反垄断法草案损害赔偿制度的法经济学分析

李俊峰 张 颖

摘要: 由于没有考虑到垄断侵害、反垄断诉讼与传统民法中的侵权损害、赔偿之诉的重大差异,我国反垄断法草案关于民事赔偿责任的规定缺陷严重,难以实施。法经济学的分析和其他国家与地区的实践均证明,单纯依赖专司机关的行政执法,难以收到理想的反垄断效果。为此,反垄断法应采取惩罚性损害赔偿制度。惩罚的最佳倍率虽难以准确测定,但不妨借鉴美国的三倍损害赔偿立法例,同时根据实践需要,以特别法形式对惩罚性赔偿适用除外的情况作出规定。

关键词: 反垄断法草案 损害赔偿制度 法经济学分析

2006 年 6 月 16 日,国务院签署"国函[2006]53 号"议案,提请全国人民代表大会常务委员会审议《〈中华人民共和国反垄断法(草案)〉的议案》。这个消息确实值得那些为反垄断立法付出不懈努力的学者、官员以及企盼已久的社会公众欢欣鼓舞。反垄断法从着手研究起草至今已有十余年,草案能够克服思想和认识方面的分歧阻力,突破既得利益部门的抵制,获得空前支持实属不易。从目前各界的讨论意见来看,除了对行政垄断规制、反垄断执法机构设置问题尚存争议外,其他内容似已基本取得一致。

但是,本文认为该反垄断法草案关于损害赔偿责任的规定仍然存在根本性缺陷。其缺陷程度之严重,足以让本应兼有公私法性质的反垄断法沦为纯粹的公法,将市场主体参与反垄断法实施的热情化为灰烬。该草案第四十九条规定:"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。"这一规定的关键问题不是立法技术的粗略,而是立法理念上没有认识到垄断损害与传统侵权损害的重大差异,以及这些差异对损害赔偿制度设计的不同客观需求。把传统侵权法中的填平损失原则应用于反垄断损害,其结果是不能对受害人提起赔偿之诉形成足够激励,草案中的损害赔偿责任规定故而不具有现实的可行性。从世界上许多国家或地区的反垄断立法和司法经验教训来看,如果损害赔偿制度不可行,那么整部反垄断法的实施效果都将堪忧。为了避免未来的反垄断法走上有法难依的弯路,我们的当务之急恐怕不是力促其早日出台,而是正视问题,将草案中的民事责任部分修正为惩罚性损害赔偿。

一、垄断损害与传统侵权损害的差异

垄断行为是限制市场竞争的行为,其受害人数众多,损害方式多样,作用机理复杂,损害结果计算难度很大,与传统民法中的侵权损害相比,主要呈现出如下显著差异:

在受害主体数量方面,一般侵权受害人多为数量有限的特定人,垄断损害的受害主体当中有特定人,但主要还是某行业领域中的不特定经营者,以及这些经营者的相关利益人,其数量之庞大则往往难以计算。出现这种状况的原因,是社会经济生活具有普遍而复杂的联系与作用,垄断损害不但直接作用于多个和多种类型的主体,而且通过这些主体像涟漪一样向周围渐次传递,形成损害的"涟漪效应"。因此,垄断损害传导、波及的产品范围、地域范围异常广泛,往往可同时作用于产业链条的上游和下游经营者、消费者,甚至不同产业领域的经营者和消费者。

在赔偿的权利主体方面,依传统侵权法,除基于亲属、抚养等原因的个别例外,仅直接受害人有损害赔偿请求权。但是从反垄断司法实践来看,损害赔偿的诉权主体既包括直接受害人,也包括间接受害

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

人。间接受害人作为原告,其数量通常甚至远远超过直接受害人。以美国为例,其最高法院坚持只有直接受害人方为适格原告。该院在审理 Illinois Brick Co. v. Illinois 案时指出,将"全部求偿权集中于直接买受人之手",会让反垄断法的"执行效率更高",因而间接购入垄断者商品的人不享有损害赔偿请求权。[①]不过,该原告主体规则仅在美国联邦法院得到实施,许多州(如加利福尼亚、威斯康辛、新墨西哥、密歇根、明尼苏达、堪萨斯、南达科他、缅因、伊利诺斯、马里兰、罗得岛、夏威夷岛等)和哥伦比亚特区自行制定的反垄断法则明确规定,当地法院审理垄断损害赔偿之诉时,原告不以直接受害人为限;还有一些州(如北卡罗来纳、田纳西、密西西比等)通过解释其在 Illinois Brick 案以前审结的判例和消费者保护法,也同样赋予间接受害人以诉权。尽管这些地方法院适用的诉权主体规则与 Illinois Brick 案相抵触,但是美国最高法院并未认定地方法院的判决有违先例,而是在 California v. ARC America Corp. 案[②]里承认,各州有权根据其地方法律,在原告资格问题上适用与最高法院不同的标准。于是,垄断损害赔偿的权利主体判定规则在美国呈双轨制特征,直接受害人和间接受害人只要选择恰当的管辖法院,都有权提起赔偿之诉。

