

# 《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

文 / 朱 理

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》(法释[2012]5号)(以下简称《垄断纠纷司法解释》)经审判委员会第1539次会议讨论通过,已于2012年5月3日公布,自2012年6月1日起施行。该司法解释是最高人民法院在反垄断审判领域出台的第一部司法解释,对于指导人民法院正确适用反垄断法、依法制止垄断行为、保护和促进市场自由竞争及公平竞争具有重要意义。本文拟对《垄断纠纷司法解释》的制定背景、起草的基本原则和精神、主要内容等进行简要介绍,以期对该解释的正确理解和适用有所裨益。

## 一、《垄断纠纷司法解释》的起草背景和过程

反垄断法是制止垄断行为、保护市场竞争和维护市场秩序的基本法律,也是完善市场结构、保障经济安全和确保市场配置资源基础性作用的重要法律,素有“经济宪法”之称。它对于维护经营者、消费者合法权益和社会公共利益,提高企业竞争力和促进社会主义市场经济健康发展,具有极为重要的作用。反垄断法实施以来,反垄断民事诉讼已经成为人民法院的重要审判领域。据统计,自2008年8月1日至2011年底,全国

地方法院共受理垄断民事一审案件61件,审结53件。人民法院通过垄断纠纷民事案件的审理,积累了初步的司法经验。

由于垄断民事案件通常疑难复杂,经济与法律问题相互交织,专业性很强,对企业和行业均有重大影响,而反垄断法的一些规定具有较强的原则性和抽象性,涉及人民法院的操作条款相对比较简单。反垄断民事审判成为人民法院面临的重大挑战之一。正因如此,尽早出台相关司法解释,尽快明确受理和审理垄断民事纠纷案件的规则,为人民法院充分发挥审判职能、正确适用法律提供指引,已经成为一项紧迫的工作任务。为此,最高人民法院早在2009年就正式启动了垄断司法解释的起草工作,历时三年,中间反复修改并多次征求意见。司法解释的起草受到国内外的较多关注,美国政府、美国律师协会、中国欧盟商会、中国日本商会、中国世贸组织研究会竞争政策与法律专业委员会等中外机构提出了修改建议,加上其他机构、团体和个人的意见,汇集的修改意见多达250余条。在综合各方意见的基础上,又经多次讨论修改,形成送审稿,提请最高人民法院审判委员会审议后通过。

回收标的物价款在时空上发生分离,所以出卖人回收价款实际上存在着一定风险。出卖人为规避风险,往往通过增加可解除条件从而强化解除条款以及限制买受人返还款项的权利从而强化扣款条款来最大限度地保障其利益。尤其是在解除合同后的扣款问题上,合同可能约定买受人在合同解除后不得要求偿还已支付的价款。但是,分期付款买卖合同多适用于企业与消费者之间,双方也常常采用出卖人一方提供的格式合同订立,双方在合同中的前述约定未必符合公平、诚实信用原则,如果任其发生作用,不仅会在当事人间造成不公平,而且会因买受人利益过分受损而导致分期付款交易形式的式微从而损妨碍交易进行。为此,《解释》第

39条对合同法第一百六十七条第二款规定的分期付款买卖合同解除后出卖人利益补偿问题的进一步明确和规范。第一,因合同法第一百六十七条第二款已规定出卖人解除合同后可以向买受人要求支付标的物使用费,故本条解释第2款明确该使用费的数额标准,即:双方有约定的,依约定处理;双方无约定的,可以参照当地同类标的物的租金标准确定。第二,对双方约定的扣留已受领价金条款进行公平性审查。即该被扣留的价金数额以标的物使用费和标的物受损赔偿额之和为限,双方约定的扣留数额超出上述限额的,有违公平,对超出部分法院不应支持。

(作者单位:最高人民法院)

