

内容摘要

本文分为惩罚性赔偿溯源、惩罚性赔偿的理论分析及其适用三大部分。在阐述了惩罚性赔偿概念、功能及其责任之性质等基本理论之后，本文认为，与补偿性赔偿和精神损害赔偿相比较，惩罚性赔偿有其独特的价值，进而试图运用历史的、比较的等法学方法论证大陆法系国家引进惩罚性赔偿、并且应当在侵权领域和合同领域适用惩罚性赔偿的可能性与必要性，同时，对其适用中困难——确定数额的问题进行了一些探讨。通过上述论证，本文提出，我国应当扩大其适用范围，在侵权领域与合同领域同时确立惩罚性赔偿，其规定应着眼于对不法行为的惩罚与遏制，同时要明确其适用中应予斟酌的因素，增强其可操作性并限制其数额。

第一部分通过对惩罚性赔偿的历史考察指出，古代的宗教法、古希腊和古罗马的法律中都有惩罚性赔偿的规定。在古罗马帝国，惩罚性赔偿制度作为对刑事责任制度的替代，对于直接调动私人的利己心制裁侵权行为人、间接增进社会利益发挥了一定积极作用。

在英美法系，英国早期判例就有惩罚性损害赔偿的规定。1964年，英国上议院在 *Rookes v. Barnard* 一案中正式确立了惩罚性赔偿并将其类型明确化。近年，英国法律对惩罚性赔偿采取了更为积极的态度，主张扩大惩罚性赔偿制度的适用范围。在美国，1784年的 *Genay v. Norris* 一案中最早确认了这一制度，至今已被广泛适用于各个领域。近年来，美国对惩罚性赔偿在侵权法领域的适用进行了重大改革。澳大利亚、加拿大、新西兰等国家也相继确立了惩罚性赔偿制度。然而，长期以来，大陆法系对惩罚性赔偿多采排斥态度。

审判制度和私法的精神的差异导致了惩罚性损害赔偿在两大法系的不同际遇。随着两大法系渐趋融合的趋势，大陆法系国家对惩罚性赔偿的态度也在转变。

第二部分对惩罚性赔偿的基本理论问题进行了阐述。

首先，通过对学界关于惩罚性赔偿的概念界定进行整体考察，笔者认为，惩罚性赔偿是指：为惩罚加害人的不法行为、威慑或防止类似行为的发生并保障受害人损失的完全补偿，按照受害人或相对的受害人团体所遭受的损害或加害人的非法获利，法院在判决的一般赔偿金之外另行判决加害人向受害人支付的赔偿金。

其次，笔者指出，惩罚性赔偿具有惩罚、赔偿、激励以及遏制四种功能。其中，惩罚功能是该制度的基本功能，赔偿功能是其主要功能，这两种功能催生了激励功能，并可实现其遏制的终极功能。

再次，惩罚性赔偿责任的性质界定直接关系到该制度在民事领域存在的合理性，通过对惩罚性赔偿责任与刑事、行政责任以及经济法责任的比较，笔者认为，随着大陆法系国家对惩罚性赔偿的接受，其私法责任的性质已被广泛认可。经济法责任的观点存在一定的合理性，它突出了惩罚性赔偿的惩罚、遏制的功能，也强调了惩罚性赔偿追求社会实质正义和效率的价值取向，但是该学说将惩罚性赔偿人为地限定到了消费者保护或产品责任相关的狭隘领域，大大削弱了该制度原本所应发挥的功用，对其认识存在着很

大的局限性，所以不足采信。

另外，与补偿性赔偿及精神损害赔偿相较，惩罚性赔偿具有独立的制度价值。与补偿性赔偿相较，惩罚性赔偿具有功能的多样性、附加性、法定性以及注重行为人的主观状态的特点，对此争议不大；但对于惩罚性赔偿与精神损害赔偿关系，学术界的认识存在一定的误区。笔者认为，精神损害赔偿具有惩罚性，但精神损害赔偿的主要功能是补偿性的，“惩罚”不应成为精神损害赔偿的主要功能。与民法对非财产损害的救济由无视到逐渐重视的演变过程相关，惩罚性赔偿和精神损害赔偿的渊源颇深。但是，惩罚性赔偿与精神损害赔偿是两个完全不同的概念，两者在适用的目的和功能、认定数额时的着眼点及考量的因素以及裁判机关能否依职权适用等方面存在区别。如果用惩罚性赔偿代替某些场合下的精神损害赔偿，用精神损害赔偿弥补超越惩罚性赔偿的精神损害，那么这两种制度就能相得益彰。

第三部分论述了惩罚性赔偿适用的相关问题。

首先，虽然传承大陆法系民法理论，我国同样具有适用惩罚性赔偿之可能性及必要性。惩罚性赔偿的反对意见大致可以归结为其与民事补偿责任理论和公平正义原则的冲突以及对社会整体利益的损害等方面。笔者认为，惩罚性责任与民法理论并不矛盾，也不会带来严重的负面社会效果。就我国的现行民事立法而言，打破补偿性赔偿一统天下的局面、大胆引入惩罚性赔偿更是势在必行。

其次，惩罚性赔偿的适用范围应包括侵权与合同领域。就侵权领域而言，侵权人逃脱承担责任、责任保险制度的冲击使传统侵权责任在威慑侵权人、抑制侵权行为为发生方面存在严重缺陷。这一问题的解决有赖于引进惩罚性赔偿制度。联系我国的立法实践，笔者以为，要改变由客体划定适用范围的做法，以适应侵权类型层出不穷的现实需要。

就合同领域而言，在合同领域的适用惩罚性赔偿的阻力在于“效率违约”。其实，效率违约理论本身就存在着局限性，推行之将导致市场信息的紊乱，损害市场秩序。目前我国的市场经济还不发达，我们要积极推进市场法治、倡导“诚信”的交易准则，因此更不宜提倡效率违约。换言之，我国具备在合同领域适用惩罚性赔偿的理论前提。

合同领域应当引入惩罚性赔偿，仅仅将其限于侵权领域没有道理，从某种意义上讲，违约也属侵权；同时，违约行为并非与道德无涉，违约责任应同时具有补偿性和惩罚性以维护交易安全和社会信用，在合同领域适用惩罚性赔偿同样能取得积极的效果。虽然我国承认惩罚性违约金，但是这并不总是有效率的，而且其基础——合同自由原则已呈没落之势。基于保护弱者、追求实质正义的考虑，惩罚性赔偿在某些场合下应当适用，以有效地补偿受害人、遏制不法行为。

再次，惩罚性赔偿的适用困难在于其数额的估定。为了使惩罚性赔偿更具可操作性，消除其不利因素，确定惩罚性赔偿的数额时需要明确其适用标准。通过比较法的考察，我们应当顺应对惩罚性赔偿数额进行限制的趋势，对其设定最高限额，同时明确其估定标准、厘清其斟酌因素。

关键词：惩罚性赔偿 性质 功能 合同领域 斟酌因素

ABSTRACT

This article divides into three parts altogether, which are respectively history, theoretical analysis and application of punitive damages. After explaining the basic theories such as concept, function and nature of the responsibility etc., in comparison with compensative damages and compensation for spiritual damages, punitive damages possesses its own unique value. By the historical and comparative means this article focuses on possibility and necessity of punitive damages, which should be accepted by countries belong to Civil Law Systems and apply in the fields of torts and contract. Meanwhile, this article makes an approach aiming at difficulty in practice—of the problem of ascertaining the amount, and then suggests that punitive damages should be established in the field of torts and contract in our country on the basis of above agreement, we'd better widen the scope of application and focus on punishing and suppressing unlawful behaviors, clear about considerable factors in the application, strengthen the operation and restrict its amount as well.

In the first part, through history of punitive damages, ancient religious law, ancient law of Greece and Rome have regulations of punitive damages. In the ancient kingdom of Rome, the punitive damages is regarded as the substitution to the system of criminal responsibility, which plays a positive role as to shift private egoistic heart to punish inflictors and indirectly promote social interests.

As the Common Law Systems is concerned, there is a regulation of punitive damages in Britain's early legal precedent. In 1613, the House of Lords has established punitive damages and made its types clear formally in the Case of *Rookes v Barnard*. In recent years, Britain's law takes more positive attitude to punitive damages and maintains that the scope of application should be expanded. In U.S.A., it is confirmed first in the Case of *Genay v Norris* in 1784, and has already been extensively suitable in each field so far. Recently, it carries on great reform of its application in torts law field. Such countries as Australia, Canada, New Zealand etc. have established punitive damages successively. However, Civil Law Systems take repulsive attitude to punitive damage for a long time.

The difference of trial system and the spirit of private laws lead to the different fortunes of punitive damages in two law-systems. With the mergence trend of two law systems, civil law system changes attitude to punitive damages change gradually.

In Second Part, the author explained the basic theoretical question of punitive damages.

First of all, through defining and investigating whole concept of punitive damages in academic circles, I think, punitive damages refers to the compensation paid to the victim separately by inflictors beside of the general damages adjudicated by court according to the losses of victim group or illegal profit of the inflictor, which is used to prevent similar behaviors from occurring and to ensure the complete compensation of victim's losses by means of punishing the malfeasance and deterrence of the inflictor.

Secondly, the author points out punitive damages have 4 kinds of functions including punishment, compensation, encouragement and containment. Among them, the function of punishment is a basic function of this system, and the function of

compensation is the principal one, these two expedite the emergence of encourage function, and can realize its ultimate function of the containment.

Moreover, how to define the nature of the responsibility directly relates to rationality of its application in Civil Law System. By comparison of responsibility of punitive damages with criminal, administrative responsibility, and responsibility of economic law, I think, with the acceptance of punitive damages by civil law system, the nature of its private-law-responsibility has already been approved extensively. The view of economic-law-responsibility has certain rationality, it stress the functions of punishment and containment, have also put emphasis on pursuing social essence justice and value orientation of efficiency in punitive damages, but this theory make punitive damages artificially restricted in a narrow field such as consumer protection or product liability etc., and greatly weaken its functions should be played, so it can't be adopted because of its limitation of understanding.

In addition, compared with compensation and spiritual damages, punitive damages have its unique value. Compared with the former, there is little dispute that punitive damages has traits such as varied-functions, subsidiary and statutory; in addition, it stresses the subjective conditions. But as for the relation between punitive damages and spiritual damages, there are certain mistaken ideas. I think, spiritual damages possess the quality of punishment, however, its function is mainly compensatory but not "punishment".

The remedy of non-property injury in civil law changes from being disregarded to being valued, in relation to this development course, it is obvious that punitive damages and spiritual damages have same origins. However, punitive damages and spiritual damages are two totally different concepts, there are much distinction between applicable purpose, functions, considerable factors and whether the court can apply it by authority or not. If replace spiritual damages under some occasions with punitive damages, and remedy the injury of surmounting punitive damages by means of spiritual damages, then these two kinds of systems can benefit each other.

The third part had described the relevant problems of punitive damages.

First of all, though belong to the civil law system, there possesses possibility and necessity of applying punitive damages in our country. The opinions against punitive damages can roughly be summed up in such aspects, which are contradiction between punitive damages and the compensation theory as well as the principles of civil law, and its negative affection. I think, it is not contradictory to civil law, and will not bring the serious negative social effect either. As regards current civil legislation of our country, it is more imperative to introduce punishing compensation boldly.

Secondly, the application scope of punitive damages should include the field of torts and contracts. As for the torts, inflictors trend to succeed in escaping, and the insurance weakens theirs responsibility, so the traditional liability for torts has a major defect in deterring inflictors or suppressing the torts to take place. The settlement of this problem depends on introducing punitive damages. Contacting the legislative practice of our country, I think, in order to meet the need of reality that the type of torts emerge in an endless stream, we'd better change the method of definition of scope of punitive damages by the objects injured.

As regards contract field, opinions against the application in contract law are based on the theory of efficient breach. In fact, the theory itself has limitation; to follow the theory would cause the disorder market. Market economy of our country is still underdeveloped at present, in order to advance rule-of-law market economy actively, what we should advocate is honest principle, so unsuitable to recommend efficiency break a contract. So it possesses the theory prerequisite of application of punitive damages in contract law.

The contract field should introduce punitive damages, it is unreasonable to limit it in the field of torts, in a sense, breach belongs to torts; Meanwhile, the noncompliance has involved in morals, the liability for breach of contract should have compensating nature as well as punishment to safeguard the safe and social credit of the trade, and it can also lead to positive results in contract law. Though our legislation admits the punishing penalty, which is not always efficient, and on which it based --The freedom principle of the contract has already kept declining. On the basis of the consideration protecting the weak, pursuing essential justice, punitive damages should be suitable under some occasions to compensate victims and contain the malfeasance effectively.

Moreover, how to estimate its amount is one of the difficulties in application. In order to enrich punitive damages with the effectiveness, dispel its unfavorable factors, it is necessary to clear the suitable standards confirming the amount of punitive damages. Through the investigation of the comparison, we should establish limitation to it according with the trend of restricting the amount of punitive damages, define its estimation standard and make the relative factors considered clear as well.

Keywords: Punitive Damages, Nature, Function, Field of Contract, Considerable factors

郑重声明

本人的学位论文是在导师指导下独立撰写并完成的，学位论文没有剽窃、抄袭等违反学术道德、学术规范的侵权行为，否则本人愿意承担由此产生的一切法律责任和法律后果，特此郑重声明。

学位论文作者（签名）：杨耀强

2005年5月20日

惩罚性赔偿研究

引言

惩罚性赔偿源远流长。古代侵权法中就有相关的规定，中世纪之后其在英美法系更是蓬勃发展起来。可以说，惩罚性赔偿制度是英美法系独具特色的制度之一，也是颇具争议的一项制度。但是，历史的发展表明，尽管反对该制度的声音如影随形、不绝于耳，惩罚性赔偿制度在英美法系中始终占据着举足轻重的地位，可谓“任尔东南西北风，我自岿然不动。”实际上，这些反对意见在推动该制度不断完善与发展方面功不可没；而究其根本，则是惩罚性赔偿独立的制度价值使然。随着两大法系的相互交融，惩罚性赔偿也被越来越多的大陆法系国家和地区所接受，德国、瑞士、台湾地区乃至我国大陆都分别在民法典或民事特别法中做出了相关规定。就我国大陆现行立法来看，学界普遍认为，我国《消费者权益保护法》中的“双倍赔偿”即借鉴惩罚性赔偿制度的产物。但由于未准确把握惩罚性赔偿的理论精髓，我国的相关立法规定没能产生理想的适用效果。在民法典的制定过程中，我们有必要全面深入考察惩罚性赔偿的基本理论，系统论证我国有无引入惩罚性赔偿的可能性及必要性；如果答案均为肯定，还应进一步解决其适用范围、数额确定等问题。当然，学者就上述问题已经进行了一些论述，但是学界的意见并不一致，上述问题也未能得到圆满解决。在学者论述的基础上，针对上述几个争议的焦点，笔者拟系统地阐明个人的一些观点，希冀能为我国相关立法的完善略尽绵薄之力。

一、惩罚性赔偿的溯源

(一) 古代法中的惩罚性赔偿

惩罚性赔偿,作为古代侵权法中对侵害财产行为进行惩罚的制度,^①可谓源远流长。惩罚性赔偿在侵权法领域的适用最远可追溯到《出埃及记》描述的宗教法中。在《出埃及记》中就有这样的记载:“如果一个人杀了或卖掉他从别人那儿偷来的1头牛或1只羊,他就要赔人家5头牛或4只羊。”公元前2000年的《汉穆拉比法典》第8章规定,如果某人从寺庙里偷了一头牲畜,他应该30倍地还给寺庙。

在印度的摩奴法典、古希腊和古罗马的法律中,也有惩罚性赔偿的规定。古希腊的柏拉图认为,所有小偷应偿还两倍于所盗物品的价值。此外,古罗马的规定更引人注目。在古罗马,“以复仇或报复为形式的惩罚是一种最古老的保护利益和维护权利的方式。……当罗马人想到对损害的赔偿时,他们所想到的是一种赔偿的刑罚。”侵权行为法的制裁功能不仅在于填补损害,而且在于遏制纠纷当事人之间进行私人报复和械斗。^②例如,《十二铜表法》将盗窃、抢夺或伤人等应由国家追究刑事责任的犯罪行为归类为私人间的侵权行为。为制止这类侵权行为,被害人可以请求被盗物品价值的二至四倍作为损害赔偿。罗马法之所以鼓励此种惩罚性赔偿,原因在于当时的警察力量有限,不能有效地打击各种违法犯罪行为。法律遂鼓励当事人进行诉讼,并允以高额赔偿,以遏制此类犯罪行为,维护良好的社会治安秩序。^③可见,在古罗马帝国,惩罚性赔偿制度作为对刑事责任制度的替代,对于直接调动私人的利己心制裁侵权行为人、间接增进社会利益发挥了一定积极作用。

(二) 英美法系的惩罚性赔偿

1. 英国

(1) 英国早期判例

英国1278年就有类似的规定,当时主要适用于欺诈和不当阐述。

英国1763年的Wilkes V. Wood案可能是最早有记载的赔偿额超过实际损失额的判例。1763年,英国与法国为结束战争而签署和约。根据该和约,英国保留对北美的统治权,但放弃对加勒比海岛屿的统治权以及在加拿大东海岸的渔业权。该案的原告维尔克斯(John Wilks)是英国国会中抨击政府态度最强硬的议员。他在自己创办的刊物中批评英国政府无能,并谴责英王为叛国贼。英王下令以破坏社会治安与诽谤罪起诉该杂志及该文作者。英国行政机关签署了45份逮捕搜查令,但搜查令中没有载明特定罪犯的姓名。原告因此被逮捕并讯问,后来被释放。原告释放后立即对执法人员提出侵权行为损害赔偿

^①彼得·斯坦等:《西方社会的法律价值》,中国人民大学出版社,1998年版,第39页。

^②[美]罗·庞德:《通过法律的社会控制法律的任务》,商务印书馆,1984年版,第114-115页。转引自张骞:《论当代中国法律责任的的目的、功能与归责的基本原则》,《中外法学》,1999年第6期。

^③Norman T. Braslow. The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damages in a Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience [J] Ariz. J. Int'l & Com. Law, 1999, 16. P285, 294. 转引自徐海燕:《我国导入惩罚性赔偿制度的法学思考》,《杭州师范学院学报》,2004年第2期。

偿之诉,其理由有二:一是法官并未签发逮捕搜查令;二是行政机关的逮捕搜查令并未载明欲逮捕者的姓名。陪审团判决被告赔偿原告 1000 英镑作为损害赔偿金。被告不服,提起上诉。上诉法官认为:“损害赔偿制度不仅要填补被害人损失,而且要惩罚违法行为,以制止未来的类似情形再次发生,同时也是陪审团憎恶该项诉讼的证据,因此,陪审团有权判决比实际损害更高的赔偿金额。”^①

同年,在 *Huckle v. Money* 案中,惩罚性赔偿措施再次得以运用。该案原告是一名印刷工人,他在官府对《北布瑞顿报》的一次搜查中被错误地拘禁了 6 小时。虽然原告在被拘禁期间受到非常有礼貌地被供应啤酒和牛排,但是陪审团认为被告的行为非常粗暴,遂判决原告得到 300 英镑的赔偿,而他的周薪只有一个畿尼。^②此案又进一步巩固了惩罚性损害赔偿的地位。

(2) 惩罚性赔偿的确立及其类型的明确化

尽管在英国法中已有上述两个经常援引的著名判例,但是,直至 1964 年英国上议院才在 *Rookes v. Barnard* 一案中明确作出一项惩罚性损害赔偿判决,并确认英国法院有权发布惩罚性损害赔偿判决。^③

同时,在该案中,德佛林勋爵以权威的言辞确定了侵权法领域适用惩罚性赔偿案件的种类:

A. 政府雇员而“不是”私人或者公司之压迫的、专横的或违宪的行为;

B. 被告故意地和侵权行为性地干涉了原告的贸易,而且,被告由此获得的不当利益超过了他对原告支付的赔偿;

C. 成文法明确规定的惩戒性赔偿。

为了符合第一大类的要求,一个案件必须满足两个条件。首先,必须存在压制性的、武断的、或者不合宪的行为。上诉法院认为,这些词应该被分离地来理解。即时一项行为既不是压制性的,也不是武断的,但如果不合宪的,仍然可以满足第一大类案件的要求。其次,该行为必须是由正在行使的政府权力所为。上诉法院详细地解释了这个要求,其认为第一大类的行为可以被解释为包括警察、地方政府官员及其他官员的行为。

至于第二大类的案件,行为计算的结果是盈利。*Devlin* 大法官解释到,该类并不是限定在严格的赚钱的意义上。它扩展至任何被告试图以原告之物为成本获取利益的行为,而不管实际上他是否能够得到。如果仅依据侵权进行补救不充分,惩罚性赔偿可以在任何必要的时候对错误行为者进行教育。

第三大类指的是惩罚性赔偿在法律授权的情况下是被允许的。由于很少有法律包括这样的授权,所以这样的惩罚性赔偿主张是极少见的。

上述这些原则被贵族院在 1972 年的 *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 一案中再次确认。

^①Ronald A. Brand, *Punitive Damages and the Recognition of Judgements*, N. I. L. R, XLIII, 1996, p.145. 转引自主微:《美国惩罚性损害赔偿判决在国外的承认与执行》,《现代法学》,2002 年第 2 期。

^②95English Report 768 (1763). 转引自刘荣军《惩罚性损害赔偿与消费者保护》,《现代法学》,1995 年第 3 期。

^③Supra note, p. 146. 转引自陈敖翔:《我国民法中惩罚性赔偿制度新探》,《河北法学》,2004 年第 2 期。

①毫无疑问，这种分类既明确了英国法律在侵权法领域适用惩罚性赔偿的范围，又限制了其适用。不过，这种限制在英联邦其他国家是被拒绝的。

(3) 惩罚性赔偿适用的限制及其突破

在 1993 年, *AB v. South West Water Services* 案件中, 上诉法院极大地限制了惩罚性赔偿的案件类型。法官认为公共损害行为不能适用惩罚性损害赔偿。他们分析, 一项侵权行为只有满足 *Rookes* 案件中要求的前两项条件, 同时该类侵权行为必须是在 *Rookes* 案件之前就被施以惩罚性赔偿的, 才可以适用惩罚性赔偿。而公共损害在 1964 年以前并没有被施以惩罚性赔偿, 所以不能提出这样的主张。*AB* 案把第一大类的案件限制成仅包括恶意追诉、非法监禁、袭击和殴打。此外, 把第二大类的案件限制为仅包括诽谤、侵入土地、对业务的侵权性干扰。因此, 惩罚性赔偿在一些案件中便不能适用, 比如疏忽、公共损害、欺诈、专利侵权, 以及基于性别、种族、能力的非法歧视。

但是, 近年, 英国法律对惩罚性赔偿采取了更为积极的态度, 主张扩大惩罚性赔偿制度的适用范围, 认为应该在民事诉讼中广泛适用惩罚性赔偿。比如, 2001 年英国上议院在 *Kuddus* 案件中否认了这些限制。该案件中, 原告控告一治安巡警, 理由是不当的职务行为, 并且提出了惩罚性赔偿的要求。初审法院认为, 该不当职务行为并不是 1964 年以前可以施加惩罚性赔偿的行为, 所以拒绝了原告的诉求。上诉法院维持原判。原告遂上诉到上议院。

英国上议院认为, 惩罚性赔偿的适用范围并不应该仅限制于在 1964 年以前便存在的行为种类之内, 这样的要求是非理性的。*Slynn* 大法官解释, 在旧的制度下, 一项惩罚性赔偿的请求能否被支持, 并不是基于一定的原则, 而是基于诉讼的具体情况。他还补充到, 这样一项严格的规则会限制法律将来的发展。上议院的结论是, 决定一个案子是否可以支持惩罚性赔偿, 其重点不是行为的原因, 而是侵权行为当时的情况是否符合惩罚性赔偿的三大类要求。

