

## 我国惩罚性赔偿制度的体系

张 红\*

### The Punitive Damages System in China

Zhang Hong

**内容摘要:**我国惩罚性赔偿制度政出多门,六部法律和两个最高法院司法解释对其有明确规定,涉及消费者权益保护、食品安全、产品责任、商品房买卖、商标权、旅游合同、医疗产品责任和生态环境等多个领域。政出多门,导致不同规范之间交叉混同,相互冲突,适用困难,体系性缺失。笔者认为,应将我国惩罚性赔偿制度定位为一项独立的民事责任,以可罚性原则、客观损害原则、损害基数原则和过罚相当原则统领整个体系;建构基于合同引发的惩罚性赔偿和基于侵权引发的惩罚性赔偿的二元体系结构,当基于合同和基于侵权引发惩罚性赔偿相竞合时,用处理请求权竞合的规则来协调之,以调试法律适用的诸多矛盾。

**关键词:**惩罚性赔偿 填补性赔偿 体系构建 民事责任 竞合

惩罚性损害赔偿制度是相对于传统补偿性赔偿的一种特殊的民事赔偿制

---

\* 法学博士,中南财经政法大学法学院教授。

本文系国家社会科学基金后期资助项目“损害赔偿与债法现代化”(13FFX008)的阶段性成果。

度,通过让加害人承担超出实际损害数额的赔偿,以达到惩罚和遏制严重侵权行为的目的。<sup>〔1〕</sup>自1763年英国 *Wilkes v. Wood* 一案首创惩罚性赔偿以来<sup>〔2〕</sup>,惩罚性赔偿在英美法上已经发展了两百五十余年,形成了其特有的规则体系。大陆法系国家一般不太接受该制度,认为允许平等主体之间的惩罚行为,存在“僭越”公法、侵蚀民法的危险。<sup>〔3〕</sup>为维护市场经济秩序,遏制经营者的不法经营行为,我国在1993年《消费者权益保护法》(以下简称旧《消法》)中引入了惩罚性赔偿制度,在原则上肯定了其在我国的适用。经过二十多年的发展,适用范围逐步扩大,条文规定也日趋规范,但由于总体发展时间不长,理论基础薄弱,现行法律体系中惩罚性赔偿制度的一般性规定不足,各具体规定散见于多个部门法中,涉及领域十分广泛,法律法规处于零散甚至模糊的状态,现有的条文之间存在内容重叠、适用条件不明的情况,体系性严重缺失。2013年新《消费者权益保护法》(以下简称新《消法》)第55条对惩罚性赔偿法律规则进行了调整,使现行法体系失衡的问题得到了局部修正,但仍不足以完全解决这一问题,还需进一步体系构建。

### 一、有关文献概览

在美国法中,惩罚性赔偿制度广泛运用于产品损害赔偿案件,这引起了社会各界的关注和质疑,而惩罚性赔偿制度并不能被大陆法系国家接受,例如德国和日本。<sup>〔4〕</sup>惩罚性赔偿金目前饱受非议而亟须解决的问题主要有三个:其一,有无存在的必要;其二,适用范围;其三,惩罚性赔偿金的数额。

#### (一) 功用

惩罚性赔偿存在的必要性与其自身的功能和作用密切相关,其主要有四大功用:一是损害填补功能。<sup>〔5〕</sup>在英美法的视野下,这种功能主要是为了弥补受害人因加害人“恶意”“粗暴”“怀恨”的行为而遭受的精神损害及英美法上的“加重损害”(Cassell & Co. v. Broome 一案<sup>〔6〕</sup>)。同时,惩罚性赔偿金适用的案件类型还包括:一方当事人利用信赖关系故意违背诚信而对另一方当事人实施的侵权行为(Coryell v. Colbaugh 一案<sup>〔7〕</sup>);商业保险关系中,保险合同约定的保险责任条件成就,保险人明知无合理理由,故意拒绝履行赔偿保险金义务,造成

〔1〕 张新宝、李倩:《惩罚性赔偿的立法选择》,载《清华法学》2009年第4期,第5页。

〔2〕 98 Eng. Rep. 489 (K. B. 1763).

〔3〕 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第106页。

〔4〕 陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第197页。

〔5〕 同上注,第203页。

〔6〕 [1972] All. Cas. 1027 (H. L.).

〔7〕 1 N. J. 90 (1791).

被保险人损害的案件。二是吓阻功能。<sup>〔8〕</sup>一纸有关惩罚性赔偿金的判决将会成为“典型判例”，避免类似的事件在不确定的未来再次发生。基于经济和效率的目的，为了有效地实现吓阻，惩罚性赔偿金的数额并不需要考虑加害人侵权行为道德上的可非难性，而是应当考虑受害人遭受的实际损害以及加害人逃逸的可能性。三是报复、惩罚功能<sup>〔9〕</sup>，即依据不法行为的恶性进行的惩罚。报复理论认为，在民事侵权案件中，加害人相对于受害人存在着一种不适当的优劣关系，加害人对价值的判断存在一定的错误，加害人自认为其可以通过损害受害人的利益而满足自己的需求。报复与惩罚所要实现的效果在于公开纠正这种不当的价值错位，恢复加害人与受害人之间的价值状态。与吓阻原理不同，报复与惩罚理论对于惩罚性赔偿金额的度量，需要反映因加害人对受害人的损害行为造成的价值上的不平等，换言之，惩罚性赔偿金的数额应当与侵权行为的恶性相当。四是私人执行法律功能。英美法中的惩罚性赔偿制度鼓励受害人扮演“私人执法者”的角色，有助于减少法律实施成本，提高经济效率，克服国家财政预算不足的限制。<sup>〔10〕</sup>从个体角度看，惩罚性赔偿有利于抚慰受害人的创伤；从整体角度看，其有利于创造社会公共福利。

小结上述惩罚性赔偿的四种功能，即损害填补功能、吓阻功能、报复惩罚功能以及私人执行法律功能。其中吓阻、报复、惩罚是惩罚性赔偿制度的主要功能，通过对加害人判处高额的赔偿金来否定对侵权行为的价值，填补受害人遭受的损失，通过消除加害人因侵权行为可能获得的利益从而对其进行阻止，同时树立了“典型的判例”，震慑其他“潜在的加害人”不敢从事类似的活动，稳定社会秩序。

## （二）适用范围

对适用范围的研究，就是要回答哪些行为可以苛责加害人惩罚性赔偿金，哪些行为则应当按照传统的损害填补原则处理的问题，这对平衡双方当事人之间的利益关系极为重要。

在英国法上，陪审团可以判决超过实际损害的赔偿金，以吓阻将来发生相同的恶性事件，同时也表达陪审团对该类行为的厌恶。英国法早期关于惩罚性赔偿金适用范围的争议，出现在英国 *Rookes v. Barnard* 一案上<sup>〔11〕</sup>，当时的法官 Lord Devlin 对民事侵权案件是否能适用惩罚性赔偿存在疑虑，并认为其在侵权案件中的运用应当严格约束在以下范围内：

- （1）由于政府人员压迫、专断或违宪行为。此类案件不及于对私人公

〔8〕 陈聪富：《侵权归责原则与损害赔偿》，北京大学出版社 2005 年版，第 207 页。

〔9〕 同上注，第 212 页。

〔10〕 同上注，第 217 页。

〔11〕 [1964] App. Cas. 1129 (H. L.).

司、工会或者个人的诉讼。(2) 被告基于计算,其不法行为之获利超越该行为可能赔偿原告损害。(3) 依据法令,明文承认得判决惩罚性赔偿金的规定。<sup>[12]</sup>

然而,英国法官并不赞成这样的见解,在 *Cassell & Co. v. Broome* 一案中<sup>[13]</sup>,法官认为在民事侵权案件中,加入惩罚性的因素并无不当。英国法规委员会则建议,侵权事件的双方当事人具有不平等关系,并且加害人故意蔑视受害人权益的,可以扩大适用惩罚性赔偿<sup>[14]</sup>,对于过失行为不宜适用惩罚性赔偿。现代英国法中,惩罚性赔偿适用的案件类型包括“恶意起诉、错误拘禁、攻击和殴打、诽谤、侵入他人土地或货物、私的污染妨害、侵权行为干扰他人商业活动等”。<sup>[15]</sup> 1997年英国法《关于加重的、惩罚性的和剥夺性的损害赔偿改革报告》主张惩罚性赔偿可适用于任何法定民事不法行为,只要其目的与法令相同即可。<sup>[16]</sup>

美国法惩罚性赔偿的适用条件相对于英国法则宽松许多。在侵权法中,其适用范围几乎没有受到限制,可以作为一般性条款适用于所有基于侵权行为提起的损害赔偿诉讼,适用的案件类型包括且不限于:

人身伤害、不法侵占、毁损他人财产、滥用程序、错误逮捕和拘禁、欺诈和误导、带有犯罪性的性交易或性转让、干涉雇佣或合同或商业关系、侮辱和诽谤、恶意起诉、污染妨害、诱拐儿童、诱奸、不法传送或邮寄电报信息、侵害商业信誉、违反信托义务、故意或恶意重复侵害受联邦宪法保护的 personal 权利或特权。<sup>[17]</sup>

在合同法中,惩罚性赔偿一般不适用于合同案件,但是存在一些特殊情况,当违约行为同时构成一种独立的侵权行为,交易双方具有不对等的地位关系或者双方具有类似于银行、信托、医患、消费者等特殊信任关系,加害人在主观上存在“故意、任意、恶意、欺压、恶劣行为、贬损、侮辱、重大欺诈”<sup>[18]</sup>的过错对受害人进行侵害时,适用惩罚性赔偿,诸如违反婚约、故意不提供民生必需品、范围信托合同、保险公司恶意拒绝支付保险金的合同案件,可以判处惩罚性赔偿金。

在欧洲地区,欧盟对惩罚性损害赔偿的态度是模棱两可的,有时候甚至是

[12] 陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第219页。

[13] [1972] All. Cas. 1027 (H. L.).

