

异化与归正：消费公益诉讼惩罚性赔偿适用研究

郝海燕

摘要：消费公益诉讼惩罚性赔偿以公益性为本质，以预防性惩罚为首要功能，具有严格的实体判决条件。从“公益”到“私益”的本质异化、从“预防”到“报复”的功能异化、从“利益”到“工具”的条件异化致使消费公益诉讼惩罚性赔偿异化适用。异化适用的直接原因是“立法”和“解释”的技术瑕疵，深层原因是“实用”与“理性”的理念失衡。消费公益诉讼惩罚性赔偿的归正适用应在解释论上明确适用进路和赔偿标准，并在保障论上健全审查规则和配套制度。

关键词：消费公益诉讼；惩罚性赔偿；异化适用；归正适用

中图分类号：D915.2 **文献标志码：**A **文章编号：**1006-0766(2021)03-0185-08

鉴于消费领域公共利益的维护需要，实务中兴起了消费公益诉讼惩罚性赔偿适用的实践浪潮。据笔者的不完全统计，消费公益诉讼中提起惩罚性赔偿的案件占到总数的一半，甚至更高^①，学术界也展开诸多讨论。^②然而由于立法尚不明确，关于惩罚性赔偿的适用条件、赔偿标准和适用结果等具体问题尚未形成共识，实务中存在的适用异化问题又亟待重视。因此，本文将考察消费公益诉讼中惩罚性赔偿的异化适用现状，尝试为消费公益诉讼惩罚性赔偿的归正适用提供参考。

一、消费公益诉讼惩罚性赔偿的理论基础

公益性是消费公益诉讼惩罚性赔偿的本质所在。起诉主体、实体权益基础、诉权基础、立法本意的公益性特质决定了消费公益诉讼惩罚性赔偿的公益性本质。概括说来，消费公益诉讼惩罚性赔偿的提起主体具有公益性。依现行立法，消费公益诉讼适格起诉主体包括检察机关和省级以上消费者协会。而消费公益诉讼惩罚性赔偿的实体权益基础是消费公共利益，这也是消费公益诉讼区别于私益诉讼的根本所在。消费私益诉讼以消费者个人的实体权利为基础，消费公益诉讼则以具有公共利益属性的实体权益为基础。消费公益诉讼惩罚性赔偿是在不特定多数消费者合法权益受到侵害而又不具有救济可期待性时，适用民事诉讼程序的民事责任。因此，主观公共利益更符合消费民事公益诉讼的实体权益基础。从行政权的角度来说，客观公共利益应更多依赖行政执法机关。张卫平教授认为，消费公益诉讼的公共利益是“不特定多数的消费者利益”。^③此外，消费公益诉讼惩罚性赔偿的诉讼权益基

作者简介：郝海燕，北京师范大学法学院博士生（北京 100875），内蒙古财经大学法学院讲师（呼和浩特 010070）

^① 截至2021年3月，笔者在北大法宝、裁判文书网等数据库以及相关网络平台搜索到消费民事公益诉讼案件共147件（不缴纳诉讼费而作出撤诉裁定以及因执行问题而作出的执行裁定等未显示任何实质性内容的消费民事公益诉讼裁判文书以及刑事附带民事判决书的除外）。以上案例资料中，可以看到完整请求权形态的案件共125件，其中包含惩罚性赔偿请求的案件77件。

^② 如，黄忠顺《食品安全私人执法研究——以惩罚性赔偿型消费公益诉讼为中心》，《武汉大学学报》2015年第4期，第85-89页；高丽《惩罚性赔偿请求在消费公益诉讼中的困境与出路》，《东南大学学报》2020年第1期，第84页；廖中洪、颜卉《消费公益诉讼中的惩罚赔偿问题研究》，《学术探索》2019年第1期，第53-57页；章海珠《检察机关提起惩罚性消费民事公益诉讼之探讨》，《社会科学家》2019年第7期，第112-113页。

^③ 张卫平《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》，《清华法学》2013年第4期，第9页。

