

于无声处，解读价格垄断协议查处

刘旭

说明：

1. 本文 2014 年 8 月 25 日定稿，除引述 2014 年 9 月 11 日媒体采访时建中教授的话(见附表 4)及 2014 年 9 月 4 日《[陕西证券业涉嫌违反〈反垄断法〉 传监管机构参与其中](#)》（见附表 3）以外，未涉及后续相关实践发展及新闻报道。
2. 本文 5 千字删节版《[解读价格垄断协议查处](#)》已于 2014 年 9 月 9 日首发在《东方早报·上海经济评论》，在此笔者向吴英燕编辑、郑景昕编辑的支持和帮助表示衷心的感谢。
3. [与工商系统反垄断执法实践不同](#)，除外交部发言人 2014 年 9 月 2 日就反垄断执法缺乏透明度等问题答记者问前几个小时，国家发改委披露的【浙江保险案】23 则处罚决定案外，截止 2014 年 9 月 11 日，至少本文所提及的发改委系统反垄断执法机构查处个案的处罚决定均尚未在互联网上全文披露，均未向媒体正式披露个案当事人主张召开申辩会、听证会等相关事宜的具体内容，均未阐明《反垄断法》第十五条的具体适用情况。

目录

一、案情“拼图”	2
二、8 家日本汽车配件企业串通投标——执法管辖权之疑	3
三、4 家日本轴承企业价格协议——行政处罚 2 年追溯期之惑	4
四、12.35 亿元——行政处罚自由裁量权之问	6
五、被遗忘的——罚款计算基数、违法所得罚没与不当得利返还、对罚款设定的申辩与听证之谜	9
六、“在《反垄断法》面前，所有企业一律平等”	11
七、结语：“我们首先承认落后，老老实实承认落后。他就有希望。”	13
附表：（以下仅为用于举例的不完全统计，统计数据截至 2014 年 8 月 25 日）	15
1. 部分地方物价局的反垄断执法实践对比：	15
2. 部分国家发改委“调不动”的地方执法机构	15
3. 部分尚未正式披露的案件：	16
4. 处罚尺度高低对比	17
4.1 横向限制价格竞争协议	17

4.2 限制转售价格案中，“能够配合调查，并主动整改的”企业在罚款尺度上的差异
..... 18

正文：

2014年8月20日9点48分，当许多人刚开始新一天的忙碌，新浪微博@央视新闻率先披露：“【反垄断开最大罚单！12家汽配企业被罚12.35亿】发改委反垄断局今天表示，日立、三菱电机、不二越等12家汽车零部件厂商因操纵产品供应价格，被处12.35亿元罚款。其中日立和不二越主动配合调查，被免除处罚。这是我国反垄断法实施以来，开出的最大一张罚单。”随后央视新闻频道对此进行了报道，各大媒体也纷纷报道。国家发改委价格监督检查与反垄断局也将其主页头条位置，更新了有关“近日”查结该案的公告，共1280个字符。

其实，在2014年8月1日暨《反垄断法》生效6周年前后，有关日本汽车配件企业被处罚的消息一直不绝于耳。两周前，2014年8月6日，北京APEC峰会前夕第三次高官会谈的第一天，国家发改委召开新闻发布会声明：“对汽车‘及配件’的反垄断调查始于2011年底，目的是维护汽车行业市场秩序、保护消费者合法权益。”如今，水落石出，又该如何借助公开披露的有限信息来解读相关执法工作呢？

一、案情“拼图”

2007年8月30日颁布的《反垄断法》并没有对执法信息披露做出细致规范，更没要求：执法者在查处垄断协议、滥用市场支配地位案后，须公布处理决定全文。

从2013年7月30日至今，负责规制非价格类垄断协议、非价格类滥用市场支配地位、滥用行政权力限制竞争的工商总局，共披露了其反不正当竞争与反垄断局、各省市自治区工商局，6年来，查结的16则反垄断执法案件处理决定全文。

然而，负责规制价格类垄断协议和滥用市场支配地位的发改委系统，至今还没有全文披露一则处理决定全文。2013年2月6日，也就是披露对茅台、五粮液案查处结论的15天前，国家发改委价格监督检查与反垄断局已“向国务院法制办报送《国家发改委关于请明确行政处罚决定书可否公开等问题的函》，请示行政处罚决定书及证据可否公开的问题”（《中国价格监督检查》2013年第10期）。但很显然，至今，这个问题没能解决。因而，对案情的了解只能借助发改委系统披露的执法新闻公告、其他媒体的报道来“拼拼图”。

二、8家日本汽车配件企业串通投标——执法管辖权之疑

根据8月20日国家发改委对日本汽车配件企业案件的新闻公告：“2000年1月至2010年2月，日立、电装、爱三、三菱电机、三叶、矢崎、古河、住友等八家日本汽车零部件生产企业为减少竞争，以最有利价格得到汽车制造商的零部件订单，在日本频繁进行双边或多边会谈，互相协商价格，多次达成订单报价协议并予以实施。价格协商涉及中国市场并获得订单的产品包括起动机、交流发电机、节气阀体、线束等13种。经价格协商的零部件用于本田、丰田、日产、铃木、福特等品牌的20多种车型。截至2013年底，当事人经价格协商后获得的与中国市场相关的多数订单仍在供货。”

[8月20日中新网长期报道《反垄断法》新闻的记者周锐披露](#)：“‘汽车制造商在开发新车型时会选定零部件供应商，选定方法是向多家供应商发送询价函’，国家发改委反垄断局一位官员介绍说，据调查，在收到询价函后，涉案零部件生产企业会通过双边或多边会谈，对汽车零部件订单进行‘分配’。该官员告诉中新社记者，为了彼此间达成的‘分配协议’能够兑现，几家串通投标的企业会约定一个价差，由‘分配’到订单的企业报最低价。”

前后对比，官方对该案的公告中没提及违法企业串通投标的情况。

为什么？

我国《招标投标法》2000年1月1日起施行，对单个招标项目中的串通投标行为有所规制，甚至在第五十三条、五十四条规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”。但该法由工商总局执行，且仅适用于在我国境内发生的招投标行为。

