

惩罚性赔偿的行政法反思

赵 鹏*

内容提要：惩罚性赔偿在我国的引入和发展是对行政规制失灵的回应。该制度在激励私人参与公共规制的同时，也带来了过度的、缺乏效率的诉讼，导致法律规范当中不合理、不一致和表意模糊的内容被高度滥用。为此，司法系统需要发展和提高调控私人行动的技术与能力。我国过去偏于倚重行政规制，在此背景下引入惩罚性赔偿，需要在制度设计层面作大量精细化处理，确保惩罚性赔偿与既有行政规制体系的功能相协调，并在制度演进过程中兼顾彼此。

关键词：行政规制 惩罚性赔偿 职业索赔 请求行政机关履职之诉

一、问题的提出

二十余年间，肇端于1994年消费者权益保护法的惩罚性赔偿制度，经由食品安全法、侵权责任法等法律的引入与发展，已颇具影响和规模。近期，其适用范围还可能扩展至证券、专利和著作权等其他领域，^{〔1〕}同时，因催生了职业索赔等不良现象，这一制度亦在学界和实务界招致诸多非议。^{〔2〕}

对于惩罚性赔偿，司法机关的态度颇为摇摆。在食品药品监管等领域，为放大这一制度的规制效果，最高人民法院曾明确支持“知假买假”者的请求权；^{〔3〕}此后，又因为该制度被频繁用于解决产品标签瑕疵、产品说明瑕疵等无足轻重的问题，浪费了司法资源，而“考虑在除购买食品、药品之外的情形，逐步限制职业打假人的牟利性打假行为”。^{〔4〕}职业

* 中国政法大学法治政府研究院副教授。

本文是国家社科基金重大项目“国家治理体系现代化与法治政府”（14ZDA018）的阶段性成果。

〔1〕 见证券法修订草案送审稿第92条、专利法修订草案送审稿第65条、著作权法修订草案送审稿第76条。

〔2〕 对职业索赔群体引发的各种争议的梳理，可以参见赵亚翔：《“职业打假”的公共价值：社会认同与信念之争》，《浙江社会科学》2013年第3期，第101页以下。

〔3〕 最高法院曾明确表示，在食品、药品领域，购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买，不影响其请求惩罚性赔偿的权利。见《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2013〕28号）第3条。

〔4〕 见《对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》（最高人民法院办公厅法办函〔2017〕181号）。

索赔人频繁要求行政机关对其举报进行查处,并以查处结论为依据提出赔偿请求,也给行政监管部门带来了巨大压力。不少行政官员认为,市场秩序的规范“需要更多地依赖国家制度的建立健全和行政机关的严格监管”。〔5〕作为回应,工商总局起草的消费者权益保护法实施条例(征求意见稿)已将“以营利为目的而购买、使用商品或者接受服务”明确排除在保护范围之外。

上述事实提醒我们,职业索赔现象背后的惩罚性赔偿制度应当得到全方位、多视角的检视,其中,以行政法为基础的公法视角必不可少。一方面,前述职业索赔者滥用惩罚性赔偿制度,过度浪费司法资源的现象,只有在与功能相近的制度安排,如行政执法进行比较后,方能得到全面评估;另一方面,惩罚性赔偿在与行政法的一些运行机制结合后,衍生出许多实践问题,需要得到行政法层面的回应。实际上,民法学界早有观点主张,惩罚性赔偿是“私法机制达成公法目的一种特殊法律责任制度”;〔6〕亦有学者提出,需要体系化地处理惩罚性赔偿和行政处罚、刑事责任的关系。〔7〕遗憾的是,行政法学界尚未对此进行系统性回应。有鉴于此,本文尝试从行政法的角度分析我国引入惩罚性赔偿的特殊背景、这一制度解决已有问题的能力和招致新问题的可能,以及这一制度在嵌入我国行政规制传统的过程中需要特别处理的问题。

