

惩罚性赔偿的法际协调研究

陈灿平,肖秋平

(天津财经大学法学院,天津 300222)

摘要:我国的惩罚性赔偿制度并不完全等同于英美法系现代的惩罚性赔偿制度。应从我国法际差异和法际协调的角度,具体统一惩罚性赔偿制度的理论定位和适用条件、适用范围,形成比较合理的制度体系。作为连接公法和私法领域的有益桥梁,惩罚性赔偿的适用不应局限于某一特定的法律部门。宜进一步限缩“故意”中可以适用惩罚性赔偿的范围,宜“以引起他人损害为直接目的”,即需具备主观恶意,才适用惩罚性赔偿。在惩罚性赔偿的计算方法上,应区别不同情况作出规定。新修订《消法》第55条中“法律另有规定的,依照其规定”建议修改为“法律另有较高赔偿规定的,依照其规定”。面对惩罚性赔偿制度的缺陷,可以通过利益收缴等方式予以弥补。

关键词:惩罚性赔偿;法际差异;法际协调

中图分类号: D913 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-4339(2015)01-054-08

惩罚性赔偿,从起源上讲属于民事损害赔偿的一种,指受害人获得的赔偿数额超过其实际损害数额的赔偿。惩罚性赔偿具有惩罚、遏制不法行为以及鼓励受害人积极维权等功能,因此也称为示范性赔偿或报复性赔偿。关于惩罚性赔偿的现当代法起源问题,大多数学者认为,英美法系中的惩罚性赔偿最早体现在1763年英国法官 Lord Camden 在 Huckle. Money 一案的判决中,而美国则是在1784年的 Genay v. Norris 一案中最早确认了这一制度^[1]。但是,在大陆法系国家,这一制度没有得到普遍的适用。起初,境外大陆法系国家的惩罚性赔偿是为了弥补受害人的精神痛苦,后来,随着司法实践的发展,这一制度主要用于惩罚和遏制民法领域的不法行为,并且在适用范围上也有所扩大,不仅适用于侵权纠纷,也适用于合同纠纷^[2]。

与英美法系国家通过判例的形式确立惩罚性赔偿制度不同,惩罚性赔偿在我国产生及发展主要依托的是法律的规定。众所周知,1994年的《消费者权益保护法》第49条首次在我国规定了惩罚性赔偿制度。从当时的立法背景上看,这样的规定更多的是为了解决当时市场上伪劣产品、欺诈行为盛行的现象,而不是理论论证的结果。因此,自《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)实施后,有关第49条的争议一直没有停止过^[2]。但对于惩罚性赔偿制度的引入和适用,大多数学者持积极的赞同态度。

目前,惩罚性赔偿在我国的民法通则、经济法,甚至环境法等部门法及相关司法解释中均有体现,这说明,惩罚性赔偿已经通过立法的形式确定下来,且其适用领域有扩大的趋势。如何认识和平衡协调其在我国不同法域中的差异、冲突,是本文集中要研究的问题。

一、我国惩罚性赔偿规定的现状

惩罚性赔偿在我国产生及发展主要依靠的是立法,而不是理论论证的结果。这使得我国的惩罚性赔偿与英美法系国家相比具有自己的特点。我国有关惩罚性赔偿的规定首次出现在经济法领域,并逐渐向民法等法律部门扩张。具体包括以下内容。

(1) 1994年实施的《消法》第49条以及新修订于2014年3月15日实施的《消法》第55条对欺诈行为和明知故犯、造成消费者或其他受害人死亡或者健康严重损害的行为给予惩罚性赔偿的规定。新法作了较大幅度的修改,不仅提高了惩罚性赔偿的数额,而且在完善违约惩罚性赔偿责任的基础上,新增了侵权惩罚性赔偿的规定。

(2) 1999年10月1日实施的《合同法》第113条第2款有关经营者因欺诈行为而依《消法》承担损害赔偿的规定。

(3) 最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠

收稿日期: 2014-06-10.

作者简介: 陈灿平(1970—),男,博士,教授.

通讯作者: 陈灿平, chencanp@sohu.com.

纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称法释[2003]7号)第8、9条及第14条第2款有关对严重的欺诈、恶意违约等行为给予一倍以内惩罚性赔偿以及某些面积误差情形下给予双倍赔偿的规定^①。

(4) 2009年6月1日实施的《食品安全法》第96条第2款规定,消费者可在损失之外,要求“生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品”的经营者支付价款十倍的赔偿金。

(5) 2010年7月1日实施的《侵权责任法》明确了产品侵权领域的惩罚性赔偿制度。其第47条规定,明知产品存在缺陷仍然生产、销售,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

(6) 新修订于2014年5月1日实施的《商标法》第63条明确规定,对于情节严重的恶意侵犯商标专用权的行为,人民法院可以给予一至三倍的惩罚性赔偿,从而在我国的知识产权立法中正式引入了惩罚性赔偿制度。