我国《反垄断法》在起草时，曾把连续性的串通投标纳入其禁止范畴，使其可以和其他限制竞争行为一样，即便发生在境外，只要直接影响中国大陆地区市场，我国执法者就有权查处。但由于种种原因，该起草建议被删了。工商总局2009年5月6日发布的《关于禁止垄断协议行为的有关规定（征求意见稿）》第五条第五项也曾将串通投标作为垄断协议的一种纳入其管辖范围，但最终也被删了。

实际上，串通投标往往同时涉及限制价格竞争协议、分割市场与客户协议，但在构成要件上与一般的限制价格竞争协议不同，而且因为会长期影响质量竞争与服务竞争，危害更大。严格地讲，其应由发改委系统和工商系统的反垄断执法机构联合执法，以便统一法律适用尺度，从严处罚。但实践中，发改委系统反垄断执法机构在涉及与工商系统权限交叉时，多采取“先占先得”的所谓“一站式”执法，只

是在公告中淡化非价格类限制竞争行为，或选择尽量扩大解释《反垄断法》中有关价格类限制竞争行为的规定，例如在高通案（参见澎湃新闻网：《盘点反垄断案例①》，2014年8月9日）。从工商系统[已公布的16则反垄断执法案件](#)看，每每同时涉及“价格类”与“非价格类垄断行为”，已公开的处理决定都会提及发现的“价格类垄断行为”，但处罚时，却仅仅对“非价格类垄断行为”进行处罚，以避免越权执法之嫌。

具体到8家日本汽车配件企业串通投标案，国家发改委的公告中更强调违法者的“互相协商价格”，但自始至终都没有明确说明：该违法行为在串通投标的格局下，到底是依据《反垄断法》第十三条第一款的第一项，按限制价格竞争协议论处，还是按照该款第三项，按分割市场、客户论处。而后者，作为非价格类限制竞争协议，本应由工商系统查处。同样，该公告也没有提及：这些垄断协议为何不能适用《反垄断法》第十五条予以豁免禁止，尽管这样的限制竞争行为即便在国外也极少有豁免禁止的情况。

三、4家日本轴承企业价格协议——行政处罚2年追溯期之惑

8月20日国家发改委对4家日本轴承企业价格协议的新闻公告披露：“2000年至2011年6月，不二越、精工、捷太格特、NTN等四家轴承生产企业在日本组织召开亚洲研究会，在上海组织召开出口市场会议，讨论亚洲地区及中国市场的轴承涨价方针、涨价时机和幅度，交流涨价实施情况。当事人在中国境内销售轴承时，依据亚洲研究会、出口市场会共同协商的价格或互相交换的涨价信息，实施了涨价行为。”

然而，2014年6月7日下发，7月1日生效，事前未曾在互联网上向社会公开征求意见的国家发改委《规范价格行政处罚权的若干规定》，却在其第十六条规定：“对价格垄断行为实施行政处罚参照本规定执行，但另有规定的除外。”同时又在第五条规定：“价格违法行为在‘2年’内未被发现的，应当依法不予处罚，法律另有规定除外。”这样的规定与我国《行政处罚法》第二十九条一致。而对行政处罚的追溯时效的问题，立法者确实没有在《反垄断》中另行规定，从而为国务院细化相关规定预留了立法空白。这个空白一留就留了近7年。

对比8家日本汽车部件企业串通投标案，4家日本轴承企业案是2011年6月就停止实施违法行为的。至于违法行为所涉产品之后是否继续流入到中国大陆市场，官方公告没像报道8家日本汽车部件企业时那样做出说明。更何况“违法行为”应

仅限于通过敏感信息交互而促成的串谋价格、串通投标等限制竞争行为，而不应包括后续与善意第三方达成的买卖合同，因为后者本身没有违反《反垄断法》。

而且，官方公告也没有披露：执法者到底是何时才对该案正式立案的。如果立案时间迟于 2013 年 6 月，那么 4 家日本轴承企业依据国家发改委《规范价格行政处罚权的若干规定》第五条和第十六条规定，属于“在‘2 年’内未被发现的，应当依法不予处罚”的情况。

对此，记者周锐披露：“‘这个案子是一个国际卡特尔行为，最大的难度是很多违法事实发生在境外，我们无法到实地调查取证。’发改委反垄断局一位负责人告诉中新社记者，在依靠自身调查无法获得足够证据的情况下，综合运用法律责任条款和宽大政策在国际卡特尔调查中就起到了至关重要的作用。”然而，具体到 4 家日本轴承企业案，被免罚的日企不二越，到底是在何时向执法者进行自首的，无论官方公告，还是国内媒体都没有披露。恰恰是这一个时间点关系着该案的立案时间，以及 4 家企业是否可以适用《规范价格行政处罚权的若干规定》免罚。

2014 年 5 月 30 日，原英国金融时报集团旗下，现为私募股权基金 BC Partners 旗下的 [Policy and Regulatory Report \(PaRR\)](#) 在向其全球客户分发的通讯《China's NDRC starts auto parts investigation; Japanese firms implicated》中披露：2013 年底，有日本汽车配件企业通过中国律师与国家发改委反垄断执法机构建立联系，而后者竟然惊讶于日本车企已被美国处罚。若该报道属实，则只能说明相关日企是非常熟悉中国《反垄断法》现存漏洞的。即便漏洞这样明显，即便我国反垄断执法者也很清楚，对于反垄断执法调查而言，2 年行政处罚追溯期太短，但是《规范价格行政处罚权的若干规定》的前述规定，仍旧在 2014 年 7 月，在汽车行业正式掀起反垄断调查风暴之前，悄然生效了。

