

【国际私法】

论反垄断跨国民事诉讼中域外管辖权和域外适用问题的区分

——以中美新近案例为视角

杜 涛

【摘 要】近年来,中美企业之间相互利用反垄断法来对对方企业发起反垄断民事诉讼,引发了对反垄断法域外效力问题的关注。我国《反垄断法》第2条规定,境外发生的垄断行为对境内产生影响的,也可适用该法。该条文与美国《对外贸易反托拉斯促进法》第1条如出一辙。然而,美国《对外贸易反托拉斯促进法》第1条长期以来被美国法院解释为一项管辖权条款,用于确定法院的事务管辖权。只要境外发生的垄断行为对美国产生影响,美国法院就拥有事务管辖权。这样一来,美国反垄断法的域外效力问题就演变成了美国法院的域外管辖权问题。我国学术界在引进美国相关概念和制度的时候,未能对这一问题给予充分关注,从而导致我国学者在理解《反垄断法》第2条时产生概念上和逻辑上的混乱局面。广东省高级人民法院最近审理的华为诉美国IDC公司反垄断纠纷案为我们重新理解《反垄断法》第2条的含义提供了新的契机。通过中美反垄断法执行机制的对比研究可以发现,对于我国《反垄断法》第2条的理解应当区分公法执行和私人执行两种机制。由于我国《反垄断法》主要是一项经济法,该法第2条是为我国行政机关进行域外反垄断调查提供管辖权依据。而在反垄断民事诉讼中,法院的管辖权需要依照《民事诉讼法》的有关规定,法律适用问题应依照《法律适用法》的规定。

【关键词】反垄断法;域外管辖权;域外适用;域外效力

【作者简介】杜涛,华东政法大学国际法学院教授,法学博士。

【原文出处】《国际经济法学刊》(厦门),2019.1.72~84

一、问题的提出

近年来,随着经济全球化进程的加快,各国企业之间的跨国竞争日益激烈。除了反倾销和反补贴等法律手段之外,反垄断民事诉讼也成为各国企业进行市场竞争的另一个杀手锏。2013年11月26日,美国纽约联邦地区法院经过多年审理后作出裁决,认定中国的华北制药集团有限公司及其下属河北维尔康制药有限公司等维生素C生产企业因联合抬升价格,垄断操控美国维生素C市场,触犯了美国反托拉斯法。法院以“3倍赔偿”的原则判处中

国企业支付1.623亿美元的巨额赔偿。^①此案被称为美国对华反垄断第一案(以下简称为“维生素C案”)。该案历经二审和最高法院复审,最高法院已于2018年6月推翻了二审裁决,发回重审。^②

该案并非孤例。2005年9月,美国多名原告针对中国五矿化工进出口商会和中国五金矿产进出口总公司等17家中国镁砂企业提起另一起反垄断诉讼案,该案已经进行了多年。美国法院曾于2011年作出了一项裁决,驳回了中国企业的属人管辖权抗辩。^③不过在2014年底,美国新泽西地区法院最

终以原告缺乏当事人资格为由驳回了原告的诉讼请求。^④该案案情与维生素C案实际上属于姊妹案件,两案几乎同时发起,案情类似,两案有一个共同原告动物科学产品公司(Animal Science Products),而且其代理律师也是同一人。^⑤

几乎在美国纽约联邦地区法院对维生素C案作出一审裁决的同时,我国深圳市中级人民法院于2013年初对华为诉IDC公司滥用市场支配地位纠纷案(以下简称为“华为诉IDC案”)作出一审判决,IDC公司败诉并赔偿华为公司损失人民币2000万元。^⑥广东省高级人民法院于2013年10月28日对该案也作出了二审判决,驳回了IDC公司的上诉,维持原判。

中美两国法院审理的上述跨国反垄断纠纷案件有一个共同之处,即都涉及反垄断法的域外管辖权问题。并且这几起案件中,无论中方被告还是美方被告,都对对方法院的管辖权提出了抗辩。然而,由于美国和中国诉讼制度上的巨大差异,人们对“域外效力”(extraterritoriality)、“域外管辖权”(extraterritorial jurisdiction)、“域外适用”(extraterritorial application)、“域外范围”(extraterritorial reach)等概念的含义都有不同的理解,从而造成认识上的分歧,并导致法院在判决上的差异。分歧的关键点在于:反垄断法的域外效力到底是指反垄断法的域外适用还是指法院的域外管辖权?

在我国《反垄断法》颁布之前,学界就对反垄断法的域外管辖问题进行了讨论,但使用的概念却有差异。一些学者采用的是反垄断法的“域外适用”^⑦。2007年颁布的《反垄断法》^⑧第2条规定:“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为,适用本法;中华人民共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用本法。”该条明显采纳了“域外适用”理论。王晓晔教授也主张将《反垄断法》第2条视为一条冲突规范,认为其含义是我国反垄断法不仅适用于我国境内产生的垄断行为,而且也适用于我国境外发生但对我国市场竞争能够产生排除、限制竞争影响的垄断行为。^⑨我们知道,冲突规范是国际私法上的特有规范,也叫法

律适用规范或法律选择规范,是指明某一涉外民商事法律关系应适用何种法律的规范。^⑩如果把我国《反垄断法》第2条理解为冲突规范,就意味着在跨国反垄断民事诉讼中,应当依据该条来确定案件的准据法。但是,也有学者将我国《反垄断法》第2条理解为执行管辖权,认为该条款赋予了我国反垄断主管机关对跨国垄断行为的管辖权。^⑪还有很多学者没有严格区分“域外适用”和“域外管辖权”的含义,将立法管辖权和司法管辖权混为一谈。^⑫

