

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2020.01.011

论侵权型惩罚性赔偿责任 特殊构成要件的引入与适用

——以“避责可能性”理论为视角

陈德敏，郭海蓝
(重庆大学 法学院，重庆 400030)

摘 要：美国学者波林斯基和谢威尔在传统侵权责任构成要件框架外，初步建构了以“避责可能性”概率为特殊构成要件的惩罚性赔偿数额计算模型。我国以传统“四要件说”为中心的侵权责任一般构成要件对致害人“避责可能性”鲜有甄别，导致侵权型惩罚性赔偿责任的司法适用面临泛化风险，并缺乏客观统一、科学合理且具备可操作性的惩罚性赔偿数额计算方式。以《侵权责任法》第四十七条为例分析实现侵权型惩罚性赔偿责任特殊构成要件本土化的可行进路，包括以“外部识别——内部识别”型进阶审查为工具的特殊构成要件识别路径、以威慑效果考量为前提的惩罚性赔偿数额核算以及以个案致害人“避责可能性”确定为概率判定的三个方面。

关 键 词：惩罚性赔偿；特殊构成要件；避责可能性

中图分类号：D 913 **文献标志码：**A **文章编号：**1008-3758(2020)01-0081-09

On the Introduction and Application of Special Elements of Tort Punitive Damages Liability —— From the Perspective of “the Possibility of Evading Liability”

CHEN De-min, GUO Hai-lan
(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400030, China)

Abstract: Outside the framework of traditional elements of tort liability, the calculation model of punitive damages amount was preliminarily constructed by American scholars Polinsky and Shavell, which takes “the possibility of evading liability” as a special element. In China, the general elements of tort liability centered on the traditional theory of “four elements” rarely distinguish “the possibility of evading liability”, which leads to the risk of generalization in the judicial application of tort punitive liability, and the lack of objective, scientific, reasonable and operational calculation of punitive damages amount. Taking Article 47 of tort liability law as an example, this paper analyzes the feasible approach to localize the special elements of tort punitive liability, which includes three aspects, i. e. the identification path of special elements with the tool of advanced review of “external identification-internal identification”, the calculation of punitive damages amount based on the consideration of deterrence effect, and the possibility determination based on the determination of “the possibility of evading liability” of the individual case.

Key words: punitive damages; special elements; possibility of evading liability

作为传统私法领域填补型损害救济框架下补偿性损害赔偿的伴生与扩展,惩罚性赔偿制度在发挥特定情形下调整平等主体间的私权侵犯和秩序恢复功能历史上源远流长。近现代惩罚性赔偿制度经历了自公元前18世纪《汉穆拉比法典》以来两百余年的嬗变与演化而存续至今,作为判定惩罚性赔偿责任之核心的构成要件理论也随之得到了长足而深入的发展。在传统侵权责任理论和司法演绎推理均恪守四要件学说以裁判惩罚性责任之适用与否的背景下,美国的波林斯基(Polinsky)和谢威尔(Shavell)教授以“避责可能性”理论为基础提出了侵权型惩罚性赔偿责任一般构成要件之外的特殊构成要件学说引起了学界的广泛关注。在我国,新近立法活动如《侵权责任法》《商标法》《消费者权益保护法》以及《食品安全法》的颁布和修订等均以对惩罚性赔偿制度的涉及和设计为亮点,如何在本国法治土壤中培育舶来制度生根发芽,成为了惩罚性赔偿制度能否按照立法预期充分实现威慑与惩罚目的的关键。本文试图以波氏和谢氏理论为研究起点,在对惩罚性赔偿责任作出类型化解构的基础上,运用法经济学的方法对引入这一特殊构成要件及其适用之必要性与可能性进行分析,并以我国侵权法规范体系为框架展开对其本土化进路的探讨。

一、“避责可能性”理论溯源

“避责可能性”理论最早由美国学者波林斯基教授和谢威尔教授首先提出,并陆续得到亨德森(Henderson)教授、皮尔森(Pearson)教授以及荷兰学者菲斯海尔(Visscher)的支持。理论的提出主要基于对惩罚性赔偿制度威慑目的的分析,试图以理性选择为逻辑起点,贯彻“理性人的最大效用行为”的微观经济学基本教义,并初步建构了以“避责可能性”概率为基础的惩罚性赔偿数额计算模型以规制法律市场参与者的行为模式。

1. 适当威慑:在不足与过当之间

波氏和谢氏提出“逃避可能性”理论的目的在于解决法庭何时以及在何种程度上应当裁决惩罚性赔偿责任的问题。二人认为惩罚性赔偿制度的两大目的在于威慑和惩罚,故其主要选择以威慑经济理论为分析工具,在论证“通常只有在致害人有可能逃避其所致损害之责任的情况下,才应当裁决惩罚性赔偿”这一基本观点的基础上,考究法

律应当如何对损害赔偿与实际损害之间的比例进行制度安排,从而确保威慑目的的适当发挥,又避免失之不足或失之过当。

具言之,围绕理性当事人将如何回应惩罚性赔偿责任的威胁及其回应能否在总体上促进社会福利,适当的威慑应当达到确保致害人为其侵权行为造成的损害支付赔偿,并且保证赔偿数额确定适当,通过法律的制度性供给,保障均衡价格向符合社会最大效用的方向移动,最终实现帕累托最优。关于适当威慑的进一步研究被区分为被告(致害人)确定担责时的最优损害赔偿和被告间或担责时的最优损害赔偿两种情形加以探讨。

