

威慑理念与我国反垄断制裁的有效协调

王 健 方 翔

摘 要：威慑是反垄断制裁最重要的价值目标。在公共执行与私人执行并举的二元执行体制下，我国反垄断法规定的行政处罚与民事损害赔偿两种制裁方式在威慑效果上均具有一定的局限性。构建完善有效的行政处罚与民事损害赔偿协调机制，有助于实现反垄断制裁的最优威慑。反垄断行政处罚应进一步理顺没收违法所得与罚款的关系，建立没收违法所得退还制度，同时将民事损害赔偿作为罚款的减轻因素。根据民事损害赔偿诉讼的不同情形，区分运用实际损害赔偿与惩罚性赔偿规则，限制宽恕制度下豁免责任的申请人的民事损害赔偿责任，明确支付能力不足情形下民事损害赔偿优先于行政处罚。

关键词：威慑理念；反垄断制裁；行政处罚；民事损害赔偿；协调机制

[中图分类号] D912.294 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2019)02-0113-19

执行是反垄断法目标实现的重要途径，其可以动用公共和私人两种资源，二者的地位和配置构成了反垄断法的执行体制。^{〔1〕}由反垄断执法机构采取行动的公共执行在发现、禁止限制竞争行为方面发挥着关键作用，而由私人发动的反垄断民事诉讼则为受害者提供了获得损害赔偿的机会，从而成为公共执行的重要补充方式。无论是反垄断法的公共执行还是私人执行，其核心都是对垄断行为实施制裁。尽管世界各国在反垄断法制裁手段的选择上各具特色，但普遍注重在二元执行体制下多种制裁手段的有机组合与协同运作，并将威慑作为制裁最重要的价值追求。我国反垄断法虽然采用了公共执行与私人执行并举的二元执行体制，同时规定了行政处罚与民事损害赔偿两种制裁方式，但实质是以公共执行为主导、以行政处罚为核心的制裁方式。而现有的行政处罚与民事损害赔偿都存在一定的局限性，特别是二者协调机制的缺失使反垄断制裁未能实现最优威慑。因此，通过对威慑理念与反垄断制裁结构设定的研究，对构建我国反垄断行政处罚和民事损害赔偿协调机制具有重要的理论价值与实践意义。

一、威慑理念与反垄断法制裁结构的设定

（一）反垄断制裁的威慑目标

各国竞争主管机构在制定反垄断制裁政策时，追求目标主要有威慑垄断行为、为受害者追回

〔作者简介〕王健，法学博士，教授，浙江理工大学法政学院院长。方翔，浙江理工大学法政学院硕士研究生。

〔基金项目〕国家社科基金重点项目“反垄断法制裁的现代化研究”（项目批准号：18AFX019）。

〔1〕王健：《反垄断法的私人执行——基本原理与外国法制》，法律出版社2008年版，第5页。

损失、惩罚违法经营者和实现效率等。这些目标并非单一或相斥，有可能是多重的价值追求，但国际社会普遍将“威慑”作为最重要的目标，目的是为了阻止违法者再次从事同样的非法行为（具体威慑），以及劝阻其他潜在的经营者从事非法行为（一般威慑）。根据法经济学的观点，此种“威慑”并非旨在达到完全威慑，而是建立在执法成本和执法收益比较分析的基础上形成的“最优威慑”。事实上，最优威慑的理念早已被大多数国家的竞争执法机构采纳运用。美国 1987 年公布的《刑事处罚量刑指南》吸收了贝克尔的犯罪经济学理论，并明确惩罚应遵循最优威慑的理念。欧盟委员会在其 1999 年和 2006 年《卡特尔罚款指南》中也确立了最优威慑原则。及至 20 世纪 90 年代末，世界主要竞争执法机构均致力于将最优威慑作为其执法活动的首要目标。⁽²⁾

最优威慑理论认为，通过罚款可以消除侵权行为的预期净利润，有效遏制企业参与卡特尔等活动。⁽³⁾ 罚款因而成为当今主流的反垄断制裁方式，几乎所有国家的反垄断法都规定了罚款的制裁方式，在部分国家甚至是唯一的制裁方式。⁽⁴⁾ 理论上，仅仅通过对企业的罚款就可以形成足够的威慑，但实践中由于最优威慑的罚款数额可能过大，企业或因无力承担而退出市场，所以在大多数情况下为避免出现此种不利后果，罚款往往低于最优威慑的水平。⁽⁵⁾ 因此，一些国家规定了对参与垄断行为的个人的罚款制裁，以期实现额外的威慑。这主要是因为公司是否实施垄断终究是由人决策的，如果高管认为可以通过卡特尔活动获得更快的晋升、更高的奖金或利润，即使公司最终可能因此而被罚款，其仍将倾向于实施垄断行为。但对个人罚款的制裁方式所能产生的威慑效果值得怀疑，因为公司很容易对个人的金钱制裁提供补偿。

相较而言，服刑的威胁则有着特殊的威慑力量，因为公司不能回报给他们的高管和员工的是在监狱里度过的时间，监禁能够以罚款无法做到的方式重新调整个人的犯罪动机。同时，监禁还可以更好地激励个人和公司使用宽大处理方案并配合调查。⁽⁶⁾ 因而，刑事监禁也成为部分国家反垄断法的制裁方式。根据 2017 年国际竞争网络（International Competition Network, ICN）年会的一份调查报告显示，目前对参与卡特尔的个人可以判处监禁刑的已有 19 个国家⁽⁷⁾，刑期从 3 年（如奥地利、爱沙尼亚、韩国、波兰）到 5 年（如巴西、希腊、匈牙利、爱尔兰、日本、赞比亚）直至 14 年（加拿大）。但调查同时显示，在其中一些国家从来没有判处过监禁刑或者很少适用。这不仅与反垄断法上的慎刑原则有关，也与监禁刑本身所能起到的威慑效果有关。美国《谢尔曼

(2) See John M. Connor, *The Predictability of Global Cartel Fines*, <http://ssrn.com/abstract=1610284> (last visited Jun.23,2018).

(3) 王健、张靖：《威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善法——经济学的研究进路》，《法律科学》2016 年第 4 期。

(4) See International Competition Network Cartels Working Group Subgroup 1, *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions (2017)*, www.internationalcompetitionnetwork.org (last visited Jun.27,2018).

(5) See Organisation for Economic Co-operation and Development, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf> (last visited Jun.27,2018).

(6) See Jeremy Wes, *Are We Winning the Fight Against Cartels?*, 2 CPI ANTITRUST CHRONICLE 1 (2012).

(7) 主要有澳大利亚、奥地利（仅限于操纵投标）、巴西、加拿大、哥伦比亚（仅限于操纵投标）、德国（仅限于操纵投标）、爱沙尼亚、希腊、匈牙利（仅限于操纵投标）、爱尔兰、以色列、日本、韩国、墨西哥、波兰（仅限于操纵投标）、俄罗斯、南非、美国和赞比亚等 19 个国家。

法》最早规定了个人监禁刑，但贝克尔 1968 年就曾强烈主张，对公司使用罚款的制裁方式比刑事监禁更有效。罚款可以在社会成本相对较少的情况下实施，相当于将资源从被认定违法的公司转移到政府，同时政府可以用来补偿受害者。而监禁判决则会给社会造成负担，一是监禁刑本身所产生的费用将消耗社会征税，二是被定罪的公司代理人通常在本行业富有经验，与其把他们关在牢房，不如让他们继续劳动。⁽⁸⁾这显然不符合最优威慑的目标。此外，把一个金钱数目转化成多少年、多少个月、多少个星期或者多少天的监禁这样一个非金钱的成本是很困难的，这样做可能导致过于宽大。⁽⁹⁾尽管美国自 1990 年以来对卡特尔参与者的定罪数量和平均刑期不断提高，但现有证据显示，被发现卡特尔的数量、规模和对消费者的损害同样也在增加。批评者认为，现有的实证研究并不能支持监禁对卡特尔活动具有强大威慑作用的观点。⁽¹⁰⁾