有争议的是,其他立法中有关“加倍支付”等规定,是否属于惩罚性赔偿。如有学者认为,我国《专利法》第65条第2款以及最高人民法院关于《审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第20条第3款、第21条体现了赔偿的惩罚性^[3]。笔者也曾经指出,《劳动合同法》中对用人单位在一定时间内未与劳动者签订劳动合同等行为,要求其支付双倍工资的规定以及民事诉讼法中“延迟执行的罚金”属于惩罚性赔偿^[4]。而对于某些立法没有规定惩罚性赔偿的领域,也有学者建议应适用惩罚性赔偿。如有学者主张,在环境侵权领域,对于主观上具有恶意的侵权行为,应当适用惩罚性赔偿,以发挥其威慑功能^[5]。对于以上争议,笔者现在对以前的观点加以修订:相关法律中“加倍支付”的规定虽然体现了一定的“惩罚性”,但与惩罚性赔偿制度的法律性质和宗旨尚有明显差异,它们并不完全满足惩罚性赔偿的构成要件和适用条件,其中详尽理由,笔者将在本文的第三部分论述。

总之,我国现有有关惩罚性赔偿制度的规定和研究反映出以下问题:第一,有关惩罚性赔偿的立法规定无论在适用条件,还是在计算依据上都不统一,并未形成一个科学、合理的体系,且对于已有规定的争议较大;第二,目前的惩罚性赔偿限于法律的明文规定,严格限制法官的自由裁量权;第三,惩罚性赔偿的适用范围较窄,且适用条件较为严格,主要集中在消费领域和产品侵权领域;第四,惩罚性赔偿的适用有扩大的趋势,已超出了经济法这一法律部门,向民法(侵权行为法、合同法、知识产权法)领域扩张。

二、我国惩罚性赔偿制度的法际差异

如前所述,我国的惩罚性赔偿制度并未形成一个体系,并且立法与理论研究不能有效地衔接。从已有的规定来看,惩罚性赔偿主要集中在产品侵权领域和消费领域,且在具体规定上有明显的差异。具体的差异表现在以下几个方面。

第一,主体上有所不同。惩罚性赔偿的相关主体既包括责任主体,也包括有权请求赔偿的主体。在现有的规定中,惩罚性赔偿的责任主体一般为经营者,如新修《消法》第55条、《合同法》第113条第2款、《食品安全法》第96条第2款、《侵权责任法》第47条均明确了生产者和销售者的责任,其中《消法》还包括服务的提供者。一般认为,《消法》中欺诈行为的责任主体仅限于与消费者形成合同关系的经营者。而法释[2003]7号第8、第9条和第14条第2款规定“出卖人”(包括“二手房”的出卖人)为责任主体,此“出卖人”包括但不限于经营者。在有权请求赔偿的主体方面,法律的规定也不一致。《消法》、《合同法》、《食品安全法》规定为“消费者”,而在《侵权责任法》中为“被侵权人”、法释[2003]7号中为“买受人”。根据《消法》第2条的规定,消费者的消费目的是为了满足生活需要,而“买受人”不仅包括消费者,还包括以出售为目的的购房者,“被侵权人”更是涵盖了消费关系以外的主体。因此,“消费者”的范围窄于“买受人”和“被侵权人”。

第二,主观要件上存在差异。现有的立法注重对加害人主观状态的考量,加害人一般仅在恶意的情况下承担惩罚性赔偿责任,只是在具体表述上有所不同。比如,新修《消法》、新修《商标法》分别规定为“欺诈”和“恶意”,前者第55条第2款及《食品安全法》、《侵权责任法》规定为“明知”,法释[2003]7号第9条规定为“故意”,而在第8条和第14条第2款中采取了类似于“过错推定”的形式。其中,新修《商标法》不仅要求侵权人主观上具有“恶意”,还考虑了行为人的动机等因素。比较有争议的是对“欺诈”的理解,以及《食品安全法》中仅明确销售者的主观状态而对生产者未予以明示的规定。一般认为,《消法》中“欺诈”的认定应遵循司法解释^②以及民法学说的解释,将“欺诈”的主观状态限定为“故意”^[6]。但也有观点认为,从《消法》的立法宗旨上看,重大过失行为也可以构成欺诈^[7]。甚至有学者主张“无须考虑经营者的主观状态”^[8]。至于《食品安全法》第96条对“生产不符合食品安全标准的食品的生产者”给予惩罚性赔偿的规

定,笔者认为,此种行为主观过错应当是故意。因为在食品生产中,由于涉及到公共安全问题,生产者显然负有很高的注意义务^③。违反了很高的注意义务的行为,很难说是过失。

第三,计算标准及计算比例上的差异。在现行立法中,惩罚性赔偿的计算标准主要包括两类:一是价款;二是实际损失额。前者体现在新修《消法》第55条第1款、《食品安全法》、法释[2003]7号中;后者主要是固有利益受到损害的情形,如新修《消法》第55条第2款。而《侵权责任法》没有规定惩罚性赔偿的计算标准,仅以“相应的”作为限定条件。关于“实际损失”的范围,尽管理论上存在争议,但从相关法律(如新修《消法》、《侵权责任法》)和司法解释(如最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》)来看,法律中的“实际损失”既包括物质损失,也包括精神损失。此外,新修《商标法》则采取了比较灵活的规定,将侵权人所获利益、商标许可使用费作为参照标准。

