

反垄断法私人执行制度的构建

张 理 化

(中州大学,河南 郑州 450044)

摘 要:我国《反垄断法》第 50 条规定了私人执行制度,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》也对该制度有原则性规定,但仍不足以使该制度有效运作,对此,应借鉴国外完善的立法经验,以惩罚性损害赔偿激励受害人提起诉讼,以集团诉讼给予受害人救济权利的程序性保障,在反垄断领域对证据制度进行特殊设计以使垄断行为的受害人能够对抗实力强大的垄断组织。

关键词:反垄断法;私人执行制度;集团诉讼

中图分类号:D922.294

文献标识码:A

文章编号:1001-8204(2014)01-0072-04

反垄断法的价值目标是维护自由公平的竞争秩序,该目标的实现有赖于反垄断法的执行。反垄断法的执行分为公共执行和私人执行,前者是指反垄断执法机构以公共利益代表者的身份来执行反垄断法,后者则是指自身利益受到垄断行为侵害的自然人或法人通过诉讼的方式来执行反垄断法^[1](P104)。在反垄断法实施中,公共执行具有专业优势,但反垄断主管机关以公共利益为目的,其本身并不能修复垄断行为所造成的损失,且国家反垄断主管机关的财政预算和人力资源有限,没有能力监控所有的反垄断行为。而垄断行为直接危害到当事人的利益,受害人具有直接的利益诉求,反垄断法私人执行通过对个人利益的救济,在客观上可达到维护公共利益的目的。本文拟针对反垄断法私人执行制度的关键性因素进行分析,结合我国司法实践中该制度运行过程中所遇到的困境,对我国反垄断法私人执行制度的构建进行探讨。

一、我国反垄断法私人执行制度现状

我国《反垄断法》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。”但该规定仅是一个原则性规定,缺乏可操作性。从我国《反垄断法》生效以来私人执行的司法实践来看,私人当事人提起反垄断诉讼的案件并不多,自 2008 年《反垄断法》正式实施起到 2011 年底,全国地方法院审结反垄断民事案件 53 件,原告中律师占据了相当大的比例。这些案件除少量以和解结案外,还没有原告胜诉的案例,且所要求的大多数为象征性赔偿,如重庆市保险行业协会垄断案、广州铁路集团垄断案。这些情况足以

说明我国私人执行制度的实施效果很不理想。针对这种情况,2012 年 5 月最高人民法院发布了《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》,该规定对反垄断法私人执行中原告的资格、举证责任、专家证据以及承担责任的方式、损害赔偿的范围作了特殊的规定,但这些规定仍过于简略,并未构建出完善的、可操作性强的私人执行制度。

二、反垄断法私人执行制度关键性问题分析

从国外反垄断法实践来看,美国是最早确立反垄断法私人执行制度的国家,90% 以上的反垄断案件是由私人提起诉讼的,法院占据了美国反垄断实施体系的中心地位,学者们将私人执行制度在美国的成功归因于惩罚性损害赔偿、集团诉讼、证据开示等因素。大陆法系国家反垄断法的实施更倚重行政执法机构,但近年来,许多原本私人诉讼制度并不发达的国家开始修订相关法律以完善反垄断法的私人执行制度,如欧盟委员会于 2005 年颁布了《违反欧共同体竞争规则的损害赔偿诉讼绿皮书》,2008 年颁布了《违反欧共同体竞争规则的损害赔偿诉讼白皮书》,要求其成员国通过国内的法律制度导入反垄断法的私人实施^[2](P98)。欧盟在讨论私人执行机制时也强调私人执行制度是一个制度体系,其运作需要诸如证据开示、集团诉讼等法律制度的支撑。所以,损害赔偿、集团诉讼、证据制度构成了反垄断法私人执行制度的关键。

(一) 损害赔偿

当垄断行为侵犯到消费者或经营者的权利时,能否对受害人的权利进行有效的救济关系到一国反垄断

收稿日期:2013-06-20

作者简介:张理化(1979-)女,河南郑州人,中州大学讲师,研究方向为经济法。

法实施的效果,在反垄断法私人执行制度中,损害赔偿可以实现直接正义,对受害人来讲是最重要的一种救济方式。对比当今世界各国反垄断立法,存在惩罚性损害赔偿和补偿性损害赔偿两种方式。

