

反垄断法民事责任认定的实体性判断规则体系研究

——以责任构成要件为基本视角

李 承 运

摘 要: 中国反垄断法私人执行的发展 需要诉讼实践和理论构建双管齐下。反垄断民事诉讼的核心问题在于民事责任的认定,而当前理论与实务上关于民事责任认定规则体系和理论框架的缺失,是制约中国反垄断民事诉讼发展的重要因素。文章从民事责任认定的实体规范角度出发,提出实体性判断规则理论,将责任构成要件、责任免除情形以及责任认定逻辑三部分内容作为实体性判断规则的核心,构建责任认定的完整体系和逻辑。在充分借鉴民法构成要件理论、考察域外立法和立足于中国反垄断立法的基础上,对责任构成要件予以重构,并对具体的认定要素和内容予以明确和细化。通过对实体性判断规则的构建与运用,以期对中国反垄断民事诉讼实践有所裨益。

关键词: 反垄断法民事责任; 实体性判断规则; 责任构成要件

中图分类号: D922.294 文献标识码: A 文章编号: 1004-9142(2015)01-0069-09

反垄断法的实施大致可以分为三种形式:经济主体对反垄断法的遵守、公共机构的反垄断法行政执法以及司法机关对反垄断法的司法适用。^①当前世界各国基本都确立了行政机关的反垄断行政执法和私人提起的反垄断诉讼两种模式。中国的反垄断法实施同样采取了公共执行与私人执行并行的二元模式。随着 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》(以下简称《反垄断民

事诉讼司法解释》)的颁布,反垄断民事诉讼逐步走向正轨,并出现了华为公司诉 IDC 滥用市场支配地位案、北京锐邦涌和公司诉强生公司纵向垄断协议案、奇虎 360 诉腾讯公司垄断民事纠纷案等具有确立反垄断司法认定规则意义的典型案例。相对于立法和司法实践对反垄断民事诉讼和民事责任认定做出的突破性探索,当前理论上对反垄断民事责任认定规则体系,尤其是实体性规则还缺乏系统性的建构。反垄断民事责任认定的

收稿日期: 2014-07-19

作者简介: 李承运,男,四川内江人,中国人民大学法学院博士研究生,北京市第一中级人民法院助理审判员。(北京 100040)

^① 王先林《我国反垄断法实施的基本机制及其效果——兼论以垄断行业作为我国反垄断法实施的突破口》,载于《法学评论》2012 年第 5 期。

实体性规则是否与民法民事责任相一致?其构成要件与民法是否存在差异?是否应遵循民法民事责任认定的逻辑?各构成要件具体判断要素为何?以上问题影响和决定着反垄断民事诉讼的审理思路和民事责任的认定框架,对解决中国反垄断民事案件审理难、认定难、胜诉难现象具有重大的理论指导意义。

一、反垄断法民事责任认定实体性判断规则体系建构的必要性

(一) 实体性判断规则的含义和范畴

民事责任的认定是将案件事实与法律规范相结合的过程,其包含了对案件事实的认定和法律规范的适用。在此过程中需要依靠两种类型的判断规则:一是实体性判断规则;二是程序性判断规则。实体性判断规则指向实体法律规范,其判断对象为实体法上规定的承担民事责任的构成要素及判断逻辑。程序性判断规则是认定民事责任的程序机制,其指向的是认定民事责任实体构成要素的相关程序规范,其内容包含了举证责任分配规则、证明方式规则、证据效力规则等。民事责任的实体性判断规则是基于立法规定的民事责任构成要素,将案件事实予以对应、比较、衡量和评价,判断事实要素和法律要素是否相符合,从而认定行为的性质和结果。相比责任构成要件,实体性判断规则的内容更加丰富,其不仅包括责任构成要件,还包括责任免除认定和责任认定的逻辑。在实体性判断规则中责任构成要件是核心内容,因此也是本文研究的基本视角和主体内容。

(二) 反垄断法实体性判断规则与民法的差异

1. 法律责任性质上的差异

对反垄断民事责任的性质当前存在“民法责任说”和“经济法责任说”两种不同观点。“民法责任说”的基本观点认为,反垄断法民事责任属于民法中民事责任的范畴,“垄断行为是一种侵

