

# 中國反壟斷損害賠償訴訟的目標： 僅僅是賠償嗎？ ——歐盟的視角

干 雪

**摘 要：**中國《反壟斷法》以及《關於反壟斷損害賠償的司法解釋》對反壟斷損害賠償訴訟的目標規定過於籠統，以至於這些目標無法通過反壟斷損害賠償訴訟直接實現。而且，無論其最終目標還是一般目標，都無法為中國有效的反壟斷損害賠償訴訟制度的構建和適用提供明確的指導。更重要的是，中國反壟斷損害賠償訴訟所積極追求的直接目標的澄清，可以為在中國適用的具體反壟斷訴訟措施的適當性提供一個評估基準。本文寫作目的，在於明確因違反中國《反壟斷法》而提起的反壟斷損害賠償訴訟的直接目標，並充分闡釋這一目標在《反壟斷法》有效執行中應發揮的作用，因為這些目標將影響反壟斷私人執行的具體措施和政策選擇。

**關鍵字：**中國反壟斷法，歐盟競爭法，損害賠償，反壟斷私人執行

**Abstract:** The objectives provided by the Anti-Monopoly Law of China and its Judicial Interpretation concerning antitrust damages actions are too general. They cannot be achieved directly by the antitrust damages action, and in turn, such ultimate and general objectives by no means provide clear guidance for the construction and application of an effective antitrust damages action system in China. More importantly, the clarification of direct goals actively pursued by the antitrust damages action in China could also provide a benchmark to assess the appropriateness of the specific antitrust litigation measures to be applied in China. This article aims to clarify the direct goals of the antitrust damages action for breaches of the Anti-Monopoly Law of China and the role they should play in the effective enforcement of the AML, since the goals will affect the specific measures and policy choices-making in terms of antitrust private enforcement measures.

**Key words:** Anti-Monopoly Law of China, EU Competition law, Damages actions, Private enforcement.

本文寫作目的，在於明確因違反中國《反壟斷法》而提起的反壟斷損害賠償訴訟的直接目標，並充分闡釋這一目標在《反壟斷法》有效執行中應發揮的作用。因為這些目標將影響反壟斷私人執行的具體措施和政策選擇。我國 2012 年《關於反壟斷損害賠償的司法解釋》對反壟斷損害賠償訴訟的目標規定過於籠統，<sup>1</sup> 以至於這些目標無法通過反壟斷損害賠償訴訟直接實現。而且，無論其最終目標還是一般目標，都無法為中國有效的反壟斷損害賠償訴訟制度的構建和適用提供明確的指導。更重要的是，中國反壟斷損害賠償訴訟所積極追求的直接目標的澄清，可以為在中國適用的具體反壟斷訴訟措施的適當性提供一個評估基準。首先，也是最重要的，是確立全額賠償是反壟斷損害賠償訴訟的首要目標。換句話說，對反競爭行為所帶來的損害進行全額賠償，才能最好地保護消費者的利益。2008 歐盟《白皮書》提出全額賠償作為歐盟私人執法框架的相關標準，<sup>2</sup> 歐盟委員會和歐洲法院的判例法都明確規定全額賠償是反壟斷損害賠償訴訟的一項基本原則，2014《歐盟反壟斷損害賠償指令》也確立了這一原則。<sup>3</sup>

私人執法的第二個目標或許是實現最佳威懾力，作為對《反壟斷法》公共執法的補充。通過威懾手段可以更好地實現消除反競爭行為、促進市場公平競爭的目標。在歐盟和中國的公私聯合反壟斷執法體系中，公共執法在整個競爭法執法體系中處於中心地位，公共執法人員積極追求威懾。因此，在歐盟和中國出現了關於是否應將威懾作為反壟斷損害賠償訴訟的目標的爭論。<sup>4</sup> 在歐盟，儘管威懾性反壟斷損害賠償框架內發揮多大程度的作用尚不

1 Provisions on Several Issues Concerning the Application of Law in Dealing with Civil Dispute Cases Arising from Monopoly Conduct was adopted by 1539th Meeting of the Judicial Committee of the Supreme People's Court in January 2012 and came into force in June 2012. Judicial Interpretation [2012] No.5. The provided objectives in the Judicial Interpretation 2012 include the prohibition of anti-competitive behaviour, the promotion of market competition, and the protection of consumers' interests and public interests, which are the ultimate goals of enforcement of the AML.

2 Commission White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2008) 165 final, Brussels, 2 April 2008. Also see Peter Whelan, "Something of a Burden — Is the Passing-on Defence Appropriate?" (2008) 7(9) Com.L.I. 5–7.

3 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349/1.

4 For more discussion on this debate, see I. Lianos, P. Davis and P. Nebbia, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law* (Oxford University Press, 2015), pp.26 and 30; Renato Nazzini, "The Objective of Private Remedies in EU Competition Law" [2011] G.C.L.R. 131–146; A. Ezrachi, "From *Courage v. Crehan* to the White Paper—The Changing Landscape of European Private Enforcement and the Possible Implications for Article 82 EC Litigation" in M. Mackenrodt et al (eds), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* (Springer, 2008), pp.118–135; B. Dai and L. Lan, *Comparative Study on Antitrust Civil Remedy system* (Law Press

清楚，但人們相信，私人損害賠償訴訟通過威懾反競爭行為，有助於維持歐盟共同體內的有效競爭。<sup>5</sup>

本文的結構安排如下：在緒論之後的第一部分考察了中國現行反壟斷損害賠償訴訟目的的立法。第二部分介紹作為反壟斷損害賠償目標的全額賠償原則在歐盟監管和司法層面的發展，這可以為中國法院負責評估反壟斷違規行為受害者的損害賠償實踐提供指引。第三部分討論了富有爭議性的問題——反壟斷損害賠償訴訟產生的威懾力的大小。第四部分則提出了進一步完善立法的建議。

## 一、反壟斷法規定的損害賠償訴訟的目標

### （一）法定目標——初步觀察

根據我國 2012 年《反壟斷損害賠償司法解釋》的規定，中國反壟斷損害賠償訴訟的目標是禁止反競爭行為、保護和促進市場競爭、保護消費者和公共利益，這些目標符合反壟斷法第 1 條所確立的立法目標。

毫無疑問，禁止壟斷、保護市場競爭、保護消費者和公共利益是反壟斷執法的基本原則，也是公共和私人執行《反壟斷法》的最終目標。在歐盟背景下仔細觀察這些目標，不難發現，這些目標之間存在着相互作用，即保護市場競爭、消費者利益和公共利益之間存在着相互作用的關係。本文認為，對消費者利益的關注並不意味着競爭法直接保護歐盟的消費者，競爭規則確保以合理價格公平選擇商品或優質服務，間接地促進了消費者在市場上的利益。<sup>6</sup>因此，消費者的利益經常被認為是反壟斷領域法律干預的最終目標，競爭法是通過對市場競爭的保護來實現消費者利益的目的，也就是說市場競爭是一種工具，而不是目標。

歐盟的這一觀點反映在中國《反壟斷法》規定的違法行為中，這些違法行為關注企業的行為，並強調對競爭過程的保護。競爭法所追求的對消費者利益的保護是一種間接的、深層次的、根本性的保護，即通過對競爭的保護來實現消費者福利的最大化。正如 Philip Lowe 所觀察到的：

---

China, 2010) (in Chinese); X.H. Jiang, “Private Enforcement Mechanism of the AML” in X.Y. Wang (ed.), *Hot Spots of Chinese Antimonopoly Legislation* (Social Science Academic Press China, 2007), pp.177–202.