[14] 陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第220页。

[15] 金福海:《惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社2008年版,第108页。

[16] 同上注,第109页。

[17] 同上注,第110页。

[18] 同上注,第111页。

相互矛盾的。<sup>[19]</sup> 在德国,基于不接受预防性罚金的目的,惩罚性损害赔偿一直不受德国法待见,1992年德国第九民事判决委员会作出的判决<sup>[20]</sup>,拒绝承认美国高额的惩罚性损害赔偿金判决,对英美法上的惩罚性赔偿制度进行了坚决的抵制。

惩罚性赔偿适用的一个重要的问题是,是否能够适用于违约行为。普通法中惩罚性赔偿主要适用于故意的侵权行为,且整体上被纳入侵权责任的体系之中,因违约而进行惩罚性赔偿仅仅是特别例外的情形,主要是违约行为能够独立构成侵权行为。美国《合同法重述》(第二版)第355条规定:“受损方不得基于他方当事人的违约获得惩罚性的损害赔偿,除非该违约行为同时构成了应获得惩罚性赔偿的侵权行为。”<sup>[21]</sup>但即使是能够构成侵权行为,在部分州若以合同之诉提起,仍不得适用惩罚性赔偿。<sup>[22]</sup>除违约行为等同于独立侵权行为的情形,违约行为有可能适用惩罚性赔偿的情形还有:

(1) 合同关系因一方特殊地位使对方产生特殊信赖,该方利用滥用当事人信赖造成对方的损害,特别是雇佣关系和保险关系之中;(2) 在缔约过程或违约过程有欺诈情形。<sup>[23]</sup>

有学者指出,美国司法部的研究表明惩罚性赔偿主要适用于合同案件。其在合同领域中的适用是侵权案件的3倍。<sup>[24]</sup>然而这一观点实际是对美国司法部这份研究报告的误读,依这份报告,1992年美国72个最大的县的民事审判中授予惩罚性赔偿的案件共364起,而侵权案件为190起,合同案件为169起,这些合同案件的类型多为消费、雇员关系以及合同欺诈。虽从赔偿金额来看,合同案件高于侵权案件,但这主要是因为雇佣关系中适用的惩罚性赔偿几乎达到了所有案件类型的一半,而在侵权案件中,惩罚性赔偿对各类侵权行为都有所适用。<sup>[25]</sup>当然更为关键的是,许多选择违约之诉的合同案件,其本身构成独立的侵权行为。

在英国法中,违约行为适用惩罚性赔偿更为保守。1909年 *Addis v.*

[19] 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》,王程芳译,熊丙万校,中国法制出版社2012年第1版,第117页。

[20] BGHZ 118, 312, 334 ff.

[21] RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 355.

[22] 加利福尼亚州、北达科他州、南达科他州、得克萨斯州等地区明确在合同之诉中不适用惩罚性赔偿。参见赫尔穆特·考茨欧、瓦内萨·威尔科克斯主编:《惩罚性赔偿金:普通法与大陆法的视角》,窦海洋译,中国法制出版社2012年版,第392页。

[23] 谢哲胜:《美国法上之惩罚性赔偿制度》,载《台大法学论丛》第三十卷第一期,第141页。

[24] 参见王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000年第4期,第116页。

[25] DeFrances, Carol et al., *Civil Justice Survey of State Courts, 1992 Civil Jury Cases and Verdicts in Large Counties Bureau of Justice Statistics*, at <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=555> (last visited Aug. 27, 2019).

Gramophone Co. Ltd. 案中, Atkinson 法官提出当出现违约责任、侵权责任竞合的情形下, 若当事人主张侵权责任则“毫无疑问他可以获得惩罚性赔偿金”, 但若选择违约之诉那么“他将获得在其合同得以继续情况下所得利益损失的足够金钱赔偿, 并且不再有其他的了”。<sup>[26]</sup> 1993 年英国法律委员会在咨询文件中提出: “惩罚性赔偿金只适用于故意严重漠视原告权利的侵权案件, 尤其是双方地位不平等, 原告的人格权受到侵害的情况下, 但不能适用于违约。”<sup>[27]</sup>

### (三) 量定因素

对量定因素的研究, 就是要回答惩罚性赔偿金数额多少的问题。美国的惩罚性赔偿制度受到热议、质疑甚至批评的重要原因在于, 对惩罚性赔偿金的确定问题, 一直缺少统一、客观的计量标准, 陪审团经常因“并未被告知应当考虑或者不应当考虑的事项为何”<sup>[28]</sup>, 恣意进行判断, 过分加重被告的责任。鉴于此, 美国联邦最高法院为数额评判问题制定了指南, 目的在于限制惩罚性赔偿金的额度, 防止数额畸高。在惩罚性赔偿金的判断上, 需要考虑三方面的因素: “其一, 加害人的过错程度; 其二, 实际损害和相应的补偿性赔偿额; 其三, 对同等侵权行为所施加的刑罚制裁程度。”<sup>[29]</sup> 在考虑惩罚性赔偿金与补偿性赔偿金数额的关系问题上, 美国联邦最高法院对 1991 年的 *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* 一案<sup>[30]</sup> 中判决了 4 倍的惩罚性赔偿金, 大法官对该案件强调: “该数额没有跨越到宪法认为不适当的范围, 但 4:1 的惩罚性与补偿性损害的比率, 已经接近这个界限。”<sup>[31]</sup> 2003 年, 美国法出台规定, “惩罚性赔偿金的数额不得超过实际损害发生额的 9 倍”<sup>[32]</sup>, 对惩罚性赔偿与填补性损害赔偿的倍数关系又做了新的调整。

### (四) 综合评述

纵观当前惩罚性赔偿研究, 可以得出以下结论: 第一, 惩罚性赔偿目前受到的争议比较多, 传统大陆法系国家不接受惩罚性赔偿的理念, 而英美法系国家对惩罚性赔偿的数额标准问题存在疑虑。第二, 惩罚性赔偿制度的主要作用在于吓阻不法行为, 对恶意的加害人进行报复, 警示其他社会公民进行类似的侵

[26] 同前注[22], 第 206 页。

[27] 参见全国人大法制工作委员会民法室编, 贾东明主编: 《中华人民共和国消费者权益保护法解读》, 中国法制出版社 2013 年版, 第 272 页。

[28] Malcolm Wheeler, A Proposal for Further Common Law Development of the Use of Punitive Damages in Modern Product Liability Litigation, *Alabama Law Review*, vol. 40, no. 3, 1989, p. 940.

[29] *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 ff. (1996).

[30] *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 449 U.S. 1 (1991).

[31] *Id.*, pp. 21-22; 111 S. Ct. 1032, 1045 (1991).

[32] *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 425 (2003).



权行为,同时安抚遭受损害的受害者,鼓励受害者主动要求维护法律权益。第三,惩罚性赔偿适用案件的类型。现行的英美法对惩罚性赔偿的适用总体上趋于扩大化,目的在于惩罚那些在主观上有明显的故意、恶意、贬损、侮辱、重大欺诈过错的加害者,特别关注具有特殊信赖利益的民事关系,以保护平等的民事权益,阻止恶性的侵权损害事故的发生,矫正错位的个体价值和社会价值。第四,关于惩罚性赔偿金数额的判断。现行的英美法虽然有一定的规定,但是总体上还缺乏明晰而细致的标准,这也是惩罚性赔偿金制度近十年来受到非议和质疑的重要原因。对于惩罚性赔偿金与填补性赔偿金数额的倍数关系上,美国法规定不得超过填补性赔偿金的9倍,而1991年美国联邦最高法院的判例认为“4:1的比例已经临界违宪的界限”<sup>[33]</sup>,说明在英美法上对于“惩罚性赔偿金到底以多少为宜”这个问题至今仍然是模糊的,这将是未来惩罚性赔偿制度适中、有效地发挥作用时所必须面临的问题。

## 二、惩罚性赔偿制度的立法演进

我国现行的惩罚性赔偿规则程序法,由《民事诉讼法》进行了规定,解决的是裁决迟延履行的问题;在实体法上,由五部法律和两个最高人民法院司法解释进行了规定,条款意图解决的问题分别存在于消费者保护领域、食品安全领域、产品责任领域、商品房买卖领域、商标权领域、旅游合同领域和医疗产品责任领域。从条款制定的内容和司法审判的难易度考察,程序法的规定清晰明确,在司法实践中基本上可以得到施行,不是争议的焦点。实体法上,条款分布较为松散,内容上没有英美法上的惩罚性赔偿规则细致全面,条文与条文之间亦存在着交叉、重叠和冲突。例如,《侵权责任法》第47条的产品缺陷侵权责任与《食品安全法》第148条“不符合食品安全标准”责任在适用范围上存在着交叉重叠关系;在判定标准上,《侵权责任法》第47条规定必须存在受害人“死亡或者健康严重受损”才可以判处惩罚性赔偿金,而《食品安全法》第148条中受害人的损害,包含了人身损害、财产损害和其他损害;在金额上,《食品安全法》规定了“10倍”的罚则,而《侵权责任法》回避了对数额的规定。又例如,在消费者保护领域,把过期食品、不合格食品以次充好、以假充真销售给消费者会造成在新《消法》第55条(旧《消法》第49条)与《食品安全法》第148条选择适用上的竞合问题,而该问题会导致惩罚性赔偿金倍数以及计算基数选择的问题。诸如此类交叉、重叠和冲突的问题,给我国的司法实践增加了难度,在裁判标准上难以形成统一的认识,不利于树立司法权威。这种复杂的惩罚性赔偿制度,其形成有特定的历史原因。

[33] *Supra* note[30], pp. 21-22; 111 S. Ct. 1032, 1045 (1991).