础是公益性诉权。消费公益诉讼中,适格起诉主体的诉权并非来源于消费者个人授权,而是来自法律的直接规定,属于法定诉讼担当的公益性诉权。对检察机关而言,公益性诉权实质上就是民事公诉权。检察机关代表社会公共利益提起公益诉讼即是在通过公诉权行使法律监督职能。就消费者协会而言,公益性诉权的行使也是消费者协会公益性责任的基本要求。最后,公益性本质也符合我国公益诉讼的立法本意。根据立法机关的释义,公益诉讼保护公共利益,公共利益既是私益的集合体,与私益相关联,但又不等同于私益。^①消费公益诉讼惩罚性赔偿作为公益诉讼的一种特殊类型,也应保持公益诉讼的公益性本质。

依据美国惩罚性赔偿金理论,惩罚性赔偿金具有救济功能、惩罚功能与威慑功能。救济功能针对的是原告,是对补偿性赔偿的一种弥补。惩罚功能建立在私人报复之上,是对国家公共权利的维护。威慑即阻止类似行为发生的功能。^②我国学界基本赞同惩罚性赔偿的上述功能,不少学者更将惩罚性赔偿金理解为一种激励,相关表述有“激励性报偿”,^③抑或“奖励”。^④私益诉讼中,超过损失的额外赔偿确实具有私益补偿、私人报复或个人激励作用。但是,消费公益诉讼惩罚性赔偿却有所不同。消费公益诉讼中,惩罚性赔偿的最主要功能是预防性惩罚,即通过惩罚实现行为预防目的,与威慑同义。这与我国当前的立法理念相符,消费民事公益诉讼首先应当发挥预防性保护功能,首要目标是制止和预防。^⑤广义上说,预防功能具有结果意义上的预防功能和行为意义上的预防功能之分。结果意义上的预防功能针对的是不法侵害行为之侵害结果的产生或扩大。行为意义上的预防功能针对的是不法侵害行为,包括对侵害行为人再犯以及类似不法行为再次发生的预防。《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《消费公益诉讼司法解释》)中规定的停止侵害、排除妨碍和消除危险责任,只能发挥结果意义上的预防功能,而不能发挥行为意义上的预防功能。为此,消费公益诉讼惩罚性赔偿的使命在于通过惩罚性赔偿发挥行为预防目的。参照刑罚预防理论,^⑥可将对行为人再犯的预防称为特殊预防,而将对于其他人实施类似不法行为的预防称为一般预防。就特殊预防来说,消费公益诉讼惩罚性赔偿要足以制止不法经营者再犯类似行为。就一般预防来说,消费公益诉讼惩罚性赔偿应当能够对社会上的一般经营者起到警示作用。上述功能预主要通过强制要求不法经营者支付超过公益损失的赔偿款的方式得以实现。在这一意义上,消费公益诉讼惩罚性赔偿也具有一定的公益损失补救作用。

消费公益诉讼惩罚性赔偿所欲维护的利益包括消除行为隐患的安全利益和弥补公益损失的经济利益。前者源于消费公益诉讼惩罚性赔偿的行为预防效果,后者源于消费公益诉讼惩罚性赔偿的损失补救作用。在一般人看来,如果不法经营行为不具有再次发生的预期性,或是尚未造成明显的公共利益损失,那么依靠停止侵害、排除妨碍、消除危险等手段即可实现利益救济。这种情况下,就不需要适用消费公益诉讼惩罚性赔偿,否则将造成资源浪费。消费公益诉讼设有前置程序。前置程序中,检察机关会发出公告,消费者协会也要积极进行调查和调解。如果利益在前置程序中已经予以实现就无须适用消费公益诉讼惩罚性赔偿。另外,就预防性惩罚而言,消费公益诉讼惩罚性赔偿往往会与行政执法手段和刑事责任发生功能上的重叠。消费公益诉讼中,特别是食品药品领域的消费公益诉讼中,市场监督管理等行政执法部门大多会参与其中,而且也往往会关联刑事诉讼程序。执法部门拥有责令改正、警告、没收违法所得、责令停业整顿、吊销营业执照等执法权,刑事诉讼中也有管制、拘役、徒刑、罚金等刑事责任,以上救济手段都具有极强的预防性惩罚功能。如果不法经营者受到以上惩罚,提起