为什么会产生这种分歧?如何解决这种分歧?在民事诉讼中到底该如何理解“域外管辖权”的含义?我国《反垄断法》第2条在民事诉讼中该如何适用?这些问题都需要我们结合具体案件来进行逻辑上的逐一梳理。由于我国法院此前从未遇到过跨国反垄断民事诉讼案件,因此学者们的讨论往往是将美国司法案例中的观点不假思索地套用用来解释我国《反垄断法》。由于美国民事诉讼制度与我国有根本性差异,这种简单的套用往往会造成“南橘北枳”的后果,误导我国司法实践。

为了正本清源,本文将首先对美国反垄断法中“域外管辖权”的概念进行历史的比较研究。通过对美国历史上多起经典案例的分析,本文将指出,“域外管辖权”在美国具有特定的含义,它主要是指美国法院的事务管辖权(subject matter jurisdiction),而非属人管辖权(personal jurisdiction)。而由于历史原因,美国法院对反托拉斯诉讼的事务管辖权又和美国反托拉斯法的“域外适用”问题混淆在一起了。随着时代的发展,事务管辖权和反托拉斯法的域外适用这两个问题在美国正逐步被区分开来。由于美国的诉讼制度与我国具有根本性差异,我们在引入美国的法律概念时不应囫圇吞枣。本文通过对美国法院“维生素C案”及“中国五矿案”和我国法院的“华为诉IDC案”的对比分析,指出反垄断法域外管辖权这一概念在美国和中国语境下的不同含义。本文按照最高人民法院最新发布反垄断法司法解释的精神,对我国《反垄断法》第2条的真实含义提出自己的看法,并对我国《反垄断法》第2条和《民事诉讼法》以及《涉外民事关系法律适用

法》之间的关系进行综合分析,最终归纳出我国反垄断跨国民事诉讼中管辖权和法律适用两个问题的不同处理方法。

二、美国反垄断诉讼中的域外管辖权

根据美国民事诉讼程序规则,法院受理一项诉讼必须满足三个基本条件:属人管辖权(personal jurisdiction)、事务管辖权(subject-matter jurisdiction)和适当审判地(proper venue)。^⑬属人管辖权要求诉讼当事人必须与受诉法院具有充分的最低限度的联系;事务管辖权则是根据美国的联邦制原则来确定不同类型的诉讼由不同法院受理,尤其是用来确定联邦法院和州法院之间的分工;适当审判地则是指具体案件由哪一地方的法院受理。^⑭在涉外反托拉斯案件中,属人管辖权和适当审判地一般都不涉及反托拉斯法的域外效力问题。与反托拉斯法域外效力有关的主要是事务管辖权。

根据美国宪法,联邦法院对所有依据联邦宪法或联邦法律而提起的诉讼具有事务管辖权。而对于发生于美国境外的垄断行为,美国法院是否具有事务管辖权要看美国反垄断法是否规定了域外适用效力。如果法律本身规定其有域外效力,美国法院也就有了事务管辖权。这样一来,立法管辖权和事务管辖权就混为一体了。^⑮美国法院在讨论反托拉斯法的域外效力问题时,往往将其作为美国法院对案件的事务管辖权问题来看待。1909年的“美国香蕉公司诉联合水果公司案”中,最高法院就认为《谢尔曼法》不适用于美国境外发生的行为,因此美国法院对该案没有事务管辖权。^⑯

第二次世界大战后,美国法院改变了反托拉斯法不具有域外效力的态度。1945年的“美国诉美国铝业公司案”^⑰中,最高法院首次肯定了“效果原则”作为美国反垄断法域外效力的依据。但是,美国法院仍然是把“效果原则”作为美国法院行使事务管辖权的依据。汉德法官在该案中就认为,国际法上的地域管辖原则并不排除美国法院对发生于美国境外但在境内产生实质性影响的行为行使管辖权。在此后的众多判例中,美国各级法院根据“效果原则”审理了大量跨国反垄断案件。为了平息其

他国家对美国法院滥用“效果原则”的不满并统一各级法院对“效果原则”的解释,美国国会于1982年专门颁布了《对外贸易反托拉斯促进法》^⑱,明确对《谢尔曼法》的域外效力作出了限制。其第1条规定,《谢尔曼法》“不应适用于与外国之间的贸易或商业有关的行为”,除非该行为对美国的国内市场或出口机会产生“直接、重大和可合理预期的影响”。

《对外贸易反托拉斯促进法》颁布后,美国法院仍然按照惯例继续把该法第1条解释为一项管辖权授权条款,经常以缺乏反垄断法上的事务管辖权(即案件所涉行为未对美国贸易产生直接、实质和可合理预期的影响)为由,驳回原告的诉讼。^⑲

在1993年美国最高法院审理的“哈特福德案”中,尽管斯卡利亚(Scalia)大法官开始对此提出质疑,主张将法院的事务管辖权问题和《谢尔曼法》的域外适用问题区分开来。但是苏特(Souter)大法官撰写的多数意见书仍然遵循了传统思路,认为被告在英国实施的合谋行为对美国保险市场产生了实质性影响,《谢尔曼法》应当适用于该行为,因此美国法院对该案具有事务管辖权。^⑳

在美国2003年的“联合福斯弗洛斯案”^㉑中,第七巡回法院的法官之间也围绕该问题爆发了一场尖锐的争论,争议焦点就是《对外贸易反托拉斯促进法》第1条到底是事务管辖权条款还是一项实体法上的诉因条款。第三巡回法院多数意见书最后仍然认为该问题是一个管辖权问题。