### （一）1993年至2010年

1993年前后,为了应对当时我国市场不健全、假货横行的局面,旧《消法》第49条历史性地将惩罚性赔偿制度引入到我国民法的合同领域,该规则的核心在于如何理解经营者对消费者“欺诈行为”的概念,该概念的含义直接关乎惩罚性赔偿能否适用的问题。一种观点认为,经营者行为足以误导消费者即构成条款中的“欺诈行为”<sup>[34]</sup>;另一种观点认为,该条款中的“欺诈”与《合同法》第58条应当具有相同的含义。<sup>[35]</sup>经过数年的司法实践,法院多采取第二种观点。最新的研究成果认为,旧《消法》第49条中规定的“损失”是一种缔约上信赖利益损失;惩罚性赔偿所增加的其实是一种特殊的缔约过失责任,而无法归于违约责任。<sup>[36]</sup>

从我国法律发展的过程来看,旧《消法》第49条对之后其他法律规则多多少少产生了一定的影响。规制商品房买卖领域的《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠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条、第9条明确了两种不同类型的惩罚性赔偿制度,第9条规定了对于商品房买卖合同中的欺诈行为承担的赔偿责任。从法解释的思路上看,该条文是对旧《消法》第49条的延伸,可以看作是对旧《消法》第49条在商品房买卖合同领域的特殊规定,在对责任的认定方面与旧消费者权益保护法相协调,而对金额的确定在第49条1倍价款的基础上调整为“不超过已付购房款的1倍”,而不僵化为商品价款的1倍。而对于“法释[2003]7号”第8条的规定,有人研究认为第8条并无“可解释的法律”<sup>[37]</sup>,该条文规制的是商品房买卖合同中房地产开发商的根本违约行为,实际上属于最高法院“创制法律”。

2009年,旧《食品安全法》第96条第2款在立法技术上吸收了旧《消法》第49条、“法释[2003]7号”第8条和第9条的规范要素,将惩罚性赔偿从合同责任扩展到食品加害给付的侵权责任,但是由于第96条沿用了旧《消法》以“购买商品或者服务的价款”作为计算基数的思路,尽管将食品惩罚性赔偿金的倍数提高到10倍,但日常的食品单价通常较低,导致10倍价款通常也无法弥补损害,更不能体现出惩罚性赔偿金原有的“惩戒、吓阻”之意,这也使得该条款备受学界批评。侵权责任下的惩罚性赔偿在2010年《侵权责任法》第47条得到进

[34] 董文军:《论我国〈消费者权益保护法〉中的惩罚性赔偿》,载《当代法学》2006年第2期,第72—73页。

[35] 梁慧星:《消费者权益保护法第49条的解释与适用》,载《人民法院报》2001年3月29日,第三版。

[36] 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第106页。

[37] 李胜利:《购房者利益保护与惩罚性赔偿责任——最高人民法院一则司法解释相关条款之评析》,载《法商研究》2006年第5期,第57页。



一步的明确,并且将适用的对象扩展到产品责任,但是关于惩罚性赔偿数额的问题在《侵权责任法》第47条中被模糊了,法条只笼统表示被侵权人有权主张惩罚性赔偿金,至于赔偿金数额的确定,立法者回避了这一法律难题,使得我国惩罚性赔偿制度得以发展的同时,进一步造成了我国各法之间关系的失衡,导致法律竞合与选择适用的问题变得更加复杂。

## (二) 2013年至今

2013年可谓我国惩罚性赔偿法发展的新起点,《消法》《商标法》和《旅游法》中均对该制度做了新修订。新《消法》第55条分为两款,分别可以看作是对旧《消法》第49条和《侵权责任法》第47条、《食品安全法》第96条的延伸,第一款套用了旧《消法》第49条的基本思路,主要修订在三个方面:一是在惩罚倍数上由原先的1倍提高到3倍,二是规定了欺诈类案件惩罚性赔偿金的下限为500元,三是规定了援引其他法律依据。新《消法》第55条第1款解决了原先金额过低、惩罚畸轻的问题,但对于惩罚畸重的问题会更加突出。新《消法》第55条第2款对商品或服务的加害给付进行了规定,调整了《消法》与《侵权责任法》《食品安全法》之间的失衡问题。有学者研究认为:其重大意义为汲取了以往的立法经验,确立了一种相当典型的惩罚性赔偿制度,首次将“损失”规定为了惩罚性赔偿金的确定基础。<sup>[38]</sup>新修法较之先前的条文更具有规范性,对赔偿的适用条件进行了更为严格的限定,仅限于“受害人死亡或者健康严重受损”,即产品加害给付造成的人身轻伤、财产损害和其他损害不适用惩罚性赔偿,填补性赔偿就已足够解决纠纷;惩罚性赔偿金最高为损失额的2倍,这种规定赋予了法官根据案情的具体需要确定金额的自由度,同时也限制了受害人因侵权行为“暴富”的可能性。《消法》修改表明了立法者对惩罚性赔偿持谨慎保守态度的立场,拒绝适用范围的宽泛化,坚持以填补性赔偿为民事赔偿原则,以惩罚性赔偿为例外。

2013年,《旅游法》第70条对旅行社拒绝履行合同造成旅游者损害的惩罚性赔偿做了规定,该条文既包含了“造成旅游者滞留等严重后果”的根本违约责任,也包含了“造成旅游者人身损害”的侵权责任,也就是说该款一文规定了两种不同类型的民事责任,在处理纠纷时应当区别对待。

2015年新《食品安全法》修订,原第96条第2款修改为第148条。将原来的赔偿数额计算方式“价款10倍”改为“价款10倍或损失3倍”,这一改变结合最高人民法院近来的态度,似乎在10倍赔偿是否需要造成实际损害这一问题上有了较为明确的转变,仍待进一步解释、说明。

<sup>[38]</sup> 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第110页。

2017年最高法颁布了《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2017]20号),其中第23条规定医疗产品侵权的惩罚性赔偿,条文直接照搬了新《消法》第55条第2款的措辞,解决了以往医疗产品责任纠纷不适用《消法》第55条惩罚性赔偿的规定,更好地保障了患者的合法权益。2018年最新提交审议的《民法典各分编(草案)》第六编侵权责任编生态环境损害责任一章将惩罚性赔偿的规定扩展到环境侵权领域,进一步扩大了其在侵权责任中的适用范围。

《商标法》则经历了两次修改:在2013年的修改中,该法规定了恶意侵犯商标权的惩罚性赔偿,这是侵权责任里对严重故意侵权行为引入惩罚性赔偿的新类型,该条文亦采用了较为规范的法律要素,将赔偿金与实际损失联系在一起,但是责任认定方面,何为“情节严重”,法律并未做更多的说明;在数额的确定方面,惩罚性赔偿的倍数为实际损失、实际收益或许可费用的1—3倍,并且可以在难以确定实际损失、实际收益或许可费用的情形下由法院判定三百万元以下的赔偿。在2019年的修改中,赔偿的倍数被进一步扩大为1—5倍,最高赔偿额扩大至500万元。对此,值得注意的是,商标权侵权案件无疑是一种财产侵权案件,法律规定最高倍数5倍,比《消法》第55条要高出3倍,也就是说对于财产侵权案件《商标法》立法者之态度与新《消法》立法者之态度有一定区别,这是往后建立完整的惩罚性赔偿体系需要考虑的地方。

### (三) 综合评述

经过二十多年的发展,我国的惩罚性赔偿制度基本上形成了基于合同责任的惩罚性赔偿和基于侵权责任的惩罚性并存的格局,所涉及的范围也从之前的消费者权益保护、商品房买卖、食品安全和产品责任领域扩展到了旅游服务、商标侵权、医疗产品责任,生态环境损害责任等其他领域,各法律的条文规定也受新《消法》第55条的影响而日趋规范。但是纵观整个立法演进的过程,会发现我国的惩罚性赔偿制度的立法是零散式和渐进式的,这也是造成我国现行惩罚性赔偿制度体系如此混乱的一个重要原因,不仅各条文所涵盖的范围交叉重叠,层级不清,其责任构成要件也是相互借鉴,不甚明晰。因此,亟须对惩罚性赔偿制度进行一般性标准即顶层原则的设计和体系的梳理,以指导立法与司法。

