

我国消费者反垄断民事诉讼的 困境与突破*

谭金可 羊淑青

【提要】消费者反垄断民事诉讼在当下中国有着重要的存在价值和意义。尽管反垄断法为消费者反垄断民事诉讼奠定了基础,但由于我国长期存在着对国家公权力救济的偏重,在消费者民事诉讼原告资格、损害赔偿和实施程序上都规定得不尽合理,消费者反垄断民事诉讼遭遇困境。反垄断消费者民事诉讼困境的突破,有赖于相关法律制度的协调,寄希望于明确原告资格、完善举证责任、妥善安排诉讼费用承担、完善损害赔偿制度、确立实施协助机制、健全集体诉讼制度等一系列的制度创新和完善。

【关键词】反垄断 消费者 民事诉讼

〔中图分类号〕DF41 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2012)01-0092-05

《反垄断法》是最重要的消费者权益保护法。尽管在我国,《反垄断法》的价值目标存在着一元论和多元论的争论,但都不否认消费者权益保护在《反垄断法》目的中的重要地位。《反垄断法》消费者权益保护可以通过国家反垄断机构实施和私人实施来达到,而消费者民事诉讼是私人实施的重要方式。消费者诉讼对国家反垄断机构实施《反垄断法》可以起到重要的矫正与补缺作用。然而由于我国一贯比较注重国家行政权力对经济生活的调节和干预,个人的权利往往得不到政府部门的重视,体现在《反垄断法》上就是对反垄断私人实施规定得不足。“法律的生命力在于执行。”如何完善消费者反垄断民事诉讼,使其和国家反垄断机构实施有机配合协调互动,促进《反垄断法》由“纸面上的法律”转变为“行动中的法律”,是一个重要的法治命题。因此本文从反垄断消费者民事诉讼的制度优势入手,探讨其在我国的法治困境,进而提出完善建议。

一、消费者反垄断诉讼具有重要的功能优势

1. 有利于对公共执行机构进行制约和补缺。消费者

反垄断民事诉讼实施“扮演了一个重要的自动防止(公共实施)故障出现的功能,因为它保证法律标准不完全依靠公共实施者的当时态度或预算过程的变化无常,同时,也可以保证法律体系向那些意图违法者释放清晰而连贯的信息。”^①其在实施过程中一方面对国家反垄断实施进行制约,一方面对其进行补缺,可以和反垄断主管机关形成一定的对比竞争、分工协调、互动补充、合作共赢关系,促使执法水平提高。首先,它可以弥补公共实施的不足。现代公共选择理论研究发现,反垄断实施机关不仅仅是公共利益的代表,它还具有自利性。在现实中,反垄断实施机关不可能具体化为一个特殊的,以公共利益最大化为准则的人格。其可能偏离公共效用最大化的目标,追求自身效用,也就为其偏离公正的轨道、利用其控制的资源偏袒、纵容或保护垄断者留下了可能。“消费者与公共实施者就同一法律的分别实施,

* 基金项目:国家社科基金重点项目(08ASH009)、上海财经大学研究生创新基金资助项目(CXJJ-2010-306)阶段性成果。

① Clifford A Jones, Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA, Oxford University press, 1999, p. 80.

形成了对比和竞争关系，有助于促使公共实施者提高责任感，并对怠于履行职责的行为承担责任。假如公共实施者认定某行为不构成违法，并拒绝对其实施惩罚，而消费者对该行为的法律实施活动将其成功地绳之于法，那么就用实际行动证明了公共实施者的判断是错误的，从而会对公共实施者形成各种压力，迫使其勤勉尽职。”^① 客观上对公共实施进行了制约。其次，设置消费者私人诉讼可以大大增强法院作为最后权威的作用，从而抵消行政机关出于一时需要而对政策朝令夕改带来的负面影响。^② 因此二者相互影响，互动融合，消费者诉讼客观上对公共实施进行了补缺。

