

# 反垄断法上的损害赔偿 及其计算初论

黄 勇

【提 要】《反垄断法》第50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。”<sup>①</sup>该条对反垄断法的损害赔偿问题进行了原则性的规定。据此，垄断行为给他人造成损害时，构成《民法通则》规定的侵权行为，应承担民事责任。<sup>②</sup>其中，最为重要责任承担形式的即是损害赔偿责任。应从反垄断法上的损害与损害赔偿、反垄断法上的损害赔偿范围与衡量尺度和反垄断法上损害赔偿的计算方法三个方面进行研究，构成中国反垄断法适用过程之中损害赔偿计算的基本框架。

【关键词】反垄断法的损害赔偿 前后比较法 标杆法 成本推算法

〔中图分类号〕D922.29〔文献标识码〕A〔文章编号〕1000-2952(2009)04-0059-09

## 一、反垄断法上的损害与 损害赔偿

“损害是指受害人因他人的加害行为……而遭受的人身或财产方面的不利后果(事实上的损害)，该不利后果为侵权责任法所认可，受害人一方就该不利后果可以获得侵权责任法上的救济(可救济的损害)。”<sup>③</sup>但是原告仅证明其受到了“不利后果”之事实还不够，原则上“原告应当对损害之存在、损害的种类、范围和程度承担举证责任。”<sup>④</sup>因此，证明损害的存在和证明损害的数额就成为获得损害赔偿的前提。

在实践中，损害赔偿数额的计算必须建立在证明损害数额的基础之上，也即通过原告提供证据(有时也提供方法)由裁判者对具体数额作出确定的过程。通过计算实际所受损害额可以证明损害的存在，但证明损害的存在还可以采用其他方法，如证明受害人经营亏损、利润减少、市场份额下降、退出市场等等。正因为损害的存在可以通过计算损害的数额来证明，有学者认为“一般地，并非逐一地认定损害、因果关系以及损害金额，而是将其三者同时进行认定。也就

是说，最终如果不能认定存在损害金额，那么也就不

① 《反垄断法》第50条将适用该条规定的无过失损害赔偿制度的侵权行为限定为“垄断行为”。依该法第3条，“垄断行为”是指垄断协议、滥用市场支配地位行为和排除限制竞争的经营者集中三种行为，而不包括该法第五章规定的行政垄断行为。因此，根据字面理解，行政垄断行为的受害人无权依《反垄断法》第50条请求损害赔偿，但这并不影响受害人依《国家赔偿法》请求损害赔偿。《国家赔偿法》第2条规定：“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。国家赔偿由本法规定的赔偿义务机关履行赔偿义务。”违反《反垄断法》第五章规定的行政垄断行为，无疑符合该条款的规定。

② 全国人大法工委在阐述该条的立法理由时，引用《民法通则》规定的10种民事责任方式之后指出，“经营者实施垄断行为对他人造成损失具体承担何种民事责任，依据具体情况和有利于受损失人的原则确定”。全国人大法工委：《中华人民共和国反垄断法：条文说明、立法理由与相关规定》，北京大学出版社2007年版，第316～317页。

③④ 张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第120、149页。

能认定损害及因果关系。”<sup>①</sup> 我们认为, 这种观点是不正确的, 因为证明损害存在的方式, 并不限于通过证明损害的数额一种。从法的适用的角度看, 证明损害的存在与证明损害的金额也不是同一个层面上的问题。我们知道, 法条的适用采用三段论的逻辑方式, 即“一个完全的法条构成大前提, 将某具体的案件事实视为一个‘事例’, 而将之归属法条构成要件之下的过程, 则是小前提。结论则意指: 对此案件事实应赋予该法条所规定的法效果。”<sup>②</sup> 这种逻辑语式称为“确定法效果的三段论法。”<sup>③</sup> 据此, 《反垄断法》第50条的规定即为一个大前提。那么, 在一个案件中, 被告企业实施了固定价格的垄断协议, 向该企业购买相关产品的下游企业因此多支付了金额, 则构成小前提。将该案件事实涵摄到法条规定的构成要件之下, 得出的结论便是行为人应负损害赔偿责任。当然, 由此推导出的法效果仍然非常抽象, 具体到该案中, 究竟应负多少损害赔偿则需进一步具体化。<sup>④</sup>

由此可知, 确定损害赔偿的金额在反垄断法上仍然是具有重要意义的。在私人诉讼中, 除非法律特别规定了其他计算损害赔偿的方式, 例如依被告的违法所得或依法定数额, 否则原告就需要证明其受到的损害之数额。在和解程序中, 双方也会充分考虑原告可能证明的其受到损害的数额, 并以此为基础确定和解金额。另外, 在有的法域, 公共执法机关在确定罚款或罚金金额时应考虑违法行为造成的损害大小。例如, 依《美国量刑指南》,<sup>⑤</sup> 依受影响的销售额或依价格上涨额寻求对公司处以罚金。如果公诉人认为垄断差价为受影响销售额的10%左右, 则以销售额的20%为基本罚金, 然后再根据一个复杂的清单考虑各种因素, 决定是否提高基本罚金, 从而确定罚金额。如果公诉人有证据认为价格上涨额大幅超过前述10%, 或者希望课以超过《谢尔曼法》法定上限的罚金, 则对刑事固定价格卡特尔的最高罚金可以是垄断差价的两倍。在卡特尔案件中价格上涨额即为损害赔偿额。

