



华南师范大学法学院丛书

私法惩罚论

——以侵权责任法为中心

SIFA CHENGFA LUN
YI QINQUAN ZERENFA WEI ZHONGXIN

阳庚德/著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



华南师范大学法学院丛书

私法惩罚论

——以侵权责任法为中心

SIFA CHENGFA LUN
YI QINQUAN ZERENFA WEI ZHONGXIN

阳庚德 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法惩罚论 :以侵权责任法为中心 / 阳庚德著. --
北京 :法律出版社, 2017
ISBN 978 -7 -5197 -1353 -9

I. ①私… II. ①阳… III. ①侵权法—研究 IV.
①D913.704

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 217972 号

私法惩罚论

——以侵权责任法为中心

SIFA CHENGFA LUN

——YI QINQUAN ZERENFA WEI ZHONGXIN

阳庚德 著

责任编辑 许 睿

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 19

字数 312 千

版本 2017 年 8 月第 1 版

印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 -7 -5197 -1353 -9

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

认真对待私法惩罚

笔者所称的私法惩罚,是指为了惩罚加害人故意侵害他人合法权益,遏制加害人本人或者他人在将来实施类似行为,国家通过私法(主要是侵权责任法)之规定,授权受害人或其近亲属向加害人主张超过了受害人实际损害的赔偿金的一种制度。私法惩罚在法律形式上体现为惩罚性赔偿制度。

关于私法特别是侵权法能否被赋予惩罚功能,两大法系的侵权法表现出了截然相反的理念和实践。以德国、法国、日本为代表的大陆法系国家传统的民商法理论和实践以矫正正义一元论为基础,将侵权法的功能定位为损害填补。至于惩罚,只能由公法垄断实施,因为私法是平等主体之间的法,私法主体无权对他人实施惩罚,侵权损害赔偿只能以受害人的实际损害为准进行赔偿。因此,损害赔偿的理想状态就是使受害人恢复到损害发生前的状态(即所谓完全赔偿原则),对于要求加害人赔偿超过其侵权行为导致的受害人实际损害因而具有惩罚性的赔偿金,大陆法系国家民商法理论和实践均以违背公法和私法(民法和刑法)之区分理论为由加以否定。

相反,以美国和英国为代表的英美法系国家的侵权法则深受功利主义思想的影响,将惩罚和遏制功能置于重要地位。其侵权法理论和实践中的主流观点不仅坚持认为对某些侵权行为判处惩罚性赔偿是必要的,而且是合理的。法理学者波斯纳提出的经济分析理论还为惩罚性赔偿的正当性提供了精致的理论解释。但是,由于英美法系判例法长于个案分析,对于惩罚性赔偿制度的基础理论,缺乏深入的研究成果。此外,英美法国家由于法院判处的惩罚性赔偿金的数额过高,引发了一些社会问题,导致其在侵权法理论和实践中,也出现了许多以大陆法系侵权法理论为思想基础来批判惩罚性赔偿制度的文献。

与此同时,虽然德、法等大陆法系的侵权法主流理论及立法实践都认为惩罚性赔偿制度与民法理念不合而拒绝采用,但是,随着社会的发展,这种坚持损

害赔偿到恢复原状、拒绝私法惩罚的理论和实践,遇到损害难以精确评估、恢复原状本身可能无法实现、对于应当遏制的侵权行为惩罚遏制不力等无法克服的困难。于是,上述国家的侵权法理论界出现了许多研究惩罚性赔偿制度的私法学者,司法实践也开始关注英美侵权法上的惩罚性赔偿制度,甚至有的国家的司法机构在裁判本国的案件过程中,还吸收了美国惩罚性赔偿制度中的某些合理因素(如德国的卡洛琳公主被侵权第一案)。

这种现象引起了世界比较法学者的注意。奥地利科学院欧洲侵权法研究所编辑出版了《惩罚性赔偿金:普通法系和民法法系国家各自的视角》一书,介绍了各国对于惩罚性赔偿制度的态度。Lotte Meurkens & Emily Nordin 编著的《欧洲忽略了惩罚性赔偿的功能了吗?》一书,分析了欧洲大陆国家为什么不存在惩罚性赔偿制度,介绍了欧洲国家对于惩罚性赔偿的最新态度。但是,上述两书并没有在理论上回答私法是否能够设定惩罚的问题。