另一项重要的反垄断制裁手段，是以美国三倍损害赔偿为代表的民事损害赔偿制度。该制度除了具有补偿受害者、激励私人参与实施反托拉斯法的效果，其更重要的目标在于制裁违法者并形成有效威慑。⁽¹¹⁾贝克尔和施蒂格勒认为，竞争性的私人执行通过来源于赔偿金的激励，能够取得最佳的执法效果，并且有效地制止违法行为。⁽¹²⁾由于执法资源的稀缺性和垄断行为的隐蔽性，具有获取信息优势的私人通过反垄断民事诉讼，不仅可以弥补竞争主管机构执法能力的缺口，同时也能弥补公共机构的信息缺乏，增加违法行为被发现的可能性，从而形成威慑。⁽¹³⁾

（二）最优威慑的反垄断制裁

从各国反垄断立法和执法实践来看，反垄断法的执行体制有一元执行体制和二元执行体制的区分。在不同的执行体制下，各国竞争主管机构运用的反垄断制裁方式存在不同，并形成了核心的制裁手段与非核心的制裁手段协同运作的反垄断制裁体系⁽¹⁴⁾，但其追求的目标均是实现对垄断行为的最优威慑。一元执行体制主要依赖公共执行，对于私人执行没有相关法律规定或虽有规定但实践中并没有有效发展⁽¹⁵⁾，因而行政处罚被作为主要的反垄断制裁方式。二元执行体制则强调公共执行与私人执行同等重要。当前，由私人提起的反垄断民事诉讼与专门机构的反垄断行政执法相配合的二元执行体制已成为世界各国和地区反垄断法实施的普遍做法和明显趋势。⁽¹⁶⁾在从一元执行体制走向二元执行体制的发展过程中，各国竞争主管机构更加重视行政处罚与反垄断民事损害赔偿以及其他反垄断制裁方式的协调运用，从而实现最优威慑的制裁效果。

(8) See Keith N. Hylton, *Deterrence and Antitrust Punishment: Firms Versus Agents*, 100 IOWA L. REV. 2069, 2070 (2015).

(9) [美] 理查德·A. 波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 313 页。

(10) See Jeremy Wes, *Are We Winning the Fight Against Cartels?*, 2 CPI ANTITRUST CHRONICLE 1 (2012).

(11) 李国海：《论反垄断法制裁手段及其范围》，《中南大学学报（社会科学版）》2005 年第 2 期。

(12) See Becker and Stigler, *Law Enforcement Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, RAND JOURNAL OF ECONOMICS, 371-400 (1974).

(13) 唐要家：《反垄断经济学：理论与政策》，中国社会科学出版社 2008 年版，第 282 页。

(14) 李国海：《反垄断法实施机制研究》，中国方正出版社 2006 年版，第 142-143 页。

(15) 王健：《中国反垄断法应确立二元执行体制》，《法治研究》2007 年第 5 期。

(16) 王先林：《论反垄断民事诉讼与行政执法的衔接与协调》，《江西财经大学学报》2010 年第 3 期。

1. 一元执行体制下的最优威慑反垄断制裁

世界上大多数法域的反垄断法都曾采用一元执行体制。其中，竞争法主要是通过国家干预市场，以保护市场竞争秩序和消费者福利免受垄断行为侵害。因而，竞争主管机构在反垄断法执行方面发挥着核心作用，有效的竞争执法几乎完全依赖公共执行来发现、调查、阻止和制裁垄断行为。在很长一段时间内，欧盟及其大部分成员国的反垄断法的执行基本上以强有力的公共执行为主，可以归类为一元执行体制。部分成员国虽然在法律上确立了二元执行体制，也强调私人执行在反垄断执行中的重要性，但由于立法的不确定性和法院的限制性解释，其私人执行一直没有得到有效发展，始终处于次要地位，所以其形式上是二元执行体制，但实质上还是一元执行体制。⁽¹⁷⁾ 2006年至2012年间，欧盟委员会共作出54项卡特尔和反垄断禁止决定，仅有15个案件在7个成员国内提起了反垄断后继损害赔偿诉讼，主要集中在英国、荷兰和德国。⁽¹⁸⁾ 在以公共执行为主的反垄断一元执行体制下，竞争主管机构主要通过通过对违法行为课以行政罚款以实现最优威慑。

根据法经济学中的最优威慑理论，最优的罚款应当等于违法行为对社会造成的损害。这种损害主要体现在：一是消费者因支付过高的垄断价格或者被迫选择不太理想的替代产品，造成向垄断经营者的“财富转移”，这也可以视为对“资源分配效率”的损害。二是对企业生产效率与活跃度的损害，垄断使得参与的经营者不能充分地接触市场力量，结果可能是降低其控制成本和创新的动力，从而形成有害的经济影响。⁽¹⁹⁾ 尽管这些损害都非常严重，但实践中难以具体量化，需要一个相当的替代值。由于垄断造成的损害与其获利极具相关性，都可能推动垄断的形成，有效威慑的反垄断罚款也可以基于获利水平而设定。⁽²⁰⁾ 经营者从事垄断的动机是获得非法收益，而不是造成社会损害，以“获利”（违法所得）为基础的罚款同样符合威慑理念，同时也必须被视为最低的罚款。⁽²¹⁾ 而由于以“获利”为基准的罚款并不能完全覆盖消费者的损失，通常会小于损害，此时罚款就需要在违法者的所得水平上加上一些安全余数来确定。⁽²²⁾ 例如美国《刑事处罚量刑指南》曾对卡特尔的损害与获利作过假设：据估计，固定价格的平均获利是售价的10%，而对消费者造成的损害部分难以准确计算，但可以肯定的是损害是大于获利水平的，因此规定将营业额的20%作为基数罚款用于替代损失，其目的是为了法院确定实际损益所需的时间和费用。⁽²³⁾ 理想的情况是，制裁应消除垄断获利的可能性，只有预期惩罚至少等于获利，违法行为才会得到遏制，但并非所有

(17) 王健：《反垄断法的私人执行——基本原理与外国法制》，法律出版社2008年版，第15页。

(18) See Organisation 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) (last visited Jul.2,2018).

(19) See Organisation for Economic Co-operation and Development, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf> (last visited Jun.27,2018).

(20) See Vasiliki Bageri, Yannis Katsoulacos and Giancarlo Spagnolo, *The Distortive Effects of Antitrust Fines Based on Revenue*, <https://www.hhs.se/contentassets/31a6bea931b7422497af4645b0c95086/2013-the-distortionary-effects-of-fines-based-on-revenue.pdf> (last visited Jun.28,2018).

(21) See Emmanuel Combe and Constance Monnier, *Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement*, 56 THE ANTITRUST BULLETIN 246, 246 (2011).

(22) [荷兰] 伍特·威尔思：《欧共体竞争法中的罚款处罚》，李国海译，漆多俊：《经济法论丛》（第五卷），中国方正出版社1999年版，第264页。

(23) See Organisation for Economic Co-operation and Development, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf> (last visited Jun.27,2018).

的垄断都会被发现和惩罚，因此有效威慑的制裁不仅要考虑获利数额，还应考虑其被发现和惩罚（定罪）的可能性。依据最优威慑理论，可以将最优罚款简化为如下公式：

$$\text{最优罚款数额} = \text{损害或获利} \times \text{被发现并惩罚（定罪）的概率}$$

然而，测算垄断被发现和惩罚概率的定量指标是相当具有挑战性的。大多数专家认为，卡特尔被发现的概率在 10% 至 30% 左右，这与有关的少数经济研究以及其他犯罪的已知概率是一致的，但这些只是一般的怀疑。⁽²⁴⁾ 一项基于美国 1961—1988 年案例样本的研究估计，发现和惩罚的概率在 13% 至 17% 之间，或者在 1/6 至 1/7 之间。一项针对欧盟委员会 1969—2007 年的样本研究表明，发现卡特尔的概率为 13%。⁽²⁵⁾ 受调查方法和效率的影响，这样的概率可能会因国而异。特别是各国陆续引入并加强宽恕制度的实施后，在某种程度上使得发现和惩罚的概率增加，破坏了卡特尔的稳定性，增强了罚款的总体威慑效果。