## 二、坚持的基本原则

反垄断法实施3年多来,人民法院在反垄断民事审判方面进行了初步的探索和尝试,但是总体说来尚缺乏充足的反垄断司法经验。在起草《垄断纠纷司法解释》的过程中,最高人民法院始终注意坚持以下原则:一是遵循法律规定。垄断民事纠纷案件本质上是民事案件,尽管反垄断法只有第五十条涉及反垄断民事审判,但是我国法律体系中的民事诉讼法、侵权责任法、合同法等法律同样适用于反垄断民事审判,它们构成了《垄断纠纷司法解释》的重要法律依据。当然,在适用和解释这些基本民事司法制度时,应当结合反垄断法的基本规律和理念,考虑垄断民事纠纷案件的特殊性。二是总结司法成熟经验。在起草过程中,除了深入总结反垄断法实施之后适用反垄断法审理的案件之外,对于反垄断法实施之前人民法院依据反不正当竞争法审理的具有垄断性质的纠纷,也进行了大量调查研究,总结了一些较为成熟、认可度较高的司法经验。对于那些争议较大、尚处于探索当中的问题,基本未纳入《垄断纠纷司法解释》。三是从国情和实际出发。既要通过明确规则、便利当事人诉讼来充分发挥反垄断民事司法的功能与优势,提高人们的竞争意识和培育良好的竞争精神,又要避免威慑过度,抑制市场活力,同时还要协调好反垄断行政执法与民事司法之间的关系,保证反垄断法最佳实施效果的实现。四是体现全球视野和国际眼光。在起草过程中,比较借鉴了有关国家和地区较为成熟的反垄断民事司法经验,在此基础上根据我国的立法和国情进行了适当创新。

《垄断纠纷司法解释》建立起了我国反垄断民事诉讼的基本框架和制度设计。但是限于篇幅和条件,《垄断纠纷司法解释》对于许多重要问题尤其是反垄断法实体条文的理解等未作规定。对于《垄断纠纷司法解释》未涉及的问题以及未来可能出现的新情况、新问题,有关法院要根据反垄断法和《垄断纠纷司法解释》的原则和精神积极探索,不断解决新问题和积累新经验,为将来法律的修改和司法解释的制定提供借鉴和参考。

## 三、《垄断纠纷司法解释》的主要内容

《垄断纠纷司法解释》共16条,规定了案件类型、起诉、管辖与审理、举证责任分配、证据与证明、民事责任及诉讼时效等问题,进一步明晰了反垄断法相关规定的具体含义。

### (一)垄断民事纠纷案件的类型与原告资格

《垄断纠纷司法解释》第1条规定了垄断民事纠纷案件的两种基本类型,一是因垄断行为受到损失而引起的诉讼;二是因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而发生争议引起的诉讼。前一种诉讼主要是侵权之诉,原告在此类案件中往往诉请人民法院判令被告停止垄断行为并赔偿损失。后一种诉讼主要是非侵权之诉,其中确认之诉是常见的案件类型。原告在此类案件中通常诉请人民法院确认民事法律行为的效力,例如确认合同或者合同的条款、行业协会的章程等因违反反垄断法而无效。需要注意的是,《垄断纠纷司法解释》第1条对于非侵权之诉的类型保留了一定程度的开放性,非侵权之诉并不限于确认之诉。“因……违反反垄断法而发生争议”这一表述揭示出垄断民事纠纷案件的定性标准:凡是需要以反垄断法为裁判依据的民事纠纷,都属于垄断民事纠纷。

垄断民事纠纷案件原告资格的界定决定着当事人的范围和条件,同时也反映了一国基于具体国情而选择的反垄断司法政策导向。在民事诉讼法上,原告首先要符合民事诉讼原告的一般条件。根据民事诉讼法第一百零八条的规定,原告应与本案有直接利害关系。在垄断民事诉讼中,根据案件类型的不同,原告的资格条件存在差异。在侵权之诉中,垄断民事诉讼的原告资格需要满足更严格的条件。在该类案件中,原告与本案具有利害关系具体体现在其因垄断行为受到损失,原告需要对此提供证据。这里的损失需具备三个条件:一是这种损失应该是实际损失;二是这种损失应该是由垄断行为造成的,即损失与垄断行为之间存在因果关系;三是这种损失必须是反垄断法所意图防止的那种损失,即由垄断行为的违法性所导致的损失。如果某种损害虽然由垄断行为造成,但与垄断行为的违法性无关,那么这种损害不能依据反垄断法得到救济。在非侵权之诉中,垄断民事纠纷案件的原告资格条件要相对宽松一些。在此类案件中,原告通常不需要证明其因垄断行为受到实际损失。