① 全国人大常委会法制工作委员会民法室 《2012年民事诉讼法修改决定条文释解》,北京:中国法制出版社,2012年,第46页。

② 考茨欧·威尔科克斯 《惩罚性赔偿金:普通法与大陆法的视角》,窦海阳译,北京:中国法制出版社,2012年,第213-223页。

③ 刘水林 《论民法的“惩罚性赔偿”与经济法的“激励性报偿”》,《上海财经大学学报》2009年第4期,第3页。

④ 金福海 《惩罚性赔偿制度研究》,北京:法律出版社,2008年,第78页。

⑤ 杜万华 《消费民事公益诉讼司法解释》,北京:人民法院出版社,2016年,第239页。

⑥ 张明楷 《论预防刑的裁量》,《现代法学》2015年第1期,第103页。

消费公益诉讼惩罚性赔偿就不具有获得实体判决的必要性和实效性。这也是消费公益诉讼的替代性和补充性质所决定的。消费公益诉讼本就是维护消费领域公共利益的最后一道防线，应以穷尽其他救济手段为适用前提。

二、消费公益诉讼中惩罚性赔偿的异化适用

异化在哲学领域指“某种不满或是某种无意义状态”^①，本文中借用“异化”一词来说明消费公益诉讼惩罚性赔偿在适用过程中存在的弊端，即异化适用。

（一）从“公益”到“私益”的质变

私益化的适用结果促使消费公益诉讼惩罚性赔偿发生性质上的异化。消费公益诉讼惩罚性赔偿的公益性本质决定了惩罚性赔偿款应当被用于公共利益的维护，而不是由消费者个人受益。如果惩罚性赔偿款仍由受损消费者个人所有，将无异于私益诉讼或相当于私益诉讼的合集，既没有充分体现消费公益诉讼的公益性特质，也没有发挥消费公益诉讼惩罚性赔偿的应有价值。实践中，消费公益诉讼中惩罚性赔偿的适用结果具体形式有：1. 分配后上缴国库。广东省消委会提起的假盐公益诉讼中，惩罚性赔偿款由法院托管。3年诉讼时效过后，如果赔偿金还有剩余，将上缴国库。^② 2. 纳入消费公益基金，用于受害群众的救助性赔偿。江苏海安市人民检察院提起的假药公益诉讼中，惩罚性赔偿金纳入公益基金并用于受害群众的救助性赔付。^③ 以上案例说明我国消费公益诉讼惩罚性赔偿的适用存在着将公共利益与个人利益混淆的问题。

将消费公益诉讼惩罚性赔偿金收归消费者个人所有，无异于利用公益诉讼程序救济消费者个人权益，不仅会造成公私救济路径的混乱，还会侵害消费者个人诉权和处分权。其一，传统民事诉讼是以保护私人利益为出发点而构建的典型私益诉讼，而民事公益诉讼则是应社会需求产生的以公共利益为救济对象的特殊程序。利用消费公益诉讼程序救济消费者个人利益混同了原有的公私救济路径。其二，私人利益一般都有着明确的直接利害关系人，是否提起诉讼，是否请求法院作出判决是个人诉权和处分权的体现。消费公益诉讼在未经消费者个人同意的情况下，代替受损消费者提出惩罚性赔偿请求并将其分配给消费者个人，构成了对消费者个人诉权和处分权的侵害。

（二）从“预防”到“报复”的演化

与私益诉讼中的激励性或报复性惩罚相比，消费公益诉讼惩罚性赔偿应以预防性惩罚为基本限度。消费公益诉讼中起诉主体依职责或使命感而提起诉讼，制度激励并不依靠金钱方式。而且与私益诉讼中的个人相比，消费公益诉讼起诉主体具有相对平等的谈判地位，不存在报复性惩罚的基础条件。一般来讲，在以金钱为惩罚方式的法律责任中，“预防”与“报复”的关键区分点在于惩罚力度。理论上，当惩罚力度足以使不法经营者停止再犯并能够警示其他经营者时，就无须再增加额外的惩罚。尽管这一标准不易把握，但可以确定的是，消费公益诉讼中惩罚性赔偿标准绝不能与私益诉讼中惩罚性赔偿标准相当。因为私益诉讼中惩罚性赔偿标准的确定，除了考虑预防功能以外，还有激励或报复成分。所以消费公益诉讼惩罚性惩罚标准必然低于私益诉讼中的惩罚标准。然而司法实践中却往往按照私益诉讼惩罚性赔偿标准，根据价款或服务费用确定惩罚性赔偿额。如湖北省利川市人民检察院提起的销售不合格牛肉公益诉讼案中，法院判决被告支付牛肉销售价款10倍的惩罚性赔偿金共计48900元。^④ 又如广东省广州市黄埔区人民检察院提起的经营不符合安全标准食品公益诉讼案中，