二、我国惩罚性赔偿兴起的背景

不同的法律传统对待惩罚性赔偿的态度有明显差异。以德国为代表的大陆法系在赔偿责任方面恪守损失填补的界限;〔8〕而在英美法系,特别是美国法当中,惩罚性赔偿被广泛应用。〔9〕无论是从民法自身,还是公、私分离的法律体系架构来看,我国的法律制度和理念都同德国更为接近。这构成了我国惩罚性赔偿兴起的特殊背景。

(一) 惩罚性赔偿与公共规制的路径选择

规制消费欺诈、产品安全事故等问题,通常有两条基本路径:直接的行政规制和通过私人主张权利的间接性规制。〔10〕其中,私人诉讼的功能是双向的:对于个人而言,可以提供权利受损后的救济;对于社会而言,能够吓阻未来的违法行为。然而,这样的双重定位亦使其公共规制功能受到制约。一方面,为证成权利救济的必要,原告需要证明过错、损害、因果关系等要件的存在,成本不菲,且不确定性较高;另一方面,由于损失补偿的回报有限,大多数的合法请求根本不会被提出。直接的行政规制被认为是解决私力救济不畅的最佳方案。过去的一个多世纪里,主要的工业国家都见证了行政国的崛起。当然,私法自身亦在进化,在传统的权利救济之外,不断强化着公共规制的功能。〔11〕

尽管上述两条路径在同时发展,不同法律体系对于不同路径的倚重程度却是差异明显。

〔5〕 袁冰:《从一起职业打假案看〈食品安全法〉的十倍赔偿规定》,《工商行政管理》2011年第7期,第51页。

〔6〕 金福海:《惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社2008年版,第57页。

〔7〕 参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014年第3期,第122页以下。

〔8〕 参见谢怀斌:《外国商法精要》,法律出版社2006年版,第186页。

〔9〕 参见王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》2003年第5期,第1页。

〔10〕 参见〔美〕波斯纳:《法律的经济分析》上册,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第55页以下。

〔11〕 参见宋亚辉:《论公共规制中的路径选择》,《法商研究》2012年第3期,第94页以下。

美国被认为更加依赖私人诉讼进行公共规制，在某种程度上是一个诉讼国家。^[12]相反，一些以德国为代表的欧洲大陆国家恪守公、私分离的法律传统，更加倚重行政规制实现公共目标。这种路径选择上的分化或可归因于政治结构、文化传统等诸多因素：美国的政治结构形成了一个弱化和分散的行政分支，司法机关不得不承担更多的公共规制功能，盛行于美国的实用主义哲学，也使得美国社会对于私人滥用司法程序所产生的伦理争议容忍度更高；而一些欧陆国家历史上拥有强大的行政官员系统，形成了借助专业官员进行公共规制的官僚法律主义传统。^[13]

惩罚性赔偿在美国的广泛使用，与该国的法律传统不严格区分公、私法，将民事诉讼作为执行行政性法规、进行社会控制之主要工具的传统紧密相关。^[14]实际上，即使美国存在实质意义上的公法，民事诉讼也将在这类法律的执行过程中发挥重要作用。^[15]相反，在德国这类拥有强大行政规制体系，恪守公、私法分工的国家，不仅不认可惩罚性赔偿，即使是外国法院的惩罚性赔偿判决，也有可能因违背其公共政策而被拒绝执行。在这些国家的观念中，惩罚性的力量应由国家垄断，并在特定的程序保障下实施。^[16]即便是对于集团诉讼这一类的试图借助私人行动实现公共目的的制度手段，这些国家的态度也相当谨慎。^[17]

（二）我国引入惩罚性赔偿的实用考虑

我国素来倚重严格而繁复的行政规制体系来实现公共目标，从逻辑上看，似无引入惩罚性赔偿的必要。特别是在改革开放初期，政府包揽一切的模式被抛弃，法律层面需要相对清晰地厘定政府规制和私法自治的边界。惩罚性赔偿既带有私法属性，又明显承载了国家的规制目标，其制度定位令人困惑。