## 三、构建惩罚性赔偿制度体系的原则

我国惩罚性赔偿之于合同责任和侵权责任在法律要素上有各种规定,无论各个法律规范如何千差万别,其立法、司法和执法之目的均须与惩罚性赔偿的功能相联系,即吓阻、惩罚严重恶意、蔑视他人权益之行为。由于惩罚性赔偿并非以填补受害人损害为主,其制度打破了民事损害赔偿制度与不当得利制度的

平衡,使得原本应当由国家独享的惩罚个人的公权力赋予受损害的民事主体享有,这使得惩罚性赔偿存在着僭越刑法、破坏民法的潜在危险,有鉴于此,必须对其适用严格加以限制。现行的惩罚性赔偿法散布于合同和侵权领域中,构成要件存在较大差异,然而,就惩罚性赔偿发展最为发达的美国法来看,无论构成要素的差异与否,总存在一些共通的适用标准。我国的惩罚性赔偿法体系的建构亦需要遵从一定的一般性标准以谨防惩罚性赔偿的泛化或者滥用,本文将各具体条款所必须遵循的一般性标准称之为惩罚性赔偿法体系的顶层原则,同时将顶层原则归纳为四个方面:可罚性原则、客观损害原则、损害基数原则和过罚相当原则。

### (一) 可罚性原则

可罚性原则是指被判处惩罚性赔偿金的责任人必须是“可罚”的,其“可罚性”体现在主客观两个方面。主观方面的“可罚性”是指责任人主观上具有故意、恶意或蔑视他人权益的态度。客观方面的“可罚性”是指具有故意、恶意或蔑视他人权益态度的责任人客观上实施了法定的损害他人权益的行为,造成了较为严重的后果。客观的“可罚性”不仅仅强调责任人的行为会造成严重的损害后果,更强调行为的法定性,即惩罚性赔偿法规制的“可罚行为”必须严格遵循法律的规定,不得恣意进行不利于被告人的类推适用,禁止在法定事项之外扩大惩罚性赔偿金的适用范围,造成惩罚性赔偿的滥用,破坏民事法律体系中最基本的损害填补原则和不当得利制度。

强调惩罚性赔偿法的可罚性原则是由惩罚性赔偿金有可能恣意侵害被告财产权潜在威胁的特质所决定的。在欧洲法学者的研究中,有学者明确提出反对惩罚性赔偿进入民事赔偿法体系。欧洲大陆法系的学者经常指出,原则上大陆民法体系不赞成惩罚性赔偿金,可谓是“根本的拒绝”。<sup>[39]</sup>譬如在法国法中,惩罚性赔偿“完全不存在于法国民法典或者法国的一般立法中……法国法院从不允许授予惩罚性赔偿金”<sup>[40]</sup>。欧洲大陆法系学者反对惩罚性赔偿的理由在于:“惩罚性赔偿金违反了惩罚性法律的原则,在侵权法下授予惩罚性赔偿金违背了刑法与私法的分离。”<sup>[41]</sup>在没有刑事诉讼程序保障的情况下,很难保证被告人的财产权不会因个人请求惩罚性赔偿而遭受侵害,并且会把民事被告置于因一个民事行为而遭受双重惩罚的不利局面中。

尽管惩罚性赔偿饱受非议,该制度的支持者认为:惩罚性赔偿金的出现,满足了私法补充刑法、充分预防与惩戒的不法行为的需求,并且有学者通过经济分析研究发现:补偿性赔偿金可能并不足以弥补受害人的真正损失,并且受害

[39] 同前注[22],第355页。

[40] J. S. Borghetti, Punitive Damages in France no. 1. 转引自前注[22],第356页。

[41] 同前注[22],第383页。

者可能遭受法律经济分析中所认识到的“理性的冷漠”。<sup>〔42〕</sup>正因为这样的理由,惩罚性赔偿金恰恰可以帮助受害人克服“理性的冷漠”,使得侵权人受到应有的制裁。我国1993年旧《消法》第49条也正是基于这样的目的,是为了打击当时市场上假货泛滥的现象而出台的。

我国现行法表明了立法者对惩罚性赔偿持谨慎态度,2013年我国惩罚性赔偿法确有较大突破,然而在此基础上,仍然要坚持损害填补是赔偿法的基本原则,而惩罚性赔偿则是法定的例外规定。因此,在惩罚性赔偿法体系顶层原则中首先强调可罚性原则是尤为必要的,限定被告的行为必须具有可罚性,是保证被判处惩罚性赔偿金的被告确实应当受到惩罚的前提,也是谨防“不当类推”、甚至滥用惩罚性赔偿的不可僭越的“红线”。

## (二) 客观损害原则

客观损害原则是指惩罚性赔偿金的判决以受害人客观上遭受损失为前提,惩罚性赔偿金的判决必须以补偿性赔偿金得到法律确认之后,才得以进行量定,即惩罚性赔偿不可脱离补偿性赔偿金单独提出。美国法通说认为:“惩罚性赔偿依附于补偿性的损害赔偿,从而并不是独立的损害赔偿请求权。”<sup>〔43〕</sup>惩罚性赔偿作为损害填补原则的例外,是一种特殊规则,亦须遵循无损害则无赔偿的基本原则。如果被告的恶意行为并未造成客观实际损失,那么求偿的基础是不存在的,如果在没有客观损失的情况下只针对被告行为而判决惩罚性赔偿会导致原告不当得利。美国程序法的规定,要求填补性赔偿与惩罚性赔偿分段审理,保证了受害人确有损失才可能涉及惩罚性赔偿,并且美国程序法如此设计还因为惩罚性赔偿金之数额与填补性赔偿金有直接关联,这与美国惩罚性赔偿法的规范性密切相关。

从我国现行法来看,如新修订的《消法》第55条第2款,该条文在立法技术上趋于美国法上较为规范的立法模式,以客观造成消费者或者其他“死亡或者健康严重损害”为请求惩罚性赔偿之前提;又譬如,“法释〔2003〕7号”第8条:“商品房买卖合同订立后,出卖人又将该房屋出卖给第三人”,房地产商根本违约行为造成相对人的合同利益受损;第9条:“故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明”,导致合同相对人在缔约过程中付出了不必要的成本并丧失合同的可期待利益。由此可见,惩罚性赔偿需要有客观损失为请求前提。

目前我国法律尚不能完全按照立法要素的规范性,将惩罚性赔偿金与填补

〔42〕 “理性冷漠”是指当花费与预期的审判结果相比较的时候,受害人可能会发现它太昂贵以至于不能对侵权行为人提起诉讼。同前注〔22〕,第278页。

〔43〕 徐海燕:《我国导入惩罚性赔偿的法学思考》,载《杭州师范学院学报(社会科学版)》2004年第2期,第102页。

性赔偿金一一挂钩,有相当一部分惩罚性赔偿金额之确定需要与产品价格或服务费用相挂钩,我国民事诉讼程序尚不能像美国法那样把填补性赔偿与惩罚性赔偿分为两段程序审理,然而,2013年的修法已经表明未来我国法律的发展趋势,因此法官在司法裁判时要有意识地将补偿性赔偿与惩罚性赔偿分立开来,在量定补偿性赔偿金的数额之后根据具体案情考虑判处惩罚性赔偿金的正当性及量定因素。

### (三) 损害基数原则

损害基数原则是指在计算惩罚性赔偿金额时,应当以受害人实际受损害的数额作为计算基础。实际受损害的数额表现为两种:一是在侵权之诉中,固有利益遭受的损失;二是在合同之诉中,落空的价金。损害填补作为惩罚性赔偿的辅助功能,将金额与损害关联是对弥补损失功能的认可。新《消法》第55条第1款对惩罚性赔偿之计算以商品价款或者服务费用作为计算基础,此外,“法释〔2003〕7号”第8条和第9条都遵循了这一基本思路。可以肯定的是,在竞合的场合,如受害人提起的是合同之诉,这种立法技术便利了法官的司法裁判,法官在各种案件中并不需要费心审查和衡量受害人实际损失与惩罚性赔偿金之间的关系问题,只需要将购买的商品、食品的价格或者已付购房款乘以法定的倍数,即可得到惩罚性赔偿金的数额,这样简单的计算方式有便于执法之利。

当然为了防止我国惩罚性赔偿法体系之失衡,当事人有可能选择侵权之诉。譬如,在不符合安全标准的食品致人损害类的案件中,有毒食品致人死亡或者严重受损,通常固有利益损失数额巨大,而日常的食品价格通常较低,10倍食品价款通常抵不上消费者所受到的固有利益损失,与生产经营者违法的机会成本相比更是相差甚远,为了防止惩罚性赔偿制度从根本上丧失其惩戒、吓阻违法行为的功能,受害人的选择权也应更为开阔,食品被侵权人可以选择在《食品安全法》第148条第2款中选择损失的3倍作为请求权基础。

从法律的规范性角度考虑,美国法上的惩罚性赔偿金之所以与受害人实际损失相联系,除了发挥其吓阻、惩戒、补偿之功能外,还有利于计算违法者因不法行为而导致的“获利”(或者节省的“机会成本”)与受害人实际损失的比例系数<sup>[44]</sup>,这样的计算模式可以使得惩罚性赔偿金与违法者的损害后果相联系,使得各地区判决从横向对比的角度更加公平合理。由此可见,要保证我国惩罚性赔偿与加害人损害后果呈现出横向公平的关系,既需要坚持在侵权之诉中,以受害人实际损失为基数的立法模式,也需要坚持在合同之诉中,以商品价款或服务费用为基数的立法模式。

### (四) 过罚相当原则

过罚相当原则是指惩罚性赔偿金与补偿性赔偿金之间比例要适当,既要足

[44] BMW of North America, Inc. v. Gore, 116 S. Ct. 1589(1996).



