

反垄断法惩罚性赔偿责任的独特性

张世明

【摘要】反垄断法上的民事责任制度与民法上的民事责任制度在利益保护模式和目标预设上各不相同,在具体责任形式、归责原则等方面也差异显著。对反托拉斯违法行为所适用的三倍损害赔偿制度的起源固然最初关涉美国特殊的国情,但从根本而言,乃是现代风险社会的产物。惩罚性赔偿对于原告以及社会也存在救济作用,但这并非惩罚性赔偿制度的主要目的。惩罚性赔偿的数额均高于甚至大大高于实际损失以昭炯戒,体现了一种新时期的分配正义观。竞争遭到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产生。前者属于制度保护范畴,后者属于权利保护范畴。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。获得反垄断法上的损害赔偿,不能以民法为依据,而只能以反垄断法为依据。经济法责任的建构应该摆脱民事责任理论的束缚,避免在认知上被民法责任所泯然湮没同化,造成反垄断赔偿责任精神的失落与经济法责任的缺位。

【关键词】反垄断法损害;惩罚性赔偿;公共风险;社会成本;经济法责任

【作者简介】张世明(1966—),男,四川内江人,中国人民大学法学院教授,博士生导师(北京 100872)。

【原文出处】《甘肃社会科学》(兰州),2023.2.129~140

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“在法治轨道上促进平台经济、共享经济健康发展研究”(21AZD025)。

惩罚性赔偿(punitive damages),亦称“示范性赔偿”或“报复性赔偿”,通说认为肇端于1890年美国《谢尔曼法》第7条规定的三倍损害赔偿:“因本法所禁止或宣布为非法的事项而遭受财产或营业损害的任何人,均可在被告居住的或被发现的地区的美国任何巡回法院提起诉讼,无论争讼数额多寡,一律给予其遭受损害数额的三倍赔偿及诉讼费和合理的律师费。”^①事实上,早在1623年,《英格兰垄断条例》就规定,任何受到垄断之损害的起诉者所获赔偿应当等于因垄断的阻碍所受损害的三倍^{[1]666}。后来,这种责任被引入消费者保护法和环境保护法。

这一制度的起源固然最初关涉美国特殊的国情,但从根本而言,乃是现代风险社会的产物。现代社会中的私人风险和公共风险具有本质的区别,不能将二者等同视之。受体制性功能局限的传统侵权

法不能胜任现代社会中广泛存在的公共风险的治理任务。因为公共风险是由国家通过公法规制的对象,是社会无法避免且应当承担的一种社会成本。私人风险规制目的是威慑潜在的加害者,以此增加其个人的注意义务来减少或规避对他人的损害。但以此采取一种错位的方式来规制公共风险的理念,可能难收其效,原因在于公共风险的防患并不存在一个损害为零的边际效果。要求风险的制造者对其合规行为所造成的致害结果承担赔偿责任的公共风险“私有化”以内化风险制造的成本,看似受害人的损失得到了一定程度的填补,也对潜在的加害者产生了一定的威慑,但实际上对形成整个社会正常运行的风险分配机制并无助益,甚至在特定情形中会因为侵权法而引发有悖常理的行为扭曲,最终导致整个社会的福利却是适得其反的累退。

同时,那种混淆公共风险与私人风险在治理机制上存在本质差异的观念,极易形成一种错误的认知,即:规制手段越严越有利于社会公众利益的维护^{[2]185}。如果为了避免公共风险的发生而要求风险制造者承担赔偿责任,导致的结果可能是:一方面,该风险制造者生产的产品或提供的服务价格成倍上涨,因为羊毛出在羊身上,风险制造者会通过事先的评估计算将可能发生的赔偿成本分摊到产品的价格中去,以实现成本的内化功能,达致规避风险的目的;另一方面,风险制造者可能出于趋利避害的考量,决定不再生产该种产品或提供该种服务。因而,此种公共风险固然随之消失,但代之而起的是其他更多甚至更为严峻的风险聚集。本文力图基于体系性思维模式对反垄断法惩罚性赔偿责任的归责基础、特性予以阐释,以求教于方家。

一、形同实异:侵权法责任与反垄断法责任的区隔

我国学术界对于反垄断法损害赔偿责任的属性有两种认知路径:

其一是从法律行为的角度出发,将垄断行为视为民商法领域的侵权行为,参照侵权责任认定方法对垄断损害赔偿进行处置,主张“垄断行为对他人造成侵害,从民商法角度看,其法律性质应属侵权”^{[3]98}。正是这样,在华为诉美国数字交互公司案中,广东省高级人民法院民事判决书指出,“华为公司提起诉讼的请求权基础为,华为公司认为交互数字滥用市场支配地位,侵害华为公司的合法权益,构成垄断民事侵权,要求交互数字承担停止侵权、赔偿损失的法律责任”^②,将垄断损害赔偿请求主张直接引致侵权责任法规定而并不对中殊异加以区隔。在该路径下,垄断行为本质上属于侵权行为的具体形态之一,其导致的损害赔偿符合一般的侵权责任构成要件。反垄断损害赔偿与侵权损害赔偿两者发生请求权竞合时,遵循特别法优先于普通法的解决思维路线图。

其二是将反垄断法赔偿责任的认定放置于经济法责任的宏观背景下,鉴于经济法责任与民法责任的属性区别,可单独适用甚或创设不同的责任认定

规则。在此路径下,反垄断法属于经济法,与民法存有本质的分野。违反反垄断法的行为罕能同时又构成民法上的侵权行为。反垄断损害赔偿与民事损害赔偿不惟不存在请求权的竞合,而且两者在赔偿请求权成立的构成要件上也迥然不同,必须予以区分^[4]。易言之,反垄断法上的民事责任制度与民法上的民事责任制度在利益保护模式和目标预设上各不相同,在具体责任形式、归责原则、追究机制等方面也差异显著。“这也是基于我国反垄断法规定的民事责任在性质上属于经济法责任的逻辑演绎的结果,同时也是构建我国反垄断法律中民事责任制度的指导方向。”^[5]本文支持第二种认识路径。

(一)民事侵权损害赔偿与反垄断法损害赔偿的构成要件及其范围

民法和反垄断法保护的对象存在差异,前者所保护的是权利的受损,而后者所保护的是法益的受损。原岛重义从德国法出发将权利分为两种:一为所有权、债权、社员权等,属于法秩序的构成要素,被称之为独立性、第一性权利;一为依存于特殊法律关系的存续与内容非独立性权利,是有助于法律地位和法律关系保护与实现的法技术,被称之为手段性、第二性权利。第二性权利保护尚未构成第一性主观权利的权益部分,其并非以主观权利的存在为必要。由于原本应该基于平等自由原则而存在的第一性主观权利成为企业取得市场支配地位的来源,竞争法致力于为了保护法制度的第二性权利^{[6]135}。

