

惩罚性赔偿与刑事责任的 竞合、冲突与解决

吕英杰*

摘要 经营者生产、销售伪劣产品的场合经常会发生惩罚性赔偿责任和刑事责任的竞合。从惩罚性赔偿的属性来看,其与刑罚同属于惩罚措施,具有准刑罚性,因而同时适用惩罚性赔偿和刑事责任便会有“双重处罚”的危险。虽然有观点认为惩罚性赔偿对于刑法规制有弥补刑事处罚漏洞的特殊功能,但由于受到罪刑法定原则的制约,刑法漏洞无法通过其他部门法弥补,且在产品刑事责任领域并无弥补漏洞的必要。既然可以通过刑法手段追究产品经营者的责任,原则上就不需要再另设惩罚性赔偿制度。但考虑到现行立法已经引入了惩罚性赔偿制度,必须通过合理方案解决惩罚性赔偿与刑事责任的适用冲突问题。具体建议包括:禁止民事公益诉讼提起惩罚性赔偿、通过折抵避免重复处罚以及惩罚性赔偿的数额确定应符合比例原则等。

关键词 惩罚性赔偿 刑事责任 一事不再罚 产品责任

引言

约150年前,德国法学家鲁道夫·冯·耶林(Rudolph von Jhering)曾说:“我们现在对刑法和民法的区分,虽然从我们现在的法律系统分类的观点来看是有道理的,但却造成了一个弊病,即我们的科学完全忽视了惩罚概念在民法当中应当受到的重视”,“在现代世界中,惩罚的

* 厦门大学法学院副教授。本文系国家社科基金重大项目“网络金融犯罪的综合治理研究”(项目编号:17ZDA148)的阶段性研究成果。

概念一步步从民法的领域缩回到刑法的领域中去”。〔1〕耶林从“惩罚”概念史角度进行的论述,旨在反对民法将“惩罚权”完全交归刑法,应该重视民法在“惩罚”上的应有功能。

然而,大陆法系至今未曾将一部分惩罚权交还民法,德国的民事责任仍以利益恢复为目标。我国则效仿英美法系,在侵权责任中规定了“惩罚性赔偿”,将“惩罚性”手段引入民法。惩罚性赔偿一经立法认可,合法性根据问题便不再是理论关注的重点;惩罚性赔偿也不是理论自觉的产物,而是改革开放中期用立法惩治扰乱市场秩序行为的实用主义做法。〔2〕所以,目前的研究主要集中于如何适用惩罚性赔偿,大致形成了两种观点:扩大适用和限制适用。主张扩大适用者,〔3〕秉承功利主义、实用主义的哲学观,认为应更大程度地发挥惩罚与预防功能;主张限制适用者,〔4〕则认为惩罚性赔偿不同于恢复性责任,应考虑民事责任内部的协调乃至整体法规范体系的统一。其中,扩大适用说为有力学说,〔5〕同时正在成为一种立法取向。〔6〕需要考虑的是,法规范的“惩罚功能”是由多种责任手段共同实现的,在扩张一种责任的同时也应考虑与其他责任手段(如刑罚)的关系。所以,是否扩大适用惩罚性赔偿并不单纯是民法问题,还涉及民法和刑法的关系,应置于法系统中做整体考察。

本文拟从与刑法学关系的视角考察惩罚性赔偿,揭示其与刑事责任的竞合与冲突,并尝试提出冲突的解决方案。为了方便立论,本文集中探讨产品责任领域的惩罚性赔偿,即惩罚性赔偿最早、最普遍适用的领域。但本文结论也适用于其他可能发生惩罚性赔偿与刑事责任竞合的领域。〔7〕

一、惩罚性赔偿与产品刑事责任的竞合

由同一行为引发不同种责任形式的竞合,如刑罚与一般损害赔偿,在法律适用上是常见现象。有的竞合可以并存,有的存在冲突。惩罚性赔偿与刑事责任之间的冲突,以二者可能竞合

〔1〕(德)鲁道夫·冯·耶林:《罗马私法中的过错要素》,柯伟才译,中国法制出版社2009年版,第5页。

〔2〕税兵:“惩罚性赔偿的规范构造——以最高人民法院第23号指导性案例为中心”,《法学》2015年第4期,第108页。

〔3〕参见张新宝、李倩:“惩罚性赔偿的立法选择”,《清华法学》2009年第4期,第5页;王利明:“关于殴打、辱骂与惩罚性赔偿的适用”,《法学》2000年第1期,第32页;王利明:“美国惩罚性赔偿制度研究”,《比较法研究》2003年第5期,第1页;白江:“我国应扩大惩罚性赔偿在侵权责任法中的适用范围”,《清华法学》2015年9月,第111页。

〔4〕参见朱广新:“惩罚性赔偿制度的演进和适用”,《中国社会科学》2014年第3期,第105页以下;朱晓峰:“功利主义视角下惩罚性赔偿规则的完善——以民法典编纂为契机”,《吉林大学社会科学学报》2017年11月,第29页。

〔5〕参见张新宝等,见前注〔3〕,第8页。

〔6〕我国除了《民法典》《消费者权益保护法》《食品安全法》等规定了惩罚性赔偿之外,该制度也被认为也可以适用于商品房买卖、知识产权交易、环境保护等领域。

〔7〕如知识产权侵权与环境侵权领域。

为前提。本部分的目的是说明竞合如何发生,竞合的范围以及目前的司法适用状况。

(一)竞合的发生与范围

产品责任既包括民事责任,也包括刑事责任。惩罚性赔偿是产品民事责任的一种,而刑法典中也规定了产品刑事责任。具体表现为,刑法典第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的“生产、销售伪劣商品罪”(第140条至第148条)一节,^{〔8〕}共设立九个罪名,包含对一般伪劣产品的规制,也包含对缺陷药品、食品、医用器材、化妆品等特殊产品的规制。

当某个生产、销售缺陷产品(或者伪劣产品)的违法行为同时触发惩罚性赔偿责任和刑事责任时,就会发生二者的竞合。具体的竞合范围多大,要从产品责任的“罪过形态”和“损害后果”两方面入手进行分析。

首先,从主观罪过形态度。产品侵权责任是无过错责任,损害赔偿不以生产者、销售者有过错为前提。但若追究惩罚性赔偿责任,根据《民法典》第1207条的规定,须经营者“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,或者没有采取有效补救措施”,即当侵权人主观为故意时,才承担惩罚性赔偿责任。而对于产品刑事责任,刑法典所规定的“生产、销售伪劣商品罪”一节中的所有犯罪均为故意犯罪,没有专门规定过失产品经营者的犯罪。^{〔9〕}所以,在行为人明知产品缺陷而故意生产、销售的场合,容易发生惩罚性赔偿与刑事责任的竞合。

其次,从损害后果度。根据产品侵权是否导致损害后果,可将引发惩罚性赔偿的侵权责任分为两类。第一类是发生损害后果的,致害型侵权,如上述《民法典》第1207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,受害人有权请求相应的惩罚性赔偿。”所以,惩罚性赔偿以受害人人身受到损害为条件,赔偿数额也以损害大小为根据。在刑事立法上,也规定了以发生危害结果为处罚条件的实害犯和结果加重犯。因而,在导致了实际损害结果的场合,容易产生惩罚性赔偿与刑事责任的竞合。而在不以危害结果为构成要件的场合,如《刑法典》第140条“生产、销售伪劣产品罪”,只要求达到一定销售金额,便不会发生此种类型的竞合,但可能与另外一种类型的产品侵权发生竞合。第二类可能引发惩罚性赔偿责任的侵权是未发生损害后果的,单纯欺诈型侵权。^{〔10〕}该类型侵权不以造成人身损害为条件,且惩罚性赔偿额度不以人身损害为参照标准,而是根据购买产品时消费者所支付的价款来确定,如《消费者权益保护法》第55条、《食品安全法》第148条第2款。^{〔11〕}此类惩罚性赔偿责任容易与“生产、销售伪劣产品罪”发生竞合:当行为人以假充真、以次充好,故意生产销售“伪产品”“劣产品”欺诈消费者时,既可能构成本罪,也可能导致惩罚性赔偿责任。

综上,当产品经营者主观上有故意时,经常会导致惩罚性赔偿与刑事责任的竞合;从危害

〔8〕 刑法典所规定的的产品监管渎职犯罪不在本文讨论之列。

〔9〕 但理论上仍然存在根据过失致人死亡罪、过失致人重伤罪追究过失产品责任的可能。但因过失产品责任不会导致惩罚性赔偿,因而不会产生本文所说的的竞合与冲突问题。

〔10〕 也有人认为是违约责任。参见高志宏:“惩罚性赔偿的二元体系与规范再造”,《比较法研究》2020年第6期,第188页。

〔11〕 该条款规定:故意生产、销售不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金(不足一千元,为一千元)。

后果看,是否发生人身损害后果均有竞合的可能,只是惩罚性赔偿的计算标准有所区别。总体上,惩罚性赔偿与产品刑事责任有大范围竞合的可能,竞合时如何适用是值得研究的问题。

