

FANLONGDUAN FA
MINSHI JIUJI ZHIDU
BIJIAO YANJIU

戴宾 兰磊 著

反垄断法



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

FANLONGDUAN FA
MINSHI JIUJI ZHIDU
BIJIAO YANJIU

戴宾 兰磊

反垄断法 民事救济制度比较研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法民事救济制度比较研究 / 戴宾, 兰磊著.
—北京: 法律出版社, 2010. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1337 - 4

I. ①反… II. ①戴…②兰… III. ①垄断—侵权行为—民事责任—赔偿—研究 IV. ①D912. 290. 4
②D915. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 201069 号

反垄断法民事救济制度比较研究

戴 宾 兰 磊 著

责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.625 字数 315 千

版本 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京外文印刷厂

责任印制 吕亚莉

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 - 5118 - 1337 - 4

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

反垄断法治与民事救济(代序)

—

市场经济是以市场作为资源配置主要手段的经济体制。“在市场经济体制下,每一个人作为独立的、自利的‘经济人’与其他人进行交易;但一套市场制度系统将这些看似原子式的经济行为转化为对于(社会所要解决的)经济问题(即生产什么、如何生产及为谁生产三大问题)的有效回应。看似盲目行为的混沌局面却以某种方式构成一个由各种相互关联的力量组成的高度组织化的有效系统。”^①

市场经济的一项最为基本的前提假设就是竞争政策是好的政策。“如果不存在对企业和生产要素流动的限制,经济资源会流向价格和利润最高的行业。而这些行业正是消费者青睐其产品的行业,是消费者的需求标高了价格……竞争保证消费者主权发挥关键作用,保证企业愿意并渴望服务于消费者的每一个

^① Kalman Goldberg, *An Introduction to the Market System*; M. E. Sharpe, Inc., 2000, at 36.

突发奇想,只要其有购买力”。^① 因此,美国联邦最高法院在判例中宣称,“竞争最终不但能带来更低的价格,还能带来更好的产品和服务……竞争是自由市场中最好的资源配置方式”。^② 因此,维护有效竞争就成为反垄断法所追求的理想。^③

但是,由于不受约束的竞争或者人为的力量干预之结果,现实的市场特征会严重偏离有效竞争的理想状态,从而出现市场失灵。^④ 市场失灵会带来严重的后果:消费者的选择自由受到干涉,真实需求信号无法准确传递,从而造成资源的错误配置和消费者福利的减损。要解决这一问题就必须进行“纠偏”,使得发生扭曲的市场状态恢复到正常的状态。在这种扭曲的状态下,寄希望于市场主体的自动矫正几乎是不切实际的幻想,因此只能依靠外部力量的强行介入,以强力(即国家力量)矫正强力(即市场势力)造成的扭曲。在现代法治的市场经济体制下,这种外部介入的国家力量表现为反垄断法规定的反垄断规制。“反托拉斯规制旨在阻止一种特定类型的市场失灵——因行使市场势力导致的资源错误配置。”^⑤

国家力量进行反垄断规制的方式无非两种:一种是行政机关执法,

① Id., at 73 - 74.

② *National Soc'y of Prof. Engineers v. United States*, 435 U. S. 679 (1978).

③ 传统反垄断法理论(即价格理论)认为反垄断法追求的理想竞争状态是充分竞争,因此,凡是不符合充分竞争各项假设的企业行为往往被归为垄断行为;但新兴的交易成本经济学对此提出质疑,认为由于交易成本的存在,不受约束的竞争经常并不是最为理想的、对社会而言最优的竞争状态,一些表面上看构成偏离充分竞争的行为正是矫正不受约束竞争造成的市场失灵的措施,尽管与充分竞争的基准状态相背离,但对社会更为有利。因此,反垄断法所追求的理想状态并不是“充分竞争”,而是“有效竞争”。参见 Alan J. Meese, *Price Theory, Competition, And The Rule Of Reason*, 2003 U. Ill. L. Rev. 77 (2003); Alan J. Meese, *Market Failure and Non - Standard Contracting: How The Ghost of Perfect Competition Still Hunts Antitrust*, 1 J. Competition L. & Econ. 21 (2005); & Alan J. Meese, *Competition and Market Failure in the Antitrust Jurisprudence of Justice Stevens*, 74 Fordham L. Rev. 1775 (2006)。