在损失计算方面,一般侵权案件通常较为简单,法官听取当事人的陈述后以算术处理即可;但是在计算垄断损失时,由于"市场变幻莫测,通常无法确切知晓原告在不受垄断行为影响下的状态",所以原告在举证证明自己受到的垄断损失时相当困难,法院在认定损失额的时候也不得不"接受某种程度的不确定性"[③]。从国外反垄断司法实践来看,损失计算方法概言之有四,即"标尺比较法(Yardstick Method)","前后比较法(Before - and - After Method)","市场份额法(Market - Share Method)"和"持续经营法(Going - Concern Method)"。其中,"标尺比较法"的基本思路是,找到一个与垄断受害人自身状况和所处市场环境相似、但没有受到垄断行为影响的人,以此人作为"标尺",将垄断受害人在侵害期间的经济状况与"标尺"在同一期间的经济状况相衡量,就可以得知受害人的损失大小;"前后比较法"的原理,是把原告在垄断侵害实施之前或结束之后的经济状况,与受到侵害期间的经济状况相对比,以证明如果没有受到侵害,其在侵害发生期间将会处于何种经济状况,并将两种状况之间的差额作为垄断损失;"市场份额法"是根据被告因垄断侵害而丧失的市场份额计算损失金额的一种方法,即:首先把原告减少的市场份额换算成相应减少的产品销量,然后按照单位产品的利润率计算出损失的利润总额;"持续经营法"是在原告被垄断行为 彻底逐出市场或终止营业的情况下计算损失的方法。在间接受害人提起的垄断赔偿之诉中,要考虑到善意的中间买受人[④]将垄断损害传递给间接买受人的情况,所以此类损失的证明,必然比直接买受人提起的诉讼更为复杂、困难。上述的垄断损失计算过程,无一例外须借助数学模型的复杂运算和经济学专家的证人证言,对审查损失证明过程的法官来说,仅有我国传统法学教育的知识背景已远远不足敷用。

上述分析说明,无论作为事实问题,还是作为法律问题,垄断损害与传统侵权损害之间的差异都非常显著。这些差异导致了三个"稀少":第一,受害人在垄断损害赔偿之诉中举证证明的难度远高于一般侵权损害赔偿之诉,胜诉的希望更加渺茫,所以具有起诉意愿的受害人稀少;第二,垄断损害赔偿之诉的开销(诉讼费、专家证人费、律师费等)远高于一般侵权损害赔偿之诉,所以具备起诉财力的受害人稀少;第三,上述两个"稀少"的彼此迭加,使得实际被追究垄断损害赔偿责任的人稀少。上述三个"稀少"是一切国家和地区的反垄断法都面临的困局,要破解它,就必须关注赔偿之诉的成本收益问题,使制度设计能够让受害人基于理性判断,认为有足够的激励去起诉垄断者,使经营者基于理性判断,认为有足够的激励去遵守反垄断法。

二、反垄断法草案对相关主体成本收益与激励的影响

如前所述,只有通过异常复杂的数据收集、处理和经济学分析,才能对损害赔偿之诉作出判定。然而,与无限复杂多样的反垄断案情相配比的,是十分有限的司法资源、法官素质和司法成本。司法对象的复杂性与司法能力的有限性之间的矛盾,是反垄断司法永恒的基本矛盾,反垄断立法的科学性,也必须经由基本矛盾的检验与证明。为了审视反垄断草案解决这一基本矛盾的功效,我们借助简化的法经济学的分析模型,来比较一下垄断行为受害人、反垄断法行政机关、垄断行为人三者的成本收益与激励,看他们在反垄断法草案规定的条件下,各自将会作出何种行为决策。

(一)垄断受害人的诉讼成本、收益与激励

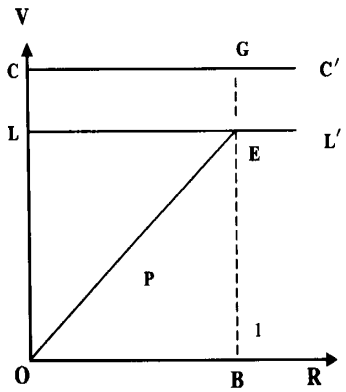
民事诉讼几乎是受到垄断行为损害的主体获得

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

损害赔偿的唯一途径。提起反垄断民事诉讼的成本,可以分为现实的成本 C_1 和潜在的成本 C_2。C_1 包括诉讼费、律师费、调查取证费用、专家证人费用等有形的财产付出;C_2 包括因起诉而可能蒙受的损失,例如,零售商起诉批发商实施垄断行为,就面临着批发商中断供货导致利润减少的机会成本,甚至还可能面临同业经营者连手抵制的压力。上述这两项成本相加的和 $C = C_1 + C_2$ 就是全部预期成本,一般而言,该成本之高昂已几近天文数字。⑤我国未来的反垄断民事赔偿诉讼成本虽然可能远低于美国,但反垄断案件本身的复杂性决定了诉讼成本必然居高不下,足以令受害人望而生畏。

