

侵权法惩罚功能的再思考

——兼评《侵权责任法》第1条、第47条

孙玉红

【提要】我国《侵权责任法》第1条关于“制裁侵权行为”的立法宗旨，第47条关于惩罚性赔偿的规定，引起了侵权法是否具有惩罚功能的激烈争议。如以侵权法功能的定义和特征为基础，探讨侵权法的性质，可知惩罚不是侵权法的功能。尽管我国存在有争议的惩罚性赔偿规定，但是该规定并未突破侵权法的私法性质，惩罚仅是实现侵权法遏制功能的手段。因此，应完善《侵权责任法》第1条，删除“制裁”的立法目的；明确惩罚非为侵权法的功能，为司法裁判适用第47条以确定赔偿标准提供科学指导。

【关键词】侵权法的功能 惩罚功能 惩罚性赔偿

〔中图分类号〕 D924.34 **〔文献标识码〕** A **〔文章编号〕** 1000-2952 (2011) 04-0076-05

《侵权责任法》在救济法的定位下确定了损害赔偿制度的核心地位，顺应了侵权法功能的发展趋势。其第1条明确规定：“为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法。”该条作为立法宗旨对侵权责任法的制定和适用具有明确的指导价值。然而，其中之“制裁”规定却使侵权法是否具有惩罚功能的问题争论愈发激烈，又因为该法第47条关于惩罚性赔偿的规定极其简单，使得侵权法惩罚功能问题的论证对该条的适用尤为重要。因此，只有明确什么是侵权法功能，才能对侵权法是否具有惩罚功能做出判断，才能将误以为侵权法功能的概念加以澄清。本文期望对上述问题的回答和论证对于《侵权责任法》的适用及相关理论的完善有所裨益。

一、惩罚功能引起的争议

惩罚始终与刑罚、责任、制裁等概念密切联系，在功能层面，惩罚为刑法的主要功能应没有异议，但是在侵权法领域，惩罚是否为其功能却形成两种截然不同的观点。有明确表示肯定者，如江平教授主编的《民法学》认为，“惩罚是侵权行为法的功能，从中可以看到

古代侵权行为法在现代侵权行为法中的痕迹。”台湾学者曾世雄说：“民事责任所具有之功能主要为修复功能，除此之外，尚有预防功能和惩罚功能，唯后两种功能并不彰显，因之殊少受到重视。”^①有主张“制裁说”者，如早期主张制裁功能的学者冈松参太郎，他以过错责任原则为立论的基础，主张以适当的经济上的制裁来报复加害人，使其受到与其加害行为的程度相应的损失。后来的学者戒能通孝教授对补偿性的“抚恤金”作了独特的解释，指出抚恤金不过是“披上了损害赔偿色彩的刑罚”，实质上将抚恤金解释为带有制裁功能的“私罚”。之后，还有学者主张导入美国的惩罚性损害赔偿制度，以加强日本法的制裁功能。^②王利明教授认为，“侵权责任和其他法律责任一样都具有制裁、教育违法行为人的职能。没有制裁性的法律责任在性质上已经丧失了法律

① 曾世雄：《损害赔偿原理》，中国政法大学出版社2001年版，第8页。

② 刘荣军：《日本侵权行为法沿革》，《日本民商法研究（一）》，法律出版社2003年版，第361页。

责任的固有性质。”^①事实上，许多关于侵权法具有惩罚性的论述是建立在民事责任是否具有制裁或惩罚功能这个问题的肯定回答上的。坚持者认为，民事责任实际上就是对违法行为的制裁，因此，侵权责任法通过制裁违法行为，可以遏制违法行为的发生，以建立良好的社会秩序。当然亦有许多学者持反对态度，多数人认为，侵权法是私法，在侵权损害赔偿中任何私人不能对另一个与之处于平等地位的私人实施制裁或惩罚。因此，当一个社会成员的合法权益受到另一个社会成员的侵害时，他所能要求的，就是使他所受到的补偿获得填平。^②也有学者认为，“惩罚是早期侵权行为法的主要功能，随着社会的进步，公法与私法的分离，在私法领域中，带有野蛮色彩的惩罚功能已经被现代文明所抛弃。”^③