④ 价格理论认为市场失灵是指“体现于市场势力的市场失灵”,而交易成本经济学认为市场失灵的概念更宽泛,还包括不受约束的竞争所导致的偏离社会期望的最优状态的状态。本文中市场失灵专指“体现于市场势力的市场失灵”。

⑤ Alan J. Meese, *Market Failure and Non - Standard Contracting: How The Ghost of Perfect Competition Still Hunts Antitrust*, 1 J. Competition L. & Econ. 21, 23 (2005)。

另一种是法院应私人的起诉作出裁判。前一种方式即公共执法,包括行政执法和刑事执法;后一种方式形式上体现为私人就垄断违法行为提起民事诉讼,但由于起到执行反垄断法、维护反垄断法立法目的的作用,常常被称为私人执法。私人执法通过法院受理私人起诉并作出违法与否的认定和救济的施行来实现“纠偏”。

二

大陆法系的传统思维倾向于认为,这种维护公益的纠偏行为应通过公共执法的方式由行政权力来承担。无疑,行政权力在这方面责无旁贷。因为掌握行政权力的公权力部门更有力量对抗经济领域的私人势力,维护公益也是其应尽的职责。但域外的反垄断法实践一再表明,仅靠公共执法,反垄断法的落实程度是非常有限的。原因是多方面的,如公共执法的资源相对于要纠偏的案件过于有限,公共执法可能存在政府失灵、可能被被监管者俘获等。而吸收私人的力量,动员他们与垄断违法行为作斗争,则具有很多公共执法所不具备的好处,如利用私人的资源和才干制裁违法行为,提升违法行为被打击的概率,给予受害者直接的赔偿,普及竞争法知识,提升竞争法意识等。

此外,法院直接审理反垄断法民事案件对于反垄断法的解释和发展具有积极意义,可以使抽象的立法更加细化,从而提升其可操作性和可预见性。受理私人诉讼的法院在一个相对明确的法律框架和标准之下(如果不明确则首先予以明确和澄清)、按照正式的程序审理案件和设计救济方案,会更接近于反垄断法所追求的目标和实质正义。相比之下,行政执法机关在执法过程中具有更大的自由裁量权和程序非正式性。即便是有成熟的司法审查(行政诉讼)制度设置,公共执法在发展反垄断法法理方面的作用也不及民事诉讼。除纯粹的法律问题外,审查法院通常都会对行政机关的决定给予尊重,只要不是过分出格

即不会轻易被撤销或改正。而反垄断执法涉及的很多事项恰恰都不是纯粹的法律问题,如事实认定问题、法律适用于个案事实的问题、救济方案的设计问题,这些都是审查法院需给予尊重的事项。因此,通过行政程序和司法审查只能发展出“大致的”正义、“不出格的”正义;而通过民事诉讼来解释反垄断法,则可以发展出“精致的”正义、“接近理想的”正义。我们认为允许和鼓励私人诉讼更有利于反垄断法理的培育和成熟。

资料显示,反垄断法私人诉讼比较活跃的法域,其反垄断法的细化程度、可操作性和可预见性也相对较高,反垄断法的学术研究也相对活跃,民众对于竞争法治的熟悉程度也较高。美国的反垄断法理主要是在私人诉讼中发展起来的,这一点无须赘述。在澳大利亚,涉及《1974年贸易行为法》第IV部分规定的各种禁止行为的解释,许多都来源于私人诉讼。例如澳大利亚第一个报告的根据该部分判决的案件(*Top Performance Motors Pty Ltd v. Ira Berk?* (1975) 5 ALR 465)是私人诉讼,第一个报告的高等法院(即联邦最高法院)的案例(*Quadramain Pty Ltd v. Sevastopol Investments Pty Ltd* (1976) 133 CLR 390)是私人诉讼,迄今为止最重要的一个判例(*Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Pty Co Ltd* (1989) 167 CLR 177)也是私人诉讼。^① 欧盟竞争法的逐步成熟除了得益于欧洲委员会竞争总司的公共执法活动以外,欧共体法院(包括欧洲法院和欧洲初审法院)的司法活动也功不可没:其中既有司法审查活动,也有私人诉讼活动——欧洲法院不能直接受理私人诉讼,但成员国法院受理的私人诉讼,可经由条约第234条的申请

① 王健著:《反垄断法的私人执法:基本原理与外国法制》,法律出版社2008年版,第62~63页。

解释程序^①进入欧共体法院,欧共体法院受理的很多竞争法案件都属于此类民事诉讼。欧盟竞争法上的很多实体法概念都是在欧共体法院受理的私人诉讼中加以澄清的,如果没有私人诉讼,欧盟竞争法远不会像今天这样发达,其可操作性也将大打折扣。目前欧盟正在积极推动成员国法院直接受理私人竞争法诉讼的工作,预计今后欧洲的私人竞争法诉讼将更加活跃。^②