Kuddus 案件的决定很大程度上扩展了惩罚性赔偿可能适用的范围。一般而言, 原告可以在任何侵权案件中要求惩罚性赔偿, 只要当时的事实显示该案件符合三类要求的任何一种。这些侵权案件包括疏忽、以及因性别、种族、能力引起的不法歧视。

2. 美国

在美国, 1784 年的 *Genay v. Norris* 一案中最早确认了这一制度。在该案中, 原告与被告发生纠纷, 双方准备以枪战解决争议, 后被告提议以饮酒和解。被告在原告的酒中加入某种药物, 使原告感到非常痛苦, 法院判决被告承担惩罚性损害赔偿。②

19 世纪中期, 惩罚性赔偿制度逐渐成为美国侵权法不可或缺的一部分, 其惩罚功能备受美国法院重视。在 1864 年的 *Hauk v. Ridgway* 一案中, 法院指出: “当被告有意或期望损害行为发生时, 陪审团有权在实际损失之上再施加一定量的赔偿作为对该行为的

②徐爱国:《英美侵权行为法》, 法律出版社, 1999 年版, 第 275-276 页。

②王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》, 2003 年第 5 期。

惩罚,保护公众生活的安全。”此后,美国联邦最高法院大法官 Sxalia 在 Day v. Woodworth 案中指出:“在 1868 年,当第 14 条宪法修正案被采纳时,惩罚性赔偿毫不质疑地成为美国普通法上侵权法的一部分”,“惩罚性赔偿制度因一百多年的司法实践而被确立”。^①

20 世纪,由于大公司和大企业的蓬勃兴起,补偿性的赔偿难以对其为追逐赢利而制造和销售不合格甚至危险商品的行为起到遏制作用,惩罚性赔偿逐渐浸透于产品责任领域。同时,赔偿的数额也在不断提高,有的案件甚至判处数百亿美元的赔偿金。可见,20 世纪,惩罚性赔偿的一个重要功能作为社会控制的工具,威慑企业公司为追求自身巨大利益而不顾大众安全的违法行为。按照菲力普(Phillips)的观点,惩罚性赔偿的适用改变了美国侵权法。^②

到 1935 年为止,在美国,除路易斯安娜州、塞州、内布拉斯加州、华盛顿外,其他各州都以某种方式采纳了惩罚性赔偿的救济方式,它被广泛适用于各个领域,如侵权、合同、财产、海事、雇佣、家庭等,美国许多联邦成文法律也明确允许对于特定的违法行为给予惩罚性救济,诸如《克莱顿法》、《公平信用报告法》、《欺诈与腐败组织法》(即 RICO 法案)等。

惩罚性赔偿不仅在诉讼程序中可以适用,1995 年 Mastrobuono v. Shearson Lebnan Hutton 案,还开辟了美国国内仲裁判决惩罚性赔偿的先河。Mastrobuono 公司通过稳定交易格式合同与 Shearson 公司进行长期贸易往来,合同中规定了仲裁条款,后因账户问题两者发生纠纷, Mastrobuono 公司在提起诉讼被驳回后转而提请仲裁。仲裁庭最后判决 Shearson 公司承担 159327 美元的损害金,并判决 400000 美元的惩罚性赔偿。易利诺斯州法院和第七巡回法院推翻该判决,但判决却得到了最高法院的确认。仲裁是根据争议当事人的意思表示而提交第三人裁决的形式,一般属民间性质,不具有公法上惩罚性的权力。美国这一动向,不仅扩大了仲裁员的权力,也对国内仲裁的发展产生了巨大的影响,而且还可能进一步影响国际仲裁的发展。^③

伴随着该制度的发展,对它的批评也如影随形。近年来,美国对惩罚性赔偿在侵权法领域的适用进行了重大改革。主要体现在:(1)确定惩罚性目的——适度威慑;(2)限制赔偿最高额;(3)采取分离原则即惩罚性赔偿额部分付给国家,从而减少当事人的巨额获利;(4)对惩罚性赔偿金进行征税;(5)确定最高法院对惩罚性赔偿的违宪审查和限制陪审团适用惩罚性赔偿的权力。^④这也体现了美国对该制度一如既往地持肯定认同态度。

3. 其他英美法系国家

^①杨栋:《外国法院惩罚性赔偿判决的承认与执行》,《山东法学》,1998 年第 5 期。

^② Timothy J. Phillips, The Punitive Damages Class Action: A Solution to the Problem of Multiple Punishment, 1984 U. III. L. Rev. 153. 转引自王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003 年第 5 期。

^③符琪:《简论惩罚性赔偿制度》,《河南大学学报》,2001 年第 3 期。

^④王本宏、范圣兵:《论惩罚性赔偿在我国侵权法领域的适用》,《安徽农业大学学报》,2002 年第 3 期。

其它英美法系国家纷纷效仿英美两国的做法。如澳大利亚高等法院在1966年的Uren诉John Fairfax And Sons Pty. Ltd.案中认为如果情况表明被告的行为是蛮横的、粗野的、带有报复性的或恶意的或无视原告的权利,那么原告可以得到报复性的或加倍的赔偿——被告不仅要赔偿原告的实际损失,而且还要对被告进行惩罚。^①另外,加拿大、新西兰等国家也相继确立了惩罚性赔偿制度。但在主要的普通法系国家,关于惩罚性赔偿并没有统一的规则。

(三) 大陆法系对惩罚性赔偿的态度变化

1. 大陆法系对惩罚性赔偿的排斥

受民刑分离思想的影响,民事责任中强调补偿功能的理念逐渐在大陆法系国家成为主流,惩罚性赔偿在大陆法系国家被束之高阁。在传统的大陆法理论中,惩罚性赔偿责任完全应属于公法上的责任,而非私法上的责任,“私法上的惩罚是不可接受的,不能因为过错特别严重而判决更大的赔偿额。这是因为民事责任不具有惩罚功能,因此过错的严重性不能证明判决一个比损害之实际价值更大的赔偿是正当的。”^②

恰恰相反,惩罚性赔偿已经成为英美法系两百多年来的一项信条。他们认为惩罚性赔偿是合理的、科学的,将损害赔偿的补偿性和惩罚性结合到一起,这是英美法系的一大特色。采用该制度的英美法系国家有:美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、英国(仅指英格兰、威尔士和北爱尔兰)、爱尔兰等。

2. 两大法系立法差异之原因

惩罚性损害赔偿在两大法系的不同际遇有其特定的缘由:

(1) 审判制度

在英美法系,事实的认定及判决中赔偿的数额主要由陪审团来决定,而陪审团则主要由当地的居民组成。陪审团成员在一定程度上,从感情角度出发比法官更倾向于对感情遭伤害、尊严受损或被侮辱的当事人给予补偿。这一做法有时也会导致损害赔偿超出实际受损的金额。尽管根据普通法上述非金钱损害无法补偿,但英国法院并不愿意推翻陪审团的裁决。他们认为陪审团比法官更了解所涉争议,更有资格确定损害赔偿金额。到了18世纪末期,虽然普通法法院对侵权、契约与财产案件确立了损害赔偿标准,但法院仍然不愿干涉陪审团超越损害赔偿金额的判决。^③随着时间推移,这种做法逐步得以确立,而惩罚性损害赔偿也就成为普通法的一种救济方式。这种独特的陪审团制度是许多大陆法系国家所没有的,也是惩罚性赔偿制度最早成熟于英美法系的原因之一。

大陆法系国家由法官裁决争议。在极端理性主义和法典主义的法哲学下,法官只能

^①杨栋:《外国法院惩罚性赔偿判决的承认与执行》,《政治与法律》,1998年第5期。

^②克雷斯特安·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12页。

^③Jane Mallor, Barry Roberts. Punitive Damages: Toward a Principled Approach [J]. *Hastings L. J.*, 1999, 50, P969. 转引自徐海燕:《我国导入惩罚性赔偿制度的法学思考》,《杭州师范学院学报》,2004年第2期。

援引成文法律规定作为其决定的基础,这些国家的成文法大多不允许给予惩罚性损害赔偿救济。这就很难使法官有勇气去违反法律的规定作出惩罚性赔偿判决。

(2) 私法精神

大陆法系特别推崇公私法的划分,民事责任领域主要以等价赔偿、公平原则作为主导思想,在大多数大陆法系国家,只有在刑事诉讼程序当中才能判决带有惩罚性的制裁,惩罚性赔偿也被看做是刑事领域内的惩罚,所以至今仍未能被其民法理论完全接受。

英美法系则没有如此泾渭分明的界定,其判例法以实用主义为指导,重视个案的灵活处理。起初,普通法院认为精神痛苦无法以金钱衡量、受害人的损害不能得到完全填补,而惩罚性赔偿制度恰好可以弥补填补性损害赔偿制度的不足,有效地对当事人地位不对等案件中的受害人予以赔偿和救济。最终,惩罚性赔偿得以在其法律制度确立。

3. 大陆法系立法态度之转变

当然,随着两大法系渐趋融合的趋势,大陆法系国家对惩罚性赔偿的态度也在转变。少数国家开始允许惩罚性损害赔偿判决,如挪威、巴西、波兰、以色列、菲律宾。^①就各个主要的大陆法系国家或地区来看,这一转变趋向也是非常明显的。

(1) 德国

1989年联邦德国《产品责任法》第10条规定,产品不能提供有期待的安全性,就是存在缺陷的产品,因产品存在缺陷造成人身损害的,赔偿额可达到1.6亿马克。^②同时,在德国已经出现了有关惩罚性赔偿的案例。另外,德国最高法院也在1992年6月4日承认美国的惩罚性赔偿判决可以在德国境内强制执行。^③

(2) 瑞士

1989年,瑞士巴塞尔民事法院承认并执行了一项包含惩罚性损害赔偿的美国法院判决。法院认为,刑事法律建立于国家的惩罚权力之上,而民事法律的目的是为了保护和实现私人当事人的权利;由于民事法律补偿性损害赔偿也可合法地用于实施惩罚,故不能因此而否认这种救济的民事法律特征。在该案中,惩罚性损害赔偿判给了当事人而非国家,因此它并没有以刑事法律制度之中的国家惩罚权力作为依据。^④

(3) 欧共体

欧共体《产品责任指令》第16条规定的生产者赔偿额已达到不少于7000万欧洲货币单位。

(4) 日本

在日本,关于惩罚性赔偿也有争论。田中英夫、竹内昭夫两教授主张,把侵权行为责任作为专门以损害赔偿为目的的制度来把握,而无视民事责任的制裁性功能的做法是错

^①Supranote, P. 109. 转引自程宗璋:《论惩罚性损害赔偿判决之适用》,《青岛化工学院学报》,2000年第2期。

^②刘仲秋、王贺洋:《惩罚性赔偿制度的应用》,《西南农业大学学报》,2004年第2期。

^③See The American Society of International Law, American Society of Law Newsletter, September, 1993. 转引自谢哲胜:《财产法专题研究》(二),中国人民大学出版社,2004年版,第17页。

^④程宗璋:《论惩罚性损害赔偿判决之适用》,《青岛化工学院学报》,2000年第2期。

误的。三岛宗教授指出, 刑事罚无法充分发挥对社会性非法行为的抑制、预防的功能, 而过多地适用刑事罚会产生对基本人权的侵害等问题, 因此, 提倡在非财产损害的赔偿时加入制裁性功能, 以有效地抑制灾害再发生。^①虽然在日本惩罚性赔偿目前主要限于学理上的讨论, 但是学说上肯定惩罚性赔偿的见解正在增多, 通说认为在局部的领域里有导入惩罚性损害赔偿的必要性。^②

(5) 台湾地区

在我国台湾地区, 惩罚性的损害赔偿制度见于民事特别法。

《消费者保护法》第 51 条规定, “依本法所提之诉讼, 因企业经营者之故意所致之损害, 消费者得请求损害额三倍以下之惩罚性损害赔偿金, 但因过失所致之损害, 得请求损害额一倍以下之惩罚性赔偿金。”

台湾地区的《公平交易法》及其施行细则也规定了惩罚性赔偿原则。《公平交易法》第 31 条规定, “事业违反本法之规定, 致侵害他人权益者, 应负损害赔偿责任”; 第 32 条规定, “法院因前条被害人之请求, 如为事业之故意行为, 得依侵害情节酌定损害额以上之赔偿, 但不得超过已证明损害之三倍; 侵害人如因侵害行为受有利益者, 被害人得请求专依该项利益计算损害额”。

其《健康食品管理法》第 29 条规定: “贩售健康食品之人未经许可而制造、输入健康食品, 违反健康食品之安全卫生管理, 及健康食品之标示及广告规定者, 买受人如受有损害, 得请求出卖人零售价三倍以下或损害额三倍以下之惩罚性赔偿金。”

另外, 《专利法》《营业秘密法》以及《证券交易法》也分别进行了损害额一倍、二倍、二倍的惩罚性赔偿规定。^③

(6) 我国大陆

我国大陆地区在制定消费者权益保护法时, 也确立了双倍赔偿的规定。该法第 49 条规定: “经营者提供商品或者服务有欺诈行为的, 应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失, 增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或接受服务的费用的一倍。”该条实际上规定了经营者的惩罚性赔偿责任。全国人大法律委员会对该条所作的说明也表明, 这条规定是在参考国外同类立法和经验之后, 在《消法》草案的基础上增加的。

另外, 梁慧星教授领导的国家社会科学基金项目《中国民法典立法研究》的子项目之一《中国民法典·侵权行为法编建议稿》中明确写入了惩罚性的赔偿责任。在该建议稿第五章《侵权的民事责任》第(二)部分《损害赔偿》中, 第 91 条规定了惩罚性的赔偿: 故意侵害他人生命、身体、人身自由、健康或具有感情意义财产的, 法院得在赔偿损害之外判决加害人支付不超过赔偿金 3 倍的惩罚性赔偿金。

二、惩罚性赔偿的理论分析

^①于敏:《日本侵权行为法》, 法律出版社, 1998 年版, 第 47 页。

^②泷川道太郎:《日本法上的惩罚性损害赔偿与制裁性慰问金》, 《法学家》, 2001 年第 5 期。

^③谢哲胜:《财产法专题研究》(二), 中国人民大学出版社, 2004 年版, 第 30 页。

（一）惩罚性赔偿的概念

1. 学界观点

考察过该制度的历史沿革之后，有必要对其概念进行界定。对英美法系这一独特的制度，我国学术界对其概念的界定并不一致。有学者系统地研究了有关惩罚性赔偿的概念后指出，当前我国学术界对惩罚性赔偿含义的界定大致可以分为广义说和狭义说。广义说认为惩罚性赔偿等于补偿性赔偿金加惩罚性赔偿金之和。狭义说认为惩罚性赔偿仅指惩罚性赔偿金，不包括补偿性赔偿金。无论是广义说还是狭义说，均将赔偿总额分为补偿性和惩罚性赔偿金两大部分，其区别在于广义说指包含惩罚性质的赔偿金总额，而狭义说仅指赔偿总额中体现惩罚性的那部分赔偿金。^①

广义说如《牛津法律辞典》将惩罚性赔偿解释为：系一个术语，有时用来指判定的损害赔偿金，它不仅是对原告人的补偿，而且也是对故意加害人的惩罚。国内也有学者持这种观点的，如王利明教授主张：“惩罚性损害赔偿，也称示范性的赔偿或报复性的赔偿，是指由法庭所作出的赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿，它具有补偿受害人遭受的损失、惩罚和遏制不法行为等多重功能。”^②我国学者普遍采用狭义说。如杨栋先生认为：“惩罚性赔偿，又称惩戒性赔偿，是指在侵权案件中，法院除了判决侵害人向受害人支付补偿性的损害赔偿外，还判决侵害人向受害人支付一笔赔偿金，主要用以对侵害人进行惩罚和防止侵害人和其他人再犯类似行为。”^③符琪认为：“惩罚性赔偿是惩戒性救济的形式之一，它通常是由于被告特别严重的违法行为而向受害人支付的除补偿性赔偿金之外的赔偿额。”^④等等。

通过以上比较，该学者表示赞同狭义说。

2. 对上述观点的评析

上述观点存在明显的错误。上述分类实质上所指向的是学者们对于惩罚性赔偿是否具有补偿或赔偿的功能产生的分歧，所谓的广义说或狭义说其外延并无不同。对于上述分类，要么就是说，它所涉及的“补偿性赔偿”并不限于传统意义上依法所能提供的补偿性赔偿，而该观点对此未能明确界定；要么就是说，该观点以“传统的补偿性赔偿能够为受害人提供充分的救济”为其逻辑前提，而这个前提本身是不成立的。补偿性责任的价值不容置疑，但问题不在于这种原则的价值本身，而是在于这种原则的落实实际上远远没有做到补偿性，缺乏可操作性。也正是因为此，惩罚性赔偿才具有了补偿的功能。所以，笔者认为，虽然这种观点看似有大量的材料可以佐证，但是它所赞同的狭义概念片面地强调了惩罚性赔偿的惩罚性，而无视其补偿性的一面，违背了该制度的本意和客观事实，陷入了另一个泥淖之中。美国国会就进一步明确了惩罚性赔偿制度的性质是抚

^①张奇：《惩罚性赔偿的含义及其功能》，《嘉兴学院学报》，2004年第1期。

^②王利明：《惩罚性赔偿研究》，《中国社会科学》，2000年第4期。

^③杨栋：《外国法院惩罚性赔偿判决的承认和执行》，《山东法学》，1998年第5期。

^④符琪：《简论惩罚性赔偿制度》，《河南大学学报》，2001年第3期。

慰性和惩罚性的双重性。美国国会认为,由于被告无视原告的权利,原告从他的不法行为而得到的赔偿数额将可能超过原告的实际损失,超过部分一方面是对受害者的慰藉,另一方面是对侵权者的惩戒。^①

但是,上述观点同时又注意到,惩罚性赔偿的界定基本上都是从受害人一方或者说是从作为特定案件当事人一方的受害人的角度出发,以受害人所获得的赔偿总额是否超过其所遭受的实际损失为参照标准,考察其是否属于惩罚性赔偿;但是,在加害人有逃脱赔偿责任的机会时或者当侵权行为人的获利等于或大于受害人所遭受的损失时,就难以认定其惩罚性赔偿的性质。^②这一点对我们颇有启发,这的确是惩罚性赔偿通常的界定中有待改进之处。

另外,从惩罚性赔偿的发展过程中可以看出,该制度的独特之处就在于其着眼点始终放在不法行为的否定评价上,给予受害人超出实际损失的赔偿只是其否定评价的外在表现。所以,其概念应该体现出对恶性不法行为予以惩罚的含义。《美国侵权行为法重述(第二版)》将惩罚性违约金表述为“不同于补偿性损害赔偿(compensatory damages)和象征性损害赔偿(nominal damages),是为惩罚被告人邪恶行为(outrageous conduct)以及防止其本人和其他人再发生类似行为判决其承担的赔偿金。”^③

综上所述,所谓的惩罚性赔偿是指:为惩罚加害人的不法行为、威慑或防止类似行为的发生并保障受害人损失的完全补偿,按照受害人或相对的受害人团体所遭受的损害或加害人的非法获利,法院在判决的一般赔偿金之外另行判决加害人向受害人支付的赔偿金。

(二) 惩罚性赔偿的功能

对于惩罚性赔偿的功能,有学者归之为三种。比如,有学者认为惩罚性赔偿具有补偿、制裁和遏制三方面的功能;有学者归纳为四种:一是制裁侵害人的惩罚功能;二是对违法行为的遏制功能;三是鼓励私人协助执法的导向功能;四是填补受害人损失的受害人赔偿功能^④;另有学者将惩罚性赔偿的经济功能归为惩罚、吓阻、损害填补和报复四种^⑤;还有学者将其归纳为七种:一是惩罚被告;二是遏制被告再犯类似行为;三是遏制他人从事相同行为;四是维护秩序和平;五是诱导个人起诉违法行为;六是赔偿原告不能从其他途径获得填补的损害;七是支付原告的律师费。^⑥

其实,总结各种学说,我们不难发现其内容所指几乎没有太大出入,只是学者之间表述方式有所区别,或者对其功能间的关系把握有所不同。笔者认为,惩罚性赔偿具有惩罚(制裁)、赔偿(补偿)、激励以及遏制(吓阻、威慑、预防、教育)四种功能。其

^①林国民、赵贵龙、吴锦标:《外国商法》,人民法院出版社,1996年版,第93-94页。

^②张奇:《惩罚性赔偿的含义及其功能》,《嘉兴学院学报》,2004年第1期。

^③金福海:《论惩罚性赔偿责任的性质》,《法学论坛》,2004年第3期。

^④王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

^⑤谢哲胜:《财产法专题研究》(二),中国人民大学出版社,2004年版,第17页。

^⑥Dorsey D. Ellis. Fairness and efficiency in the law of Punitive Damages[J]. Southern California Law review, 1982, 56, P13. 转引自王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

中, 惩罚功能是该制度的基本功能, 赔偿功能是其主要功能, 这两种功能催生了激励功能, 并可实现其遏制的终极功能。

1. 惩罚功能

惩罚性赔偿的惩罚性在其名称中就得到了体现, 而且是该制度的应有之意。例如, 美国《惩罚性赔偿示范法》将惩罚性赔偿表述为: “判给原告的一笔金钱赔偿, 目的只是为惩罚和遏制被告的不法行为。”^①很多学者对其下的定义也强调了这一点。比如, “惩罚性损害赔偿制度是指加害人在实施了某种恶性很强的不法行为时, 通过民事诉讼判决其向受害人支付超过实际损害的损害赔偿额, 以示惩戒的制度”; “所谓的惩罚性损害赔偿, 就是侵权行为人恶意实施该行为, 或对行为有重大过失时, 以对行为人实施惩罚和追求一般抑制效果为目的, 法院在判令行为人支付通常赔偿金的同时, 还可以判令行为人支付高于受害人实际损失的赔偿金。”^②法院适用惩罚性赔偿的判例也证明了这一点。他们经常把惩罚性赔偿适用于故意侵权情形, 即被告的行为是恶意的、轻率的或欺诈的。如 1872 年的 *Alcorn v. Mitchell* 案中, 被告在公共场合向原告脸上吐了一口痰, 法院施之以惩罚性赔偿, 理由是“通过保留诉诸于个人暴力的矫正形式才能保持公共平静”。^③

一般认为, 惩罚性赔偿制度的惩罚功能的理论基础有两种: 一是报复论。早期一些英国法院的判例就是用惩罚性赔偿作为对挑衅行为进行报复的法律手段。尽管私人决斗时代已成为过去, 但惩罚性赔偿仍然是对非法行为进行私人复仇的有效选择。现代报复论的基本思想是: 作恶者该受惩罚, 即有恶必报; 惩罚的轻重应同罪责的大小相适应。^④二是权利论, 即: 法律明文规定保护一些非常重要的权利, 若违法侵犯了这些权利, 应施以惩罚性赔偿。这在 1763 年 *Hack v. Money* 案中被申明。该案判决认为, 一个公民拥有不受非法逮捕的权利, 这非常重要, 如果法律允许一个政府官员可以随便逮捕某个公民, 那么, “根据这样的法律, 没有一个人愿意在英国多呆一个小时”。^⑤

还有学者认为, 经济学分析可以证明补偿性赔偿在价值取向上的不合理性以及惩罚性赔偿惩罚功能的合理性。^⑥在实务中, 惩罚性赔偿主要针对那些具有不法性和道德上的应受谴责性的行为而适用, 过错是惩罚的重要根据。惩罚性赔偿就是要对故意或恶意的不法行为实施惩罚, 这种惩罚与补偿性损害赔偿所体现的制裁作用有所不同。它通过给不法行为人施加更重的经济负担, 使其承担超过被害人实际损失以外的赔偿来制裁不法行为。对不法行为人来说, 补偿其故意行为所致的损害如同一项交易, 只要付出一定的补偿性赔偿, 即可任意为民事违法行为, 这将使不法行为人特别是富人享有损害他人