权行为,反垄断涉及的个体权利部分是民事法律规范”。^①“经济法责任说”观点则认为,“反垄断法中虽然采用了民事责任的用语,但其价值目标着眼于竞争秩序和社会整体利益,其责任功能注重预防性和威慑性,因而是一种独立的经济法责任。”^②“民法责任说”观点的核心在于对侵权法所保护的“权益”做宽泛理解,认为侵权法保护的法益可以基于其他法律规范“转介”而来,而并非局限于狭隘的“民事”权益范畴内。^③但是此种观点并未能充分解释侵权法保护“法益”扩张的依据何在。任何法律都必然保护某种“法益”,如果不以其调整的社会关系和法益目标的不同而对调整机制和规范加以区分,那侵权法可以对任何“损害”行为加以调整。“民法责任说”从根本上忽视了法律所调整的社会关系和法益目标对法律责任性质的决定性作用。反垄断法中的个体权益是基于竞争关系而产生的,其个体权益的救济和保护需“有反垄断法上的损害”,即以侵害了竞争秩序和竞争机制为前提。在法益目标上,反垄断法以社会利益为价值本位,虽然其中蕴含着对个体权利的救济,但其“保护的实质是竞争而非竞争者。”^④反垄断法民事责任与民法中的民事责任在价值取向、目的功能、调整对象和调整机制等方面均存在不同,因此从性质看其应当属于经济法责任。

2. 责任构成要件上的差异

在民法理论上,根据是否以过错作为归责原则,分为一般侵权责任和特殊侵权责任。中国学者对一般侵权责任的构成要件在理论上存在不同认识,主要有三要件说和四要件说两种观点。三要件说源于法国民法的规定,其认为构成要件包括损害事实、过错、行为与损害之间的因果关系。^⑤四要件说源于德国民法主张,认为构成要件包括行为的违法性、损害事实、过错和因果关系。^⑥两者的根本分歧在于对过错认识是采“主观过错说”还是“客观过错说”,在客观过错说将

① 戴宾、兰磊《反垄断法民事救济制度比较研究》,法律出版社2010年版,第10页。

② 刘迎霜《浅析我国反垄断法中的民事责任》,载于《南京社会科学》2009年第1期。

③ 陈鑫《侵权法的法益保护》,载于《华东政法大学学报》2010年第3期。

④ Brown Shoe Co. v. United States, 370 U. S. 294 (1962).

⑤ 王利明《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第348页。

⑥ 张新宝《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第50页。

过错通过外在行为以法律的合法性要求来予以考量之后,过错即吸收了“违法性”要件。尽管在中国学术界四要件说居于主流地位,但从中国《侵权责任法》的规定来看,实际上采用了“三要件说”,其第6条第1款规定“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”没有出现违法一词,实际上以过错吸收了违法性,没有以违法性作为构成要件。^①而对于特殊侵权责任的构成要件,中国侵权责任法第7条规定“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”其不以过错为归责原则,过错不再是构成要件之一,并且其采用“损害”而非“侵害”的概念,表明其行为不具有可谴责性,只是因为社会风险的分担而承担责任,也排除了违法性的概念。^②因此中国民法上的特殊侵权行为其构成要件为损害事实和因果关系。

垄断行为给第三人造成的损害与民事侵权具有一定的相似性,都是对第三人合法权益的一种损害。如在日本,只要经营者实施的垄断行为符合民法侵权行为,受害人就可以依据民法规定请求损害赔偿,^③允许反垄断法和民法的竞合。而这种请求权竞合本身即表明对反垄断法和民法做出区分,有着不同的请求权基础和适用不同的实体法律规范,而在民事责任构成要件上反垄断法与民法也存在一定差异。

第一,反垄断法基于其调整主体的特定性,使行为主体资格成为构成要件的内容之一。反垄断法不同于民法主体的平等性和一般性特征,其调整的主体范围限于市场竞争关系中与垄断行为有利害关系的个体。世界各国根据不同的立法选择,对享有救济请求权和承担反垄断法的责任主体有着特别的要求。如美国原告需证明“遭受了反托拉斯损害”作为“起诉资格”的限定,而中国反垄断法第50条,则限定了“经营者”是反垄断

法民事责任的承担主体。市场主体是否享有反垄断法的权益和是否有资格承担民事责任,需专门加以认定。

第二,垄断行为和违法性需作为构成要件分别考量。民法中对调整的行为类型不做特别的限定和要求,一切侵害他人民事权益的行为都受到民法规范的调整。在民法理论中,无论是三要件说还是四要件说对行为的性质和特征都无需特别的认定。而反垄断法所调整的行为对象则需进行“特定化”,即垄断行为。垄断行为是一系列具有共同特征和后果的市场行为的统称,其核心内涵是具有排除或限制竞争的特性。因此对所诉行为是否具有反竞争性以及是否纳入反垄断法调整的判断,成为民事责任认定的事实起点,须作为构成要件单独认定。反垄断法民事责任与民法构成要件不同的是:违法性是认定的必备要件。在反垄断法的调整视域下,垄断行为并不必然具有违法性,而需在对市场行为的后果进行利弊考量和价值权衡的前提下进行判断。一些虽具有限制竞争性,但能够更好地提升经济效率、增加社会福利、保障社会整体利益的行为,在反垄断法上并不具有违法性,这也是反垄断豁免制度存在的价值基础。