三

无论在公共执法中还是在私人执法中,救济方案的设计都是至关重要的一个环节。反垄断法的实体规则关注的是如何判断一个行为是否违法,旨在设计出一套“良法”,以期区分出“好的”和“坏的”行为。但“法治”的概念除了包含“良法”之义外,还包括所有人都要遵守法律之义,^③后者题中的应有之义是法律要针对所有人得到“落实”。因此,为了实现反垄断法治,除了要设计出好的实体规则,还要保证这些实体规则得到有效的落实。

反垄断执法的目的即在于“纠偏”,如果只认定“偏”而不能“纠”,认定过程也就失去了实际意义。美国联邦贸易委员会前主席科瓦契奇教授在论及美国有关滥用市场支配地位的执法现状时指出:“反托拉斯执法官员在案件中设法去满足有关滥用市场支配地位的苛刻责任标准,这种努力往往转移了对于救济问题应给予的必要关注。反托拉斯

① 该条规定:“(1)[欧洲]法院有权就如下事项作出初步裁决:(a)本条约的解释;(b)共同体机关或欧洲中央银行的行为的有效性及其解释;(c)对于[欧盟]理事会设立的机构所制定的法令的解释,如果该法令如此规定。(2)如果该种事项在成员国任一法院或裁判机构被提出,且该法院或裁判机构认为要作出判决须首先就此事项作出裁决,则该法院或裁判机构可以请求[欧洲]法院就此作出裁决。(3)如果该种事项在成员国任一法院或裁判机构系属的案件中被提出,且根据国内法对于该法院或裁判机构的决定不存在进一步的司法救济,则该法院或裁判机构应当将该事项提请[欧洲]法院。”

② 更多信息请访问欧洲委员会网站:http://ec.europa.eu/competition/index_en.html。

③ 按照亚里士多德的经典定义,“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又是制定的良好的法律”。[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

公诉官对于产业巨头如微软发起的现代执法运动提出了一个问题,即治疗涉嫌违法行为的效果如何。反托拉斯政策的成功发展要求执法机关在调查和起诉滥用市场支配地位案件时对救济问题应给予如同责任认定问题同等的重视。救济方案的准备应与调查同时开始,并与证据的累积和案情的逐步展现同步展开。”^①因此,要保证反垄断法治的实现,必须考虑以下问题:在认定某一行为构成违法之后,如何设计救济方案才能使市场状况恢复到正常状态,甚至是如何设计救济方案能够从一开始就震慑住可能发生的违法行为。

无论公共执法还是私人执法,都必须考虑救济方案的设计问题。在美国,由于司法部要处罚违法行为必须向法院提起民事诉讼^②并获得胜诉,而不能直接处罚,因此其公共执法与私人执法的区别较小;具体到救济而言,两种程序中的救济都称为民事救济。但在大陆法系的体制下,公共执法和私人执法的区别则较大,公共执法机关通常可直接按照行政程序作出处罚决定,民事救济则由法院按照民事程序作出,二者之间存在着适用程序和证明标准等方面的差异。尽管如此,救济方案的设计在两种执行体制下还是具有很多相通之处,如罚款/损害赔偿金额的高低、结构性救济与行为性救济的适用条件(即责任的构成要件)。因此,我们可以借鉴美国的泛民事救济制度来研究中国体制下的民事救济制度的设计。

反垄断法上的民事救济内涵比较丰富,除了包括传统意义的民事责任,如损害赔偿、停止侵害之外,还包括一些旨在恢复市场失灵的积极行为,如知识产权强制许可,剥离一定资产,甚至分拆一个企业。但我们的研究须立足于中国的框架,以民事责任作为研究民事救济的

① William E. Kovacic, *Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct*, 31 CONN. L. REV. 1285, 1318-9 (1999).

