

纠|纷|解|决|研|究|丛|书

# 集体诉讼的功能定位及在 反垄断法中的应用

JITI SUSONG DE GONGNENG DINGWEI JI ZAI  
FANLONGDUAN FA ZHONG DE YINGYONG

冯 博 著



中国政法大学出版社

# 集体诉讼的功能定位及在 反垄断法中的应用

JITI SUSONG DE GONGNENG DINGWEI JI ZAI  
FANLONGDUANFA ZHONG DE YINGYONG



上架建议 法学著作

ISBN 978-7-5620-9058-8



9 787562 090588 >



引领法讯前沿  
优惠尽在指尖



法意书情

定价：59.00 元

纠

# 集体诉讼的功能定位及在 反垄断法中的应用

JITI SUSONG DE GONGNENG DINGWEI JI ZAI  
FANLONGDUANFA ZHONG DE YINGYONG

冯 博 著



中国政法大学出版社

2019·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

集体诉讼的功能定位及在反垄断法中的应用/冯博著. —北京:中国政法大学出版社, 2019. 6

ISBN 978-7-5620-9058-8

I. ①集… II. ①冯… III. ①诉讼—功能—定位—研究②反垄断法—民事诉讼—研究 IV. ①D915.04②D912.294.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 124095 号

---

- 出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号  
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)  
编辑邮箱 zhengfadch@126.com  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 10.875  
字 数 270 千字  
版 次 2019 年 6 月第 1 版  
印 次 2019 年 6 月第 1 次印刷  
定 价 59.00 元

本书是国家社会科学基金项目“集体诉讼的功能定位及在反垄断法领域的应用”（15CFX047）的结项成果

# 目录

绪 论 .....	(001)
一、研究背景 .....	(001)
二、国内外文献综述 .....	(002)
三、核心概念界定 .....	(006)
四、本书对已有研究的补充和突破 .....	(007)
五、研究内容 .....	(009)
六、研究思路 .....	(010)
七、本书的理论价值和实践意义 .....	(011)

## 上 篇

### 反垄断法二元实施机制的相关问题

---

第一章 我国反垄断公共实施的现状及问题 .....	(015)
一、我国反垄断法公共实施的现状 .....	(015)
二、我国反垄断法公共实施的相关问题 .....	(028)
三、“没收违法所得”与“罚款”的功能定位 ...	(030)
四、“没收违法所得”与“罚款”的数额认定 ...	(034)
第二章 我国反垄断法私人实施的现状及问题 ...	(041)
一、我国反垄断法私人实施的现状 .....	(041)

- 二、我国反垄断法私人实施的不足 ..... (049)
- 三、反垄断法私人实施的功能定位 ..... (054)

### 第三章 从二元机制的不足来看集体诉讼的

#### 必要性 ..... (057)

- 一、从公共实施的不足来看集体诉讼的必要性 ... (057)
- 二、从私人实施的不足来看集体诉讼的必要性 ... (062)

## 中 篇

### 反垄断集体诉讼制度的构建

---

#### 第四章 集体诉讼制度的功能定位

##### ——“法律=激励”命题的应用 ..... (067)

- 一、“法律=激励”——一个法理经济学命题 ..... (067)
- 二、“法律=激励”命题在集体诉讼中的体现 ..... (075)
- 三、集体诉讼的功能定位 ..... (078)

#### 第五章 集体诉讼在反垄断法领域的应用 ..... (085)

- 一、集体诉讼与反垄断法功能的契合 ..... (087)
- 二、反垄断集体诉讼制度的构建 ..... (090)

#### 第六章 集体诉讼与二元实施机制的衔接

##### ——基于反垄断法实施十余年的执

##### 法案件的实证分析 ..... (122)

- 一、反垄断罚款数额影响因素的国际比较与  
文献综述 ..... (124)