美国反垄断法私人实施制度采用了惩罚性损害赔偿,美国《克莱顿法》第4条规定了三倍赔偿制度,即任何因反托拉斯法所禁止的事项而遭受财产或营业损害的人,均可向法院起诉,要求被告赔偿其所受实际损失的三倍,并要求被告承担诉讼费及合理的律师费[3](P184)。欧盟反垄断法私人执行的救济方式与美国有很大的不同,《违反欧盟竞争规则损害赔偿诉讼白皮书》规定,垄断行为的受害者所获赔偿为其真实损失,包括可得利益和利息,即其赔偿以补偿受害人的损失为原则。比较上述两种不同的赔偿方式,美国的三倍赔偿制度对私人当事人提起反垄断诉讼起到了很大的鼓励作用,提高了私人执行的可能性,同时巨额赔偿增加了违法成本,给经营者带来了震慑,从而可减少垄断行为的发生。但是许多批评者认为,三倍赔偿制度鼓励了诉讼,产生了两种负面作用:其一,导致了私人执行的滥用,可能会诱发敲诈诉讼或利用反垄断诉讼来破坏竞争。其二,过度威慑,即高额的惩罚性赔偿以及巨额的反垄断诉讼成本会影响到公司的决策。如果公司认为某种行为存在引起私人诉讼的可能性,可能会放弃该行为,即使该行为无损于竞争,甚至是有利于竞争。反对实际赔偿制度的学者还指出,美国的三倍赔偿制度若考虑到“货币的时间价值、诉讼时效、未被补偿的原告律师费与诉讼费用、未被补偿的原告的诉讼时间价值、司法制度成本”等因素的影响,实质上的赔偿只是接近于单倍赔偿[4](P171)。学者的这种观点有其合理性,由于反垄断诉讼案件审理周期较长,若考虑到受害人的利息损失、时间价值、取证的困难等因素,受害人实际所获得的赔偿将远远小于三倍赔偿。欧盟为了促进私人执行制度在反垄断法实施过程中的效果,2005年发布的《违反欧共体竞争规则的损害赔偿诉讼绿皮书》中提出了关于损害赔偿的改革方案,对于横向卡特尔规定了双倍赔偿制度,这种改革路线也在一个方面体现出了惩罚性赔偿在反垄断法私人诉讼中的重要作用。

(二) 集团诉讼

集团诉讼属于群体性纠纷解决制度的一种,是针对成员众多、具有法律上或事实上的共同问题、要求全体出庭不现实的案件,由一个或若干个集团成员为了全体集团成员的共同利益,以代表人的身份代表整个集团成员提起的诉讼,法院对集团所作的判决,对那些没有参加诉讼的主体也具有效力。与一般民事侵权案件相比,垄断行为受害人往往数量众多,个别垄断行为

侵害的消费者可高达几百万,但是具体到单个受害人,所受损害往往较小,对于个人来讲,由于造成的损失比提起诉讼的成本要小,单个受害者缺乏要求赔偿的动机而不愿主动提起诉讼,采用集团诉讼可以降低诉讼成本,使得一个人或小商业组织愿意并且能够进行反垄断诉讼。

美国在其《谢尔曼法》开始实施后,私人反垄断诉讼案件并不多,一直到20世纪60年代,美国确定了集团诉讼制度之后,随着程序规则的改变,原告诉讼负担的减轻,才促使私人执行案件迅速增长。现今美国的集团诉讼制度非常发达,成为各国在完善本国反垄断法时的重要参考。美国集团诉讼制度之所以能够成为高效的群体性纠纷解决制度,是由其独特的制度设计来保障的。首先,美国集团诉讼代表人的地位是以默示方法认可的,集团作为一个独特的主体,其存在是源于所有集团成员都有“同质的共同利益”,提起集团诉讼不需要所有集团成员的同意,任何集团成员都可以主张其共同利益。其次,集团诉讼的代表有权利独立处分集团的实体权利,不需要经过其他成员的同意,由法院对诉讼过程进行监督和制约。法官在集团诉讼中享有较大的自由裁量权及各种监督权,法院在案件审理过程中有权监督代表人是否适格;代表人及其律师与被告和解或者申请撤诉,需要经过法官批准;法院有权监督财产的分配等,以此来防止代表人滥用实体权利处分权。再次,集团成员的确定方法采用“退出制”,即对于涉及共同的法律或事实问题的其他集团成员,只要他没有明确将自己排除出该集团诉讼,则案件的审理结果将对其有效,退出制可以救济最大范围的受害人,惩罚侵权者,且潜在赔偿数额巨大,对垄断企业有很大的威慑作用。

