

论反垄断法民事诉讼证明责任的分配

——兼评最高人民法院反垄断法司法解释

李国海

【摘要】 反垄断法民事诉讼可以分为损害赔偿诉讼和排除侵害诉讼两种基本类型,有不同的待证明要件。反垄断法民事诉讼在证明责任分配方面应当实行弹性的“谁主张,谁举证”原则,将证明责任适当地转移给被告。反垄断法民事诉讼诸种待证明要件中的大多数应由原告负责证明,但对于违法行为之存在这一构成要件的证明责任,则应在原告与被告之间分配,引入举证责任倒置规则,原告承担提供“表面证据”的义务,由被告承担对应抗辩的证明责任。我国最高人民法院的相关司法解释在反垄断法民事诉讼证明责任分配上显示了减轻原告证明责任的意图,体现了一定的专业性,但也存在保守性和模糊性等不足,有可能对反垄断法民事诉讼实践造成困扰。

【关键词】 反垄断法 民事诉讼 损害赔偿诉讼 排除侵害诉讼

【中图分类号】 D923.8 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2014)01-0084-05

一、反垄断法民事诉讼的待证明要件

(一) 反垄断法损害赔偿之诉的待证明要件

1. 原告具有起诉资格。境外各国(地区)的反垄断法一般均认可与违法行为主体存在竞争关系的经营者在反垄断法损害赔偿诉讼方面的起诉资格。但对于消费者是否具有起诉资格则有不同的做法。美国的司法实践一般不认可消费者在反垄断法损害赔偿上的起诉资格,而日本等大多数国家均允许消费者提起反垄断法损害赔偿之诉。^①

2. 反垄断违法行为之发生。各国(地区)反垄断法规定的垄断与限制竞争行为的种类繁多,并非所有的垄断与限制竞争行为都可以导致反垄断法损害赔偿诉讼。有些垄断与限制竞争行为尽管给他人造成了损害,但如果法律规定不能就该种损害提起损害赔偿诉讼,受害人

仍然不能依据反垄断法获得损害赔偿救济。此外,对于反垄断法上的违法行为,有的适用合理原则,有的适用本身违法原则,对于前者,除了要证明存在各项外显的构成要件外,还要证明该种行为不具有合理性,而对于后者,其证明义务则要单纯一些,无须涉及是否合理的问题。

3. 损害之存在。国外对于反垄断法要发生反垄断法上的损害赔偿,必须是已发生了损害,这种要求是理所当然的事情。境外各种立法虽然没有明文规定,但是这应该是题中应有之义。^② 其中的分歧在于,这种损害是仅限于直接损害还是包括间接损害。在美国,反托拉斯法要求必须是直接损害,日本做法则有所不同,构

^① 参见李国海著《反垄断法实施机制研究》,中国方正出版社2006年版,第216页。

^② 参见李国海著《反垄断法实施机制研究》,第221页。

成反垄断法损害赔偿要件的危害不仅包括直接损害，而且也包括间接损害。^①

4. 因果关系。依一般原则，违法行为与损害之间的因果关系是构成民事责任的必要条件。^② 反垄断法上的损害赔偿的构成也不能例外。日本有学者提出，关于损害赔偿请求权，责任原因和损害之间存在着相应的因果关系，这是作为一般原则被承认的。^③

5. 过错。过错是否作为反垄断法损害赔偿的构成要件，各国做法不同。日本、韩国等国反垄断法规定的是无过错责任，美国在反托拉斯立法上规定损害赔偿时没有提及过错问题，因为美国的主流观点认为，这没有必要，因为反竞争行为几乎完全是故意之行为。^④ 所以在美国反托拉斯法中，过错也不是损害赔偿的构成要件。

在我国，反垄断法关于损害赔偿责任的规定十分简略，对于损害赔偿诉讼的待证明要件语焉不详，最高人民法院的司法解释同样没有明确相关民事诉讼的构成要件，成文规定的模糊性有可能造成法律实施过程中的分歧和不一致，对相关诉讼实践带来不利影响。因此，有必要通过学理探讨予以明确。我们认为，我国反垄断法损害赔偿诉讼的待证明要件应当包括：