有论者或谓,自由竞争权是经济法上的一种具有多方面性质的新型民事权利,在一般情况下属于绝对权,在特殊情况下属于相对权^[7]。这种说法混淆了第一性权利与第二性权利。第一性权利亦称原有权利、原权利,是法律所明确规定的或由法律授权的主体依法通过积极活动而创设的基础性的事前的法律权利,不依赖其他权利而能够独立存在。第二性权利亦称救济权利、派生权,第二性权利的产生仅基于他人侵害原权或法益而发生的补救权利,遭罹侵害或损害的法律主体本于原权利或法益可请求排除侵害或赔偿损害,违反义务侵害或损害他人权利或法益则必须承担其私法关系不利益之效果。原权可

谓救济权之基础,救济权堪称原权之结果,但其也在能够本于法益蜕变而来,为法益提供一种恢复和补救的机制。

从比较法角度言之,“侵权行为”概念不应仅从字面上加以理解。其在大多数国家法律中的含义实质上与“不法行为”更接近。我们现在使用的“侵权行为”一词并非准确表达,而以“不法行为”“侵害行为”相称或许更科学。因为“侵权”不仅应指侵害“权利”,更不仅仅指侵害“法律规定的权利”,在特定的条件下还包括对法律应当规定而没有规定的权利的侵害以及对尚未上升为权利而应受法律保护的某种法益之侵害。权利仅指实定法上的权利,为法律所类型化而得到法律确切保护的利益。能够转化为权利的法益终究屈指可数,大多数仍无法纳入权利保护但应受保护的法益的受害人须通过行使救济权才能实现受损法益的保护。

虽然竞争秩序作为未上升为权利的法益的保护具有被动性,一般须待侵害发生后才可请求救济,但作为一种自为的法益,其对合法经营者而言可谓“生而有之”,这种事后保护的特性并不能使之降格为经营者在遭罹不公平竞争损害后方获享的第二性权利。德国法学界通说认为,反限制竞争法保护作为一种制度的竞争,只有为了该制度也保护个体市场参与者的竞争自由。在反垄断法上,损害虽然最终体现为受害人财产或营业上的损失,但均系市场竞争的公正秩序遭到损害所致,呈现出衍生性的特征。因此,反垄断法上损害赔偿的肇因于竞争遭到损害,民法上损害赔偿责任的肇因于民事权利被侵犯。

一般来说,民事侵权损害赔偿构成要件包括违法行为、过错、损害事实以及违法行为与损害事实之间存在因果关系,而反垄断法损害赔偿制度也规定了损害赔偿构成要件,但在很大程度上已然突破了民法侵权损害赔偿制度的窠臼。私法侵权责任制度需要“因果关系”作为过滤器,以从不可赔偿性损害中将可赔偿性损害筛选出来。因为如果侵权行为制度的设计缺乏一定的甄别安排,每个人都将陷于举足挂网、搔手触禁之境,自由意志难以发抒挥洒,社

会亦将因无有穷期的彼此诉迫而混乱不堪^{[8]307}。因此,侵权行为法必须将攀扯牵拽过远的损害从其体系中予以摒除。在私法上,被告系指向性地对原告实施侵害,进而指向性地对原告承担侵权责任,因此,侵权责任的成立必须证明原告的权利或法益受到损害的事实与被告的行为之间达到法律认可程度的因果关系。

在作为社会本位法的经济法中,被告以原告所代表的集体为担责对象,亦即被告由于行为弥散性造成对社会大众的公害,因此,证明被告行为对原告个体的权利或法益受损事实具有被法律所认可的具具体因果关系殊无意义;而证明其行为对原告所代表的集体权利或法益受损事实之间具有被法律所认可的因果关系则相对容易,在法律上仅仅是一般的陈述证明,无须达到具有很高技术含量的精确的科学证明程度。在很多情况下,一旦证明被告存在违法行为,则该行为与原告所代表的集体权利或法益受损事实之间存在法律上的因果关系即已然成立^{[9]368}。

1977年美国联邦最高法院在宾士域集团诉普艾布罗保龄球馆案^③中否认了原告保龄球中心经营者基于被告掠夺性的竞争行为而损失的利润寻求损害赔偿,引入“反垄断法损害”(antitrust injury)这一重要概念。在英文中,damage属于纯粹事实性描述,是一个需要在个案中加以具体化的概念,仅包括财产方面或者金钱方面的损害,所以被一些学者译为“损失”。而injury则是damage的上位概念,以行为的违法性为前提,除了财产方面或者金钱方面的损害、损失之外,也包括非财产方面或精神方面的损害,例如在反垄断法中所强调的对竞争秩序、竞争机制的损害。反垄断损害产生时,并不必然导致反垄断法民事损害赔偿,并非必然引申出可赔偿性损失。反垄断法损害赔偿以垄断违法行为的发生为前提条件。反垄断损害赔偿的获得并非以民法为依据,而只能以反垄断法为依据。易言之,反垄断法损害赔偿与民法损害赔偿之间存在区隔,不能依据民法以主张反垄断法损害赔偿,并非任何违反反垄断法的行为所造成的损害都可以主张反垄断损害赔偿之诉。

就构成要件而言,民事侵权损害赔偿与反垄断法损害赔偿大体相仿,只是后者须考虑损害赔偿的请求权人,而前者无须虑焉。各国民法均允许一切遭受民事违法行为损害的当事人有权提起民事损害赔偿之诉,但反垄断法与民法之间在价值目标设定上存在差异,维护社会整体利益乃其主要目的。这必然决定了并非对所有的反垄断法违法行为都能提起损害赔偿诉讼。民事侵权损害赔偿请求权人即是实际的受损害人,但反垄断法损害赔偿请求权人时或并非实际的受损害人,并非所有反垄断法损害的受损害人悉数皆是有权主张赔偿的适格主体。

在涉及因固定价格或者其他导致价格上涨的垄断违法行为中,向违法者承担了过高的购买价格的直接购买者通常会向自己的下游购买者收取更高的价格以堤内损失堤外补,即便存在销售量减少的危险,但其受损利益会发生转移,呈现所谓的“损害传递效应”。美国法院在1968年的汉诺威制鞋公司诉联合制鞋机器公司案中希望受到反垄断违法行为侵害的原告能够胜诉并为其扫除诉讼障碍而否定了转嫁抗辩^④。在1977年的伊利诺斯制砖公司诉伊利诺斯州案^⑤中,美国联邦最高法院甚至在遵循汉诺威制鞋案先例的前提下从对“转嫁抗辩”的禁止态度上导出禁止间接购买者损害赔偿起诉规则,即所谓“间接受害人不赔原则”,旨在发挥诉讼诱因。这种规则的合理性历来备受诟病,但表明反垄断法损害赔偿与一般民事损害赔偿大不相同。

就垄断协议的缔结而言,此处言及的损害赔偿责任不是指经营者之间签订和履行垄断协议过程中所出现的缔约过失责任或义务不履行责任,而是指当事人因签订和履行该垄断协议而引发的将潜在竞争者排挤出市场或导致市场竞争者的市场份额蹙缩或产生畸高垄断价格等损害而应向第三人承担的责任。而滥用市场支配地位、不当的经营者集中行为造成的损害针对相关协议当事人之外的第三人更是彰彰甚明,故而,反垄断损害赔偿责任显然难谓基于违约而产生的赔偿责任。

