

# 我国反垄断民事后继诉讼的现实障碍分析

王月琴

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年2月20日; 录用日期: 2023年3月21日; 发布日期: 2023年3月30日

## 摘要

相对于反垄断民事独立诉讼, 反垄断民事后继诉讼具有证明违法相对容易, 举证责任较轻等相对优势, 能够强化反垄断威慑。在司法实践中, 由于公共执行决定效力不明确、原告难以获得公共执行资料以及高证明标准, 极大地抑制了诉讼积极性, 我国反垄断后继诉讼呈现出数量极少、胜诉率极低、损害赔偿象征性等特点, 使得其诉讼效益完全无法达成, 制度的内生价值证成无法实现。

## 关键词

反垄断, 后继诉讼, 独立诉讼

# Analysis of the Realistic Obstacles of Antitrust Civil Subsequent Litigation in China

Yueqin Wang

School of Law and Politics, Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Feb. 20<sup>th</sup>, 2023; accepted: Mar. 21<sup>st</sup>, 2023; published: Mar. 30<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

In comparison with independent civil antitrust litigation, subsequent litigation of antitrust civil has relative advantages such as relatively easy to prove illegal and lighter burden of proof, which can strengthen antitrust deterrence. However, in judicial practice, the litigation is faced with the obstacles of unclear validity of public enforcement decisions, the difficulty for the plaintiff to obtain public enforcement information, and high standard of proof, which significantly inhibit the plaintiff's enthusiasm for litigation and make China's antitrust subsequent litigation present a mi-

nimal number, shallow success rate and symbolic damages so that the litigation benefits are completely unachievable and the endogenous value of the law system cannot be realized.

## Keywords

Antitrust, Follow-On Action, Stand-Alone Action

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

法律重要的不在于写在纸上,而在于由谁执行[1]。反垄断法作为高级的市场经济之法,其反映了市场经济本身的规律,对于保护竞争,保障市场机制和竞争机制发挥基础的资源配置作用中具有关键作用和重要意义[2]。而反垄断法律制度的健全,不但依赖于法律规则,还依赖于执法机制。有效的执法机制可以保障法律以合理的成本获得合理程度的遵守[3]。反垄断法的执行有公共执行和私人执行之分,公共执行是指由反垄断执法机构作为公共利益的代表,通过行使公权力执行反垄断法;私人执行则是指受限制竞争行为侵害的自然人、法人和其他市场主体向法院提起的反垄断诉讼。反垄断私人诉讼肇始于美国,随着私人诉讼在保护竞争、保障公平的市场条件以及威慑反竞争行为的作用越来越突出,世界各法域逐渐开始重视反垄断私人诉讼制度,并采取了一系列旨在激励反垄断私人诉讼的活动。如欧盟在2014年通过了第2014/104号指令,欧盟成员国将该指令转化为国家法律,以促进反垄断私人索赔的发展,目前欧盟各国基本已经完成对该指令的转化。虽然政府的刑事和民事诉讼对于打击未来的反托拉斯违法行为至关重要,但实际上,确保反托拉斯违法行为受害者获得救济的唯一方法就是通过私人诉讼。自2008年《反垄断法》施行以来,我国反垄断民事诉讼的数量逐步上升,私人执行水平显著提高,人民法院的司法经验也逐渐丰富,如著名的3Q大战、华为诉IDC,逐渐明晰相关市场的界定标准。根据一项统计,2008年至2021年我国反垄断民事诉公开审理共计222件,这其中跟随在反垄断执法机构的处罚决定提起的后继诉讼仅4件,可见反垄断后继诉讼的数量极少,诉讼不活跃,这其中缘由值得探究。

## 2. 反垄断独立诉讼与反垄断后继诉讼

反垄断民事诉讼在具体实践中分为后继诉讼(follow-on action)和独立诉讼(stand-alone action),前者是指“私人当事人借助政府先前的诉讼结果或调查和处理决定来指控被告的反垄断违法行为”[4]。后者则是指未经政府审查或未认定构成垄断行为,私人当事人直接向法院提起的反垄断诉讼。