侵权法所以采取负激励方式为人们行为预设一定的否定后果，目的乃鼓励人们做出法律所要求或者期望的行为或者警示人们不为其禁止的行为，这种目的的实现主要依靠侵权法功能的发挥。但是在我国，由于法律功能理论研究的弱势、侵权立法的局限以及学者对侵权法功能研究欠缺重视，使得侵权法功能的基本概念不清，人们对侵权法功能的认识不尽一致。因此，在填补损害成为侵权法基本和首要功能并得到一致认可的同时，惩罚是否是或者能否成为侵权法的功能成为争议的焦点。

二、惩罚功能于侵权法功能性质下的辨析

（一）侵权法功能的定义

“功能”之词，意指“效能、功效”，这种效能或者功效从产生起就依附于一定的事物或者存在上，故表现出丰富的远远超出其词意本身的内涵。不仅于生物学、社会学、法学、系统科学等不同领域，即使于同一个领域，“功能”的用法各不相同。尽管如此，功能具有的“对所助益对象的功效”，“属于总体活动的一部分的某种活动对总体活动所作的贡献”^④的基本意义是相通的。而在社会学里，功能概念得到了最为广泛的应用，正是有了这样的学术环境，法律的实证研究才开始被置于其社会中进行。其中，西方社会学功能学派的一些代表人物在表达和发展其功能主义思想的同时，将其方法用在了法学领域，进而对法的功能理论的形成和发展做出了不同程度的贡献。与此同时，我国的学者多数在对法律作用的辨析中不断认识法律功能。尽管学者对法律功能的内涵赋予不同的内容，但是或多或少都受一种可资参考的社会系统分析方法或视角的影响，即对法的研究不仅将其置于社会系统这一有机整体中，使其与其他的系

统在调整其自身结构以适应环境变化的过程中共同支撑着社会大系统的正常运行和协调发展，而且其自身也可以作为一个有机体，有其内在的结构和模式，有其得以延存和发展的各种环境，并在与其他系统保持相对均衡与协调的前提下保持自身的良性运行，并且实现由法的功能体现的法的存在和价值。据此探究侵权法的功能，采取“属加种差”定义方法，首先找出侵权法功能的邻近属概念，即“性能”或者“能力”，其次在该属概念之下发掘侵权法与其他部门法不同的特性，如此，侵权法的功能可以被定义为：侵权法作为体系，在损失补偿、侵权行为遏制及权利保护等基本目的指引下，基于其内部一系列与民事责任相关的概念、原则、规则等要素之间的相互作用，通过与社会主体相互联系并产生一定的客观后果而表现出的对自身、法律体系以及社会大系统良性运行、协调发展发挥作用的能力。该概念于揭示邻近的属概念的同时将侵权法功能具有的内在确定性、客观性与侵权法的结构相对应的特征揭明，区别了侵权法的作用和价值。

（二）侵权法功能的特征

1. 内在确定性。侵权法的功能直接依附侵权法本体，随侵权法的产生而产生，并在一定时期内保持相对稳定性，其内容和种类只会随着侵权法的变化而变化，不会因为社会主体的活动而改变，因而具有确定性和稳定性。该特征将其与侵权法的作用区别开来，后者是侵权法对人们的行为和社会生活的影响和实效，是侵权法的制定者于一定的时空条件下对侵权法所赋予、设定的，用来影响社会主体和社会关系的力量，而主体和社会生活是变动着的，因而侵权法的作用常有变动。只是侵权法的功能常常需要通过一定的运动，作用于一定的事物，产生一定的客观后果，才能使人们感受到它的存在。所以，一定意义上说，侵权法的作用是侵权法功能的外化。

2. 体现与本体的关系具有客观性。侵权法的功能体现的是其作为结构的对应与作为本体的侵权法之间的关系，与体现一种主客体之间关系的侵权法的价值不同。后者是作为主体的人对作为客体的侵权法的认识，是侵权法具有的可以满足或者影响社会主体需要

① 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第54页。

② 肖青山：《侵权损害赔偿的功能探析》，《法制与社会》2008年第3期。

③ 尹志强：《侵权行为法的社会功能》，《政法论坛》2007年第9期。

④ [美] J. 威尔逊：《功能分析介绍》，罗述勇译，《国外社会科学》1986年第10期。

的属性和潜能,它不是自发体现的,而是在同社会主体发生关系的过程中体现的,它通常表现出对主体的积极有用性。相比而言,侵权法的功能不是立法者的主观意向,即不直接表现为对作为主体的人的贡献,而是直接表现为对自身或者所属系统维持和发展的贡献。