5 A. Jones and D. Beard, “Co-contractors, Damages and Article 81: The ECJ Finally Speaks” [2002] E.C.L.R. 246, 253–255.

6 Eugene Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest* (Kluwer Law International, 2009), p.65.

“良好的消費者政策和競爭政策有一個相同的目標，那就是幫助市場為消費者和所有為消費者服務的公平交易企業良好運作”。<sup>7</sup>

就消費者利益與公共利益的相互關係而言，《反壟斷法》強調對消費者利益的保護，消費者利益既不同於公共利益，又與公共利益有一定的關係。從本質上講，保護消費者利益與保護公共利益是一致的。然而，討論並沒有就此結束，因為《反壟斷法》中的公共利益概念是有爭議的。

至於公共利益的定義，在許多其他法域尚未達成一致。<sup>8</sup>從字面上看，公共利益不同於個人和事業、團體和政黨的利益，可以被解釋為普遍的社會和經濟利益。<sup>9</sup>在《反壟斷法》背景下，本文認為公共利益的範圍包括有效的市場競爭、經濟效率和消費者利益、節約能源、搶險救災等。

公共利益和消費者利益是《反壟斷法》的兩個獨立目標，他們之間存在重疊。將消費者利益納入公共利益範疇，這一點在中國法律體系中得到了體現，如 2012 年《民事訴訟法》和 2013 年《消費者保護法》。消費者集體訴訟是 2012 年《民事訴訟法》規定的涉及公共利益的集體訴訟類別之一，但是公共利益的概念過於寬泛和模糊，立法機關在《反壟斷法》中無法界定。從《反壟斷法》的適用和解釋來看，這既有優點，也有缺點。從有利的方面來看，該術語的寬泛性提供了一定程度的靈活性：例如，經營者可以出於節約能源、保護環境和救災等公共利益的原因，申請豁免某些反競爭協議。這是《反壟斷法》缺乏對公共利益的定義、範圍和作用立法的部分原因。

反壟斷法作為中國“經濟憲法”的一部分，幾乎影響了中國經濟的每一個行業的方方面面。公共利益的定義因行業不同而不同，並隨着經濟的發展而變化。這類似於歐盟對歐盟競爭法中“普遍經濟利益服務”(SGEI) 概念的理解。<sup>10</sup>儘管歐盟委員會發佈了一些關於

7 P. Lowe, “The Design of Competition Policy Institutions for the 21st century — The Experience of the European Commission and DG Comp” (2008) 3 Competition Policy Newsletter 1. See also Sir John Vickers, Chairman, Office of Fair Trading (OFT), opening remarks at the European Competition and Consumer Day Conference, 15 September 2005, cited by H. Jenkins, “Protecting Consumers: Does Competition Help?” (2005) 4 Competition Law 283.

8 G.H. Li, “Research on the Concept of Public Interest in the AML”, Chinese Competition Law Network, 2014, available at: <http://www.competitionlaw.cn/info/1113/1617.htm> [Accessed 30 July 2019].

9 Xiaoye Wang, “Legislative Objectives of the AML”, available at: <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=2342> [Accessed 30 July 2019].

10 SGEI could be applied to grant exemption for certain state-initiated anticompetitive behaviour, as provided by art.106(2) TFEU.

SGEI 的法律文件，<sup>11</sup> 但歐盟立法和法理學從未對 SGEI 提出一個全面的定義，因為它是一個動態和不斷發展的概念。<sup>12</sup>

因此，消費者利益和公共利益被列入《反壟斷法》的目標，進而成為中國反壟斷損害賠償訴訟的目標。二者在範圍上存在重疊，有時還存在衝突，特別是考慮到賦予國有企業與消費者利益密切相關的特殊權利。解決這一問題的一個可行的辦法是，與其對這兩個術語進行全面的界定，不如通過最高人民法院的司法解釋或全國人大的立法解釋，分層次釐清公共利益與消費者利益的關係。

## （二）其他隱含的重要目標

最高人民法院指出，2012 年《反壟斷損害賠償司法解釋》旨在通過規範相關的程序規則和實體規則，為反壟斷損害賠償訴訟提供便利，支持私人執行，培養公眾的競爭意識和良好的競爭環境。同時，私人執法不應導致過度威懾和抑制有利於競爭的商業活動。在這一點上，中國反壟斷損害賠償訴訟所追求的總體目標與歐盟採取的平衡的反壟斷損害賠償機制相似。

此外，與歐盟的反壟斷執法模式類似的是，中國的公共執行意在成為傳統的、主要的反壟斷執法方式。因此，需要進一步明確反壟斷損害賠償的目標，協調反壟斷損害賠償訴訟與公共執法，以確保反壟斷法的最佳執行。<sup>13</sup>

## （三）賠償——一個直接與主要的目標

通常認為，《反壟斷法》的公共執行側重於保護公共利益，而法院的私人執行則是在雙方當事人個人權利發生衝突的情況下進行，其側重於保護私人利益。<sup>14</sup> 私人執法者向法院提起訴訟的動機，是可能從侵權人那裡追回相應的損失，或阻止侵權行為繼續下去。由此可進一步認為，在反壟斷背景下，損害賠償訴訟的直接和首要目標是對壟斷行為造成的損害能夠獲得賠償。

《反壟斷法》規定，侵權經營者實施反競爭行為，給他人造成損害的，應當承擔民事

11 For example, Communication on “Service of General Interest in Europe [2001] OJ C17/4; Communication on Services of General Interest, Including Social Service of General Interest: a New European Commitment accompanying the Communication on “A Single Market for 21st Century Europe”, COM (2007) 725 final; Communication on A Quality Framework for Service of General Interest in Europe, COM (2011) 900 final.

12 Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 6th edn (Oxford University Press, 2016), p.625.

13 The Response of IP Tribunal of the SPC to the 2011 Consultation Paper of the Damages Judicial Interpretation, available at: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-2578.html> [Accessed 30 July 2019].

14 Caroline Cauffman and Qian Hao (eds), *Procedural Rights in the Competition Law in the EU and China* (Springer, 2016), p.3.

