

论反垄断法损害赔偿的构成要件

李国海

(中南大学法学院,湖南长沙,410083)

摘要:理论上,反垄断法损害赔偿的构成要件包括反垄断法损害赔偿的请求权人、反垄断违法行为之发生、损害之存在以及过错等;实践中,各国(地区)反垄断法在上述四个方面的具体内容的选择上并非完全一致。同时,反垄断法损害赔偿与民事侵权损害赔偿的构成要件也存在差异,因而不能依据民法主张反垄断法损害赔偿。

关键词:反垄断法;损害赔偿;构成要件;民事损害赔偿;民法

中图分类号:DF41

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2006)02-0182-05

反垄断法损害赔偿的构成要件,是指构成反垄断法上的损害赔偿的必备条件。各国(地区)反垄断法在设立损害赔偿制度的同时,也为反垄断法损害赔偿规定了构成要件。从内容上看,各国(地区)反垄断法所规定的损害赔偿构成要件并非完全一致,同时,反垄断法损害赔偿与民法上的侵权损害赔偿在构成要件上也存在差异。我国正在酝酿制定反垄断法,因此,对反垄断法损害赔偿的构成要件展开研究,对于我国反垄断法相关制度的设计和运用无疑具有重要的借鉴意义。

一、各国(地区)反垄断法损害赔偿构成要件之比较

(一) 反垄断法损害赔偿的请求权人

因反垄断法违法行为受到损害的主体范围是非常广泛的,既可能是与违法者存在竞争关系的同一业务或类似业务的经营者,也可能是与违法者处于上下游经营关系的经营者,还可能是一般消费大众。他们在反垄断法损害赔偿请求权方面的地位较有不同。

一般而言,与违法者存在竞争关系的经营者在反垄断法损害赔偿请求权方面的地位是较为明确的,即各国基本上都承认他们享有请求权。各国在立法上较有分歧,而且在实践中也难以把握的是消费者在损害赔偿构成中的地位问题。在这方面,以

是否承认消费者的请求权为标准,可以将各国的做法分为两类:肯定型和否定型。

(1) 肯定型。在肯定消费者享有反垄断法损害赔偿请求权的国家(地区)当中,日本的做法较为典型。日本的立场并非日本《禁止垄断法》的明文规定,而是通过法院的审判案例表明的。1977年东京高等法院在鹤冈灯油诉讼案件的判决中,已经承认消费者也是《禁止垄断法》第25条规定的损害赔偿请求权人。^①该判决认为:在因不公正的交易方法导致商品零售价格被不当地抬高的情况下,以此抬高的价格购买了商品的消费者应该是受害者,因为如果不是由于这种不公正的交易方法,他们就不会蒙受支付超出自由竞争价格的那部分价格的损失;不能因为此种损害只不过是因不公正的交易方法而形成的事实上的反射性损害,而否认其获得损害赔偿的权利。所以,根据日本《禁止垄断法》第25条的规定,采用不公正的交易方法的事业者需要给予损害赔偿的相对人中,也应该包括上述场合的消费者。

(2) 否定型。某些国家或地区不同意给予消费者反垄断法损害赔偿请求权,例如美国反托拉斯法就是如此。美国对于消费者在反垄断法损害赔偿请求权方面的态度,也不是由法律直接作出规定,而是由法院的审判实践总结出来的。对于消费者的反垄断法损害赔偿请求权,美国适用“直接购买者原则(direct purchaser rule)”加以限制,而该原则又是从法院对“转嫁抗辩”的禁止态度上导出的。

收稿日期:2006-01-09

作者简介:李国海(1969-),男,湖南宁远人,中南大学法学院副教授,法学博士,中国社会科学院法学所博士后研究人员,主要研究方向:竞争法学,经济法基础理论。

所谓“转嫁抗辩”,是指购买商因在价格被固定情况下购买货物,支付超高价格受到损害而提起的三倍损害赔偿诉讼中,被告抗辩说原告没有资格起诉和索偿,因为原告支付超高价格的损失已经转嫁给其客户,因此,原告的财产或企业实际上并没有受到任何损害^{[1](31)}。在1968年 *Hanover Shoe Co. v. United Shoe Mach. Corp.* 一案中,这种“转嫁抗辩”被最高法院驳回。法院的理由是:确切的非法的超高价格本身已经构成了可以起诉的损害,无须考虑购买商的利润是否同时也被降低。^②美国最高法院认为,根据《克莱顿法》第4条的规定,直接的购买商因托拉斯违法行为而遭致支付超高价格的损失时,有资格提起三倍损害赔偿诉讼,这一权利不因被告提出如下抗辩而有所改变:原告并没有受到损害,因为经过一系列的销售环节,原告支付超高价格的损失已经被转嫁给其他客户。