二、理论假设与模型设计 .....	(134)
三、数据来源及说明 .....	(141)
四、实证分析与计量结果 .....	(144)
五、稳健性检验 .....	(152)
六、进一步分析与建议 .....	(155)
<b>第七章 集体诉讼与二元实施机制的衔接</b>	
<b>——基于网约车的行业分析 .....</b>	<b>(158)</b>
一、中国网约车现有监管制度的不足 .....	(159)
二、网约私家车监管中争论焦点辨析 .....	(165)
三、域外网约私家车监管模式借鉴 .....	(172)
四、中国网约私家车的监管路径构建 .....	(174)
<b>第八章 集体诉讼与二元实施机制的衔接</b>	
<b>——基于银行卡的行业分析 .....</b>	<b>(180)</b>
一、国内外银行卡支付清算市场垄断案件概述 ...	(180)
二、“弃联走宝”事件引发的银联涉嫌垄断案 ...	(183)
三、“弃联走宝”事件中的纵向限制问题 .....	(187)
四、银行卡支付清算市场反垄断的法律建议 .....	(190)

## 下 篇

### 反垄断法三元实施机制的构建与应用

<b>第九章 反垄断法三元实施机制的理论基础 .....</b>	<b>(195)</b>
一、反垄断法三元实施机制的法益诉求 .....	(195)
二、反垄断法三元实施机制的适用范围 .....	(197)

三、反垄断法三元实施体制的组合适用 .....	(202)
四、反垄断法三元实施体制的相互衔接 .....	(204)
<b>第十章 反垄断三元实施机制下对反垄断经典</b>	
<b>案例的再分析 .....</b>	<b>(206)</b>
一、《反垄断法》适用问题 .....	(207)
二、相关市场界定的新原则 .....	(210)
三、单一产品认定的新标准 .....	(212)
四、引入反垄断集体诉讼制度 .....	(216)
<b>第十一章 反垄断三元实施机制下对医药行业</b>	
<b>案例的再分析 .....</b>	<b>(225)</b>
一、产业政策和竞争政策的协调	
——以“维C垄断案”为例 .....	(225)
二、独家交易与反垄断规制	
——以“迈蓝垄断案”为例 .....	(235)
<b>第十二章 反垄断三元实施机制下对知识产权</b>	
<b>领域案例的再分析 .....</b>	<b>(248)</b>
一、行政执法与民事诉讼的衔接	
——以“高通垄断案”为例 .....	(248)
二、知识产权的保护与反垄断	
——以“华为系列案”为例 .....	(263)

第十三章 反垄断三元实施机制下对互联网 行业案例的再分析.....	(275)
一、搜索引擎行业与网络中立——以“谷歌案” 为例 .....	(275)
二、网约车与经营者集中申报——以 美国优步 (Uber) 收购和被收购为例 .....	(289)
三、数字经济与算法合谋——以 “美国诉戴维·托普金斯案”为例 .....	(306)
四、数据滥用与隐私保护——以 “美国脸书用户数据泄露事件”为例 .....	(321)
后 记 .....	(337)

# 绪 论

## 一、研究背景

自《反垄断法》实施以来，十余年间我国反垄断执法和司法力度不断加强，裁决了“高通垄断案”“锐邦诉强生垄断案”等经典案例，标志着我国基本形成了“公共实施”（行政立案+行政裁决）和“私人实施”（私人诉讼+法院裁决）并存的“二元”反垄断法实施机制。但囿于公共实施和私人实施的固有功能，现存的二元机制存在着不少实践难题：公共实施的多为主动执法，“民不举、法也究”，但受制于执法资源，且受害者不能直接获赔；私人实施多为被动司法，“民不举、法不究”，且单个受害者损失较小，维权激励不足。总而言之，二元机制无法实现效率与公平兼顾，公共利益和私人利益相容。

集体诉讼（或称集体实施）（Class Action）是基于英国“息诉状”（the Bill of Peace）的衡平法思想，为救济弱势的小额多数受害者而产生的诉讼制度。美国承继了英国的集体诉讼制度，并在发展演变中形成了“原告拟制”“明示退出”“律师激励”等特色鲜明的机制。近年来，欧盟也高度重视反垄断集体诉讼制度的构建与完善。集体诉讼通过“拟制原告，代表起诉，胜诉可获赔，败诉无损失”的制度设计，激励原告及其代表人、律师提起或参与诉讼，实现以弱（原告）胜强（被告）的目

