

析我国反垄断民事救济中的 消费者利益保护机制

毛晓飞

反垄断法通过维护市场有效竞争来达到保护消费者利益的最终目的。通过民事诉讼途经由消费者直接向法院主张权利救济并以此遏制垄断行为,已成为现代反垄断法实施机制的一个重要组成部分。有利于消费者提起民事诉讼和获得损害赔偿的司法救济制度也应运而生,然而,我国现存的垄断民事纠纷解决机制中尚欠缺与之匹配的方案。对消费者起诉资格的模糊认识、对适宜处理“小额多数”群体性诉讼的压制、以及消费者所长期面临的举证困难和损害赔偿的不足使得反垄断法的私人执行在消费者权益保护方面依旧前景暗淡。

2012年5月最高法院发布了《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》(以下简称《垄断民事纠纷若干规定》)。该司法解释对原告诉讼资格、垄断民事纠纷的法院管辖权、举证责任、垄断行为的民事责任以及垄断损害的计算方法等重要方面做出了规定。它的出台无疑有助于澄清一些在已有垄断民事纠纷解决过程中下级人民法院所遇到的法律问题,规范反垄断法私人执行的程序。然而,就保护消费者利益作为反垄断民事救济核心的目标来看,该司法解释的作用是有限的,它还无法解开那些现有民事诉讼规则以及司法实践中捆住私人诉讼的“绳索”。以下将从消费者起诉资格的认定、“小额多数”的群体诉讼、举证责任、损害赔偿等方面作进一步论证。

一、消费者起诉资格的认定

消费者在反垄断法中是一个广泛的概念,它不单指最终消费者,而且还包括诸多既作为上游供应商的客户同时又将采购商品作为生产要素投入再加工或者转售活动的中间消费者。这样,在一种商品生产链的不同环节上会出现多个消费者,由此产生反垄断民事诉讼中有关原告主体资格认定的特殊法律问题,即到底是直接消费者(或称“直接购买者”)还是间接消费者(或称“间接购买者”)应当享有诉权。直接购买者是指从垄断行为者那里最初购买商品的消费者,他们受到垄断行为的直接影响;间接购买者则是指那些虽未直接购买垄断商品,但由于

购买了经过再加工或转售的垄断商品而受到垄断行为影响的消费者。试举一例说明:大豆生产商就提高大豆价格达成卡特尔协议,受此影响的首先是类似豆油生产商之类的直接购买大豆原材料加工的消费者,他们也最早承担了垄断价格,但却未必是垄断行为的最终受害者,因为他们有可能将此价格通过提高豆油价格再转嫁给下游的消费者,如餐馆之类的经营者或者是家庭个人消费者,后者就被认为是间接购买者。在这种情况下,直接购买者虽与垄断行为者发生最密切的交易关系,但未必是垄断受害者,而间接购买者虽与垄断行为无直接关联但却承担了垄断损害结果。当然,如果垄断损害没有被转嫁,那么就不会出现购买者与受害者分离的情形。现实情形则往往更为复杂,直接消费者可能只承担了部分垄断损害,而其余部分则由处于不同价值链上的消费者所分担,而各自的损害程度又因具体市场情形而异。

那么,哪些消费者应当获得诉权才最有利于消费者权益保护呢?如果依照一般民事诉讼的损害赔偿原则,让所有遭受损失的消费者都享有起诉资格,这看似一种全面而广泛的保护,但结果可能并不理想,因为越是远离垄断行为的消费者,其举证垄断行为的存在以及该行为与损害之间因果关系的难度也越大。回到大豆卡特尔的例子,假如作为直接购买者的豆油生产商成功地将卡特尔价格转嫁到了间接购买者餐饮企业或者超市身上,而后者可以通过提高菜价或者豆油的零售价将垄断高价再转嫁到最终消费者身上,这样最终消费者就是卡特尔的实际受害者。然而,让单个的最终消费者证明垄断行为的存在,提交诸如有关大豆生产商达成垄断协议的合同、会议记录或者是邮件往来等证据,并且证明该行为与其在餐馆支付的菜价或者是购买豆油的价格之间的因果关系,那即便不是难于上青天,也要耗费当事人极大的财力和精力。况且,最终消费者虽人数众多而个体承担的损失可能十分微小。在诉讼成本与收益的理性考量之下,除了个别“麻烦制造者”以外,恐怕很少有最终消费者会选择去法院主张自己的权利。而豆油生产商则掌握了有关大豆



价格变动的更详细信息,即便无法获得证明卡特尔协议的直接证据,也可以通过跟踪大豆价格的变动获得有力的间接证据,但根据损害赔偿原则,他们由于被证明未遭受实际损失而失去提出损害赔偿请求的资格。结果是,受害人无证据无法起诉,而有证据之人又因无损害而无诉讼资格,反而导致垄断侵权者不被追究,逍遥法外。

