率的上限而未设定下限。之所以选择倍率数距式而非倍率封顶式,有两点考虑:一是倍率封顶式多适用于社会危害性较小或计算罚款数额的损害基点值相对稳定的市容环卫、交通秩序等领域^[14];二是出于行政裁量权控制的考虑,避免同一不正当竞争行为罚款最高数额与最低数额相差过于悬殊。

若反不正当竞争罚款适用倍率式罚款,确定罚款基数是第一步。在规范主义视角下,违法行为的可责性在于其对他人和社会造成的损害^[13],故选用的罚款基数应当充分反映违法行

为的危害性大小。同时考虑不正当竞争行为的特点,选择执法中能够获取且容易确定范围的对象作为罚款基数,如此可避免或降低罚款基数不存在的可能性。

在倍率式罚款设定中,反不正当竞争罚款基数应采用违法经营额。因我国法律法规所涉及的罚款基数种类众多,考虑不同场景下罚款基数的适用频率,本文仅就违法所得和违法经营额能否作为反不正当竞争罚款基数进行分述。

首先需要区分违法所得与违法经营额。由 2009 年施行的《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》第 2 条可知,我国对违法所得的计算采取净额利益原则,即以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出,为违法所得。但违法经营额不限于利润,其包括违法生产、销售商品的全部价值或者提供服务所获得的全部收入,较违法所得范围更宽。

若以违法所得作为罚款基数,违法所得的计算则是其面临的首要问题。在传统实体经济中违法所得的计算尚有迹可循,但网络经济现已渗透到各个领域,线上的经营活动较线下的实体经营活动更为复杂,要从中剥离并计算出某一违法行为的具体违法所得十分困难。因为在计算当事人违法行为的全部收入时,依据的相关数据资料主要是违法经营者自行编制的会计账簿^{[3]139},经营者完全可以利用技术手段,通过编造、篡改账簿来隐瞒不正当竞争所得。再者,违法所得与违法经营额最大的区别在于扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出。从经济学角度和会计准则来看,成本的形式是多样的,既有支付的现金,也有固定资产的折旧,以及无形的劳务支出等^[15]。“适当”“合理”本身就给违法成本的判断增加了主观性,对执法机关的证据审查能力提出了相当高的要求。就目前的实践操作而言,反不正当竞争违法所得精确计算的困境确实难以克服。即便有学者提出可借鉴推估制度^{[3]140},但这毕竟是在执法机关几乎穷尽所有调查方法仍无法确定违法所得的情况下采取的方法,且仍需要建立逻

辑严密、合法合理的推估规则。

若以违法经营额为罚款基数,则是基于对不正当竞争行为的整体评价,即将市场经营活动的投入与产出视作一个整体。不论是实体经济还是网络经济,从事经营活动都需要投入一定的成本,这部分支出是后续收益的启动器,实施不正当竞争行为亦是建立在此基础之上。故选取违法经营额为罚款基数并没有违背行政处罚过罚相当的基本原则。且相较于违法所得,违法经营额的计算没有确定需扣除合理支出这一环节,降低了罚款基数偏离真实情况的可能性。对实施不正当竞争行为后尚未获利甚至处于亏本状态的违法经营者不存在因无违法所得而产生的处罚困境。因此,违法经营额更适合作为反不正当竞争罚款基数。

罚款基数确定后,乘数倍率是反不正当竞争罚款的另一基本要素。乘数倍率是反不正当竞争罚款动态化的保证,动态化是为了适应市场经济快速变化的特点,在规制体系上保持一定的开放性^[16]。合理的乘数倍率与违法行为社会危害性的大小、罚款基数数额的大小密切相关,一般情况下,违法行为的社会危害性应当与乘数倍率呈正相关,罚款基数的数额应当与乘数倍率呈负相关^[14]。目前适用倍率式罚款的法律法规中规定的乘数倍率众多。以《反垄断法》为例,垄断协议、滥用市场支配地位与经营者集中规定的罚款倍率都不同,说明违法行为性质不同,适用的乘数倍率亦不同。

确定反不正当竞争罚款乘数倍率,需以各类不正当竞争案件处罚结果的实证研究为基础。本文在此仅提供倍率设定的思路,不提出具体的倍率区间建议。首先,对我国市场经济领域的法律法规进行梳理,归纳常用的乘数倍率区间及其对应的违法行为。其次,将各类不正当竞争行为与这些违法行为的社会危害性分别比较,从中选取合适的倍率区间。最后,以假定的倍率区间代入已发生的不正当竞争案件中,判断是否存在威慑不足或威慑过度的情况,若有,则进行调整。

不过,倍率数距式罚款设定并非万无一失。

违法经营额与不正当竞争行为损害不是严格的对应关系,可能出现违法经营额很低甚至没有违法经营额,而不正当竞争行为确已发生且确对消费者、其他经营者及竞争秩序产生了不利影响的情形。此时,罚款基数趋近于零,即使适用最高的乘数倍率,最终罚款数额也是极低的,因而无法发挥罚款对不正当竞争行为的有效威慑。对此,便可引入数值封顶式罚款来弥补独用倍率数距式的不足。