責任。由於《反壟斷法》沒有規定任何形式的民事責任，因此必須參照 2017 年《民法通則》、2012 年《民事訴訟法》、2010 年《侵權行為法》和 1999 年《合同法》來確定民事責任的參數。在 2017 年《民法》規定的各種民事責任中，“賠償損失”被認為是一種重要的民事責任類型，其主要目的是對因他人行為造成的損失獲得充分的賠償。在上述其他可適用法律中，損失賠償也是民事責任的重要形式之一：例如，1999 年《合同法》和 2010 年《侵權行為法》規定的損害賠償訴訟，旨在賠償因違反合同或侵權行為而引起的索賠人，換句話說，將受害者恢復到其原來所處的情況，就好像侵權行為沒有發生一樣。2012 年《司法解釋》第 14 條，授權主管法院根據發現的事實，對原告作出損害賠償。值得注意的是，損害賠償訴訟原因不僅包括單邊反競爭行為，如濫用支配地位，也包括反競爭協議，通過行業協會反競爭的條款，2012 年的司法解釋也特別指出了這幾類典型的反競爭行為。例如，濫用市場支配地位的行為的情況下，權利請求人是競爭者，競爭對手作為索賠者的動機是為失去的市場份額獲得補償，儘管反壟斷損害賠償訴訟明確旨在保護市場競爭，而不是特定的競爭者。因此，引入損害賠償訴訟的直接目的主要是補償反競爭行為造成的損失，而不是私人執法者不會直接追求的市場競爭和公共利益等公共目標。

#### （四）對公共執行的補充

《反壟斷法》遵循歐盟競爭法公私執法共用模式，也採取了傳統的公共執法為主、私人執行為輔的雙軌制執法體系。在《反壟斷法》出台之前，中央政府的競爭政策純粹由行政機關強制執行，個人要對壟斷行為提出挑戰，只能求助於其他法律，如《合同法》。因此，在《反壟斷法》出台之前，公共執行是中國競爭法的唯一執行機制。正如一些學者所觀察到的，<sup>15</sup> 以前在一些司法管轄區，如歐盟，以公共執行為主導的執法經驗顯示出明顯的效率低下，通常表現在以下方面：缺乏足夠的調查資源；很難獲取某些特定類型的證據，而個人更容易獲取這些證據；<sup>16</sup> 在需要與某些公共機構利益妥協的情況下，公共執法者或許存在偏見。<sup>17</sup>

15 Hedvig K.S. Schmidt, “Private Enforcement — Is Article 82 EC Special” in Mackenrodt, Conde Gallego and Enchelmaier (eds), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* (Springer 2008), pp.137–163; also see Paolo Giudici, “Private Antitrust Law Enforcement in Italy” (2004) 1 *Competition Law Review* 65.

16 Compared with public enforcers, private claimants have more incentives, better information to combat with some anticompetitive behaviour, especially the breaches directly harming consumers. Also see Kai Hüschelrath and Sebastian Peyer, “Public and Private Enforcement of Competition Law - A Differentiated Approach”, ZEW Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 29, April 2013.

17 This usually occurs in the situation of the multi-agency jointly enforcing competition law, where the agencies have not completely independent authority. The three weaknesses have also been summarised by Giudici, “Private Antitrust Law Enforcement in Italy” (2004) 1 *Competition Law Review* 65.

## 二、歐盟的反壟斷損害賠償——以全額賠償為首要目標

### (一) 歐盟反壟斷損害賠償訴訟的實體法律基礎：TFEU 第 101、102 和 106 條

在歐盟層面，實質性競爭規則主要包括《歐盟運作條約》(TFEU)第 101 條和第 102 條<sup>18</sup>，以及作為 TFEU 第 101 條和第 102 條補充的第 106 條 TFEU<sup>19</sup>，用於規範公共事業和擁有特殊或專有權的企業。

個人可以因歐盟層面的違法行為向國內法院提起訴訟的行為一般包括：企業之間橫向或縱向的反競爭協議，例如固定價格、分割市場和串通投標行為；濫用相關市場中的經營者支配地位，例如價格擠壓、掠奪性定價以及某些回扣計劃；以及國家引發的反競爭行為，特別是公共企業和國家授予特殊的或具有排他權利的企業實施的第 101 或 102 條的侵權行為。這些歐盟競爭規則在國內法院的直接適用已得到理事會第 1/2003 號條例的確認。<sup>20</sup> 該條例是由歐盟競爭法現代化進程引發的歐盟競爭法執行的權力下放戰略。<sup>21</sup> 根據第 1/2003 號條例，各成員國的國內法院共同負責歐盟競爭法的執行和適用。歐盟競爭法的分散適用形成了現行執法體系的決定因素，其中公共執法發揮核心作用，私人執法發揮補充作用。歐盟競爭規則在國內法院的直接適用意味着個人可以直接依據 TFEU 第 101，102，以及 106 條在國內法院提起訴訟，這些條款為個人創立的權利和義務，國內法院必須予以保護和執行。<sup>22</sup>

同樣，中國《反壟斷法》也規定了限制性協議、濫用市場支配地位、並購控制和行政壟斷等反競爭行為的類型。至於針對這些壟斷違法行為的私人執法，第 50 條雖然可以作為私人損害賠償權的法律依據，但它相當籠統，需要進一步的實施規則。

此外，對於歐盟競爭規則的適用，歐盟成員國法院可以根據第 267 條的規定，請求歐盟法院對相關法律問題的解釋作出初步裁決。<sup>23</sup> 盟法院的大量判例法證明，第 267 條路徑

18 Text of arts 101, 102 TFEU, OJ C326/47

19 Text of art.106 TFEU, OJ C326/47.

20 Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1.

21 Ioannis Lianos, Peter Davis and Paolisa Nebbia, Damages Claims for the Infringement of EU Competition law (Oxford University Press, 2015), p.15.

22 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349/1, para.(3).

23 Article 267 TFEU.

對歐盟反壟斷損害賠償訴訟的發展，特別是在反壟斷案件全額賠償的確立問題上做出了重大貢獻。

## （二）反壟斷損害賠償權的確立——歐盟判例法

在歐盟委員會首次認真嘗試在歐盟層面協調反壟斷損害賠償制度之前，<sup>24</sup> 歐盟法院已經為針對違反第 101 條和第 102 條的損害賠償機制的確立做出了重大貢獻。個人獲得反壟斷損害賠償的權利最初是通過歐盟法院判例法確立的，其基礎是歐盟競爭規則在國家層面的直接法律效力。此外，全額賠償已逐漸被認可為反壟斷損害賠償訴訟的一項原則，歐盟法院明確了全額賠償原則的基本要素，例如損害賠償的範圍包括實際損失、利潤損失和利息支付。在中國，雖然《侵權責任法》和《合同法》對損害賠償的範圍基本進行了界定，但《反壟斷法》及其 2012 年《司法解釋》的反壟斷損害賠償規模仍不明確，因此，歐盟法院對反壟斷損害賠償要素的解釋性判例可為我國反壟斷損害賠償的合理計算提供建設性思路。

### 1. *Courage v Crehan* 案<sup>25</sup>

*Crehan* 案是歐盟反壟斷損害賠償機制形成過程中具有里程碑意義的案件。該案涉及啤酒廠 *Courage*（後來的 IEL，*Courage* 和 *Courage* 合並後的公司）之間簽訂的標準形式租賃協議。酒吧轉讓給大都會公共有限公司），以及酒吧租戶克雷漢先生。該協議包含按照啤酒廠價目表所示價格獨家購買固定最低數量指定啤酒的義務。*Courage* 在英國法院提起訴訟，要求 *Crehan* 先生追回未付的啤酒供應（總金額超過 15,000 英鎊）。*Crehan* 先生反稱，協議中的獨家購買條款違反了 TFEU 第 101 條，並進一步表示，他應該因 *Courage* 對他施加反競爭條款而受到損害。英國上訴法院將四個問題提交給歐盟法院進行初步裁決。<sup>26</sup>

在本案中，歐洲法院首次有機會解決反競爭行為造成的損害賠償權是否存在的問題。法院確認，第 101 條對個人之間的關係產生直接影響，並直接為有關個人創造權利，國家

24 Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules COM (2005) 672 final.