这些理论实施起来并不容易。实践中更多的是选取其他替代指标来确定制裁，以符合最优威慑的目标。目前，世界主流的罚款制度设计主要有基于卡特尔超额支付的处罚（overcharge based penalty）、基于违法所得的处罚（illegal-gains based penalty）和基于收入的处罚（revenue based penalty）三种模式。卡特尔的超额支付是指购买者对受到卡特尔影响的产品支付的价格与不存在卡特尔时的假定价格（but-for price）的差额。基于超额支付的处罚可以通过选择适当的惩罚倍率，达到与其他两种模式相同的威慑水平，但会诱使那些确实形成的卡特尔降低价格。⁽²⁶⁾ 此外，卡特尔案件中的超额支付并不容易计算，因为计算“假定”价格很复杂，特别是在违法时间持续长的卡特尔中。⁽²⁷⁾ 另一些国家则更侧重于衡量违法所得，将违法所得作为计算罚款数额的重要标准，形成了基于违法所得的处罚制度。如前所述，最优的罚款应在多大程度上超过违法所得与惩罚概率具有相关性，如果只有 1/3 的卡特尔被发现并受到惩罚，那么最优威慑的罚款至少应是违法所得的三倍。按照这个思路，不同国家的竞争主管机构主要采用了两倍/三倍违法所得的罚款制度，但违法所得似乎具有难以计算的天然属性，因此这些国家在立法上还同时采用其他替代的罚款方式。例如，新西兰《1986 年商业法》第 80 条规定，企业罚款最高不超过下列两项规定的数额，以高者为准：（1）1 000 万纽币；（2）或者如果能确定违法所得，则是违法所得的三倍，如果违法所得不能确定，则是企业销售额或全部关联企业销售额的 10%。对于竞争主管机构而言，决定使用何种处罚制度还需要考虑执行的便利性和透明度（确定性），这也是最优威慑理念的本质要求。因此，目前在全球范围内运用最广泛的是基于收入的处罚制度。实践中，通常将违法者销售额收入作为计算罚款的基础，或选取销售额收入的某个百分比作为罚款的最大限额。例如欧盟在罚款

(24) See John M. Connor, *The Predictability of Global Cartel Fines*, <http://ssrn.com/abstract=1610284> (last visited Jun.23,2018).

(25) See Emmanuel Combe and Constance Monnier, *Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement*, 56 THE ANTITRUST BULLETIN 246, 246 (2011).

(26) See Yannis Katsoulacos, Evgenia Motchenkova, David Ulph, *Penalising on the basis of the severity of the offence: A sophisticated revenue-based cartel penalty*, in TINBERGEN INSTITUTE DISCUSSION PAPER, NO. 17-120/VII (2017).

(27) See Emmanuel Combe and Constance Monnier, *Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement*, 56 THE ANTITRUST BULLETIN 246, 246 (2011).

制裁中，主要是根据违法者销售额收入计算出罚款的基础金额，再依据加重事由、减轻事由等调整罚款金额，罚款的上限为违法企业上一年度全球销售额收入的 10%。

在一元执行体制下的司法管辖区域，为了实现最优威慑的反垄断制裁，罚款政策始终处于不断变化调整的状态。在 1990 年至 2008 年期间，欧盟的反垄断罚款数额以每年 7.5% 的比率持续增长，特别是 2006 年修订罚款指南后，几乎使罚款增加了两倍。⁽²⁸⁾但也有经济分析指出，尽管欧盟近年来大幅提高罚款，但其仍然低于卡特尔的非法所得，未能起到遏制作用。因此，欧盟还应继续增加罚款，以确保在每一种情况下都能超过卡特尔的非法获利。同时，鉴于并非所有的垄断行为都会被发现、惩罚，刑事和民事制裁可能会成为罚款的有益补充。⁽²⁹⁾

2. 二元执行体制下的最优威慑反垄断制裁

美国是传统的二元执行体制国家。自 1890 年《谢尔曼法》通过以来，美国就确立了反托拉斯法公共执行和私人执行两种方式。在公共执行方面，司法部（Department of Justice, DOJ）拥有刑事执行的专属权力，可以对违反《谢尔曼法》第 1 条规定的本身违法的核心卡特尔，如固定价格、串通投标和市场分割等行为提起诉讼以追究刑事责任。联邦贸易委员会（Federal Trade Commission, FTC）根据《联邦贸易委员会法》第 5 条执行消费者保护法和反托拉斯法，但没有刑事执法权，只能发动行政程序颁布停止和终止命令或向联邦法院申请禁令。当美国政府是卡特尔的受害者时，其与私人当事人有同样的权利要求损害赔偿，此时可由司法部代表美国政府提起损害赔偿诉讼。各州也可以代表其居民提起“父权诉讼”（Parens Patriae Action）以获得损害赔偿，并可以依据本州的反托拉斯法对没有受到联邦反托拉斯法制裁的违法企业予以制裁。在公共执行体制下，美国对违反反托拉斯法的企业和个人主要采用罚金、拘役、监禁刑等刑事制裁手段。依据《谢尔曼法》和《刑事处罚量刑指南》，对违法企业可以处以 1 亿美元以下的罚金，罚金的上限最高可以达到违法行为获得收益或造成损害金额的两倍，极有可能超过 1 亿美元；违法企业的责任者个人则将面临最高 100 万美元的罚金，但更重要的是还可能同时被处以 10 年以下的监禁刑。尽管美国的刑事制裁措施非常严厉，对违法者起到了威慑作用，但由公共执行机构提起的诉讼仅占美国联邦法院反垄断诉讼的一小部分，而私人执行提起的民事损害赔偿和/或禁令救济诉讼占到 90 % 以上。⁽³⁰⁾根据《克莱顿法》第 4 条的规定，任何因违反反托拉斯法行为而受到损害的当事人可以提起私人损害赔偿诉讼，要求违法被告赔偿相当于原告所受损害三倍的赔偿额，以及其他相关诉讼费用、合理的律师费用等。三倍损害赔偿制度对反垄断法违法者来说，在经济上可能是灾难性的。这种灾难在合谋案件中会更为严重，因为根据连带责任规则与非补偿规则，一个被告要为其合谋者所引起的全部损害承担连带责任，且不能向其他合谋者追偿。这种灾难性后果，对违法者提供了强大的遏制因素，但也遭到“威慑过度”和“执法过度”的质疑。⁽³¹⁾因而，理论界将关注重心开始

(28) See John M. Connor, *The Predictability of Global Cartel Fines*, <http://ssrn.com/abstract=1610284> (last visited Jun.23,2018).

(29) See Emmanuel Combe and Constance Monnier, *Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement*, 56 THE ANTITRUST BULLETIN 246, 246 (2011).

(30) See Waller, Spencer Weber, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, 29 WORLD COMP. L. & ECON.REV. 367 (2006).

(31) 郑鹏程：《美国反垄断法三倍损害赔偿制度研究》，《环球法律评论》2006 年第 2 期。

转移到如何建立客观的惩罚性损害赔偿计算方法，使得判决的赔偿金额能适度地补偿受害者并威慑潜在的违法行为人，而不至于因赔偿额低于侵权行为的获利产生威慑不足，同时避免过高的惩罚性损害赔偿造成过度威慑。美国芝加哥大学 William Landes 教授从贝克尔的威慑理论及“最适执法量”理论出发，尝试通过客观计算公式求得反托拉斯法中的“最优损害赔偿”，以实现符合经济学上配置效率的“最优威慑”，同时提高法律制裁的可预测性与一致性。根据 Landes 法则⁽³²⁾，美国绝对的三倍损害赔偿在理论上也会出现威慑不足的情形。以反托拉斯私人损害赔偿诉讼中的“超额支付”类型诉讼为例，原告通常是因为被告的不当定价行为，以非竞争价格取得被告的产品或服务，因此计算赔偿额的依据是原告额外支付的差额。假定企业的边际成本保持不变，通过经济计算，三倍损害赔偿额只有在违法行为被发现的概率等于 50% 时，才能实现最优威慑。而当反托拉斯法对私人诉讼的立法政策忽略违法行为被发现的概率或假设所有违法行为必受到制裁时，美国绝对的自动加乘的三倍损害赔偿制度则会出现不完全威慑的非最适情形。同时，违法行为的“透明度”“曝光率”，以及法院审理过程中的误判率等因素，都会影响达到最优损害赔偿的加倍乘数的确定，固定的三倍赔偿倍率则可能无法实现最优威慑。⁽³³⁾

