

The Private Enforcement
of Antimonopoly Law

Basic Principles and Foreign Legal System

反垄断法的私人执行

——基本原理与外国法制

王 健 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

反垄断法的私人执行

——基本原理与外国法制

王 健 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法的私人执行:基本原理与外国法制/王健著.
—北京:法律出版社,2008.6
ISBN 978-7-5036-8504-0

I. 反… II. 王… III. 反托拉斯法—研究—世界
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 066054 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/9.375 字数/214千

版本/2008年6月第1版

印次/2008年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8504-0

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内 容 摘 要

反垄断法的执行可以动用公共和私人两种资源。由反垄断主管机构对反竞争行为采取的任何行动可以称之为公共执行(public enforcement)。例如,反垄断主管机构对违法者处以罚款或命令违法者停止某一违反竞争政策的特定行为,反垄断主管机构甚至也可以通过发动诉讼来执行反垄断法。一般而言,公共执行的特点是动用了公共财政和权力资源,其主要目的是为了维护公共利益。除了反垄断主管机构以外,私人市场参与者在反垄断法的执行中也扮演着重要的角色,这种由私人发动的反垄断法执行简称为私人执行(private enforcement)。一般认为,私人是基于利润最大化的理性选择来决定执行投资和努力的程度、范围和强度的,其主要目的是为了保护个体利益,但有时也可以起到维护公共利益的作用。

反垄断法私人执行的立法和实践始于美国。自 20 世纪 90 年代末期以来,特别是进入 21 世纪以后,反垄断法的私人执行已经成为大多数国家的必然选择。私人执行模式有直接执行和“审决前置”执行之分,其中,直接执行模式是一种主流的私人执行模式。对于私人执行主体的确定,世界上有两种做法:一种是以美国为代表的“损害”标准,另一种是以德国为代表的“影响”标准,“影响”标准代表着未来的发展方向。在理论上,任何反垄断违法行为都可以成为私人反垄断法执行的对象,但实践中有一定的局限性。诉讼是私人执行反

垄断法的主要途径,而损害赔偿和禁令则是私人反垄断法执行的主要救济方式。

反垄断法的私人执行具有自发性优势和比较优势两大优势,“赔偿功能”和“威慑功能”是私人执行“自发性优势”的主要体现,而“救济功能”和“指示功能”则是私人执行“比较优势”的主要表现。为了充分实现反垄断法私人执行的优越性,在制度设计上应遵循“法律上可能,经济上有利”的原则。然而,反垄断法的私人执行也有着一定的局限性,可能会造成过度的威慑,也可能会造成执行的滥用,我们应通过立法改良、司法平衡以及行政干预等途径来消除私人执行中可能存在的弊端和不良影响。

私人执行和公共执行是反垄断法执行体制的两大支柱,它们之间有着分工和竞争关系,但更多的是合作和协调。私人执行和公共执行都不能垄断竞争法的执行,它们必须合作以达到威慑、调查、惩罚和赔偿反竞争行为受害者的目的。一方面,单纯的公共执行会打击私人当事人调查和起诉违法行为的动机,同时也损害了受害人于损害赔偿中的合法利益。另一方面,单纯的私人执行,即使不考虑滥用的可能性,是不足以保护社会利益的。现在,世界上主要国家反垄断法都非常强调私人执行和公共执行分工和协调的重要性,认为私人执行和公共执行只有联合起来才可以达到最适执行效果。如果两者之间缺少有效的协调,那么,社会最适平衡不可能自动实现。在很多方面,私人执行和公共执行之间是相互补充关系,然而,在某些方面,私人执行和公共执行之间也可能会产生冲突,此时,就需要有效的协调。

美国的反托拉斯法的私人执行源远流长,早在1890年的《谢尔曼法》中就规定了私人执行制度,1914年的《克莱顿法》进一步强化了私人执行制度,这两部法律是美国反托拉斯私人执行的主要法律渊源。美国反托拉斯法的私人执行非常发达,它创设了强制性损害