以吓阻、惩戒违法者的作用,同时又不能使违法者承担过重的赔偿责任,即吓阻功能不以被告破产为代价。台湾学者在研究美国法对惩罚性赔偿金的量定因素时总结出,美国的惩罚性赔偿金在衡量罚金数额是否恰当时,除了要审查受害人实际损害,同时要考虑“被告财产状况、被告不法行为性质的可归咎程度、被告是否有意图隐匿不法行为、被告是否因不法行为获利、被告不法行为导致严重后果的可能性”<sup>[45]</sup>等多方面因素,以判定罚金是否过罚相当。

从我国现行的立法来看,“法释[2003]7号”第8条、第9条规定“不超过已付购房款的1倍”;《食品安全法》第148条规定“食品价款的10倍”和“损失3倍”;新《消法》第55条第1款规定“商品价款或者服务费用的3倍,最低下限为500元”,第2款规定“所受损害2倍以下”;《商标法》第63条规定“所受损失的1倍至5倍”,《旅游法》第70条规定“旅费的1倍至3倍”;《侵权责任法》第47条则回避了惩罚性赔偿金的计算问题,绝大多数法条赋予了法官判案时自由确定比例系数的权利,从侧面反映出在数额的量定标准上,法律还存在大量的空白。

在权衡过罚相当时,不仅要考虑民法上的惩罚性赔偿金与补偿性赔偿金的比例系数关系,还要考虑到加害人是否已经受到公法的制裁。如果行政部门已经对违法者进行了罚款,或者刑法已经对加害人判处徒刑和罚金,那么应当综合考虑对不法行为的威慑、吓阻程度,相应削减惩罚性赔偿金。正如美国判例指出,惩罚性赔偿之目的不以被告的经济毁灭来实现。<sup>[46]</sup>惩罚性赔偿作为私法中的例外,在面对公法裁决时,应当优先遵守公法的裁决,严格遵循过罚相当原则,保持应有的克制。

#### (五) 各原则之联系

惩罚性赔偿法体系顶层原则之间的关系问题:可罚性原则作为四个顶层原则之首,决定着惩罚性赔偿法适用范围的边界,坚持主观恶性的“可罚性”与客观事由的“法定性”是保证惩罚性赔偿制度审慎性和克制性的前提,是维护民法体系均衡、谨防惩罚性赔偿金滥用、侵害民事权益的底线。客观损害原则是判断惩罚性赔偿金是否公正的尺标,只有客观存在损害的情形下,才可以动用惩罚性赔偿金作为震慑责任人的经济工具。损害基数原则是计算赔偿金数额的基础,只有将惩罚性赔偿金与实际损害程度相联系才有利于各类案件的横向公平,也是未来我国惩罚性赔偿法体系的发展趋势。过罚相当原则是判断惩罚性赔偿金的合理性的标准,其数额与不法行为人所造成的实际损害之间的比例要适当,综合考虑被告受到法律的非难程度,考察法律吓阻、震慑不法行为之效果,避免被告在公法和私法的双重打击下承受过重的经济负担。

[45] 陈聪富:《侵权规则原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第230—231页。

[46] 22 Am. Jur. 2d Damages § 559.



#### 四、惩罚性赔偿作为独立的民事责任

惩罚性赔偿与传统民事赔偿制度的主要区别在于目的和性质上的不同,补偿性赔偿一般局限于填补损害的功能,而惩罚性赔偿则纳入了对违法行为的制裁和惩罚以及鼓励提起诉讼等多重目的,被认为是对于传统民法完全赔偿原则或者说补偿性原则的一种突破,甚至有学者提出惩罚性赔偿是一种介于刑事与民事的混合制度。<sup>〔47〕</sup> 惩罚性赔偿作为特殊的责任制度,只应考虑是否适用于侵权责任领域或合同责任领域,而不应单纯将其纳入侵权责任或合同责任之中。

侵权责任、合同责任的种类归属意味着特定的责任来源、归责原则,如合同责任是债务人违反清偿债务之义务所引起的法律责任,其归责原则一般情况下为无过错原则,若无法律明文规定的例外则在责任来源、归责原则乃至于举证责任、赔偿范围、赔偿数额等因素上与其他承担违约责任的情形保持相对一致。反观惩罚性赔偿,多在归责原则、举证责任、赔偿数额认定等因素上都各自作较为完整、独立的规定,无论相较于违约责任还是侵权责任,都不能直接纳入这些责任体系之中。新《消法》第 55 条第 1 款所规定的惩罚性赔偿主要适用于合同责任领域,然而该条文在归责原则上并非是无过错原则而是要求有欺诈之故意,赔偿数额的认定也采用独立的“价款 3 倍”标准,与传统的违约责任理论差异过大。基于惩罚性赔偿法律条文相对完整、独立的构成要件,虽通常可将特定条款之适用范围局限在合同责任或侵权责任的范围之内,但特定的惩罚性赔偿制度法律条文在适用上并非必然归属于合同或侵权中的某一领域,而是要依据其构成要件具体判断。

《旅游法》第 70 条中惩罚性赔偿的适用范围既可能基于合同责任(滞留等严重后果)也可能基于侵权责任(人身损害)而产生请求权,存在竞合的情形。同样在新《消法》第 55 条第 2 款规定的经营者提供存在缺陷的商品和服务造成消费者死亡或健康严重损害的情形中,纠纷双方往往也是存在欺诈行为的,即同样满足新《消法》第 55 条第 1 款所规定的合同责任之惩罚性赔偿。

《合同法》在违约责任一章规定经营者欺诈行为适用《消法》,但是,经营者欺诈行为造成惩罚性赔偿并不一定是违约责任。根据新《消法》第 55 条第 1 款的规定,惩罚性赔偿认定的关键是经营者欺诈消费者。那么,欺诈的法定含义是什么? 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)》(以下简称《民通意见》)第 68 条的规定对欺诈进行了定义,并指出欺诈行为应与消费者意思表示的作出(承诺)具有因果关系,要求合意的达

〔47〕 林德瑞:《论惩罚性赔偿》,载台湾《中正大学法学集刊》第 1 期,第 34 页。

成。那么,《消法》的“欺诈行为”是否就是这一规定上所谓的欺诈呢?实务上有认为既然《消法》没有明确,就当然地适用上述规定。<sup>[48]</sup>

《消法》规定的经营者的告知义务贯穿于合同缔结、履行以及终止后的全部过程,并未将告知义务限定于缔约阶段,因而消费者权益保护法法律关系中的欺诈就可能在消费全过程中都存在。消费者首先依据知情权“知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况”(可能随之产生效果意思),进一步“自主选择商品或者服务”(作出意思表示行为),这一过程中的知情权与选择权实际仍是围绕意思表示机制来构建的。<sup>[49]</sup>《消法》通过明确和细化经营者的告知义务达到维护知情权的目的,使得在意思表示机制的基础上能够一定程度地弥补消费者所处的信息劣势。具体可见于《消法》第18条第1款经营者的说明和警示义务、第19条的召回制度、第20条对告知义务的一般性规定(真实、全面的告知义务)、第21条经营者“标明真实名称和标记”的义务等。《消法》中的经营者告知义务实际是在其整个经营过程中均须履行的一种状态,并不与特定合同的成立直接关联。

《民通意见》出台于1988年,当时并不存在1994年施行的《消法》。根据特别法没有规定即适用一般法的法理,《民通意见》对欺诈之法定定义也应当适用于《消法》第55条第1款中之欺诈的认定。《合同法》里之所以在违约责任一章里规定引致规范并不是为了否定其他合同责任类型的惩罚性赔偿,否则按此逻辑,于商品房买卖合同解释中规定的合同无效、撤销、解除时要求惩罚性赔偿就违背上位法。<sup>[50]</sup>合同强调合意,“欺诈”不仅侵害了意志自由,亦损害了“合同履行利益的期待”。依常理可知,当事人可直接主张缔约过失责任的同时附带主张惩罚性赔偿。综上,立法者着重有害于市场秩序的“欺诈行为”,因而既可能附带适用于缔约过失责任;也可能附带适用在合同履行阶段产生违约责任中。《消法》所规定的惩罚性赔偿是法定赔偿,具有独立性,无论合同进展到何种阶段,无论合同如何終了,均不影响其独立性。申言之,无论合同是否具备无效、被撤销、被解除的情形,都与惩罚性赔偿责任的成立毫无关系,其独立于其他民事责任。

