

# 反垄断何时打老虎？

近期为何出现密集的反垄断执法？矛头会否转向垄断央企和行政性垄断？

◎ 本刊记者 任重远 · 何春梅 | 文

renzhongyuan.blog.caixin.com | hechunmei.blog.caixin.com

**国**家发改委8月7日公布乳企纵向垄断调查结果，合生元等6家乳粉企业共被罚约6.7亿元。这是中国反垄断史上最大的一张罚单。

2013年以来，韩国三星等企业液晶面板价格垄断案，茅台、五粮液价格垄断案，上海黄铂金饰品价格垄断案，奶粉价格垄断案等相继被发改委查处。无论是被查处企业规模、数量，还是处罚力度，都前所未有的，且对争议较大的纵向垄断案也开始介入。

7月间，国家工商总局反垄断案件公布平台正式运行，还启动了对牛奶和饮料包装巨头瑞典利乐公司涉嫌滥用市场支配地位行为进行立案调查。

商务部也于8月2日披露数据，五年来共对经营者集中立案690件，审结643件；其中无条件批准624件，附条件批准18件，禁止1件。

国务院反垄断委员会专家咨询组相关专家对财新记者分析说，《反垄断法》实施五周年之际，三家反垄断执法机关相继发力，有部门间竞争的因素，而非国家层面的统一安排。

外界感觉到反垄断执法越来越严，关键原因是，中国企业反垄断合规普遍存在问题，而相关部门已逐步完成了业务能力和队伍建设的积累，有能力和自信在反垄断这一专业性很强的领域深入执法。这更多地体现了一种未来趋势，



国家发改委8月7日公布乳企纵向垄断调查结果，合生元等6家乳粉企业共被罚约6.7亿元。

并非一阵风式的特别行动。不过，奶粉反垄断案的执法，也引起了业内和学界的不少争议（相关报道及评论参见本刊2013年第27期“奶粉业多拳出击”“看不懂的奶粉反垄断调查”）。

如何提高专业能力并保持审慎，提高执法透明度，限制过大的自由裁量，避免选择性执法，是上述反垄断执法机关当前必须面对的问题。至于针对央企和行政垄断如何“打老虎”，还需顶层设计来支持。

## “三驾马车”发力

根据《反垄断法》和国务院批准的“三

定”方案，国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作。具体执法方面，商务部负责依法对经营者集中行为进行反垄断审查，发改委负责查处价格垄断行为，工商总局负责除价格垄断以外的垄断协议、滥用市场支配地位以及滥用行政权力排除竞争方面的执法。三部委具体负责执法的机构，分别是商务部反垄断局、工商总局反垄断与反不正当竞争执法局，以及发改委价格监督检查与反垄断局。

此前，多次有专家建议合并上述机构，最好成立一个部级单位，以提高反垄断执法的地位。

“但从这次的情况来看，分开也不是没有好处，三个部门之间存在互相竞争。”中国社会科学院法学所研究员王晓晔告诉财新记者，本次反垄断执法风暴起自发改委价格监督检查与反垄断局，其局长许昆林高调推动了很多案件的查处，其它两部委随后陆续发力。

这一说法得到了一位接近国务院反垄断委员会的专家确认：“国务院层面上没对反垄断执法进行统一部署。只有奶粉的事情上面是说了话的，但也没说要通过反垄断来办。”

此前的5月31日，国务院常务会议研究部署进一步加强婴幼儿奶粉质量安全工作时强调，要把提升婴幼儿奶粉质量安全水平作为突破口，把优质国产品牌树起来，使消费者的信心提起来。

6月底7月初，国家发改委确认正在对合生元、多美滋、美赞臣、惠氏、雅培等多家奶粉企业进行价格反垄断调查，惠氏等企业随即先后宣布降价。8月7日，调查结果公布，合生元等6家奶粉企业共被罚约6.7亿元；惠氏、贝因美、明治等3家企业因配合调查、提供重要证据，并积极主动整改被免除处罚。国家发改委人士透露，对奶粉问题的调查工作早在2012年底即已展开，公开确认调查前，相关取证已完成。

2013年1月，三星等六家液晶面板企业因在2001年-2006年间的价格垄断行为遭到处罚，包括责令退还、没收和罚款共计3.53亿元。2月，贵州茅台、五粮液集团因实施价格垄断被开出4.49亿元罚单。3月，上海黄金饰品协会也因涉嫌黄铂金饰品价格垄断被调查。