对于消费者起诉资格的认定目前主要存在两种法律路径:一是如美国联邦反托拉斯法,承认直接购买者的诉权,否认被告提出损害转嫁抗辩的可能,并限制间接购买者的诉权;二是像欧盟委员会所建议的那样,承认所有可能遭受垄断行为损害的消费者的诉权,同时也承认被告提出的损害转嫁抗辩,但对于间接消费者的损害采取完全损害转嫁的推定制度。

美国联邦最高法院在1968年的“汉诺威鞋业公司诉联合鞋业机械公司案”中肯定了直接购买者的诉权。在该案中,原告汉诺威鞋业公司称被告联合鞋业机械公司利用其市场权力,对一些复杂的和重要的制鞋机采取只租不售的经营方式,强迫原告以较高的价格购买其产品,从而构成垄断。被告则称原告并没有因过高索价遭受损失,因为其出售给消费者的鞋子的价格也相应地上涨了,也就是说,汉诺威鞋业公司已将过高索价及因此受到的损失转嫁给了消费者。联邦最高法院驳回了被告提出的“损害转嫁抗辩”,认为向客户转嫁损失的可能性与计算损害无关,由此堵塞了生产商通过雇佣精于计算的经济学家来规避赔偿责任的可能。^[1]但是,在1977年的“伊利诺斯砖块公司诉伊利诺斯州案”中,最高法院却进一步否定了间接购买者的起诉资格,以防止经营者因同一垄断行为而被消费者多次反复起诉。在该案中,原告伊利诺斯州政府并不是直接从伊利诺斯砖块公司购买混凝土砖块,而是通过与之签订建筑合同的承包商。州政府认为自己实际承担了该公司出售砖块时施加的高过垄断价格,因此有权依据《克莱顿法》第4条对该公司提起赔偿损害的请求,而美国联邦最高法院却以州政府是间接购买者为由否认其诉权。^[2]这就是著名的“伊利诺斯砖块规则”(Illinois Brick Rule),而其所产生的负面效果是限制了间接购买者的诉讼权利,即便这些直接受害人可以证明自己所遭受的垄断损失及其与垄断行为之间的因果关系。因而“伊利诺斯砖块规则”也不断地受到批评和怀疑。美国的一些

州政府很快出台了“伊利诺伊砖块规则废除者立法”(Illinois Brick repealer-statutes),允许间接购买者(尤其是最终消费者)自己或者通过其代表人提起反垄断民事诉讼。^[3]

欧盟委员会则坚持了损害赔偿原则,认为只要能够证明损害,那么不论是直接购买者还是间接购买者都享有诉权,这也符合欧盟法院的判例原则。^[4]在《违反欧共体竞争法的损害赔偿诉讼白皮书》中,欧盟委员会提出了一个有利于间接消费者起诉的规则,即在出现损害转嫁抗辩的情况下推定间接消费者承担了全部损害。^[5]这样间接消费者就无需证明损害,而必须由垄断者提出无损害的证据。此外,完全损害推定有利于鼓励间接消费者提起赔偿之诉,因为就此可能获得超过实际损害的赔偿以补偿其为诉讼支付的成本,其功效类似于美国反垄断民事救济中的3倍赔偿制度。

然而,对于消费者起诉资格的认定,我国人民法院的态度不甚明了。最高人民法院只是在《垄断民事纠纷若干规定》中第2条中笼统规定,原告直接向人民法院提起民事诉讼,或者在反垄断执法机构认定垄断行为的处理决定发生法律效力后向人民法院提起民事诉讼,并符合法律规定的其他受理条件的,人民法院应当受理。其中的指向性表述“符合法律规定的其他受理条件”并不有助于问题的解决,因为对于如何认定《民事诉讼法》第108条第1款第(1)项规定的“原告是与案件有直接利害关系”的要件可以存在不同的解释。一种解释是将“直接利害关系”理解为以交易关系为基础的利害关系,那么就会赋予直接购买者的诉权,从而否定被告在确认原告起诉资格时提起损害转嫁抗辩的权利,同时也可能为了防止重复诉讼而限制间接购买者的诉权;而另一种解释则可以损害关系为确立利害关系的基点,那么就要承认所有可能遭受垄断行为损害主体的原告主体资格,同时也必须给予被告损害转嫁抗辩权以避免多次反复赔偿。目前这种不置可否的状况可能会导致各地法院做法不一,因为地方人民法院可以采取任一解释拒绝直接或间接消费者,造成一定程度的司法混乱,使当事人缺乏合理预期。况且,也不能排除这样一种更为糟糕的结果出现:不论是掌握证据的直接消费者还是遭受损害的间接消费者都难以进入司法程序。

[1] Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U. S. 481 (1968).

[2] Illinois Brick Co. v. Illinois 431 U.S. 720 (1977).

[3] Kelvin J. O'Connor, Is the Illinois Brick Wall Grumbling, 15 Antitrust ABA 34 (2001), p. 34.

[4] Case C-453/99, Courage and Crehan, [2001] ECR I-6297; Joined Cases C-295-298/04, Manfredi, [2006] ECR I-6619.