与德国等大陆法系国家的强行政规制传统不同，我国行政规制并非是为了适应市场和私法的功能缺陷而逐步形成的。其一方面保留了诸多不合时宜的管制手段，另一方面，回应市场化条件的监管能力建设又存在明显不足，呈现出“重而不强”的特征。伴随着市场化改革的深入，这一缺陷愈加显露，通过惩罚性赔偿激活民事诉讼的公共规制功能成为一个具有现实意义的政策选项。经一些参与了相关立法过程的学者和官员证实，激励原告起诉、遏制违法行为是引入惩罚性赔偿的重要动因。^[18]这种实用主义的逻辑，也解释了职业索赔者在早期即已出现、政策层面却保持着克制甚至默许的原因。^[19]具体而言，引入惩罚性赔偿的动因可以归纳为：

[12] 对美国的诉讼国家特征及其形成原因的分析，参见 Sean Farhang, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, Princeton: Princeton University Press, 2010, pp. 4 - 16。

[13] 有学者总结了美国基于司法的对抗法律主义与欧洲的官僚法律主义的差异。See Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001, pp. 3 - 15.

[14] 参见张新宝、李倩：《惩罚性赔偿的立法选择》，《清华法学》2009年第4期，第8页。

[15] See J. Maria Glover, *The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law*, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1137 (2012).

[16] 参见杨栋：《外国法院惩罚性赔偿判决的承认与执行》，《政治与法律》1998年第5期，第39页以下。

[17] See Filippo Valguamera, *Legal Tradition as an Obstacle: Europe's Difficult Journey to Class Action*, 10 Global Jurist. 1 (2010).

[18] 参见梁书文、黄赤东主编：《消费者保护法及配套规定新释新解》，中国民主法制出版社1999年版，第978页以下；河山：《论“缺一赔十”的惩罚性赔偿思想》，《法律适用》1993年第8期，第12页。

[19] 参见王工：《为职业打假者合法化呼吁——与梁慧星研究员商榷》，《中国质量万里行》2002年第9期，第21页以下。

其一，弥补公共资源投入的不足。公众希望政府消除社会生活中的所有弊病，但公共财政能够提供的支持总是有限。我国的财政支出长期偏重投资建设，^[20] 行政执法等公共领域欠账巨大。惩罚性赔偿可以激励社会成员投入自己的时间、精力、物力、财力，共同参与对违法行为的治理，以解决公共资源投入不足的问题。^[21]

其二，发挥个体的效率优势。高效的法律执行要求以较低成本发现违法行为，但在产品质量、食品安全等涉及消费者权益保护的领域，监管部门并不能第一时间出现在违法现场，而消费者却是产品、服务的直接使用者。同时，行政机关决策层级较多，倾向于采取过度严格的规范来控制风险，相应加大了执法成本，而私人主体不受行政体制的限制，可以更加灵活地运用资源。

其三，补救行政机关的懈怠。所有依赖公共执法的国家均存在执法动力不足的现象，^[22] 我国在绩效管理、行政问责等方面的制度建设滞后，又进一步放大了这一问题。偏重于GDP的政绩考评体系更可能促使地方官员怠慢针对当地企业的监管执法。^[23] 赋予受害者请求惩罚性赔偿的权利，可以减轻上述问题产生的不良影响。

综上，在行政规制失灵的现实背景下，借助惩罚性赔偿动员私人参与公共规制，具有现实合理性。由于这一方案实际上偏离了既有传统和制度资源，它在解决既有问题的同时会带来哪些新的问题？如何协调其与现有制度安排之间的关系？这些都需要被充分理解并进行制度化的回应。伴随惩罚性赔偿应用范围的不断扩张，对上述问题加以检讨并提出相应对策，显得更为必要。