反垄断独立诉讼赋予了私人当事人无需经反垄断执法机构审查决定自行向法院提起诉讼的权利,这充分保障了受垄断行为侵害的当事人起诉垄断行为的诉权,同时也降低了反垄断民事诉讼的门槛[5],在一定程度上推动了反垄断法的有效实施。后继诉讼依赖于政府的在先执法活动,政府的公共执法活动会释放垄断企业违法的信号,鼓励私人当事人搭乘在先执法决定的便车提起后继诉讼,这样后继诉讼的当事人可以花费更少的时间和资源获得相应的损害赔偿。与独立诉讼主要关注滥用市场支配地位等纵向垄断不同,后继诉讼更多涉及的是对卡特尔的指控,而卡特尔一直以来都是最为隐秘最为严重反竞争行为,相应的,在集体诉讼制度相携之下的后继诉讼对卡特尔的威慑,可谓意义重大。

### 3. 反垄断后继诉讼的相对优势

#### 3.1. 证明违法相对容易

反垄断案件是一类非常特殊的案件，具有高度技术化、专业化、复杂化的特点。单就违法行为的认定而言，就是一件非常困难的事情。如果垄断企业实施的是核心卡特尔行为(Hardcore cartel)，适用本身违法原则(per se rule)，证明垄断协议的存在即可认定违法。即便如此，证明存在垄断协议也并非易事。垄断协议具有极强的隐蔽性，这也是各国陆续引进美国反垄断宽恕制度(leniency program/policy)的主要原因。倘若垄断企业实施的是适用合理原则(rule of reason)的其他排除、限制竞争行为，在反垄断民事诉讼中，证明反竞争行为存在仅是基础，在此之外还需要证明排除限制竞争的效果。比如在滥用市场支配地位的案件中，私人原告首先需要证明被告具有市场支配地位，而市场支配地位的证明不可避免的就涉及到建立数学模型、经济学理论进行分析。实际上，经济分析早已被内化到反垄断法制的运行之中。[6]如此昂贵又耗时的反垄断民事诉讼，很难调动以经济利益为导向的私人当事人的诉讼积极性，各国的司法实践也印证了这一点[7]。为此，各国陆续都确立了反垄断执法机构在先决定对于司法机关的约束力规则。反垄断执法机构作为政府公共执法部门在实施反垄断法中有其独特的优势。在约束力规则之下，虽然私人原告不是信息偏在的一方，但可以通过反垄断执法机构公布的惩罚决定知晓特定企业实施了反竞争行为，在随后提起反垄断民事诉讼中，私人当事人只需要确定他们遭受的损害以及侵权与这种损害之间的因果关系，既不需要进行复杂的经济学分析，也不需要为证明违法行为的存在广泛的收集证据，仅需借助公共执法的调查结果就可以以极低的成本证明违法行为的存在。

#### 3.2. 减轻了举证责任

举证责任之所在败诉之所在，在反垄断民事诉讼中尤其如此。反垄断民事诉讼通常需要调查广泛的事实，相关证据往往不易收集，而原、被告双方的诉讼地位具有天然的不平等性，与私人原告相比处于行业顶端的垄断企业的资源显而易见的丰富的多，只有极为“稀少”的私人原告才有能力耗费时间和成本收集证据。同时，私人原告本身的举证方式就非常匮乏，难以充分获取证据会冻结私人诉讼的增长，是阻碍发展有效的私人执法体制的主要障碍之一。相对来说，后续的损害赔偿诉讼比独立的损害赔偿诉讼要容易得多，这是因为在没有反垄断执法机构先前决定的情况下，独立诉讼的私人原告难以提供最基本的证据来证实其最初的诉讼理由和请求，这样可能会阻碍正式诉讼的开始[8]。与之相反，在先的公共执法行动在其专业且广泛的调查过程中很有可能产生有关因果关系和造成损害的有用证据。一般来说，竞争主管部门的决定通常包括对机构调查的违反竞争法的行为进行广泛而详细的解释[9]。例如，垄断公司的相关信息、市场份额、垄断行为的持续时间、地理范围等，私人原告可以从这些信息中获得对自己举证有利的部分对抗庞大的反竞争企业。诚然，对于私人原告来说，收集证据是昂贵的，如果法律允许其接触到公共执行行动所收集的证据材料和文件材料，那么他就拥有了一条获取证据的捷径，将显著降低其举证负担。而公共执法机关在先惩罚决定的约束力也会降低在诉讼开始时向法院提供证据的成本。

#### 3.3. 强化了反垄断威慑效果

威慑是反垄断最优先、甚至或可能是唯一的目标[10]。而实现威慑的最主要的方式就是罚金，波斯纳也认为财产的惩罚应当是反托拉斯案件中的常态救济。通过罚金，将垄断企业违法行为的社会成本施还给自己本身，从而达到警示目的。考虑到垄断行为的隐蔽性，在风险中性的假设下，恰当的罚金应当用违法行为的社会成本除以查获并处罚的概率来计算[11]。目前大多数国家都是通过公共执行与私人执行共同实现对竞争企业的威慑，在私人执行中，独立诉讼和后续诉讼从不同的角度增强了反垄断法的威慑：独立诉讼有助于发现违法行为，其通过提高反垄断行为的发现概率增强了反垄断法的威慑；后续诉讼一般