按照反垄断法草案的规定,受害人提起赔偿之诉的收益以其所受损失为限。但是,由于反垄断案件的举证证明相当困难,真正的受害人败诉的可能性较大,所以受害人胜诉的概率 R 远远小于 1。设垄断造成的实际损失是 L,那么受害人通过诉讼可获得的预期收益 $P = L \cdot R$。现在来计算受害人起诉的预期净收益 P_n。预期净收益是预期收益与预期成本的差额,即:$P_n = P - C$。当 $L \cdot R > C_1 + C_2$ 时,受害人的预期净收益大于零,所以有提起诉讼的激励;当 $L \cdot R = C_1 + C_2$ 时,受害人的预期净收益等于零,是边际预期净收益;当 $L \cdot R < C_1 + C_2$ 时,受害人预期净收益小于零,不具有提起诉讼的激励。

下面按照预期成本 C 与实际损失 L 的大小关系,分别结合图 1、图 2 进行讨论。



说明:横坐标 R 为受害人胜诉概率,纵坐标 V 为金额,P 线代表预期收益,CC 线代表受害人的预期成本,LL 线代表受害人的实际损失。在给定的案件中,C 和 L 的值可视为常数,所以 CC 和 LL 呈水平直线状。

图 1

第一种情况是 C > L(如图 1 所示),即对于受害人而言,其预期诉讼成本大于实际损失。在这种情况下,当胜诉概率在 0(必定败诉)和 1(必定胜诉)之间移动时,P_n 总是在 OEGC 围成的区域内,其值恒为负数。这说明,在这种情况下,理性的受害人不会提起赔偿诉讼,垄断行为人不必承担任何赔偿责任,反垄断法关于赔偿责任的规定不可能得到实施。

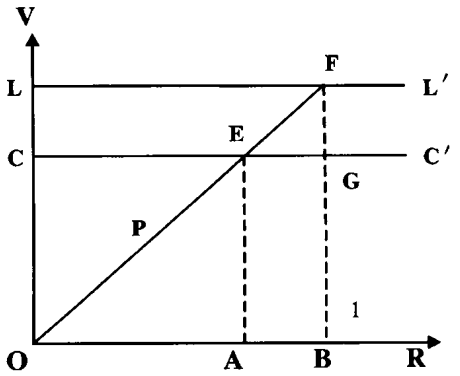


图 2

第二种情况是 C < L(如图 2 所示),即对于受害人而言,其预期诉讼成本小于实际损失。在这种情况下,当胜诉概率在 0(必定败诉)和 A = C/L 之间移动时,P_n 在 OEC 围成的三角区域内,其值为负数,此时,理性的受害人不会提起赔偿诉讼,垄断行为人不必承担任何赔偿责任,反垄断法关于赔偿责任的规定仍然得不到实施;当胜诉概率在 A 和 1(必定胜诉)之间移动时,P_n 在 EGF 围成的三角区域内,其值为正数,此时,理性的受害人才会提起赔偿诉讼,垄断行为人才会因此承担赔偿责任。

上述分析表明,反垄断法草案中规定的赔偿责任制度欲落实于司法实践,必须满足两个基本前提:首先,受害人的预期成本小于实际损失;其次,受害人胜诉的概率大于预期成本与实际损失的商。然而如前所述,诉讼成本高、胜诉概率小是反垄断案件的特点,又由于受害人众多,摊平到每一名原告身上的实际损失通常小于其诉讼成本,因此受害人缺乏起诉激励,宁愿自行承担垄断损失也不愿提起反垄断民事诉讼,反垄断法草案关于民事责任的规定极有可能沦为立法者一厢情愿的摆设。

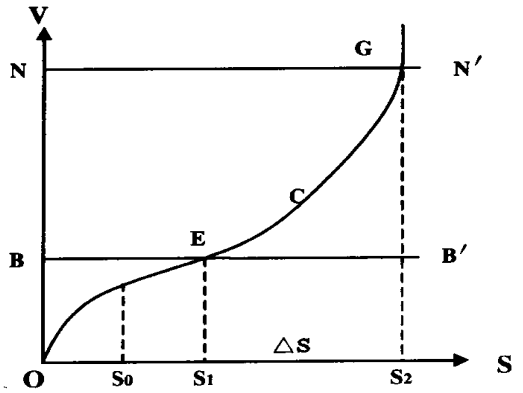
(二)反垄断专司机关的执法成本、收益与激励

如果反垄断专司机关的执法活动能够充分发挥抑制垄断行为发生的作用,那么民事责任制度是否可行倒并不重要。但是,下面的法经济学分析说明,若单一依赖行政执法,反垄断法的实施效果将令人堪忧(见图 3)。

专司机关执行反垄断法最大的局限性,在于其人力资源有限、办案经费受到财政预算的约束。现在假设其工作人员数量不变,年度预算为 B,每办理一起反垄断案件的执法成本为 C_a,那么其一年最多能够办理的案件数量是 $S_1 = B/C_a$。但是,如果实际存在垄断案件数量 $S_2 > S_1$,则每年将有 $\Delta S = S_2 - S_1$

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

起案件因为超出预算和人力所能及而得不到查处。如果想减少逍遥法外的案件数量 ΔS,则必须将预算线 BB 向上平移,直至 N 点,但是聪明的垄断违法者会让 S_2 增加的速度远远超过预算提高的幅度,在这场猫追老鼠的游戏里,猫是注定的输家。这一分析结果表明,在民事责任制度欠缺、单一依赖行政执法的情况下,垄断违法者会受到反向激励,通过大量实施违法行为,增加逃脱法律责任的概率,从而获得更多的垄断利益。