综上所述, 计算损害赔偿额就成为确定罚金数额的基础。在下文中, 我们从损害赔偿的范围、反垄断法上损害赔偿的衡量尺度和反垄断法上损害赔偿的计算方法三个方面具体阐述反垄断法下损害赔偿计算的基本框架。

## 二、反垄断法上的损害赔偿的范围与衡量尺度

### (一) 损害赔偿的范围

损害赔偿作为民法侵权的一项基本制度, “着重于损害之填补”,<sup>⑥</sup> 即补偿受害人所受损失。至于如何填补, 通过比较德、法、英、美等国的侵权制度可以发现, “损害赔偿之最高指导原则在于赔偿被害人所受之损害, 俾于赔偿之结果, 有如损害事故未曾发生者然”,<sup>⑦</sup> 从而使受害人的状态恢复到若未曾发生损害事故时的“应有状况”, 而非发生损害事故前的“原有状况”。<sup>⑧</sup>

在反垄断法上, 损害赔偿诉讼目的除了补偿受害者外, 还包括威慑违法。<sup>⑨</sup> 但是, 在绝大多数的诉讼

① [日] 根岸 哲、舟田正之:《日本禁止垄断法概论(第三版)》, 中国法制出版社2007年版, 第358页。

②③ [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》, 陈爱娥译, 商务印书馆2004年版, 第150、150页。

④ “在很多情况下, ‘确定法效果的三段论法’尚不能精确规定法效果, 毋宁只是划定一个仍须继续填补的范围而已。”“必须经繁复的研究, 才能确定损害的额度以及行为人所负损害赔偿义务的精确内容。”[德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》, 陈爱娥译, 商务印书馆2004年版, 第155页。

⑤ U. S Sentencing Guidelines, 从1987年—2005年该指南为法院必须使用的量刑指南, 2005年美国联邦最高法院在Brooker案中将其改为自愿适用的指南。该指南的细节非常复杂, 旨在通过课以惩罚性罚金阻吓固定价格行为。2004年起, 若公司从事违反该法第1条规定的卡特尔行为, 罚金上限为1亿美元。§1 Sherman Act, 15 U. S. C. §1, 而根据该指南, 联邦公诉人可以超过《谢尔曼法》规定的罚金上限。

⑥⑦⑧ 曾世雄:《损害赔偿法原理》, 中国政法大学出版社2001年版, 第15、16、17页。

⑨ 不同的法域, 对于私人损害赔偿诉讼在反垄断法上的功能有不同的定位。例如在欧盟, 传统上主要将该等诉讼视为受害人获得补偿的民事救济手段, 如《欧洲议会2007年4月25日关于〈因违反欧共体反托拉斯规则的损害赔偿绿皮书〉的决议》第17段规定, 欧洲议会“强调判决给原告的金额应为补偿性的”, 但第18段规定, 这一要求并不影响“成员国的公共政策, 特别是有关惩罚性损害赔偿的公共政策”。但美国法院则一直认为反托拉斯私人诉讼具有双重标准, 阻吓和补偿。例如美国联邦最高法院在Blue Shield of Virginia v. McCready, 457 U. S. 465, 472 (1982) 案中将国会制定私人制度的意图描述为: “它能够阻吓违法者并剥夺它们从非法行为中的获利, 并且能够向反托拉斯违法行为受害者提供充分的补偿。”鉴于反垄断法的立法目的, 我们认为, 中国反垄断法同样应将阻吓和补偿作为损害赔偿诉讼的双重目的。

案件中，损害赔偿的评估和计算方式都更符合补偿模式，而不是威慑模式；<sup>①</sup>而且威慑目的实现往往要借助对补偿功能的扩展，例如通过给予惩罚性损害赔偿。因此，在补偿功能定位下发展的损害赔偿法理应当是反垄断损害赔偿的分析起点，损害赔偿的计算同样要从侵权法上损害赔偿之最高指导原则出发，“在反托拉斯法上，损害赔偿计算的目标是将原告恢复到未有被告反竞争行为情形下其本将具有的财务状况。”<sup>②</sup>

进一步说，一个侵权行为可能造成多种后果，事实损害的边界可以蔓延无际，而法律损害则必须止于一定范围。否则，行为人稍有不法行为，即可能引起无尽的责任。例如一个固定价格的卡特尔行为可能造成如下损害：(1) 直接向违法者以高价购买相关产品者，因此多支付的价格；(2) 前述直接购买者的客户，因前者的转嫁行为多支付的价格；(3) 若非卡特尔成员跟随卡特尔提价时，其客户因此多支付的价格；(4) 原本愿意以竞争价格购买产品者，因价格提高而放弃购买或转向其他次偏爱的产品；(5) 卡特尔参与者的上游供应商，可能因相关产品投入品的销售量减少而遭受损失；(6) 相关产品的互补品供应商也会因供应量减少而遭受损失。<sup>③</sup>显然，反垄断法不能要求违法行为人对上述所有损害都给予赔偿，必须划定一定的赔偿范围。