(二)我国竞合适用的现状

责任竞合时,或择一适用,或并立适用。对于惩罚性赔偿与产品刑事责任,我国司法实践的做法是并立适用,兹举一例予以说明。

2017年2月至2018年10月,被告人朱某在明知“波立维”“立普妥”“可定”等9种药品为假药的情况下大量购入,并组织其他被告在全国多地通过微信销售牟利。其中,朱某个人销售假药80余万元。江苏省海安市人民检察院以“销售假药罪”提起公诉,同时提起附带民事公益诉讼。法院判决,被告朱某等人构成销售假药罪。其中,朱某因销售假药数额巨大,被判处有期徒刑十年并处罚金80余万元(销售金额的一倍),同时被判令在全国发行的媒体上公开赔礼道歉、发出消费警示,并支付惩罚性赔偿金238万余元(销售金额的三倍)。〔12〕本案中,被告因故意销售假药同时承担两种惩罚性责任,且惩罚性赔偿数额明显高于罚金数额。

本案是最高人民检察院的典型案,具有示范意义。通过查阅销售伪劣产品的刑事判决,会发现追究刑事责任同时判处惩罚性赔偿的现象比比皆是。可以说,产品刑事责任与惩罚性赔偿并立适用已是我国司法实务的常态。然而,两种责任并立是否存在冲突、是否有“双罚”之虞成为问题。解决该问题之前,须先阐明惩罚性赔偿的性质与功能。

二、惩罚性赔偿的性质阐明与功能批判

关于惩罚性赔偿的性质,可以从侵权人和受害人两个角度分析。

(一)惩罚性赔偿对侵权人的准刑罚性

王泽鉴曾说:“惩罚性赔偿具惩罚、报应及吓阻的作用,同于刑罚,因此被称为准刑罚或刑事侵权(crim-tort),乃穿着民事请求权衣服的刑事制裁。”〔13〕惩罚性赔偿,重点是惩罚,对侵权人具有“准刑罚性”。

惩罚性的根据源自侵权人的“重大过错”,在我国则为“故意”;惩罚性的目的在于,惩戒与威慑侵权人的重大恶行。如美国《侵权行为法(第二次)重述》第908条官方评注所言,惩罚性赔偿的目的不是补偿原告,而是惩罚与威慑被告;惩罚性赔偿是对类犯罪行为的制裁,以“类似于犯罪”的严重违法行为为基础。这一点可以从如下几个方面分析。

从责任根据上看。一般的产品侵权是无过错责任,以损害和因果关系作为责任根据,而惩罚性赔偿则以故意作为条件,适用过错责任原则。惩罚性赔偿看重过错程度,所以不适用于轻微违反注意义务的行为,而是针对具有不法性和道义上应受谴责的行为。〔14〕这一点也与刑罚类似。

〔12〕 济南市新天地药品连锁有限公司、钟祥市海子河药房有限公司等销售假药案,刑事附带民事判决书(2019)苏0621刑初165号。

〔13〕 王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第365页。

〔14〕 王利明,见前注〔3〕,第9页。

刑事责任的根据从道义责任论发展到规范责任论,并未发生本质变化,后者只是在前者基础上加入规范判断要素,而不是要取代。^[15] 所以,刑事责任不以因果性的客观危害为依据,而是将过错支配下的行为作为谴责对象,这一点与惩罚性赔偿是一致的。

从责任功能上看。一般民事责任的功能是弥补损失,而惩罚性赔偿则“迥异于传统的损害赔偿制度,其目的不是补偿被害人所受损失,而是惩罚不法行为人并威慑其他可能实施类似不法行为的人”。^[16] 具体到产品责任,惩罚性赔偿“可被有效地用于产品诉讼以惩罚并遏制公然无视公共安全的缺陷产品流入市场的行为”。^[17] 我国学者朱广新认为,“惩罚性赔偿实质上是一种利用私法机制实现本应由公法担当的惩罚与威慑目的的特殊惩罚制度”,是有条件地认可私人之间的报应,^[18]明确了惩罚性赔偿承担“准刑罚”功能。^[19] 刑罚是报应与预防,通过发挥这两方面的功能达成社会治理目的。惩罚性赔偿制度也具有这两方面的功效,所以称为“准刑罚”是恰当的。

从责任发动主体及归属对象来看。实践中,惩罚性赔偿的诉讼请求或由受害人自行提出,或检察机关等相关组织通过公益诉讼提出。由受害人主张时,表面上仍是当事人之间的平等法律关系,但与双方约定超额违约金或者超额赔偿的纯自由意志表达不同,惩罚性赔偿的诉讼中包含了国家因素,体现了国家对于恶意侵权行为的制裁。因为在法律评价上,恶意侵权行为不仅是对私人的损害,也构成对社会的侵害,具有道义上的可谴责性,因此赔偿数额应大于所受损失。^[20] 当法律允许对受害人支付惩罚性赔偿时,就改变了民事当事人之间的平等结构,事实上允许当事人一方在国家的授权下对另一方施加“惩罚”,而同时获得一定收益。当由检察机关在民事公益诉讼中提起惩罚性赔偿请求时,赔偿金额会悉数归属国家,这更明显地体现出,惩罚性赔偿是一种由国家发动的对过错行为的制裁手段。^[21] 所以,无论谁发动了惩罚性赔偿诉讼,最终判决都体现了国家权力对重大违法行为的惩罚意志。

从责任证明标准来看。一般而言,我国民事诉讼采用“高度盖然性”的证明标准。但最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》《关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》将“欺诈”的证明标准由“高度盖然性”提高到“排除合理怀疑”,与刑事诉讼相一致,变相认可了惩罚性赔偿的“准刑罚”性质。

[15] 张明楷:“责任论的基本问题”,《比较法研究》2018年第3期,第1页。

[16] David G. Owen, “Punitive Damages in Products Liability Litigation,” *Michigan Law Review*, Vol. 74, No. 7, 1976, p. 1261.

[17] Ibid.

[18] 朱广新,见前注[4],第105页以下。

[19] 行政处罚也属于惩罚性措施,但是由行政机关直接执行,无需司法判决,这一点与惩罚性赔偿不同。所以学者多将惩罚性赔偿与刑罚相类比。

[20] See Thomas B. Colby, “Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs,” *Minnesota Law Review*, Vol. 87, No. 3, 2003, pp. 583—678; Helmut Koziol, “Punitive Damages—A European Perspective,” *Louisiana Law Review*, Vol. 68, No. 3, 2008, pp. 741—764.

[21] 王利明:“关于殴打、辱骂与惩罚性赔偿的适用”,《法学》2000年第1期,第35页。

(二) 惩罚性赔偿对受害人的奖励性

惩罚性赔偿突破了民事责任的衡平原则,承认补偿损失之外的超额赔偿。那么,对受害者而言,惩罚性赔偿便成了因受欺诈获得的额外价值。这部分价值可以理解为对受害人的奖励。

在美国,惩罚性赔偿被看作是受害人的“收益”。部分州规定,获得惩罚性赔偿的受害人须按照一定比例上缴政府,剩余部分才归受害人。例如,尤他州规定惩罚性赔偿超过2万美元的,50%归州政府部门;佐治亚州规定惩罚性赔偿的75%归州政府所有。^[22]于上缴部分的性质,美国法认为属于受害人向联邦政府缴纳的个人所得税。^[23]换言之,美国法上惩罚性赔偿属于受害人的“收入”。但考虑到税率之高,该收益并非一般收入,其正当性是值得质疑的。我国不承认不当得利,消费者因受害获利并非合法性根据,因而“收益说”在我国难以成立。

我国部分学者仍坚持惩罚性赔偿是补偿措施,理由是我国没有建立起“完全补偿制度”,一般损害赔偿无法实现对受害人的完全补偿,需要借助惩罚性赔偿予以补救。^[24]如有学者提出,恶意侵权具有侮辱性,除了物理损害外,还会带来“尊严”“感情”心理性侵害,一般损害赔偿无法全面补偿,惩罚性赔偿则能实现对精神的损害赔偿。^[25]也有学者提出:“如果不采用惩罚性赔偿,就很难对受害人提供充分的补救,从而不能实现社会的正义。”^[26]然而,为了弥补受害人的心理痛苦、情感创伤,已经有了精神损害赔偿制度,^[27]其赔偿标准是依精神损失确定。惩罚性赔偿的数额数倍于人身伤害或者财产损失,显然与损失弥补无关。^[28]追根溯源,我国当初引进惩罚性赔偿也不是为了补偿受害人的精神损失,而是独立于损害赔偿之外的超额赔偿措施。

惩罚性赔偿的性质,本文认为应理解为一种奖励措施。立法者试图通过超额赔偿制度鼓励受害人积极行使权利,同时达到监督产品经营者的目的,起到部分代替行政机关的作用。波斯纳(Richard Allen Posner)曾提出,解决消费欺诈、产品安全事故等问题通常有两条基本路径:直接的行政规制和通过私人主张权利的间接性规制。^[29]将私人主张也作为国家治理的政策选项,是看重个人监督在弥补行政资源投入不足、行政效率不高上的优势。^[30]我国也有学者认为,“在

[22] See John C. P. Goldberg, Anthony J. Sebok and Benjamin C. Zipursky, *Tort law: Responsibility and Redress*, 4th Edition, Dutch: Woters Kluwer, 2016, p. 536.

