

《民法典》惩罚性赔偿规则的具体适用

杨立新*

内容摘要 在《民法典》第179条第2款规定的惩罚性赔偿责任方式之下,《民法典》和其他法律规定了部分侵权惩罚性赔偿的规则。最高人民法院颁布了《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》,规定了故意侵害知识产权惩罚性赔偿的具体适用规则,对正确适用法律规定的侵权惩罚性赔偿规范,保护被侵权人的权益,惩罚恶意侵害他人合法权益的侵权行为,维护市民社会秩序,具有重要借鉴价值。适用各类侵权惩罚性赔偿的法律规范,首先是要确定不同的惩罚性赔偿责任的构成,其次是要准确确定侵权惩罚性赔偿数额,确定侵权惩罚性赔偿的计算基数和计算倍数,最后是要根据侵权行为的具体情形综合考虑,在计算倍数的范围内,酌定具体的惩罚性赔偿数额。当前,法官在裁判中,混淆侵权惩罚性赔偿与违约惩罚性赔偿界限的较多,存在适用法律错误的问题,应当特别引起重视。

关键词 民法典 侵权惩罚性赔偿 计算基数 计算倍数 具体适用

《民法典》第179条规定的是侵权惩罚性赔偿的一般规则,第1185、1207条以及第1232条规定的是侵权惩罚性赔偿的适用场合规则。这四个有关侵权惩罚性赔偿条文的内容都比较抽象,需要结合《消费者权益保护法》《食品安全法》《著作权法》《商标法》《专利法》《反不正当竞争法》和《电子商务法》关于侵权惩罚性赔偿的规定和有关司法解释,确定具体的适用规则。本文对此进行探讨。

一、《民法典》规定的侵权惩罚性赔偿规则及其理解

(一)《民法典》规定的四条侵权惩罚性赔偿责任规则

惩罚性赔偿又称报复性赔偿,是指由法院判决作出的赔偿数额超出实际损害数额,对侵权人具有惩罚功能的损害赔偿,分为侵权惩罚性赔偿和违约惩罚性赔偿。侵权惩罚性赔偿是加重赔偿,目的是在针对侵权人故意实施侵权行为造成损失进行填补性损害赔偿之外,再要求侵权人承担在财产上超出其损失的赔偿责任,惩罚恶意侵权行为人,发挥社会警示作用。所以,侵权惩罚性赔偿具有公私混合法的性质,既是国家为维护市民社会秩序作出的强制性干预,具有公法的性质;又因为其毕竟包含为受害人提供慰藉性救济的内容,主体双方本身地位平等,将超出损失的赔偿金支付给受害人,具有私法的性质。

正因为如此,对于侵权惩罚性赔偿,大陆法系与英美法系的态度截然不同。英美法系民法坚持惩

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

本文受北京市社会科学基金项目“民法典实施中的疑难问题研究”(项目编号:21FXA004)资助。

罚性赔偿;^①而大陆法系民法一般排斥侵权惩罚性赔偿的适用,理由是侵权惩罚性赔偿使私法具有了公法的功能,混淆了私法与公法的界限,^②且使被侵权人因侵权损害而获得超出其损害的不当利益,易引起故意造成损害而索赔的不良社会效果。

在大陆法系成文法国家中,我国对待惩罚性赔偿的态度是例外的。1993年制定的《消费者权益保护法》第49条规定了产品欺诈和服务欺诈的违约惩罚性赔偿,在规范市场经济秩序,保护当事人合法权益方面取得了较好效果。在制定《侵权责任法》时,专家认为适当规定侵权惩罚性赔偿是有积极意义的。^③立法机关采纳了这样的意见,在第47条规定了恶意产品侵权的惩罚性赔偿责任。^④随后修订的《消费者权益保护法》《食品安全法》《商标法》都规定了侵权惩罚性赔偿。2020年制定的《民法典》通过四个条文对侵权惩罚性赔偿进行规范:(1)第一百七十九条第二款规定“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。”(2)第一千一百八十五条规定“故意侵害他人知识产权,情节严重的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”(3)第一千二百零七条规定“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,或者没有依据前条规定采取补救措施,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)第一千二百三十二条规定“侵权人故意违反国家规定污染环境、破坏生态造成严重后果的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”其中第179条第2款是2017年《民法总则》规定的;第1185条是新增加的对故意侵害知识产权适用惩罚性赔偿的规定;第1207条是在原《侵权责任法》第47条基础上修改而成的,增加了对产品流通过后发现存在缺陷没有及时采取补救措施的惩罚性赔偿;第1232条是对环境污染和生态破坏惩罚性赔偿的规定,是环境污染和生态破坏责任的新规则。

(二)《民法典》规定的四条侵权惩罚性赔偿规范的性质

《民法典》上述四条有关惩罚性赔偿规范的性质是不一样的。

第179条第2款是《民法典》关于惩罚性赔偿责任适用的一般性规定,主要作用是:第一,确定惩罚性赔偿责任的合法性,即在民事法律关系中,为救济某些民事权利的严重损害,惩罚具有恶意的侵权人和违约人的行为,令其承担超出实际损害的惩罚性赔偿是法律赋予被侵权人的权利,也是侵权人应当承担的民事责任方式之一。第二,确定惩罚性赔偿不是普遍适用的民事责任方式,须另有“法律规定”,依照其规定进行,故这一条款并不存在请求权的法律基础,只有其他“法律规定”的条文才包含惩罚性赔偿的请求权基础。第三,规定惩罚性赔偿包含的范围,即《民法典》规定的惩罚性赔偿,既包括侵权惩罚性赔偿,也包括违约惩罚性赔偿。第四,惩罚性赔偿适用的具体范围和计算方法等,由包含惩罚性赔偿请求权的“法律规定”确定,不是该一般规则规定的内容。

《民法典》规定的其他三个侵权惩罚性赔偿规范,性质也不相同。首先,第1185条既是一个具体规范,也是一个一般规则,包括授权知识产权法可以规定惩罚性赔偿责任,一方面规定故意侵害他人知识产权情节严重的,可以适用惩罚性赔偿,另一方面在知识产权单行法中,如《商标法》等法律中可以规定侵权惩罚性赔偿的具体规则。其次,第1207条和第1232条是侵权惩罚性赔偿请求权的具体

① 《美国侵权行为法重述》(第二版)第九百零八条第(2)项规定“惩罚性赔偿可以针对因被告的邪恶动机或他莽撞地无视他人的权利而具有恶劣性质的行为做出。在评估惩罚性损害赔偿的数额时,事实裁定人可以适当考虑被告行为的性质、被告所造成或意欲造成的原告所受损害的性质与范围,以及被告的财产数额。”在该规范的基础上,美国法院在大多数案件中都认可了惩罚性损害赔偿,具体包括殴打、造成环境损害、违反信托义务、欺诈、重复实施不当行为以及以极度危险的方式驾驶机动车辆等。参见[美]丹·B·多布斯《侵权法》(下册),马静等译,中国政法大学出版社2014年版,第921页。

