

《民法典》上的惩罚性赔偿法定主义 及其规范要求

张平华

(山东大学法学院 山东青岛 266237)

内容提要:惩罚性赔偿的适用类型、成立要件和赔偿范围均须由法律明确规定,此即惩罚性赔偿的法定主义。《民法典》建立了惩罚性赔偿法定主义的规范基础,形成了“总分结合”的结构,但总则对分则的实质统摄并不明显。惩罚性赔偿既在一定程度上依附于补偿性赔偿,又有独立性。法定主义对惩罚性赔偿的构成要件、法律效果提出了规范要求。不同的惩罚性赔偿之构成要件既可以在规范上区分又相互融通,不存在建立在严重损害、违反法律规定、故意等抽象要件基础上的一般条款。惩罚性赔偿的倍数及其效力也应坚持法定主义,但是这种法定并不严格,允许通过当事人的有效约定或法院的调整。惩罚性赔偿应考虑不同责任的协同,具体协同方案应该由法律明确规定。

关键词:惩罚性赔偿 构成要件 法律效果 法域协同

承继我国在消费者权益保护等领域惩罚性赔偿的法治经验,《民法典》扩大了惩罚性赔偿的适用范围,制度设计更为体系。整体来看,惩罚性赔偿虽为规定于私法中的民事责任,却担当了本应由公法实现的特殊惩罚,为防止体系紊乱、避免例外责任之滥用,应适用法定主义。惩罚性赔偿法定主义对其构成要件、法律效果均提出了一些规范要求。

一、惩罚性赔偿的法定主义

(一)惩罚性赔偿法定主义的必要性

一切民事责任都可视为对行为自由的限制,而为切实保障行为自由,避免对自由的过度限

作者简介:张平华(1974—),男,汉族,山东烟台人,山东大学法学院教授、博士生导师。

制,将责任维持在行为人可预期的范围内,有必要坚持民事责任法定主义。与传统民事责任不同,惩罚性赔偿虽规定于私法内部却肩负一定的公法功能,不仅填补损失还强调惩戒、预防;其赔偿数额也超出了行为人之合理预期,形成了独特的归责思路,更应该予以严格法定。惩罚性赔偿主要适用于产品侵权、环境污染等场合,并呈现出适用领域不断扩大的趋势,只有坚持法定主义才能防止惩罚性赔偿的肆意扩张侵蚀私法的矫正正义、恢复原状原则,才能防止体系紊乱。

惩罚性赔偿的赔偿额度通常表现为补偿性损失的倍数,在法条上是否必须明确使用“惩罚性赔偿”字样?有学者持肯定说,进而指出不当得利型侵权人既然须“按照侵权人因此获得的利益赔偿”,未表述为“惩罚性赔偿”,也就不属于惩罚性赔偿。^①笔者持否定说,获益赔偿之所以不构成惩罚性赔偿,并非因为立法者未采取惩罚性赔偿之“名”,而是因为依照获得利益来赔偿损害是化解举证难题的重要手段,即便获得的利益实际超过补偿性损失也被视为补偿性损失,而不具备惩罚性赔偿之“实”。类似的,侵害知识产权的法定赔偿数额可能也会超出实际损失;精神损害赔偿亦属财产损失之外的赔偿,但都不属于惩罚性赔偿。

通说认为惩罚性赔偿有两种立法模式:一是一般条款模式。基于实用主义的立场,为遏制严重违法、预防不法,英美法系的惩罚性赔偿制度具有广泛的适用性,可以适用于一切因被告的邪恶动机或其他莽撞地无视他人的权利而具有恶劣性质的行为(《美国侵权法重述》第908条第2项)。二是类型化模式。大陆法系拘泥于传统的民法教义,以恢复原状为损害赔偿之基本宗旨,原则上不承认惩罚性赔偿。受英美法系的影响,惩罚性赔偿在部分国家得到例外承认,并将其严格限制在产品责任和环境侵权责任等特定领域。^②事实上,即便是在英美法国家,惩罚性赔偿也不能得到任意适用:(1)对版权等领域禁用惩罚性赔偿;(2)《美国侵权法重述》中的一般条款并没有普遍拘束力,相反,惩罚性赔偿实际上建立在一系列判例的基础上,主要适用于产品责任和环境侵权。(3)在实体适用时需要充分考虑合理性标准和比例原则,以防止惩罚性赔偿超出应有的限度。^③(4)在诉讼程序上惩罚性赔偿适用更高的证明标准,并须采取陪审制。从惩罚性赔偿的限制适用角度来看,两种立法模式并不存在想象中的悬殊差别,英美法系须对一般条款适用“减法”以限制过度适用惩罚性赔偿;大陆法系则在承认惩罚性赔偿法定主义的前提下,适用“加法”对有限的类型进行扩张。基于此,惩罚性赔偿的适用类型、责任成立条件和赔偿范围均须由法律明确规定,这种法定性形成控制惩罚性赔偿的三重结构,^④其中适用类型可归纳为“类型强制”,“责任成立条件和赔偿范围”则为“类型固定”。由于适用类

① 张玉东:《“获益剥夺”规范意义的再审视——以〈民法典〉第1182条前半段规定为分析对象》,载《现代法学》2022年第5期。由于都具有预防、威慑的功能,补偿性赔偿、惩罚性赔偿、不当得利返还赔偿在一定程度上是难以区分的。Doug Rendleman, Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages, 68 Washington and Lee Law Review 973 (2011)。

② 杨立新、李怡雯:《生态环境侵权惩罚性赔偿责任之构建——〈民法典侵权责任编(草案二审稿)〉第一千零八条的立法意义及完善》,载《河南财经政法大学学报》2019年第3期。

③ 刘银良:《知识产权惩罚性赔偿的比较法考察及其启示》,载《法学》2022年第7期。

④ 朱晓峰:《论〈民法典〉对惩罚性赔偿的适用控制》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第11期。

型和行为人的利害关系最大,其法定必要性和程度最强。惩罚性赔偿法定意味着应尽可能地采取高位阶立法,地方性法规和规章不得创设新类型的惩罚性赔偿,司法解释只得在明确类型的前提下做具体规定。正因如此,《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《食品药品司法解释》)(法释[2013]28号)第15条曾规定:“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,消费者除要求赔偿损失外,向生产者、销售者主张支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准要求赔偿的,人民法院应予支持。”由于2015年修改实行的《食品安全法》第148条明确了惩罚性赔偿的倍数,最新的《食品药品司法解释》(法释[2021]17号)也不再直接规定惩罚性赔偿的倍数、类型,而是通过有关条文将其转介至食品安全法、药品管理法。法定化使得分散的惩罚性赔偿获得了明确的制度基础,有利于厘清构成要件和效果,形成完善的体系;有利于明确惩罚性赔偿的行使方式,排除法官依职权适用惩罚性赔偿,保证法律适用的严格性;意味着相关法律条文是强制性规定,而不能由当事人约定排除;还要求相关制度设计应该尽可能具体,以防止法律适用向一般条款逃逸。