根据反垄断法第五十条的规定,只要因垄断行为受到损失的人,均可以要求垄断行为人承担民事责任。该规定并没有对原告主体资格作出其他限制。在理论上,包括直接和间接受到垄断行为侵害的经营者和消费者都具有原告资格。实际上,间接受害人尤其是间接受害的消费者往往是垄断行为的终极受害者,他们更

易于发现和揭露垄断行为。赋予间接受害人尤其是消费者以原告资格,可以提高垄断行为被揭发的可能性,及时制止垄断行为,同时也使受害人能够最终获得赔偿救济。从国际上看,赋予间接受害人原告资格也为越来越多的国家所采纳。因此,《垄断纠纷司法解释》第1条没有对垄断行为受害人的身份类型作出限制,只要能够证明其因垄断行为受到实际损失,无论直接受害人和间接受害人均可提起诉讼。

## (二) 起诉方式

反垄断法通过第五十条的规定,确立了行政执法和民事诉讼双轨并行的执法体制。两条途径各有特点,相互补充。垄断民事纠纷案件中,原告往往面临取证困难、缺乏必要专业知识等难题。如果涉嫌垄断行为已经反垄断执法机构查处,并认定构成垄断行为,那么允许原告在该处理决定发生法律效力后起诉,更有利于原告维护自身的正当权益并最终获得赔偿救济。为此,《垄断纠纷司法解释》第2条对这种后继诉讼做了明确指引。从国际上看,它是原告提起反垄断民事诉讼的基本方式之一。

对于未经反垄断执法机构查处的行为,原告能否直接向人民法院提起民事诉讼,涉及反垄断民事诉讼是否需要以行政执法程序前置为条件的问题。《垄断纠纷司法解释》第2条特别对此予以明确,原告可以直接向人民法院提起民事诉讼,无需以反垄断执法机构的行政执法为前置条件。这一规定的理由在于:首先,反垄断法第五十条并没有对反垄断民事诉讼规定行政执法前置的条件。我国在反垄断法起草过程中曾规定过行政执法前置程序,但在最终的法律文本中被删除。这说明反垄断法并没有设定行政执法前置程序的立法本意。如果在反垄断民事诉讼中实行政执法程序前置,不仅于法无据,而且会妨碍当事人诉权的正常行使。其次,要求行政执法程序前置将影响垄断行为受害人获得救济。受财政预算和人力资源的限制,反垄断执法机构不可能对所有的垄断行为进行调查。为了有效地发挥执法功能,反垄断执法机构必然将更多的精力投入到那些涉及重大公共利益案件。同时,反垄断执法机构对于被调查的涉嫌垄断行为并非都会作出处理决定。根据反垄断法的规定,反垄断执法机构可以根据经营者的承诺及其履行情况决定终止调查。对于反垄断执法机构不立案调查或者因经营者承诺而终止调查的行为,如果坚持以行政执法

程序前置为民事诉讼的条件,受害人实际上就被剥夺了获得救济的权利和机会。再次,从反垄断民事诉讼的国际发展趋势来看,接受当事人直接向法院提起的诉讼已经成为国际潮流。最后,司法实践中已采取由当事人直接向法院提起诉讼的做法。最高人民法院在《关于认真学习和贯彻〈中华人民共和国反垄断法〉的通知》中也已明确了此种诉讼方式。