为什么？

2012 年“11 月 28 日，国家发改委价格监督（检查）与反垄断局副局长（副巡视员——笔者注）卢延纯首次借助中国汽车流通协会年会的平台表示，下一步要加大对汽车产业反垄断的力度，并确定了整车销售价格、售后服务、拒绝交易三个反垄断的重点。……值得注意的是，发改委反垄断并非仅仅高举‘大棒’，同时强调要开展研究式调查。‘今年（2012 年——笔者注）以来我们选取国内部分重点汽车生产厂商开展调查，发现现有汽车转购价格的问题，汽车厂商也主动纠正了自己的行为。他们修改了相关的商务条款，这些做法维护了经销商的合法权益，也受到了经销商和消费者的欢迎，下一步我们将选取具有典型代表的汽车生产商、经销商，就有关价值的竞争问题，开展研究式调查，听取意见和建议。’卢延纯强调。”（[何芳，《21 世纪经济报道》2012 年 12 月 12 日](#)）

从以上这则报道可知，国家发改委的反垄断执法者确实发现了违反《反垄断法》的行为，但是这些行为最终没有被国家发改委反垄断执法机构像处罚进口奶粉企业、进口眼镜镜片企业和茅台、五粮液那样进行处罚，甚至至今没有被公开披露。尽管《行政处罚法》第六十二条明确规定：“执法人员玩忽职守，**对应当予以制止和处罚的违法行为不予制止、处罚**，致使公民、法人或者其他组织的合法权益、公共利益和社会秩序遭受损害的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

2014年8月11日，[网易汽车](#)在《[上海通用回应反垄断:3品牌零整比系数均低](#)》中披露了上海通用的一则公告：“上海通用汽车始终致力于国内汽车市场的和谐发展和保障消费者的权益，自**2012年以来**，上海通用汽车一直积极响应和配合发改委价格监督和反垄断局对于汽车行业的各项调查和调研工作，不断规范和改进公司的运作和经营。”那么，上海通用汽车是否属于国家发改委价格监督检查与反垄断局“2年”前“研究式调查”的对象呢？当时，该局是否发现上海通用从事了违法行为，并像对奔驰一样进行了突击检查，像对奥迪、克莱斯勒那样公开声称，或至少事实上做出过处罚呢？如果当时应该处罚而未处罚，那么对于涉嫌渎职的执法人员，是否应依据《行政处罚法》第六十二条追究责任呢？如果上海通用之前“不断规范和改进”的“运作和经营”确实涉及违反《反垄断法》的行为，并侵害了消费者权益，是否应当对消费者进行赔偿或不当得利返还呢？（参见《国际商报》：《“风暴式”反垄断执法引发的追问》，2014年8月15日）

如果对4家日本轴承企业的处罚追溯期不受《规范价格行政处罚权的若干规定》第五条约束，那么对上海通用“2年”前可能涉嫌的违法行为，国家发改委价格监督和反垄断局是否也必须处罚？罚款计算是按2011年的销售额罚1%至10%，还是按2013年的销售额计算呢？（后者约1457亿元，参见Martin Shi，《上汽2013年营收增长17.6%上海大众和上海通用占6成》，盖世汽车网，2014年3月28日）

类似的“2年”前“研究式调查”的对象，到底还有多少，还涉及哪些企业呢？

四、12.35亿元——行政处罚自由裁量权之问

许多媒体争相报道国家发改委开出了“破纪录”的12.35亿元罚单。

这是个显而易见的误解。

8月20日，国家发改委公布的明显是两个垄断协议案件，只不过挑在一天、在同一份公告中披露，并创设了一个“日本‘十二家’企业实施汽车零部件和轴承

价格垄断被国家发展改革委罚款‘12.35 亿元’”的公告标题，以迎合各路“标题党”，争取最好的宣传效果。

在国外，涉及限制竞争协议的罚款高低排名，通常不是根据个案罚款总和排名，而是按照对单个企业的处罚，尤其是在有企业因为第一个自首而免罚的情况下。从这个角度而言，目前的反垄断罚款的“冠军得主”换作了按上年度相关销售额 6% 处罚的日本住友。即便因 2014 年 8 月 14 日提出的申辩意见被采纳，而减轻了 5000 万元罚款，日本住友仍以 2.904 亿人民币罚款超越了 2013 年 2 月按上年度销售额 1% 处罚了 2.47 亿元人民币的茅台。其实，早在（2011 年）“12 月 26 日，（国家发改委）价监局公开通报广东省物价局查处珠海港华侨实业公司捏造散布茅台酒涨价虚假信息被处 50 万元罚款的案情。”（《2011 年 9 月~12 月价格监督检查与反垄断局工作大事记》，载《中国价格监督检查》2012 年第 3 期）但国家发改委没有像调查武汉宝马经销商那样，调查其他茅台经销商；也没有像调查奥迪及其湖北经销商那样，调查茅台自身是否也曾参与协同行为、组织限制价格竞争协议。尽管一直以来茅台、五粮液等白酒巨擘年年召开经销商大会讨论价格早已不是秘密，甚至还曾有省委领导亲自与会给五粮液助阵的盛况（参见张真真：《五粮液多元化投资艰难转身》，财新《新世纪》2014 年 8 月 4 日）。

在国内，涉案企业多于 8 家、12 家的反垄断执法案件不在少数，例如：徐州物价局 2013 年曾查处 36 家驾校串通涨价，云南工商 2013 年 4 月处罚西双版纳州旅游协会组织 46 家酒店、15 家景点、2 家旅游客运汽车公司、20 家旅行社共 83 家企业从事违反《反垄断法》行为，至今还未能来得及披露全部处罚决定。即便是国家发改委价格监督检查与反垄断局亲自领导的执法案件中，大规模的查处也不在少数。例如《2013 年 1 月~6 月价格监督检查与反垄断工作大事记》（《中国价格监督检查》2013 年第 10 期）披露：“（2013 年）3 月 12 日，价监局组织 20 个调查组，同时对北京、重庆、吉林、湖南、湖北、江西等省市的部分水泥企业开展反价格垄断调查。5 月 2 日，卢延纯副巡视员听取中建材集团、北方水泥关于水泥行业产能过剩、市场协同限产情况的汇报。”最终却没有披露对中建材集团和其他省份水泥企业的查处情况，仅披露了责成吉林省物价局对吉林亚泰、北方水泥、吉林冀东三家企业价格垄断案进行处罚，罚款金额、违反所得罚没等均鲜有披露。

