

2014  
第2辑

总第68辑

# 判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

## 本辑要目

### 【专论】

邹伟 赵传毅 / 消费者权益保护法中侵权惩罚性赔偿的司法适用

### 【法学专论】

陶盈 / 医疗损害赔偿司法解释起草中的若干问题探讨

### 【法官论坛】

李颖 / 论对他人商业模式的注意义务及其界定原则  
——以拦截视频广告不正当竞争案为切入点

### 【公报案例评析】

税兵 / 犯罪所涉合同的效力认定  
——最高人民法院公报案例“吴国军案”评析

### 【判例评析】

时永才 / 人体冷冻胚胎监管、处置权归属的司法认定  
杨立新 焦清扬 / 关于监护人责任的再思考：被告与责任主体的确定

中文社会科学引文索引 (CSSCI)来源集刊

人民法院出版社

2014 年第 2 辑

总第 68 辑

# 判解研究

---

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明·主编

人民法院出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2014年. 第2辑:总第68辑/王利明主编. —北京:人民法院出版社, 2015. 3  
ISBN 978-7-5109-1175-0

I. ①判… II. ①王… III. ①判例-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. ①D920.5-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第046589号

## 判解研究

总第68辑(2014年第2辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办  
王利明 主编

---

责任编辑 吴秀军 兰丽专  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷27号 邮编 100745  
电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)  
65223667(读者服务部)  
客服QQ 2092078039  
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>  
E-mail courtpress@sohu.com  
印 刷 三河市国英印务有限公司  
经 销 新华书店  
开 本 787×1092毫米 1/16  
字 数 229千字  
印 张 14  
版 次 2015年3月第1版 2015年3月第1次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5109-1175-0  
定 价 38.00元

# 《判解研究》丛书编委会

顾 问:万鄂湘 奚晓明

编委会主任:王利明

编委会副主任:杨立新

编委会成员:(按姓氏笔画排序)

孔祥俊 王 轶 龙翼飞 刘春田

刘贵祥 刘德权 张勇健 宋晓明

吴汉东 罗东川 郑学林 姚 辉

郭明瑞 董安生

主 编:王利明

执 行 主 编:姚 辉 吴秀军

编 辑:兰丽专 麻锦亮 梁展欣 雷震文 张 璇

# 目录 CONTENTS

## ◇ 专论

消费者权益保护法中侵权惩罚性赔偿的司法适用 …… 邹 伟 赵传毅(1)

## ◇ 法学专论

医疗损害赔偿司法解释起草中的若干问题探讨 …… 陶 盈(13)

土地承包经营权抵押的法律建构与风险防范 …… 王 琪(27)

农民权益保护视角下的农民集体所有权重构 …… 韩 龙(42)

## ◇ 法官论坛

论对他人商业模式的注意义务及其界定原则

——以拦截视频广告不正当竞争案为切入点 …… 李 颖(54)

## ◇ 公报案例评析

犯罪所涉合同的效力认定

——最高人民法院公报案例“吴国军案”评析 …… 税 兵(68)

内部行政行为的可诉性探讨

——以最高人民法院 22 号指导性案例为分析对象 …… 曹 飞(85)

## ◇ 判例评析

人体冷冻胚胎监管、处置权归属的司法认定 …… 时永才(98)

肖像强制商业化侵权损害赔偿规则的适用 …… 沈向华(110)

违法解雇期间的工资支付问题研究 ..... 李俊杰(128)

关于监护人责任的再思考:被告与责任主体的确定

..... 杨立新 焦清扬(142)

◇ 域外传真

中国侵权法的普通法色彩和公法面貌

..... [美]戴 杰 熊丙万 刘 明 李昊译 杜泽夏校(161)

◇ 调查与研究

反思与重构:涉诉信访处理程序的改革设想

——兼评《执法错误纠正和瑕疵补正机制的指导意见》..... 高继超(198)

◇ 编辑后语 ..... (214)