## (三) 管辖与审理

集中管辖。垄断民事纠纷案件有其特殊性,主要体现在其高度的专业性、复杂性和较大的影响力。由于反垄断民事诉讼刚刚起步,人民法院对于反垄断民事诉讼的规律和特点认识还不够深刻。因此,由审判力量相对充足、审判经验相对较多的法院集中管辖,更有利于尽快提高审判水平、保证审判质量和统一裁判标准。实际上,最高人民法院早在2008年4月1日起施行的《民事案件案由规定》中,就将垄断纠纷与各种不正当竞争纠纷集中规定,统一纳入了知识产权纠纷范畴。这既明确了由人民法院知识产权审判庭统一负责各类垄断民事纠纷案件的审理,也确定了垄断民事纠纷案件要与知识产权案件一样,实行集中管辖。《垄断纠纷司法解释》遵循这一精神,在第3条第1款中明确规定:“第一审垄断民事纠纷案件,由省、自治区、直辖市人民政府所在地的市、计划单列市中级人民法院以及最高人民法院指定的中级人民法院管辖。”考虑到未来垄断纠纷民事案件可能会有增加的趋势,人民法院对垄断纠纷案件的审判经验和审理水平也将进一步提高,为以后合理规划管辖布局留下空间,参照知识产权案件的管辖模式,《垄断纠纷司法解释》第3条第2款规定,基层人民法院经最高人民法院批准,可以管辖第一审垄断民事纠纷案件。

地域管辖。垄断民事纠纷案件既包括侵权纠纷,也包括合同纠纷等其他纠纷。在确定地域管辖时,根据案件具体情况,依照民事诉讼法及相关司法解释有关侵权纠纷、合同纠纷等的管辖规定确定。如果属于侵权纠纷,应由侵权行为地和被告住所地人民法院管辖;如果属于合同纠纷,则由合同履行地和被告住所地人民法院管辖。

移送管辖。如果案件并非以垄断纠纷立案,那么在立案时就不可能适用垄断纠纷案件的集中管辖。但在审理过程中,当事人可能依据反垄断法提出抗辩或者反诉。例如在合同纠纷中,被告以原告实施了垄断行为为由提出抗辩或者反诉。此时,这种抗辩和反诉直接影响

着合同的效力,如果受理法院以其没有垄断纠纷案件管辖权为由不予受理或者要求当事人另行起诉,可能会造成不同审理法院对于同一合同的效力判断出现冲突,影响司法的权威性和公信力。即使当事人没有提出抗辩或者反诉,人民法院也可能依职权认为案件需要依据反垄断法作出裁判。这就意味着,该案件属于垄断民事纠纷,需要适用垄断民事纠纷案件的管辖制度。如果审理该案的法院本身不具备垄断民事纠纷案件的管辖权,就可能发生移送管辖问题。在决定是否符合移送管辖的条件时,一方面要维护垄断民事纠纷案件的集中管辖制度,另一方面也要防止当事人滥用垄断抗辩或者反诉拖延诉讼。因此,受诉人民法院应该首先对当事人提出的垄断抗辩或者反诉进行审查,看其是否确有证据支持。如果确有证据支持,则应将案件移送有管辖权的人民法院;如果明显缺乏证据支持,则不应移送管辖。

合并审理。垄断行为的受害人可能人数众多,他们可以选择单独诉讼、共同诉讼、代表人诉讼以及法律规定的其他方式提起诉讼。因此,可能出现多个原告针对相同的垄断行为向同一法院分别起诉的情况。在多个被告共同实施垄断行为的情况下,也可能出现多个原告针对同一垄断行为向不同法院分别起诉的情况。为了节省审判资源、提高审理效率和保证裁判结果的统一性,《垄断纠纷司法解释》第6条对此作了如下处理:对于前一种情况,受诉法院可以合并审理;对于后一种情况,后立案的法院在得知有关法院先立案的情况后,应当在七日内裁定将案件移送先立案的法院,受移送的法院可以合并审理。为更有效地实现合并审理,受诉法院需要及时获得关联案件的诉讼信息。为此,第六条还规定了被告的信息披露义务,以便受诉法院及时了解相关信息,做好案件的移送工作。

#### (四)举证责任分配

原告取证难、证明垄断行为难已经成为制约反垄断民事诉讼的瓶颈。如果不在一定程度上缓解这一难题,垄断行为受害人的权益就难以得到有效维护,反垄断民事司法的职能和作用就难以有效发挥。为此,《垄断纠纷司法解释》根据垄断行为的不同类型对举证责任问题进行了规定。