[5] European Commission, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2008)165, final, sec.2.6.

二、“小额多数”的群体诉讼

群体诉讼是反垄断民事诉讼中对消费者,尤其是“小额多数”的最终消费者,在受到垄断行为侵害时给予司法救济的一种有效手段。所谓“小额多数”是指,受害者个体所遭受的损害数额并不大(有时甚至十分微小)但受害者人数却极为庞大,因此垄断损失的总量相当可观。在已往的反垄断民事诉讼中已可看到这一迹象,但诉讼大多是单个消费者提出的“小额诉讼”。如2008年8月的“李方平诉网通北京案”中,原告李方平以个人名义向负责北京市固定电话服务供应的电信垄断企业提出1元人民币的损害赔偿,其理由是作为非北京户籍的消费者受到了垄断经营者的差别待遇,不能像北京户籍的消费者那样签订后付费的合同。这是一起诉讼标的微小的赔偿诉讼,但像李方平这样存在相同诉讼请求的非北京户籍的消费者群体是庞大的,如果他们都分别向人民法院主张其权利,那么对于法院而言将不堪重负。类似案件还有:2008年9月的“刘方荣诉重庆市保险行业协会垄断案”中原告刘方荣对负责实施卡特协议的重庆市保险行业协会提出赔偿保险费损失1元以及承担公证保全费1000元以及诉讼请求;2008年9月的“重庆西部破产清算有限公司诉中国建设银行重庆南坪支行垄断纠纷案”中原告请求被告赔偿100元损失并承担诉讼费用;2009年4月“周泽诉中移动北京等案”中原告要求判令被告停止滥用市场支配地位强行向原告收取月租费的侵权行为,以及在移动通讯服务收费上实行差别待遇的做法,并退还向原告收取的月租费1200元等。^[6]

如何以最佳方式救济人数众多的垄断受害者是检验一国反垄断民事救济制度是否行之有效的重要标志。可想而知,人数众多的诉讼不论对于原告、被告还是法院来说都会形成巨大的压力,因为群体性的轰动效应会让诉讼成为一个容易引发公众讨论的敏感事件。但从诉讼经济的角度来说,如果说在一个法律共同体中存在一个有效的群体诉讼机制,那么它就可以为该共同体解决大规模的社会性纠纷提供一种高效的理性途径。具有相同或者相似诉讼请求的数量众多的受害人不必各自采取行动向法院寻求救济,从而可以减轻法官反复处理同类诉讼

的负担,提高司法效率。许多国家的法律体系都包含适用于反垄断群体诉讼的机制,如美国的集团诉讼、欧盟委员会所积极倡导的集体诉讼以及德国的团体诉讼,等等。在美国的集团诉讼中,一个人或数个代表人为了集团成员的共同利益,可以代表集团全体成员提起诉讼。法院所做出判决不仅对直接参加集团诉讼的成员有约束力,而且判决的效力还可以扩张到没有参加诉讼的利益主体。集团并不具有实体法上的民事主体资格,而是在诉讼程序中拟制的、具有独立诉讼主体资格的、诉讼中的当事人。20世纪60年代美国的集团诉讼制度直接促进了私人反托拉斯诉讼的增加。集团诉讼已经成为美国反托拉斯诉讼中有影响力的部分,大约占据整个私人诉讼的20%左右。^[7]欧盟委员会在竞争法改革中提出建立合格团体的代表人诉讼制度(representative actions brought by qualified entities),即由工商业或者独立职业者利益的有权利能力的协会以及保护消费者利益的协会等作为适格原告。此外,委员会还建议了选择性加入的集团诉讼(opt-in collective actions)中,允许若干个体受害者为他们自己的利益或者为其他与他们有共同利益者在个案中明确联合起来,共同提起一项损害赔偿之诉。选择性加入的集团诉讼为保护受害者个体利益提供了补充性保障。^[8]德国在2005年修改《反限制竞争法》时在第33(2)条中增加了团体诉讼,尽管这个团体仅仅是指传统上的行业和职业的法人团体,而没有包括消费者团体。^[9]

中国现行的法律制度是如何规制群体诉讼的呢?1991年立法者在《民事诉讼法》中引入了代表人诉讼制度(第54条和第55条),即在当事人一方人数众多的情况下,由当事人自行推选或者由人民法院指定代表人参加诉讼的诉讼制度。^[10]其中,第54条规定了人数确定的代表人诉讼;第55条则是针对人数不确定的代表人诉讼。1992年《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下称《民事诉讼若干意见》)对该制度进行了进一步详细的规定。据其规定,当事人人数为10人以上就可以构成代表人诉讼(第59条)。代表人诉讼的构成要件,依照学界的通说为:1.当事人一方人数众多;2.众多当事人一方诉讼标的相同或属同一种类,即多数人之间存在共同诉讼

[6]参见王健:“关于推进我国反垄断私人诉讼的思考”,载《法商研究》2010年第3期。

[7]C.A. Jones, Exporting Antitrust Courtrooms to the World: Private Enforcement in a Global Market, 16 Loyola Consumer Law Review 409 (2004), p. 427.