② 在我国,公法制度和侵权责任制度构成了不同层级的屏障,即不同层级的法网。参见尤明青《论环境质量标准与环境污染侵权责任的认定》,载《中国法学》2017年第6期。

③ 参见高利红、余耀军《环境民事侵权适用惩罚性赔偿原则之探究》,载《法学》2003年第3期;杨立新《对我国侵权责任法规定惩罚性赔偿金制裁恶意产品侵权行为的探讨》,载《中州学刊》2009年第2期;马新彦《论惩罚性赔偿的损害填补功能——以美国侵权法惩罚性赔偿制度为启示的研究》,载《吉林大学社会科学学报》2012年第3期。

④ 王胜明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》(第2版),法律出版社2013年版,第271页。

规范,符合这两个条文规定的产品责任或者污染环境、破坏生态的侵权行为,被侵权人可以请求侵权人承担惩罚性赔偿责任。

(三)《民法典》第179条与其他法律有关惩罚性赔偿规定的关系

在《民法典》之外,《著作权法》第51条第1款后段、《商标法》第63条第1款后段、《专利法》第71条第1款后段、《反不正当竞争法》第17条第3款后段、《消费者权益保护法》第55条第2款、《食品安全法》第148条第2款、《电子商务法》第42条第3款也规定了侵权惩罚性赔偿。上述规定都属于《民法典》第179条第2款规定的“法律规定”,是《民法典》的特别法。以下将详述《民法典》第179条第2款规定的惩罚性赔偿一般规则与其他“法律规定”的关系。

1.与知识产权侵权惩罚性赔偿规范的关系是:

《民法典》第179条第2款→《民法典》第1185条→《著作权法》第51条第1款后段、《商标法》第63条第1款后段、《专利法》第71条第1款后段、《反不正当竞争法》第17条第1款后段、《电子商务法》第42条第3款等。

2.与产品责任惩罚性赔偿规范的关系是:

《民法典》第179条第2款→《民法典》第1207条→《消费者权益保护法》第55条第2款、《食品安全法》第148条第2款。

应当注意的是,《民法典》第179条第2款规定中包括两种惩罚性赔偿:一是侵权惩罚性赔偿,如本文所研究的内容;二是违约惩罚性赔偿,如《消费者权益保护法》第55条第1款规定的产品欺诈和服务欺诈应当承担价金三倍、不足500元可以请求500元的惩罚性赔偿,《食品安全法》第148条第2款规定的生产、经营食品欺诈行为的价金十倍、不足1000元应当承担1000元的惩罚性赔偿。在司法实践中混淆二者区别的法律适用错误较多,应当特别加以区别,最基本的界限,就是造成损害还是没有造成损害。

3.与环境侵权惩罚性赔偿规范的关系是:

《民法典》第179条第2款→《民法典》第1232条→环境保护法和生态保护法的相关规定(目前还没有)。

在上述关系中,《民法典》第1185条、第1207条和第1232条都包含独立请求权,能直接作为侵权惩罚性赔偿请求权的法律基础,行使相应的请求权;也能作为民法单行特别法规定的侵权惩罚性赔偿规范的上位法。例如,其他知识产权单行法尚未规定惩罚性赔偿的,如果故意侵害其他知识产权,情节严重的,被侵权人可以直接依据《民法典》第1185条规定请求被侵权人承担惩罚性赔偿责任。

二、《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》对其他侵权惩罚性赔偿的借鉴意义

2021年3月3日起开始施行的《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(以下简称“《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》”),对正确适用《民法典》第1185条规定作出解释。该司法解释虽然是针对侵害知识产权惩罚性赔偿案件适用法律作出的解释,却对其他领域侵权惩罚性赔偿责任的法律适用有重要借鉴意义。

(一)《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》规定的具体规则

1.侵权惩罚性赔偿请求权及行使规则

对侵害知识产权惩罚性赔偿请求权及行使规则,该司法解释规定了以下内容。

首先,该司法解释第1条第1款规定了被侵权人的请求权基础。按照《民法典》第1185条的规定,当行为人故意侵害被侵权人的知识产权,情节严重的,被侵权人产生侵权惩罚性赔偿请求权,侵权人发生侵权惩罚性赔偿责任。被侵权人行使该请求权,向法院起诉的,法院应当依法受理,依照法律规定审理。

其次,该司法解释第2条第1款规定了被侵权人在诉讼请求中应当提出明确的赔偿数额、计算方式以及所依据的事实和理由。这意味着,被侵权人行使知识产权侵权惩罚性赔偿请求权的,不仅要有该请求权产生的事实和理由,还须明确提出具体的赔偿数额以及计算方式。只有这样,法院才能确定侵权惩罚性赔偿请求权是否成立,如果成立应当如何确定惩罚性赔偿的具体数额以及计算方式。

最后,该司法解释第2条第2款规定了被侵权人行使侵权惩罚性赔偿请求权的时间要求,一是在提起诉讼时提出;二是在提起诉讼时没有提出的,在一审法庭辩论终结前增加惩罚性赔偿请求的,法院应当准许,超出这个期限,例如在一审法庭辩论终结后主张行使惩罚性赔偿请求权的,一审不再审理,可以在二审中提出;三是在二审中增加惩罚性赔偿请求的,法院可以根据当事人自愿的原则进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉,当事人应当作为另案向法院专门提出惩罚性赔偿的诉讼,按照程序法的要求进行审理。

2.对侵权人侵害知识产权的故意要件的认定

《民法典》第1185条规定,侵害知识产权惩罚性赔偿请求权的构成要件,首先就是侵权人具有侵害知识产权的故意。这是构成侵害知识产权惩罚性赔偿请求权的主观要件,认定规则是:

第一,对于侵害知识产权的故意要件,《商标法》和《反不正当竞争法》规定为恶意,《著作权法》和《专利法》规定的是故意。^⑤恶意也是故意,通常认为,恶意是故意中的最恶劣者,是比一般故意更恶劣的故意。^⑥不过,在侵害知识产权的故意要件中,即使上述两部法律规定了恶意,也不能认为在侵害知识产权的行为中,行为人的故意尚未达到恶意者,就不构成惩罚性赔偿请求权,而是对惩罚性赔偿究竟确定为几倍的尺度。这是因为,一是新法规定优于旧法的法律适用原则;二是虽然《民法典》是普通法,《商标法》是特别法,但是,普通法和特别法对于同一事项作出不同规定的,不宜适用特别法优先原则;三是《民法典》的立法目的在于扩大适用惩罚性赔偿的适用范围,以保护知识产权、惩罚故意侵权人,所以采用相对宽松的主观要件(故意)而不是采用更为严格的主观要件(恶意)来规范惩罚性赔偿的适用。^⑦

第二,认定侵害知识产权的故意须确定一般标准。按照通常的看法,故意是指行为人预见自己行为的损害结果,仍然希望或放任结果的发生。^⑧故意包括两种形态:行为人明知损害将要发生,一是希望损害结果的发生,二是放任结果的发生。如果被侵权人能够证明行为人侵害知识产权的上述故意,即可认定。不过,该司法解释特别强调,对于侵害知识产权的故意的认定,应当综合考虑被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。更进一步,该司法解释还列举了六项可以初步认定为侵害知识产权故意的情形。这里提到的“初步”认定故意,应当是指由于这种证明并非已经证明了行为人主观方面的故意,而是从客观事实上认定故意,因而是初步认定。对此,应当实行举证责任转换,行为人如果能够证明自己没有故意,推翻初步故意认定的,不能认定故意要件;不能证明推翻的,认定为构成故意要件。