① 肖恩·塞尔斯《马克思〈1844年经济学哲学手稿〉中的“异化劳动”概念》，高雯君译，《当代国外马克思主义评论》2008年第1期，第372-373页。

② 冯海宁《赔偿性公益诉讼提振消费者信心》，《浙江人大》2018年第6期，第62页。

③ 《中央依法治国办联合相关部门发布食药监管执法司法典型案例》，《人民法院报》2020年1月10日，第3版。

④ 最高人民检察院网《最高人民法院、最高人民检察院发布10起检察公益诉讼典型案例》，https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/201803/t20180303_368651.shtml，2021年4月20日。

法院判决被告单位支付不合格食品销售价款 10 倍的惩罚性赔偿金。^① 赔偿标准的不当适用使得消费公益诉讼中惩罚力度过分强化,进而异化为一种报复性惩罚。

报复性惩罚难免会产生责罚过重的后果,使得不法经营者丧失革新发展可能性,甚至面临破产,报复性惩罚在制约不法经营者的同时,对其他经营者也会形成震慑作用,甚至打击行业发展信心,影响社会经济的整体发展。

(三) 从“利益”到“工具”的转换

个案适用中对实体判决之必要性与实效性的忽略致使消费公益诉讼惩罚性赔偿的适用条件异化。消费公益诉讼中惩罚性赔偿的适用应当充分考量本案实体判决的必要性和实效性,这也是诉的利益的基本要求。否则将意味着公益诉讼程序沦为一种可随便使用、而没有任何门槛的“工具”。在笔者搜索到的民事公益诉讼案件裁判文书中,只有一起案件提到“惩罚性赔偿请求不属于公益诉讼的审理范围,不应获得实体判决”。^② 但仔细分析来看,并不是所有的案件都具有获得实体判决的必要性或实效性。司法实践中,法院在分析消费公益诉讼中惩罚性赔偿的适用条件时,往往容易忽略个案适用的必要性。在认定时,仅考虑不法经营者的欺诈、故意、或是不法经营行为的损失和影响,忽略其他救济制度对于不法经营者的处罚情况。由于缺少对惩罚性赔偿适用必要性的论证,片面的裁判导致消费公益诉讼惩罚性赔偿诉的利益被架空,进而沦为一种没有灵魂的“工具”。以一起生产销售不合格食品公益诉讼案^③为例。不法经营者生产销售铝残留量过多的粉皮,销售额为 500 元,盈利额为 100 元。此案经市场监督管理局没收违法所得及罚款 30100 元后,不法经营者主动投案被拘役 2 个月,并处罚金等计 20000 元。在此情况下,该不法经营者又在消费公益诉讼中被判处 5000 元的惩罚性赔偿。此案中,不法经营者已停止不法行为且主动投案,又经过 2 个月的拘役刑,此时预防性惩罚目的已经实现,适用消费公益诉讼惩罚性赔偿并不具有必要性。从最终结果来看,不法经营者实际承担了超过盈利 500 倍的责任,未免责罚过当。

消费公益诉讼惩罚性赔偿具有资源消耗大的特点,非恰当适用不仅不符合公益诉讼的替代性和补充性,也会造成诉讼资源的浪费。低效甚至是不合目的的适用会使消费公益诉讼失去程序本身具有的内在价值。