直到2011年,美国联邦第三巡回法院引人关注的“动物科学产品公司诉中国五矿集团案”^㉒(以下简称“中国五矿案”)终于开创了美国反垄断司法史上的新纪元,首次将《对外贸易反托拉斯促进法》解释为一项实体请求权规则,而非管辖权规则。^㉓第三巡回法院指出,地区法院将《对外贸易反托拉斯促进法》解释为一项管辖权限制,这种观点是错误的。相反,《对外贸易反托拉斯促进法》并非管辖权条款,而是实体法上的限制性规定。法院认为,国会已经通过《美国法典》第28章第1331条和第1337(a)条授予联邦地区法院“联邦事务管辖权”,

根据该授权,地区法院对于反垄断事项当然具有管辖权。而《对外贸易反托拉斯促进法》在任何地方都没有提到法院的管辖权问题。相反,它只是规定《谢尔曼法》“不应适用于”与外国有关的商业和贸易行为。因此,《对外贸易反托拉斯促进法》必须被解释为一项实体法上的限制规定,而非管辖权上的限制规定。^③

紧接着在2012年,美国联邦第七巡回法院在“明尼苏达化学公司诉加阳公司案”中,也推翻了自己此前的判例,作出了与“中国五矿案”相同的裁决。^④

三、我国《反垄断法》第2条的立法目的

在分析完美国反垄断法域外管辖权制度的演变历程之后,我们把目光返回我国的《反垄断法》。从我国2007年颁布的《反垄断法》第2条的规定来看,该条规定虽然没有美国《对外贸易反托拉斯促进法》的规定复杂,但是基本内容如出一辙,都采用了“影响”这一标准,而且都使用了“适用”这一术语。正因如此,我国学者在论述我国《反垄断法》的域外适用时,往往也不假思索地采用了美国法院和美国学者经常采用的做法,将“域外适用”与“域外管辖权”等同起来。学者们基本上都是大量引用美国法院判例来论证我国《反垄断法》域外管辖的必要性和可行性。^⑤这样一来,就容易造成一种错觉,似乎我国法院也可以依据《反垄断法》第2条对境外发生的垄断行为行使域外管辖权。

造成将“域外适用”和“域外管辖权”等同起来的原因,与《反垄断法》在我国的执行方式有关。众所周知,反垄断法长期以来被视为一种经济法,并且世界上大多数国家都是通过公共机关来对反垄断法进行公法执行(public enforcement)。欧盟以及德国、英国、加拿大等国长期以来都采用单一的公法执行方式来实施反垄断法,而不采用私法执行方式。只有美国采用公法执行和私法执行并行的二元模式,而且是以私法执行方式为主。^⑥所谓私法执行方式(private enforcement)是指允许那些自身利益受到垄断行为影响的自然人和法人向法院提起民事诉讼或向仲裁机构申请仲裁,从而来执行

《反垄断法》。^⑦虽然近年来世界上很多国家都开始引进美国私法执行方式,但是美国之外的其他国家受理反垄断民事诉讼的数量都有限,缺乏相关经验,因此借鉴美国经验也是无奈之举。

我国《反垄断法》生效后的很长时间,也主要是靠行政机关采用公法执行方式予以实施。比如,2008年《反垄断法》生效后不久,我国商务部就对英博集团公司收购AB公司进行了反垄断审查,其审查报告指出:“鉴于此项并购规模巨大,合并后新企业市场份额较大,竞争实力明显增强,为了减少可能对中国啤酒未来市场竞争产生的不利影响。商务部对审查决定附加限制性条件……”^⑧此后十年来,我国商务部反垄断局已经审查了数百起境外经营者集中案件。尤其是在2014年后,商务部对少数境外企业兼并行为作出了禁止性决定,例如商务部关于禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查等。商务部还对某些不遵守我国反垄断审查命令的境外企业并购行为施加了行政处罚,例如商务部对西部数据公司收购日立环球存储科技公司违反我国《反垄断法》的行为进行了行政处罚。^⑨

在美国,反垄断法的公法执行和私法执行在管辖权上一直是保持一致的。1995年美国司法部与联邦贸易委员会联合发布了《国际经营反托拉斯执法指南》,其中就对司法部和联邦贸易委员会执行反托拉斯法的管辖权作了具体规定。该《指南》第3.1条指出:国际强制执行的首要问题即管辖权问题。美国司法部和联邦贸易委员会对于境外发生的反竞争行为,也是根据《对外贸易反托拉斯促进法》中所规定的效果原则来行使管辖权。^⑩也就是说,美国司法部和联邦贸易委员会也是把《对外贸易反托拉斯促进法》理解为管辖权条款。

与此类似,我国反垄断行政执法机关在对发生于我国境外的反竞争行为进行行政调查和行政审批时,其管辖权依据也是我国《反垄断法》第2条所规定的“效果(影响)原则”,即该原则赋予了我国反垄断性质执法机关域外管辖权。^⑪2008年8月1日国务院颁布的《关于经营者集中申报标准的规定》

第3条明确规定:“经营者集中达到下列标准之一的,经营者应当事先向国务院商务主管部门申报,未申报的不得实施集中:(一)参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;(二)参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。”第4条进一步规定:“经营者集中未达到本规定第3条规定的申报标准,但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院商务主管部门应当依法进行调查。”上述规定实际上是对我国《反垄断法》第2条的细化,正式授权行政主管部门可以根据“效果原则”行使对域外限制竞争行为的行政执法权。

四、反垄断法民事诉讼中的管辖权

在弄清楚了美国反垄断法“域外管辖权”的概念以及我国《反垄断法》第2条的实际含义之后,再回到“华为诉IDC案”,我们应当首先明确,在反垄断法的私法执行即民事诉讼领域,我国法院能否像美国法院那样,直接依据《反垄断法》第2条对境外的垄断行为行使司法管辖权呢?

