

食品安全惩罚性赔偿制度的 法经济学分析

陈业宏 洪颖

【摘要】惩罚性赔偿制度,是法律为了从经济上提高违法犯罪嫌疑人违法成本,遏制不法行为的发生和蔓延,而授权法院可以判处不法行为人的赔偿数额超出其行为实际造成损害数额的一种损害赔偿制度。从法经济学角度分析,该制度使得违法行为人的违法成本远远超出其违法所得,并警醒潜在违法人远离违法活动。然而,我国2015年4月通过的《食品安全法》第148条中规定的“惩罚性赔偿制度”虽然明确了生产者和经营者的首负责任制,并调整了赔偿基数和赔偿数额,但仍然不是真正意义上的惩罚性赔偿制度,因为其设计的食品安全违法成本远小于其违法所得,且消费者维权成本与维权所得比例极不协调,致使食品安全问题无从解决。所以,有必要从主观要件、赔偿金数额计算标准、相关因素考量、配套制度等方面重新构建一个符合经济合理性的食品安全惩罚性赔偿制度,进而有效发挥惩罚性赔偿的功能。

【关键词】惩罚性赔偿 食品安全 法经济学分析

【中图分类号】DF052 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2015)05-0081-05

现代法律意义上的惩罚性赔偿制度肇端于英国法院在1763年就维尔克斯(Wilks)诉伍德(Wood)案所做的判决,该制度在英美法系国家广泛适用于各类故意或者恶意的侵权行为和违约行为。为了解决近年来的食品安全问题,我国则是在2009年《食品安全法》的第96条中引入该制度。然而该法自实施以来,食品安全问题依然没有得到缓解,甚至还有愈演愈烈的趋势。为此,国家对该法进行了修订,目前已经通过的新《食品安全法》第148条中调整了惩罚性赔偿的数额设置和赔偿基数,同时规定了最低赔偿额。但是,由于对惩罚性赔偿制度的错误理解,该新《食品安全法》只是进行形

式上的修改,即只换“汤”,而没有换“药”。我们认为,如果依照新《食品安全法》的惩罚性赔偿制度,不会带来食品安全问题的任何改变。

一、新《食品安全法》惩罚性赔偿条款的法经济学评析

民以食为天,食品是人们赖以生存的生活必需品,食以安为重,食品安全问题关系国计民生,是政府执政能力的直观表现。所以,为了保护公民的食物安全权和健康权,严格规制食品安全制度,我国陆续制定了一系列的法律法规,而且2009年在《食品安全法》第96条中引入惩罚性赔偿制度,提出“十倍赔偿”。然而

我国的食品安全形势依然不乐观，“上海福喜事件”、“武汉转基因大米事件”再次让人们陷入食品安全危机的惊恐中。为此，2013年10月出台《食品安全法（修订草案送审稿）》，历经几次审议在2015年4月24日终于通过，并将从10月1日开始实施。新《食品安全法》将惩罚性赔偿制度规定在第148条第2款，表述为：“生产不符合食品安全标准的食品或者经营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经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。”此次的新《食品安全法》，相对于2009年《食品安全法》在赔偿数额、赔偿基数、赔偿最低额上做出了调整，加大了违法犯罪活动的违法成本，但是，其依然是换“汤”不换“药”的形式变化，并不能为食品安全问题带来任何改变。存在的问题主要表现为：

1. 忽略违法人主观过错及食品利润的规模效应

根据新《食品安全法》第148条的规定，在适用惩罚性赔偿制度的主观恶性性上，对生产者和经营者的要求仍然是不同的，其中生产者适用无过错责任原则，即只要所生产的食品不符合安全标准，便须承担惩罚性赔偿金；而经营者只承担故意侵权责任，即除非经营者明知所出售的食品不符合安全标准，才须承担惩罚性赔偿。这样的适用条件“尽管给予了消费者索取高额赔偿金的权利，却让原告无章可循，也使法院无计可施，最后只好不了了之”。^①

另外，按照此条款的规定可以看出，适用惩罚性赔偿制度针对的只是某一消费者食用的某一不安全食品，但是现实中对于不安全食品的生产者而言，其为了实现利润的最大化，一般都会采取批量生产食品，那么，对于其中批量生产的缺陷产品，如果按照新《食品安全法》的规定，违法人只需要对其中提起诉讼的该部分食品进行赔偿，而对那更大部分的食品没有提起诉讼，所以即使是“价款十倍或者损失三倍的赔偿金”，相对