三、消费民事公益诉讼惩罚性赔偿异化适用的根源探寻

(一) “立法”与“解释”的技术瑕疵

一是“立法”的技术瑕疵问题。立法是合逻辑性的产物。立法的逻辑标准包括立法同一、立法无矛盾、立法排中和立法理由充足。即立法要前后一致,逻辑严密,非此即彼,理由充分。^④ 2012 年《民事诉讼法》修订时,第 55 条将消费公益诉讼的救济对象定位于“侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为”。2013 年《消费者权益保护法》修订时,第 47 条规定,对侵害众多消费者合法权益的行为,消费者协会可以提起公益诉讼。2016 年《消费公益诉讼司法解释》第 1 条明确,消费公益诉讼适用于侵害众多不特定消费者合法权益或者具有危及消费者人身、财产安全危险等损害社会公共利益的行为。上述立法规定的不一致,至少会产生两种理解。一种理解认为消费公益诉讼可

① 法治政府网 《最高人民法院发布 26 件公益诉讼典型案例》, <http://fzfyjy.cupl.edu.cn/info/1075/11263.htm>, 2021 年 4 月 20 日。

② 详见中国法院裁判文书网, (2019) 桂民终 227 号裁判文书, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZOBXSK4/index.html?docId=bc33f882c24543a3a45eab2900355432>, 2021 年 4 月 20 日。

③ 详见北大法宝网, (2020) 皖 06 民初 133 号裁判文书, <https://www.pkulaw.com/pfnl/c05aeed05a57db0a723275608ed15848a91968aa67c23b72bdfb.html?keyword=%EF%BC%882020%EF%BC%89%E7%9A%9606%E6%B0%91%E5%88%9D133%E5%8F%B7#anchor-documentno>, 2020 年 4 月 20 日。

④ 冯玉军,王柏荣 《科学立法的科学性标准探析》,《中国人民大学学报》2014 年第 1 期,第 97 页。

以适用于消费者私人利益的救济。这种观点建立在《民事诉讼法》第55条与《消费者权益保护法》第47条吻合的基础之上，说明公益诉讼的救济对象并不一定是公共利益，只要是人数众多就可以适用消费公益诉讼。另一种理解主要是依据《消费民事公益诉讼司法解释》，认为不特定多数消费者的合法权益仅指公共利益，消费公益诉讼救济的对象既包括已受损害的利益，也包括现实的危险。为避免混乱，最高人民法院作出释义，“消费领域的社会公共利益一般为人数众多且不特定的消费者共同利益，且该利益具有社会公共属性”。^①但是实践表明，这一释义并未完全消弭前述立法不一致的影响。

二是“解释”的技术瑕疵问题。法律解释是法官适用法律的前提。拉伦茨认为，“法律解释的最终目标只能是探求法律在今日法秩序的标准意义，而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法，才有可能达成此目标”。^②依此，法律的解释既要与当前的情形相结合，同时也要对相关情形的立法有充分的理解。同理，对消费公益诉讼惩罚性赔偿的解释适用必须要建立在对私益诉讼惩罚性赔偿的充分理解之上。司法实践中，法官之所以根据价款或服务费用的3倍或是10倍来确定惩罚性赔偿额，主要是将《消费者权益保护法》第55条和《食品安全法》第148条视为法律依据。这一做法将消费公益诉讼惩罚性赔偿直接等同于私益诉讼惩罚性赔偿，忽略了两者之间的差异，是对两种适用情形和适用功能的不当等同。消费公益诉讼惩罚性赔偿适用于侵害消费公共利益之情形，主要功能在于预防性惩罚。消费私益诉讼惩罚性赔偿主要是在不法经营行为侵害个人利益时，提起的具有激励和报复性的惩罚性赔偿。因此，两者并不相同。作为一类新型的诉讼类型，消费公益诉讼惩罚性赔偿相关立法并不完善。消费公益诉讼中惩罚性赔偿适用的法律依据只能从相关立法的概括性规定中作扩张解释得出，而不能直接适用私益诉讼中惩罚性赔偿的法律依据。