[8]同注[5], Sec. 2.1.

[9]Emmerich, V. “§33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, Immenga/Mestmaecker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2007, Rn. 103-106.

[10]肖建华:“群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究”,载《比较法研究》1999年第2期。



的利益关系;3.诉讼请求或抗辩的方法相同或者对各成员都能成立;4.诉讼代表人合格:适格的诉讼代表人必须是他所代表的一方当事人中的一员;必须有依法定程序登记的权利人商定;必须自身具有诉讼行为能力;必须能够正确履行代表人义务;必须能够善意地保护被代表的全体当事人的合法权益。^[11]在代表人诉讼中,代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经过被代表当事人的同意。诉讼代表人与一般授权诉讼代理人,在代理权限、参与诉讼程序的权利义务方面基本没有区别。委托其他人作为自己代表人的当事人一般不能再亲自参加举证、质证、辩论等庭审程序,只能在旁听席旁听案件,而只有委托诉讼代理人、未委托代表人的当事人可以与诉讼代表人一起出席庭审。人民法院对代表人诉讼的结果只作出一份法律文书,而不是针对每个当事人分别出具判决书,如果不同原告所获赔偿不同,那么将在法律文书后附表列明。^[12]

在司法实践中,依据第54条原告人数确定的代表人诉讼较为常见,而第55条原告人数不确定的代表人诉讼则十分罕见。主要原因在于,人民法院认为对于人群确定的群体诉讼采取代表人诉讼方式有利于节省司法资源并提高了审判效率,然而,对于人数不确定的情形,人民法院则在操作中“异常谨慎”。^[13]首先,作为制定司法解释的最高人民法院就对此采取了保守的态度。譬如,在证券市场因虚假陈述引发的赔偿案件中出现人数众多、起诉时原告范围难以确定的情况,最高法院在其相关的司法解释中未对这一诉由案件能否适用《民事诉讼法》第55条规定的人数不确定的代表人诉讼的问题做出明确规定。^[14]其次,下级法院也倾向于“在中国目前司法资源有限的情况下,人民法院可以采取较为谨慎的态度”。^[15]早在1994年,北京市的人民法院曾经接受了一起不确定人数的代表人诉讼。该案涉及北京地区上百名消费者在购买被告“华时集团”等6家企业所生产的“纪念毛泽东诞辰100周

年钻石金表”后发现,该表的实际质量与广告上所宣传的内容不符,因而指控被告以虚假广告欺骗消费者。^[16]案件由北京市宣武区人民法院一审,有252名当事人在登记期满前获得原告资格。经过1年零7个月的审理之后,一审判决被告以虚假广告欺骗消费者的行为违法。1995年12月被告向北京第一中级人民法院提起上诉,而整个二审程序历经了5年之后,最终于2000年12月做出与一审不同的判决,认为被告的广告行为不构成虚假广告,只是用词模糊,容易给消费者造成误解。消费者无权退还手表,而只是获得了800-1000元的价差补偿。在审理过程中,最高法院分别在一审和二审法院出具了两份不同意见,而最终的审判结果也令众多的消费者不满,并遭到学界的批评和质疑。^[17]相应的地方人民法院在经历此案后对人数不确定代表人诉讼也产生了更多的疑虑,因为人民法院选择代表人诉讼实际上会增加社会对案件的关注度,同时也使得人民法院在审理过程中承受更大的社会压力。这样会使得代表人诉讼的审理周期较单独立案案件更长。地方法院在面临代表人诉讼的情况下倾向于通过上共同的上级人民法院的复函来谋求裁判的统一,反而削弱了代表人诉讼本身统一判决的功能。另外,不确定人数的代表人诉讼在激励权利人维权的同时也有发现矛盾的功能,对法院平衡社会矛盾提出更高的要求。^[18]而这种情况不仅限于北京,事实上大部分地方人民法院都并没有积极地适用法律规定的代表人诉讼,而主要采取了单独立案,尔后视情况合并或者分案审理。^[19]

这样也就不难理解,为何在反垄断民事诉讼中会出现如此之多以单个消费者名义提起的小额诉讼,因为法院几乎不可能受理以代表人诉讼面目出现的群体诉讼,从而使得消费者只能以自己的名义提起单个诉讼,而能够这样花费精力的消费者数量是十分有限的,绝大多数人选择了承受和忍耐,垄断者因而可以继续凭借其市场权力转移消费者剩余。这种情形可能在相当长的一段时间里还将继续,因为新司法解释中只是对反垄断共同诉

[11]参见肖建华:《民事诉讼法学》,厦门大学出版社2011年版,第181-182页;蒋为群主编:《民事诉讼法》,北京大学出版社2010年版,第116-117页。

[12]参见北京市第一中级人民法院知识产权庭:“反垄断民事诉讼中代表人诉讼制度的适用与完善”,载《法律适用》2010年第2、3期。

[13]章武生等:《中国群体诉讼理论与案例评析》,法律出版社2009年版,第235页。

[14]《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(法释[2003]2号),2003年2月1日起施行。