对两家日本企业高达上年度销售额 8% 的处罚比例，也并非国内之最。2012 年 10 月 26 日国家发改委发布了【[广东查处海砂价格垄断案件 确保国家重点工程建设顺利进行](#)】的报道。其中对东莞江海贸易有限公司、深圳东海世纪信息咨询有限公司处上年度销售额 10% 的罚款，分别为 13.45 万元、47.94 万元。然而，该案涉案企业达 20 多家，但最终只处罚了 3 家，其余违法企业的名称也未曾公布。这是否也涉嫌违反《行政处罚法》第六十二条，存疑。类似的，欧美在查处汽车部件、

轴承业限制竞争行为时还涉及其他企业，例如：山下橡胶、斯凯孚、舍弗勒。但这些企业参与的国际卡特尔是否也同样涉及中国市场，如果涉及，为何此次没能被一同查处和公布，中国执法者尚未给出解释。

当“破纪录”的罚单，或成“注水新闻”时，更值得关注的是罚款设置的标准。

同为横向限制竞争协议，对比同样实施长达 10 年之久的“上海黄铂金操纵案”，国家发改委价格监督检查与反垄断局的罚款尺度，在日本企业面前，变得更清晰、更公平，也更严格了。

首先，对于第一个自首、第二个自首，与没自首的违法者，该局区分了处罚尺度。例如，“对第二家主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据的电装，处上一年度销售额 4%的罚款。”然而，在上海黄铂金操纵案，5 家金店则统一按上一年度“相关销售额”的 1%处罚。再对比进口奶粉限制转售价格案，[2013 年 8 月 25 日播出央视对话节目对国家发改委价监与反垄断局许昆林局长，雀巢旗下惠氏奶粉主管人员及其代理律师的采访，并从第 8 分 30 秒起](#)，提示了自首和配合调查行为可以被减免处罚的情况。其中，惠氏经销部门主管所做的介绍情况更应视为被调查后的“坦白”，而非主动像日立、不二越那样的自首。但最终惠氏仍然全面罚款。而同样被免罚的贝因美、明治奶粉的自首情节、证据如何，执法者至今没有详细披露。而在广东海砂案，“对主动提供部分重要证据的广东宝海砂石有限公司，依据《反垄断法》第四十六条第二款规定，按照 50%幅度减轻罚款，处上一年度销售额 5%的罚款 14.53 万元”。在保险粉案，更公然出现了 3 家违法企业，在未说明是否在被调查前已经主动自首的情况下，就因为同时具有“第一时间报告达成价格垄断协议有关情况并提供重要证据”的情节，而“依法”按 60%幅度减轻罚款，尽管《[反价格垄断行政执法程序规定](#)》第十四条第二款明文规定：“第二‘个’主动报告达成价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的，可以按照不低于 50%的幅度减轻处罚”。

其次，该局对违法行为涉及两种及两种以上产品从严处罚。“对只协商过一种产品的矢崎、古河和住友，处上一年度销售额 6%的罚款，分别计 2.4108 亿元、3456 万元和 2.904 亿元。”“对协商过两种以上产品的爱三、三菱电机和三叶，处上一年度销售额 8%的罚款，分别计 2976 万元、4488 万元和 4072 万元。”对比上海黄铂金操纵案，5 家金店的价格操纵行为至少涉及黄铂金、铂金两种产品，是否也涉及宝石业务则没能进行调查或调查结果没做披露，罚款尺度却都是按家金店则统一按上一年度“相关销售额”——1%处罚。而在广东海砂案，涉案产品只有 1 种，违法行为持续约两年，但仍有两家违法者按“上一年度销售额”——10%被罚。

再次，该局“对 2006 年 9 月退出亚洲研究会但继续参加中国出口市场会议的 NTN 公司，处上一年度销售额 6%的罚款”。然而，2013 年 7 月被调查的上海金店有 13 家，但最终只处罚了 5 家。另外 7 家是否也曾参与了相关行业协会的价格操纵协议、决定或会议，之后是否有按照这些“会议精神”“随行就市”地调整定价，是否涉嫌构成违反《反垄断法》的协同行为，至今执法者没能公开披露。

值得一提的是，该局“对提议专门针对中国市场召开出口市场会议的捷太格特，处上一年度销售额 8%的罚款。”无疑，这样的处罚力度是大快人心的，足以警示外企。但是，对于长期盘踞上海黄铂金市场的那些违法金店，执法者却没能拿出足够的处罚力度，以匡扶社会公平正义，甚至由于上海市黄浦区国资委持有 42.09% 流通 A 股的老凤祥所受 323 万元罚款比之前外界预期的 2.5 亿至 25 亿要低太多，以至于在被罚第二天出现股价逆势上扬，大涨 6%以上（参见张柏慧，《老凤祥“垄断门”是否成了塞翁失马》，载《中国商界》2013 年第 9 期）。

五、被遗忘的——罚款计算基数、违法所得罚没与不当得利返还、对罚款设定的申辩与听证之谜

罚款计算基数、违法所得罚没与不当得利返还、对罚款设定提出申辩与听证往往是外界容易忽视的，因为在国家发改委以往披露的反垄断执法公告中，它们大都“被遗忘”了。

其一，我国《反垄断法》第四十六条没有明确罚款计算的基数到底是什么销售额。如果是像欧盟那样，以违反企业所属集团公司的全球销售额为罚款计算基数，那么对外企、对国企的威慑，无疑是非常巨大的。但外企一般在反垄断法合规审查方面投入较多，而国企则往往重视不足。因此，如果没有“2 年”前对汽车业的“研究式调查”，许多国企或其合资企业，恐怕面临的罚款会一单接一单，并远超茅台所领罚单的 5 倍甚至 50 倍……

所以，在计算罚款时，执法者选择按违法行为所涉产品在中国市场的上一年度销售额，则或许是某种必然。尽管如此，所谓“相关销售额”数据来源、计算方式至今都从未披露过。极端情况下，违法者可以选择见好就收，在一些违法行为尚未被发现时就停产，使执法者即便发现违法行为，也找不到上一年度相关产品销售额。只不过，对违法者而言，或许还是在如何做到“‘2 年’内未被发现的，应当依法不予处罚”上，“动脑筋”、“下功夫”才更实际，尤其是在发改委反垄断执法工作至今透明度还很有限的条件下。