赔偿、集体诉讼、审判前证据开示、单方诉讼费规则、功酬金等独具特色的制度,它们是美国反托拉斯私人执行成功的根本保证。最近几年,美国的法院、反托拉斯执行机构和立法机关采取了一系列措施来纠正和控制反托拉斯诉讼滥用的问题,同时由于美国反托拉斯法域外适用的拓展,使得外国私人当事人也可以根据美国反托拉斯法提起反托拉斯损害赔偿诉讼,这无疑扩大了美国反托拉斯法私人执行的范围。另外,越来越多的州通过立法确定了间接购买者的反托拉斯诉讼的原告资格,极大地促进了消费者利益的保护。

加拿大竞争法对于反竞争行为的规制独树一帜,与其他国家反垄断法的规定明显不同,它将反竞争行为分为两类,即刑事行为(criminal behaviour)和非刑事可审查行为(non-criminal reviewable trade practice)。刑事行为基本上属于本身违法行为的范畴,非刑事可审查行为属于合理原则判断的范围。在此基础上,加拿大《竞争法》对于刑事行为和非刑事可审查行为配置了不同的私人执行渠道。刑事行为的执行由联邦法院来管辖,而非刑事可审查行为则由专业的竞争法庭来行使管辖权。对于刑事行为,私人当事人可以寻求的救济只限于赔偿损失及诉讼和调查费用,而且所赔偿的损失仅限于已经证明的实际损失。同时,私人只能执行部分非刑事可审查行为,目前仅限于拒绝交易、搭售、排他交易和市场限制四种非刑事可审查行为。为了防范战略诉讼和一些毫无意义的诉讼对于加拿大经济的损害,加拿大竞争法特别建立了一种许可机制,试图在法庭正式受理和审理前就对一些私人诉讼进行过滤,以保护公共利益。

欧盟竞争法的私人执行由于缺少明确的法律基础和委员会享有垄断性的豁免审批权,长期以来不够发达。虽然欧洲法院和欧盟委员会、理事会做了相当程度的努力,但效果仍然不够理想。2005年12月,欧盟委员会颁布了有关竞争法私人执行的绿皮书,指出了欧盟竞争法私人执行中存在的主要障碍和问题,希望进一步推动欧盟竞

争法的私人执行,发展欧盟的竞争文化。欧盟委员会现正在准备一份白皮书。该份白皮书将对绿皮书中的一些设想作出具体的规定。按照欧盟委员会的工作安排,白皮书将于2008年早些时候公布。白皮书很可能会进一步贯彻实施绿皮书中的观点,规定哪些问题需要欧盟立法干预,哪些问题可以通过非正式手段加以解决。由此可见,欧盟进一步推进竞争法私人执行的决心是很大的,竞争法私人执行制度在欧盟势必会得到稳步发展。

从理论上说,德国是比较重视竞争法的私人执行的,但由于立法的不确定性和司法的限制性解释,德国竞争法的私人执行在《反限制竞争法》第7次修订前,其实际效果并不理想。私人执行既没有影响力,也没有决定力。第7次修订后,德国竞争法的私人执行制度在多个方面发生了积极的变化,扩大了私人执行者的范围、有限开放集体诉讼、减轻了私人执行者的举证责任、简化和强化了损害赔偿责任、限制了传递抗辩(passing-on-defense)的运用、降低了私人执行者的诉讼风险,以促进和强化竞争法的私人执行。尽管如此,修订后的竞争法私人执行规定仍存在某些方面的不足,需要将来进一步发展。

由于法律规定的有限性和不确定性,英国竞争法的私人执行制度长期以来不够发达。2002年,英国制定了《2002年企业法》,该法从三个方面明确规定了竞争法的私人执行制度,私人执行开始从不确定性走向确定性。英国竞争法私人执行制度最大的特点是“私人诉讼的专业性和开放性”,还有一个重要的特点是在竞争法领域确立了世界上独一无二的消费者代表诉讼制度。英国法院还在私人执行欧盟竞争法以及扩大域外管辖方面走在了整个欧洲前面。2007年4月28日,OFT颁布了《竞争法中的私人诉讼:对消费者和企业的有效补救——讨论文本》,同年11月26日,OFT公布了《竞争法中的私人诉讼:对消费者和企业的有效补救——来自OFT的建议书》。