25 *Courage Ltd v Crehan* (C-453/99) EU:C:2001:465.

26 *Courage Ltd v Crehan* (C-453/99) EU:C:2001:465 at [16]. The four questions referred to the Court are: “1. Is Article 81 E.C. to be interpreted as meaning that a party to a prohibited tied house agreement may rely upon that Article to seek relief from the courts from the other contracting party? 2. If the answer to Question 1 is yes, is the party claiming relief entitled to recover damages alleged to arise as a result of his adherence to the clause in the agreement which is prohibited under Article 81? 3. Should a rule of national law which provides that courts should not allow a person to plead and/or rely on his own illegal actions as a necessary step to recovery of damages be allowed as consistent with Community law? 4. If the answer to Question 3 is that in some circumstances such a rule may be inconsistent with Community law, what circumstances should the national court take into consideration?” .

法院必須保障這些權利。法院進一步認為，任何個人，甚至是反競爭協議的當事人，都可以依據第 101 條向國家法院尋求損害賠償。即使是對反競爭效果負有重大責任的合作承包商，仍然有權要求賠償。損害賠償，取決於向國內法院提交的所有相關事實和證據的評估。<sup>27</sup>

在本案中，歐洲法院首次有機會解決反競爭行為造成的損害賠償權是否存在的問題。法院確認，第 101 條對個人之間的關係產生直接影響，並直接為有關個人創造權利，國家法院必須保障這些權利。法院進一步認為，任何個人，甚至是反競爭協議的當事人，都可以依據第 101 條向國家法院尋求損害賠償。即使是對反競爭效果負有重大責任的合作承包商，仍然有權要求賠償。損害賠償，取決於向國家法院提交的所有相關事實和證據的評估。

如果任何個人不可以就合同或可能限制或扭曲競爭的行為所造成的損失提出損害賠償，那麼他就會面臨風險。值得指出的是：

“至於對因合同或可能限制或扭曲競爭的行為所造成的損失尋求賠償的可能性，從一開始就應該記住，根據既定判例法，‘各國法院的任務是適用共同体法律在其管轄範圍內的規定必須確保這些規則充分有效，並且必須保護它們賦予個人的權利’。<sup>28</sup>

法院進一步指出：

“如果個人不可以就壟斷協議或限制競爭的行為給他造成的損失提出損害賠償要求，則 TFEU 第 101 條的全部效力，特別是第 101(1) 條禁止的違法行為的實際效果將面臨風險”。<sup>29</sup>

在歐盟法院根據 TFEU 第 267 條對 Crehan 案作出裁決後，該案被發回英國高等法院進行全面審判，英國高等法院於 2003 年進行了審理。在高等法院的判決中，法官承認英國法律下的正常規則是損害賠償按損失之日，而不是判決之日，但這並不是一成不變的法律規則，如果該案件要求在判決之日衡量損害賠償，法院可以據此判定損害賠償。<sup>30</sup> 本文中，法官認為，如果按照損失加利息之日來衡量損害賠償，則賠償不夠充分。

因此，損害賠償的衡量標準應在判決時確定，而不是在 Crehan 先生不得不放棄其兩家酒吧租賃協議的日期。

本案的判決表達了這樣一種立場，即損害賠償的計算應基於補償原則，即在反壟斷損害賠償索賠中，受害者的損失必須通過損害賠償的裁決得到全額補償。因此，Crehan 案的

27 *Courage Ltd v Crehan* *Courage Ltd v Crehan* (C-453/99) EU:C:2001:465 at [59].

28 *Courage Ltd v Crehan* *Courage Ltd v Crehan* (C-453/99) EU:C:2001:465 at [25].

29 *Courage Ltd v Crehan* *Courage Ltd v Crehan* (C-453/99) EU:C:2001:465 at [26].

30 *Bernard Crehan v Inntrepreneur Pub Co and another* [2004] EWCA Civ 637 at [267]–[268]; [2004] 2 C.L.C. 803.

判決實質上具有深遠的意義，因為在本案中，歐盟法院將反托拉斯損害賠償權確立為歐盟法律的事項。該裁決發出了一個明確的信息，即無論國內法的立場如何，原則上都必須有違反 TFEU 第 101 條和第 102 條的行為獲得損害賠償的權利。這對所有損害索賠都具有重要意義，而不僅僅是涉及共同承包商的索賠。因此，提交人認為，Crehan 案的裁決所確立的損害賠償權背後的理由是對違約行為造成的損失給予充分賠償。

相比之下，《反壟斷法》通過第 50 條非常籠統但明確的語言，以明確直接的方式為反壟斷損害賠償訴訟提供了法律依據。儘管第 50 條及其 2012 年《司法解釋》沒有明確強調對違反《反壟斷法》造成的損失進行“全額賠償”，但任何受到反競爭行為損害的自然人或法人和組織，都有權通過向主管法院提起民事訴訟來獲得損害賠償。這確立了某些受害人的訴訟權利，例如作為間接購買者的受害人，或壟斷協議的當事方，都有權因損失提起訴訟，這與歐盟法院強調的“任何個人”可以要求損害賠償的權利具有同樣的效果。

### 2. Manfredi 案<sup>31</sup>

Manfredi 案是由意大利消費者發起的，針對多家保險公司簽訂的壟斷協議導致保費過高的一起反壟斷損害賠償訴訟。在本案中，歐盟法院再次確認了 Crehan 案<sup>32</sup>中闡明的賠償原則，明確在侵權行為與個人損害之間存在因果關係的情況下，任何個體都可以主張賠償。法院進一步認為，針對第 101 條下的限制競爭協議，“任何個體”不僅包括協議當事人，還包括第三方，即本案中的消費者。<sup>33</sup>這一判決為委員會針對消費者大規模損害賠償提出的集體賠償制度框架奠定了法律基礎。

關於反壟斷損害賠償額度的計算，法院明確了一項反壟斷損害賠償中的三個基本組成部分：應包括實際損失、利潤損失和應支付的利息。法院進一步指出：

“在違反歐共體法律的情況下，將利潤損失完全排除在損害賠償的範圍內，是不能接受的，因為，尤其在經濟或商業訴訟的情況下，將利潤的損失完全排除在外會使遭受的損失在實際上無法修復”。<sup>34</sup>

對於利息的支付，在 Marshall v. Southampton and others 一案中，<sup>35</sup>歐洲法院指出，對因性別歧視解雇而遭受的損失進行全額賠償不能忽略實際上可能降低其價值的利息因素，因此，為了恢復男女員工待遇的真正平等，支付利息必須被視為賠償的一個重要組成部分。

31 Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa (C-259 to C-298/04) EU:C:2006:461.

32 Courage Ltd v Crehan (C-453/99) EU:C:2001:465.

33 Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa (C-259 to C-298/04) EU:C:2006:461 at [55]–[58].

34 Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa (C-259 to C-298/04) EU:C:2006:461 at [96].