(二)惩罚性赔偿的“总分结合”结构

惩罚性赔偿的法定性实践于特定的规范体系,《民法典》上的惩罚性赔偿具有“总分结合”的体系结构。

1. 总。所谓“总”是指总则编设有惩罚性赔偿的一般规定。《民法通则》《侵权责任法》已经形成了宣示各种民事责任承担方式的立法传统,但并未明确规定惩罚性赔偿。《民法总则》开始将惩罚性赔偿列举规定于民事责任方式中,于第179条规定“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”,《民法典》保留了相关规定,从而将惩罚性赔偿与填补性赔偿、预防性的责任等置于平行并列的位置。本款并非没有实质内容的引致或指引性条款,^⑤其一方面宣示了惩罚性赔偿的例外性与法定特色,另一方面又广泛覆盖民事和商事、违约和侵权诸领域,^⑥成为统摄民法典分则各编惩罚性赔偿的基础,也为未来创制新的制度提供了立法依据。适用惩罚性赔偿应当以“法律”有特别规定为前提,对于尚未由法律规定可以适用惩罚性赔偿的知识产权客体类型,制定新法律也许是明确、精准适用惩罚性赔偿的必由之路,^⑦也是严格依照法律的规定确定构成要件和法律效果的保障。^⑧在法律无特别规定时,不得随意通过法律解释的方法来推论惩罚性赔偿的适用,原则上只能依据补偿性赔偿来确定行为人的责任,由此实现对惩罚性赔偿的适度限制,防止其对行为自由等可能造成的戕害。^⑨

2. 分。所谓“分”指特别法和《民法典》分则规定的惩罚性赔偿。在由此而成的总分结合结构中,分则在立法技术上要接受源自总则的法定主义理念限制,但是,总则对分则的实质统摄

^⑤ 李建伟:《〈民法总则〉民商合一中国模式之检讨》,载《中国法学》2019年第3期;朱晓峰:《论〈民法典〉中的惩罚性赔偿体系与解释标准》,载《上海政法学院学报》2021年第1期。

^⑥ 房绍坤、张玉东:《论〈民法典〉中侵权责任规范的新发展》,载《法制与社会发展》2020年第4期。

^⑦ 鲁竑序阳:《知识产权惩罚性赔偿制度的适用与完善——基于体系化的视角》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第4期。

^⑧ 黄薇:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第586页。

^⑨ 朱晓峰:《论〈民法典〉中的惩罚性赔偿体系与解释标准》,载《上海政法学院学报》2021年第1期。

作用并不明显。

(1)分则对法定主义的接纳。侵权责任编改良了缺陷产品致害侵权惩罚性赔偿,于第1207条将惩罚性赔偿的适用范围扩及至“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,或者没有依据前条规定采取有效补救措施”,而所谓有效补救措施,按照第1206条指“产品投入流通后发现存在缺陷的,生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施”。这就将缺陷产品致害的侵权惩罚性赔偿扩及于产品投入流通后的警示、召回制度。值得注意的是,《民法典》新增了知识产权侵权惩罚性赔偿(第1185条)、生态环境惩罚性赔偿(第1232条)的一般规定。这类一般规定位居总则一般条款之下,又构成知识产权、生态环境等特别惩罚性赔偿的上位法。作为上位法其统一了特定惩罚性赔偿的构成要件和法律效果,产生了一些不确定性概念,含义比较抽象模糊。例如,第1185条的知识产权惩罚性赔偿在构成要件上设有“故意”“侵害他人知识产权”“情节严重”;法律效果上则为“请求相应的惩罚性赔偿”。在解释适用这些不确定性概念时容易产生争议。《民法典》对知识产权采取“列举+抽象”的规范模式,所形成的知识产权范围十分广泛。其中,第123条明确承认对作品,发明、实用新型、外观设计,商标,地理标志,商业秘密,集成电路布图设计,植物新品种的专有权,此外还抽象允许“法律规定的其他客体”也可以成为知识产权客体。然而,特别法只是在商标法、专利法、著作权法、种子法上具体规定了惩罚性赔偿,其他领域能否也按照第1185条适用惩罚性赔偿?通说认为,《民法典》总括性规定了惩罚性赔偿制度,实现了惩罚性赔偿在知识产权领域的全覆盖。^⑩特别法规定的其他领域,如对地理标志、集成电路布图设计的侵权也可以适用惩罚性赔偿,《民法典》第1185条可以成为独立完备的请求权基础。然而,这样一来将过度扩张惩罚性赔偿的适用范围,比较稳妥的做法是对特别法之外的知识产权除专门立法承认惩罚性赔偿外,只可以基于专利权、商标权、著作权、商业秘密权益而类推适用惩罚性赔偿。

(2)特别法规定了多样化的惩罚性赔偿,其立法目的不能简单化归于统一的“总则”。有的是为了对消费者提供特殊保护,既有以《消费者权益保护法》(第55条)为代表的一般消费者保护,也涉及特殊消费者保护,规定在《旅游法》(第70条)、《食品安全法》(第148条)、《药品管理法》(第144条)等,这些保护兼具违约和侵权的诉因,适用不同的惩罚倍数和范围,明显存在保护程度上的差别。有的是为了加强知识产权保护,如《著作权法》(第54条)、《商标法》(第63条)、《专利法》(第71条)、《种子法》(第72条)、《反不正当竞争法》(第17条)。基于客体无形性,知识产权侵权所造成的损害范围无法确定,借助惩罚性赔偿既可以弥补其不足,实现侵权补偿功能,也可以实现知识产权所代表的创新机制和竞争秩序。有的是为了规范恶意交易、维护社会秩序,如《电子商务法》(第42条)针对恶意投诉行为适用加倍赔偿。

(3)从特别法和一般法的关联互动来看,不同领域又有不同的发展路径,这增加了“统一”的难度:消费者保护上的惩罚性赔偿、知识产权惩罚性赔偿是先有特别法,再在《民法典》上生

^⑩ 林广海、李剑、秦元明:《〈关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解和适用》,载《人民司法》2021年第10期。

成一般法,然后,基于一般法对惩罚性赔偿的统一作用,又推动了特别法的修改完善,如《民法典》第1185条知识产权侵权惩罚性赔偿以“故意”为要件,2020年修改《专利法》和《著作权法》也将适用条件限定为“故意”,借以实现立法统一。有的是为了实现美丽中国的政策目标,先在《民法典》上建立生态环境侵权惩罚性赔偿一般规则,再出台《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》(法释〔2022〕1号)(以下简称《环境侵权惩罚性赔偿解释》),明确相关要件、效果等。

3. 类型扩张。基于加强保护特殊权利、制裁并预防严重违法之需,人们时常呼吁突破法定性扩张适用惩罚性赔偿。这表现为:

一是扩张惩罚性赔偿保护的权益类型。面对人格权日益重要的发展趋向,特别是针对人格/财产相融合的数字权益问题,考虑到对其侵害规模较大、后果也更为严重(如抖音群控案),学者建议建立更为多元化的损害赔偿方式,增强惩罚性赔偿的适用。^①由于数据与智慧财产具有内在一致性,数据侵权惩罚性赔偿要件可参考知识产权相关制度。^②

二是行为类型扩张:(1)《反不正当竞争法》第17条第3款规定的惩罚性赔偿仅适用于恶意侵犯商业秘密的行为,而不适用仿冒行为。如此一来,商标权人获得的救济将因被告行为方式不同而有所区别。字号突出使用的构成商标侵权,可以适用惩罚性赔偿;未突出使用的则属于不正当竞争,不能适用惩罚性赔偿。(2)由《电子商务法》上的恶意通知行为扩展到利用算法系统恶意实施错误通知的行为,规定惩罚性赔偿责任。^③