^①金福海:《论惩罚性赔偿责任的性质》,《法学论坛》,2004年第3期。

^②胡春秀:《试论在我国建立惩罚性损害赔偿制度的必要性与可行性》,《广西政法管理干部学院学报》,2000年第2期。

^③*Punitive Damages Under Federal Statutes: A Functional Analysis*, 60 Calif. L. Rev. No. 8, 1972. 转引自王立峰:《关于惩罚性赔偿的一些思考——兼与〈民法同质补偿原则新思考〉一文作者商榷》,《法学》,2000年第6期。

^④张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社,1996年版,第481页。

^⑤徐海燕:《我国导入惩罚性赔偿制度的法学思考》,《杭州师范学院学报》,2004年第2期。

^⑥王雪琴:《惩罚性赔偿制度研究》,载梁慧星主编《民商法论丛》第20卷,金桥文化出版有限公司,2001年版,第129-131页。

的权利，只有通过惩罚性赔偿才能使被告刻骨铭心，从而达到制裁的效果。^①

2. 赔偿功能

在美国司法实践中，Exemplary Damages与 Punitive Damages是通用的，表示“惩罚性赔偿”意即超过补偿性赔偿以外的损害赔偿。其目的不仅仅是对不法行为人予以惩罚，而且是要给受害人以充分的补偿。惩罚性赔偿主要适用于侵权案件，但美国一些合同案件中也适用惩罚性赔偿。在合同案件中适用惩罚性赔偿明显具有补偿损害的功能，因为违约损害赔偿一般都不能使非违约方获得在合同完全履行情况下的各种利益。

惩罚性赔偿之所以具有赔偿功能，原因在于：

第一，精神损害赔偿中计算损害的非准确性和困难性。

如前文所述，早期的普通法采用惩罚性赔偿，主要就是因为受害人遭受了精神痛苦、情感伤害等无形的损害。^②基于精神损害赔偿中计算损害的非准确性和困难性，惩罚性赔偿至今仍有弥补其不足的功能。

第二，人身伤害赔偿中计算损害的困难性。

英国著名法官布瑞特（Bret）认为，伤害总是导致这样的结果，即“他们并不应根据全面赔偿原则对金钱损害而给当事人以满额的赔偿，他们所考虑的是应根据具体情况而进行公平赔偿。”^③在许多情况下，人身伤害的损失是很难证明的，例如受害人可能遭受的内在生理机能的损害。而惩罚性赔偿可以给受害人在人身受到伤害的情况下提供必要的补救。而人身损害赔偿案件中确定赔偿数额时，由于缺乏对收入增加的考虑，从而导致对未来收入损失的赔偿不足；由于缺乏对受害人未来生活需要范围扩大、质量提高等方面的考虑；即使在收入不变的情况下，通货膨胀也有可能导致补偿性赔偿的不足。^④

第三，诉讼费用赔偿的必要性。

在英美法系国家，法院认为惩罚性赔偿适用的目的是为了使原告遭受的损失获得完全的补偿。^⑤据 RAND 公司的调查，在侵权案件中，平均每案原告的诉讼成本占其所获损害赔偿金的 30%。^⑥受害人提起诉讼以后，所支付的各种费用，特别是与诉讼有关的费用，只有通过惩罚性赔偿才能补救。^⑦如果对诉讼成本不作补偿，那么原告在诉讼后的境遇会

^①谢哲胜：《财产法专题研究》（二），中国人民大学出版社，2004年版，第17页。

^②Gregory A. Williams, Note, Tuttle v. Raymond: An Excessive Restriction upon Punitive Damages Awards In Motor Vehicle Tort Cases Involving Reckless Conduct, 480 Hio St. L. J. 551, 554 (1987). 转引自王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。

^③王立峰：“论惩罚性赔偿”，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第15卷），法律出版社，2000年版，第60页。

^④张奇：《惩罚性赔偿的含义及其功能》，《嘉兴学院学报》，2004年第1期。

^⑤Forrest L. Tozer, Punitive Damages and Products Liability, 39 Ins. Couns. J. 300, 301 (1972). 转引自王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。

^⑥Forrest L. Tozer, Punitive Damages and Products Liability, 39 Ins. Couns. J. 300, 301 (1972). 转引自王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。

^⑦An Economics Analysis of the Plaintiff's Windfall from Punitive Damages Litigation, 105 Harv. L. Rev. No. 8, P1902. 转引自王立峰：《关于惩罚性赔偿的一些思考——兼与〈民法同质补偿原则新思考〉一文作者商榷》，《法学》，2000年第6期。

^⑧Michael Goldsmith & Mark Jay Linderman, Civil RICO Reform: The Gatekeeper Concept, 43 Vand. L. Rev. 735, 744 (1990). 转引自王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。

比诉讼前糟糕得多。而“公正”的法律是丝毫不能容忍这种结果的,于是以惩罚性赔偿来弥补补偿性赔偿的不足。

总之,无论是在合同领域还是侵权领域,通常都存在补偿性赔偿制度不能对受害人提供充分的补救的情况,因为补偿性赔偿制度所能赔偿的损失只能是可以确定、可以计算的损失,而对于上述不能确定、无法计算的损失,例如心理痛苦、名誉损失等精神损害、律师费等诉讼成本、失去的商业、晋升机会等机会成本,却无能为力。^①也正是基于此,才有了存在惩罚性赔偿的必要性。

补偿性赔偿“补偿不足”的问题在大陆法系国家尤为突出。大陆法系一般对民事诉讼中追索的损害赔偿加以限制,其金额仅可使一方当事人恢复到受损害前的状态。因此,在未接受惩罚性救济的国家,上述损失往往无法得到弥补。只有法国及瑞士等少数国家允许追索非金钱损失,其中包括偿还诉讼费用等,此类非金钱损害赔偿在性质上也没有被视作惩罚性的,因为这些损害赔偿并非用来制裁或惩罚不法行为者,而是为了给受害人以补偿。^②如果接受了惩罚性赔偿,此类非金钱损失就可以经由惩罚性赔偿得到填补,相应地,惩罚性赔偿也就有了补偿的功能。

3. 激励功能

惩罚性赔偿的激励功能是其本身具有的法律引导性或者对相关主体之行为的积极引导作用,主要表现在两方面:

一是鼓励市场交易功能。按照美国经济分析法学家的观点,惩罚性赔偿是保护市场交易的重要手段,保护市场体制中自愿交易的神圣不可侵犯性。在1996年的 *Kemezy v. Peters* 案中,波斯纳法官就主张“在自愿交易成本很低而受到侵犯的案件中,有必要适用惩罚性赔偿以保证人们通过市场进行交易”。^③

二是激励功能。有学者将其总结为“私人执法—法律实施的激励”。^④在某些情况下,受害人可能不愿意为获得并不是太高的赔偿而提起诉讼,甚至可能担心不能举证而面临败诉的危险,从而不愿意提起诉讼。在这种情况下,通过惩罚性赔偿可以激励受害人为获得赔偿金而提起诉讼,与不法行为进行斗争。这在消费者保护领域尤为明显:它能够在一定程度上削弱造假者的经济基础,鼓励消费者积极投诉或诉讼,激发他们同不法行为作斗争的积极性;进而还能引导经营者提高内部人员的素质,加大对进货渠道的检查,提高服务质量,整顿内部纪律,从而减少假货生存的空间,抑制假货的生产,使整个社会朝着良性的方面发展,起到良好的社会效果。

^①薛虹:《演变中的侵权责任和人身伤亡事故问题的解决》,法律出版社,1996年版,第722页。

^②See 11 *International Encyclopedia Comparative Law*, ch. 8, at 10. 转引自程宗璋:《论惩罚性损害赔偿判决之适用》,《青岛化工学院学报》,2000年第2期。

^③A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, III, *H Harv. L. Rev.*, No4, 1998, p946. 转引自王立峰:《关于惩罚性赔偿的一些思考——兼与〈民法同质补偿原则新思考〉一文作者商榷》,《法学》,2000年第6期。

^④谢晓尧:《惩罚性赔偿:一个激励的观点》,《学术研究》,2004年第6期。

4. 遏制功能

“惩罚性”这个词有时也用“示范性(exemplary)”一词来代替,这就概括了惩罚性赔偿的两项功能,即制裁和遏制。其中,制裁只是手段,遏制才是真正的目的。遏制是对惩罚性赔偿合理性的传统解释。^①《美国侵权行为法重述(第二版)》将惩罚性赔偿表述为“不同于补偿性损害赔偿(compensatory damages)和象征性损害赔偿(nominal damages),是为惩罚被告人邪恶行为(outrageous conduct)以及防止其本人和其他人再发生类似行为判决其承担的赔偿金”;《Law dictionary for non-lawyers》将其定义为:“法院判决某人承担因特定的恶意或故意方式而致人受损的金钱,这笔钱同实际损失并无关联,它的目的是作为警告并以防类似行为再次发生”等,这一系列定义都强调了惩罚性赔偿金的预防功能。在美国,大多数法院都认为适用惩罚性赔偿的目的在于威慑不法行为,甚至根据有的法律,威慑是惩罚性赔偿的唯一目的。^②Haroldsee 教授在归纳了17篇专题研究惩罚性赔偿的论文后,结论是几乎所有的学者都承认惩罚性赔偿的威慑功能。^③

遏制可以分为一般的遏制(General deterrence)和特别的遏制(Specific Deterrence)。所谓一般的遏制,是指对加害人以及社会一般人能够产生遏制作用。所谓特别遏制,是指对加害人本身的威吓作用。许多学者特别强调惩罚性赔偿的一般遏制功能。正如 David Partlett 指出的,遏制与个人的责任没有联系,遏制是指确定一个样板,使他人从该样板中吸取教训而不再从事此行为。也有人认为惩罚性赔偿的目的在于惩罚过去的过错行为(Past Wrongs),并“以此作为一个样板遏制未来的过错行为(Exemplifying them in order to deter future wrongs)”。^④正如柏拉图所说:“一个人若以理性方式惩罚违法人,其目的并不在于惩罚已经发生的违法行为,因为履水难收——而在于着眼未来,以威慑违法人及其他人不再违法。”^⑤

可见,遏制功能的理论基础即“积极预防胜于事后救济”之理念。从经济学的观点来看,惩罚性赔偿将不法行为人“成本的内在化”,以此促使行为人采取较为安全的措施以防止损害的发生或者将事故发生的危险降到最低的程度。通过判定惩罚性赔偿,使行为人考量成本效益,从利益机制上,对其行为进行遏制,这就形成了一种最优化的遏制方式。^⑥惩罚性赔偿通过让加害人承担所有的社会成本,使违法者不能因其行为得到任

^①See Rebecca Dresser, Personal Identity and Punishment, 70 B. U. L. Rev. 395, 419(1990). 转引自王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

^②王本宏:《论惩罚性赔偿在合同领域的适用》,《安徽电力职工大学学报》,2002年第2期。

^③Haroldsee, Punitive Damages: A Supporting Theory, 40 Ala. L. Rev. 1227 (1998). 转引自王立峰:《关于惩罚性赔偿的一些思考——兼与〈民法同质补偿原则新思考〉一文作者商榷》,《法学》,2000年第6期。

^④David F. Partlett, Punitive Damages: Legal Hot Zone, 56 La. L. Rev. 781, 797(1996). 转引自王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

^⑤Plato, Protagoras [M]. Oxford: Clarendon Press, 1982. 转引自王本宏、范圣兵:《论惩罚性赔偿在我国侵权法领域的适用》,《安徽农业大学学报》,2002年第3期。

^⑥Rober D. Cooter, Punitive Damages for Deterrence: When and How Much? 40 Ala. L. Rev. 1143, 1148(1989); Keith N. Hylton, Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties, 87 Georgetown Law Journal, 421(1998). 转引自王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

何好处,从而引导行为人不作出不利于社会总体利益的事情。^①另外,通过惩罚性赔偿就可以鼓励受害人为获得赔偿金而提起诉讼以揭露不法行为并对不法行为予以遏制,这也可以阻吓未来潜在的危险和不法行为。

(三)惩罚性赔偿责任的性质

惩罚性赔偿的性质界定直接关系到该制度在民事领域存在的合理性。纵观该制度的历史,即使是在英美法系国家,惩罚性赔偿责任属性的问题向来也是争论的焦点。19世纪美国学者西蒙·格林里夫在其《证据法论》一书中指出:“损害赔偿是作为对原告实际所受被告伤害的一种补偿或赔偿。它们应恰好相当于所受伤害,既不多,也不少……”。^②而西奥多·赛德维克却认为,法律通常关注的是补偿问题,但是,当存在欺诈、恶意、重大过失或胁迫时,陪审团就可以给予所谓的惩罚性或惩戒性损害赔偿。它所给予的损害赔偿不仅在于补偿受害人,也是对违法者的惩罚。^③美国最高法院在1852年Day v. Woodsworth一案中即采纳了赛德维克的观点。在此之后的案件中,美国最高法院又多次重申陪审团给予惩罚性损害赔偿的权力。

1. 惩罚性赔偿责任与刑事或行政责任

对于大陆法系国家来说,如何界定其性质更是争执不下。总的来说存在两种不同的认识:一是认为惩罚性赔偿系一种公法责任——刑事或行政责任,并对惩罚性赔偿制度持否定的态度;二是认为惩罚性赔偿制度是一种不同于一般民事责任的特殊民事责任,即民事制裁(Civil Penalty)。

持公法责任观点的学者认为,“惩罚性赔偿应收归国家所有,并用于我国的法制建设”;^④有学者直接指出对经营者欺诈行为之惩罚应适用行政处罚方式,而不能适用民事的惩罚性赔偿。^⑤这种观点实质上混淆了惩罚性赔偿与行政处罚的界限,认为受害者获得惩罚性赔偿的金额是没有任何根据的,补偿性赔偿已完全弥补了受害者所受到的损失。

持民事责任说的学者虽然并不否认惩罚性赔偿与刑事、行政责任在目的和功能上有其相同之处,但是仍认为惩罚性赔偿责任属于民事责任而非刑事责任。其理由是,立法上将其与刑事责任区分规定,刑事、行政责任由国家追究,程序上适用刑事、行政诉讼程序规定,而惩罚性赔偿系作为民事责任加以规定,由私人提起诉讼,适用民事诉讼程序规定,因而,惩罚性赔偿属于民事责任。惩罚性虽属民事责任,但不同于普通的补偿性民事责任,其非以补偿受害人所受到的损失为目的,而主要是为了对严重不法行为进行惩罚和制裁,实际上属于民事制裁或私人罚款。

^①谢晓尧:《惩罚性赔偿:一个激励的观点》,《学术研究》,2004年第6期。

^②S. Greenleaf, A Treatise on the law of Evidence, Vol. II, reprint edn. (1972).

^③T. Sedgwick, A Treatise on the Measure of Damages (reprinted edn. 1972) P38-39.

^④宁清国:《论我国民事赔偿制度的完善》,《法学杂志》,1999年第2期。

^⑤侯向磊:《〈消费者权益保护法〉第49条亟待修改》,《法学杂志》,1998年第2期。

上述两种观点的差别恰恰证明了惩罚性赔偿既非纯粹的公法责任,也非传统上纯粹的私法责任,而是有别于公法责任和传统私法责任的特殊责任形式。严守公民法划分的大陆法系国家认为,惩罚性赔偿责任不能与传统的私法责任理论兼容,因而将其纳入公法责任并排斥其在私法领域的适用;英美法系国家则没有这种严格的分类,认为将其纳入私法制度并采私法形式并无不当,反而可以更好地达到法律之目的。总的来说,两大法系对于惩罚性赔偿责任性质的认识,应当说在本质上并无不同。^①随着两大法系的逐渐融合,许多大陆法系国家和地区也都借鉴了英美国家惩罚性赔偿立法,先后确立了该制度,就目前的立法实践及学界理论而言,惩罚性赔偿责任属私法责任已为大陆法系广为接受。

2. 惩罚性赔偿责任与经济法责任

尽管惩罚性赔偿责任的公法责任说已经被摒弃,但是争议并未因此平息。在已引进和欲引进该制度的国家和地区,针对惩罚性赔偿是民事责任抑或经济法责任仍然莫衷一是。

(1) 经济法责任说介绍

主张其为经济法责任的学者认为,将惩罚性损害赔偿视为一种民事责任制度的传统法学理论与民法平等、公平的基本原则相悖,无论传统民法如何突破,也不可能挣脱束缚、大力推行惩罚性赔偿制度,因为其立法精神是与民法的基本原则背道而驰的。^②就惩罚性损害赔偿的实质而言,它是针对特定个体利益、社会整体经济利益受到侵害而对违法者追究经济责任的一种制度,具有经济法的属性。^③

具体来讲,无论是从实质正义还是社会利益的角度,惩罚性损害赔偿制度都体现着经济法的理念,是经济法中的权利和义务得以实现的制约机制;惩罚性损害赔偿制度激励受害者请求赔偿功能和对侵害者的威慑功能,更能体现经济法的资源配置原则;惩罚性赔偿责任所具有的制裁和奖励功能,只有作为经济法责任,才可能得到最充分的发挥和实现;惩罚性赔偿责任最适合在经济法领域中加以运用,特别是针对经营者在市场经济活动中的违法情形;惩罚性赔偿责任,不仅有助于市场失灵现象的克服,而且有助于经济执法方面政府缺陷的克服,是实现经济法任务的重要手段。^④

(2) 对经济法责任说的评析

可以说,经济法责任的观点存在一定的合理性,它突出了惩罚性赔偿的惩罚、遏制功能,也强调了惩罚性赔偿追求社会实质正义和效率的价值取向,但是,这种观点有其片面之处。

首先,在对惩罚性赔偿功能和目的的认识方面,该学说不够全面,甚至有错误之处。

^①金福海:《论惩罚性赔偿责任的性质》,《法学论坛》,2004年5月,第3期。

^②徐楠轩、陈乃新:《论惩罚性赔偿——经济法具体责任研究》,《南华大学学报》,2004年第1期。

^③寿厉冰、陈乃新:《略论惩罚性损害赔偿的经济法属性》,《法商研究》,2002年第6期。

^④吴凡:《关于惩罚性赔偿制度性质和适用问题的思考》,《唐山师范学院学报》,2004年期。

如前所述,惩罚性赔偿具有补偿、惩罚、遏制等多重功能和目的,其功能目的之间也是相互联系、互为支撑的,决不能有所偏废。而经济法责任说认为,惩罚性赔偿金是一种社会示范性的“赔偿”,而不是纯私人补偿性的赔偿,这就是片面强调了其一般遏制的功能。须知,惩罚性赔偿首先是着眼于特定加害人的相关因素做出的,它首先是要考虑对于该加害人的惩罚和特别遏制,还要兼顾受害人的损失补偿,最终以此实现其他功能,包括一般遏制功能。这是一个逻辑链条,不能随意断开。至于其认为受害人所获得的惩罚性赔偿金,并不是对其本身所受损害的赔偿,实际上是对其服务社会公共利益的一种报偿,更是对该制度补偿功能的误读。美国国会认为,由于被告无视原告的权利,原告从他的不法行为而得到的赔偿数额将可能超过原告的实际损失,超过部分一方面是对受害者的补偿,另一方面是对侵权者的惩戒。^①所以,认为“惩罚性赔偿的目的体现出经济法的性质,它通过维护社会公共利益为中介来促进一种普遍、持续的个体利益最大化的实现,遵循经济法“损公益者自受损”的惩罚原则,是经济法的一种具体法律责任形式”的立论本身值得商榷。

其次,经济法责任说认为,惩罚性赔偿具有以下几个特点:权利义务双方必须有直接或间接的合同关系;承担责任一方必须是市场主体中的强者——经营者,消费者即使有违义务亦不适用此责任方式;赔偿数额比受害方的损失大。^②这种界定显然是将惩罚性赔偿的概念限缩到了消费者权益保护这一领域,跟通常所说的惩罚性赔偿的适用领域相比,这仅仅是一小部分,所以,由此推导出的相应观点也都具有很大的局限性。

再次,经济法责任说的局限性最明显的体现就在于其有关惩罚性赔偿适用范围的界定方面。比如,惩罚性赔偿主要适用于针对社会不特定的多数人所实施的“公共不法行为”(Public Wrongs),或者,它只能适用经济法中具有主观过错的优势企业的侵权行为或特定合同主体的过错违约行为,而且这些主体侵害的利益应具有公众性。^③这和通常所理解的惩罚性赔偿的适用范围是不可同日而语的。下文将对其适用范围具体论述。

总之,考察经济法责任说后我们可以发现,该学说将惩罚性赔偿人为地限定到了消费者保护或产品责任相关的狭隘领域,大大削弱了该制度原本所应发挥的功用,对其认识存在着很大的局限性,所以不足采信。我们要想全面认识该制度的功能和目的、准确界定其适用范围,就应当承认其民事责任的性质,最大限度地发挥该制度的积极作用。

(四) 惩罚性赔偿与相关制度关系

1. 惩罚性赔偿与补偿性赔偿

(1) 两者的区别

补偿性赔偿是指加害人支付一定的金额给受害人以填补受害人因其行为而遭受到的

^①林国民、赵贵龙、吴锦标:《外国民商法》,人民法院出版社,1996年版,第93-94页。

^②霍阳、王全兴:《从民法的附随义务到经济法的基本义务(下)——浅析民法、经济法调整现代合同关系的分工与配合》,《北京市政法管理干部学院学报》,2001年第2期。

^③吴凡:《关于惩罚性赔偿制度性质和适用问题的思考》,《唐山师范学院学报》,2004年第3期。

实际损失。这种损失在侵权法中以实际损失为限；在合同法中，法律充分尊重当事人的自由意志，当事人还可以事先约定损失计算方法或赔偿范围。这体现了民法所调整的民事法律关系的平等、有偿等特点。而惩罚性赔偿是与传统民法补偿性赔偿相区别的、“由法官做出的赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿”。具体讲来，惩罚性赔偿较之补偿性赔偿有以下几个特点：

第一，功能的多样性。

补偿性赔偿金的主要目的和功能在于弥补受侵害人所遭受的损失，使受侵害的权益恢复到被侵害以前的状态，基于此，补偿性赔偿金的赔偿范围、数额大小与受侵害人所遭受的损失范围和大小应保持一致，有损失才有赔偿，无损失则无赔偿。如前所述，惩罚性赔偿则具有惩罚、补偿、激励和遏制四种功能。

第二，附加性。

从赔偿目的来看，惩罚性赔偿又称超过实际损失的赔偿，是在补偿性赔偿金之外要求加害人另行支付的款项，^①是一种附加性的民事责任形式，具有补充补偿性损害赔偿适用不足的功能。美国少数州视惩罚性赔偿为原告额外的补偿，乃因被告行为格外令人愤恨，而对原告补偿起初是用以减轻原告精神上的创痛，现代美国法上非财产损害赔偿概括地被承认后，惩罚性赔偿的赔偿功能主要指向于填补原告的诉讼所支出的费用（例如诉讼费和律师费）。^②

从适用范围来看，只有当补偿性赔偿金不足以惩罚侵害人的恶性行为，或不足以表明法律对这种行为的充分否定并以此来阻止其再次发生时，才能加以适用，它起到的是辅助、补充作用。有美国学者将惩罚性赔偿具体界定为：将被告置于正义的规则下的奖赏或鼓励，特别是当原告获得的实际赔偿金额非常小，以至于与诉讼费用相比显得过分高昂；对那些在通常情况下无法补偿的损害，如感情伤害案律师费用或其它诉讼费用等的补偿；等等。这都说明了这一点。^③

另外，从赔偿基础来看，补偿性损害赔偿诉讼有其私法上的请求权基础，故可以独立请求；而惩罚性赔偿请求需在补偿性赔偿或象征性赔偿的请求被准许的前提下才能予以受理，不得独自提起，必须依附于其他诉讼才行。美国法院一般都认为，原告请求惩罚性赔偿，首先要请求补偿性的赔偿，只有在补偿性赔偿请求能够成立的情况下，才能请求惩罚性赔偿。