第三,过错要件有待重新考量。在民法一般侵权责任的构成要件中,过错是必备要件之一,而仅在部分特殊侵权行为中不考虑过错。对于反垄断法中是否以过错为要件,各国有不同的立法选择。大致有四种归责模式:一是美国的非构成要件模式,未将过错作为责任认定构成要件。^④二是德国的过错责任模式。^⑤三是以日本为代表的无过错责任模式,其《禁止垄断法》规定,即使违法者证明其在主观上没有过错,也必须承担损害赔偿,即无过错亦不能免责。^⑥四是中国台湾法上的故意加重模式,^⑦若违法者在主观上存

① 王利明、周友军、高圣平《侵权责任法疑难问题研究》,中国法制出版社2012年版,第191页。

② 王利明、周友军、高圣平《侵权责任法疑难问题研究》,中国法制出版社2012年版,第201页。

③ [日]田山辉明、顾祝轩著,丁相顺译《日本侵权行为法》,北京大学出版社2011年版,第68-69页。

④ 李国海《反垄断法实施机制研究》,中国方正出版社2006年版,第240页。

⑤ 德国《反限制竞争法》第33条规定“违反第1款规定行为人有故意或过失的,负有因此产生的损害赔偿”参见时建中主编《三十一国竞争法典》,中国政法大学出版社2009年版,第102页。

⑥ 王玉辉《日本反垄断法损害赔偿制度探讨》,载于《现代财经》2005年第7期。

⑦ 台湾地区《公平交易法》第32条规定:“……如为事业之故意行为,得依侵害情节,酌定损害额以之赔偿,但不得超过已证明损害额之三倍”。

在故意,那么将适用惩罚性损害赔偿,此处主观故意不是构成要件而是加重要件。^①中国《反垄断法》第50条没有规定需以过错作为承担责任的要件。在《反垄断民事诉讼司法解释》中对主观过错也未做进一步要求,因此可以认为中国采取了无过错责任模式。^②中国反垄断法民事责任不以过错为要件,与民法存在显著差异。

3. 责任减免情形的差异

无论是在中国刑法还是民法的理论体系中,责任减免情形都独立于责任构成要件体系之外,成为认定和适用法律责任的独立考察要素。而反垄断法与民法在责任减免情形的性质、类型和正当性基础上都存在显著差异。在民法中责任减免又称免责事由,其主要功能在于在满足责任构成要件的情形下,通过法定事由阻却侵权责任的成立,其正当性基础在于其体现了分配正义和矫正正义,并符合经济效率原则。民法中的免责事由其类型主要包括正当防卫、紧急避险、不可抗力、第三人过错、受害人故意等。反垄断法的责任免除情形称为豁免,其在性质上为垄断行为违法性的阻却事由,其正当性基础主要基于对经济效率、社会福利和经济政策的平衡协调和统筹兼顾。中国反垄断法的豁免情形主要包括:技术革新、标准化和专业化、中小企业保护、社会公益行为、经济危机以及保障对外贸易等方面。由此可见反垄断法和民法在责任免除情形方面,其具体内容、适用条件和考察要素都有很大的差异。民法责任中的免责事由并不能直接运用于反垄断法民事责任的认定。

4. 责任认定逻辑的差异

中国关于过错侵权责任构成要件的理论,无论是三要件说还是四要件说,各构成要件之间是分散和平行的,在责任认定上不具有顺序性和层次性,不存在层次递进和逻辑结构,属于平面性侵权责任认定模式。^③而在反垄断法中,民事责任各构成要件以及责任免除事由之间存在相互的牵连、同一和限定关系,相关要件的认定需以其他要

件的认定为前提和基础,有研究者提出反垄断法民事责任认定逻辑具有一定的次序性。^④在责任认定逻辑上,反垄断法与民法也存在差异。

基于以上分析可以看出,反垄断法民事责任认定在责任性质、构成要件、责任免除情形和责任认定逻辑等方面均不同于民法规范。简单照搬或沿用民法中民事责任认定的规则体系将可能导致反垄断法民事责任认定价值偏离、要素缺失、逻辑混乱,无法实现反垄断法所保护的价值目标,因此需对反垄断法民事责任认定的实体性判断规则体系进行重构。