2. 有利于实现矫正正义和直接正义。矫正正义的制度化表达最初来源于亚里士多德，一般是针对资源分配过程中出现的失衡、动荡与矛盾而设计的救济性措施，使分配过程得以正常进行，社会秩序不至于失控。矫正正义的实质化倾向弥补了权力、产品等社会资源在社会主体间进行正常配置的不足，它或者以公民请求权的方式得以启动，或者以国家强权方式介入而实现。垄断是对社会资源分配的不公，而消费者反垄断民事诉讼通过司法过程与结果的正义性在某种程度上是矫正正义的现实实现。同时，正义不但要实现而且要以看得见的方式实现，具体到反垄断领域就是指受害者要真正能够得到损害赔偿，实现直接正义。反垄断主管机关一般是为了总体利益而行动，一般仅仅制止垄断行为直至处以行政或刑事处罚，刚性的处罚必须有严格的法律依据，其本身不能修复反垄断违法行为所造成的损失，虽然可能保护消费者在将来不受损害，但并不足以抵消违法行为带来的受益，也没有使消费者为此已经直接付出的代价得到任何补偿。民事诉讼的损害赔偿功能以其弥补受害者损失的优势可以实现直接正义，使社会财富重新得到有效分配，因此既有利于实现直接正义又有利于实现矫正正义。

3. 具有比较优势。一方面从理论上说消费者作为市场活动的主体，靠近“案发现场”，“春江水暖鸭先知”，对垄断信息感受和反应最为直接也最为灵敏，对垄断具有“切肤之痛”，垄断行为造成和将会造成的损害，最可能对其产生利害关系，一旦制度能释放出诉求的渠道，便能够便捷地实施救济；另一方面，消费者反垄断民事诉讼一般完全由其自行筹措费用，不寻求获得最大化的财政预算，不耗费公共财政预算额度。在公共实施机构因为资金紧张而无法有效实施法律时，其对公共机构的替代性，就能缓解财政及其他公共资源约束带来的“实施不足”问题。同时消费者诉讼不用担心出现像公共实施那样在多元反垄断目的利益博弈与权衡下，有袒护个别利益集团的可能，具有较强的比较优势。

二、消费者反垄断民事诉讼在当下中国更有存在的必要

我国反垄断消费者民事诉讼的存在具有理论动因和现实诉求。从理论上来说其制度优势是不容置疑的，从现实来说，其更有存在的必要性。尽管我国 2008 年实施《反垄断法》以来确立了公共实施机制，设置了国家反垄断委员会和国家反垄断执法机关，并规定了相应的职责。但是，正如学者们所诟病的那样，我国反垄断执行机制缺乏统一权威的执法部门，执法机构的性质、地位和权责并没有清晰明确的界定，在管理权限没有厘定又缺乏监管协调机制的情况下，监管交叉与监管空白同时存在，很可能出现“都不管”或“争着管”的现象，并且相关机构的执法人员专业性不强。^③ 而且我国也没有像美国联邦贸易委员会和司法部反托拉斯局那样强大的反垄断力量和执法经验，这更需要私人诉讼来协助克服行政执法上的缺陷。有学者曾经提出我国《反垄断法》中设置私人民事诉讼制度的必要性，源于该项制度的运行机理与中国现实需求的有机契合。^④ 在此背景下消费者反垄断民事诉讼对反垄断法执行机构的配合作用将更加迫切和重要。

消费者反垄断民事诉讼的健全并不会出现像有些学者所担忧的消费者“滥诉”的现象。由于我国长期形成的厌诉的文化传统，“无讼是求，调处息争”，^⑤ 在一定程度上抑制了消费者诉讼的积极性。（这也正是我国完善消费者反垄断民事诉讼的文化困境之一）同时由于消费者不同于经营者，很少可能出现像经营者那样的策略性诉讼^⑥现象从而浪费司法资源和进一步有损竞争，因而消费者反垄断民事诉讼相对于经营者民事诉讼更有其必要性和重要意义：有利于弥补公共实施的不足，使消费者以“私人检察官”（personal attorney general）的形式预防和制止垄断，从而实现《反垄断法》的“保护竞争秩序、维护消费者利益”的目标，对我国竞争文化的