第三，法定性。

作为损害赔偿制度的例外和补充，惩罚性赔偿更侧重于表现法律的制裁和威慑功效，它体现了现代民法对民事和生活的干预，法律没有规定的，应视为不允许适用惩罚性赔偿金。

^①郭玉军：《国际商事仲裁中的惩罚性赔偿裁决》，载《法学评论》，2000年第1期，第116页。

^②谢哲胜：《财产法专题研究》（二），中国人民大学出版社，2004年版，第6页。

^③Edward J. Kionka, Torts (Second Edition). West Group. P317. 转引自朱凯：《惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用》，《中国法学》，2003年第3期。

从适用的范围来看，基于其附加性，惩罚性赔偿金是一种特殊的民事责任形式，它不能象补偿性赔偿金那样适用于所有的加害行为，只能适用于法律有明文规定的特定行为。对于一般违法行为，适用补偿性赔偿金等民事责任形式就足以起到惩戒作用，只有部分严重过错行为才需要另外适用惩罚性赔偿金，以防止类似行为的再次发生。比如，有美国学者通过建立经济模型进行分析后认为，对故意侵权行为人的责任适用补偿性赔偿会使加害人侵权行为的成本减少，所以对故意侵权行为应克以惩罚性损害赔偿，用这种额外成本阻止加害人的行为；而对于过失侵权的受害人最好进行补偿性赔偿。^①从国外的立法和司法实践看，虽然各国惩罚性赔偿金适用的具体范围不同，但都局限于一定的领域。

从赔偿的数额来看，惩罚性赔偿的数额大多是由法律法规直接规定的，或者由法律法规对惩罚性赔偿的最高数额作出限制。因为惩罚性损害赔偿的主要目的不是为了弥补受害人财产和精神损失，而是为了惩罚加害人，为让加害人感到痛苦，确定赔偿金额的主要依据也不是受害人的损失，而是加害人的过错程度，旨在能使加害人感到痛苦，^②故两者的计算基础是不同的。补偿性赔偿计算基础是被害人的损害范围，以填补所受损害和所失利益为限；惩罚性赔偿计算基础则因其目的而有所不同：如为惩罚、报复或吓阻，则以足以吓阻行为人的数额为惩罚性赔偿的金额，即必须高于或等于被告因不法行为可获得的利益，否则无法吓阻被告通过规避合法交易途径获取此利益；如为补偿原告的诉讼费和律师费支出，则应相当于支出的诉讼费和律师费的总和。^③这就决定了惩罚性赔偿通常由法官和陪审团斟酌加害人的主观过错程度、主观动机、赔偿能力等多种因素进行自由裁量。如果不对赔偿数额进行限制则可能导致法官滥用权力、进行不正当的惩罚，而且有可能对整个民事责任的基础及其内部和谐造成冲击。

第四，注重行为人的主观状态。

补偿性损害赔偿中，行为人的主观恶性一般不会影响其赔偿的实际数额，这明显不足以对侵权人的行为形成遏制作用。而惩罚性损害赔偿的功能重在惩罚和制裁严重过错行为。惩罚性损害赔偿制度明显的特征在于：只有当被告的行为在伦理上应该非难，即有恶意或严重过失，尤其是动机恶劣、具有反社会性和道德上的可归责性时才能适用；相应地，在决定惩罚性损害赔偿金额时，并非考虑受害人的损害，而主要以加害人不法行为的行为样态为出发点。

比如，美国惩罚性赔偿的运用通常都注重行为人的主观恶意。如果原告证明被告在实施侵权行为时，具有恶意、实际的明显的事实上的恶意、恶劣的动机，或被告完全不顾及原告的财产或人身安全，那么就可以考虑适用惩罚性赔偿。美国有 14 个州甚至明确规定，被告必须具有恶意才能够适用惩罚性赔偿。加州要求更为严格，规定只在不法

^①王成：《侵权损害赔偿的经济分析》，中国人民大学出版社，2002 年版，第 192 页。

^②胡春秀：《试论在我国建立惩罚性损害赔偿制度的必要性与可行性》，《广西政法管理干部学院学报》，2000 年第 6 期。

^③谢哲胜：《财产法专题研究》（二），中国人民大学出版社，2004 年版，第 17 页。

行为人有胁迫、欺诈等行为和具有恶意的情况下,才能适用惩罚性赔偿。^①

(2) 两者的联系

尽管存在上述明显的区别,但从根本上说,惩罚性赔偿是为了弥补补偿性损害赔偿适用的不足问题所产生的,两者之间具有密切的联系。

一方面,如前所述,惩罚性赔偿是以补偿性赔偿的存在为前提的,只有符合补偿性赔偿的构成要件才能请求惩罚性赔偿,不能独自提起,具有依附性。

另一方面,惩罚性赔偿的数额确定与补偿性赔偿也有一定的关系。美国法院常常表示,任何惩罚性赔偿均应限制,使其与补偿性赔偿额具有某种合理的关联性。这就是所谓的比例性原则。一些学者从经济学的角度论述了保持比例关系的必要性。因为在计算欺诈或故意的侵权行为的赔偿金额时,太少的惩罚性赔偿金不足以使此种不法行为消失,显然是无效率的。然而,过犹不及,太多、太高的惩罚性赔偿虽然会使此种行为消失,但是可能造成人们行为上的胆怯,有碍正当经济活动的进行,^②这就需要保持一种在惩罚性与补偿性赔偿之间的比例关系。虽然有反对意见存在,但从立法实践来看,肯定意见占据上风。

2. 惩罚性赔偿与精神损害赔偿

(1) 认识的误区及其根源

对于惩罚性赔偿与精神损害赔偿关系,学术界的认识存在一定的误区。因为非财产上损害赔偿在某种程度上被认为有惩罚的性质,所以很多学者将非财产上的损害赔偿归入惩罚性赔偿,^③他们在很宽泛的意义上使用惩罚性赔偿的概念,并将精神损害赔偿视为惩罚性赔偿的当然表现。有学者直言,在英美法中,精神损害赔偿“是惩罚性赔偿的一个方面。”^④“人格赔偿是一种惩罚性赔偿,它的实质是对无法弥补的损失加以慰抚。”^⑤

还有学者把民事责任方式从性质、作用上划分为制止性方式、弥补性(补偿性)方式、处罚性方式三大类。其中,处罚性方式是为消除或弥补民事主体因违反民事法律规范行为而造成的精神利益损害的一种民事责任方式,这种责任方式所体现的法律制度实质上就是民事惩罚。精神损害慰抚金就属于“民事惩罚制度。”^⑥

有人主张为了惩罚、预防强者对弱者权益的侵害行为、解决精神损害赔偿问题,以实实现实质正义,惩罚性民事责任主要应适用于弱势群体权益受不法侵害的场合和精神损害赔偿领域;^⑦还有人认为惩罚性赔偿应适用有恶意或者重大过失的侵权行为、精神损害赔偿、产品责任以及欺诈消费者行为。^⑧

^①谢哲胜:《财产法专题研究》(二),中国人民大学出版社,2004年版,第14页。

^②谢哲胜:《财产法专题研究》(二),中国人民大学出版社,2004年版,第5页。

^③魏振瀛:《论民法典中的民事责任体系——我国民法典应建立新的民事责任体系》,《中国法学》,2001年第3期。

^④王小能、赵英敏:《论人格权的民法保护》,《中外法学》,2000年第5期。

^⑤蒋德海:《侵权赔偿与人格尊严》,见李循编:《法律社会学》,中国政法大学出版社,1999年版,第401页。

^⑥刘雯、刘俊:《试析民事惩罚制度》,《安徽大学学报》,1999年第3期。

^⑦王华伟、张安毅:《惩罚性民事责任探析》,《新乡师范高等专科学校学报》,2002年第1期。

^⑧陈玉萍、石春玲:《民事责任原则重构——补偿性责任价值质疑》,《安徽农业大学学报》,2004年第1期。

另外有观点认为,我国的惩罚性赔偿责任制度的表现形式有两种:精神损害赔偿责任和“双倍赔偿”的惩罚性赔偿条款。^①

这些观点有失严谨,不但因其未能准确把握惩罚性赔偿的含义,更缘于其未能准确界定精神损害赔偿的功能。

(2) 错误认识的澄清——精神损害赔偿的功能:补偿为主,兼有惩罚

精神损害赔偿是指自然人的人格或身份利益受到不法侵害并遭受精神痛苦,而要求侵权行为人通过财产赔偿的方法进行的救济和保护。自然人的精神痛苦主要来源于生理和心理损害两个方面,使其情绪、感情、思维、意识等精神活动发生障碍,进而产生愤怒、恐惧、焦虑、沮丧、悲伤、抑郁、绝望等不良情感。^②在论及精神损害赔偿的“惩罚性”时,目前国内不少人认为,“惩罚”应该与补偿、抚慰共同成为精神损害赔偿的“三重主要功能”,这种观点有失偏颇。

精神损害赔偿本质应该是补偿,因为精神损害虽为无形损害而无法用金钱计算,但仍是一种实际损害,其“无形性”并不能否认其客观存在性,“难以衡量”也并非“不可补偿”。^③对精神利益损害的弥补之所以被认为是“惩罚性”的责任,有主客观两方面的原因。从主观上讲,是因为精神利益是民事主体对自己的意志享有的利益,而意志本身是种无形的、精神性的东西,精神利益损害难以为人们所衡量和把握,以致于人们往往忽视精神利益,而把这种对精神利益损害予以弥补的民事责任,看作是一种“额外”责任,是对责任人的一种惩罚。从客观上讲,社会生产方式落后的状况下,物质财富匮乏,人类大部分精力只能放在基本生活资料和生产资料的满足上,所以对利益的认识和保护还只能停留在直接体现为一定物质财富的财产利益上。长期以来,这种意识成了一种思维定式,甚至对精神利益损害进行弥补的补偿性民事责任,在民法理论上也被理解为惩罚性的民事责任。尤其是我国长期以来不重视精神上的损失(包括内在的精神痛苦和外在的名誉或尊严损失),传统的损害赔偿制度也体现出两大特点,即平均和“唯物”,而缺乏对精神生活的关注和对精神损害的填补。^④

精神损害赔偿具有惩罚性,但精神损害赔偿的主要功能是补偿性的,“惩罚”不应成为精神损害赔偿的主要功能。因为整个损害赔偿制度包括精神损害赔偿本身就具有惩罚性,而抚慰受害人,教育、惩罚侵权行为人,在社会上树立起尊重他人人身权利和人格尊严的法制意识和良好的道德风尚也是精神损害赔偿的目的所在。^⑤

国外的主流学说和判例也主张精神损害赔偿(学理称非财产上损害之金钱赔偿)的损害填补观,考虑加害者的可责难性是确定损害的大小和计算抚慰金的客观标准之一,在此意义上,也仅仅是承认抚慰金结果意义上的制裁功能。在日本,植林弘教授认为,侵权

^①郑冬渝、徐运红:《惩罚性赔偿责任探析》,《学术探索》,2004年第1期。

^②杨立新:《侵权法论》下册,吉林人民出版社,1998年版。

^③唐东楚:《“惩罚”不宜视为精神损害赔偿的主要功能》,《中南大学学报》,2003年第1期。

^④喻敏:《自由心证与自由裁量——对舒易平诉蓝剑集团公司产品责任损害赔偿案一审判决的评析》,《民商法论丛》,法律出版社,1996年版。

^⑤于利明:《人格权法新论》,吉林人民出版社,1994年版。

行为的损害赔偿旨在使受害者利益恢复到加害前的状态,所以没有必要强调抚慰金的惩罚性,否则就很难解释无责任能力人的加害行为导致的侵权损害赔偿(并不由本人承担,而是由监护人承担赔偿责任)、抚慰金债务的继承性、国家和法人等非自然人的抚慰金赔偿义务,过失侵权行为适当阶段的划分以及民、刑事责任分离原则等法律的现实问题。^①

(3) 惩罚性赔偿与精神损害赔偿的联系及区别

其一,惩罚性赔偿与精神损害赔偿具有密切的联系。

早期英国普通法对于非具体损害,例如精神痛苦与情绪受挫,无法以金钱计算,认为不得请求损害赔偿。惩罚性赔偿金制度即在于补其不足。^②在18世纪的美国法中,惩罚性损害赔偿常常被用于暴力侵害,因为此种侵害行为会造成受害人的精神损害,而惩罚性赔偿的适用恰好旨在抚慰被害人心理上的痛苦和情感上的伤害。19世纪,法官和陪审团并不区分补偿性和惩罚性的赔偿,只是提出一笔数额,其中包括精神损害、尊严损害、情感损害、对被告的惩罚等。至今,美国的密执安等个别州仍然只允许惩罚性赔偿仅赔偿受害人的情感损害。甚至我国一些学者也认为,惩罚性赔偿可以完全替代精神损害赔偿。^③

这说明惩罚性赔偿和精神损害赔偿的渊源很深,这和民法对非财产损害的救济由无视到逐渐重视的演变过程有关。虽然精神损害赔偿在当代各国已经普遍确立,但是精神损害因人而异,且难以用金钱计算和确定,受害人也难以举证,故精神损害赔偿的操作存在诸多障碍;同时,精神损害赔偿的适用一般被限定在人格利益受损等法定情形,其功用也大打折扣。而英美法系判决给付原告以惩罚性赔偿金,应当依据制定法或判例法进行,并非纯粹依据法官或者陪审团的一般意志来决定,这就使其适用更具可操作性,而较好地避免了法官或陪审团的主观臆断;同时,普遍的司法实践是,如果被告的行为是恶意的、故意的,或毫不顾虑地对其他人的权利进行侵害,法院就可以采用惩罚性赔偿。^④惩罚性损害赔偿非常有利于对受害人提供补救,加之传统惯性以及实用主义哲学的指引作用,所以在长时间内,法官和陪审团并没有严格区分惩罚性赔偿和精神损害赔偿。

其二,惩罚性赔偿与精神损害赔偿的区别。

但是,惩罚性赔偿与精神损害赔偿是两个完全不同的概念,两者存在以下区别:

第一,适用的目的和功能不同。如前所述,精神损害赔偿是加害人不法侵害他人名誉、肖像、姓名、名称、生命、身体健康等人身权利致使受害人遭受精神损害时所应给予的赔偿金。它承认精神痛苦、肉体疼痛是一种损害,并以此为前提来给予补偿,体现了民法对人的尊重和关怀。国外立法例对其功能是界定就是补偿性,比如《德国民法典》第847条规定:“不法侵害他人的身体或健康,或侵夺他人自由者,被害人所受侵害虽非财产上的损失,亦得因受损害,请求赔偿相当的金额。”《瑞士民法典》、《日本民法典》

^①于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社,1998年版。

^②陈聪富:《美国法上之惩罚性赔偿金制度》,载《法学论丛》第31卷第5期,第27页。转引自王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

^③饶世权:《论〈消费者权益保护法〉中惩罚性赔偿制度之完善》,《吉林大学社会科学学报》,2000年11月,第6期。

^④刘仲秋、王贺洋:《惩罚性赔偿制度的应用》,《西南农业大学学报》,2004年第2期。

也有相类似的规定。所以，精神损害赔偿旨在平复受害人精神创伤、慰藉其感情的伤害，通过改变受害人的外环境而克服其内环境即心理、生理以及精神利益损害所带来的消极影响，弥补受害人所遭受的精神损害，恢复身心健康。而惩罚性赔偿主要是制裁过错的行为、惩戒加害人并威慑其他潜在侵权人，通过对加害人的经济制裁体现公平价值标准。

相应地，两者的功能也存在差异。“精神损害赔偿就其功能而言是补偿性赔偿。精神损害赔偿是民事主体因其人身权利受到不法侵害，使其人格利益和身份利益受到损害或遭受精神痛苦，要求侵权人通过财产赔偿等方式进行救济和保护民事法律制度”^①；而惩罚性赔偿主要具有制裁性与遏制性功能。

第二，确定赔偿数额的着眼点及考量的因素不同。精神损害赔偿的判定，以受害人所受精神损害为判断标准，具体而言，有侧重于加害人是否恶意、手段是否恶劣为判断标准的客观衡量说，有侧重于受害人自身特质的主观衡量说，^②还有综合衡量说；或者，确定损害采取的“人的立场”有赔偿权利人、义务人与中性第三人之分。但无论如何，精神损害赔偿着眼于受害人的损害填补；而惩罚性赔偿则着眼点在于加害人一方，需衡量加害人的心理状态、其财产状况、事后的表现等因素。

第三，裁判机关能否依职权适用不同。精神损害赔偿与惩罚性赔偿最为明显的区别表现在：后者的适用与否一律由陪审团来决定，原告没有请求权；而前者须有原告的请求，法官不能主动适用。

此外，同精神损害相比较，惩罚性赔偿除具有同精神损害赔偿相同的抚慰性外，还有惩罚加害人之特性，这使得惩罚性赔偿的适用并不以受害人实际遭受精神损害为前提，即使没有发生精神损害，也应负惩罚性赔偿责任。如前所述，甚至有时候，惩罚性赔偿是可以替代精神损害赔偿的；但精神损害赔偿不能替代惩罚性赔偿。

总之，惩罚性赔偿较之精神损害赔偿至少具有以下两个特点：

第一，制度上的独立性。惩罚性赔偿应该是一种独立的民事赔偿制度，而不是一个有关“惩罚”的泛指概念，虽然惩罚性赔偿和精神损害赔偿都具有惩罚功能，但其惩罚性的主次地位不同，所以不能用惩罚性赔偿涵括精神损害赔偿，两者都有其独立价值。

第二，赔偿额度的法定性。这在我国现行立法中表现得尤为明显。惩罚性赔偿主要适用于被告的行为具有恶意和严重过失的侵权案件中，而且其赔偿额度是法律明确规定的；而精神损害赔偿的数额不宜限定，可以说，在精神损害的赔偿领域，法官充当了立法者和司法者及事实裁定人三种角色。所以，法官对精神损害赔偿的判定拥有较大的自由裁量权，并不能指望制定一个类似地方性法规的统一的赔偿额度来加以解决。最高人民法院 2001 年 3 月出台的《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》也仅只明确了法官在确定赔偿数额时应当考虑的相关因素，并没有采用大陆法系国家的固定赔偿、标准赔偿和限额赔偿等原则。所以有学者认为，一些地方性法规关于精神赔偿保底或者限额的规定（如广东省《实施〈消费者权益保护法〉办法》关于经营者对消费者的某

^①杨立新：《人身权法论》，中国检察出版社，1996年版，第250页。

^②贾文鹏：《试述惩罚性损害赔偿制度》，《经济师》，2003年第11期。

些侵权行为，应当“给予5万元以上的精神赔偿”的规定其实就是一种惩罚性赔偿。^①

（4）惩罚性赔偿与精神损害赔偿的适用

在美国，大多数州认为精神损害的赔偿是填补性赔偿，它和惩罚性赔偿在性质上大相径庭，有其各自的构成要件，也是可以同时成立的。^②这种做法值得我们注意。

“损害赔偿本体，并非严格数学或是绝对逻辑等类之真理事物。损害赔偿仅一种人为制度。此一制度，随着每一国家社会之历史背景，思想以及其他社会制度而不同。尤其是从比较法观点而言，每一国家社会，对于损害赔偿所做之人为之差异，更是明晰。”^③在我们看来，惩罚性赔偿制度与精神损害赔偿的适用显然取决于现实的生活需求，而不是什么“民刑竣别”的学术理想。以台湾地区为例，确立惩罚性赔偿之前，当地85%的医疗纠纷都通过刑事诉讼来解决，因为病人觉得民事赔偿无法填补自己在心理上、精神上所遭受的损害，而诉诸刑事附带民事诉讼，既可追求损害赔偿之赔偿，又可追求对医生的惩罚。^④再看我们的现实，传统的补偿性赔偿责任因惩罚功能的缺失而捉襟见肘，同时精神损害赔偿和惩罚性赔偿又都不完善，其适用关系也很混乱，这就导致了惩罚不足、赔偿不够的困境。所以，要完全赔偿受害人的财产或非财产损失并充分体现法律对不法行为的否定评价，即必须同时借助于补偿性赔偿（包括精神损害赔偿）和惩罚性赔偿。而其中的关键在于厘清惩罚性赔偿和精神损害赔偿的适用问题。

“惩罚性”虽然只是精神损害赔偿的附带功能，但却是精神损害赔偿与惩罚性赔偿得以互补的中介。因为惩罚性赔偿与精神损害赔偿的惩罚功能，对于惩罚和防止加害人的侵害、保护受害人的合法权益是具有相通性的。如果用惩罚性赔偿代替某些场合下的精神损害赔偿，用精神损害赔偿弥补超越惩罚性赔偿的精神损害，那么这两种制度就能相得益彰。

首先，从精神损害赔偿的操作难度及其限制主义的原则来看，惩罚性赔偿有对其补充的余地。

联系精神损害赔偿操作中的困难，我们可以加深对上述观点的认同度。精神损害赔偿必须有原告的请求，法官不能主动适用。由于精神损害的无形性和用金钱难以准确衡量的特点，精神损害赔偿在实践中存在诸如举证困难、认定标准难以确定等问题。以至于有学者建议在精神损害赔偿中区分“名义上的精神损害”和“证实的精神损害”，对于只要加害人有侵害受害人相关民事权利的行为，就可由法律直接推定“名义上精神损害”的存在，这种损害无须当事人举证，其赔偿数额较低，具有较多的象征性和安抚性；对于“证实的精神损害”则不能推定存在，需要受害人提出曾经接受心理医生的咨询的事实、心理学家或医生的诊断、同事及家人的证言等相关证据，然后再由人民法院加以认定和处理。^⑤但这仅仅是对精神损害设置了一个法定的、象征性的最低赔偿额度，却

^① 上利明：《惩罚性赔偿研究》，《中国社会科学》，2000年第4期。

^② 谢哲胜：《财产法专题研究》（二），中国人民大学出版社，2004年版，第17页。

^③ 曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社，2001年版，第10页。

^④ 王立峰：《论惩罚性损害赔偿》，梁慧星：《民商法论丛》，第15卷，法律出版社，2000年版，第85页。

^⑤ 刘文琦：《产品责任法律制度比较研究》，法律出版社，1997年版，第166页。

没能从根本上解决其适用的难度问题，仍然难以很好地实现补偿受害人的目的，也就为惩罚性赔偿的适用留下了空间。

联系精神损害赔偿的立法例论述，上述观点的合理性就更为明显。大陆法系国家对于精神损害赔偿有限定主义和非限定主义两种立法例。前者以现行德国民法典为代表，该法第 253 条规定“损害为非物质上的损害时，仅在法律有规定的情形下，始得要求以金钱赔偿损害。”这种“法律规定的情形”是指该法典第 847 条规定的“侵犯身体或者健康，以及在剥夺人身自由的情况下”和“对妇女犯有违反道德的犯罪行为或者不法行为，或者以欺诈、威胁或者滥用从属关系，诱使妇女允诺婚姻以外的同居”等；后者以现行日本民法典为代表，该法典第 709 条规定：“不问是侵害他人身体、自由或名誉情形，还是侵害他人财产权情形”，只要符合侵权行为的过错要件，“对财产以外的损害，亦应赔偿。”第 711 条规定：“侵害他人生命者，对于受害人的父母、配偶及子女，虽未害及其财产权，亦应赔偿损害”。我国立法采用的是限定主义，强调精神损害赔偿一定要限制在人格权和人格利益损害的场合，不能过于扩大精神损害赔偿的适用范围。但是，司法实践对精神损害赔偿适用的范围却远远超过了立法的规定。比如，我国一些法院的判决已经在合同责任中采用精神损害赔偿，结果是，虽然这种做法适应了社会现实需要，通过司法解释弥补了立法规定的不足，对保护受害人的人格权和人格利益起到了非常重要的积极作用，但从形式上看，它却违反了“精神损害之赔偿以法律规定为限”的原则，这就导致了立法和现实的窘境。

