

重庆理工大学知识产权学院学术文库

唐
艳
著

反垄断民事救济 机制研究

Research on Mechanisms of

Civil Remedies for

Antitrust



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

反垄断民事救济 机制研究

Research on Mechanisms of
Civil Remedies for
Antitrust

唐 艳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反垄断民事救济机制研究 / 唐艳著. —北京:法律出版社, 2015. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7961 - 5

I. ①反… II. ①唐… III. ①反垄断法—民事责任—赔偿—研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 099608 号

反垄断民事救济机制研究

唐 艳 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 17.5 字数 220 千

印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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 - 5118 - 7961 - 5

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论	(1)
一、选题背景	(1)
二、努力方向	(3)
三、研究现状	(5)
四、本书结构	(8)
五、研究方法	(9)
第一章 公、私法划分视野下的反垄断法与民法	(11)
一、私法、民法、经济法——相关概念之澄清	(11)
(一)关于公私法划分的传统理论及本书界定	(11)
(二)法律规整——公私法之划分单元	(18)
(三)不同分类坐标下的民法与经济法	(21)
二、私法自治与通过民法的国家干预	(27)
(一)私法的程序自治及其价值	(27)
(二)自治逻辑下私法独特的运作模式	(29)
(三)通过民法实现国家干预之可能及限制	(32)
三、作为国家干预法的反垄断法	(37)

2 反垄断民事救济机制研究

(一)从传统民法到经济法——国家干预的嬗变	(37)
(二)垄断现象及反垄断法的产生	(42)
(三)反垄断法之干预手段的选择	(45)
四、反垄断法与民法关系再探讨	(53)
(一)反垄断法中的两类民法问题	(53)
(二)实证考察——我国《反垄断法》中的民事因素	(56)
第二章 反垄断民事救济之原理	(61)
一、反垄断民事救济概念辨析	(61)
(一)民事救济与公法救济	(61)
(二)民事救济与私人执行	(64)
二、反垄断法何以需要民事救济	(67)
(一)价值之平衡	(67)
(二)功能之完善	(74)
(三)制度之优势	(77)
三、反垄断民事救济的类型化分析	(80)
(一)两种不同意义上的民事救济	(80)
(二)反垄断独立民事救济机制	(82)
(三)反垄断后继民事救济机制	(92)
(四)两类民事诉讼机制的不同建构	(94)
四、反垄断民事救济与公法救济的分工与协作	(95)
(一)独立民事救济与公法救济的分工与协作	(95)
(二)后继民事救济与公法救济的分工与协作	(100)
五、反垄断民事救济方式	(106)
第三章 反垄断民事救济之损害赔偿	(108)
一、反垄断损害赔偿概述	(108)

(一) 反垄断损害赔偿的概念和性质	(108)
(二) 反垄断损害赔偿的特性	(110)
(三) 反垄断损害赔偿诉讼的分类	(112)
(四) 反垄断损害赔偿的功能	(116)
二、反垄断损害赔偿诉讼的原告资格	(120)
(一) 反垄断损害赔偿诉讼原告资格问题的提出	(120)
(二) 美国的经验: 间接购买者规则的得与失	(123)
(三) 欧盟的创新:《白皮书》带来的启迪	(131)
(四) 中国的语境: 现实的法政策考量	(138)
三、反垄断损害赔偿的构成要件	(141)
(一) 加害行为	(142)
(二) 违法性	(147)
(三) 过错	(160)
(四) 因果关系	(163)
(五) 损害	(166)
四、反垄断损害赔偿之赔偿额计算	(169)
(一) 惩罚性赔偿与全面赔偿	(169)
(二) 在我国反垄断法上是否需要引入惩罚性赔偿	(172)
(三) 损害赔偿额计算的方法	(186)
第四章 反垄断民事救济之排除侵害	(192)
一、反垄断排除侵害的理论探讨	(192)
(一) 反垄断排除侵害的概念及与相关制度的比较	(192)
(二) 反垄断排除侵害制度的确立——对预设行为类型的 探讨	(194)
二、各国反垄断法的排除侵害(禁令)制度概况	(195)