说明:横坐标 S 为垄断案件的数量,纵坐标 V 为执法机关的年度预算金额,C 线代表执法机关的预算开支与办案数量的函数关系,S_1 代表执法机关每年最多查办的案件数量,S_2 代表每年实际发生的垄断案件数量,$\Delta S = S_2 - S_1$ 代表逍遥法外的案件数量。

图 3

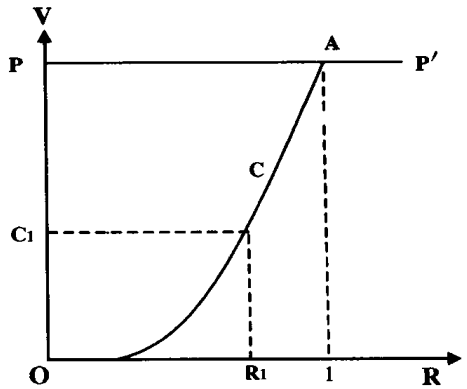
实际情况可能比上面的分析还要糟糕。从公共选择理论的角度来看,作为具体负责执法的人员也是追求自身利益最大化的理性人。因此,执法人员完全有可能收受垄断违法者的贿赂,若这一收益大于受贿被发现的概率乘以成本,那么执法人员会把查办案件的数量蓄意降至低于 S_1 的某个数值 S_0。

此外,如果执法机关有执法偏好,对某些类型的案件缺乏执法热情,那么这种选择性的执法活动可能会背离市场经济良性发展的需要,并且难以由市场自发力量矫正。

所以,把反垄断法视为一部公法,或者主要是一部公法,对反垄断法的实施来说是十分危险的事情。这不但是理论分析的结果,而且已被实践所证明。例如,日本禁止垄断法的规定不可谓不完整、不可谓不严厉,但是由于几乎全部依赖公平交易委员会的执法活动,该法的实施状况很不理想。有人因此戏称日本的反垄断法"本身长满牙齿,而问题是它所指定的执行机构已被训练得不能咬人",违法者也不在意委员会的意见,以致于"一只从来不叫也不咬人的看门狗"就成为常被日本国内外引用来嘲讽日本公平交易委员会的一个短语。

(三)垄断行为人的违法成本、收益与激励

上面"垄断受害人的诉讼成本、收益与激励"部分的分析表明,在反垄断法草案的规定下,受害人缺乏通过诉讼获得赔偿的激励,因此垄断行为人承担民事责任的可能性微乎其微,即违法的民事成本 C 很小。其实,即便受害人提起反垄断诉讼,违法者的民事成本也仍然小于违法收益,违法的预期净收益为正值,仍然存在违法的激励。具体分析如图 4 所示。



说明:横坐标 R 为垄断者在民事赔偿诉讼中败诉的概率,纵坐标 V 为违法者的违法收益或成本的金额,C 线代表民事赔偿金额与违法者败诉概率的函数关系,P 是违法者的垄断收益。

图 4

在反垄断法草案的民事责任制度下,假定违法者从违法行为中得到的收益是 P,在面对受害人提起的民事赔偿诉讼时,违法者败诉的概率是 $R_1(R_1 \leq 1)$,因败诉支付赔偿的金额为 C_1,那么 $C_1 \cdot R_1 \leq P$,违法者的预期净收益 $P_n = P - C_1 \cdot R_1 \geq 0$。这说明,按照反垄断法草案的规定,即便每一名垄断受害人都提起民事赔偿诉讼,违法者也仍然可以获得违法净收益,仍然有继续违法的激励。考虑到反垄断案件的复杂性和原告败诉的较高可能性,上述违法激励可能非常大。

关于垄断违法者面对行政执法时的反向激励问题,上面"反垄断专司机关的执法成本、收益与激励"部分已经涉及,此处不再赘述。由此可见,如果按照反垄断法草案中民事赔偿制度,那么无论是面对行政执法还是民事诉讼,垄断者都有违法激励。

总之,根据以上的法经济学分析和实践中的经验教训,至少可以得出这样三个结论:第一,把传统民事赔偿制度原封不动地移植于反垄断法当中,实际上不具有可行性;第二,单一依赖专司机关查办反垄断案件,会对违法者形成反向激励,使垄断行为有变本加厉的失控趋势;第三,必须保障反垄断法具有私法的属性,必须从调整有关法律主体的预期激励