(三)裁量因素:基于三步法的裁量因素类型化

不论是数值式罚款还是倍率式罚款,反不正当竞争罚款最终数额的确定都是综合考量各项因素的结果。当下,《反不正当竞争法》仅对不正当竞争行为的罚款责任作出一般规定,未列明罚款裁量时需要考虑的因素,这说明行政裁量的不确定性较高,可能使利害关系方对各自权益受影响情况的认识和表述、行政机关对待各利害关系方的程序公正性等受到负面影响^[17]。因此,为更好保护市场主体和人民群众的合法权益,满足当前市场监管执法的需要,明确反不正当竞争罚款的裁量因素十分必要。

裁量因素的确定要与罚款数额的计算逻辑相契合。反不正当竞争罚款计算可采用三步法:第一步,确定基础罚款数额,即罚款基数与乘数倍率的乘积;第二步,根据从重或从轻因素调整罚款数额;第三步,若出现经前两步计算所得罚款数额与违法行为性质不成比例或处罚过度的特殊情况,为实现最优威慑效果,进行综合调整,得出最终罚款数额。

基于三步裁量方法,按照适用阶段的不同把裁量因素分为基础裁量因素、辅助裁量因素和特别裁量因素三类^{[3]156}。基础裁量因素是确定基础罚款数额时需要重点考虑的因素,主要为违法行为的性质、严重程度及持续时间等能够直观反映某一不正当竞争行为造成损害的客观因素,应在《反不正当竞争法》中予以明示或出台“反不正当竞争罚款指南”进行明确。若涉及食品安全、医疗技术或药物等特殊领域的不正当竞争行为,因其可能对消费者或患者带来

不可估量的人身损害,故确定的基础罚款数额较一般领域往往更高。

辅助裁量因素是指第一次调整基础罚款数额时所考虑的从重或从轻情节。梳理行政处罚文书并结合《关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》可知,从重处罚的辅助裁量因素通常包括:(1)重复违法行为。需要注意判断是否为同一性质的不正当竞争行为,若多次实施的违法行为属于不同类型的不正当竞争行为则不适用从重处罚。(2)阻碍或拒绝调查。(3)故意实施违法行为。故意作为罚款裁量因素的困难在于如何证明行为人明知违法而实施,虽然在此仅作为罚款裁量因素考量,但若确定存在该从重情节,应当以充分的证据为前提,不可轻易判定违法经营者的主观态度。(4)介入调查后仍继续实施违法行为。从轻处罚的辅助裁量因素通常包括:(1)立即停止违法行为。意在阻断不正当竞争行为社会危害性的进一步扩大。(2)积极配合执法机关调查。具体表现有如实陈述、主动提交相关证据材料。(3)违法行为尚未实施。从轻情节在反不正当竞争执法中适用频繁,且经常出现多项因素组合适用。

特别裁量因素适用于调整罚款数额的最后一步,与辅助裁量因素相比,适用频率更低。特别裁量因素主要包括:(1)最高罚款数额。该项是根据最优威慑目标和比例原则进行综合调整后对罚款数额的限制。(2)企业的支付能力。对不正当竞争行为处罚的目的不在于消灭违法企业,而在于预防、制止违法行为,故若违法企业能够提供其存在支付困难的证据,则在最终调整环节予以考虑。不过,这项特别裁量因素的适用应是被触发,即应由违法企业主动提出申请并提供相关证据材料,而非执法机关主动审查是否存在此情况。

五、结语

2023年1月31日,习近平总书记在二十届中央政治局第二次集体学习时再次强调,应“加强反垄断和反不正当竞争,依法规范和引导资本健康发展”。随着互联网和电子商务的发展,市场竞争新模式、新业态不断涌现,不正当

竞争行为向线上延伸的同时给市场监管执法带来新的挑战,对市场竞争秩序产生新的冲击。面对新挑战,行政罚款作为反不正当竞争处罚的常用工具也应当随之更新,方能提升法律实施效能。针对目前反不正当竞争罚款制度所暴露的问题,应当从制度本身着手,确立以最优威慑为核心目标、以比例原则为平衡工具、以精细化罚款为优化思路的反不正当竞争罚款制度。具体而言,应采用倍率数距式为主、数值封顶式为辅的罚款设定方式以及三类裁量因素划分的设想。基于我国以基层市场监管部门为反不正当竞争执法主力的现状,优化后的反不正当竞争罚款制度对处罚的指导性更强,能够让我国反不正当竞争执法更加高效、科学,进而推动市场经济运行更稳健。

参考文献:

- [1] 魏建,宋艳锴. 刑罚威慑理论:过去、现在和未来:刑罚的经济学分析[J]. 学习与探索, 2006(4):193-197.
- [2] 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[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2016,34(4):124-136.
- [3] 王健,方翔. 反垄断罚款制度研究[M]. 北京:法律出版社,2022.
- [4] 王磊. 程序法与实体法协同视野下的反垄断民事诉讼资格[J]. 深圳大学学报(人文社会科学版),2022,39(6):87-96.
- [5] 张占江. 论不正当竞争认定的界限[J]. 政法论丛,2021(2):28-38.
- [6] 国家市场监督管理总局价格监督检查和反不正当竞争局. 反不正当竞争执法年度报告(2020)[M]. 北京:中国工商出版社,2021.
- [7] 杨晓维,张云辉. 从威慑到最优执法理论:经济学的视角[J]. 南京社会科学,2010(12):16-23.
- [8] 焦海涛. 我国反垄断法修订中比例原则的引入[J]. 华东政法大学学报,2020,23(2):29-49.
- [9] 张晨颖. 比例原则视角下经营者集中反垄断

- 断执法的规则修正[J]. 当代法学, 2021, 35(4): 104 - 115.
- [10] 叶金育, 顾德瑞. 税收优惠的规范审查与实施评估: 以比例原则为分析工具[J]. 现代法学, 2013, 35(6): 171 - 183.
- [11] 张占江. 论反不正当竞争法的谦抑性[J]. 法学, 2019(3): 45 - 59.
- [12] 张占江. 个人信息保护的反垄断法视角[J]. 中外法学, 2022, 34(3): 683 - 704.
- [13] 张红. 行政罚款设定方式研究[J]. 中国法学, 2020(5): 84 - 105.
- [14] 徐向华, 郭清梅. 行政处罚中罚款数额的设定方式: 以上海市地方性法规为例[J]. 法学研究, 2006(6): 89 - 101.
- [15] 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.
- [16] 李世刚, 包丁裕睿. 大型数字平台规制的新方向: 特别化、前置化、动态化: 欧盟《数字市场法(草案)》解析[J]. 法学杂志, 2021, 42(9): 77 - 96.
- [17] 苏宇. 面向不确定性的行政裁量及其法律控制[J]. 经贸法律评论, 2020(4): 68 - 80.
- (责任编辑: 冯兆娜)

(上接第10页)量等乃是中国社会现代化启动的必备条件^[13]。十月革命发生后, 李大钊更是对现代化问题给予了深刻探索; 而且他在宣传十月革命的过程中, 致力于系统宣传马克思主义理论、领导伟大的五四运动、创建中国共产党等重大历史活动, 为推进中国式现代化作出了努力和贡献^{[9][14]}。

现代化是由传统的农业文明向现代工业文明跃进的历史性进程, 说到底是如何解放和发展生产力的问题, 李大钊对此亦有比较系统的探索和理论上的建树, 提出了生产力是人类社会发展的根本动因的观点, 并主张在中国首先进行民主革命以完成解放生产力的任务, 继而在社会主义阶段大力发展社会生产力^[15]。因此, 李大钊是中国共产主义运动的先驱、中国共产党的主要创建者之一、中国马克思主义学术体系的开创者, 同时亦是中国式现代化探索的先驱。

参考文献:

- [1] 李大钊. 李大钊全集: 第2卷[M]. 北京: 人民出版社, 2013.
- [2] 王韶兴. 现代化进程中的中国社会主义政党政治[J]. 中国社会科学, 2019(6): 4 - 24.
- [3] 李大钊. 李大钊全集: 第1卷[M]. 北京: 人民出版社, 2013.
- [4] 吴汉全. 李大钊与中国社会现代化新道路(外二种)[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2011: 53.
- [5] 吴汉全. 早期李大钊政党政治观初探[J]. 宁夏大学学报(人文社会科学版), 2001(3): 5 - 10.
- [6] 李大钊. 李大钊全集: 第3卷[M]. 北京: 人民出版社, 2013.
- [7] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯选集: 第1卷[M]. 北京: 人民出版社, 1995.
- [8] 罗荣渠. 现代化新论[M]. 上海: 华东师范大学出版社, 2012: 78.
- [9] 吴汉全. 李大钊与“五四”运动的现代化地位[J]. 江海学刊, 2001(3): 142 - 147.
- [10] 毛泽东. 毛泽东早期文稿[M]. 长沙: 湖南人民出版社, 2013: 339 - 341.
- [11] 晓北, 姜伟. 邓中夏[M]. 北京: 中国青年出版社, 1994: 3.
- [12] 吴汉全. 中国传统文化与李大钊的早期思想[J]. 宁夏大学学报(哲学社会科学版), 1999(4): 19 - 23.
- [13] 吴汉全. 早期李大钊对启动中国社会现代化条件的思考[J]. 宁夏大学学报(人文社会科学版), 2001(4): 14 - 20.
- [14] 吴汉全. 李大钊与中国现代化政党: 中国共产党的创建[J]. 中央社会主义学院学报, 2001(Z1): 56 - 60.
- [15] 吴汉全. 论李大钊的解放和发展生产力思想[J]. 河北学刊, 2001(3): 84 - 88.
- (责任编辑: 李秀荣)