反垄断法与民法最显著的区别之一即在于前者并不处理与公共利益无关的私人交易纠纷。垄断行

为的损害后果不但直接作用于处在同一横向层级的多个、多种相对人,而且可能沿销售链条向下波及,受害人可能出现多层次、多梯级的复杂局面,形成“涟漪效应”。要判断哪些主体是实际受害方不无困难,如果存在多个受害方,对每个受害方各自的定损则难而又难。用纯粹的民事手段来解决市场保护问题显然绌短汲深。由于受垄断行为损害的权益人并不是特定的而是多元化的主体,如果仅仅将原告限定于“经营者”的范围内,那么在诉讼中对原告是否适格的问题会产生分歧。反垄断法基于相关市场的考察来评价以契约方式进行的经营行为及行为,并不顾及具体的合同相对关系。鉴于对市场的辐射影响,几乎所有的反垄断法损害行为都自动导致了对市场竞争秩序其他参与者法益的损害,这些参与者可能与反垄断法致害行为人并不存在合同关系。

总之,反垄断的违法行为导致了市场竞争的内卷化,意味着市场参与者将因抬高的产品价格、降低的产品质量以及减少的产品种类而遭受损害,同时也意味着消费者的福利将遭受侵蚀。是故,“无直接利害关系便无诉权”的传统诉讼法理论已经不完全适合社会发展的需要。如果当下仍刻舟求剑,则当垄断力量破坏市场竞争秩序、侵蚀社会公众利益时,无人能对其提起诉讼。

不同法域的法律所具有的主要功能和法律责任表现形态各有所偏。民法上的损害赔偿一般以填补受害人所受损失为限,而反垄断法损害赔偿将通过阻吓预防违法行为的发生置于首要目的,通过补偿提供矫正正义乃退居其次。反垄断法以维护社会整体利益、提高社会整体效率为目标,在执法目的上并非像民法那样主要强调的是平等主体之间的利益衡平,在执法手段上也不以实现平等主体之间的利益衡平为要图。因为民法关涉抽象平等的行为主体之间的法律关系,而在反垄断法中,行为主体的实力相差悬殊,即便赔偿受害者的直接经济损失,而对于财大气粗的垄断者而言如同九牛一毛,不会有伤筋动骨的切肤之痛,而所造成的损害对于势单力薄的弱小经营者而言则可能是灭顶之灾,故对违法者的惩罚不能仅限于填补性补偿,否则除

了刑事制裁以外没有其他损失,潜在违法者将伺机任意从事违法行为,私人执行或难以发挥实际的作用而形同虚设,反垄断法将被富人、强势者所控制而成为“纸老虎”。

因此,预防违法主要通过创设实施制裁的威慑得以实现阻吓。美国反托拉斯法经常因其私法制裁的有效性以及对其机构活动的减负而受到赞扬。赔偿原告和卡特尔违反者准刑罚效果的激励齐头并进^{[10][87]}。美国的公司违反反托拉斯法的损害赔偿诉讼中一旦败诉,不仅需要对其已经被证实的实际损害承担三倍赔偿,而且需要负担己方的律师费等各种费用以及法院肯认的原告律师费,必须经常提撕谨慎自己的行为以避免触犯反托拉斯法。

(二)民法中的民事责任与反垄断法民事责任的区分

当前我国立法上有关于反垄断法民事责任的法律规范主要是《反垄断法》第60条,以及2012年颁布的《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》(以下简称《反垄断民事诉讼司法解释》)第14条、第15条的规定。《反垄断法》第60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。”该条款本身就其实质而言缺乏独立的规范内涵,只是单纯引致规范,使得此处的民事责任的具体责任形式因概括授权直接引用而与民法中的民事责任形式相一致。《反垄断民事诉讼司法解释》第14条规定:“被告实施垄断行为,给原告造成损失的,根据原告的诉讼请求和查明的事实,人民法院可以依法判令被告承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。”该规定更为明确地确立了停止侵害和损害赔偿两种民事责任形式,同时在立法技术上用“等”为其他民事责任形式的适用留出了空间。而该司法解释第15条规定“被诉合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法或者其他法律、行政法规的强制性规定的,人民法院应当依法认定其无效”,其明确了当事人可以提起确认合同无效之诉,实质上认可了合同无效这一责任形式。从总体上看,我国反垄断立法上设置了确认合同无效、停止侵害、损害赔偿三种责任形式,在责任类型选择上

与国际反垄断立法趋于一致。

由于“民事责任”一词在法律语汇中有特指性,在未特别加以规定或修饰的情况下,均指民法规范中所确定的民事责任。而我国《反垄断法》以及《反垄断法民事诉讼司法解释》中仅规定“依法承担民事责任”,既没有说明反垄断法民事责任的提出须依据《反垄断法》,又对“民事责任”在基本原则、所属性质、责任类型和适用条件等方面均未特别规定和说明,也未称其为“反垄断法民事责任”,这实质上上将反垄断法民事责任的法源引向民法,将反垄断法“民事责任”指向民法中的“民事责任”,使相应的民事责任的类型形式与民法责任并无二致,限定在民法规定的范围内,从而限制和排除了反垄断法民事责任根据自身实体法律规范的特点和调整的社会关系拓展责任形式的可能。《反垄断法》第60条所指“依法”是指依据《反垄断法》而不是民法。反垄断法民事责任虽说仍然采用“民事”的用语,但其调整的社会关系实质上并非属于纯民事范畴,不能因其用语的相同而无视其实质的差异。

对我国反垄断法民事责任本体论上的理解错位,直接影响着民事责任的调整规范是依据反垄断法还是民法规范的问题,对民事责任的构成要件、认定规则、适用方法都将产生重大影响。我国目前法律之所以采补偿性损害赔偿,原因之一即在于未充分认识到民事责任的反垄断法属性,以引致条款而非转介条款将民法民事责任简单照搬和移植于反垄断法中,完全运用民法中的民事责任调整反垄断法的社会关系,将反垄断法自身的法律特性虚无化和民法化。美国反托拉斯法三倍损害赔偿的唯一法律依据是反托拉斯立法,而不是普通法。德国虽然采单倍赔偿,但也明确了依据反垄断提起的民事诉讼与依据民法提起的诉讼的不同,其允许竞合即是建立在区分的基础之上。而我国对此却未有清晰认识,反垄断法民事责任的基础理论存在重大不足。民法中的损害赔偿责任本身是事后的亡羊补牢,难言有预防的功能。与此相对,惩罚性赔偿通过惩前毖后,将社会成本与社会效益纳入考量的范围,并非传统民事责任所能尽括。