2. 被告确定担责时的最优损害赔偿

在前者即被告的侵权行为会被发现并被裁决承担责任的可能性为100%时,损害赔偿的适当数额应当等于被告引起损害的数额。同样区分两种情形,一是按照严格责任的归责原则,若损害赔偿等于损害,则理论上潜在致害人就具有采取预防措施的社会正当动机(尤其在特定支出能够大量降低预期损害的情形)。例如,假设潜在致害人通过支出10 000元的预防费用可以防止50 000元的损害,从增加社会总体福利的角度看,该种预防支出就是值得的。在此情形下若法律将造成损害的赔偿责任设定为50 000元,便可有效激励潜在致害人将10 000元用于预防损害;若赔偿责任设定低于50 000元,则潜在致害人将产生拒绝采取其应当采取的预防措施的可能和倾向。又如,法律将造成损害的赔偿责任设定为8 000元,则理性的潜在致害人将拒绝支出10 000元的预防费用,因为从效用最大化角度出发,由于潜在致害人承担赔偿责任所支付的成本显著低于需支付的预防费用,理性的潜在致害者均将倾向于拒绝承担相应赔偿责任进而选择支付预防费用,即使这种选择可能造成社会总体福利的降低。相反,若损害责任的设定超过50 000元,则可能迫使潜在致害人支出超过社会正常限度的预防费用,同时也无法保证社会福利的最大化。例如,若此时潜在致害人需要通过支出150 000元而非10 000元用以防止50 000元的损害,表面看来这种不经济的成本—收益模式是会被理性经济人所采纳的,但由于法律市场的制度供给,150 000元的预防费用价格如已经替代50 000元的价格进入市场并形成强制价格,此时依据法律的强制性规定,惩罚性赔偿必须被计入损害赔偿额中,例如将原

本造成损害所需支付的 50 000 元补偿性损害赔偿加上 150 000 元惩罚性赔偿,则潜在致害人将可能选择在损害发生前支付 150 000 元的预防费用以采取预防措施,否则其将可能面临总额为 200 000 元的损害赔偿。但实际上,为防止违约效果的产生,潜在致害者实际只需支付 50 000 元的预防费用即可实现社会利益的最大化,威慑过当的惩罚性赔偿显然增加了交易的制度成本。以上两例即为威慑不足与威慑过当的具体表现,且后者将可能对当事人所从事的有益于社会但因其客观性质而具有一定风险的活动构成不适当的限制,从而导致社会总体福利的减损。二是在过错责任的归责原则下,最优的损害赔偿仍然应当与损害结果相当,经济分析路径类似于严格责任,不再赘述。

3. 被告间或担责时的最优损害赔偿

在后者即被告的侵权行为会被发现并被裁决承担责任的可能性低于 100%或谓之存在避责可能性时,损害赔偿的适当数额原理上仍应等同于被告引起损害的数额(原因同上),但重点在于此时损害数额会因某一能反映被告避责可能性的因素而被增加。社会生活中之所以可能出现致害人担责可能性低于 100%乃出于以下三种原因,一是受害人在某些特殊侵权行为样态下难以证明案件的因果关系或致害人的过错(若采过错责任原则的话)。二是受害人可能会因法律的经济分析中遭遇的“理性冷漠”,即基于投入诉讼的时间成本、金钱成本和精力成本超过预期收益的计算而放弃起诉。类似的,当受害人在个案中遭受的损害本身较小时,其通过侵权之诉追究致害人责任的经济激励也会相应弱化。三是致害人本身也会采取措施避免其侵权行为被察觉^[1]。

在上述三种可能的情形下,若仍采损害赔偿与实际损害同质的传统原则,导致的结果将是致害人在预防措施的采取上动机不足却在风险活动的从事上激励过度。例如,致害人因上述三种原因之一或综合,导致其所从事的侵权行为被发现并被裁决承担责任的可能性仅为 25%,且同质损害赔偿数额为 80 000 元,如果对样本致害人的观察期间足够长,样本致害人的同质侵权行为大量重复出现时,则在概率学意义上讲,致害人平均每次致害仅需赔偿 20 000 元。若此时致害人为了防止 80 000 元的预期损害所本需投入的预防费用为 40 000 元,由于预防成本高于其可能面临的平均责任成本的实际边际收益,理性的潜在致害人

怠于采取预防措施才符合个体效用最大化的目标。同时由于致害人对原本 80 000 元的补偿性损害赔偿平均每次承担责任只需支付 20 000 元,理性的致害人同样容易出现积极从事风险活动的倾向。为弥补由此带来的威慑不足的缺陷,波氏和谢氏提出应当在被告担责可能性低于 100%的案件中引入惩罚性赔偿责任以匹配原本的补偿性赔偿数额与平均责任承担数额之差距的观点,即为确保致害人在可能逃避责任的情形下支付与实际损害相当的全部损害赔偿,应当按照致害人避责可能性的百分率,以反比的计算方式裁量对致害人强制实施的全部损害赔偿,以此减少潜在侵权者所获得的交易剩余。此时的最优惩罚性损害赔偿数额即为依上述方法计算出的全部损害赔偿减去补偿性损害赔偿的差额。