4 反垄断民事救济机制研究

(一) 日本《禁止垄断法》停止侵害制度	(195)
(二) 我国台湾地区的排除侵害制度	(196)
(三) 美国的禁令制度	(197)
(四) 澳大利亚的禁令制度	(199)
三、我国的民法理论准备及其相关探讨	(199)
(一) 我国民法对排除侵害制度的理论探讨	(199)
(二) 我国对排除侵害的现行制度框架	(200)
(三) 对理论的突破及对实践的建议	(203)
第五章 反垄断民事救济之合同无效	(205)
一、合同无效制度概述	(205)
(一) 作为评判体系的合同效力制度	(205)
(二) 二维评判体系的交融:合同无效与合同违法	(207)
二、垄断合同问题	(210)
(一) 反垄断法上合同的特殊性	(210)
(二) 垄断合同的效力	(213)
三、垄断协议所涉合同效力探讨	(214)
(一) 横向垄断协议	(214)
(二) 纵向垄断协议	(215)
四、滥用市场支配地位所涉合同效力探讨	(216)
(一) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品	(217)
(二) 掠夺性定价	(217)
(三) 独家交易协议	(219)
(四) 搭售	(220)
(五) 附加条件协议	(221)

五、垄断合同无效、可撤销的法律后果·····	(221)
(一)垄断合同无效、可撤销的意义·····	(221)
(二)垄断合同无效、被撤销的一般法律后果·····	(224)
(三)合同效力与损害赔偿的制度衔接·····	(225)
(四)合同效力与公法后果的制度衔接·····	(226)
第六章 反垄断民事救济之程序保障·····	(227)
一、集体诉讼·····	(227)
(一)集体诉讼对于反垄断民事救济的意义·····	(227)
(二)反垄断集体诉讼面临的难题·····	(232)
(三)反垄断集体诉讼的制度选择模式·····	(233)
(四)我国的制度准备及相关探讨·····	(237)
二、证据规则·····	(239)
(一)证据的获取规则·····	(239)
(二)举证责任的分配·····	(243)
(三)我国的制度框架及其相关探讨·····	(244)
三、诉讼成本·····	(247)
(一)美国的反垄断诉讼费用规则·····	(248)
(二)欧盟《白皮书》中建议的方式·····	(249)
(三)我国的制度框架及其相关探讨·····	(251)
结论·····	(254)
参考书目·····	(259)

导 论

一、选题背景

如果说德国学者冯·基希曼的论断“立法者修改三个字,就能使所有藏书变成一堆废纸”^{〔1〕}多少有些夸张的话,那么,相信法律学人大多有这样的感触:探讨具体法律问题的论著经常有过时的危险。处于社会转型期之中国法律学人尤其如此,不但所面临的、需要探讨的问题“与时俱进”,而且所探讨问题之语境前提、用以探讨问题之理论储备也日新月异。因此,法学论著,尤其是偏重实践的法学论著,其写作的语境之重要性难以忽略。毕竟,法律学人进行的智识努力往往并非能够超越时空无限延展的。

本文写作过程中,即对这种法律探讨的时空依赖感触颇深:2007年我国的《反垄断法》正式出台;旋即,以北京兆信为首的4家防伪企业将国家质检总局告上法庭,被称为“中国反垄断第一案”;2008年,最高人民法院出台《民事案件案由规定》,明确提及垄断纠纷,并将其与不正当竞争纠纷一起作为知识产权纠纷的下属类别;^{〔2〕}2012年最

〔1〕 雅各布斯著:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第54页。

〔2〕 参见《民事案件案由规定》(法发〔2008〕11号)。

高人民法院出台了关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件的司法解释;^[1]2014年,被称为“中国互联网反垄断第一案”的3Q大战落下帷幕;^[2]等等,新的案例不断涌现、新的制度逐渐成型。

对于本书的写作,相信以下几点语境因素非常重要,足以影响笔者在本书中智识努力的方向:

其一,在学术领域内,二十余年来诸多学者进行了富有成效的学术探询与积累。大量的国外的反垄断法经验事实被较为系统地引介到我国;一批优秀的国外反垄断理论被介绍、推荐、探讨;而我国的法律学人,也就反垄断问题展开日渐深入的探讨;某种意义上而言,反垄断理论之本土化之序幕已然拉开。

上述学术上的积累,尤其是对国外的反垄断成功法实践经验的介绍,为我国移植及完善相关制度做好了必要且扎实的理论准备。

其二,在法实践领域内,正如上文所提及的,新的案例在不断涌现、新的制度正逐渐成型。与二十余年的理论积累相异其趣,我国的反垄断法步入实践领域时间并不长。现实中,大量的具有“中国特色”的问题,在中国特色的制度架构中,也将逐渐凸显。实践问题的迫近,由此而引发的是理论与实践真正的对接;对于法律学人,某种意义上而言,这既是机会亦是挑战。数十年的理论准备,恰如训练、研习、观摩他国实战颇久的军队,有了机会到真正的战场一搏,接受实践之检验。