长期以来,我国一直忽视对反垄断法的私法执行,法院很少受理反垄断民事诉讼。我国《反垄断法》第50条虽然规定:“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。”但对于如何进行反垄断民事诉讼,该法并没有任何具体规定。

直到2008年,最高人民法院发布《关于认真学习和贯彻〈中华人民共和国反垄断法〉的通知》^⑧,明确了人民法院可以受理反垄断案件。最高人民法院2008年发布并于2011年修订后的《民事案件案由规定》^⑨第167项也正式列入了“滥用市场支配地位纠纷”这一案由。2012年1月30日最高人民法院审判委员会第1539次会议通过《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》,自2012年6月1日起施行。^⑩这表明,我国也

正式采用了公法执行和私法执行并行的反垄断执法模式。

尽管如此,我国法院受理的反垄断民事诉讼案件仍然不多。^⑪在跨国反垄断诉讼方面,相关案件更为稀少,因此也没有机会去检验《反垄断法》第2条的适用条件。2004年11月24日,四川德先科技有限公司在上海法院起诉日本索尼株式会社、上海索广电子有限公司,理由是索尼公司在其数码相机和数码摄像机中设置了智能识别技术,从而阻止了其他厂商生产的电池用到索尼公司的产品中,以此获取巨额利润。该案被称为我国对外反垄断民事诉讼第一案。^⑫但实际上,该案虽然被告之一是日本企业,但针对的是发生在我国境内的垄断行为。而且,由于该案发生在《反垄断法》正式实施之前,并不涉及我国《反垄断法》的域外适用。^⑬

“华为诉IDC案”^⑭是我国法院审理的首起针对境外限制竞争行为的民事侵权案件。该案中,当事人之间围绕着我国法院的管辖权问题进行了激烈辩论。原告华为公司总部位于广东省深圳市,被告IDC公司住所地位于美国特拉华州和宾夕法尼亚州。因此,本案是一起典型的涉外民事侵权诉讼案件。我国《反垄断法》第55条规定:“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。”因此,IDC公司滥用知识产权的行为属于我国《反垄断法》的调整范围。关键问题是,本案被告对我国法院的管辖权提出了抗辩,认为中国法院没有司法管辖权。那么,该如何判断我国法院对本案的管辖权呢?

2012年最高人民法院《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》第4条明确规定了人民法院审理反垄断民事诉讼的地域管辖:“垄断民事纠纷案件的地域管辖,根据案件具体情况,依照民事诉讼法及相关司法解释有关侵权纠纷、合同纠纷等的管辖规定确定。”^⑮根据上述规定,本案的管辖权应当按照我国《民事诉讼法》的有关规定予以确定。一审法院认为,我国《民事诉讼法》^⑯第29条规定:“因侵权行为提起的诉讼,由

侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第28条的规定,《民事诉讼法》第29条规定的侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。因此,一审法院认为,该法院作为被控侵权行为结果发生地法院对本案有管辖权,并驳回了被告的管辖权异议。

IDC公司不服该裁定,向广东省高级人民法院提起上诉,认为本案所有被告在中国境内没有住所,应适用中国《民事诉讼法》第241条^②,而不能适用第29条。被告指出,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第28条仅是对中国《民事诉讼法》第29条规定的“侵权行为地”作出扩大解释,并没有对中国《民事诉讼法》第241条规定的“侵权行为地”作出相应解释,故原审法院适用法律错误,而且与上位法抵触。此外,被告还指出,从所谓的垄断侵权行为看,上诉人与被上诉人谈判指向的对象是与相关国际标准有关的涵盖全球专利的专利组合,协商谈判并非仅针对中国专利,而是包括了在全球多个国家的一揽子专利,双方从未协商针对某一国专利的单独许可。而且,被上诉人在诉讼请求中提起的2000万元赔偿额主要针对的是其因在美国进行与上诉人的诉讼而产生的律师费。可见被上诉人所谓的侵权行为实际上与在美国的诉讼有关,故本案侵权行为地应在美国,中国法院包括原审法院对本案不享有管辖权。

对此,广东省高级人民法院审理认为:华为公司的住所地在中国广东省深圳市,根据中国《民事诉讼法》第235条、第241条以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第28条的规定,原审法院作为侵权结果发生地法院,对本案拥有管辖权。

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》第4条明确规定:“垄断民事纠纷案件的地域管辖,根据案件具体情况,依照民事诉讼法及相关司法解释有关侵权纠纷、合同纠纷等的管辖规定确定。”^③本案法官也

是按照《民事诉讼法》的有关规定来确定管辖权的,而没有去适用《反垄断法》第2条。实体法和程序法的区分是我国法律的基本传统。我国《反垄断法》是一部实体法而非程序法,从法律属性上也不能作为我国法院行使管辖权的依据。因此,绝不能将《反垄断法》第2条作为程序法意义上的管辖权规则对待。在这方面,我国法院不能生硬照搬美国法院的做法(如上所述,美国法院也开始改变这种做法)。

不过令人稍感遗憾的是,广东省高级人民法院在裁决书中没有对“侵权结果发生地”进行具体解释,而是直接就把侵权结果发生地认定为在中国境内。由于本案是标准必要专利权利人利用市场支配地位实施限制竞争行为的侵权纠纷,因此,“侵权结果发生地”的认定具有至关重要的意义。

在国际民事诉讼法中,以侵权行为地作为法院管辖权依据是一项常见规则。最典型的是2001年欧盟《布鲁塞尔民商事管辖权与判决承认和执行条例》第5条第3款,根据该款规定,在侵权案件中,对于在某一成员国有住所的人,可以在侵权行为发生或可能发生的另一成员国境内法院被起诉。^④而对于该款中的“侵害行为发生地”,欧盟法院^⑤在2009年7月16日作出的“南部化学公司诉飞利浦矿产公司案”中进行了扩张解释,认为“侵害行为发生地”应被理解为“最终的损害发生地”(the place where the initial damage occurred)。^⑥