其二，不容忽视的是，我国《反垄断法》第四十六条还对“没收违法所得”进行了明文规定。在 2013 年初披露的三星等面板企业横向限制价格协议案中，曾有

没收违法所得和返还不当得利。在 2011 年 11 月 14 日，国家发改委查处潍坊顺通医药公司、华新医药公司非法控制抗高血压药复方利血平原料药、哄抬价格时，也曾没收非法所得和罚款，共计逾 7 0 0 万元，但没有披露违法所得计算细节。除去这两个案件，《反垄断法》生效 6 年来，发改委反垄断执法系统严格依据该法没收违法所得的案件很少出现。在茅台、五粮液案、进口奶粉案、上海黄铂金价格操纵案、外资眼镜镜片案，以及新近披露的湖北物价局查处武汉四家宝马经销商案，都没有提及没收违法所得，也没有解释为什么，尽管相比上一年度“相关销售额”的 1%至 10%，积年累月的违法所得才是违法者牟取暴利的重头。

在违法所得没有没收的情况下，违法行为所涉产品的直接购买者也往往缺少足够的证据起诉违法者。2012 年 6 月 1 日，《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》生效。但它也没有明确消费者是否可以跳过经销商、整机厂，直接向从事违反《反垄断法》行为的厂商、配件厂索赔，或把它们告上法庭，甚至还整体删除了该司法解释草案第十条至第十二条与消费者起诉直接相关的条款，以至于消费者诉讼维权失去了最高人民法明确而坚定的支持。

当然，反垄断法执法机构也可以先做出罚款后，再将返还不当得利作为违反《反垄断法》的经营者必需执行的整改措施之一，并使之与没收违法所得衔接在一起，进而大大地减轻消费者维权索赔的成本。但是，对此我国还没有相关配套规则。除了适用《价格法》查处的三星等液晶面板案，执法者至今也没有要求违法者依据《反垄断法》作出前述整改承诺。2014 年 8 月 20 日披露的日本汽车配件企业、轴承企业违法案件的公告中也没有这样的要求，而是指笼统地提及“采取实际行动，消除过去违法行为的后果，主动维护竞争秩序，并惠及消费者”。

如此一来，终端消费者只能更多指望愿意能有乐于成为“先驱”同时不怕成为“先烈”的律师，效仿美国相关实践，借助现代化的信息技术手段，来降低为众多消费者维权的成本，进而为标的额小但为数众多的奶粉、白酒、黄铂金首饰、眼镜镜片、汽车配件等产品的消费者与违法者争取和解，或者对簿公堂提供法律服务。

其三，日本汽车部件企业申通投标案中，突然出现了住友 2014 年 8 月 14 日（周四）对国家发改委处罚决定提出申辩，“要求按照合资公司归属住友的权益对销售额进行部分修正”。“发改委反垄断局负责此案的官员介绍说，**经研究**，国家发展改革委**对符合法律规定的陈述申辩意见进行了采纳**，对住友的罚款由告知书的 3.4272 亿元调减到决定书的 2.904 亿元。”（周锐：[《中国反垄断保障涉案企业抗辩权 住友申辩获减罚五千万》](#)，新华网 2014 年 08 月 20 日）。类似的新闻报道，《反垄断法》生效 6 年来，闻所未闻。即便是在国家发改委公开披露的相关大事记中，至今只有 2011 年查处的保险粉案、山东潍坊华新与顺通两药厂案，

有关于申辩会的记录（参见《2011年9月~12月价格监督检查与反垄断局工作大事记》，《中国价格监督检查》2012年第03期）。

那么，为什么媒体会突然报道对反垄断执法者提出申辩的“新闻”？

巧合的是，恰恰在8月13日，《中国欧盟商会对中国反垄断调查表示关切》中提及：“调查不能预设结果，被调查企业必须获得完全的辩护权利。令人不安的是，中国欧盟商会认为中国在近期的调查中并未系统地执行这样的做法。”“中国欧盟商会接到一些行业很多令人警觉的报告，称行政威胁的策略被用于迫使企业在没有全面听证的情况下接受惩罚和改正。”

欧盟商会一定没有想到，它的呼吁却帮上了一些欧洲汽车部件企业的竞争对手——日本住友，尽管相关报道并未披露：一下子修正掉“五千万”罚款的法律依据到底是什么，通过哪些程序，采信了哪些证据或外国案例，又经谁研究后批准的，以及是否曾在8月14日至8月19日期间召开过相关听证会。

更奇怪的是，在日本企业2011年6月就停止违法行为，直到2013年下半年、2014年4月，才先后向执法者自首的背景下，没有一家被处罚的日本企业依据《行政处罚法》和国家发改委2014年6月下发7月1日生效的《规范价格行政处罚权的若干规定》，对行政处罚已过2年追溯期提出质疑和申辩。又或者虽有违法者提出此类申辩，但被执法者驳回而未向媒体披露驳回理由，以免这样的立法漏洞引发争议，让“破纪录”的处罚成为“水中捞月”。

六、“在《反垄断法》面前，所有企业一律平等”

日本汽车配件企业、轴承制造企业已经因为从事限制竞争行为先后在美国、欧盟、日本、新加坡被处罚。国家发改委对他们的处罚，虽没能成为第一家，但也不会是最后一家。至于，中国汽车配件企业、轴承制造企业是否也从事了类似的违法行为，仍有待于执法者秉承“法律面前人人平等”的基本原则去进行查处，或者“研究式调查”后，在违法行为停止后的“2年”内进行处罚。