三、私人行动的逻辑和过度诉讼的发生

不同于私力救济，惩罚性赔偿是通过原告起诉、法院审理并判决的方式施加于被告的，被告可以获得完整的正当程序保护。有观点认为，相较于刑事司法的严格程序，惩罚性赔偿通过相对宽松的民事诉讼程序向加害人施加法律制裁，使其丧失了本来可以获得的程序性保护。^[24] 然而，考虑到实践中惩罚性赔偿额度一般不高，适用范围也更接近于行政处罚，这一问题并不突出。毕竟，行政处罚通过行政程序进行，被处罚人只能在事后寻求司法救济，而惩罚性赔偿由法院依审判程序确定，相比之下，程序保护并不薄弱。

实务部门指出的问题可能更值得关注，即惩罚性赔偿占用了大量司法、行政资源，却主要被用于解决产品标签等次要问题，起不到遏制严重违法行为的效果。引入惩罚性赔偿

[20] 参见傅勇、张晏：《中国式分权与财政支出结构偏向：为增长而竞争的代价》，《管理世界》2007年第3期，第4页以下。

[21] 有观点认为，对知假买假者不应基于法律条文的形式推演而限制其主张惩罚性赔偿的权利。参见应飞虎：《知假买假行为适用惩罚性赔偿的思考——基于法经济学和法社会学的视角》，《中国法学》2004年第6期，第114页以下。

[22] 公共选择理论用经济人假设对此现象进行了较为深入的解释。参见包万超：《公共选择理论与实证行政法学的分析基础》，《比较法研究》2011年第3期，第40页以下。

[23] 参见赵鹏：《我国风险规制法律制度的现状、问题与完善——基于全国人大常委会执法检查情况的分析》，《行政法学研究》2010年第4期，第119页以下。

[24] 参见税兵：《惩罚性赔偿的规范构造——以最高人民法院第23号指导性案例为中心》，《法学》2015年第4期，第104页。

是基于激励诉讼、震慑违法行为的实用考虑，而非提供常规的权利救济，这一制度自然应当接受效率原则的评价。由于这一问题根源于私人 and 公共部门不同的行动逻辑，理论化的分析需要对惩罚性赔偿和公共部门的执法活动加以对比。

（一）政治负责机制的缺乏与过度诉讼的发生

法律权威的实现有赖于其在实际生活中被遵守，但是，法律的执行毕竟需要耗费社会成本。受到边际回报递减原理的约束，对所有违法行为进行完全的制裁，成本无穷大，有可能得不偿失。^[25] 在社会层面，社会现实和观念的变化可能会使一些行为不再具有社会危害性，丧失追惩的必要性甚至正当性。立法技术层面，面对一些复杂问题，立法者倾向于制定宽泛和严格的条款来避免罚不及过，同时又期待执法部门灵活执行法律以避免矫枉过正。对所有形式上的违法行为全都加以追究，并不符合立法者的初衷。在行政规制的路径下，执法部门在是否立案调查、调查后是否进行处罚等方面均享有广泛的裁量权，可以在考虑证据充分程度、具体情节、社会危害程度的基础上，决定对某些问题进行处理，而对危害不大的行为不予立案或者立案后不予处罚。凭借其在执法议程设定中的裁量权，执法部门有能力集中有限资源处理那些真正重要的问题，避免采取缺乏实质正当性的行动。

受到政治负责机制的约束，行政执法部门需要就其法定职责履行的绩效，向党委、人大和上级行政机关负责，并通过这些负责机制最终向人民负责。^[26] 如果行政部门的执法强度同社会期待存在差异，来自社会的压力可以借助这一机制传导至行政执法部门。例如，政治系统可以通过调控公共投入来强化或者弱化某个领域的执法活动；^[27] 可以组织专项治理或者专项问责来强化执法强度，也可能为回应社会关涉而主动约束执法行为。并且，在同执法对象的长期博弈中，为了能够长期保证规制绩效，执法部门也有动力与被监管对象建立并维持至少是相互尊重的关系，有动力对整个执法的议程进行合理化处理。