在计算比例上,从我国目前的规定来看,只有《侵权责任法》没有明确这种比例关系,其他的立法均规定了1~3倍甚至10倍的赔偿比例。从实施效果上看,由于这些比例缺乏有效的论证,惩罚性赔偿在大多数情形下并没有发挥其应有的功能。

第四,数额限制上存在差异。我国现行规定主要在最高额、最低额、赔偿比例上对惩罚性赔偿数额进行限制。例如,法释[2003]7号(不超过已付购房款一倍的赔偿责任)、《食品安全法》(价款十倍的赔偿金)采取了比例限制式;新修《消法》第55条第1款(商品的价款或接受服务的费用的三倍)在延续原49条比例限制式的基础上,增加了最低数额限制式(赔偿金最低为五百元),强化了新修《消法》中惩罚性赔偿制度的鼓励功能;而新修《消法》第55条第2款则实行最高数额限制式(所受损失两倍以下的赔偿金),以协调经营者和消费者之间的利益冲突。《侵权责任法》第47条虽然仅规定“相应的惩罚性赔偿”,但却赋予了法官较大的自由裁量权。这说明,适当扩大法官的自由裁量权已成为惩罚性赔偿的立法趋势。

此外,笔者认为,它们侧重的功能也有所不同。这与不同的立法目的有关。如新修《消法》限定惩罚性赔偿最低数额的规定,其目的显然是为了强化其鼓励功能,以促使受害者积极维权,从而维护社会经济秩序。又如,法释[2003]7号“返还已付购房款一倍”的规定主要体现的是制裁和遏制的功能,而不是体现鼓励功能。因为即使没有这一规定,买受人也会积极地追究出卖人的违约责任。同样,依据《侵权责任法》

“预防并制裁侵权行为”的立法目的,其第47条主要体现的是惩罚性赔偿的制裁和遏制功能。

三、我国惩罚性赔偿制度的法际协调

通过以上分析可知,在惩罚性赔偿制度上,我国与英美法系国家存在较大差异,并且在不同法域中也不协调。笔者认为,一方面是因为理论准备的不足,如没有统一适用条件;另一方面是因为对相关法律的立法目的与功能认识不足。不同的立法目的使得惩罚性赔偿制度的功能各有侧重。

笔者认为,为了合理地发挥该制度在我国法律体系中的作用,应当对其适用的范围领域、适用条件、计算方法等方面进行依法限定,并且应明确相关的法律适用原则,如法定性原则、比例性原则和“有利于受害人”的原则等。

(一) 惩罚性赔偿的适用范围

从现有的规定来看,惩罚性赔偿制度在法域之间有扩张的趋势。这不禁引发我们思考:惩罚性赔偿到底应适用于哪些领域,是否适用于民法以外的法律部门,其依据何在。

1. 民法领域

大陆法系国家一般固守传统民法理论,认为民事赔偿责任是填平性责任,惩罚性赔偿使受害人获得了不当利益,违背了民法的“同质补偿”原则和公平正义原则,模糊了公法和私法的界限。由于我国民法理论深受大陆法系影响,持否定意见的学者也常常以这一点来反对惩罚性赔偿制度。笔者认为,仅以损害赔偿的“同质补偿”原则为由否定惩罚性赔偿制度,是值得商榷的。

首先,填平性赔偿理论不能有效地揭示“损害”的本质。民法中关于“损害”的概念主要有差额说、具体损害说、规范意义说^④。其中差额说是通说,损害赔偿的填补性原则亦以该说为理论支撑。但是,传统的损害概念无法解决加害人必须负担损害赔偿义务的问题。那种认为民事赔偿应遵循补偿性原则的观点实际上混淆了“损害的本质”和“损害的计算”,从而忽略了损害赔偿的其他功能。“损害赔偿的目的,同时具有避免加害人获得不当得利,以及对于加害人之不法行为予以制裁等功能”^[9]。据此,传统的差额说并不能为损害赔偿的填补性提供理论支撑。

其次,传统的民事赔偿理论忽略了实质正义。罗尔斯认为,正义指制度正义。填补性的损害赔偿制度体现的仅仅是形式正义,而实行惩罚性赔偿,能够弥补法律对个案背后广大潜在受害者的忽视,有利于实质

正义的实现。如在侵权法领域,一般的规定是,只要符合侵权责任构成的四要件,侵权行为即成立。主观状态在其中仅是承担补偿性赔偿责任的前提,而不是承担责任轻重的标准。这就意味着,在法律无特殊规定时,无论是故意还是过失,承担的责任是一样的。这样是不合理的。由于故意与过失(一般过失)相比更具有非法性和道德上的可非难性,因此,对于这种行为应该予以惩罚和遏制。所以,惩罚性赔偿仅适用于故意和重大过失侵权,可以将故意、重大过失与一般过失区别开来,以实现侵权责任法的制裁目的。同理,在民事合同中,对于动机险恶的行为,也是有适用惩罚性赔偿的余地的。这或许可以成为我国立法的一个新方向。