[23] 参见孙效敏:“奖励制度与除发行制度之争——评我国《侵权责任法》第47条”,《政治与法律》2010年第7期,第89页以下。

[24] 郑晓剑:“侵权损害完全赔偿原则之检讨”,《法学》2017年第12期,第157页以下。

[25] Richard W. Wright, “The Grounds and Extent of Legal Responsibility,” *San Diego Law Review*, Vol. 40, No. 4, 2003, pp. 1425—1532.

[26] 王利明,见前注[21],第36页。

[27] 从司法实践来看,被害人同时获得精神损害赔偿与惩罚性赔偿,因而不能将二者混同。

[28] 我国精神损害赔偿标准较低,难以达到全面补偿的目的,但这不是另设惩罚性赔偿的理由,正确的做法是合理调整精神损失赔偿数额。

[29] (美)理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》上册,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第55页以下。

[30] 赵鹏:“惩罚性赔偿的行政法反思”,《法学研究》2019年第1期,第41页。

行政规制失灵的现实背景下,动员私人参与公共规制具有现实合理性”。〔31〕但需要注意的是,波斯纳提出的两种规制模式是对英美模式的总结。如后所述,英美法系极少针对产品责任动用刑法,需要借助私人力量实现社会治理。但我国为保障产品安全已经准备了充足的刑事手段与行政手段,再赋予私人以规制权限便缺乏必要性与合理性。此外,惩罚性赔偿是否可以达到鼓励民间监督的效果,也需要进一步研究。事实上,已有学者指出立法者“对惩罚性赔偿的保护、激励作用明显期待过高”。〔32〕一方面,惩罚性赔偿对私人的激励效果有待证实;另一方面,知假买假、“职业打假”的出现不得不引起注意。毋庸置疑,惩罚性赔偿的整体社会效果仍是存疑的。但是如果考虑到受害人积极提起诉讼的行为在“个案”中确实能够起到对特定产品经营者(被告)的监督作用,并能够通过司法判决纠正企业的违法犯罪行为,则其在客观上对提升产品质量的确具有积极作用。从这一社会价值出发,法院判决受害人获得惩罚性赔偿作为“奖励”并不为过。但前提是赔偿数额控制在合理范围内,否则便会丧失奖励的属性,成为受害人的不当获利。

综上,惩罚性赔偿具有两个属性——惩罚性和奖励性,而本质属性仍是惩罚性,受害人获得奖励只是惩罚的附随效果。所以,在分析、评价惩罚性赔偿制度时,应考虑其对被告人是否公平。

(三)惩罚性赔偿弥补刑法漏洞功能的批判

性质决定功能;惩罚性赔偿是准刑罚措施,具有类刑罚功能。立法者赋予惩罚性赔偿以惩罚功能,必须建立在已有法体系存在处罚漏洞、难以完全实现惩罚功能的基础上,即有学者提出的惩罚性赔偿的弥补刑法漏洞功能。

如王利明指出:“民法的方法和刑法的方法的二元分割,使得一些不法行为不能受到法律应有的调整。惩罚性赔偿制度补充了民法、刑法二元分割造成的法律调整‘相对空白’,使得各种不法行为人都承担其应负的法律责任,从而实现法律对社会的妥善调整。”〔33〕朱广新则论述,正是基于惩罚性赔偿的特殊性,它可以弥补刑法、刑事诉讼法在满足社会大众惩罚需求上的立法或司法缺陷。〔34〕上述二位学者均认为,在刑民划分的“二元体系”下,刑法势必存在惩罚上的漏洞或缺陷,若发挥惩罚性赔偿的惩罚功能恰恰可以填补漏洞、弥补缺陷。

对此本文持反对态度,具体理由如下。

首先,刑法虽有漏洞,但不可由其他部门法填补。刑法应该禁止的而未予禁止便产生了处罚漏洞。处罚漏洞是无法避免的,刑法不可能涵摄所有应受处罚的行为,反而经常滞后于社会发展。刑法漏洞需要填补,但只能通过刑事立法的方式完成,〔35〕在修法之前,由于“罪刑法定原则”,只能容忍漏洞的存在。但面对恶行人们总有处罚的冲动,主张用惩罚性赔偿弥补刑法漏洞的学者便是希望做到应罚尽罚,看到刑法在罪刑法定的“捆绑”之下束手束脚就想到用其

〔31〕 同上注。

〔32〕 朱广新,见前注〔4〕,第121页。

〔33〕 王利明,见前注〔3〕,第15页。

〔34〕 朱广新,见前注〔4〕,第116页。

〔35〕 可以通过解释方法弥补的不属于漏洞。

他手段代替刑罚进行惩罚。那么,在与刑事责任相邻接的侵权责任中规定惩罚性赔偿便成了立法之选。

然而,刑法的品格就是自我设限,宁可留下处罚漏洞,也要坚守“罪刑法定”。在修法之前保持处罚的克制是刑法对人权的最大尊重,也是法治文明的重要标志。当刑法将罪刑法定作为自己的第一原则时,就预设了漏洞填补的唯一合法方式——修法,在应罚尽罚和暂留漏洞之间选择了后者。面对实质上应罚的行为,由于刑法未事先禁止便应果断放弃惩罚,这是刑法的自我规定性,也是法治的自觉。如果形式上坚持罪刑法定原则,又以其他责任措施行刑罚之实,就是在事实上背离了刑法的基本原则。对此,我国学者朱广新采取了折中的观点,认为惩罚性赔偿责任应该与罪刑法定原则相协调,提出惩罚性赔偿也应遵循“法定”原则。^[36]这一观点试图以“法定”原则限制惩罚性赔偿的适用范围,具有积极意义,但是惩罚性赔偿责任的法定只能是“民法法定”,而这无疑认同了在民事规范中设立准刑罚性责任,根本上还是与罪刑法定原则相抵触。

其次,在产品责任领域,刑法规制已足,无需填补漏洞。如前所述,我国刑法已明确规定若干产品犯罪的法条,设立多种类型的产品犯罪——实害犯、具体危险犯、抽象危险犯,又通过设定普通法条(第140条的生产、销售伪劣产品罪)和特别法条的方式,尽量避免刑法规制的缺漏。应该说,刑法对故意产品责任的规定已比较完备。或许有人认为,虽然经营者故意生产、销售了伪劣产品,但可能因为不满足犯罪构成的某些要素——销售金额未达五万元,未发生实害犯的实害结果,未出现具体危险犯的具体危险^[37]——而无法追究刑事责任,^[38]便会导致处罚漏洞。以上情况虽不成立犯罪,但不等于不受任何处罚。生产、销售伪劣商品的犯罪都是行政犯,行为均具有行政违法性,为了与行政违法相区分,刑法才规定了销售金额、实害结果、具体危险等限制性条件。因此,虽然行为不构成犯罪仍可以受到行政处罚。^[39]在此前提下,如果对不构成犯罪的违法行为科以惩罚性赔偿,也会产生与行政处罚的双重处罚问题。

最后,主张以惩罚性赔偿弥补刑事处罚漏洞是站在英美法系立场做出的论断,并不符合我国国情。英美法系在产品责任领域极少动用刑罚,所以必须通过其他手段完成“惩罚”严重违法行为的任务,高额的惩罚性赔偿便成了立法者的选择。如后文所述,这是英美法特定的立法背景、司法背景之下的实用主义选择。然而我国国情颇为不同,对产品责任我国已经有充足的

[36] 参见朱广新,见前注[4],第115页以下;亦参见汤臣倍健股份有限公司与赵江辉产品责任纠纷上诉案,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2016)京03民终113号。

[37] 抽象危险犯只要具备生产、销售相关伪劣产品的行为即构成犯罪。

[38] 例如,如超市销售过保质期的香肠,并未产生对于人体危害的具体危险,不构成销售不符合安全标准的食品罪,但现实中可能被追究惩罚性赔偿的责任(参见孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案,南京市江宁区人民法院民事判决书,(2012)江宁开民初字第646号)。

[39] 如《食品安全法》第123条以下规定,对于食品经营者的违法行为,尚不构成犯罪的,由食品安全监督管理部门没收违法所得和违法生产经营的食品,并可以没收用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;违法生产经营的食品货值金额不足一万元的,并处十万元以上十五万元以下罚款;货值金额一万元以上的,并处货值金额十五倍以上三十倍以下罚款;情节严重的,吊销许可证,并可以对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五日以上十五日以下拘留。