通过对制度本身适当威慑目的的最优发挥进行法经济学分析可以发现,当且仅当致害人存在避责可能性时,惩罚性赔偿责任才具备侵权法领域内的适用空间,且其适用需以基础性的补偿性赔偿责任之存在为必要条件。换言之,当且仅当被起诉的侵权行为符合已经被法庭裁决构成补偿性赔偿责任的表象条件下,同时符合侵权行为在通常情况下被发现并被诉至法庭,进而裁决被告承担责任的可能性低于 100%的隐含条件方可触发惩罚性赔偿责任的判定与裁决。此处所称表象条件可以具象化为美国侵权法上判断惩罚性赔偿责任的一般构成“三要件模式”,亦可具象化为我国侵权法上的“四要件说”,但鉴于英美法系和大陆法系传统的差异,在具体构成要件的梳理上亦会存在细微差异。此处所称隐含条件即为本文选题试图论述的惩罚性赔偿责任特殊构成要件。

二、侵权型惩罚性赔偿责任及其构成

1. 概念界定

作为民事责任领域最富争议性质的制度之一,库特(Cooter)教授的比喻形象地揭示了惩罚性赔偿制度研究的复杂性,他指出“探讨侵权损害惩罚性赔偿,正如不带罗盘航行于大海,无法确定什么时候船会触礁。”为尽力克服因客体模糊而带来的研究上的不确定性,有必要首先对其进行概念学意义上的界定以作为更深一步研究的定义基础。由于阐述视角各异,国内外学者在有关学术

著作中对惩罚性赔偿责任的定义莫衷一是,代表性观点如英国巴罗斯(Burrows)教授的“国家利益说”,美国夏金(Sharkey)教授的“事前激励说”;国内王利明教授的“结果说”,朱广新研究员的“私法公法化说”。笔者经综合比较认为,王利明教授的观点因其兼具内涵表述上的凝练与外延囊括上的延展而更宜为研究所用。但考虑到惩罚性赔偿制度在英美法系与大陆法系之间的失衡配置现状,以及作为失衡之根本原因的两大法系对待公私法分野的不同态度,有必要在制度的概念学界定上坚持功能导向,实现“结果说”与“私法公法化说”的融合,进而将其定义为“惩罚性赔偿是指以威慑潜在致害人、惩罚当事致害人为目的,由法庭做出的超出实际损害数额之外的损害赔偿”。

2. 类型演化

经济学上的制度演化理论认为,构成制度环境的变量是非常复杂的,当既定制度系统环境中的某些因素积累变化到一定临界点时就会导致制度主体之制度需求的改变,进而引发制度新的博弈行为直到达致新的博弈均衡,从而进入制度的相对稳定期^[2]。以侵权损害赔偿制度为例,正如霍姆斯(Holmes)指出的那样,普通法上侵害赔偿的适用范围经历了有形损害——能够预见但非被告行为所欲达之损害——到未能预见之伤害的扩张^[3]。而将惩罚性赔偿制度适用类型的变迁路径纳入上述演化理论框架进行分析亦可发现,其内在衍生进程同样纵向地经历了由给定的经济社会环境变量所决定的从“纯粹的侵权型适用”到“复合的侵权型+合同型适用”的博弈。在作为英美法主要源流的古日耳曼法中即散见诸如“杀人或略诱妇女等所谓有关流血或荣誉者,被害者得请求庶民法院科处加害人以高于一般赔偿之惩罚金”的规定^[4]。彼时特定的宗教和宗族观以及欠发达的自给自足手工业经济决定了民事纠纷的表现形式主要仍为侵权而非契约。至现代,以美国为例,受高度发达的资本主义市场经济和日益频繁的商品服务交易影响,惩罚性赔偿制度在美国的主要适用领域已经涵盖侵权法领域、合同领域以及刑事犯罪处罚的附带领域(类似我国刑事附带民事赔偿)^[5]。而将视线转移至作为近现代惩罚性赔偿制度复兴源头的英国,其在经历了早期英国普通法对惩罚性赔偿责任不做范围限制,仅由法官行使自由裁量权进行判定的宽泛适用后,又通过1909年的阿迪西斯诉留声机公司案重新

确立了惩罚性赔偿不适用于合同领域,仅适用于侵权领域的范围限制原则^[6]。

缘起于现代侵权法和合同法的双向扩张,民事责任体系内的侵权责任与合同责任之竞合已成常态。但从责任性质的角度分析,二者间仍应保持相对的独立,盖因前者系由法律规定之个人不得侵害他人的注意义务,而后者则旨在保护契约当事人之利益^[7]。其次,后者以合同双方基于契约行为所保有的特殊信赖利益基础为充分条件,而于前者,基础性合同法律关系的存在既非充分条件,亦非必要条件。以我国的惩罚性赔偿制度架构为考察对象,《侵权责任法》第四十七条以造成严重人身伤亡后果为责任构成要件的惩罚性赔偿即为侵权型适用之典型例证;而《消费者权益保护法》第五十五条不以损害后果为责任构成要件的“退一赔三”模式即为合同型适用之典型例证。由于惩罚性赔偿制度能否适用于合同违约责任领域在英美法系尚存争论,而从本文对制度的定义并结合历史考察和目的功能来看,适用惩罚性赔偿责任的初衷即在于为侵权行为受害人提供充分救济并实现对致害人的威慑和惩罚,无论最终的学术争论与立法活动能否达成制度在合同领域适用与否的一致,对侵权型惩罚性赔偿责任的深入探究终将裨益于制度整体向前的发展与完善,并可能对合同型惩罚性赔偿责任的理论与实践作出指引。因此,笔者决定选取“纯粹的侵权型适用”模式下的惩罚性赔偿责任作为研究客体,并以理论检视和司法适用需要相结合为导向,将法庭判定惩罚性赔偿责任之构成与否的核心——责任构成要件作为主要研究对象。