在二元执行体制下，无论是公共执行还是私人执行，都不应“垄断”竞争法的执行，而是必须要共同运作才能有效威慑、调查和惩罚违法行为人以及赔偿违反竞争行为的受害者。⁽³⁴⁾ 因此，美国立法十分关注二元执行体制协调机制的构建，从而更好地促进反垄断制裁的有效性，以保障威慑目标的实现。一方面，三倍损害赔偿可以弥补公共执行的缺失，加强对违法行为的威慑；另一方面，公共执行对卡特尔的定罪构成了后继私人损害赔偿诉讼的“初步证据”，有助于实现民事损害赔偿对卡特尔的制裁。公共执行与私人执行间的冲突还表现在宽恕制度和后继损害赔偿的协调，为了鼓励卡特尔成员申请宽大处理，除了免除参与卡特尔的个人刑事责任外，美国 2004 年颁布的《反托拉斯刑事处罚强化和改革法》进一步规定宽恕制度的豁免责任的申请人只须承担单倍的损害赔偿，而不是高昂的三倍损害赔偿，条件是其在后继诉讼中对原告进行必要的配合，同时还免除其私人诉讼中的连带责任。该项制度不仅有效地协调了公私执行的冲突，还推动了宽恕制度更好地实施，私人反垄断诉讼案件数量也因此稳步增长。⁽³⁵⁾

自 20 世纪 90 年代末期以来，特别是进入 21 世纪后，原来采一元执行体制的国家越来越深刻地认识到了私人执行在反垄断执法中的重要性，并通过立法或司法判决等多种途径促进反垄断私

{32} Landes 对反托拉斯最适损害赔偿的结论可以归纳为以下两项法则：（1）当执法的行政成本可以忽略不计，而违法行为被发现的概率为 p 时，反托拉斯最适损害赔偿 = (消费者剩余转移 + 无谓损失) / (1/p)；（2）当执法的行政成本列入考虑，而违法行为被发现的概率为 p 时，反托拉斯最适损害赔偿 = (消费者剩余转移 + 无谓损失 + 执法行政成本) / (1/p)。参见陈志民：《“吓阻”（deterrence）概念下之反托拉斯法私人诉讼——“最适损害赔偿”理论之政策启示》，《人文及社会科学集刊》2002 年第 1 期，第 61 页。

{33} 陈志民：《“吓阻”（deterrence）概念下之反托拉斯法私人诉讼——“最适损害赔偿”理论之政策启示》，《人文及社会科学集刊》2002 年第 1 期，第 63 页。

{34} See Spencer Weber Waller, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=905604 (last visited Jun.25,2018).

{35} See Organisation 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) (last visited Jul.2,2018).

人执行，二元执行体制逐渐成为主流的反垄断执行体制。⁽³⁶⁾ 欧盟自 2004 年以来，一直致力于建立和鼓励私人执行的“文化”。为了增加向法院寻求赔偿的动力，欧盟委员会于 2005 年公布了《违反欧共体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼绿皮书》(Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules)，并于 2008 年公布了《违反欧共体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼白皮书》(White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules)，旨在推动关于如何消除赔偿的主要障碍和激励私人损害赔偿行动的讨论。经过十年的政策酝酿，欧洲议会和欧盟理事会在 2014 年 11 月 26 日公布的第 2014/104 号指令《关于违反成员国和欧盟竞争法条款的国内法损害赔偿诉讼若干规则》(下称欧盟《反垄断损害赔偿诉讼指令》)⁽³⁷⁾ 中指出，成员国应确保任何因违反竞争法而受到损害的自然人或法人能够提出索赔并获得充分赔偿，包括实际损失和利润损失，加上从损害发生之日起至支付赔偿金止的利息，并要求各成员国须在 2016 年 12 月 27 日前转化为国家法律。⁽³⁸⁾ 该指令还涉及多项行政处罚与民事损害赔偿的协调，例如，如果侵权人通过协商解决支付了赔偿，竞争主管机构可将此视为减轻侵权人罚款的因素；在宽恕制度下，受害者只有在证明无法从参与同一侵权行为的其他违法者处获得全额赔偿的情况下，才能向宽恕制度中豁免责任的申请人索赔，且赔偿额仅限于造成的实际损害，亦即豁免责任的申请人不承担连带赔偿责任；等等。在欧盟《反垄断损害赔偿诉讼指令》颁布前，诸如德国、英国等已全面规定私人执行制度的欧盟成员国，同样十分重视民事损害赔偿与传统的罚款制裁方式的协调，充分保障对垄断行为制裁的威慑效果。

二、威慑理念下我国反垄断制裁的局限性

我国反垄断法与世界上多数国家的反垄断法一样采用了公共执行与私人执行并行的二元执行体制，但无论是反垄断法的立法还是实施都更多地偏重于公共执行。在反垄断制裁方式的选择上，我国没有规定刑事制裁，主要是行政处罚与民事损害赔偿两种制裁方式，并且以行政处罚为核心制裁手段；在制裁对象上，没有规定对自然人的制裁。仅有的反垄断行政处罚和民事损害赔偿的制裁方式均存在一定的局限性：没收违法所得和罚款的不确定性影响了制裁的威慑效果，二者并用时又会带来过度威慑的风险；民事损害赔偿则存在威慑与激励双重不足的问题。随着近年来与反垄断相关的民事诉讼数量逐渐增加，特别是反垄断后继诉讼出现在公众视野，暴露出行政处罚与民事损害赔偿协调机制的缺失以及由此产生的威慑效果问题。

(一) 反垄断行政处罚的威慑效果

1. 没收违法所得的现实困境

《垄断法》规定的行政处罚方式主要是没收违法所得和罚款，其第 46 条第 1 款和第 47 条规定，

(36) 王健：《反垄断法的私人执行——基本原理与外国法制》，法律出版社 2008 年版，第 16 页。

(37) 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.

(38) 实际上，直到 2018 年 1 月，保加利亚、希腊和葡萄牙才基本完成指令的转化工作，目前欧盟委员会正在审查所有成员国的指令转化规则是否完整和准确。See Transposition of the Directive in Member States, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html (last visited Aug.13,2018).

经营者违反规定，达成并实施垄断协议的，以及滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款。依文义解释，立法原意应是确立没收违法所得与罚款的并处模式，但在执法实践中没收违法所得并不是主流的处罚方式，反垄断实践中单处罚款更为常见。实践和立法的背离，导致处罚方式和结果存在不确定性。同时，没收违法所得的处罚方式的透明度不高，实践中违法所得的计算尚缺乏统一标准，无法准确预期，呈现出很大的模糊性。不仅不同的执法机关在违法所得的认定和计算方式上存在差异，而且同一个执法机关在不同的案件中对违法所得计算的认识也不尽相同。⁽³⁹⁾威慑理论认为，惩罚的严厉性和确定性都是影响威慑的重要因素。如果潜在的违法经营者能够预先确定实施垄断的处罚后果，其就可以对是否实施垄断行为作出合理的决定，此时严厉制裁的威胁才会对其实现最优的威慑。而处罚的不确定性以及不透明则会妨碍企业作出理性决策，从而降低处罚的可预测性，进而影响威慑效果。

另一个担忧，是没收违法所得并处罚款是否过于严厉以致威慑过度？如果机械适用《反垄断法》，在没收违法所得的同时并处上一年度销售额1%—10%的罚款，很有可能造成威慑过度。首先，执法机构在没收违法所得与罚款的方式选择上没有任何裁量余地，针对一些限制竞争影响较小或者竞争中立的行为，其对社会造成的损害远小于获利水平，而执法机关不得不没收其违法所得并处罚款，这会将超出损害的获利一并处罚，造成威慑过度。同时，这一超过威慑违法行为必要限度的惩罚可能会导致对消费者支付的价格被不必要地提高，这也背离了竞争政策所追求的资源有效分配的初衷。⁽⁴⁰⁾其次，如果经营者违法经营时间持续很长，违法所得数额会因违法行为持续时间的长度而大大增加。依据我国《反垄断法》第49条的规定，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素，此时的罚款额度也会因违法行为持续时间的增加而增加，经营者在面临没收违法所得的同时，还将接受罚款的从重处罚，势必会导致经营者因巨大的惩罚而经营困难，乃至破产，这显然也不是反垄断制裁追求的结果。

2. 单处罚款的威慑不足

实践中，判断反垄断罚款是否足以起到威慑作用取决于两个方面：一是理论上竞争法所确定的反垄断罚款是否足够高，能否达到预期的最优制裁效果；二是竞争执法机构（或者法院）实际作出的罚款是否足够高。⁽⁴¹⁾对此，可以通过横向比较来衡量我国反垄断罚款的威慑水平。

确定垄断经营者罚款的最高限额有三种方式。第一种是数值封顶式罚款，例如加拿大规定的最高罚款2500万加元，日本规定的最高罚款5亿日元。第二种是通过设定销售额百分比的倍率式罚款，我国《反垄断法》规定的“处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”即是此种方式。设置10%的处罚上限在世界各国的反垄断法中较为常见，例如欧盟及其大部分成员国，

(39) 王健、方翔：《反垄断没收违法所得处罚适用的现实困境与解决思路》，《竞争政策研究》2018年第1期，第22—39页。

(40) 反垄断实务评论：《美国律师协会对我国〈关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南（征求意见稿）〉提供意见》，<http://mp.weixin.qq.com/s/dmEjHXIkAhK43ZGwV9Cw>，最后访问时间：2019年2月25日。

(41) See Organisation for Economic Co-operation and Development, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf> (last visited Jun.27,2018).