（二）“实用”与“理性”的理念失衡

借用实用主义哲学分析，可以发现我国消费公益诉讼惩罚性赔偿的适用过程中，存在着“实用”有余的倾向。惩罚性赔偿是最为严厉的民事责任，在制裁不法经营行为方面具有较为突出的效果。司法实践中，忽略诉的利益，将消费公益诉讼程序简单视为实现惩罚性赔偿社会效果的程序工具恰巧与实用主义追求外在效果，排斥理论建设的方法理念相吻合。虽然我国消费公益诉讼立法并未明确规定惩罚性赔偿，但是惩罚性赔偿的适用频率却极高。相反，作为法律明确规定的停止侵害、排除妨碍、消除危险等不作为请求权的适用频率却较低。这或许与我国目前消费公益诉讼主要适用于食品药品领域有关，因为这一领域内的大多数案件会同时适用刑事诉讼程序。刑事诉讼程序的启动在一定程度上意味着侵害行为的停止。然而联系实用主义的解释，会发现这与不作为请求权较为温和有关。相比不作为请求权，惩罚性赔偿似有更为强大的预防和威慑效果。但是这并不意味着正确。德沃金对实用主义作出过精彩的阐述。他认为，实用主义者可能把自己的判决看成对法规或先例的一种出人意料的“阐释”，而事实上他的判决与此无关。这一谎言从来不符合人们的真正利益。实用主义极端的决定是尽可能地表明其见解的实用性，并掩饰社会颇难接受的东西。^③

“理性”之哲学基础是理性主义。理性法律有形式和实质之分。形式理性包括感官感受的理性和逻辑推演的理性。实质理性是一种价值上的理性。^④我国消费公益诉讼惩罚性赔偿在形式理性和实质理性上都有所不足。就形式理性而言，消费公益诉讼惩罚性赔偿尚未形成体系化规定，不具有完整的逻辑推理基础。因此只能根据实质理性的价值因素进行推理。但是消费公益诉讼惩罚性赔偿并不具有程序价值上的适配性。原因在于：其一，与实体公正不适配。原被告双方在诉讼程序中是一种此消彼长的关系。消费公益诉讼程序中，对于被告的过度惩罚意味着对于原告所代表之公共利益的额外关照，但如果责罚过当也同时意味实体结果的不公正。其二，与程序公正不适配。私益化的适用结果隐

① 杜万华 《最高人民法院消费民事公益诉讼司法解释理解与适用》，第34页。

② 拉伦茨 《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年，第12页。

③ 德沃金·R 《法律帝国》，李常青译，北京：中国大百科全书出版社，1995年，第139-140页。

④ 韦伯 《法律社会学：非正当性的支配》，康乐、简惠美译，桂林：广西师范大学出版社，2011年，第27-30页。

藏的真相是套用公益诉讼程序实现个人利益的异化过程。为实现公益诉讼的公益性目的,公益诉讼呈现较强的职权主义色彩。将消费者个人利益置放于消费者公益诉讼程序,会打破了私人利益救济程序应有的对等正义,造成程序不公。其三,与程序效益的不相适配性。公益诉讼需要消耗大量的国家司法资源,而国家司法资源又是公民所纳税款的承载体,所以消费公益诉讼惩罚性赔偿的适用也应保障程序效益。不必要的适用或是高成本的惩罚带来的不一定是等效的回报,很可能是被告利益的牺牲,甚至是整体利益的降减。从这个角度看,消费公益诉讼惩罚性赔偿的异化适用源于实体公正、程序公正与程序效益的价值缺失。

四、消费公益诉讼惩罚性赔偿归正适用的解释与保障

消费公益诉讼惩罚性赔偿的归正适用需要立法和司法的双向推动。理论层面上,二者应当同时进行,相互匹配。但是在现实层面上,“司法先行示范,立法吸收完善”的渐进型发展线路更具有可行性。这与消费公益诉讼“立法滞后,司法先行”的发展态势相符合。由于目前体系化立法条件尚不成熟,本文暂先尝试从司法之解释论和保障论两个向度求证消费公益诉讼惩罚性赔偿的归正适用。