3. 一般构成要件

以惩罚性赔偿责任构成要件作为主要研究对象,在采用波氏和谢氏的“避责可能性”理论展开其特殊构成要件的论述之前,有必要对当前侵权型惩罚性赔偿责任的一般构成要件作简要梳理和阐释。国外如美国在其《侵权法重述(第二版)》中将惩罚性赔偿责任的一般构成要件界定为主观上的故意或重大过失(包括致害人恶意或恶劣的动机和漠视他人之权利)、行为的违法性与应受道德谴责性以及造成了损害后果的“三要件模式”^[8]。国内学界对承担侵权责任的构成要件问题存在“三要件说”与“四要件说”之争,其争执焦点聚集于违法行为或者致害人行为的违法性是否作为责任构成之必备条件。通说更倾向于“四要件说”,

包括违法行为、主观过错、损害事实以及行为与损害之间存在因果关系，与前述美国的构成要件模式趋同^[9]。具体到本文研究的侵权型惩罚性赔偿责任，以《侵权责任法》第四十七条之规制模式为例，其一般构成要件包括致害人生产销售缺陷产品的行为、主观上存在故意或重大过失、造成他人人身伤亡重大损害以及行为与损害之间存在因果关系。然而，惩罚性赔偿责任从诞生到今日始终是在试图或已经突破传统侵权救济同质赔偿原则的道路上演进的，这导致形式上归属于私法范畴的惩罚性赔偿制度在性质上却隐含了与私法异质的公法制裁性质，也引发了惩罚性赔偿制度作为连接以赔偿为主要目的的侵权法和以惩罚为主要目的的刑法之间的紧张。

在针对侵权法制度进行的经济分析中，对全部损害事故成本的最小化，包括以风险预防和预防未果的损失为主的第一事故成本、以受害人和受害人承受损失的成本为主的第二事故成本和以法律被用于处理损害事故的成本为主的第三事故成本，被视为侵权损害救济制度设计的最优选择^[10]。以通过大幅提高由致害人负担的损害事故避免之边际成本，并增加受害人追究致害人侵权责任的经济激励为制度运作方式的惩罚性损害赔偿责任的构成和判断如何才能在保障制度初衷（即威慑和惩罚两大目的）得以充分发挥的同时，促进司法资源的个案配置优化和损害及其救济的社会成本最小化，将构成下文借助“避责可能性”理论将要讨论的主要问题，而这无疑也是惩罚性赔偿责任特殊构成要件的制度价值之所在。从英美法系国家的新近判例观之，作为惩罚性赔偿责任特殊构成要件的避责可能性在被用于裁决致害人是否支付惩罚性损害赔偿金及其数额计算上已

经崭露头角^①。具体到我国司法实践，虽然公私法之间互相借力协作以执行公共管理和私权秩序维护所引发的公私法融合趋势已经逐渐显露，但以传统“四要件说”为中心的一般构成要件仍然占据侵权损害赔偿案件个案法律推理的全过程，涉及惩罚性赔偿责任裁判的现有案件处理对致害人避责可能性鲜有考量，导致侵权型惩罚性赔偿责任的司法适用面临泛化风险。同时，对致害人承担的惩罚性赔偿数额裁量主要依赖受害人举证和法官凭借个人经验形成的主观确信，缺乏客观统一、科学合理且具备可操作性的计算方式设计，特殊构成要件的本土化工作任重道远^②。

三、特殊构成要件的本土化：识别路径、数额裁量与概率判定

虽然围绕法律能否脱离原生经济基础语境而移植到不同的国家和地区构成新的上层建筑的争论，在法律移植乐观论者和悲观论者之间从未停止，但现实是中国近现代法律体系的构建过程本质上即体现为在政府等集权机关主导下运用国家强制力完成的法律移植过程。1902年的清末修律在“西化与反西化”的争论中开启了中国近现代移植外国法的历程，其后经历北洋政府统治时期、南京国民政府统治时期、新中国成立直到改革开放后的社会主义法制体系建设时期，总体上均未停止包括法律理念、原则、框架、制度以及术语等内容在内的法律移植步伐。然而，正如有学者指出的那样，法律移植从表面看来是拿来主义的直接鉴别、取舍进而人为为我用，但移植仅仅是手段，在移植的基础上完成法律在特定实施土壤上的本土化才是目的，必须将本土化这一关键环节纳入

① 以1989年发生的“Exxon Valdez”号油轮严重原油泄露导致阿拉斯加海洋大面积污染案为例，以当地渔民为主的受害方起初向法院提起要求埃克森公司承担包括经济损失和惩罚性赔偿在内的150亿美元天价赔偿责任，案件诉讼长达18年并最终诉至美国联邦最高法院。2008年6月，美国联邦最高法院判决将埃克森公司承担的惩罚性赔偿数额降至5亿美元左右。实际上“Exxon Valdez”号油轮的大规模原油泄露影响巨大，其逃避承担损害赔偿之可能性极小，这构成了最高法院的大法官在进行最终裁决时无法绕开的考虑因素。新闻来源网址：<http://www.news.ucsb.edu/2014/014393/exxon-valdez-25-years-later>。2019年1月16日访问。

