

# 反垄断诉讼的价值定位与制度建构

刘水林<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**反垄断诉讼是反垄断法实施的重要机制之一，是反垄断法理论研究和司法实践中的重要问题。对此问题有两种研究思路：一是以个人权利为中心，将诉讼看作争议解决机制；二是以秩序建构为中心，将诉讼看作建构理想秩序的重要机制。反垄断法的产生、发展与有机社会的生成同步。垄断行为属于风险行为，其造成的损害具有不确定性、延伸性、难以恢复性，因而反垄断法属于现代社会规制法。与此相应，反垄断诉讼应是秩序建构诉讼，在价值上注重竞争秩序的建构，在功能上主张司法能动、积极回应社会在竞争上形成的价值共识，在构造上主张放宽原告条件，建立多元参与的诉讼机制。

**关键词：**反垄断诉讼 有机社会 风险规制 秩序建构

---

自反垄断法施行以来，虽有中国反垄断第一案、〔1〕北京网通案〔2〕等案件诉至法院并被媒体炒得沸沸扬扬，但由法院完整地审结并具有一定影响的反垄断案件还不多见。因此，反垄断诉讼成为学术界和司法实务界共同关注的焦点问题。〔3〕

目前，就实践来看，反垄断诉讼既有行政诉讼，也有民事诉讼，但从近两年来学术研讨会的相关议题、会议论文以及会议发言的内容看，学界和实务界关注的主要是私人（经营者）对经营者提起的诉讼，即反垄断私人诉讼（指只有其利益和垄断行为直接相关的人才被纳入诉讼），且这种诉讼常常被称为“反垄断民事诉讼”。受这一“前见”约束，学者们虽然注意到反垄断私人诉讼具有不同于一般民事诉讼的特性，但在分析上仍然以民事诉讼的理论框架和思维范式来思考反垄断私人诉讼，把反垄断私人诉讼的主要功能定位于保护个人利益，即补偿受害者所受损失，〔4〕与此相应，反垄断私人诉讼的价值也就定位于解决私人间利益争端。于是，对反垄断私人诉讼制

---

\* 上海财经大学法学院教授。

本文是上海市教育委员会科研创新项目“反垄断法的观念基础与解释方法”（08ZS37）的阶段性成果。

〔1〕 2008年8月1日，反垄断法正式实施。就在同一天，北京4家防伪企业将国家质检总局诉至北京市一中院，被广大媒体称为中国反垄断第一案。一个多月后，北京市一中院认为，当事人向人民法院提起行政诉讼应当在法定期限内提出，本案起诉人所诉超过法定起诉期限，依据行政诉讼法第58条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第41条第1款的规定，裁定不予受理。

〔2〕 北京网通案，即公益律师李方平诉北京网通公司以户籍为标准对客户实施差别待遇，请求赔偿一元的案件。按李方平律师所言，此案的目的“不仅为个人更为广大消费者”。参见“反垄断诉讼研讨会”之《会议纪要》，北京益仁中心与法律顾问网联合举办，2008年9月20日。

〔3〕 近两年来我国各种反垄断法研讨会均将反垄断诉讼作为重要议题之一，可以说明此点。

〔4〕 参见刘继峰：《我国反垄断私人诉讼制度中的问题及其解决》，《内蒙古大学学报》（哲学社会科学版）2009年第2期。

度的思考主要聚焦于反垄断私人诉讼的模式、原告资格的确定、局限性和责任类型四个方面。<sup>〔5〕</sup>无疑,在我国目前没有专设竞争法庭,把反垄断私人诉讼的审理置于民事法庭的现实情况下,这些研究对利用民事诉讼推动我国反垄断法的实施具有重要意义。但笔者认为,这种研究易于固化反垄断私人诉讼属于民事诉讼这一观念,长此以往将在反垄断私人诉讼的研究上形成对民事诉讼范式的“路径依赖”,并导致在司法实践中将一个对违反反垄断法行为的诉讼分割为反垄断民事诉讼和反垄断行政诉讼,既增加了当事人和司法机关的诉讼成本,又可能对同一行为因不同法庭(民庭和行政庭)审理而得出不同的裁判结论。这不利于把握反垄断诉讼的本质和特性,也不利于建立新型的反垄断诉讼制度。

基于此,本文在吸收民事诉讼理念合理内核的基础上,主要借鉴20世纪60—70年代发生于美国宪法领域的“结构诉讼”和欧美“规制法”<sup>〔6〕</sup>的公益诉讼所取得的成果,在对反垄断诉讼的社会基础、法源根基进行分析的基础上,对反垄断诉讼的价值予以重新定位,并以此为指针就反垄断诉讼的模式选择和制度构造予以探讨。

## 一、有机社会：反垄断诉讼的社会基础

任何法律制度的建立都受一定价值观念的指导,因此,对反垄断司法的价值定位直接关涉到反垄断诉讼制度的设计,是研究反垄断诉讼最根本、无法绕过的课题。反垄断诉讼作为实施反垄断法的重要机制之一,其价值定位不可避免地受反垄断法价值目标的影响。反垄断法的价值目标无疑是保护竞争本身,但反垄断法所要保护的竞争并非一目了然,<sup>〔7〕</sup>它不仅与一国社会的市场经济发展状态有关,而且与一定时期人们对社会及竞争的认识观念有关。反垄断法的价值和制度构造并不是一成不变的,而是随着社会经济发展以及社会思想观念的变化而发展变化的。<sup>〔8〕</sup>这意味着,对反垄断司法的价值定位最根本的还在于了解反垄断法产生的社会经济背景及其观念基础。

19世纪末以来,由于科学技术的发展及其在社会生产中的应用,不仅个别生产的规模不断扩大,而且社会分工愈益细化,生产社会化的程度不断提高,不仅使经济活动中产业之间、部门

〔5〕 学者们认为,从目的和内容角度,反垄断法私人诉讼模式有损害救济性激励型(以美国为代表)、损害赔偿和危险排除并重型(以德国为代表)和私人诉讼需“行政前置”型(以日本为代表),并对三种模式的利弊进行分析。在原告资格这一问题上,学者们主要关注以什么标准确定原告资格,即是以已经造成损失为标准还是以具有受害危险为标准确定原告资格。在私人诉讼的局限性上,学者们主要认为由于举证困难、诉讼成本高以及私人原告与被告实力悬殊导致诉讼动力不足,因而反垄断私人诉讼的效果不明显。在责任制度上,学者们主要关注损害赔偿,并着重于多倍赔偿(通常称为惩罚性赔偿)制度的利弊分析,并说明建立多倍赔偿制度的必要性。

〔6〕 对“规制法”目前还没有一个严格的定义,它主要是指兴起于19世纪末并于20世纪60—70年代得以蓬勃发展的、有专门的由专家组成的机构执法的、针对社会共同体认为重要的活动以及因社会化大生产而产生的具有社会性危险的行为而采取的以标准、准入条件等规则施加的持续控制。其内容包括经济规制(如反垄断法等)和社会规制(如食品安全法、环境法、消费者权益保护法等)。参见〔美〕凯斯·R·桑斯坦:《权力革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版;〔英〕安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版。

〔7〕 这是因为反垄断法的规定一般都比较概括,因而法官有相当大的自由裁量权,而法官们如何行使自己的自由裁量权,在很大程度上取决于由他们自己的观念所决定的政策偏好。

〔8〕 有关社会经济状况和政治观念对反垄断法的影响,参见〔美〕查里斯·R·基斯特:《美国垄断史——帝国的缔造者和他们的敌人(从杰伊·古尔德到比尔·盖茨)》,傅浩等译,经济科学出版社2004年版,第1页以下。有关经济学观念对反垄断法的影响,参见〔美〕欧内斯特·盖尔霍恩等:《反垄断法与经济学》,任勇等译,法律出版社2009年版,第14页以下,第166页以下。综合性的论述参见〔美〕戴维·J·格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版;吴小丁:《反垄断与经济发展——日本竞争政策研究》,商务印书馆2006年版;〔日〕来生新:《政府与竞争秩序》,《法律时报》(2001年)73卷8号;郭跃:《美国反垄断法价值取向的历史演变》,《美国研究》2005年第1期。