“法律面前人人平等”是最基本的法治原则，是实现社会公平正义的前提。2014年8月18日，亦即日本汽车配件企业、轴承制造企业违反《反垄断法》案件正式披露的一天前，商务部新闻发言人沈丹阳老师就曾在答记者问时，表示：“《反垄断法》实施六年来，接受反垄断调查的企业既有中国本国企业，也有外国企业，并非只针对外国企业。在反垄断法面前，所有企业一律平等，不存在排外的情况。”的确，因为每个违法企业被查出，不仅涉及到其股东的利益，更关涉到相关违法行为所涉中国消费者的利益，偏袒任何违法者，就等于视相关中国消费者的合法权益于不顾。

然而，过去 6 年来，商务部反垄断局 26 则或禁止、或附条件批准的经营集中反垄断审查案件都仅仅涉及外企参与的交易，却无一则仅由中国企业参与的案件被禁止或被附加条件批准，是否有经营者集中案件应依法申报而未申报的情况，也至今没能披露一则。相反，工商、发改委系统的反垄断执法工作都涉及到了中国企业。但是，仅就调查方式、处罚尺度、信息披露情况而言，中国企业和外国企业确实经历了不同的境遇。

有的案件，尤其涉及国有企业被调查时，没能向广大人民群众披露。例如：“（2009 年）8 月 18 日～19 日，约谈有关航空公司负责人，通报民航机票价格调查结论，提出整改和进一步加强监管的要求。（参见《2009 年 3 月～8 月价格监督检查司工作大事记》，载《中国价格监督检查》2009 年第 11 期）”；又如“（2012）年 8 月 30 日，卢延纯副巡视员主持召开会议，分别向广东中石油、中石化、中海油三家公司通报成品油反垄断调查有关情况，并听取企业汇报有的案件。”（《2012 年 3 月～9 月价格监督检查与反垄断局工作大事记》，《中国价格监督检查》2013 年第 03 期）。

有的案件，因为行业主管部门的参与而未能查处到底，或未能公开披露。例如：（2013 年）11 月 22 日，中国保监会陈文辉副主席拜访胡祖才副主任，就保险业价格垄断案有关事宜再次进行沟通，许昆林局长、李青副局长参加；12 月 23 日，价监局与中国证监会法律部、机构部有关负责人就证券业经纪业务涉嫌垄断案进行沟通，许昆林局长、李青副局长参加（《2013 年 7 月～12 月价格监督检查与反垄断工作大事记》、《中国价格监管与反垄断》2014 年第 3 期）。

有的案件，在过去“2 年”里或“2 年”前，仍处于“研究式调研”阶段，因而虽然已经整改，但至今没有披露是否进行了处罚，甚至没能在“价格监督检查与反垄断工作大事记”进行披露，更无法枚举。

有的案件，因为涉及地方国企而处罚畸轻（如上海黄铂金价格操纵案），并最终由地方政府主罚，罚款也归入地方财政，即便违法行为影响的是全国市场，例如对地方纳税大户茅台、五粮液的查处。

有的案件，虽然已经调查清楚，但因为涉及行业监管与反垄断执法的交叉，而至今悬而未决，例如中电信、中联通滥用市场支配地位案。

沈丹阳老师声明的“在反垄断法面前，所有企业一律平等”，要如何才能做到？

这或许仍需通过提高执法透明度，加强对《反垄断法》运行的全面、系统、有效的监督，促使该法运行机制发生脱胎换骨的变革，才可以不仅给外国企业、外国媒体或外国政府，更给每一位中国公民一个满意的交待，一个常态化的，既看得清、

又看得懂的交待。那样，人们也就再也无需通过“案情拼图”，在无字处检视《反垄断法》运行的问题，“于无声处听惊雷”。

七、结语：“我们首先承认落后，老老实实承认落后。他就有希望。”

“万家墨面没蒿莱，敢有歌吟动地哀。心事浩茫连广宇，于无声处听惊雷。”是鲁迅先生收于《集外集拾遗》的一首《无题》。这首诗也在热播剧《历史转折中的邓小平》第15集至第22集反复被不同主人公吟诵，更通过剧情展现了十一届三中全会前夕，举国上下百废待兴，各界人民群众对时代大变革的迫切期待。在第22集38:45起，小平同志参观日产汽车组装车间，获知其生产效率是当时长春第一汽车制造厂的99倍后，不禁感叹：“我们中国呀，实际上荒废了十年，于此同时啊，日本和其他国家却进步了。这一进一退啊，加起来啊，就是二十年时间。我们首先承认落后，老老实实承认落后。他就有希望。……”

2014年夏，季席卷全国的汽车业反垄断执法风暴，不是偶然的。反垄断执法就像手术刀，哪里疾患严重，哪里难免就要“被开刀”。此次，汽车配件业的反垄断执法案件正恰恰反映了我国对高端汽车配件的严重依赖。但治病不能光靠开刀啊。反垄断执法不能解决所有问题，只能让违法企业受到惩罚、放弃限制竞争行为，并起到有限的警示作用。面对由此暴露出问题，需要反思的是过去十年来的汽车产业政策，还有我国的竞争政策。

2005年商务部、工商总局和国家发改委联合制定了《汽车品牌销售管理办法》，并没有直接与现行《反垄断法》冲突的条款，但也没有约束限制竞争的条款，反而通过一些制度设计变相为企业从事限制竞争行为提供了温床。同样是在第一任商务部部长吕福源在世时起草的《反垄断法》，2008年8月1日才生效。至今，有关横向分工合作协议、纵向分销协议、联合研发与技术转让协议、汽车配件与维修业、保险业、航运业的各项《反垄断法》配套规则都没有出台。

然而，2003年就与我国在竞争政策合作上达成共识的欧盟，在过去十年里已经完成了欧盟竞争法和实施机制的现代化改革，全面梳理和更新了各主要配套规则，使欧盟竞争法一跃成为比美国反托拉斯法规制更严格、处罚更有力、执行更高效、影响也更广泛的规制体系。反观我国《反垄断法》，虽然参考了欧盟竞争法的许多经验，但其运行中不仅问题很多，尤其在处罚标准上，对央企处罚信息鲜有披露、对地方国企处罚畸轻、对外企宽严多变、对民企尺度最大，甚至还饱受各种形式主义作风困扰：在制造新闻效应上，都乐此不疲；在通过制度建设全面推进反垄断法实施机制改革、减少法律适用不确定性、约束处罚的自由裁量权上，均举步不前。