传统上,日本反垄断法的私人执行局限于损害赔偿诉讼,同时由

于受 JFTC 审决前置的影响,私人当事人提起损害赔偿诉讼的案件非常少。20 世纪 90 年代以来,随着 JFTC 对反垄断损害赔偿诉讼采取了一些促进措施以及法律的改良,日本反垄断损害赔偿案件开始增多,并且胜诉率得到提高。另外,长期以来,提起禁令诉讼由 JFTC 独占行使。2000 年 5 月修订的《反垄断法》在第 24 条中规定了禁令救济制度。该法修订以后,日本私人当事人提起反垄断禁令诉讼从此有了明确的法律依据,多了一条执行反垄断法的合法渠道。

澳大利亚反垄断立法历史悠久,其第一部反垄断法——《产业保护法》制定于 1906 年。但私人执行制度直到《1974 年贸易行为法》制定以后才得以确立。相比其他国家而言,澳大利亚《贸易行为法》规定的私人执行的救济方式更为多样,私人当事人既可以寻求禁令和损害赔偿救济,也可以向法院申请要求法院作出对于某些法律规定的声明性解释(declaration),另外还可以得到其他命令救济方式。从有关统计数据来看,澳大利亚私人执行有着如下几个特点:第一,私人执行在反垄断法执行中发挥着重要作用;第二,禁令诉讼多于赔偿诉讼;第三,私人执行对象主要是与市场势力有关的违法行为。另外,澳大利亚竞争主管机关澳大利亚竞争和消费者委员会既可以代表私人提起民事诉讼,也可以干预私人诉讼。

新西兰最早涉及反托拉斯规定的是《1908 年垄断防止法》,但其私人执行制度长期处于空白状态,直到《1986 年商业法》制定后私人执行制度才得以产生。《1986 年商业法》制定时,私人执行的对象主要限于第二部分限制性贸易行为,损害赔偿救济也局限于实际赔偿。1990 年第 41 号法令修正时,增加了私人执行的对象,自 1991 年 1 月 1 日起将执行范围扩大到了法令第三部分商业收购,但对第四部分价格控制规定的违反私人仍然不能执行。2001 年 5 月 26 日,议会通过第 32 号法令对《1986 年商业法》进行修改,增加了惩罚性赔偿的规定。从新西兰私人执行的实践来看,其主要特点有:第一,私人执

行优于公共执行;第二,重视禁令救济,缺少有效的损害赔偿救济;第三,缺少私人后继诉讼,但有公共后继诉讼;第四,私人执行对象主要集中于市场支配地位滥用行为。

从我国反垄断法来看,立法者关注的重心在于反垄断法公共执行机构的设置问题,所谓的反垄断法执行实质上指的是公共执行,至于反垄断的私人执行问题,仅涉及损害赔偿一个条款,操作性不强,力度不够,同时相关理论研究还没有展开。笔者认为,建立公共执行、私人执行协调合作的二元执行体制代表了世界上大多数国家的发展方向,它比单纯的公共执行体制更有利于反垄断法的有效执行。为了促进我国反垄断法的有效实施,应引入私人执行制度,并在反垄断立法中对私人执行制度作出详细的规定。我国反垄断法虽然规定了相应的公共执行和私人执行程序,但这种程序规定是失衡的,私人执行程序仅是一种宣示性的规定,更是缺少了反垄断执行程序的优化设计。为了加强我国反垄断法的实施效果,应构建公私分工、合作、协调的反垄断法执行程序。反垄断法的私人执行模式有直接执行模式和“审决前置”执行模式之分。笔者认为,“审决前置”执行模式不利于保护受损害当事人的利益,程序的缺陷非常明显,我国反垄断法应引入直接执行模式。最后,我们还对中国反垄断法如何增加私人执行条款提出了自己的设想和建议,并给予了较为充分的立法理由和说明。