之间以及人与人之间形成相互依存的犹如有机体内部分之间的有机关系，而且经济活动成为社会活动的主宰，一切社会活动几乎都“镶嵌”于经济活动中。与此相应，在社会思想观念上，以生物学的有机整体主义观念思考社会问题的思维方式在社会科学领域的影响日益扩大。<sup>〔9〕</sup>这些引致了社会从机械的个体社会向有机的整体社会转化。

把社会分为机械的个体社会与有机的整体社会这两种类型是出于研究的需要，其分类标准不仅与一定社会所呈现出的人与人之间的社会经济关系这一客观因素有关，也与一定社会中人们的观念或认知、思考社会问题的方式有关。机械的个体主义社会的思维方式，是以物理学的思维方式来思考社会问题，把社会看作个人之和，其面对的是人与人之间外在的、随机的、线性的简单社会经济关系，这种社会关系在生产社会化程度不高的社会中占主导地位。有机的整体主义社会的思维方式，是以生物学的思维方式来思考社会问题，把社会看作是由具有不同功能的个体构成的有机整体，其面对的是人与人之间内在的、必然的、网络式的复杂社会经济关系，这种社会关系在生产社会化程度高度发展的社会中占主导地位。<sup>〔10〕</sup>

有机社会以内在的有机关系占主导，由具有不同功能的个人互动而形成，如同生物体一样是一个有机整体。在有机社会中，人与人之间的关系以及人和社会的关系犹如细胞与细胞以及细胞与肌体的关系，是有机的相互依存关系，是不受人的意志控制的、内在的、自然生成的关系。

学界一般认为1890年美国的谢尔曼法是现代反垄断法的开端，但谢尔曼法最初遵循的仍是传统的法律观念，以个人权利（利益）为中心，认为垄断就是具有市场支配力的经营者滥用契约自由、定价自由，侵犯在交易中处于弱势地位的工商业者和消费者自由选择的权利。该法旨在保护实力弱小的工商业者和平民的权利，即保护的是竞争者和消费者而非竞争。<sup>〔11〕</sup>这种观念在美国从反垄断法创立一直延续到20世纪50至60年代。此后，美国反垄断法的观念有了转化，从传统法的以个人权利为中心转向现代法对整体秩序的保护，其标志就是“反垄断法保护的是竞争而不是竞争者”这一原则的确立。<sup>〔12〕</sup>

在西方其他国家，直到二战结束，反垄断法几乎没有得到承认。<sup>〔13〕</sup>二战后，由于美国世界霸主地位的确立，美国出于从政治、经济统治世界的需要，西方国家基于对美国的依赖，反垄断法才在形式上得以在西方发达国家产生和发展，表现为许多发达国家在战后都制定了反垄断

〔9〕 有研究表明，在1890—1914年，整个社会科学总体上广泛地借用了生物学隐喻。参见〔英〕杰弗里·M·霍奇逊：《演化与制度 论演化经济学和经济学的演化》，任荣华等译，中国人民大学出版社2007年版，第87页以下。这种观念对法学的显著影响就是社会法学派的诞生。社会法学派在欧洲的创始人之一狄骥受涂尔干社会理论的影响，把社会关系分为有机连带和机械连带，认为有社会就意味着有连带关系。连带关系是社会之中人们之间相互作用、相互依赖的关系。参见〔法〕狄骥：《宪法论》第1卷，钱克新译，商务印书馆1959年，第3页。

〔10〕 参见刘水林：《经济法基本范畴的整体主义解释》，厦门大学出版社2006年版，第57页以下。

〔11〕 有学者研究谢尔曼法史后指出：“立法记录中记录着许多支持自由企业和自由竞争的声明。从这些声明中，罗伯特·博克（Robert H. Bork）法官得出结论：‘《谢尔曼法》的立法历史……展现出唯一而清晰的政策目的——促进消费者利益。’”参见前引〔8〕，盖尔霍恩等书，第19页。

〔12〕 笔者认为布朗鞋业案（Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962)）是反垄断法观念转向的标志。参见刘水林：《反垄断法的挑战——对反垄断法的整体主义解释》，《法学家》2010年第1期。在此之前，“反托拉斯的大多数学生都曾学习过20世纪60年代前的那些遵循保护小厂商的民粹主义目标的案例和那些禁止拥有较小市场份额的公司之间的兼并案例”。参见〔美〕J. E. 克伍卡、L. J. 怀特编著：《反托拉斯革命》，林平等译，经济科学出版社2007年版，第3页。但其后，甚至早在50年代，反垄断法的观念已开始变化，正如布朗鞋业案的首席大法官沃伦在该案的判决意见所说：“总体来说，1950年《补充案》（即1950年订立的《塞勒——凯弗维尔法》）的立法历史表明，国会关心的是对竞争的保护，而不是对竞争者的保护”。参见前引〔8〕，盖尔霍恩等书，第37页。

〔13〕 之所以这样说，是因为自1890年至二战结束，除了美国（1890年）、澳大利亚（1906年）和新西兰（1908年）以外，其他发达国家都没有反垄断法。

法。<sup>[14]</sup>但在实践中，往往是产业政策优先于竞争政策，反垄断法常常被许多适用除外制度所限制，没有发挥多大的作用。<sup>[15]</sup>可见，在美国以外的主要发达国家，反垄断法并不像许多反垄断法学者所说的是自由市场的大宪章。

20世纪80年代末以来，随着冷战的结束，经济全球化的进展，各国对市场经济的优越性及弊端取得的共识越来越多，反垄断法才真正成为现代市场经济的根本之法。这不仅表现在不同发展程度的市场经济国家、转轨国家都纷纷制定了反垄断法，<sup>[16]</sup>而且表现在所有发达市场经济国家在经济政策选择上往往使竞争政策处于主导地位，反垄断法适用除外规则的适用范围越来越小。

历史表明，反垄断法产生和发展的历程与社会从机械的个体社会向有机的整体社会转化的历程几乎同步。这意味着，反垄断法及反垄断诉讼所处的社会是有机整体社会，对反垄断诉讼的思考应采取生物学的有机整体观念。

## 二、社会规制法：反垄断法的基本属性

法律是通过规范人的行为而调整社会关系的，其社会功能主要在于遏制有害行为和激励有益行为。然而，一种行为是否有害，不仅与行为本身有关，也与行为发挥作用的社会关系或者说行为作用的“场”——社会形态有关。因此，研究垄断行为在有机社会中的影响，特别是垄断行为的社会弊害，是了解反垄断法规范及其诉讼的前提。

同时，法与其他社会制度一样，是一定社会的人们面对社会问题，在一定的社会观念和知识的约束下而给出的解决办法，被主流观念接受并予以规范化的结果。<sup>[17]</sup>可以说，法是社会问题、社会观念和法学家的认知混合作用的结果。因此，面对限制竞争（垄断）问题，不同的学者因社会观念差异，对垄断（限制竞争）行为的社会经济影响的想法就不同，就会提出不同的遏制垄断行为的法律制度主张，或对相同的反垄断规则有着不同的理解。

可见，深刻理解垄断行为的弊害，掌握反垄断法的属性、法律观念和思维方式，是对反垄断诉讼予以准确的价值定位和建构合理的反垄断诉讼制度的基础。

### （一）垄断行为的社会影响

社会关系是以人的社会行为<sup>[18]</sup>为纽带而建立的，社会行为本身就意味着能对行为人以外的其他人产生影响。但由于人的认知有限，所有行为的社会影响都有看得见的和看不见的两个方

[14] 如日本禁止私人垄断及确保公平交易法制定于1947年，英国独占及限制行为调查管制法制定于1948年，德国反对限制竞争法制定于1957年，《罗马条约》制定于1957年，加拿大竞争法制定于1985年，法国关于价格和竞争自由的法律制定于1986年。