35 M. Helen Marshall v Southampton and others (C-271/91) EU:C:1993:335.

值得注意的是，在 *Manfredi* 案件中法院並未排除懲罰性賠償的可能性，並認為懲罰性賠償的確定標準應由國內法根據同等有效的原則來制定標準。法院補充認為，懲罰性賠償的裁決不應導致原告的不當得利。<sup>36</sup>

因此，法院在 *Manfredi* 一案中的判決進一步發展了完全賠償原則。承認直接和間接購買者都享有損害賠償的權利，是對 *Crehan* 案件<sup>37</sup> 中提到的“任何個體”的詳細闡述。同時，為了充分賠償損害，法院將損害賠償的基本範圍界定為包括實際損失、利潤損失和利息。儘管有爭議的是，這三個部分可能不足以涵蓋某些情況下的所有損害，例如機會成本損失，但法院給出的這個基本範圍為各國內法院計算完全賠償的金額提供了有力的指導。

還值得注意的是，*Manfredi* 案是在 2005 年綠書<sup>38</sup> 發佈後不久做出的判決。毫無疑問，歐盟法院的裁決呼應了歐盟委員會所采取的“有效補救”場。<sup>39</sup> 特別是，歐盟法院對懲罰性賠償的開放態度與歐盟委員與歐盟委員強調的反壟斷損害賠償訴訟的威懾目的不謀而合，儘管歐盟委員會在其 2008 年白皮書<sup>40</sup> 中改變了對威懾效果的態度。

*Manfredi* 案中闡明的損害賠償的三個基本要點可以為中國法院正確計算反壟斷賠償提供指導，以實現全額賠償，這是中國反壟斷私人執行積極追求的目標。至於中國反壟斷訴訟中懲罰性賠償是否可實現，很大程度上取決於私人訴訟所能起到的威懾作用的大小，以及現有公共執法可達到的威懾程度。

### （三）歐盟立法中的全額補償原則——從 2005 年綠皮書到歐盟 2014/104 號指令

歐盟委員會致力於加強競爭法私人執法的舉措主要是由第 1/2003 號條例<sup>41</sup> 引入的歐盟競爭法實施的權力下放進程觸發的，該條例強調成員國競爭主管機構和法院在執行歐盟競爭規則中的作用。此外，在 *Crehan* 案中，歐盟法院承認共同體法賦予的損害賠償權應由各國法院直接執行，這也為歐盟委員會加強歐盟層面反壟斷損害賠償訴訟的立法提供了動

36 *Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazione Spa* (C-259 to C-298/04) EU:C:2006:461 at [99].

37 *Courage Ltd v Crehan* (C-453/99) EU:C:2001:465 at [24].

38 Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2005) 672 final.

39 Eddy De Smijter and Denis O' Sullivan, "The Manfredi Judgment of the ECJ and How It Relates to the Commission's Initiative on EC Antitrust Damages Actions", *Competition Policy Newsletter*, No.3, Autumn 2006, also available at: [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2006\\_3\\_23\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2006_3_23_en.pdf) [Accessed 30 July 2019].

40 Commission White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2008) 165 final.

41 Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1.

力。但是，1/2003 號條例和歐洲法院判例法均未對反壟斷損害賠償訴訟提供程序規則。

歐盟委員會自 2005 年起就開始努力加強反壟斷損害賠償訴訟，發佈了 2005 年的綠皮書<sup>42</sup>和一份關於損害賠償的工作文件<sup>43</sup>。繼 2005 年綠皮書之後，委員會在 2008 年發佈了白皮書<sup>44</sup>和一份工作文件<sup>45</sup>，進一步加強了歐盟的反壟斷損害賠償訴訟機制。經過多年的努力，委員會最終在 2013 年通過了一項反壟斷損害賠償訴訟的提案，即第 2014/104 /EU 號指令。<sup>46</sup>

### 1. 2005 年綠皮書

2005 年綠皮書指出了歐盟成員國競爭法私人執行發展不足的問題。<sup>47</sup>為了建立有效的反壟斷損害賠償制度，委員會指出了建立有效損害賠償制度的主要障礙，例如證據的獲取、損害賠償的界定和量化以及集體訴訟的可行性，並針對每個問題提出了可供選擇的解決方案，以完善反壟斷損害賠償機制。綠皮書提出，反壟斷損害賠償訴訟的目標是：第一，賠償限制競爭行為造成的個人損失；其次，遏制限制競爭行為，以維護歐盟競爭法的充分有效性。據此，補償和威懾性都被設定為損害賠償訴訟的目標。<sup>48</sup>國內法院針對橫向卡特爾進行懲罰性賠償裁決的自由裁量權尤其印證了這一點。

### 2. 2008 年白皮書

2008 年，歐盟委員會發佈了一份白皮書，力圖改善受害者對違反歐盟競爭法而遭受的所有損失行使求償權的條件。私人執法的主要目標是確保所有歐盟競爭法違法行為的受害者都能獲得充分的賠償。更進一步的說，全額賠償被確認為反壟斷損害賠償訴訟的主導原則。因此，充分補償成為首要的指導原則。<sup>49</sup>

對於 2005 年綠皮書提出的威懾性作為反壟斷損害賠償訴訟的目標，2008 年白皮書僅將其視為補償性反壟斷損害賠償制度本身所產生的附帶效果。因此，與威懾性相比，2008 年的白皮書似乎更優先考慮將補償作為首要目標。

42 The Green Paper 2005, COM (2005) 672 final.

43 Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2005) 1732.

44 The White Paper 2008, COM (2008) 165 final.

45 Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008) 404.

46 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349/1.

47 The Green Paper 2005, COM (2005) 672 final, para.1.2.

48 Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper 2005, COM (2005) 672 final, paras 4, 5 and 6.

49 The White Paper 2008, COM (2008) 165 final, s.1.2.

2008 白皮書中提出的所有建議均遵循補償原則。特別是，在訴訟地位方面，它規定任何遭受損害的個人，無論是直接購買者還是間接購買者，在損失與 TFEU 第 101 條和 102 條的違法行為存在因果聯繫的情況下，都應具有提起訴訟的法律地位。在獲取證據方面，歐盟委員會建議成員國必須確保國內證據規則和原則便利受害人舉證，以確保反壟斷侵權行為的受害者能夠有效行使其賠償權。關於反壟斷損害賠償的計算，建議“全額賠償”，即賠償實際損失和利潤損失，加上從損害發生時到實際支付本金期間的利息。<sup>50</sup>

白皮書提出的全額賠償原則包括兩個關鍵要素。首先，所有受害者，包括直接購買者和間接購買者，都有權要求因違反歐盟反壟斷規則而造成的損害賠償。特別是，明確了間接購買者的訴訟地位，確保了補償原則涵蓋所有受害者。根據 2005 年綠皮書，不僅競爭對手、直接購買者，而且間接購買者，包括零售商、產品的最終用戶和最終消費者，都應該能夠提起損害賠償訴訟。此外，歐盟委員會提出的針對反壟斷損害賠償訴訟的集體補救措施有利於消費者（在大多數情況下是間接購買者）提出損害賠償要求。在受害者人數較多的情況下，這一措施使求償更加有效，由於單個消費者和小企業會因為所涉及的訴訟成本、延誤、不確定性和負擔而不願提起訴訟，特別是在單個損失價值太低而無法激勵個體受害者提出索賠的情況下。<sup>51</sup>