垄断协议案件的举证责任。我国反垄断法区分了两类垄断协议:横向协议和纵向协议。该两种协议对于竞争的可能影响具有较大差异。横向协议是在生产或

者销售过程中处于同一阶段的经营者(即相互处于竞争关系的经营者)之间达成的协议,对竞争的危害程度往往更大。纵向协议是指在生产或者销售过程中处于不同阶段的经营者(即相互之间不具有竞争关系的经营者)之间达成的协议。对于大多数纵向协议,只有在品牌间竞争不充分的情况下才会产生竞争问题。也就是说,只有在供应商层面或购买商层面或这两个层面同时存在特定水平的市场势力的情况下才可能对竞争有消极影响。针对不同类型的垄断协议以及对竞争秩序的影响程度,有的国家或地区在执法实践中形成了两种认定垄断协议的分析方法:本身违法原则和合理分析原则。前者只关注某种行为是否发生,行为本身就必然具有排除或者限制竞争的效果(即具有违法性);后者则要求对行为是否具有排除、限制竞争的效果进行具体分析和评估,考虑协议所涉及的市场具体情况、协议实施前后的市场变化、协议的性质和后果等因素综合确定。只有确认该协议确实具有排除、限制竞争的效果时,才能认定构成垄断协议。本身违法原则并非基于逻辑的必然性,而是基于长期实践观察的结果。所以,适用本身违法原则的垄断行为并不是固定不变的。从美国的反垄断执法经验看,本身违法原则越来越局限于有限的情形,即横向固定价格、划分市场、操纵投标等行为,其他横向协议以及纵向协议则通常适用合理分析原则。

反垄断法第十三条第二款对垄断协议规定了排除、限制竞争的效果条件,该规定不仅适用于横向协议,也适用于纵向协议。根据这一规定,经营者之间的协议是否构成反垄断法所禁止的垄断协议,应当以该协议是否具有排除、限制竞争的效果为根本标准。由此,合理规则成为分析协议、决定或者其他协同行为是否构成垄断协议的唯一方法。根据举证责任分配的一般规则,请求权人应当对其请求权所依据的要件事实承担举证责任;请求权人的对方当事人应当对消除或者妨碍该请求权所依据的要件事实承担举证责任。根据这一规则,垄断协议案件的原告主张损害赔偿请求权的,原则上应当对被诉垄断协议的存在及其具有排除、限制竞争的效果、原告所受损失、被诉垄断协议与所受损失之间的因果关系承担举证责任。被诉垄断协议具有排除、限制竞争的效果的证明是一个复杂的、综合评估的过程,一般遵循如下步骤:原告首先对被诉垄

断协议具有排除、限制竞争的效果提供证据;如果原告达到了证明标准,则转由被告对被诉垄断协议可能具有的促进竞争的效果提供证据;如果被告提供的证据证明了促进竞争的效果,则原告需要进一步证明该垄断协议在总体上是排除或者限制竞争的。这个过程通常伴随着较为全面的调查和复杂的经济分析。

横向协议对于竞争的危害性更大。经过长期的实践观察,有些特定的横向协议已经被证明在通常情况下都会对竞争具有非常明显的消极效果。固定价格、限制产量、划分市场、限制技术、联合抵制等属于此类横向协议。对于上述横向协议,如果仍然坚持上述举证分配规则,会给原告造成过重的举证负担,同时不可避免地会导致司法资源的浪费,不利于及时制止垄断行为。因此,对于该类横向协议,可以根据经验法则,认定其具有排除、限制竞争的效果的事实成立,转由被告对其行为不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。反垄断法第十三条第一款第(一)到(五)项对这类通常对竞争具有排除、限制后果的横向协议作了明确列举。鉴此,《垄断纠纷司法解释》第7条规定,对于上述五种横向协议,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。因此,在这种情况下,原告仅需证明被告实施了特定横向协议即可,由被告对其不构成垄断的抗辩或责任豁免承担举证责任。需要说明的是,除了反垄断法第十三条第一款第(一)至(五)项明文列举的横向协议外,其他横向协议对竞争是否具有消极效果通常是不确定的,需要具体问题具体分析。因此,对于反垄断法第十三条明文列举之外的其他横向协议,原告通常仍需对该协议具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。对于纵向协议,由于其对竞争的影响效果并不确定,原则上仍应适用举证责任分配的一般规则,原告应对该纵向协议具有排除、限制竞争的后果承担举证责任。