(一) 解释论

一是关于适用进路的解释。依建构性解释论,法律解释“只有在与既往的法律体系相整合的前提下才能正当化”。^①现有法律体系内,消费领域内存在合同责任性质和侵权责任性质的惩罚性赔偿,即合同类惩罚性赔偿和侵权类惩罚性赔偿。原《消费者权益保护法》第49条最早规定了合同欺诈行为引起的惩罚性赔偿。《消费者权益保护法》修改后的55条第2款,又增加了缺陷产品引起的侵权类惩罚性赔偿。立法者对于欺诈行为和缺陷产品在当前消费领域之急迫性与重要性的认可与重视。而同样的急迫性和重视性也应存在于消费公益诉讼领域内。消费公益诉讼中,欺诈行为会更具有广泛性和恶意性,缺陷产品之危险性和波及性也表现得更难以控制。因此,依《消费者权益保护法》之立法意图来解释,合同类惩罚性赔偿和侵权类惩罚性赔偿都应适用于消费公益诉讼中。一般认为,侵权类惩罚性赔偿在公益诉讼中适用并不具有解释上的障碍。但是合同类惩罚性赔偿却不然。对合同类惩罚性赔偿的质疑主要源于合同相对性原理。依合同的相对性,第三方不能突破合同双方的权利义务关系,更不能据此提起诉讼。然而,公益诉讼中起诉主体的诉权基础是公益性诉权,其提起诉讼基于法定的诉讼担当,并非基于合同权利。消费公益诉讼惩罚性保障的是不特定多数消费者的利益,并非消费者个人利益。况且惩罚性赔偿责任并不以合同成立为前提。^②因此,基于欺诈行为,提起具有预防性质的消费公益诉讼惩罚性赔偿,保障潜在的消费者利益,也具有解释论上的合理性。

二是关于赔偿标准的解释。研究表明,惩罚的有效性相对较高时才会加强合作,否则个人和团体的收益也相对较低。而惩罚者的低成本和被惩罚者的高影响与惩罚的有效性相关。可行的做法是,依据合理性原则、比例原则和整体性原则增加消费公益诉讼惩罚性赔偿的有效性。合理性原则要求合理协调或尽量缓解公共利益与不法经营者的紧张关系。比例原则即不法经营者所受惩罚应与行为的危害后果和现实影响一致。整体性原则是将对不法经营者的惩罚置放于社会整体利益中,将公益保障、被告负担和社会经济发展相联系。上述三项原则可作为消费公益诉讼惩罚性赔偿数额的综合判断标准。

鉴于惩罚性赔偿的制度原理在于通过让不法经营者承担超出实际损失的赔偿以实现惩罚威慑

^① 季卫东 《法律体系的多元与整合——与德沃金教授商榷解释方法论问题》,《清华法学》2002年第1期,第65页。

^② 高志宏 《惩罚性赔偿责任的二元体系与规范再造》,《比较法研究》2020年第6期,第191页。

目的。为保障惩罚目的，公共利益损失应成为消费公益诉讼惩罚性赔偿的最低参照。有学者将不法经营者的违法所得视为公共利益损失，^① 不仅因为公共利益损失难以计算，也因这一解释可以获得外部性理论的支持。外部性是经济学词汇，意指不法经营者将本应由自己承担的成本外化于他人或社会。不法经营者实施欺诈和生产缺陷产品的目的在于降低生产成本并因此获益。在资源总量不变的情况下，不法经营者降低生产成本的不当获益最终转换为外部性损失，并由不特定多数消费者和社会承担。从这一意义上来看，消费公共利益损失可以等同于外部性损失，也可以等同于不法收益。不法经营者的违法动力主要来源于不法收益，且不法经营者的不法收益总是大于损失赔付。所以在一般情况下，只要对不法经营者施以超过不法收益的赔偿额即可遏制不法经营行为的发生。因此，不法收益可以作为消费公益诉讼惩罚性赔偿的最低限度标准。其具体数额的确定，还需结合综合判断标准进行考量。