刑事和行政规制手段,再引入惩罚性赔偿在学理及实务上都会导致难以调和的问题,值得商榷。

三、两大法系对两种责任的择一适用

(一)英美法系的实用主义选择

在解决重大的缺陷产品致害案件时,英美法系的司法机关更愿意选择惩罚性赔偿,而不是刑罚。在两种具有惩罚性的责任中择一适用,一方面可以避免双重处罚的弊端,另一方面也是实用主义哲学的产物。

然而,在侵权责任中规定惩罚性赔偿,在英美法的学理上并非没有争议。“惩罚性赔偿虽自美国建国以来就是其法律制度的一部分,但也自产生之日起即周期性地成为争议的焦点”,最重要的反对理由是,惩罚性赔偿“将刑事惩罚引入了侵权法”“愚弄了刑法与侵权法的边界、公法与私法的边界、惩罚与赔偿的边界”。^[40]反对观点至今仍在发生影响。在立法上,美国并非所有州均承认惩罚性赔偿,至少四个州完全否认这一制度;^[41]在司法实践上,尽管惩罚性赔偿经常因数额巨大而受到关注,^[42]但从适用案件的绝对数量来看,整体上获得陪审团支持的惩罚性赔偿案件极少,近年只有不到5%,^[43]而兰德斯(William M. Landes)与波斯纳的研究成果则表明,只有2%的涉及产品责任的案件被判决惩罚性赔偿。^[44]

尽管惩罚性赔偿制度的受关注度与实际适用状况不成比例,但相比对企业经营者追究刑事责任,英美法系还是更愿意适用惩罚性赔偿,即便对明知产品存在缺陷而涉嫌欺诈的经营者也是如此。虽然我们也可以在小部分立法中看到产品刑事责任的规定,^[45]但司法实践中判决产品经营者有罪的案例极为少见。司法者选择以惩罚性赔偿对企业进行惩罚,而不再对企业及其经营者动用刑罚。

英美法系这一司法态度有其实用性考量。在英美法中,惩罚性赔偿被视为“灵活的工具”,游走于民法和刑法之间,既可以使惩罚不必受制于罪刑法定,还“可以跨越侵权法和刑法,促进

[40] Goldberg and Sebok, supra note 22, p. 519.

[41] Owen, supra note 16.

[42] 美国的惩罚性赔偿数额巨大这一点也颇受诟病,例如,大法官桑德拉·戴·奥康纳(Sandra Day O'Connor)承认,“法院及其成员已经不止一次担心惩罚性赔偿会因莫名其妙的任性或激情‘失去控制’”。See Victor E. Schwartz and Cary Silverman, “Criminalizing Product Liability Law: Putting to Rest a Bad Idea,” released by the U.S. Chamber Institute for Legal Reform, October 2006.

[43] Goldberg and Sebok, supra note 22, p. 528.

[44] Owen, supra note 16.

[45] 如《美国模范刑法典》规定,只要有董事会或者高级管理者的授权或轻率地容认,无论是代表公司从事犯罪行为个人还是公司本身,都可能受到刑事处罚(See Model Penal Code § 2.07.).再如,《食品和化妆品法案》(Federal Food, Drug, and Cosmetic Act)、《交通召回改进、责任与文档法案》(TREAD)等法案中均有关于产品生产企业因生产缺陷产品而构成犯罪并处罚相关管理者的规定。但是,实务上多止于民事诉讼,处罚公司管理者的案件更是罕见。

两者目标的实现”。〔46〕因而在英美法系,惩罚性赔偿被认为最符合法规的目标设定,也最方便适用。在司法者眼里,企业经营者以追逐利益作为最终目的,而通过成本与利润的核算,精明的企业家一定会使产品利润大大超过可能支出的补偿性赔偿数额,〔47〕所以必须通过高额的惩罚性赔偿使企业无利可图,从而达成惩罚和预防的目的。然而,惩罚性赔偿制度的实际运行效果并不如预期,同时还保护了大企业集团及其经营者的利益,造成社会不公。

以美国“强生集团”为例,该企业多次被判巨额惩罚性赔偿,却仍然保有持续盈利的能力。强生集团曾因其生产、销售的“婴儿爽身粉”导致卵巢癌,在2018年被密苏里州圣路易斯法院判决支付22名卵巢癌患者及其家人近47亿美元赔偿金,其中惩罚性赔偿约41.4亿美元。〔48〕这只是强生集团面临诸多诉讼中的一小部分;仅2016—2019年,强生集团因婴儿爽身粉致癌而被起诉的民事诉讼案件便超过了一万件,赔偿额度超过344亿元。〔49〕而“强生”面临的产品侵权诉讼除涉及婴儿爽身粉外,还包括其生产的抗精神障碍药物、隐形眼镜、医疗器材等多种商品。2019年宾夕法尼亚州费城民事诉讼法庭判决强生公司向被害人支付80亿美元的惩罚性赔偿,原因是其生产的治疗精神障碍的药物会导致乳腺发育异常。〔50〕这只是诸多案件中的一个,涉缺陷产品或伪劣产品致害的案件往往不是单一的,会衍生出一系列案件或者集体诉讼,企业赔偿额度之巨可想而知。但何以“强生”依然能持续获得可观利润,甚至居全球药企之首?〔51〕理由是,惩罚性赔偿虽然数额巨大令人瞠目,但实际惩罚效果甚微,企业总有办法规避责任。①分散责任。作为一个跨国公司,强生在全球设有230多家分公司,旗下拥有强生婴儿、露得清、邦迪、达克宁、泰诺等多个知名品牌。集团公司的多种经营很好地分散了企业风险,集团的强大实力也足以保证旗下公司渡过难关。②转嫁责任。一旦立法上规定了惩罚性赔偿,惩罚性赔偿便会同一般损害赔偿一起被算作企业经营成本,而拥有行业定价权的大集团公司则通过主导产品定价轻易地让消费者为其违法行为买单。③转移责任。这一点则通过现代企业责任保险制度来实现。美国约半数的州允许将惩罚性赔偿责任作为承保对象,法院也

〔46〕 David G. Owen, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform,” *Villanova Law Review*, Vol. 39, No. 2, 1994, p. 413.

〔47〕 参见(德)冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,张新宝译,法律出版社2001年版,第747页。

〔48〕 Evelyn Zhang:《强生致癌案宣判赔22人47亿美元,盘点近15年强生打过的官司和天价罚单》,载前瞻网, https://t.qianzhan.com/caijing/detail/180824-95c0ec44.html?tdsourcetag=s_pcqq_aiomsg, 最后访问日期:2022年8月18日。

〔49〕 鲍一凡:《强生爽身粉疑含致癌物被调查 过去3年赔偿超344亿元》,载新浪财经, <https://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2019-07-15/doc-ihytcerm3737005.shtml>, 最后访问日期:2022年8月18日。

〔50〕 郭文培:《天价惩罚性赔偿创新高 传颂‘我们的信条’强生却屡陷信任漩涡》,载新浪财经, <http://finance.sina.com.cn/stock/relnews/us/2019-10-16/doc-iicezrr2520608.shtml>, 最后访问日期:2022年8月18日。

〔51〕 据统计,2019年强生实现总收入820.59亿美元,比第二名多出200亿美元。参见《全球药企2019年收入前3强,业绩曝光!》,载搜狐网, https://www.sohu.com/a/390350085_100011502, 最后访问日期:2022年8月18日。

会肯定保险契约中惩罚性赔偿条款的效力。^[52] 由此,企业拥有多重规避惩罚性赔偿责任的手段,难以形成重大违法行为的避免动机,无论惩罚效果还是预防效果自然不佳。

英美法系在惩罚性赔偿和刑事责任之间选择前者,^[53]是实用主义的产物。表面上看,它最大限度维护了各方利益:既使违法者受到处罚,又使消费者获得了巨额赔偿,还使政府获得了不菲的税收。但外表的利益平衡背后,真正保护的是大企业集团和大资本家的利益。从消费者角度,高额惩罚性赔偿虽然可以一时平息其愤怒,但资本并不真正在乎产品质量与安全,广大消费者仍将是终极的受害者。所以,若要真正解决产品安全问题,保护消费者利益,必须运用刑罚手段。对企业决策者、主要负责人追究刑事责任,才能产生威慑和预防的效果。只有违法后果无法以简单的数字衡量并计入成本与利润核算时,才是企业真正改变的开始。

(二)大陆法系对“刑民二分”体系的维护

大陆法系一向反对承认惩罚性赔偿的合法性,根源在于对刑民二分法体系的坚持:民法与刑法的职能不同,二者可以配合但不能混同。

德国联邦最高法院曾否定美国的一项判决,清楚阐述了其在惩罚性赔偿上的立场及理由。在美国的判决中,被告少年由于受到性虐待而被判应得 750,260 美元赔偿金,其中包含 400,000 美元的惩罚性赔偿。德国最高法院拒绝承认该判决的效力,理由是:“它有悖于公共秩序,因为在德国法体系下,惩罚与威慑是刑法的责任。”^[54] 与其裁判精神相同,《欧洲议会及理事会关于适用于非合同义务的法律规定》第 24 条也指出,如果法律条款的适用会导致非补偿性效果,如惩罚性赔偿,那将与欧盟的公共政策相背离,同时,考虑到侵权法的有限性,“侵权法……不可能对于合法获得的财产提供足够的保护,也不可能产生必要的威慑效果”。^[55] 在对待惩罚性赔偿的态度上,日本与欧洲大陆保持一致,其最高裁判所曾明确表示:“在损害赔偿里不能含有对致害人处以刑事处罚性的或行政处罚性的罚金。”^[56]