其三,《民法通则》颁行二十多年来,尤其是司法改革后十余年来,法实践领域我国已形成了一支掌握民法范式、民法话语体系,运

[1] 《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》,法释[2012]5号。

[2] “‘3Q大战’终审腾讯胜诉”,<http://news.163.com/14/1017/11/A8OMIR0V00014Q4P.html>,访问时间:2014年10月21日。

用民事法律知识、技能解决民事纠纷的审判队伍。

需注意,存在于的中国民事法学及审判领域的民法范式与民法话语体系,虽然主要移植自大陆法系,但在我国二十余年的法实践中,结合我国之立法司法实践,已然具备了一些相对独特的面貌,不能将之视为他国法律在我国的简单翻版。与该范式、话语体系在实践中运用相关的是一些本土化的纠纷解决方法、技能;这些方法技能并不一定在法律学术上得到了理性的阐述、表达,但现实中,的确存在,并发挥着作用。

总之,在未来中国的反垄断实践中,民事法庭内受本土民法方法训练的法官们,要运用所学知识解决本土的相关垄断问题,大概是一个无法避免的事实。

某种意义上而言,以上三点语境因素构成了本书写作之前提。笔者将之总结为:智识资料上对国外法经验事实介绍的丰富、系统;实践领域内既有的民事审判话语体系的成型;反垄断民事审判事实上的不可避免。

二、努力方向

从上述前提出发,笔者认为,现在的反垄断民事救济领域,有可能存在的问题乃是:国外法经验事实与中国法理论准备之间的紧张;法理论与法实践之间的紧张。

如上所述,我国学者较为系统、全面甚至比较深入地介绍了国外的反垄断法经验。由于反垄断法领域,美国明显居于世界领先水平,因此,我国学者介绍的多是美国的经验。但这些经验在一定程度上乃是美国的“地方性知识”:其一,这些经验产生之社会背景为美国独特的社会、经济演进历程;其二,这些经验产生于美国法治独特的环境下,美国的诉讼架构、法院系统、法官素养等等,都与我国以及其他

国家不太一样;其三,这些经验是按照美国的法律话语体系组织、按照美国法律视角表达的。

而我国学者在论述相关问题时时常依托被移植者的思维范式。例如,我国学者关注的视角“私人执行”,相对而言,即是一种英美法视角——英美法传统下公私法划分相对模糊。尽管,按照我国目前法学的通说,私人是不可能“执行”法律的。

当然,笔者并非因此否认相关学者引介、探讨“私人执行”制度之理论价值;事实上,笔者认为相关学者之学术努力非常让笔者钦佩。笔者更不反对在中国构建类似私人执行制度的合理性。只是认为,该制度在中国之引介需遵循两个前提:法实践维度在中国的可操作性;话语表达上力求与中国现行法学体系融洽。

由此,所需要做的学术努力乃是将国外法经验事实置于其背景下进一步解读,以探询其在中国的可操作性;努力用中国法内在视角、话语重构这些知识,使这些知识能够得到中国本土化的表达从而进入到中国法理论与实践系统发挥相应的功用。

与此同时,笔者意识到学术努力对于实践的功用有着其可能的限度。某种意义上,法律学人更多的只能是“阐释者”,而非“立法者”。从事的工作更多是对于知识的转译以及智识上的有限拓展,而并非运筹帷幄决胜于千里之外。

笔者作为研习法律者,并非立法者,不能代替立法者思考而“规定”立法者只能考虑些什么不能考虑些什么,所能做的只是信息的整理传达与智识上的见解、建议;笔者更非执法者与司法者,笔者甚至认为,在反垄断领域中不断将遇到的新的具体问题,根本无法由一套学术话语预先给出具体的答案,而只能为决断者提供可能的思维框架。

三、研究现状

随着我国《反垄断法》的通过,我国法学界对反垄断法相关问题的关注已成为持续热点,而近期随着“中国互联网反垄断第一案”的奇虎诉腾讯案由最高法作出终审判决,反垄断民事救济问题又再次引发广泛关注。