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

出发对反垄断法草案的民事责任制度设计作出修正。

三、反垄断民事赔偿制度的待选方案

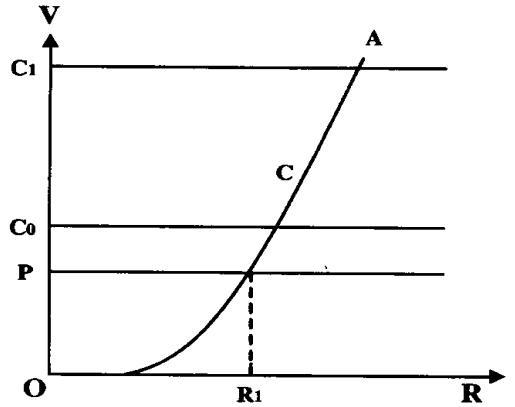
反垄断案件的自身特点决定了在多数情况下,司法机关和私人原告很难或者需要支出高昂的成本,才能查证垄断违法行为。因此,无论是借助私人诉讼,还是公共执法,能够予以制裁的只是难以计量的垄断行为中的一小部分,垄断违法者实际受到制裁的风险较小。因此,除非他们被查获时支付的成本高于其违法行为的边际收益,他们会继续频繁地从事垄断行为。假定违法者从事危害行为被查获的概率是特定的,那么他们就能够从大量从事危害的行为当中获益。如果想提高查获概率,则执法机关或私人原告须支出更大的成本。实施法律的成本有限性与违法数量的无限性之间的矛盾由此又可见一斑。那么,如何解决这一矛盾呢?

(一)惩罚性赔偿制度:法经济学分析的启示

根据反垄断执法经济学的分析,如果将违法行为被查获的概率预设为一个较小的数值,并同时提高损害赔偿或罚款的金额,使该金额高于违法者的平均净收益,那就可能以较低的司法成本,通过查获和制裁较少的违法行为,实现整体抑制违法者或潜在违法者的目的。

如图5所示,设违法者的垄断收益是P,被查处的概率是R_1,R_1远小于1。如果反垄断法规定违法者向胜诉的受害人支付的赔偿金C不再是受害人的实际损失C_0,而是C_1,即:$C = C_1 = k \cdot C_0$,其中k为系数。当$C \cdot R_1 = P$时,违法者的预期违法净收益$P_n = P - C \cdot R_1 = P - P = 0$。这说明,这种情况下的违法成本等于违法收益,已经不再构成对违法者的反向激励。此时,$k = P/(R_1 \cdot C_0)$。考虑到P是违法者侵害所有受害人得到的收益,C_0只是一个或一部分提起诉讼的受害人的损失,故通常可以认为$P > C_0$,又由于$R_1 < 1$,所以$k > 1$,从中我们引申出本文最重要的一个结论:$C_1 > C_0$,即垄断行为人承担民事责任的赔偿金额应大于受害人的实际损失金额。

$C_1 > C_0$这一结论之所以重要,是因为它昭示:当有限的司法成本不足以制裁所有违法者的时候,为了把违法者的预期违法收益降低为零,必须要求被查实的违法者向提起诉讼的受害人支付赔偿金,该赔偿金的数额不是受害人实际损失,而是高于实际损失。也就是说,应要求败诉的垄断者向原告支付惩罚性赔偿金,反垄断法应当实施惩罚性民事赔偿责任制度。



说明:横坐标R为垄断者在民事赔偿诉讼中败诉的概率,纵坐标V为违法者的违法收益或成本的金额,C线代表民事赔偿金额与违法者败诉概率的函数关系,P是违法者的预期垄断收益,C_0是受害人的实际损失,C_1是违法者向受害人支付的赔偿金额。

图5

(二)反垄断民事赔偿制度的立法例评述

上述法经济学分析得出的结果,为在反垄断法中采用惩罚性民事赔偿制度提供了坚实的支撑和合理性的解释。其实,在法经济学诞生之前,惩罚性赔偿早已在立法实践中得以运用。从世界范围的反垄断法来看,惩罚性民事赔偿责任的立法例主要有两种,即三倍损害赔偿、三倍以下酌定损害赔偿。此外,还有一种侵害利益赔偿制度,在某些情况下也可以划入惩罚性赔偿之列。

1. 三倍损害赔偿的立法例

最典型的三倍赔偿规定可见于美国的《谢尔曼法》第7条和《克莱顿法》第4条,这两条规定,"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三倍赔偿及诉讼费和合理的律师费。"美国各州的反垄断法中也都有与该条极为类似的三倍赔偿规定。

有人认为,这一规定实际上是对1623年英国《独占法》的效仿。现已废止的《独占法》堪称是世界上首部禁止独占行为的制定法,其第四条规定:任何人"如因任何形式的独占行为,受到妨碍、损害、烦乱、干扰,或者其动产被以任何形式占有、扣押、取得、取走、扣留……则该人有权获得三倍于其所受损害的赔偿。"正是此处规定的三倍赔偿计算方式,为日后美国的《谢尔曼法》提供了蓝本。而有的学者指出,从现有的史料来看,谢尔曼参议员起草的法律草案中关于损害赔偿的规定最初是双倍赔偿,司法委员会后将其修正为今天我们看到的三倍赔偿。

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

美国判例法和多数英美法学者认为,美国反垄断法中三倍损害赔偿的功能概言之有二:一曰补偿,一曰威慑。其中,补偿功能与罗马法中所谓侵权人对受害人利益之填补、补偿的含义相同,此处不再赘述。值得特别关注的,是三倍赔偿的威慑功能,即:使潜在的违法者惮于不法行为败露的可能性和招致的不利后果,从而自我抑制不从事违法行为的作用。三倍损害赔偿的威慑功能在反垄断法中被认为极其重要。芝加哥学派领军人物、法经济学和反垄断法著名学者波斯纳认为,反垄断法救济制度的主要目的就在于威慑违法行为。同属芝加哥学派的法官伊斯特布鲁克更是主张,"威慑是反垄断法最优先、甚或可能是唯一的目标"⑥。