美国法院拒绝“转嫁抗辩”表明,当原告为直接购买者时,从事反竞争行为的被告不得因原告已将其支付的超高价格转嫁于下游厂商或消费者,而主张应将该超高价格剔除于原告之损害赔偿额之外。法院认为,在这种情况下,原告往往会因支付超高价格而损失若干利润,而且终端消费者往往人数众多,而单个消费者的损害却不高,很难由这些单个消费者一一诉请救济。^③

由美国法院拒绝“转嫁抗辩”的态度可以推导出他们坚持“直接购买者原则”的态度,因为这二者在法理上具有相关性:如果原告并非直接购买者,而是消费者,消费者以直接购买者已将超高价格转嫁给自己为由提起三倍损害赔偿诉讼,自然不会受到法院的支持,否则,违法者会因同一行为支付两次损害赔偿。另外,如果要在重重销售环节之中,计算出各环节购买者的个别损害,对于法院来说是无法胜任的艰巨任务,不如专由直接购买者独享全部的损害赔偿请求权,以发挥诉讼诱因。^④所以,在这种情况下,原告不享有请求权是很自然的事。我国台湾地区学者认为,美国的这种损害赔偿立场反映的是以吓阻为目的的公共政策,而不是与之相对应的是矫治正义的法理^[2]。

(二) 反垄断违法行为之发生

反垄断违法行为是指违反反垄断法的行为。反垄断违法行为的发生是构成反垄断法损害赔偿的前提条件。然而,并非所有违反反垄断法的行为所造成的损害都允许请求损害赔偿。什么样的违法行为可以引起损害赔偿,什么样的违法行为不能引起损

害赔偿全由各国(地区)反垄断法立法或执法的选择来决定。

日本《禁止垄断法》规定,要构成反垄断法上的损害赔偿,必须是事业者存在私人垄断、不正当的交易限制及不公正的交易方法中的任意一条。在《禁止垄断法》中,被禁止或限制的行为的范围很广,而导致损害赔偿责任的,则仅限于违反了第3条及第19条。这是因为考虑到对此三种行为的禁止是禁止垄断法的三根柱子,有必要特别抑制防止^{[3](950)}。对于这种违法行为范围的限制,日本法律界一直存在批评,认为它范围太窄,不利于实现对被害者的保护。许多人主张扩展承认损害赔偿请求权的范围。结果,在2000年对《禁止垄断法》的修改中,终于将第6条(国际的协定·契约)和第8条第1项(事业者团体的行为)追加进了第25条的适用范围^[4]。

在美国,可以引起反垄断法损害赔偿的违法行为没有十分具体的限制,但是对可以引起损害赔偿的法律文件的范围进行了限制。众所周知,美国反垄断法采取的是分散立法的模式,法律文件比较多。这些众多的法律文件中并不是所有的都可以引起损害赔偿。美国关于反垄断法损害赔偿的法律规定中,《谢尔曼法》第6条、第7条以及《克莱顿法》第4、第4A条都规定了能够引起损害赔偿的违法行为范围是“因反托拉斯法禁止的事项”,而《克莱顿法》第4C条更是将范围限制在“违反《谢尔曼法》”的范围内。《克莱顿法》第1条对“反托拉斯法”进行了列举式的规定,只列举了包括《谢尔曼法》和《克莱顿法》在内的四种法律,《联邦贸易委员会法》就不包括在内,所以违反《联邦贸易委员会法》的行为是不会引起损害赔偿责任的。

(三) 以因果关系为基础的损害之存在

要构成反垄断法上的损害赔偿,必须是已发生了损害,而且须与反垄断违法行为存在因果关系。这项要求是理所当然的事情。各国(地区)立法虽然没有明文规定,但是这应该是题中应有之义。