[15]同注[12]。

[16]同注[13],第249页。

[17]同注[13],第251-258页。

[18]同注[12]。

[19]同注[13]。

讼的法院管辖权作出了规定,却丝毫未涉及代表人诉讼。

三、举证责任

举证困难是消费者在反垄断民事诉讼中面临的一个最大挑战。依照一般民事诉讼原则,作为原告的消费应当承担有关证明被告所在的相关市场、其市场地位以及垄断行为对竞争产生限制效果等的举证责任。从目前已有的案例来看,无法提供足以让法院采信的有效证据成为原告败诉的主要原因。例如,在2009年的“唐山市人人信息服务有限公司与诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案”中(以下简称“人人诉百度案”),原告人人公司认为被告百度在中国搜索引擎市场上占据市场支配地位,而百度则利用这一地位强迫作为其消费者的原告进行竞价排名交易。由于原告降低了对百度搜索竞价排名的投入,被告即对其经营的全民医药网进行了全面屏蔽,从而导致该网站的访问量大幅度降低。为此,原告请求法院判令被告赔偿原告经济损失110.6万元并解除对全民医药网的屏蔽并恢复全面收录。北京市第一中级人民法院在判决中驳回了原告的诉讼请求,其主要理由就是,作为原告的人人公司负有证明被告百度拥有市场支配地位以及实施滥用行为的责任,但是原告仅仅提交了2篇有关被告市场地位的新闻报道,未提及具体的计算方式以及有关基础性的数据。法院认为这些证据不够客观和科学,无法证明被告在“中国搜索引擎服务市场”中占据了支配地位。此判决在二审中得到了北京市高级人民法院的支持。^[20]

最高人民法院在《垄断民事纠纷若干规定》中通过第7条、第8条、第9条和第10条澄清了有关垄断行为的举证责任问题。这些新规定在很大程度上反映了法院意图减轻原告举证责任的努力。首先,在滥用市场支配地位方面,最高人民法院坚持了原告应当对被告在相关市场上具有支配地位和其滥用支配地位行为承担举证责任的基本立场(第8条)。不过,对于在类似“人人诉百度案”中所出现的原告以被告自己公开发布的有关相关市场和市场份额的信息作为证明被告市场支配地位的证据,最高人民法院在第10条中予以认可。第10条是这样规定的,原告可以以被告对外发布的信息作为证明其具有市场支配地位的证据。被告对外发布的信息能够证明其在相关市场内具有支配地位的,人民法院可以据此作出认定,但有相反证据足以推翻的除外。这样的规定可以说在很大程度上修正了地方人民法院的严格立场,有利于支持原告使用被告自己的公开信息作为有效证据。这也就意味着,被

告自己公布的相关信息具有推定其市场支配地位的证据效力,但这种推定是可以被推翻的,如果有相反证据证明实际的市场情况并非如此,但此时被告一方必须承担举证责任。这一规定有利于减轻原告的举证责任,如果原告能够发现被告在自己的企业介绍或者广告宣传中所发布的相关信息,而对于被告来说,他可能要为自己所说的一些也许是夸耀性的不实之词而付出代价。但问题是,这样一种规定并不具有长期的制度性效果,因为当垄断企业注意到自己的宣传可能会带来麻烦后,就会小心处理其公开信息中有关市场地位的描述,这样经过一段“适应期”后,此类证据恐怕就不易再被消费者发现,而重新面临举证的难题。

其次,对于垄断协议行为,依照《垄断民事纠纷若干规定》第7条的规定,属于《反垄断法》第13条第1款第(1)项至第(5)项规定的垄断协议,被告应当对该协议不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。也就是说,对《反垄断法》第13条第1款所禁止的横向垄断协议,即固定价格协议(第1项)、限制产量协议(第2项)、分割市场协议(第3项)、限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的协议(第4项)、联合抵制交易协议(第5项),适用举证责任倒置。然而,对于第13条第1款所列举的横向垄断协议是否适宜采取举证责任倒置是值得推敲的。首先,除第(4)项以外所列举的横向垄断协议,如果依照狭义解释可被视为是“核心卡特尔协议”,可以考虑适用本身违法原则予以严厉禁止,但对于表面上看来符合第(4)项的限制购买和开发新技术和新产品的协议是否能够采取这种做法则并非一目了然。如果两个汽车生产商就新能源汽车的研发以及研发成功后新汽车的价格和销售达成一致,这样的协议是否也应当被视为是核心卡特尔协议呢?答案是不确定的。有些协议的确是以共同研发为名,而实际上是竞争者为了共同控制相关商品价格和产量目的而签订的;而有些协议则对于提高研发的效率,有利于厂商获得研发动力和资本,而且研发结果将更好地满足消费者的需求。对此,要根据个案,结合相关市场的具体情况作出合理性判断。对于涉及新技术和新产品的横向合作协议不宜采用本身违法原则予以简单判定其限制竞争效果。这对于负责执法的反垄断执法机关来说如此,同样也适用于民事诉讼中的原告。此外,即便对于那些典型的卡特尔协议,自20世纪80年代以来在现代反垄断法的发展过程中也呈现出更多采用合理原则评估协议市场效果的做法。在1979年的“广播