于违法人从批量生产的缺陷产品中获得的利润来说只是九牛一毛，其感受不到自身利益受损的痛苦，也就无法起到对其惩罚、遏制的作用。

2. 无法弥补履行差错的遗漏

适用惩罚性赔偿时，按照新《食品安全法》的规定需要满足的条件应包括：（1）生产者或经营者的行为违法性；（2）主观恶性性；（3）消费者受到损害；（4）存在因果关系。也就是说，只有具有因果关系的消费者提起损害赔偿诉讼时，才有可能获得惩罚性赔偿金。而在现实中，并不是所有受到损害的消费者都会向侵权人提出赔偿请求，即使消费者提起了诉讼也并不是所有人都可以获得赔偿。所以，法经济学中将“已得到补偿的消费者在全部受害者中的比例”称为履行差错，其存在的原因就在于受害人主张权利寻求保护时是需要成本的，而且由于侵权法制的不完备和诉讼上的举证责任问题，受害人还要承担诉讼上的风险，即存在“理性的冷漠”。^② 所以，由于履行差错的存在，按照新《食品安全法》中规定的惩罚性赔偿责任将使得侵权人只需要赔偿部分受害人，而不需要为其侵权行为承担全部赔偿责任。对于理性的侵权人而言，会因为履行差错的存在而选择肆意侵权，从而满足自己的利益最大化要求。

3. 不足以有效激励消费者维权

消费者是否选择诉讼，会综合考虑各种因素，在经济学假设中消费者同样是理性经济人，所以当其维权的收益大于成本时，就会激起消费者维权的积极性。下面我们通过惩罚性赔偿制度下违法人和消费者间的博弈，来直观验证新《食品安全法》中惩罚性赔偿制度能否有效激励消费者积极维权。^③ 假定博弈双方是有限理性，消费者的战略是选择诉讼或不诉讼，违法人的战略选择是违法或不违法。

① 李响：《食品安全诉讼当中的惩罚性赔偿研究》，《北京社会科学》2013年第4期。

② [奥]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，中国法制出版社2012年版，第278页。

③ 曹婧、孙绍荣：《惩罚性赔偿制度的博弈模型分析——以食品安全问题为例》，《经济体制改革》2010年第4期。

当消费者获得的赔偿额增大时，违法人违法的概率将降低，而消费者选择诉讼的可能性就增大。然而，新《食品安全法》中规定的惩罚性赔偿额，无论是支付价款的十倍还是损失的三倍对于消费者所要付出的诉讼成本是杯水车薪，因其诉讼成本需包括交通费、误工费、住宿费以及各种时间成本，同时维权过程中还要承担高难度的举证责任和败诉风险。面对维权成本高、惩罚性赔偿的标准又很低的情况，不可能激励消费者选择积极维权。

4. 赔偿数额的计算标准不合理

新《食品安全法》中规定消费者请求惩罚性赔偿时，既可以选择要求支付食品价款的十倍，也可选择损失的三倍，并规定在赔偿金额不足一千元时，赔偿一千元。从形式上看，其相对于2009年《食品安全法》第96条中的赔偿基数只有“价款的十倍”将更加合理，但这只是换了“汤”，而没有真正换“药”，即没有真正起到提高侵权人违法成本的作用。在现实中部分食品生产经营者为了追求利益最大化，不惜触犯法律。由于很多大型企业都实现了规模生产，无论是10倍的惩罚性赔偿金还是遭受损失的三倍与其违法犯罪所获得的巨大利润相比是微不足道的。更甚者对于一些经济实力强的大公司完全可以将这些赔偿金计入公司成本，或者采用责任保险的方式转嫁自己的风险。比如，假设一家食品生产企业生产了不安全食品导致10000名消费者受到伤害，该食品的价格是10元，对每位消费者造成的伤害是500元，履行差错是1/10，那么得到赔偿的消费者就只有1000人。按照最优威慑理论，只有要求该企业对其造成的500万元的损害承担全部责任，才能达到最优威慑水平。然而，事实上，按照新《食品安全法》的相关规定，食品生产者只需要支付50万元（ 1000×500 ）补偿性损害赔偿金，再加上10万元（ $1000 \times 10 \times 10$ ）的惩罚性赔偿金，总共是60万元，或者选择50万的补偿性赔偿金，再加上150万（ $1000 \times 500 \times 3$ ）惩罚性赔偿金，总共是200万元。显然，无论消费者选择10倍价款还是损失三倍都使得该不法企业逃避了本应该承担的责任，而这将更加