## 消费者权益保护法中侵权惩罚性赔偿的司法适用

邹伟\* 赵传毅\*\*

惩罚性赔偿,也称示范性赔偿或报复性赔偿,是指由法庭所作出的赔偿数额超出实际的损害数额赔偿,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。<sup>①</sup>主流学术观点认为,惩罚性赔偿包括违约惩罚性赔偿和侵权惩罚性赔偿。我国惩罚性赔偿制度肇端于1994年起施行的消费者权益保护法(以下简称旧消法)第49条,然而,该条只规定了违约性惩罚性赔偿,对消费者合同预期利益的损失进行赔偿,而没有规定侵权惩罚性赔偿,在消费者受到经营者侵权行为侵害,人身和财产的固有利利益受到损害蒙受损失时,并不能获得惩罚性赔偿。<sup>②</sup>2009年的食品安全法第96条第2款和2010年的侵权责任法第47条都规定了侵权惩罚性赔偿。虽然法官可以通过适用食品安全法和侵权责任法的规定,对消费者提供保

---

\* 贵州省高级人民法院常务副院长,一级高级法官。

\*\* 中国政法大学民商法学博士研究生,三级法官。

① 王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000年第4期。

② 杨立新:《消费者权益保护法规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施》,载《清华法学》2010年第3期。

护,但是因为体系的失衡,<sup>①</sup>这样的保护注定是不完全和不公平的。食品消费者只要因食品缺陷遭受人身或财产损害,不管经营者的主观状态及消费者的受害程度如何,皆可依食品安全法第96条第2款获得相当宽泛的保护,而非食品性商品消费者只有满足侵权责任法第47条规定的严格条件才可能请求惩罚性赔偿。况且,侵权责任法对于赔偿的标准也没有明确,受制于特别法优于一般法的适用规则,在消费者生命或健康遭受受害的情况下,一些法官对直接适用侵权责任法第47条,还是心存疑虑的。

2014年3月15日起施行的新消费者权益保护法(以下简称新消法)做出了重要修正,在第55条第2款规定了侵权惩罚性赔偿责任,虽然在体系上一定程度解决了与食品安全法第96条第2款和侵权责任法第47条的失衡问题,但因为新消法对侵权惩罚性赔偿责任的构成要件还存在不明确和不合理之处,在具体适用上还存在惩罚过重和弱化食品安全法第96条第2款以及侵权责任法第47条规范地位的问题,这些对法官适用新消法第55条第2款造成了困难,影响了该条款调整功能的充分发挥。本文拟对新消法第55条第2款的要件构成和具体适用进行分析,以期对该条文的司法正确适用提供帮助。

## 一、适用的选择

### (一) 侵权惩罚性赔偿体系的发展

新消法出台前,我国惩罚性赔偿制度散见于旧消法第49条,<sup>②</sup>合同法第

① 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期。

② 旧消法第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。”



113条第2款,<sup>①</sup>食品安全法第96条第2款,<sup>②</sup>侵权责任法第47条<sup>③</sup>以及《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》(以下简称《商品房司法解释》)第8条和第9条<sup>④</sup>这些法律和司法解释中。旧消法第49条和合同法第113条第2款规定的是商品欺诈和服务欺诈的惩罚性赔偿,适用于消费领域中的欺诈经营行为;《商品房司法解释》规定的惩罚性赔偿适用于商品房买卖中的欺诈行为。以上法律和司法解释规定的是违约惩罚性赔偿责任。食品安全法第96条第2款规定的惩罚性赔偿适用于恶意食品侵权或者违约行为。侵权责任法第47条规定的是恶意产品侵权造成严重人身损害的产品责任。这两部法律规定的则是侵权惩罚性赔偿责任。消费者权益保护法没有规定侵权惩罚性赔偿责任,导致了体系的失衡,利益保护的不公。

新消法第55条第2款规定:“经营者明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的,受害人有权要求经营者依照本法第49条、第51条等法律规定赔偿损失,并有权