哪些损害可以被纳入反垄断法损害赔偿的范围呢?各国(地区)对这个问题的解答也不太一致。

美国法院在处理反托拉斯法损害赔偿案件时要求原告举证,证明自己因他人的反托拉斯违法行为而受到了“财产或营业损害”。所谓“损害”,法规意图是指:①对企业经营带来的损害;以及②对财产的有形或无形的损害。根据《克莱顿法》第4条的规定,损害有以下几种:①利润损失;②商誉损失;③企业被破坏;④经营企业的机会被剥夺。^⑤

对于雇工因丧失被雇佣的机会所受损害能否提起三倍损害赔偿诉讼的问题,法院一般作出否定的回答。因为这种损害不是《克莱顿法》所意指的对财产或营业的损害^[5]。不过,因雇主共谋固定工资而受到损害的个体雇员可以提起集团诉讼,以获得三倍损害赔偿。

在美国除了要求对财产或营业造成损害这条标准以外,还进一步要求这种损害必须是直接损害而不能是间接损害。倘若原告所遭受的损害是间接的,无关紧要的,那么原告也不具有请求权。例如,公司的股东们或债权人因反托拉斯法被违反受到损害,就不能起诉,因为他们的损害是间接的,公司才是直接的受害者。合作联合体、贸易联合体也不是适格的原告,因为损害是由组织的成员承受而不是联合体本身承受。同样的道理,被许可人、被特许权人以及承租人因反托拉斯法被违反遭致损害因而导致其许可人、特许人或出租人(指按百分比收受租金的场合)收益降低的事实也不能使这些许可人、特许人或出租人具备提起损害赔偿之诉的资格^{[1](29)}。

日本做法与美国不同,构成反垄断法损害赔偿要件的损害不仅包括直接损害,也包括间接损害。在东京高等法院灯油损害赔偿事件中,与行为人有间接交易关系的相对人也被认为具有损害赔偿请求权,日本法院认为,即使是受到间接损害也具备日本《禁止垄断法》第25条规定的原告适格性。^⑥造成这种差别的原因可能是因为美国已经规定了三倍损害赔偿制度,形成了较大的诉讼吸引力,为避免滥诉需要设置一些限制,而日本仅规定单倍损害赔偿制度,形成反垄断法上的滥诉的可能性相对较少,所以在原告适格方面的政策可以相对放宽一些。

(四) 过错

过错是否作为反垄断法损害赔偿的构成要件,各国(地区)做法各有不同。归纳起来看,可分为以下3种模式:

(1) 日本模式。日本《禁止垄断法》第25条第2款明确规定,“事业者证明其无故意或过失的,亦不能免除前款规定的责任”。这是通过法律明确规定,反垄断法损害赔偿责任属于无过错责任。

在反垄断法损害赔偿上规定无过错责任的还有韩国等国家。

(2) 美国模式。美国不管是《谢尔曼法》还是《克莱顿法》,在规定损害赔偿时都没有提及过错问题。这不是立法的疏漏,也不是故意将其模糊。美国认为,反竞争行为几乎完全是故意行为,譬如,如

果说卡特尔联合固定价格的协议是在“无故意、无过失、不小心、无意识”的状态下所做的行为,似乎不符合产业经济学的理论与实践,甚至不符合日常经验法则^[2]。所以在美国反托拉斯法中,过错不是损害赔偿的构成要件。

(3) 台湾模式。我国台湾地区《公平交易法》第32条规定,“法院因前条被害人请求,如为故意行为,得依侵害情节,酌定损害额以上之赔偿,但不得超过已证明损害额之三倍。”依该条规定,台湾地区《公平交易法》不是将故意作为反垄断法损害赔偿的构成要件,而是加重条件,也就是说,若无故意情节,则仅能适用单倍损害赔偿,在存在故意的情况下,法院可以根据情节的严重程度在一倍至三倍之间酌情确定赔偿数额。