3.对侵权行为情节严重的认定

侵害知识产权的侵权行为情节严重,是《民法典》第1185条规定的客观要件。应当怎样认定情节严重,该司法解释第4条从两个方面作出规定。

首先,认定侵害知识产权情节严重的一般方法是,综合考虑侵权手段、次数,侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果,侵权人在诉讼中的行为等因素。例如公然手段、多次侵权、持续时间长、覆盖地域范围广、损害后果严重以及侵权人在诉讼中的具体态度等。

其次,侵害知识产权情节严重的具体情形包括:一是因侵权被行政处罚或者法院裁判承担责任

^⑤ 参见吴汉东《知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用》,载《法学评论》2021年第3期。

^⑥ 张新宝《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第81页。

^⑦ 前注^⑥张新宝书,第81页。

^⑧ 王利明《侵权责任法研究》(上卷)(第2版),中国人民大学出版社2019年版,第341页。

后,再次实施相同或者类似的侵权行为;二是以侵害知识产权为业;三是伪造、毁坏或者隐匿侵权证据;四是拒不履行保全裁定;五是侵权获利或者权利人受损巨大;六是侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康;七是其他可以认定为情节严重的情形。

符合上述要求的侵害知识产权的侵权行为,认定为符合《民法典》第1185条规定的侵害知识产权的情节严重。^⑨

4.对惩罚性赔偿数额的确定方法

在适用侵权惩罚性赔偿法律规范时,确定具体的惩罚性赔偿数额是关键问题。对此,应当从计算基数与倍数两个方面着手。确定惩罚性赔偿的计算基数,应当依照该司法解释第5条规定进行,分别依照相关法律,按照三个标准计算:一是原告的实际损失数额;二是被告的违法所得数额;三是因侵权所获得的利益。这三个计算基数均难以计算的,则依法参照该权利许可使用费的倍数合理确定,并以此作为惩罚性赔偿数额的计算基数。计算基数原则上不包括原告为制止侵权所支付的合理开支;如果法律另有规定的,依照其规定。计算基数的证明,由被侵权人即原告负担。在原告举证后,实行举证责任转换,对计算基数进行验证,法院依法可以责令被告提供其掌握的与侵权行为相关的账簿、资料,被告负有提供证据的义务。被告无正当理由拒不提供或者提供虚假账簿、资料的,法院可以参考原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数。构成《民事诉讼法》第111条规定的妨害司法行为的,依法追究法律责任。

确定惩罚性赔偿的计算倍数,应当依照该司法解释第6条规定进行,综合考虑被告的过错程度、侵权行为的情节严重程度等因素。根据这些具体情形,在法律规定的惩罚性赔偿倍数范围内,确定具体的惩罚性赔偿数额的倍数。例如《商标法》规定的惩罚性赔偿的倍数是一至五倍,根据侵权的具体情形,在一至五倍的范围内确定具体的赔偿数额。

在确定具体的惩罚性赔偿数额时,侵权人因同一侵权行为已经被处以行政处罚或者刑事罚金且执行完毕的,如果被告主张减免惩罚性赔偿责任,依照《民法典》第187条关于“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任”的规定,其主张不能成立,因此不予支持;但是,在确定惩罚性赔偿数额的倍数时,可以综合考虑,适当减少。这是因为,惩罚性赔偿不是补偿性赔偿,行政处罚和刑事罚金与惩罚性赔偿性质和功能相同,因而综合考虑就是达到惩罚的目的即可,而不必一律适用五倍的“顶格”倍数。

(二)《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》对其他惩罚性赔偿的借鉴意义

在目前法律规定的侵权惩罚性赔偿适用范围中,除了知识产权侵权惩罚性赔偿外,其他惩罚性赔偿的具体规则尚不完善,不敷适用。在这方面,虽然该司法解释规定的知识产权惩罚性赔偿的性质与其他侵权惩罚性赔偿的性质有所不同,但是,该司法解释规定的惩罚性赔偿具体规则却有重要借鉴意义。这主要表现在以下两个方面。

第一,适用惩罚性赔偿要件认定具体规则的借鉴价值。《民法典》和《消费者权益保护法》《食品安全法》《电子商务法》有关惩罚性赔偿规范中,对侵权惩罚性赔偿构成要件的规定都是一般性规则,在司法实践中应当有具体的操作规则。该司法解释对《民法典》第1185条规定的故意侵害知识产权惩罚性赔偿的构成要件,即故意和情节严重,都规定了具体的认定规则,包括一般认定方法和具体表现情形,具有实际的可操作性。适用其他侵权惩罚性赔偿规范可以借鉴这些规定,确定适用认定要件的具体规则。

第二,计算侵权惩罚性赔偿数额具体规则的借鉴价值。确定侵权惩罚性赔偿数额的要点,一是计算基数,二是计算倍数。《消费者权益保护法》《食品安全法》对其规定的惩罚性赔偿的计算基数和计算倍数都作了规定,《民法典》第1207条和第1232条规定的侵权惩罚性赔偿的计算基数和计算倍数

^⑨ 至于如何区别情节严重与恶意的关系,参见张红《恶意侵犯商标权之惩罚性赔偿》载《法商研究》2019年第4期。

都没有规定。对此,该司法解释提出的确定方法可以提供参考,同时也可以借鉴其他相关规定确定这些侵权惩罚性赔偿数额的计算基数和计算倍数。

有了该司法解释提供的经验,在司法实践中判定侵权惩罚性赔偿责任,就会有比较准确的、统一的计算方法,保障侵权惩罚性赔偿法律规范的统一实施。

三、对各种侵权惩罚性赔偿责任的构成要件的认定

除了侵害知识产权惩罚性赔偿责任之外的其他侵权惩罚性赔偿责任,按照法律规定的构成要件,可以细分成以下七种类型。

(一) 明知产品(商品)存在缺陷仍然生产、销售侵权责任

《民法典》第1207条规定的恶意产品侵权案件分为两种类型,一是明知产品存在缺陷仍然生产、销售侵权责任,是原《侵权责任法》第47条规定的惩罚性赔偿责任;二是编纂《民法典》新增加的惩罚性赔偿责任。《消费者权益保护法》第55条第2款规定的明知商品有缺陷仍然生产、销售侵权责任,与《民法典》第1207条规定的第一种类型的侵权惩罚性赔偿重合,因此放在一起阐释。

明知产品^⑩存在缺陷仍然生产、销售惩罚性赔偿的构成要件是:

1. 生产、销售的产品须存在缺陷

这一客观要件,即生产者生产的产品或者销售者销售的产品存在缺陷,是生产者生产出来的产品存在缺陷,或者销售者销售的产品存在缺陷。对于缺陷的界定,应当依照《产品质量法》关于缺陷是产品中存在的危及人身、他人财产安全的不合理的危险来界定,^⑪包括设计缺陷、制造缺陷、警示说明缺陷等。当生产的、销售的产品存在设计上、制造上或者警示说明上的不合理危险,就成立这一要件。