在已出版的著作中,较多关注反垄断民事救济问题的是王健先生的《反垄断法的私人执行——基本原理与外国法制》。^{〔1〕}该著作阐明了反垄断法二元执行体制的基本原理,并着重介绍了反垄断法私人执行的法理基础、模式、优越性、局限性以及与公共执行的分工与协调,还介绍了北美、亚太和欧洲具有代表意义的一些国家的反垄断法私人执行制度设置及现实运作情况。该著作引用了非常翔实的第一手英文材料,首次将反垄断私人执行相关制度较为系统地进行了引介,属于该领域的开山之作,但该文采用的是一种外在于中国法实践的视角,更多的是介绍和整理相关的法律制度,并未从我国法律内在视角——民事救济的机理上来谋篇布局,和我国的立法与司法实践的结合相对不够。

还有一些其他的已出版著作,虽并非以反垄断民事救济为研究重点,但也涉及相关的一些问题,比如李国海先生的《反垄断法实施机制研究》,^{〔2〕}在“反垄断法的制裁手段”一篇中,用了40多页的篇幅论述了反垄断法上的损害赔偿问题,并运用了民法的内在视角,比

〔1〕 王健:《反垄断法的私人执行——基本原理与外国法制》,法律出版社2008年版。

〔2〕 李国海:《反垄断法实施机制研究》,中国方正出版社2006年版。

如从构成要件等来展开。^{〔1〕} 还有游钰的《卡特尔规制制度研究》,^{〔2〕}对卡特尔的民事责任用了15页的篇幅进行了论述。

在未出版的硕博论文中,也有一些涉及反垄断民事救济问题,比如北京大学蔡峻峰博士的博士论文《反垄断法法律责任研究》,该文涉及对反垄断法民事责任的研究,但该文并非以反垄断民事责任的研究为重心。还有兰磊的硕士论文《反垄断法损害赔偿制度研究》,该文探讨了反垄断法的目的,私人执行的意义和局限性,并对反垄断法损害赔偿提供了初步的设想。

对于期刊论文,涉及反垄断民事救济的有王玉辉的“日本反垄断法损害赔偿制度探讨”,^{〔3〕}郑鹏程的“美国反垄断法三倍损害赔偿制度研究”,^{〔4〕}陈志民的“吓阻概念之下反垄断私人诉讼”,^{〔5〕}饶粤红的“反垄断法私人起诉权的作用分析”,^{〔6〕}日本栗田诚先生的“反垄断法的民事救济制度”,^{〔7〕}汤维建的“反垄断民事诉讼的立法与完善”,^{〔8〕}王显勇的“我国反垄断法应当设置惩罚性民事赔偿责任制度”,^{〔9〕}唐艳的

〔1〕 李国海:《反垄断法实施机制研究》,中国方正出版社2006年版,第242页。

〔2〕 游钰:《卡特尔规制制度研究》,法律出版社2006年版。

〔3〕 王玉辉:“日本反垄断法损害赔偿制度探讨”,载《现代财经》2005年第7期。

〔4〕 郑鹏程:“美国反垄断法三倍损害赔偿制度研究”,载《环球法律评论》2005年第6期。

〔5〕 陈志民:“吓阻概念之下反垄断私人诉讼”,载《人文及社会科学集刊》第14卷第1期。

〔6〕 饶粤红:“反垄断法私人起诉权的作用分析”,载《中国司法》2005年第5期。

〔7〕 [日]栗田诚:“反垄断法的民事救济制度”,载《经济法论丛》第6卷,中国方正出版社2002年版,第41页。

〔8〕 汤维建、杨奕:“反垄断民事诉讼的立法与完善”,载《中国审判新闻月刊》2011年6月5日第64版。

〔9〕 王显勇:“我国反垄断法应当设置惩罚性民事赔偿责任制度”,载李昌麒主编:《经济法论坛》(第4卷),群众出版社2007年版。

“反垄断损害赔偿诉讼的原告资格”^{〔1〕}以及“惩罚性赔偿在反垄断民事救济中的适用范围探讨”^{〔2〕},等等^{〔3〕}。

对于反垄断法的私人执行,国外有不少专著和论文;对于反垄断民事救济或民事责任,我国台湾地区也有一些论著,^{〔4〕}此外,2005年12月19日,欧盟委员会公布了《违反欧共同体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼绿皮书》^{〔5〕}(以下简称《绿皮书》)及委员会工作人员的工作文本。《绿皮书》明确指出了损害赔偿诉讼中可能存在的障碍,并对每一个障碍,绿皮书提供了各种供讨论的方案。随后欧盟委员会又于2008年2月4日公布了《违反欧共同体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼的白皮书》^{〔6〕}(以下简称《白皮书》)及委员会工作人员的工作文本,对绿皮书中的设想作出了具体的规定。2014年4月17日,欧洲议会(European Parliament)通过了《欧洲议会和理事会关于违反成员国及欧盟竞争法的规定依成员国法律进行的损害赔偿诉讼的一些规