② 以近年来较为典型的原告段金虎、张立丽诉被告白永军、纪世华、普洱市锦华烟花爆竹专营有限公司和景东华信工贸有限公司产品责任纠纷案（（2014）普中民终字第237号）为例，原告段金虎在燃放从被告白永军、纪世华处购买的烟花爆竹时，其幼子因烟花爆竹存在产品缺陷引发燃放事故而被炸身亡，原告依据《侵权责任法》第四十七条向销售者和生产者主张惩罚性赔偿，最终原审和二审法院均支持了原告100000元的惩罚性赔偿请求。该案中，原告幼子的死亡为原告造成了重大损害后果，且其与烟花爆竹的燃放事故之间存在直接而明显的因果关系，原告提起诉讼追究被告侵权责任的动机是强烈的，被告生产、销售涉案烟花爆竹的行为是公开且持续的，故本案被告逃避承担责任的可能性趋近于0。审理本案的两级人民法院严格依据《侵权责任法》第四十七条规定的四要件裁判被告构成惩罚性赔偿责任无可非议，但若引入“逃避责任之可能性”特殊构成要件进行检视，则本案判处被告承担惩罚性赔偿责任的裁决有待商榷。参见中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=6a2a8cb4-5e99-49c0-b2eb-1ee1ced327c3>。2019年1月3日访问。

法律移植的过程考虑并确保其最大限度实现,移植才算有了结果和价值^[11]。惩罚性赔偿制度在英美法系国家发源并兴盛,在全球化的浪潮和法系交融、法律趋同化的背景下以一种系统却又分散的矛盾形式被引入我国民事法律体系^①。作为近年来中国法律移植作品的代表之一,其同样应当被纳入本土化的框架进行合理处理与嫁接,进而力求在确保制度按目的初衷发挥效应的同时,实现与既存法律体系的有机整合。具体到本文的研究,在以“逃避可能”理论作为法经济分析工具完成对惩罚性赔偿责任特殊构成要件之合理性论述的基础上,下文试图展开对其特殊构成要件如何融入司法运用的可行性探讨,包括以“外部识别——内部识别”型进阶审查为工具的特殊构成要件识别路径、以威慑效果考量为前提的惩罚性赔偿数额核算以及以个案致害人避责可能性确定为核心的概率判定三个方面。

1. 以“外部识别——内部识别”型进阶审查为工具的识别路径

侵权责任构成要件是法官据以判定致害人是否符合承担个案侵权责任条件的兼具经验性与个性化的工具。马克思曾经指出:“法律是普遍的,应当根据法律来确定的案件是单一的,要把单一的现象归结为普遍的现象就需要判断。”^[12]对责任构成要件的识别和对应过程,正是在结合法律条文规定和司法实践经验的基础上,提炼出某类责任构成要件的普遍因素,并将之与特定侵权案件致害人的行为加以比较、推理和判断的过程。在侵权案件被诉至法庭进而启动司法审理程序后,法官对案件的处理普遍会经历“将待决案件事实置于法律规范构成要件之下,以获得特定判决的一种逻辑思维过程”^[13]。实质上,这就是法官运用司法三段论方法进行的一场演绎推理。判断个案受害人获得惩罚性赔偿之请求权基础是否成立以及对应的致害人惩罚性赔偿责任之构成与否,同样依赖于法官在确定其所援引的法律规范大前提后,准确地识别业已查明之侵权事实能否与从大前提中解构出的各个责任构成要件相耦合并形成内心确信。

然而判定我国《侵权责任法》第四十七条规定

之侵权型惩罚性赔偿责任的特殊之处在于,若引入避责可能性特殊构成要件,则该条规范框架下的五项构成要件(含四项一般构成要件和一项特殊构成要件)除主观上的明知和避责可能性外,其余三要件均与该法第四十一条和第四十二条第一款规定的补偿性赔偿责任构成要件相同。换言之,若法官依据第四十一条严格责任原则规定下的三要件已经识别出生产者实施了生产缺陷产品的违法行为、产生了损害后果且二者之间存在因果关系,据此判断其构成补偿性赔偿责任并形成稳固的内心确信,则法官在判断补偿性赔偿过程中进行的三要件识别与在判断同案惩罚性赔偿过程中所需进行的违法行为、结果及其因果关系三要件的识别具有同质性和等效性。而在惩罚性赔偿责任与补偿性赔偿责任的存在关系上,国内外司法判例和主流学说均主张后者为前者发生之必要条件,这意味着惩罚性赔偿责任的判定必以补偿性赔偿责任之判定和存在为前提。但二者存在形态上的高度关联并不能模糊其间由于各自目的功能和适用范围不同而带来的责任独立性界限,因此,法官针对二者进行的司法推理和责任构成要件识别工作,原则上应当按照各自依据的不同法律规范而独立进行。在三要件的判定同质等效的前提下,从经济角度分析,必然涉及到重复识别责任构成要件所可能引致的无效成本以及司法资源浪费问题。