- 
- ① 合同法113条第2款规定:“经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的,依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”
- ② 食品安全法第96条第2款规定:“违反本法规定,造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。”
- ③ 侵权责任法第47条规定:“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”
- ④ 《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条规定:“具有下列情形之一,导致商品房买卖合同目的不能实现的,无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失,并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任:(一)商品房买卖合同订立后,出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人;(二)商品房买卖合同订立后,出卖人又将该房屋出卖给第三人”;第九条规定:“出卖人订立商品房买卖合同时,具有下列情形之一,导致合同无效或者被撤销、解除的,买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失,并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任:(一)故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明;(二)故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实;(三)故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。”

要求所受损失2倍以下的惩罚性赔偿。”在旧消法第49条的基础上,增加了侵权惩罚性赔偿责任,构成了完整的消费者权益保护法的惩罚性赔偿制度。相较于食品安全法,新消法侵权惩罚性赔偿责任将赔偿基数定位于消费者受到的损失;相较于侵权责任法,新消法侵权惩罚性赔偿责任将规则范围扩大到经营者的服务行为,也规定了较为明确的赔偿金额确定方法。

## (二) 侵权惩罚性赔偿责任适用的选择

新消法从侵权法的层面寻求惩罚性赔偿责任的法理基础,不再局限于从合同法层面挖掘惩罚性赔偿责任的法理基础,规定的侵权惩罚性赔偿责任,虽然能极大地拓宽消费者的权利救济渠道,补救原惩罚性赔偿规范体系的缺陷,解决利益保护不公的问题,但又会引发出新的规范体系失衡问题。例如在缺陷食品造成消费者死亡或健康严重损害后果时,食品安全法第96条第2款、侵权责任法第47条和新消法第55条第2款规定的三种侵权惩罚性赔偿责任会同时成立,发生侵权惩罚性赔偿的规范竞合。三种惩罚性赔偿规定在法律效果方面的显著差异,加剧了规范之间的竞合。规范竞合发生时,新消法第55条第2款具有比较明显的竞争优势。盖因,相比于侵权责任法第47条,其关于侵权惩罚性赔偿与补偿性赔偿关系及侵权惩罚性赔偿确定方法的明确规定,能给消费者更多的确定性、可预见性。相比食品安全法第96条第2款,其将赔偿基数定位于消费者受到的损失,则能使消费者获得更多的惩罚性赔偿金。相比之下,侵权责任法第47条可能仅在惩治损害非消费者人身权的严重侵权行为上发挥一些作用,而食品安全法第96条第2款的作用则可能限于规制一些未造成严重损害后果的侵权行为。由此产生的规范逻辑后果是侵权责任法第47条作为一般规则的规范地位将受到严重侵蚀。食品安全法对食品消费者提供更加有力保护的宗旨必将落空。这样看来,为使各种惩罚性赔偿规定各司其职,食品安全法第96条第2款和侵权责任法第47条应当作出必要修改。<sup>①</sup>

在司法实务中,在发生纠纷时,由于消费者仅可选择一种侵权惩罚性赔

<sup>①</sup> 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期。

偿请求权，所以存在到底适用哪一种侵权惩罚性赔偿规定的规范竞合问题。<sup>①</sup>法官在处理具体案件时，应该慎重考虑、尊重消费者的选择权。在发生前述缺陷食品造成消费者死亡或健康严重损害后果这种较极端情况时，消费者如果选择新消法第55条第2款作为请求权依据，不宜以特别法优于一般法为原则，轻易适用食品安全法第96条第2款；在非消费者受到损害，适用侵权责任法第47条的情形，法官可以根据损失大小等案件事实，参照适用新消法第55条第2款，确定具体赔偿金额。