现在,两大法系相关国家都在反思本国的私法惩罚理论和制度,借鉴另一法系的理论和制度中的合理性要素,试图构建一种更加高效、合理的制度模式,并且提出一种更加具有说服力的新理论。因此,如何在哲学思想上融合矫正正义和功利主义、如何在法理上坚持公法私法区分的基础上提出并证成私法惩罚、在侵权法上如何融合损害填补和惩罚遏制两大功能,构建一种合理的损害赔偿制度体系,将是全世界侵权法理论关于私法惩罚研究的新趋势。

我国《民法通则》拒绝承认一般性的惩罚性赔偿制度。在制定《侵权责任法》的过程中,争论最大的问题之一就是惩罚性赔偿的正当性问题。我国现行《侵权责任法》除第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”外,对于需要遏制的其他侵权行为,还是坚持大陆法系侵权法由矫正正义决定的损害填补一元论传统,否定惩罚等功利主义考量的正当性,进而否定一般性的惩罚性赔偿制度在侵权法中的合理性。这表明我国立法者想通过惩罚性赔偿这种私法惩罚措施,实现遏制某些侵权行为的目的。但是又对能否以及如何赋予侵权法(私法)惩罚功能还把握不准。其原因在于我国民法学者在这一方面的观点截然对立,但双方的研究都还不够,无法形成主流观点。

我国大陆学者对于侵权法功能的认识比较复杂。根据王利明教授和程啸先生的归纳,一是单一功能说,认为侵权法的主要功能在于对受害人的赔偿。二是双重功能说,认为侵权法除了填补受害人的损害外,还有惩罚侵害人的功

能,此两种功能几乎同等重要。三是多重功能说,认为侵权法具有保护与创设权利、补偿受害人权益、分散损失和平衡社会利益、维护行为自由、制裁和教育、预防与遏制的功能。^[1]其中,对于侵权责任法的补偿功能(或称损害填补功能),没有任何争议。但是对于是否应当赋予侵权责任法制裁、惩罚、遏制功能,则观点分歧较大。在侵权责任法制定过程中,关于侵权责任法的立法目的,是否应当删除“制裁侵权行为”,意见不一。^[2]虽然我国《侵权责任法》第1条明确规定,“预防并制裁侵权行为”是和“保护民事主体的合法权益”并列的侵权责任法两大立法目的之一。但是,尽管如此,侵权法学者仍然分为赞同和反对截然对立的两派。反对派明确指出:我国《侵权责任法》第1条将“制裁”作为立法目的显然不妥。他们认为,惩罚并非侵权责任法的功能,我国侵权责任法的功能就两项:补偿功能和预防功能。^[3]例如,朱岩教授则认为,虽然我国侵权责任法在产品责任中第一次规定了惩罚性赔偿,但并不意味着惩罚功能已经成为侵权责任法的基本功能,我们目前不能将惩罚性赔偿推广到整个侵权损害赔偿制度,因此《侵权责任法》第1条中的“预防并制裁侵权行为”应当作目的性限缩解释,仅应当理解为以“损害赔偿”的责任方式制裁侵权行为。^[4]

赞同派则根据《侵权责任法》第1条,提出我国侵权责任法具有制裁功能,^[5]并明确指出“通过惩罚性赔偿的制度,对于明知产品存在缺陷仍然生产、销售行为进行制裁,并将行为人的主观过错程度与责任相对应,体现了该法的制裁和教育功能”。^[6]例如,杨立新教授认为:“我国侵权责任法的制裁功能主要体现在两个方面,一是侵权责任法强制承担财产性民事责任,补偿被侵权人的权利损害,使侵权人接受不得不支付财产的惩罚,特别是精神损害赔偿具有惩罚作用;二是我国《侵权责任法》采取适当承担惩罚性赔偿金的做法,对恶意侵权造成人身权受到损害的侵权行为,确定有限度的惩罚性赔偿金,更好地发

[1] 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第85~86页;程啸:《侵权行为法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第85~97页。

[2] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《侵权责任法立法背景与观点全集》,法律出版社2010年版,第43页。