① 李俊峰：“私人实施反垄断法问题研究”，华东政法大学 2007 年博士学位论文，第 50 页。

② 何治中：《反垄断法目的与实施机制》，《金陵法律评论》2007 年第 2 期。

③ 参见刘宁元主编《中外反垄断法实施体制研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 317 页。

④ 时建中：《私人诉讼与我国反垄断法目标的实现》，《中国发展观察》2006 年第 6 期。

⑤ 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 1997 年版，第 277 页。

⑥ 策略性诉讼一般是指有的原告可能策略性地利用反垄断法提起缺乏依据的诉讼，提高谈判筹码，制衡正当竞争，逼迫竞争对手和他达成和解协议。

形成和竞争氛围的营造,以及和公共实施机构互动协调形成对垄断的有力威慑起着不可或缺的作用。

三、我国消费者垄断诉讼存在的困境

1. 原告资格的困境。《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”。消费者诉讼资格决定了消费者权益的维护的广度和深度。这里的“他人”的界定不明可能影响诉讼制度发挥的效率。垄断企业的直接购买人可以提起诉讼已毫无疑问。通过中间商的间接购买人(最终消费者)可否提起诉讼?现实中可能遭遇被告原告不适格的抗辩。国外对此问题产生了旷日持久的争议。日本东京高等法院对鹤冈灯油^①案件的判决驳回了被告提出的“原告不适格”的抗辩,判决将反射性的衍生损害纳入反垄断法的保护范围。^②美国联邦最高法院虽然在 Hanover Shoe Co. ^③案 Illinois brick^④案的判决中否认了转嫁抗辩,确立了联邦反垄断法的“直接购买者原则”:间接购买人若以承受差价转移的损失为由要求垄断者予以补偿,将不能获得联邦法律的支持,即只有垄断价格的直接承受人(在绝大多数情况下,垄断价格的承受人只可能是中间商和销售商)才可以取得反垄断法上的赔偿。^⑤但在 California v. ARC American Corp^⑥一案中,最高法院 White 大法官在终审判决中认定:规定在联邦法中反垄断的防御力仅授予与垄断者的直接交易方,并不意味着联邦法禁止间接消费者通过州法取得防御力。^⑦截至2004年,美国有四十几个州反对美国联邦法院的做法,已经修改了他们的州反垄断法,明确允许间接购买者可以通过向法院起诉以寻求救济。^⑧欧盟及其成员国则希望通过鼓励反垄断私人诉讼来推动反垄断法的执行,有扩大原告资格范围的趋势。从全球范围来看明确扩大原告范围乃是立法趋势,我国在这方面亟待明确。

2. 举证责任与诉讼成本的约束。由于《反垄断法》第50条没有对消费者提起反垄断民事诉讼规定具体的程序规则,一般来说就要按照民事诉讼的规则来进行举证和承担诉讼费用。那么消费者需要证明被告的市场地位和交易行为等,由于垄断案件本身固有的技术复杂性、行为隐蔽性和经济因素的波动性,相关的证据材料为垄断者所控制,使得原被告间信息失衡,原告很难取得充分证据。在我国现行的证据体制下,民商事案件证人出庭和证据调取的成功率都极低,让消费者承担证明垄断者违法行为的责任将使消费者承担较大的举证风险和败诉风险。2009年北京消费者反垄断私人诉讼第一案(百度垄断案)就是由于原告证据不足而被驳回起诉,

或许可窥现行举证分配之不合理一斑。

同时按照传统的诉讼费用支付方式对于那些受限制竞争行为影响的消费者而言更存在着极大的风险。败诉风险、调查取证费用、专家证人费用、律师费用和诉讼费用居高不下,足以令受害人望而生畏。诚如著名制度经济学家诺斯所言,“如果私人成本超过私人利益,个人通常不会愿意去从事活动,虽然对社会来说可能有利。”高昂的诉讼成本如果完全由消费者原告解决,法律只能寄希望于出现堂吉诃德式的“不顾个人利益,为正义挺身而出”的消费者才提起反垄断民事诉讼。