虽是一种独立的民事责任制度,但根据上述客观损害原则,惩罚性赔偿的适用一般而言应以补偿性赔偿的存在为前提。<sup>[51]</sup>因此,惩罚性赔偿的适用存

[48] 广西壮族自治区百色市中级人民法院(2015)百中民一终字第923号民事判决书。

[49] 陆青:《论消费者保护法上的告知义务——兼评最高法院第17号指导性案例》,载《清华法学》2014年第4期,第164页。

[50] 李胜利:《购房者利益保护与惩罚性赔偿责任》,载《法商研究》2006年第5期,第59页。

[51] 在美国承认惩罚性赔偿的州还将补偿性赔偿请求与惩罚性赔偿请求分为两个诉讼程序,惩罚性赔偿诉讼必须以补偿性或名义性损害赔偿判决为条件。参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第118页。

在能够以何种补偿性赔偿作为基础的问题,即特定条文是适用于侵权责任领域还是合同责任<sup>〔52〕</sup>领域的问题。从程序上来看,主张惩罚性赔偿还存在在侵权之诉或违约之诉中是否适用的问题。根据惩罚性赔偿具体条文的构成要件,就合同/侵权责任的划分各惩罚性赔偿条文必然存在于实践中主要适用的领域,部分条文可能不适用于某一领域(主要针对合同责任领域)。因此,依据合同责任和侵权责任的划分来分析惩罚性赔偿的具体规定能够在一定程度上明确各惩罚性赔偿规定所适用的范围,降低法律适用错误的可能,故下文将尝试就我国惩罚性赔偿相关条文在合同责任与侵权责任中的适用分别进行论述。

## 五、惩罚性赔偿制度体系的二元结构

### (一) 基于合同引发的惩罚性赔偿

在我国法律体系中,涉及合同责任之惩罚性赔偿的规定远多于侵权责任之惩罚性赔偿,如在一般的商品买卖合同和提供服务合同、特殊买卖合同(商品房买卖、食品买卖)、旅游合同、劳动合同等;因合同责任存在缔约过失、违约责任和瑕疵担保责任等多种责任形态,并在合同上存在合同不成立、合同被宣告无效、合同被撤销和合同被解除等多种可能的法律后果;又因现行法律在多种合同中设定了惩罚性赔偿,上述三种因素相互交织,使得合同责任上的惩罚性赔偿制度变得异常复杂。

合同类型	独立请求权基础	赔偿数额	产生事由
提供商品和服务	《消法》55 条第 1 款	3 倍赔偿	欺诈
商品房买卖	《商品房买卖合同解释》第 8 条和第 9 条	已付价款 1 倍	隐瞒许可证、已抵押、已卖给第三人或为拆迁补偿安置标的;一房二卖、又抵押
旅游	《旅游法》第 70 条	旅游费用 1—3 倍	有履行条件,经要求仍拒绝,造成人身损害、滞留等严重后果的
食品、药品购销	《食品药品解释》第 15 条	价款 10 倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准	生产不符合安全标准的食品或者销售明知是不符合安全标准的食品
	《食品安全法》第 148 条	支付价款 10 倍或者损失 3 倍的赔偿金,至少为 1000 元	同上

〔52〕 此处的“合同责任”指合同上的民事责任,包括违约责任和缔约过失责任等。参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2004 年版,第 686 页。

我国合同责任上之惩罚性赔偿责任有如下特点:(1)违背了民事合同义务的同时违背了行政法上的义务。立法政策上将部分本应由行政机关行使的职责有选择地留给了受害人,实质上授予私人一种惩罚特权,并给予一定的回报做奖励。<sup>[53]</sup>(2)一方对另一方有信息披露义务,《消法》第28条有明文规定。金融消费者接受金融服务的过程中,《保险法》第116条、《证券法》第63条对经营者的告知义务进行了细化。(3)惩罚性赔偿制度核心目的是威慑与惩罚,并不专以补偿受害人的损失为目的,构成惩罚性赔偿金责任不必具备损害事实的要件,惩罚性赔偿的数额在基数的选择上不必然与填补性赔偿数额挂钩,比如已付价款、商品和服务价格等。<sup>[54]</sup>(4)惩罚性赔偿请求权一般由消费者向经营者主张,导致法院需要认定原告是否是消费者,但《商品房买卖合同解释》并未将购房者限定为消费者,这不必然与《消法》第55条矛盾<sup>[55]</sup>,法院也不应以不符合消费者的定义为由一律驳回惩罚性赔偿的请求。(5)一般与“填补性赔偿责任”产生的时间一致,合同责任领域中惩罚性赔偿请求权与合同无效责任、合同解除责任等同时产生。(6)由于合同之诉中难以支持非财产损失以及部分财产损失,惩罚性赔偿可以弥补被害人补偿不足之缺。惩罚性赔偿责任补偿的并非一般意义上的损失,而是其无法证明的,或一般规则所不支持的损失,如律师费及其他成本等。<sup>[56]</sup>

如上文所述惩罚性赔偿是法定赔偿,具有独立性,无论合同进展到何种阶段,无论合同如何終了,均不影响其独立性。违约责任、缔约过失责任都可以附加惩罚性赔偿。本文建议以《消法》第55条第1款为原则性条款,同时将合同责任之惩罚性赔偿分为缔约过失责任和违约责任两大类型,以此来协调食品购销合同、商品房买卖合同、保险合同和旅游合同等合同中涉及合同责任之惩罚性赔偿的法律适用,进行体系化整理,以期形成整体性的、协调性的合同责任之惩罚性赔偿体系,既能解决现行法之适用的扞格之处,又能保持开口吸纳新型的合同责任之惩罚性赔偿。

《消法》第55条第1款规定的欺诈行为要件与1988年《民通意见》规定的缔约欺诈要件有出入。以最高法院指导案例17号和23号为典型,对《消法》第

[53] 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第124页。

[54] 杨立新:《〈消费者权益保护法〉规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施》,载《清华法学》2010年第3期,第10页;陈承堂:《论“损失”在惩罚性赔偿责任构成中的地位》,载《法学》2014年第9期,第141页。

[55] 钱玉文:《论商品房买卖中惩罚性赔偿责任的法律适用》,载《现代法学》2017年9期,第65页。

[56] 陈承堂:《论“损失”在惩罚性赔偿责任构成中的地位》,载《法学》2014年第9期,第142页。

55 条进行欺诈认定时,应对故意要件予以缓和,其不与意思自治发生直接联系,并且可以结合经验法则。《消法》上的“欺诈行为”构成需经营者具备欺诈之故意;“欺诈行为客观要件”即存在经营者告知消费者虚假情况,或者隐瞒真实情况的行为。

《食品安全法》第 148 条规定的“10 倍赔偿”,既可选择侵权诉因,亦可选择合同诉因。请求 10 倍赔偿时,应实质审查是否有“食品安全问题”,“但书”部分要求消费者对于“食品安全”或者标识具有的“误导性”举证。与《消法》55 条第 1 款竞合时,虽然消费者的举证不符合 10 倍赔偿的要件,如果经营者构成欺诈,法院应该在合理范围内依处分原则释明可主张《消法》3 倍赔偿,不应直接驳回其 10 倍赔偿的惩罚性赔偿的请求。

在商品房买卖合同中,不宜直接肯定司法解释适用上的优先性,《消法》第 55 条“商品”用语涵盖了“商品房”,不宜仅仅以《产品质量法》中的“产品”不包含“建筑工程”为由简单地、轻易地否定《消法》第 55 条的适用。《商品房买卖合同解释》中的“购买者”应做限缩解释为《消法》意义上的“消费者”;同时肯认购买者有权选择《消法》第 55 条的 3 倍赔偿作为请求权基础,以全方位地遏制欺诈行为。同时,在解释上认可法官对 3 倍赔偿的进行司法酌减以防利益失衡。商品房购销合同无效、被撤销、被解除原则上不能左右惩罚性赔偿请求权,但因购房者一方的原因导致合同被解除的除外。

保险产品消费者能否主张惩罚性赔偿应区分情形,当保险产品具有保障功能和投资功能双重属性时,符合《消法》第 55 条所规定的“生活消费”之文义。《消法》将金融消费者接受金融服务过程中遭受欺诈、因金融产品存在瑕疵引致的瑕疵担保责任两种情况纳入了惩罚性赔偿制度中具有积极意义。但为了防止打击泛滥、动摇经济命脉,应对《消法》第 55 条作限缩解释,具体量定赔偿金时,不宜以全部保险费做计算基数,否则将会不当地涵射财务投资的风险损失。同时,排除金融机构的惩罚性赔偿责任应从保险产品是否备案、是否履行缴纳保费等义务以及消费者是否领取红利、举证程度是否达到法定的证明标准这四个因素入手;而不应拘泥于金融产品是否具有保障功能、购买者是否为了“生活消费”的角度。

旅游纠纷中,旅游者可视情况选择《旅游法》第 70 条、《消法》第 55 条第 1 款或者第 2 款作为惩罚性赔偿的请求权基础。旅游纠纷中欺诈缔约的构成,应考虑旅行社故意告知虚假情况、隐瞒真实情况的内容对于整个旅游过程的重要性。仅当欺诈行为所针对的内容对于旅程的进行、体验有重要影响时,才可能导致陷入错误的旅客据此作出意思表示。若旅程时间较长,旅行社仅就其中一天行程作出欺诈行为,应以欺诈行为所针对的服务内容之费用为基数计算赔偿