但同时规定 1% 的处罚下限并不多见。第三种则是将上述两种方式组合并择其高者，例如在爱尔兰，可以罚款上一年销售额的 10% 或 400 万欧元中的较大者。各国立法对“销售额”的不同解释使得罚款的最高额存在很大差异。为了增加罚款额度以实现威慑，欧盟将“销售额”定义为垄断经营者及其所属的全球集团公司在相关营业年度的整体销售额。另一些国家则是将“销售额”定义为垄断所涉相关市场的销售额，包括“相关销售额”“受影响销售价值”和/或“受影响商业价值”等对应概念，当然，罚款的量化不仅仅基于受影响的销售额，执法机构还会考虑包括侵权的严重程度、违法行为持续时间等其他因素，通过必要的自由裁量权以确定罚款数额。我国《反垄断法》中的“上一年度销售额”既是罚款基数，也是罚款上限的确定依据，但立法未明确其具体内涵，导致在实践中对“销售额”的认识不一致，具体有“涉案销售额”“中国境内涉案产品（市场）销售额”“相关销售额”等多种解释，但总体上是作限定性的解释，这使得罚款数额差距很大，存在不确定性，理论上的最高罚款也不具备足够的严厉性，很难对潜在的违法者实现有效威慑。

国际上普遍认为欧盟的罚款水平较高，但欧盟目前的高额罚款是否足以实现最优威慑，也引发高度关注。及至 2008 年底，共对 110 个卡特尔处以总额 120 亿欧元的罚款，平均罚款相当于每个卡特尔 1.16 亿欧元；在 2010 年至 2014 年间，欧盟对卡特尔的罚款总额达到了 78.3 亿欧元。⁽⁴²⁾ 而实证研究分析表明，1975 年至 2009 年间欧盟 64 个被定罪的卡特尔，通过对公司的罚款与该公司从卡特尔获得的非法收益以及卡特尔估计被发现的可能性进行比较发现，有一半的罚款低于公司的非法收益。因此，即使不切实际地假设破案率为 100%，罚款一般也没有达到最佳威慑效果。如果以 15% 的破案率计算，只有 1 次罚款足以威慑卡特尔。⁽⁴³⁾ 相较而言，尽管近年来我国反垄断执法机构加大执法力度，反垄断罚款额度也屡创新高，但无论从单个案件的罚款数额还是总体的罚款水平来看，与欧盟都相去甚远。特别是在单处罚款，不并处没收违法所得的情况下，违法者的违法成本是很低的，肯定会产生威慑不足的问题。而我国《反垄断法》仅对罚款作了原则性的规定，适用标准与裁量方法存在不确定性，甚至导致执法机关在罚款裁量时将性质、程度、违法持续时间、从重和从轻因素一起罗列，模糊适用。⁽⁴⁴⁾ 这些都使得罚款的威慑效果大打折扣。

（二）反垄断民事损害赔偿的威慑效果

反垄断民事损害赔偿诉讼作为反垄断私人执行的重要措施，具有赔偿功能和威慑功能的“自发性优势”，相较于反垄断主管机关的公共执行而言，还具有救济功能和指示功能的“比较优势”，可以弥补公共执行的不足，促进公共执行的发展。⁽⁴⁵⁾ 近年来，我国反垄断民事诉讼取得了一定的

(42) See Emmanuel Combe and Constance Monnier, *Fines against hard core cartels in Europe The myth of overenforcement*, 56 THE ANTITRUST BULLETIN 238, 238–239 (2011).

(43) See Emmanuel Combe and Constance Monnier, *Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement*, 56 THE ANTITRUST BULLETIN 246, 246 (2011).

(44) 王健：《追寻反垄断罚款的确定性——基于我国反垄断典型罚款案例的分析》，《法学》2016 年第 12 期。

(45) 王健：《反垄断法私人执行的优越性及其实现——兼论中国反垄断法引入私人执行制度的必要性和立法建议》，《法律科学》2007 年第 4 期。

成就,及至2017年底,全国法院民事垄断的一审案件已有700余件,审结了630件,案件数量不断上升,案件类型呈多样化趋势,但原告胜诉率依旧较低。^[46]从仅有的胜诉案件判决结果来看,都以补偿性赔偿为主,反垄断民事损害赔偿存在威慑与激励双重不足的问题。这不仅与现有的法律规定过于原则、缺乏可操作性有关,更为重要的是未能有效释放反垄断民事损害赔偿的功能。

根据《中国反垄断行政执法和司法报告(2016)》披露,截至2016年底仅有5件反垄断民事诉讼案件在一审判决被告承担民事损害赔偿责任。在确定赔偿金额方面,2件案件赔偿金额根据原告损失确定,并且赔偿金额很低,另外3件则由法院自由裁量酌定赔偿金额。^[47]例如,华为诉IDC公司滥用市场支配地位案中,因原被告均未提供确切证据证明损害,法院综合考虑被告的违法行为性质、过错程度、损害的严重性,以及原告因此产生的委托律师费、公证费和竞争利益受损等,酌定被告赔偿原告经济损失2000万元。这已经是我国反垄断民事诉讼案件中判决赔偿数额较高的案件,但相比于国外发生的反垄断民事诉讼,我国目前的反垄断民事损害赔偿数额相距甚远,其对垄断行为的威慑效果甚微。

受传统侵权法中“填补损害”责任制度的影响,我国反垄断民事损害赔偿制度实质为单倍损害赔偿^[48],仅规定赔偿受害人的实际损害。而私人在反垄断民事诉讼中常会面临诉讼地位劣势、举证困难、诉讼成本高等现实问题,单倍损害赔偿制度会存在诉讼成本与诉讼收益倒挂,作为经济理性人的受害者无法受到激励,因而会主动放弃赔偿请求。在同样采用单倍损害赔偿的日本,遭受垄断行为侵害的私人可以依据《日本反垄断法》第25条或《日本民法》第709条两个渠道追索单倍损害赔偿。由于《日本反垄断法》为私人提起民事赔偿诉讼设置了“行政前置程序”,即提起民事赔偿诉讼必须以公正交易委员会作出相应的违法审决为前提,因此绝大多数的私人诉讼都是依据《日本民法》第709条提起的民事赔偿诉讼,但在实践中无论是哪种渠道,胜诉的案例都极少。^[49]这在某种程度上反映出单倍损害赔偿的激励不足导致了私人诉讼实施效果欠佳,并不能有效实现赔偿功能和威慑功能。而只有给胜诉的原告提供多倍赔偿或惩罚性赔偿,私人才有提起反垄断诉讼的激励,才能有效威慑违法者。比较而言,在采用三倍损害赔偿制度的美国,私人诉讼在反托拉斯法的执行中约占90%,平均每年800件左右,成为威慑垄断行为的重要制裁手段。

(三) 反垄断行政处罚与民事损害赔偿的整体威慑效果

基于前述分析,反垄断行政处罚和民事损害赔偿作为反垄断法的重要制裁手段,都有助于实现反垄断法的基本目标,但二者本身均难以达到最优的威慑效果。最优威慑理论认为,对特定犯罪的惩罚是完全可以替代的。^[50]因此,反垄断行政处罚和民事损害赔偿应被视为一个综合的制裁

[46] 朱理:《民事诉讼已成为中国反垄断工作重要组成部分》, http://www.legaldaily.cn/zt/content/2018-08/03/content_7609951.htm?node=92192, 最后访问时间:2019年2月25日。

[47] 林文、甘蜜:《中国反垄断行政执法和司法报告(2016)》,知识产权出版社2017年版,第211页。

[48] 杨蓉:《垄断致损害赔偿责任问题研究》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》,2017年第3期,第51-56页。

[49] 戴龙:《日本反垄断法研究》,中国政法大学出版社2014年版,第70页。

[50] See John M. Connor and Douglas J. Miller, *The predictability of DOJ cartel fines*, 56 THE ANTITRUST BULLETIN 525, 525 (2011).

