

## 侵权责任之惩罚性赔偿

张 红

**摘 要** 基于侵权责任引发的惩罚性赔偿规定散见于多个不同法律部门,且适用范围日趋扩大,但各部门法规范彼此交叉混同、不成体系,有损法制统一。作为民事基本法的《侵权责任法》,仅在第 47 条对产品侵权责任之惩罚性赔偿作出规定,适用范围狭窄,难以肩负整合体系之重任。应在《侵权责任法》第二章“责任承担”中对侵权责任之惩罚性赔偿作出一般性规定,指引其他部门法对此类惩罚性赔偿做更为具体的规定。适当扩大解释“商品”“消费者”和“经营者”,以《消费者权益保护法》(下称《消法》)第 55 条第二款作为消费者权益保护领域惩罚性赔偿的一般性规定;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 条第二款”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 条第二款”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 条第二款”的法律适用公式。构建一般规定与特别规定相互补位的法律体系,实现法律体系稳定性和开放性的统一,以应对惩罚性赔偿制度的发展。

**关键词** 消费者权益;侵权责任;惩罚性赔偿

**中图分类号** D923.7 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)01-0089-13

**基金项目** 国家社会科学基金后期资助项目(13FFX008)

近来,市场上各种侵犯消费者权益的案件频发,特别是在食品药品、商品房、汽车以及电子类消费品领域,青岛中院“十倍赔偿判决”([2019]鲁 02 民终 263 号)和西安奔驰车维权事件等,引起了社会广泛关注。对此,立法机关越来越重视惩罚性赔偿制度的建立和适用,以加强法律威慑力,保护受害人合法权益。表现在立法上,最新修订的《商标法》即加大了恶意侵犯商标专用权的惩罚性赔偿数额,民法典侵权责任编二审稿也明确了知识产权和环境资源保护的惩罚性赔偿责任,扩大了其适用范围。

惩罚性赔偿责任是赔偿受损后,依法另行增加的金钱负担<sup>[1]</sup>(P5)<sup>[2]</sup>(P379)。揆诸现制,此种责任广泛存在于我国现行法律体系中,既有基于侵权责任而引发的惩罚性赔偿,如《侵权责任法》第 47 条和《消法》第 55 条第二款;也有基于合同责任而引发的惩罚性赔偿,如《消法》第 55 条第一款。由于合同责任与侵权责任法理不同,要理清我国惩罚性赔偿之法律适用,须对此两种类型适当区分,分别探讨。学届对于惩罚性赔偿的研究尚未做此区分,大多是混同交叉论述,导致制度适用相互扞格,首尾难顾,此为学说上的缺漏。

基于侵权责任引发的惩罚性赔偿规定散见于不同法律部门,设立初仅为解决各自领域的不同问题,没有过多考虑法条间的协调,相互间虽有借鉴,但仍是各自为政。这种以问题为导向的立法理念有助于实际问题的解决,但易忽视条文间的关联性,造成体系性缺失,给法律适用带来困难。因此,有必要在民法典侵权责任编总则部分建立侵权责任之惩罚性赔偿的一般条款,肩负整合体系之重任。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条第二款、《食品安全法》第148条第二款、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的制度体系。

## 一、民法典侵权责任编惩罚性赔偿制度一般条款的设置

《侵权责任法》第47条规定的产品侵权责任之惩罚性赔偿,无法统合整个制度体系。应在民法典侵权责任编“责任承担”一章中对侵权责任之惩罚性赔偿作出总的一般性规定。

### (一) 民事基本法中惩罚性赔偿制度一般条款的缺失

2009年《侵权责任法》制定之时,学界有过激烈讨论,一种意见是在《侵权责任法》总则性规定中规定惩罚性赔偿,但严格限制;另一种意见是仅在分则,即“产品责任”一章中进行规定<sup>[3]</sup>(P67-72)。立法者最终选择了后者。这种选择在当时来看是恰当的,因为惩罚性赔偿制度的适用会冲击损害填补原则,是否要扩大适用范围需进一步探索。但时过境迁,此种选择在当前环境下是否仍然适宜,值得反思。

就立法现状来看,侵权责任之惩罚性赔偿制度的适用范围已然在逐步扩大,《民法典侵权责任编(草案)》二审稿第961条与第1008条就明确了知识产权与环境资源保护的惩罚性赔偿责任。但这些规定之间体系性缺失,彼此交叉,且责任成立要件不明晰。突出表现在对侵权人主观过错的规定上,《消法》第55条采用“明知……仍然……”的方式表述;《食品安全法》第148条同样采用这种方式,但只适用于食品销售者,对生产者采取无过错责任原则;《商标法》第63条用“恶意”一词;《民法典各分编(草案)》第1008条则用“故意”。鉴于此,亟须一个惩罚性赔偿的一般规定,整合这些条款的解释适用。

现行《侵权责任法》第47条即产品责任之惩罚性赔偿,不仅在适用范围上不能涵盖现有惩罚性赔偿制度,因其本身规定之漏洞,更是难以指引其他条款的适用。在聚法案例库、北大法宝等数据库以“惩罚性赔偿”“侵权责任法”“第47条”三个关键词搜索,发现自《侵权责任法》2010年7月1日施行至2018年6月1日,现行可查的判决书中,以《侵权责任法》第47条判处惩罚性赔偿的仅有1例(河北省东光县人民法院[2014]东民初字第379号民事判决书)。2013年新《消法》第55条第二款的规定基本沿袭了《侵权责任法》第47条,其中“商品”与“产品”作相同理解,但将惩罚性赔偿的范围扩大到了“服务”,并明确规定了惩罚性赔偿金的确定方式,为法官判案提供了更为明确的标准。这在一定程度上弱化甚至取代了《侵权责任法》第47条作为产品和服务侵权责任之惩罚性赔偿一般性规定的地位,造成了其难以单独成为裁判依据的困境<sup>[4]</sup>(P111-134)。《民法典侵权责任编(草案)》第982条虽对现行《侵权责任法》第47条做了一定的修改,但仍不足以解决该问题。因此,应借民法典各分编审议之契机,在民法典侵权责任编“责任承担”一章中对侵权责任之惩罚性赔偿作出总的一般性规定。

### (二) 在民法典侵权责任编设置惩罚性赔偿的一般条款

侵权责任之惩罚性赔偿制度的主要目的在于惩罚恶意侵权人,产生威慑和预防作用,并进一步弥补受害人损失。“补偿性赔偿金可能不足以弥补受害人的真正损失,受害者可能遭受法律经济分析中所认识到的‘理性的冷漠’,即当花费与预期的审判结果相比较,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。”<sup>[5]</sup>(P278)反对惩罚性赔偿的理由为:“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分离的原则。”<sup>[5]</sup>(P383)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,民事被告会面临因一个民事行为而遭受双重惩罚的不利局面。基于此,在对侵权责任之惩罚性赔偿一般规定设计时,支持与反对的理由均要纳入考量,既要肯认惩罚性赔偿制度的作用,又要在构成要件上对其适用严格限制,以防止一般性规定造成惩罚性赔偿的滥用。