同行政执法相比，惩罚性赔偿着眼于对违法行为的震慑、吓阻，而非常规的权利救济，二者在目标是相同的。但是，在惩罚性赔偿案件中，私人在启动程序方面享有主动权，只要符合形式要件，法院就必须审理和判决。从这一意义上讲，私人替代行政部门行使了是否启动追惩程序的裁量权。由于私人不受政治负责机制的约束，^[28] 公共规制议程的设定和规制强度的调整都面临着脱离控制的风险，具体表现为：

其一，可能引发过度的、缺乏效率的诉讼。对于私人而言，只要个人回报高于其支付的成本，就有动力提起诉讼，即使诉讼带来的社会成本高于社会整体回报。^[29] 特别是，诸如司法资源耗费等成本并不由原告承担，这就极易产生外部性问题。考虑到在惩罚性赔偿领域，原告寻求的并非权利受损后的救济，而是因惩罚他人而获得的收益，这种收益的正

[25] 参见戴治勇：《选择性执法》，《法学研究》2008年第4期，第28页。

[26] 参见沈岷：《行政监管的政治应责：人民在哪？如何回应？》，《华东政法大学学报》2017年第2期，第5页以下。

[27] 这种预算的控制作用巨大，一些美国学者甚至主张，一旦国会对负有法定监管职责的行政机关的拨款出现明显短缺，法院可以宣布国会已经隐晦地取消了相关监管任务。See Susan Rose-Ackerman, *Judicial Review and the Power of the Purse*, 12 Int'l Rev. L. & Econ. 191 (1992).

[28] 有学者认为，动员私人通过诉讼活动进行规制面临的主要问题之一是，重要的政策选择将由不承担政治责任的人做出。Richard J. Pierce, Jr. *Agency Authority to Define the Scope of Private Rights of Action*, 48 Admin. L. Rev. 12 (1996).

[29] 有法经济学家对此进行过深入分析。See Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 26 J. Legal Stud. 575 (1997).

当性值得反思。由于不需要向政治系统负责，私人并不是根据违法行为的严重性选择“惩罚”目标，而是选择更容易获得赔偿收入的对象提起诉讼。例如，职业索赔者倾向于选择起诉成本较低、取证相对容易而且较为重视声誉的大型商场、超市作为索赔对象。由于这类企业的管理往往较为规范，长此以往，容易形成劣币驱逐良币的不良局面。^[30]

其二，法律规范当中的不合理、不一致或表意模糊的内容可能被高度滥用。在政治负责机制的约束下，行政机关会避免执行那些脱离社会现实的条款或者对表意宽泛、存在内在冲突的条款进行合理解释。私人却有可能出于经济利益的考量，对法律规范当中不合理、不一致的内容或模糊地带加以利用。常见的现象是职业索赔人以食品标签、说明存在瑕疵为由请求十倍赔偿。^[31]食品安全法规定，生产销售不符合食品安全标准的食品，应当承担十倍赔偿的法律责任。该法规定的食品安全标准包括“对与食品安全、营养有关的标签、标识、说明书的要求”。如果是涉及农药残留、微生物等的限量值超标，将使消费者暴露于不可接受的风险之中，^[32]属于对消费者权益的侵犯。但标签、标识、说明书只是对食品的说明，即使存在瑕疵也一般不会侵害到消费者的健康权益，对其简单适用十倍赔偿将会产生大量不公平的现象。^[33]职业索赔者利用法律文本表述上的局限，违背立法原意解释法律，从中寻求收益，给法律实践制造了大量混乱，以至于2015年修订食品安全法时，立法者不得明确排除这类赔偿请求的适用。

（二）发展惩罚性赔偿对司法系统的要求

上述分析并非要否定通过惩罚性赔偿激励私人参与公共规制的思路，而是试图展现问题的复杂性：政治负责机制使得公共部门的执法活动更容易受到约束，但也需要精细的制度设计来规范这种政治约束，^[34]需要较大的公共投入；不受政治机制约束的私人更具活力，但也容易脱离控制，耗费大量社会成本。这意味着惩罚性赔偿这种动员私人诉讼的规制工具，在弥补了传统行政规制体系缺陷的同时，也引发了新的问题和挑战，如何适应并有效回应这种挑战，需要在制度引入之时进行慎重权衡。