至于在商事合同领域,是否适用惩罚性赔偿,存在较大争议。笔者认为,对于某些商事合同应当适用惩罚性赔偿。商事活动注重效率,因此有“有效违约理论”。但应注意的是,商事活动不仅强调效率,更应强调诚实信用,这是商业繁荣之基础。如果随意地以“有效违约”为某些以效率、利益为导向的恶意违约行为辩解,诚信的“大厦”便会土崩瓦解。因此,这样的行为理应受到谴责。需要注意的是,这时的惩罚性赔偿主要发挥的是制裁的功能。因为这时对于受害人而言,其有一定的实力与恶意违约方抗衡,并且这只涉及到双方利益,不具有太大的社会危害性,因此,其激励功能在这里发挥不了多大作用。由此,其惩罚性赔偿额也不宜过高,否则会造成新的不公正,这在法释[2003]7号中已有体现。

在知识产权法领域,惩罚性赔偿的适用问题也存在争议。在《商标法》修订之前,一般认为,我国目前并没有确立知识产权领域的惩罚性赔偿制度。而在美国,专利侵权领域适用惩罚性赔偿已得到立法和司法的确认^[10]。国内大多数学者亦认为,对于故意、恶劣的知识产权侵权行为应适用惩罚性赔偿制度^[11]。从目前的政策和立法来看,在知识产权领域适用惩罚性赔偿已成为立法的趋势。2008年的《国家知识产权战略纲要》在“战略要点”中明确提出要“修订惩处侵犯知识产权行为的法律法规,加大司法惩处力度”,并“提高侵权代价,有效遏制侵权行为”。这说明,面对我国目前知识产权侵权泛滥的形势,国家选择的是“立法的引导”,而不是维持现状。要实现这一战略目标,需要借助惩罚性赔偿的“力量”。新修《商标法》中的惩罚性赔偿规定正是《纲要》精神的体现,并且在2012年的《专利法修改草案(征求意见稿)》中也涉及到惩罚性赔偿的内容。

笔者主张,在商法的某些特殊领域,宜在未来条件具备时适当引入惩罚性赔偿。如在证券侵权中,由于

我国目前缺乏有效的证券集团诉讼制度,受害者的维权之路十分艰难。即使对大规模的侵权行为处以巨额罚款,由于该罚款并不用于弥补投资者的损失,投资者的权益仍得不到保护。如果仅靠行政制裁和刑事制裁措施来规制恶意的违规行为,并不能有效地实现证券法“保护投资者合法权益”的立法目标。这就需要借助惩罚性赔偿的遏制、制裁和鼓励功能,切实保护广大投资者的合法权益。

值得注意的是,“现代民法从权利本位过渡到社会本位,其核心是在维护个人私权的前提下尊重社会公共利益,进而采取以社会宏观利益为目标的法律体系”^[12]。因此,在涉及相关法律制度设计时,我们需要考虑社会的宏观利益,但出发点首先应当是当事人之间的利益衡量,在此基础上再考量整个社会利益,而不是相反。这是民(商)法不同于刑法乃至行政法最重要的一点。因此,在民(商)法领域的损害赔偿应坚持以填平原则为主,例外地适用惩罚性赔偿。

2. 经济法领域

经济法领域的加害行为具有这样的特点,即与受害方相比,加害方往往处于强势地位,且其危害范围广,影响大。这就使得对这些危害行为的规制具有不同于一般民法领域的特点。

众所周知,经济法具有维护社会经济秩序的目的。然而由于行政机关执法上的不足,使得许多危害经济秩序的违法行为得不到有效惩处与制止。即使对恶意违法者处以行政罚款,若受害者不提起民事诉讼,仍然无法追究其民事赔偿责任,而且该行政罚款也不会自动补偿给受害者,而是上缴国库或作为财政支出。因此,在经济法领域,就需要一项既能实现国家对恶意违法者的纵向管理和约束,又能使受害者获得赔偿的制度,使经济法维护社会秩序的目标得以实现。惩罚性赔偿制度便成为最佳的选择。并且在该部门法中,鼓励性功能占重要地位,惩罚性赔偿的其他功能需要借助鼓励功能才能发挥。认识到这一点,能够有效地解释“知假买假”行为适用惩罚性赔偿的合理性^[13]。因此,在经济法部门的惩罚性赔偿规定中,应着重体现其鼓励功能。笔者认为,新修《消法》中最低赔偿限额的规定正是这种思想的体现。