本文认为该一般性规定应包含以下构成要素:第一,主观要件上,要求行为人故意,包括直接故意和间接故意。客观要件上,要求行为人实施了侵权行为;第二,法律效果上,要求造成被害人死亡或严重健康损害,损害结果是侵权责任之惩罚性赔偿的前提,也是惩罚性赔偿金的计算基础;第三,赔偿金的计算

要以受害人的损失为基数,同时设置恰当的比例范围,允许法官根据实际情况灵活适用,做到过罚相当;第四,设置指引性规定,当特别法另有规定时,准许适用特别法,确保不同领域部门法对惩罚性赔偿制度的特殊需要。综合以上要素,建议在《民法典侵权责任编》第二节“责任承担”中增加一条:“行为人故意侵害他人民事权益,造成死亡或者严重健康损害结果的,被侵权人有权请求惩罚性赔偿,其他法律对惩罚性赔偿另有规定的,依照其规定。”

## 二、商品及服务侵权之惩罚性赔偿的一般规定:《消法》第 55 条第二款

在民法典侵权责任编“责任承担”部分设置侵权责任之惩罚性赔偿一般条款,目的是确立此种惩罚性赔偿的一般规则,并以该条后段指引其他部门法对此类惩罚性赔偿做更为具体的规定。在法律适用上,应遵循“一般规定+特别规定”的模式,既确保法制统一周延,又兼顾具体问题个别处理。有具体部门法规定适用具体部门法,没有时可以审慎适用民法典侵权责任编的一般条款。

我国现行法律体系中,侵权责任之惩罚性赔偿主要发生在消费者权益保护领域,非消费者权益保护领域中的惩罚性赔偿主要指《商标法》第 63 条规定的恶意侵犯商标权之惩罚性赔偿,限于篇幅,本文不涉及这个问题。消费者权益保护领域的惩罚性赔偿又分为商品和服务两类,包括《消法》第 55 条第二款、《食品安全法》第 148 条、《旅游法》第 70 条以及医疗产品法释 [2017]20 号第 23 条。《消法》第 55 条第二款为消费者权益保护领域惩罚性赔偿的一般条款,应在遵循民法典侵权责任编中惩罚性赔偿一般条款的前提下,配合、补充其他条款共司解决商品和服务侵权之惩罚性赔偿问题。对于《消法》第 55 条第二款的规定,朱广新教授认为,该条文使“我国惩罚性赔偿制度终于脱胎换骨,趋于规范化,完全可称作一种十分规范的惩罚性赔偿规定”<sup>[6]</sup>(P110-111)。将该条文确立为消费者权益保护领域惩罚性赔偿的一般规定,对整个体系的建立和完善有极大作用,但对该条文的解释适用需明确以下几点。

### (一) 商品包括医疗产品

《消法》第 55 条第二款规制的是“商品”缺陷问题,而《侵权责任法》第 47 条规制的是“产品”缺陷问题,其中“产品”一词和《产品质量法》中的“产品”同义<sup>[7]</sup>(P300),那商品是否能与产品作同一理解?实务中医疗产品可以视为产品,但一般不认为是商品,比如血液。因输血导致感染乙肝病毒可依照《侵权责任法》第 47 条主张惩罚性赔偿,但不可依照《消法》第 55 条第二款主张惩罚性赔偿。但《产品质量法》将“产品”界定为“经过加工、制作,用于销售”,通过“用于销售”这一限定可以明显感受到,立法者将“商品”和“产品”作同等理解。若产品被制造却不流通于市场,是不会对消费者造成伤害的。同时法释 [2017]20 号第 23 条已经肯认了医疗产品侵权可以适用惩罚性赔偿,且规定完全沿用了《消法》第 55 条第二款,这也间接证明了医疗产品也是商品。

### (二) 经营者和消费者的范围

医疗责任纠纷中,患者和医院的关系很难受到《消法》调整,毕竟对于患者是否为消费者、医方是否为经营者以及医疗合同是否为消费合同等问题,一直存有分歧。主流观点认为,患者到医院进行医疗所给付的价金与生命的挽救之间不能简单理解为对价关系。生命的挽救是神圣的,不可用金钱直接评估。有判决指出:“医患关系中的医院一方,尤其是如长沙市中心医院这类公立的、非营利性的医院,医方对患者进行治疗不能视为一种商业行为。医院的‘非营利性’特点与一般经营者存在着明显不同,因此不能将医患关系中的医方和患者等同于交易关系中的交易双方,将其纳入《消法》的调整范围。”(湖南省长沙市中级人民法院 [2015]长中民再终字第 00529 号民事判决书)长期以来,只要患者以《消法》主张惩罚性赔偿总是面临各种障碍,若肯认受害人有权依照《消法》第 55 条第二款主张惩罚性赔偿,既明确了法官在赔偿金上的酌减权,也有利于保障医疗公益事业的顺利发展。

### (三) 赔偿基数

该条虽规定,侵权之诉中,受害人有权请求损失两倍赔偿,但并没有明确“所受损失”一词的涵义与范围,因为《消法》第49条规定的法定赔偿项目有“等”字。法律用语的不统一招致了裁判困惑。比如有的法院就认为,此处的损失两倍赔偿是指“全部损失”,谓“被告巢礼发应赔偿原告丧葬费、死亡赔偿金、交通费、误工费共计150257.1元,应赔偿原告精神损害抚慰金20000元,并应赔偿原告所受损失一倍的惩罚性赔偿”(江西省安福县人民法院[2016]赣0829民初1272号民事判决书)。揆诸现行判决,对于精神损害赔偿金究竟如何公允、妥适地量化为具体货币,历来因裁量标准过于抽象、过分依赖心证、衡量指标过多、巨大裁量权未受合理限制等实务问题饱受批评。故完全抹杀精神损害赔偿金,不将其作为此处“所受损失”的范围确实不太合理。此外,在个案中,当惩罚性赔偿要件过于严苛,且填补性赔偿又不足以弥补实际损害时,应突出精神损害赔偿金的惩戒、吓阻功能,肯认其属于此处“所受损失”的涵摄范围,并结合相应倍数加以判定,方合公允。