概括来讲，损害赔偿的范围，从违法行为人的角度看，主要包括两方面的内容：一是赔偿权利人的范围，即何人有起诉资格；二是发生于赔偿权利人的损害有多大，即违法行为人须对赔偿权利人的何种损害负赔偿责任。<sup>④</sup>前者主要通过诉讼资格制度解决，本文不作专门讨论。至于后者，“损害赔偿之范围应局限于肇事行为与发生在特定赔偿权利人具有因果关系之损害。”<sup>⑤</sup>但是，“特定赔偿权利人”（即有起诉资格之人）发生的具有因果关系之损害也并非全部都应赔偿。因为，就财产损害而言，<sup>⑥</sup>通常区分所受损害与所失利益。对于前者，适用全部赔偿的原则，而对于后者的赔偿，则有一些限制。<sup>⑦</sup>所受损害，也称直接财产损失，是“因损害事故之发生赔偿权利人现有财产所减少之数额”，<sup>⑧</sup>“一般是由于侵权行为直接作用于受害人的财产权的客体所造成的财产损害，或者受害人为了补救受到侵害的民事权益所为的必要支出。”<sup>⑨</sup>例如在被告实施固定价格卡特尔或滥用市场支配地位提高价格的情况下，购买相关产品者由于多支付了价格上涨部分而导致现有财产减少，多支付的部分即为所受损害。同样，由于具有市场支配地位企业

的滥用行为，导致竞争者经营亏损，亏损部分也是现有财产的减少，即所受损害，但导致预期利润减少的属于所失利益。所失利益，也称间接财产损失，是指“因损害事故之发生赔偿权利人财产应增加未增加之数额。”<sup>⑩</sup>所失利益本质上是一种“期待权”，<sup>⑪</sup>在受害时该财产权益并不存在，而只是增加财产性权益的机会，这种机会只有达到“通常情况下，如果受害人不受到侵害，这一财产上的权益是必须或者极有可能获得的”之程度时，受害人一方才有权得到赔偿。<sup>⑫</sup>其中包括：可得财产之法定或天然孳息的丧失；可得之正常经营利润等的丧失等。<sup>⑬</sup>例如被告的垄断行为导致的受害人预期利润的减少，未来整体出售企业的收益的丧失，由于相关产品上涨放弃购买的数量可能产生的利益，以及所受损失可能带来的利息收入的丧失等。

## (二) 反垄断法上损害赔偿的衡量尺度

要计算损害赔偿数额的大小，在框定了损害赔偿的范围之后，还必须确定一个衡量尺度，以此作为工具丈量损害的大小。

在反垄断法案件中，由于垄断行为形态多样，其造成的损害之类型也不尽相同，因此其衡量尺度也有所不同，可做类型化的区分。在卡特尔案件<sup>⑭</sup>和具有

① Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, Thomas/West, 2005, p. 657

② John Johnson, “Economic Approaches to Antitrust Damage Estimation”, January 2005, p. 1, [http://www.nera.com/image/Antitrust%20Damage%20Estimation-1\\_2005.pdf](http://www.nera.com/image/Antitrust%20Damage%20Estimation-1_2005.pdf)

③ Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, pp. 11–12, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic-clean-en.pdf>

④⑤⑧⑩⑪ 曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第155、156、156、157、158页。

⑫ 垄断行为导致的损害基本全都是物质（经济）利益方面的损害。财产损害“是指受害人因其财产或人身受到侵害而遭受的物质（经济）利益方面的损失。财产损害是可以用金钱的具体数额加以计算的实际物质财富的损失。”参见张新宝《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第150页。但并不排除受害人因经营失败、公司破产等遭受精神损失，这种损失是否可以获得赔偿值得商榷。本文的讨论仅限于财产损失。

⑬⑭⑮ 张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第152、152、152、152页。

⑯ Theon van Dijk and Frank Verboven, “Quantification of damages”, Draft Version, pp. 4–7, <http://www.econ.kuleuven.be/public/ND83/Frank/Papers/Van%20Dijk%20&%20Verboven,%202006.pdf>

市场支配地位的企业实施的过高定价 (excessive price) 案件<sup>①</sup>中, 下游客户受到的损害主要有两类: 因购买价提高而多支付的价格上涨额, 数量上等于价格上涨幅度与购买量的乘积; 以及放弃的转售利益 (假设购买者转售该产品), 数量上等于转售时的利润幅度与放弃的购买量 (即减少的转售量) 的乘积。在此类案件中, 因价格上涨而放弃的转售利益, 即产量效果 (output effect), 通常由于难以确定而不在赔偿之列。<sup>②</sup> 因此, 此类案件中的损害赔偿额以价格上涨额衡量,<sup>③</sup> 通过比较实际价格与假如不存在违法行为时的“原本”价格计算。具体计算方法稍后将做介绍。

在价格上涨以外的反竞争行为案件中, 如拒绝交易、掠夺性定价、抵制交易等排斥竞争行为, 更直接地受到损害的是竞争对手, 它们除了可能受到所受损害这种直接财产损失, 更主要的是受到预期利润的减少 (即所失利益) 的间接财产损失, 更有甚者, 可能会退出市场、停止业务。此时受害者的损失包含有或主要是所失利益, 因此主要通过比较总财产差额来计算。受害企业若无丧失相关业务, 其“总财产”主要取“利润”值, 因此通过衡量对受害人利润的影响来计算损害赔偿;<sup>④</sup> 受害企业若丧失了相关业务, 则其“总财产”主要取“企业价值” (business valuation), 因此通过衡量对受害者企业价值的影响来计算损害赔偿。<sup>⑤</sup> 对于企业价值的评估, 主要涉及会计方法, 本文限于篇幅不作介绍。