[3] 参见程啸:《侵权责任法》(第2版),法律出版社2016年版,第23页。

[4] 朱岩:《侵权责任法通论》(总论),法律出版社2011年版,第120页。

[5] 王利明、周友军、高圣平:《侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第87页。

[6] 王利明、周友军、高圣平:《侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第87页。

挥对侵权人的惩罚作用。”〔1〕

从主张我国侵权法具有惩罚、遏制功能的学者发表过的论文〔2〕和出版过的著作〔3〕中的论述来看,或者是对美国惩罚性赔偿制度的介绍,或者仅限于我国对原《消费者权益保护法》第49条的解释或其正当性论证,或者仅从法律责任的惩罚、威慑性套出侵权责任以及损害赔偿具有惩罚威慑的功能,进而得出我国应当引入惩罚性赔偿制度的结论。我国法理学界有学者提出了私人之间的监控与惩罚〔4〕理论,我国刑法学界提出了恢复性司法理念和刑法民法化观念〔5〕,并分析了刑法惩罚的成本和问题,提出了应当重视受害人在刑事犯罪追究中的作用,还有刑法学者提出了通过民事法律实现刑法目的的思想〔6〕,更有刑法学者敏锐地指出并深入分析了我国社会过度刑法化的弊端〔7〕。也有外国学者提出要重视社会保障法对侵权法的影响,并介绍了诸多国家的社会保障法对侵权法产生的重大影响。〔8〕这些理论毫无疑问都将对侵权法产生重大影响,值得民商法学界甚至整个法学界对私法惩罚理论乃至整个国家的惩罚体系进行反思和重构。

我国侵权责任法究竟能否被赋予惩罚功能?私法惩罚何以可能?私法惩罚如何实现?对于私法惩罚(惩罚性赔偿制度)的哲学基础、法理基础和现实基础,除笔者发表的《私法惩罚论》〔9〕一文对此简单涉及以外,我国民法学界迄今还没有其他文献涉及这些基础理论问题。已有的研究虽然取得了诸多学术成果,但仍存在如下一些空白:

1. 大陆法系国家侵权法奉行的完全赔偿原则(即损害填补)是否还能满足

〔1〕 杨立新:《侵权责任法》(第2版),法律出版社2012年版,第9页。

〔2〕 参见王利明:《惩罚性赔偿制度研究》,载《中国社会科学》2000年第4期;王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,载《比较法研究》2003年第5期。

〔3〕 参见关淑芬:《惩罚性赔偿研究》,中国人民公安大学出版社2008年版;陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版。

〔4〕 参见桑本谦:《私人之间的监控与惩罚:一个经济学的进路》,山东人民出版社2011年版。

〔5〕 参见刘仁文:《刑事一体化下的经济分析》,中国人民公安大学出版社2007年版;刘仁文:《解读被害人与恢复性司法》,中国人民公安大学出版社2009年版。

〔6〕 参见赵秉志、彭新林:《论民事赔偿与死刑的限制适用》,载《中国法学》2010年第5期。

〔7〕 参见何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,载《中外法学》2015年第2期。

〔8〕 参见[德]马格努斯:《社会保障法对侵权法的影响》,中国法制出版社2012年版。

〔9〕 参见阳庚德:《私法惩罚论——以侵权法的惩罚遏制功能为中心》,载《中外法学》2009年第6期。

现代社会之需求?

2. 赋予侵权法惩罚遏制功能能否从哲学的高度追寻其合理性基础,即私法惩罚的哲学基础是什么?

3. 公法垄断惩罚的局限性如何?公法和私法、刑法和民法的区分理论是否能够得出私法不能惩罚的结论?

4. 私法惩罚的现实基础是什么?

5. 两大法系相关国家的法理和实践对私法惩罚的最新态度如何?

6. 我国侵权责任法如何设置私法惩罚制度?

如果能够令人信服地回答上述六个问题,以证成私法惩罚的正当性和必要性,对于侵权责任法甚至整个国家的法律责任制度体系的变革,都将具有重大的影响。对于侵权责任法本身而言,惩罚性损害赔偿的正当性和必要性之证成,使得在设计我国的损害赔偿制度的时候,可以区分填补性损害赔偿和惩罚性损害赔偿,并且根据这两类损害赔偿的不同目的,配置合理的考量因素,为我国侵权责任法设置惩罚性赔偿制度提供坚实的理论基础,使我国的损害赔偿制度更加完善。同时,私法惩罚论的提出和证成,还会超出侵权责任法的范畴,对整个法律中惩罚体系的优化,进而对行政法和刑法中的责任配置产生重大影响。