3. 其他法域

在一些特殊的侵权领域,基于立法目的与功能的不同,对危害行为的规制也有不同的特点。如在环境法中,环境法益遭受侵害之后不具有可填补性,或很难被完全“恢复原状”,并且损害的多是集体利益。由此,其事前预防就显得尤为重要。而依传统的填补性损害赔偿,只能实现事后的弥补,并不能很好地规

制侵害行为。根据民法理论的发展,损害赔偿除了具有最主要的填平功能外,还具有矫正与预防功能^[12]⁹⁵。因此,在这一领域的法律规制中更应体现的是对相关事故的预防和法律的谨慎原则,并将损害赔偿的预防功能提升到超越赔偿功能的高度,从而遏制相关行为的发生。

无论惩罚性赔偿适用于何法律部门,均会受到以下两点质疑:首先,受害人获得的合理的惩罚性赔偿属于不当利益。其次,(在大规模侵权中)对加害人的“累计惩罚”过于苛刻。的确,在传统的补偿性赔偿理论下,这或许是不当利益。但是,在惩罚性赔偿制度下,它又具有特殊的意义。这与该制度的功能密切相关。比如在经济法领域,惩罚性赔偿额一部分可以看作是对受害者的鼓励,另一部分可以看做是对不法经营者的制裁和遏制。前一部分赔偿数额归属于提起诉讼的受害者固然不会引起争议,但对于后一部分的归属,如果归属于受害者,或许会成为受害者的不当利益。并且在大规模侵权案件中,对于加害人的“重复”惩罚(因为多个受害人很有可能单独提起诉讼),也有违公平正义。针对这些问题,美国一些州颁布法律,要求将惩罚性赔偿的部分金额支付给州的一些基金或特别专项基金,如用于帮助受害人康复、提供医疗帮助的基金等;德国则实行“利润收缴”机制,相关团体可以诉请法院将加害人在补偿性赔偿之外所剩余的利润在扣除必要诉讼费用之后,上缴给联邦财政^[14]。

本文认为,我国也可以选择以案件类型等作为划分依据,建立专项基金性质的惩罚性赔偿金,或按一定比例收缴加害人的额外利润。但有时前一种方式更为合理。如在某些受害人为多人的案件中,往往出现仅有个别受害人提起诉讼而其他受害人未起诉的情况,如果此时采取征税或将利润上缴的方式,那么其他受害人的合法权益可能得不到保障(因为这些收益不会返还给受害者),这是不公平的。当然,在不涉及公共利益的领域,这两种方式均可采取。只不过后一种方式更像一种“行政处罚”。因此,针对不同的情况应选择不同的方式,这样既可以避免受害人获得某些不当利益,又可以避免对加害人的“累计惩罚”。

(二) 惩罚性赔偿的适用条件

结合英美国家的先进经验以及我国的实际情况,笔者认为,惩罚性赔偿制度的适用至少包括以下条件。

1. 主观要件

如前所述,惩罚性赔偿与补偿性赔偿的主要区别在于其更注重对加害人主观状态的考察。有学者主张,只有行为人的行为存在恶意,或属于明显不考虑他人安全和重大过失等情形,才应承担惩罚性赔偿

责任^[15]。

目前,我国的通说基本上都是以故意作为主观要件,而将过失(包括重大过失)排除在外。虽然罗马法中有“重大过失等同于故意”的法谚,但在中国的民商法体系中,故意和过失很是有非常明显的主观过错方面的重与轻之分。而且,笔者认为,既然惩罚性赔偿只能作为补偿性赔偿的例外,那么其只能针对主观过错严重的、具有道德上可非难性的故意加害行为,将过失行为排除在外是合理的。某些表面上的具有道德谴责性的重大过失行为,实质上属于我国民商法理论体系中的“故意”。现实中的情形如:商家对明显低于市场价格进货的某商品之功效或品质半信半疑(如牛奶、保健品),但为了赚钱,非常笃定地对消费者保证其质量,此时商家是明知或应知,隐瞒了真实价格状况,且放任低价格不合格商品进入消费领域,此时应为“故意”,类同于刑法上的“间接故意”。又如,生产不符合相关标准的产品且可能危及公众安全的行为,毫不关心和尊重他人权利,显然也是一种故意而非重大过失,此时具有道德上的可谴责性,可适用惩罚性赔偿。

笔者的特别主张在于:有必要进一步限缩“故意”中可以适用惩罚性赔偿的范围,即宜“以引起他人损害为直接目的”,即需具备主观恶意,才能适用惩罚性赔偿。中国法条中常见的“欺诈”就是一种明显的恶意。要将故意和恶意相区分的话,可以认为故意包括以引起他人损害为直接目的和不以引起他人损害为直接目的两种情形,前者即属于“恶意”的情形。由于前者具有道德上的可谴责性,所以其适用惩罚性赔偿,而后一种故意情形因缺乏可谴责性而不应纳入惩罚性赔偿的范围。在将“恶意”界定为“以引起他人损害为直接目的”(大多数故意侵权案件即是如此)的情形下,并不会额外再增加受害人的举证负担(如果原告需要证明被告有过错),因为这本身就是侵权案件中对过错责任认定的难题,或者说是以实行过错责任为原则的侵权法的难题^⑤。而且,通过是否“引起他人损害为直接目的”,在客观上并非很难证明。在实际案件中,法官也会根据案件具体类型的不同,合理地分配举证责任。