如果我们承认了惩罚性赔偿和精神损害赔偿的同时适用，以惩罚性赔偿对法定情形外的“精神损害赔偿”进行赔偿，这类问题就迎刃而解了。尤其是在我国采回复原状主义背景下，民事责任的补偿性还有注重履行性责任、对可得利益损失限定赔偿、立法与实务对精神损害赔偿要求予以限制，以及在各种责任的衔接上力求避免共同适用而产生带有惩罚性的责任等倾向，采取这种做法将会使法律实效大为改观。仍以合同领域的精神损害为例，虽然一些学者主张在违约中采纳精神损害赔偿，^①但通说认为，精神损害赔偿必须要有法律依据，目前我国法律仅允许对侵权行为特别是侵害人格权的行为实行精神损害赔偿，既然违约责任制度不能对受害人所遭受的精神损害提供补救，那么就可以考虑以惩罚性赔偿来弥补这些非财产上的损害。对于合同领域确立惩罚性赔偿的必要性，本文另有论述，在此仅想表明，如果将惩罚性赔偿和精神损害赔偿区分开来，承认两者各自的独立地位，以惩罚性赔偿弥补合同当事人的精神损害，不但消除了操作的难度，而且更好地兼顾了法律理论的协调统一。

其次，在对惩罚性赔偿进行限制的趋势下，用精神损害赔偿弥补超越惩罚性赔偿的精神损害也是存在理论上的必要性和可行性的。

近年来，美国许多州已经立法限制惩罚性赔偿的上限，而美国国会也试图立法限制产品责任以及小资产的自然人和小企业的惩罚性责任。作为对反对意见的回应，惩罚性

^①韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社，1998 年版，第 46 页。

赔偿势必会有所内敛；况且，惩罚性赔偿具体适用的目的也可能影响赔偿的金额；甚至考虑到精神损害的同时适用及其惩罚性，惩罚性赔偿的数额也会受到影响。而精神损害赔偿的金额并没有严格的限制、更具灵活性，在美国，法院认为，只要“讲的合理，（精神）痛苦的代价可以是惊人的”，“为了减少痛苦、避免痛苦，就必须让被告和其他不负责任的人知道在法律上痛苦的真正价格。”^①综合惩罚性赔偿额度的限定性和精神损害赔偿的灵活性，在例外情况下，惩罚性赔偿的不足可以通过精神损害赔偿得到弥补。

总之，确立两者的独立地位和相互补充的关系，对于完善法律理论、指导司法实践以及适应社会现实方面大有裨益。

三、惩罚性赔偿的适用

（一）适用之可能性及必要性

自惩罚性赔偿制度被美国侵权法认可之后，支持与反对的声音就一直相互交织，它也成了美国法律制度中最具争议的问题之一。早在 1873 年 *Fay v. Parker* 案中，美国新罕布什尔州高等法院一位法官就对惩罚性赔偿大加鞭笞，认为“这个想法是错误的，是一个畸道邪说，就如一个丑陋的恶性肿瘤正侵蚀着美丽的法律肌体”。^②进入二十世纪九十年代以来，惩罚性赔偿制度在美国更是陷入一场旷日持久的存废之争。虽然存在诸多争议，但是该制度在美国法院的判例中得到了充分的肯定。美国最高法院在 1852 年审理的 *Day v. Woods worth* 案判决中指出：“我们知道有些学者对于这个原则是否适当提出质疑；但是如果一个世纪以来此类判决的不断出现可以被认为是对法律的最好证明方式的话，那么这个原则的存在毋庸置疑。”^③实际上，在论争的过程中，很多学者也对反对意见进行了有力的辩护；另外，也正是这些不同的声音促使这种制度不断地完善发展、更加蓬勃发展起来。

在惩罚性赔偿的发源地之一的美国，反对该制度的呼声尚且此起彼伏，不难想象大陆法系国家移植该制度的困难及阻力会有多大。就我国而言，学界对于是否引入该制度更是众说纷纭。归纳之，争论的焦点就是惩罚性赔偿与大陆法系民法传统理论能否契合的问题；详言之，就是被害人获赔的不合理性、对加害人巨额财产剥夺的非正义性以及对社会整体利益的损害，也即惩罚性责任与民法填补理论、公平正义原则的冲突及其适用的危害几个方面的问题。其实，我们不能回避或掩盖该制度消极因素，但也应看到其积极的一面，况且其消极因素也并非难以克服的痼疾；对于引入惩罚性赔偿的可能性及必要性问题，我们应该全面客观地予以分析。

1. 适用之可能性

^①—正：《痛苦与赔偿》，《西窗法雨——西方法律文化漫笔》，广州花城出版社，1998 年版，第 199 页。转引自唐东楚：《惩罚性赔偿与精神损害赔偿的“惩罚性”》，《长沙航空职业技术学院学报》，2003 年第 3 期。

^②Stephen Daniels & Joanne Martin, *Myth and Reality in Punitive Damages*, 75 *Minne .L. Rev.*, (1990).

^③David W. Robertson, *Punitive Damages in American Maritim Law*, 28 *Journal of Maritime Law and Commetee* 86-87 (1997). 转引自杨栋：《外国法院惩罚性赔偿判决的承认与执行》，《政治与法律》，1998 年第 5 期。

(1) 惩罚性赔偿与民法填补理论。

根据大陆法系国家传统民法观点，“损害赔偿之最高原则在于赔偿被害人所受之损害，俾于赔偿之结果，有如损害事故未发生者然。”“民事责任所具之功能，主要为修复之功能，除此之外，尚有预防功能及惩罚功能，惟后二种之功能并不彰显，因之殊少受到重视”，其惩罚之功能更是“存有疑虑”。^①就违约损害而言，违约赔偿的目的在于对被违约方的救济，不在于对违约方的制裁；在侵权损害中，“到底赔偿义务人要补偿什么，只能由赔偿义务目的中寻求答案，在所有损害赔偿的情形中，所共通的是受害人就其所受之损害应获得‘填补’（补偿）。损害赔偿要赔什么，并不是依处罚原则，也不依阻吓原则，而依据‘均衡之考量’。此种考量系以受害人之利益为准则，不以赔偿义务人之行为作基准。受害人因一定过程蒙受不利，他人就此过程应负责任，加以填补（回复原状）。”^②换言之，民事责任不应当具有惩罚与遏制的功能，贯彻惩罚与遏制功能实际上使得赔偿完全出于社会需要，而不是从损害出发来考虑责任，这会使得责任具有不确定性；既然存在着罚金刑等公法制裁，就不应当采用惩罚性赔偿。

的确，公法与私法在学理上存在明确的区分；法律发展的历史也表明，民刑分离是不可逆转的趋势。但我们应当看到，民法与刑法的划分并非是天衣无缝的，所谓的民刑竣别、民刑分离只是一个设想的理想状态，实际生活中，民事责任在一些时候具有惩罚性将能够更好地适应司法实践的需要。法律责任中的惩罚功能绝不仅仅在刑法中才得以体现，民事责任也可以具有惩罚的功能。一个恶意侵犯他人权利的加害人不仅要补偿受害人的实际损失，还必须为其卑鄙行径付出代价。偿还与代价性质不同，前者意味着对一种非尊严损害的矫正，后者意味着一种对尊严损害的矫正，是报复性正义。这种报复性正义在刑法领域体现为刑罚，在民法领域则体现为惩罚性赔偿。正如赵汀阳先生所言：“放弃或忽视惩罚性公正，这种做法本身就是一种不公正，而且等于是一种分配上的不公正，因为如果不以正义的暴力去对抗不正义的暴力，不去惩罚作恶，就意味着纵容不正义的暴力和帮助作恶，也就等于允许恶人谋取不成比例的利益和伤害好人。”^③加害人的恶意和欺诈等行为往往导致正常交易秩序和社会秩序的破坏，为威慑、阻止和预防他人再从事类似的活动，恢复、维护正常的社会秩序，应当在民法中确立惩罚性赔偿制度。

况且，惩罚性民事责任与民法填补理论并不矛盾。现代社会，高昂的诉讼费用常常使当事人即使得到全额赔偿也入不敷出。这一问题在两大法系的法律制度中都是司空见惯的。惩罚性赔偿金具有补偿功能，它可以补偿原告因参与诉讼而支出的律师费等诉讼成本。这也符合民法损害赔偿所坚持的“全部赔偿”或“完全赔偿”原则，符合恢复受害人原状、恢复到受伤前平衡状态的校正正义理念，即它的价值基础是平等。换言之，惩罚性民事责任并不是当事人一方施加于另一方的惩罚，此惩罚性民事责任是法院代表国家为弥补片面强调补偿性民事责任的缺陷而对私生活进行干预做出的，对当事人间利

^①曾世雄：《损害赔偿原理》，中国政法大学出版社，2000年版，第14-16页。

^②黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社，2002年版，第371页。

^③赵汀阳：《论可能生活》，三联书店，1994年版，第83页。

益再分配的目的是要实现社会的实质正义,这是私法公法化的一种表现,与民事法律关系中当事人的法律地位平等并不矛盾。^①

(2) 惩罚性赔偿与民法公平原则

为何惩罚性赔偿的巨额赔偿金都归受害人所有?如何合理解释受害人获得高额赔偿的理论依据?在民事赔偿责任中,受害人就损害范围获得补偿是有充分根据的,因为这部分利益始终属于受害人,并不因侵权或违约行为而发生分离;一旦适用惩罚性赔偿,受害人得到的补偿往往远超出其实际损失的范围,或与其实际损失根本无法比较,于是就形成了当事人因受害而获利的局面。当受害人为多数人的时候,对加害人重复适用惩罚性损害赔偿更是明显有悖公平。因此,惩罚性赔偿似乎与大陆法系传统民法公平原则格格不入。

笔者认为,适用惩罚性赔偿的情形下,给予被害人高额赔偿是合理的。

一方面,这笔赔偿金应当由受害人获得。被告支出的惩罚性赔偿金给国家或者第三者都是没有道理的。^②如若将惩罚性赔偿作为公法责任,显然无法发挥其鼓励私人执法的功能,不利于调动社会公众与违法行为斗争的积极性;将赔偿金判与第三人于法无据,也会产生同样的后果。

另一方面,之所以给付被害人高额赔偿金,有以下几点原因:

首先,如前所述,这是基于受害人损失的全面弥补而做出的;

其次,更为重要的理由是,惩罚性赔偿是针对主观恶性大的加害人实施的,旨在惩罚、遏制其不法行为,进而要达到恢复、维护社会秩序的目的;

还有,该制度事实上起到了鼓励个人诉讼的作用,促使个人基于利益主动维护法律权威、使法律得到有效的实施。同时,受害人以民事诉讼的方式使加害人承担惩罚性赔偿,也可以避免其私力救济的发生,也有助于社会的安宁。^③

另外,在并非所有受害人都起诉的情况下,例如,在三个受害人中有一个起诉,那么法院就可判决该被告除承担对该受害人的赔偿外,再加上两倍的制裁,使其得不偿失,最终通过制裁,遏制、威慑和教育社会上其他人不再从事类似行为。而且,实践中业已对此采取了相应的对策。一般来说,法院曾经判决加害人支付惩罚性赔偿金的情节,在以后相似的案件中将会被考虑在内,日后其他受害人提起诉讼时将酌情减少赔偿金额。^④国内还有人提出另一种解决方案,即建立惩罚性赔偿金专门帐户,即在共同诉讼中,先起诉的原告只能直接获得补偿性赔偿金,其应该获得的惩罚性赔偿金被存入专门帐户,待一段时间后,如该案审结后若干年,根据受害人的起诉情况,确定惩罚性赔偿金在他们之间的合理分配额。这种思路有其新颖之处,立法中可资借鉴,但是需要作一些调整:在民事诉讼中的惩罚性赔偿领域中,如果受害人为多数人,法律最好优先保护先起诉的

^①王华伟、张安毅:《惩罚性民事责任探析》,《新乡师范高等专科学校学报》,2002年第1期。

^②王立峰:《关于惩罚性赔偿的一些思考——兼与〈民法同质补偿原则新思考〉一文作者商榷》,《法学》,2000年第6期。

^③王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

^④潘大维:《英美侵权行为法案例解析》,1998年版,第358页。

受害人，以鼓励受害人尽快指控不法行为，恢复社会平衡，因此应首先明显将惩罚性赔偿金的多数比例给予首先起诉的受害人，至于其他部分可根据各受害人的补偿性赔偿金的金额按比例分配。^①

（3）惩罚性赔偿与民法正义原则

这主要涉及克以加害人高额赔偿时的正当程序、“双重惩罚之禁止”、确定赔偿额的标准以及法官的自由裁量权等问题。

首先，就正当程序问题而言，惩罚性赔偿是民事案件的补偿和刑事案件的制裁及遏制之间的灰色地带，如果认为适用这一制度的目的是制裁、其性质是惩罚，那么被告就应与在刑事诉讼上一样有充分的程序上的权利，但被告显然没能得到这样的保护。这相当于在民事诉讼中引进了一种准刑事的制裁，对被告来说是非正义的。在美国，对于这一点的争议尤为激烈。根据美国宪法第 14 条修正案的规定，剥夺被告的财产应当符合正当的法律程序，但由于惩罚性赔偿的金额多寡完全由陪审团决定，缺乏明确的标准又使被告难以预见，因此它是违反正当程序的。

其实，民事诉讼是为了解决当事人之间的民事权利义务纠纷，民事责任主要是财产责任，其严厉性远远低于刑事责任，即使不当追究，给当事人带来的损害会比刑事责任小得多，且一般是可以补救的，因此证明标准可低于刑事诉讼。^②而且，民事和刑事的处罚服务于不同的目标：刑事制裁是向公众声明一种错误行为，而民事程序中的惩罚性赔偿是向私人当事人确认一种错误行为。从美国联邦最高法院的判决来看，也并不认为惩罚性赔偿的适用违反正当程序。例如，在 *Banker' Life & Casualty Co. v. Crenshaw* 一案中，上诉人保险公司主张，一审法院判决上诉人在 2 万美元的填补性损害赔偿之外，加上 160 万美元惩罚性赔偿金，应构成违宪。美国联邦最高法院的多数法官认为并不构成违宪。在 1988 年的 *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Inc. v. Kelco Disposal, Inc.* 一案中，上诉人主张，在 5 万美元的补偿性损害赔偿之外，加上 600 万美元的惩罚性赔偿显然过高，已违反宪法的正当程序的规定。但联邦最高法院多数法官认为，上诉人援引宪法第 14 修正案关于正当程序的规定是不恰当的，因此其请求不能支持。在 *TXO Production Corp. v. Alliance Resources* 一案中，惩罚性赔偿数额超出实际损失的 526 倍，联邦最高法院也不认为违反正当程序。^③

其次，在美国，有学者认为惩罚性损害赔偿的适用违反了宪法“禁止双重惩罚”的原则。因为被告支付补偿性赔偿后还要支付惩罚性赔偿，这种对被告的重复制裁方式，严重违反了美国法的正义原则。而实际上，美国大多数州更是允许惩罚性赔偿在当事人受刑事处罚后继续适用。原因在于，对双重追诉的禁止应该仅适用于双重的刑事追诉，并不应该排除其后民事程序中的惩罚性赔偿。

再次，就惩罚性赔偿数额的计算而言，由于合同纠纷中的高额赔偿往往缺乏直接证

^①仇云霞、何维国：《合同中惩罚性损害赔偿的适用——以美国法的规定为例》，《湖北社会科学》，2002 年第 6 期。

^②江伟：《民事诉讼法》，高等教育出版社，北京大学出版社，2000 年版。

^③上利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003 年第 5 期。

据,很难作出公正的估算,因此,赔偿额的确定具有很大的不确定性,这不利于当事人在商业活动中确定自己的责任,因而将会抑制商业活动的发展;在侵权法领域中也大抵如此。而对这一问题的疑虑是无法消除的,因为与补偿性赔偿相比,惩罚性赔偿在最终数额的确定上只能通过对各种相关因素的综合考虑才能保证其在合理限度内充分发挥作用。欠缺客观的估定标准被认为是对被告不公平的。应当看到,惩罚性赔偿的估定难度只是一个实际操作的困难,而非原则问题。只要某一项违法行为被确定为应受到民事惩罚,那么操作的困难就不是反对的理由。诚如英国法官马斯蒂尔勋爵(Lord Mustill)所言:“在几个领域内,法官们已非常习惯于对无形的东西加以估算。只要是正义的要求,我看不出有什么理由认为操作上的不精确应成为障碍”。^①

与此相联系的是判定惩罚性赔偿时法官的自由裁量权问题。惩罚性赔偿的遏制功能决定了其赔偿额的计算基础就应当是因人而异的,要根据被告各方面的不同条件进行判定,这样可能是对民法的“公平”原则的违背或挑战,但唯有如此,方能发挥这项法律制度的功能,有效制裁民事违法行为并最大限度地遏制之,从而达到一种新的动态的公平,其实这是一种表面上的不公平和实质上的公平。法官们对这类赔偿金数额的估算,也许只能依靠“常识(common sense)”或“实践理性(Practical Reason)”,这也是该制度的应有之意。

况且,如前所述,为了将法官自由裁量带来的负面影响降至最低,近年来美国许多州已经立法限制惩罚性赔偿的上限,而美国国会也试图立法限制产品责任以及小资产的自然人和小企业的惩罚性责任。美国联邦最高法院还提出了判定惩罚性赔偿数额是否过大的三项标准:(1)被告所实施行为的应受责难程度;(2)惩罚性赔偿额与原告遭受的损害或潜在损害之间的比率;(3)对比惩罚性赔偿额与类似的侵权行为所受到的民事或刑事处罚之间的差异。^②这对于我们都具有很好的借鉴作用。

(4) 惩罚性赔偿的适用效果

对于惩罚性赔偿的社会效果,学者们更是疑虑重重。不少人认为,高额赔偿会背离其设置的初衷:本欲达到公平正义,但却实实在在地破坏了公平正义;本欲达到社会秩序的安定,但因害怕承担高额赔偿而在社会公众心理上造成巨大的恐慌,大有峻法之下无以措手足之感。所以,惩罚性赔偿对经济的发展的影响是弊大于利的,具体表现在:原告的不当得利将引发道德风险、导致诉讼爆增;将会给许多企业强加过重的经济负担,并妨碍人们的行为自由,使生产商不敢开发新产品和新技术;将影响经济效率、造成资源浪费;会引起市场交易秩序的混乱;等等。这些观点确有助于我们全面认识该制度的客观社会效果,但并不能成为拒绝该制度存在的理由。

第一,惩罚性赔偿确实为心术不正者通过欺诈手段骗取高额赔偿金提供了诱因。在上海,曾有消费者故意要求营业员改变发票上的商品产地,后来又据此要求双倍赔偿。

^①程啸:《违约与非财产损害赔偿》,中国民商法律网,2002-6-13。

^②朱凯:《惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用》,《中国法学》,2003年第3期。

这与消法订立双倍赔偿的初衷显然不符，也有悖于社会善良风俗^①。还有学者认为，在惩罚性赔偿责任中，受害人得到的赔偿往往超出其实际损失的范围，或与其实际损失根本无法比较，于是就形成了当事人因受害而获利的情况，从表面上看这种利益完全产生于诉讼行为，“如果诉讼成为权利的来源，人们当然会趋之若鹜。”^②

其实，我们不必要过于担忧其引发道德风险、导致诉讼爆增，因为合理的制度设计可将其负面效应降至最低。从各国立法和司法实践来看，通过明文规定可诉范围，将惩罚性赔偿诉讼限制在一定范围内，即可避免诉讼激增；通过明确可预期的利益，从而削弱当事人盲目追求无限制利益的可能。

第二，有人担心，惩罚性赔偿的适用将会给企业强加过重的经济负担，过高的赔偿数额无疑是判处公司死刑，对小公司尤其如此。笔者认为，惩罚性赔偿旨在弥补了补偿性赔偿不足以遏制恶性加害行为的缺陷。对加害人而言，补偿被告故意行为所致的损害如同一项交易，富人只要付出补偿性赔偿的对价，即可任意为刑事处罚以外的违法行为，将使法律为富人所控制。这就会危及到社会的实质正义。因此只有惩罚性赔偿才能够起到对损害发生的防止作用，对那些富有的人尤其是大公司来说更是如此，而且，其适用条件及范围保证了它并不会产生过多的负面作用。对惩罚性赔偿极易被滥用进而危害新产品的研究和开发的疑虑^③，同样可以通过此种途径消除。

第三，从社会资源节约的角度看，最佳的资源配置方式是当事人采取预防措施防止损害的发生，有人由此推论，在惩罚性赔偿高于预防成本的情况下，当事人可能不愿支付预防措施的成本甚至放纵损害的发生。而且，惩罚性赔偿具有备受诘难的“不可预测性”的特征，由于惩罚数额的不确定，也不利于鼓励当事人之间达成和解，不利于双方节省解决纠纷的成本。

笔者认为，这种说法并不正确。因为被害人获得的高额给付并非基于自由交易，仅为金额的移转，与财货流通无关，这种财富的重新分配并不影响效率^④。相反，惩罚性赔偿可以防止受害人采取过度预防措施，增进经济效率。依经济分析力学的观点，若无惩罚性赔偿金，受害人必过度预防，势必造成社会资源浪费；若能得到惩罚性赔偿金，受害人就会采取合理预防措施。另外，数额不确定也是为了保证其惩罚性功能的发挥，这往往也是促成双方和解的一个因素。这都表明，该制度能够促进经济效率、优化资源配置。

还有观点认为，要么高额的赔偿金将导致责任保险危机，特别是医疗事故诉讼和产品责任诉讼中表现尤甚；要么公司会通过保险或价格渠道将赔偿金转嫁给社会公众或消费者。在美国，产品责任判决中的百万美元的判决金已变得十分普遍，产品责任大有趋向

^①叶敏：《论违约责任中的惩罚性赔偿》，《甘肃政法成人教育学院学报》，2004年第3期。

^②[美]Olson著：《诉讼爆炸》，转引自范愉：《诉讼的价值、运行机制与社会效应》，载《北大法律评论》第1卷第1辑，法律出版社，1998年6月版，第159页。

^③王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。

^④经济学家区分加以影响资源的使用和纯粹的金额移转，前者与效率有关，后者则无关。R. Posner, *Economic Analysis of Law* 7(4th Ed. 1992). 转引自谢哲胜：《财产法专题研究》(二)，中国人民大学出版社，2004年版，第5页。

绝对责任的发展势头,生产者怨声载道,为防止遭到此类判决,他们通常每年要支付30亿美元的产品责任保险费,因为被判处一次惩罚性赔偿其赔偿金额有时就足以使企业倒闭,有些生产者甚至害怕承担风险而打算中止生产其产品。^①对此,也早就有学者回应道:保险危机不能说是完全由惩罚性损害赔偿导致的,虽然它可能是主要原因之一,但这是一把双刃剑,它也能使加害人增加谨慎程度;在竞争激烈的市场经济中,加害人不可能肆无忌惮地提高销售价格将成本转移到消费者身上,失去竞争力的价格将致其于死地。

总之,就适用的社会效果来看,惩罚性赔偿并不会导致过多的负面影响,更不会危及社会的稳定和经济的发展;其负面影响也能够通过合理的制度设计予以消除或减低。在理论上,它也能够和传统民法相契合,所以说,我国具有引入惩罚性赔偿的可能性。

3. 适用之必要性

从其历史沿革来看,近年来,惩罚性损害赔偿在澳大利亚、加拿大和新西兰等英美法系国家正处于方兴未艾之时;不少大陆法系国家民事立法也都有了惩罚性赔偿的规定。这一系列现象说明,惩罚性赔偿制度的异军突起,与其说是对传统理论的颠覆,不如说是对它的修正。我国的民事立法虽然有所突破和尝试,但现行的双倍赔偿规定本身就与惩罚性赔偿的理念存在矛盾之处,打破补偿性赔偿一统天下的局面、大胆引入惩罚性赔偿势在必行,如前所述,这是其独立的制度价值所决定的,另外,还有以下几个方面的原因:

第一,选择惩罚性赔偿是一个法的价值取舍过程。惩罚性赔偿体现了现代法保护弱者的立法精神,也体现了当代民法也从“形式正义”转向“实质正义”的追求。

传统民法理论发展于自由资本主义时期,当时个人权利本位是法律的出发点。在社会的发展过程中,信息不对称、经济力量的差距和不良的制度影响等因素使得弱势群体在当代社会普遍存在。一方面,随着时代的进步、市场经济的繁荣,垄断逐渐形成,市场主体之间力量对比发生了重大变化,垄断实体挟其强大的财政力量和政治实力使之处于统治或强者地位,个人及小业主与其比较实在无限渺小,造成了垄断组织在与个人之间“永远处于优越的相对人地位”。^②另一方面,我们必须承认,社会中每个人的天赋、能力、性格等造成的综合能力是有差别的,仅有形式上的平等,可能会造成结果上的极不平等。因此,在形式平等的基础之上,仅凭损害赔偿的补偿性不足以平衡平等主体之间失衡的社会利益,不足以维护社会安全,法律有必要加强对弱者的保护力度,对弱势群体实行有差别的倾斜保护,以矫正形式正义的不足,体现法律对实质正义的追求。^③惩罚性赔偿能够较为有效地抑制侵害弱势相对人利益的行为发生,也为受害人的损失能够得到充分补偿提供了基础,有助于实现法的正义理念。这体现了现代立法的根本价值取向。

^①[美]罗伯特·考特:《法和经济学》,三联书店,1991年版,第54页。转引自张爱军:《对惩罚性赔偿之反对观点的评析》,《太原理工大学学报》,2003年第2期。

^②黄钦越:《论附合契约》,载于郑玉波主编:《民法债编论文集》(上)。转引自张驰、韩强:《民法同质补偿原则新思考》,《法学》,2000年第3期。

^③覃有上:《略论对弱势群体的法律保护》,《法学评论》,2004年第1期。

第二，弥补当今法律规定和适用上不足的需要。

首先，由于侵权法与刑法的分离，从而产生了一个中间地带，对于那些虽然不构成犯罪，但是又具有一定程度的社会危害性的行为应当适用惩罚性赔偿。^①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。

其次，精神损害赔偿制度可借此走出困境。从表面上看，精神损害赔偿似乎使受害人得到了比其表面损害更多的赔偿，但实质上它所覆盖的仍是一种实际损害，其主要功能是补偿而非惩罚，所以并不能很好地遏制不法行为的再次发生。另外，前文已述及，精神损害赔偿着眼于受害人的损害而非加害人的行为，其适用范围仅限于身体、人格受侵犯所产生的精神损害，原告请求该损害赔偿是存在举证难度，而且因个案情况不一，其赔偿金额也飘忽不定，很容易造成赔偿不足的结果。所以，可以考虑将两种赔偿相互弥补其不足，实现民法“完全赔偿”的原则。

再次，惩罚性赔偿制度可以消除合同法规定的不足。我国合同法第122条规定，因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。在绝大多数情况下受害人会选择对其最为有利的方式提起诉讼，以确保充分地补救其损失。然而这一制度也有缺陷，即受害人就违约或侵权选择其一提出请求，在某些情况下并不能完全补偿受害人的损失。引入惩罚性赔偿可以更好地对违约引起的非财产损害进行填补，对当事人提供完满的救济。

第三，调动受害人的维权积极性，弥补行政执法的不足

法律的执行不仅仅是执法机关的事。由于政府获取违法行为相关信息的能力以及其用于监管的资源有限，因此最好的办法是通过民事责任的方式动员广大的受害人来参与监控，利用民事赔偿的方式来惩治违法行为。惩罚性赔偿就是采用一种利益激励机制，刺激受害人在法院提起诉讼，向加害人主张赔偿。一旦采用惩罚性赔偿，就可以形成一股巨大的社会监控力量，甚至可以起到即时监控的作用。这就可以弥补行政执法的不足。

第四，受害人心理满足的需要。

有学者认为惩罚性赔偿有报复的功能，判决给付惩罚性赔偿可以满足原告和一般社会大众对坏人的报复心理，法律的报复手段可以预防原告的自行报复。^②虽然美国法院近年来并不常以报复为判决给付惩罚性赔偿的依据，但这一积极意义不容忽视。

第五，社会的良性运行的需要。

当今社会，人们对于安全生产事故频繁发生、工业污染肆无忌惮、市场上伪劣现象屡禁不止、社会对人的生命权极端漠视诸现象早已是见怪不怪了，其原因是多方面的，但是，制度的缺失是其中关键的一环。惩罚性赔偿具有惩罚和遏制的功能，当代中国亟需

^①王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。

^②谢哲胜：《财产法专题研究》（二），中国人民大学出版社，2004年版，第17页。

惩罚性赔偿这样的法律制度担负起维护社会安定及良性运转的重担。

此外，如前所述，惩罚性赔偿的赔偿功能还有助于加强人权的保护，等等。

（三）惩罚性赔偿的适用范围

1. 惩罚性赔偿在侵权领域的适用

（1）适用的必要性——遏制恶性侵权行为之必要

对受害人的保护可以从事前预防和事后补救两方面进行，然而，预防胜于救济。美国侵权法对抑制加害行为的发生一直予以高度重视，日本学者后藤孝典在其《现代损害赔偿法》一书中也提出抑制加害行为目的说，甚至认为侵权法必须把加害行为的抑制作为其最高指导理念。我国也有学者指出，“补偿为满足受害人利益的最低目的，抑制为维护社会整体利益的最高目的，两者共存，相得益彰。故此，我国侵权责任法有必要规定抑制加害行为之目的。”^①强化侵权责任抑制（威慑）功能是现实对侵权法提出的新要求，社会本位思想在私法领域的渗入是侵权法产生这种功能变化的深刻内在原因。传统侵权责任在威慑侵权人、抑制侵权行为发生方面存在严重不足：

一方面，侵权人逃脱承担责任导致侵权责任不具有足够的预防和抑制作用。其原因主要有：

（1）证明侵权人的主观过错殊非易事。在很多情况下过错的证明是非常困难的，这样导致的结果就是即使已经提起诉讼的案件，其胜诉率也是一个问题。这一原因也间接影响到侵权案件的起诉率。

（2）受害人可能难以确定造成损害的原因，或者不能确定损害是某个行为的结果；即便受害人知道损害是由某个行为造成的，他也可能难以提供证据加以证明。

（3）巨大的诉讼成本会导致人们放弃诉讼，而过低的起诉率使侵权责任对加害人的制裁作用无从发挥，从而大大降低了侵权法的抑制（威慑）功能。

另一方面，责任保险制度削弱了侵权责任的抑制（威慑）功能。从本质上讲，责任保险是将个人责任（自己责任）在一定限度内推向社会，使受害人的损失能够由更多人承担，并以这一手段加强了侵权法的损害填补功能，使受害人能够得到更充分的保护。正如美国学者豪伊斯顿（Heusten）和巴克利（Buckley）所言：“侵权责任的扩张在很大程度上依赖于责任保险的支持，责任保险的存在给侵权责任的链条增加了一点“额外的张力”。^②但与此同时，责任保险与侵权责任的结合也招致了众多的疑虑和责难，许多学者认为，责任保险在增强侵权责任的赔偿功能的同时，削弱了侵权责任预防事故的功能。^③尤其是当损失是非财产性的情形，受害人可能得不到足够的赔偿，如果责任保险造成了事故发生率的提高，对受害人就会更为不利。虽然在理论上通过甄别投保人划分不同的费率可以强化其注意程度，但是由于保险人在控制投保人行为的能力上存在差别以及投保人采取更

^①于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社，1998年版，第46-47、56页。

^②梁慧星：《民商法论丛》第2卷，法律出版社，1994年版，第315-317页。

^③朱凯：《惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用》，《中国法学》，2003年第3期。

隐蔽的行为方式等原因,非但不能克服上述困难,反而可能刺激潜在加害人降低注意程度,进而导致侵权行为发生率的上升。

侵权责任威慑功能不足的问题的解决有赖于引进惩罚性赔偿制度。日本学者田中英夫和竹内昭夫认为:“在美国法中,侵权行为法发挥着抑制违法行为的功能,其中惩罚性损害赔偿和二倍、三倍赔偿或法定最低赔偿额对违法行为的抑制发挥着巨大的作用,与此相对,日本的损害赔偿额的认定缺乏灵活性,而且赔偿额也很低,所以损害赔偿这一制裁并未发挥出对违反法律行为的抑制功能。”^①总之,要充分发挥侵权法的遏制功能,惩罚性赔偿制度的作用是不容忽视的。

(2) 惩罚性赔偿在我国侵权领域适用的构想

在我国,惩罚性赔偿也应该适用于侵权领域。关于惩罚性赔偿在侵权法领域中的适用范围,“社科本”民法典草案规定仅适用于故意侵害他人生命、身体、人身自由、健康或具有感情意义财产方面的案件。

笔者认为,这一规定大大限制了惩罚性赔偿的适用范围,不利于其功能的发挥;而且,这也使得精神损害赔偿与惩罚性赔偿的界定模糊化了。须重申的是,法律就其性质和功能而言,是调整社会关系的特殊行为规范。马克思早已指出:“我只是由于表现我自己,只是由于踏入现实的领域,我才进入受立法者的支配的范围。对于法律来说,除了我的行为,我根本是不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是同法律打交道的唯一领域,因为行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利的唯一东西,而且因此我才受现行法的支配。”^②这也说明了法律对“行为”本身的关注程度之高。

联系惩罚性赔偿,它注重的是加害人的恶性行为,虽然其侵害的对象和客体可以反映出恶性程度,但是划定其适用范围时不能使后者越俎代庖,仍应以行为本身的恶性入手进行界定。在社会快速发展时期,各种新型侵权类型层出不穷,与此相应,惩罚性赔偿的适用范围必然会不断扩大。不少学者呼吁在侵犯知识产权、环境侵权案件以及证券类民事赔偿等案件中引入惩罚性赔偿,在美国,法院在某些情况下还会在股东的派生诉讼中适用惩罚性赔偿。笔者以为,如果改变这种由客体划定适用范围的做法,就可以适应侵权类型层出不穷的现实需要了。(当然,这在某种意义上也是对我国成文法传统下审判制度的挑战。)侵权领域中惩罚性赔偿的适用应该是:

第一,惩罚性赔偿应适用于所有类型的侵权案件,包括侵犯财产权的案件。恶意侵犯他人财产权的行为一样应受到人们的谴责,一样不可饶恕,需要对其进行惩罚和威慑,这对保护人民的私有财产权,建立良好文明的社会秩序至关重要。如前所述,这也符合国际上惩罚性赔偿的适用范围扩大的趋势。

第二,就不法行为的界定而言,不仅故意侵权应该适用惩罚性赔偿,重大过失造成他人严重人身损害的案件中也应适用。实际生活中有许多侵权行为虽不具备故意性质,

^①于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社,1998年版,第56页。

^②《马克思恩格斯全集》第1卷,第16-17页。转引自高铭喧主编:《新编中国刑法学》(上册),中国人民大学出版社,1998年版,第108页。

但其影响之恶劣、危害之严重、受谴责之程度同故意行为相比并不逊色。

第三,侵权人明知其行为有可能引起严重的侵权事故,而由于此种行为有可能给其带来巨大的效益或改变此类行为会使其经济上受损而故意采取或放任此类行为的发生。如果不对这种行为处以惩罚性赔偿,就不足以遏制此类行为的发生,加害人往往也会利用其经济等优势地位获得隐性收益,即便是对部分受害人进行了补偿,仍然会有侵权利益,这有违实质正义的理念。

第四,我们还应确立象征性赔偿,对于这些预期所获赔偿数额非常小、其进行诉讼所支出费用和精力及相关的损失大大高于其所获得利益的案件,可以辅之以惩罚性赔偿,以有效地对原告进行补偿,对加害人的恶性行为予以否定性评价。(这也包括消费领域、服务领域等合同关系中的象征性赔偿。)

惩罚性赔偿在侵权法领域适用时应注意:

首先,加害人的行为要具备一般侵权行为的要件,惩罚性赔偿须依附于补偿性或象征性赔偿方可。

其次,惩罚性赔偿适用于恶意的、在道德上具有可非难性的行为。加害人须有故意、恶意,或具有严重疏忽行为、明显不考虑他人的安全或重大过失的主观状态。

再次,就损害而言,美国有法院认为只要原告证明被告违反法定义务即可,这一要件有时也被选择性地省略了,^①就我国来说,重大过失行为的惩罚性赔偿,应当具备损害要件。

2. 惩罚性赔偿在合同领域的适用

(1) 惩罚性违约责任在两大法系合同领域适用的比较法观察

综合两大法系的合同立法,由法律认可的对违约的赔偿方式可以分为三种:(1)由契约双方约定赔偿额;(2)法院判定的金钱赔偿,称为“法律救济”,由违约方支付给受害方;(3)法院指定的特殊履行,称为“衡平救济”,是指由法院做出命令由违约方履行契约的裁决。而惩罚性违约责任可以以前两种形式存在,姑且称之为违约的惩罚性法律救济(代指合同领域中的惩罚性赔偿)和惩罚性条款两种。比如,我国《合同法》中惩罚性违约责任体现为:惩罚性违约金(第114条);惩罚性违约金(第115条);惩罚性价格(第63条);对欺诈行为的惩罚性赔偿(第113条第2款),^②前两种就属于惩罚性条款,后两种则属于惩罚性的违约法律救济。

比较两大法系,会发现一个很有趣的现象:就这两种惩罚性违约责任来看,违约的惩罚性法律救济曾经为英美法系所青睐但旋即又趋于保守;而惩罚性条款则向来被大陆法系所采纳,随着两大法系的融合趋向,大陆法系又接受了违约的惩罚性法律救济。结合这种现象进行比较分析有助于我们认识合同领域中惩罚性赔偿的适用问题。下文将以上述分类分别考察两大法系中惩罚性违约责任的适用情况,同时论证我国应否引入违约

^①谢哲胜:《财产法专题研究》(二),中国人民大学出版社,2004年版,第17页。

^②谢怀轼等:《合同法原理》,法律出版社,2000年版。

的惩罚性法律救济及如何引入诸问题。

其一，违约的惩罚性法律救济之比较法考察：英美法系一波三折、大陆法系欣然接受

传统上，惩罚性赔偿只适用于侵权法领域。美国学者罗伯特·T·里姆布勒在其所著的《美国法律概要》一书中指出：虽然在个别案件中曾准予取得惩戒性损害赔偿，但在因违约而提起的诉讼中，一般不能取得此种赔偿。美国合同法重述（第二版）第355节规定：“对于违约行为不适用惩罚性赔偿，除非该行为同时构成侵权”。这一规定在大多数州都被采纳。^①

之后，有些州最先在这方面开始突破上述限制。早在1904年，南卡罗莱纳州就已规定“合同一方存在欺诈行为时，得适用惩罚性损害赔偿。”新墨西哥1940年采用了同样的规定。后来，许多州甚至将惩罚性赔偿主要适用于合同纠纷。^②其扩张的动力部分来自于几个保险合同案例。在1973年Gruenberg v. Aetna Insurance Company中，保险人违反诚信和公平原则，拒绝赔偿保险费，加州最高法院突破了必须构成侵权行为的限制，处以被告惩罚性赔偿。三年后，在Vernon Fire & Casualty Insurance Co., V. Sharp中，印第安那州最高法院也持类似的态度，并将其适用范围进一步扩张到了保险合同之外：“只要存在欺诈、恶意、严重过失或压制，即可适用惩罚性损害赔偿。”其后不久，夏威夷、爱达荷、佛蒙特等州都采纳了这一原则。20世纪70、80年代，惩罚性损害赔偿在合同责任领域的适用得到了大范围的扩张，很多州都规定欺诈行为构成处以惩罚性损害赔偿的正当理由。^③美国学者埃森伯格等通过对177起涉及惩罚性赔偿案件的统计结果表明，其中有4%发生在产品责任和医疗事故案件中，而有将近一半发生在与合同有关的侵权诉讼中。在当时，人们相信：“惩罚性赔偿有时候也可以在合同纠纷中适用。实际上，在合同领域适用惩罚性赔偿是一个趋势。”^④

但是，随着惩罚性损害赔偿案件的增多，人们逐步认识到过度适用这一原则有时将带来一些负面影响，有时甚至会带来不合情理的后果。而波斯纳的“有效率违约”理论的盛行为限制这一原则提供了理论依据。因此，最近十年，美国在这个问题上的立场出现了倒退。其转折点是1988年Foley v. Interactive Data Corp.案，该案中加州最高法院拒绝将惩罚性赔偿适用于雇佣合同，主要依据有二：一是普通法中违约责任的补偿性；二是有效率违约理论。总体看来，最近十年美国合同法在这方面的态度趋向了一定程度的倒退。现状是，截止1998年12月，有39个州坚持惩罚性损害赔偿只有在违约行为与侵权竞合时才能适用，仅12个州无此要求。^⑤

反观大陆法系，在考察惩罚性赔偿的历史沿革时我们已经看到，大陆法系、包括我国大陆地区以及台湾地区都在消费者保护等特别民事立法中确立了违约的惩罚性法

^①仇云霞、何维国：《美国合同中惩罚性损害赔偿的适用》，《法学杂志》，2002年第4期。

^②王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。

^③仇云霞、何维国：《合同责任中惩罚性损害赔偿的适用——以美国法的规定为例》，《湖北社会科学》，2002年第6期。

^④朱凯：《惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用》，《中国法学》，2003年第3期。

^⑤何维国：《美国合同中惩罚性损害赔偿的适用》，《法学杂志》，2002年第4期。

律救济，而这些特别民事立法往往与一定的合同关系相关。

其二，惩罚性条款的比较法观察：英美法系坚决排斥、大陆法系向来认同

两大法系关于惩罚性条款的态度明显不同。英美法系不承认合同中惩罚性条款的效力，一条款如被判定为惩罚性条款，则该条款无效，这是法律上的一条规则。^①而大陆法系则推崇合同自由，在继法国民法典之后，许多国家都承认了惩罚性条款的效力，最初其对惩罚性条款采取放任态度、承认当事人约定的惩罚性条款，到了后来法官可以依职权裁减惩罚性条款规定的赔偿金。实践中就表现为，大陆法系出于维护合同效力的考虑，强调合同履行中的实际履行原则，因而也更看重惩罚性违约金对于合同履行的保障作用。例如，《德国民法典》第 339 条规定：“债务人与债权人约定，在其不能履行或不能依适当方式履行时，应支付一定金额作为违约金者，在其迟延时，罚其支付违约金；以不作为支付者，于违反行为时，罚付之。”此即体现了违约金的惩罚性。

总之，两大法系的不同态度在其对受诺人的影响方面最为明显。就象谢尔辛格教授指出的那样：“根据普通法规则，受诺人，尽管通常是不确定的，也希望把合同条款宣称为惩罚性条款而使之完全无效。在大陆法系国家，他知道充其量他所得到的只是减少约定赔偿金的数额。两大法系对这个问题处理方法的不同是明显的，尤其是在约定赔偿额过高并且有明显意图迫使受诺人实际履行和及时履行合同义务的案例中。在此类情况下，受诺人根据普通法，将会被鼓励去违反合同，因为他的律师会告诉他一旦付诸诉讼，合同条款可能被判决无效。相反，在现代大陆法系之下，一个打算违约的受诺人将会被其律师告知，法院是否减少约定赔偿金以及把约定赔偿金减少到什么程度是不确定的，并且无论如何——如果受诺人决定违约——他将可能付出更多的金钱，也许实际上超过可查验证明的赔偿金。因此两大法系对受诺人是否决定违约方面的影响一直是不同的。”^②

英美法系对违约的惩罚性法律救济态度的急剧转变以及其对惩罚性条款一如既往的排斥立场都表明，英美法系对违约行为很少有道德层面的否定性评价，对于合同责任的理解也限于补偿性，所以，除了侵权与合同竞合的情形外，英美国家已经基于效率违约的理论对合同领域的惩罚性赔偿进行了限制或否定；相应地，大陆法系国家对违约的惩罚性法律救济的引进及其对惩罚性条款的认同则表明了相反的立场。我国要引入惩罚性赔偿，就无法回避合同领域中可否适用该制度的问题。深入评析两大法系的理论基础，对该问题的解决大有帮助。下文就反对意见作一详尽介绍，进而对其科学性合理性提出质疑，为合同领域中惩罚性赔偿的适用扫清道路。

（2）合同领域引入惩罚性赔偿的反对意见之评析

其一，反对意见

其实，反对惩罚性赔偿在合同领域适用的意见不外乎平等合同双方之间无惩罚权、该制度对保险的冲击、价格转移致使制度目的落空、以及受害人的高额赔偿之合理性等

^①杨良宜：《国际商务游戏规则——英国合同法》，中国政法大学出版社，1998年版，第736、726页。

^②谢尔辛格等著：《比较法》，1998年英文版，第681页。转引自黄世席：《合同中惩罚性条款的比较研究》，《社会科学》，1999年第10期。

等，而这些观点是质疑惩罚性赔偿本身存在合理性的论据，前文已经作了具体的论述，在此仅就指向合同领域的适用的有针对性的观点作出评析。反对意见可以归结为惩罚性赔偿与合同的交易关系性质不符。似乎通过与侵权责任中惩罚性赔偿的适用比较，更容易得出否定其在合同领域适用的结论：

第一，两种责任对于是否惩罚过错行为不同。侵权行为责任以过错责任原则作为一般原则。在侵权领域适用惩罚性损害赔偿，对具有较为严重的过错行为予以制裁，完全符合过错责任的本质要求；而在违约责任中尽管也要考虑过错，但违约损害赔偿主要考虑的是违约行为以及违约是否具有正当理由，不管违约当事人在违约时主观上是故意还是过失。违约责任中也没有必要对严重的行为进行惩罚。

第二，违约损害赔偿与侵权损害赔偿的补救目的不同，侵权赔偿责任不仅要补偿受害人的损失，而且要惩罚不法行为人，侵权赔偿责任与违约赔偿责任相比，具有较强的惩罚性，所以在侵权纠纷中适用惩罚性赔偿是符合侵权责任的基本性质的；而违约赔偿责任主要是弥补债权人因违约行为遭受的损害后果，目的是使受害人达到合同在完全履行时的状态，而不是惩罚违约行为人，也就没必要适用惩罚性赔偿责任。

第三，两种责任中损害的确切性不同。侵权责任应当对受害人因侵权行为所遭受的全部损害予以补救，但由于侵权责任中的损害常常具有不确定性，因此有必要通过惩罚性赔偿来为受害人提供足够的赔偿；而在违约责任中，损害赔偿的范围相对容易确定。因为违约责任所生的损害赔偿应当具有可预见性，我国《合同法》第 117 条即规定了此规则，将损害赔偿限定在订立合同时可预见的范围内，“只有在交易发生时，订约当事人，对其未来的风险和责任可以预测，才能计算其费用和利润并能够正常地从事交易活动，如果未来的风险过大，则当事人就难以从事交易活动。”^①如在合同领域适用惩罚性赔偿，赔偿金额无法估计，则势必会使参与市场活动的当事人如履薄冰，畏首畏尾；同时，如果合同一方当事人从违约一方的违约行为中获得比履约时还要多的利益，还会放任甚至纵容违约行为的发生。这都不利于交易的进行与市场的繁荣。

其二，反对意见的理论根基——效率违约

究其本质，反对意见强调的是违约行为的无涉道德性以及违约责任纯粹补偿性，由此发展出的效率违约理论是成为反对意见重要的理论基础。

违约不涉及道德因素的观点对普通法的合同责任理论产生了深远的影响，成为效率违约的重要理论依据之一。该观点认为，道德与法律的混淆在合同法中表现得最为严重，违约的道德性观点完全混淆了两者的关系。合同当事人在道德上并不负有履约的义务，“因为一个合同当事人具有一种选择履约或在不履约时赔偿损害（的自由），缔结合同并不承担履行的义务”。“信守合同的义务意味着一种推断，即如果你不信守合同，必须赔偿损害，正如你侵权必须赔偿损害一样。”^②