(三) 证据制度

相对于垄断行为的受害人,垄断企业居于绝对的优势地位,此类案件中原告、被告之间信息极不对称。垄断企业掌握着本行业的大量信息,甚至具有行业规则的制定权,拥有足够的力量对其违法行为进行掩饰。受害方通常为消费者或实力相对弱小的经营者,很难获取对自己有利的信息,针对很多专业性问题常常由于证据材料无法搜集而无力完成其证明责任。例如对于市场支配地位的认定需要对相关市场、市场份额等因素进行分析,需要搜集大量的经济数据,在反垄断领域对证据制度进行特别规定以缓解原告、被告信息不对称问题,使原告能够获得尽可能多的证据信息,增加原告胜诉的几率。

1. 审前证据开示制度

审前证据开示制度指双方当事人法庭开始审理前,将自己掌握的、能够支持其诉讼主张的证据材料向

对方进行披露的制度。证据开示分为主动证据开示和被动证据开示,主动证据开示是指当事人自行披露己方的相关证据信息,不论该信息对己方有利与否,被动证据开示是当事人申请法院强制对方当事人开示证据。美国《联邦民事诉讼规则》规定了证据开示制度,该法第26条b款规定:凡是与当事人主张或抗辩相关的并且不属于保密特权范围的任何事项都可以要求对方当事人予以证据开示。这在一定程度上增强了受害者的举证能力,若当事人不遵守证据开示命令或者是破坏相关的文件,法院可依实际情况对当事人进行制裁,具体包括免除他方的证明责任、禁止提出证据、驳回诉讼或缺席判决、判处藐视法庭罪。欧盟委员会在《违反欧盟竞争规则损害赔偿诉讼白皮书》中建议国内法院可以根据具体案情,命令诉讼当事人或者第三方当事人展示相关证据。在欧盟成员国中,拒绝展示相关证据也会受到惩罚,如德国规定,拒绝展示相关证据将面临最高六个月的监禁,法国规定拒绝展示证据的一方将在后续诉讼程序中承担不利影响,如果是原告拒绝展示证据,其起诉将被驳回,如果是被告拒绝展示,将不允许抗辩[5](P90)。

2. 反垄断执法机构对反垄断私人执行的支持

面对强大的垄断企业,私人当事人获取证据的能力比起公共执行机关要差得多,为了支持私人提起反垄断诉讼,美国、欧盟、日本都规定了垄断行为受害人获取反垄断执法机构所掌握的证据的规则以及反垄断执法机构的裁决在私人反垄断诉讼中的效力问题,以减轻原告的证明责任。根据美国《克莱顿法》的规定,美国政府提起的反托拉斯诉讼中认定被告违法的最终判决或裁定可以作为私人原告提起损害赔偿诉讼的初步证据。依欧盟的规定,欧盟委员会对一件违反竞争法的反托拉斯案件作出决定后,受害人可以将委员会的决定作为提起后续民事损害赔偿诉讼的证据,且欧盟绝大多数国家的法院都可通过一定程序获得本国反垄断执法机构所持有的证据材料。日本公正交易委员会在20世纪90年代初公布了一份政策声明,声明表示,当垄断行为的受害人提出损害赔偿之诉后,公正交易委员会将应法院和受害人的要求,提供所有与案件调查事实相关的文件和证据,包括听证记录的复印件、涉及损害和因果关系的所有文件。