虽然赞同三倍损害赔偿者认为,三倍损害赔偿既可补偿受害人,惩戒违法者,又可激励受害人调查、揭露、反击和制止反垄断法的违法行为,形成有力的威慑,是一种不错的立法选择,但是,对三倍损害赔偿持异议的学者也大有人在。批评者认为,三倍损害赔偿最大的弊端,是其可能导致"威慑过度"和"执法过度"的不良后果。其中,"威慑过度"是指法律制裁的力度与违法行为的恶性不成比例,不但使个案中的被告承担了不公平的法律责任,而且产生被告"基于避免负担不成比例制裁所生成本的考量下,预先放弃对社会整体净福利效果而理应为反托拉斯法所鼓励之竞争行为之负面效果",致使当事人采取过度的违法预防措施,出现资源配置效率降低的现象;"执法过度"是指在三倍损害赔偿的激励下,反垄断法私人原告起诉的案件数量过多、过快增长,以致形成滥诉、缠诉,使法院系统和被告疲于应对,不堪诉累。

上述批评意见不能说没有道理,但是对三倍赔偿持支持态度的学者,从实证和理论两个角度提出了针锋相对的反驳。他们认为,由于货币价值随时间的变化、社会福利的损失、诉讼成本、对国家税收的影响没有计算在损害范围之内,所以,尽管三倍损害赔偿表面上是超额赔偿,但其实并不足以弥补违法行为造成的实际损害,在有的案件当中,甚至会出现名义上的三倍赔偿金额仅仅相当于单倍的实际损害的情况。此外,学者们还提出了完善三倍赔偿制度配套机制、避免"威慑过度"和"执法过度"的方法,即:调整原告适格条件、举证责任分配和证明标准等,增加私人原告起诉和胜诉的难度,从而调整三倍赔偿的威慑力度使之与资源最佳配置效率相适应。

2. 三倍以下酌定损害赔偿的立法例

三倍以下酌定损害赔偿立法例可见于我国台湾地区《公平交易法》第32条第1款,该款规定:"法院因前条被害人之请求,如为事业之故意行为,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。"由此可见,《公平交易法》对违法行为系出于故意者,赋予法官酌情裁量惩罚性赔偿金额的权力,但是赔偿金额最高幅度不得高于损害额的三倍。

酌定损害赔偿制度的设计初衷,是在加重垄断违法责任的同时,避免强制性赔偿倍率规定使个案中的被告承担过重责任。因此,该制度似应兼有补偿受害人、威慑违法者的功能,其威慑程度也理应较为适宜。但是,细察之下就会发现,我国台湾地区法中三倍以下酌定损害赔偿的弊端十分显著。理由如下:

首先,法官行使自由裁量权的时候,关注的重点在于实现个案中被告加重责任的适度,而非对其他违法者威慑力的适度,与垄断损害赔偿制度的威慑功能似有偏离;其次,对垄断损害赔偿案件进行公正客观的酌定审理,不但要求法官具有较高的法学、经济学素养,以及对个案复杂事实的分析把握能力,理论上还要求法官对此类案件的整体发现概率、损害后果有准确的了解,才能使酌定的赔偿额度既实现个案公正,又发挥适当的威慑功能。但是,可以毫不夸张地说,迄今为止,几乎所有的法官都还欠缺这种司法能力,而且人们对垄断行为的研究,也还远远不能为法官提供足够的酌定依据和理论支持;再者,由于垄断、相关市场、垄断损害后果难以定义和确认,反垄断法本身就有严重的不确定性,现在如果再迭加上损害赔偿金额的不确定性,就等于为已经面临重重法律障碍的原告又设置了一道屏障,进一步打击了其追索损害赔偿的信心。因此,这种酌定赔偿必将重蹈单倍损害赔偿的覆辙,私人原告起诉的利益驱动不足,反垄断法出现"威慑不足"、"执法不足"的状况。此外,自由裁量的赔偿额度,也有可能走向"威胁过度"、"执法过度"的另一极端。

3. 侵害利益赔偿的立法例

我国台湾地区《公平交易法》第32条第2款还规定:"侵害人如因侵害行为受有利益者,被害人得请求专门依该项利益计算损害额。"这种赔偿以违法者因侵害而获利益为赔偿标准,故可称为侵害利益赔偿的立法例。当违法者按垄断所得利益赔偿的金额大于原告受害人的实际损失时,该立法例也属于惩罚性赔偿制度。