## 力度加大

对外经贸大学教授黄勇告诉财新记者，中国境内的企业、行业协会涉嫌垄断行为普遍，普遍缺乏这方面的合规意识，包括一些外资企业。执法机关取证比较容易，使这次执法风暴成为可能。

例如，上海黄铂金饰品价格垄断案中，发改委针对的主要是由老凤祥等企业所在的上海黄金饰品行业协会牵头制定的《上海黄金饰品行业黄金、铂金饰品价格自律实施细则》（下称《细则》）。该《细则》要求上海地区金店在对所售黄金、铂金产品进行定价时，均不许超过协会所约定“中间价”的正负2%或正负3%，已明显涉嫌价格同盟。

“在国外，因为可能涉嫌违反反垄断法，企业间谈价格是件很忌讳的事。但我们就敢公开说，包括很多行业协会直接这么干，不止这一个。取证比较容易，一抓一个准。”黄勇说。

在国家工商总局反垄断案件公布平台首次公布的12起案件中，其中9起是有关行业协会组织本行业经营者达成垄断协议案件，涉及旅游、保险、水泥等行业，占有案件的75%。

一家被罚奶粉企业内部人士告诉财新记者，该公司在美国，和经销商的合同是不会写上限制转售价格的，此番在中国被罚，并非完全冤枉。业内企业主要的困惑在于，这种现象在中国很普遍，持续多年，各行各业利润较高的企业都对下游企业有指导价。为什么早不打击，拿奶粉开刀？

对此，许昆林解释称，由于经济生活的复杂性，反垄断的专业性和技术性很强，社会各方面了解和熟悉这部法律需要时间。经过五年的锻炼和积累，中国反垄断执法力量显著增强。发改委将进一步加大反价格垄断工作力度。

事实上，力度加强，还体现在案件的范围上。在传统的横向价格联盟外，对限定转售价格的纵向垄断调查也逐步常规化，如茅台、五粮液案和奶粉案。

这对专业能力要求更高，发改委的一些行动也遭受质疑。对此许昆林向财新记者表示，专家可以有各种观点，《反垄断法》从起草到出台就经过了十几年，争论不断，不会因为争论就不执法。

## 纵向垄断争议

所谓纵向垄断，是指生产商在将产品出售给销售商时，对后者向第三人进行转售时的价格进行限制，在反垄断法上称为“纵向价格限制”，或“转售价格维持”。在奶粉案中，发改委即认定涉案企业均对下游经营者进行了不同形式的转售价格维持，存在固定转售商品的价格或限定转售商品的最低价格的行为。

其核心争议在于，究竟上述行为本身违法，还是需要考量其它因素，只有行为产生限制竞争效果时才构成违法？

对此问题的不同回答，让中国的反垄断执法机关和司法机关暂呈“分裂”状态，也让企业感到有些无所适从。

2013年8月1日，上海市高级人民法院就强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司（下称“强生公司”）纵向垄断一案作出终审判决。宣判当日，包括《人民法院报》等官方媒体即对此案充分报道，详细阐述了法院对该问题的认识和分析思路。业内普遍认为，该案判决的法律适用，应已得到最高法院认可，具有标杆性意义。其影响不仅限于上海，可视为全国法院系统对于纵向垄断认定的影响性案例。

法院认为，《反垄断法》第十三条对垄断协议的定义同样适用于第十四条对纵向协议的规定，应当以具有排除、限制竞争效果为构成要件。相较于反竞争效果强的横向垄断协议，纵向协议更应以具有排除、限制竞争效果为必要条件。

在对关于“限制最低转售价格协议”是否构成垄断协议的分析中，法院提供了四个方面的考量因素，即相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的动机、和限制最低转售价格的竞争效果等。

但在发改委对乳企纵向垄断的调查和处罚中，上述因素并未被充分分析和考量。一位不愿透露姓名的反垄断法专家告诉财新记者，仅因企业存在“限制

最低转售价格的协议”即认定违法，而不考虑是否具有排除、限制竞争的效果，与反垄断法基本原理不符。多位反垄断专家认为，奶粉行业是一个竞争充分的市场，被罚企业有的市场份额甚至只有3%左右，很难造成限制竞争的效果。