二、反垄断法损害赔偿与民事侵权损害赔偿构成要件之比较

(一) 反垄断法损害赔偿与民法的关系

损害赔偿责任被认为是民事责任中最重要、最常用和最有效的责任形式^[6]。在民法上,损害赔偿分为违约损害赔偿和侵权损害赔偿,其中后者的重要性似乎更胜于前者。因此,侵权损害赔偿不仅是侵权法的核心,也是民法的重要内容。《德国民法典》第823条、《日本民法典》第709条、第715条以及我国台湾地区“民法”第184条等均属于侵权损害赔偿的典型条款。

当民法中规定有侵权损害赔偿,反垄断法中也规定有损害赔偿的时候,讨论反垄断法损害赔偿与民法的关系就成为一个不能回避的课题。而其中的核心问题是:反垄断法上的损害赔偿与民法上的损害赔偿是否存在同一性?或者说,是否可以将民法的规定作为主张反垄断法损害赔偿的依据?

在日本,对于上述问题的解答一直存在两种不同的观点。一种观点认为,在承认反垄断法上的损害赔偿请求权的范围内,一般民法上的损害赔偿请求权的相关规定就不适用了,也即不能依据《日本民法典》第709条和第715条的规定来主张反垄断法上的损害赔偿。另一种观点则认为,反垄断法上的损害赔偿和民法上的损害赔偿有可能产生请求权的竞合,即因反垄断法违法行为受到损害的受害人既可以依据反垄断法主张损害赔偿,也可以依据《日本民法典》来主张损害赔偿,即构成请求权的竞合。在

受害人既拥有《禁止垄断法》上的损害赔偿请求权又拥有《日本民法典》规定的损害赔偿请求权时,受害人拥有选择权,随着其中一种被选择,另一种就失效。持“竞合说”的学者还认为,日本《禁止垄断法》第25条之所以规定了无过失责任,并不是为了使反垄断法上的损害赔偿与民法上的损害赔偿隔离开来,从而剥夺被害人循一般民法规定主张损害赔偿的权利,而仅仅是为了减轻被害者的举证责任。因此,只要损害的发生满足《日本民法典》第709条及第715条的要求,即使不能满足《禁止垄断法》第25条、第26条第1款的构成要件,受害人都可以行使民法上的侵权损害赔偿请求权^[3](953~954)]。

笔者认为,反垄断法属于经济法,与民法存在有本质的区别。因此,反垄断法上的损害赔偿与民法上的侵权损害赔偿自然不能类同,违反反垄断法同时又构成民法上的侵权行为的场合极少^[7],或者更明确的说,反垄断法损害赔偿不能构成与民法侵权损害赔偿的竞合。原因主要有二:

第一,二者在功能设计上存在本质的区别。民法上的损害赔偿以补偿损失为其基本功能^[8],而在反垄断法损害赔偿中,补偿损失尽管也是其功能之一,但并非其主要功能,反垄断法损害赔偿的主要功能是制造必要的诉讼诱力,吸引私人参与反垄断法的实施^[9]。正因为如此,才使得有的国家的反垄断法并没有规定损害赔偿,有的国家的反垄断法规定有三倍损害赔偿,而有的国家却只规定单倍损害赔偿^[10]。

第二,二者在具体制度设计上也存在显著的区别。损害赔偿制度包含两个问题,其一,是否予以赔偿?其二,如何给予赔偿?^[11]后者属于技术操作的问题,反垄断法与民法的差异相对少一些,而前者所指的乃是损害赔偿的构成要件,对这个问题的解答,反垄断法与民法的差异较为明显。关于这一点,我们在下文接着展开论述。

(二) 反垄断法损害赔偿与民事侵权损害赔偿构成要件之差异

民法上的侵权损害赔偿均由侵权行为所导致,是侵权责任的基本表现。关于侵权责任的构成要件,民法理论界有多种主张,有的主张三要件说,有的主张四要件说。为论述的方便,我们选择一种接近于本文讨论反垄断法损害赔偿时所采用的逻辑模式的主张,即我国台湾学者史尚宽先生主张的三要件说:①须有归责之意思状态;②须有违法性之行为;③须有因果律之损害^[12]。

从构成要件的条目来看,反垄断法损害赔偿与民事侵权损害赔偿大致相同,只是反垄断法损害赔偿须考虑损害赔偿的请求权人,而民事侵权损害赔偿无须考虑这一点。因为,民事侵权损害赔偿的请求权人一般均为实际的受损害人,而反垄断法损害赔偿有时并不一定是实际的受损害人,或者说,并非所有的受损害人都有权主张反垄断法损害赔偿。