(1) 原告具有起诉资格。在确定我国反垄断法损害赔偿诉讼的原告范围的时候，我们应秉持中庸原则，不宜过宽，也不宜限制过严，应包括三大类主体：一是遭受损害的消费者；二是遭受损害的竞争者；三是遭受损害的上下游经营者。(2) 存在违反反垄断法的行为。我国反垄断法规定禁止四大类行为，即垄断协议、滥用市场支配地位、限制竞争的经营者集中以及行政垄断。是否这四种行为都有可能导致反垄断法损害赔偿诉讼呢？答案应该是否定的。根据反垄断法以及最高人民法院的司法解释，我国反垄断法民事诉讼的针对对象只有垄断行为，而行政垄断不属于垄断行为，因此，因行政垄断而受损失的主体不能提起反垄断法损害赔偿诉讼。(3) 损害之存在。根据我国反垄断法的立法精神，我国反垄断法损害赔偿诉讼待证明要件中包含的“损害”应当是直接损失，以财产损失为主，以营业损失为次。(4) 因果关系。我国反垄断法损害赔偿的待证明要件也须包含“因果关系”，在内容把握上应当从严。(5) 过错。我国反垄断法第五十条以及最高人民法院的司法解释都没有为反垄断法损害赔偿诉讼规定过错要件，留下了模糊空间。在这方面我国应借鉴多数国家或地区的做法，在反垄断法损害赔偿方面实行无过错责任原则。

(二) 排除侵害诉讼的待证明要件

所谓排除侵害，就是指法律规定直接对侵害状态或行为予以排除，并赋予违法行为的被害人直接排除的权利。^⑤ 各国反垄断法均规定有排除侵害这种救济手段，

相应地也就有排除侵害诉讼这种诉讼类型。

从针对对象看，反垄断法排除侵害诉讼可以划分为两种具体类型：其一是针对正在持续的行为如价格卡特尔的排除侵害诉讼；其二是针对计划中的未来行为如经营者集中的排除侵害诉讼。这二者的待证明要件基本上是一致的，但也存在一些细微的差别。

1. 原告具有起诉资格。哪些主体能够提起排除侵害之诉，须依法律的规定。考察各国的立法与实践，一般只认可下列三类主体的起诉资格：(1) 消费者；(2) 处于横向竞争关系的经营者；(3) 处于纵向关系的上下游经营者。2. 具有违法性的行为。反垄断法排除侵害诉讼针对的只能是违法行为，这与反垄断法损害赔偿诉讼的要求是一致的。不同的是，排除侵害，在反垄断法上只适用于法律有明文规定之情形，损害赔偿则因不同原因而发生。^⑥ 而且，排除侵害之诉只能针对尚处于持续状态的行为或计划即将进行的行为，而不能针对已经发生且已结束的行为。3. 权益受到侵害或有侵害之虞。反垄断法排除侵害诉讼得以成立的根本性要件是违法行为的侵害性，包括正在造成侵害和有可能造成侵害。侵害包括财产和营业损失，也包括使原告处于严重不利局面，例如市场竞争地位的严重恶化。4. 因果关系。反垄断法排除侵害诉讼也强调因果关系，即原告受侵害性与行为之间的关系。对于针对正在持续的行为的排除侵害诉讼，其因果关系的考察的客观基础较为扎实，而对于那些针对计划中的未来行为的排除侵害诉讼，其因果关系的客观基础相对就要弱一些，在很大程度上依赖于人们的逻辑推理。但不管是何种情形，在考察因果关系的时候，都要以事实和大多数的经验基础为依据，只能认可那些具有直接关联的因果关系。5. 过错。对于反垄断法损害赔偿之诉，各国在是否考虑过错这个要件的问题上存在分歧，与此不同的是，在排除侵害诉讼中，各国的一致立场是，不论侵害有无过失故意或可否归责，均应

① 参见 [日] 实方谦二《东京高裁灯油损害赔偿事件》，《判例评论》278号，第13页。

② 参见余能斌、马俊驹主编《现代民法学》，武汉大学出版社1995年版，第669页。

③ 参见 [日] 田中诚二等著《独占禁止法》，劲草书房1981年版，第951页。

④ See, Richard A. Posner and Frank H. Easterbrook, *Anti-trust Cases, Economic Notes and Other Materials* (2d ed.), 1981, p. 580.

⑤ 参见曾世雄《违反公平交易法之损害赔偿》，(台湾)《政大法学评论》2002年第44期。

⑥ 曾世雄：《违反公平交易法之损害赔偿》，(台湾)《政大法学评论》2002年第44期。

予以排除。^①也就是说,反垄断法排除侵害诉讼不以过错作为其待证明要件。

如前所论,我国反垄断法及最高人民法院的司法解释是认可排除侵害之诉的。但是,对于反垄断法排除侵害诉讼究竟应包含哪些待证明要件,我国反垄断法及最高人民法院的司法解释同时保持了高度模糊。从学理角度解释,我们认为这些待证明要件应包括上述各国(地区)反垄断法通常规定的内容。