(三) 惩罚性赔偿的独立性

惩罚性赔偿与补偿性赔偿的关系如何是惩罚性赔偿法定化的逻辑基础。惩罚性赔偿是不是补偿性赔偿的从责任?若是,则惩罚性赔偿无论在功能、效力、发生上都会从属于补偿性赔偿,其中发生上的从属性最具决定性。在美国法中,原则上惩罚性赔偿具有从属性,以构成补偿性赔偿责任为前提,否则不发生惩罚性赔偿。^④我国《民法典》并无惩罚性赔偿从属性的统一明确规定,不过其在以下几个方面表现出一定的从属性:一是惩罚性赔偿可以从功能上补充补偿性救济的不足。在知识产权侵权、缺陷产品致害、环境污染侵权等场合,无形损失巨大、维权成本较高,而这些损失并未得到补偿性损失的一概承认。二是惩罚性赔偿的构成要件脱胎于补偿性赔偿,只不过主观恶性更大、后果更为严重,要求标准更高。例如,成立要件上缺陷产品致害惩罚性赔偿以存在死亡或健康遭受严重损害为前提。三是惩罚性赔偿的赔偿范围多以补偿性损失为计算标准。但是,这并不意味着惩罚性赔偿会因此而丧失独立性,具体而言:

1. 实体法上的独立。惩罚性赔偿虽然通常以补偿性赔偿为前提,参照补偿性赔偿的计算标准,但是,两者之间并无必然联系,更未构成从责任,惩罚性赔偿的发生、移转、效力、消灭原

① 高一飞:《〈民法典〉的人权之维:论数字人权的私法保障》,载《人权法学》2023年第1期。

② 郭少飞、李彤:《数据侵权责任认定难题及其克服——以抖音群控案为例》,载《求是学刊》2022年第4期。

③ 焦和平:《算法私人执法对版权公共领域的侵蚀及其应对》,载《法商研究》2023年第1期。

④ 王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2018年版,第411、420页。

则上不依附于补偿性赔偿。

惩罚性赔偿与补偿性赔偿分别对应独立的请求权基础,前者的构成要件是后者的加重版。例如,补偿性赔偿要求凡是损害即可救济,而惩罚性只限于严重损害。在法律效果上,陪审团给出的损害赔偿范围极不具有可预期性,和补偿性赔偿并无明显联系。^⑮此外,即便是统一抽象要件其内涵也可能存在差别,如我国《食品安全法》第148条共分为2款,第1款规定补偿性损害赔偿,以消费者因不符合食品安全标准的食品受到“损害”为前提;第2款规定惩罚性损害赔偿,不以造成人身财产损害为前提。

独立的惩罚性赔偿可用于解决死亡赔偿难题。死亡赔偿存在标准既不确定又总体偏低的缺陷,依靠近亲属主张又可能存在没有近亲属、近亲属不存在真实损失等不足。为克此弊,美国阿拉巴马州法院对生命权遭到侵害的救济并不适用补偿性原则而适用惩罚性原则,支付惩罚性赔偿金是加害人唯一需承担的民事责任。赔偿金的数额依加害人的有责程度而定,而不考虑死者或者死者近亲属所遭受的损害。我国有学者也建议构建对生命丧失予以救济的惩罚性死亡赔偿制度,使加害人对受害人生命的丧失承担惩罚性的侵权责任。此时的死亡赔偿金无非是以“赔偿”的名义对加害行为的惩罚。该惩罚性的赔偿金可以由私主体主张并获得,这使其在性质上区别于刑事罚金和行政罚款,而类似于惩罚性的违约金。在死者近亲属缺位的情形下,死亡赔偿金的请求权则应赋予社会利益的维护者和代表者。^⑯

2. 诉讼上的独立性。通说认为惩罚性赔偿以补偿性赔偿为前提,应适用民事诉讼上的“一事不再理”原则不成立单独诉因,借此达到督促当事人及时行权、遵循两便原则避免资源浪费、防止矛盾判决等目的。^⑰这在《环境侵权惩罚性赔偿解释》中有所体现。然而,如前所述,实体法上惩罚性赔偿并非补偿性赔偿的从债,也完全可以成立单独诉因。按照《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(法释〔2021〕)(以下简称《知识产权惩罚性赔偿解释》)第2条第2款的规定,原告在一审法庭辩论终结前增加惩罚性赔偿请求的,人民法院应当准许;在二审中增加惩罚性赔偿请求的,人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉。至于,为了实现经济效益、避免矛盾等诉讼目标,完全可以在承认独立请求权、独立诉讼标的前提下,通过合并审理来解决。

总之,惩罚性赔偿应予以法定,其既具有总分结合的体系结构,也具有一定的独立性。法定主义将在惩罚性赔偿的构成要件、法律效果上提出进一步的规范要求。

二、统一惩罚性赔偿责任要件之讨论

按照《民法典》第179条“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”,因为立法规定有异,惩罚性赔偿的适用条件、法律效果自然会有具体差别。不过,既然惩罚性赔偿被列为民事责任方式

^⑮ Joni Hersch & W. Kip Viscusi, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, 33 J. Legal Stud. 1 (2004).

^⑯ 田韶华:《论惩罚性死亡赔偿金制度之构建》,载《北方法学》2007年第5期。

^⑰ 刘竹梅、刘牧晗:《〈关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

之一,应当无法摆脱民事责任的一般要求,进而就产生了惩罚性赔偿是否存在统一责任要件的问题。^⑮对此,有学者将不同类型的惩罚性赔偿的构成要件归纳为主观过错明显、损害后果严重、社会危害性大,^⑯这些要件无非是在一般侵权损害赔偿要件基础上的升级加码,既体现了惩罚性赔偿和补偿性赔偿的逻辑关系,又反映了立法者严格限制惩罚性赔偿的意图。前述《环境侵权惩罚性赔偿解释》第4条规定了主张惩罚性赔偿的被侵权人的证明责任,以设定证明对象的方式明确了违法、故意、严重后果等生态环境侵权惩罚性赔偿的基本要件,对其他惩罚性赔偿具有参考价值。

(一)严重损害

没有损害就没有救济,惩罚性赔偿也应该以损害为构成要件,只不过在不同类型的惩罚性赔偿中损害的含义及要求不同,这首先要考虑惩罚性赔偿的请求权基础是侵权还是违约。

1. 侵权惩罚性赔偿要求造成严重损害。具体而言,(1)缺陷产品、医疗产品致害中的惩罚性赔偿限定于“造成他人死亡或者健康严重损害的”情形(《民法典》第1207条),何为“健康严重损害”?有学者指出,鉴于《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2021〕24号)第2条已规定轻伤以上伤害的即可认定为健康遭受严重损害,民法中的“健康严重损害”标准不宜比刑法标准还高。因此建议轻伤以上伤害即可构成此处的“健康严重损害”。^⑰(2)环境污染和生态破坏侵权惩罚性赔偿以造成“严重后果”为前提(《民法典》第1232条)。所谓严重后果,参考《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕29号)关于严重污染环境的界定,以及《环境损害鉴定评估推荐方法(第II版)》(环办〔2014〕90号)关于量化量度损害程度参数的规定,《环境侵权惩罚性赔偿解释》第8条要求“根据污染环境、破坏生态行为的持续时间、地域范围,造成环境污染、生态破坏的范围和程度,以及造成的社会影响等因素综合判断”。^⑱考虑到环境侵权损害后果的多层次性,规定侵权人污染环境、破坏生态行为造成他人死亡、健康严重损害,重大财产损失,生态环境严重损害或者重大不良社会影响的,直接认定为造成严重后果。(3)按照条文文义,知识产权侵权惩罚性赔偿未明确要求造成严重后果,但是需要构成“情节严重”(《民法典》第1185条)。国家知识产权局在一份回函中指出,“情节严重”主要是针对行为人实施侵权行为的手段方式及其造成的后果等客观方面作出的评价,一般不直接涉及对行为人主观状态的判断。^⑲为判断“情节严重”,可以考虑侵权手段、次数,侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果,侵权人在诉讼中的行为等,损害后果严重是其中的一个

^⑮ Amir Nezar, *Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework*, 121 The Yale Law Journal 678(2011).