2. 生产者、销售者对其生产、销售的产品存在缺陷须为明知

这是构成该种惩罚性赔偿责任的 subjective 要件,即明知生产或者销售的产品存在缺陷。明知的内容,是生产、销售的产品有缺陷,有造成他人损害的不合理危险,而不是明知生产、销售后必定造成他人损害。“明知”不包括应知,是确定的知道,证明责任在原告。对于明知的认定,应当综合考虑案件的具体情形,例如侵权人已经被被侵权人或者利害关系人通知、警告后,仍继续实施该种侵权行为,即可认定为明知。

至于明知商品有缺陷究竟构成何种过错,一般认为,行为人在主观要件上与一般的损害赔偿不同,即要求行为人主观上具有故意或者恶意。^⑫也有人认为,行为人应当是故意或者重大过失,排除一般过失和轻微过失。^⑬这是因为,故意与重大过失均属恣意行事的主观过错,在道德非难程度上具有亲缘性。^⑭虽然重大过失仍然属于过失,但是其表明了对他人的生命和财产毫不顾忌、对他人权利极不尊重的状态,这种对其负有的法定义务处于漠视的心理状态,与故意极为相似。^⑮立法机关的立法专家认为,产品责任中惩罚性赔偿的适用条件,是侵权人具有主观故意。^⑯本文认为,惩罚性赔偿惩罚的是恶意侵权,主张重大过失也构成侵权惩罚性赔偿,与立法目的不合。应当确定明知产品有缺陷的主观要件是故意,不包括重大过失,更为妥当。

^⑩ 此处所说的“产品”包括商品,下同。

^⑪ 《产品质量法》第四十六条规定“本法所称缺陷,是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。”

^⑫ 王利明《侵权责任法研究》(下卷)(第2版),中国人民大学出版社2019年版,第281页。

^⑬ 前注⑥,张新宝书,第149页。

^⑭ 叶名怡《重大过失理论的构建》,载《法学研究》2009年第6期。

^⑮ 张晓梅《中国惩罚性赔偿制度的反思与重构》,上海交通大学出版社2015年版,第115页。

^⑯ 黄薇主编《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第126页。

3.生产者、销售者对有缺陷的产品仍然继续生产、销售

生产者、销售者明知产品存在缺陷,却仍然继续生产、销售,是构成惩罚性赔偿的行为要件。继续生产、销售的时间点为明知产品有缺陷之后,如果在明知有缺陷之前生产、销售,则构成一般的产品责任,只赔偿造成的实际损失,不承担惩罚性赔偿。

4.造成他人死亡或者健康严重损害

这是适用侵权惩罚性赔偿的损害后果要件。缺陷产品造成他人死亡的,是惩罚性赔偿的构成要件。缺陷产品造成他人健康严重损害的,也构成确定惩罚性赔偿的标准。至于如何认定是否构成对他人健康的严重损害,《中华人民共和国侵权责任法释义》没有说明,《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》也没有说明,可以参照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第1款关于“生产销售的假药、劣药被使用后,造成轻伤以上伤害,或者轻度残疾、中度残疾,或者器官组织损伤导致一般功能障碍或者严重功能障碍,或者有其他严重危害人体健康情形的,应当认定为刑法第141条规定的‘对人体健康造成严重危害’”的规定来确定。

(二)发现发展风险没有采取有效补救措施的产品侵权责任

这种侵权惩罚性赔偿责任也被称为拒绝补救,¹⁷其构成要件是:

1.投入流通的产品存在缺陷

生产者生产的产品在投入流通时,由于当时的科学技术水平所限,还不能发现该产品是否存在缺陷,对此,即使造成损害,也不追究生产者的责任。这就是产品责任制度中的发展风险规则。¹⁸不过,在将这种产品投入流产后,法律要求生产者负有跟踪观察义务,发现缺陷后应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施,以制止损害扩大。这就是跟踪观察义务。¹⁹未及时采取补救措施或者采取的补救措施不力,造成损害扩大的,应当承担《民法典》第1206条规定的损害赔偿赔偿责任,不构成惩罚性赔偿责任。

2.生产者未依照法律规定采取有效补救措施

生产者对投入流通的产品已经发现存在缺陷,负有及时采取补救措施的义务,但没有依照法律规定采取有效补救措施,是构成拒绝补救惩罚性赔偿责任的要件。这是行为的客观要件,即没有采取有效补救措施的不作为行为,或者采取了补救措施却不是有效的补救措施。停止销售、警示、召回的补救措施救济的内容不同。停止销售,是要求不得再将发现有缺陷的产品投入流通,杜绝发生新的损害。警示针对的是产品存在合理危险,通过警示和说明正确的使用方法就可以避免损害。召回是对存在不合理危险的产品,将产品召回消除缺陷,再返还或者更换给消费者使用。没有采取这些补救措施,或者采取的补救措施没有针对缺陷的性质而没有发生效果,例如该召回的产品只是采取了警示的方法,或者只是采取了停止销售的方法,就是没有采取有效补救措施。

3.主观要件

产品生产者已经发现了投入流通的产品存在缺陷,也明确自己负有及时采取补救措施的义务,但是却并没有采取有效补救措施,因而在主观上存在放任损害后果发生的间接故意。生产者也可能存在重大过失,例如轻信损害可以避免,不过,基于惩罚性赔偿的着眼点在于惩罚故意侵权者,因而仍然应当以故意为主观要件比较稳妥,即有明知即可认定为故意。

4.造成他人死亡或者健康严重损害

这一损害后果要件,与明知产品存在缺陷仍然生产、销售侵权责任的同一要件的要求相同。

¹⁷ 前注⑥,张新宝书,第149页。

¹⁸ 《产品质量法》第四十一条第二款规定“生产者能够证明有下列情形之一的,不承担赔偿责任:……(三)将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。”

¹⁹ 参见杨立新《侵权责任法》(第4版),法律出版社2021年版,第379-380页。

在确定这种惩罚性赔偿责任时,应当看到发展风险、跟踪观察缺陷与没有采取有效补救措施造成严重损害三种情形在产品责任中的递进关系。一是发展风险规则,即依照《产品质量法》第41条第2款关于生产者能够证明将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在情形的免责规定,不承担赔偿责任。二是《民法典》第1206条规定,即构成发展风险,生产者未及时采取补救措施或者采取补救措施不力造成的损害扩大,是基于发展风险所致损害而发生损失扩大的部分,生产者、销售者应当承担扩大部分的损害赔偿。三是出现发展风险事由,生产者没有采取有效补救措施,造成他人死亡或者健康严重损害,承担惩罚性赔偿责任。这三个部分紧密相连,根据三种不同的情形,分别适用免责、就扩大损失部分的损害赔偿和惩罚性赔偿三种不同的法律后果。