其次，全額賠償還意味着反壟斷違法者賠償受害人的全部損失，包括實際損失、利潤和利益損失。儘管歐盟法對反壟斷損害的計算沒有規定，但歐盟委員會的提案為成員國的立法機構提供了明確的指導。全額補償原則意味着成員國不得事先對反壟斷法侵權行為的受害者可以有效獲得的賠償金額設定任何形式的上限。

### 3. 歐盟 2014/104 號指令

2014 年，歐盟通過了一項關於反壟斷損害賠償訴訟的指令，旨在一方面確保歐盟競爭法的公共和私人執法之間的順利互動，另一方面確保完全賠償權利的有效行使。<sup>52</sup> 指令第 3 條闡明了完全賠償權利，其中規定：

a. 成員國應確保因違反競爭法而遭受損害的任何自然人或法人能夠就該損害提出索賠並獲得全額賠償。

50 In the Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper 2008, COM (2008) 165 final, the Commission provides a general overview of its interpretation of the relevant *acquis communautaire* governing damages claims.

51 Ivo Van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings* 1st edn (Wolters Kluwer Law & Business, 2011), p.398.

52 The EU Commission 2013 Proposal for a Directive on antitrust damages action, s.1.2.

b. 全額賠償應使遭受損害的人恢復到如果沒有違反競爭法的行為，該人本應該具有的狀態。因此，它應涵蓋實際損失和利潤損失，以及利息。

c. 無論這種賠償是懲罰性賠償，三倍賠償還是其他類型的賠償，本指令規定的全額賠償不得導致過度賠償。<sup>53</sup>

顯然，就反壟斷損害賠償訴訟的目標而言，2014/104 指令與 2008 年白皮書中提出的做法是一致的，因為它採取了一貫的補償性做法，而非威懾性做法，以促進私人執法。

關於反壟斷損害賠償的範圍，2014/104 指令採用了恢復原狀原則，並強調了三個必要的損害賠償要素，即實際損失、利潤損失和利息。有人認為，這些只是反壟斷損害賠償的基本要素。儘管 2014 年指令沒有規定多重賠償和懲罰性賠償，僅規定損害賠償不得導致過度賠償，但可以推斷，2014 年指令已將這一問題留給國內法來對懲罰性賠償做出適當的規定。這也與歐洲法院在 *Manfredi* 案<sup>54</sup> 作出的裁決相一致，並不絕對排除特定類型的損害賠償，例如多倍損害賠償或懲罰性損害賠償。因此，各成員國可以在反壟斷損害賠償訴訟中採取懲罰性損害賠償，只要此類損害賠償也適用於國內法規定的類似訴訟。例如，在英國的 *Cardiff Bus* 案件中，<sup>55</sup> 法院作出了懲罰性賠償的判決。

至於威懾性，雖然 2014 指令並未將其設定為反壟斷損害賠償行動的目標，但 2013 年提案承認向受害者支付損害賠償的風險將促使違法者更好地遵守法律。這意味着私人訴訟將有助於產生威懾和遵守法律。但根據 2014 年指令，損害賠償訴訟的主要目標是在司法上保護受害個體並補償其因反壟斷侵權行為而造成的損失。歐盟法院對威懾性的態度也在發生變化。在 *Kone* 案中，<sup>56</sup> 歐盟法院在 2014 年指令通過後不久就做出了判決。關於競爭法的有效性，法院提到了任何個人都有損害賠償的權利，而不是有效競爭。因此，法院在尋求賠償與威懾之間的平衡時，似乎更加優先考慮了個人的賠償權。

至於完全賠償，則被視為中國反壟斷損害賠償訴訟的隱含目標。關於反壟斷損害賠償的基本構成要件，歐盟 2014 号指令規定的全額賠償原則可以為中國法院界定反壟斷損害賠償的範圍提供指導。但對於全額賠償的另一個重要方面，即大規模多數損失情況下的賠

53 Article 3 of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349/1.

54 *Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazione Spa* (C-259 to C-298/04) EU:C:2006:461 at [99].

55 *2 Travel Group Plc (In Liquidation) v Cardiff City Transport Services Ltd* [2012] CAT 19; [2012] Comp. A.R. 211.

56 *Kone, Otis, Schindler and Others v OBB Infrastruktur AG* (C-557/12) EU:C:2014:1317.

償，歐盟 2014 年指令的貢獻甚微，因為它對歐盟層面的集體賠償機制並未作出規定。

歐盟 2014 年指令並沒有嚴格禁止懲罰性或多倍賠償的適用，只是要求不得進行過度賠償。<sup>57</sup> 這一立場與我國最高人民法院的態度頗為相似，即反壟斷賠償不會造成損害賠償數額遠高於被告違法所得的過度威懾，從而壓制一些有助競爭的商業行為。<sup>58</sup> 多重或懲罰性賠償作為增強威懾力的有效手段，可能會導致過度補償和過度威懾。因此，可以推測，我國最高人民法院對於反壟斷訴訟中的懲罰性賠償或多重賠償將會採取謹慎的態度。

### 三、威懾性——反壟斷損害賠償訴訟產生的副產品還是目標？

在競爭法的執行方面，公共執行和私人執行有着不同的目的。反壟斷執法機關旨在阻止壟斷行為從而保護市場競爭，而私人執行中的個人會因為壟斷行為造成的個人損害獲得賠償而受到激勵。更重要的是，個體受害者在主張損害賠償時，只需證明其個人受到損害，而不需要證明對市場競爭的損害。因此，在歐盟和中國等雙軌執法體系中，威懾是公共執法者追求的首要目標，將威懾設定為私人執法的目標或許會導致過度威懾。因為從理論上講，如果損害賠償訴訟的目的是為了威懾被告以組織其違反競爭法，那麼損害賠償的計算必然要重點評估被告的違法所得，而且法院還需要評估被告的主觀意圖。在公共執行已經施加的威懾性之外，這將導致過度威懾。

在中國，雖然《反壟斷法》的公共執法過去經常因國家工商總局、發改委、商務部三個執法機構相互競爭、相互衝突而造成混亂，但是 2018 年後由市場監管總局統一行使反壟斷執法權，因此目前的趨勢是，通過加強市場監管總局的執行行為，反壟斷公共執行的震懾作用正在增強。因此，出於對過度威懾的擔憂，中國反壟斷損害賠償訴訟不應將威懾作為積極追求的目標。

事實上，根據賠償原則計算的反壟斷損害賠償數額很可能超過被告的違法所得。在這種情況下的損害賠償對侵權行為具有顯著的威懾作用。<sup>59</sup> 然而，也有人持相反觀點，認為反壟斷損害賠償訴訟對威懾作用甚微，尤其是在未經反壟斷執法機關作出決定而直接在法

57 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349/1, para.(13).

58 The Response of IP Tribunal of the SPC to the 2011 Consultation Paper of the Damages Judicial Interpretation, available at: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-2578.html> [Accessed 30 July 2019].

59 Lianos, Davis and Nebbia, Damages Claims for the Infringement of EU Competition law (Oxford University Press, 2015), p.228.