^⑯ 焦和平:《知识产权惩罚性赔偿与法定赔偿关系的立法选择》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

^⑰ 王竹、龚健:《我国缺陷产品惩罚性赔偿责任研究——以〈民法典·侵权责任编〉第1207条为中心》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期。

^⑱ 刘竹梅、刘牧晗:《〈关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

^⑲ 《国家知识产权局关于“故意侵犯知识产权”认定标准有关事宜的批复》(国知发保函字〔2021〕161号)。

参考因素。存在下列情形的直接认定为情节严重:因侵权承担法律责任后再次实施同一类侵权行为;以侵权为业;侵权获利或者权利人受损巨大;侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康;伪造、毁坏或者隐匿侵权证据;拒不履行保全裁定等。^{②③}可见,关于“严重损害”,不同制度设计存在不同的制度安排,似无硬性统一规定。其中,缺陷产品致害、环境污染侵权突出强调严重人身损害,知识产权侵权则注重考察侵害的反复性。既可以是侵害了私人利益,造成自然人死亡或健康严重损害(如罹患严重疾病、出现人身残疾);也可以是侵害公共利益,造成了生态环境严重损害(例如,环境污染的介质和要素严重超标,污染持续时间长,生态服务功能减损或丧失,生物生存特性发生较大改变等)。至于严重损害的证明,既可以由当事人举证证明,也可以由法官根据特殊情形直接认定,还可以请第三方专家评估或鉴定。

2. 基于违约的惩罚性赔偿不要求人身损害。通说认为违约责任须坚持合理预见规则,原则上不适用惩罚性赔偿,例外的是,在违约和侵权边界不清、重叠交叉的情形下(如欺诈消费者的场合),又有适用惩罚性赔偿之空间。^{②④}当欺诈救济的请求权基础是违约时,不以造成固有利益损失、发生人身损害为条件,而是根据履行利益也就是产品价款来确定惩罚性赔偿的数额(《消费者权益保护法》第55条)。^{②⑤}与之类似的问题是,关于《食品安全法》第148条第2款第一句,第一种观点认为,如果消费者仅仅购买了不符合食品安全标准的食品,不能证明存在人身损害的,不得请求价款十倍的赔偿金。^{②⑥}尽管《食品安全法》未明文要求,但依照“新法优于旧法”的原则,应适用《民法典》侵权责任编的规则,只有“造成他人死亡或者健康严重损害的”,被侵权人才有权请求相应的惩罚性赔偿。第二种观点认为,第一句在文义上并未要求以造成消费者人身损害为前提,即使消费者购买后尚未食用不符合食品安全标准的食品,也可以适用违约之诉而不以人身损害为参照标准请求惩罚性赔偿。^{②⑦}《食品安全法》属于民事特别法,应按照“特别法优于一般法”原则,优先于《民法典》适用。《食品安全法》第148条规定的惩罚性赔偿制度应优先于民法典的惩罚性赔偿。^{②⑧}笔者赞成第二种观点,本句规定的惩罚性赔偿存在按照“价款的十倍”“损失的三倍”两种计算方式,对应违约、侵权两种请求权基础。而按照违约主张惩罚性赔偿的,其计算的基准应该是履行利益而不是固有利益,就不需要以发生人身损害为前提。当然,这并不意味着此时不存在严重损害,相反,即便尚未导致人身损害,欺诈消费者也会存在严重侵害消费者权益的隐患,并将扰乱市场秩序、破坏公平竞争。

^{②③} 《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(法释〔2021〕4号)(以下简称《知识产权惩罚性赔偿解释》)第3、4条。

^{②④} Leslie E. John, *Formulating Standards for Awards of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort*, 74 California Law Review 2033 (1986).

^{②⑤} 吕英杰:《惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决》,载《中外法学》2022年第5期。

^{②⑥} 李响:《我国食品安全法十倍赔偿?规定之批判与完善》,载《法商研究》2009年第6期。

^{②⑦} 宫效伟诉北京屈臣氏个人用品连锁商店有限公司、北京屈臣氏个人用品连锁商店有限公司朝阳第三十分店买卖合同纠纷案,北京市第三中级人民法院民事判决书(2014)三中民(商)终字第01156号。

^{②⑧} 张新宝:《侵权责任编:在承继中完善和创新》,载《中国法学》2020年第4期。

(二)违反法律规定

《民法典》第1232条明确要求生态环境侵权惩罚性赔偿以“违反法律规定”为要件,《环境侵权惩罚性赔偿解释》第4条又对此予以重申。然而,对照《民法典》第1229条可见,一般环境侵权赔偿并无这一要件要求,不仅如此,相关司法解释甚至明确承认排污符合国家或者地方污染物排放标准不构成免责事由。^②之所以此处突出强调“违反法律规定”要件,其目的是:其一,惩罚严重违法行为,以契合惩罚性赔偿的本旨要求。^③其二,严格适用“违反法律规定”要件,限制法官裁量权。尽管这会在一定程度上引发“一刀切的问题,使受害人不能获得全面救济”。其三,程序上促进了当事人和法院的协同,因为关于行为违法性的举证责任并非完全由当事人承担,法院也应该依据职权查明,不必担心“国家规定具有技术性,以此作为判断标准,受害人的举证负担再一次加重。”^④其四,契合惩罚性赔偿的公私兼容属性之特质,限制惩罚性赔偿的滥用,有效平衡了行为自由和权益保护、秩序维持之间的关系,保护了企业的正常经营活动。“企业的排污行为只要符合国家环境行政法律法规的要求,从行政法的角度看,那就是合法的,企业的正常生产经营活动不仅是社会正常发展所必需的,也应当为法律所保护和鼓励,对企业的排污行为施以惩罚,必须以企业违反法律规定为前提,否则不具有正当性。”^⑤

此处的“法律”作何讲?如作狭义解读,固然有严格限定惩罚性赔偿构成要件的合理性,但某一污染环境、破坏生态行为是否具有违法性,应充分关注政府环境治理体系中所处的主导地位。且根据《环境保护法》第15条的规定,关于环境质量标准的项目、污染物排放标准的项目等问题,可以在无国家标准时制定地方性标准,或者在有国家标准时制定严于国家标准的地方性标准,故行政法规、地方性法规以及民族自治地方的自治条例和单行条例亦应包括在内。同时,基于生态环境保护的需要,出于避免因法律、法规的天然滞后性和制定修改的程序复杂性,来不及就新污染物出现作出反应的考虑,必要时亦可参照规章。故《环境侵权惩罚性赔偿解释》第5条规定:“人民法院认定侵权人污染环境、破坏生态的行为是否违反法律规定,应当以法律、法规为依据,可以参照规章的规定。”^⑥

值得指出的是,产品(包括医疗产品)责任中的“缺陷”或者食品致害中的“不合格”也明显包含着“违反法律规定”的意思,尽管这一要求不限于惩罚性赔偿,但在惩罚性赔偿中所起的作用更加明显。缺陷也需要结合国家标准、行业标准加以认定。《产品质量法》第46条中规定了“标准”,按照《标准化法》的规定,对在全国范围内需要统一技术要求的产品,由国务院标准化

^② 《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17号)第1条。

^③ Daniel Kahneman, David Schkade and Cass R. Sunstein, *Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages*, 16 *Journal of Risk and Uncertainty* 49 (1998); Roseanna Sommers, *The Psychology of Punishment and the Puzzle of Why Tortfeasor Death Defeats Liability for Punitive Damages*, 124 *The Yale Law Journal* 1295 (2015).