[15] 参见赖源河编审：《公平交易法新论》，中国政法大学出版社、元照出版公司2002年版，第18页；前引〔8〕，格伯尔书，第334页以下。

[16] 20世纪90年代以来，实施竞争政策的国家的数量明显增加，而且许多国家是于近期才颁布并实施反垄断法的。资料表明，1945—1964年间，共有24个国家实施竞争法；到1973年，达到27个国家（只增加了3个国家）；到1996年，已经有70个国家颁布了竞争法；至2003年则已超过80个。参见傅俊、张颖：《反垄断法与竞争政策：经济理论、国际经验及对中国的启示》，北京大学出版社2004年版，第23页。

[17] 不论是就社会制度的形成还是就其本质属性来讲，经济学从演化博弈论中得出的结论与社会思想家通过对社会体悟得出的结论几乎相同，即“一个社会制度，就是为事实而想的办法，故必事实到了那一步之后，才能产生那新的制度”。梁漱溟：《人生的省悟》，百花文艺出版社2005年版，第90页。

[18] 这里的社会行为是指能对行为人以外的其他人产生影响的行为，亦即具有社会意义的行为。与其对应的概念是私自行为，即只对行为人自身产生影响或意义，而不对行为人以外的其他人产生影响亦即没有社会意义的行为。法律规范的只是社会行为，而不是全部行为。

面,因而能为人们所述说的行为影响就不仅是一个客观问题,也是一个主观的认知问题。人对行为的认知不仅与自身的智识有关,也与其认知方式或者说思维方式有关。认知方式不同的关键在于把认知对象置于不同的关系背景中,人们总是在关系中认知被认知的对象。以行为作用的社会形态或社会关系类型为背景,人的社会行为可分为个体性行为与整体性行为。

个体性行为以机械的个体社会为作用背景,其社会观念是个体主义,认知范式是物理学的机械主义。由这种社会背景和社会观念及认知范式所决定,行为作用的对象是具体的个人(自然人或法人),因而称为个体性行为。

整体性行为以有机的整体社会为作用背景,其社会观念是整体主义,认知范式是生物学的有机主义。这种行为作用的对象是社会有机整体,且行为人本身处于其中,因而称为整体性行为。

反垄断法产生的社会经济条件和观念基础决定了其规范的是有机整体社会中的行为,即垄断行为属于整体性行为。因而,本文主要从整体性违法行为的有害性这一角度说明这种行为的特性及其社会影响。依笔者见,整体性违法行为具有以下特性:

第一,受害主体的不确定性、开放性。即整体性违法行为损害的是有机整体的某一部分,即社会关系的子系统,如限制竞争行为对相关市场竞争的损害。而社会系统是一个向所有社会成员开放的、动态的关系体系,因而具体的受害主体是不确定的、开放的。之所以受害主体具有不确定性,是因为不是所有的受害者都能在违法行为发生后感受到损害,因而具体的受害者难以确定;而受害主体的开放,则是指限制竞争这种有害行为一旦发生,不仅损害现今正处于相关市场中的竞争者和消费者,而且会损害未来进入这一市场的、不特定的竞争者和消费者。

第二,受害客体的动态性。由于整体性行为指向行为者自身也处于其中的、由许多主体在历史地互动中生成的开放的、流变的动态体系(自由竞争秩序),因而损害是不确定且难以计量的。

第三,行为的“自然违法”与“法定违法”并存。有机性违法行为既有自然违法行为,也有法定违法行为,但后者呈不断上升的趋势。法定违法是指本质上并不违反一般的社会正义或伦理道德,但是因维护整体秩序的需要而为法律所禁止的行为。<sup>[19]</sup>因而,一种行为是否违法,不仅在不同文化和经济价值观的社会中具有不同的规定,而且因行为人及其所处的社会境遇不同而不同,反垄断法实践中判断一种行为是否违法的合理性分析原则就是对此最好的注解。

第四,损害的行为结构性。整体性行为是否有害,即是否违法不只与行为本身有关,而且与行为所处的结构体系有关;损害虽与违法行为有关,但不是违法行为单向作用的结果。这意味着,仅以某种行为本身难以说明其是否违法。如低价销售行为是否构成反垄断法上的掠夺性定价行为,不仅在于价格是否低于边际成本,而且在于行为者在相关市场是否具有市场支配力,以及是否利用这种力量限制了竞争。而是否具有市场支配力,以及是否限制竞争,则与其他市场主体的行为对市场的影响力有关。

第五,行为的连续性与损害的延伸性、无限性。整体性违法行为多是发生在一定时期的连续性行为。加之受害主体众多而不确定,受害客体为开放的、动态的、成长的关系体系,导致这种损害具有延伸效应。<sup>[20]</sup>损害因而具有无限性。

第六,损害与获益的严重失衡性。由于违法行为指向的是开放的有机整体,受害者众多,加之损害具有延伸性,因而违法行为人从违法中获得的利益与整个社会所受的损害严重失衡。一般

[19] See C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 7-8.

[20] 损害的延伸效应是指,损害一旦发生,即使停止了违法行为,也无法阻止损害的存在或扩散。如当环境污染造成了不可逆转的环境恶化时,即使污染者停止了污染,环境状况也不能立即恢复。再如,限制竞争行为破坏了一个相关市场的竞争秩序后,即使停止了限制竞争行为,这一市场的竞争秩序并不能立即恢复,甚至永远不能恢复,相关竞争者和消费者的利益仍在受损。

来讲,违法者从违法行为中获得的利益远远少于整个社会所受的损失。

第七,损害的难以恢复性。受害人和所受损害的不确定性、损害的延伸性以及损害和收益的严重失衡,使得整体性行为造成的损害具有难以恢复性。对此种有害行为的防范最好在其未然之前,即采取事前规制。这不仅是因为违法行为一旦发生,损害的延伸性使所造成的损害难以恢复,而且因为个体经济能力的有限性与损害的无限性,使违法者没有能力承担责任。这意味着,事后的责任无法激励行为人防范违法行为的发生。<sup>[21]</sup>

上述特性说明,垄断行为是通过对一些的行为构成的结构体系的改变而损害他人的,对他人的损害是间接的、延伸的,是不确定的、或然的、相对的(或可变的)。可见,垄断行为属于风险行为,这是现代规制法对行为的认知模式。

## (二) 反垄断法的属性

基于法所处的社会形态以及对法所规范行为的社会影响的不同认知模式,笔者认为现代法可分为两种不同的范式,即个人权利法和社会规制法。

个人权利法在机械的个体社会居于主导地位,主要解决个体之间在外在关系中的利益纷争即利益冲突关系,主要方法是明晰个体权利并用于定分止争。因此,个人利益或个人权利为该种法范式的核心观念,主要的法律制度都以个人权利为中心建构起来,笔者把这种法称为“个人权利法”。

社会规制法在有机的整体主义社会居于主导地位,主要解决主体间在内在关系中的功能协调,即结构合理性及由此而决定的秩序合理性问题,主要方法是明晰各主体在整体中的角色及其行为的社会风险性,进而确定与之相应的社会责任,降低风险的发生。因此,整体利益或秩序建构为该种法范式的核心观念,主要的法律制度都是对风险行为的规制,并要求所有处于此关系体系中的主体承担社会责任。笔者把这种法称为“社会规制法”或“社会责任法”。

社会规制法的制度和观念兴起于二战后,反垄断法、环境法、消费者权益保护法、食品安全法等都属于这种法律类型,可以说法律制度发达,内容繁复多样。虽然对此类法的观念还缺乏系统的提炼,但从既有的理论及法律制度所包含的观念看,以反垄断法为代表的社会规制法都体现着以下基本观点:

第一,价值取向上的整体主义。社会是一有机整体,社会利益并非个人利益之和,而是独立存在的。在有机整体社会中,社会利益在个人利益谱系中的权重高于私人利益。<sup>[22]</sup>因而规制法以保护社会整体利益为其出发点和归宿,被称为“社会本位”。另外,社会整体利益的特性意味着任何人都自觉或不自觉地从既存的社会整体中获得了好处,按正义原则,任何人都负有责任维护身处其中的社会关系,因此这种法也可以说是“社会责任本位”法。

第二,功能预设上的规制指引。有机整体的观念意味着人是社会的人,其虽具有理性,但其理性不仅受社会经济发展程度、社会观念等社会情境制约,而且受个人智识、所掌握的信息等制约,是有限理性。加之分工和科学技术在社会经济活动中的广泛应用,任何人不可能对自身行为