3. 损害赔偿的困境。获得损害赔偿是私人实施《反垄断法》的最主要利益驱动方式,主要表现为补偿性损害赔偿和惩罚性损害赔偿。我国的《反垄断法》第50条规定了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,实质上是把传统侵权法中的损害赔偿原则应用于反垄断损害。消费者作为市场活动的理性主体,在现行法律规则下,时刻都在进行得与失、利与害的比较分析,从而对自己的行为方案加以符合自我利益最大化的选择。这就要求在具体的法律制度设计上,合理配置当事人的权利义务,妥善安排激励机制。消费者实施主体分散,考虑到举证和诉讼的成本以及胜诉后的较少赔偿,消费者诉讼的动力不足,有可能使该制度成为“花瓶”和摆设。

总之,由于我国传统上长期偏好于行政管理式的执法,以国家处罚和制裁作为重要治理方略,试图通过公共制裁来实现法律目标,却较少考虑其是否必要、可行,能否真正执行,或者未考虑私人与国家共同执法的可能性;^⑨再加上我国长期形成的厌诉的文化背景,造成对私人执行的漠视和消费者反垄断诉讼的制度困境。

① [日]谷原修身:《现代独占禁止法要论》,(东京)中央经济社2006年版,第278~286页,转引自熊聃《论反垄断法中的消费者保护》,《怀化学院学报》2008年第10期。

② 转引自熊聃《论反垄断法中的消费者保护》,《怀化学院学报》2008年第10期。

③ Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Mach. Corp., 392 U. S. 481, 491 (1968).

④ Illinois brick Co. v. Illinois, 431, U. S. 720 (1977).

⑤ 刘宁元:《中外反垄断法实施体制研究》,北京大学出版社2005年版,第93页。

⑥ California v. ARC American Corp. 49 U. S. 93 (1989).

⑦ 熊聃:《论反垄断法中的消费者保护》,《怀化学院学报》2008年第10期。

⑧ 兰磊:“反垄断法损害赔偿制度研究——法理分析与制度设计”,对外经济贸易大学2006年硕士学位论文,第49页。

⑨ 徐昕:《法律的私人执行》,《法学研究》2004年第1期。

四、消费者反垄断诉讼 困境的突破

1. 明确原告资格。“没有原告就没有法官”，原告资格的确定对反垄断民事诉讼的重要性不容置疑。在我国的《反垄断法》中，应该进一步明确赋予消费者和经营者诉权。这里的消费者不仅包括直接购买者，还应包括间接购买者。当经营者实施了垄断时，一般消费者均受到损失，理论上分析这些损失可能属于间接的，但对于消费者个体而言却是具体、个别产生的，因此不能否认消费者得请求赔偿；^① 他们都“有权来分享建立在有效竞争基础上的经济环境所带来的好处，有权利不受到反竞争行为的伤害。”^② 即只要其利益受到垄断行为影响的人都可以成为《反垄断法》民事诉讼的原告，以促进我国《反垄断法》的消费者执行。因此应当对传统因果关系的相关性适当突破，只要消费者能证明其损害发生与垄断行为有因果联系，^③ 或者其声称受到损害权益处于反垄断法调整范围即应承认其权利，从而推动《反垄断法》的实施。

2. 完善举证责任和诉讼费用制度。通过举证责任与诉讼费用的合理安排可以激励消费者反垄断民事诉讼的积极性，达到促进消费者起诉的目的。考虑到反垄断诉讼的原被告双方的实力悬殊，很多国家规定了特殊的举证制度以减轻原告负担。主要有两种制度安排：其一是免除原告的举证责任，或将原告的举证责任转换至被告。如法国，违法者承担民事责任虽以过错为要件，但原告只要证明行为人实施了违反《反垄断法》的行为即推定其存在过错，实际上免除了原告对被告过错的举证责任。^④ 德国针对滥用市场优势的行为，规定如果原告提出初步证据，则被告有义务证明其没有实施滥用市场优势的行为。^⑤ 其二是采用推定存在的做法来减轻原告的举证责任。比如在日本反垄断法损害赔偿案件中，法官鉴于原告举证方面的障碍，对于过错和因果关系要件就采取了推定存在的做法，使得作为原告的消费者举证责任得到减轻。^⑥ 我们可以考虑借鉴，将垄断侵害行为、损害后果、因果关系及违法性的举证责任加以明确，增强当事人对案件审理的可预测性，以保障消费者民事诉讼的顺利进行。同时为了鼓励消费者反垄断诉讼，减少原告成本风险，可以考虑设计减轻消费者诉讼费用负担的制度安排。在此方面可以借鉴美国的“诉讼费用单向转承”规则，来鼓励私人提起诉讼：^⑦ 《谢尔曼法》和《克莱顿法》均规定，受到垄断损害的私人提起诉讼并获胜诉者，被告须向原告赔偿诉讼费和合理的律师费，也就是说胜诉原告的相当一部分诉讼费用转而由败诉被