此外,我国立法上对反垄断法民事责任的价值认识,仍以私权保护的价值本位作为设置损害赔偿责任的导向。补偿性损害赔偿的个人本位偏离了反垄断法社会本位的基本取向,将反垄断法蜕变为补偿个人权益的“侵权法律规范”,难以实现反垄断法提升经济效率、维护社会整体利益和竞争秩序的法益目标。反垄断法作为一种典型的经济法,应坚持社会本位的价值取向,在根本上以防范社会经济风险和维护建构有效竞争秩序为目的,通过明确有机整体中个体的角色和关系,设定个体行为的边界和约束,限制个体理性和意思自治对整体社会秩序和社会利益的侵害和冲突。基于此,反垄断法责任的基本功能是对风险和危害进行预防和制止、对受损的社会秩序和利益进行重建和修复,应遵循社会利益至上、平衡协调和风险防范等基本原则,体现为一种具有社会责任性质的积极责任、事前责任、预防责任。

反垄断法的民事责任虽然源于民法,却是民事责任的异化,具有其特殊性,绝不可与一般民事责任等同视之,相混为一。以华为诉交互数字案为例,交互数字公司自然希望进行许可授权获得许可费,难谓拒绝交易行为,而将其行为归入垄断高价,则又存在一个无法克服的障碍,即在诉讼发生之时事实上并未从华为获得许可费。深圳市中级人民法院也认为交互数字行为属于滥用市场支配地位的行为,但最终广东省高院不得已以“标准必要专利使用费纠纷”作为案由,实际上将反垄断损害赔偿问题强制性纳入民法的范畴。

由于私法上的损害赔偿发展较早,已有较严密的定则可供应用,反垄断法的损害赔偿准用私法上的损害赔偿原理原则诚无不可,但不必也不能完全依附于民事损害赔偿的规定。两者所要保护的权益及其所欲达致的目的具有本质区别。倘若对这些特殊要求置之度外,反垄断法损害赔偿以民法为依据提起诉讼,直接适用民法上的一般损害赔偿请求权制度,则势必无视反垄断法的法性,难以实现反垄断法的独特功能与价值。反垄断案件具有诉讼成本高、胜诉概率小等特点,若将民事损害赔偿的“填补

原则”移用于反垄断法损害赔偿,受害人提起赔偿之诉的收益以其所受损失为限,则势必使反垄断法损害赔偿的制度功能以及反垄断法私人实施的积极性销蚀殆尽,使损害赔偿责任的规定有沦为摆设之虞。

二、社会成本:惩罚性赔偿责任的归责基础

人是理性而自利的,为了追求私人的财富最大化,常常在权利的边界选择自己的行为,以到达效益的边际,往往不可避免地导致经济活动或生产过程的溢出效应,即某个经济主体的行为对其他经济主体产生了某种影响,而受影响者没有因为受到损失得到相应的补偿,也没有因为得到利益而付出相应代价。主体行为的违法对社会中的制度所产生或增加的运行和维护成本,即是社会成本。其等于私人成本加上对别人的损失为承担补偿的外部成本,是一种从整个社会的角度来看的机会成本。产生私人成本仅仅是社会财富的转移,而这种社会成本的产生或增加,表现为对社会公益和秩序的损害,意味着社会财富的实质性减少。当外部成本为零时,企业私人成本等于社会成本;当企业外部性带来外部成本时,企业私人成本小于社会成本。在这种情况下,私人损失和社会损失两种损失和私人成本、社会成本、预防成本三种成本必须被考虑在内:私人损失等于私人成本,社会损失等于社会成本与预防成本之差。

从法学的角度来看,无论是本人的私人成本还是他人的私人成本,当仅为存在于私人主体之间的“你失我得”或者说损益相当的填补零和问题时,首先应运用私法手段予以解决,得允地位平等、角色互换的私人主体依据自由意志平等协商以决定彼此之间的风险成本分配。当且仅当运用私法加以解决捉襟见肘,或者私法制度运行成本过大而给为数众多的行为主体乃至整个社会秩序造成损害时,才需要考虑公法的介入。应当说,公法的介入主要是出于社会成本问题的考虑。

从经济法的整体主义思维方式出发,维护社会公共利益成为惩罚性赔偿责任产生的根源所在。竞争是使社会福利最大化的事态,而偏离竞争则会对社会整体产生损害。但是,私人原告之所以起诉并

不是为了追回公共利益所受的损害,而是希望讨回私人损害,即自身遭受的损害^[11]。仅有部分受害者索赔并受到补偿而多数受害者因考虑救济方式和成本等原因没有实际得到补偿被称之为“履行差错”。受害人遭受的损失大小、索赔成本等因素直接影响其索赔的积极性,涉案金额越小,履行差错越大。

如果侵害行为并不能与责任追究“一一对应”或“及时对应”,简单地针对单个侵害致损的补偿性赔偿就难以避免履行差错,导致违法“黑数”的升高^[12]。违法黑数的数量越大,预期风险就越小,则违法的侥幸心理越强,产生自认为有可能规避法律风险的自信和评判。在加害人没有或无需对全部受害者补偿的情况下,加害人未予以赔偿部分即只能由受害人或社会(在存在保险时)进行填补,其因侵害他人所导致的社会成本被外部化,采取预防性措施的内在动力势必大为弱化,宁愿花费一定代价补偿部分受害人的损失而不肯收敛其侵害行为遂成为不二之选。在被制裁的概率小于1的情况下,没收全部的违法所得事实上犹不足以消除从事违法行为的利益动机,因为违法预期的惩罚可以设想为预期罚款数额乘以被抓获的概率,即便以身试法被抓获,违法者的境况也不较之实施违法前更加恶化。

履行差错导致隐案的存在实乃违法行为人在权衡风险与收益之后“理性违法”产生的经济根源。通过判处违法所得倍数于履行差错倒数的惩罚性赔偿金则旨在弥补垄断所造成的社会成本,该制度存续的合理性即在于可以防止行为人将社会成本外部化,修复被扭曲激励机制,促进社会公平与有序运行。因为反垄断法损害并不限于对交易相对人或竞争对手造成的利益直接损失,而是向周围渐次传递以社会成本的形态存在,应该由垄断者承担其垄断行为所造成的全部社会成本,否则由于补偿性赔偿只能对加害人的获利构成部分剥夺,加害人在该部分赔偿成本扣除后仍存在非法获利的空间,将诱发更多的违法行为,不能有效地实现防患于未然。由此观之,惩罚性赔偿责任保护的客体并不是个人的权利或利益,而是社会整体利益,其从工具性价值而言固然也保护了个人的权利和利益,但就目的性价

值而言主要在于通过保护所有个体所依附的、社会利益所依存的经济结构或经济秩序,追求社会整体利益的最大化^[13]。

卡拉布雷西和梅拉米德提出的“财产规则”“责任规则”和“禁易规则”的三类规则划分,被学界称为“卡—梅框架”^[14]。按照其有关财产规则和责任规则的适用选择理论,在交易成本较低的情况下,法律应该优先选择适用财产规则,在交易成本过高的情况下,法律应优先选择适用责任规则。从救济规则而言,民事责任主要借助于权利规则,属于权利保护范畴,而反垄断责任主要借助于规制规则,属于制度保护范畴。民法的意思自治使得个人选择容易将成本计算纳入而内部化,违约和侵权的“破案率”可以达到百分之百,无须公共执法介入,而集中反映社会成本收益的经济法外在成本则不易为市场主体所考虑和计算,也难以内部化。