(三) 明知服务存在缺陷仍然向消费者提供侵权责任

《消费者权益保护法》第55条规定了明知商品或者服务存在缺陷仍然向消费者提供的惩罚性赔偿责任。其中,商品缺陷的惩罚性赔偿责任与《民法典》第1207条规定的规则重合,而服务缺陷的惩罚性赔偿责任却不在《民法典》第1207条规定的范围内。因此,《消费者权益保护法》第55条关于服务缺陷的惩罚性赔偿责任是民法特别法规定的侵权惩罚性赔偿责任,属于《民法典》第179条规定第2款规定的“法律规定惩罚性赔偿”的范围,应当“依照其规定”确定其构成要件。

明知服务存在缺陷仍然继续向消费者提供的惩罚性赔偿的构成,除了服务存在缺陷外,其他方面的构成要件都与明知商品存在缺陷继续提供的惩罚性赔偿的构成要件是一样的。因此,需要研究的就是明知服务存在缺陷的要件。对此,应当研究以下两个问题。

1. 服务的概念和类型

服务,一般是指服务者向消费者提供以特定的劳务为内容的作为或者不作为,消费者向服务者支付对价或者不支付对价的债权债务关系。^{②①}

立足于服务过程中行为与物的关系,以及服务结果是否具备特定性这两个维度,可以将服务区分为物型服务、行为型服务和叠加型服务三种类型。物型服务是指服务者将其劳务行为凝聚在特定的物中,使劳务予以物化,并将该物交付给消费者,消费者予以受领的服务,包括服务者以自己的给付行为加工新物,以及服务者的给付行为凝结于特定物之中。行为型服务,是指服务者依照消费者的要求对消费者提供单纯的给付行为,消费者予以受领,满足自身需要的服务。叠加型服务是行为与物叠加,即在服务过程中,服务行为依赖特定的产品或物,将其作为行为的材料、设备或手段,完成特定给付行为的服务,包括服务者携带服务之物+服务者给付行为、消费者自备服务之物+服务者给付行为两种方式。^{②②}物型服务与叠加型服务由于有某种物的交换,虽然所有权并未转变,但是物的交换却是客观存在的。行为型服务没有物的交换,是非物型服务合同,服务人员的技术、技能水平等会存在不符合服务标准问题。

2. 服务缺陷的界定

通常认为,服务缺陷即服务具有安全上或卫生上之危险性。^{②③}这一定义过于抽象,不完全符合服务类型的实际情况。^{②④}物型服务中的物和叠加型服务中的服务之物,其缺陷与产品缺陷概念基本一致,即物存在的危及人身、财产安全的不合理危险,包括设计缺陷、制造缺陷、警示说明缺陷和跟踪观察缺陷。不同的是,物型服务之物的缺陷,不是原生产者、销售者所致的原发型缺陷,而是服务者在加工、修理中形成的继发型缺陷;而服务者因消费者定作而制作的新物为原发型缺陷,是因服务者的行为而发生。叠加型服务之物的缺陷,是通常的产品缺陷,为原发型缺陷,是基于生产者、销售者的行为所致,与服务者的行为无关。

^{②①} 杨立新、杜泽夏、吴焯《消费者保护中的服务及其损害赔偿》,载《法律适用》2016年第5期。

^{②②} 参见前注^{②①}杨立新等文。

^{②③} 李适时主编《中华人民共和国消费者权益保护法释义》,法律出版社2013年版,第227页。

^{②④} 以下对服务缺陷的说明,参见前注^{②①}杨立新等文。

服务行为的缺陷,是指服务的给付行为具有的安全上或卫生上的不合理危险。判断这种不合理危险,表现为服务于其提供时,不具有通常可合理期待的安全性。所谓通常,是指符合当时的科技或者专业水准。参照我国台湾地区的经验,对服务缺陷的判断标准有三:服务的标示说明、服务可期待之合理接受以及服务提供之时期。^④具体表现是:第一,对于已依科学、专业水准的合理期待可得认识的危险,却因科技、专业的水准而无法予以克服、回避时,服务者自有必要以科学、专业水准的要求予以标示、说明,使消费者知其危险性的存在,而以其他方法以求减轻损害,甚至因而有所回避。服务者违反此项标示警告,自应因此成立损害赔偿;第二,服务属于非可期待的合理接受,只要消费者系以服务者提供服务的方法接受服务并因而受有损害,对于消费者而言,因为皆可属于可期待的合理接受服务,服务者自应有被论断成立责任的可能;第三,服务提供的时期,是指服务符合提供服务当时的科技或者专业水准的要求,即使其后有较佳之服务,亦不得认为该服务具有不合理危险,反之,即有缺陷。^⑤

经营者提供的服务有缺陷仍然继续提供,造成消费者死亡或者健康严重损害的,构成侵权惩罚性赔偿责任。

(四) 生产不符合食品安全标准的食品损害责任

食品涉及公众的健康安全,《食品安全法》第148条第2款对食品侵权惩罚性赔偿的构成要件要求偏低,不必达到一般的产品责任惩罚性赔偿要件的要求,即生产不符合食品安全标准的食品造成消费者损害的,就构成惩罚性赔偿责任。其要件是:

1. 生产不符合食品安全标准的食品

根据《食品安全法》第150条规定,食品安全标准就是关于食品无毒、无害,符合应当有的营养要求,对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害的强制性标准。食品生产者生产不符合食品安全标准的食品,就构成这一惩罚性赔偿要件。

2. 生产不符合食品安全标准食品的故意或者重大过失

生产不符合食品安全标准的食品是一个客观要件,是行为要件,但是,这一行为却须包含主观内容,既然是食品生产者,生产不符合食品安全强制性标准的食品,肯定是明知的。这是对食品生产者的一般性要求,明知而生产,在主观上就具有故意的心态。尽管对于生产不符合食品安全标准的食品造成损害并非故意所为,但是对生产不符合食品安全标准的食品具有故意。正因为生产者存在这样的故意心态,因此才应予承担惩罚性赔偿责任。不过,在这一条法律规定中,在规定经营不符合食品安全标准的食品承担惩罚性赔偿责任中要求经营者构成“明知”,是有区别的,应当确定,生产不符合食品安全标准的食品,并非必须明知,应知也应当构成。所以,故意或者重大过失生产不符合食品安全标准的食品,是这种惩罚性赔偿的主观要件。

3. 造成消费者损害

造成消费者损害的要件,是生产者生产的不符合食品安全标准的食品造成消费者的人身损害。这种损害,首先不包括财产损害,尽管条文中没有这样明确规定,但是惩罚性赔偿主要保护的是生命权和健康权,一般不包括财产权的损害。其次,没有要求造成死亡或者健康严重损害的后果,而仅指人身损害,也和一般商品造成人身损害的要求不同,不必达到造成死亡或者健康严重损害的程度。

符合上述三个要件的要求,构成生产不符合食品安全标准的食品的惩罚性赔偿责任。

(五) 经营明知是不符合食品安全标准的食品损害责任

经营明知是不符合食品安全标准的食品的惩罚性赔偿责任,是《食品安全法》规定的第二种食品损害惩罚性赔偿类型。构成这种食品惩罚性赔偿,与生产不符合食品安全标准惩罚性赔偿责任的区