依据卡拉布雷西(Calabresi)的事故成本理论,法庭动用司法资源识别同一案件中的补偿性赔偿责任构成要件和惩罚性赔偿责任构成要件的过程,显然应当被计入全部损害事故成本中的第三事故成本。根据汉德(Hand)法官在美国诉卡罗尔公司案的裁决中提出汉德公式对促使损害事故社会成本最小化的经济分析,即设 P =涉案驳船松脱概率, L =驳船松脱可能造成的损害, B =预防松脱致害的成本,当 $P * L > B$ 时,对驳船负有管注义务者即被裁决为存在过错责任^[14]。若借助汉德公式的计算模型对可能发生的上述两类责任构成要件重复识别进行成本收益分析,假定在某一产品侵权责任案件中,法官在已经识别并

① 这种移植形式上系统而又分散的矛盾与我国《民法典》的制定工作尚未完成有关。系统之处在于我国对惩罚性赔偿制度的移植既包含了侵权型惩罚性赔偿责任(典型如《侵权责任法》第四十七条),又囊括了合同型惩罚性赔偿责任(典型如《消费者权益保护法》第五十五条、《食品安全法》第一百四十八条以及《商品房买卖合同司法解释》第八、九条);分散之处在于各类惩罚性赔偿制度散见于不同的民事单行法及司法解释中,责任竞合的出现可能导致当事人选择和法官适法的无所适从。

证成补偿性赔偿责任三项构成要件后,继续重新识别惩罚性赔偿责任所对应之三项构成要件的目的,在于通过重复识别检验能否得出不同结论。设 P_1 = 通过重复识别得出不同结论的概率, L_1 = 通过重复识别得出不同结论可能获得的收益, B_1 = 重复识别产生的成本。则当且仅当 $P_1 * L_1 > B_1$ 时,重复识别才在投入产出比上被认为是经济的,因为此时通过重复识别最终获得的收益超过投入的成本。但进一步分析该公式中的各组成部分可以发现, P_1 的量化值将由于同一产品侵权案件中作为补偿性赔偿责任构成要件和惩罚性赔偿责任构成要件判定依据的特定侵害行为(如生产毒奶粉)和损害后果(如造成食用奶粉的婴幼儿人身损害)及其因果关系之间存在相当的恒定性而被维持在极低的水平。 L_1 的量化值分为两种情形,当前一识别结论正确并与后一结论一致时(绝大多数情形),后一识别对司法裁决的过程并未产生增量实效,此时其量化值为0;当前一结论错误并与后一结论矛盾时(极少情形),后一识别对司法裁决的过程起到了纠正前一识别的增量实效,此时其量化值为正。而 B_1 由于其包含了恒定的人力和时间成本以及将该部分人力和时间成本用于其他案件裁判的机会成本,其量化值将始终维持在较高的水平。据此,公式的主要变量在于 L_1 ,当 L_1 为0时, $P_1 * L_1 > B_1$ 不存在成立的可能;当 L_1 为正值时,虽然存在 $P_1 * L_1 > B_1$ 的可能性,但个案中的 B_1 同时会因受前一识别结论错误而需重新进行识别的影响而在原来两个单位量的基础上再增长一个单位量,此时公式成立的可能性将降低三分之一。在此分析基础上可以得出结论,即若借鉴汉德公式的计算模式是可行的话,对惩罚性赔偿责任构成要件在补偿性赔偿责任三项构成要件已经被识别证成的前提下进行重复识别属于大概率不经济事件。从法经济学的分析来看,这种重复识别不应当被采用。出于分析结论严谨性的考虑,应当注意到 L_1 为正值的前一结论错误并与后一结论矛盾,导致前一识别结论需要纠正时,若不采用重复识别,则可能发生补偿性赔偿责任误判问题。对此,鉴于其发生概率极低,且可以借助上诉程序或审判监督程序予以纠正,故不足以成为反对上述结论成立的障碍。

综上,在惩罚性赔偿责任特殊构成要件的识别路径上遵循以下进阶步骤执行,将有助于全部损害事故成本的最小化和司法资源配置的个案优

化。一是在外部识别顺位上,优先识别个案中补偿性赔偿责任的构成要件是否吻合,若是则可进入惩罚性赔偿责任的识别,若否则无需启动后一识别。二是在内部识别内容上,若补偿性赔偿责任的三项构成要件已经识别吻合,则在惩罚性赔偿责任的识别中可径直识别致害人避责可能性要件和主观上的明知要件,对已经前一识别所证成的三项构成要件无需重复识别。

2. 以威慑效果考量为前提的惩罚性赔偿数额核算

如果说惩罚性赔偿责任构成要件的识别是为了解决个案致害人惩罚性赔偿责任的构成与否问题,那么惩罚性赔偿数额的裁量则是为了解决责任主体在多大程度上承担超出同质赔偿范围的金额计算问题。妥善解决这一问题将有助于避免惩罚性赔偿陷入任意侵犯私人财产的合宪性桎梏,强化个案法庭判决的自治性和合理的可接受性,同时确保法律在对反社会行为发出严厉和阻吓信号的同时,又不至于阻止对社会有益的冒险活动^[14]。当前英美法上的惩罚性赔偿数额确定方式依成文法和不成文法之分而有所区别,但普遍会将实际损害即补偿性赔偿责任数额作为计算惩罚性赔偿数额的重要参照基数。成文法通常明确界定了具体的惩罚倍数标准,人们可以据此对其潜在违法行为进行成本收益分析进而对未来保持大致可控的预期;不成文法则赋予陪审团和法官以自由裁量权,赔偿数额的裁决具有任意和难以预测的倾向^[15]。前者与我国《消费者权益保护法》第五十五条的应对方式类似,后者则更加耦合于《侵权责任法》第四十七条的规制模式。