二、反垄断法民事诉讼证明责任的分配原则及其具体适用

(一) 反垄断法民事诉讼证明责任的分配原则

我国《民事诉讼法》和最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》明确提出,民事诉讼证明责任分配的基本原则是“谁主张,谁举证”。反垄断法民事诉讼自然应当遵行上述原则。然而,反垄断法民事诉讼毕竟不是普通的民事诉讼,而是具有显著的特殊性。反垄断法民事诉讼至少有以下三点特质影响证明责任的分配,从而对“谁主张,谁举证”的基本原则提出局部修正的要求:

1. 反垄断法民事诉讼的正外部性。反垄断法民事诉讼是反垄断法私人执行的一种方式,其功能是双重的:一方面,具有维护原告自身权益的功能,例如,确保违法行为人赔偿受害人的损失,又如阻止违法行为有可能对原告造成的侵害;另一方面,反垄断法民事诉讼又具有威慑功能,损害赔偿可以产生威慑效果,^②这自不待言,排除侵害其实也具有威慑效果,因为通过它可以阻却正在发生或即将发生的违法行为。反垄断法民事诉讼具有的这种威慑效应与反垄断法公共机构通过适用行政或刑事制裁手段产生的威慑效果在本质上没有多大区别,因此,反垄断法民事诉讼的效用就溢出了私人权益的边界,起到了维护公共利益的作用。

2. 反垄断法民事诉讼当事人举证能力的非均衡性。反垄断法民事诉讼针对的要么是刻意保密的经营者(在垄断协议的场合),要么是具有强大经济力量和市场控制力的经营者(在滥用市场支配地位或经营者集中的场合),原告获取相关证据的能力被极大地压缩,关键证据都掌握在被告自己手里,原告与被告在证明能力的对比上存在显著的非均衡性。反垄断法民事诉讼的此种特质也必然会对“谁主张,谁举证”的基本原则提出局部修正的要求,否则,原告将难以履行证明义务,使得反垄断法民事诉讼的目的落空。

3. 反垄断法民事诉讼的功利主义考量。反垄断法民事诉讼的基础肇因并非是权利之受损害,因为,反垄断法所保护的竞争,或者说市场上参与竞争的经营者或消

费者享有公正自由的竞争的地位,不属于民事权利的范畴。^③因此,反垄断法民事诉讼并不具有一般民事诉讼那样的客观必然性,而是一种功利主义的安排,是为实现反垄断法的根本目标服务的。有两个例子可以有力地证明这一点:一是美国法院不允许实际受损害的消费者提起反托拉斯三倍赔偿诉讼,反而允许那些转嫁了损失的批发商等直接购买者提起诉讼;二是英国自1948年开始就已制定出第一部现代反垄断法,但直到1998年《竞争法》才开始提供反垄断法损害赔偿的可能性,在1998年以前的反垄断立法都没有损害赔偿的空间。反垄断法对于民事诉讼的这种功利主义态度,还表现为某些国家对于反垄断法民事诉讼证明责任的调整上。在美国,反托拉斯法三倍损害赔偿制度曾经一度导致了滥诉的消极后果。^④美国法院为了遏制这种倾向,通过一系列判例大大减少了本身违法原则的适用范围,提高了合理原则的适用频率,加重原告的证明责任。^⑤同时,尽量缩小适格原告的范围,要求原告承担繁重的举证责任。^⑥这些在功利主义基础上进行的举证责任变通对于遏制反托拉斯诉讼泛滥的倾向起到了有效的阻滞作用。无疑,立法者及司法者的功利主义态度对于反垄断法民事诉讼证明责任分配具有巨大的影响,各国(地区)无法共用一种分配原则,单一国家也无法维持一种始终不变的分配原则,增加了反垄断法民事诉讼证明责任分配原则的弹性和变动性。

综合考虑我国民事诉讼法的规定和反垄断法民事诉讼的特质,我们认为,我国反垄断法民事诉讼证明责任的分配原则应该是弹性化的“谁主张,谁举证”原则。

(二) 我国反垄断法民事诉讼证明责任分配原则的具体适用

1. 损害赔偿诉讼中证明责任的分配。在我国现有的损害赔偿诉讼中,原告的证明责任较重,基本上所有的构成要件都由原告负证明责任,只有产品责任导致的损害赔偿诉讼等少数情形例外。例如,因产品缺陷致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任,体现的是“举证责任倒置”规则,实际上也是对“谁主张,谁举证”基本原则的有限修正。考