总的来说, 尽管我们认为, 作为所受损害, 价格上涨额应单独计算, 但这仅仅意味着在计算损害赔偿时无需考虑受害人其他财产的变动, 而仅需考虑支付价款的变动; 价格上涨额仍然通过比较两个状态——实际支付的价格与假如不存在违法行为时的“原本”价格——得出其差额来计算。在通过计算利润损失来计算损害赔偿时, 也是通过比较两个状态——实际利润与假如不存在违法行为时的“原本”利润——得出其差额。因此我们可以得出反垄断法上计算损害赔偿的一般方法: “一般来说, 在反托拉斯案件中, 损害的大小是取以下两者的差额: (1) 原告的实际状况, 即在反垄断违法行为实际发生的情况下, 原告的经济处境; (2) 在未发生违法行为但其他条件相似的假设情况下, 原告的状况, 即其‘原本’状况 (but-for condition)。”<sup>⑥</sup> 其中“原本”状况因为是一种与事实情况不同的假设情况, 称为“反事实” (counterfactual)。根据损害赔偿衡量尺度的不同, 反事实可以取不同的值。例如在计算价格上涨时, 反事实是“原本”

价格 (有时通过取“原本”利润幅度, 间接求出“原本”价格); 在计算利润损失时, 反事实是“原本”利润, 但有时通过取“原本”市场份额间接求出利润损失; 有时通过取“原本”销售额间接求出利润损失。

### 三、反垄断法上损害赔偿的计算方法

在确定了反垄断法上计算损害赔偿的理念、范围和衡量不同类型垄断行为之损害的尺度之后, 将损害赔偿在案件中的落实仍是一个很大的问题。这主要是因为垄断行为侵害的是市场竞争和市场主体的利益, 而不是具体的物或权利, 市场的运作同时受到多种因素的影响, 往往导致市场主体的利益捉摸不定。构建反事实的实质就是要构建一种剥离出垄断行为之影响的“原本”市场状况。这是一件相当困难的事情, 任何人都很难确知剥离一种因素后其他因素会如何发挥作用。

正因为如此, 根据美国的实践, 在证明损害的存在和证明损害的数额时, 原告需要满足的证明标准不同, 对于后者只须满足较低的标准即可。“大量的反托拉斯案件一再重申如下命题: 如果原告已经

① Theon van Dijk and Frank Verboven, “Quantification of damages”, Draft Version, p 30

② 产量效果问题与转嫁问题交织在一起, 因为通常只有在直接购买者通过提价转嫁其受到的损害时, 才会出现转售量的下滑, 而转售的下滑数量“主要取决于原告面对的价格需求弹性。因此某些情况下原告可能难以量化该等损失”。(“Commission Staff Working Paper Annex To The Green Paper On Damages Actions For Breach Of The Ec Antitrust Rules”, Brussels, SEC (2005) 1732, para 149)

③ 若直接购买者将从其垄断行为实施者处购买的产品转售, 可能会部分或全部将价格上涨部分转嫁。原则上, 转嫁构成减轻损失的措施, 按照损益相抵原则计算损害赔偿时应将其从价格上涨中扣除。但具体法域的反垄断法, 出于特定的政策考虑, 可能会允许这种扣除, 也可能不允许这种扣除。这就是反垄断损害赔偿诉讼制度上有名的“转嫁抗辩” (pass-on defense) 问题。

④ Theon van Dijk and Frank Verboven, “Quantification of damages”, Draft Version, p30; “Commission Staff Working Paper Annex To The Green Paper On Damages Actions For Breach Of The Ec Antitrust Rules”, Brussels, SEC (2005) 1732, para 140

⑤⑥ Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para 5 7, 2 2

证明了损害事实，损害赔偿的实际计算可以容忍小幅的不完善。”<sup>①</sup>“尽管事实审理者不能依臆测或猜测作出判决，但陪审团可以基于相关数据对损害作公正、合理的估计，并作出相应的裁决。此时，陪审团可以依据直接和积极的证明以及概然和推理形式的证明行事。”<sup>②</sup>法院之所以在损害赔偿的计算方面容忍一定的不确定性是出于反垄断诉讼的政策考虑而为的。从威慑违法的角度看，如果已经证明了被告的损害赔偿义务，仍以原告无法精确计算其损害为由不予赔偿，将使被告从其违法行为中获利，并使其从不确定性中获益，从而将诱使被告“在所有案件中均通过使损害的计算变得不确定来使其不法行为尽量有效和完整 (effective and complete)，足以阻碍任何求偿。”<sup>③</sup>从公平的角度看，精确计算损害赔偿所需的证据可能部分由被告占有，而被告可能销毁了这些证据，如果使被告从中受益也是不公平的。<sup>④</sup>

在美国的司法实践中，<sup>⑤</sup>法院认可了多种计算垄断行为损害赔偿的方法，这些方法相互补充，根据案情，可以使用几种方法，以考察它们是否得出相似的损害赔偿数额。这些方法通过构建反事实间接计算损害赔偿。

#### (一) 前后比较法 (before-and-after method)

这种方法是将违法行为存续期间的状况与该期间之前或之后的状况相比较，求其差额；它实际是假设后者为该状况的反事实，即视其为假若不存在违法行为时该状况的合理近似值。该状况根据案情需要可以是价格、利润幅度、市场份额成本等。

在计算价格上涨额的案件中，以价格作为反事实涉及的“状况”：以违法行为存续期之前或之后的价格作为“原本”价格，其与违法行为存续期间的实际价格之差额，即为单位价格上涨幅度，后者与原告在违法行为存续期间向被告购买相关产品数量的乘积即为其支付的总价格上涨额，即损害赔偿额。<sup>⑥</sup>