体系，只有在两者间构建有效的协调机制，才能确保实现最优威慑。一方面，当反垄断行政处罚缺失或者存在威慑不足，会严重影响反垄断法的制裁效果，此时需要充分发挥反垄断民事损害赔偿的救济功能以补足威慑。另一方面，当两种制裁手段同时运用，如果缺乏有效的协调机制，将会造成威慑过度。根据《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》（下称《垄断民事案件司法解释》）第2条规定，我国既承认私人在行政执法机构认定垄断行为前提起的“单独诉讼”，也肯定了私人在行政执法机构认定垄断行为后提起“后继诉讼”的权利。值得注意的是，后继诉讼在国外较为普遍，美国反托拉斯诉讼中约有2/3为后继诉讼，并且成功率很高。欧盟的私人诉讼案件主要发生在英国、德国和荷兰，大多为反垄断后继诉讼。我国目前已有张仁勋诉宜宾县四和建材有限责任公司等企业垄断案、田军伟诉雅培贸易和北京家乐福双井店案、杜某诉平安财产保险浙江分公司垄断案、武汉光明贸易有限责任公司诉上海韩泰轮胎销售有限公司垄断案等4起反垄断后继诉讼案件。尽管案件数量很少，但随着公共执行案件数量的增多和公民竞争意识的提升，反垄断后继诉讼必将会成为一种新的趋势。此时，反垄断行政处罚必须要充分考虑后继诉讼的可能性并作出调整，否则没收违法所得并处罚款的行政处罚，再加之民事损害赔偿，很可能造成对违法者的过度威慑。反垄断制裁追求的是有效威慑和惩罚违法企业，而非彻底击垮企业。因此，反垄断行政处罚与民事损害赔偿的整体威慑效果，需要有效的协调机制予以调节，方可避免单独适用的威慑不足、盲目叠加适用的威慑过度。

此外，成本也是反垄断制裁需要考虑的重要因素。无论是威慑还是补偿，追求这些制裁目标总是要付出成本和代价的，包括错误成本和执行成本两种类型。首先，实现威慑或补偿可能产生不良的副作用，例如制裁中的错误或错误的风险可能导致合法行为和有利于经济的行为受到遏制。同样，不准确的赔偿金额实际上也会造成不公正的负面效应。其次，追求威慑或补偿还存在执行成本，具体包括了公共执行部门（竞争执法机构和法院）承担的成本，以及有关企业或个人承担的成本。⁽⁵¹⁾运用任何单一的制裁方式以实现完全威慑或完全补偿都会面临高昂的错误成本和执行成本，这也不符合法经济学中最优执行的要求。只有通过构建有效的协调机制，使得反垄断行政处罚与民事损害赔偿协同运作、互为补充，才能以更低的成本实现反垄断法最优威慑的制裁目标。

三、最优威慑目标下的反垄断行政处罚和损害赔偿协调

法律制度的建立受到价值观念的指引，反垄断法制裁的价值追求直接影响到行政处罚与民事损害赔偿协调机制的构建。救济体系的一个基本目标是威慑人们不敢违反法律，另一个目标是对违法行为的受害者进行补偿——但这是次要的目标，因为一个规划合理的威慑体系将把违法的几率降低到一个很低的水平，作为副产品，该体系将会保证充分的补偿。⁽⁵²⁾可见，反垄断法的制裁

(51) See Wouter P.J. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, 26 WORLD COMPETITION 473, 473-488 (2003).

(52) [美] 理查德·A. 波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年版，第313页。

具有公益性，首要的价值追求应是通过威慑来维护竞争秩序与公共利益。因而，立足于我国反垄断法二元执行体制，在构建行政处罚与民事损害赔偿协调机制时，应特别注重如何使两种制裁手段更有利于达到最优威慑，其次是基于公平正义的理念，保障垄断行为受害者的利益得以实现。

（一）行政处罚制度的调整

1. 没收违法所得的限制性适用

直接没收违法所得的处罚方式并不多见。美国虽然规定了基于违法所得的处罚，但始终采取审慎态度，仅在执法实践中实施过一次，这与没收违法所得本身不易实施、透明度和一致性不高等缺陷有很大关系。⁽⁵³⁾ 尽管如此，保留没收违法所得的处罚方式在我国现阶段仍具有一定的必要性。没收违法所得是反垄断执法机构将违法经营者的获利予以追缴的制裁手段，符合威慑理念所追求的目标。同时，没收违法所得还具有“补偿”的重要功能。当垄断企业损害消费者福利或其他生产者福利，其救济手段既包括执法机构没收违法所得，再通过转移支付的方式间接补偿给消费者或受害企业，也包括消费者或受害企业通过民事诉讼进行索赔。⁽⁵⁴⁾ 在美国和加拿大，大量单个损害非常小的消费者可以借助集体诉讼获得赔偿，并对垄断产生强有力的威慑。在英国和澳大利亚，则可以通过消费者代表诉讼制度实现救济，这些在某种程度上替代了没收违法所得的“补偿”功能。由于我国反垄断法没有确立集体诉讼和消费者代表诉讼制度，民事损害赔偿又存在激励与威慑的双重不足，没收违法所得实际上被赋予了由政府替代消费者求偿的重要使命，这也符合立法本意。但为了避免没收违法所得并处罚款可能会导致的威慑过度，在当前情况下，对于没收违法所得作适当的限制性解释也许是解决问题的一个思路。在确定没收违法所得处罚的适用范围时，要合理地区分对待垄断协议和滥用市场支配地位行为。由于垄断协议特别是固定价格行为极具危害性，并且在违法所得计算等方面相对较为容易，可以考虑适用没收违法所得处罚措施；对于滥用市场支配地位，很多情况下违法所得较难计算或根本无法计算，可以赋予执法机关裁量权，不予没收违法所得，而是考虑直接处以具有足够威慑力的罚款。

2. 建立违法所得退还制度

反垄断法中的违法所得主要来源于间接购买者和终端消费者，法理上应当将其退还或者用来补偿受害者的财产损失，以实现社会公平正义。而根据《行政处罚法》第53条第2款的规定，罚款、没收违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，必须全部上缴国库，任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分。这样的规定虽然简单易行，但堵死了通过罚没款项赔偿受害人损失的路径，造成了经济法上民事责任公共实施的失灵。⁽⁵⁵⁾ 更需注意的是，当存在反垄断后继损害赔偿诉讼的情况下，原本应赔偿给受害者的违法所得已被行政机构没收，这实质上构成

(53) See Yannis Katsoulacos, Evgenia Motchenkova, David Ulph, *Penalising on the basis of the severity of the offence: A sophisticated revenue-based cartel penalty*, in TINBERGEN INSTITUTE DISCUSSION PAPER, NO. 17-120/VII (2017).