3. 与侵权法的结构相对应。侵权法作为系统具有特定的结构和功能,其中,结构是从系统的内部描述侵权法的性质,功能则是从系统的外部描述侵权法的性质,二者遥相呼应。也就是说,侵权法具有何种要素和结构,必然就会有何种功能,关键在于侵权法的性质如何。

(三) 惩罚不应成为侵权法的功能

侵权法的功能由侵权法的本体决定,因此,侵权法具有何种功能取决于侵权法在何种性质下构成。按照大陆法系国家法律的传统划分,只有在将法律划分为公法和私法具有非常意义前提下,私权和公权或者私法责任和公法责任的讨论才有必要和解释依据。尽管有人指出公法和私法划分理论有局限性,比如公法与私法两者之间的界线难以划清,公法与私法的划分本身不是目的,而是一种手段或者方法;从法律制度的现实情况来看,许多法律关系与法律规范也体现出“混合性”的特点。^①但是,这种局限只能说明不能将公法和私法绝对化,却不能成为否定公法与私法理论划分意义的理由。理论上,公法与私法在调整范围、调整手段、保护对象、责任方式和社会功能方面具有很大差异。仅就责任而言,私法责任与公法责任存在质的差别:第一,私法责任是补偿性责任,它通过消除影响、恢复名誉、赔礼道歉、恢复原状以及赔偿损失等责任方式补偿受害人的损失和救济受损权益;公法责任是一种惩罚性责任,是国家有关专门司法机关或行政机关依照职权对违反公法的行为人所采取的强制措施,这种措施尽管有财产形式的惩罚,如罚金、没收等,但因违反公法(主要是刑法)的行为多是对社会有严重危害性的行为,所以公法责任还采取了包括限制、剥夺自然人的自由、政治权利甚至生命的责任形式。第二,私法责任的成立并非都以主观心理状态为要件,而公法责任成立的基础离不开主观过错,虽然也考虑客观损害,但主要目的是为了确定主观恶性程度,有时行为虽然不存在客观损害但可以根据行为的主观恶性来施加惩罚。第三,私法责任的评价因素主要是事实评价,道德因素在确定责任承担方面的作用是微不足道的;而公法责任的评价标准带有明显的浓厚的道德因素,离开了道德因素的参与,“惩罚”这一法律现象也就会失去其赖以存在的基础。^②

通过上述的分析可见,公法责任与私法责任自有区别以来并非发挥法律责任的整体功能,而是要凸显各自的部分功能,这种功能因为其所依附的责任性质的不同而表现出惩罚与补偿属性。作为调整平等民事主体之间责任法律关系的部门法,侵权法非属以国家机器为主导的公领域,因此,侵权法不应也不能赋予其中任何一方对另一方进行惩罚的权力,而只能以迫使侵权人对被侵权人进行充分赔偿作为其主要的责任方式,并以此对未来的侵权行为实现某种程度的遏止。换言之,侵权法仅要求不法行为人对于由其行为带来的损害承担赔偿责任,而不在于强制行为人放弃所有的加害行为,它所追求的是行为人能将其带来的损害内在化,而不以牺牲行为人的创造性活动自由为代价来换取零损害的结果。但是,以刑事责任为核心的公法责任是以惩罚犯人、预防犯罪、保障社会安宁为目的,其承载的惩罚功能,无论从其文义还是内涵抑或其依赖的公法责任性质,不仅无法在侵权责任以及侵权法的特征中得到体现,而且也无法使侵权法的赔偿功能有着令加害人如受惩罚般的痛苦。所以,从侵权法的私法性角度考量,惩罚不能构成侵权法的功能。

三、我国惩罚性赔偿规定与惩罚功能关系的再思考

(一) 我国存在有争议的惩罚性赔偿规定

侵权责任为补偿性责任,受害人通常不会被允许获得超出其损害范围的补偿,因此不会出现侵权法具有惩罚功能的断言。然而,当英美法系普通法上的一项重要法律制度即惩罚性赔偿,在大陆法系国家,包括在我国内地及台湾地区的侵权制度中出现后,侵权法惩罚功能论随之产生并受到各种诘难,其中之一便是“基于加害人的特定不法行为,而由加害人向受害人给付的在受害人实际损失之外的金钱赔偿即惩罚性赔偿违反了民事损害赔偿没有惩罚功能之原则”。在我国的法律体系中,最早规定惩罚性赔偿制度的是1993年制定的《消费者权益保护法》,该法第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者接受服务的费用的一倍。随后,最高人民法院于《审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定,对出卖人故意隐瞒一定事实的行为而导致合