在损害赔偿构成要件的各项条目所包含的内容上,反垄断法与民法存在较大的差别。

首先,在归责的意思状态上,反垄断法较民法简单。民法侵权责任包含了过错责任、无过错责任以及公平责任等多种形态,它们对归责的意思状态的要求各不相同。而反垄断法则有所不同,如前所述,各国(地区)反垄断法损害赔偿在对待过错这个构成要件的态度上尽管有所不同,但一旦确定,就会体现到所有反垄断法损害赔偿案件中,不会在该国(地区)内部再表现出变动或差异。

其次,在能引致损害赔偿的违法行为的范围方面,反垄断法有所限制,而民法则没有限制。世界上所有的反垄断法都只规定了某些特殊的违法行为才能引起损害赔偿责任,某些反垄断违法行为的受害人尽管受到财产上的损害,也不能主张损害赔偿。民法与此不同。从理论上讲,一切民事违法行为的受害人都可以主张损害赔偿,至少可以就财产损失主张损害赔偿。

最后,在损害的认定上,反垄断法与民法有所不同。反垄断法上的损害,都是财产或营业上的损失,不包含人身权受到损害的情形。而在民事侵权损害赔偿中,虽然主要也是财产损失,但并不排除人身权受损害的情形。此外,在反垄断法上,虽然最终体现为受害人财产或营业上的损失,但都是因为公正的市场竞争环境遭到损害造成的,属于衍生性的损害。因此,我们可以认定,竞争之遭损害是反垄断法上损害赔偿的肇因,而一般民法上损害赔偿责任乃因民事权利被侵犯而生。因此,在损害形成的基础上,反垄断法与民法也存在明显的区别。

注释:

① 见1977年9月19日东京高等法院第三特别部判决,《判例时报》八六三号第20页。

② See, Julian O. Von Kalinowski (general editor): World Law of Competition, Gordon Kaiser, Vol.1, 3-145.

③ See, Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

④ See, Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392

U.S.481, 491(1968) .

⑤See, Julian O. Von Kalinowski (general editor): World Law of Competition, Gordon Kaiser, Vol.1, 3-144.

⑥参见实方谦二:《东京高裁灯油损害赔偿事件》,《判例评论》,278号,第13页。

参考文献:

- [1] 高菲.论美国反垄断法及其域外适用[M].广州:中山大学出版社,1993.
- [2] 刘绍樑.从意识形态及执行实务看公平交易法[J].政大法学评论,1991,(44):9-52.
- [3] 田中诚二.独占禁止法[M].东京:劲草书房,1981.
- [4] 泉水文雄.禁止垄断法と损害赔偿[J].东京:民商法杂志,2001(4·5):531.
- [5] 菲利普·阿瑞达,路易斯·卡普洛.反垄断法精析:难点与案例[M].北京:中信出版社,2003.
- [6] 王泽鉴.民法学说与判例研究(第1册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [7] 曾世雄.违反公平交易法之损害赔偿[J].政大法学评论,1991,(44):351-359.
- [8] 杨立新.侵权法论[M].吉林:吉林人民出版社,2000.
- [9] E·吉尔霍恩, W·E·科瓦西克.反垄断法律与经济[M].北京:中国人民大学出版社, West Group, 2001. 462-463.
- [10] 李国海.反垄断法损害赔偿制度比较研究[J].法商研究,2004,(6):24-30.
- [11] 王成.侵权损害赔偿的经济分析[M].北京:中国人民大学出版社,2002.
- [12] 史尚宽.债法总论[M].台北:台湾荣泰印书馆,1978.

On indispensable conditions of damage of antimonopoly law

LI Guo-hai

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: In theory, the indispensable conditions of damage of antimonopoly law include: a standing plaintiff, an offence of antimonopoly law, injury to business or property, and faulty. In practice, however, the concrete contents of above four items are not identical in different nations(or districts). Meanwhile, damage of antimonopoly law is also not alike damage of tort law in the indispensable conditions. Thus, victims of offences against antimonopoly law can't claim damage in line with civil law.

Key words: antimonopoly law; damage; indispensable conditions; civil damage; civil law

[编辑:苏慧]