残疾赔偿金和死亡赔偿金的算定是否沿袭2004年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号)的规定也不无争议。虽然“被抚养人生活费”一项未在《侵权责任法》中明文规定,且有观点指出“《侵权责任法》已用残疾赔偿金和死亡赔偿金吸收了被抚养人的抚养丧失赔偿”<sup>[8]</sup>(P140)。但实务中存在不同意见,有法院认为,“虽然《侵权责任法》用残疾赔偿金和死亡赔偿金吸收被抚养人生活费项目,但被抚养人生活费项目依然有存在的必要”(内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院[2017]内08民终1339号民事判决书)。本文认为,虽然《侵权责任法》无此赔偿项目,但《侵权责任法》实施当天,最高法院发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》,其第4条中“计入”一词清楚地表示不取消被抚养人生活费这一赔偿项目,被抚养人生活费的数额另行计算。《侵权责任法》规定的是“狭义的死亡赔偿金”,将被抚养人生活费与“狭义的死亡赔偿金”相加可称为“广义的死亡赔偿金”。虽然死亡赔偿金问题历来就没有达成过共识,争论也从未停息,但本文如此解释《消法》,力求做到利益平衡,以挽救《消法》的未周之憾。

### (四) “明知”的涵义

“明知”与故意究竟如何区分以及举证责任如何分配有待深入探讨。有学者认为“明知”不是主观过错的规范表述,建议将主观归责标准统一规定为“故意或重大过失”<sup>[9]</sup>(P59)。《食品安全法》第148条和法释[2017]20号第23条也使用了“明知”一词,且都存在相同的困境,在此明确“明知”一词的含义和用法有助于提升整个体系的一致性。实际上民事立法中,“明知”一词使用范围广泛,《合同法》第233条、《票据法》第12条以及《侵权责任法》第47条等法律均有运用。《食品安全法》中,除第148条第二款中使用了“明知”外,第122条第二款、第123条第二款也都使用了该表述。从使用情形来看,“明知”的对象往往是某种风险,既包括遭受侵害的风险也包括受到法律制裁的风险,也可能同时包含以上两种。由此可知,“明知”在民事法律中已形成相对固定的用法,即针对某种风险的认识状态。此类风险或是由他人先前行为所致,如经营者明知生产者所生产的商品存在缺陷,这一风险并非由经营者行为所致;或是行为人为的整体性后果,如生产者产出存在缺陷的商品。前一情形下,行为人对特定风险已不可控,故对已有风险的发生并无“故意”,只是在认知层面认识到这一事实,其具备故意的行为是不考虑已有风险的存在,将标的物视为无瑕疵从而使风险继续存在乃至扩大。至于后一情形,虽是主体自身行为造成了风险后果,但实际上主体对作为整体性后果的风险并不一定直接可控。例如,一家卫生环境较差的食品作坊,其生产行为并未明显违反相关规范,但由于其所处地区水质、空气以及生产场地环境的原因,使得产品不符合食品安全标准,那么不符合食品安全标准这一生产活动的“整体性后果”并不是生产者的直接故意所导致的,其对这一结果的控制受到其他因素的阻碍。

从行为可责性角度或能更好地理解“明知”这一概念在使用上的特点。仅就生产者生产出存在缺陷

的商品而言,实际并不具备可责性,具备可责性的是生产者将该类商品输入市场的行为。经营者购入缺陷商品的行为也不具备民法上的可责性,具备可责性的是其以缺陷商品在市场中经营的行为。实际上,《消法》第 55 条第二款对于经营者主观过错的完整表述应为“明知存在缺陷仍然生产和销售”,“明知”是意识因素,表明经营者对风险的认识状态,“仍然生产和销售”是意志因素,具有可责性。若在主观归责标准上,依有关学者的建议统一使用“故意或重大过失”<sup>[9]</sup>(P59),不考虑实体上立法选择的问题,这样的表述并不能强调行为人对风险的认知状态,且在相关法律规定了生产、经营活动诸项义务的前提下,履行法定义务后对风险的认知状态才是是否承担民事责任的关键所在。综上,本文认为“明知”这一主观表述在我国民事法律中已具备规范意义,并无被替代的必要。

至于“明知”的举证责任分配问题,有的法官大胆地将“明知”举证责任倒置给经营者,谓“因适用惩罚性赔偿的另一构成要件为主观要件,消费者难以证明销售者的主观心理状态,应由销售者对其主观上并非明知是不符合食品安全标准进行举证,否则应承担举证不能的后果”(广西壮族自治区南宁市中级人民法院 [2016] 桂 01 民终 1066 号民事判决书)。但也有法官认为“明知”的举证责任仍由受害人承担,谓“虽然原告提交的证据证明北京阳光一佰生物科技有限公司生产的部分山芪参胶囊存在添加违法成分的问题,但原告未能提交有效证据证明被告销售给原告的产品存在添加违法成分的情形及被告对此是明知的”(山东省胶州市人民法院 [2013] 胶民初字第 5214 号民事判决书)。其实如前文所述,在相关法律规定了生产、经营活动诸项义务的前提下,履行法定义务后对风险的认知状态才是是否承担民事责任的关键。既是法定义务,理应由经营者举证证明其是否充分履行了法定义务,以解决“明知”的证明问题。若是履行义务后应当对商品缺陷情况有了解,经营者也要因此而承担责任,“明知”应包含“应知”。当然不同行业不同类型的经营者,其法定义务各不相同,对于履行法定义务之后是否能对商品缺陷明知或者应知,需要法官根据实际情况具体裁量。如有经营者就指出该产品“……是有国家正规批号的,且有其他地区药品检验所检验合格的检验报告,被告在进货和销售过程中已尽到了形式上的审查义务,作为食品药品经销商,被告并没有对产品进行检测的能力和技术,因此,不能认定被告在销售北京阳光一佰牌山芪参胶囊时存在明知的主观故意”(山东省胶州市人民法院 [2013] 胶民初字第 5214 号民事判决书)。当然若按此逻辑,几乎在所有的案件中,销售者一般都没有检测能力,销售者几乎永远也不具备“明知”要件。因此法官自由裁量过程中既不能过于加重经营者之义务,又不可使救济受害者的目的落空。

综上所述,对《消法》第 55 条第二款中“商品”“消费者”“经营者”的认定作适当的扩大,使医疗产品侵权和医患关系也适用于《消法》,且明确“损失”应包含精神损失和被抚养人生活费,坚持“明知”的固定用法,这里“明知”包含“应知”且迥异于“故意”。如此,才更能确定该条款为商品和服务领域侵权责任之惩罚性赔偿一般性条款,以指引《食品安全法》《旅游法》和法释 [2017]20 号第 23 条的适用。