[21] 参见 [美] 史蒂芬·夏维尔:《损害赔偿责任抑或安全规制》,罗玥译,载 [美] 唐纳德·A·威特曼编:《法律经济学文献精选》,苏力等译,法律出版社 2006 年版,第 93 页以下。

[22] 笔者这里的社会利益也可称为社会整体利益、社会公共利益,是与私人利益相对应的概念,而不是与个人利益相对应的概念,借用的是经济学中划分私人物品和公共物品的标准,即从利益享有的角度,把利益分为社会公共利益和私人利益。社会公共利益具有不可分性(即不能把社会公共利益分割成不同的部分供不同的人享有)、享有的不可排他性(即排除他人的享有要么不可能,要么成本太高)、非竞争性(即既有的人所分享的利益不因参与分享的人的增加而减少)、可延伸性(不仅当下的人可以分享,未来的人也可以分享),其载体是公共物品,如环境、竞争秩序等。而私人利益则具有可分性、享有的可排他性、竞争性、非延伸性,其载体是私人物品。这意味着一定社会中个人的利益是由两部分构成的,一部分是个人拥有的私人物品所产生的私人利益,另一部分是从公共物品中分享的社会公共利益,在不同社会这两部分利益在个人利益中的权重是不同的、变化的。

的风险及其对秩序的影响具有清晰的认识。因而,建立规制机构,利用专家的知识制定标准对具有风险的行为予以指引,是规制法的主要功能。

第三,运行目的上的风险防范与秩序建构。基于对有机违法行为所致损害的主客体的不确定性、损害的不可计量性、违法所得与损害(包括对个体与整体的损害)的极端不平衡和补偿的不可行性的认知,并且受法的价值取向和功能预设的指引和约束,规制法的运行目的在于防范风险行为发生,维护或建构理想秩序。

第四,实现方式上的事前责任。基于有机行为的损害结果与行为结构的关联性,加之有机违法行为违法所得与损害的极端不平衡和补偿的不可行性,利用所有主体的力量,利用事前的积极责任,<sup>[23]</sup>使规制机构、社会成员以及行为者承担起与其社会角色相对应的社会责任,更有利于法律功能的发挥以及法律价值和目的的实现。事后责任则处于辅助地位。

第五,司法与执法上的积极能动。人的理性有限,加之分工和科学技术在社会经济活动中的广泛应用,导致社会关系呈有机性、复杂性,不仅产生了风险行为,而且产生了人们对风险的认知差异。经验表明,专家对风险的认知更具科学合理性。<sup>[24]</sup>法律作为促成有益社会的行为、防范风险行为的规则,需要建立规制机构并授予权力,以便利用专家的知识,发挥其能动性。当今规制法中大量出现的执法司法化以及在司法中呈现的一定的能动性,就是对此的回应。

可见,对反垄断法应以规制法的整体主义观念来理解,这种法强调个体对社会整体(在反垄断法中表现为竞争秩序)及其所承载的社会公共利益的保护,而非对个人利益的保护,其实现注重人的社会责任的担当,而非个人权利诉求的保障和个人过错的追究。

### 三、秩序建构:反垄断诉讼的价值定位

不同的法律制度需要不同的诉讼制度,不同的诉讼制度具有不同的价值追求。反垄断诉讼的价值与反垄断法的价值取向有关。从诉讼的价值取向角度讲,诉讼有两种不同模式,即争议解决模式和秩序建构模式。下面通过对这两种模式的分析并表明反垄断诉讼模式的应然选择,对反垄断诉讼的价值予以定位。

#### (一) 争议解决模式

这种诉讼模式与个体权利的法范式相联系。在以个人权利为中心的法范式中,个体的利益都上升为一定的法律上的权利,因而利益纷争就是权利冲突,最典型的形式就是两个人同时主张对同一财产的所有权。裁判的目的和价值就在于分清权利的归属,判定行为的对错,解决权益的争议。这一诉讼模式可从以下几方面来把握:

[23] 法学界通常所说的法律责任只是事后的消极责任,即行为人对其行为造成的不利后果承担责任,但这并非现代法律中责任的全部。就现代规制法的规定看,人的责任包括事前的积极责任和事后的消极责任两大方面。事前的积极责任要求行为人采取积极行动,促成有利于社会(不特定多数人)的后果的产生或防止坏的结果的产生。消极责任则只在行为对社会产生有害后果时,才要求行为人对这种不利后果承担责任。对于积极责任的担当,现代规制法通常采取激励性规范制度,如对受害人的多倍赔偿(即法律责任中的惩罚性赔偿)制度(美国反垄断法中的三倍赔偿、我国消费者权益保护法中的双倍赔偿、食品安全法中的十倍赔偿),以及在美国公益诉讼中的个人告发诉讼制度;或采取授权性规范,如在当今规制法中常常出现的授予所有社会成员对违反规制的有害行为的检举控告权,通常表述为“任何组织或者个人有权举报、控告违反本法的行为”。这些规范或制度的目的在于促使现代社会中的人(自然人和法人)成为对社会负责的人,不仅要求政府是“责任政府”,公司是“责任公司”(公司的社会责任),而且要求个人是“负责任的人”,即不仅不从事危害社会的行为,维护自己的权利,而且负有检举、控告危害社会的违法行为的社会责任。

[24] 参见戚建刚:《风险认知模式及其行政法制之意蕴》,《法学研究》2009年第5期。

1. 争议解决模式的结构构造：利益的二元对抗与主体的三位一体。这一模式把诉讼看作是二个冲突的利益主体之间——个人与个人的对决，法官只是在中间充当消极的裁决者，整个诉讼就是由原告、被告和法官三位一体构造而成。在这一模式中，真正的利益对抗是二元对抗。

2. 争议解决模式的价值追求：最有效地解决争端。这一价值目标根植于个人主义观念。按个人主义观念，利益冲突或权利争端的双方不存在共同依存的关系，即没有公共利益或公共目的，双方只有个人的利己动机，且每个人是自己利益的最佳判断者。这意味着法官只须作为双方争端的仲裁者或观察者而存在，并依赖纷争双方在法律和事实方面的努力表述和对于可能救济的主张，宣布各方的对错。因而，司法不必顾及公共价值，只要能够实现争端最小化或双方对裁决满意程度的最大化，法官可以采用任何可能的方法解决纠纷。<sup>[25]</sup>

3. 争议解决模式的目的：恢复原状。这一目的根植于个人主义的自然法观念，认为在自然法的作用下，即使没有法院或是其他公共机构的干预，社会在多数情况下将存在于和谐的自然状态之中。“争议”这一概念本身就暗示着，其是对既存的良好社会关系秩序的扰乱，是一种反常现象。因而裁决的目的和作用只是对被破坏了的事物或秩序的恢复。

4. 争议解决模式的功能预设：司法消极、独立。这两个功能预设根植于西方近现代以来的个人主义政治传统，即民主和权力分立。这种传统与上述三种观念交互影响。这两个功能预设也是这一诉讼模式的结构构造、价值追求和目的的反映。据此，法院及法官在这一模式中扮演消极的角色。

同时，这一模式的价值追求和结构构造要求立法、司法与行政相隔离，即法院应该是独立的，在法的实施上不属于政府的某一构成部分。这是因为，这一模式暗含了法院的形成过程，即由于两个陌生人发生纠纷而需要一个价值中立的具有判定纠纷特定知识的第三者，因而法院应当在庞大的政府机构之外为公众所理解。它同时表明法院的正当性来自于公民在机构功能和价值（消极地解决争端）确定下的自愿选择，即两个陌生人自愿将争议提交法院，并接受裁决约束。现代社会，同意和机构特定化之间的联系仍然存在，但分化得更加细致。比如富勒试图将裁决的合法性建立在个人参与程序的权利之上，使意思自治的程度更高。<sup>[26]</sup>

## （二）秩序建构模式

这种诉讼模式与社会规制法范式相联系。在社会规制法范式中，由于社会公共利益在个人利益结构中的权重大于私人利益，因而社会规制法以保护社会公共利益为中心。社会公共利益体现在一定的行为互动形成的动态的关系结构体系之上。这意味着，对这种裁判形式而言，重要的不是判定行为对错，而是认知个体行为对结构关系的影响，再根据合理的关系结构要求或理想的秩序需要，对行为采取激励或惩处措施，以建构理想的秩序。