大陆法系普遍拒绝引入惩罚性赔偿制度,^[57]是对“刑民二分”体系的维护,坚持认为“惩罚”功能具有专属性,非民事责任可以承担。大陆法系在立法和司法上均允许在罪刑法定的框架下追究产品经营者的刑事责任,而不是在刑法之外另设惩罚措施。大陆法系也正是通过对重大产品犯罪行为追究刑事责任,来促进企业合法、合规地为社会创造价值,防止英美法上的企业转移、转嫁责任,从而真正实现惩罚和预防的目的。更重要的是,在大陆法系看来,如果引入惩罚性赔偿,允许该制度游走于侵权法与刑法之间,使其既充当惩罚角色,又不受罪法定

[52] 王泽鉴,见前注[13],第 365 页。

[53] 利用 westlaw 数据库以 product liability 和 Johnson and Johnson(强生公司)为关键词搜索刑事案例,搜索结果共 28 个,但无一例为真正的刑事案件。例如,在 Terry ASTON v. Johnson and Johnson 案中,虽然认可了“欺诈”,但最终仍止于民事责任。

[54] Koziol, supra note 20, p. 748.

[55] Koziol, supra note 20, p. 748.

[56] 白绿弦:“简介日本最高法院对美国惩罚性赔偿作出无效判决”,《法律文献信息与研究》1997 年第 4 期,第 18 页。

[57] 法国近来对惩罚性赔偿的态度开始有松动的迹象,详见后文论述。

的法理约束,则有双重处罚的危险,造成对被告权利的不当侵害。

综上,英美法系从实用主义出发,选择惩罚性赔偿来惩罚和遏制重大产品侵权;大陆法系则恪守刑民二分,将侵权责任限制在损失补偿的范围内。两大法系各有取舍,比较之下,英美法系看似实用,但效果不佳,且有失公允;而大陆法系坚持“惩罚”的道义基础,严守侵权责任边界,更符合法理,也更利于实现惩罚与预防的目的。同时也应注意到,两大法系在差异背后也有一个共同点:二者均为择一适用,避免重复处罚。

四、我国两种责任并立适用导致的冲突

与两大法系的择一适用不同,我国既在刑法中规定产品刑事责任,又在民法中规定惩罚性赔偿,且司法上经常并立适用。这是否导致两种责任发生冲突、触犯“一事不再罚原则”,值得研究。

(一)并立适用导致“双罚”危险

一事不再罚原则,是指如果针对同一行为的不同处罚具有同一性质,则不得重复适用。我国对这一原则的规定主要见于行政法。如《行政处罚法》第29条规定,对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚;第35条规定,若因同一违法行为导致同一性质的行政处罚和刑罚,已受到的行政处罚应该在刑事处罚中予以折抵。根据该规定,一事不再罚原则似乎只适用于行政法内部或行政法与刑法之间。的确,一般认为民事责任与刑事责任(或行政责任)之间不会发生重复处罚的问题。根据《民法典》第187条的规定,民事主体因同一行为被追究民事责任和刑事责任时,刑事责任的执行不影响民事责任,而且在民事主体财产不足时应优先用于承担民事责任。同时,民事赔偿执行完毕后再执行罚金的,也无需折抵。但这里的民事责任应仅限于补偿、恢复性的责任,民事责任优先也是为首先赔偿受害人的损失,充分保护受害人利益。因而,上述规定不应适用于惩罚性赔偿。一旦允许惩罚性赔偿与刑罚并合适用,则有触犯一事不再罚原则之虞。

首先,惩罚性赔偿属于“罚”,应受一事不再罚原则的制约。该原则旨在保护被告人权,是否触犯本原则,端看不同处罚是否针对同一违法行为,以及是否属于同一性质的处罚,而不是机械地参照和解释法律规定。如我国刑法虽然没有禁止双罚的规定,但也当然适用此原则;劳动教养、收容教育、司法拘留等措施也不属于行政处罚,但均具有拘束性、惩罚性,也应受到该原则的约束。^[58] 惩罚性赔偿并非一般意义上的民事责任,它与刑罚、行政处罚一样遵从责任主义,^[59]均体现对恶意侵权人的非难,都是惩罚。既然是惩罚,就应避免双罚。

其次,惩罚性赔偿与罚金都属于财产性罚则,不能重复适用。财产性责任有多种,并非都不能并存。例如,一般损害赔偿和罚金功能不同且归属对象不同。前者以权利恢复为目的,归

[58] 同时,参见练育强:“行刑衔接视野下的一事不再罚原则反思”,《政治与法律》2017年第3期,第130页。

[59] 杨利敏:“论我国行政处罚中的责任原则”,《华东政法大学学报》2020年第2期,第113页。

属于受害人；罚金以惩罚和预防为目的，归属国家。二者不会发生冲突。又如，没收违法所得、非法财物属于行政处罚措施（《行政处罚法》第9条，《刑法典》第64条），旨在剥夺行为人因违法行为获得的非法利益，虽与罚金一样收归国家所有，但因没收的效果是使行为人财产状况恢复到犯罪之前的应有状态，而不是对其自有财产的剥夺，所以不具有惩罚性，因此可以与罚金刑同时适用。

但惩罚性赔偿不同，它是被告赔偿受害人损失与没收违法所得之外的财产剥夺，与罚金类似。二者无论从手段方法、目的功能、还是给被告人带来的痛苦的性质上均具有共通性。因而，若同时适用这两种责任，则导致“双重处罚”。在这里，惩罚性赔偿与罚金的归属去向是否相同并不重要。在民事公益诉讼的场合，惩罚性赔偿和罚金均归于国家，是公权力对于同一行为人的两次剥夺；在一般民事诉讼场合，惩罚性赔偿虽与罚金归属不同，但由于禁止双罚的目的是保护行为人而非受害人，所以重点不在于财产是否归属同一对象，而在于被剥夺财产的对象是否为同一人。

这里还可以类比精神损害赔偿。精神损害赔偿也属于财产性责任，但我国禁止在刑事附带民事诉讼中适用精神损害赔偿，^{〔60〕}“一个重要理由就是犯罪分子已经遭受了刑罚的惩罚，因此没有必要再通过精神损害赔偿责任来对其进行惩罚”。^{〔61〕}虽然精神损害赔偿属于民事责任，但对被告适用刑罚已经使受害人得到了精神抚慰，再要求被告支付精神损害赔偿便有二次剥夺的危险。^{〔62〕}既然刑罚不得与补偿性的精神损害赔偿同时适用，那更不应允许与惩罚性赔偿并存。

最后，允许惩罚性赔偿与罚金并合适用，不仅会导致双罚，还会出现民事责任与刑事责任的倒挂。我国惩罚性赔偿与罚金并立的情况很普遍，且惩罚性赔偿数额经常远超罚金数额。举几例详加说明。〔例1〕被告三人使用不明死因的鸡肉加工、销售香肠，被判生产、销售伪劣产品罪，^{〔63〕}分别被判处罚金50万、90万、30万元；在刑事附带民事公益诉讼中，又分别被判处500万、960万、360万元的惩罚性赔偿。^{〔64〕}〔例2〕被告二人生产、销售铝含量严重超标的油条，销售金额为约2.76万元，被判生产、销售不符合安全标准的食品罪，各应缴纳罚金6万元，在附带民事公益诉讼中又被判处惩罚性赔偿共27.6万元。^{〔65〕}〔例3〕被告销售假“贵州茅台”，原告知假买假购买了48瓶，价款总额约6.6万元，法院判决被告构成销售假冒注册商标

〔60〕 参见《刑事诉讼法》第101条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第138条第2款。

〔61〕 程啸：《侵权责任法》，法律出版社2020年版，第23页。

〔62〕 尽管对于刑事附带民事诉讼中不得适用精神损害赔偿的观点存在争议，但该观点避免重复处罚的出发点是正确的。

〔63〕 系生产、销售伪劣产品罪与生产、销售不安全标准食品罪的想象竞合犯。

〔64〕 李德喜、任喜宝等人生产、销售伪劣产品案，吉林省德惠市人民法院刑事附带民事公益诉讼判决书，（2018）吉0183刑初596号。

〔65〕 全某学、全某生产、销售不符合安全标准的食品案，广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院刑事附带民事公益诉讼判决书，（2018）桂0102刑初458号。

的商品罪,^[66]罚金 2000 元,^[67]同时判处被告支付原告惩罚性赔偿约 19.8 万元。^[68]