## 二、要件的解释

侵权惩罚性赔偿责任的构成要件，应当包括缺陷产品、故意、死亡或者严重损害健康和因果关系。<sup>②</sup>新消法侵权惩罚性赔偿责任的构成要件部分继承侵权责任法第47条的规范构造方法，即通过明知缺陷与造成严重损害后果的主、客观行为条件将惩罚性赔偿严格限制在严重侵权行为之内。稍有不同的是，第2款亦适用于由缺陷服务造成的严重侵权行为。消费者权益保护法是特为消费者群体提供特殊保护的身份法，其包括惩罚性赔偿在内的损害赔偿规则，相对于侵权责任法属于特别规则，为彰显对消费者的特殊保护，新增的侵权惩罚性赔偿规定的构成要件本可以作出比侵权责任法47条更为宽松的规定。然而，其最终却完全沿用了后者的构成要件。可以得出的结论是，立法者已坚定地认为，惩罚性赔偿应严格限定为造成死亡或健康严重受损的严重侵权行为，即使对值得特殊保护的消费者也无例外。立法的这一态度，对法官的司法适用提出了考验。法官必须对构成要件认真解读，思考如何在尊重立法的情况下，通过科学地解释，证据规则的运用，尽可能地扩大侵权惩罚性赔偿的范围，以确保消费者的合法利益。

### （一）提供的商品或者服务有致人生命健康受到损害的缺陷

就缺陷的认定，应当结合产品质量法第46条规定进行解释，即商品或

① 《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条规定：“生产不符合安全标准的食品或者销售明知不符合安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，向生产者、销售者主张支付价款10倍赔偿金或者依照法律规定其他赔偿标准要求赔偿的，人民法院应当予以支持。”依照法律规定其他赔偿标准要求赔偿的表述，就有了选择其他法律法规的可能性。

② 王利明：《侵权责任法研究》（下卷），中国人民大学出版社2010年版，第296页。

者服务中“存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险”或商品或者服务不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准。依产品质量法第2条第2款与消费者权益保护法第3条看,产品与商品同义。因此,“经营者明知商品或者服务存在缺陷”应解释为,在向消费者提供商品或服务时,经营者明确意识到其商品或服务存在危及消费者人身、财产安全的不合理危险,明确意识到其商品不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准。<sup>①</sup>

## (二) 经营者明知自己提供的商品或者服务存在缺陷

侵权惩罚性赔偿规定最为关键之处是经营者之侵权行为的主观要件,因为对不合理危险和不符合标准的认知程度应作何种要求,取决于立法者或司法者欲允许侵权惩罚性赔偿制度在多大范围内发挥作用,该要件实际直接决定了该款的适用范围。从措词看,经营者侵权行为的主观要件,包含在“经营者明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供”的规定中。明知,亦称作实际知道,是与推定的知道相对称的法律概念,指人的头脑对客观事物的明确反映(认知),即明确认识或意识到某种事物。明知商品或者服务存在缺陷,指在向消费者提供商品或服务之时,经营者明确意识到该商品或服务事实上存在缺陷。因此,明知完全不同于“故意”或“恶意”概念,后者是一种意志活动,它除了包含明确意识到某物之义外,还具有按其意识积极去做之义。新消法第55条第2款规定侵权人主观条件的点睛之笔,是进一步作出的“仍然向消费者提供”的规定。<sup>②</sup>“向消费者提供”并非仅指经营者向消费者实施了提供商品或服务的行为,它在很大程度上是为了揭示经营者实施行为时的意志,即在明确意识到商品或服务存在危及消费者人身、财产安全的不合理危险的情况下,经营者还是决定把商品或服务提供给(卖给)消费者。至于经营者是基于何种意志作出该“决定”的,则需要借助副词“仍然”去解释。依通常理解,“仍然”表示情况继续不变,它主要为了表达

① 如果没有制定国家标准、行业标准的,经营者也不能就此免除责任,产品还必须符合保障人体健康和人身、财产安全的要求,符合产品质量的底线要求。参见最高人民法院侵权责任法研究小组编著:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第312页。