### 三、产品责任之惩罚性赔偿:《食品安全法》第 148 条

2015 年施行的《食品安全法》第 148 条确立了两种并行的惩罚性赔偿。一种基于合同责任产生,不要求造成实际损失。另一种基于侵权责任产生,要额外举证证明实际损害。但实际上合同责任之惩罚性赔偿与侵权责任之惩罚性赔偿所要规范的行为是有差别的,一个所要规范的是经营者对消费者的“误导”行为,另一个所要规范的是“食品安全”问题对消费者造成的健康损害,两者法理基础不一样,规范要件的构成也应不同。《食品安全法》第 148 条用“生产和销售不符合食品安全标准的食品”这一个规范要件同时规制了两种行为,这种做法必然会造成法律适用的混乱。需将食品合同领域和食品侵权领域的惩罚性赔偿制度适度区分开来,如同《消法》第 55 条第一款和第二款,分别规定。本文主要探讨的是食品侵权责任之惩罚性赔偿的规定。

### (一) 食品安全标准之反思

依照《食品安全法》第148条之文义,不论提起侵权之诉,还是合同之诉,都需要举证食品“不符合食品安全标准”。但我国食品安全标准数量极多,散落在农业部、原卫生部、质检总局等10个国家部委<sup>[10]</sup>(P140)。且全国人大法制工作委员会行政法室编著的《〈中华人民共和国食品安全法〉释义及实用指南》一书中也直言不讳地表述“我国的食品安全标准存在部分标准之间不协调、重要领域尚未制定国家标准、与国际标准差距较大”的问题<sup>[11]</sup>(P119-121)。如何妥适解决该问题,避免因现有食品安全标准的矛盾、阙漏等带来的障碍,有待深入研究。司法实践中,就有法官直接以食品虽违反食品安全标准但不会造成实质性损害为由驳回了惩罚性赔偿(江苏省兴化市人民法院[2016]苏1281民初6599号民事判决书)。还有些法官审判时过分依赖行政机关做出的“专业性”报告(上海铁路运输法院[2017]沪7101民初366号民事判决)。食品安全标准的判断涉及复杂的价值判断。有学者更是质疑“将行政机关核准予销售的产品纳入司法审查,是否存在越权”,并指出“是否符合食品安全标准涉及过多的不熟悉的技术问题,超出了法官的能力,更超出了司法管辖的范围”<sup>[12]</sup>(P187)。

食品侵权责任之惩罚性赔偿真正的目的在于惩罚生产和销售会给消费者造成健康损害的食品的行为,因为侵权责任之惩罚性赔偿要求以造成实际损害为前提,而只有不符合食品安全的食品才有对消费者造成健康损害的可能。现行的食品安全标准虽与食品安全有极大联系,但并不是所有违反食品安全标准的食品都会影响食品安全,这一点在食品标签问题上尤为突出。虽然《食品安全法》第148条第二款规定“不影响食品安全且不会对消费者造成误导的食品标签除外”,可实际上还是不能完全弥补食品安全标准本身所存在的诸多不足。如参照《消法》第55条第二款中“缺陷”一词的用法,将形式标准即“食品安全标准”替换为狭义的“食品安全”或是一个合适的出路。“缺陷”一词依据《产品质量法》第40条是指:“产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。”而“食品安全”依据《食品安全法》第50条是指:“食品无毒、无害,符合应当有的营养要求,对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。”若参照上述理解则“食品安全”完整的表述应为“食品无毒、无害,符合应当有的营养要求,对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。食品有保障人体健康的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准”。这样既更契合该法条之立法目的,维护食品消费者的合法权益,又将食品安全的实质标准和形式标准结合了起来,解决了现行“食品安全标准”单独作为构成要件所造成的诸多弊端。

### (二) 生产者主观归责要件之探讨

关于《食品安全法》惩罚性赔偿适用的主观要件,依第148条第二款观之,立法者对生产者和经营者采用两种不同的主观归责标准。对食品销售者,要求“明知”销售的食品不符合食品安全标准,这里“明知”与《消法》第55条第二款作一致理解,而对于生产者并无此要求。这一主观要件设计是立法者的有意安排,立法过程中有观点认为,生产者生产不符合标准食品的行为不存在是否明知的问题,该观点后来得到了法律委员会的认可<sup>[13]</sup>(P271)。但有学者对此提出批评,主要理由为:一是惩罚性赔偿主要针对恶意、在道德上具有可责难性的行为,对因过失而生产了不符合标准食品的生产者实施惩罚性赔偿过于严厉<sup>[14]</sup>(P25);二是认为“明知”一词不是对主观状态的规范表述,不能明确其含义究竟为确实知道、应当知道还是推定知道,且与《消法》欺诈缔约中的主观要件——“故意”不一致<sup>[15]</sup>(P42-49);三是生产者的“明知”要件较易认定,规定生产者和销售者相同的主观要件不会引起适用上的差异<sup>[9]</sup>(P59)。

对于以上观点本文认为:首先,我国惩罚性赔偿制度公法色彩相当强烈,对因过失而生产了不符合安全标准食品的生产者适用惩罚性赔偿,确实有利于提高生产者的注意程度,而提高食品安全状况也是《食品安全法》的核心价值。然而依《食品安全法》第33条规定,食品生产经营符合食品安全标准虽是生产者、经营者的法定义务,但这并不意味着对义务的违反不存在主观状态上的不同。例如《食

品安全法》第 34 条第(七)项禁止生产经营病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品,若生产者进货过程中被供货方隐瞒以致购买到病死肉类,且未能通过检验发现,从而生产出的不符合食品安全标准的成品,此种情形很难说生产者具有故意。因此,前述“生产者生产不符合食品安全标准的食品,在主观上实际均体现为故意”的观点,在逻辑上是错误的,同样可以“明知”来规定生产者的主观过错,且能使体系更加一致。

### (三) 与《消法》第 55 条的关系

准据上述,《食品安全法》第 148 条中食品侵权的惩罚性赔偿规定应为“生产者和销售者明知食品存在安全问题仍生产和销售的,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损失三倍的赔偿金;增加赔偿的金额不足一千元,为一千元。”该条是《消法》第 55 条在食品安全领域的特别规定。目的在于惩罚生产者和销售者明知食品存在安全问题仍生产和销售这一性质更严重的违法行为,故对具体法律要件进行了不同于《消法》第 55 条的规定,加重了经营者的责任,更好地保护了食品消费者。这些不同规定体现在:一是采取实质标准,即“食品安全”为构成要件,“食品安全”要比《消法》中的“产品缺陷”更加严格;二是对于“损失”没有限制为“死亡或者健康严重损害”;三是赔偿标准为损失三倍,高于《消法》。尽管有特别规定,但为保证法律适用的明确与体系的协调性,应与《消法》第 55 条保持一定程度的一致性,即在“明知”含义的确定与规定必须具备“损失”要件上与《消法》保持一致。