都是以集体诉讼的形式提起，因为在先行行政处罚决定带来的在认定违法行为和举证上的优势，使得法院一般不会轻易的驳回后继诉讼私人原告的损害赔偿请求，如此一来，私人原告借助集体诉讼形成更强的诉讼态势，以追求巨额的损害赔偿金，这不可避免的会增加企业违法的成本，从而强化反垄断法的威慑。后继诉讼强化反垄断的威慑也成为了国际共识，如欧洲的主流观点认为公共执法将追究违反竞争法的行为作为首位，而私人执法在紧跟公共执法之后间接赔偿受害者，同时增加了反垄断执行的威慑力<sup>[11]</sup>。

## 4. 我国反垄断后继诉讼典型案例梳理

### 4.1. 武汉汉阳光明贸易有限公司与上海韩泰轮胎垄断协议案

武汉汉阳光明贸易有限公司(以下简称光明公司)与上海韩泰轮胎销售有限公司(以下简称韩泰公司)一案<sup>1</sup>是全国首例同时涉及纵向垄断协议和滥用市场支配地位的垄断纠纷案。一审法院在调取了上述行政处罚案全案证据后做出了与上海物价局不同的判断，在本案所涉及协议即2012、2015年的《特约经销合同书》与上海物价局行政处罚的协议书文本一致的基础上，一审法院部分认定了上海物价局的处罚决定，最终认定本案被告虽然与原告达成了“限定向第三人最低商品价格”的协议，但该协议并不排除、限制竞争，不构成垄断协议。汉阳公司以一审判决与上海物价局的行政处罚决定相悖等理由提起上诉，二审法院上海市高级人民法院在判决书中指出上海市物价局的涉案行政处罚决定根据其涉案证据所作出的对特定商品和相关市场地域范围的界定，与本案证据所证明的事实有所不同，驳回上诉。可以看出，在双方当事人达成的垄断协议文本一致，实施行为一致的基础上，上海物价局与法院作出的决定却大相径庭。行政执法机构与法院的认定决定分歧的主要原因在于二者对于垄断协议与排除、限制竞争的关系认识不一致，究其根本则是因为上海物价局对于纵向垄断协议仍坚持适用“本身违法”的原则，而上海知识产权法院及高院则适用的是“合理”原则。这也体现了《反垄断法》在实施中不确定性，这种不确定性也会在相当程度上阻碍反垄断后继诉讼当事人的积极性。此时，确立“司法尊重行政制度”和“约束力规则”是非常重要的。

### 4.2. 宜宾砖瓦协会与张仁勋垄断纠纷案

本案主要的争议焦点就是作为横向垄断协议的参与者是否有寻求民事损害赔偿的权利。本案一审法院成都市中级人民法院认为<sup>2</sup>在案证据表明张仁勋所代表的高店厂并非自愿加入宜宾砖瓦协会组织的横向垄断协议，且被迫停产，期间获得的停产扶持费远低于其他生产企业因此支持了损害赔偿诉讼请求。然二审法院最高人民法院认为上诉人张仁勋是横向垄断协议参与者和实施者之一，且因参与和实施本案被诉垄断行为在一定期间内获得了垄断利益的分享，其非反垄断法所意图救济的垄断行为受害者。张仁勋所主张的因垄断行为所受损失，实质上是要求强制执行本案横向垄断协议，根据该垄断协议关于垄断利益分配的约定瓜分群体垄断所得。张仁勋作为横向垄断协议的实施者无权依据反垄断法要求该垄断协议的其他实施者赔偿其所谓经济损失。这意味着在我国横向垄断协议的参与方，无论过错程度与否都没有请求垄断损害赔偿的原告资格。

### 4.3. 田军伟诉北京家乐福商业有限公司双井店、雅培公司垄断纠纷案

本案是首例消费者提起的后继诉讼，在经历两次审理后，最终以原告田军伟不能举证证明雅培与家乐福双井店存在垄断协议败诉，在本案中，特别值得关注行政处罚决定的拘束力、原告的举证责任和法院向执法机构收集证据等问题。针对在先的行政处罚决定的效力，一审法院北京知识产权法院认为根据