就此而言，惩罚性赔偿制度的系统发展可能需要更加能动和专业的司法机关予以引导。政治负责机制的缺失将导致启动程序的前端失控，司法机关后端的调控便更显迫切。前述最高法院考虑对除购买食品、药品之外的情形，逐步限制职业打假人的牟利性打假行为，即是意在发挥司法的调控功能。但是，这种调控仍有大量精细化的空间：一方面，在食品、

[30] 实际上，即使在美国这种习惯借助私人诉讼进行公共规制的国家，过度的私人诉讼也引发了大量过度执法的问题，为此受到不少批评。See Matthew C. Stephenson, *Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies*, 91 Va. L. Rev. 114-117 (2005).

[31] 参见黄洁：《紧盯食品标签类问题讨要十倍赔偿，“职业打假”多涉及食品维权案》，《法制日报》2016年9月9日第8版。

[32] 关于食品安全标准的功能，可以参见赵鹏：《食品安全标准：从双重目标回归安全保障——以生乳新国标为例》，《北京行政学院学报》2012年第6期，第21页以下。

[33] 一些基层执法人员也承认，“因食品标签不规范问题要求退一赔十很难到位”。参见沈军、裴少锋：《正确应对“职业打假人”的思考》，《工商行政管理》2015年第15期，第44页。

[34] 例如，政治层面推动的专项治理就容易引发运动式执法的问题（相关批评参见郑春燕：《行政裁量中的政策考量——以“运动式”执法为例》，《法商研究》2008年第2期，第63页以下）。当然，也可以观察到，伴随制度约束的增加，近年来，一些专项治理正以更加法治化的形式开展（参见刘杨：《“专项治理”科层化的实践机制与制度前景——以鄂中X镇食品药品监督管理所的执法工作为个案》，《法商研究》2017年第1期，第55页以下）。

药品销售领域以外一刀切地限制职业索赔者，恐怕会在很大程度上违背这一制度动员私人参与公共规制的初衷，损害惩罚性赔偿制度相关功能的发挥；^[35]另一方面，即使在食品、药品领域，也存在针对某些事项和对象的过度诉讼问题，依然需要进行调控。司法机关或可考虑通过对“欺诈”“明知”“食品安全标准”等惩罚性赔偿的构成要件作更加精细化的解释，引导惩罚性赔偿诉讼转向那些真正需要解决的问题。立法者也可以考虑为法官预留更多的裁量空间。例如，在设定赔偿额度时，避免简单统一化为“十倍”或者“三倍”标准，而是提供一个参考区间，以便法官分层次地处理不同类型的问题。

挑战在于，法官需要能够准确理解法律背后的公共规制逻辑。与依赖行政规制体系相比，动员私人以诉讼形式参与公共规制，意味着将大量专业问题和政策判断从行政部门转移到法院，从而对法官提出了更高要求。在行政规制体系下，专业领域的行政机关先做决定，发生争议后法院再介入其中；在惩罚性赔偿中，原告直接起诉至法院要求惩罚性赔偿。选择后一途径意味着法院需要在没有专业行政机关的协助下，自行判断相关法律问题和事实问题。相较于长期专注于具体领域、具备专业知识的行政机关，法院能否准确理解法律背后的公共政策存在不确定性。^[36]这一担忧并非仅是理论的推演，实践中也曾发生过相关案例：当事人以食品不符合安全标准为由，向法院提起赔偿诉讼，同时也向行政机关举报，要求查处。法院一审民事判决支持了其赔偿请求，但行政机关认为，相关食品符合安全标准。当事人以对行政部门的处理不服为由提起行政诉讼，法院支持了行政部门的处理决定。二审民事审判也由此发现一审判决中的错误，并对其进行了纠正。^[37]