院提起的反壟斷案件中：<sup>60</sup> 從經濟學的角度來看，壟斷行為的發生與法院判決之間存在較長的時間間隔，在這段時間內，成熟的市場經濟中的管理人員流動率較高，這會導致威懾效果不佳。<sup>61</sup>

有學者認為，沒有必要通過補充性的私人執行來提供額外的威懾力。<sup>62</sup> 如果在一個完美的公共執行體系中，競爭主管機構針對所有類型的案件啟動最佳的調查程序並實施最佳制裁，這或許是正確的。但現行《反壟斷法》公共執法的現實情況仍遠未達到針對中國壟斷行為的最佳執法效果。因此，反壟斷損害賠償所產生的威懾作用可以對當前反壟斷法的公共執行起到補充作用。

因此，基於上述論點，威懾不應成為反壟斷損害賠償訴訟積極追求的目標。但是，毫無疑問，反壟斷損害賠償訴訟可能會通過判給高於反競爭行為潛在收益的損害賠償來對未來可能的侵權行為產生威懾作用。人們期待最佳威懾力可以通過有效的公共執行來實現，但是在公共執行不力、威懾力不足以阻止侵權行為的情況下，私人執行，作為公共執行的補充，可以起到一定的震懾作用。由於反壟斷損害賠償訴訟所產生的威懾效果的不確定性和不一致性而導致的問題是：損害賠償訴訟可以為總體最優威懾力貢獻的適當威懾力是多大的？

反壟斷損害賠償訴訟能否發揮適當的威懾作用取決於平衡的訴訟機制，該機制不僅為在法院提起訴訟提供便利，而且可以防止濫訴和過度威懾。<sup>63</sup> 至於什麼是適當的威懾力，下圖可以很好的說明損害賠償訴訟在實現最佳威懾方面的作用。

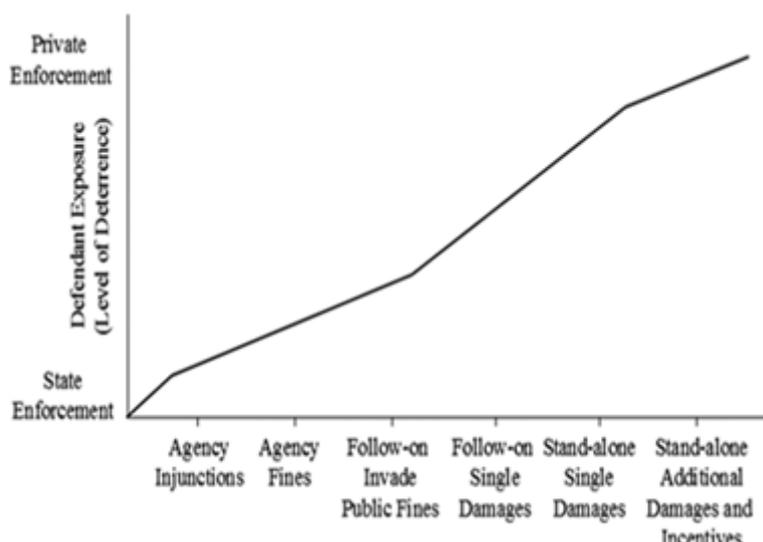
---

60 See D.A. Crane, “Optimizing Private Antitrust Enforcement” (2010) 63 *Vanderbilt Law Review* 675–723; a similar view is also taken by Mark-Oliver Mackenrodt, “Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuse of Dominant Positions—The Interaction between the Economic Review of the Prohibition of Abuse of Dominant Positions and Private Enforcement” in Mark-Oliver Mackenrodt et al (eds), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* (Springer, 2008), pp.165–189.

61 Crane, “Optimizing Private Antitrust Enforcement” (2010) 63 *Vanderbilt Law Review* 675–723.

62 It is argued that the Commission aimed to reduce its workload by leaving purely legal issues to national courts, but as for the complicated economic and politic involved competition issue, the Commission has the last word. See Roger J. Van den Bergh and Peter D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd edn (Sweet & Maxwell, 2006), p.158.

63 Ezrachi, “From *Courage v. Crehan* to the White Paper—the Changing Landscape of European Private Enforcement and the Possible Implications for Article 82 EC Litigation” in Mackenrodt, Conde Gallego and Enchelmaier (eds), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* (Springer, 2008), pp.117–135.



公共和私人混合執行機制中救濟措施的力度<sup>64</sup>

從上圖可以看出，左側兩個模式是競爭主管機構擁有禁令權和罰款能力的執法方案。在這種情況下，不存在反壟斷損害賠償機制，政府對反競爭行為的執行具有主導地位，威懾程度微乎其微。因此，為了獲得盡可能高的威懾力，關鍵在於以最佳方式協調公共執行和私人執行。<sup>65</sup>

當向圖示右側移動時，隨着私人損害賠償措施的引入，威懾程度會增加。“後續公共罰款”模式意味着政府已經對被告處以正確的罰款，受害人可以從罰款中要求損害賠償金。該模型代表了最低限度的私人損害賠償制度。在中國，這種模式是不可能的，因為受損害的個人從未從執法機構獲得損害賠償。

下一個更強大的“後續單一損害”模型意味着在競爭主管機構做出決定後，個人可以

64 Albert A. Foer and Jonathan W. Cuneo, “Toward an Effective System of Private Enforcement” in Albert A. Foer et al (eds), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, 1st edn (Edward Elgar, 2010), p.594. In this graph, six hypotheses of public and private remedy models are created by Foer and Cuneo. Among these remedies, “agency injunction” refers to the situation where the public agency could issue injunctive order, but no private enforcement is allowed. “Agency fines” means that the public agency could impose fines on the illegal behaviour. “Follow-on invade public fines” means that private victims could claim damages from fines imposed by the public agency. “Follow-on single damages” refers to the situation where damages claim is allowed to be brought before the court after public enforcement, but no multiple or punitive damages are allowed. “Stand-alone single damages” means that single damages claim could be brought without any public enforcement. “Stand-alone additional damages and incentives” means some punitive measures are added to the “stand-alone single damages”, for example, multiple damages.

65 Emil Paulis, “Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law” in Urgan Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law* (Kluwer Law, 2007), p.15.

獨立於徵收的罰款而主張私人損害賠償。在這種模式下，威懾程度明顯提高，因為除了政府罰款之外，被告還必須承擔向私人訴訟當事人支付額外損害賠償的風險。

在此圖中進一步向右移動，在這個模式下，受害人可以在競爭主管機構做出違法決定前向法院提起獨立訴訟，受害者可以要求單倍損害賠償，即僅限於壟斷行為造成的損害進行的賠償。在這種模式下，即使競爭主管機構最終不採取行動，可能的壟斷行為人也必須面對私人提起訴訟的可能性，因此可以實現更大程度的威懾性。然而，公共執法者通常比個體受害人擁有更大的調查權力，而且有些案件中，私人原告可能不容易獲得證據披露權，尤其是那些間接受到反競爭行為傷害的消費者，例如索取某些文件的權利。<sup>66</sup>在某種程度上，調查取證困難可能會阻礙受害者提起的反壟斷損害賠償訴訟。