② 在美国,对垄断行为也可提起刑事诉讼。

起点。

四

侵权行为是指“民事主体因违反法律而应承担相应民事法律后果的侵害行为”。^① 垄断行为违反反垄断法侵害他人权益,因此属于侵权行为无疑。^② 但由于垄断行为除了侵害具体受害者的权益之外还侵害了竞争这一公共利益,与一般侵权行为有异,属于一种特殊的侵权行为。

“与一般侵权行为相比,特殊侵权行为在法律规范的适用、责任形式、归责原则等诸多方面存在着较大区别”,^③“对特殊侵权行为,立法作出具体规定”。^④《侵权责任法》仅对一般侵权行为和特定类型的特殊侵权行为做了规定,其他特殊侵权行为的调整是在其他法律中作特殊规定的。制定法中有关特殊侵权行为的规定都是立法者以一般侵权行为规则为起点、在结合具体法律领域作政策分析后,所作的特殊判断及其定型化。在被制定法规定为一项特殊侵权行为之前,必须首先结合相关领域的政策对一般侵权规则作认真的分析,形成判断。而这项工作首先应该是学者们的工作,然后尤其将该信息传达给立法者。因此,有必要对垄断行为作为侵权行为的特殊性及其所要求的特殊对待作认真的研究。

具体而言,任何一项得到制定法认可的特殊侵权行为都是因为其所体现和服务的立法目的和价值具有与一般侵权法有不同之处,因此

① 尹志强:“侵权行为概念分析”,载《比较法研究》2005年第期。

② 从法理上看,垄断行为实质上属于“侵权行为”(Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U. S. 519, 547(1983));从渊源上看“反托拉斯法始于普通法上的限制贸易之侵权行为法”(Spencer Weber Waller, The Incoherence Of Punishment In Antitrust, 78 Chi. - Kent L. Rev. 207, 207(2001))。

③ 刘信业:“特殊侵权行为概念之存废”,载《法学杂志》2006年第4期(总第159期)。

④ 同上,第93页。

要求在具体制度设计上反映这种目的/价值特殊性,《侵权责任法》和《消费者权益保护法》、《食品安全法》中所规定的特殊侵权责任无不如此。对于垄断侵权,很多法域基本都认可其特殊性,并做了特殊规定。

在这方面,欧洲委员会的做法值得借鉴。它曾经针对反垄断法损害赔偿诉讼专门发布了绿皮书和白皮书,对影响私人诉讼的多个方面加以考察。这项工作可以认为是欧洲委员会对反垄断法损害赔偿诉讼的特殊性的系统性考察。参考欧盟的这项工作,我认为应该在以下方面加强对反垄断法私人民事责任(救济)制度的研究:反垄断法私人诉讼的功能和目的,损害赔偿、禁令(停止侵害、排除妨害、消除危险)等实体救济方式在反垄断法领域的适用性和特殊性(包括责任构成要件、损害赔偿的计算方法等),配套的程序制度(包括证据规则、起诉资格、集团诉讼、管辖制度等),以及私人执法和公共执法之间的配合与衔接(包括民事责任的承担与宽恕制度的衔接等)。

我国《反垄断法》仅在第 50 条原则性地规定:“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。”该条显然并未对垄断违法行为作为特殊侵权行为的特殊性给予足够的重视。由于反垄断法的特殊性,仅仅依赖《反垄断法》第 50 条的规定以及散见于《民法通则》、《侵权责任法》、《民事诉讼法》中的一般性制度规定,可能不足以让私人诉讼成为一支执法力量和保护消费者的武器。为此,最高人民法院 2008 年启动了有关反垄断法民事诉讼司法解释的制定工作。

但在理论界,目前国内反垄断法学者对民事救济的研究明显不及对实体规则的研究,这是今后需要加强研究的领域。我指导的两位博士生戴宾(现已毕业)和兰磊合著的这本《反垄断法民事救济制度比较研究》是目前国内第一本系统研究反垄断法民事救济制度的专著,对私人诉讼涉及的救济制度和相关程序制度作了较为系统和深入的研究。该书第一篇考察了反垄断法私人诉讼的制度价值;第二篇考察了合同

无效、损害赔偿、禁令三种实体救济方式;第三篇考察了多个相关配套制度,包括起诉资格、管辖权、证明问题、诉讼费用、诉讼时效和群体性诉讼。书中各章对各个具体问题都做了详细的比较考察和政策分析。该书采用比较法的研究进路,旁征博引,参考了大量国外第一手资料和最新研究成果。