侵权行为地管辖标准是国际法上属地管辖原则的体现。属地原则(territorial principle)是国家行使管辖权的首要原则,它是指国家对于其领土内的一切人、物、行为或事件都拥有管辖权。如果管辖权的对象是行为或事件,则属地原则又分为“主观属地原则”(subjective territorial principle)和“客观属地原则”(objective territorial principle)。^⑦主观属地原则是指国家对在该国境内开始实施的行为具有管辖权;而客观属地原则是指国家对在该国完成而即使不在该国开始的行为也具有管辖权。^⑧因此,在民事诉讼中广为采用的侵权行为地原则实际上就是属地原则。侵权行为发生地即主观属地原则,

而侵权结果发生地则是客观属地原则。

侵权“结果”(result)发生地与所谓的“效果原则”(effect principle)是完全不同的概念。反垄断法中的“效果原则”普遍被认为是对属地原则的违背。“效果原则”是以境外发生的行为对境内所产生的效果或影响(effect)作为判断标准,其经典表述是美国《第三次对外关系法重述》第402条和第403条,其中规定:一个国家可以针对发生于该国境外的行为行使管辖,只要该行为在其领域内发生或意图发生实质性效果。^⑨尽管一些美国学者和美国判例将效果原则解释为“客观属地管辖权”的一种,但当前主流国际法观点仍然反对这种解释。^⑩

无论是从字面解释还是从学理解释,“效果原则”与“客观属地原则”都有重大区别。“客观属地原则”强调的是侵权行为造成的最终实质损害发生地,这种损害是该侵权行为的成立要件之一^⑪;而“效果原则”强调的是境外发生的行为对境内市场造成的影响,这种影响相比于实质损害而言从程度上可能更轻微,不一定是直接损害,而可能只是间接损害。这种影响并不一定是该侵权行为的构成要件。“效果原则”针对的相关市场,而非特定的人;“客观属地原则”针对的则是具体实施侵权行为的人。

总之,“效果原则”被普遍认为是一种非常具有扩张性的管辖标准。从国际法角度来看,根据“效果原则”所建立的管辖权通常被认为是“域外管辖权”,而非属地管辖权;而“侵权结果发生地原则”仍然属于传统的属地管辖权范围,而非域外管辖权标准。在国际上,很多国家都对美国法院根据“效果原则”行使域外管辖权提出尖锐批判,甚至有很多国家颁布专门的“阻却立法”抵制美国反托拉斯法的域外管辖权。^⑫但是却很少有哪个国家对“客观属地原则”提出过批评。

就“华为诉IDC案”而言,如果法院试图以“侵权结果发生地”为由行使管辖权,就需要论证本案被告的市场垄断行为所造成的最终损失发生在中国境内。而本案原告华为公司所指控被告的侵权行为主要是被告拒绝在FRAND(Fair, Reasonable

and Non-Discriminatory,即公平、合理、无歧视)原则上向原告许可专利权,并在美国对原告发起337调查和侵权诉讼,导致原告支付巨额律师费,并且原告的产品面临美国法院禁令从而可能无法进入美国市场。这些损失主要都发生在美国市场,原告在中国市场上并没有因为IDC公司的行为而受到直接损失(华为公司要想证明自己在中国市场受到损失是非常困难的,因为IDC公司并未在中国发起对华为公司的侵权指控,华为公司实际上一直在继续使用IDC所拥有的专利)。

因此,本案法院以侵权结果发生地作为行使管辖权的依据缺乏学理上的说服力。相反,假如法院以“效果原则”来建立管辖权则不会遇到很大障碍。“效果原则”关注的并非被告的侵权行为对原告所造成的实际损失,而是该行为对相关市场所造成的限制竞争的影响。就本案而言,由于IDC公司拒绝在FRAND基础上向华为公司授予必要专利许可权。而苹果公司和三星公司等其他公司则以相对较低的价格获得了IDC的许可权,这无疑对华为公司在中国电信市场中的竞争地位造成了限制性影响。因此,中国法院根据“效果原则”行使本案的管辖权是无可置疑的。然而遗憾的是,我国《民事诉讼法》并未将“效果原则”确立为一项独立的管辖权标准。而我国《反垄断法》第2条又并非一项诉讼管辖权条款。

五、反垄断法在民事诉讼中的法律适用

按照我国法院审理涉外民事案件的一般程序,当法院的管辖权确立之后,接下来应该确定案件应适用的准据法。在反垄断民事诉讼中,实际上存在两方面的法律问题:第一,被告的行为是否构成垄断侵权行为?第二,被告的垄断侵权责任如何赔偿?在国际私法上,后者属于主要问题,前者实际上构成一个先决问题。^⑬在华为诉IDC案中,原告分别提出了两项请求:首先要求被告停止垄断侵权行为;其次要求被告赔偿原告经济损失。^⑭但这两项请求都是追究被告的侵权责任,都属于上述第二个层面的问题。该问题的解决取决于第一个先决问题的解决。

在美国法院,对这两个问题并不加以区分。原因正如上所述,美国法院一直将反垄断法的适用问题和法院的事务管辖权问题混同对待,只要美国法院根据《对外贸易反托拉斯促进法》拥有事务管辖权,就自然地全部适用美国反垄断法。而且,美国反垄断法是包括《谢尔曼法》《克莱顿法》等成文法以及多年积累的司法判例在一起的一整套复杂法律体系,其中包含了非常完善的民事赔偿制度,比如集团诉讼、3倍赔偿等。因此美国法院适用美国的反垄断法可以解决所有相关法律问题。