笔者拟就上述问题展开研究,也提出了一些自己的观点,如笔者提出,大陆法系国家秉承的损害填补一元论的侵权法,在现代社会面临着诸多无法克服的挑战,因此必须反思这种理论与制度设计,提出适应现代社会需求的新理论——填补惩罚遏制复合论来指导完善我国的侵权责任法。为了论证笔者提出的填补惩罚遏制复合论的合理性,笔者首先从侵权法的哲学基础入手,提出:矫正正义理论和功利主义考量都是解释侵权责任之正当性的必要条件,但二者都具有其局限性。只有融合矫正正义和功利主义,形成类似我国太极阴阳相辅相成的矫正正义和功利主义互补论,才能够为侵权责任法提供合理的哲学解释。在此基础上,笔者认为损害填补和惩罚遏制是可以共存于侵权责任法之中的。当然,故意侵权、过失侵权和无过失侵权中,会有不同的功能配置。笔者还认为,公法和私法的二元区分具有合理性,应当坚持,但是坚持公法和私法的二元区分并不否定私法可以被赋予惩罚性,私法惩罚作为一种介于纯粹私法与纯粹公法之间的中间状态,无论是理论方面还是现实方面,都有存在的空间。故意侵权和过失侵权二者之间存在的诸多差异,也为私法惩罚的对象限定于故意

侵权提供了正当性基础。我国侵权责任法应当在故意侵权中全面设置惩罚性赔偿制度,达到惩罚故意侵权人、遏制故意侵权的目的。

书中提出的观点可能还有不尽完善之处,一些论证可能还有进一步斟酌的空间,思考仍然继续!欢迎各位专家批评指正!以便修订时,一并修改完善。

阳庚德

2017年6月

目 录

第一章 私法惩罚之必要性	1
第一节 私法惩罚之内涵	1
一、私法惩罚的概念	1
二、私法惩罚的特征	3
第二节 两大法系对待私法惩罚的不同态度	4
一、大陆法系国家的侵权法:损害填补一元论	4
二、英美法系国家的侵权法:填补惩罚遏制复合论	6
第三节 填补惩罚遏制复合论:解决损害填补一元论困境的必然选择	7
一、损害填补一元论在现代社会面临的困境	9
二、填补惩罚遏制复合论:解决损害填补一元论困境的必然选择	32
第二章 矫正正义与功利主义互补论——私法惩罚的哲学基础	34
第一节 一切法律责任的问题都必须涉及其正当性基础	34
第二节 矫正正义:侵权责任正当性论证必要条件	36
一、侵权法上的矫正正义之内涵	36
二、矫正正义是侵权责任正当性论证的必要条件	37
三、矫正正义对于侵权责任的正当性论证之不足	46
第三节 功利主义考量对于侵权法的意义及其局限性	48
一、功利主义考量的含义	48
二、功利主义考量对侵权法的影响	51
三、功利主义考量对于解释论证侵权责任正当性之不足	58

第四节 矫正正义和功利主义考量互补论之建构	73
一、建构统一的侵权法哲学基础的必要性	73
二、矫正正义和功利主义考量互补论的内涵	78
三、矫正正义与功利主义考量互补论的意义	79
第五节 矫正正义和功利主义考量互补论视野下的私法惩罚之正当性	86
一、自由、矫正正义与惩罚性赔偿之正当性	88
二、功利主义考量与惩罚性赔偿之正当性	91
三、惩罚性赔偿有助于提高侵权责任法的效率	93
第三章 公法私法之区分与私法惩罚	95
第一节 公法私法之区分的绝对性与相对性	95
一、公法和私法二元区分的绝对性	95
二、公法和私法二元区分的相对性	96
第二节 公法私法之区分与私法惩罚的关联性	98
第三节 公法私法之区分标准并未涉及私法之惩罚性	103
第四节 私法纯粹化对私法惩罚之否定	109
第五节 垄断惩罚：公法不能承受之重	111
一、国家对政府角色的不同定位决定该国家对私法惩罚的态度	111
二、我国形成公法垄断惩罚的原因	116
三、公法垄断惩罚的弊端	117
第六节 民法和刑法之间的合作、惩罚遏制的多样化与私法惩罚	121
第四章 英美与大陆两大法系的国家对惩罚性赔偿之最新态度——私法惩罚之比较法基础	124
第一节 英美法系国家对惩罚性赔偿制度的最新态度——以英、美、新、澳、加五国为研究对象	124
一、惩罚性赔偿金之适用范围：虽不断扩张但以故意侵权为主	125
二、惩罚性赔偿金数额之确定：以加害行为为重点考量诸多因素	137
三、防止惩罚性赔偿金数额过高：各国共同的努力方向	144