上述案例包括一般民事诉讼和民事公益诉讼两种情况。在原告提起请求的一般诉讼中,惩罚性赔偿依照受害人个人的损失额度计算,数额相对较少;而在公益诉讼的情况下,惩罚性赔偿与缺陷产品的总销售金额挂钩,往往数额巨大。但无论哪一种诉讼,惩罚性赔偿的数额均高于刑事罚金,仅就上述案例,惩罚性赔偿便达罚金的十倍、百倍之巨。为何有如此差距?从刑事责任看,如果行为人构成生产、销售伪劣产品罪,根据《刑法典》第 140 条的规定,罚金应为销售金额(一般以价款计算)的 50%至二倍,而惩罚性赔偿最高可为价款的三倍,据此惩罚性赔偿最多可达罚金的六倍;^[69]如果行为人构成食品类犯罪,^[70]惩罚性赔偿最高可达销售金额的十倍,与罚金的差距就会更大,如例 2;^[71]如果因想象竞合被判处其他罪名,如销售假冒注册商标的商品罪(该罪未规定罚金的适用标准),在实务部门判处罚金较轻的情况下,惩罚性赔偿甚至可达罚金数额的百倍,如例 3。

惩罚性赔偿与罚金数额差异极大,导致民事责任和刑事责任倒挂的现象。这种责任倒挂在较轻的产品犯罪中会更为突出。在较轻犯罪中,刑事上可单处罚金,民事上又被判处高额惩罚性赔偿,导致刑事责任明显轻于民事责任。即便被告也被判处短期自由刑(经常缓刑),但对于个体经营者而言,高额惩罚性赔偿所带来的实际负担和痛苦未必更轻,责任倒挂的问题依然存在。然而,在法系统内部,法律责任应该是一个协调有序的体系,不同种类、不同层次的法律应该根据责任的性质、程度呈现阶梯性的排列。忽视责任等级,颠倒责任轻重,会破坏法的统一性,也不利于比例原则的实现。

(二) 并立适用导致的其他问题

惩罚性赔偿还会导致其他司法适用上的弊端。惩罚性赔偿易造成权利实现的差异,不利于对受害人的平等保护。在民事诉讼中,哪些人能获得赔偿取决于损害发生的先后、个人权利观念的强弱、民事诉讼利弊权衡等因素。在被告支付能力有限的情况下,受害人提起诉讼越晚则越不利,较晚发生损害或者较晚提起诉讼的受害人甚至连获得一般损害赔偿的权利都难以实现,先行获得高额惩罚性赔偿的人事实上压缩了其他受害人获得损害赔偿的可能性。所以在一些受害人众多的重大产品责任案件中,司法机关并不倾向通过惩罚性赔偿来惩罚违法经营者,以免对受害人不公。如“三鹿毒奶粉事件”,受害患儿近 30 万,为了保障对受害人权利的

[66] 被告符合生产销售伪劣产品罪和销售假冒注册商标的商品罪的想象竞合犯,从一重罪定罪处罚。后者主刑重于前者,所以依照后者定罪。但就罚金刑而言,前者罚金数额为销售金额百分之五十以上二倍以下;后者未规定罚金比例,法院仅判处罚金 2000 元。

[67] 陈某某销售假冒注册商标的商品案,甘肃省古浪县人民法院刑事判决书,(2015)古刑初字第 93 号。

[68] 李某某诉古浪县凯尔亮百货超市产品销售者责任纠纷案,甘肃省古浪县人民法院民事判决书,(2015)古民初字第 2164 号。

[69] 罚金按照销售金额的 50%计算,惩罚性赔偿按照价款的 3 倍计算。

[70] 《刑法修正案(八)》取消了生产、销售有毒、有害食品罪和生产、销售不符合安全标准的食品罪中“销售金额百分之五十以上二倍以下罚金”的规定,修改为无限额罚金。就例 2 来看,判决罚金的额度为销售金额的二倍多。

[71] 罚金按照销售金额的 50%计算,惩罚性赔偿按照价款的 10 倍计算。

平等保护,检察机关没有提起惩罚性赔偿的民事公益诉讼,而是通过追究“三鹿”集团公司及其相关责任人的刑事责任来达到惩罚目的,然后再平等地对被害人进行损害赔偿。^[72]

实践中,惩罚性赔偿不仅难以保障平等,也不利于实现公平,最终导致惩罚目的落空。惩罚性赔偿若要达到惩罚目的,就应该与违法行为的责任程度相匹配;这不像一般损害赔偿无需过问故意、过失的程度,而只需填补损害。惩罚性赔偿以道义责任为根据,以故意为条件,赔偿数额理应反映责任程度,做到“罚当其过”。但是,惩罚性赔偿的额度却仅反映客观指标——受害人所支付价款或所受损害(公益诉讼中是销售金额),且法院常依原告诉求判处三倍或者十倍的赔偿,而不会因为侵权人的责任程度加减数额,无法真正体现“惩罚”与“预防”的意义。

总之,我国在产品责任中同时追究刑事责任和惩罚性赔偿责任,会导致双重处罚,亦不利于平等和公平的实现。

五、责任冲突的解决方案

如上所述,我国引入惩罚性赔偿的理论根据不足,其适用还会导致双重处罚的后果。在民法已规定惩罚性赔偿的现状下,如何尽量减少“双重处罚”的弊端,是眼下需要解决的问题。本文尝试从六个方面探讨解决之策。

(一)民事公益诉讼不得主张惩罚性赔偿

从司法实务来看,有时是受害人自行提起惩罚性赔偿,有时是有关机关、组织通过民事公益诉讼提起惩罚性赔偿。前者以受害人自己的损失或者所支付的价款为基准计算赔偿数额,一般赔偿数额有限;后者以侵权人的总销售金额为依据计算惩罚性赔偿,往往数额巨大。

民事公益诉讼,即《民事诉讼法》第58条“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为”,有关机关、组织和人民检察院可以提起公益诉讼。根据2016年《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《消费公益诉讼解释》)第13条第1款的规定,“原告在消费民事公益诉讼案件中,请求被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等民事责任的,人民法院可予支持”。这一司法解释被认为是民事公益诉讼中判决惩罚性赔偿的重要依据。

从司法实务状况来看,对产品侵权人提起惩罚性赔偿的民事公益诉讼案件为数不少。笔者利用“威科先行法律信息库”以“惩罚性赔偿”“民事公益诉讼”“一审”为关键词进行检索,发现2018年以来共有706个一审案件提起了民事公益诉讼,其中刑事案件598件,占84.7%;民事案件108件,占15.3%。但是,此类案件在地域上分布颇为不均,各地司法机关的态度有所差异。例如,天津无一例此类判决,北京和上海各有两例,其他地区以山东最多共108例,河北

[72] 本案本应由被告负责赔偿被害人损失,但本案受害者众多,因果关系证明存在困难,且涉事企业也不只三鹿一家,所以最终在中国乳制品工业协会的主持下由多个奶制品企业汇总约10亿元作为医疗赔偿基金,用于患儿的治疗。参见胡笑红:《三聚氰胺赔偿金运作受质疑、赔偿方式含糊其辞》,载环球网, <https://finance.huanqiu.com/article/9CaKrnJrjVj>,最后访问日期:2022年8月17日。

次之共 79 例。各地司法判决差异较大,与对《消费公益诉讼解释》的理解不同有关。对于消费公益诉讼可以提出的诉求范围,上述司法解释没有明确民事公益诉讼可以提起惩罚性赔偿,但在列举诸诉求之后保留了一个“等”字,检察机关等便以此为依据,认为“等”字可涵盖惩罚性赔偿。

笔者认为应该对《消费公益诉讼解释》的上述规定做限缩性解释,即赞同朱广新的观点,认为惩罚性赔偿应该坚持严格的法定主义,^[73]在法律没有明确规定惩罚性赔偿责任的情况下不得适用。这是基于惩罚性赔偿的“准刑罚”属性,应该如刑罚一样适用法定原则以及由此所衍生出来的明确性原则。对于民事公益诉讼可以提起的诉求范围,《消费公益诉讼解释》列明“停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉”四种责任,而没有载明惩罚性赔偿责任,便不得认为“等”字可涵括惩罚性赔偿。退一步讲,即使上述司法解释中明确列举了“惩罚性赔偿”,也只表明最高司法机关在司法适用上的意见,不能作为立法上的法定依据。

同时,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 155 条规定:“对附带民事诉讼做出判决,应当根据犯罪行为造成的物质损失,结合案件具体情况,确定被告人应当赔偿的数额。”判决赔偿经济损失应以被害人的实际物质损失为限,惩罚性赔偿大大超出了实际损失的范围,不应支持。另外,如果受害人没有主张惩罚性赔偿,而由有关组织、机关代为在民事公益诉讼中请求惩罚性赔偿,看似可以达到保护一般消费者的公益目的,但实则没有尊重当事人选择,而是以国家权力强行介入民事诉讼,会构成对民事主体自由权的不当干预。所以,在受害人没有主张惩罚性赔偿的情况下,法院不应判决惩罚性赔偿。^[74]不仅如此,允许在公益诉讼中支持惩罚性赔偿,还易引发实务上的其他问题。若公益诉讼中惩罚性赔偿的请求得到支持,事后又由多名受害人根据同一事实主张惩罚性赔偿,法院是否应该支持?如果支持,势必导致一事多诉、一事多罚;如果不支持,又导致以公益侵害私利之弊。