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

侵害利益赔偿并非我国台湾地区《公平交易法》独有,我国现行《商标法》第五十六条第一款、《著作权法》第四十八条第一款也有类似的规定。例如,《商标法》第五十六条第一款规定:"……赔偿数额,为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益……",《著作权法》第四十八条第一款规定:"……权利人……实际损失难以计算的,可以按照侵权人的违法所得给予赔偿……"。这种赔偿方式仅以被告因垄断行为所得利益为限,向受害人偿付损害赔偿,并未使被告付出比不实施垄断行为时更大的代价,因此,对违法行为不能形成足够的威慑。当被告因侵害行为所得利益多于或等于原告所受损害时,侵害利益赔偿具有补偿功能;当被告因侵害行为所得利益少于原告所受损害时,侵害利益赔偿具有不完全的补偿功能。

在原告难以证明自身损失但可以证明被告所得利益的情况下,侵害利益赔偿似乎不失为一种减轻原告举证责任的办法;在原告自身损失少于被告所得利益的情况下,侵害利益赔偿似乎不失为一种提高原告获赔金额的办法。但是,深入考虑就会发现,反垄断法和商标法、著作权法规制的侵权行为具有不同的特点,适用于商标法、著作权法的侵害利益赔偿,在反垄断法中却不具有可行性。其原因在于:一般的侵权行为,例如人身伤害、商标权、著作权侵害等,其加害人和受害人都是特定的。因此,在将侵权人所得侵权利益在多个权利人之间分配时,或依连带之债原理,或依按份之债原理,并无太大争议与困难。但是,垄断损害具有独特的"涟漪效应",其损害像涟漪一样向周围渐次传递,往往作用于不同产业领域众多的、不特定的经营者和消费者。在如此众多的受害人之间分配侵权所得利益,必须满足两个条件:第一,在针对同一被告同一行为的诉讼中,须将所有的适格受害人均列为原告,并在一份判决中明确各原告的受偿额。否则,如果允许原告分若干批次按照侵权利益损害规定起诉,那么,就会出现被告在各起案件中支付的赔偿额累计超出其所得利益的情况,甚至超过三倍赔偿的可能,这与侵害利益赔偿以侵害行为所得利益为限的精神相背。第二,须对全体适格原告之间的分配比例作出划分。可以想见,要同时满足上述两个条件,其工作量恐怕要远远繁重于适用其他损害赔偿方式,可谓极其困难,或者说不具有现实的可行性。

4. 实际损害赔偿的立法例

尽管某些国家或地区的反垄断法采用惩罚性民事赔偿制度,但是也有不少以赔偿实际损失为原则的立法例。按照这种赔偿方式,受到垄断行为损害的原告只能从违法者处获得与损失相等的赔偿。

美国反垄断法中的损害赔偿制度并不是惩罚性赔偿的一统天下,对于某些类型的企业来说,如果它们事先已将其垄断行为登记备案,则国会批准其免予承担三倍赔偿责任,只须按实际损害赔偿即可。例如,美国 1982 年的《出口贸易法》(The Export Trading Act)就规定,从事出口贸易的组织间的联合行为,只要事先向政府披露并获批准,即不负有三倍赔偿之责任。《美国合作研究法》也将从事合作研究开发活动的组织的垄断责任,限于实际损失的赔偿。美国的上述立法例只是基于维护特定产业、增强本国企业国际竞争力的考虑,而以特别法形式规定的惩罚性赔偿制度适用除外,不是反垄断法民事赔偿制度的主流。因此,美国的反垄断法实施效果,并未因此受到不良影响。

日、德、法、俄等国家的法律,采用单一的实际损害赔偿制度。譬如,日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》的第二十五条规定:"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。"这种赔偿是针对损害的等额赔偿,而且不包括律师费用和开销。此外,尽管我国台湾地区《公平交易法》有三倍以下酌定赔偿和侵害利益赔偿制度的规定,但原则上仍以权利人所受之实际损害为赔偿范围。但是,这些国家或地区的反垄断司法实践无一例外地呈消极低落状态。以日本为例,据统计从 1947 年颁布禁止垄断法至 1994 年这 47 年间,日本共发生过 6 起反垄断民事诉讼,但没有一起反垄断案件判决对原告给予赔偿(具体结案情况为原告败诉 3 起,和解 2 起,搁置 1 起)。当然,这并不意味着日本市场上很少发生垄断行为,恰恰相反,卡特尔在日本广泛存在。与此形成极其强烈对比的是,在实行三倍损害赔偿制度的美国,1946 年至 1983 年这 37 年间发生反垄断民事案件高达 2 万 7 千余件。这些数据印证了法经济学对实际损害赔偿制度的分析结果,说明传统民事责任制度在反垄断法中的不可行性。

四、结论与建议

本文利用法经济学工具分析得出的结论,以及各国和地区立法、司法实践的经验均表明,采用惩罚性民事赔偿制度是反垄断法得以良好实施的必经之途。因此,中国反垄断法草案中的民事责任部分无