## 四、医疗产品致损之惩罚性赔偿:法释[2017]20号第 23 条

区别于医疗服务合同的违约、欺诈等行为引发的惩罚性赔偿,因医疗产品存在缺陷引发的惩罚性赔偿诉讼并不常见。以“惩罚性赔偿”“医疗产品”“缺陷”三个关键词在聚法案例数据库中查询,显示共 27 篇文书。查看“本院认为”部分,发现对因医疗产品存在缺陷提起的惩罚性赔偿均被驳回,其中因天津晶明新技术开发公司的医疗产品而引发的诉讼共 18 件,占比 66.7%。该案自发生之日起,媒体持续跟踪报道,涉及面广,受害人群较多,案件较为典型。以鲍士山与晶明公司、某医院纠纷案为例(北京市海淀区人民法院 [2016]京 0108 民初 3311 号民事判决书),鉴定机构认可的案情为:患者因眼部不适,到北医三院治疗,因医院使用了不合格的气体导致左眼无光感(失明),产生了一系列费用;而北京市海淀区法院因气体成分无法确定,认为晶明公司不构成“明知”,不支持原告的诉讼请求。本文认为,技术上的原因不应该归责于当事人,因医疗产品致害而引发的惩罚性赔偿的法律适用,需要从体系上加以调适。

### (一) 缺陷要件与明知要件认定之缓和

缺陷要件的认定。《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》(法释[2017]20号)第 23 条对医疗产品缺陷引发的惩罚性赔偿予以明确,具有重要意义,结束了以往对《消法》第 55 条第二款能否作为请求权基础的争论。以往法院多以医患关系不适用《消法》为由驳回患者的惩罚性赔偿请求(福建省厦门市中级人民法院 [2013]厦民终字第 3165 号民事判决书),导致赔偿严重不足、医闹等多重问题的产生。但该条文并未对“缺陷”之意涵进行明确,解释上应沿用《产品质量法》第 34 条之规定,但从该条文看不出医疗产品缺陷的认定必须经过行政前置程序,司法鉴定也不是必经程序。海淀法院在该判决中指出,“……无法明确该气体中毒成分,且在诉讼中也无法通过司法鉴定的程序对气体的中毒成分予以确认……”(北京市海淀区人民法院 [2016]京 0108 民初 3311 号民事判决书)其实,产品是否有缺陷并非必须查明气体的成分,即使气体完全合格,具备了司法鉴定的条件,也不能直接肯定医疗产品不存在缺陷。换句话说,“气体的中毒成分确认”与否与产品存在缺陷之间,前者只是充分条件之一,不是全部。缺陷的认定标准在于《产品质量法》第 34 条规定的“不合理危险”。而产品是否存在缺陷,其实该案的鉴定结论已经有表述,“按照标准眼用气体中的全氟丙烷含量不得少于 99.5%,但 2 盒送检药品中一盒的含量为 0%,另一盒为 95%”(北京市海淀区人民法院 [2016]京 0108 民初 3311 号民事判决书)。再者,由于该产品失明的人起诉到法院的案件已经不少,通过案件的数量上

推断,产品存在缺陷的盖然性已经很大。

明知要件的认定。对于明知要件,历来是受害人面对的一道难关。就本案而言,法官的处理思路是要查明究竟何种原因导致气体不合格才能认定生产者是否明知,因此首先要查明气体成分。由于气体成分无从知悉,因此杂质气体的成因也无法得知,故难以认定生产者的明知状态,至多认定为“应当知道,因疏忽大意而未知”。反观其他案件,在聚法案例库中,以“明知”“缺陷”作为“本院认为”部分的两个关键词,同时将案由锁定为“医疗损害责任纠纷”,共检索31篇文书。排除鲍士山案后,发现我国法院目前将明知等同于故意,且故意的认识内容为加害人身权(四川省泸州市江阳区人民法院[2014]江阳民初字第3200号民事判决书;福建省厦门市中级人民法院[2013]厦民终字第3165号民事判决书)。也有法院认为,明知需要提供鉴定,如果鉴定意见为认识不足,则不具备“明知要件”(安徽省濮阳市华龙区人民法院[2015]华法民初字第2762号民事判决书)。法释[2017]20号第23条中“明知”要与《消法》第55条第二款中的“明知”作一致的理解和适用。法院在判定医疗产品经营者是否为明知时,要看其是否充分履行了法律规定的各种经营义务,经营者对此负举证责任。当然由于医疗产品范围广,种类多,需要法官具体情形具体分析。法释[2017]20号第25条也指出,“本解释所称的‘医疗产品’包括药品、消毒药剂、医疗器械等。”本案是因气体有问题导致失明而要求惩罚性赔偿的,法院以“该公司已为所生产的眼用全氟丙烷气体办理了医疗器械注册证”为由驳回显然有待商榷。一方面,“眼用全氟丙烷C3F8气体”本身不同于医疗器械,“眼用全氟丙烷C3F8气体”实际是法释[2017]20号第25条规定的药品中的一类;另一方面,具有医疗器械注册证不排除在取得资格证以后从事违法行为。而且,医院完全可以医疗产品流转次数多、不能确定具体侵权人,比如可能是仓储、运输等环节出了问题等理由抗辩。对于“明知”还是要形成证据锁链,否则会导致医方以及生产者证明力低。“明知”要件针对的是“医疗产品有缺陷”,至于对损害生命、健康权的直接故意还是间接故意另当别论。本文认为可以从如下各方面认定。一是未履行查验义务。医疗产品不论产出还是销售都有严格规定,一个具有资格的主体应该认真履行法律规定的审查义务,程度上至少比一般产品高。如果对产品合格标识、生产日期串改等问题都没注意到,很显然没有履行法定的查验义务,可认定为“放任”心态。比如怠于清理超期的药品,医疗产品缺少产品批号,未审查进货合同前手的名称和许可资格(《药品生产许可证》《药品经营许可证》《制药许可证》《医疗单位制剂许可证》等)或者产品本身的合格文件少而未仔细查验等。但是,对于履行的查验义务少,比如应该要求生产商提供多项检测报告而仅仅要求提供某些检验报告,或者提供的《合格证书》只是复印件,而原件丢失或者手续不齐全等情形还不足以直接认定“明知”,需结合其他证据。毕竟材料不全,不能等于医疗产品有质量缺陷。二是医疗产品问题过于明显,且经过检测。比如医疗产品的很多性能指标都不符合相应质量标准的要求,标示上的执行标准业已失效,或者医疗机构本身为了延长产品的买卖期间更换批号、日期的。此外,认可医方举证质检报告、合格证符合国家标准、行业标准以及合同目的的特定标准更合适。如果意图免责,由医方举证患者自身使用不当导致医疗器材出现断裂等问题。有法院考虑患者的举证难度问题,采取了此做法,谓“谭燕飞作为患者对于无法提供断裂螺钉的实物或相关质检报告并不负有过错。佛山市中医院抗辩主张其使用的医疗器械不存在缺陷,对此应承担举证责任”(广东省佛山市中级人民法院[2017]粤06民终6343号民事判决书)。这种裁判妥善保护了信息严重不对称的患者,殊值肯认。三是以往已经发生过医疗诉讼或者因他人投诉被质监局整改,又发生诉讼的。经历过审判的人至少对产品问题知悉,毕竟以往有过诉讼历史的医疗机构应该更加清楚。医疗机构作为法人不能以内部职工的原因免责,是否明知还是依照通常情形判定。