^④ 杨立新、李怡雯:《生态环境侵权惩罚性赔偿责任之构建——〈民法典侵权责任编(草案二审稿)〉第一千零八条的立法意义及完善》,载《河南财经政法大学学报》2019年第3期。

^⑤ 黄薇:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第252页。

^⑥ 刘竹梅、刘牧晗:《〈关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

行政主管部门制定国家标准。对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一技术要求的产品,由国务院有关行政主管部门制定行业标准,并报国务院标准化行政主管部门备案。如果产品都符合强制性标准,但是可能并未覆盖该产品的全部安全性能指标(特别对某些新产品更是如此),在这种情况下,如果因该产品中的某项属于国家强制性标准、行业标准中未作规定的性能指标不符合保障人身、财产安全的要求,可能造成他人损害的,仍可判定该产品存在缺陷。^④既然知识产权侵权惩罚性赔偿立法中对“违反法律规定”并无明确的要求,依照惩罚性赔偿法定原则,实务上就不应再设更高要求。至于依据结果违法或行为违法得出的行为违法性,涉及一般侵权责任的构成要件;^⑤基于“严重损害”“严重后果”“情节严重”中蕴含的行为违法性,涉及主客观要件之间的通融,均应另当别论。

(三)故意

1. 故意的语义。知识产权惩罚性赔偿以故意为归责事由(《民法典》第1185条),而补偿性赔偿只需要一般过错;环境污染生态破坏、缺陷产品致害适用无过错责任,而其惩罚性赔偿则以故意为要件(《民法典》第1232条);同为特殊侵权,缺陷产品致害中的惩罚性赔偿以明知产品存在缺陷为要件(《民法典》第1207条)。在这一意义上,现有惩罚性赔偿均以故意为归责事由,自身也形成了独特的归责原则。

不同的法律对“故意”有着不同的表达,缺陷产品致害责任使用的是“明知”;《商标法》《反不正当竞争法》规定的是“恶意”。就其本质而言,故意有观念主义和意思主义之分,前者指知情而为,不考虑意思上是否有恶意,以“明知”(《民法典》第1207条)为典型,所形成的故意范围较为宽泛;后者指有意追求侵害后果或者放任后果发生,具有明显恶意,所对应的故意范围较为狭窄,证明也较为困难。按照《知识产权惩罚性赔偿解释》第1条第2款的明确规定,故意包括了《商标法》第63条第1款和《反不正当竞争法》第17条第3款规定的恶意。而在该解释出台时,最高人民法院相关部门的负责人曾强调了“‘故意’和‘恶意’的含义应当是一致的”。^⑥为了限制惩罚性赔偿的适用,实现其惩罚制裁功能,除法律有明确规定外,惩罚性赔偿中的故意原则上应采取意思主义,并限于直接故意,^⑦否则,将间接故意纳入其中将导致所作惩罚违反比例原则,限制正常的生产生活。例如,汽车等危险产品生产者往往知道每年会造成成千上万的人员伤亡,符合间接故意的教义,如果因此而让生产者承担惩罚性赔偿并不合适。^⑧

通常情形下“重大过失视为故意”,但《民法典》第1185条、第1232条文义上限于故意,第1207条限于“明知”而没有扩及重大过失。这是否意味着重大过失不能适用惩罚性赔偿?

^④ 黄薇:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第157页。

^⑤ 陈伟、冯佳琪:《生态环境侵权惩罚性赔偿违法性要件的二元结构》,载《南京工业大学学报(社会科学版)》2022年第4期。

^⑥ 刘竹梅、刘牧晗:《〈关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

^⑦ 朱冬:《〈民法典〉第1185条(知识产权侵权惩罚性赔偿)评注》,载《知识产权》2022年第9期。

^⑧ David G. Owen, Problems in Assessing Punitive Damages against Manufacturers of Defective Products, 49The University of Chicago Law Review 1 (1982).

否定说认为,重大过失不具有道德上的可非难性,属于社会常见行为,无惩罚遏制之必要,不能适用惩罚性赔偿。肯定说认为,应对重大过失适用惩罚性赔偿,以警醒他人履行谨慎注意义务,避免严重侵权行为发生。限定为“故意”不仅将缩小惩罚性赔偿在侵权领域的适用,也会降低受害人主张惩罚性赔偿的积极性。^③折中说认为,重大过失主观心态可在发生严重损害后果的情形下予以严格适用,否则,将难以警示行为人以及他人履行谨慎注意义务。^④在经营者惩罚性赔偿中也应该扩及重大过失的情形,但应降低惩罚额度,对故意侵权适用十倍价款或损失三倍的惩罚性赔偿金,对过失侵权适用价款三倍或损失一倍的惩罚性赔偿金。^⑤我们也持否定说,之所以不对重大过失适用惩罚性赔偿,并不意味着重大过失不具有道德上的可非难性,因为这种极度的疏忽懈怠已经近似于故意;也不能说只有构成严重损害才适用惩罚性赔偿,因为严重损害和严重过错分属于客观和主观要求,两者并不能相互替代。事实上,所谓“重大过失视为故意”反映了通常情形下重大过失和故意在法律效果上的一致性,是归纳得出的法理规律,并非应予绝对适用的严格规则,而应该承认例外。在法律未规定重大过失而只承认故意时,不将重大过失视为故意,即为典型例外。承认这种例外满足了惩罚性赔偿法定原则的要求,也有效限缩了惩罚性赔偿的适用范围,可避免对被告课加过重的责任。

2. 故意的证明或认定。英美法上的惩罚性赔偿仰仗法官和陪审团合力完成法律适用,原告须承担更高的证明标准。美国部分州法甚至明确要求原告必须举出“清楚而具有说服力之证据”(clear and convincing evidence),以此取代原有的“优势证据”标准。^⑥我们认为,优势证据是对应于私法的证明标准,而基于惩罚功能惩罚性赔偿也应该借用公法上的“清楚而具有说服力之证据”,适用“排除合理怀疑”的证明标准。证明标准的提高会进一步加重举证责任,导致受害人的合法权益无法得到充分救济,审判实务据此有必要舒缓诉讼紧张格局,依据客观证据认定故意,而这些客观要素又因具体侵权的不同而存在差别。例如,为认定侵权人是否具有污染环境、破坏生态的故意,应当根据侵权人的职业经历、专业背景或者经营范围,因同一或者同类行为受到行政处罚或者刑事追究的情况,以及污染物的种类,污染环境、破坏生态行为的方式等因素综合判断。^⑦为认定侵害知识产权的故意,应当综合考虑被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。^⑧

为方便认定,避免滥用裁量权,裁判上还承认下列典型的“故意”侵权:一是重复侵权。侵权人在一段时间内重复实施侵权造成严重后果的。二是继续侵权。例如,被告拒不履行行为保全裁定,进一步实施侵权的;经权利人警告或受到行政机关处罚后,仍实施侵权的;在生效判

^③ 杨立新、李怡雯:《生态环境侵权惩罚性赔偿责任之构建——〈民法典侵权责任编(草案二审稿)〉第一千零八条的立法意义及完善》,载《河南财经政法大学学报》2019年第3期。

^④ 华国庆、黄大芬:《〈民法典〉视域下环境健康损害惩罚性赔偿的适用研究》,载《法学论坛》2022年第5期。

^⑤ 和丽军:《论我国食品侵权惩罚性赔偿的不足与完善》,载《湖北警官学院学报》2017年第6期。

^⑥ [日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,法律出版社2006年版,第152页。

^⑦ 《环境侵权惩罚性赔偿解释》第6条。

^⑧ 《知识产权惩罚性赔偿解释》第3条。

决作出后,重复或变相重复实施相同侵权行为的,^⑤都属于继续侵权,具有明显的恶意。三是侵害越明显、违法程度越高,越容易认定为故意。例如,侵权人使用权利人的驰名商标、抢注驰名商标被驳回后仍继续使用的,可以认定为故意;而使用非驰名商标,尽管该商标具有绝对效力,却不宜直接认定为故意。四是侵权人采取伪造或毁灭侵权证据等证明妨碍措施的。《知识产权惩罚性赔偿解释》第4条第2款第3项和第4项将“伪造、毁坏或者隐匿侵权证据”和“拒不履行保全裁定”的行为认定为“情节严重”,依此也能进一步证明侵权人的“故意”行为。^⑥