第二节 大陆法系国家侵权法对私法惩罚之态度研究——以法国、德国、西班牙、意大利四国的理论和判例为对象	155
一、法国现行民事法律中存在类似的或隐藏的私法惩罚机制	155
二、大陆法系国家的法院在裁判案件中对惩罚性赔偿的态度	162
三、大陆法系国家的民法学界对于惩罚性赔偿的态度	183
四、大陆法系国家侵权法对惩罚性赔偿的态度给我们的启示	217
 第五章 私法惩罚之对象：故意侵权	218
第一节 私法惩罚的道德正当性限制与惩罚性赔偿之对象	218
一、自由对私法惩罚对象的限制	218
二、功利主义考量对私法惩罚对象的限制	219
第二节 将故意侵权确定为私法惩罚对象之合理性	220
一、故意侵权与过失侵权在利益平衡方面存在重大差异决定私法惩罚的对象为故意侵权	222
二、故意侵权与过失侵权的归责基础之差异决定私法惩罚的对象为故意侵权	227
三、故意侵权与过失侵权在有责性方面的差异决定私法惩罚的对象为故意侵权	235
四、故意侵权与客观过错侵权、无过错侵权之间的竞合关系	236
第三节 故意侵权的不同类型与私法惩罚	238
第四节 我国社会目前特别需要适用私法惩罚的几种故意侵权	239
一、权力或权利滥用的故意侵权情形特别需要私法惩罚	239
二、隐瞒、欺诈等滥用信息优势的故意侵权特别需要私法惩罚	240
三、滥用信任关系的故意侵权特别需要私法惩罚	241
 第六章 我国侵权责任法上的惩罚性赔偿制度之完善	244
第一节 惩罚性赔偿制度在中国法上的历史与现状	244
一、我国古代法中的惩罚性赔偿制度	244
二、我国台湾地区的惩罚性赔偿制度	245

4 私法惩罚论——以侵权责任法为中心

三、我国大陆现行法中的惩罚性赔偿制度	248
第二节 我国侵权责任法应当全面认可惩罚遏制功能	252
一、我国民法学界对侵权责任法功能之争论	252
二、预防、制裁与遏制、惩罚之关系	255
三、正确定位侵权责任的预防与制裁功能	257
第三节 惩罚性赔偿与精神损害赔偿:不能相互替代	260
一、精神损害赔偿和惩罚性赔偿的价值定位及其考量因素不同	261
二、精神损害赔偿和惩罚性赔偿应当并列设置	271
第四节 我国私法惩罚制度的具体设计	274
一、统一用故意侵权概括应当适用私法惩罚的侵权行为类型	275
二、故意的认定可借鉴刑法学界的理论	276
三、以“应当知道”认可推定故意的合理性	280
四、故意侵权应当坚持将行为违法性作为构成要件	282
五、惩罚性赔偿要设置最高额和最低额双重限制	285
参考文献	287

第一章 私法惩罚之必要性

第一节 私法惩罚之内涵

一、私法惩罚的概念

人们通常都是将惩罚与刑法、刑罚(可能还有行政法和行政处罚)联系在一起的。例如,从词典上关于惩罚的解释来看,法律上的惩罚与刑罚、制裁、损失或资格丧失、痛苦感受密切联系。例如,《辞海》对“惩”的解释是“戒止”“惩罚”,将“罚”解释为“处分犯罪或犯规的人”。^{〔1〕}惩罚与刑法、刑罚之间的关系,没有任何疑问,但是,惩罚是否仅仅与刑法和刑罚相关,则认识不一。例如,《牛津法律大辞典》认为惩罚是“享有合法惩罚权的人使他人遭受某种痛苦、折磨、损失、资格丧失或者其他损害。”《布莱克法律词典》认为“惩罚是一种制裁,如罚款、刑罚或者财产、权利或特权的丧失。”^{〔2〕}根据这两种词典上关于惩罚的定义,似乎并没有否定私法也可以实现惩罚,因为“使加害人丧失财产或权利”,私法通过损害赔偿这种手段,也完全可以实现。