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

疑也应当从实际损害赔偿修正为惩罚性赔偿。

至于惩罚性赔偿与实际损失之间的比率关系,法经济学的分析结论为 $k = P/(R_1 \cdot C_0)$,即最理想的惩罚倍率是垄断行为人的逾期违法收益除以被确认民事违法的概率和受害人的实际损失。尽管这一公式为计算惩罚倍率提供了比较精确的方法,但在司法实践中,P、C_0、R_1 三个变量的值均难以测定。因此,这一方法除了为惩罚性赔偿的经济学正当性提供注解外,其实用价值相当有限。不过,惩罚性倍率的难以测度也说明,立法者不必在将惩罚倍率设定为何值方为最佳的问题上费神耗力,因为与经济学中的很多命题一样,这是一个只知道计算方法、不知道计算结果的问题。于是,反垄断法对惩罚倍率的设定,与其说是严格的科学考量结果,不如说是立法者们基于内心感知估量和协商的结果。正如美国学者在评论《谢尔曼法》从草案中的双倍惩罚性赔偿改为三倍的原因时指出的那样:"这大概只是个算术问题,起草、审议草案人员的真正意图无从考究。"

总之,考虑到反垄断案件的复杂特性,我国的反垄断法宜借鉴美国的立法经验,同样规定三倍民事赔偿责任,同时,以特别法形式规定惩罚性赔偿适用除外的情况,以满足法律对经济生活精细调整的需要。

注释:

①431 U.S. 720 (1977).

②490 U.S. 93 (1989).

③J. Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp., 451 U.S. 566 (1981).

④此处的中间买受人,是指在商品或服务的购买和转卖链条上,介于垄断的初始供货商和提起诉讼的间接受害人之间的人。例如,在垄断生产商销售给批发商、批发商转售给零售商、零售商销售给消费者的过程中,垄断生产商是初始供货商,如果消费者是提起诉讼的间接受害人,则批发商既是直接买受人,又与零售商同为中间买受人;如果零售商是提起诉讼的间接受害人,则批发商既是直接买受人,又是中间买受人。

⑤反垄断案件的审理往往旷日持久,所费甚巨。据统计,美国在 1973 年到 1987 年间发生的民事赔偿案件中,以判决告终的案件平均审理耗时为 51.61 个月,所有的案件向法院缴纳的诉讼费,按每一名原告平均计算为 20.5 万美元。

⑥ Easterbrook, Frank H., 1981. Predatory Strategies and Counterstrategies, 319, University of Chicago Press.

参考文献:

1. 曾世雄:《损害赔偿法原理》,北京,中国政法大学出版社,2004。

2. 赖源河:《公平交易法新论》,北京,中国政法大学出版社、元照出版公司,2002。

3. 王先林:《知识产权与反垄断:知识产权滥用的反垄断问题研究》,北京,法律出版社,2001。

4. 沈敏荣:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,北京,法律出版社,2001。

5. Areeda, Philip and Turner, Donald F., 1978. Antitrust Law. Boston, Little, Brown and Company.

6. Jones, Clifford A. and Phil, M., 1999. Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA. Oxford, Oxford University Press.

7. Lande, Robert H., 1993. "Are Antitrust 'Treble' Damages Really Single Damages?" Ohio State Law Journal, No. 54.

8. Posner, Richard A., 1976. Antitrust Law: An Economic Perspective. Chicago, University of Chicago Press.

9. Thorelli, H. B., 1954. The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition. Baltimore, Johns Hopkins University Press.

10. Wheeler, Malcolm E., 1973. "Antitrust Treble - damage Actions: Do They Work?" California Law Review, No. 61.

(作者单位:华东政法学院 上海 200042
山东省政法管理干部学院 济南 250014)

(责任编辑:N、K)

(上接第 50 页)

④魏后凯:《加入 WTO 后中国外商区位变化及中国西部地区引进外资前景》,载《管理世界》,2003(7)。

⑤江小涓:《我国外商投资梯度转移问题研究》,载《中国工业经济》,2004(4)。

⑦鲁明泓:《外国直接投资区域分布与中国投资环境评估》,载《经济研究》,1997(12)。

⑧Leoanrd, K. Cheng, 2000. "What are the Determinants of the Location of Foreign Direct Investment? The Chinese Experience." Journal of International Economics, 51, pp. 379 - 400.

⑨Buckley, Peter J.; Clegg, Jermy; Wang, Chengqi and Cross, Adam R., 2002. "FDI, Regional Differences and Economic Growth: Panel Data Evidence from China." Transnational Corporations, Vol. 11, No. 1, pp. 1 - 28.

⑩Sun, Qian, 2002. "The Determinants of Foreign Direct Investment Across China." Journal of International Money and Finance, 21, pp. 275 - 295.

⑪武剑:《外国直接投资的区域分布及增长效应》,载《经济研究》,2002(4)。

⑫刘荣添:《我国东、中、西部外商直接投资(FDI)区位差异因素的 Panel Data 分析》,载《数量经济技术经济研究》,2005(7)。

⑬杨建龙:《关于外商投资与外资政策的博弈分析》,北京,经济科学出版社,2000。

⑭赖明勇:《我国外商直接投资吸收能力研究》,载《南开经济研究》,2002(3)。

⑮杨先明:《发展阶段与国际直接投资》,北京,商务印书馆,2000。

⑯赵果庆:《中国西部国际直接投资吸收能力研究》,北京,中国社会科学出版社,2004;赵果庆:《为什么国际直接投资不聚集中国西部?》,载《管理世界》,2004(11)。

(作者单位:南开大学跨国公司研究中心 天津 300071
南开大学泰达学院 天津 300457)

(责任编辑:N、K)

© 1994-2007 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net