在我国目前的立法中,笔者认为,并没有对二者进行区分,这是不全面的。善良的动机同样可以构成故意加害行为,例如,医生甲在为病人乙做手术的过程中,发现乙的腹腔中存在可能病变的肿瘤,未经乙的同意即切除了肿瘤。此时甲的动机固然是好的,但其侵犯了乙的自治权和身体权。对于这种故意而动机善良的行为给予惩罚性赔偿,显然有违公平正义。由此可见,新修《商标法》中要求“恶意”且“情节严重”才可

适用惩罚性赔偿的规定是较为科学的,应为今后的立法所借鉴。

2. 行为具有不法性和应受谴责性

由于惩罚性赔偿注重惩罚,所以一般不适用于轻微违反注意义务的行为。这些行为往往超过了社会的容忍程度,应在道德上给予否定性评价^[15]。这涉及到道德与法律的关系问题。但由于我国是成文法国家,惩罚性赔偿实行的是法定性原则,在法无明文规定的情况下,法官不能随意扩大惩罚性赔偿的适用范围。但是这一构成要件可以作为解释相关规定(如《食品安全法》第 96 条第 2 款)的依据。

3. 造成损害后果

由于补偿性赔偿是惩罚性赔偿的前提,而具有损害后果又是补偿性赔偿的构成要件之一,因此,惩罚性赔偿理应以“造成损害后果”为前提。其中,补偿性赔偿的范围既包括财产损失,又包括精神损失。

关于“损失”的含义,容易产生争议。例如,依据新修《消法》第 55 条第 1 款的规定,只有实际受有损失才适用该条款。在消费者仅仅是支付了价款,而没有产生其他支出的情况下,能否请求赔偿?笔者认为,此时的“损失”一般界定为直接经济损失为宜,因为其他支出毕竟没有发生,而且以“直接经济损失”为基础进行惩罚性赔偿,一般可以实现新修《消法》制度设定的目的。

4. 存在因果关系

此处的“因果关系”是指惩罚性赔偿应以补偿性赔偿为前提(并与案件事实相关)且须依附于补偿性赔偿。笔者认为,如果严格遵循英美法系中的惩罚性赔偿理论,支付双倍工资的规定并不属于惩罚性赔偿。因为惩罚性赔偿是补偿性赔偿的补充,而劳动者此时所受的伤害并不是劳动报酬的损失,它只是为了督促用人单位履行“签订合同”这一法定义务。在这种“双倍支付”之前,并没有发生补偿性赔偿关系。这种规定的确体现了“惩罚”,但并非惩罚性赔偿。此外,准确的说,民事诉讼法中“迟延履行罚金”的规定也不是惩罚性赔偿,因为该罚金的支付与案件事实没有因果关系。

(三) 惩罚性赔偿的计算方法

在确定惩罚性赔偿的计算方法上,应着重解决以下问题。

1. 计算标准的确定

计算标准的确定涉及到惩罚性赔偿与补偿性赔偿的关系问题。一般认为,尽管二者存在着明显的区别,但惩罚性赔偿始终是以补偿性赔偿的存在为前提,只有满足了补偿性赔偿的构成要件,才能进一步适用惩

罚性赔偿。我国现有的法律明确了两种计算标准:价款和实际损害。只有《侵权责任法》没有予以明确,而是仅规定“相应的赔偿”。笔者认为,以“价款”作为计算标准虽然弥补了“实际损失额”不易确定的缺陷,从而方便了惩罚性赔偿额的计算,但其适用缺乏必要的理论依据。在大多数情况下,价款与补偿性赔偿、惩罚性赔偿之间并无直接或间接关系,价款并不能有效地反映受害人所受的损害。

对于《侵权责任法》第 47 条的“相应的赔偿”的规定,笔者认为这与直接规定计算标准相比,更为合理。主要理由在于,这种规定有利于实现实质正义。法官在适用该条时,可依个案的实际情况选择是否以价格、实际损失额,或当实际损失额难以确定的情形下,选择其他标准(如加害人获利润的多少)作为计算依据。

2. 赔偿数额的限制

为了防止惩罚性赔偿数额确定的随意性,应对惩罚性赔偿的数额予以限制,这是目前学界和司法界的共识。究其原因,笔者认为,主要是对英美国家以法官自由裁量权为依托的高额惩罚性赔偿判决的反思。值得注意的是,有观点认为,由于损害赔偿中的惩罚性赔偿部分可以通过责任保险的方式分散风险,所以法官可以判处较高的惩罚性赔偿。对此,笔者认为有以下两个问题应予以澄清。