三、我国反垄断法私人执行制度的有效运行

我国虽已存在反垄断法私人执行制度,但是仍不能有效运行,为了克服现存法律上的障碍,构建完善的反垄断私人执行制度,需借鉴国外的有益经验,充分考虑反垄断法的特殊性及其我国当前的现状,采用惩罚性赔偿制度以激励受害人,在反垄断领域引入集团诉讼制度、对证据制度进行特殊设计以保证受害人能够对

抗实力强大的垄断性组织。

(一) 建立惩罚性损害赔偿制度

从我国《反垄断法》第50条的规定来看,我国垄断行为的实施者承担责任的基础是民事侵权责任,《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14条第2款将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支也计入到了损失赔偿范围之内,可见,我国当前反垄断法私人执行的损害赔偿是以实际损失为原则。是否引入惩罚性赔偿,反对者认为惩罚性损害赔偿会导致“过度威慑”和“执行过度”,赞成者则希望惩罚性损害赔偿能激发私人提起反垄断诉讼的动力,弥补我国公共执行的不足。

如上所述,无论哪种模式均有利弊,针对我国具体情况,在反垄断法私人执行制度构建中选择惩罚性的模式更合适。首先,我国目前存在大量垄断行为,而受害人对如何救济自己权利并不熟悉,并且我国传统法律文化中的“息讼”思想仍然在社会生活、司法实践中发挥着影响,为了激励受害人,我国宜引入惩罚性损害赔偿。其次,目前我国反垄断领域未规定刑事责任,《反垄断法》草案曾规定经营者实施垄断行为构成犯罪的追究刑事责任,但是正式颁布的《反垄断法》并没有规定垄断行为的刑事责任,而《刑法》中也未将垄断行为入罪,在缺乏刑事责任威慑的情况下,惩罚性赔偿责任可发挥一定的威慑作用。再次,我国《反垄断法》对垄断行为的行政责任做了规定,但是反垄断法实施时间短,反垄断法执法机构之间的关系并未完全理顺,加之垄断行为本身的复杂性,反垄断公共实施效率低下,行政责任并未发挥对垄断行为有效的遏制作用,所以惩罚性赔偿责任的建立也可弥补此不足。

(二) 建立反垄断领域集团诉讼制度

我国近几年因消费者权益、产品责任、环境污染等原因引起群体性纠纷增多,为了保护受害人的权益,《民事诉讼法》第53、54条规定了代表人诉讼制度。虽然我国的代表人诉讼制度也属于群体性权利保障机制,但该制度与美国集团诉讼制度相比有所不同:

第一,代表人不享有实体权利,依据我国《民事诉讼法》第53条的规定,代表人变更、放弃诉讼请求、承认对方当事人的诉讼请求、进行和解,都必须经被代表的当事人同意。即代表人在诉讼的作用类似于诉讼代理人,若涉及实体权利处分时,要经过诉讼集体的共同决定,这种方式针对受害人庞大的反垄断案件,必然导致诉讼的低效率甚至可操作性丧失。

第二,我国代表人诉讼中集体成员是以“加入制”的方式产生的,即依据《民事诉讼法》第54条的规定,对于起诉时人数尚未确定的代表人诉讼,人民法院可以发出公告,说明案件具体,通知权利人在一定期间向

人民法院登记。我国代表人制度通过权利登记程序虽可使群体人数确定下来,但是在反垄断案件中,不少垄断行为的受害者所受损害较小,甚至根本不知道自己受害者,在这种情况下采用加入制确定集体成员的方式不利于群体性权利保障机制发挥其应有的作用。

第三,代表人产生的方式不适用于因垄断行为引发的大规模侵权案件。依据我国《民事诉讼法》第54条的规定,代表人的产生方式有两种:一是由向人民法院登记的权利人推选,二是在推选不出代表人的情况下,人民法院与参加登记的权利人商定产生。由于反垄断案件受害人很多,代表由受害人进行推选或人民法院与受害人商定产生不符合诉讼经济原则,甚至不现实。