关于惩罚是否只能与诸如刑法和刑罚之类的公法相关、私法能否被赋予惩罚性的问题,两大法系的侵权法表现出了截然相反的理念和实践。以德国、法国为代表的大陆法系国家的民商法理论和实践以矫正正义理论为基础,将侵权法的功能定位为损害填补,认为惩罚只能由公法垄断实施,通过惩罚性赔偿实现的私法惩罚,是违背德国和法国现行民法精神的。^{〔3〕}因此这些国家的侵权法理论和实践否定私法惩罚之类的概念。相反,以美国和英国为代表的英美法系

〔1〕《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第3653页、第3857页。

〔2〕Black's Law Dictionary, West Group, ST. Paul, Minn, 1999.

〔3〕See Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, 2009.

国家的侵权法则深受功利主义的影响,将惩罚和遏制功能置于重要地位,承认私法惩罚(private punishment)的概念。

从国际上研究惩罚的著名学者对法律上的惩罚之阐释与理解来看,学者们似乎也并没有否定私法惩罚存在的空间。比如,哈特虽然主要是从刑法和刑罚的角度来理解惩罚的,他虽然没有提出私法惩罚的概念,但是,根据他提出的界定法律惩罚应当具备的五项标准^[1]来看,私法惩罚也是可以满足这些关于惩罚的标准的。另一著名学者贝勒斯则明确指出,惩罚的核心理念是人们必须为其不轨行为付出代价。在刑法中,这些代价是指刑罚,在民法或私法中,这些代价主要指对受害人支付金钱赔偿。^[2]因此,根据贝勒斯的观点,刑法上的刑罚是法律上的惩罚,私法通过强迫支付金钱赔偿,也是法律上的惩罚。

承认私法惩罚的学者对于私法惩罚也有不同的理解。第一种理解是:所有民事责任的追究,都是对被追究者违反法定义务的一种惩罚性后果。^[3]据此,无论在英美法系国家还是在大陆法系国家,侵权责任、违约责任、缔约过失责任的追究,对被追究责任者而言,都是一种私法上的惩罚。甚至还有学者特别提出精神损害赔偿具有惩罚性,甚至连带责任的承担也具有惩罚性。^[4]第二种理解是:根据大陆法系国家的民法理论,违约损害赔偿和侵权损害赔偿,其追求的最高目标是“恢复到损害发生前的状态”,即恢复原状,其目的在于损害填补,不具有惩罚性。只有根据英美法系国家侵权法上的惩罚性赔偿制度,对加害人判处惩罚性赔偿金时,才是具有惩罚性。也就是说,只有当根据私法判处被告承担的损害赔偿金数额,超过了加害人给受害人造成的实际损失时,加害人承担的赔偿责任才是惩罚性的。虽然第一种对于私法惩罚的理解也具有一定的意义,但是,根据大陆法系国家侵权法理论和实践中的通说,这是一种损害填补,不具有惩罚性。为了概念的明确,笔者在第二种理解之上使用私法惩罚的

[1] 哈特提出的界定惩罚的五项标准为:一是惩罚必定涉及痛苦或者其他结果,而这些结果通常被认为是快乐的;二是惩罚必定是因为违反法律规则而被制定;三是必定是因为这个违法行为而施加于实际的或假定的违法者;四是惩罚必定是由他人而不是违法者有意地执行;五是惩罚必定是由一个权威来施加和执行,这个权威根据一个法律制度来建立,而对这个法律制度的抵触就构成违法行为,参见 Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, p. 1。

[2] 参见迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则》,中国大百科全书出版社1996年版,第249页。

[3] 参见尹田:《民法典总则理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第46页、第49页。

[4] 参见朱岩:《侵权责任法通论总论》,法律出版社2011年版,第115页、第117页。

概念。

因此,笔者所称的私法惩罚,是指为了惩罚加害人故意侵害他人合法权益,遏制加害人本人或者他人在将来实施类似行为,国家通过私法(主要是侵权责任法)之规定,授权受害人或其近亲属向加害人主张超过了受害人实际损害的赔偿金的一种制度。私法惩罚在法律形式上体现为惩罚性赔偿制度。