第一,责任保险的初衷是为了使被侵害人的损失能够得到补偿、恢复,而惩罚性的赔偿其主要目的在于对侵权人的惩罚,并不在于填补损害,如果这笔费用由保险负担,则不符合这一目的。当然,正如本文所提到的,不同法律中惩罚性赔偿的主要目的是有区别的,只要通过责任保险支付与该目的不相冲突,则仍然可以通过责任保险来分散风险。

第二,并没有证据或数据表明法官会因被告投保而判决其承担更重的责任。其实,国外许多“天价赔偿案”大多只是一审判决,它们最终也受到了上级法院的否定。因此,对赔偿数额进行一定的限制,具有一定的合理性。

至于限制方式,在美国,一般采取两种方式:一是最高数额限制式;二是比例限制式,即惩罚性赔偿的数额应当与补偿性损害赔偿数额保持某种合理的比例关系^[10]⁵⁶。目前,对这两种方式均存在一定争议。对于前一种方式,我国有学者认为,在消费者权益保护领域,应采取“上不封顶,下要保底”的立法态度,不应限制最高数额^[16]。关于后一种方式,一种观点认为,由于惩罚性赔偿额难以权衡,过高的赔偿额不符合交易原则,过低则起不到应有的作用,这两种情况都会导致无效率,因此,应在惩罚性赔偿与补偿性赔偿之间建立

一定的比例关系^{[1]114};另一种观点则认为,惩罚性赔偿适用的目的是为了惩罚严重过错的行为,而主要不是为了补偿受害人的损失,因此二者不必建立比例关系^{[1]114}。

笔者认为,在确定惩罚性赔偿数额时,应考虑立法目的,并结合惩罚性赔偿的具体功能,确定其要达到的效果。权衡利弊:在消费者权益保护领域,惩罚性赔偿制度的主要功能是鼓励功能,这就需要规定其最低赔偿额,鼓励消费者积极维权。并且为了防止某些心怀不轨的消费者滥诉,还需要以比例的形式对数额进行限制,而不应采取“上不封顶”的形式。而在恶意的环境侵权等难以恢复原状的大规模侵权案件中,由于其预防功能逐步超越赔偿功能,在条件成熟时可以跟进立法,加大惩罚力度,发挥惩罚性赔偿的威慑功能。但由于惩罚性赔偿的法定性和明确性的要求,“上不封顶”的惩罚性赔偿模式在中国目前的立法和司法实践中,尚难以实现。

在我国惩罚性赔偿制度的确立及适用上,应坚持以下原则。

第一,法定性原则。惩罚性赔偿的适用范围、适用条件等应由法律明文规定。其原因在于:首先,目前学者对惩罚性赔偿制度的争议较大,在理论上和实践上并未形成统一的认识。其次,由于惩罚性赔偿的适用条件之一是“行为具有不法性和应受谴责性”,这涉及到道德和价值判断的问题。为了保持我国法学方法的统一,这种价值判断应由立法机关作出。有学者认为,(在消费关系中)基于契约自由的精神,双方可以约定更高的惩罚性赔偿额^{[16]114}。笔者认为,这种约定更像是一种违约金,而非惩罚性赔偿。如某些商店中“假一赔十”的规定,实质是默示约定的违约金,并且在违约金过分高于造成的损失时,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。而惩罚性赔偿基于其法定性是不可以随意约定的。最后,在立法的层级上,笔者认为应由全国人大及其常委会或国务院立法,以体现谨慎原则。并且,最高人民法院可以通过司法解释的形式对该制度适用中的具体问题解释。

第二,比例原则。它是指惩罚性赔偿的适用应必要、合理。这就需要在惩罚性赔偿数额的确定上,由立法赋予法院一定的自由裁量权,使法官在一定幅度内区别不同情况进行裁判。

第三,在法律的适用上,如果依目前的法律适用规则无法解决,应坚持有利于受害人的原则。例如,在《侵权责任法》第47条和《食品安全法》第96条第2款这两个互相竞合的惩罚性赔偿规定中,法官应适用惩罚较重的规定^[17]。至于何为“有利于受害者”则

应具体情况具体分析。

此外,笔者认为,要协调法律中的冲突,还应从立法技术上改善。例如,根据对新修《消法》第55条第1款“法律另有规定的,依照其规定”的文义解释,即使新修《消法》中的赔偿规定与其他“消法”特别法中的惩罚性赔偿相冲突,并且适用后者明显不利于消费者时,仍然应适用该特别法的规定。但是,这显然有违《消法》的立法目标。《消法》作为保护消费者权益的基本法,规定的应是最低的保护标准,而按照现有的规定,显然容易出现法律适用上的冲突。因此,笔者建议将其修改为:法律另有较高赔偿规定的,依照其规定。

四、结 语

惩罚性赔偿是连接公法和私法领域的有益桥梁,在当今复杂的风险社会具有存在的必然性和实践的有效性。它体现了法律制度之间的紧密联系性和错综复杂性。关于惩罚性赔偿的适用,不应将其局限于某一特定的部门法,而应注重其功能的发挥。在属性上,它应是一种具有很强的法律经济学实用背景的新型“混合法”(混合制度)。当然,惩罚性赔偿不适宜过份扩大其作用,应当在适用的范围领域、适用条件、程序和证据要求、赔偿金额限定等方面进行依法限定,应当符合法定性原则、比例性原则等原则。