② 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期。

前后行为之间的连续程度。因此，对于“仍然向消费者提供”这一短语，从意志论上可作两种理解：第一，意识到商品或服务存在危害消费者权利的不合理危险后，为了获利，经营者无视消费者的人身或财产权益，与消费者实施了交易；第二，意识到商品或服务存在危害消费者权利的不合理危险后，为满足损害消费者的卑劣用心，经营者把缺陷商品或服务提供给了消费者。后者属于典型的直接故意侵权，前者为一种放任自己危害行为的间接故意行为。因此，新消法第55条第2款规制的侵权行为，主要限于故意损害消费者权益的不当行为，经营者是直接故意还是间接故意侵权，不影响惩罚性赔偿责任的成立，仅可能影响惩罚性赔偿的数额。然而，此种立法虽然能够实现严格限制惩罚性赔偿的目的，但明显不利于实现立法目的。理由在于，直接故意和间接故意均很难证明，如果考虑到消费者的诉讼对手常常是具有很强组织性的法人或非法人团体，尤其是一些规模巨大的垄断行业的经营者，证明经营者具有故意的主观状态更是难上加难。这会使一些比较狡诈的恶劣侵权人轻易逃避法网。显然，新消法第55条第2款存在过于严格限制侵权惩罚性赔偿之弊。

在现代民法的发展中，对于故意的认定，已经从单纯地依靠主观标准转向更多地依靠客观标准。所谓的过错客观化，就是对过错包括故意和过失的认定采取客观标准，即按照客观的标准确认行为人在主观上是否有故意和过失。检验过错标准的客观化，是民法发展的必然。这就要求在判断故意和过失时应采用客观的标准来衡量，按此客观标准，违反之，为有故意或过失；符合之，为无故意或过失。故意和过失体现在行为人的行为之中，要从行为中检验，判断行为人主观上是否有故意和过失。<sup>①</sup>这样一来，对在认定经营者的主观故意时，就可以将受害人即消费者置于一个优越的地位，只要经营者提供的产品或者服务具有缺陷，就可以根据客观标准认定经营者具有明知的主观故意。当然，如果经营者认为自己没有欺诈的故意，可以自己举证证明。证明成立者，不承担民事责任，证明不能或者证明不足者，则推定成立，应当承担侵权惩罚性赔偿责任。这实际上是通过合理的司法手段，运用

<sup>①</sup> 杨立新：《消费者权益保护法规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施》，载《清华法学》2010年第3期。

举证责任倒置规则<sup>①</sup>，一定程度上软化了法律为消费者设置的刚性门槛。

### (三) 消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的事实

这个要件要求的是人身损害的后果，并且只能是受害人死亡或者健康严重损害的后果。受害人既可以是消费者，又可以是其他受害人。新消法第55条第2款构成要件部分另一个值得一提的条件是，经营者的侵权行为必须产生“造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的后果”，这毫无疑问对可判决惩罚性赔偿的故意侵权行为进行了更为严格的限定，即不但将仅仅造成财产损害的侵权行为排除在外，而且排除了造成人身或人格损害的大多数侵权行为，唯对于侵害生命、严重损害健康的故意侵权行为，才可请求惩罚性赔偿。侵害生命权比较容易判断，“健康严重损害”则是一个不确定用语。为不使经营者陷入惩罚不明的危险，最高人民法院应当对此作出明确解释。鉴于新消法第55条第2款整体上已对侵权惩罚性赔偿限制较严，且规定侵权惩罚性赔偿金应依所受损失来确定，在解释“严重损害”这一不确定用语时，不宜再采过于严格限制的观念，如将其限于损害“造成残疾”的结果。

### (四) 经营者的经营行为与消费者或者其他受害人的死亡或者健康严重损害之间具有引起与被引起的因果关系<sup>②</sup>

现今的违法行为有时会呈现隐蔽性、复杂性等多种特点，违法行为的这种特点，造成了侵权违法行为与损害结果之间的因果关系很难证明，或者说很难确切地证明。<sup>③</sup> 基于消费者权益保护法对消费者权益的特别倾斜，基于侵权惩罚赔偿责任的惩罚、警示功能，对于大型垄断企业等经营者，也应适用举证责任倒置规则，推定因果关系存在，由经营者承担不存在的举证责任。消费者只需证明经营者实施了侵权行为以及自身的利益受到损害。