〔1〕 唐艳:“反垄断损害赔偿诉讼的原告资格——以美国和欧盟的制度借鉴为视角”,载漆多俊主编:《经济法论丛》总第21卷(2011年下卷),武汉大学出版社。

〔2〕 唐艳、王烈琦:“惩罚性赔偿在反垄断民事救济中的适用范围探讨”,载李昌麒主编:《经济法论坛》(第11卷),群众出版社2013年版。

〔3〕 还有如张玉欣:“论反垄断法中惩罚性赔偿的适用”,载《中南财经政法大学研究生学报》2010年第4期;彦运秋、周晓明、丁晓波:“我国反垄断私人诉讼的障碍及其克服”,载《政治与法律》2011年第1期。

〔4〕 比如曾世雄:“违反公平交易法之损害赔偿”,载《政大法学评论》1991年第44期;赖源河:《公平交易法新论》,元照出版公司2000年版等。

〔5〕 Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, 访问时间:2014年9月20日。

〔6〕 White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, 访问时间:2014年9月20日。

则的指南》,^[1]这些材料对于我国反垄断民事救济制度的研究无疑有很大的借鉴意义。

笔者在对反垄断民事救济进行研究时,并不局限于反垄断法领域的既有研究成果,还将涉及公私法划分问题,民事损害赔偿制度,侵权行为法相关原理、合同法合同效力等问题,而对于这些法律基本问题,我国的法学研究成果已著作颇丰,笔者在此就不再一一列举了。

四、本书结构

本书将采取总分的叙述结构。

第一章着重梳理理论前提。将从公私法划分理论入手,在概念上阐明反垄断法与民法的关系,探讨反垄断法中的私法因素;并探讨用民事方式应对反垄断问题之经验事实及制度前提,以及对反垄断涉及的民事问题进行类型化分析,为下文之论述做必要的理论铺垫。

第二章着眼于反垄断民事救济的原理。将在第一章预设理论前提的基础上探讨民事救济对于反垄断之必要性、两种不同类型的民事救济机制及其与公法救济的分工与协作等问题,并从总体上探讨三种不同的民事救济方式。

第三、四、五章为分论,分别探讨损害赔偿、排除侵害、合同无效三种民事救济方式在反垄断领域之理论机制、实践运作,既探讨外国反垄断法之实践经验,亦探讨我国民事领域内相关的理论准备。

[1] Directive of the european parliament and of the council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, 访问时间:2014年9月20日。

第六章则从程序法维度探讨集团诉讼、代表人诉讼机制、证据规则、诉讼费用承担机制等诉讼程序上的民事救济保障措施。

五、研究方法

从总体上而言,本书的研究是描述性的,着重于对知识的梳理,探讨实然问题、事实问题,仅做有限度的规范性努力。本书主要采取了以下的研究方法:

1. 概念法学分析法

本书第一章将从概念的使用入手,剖析学界对“私法”“民法”“经济法”等概念在不同意义上的使用及其可能的误解,抽离相关概念在使用中基于现时语境被人为注入的价值因素,例如相关论者对于“私法”概念注入规范性含义从而将“私法”混同于“好的私法”,力求探询、恢复相关概念的原本的实然含义,从而澄清人们因概念使用的歧义而带来的误解,从而为本文之探讨梳理理论前提。

2. 实证分析

实证分析亦是本书采用的重要研究方法。本书将对通过民法实现政策目标是否可欲等相关论题进行实证研究,力图以事实资料佐证论断澄清误解。同时还将对我国反垄断法中的民事因素进行实证的考察。

3. 类型化分析

在总结相关制度事实的基础上,本书将区分反垄断领域中两种不同意义上的民事问题:以民事手段实现政策目标;公私法的衔接。并将以此为基础,分析两种不同的民事救济机制:独立民事救济机制与后继民事救济机制,并阐明应对不同问题采用不同的制度性考量因素。