由于经济法的执行成本往往较大,反垄断执行通常有赖于成立专门机构。当私人执行时,三倍赔偿其实将这种社会成本的填补转移至私人,而这种功能替代恰如科斯理论所揭示的企业与政府的功能替代及其边界。行为隐秘性是造成执法落差的原因之一,行为虽然不具隐秘性而损害分散,亦即行显而损隐,也会造成执法落差。集体诉讼是从诉讼制度角度解决第一种情形的有效方法,三倍赔偿则从法律责任制度角度对执法落差问题进行校正。这种违法社会成本的暗数或者隐数在私法点对点的损害赔偿中不能得到体现,具有外在显相性感官刺激的已知成本仅仅是冰山一角。惩罚性赔偿所剥夺的加害人非法获利往往与其罔顾社会公众权益相关。

许多学者以大规模损害的频发作为惩罚性赔偿责任建立的理由,这可能存在药不对症的缺陷。按照这种观点,违法者对自己的全部违法行为造成的损害最终是否承担责任以及承担责任的数目,取决于两方面因素:一是受害者提起诉讼的概率,相当于被告承担责任的概率;二是对具体个体损害的范围大小和程度轻重。在既有法律和损害确定的条件下,受害者诉诸法律救济的预期收益是确定的常数,受害者起诉的概率遂以诉讼成本的大小为变量。在

致害行为损害辐射范围广泛、受害主体数量庞大而单个受害主体的损失轻微的情况下,虽然这种行为对社会整体的损害显著,但单个受害主体因分散损害缺乏特意提起诉讼的内在驱动力,违法者往往认为可将所造成的损失均匀“碾碎”,使小额易蚀权益的弥散性损害的救济请求权都无法成立时,可以为所欲为而无须承担侵害责任,明显丧失了按照标准谨慎行为的内部驱动力。

损害赔偿法的行为规范功能与实际效力并不单纯取决于损害赔偿责任的法律规定,而在于能够措诸实际。只要责任仍为停留于纸面的事实,加害者意识到承担损害行为责任的概率极低,其履行行为注意义务的动力遂大打折扣^[15]¹⁶³。但事实上,对于具有“个体数额小、群体数额大”特点的所谓“小额多数”原子化分散损害的对治应该依靠集体诉讼加以解决,而不是波林斯基和沙维尔所说的“全部损害赔偿金的加倍器”^[16]¹⁹³。之所以要采用多倍损害赔偿,最具有说服力的理由是:在被告被查处机会相对较小的情况下,采用多倍损害赔偿能提供一种适当的威慑。但在被告被发现机会相当高的情形下,采用同样的倍数将造成过度威慑。

惩罚性赔偿措施达到威慑违法行为的衡量标准取决于违法行为的隐蔽程度,采用不同的损害赔偿倍数的最佳方式是对违法行为进行区分。大多数合并在其发生时都被媒体或者互联网所报道,因而可以有力地推断,从事该行为的当事人并不认为他们违反了反垄断法,而且这种行为被发现的可能性是100%^[16]⁶⁷。因此,对于这种有公开记录的合并和企业联营、拒绝交易、转售价格维持和其他纵向限制,则采用单倍损害赔偿更适宜。而价格固定、掠夺性定价、不适当的专利侵权诉讼和其他一些排挤性行为具有秘密性,被发现的概率据研究证据表明小于1/3,可能的违法者在判断这种能够隐蔽并且也被隐蔽起来的违法行为预期惩罚成本时,会用惩罚成本乘以最终的概率,在违法的社会成本和违法者的个人成本之间产生裂隙,因而要对其损害赔偿乘数高于三倍,将具体违法活动的社会成本纳入其惩罚成本计算之中。如果对任何能证明自己受到反

垄断侵害的人都给予补偿,且乘以三倍,这无疑将造成令人不可容忍的过度威慑^[17]。

三、旧瓶新酒:民事责任与经济法责任的双向知解

(一)惩罚性赔偿与私法属性的矛盾及其与经济法理念的契合

民法上的法律主体是平等主体,不存在高下强弱之别,所以侵权行为人对被侵权行为人的赔偿自然秉承平等原则,否则有悖于自身的逻辑。而经济法的法律主体是具体的社会人,其作为社会本位法以维系经济竞争秩序为己任,对企业的滥用市场支配地位行为矫枉过正,旨在制止以强凌弱,采取惩罚性赔偿责任恰恰符合矫正正义的真义。道不同,术自异,可谓理所当然,势所必然。法律责任制度并非技术中性的,而是服务于制度安排的体系性与条贯性。

在惩罚性赔偿中,公法私法交融的特征彰明较著,惩罚性彰显了行政法的特质,赔偿性则表征着私法的本色。这恰如德国著名民法学家冯·巴尔所云,“私法上的惩罚是不可接受的:‘不能因为过错特别严重而判决更大的赔偿额。’这是因为‘民事责任不具有惩罚功能,因此过错的严重性不能证明判决一个比损害之实际价值大的赔偿是正当’”^[18]⁷⁴⁵。在德国的传统民法学说中,损害赔偿责任法对损害行为的预防不被视为民事责任法所司之责,而通过刑法加以实现方为正途。损害赔偿责任法植基于“补偿原则”和“得利禁止”互为表里的两大原则,其任务主要在于填补受害人所遭受的损害。法国法遵循的原则也是:“全部损害可赔,但也仅限于损害。”^[19]⁸⁹德国至少自1900年“民法典”以来引入了纯粹的单一制度,即损害赔偿的唯一合法功能是补偿受害者实际损失^[20],坚持全面补偿而非过度补偿。

我国民法学者也承认,惩罚性赔偿从其目的和功能视之在本质上应属于公法责任,但从法律规定视之则在形式上属于民事责任,是一种兼有公法责任与私法责任双重属性,但公法责任属性占据主要地位的特殊责任形式。从民法理论的“错误性先见”或者传统法律责任体系框架的“前见”去评判经济法责任的独立性,本身就预设了对经济法责任的否定,

已经没有争论的必要与可能。这在逻辑上是一种封闭的“自我论证”。民法的私法属性构成惩罚性赔偿民事责任说最大的理论障碍,对惩罚性赔偿责任应有作用的发挥并不有利,将其认定为经济法责任,既与经济法理念相契合,也有利于其作用的充分发挥。或谓民法中惩罚赔偿责任早已有之,并不对民法的私法属性构成挑战^[21]。