的。在维护个人利益的同时，达到促进社会利益的客观效果，进而弥补“公共实施无精力”“私人实施无动力”的不足。

在全面推进依法治国的进程中，《反垄断法》的实施可以有效地保障“市场的决定性作用”和“竞争政策的基础性地位”。随着中国反垄断任务的日益紧迫，单纯依靠“行政执法”显得人力不足，捉襟见肘，而且目前的民事诉讼机制也难以适应垄断纠纷的“公益性”“集体性”，对二元实施机制进行改革、创新已是大势所趋、迫在眉睫。将集体诉讼应用于反垄断法领域，可以借助市场机制、私人力量协助反垄断执法，节省行政资源，避免政府失灵，对简政放权发挥重要作用。随着中国反垄断执法经验的不断丰富，建立反垄断集体诉讼制度可谓水到渠成。待反垄断集体诉讼发展成熟之际，相关理论和实践还可被用于解决金融欺诈、食品安全、消费纠纷、环境保护等法律领域。

## 二、国内外文献综述

### （一）国外文献综述

集体诉讼起源于英国衡平法院的“息诉状”，后在美国发展成为现代意义的集体诉讼制度。德国、意大利、巴西等大陆法系国家也纷纷对集体诉讼进行移植、改良、创新，其在德国被称为团体诉讼（Group Action）、在意大利被称为集体诉讼（Azione di Classe）、在巴西被称为集合诉讼（Collection Action）。国外关于集体诉讼和反垄断集体诉讼的研究对本书具有重要意义。

#### 1. 集体诉讼的界定、理论依据与目的

广义的集体诉讼是指各类群体性诉讼，与集团诉讼、群体诉讼等概念同义。狭义的集体诉讼特指美国的集团诉讼或与此相似的制度。集体诉讼是指一个或数个代表人，为了集体成员

全体的共同利益，代表集体成员提起的诉讼。法院对集体作出的判决，不仅对直接参与诉讼的主体有约束力，而且对没有参加诉讼的主体也有约束力。<sup>〔1〕</sup>主要包括反垄断集体诉讼、证券集体诉讼、消费者集体诉讼等形式。

集体诉讼制度的法律根据是“任何人不得通过自己的违法行为获利”的衡平法思想。<sup>〔2〕</sup>经济学依据则是将成千上万个权利主张合并在一个诉讼中，旨在实现“司法效益”。<sup>〔3〕</sup>社会学依据是受害者凭借一己之力无法“以弱对强”，通过组成一个集体，与侵害者达到结构上的均衡与对抗。<sup>〔4〕</sup>

集体诉讼制度的目的是剥夺违法者的非法获利并预防违法行为，受害者不仅可以直接获偿，社会整体也会因此受益。它不仅是实现个体正义的工具，也是维护社会利益的工具。<sup>〔5〕</sup>

## 2. 集体诉讼的优势与弊端

集体诉讼的最大优势及功能就是通过维护集体中的个人利益，在客观上达到维护社会利益的效果，实现私人利益和社会利益的激励相容。拟制原告集团、胜诉取酬、明示退出等机制极大地激励了原告代表人及律师提起或参与集体诉讼。美国等国家的司法实践证明集体诉讼有效地促进了竞争机制的运行、

---

〔1〕 J. T. Cross, “Yeazell S. C. Civil Procedure : Keyed to Yeazell, Seventh Edition”, *Wolters Kluwer Law & Business Aspen Publishers*, 2009.

〔2〕 R. A. Nagareda, “The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action”, *Columbia Law Review*, 103 (2003): 149~242.

〔3〕 R. O. Faulk, “Armageddon Through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution”, *Tort & Insurance Law Journal*, 37 (2002): 999~1026.

〔4〕 J. T. Cross, “Yeazell S. C. Civil Procedure : Keyed to Yeazell, Seventh Edition”, *Wolters Kluwer Law & Business Aspen Publishers*, 2009.