3. 由“故意”到“知假买假”的扩张适用。按照《消费者权益保护法》第55条的规定,惩罚性赔偿以欺诈为前提。就意思表示而言,欺诈具有使相对人发生错误认识的故意,并引发以错误为基础的交易;在侵权认定时,欺诈也应适用意思主义,如果金融机构不存在主观故意,则不应认定为欺诈。^⑦“知假买假”行为中不存在以错误为基础的交易,是否构成欺诈?能否适用惩罚性赔偿?对此,(1)民法学者多采否定说,其坚持个人主义立场,适用文义解释,不支持知假买假者获得惩罚性赔偿。理由有:一是从文义上讲,消费者权益保护法和食品安全法均以消费者为前提,而职业打假人的身份不符合这一适用前提。二是“知假买假”行为不能满足欺诈之构成要件。即便食品药品领域的惩罚性赔偿不以欺诈为前提,但须经营者违反了瑕疵担保义务,而“知假买假”者事先知晓标的物瑕疵,不得主张瑕疵担保责任以及惩罚性赔偿。三是“知假买假”者不存在损害。^⑧(2)经济法学者多采肯定说,采取整体主义立场支持对“知假买假”行为处以惩罚性赔偿,其理由包括维护公共利益的现实需求、弥补公权力执法不充分、私人激励不足以及在此基础上派生的奖励等。《食品药品司法解释》(法释[2013]28号)明确规定了“知假买假”不影响消费者主张权利,这对于食品药品之外的其他领域,如汽车消费等消费者权益纠纷案件同样具有参照意义。^⑨最高人民法院第23号指导性案例将“不论其购买时是否明知食品不符合安全标准”均列为“消费者”范畴,并受相关法律的保护,确定了比司法解释更具象化的裁判规则。尽管如此,但近年来,法院又开始认为“知假买假”浪费大量司法资源的同时并未取得良好效果,甚至存在利用司法资源牟利的行为而有损司法权威,因此不再轻易支持“知假买假”者的赔偿主张。^⑩“知假买假”明显不同于欺诈,对其一概适用惩罚性赔偿将违反法定主义。考虑到维护公共秩序的需求,也为了避免裁判上的不统一,未来应总结审判经验,制定

^⑤ 《深圳市中级人民法院关于知识产权民事侵权纠纷适用惩罚性赔偿的指导意见》。典型案例可见,小米科技公司等与中山奔腾公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案,江苏省高级人民法院民事判决书(2019)苏民终1316号。

^⑥ 李宗辉:《〈民法典〉视域下知识产权侵权惩罚性赔偿的“情节严重”要件研究》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2021年第5期。

^⑦ 沈某诉甲银行、乙保险公司服务合同纠纷案,上海市杨浦区人民法院民事判决书(2014)杨民五(商)初字第934号。

^⑧ 马辉:《经济法解释论的整体主义方法论立场阐释》,载《政治与法律》2022年第10期。

^⑨ 吴光侠:《〈孙银山诉欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案〉的理解与参照》,载《人民司法·案例》2015年第12期,第4页。

^⑩ 李硕:《食品安全领域“知假买假”问题再讨论》,载《河南大学学报(社会科学版)》2023年第1期。

特别法承认针对食品药品等领域“知假买假”的惩罚性赔偿。

(四) 小结

尽管在学理上惩罚性赔偿可以归纳出严重损害、违反法律规定、故意等要件,但是在立法上不同的惩罚性赔偿之构成要件存在差别,也不存在建立在上述构成要件基础上的一般条款。在这一意义上,我国法律明显采用了类型化立法模式,有利于实践惩罚性赔偿法定主义。惩罚性赔偿的主观要件原则上是故意,而故意的本质内涵并不统一。由于缺陷产品致害发生于以合同交易为基础的流通领域,倾向于用“明知”认定故意,具有观念主义的意味;知识产权侵权、环境生态侵权通常与交易无关,需要采用意思主义认定故意。只有发生严重损害才能适用惩罚性赔偿,就其严重程度由轻到重的要求依次为:知识产权侵权、缺陷产品致害、环境生态侵权,相应地遏制侵权、预防违法的必要性也由高到低。在涉及公共利益程度较高、与行为人利益关涉较大的场合,立法者就会强调“违反法律规定”这一要件,以有效实现利益平衡,缺陷产品致害、环境污染破坏生态侵权等为其典型。

不同的要件尽管可做大致区分,但也可以相互融通、相互印证。基于主观上的“故意”通常比过失造成的损害更加严重,^{⑤1}而为判断故意需要综合主客观因素,基于这些因素往往又能同时得出行为严重违法的结论。例如,在生态环境侵权惩罚性赔偿中认定故意需要考虑下列客观因素:“侵权人的职业经历、专业背景或者经营范围”“因同一或同类行为受到行政处罚或刑事追究的情况”“污染物的种类”以及“污染环境、破坏生态行为的方式”等。^{⑤2}在知识产权侵权中,尽管国家知识产权局强调应注意把“故意”和“情节严重”进行科学区分,然而,实务上则普遍承认故意和情节严重重合,有的法院甚至对二者不做区分。^{⑤3}严重损害和违法情节严重的要件相互融通,《美国侵权行为法(第二次)重述》第908条官方评注指出,惩罚性赔偿是对类似犯罪行为的制裁,以“类似于犯罪”的严重违法行为为基础。^{⑤4}在我国,若同一行为已被法院认定构成破坏环境资源保护犯罪的,可以直接认定构成情节严重。

不同要件的相互融通和印证不意味着我们就可以取消要件区分,一方面,维持这一区分明确了当事人的举证责任、设定了归责推理进程,另一方面,要件之间的融通和印证也使法律论证更加充分,法官在推理中逐步增强了课加责任的内心确信。

三、惩罚性赔偿的法律效果

(一) 赔偿范围

1. 倍数。关于赔偿范围,《民法典》只是说给予“相应的”惩罚性赔偿(第1185条、第1207条、第1232条),而何谓“相应的”则交由特别法或司法解释具体规定,由此产生的惩罚赔偿范

^{⑤1} Amir Nezar, *Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework*, 121 *the Yale Law Journal*, 678 (2011).