违约责任的补偿性是效率违约的又一理论依据。该观点认为，违约责任不应具有制

^①王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社，1996年版，第673页。

^②刘浩宇：《效率违约的价值评析——对我国合同法第110条的再思考》，《河北法学》，2000年第2期。

裁性，而要遵循“补偿性赔偿”的原则。正如学者表述的，“为了维持当事人对彼此履约的合理信赖，……若一方当事人的约定义务未予履行，则该方当事人须使对方达至相当于契约已为完全履行的地位。”^①美国学者 Dowson 也认为“传统合同补救法律的目标并不是强迫允诺人履行其允诺，而是补偿因违约所致的损失，……当损害赔偿足以保护受害人时，则不采用实际履行方式”。^②美国《合同法重述》（第二版）第 355 条也明确宣称：“合同救济制度的核心目的是补偿而非惩罚，对违法者实施惩罚无论从经济上或其他角度都难以证明是正确的，规定惩罚的合同条款是违反公共政策的，因而是无效的。”

基于上述两个论据，美国经济分析法学派学者最早提出了“效率违约”，它又称“有效益的违约”，是指违约方从违约中获得的利益大于他向非违约方作出履行的期待利益。该理论认为，合同责任也不必然使当事人承担严格履行的道德义务，而为当事人提供一种“或履约或在不履约时赔偿损害的选择。”在有些情况下，履行合同的結果可能反而是不经济的，而惩罚性损害赔偿在阻止了无效率违约的同时也阻止了有效率违约，所以经济分析法学派不同意适用惩罚性赔偿。也有学者认为，效率违约不外乎两种情形：发生了幸运的意外事件或意外收获使违约比履约更有利可图；或者是不幸的意外事件或意外事故使履约比违约损失更大，使履约的成本将超过各方所获利益，那么，对于前者导致的故意违约施以惩罚性赔偿；对于后者则应施以补偿性赔偿。^③

其三，对反对意见的质疑

效率违约理论似是体现了效率原则，实现了资源配置的优化，在特定条件下具有一定的合理性，但是单纯的经济分析没有考虑到一些相关因素的影响，实际上，除了上述两个理论前提外，效率违约理论的存在须具有两个条件：一是履行利益能够精确计算；二是合同规定的标的物能够替代。然而现实中往往难以达到两个条件的同时满足。尽管现代合同立法实践中，很多国家的的确也采用了严格责任原则、信赖利益和履行利益赔偿原则以及损害赔偿的可预见性规则，这种理论似乎很具有说服力，但是，效率违约理论具有以下缺陷，受到了强有力的挑战：

第一，效率违约理论把市场经济条件下的自然人视为不受道德因素影响而精于计算的“商业化”的人，很难说其真实全面地反映出了人的本性。该理论假设违约方自愿承担守约方的损失，而不是试图利用诉讼成本使守约方放弃或减少索赔金额。采纳该理论的法律反倒容易助长人们的功利主义倾向，淡化合同责任意识，不利于维护交易安全，保障交易秩序。

第二，违约责任具有惩罚性与补偿性，效率违约理论则仅注意到对具体当事人的实际损害的补偿，忽视了违约责任的惩罚性。大陆法系包括前东欧社会主义国家都认为违

^①[美]迈克尔·D·贝勒斯著：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社，1996年版。转引自高明华：《侵权与违约的经济学分析》，《学习与探索》，1999年第1期。

^②刘浩宇：《效率违约的价值评析——对我国合同法第110条的再思考》，《河北法学》，2000年第2期。

^③高明华：《侵权与违约的经济学分析》，《学习与探索》，1999年第1期。

约是一种不道德的行为，是一种应受谴责或责难的行为，对此当然可实行经济制裁。我国台湾学者林诚二曾运用经济分析的方法探讨了违约责任应具有制裁性，认为“整个合同法的重心在于根据何种原理解决违约的法律制裁问题。制裁是违约责任的根本性质之所在。此种法律制裁的具体表征即民法上所指的责任，失之责任则债权与债务均无法律意义，亦失去其经济意义。”^①

第三，由于存在主观价值和客观价值的差异问题，效率违约理论的履行利益能够精确计算这一适用前提是很难达到的。依据市场价格所确定的价值与当事人主观所确定的价值并不一定相符，不同的当事人对其依据合同所获收益的预期所考虑的因素往往是不同的，而且当事人对市场信息的分析也有很大差距的，所以精确确定履行利益是很困难的。在现实交易中许多交易是偏离市场的，交易越偏离市场，受害人的期待利益越难以确定。例如合同当事人就某一具有精神利益的物品达成协议，如果任由当事人毁约，则另一方当事人的利益损失是难以确定的，有时仅靠金钱赔偿是无法弥补的。

第四，效率违约的结果就是进行补偿性赔偿的话，信赖利益和履行利益的赔偿不能覆盖因对方违约遭致的精神沮丧、律师费和诉讼费用等，这也可能为非效率违约提供动力。

第五，就其合同标的物能够替代这一适用条件来说，如果合同规定的标的物不具有可替代性的情况下（如合同规定的标的物属于特定物，具有独特性和专属性），就必须通过实际履行才能实现当事人的订约目的。如果依效率违约论当事人一方可以随意解除合同，而仅以赔偿替代，是不能满足合同相对人的要求的。况且违约不一定是实现资源配置的有效的方式，在实际履行中完全也可以达到经济价值的最大化。效率违约理论却在很大程度上否定了实际履行的补救方式的重大意义。

第六，正如 Williams. S Dodge 所论证的，除“效率违约”之外还存在其他的途径如谈判等避免无效率的履约，在惩罚性赔偿或实际履行的威胁下进行谈判也许是更有效率的方法。该学者提出，所有的故意违约，包括机会主义的违约和“有效率”违约，都应该适用惩罚性损害赔偿。的确，在一些违法行为人存在较大主观恶意，事先计算好违法成本进行“效率违约”的情况下，使受害方通过法律无法得到补偿的损失获得惩罚性赔偿的救济，反而更能体现民法公平保护的理念。

第七，效率违约理论忽视了当个别情况下适用有效违约对于其他市场主体的影响。当一份有效的合同可以因它随意解除，即使这种解除在此时对个别当事人是有效益的，但市场秩序将因此紊乱，导致市场信息失灵，人们对交易的预期随时可能遭遇不测而难以实现预期的效果。这样的结果将使当事人必然地支出一部分费用来预防合同被解除后的消极后果。这就会极大的增加整个社会在为市场交易时的交易成本。个别当事人可能从有效违约中获利，但社会则可能因此受损。

由此可见，效率违约理论本身就存在着局限性，而且推行效率违约将导致市场信息

^①林诚二：《民法理论与问题研究》，中国政法大学出版社，2000年版，第220页。

的紊乱，损害市场秩序，以此为论据排斥惩罚性赔偿在合同领域的适用尚缺乏说服力。尤其是，对我国来说，我们的市场经济还不发达，我们正在倡导市场主体维护“诚信”的交易准则，积极推进市场法治，因此更不宜提倡效率违约。那么，我们可否在合同领域确立惩罚性赔偿？理由何在？

（3）在合同领域适用惩罚性赔偿的辩护

思路之一：违约算不算侵权？

反对意见通过与侵权责任比较来论证合同领域不能适用惩罚性赔偿，受此启发，笔者认为，既然一致认为侵权领域通常可以采用惩罚性赔偿，如果违约也是侵权，那么对违约方施以惩罚性赔偿就不应有什么非议。基尔莫(Grant Gilmore)指出，现代法律的最明显的趋势就是契约法消失在侵权法之中。^①因为，从事后角度观之，违约和侵权都是负值交易关系，或者说，都是一方对另一方违反了义务。由于与义务相对称的是权利，因此违反了义务也就等于侵犯了权利。所以有学者认为，违约也是一种侵权行为。^② 举一个比较极端的例子，如果仅仅承认惩罚性赔偿在侵权领域的适用，在违约与侵权竞合的情形下，对该情形适用合同法抑或侵权行为法结果将会大相径庭，这一法律现象难道合理吗？为确保法律规则的统一和协调性，承认惩罚性赔偿在合同领域的适用是必要的。

思路之二：惩罚性赔偿在合同领域适用的积极效果

前文已经论证了效率违约的理论基础以及效率违约本身存在的局限性，在此基础上，笔者认为，违约行为的非道德性及违约责任补偿性的不足正是在合同领域确立惩罚性赔偿的理论依据。大陆法系一贯认为，违约行为在道德上的应受非难性历来是合同责任存在的重要依据；违约责任是对违约行为的一种法律制裁，因为民事责任与民事制裁的外延是同一的，责任是违反义务者应受一定制裁的根据。所以，从这种意义上说，以下论述就大陆法系来说尤具说服力。

首先，在适用惩罚性赔偿时，当事人的主观状态无论对惩罚性赔偿的成立还是对最终赔偿数额的确定都是非常关键的因素。而违约行为并非是与道德无涉的，波林斯基和沙维尔通过经济分析认为，由于同样存在违约方逃脱承担责任的情况，因此，惩罚性赔偿有时也可以适用于合同领域。^③

其次，违约责任应同时具有补偿性和惩罚性。霍布斯说：“人的安全乃是至高无上的法律。”在现代社会中，安全仍是构成一个健康社会的重要因素。合同法的价值就包括交易安全，即“通过对交易行为作出普通的调整，使交易双方受到平等的待遇，从而体现社会公平正义观，维护理想的社会秩序”。^④强调违约损害赔偿的纯补偿性容易造成一方当事人的权利受损，并且导致对该方当事人的补偿不足的现象，甚至刺激某些人的

^①Grant Gilmore, 1974. 转引自[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著：《法和经济学》，上海三联书店，1991年版。

^②高明华：《侵权与违约的经济学分析》，《学习与探索》，1999年第1期。

^③A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 H Harv. L. Rev., No4, 1998. 朱凯：《惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用》，《中国法学》，2003年第3期。

^④杨永清：《预期违约规则研究》，载《民商法论丛》第3卷，法律出版社，1995年版，第363页。

非效率违约，这不利于市场交易秩序的维护。前文已述及，惩罚性赔偿具有惩罚功能，因而能提供比补偿性赔偿更为有力的威慑（当然，惩罚性赔偿的威慑要适度），如果对欺诈等违约行为课以惩罚性赔偿，则能更好地保护守约方的利益，增加其对合同、对产品质量和安全的信任，使他们敢于和乐于从事交易，进而会达到鼓励交易的效果。

所以，属于大陆法系的我国，理论上在合同领域能够确立惩罚性赔偿，这将有助于促进当事人的合作，减少市场交易中的不确定性，增进社会信用，提高经济效率。从市场交易的角度看，惩罚性赔偿在合同领域的适用，有利于鼓励交易与合同的履行；从权利保护的角度看，在合同领域适用惩罚性赔偿，可以增强当事人的诉讼激励，减少出于诉讼成本考虑而放弃维权的现象，有利于维护当事人的合法权益，实现公平；从违约责任制度的完善角度看，增加惩罚性赔偿有利于弥补传统补偿性违约责任的不足，建立保护更全面、功能更多样的违约责任制度；从与国际接轨的角度看，世界各国大范围内出现了惩罚性赔偿在合同领域的适用趋势。随着中国加入 WTO 和与世界各国经济交往的增强，如果中国企业在其他国家要面对惩罚性赔偿的规范，而外国企业在我国却没有这样的后顾之忧，是不利于我国发展对外经济贸易的。

（4）对我国引入惩罚性赔偿的启示

其一，惩罚性违约金可以替代惩罚性赔偿吗？

基于以上论述，也许会有人产生一个疑问：既然大陆法系承认惩罚性违约金，是不是就没必要引入惩罚性赔偿了呢？

应当肯定的是，视具体情况由契约双方指定违约赔偿额的方式似乎更有效一些。就是说，在契约条款中明确规定的赔偿额超出了合理预期的赔偿额或非违约方实际损失额，超出部分即为惩罚额。这些惩罚额可以看作是违约方以书面保险契约的形式向受害方支付的保险费。^①在契约中明确惩罚性条款是一方表达其履约的可靠性和履约能力的最有效的方法。这体现了对合同当事人意思自治的尊重，同时也是为了避免成文法的局限性。

但是，如果不考虑具体情况，一律附以惩罚性条款，则可能导致效率损失。例如，在建筑工程中，假如投资人要求承包商在契约中做出承诺：如果不能按期完工，将加倍赔偿。在这种情况下，承包商就会减少，其结果是削弱竞争，而中标的承包商势必会寻找一个花费多、效益低的办法来使投资人相信他们对自己的履约能力的估计。

更为重要的是，合同自由原则是惩罚性违约金赖以存在的基础。但是随着社会的急剧变化，合同自由常常缺乏现实的前提条件，因为当代社会合同双方当事人之间的地位往往是悬殊的，合同能力的不平衡也客观存在。在双方经济力量、交易经验、谈判技巧失衡的情况下，合同的缔结不是建立在真正的协议基础上，恰恰相反，它意味着“对一个由他人制定的法律关系的屈从。”合同自由、平等由此遭到破坏，放任合同自由反而会导

^①Goetz, C. and R. Scott, Liquidated Damages, Penalties, and the just Compensation Principle: some Notes on an Enforcement Model of Efficient Breach. In "Columbio Law Revies", 77, 1977. 转引自高明华：《侵权与违约的经济学分析》，《学习与探索》，1999年第1期。

致合同当事人滥用权利的现象、不能保障实质公平正义的实现了。所以，现今大陆法系的法院被赋予了干预惩罚性违约金的权利，法院而不是合同当事人成了合同惩罚性条款的主导者。^①

为使合同关系能建立在合作尤其是公正的基础之上，必须由国家出面对合同关系进行一定的干预。现代各国均采用合同公正性原则取代或补充合同自由原则，合同法的任务也相应包含了保护合同关系当事人中的弱者一方的内容。正是基于保护弱者、追求实质正义的考虑，惩罚性赔偿（违约的惩罚性法律救济）在某些场合下应当适用，以有效地补偿受害人、遏制不法行为。

其二，惩罚性赔偿在我国合同领域中的适用及其完善

我国已经在消费合同关系中确立了违约的惩罚性法律救济，《消费者权益保护法》第49条就是明证。另外，2003年6月1日开始施行的《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》第8、9条，明确规定了五种情形下商品房买卖的出卖人恶意违约和欺诈致使买受人无法取得房屋的，可以适用惩罚性赔偿责任。最高院副院长黄松有就该解释答记者问时，对这一规定的评价是：“这些规定都已突破了传统民法中合同赔偿责任旨在于填补损失而不在于惩罚的理念”。

另外，我们应当适当扩大其适用范围，考虑在以下情形适用惩罚性赔偿责任：

（一）当违约方有机会逃脱违约责任时，可以适用惩罚性赔偿

违约方逃脱责任的情况主要有三种：一是受害方不可能或难以发现违约方的违约行为；二是即便受害方发现了违约方的违约行为，但他不能或难以向法庭提供确凿的证据加以证明；三是受害方考虑到诉讼成本高于预期赔偿金，打官司不合算，他会放弃诉讼，违约方就有机会逃脱责任。

（二）当违约方和受害方具有特殊的关系或违约方拥有较大的交易实力、而受害方无法与之抗衡的情况下，应当考虑适用惩罚性违约损害赔偿

在某些契约关系中，双方当事人关系特殊，如银行与储户，雇主与雇工，政府与管理相对人，电信公司、电力公司、自来水公司、公交公司与客户，律师和当事人之间等，由于前者一般规模较大，实力较强，对于他们的故意（包括直接故意和间接故意）违约，如果拘泥于补偿性损害赔偿原则，则后者单个的诉讼行为难以遏制前者的违约倾向。这一点多涉及格式合同。虽然《合同法》对其进行了规制，但格式条款提供者仍然可以规定其他的形形色色的对相对人十分不利的条款，特别是减轻其违约责任的条款。这样，当格式条款提供者违约时，一方面相对人得不到有效的补偿，另一方面格式条款提供者还可能从中获利。另外，当格式条款提供者违约时，交易相对方在诉讼能力上尤其是在证据的提供方面根本无法与其抗衡，在面临较大诉讼风险的情况下，交易相对方可能不愿提起诉讼，这样就使弱势群体所出的不利地位更加雪上加霜。后一种情形可能主要涉及产品责任以及消费合同等领域。

^①黄世席：《合同中惩罚性条款的比较研究》，《社会科学》，1999年第10期。

总之，考察了惩罚性赔偿在侵权领域和合同领域适用的理论基础之后，我们有必要对现行立法进行完善。虽然两各领域的规定会出现交叉和重合，但是为了保护权利起见，应当容许此种竞合的现象，这也是正常的，它还可以为受害人提供了一个选择的可能性。但是，应当注意两者适用结果的平衡。

（四）惩罚性赔偿数额的确定

1. 确定数额的困难

无论是侵权领域还是合同领域，惩罚性赔偿的适用最终要直面确定数额的问题。“惩罚性赔偿的根本宗旨在于适度威慑，适度威慑的关键在于赔偿金额，既不多，也不少。如果赔偿低于损害，威慑不足即预防成本较低，加害人会过分从事侵权行为；相反，如果赔偿远远高于损害，威慑将会过度，加害人会把他们的行为缩至不适当的程度，即使所得利益超过了损害，他们也不会从事该种行为，结果导致有益行为将被阻止。”^①但是，如何量化惩罚性赔偿金，缺乏广泛认同的客观标准，这也是该制度招致批评的重要因素之一。由于没有明确的适用标准，一方面，由于裁判标准的原则性、模糊性以及个案间的千差万别，判决中的惩罚性赔偿数额即便是合理的，也经常被社会公众指责为恣意、武断或偏见；另一方面，司法实践中确有陪审团依据其主观愿望，恣意判断致使赔偿金数额巨大，导致被告无所适从、不堪重负的情形。

美国学者波林斯基(A. Mitchell Polinsky)和沙维尔(Steven Shavell)从经济分析的角度给出了一个精确计算惩罚性赔偿数额的公式：当侵害人有可能逃脱承担侵权责任时，全部的赔偿数额=造成的损害×责任几率的倒数，惩罚性赔偿的数额即是全部赔偿数减去补偿性赔偿的数额。^②然而惩罚性赔偿的本质特征决定了该类赔偿数额的不确定性，因此应当赋予法院一定的自由裁量权，不能拘泥于某些固定的模式。如何解决这一问题？承认惩罚性赔偿的国家都为解决这一问题采取了一些措施。

2. 解决途径的比较考察：

a. 美国

美国主要通过惩罚性赔偿的金额予以限制、对其适用标准进行明确化两条途径在进行改进，这种努力涉及立法（包括成文法的制定以及判例法的完善）、司法以及学术领域。

其一，就限制赔偿金额途径而言，有以下几种形式：

第一，确定惩罚性赔偿数额与补偿性赔偿数额的比例关系

惩罚性赔偿数额的确定首先涉及到一个问题，即法官在作出惩罚性赔偿的时候，是

^①Mitchell Polinsky and Steven Shavell. Punitive Damages: An Economic Analysis. Harvard Law Review, 1998, (4): 873-876. 转引自王本宏、范圣兵：《论惩罚性赔偿在我国侵权法领域的适用》，《安徽农业大学学报》，2002年第3期。

^②A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, Harvard Law Review, February, 1998, www.Westlaw.com.

否需要首先确定补偿性损害赔偿数额,然后再根据补偿性损害赔偿的比例确定惩罚性赔偿数额。一种观点认为,应当按照所谓的比例性原则来确定惩罚性赔偿数额。申言之,惩罚性赔偿数额应当与补偿性损害赔偿数额之间保持某种合理的比例关系,前者不应比后者高出太多;另一种观点认为,惩罚性赔偿适用的目的是为了惩罚严重过错行为,不是为了补偿受害人的损失,因此,惩罚性赔偿的数额与补偿性损害赔偿数额之间,不应也无须保持所谓的适当比例关系。

正如前文所述,美国法院基本上采纳了第一种观点。尽管法院已经注意到了惩罚性赔偿与补偿性赔偿金额之间的比例,但某些州认为仍有必要通过立法对此作出限制如科罗拉多州规定惩罚性赔偿不得超过补偿性赔偿的金额;康乃狄克州规定惩罚性赔偿在产品诉讼中不得超过2倍填补性赔偿金额;印第安那州规定,不得超过补偿性赔偿额的3倍或5万美元。

第二,对惩罚性赔偿的最高数额作出限制

为防止法官和陪审团滥用裁量权,美国许多州已开始通过立法来限制惩罚性赔偿的最高数额。主要的立法例有如下几种:一是以补偿性的赔偿金为基数,规定不得超过补偿性赔偿金的若干倍。如佛罗里达州规定,原告如提出明确的证据以证明惩罚性赔偿金额不会过高,则最高金额可以达到填补性赔偿金额的三倍。二是直接规定具体的最高数额。如维吉尼亚州规定,惩罚性赔偿金不得超过35万美元。三是既规定不得超过惩罚性赔偿金的最高数额,也规定以补偿性的赔偿金为基数不得超过补偿性赔偿金的若干倍。例如,德州规定不得超过2倍财产上的损害额或25万美元,加上低于75万美元的非财产上的损害赔偿。^①这种做法也被其他国家地区纷纷仿效。我国台湾地区的《消费者保护法》第51条规定:“依本法所提之诉讼,因企业经营者之故意所致之损害,消费者得请求损害额三倍以下之惩罚性赔偿金。但因过失所致之损害,得请求损害额一倍以下之惩罚性赔偿金。”

第三,采取分离原则减少当事人的巨额获利

惩罚性赔偿表现出了很强的补偿作用。然而,批评者认为完全将惩罚性赔偿交给原告,使原告获得其不应获得的金钱是不公正的,因此应将全部或部分赔偿额交给政府。许多州采纳了此种观点。如,尤他州规定,惩罚性赔偿超过2万美元的,其中的50%归州政府财政部门。佛罗里达州规定,惩罚性赔偿的65%归原告,35%归州政府。佐治亚州规定惩罚性赔偿的75%归州政府,其余给原告。伊利诺伊州规定法官有权决定惩罚性赔偿的数额,但全部要上交给州政府。但如果将惩罚性赔偿的数额都归州政府,也有两个问题需要解决:一是惩罚性赔偿的补偿性功能不能充分体现。同时也可能不利于鼓励受害人提出惩罚性赔偿的要求。二是可能会改变州政府的预算。州政府因收入增加,将会增加对司法的补贴,无形中形成对法官和陪审员在作出惩罚性赔偿判决方面的刺激。由于判罚过多或者数额过大,也可能会造成对惩罚性赔偿的滥用。^②如前文所述,这种将

^①谢哲胜:《财产法专题研究》(二),中国人民大学出版社,2004年版,第17页。

^②王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

惩罚性赔偿金额如数上缴财政的做法不值得提倡,但可以考虑通过征税对过高者进行调节。

其二,就明确适用标准的途径而言,美国各界的热情更高一些。

首先,一些州没有对赔偿金额进行限制,但是确定了惩罚性赔偿判决应当考虑的因素。例如堪萨斯州规定,法官在判定惩罚性赔偿数额时,应当考虑如下因素:在事件发生时,被告不法行为导致严重损害的可能性;被告对于上述可能性的知悉程度;被告因不法行为获得的利益;被告不法行为持续期间,是否故意隐匿其不法行为;被告被发现不法行为后之态度与行为;被告之财务状况;被告因该不法行为所受其他损害赔偿与惩罚的整体吓阻效果,包括被告在类似案件对他人负担之填补性赔偿、惩罚性赔偿,及可能面临的刑事处罚。^①