二、私法惩罚的特征

根据前述概念,私法惩罚具有如下法律特征:

第一,私法惩罚必须是国家通过立法(主要是侵权责任法)来设置。私法惩罚必须是国家通过立法(主要是侵权责任法)来设置,只有法律明文规定可以请求惩罚性赔偿,受害人或其近亲属才能主张惩罚性赔偿;受害人或其近亲属能够主张的惩罚性赔偿之数额,也必须符合法律的规定,不得超过法律规定的可以主张惩罚性赔偿的金额限定。法官不得在法律没有明确规定的情况下判处惩罚性赔偿,也不得超过法律的数额限制判处惩罚性赔偿。私法惩罚的这一特点类似于公法惩罚中的罪刑法定原则。

第二,私法惩罚必须要被害人或其近亲属主张。从惩罚性赔偿发展的历史和今天的现状来看,它的确主要是为了惩罚私犯,维护受害人的私利。当然,它在帮助受害人实现其私利的同时,也间接地使社会受益,如它会产生一般预防的效果,但这并不影响它的私法属性。这正如同侵权法中的补偿性赔偿也会产生一般预防的效果,从而间接地使整个社会受益一样。因此,私法惩罚必须要被害人或其近亲属主张才能适用,如果受害人或其近亲属不主张惩罚性赔偿,即使侵权行为人的加害行为依法应当承担惩罚性赔偿责任,法院不得依据职权主动判处惩罚性赔偿。这是私法惩罚中的私法属性决定的,也是私法惩罚区别于刑事(公法)惩罚的主要方面。

第三,私法惩罚的法律模式为侵权行为人向加害人或其近亲属支付惩罚性赔偿金。私法惩罚通过侵权行为人向加害人或其近亲属支付惩罚性赔偿金来实现,该惩罚性赔偿金一旦由受害人或其近亲属受领,则属于其个人资产,无须上缴国库。私法惩罚这一特征使其区别于诸如罚金和罚款之类的公法惩罚。

第二节 两大法系对待私法惩罚的不同态度

侵权法中能否设置具有惩罚性的制度,取决于人们对侵权法功能或目的的认识。正如王泽鉴教授所言:“侵权行为法系在规范何种行为,侵害何种权益时,应就所生的何种损害如何予以赔偿。侵权行为法的内容与其所要达成的机能或目的具有密切的关系。”^[1]对于侵权法的功能定位,进而对以惩罚性赔偿为表现形式的私法惩罚,英美法系国家和大陆法系国家之间存在巨大差别。

一、大陆法系国家的侵权法:损害填补一元论

在大陆法系国家的民法典中,侵权法是债法的组成部分,因为侵权行为的后果是在侵权行为人和受害人之间以赔偿受害人损害为内容的债之关系,即损害赔偿之债。侵权法的目的就是确定构成侵权的标准,在确定构成侵权的情况下,以受害人受到侵害后的实际损害为出发点,以损害赔偿之债的形式,填补受害人所遭受的损害,使受害人恢复到损害发生前的状态——不能多也不能少——理论上称为完全赔偿原则,以实现矫正正义。至于超过受害人所遭受的实际损害的赔偿被认为具有惩罚性,是作为私法的侵权法所不能接受的。笔者将大陆法系国家侵权法的这种态度称为损害填补一元论。

根据德国民法典起草者的观点,民事侵权法纯粹是损害填补性的,仅仅在刑法中才能适用惩罚。正如德国民法典的预备文件中所言:“关于以过错为基础的损害赔偿责任,虽然好几部民法典如普鲁士民法典采取了按照过错的层级和类型判处赔偿金数额的制度,但是草案拒绝了这种做法。在决定不法行为法律效果的时候,人们必须抛弃将道德因素和刑罚因素包含在损害赔偿法中的思想。这种区分就是在此基础上建立起来的。共同的法律原则是导致的损害数额限定了从法律的观点看可赔偿的损害赔偿金数额。”^[2]德国的法学理论立即采纳了这一态度,至少表面上如此。比如德国 Nils Jansen 和 Lukas Rademacher

[1] 王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第7页。

[2] Motive zu dem Entwurfe eines B rgerlichen Gesetzbuches f r das Deutsche Reich § 218 799 BGB.