但其所援引为证据的即是合同法中的定金双倍返还责任。在这些民法学者看来,定金双倍返还责任同样具有惩罚的功能,之所以不像惩罚性赔偿那样产生备受关注的“眼球效应”,一是由于该制度的适用基于双方约定,符合对法律风险分配的可预见性规则;二是由于其影响力仅局限于合同相对方,并未突破相对性规则。殊不知,民法学者的这一证据恰恰不能说明定金双倍返还责任惩罚性的存在。在合同违约中,定金支付方违约不能主张定金的返还,乃是对其违约责任的承担;定金接受方双倍返还定金并未逾越补偿性赔偿的范围,因为定金本身是定金支付方的财产,在接受方违约时支付方取回自己的定金理所当然,如果接受方不双倍返还,则等于对自己的违约不承担任何责任,不符合民事主体平等相待的精神。损害赔偿金只有不对应于受害人的实际损失,且不能在恢复性框架中被解释的,才应被视为“惩罚性的”^[22]。就两倍、三倍乃至更高的惩罚性损害赔偿而言,超过受害人实际损害的赔偿部分被日本学术界视为“无损害的损害赔偿”^[23]。

(二)惩罚性赔偿在侵权法和损害赔偿法的不同法律传统中的价值融贯性

美国行政法属于小行政法,即行政程序法。行政罚款不能像大陆法系国家那样司空见惯,在民事责任与刑事责任之间存在可观的空隙,惩罚性赔偿即肩负着填补空隙的功能。垄断行为的受害者可以提起三倍损害赔偿的民事诉讼,私人因而就有了杰罗姆·弗兰克1943年创造的反托拉斯法实施“私人检察官”的概念^[24],但这仅仅是引喻为譬。我国学术界据此认为,美国现当代惩罚性赔偿制度本质上突破了补偿性赔偿制度的“损害—受偿”二元对称结构,在一定程度上基于刑罚原理而立足于对加害人的纯

粹的有效威慑,呈现出“准刑罚”的特征,实际上属于民事制裁或私人罚款。惩罚性赔偿责任被解释为处于平等地位的当事人一方向另一方施加的一种私罚,也就是说,受害人在依据损害赔偿制度填补所受的实际损失之后,还可以要求违法行为者再支付一笔数额不菲的赔偿金作为惩罚。这种权利与义务状态几乎完全颠覆了传统私法中损害赔偿制度与不当得利制度的原理^[25]。

事实上,德文“Schadenersatzrecht”(损害赔偿法)和“Haftungsrecht”(责任法)的概念不仅包括违法行为,还包括契约责任,不仅包括责任的条件和基础,还涉及补救办法,与英美法学中的“侵权法”(tort law)概念在内容和理念上的明显差异亟待注意、正视与分梳。由侵权行为所产生的赔偿之债并非旨在赎罪而是为了填补对受害人造成的实际损害。“由此,侵权行为法与刑法的分离发生了,非契约的责任与非契约法上的赔偿责任成为同一语。”^[18]刑法是没有赔偿的惩罚制度,而损害赔偿法是没有惩罚的赔偿制度。损害赔偿是反映交易关系的产物,强调填平损害。德国损害赔偿法是而且一直是债法的一部分,英美法学侵权法具有准刑法色彩,所以惩罚性赔偿责任在英美法系中不足为奇。

在当代中国,惩罚性民事责任不能被视为当事人一方对另一方课加的惩罚,乃是作为国家代表的法院为弥补片面强调补偿性赔偿责任的缺陷而对私人经济生活秩序实施的干预。其对当事人之间的利益再分配乃是以实现社会实质正义为目标,填补违法行为造成的外部性损失,可以视为私法公法化的表现形式。正是由于侵权成本低廉长期以来就是我国各种恶性侵权事故屡见不鲜的重要原因,即使受害人挺身而出提起诉讼,加害人承担补偿性赔偿,也不是弥补其造成损害的全部,所以惩罚性赔偿被视为能有效提高违法成本、防遏违法行为的利器。支持惩罚性赔偿的意见虽然在我国理论界和实务界遂成为主流,但惩罚性赔偿对损害填补的基本原理具有内在矛盾,至今也没有获得圆润自洽的理论解释。损害赔偿法关注的是受害人的损失,而不是加害人所得的利益^[26]。损害赔偿金很少依据责任人所

得的利益来计算,与受害人的过错程度无关,而完全取决于损害的范围,因此德国民法典引入减少损害赔偿规则的提议在议会通过时存在巨大障碍。惩罚性赔偿、加重赔偿之类的赔偿方式在德国法中不被承认。损害赔偿本质上是填补受害人的损失,只有在部分特殊情形,诸如预防、制裁、抚慰等其他目的才发挥一定的作用^{[27]92}。在我国,立法者对于部分学者主张的全面推广惩罚性赔偿金制度的观点采取了非常慎重的态度,原因也在于此。

普通法系的美国没有公民法划分的传统,在法律功能上没有公民法不同的定位,因而在民事纠纷中大量运用惩罚性赔偿不会引发相应的系统危机;而事实上美国的反垄断民事诉讼被称为“私人执行”堪称实至名归,这种诉讼与任何个体都可以受害人特定组织的名义或者以市场整体的名义向法庭提起诉讼的美国式集团诉讼模式以及被告有义务披露原告认为与案件争论问题相关所有文件的深度信息披露规则等制度建构相辅相成,更具有“执行”内涵,而少“民事”方面的规约。在接近于大陆法的中国法律系统下,民事法律从总体上倾向于补偿而非惩戒,从法理上,私人无权“执法”,所以有学者认为将中国的反垄断民事诉讼称为私人执行显然漠视了中国具体法治话语体系,甚为不妥^{[28]183}。私人执行的概念虽然充斥反垄断法学论著,但对于私人执行的真义并没有参悟透彻,以至于中国的反垄断民事诉讼没有“执行”的内涵,而更偏向于受“民事”法律的规约,以民事责任为主臬,将经济法责任民法化。

中国属于大陆法系不是英美法系国家。在大陆法系中,惩罚性赔偿责任本质上属于公法责任,被认为不应该采取私法形式,因而对这种公私法不分的责任持拒绝态度;而英美法在本质上也认同惩罚性赔偿作为公法责任的属性,但认为对其采取私法形式且将纳入私法制度并无不妥,反而能够更为有效地实现法律目的。应当说,两大法系对惩罚性赔偿责任性质的认识实际上并无二致。关键的分歧在于是否存在建立这种制度的必要性以及该制度能否与既往的法律观念、法律传统相融合。迈克尔·L.韦尔斯即认为,惩罚性赔偿的异见并峙是历史原因的产

物^[29]。与大陆法系法学家倾向于按照更规范的概念进行划分迥然不同,普通法系的体系严密性相对薄弱,被诟病为找不到一丝精心分类的迹象,是一个最能容忍混乱的法系,因而对惩罚性赔偿制度具有较强的包容性。而以法典为基础的大陆法系素以重视法律体系内部的自治性著称于世,导致惩罚性赔偿制度的融入甚难。