其次,美国《惩罚性赔偿示范法案》也对惩罚性赔偿的数额提出了衡量标准。该法案第7条(a)规定:(1)被告过错行为的性质及该行为对原告和其他人造成的影响;(2)补偿性赔偿的数额;(3)被告因为其行为而已经支付的或将要支付的任何罚款、罚金、赔偿或返还等;(4)被告目前或将来的经济状况以及赔偿会对其经济状况造成的影响;(5)被告通过其过错行为而获得的超过本次诉讼和其他任何针对被告的诉讼所诉请的补偿性赔偿或返还额的部分;(6)该项赔偿对任何其他无辜者的影响;(7)过错行为发生后被告所做的或没有做的任何补救措施;(8)符合或者不符合任何根据其职能有权确定标准的政府机构或其他公认的政府代表机构或组织所颁布的可以适用的标准;以及(9)任何其他与增加或减少赔偿额相关的因素。

再次,在英美法中,对惩罚性损害赔偿金进行裁决的权力由陪审团行使,美国《陪审员统一指导手册》就要求陪审团应考虑如下方面:1 被告行为的可指责程度;2 就被告的财产状况而言,惩罚性损害赔偿的数额能够对被告产生威慑力;3 惩罚性损害赔偿金额应当与原告所实际受到的伤害、损失有合理的联系。

另外,为使惩罚性赔偿金的数额与惩罚性赔偿的制裁和遏制目的相一致,美国联邦最高法院曾在 *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* 一案中,列举了确定惩罚性赔偿金应该参酌的以下因素:(1)惩罚性赔偿金与被告行为导致的损害是否合理相关;(2)被告行为的可非难程度及持续期间;(3)被告是否故意隐匿其不法行为;(4)该不法行为是否曾经发生过以及发生的频率;(5)被告不法行为获利的可能性;(6)被告的财务状况;(7)所有的诉讼成本;(8)如果被告因该行为而受到刑事制裁,应酌减赔偿金额;(9)如果被告因该不法行为而承担其他民事赔偿责任时,应减少惩罚性赔偿金。^②

其实,早在1986年11月,美国律师协会(ABA)诉讼部特别委员会就发表了一个关于惩罚性赔偿的报告,建议在处理惩罚性赔偿时应参考如下因素:(1)被告方应受责难的程度(其行为刚过应处以惩罚性赔偿的界线或是那些不常见的真正的重大过失,以至这种行为甚至会引起法官的厌恶);(2)无论在以前或今后被告是否在其产品或活动中以类似

^①王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。

^②499U. S. 1(1991). 转引自徐海燕:《我国导入惩罚性赔偿制度的法学思考》,《杭州师范学院学报》,2004年第2期。

的方式实施过不当的行为；(3) 无论受害的人数和伤害的严重程度, 被告所承担的风险；(4) 由被告行为造成的受害人实际数目；(5) 被告行为的获利程度；(6) 双方都必须承担的诉讼费用；(7) 在其他未决的类似不当行为案件中惩罚性赔偿的判决或有可能的判决情况；(8) 对相同行为所处的或有可能判处的刑法制裁；(9) 在涉及大型组织的情况下, 该组织高级管理层介入该行为或鼓励和卷入该行为的程度；(10) 被告的悔过表示, 或如有的话, 其所采取的减少其造成的损失或阻止将来不当行为发生的措施；或相反, 其缺少悔过之意；(11) 被告是否以诸如否认任何责任或恶意中伤原告的方式来为自己进行彻底的辩解；(12) 不当行为持续的期间；(13) 被告隐匿该行为之努力；(14) 被告对其行为造成损害的知晓程度；(15) 得知侵害行为后多长时间内停止该行为；(16) 在公司中涉及或批准该行为者的地位；地位越高, 做出惩罚性赔偿的正当性就越大；(17) 公司中用于赔偿全部所能预见的损害的补偿基金是否充足。^①这一报告对于惩罚性赔偿应予斟酌的因素进行了比较详尽的归纳。

另外, 如前所述, 近年来美国还对惩罚性赔偿进行了重大改革, 确定了惩罚性赔偿适度威慑的目的, 确立了最高法院对惩罚性赔偿的违宪审查和限制陪审团适用惩罚性赔偿的权力, 从事前预防和事后矫正的角度对此予以改进。无疑, 这也有助于减少惩罚性赔偿无客观适用标准带来的负面影响。

b. 加拿大

在加拿大, 传统上, 对于赔偿数额的确定陪审团有很大的自由裁量权。鉴于惩罚性赔偿逐渐增长的趋势, 加拿大最高法院主张, 陪审团应该得到指导, 内容是关于惩罚性赔偿的功能以及决定数额时需考虑的因素。最高法院列举了 11 项陪审团应该考虑的因素：(1) 惩罚性赔偿是一种例外, 而不是原则；(2) 仅当不法行为超过了一般不当行为的程度, 成为一种故意的、恶意的、武断的或者该受谴责的行为时, 才可以适用惩罚性赔偿；(3) 在确定数额时, 惩罚性赔偿应和以下因素保持一定比例：造成的损害、不法行为的程度、原告相应的脆弱程度、被告所获的利益或收益, 等等；(4) 被告因同一行为而遭受的其它罚款或者惩罚应该被考虑进去；(5) 一般情况下, 仅当其它惩罚不足以实现惩罚、预防和否定功能的时候, 惩罚性赔偿才予以适用；(6) 惩罚性赔偿的目的并不在于补偿原告；(7) 惩罚性赔偿的目的在于：对被告的行为予以惩罚, 避免被告和其他人在将来重复类似的不法行为, 体现社会对该行为的否定态度；(8) 仅当损害赔偿——其在某种程度上也具有惩罚性——不足以实现以上三项目标的时候, 惩罚性赔偿才可以适用；(9) 惩罚性赔偿的数额不能高于理性地符合其目标的必要的额度；(10) 尽管通常国家会作为对不法行为任何罚款或者处罚的接受者, 但惩罚性赔偿会给原告带来一大笔额外财富；(11) 法官和陪审团应该发现, 有节制的惩罚性赔偿通常来说已经足够。

值得一提的是, 和美国最高法院不同, 加拿大最高法院并不将惩罚性赔偿和刑事处

^①Punitive Damages: The Debates Continues. www.findlaw.com. 转引自朱凯:《惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用》,《中国法学》,2003年第3期。

罚的比例作为惩罚性赔偿金是否过高的一个判断因素。

c. 英国

英国对惩罚性赔偿采取较为保守的态度，强调该制度的惩罚和预防功能。所以，对于惩罚性赔偿的额度的确定，英国法院确立了斟酌赔偿数额的几方面因素，而这些标准同时也体现了对其数额的限定：包括被告的财产状况、是否有共同原告和共同被告参与、原告的行为是否加剧了行为的发生，等等。具体来讲：（1）被告的心理状态。如果被告是依诚信而行使，则再施加惩罚性赔偿便不正当；（2）如果被告方已经因其错误行为受到处罚，则再施加惩罚性赔偿便不再适当；（3）共同原告人的存在可能会限制惩罚性赔偿的适用。因为在存在共同原告的情况下，可能有些原告不知情，或者他们没有到法院起诉，或者他们不是压制性、武断或不合宪行为的受害者，所以，法庭无法在他们当中进行一个合适的赔偿金的划分；（4）如果原告的行为导致了或者部分导致了不当行为的发生，则他的行为可能排除惩罚性赔偿的适用。

除了确立上述判断标准之外，英国还试图通过审判制度的完善改进惩罚性赔偿的适用。这体现在英国法院对陪审团赔偿数额的审查权的确立以及加强了法官对陪审团决定数额的指导两个方面。

第一，英国法院传统上对陪审团的决定表现出极大的尊重，他们极少会因过分的惩罚性赔偿金而取消陪审团的决定。一项惩罚性赔偿一般不能被撤销，除非它的数额过于巨大，以致 12 个理性的人不应该合理做出这样的决定，或者在该数额和案件的事实之间无法实现合理的比例。但是，在 1990 年的法院和法律服务法案中，上诉法院被赋予一项权力，可以撤销陪审团决定的数额，并另外决定一个数额，只要上诉法院发现陪审团的数额过于巨大。在这项变化之后，在大量和不当高额赔偿金有关的案件中，上诉法院对赔偿数额进行了细致的检查，在很多案件中大大减少了惩罚性赔偿金的数额。

第二，在英国，陪审团评估惩罚性赔偿的数额时，传统的做法是，陪审团应仅提供一个合适的赔偿数额的一般原则。但在 1997 年，上诉法院在 Thompson 案中，指导法官在帮助陪审团决定惩罚性赔偿数额时扮演更为重要的角色。上诉法院认为，审理法官应该向陪审团解释：（1）原告已经就其所受损害得到了补偿，而且任何补偿性的或者额外的赔偿都是对被告的一种惩罚方法。（2）当仅在基本的或者额外的赔偿不足以惩罚被告压制性、武断或违宪行为的情况下，才处以惩罚性赔偿。（3）惩罚性赔偿对于原告方是一笔额外之财，而且应该考虑到该数额将无法再由警方用于公共利益。（4）惩罚性赔偿的数额应该不比对被告行为处以刑罚的数额更大。

上诉法院同时列出一些框架，指导陪审团用以决定损害赔偿和惩罚性赔偿的合适数额。法院认为惩罚性赔偿在这些案件中的数额不应少于 5000 英镑。事实上，法院注意到如果数额小于这个数的话，惩罚性赔偿便不恰当了。它补充到，被告的行为尤其应受到谴责，可以施以多大 25,000 英镑的惩罚性赔偿金，同时 50,000 英镑是该赔偿金的上限。此外，上诉法院认为如果惩罚性赔偿超过了基本损害赔偿的三倍，则不太适当，除非损害赔偿的数额相当有限。

d. 澳大利亚

简而言之，惩罚性赔偿在澳大利亚可以在很宽泛的范围内适用。尽管在近些年里关于惩罚性赔偿的诉求有所增加，但所得到的数额仍然有限。这种现象部分是由于澳大利亚法院在决定赔偿数额时坚持有限和克制的态度所致。这一点和英国如出一辙。

澳大利亚法院表现了对惩罚性赔偿数额的担心，作为结果，他们坚持陪审团应该得到指导。在 *Backwell v. AAA* 案中，上诉法院主张，审理法官应该具体地指导陪审团，使其决定惩罚性赔偿时应该有一定的节制和审慎。陪审团必须仔细考虑该受处罚的行为，斟酌加害人付出的惩罚性赔偿是否过大或者过小，确保惩罚性赔偿必须是“合理的和公正的”。

在澳大利亚，决定惩罚性赔偿数额时考虑的因素聚焦于在于不当行为者本身，而不是受害者一方，也不在侵权本身。其中最相关的一些因素包括：（1）被告行为的性质、被告所致损害的程度，这些会体现被告的恶性程度；（2）对被告方的威慑效果；（3）被告从其不当行为中所获的利益；（4）被告方支付惩罚性赔偿金的能力。如果该赔偿金导致不适当的艰难，则有可能被减少或者增加。

另外，在设定赔偿数额的时候，该赔偿金在多大程度上会成为原告方的意外横财，也是一个考量因素。

但在澳大利亚，惩罚性赔偿并不要求与损害赔偿保持一定的比例。如果被告已经在刑事程序中受到实质性的惩罚，则不能再对他施以惩罚性赔偿。*Gray 诉 Motor Accident Commission* 案中更为具体地体现了这项原则。在该案件中，被告的车撞了原告，严重地伤害了原告。然后，被告因为人身伤害而被监禁了七年。在民事诉讼中，原告提出了惩罚性赔偿的诉求。最高法院认为七年有期徒刑的处罚已经构成了实质性惩罚，对同一行为，应免除民事上的惩罚性赔偿。法院的理由是，惩罚性赔偿的目的——惩罚和预防——已经被刑事程序实现了。这也体现了澳大利亚强调惩罚性赔偿适度惩罚、威慑及预防的强硬立场。其结果就是对惩罚性赔偿的适用及其数额的滥用设置了事前的预防机制。

3. 对我国适用惩罚性赔偿的启示

通过考察国外的惩罚性赔偿，总的来说，体现出对惩罚性赔偿数额进行限制一种趋势，其方式有二：一是设定最高限额，即补偿性损害的若干倍之内或者一定金钱限额之内；一是明确其估定标准，厘清其斟酌因素。就前者而言，我国的现行法律及相关法律草案都有所体现；就后者而言，“惩罚性”赔偿、“示范性”赔偿这两个名称概括了惩罚性赔偿制裁和遏制的两项功能；惩罚性赔偿金额的计算也应该以此作为衡量基准；另外，我们将需斟酌的因素分为三类：可责难因素、吓阻因素和诉讼辅助因素。^①

(1) 可责难因素

^①谢哲胜：《财产法专题研究》（二），中国人民大学出版社，2004年版，第17页。

包括不法行为的本质、行为人的动机和心理状态、当事人间的关系、是否受到激怒、受害的程度、欲造成的伤害或可造成的伤害（即使伤害尚未造成）。此外，因为被告不法行为后的所为的行为常可以反映被告行为时的心理状态，或者显示被告再为不法行为倾向之大小，所以被告不法行为后的行为也是审判斟酌的因素之一，例如被告试图湮灭证据等。

(2) 吓阻因素

吓阻未来不法行为所需的惩罚性赔偿金额，是必须斟酌的主要因素之一。此时，被告的财富和收入是考量的因素之一；同时，为吓阻再为不法行为，被告从不法行为中获得或可能获得的利益时另一更直接更相关的因素；另外，被告是否已受到或将来可能受到其他惩罚或者许多诉讼引起的惩罚性赔偿，也是需要考虑的因素。

(3) 诉讼辅助因素

惩罚性赔偿的目的之一是填补原告指出的诉讼费和律师费，用来鼓励原告及律师对于可以请求惩罚性赔偿的事件提起诉讼，基于此，计算惩罚性赔偿就需要斟酌足以补偿原告提起诉讼所支出的全部费用，或作为鼓励原告提起诉讼的足够又因所需要的金额。

四、结论

综合前文的论述，笔者认为，惩罚性赔偿责任是一种特殊的民事责任，独立的制度价值是其存在的合理性根源。虽然我国师承大陆法系的民法理论，但是仍有引入惩罚性赔偿的可能性及必要性。惩罚性赔偿一般适用于侵权领域，但是，鉴于建立、维护社会信用关系以及践行保护弱者之实质正义的需要，我们有必要在合同领域引进惩罚性赔偿，这对我国民事立法、尤其是民法草案的制定具有重大的现实意义。

惩罚性赔偿是着眼于惩罚、遏制恶性不法行为，对受害人进行完全补偿的一项制度。此所谓“恶性不法行为”包括主观恶性程度严重的侵权行为及特定的违约行为，两个领域中其表现也不尽相同，在民法典中，我们可以考虑在侵权行为编和合同编对其分别进行规定。

就侵权行为领域而言，我们不应在侵害客体方面过分限定其适用范围，而应从“不法行为”及其“恶性”入手，借助故意、重大过失等概念，同时赋予法官依靠诚实信用、公序良俗以及实质正义等标准进行裁量的权利，以灵活地运用该制度，顺应社会现实的变化。当然，可以明确其适用标准并对其数额进行技术性的限定，以消除其不利因素。民法典可以作一概括规定：“故意侵害他人权利或者基于重大过失侵害他人生命、身体、人身自由、健康或具有感情意义财产的，法院得在赔偿损害之外判决加害人支付不超过赔偿金 3 倍的惩罚性赔偿金。”这就可以涵括民法典草案中的各种侵权情形：（1）自己的侵权行为，包括对人身权的侵害、对财产权和财产利益、精神利益的侵害以及专家责任；（2）对他人侵权之责任，包括监护人责任以及法人及其他社会组织之责任、替代责

任、国家赔偿责任；(3) 准侵权行为即无过错责任，包括物造成的损害、污染环境及危险作业等致人损害、机动车和其他高速交通工具致人损害以及产品责任。

就合同领域而言，尽管现行法律有限地认可了惩罚性违约金，但是，为了维护实质正义原则和社会信用关系，针对主观恶性较大的违约行为，我们应当尝试在合同编中做出以下规定：“一方当事人欺诈对方当事人或者利用自身经济实力或交易优势恶意违约的，法院得在违约损害赔偿之外判决加害人支付不超过违约赔偿金 3 倍的惩罚性赔偿金。”

中外文参考文献

(一) 期刊类

- [1]张骥:《论当代中国法律责任的目的、功能与归责的基本原则》,《中外法学》,1999年第6期。
- [2]徐海燕:《我国导入惩罚性赔偿制度的法学思考》,《杭州师范学院学报》,2004年第2期。
- [3]王微:《美国惩罚性损害赔偿判决在国外的承认与执行》,《现代法学》,2002年第2期。
- [4]刘荣军:《惩罚性损害赔偿与消费者保护》,《现代法学》,1995年第3期。
- [5]陈放翔:《我国民法中惩罚性赔偿制度新探》,《河北法学》,2004年第2期。
- [6]王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。
- [7]王利明:《惩罚性赔偿研究》,《中国社会科学》,2000年第4期。
- [8]杨栋:《外国法院惩罚性赔偿判决的承认与执行》,《山东法学》,1998年第5期。
- [9]王本宏、范圣兵:《论惩罚性赔偿在我国侵权法领域的适用》,《安徽农业大学学报》,2002年第3期。
- [10]符琪:《简论惩罚性赔偿制度》,《河南大学学报》,2001年第3期。
- [11]程宗璋:《论惩罚性损害赔偿判决之适用》,《青岛化工学院学报》,2000年第2期。
- [12]刘仲秋、王贺洋:《惩罚性赔偿制度的应用》,《西南农业大学学报》,2004年第2期。
- [13]浦川道太郎:《日本法上的惩罚性损害赔偿与制裁性慰谢金》,《法学家》,2001年第5期。
- [14]叶敏:《论违约责任中的惩罚性赔偿》,《甘肃政法成人教育学院学报》,2004年第3期。
- [15]金福海:《论惩罚性赔偿责任的性质》,《法学论坛》,2004年第3期。
- [16]胡春秀:《试论在我国建立惩罚性损害赔偿制度的必要性与可行性》,《广西政法管理干部学院学报》,2000年第2期。
- [17]工立峰:《关于惩罚性赔偿的一些思考——兼与〈民法同质补偿原则新思考〉一文作者商榷》,《法学》,2000年第6期。
- [18]王本宏:《论惩罚性赔偿在合同领域的适用》,《安徽电力职工大学学报》,2002年第2期。
- [19]谢晓尧:《惩罚性赔偿:一个激励的观点》,《学术研究》,2004年第6期。
- [20]宁清国:《论我国民事赔偿制度的完善》,《法学杂志》,1999年第2期。
- [21]张爱军:《对惩罚性赔偿之反对观点的评析》,《太原理工大学学报》,2003年第2期。
- [22]王华伟、张安毅:《惩罚性民事责任探析》,《新乡师范高等专科学校学报》,2002年第1期。
- [23]仇云霞、何维国:《合同责任中惩罚性损害赔偿的适用——以美国法的规定为例》,《湖北社会科学》,2002年第6期。
- [24]张驰、韩强:《民法同质补偿原则新思考》,《法学》,2000年第3期。
- [25]何维国:《美国合同责任中惩罚性损害赔偿的适用》,《法学杂志》,2002年第4期。
- [26]覃有土:《略论对弱势群体的法律保护》,《法学评论》,2004年第1期。
- [27]黄世席:《合同中惩罚性条款的比较研究》,《社会科学》,1999年第10期。
- [28]高明华:《侵权与违约的经济学分析》,《学习与探索》,1999年第1期。
- [29]刘浩宇:《效率违约的价值评析——对我国合同法第110条的再思考》,《河北法学》,2000年第2期。
- [30]侯向磊:《〈消费者权益保护法〉第49条亟待修改》,《法学杂志》,1998年第2期。
- [31]徐楠轩、陈乃新:《论惩罚性赔偿——经济法具体责任研究》,《南华大学学报》,2004年第1期。
- [32]寿厉冰、陈乃新:《略论惩罚性损害赔偿的经济法属性》,《法商研究》,2002年第6期。
- [33]吴凡:《关于惩罚性赔偿制度性质和适用问题的思考》,《唐山师范学院学报》,2004年期。
- [34]朱凯:《惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用》,《中国法学》,2003年第3期。
- [35]王成:《侵权损害赔偿的经济分析》,中国人民大学出版社,2002年版,第192页。
- [36]魏振瀛:《论民法典中的民事责任体系——我国民法典应建立新的民事责任体系》,《中国法学》,2001年第3期。
- [37]王小能、赵英敏:《论人格权的民法保护》,《中外法学》,2000年第5期。
- [38]陈玉萍、石春玲:《民事责任原则重构——补偿性责任价值质疑》,《安徽农业大学学报》,2004年第1期。

[39]刘雯、刘俊：《试析民事惩罚制度》，《安徽大学学报》，1999年第3期。

[40]饶世权：《论〈消费者权益保护法〉中惩罚性赔偿制度之完善》，《吉林大学社会科学学报》，2000年11月，第6期。

[41]唐东楚：《“惩罚”不宜视为精神损害赔偿的主要功能》，《中南大学学报》，2003年第1期。

[42]A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harv. L. Rev., No4, 1998.

[43]Stephen Daniels & Joanne Martin, Myth and Reality in Punitive Damages, 75 Minn. L. Rev., (1990).

(二) 书籍类

[1]《北大法律评论》第1卷第1辑，法律出版社，1998年版。

[2]江伟：《民事诉讼法》，高等教育出版社、北京大学出版社，2000年版。

[3]谢怀轼等：《合同法原理》，法律出版社，2000年版。

[4]林诚二：《民法理论与问题研究》，中国政法大学出版社，2000年版。

[5]谢哲胜：《财产法专题研究》(二)，中国人民大学出版社，2004年版。

[6]于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社，1998年版。

[7]林国民、赵贵龙、吴锦标：《外国商法》，人民法院出版社，1996年版。

[8]张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社，1996年版。

[9]梁慧星主编《民商法论丛》第20卷，金桥文化出版有限公司，2001年版。

[10]梁慧星主编：《民商法论丛》第15卷，法律出版社，2000年版。

[11]薛虹：《演变中的侵权责任和人身伤亡事故问题的解决》，法律出版社，1996年版。

[12]杨立新：《侵权法论》下册，吉林人民出版社，1998年版。

[13]杨立新：《人身权法论》，中国检察出版社，1996年版。

[14]曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社，2001年版。

[15]刘文琦：《产品责任法律制度比较研究》，法律出版社，1997年版。

[16]韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社，1998年版。

[17]王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社，1996年版。

[18]徐爱国：《英美侵权行为法》，法律出版社，1999年版。

[19]杨良宜：《国际商务游戏规则——英国合同法》，中国政法大学出版社，1998年版。

[20]彼得·斯坦等：《西方社会的法律价值》，中国人民大学出版社，1998年版。

[21]克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译，法律出版社，2001年版。

[22][美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著：《法和经济学》，上海三联书店，1991年版。

后 记

本文的写作无论是文章框架的设计、资料的搜集、观点的推敲直至论文最后定稿，无不包含着我的导师吴洪先生的心血。正是吴老师以及诸多师长和同学无私的指导和帮助，才使我的论文写作得以顺利完成。

感谢吴洪老师、田土城老师、张秀全老师、宁金城老师、罗晓静老师、赵可星老师、张竞芳老师以及其他所有老师，你们授业解惑，把智慧无私地奉献给我们，使我得以顺利地完成学业。回想起三年中各位老师对我循循善诱、言传身教、悉心指导的往事，我向你们表示由衷的感激。

学海无涯。限于笔者的理论功底和学术视野，直至搁笔之际，本文仍有诸多不尽如人意之处，其中一些不成熟的观点尤其令我忐忑不安。我将带着这种遗憾接受学界前辈、同仁及读者的批评和指教。在吸收各方面宝贵意见的基础上，我还将进一步补充材料，充实内容，完善体系。

三年的求学生涯转瞬即逝，这段经历也将成为我人生的一笔宝贵财富。再次感谢各位老师的谆谆教诲和各位同学的无私帮助，也很感激朋友对我的关心和理解；更让我感激的是我家人对我的一贯支持和关爱。“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”，在今后的工作和学习中，这些都是激励我直道而行、不懈追求理想的无尽动力。