滥用市场支配地位案件的举证责任。滥用市场支配地位行为的成立,首先需要证明被告在相关市场内具有支配地位,这同时隐含着需要确定该行为所涉的相关市场。此外,还需要证明该行为属于反垄断法第十七条第一款规定的情形。根据举证责任分配的一般规则,上述举证责任应由原告承担。根据反垄断法第十七条第一款规定的字面表述,如果拘泥于依据要件事实分配举证责任的一般规则,该款规定的正当性理由应由原告负担举证责任。但这样将导致原告举证困难,不

利于原告的权利救济,也不符合反垄断法的立法目的。为此,《垄断司法解释》第8条第2款明确规定,这类正当性理由应由被告提出抗辩并承担举证责任。

在滥用市场支配地位的行为中,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行为具有一定特殊性。公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者所在的市场往往是自然垄断或者市场竞争不充分的市场,市场支配地位常常是自身固有或者依法确立的。基于此类市场主体和市场竞争的特殊性,可以适度减轻原告在证明此类市场主体的市场支配地位方面的举证责任。但是,并非所有的公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者都当然在相关市场内具有支配地位。因此,在认定该类主体是否在相关市场内具有市场支配地位时,既要适当减轻原告的举证责任,又要坚持认定市场支配地位的市场竞争标准。如果通过对市场结构和竞争状况的分析,结合经济学基本经验和常识,明显能够认定该类主体在相关市场内具有支配地位的,则可以认定其具有市场支配地位,不再要求原告承担过重的举证责任。当然,公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者可以提供相反证据推翻这一认定。正是基于这一认识,《垄断司法解释》第8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。”

在证明被告具有市场支配时,原告常常以被告对外发布的信息作为证据。为促进企业行为的诚信和缓解原告证明的困难,《垄断司法解释》第10条特别规定:“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。”在适用该条时,需要注意被告对外发布的信息所涉及的某类产品市场与具体案件中所界定的相关市场的匹配性和关联性。例如,如果根据被告对外发布的信息所涉某类产品市场及其市场份额可以合理确定被告在案件所涉相关市场中的市场份额超过50%,则据此认定被告在相关市场内具有支配地位,被告需要对推翻这一认定提供证据。

#### (五)证据与证明

垄断民事纠纷案件中,当事人提交的证据有时涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者其他依法应当保护的内容,有必要采取有效措施予以保护,防止泄露或者扩散。为此,《垄断纠纷司法解释》总结了多年来人民法院在商业秘密案件审理中的成功经验,规定人民法院可以依职权或者当事人的申请采取不公开开庭、限制或者禁止复制、仅对代理律师展示、责令签署保密承诺书等保护措施。

垄断行为的认定往往需要运用比较复杂的经济学分析,而法官通常并非经济学专家,因此具有经济学等专门知识的专家辅助人在反垄断民事诉讼中发挥着非常重要作用。《垄断纠纷司法解释》对此明确规定,当事人可以向人民法院申请一至二名具有经济学等专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明,以指引当事人在诉讼中积极申请具有经济学专门知识的专家辅助人出庭,为人民法院更清楚地查明案件事实和更准确地认定垄断行为提供帮助。人民法院在审理垄断纠纷时,应当注意发挥专家辅助人的作用。在庭审中,审判人员可对出庭的专家辅助人进行询问,可以允许专家辅助人向对方当事人提问,允许双方当事人的专家辅助人进行对质,还可以允许专家辅助人向作出市场调查或者经济分析报告的专业人员提问,以方便理解和查明专业技术问题。