以上分析可见,在我国反垄断领域引入美国集团诉讼很有必要,反垄断领域集团诉讼制度主要包含三个方面:首先,对于代表人产生的方式,以默示方法消极认可诉讼代表人的代表地位,由法院在案件审理过程中来监督代表人是否适格,即受垄断行为侵害的任何人都有权作为代表人提起集团诉讼,法官来审查该项纠纷是否可以提起集团诉讼,若符合提起集团诉讼的条件,则进一步审查起诉人是否符合代表人的法定要件。在诉讼过程中法官和当事人共同监督代表人,一旦发现代表人存在与被代表人利益相违背的事项,即中止其代表权、更换代表。其次,采用“退出制”来确定集体成员,实现对“小额多数”受害人的保护,维护市场竞争秩序和公共利益。再次,赋予代表人在诉讼中的实体处分权,为防止代表人滥用该项权利损害到集团成员利益,由法院对其进行严格审查和监督。

(三) 完善反垄断领域证据制度

我国现有证据制度不能很好适用于具有很强技术性和复杂性的反垄断案件。首先,在反垄断领域,我国民事诉讼中的证据交换制度并不能达到证据开示制度所起的作用,证据交换制度在我国《民事诉讼法》中没有规定。2001年最高人民法院颁布了《关于民事诉讼证据的若干规定》,该规定第37条规定了证据交换程序的启动程序,但证据交换不是诉讼的必经程序,在民事诉讼上并无普遍适用性,缺乏相应的保障当事人实现取证权的规定。其次,我国没有对反垄断执法机构

在反垄断诉讼案件中提供相关证据的规定,事实上,反垄断执法机构作为公共实施机构,掌握了许多私人原告无法掌握的证据,要求反垄断执法机构提供其所掌握的证据资料完全可行。

1. 在反垄断领域引进证据开示制度

为弥补我国现行民事诉讼证据制度的不足,需要在反垄断领域引进证据开示制度,实现对反垄断法私人执行的支持。首先,将证据开示规定为义务性程序,即无须对方请求,主动将自己掌握的相关证据信息向对方开示,以增强垄断行为受害人举证能力。其次,明确证据开示的范围。鉴于私人原告在反垄断案件中搜集证据的困难性,开示的证据范围应规定得宽泛些,除法定保密特权外,任何与当事人主张或抗辩相关的事项都属于证据开示的对象。在反垄断领域保密特权主要指涉及商业秘密的事项、委托人与律师之间的保密特权、医患之间的保密特权、律师工作成果的保密特权等。再次,明确规定拒绝证据开示的制裁措施。证据开示制度是解决反垄断私人诉讼中当事人之间信息不对称的重要制度,为使其发挥良好的效果,必须建立起有效的制裁措施,不遵守证据开示命令的当事人要承担相应的法律后果,具体包括:裁定证据失效、免除对方当事人证明责任、判决败诉、拘留或者罚款。

2. 立法保障反垄断执法机构对反垄断法私人执行的支持

为了支持反垄断私人执行,我国应立法保障反垄断执法机构对反垄断法私人执行的支持,使得私人原告能够利用反垄断执法机构先前调查处理的决定及其所掌握的与案件相关的资料。对于反垄断执法机构已经作出处理决定或调查结果的案件,这类调查结果和处理决定可以作为证据,私人当事人可以借助此类证据指控被告的违法行为;对于未经反垄断执法机构作出处理而直接向法院提起的诉讼,只要反垄断执法机构介入了相关调查,法院即可依据案件需要自行向反垄断执法机构调取证据,或依当事人请求向反垄断执法机构调取证据,反垄断执法机构必须配合,将已掌握的相关证据信息提供给法院。

参 考 文 献

- [1]王健. 反垄断法私人执行的优越性及其实现——兼论中国反垄断法引入私人执行制度的必要性和立法建议[J]. 法律科学 2007,(4).
- [2]郑鹏程.《反垄断法》私人实施之难题及其克服:一个前瞻性探讨[J]. 法学家 2010,(3).
- [3]王晓晔. 竞争法学[M]. 北京:社会科学文献出版社, 2007.

- [4]郑鹏程. 美国反垄断法三倍损害赔偿制度研究[J]. 环球法律评论 2006,(2).
- [5]万宗瓚. 论反垄断民事诉讼中证据规则的改进[J]. 河北法学 2012,(10).

(责任编辑 朱春玉)