“这一进一退啊，加起来啊，就是二十年时间。我们首先承认落后，老老实实承认落后。他就有希望。”对照我国的汽车产业政策，对照我国反垄断法实践，重温这样的实在话，确实宛如发人深省的一声惊雷，更应催人奋进。

附表：（以下仅为用于举例的不完全统计，统计数据截至 2014 年 8 月 25 日）

1. 部分地方物价局的反垄断执法实践对比：

省份	事迹	省物价局反垄断执法机构挂牌时间
江苏	2013 年，江苏省物价局查处徐州 36 家驾校统一涨价案、37 家混凝土企业价格垄断案、阜宁奶制品经销商案。	2013 年 1 月
海南	2013 年，海南省物价局调查了 三亚 3 家水晶购物店 串谋涨价案、调查了 5 家加气砖企业操控价格案。 背景： 直到 2012 年 7 月，即《反垄断法》生效近 4 年时，才适用 1998 年 5 月 1 日的《价格法》查处了第 2 例价格串谋案件（文昌市重兴镇 12 家茶店统一提高茶料和糕点价格案），海南物价局 2012 年 7 月 31 日在《 我省部分市县主动出击依法查处串通涨价等价格违法行为 》中称：“文昌查处一起海南最大串通涨价案”。 2008 年 1 月 18 日有关《碾米店老板串通抬高价格 琼海物价部门依法查处》的官方报道中提及 其查处了第 1 例价格串谋案。	2014 年 2 月
天津	2014 年 8 月，天津市物价局首次依据《反垄断法》自主执法调查房屋中介串谋涨价案。 背景： 2014 年 6 月国家发展改革委、住房城乡建设部联合发布《关于放开房地产咨询收费和下放房地产经纪收费管理的通知》，打破了“执行了 10 年的总房款 2% 的二手房中介费老标准以及中介费由买方承担的老规矩。”同期，《上海中介联盟谋涨佣金：从总价 2% 提至 3%》（陆鸣：澎湃新闻，2014-08-06）	未挂牌

2. 部分国家发改委“调不动”的地方执法机构

省份	事迹
山东	《中国价格监督检查》2011 年第 4 期披露：2011 年价检司“向山东省物价局发函，请其采取切实措施，加大大蒜市场和价格监管力度。” 然而，山东金乡大蒜价格从 2012 年 5 月 16 日开始，突破 4.00 元/公斤，短短 10 天内上涨到 8.00 元/公斤左右；2013 年大蒜批发价崩盘，比 2012 年下跌 8 成；2014 年山东各大蒜电子交易再崩盘，媒体披露盘商背后操纵价格（周亮、谢艾、李晓丹：《南方都市报》2014-08-18）
北京	《中国价格监督检查》2013 年第 10 期披露：“（2013 年）2 月 16 日~18 日，价监局会同北京市发改委对媒体反映春节期间洗车、餐饮等行业大幅涨价进行调查，并责成北京市处理调查发现的价格违法行为。”

然而， 刘洋、饶沛：《新京报》2014年5月22日披露 ：“北京市发改委相关负责人昨日（2014年5月21日）介绍……如果出现大幅度涨幅导致价格与成本相差很大，就涉嫌哄抬价格等行为。针对这些价格违规行为，目前发改委正在研究具体对策。”

3. 部分尚未正式披露的案件：

涉案企业名称	相关背景信息
广东中石化、广东中海油、广东中石油	<p>案情不详、罚款不详、没收违法所得不详。</p> <ul style="list-style-type: none"> 《2012年3月~9月价格监督检查与反垄断局工作大事记》，《中国价格监督检查》2013年第03期：9月19日，价监局向委领导报送关于广东成品油价格垄断案与三家石油总公司沟通情况的报告。张平主任、胡祖才副主任作出重要批示。
不详	<p>案情不详、罚款不详、没收违法所得不详。</p> <ul style="list-style-type: none"> 《2013年7月~12月价格监督检查与反垄断工作大事记》：《中国价格监管与反垄断》2014年第3期：“12月23日，价监局与中国证监会法律部、机构部有关负责人就证券业经纪业务涉嫌垄断案进行沟通，许昆林局长、李青副局长参加。” 2014年3月1日有报道披露《券商欲联合绞杀国金证券佣金宝万二费率或不保》 2014年03月04日，财新网金融记者范军利，发布【特稿】《协会干预券商定价有违<反垄断法>》梳理了各地区券商普遍存在的限制费率底线的限制竞争行为。 2014年4月25日证监会披露其下发了《关于进一步规范证券经纪业务活动有关事项的通知》（证监发[2014]30号）： <ul style="list-style-type: none"> “证监会要求各证监局督促辖区证券业协会、证券经营机构对佣金收取、佣金自律活动进行全面自查自纠，主动清理规范有关违反反垄断法或者反不正当竞争法的行为，并于6月15日前将自查清理情况汇总报告证监会。” 2014年9月4日【陕西证券业涉嫌违反《反垄断法》 传监管机构参与其中】
上海通用、广汽	<p>2014年8月11日，部分媒体披露了上海通用的一则公告（例如《上海通用回应反垄断:3品牌零整比系数均低》载网易汽车）。该公告提及：“上海通用汽车始终致力于国内汽车市场的和谐发展和保障消费者的权益，自2012年以来，上海通用汽车一直积极响应和配合发改委价格监督和反垄断局对于汽车行业的各项调查和调研工作，不断规范和改进公司的运作和经营。”</p> <p>那么，上海通用汽车是否属于国家发改委价格监督检查与反</p>