正因为如此,惩罚性赔偿作为英美法系的特有制度,在性质上与大陆法系的传统民事赔偿制度迥然不同,在公法私法化与私法公法化的时代潮流中,公法与私法之间彼此借力虽然在所有,但惩罚性赔偿对私法而言毕竟属于异质性制度,基于不同法系的“制度混搭”难免造成体系上的斑驳陆离,无法在民法既有理论框架内予以合理说明。特殊民事责任说虽然通过现代社会中民事责任制度的与时俱进来包容惩罚性赔偿制度,对民事责任赋予社会功能,但该学说并未充分解释惩罚性赔偿制度中迥别于民法本性的惩罚功能以及超逸于传统民法赔偿制度的赔偿金的合理性。既然对惩罚性赔偿金的“罚金”性质予以认可,却仍将其独断地归入民事责任的范畴,势必难以在一种“价值融贯”的立场上自圆其说。

(三)在民法与经济法的双向互视中惩罚性赔偿责任定位的体系融贯性

有学者指出,如果将法律部门划分本身当成真理,对法律部门划分予以盲目崇拜,不仅会阻碍法律人去思考更为全面、更为有效、更为实用的社会治理模式,而且可能致使法律人乐此不疲地讨论一些可能永远没有结论的伪问题^{[15]2}。这对于一味纠缠于部门划分逻辑性安排的学术聚讼可谓晨钟暮鼓的警醒。法律部门的划分是长期历史演变和建构的产物,不可否认存在固化藩篱、限制认知视野等负面效应,所以中国目前学术界甚至有领域法学的倡议,以期突破部门法的藩篱而实现认知超越。但认识论的自由翱翔与实体法的分门别类究属不同,作为一种社会事实的部门法界限不能廓扫无遗,这种废却部门法界限的成本与收益的权衡也是基于美国法律经济学理路所必须考量的。

制裁思想作为法律应对不公正的手段被归属于

刑法,而民法与之相对疏远。把公法中的刑法与私法上的损害赔偿法区分开被看成是文化成果^{[15]19}。民法即便朝着社会本位而努力以赴,最终也只是以个人在追求自身利益的同时不损害他人合法利益和社会公共利益为限度,并且其核心尤其在于不损害其他个人的合法利益。弗朗茨·比德林斯基认为,惩罚性赔偿违反了法律后果具有双向主体正当性这一对整个私法起关键性作用的结构原则。由于民事法律规范总是以两个或多个主体之间的法律关系为调整对象,因此其规范的效力都直接在构成要件中详细确定的主体之间产生^{[30]71}。特定主体被分配给权利、利益或机会,也意味着针对特定其他主体的义务、负担或风险随之直接产生,“不仅应当论证为什么赋予一方当事人有利的法律后果,而另外一方当事人却承担不利的法律后果,而且还应当论证为什么恰恰是在上述双方当事人彼此之间产生此种法律后果。”^{[31]92}

虽然公法和私法不断融合,但二者具有不同的功能,并且二者受制于不同的基本原则。在确定保护法益的现有私法制度的功能时,尤其是确定侵权责任法的功能时,应始终坚持私法的各项原则,并防止各种违反私法本质的公法性任务被强加到私法中。在损害赔偿框架内,私法所固有的双向主体正当性的结构原则尤其需要得到尊重,不能仅仅从加害人的角度即赋予另外一方享有请求权,而对其是否应该具有该权利的正当事由不予考量。其实,在英国侵权法中,加重性赔偿金是不能通过具体证据得以证明而由法官加以确定的赔偿金,主要在无形人格权的侵害案件中适用。其并非惩罚性赔偿金,而是对精神痛苦的补偿性赔偿金。相反,法院若要判处惩罚性赔偿金,则公开承认这些金钱并非用于补偿受害人,而是用来威慑侵权行为人^{[32]96}。如果说加重性赔偿金是私法责任形式,那么惩罚性赔偿金应属于私法以外的责任形式。

可以说,民法所做的努力只不过是尽力避免个人本位与社会本位的矛盾而已,真正以社会本位为自己的价值追求的是经济法。相较于民法,经济法作为以调整增量利益关系为己任的法律规范体系,

一方面,对为整体增量利益贡献显著的经营主体,除了依法从增量利益的总和中使其获得各得其所的增量利益之外,也可以通过一定的奖劝激励措施促进社会生产力的发展;另一方面,对主体通过损害整体增量利益以获得其一己之私利增量的行为,除了将其非法所得用于填补受害人的损失外,还应令其承担惩罚性赔偿责任,以维持市场经济秩序。在此,经济法这种特有的联系整体增量利益的行为后果奖惩制度,既有别于既有的民事、行政和刑事责任制度,也并非民事、行政和刑事责任制度的混合物。

惩罚性赔偿责任从对原告的功能而言主要是激励和补偿。虽然在风险社会中主体间休戚与共的相互依赖性,决定了单个主体基于整体利益负有不侵害其与他人共处的社会经济秩序的消极义务,但其在法律上并不负有向执法和司法机关告发、起诉他人违法行为的积极义务。因而,要利用受害者易于发现违法行为的信息优势,只有不仅使其胜诉后的诉讼成本能得到补偿,并且胜诉后的收益大于成本,才能激励其作为计较得失损益的理性人提起诉讼以维护社会整体利益。这种惩罚性赔偿责任部分是对原告诉讼成本的弥补,部分是对其维护社会整体利益行为的庸酬和激励。原告“只有当风阻隔了他的道路时才能获得风中吹落的果实”^⑥。由于是原告不怕烦难并支付费用提起诉讼,因此,出于维系公共利益之计,原告获得惩罚性赔偿是合理的选择。在这个意义上,惩罚性赔偿金并非一笔“横财”,而是一种“奖励”。“有人当然可以主张只要惩罚性赔偿金被强制索取,就履行了预防的社会目的,原告是否从中获益,或者它们是否被用于一些更广泛的社会事业的福利,这并不重要。”^{[22]37}

我国民法学者证立惩罚性赔偿责任使用的证据都是源自经济法而不是民法。我国赞同在侵权责任法中引入惩罚性赔偿制度的学者,一般认为惩罚性赔偿的观念与实践渊源于古代法,但用于证成其说的法律文献,居今观之均为刑事法律规范而不是民事法律规范。民法学界追溯英国惩罚性赔偿制度肇端于威尔克斯诉伍德案^⑦与赫克尔诉莫尼案^⑧,但经

过考证,这两个案件的惩罚性损害赔偿,与其说是民事侵权范畴的惩罚性赔偿,倒不如说是在性质上更接近于行政法中的行政侵权损害赔偿的范畴,不能将前述英国行政侵权判例作为在侵权责任法中引进惩罚性赔偿制度的有利证据^[33]。