在美国反托拉斯法实践中，这种方法得到了适用。在 *Chattanooga Foundry Pipe Works v. City of Atlanta* 案<sup>⑦</sup>中，亚特兰大市主张被告联合订立铁质水管的价格，使市政府在采购该产品时支付了高价。亚特兰大市对此价格上涨部分主张三倍损害赔偿。美国联邦最高法院在判决中确立了以原告实际支付的价格与假若违法行为不存在时市场的价格二者之差额，作为计算损害赔偿数额的依据。<sup>⑧</sup>在 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machine Corp.* 案<sup>⑨</sup>中，原告主张被告垄断制鞋机市场，作为实现垄断目的的手段，被告只出租而不出售其复杂和重要的制鞋机，因此导致原告支付了高价。原告据此主张依以下二者之差额计算损害赔偿，其作为租金向被告

支付的金额，以及假若被告愿意出售，原告在相关期间内原本支付的金额。<sup>⑩</sup>初审法院按这一差额判决了损害赔偿。<sup>⑪</sup>联邦最高法院再次认可了这一方法。<sup>⑫</sup>

在适用这种方法时应注意，选用的基准期间（即违法行为存续期间之前或者之后的期间）应该捕捉到一个相当长期间（可能一至三年）内平均下来的长期均衡价格 (long-run equilibrium price)。<sup>⑬</sup>因为，很多因素可能会影响到长期均衡价格的形成，如需求的变动、暂时性供应能力的过剩或短缺、技术进步、季节性因素、新企业的刚刚进入或退出、暂时性的恶性竞争或者既有卡特尔或寡头市场结构的影响等，如果基准期间出现这种情况，该期间内的价格可能并不能反映真实的竞争价格（“原本”价格）；而如果在基准期间与违法行为存续期间二者间出现这种变动，则表明二期间的价格差额未必全部归因于垄断行为的影响，价格上涨中须剔除其他因素的影响方能视为是原告因垄断行为受到的损害。因此，“如果卡特尔的开始时间已知，并且有理由相信除了该卡特尔外市场状况未有重大变化，这种方法比较有吸引力。例如，该卡特尔存续期较短，或者涉及一个成熟产业。在卡特尔存续期间，需求和供给因素变化不大，如需求增长、进入和技术创新。”<sup>⑭</sup>

在计算利润损失的案件中，以利润作为反事实涉及的“状况”：以违法行为开始前或终止后的原告利

① *Conwood Co., L.P. v. U.S. Tobacco Co.*, 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002).

② *Zenith Radio v. Hazeltine Research*, 395 U.S. 100, 124 (1969).

③④ *Biglow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251, 264, 264 (1946).

⑤ 在欧盟成员国，因违反竞争法提起的损害赔偿案件较少，并且“用以计算损害赔偿的经济模型似乎相当简单。”(Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para. 1.1)

⑥ Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, p. 17

⑦⑧ 203 U.S. 390, 396 (1906).

⑨⑩⑪⑫ 392 U.S. 481, 483—484, 487, 489 (1968).

⑬ John M. Connor, “GLOBAL CARTELS REDUX: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation (1996)”, Draft March 15, 2007, p.20; Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para. 3.4

⑭ Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para. 3.7

润为“原本”利润,其与违法行为存续期间原告的实际利润之差额,即为利润损失额。<sup>①</sup>例如,在 Bigelow v. RKO Radio Pictures 案<sup>②</sup>中,原告是独立的电影放映商,被告是电影制片商,其与原告的竞争对手非法共谋,使后者先于独立电影放映商取得电影放映权,原告因这种持续的放映延迟而遭受利润损失。原告同时使用前后比较法和标杆法计算损害赔偿。按照前后比较法,原告比较了其现实利润与其先前可以获得优先放映权时曾争取的利润,以此衡量其受到的损失。联邦最高法院认可了这一方法。<sup>③</sup>

## (二) 标杆法 (yardstick method)

这种方法是将存在违法行为的市场(相关市场)上的反事实涉及的“状况”,与一个不受该违法行为影响的相似市场上的“状况”相比较,求其差额;实际是假设后者为该“状况”的反事实。后一市场称为“标杆市场”(yardstick market)或“基准市场”(benchmark market),可以是位于其它地理位置的由相同产品构成的市场,可以是位于同一地理位置的由不同产品构成的市场,也可以是位于其它地理位置的由不同产品构成的市场。<sup>④</sup>关键是标杆市场不能受相关违法行为的影响,并且与受影响市场具有相似的竞争特征(如成本结构和需求特征),从而能够将二市场上状况之差额归结于相关违法行为的影响。该状况根据案情需要可以是价格、市场份额等。

在计算价格上涨额的案件中,以价格作为反事实涉及的“状况”:以标杆市场上的价格作为“原本”价格,其与相关市场上的实际价格之差额,即为单位价格上涨幅度,后者与原告在相关市场上向被告购买相关产品数量的乘积即为其支付的总价格上涨额,即损害赔偿额。在 Greenhaw v. Lubbock County Beverage Assoc. 案<sup>⑤</sup>中,原告以“超高定价”为由起诉被告 Lubbock 县酒品协会,要求其就会员在 Lubbock 地区的联合定价行为给原告造成的价格上涨额承担损害赔偿。在计算损害赔偿问题上,第五巡回区上诉法院采纳了原告的意见,将联合定价期间行为地 Lubbock 县的价格与该期间内未出现联合定价行为的达拉斯市的价格作比较,得出两地可能的市场价格比,然后以此比率乘以达拉斯当时的价格,得出假若未受联合定价行为影响 Lubbock 县“原本”的价格水平。<sup>⑥</sup>

在计算利润损失的案件中,标杆法通常是受害企业的利润与一个未受到违法行为影响的基本相似的企业(标杆业务)的利润作比较。其基础假设是“若非受到破坏,原告的业务将与被比较之企业的业务表现相同,因此为原告之损害提供一个尺度(或杠杆)。”<sup>⑦</sup>标杆业务