^④ 参见我国台湾地区“消费者保护法”第5条规定。

^⑤ 朱柏松《消费者保护论》(增订版),台北2004年自版,第196页。

别,主要在以下两个要件。

1.经营者经营不符合食品安全标准的食品

经营者经营食品,包括经营食品的成品以及经营自己制作的食品,因而经营者经营食品应当是销售食品或者提供餐饮服务。销售生产者生产的食品是经营食品;自己加工食品提供给消费者,主要是餐饮业,例如饭店、快餐、外卖等餐饮经营业。不论上述何种形式,只要是经营的食品不符合食品安全标准,就构成这一要件。

2.明知经营的食品不符合食品安全标准

经营者明知经营的食品不符合食品安全标准,是构成这种惩罚性赔偿的主观要件。其要求是,经营者须明知经营的食品不符合食品安全标准,不论是销售生产者生产的不符合食品安全标准的食品,还是经营自己制作的不符合食品安全标准的食品,在主观上应当对其明知。不符合食品安全标准的食品,就有可能造成消费者损害,经营者明知而为之,就构成故意。

具备上述两个要件,再加上具备造成消费者损害的后果要件,就构成经营者明知经营不符合食品安全标准食品的惩罚性赔偿责任。

(六)违反法律规定故意污染环境破坏生态损害责任

对于这种惩罚性赔偿责任的构成要件,立法机关专家的解读比较到位。^{②6} 参照该解读意见,概括为以下要件。

1.侵权人实施了不法行为

侵权人的环境污染和破坏生态行为违反了法律规定,是构成环境污染和生态破坏惩罚性赔偿的第一个要件。在一般情况下,企业的排污行为只要符合环境法律、法规的要求就是合法的,企业的正常生产经营活动为社会正常发展所必须,受法律的保护和鼓励。不过,尽管企业的排污行为符合法律、法规的规定,按照无过错责任的要求,造成他人损害也应当承担填补性赔偿责任。^{②7} 对企业的合法排污行为施以惩罚性赔偿,则须以企业违反法律规定为前提,否则不具有正当性。

2.侵权人主观具有故意

构成该种惩罚性赔偿责任,应当符合侵权人的主观状态须为故意的要件要求。在编纂《民法典》时,有学者建议应将主观要件规定为故意或者重大过失,仅规定故意会不恰当地缩小惩罚性赔偿的适用范围,降低了受害人维权的积极性。这种看法不妥,因为在环境侵权中引入惩罚性赔偿制度不应扩大范围。立法机关专家认为,故意作为一种主观状态,可以通过侵权人的行为来认定,如侵权人多次非法排污并受到行政机关处罚,侵权人将未经处理的废水、废气、废渣直接排放或者倾倒,侵权人关闭环境在线监测系统或者故意干扰监测系统,侵权人在正常排污设施外还留有偷排孔等,都能证明侵权人对其排污行为可能造成的后果不是疏忽大意而是故意为之、放任严重后果的发生。环境侵权司法解释可以将故意要件细化为具体行为,受害人只要证明侵权人有列举的情形,就可以认定其为故意,减轻受害人的举证负担。^{②8} 这种意见非常有价值。

3.造成严重损害

在环境污染和生态破坏中,侵权人的行为造成严重后果的,才能构成惩罚性赔偿。这样要求的目的是遵循惩罚性赔偿适用的谦抑原则,使惩罚性赔偿的适用罚当其错。损害后果严重,不仅是对受害人的人身财产造成严重损害,还包括对生态、环境造成严重损害,甚至造成不可逆转的损害。(1)造成人身严重损害,并非要达到《民法典》第1207条规定的“造成死亡或者健康严重损害”的程度,造成死亡,当然构成严重损害;造成一人或者数人健康严重损害,也构成严重损害;甚至造成多人的身

^{②6} 参见前注⑩,黄薇主编书,第188-189页。

^{②7} 参见沈德咏主编《最高人民法院环境侵权责任纠纷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第24页。

^{②8} 参见前注⑩,黄薇主编书,第188页。

一般损害,也构成人身严重损害。(2)造成财产严重损害,须具备造成财产损失巨大、财产损害的范围广泛、财产损害的性质特别严重等。(3)造成生态、环境严重损害,首先是造成生态环境的不可逆转的损害,就构成严重损害;其他如生态、环境的损害范围广、影响后果严重等,都构成严重损害。

符合上述要件要求的,构成环境污染和生态破坏的惩罚性赔偿责任。

(七) 电子商务平台上恶意通知损害责任

《电子商务法》第42条第3款规定,因通知错误造成平台内经营者损害的,依法承担民事责任。恶意发出错误通知,造成平台内经营者损失的,加倍承担赔偿责任。这是电子商务平台损害责任,简称为恶意通知损害责任,其构成要件是:

1. 发出通知的行为人是自称为知识产权权利人的人

在电子商务平台经营中,权利人对侵害其知识产权的平台内经营者可以行使通知权发出通知,要求电子商务平台经营者对平台内经营者的侵权行为采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易或服务等措施,阻止侵权后果继续发生。恶意通知造成平台内经营者财产损失的惩罚性赔偿责任,其行为人是自称为知识产权人的,可能是知识产权人,也可能不是知识产权人,他们对平台内经营者的经营行为请求平台经营者采取上述必要措施。

2. 电子商务平台经营者应依行为人要求对平台内经营者采取必要措施

根据知识产权人的通知,电子商务平台经营者对平台内经营者采取了删除、屏蔽、断开链接、终止交易或服务等措施,使平台内经营者不能利用该平台进行经营活动。平台内经营者包括利用电子商务平台进行销售或者服务的销售者或者服务者。

3. 行为人发出的通知错误并造成平台内经营者的损失

行为人以平台内经营者实施侵害其知识产权的侵权行为为由发出的通知,对平台内经营者采取必要措施后,已经确定该平台内经营者并没有侵害其知识产权,确认其行使通知权是错误的,因该错误通知而对平台内经营者采取了必要措施并造成了其损失。这种损失是经营损失,是因错误通知而使平台内经营者的经营活动受到的财产损失,不包括人身损害。

4. 行为人在主观上具有侵害平台内经营者合法权益的恶意

行为人实施错误通知的主观意图具有恶意,即故意用错误通知的方式侵害平台内经营者的合法权益,损害其经营活动。行为人不具有恶意,只是因其过失造成损害的,承担补偿性赔偿责任。具有恶意的,构成惩罚性赔偿责任。

四、侵权惩罚性赔偿数额的计算方法

确定侵权惩罚性赔偿数额的计算方法,参照《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》规定的规则,应当首先确定计算基数和计算倍数,其次在法定的计算倍数范围内裁量具体的赔偿数额。

(一) 《民法典》及其他法律的相关规定

在《民法典》和其他法律中,有的规定了惩罚性赔偿的计算基数和倍数,有的没有规定,需根据实际情况确定。

1. 法律已经规定了计算方法的侵权惩罚性赔偿

故意侵害知识产权的惩罚性赔偿计算方法,《民法典》第1185条虽然没有规定,但是《著作权法》第54条、《商标法》第63条第1款后段、《专利法》第71条、《反不正当竞争法》第17条第3款、《电子商务法》第42条第3款有明确规定,应当按照上述规定,确定知识产权侵权中的惩罚性赔偿数额。