但是在大陆法系国家,反垄断法主要是一种经济公法,缺乏相应的民事规范。而民法中也不对垄断本身的问题进行规范(包括哪些垄断行为构成侵权)。法院受理相关民事诉讼时,需要首先确定被告的行为是否构成垄断侵权。由于民法上没有对这一问题加以规定,因此该问题必须依照反垄断法判断。如果被告的行为按照反垄断法构成垄断侵权,则对于该侵权行为的民事赔偿问题,在大陆法系国家的反垄断法中又缺乏规范,因此就需要借助于民法来解决。这就形成了大陆法系反垄断民事诉讼的二元体系。^⑤

我国《反垄断法》更多参照了欧洲大陆国家的立法,采取的也是这种二元体系。我国《反垄断法》的大部分内容都是对垄断行为的认定,而没有对垄断行为的民事责任进行规范。我国《反垄断法》仅在第50条规定:“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。”这实际上解决了上面提到的第一个先决问题,即被告的行为是否属于垄断侵权。但是对于应承担哪些民事责任以及民事责任的数额等问题,我国《反垄断法》并未作具体规定。这些问题需要另行根据其他民事法律法规予以确定。

如果按照王晓晔教授等人的观点将我国《反垄断法》第2条视为一条冲突规范的话,该条冲突规范也不是国际私法意义上的一般冲突规范,而属于公法的地域适用范围规范,它首先规定了该法适用于“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为”;随后又规定了该法的域外强制适用效力,即“中华

人民共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用本法”。这一规定从国际私法上看实际上属于《涉外民事关系法律适用法》第4条意义上的强制性规定。最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》中,针对该法第4条所规定的强制性规定的含义,也已经明确把反垄断法包括在内了。^⑥

不过,我国《反垄断法》第2条也仅仅能够用于解决上述第一个先决问题的准据法,即判断被告的行为是否构成垄断侵权。据媒体报道,华为诉IDC案的二审法官肖海棠接受采访时似乎也承认这一点。他指出:该案是根据我国《反垄断法》第2条的规定,认定IDC公司在美国的授权许可行为直接影响到华为公司在中国境内的生产、出口等,且影响达到了重大、实质性以及可以合理预见的程度,故中国法院可以对IDC公司在美国市场的垄断行为作出裁决。而且肖海棠法官也指出,应该同时遵循效果原则和合理管辖原则,防止滥用。^⑦

对于当事人所请求解决的主要问题,即对于IDC公司的垄断行为所造成的侵权损害的民事责任问题,我国《反垄断法》没有可供直接适用的规定,因此即使援引《反垄断法》第2条也没有任何意义。此时,应当根据我国2010年颁布的《涉外民事关系法律适用法》^⑧第44条确定应适用的准据法。该条规定:“侵权责任,适用侵权行为地法律,但当事人有共同经常居所地的,适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后,当事人协议选择适用法律的,按照其协议。”该案中,由于当事人没有共同经常居所地,也没有事后约定准据法^⑨,因此应当适用侵权行为地法。按照通行的解释,侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。这里又涉及如何认定“侵权结果发生地”的问题。根据前文所述,侵权的结果发生地并不等同于效果发生地。本案的侵权行为和侵权结果都发生在美国,因此按照我国《涉外民事关系法律适用法》第44条,本案的侵权责任应当适用美国法律。如果想要适用中国法律,则需要将“效果原则”引入《涉外民事关系法

律适用法》。可以借鉴欧盟《罗马第二条例》的经验,规定“涉外反垄断行为的民事责任,适用受到影响的市场所在地国法律”。这种双边化冲突规范有两个好处:一方面,它赋予我国《反垄断法》域外效力,有利于保护我国市场的竞争秩序;另一方面,它使我国法院也可以适用外国反垄断法对限制竞争行为进行民事处罚。

六、结论与建议

从“华为诉IDC案”可以看出,虽然我国也采纳了反垄断民事诉讼制度,但由于我国现行民事诉讼体制与美国存在根本性差异,我国法院不可能套用美国的做法。美国的反垄断法是一套公法和私法相结合的混合法律体系,而且以私法执行为主要执行方式。而我国《反垄断法》则基本上是一部经济公法,主要供行政执法机关采用。我国《反垄断法》的私法执行则通过最高人民法院的司法解释被纳入普通民事诉讼体系之内,受到《民事诉讼法》的限制。这就产生了以下几方面后果:

第一,法院的诉讼管辖权问题与反垄断法的域外效力问题应当区分。法院的管辖权应当严格按照《民事诉讼法》的规定判断。2012年最高人民法院《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》第4条也有明确规定。具体而言,应首先适用《民事诉讼法》第24章(管辖)第265条。但就“华为诉IDC案”而言,由于被告IDC公司在我国领域内没有住所,合同也不在我国领域内签订或者履行,诉讼标的物也不在我国领域内,被告在我国领域内也没有可供扣押的财产和代表机构,因此,我国法院根本无法依照第265条行使诉讼管辖权。我国《民事诉讼法》第28条所规定的“侵权行为地”同样也无法适用,因为侵权行为地也不在我国领域内。因此最高人民法院应当在今后的民事诉讼法司法解释中作出一项特别规定,即反垄断民事诉讼案件,由“受到影响的市场所在地法院”管辖。这样有利于我国法院扩大对此类案件的管辖权。

第二,我国民事诉讼法中不存在美国法上的事务管辖权制度,因此不能将反垄断法的域外适用与

法院的事务管辖权相混淆。事务管辖权制度是美国独特的联邦体制和三权分立制度所产生的。由于美国反垄断法属于联邦法,而联邦法和州法之间、联邦法院与州法院之间都存在管辖分工。因此美国法院在审理反垄断案件时需要考虑其事务管辖权问题,并把联邦反垄断法的域外适用问题与事务管辖权问题混同处理。因此,美国语境下的“域外管辖权”并非我国民事诉讼法上的法院管辖权。