可以是一个其他企业,也可以是原告在另一个市场上的业务,<sup>⑧</sup>关键是选取的标杆业务要与原告受损害的业务“基本相似”:如果标杆业务的条件更优越,会将其他因素带来的利润归结为“原本”利润,从而高估损害赔偿;相反,如果标杆业务的条件不及原告企业,会低估“原本”利润,从而低估损害赔偿。在 Bigelow v. RKO Radio Pictures 案<sup>⑨</sup>中,按照标杆法,原告比较了在共谋期间原告的业务与另一竞争者的业务,将二者之差额作为损害赔偿。被选定的标杆竞争者先于原告获得放映权,与原告规模相当,但其设备和地点不及原告优越,尽管如此,仍显示原告业务下滑。被告反驳说由于标杆企业与原告处于同一市场,共谋实际上提高了标杆企业的财务业绩,因此该证据是臆测的。最高法院驳回了被告的主张。在 Farmington Dowel Products v. Forster Manufacturing Co. 案<sup>⑩</sup>中,法院考察了决定标杆企业与原告是否“基本相似”的因素。该案中,被告因歧视定价受到起诉。地区法院拒绝采纳原告专家提供的以一家被告企业作为标杆企业的证据。地区法院指出两家企业在多个方面不具有可比性:(1)产品线不同,原告经营单一产品,而被告的经营更多元化;(2)分销方式有重大区别,原告的业务销售组织程度低,而被告有一套全国性体系;(3)公司财务结构存在明显区别,原告业务资本化程度低,而被告业务资本化程度充足;(4)被告与原告处于同一市场,而非在一个独立市场经营,这意味着标杆企业的利润中包含有从价格歧视中获得的非法利润。上诉法院维持了这一排除决定。

## (三) 成本推算法 (cost-based method)

这种方法主要用于构建“原本”价格。实质是假设以竞争性价格(数值上等于单位成本)为计算“原本”价格的基准。<sup>⑪</sup>其方法是利用被告的会计和经营

①⑧ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., “The Law of Antitrust: An Integrated Handbook (second edition),” West Publishing Company, 2006, p 1006, 1006

②③ 327 U. S. 251, 266 (1946).

④ Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para 3 9

⑤⑥ 721 F. 2d 1019, 1026 (5th Cir. 1983).

⑦ Roger D. Blair & Amanda Kay Esquibel, “Yardstick Damages in Lost Profit Cases: An Econometric Approach”, 72 Denv. U. L. Rev. 113, 114 (1994).

⑨ 327 U. S. 251 (1946).

⑩ 421 F. 2d 61 (1st Cir. 1970).

⑪ Theon van Dijk and Frank Verboven, “Quantification of damages”, Draft Version, p 12

信息得出其平均单位生产成本，加上一个被视为竞争条件下适当的利润幅度，以此估算出一个“原本”价格。这一价格与其收取的实际价格之差额即为价格上涨幅度，后者乘以原告向被告购买相关产品的数量，即得出总价格上涨额。<sup>①</sup>

这种方法中，利润幅度的取值多少为适当，至关重要。“理想状态下，所用的利润幅度应该反映原告公司的资本成本，该成本体现出投资者投资于该公司的活动而非其他地方时所要求的回报率，因此应该考虑到该投资通常包含的风险水平。”<sup>②</sup>在赖氨酸卡特案<sup>③</sup>中，被告ADM公司的生产记录显示，在卡特期间其平均单位总成本在每磅0.73~0.78美元之间，“加上一个相当慷慨的回报率——销售额的6%”，求得卡特期间的“原本”价格。<sup>④</sup>“这一数字是慷慨的，因为它是ADM自己在1990~1995财务年度的回报率，而在该期间其利润因为几个大宗商品卡特尔的存在而高企。而且它还大幅度高于类似产业中公开上市公司挣取的平均回报率。”<sup>⑤</sup>

使用资本成本作为适当回报率的基准时，应该考虑到由于多种原因，即使在竞争性产业中，单个企业的利润也可能高于资本成本；另外，竞争是一个趋于长期均衡的动态过程，但在达至均衡的过程中受各种因素的影响，非均衡的利润会暂时高于或低于均衡状态下的“合理”利润。<sup>⑥</sup>

#### （四）市场份额法（market-share method）

该方法实际上是借助前后比较法和标杆法来求得“原本”市场份额。然后以之与原告的实际市场份额比较，所得差额为原告因被告违法行为丧失的市场份额，后者乘以市场销售总额得出丧失的销售额，再乘以原告的平均利润幅度得出原告丧失的利润，即损害赔偿。<sup>⑦</sup>“原本”市场份额通常是比较违法行为前或终了后原告的市场份额（前后比较法），或通过未受到违法行为影响的类似市场或企业相比较（标杆法）推断出来。<sup>⑧</sup>市场销售总额取违法行为存续期间的市场实际销售总额。例如在Zenith Radio v. Hazeltine Research, Inc.案<sup>⑨</sup>中，原告主张被告通过专利联盟排除美国制造的收音机和电视机出口到加拿大、英国和澳大利亚。涉及加拿大市场上的电视机业务利润损失，地区法院接受了原告提出的计算损害赔偿的方法：以原告在美国市场上的市场份额（16%）与同期内其在加拿大市场上的市场份额（3%）二者之差额，推定为原告因被告的违法行为遭受的市场份额损失。<sup>⑩</sup>为确保美国市场可作为构建加拿大市场“原本”市场份额的标杆市场，原告的“高管——他们都是有经验的商务人士——还就加拿大和美国市场间的相似性进