数额。

## (二) 基于侵权引发的惩罚性赔偿

相关规定散见于不同法律中,各条文之间缺乏关联性,体系性缺失,给法律适用带来很多困难和不确定性。对此本该作出一般性规定的《侵权责任法》仅在产品责任一章进行了规定,难以统合整个侵权责任之惩罚性赔偿体系,并指引其他条文的适用以及新领域惩罚性赔偿制度的设立。因此有必要在民法典侵权责任编之总则部分建立新的一般条款以统合整个基于侵权责任而引发的惩罚性赔偿制度,同时厘清现有条款(主要规定在消费者权益保护领域),即《消法》第 55 条第 2 款和《食品安全法》第 148 条、最高人民法院《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称法释〔2017〕20 号)第 23 条和《旅游法》第 70 条之间的关系,以构筑一个逻辑严密协调的制度体系。

本文建议依据上述惩罚性赔偿制度四原则在《民法典各分编(草案)》侵权责任编“责任承担”一章中设置侵权责任之惩罚性赔偿的一般条款,作为一般规则,构建一个“一般条款+其他法律”的法之适用公式,以弥补现行《侵权责任法》第 47 条作为侵权责任之惩罚性赔偿一般性条款的不足。适当扩大对于“商品”“消费者”和“经营者”的解释,以《消法》第 55 条第 2 款作为商品及服务侵权之惩罚性赔偿的一般规定,在食品侵权责任之惩罚性赔偿上构建《食品安全法》第 148 条+《消法》第 55 条第 2 款”的法律适用公式,在医疗产品侵权责任之惩罚性赔偿上构建“法释〔2017〕20 号第 23 条+《消法》第 55 条第 2 款”的法律适用公式,在旅游服务侵权责任之惩罚性赔偿上构建“《旅游法》第 70 条+《消法》第 55 条第 2 款”的法律适用公式,使一般规定与特别规定相互补位,保持法律体系的协调一致,实现法之安定性与开放性的统一。

《消法》第 55 条第 2 款规定的“明知”要件不等同于“直接故意”,在解释上应包含“应知”,以缓和严苛的构成要件;“所受损失”一词是指包含精神损害赔偿金在内的“全部损失”。《食品安全法》第 148 条规定的惩罚性赔偿既有可能适用于违约之诉,也有可能适用侵权之诉,如此会造成适用上的困难,应该参照《消法》第 55 条第 2 款分别规定,食品侵权之惩罚性赔偿的规定应将“食品安全标准”替换为“食品安全”,同时同样以“明知”作为生产者的主观归责要素,赋予生产者以抗辩权以防赔偿漫无边际。

对于因医疗产品缺陷导致惩罚性赔偿之诉时,应在《消法》第 55 条第 2 款法之适用的基础上来做具体案件事实认定和利益衡量。医疗产品缺陷的认定应沿用《产品质量法》第 43 条之规定,无行政前置程序的要求,不应过分行政处罚认定书以及鉴定意见等文书,应围绕治疗时产品“存在危及人身、他人财产安



全的不合理的危险”来认定,不应肯定生产者和医疗机构的“产品流转次数多、不能确定具体侵权人”的抗辩理由。解释法释〔2017〕20号第25条的“医疗产品”时,宜将血液包含在内,而限于药品、消毒药剂、医疗器械。对“明知”要件的理解和适用要与《消法》第55条第2款保持一致,判定销售者是否“明知”时,应该从查验义务履行得是否细致、问题是否过于明显等思路处理。同时,医患关系不宜在现阶段当然地、一律排除《消法》适用;为周密保障被害人利益,应肯认选择侵权之诉时,有权选择欺诈类型的惩罚性赔偿制度。

《旅游法》第70条规定要造成“人身损害、滞留等严重后果的”才能主张惩罚性赔偿,但计算基数却是与实际损害无关联的“旅游费用”,使得责任比例失衡,应将旅游费用改为“损失”,从而与体系保持一致。应肯认旅游者可以根据其具体情况选择有利的请求权基础,结合《消法》第55条的第1款或者《消法》第55条第2款,来主张其中一种惩罚性赔偿。法官不应以不符合《旅游法》第70条规定的要件直接驳回惩罚性赔偿请求。如果当事人依据侵权之诉主张基于旅游法律关系所产生的惩罚性赔偿,则《消法》第55条第2款应成为解释《旅游法》第70条的指引性规则,二者可以结合使用。

### (三) 对竞合问题的处理

如前文所述,惩罚性赔偿责任是一种独立的民事责任,不能够被单纯归入合同责任或侵权责任的范围,而只存在能否以合同责任或侵权责任中的补偿性赔偿为基础的问题。因此,严格意义上所谓合同责任之惩罚性赔偿应是指能够以违约责任中的补偿性赔偿为基础而请求的惩罚性赔偿;侵权责任之惩罚性赔偿即能够以侵权责任的补偿性赔偿为基础而请求的惩罚性赔偿。

然而,我国惩罚性赔偿体系中部分主要适用于侵权责任之上的惩罚性赔偿同样存在合同关系,如《消法》第55条第2款规定的经营者提供存在缺陷的商品和服务造成消费者死亡或健康严重损害的情形中,纠纷双方及经营者和消费者间存在买卖合同关系;《旅游法》第70条规定的旅行社拒绝履行合同造成旅游者损害的情形中,旅行社与旅游者间存在旅游合同关系。而本文仍将此类条文归入基于侵权行为而引发的惩罚性赔偿分支,理由在于:这些条文中责任构成要件所要求的“损害”和“后果”有可能超出合同责任中履行利益的范围<sup>〔57〕</sup>,在此种加害给付的情形下,人身损害的赔偿通过侵权责任来解决。在某些情况下,合同责任并不能对受害人的人身伤亡提供救济,并且我国在立

〔57〕 所谓履行利益,是指法律行为(尤其是合同)有效成立,但因债务不履行而发生的损失,又称为积极利益或积极的合同利益。参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第724页。

法上不承认违约责任中的精神损害赔偿<sup>[58]</sup>，因此主张侵权责任的情形更多。<sup>[59]</sup> 此类将合同责任不能覆盖的损害作为要件的惩罚性赔偿，即使可能有合同关系的存在，依《合同法》第 122 条构成违约责任和侵权责任的竞合，但在实践中以选择主张侵权责任者居多。

但此种划分并不意味着在加害给付的情形之下，若当事人选择主张违约责任则必然不适用本文所述的侵权责任之惩罚性赔偿。惩罚性赔偿的适用是否应与当事人选择的请求权相关？从域外司法实践上看，在英国 *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* 案中，阿特金斯法官认为在此种请求权竞合的情况之下，若选择侵权之诉作为救济手段，“毫无疑问他可以获得惩罚性赔偿金”；但若选择违约之诉，“他将获得在其合同得以继续情况下所得利益损失的足够金钱赔偿，并且不再有其他的了”。<sup>[60]</sup> 此种观点即认为惩罚性赔偿金的适用于当事人选择的请求权相关。在美国法中，惩罚性赔偿同样在传统上不适用于合同责任，除非对合同义务的违反同时构成侵权行为<sup>[61]</sup>，部分州至今仍不允许惩罚性赔偿在合同之诉中的适用。<sup>[62]</sup> 不过，若违约同时构成欺诈的侵权行为时，有违约诉讼适用惩罚性赔偿的判例，如著名的 *BMW of North America, Inc. V. Gore* 案。<sup>[63]</sup>

然而，必须注意到我国惩罚性赔偿体系与英美法的重大不同。在英美法中，惩罚性赔偿主要适用于侵权责任领域，合同领域的适用是例外情形，而在我国惩罚性赔偿体系中合同责任之惩罚性赔偿与侵权责任之惩罚性赔偿呈现出“各据半壁江山”的态势。在英美法中，因为惩罚性赔偿主要适用于侵权责任领域，故一般情况下当事人选择侵权作为诉因时才能够适用惩罚性赔偿，在程序上和实体上能够形成一致。但考虑到我国惩罚性赔偿体系的特殊性，若将惩罚性赔偿的适用与当事人选择的请求权严格对应，那么若合同一

[58] 汪世虎：《合同责任与侵权责任竞合问题研究》，载《现代法学》2002 年第 4 期，第 111—112 页。

[59] 部分合同中的人身损害可以通过主张合同中保护义务的未履行来请求赔偿，《合同法》中许多条文明确规定了与给付有关的保护义务，涉及人身权保护的有第 282 条、第 290 条、第 302 条等，因此许多情形下人身损害往往可以在违约责任中主张，请求权竞合较为突出的问题是我国违约责任不可主张精神损害赔偿，侵权责任不能主张履行利益。参见谢鸿飞：《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》，载《环球法律评论》2014 年第 6 期，第 5 页。

[60] 同前注[22]，第 21 页。

[61] A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell: Punitive Damages: An Economic Analysis, *Harvard Law Review*, vol. 111, no. 4, 1998, p. 869.