除了专家辅助人之外,在反垄断民事诉讼中还经常涉及专家意见,其对于解决案件中关键经济学问题亦具有重要作用。《垄断纠纷司法解释》第13条第1款明确规定:“当事人可以向人民法院申请委托专业机构或者专业人员就案件的专门性问题作出市场调查或者经济分析报告。经人民法院同意,双方当事人可以协商确定专业机构或者专业人员;协商不成的,由人民法院指定。”考虑到反垄断民事诉讼中涉及的专家意见尤其是市场调查或者经济分析报告与鉴定结论的性质相类似,《垄断纠纷司法解释》第13条第2款规定,对于此类市场调查或者经济分析报告,可以参照民事诉讼法及相关司法解释有关鉴定结论的规定进行审查判断。在审查判断时,除了参照对鉴定结论审查判断的一般做法外,还要注意结合市场调查或者经济分析报告自身的特点,着重审查如下问题:该报告是否具有充分的事实或者数据基础;是否运用了合理、可靠的市场调查或者经济分析方法;是否考虑了可能改变市场调查或

者经济分析结果的相关事实;专家是否尽到了专业人员所应具有谨慎和勤勉等等。

#### (六)民事责任

责任方式与归责原则。根据反垄断法第五十条的规定,经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,应承担民事责任。该条并没有把垄断行为人的民事责任方式限定为损害赔偿,而是使用了更上位的“民事责任”概念。因此,反垄断法为垄断行为的民事责任留下了很大的选择空间。从本质上讲,垄断行为的民事责任是一种侵权民事责任,其责任承担方式应适用侵权责任法的相关规定。反垄断法第五十条在规定实施垄断行为的经营者的民事责任时,没有规定过错作为承担侵权民事责任的要件。这就意味着,无论垄断行为人是否有过错,只要其垄断行为给他人的合法权益造成了损失,均应承担侵权民事责任。这实际上是一种无过错责任。垄断行为损害赔偿的无过错责任,有助于提高法律的确定性,有助于保障作为强制性公共政策的组成部分的反垄断法得以有效执行。根据这一归责原则,垄断行为受害人只需证明被告实施了垄断行为、受害人受到实际损失、损失和垄断行为之间存在因果关系,就可以获得赔偿救济。《垄断纠纷司法解释》第14条第1款明确了上述三个要件,并根据垄断行为的性质和特点,规定了停止侵害、赔偿损失两种最常见的民事责任方式。

损害赔偿数额的确定。垄断民事纠纷案件审理中,损害赔偿的计算往往比较困难,需要较为复杂的经济分析。在司法实践中,经常采用的计算方法有前后方法、基准方法、市场份额方法、回归分析方法等。前后方法是将垄断行为实施前的价格同垄断行为实施期间的价格进行比较,在其差额的基础上计算损失数额。基准方法是将存在垄断行为的市场上的产品价格与一个不受垄断行为影响的可比市场上的产品价格进行比较,在其差额的基础上计算损失数额。市场份额方法是指以原告在没有受到垄断行为影响的其他可比市场上的市场份额为基础,与其受到垄断行为侵害的市场上的市场份额相比较,以该市场份额的差额计算损失数额。回归分析方法主要用于有多种因素影响市场价格的情况,利用回归分析确定垄断行为对市场价格上涨影响度,以此为基础确定损失数额。上述方法既不相互排斥,也没有优先顺序,需要根据案件具体情况合理选择对案件而言更为适宜的方法。由于经济分析通常比较