目 录

第一篇 原 理 篇

第一章 反垄断法执行体制	3
第一节 通过执行实现反垄断法的目标	3
一、反垄断法目标实现的途径	3
二、反垄断法的执行:公共执行和私人执行	5
第二节 反垄断法执行体制	7
一、二元执行体制	8
二、一元执行体制	13
三、反垄断法执行体制的最新发展	16
第二章 反垄断法的私人执行	23
第一节 反垄断私人执行的法理基础	23
一、公法私人执行的理论之争	23
二、公法私人执行的必然性及实践考察	26
三、反垄断法的私人执行——公法功能的实现	30
第二节 反垄断法私人执行的实证分析	34
一、私人执行量的变迁	34
二、私人执行主体	37
三、私人执行对象	40

2	反垄断法的私人执行——基本原理与外国法制	
	四、私人执行的途径	43
	五、私人执行的救济方式	45
	第三节 反垄断法私人执行的模式	48
	一、直接执行模式	48
	二、“审决前置”执行模式	51
	第四节 反垄断法私人执行的优越性及其实现	53
	一、自发性优势	54
	二、比较优势	56
	三、反垄断法私人执行优越性的实现	63
	第五节 反垄断法私人执行的局限性及其克服	71
	一、过度威慑和执行	71
	二、私人执行的滥用	74
	三、私人执行局限性的克服	76
	第六节 私人执行与公共执行的分工和协调	86
	一、私人执行和公共执行的分工和合作	87
	二、私人执行和公共执行的冲突及其协调	91

第二篇 北 美 篇

	第三章 美国反托拉斯法的私人执行	99
	第一节 反托拉斯法私人执行的法律渊源	99
	一、立法背景	99
	二、法律渊源	101
	第二节 私人执行的制度特色	103
	一、强制性3倍损害赔偿——金钱激励机制	103
	二、集体诉讼——促进全面执行	104
	三、审判前证据开示制度——增强胜诉机会	106

四、单方诉讼费用规则(one-way costs rule)——降低诉讼 风险	107
五、成功酬金制度(Contingency fees)——减轻诉讼负担	108
第三节 私人执行的最新发展	109
一、正在发生改变的法律环境——私人执行的控制	109
二、美国反托拉斯法域外适用的拓展——私人执行的 扩大化	111
三、间接购买者诉讼(indirect purchaser actions)的普及 ——私人执行法律冲突的升级	113
第四章 加拿大竞争法的私人执行	115
第一节 两类行为、两条渠道——加拿大竞争法私人执行的 基本架构	115
第二节 第36条——刑事行为的私人执行	117
一、第36条的基本规定	117
二、有限的执行范围	118
三、私人执行的救济方式——赔偿损失抑或包括禁令	119
四、定罪与私人执行	121
第三节 第103.1条——非刑事可审查行为的私人执行	123
一、非刑事可审查行为可否私人执行的历史之争	123
二、第103.1条的基本规定	126
三、非刑事可审查行为私人执行的范围	127
四、非刑事可审查行为私人执行的许可机制	128
第四节 竞争法私人执行的重大发展——集体诉讼	129
一、集体诉讼的目的及标准	130
二、竞争法集体诉讼的意义和实践	131
三、竞争法集体诉讼的问题	132
第五节 最新动向	133

第三篇 欧 洲 篇

第五章 欧盟竞争法的私人执行	137
第一节 私人执行的概念和作用	137
第二节 不发达的私人执行及原因分析	138
一、不发达的私人执行	138
二、原因分析	140
第三节 克服私人执行的障碍及效果	141
一、消除不确定的法律基础——欧洲法院的努力	141
二、打破垄断性的豁免审批权——欧盟委员会和理事会的努力	143
第四节 促进竞争法的私人执行——从绿皮书到白皮书	145
一、绿皮书的颁布及主要内容	146
二、私人损害赔偿诉讼的主要障碍和问题	146
三、对绿皮书的评价	147
四、白皮书即将出台	148
第五节 结束语	149
第六章 德国竞争法的私人执行	151
第一节 私人执行在德国竞争法执行中的地位:理想和现实	151
第二节 第7次修订前的竞争法私人执行:立法和司法	155
第三节 第7次修订后的竞争法私人执行:创新和不足	159
一、扩大了私人执行者的范围	160
二、有限开放集体诉讼	161
三、减轻了私人执行者的举证责任——约束力规则 (binding effect rule)	164