## (二) 法释[2017]20号第23条与《消法》第55条第二款关系

从法释[2017]20号第23条的规定来看,直接照搬了《消法》第55条第二款的措辞。反观“鲍士山案”的判决,判决书这样记载:“受害者1990年生,父母无经济收入、无劳动能力……晶明公司赔偿……”

一百零二万九千九百四十三元八角七分”。对于一名失明的青年受害人而言, 仅仅赔偿约 102 万, 侧面反映出医疗产品侵权中精神损害赔偿金偏低、举证责任规则刻板、惩罚性赔偿要件过于严苛以及“第三人损害”赔偿制度缺失等问题, 对受害人以及年迈的家庭成员保护不周, 惩罚性赔偿没有发挥应有的效果。因此, 本文认为可以从法释 [2017]20 号第 23 条与《消法》第 55 条第一款和第二款的关系入手, 以妥善保障受害人。

法释 [2017]20 号第 23 条既然肯认了“侵权之诉可以附带地请求损失两倍以下的惩罚性赔偿”, 也同样可以目的性扩张解释为“合同之诉可以附带地请求价金的三倍赔偿”, 且请求权基础为《消法》第 55 条第一款。在法释 [2017]20 号第 23 条出台之前, 有部分法院就已发现侵权类型的惩罚性赔偿对受害人保护不周的问题, 尝试肯认合同类型的惩罚性赔偿对被害人救济 (湖北省当阳市人民法院 [2015] 鄂当阳民初字第 2092 号民事判决书)<sup>①</sup>。有条件地肯认《消法》第 55 条第一款适用医患关系并无明显不当。本文主张侵权之诉可以附带地主张合同类型的惩罚性赔偿, 不必拘泥于侵权类型的惩罚性赔偿。实际上, 早就有部分法院肯认了这种做法, 即认可被害人通过侵权之诉获得精神损害赔偿, 而在惩罚性赔偿责任中不适用“损失”两倍这种类型的惩罚性赔偿责任, 而适用价金三倍类型的惩罚性赔偿 (北京市第三中级人民法院 [2016] 京 03 民终 10935 号民事判决书)。

如此, 肯认惩罚性赔偿制度的独立性, 不依赖于填补之诉。这种做法其实不仅对法院方便, 对受害人保护也很充分。毕竟欺诈的情形极为广泛, 几乎无处不在, 比如发布虚假广告、隐瞒没有美容类的资格证书仅仅有医疗职业证书的 (江苏省淮安市清河区人民法院 [2016] 苏 0802 民初 4897 号民事判决书)、不如实履行告知义务 (上海市第二中级人民法院 [2015] 沪二中民一 (民) 终字第 2195 号民事判决书)、故意隐瞒收费项目 (广东省广州市中级人民法院 [2015] 穗中法民一终字第 3216 号民事判决书) 等。法释 [2017]20 号将医疗美容也纳入到医疗服务的范围, 这实际上变相肯定了可以追究美容类医疗服务的欺诈行为。比如有法官指出, “未取得《医疗机构执业许可证》的情形下, 擅自开展医疗美容活动, 导致原告在接受美容服务的时候受伤致残, 原告有权要求被告赔偿损失。考虑到原告在进行激光治疗之前脸上已存在斑痕, 本院按其实际损失的一倍予以支持” (湖北省当阳市人民法院 [2015] 鄂当阳民初字第 2092 号民事判决书)。

也许读者会质疑, 认为医患关系不应适用《消法》调整, 但因为医院本身既承担服务职能, 收取医疗服务费, 同时又收取医疗产品价金, 故区分情形。如果以药养医、加价销售导致药品本身价格昂贵, 基于对价平衡的考虑, 医院此时是销售者, 甚至可以认定为商主体, 并且本身天然地具备资讯优势和专业性知识。虽然十九大报告已经明确了全面取消以药养医, 但药品改革的落实可能困难重重, 故医患关系不宜在现阶段当然地、一律排除《消法》适用。不否认竞合时选择合同诉由进而主张欺诈型的惩罚性赔偿, 淡化甚至架空了法释 [2017]20 号第 23 条严苛的构成要件。对于请求权竞合问题, 不同的学说和裁判意见也一直存在争论, 从未停息, 比如请求权之间是否互相影响等。但若肯认受害人享有选择起诉角度的权利, 有利于缓解紧张的医患关系。综上所述, 惩罚性赔偿制度是一类独立的法律责任, 与受害人选择侵权之诉还是合同之诉无必然因果关系; 被害人选择的填补性赔偿之诉的类型不应该影响惩罚性赔偿之诉。同时, 应该肯认惩罚性赔偿制度的调和功能, 如果填补性赔偿责任难以充分、周密地保障被害人, 可以从宽把握“欺诈”要件, 比如参酌上诉法院的做法, 认定合同履行阶段亦可发生《消法》第 55 条第一款意义上的欺诈行为 (收费项目及收费数额上存在欺诈), 以让受害人更容易获得惩罚性赔偿金, 让惩罚性赔偿发挥应有效果, 妥善、周密地保障受害人利益。

<sup>①</sup> 该案法院支持了被害人“选择侵权之诉主张填补性赔偿责任, 选择价金 3 倍类型的惩罚性赔偿责任”的做法。

表1 请求权聚合规范之对比分析

请求权聚合	填补性赔偿责任请求权(竞合)		惩罚性赔偿责任请求权
类型	产品责任	合同责任	法定责任
债权人利益	固有利益	信赖利益、履行利益	额外利益
障碍形态	加害给付	缔约欺诈、违约行为	(一)明知缺陷仍生产、销售 + 死亡或者健康严重损害 (二)欺诈行为
损害形态	瑕疵结果损害:固有利益	瑕疵损害:产品自伤、替代 用益之费用	不以实际支付医疗服务费 为前提
法律后果	恢复原状或折价赔偿	无精神损害	2倍赔偿或3倍赔偿
责任主体与归责原则	生产者+销售者 无过错责任+过错责任	销售者的过错责任	区分情形