复杂,需要耗费较大的诉讼成本,而且经济分析方法并非完全可靠和无懈可击,有时案件证据和相应数据的缺乏导致经济分析缺乏基础。因此,各国在司法实践中还利用其他方法来克服垄断民事纠纷案件损害赔偿计算的难题。例如,有些国家的法律规定,法院可以根据垄断行为的具体情况酌定合理赔偿数额。在审理垄断纠纷案件时,如果原告有证据证明垄断行为已经给其造成实际损失,只是证明该损失的数额较为困难,常规的经济分析方法难以适用的,人民法院可以借鉴知识产权案件法定赔偿的经验,探索垄断行为的酌定赔偿。例如,可以根据已查明的事实,考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素,酌定合理的赔偿数额。当然,在探索酌定赔偿时,应以原告已经证明其受到了实际损失以及损失的证明较为困难为条件,防止滥用酌定赔偿。垄断民事纠纷案件的原告通常需要在调查取证和制止垄断行为方面花费更多时间和金钱,这在一定程度上制约了原告起诉的积极性。为缓解这一问题,借鉴知识产权诉讼的经验,《垄断纠纷司法解释》第14条第2款规定,根据原告的请求,人民法院可以将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计入损失赔偿范围。

法律行为无效。如果一种法律行为违反法律的强制性规定,可能发生该法律行为无效的法律后果。对此,民法通则第五十八条第一款第(五)项、合同法第五十二条第(五)项以及第三百二十九条均有明确规定。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条的规定,合同法第五十二条第(五)项规定的“强制性规定”,是指效力性强制性规定。这一解释将强制性规定区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定。违反效力性强制规定的,合同无效;违反管理性强制规定的,合同未必无效。虽然这一解释针对的是合同这一法律行为,但是这一解释的精神对于合同外的其他法律行为同样适用。除合同这一典型的民事法律行为外,行业协会的章程或者决定亦属法律行为范畴。在传统民法理论上,一般将行业协会的章程和决定称为合同行为(又称协同行为<sup>①</sup>)。行业协会通过其章程或者决定实施垄断行为的现象时有发生,因此其章程或者决定也经常成为垄断民事纠纷案

件的诉争对象。当行业协会的章程和决定违反反垄断法的强制性规定时,同样存在无效问题。认定其无效的依据则是民法通则第五十八条第一款第(五)项等规定。

#### (七)诉讼时效

在垄断民事诉讼中,当事人经常提出的诉讼请求是损害赔偿和停止侵害。诉讼时效的客体是债权请求权,所以只有损害赔偿请求权才适用诉讼时效,停止侵害请求权则不适用诉讼时效的规定。关于诉讼时效的起算,《垄断纠纷司法解释》第16条第1款规定,损害赔偿请求权诉讼时效期间,从原告知道或者应当知道权益受侵害之日起计算。对于持续性的侵权行为导致他人损失的情形,每个单独的损害均应分别计算诉讼时效。因此,《垄断纠纷司法解释》第16条第3款规定,原告起诉时被诉垄断行为已经持续超过二年,被告提出诉讼时效抗辩的,损害赔偿数额应当自原告向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。这一规定延续了最高人民法院对于持续性侵权行为损害赔偿请求权诉讼时效问题的一贯做法,例如《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第23条即有类似规定。

在行政执法与民事诉讼双轨并行的反垄断执法体制下,需要协调行政执法程序对民事诉讼中诉讼时效的影响。特别是,在反垄断执法机构认定被诉垄断行为人为人实施了垄断行为的情况下,需要保证受害人的损害赔偿请求权不至于因罹于诉讼时效而丧失法律强制力的保障。为此,《垄断纠纷司法解释》第16条第2款采取了原告启动行政执法程序将导致其民事诉讼时效中断的方法,并根据行政执法程序的不同结果,规定了诉讼时效重新起算的时点。根据该款规定,原告向反垄断执法机构举报被诉垄断行为的,诉讼时效从其举报之日起中断。反垄断执法机构决定不立案、撤销案件或者决定终止调查的,诉讼时效期间从原告知道或者应当知道不立案、撤销案件或者终止调查之日起重新计算。反垄断执法机构调查后认定构成垄断行为的,诉讼时效期间从原告知道或者应当知道反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定发生法律效力之日起重新计算。

(作者单位:最高人民法院)

<sup>①</sup>这里的合同行为或者协同行为是指多数当事人就同一内容的意思表示达成一致的法律行为,与反垄断法第十三条第二款中的“协同行为”并非同一含义。