告承担；然而，若私人反垄断诉讼的被告胜诉，即便被告为胜诉付出再多的律师费、诉讼费，也只能自行承担，无权要求私人原告转为承担。由此可见，诉讼费用的转承关系是单向的，这有利于倾斜保护私人原告的利益，激励私人提起反垄断诉讼。

3. 改善赔偿制度。合理的损害赔偿制度能使受害人的受损法益获得恢复，从而体现法律的公正和公平，因此一般通过损害赔偿制度激励私人诉讼。各国反垄断损害赔偿制度依据不同的标准可以作出不同的分类，而较多采用的一种分类标准是损害赔偿额与实际损害的倍数关系：^⑧ 以美国为代表的绝对三倍损害赔偿，^⑨ 以我国台湾地区为代表的酌定三倍损害赔偿，以及以日本为代表的单倍损害赔偿。^⑩ 尽管日本规定加害者承担无过错责任，但是单倍损害赔偿制度并未取得较好的实际效果。虽然各国对于反垄断法上的损害赔偿请求权的性质在认识上并未取得完全一致，但大多数国家在反垄断立法时还是将其界定为不同于一般民事损害赔偿请求权的特殊的损害赔偿请求权。^⑪ 为了激励和促进消费者提起诉讼，我国也有必要将《反垄断法》中的民事责任部分修正为惩罚性损害赔偿，至于惩罚性赔偿与实际损失之间的比率目前尚存在争议。^⑫ 笔者主张考虑到我国《消

① 赖源河：《公平交易法新论》，中国政法大学出版社2002年版，第438页。

② 蒋小红：《论反垄断法的私人实施机制》，王晓晔主编《反垄断立法热点问题》，社会科学文献出版社2007年版，第185页。

③ 孙其芳：《公平交易法第十九条妨碍公平竞争行为与规范之违反与损害赔偿》，《司法研究年报》1997年第17辑。

④ 转引自玄玉宝“反垄断法私人实施制度研究”，中国政法大学2009年硕士论文，第43页。

⑤ 参见玄玉宝“反垄断法私人实施制度研究”，中国政法大学2009年硕士论文，第43页。

⑥ [日] 谷原修身：《现代独占禁止法要论》，（东京）中央经济社2006年版，第278~286页。

⑦ 转引自李俊峰“私人实施反垄断法问题研究”，华东政法大学2007年博士学位论文，第106页。

⑧ 韩玓、黎小飞：《论我国反垄断损害赔偿制度的重构与完善》，《中共四川省委党校学报》2008年第2期。

⑨ 《谢尔曼法》第7条规定：“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，可在被告居住的、被发现或有代理机构的区向美国区法院提起诉讼，不论损害大小，一律给予其损害额的四倍赔偿及诉讼费和合理的律师费”。

⑩ 日本2000年修订的《禁止私人垄断及确保公正交易法》第25条第1款规定，“实施私人垄断或者不正当交易限制或者使用不公正的交易方法的事业者，对受害人承担损害赔偿责任。”

⑪ 田铭：“反垄断法的私人实施机制研究”，西南政法大学2009年硕士论文，第31页

⑫ 参见李俊峰“私人实施反垄断法问题研究”，华东政法大学2007年博士学位论文，第50页。

消费者权益保护法》第49条的规定及其实践成果,可以成为我国《反垄断法》确立双倍损害赔偿制度,这种设计对于违法者而言,可以起到威慑作用,对于私人原告来说,既能产生激励作用,也可以抑制滥诉动机产生。