可能有人会担心,若不允许公益诉讼主张惩罚性赔偿,则对公共利益保护不周。其实,公益诉讼的惩罚性赔偿最终要上交国家,一般消费者并不能从中获得实际利益,所以公益诉讼通过“停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉”的责任方式使普通消费者免受侵害,才是真正有利于公益。同时,若要救助广大消费者已经受到的侵害可以根据各地缺陷产品的报告、投诉的规模(而非总的销售金额)等,要求被告设立救济基金,^[75]用来对受害人进行救济。这里需要注意,该基金应当用来弥补受害者的损失,而不是上缴国家,其本质是补偿性责任,而非惩罚性赔偿。

[73] 朱广新,见前注[4],第 115 页以下。

[74] 实务上也有判决否定消费公益诉讼关于惩罚性赔偿的请求。如被告李某等多人生产、销售病死猪肉,分别因生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪被判处有期徒刑。同时,广东省消费者委员会向深圳市中级人民法院提起公益诉讼,请求对多名被告处以销售总价款 10 倍的惩罚性赔偿一千余万元,但未获支持。判决的重要理由便是:消费公益诉讼“并未明确规定可适用惩罚性赔偿”。本案判决参见(2017)粤 03 民初 547 号。类似判决也可参见(2019)鄂 01 刑终 200 号。

[75] 如上文三鹿一案。

(二)个人提起惩罚性赔偿的,应避免重复处罚

排除民事公益诉讼之后,主要分析个人提起惩罚性赔偿的情况。如果个人对产品侵权提起惩罚性赔偿的民事诉讼,而被告行为又构成刑事犯罪的,如何避免重复处罚?本文设想了相对激进和相对缓和两个方案。

1.方案一:较激进的方案

简言之,本方案主张仅允许对不构成犯罪的产品侵权人判决惩罚性赔偿。理由是,提起惩罚性赔偿的诉求虽是受害人的诉权,但是否支持则属于法官的审查权范畴。法官是否支持惩罚性赔偿,不应仅取决于侵权法上的形式要件(如因果关系、故意),还要考察对侵权人是否有惩罚的必要性和妥当性,要做实质判断。在判断时必须将是否已经判处刑罚(或者行政处罚)纳入考量。对已经追究刑事责任的行为人再进行惩罚,则缺乏合理根据。

所以,为防止重复处罚,只有在行为人不构成犯罪的情况下才可以适用惩罚性赔偿。这样既可以避免惩罚的交叉重叠,还可以构建一个关于产品责任的由低到高的惩罚体系:惩罚性赔偿——行政处罚——刑事处罚。在域外也可以见到类似的做法。例如,法国在《法国债权法改革草案建议稿》中作为“等价补偿原则”的补充尝试引入了惩罚性赔偿制度,但对其设定了多重限制性条件,其中一项便是只能将惩罚性赔偿适用于无法用刑事处罚对待的领域。^[76]这一制度设计明显是为了避免惩罚性赔偿与刑罚的冲突。需要特别说明的是,“方案一”效仿法国“草案建议稿”的做法,在不构成犯罪时才允许追究惩罚性赔偿责任,并不是要以惩罚性赔偿来弥补刑事处罚的漏洞。不满足犯罪成立条件恰恰说明不值得以刑罚对待,而不是存在刑事处罚的漏洞。只是考虑到既然立法已经规定了惩罚性赔偿制度,便不能使其司法上空置,也不能使消费者的权利落空。所以,只在惩罚性赔偿与其他惩罚手段不冲突的情况下准许适用,方为妥当。为保证责任均衡,惩罚性赔偿的数额也要与其他惩罚措施相协调,原则上不得超过罚金与罚款的数额。当然,由于只允许原告个人提起惩罚性赔偿诉讼,其数额依照原告所支付价款或受损失额来确定,通常不会高于罚金和罚款的数额,但也需注意特殊情形。

这一方案相对激进。可能的质疑有,因为被告被判处刑罚而使民事诉讼的受害人无法获得惩罚性赔偿,是否会导致公权力对私权利的挤压?诚然,根据民法规定,产品侵权的受害人可以请求惩罚性赔偿,但该权利的基础并不牢固,不是基于自己的损失而应得,而是司法惩罚被告人恶意侵权所产生的附随效果。这种意外收获只在惩罚被告有合法理由时才是可能的,当被告已被判处刑事罚金,额外的惩罚就是不允许的。此时,并不存在行使国家刑事司法权导致公民惩罚性赔偿被剥夺的情况,因为从学理上看,惩罚性赔偿本不该得。若原告在被告未被判处刑事罚金之前,已通过民事诉讼获得了惩罚性赔偿,也只能视为对原告善用法律主张权利并发挥监督作用的奖赏。

对本方案的另一质疑可能是,犯罪受害人不能获得惩罚性赔偿,而一般侵权的受害人反倒可以获得惩罚性赔偿,是否导致不公。从受害人一方出发进行考察,的确会有这样的问题。但

[76] 姜影:“惩罚性赔偿在法国之发展及其对中国的启示”,《厦门大学法律评论》2014年第1期,第199页。

是,在惩罚性赔偿的两个属性——惩罚性和收益性中,惩罚性是其本质属性,具有优先地位。因此,在制度安排和司法适用上也应优先考虑惩罚的合理性以及对被告人是否公平;使受害人获得意外收益是惩罚的产物,不足以对抗惩罚这一本质属性。

2. 方案二:较缓和的方案

这一方案允许在行为人构成犯罪时适用惩罚性赔偿,但要折抵。

从立法上看,基于民事责任与刑事责任功能的不同,民法并没有类似《行政处罚法》上的折抵规定,反而遵从“先民后刑”的要求,被告财产不足时优先追究民事赔偿责任,再执行罚金。据此,司法实践中绝大多数判决也肯定罚金和惩罚性赔偿可以同时成立,无需折抵。

但近年也有观点主张,判决惩罚性赔偿时,应将其与罚金(及罚款)数额做关联性思考,适度调节惩罚性赔偿的数额。如朱广新提出,“为避免惩罚过度,在行使自由确定惩罚性赔偿金的权力时,法官应兼顾经营者的同一不当行为被有关行政部门处以多少罚款,或被刑事法庭判处多少罚金。如果处以较重的罚款或罚金,应相应地判处较低的惩罚性赔偿金;如罚款或罚金较轻,可判处较高的惩罚性赔偿金”。^[77]这一观点将惩罚性赔偿和刑罚手段综合考量,对防止不当侵害被告权利具有积极意义,但没有具体指明司法机关应该如何适用。

事实上,司法实务中已经出现个别判决明确采用“折抵”的做法。例如广州中院判决的一起销售有毒、有害食品案件,被告被判罚金56万元,同时在附带民事公益诉讼中被告支付销售总价十倍的惩罚性赔偿约139万元。经折抵,法院认定被告实际需支付惩罚性赔偿约83万元。法院认定的折抵理由是,“由于惩罚性赔偿金需上缴国库,案涉的民事惩罚性赔偿金发生转化,事实上与行政罚款、刑事罚金类似,应参照行政罚款与刑事罚金竞合时相同的处理原则裁断,即各被告人被判处的罚金在民事惩罚性赔偿金中抵扣”。^[78]换言之,法院认为如果惩罚性赔偿上缴国家,则性质发生变化,应该折抵;若归属原告,则不能折抵。暂且不论本文反对民事公益诉讼判决惩罚性赔偿,仅就本案法院主张“抵扣”的裁判结论,是值得肯定的,但对于其裁判理由——民事公益诉讼的惩罚性赔偿与罚金归属一致,则持不同意见。即使惩罚性赔偿与罚金归属不同,也不妨碍其性质是相同的,最终归属于谁都是对被告的财产性剥夺,而基于同一违法事由两次剥夺被告财产,就违背了“一事不再罚”的要求。所以,当判决产品侵权人向受害人个人支付惩罚性赔偿时,也必须折抵。由于本文反对在公益诉讼中判处惩罚性赔偿,下文仅讨论个人请求惩罚性赔偿的情形。

接下来的问题是,应该如何折抵。首先,折抵不是综合考量之后的“酌量”减轻,前文朱广新的观点只能适度调节惩罚性赔偿的数额而无法改变“一事多罚”的困局。所以,折抵必须建立在明确惩罚性赔偿与刑事责任的基础之上,应该首先根据行为人的违法程度和责任大小确定应该判处的罚金及惩罚性赔偿的数额,再进行折抵,以决定实际执行的数额。接下来,要进一步明确是以惩罚性赔偿折抵罚金,还是反之。例如,在刑事审判中,被告被处罚金50万