这种诉讼是基于这样一种认识，即科学技术在社会经济活动中的广泛应用以及大规模组织的运作深刻地影响着社会生活的质量。它同时预设了如下确信：除非对这些特定领域的行为或大规模组织的现有结构进行规制，否则基本社会价值便无法获得保障。当拥有特殊力量、能够影响良好的社会秩序从而可能带来较大社会风险的行为者超越规制法的标准时，法官通过对这种行为的矫正重构社会秩序。对这一诉讼模式可从以下几方面来把握：

1. 秩序建构模式的结构构造：利益的多元互补与多方当事人共同参与。这种构造根植于整体主义社会观以及在有机的、网络式的结构关系中行为的风险所可能导致的多元损害性。因而在这种诉讼模式中，参与诉讼的不是两方，而是多方当事人，往往表现在争讼双方是由众多的个体

[25] [美] 欧文·费斯：《如法所能》，师帅译，中国政法大学出版社2008年版，第66页。

[26] Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harvard Law Review* 353-409 (1978).



构成的群体（如反垄断诉讼中的原告群体包括竞争者、消费者、代表公共利益的反垄断执法机关）或是组织（如作为反垄断诉讼中被告的行业协会、协议限制竞争的众多协议参加者、合并的各方参与者），这些群体和组织内部的各主体是可能就诉讼事项发生分歧的当事方。这样，这种诉讼中的对抗不是二元的。在这种诉讼中，大量的利益纠纷和对立观点盘根错节，而最终决定机构虽然从形式上说是法院，但依法成立的代表公益的专门规制机关对利益纠纷解决的观点对法院的裁决具有重要影响，有时甚至可以说具有决定性影响。<sup>〔27〕</sup>

在秩序建构诉讼中，原告一般都按其功能或角色予以细化，这很大程度上是因为社会实体——社会整体利益代表机关的引入。比如专设的主管机关或公益诉讼人，它们既不是受害者也不是受益者，它们代表重要的利益以及可能成为受害者或是有可能成为法院行为受益者的群体。从被告的角度看，秩序建构诉讼的作用不再是对个人的行为是否有过错作出判决或给予惩罚，而是消除行为对秩序的损害或潜在损害所产生的社会风险。法院因此可以全面地考虑问题，并将救济的负担或社会责任分配给那些最有能力保全秩序的主体。

2. 秩序建构模式的价值追求：宣示公共价值与社会责任。这一价值目标根植于整体主义社会观和人性观。在有机的整体社会状态中，个人因分工不同具有不同的社会角色和功能。同时，社会的复杂性和变动不居以及信息的不完全性使人的理性有限。因而，任何人不可能完全预知自己行为的后果。这意味着专业执法者及专业法官对行为的社会后果，即行为对社会秩序的影响的了解有一定的优势。

可见，秩序建构诉讼中法院和法官绝非冷漠无情，更非忽视公共价值。相反，秩序建构诉讼是在相对比较抽象和原则化的规制法规范中展开司法的，必须顾及当下社会主流观念对有关行为风险、良好竞争秩序的观点。法官所作的任何裁判，都要与规制法对此领域已取得的良好秩序的价值相符合。例如，对一种行为是否违反反垄断法的裁决必须与有关行为对竞争影响的主流经济学观念相符，这些主流经济学观念构成了秩序建构诉讼的实质基础。须知，秩序建构诉讼的社会作用不在于解决争议，而是在整体社会关系或行为结构中，对具有风险的行为以一定的标准或条件予以规制，并要求行为人遵守，即在秩序中赋予行为社会责任以具体的含义。

3. 秩序建构模式的目的：建构有效和谐的秩序。这一目的根植于整体主义的社会法观念。法是社会控制的工具，源于社会经济生活的需要。而社会是具有一定观念和智识的人互动形成的动态关系体系，是复杂的、变化的，社会需要不是显而易见的，需要人以其理性总结经验来发现。这意味着，建立相关的公共机构对人类取得的建构和谐社会秩序的规范性共识予以宣示，并要求人们遵守，是建构和谐社会的必要条件。“建构”这一概念表达了对于现状是否公正的质疑，本身就暗示着不仅既有的秩序并非完美，而且秩序一旦被破坏也不可能恢复到先前的状态。因而秩序存在着不断完善的可能，裁决的目的和作用不是对旧秩序的恢复，而是创造新秩序。

4. 秩序建构模式的功能预设：司法能动及立法、司法与行政（执法）相互配合。这两个功能预设也是这一诉讼模式的结构构造、价值追求和目的的反映。

受这一模式的构造及风险行为的可能损害后果的影响，在裁判中，法官至少应当考虑风险行为发生的关系结构及其他影响要素，受害人和受益人是否存在共生关系，并由此产生判断个人是否属于这一群体的标准。风险行为构成了对某种共生的关系体系或价值的威胁，因而无法采取诸如停止

〔27〕 现代规制法一般都专设执法机关，这些机关往往具有准立法、司法和执法功能。由于具有专业性，其作出的行政司法裁决愈益受到法院裁判的尊重。如反垄断执法机关对一种行为是否违反反垄断法的裁决在不同国家的司法实践中都不同程度地得到承认。在日本，私人能否对一种侵害行为提起反垄断民事赔偿诉讼，取决于日本公正交易委员会是否裁决此行为违反反垄断法，这被称为“行政程序前置”制度。在美国，反垄断法虽没有行政程序前置的规定，但联邦贸易委员会或司法部反托拉斯局作出的违法裁决可以直接作为违法证据用于私人提起的反垄断三倍赔偿之诉。

行为、赔偿、罚款等针对孤立行为的事后责任方式防止风险的发生。秩序建构任务的复杂性及困难程度与争议解决模式完全不同，因而法官也具有与消极裁判者完全不同的能动的行为标准。

这一模式的价值追求和结构构造要求立法、司法与行政相互配合。这一模式并不否定法院（司法）是独立的，在法的实施上不属于政府的部分，但同时认为，法是社会需要的产物，并没有脱离社会的自洽的价值，因而司法作为实现法的价值和目的的手段并不能脱离社会。在现代社会，立法、司法和行政都是基于社会需要而设立的实现社会公共价值的机关，存在功能互补性。

这一模式暗含了特别法院或特别法庭的形成过程，即由于分工的细化导致有机整体社会的结构复杂，行为具有社会风险，不仅需要具备不同专业知识的机构（规制机关）认知不同领域中行为的风险并提出防范风险的行为标准或规则，还需要一定的机关利用整个社会所有的利益相关者对行为人是否遵守规则作出评判，这个机构就是特别法院。法院的正当性以及他们在秩序建构诉讼中行使的权力来自于他们履行特定社会司法职能的能力。<sup>〔28〕</sup>法院的正当性来自于它是公民履行社会责任在机构功能和价值确定下的必要选择，即具有社会责任的人将具有社会风险、可能没有履行社会责任的行为提交法院，并提请法院裁决防止风险的发生。这也是在现代社会规制机构和法院的专业分化更加细致的原因所在。

### （三）小结

基于两种诉讼模式产生的法律基础及其不同的特性，反垄断法作为现代规制法的属性决定了反垄断诉讼应为秩序建构性诉讼，反垄断诉讼的价值不在于解决争议，而在于建构竞争秩序。这种诉讼模式的选择基于两种认识：第一，它建立在深刻意识到对现代市场经济的最大威胁并非来自经营者对具体个人经济利益的侵害，而是来自于大规模经济组织的限制竞争行为，以及现代国家相关政府职能部门的不当干预行为（滥用行政权力）对竞争秩序的破坏而引发的对不特定主体的社会性侵害。第二，选择这一诉讼模式的另一认识基础在于，限制竞争行为的风险产生于对市场结构体系或竞争秩序的破坏，因而，除非消解限制竞争行为发生的市场结构条件，对竞争秩序予以重构，否则限制竞争行为的威胁永远不会消失。面对这种秩序重构的诉求，传统的司法救济，如损害赔偿、罚款甚至是刑事追诉都无法充分解决问题，需要新式的综合救济。