<sup>1</sup>武汉市汉阳光明贸易有限责任公司与被告上海韩泰轮胎销售有限公司纵向垄断协议、滥用市场支配地位纠纷案，上海市知识产权法院(2016)沪73民初866号民事判决书。

<sup>2</sup>参见最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

最高人民法院《关于适用的解释》第一百一十四条规定，在没有相反证据足以推翻的情况下，在民事诉讼中应当推定《处罚决定书》记载的事项为真实<sup>3</sup>，但是本案中在先的行政处罚决定书中只处罚了上游生产商，并没有具体披露执法调查依据的证据以及下游经销商，无法认定雅培公司与家乐福公司达成并实施了纵向垄断协议。二审法院北京市高级人民法院亦认为仅依据行政处罚决定书不能认定家乐福双井店与雅培公司当然存在纵向垄断协议。

## 5. 我国反垄断后继诉讼现实障碍分析

通过典型案例的梳理可以看出我国反垄断后继诉讼不仅在数量上极少，胜诉率也极低。这主要是囿于行政与司法没有建立起衔接与协调的机制。一方面，反垄断行政执法机构在先的处罚决定效力不明确，司法实践中执法机构与司法机构对于纵向垄断协议适用“本身违法原则”和“合理原则”之间存在着分歧，使得《反垄断法》在后继诉讼中存在诸多的不确定性；另一方面，行政处罚决定书披露的不全面具体，原告、司法机关没有获取行政执法机构调查所获得的相关证据资料和文件资料的渠道，原告在后继诉讼中举证依然艰巨。同时法院坚持高证明标准以及“谁主张谁举证的”举证规则，反垄断后继诉讼的原告没有在后继诉讼中获得太多优惠，集体诉讼制度的缺失使得单个弱势的原告难以撼动垄断企业，诉讼动力不足，这极大的限制了后继诉讼的相对优势的发挥。

### 5.1. 公共执行决定效力不明确

目前我国在公共执行决定效力问题上缺乏相关的法律规定，在司法实践中，法院对于反垄断执法机构作出的行政处罚决定的是否有拘束力，拘束力涵射的范围都是有分歧的。通过典型案例梳理可以看出我国目前司法实践中对于反垄断执法机构的行政处罚决定的效力呈现出两种观点：第一，行政执法处罚决定对于司法机关并无约束力，如在韩泰轮胎案中法院对表述一致的文本，同样的实施行为作出了相左的认定；第二，若无相反证据，应推定为真实。这个观点在“田军伟诉雅培案”和“延安市嘉诚混凝土诉福建三建案”的判决中都有体现。除了考虑司法实践中公共执法决定是否有拘束力之外，拘束力在后继诉讼中所适用范围也值得研究。即反垄断行政执法机构的调查结论和行政决定拘束力对地域、人员的适用范围，这个拘束力是指认定的结论抑或证据和事实或者是兼而有之。从我国目前的司法实践来看，法院并不认可行政执法机构作出的行政处罚决定的原因的证明价值。总的来说，公共执行决定的效力已经成为法院和行政执法机构之间联系和协调的关键问题，且在后继诉讼中承认反垄断执法机构行政决定的拘束力已经成为国际上一项占主导地位的规则和发展趋势<sup>[12]</sup>。我国应当对此问题明确相关法律规定，给予司法实践以正确的指引从而降低法实施过程中的不确定性。

### 5.2. 原告难以获取公共执法的相关资料

竞争案件是特别强调事实的案件<sup>[13]</sup>。通过梳理上述典型案例可以看到我国反垄断后继诉讼的原告十分缺乏举证能力，这个一方面是因为反垄断诉讼中证据和信息存在结构性不对称；另一方面是因为反垄断相关知识的匮乏从而导致的对垄断行为限制和分析过程的不熟悉，从而使得原告收集证据的能力低下<sup>[14]</sup>。在国外，为了提高原告举证能力，减轻其举证负担，很多国家允许法院调取公共执法相关证据和文件，也有一部分国家允许原告获取公共执法的相关资料。如欧盟 2014 年通过的《损害赔偿指令》的第五条就规定，欧盟国内法院有权要求公开证据，欧盟法院可以要求被告、第三人、执法机关提供相关证据。建立这样一个通道的优势就在于可以将公共执法的资源用在私人诉讼上，以增强反垄断案件的确定性。我国目前并没有建立类似的制度通道，但是在韩泰轮胎案中，上海知识产权法院依据有关