正如本文第一部分阐述的那样,赔偿数额的适当裁量将对作为惩罚性赔偿制度初衷之一的威慑目的能否合理并充分地实现产生直接影响,裁量数额过低导致的威慑不足将对潜在致害人怠于采取损害预防措施并积极从事风险活动产生不当激励,而裁量数额过高导致的威慑过当将可能造成因超出社会正常限度的预防措施带来的资源浪费,并对致害人所从事的本身有益于社会但因其客观性质而具有一定风险的活动构成不适当的限制。这与柏拉图在《法律篇》中谈到关于损害与损害赔偿之关系确定原则时得出的结论相一致,即基本原则是,在每个案件中,赔偿的数额比例因造成的损害而不同,为促进公正与效率,这一比例应不多也不少^[16]。波氏和谢氏在“逃避可能”理论

的论证过程中初步提出了应当按照致害人避责可能性的百分率,以反比的计算方式裁量对致害人强制实施的全部损害赔偿。延续这一观点的计算模式,笔者试图对运用避责可能性概率计算致害人承担惩罚性赔偿责任的数额进行经济分析,并对可能性概率本身的判定问题作出讨论。

兰德斯(Landes)教授和波斯纳(Posner)教授曾经提出以 $E=D(p)$ (E 表示损害赔偿数额, p 表示发生损害之可能性, D 是关于 p 的正函数)的公式来计算侵权损害案件中,潜在致害人在什么情况下会产生采取预防措施的恰当动机,但这仅适用于致害人承担责任之可能性等于100%,即避责可能性为0时计算补偿性赔偿责任数额的个案假设^[17]。在致害人担责可能性低于100%,即避责可能性范围为 $0<1$ 时,个案情形便与惩罚性赔偿责任的特殊构成要件相吻合。由于此时个案致害人存在逃避承担责任的可能,其实施致害行为所产生的外部不经济性可能由其他社会主体承受,若法律制度设计对其损害赔偿数额的安排仍然按同质赔偿的原则而使其与实际损害相等,则潜在致害人极易出现急于采取预防措施且积极从事风险活动的倾向,从而引发个体目标偏向的理性和经济性导致社会整体非理性和不经济性的矛盾,增加社会总体交易成本。

为解决上述矛盾,一条可行的路径是适当而不失充分地提高存在避责可能性案件中致害人应当支付的赔偿数额,通过法律规范调整使其预期平均赔偿数额与实际损害数额实现等量化。具言之,假设某产品侵权责任个案致害人因一种或多种原因导致其承担侵权损害赔偿责任的可能性仅为20%,由其致害行为产生的实际损害数额为10 000元。若致害人在较长时期内重复致害行为,则通过概率学意义上的平均计算可以得出致害人平均每次致害仅需赔偿2 000元,潜在致害人处于急于采取预防措施且积极从事风险活动的倾向。若此时在法律上将其全部损害赔偿(补偿性与惩罚性赔偿责任的总和)增加至50 000元,则其平均每次致害需支付的赔偿数额提升至与实际损害相当的10 000元,这也等同于致害人在重复致害行为的期间平均每导致五次实际损害,其中将有一次会被法庭裁决支付50 000元的全部损害赔偿(包含10 000元补偿损害赔偿和40 000元惩罚性损害赔偿)。结合前文关于适当威慑的分析可以得出,此时法律制度对损害赔偿数额的裁

量及其与实际损害比例关系的安排对于发挥惩罚性赔偿制度的威慑目的,激励潜在致害人为可能发生的损害采取预防措施而言是最优的。若致害人不属于长期重复侵权而仅实施了一次致害行为,则可能出现的结果是致害人会以全有或全无的方式承担50 000元的损害赔偿赔偿责任,且二者可能性比例为1:4。换言之,致害人实施当次致害行为未被受害人发现或虽被发现但未能起诉至法院的可能性高达80%。此时,虽从外在强制结果来看,致害人在规制结果上逃避承担金钱形式的赔偿责任属于大概率事件,但在致害人实施致害行为前,其必须考虑承担50 000元预期全部损害赔偿的20%可能性(量化为 $50\,000 \times 20\% = 10\,000$ 元)对其形成内在强制所达到的威慑效果。这与前文分析的致害人在担责可能性为100%的情况下,对造成同等程度实际损害所必须承担的10 000元预期损害赔偿(仅指补偿性损害赔偿)对其形成内在强制所达到的适当威慑是一致的。对上述计算模型作数学公式的抽象即可表现为,设致害人可能逃避承担责任情形下的实际损害为 X ,致害行为被发现并被起诉至法庭进而被裁决承担责任的概率为 Y ,适当的全部损害赔偿数额为 Z ,则三者之间的关系应为 $Z=X \times (1/Y)$ 。另设其中的惩罚性赔偿数额部分为 Z_1 ,则 $Z_1=Z-X=X/Y-X/X=1-X=1-Y$ 。若以上关于适当威慑效果的经济分析是成立的,则依据该公式计算侵权型惩罚性赔偿数额在保障制度初衷的发挥、促进司法资源的个案配置优化和损害救济的社会成本最小化方面将符合理性选择标准。