二、实体性判断规则之构成要件体系

责任构成要件通过对现实生活中处于动态变化中的事实现象进行人为的抽象概括,并作为预设的静态标准规定在法律规范之中,为责任的认定提供匹配、判断的对象和要素。根据中国反垄断的立法规定以及反垄断法自身的属性特点,笔者认为在构成要件上应当包含:主体资格、垄断行为、违法性、垄断损害、因果关系五方面的内容。

(一) 主体资格要件的判断

反垄断法调整的主体对象呈现出广泛化和特定化并存的特征。一方面要求其调整的主体必须与竞争活动相关,主体范围上具有一定的限定性;另一方面,市场主体本身具有广泛性,涵盖了经营者、消费者、行业协会以及政府部门等多个层次,因此哪些主体享有反垄断法权益和承担反垄断法义务需特别加以认定。在原告起诉资格方面,当前各国反垄断法对适格原告的确立主要通过两种方式:一是区分市场主体不同的身份类型;二是区分垄断行为造成的结果形态。第一种方式是将市场主体分为直接购买者和间接购买者,直接购买者通常指竞争者和转售商,间接购买者通常指消费者。在美国反垄断法上,通过 Illinois Brick Co. v. Illinois 案的司法判例确立了“直接购买者原

① 王玉辉《反垄断法中消费者损害赔偿权研究》,载于《河南社会科学》2010年第3期。

② 朱理《〈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〉的理解与适用》,载于《人民司法》2012年第15期。

③ 郭嘉宁《侵权责任免责事由研究》,吉林大学博士论文,2008年,第70页。

④ 谭袁《垄断民事责任构成要件研究》,载于《河北法学》2013年第2期。

则”不承认间接买受人的原告资格。^①而欧盟2008年的《损害赔偿白皮书》中,通过允许被告转移抗辩,实质上承认了间接购买人的起诉资格。日本通过1977年鹤岗灯油案的判决,^②确认了消费者也是《禁止垄断法》第25条规定的损害赔偿请求权者,具有作为原告的起诉资格。^③第二种方式以垄断行为造成的结果形态是“损害”还是“影响”,对原告的起诉资格做出实体要求。美国是“损害”标准的代表性国家,要求损害赔偿请求权人必须是“商业或财产受到损害的人”。^④而“影响”标准以德国为典型代表,其《反限制竞争法》第33条第1款规定,“任何受影响方俱有权请求该等人除去或给予防止性救济”。^⑤

中国反垄断立法上对主体身份类型未作限制,并不否认消费者的原告主体资格,并在司法实践中已予以确认。在冯永明与福建省高速公路有限责任公司滥用市场支配地位纠纷上诉案中,法院认为“受经营者在相关市场内的行为影响的除与经营者存在竞争关系的其他经营者,还有与经营者的经营行为存在利益关系的经营者和普通消费者,如果经营者的经营行为对这些主体的权益造成了损益变动,这些主体就可以认定为与经营者的经营行为存在‘直接的利害关系’”^⑥。根据这一判断思路和逻辑,不仅直接购买者具有起诉资格,间接购买者因“损益变动”也可成为原告,实质上采用了德国法的“受影响标准”。另外对于垄断行为的参与者即垄断协议的相对方是否具有损害赔偿起诉资格问题,中国司法判例也予以回应。在北京锐邦涌和诉强生公司垄断协议案中,法院认为“垄断协议的当事人既可能是垄断行为的参与者、实施者,又同样可能是垄断协议的受害者,属于《反垄断法》第50条规定的因垄断行为遭受损失的主体范围。”可见中国的判断规则不

同于美国反托拉斯法的“同等过错原则”,依据“同等过错原则”,竞争协议的参与者只能请求确认垄断协议无效而无损害赔偿的起诉资格。^⑦

在责任承担主体方面,中国当前反垄断立法中的民事责任承担主体范围相对限缩,《反垄断法》第50条限定为“经营者”,而《反垄断民事诉讼司法解释》做了一定扩张,允许对行业协会章程提起确认之诉,将行业协会纳入被告范围。在赔偿之诉中,行业协会能否成为适格被告,立法上仍未明确。而对于行政机关,无论是《反垄断法》还是司法解释都未将其纳入责任承担主体范围,因此,当前将行政机关纳入反垄断民事诉讼还存在制度上的障碍。在司法实践中被告适格呈现的突出问题是关联公司能否成为适格被告。在华为诉IDC案中,交互数字公司的两个全资子公司是否应成为被告成为审理焦点。而法院考虑的主要因素在于是否存在关联关系、是否存在分工合作以及共同获得收益的事实、是否存在高管混同的事实等因素。其方法与思路与欧盟、美国所采纳的“单一实体测试”^⑧基本一致。