① 司法实务中，这一规则的运用并不鲜见，在最高人民法院关于发布的第五批指导性案例——张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案中，法院要求经营者就是否具有实施欺诈行为的故意承担举证责任。在(2011)成民终字第1921号成都爱莲超市有限公司与郑金龙产品责任纠纷上诉案中，法院推定经营者的主观心态为明知。

② 杨立新：《我国消费者保护惩罚性保护的新发展》，载《法学家》2014年第2期。

③ 程啸：《侵权行为法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第99页。

### 三、金额的认定

新消法出台前，侵权惩罚性赔偿金额的计算方法不明确不合理。除了旧消法第49条规定的商品欺诈和服务欺诈统一增加1倍的惩罚性赔偿责任之外，其他的规定都不十分明确。食品安全法第96条第2款虽然也规定了10倍赔偿，但由于赔偿基数为食品价格，如果是针对食品欺诈的违约责任，10倍赔偿数额明显过高，而针对恶意食品侵权行为，价金10倍的惩罚性赔偿的惩罚力度又不够。侵权责任法第47条没有规定具体计算方法，究竟是由法官自由裁量，还是不宜作出具体规定，语焉不详。新消法第55条第2款对侵权惩罚性赔偿的金额认定则作出了比较明确和灵活的规定，即受害人“有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿”，该规定可作两方面理解：

#### （一）以“所受损失”为基数计算惩罚性赔偿金

以“所受损失”为基数计算惩罚性赔偿金，这改变了以商品价款或服务费用为基础计算惩罚性赔偿金的不合理做法，使侵权惩罚性赔偿与当事人所受损失直接联系起来。侵权惩罚性赔偿作为损失赔偿制度的一种特殊类型，因此名正言顺。

“所受损失”，指缺陷商品或服务造成消费者或其他受害人死亡或健康严重损害所产生的法定损失，即新消法第49、51条规定的五种损失或赔偿金。<sup>①</sup> 相比于旧消法第41条规定，<sup>②</sup> 受害致残时受害人所扶养的人所必需的生活费等费用、伤害致死时死者生前扶养的人所必需的生活费等费用，不再属于独立的法定损失类别。

---

① 新消法第49条规定：“经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”第51条规定：“经营者有侮辱诽谤、搜查身体、侵犯人身自由等侵害消费者或者其他受害人人身权益的行为，造成严重精神损害的，受害人可以要求精神损害赔偿。”

② 旧消法第四十一条规定：“经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

由于新消法第51条规定的是精神损害赔偿的损失,依文义解释,如果消费者既有人身损害又有精神损害,所获侵权惩罚性赔偿金额最高应当是人身损害赔偿和精神损害赔偿各自两倍的总和。有学者认为,惩罚性赔偿的基准应当是人身损害赔偿的数额,不应当计算精神损害赔偿数额,因为精神损害赔偿本身就具有一定的惩罚性。我们认为,补偿性赔偿的功能在于填平消费者遭受的损失(囊括财产损害与精神损害),进而使消费者恢复到受害之前的财产状态和精神状态,精神损害赔偿应属于补偿性赔偿责任的范畴。惩罚性赔偿责任的主要功能在于惩罚与制裁食品生产经营者的主观恶性与重大过失,并阻遏其他生产经营者慎独自律、改恶向善。正是由于两类赔偿责任分别服务于不同的立法功能,在保护消费者,追究经营者民事责任时应当坚持惩罚性赔偿责任与填平性赔偿责任并行不悖的原则,<sup>①</sup>所以作为惩罚性赔偿金计算基础的“所受损失”实际上正是补偿性赔偿旨在补救的损失,以此而言,补偿性赔偿金同样可作为惩罚性赔偿的计算基础。可以说,人身损害赔偿数额和精神损害赔偿数额都是惩罚性赔偿数额计算的基准。