## 五、旅游服务侵权之惩罚性赔偿:《旅游法》第70条

《旅游法》第70条需与《消法》第55条结合使用,才能解决旅游服务领域的惩罚性赔偿问题。

### (一)《旅游法》第70条与《消法》第55条第二款之区别

一是主体的不同。《旅游法》第70条惩罚性赔偿适用于双方当事人为旅游者和旅行社的情形,《消法》则要求双方为经营者和消费者。我国判例学说均认为旅游者是消费者,提供服务的旅行社是经营者,因此在旅游纠纷领域一般而言两者所针对的主体是趋同的。但《消法》中的经营者在旅游领域并不只限于旅行社,景区、旅游辅助人等若符合第55条第二款要件也可适用惩罚性赔偿,这其实反映出《旅游法》被虚置和架空的现象,有可能导致景区、旅游辅助人被突袭诉讼的问题。二是主观状态的不同。在《消费者权益保护法修正案(草案)》中,第55条将提供存在缺陷的商品、服务作为一种“欺诈行为”,但此种“欺诈行为”与旧《消法》第49条的缔约欺诈在涵义上并不一致。就商品而言,消费者与经营者买卖合同的订立与商品的交付通常在同一时间完成,若经营者明知商品存在缺陷仍隐瞒缺陷的存在并提供商品,那么此种情形符合缔约欺诈的要件,在隐瞒缺陷的缔约欺诈造成人身损害后给消费者提供了另一种惩罚性赔偿进行选择,且此种以损害为基数的惩罚性赔偿通常数额较高。但若经营者是在合同订立后交付之前发现缺陷的存在,或者经营者是在提供服务的过程中提供了存在缺陷的服务(如旅行社在旅途中提供有缺陷的服务),那么这几类情况则不属于缔约欺诈。修正案最后改变了“欺诈行为”的使用可能正是考虑到其情形与缔约欺诈并不完全一致。根据《旅游法》第70条的表述,首先如前所述,旅行社拒绝履行合同并不一定造成服务存在“缺陷”(危及消费者人身、财产安全的不合理危险)。其次,即使旅行社拒绝履行合同给消费者人身、财产安全造成不合理危险也并不要求旅行社有造成此缺陷之故意,旅行社的故意仅仅针对“拒绝履行合同”。可以说,《旅游法》第70条的适用在主观恶意上的条件比《消法》第55条第二款更低。三是客观行为要件不同。《旅游法》第70条的适用要求旅行社拒绝履行合同,《消法》第55条第二款则要求提供“存在缺陷”的服务,二者并不相同。《消法》第55条的适用情形应理解为在向消费者提供商品或服务时,经营者明确意识到其商品或服务存在危及消费者人身、财产安全的不合理危险,仍向消费者提供<sup>[6]</sup>(P111)。根据《旅游法》第70条的规定,旅行社对于合同的拒绝并不意味着此种拒绝会造成“危及消费者人身、财产安全的不合理危险”。也就是说即使旅行社拒绝履行合同所引发的危险在通常情况下不足以危及人身、财产安全,但只要造成了相应的后果,就可适用《旅游法》第70条。从这个角度来说,《消法》第55条第二款的认定比《旅游法》第70条更为严格。四是损害要件的不同。《消法》第55条第二款只适用于造成死亡或健康严重损害的情形,即只限于

人身损害。而《旅游法》第 70 条除人身损害外,还包括滞留等严重后果。因此,就所针对的损害要件而言,《旅游法》第 70 条的适用范围也更广。

综上,《旅游法》第 70 条在主观恶性和损害结果要件上,虽均轻于《消法》第 55 条第二款,但其主要适用的情形仍是旅行社服务致害,采用和《消法》第 55 条第一款一致的以价款作为惩罚性赔偿计算基数,显然与体系不相协调。《消法》修正之后,有学者提出该法第 55 条第二款首次将消费者“所受损失”规定为惩罚性赔偿的确定基础<sup>[6]</sup>(P113)。此种作法具有合理性,理由是:价金或费用与损害间并没有直接关系,以价金或者费用为基数,确定商品欺诈和服务欺诈行为的作法不能真正体现救济损害、惩治违法的目的<sup>[16]</sup>(P78-90)。但《旅游法》第 70 条却打破了这种作法,虽要求造成“人身损害、滞留等严重后果的”,但赔偿的基数是“旅游费用”,因此即使给旅游者造成同样的人身损害,影响其所获惩罚性赔偿的因素往往变成旅游的地点和时长,“欧洲八国游”中造成人身损害所能够获得的惩罚性赔偿就远比“武汉一日游”高得多。此种不公平的后果即是基于价金或费用与损害间并没有直接关系造成的。而在合同责任的适用上,《旅游法》第 70 条较高的条件却与《消法》欺诈缔约规定了同样的赔偿范围,同样显得十分不协调。因此本文建议,将《旅游法》第 70 条之赔偿标准同样改为损失的两倍,与《消法》第 55 条规定保持一致,做到罚则相当,以使整个体系协调。

## (二) 外部竞合之处理思路

《旅游法》第 70 条之适用并不局限于侵权责任。在旅游合同中,旅行社需承担确保旅游者安全的义务<sup>[17]</sup>(P130)。《旅游法》第 80-82 条也具体表述了旅行社所承担的义务,因此即使造成了人身损害,所造成的人身损害同样可以纳入履行利益损害的范畴中<sup>[18]</sup>(P10)。旅行社致旅客人身损害能够通过主张违约责任获得救济。在司法实践中也有相当一部分旅行社致旅客损害案件提起的是违约之诉(上海市嘉定区人民法院 [2013] 嘉民一 [民] 初字第 6464 号民事判决书;天津市第二中级人民法院 [2014] 二中民一终字第 0563 号民事判决书)。惩罚性赔偿在符合惩罚性赔偿法律条文所规定之适用条件时,无论以违约或是侵权为诉由,都可适用<sup>[18]</sup>(P17-19)。因此《旅游法》第 70 条的惩罚性赔偿是否适用与当事人所选择的诉由并无关联。此外,旅行社致旅客损害还可能符合《消法》第 55 条第二款的要件,故旅行社致旅客损害的情形,既有违约责任与侵权责任的请求权竞合,在惩罚性赔偿的适用上又可能产生《旅游法》第 70 条和《消法》第 55 条第二款的规范竞合,这两个关系需要厘清。