(54) 冯博：《没收违法所得与罚款在反垄断执法中的组合适用》，《法商研究》2018年第3期，第138-148页。

(55) 韩志红：《经济法上民事责任的三种实施机制及其完善》，《经济法研究》2017年第2期，第42页。

了对垄断企业的“二次”处罚，不仅法理不通，更有可能造成过度威慑。不妨尝试在此间寻求一个平衡，建立反垄断法上的违法所得退还制度，将其用于对受害者损失的补偿，这也是通过运用反垄断强有力的公共执行手段保护私权主体的有益探索。德国《反限制竞争法》第34条中就有类似规定，企业故意或者过失违反本法规定，并由此获得额外收入的，卡特尔当局可以收缴该额外收入，但如果该收入被收缴后又履行了损害赔偿或者罚款、偿付等义务，企业可以在事后支付的额度内，要求卡特尔当局返还已缴纳的款项。⁽⁵⁶⁾我国可以借鉴德国经验，并设立类似于美国司法部“资产没收基金”或英国“扣押资产基金”等专门账户或基金，接受管理被没收的财产，完善对违法所得没收后的管理、处置制度。⁽⁵⁷⁾当违法企业被没收违法所得后，如履行了对受害者的损害赔偿义务，可以向反垄断执法机构请求退还相应数额的违法所得；倘若未积极履行赔偿义务，受害者则可以径行请求从违法所得中获得补偿。

3. 将民事损害赔偿作为罚款的减轻因素

我国以行政处罚为重心的反垄断制裁体系一个重要的缺失，就是没有考虑到民事损害赔偿诉讼在加强威慑方面的作用。特别是，如果未来反垄断损害赔偿诉讼变得更加普遍，那么确保威慑所需的罚款应作出相应调整，否则极有可能会造成过度威慑。经测算，假设反垄断后继损害赔偿诉讼的概率为1，通过私人执行的损害赔偿约占垄断企业预期额外利润额的25%，因此欧盟现有的针对卡特尔的罚款需在相关经济参数可能值的4%—12.26%范围内作出调整，而对滥用市场支配地位的罚款则需在2.7%—6.3%的范围内调整。⁽⁵⁸⁾但在实践中，由于后继诉讼的时候行政处罚已经结束，罚款比例也已经确定，因此，欧盟明确规定了企业已经接受行政处罚不会影响其在后继民事诉讼中的赔偿义务。⁽⁵⁹⁾更普遍的做法，是将向受害者进行损害赔偿作为确定行政处罚的减轻因素。例如在英国，如果违法企业在执法机构作出处罚决定前，自愿与受害者达成和解协议并进行损害赔偿，那么行政处罚将会降低5%—10%的比例。⁽⁶⁰⁾2008年《欧洲竞争主管机构关于对违反反垄断法的企业实施经济制裁的统一原则》也列出了减轻处罚的情节：“如果违法者采取积极措施减轻侵权的不利后果，特别是向因此而遭受损害的人提供自愿、及时和充分的赔偿，则可减少适用的罚款。”⁽⁶¹⁾欧盟《反垄断损害赔偿诉讼指令》进一步规定，如果侵权人通过协商解决支付了赔偿，竞争主管机构可将此视为减轻罚款的因素。⁽⁶²⁾根据2017年ICN的调查显示，目前已

(56) 方晓敏：《中德法学论坛（第14辑上卷）》，法律出版社2017年版，第241页。

(57) 韩志红、付大学：《没收违法所得退还受害人制度研究》，《天津师范大学学报（社会科学版）》2012年第5期，第11—15页。

(58) See Alberto Heimler & Kirtikumar Mehta, *Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence*, 35 WORLD COMPETITION 117, 117—118 (2012).

(59) 张晨颖：《论反垄断行政决定在民事诉讼中的效力》，《法律适用》2017年第7期，第31—38页。

(60) 张晨颖：《论反垄断行政决定在民事诉讼中的效力》，《法律适用》2017年第7期，第31—38页。

(61) See International Competition Network Cartels Working Group Subgroup 1, *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions (2017)*, www.internationalcompetitionnetwork.org (last visited Jun.27,2018).

(62) See Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.349.01.0001.01.ENGL (last visited Aug.13,2018).

有澳大利亚、加拿大、匈牙利、俄罗斯等 11 个国家将向受害者赔偿列为罚款的减轻因素。⁽⁶³⁾ 我国《反垄断法》也应明确将民事损害赔偿作为裁量罚款额度的因素，通过减轻处罚的力度，避免过度威慑的可能。由此，能支持和鼓励违法企业与受害者运用协商、和解等方式，自愿履行损害赔偿义务。与其他民事诉讼相比，反垄断损害赔偿诉讼必然是昂贵、耗时和复杂的，协商的争端解决机制会使受害者在自愿的基础上迅速而简易地获得赔偿。但同时应警惕，减轻罚款的额度不得损害威慑的目标，竞争主管机构决不能以牺牲威慑和惩罚为代价为赔偿提供便利，也不应投入大量公共资源来评估垄断企业所提供的赔偿是否足够，因为这既存在难度，同时也是负担。⁽⁶⁴⁾

(二) 民事损害赔偿制度的选择与调适

1. 实际损害赔偿与惩罚性赔偿的区分运用

反垄断损害赔偿主要有单倍的实际损害赔偿和多倍的惩罚性赔偿。决定私人当事人是否愿意提起反垄断损害赔偿诉讼的一个重要因素就是在经济上是否有利，如果采取私人反垄断诉讼不经济、取得预期效果的可能性比较小，就不会发动私人诉讼——尽管该私人诉讼有着潜在的威慑价值，但这一社会效果并不是其主要关心的。如果仅仅规定单倍损害赔偿，加上较高的诉讼成本和败诉风险，私人当事人提起诉讼的意愿就不会太高，日本、德国、加拿大等国的实践已经证明了这一点。⁽⁶⁵⁾ 以美国为代表的三倍损害赔偿制度与其司法实践中的惩罚性损害赔偿的传统密不可分。基于前述分析，美国绝对的三倍损害赔偿制度并不能有效地达到理论上的“最优损害赔偿”，并且存在威慑过度与执法过度的危险，但是只要在原告主体资格、举证负担分配、证明标准、让败诉原告承担被告的诉讼费用等规定方面加以调整，完全可以防止诉讼爆炸、滥诉、缠诉等情况，避免威慑过度与执法过度。⁽⁶⁶⁾ 同时值得注意的是，在三倍损害赔偿的威慑下，美国绝大多数反托拉斯损害赔偿诉讼最终是以不足三倍损害赔偿的和解方式而告终。

我国在以行政处罚为核心制裁手段的背景下，当公共执行缺失或者行政处罚不足以威慑时，民事损害赔偿追求的首要目标应是实现足够的威慑；当行政处罚已具备威慑水平，则应重视保障民事损害赔偿基本功能的有效发挥。具体来说，损害赔偿原则的选择及罚则的建构，需要区分“单独诉讼”与“后继诉讼”，在厘清反垄断民事损害赔偿制裁功能定位的基础上予以审视。其“赔偿功能”作为一种“矫正正义”应被视为基本功能，即在任何情况下均应确保实际损害赔偿的实现，特别是在后继诉讼中，既不能因为垄断企业已接受处罚而减轻赔偿义务，也不能盲目地加倍赔偿以致过度威慑。而民事损害赔偿的“威慑功能”则应被视为救济功能，在行政处罚缺失的情况下，

(63) See International Competition Network Cartels Working Group Subgroup 1, *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions (2017)*, www.internationalcompetitionnetwork.org (last visited Jun.27,2018).

(64) See Organisation 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) (last visited Jul.2,2018).

(65) 王健、朱宏文：《反垄断法实施问题研究》，法律出版社 2013 年版，第 105 页。

(66) 李俊峰：《垄断损害赔偿倍率问题研究——兼论我国反垄断法草案的相关制度选择》，《比较法研究》2007 年第 4 期，第 105-114 页。

通过惩罚性赔偿吸引私人“发现”垄断并“威慑”垄断。因此，在赔偿制度的建构上，可以借鉴我国台湾地区的模式采取酌定赔偿立法例，在维系传统侵权法“填补损害”的单倍赔偿制度基础上，针对未被行政处罚或处罚存在明显威慑不足的垄断企业，由法院依据违法情节酌定采取造成损害的“一倍以上三倍以下”的惩罚性赔偿。如此，通过赋予法官的自由裁量空间，审酌个案的具体情况，调整加倍乘数以符合最优威慑目标，避免绝对地适用三倍损害赔偿所导致的过度威慑风险，同时也给予了受害者必要的经济激励，从而提高违法行为被发现的概率。

当然，这无疑对法官的法学、经济学素养提出更高要求，需要其对复杂的个案事实和损害后果有准确的分析把握，才能酌定符合个案公平和威慑适度的赔偿额度。很多国家非常重视用行政介入方法来弥补法官知识不足而导致判决利益失衡的欠缺。例如德国《反限制竞争法》第90条规定，如联邦卡特尔局局长认为有利于维护公共利益，可以选派代表作为“法庭之友”（*amicus curiae*）向法院说明事实和证据，参加庭审并做陈述、提问。^{〔67〕}美国司法部同样可以“法庭之友”的身份选择介入反垄断诉讼程序，并在案件审理时出庭发表自己的口头意见及论据。欧盟规定，基于国内法院的请求，竞争执法机构在认为合适的情况下，可以帮助国内法院确定损害赔偿额。我国也可以建立反垄断执法机构参与民事损害赔偿诉讼的制度，以利于向法院提供专业意见作参考。