3. 以个案致害人避责可能性确定为核心的概率判定

由于惩罚性赔偿数额计算公式中的 X 在个案中通常能够借适当方法得以合理量化,故公式在司法过程中能否被有效利用将主要取决于变量 Y ,即个案致害人避责可能性概率的判定。鉴于本文针对特殊构成要件本土化的研究主要是在《侵权责任法》第四十七条产品侵权型损害的框架下展开分析的,笔者拟分两种情形对概率判定问题分别作出讨论。第一种情形印证了霍姆斯大法官关于“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”^[18]的论断。此时,法官能够通过普通人之常识和经验判断致害人不存在逃避承担责任的可能,故无需适用惩罚性赔偿责任。例如某奶粉生产商明知其生产的奶粉含有有毒物质仍进行大规模销售,

导致食用奶粉的婴幼儿遭受人身损害,此类致害行为实施场域较为公开,造成的损害后果严重,被害人发现并诉至法庭进而裁决其承担责任的概率将无限趋近于 1。第二种情形下,致害人逃避承担责任的可能难以通过法官的经验和常识作出判断,但可以借助科技手段进行鉴定和概率统计分析进而得出较为客观准确的可能性比率。例如因家用电取暖炉起火导致受害人人身财产损害,仅凭表面案情难以判定起火原因是受害人使用操作不当还是产品本身存在质量问题。此时可借助鉴定机构的技术力量进行司法鉴定,若鉴定结论证明起火原因在于产品本身的质量安全隐患,则可对已经销售的该型号家用电取暖炉因质量安全隐患起火被追究产品责任的案例数量进行统计分析。假设已经销售的该产品因质量安全隐患起火的案例为 10 件,而除本案受害人之外一共有六人针对产品生产者或销售者提起了诉讼并被裁决承担责任,则在本案的裁决中,法官可以判定作为致害人的生产者或销售者避责可能性为 $1 - (6 + 1) / 10 = 30\%$ 。

若依循上述本土化进路论述,延续对前注关于(2014)普中民终字第 237 号案件的剖析,由于该案被告避责可能性趋近于 0,若以被告担责可能性低于 100% 作为判定其惩罚性赔偿责任的特殊构成要件,则该案受诉人民法院最终判决被告承担原告主张的惩罚性赔偿责任实难谓之恰当。反之,若该案能够查明存在其他可能影响被告担责概率的案件事实,则判定被告承担惩罚性赔偿责任的问题自然另当别论。假设该案中司法鉴定机构无法通过爆炸残存物鉴别是否由于产品本身的质量问题导致发生爆炸事故,必须借助被告生产的同种产品方能进行鉴定,而被告提前召回了其所有零售商手中的同种产品并进行销毁,此时人民法院判定被告产品存在安全隐患并追究其侵权责任的概率将大幅降低,惩罚性赔偿责任方才具备了个案适用空间。同时假设一共存在 5 家零售商代理销售被告产品,在接到被告召回通知后,有 4 家零售商立即将产品全部送回被告处并由被告进行了销毁,剩余 1 家由于各种原因未能按时将产品送回被告处,原告通过该家零售商取得同种产品并进行司法鉴定,最终确定被告产品存在质量问题进而导致了爆炸事故的发生。据此,被告避责可能性 $Y = 1 - (5 - 4) / 5 = 80\%$ 。假设人民法院查明原告的实际损害数额 X 为 100 000

元,则被告应当承担的惩罚性赔偿数额 $Z_1 = 100\,000 * (1 - 80\%) / 80\% = 25\,000$ 元。运用上述裁判方法不但有助于修正当前《侵权责任法》第四十七条借助法官的自由裁量权确定惩罚性赔偿数额的任意倾向,同时通过设计民事侵权案件中受害人(原告)实际受损数额与致害人(被告)避责可能性之间的函数关系计算被告最终承担惩罚性赔偿责任的具体数额,亦能使得潜在致害人对于实施致害行为所需付出的成本保有相对可测的心理预期,进而回应符合惩罚性赔偿制度初衷的适当威慑与惩罚目的。

四、结 语

侵权型惩罚性赔偿制度固然属于我国现代法律移植过程中的英美法系舶来品,但在西为中用的过程中似乎并未遭遇民众在本土资源约束下采取的法律规避,反而化身为法律受众在公私法融合趋势下“更有效的制裁私犯,实现私人的法内报复”的制度依赖^[19]。我国尚未在实定法规范中引入“避责可能性”理论并将其作为判定侵权型惩罚性赔偿责任之有无与程度的法定责任构成要件,本文借助法经济分析工具,以波氏和谢氏的适当威慑理论观点为指引,将致害人担责可能性低于 100% 作为在产品侵权责任个案中,致害人补偿性赔偿责任构成要件已经得到识别证成基础上的特殊构成要件,并以避责可能性概率为基础,提出以促进司法资源的个案配置优化和损害救济的社会成本最小化为目标的惩罚性赔偿数额计算公式,期盼有助于为特定侵权责任领域在现代民法演化进程中逐渐突破传统侵权救济损害填补型功能限制,推进侵权法体系下的惩罚性赔偿制度不断向衔接规制民事私法与刑事公法过渡区域的纵深发展提供一种新的范式。

参考文献:

- [1] Posner R A. A Theory of Negligence[J]. The Journal of Legal Studies, 1972, 1(1): 29.
- [2] 范如果. 制度演化及其复杂性[M]. 北京: 科学出版社, 2011: 31.
- [3] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯. 普通法[M]. 冉昊, 姚中秋, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 4.
- [4] 孟罗·斯密. 欧陆法律发达史[M]. 姚梅镇, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 57.