	<p>垄断局，在“2年”前，“研究式调查”的对象呢？当时，该局是否发现上海通用从事了违法行为，并像对奔驰一样进行了突击检查，像对奥迪、克莱斯勒那样公开声称、并事实上做出过处罚呢？如果当时应该处罚而未处罚，那么对于涉嫌渎职的执法人员，是否应依据《行政处罚法》第62条追究责任呢？如果上海通用之前“不断规范和改进”的“运作和经营”确实涉及违反《反垄断法》的行为，并侵害了消费者权益，是否应当对消费者进行赔偿或不当得利返还呢？</p> <p>类似的，2014年8月9日，《经济观察报》刊载了记者刘晓林、张向东的《被低估的反垄断风暴》一文。其中披露了：“一位接近上汽集团高层的知情人士日前向经济观察报记者披露，从去年底到今年3、4月份，上汽旗下包括上海大众和上海通用在内的合资公司，已经邀请当地价格监督和反垄断部门负责人亲自来企业‘授课’，以此提醒企业上下的人务必重视此事，并杜绝在实际经营过程中可能出现的涉及垄断的做法。该知情人士披露，除了上汽集团，广汽集团也从去年底开始对下属的合资公司进行反垄断‘普法’教育，并就经销商商务政策中某些可能涉及垄断的条款作了相应的修订。而这样做的目的，就是为了在一旦被各地反垄断部门突击检查时，对方找不到经销商垄断经营的‘罪证’。”那么，如果这些被修改的条款确实违反《反垄断法》，发改委反垄断执法机构是否也应进行查处，并让受影响的消费者有知情权，可以主张民事赔偿呢？</p> <p>（以上分析参见笔者《“风暴式”反垄断执法引发的追问》，载《国际商报》2014年08月15日）</p>
--	---

4. 处罚尺度高低对比

“时建中对中新网财经频道分析，确实中国反垄断进入了**新常态：不管任何的行业或者企业，只要存在垄断行为就会纳入反垄断调查和处罚**。但他指出，反垄断进入新常态后，执法力量和执法水平需要加强。反垄断处罚力度也不是越大越好，**而是根据企业违法行为对竞争者和消费者利益损害程度依法、按比例原则查处**。”——曾会生：《中国反垄断扩围已开6张上亿罚单 专家：会更频繁》2014年09月11日，[中国新闻网](#)

4.1 横向限制价格竞争协议

类型	从严处罚		从轻发落
	上年度销售额 10%	8%	上年度销售额的 1%
从重或从轻情节	<p>【广东海砂案】</p> <ul style="list-style-type: none"> 因严重影响到港澳珠大桥人工岛等一批国家重点建设工程的进度，东莞江海贸易有限公司作 	<ul style="list-style-type: none"> 对协商过两种以上产品的爱三、三菱电机和三叶，处上一年度销售额 8%的罚款； 对提议专门针对中 	<p>【上海黄、铂金价格操纵案】</p> <ul style="list-style-type: none"> 无企业有自首情节； 无企业有主动提供重要证据情

	<p>为价格联盟牵头者之一、深圳东海世纪信息咨询有限公司作为主要获利企业，均被处罚上年度销售额 10%的罚款。</p> <ul style="list-style-type: none"> • 广东宝海砂石有限公司虽为另一牵头者，但因主动提供证据，被罚 5%上年度销售额。 • 其余 20 余家参加海砂联盟的其他企业仅被提醒告诫。 	<p>国内市场召开出口市场会议的捷太格特，处上一年度销售额 8%的罚款。</p>	<p>节。</p> <ul style="list-style-type: none"> • 老凤祥银楼、老庙、亚一、城隍珠宝、天宝龙凤五家金店均处以上一年度相关销售额 1%的罚款。 • 上海黄金饰品行业协会被处罚 50 万元。 • 同期共 13 家金店被调查，另 8 家金店的查处结论，至今未披露。
违法时间	约 2 年	约 10 年	约 10 年
违法所得	未披露违法所得罚没或不当得利返还	未披露违法所得罚没或不当得利返还	未披露违法所得罚没或不当得利返还
事后发展	<p>2012 年，“从开展调查的 2 月中旬开始，海砂开采资源费恢复至每立方 5 元的正常水平，港珠澳大桥填方工程海砂价格稳定在每立方 26 至 30 元。”（国家发改委：《广东查处海砂价格垄断案件 确保国家重点工程建设顺利进行》，2012 年 10 月 26 日）</p>	待观察	<p>由于上海市黄浦区国资委持有 42.09%流通 A 股的老凤祥所受 323 万元罚款比之前外界预期的 2.5 亿至 25 亿要低太多，以至于竟而在被罚第二天出现股价逆势上扬，大涨 6%以上（参见张柏慧，《老凤祥“垄断门”是否成了塞翁失马》，载《中国商界》2013 年第 9 期；王若宇，《反垄断结案两月老凤祥股价翻倍》，人民网，2013 年 10 月 29 日）。</p>

4.2 限制转售价格案中，“能够配合调查，并主动整改的”企业在罚款尺度上的差异

罚款占上年度销售额	涉案企业	同行业是否存在其他违法企业未被查处
-----------	------	-------------------

1%	茅台、五粮液： “积极配合……调查，迅速对外发布公告纠正违法行为，并已撤销对经销商的处罚，退还扣减的市场支持费用，按照法律要求进行了整改”。	“五粮液公司的价格垄断行为在行业内起到了负面的示范效应，已经有其他白酒品牌开始对经销商进行类似限制和处罚……”（四川发改委：《五粮液公司实施价格垄断被处罚 2.02 亿元》，2013 年 2 月 22 日）
1%	卡尔蔡司光学、北京博士伦、和强生视力健： “积极配合调查并主动整改”。	“某品牌眼镜代理商邱先生认为，制定统一零售价并非是国际品牌才有。” （张军、余鲁西、荆笛、刘蔚丹：《楚天金报》2013 年 8 月 2 日）
2%	上海依视路： “价格控制力较强，但能够主动整改”。	
3%	多美滋、雅培、富仕兰、恒天然： “能够配合调查，并主动整改”。	乳业专家王丁棉向媒体表示：“在此次被调查的奶粉企业中，国产品牌仅有合生元与贝因美两家，而目前国产奶粉品牌中一段奶粉价格达到三四百元的起码还有四五家企业，这些企业在市场上的价格操作模式与洋品牌基本一样……” （胡笑红、周宇：《京华时报》2013 年 8 月 8 日）