注 释:

- ①与此相类似的规定还有建设部2001年发布的《商品房销售管理办法》第20条关于面积误差绝对值超出3%部分的房价款实行双倍返还的规定。
- ②参见最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(试行)第68条。
- ③通常认为,过失侵权由三个基本要素构成:首先,存在一个注意义务;其次,注意义务的违反;最后,由于违反义务对原告造成了损失。而在认定某人是否尽到合理的注意义务时,可以考虑四个因素:原告受损害的可能性和损害可能的大小、采取预防措施的成本以及引起损害活动的价值。参见彼得·凯恩著,王仰光等译,《阿蒂亚论事故、赔偿及法律》[M],北京:中国人民大学出版社,2008:39。
- ④差额说源于德国法上以财产损害为基础的损害赔偿。损害事实发生后,所生之财产或利益之减少,即为损害。但是这一学说也受到了许多批评,在无法以财产差额方式表现的人身损害案例中,在其应用上不免发生许多困难。此外,它也忽略了损害赔偿的权利(事前)保护机能。德国法院在实务判决中亦未全部采取差额说之见解。
- ⑤澳大利亚学者彼得·凯恩曾对过错责任进行消极的评价,认为其有七大“罪状”。其中,对过错进行裁量非常困难是其罪

状之一。理由在于,它一方面举证非常困难,另一方面忽视了同类事件在统计学上的证据及其他证据。参见彼得·凯恩著,王仰光等译.阿蒂亚论事故、赔偿及法律[M].北京:中国人民大学出版社,2008:196-201。

参考文献:

- [1] 王利明. 惩罚性赔偿研究[J]. 中国社会科学, 2000(4): 113.
- [2] 张严方. 消费者保护法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 516.
- [3] 胡海容, 雷云. 知识产权侵权适用惩罚性赔偿的是与非: 从法经济学角度解读[J]. 知识产权, 2011(2): 70.
- [4] 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, 2011, 25(4): 132.
- [5] 高利红, 余耀军. 环境民事侵权适用惩罚性赔偿原则之探究[J]. 法学, 2003(3): 109-112.
- [6] 梁慧星. 消费者权益保护法第 49 条的解释与适用[J]. 人民法院报, 2001-03-29(3).
- [7] 董文军. 论我国《消费者权益保护法》中的惩罚性赔偿[J]. 当代法学, 2006(2): 73.
- [8] 王卫国. 中国消费者保护法上的欺诈行为与惩罚性赔偿[J]. 法学, 1998(3): 27.
- [9] 陈聪富. 侵权违法性与损害赔偿[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 141.
- [10] 张玲, 纪璐. 美国专利侵权惩罚性赔偿制度及其启示[J]. 法学杂志, 2013(2): 47.
- [11] 王能武, 陈明. 试论知识产权侵权损害之惩罚性赔偿原则[J]. 特区经济, 2007(6): 242-243.
- [12] 朱岩. 侵权责任法通论(总论)上册[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 93.
- [13] 应飞虎. 知假买假行为适用惩罚性赔偿的思考: 基于法经济学和法社会学的视角[J]. 中国法学, 2004(6): 118-122.
- [14] 赵红梅. 美、德新型惩罚性赔偿对我国《消法》修订的启示[J]. 法律科学, 2011(5): 186-188.
- [15] 王利明. 美国惩罚性赔偿制度研究[J]. 比较法研究, 2003(5): 8.
- [16] 徐海燕. 论我国《消费者权益保护法》修改中的惩罚性赔偿制度的完善[J]. 西部法学评论, 2013(2): 13.
- [17] 周江洪. 惩罚性赔偿责任的竞合及其适用《侵权责任法》第 47 条与《食品安全法》第 96 条第 2 款之适用关系[J]. 法学, 2010(4): 115.

Research on the Coordinate of Punitive Damages

Chen Canping, Xiao Qiuping

(School of Law, Tianjin University of Finance and Economics, Tianjin 300222, China)

Abstract: China's punitive damages system are not completely equivalent to the modern Anglo-American law system. We should analyze the differences between punitive damages and promote the coordination of punitive damages. From the applicable conditions and scope, we improve the system of punitive damages in our country and form a scientific reasonable theory system and legal system. As a valuable bridge connecting the public law and private law field, the application of the punitive damages should not be limited to a specific legal department. The subjective aspect of punitive damages should be limited in evil intentions. On the calculation method of punitive damages, it is necessary to make different provisions according to the different situations. In the article 55 of the newly revised Law of the PRC on The Protection of Consumer Rights and Interests, the compensation should be combined to the high standard if the other law has different stipulation. In the face of the defects of the system of punitive damages, we can make up through the interests collection, etc.

Keywords: punitive damages; differences between punitive damages; coordinate of punitive damages