(二) 垄断行为要件的判断

垄断行为和垄断违法行为是两个不同的概念,在立法和现实经济生活中并非所有垄断行为都具有违法性。垄断违法行为暗含了法律对垄断行为的否定性评价,是对垄断行为进行法律上价值判断的结果。因此在责任认定的过程中,垄断行为的判断和违法性的判断应当有所区分,其判断标准和判断规则均有所不同。垄断行为有形态各异的表现形式,其根本判断标准为行为具有排除或限制竞争的效果。此标准具有一定的抽象性和主观性,因此各国立法对垄断行为都在不同程度上予以类型化和具体化。如日本《禁止垄断法》采取了垄断行为类型化和法定化的方式,确

① Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U. S. 720 (1977).

② 参见1977年9月19日东京高等法院第三特别部判决,《判例时报》863号第20页。

③ [日]实方谦二《东京高裁灯油损害赔偿事件》,载于《判例评论》第278期第13页。

④ 郑鹏程《美国反垄断法三倍损害赔偿制度研究》,载于《环球法律评论》第2006年第2期。

⑤ 吴秀明、梁哲玮《德国限制竞争防止法—最新修正内容及全文翻译》,载于《台北大学法学评论》第64期,第196页。

⑥ 参见(2012)闽民终字第884号民事判决书。

⑦ [美]赫伯特·霍温坎普著,许光耀、江山、王晨译《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》(第3版),法律出版社2009年版,第681页。

⑧ See Van Cleynenbreugel Pieter. *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law* (June 21, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1889232>.

定了“私人垄断、不合理的交易限制、订立含有不合理的交易限制或不合理的交易方法事项为内容的国际协议、以及实施不公正的交易方法的四种行为”才被视为可以请求承担民事责任的垄断行为。^① 中国反垄断民事案件的审理也凸显了单独认定垄断行为的必要性。如在北京锐邦涌和诉强生公司纵向垄断协议案中,法院对被诉协议是否具有反竞争性的垄断协议和是否具有违法性两个要素分别进行了判断。在分析垄断行为成立过程中,考察了“市场份额”、“定价能力”、“品牌影响”、“对经销商的控制力”以及“行为动机”等要素,综合认定强生公司限制最低转售价格属于具有限制竞争性质的垄断行为。^②

(三) 违法性要件的判断

违法性判断是行为“入责”的法律基础,垄断行为只有在法律上对其予以否定性评价时才可能成立民事责任。从立法技术的角度,法律对行为违法性的确定有两种方式:一种是明确违法行为类型,对行为的违法性直接予以确认,实施行为即违法,只需判断行为成立;第二种是设定违法性判断标准,从行为特征及后果的角度,对行为的合法性做出分析和判断。这两种方式体现在反垄断法上即是“本身违法原则”和“合理原则”。本身违法原则将垄断行为与违法性认定同一化,能够形成明确的行为指引,简化认定过程,实施成本较低,对于司法认定具有极强的实用价值。而合理原则需要在认定垄断行为的基础上进行合理分析和价值判断,考察行为引发的不同结果之间的价值比较和权衡。但合理原则在司法认定中存在实施成本高、确定性不足、判断标准不统一的问题。在美国法上,本身违法原则通常适用于价格固定、市场划分、联合抵制、搭售安排及转售价格维持等案件,而合理原则适用于纵向非价格限制、合并、联营。^③ 从中国的反垄断立法来看,对本身违法原则和合理原则都有所采纳,^④合理原则的适用实质上是判断限制竞争行为对整体社会福利的作

用情况,如果行为从根本和长远上是有益于整体福利等更高价值目标的,其限制行为就不能视为有违法性。基于以上基本判断规则,其判断的要素主要包括:限制竞争行为危害的可能性、现实性及危害大小,限制竞争行为所能实现的经济或社会价值目标及大小,竞争的效率价值与其他价值的比较权衡,限制竞争行为存在的合理性及必要性,行为人的主观意图和目的。