[20]参见北京市高级人民法院(2010)高民终字第489号。



音乐公司诉哥伦比亚广播公司案”和1984年的“美国大学体育联合会诉代理人董事会案”中,美国联邦最高法院软化了原先那种严格适用本身违法原则的做法,而是对价格卡特尔协议以合理原则来考虑其可能带来的效率。^[21]

我国最高人民法院通过举证责任倒置减轻原告在涉及横向垄断协议的民事诉讼中的举证责任,实际上是遵循了严格的本身违法原则,没有为竞争者之间的联合行为留下更多适用合理原则审查的空间。然而,正如科斯所洞见的那样,企业通过联合方式改变组织规模可能会减少交易成本、提高效率。在交易成本不为零的现实世界中,企业与市场是两种可以替换的商业组织方式。^[22]当企业获得规模效益,就可能将交易成本降低的效果以不同方式输送给消费者,它可能是直接的降低商品价格,也可以是间接地提供更好的售前和售后服务,或者是像熊皮特所说的那样,企业可以在创造性毁灭风暴的冲击下不断地向消费者提供新产品、新技术和新商业组织形式。^[23]总之,有些经营者之间的横向协议会产生损害消费者利益的效果,有些则不然。这种效果无法仅从达成协议行为本身来判断。过度刚性地适用本身违法原则可能未必会达到保护消费者利益的善意结果,反而有可能为滥用反垄断民事诉讼埋下了种子。

再者,《垄断民事纠纷若干规定》第9条规定,被诉垄断行为属于公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者滥用市场支配地位的,人民法院可以根据市场结构和竞争状况的具体情况,认定被告在相关市场内具有支配地位,但有相反证据足以推翻的除外。这一规定似乎在回应已有垄断民事纠纷中,从事公用事业以及获得专营专卖权的国有垄断企业总是成为被告的状况。从公开披露的案件情况来看,最多被列为被告的就是国有垄断企业,其次是国内的私人企业,最少的是外商投资企业。^[24]国有垄断企业多遭反垄断诟病的原因也不难理解,因为此类企业在中国渐进式的市场化改革过程中由于受到政府公权力的长期保护而较少受到市场竞争力量的制约,使其可以在相关市场上一贯保持市场支配地位。消费者则由于市场被封闭的缘故也很难转向其他企业,因而不得不

承受国有垄断企业通过价格或者施加其他交易条件所产生的垄断损害。2010年,天则经济研究所提出了一份名为《中国经济的市场竞争状况:评估及政策建议》的报告,对2002年到2007年间中国市场的竞争状况做出了一个总体评估。报告发现,依照市场力量指标,绝大多数行业的市场力量指标从2002年到2007年都有了增长,同时相对排序保持一致。在2002年和2007年的市场力量指标排名前10的行业中,有5个是相同的,分别为“石油加工”、“炼焦及核燃料加工业”、“烟草制品业”、“农副食品加工业”、“黑色金属冶炼及压延加工业”、“医药制造业”。其他几个2007排名前10的行业,2002年的指标也同样位于全样本平均值之上。报告指出,如果一个行业内存在长期保持的较高市场力量,那么就有很高把握推断这些行业中存在垄断嫌疑。这些行业中的竞争状况值得反垄断执法部门的关注。^[25]此外,报告针对8个行业做了非量化的垄断状况描述,分别是石油天然气行业、电力行业、电信行业、邮政业、钢铁行业、汽车行业、银行业和市政公用行业。^[26]它们均由国有企业所垄断控制,有些是全行业的,有些则是局部性的。报告对行业的分析主要集中于工业领域,同时兼顾了金融领域中银行业的情况,但对其它一些领域中存在国有企业垄断问题未能有所触及,如铁路、盐业以及烟草等,因此尚不能称其为一份完整的反映中国市场垄断状况的报告。尽管如此,报告还是一针见血地指出了中国现阶段垄断问题的核心,即国有企业的垄断。可惜的是,现在第9条的规定却并没有能够明确地在举证责任方面减轻原告的难度,这一点通过比较《垄断民事纠纷若干规定》“征求意见稿”中的相关规定便一目了然。据“征求意见稿”第9条第3款规定,如果受害人能够提供证明被诉垄断行为人属于下列情形之一,人民法院即可初步认定被诉行为人具有市场支配地位,但被诉垄断行为人有相反证据足以推翻的除外:1.供水、供电、供热、供气等公用企业;2.公用企业以外的由法律、法规和规章或者其他规范性文件赋予其从事特定商品或者服务的独占经营资格的经营者;3.相关市场缺乏有效的竞争,而交易相对人又对其提供的商品或者服务具有高度依赖性的经营者。第4款规定,受害人提供了证明被诉垄断行为人具有市场支

[21] Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1(1979); NCAA v. Board of Regents 468 U.S.84 (1984).