① 王旭亮:《民法世界里的罪与罚——惩罚性赔偿的法理阐释》,《研究生法学》2006年第5期。

② 郑成良主编《法理学》,高等教育出版社1999年版,第142~143页。

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。2009年《食品安全法》也规定了惩罚性赔偿，但在赔偿的数额方面有所变动，该法第96条规定：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。然而，2009年制定的《侵权责任法》却没有明确赔偿标准，该法第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。然而，上述规定的出现同样没有避免侵权法惩罚功能引起的争议。

（二）惩罚性赔偿规定没有突破侵权法的私法性质

现代意义上的惩罚性赔偿发端于近代的英国，它是因弥补补偿性赔偿的功能不足产生的。作为时代的产物，其从产生起就是作为民事责任的一种例外存在的。关键是这种例外是否值得存在，其所表现出的与众不同的性质是否是无法接受的，或者是否扰乱了整个民事责任乃至民法的秩序。事实上，惩罚性赔偿制度的价值，主要通过使加害人负担超出受害人损害的赔偿达到使一些原本仅依赖补偿性赔偿得不到遏制的行为在惩罚性赔偿制度适用下能够达到遏制的目的。尽管惩罚性赔偿重点是为了凸显“惩罚”，但是其具有的赔偿责任形式注定源于民事责任。因为法律责任的性质决定于被违反义务的性质。进而言之，当行为人违反了不得加害他人受民事法律保护的财产权和人身权义务时，该义务违反人需要承担民事责任；当行为人违反了不得加害他人受刑法保护的人身权和财产权义务时，该义务违反人需要承担刑事责任。在惩罚性赔偿的案件中，可以确定的是加害人违反了一定的民事义务，所以其承担的责任应是一种民事责任。至于责任方式，或者说赔偿的数额的多少并不影响违反民事义务的事实。可以说，惩罚性赔偿可能使加害人受到比在补偿性赔偿情形下更多或者更大的痛苦，但是这种效果对于加害人来说恰恰能产生特别遏制作用。所以，从惩罚性赔偿适用的范围和条件的限制上可以看出，该制度对于加害人而言就是为了对他产生特别遏制并形成对他人的一般遏制而非为了使其遭受报应和接受惩罚，所谓的惩罚只是实现该遏制目的的手段而已。

（三）惩罚非侵权法的功能而是实现遏制功能的手段

首先，一般意义上理解惩罚，通常都与违反规则并接受一种不利后果相联系。比如，孩子淘气父母对其体

罚，或者在政党和社会团体中成员违反团体规则而被给予纪律处分等。从这个意义上说，法律责任也是一种惩罚，只不过法律责任的惩罚是将法律作为整体，从法律特有的强制性、制裁性特征突出法律的功能，以区别作为社会制裁的惩罚，比如良知惩罚，它是一种广义的法律惩罚。然而，作为法律责任的组成部分，侵权责任是私法上的责任，它通过回复性的且主要是赔偿性的责任形式使侵权者负担法律上公认的不利后果。刑事责任则是公法上的责任，它通过刑罚规范让加害者付出代价。两者作为法律责任的组成部分共同实现着作为法律责任的广义上的惩罚功能。

其次，在法律层面，惩罚的语义无不与刑罚、处分、制裁等严厉手段和痛苦感受相连。例如，《辞海》对“惩”的解释为“戒止”、“惩罚”；把“罚”解释为“处分犯罪或犯规的人”。^①《牛津英语词典》对惩罚的解释是“作为报应而对违法行为施加的刑罚”。^②《牛津法律大辞典》则认为，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、资格丧失或者其它损害”。《布莱克法律词典》认为“惩罚是一种制裁，如罚款、刑罚、监禁或财产、权利或特权的丧失”。^③《法律词典》认为“惩罚是一种惩罚的行为或方法，是针对违法行为而做出的刑罚，惩罚被界定为引起痛苦或报应”。^④

最后，理论研究中，对法律惩罚的阐释或者理解无不与刑罚相连，甚至就是对刑罚的特指。例如，按照哈特的定义，界定法律惩罚具有以下标准：（1）惩罚必定涉及痛苦或者其它结果，而这些结果通常被认为是不快乐的；（2）惩罚必定是因为违反法律规则而被制定；（3）惩罚必定是因为这个违法行为而施加于实际的或者假定的违法者；（4）惩罚必定是由他人而不是违法者有意地执行；（5）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。^⑤而罗尔斯对惩罚的解释是，“说一个人受到惩罚，是指依据他所违反的法律规则而依法剥夺他作为一个公民应该

① 《辞海》，上海辞书出版社1979年版，第3653、3857页。

② 《牛津英语词典》，上海外语教育出版社2001年版，第1504页。

③ *Black's Law Dictionary*, West Group, ST. Paul, Minn., 1999.