四、简化和强化了损害赔偿责任	166
五、限制了传递抗辩(passing-on-defense)的运用	168
六、降低了私人执行者的诉讼风险	170
第四节 结束语	172
第七章 英国竞争法的私人执行	173
第一节 历史——有限的私人执行法律规定	173
一、传统英国竞争法执行体制	173
二、有限的竞争法私人执行法律规定及其实施效果	174
第二节 《1998 年竞争法》——不确定的私人执行法律规定	176
一、《1998 年竞争法》的改革与私人执行	176
二、有关私人执行的相关法律规定	178
三、评价——不确定性	180
第三节 《2002 年企业法》——竞争法私人执行的确定性改革	182
一、《2002 年企业法》的改革与私人执行的确定性	182
二、确定性的私人执行法律规定	183
第四节 英国竞争法私人执行的制度特色	185
一、诉讼模式与管辖法院的关联性	185
二、损害赔偿性质偏向于补偿性而不是惩罚性	186
三、独一无二的消费者代表诉讼	188
四、域外管辖的扩大化	189
五、私人执行制度运行状况及评价	190
第五节 竞争法私人执行的最新发展——OFT 的讨论文本与建议书	192
一、《竞争法中的私人诉讼:对消费者和企业的有效补救——讨论文本》	192
二、《竞争法中的私人诉讼:对消费者和企业的有效补救——来自 OFT 的建议书》	193

第四篇 亚 太 篇

第八章 日本反垄断法的私人执行	197
第一节 公正交易委员会中心主义对私人执行规定的影响	197
一、以公正交易委员会为中心的执行体制	197
二、公正交易委员会中心主义对私人执行规定的影响	199
第二节 传统的私人执行方式——损害赔偿诉讼	200
一、损害赔偿诉讼的两条途径	200
二、《反垄断法》第 25 条和《民法典》第 709 条比较	201
三、私人当事人的选择	204
第三节 20 世纪 90 年代以前的损害赔偿诉讼：作用有限及原因分析	205
一、20 世纪 90 年代以前损害赔偿诉讼的情况	205
二、原因分析	206
第四节 20 世纪 90 年代以后损害赔偿诉讼的发展	211
一、JFTC 对反垄断损害赔偿诉讼的促进	211
二、反垄断损害赔偿诉讼的法律改良	212
三、反垄断损害赔偿诉讼的新特点	214
四、评价	216
第五节 新型的私人执行方式——禁令诉讼	217
一、禁令诉讼的历史：JFTC 和私人当事人的角色差异	217
二、2002 年修正：私人禁令诉讼的确立	218
三、私人禁令诉讼的适用	219
第九章 澳大利亚反垄断法的私人执行	222
第一节 私人执行的艰难之路	222
第二节 私人执行的多样性	226

一、禁令救济	226
二、损害赔偿救济	227
三、申请声明性解释	229
四、申请其他命令	229
第三节 私人执行的实证分析	230
一、数据统计	230
二、从统计数据看澳大利亚私人执行的特点	232
第四节 ACCC 与私人执行	234
一、ACCC 代表私人诉讼	234
二、ACCC 干预私人诉讼	235
第五节 结束语	237
第十章 新西兰反垄断法的私人执行	239
第一节 私人执行制度的产生和发展	239
一、早期竞争立法和私人执行制度的空白	239
二、《1986 年商业法》与私人执行制度的产生	240
三、《1986 年商业法》的修订和私人执行制度的发展	242
第二节 私人执行的实践	243
一、私人执行优于公共执行	243
二、重视禁令救济,缺少有效的损害赔偿救济	244
三、缺少私人后继诉讼,但有公共后继诉讼	244
四、私人执行对象主要集中于市场支配地位滥用行为	245
第三节 私人执行方式	245
一、禁令救济	245
二、损害赔偿救济	247
三、申请其他命令	248
第四节 结束语	249

尾论——中国反垄断法私人执行制度的法律构建 250

一、中国反垄断法执行体制的选择 250

二、中国反垄断法应如何处理私人执行和公共执行的关系 256

三、中国反垄断法私人执行模式的选择 259

四、中国反垄断法私人执行的立法建议和立法理由 261

参考文献 265

后记 281