秩序建构这种新型诉讼标志着现代规制法对于现代社会发展的重要作用。然而这一新的诉讼模式还存在很多问题，概括起来有两大方面：其一是观念问题，即合法性问题，秩序建构诉讼明显地与已有的主流诉讼理论所主张的司法中立、适度保守的观念相冲突，加之法官知识有限，因而竞争秩序的建构对于法院而言是否是一个合适的使命，值得思考。但正因为是观念问题，就不可能给出确定的回答，因而本文暂不讨论。其二是它的工具主义。简单地说，是关于如何进行竞争秩序建构，特别是如何通过构造反垄断诉讼制度促使反垄断法的有效实施，这是本文最后要探讨的问题。

## 四、多元参与：反垄断诉讼的制度构造

市场竞争直接关涉到三类市场主体的利益，即具有竞争关系的双方和消费者，由于每个人都是消费者，所以竞争关涉到当下所有人的利益。不仅如此，竞争秩序的延伸性决定了竞争还关涉到未来人的利益。可见，竞争秩序中不仅纠结着多重利益，而且体现着社会整体利益。因而反垄断诉讼不是传统（民事、行政）争议解决诉讼中简单的利益的二元对抗，而是多方利益的平衡。为了使诉讼中各方的利益得到公正的反映，多元主体共同参与就成为必然。

〔28〕 参见前引〔25〕，费斯书，第68页。

任何诉讼制度都包括四个基本要素,即原告的结构和功能、被告的结构和功能、法院和法官的角色和功能、救济的方式。以下对反垄断秩序建构诉讼的构造也从这四方面着手。

### (一) 原告的构造

原告的概念通常包括三种不同角色的人,即受害人、代言人和受益人。反垄断诉讼作为秩序建构诉讼的一种,受害人包括各种类型,各类受害人因在竞争秩序中的角色和功能不同、市场支配力不同以及对相关市场的依存度不同,其受害的性质和程度也不同。一般来说,竞争者对相关市场的依赖强于消费者,因而其所受损害大于消费者。另外,反垄断法中的受害人不仅指既存的、已察觉的、可确定的特定个人,还包括没有被察觉的以及将要受到损害的潜在受害者,既存被害者与潜在受害者群体对所受损害的感觉和程度是不同的。受害者这一群体具有四个特征:

第一,受害者群体中个体的非可辨识性,即这一群体并非可辨识的受害者个体的集合。某些合谋限制竞争行为、滥用市场支配力行为或合并行为会对竞争产生影响,不仅会损害当下的竞争者、消费者的利益,而且会损害未来将进入这一市场的竞争者和消费者的利益。这意味着有的受害者难以察觉其所受损害,人们不必知道也不可能知道具体个案中所有的具体受害人。

第二,受害者群体中个体的非同质性及被害利益的差异性,如竞争者与消费者被损害的利益存在差异。有的具有共同利益关系的群体可能形成一定的组织,如竞争者组成的行业协会、消费者组成的协会等。

第三,受害者群体的开放性,即不仅包括已经感受到损害的受害者,还包括潜在的、未来将要进入市场的受害者。

第四,受害的间接性。由于限制竞争行为都是市场行为,一般不是针对具体个体权利的行为,受害者都是因为违法者限制竞争、破坏竞争秩序而间接受害,而非个人权利直接被侵害。因此,美国反垄断法界公认,私人若要提起反垄断三倍损害赔偿诉讼,必须举证说明自己的损害是由于被告限制竞争造成的,否则只能提起侵权赔偿之诉。<sup>[29]</sup>

受害者群体的特性决定了有必要通过反垄断法授权或专门设立一些代表所有受害者利益的公共组织。专门设立的机关如各国的反垄断执法机关,授权的组织如美国的州司法长(克莱顿法第4条)、德国反垄断法规定的“具有权利能力的工商利益促进协会”(德国反对限制竞争法第33条)等。这些公共组织体独立存在于诉讼之外,不仅仅是一个“法律结构”,即使在完全脱离诉讼的情况下,个人依然可以通过这些组织寻求对他们利益的积极维护。许多国家的反垄断法都规定,对涉嫌垄断行为,任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报,反垄断执法机构应对举报事件进行调查,并就举报事件采取或者不采取措施向举报人作出通知。<sup>[30]</sup>这一规定在一定程度上反映了在反垄断法中存在这样一种观念,即垄断行为侵害了所有人的利益,或者说侵害了社会整体利益,所有人都是受害人。

[29] 有关司法案例可参见 *Brunswick Corr. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977); 同时参见 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986) (对于依据克莱顿法第16条寻求禁令救济的私人案件适用反垄断损害规则); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D. C. Cir. 2001) (将 *Brunswick* 案适用于私人垄断案件,但是即使政府也“必须证明垄断者的行为损害了竞争,而不仅仅损害某一竞争者”)。基本理论可参见前引[8],盖尔霍恩等书,第450页。这一观念也被欧洲、日本等许多国家所接受。但对这些国家,这一观念只有理论意义而没有实践价值。这是因为,在这些国家没有多倍赔偿制度,且反垄断诉讼的举证难度远远超过侵权之诉,因而原告更愿意把一些反垄断损害赔偿之诉以侵权之诉提起。

[30] 参见我国反垄断法第38条,日本关于禁止私人垄断和确保公平交易的法律第45条,加拿大竞争法第9条,韩国规制垄断与公平交易法第49条第2、3款。

受害者群体利益的差异性及人数的不确定性,意味着受害人群体需要代言人站在自己的立场上说话。从反垄断法诉讼实践看,代言人有两种。一是私人代言人,这种代言人一般是受害群体中的个人。反垄断法采取激励手段,促使受害者个人作为公共利益的代言人,这不仅表现在准许私人提起反垄断损害赔偿之诉,而且最主要的表现在多倍赔偿责任制度。<sup>[31]</sup>除此之外,即使不是受害者群体中的个人,也可以成为代言人,英美法系国家设立的告发人诉讼制度说明了此点。<sup>[32]</sup>之所以如此,是因为在反垄断案件中,被告都是具有强大经济实力的产业组织,其完善的组织体系中不乏法律专家,加之市场行为的复杂性、垄断行为的隐秘性,要获得其违法证据非常困难,因而个人在诉讼中处于不利的境地,具有较高的风险,或者说诉讼成本很高,没有激励就很少有私人对垄断行为提出挑战。二是公共组织代言人。现代各国都专设了反垄断执法机关作为公共利益的代言人,同时也授权其他一些组织(如司法部)作为公共利益的代言人,其他非政府组织(如消费者协会)也常常扮演这一角色,为案件的受害群体代言。

具有诉权的公共利益代言人和受害者群体是分离的,二者之间的关系在反垄断诉讼机制中是工具性的。关系的工具性特点,使对受害人作为原告的特定技术性资格要求——必须受到损害,或存在未来受到损害的可能性,或者被置于不可修复的被损害的竞争秩序中——并不需要代言人满足。发展趋势是具有受害危险<sup>[33]</sup>的潜在受害者以及代表公益的组织或个人也有权提起反垄断诉讼。反垄断诉讼的社会经济意义及受害人和代言人的分离,也意味着诉讼代言人有时未必能代表其所代表的利益,因此反垄断司法中原告在诉讼(即使私人提起的损害赔偿之诉)中的权利特别是与被告和解的权利必须受到限制,即这种和解只有经过法院的“社会公共利益审查”才具有法律效力。<sup>[34]</sup>

受害人和代言人之间的工具性联系同样允许甚至希冀多元化的代言人的出现。与争议解决模式不同的是,在反垄断秩序建构诉讼中,典型的方式是寻找不同类型的代言人,以便他们表达对于各受害群体利益的不同理解。更重要的是,原告方与被告方成员之间的关系并非总是对抗性的(如作为原告的反垄断执法机关与违法者的关系),其利益纷争不是二元对抗的,而是围绕竞争中的利益结构问题展开竞争秩序的构建。各种代言人可能倾向于不同的救济,而法院必须在作出判决前对理想的竞争秩序的要求有比较清楚的认识。