第三,我国《反垄断法》第2条规定的是我国《反垄断法》的地域适用范围,而非法院的管辖权。在性质上,我国《反垄断法》第2条既不是国际私法上的冲突规范,也不是民事诉讼法上的管辖权规范,而应当被理解为一种行政公法的地域适用范围规范。在公法执行方面,这一条款具有管辖权和法律适用的双重效果:我国的反垄断行政执法机关可以直接援引《反垄断法》第2条对发生在境外的垄断行为行使反垄断调查的管辖权;同时,我国行政机构对该行为进行反垄断调查时直接适用我国反垄断法。

而在私法执行(民事诉讼)方面,由于我国把反垄断的民事诉讼纳入了民事诉讼法的适用范围,因此我国《反垄断法》第2条就不再具有上述管辖权的效果。我国法院的诉讼管辖权应当依照《民事诉讼法》确定。我国《反垄断法》第2条可以被视为《涉外民事关系法律适用法》第4条意义上的强制性规定,但也只能用于解决垄断行为是否构成侵权。对于该侵权行为的具体民事责任,由于我国《反垄断法》中没有规定,其准据法仍应当按照《涉外民事关系法律适用法》予以确定。

在我国,对于反垄断法私法执行(民事诉讼)中的涉外法律适用问题,最好的办法是由最高人民法院通过对《涉外民事法律关系法律适用法》进行司法解释的方式予以统一规范。我国企业在“一带一路”倡议政策鼓舞下正迅速进入全球市场。在很多情况下,受到限制竞争行为影响的市场虽然在国外,但我国企业也会受损。应当在跨国垄断民事诉讼中增加我国法律域外适用的可能性,以便保护我国市场秩序并维护我国企业的海外利益。

注释:

① In re Vitamin C Antitrust Litigation[Animal Science Products, Inc., et al v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd., et al], No. 06-md-1738, No. 05-cv-0453, E. D. N. Y., Nov. 26, 2013.

②2016年9月20日,美国联邦第二巡回法院作出裁决,撤销了纽约东区地区法院的裁决,认定中国企业的行为系遵守中国政府的强制性法规,出于国际礼让的考虑,美国法院应尊重中国法律的规定。2018年6月14日,联邦最高法院推翻了二审裁决,发回重审。

③ Animal Science Products, Inc. v. China Minmetals Corp., et al., No. 10-2288(3d Cir. Aug. 17, 2011).

④ Animal Sci. Prods. v. China Minmetals Corp., 2014 U. S. Dist. LEXIS 102661, *3-4(D. N. J. July 24, 2014).

⑤美国法院受理的针对中国博赛矿业集团公司的反垄断诉讼案也在进行中,参见 Resco Prods., Inc. v. Bosai Minerals Group Co., Ltd., No. 06-235, 2010 WL 231069(W. D. Pa. June 4, 2010).

⑥(2011)深中法知民初字第858号案。

⑦许光耀:《反垄断法的域外适用》,载《时代法学》2004年第3期,第99页;徐中起、刘鹏:《我国外资并购反垄断的域外适用问题》,载《法学杂志》2006年第1期,第63页;王先林:《论我国反垄断立法中的域外适用问题》,载《法学杂志》2006年第1期,第47页。

⑧我国《反垄断法》于2007年8月30日由第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过,自2008年8月1日起施行。

⑨王晓晔:《我国反垄断法的域外适用》,载《上海财经大学学报》2008年第1期,第30页。

⑩韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社2002年版,第93页。

⑪梅新育:《中国审批谷歌收购案天经地义》,载《中国经济周刊》2012年5月28日,第17页。

⑫陈兵、顾敏康:《〈谢尔曼法〉域外适用中‘礼让’的变迁与启示——由我国‘维生素C案’引发的思考》,载《法学》2010年第5期,第102页;戴龙:《我国反垄断法域外管辖制度初探》,载《法学家》2010年第5期,第127页;郭奇伟、龚柏华:《中国企业在美国法院抗辩美国反托拉斯法域外管辖的法律分析——评析美国企业诉中国菱镁矿销售企业价格串通违反美国反托拉斯法案》,载《国际商务研究》2010年第5期,第23页。

⑬[美]格兰农(J.W.Glannon):《民事诉讼法》,中国方正出版社2004年版,第113-114页。

⑭参见同上注引书,第115、144页。

⑮J. A. Trenor, Jurisdiction and the Extraterritorial Applica-

tion of Antitrust Laws after Hartford Fire, The University of Chicago Law Review, Vol. 62, No. 4, 1995, pp. 1583-1617.

⑯American Banana Company v. United Fruit Company, 213 U. S. 347, 356, 29 S Ct. 511, 512(1909).

⑰ United States of America v. Aluminum Company of America et. Al., 148 F. 2d 416, 443(2d Cir. 1945).

⑱Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, Pub L No 97-290, 96 Stat 1246, 15 USC §§6a, 45(a)(1988).

⑲ McGlinchy v. Shell Chemical Co., 845 F. 2d(9th Cir. (1988); United States v. LSL Biotechnologies, 379 F. 3d 672(9th Cir. 2004); In re Dynamic Random Access Memory Antitrust Litigation, 546 F. 3d 981(9th Cir. 2008); Empagran S. A. v. F. Hoffmann- Laroche, Ltd., 417 F. 3d 1267(D. C. Cir. 2005); Turicentro, S. A. v. Am. Airlines Inc., 303 F. 3d 293(3rd Cir. 2002); United Phosphorus, Ltd. v. Angus Chemical Co. 322 F. 3d 942, 944(7th Cir. 2003).

⑳Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U. S. (1993), at 764.

㉑United Phosphorus, Ltd. v. Angus Chem. Co., 322 F. 3d at 944(7th Cir. 2003).

㉒Animal Sci. Prods., Inc. v. China Minmetals Corp., 654 F. 3d 462(3rd Cir. 2011).