[22] Ronald H.Coase, The Nature of the Firm, 4 *Economica* 386 (1937).

[23] [美]约瑟夫·熊皮特:《资本主义、社会主义与民主》,吴良健译,商务印书馆2006年版,第146-149页。

[24] 孔祥俊、郇中林:“中国反垄断民事诉讼制度之构建”,载中国世界贸易组织研究会竞争政策与法律专业委员会主编:《中国竞争法律与政策研究报告》,法律出版社2010年版,第30-35页。

[25] 天则经济研究所:“中国经济的市场竞争状况:评估及政策建议”,载<http://www.unirule.org.cn/xiazai/2011/20110110.pdf>, 2012年7月7日访问。

[26] 所指的市政公用行业包括交通、水、电、气、道路、园林绿化、垃圾处理等。

配地位的初步证据,被诉垄断行为人未予否认,或者虽予以否认但未提交足以支持其否定主张的证据的,人民法院可以认定其具有市场支配地位。上市公司的披露信息、被诉垄断行为人的自认信息、具有相应资质的第三方机构独立作出的市场调查、经济分析、专题研究、统计结果等,均可被视为前述初步证据。可见,《征求意见稿》中有利于原告对公用企业以及依法具有独占地位经营者的“初步证据规定”在最终的司法解释中被彻底删除了。同样曾经“征求意见稿”中出现过的有利于私人主体利用法院的生效判决(第11条第1款)和反垄断执法机构的有效处理决定(第11条第2款)以减轻原告举证难度的证据规定,也在出台后的司法解释中被取消了。

由此可见,在反垄断民事诉讼中消费者作为原告还将长期面临举证难题,被告自我公开信息对市场支配地位的推定作用只会起到暂时的减轻效果。消费者通过司法途径保护自己免受拥有市场支配地位经营者,尤其是受到政府保护的公用企业以及依法具有独占地位经营者垄断行为侵害的能力依旧有限。

四、损害赔偿

作为反垄断民事诉讼原告的消费者的通常要承担可能是数目不菲的调查费用以及相关的诉讼风险,因此若非出于成本与效益的理性考虑,消费者不会有动力提起针对垄断侵权者的损害赔偿,而宁可选择自我承担或者是将垄断损害转嫁给下游客户。为了鼓励反垄断法的私人执行,以遏制垄断侵权行为,美国联邦反托拉斯法引入了惩罚性的3倍赔偿制度。根据《克莱顿法》第4条,当事人对违反联邦反托拉斯法的行为者可以提起3倍赔偿的请求,从而使得那些遭受垄断损害的消费者获得一定的经济动力以投入昂贵的反垄断民事诉讼活动。不过,这一独特的惩罚性赔偿制度并未得到其他国家的完全效仿。欧盟委员会就根据欧盟法院的判例建议成员国在现有的民事赔偿法律框架对受害人予以全面赔偿。全面赔偿的范围包括对实际损失,可得利益损失和利息损失的赔偿。^[27]此外,如前所述,当垄断行为者提出损害被转嫁给间接消费者时,后者可以被推定为承担了全部损害,从而有助于减轻其举证责任并获得可能超过实际损害的赔偿。

就我国目前的垄断民事纠纷案件审理情况而言,人民法院尚未做出任何一个支持损害赔偿的判决,因此很

难评估法院会在自由裁量范围内会采取何种方式来确定损害和赔偿标准。在2010年董正伟及其他两名律师试图对京津高铁提起的反垄断诉讼中,原告作为高铁运输服务的消费者要求被告支付其因垄断票价而承担的174元损失,同时还要求被告支付348元的赔偿金。这实际构成了3倍损害赔偿的请求,但法院并没有受理此案。^[28]

将垄断损失和赔偿框定在何种范围内会在很大程度上影响消费者提起反垄断民事诉讼的活跃程度。在损害赔偿之诉中,原告必须举证证明自己因垄断行为而遭受的损害。最直观的损害是垄断者通过卡特尔行为、滥用市场支配地位的行为以及集中行为而提高相关商品或者服务的价格。假如说这些价格的上升尚容易被证明(实际也非常困难),那么反驳垄断经营者提出的涨价与成本因素有关的抗辩则会难度更大。而对于那些间接形成的垄断价格,如通过固定或者减少产量达成卡特尔价格,通过长期合同、差别待遇或者掠夺性定价,等等,则更是难以证明。作为原告的消费者的必须花费巨大的调查成本,因此如果能够在损失赔偿中给予一定的经济补偿,会鼓励他们通过私人调查和民事诉讼来遏制垄断行为。