促使该企业为获取高额利润选择生产不安全食品，从而不会采取有效的措施预防事故的发生。

5. 违法边际成本制裁的缺失

违法人在市场竞争中，无法避免需要参与社会的各种活动，有时候对唯利是图的违法人以毁损品牌形象、限制贷款等方式的制裁比单从罚款上的制裁可能更加有效。特别是对于那些经济实力非常强的违法人，可能一次巨额的惩罚性赔偿金也不足以让其认识到自己的行为对民众、社会造成的伤害，而从边际成本角度出发则效果将截然不同。然而，我们在新《食品安全法》中并没有看到这些与惩罚性赔偿制度相配套的规定，而仅仅从对该违法行为的单一成本出发，严重缺失边际成本的制裁，从而造成惩罚不足，无法遏制违法行为的发生。

二、新《食品安全法》惩罚性赔偿制度的完善

有必要重新构造一个食品安全惩罚性赔偿制度，且应该从符合经济合理性的角度出发，弥补现有的缺陷。

（一）考量不法行为人的主观过错

对比其他国家或地区关于惩罚性赔偿制度的适用条件，比如美国要求“针对那些恶意的、在道德上具有可非难性的行为。”^①我国台湾地区的“消费者保护法”中第51条规定的惩罚性赔偿金的主观要件也是故意或过失。同时，根据罗伯特·考特构建的确定惩罚性赔偿额度的模型显示：对于非故意的侵权最好通过补偿性损害赔偿加以矫正；惩罚性损害赔偿的范围应当局限于故意的侵权。他建议惩罚性损害赔偿应成为一种对施害人而言不正常的或者额外的成本，以阻止这种行为。^②所以，新《食品安全法》中的惩罚性赔偿制度仍然保留对生产者实行严格责任原则的规定实在有失公平，其主观要件应限于是故意或者重大过失才比较合理。

① 王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》2003年第5期。

② 王成：《侵权损害赔偿的经济分析》，中国人民大学出版社2002年版，第192页。

(二) 规范惩罚性赔偿金的确立标准

1. 以同批次不安全食品售价总和或所有消费者的损失作为计算基础

在遭受损害以后,并不是每一个消费者都会向不法商家提起诉讼。即使是按照新《食品安全法》的规定,不法商家对某些提起诉讼的消费者支付了惩罚性赔偿金,但由于人数不多,数额较少,该不法商家逃脱应负赔偿责任的概率非常之大。由此才会让许多不法商家认为有机可乘,为了一己私利,生产高利润缺陷食品。为了能真正发挥惩罚性赔偿制度的惩罚、遏制功能,应该在计算惩罚性赔偿金时,将所有批量生产的缺陷食品或者所有受损的消费者作为计算基数,而不是从单个产品或者单个受损消费者出发。例如,可以考虑将所有缺陷食品的货值金额作为其计算基数,或者以某一个消费者遭受的损害作为基础再乘以食品的销售数量得到一个大概的估算值作为基础再进行细化。

2. 明确违法人违法成本应远大于违法所得

现实中因缺陷食品的生产成本通常都比较低廉,而收益又是其成本的若干倍,所以唯利是图的违法人会选择冒险生产缺陷食品。而民事领域引进惩罚性赔偿制度的最主要目的是为了从经济上加大违法犯罪的违法成本,那么对于到底该加大多少成本则应以其违法所得作为衡量标准。所以,对于惩罚性赔偿金的确立而言,确保违法人的违法成本远大于违法所得十分必要。对于其违法所得,一般应以其所生产缺陷食品的所得利润进行计算。而其违法成本,则除去其低廉的生产成本,主要是违法行为被发现以后被判处的惩罚金数额。如果惩罚性赔偿金的数额足够高,远大于其违法所得,对于理性的商人而言,利益永远是最重要的,如果自己的生产活动无利可得,那么不可能还有人会选择冒险违法生产。

3. 保障消费者获得的赔偿金应高于实际损失

根据前面的论述,只有足额的惩罚性赔偿金才能激励消费者积极维权,但对于消费者而言什么样的标准才能达到足额至关重要。现今很多国家都采用以实际损失作为计算基础,同时根据法经济学的相关分析,也得出惩罚性赔

偿金 = (惩罚倍数 - 1) × 补偿性赔偿金。^① 实际损失只能作为补偿性赔偿的计算基数,无法激励食品消费者积极维权,因为食品消费者在维权时还要承担较高的诉讼成本。没有哪个消费者会为了几元、几十元、几百元的食品安全损害而耗费大量的通讯费、交通费、住宿费、误餐费、误工费、咨询费、律师费、取证调查费以及诉讼费等费用去打官司。即使消费者打赢了官司,依法获取了十倍价款或三倍损失,也无法弥补消费者的维权成本和时间浪费以及精神补偿等。因此,为激励消费者积极维权,不仅需要保障消费者能够获得高额的惩罚性赔偿金,还应当获取必要的维权成本补偿。