## (二) 确立惩罚性赔偿金的最高限额

消费者可请求支付的惩罚性赔偿金,最多只能为所受损失的二倍。这一规定实际赋予法官一种依据侵权行为的可谴责程度灵活确定惩罚力度的权力,只要足以实现惩罚与威慑目的,法官可以自由决定到底判给受害人多少赔偿金,如所受损失的0.5倍、1倍或2倍,不拘泥于受害人关于数额主张的限制。这样确定惩罚性赔偿金,使惩罚性赔偿能更好地发挥惩罚与威慑功能。不过,它也可能因法官行使自由裁量而使判决缺乏确定性,有必要对法官享有的自由确定惩罚性赔偿金的权力予以合理的引导或制约。为此,需要为法官理性行使赔偿金自由确定权确立一些参考因素,如经营者的故意程度,是间接故意还是直接故意;消费者或者消费者的近亲属所受伤害、所受

<sup>①</sup> 徐海燕:《论我国〈消费者权益保护法〉修改中的惩罚性赔偿制度的完善》,载《西部法学评论》2013年第2期。



痛苦或者精神损害的程度，区分为特别严重、很严重和严重等。<sup>①</sup>

值得注意的是，如果经营者实施了新消法第 55 条两款规范的另一行为，明知商品或服务存在缺陷而作虚假说明的欺诈行为，并造成消费者死亡或健康严重损害的后果，是否要一并适用两款规定？因为两款规定在适用前提与应当赔偿的法定损失上皆不相同，所以消费者至少可获得四种赔偿：（1）可为受欺诈造成的缔约上损失，请求信赖利益赔偿（依合同法第 58 条）；（2）可因受欺诈请求三倍于商品价款或服务费用的惩罚性赔偿（依新消法第 55 条第 1 款）；（3）可为商品或服务缺陷造成的死亡或健康严重损害后果，请求补偿性赔偿（依新消法第 49 条）；（4）可为商品或服务缺陷造成的死亡或健康严重损害后果，请求最高可达所受损失二倍的惩罚性赔偿（依新消法第 55 条第 2 款）。在上述情形下，经营者可能承担过于严厉的损害赔偿责任，为将惩罚控制在合理限度内，法官在依据新消法第 55 条惩罚经营者并具体考虑采取何种力度的惩罚性赔偿时，应对第 55 条两款规定作出系统思考，即在依据第 2 款在二倍以下自由确定“所受损失”的乘数时，应顾及经营者是否也因同时适用第 1 款而遭受惩罚及所受惩罚的程度。如果经营者被判支付较高的赔偿金，那么在满足惩罚目的的情况下，在适用第 2 款时可相应地判决较低的赔偿金。之所以须一并考虑第 1 款的适用状况，因为经营者是因同一主观因素、同一客观行为遭受两种私法上的惩罚。因此，应注意新消法第 55 条两款规定的综合惩罚效果，而不应将它们割裂开来机械地加以适用。<sup>②</sup>

当然，基于契约自由的精神，经营者与消费者可以自由约定高于法定倍数的惩罚性赔偿条款，此种约定属于合法有效。法官不得以此种约定高于法

① 在具体确定惩罚性赔偿金的数额时，可以参酌美国和我国台湾地区的做法。美国惩罚性赔偿责任的量定因素上，只以被告不法行为的非难程度与其获利可能性、原告受害之性质与程度、被告财务之状况以及被告遭受其他处罚之可能性为考量标准，其中以被告不法行为的非难性作为最重要的量定标准。我国台湾地区“消费者权益保护法”在适用中，法院判决中曾提出审酌的因素则有：被告行为的道德恶性、“断臂非中彩”的法理、取得不法利益的大小、有无受刑事制裁、原告受损害的程度、被告事发后的处理态度等。参见陈聪富：《美国法上之惩罚性赔偿金制度》，载台湾地区《台大法学论丛》第 31 卷第 5 期。

② 朱广新：《惩罚性赔偿制度的演进与适用》，载《中国社会科学》2014 年第 3 期。