④ *The Law Lexicon*, by T. P. Mukherjee & K. K. Singh, Central Law Agency, 1989.

⑤ Hart, H. L. A. (1968), *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, p. 1. 转引自王立峰“法律惩罚的哲理分析”，中国人民大学2004年博士学位论文。

享有的正常权利。他对法律的违反已经由法院根据正当程序而确定,对他权利的剥夺由国家的法律权威机关来实施,他所违反的法律规则对什么行为构成违法、对该违法行为处以什么刑罚都作出了明确规定,法院严格地解释法规,而法律规则先于违法行为而存在。”^①

由上可见,法律惩罚具有广义和狭义上的理解,广义上的惩罚指的是法律责任具有的功能,而狭义上的惩罚主要指的是刑罚具有的功能,它是刑法按照与其他法律部门不同的分工,基于其内部结构所表现出的特有功能并与其他责任在实现不同社会功能的过程中体现的。该意义上的惩罚是刑法通过刑事责任的最严厉性质、最强威慑作用、最强烈的道德责难性使违法者付出最为严重的代价,这是一种法律上公认的严重的不利后果,它既非广义的不利后果也非回复性的非严重谴责性的后果。但是无论广义的惩罚还是狭义的惩罚,两者均不是也不宜成为侵权法的功能,惩罚性赔偿所具有的惩罚性充其量只能成为损害赔偿具有的遏制加害行为功能的实现手段。

四、结语

法律责任因“责任”多义而表现出非单一的内涵,虽学说有义务说、后果说、处罚说、负担说等,但对于违法者而言均为一种公认的不利后果即惩罚,惟法律责任之惩罚是将法律作为整体从其强制性、制裁性特征突出其功能的一种广义的法律惩罚。因此,

作为法律责任的组成,侵权责任与刑事责任无异,均具有实现广义的惩罚、制裁的功能。但是,当惩罚的语义无不与刑罚、处分、制裁等严厉手段和痛苦感受相连时,在理论研究中,对法律惩罚的阐释或者理解无不与刑罚相连,甚至就是对刑罚的特指时,当公法上的责任与私法上的责任具有质的区别而突出表现为一种惩罚性和制裁性时,侵权责任却通过回复而非使加害人付出代价的方法表现出一种补偿性质。由此可见,无论从实然还是应然层面,制裁或者惩罚都不是也不应该是侵权责任法的目的和功能。因此,建议修改侵权责任法第1条,删除“制裁侵权行为”的立法宗旨;明确惩罚不是侵权法的功能,这样,在司法裁判适用第47条时,能为确定惩罚性赔偿的标准提供科学的指导,防止为了惩罚而任意确定比较高的赔偿标准。当然,学人所闻或者所言的“侵权法的惩罚性”或者“侵权法具有惩罚功能”在适用时是需要解释的。

本文作者:西北政法大学民商法学院副教授、硕士生导师,北京大学法学院民商法博士研究生
责任编辑:赵俊

① Rawls, *Two concepts of Rules*. 转引自王立峰“法律惩罚的哲理分析”,中国人民大学2004年博士学位论文。

Rethinking the Punitive Function of Tort Law

——Also on Articles 1 and 47 of Tort Liability Law

Sun Yuhong

Abstract: The provisions of China's Tort Liability Law concerning its legislative purpose of sanctioning tort acts in article 1 and punitive damages in article 47 have aroused a heated debate about whether tort law has the function of punishment. With a view to the definition and features of tort law functions, and through a thorough study on the nature and historic evolution of tort law, it can be concluded that punishment is not the function of tort law. Albeit China's controversial provisions on punitive damages, the nature of tort law as a private law remains unchanged with punishment used only as a means of achieving the containment function of tort law. Therefore, it is proposed that article 1 of tort law be perfected by deleting the legislative purpose of "sanction" and the "non-punitive" function of tort law be clearly established, thus providing scientific guidelines for applying article 47 and determining damages in judicial adjudication.

Key words: the function of tort law; punitive function; punitive damages