後續損害賠償訴訟和獨立單一損害賠償訴訟這兩種模式在中國都已經存在，2012年的反壟斷損害賠償司法解釋已經確認，損害賠償請求可以在反壟斷執法機關做出違法決定之前或之後提出。從理論上講，獨立的損害賠償訴訟比後續損害賠償訴訟對壟斷行為會產生更多的威懾作用。然而，在實踐中，由於索賠人難以獲得證明違法行為所需的某些證據，例如索賠人無法獲得政府或違約公司持有的某些文件，因此提起獨立訴訟並不容易。中國法院最近增加了後續反壟斷訴訟中的舉證責任，提起獨立訴訟的難度就更不用說了。因此，筆者認為單一的單獨訴訟或後續訴訟對中國壟斷行為的威懾作用都十分有限。

最後，在這張圖的最右側，可以看到一種極端的情況，即在允許採取更嚴厲措施（例如三倍賠償）的法域提起的獨立訴訟，在這個法域允許間接購買者獲得良好的信譽，允許承擔連帶責任，以及集體訴訟和其他對受害者起訴的激勵措施。在這個模型中，威懾力通過這些激勵措施而實現最大化。

這種模式與目前美國式的反壟斷損害賠償訴訟頗為相似。然而，美國式的損害賠償訴訟因其引發濫訴而受到詬病，實際上美國政府也一直在考慮採取一些措施來限制美國境內的反壟斷損害賠償訴訟。<sup>67</sup>因此，有人認為，由於各國的競爭文化、政治價值觀、法律和經濟背景以及司法執行能力各不相同，因此不存在一個可以適合任何司法管轄區的私人執法模式。

---

66 It is difficult for indirect consumers to provide effective evidence to persuade the court to grant them the discovery of some documents. Lianos, Davis and Nebbia, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition law* (Oxford University Press, 2015), p.39.

67 Hannah L. Buxbaum, "Private Enforcement of Competition Law in the United States—Optimal Deterrence and Social Costs" in Jurgen Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law* (Kluwer Law, 2007), pp.41 and 60.

在中國，私人執法能在多大程度上實現最佳威懾，也取決於上述因素，例如競爭文化、法律和經濟背景以及公共執行的有效性。更重要的是，如上圖所示，只有理想的公共執行和理想的私人執行相結合才能達到最佳的威懾水平。儘管損害賠償訴訟在實現威懾效果方面與公共執法起到了補充作用，但由於公共機構對中國的某些壟斷行為執行不力且效率低下，私人執法必然會發揮更大程度的威懾作用。因此，總體而言，中國應首先培育有助於加強威懾力的氛圍，同時建立一個平衡的反壟斷損害賠償機制，一方面在政策允許的情況下盡可能實現最大程度的威懾，另一方面，也不會導致過度威懾和過度補償。

#### 四、立法建議

中國 2012 年的司法解釋已經正確地設定了反壟斷損害賠償訴訟的最終目標：禁止反競爭行為，保護和促進市場競爭，以及保護消費者和公共利益。這也是反壟斷執法的最終目的。具體而言，反壟斷損害賠償訴訟作為中國私人執行的重要形式，其直接和首要目標應進一步立法，以便為反壟斷法違法行為的受害者提供充分的賠償，原因有二：首先因為公共執法的目的不是賠償損失，而是威懾潛在的侵權行為；其次，只有反壟斷損害賠償訴訟才能提供有效的方法來評估壟斷行為所造成的個人或集體損失。

從一般民事損害賠償請求的角度來看，損害賠償訴訟的目的是為了獲得通過補償實現矯正正義。<sup>68</sup> 民事賠償的價值在於挽回損失，使受害方恢復到侵權行為發生前的狀態。在中國大陸法系中，矯正正義是公平原則的支柱之一，而公平原則是民事訴訟制度所追求的最終目標。<sup>69</sup> 在反壟斷背景下，雖然由於經濟的複雜性，實際上很難實現真正的矯正正義，但經濟學提供了一些有用的分析工具，<sup>70</sup> 例如計量經濟學分析方法，效果分析，代替傳統的本身違法原則，有助於實現在反壟斷損害賠償追求的矯正正義。因此，反壟斷損害訴訟的首要目的是積極尋求賠償，而不是威懾性。

此外，完全賠償原則不僅要求所有受害人，包括直接購買者和間接購買者獲得賠償，而且要求追回所有損失，使情況恢復到侵權行為未發生時的狀態。因此，反壟斷損害訴訟

68 Christian Diemer, “The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules” (2006) 27(6) E.C.L.R. 309–316; also see Nebbia, “Damages Action for the Infringement of EC Competition Law: Competition or Deterrence?” (2008) 33(1) E.L. Rev. 23–43.

69 In addition to corrective justice, other pillars include commutative justice, attributive justice, and distributive justice, etc. Also see: J. Yi, “New Interpretation on the Principle of Fairness in Civil Law” (2012) 4 Legal Scholars 54–73.

70 Elbert L. Robertson, “A Corrective Justice Theory of Antitrust Regulation” (2000) 49(3) Catholic University Law Review.

積極追求全額賠償的直接目標，可以有效達到保護公共利益特別是消費者利益的目的。

由此，在《反壟斷法》的雙軌執行體系中，協調這兩種形式的執行應採用任務分工的方式，即公共執行和私人損害賠償訴訟各自分配各自最擅長完成的任務。<sup>71</sup>顯然，與公共執法相比，私人損害賠償訴訟對於通過賠償實現矯正爭議更具有優勢。最佳的反壟斷執法制度或許是這樣一種制度：公共執行旨在闡明和發展法律並具有威懾作用，而私人損害賠償訴訟則旨在實現賠償。<sup>72</sup>

同時，不可否認，反壟斷損害賠償訴訟作為公共執法的補充，可以起到一定的威懾作用，因為它增加了壟斷行為被發現的可能性和違規成本。然而，由於擔心過度威懾（這可能會抑制有利於競爭的經濟活動），<sup>73</sup>筆者認為，威懾被視為反壟斷損害賠償訴訟的有益的副帶效果，而不是反壟斷損害訴訟積極追求的目標，否則，中國可能會出現美國式的反壟斷訴訟的濫用。

就反壟斷損害所發揮的威懾力程度而言，由於積極追求全額賠償政策選擇中需要突出預期威懾效果的權衡程度，有立法者設計具體的措施來實現反壟斷法執行的最佳威懾力。立法者對反洗錢執法實現最佳威懾。考慮到中國日益加強的公共執法已經達到的威懾水平，立法者必須對反壟斷損害賠償行動所帶來的威懾效果持謹慎態度。

因此，在 2012 年司法解釋所設定目標的前提下，還需要進一步的司法解釋，或者對反壟斷法進行修改，明確反壟斷損害賠償訴訟的直接目標，即：建立均衡的反壟斷損害賠償訴訟機制，確保得到完全賠償，同時起到一定的威懾作用，與公共執行相輔相成，但又不至於造成過度威懾。

---

71 See Lianos, Davis and Nebbia, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition law* (Oxford University Press, 2015), p.231.

72 W.P.J. Wils, “The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages” (2009) 32(1) *World Competition* 3–26.

73 The Response of IP Tribunal of the SPC to the 2011 Consultation Paper of the Damages Judicial Interpretation, available at: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing -2578.html> [Accessed 30 July 2019].