〔5〕 M. Taruffo, “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 (2001): 3830~3834.

金融市场的规范、食品药品的安全、生态环境的保护。<sup>〔1〕</sup>

集体诉讼的弊端在于，如果原告在集体诉讼中获胜，原告律师、代表人、专业机构（如股市秃鹫等）均可获得巨额收益，因此，“赢可分成、败也无责”的制度有时会诱导原告代表人或律师发起大量的恶意诉讼、敲诈诉讼，从而违背集体诉讼的初衷，也会给经济发展与司法体制带来巨大的成本和侵害。<sup>〔2〕</sup>被告往往出于“股价效应”而选择和解结案。

### 3. 集体诉讼在反垄断法领域的应用

在反垄断执法初期，不论是美国采用的“行政公诉+法院裁决”的模式，还是德国等大陆法系国家采用的“行政立案+行政裁决”的模式，都属于“公共实施”一元体制。在一元体制下，出现了行政资源短缺、政府失灵等弊端，美国学者率先主张通过私人诉讼的方式协助反垄断执法，逐渐形成了“公共实施-私人实施”二元体制。<sup>〔3〕</sup>

虽然反垄断纠纷受害者众多，但每个受害者的损失却不大，受害者往往没有提起诉讼的动力。学者主张为了鼓励原告提起诉讼，应将集体诉讼应用于反垄断法领域。有的学者对反垄断集体诉讼的原告范围、<sup>〔4〕</sup>律师报酬、<sup>〔5〕</sup>举证责任<sup>〔6〕</sup>等具体制度

---

〔1〕 S. Thompson, “Artificially ‘Natural’; Class Action Lawsuits Attack Misleading ‘Natural’ ”, *Indiana Law Review*, 2014.

〔2〕 Heather M. Williams, “Attorney Fees in Class Action Lawsuits: Implementing Change to Protect Plaintiffs from Unethical Attorney Behavior”, *Indiana Law Review*, 1998.

〔3〕 David Rosenberg and James P. Sullivan, “Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2006.

〔4〕 W. H. Page, “Class Certification in the Microsoft Indirect Purchaser Litigation”, *Journal of Competition Law & Economics*, 1 (2005): 303~338.

〔5〕 Kevin F. Kelly, “Attorneys’ Fees in Individual and Class Action Antitrust Litigation”, *California Law Review*, 1972.

进行了研究。有的学者通过实证研究发现自反垄断集体诉讼出现以来,公共实施、私人实施、集体诉讼处理的案件比为1:4:16,集体诉讼已经成了反垄断执法最主要的方式。<sup>〔1〕</sup>

## (二) 国内文献综述

我国学者对集体诉讼及反垄断集体诉讼的研究主要是“对国外反垄断集体诉讼制度的比较”和“集体诉讼应用于中国反垄断法领域的必要性”。

### 1. 对国外反垄断集体诉讼制度的比较

美国反垄断集体诉讼的特点在于通过“拟制原告、胜诉取酬、惩罚性赔偿”等机制激励原告、律师等提起集体诉讼;<sup>〔2〕</sup>德国的反垄断团体诉讼偏重公益性,只允许行业协会等社会团体提起,不允许个人启动;<sup>〔3〕</sup>意大利的反垄断集体诉讼在原告资格、适用范围、诉讼程序方面都施加了严格的限制,缺乏对律师的激励;<sup>〔4〕</sup>巴西反垄断集合诉讼最大的特点是采用二分法解决既判力问题,即只有胜诉结果才对没有参加集体诉讼的原告有既判力。<sup>〔5〕</sup>

(接上页)〔6〕 R. D. Blair, “Herndon J. B. Class Actions in Resale Price Maintenance Cases”, *Antitrust Bulletin*, 48 (2003): 571~594.

〔1〕 David Rosenberg and James P. Sullivan, “Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2006.