(三) 确定赔偿金的延伸性相关因素

英美国家在适用与计算惩罚性赔偿金时通常会考虑很多因素,比如(1)被告主观过错的程度;(2)被告获利的状况;(3)被告的财产状况;(4)被告因不法行为所承担或可能承担的其他法律责任等等。因此,在适用惩罚性赔偿制度时也可考虑相关因素,以便准确地确定赔偿金数额。但此处仅探讨上述四种因素中的后两种。

1. 侵权人的财产状况

虽然一个人应不应该受惩罚,不能根据他是谁去判断,而应该从他的行为出发,这才符合惩罚的基本原则。但是,惩罚性赔偿金能否发生预期的制裁和遏制效果与行为人的财富状况存在密切联系,如果不考虑被告人财富状况判决惩罚性赔偿金,很可能使惩罚性赔偿责任失去应有的作用。因为,从经济学角度出发,对于拥有不同财富的人而言,对单位财富的评价是完全不一样的。因而,如果对于富人和穷人适用相同数额的惩罚性赔偿,而不随着侵权人拥有财富多少而以相同比例变化,则对富人的威慑力将是远远不足的,将无法完全剥夺富人从侵权行为中获得的收益。^②

^① 张云:《产品责任的惩罚性损害赔偿制度研究》,《当代法学》2005年第5期。

^② 陈屹立、张帆:《惩罚性赔偿的法经济学分析》,《经济体制改革》2010年第2期。

2. 行政、刑事处罚

一个侵权行为，有可能不仅仅负民事责任，也有可能要负行政甚至刑事责任。在实际的立法与司法实践中，出于各种原因，通常没有对这几种责任做出严格的区分。对于许多可以施加惩罚性赔偿的行为，可能同时也受其他法的调整，在这样的情况下，惩罚性赔偿责任和行政法责任或刑事责任会存在重叠或竞合。因此，确定惩罚性赔偿时，应当考虑到侵权人遭受的其它罚金，并相应减少惩罚性赔偿额。否则，从最佳威慑的角度来看就会导致对侵权人的过度威慑，造成无效率和不公正。

所以，我们在实际计算惩罚性赔偿金时，需要根据实际情况进行灵活变更。可以采用设置一个惩罚性赔偿的最低限额与最高限额，法官在法定额度内，通过其它因素最终确定赔偿数额。这样，既体现了惩罚性赔偿制度对侵权人不同行为的惩罚与威慑，又能针对不同的案件情况实现该制度激励受害者维权的功能。^①

（四）提升违法边际成本的制裁效果

惩罚性赔偿制度作为法律规则，引入到民事立法中，最重要的也是希望其能惩罚、遏制

违法行为的产生。但是，对于违法人而言，这只是其违法成本的一部分，很多边际成本也是其需要考量的重要因素。由此，我们可以采用一些配套的相关措施，加大其边际成本，从而迫使行为人产生不侵害消费者的动因。比如，对于一些被判处惩罚性赔偿的生产经营者，可以采用信息公开的方式，将之违法行为公之于众，让其接受社会各界的监督。同时，建立起一套完备的信用体系，将这些不良信用企业记录在黑名单中，并与银行、工商、税务机关进行信息共享，从而对该企业的贷款利息率、税收、相关费用进行区别处理。只有这样从各个环节提高其违法边际成本，才能真正遏制其违法行为。

本文作者：陈业宏是法学博士、华中师范大学法学院教授、博士生导师；洪颖是华中师范大学法学院2013级硕士研究生
责任编辑：赵俊

^① 袁武强、张在范：《论我国食品安全领域惩罚性赔偿责任制度的重构》，《行政与法》2009年第1期。

The Economic Analysis of the Punitive Compensation System Regarding the Food Safety Chen Yehong Hong Ying

Abstract: Punitive compensation system is a special system which authorizes the court to condemn higher forfeiture than the actual damage made by the criminal. This system aims at increasing the cost of illegal behavior and preventing the extending of crime. Stepping from economic analysis of law, the punitive compensation system aims at making the cost of illegal much higher than illegal gains and alerting the potential criminal away from this. However, the punitive compensation system of Article 148 of Food Safety Law provides the first-person responsible system and amends the amount of compensation, but it is still not the so-called punitive compensation system. This is because illegal gains and the profit of maintaining legal rights are still far beyond the punishment in Food Safety Law and the cost of maintaining legal rights, all of which have caused the food safety problem inextricably. Therefore, a model of punitive compensation system from the elements of subjective, and the amount of forfeiture should be established, and thus punitive compensation system could elaborate its virtue.

Keywords: punitive damages; food safety; economic analysis