(四) 垄断损害要件的判断

垄断损害不同于一般民法意义上的损害,这种损害具有一定的限定性,即只有因反竞争行为造成,而为反垄断法所意图避免的损害才是垄断损害。垄断损害可以从两个不同的维度理解:一个是时间维度,垄断损害既可以表现为既成的、现实的损害,又可以表现为将来的、可能的危险状态和潜在风险;另一个是空间维度,垄断损害既可能造成个体的财产和利益的损害,还会造成对整体竞争秩序、竞争环境和社会整体利益的损害。垄断损害具有复合性、多重性、动态性、延伸性等特点,较之于民法损害认定更为复杂。美国的《谢尔曼法》第7条规定,垄断损害首先要求是违反反托拉斯法所引起的财产或营业损失,包括有形或无形的财产损害。《克莱顿法》第4条规定,损害包括利润损失、商誉损失、企业被破坏、经营机会被剥夺。^⑤ 日本反垄断法通过判例确认了间接购买者的起诉资格,间接损害也被视为垄断损害。中国反垄断立法并未对损害做特别说明,因在起诉资格上未排除间接购买者,应当认为间接损害也属于垄断损害。对于中国反垄断立法上的“损失”一词,应当做广义的理解,既包括现实的损害也包括潜在的危险。中国确立了停止侵害的责任方式,即旨在防止损害发生作用。同时司法解释允许当事人提起确认合同无效之诉,合同无效对第三人的权益来说即具有消除危险的作用。

在民事责任认定的过程中,垄断损害的存在

① [日]泉水文雄《禁止垄断法的损害赔偿》,载于《民商法杂志》,124,2001,(4),(5):531.

② 参见(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

③ 郑鹏程《美国反垄断法“本身违法”与“合理法则”适用范围探讨》,载于《河北法学》2005年第10期。

④ 《反垄断法》第13、14条中的垄断协议行为基本采用本身违法原则,15条豁免规则的判断采用合理原则。滥用市场支配地位行为除了第17条第1款适用本身违法原则外,其余以“没有正当理由”作为违法性判断条件,可以认为是“合理原则”的适用,对经营者集中行为采取合理原则。

⑤ 李国海《论反垄断法损害赔偿的构成要件》,载于《中南大学学报》2006年第2期。

和垄断损害的大小是两个不同的问题。垄断损害存在可通过定性分析和逻辑推演来认定,但垄断损害大小则需运用定量计算来证明。在两者关系上存在两种观点:一种观点主张,由于损害的存在可以通过计算损害的数额来证明,反垄断法中损害成立和大小是同时认定的,如果不能认定损害金额,也就不能认定损害及因果关系;另一种观点主张,证明损害存在的方式,并不限于通过证明损害的数额一种,证明损害的存在与证明损害的金额不是同一个层面上的问题。^①在华为诉IDC案中,法院在当事人双方均未证明实际损害或实际收益的前提下,判决被告赔偿损失,并酌情认定具体金钱补偿数额。显然,该案法院赞同第二种观点,采用了损害成立和损害数额认定相互分离的原则。在具体的认定方法上,美国反垄断法长期的司法实践,总结出了一些计算的模型和方法,可供中国借鉴,包括:前后比较法、标杆法、成本推算法、市场份额法等。^②以上方法的运用并非单一和排斥的,针对不同的认定对象和认定阶段通常需要综合运用。

(五) 因果关系要件的判断

在反垄断法中,因果关系就是考察垄断违法行为与损害事实之间的相互联系。因果关系的判断规则实质上是一种逻辑判断规则,因此其判断程序和思维方法在不同的部门法中并没有本质的不同,只是在判断对象上有所差异。传统民法中的因果关系存在多种学说,如条件说、原因说、相当因果关系说、法规目的保护说等理论,其中相当因果关系说在侵权责任认定中成为了主流。^③王泽鉴先生认为,相当因果关系是由“条件关系”及“相当性”构成,而“相当性”系以“通常足生此种损害”为判断基准。^④相当因果关系说实质上引入了一般第三人认知的判断标准,对反垄断民事责任的认定具有借鉴意义。因果关系的认定具有两方面的功能:一是通过确认存在因果关系认定

民事责任的成立;二是通过因果关系的紧密程度、辐射范围确定责任范围和大小。因此在德国民法上建立了责任成立因果关系说和责任范围因果关系说。在判断责任成立因果关系时,因其主要涉及判断因果关系有无的问题,与侵权法中因果关系无本质差异,因此可以“相当因果关系说”作为判断规则。而在判断责任范围因果关系时,“相当因果关系说”就显得力不从心,由于市场环境的多变性、经济行为的专业性以及行为结果的复杂性,一般第三人认知标准并不足以判断合理责任范围的大小及因果关系的辐射范围。如中国台湾地区的学者曾世雄认为“认定行为与赔偿间是否具有因果关系,不必借助传统学说,包括相当因果关系说。行为与损害间是否具有因果关系,专依具体已发生之行为与赔偿,公平交易法维护交易秩序之目的及公平交易法相关条文以个别评估解答之。”^⑤美国法院在司法实践中创造了“直接损害检测法”、“目标区域检测法”、“利益区域检测法”、“平衡检测法”、“多因素检测法”等方法来判定是否存在侵害的因果关系。^⑥这些方法将主体资格、垄断损害等要件加以综合认定,在此过程中证明因果关系,为认定因果关系提供一些有益的认定规则和方法。