我国正式引入英美法系的惩罚性赔偿制度应该首推1993年《消费者权益保护法》。按照当时的《消费者权益保护法》第49条“退一赔二”规定,经营者提供商品或服务存在欺诈行为时,消费者有权获得为其购买商品的价款或接受服务的费用一倍的增加赔偿的金额。我国法学界通常将《消费者权益保护法》认定为经济法。但民法学者认为,由于后来《合同法》在1999年的颁布,双倍赔偿被明确定位为合同责任(《合同法》第113条第2项)^⑨,再加上2009年《侵权责任法》又纳入了惩罚性赔偿,因此,惩罚性赔偿属于经济法性质规范之论开始趋于没落。事实上,《侵权责任法》中惩罚性赔偿规定的出台与当时食品安全问题频发而亟须遏制的大环境密切相关。虽然《侵权责任法》第47条的制定当时被誉为该法的亮点之一,但在实务中却并未被看重。在食品安全领域的案件中,法官均是基于《食品安全法》进行裁判,《侵权责任法》在食品安全领域几无用武之地,事实上形同虚设,与制定的初衷相去甚远。同时,《侵权责任法》的出台后,在食品安全领域适用惩罚性赔偿的案件数量非但没有增加,甚至某些此前可以获得惩罚性赔偿案件在该法出台后反而不能得到法律的支持。

结语

与经济法一样,环境法、劳动法等属于作为第三法域的社会法范畴的新兴法律部门的存在是客观事实,但其独立存在的依据并非唯法律责任是赖。经济法责任并不等于经济法上的责任。经济法上的责任包括民事责任、行政法责任、刑事责任、宪法责任等,经济法责任应该是经济法本身具有独特性的责任。经济法与民法的责任应该“亲清”,厘清界限并不是凸显地盘意识的挑衅,而是为了更好的分工合作。分以致合是合以分为用。惩罚性赔偿的引入首先不能罔顾体系自治性,使工具箱杂乱无章;其

次不能基于美国有这种制度而推定我们也必须亦步亦趋,应从我国的实际需求出发进行制度设计,否则惩罚性赔偿仅仅是一种屠龙之技而已,对于美国的惩罚性赔偿制度的向往最终将不过是叶公好龙的结局。

注释:

- ① The Sherman Antitrust Act, 647, 26 Stat.209, 15 U.S.C. §1-7.
- ② 中华人民共和国广东省高级人民法院民事判决书(2013)粤高法民三终字第306号判决书。
- ③ See Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477(1977).
- ④ Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481(1968).
- ⑤ See Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720(1977).
- ⑥ Cassell & Co. Ltd. V Broome and Another[1972] AC 1027, 1126 per Lord Diplock.
- ⑦ Wilkes v. Wood, 19 How. St. Tr. 1153, 98 Eng. Rep.489 (K. B. 1763).
- ⑧ Huckle v. Money, 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768(K. B. 1763).
- ⑨ 规定惩罚性赔偿的《合同法》第113条第2项目前在《民法典》第584条中被删除的原因之一就是《消费者权益保护法》第55条已经有明确规定。

参考文献:

- [1]Herbert Hovenkamp. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice[M]. St. Paul, MN: Thomson West, 2006.
- [2]郑生冬.环境侵权案件中“合规抗辩”问题研究:以戈尔迪之结的破解为启示[J].法治论坛,2015(2).
- [3]李俊峰.私人实施反垄断法问题研究[D].上海:华东政法学院,2007.
- [4]李国海.论反垄断法损害赔偿的构成要件[J].中南大学学报(社会科学版),2006(2):182-186.
- [5]刘迎霜.浅析我国反垄断法中的民事责任[J].南京社会科学,2009(1):105-110.

- [6]原島重義.民法理論の古典的体系とその限界一ひとつの覚え書き-[C]//黒木三郎.近代法と現代法.日本:法律文化社,1973.
- [7]胡小红.论反垄断法所创设的自由竞争权[J].学术界,2005(5):86-92.
- [8]苏永钦.走入新世纪的私法自治[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [9]赵红梅.私法与社会法:第三法域之社会法基本理论范式[M].北京:中国政法大学出版社,2009.
- [10]Georg M. Berrisch and Markus Burianski. Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. GWB- Novelle[J]. Wirtschaft und Wettbewerb. 2005.
- [11]Herbert J. Hovenkamp. Merger Actions for Damages[J]. Hastings Law Journal. Vol.35, No.6, 1984.
- [12]陈灿平.惩罚性赔偿制度的理论定位与适用范围[J].湖南大学学报(社会科学版),2011(4):131-137.
- [13]刘水林.论民法的“惩罚性赔偿”与经济法的“激励性报偿”[J].上海财经大学学报,2009(4):3-10.
- [14]Guido Calabresi and Douglas Melamed. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral[J]. Harvard Law Review. Vol.85, No.6, 1972.
- [15]格哈德·瓦格纳.损害赔偿法的未来:商业化、惩罚性赔偿、集体性损害[M].王程芳,译.北京:中国法制出版社,2012.
- [16]A. M. Polinsky/S. Shavell. Punitive Damages[M]//Peter Newman(ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. London: Palgrave Macmillan, 1998.
- [17]Warren F. Schwartz. Private Enforcement of the Antitrust Laws: An Economic Critique. American Enterprise Institute for Public Policy Research[J]. Vol.323, 1981.
- [18]巴尔.欧洲比较侵权行为法(上卷)[M].张新宝,译.北京:法律出版社,2004.
- [19]Geneviève Viney. Les obligations-La responsabilité: effets [M]. Paris: Librairie générale de droit, 1988.
- [20]Volker Behr. Punitive Damages in American and German law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts[J]. Chicago-Kent Law Review. Vol.78, Iss.1, 2003.
- [21]荣振华.惩罚性赔偿制度思辨:兼评我国《侵权责任法》第47条[J].甘肃政法学院学报,2011(4):121-127.
- [22]Helmut Koziol Vanessa Wilcox(eds.). Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives[M]. Wien: Springer-Verlag, 2009.
- [23]田中英夫,竹内昭夫.私人在法实现中的作用[M].李薇,译.北京:法律出版社,2006.
- [24]Barry J. Rodger and Angus MacCulloch. Competition Law Enforcement in the Community. Deregulation and Re-regulation: The Commission, National Authorities and Private Enforcement[J]. Columbia Journal of European Law. Vol.4, Iss.3, 1998.
- [25]朱广新.惩罚性赔偿制度的演进与适用[J].中国社会科学,2014(3):104-124.
- [26]Hermann Lange. Schadensersatz[M]. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990.
- [27]Ulrich Magnus(ed.). Unification of Tort Law: Damages [M]. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- [28]唐艳.反垄断民事救济机制研究[M].北京:法律出版社,2015.
- [29]Michael L. Wells. A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages[J]. Louisiana Law Review, Vol.70, 2010.
- [30]海尔姆特·库齐奥.侵权责任法的基本问题(第1卷):德语国家的视角[M].朱岩,译.北京:北京大学出版社,2017.
- [31]Franz Bydlinski. System und Prinzipien des Privatrechts [M]. Wien: Springer, 1996.
- [32]克里斯蒂安·冯·巴尔,乌里希·德罗布尼希.欧洲合同法与侵权法及财产法的互动[M].吴越,王洪,等译.北京:法律出版社,2007.
- [33]孙效敏,张炳.惩罚性赔偿制度质疑:兼评《侵权责任法》第47条[J].法学论坛,2015(2):70-83.