〔2〕 肖建国:“民事公益诉讼的基本模式研究——以中、美、德三国为中心的比较法考察”,载《中国法学》2007年第5期。

〔3〕 吴泽勇:“集团诉讼在德国:‘异类’抑或‘蓝本’?”,载《法学家》2009年第6期。

〔4〕 罗智敏:“意大利最新集团诉讼立法探究——兼议对我国的立法启示”,载《比较法研究》2012年第1期。

〔5〕 肖建华、杨恩乾:“论集团诉讼中的既判力问题——美国和巴西立法经验的分析及借鉴”,载《政法论丛》2011年第1期。

## 2. 集体诉讼应用于中国反垄断法领域的必要性

虽然我国《反垄断法》实施较晚，但近年来执法力度不断加强，并形成了“公共实施-私人实施”二元体制。国内学者大多主张将集体诉讼作为私人诉讼的一种，引入到反垄断司法中。<sup>〔1〕</sup>但集体诉讼特殊的功能定位与我国现有的民事诉讼制度在既判力、律师风险代理、原告资格等问题上产生了理论悖论与实践难题，从而制约了集体诉讼在反垄断法领域的应用。<sup>〔2〕</sup>

### 三、核心概念界定

#### （一）集体诉讼

广义的集体诉讼是指各类群体性诉讼，与集团诉讼、群体诉讼等概念同义。狭义的集体诉讼特指美国的集体诉讼或与此相似的制度。集体诉讼是指一个或数个代表人，为了集体成员全体的共同利益，代表集体成员提起的诉讼。法院对集体作出的判决，不仅对直接参与诉讼的主体有约束力，而且对没有参加诉讼的主体也有约束力。

#### （二）反垄断法的公共实施和私人实施

狭义的公共实施专指行政执法，即由反垄断执法机构根据报案线索主动执法，并裁决是否违法，是否采取罚款或没收违法所得等处罚手段。广义的公共实施是指由国家机关主导的实施方式，除了反垄断行政机构的执法之外，还包括检察机关提起的反垄断刑事诉讼和公益诉讼。私人实施是指受到垄断侵害的自然人、法人及其他组织向法院进行民事诉讼，由法院判决

〔1〕 黄勇：“中国反垄断民事诉讼若干问题的思考”，载《人民司法》2008年第19期。

〔2〕 范愉编著：《集团诉讼问题研究》，北京大学出版社2005年版，第78~79页。

是否违法及赔偿数额等。私人实施的主要形式有个别诉讼、共同诉讼、代表人诉讼等。

### （三）垄断损害、垄断侵害和垄断损失

垄断损害是指由某个限制竞争行为造成的，对社会福利、生产者福利、消费者福利造成的负面作用。以侵害性质作为划分标准，可以分为垄断侵害和垄断损失。消费者福利向生产者福利的转移被称为“垄断侵害”。对于这部分违法所得，执法机构可以追缴、没收，消费者可以索赔。“垄断损失”也被称为垄断的无谓损失，是指垄断行为对社会总福利造成的“净损失”（Deadweight Loss）。这部分损失并不是福利的转移，而是福利的无谓消耗。由于垄断损失难以分割，因此一般只能通过行政处罚的方式进行制裁。

## 四、本书对已有研究的补充和突破

### （一）将法律实施机制由二元拓展为三元

以往的学术研究多以“二分法”作为研究范式，比如“阴-阳”“政府-企业”“私有-国有”“合法-违法”“公法-私法”“公共利益-私人利益”，二分法容易陷入“非黑即白”“非好即坏”“非此即彼”的思维定式，进而忽视了现实中存在的大量难以区分、错综交织的“中间地带”。“三分法”有助于突破传统、解决问题。将集体诉讼引入法律实施机制可以实现“公共实施-集体诉讼（集体实施）-私人实施”三位一体，有助于促进私人利益和社会利益的融合协调。三元法律实施机制学说来源于“一生二，二生三，三生万物”的哲学思想，与“政治国家-市民社会-个人”的政治结构、“公法-经济法-私法”的法域结构、“公共利益-集体利益-私人利益”的利益结构在逻辑上融会贯通、一脉相承。