《消费者权益保护法》第55条第2款、《食品安全法》第148条第2款明确规定了消费者保护领域产品欺诈(服务欺诈)侵权以及食品侵权时惩罚性赔偿的计算方式,应当根据案件的具体情形,确定应当适用的法律,从而计算惩罚性赔偿数额。

2. 没有规定惩罚性赔偿数额计算方法的法律

(1) 恶意产品侵权责任的惩罚性赔偿

《民法典》第1207条规定的恶意产品侵权责任的惩罚性赔偿,没有规定计算基数和计算倍数。立法机关专家对确定这种惩罚性赔偿的意见是,为防止滥用惩罚性赔偿,避免被侵权人要求的赔偿数额畸高,规定被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。这里的相应,主要指被侵权人要求的惩罚性赔偿金的数额应当与侵权人的恶意相当,与侵权人造成的损害后果相当,与对侵权人的威慑相当,具体赔偿数额由人民法院根据个案具体判定。^⑳

(2) 故意污染环境破坏生态的惩罚性赔偿责任

《民法典》第1232条规定的污染环境、破坏生态的惩罚性赔偿,也没有规定惩罚性赔偿的计算基数和计算倍数,目前的法律也没有直接可以参照的规定。立法机关专家的意见是,考虑到惩罚性赔偿金的计算是一个综合过程,需要考虑多个因素,如侵权人的主观恶性程度,侵权人违法行为的严重性、频率,损害后果的严重性,侵权人的生产经营情况和执行能力,侵权人是否积极采取补救措施,侵权人受到刑事罚金、行政处罚、公益诉讼的情况等,很难用一个统一的公式来表达,故对这一点留待司法实践进一步探索。^㉑最高人民法院官员解释认为,本条规定的“相应”,说明惩罚不是无限的。人民法院判定侵权人赔偿超过赔偿数额的额度,应与侵权人的主观恶意、损害后果、对侵权人的威慑等大致相当,不能畸高。^㉒

这些说法有道理,但是,既然是确定惩罚性赔偿,就应当有一个上限,在确定的最高限额内,根据实际情况,由法官根据案件的具体情况自由裁量。这里的倍数,是应当认真考虑的。

(二) 惩罚性赔偿计算基数的确定

1. 法律已经确定惩罚性赔偿计算基数的依照法律规定

结合实际情况,法律规定的侵权惩罚性赔偿数额计算基数的方法是:

(1) 一般标准

《消费者权益保护法》第55条第2款、《食品安全法》第148条第2款规定的惩罚性赔偿计算基数,是“实际损失”;《电子商务法》第42条第3款规定“加倍承担赔偿责任”的计算基数,也是实际损失。凡是这些法律对计算基数有明确规定的,符合计算基数的一般标准要求的,直接依照法律规定确定惩罚性赔偿的计算基数。

(2) 选择标准

在侵害知识产权惩罚性赔偿数额的计算基数上,法律规定虽然也是按照损失数额作为计算基数,但规定的是选择性标准。尽管《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》规定了可以选择的具体标准,但是不同的单行知识产权法规定的都不相同,因此,应当以法律的具体规定为准。

这些规定确定的计算基数是选择性的:一是权利人的实际损失;二是侵权人违法所得;三是侵权人所获利益;四是该权利的使用费。具体应当根据法律的具体规定,按照选择例示的方法确定计算基数。适用上述标准还不能确定的,权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的,可以根据被侵害的权利类型、侵权行为的性质和情节等因素,确定给予五百万元以下的赔偿。

值得注意的是,这些法律规定的选择标准都是递进式的,有先后顺序。不过,《民法典》第1182条规定侵害人格权造成财产损失的计算,已经把原《侵权责任法》第20条规定的递进式改为选择式,更有道理。^㉓对此,应当借鉴。

^⑳ 参见前注①⑥,黄薇主编书,第127页。

^㉑ 参见前注①⑥,黄薇主编书,第189页。

^㉒ 更为详细的考虑因素,参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编《中华人民共和国民法典理解与适用·侵权责任编》,人民法院出版社2020年版,第537-538页。

^㉓ 参见杨立新、李怡雯《中国民法典新规则要点》(增订版),法律出版社2021年版,第614-615页。

(3) 特别标准

在上述法律规定的惩罚性赔偿数额的计算基数中,都规定了“赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支”的内容。对此,应当计入选择性惩罚性赔偿的损失数额中,作为计算基数。

(4) 酌定标准

《著作权法》《商标法》《专利法》都规定了酌定的计算基数。权利人的实际损失、侵权人的违法所得、侵权人非法获利以及权利使用费难以计算的,由人民法院根据侵权行为的情节,判决给予五百万元以下的赔偿。其中《著作权法》规定的下限是500元,《专利法》规定的下限是3万元,《商标法》《反不正当竞争法》没有规定下限。在这样的范围内确定惩罚性赔偿,法官根据实际情况,确定具体的赔偿数额。

这个限额究竟是实际损失的数额,还是惩罚性赔偿的数额,笔者更倾向于实际损失数额,可以作为惩罚性赔偿数额的计算基数。

2. 法律没有规定但有法律可以参照的惩罚性赔偿计算基数的确定

《民法典》第1207条规定的恶意产品侵权责任的惩罚性赔偿,没有规定惩罚性赔偿的计算基数。这种惩罚性赔偿比较容易找到可以参照的标准,即对恶意产品侵权责任的惩罚性赔偿,可以参照《消费者权益保护法》第55条第2款以及《食品安全法》第148条的规定,以实际损失作为计算基数。

3. 没有法律规定的惩罚性赔偿数额计算基数的确定

《民法典》第1232条污染环境或者破坏生态的惩罚性赔偿,也没有规定惩罚性赔偿的计算基数,学理应当提出参照的方案。对此,侵害知识产权惩罚性赔偿的计算基数的确定提供了有益的思考。

由前述内容可知,确定惩罚性赔偿数额计算基数的一般规则,应当是依照侵权行为所造成的实际损失计算。确定了侵权行为造成的实际损失,就确定了惩罚性赔偿数额的计算基数。

之所以确定侵害知识产权惩罚性赔偿的计算基数的规则比较复杂,是因为侵害知识产权的实际损失比较难确定,因而规定可以用不同的方法。《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》第5条规定的确定惩罚性赔偿数额计算基数的方法,是依照相关法律,可以按照三个标准计算:一是原告的实际损失数额;二是被告的违法所得数额;三是因侵权所获得的利益。这三个计算基数均难以计算的,则依法参照该权利许可使用费的倍数合理确定,并以此作为惩罚性赔偿数额的计算基数。在计算基数中,不包括原告为制止侵权所支付的合理开支;如果法律另有规定的,依照其规定。

与此相类似,环境污染或者生态破坏中的损失也难以确定,可以参照侵害知识产权惩罚性赔偿的多种计算基数并存的模式。也就是说,污染环境或者破坏生态的惩罚性赔偿也应当原则上按照实际损失作为计算基数。例外情形下,可以适用“选择标准”“特别标准”或者“酌定标准”来确定计算基数。

4. 惩罚性赔偿数额计算基数的举证责任

法院为确定赔偿数额,在权利人已经尽力举证,而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料;侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的,人民法院可以参考原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数。