4. 推进集体诉讼制度。垄断案件一般受害人人教众多,如果每一名受害人单独起诉将导致原告数量众多,而且对每个受害人而言(特别是消费者),所受损害可能较小,诉讼成本超过其诉讼收益,单独提起诉讼的积极性不高。大量的单个损害非常小的反垄断受害人可以借助于集体诉讼获得赔偿。在波斯纳看来,集体诉讼就是将若干小的权利请求聚合成一个足以使诉讼成本合理化的大的权利请求的方法,用较少的诉讼成本就能使得违法者承担全部违法成本,能全面阻止被告实施不当行为的可能性。^①我国《民事诉讼法》第54条规定的代表人诉讼,是我国现行诉讼制度中相当于集体诉讼的唯一制度,但最高法院2005年1月15日发布的《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》(法明传[2001]43号)和2006年1月1日起施行的最高院《关于人民法院受理共同诉讼案件问题的通知》(法[2005]270号)被学者认为是对集体诉讼适用的一个“致命的打击”,^②集体诉讼在司法实践的运用很不乐观。集体诉讼有助于法与民众的结合,而且会增强法对违法者的威慑力,对于那些没有惩罚性赔偿规定的地区来说,尤其如此。^③为了促进《反垄断法》的私人执行,保护广大消费者的利益,可以考虑在实践中完善集体诉讼制度:将众多小额损害集合在一起,允许一人或多人,为了他们自己或其他声称受到类似垄断损害的人起诉。只要受害人不明确表示退出集体诉讼,就认为是赋予了起诉人代表的权利,判决的既判力扩张至未明确表示退出集体的所有成员。

5. 确立公共执行机构协助机制。为了避免消费者诉

讼时面对实力强大的垄断企业势单力薄、举步维艰,可以顺应国际趋势建立反垄断主管机构私人实施协助机制。日本有学者主张,私人诉讼“旨在制裁违法者,并以此给予行政机关无偿协助。从其机能上看,起到了临时替代行政机关履行责任的作用。因此,行政机关应当把对私人诉讼的适当援助理解为是对自己任务的有效履行”。^④1991年日本公正交易委员会作出了新的承诺,即在收到请求时,可以向法院提供案件中收到的相关证据,并就损害赔偿数额提供更精确的建议。反垄断法主管机关对私人诉讼的协助主要但不限于给私人诉讼提供证据的作用。反垄断法主管机关不仅在证据的收集上而且在有关事实的认定上具有优势,可以弥补消费者证据收集与诉讼能力偏弱的不足,并且能够尽量降低由于证据不足带来的败诉风险,对证明被告行为是否违法具有重要作用,我国可以考虑在未来完善实施细则时确立。

本文作者:谭金可是上海财经大学法学院博士生,
国家公派不列颠哥伦比亚大学联合培养博士生;
羊淑青是湖南大学博士生,副教授
责任编辑:赵俊

- ① [美] 理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》(下),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第741页。
② 参见章武生、杨严炎《我国群体诉讼的立法与司法实践》,《法学研究》2007年第2期。
③ [日] 田中英夫、竹内昭夫著《私人在法实现中的作用》,李薇译,法律出版社2006年版,第68、84页。
④ 王玉辉:《日本反垄断法损害赔偿制度探讨》,《现代财经》2005年第7期。

The Dilemma and Breakthrough of Civil Action Brought by Consumers against Monopolization in China

Tan Jinke Yang shuqing

Abstract: It is no doubt that the civil action brought by consumers against monopolization plays an important role in current China. Although the Anti-trust Law has laid a solid foundation for the civil action, it still encounters various difficulties in practice, for China has been putting too much emphasis on the government's force for a long time. Moreover, the regulations about the consumers' plaintiff qualifications in civil action, the system of damage compensation and the procedures of implementation are not reasonable. To breakthrough the dilemma of civil action, it is necessary to coordinate related legal system, relying on series of innovations and improvements such as making plaintiff qualification clearer, improving the regulations of the burden of proof, arranging the court costs properly, developing the damage compensation system, and establishing implement assistance mechanism.

Key words: anti-monopolization; consumer; civil action