中国社会科学院研究员张昕竹告诉财新记者，法院的判定标准更为合理，也是当前国际惯例的大势所趋。

1911年，美国法院在 Dr. Miles 案判决中首次确认对转售价格维持适用本身违法规则，这一做法延续了近一个世纪，20世纪80年代末开始松动。

在2007年 Leegin 案判决中，美国最高法院改采合理规则，认为应对价格限制的反竞争效果与积极效果进行权衡，如果其产生的效率足以补偿其产生

的负面效果，则认定限制是合理的，不予禁止。

具体到发改委查处的奶粉纵向垄断案，张昕竹认为更要审慎，纵向价格限定虽然会限制单一企业各经销商间的竞争，但也会对企业间的竞争起到促进作用。在抑制价格竞争的同时，也会增强质量方面的竞争。

至于是否违反《反垄断法》，必须按照合理的分析结构，根据具体证据，从经济学角度进行分析。否则，就算价格下来了，也可能起到不利于质量竞争的效果，对公共利益弊大于利。

### 选择性执法瑕疵

在一些反垄断专家看来，奶粉案查处除了前述争议问题，在具体操作层面，执

法机关的执法透明度有待加强，且缺乏详细分析说理，法律适用上也缺乏专业性，容易被人诟病选择性执法。

例如，差不多类似的行为，合生元等6家企业被重罚6.7亿，惠氏、贝因美、明治等3家企业被免除处罚。免除处罚的理由是“配合调查、提供重要证据，积极整改”，主要依据是反垄断法第四十六条第二款：“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。”

但是，一位曾经参与《反垄断法》制定的专家告诉财新记者，根据各国立法惯例，减免处罚主要针对横向垄断，即企业实施价格同盟的行为。因为横向垄断危害更大，查处困难，因此法律设定相关制

### 评论

## 纵向垄断的中国版裁判

可以肯定的是，当上游企业赔偿了下游企业的利润损失，或者向政府机关支付了罚款后，它们最终还是要变成成本，由消费者承担

◎ 邓峰 | 文

大家对垄断的情绪由来已久，不过《反垄断法》的曝光率和吸睛力从来没有像最近如此之高。几乎同时，两个带有里程碑意义的裁判新鲜出炉：上海高院就北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生（上海）医疗器材有限公司一案，推翻了一审认定被告不构成垄断违法的判决，作出了全国第一起构成垄断的法院判决；发改委对奶粉企业进行的纵向垄断调查，开出了史上最大罚单。

发改委的公共执行（通过行政执法）

和受害人的私人执行（通过司法诉讼），行政裁量和司法判决，结果虽然类似，法律依据也都是《反垄断法》第十四条，但两家的逻辑大为不同。

执法的精髓和关键是对规则与事实及其相互关系的解释。两家裁判的不同可以总结为，法院还是按现行《反垄断法》的大致逻辑框架来解释第十四条的，但有扩大解释的嫌疑；而发改委则更像是单独援引了第十四条。《反垄断法》第十四条第一款第二项非常简洁地宣布

禁止“限定向第三人转售商品的最低价格”，这样孤零零的规定似乎给了执法者以坚强的武器。但是，假如不需要按照《反垄断法》的框架来理解和解释，该条款还不如《价格法》第十四条的表述更完整、充分和有力：“经营者不得……相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益”。不是所有的上下游价格协调都是违法的，《价格法》第八条则规定了定价的原则——“经营者定价的基本依据是生产经营成本和市场供求状况”，假如协调符合这个原则呢？更不用说偏离了这个原则，加价太多，过去刑法罪名叫做“投机倒把”，现在的价格法叫做“牟取暴利”（当然，这两个限制本身都有问题）；降低太多，就叫做倾销或者掠夺性定价了。

单纯因为第十四条这样表述来理解最低转售价格的行为当然、必然违法，忽略了第十五条的种种例外规定。可以采用的抗辩包括第十五条第一款的“（一）为改进技术、研究开发新产品的；（二）为提高产品质量、降低成本、增

度，鼓励企业退出同盟，主动向执法机关报告。中国《反垄断法》的立法原意也是如此，不应适用于纵向垄断。

即便如此，发改委的不同处罚措施，也与其自身制定的《反价格垄断行政执法程序规定》存在冲突。据其规定，“第一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，可以免除处罚；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；其他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，可以按照不高于50%的幅度减轻处罚。”