① 曾世雄:《违反公平交易法之损害赔偿》,(台湾)《政大法学评论》2002年第44期。

② 参见李国海著《反垄断法实施机制研究》,第209页。

③ 参见李国海著《反垄断法实施机制研究》,第240页。

④ 参见李国海著《反垄断法实施机制研究》,第240页。

⑤ 参见王健著《反垄断法的私人执行》,法律出版社2008年版,第82页。

⑥ 参见高非著《论美国反托拉斯法及其域外适用》,中山大学出版社1993年版,第27页。

虑到反垄断法的特殊性，我国反垄断法损害赔偿诉讼显然不能由原告承担全部的证明责任。有学者就提出，要参考产品缺陷侵权的损害赔偿诉讼模式，实行举证责任倒置的规则。^①我们认为这是一个可行的思路。只是，国内已有论述并没有明确提示，哪些要件在何种情形下可以实行举证责任倒置。这有必要加以明确。

在前文提出的我国反垄断法损害赔偿诉讼五项待证明要件中，原告具有起诉资格、损害之存在、因果关系等三项应由原告承担证明责任，过错这一项应被违法行为之存在这一项待证明要件吸收，只要证明了存在违法行为，就应推定存在过错，如此可以减轻原告的证明责任。而对于存在违法行为这一构成要件，究竟是由原告还是被告承担证明责任？我们认为，应将其中的证明责任分配给原告与被告。具体而言，原告负责提供证明被告违法的表面证据，被告承担提供推翻这些表面证据的证明力的责任。一旦原告提出了表面证据，被告就须承担证明自己不存在违法行为或者被指控行为属于正当行为的责任，否则应认定被告从事了违法行为。如何判断原告履行了提供表面证据的义务？应坚持两项标准：第一，原告提供的证据能够证明被告存在违法的可能性；第二，原告已经用尽了同等条件下一般人的证明能力。举例来讲，在价格卡特尔的场合，如果原告提供了数个被告的定价存在高度一致性的证据，就可认定原告提供了表面证据。被告如不能证明这种高度一致性是因为偶然的巧合所致，那么，就应认定被告从事了价格卡特尔行为。又比如，在滥用市场支配地位的场合，如果原告能够提供外围的证据，例如，官方的统计资料或学者的研究成果，证明被告具有市场支配地位，那么，被告要想推翻这些证据的证明力，就必须承担证明自己不具有市场支配地位的责任，否则就应承担不利后果。

2. 排除侵害诉讼中证明责任的分配。在我国已有的诉讼架构中，排除侵害诉讼的证明责任基本上都由原告承担，而且连损害赔偿诉讼的少量例外空间都不存在，显示法律对适用排除侵害诉讼的谨慎态度。在反垄断法中，排除侵害诉讼具有高负面性及辅助性，在证明责任分配上更应持谨慎态度。

前文已述，反垄断法排除侵害诉讼的待证明要件一般有四项，即：（1）原告具有起诉资格；（2）具有违法性的行为；（3）权益受到侵害或有侵害之虞；（4）因果关系。在这四项构成要件中，第（1）、（3）及（4）项应由原告负责证明，第（2）项则应像在反垄断法损害赔偿诉讼中那样，其证明责任由原告和被告分担。不过，考虑到我们对于排除侵害诉讼的谨慎态度，我们应适当加重原告在其中的证明责任，压缩举证责任倒置的适用空间。具体而言，在反垄断法排除侵害诉讼中，在证明存

在违法行为这一构成要件时，原告的证明责任应超过“表面证据”标准，但可以适当弱于“实质证据”标准。

同时，在分配反垄断法排除侵害诉讼的证明责任时，还要区别原告权益已经受到侵害和有可能受到侵害这两种情形，后种情形中原告的证明责任应大于前种情形。尤其是针对经营者集中的排除侵害之诉，更要强调原告的证明责任。法院在审理此类案件的过程中，可以分两阶段处理：当原告提供了“表面证据”证明被告的集中行为有可能违法的时候，法院可以先要求被告“中止”^②集中行为，然后，再由原告提供更多证据，证明被告集中行为的违法性。当原告的证据较为充分地证明被告行为的违法性时，被告应举证抗辩原告的指控，如果被告不能有效抗辩，法院就应发布禁止令。

三、对最高人民法院反垄断法司法解释相关条文的评析

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》涉及到了证明责任的分配问题。该《规定》第七至十条通过明确被告证明责任的方式分配了原告与被告的证明责任。

《规定》第七条规定，“被诉垄断行为属于反垄断法第十三条第一款第（一）项至第（五）项规定的垄断协议的，被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任”。第八条规定，“被诉垄断行为属于反垄断法第十七条第一款规定的滥用市场支配地位的，原告应当对被告在相关市场内具有支配地位和其滥用市场支配地位承担举证责任。被告以其行为具有正当性为由进行抗辩的，应当承担举证责任。”第九条规定，“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。”第十条规定，“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。”上述条文包含了以下几个要点：