[62] 加利福尼亚州、北达科他州、南达科他州、得克萨斯州不允许在合同之诉中适用惩罚性赔偿。而俄克拉荷马州、威斯康星州在违约相当于独立的、故意的侵权行为的情况下，选择合同之诉可以适用惩罚性赔偿。参见前注[22]，第 392 页。

[63] 同前注[59]。

方存在欺诈行为符合合同责任之惩罚性赔偿的要件,虽未造成固有利益的损害,在合同责任中合同相对方可以请求惩罚性赔偿;但在同样情况下若造成了严重损害,在立法上又无侵权责任之惩罚性赔偿与之对应或是不符合相应领域侵权责任之惩罚性赔偿的要件,则相对方选择侵权之诉,就不能够主张惩罚性赔偿了。举例而言,若某甲与旅行社乙签订旅游合同,旅行社乙在签订时构成欺诈订约,符合《消费者权益保护法》第55条第1款的适用条件,某甲可以以此为依据请求惩罚性赔偿;但乙旅行社在合同履行时还同时因为履约不当造成某甲身受重伤,此种情形既不符合《旅游法》第70条中“旅行社具备履行条件,经旅游者要求仍拒绝履行合同”的要件,也不符合新《消法》第55条第2款“经营者明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供”的要件,考虑到精神损害的请求,某甲主张侵权责任,《旅游法》第70条和新《消法》第55条第2款的侵权责任之惩罚性赔偿均不能适用,而本可适用的新《消法》第55条第1款在侵权之诉中也无法适用了,某甲反而不能主张惩罚性赔偿了。此种情形会造成法律适用上的失衡、僵化。造成此种情况的原因是:我国惩罚性赔偿体系特殊,既有基于合同责任而产生的又有基于侵权责任而产生的,因基于不同的立法目的,各法律条文比较散乱,所规定的要件也不尽相同,如在旅游纠纷领域,为了保护消费者的知情权,合同责任之惩罚性赔偿要求“欺诈”之要件,而为了保护消费者的人身利益,侵权责任之惩罚性赔偿则要求旅行社拒绝履行合同且造成严重后果或者明知服务存在缺陷仍然提供,并不考虑“欺诈”<sup>[64]</sup>的情况。此外,若将惩罚性赔偿的适用于当事人所选择的请求权严格对应,在责任竞合的情况下,即使有侵权责任之惩罚性赔偿相对应,也有可能出现赔偿额认定上的失衡。

在竞合情形之下,本文认为不宜将惩罚性赔偿的适用与当事人所选择之请求权严格挂钩,而应在审理时独立地考虑案件是否符合惩罚性赔偿要件,因为惩罚性赔偿责任本就是一种独立的法定民事责任,只要符合惩罚性赔偿法条之要件即可适用。由于我国违约责任中不承认精神损害赔偿,并且采用请求权竞合模式,这就使得当事人往往要在精神损害赔偿和履行利益之间做选择,若将惩罚性赔偿的适用进一步与请求权的选择挂钩,则会使得我国的损害赔偿制度更加失衡。细查我国合同责任之惩罚性赔偿的各条文,也均未明确排除在侵权责任案件中适用的可能性,除《侵权责任法》第47条外本就没有建立起与合同责任/侵权责任的强制联系;相反,《消法》第55条在同一条文中的两款分别规定了合同责任之惩罚性赔偿和侵权责任之惩罚性赔偿,《旅游法》第70条同时

[64] 在美国法中,欺诈(fraud)作为不当表述(misrepresentation)的一种,构成侵权。参见许传玺等译:《侵权法重述第二版:条文部分》,法律出版社2012年版,第227页。

包含侵权责任之惩罚性赔偿和合同责任之惩罚性赔偿,这些立法例更加印证了在请求权竞合时惩罚性赔偿的适用应更为灵活。

综上,若符合惩罚性赔偿适用条件,无论诉由是违约还是侵权,都应当适用相应的惩罚性赔偿。<sup>〔65〕</sup>在侵权之诉中,若符合合同责任之惩罚性赔偿要件,也应依据当事人的选择适用惩罚性赔偿。

## 六、体系总结

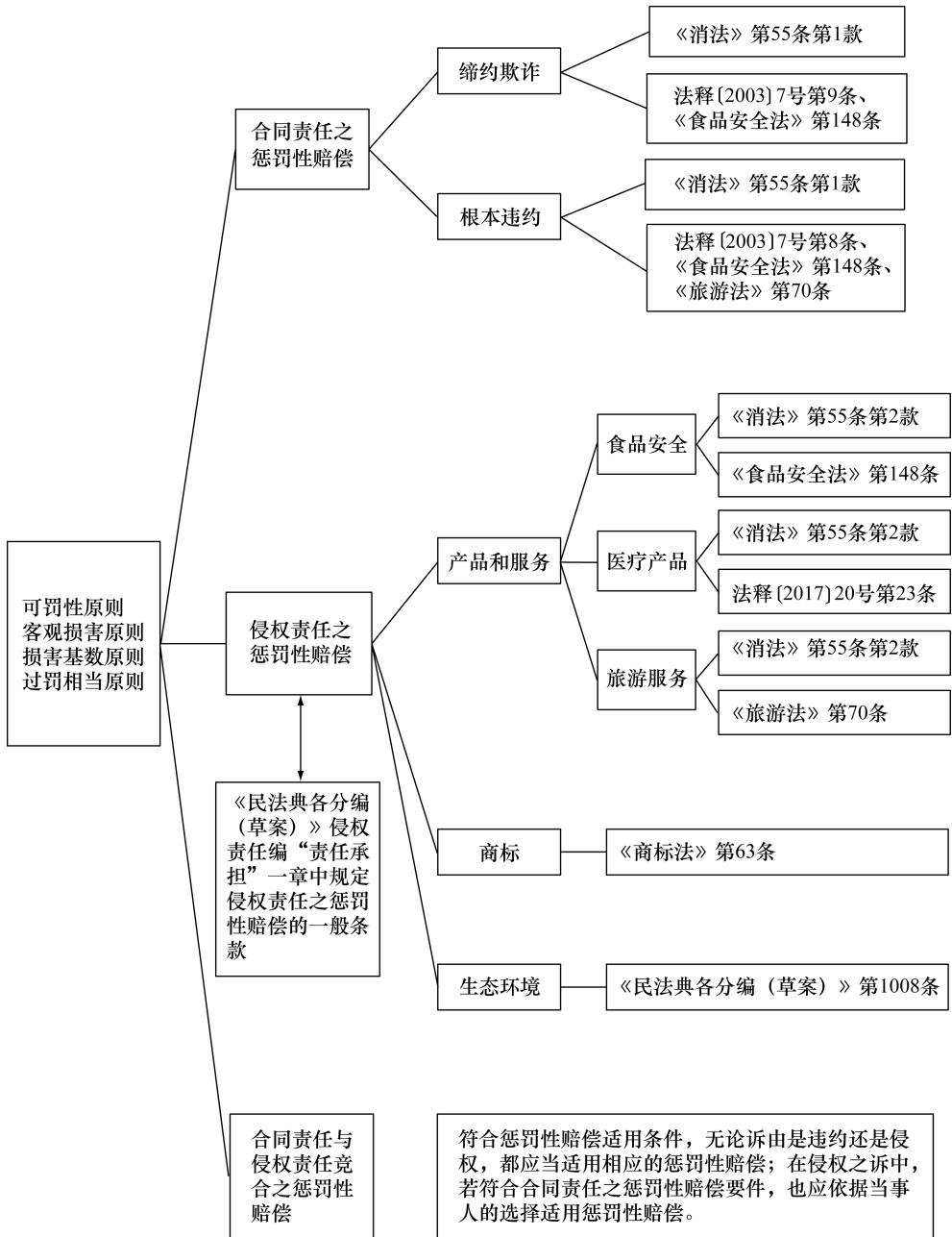
我国惩罚性赔偿体系的顶端应由四个顶层原则统领全局,顶层原则是我国惩罚性赔偿法律法规必须遵从的一般性准则,贯穿惩罚性赔偿立法、司法和执法的全过程,具体分为:可罚性原则、客观损害原则、损害基数原则和过罚相当原则。在顶层原则之下,我国惩罚性赔偿分为合同责任之惩罚性赔偿和侵权责任之惩罚性赔偿两条线,当基于合同和基于侵权引发惩罚性赔偿相竞合时,用处理请求权竞合的规则来协调之。案件审理时,首先应当分清案件类型,将合同纠纷与侵权纠纷区别对待,以适用不同的责任认定要件,进而对纠纷被告是否应当承担惩罚性赔偿金加以判断,再对赔偿金之数额予以衡量。

合同责任之惩罚性赔偿分为缔约欺诈与违约两大类型,缔约欺诈类型对应的现行法条款为:2013年《消法》第55条第1款和法释〔2003〕7号第9条;根本违约类型对应的现行法条款为:法释〔2003〕7号第8条和2013年《旅游法》第70条。

侵权责任之惩罚性赔偿分为产品和服务、商标以及生态环境侵权三种类型,其中产品和服务领域又细分为食品安全、医疗产品和旅游服务。建议在《民法典各分编(草案)》侵权责任编“责任承担”一章中规定侵权责任之惩罚性赔偿的一般条款以统领整个侵权责任之惩罚性赔偿体系。在产品或服务领域以《消法》第55条第2款作为一般条款统领《食品安全法》第148条、法释〔2017〕20号第23条和《旅游法》第70条。商标侵权及生态环境侵权领域则较为简单,对应的现行法条为《商标法》第63条和《民法典各分编(草案)》第1008条。

小结上文对我国惩罚性赔偿体系之表述,现拟我国惩罚性赔偿体系架构图如下页所示。

〔65〕 同前注〔59〕。



我国惩罚性赔偿体系架构图

(审稿编辑 洪国盛)

(校对编辑 康 骁)