㉓ Animal Science Prods., Inc. v. China Nat'l Metals & Minerals Imp. & Exp. Corp., 702 F. Supp. 2d 320(D. N. J. 2010).

㉔ D. Wotherspoon, The Element of Surprise: The Third Circuit Bucks the Foreign Trade Antitrust Improvements Act Trend in Animal Science Products, Inc. v. China Minmetals Corp., Villanova Law Review, Vol. 57, 2012, p. 785.

㉕Minn-Chem, Inc. v. Agrium Inc. 683 F. 3d 845(7th Cir. 2012)(en banc).

㉖佟欣秋:《基于国家主权的反垄断法域外管辖权的实现机制》,载《大连海事大学学报》2010年第4期,第60页;刘宁元:《效果标准基础之上反垄断法域外管辖的正当性分析》,载《华东政法大学学报》2010年第4期,第47页。

㉗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,第13页。

㉘我国学者通常将 private enforcement 翻译为私人执行,这种翻译容易让人产生误解,以为反垄断法可以通过私力救济进行执行。

㉙《中华人民共和国商务部公告》2008年第95号。

㉚相关信息发布在商务部反垄断局网站, at <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/?2>, 2016年9月20日。

㉛美国司法部和联邦贸易委员会:《国际经营反托拉斯执法指南》,载《主要国家(地区)反垄断法律汇编》,法律出版社2004年版,第282页。

⑫我国学者也是以此为依据为我国商务部的行为辩护的。参见梅新育,同注⑪引文,第17页。

⑬2008年7月28日最高人民法院文件法发[2008]23号公布,自公布之日起施行。

⑭法[2011]42号。

⑮法释[2012]5号。

⑯由于我国没有美国法中的集团诉讼制度,也没有惩罚性赔偿,没有诉讼费用的援助,因此在反垄断民事诉讼中,原告的弱势地位得不到根本性改变,导致当事人的诉讼意愿不强烈。据最高人民法院介绍,截至2011年年底,全国地方法院共受理垄断民事一审案件61件,审结53件。其中原告胜诉的案件很少。参见《最高人民法院有关负责人就我国第一部反垄断审判司法解释答记者问》,载《新华每日电讯》2012年5月9日第5版。

⑰该案被上海市第一中级人民法院受理,并于2007年年底作出判决,结果不详。参见张波:《德先诉索尼案及其启示》,载《知识产权》2006年第4期,第9页。

⑱该案被告主要是索尼在华合资企业索尼爱立信。索尼仅在中国市场使用了电池智能识别技术,在其他市场则没有。

⑲(2011)深中法知民初字第858号。

⑳最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条。

㉑本案中,法院适用的是1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过并于2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议第一次修正的《民事诉讼法》。2012年8月31日和2017年6月27日,全国人民代表大会常务委员会又对其进行了第二次和第三次修正。下文中所援引判决书中的《民事诉讼法》条文均指判决时有效的条文。

㉒《民事诉讼法》第241条(现第265条)规定:“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼,如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行,或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内,或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产,或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构,可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。”

㉓最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条。

㉔2001年的《布鲁塞尔条例》已被2012年修订的《关于民事商事案件管辖权和判决执行的第1215/2012号条例(布鲁塞尔条例I)》取代,第5条第3款被改为第7条第2款。

㉕2009年《里斯本条约》生效后,欧盟法院(CJEU)包括两个部分:欧盟最高法院(ECJ)和初审法院(General Court),ECJ专

门负责审理成员国提交的有关欧盟法的请求。

㉖Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA, Case C-189/08.

㉗[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第一分册,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第329页。

㉘该原则被认为来源于1927年国际常设法院的“荷花号案”判决,参见Lotus Case, PCIJ Ser. A, no. 10(1927)。

㉙Restatement (3rd) of the Foreign Relations Law of the United States, §§402(1)(c), 403(1987)。

㉚[英]詹宁斯、瓦茨修订,同注④引书,第329页;[英]马尔科姆·N.肖:《国际法》(第六版·下册),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第540页。

㉛这种理论被称为“构成要件说”(constituent elements approach),参见M. Akehurst, Jurisdiction in International Law, British Year Book of International Law, Vol. 46, 1972-1973, p. 154.

㉜通常,阻却立法包括四种禁止规范:禁止执行外国政府的命令;禁止执行外国法院的判决;禁止向外国法院提供证据或信息;对受到外国制裁的本国公司提供补偿(claw-back)等。参见英国1983年《贸易利益保护法》、澳大利亚1984年《外国诉讼程序(过分管辖权)法》和加拿大1985年《外国域外管辖措施法》等。参见J. P. Griffin, Foreign Governmental Reactions to US Assertions of Extraterritorial Jurisdiction, George Mason Law Review, Vol. 6, 1998, p. 505.

㉝关于国际私法上广义的先决问题,参见杜涛:《国际私法原理》(第二版),复旦大学出版社2018年版,第92页。

㉞深圳市中级人民法院(2011)深中法知民字第858号民事裁定。

㉟J. Basedow, Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Antitrust Law, in J. Basedow(ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, Kluwer Law International, 2007, p. 237.

㊱最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第10条第5项。

㊲章宁旦:《华为公司诉IDC滥用市场地位垄断案终审宣判美国IDC构成垄断赔偿2000万元》,载《法制日报》2013年10月28日第8版。

㊳我国《涉外民事关系法律适用法》由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于2010年10月28日通过,自2011年4月1日起施行。

㊴侵权纠纷发生后,双方当事人往往矛盾较为尖锐,很难事后达成选择法律的协议,故我国《法律适用法》第44条中允许当事人事后协议选择适用法律的规定形同虚设。相关论述参见杜涛,同注⑤引书,第248页。