[31] 这种责任制度源于美国,一些国家和地区的反垄断法也有如此规定,如我国台湾的公平交易法,但多数国家的反垄断法中没有这种规定,我国反垄断法也没有。不过,近年来国际反垄断法界的主流观点认为这种责任制度对于促进私人实施反垄断法具有重要意义,因而主张在反垄断法中设立这一责任制度,但为了防止滥诉,一般不主张美国式的刚性的三倍赔偿责任。笔者认为,这种制度是一种利用私人受害者易于获得违法行为的信息的优势,激励私人提起诉讼维护公共利益的机制。其中私人从诉讼中获得的相当于自身所受损害的部分属于赔偿,而超过损害的部分则是社会对其维护社会公共利益的行为给予的报酬。

[32] 告发人诉讼是英美法国家实行的一种诉讼制度,它允许个人或实体代表政府起诉不法行为人。在提起告发人诉讼后,如果胜诉,则该私人告发人可获得对赔偿额的分配。

[33] 在当今由私人提起的反垄断诉讼领域,原告资格的取得有两种模式,一种是美国的以已经遭受损害为标准,另一种是德国的以具有受害危险为标准。就司法实践看,美国的标准具有不断放宽的趋势,而德国标准被越来越多的国家所采纳。

[34] 目前在私人提起的反垄断诉讼中,还没有哪个国家对私人和解的权利作出限制。美国1974年反托拉斯程序和处罚法(the Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974)规定,政府在反垄断诉讼中的和解协议应该向社会公众公布,并由法官决定司法部的和解协议是否符合“公共利益”。这一法案其实已经意识到让谁以一种权威性的方式代表美国利益发言是一件很困难的事,但还是把这一权力授予法官,而法官在决定是否批准和解协议时实际上不受任何既定规范的指导。“公共利益”的标准事实上要求法官在作出决定时考虑那些诸如公众看法和有效分配诉讼资源的非司法性因素。一般认为,执法机关是公共机构,代表公共利益,但政府执事者毕竟不是天使,因而对和解的效力予以司法控制是必要的。而对于具有很强公益诉讼特性的私人反垄断诉讼,笔者认为也应该对和解予以“公共利益限制”,否则可能产生有利于私人受害者而不利于社会的和解协议。

反垄断诉讼模式同样导致了受害人与判决救济的受益人之间的分化。争端解决诉讼的目的在于救济受害人，因而受害人与判决的获益者是同一的。但在反垄断秩序建构诉讼中，受害人和获益者并不一定是同一的。虽然秩序建构诉讼的获益部分有时也给予特定群体，然而，从救济后建立的有效竞争秩序中获益的是整个社会，远远超出了有限的受害人范围的组成和外延。

## （二）被告的构造

反垄断诉讼中的被告也是由不同角色或功能的主体构成的，即违法行为者、错误行为者（致害者）和责任承担者（或必须提供救济者）。在争议解决模式中，这三个角色往往是统一的，或者说在个体上是一致的，而在反垄断秩序建构诉讼语境中，这三种角色是可以分离的，更重要的是，违法行为者并不一定是错误行为者（致害者），即行为人的行为并不一定违背一般的道德或公认的正义观念，主观上不一定具有过错，也不一定造成了损害，如我国反垄断法中规定的经营者集中行为。

错误行为者的定义是高度个体化的。它假定仅凭行为者的行为本身就足以判断行为是否有害，并且个人的理性有能力判定行为的有害性，并有能力作出决定和选择是否作出该行为。经典意义上，错误行为者指故意违反既有规则并造成损害的个体。在秩序建构语境下，可能存在个体的错误行为者，如实施了反垄断法中以本身违法原则为标准的限制竞争行为。但更多的是其行为本身没有错误的违法者，如实施了反垄断法中以合理分析原则判定的限制竞争行为。同时，在反垄断法中，有的违法的错误行为者并不是致害者。如反垄断执法机关因执法错误或怠于履行职责，致使垄断行为没有被制止而成为被告，此时垄断所造成的损害并非执法机关所致，执法机关只是没能及时有效地制止这种损害。

另外，在反垄断秩序建构诉讼中，有时两个以上被告是结构性的整体，即几个具有不同性质和功能的主体在限制竞争中具有功能互补关系。如我国反垄断法第32条规定，“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。”违反这条规定，被告就包括特定行政机关与其指定的经营者，它们在限制竞争中的功能是不同的，角色是不可转换的，任何一方对构成这种限制竞争行为都是不可或缺的。

因此，反垄断诉讼的核心不是被告的单个行为本身是否是错误的、是否直接造成了损害，而是他们的行为是否尽到了维护相关市场合理竞争秩序的责任，是否破坏了有效竞争秩序。在某种意义上，秩序建构诉讼是一种对“结构关系”的诉讼，而此处的“结构关系”就是竞争秩序。将秩序建构的负担加之于某些经营者或公共组织，并非因为其有主观上的过错，做了任何道德意义上的错事，直接对某些主体造成损害，而是在于必须防范其行为对市场经济最基本的价值——竞争的威胁，或者对其没有积极履行促成良好竞争秩序的社会责任的行为予以督促。

## （三）法院和法官的角色

争议解决模式设置了消极的法官形象，法官作为双方争端的仲裁者或是观察者存在，依赖当事人在法律和事实方面的陈述和对于可能救济的主张，宣布各方的对错。这一消极地位是与传统的个人权利法的假设——争议双方平等、对争议标的具有充分对等的信息和相同的认知——相适应的。而在反垄断秩序建构诉讼中，原告与被告不仅因经济实力上的差异而对市场的支配能力及对行为的市场影响的信息掌握不平等，而且双方向立法、执法及司法提供的有利于自己的信息，或者说对立法、执法、司法的影响也是不平等的。这些不平等给予法官充分的理由去扮演一种更加积极的角色，以确保其在诉讼中是信息充分的，并得出公正的结果。这些关注体现在反垄断秩序建构诉讼中，特别是当原告的经济力量尤其是信息处于劣势之时。秩序建构诉讼还提供了其他支持抛弃法院的消极地位的理由，如对于限制竞争行为对市场的损害，当事人并非是自己利益的

最佳判断者，私人诉讼并不一定能维护社会整体利益，反垄断执法机关及相关公益诉讼代表在诉讼中并不一定能代表社会整体利益，以及反垄断执法机关的执法和行政司法并非一定正确。

在秩序建构诉讼中，私人原告和他的律师不仅仅为他们自己说话，他们也有意无意地为整个群体，包括与他们具有相同境遇的受害者以及现在或者未来的市场进入或依赖者正言。但是没有基础能够认定他们是合格的社会整体利益的代表。不过他们的利益常常与社会整体利益相容，因而他们虽仅是为自己利益而选择这一地位，法律在一定条件下也赋予他们代表社会利益的资格。同样，也没有充分理由假定被告和他的律师是与被告具有相同境遇的所有经营者利益的合格代表。对他们来说，这个过程不是自我选择，而是接受对手挑选。

反垄断法中，公共利益的代言人和组织往往与政治体制有关。如美国联邦贸易委员会和司法部反托拉斯局的委员长和局长由总统提名，议会任命，另外，检察长和联邦最高法院大法官的任命也与政治有关。我国的反垄断执法机关，包括国家工商行政管理总局、商务部和发改委等也不例外。因而，在反垄断执法、司法中不可能不带有政治偏见。法院作为司法机关，与立法、执法机关同属于国家机关，具有共同的价值取向，所以其判决不可能不受立法、执法中取得的价值共识的约束，其独立也是有限的。

上述情况决定了任何一方不恰当的代表都可能导致远远超越参与者利益的结果。法院也可能被误导。被提起反垄断诉讼的被告也可能有意无意地以在日后程序中不易修正的方式与受害人群体协调利益。事实上，被告不仅仅是在为自己个人的行为辩护，而且是为相关市场体系中与自己具有相同境遇的所有成员的过去和未来辩护。从这一视角出发，完全依赖于所谓原告和被告的主动性就太荒谬了。法官应当有权确定诉讼参与者，使与案件有关的各类主体的利益都有合适的代表。这一般应经过以下程序：