这里适用的是举证责任缓和规则。^③当原告承担举证责任达到较大可能性即盖然性标准的程度,基于其举证能力的限制不能达到高度盖然性即极大可能性的标准时,实行举证责任转换,由被告承担推翻原告证明的责任。如果被告不提供或者提供虚假的账簿、资料,就确定其不能完成应当承担的举证责任,原告举证证明的主张就成立,可以依照原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数,确定惩罚性赔偿数额。

^③ 举证责任缓和规则,参见前注^①杨立新书,第534-537页。

(三) 惩罚性赔偿计算倍数的确定

1. 法律已经确定惩罚性赔偿计算倍数的依照法律规定

(1) 知识产权领域的法律规定

《著作权法》第54条第1款后段、《商标法》第63条第1款后段、《专利法》第71条第1款后段和《反不正当竞争法》第17条,都将故意侵害知识产权的惩罚性赔偿的计算倍数规定为一倍以上五倍以下。

知识产权人恶意通知造成平台内经营者损失的惩罚性赔偿的计算倍数,《电子商务法》第42条第3款规定为“加倍”,为一倍。

尽管《民法典》第1185条没有规定故意侵害知识产权惩罚性赔偿的计算倍数,但是按照上述其他法律的规定,可以确定侵害知识产权以及知识产权人恶意侵害平台内经营者合法权益的惩罚性赔偿的计算倍数。

(2) 消费领域惩罚性赔偿数额的计算倍数

产品欺诈或者服务欺诈造成损害惩罚性赔偿数额的计算倍数,《消费者权益保护法》第55条第2款规定为两倍。生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知不符合食品安全标准的食品造成损害惩罚性赔偿计算倍数,《食品安全法》第148条第2款规定为三倍。

2. 法律没有规定但有法律可以参照的惩罚性赔偿计算倍数的确定

《民法典》第1207条规定恶意产品侵权责任的惩罚性赔偿没有规定其计算倍数,可以参照《消费者权益保护法》《食品安全法》的规定,一般产品为二倍以下,食品为三倍以下。

3. 没有法律规定的惩罚性赔偿数额计算倍数的确定

对完全没有法律规定的惩罚性赔偿计算倍数的故意污染环境和破坏生态的惩罚性赔偿,法官有自由裁量权,但是也不能超出自由裁量权的范围造成惩罚性赔偿数额畸高的后果,应当有一定的上限。目前法律规定的惩罚性赔偿计算倍数,一是故意侵害知识产权的上限为五倍,食品安全特别重要,惩罚性赔偿计算倍数的上限是三倍,一般的产品侵权和服务侵权是两倍;恶意通知侵害平台内经营者权益的为一倍。经过比较可以看到,污染环境破坏生态的惩罚性赔偿涉及公共利益和代际利益,意义重大。即使如此,确定计算倍数为五倍以下也略显过重,以事关食品安全的三倍以下确定其计算倍数,比较稳妥。

(四) 确定惩罚性赔偿数额的考虑因素

依照《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》第6条规定,法院依法确定惩罚性赔偿的倍数时,应当综合考虑被告主观过错程度、侵权行为的情节严重程度等因素。因同一侵权行为已经被处以行政处罚或者刑事罚金且执行完毕,被告主张减免惩罚性赔偿责任的,人民法院不予支持,但在确定前款所称倍数时可以综合考虑。如果被侵权人承担了公益诉讼的赔偿责任的,也是一个可以综合考虑的因素。

对于知识产权单行法规定的依据选择性标准不能确定实际损失数额可以在五百万元以下确定的,是法官自由裁量权的范围,也应当依照上述综合考虑因素,合理确定损失数额。

结 论

在《民法典》第179条第2款的规范下,我国法律规定了较多的侵权惩罚性赔偿规范。在具体适用侵权惩罚性赔偿的法律规范中,《侵害知识产权惩罚性赔偿司法解释》规定具有示范性的借鉴意义。应当以确定侵权惩罚性赔偿数额的计算基数和计算倍数的具体规定为基准,准确确定惩罚性赔偿数额,对于保护权利人的合法权益,惩罚恶意侵权人的侵权行为,维护正常的市场经济秩序,就能够发挥立法所预期的作用,取得良好的社会效果。

本文之所以作如此细致地梳理与分析,主要是因为司法实践中,法官在适用侵权惩罚性赔偿责任的法律规范时,对违约惩罚性赔偿和侵权惩罚性赔偿多有混淆,须特别加以区别。例如,原告黄某娣与被告美容店签订协议书,被告承诺用其所有的“一品莲特号祛痘液”为原告治疗面部皮肤,原告支付对价4000元。原告一直予以配合,但是,不仅面部情况没有好转,反而一步一步恶化,致使原告不仅没有得到治疗,而且导致面部皮肤瘢痕毁容,构成六级伤残,故原告起诉请求判令被告承担侵权惩罚性赔偿责任。法院判决被告赔偿原告黄某娣购买化妆品、接受美容服务对价的三倍1.2万元的惩罚性赔偿;对于原告的残疾,赔偿残疾赔偿金31.786万元。这个判决显然是误解了侵权惩罚性赔偿的计算基数和计算倍数。计算基数方面,法院不是以实际损失的数额作为计算基数,而是按照商品和服务的对价作为计算基数,而这实际上是计算商品欺诈和服务欺诈的惩罚性赔偿的计算基数。计算的倍数也是如此,不是按照两倍以下来计算,而是错误地使用了违约惩罚性赔偿的计算倍数,按照三倍来计算。正确确定该案的侵权惩罚性赔偿金,应当以商品和服务造成的实际损失即残疾赔偿金等作为计算基数,承担两倍以下的惩罚性赔偿。由是观之,这个判决在适用法律上显然是错误的。混淆侵权惩罚性赔偿与违约惩罚性赔偿计算基数和计算倍数的此案绝非孤例,还大有案在,必须提高警惕,防止错误适用法律。这也正是笔者写作本文的初衷。

Abstract: Under the mode of punitive damages liability stipulated in Article 179(2) of the Civil Code, the Civil Code and other laws provide rules for punitive damages for a few type of torts. The Supreme People's Court has promulgated the judicial interpretation of infringement of intellectual property rights, which stipulates the specific rules for the application of punitive damages for intentional infringement of intellectual property rights, and has an important reference value for the correct application of the norms of punitive damages for infringement under the law, to protect the rights and interests of the infringed, to punish the infringement acts that maliciously infringe upon the lawful rights and interests of others, and to maintain the civil social order. To apply the legal norms of punitive damages for various types of torts, the first thing is to determine the composition of different punitive damages liability. Secondly, it is to accurately determine the amount of punitive damages for tort, and to determine the calculation base and calculation multiplier of punitive damages for tort. Finally, it is to consider the specific circumstances of infringement in a comprehensive manner, and to determine the specific amount of punitive damages within the range of the calculation multiplier at discretion. At present, judges confuse the boundary between punitive damages for tort and punitive damages for breach of contract more often in the adjudication, and there are problems of wrong application of law, which should be paid special attention to.

Key words: Civil Code; Punitive Damages for Tort; Calculation Base; Calculation Multiplier; Specific Application

(责任编辑:张红)