^{⑤2} 陈伟、冯佳琪:《生态环境侵权惩罚性赔偿违法性要件的二元结构》,载《南京工业大学学报(社会科学版)》2022年第4期。

^{⑤3} 参见广东省深圳市福田区人民法院课题组:《商标侵权惩罚性赔偿的制度构建》,载《知识产权》2020年第5期,第43页。

^{⑤4} 吕英杰:《惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决》,载《中外法学》2022年第5期。

围(包括基数和倍数)并不统一。单讲惩罚倍数,环境私益诉讼中的惩罚性赔偿一般不得超过基数的两倍、知识产权侵权惩罚性赔偿为五倍、缺陷产品致害惩罚性赔偿为两倍至三倍、食品致害责任惩罚性赔偿以三倍或十倍为限。法律规定的倍数限度体现了惩罚的比例原则和谦抑原则,^{⑤⑥}倍数越高越能体现出立法政策上的必要性。倍数可以是固定的,也可以是不确定的倍数;可以不是整数,只要能满足惩罚目的即可。关于惩罚性赔偿,法律上并不存在“上诉不加倍原则”,二审完全可以改变既定倍数。^⑤倍数原则上由法律规定,例外的也可以适用当事人的约定。按照北京高院《关于侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿审理指南》(2022年),当事人约定的惩罚性赔偿倍数可不受法律所规定的一倍至五倍范围的限制,既可以低于一倍,也可以超出五倍,还可以位于一倍至五倍之间。自不待言,如果约定惩罚性赔偿倍数过高,超出适度比例,背离了公平正义,则可以由法院酌减。

惩罚性赔偿的倍数有何效力?究竟指补偿性赔偿之外的倍数还是包括补偿性赔偿之内的倍数?法律规定不同,理解上也会产生分歧。一种做法是以赔偿基数乘以倍数得出包括补偿性赔偿和惩罚性赔偿在内的赔偿总额。例如,按照《环境侵权惩罚性赔偿解释》第10条的规定,在综合考量侵权人的恶意、侵权后果、所获利益、采取的修复措施及其效果等因素后,惩罚性赔偿金的数额不超过人身损害赔偿金、财产损失数额的二倍。另一种做法是倍数乘以补偿性损失得出惩罚性赔偿,在此之外再加上补偿性赔偿为总赔偿额。例如依据《消费者权益保护法》第55条的规定,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍,或者受害人有权在补偿性赔偿之外另要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。《食品安全法》第148条则规定了消费者可在补偿性赔偿以外主张支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金。这样作的好处是所产生的惩罚倍数较高,如果惩罚性赔偿的倍数为一倍,那么赔偿总额应当是两倍,^{⑤⑦}从而避免了采取前一种解释时适用一倍的赔偿数额不具有惩罚性之难题。总之,惩罚性赔偿的倍数及倍数的效力坚持了法定主义,但是,这种法定并不严格,例外地允许当事人的约定或法院的酌减、调整。

2. 基数。惩罚性赔偿的基数源于补偿性赔偿,不同类型的惩罚性赔偿的基数不同,法律应明确该基数的范围或计算方法。生态环境侵权惩罚性赔偿只需要单纯考虑固有利益损失,以人身损害赔偿金、财产损失额作为计算基数。^{⑤⑧}《民法典》第1207条所规定的产品责任的惩罚性赔偿基数可以参照《消费者权益保护法》《食品安全法》的规定,而按照《消费者权益保护法》第55条的规定,惩罚性赔偿以消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的金额为基数,低于五百元的则定为五百元;造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害时,惩罚性赔偿是以人身损害赔偿金、精神损害赔偿金为计算基数。由《食品安全法》第148条可知,消费者主

^{⑤⑤} 《生态环境侵权适用惩罚性赔偿新规发布,赔偿额一般不超损失二倍》,载《新京报》2022年1月13日。

^{⑤⑥} 广州天赐公司等与华某等侵害技术秘密纠纷案,最高人民法院民事判决书(2019)最高法知民终562号。

^{⑤⑦} 林广海、李剑、秦元明:《〈关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解和适用》,载《人民司法》2021年第10期。

^{⑤⑧} 《环境侵权惩罚性赔偿解释》第9条。

张的惩罚性赔偿基数为生产者或者经营者要求支付的价款或者消费者的损失,惩罚性赔偿金额不足一千元,为一千元。按照《知识产权惩罚性赔偿解释》第5条的规定,原则上应该以原告实际损失数额、被告违法所得数额或者因侵权所获得的利益作为计算基数。如果上列方法均难计算基数的,法院可以参照知识产权许可使用费的倍数合理确定计算基数。可见,知识产权的无形性决定了其惩罚性赔偿的基数计算比较复杂,并可以同时考虑其交易属性。关于赔偿基数,由原告承担举证责任,同时适用优势证据标准。^⑤按照证明妨碍原则,如果被告无正当理由拒不提供或者提供虚假账簿、资料的,人民法院可以直接参考原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数。

尽管各知识产权单行法均明确将法定赔偿排除出基数的确定方式,^⑥以此坚持适用惩罚性赔偿的克制立场,防止赔偿基数全无客观标准仅凭主观酌定。^⑦然而,考虑到实践中当事人的举证意愿极低,关于实际损失、违法所得、许可使用费的举证又时常不为法院所采信,在此前提下不得不依靠法定赔偿确定补偿性赔偿数额。这就意味着惩罚性赔偿的计算基数不能绝对排除法定赔偿。

基数可否包括制止侵权的合理费用?考虑到制止侵权的合理费用发生于实际维权过程中,并非侵权的直接、必然结果,《著作权法》《商标法》《专利法》《反不正当竞争法》均将制止侵权的合理费用排除在计算基数之外,《知识产权惩罚性赔偿解释》第5条第1款也做了类似的原则性规定。例外的是,由于知识产权侵权、生态环境侵权等的损害具有无形性、系统性,制止侵权的成本较高,如不纳入基数对受害人权益保障的效度可能不够,^⑧因此,以《种子法》为代表的特别法明确将合理开支包含在计算基数之内。^⑨

(二) 法域协同

惩罚性赔偿不同于补偿性责任,兼具补偿和惩罚功能、公法和私法属性。基于此,更应考虑不同责任基于整体法秩序的协调和统一,为避免不必要的争议,具体协同方案应该由法律规定。

1. 责任的聚合。《民法典》第187条确立了不同性质的责任应该同时并存而不能互相替代的原则。因同一行为已经被行政机关给予罚款或者被人民法院处罚金,法院不得因此而免除当事人的惩罚性赔偿责任。如果行政处罚在前,后续发生了重复侵权,则惩罚性赔偿仍可照常适用。如果法院在民事诉讼中根据权利人要求判定了侵权人承担惩罚性赔偿责任,后来行政机关又进行行政处罚,可以实施收缴销毁侵权复制品、处以罚款,但一般情况下不应就同一

^⑤ 阿迪达斯公司与阮国强等侵害商标权纠纷案,浙江省温州市中级人民法院民事判决书(2020)浙03民终161号。

^⑥ 《商标法》第63条、《专利法》第71条、《著作权法》第50条、《反不正当竞争法》第17条。

^⑦ 罗曼:《知识产权侵权惩罚性赔偿制度的实践检视与体系完善》,载《法律适用》2023年第2期。

^⑧ 郭少飞、李彤:《数据侵权责任认定难题及其克服——以抖音群控案为例》,载《求是学刊》2022年第4期。

^⑨ 林广海、李剑、秦元明:《〈关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解和适用》,载《人民司法》2021年第10期。

侵权行为实施没收违法所得,除非该侵权行为在诉讼终结之后仍然持续。^④

由于罚款或罚金在法律功能上都是制裁,惩罚性赔偿的目的与罚款、罚金一致,在确定惩罚性赔偿金额时可以综合考虑已经给予的罚款、罚金,^⑤进行合理的折抵以避免重复处罚,避免过高的惩罚总额。例如,本来惩罚性赔偿最高可为二倍,但是考虑到违法行为人已被处罚金,最终按照生态环境受到损害至修复完成期间服务功能损失的一倍计算惩罚性赔偿金额。^⑥

2. 民事责任优先、非惩罚性赔偿优先。按照《民法典》第187条的规定,不同性质的责任同时并存时民事责任优先,因同一违法行为,被告须承担包括惩罚性赔偿在内的民事责任、行政责任和刑事责任,其财产不足以支付的,应当优先用于承担民事责任。考虑到惩罚性赔偿的制裁或预防功能已经超越了私法的本质要求,当所承担的既有惩罚性赔偿又有非惩罚性赔偿,财产不足以支付的,应当优先用于承担惩罚性赔偿以外的其他责任(《环境侵权惩罚性赔偿解释》第11条)。