行作证，从而把原告在加拿大市场上的较差业绩归结为专利联盟的抑制和冷却效果。”<sup>⑪</sup>

一般而言，市场份额法通过市场的规模和市场份额分配来计算利润损失。因此，如果出现影响整个市场但不影响市场份额分配的外部影响，如该市场上所有生产者都使用的投入品价格上涨，虽然其会导致市场总量缩小，但不会影响市场份额的分配，此时适合使用市场份额法计算垄断行为的影响，因为可以把市场份额的变动归结为垄断行为的影响。<sup>⑫</sup>

#### （五）价格预测法（price prediction）

该方法是使用“计量经济学模型和其他数据，借助市场上过去决定价格的因素或者相关市场与可比标杆市场之间过去决定价格的因素，力图预测假设不存在违法行为时的价格。该法可视为是前后比较法或标杆法的更高深的版本。”<sup>⑬</sup>这种方法借助于回归分析的手段，“回归分析作为一种统计学工具，其优势之一即是可用以将卡特尔对价格的影响从其他变量（例如未受卡特尔影响的替代品的价格变动，新技术，原材料价格变动导致的成本变动等）导致的价格变动中单独分离出来。”<sup>⑭</sup>

- ① See Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para 3 11
- ② ⑬ Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para 3 14, 17,
- ③ Amino Acid Lysine Antitrust Litigation, MDL No 1083 (Northern District of Illinois 1996)
- ④ John Johnson, “Economic Approaches to Antitrust Damage Estimation”, January 2005, p 25
- ⑤ John Connor, in Kwoka, John E. and White, Lawrence J. (eds) (2004), “The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy”, Fourth Edition, Oxford University Press, p 270, footnote 29
- ⑥ Theon van Dijk and Frank Verboven, “Quantification of damages”, Draft Version, p12; Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para 3 15
- ⑦ ⑫ See Filippa Honeth, “Calculation of Damages in Antitrust Cases in Community Competition Law”, Autumn 2006, pp 26, 27
- ⑧ 赖原河编审《公平交易法新论》，中国政法大学出版社2002年版，第453页。
- ⑨ 395 U. S. 100, 124 (1969) .
- ⑩ Id , at 116 & footnote 11
- ⑪ Id , at 122
- ⑬ Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, para 2 4 (6) .

在反垄断诉讼中, 计算损害赔偿的价格预测法主要有两种:

### 1. 虚设变量模型

构建一个函数, 因变量为价格 ( $p$ ), 自变量为依据经济学理论和对相关产业的分析确定的影响价格的各种因素 (如,  $x, y$ ), 另加一个虚设变量  $z$  (其目的在于反映垄断行为的影响, 假设值为: 存在垄断行为时为 1, 不存在时为 0), 并为各自变量规定一个系数, 从而该函数为  $p = a + bx + cy + dz$ 。

将收集到的垄断行为期间和无垄断行为期间价格和各自变量的数据代入上函数式, 求出的  $z$  的系数  $d$ , 即为垄断行为对价格的影响。

### 2. 余值模型

构建一个函数, 但不包含虚设变量, 即  $p = a + bx + cy$ 。把无垄断行为期间的实际数据代入函数式求出  $a, b, c$ , 然后把有垄断行为期间的  $x, y$  数据代入已经求出  $a, b, c$  值的函数式, 所得  $p$  值即为假若不存在违法行为时“原本”的价格, 其与该期间实际价格之差即为垄断行为对价格的影响。

### (六) 模拟法 (simulation)

该方法不是使用历史数据构建函数, 而是使用寡头理论的模型 (主要是 Bertrand 和 Cournot 竞争模型) 来预测合并和其他垄断行为对相关市场上价格和产量的影响。它使用合并前的或垄断行为发生前的有关需求弹性和其它变量 (如边际成本、价格、数量) 的数据, 代入基于寡头竞争理论构建的经济模型, 以此预测合并后的“原本”价格, 或者预测垄断行为发生期间假若不受垄断行为影响时的“原本”价格。在计算损害赔偿时, 这一价格与垄断行为发生期间的实际价格之差额即为垄断行为对价格的影响。

## 结 语

在上述讨论的基础上, 我们最后引出中国在引入并构建反垄断损害赔偿制度并有效实施损害赔偿计算所需要解决的几个问题。

首先, 就损害赔偿应当处理的基本的理念和方法的选择上, 中国的反垄断究竟是选取以补偿为主导的模式还是以威慑为主导的模式? 如果选取其中的一种模式为主导, 如何在其中融入另一种要素的考虑? 这些都在根本上影响到反垄断损害赔偿制度在中国的构建。

其次, 在损害赔偿的范围上, 是否应当对所受损害与所失利益进行区分。并在这种区分的基础上, 对于前者适用全部赔偿的原则, 而对于后者适用在一定

限制下进行赔偿。而在损害赔偿的衡量尺度上, 是否可以引入反垄断法上计算损害赔偿的一般方法, 损害大小是取以下两者的差额: (1) 原告的实际状况, 即在反垄断违法行为实际发生的情况下, 原告的经济处境; (2) 在未发生违法行为但其他条件相似的假设情况下, 原告的状况, 即其“原本”状况。

最后, 本文介绍的计算方法主要是在反垄断私人诉讼最为发达的美国, 由当事人经专家在法院提出, 并经法院认可的方法。因此, 就损害赔偿计算的技术性环节而言, 这些方法在我国现行制度下是否有适用的可能性及其空间, 仍需要探讨, 举其要点如下。