2. 宽恕制度下的民事损害赔偿

宽恕制度对于破坏卡特尔的稳定性、及时发现并威慑违法行为，以及节省执法资源等诸多方面具有重要作用。侧重于保障受害者获得赔偿的反垄断民事损害赔偿制度，如果不能作出必要的“让步”，保持与公共执行的一致性，将极大地削弱违法者与反垄断执法机构合作的动力，从而危及宽恕制度的成功。事实上，宽大处理的申请人与卡特尔的其他参与者相比，更容易遭受私人诉讼风险。这主要是因为竞争执法机构针对申请人的豁免决定通常会比其他参与者的处罚决定更早作出，而申请人往往不会对此提出上诉，该决定将立即成为最终决定，这也更容易使其成为反垄断后继诉讼的对象。此外，由于连带责任原则，原告可能要求的实质性损害远远超过豁免申请人单独造成的损害。^{〔68〕}这样的结果将直接影响对宽大处理申请者的激励，最终可能损害宽恕制度的吸引力和有效性。因而，一个成功的宽恕制度对于公共和私人执行同样至关重要，应当建立一个能加强宽恕制度和公共执行的反垄断民事损害赔偿制度。

减轻宽恕制度中豁免责任的申请人的民事损害赔偿责任是一种有效的措施，但是该种减轻的“底线”是不得牺牲垄断行为受害者的索赔利益，这一原则也得到了一些国家立法的肯定。如前所述，美国将宽恕制度中豁免责任的申请人的损害赔偿责任从三倍限制为单倍的损害赔偿。匈牙利在2009年对其《竞争法》进行了两项重要修改，其中之一就是旨在保护宽恕制度中完全豁免责任

〔67〕 方晓敏：《中德法学论坛》（第14辑上卷），法律出版社2017年版，第285页。

〔68〕 See Organisation 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) (last visited Jul.2,2018).

的申请人不会在后继诉讼中比其他卡特尔参与者面临更糟的境地。该法第 88 条规定，宽恕制度中完全豁免责任的申请人只有在原告没有从其他卡特尔成员处获得完全赔偿的情况下才承担损害赔偿责任。⁽⁶⁹⁾ 据此，宽恕制度中完全豁免责任的申请人仍然可能要承担民事责任，但是原告必须首先起诉其他卡特尔成员。欧盟《反垄断损害赔偿诉讼指令》则将豁免责任的申请人的民事责任仅限于对其直接或间接购买者或提供者造成的损害，其他受害方只有在证明无法从参与同一侵权行为的其他企业获得全额赔偿的情况下，才能向豁免责任的申请人索赔，且赔偿数额不得超过豁免责任的申请人造成的损害。⁽⁷⁰⁾ 有鉴于此，我国反垄断法应为获得宽大处理的经营者减轻相应的民事责任，与公共执行保持一致，激励违法者申请宽恕，但此种减轻不得损害受害者的索赔利益。具体到民事损害赔偿制度的构建，相关立法可以作适当明确，宽恕制度中豁免责任的申请人仅在原告无法向其他违法经营者获得足额索赔的前提下，承担与其造成损害相应的赔偿责任，如此方可实现多维目标的协调。

(三) 支付能力不足情形下行政处罚和民事损害赔偿的优先顺序

在追求对垄断企业最优威慑的制裁时，可能容易忽视的一个重要问题是：行政处罚如果超出企业的支付能力，是否需要予以考虑调整，以及在同时存在民事损害赔偿的情形下，应如何确定两者的优先顺序。这并非杞人忧天。经验研究表明，在美国 1955 年至 1993 年间，仅有 18% 的被定罪公司有足够的资金支付最优罚款。⁽⁷¹⁾ 这样做的风险在于被处罚的企业可能因此被逐出市场并破产，不仅对市场竞争造成额外的损害，也使得垄断行为受害者无法获得损害赔偿。因此，无力支付也成为大多数国家竞争执法机构在处以罚款时需要考虑的因素。一些国家之所以规定最高罚款为销售额的某个百分比，某种程度上也可以理解为是对企业支付能力的一种考虑。在欧盟，如果有客观证据表明宽大处理后的罚款仍将无可挽回地损害企业的经济活力，使其资产失去全部价值，并对企业的社会环境产生严重后果，欧盟委员会可应当事方的要求考虑准予削减罚款。瑞士会根据比例原则审查制裁是否会影响企业持续生存能力，匈牙利还规定了企业可以分期的方式支付罚款。支付能力不足是否应被我国反垄断法视为行政处罚的考量因素，还需要进一步研究，但在与民事损害赔偿优先执行的问题上应尽快确定。

根据美国《刑事处罚量刑指南》，法院可以将罚金减少到其会损害公司向受害者赔偿的能力的程度。亦即法院应首先确保公司有支付受害者的索赔，民事损害赔偿应优先于罚款。《侵权责任法》第 4 条第 2 款规定，“因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任，侵权人的财产不足以支付的，先承担侵权责任”，作为特殊侵权的垄断行为理应明确民事损害赔偿在支付能力不足情形下的优先地位。尽管我国《反垄断法》尚未明确对此作出规定，但在诸多法律中都有“先

(69) See Organisation 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) (last visited Jul.2,2018)

(70) See Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.349.01.0001.01.ENGL (last visited Aug.13,2018).

(71) Catherine Craycraft, Joseph L.Craycraft & Joseph C. Gallo, *Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay*, 12 REV. INDUS. ORG. 171 (1997).

民后行”的立法传统，民事赔偿责任优先于行政责任已成为一项原则。例如《产品质量法》第64条规定“应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任”，《公司法》第214条规定“应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任”，《食品安全法》第147条规定“违反本法规定，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。生产经营者财产不足以同时承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金时，先承担民事赔偿责任”，《证券法》第232条规定“违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任”，等等。鉴于此，反垄断法也应当尽快明确在企业支付能力不足的情形下，民事损害赔偿优先于行政处罚的执行。

四、结论

在公私并举的中国反垄断二元执行框架下，行政处罚与民事损害赔偿制度在制裁垄断行为取得的威慑效果上均存在一定的局限性，而二者协调机制的缺失，导致反垄断制裁的整体效果不佳。构建完善有效的行政处罚与民事损害赔偿协调机制，有助于实现反垄断制裁的最优威慑目标。具体而言，反垄断行政处罚需要理顺没收违法所得与罚款的适用关系，探索建立违法所得退还制度，以实现垄断行为受害者利益的兼顾；同时，将民事损害赔偿作为罚款的减轻因素，避免过度威慑的风险。根据反垄断民事损害赔偿诉讼的不同情形，我国反垄断法应区分运用实际损害赔偿与惩罚性赔偿的罚则，并限制宽恕制度下豁免责任的申请人的民事损害赔偿责任，从而促进宽恕制度的实施，实现威慑的整体最优。最后，明确支付能力不足情形下民事损害赔偿优先于行政处罚执行，以保障受害者权益。

Deterrence Idea and the Effective Coordination of the Chinese Antimonopoly Sanctions

WANG Jian FANG Xiang

Abstract: Deterrence is the most important value of antimonopoly sanctions. Under the dual enforcement system of public enforcement and private enforcement, the administrative punishment and the civil damages stipulated by Chinese Antimonopoly Law have certain limitations in the deterrent effect. Constructing a sound and effective coordination mechanism between administrative punishment and civil damages will help to achieve the optimal deterrence of antimonopoly sanctions. Antimonopoly administrative punishment should further rationalize the relationship between the confiscation of the illegal gains and fines, establish a system for confiscation of illegal gains, and regard civil damages as a mitigating factor for fines. According to

different types of civil action for damages, the actual damages and the punitive damages should be distinguished and applied, and civil damages of the exempts under the leniency policy should also be limited; the civil damages shall be given priority over administrative punishment if the paying ability is insufficient.

Keywords: Deterrence Idea; Antimonopoly Sanctions; Administrative Punishment; Civil Damage Compensation; Coordination Mechanism

(责任编辑:江山)