（二）保障论

一是规则保障。根据康德对“规则之于理性的重要性”论断，^② 理性应以规则为前提。合理的规则应成为消费公益诉讼惩罚性赔偿之必要性和实效性的前提保障。然而就规则的具体内容而言，有学者认为，补偿性赔偿在无法惩罚不法经营者时才能适用。^③ 也有学者认为，存在惩罚必要且惩罚目的能够实现时才可以提出补偿性赔偿，无必要或无法执行则不应提出。^④ 综合来看，个案适用时，消费公益诉讼惩罚性赔偿之必要性和实效性的判断规则应包括：其一，实体规则。在作出实体判决之前，法官首先应对不法经营行为的损害后果进行考量。如果不法经营行为确实造成了明显的公益性损害后果，而且在一般人看来，这些损害后果尚不具有消费者自行救济的可期待性时，可以认为具有适用惩罚性赔偿的实体条件。其二，形式规则。在实体审查基础上，法官应当对不法经营者已经承受的行政处罚和刑事处罚作形式上的判断，并将其作为结果审查规则的前提。其三，结果规则。结果审查包含对公共利益损害救济之完全性和对预防性惩罚之彻底性审查。如果已经有的行政处罚、刑事责罚和本案可能作出的停止侵害、排除妨碍和消除危险等民事责任手段可以实现救济之完全性和预防之彻底性，消费公益诉讼惩罚性赔偿就具有适用的必要性和实效性。

二是制度保障。消费公益诉讼中惩罚性赔偿款应当归于专门的消费公益基金，并用于公益类事项。消费公益诉讼中惩罚性赔偿的目的并非弥补个人损害，而是保障高于个人利益的抽象性公共利益。故而惩罚性赔偿款必须遵循公益化的实现路径，如此才能将惩罚性赔偿公益诉讼与私益诉讼区分开来，才能确保公、私益救济制度各尽其责。为实现消费公益诉讼惩罚性赔偿适用结果的公益化，应建立专门的消费公益基金管理制度加以保障。消费公益基金的管理、使用可以参照中国保护消费者基金，在地方设立分支机构，并由中国保护消费者基金会统一管理。消费公益诉讼惩罚性赔偿款纳入消费公益基金后应专用于公益诉讼、普法宣传、市场检查和打假在内的公益类事项。为了加强管理，还可将当地检察机关和消费者协会纳入基金会的监管机构，对赔偿金的管理、使用进行法律和业务监督。

五、结 语

消费公益诉讼惩罚性赔偿的公益性本质、预防性惩罚功能以及本案判决的必要性和实效性条件是其制度生命力的理论根基。研究表明，消费公益诉讼惩罚性赔偿存在异化适用的现实弊病。

① 李友根 《论消费者协会公益诉讼的损害赔偿请求权——对最高人民法院司法解释立场的商榷》，《政治与法律》2017年第9期，第10页。

② 康德 《逻辑学讲义》，许景行译，北京：商务印书馆，2010年，第116页。

③ 李征、邓娟 《消费民事公益诉讼中适用惩罚性赔偿的域外研究及其启示》，《法治论坛》2020年第3期，第185页。

④ 徐全兵 《稳妥推进民事公益诉讼惩罚性赔偿实践探索》，《检察日报》2020年11月9日，第3版。

原因在于消费公益诉讼中惩罚性赔偿的“实用”有余、“理性”不足。在现行立法条件下，消费公益诉讼惩罚性赔偿的归正适用，应在解释论上明确适用进路和赔偿标准，并从规则设计和制度配套层面提供支撑保障。值得注意的是，立法的系统化、完善化与司法的合理化、正当化对于消费公益诉讼惩罚性赔偿的归正适用同样重要，前者甚至更为关键。故而，消费公益诉讼惩罚性赔偿的体系化立法应逐步积累完善。

Dissimilation and Correction: the Application of Punitive Compensation in Consumer Public Interest Litigation

Hao Haiyan

Abstract: Punitive compensation in consumer public interest litigation takes public welfare as its essence, preventive punishment as its primary function, and has strict conditions for substantive judgment. The dissimilation of essence from “public interest” to “private benefit”, the dissimilation of function from “prevention” to “revenge”, and the dissimilation of condition from “interest” to “tool” lead to the dissimilation of application of punitive compensation in consumer public interest litigation. The direct cause of dissimilation is the technical defects of “legislation” and “interpretation”, and the underlying cause is the imbalance between “practicality” and “rationality”. The correct application requires to clarify the application approaches and the compensation standard on the explanation side, and perfect the examination rules and the supporting systems on the guarantee side.

Key words: consumer public interest litigation, punitive compensation, dissimilar application, correct application

（责任编辑：刘楷悦）