也就是说，不可能出现3家企业都因配合调查而被免除处罚。

一家被罚企业的内部人士抱怨说，

这有选择性执法之嫌。惠氏“表现好”，发改委一宣布调查，它就降价了，当时发改委还鼓励，别人只好跟着降价，“实际上惠氏（最后）降价是最少的”。在他看来，这对中国执法机关形象不好。

更为严重的选择性执法是对国企垄断和行政性垄断的几近失明。长期以来，已饱受舆论批评。2011年底，发改委对电信、联通宽带反垄断案进行调查（相关报道参见本刊2011年第45期特别报道“宽带反垄断阳谋”），引发普遍关注后，至今仍无最终结果。

一位接近三家执法机关的专家告诉财新记者：“对电信和联通的调查其实基本已经结束了，证据也收集得差不多了，一直出不来结果，确实很遗憾。而行政性垄断的案子，执法机关其实也查

了很多，但大部分最后都查不下去。”

黄勇则认为，对近期的反垄断执法形势，整体上应该肯定，问题症结关键不在反垄断执法机构，而是顶层设计，国家必须出台与金融、产业、财政、贸易政策平级的竞争政策。

“发改委（对电信和联通）的调查至少展现出一种姿态，垄断行业，央企不是一定不能动的。调查之后也产生了实际效果，网速确实明显上去了。”黄勇说。

在为国务院的建言中，黄勇写到，“竞争政策的基础地位体现在竞争政策要成为政府制定政策的重要目标和依据，从制度和组织保障上，反垄断主管机关除了制定和实施竞争政策之外，应当赋予其检视和规范其他政策的权力。”

进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的”等理由。但第十五条第二款规定，“经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益”。《反垄断法》将举证义务配置给了被告方，接下来的问题是：被告方，司法案中的原告，行政案中的执法机关，要不要证明“严重限制相关市场的竞争”？如果说，民事诉讼中举证责任的倒置是采用“优势证据规则”，辅助举证能力较弱的一方，那么执法机关的公共执行也不需要证明被告“有罪”在先么？

《反垄断法》和《价格法》的规则表述都不够严谨。但是，立法“宜粗不宜细”，更多是让执法者和司法者具体问题具体分析，可以本着“精神”去解释，甚至可能发展出“判例”性的执法或司法方式，并不意味着允许蛮干。

回到两个裁判，同样的法条和类似的违法行为，解释的程度和水平上的差别最明显。司法判决表现出一贯的推理和阐释风格，上海高院首先分析了市场

竞争不充分，接着以举证责任倒置承担不利后果的方式，认定强生公司在市场中“很强”的市场地位，接着判断出转售价格维持的动机是回避价格竞争。加之现有证据不足以证明本案最低转售价格存在明显的促进竞争效果，得出强生公司构成违反《反垄断法》的结论。

发改委仅在自己的网站上以新闻稿的方式公布了处罚。就方式而言，与商务部用公开公告相比，差距甚大；就解释内容而言，和法院的陈词说理相比，更是云泥之别。更有意思的是，强生公司在法院审理过程中有明确的抗辩，发改委则在惜墨如金的新闻稿中专门强调，“在调查过程中，涉案企业均承认自身的转售价格维持行为涉嫌违法，并且无法证明其控制价格的行为符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件”。

基于《反垄断法》的原理，这两个裁判还有很多值得推敲之处。比如，上海高院对竞争动机的理解太偏离市场；将“严重限制相关市场的竞争”标准换成了“不存在明显的促进竞争效果”；

认定违法的受损者是竞争者、市场和消费者，但却将赔偿判给了下游企业。发改委则用受规制方的“服气”替代了自己提出指控的证明义务。更多具体技术分析不是本文能够容纳的，简言之，它们都在反垄断，但程度不同地忽略了《反垄断法》是法律的一个部分，应当和整体法律的原理、原则、目标相一致。

在当下中国的语境中，法律更多被视为是力量而不是逻辑的延伸。中国式反垄断标志性案例，折射出整个制度的运作。缺乏客观检验的司法和执法模式，不可能会有共识甚至常识来指导和约束制度的走向。“世界上本没有路，走的人多了，就变成了路”，如果相信这样的逻辑，那么究竟是《价格法》还是《反垄断法》，是真的还是假的反垄断，也就不重要。不过，可以肯定的是，当上游企业赔偿了下游企业的利润损失，或者向政府机关支付了罚款，它们最终还是要变成成本，由消费者承担。

作者为北京大学法学院副教授