我相信《反垄断法民事救济制度比较研究》一书的出版会对反垄断法民事救济的相关立法和司法解释工作以及相关的学术研究工作大有助益。

是为序。

对外经济贸易大学竞争法中心主任 黄 勇
2010 年 10 月

目 录

引 言	001
-----------	-----

上篇 法理分析

第一章 反垄断法民事救济的界定	007
一、救济的概念	007
二、反垄断法民事救济的概念	008
三、反垄断法民事救济与反垄断法私人执行的 关系	011
第二章 反垄断法民事救济的域外实证考察	013
一、美国的反垄断法私人执行状况	013
二、加拿大关于反垄断法私人诉权的规定	016
三、欧盟反垄断法私人诉权的处理方式	017
四、英国反垄断法私人诉权法制状况	019
五、德国反垄断法私人诉权法律规定的演变	020
六、中国台湾地区的反垄断法私人诉权状况	021
第三章 反垄断法民事救济的作用分析	022
一、历史分析	022
二、克服公共执法机构资源和能力不足的 问题	025
三、政治经济学分析	030
四、法经济学分析	036
五、法律特性分析	038

六、反垄断执法目的分析	040
七、私人执行的其他功能和优势	044
第四章 私人反垄断法诉讼制度的理想模式	047
一、反垄断法案件的特点	047
二、反垄断法私人诉讼制度应坚持的原则	052
中篇 民事救济具体制度	
第五章 反垄断法民事救济方式概述	073
第六章 合同无效	081
一、法律行为无效的类型	081
二、无效的含义及缓和	086
第七章 损害赔偿	091
一、损害赔偿的目的比较分析	091
二、损害赔偿具体制度的初步考察	094
三、损害赔偿的范围	103
四、惩罚性损害赔偿	116
五、损害赔偿的计算	127
第八章 禁令	138
一、禁令制度概述	138
二、反垄断法上的禁令救济	139
三、反观中国	166

下篇 民事救济配套制度

第九章 起诉资格	173
一、起诉资格理论概述	173
二、反垄断法上的起诉资格	177
三、间接购买者的起诉资格	193
四、协议方的起诉资格问题	207
第十章 管辖制度	215
一、行政前置	215
二、专业管辖	223
三、中国在反垄断案件管辖制度上的应然选择	233
第十一章 证明问题	239
一、证明问题概述	239
二、证据的收集	241
三、证明负担及证明标准	243
四、其他减轻举证负担的方式	247
第十二章 专业知识输入法院程序的渠道	252
一、反垄断法诉讼对于专业知识的需求	252
二、专家证据	254
三、赋予公共执法认定证据效力	258
四、就救济方案征求公共执法机构的意见	266
五、公共执法机构在法律适用方面给予的协助	268
第十三章 诉讼费用	271
一、诉讼费用对反垄断法诉讼的重大意义	271
二、各种诉讼费用承担方式在反垄断诉讼中的比较分析	273

三、反垄断法上理想的诉讼费用承担方式	278
四、减轻诉讼费用来源造成的障碍	286
第十四章 诉讼时效	294
一、诉讼时效的法律价值	294
二、诉讼时效的期间长度和起算点	299
三、时效期间的障碍	319
第十五章 群体性诉讼	333
一、群体性诉讼在反垄断法诉讼中的特殊地位	333
二、反垄断法群体性诉讼制度的设计原则	340
三、模式分析与选择	346
四、群体性诉讼中的损害赔偿计算与分配	368
尾论	
第十六章 我国私人反垄断民事救济制度的构建	375
一、我国反垄断法民事救济制度的现状与完善	375
二、我国私人反垄断民事救济制度的具体制度设计	380
附录:反垄断民事救济法(建议稿)	401
后记	417

引 言

反垄断法的救济问题,在反垄断法律制度健全的法域,向来是比较受重视的一个领域。学界的讨论也比较多。尤其是在美国,围绕着其反托拉斯法三倍损害赔偿的救济方式,文献资料汗牛充栋。2000年6月7日美国诉微软案的一审主审法官判决对微软实施分拆,将其分割为两家独立公司,分别经营 Windows 操作系统和 Office 等应用软件以及包括 IE 浏览器在内的网络业务,从而引发了人们对于反托拉斯法上衡平法救济方式,尤其是行为性救济和结构性救济的关系的大讨论。什么样的救济才是有效的救济,有效的救济体系应该如何构建,这些都是反垄断法救济制度所要研究的问题。民事救济是整个救济体系中非常重要的一个组成部分。

中国《反垄断法》仅在第 50 条对垄断行为应承担的民事责任作了原则性的规定。这一诉权宣示如何转化成现实的民事诉讼,如何服务于反垄断法立法目的的实现,需要在哪些方面完善配套制度?这些都是中国反垄断法民事救济制度建设必须要回答和研究