第一，《规定》集中关注“违法行为之存在”的证明问题，显示出最高人民法院的一个基本立场：在反垄断法民事诉讼中，应适当减轻原告的证明责任，以激励私人主体提出反垄断法民事诉讼，强化反垄断法的实

① 参见戴宾、兰磊著《反垄断法民事救济制度比较研究》，法律出版社2010年版，第249页。

② 参见[美]基斯·N·希尔顿著《反垄断法：经济学原理和普通法演进》，赵玲译，北京大学出版社2009年版，第45页。

施。在上述四个条文中,都体现了这个基本立场。

第二,《规定》通过加重被告的证明责任来减轻原告的证明责任,事实上局部修正了“谁主张,谁举证”的一般原则,这既符合反垄断法民事诉讼的基本特性,也与世界上大多数国家或地区的实践保持一致。根据该《规定》的内容,无论是在垄断协议的场合,还是在滥用市场支配地位的场合,都只要求原告举证证明被告存在相关行为,体现的是本身违法原则的标准,相关行为是否合理,则由被告举证,这大大减轻了原告的证明责任。

第三,在确定原告的证明责任时,《规定》有保留地采纳了“表面证据”规则。根据《规定》第十条,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。这就是说,原告只要提供“被告对外发布的信息”这样的表面证据,即算履行了相关证明责任,剩余的证明责任就由被告来承担,被告要想推翻这些表面证据的证明力,就必须提供有效证据。我们之所以说《规定》只是有保留地采纳了“表面证据”规则,是因为《规定》以列举的方式严格地划定了“表面证据”的范围,即只有“被告对外发布的信息”这一种。

以上面三点讨论为基础,我们可以看出,在划分反垄断法民事诉讼证明责任方面,《规定》体现出了较高的专业性,值得肯定。然而,当我们以更高标准来衡量时,也不能隐讳《规定》的保守性。

一方面,《规定》在分配证明责任时,原告的证明责任仍显繁重,分给被告的证明责任还不够,可以预

期,证明责任问题仍将成为阻挡原告胜诉的主要因素,我国反垄断法民事诉讼的消极局面仍然不会得以改观。^①

另一方面,《规定》在反垄断法民事诉讼证明责任分配方面存在较高的模糊性。例如,根据《规定》第九条,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。该条规定的本意是好的,目的是为了更方便社会大众对于公用企业等的垄断行为提出诉讼,压制目前肆意横行的公用企业垄断行为。但是,该条规定具有较高的模糊性。第一,“市场结构和竞争状况的具体情况”包含的内容十分广泛,哪些因素可以列入其中,哪些因素不能列入其中?《规定》没有指明,必将给诉讼实践带来分歧和争议;第二,“市场结构和竞争状况的具体情况”究竟应由原告提供,还是由法院主动采集?《规定》也没有明确。如果由原告提供,则达不到减轻原告证明责任的作用;如果由法院主动采集,又有违法院的诉讼中立原则。在这两难困境中,该条规定的积极意义必会大打折扣。

本文作者:法学博士,中南大学法学院教授
责任编辑:赵俊

① 据最高人民法院公布的有关数据,自《反垄断法》实施以来,截至2011年底,我国各级法院受理的反垄断民事案件只有约60余件,原告获得胜诉判决的只有1件。

On Distribution of Proof Responsibility in Civil Litigation of Anti-monopoly Law

—With the Review of Supreme People's Court's Judicial Interpretation of Anti-Monopoly Law

Li Guohai

Abstract: Civil litigation in anti-monopoly law includes two basic types based on different elements of proof, which are litigation of compensation for damages and litigation of exclusion of infringement. Distribution of proof responsibility in civil litigation in anti-monopoly law should adopt the elastic principle of “He who is affirming must prove”, which may shift proof responsibility to the defendant properly. Most of elements are to be proved in civil litigation in anti-monopoly law should be proved by the plaintiff. However, the proof responsibility of the element of violation should be distributed between the plaintiff and the defendant. The reversal of burden of proof rule should be introduced. So the proof of prima facie evidence should be burdened by the plaintiff, and the proof of corresponding defense should be burdened by the defendant. Related judicial interpretations made by the supreme people's court of China stipulate distribution of proof responsibility in civil litigation in anti-monopoly law indicates intention of lessening the proof responsibility of the plaintiff and shows certain professionalism, but the existence of conservativeness and vagueness may bring problems to the practice of civil litigation in anti-monopoly law.

Keywords: Anti-monopoly law; civil litigation; proof responsibility; distribution