三、实体性判断规则之责任免除

在司法认定过程中,民事责任成立不一定意味着必然承担民事责任,还要看是否具有法律规定的责任免除的情形。反垄断法中责任免除是豁免和适用除外制度。对于豁免和适用除外制度的异同和关系,理论上存在较大分歧,有学者认为豁免与适用除外是相同的,只是翻译方法不同罢了。^⑦也有学者认为豁免和适用除外是合法垄断的两种基本表现形式,各自具有不同的功能和特点,具体表现在规制方式、自由裁量范围、规制对

① 黄勇《反垄断法上的损害赔偿及其计算初论》,载于《中国社会科学院研究生院学报》2009年第4期。
② 计算方法问题主要参照黄勇的《反垄断法上的损害赔偿及其计算初论》。
③ 王利明《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2005年版,第78页。
④ 王泽鉴《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第100页。
⑤ 曾世雄《违反公平交易法之损害赔偿》,载于《政大法学评论》1991年第44期,第351-359页。
⑥ 郑鹏程《美国反垄断法三倍损害赔偿制度研究》,载于《环球法律评论》第2006年第2期。
⑦ 孔祥俊《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第658页。

象、效力范围以及发展趋势上的不同。^① 还有学者认为,豁免制度是一个广义的概念,包括法定豁免和酌定豁免两种情形,法定豁免在范围上可等同于“适用除外”,而狭义豁免则为酌定豁免情形。^② 豁免制度和适用除外制度实质上都是一种免责制度,不同的界定标准和解释选择方法会导致同一法律条款所归属的制度不同。在实定法上,豁免意味着行为本身需要受反垄断法调整,只是在法定条件下可予以免责。而适用除外则意味着行为不受反垄断法调整,不能依据反垄断法的规定认定行为的性质、后果以及责任承担。从司法适用的角度,区分豁免与适用除外制度有实质意义,不同的制度属性会导致认定过程、审理内容和裁判方式存在差异。

(一) 适用豁免的认定要素

对于豁免情形一般有两种立法例:一种是列举式,直接将豁免情形予以列明和细化;一种是条件式,规定豁免适用的条件和标准。中国对豁免情形的规定采取了列举式,主要在《反垄断法》的第15条中,规定了六种豁免的具体情形和一个兜底条款。这六种情形分别涉及了技术开发与促进、中小企业竞争力、社会公共利益、市场结构、涉外利益和消费者福利。在具体情形列举的背后,我们能够分析出对豁免情形进行认定的一些标准和规则,其至少可以包括:(1) 竞争效果因素,豁免垄断行为对竞争必然有所限制,但是这种排除和限制竞争的后果不能达到严重的程度,豁免情形只能容忍一定限度内的反竞争性。(2) 经济效率因素,豁免情形需具有足够和充分的作用提高经济效率,能够在一定程度上替代竞争的效率价值,使垄断行为获得价值上的正当性。(3) 社会整体利益因素,豁免情形对消费者福利、生态环境、社会公益以及宏观政策等社会整体利益的正面促进作用。德国《反限制竞争法》还将“限制行为的目的”、“限制竞争的必然性和必要性”以及“行为主体的市场地位”也纳入为判断的内容,可供中国参考。

(二) 适用除外的认定要素

反垄断法的适用除外是指对特定经济领域不适用反垄断法,将其除出于反垄断法的适用范围,该领域即使表面上符合垄断行为的构成要件也不受反垄断法的调整。^③ 美国反垄断虽使用了“豁免”而非“适用除外”这一用语,但《反托拉斯》中却有着实质上的适用除外制度,规定了特定行业和领域并不适用《反托拉斯法》。^④ 中国《反垄断法》第55条规定了对知识产权行为的有限适用除外,第66条规定了对农业经营活动的适用除外。由于立法上对适用除外的规定相对明确和具体,适用除外的认定也相对简单,其认定要素包括:(1) 行为的特征;(2) 行为所属的行业或领域;(3) 行为是否符合法律规定的适用除外条件。认定为适用除外的情形便不受反垄断法调整,因此不必再按照反垄断民事责任构成要件的要素和环节对其进行分析,对行为是否具有反竞争性、违法性、损害后果等实质内容均不用加以考虑。