3. 惩罚性赔偿可适用于公益诉讼。惩罚性赔偿具有惩戒、威慑、预防等公法职能,可以起到维护公共利益的作用,而公益诉讼也以维护公共利益为基本依归,二者交汇起来就产生惩罚性赔偿可否适用于公益诉讼的问题。肯定说主张,现实中惩罚性赔偿的适用范围不断扩大,存在从私益诉讼延伸至公益诉讼的趋势,尤其是在检察机关提起的刑事附带民事公益诉讼中,法院对于惩罚性赔偿的支持度更高。^⑦2021年公布施行的《人民检察院公益诉讼办案规则》中也明确规定,检察院在办理破坏生态环境和资源保护领域案件时可以提出惩罚性赔偿的诉讼请求。^⑧肯定说的理论依据有:(1)公益诉讼中主张惩罚性赔偿符合国家政策要求。中共中央《法治中国建设规划(2020—2025年)》第五部分第(十七)条中明确要求,要“拓展公益诉讼案件范围,完善公益诉讼法律制度,探索建立民事公益诉讼惩罚性赔偿制度”。(2)单纯就“被侵权人”的文义解释而言,难以得出受害人是特定主体的唯一结论。且从体系解释的角度来看,《民法典》第1234条、第1235条位列侵权责任编第七章最后两条,可谓全章的特殊规定,位列前五条的第1229条至第1233条,则系全章的一般规定。《民法典》第1232条关于惩罚性赔偿的规定是环境污染和生态环境破坏责任的一般规定,既适用于环境私益诉讼,也适用于环境公益诉讼。按照《环境侵权惩罚性赔偿解释》第12条第1句的规定,国家规定的机关或者法律规定的组织可以作为被侵权人代表,请求判令侵权人承担惩罚性赔偿责任。这为检察机关提起惩罚性赔偿公益诉讼奠定了实体法基础。(3)故意污染环境侵害公共利益,损害后果往往更为严

④ 陶乾:《民法典视角下知识产权民事制裁制度的废止》,载《法律科学》2022年第4期。

⑤ 《环境侵权惩罚性赔偿解释》第10条。

⑥ 吉林省吉林市人民检察院、王志彦等生态破坏民事公益诉讼一审民事判决书,吉林省吉林市中级人民法院(2022)吉02民初88号民事判决。

⑦ 洪潇潇、杨军:《食品药品安全刑事附带民事公益诉讼惩罚性赔偿的司法适用》,载《山东法官培训学院学报》2022年第4期。

⑧ 刘竹梅、刘牧晗:《〈关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

重,尤其需要发挥惩罚性赔偿的惩戒功能。^⑨检察机关依法主张侵权人承担惩罚性赔偿责任,更能体现检察公益诉讼维护社会公共利益的宗旨。未来还应当在我国个人信息保护公益诉讼中确立惩罚性赔偿制度。^⑩(4)惩罚性赔偿有利于弥补行政执法中按日计罚的实施困难,发挥加强环境民事责任的作用。根据《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(法释〔2020〕17号)第15条的规定,生态环境损失赔偿资金,并非向提起诉讼的国家规定的机关或者法律规定的组织直接支付,而是应当依照法律、法规、规章予以缴纳、管理和使用。《生态环境损害赔偿资金管理办法(试行)》(财资环〔2020〕6号)第6条第2款、第15条对生态环境损害赔偿资金的支付进一步作了明确。

否定说认为:(1)从各类单项罚款再到按日连续计罚,环境法中已有大量金钱惩罚,着实不必再通过公益诉讼施加,否则可能产生不当激励,加剧司法权与行政权的错位,助长实践中已颇浓厚的环境司法行政化倾向。^⑪(2)从文义看《民法典》第1232条,仅“被侵权人”可提起惩罚性赔偿,公益诉讼都不适用惩罚性赔偿规则。虽然《环境侵权惩罚性赔偿解释》第12条明确了国家规定的机关或者法律规定的组织可作为被侵权人代表提出惩罚性赔偿,但从“被代表”的主体及利益分析,该规定依然局限于被侵权人的私益保护,无法改变保护利益的性质。该条文规定在《民法典》第1234条、第1235条有关公益诉讼的规定之后,体系解释表明,其主要针对私益损害的情形。^⑫(3)《民法典》生态环境损害赔偿的规定已不限于填补功能,还兼具风险防范,已没有必要在公益诉讼中另行设置惩罚性赔偿。(4)生态修复责任与惩罚性赔偿一旦并用就可能违反比例原则,并加重企业负担。(5)由国家规定的机关或者法律规定的组织取得该部分赔偿金缺乏正当性。

我们赞成肯定说,惩罚性赔偿具有不可替代的作用与功能,在公益诉讼中引入惩罚性赔偿契合理论发展与实践需求,应当通过立法予以肯定。这一肯定也从程序和实体上体现了惩罚性赔偿的法域协同。缺陷产品致害、环境污染生态破坏侵权时常导致不特定多数人的权益遭受大规模侵权的,由检察机关等发动惩罚性赔偿公益诉讼更有利于以集约化方式整体解决纠纷,起到有效威慑和预防的作用。

四、结语

惩罚性赔偿应予以法定,法定主义对惩罚性赔偿的类型、构成要件和法律效果等提出了规范要求。不同的惩罚性赔偿之构成要件存在差别,不存在建立在严重损害、违反法律规定、故意等抽象要件基础上的一般条款。惩罚性赔偿的倍数及其效力也坚持法定主义,但是这种法定并不严格,允许当事人的有效约定或法院的调整。惩罚性赔偿应考虑不同责任的协同,具体

^⑨ 江西省浮梁县人民检察院诉A化工集团有限公司污染环境民事公益诉讼案,江西省浮梁县人民法院一审民事判决(检例第164号)

^⑩ 许身健、张涛:《个人信息保护检察公益诉讼的法理基础与制度完善》,载《法学论坛》2023年第1期。

^⑪ 巩固:《公法视野下的〈民法典〉生态损害赔偿条款解析》,载《行政法学研究》2022年第6期。

^⑫ 王利明:《〈民法典〉中环境污染和生态破坏责任的亮点》,载《广东社会科学》2021年第1期;张旭东、颜文彩:《环境公益惩罚性赔偿立法规定的缺失与补足——基于〈民法典〉第1232条及司法解释展开分析》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2022年第6期。

协同方案应由法律明确规定。

The Legal Doctrine of Punitive Damages in the Civil Code and Its Normative Requirements

Zhang Pinghua

Abstract: Although punitive damages are civil liabilities provided in private law, they assume the punitive function that should be realized by public law, and their types of application, establishment requirements and scope of compensation must be stipulated by law, that is, the legalism of punitive damages. The Civil Code of China establishes the normative basis of punitive damages and forms the structure of “general and divisional”, but the general provisions do not have a substantial control over the divisional provisions. Punitive damages are to some extent dependent on compensatory damages but also have their independence. Legalism is further developed in terms of constituent elements and legal effects. Elements of different punitive damages are normatively distinguishable and integrated, and there are no general provisions based on abstract elements such as serious damage, violation of legal provisions, and intentionality and so on. The multiples of punitive damages and their effects also insist on legalism, but this legalism is not strict and allows for effective agreement of the parties or adjustment by the court, Punitive damages should take into account the synergy of different liabilities, and the specific synergy scheme should be defined explicitly by law.

Keywords: punitive damages; constituent elements; legal effects; synergy of legal field

(责任编辑: 杨志航)