第一, 专家证人的问题。上述计算方法, 尤其是计量经济学的方法, 不借助专家的介入, 很难为法院程序所利用。美国《联邦证据规则》专门对专家作证问题作了规定。<sup>①</sup> 但是我国《民事诉讼法》未采用专家证人制度, 而是采用鉴定制度。《民事诉讼法》第 72 条第 1 款规定: “人民法院对专门性问题认为需要鉴定的, 应当交由法定鉴定部门鉴定; 没有法定鉴定部门的, 由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》) 第 25 至 29 条以及第 59 至 60 条对鉴定制度作了一定的细化规定。但是, 由于反垄断损害赔偿的计算是一个比较复杂的问题, 涉及巨额赔偿, 当事人是否会接受一个“暗箱操作”的鉴定结论值得怀疑。尽管当事人可以聘请专家在庭审中质证鉴定人, 但质证的后果只能是否定鉴定结论的可采性,<sup>②</sup> 从而导致重新鉴定或补充鉴定。

《证据规定》第 61 条规定: “当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的, 有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许, 可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有关案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。”这是引进专家证人制度的一种尝试。但其本身规定也过于模糊。况且在现有民事诉讼框架下, 在举证时限、交换证据、调查取证等配套环节不改革的情况下, 当事人能否获得足够的数据以计算损害额也值得怀疑。

① 参见美国《联邦证据规则》第 702、703、705 条。

② 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 27 条第 1 款规定: 当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定, 提出证据证明存在下列情形之一的, 人民法院应予准许。



第二，法院对于计算方法的审查权。美国《联邦证据规则》和联邦最高法院的判决要求审理法院对于专家证人提交的专家证言（包括有关经济学的证言）做最基本的审查，满足一定条件的专家证言才可以作为证据材料提交审判过程。2002年12月美国《联邦证据规则》第702条修订后的条文规定如下：“如果科学的、技术的或其他专门的知识有助于事实审理者理解证据，或者有利于其决定一项系争事实，则基于其知识、技能、经验、培训或教育有资格作为专家的证人，可以以意见或其他方式就该证据或事实作证，但须以满足以下条件为前提：（1）该证言基于充分的事实或数据；（2）该证言源于可靠的原则和方式；且（3）该证人以可靠的方式将该原则和方式适于案件事实。”

我国《证据规定》（第29条）要求审判人员对鉴定书进行审查，但这种审查只是形式上的审查，只确保鉴定书中包含“坚定的依据及使用的科学技术手段”，“对鉴定过程的说明”。而对于当事人聘请的专家，《证据规定》（第61条）未对审判人员规定任何审查义务。这种规定对于反垄断案件这种大量使用经济分析方法的案件而言，显得过于简单，需要法院制订相应的规则。

第三，证明标准问题。美国司法实践中，民事诉讼中采用证据占优的证明标准，但鉴于反垄断案件中损害赔偿计算的难度较大，一般允许更低的证明标准，只要不是基于臆测即可。其他法域在这方面也多有放松。我国《民事诉讼法》未就证明标准问题做明确规定，《证据规则》第73条就证明标准采用的标准是“一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供的证据证明力。”“明

显大于”是否要求比证据占优更高的标准不无疑问，在计算损害赔偿的金额方面更将存在问题。

鉴于以上问题，我们建议反垄断执法机关和司法机关应该针对反垄断案件的特点，研究制定相关指南和司法解释，表明它们对于各种计算方法的态度，澄清使用方法，并对相关配套制度作出专门规定。<sup>①</sup>

本文作者：对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师

责任编辑：赵 俊

① 欧洲委员会委托律师事务所研究并发布了《计算损害赔偿的经济模型分析》，Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, “Analysis of Economic Models for The Calculation Of Damages”, 31 August 2004, pp 11—12, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic-clean-en.pdf>; 英国公平交易局委托咨询公司研究起草了《竞争分析中的数量方法》, “Quantitative techniques in competition analysis”, OFT 266 (October 1999). <http://www.of.gov.uk/shared-of/reports/comp-policy/of266.pdf>; 美国联邦司法中心专门组织人员编写了《科学证据参考手册》，其中除了一般性介绍数量分析的文章外还有专门介绍损害赔偿计算方法的文章，Reference Manual on Scientific Evidence (Second Edition), available at [www.fic.gov](http://www.fic.gov); 在反垄断法程序制度方面，英国竞争上诉法庭专门制定适用于竞争法案件的程序规则，以满足竞争法案件处理的需要。The Competition Appeal Tribunal Rules 2003, S I 2003 No 1372

## An Initial Study on Compensation for Damages and its Calculation under Anti-monopoly Law

Huang Yong

**Abstract:** Article 50 of anti-monopoly law says: where any loss was caused by a business operator's monopolistic conducts to others, the business operator shall assume civil liability. This article is a fundamental provision concerning the compensation for damages under anti-monopoly law. Accordingly, the monopolistic conducts causing damages to others constitutes a tort stipulated by General Principles of the Civil Law, and should assume civil liability. Among them, the most important form of accountability is compensation liability for damages. Research should be conducted from three aspects as follows: damages and compensation for damages, scope of compensation and the levels of measurement, as well as calculation method of damages, thus provides a basic framework for damages calculation in the process of anti-monopoly law application

**Key words:** compensation for damages under anti-monopoly law; before-and-after method; yardstick method; cost-based method