<sup>3</sup>参见北京知识产权法院(2014)京知民初字第 146 号民事判决书。

规定调取了在先行政处罚一案的全部证据，并提供给双方当事人，组织质证。这就是法院与行政执法机构协调合作的一个典范，可以弥补私人原告在证据收集上能力上的缺口，为行政与司法的协调提供一些经验和参考。

### 5.3. 高证明标准

通常来说，我国民事诉讼适用高度可能性标准<sup>[15]</sup>。高度可能性标准是指法官虽然还不能完全排除其他可能性，但已经能够得出待证事实十之八九如此的结论<sup>[16]</sup>。我国现行法律并没有对反垄断民事诉讼中证明标准做特殊安排，从司法实践来看，我国法院对反垄断案件仍然适用高度可能性的标准。但是在被告已经被行政执法机关就“同一协议、决议、协同行为”做出违法认定的基础上，仍然适用通用的高证明标准就必然带来原告胜诉率低的结果，难以实现实质正义。反观域外，如美国、英国等反垄断先行国家都采用优势证据标准(balance of probability)，该标准是指存在的可能性大于不存在的可能性时，便达到证据优势的程度<sup>[17]</sup>，质言之，为当待证事实可能性大于 50%就认为证明责任人卸下举证负担。可见举证的难易与否影响着不同证明标准的适用，而合理的证明标准可以平衡双方经济、信息等方面的差距，提高原告的诉讼积极性。显然我国反垄断后继诉讼中的高证明标准已经成为后继诉讼的现实障碍之一。

## 6. 结语

相比于如火如荼的反垄断独立诉讼，我国反垄断后继诉讼制度的发展较为滞后，这主要是囿于我国反垄断行政执法机关与司法机关缺乏有效的衔接机制，公共执行决定的效力不明确使得原告举证负担加重，没有建立起原告获取公共执行的资料的渠道。同时，在原被告市场经济实力相差甚巨的背景下仍坚持高证明标准，在相当程度上降低了原告的诉讼积极性，降低了反垄断后继诉讼的成功率，使得我国反垄断后继诉讼制度优势无法发挥，制度运行不畅，严重阻碍了我国反垄断后继诉讼的快速发展。

## 参考文献

- [1] 列宁. 列宁选集[M]. 第二版, 第 29 卷. 北京: 人民出版社, 1987: 110.
- [2] 王晓晔. 反垄断法[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 40.
- [3] [美]理查德·A.波斯纳. 反托拉斯法[M]. 孙秋宁, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 313.
- [4] 王健. 反垄断法的私人执行[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 48.
- [5] 戴宾. 反垄断私人诉讼制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 56.
- [6] 叶卫平. 反垄断法分析模式的中国选择[J]. 中国社会科学, 2017(3): 96-115.
- [7] Wouter, P.J. (2009) Wils: The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. *World Competition*, 32, 3-26. <https://doi.org/10.54648/WOCO2009002>
- [8] Graells, A.S. (2006) Discovery, Confidentiality and Disclosure of Evidence under the Private Enforcement of EU Antitrust Rules. IE Working Paper Derecho. <https://doi.org/10.2139/ssrn.952504>
- [9] Organization for Economic Co-Operation and Development, Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=En)
- [10] Easterbrook, F.H. (1981) *Predatory Strategies and Counter Strategies*. University of Chicago Press, Chicago, 319. <https://doi.org/10.2307/1599465>
- [11] Peyer, S. (2012) Private Antitrust Litigation in Germany from 2005 to 2007. Empirical Evidence. *Journal of Competition Law & Economics*, 8, 331-359. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs011>
- [12] 吴宏伟, 闫卫军. 论反垄断执法机构的行政决定在反垄断“跟进诉讼”程序中的效力[J]. 上海财经大学学报, 2010(5): 56-60.
- [13] 陈灿祁. 欧盟反垄断民事诉讼中的证据开示研究[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2016, 40(2): 68-72.

- [14] 蒋岩波, 喻玲. 我国反垄断民事诉讼制度面临的挑战及其变革[J]. 江西社会科学, 2011, 31(4): 161-166
- [15] 邵明, 李海尧. 我国民事诉讼多元化证明标准的适用[J]. 法律适用, 2021(11): 13-24.
- [16] 李浩. 民事诉讼证明标准的再思考[J]. 法商研究(中南政法学院学报), 1999(5): 19-21.
- [17] 阎巍. 对我国民事诉讼证明标准的再审视[J]. 人民司法(应用), 2016(31): 90-96.