可以肯定的一点是,在我国并不存在类似美国联邦反托拉斯法的3倍赔偿制度,因为惩罚性赔偿要么有法律明文规定,如《消费者权益保护法》第49条规定,经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,消费者可以要求获得购买商品的价款或者服务费用的一倍的赔偿金额。要么,则需根据特别的司法解释,如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第8条规定,房屋买受人在规定情形下可以向出卖人主张要求其承担不超过已付购房款1倍的赔偿责任。然而,对于此类司法解释又多少会存在一些争议。^[29]《垄断民事纠纷若干规定》中也未提及3倍赔偿,而是在第14条第2款中明确将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支纳入损失赔偿的范围。这一规定可能会在某种程度上有利于消费者提起损害赔偿请求,不过,实际是否可行则将完全取决于法院的态度,因为条款明确规定只有“合理开支”才可计入损害赔偿范围。这与那种更有利于消费者保护的法定惩罚性或完全赔偿和全部损害推定制度有所不同,因为消费者在提出合理开支补偿请求时需要每一项开支承担举证责任,即必需证明这些成本都与调查和制止垄

[27]同注[5],Sec.2.5.

[28]“三律师提起反垄断民事诉讼 叫板京津高铁垄断高价”,载http://www.chinalnn.com/Html/Article/Class38/Class41/41_207633.html,2011年11月3日访问。

[29]肖丕国、祁圣友:“商品房买卖中的惩罚性赔偿研究”,载《人民司法》2006年第1期。



对于完善刑事瑕疵证据补救制度的思考

——以某中级法院普通刑事案件判决为样本

李忠勇

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称两个《证据规定》)首次从司法解释的层面,规定了瑕疵证据补救制度。这在证据学上是一个理论创新,由此实现了从证据可采信角度对证据类型的“三分法”,克服了将证据简单划分为“合法证据”与“非法证据”的缺陷。^[1]这一规定同时也是对司法实践中惯常做法的总结与肯定,起到了从制度上对瑕疵证据补救行为予以规范和保障的作用,具有重要的理论和实践意义。但我们也应看到,这一制度在具体运行过程中还存在着一些问题亟待解决。比如,补救的范围比较宽泛,有可能会给本应排除的非法证据通过解释遑而堂之的转化为合法证据提供机会,影响案件的质量;又如,补救的责任落实不够到位,侦查、公诉机关在瑕疵证据补救过程中一定程度上存在相互推诿的情况,既影响补救的效率,又影响补救的质量;再如,补救的程序还不够完善,

被告人及辩护人难以有效参与等等。为此,本文试图在考察瑕疵证据补救制度实际运行状况的基础上,对该项制度进行较为系统的分析研究,以期对这项制度的正确评价以及完善有所贡献。

一、对于实践的考察——刑事瑕疵证据补救制度运行情况

为对瑕疵证据补救制度的实际运行状况进行考察,笔者调取了某中级人民法院2010年7月1日至2012年3月1日所作的200份一审刑事案件生效判决进行统计,结果如下。

(一)从案件的数量看,有相当多的案件^[2]在法院审理阶段进行了瑕疵证据补救

在笔者所抽取的200份判决书中,有127份判决显示,公诉方对瑕疵证据进行了补救,占到了所调取生效判决的63.5%;在这127份判决书中,公诉方向法院提供了234份材料对瑕疵证据进行补救,平均每份判决约有1.84

[1]万毅:“论瑕疵证据——以‘两个《证据规定》’为分析对象”,载《法商研究》2011年第5期。

[2]案由主要集中在故意杀人、故意伤害上。

断行为有关,而这对于消费者而言同样意味着一定程度的举证困难和诉讼风险。

五、结语

我国《反垄断法》自生效以后,诸多消费者将其视为维护自身权益和挑战垄断者的新法律工具,但这些轰轰烈烈的反垄断民事诉讼最终却成果了了。现有民事诉讼规则以及司法实践中存在的障碍限制了消费者作为原告主张权利并获得司法救济的能力。最高人民法院颁布的关于垄断民事纠纷审理的第一个司法解释《垄断民事纠纷若干规定》重申了自然人、法人和其他组织因垄断行为损害或者因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而发生争议,向人民法院提起的民事诉讼的权利(第1条)。然而,在具体制度规定方面与保护消费者利益的目标尚有差距。这尤其表现

在:(一)消费者起诉资格认定方面没有明确直接和间接消费者的主体资格以及损害转嫁抗辩是否得到承认;(二)没有消除地方法院在实践中压制代表人诉讼的做法,以对“小额多数”的垄断受害者实施更有效的救济;(三)在举证责任减轻方面则欠缺对消费者长期利益保护的考量;(四)在垄断损害赔偿方面则没有赋予当事人提出超过实际损害赔偿的法定权利,而是更多依赖法院的自由裁量。放松这些制度性束缚恐怕需要通过对司法解释的进一步完善才能实现,而在此之前,作为原告的消费者的消费者依旧将面临不小的诉讼障碍,其高低程度将在很大程度上取决于法院的司法实践,也就是,看法官们是否能够将《反垄断法》真正作为一部保护消费者权益的法律来对待。

(作者单位:中国社会科学院国际法研究所)