[77] 朱广新,见前注[4],第120—121页。

[78] 广州市荔湾区民誉堂药店生产、销售有毒、有害食品案,广东省广州市中级人民法院刑事附带民事判决书,(2020)粤01刑终130号。

元,附带民事诉讼判处惩罚性赔偿 10 万元。应该如何执行? 第一种路径,是先执行惩罚性赔偿 10 万元,并抵扣罚金,然后执行罚金 40 万元;第二种路径,是先执行罚金 50 万元,则惩罚性赔偿被折抵,不再执行。其中,前者坚持民事责任优先,后者以刑事责任为先。在广州中院的上例判决中,是优先执行罚金,再以罚金折抵部分惩罚性赔偿。但要注意的是,该判决是民事公益诉讼,惩罚性赔偿明显高于罚金,而先执行罚金反映了国家对犯罪人更强烈的谴责性,应该优先得到保障。同时,由于该案中惩罚性赔偿与罚金都上缴国家,先执行罚金不会对受害人不利,因而是正确选择。但是,本文认为只应支持对受害人支付惩罚性赔偿,在罚金与支付给受害人的惩罚性赔偿之间,如果罚金优先,往往使惩罚性赔偿被覆盖或吸收,受害人实际无法获得惩罚性赔偿,其结果与本方案的设计初衷相背,最终与“方案一”无异。所以,应该采取第一种折抵方式,即先执行惩罚性赔偿,再折抵罚金。

在上述两种方案中,第一种较为彻底,在不构成犯罪的场合才允许适用惩罚性赔偿,完全杜绝了双重处罚的可能,但大大限缩了惩罚性赔偿的适用空间,恐难为学界普遍接受。相比之下,第二种方案较为缓和,允许惩罚性赔偿与罚金并存,但通过“折抵”避免了重复处罚,兼顾了侵权人和受害人的利益,也兼顾了民事责任与刑事责任各自的规定,缺点在于使国家刑罚权一定程度上让步于学理基础并不稳固的惩罚性赔偿责任。总体而言,笔者倾向于第二种方案。

(三)已判处惩罚性赔偿而后又判处罚金的,应予以折抵

这种情况是指,法院已经在民事诉讼中支持了原告的惩罚性赔偿请求,判决已经生效,则判决的既判力应该被承认。被告在此后的刑事诉讼中被判有罪并处以罚金的,对于已经执行的惩罚性赔偿,应予折抵。这与行政处罚做类似处理,不予赘述。

(四)已判处罚金而后又主张惩罚性赔偿的,不予支持

如果行为人已经构成犯罪并在刑事审判中被处罚金,后续又由受害人提起民事诉讼主张惩罚性赔偿的,法院应以被告已经受到相应惩罚为由,否定其惩罚性赔偿请求。受害人获得惩罚性赔偿的权利只能截止于刑事判决生效之前。惩罚性赔偿本就是对受害人行使市场监管权的奖励,在被告被追究刑事责任后,奖励的基础已不存在,所以不予支持。

(五)判处惩罚性赔偿应遵从比例原则

惩罚性赔偿是惩罚性责任,应以责任主义为根据,法官在确定惩罚性赔偿的数额时应体现责任的程度。实务上,原告往往根据法律所规定的“倍数”顶格请求惩罚性赔偿数额,但法官不能因为原告主张在法律限度内便一概支持。如根据《食品安全法》,消费者可以最多主张支付价款十倍的赔偿,但十倍不能适用所有侵权人,而是应根据责任大小确定。具体而言,法官应考虑行为人故意的程度,如认识的明确性与否、是否蓄意、违法动机如何,同时也应考虑行为方式、损害大小、被害人过错、预防必要性等因素。

(六)知假买假者,不支持惩罚性赔偿

最后需要说明的是,在决定是否支持惩罚性赔偿时,除要考虑行为人因素与法体系的协调外,也要考虑受害人获得惩罚性赔偿的合理性。惩罚性赔偿不仅是对侵权者的惩罚,也是对受害者的奖励,如果原告明知产品缺陷而知假买假,则属于被害人同意侵害,不存在规范评价意义上的法益侵害行为,原告主张惩罚性赔偿便具有营利性,不应予以支持。

六、结 语

本文观点总结如下。

第一,在法的发展史上,把惩罚概念从私法中剥离是刑民分立的标志,而“民刑分立系人类法律文化的重大成就”。^{〔79〕} 没必要担心刑民分立可能造成二者间的处罚空白,刑民之间还有其他部门法过渡;也没必要为填补空白而设立惩罚性赔偿;相比暂时保留漏洞,重复处罚更不能被接受。

第二,在故意的产品责任领域,我国既规定产品刑事责任又设立惩罚性赔偿,而后者具有准刑罚的特征,二者并用会导致重复处罚。在现行立法下,为避免重复处罚,法院应对惩罚性赔偿的必要性、妥当性做实质审理;不允许组织、机构在民事公益诉讼中主张惩罚性赔偿;同时被判处惩罚性赔偿和罚金的,应予以抵扣;罚金判决已生效的,不再支持惩罚性赔偿。这是当下比较缓和的方案。

最后,是本文基础上的一点延伸。本文的写作初衷是对刑法与民法边界的思考,而惩罚性赔偿只是边界问题的一个聚焦。对刑民边界问题的探讨,与刑法近些年的扩张以及由此引发的质疑有关,来自民法学界的批评声音——“民法要扩张,刑法要谦抑”值得反思。^{〔80〕}

刑法处罚范围的变化总是会引起与其他部门法关系的变化。从历史上看,“刑罚的历史是刑罚不断式微的历史”,这句话概括了相当长时期内刑法的发展进程,而从刑民混同到刑民二分,耶林的评价是,这段历史体现了“人类的教养”。^{〔81〕} 耶林还以其独特视角描绘了民法和刑法的差异:民法上的一些概念是法律生命体的“骨架”,坚固而稳定,一旦发育完全便不会发生大的变化;刑法则是一个“枢纽”,汇聚着生命体最敏锐的神经和血管,每一个印象或感觉都可以被感知并体现于外,甚至“刑法就是民众本身”,反映着民众的个性、思想、情感、文明程度等,所以“民众的刑法史是人类心理学的一部分”。^{〔82〕} 耶林以譬喻的方式向人们展示了民法的沉稳与刑法的敏锐——民法有着较为稳固的结构,刑法则总能迅速地捕捉民众的心理变化。而民众心理变化背后总隐藏着整个社会的更迭与时代的变迁。如果说至耶林的时代甚至之后的百余年,法律进步的重要标志在于“刑罚范围的不断收缩以及刑罚概念的不断净化”,^{〔83〕}自上个世纪后半期开始,人类面对前所未有的科技大变革时,刑罚的发展不再延续此前的方向,而变为扩张。这一变化也体现了该阶段社会变迁在民众心理上的映射,反映了人类对于未来风险预测和预防的心理需求。如果说历史上的刑罚收缩反映了人类教养的进步,那现阶段通过刑法扩张以实现预防功能,则反映了人类对于科技理性的自我反省,亦是人类教养的进步。

〔79〕 王泽鉴,见前注〔13〕,第356页。

〔80〕 参见王利明:“民法要扩张、刑法要谦抑”,《中国大学教学》2019年第11期,第33页以下。

〔81〕 耶林,见前注〔1〕,第5—6页。

〔82〕 耶林,见前注〔1〕,第4页。

〔83〕 耶林,见前注〔1〕,第6页。

所以,如今已不适宜简单地以“刑法要谦抑”这一抽象标准评判刑法的合理性,也不能以“民法扩张”作为法治发展的标志。风险社会下法学研究者的任务不是在固定的法律关系中划分出刑法部分和民法部分,我们要关注的是,如何在动态发展过程中维持刑民二分的格局,使边界划定符合法理;同时也应关注,面对新的法律现象时刑法与民法如何协作,以及适用上存在冲突时如何解决的问题。

Abstract: When business operators produce and sell counterfeit and inferior products, the concurrence of punitive damages liability and criminal liability often occurs. Judging from the nature of punitive damages, it belongs to the same punitive measures as punishment, and is therefore a kind of quasi-penalty. Therefore, if punitive damages and criminal liability are applied at the same time, there is a danger of “double jeopardy”. Although some scholars believe that punitive damages have a special function in the regulation of criminal law—to make up for the loopholes in criminal punishment which cannot be made up by other departmental laws due to the restriction of the principle of *nullum crimen sine lege*. And as a matter of fact, however, there are no loopholes in the field of product criminal responsibility. Since the product providers can be held accountable by means of criminal law, there is no need to set up another punitive damages in principle. However, considering that the current legislation has introduced a punitive damages system, it is necessary to resolve the conflict between the application of punitive damages and criminal liability in a reasonable way. Specific suggestions include: prohibiting civil public interest litigation from filing punitive damages, avoiding repeated penalties through deductions, and determining the amount of punitive damages in accordance with the principle of proportionality, etc.

Key Words: Punitive Damages; Criminal Liability; Ne Bis in Idem; Product Liability

(责任编辑:车 浩)