旅行社致旅客人身损害,可通过违约之诉救济。在此种情形下以侵权诉由或以合同诉由的实质差异在于精神损害赔偿。以邵月霞与悠哉旅行社和百草园公司生命权、健康权、身体权纠纷案(上海市闵行区人民法院 [2014] 闵民一 [民] 初字第 8717 号民事判决书)以及吴锦香与东湖旅行社合同纠纷案(上海市黄浦区人民法院 [2014] 黄浦民一 [民] 初字第 3831 号民事判决书)为例,两案都是因旅行社未尽安全保障义务导致旅客人身损害的案件,但分别主张侵权责任与违约责任。从两案件当事人最后所获赔偿来看,两案当事人关于医疗费、交通费、护理费、误工费、鉴定费的请求都得到法院认可,差别之处在于仅有主张违约责任的案件中法院判决退还部分旅游费,而仅在主张侵权责任的案件认可了精神损害赔偿的请求。侵权责任中不能请求履行利益的返还是因为此种纯粹经济损失只有在合同无法保护时才可能由侵权法保护<sup>[18]</sup>(P15)。我国在立法上不承认违约责任中的精神损害赔偿,2010 年《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释 [2010]13 号)第 21 条明确了在旅游纠纷中若旅行者提起的是违约之诉则不能适用精神损害赔偿,对于此种作法许多学者提出质疑<sup>[19]</sup>(P13)<sup>[20]</sup>(P48-51)<sup>[21]</sup>(P23-30)。此种立法模式的后果是在旅游纠纷中旅行者必须在履行利益和精神损害赔偿中作选择。正如前文所述,我国请求权产生竞合导致的这一问题更加明确了惩罚性赔偿的适用不应与当事人选择的诉因相关,否则会使得被侵权人选择请求权时所要考虑的因素更加复杂。

综上所述,旅游服务侵权责任之惩罚性赔偿实际上由《消法》第 55 条第二款和《旅游法》第 70 条

共同规定,两条文的构成要件在各方面均有所差别,后者规定了一种完全不同于前者的惩罚性赔偿,即因拒绝履行合同造成损害的惩罚性赔偿,因此适用时要仔细甄别。

## 六、构建“一般规定+特别规定”的法律适用公式

在《民法典侵权责任编》“责任承担”一章中规定侵权责任之惩罚性赔偿的一般条款,作为侵权责任之惩罚性赔偿的一般规则,构建一个“一般条款+其他法律”的法之适用公式。建议该条款表述为:“行为人故意侵害他人民事权益,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求惩罚性赔偿,其他法律对惩罚性赔偿另有规定的,依照其规定。”

适当扩大对于“商品”“消费者”和“经营者”的解释,以《消法》第55条第二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条第二款的法律适用公式,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条第二款”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条第二款”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条第二款规定的“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可适用于违约之诉、也可适用侵权之诉,如此会造成适用上的困难,应该参照《消法》第55条第一和第二款分别规定,食品侵权之惩罚性赔偿的规定应为“生产者和销售者明知食品存在安全问题仍然生产和销售的,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损失三倍的赔偿金;增加赔偿的金额不足一千元,为一千元”。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。

因医疗产品缺陷导致惩罚性赔偿,应在《消法》第55条第二款法之适用的基础上来做具体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,不应过分依赖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条对“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条第二款保持一致,判定销售者是否“明知”时,应该从查验义务履行是否细致、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条规定的惩罚性赔偿一方面要求造成“人身损害、滞留等严重后果的”才能主张,但赔偿的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”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条的第一款或者《消法》第55条第二款,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条第二款应成为解释《旅游法》第70条的指引性规则,二者可以结合使用。

### 参考文献

- [1] 张新宝,李倩. 惩罚性赔偿的立法选择. 清华法学,2009,(4).
- [2] 王泽鉴. 损害赔偿. 北京:北京大学出版社,2017.
- [3] 杨立新. 对我国侵权责任法规定惩罚性赔偿金制裁恶意产品侵权行为的探讨. 中州学刊,2009,(2).
- [4] 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,(3).

- [5] 赫尔穆特·考茨欧,瓦内萨·威尔科克斯. 惩罚性赔偿金: 普通法与大陆法的视角. 窦海洋译. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [6] 朱广新. 惩罚性赔偿制度的演进与适用. 中国社会科学, 2014, (3).
- [7] 最高人民法院侵权责任法研究小组. 《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用. 北京: 人民法院出版社, 2016.
- [8] 最高人民法院侵权责任法研究小组. 《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用. 北京: 人民法院出版社, 2010.
- [9] 高圣平. 食品安全惩罚性赔偿制度的立法宗旨与规则设计. 法学家, 2013, (6).
- [10] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室. 《中华人民共和国食品安全法》释义及实用指南. 北京: 中国民主法制出版社, 2015.
- [11] 廖斌, 张亚军. 食品安全法律制度研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2013.
- [12] 沈小军. 食品安全案件审理中法官的适度谦抑. 法学, 2018, (2).
- [13] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室. 《中华人民共和国食品安全法》解读. 北京: 中国法制出版社, 2009.
- [14] 杜国明. 我国食品安全民事责任制度研究——兼评《中华人民共和国食品安全法(修订草案)》. 政治与法律, 2014, (8).
- [15] 李响. 我国食品安全法“十倍赔偿”规定之批判与完善. 法商研究, 2009, (6).
- [16] 杨立新. 我国消费者保护惩罚性赔偿的新发展. 法学家, 2014, (2).
- [17] 刘劲柳. 旅游合同. 北京: 法律出版社, 2004.
- [18] 谢鸿飞. 违约责任与侵权责任竞合理论的再构成. 环球法律评论, 2014, (6).
- [19] 谢鸿飞. 精神损害赔偿的三个关键词. 法商研究, 2010, (6).
- [20] 崔建远. 论违约的精神损害赔偿. 河南省政法管理干部学院学报, 2008, (1).
- [21] 杨振宏. 旅游法上惩罚性赔偿的正当性分析——兼论旅游精神损害赔偿的可替代性. 北方法学, 2014, (1).

## Punitive Damages to Torts Liability

Zhang Hong (Wuhan University)

**Abstract** In our legal system, there exists a complex legal rule group that causes punitive damages for infringement of consumers' rights and interests. The punitive damages system itself is independent of the filling of the compensation system, and does not depend on other civil liability. The prosecution of punitive damages is not necessarily associated with other civil liability claims. Punitive damages that infringe on the rights and interests of consumers can be divided into punitive damages based on tort liability and punitive damages based on contractual liability. In the case of damages caused by the rights and interests of consumers, there are many cases of punitive damages caused by tort liability, and they are contradictory. It should be systematized to clarify their respective standards. At present, the parts of the civil code is submitted for review, if general provisions of punitive damages based on tort liability can be made on in chapter "liability bearing" of the tort liability compilation of the civil code, the whole system of punitive damages based on tort liability should be integrated. Meanwhile, article 55, paragraph 2 of the Consumer protection Law should be appropriately improved from the perspective of legal hermeneutics to guide the improvement and application of article 148 of the Food safety Law, article 70 of the Tourism Law and article 23 of No.20 interpretation of law (2017), so that the whole system can be coordinated.

**Key words** consumers' rights and interests; tort liability; punitive damages

■ 收稿日期 2019-09-09

■ 作者简介 张 红, 法学博士, 武汉大学法学院教授、博士生导师; 湖北 武汉 430072.

■ 责任编辑 李 媛 桂 莉