第一，发布通告并保证能送达或告知那些有可能在诉讼中被代表的人。该通告将解释诉讼的内容并发出使代表完善的参与抗辩的邀请。即使这样，法官也不能完全依赖于通告中提及的主体和内容，而是应给予扩张代表的合理要求留有一定的余地，虽然这可能增加对手继续诉讼的成本。

第二，要求特定机构，特别是相关的反垄断执法机关、监管机关和组织（如行业协会、消费者协会）参与诉讼，成为顾问。当然，出于裁判可接受性的需要，法院不应将邀请的范围限于那些表示愿意参与或曾有行动的主体。要求特定机构参与诉讼的本意在于获得执法机构、监管机关、行业协会等对判决的认同，以利于对判决的执行提供监督和保证，而完全依赖于受害人的控诉可能导致判决和执行的扭曲，不利于竞争秩序的建构。

第三，在必要时可创设临时的自身机构，如特别主管，以纠正任何代表的不公正。特别主管是一种作用广泛的机构，但他们的重要作用之一是行使代表权。<sup>[35]</sup> 虽为法院所创设，但特别主管作为一方，有时能够表达关于责任和救济等参与者在诉讼中不大可能表达的内容。<sup>[36]</sup>

#### （四）救济阶段

从一般救济的角度看，争议解决模式关注的是已经发生了的、既存的事实，如交易或是事件。救济被用于纠正或制止某些孤立的事件，诉讼的重心往往在于作出判决。诉讼严格符合亚里士多德的戏剧结构：开头、中段和结局。只有在被告顽固不化的案件中，救济阶段才会加长，比如采取强制执行措施。顽抗者的抵抗在大部分案件开始时都未被考虑为不可缺少的部分。

而反垄断秩序建构诉讼不仅关注已发生的事实，更关注这一事实发生的场域——相关市场及

[35] See Geoffrey E. Aronow, *The Special Master in School Desegregation Cases: The Evolution of Roles in the Reformation of Public Institutions Through Litigation*, 7 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 742(1980).

[36] 参见前引 [25]，费斯书，第 30 页。

其国内外发展趋向,以及这一事实对相关市场竞争的未来影响。因而救济程序虽有开头,也可能有中段,但几乎没有结尾。它包含了法官、执法机关、监管机关、消费者和经营者之间长期和持续的关系;它不仅关心已有的救济的执行,而且更重视救济自身的调整。它的任务重心不是明确谁对谁错,也不是计算损害的数量,而是消除威胁理想的有效竞争价值实现的现状。在一些可能解构组织的领域,如在非法合并或滥用市场支配地位的案件中,准许拆分企业可能是可行的选择。但在大多数情况下,如限制竞争协议以及我国的行政垄断案件中,这种选择就不可行。这一救济完全建立在法院对国家产业政策、现行市场结构和有效竞争的认识上,其目的在于尽可能消除限制竞争行为对有效竞争价值的威胁,法院的裁判权也随着威胁的存在而持续。

经营者和执法机关对于市场行为认识的局限,以及经营者通过重新建立曾经存在的权利关系以适应干预的能力,不可避免地导致了一系列的干预——周而复始的辅助改进的循环。长期的监督和监管关系在法院、执法机关、其他公共组织和经营者之间产生。执法、司法必须受到监督,市场竞争行为必须受到监管,并且新的救济方式被用于保证经营者的行为方式在反垄断法所允许的范围之内。法官为有效实施救济甚至可以设立新的机构,如特别主管,以辅助这些职能的实现。

从特定救济的角度来看,纠纷解决诉讼以特定错误行为为前提,这些救济是回溯性的,或者说是指向过去的,要求针对被告行为造成的既有损害依客观标准作出评价性的判决。然而秩序建构诉讼中的救济有时并不以错误行为为前提,更多的是面向未来,对被告行为对未来市场竞争的不良影响依预期作出评价性判决。因而,在反垄断诉讼最为发达的美国,其救济方式多是禁令,<sup>[37]</sup>它不需要像在民事诉讼、行政诉讼或是刑事诉讼中那样对“错误行为作出判决”。禁令是面向未来的。秩序建构诉讼致力于根除现有的对竞争秩序的威胁,而禁令是法院发布指令完成这一任务的正式机制。

## 五、结 论

反垄断法滥觞于19世纪末,勃发于20世纪中,完善于20世纪90年代。在这一时期,科技革命及其在社会经济生活中的广泛应用引起社会分工,社会化不断加深,社会经历着从机械的个体社会向有机整体社会的转化。因而,反垄断法所规制的限制竞争行为,是有机整体社会中的有害行为。这意味着,必须以生物学的有机整体的思维方式思考这种行为的社会影响。

以有机整体主义观念来看,行为者直接损害的是其本身处于其中的社会整体——一种所有竞争者与消费者互动所形成的竞争关系状态,其对具体竞争者和消费者造成的损害是限制竞争的结果。这决定了反垄断法保护的是竞争而不是竞争者及其相关的个人(消费者),当然这并不否认对竞争的保护也反射性地保护了竞争者和消费者。同时,市场是由众多参与者互动形成的,且是开放的,这决定了垄断行为造成的损害具有主体的不确定性、客体的动态性以及损害的不确定性、可延伸性和不可计量性、非自然性(法定性)、难以补偿性和难以恢复性等特性。可见,垄断行为是一种社会性风险行为。对于风险行为,现代法往往以事前的规制预防为主,反垄断法属于社会经济规制法。

反垄断法作为规制有机整体中限制竞争行为的社会经济规制之法,其基本价值是对竞争秩序的保护,这决定了反垄断诉讼的价值是建构竞争秩序而不是解决纷争,因而反垄断诉讼属于一种

[37] 禁令是商业秘密侵权案中最重要救济措施。在反垄断法中,由于竞争秩序一旦被破坏就难以恢复,因而美国反垄断诉讼常常使用禁令。签发禁令涉及各种相互冲突的利益,法院应在权衡原告、被告利益和社会公共利益的基础上作出决定。

新型的诉讼：秩序建构诉讼。对此诉讼不能以既有的以保护个人权利、解决争议为圭臬的民事诉讼、行政诉讼的争议解决模式来思考，而应借鉴 20 世纪 50 年代以来兴起于社会法（环境法、劳动法等）及宪法的、具有整体主义思维的公益诉讼及宪法的结构诉讼所取得的成果，构造反垄断诉讼多方参与的秩序建构诉讼模式，形成在法院积极组织下、由代表社会利益的专门机关及各种利益相关者共同参与的多元参与制度。

---

---

**Abstract:** Being one of the important mechanisms to implement the antitrust law, antitrust litigation is an important issue in both theoretical research and judicial practice. There are two research approaches on this issue. One is the individualist idea and thinking paradigm, which takes individual rights as the center and looks the litigation as a dispute resolution mechanism. The other is the holistic view and thinking paradigm, which takes order construction as the center and looks the litigation as an important mechanism for building the ideal order.

This article is of the holistic point of view as to the value orientation and system construction of the mechanism of antitrust litigation. The history of antitrust law and social development shows that the formation and development of antitrust law is synchronous with the formation of organic society, and as a result, the damage caused by monopolization is mainly to the society as a whole, that is, to the condition of competition formed by the interaction of market subjects under certain market concept and system, not just to particular competitors or consumers. Differing from the harm to the individual, the harm to the whole is of uncertainty as regards to the specific subjects harmed, is dynamic as regards to the objects harmed, and is extensible and difficulty to calculate, restore and remedy as regards to the consequence of damage. These characteristics make the monopolization one kinds of risk behaviors, and the antitrust law falls into the category of modern social regulation law.

According to the property of antitrust law, antitrust litigation should be the litigation of order construction. Such litigation, in value, lays stress on the safeguard of competition order instead of the protection of individual rights. In function, it advocates judicial activism and positive response to common values formed among competition in the society. In the system construction, it is in favor of the relaxation of qualifications of the plaintiff and the establishment of a litigation mechanism of multiple participations.

**Key Words:** antitrust litigation, organic society, risk regulation, order construction litigation

---

---