四、实体性判断规则之责任认定逻辑

反垄断法民事责任实体性要素之间存在一定的逻辑联系和相互关系。在司法认定过程中,需围绕其构成要件和责任免除等要素,厘清相互之间的关系,确定一定的认定次序和思维进路,形成较为合理清晰的认定逻辑。

(一) 责任认定要素之间的牵连、限定和证成关系

基于以上分析,可以归纳出反垄断法民事责任的认定要素,包括:主体资格、损害、行为、违法性、因果关系、豁免和适用除外情形七个方面。但在实际认定过程中,这七个方面并非各自独立分割,而是呈现出相互限定、制约和影响的错综复杂的交织关系。各要素之间主要呈现以下几种关系状态:

第一,内在牵连关系。这种关系体现为各要素之间普遍的因果关系。因果关系相较于其他要素具有特殊性,是要素之间联系的表现形式。它成为连接各个要素的枢纽,对各要素起着勾连和

① 许光耀《欧共体竞争法通论》,武汉大学出版社,2006年版,第171-173页。

② 孟雁北《反垄断法》,北京大学出版社,2011年版,第206页。

③ 许光耀《欧共体竞争法通论》,武汉大学出版社,2006年版,第163-164页。

④ 黄勇《中国〈反垄断法〉中的豁免与适用除外》,载于《华东政法大学学报》2008年第2期。

证明的作用。因果关系不单单是一个构成要件,也并非一个独立的认定环节和阶段,而是贯穿于整个责任认定的过程之中。^①比如,通过认定垄断行为与损害之间是否具有因果关系,而判断是否构成反垄断法意义上的损害;或者通过认定垄断行为与损害的因果联系的紧密程度,判断垄断损害的大小、范围和数额。

第二 相互的限定关系。这种关系打破了各要素认定的独立性。首先体现在垄断行为对损害的限定关系。只有实施垄断行为而造成的损害,才能被视为垄断损害,行为反竞争性的认定是损害认定的前提条件。其次体现在违法性对损害的限定关系。垄断行为造成的损害不一定绝对构成反垄断法上的损害,还需认定法律是否认为这种垄断行为不当,即具有违法性。不具有违法性行为造成的损害同样不能视为垄断损害。

第三 认定同一关系。此时各要素之间具有相互的证成作用。比如在本身违法原则下,垄断行为与违法性的认定同一关系,只需认定垄断行为,违法性也被当然认定。在合理原则下,违法性与豁免情形认定的同一关系,两者的认定要素和方式基本一致,都是对行为的目的、效率、价值以及必要性等因素进行判断。两者的不同之处在于一般与特殊的关系,认定违法性是一般的认定要素,而豁免是特殊排除要素,形成对违法性的反证。

(二) 责任认定要素的逻辑次序

在责任认定过程中需依据其牵连、限定和证成关系,厘清认定次序性和逻辑,防止认定内容重复、循环、陷入逻辑混乱的怪圈,提高司法的效率

和科学性。有研究者认为,反垄断法责任认定应当依据不属于豁免或适用除外的情形、垄断行为、损害、因果关系的先后顺序展开。^②此种认定次序有部分的合理之处,但是并不完善。笔者认为,反垄断民事责任的认定应当按照以下逻辑次序展开:第一是主体资格的认定,主体资格是反垄断诉讼开展的前提,具有一定的程序性特征。尽管其实质判断须以认定垄断损害为前提,但由于立法上对主体范围和起诉资格的法定化和明确化,使主体资格能够在形式上先于垄断行为而予以认定。第二是垄断行为和适用除外的认定,通过认定行为特征和属性是否具有反竞争性,判断是否属于反垄断法调整范围,若不是无需再认定其他要素。若具有反竞争性,再判断是否符合适用除外制度。第三是违法性和豁免情形判定。因两者本身具有同一性,可合并认定。违法性及豁免是认定垄断损害的前提条件,所以应当先于损害而认定。第四是垄断损害是否存在的认定。在确认垄断行为并具有违法性后,可通过定性分析、数量分析、逻辑推论等方法对垄断损害是否存在予以判断。最后一步是对损害范围、种类、数额的认定,其内容相对独立,之前相关要素的认定也为其确定提供了充分的基础和依据。因果关系基于其特殊性,应当贯穿于各个认定环节之中,在认定逻辑上不具有次序性。综上,民事责任认定的基本逻辑顺序应为:主体资格、垄断行为、适用除外、违法性及豁免情形、垄断损害存在、垄断损害大小。

(责任编辑:新中)

^① 游钰《卡特尔规制制度研究》,法律出版社2006年版,第230页。

^② 谭袁《垄断民事责任构成要件研究》,载于《河北法学》2013年第2期。