如果选择更多地激发私人诉讼的公共规制功能，减少对行政部门的依赖，就需要对司法系统提出更高要求。在惩罚性赔偿得到广泛应用的英美国家，一个不可忽视的制度条件是，其司法机关本身对于公共政策的制定有着深度介入，相较于大陆法系国家，呈现出能动和强势的特征，这一特征甚至可以被称为“英美特例”。^[38]我国在发展惩罚性赔偿以及其他动员私人诉讼的制度时，应当对此有清晰的认知。

四、惩罚性赔偿的两种模式及其与行政处罚的关系

在重行政规制的传统中嵌入惩罚性赔偿，还需要妥善协调其与既有行政规制手段之间的关系，特别是同行政处罚的关系。一般情况下，民事赔偿与行政处罚服务于不同目标、分属不同体系，即使某些行为同时触发了两种责任，仍然可以分别适用，而不产生冲突。惩罚性赔偿以惩罚而非补偿为目的，与行政处罚在目标上具有同质性，如何体系化地处理

[35] 目前，对食品、药品和其他领域的职业索赔者进行区别对待，主要是基于对“欺诈”等要件的形式演绎，但这种形式推理本身有一定的局限，也忽略了更具实质性的功能视角。参见熊丙万：《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》，《中外法学》2017年第2期，第300页以下。

[36] 有学者详细分析了法院由于知识信息缺陷在理解并设定公共政策时面临的挑战。参见侯猛：《最高法院公共政策的运作：权力策略与信息选择》，《北大法律评论》2005年第2期，第122页以下。

[37] 相关判决见“周悟权诉北京华联综合超市股份有限公司”[(2015)石民(商)初字第6466号；(2016)京01民终5913号]；“周悟权诉北京市石景山区食品药品监督管理局”[(2016)京0107行初22号；(2016)京01行终806号]。

[38] 参见高鸿钧：《英美法原论》下册，北京大学出版社2013年版，第901页以下。

两者关系,应得到充分考虑。从实践中看,大量惩罚性赔偿请求,都是基于相关产品违反了如食品安全标准这类管制规范而提出的,此类行为也满足适用行政处罚的条件。出于对过度惩罚的担忧,已有观点认为,判处惩罚性赔偿时,可以适当考虑被告已经受到的公法制裁而相应减轻赔偿。^[39]然而,除了建立恰当的折抵规则,另外一个也许更为基础的问题是,惩罚性赔偿责任的构成要件应当如何设计。

相较于民事责任,行政处罚构成要件有两个基本特点:其一,除个别法律要求行为人须存在故意、明知外,仅存在违反行政管理秩序的行为便可予以处罚。^[40]因为行政规制以制定并向社会公示大量具有普遍约束力的规则,例如交通规则、食品安全标准等作为监管的基本依据,^[41]违反这些规范即可视为对注意义务的违反,即“违法推定过失”。^[42]这也意味着,行政执法一般止步于此,不再深究违法者是否还存在故意、明知等其他更为恶性的情节。其二,除有例外规定,行政处罚一般不以实际损害结果的发生为成立要件。^[43]行政规制的特点即在事前针对抽象的危险或者只有造成损害可能性的风险设立管制规范,防患于未然。以食品安全监管为例,行政机关针对可能影响健康的风险因素,如农药残留,设定食品安全标准,这些标准的设定遵循预防原则,通常会预留相当的安全边际。违反这些管制规范,不一定甚至一般不会当即对消费者的健康造成损害。通常情况下,需要持续食用形成累积效应,才会显现损害的后果。但是,行政处罚的目的在于确保上述规制和预防体系有效运行,一旦违反管制规范即可径行处罚,而无需等待实际损害结果的发生。

现行制度当中,有些惩罚性赔偿构成要件的设计恪守民事责任原理,与相关领域的行政处罚保持差异,另一些则与行政处罚高度同构。这导致两者在功能方面呈现出互补和重叠。

(一) 互补:惩罚性赔偿与行政处罚责任构成要件相异

以侵权责任法第47条为代表的惩罚性赔偿,与相关领域的行政处罚在责任构成要件方面保持了明显差异。该条规定,“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”。依产品质量法第46条,“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,其判断分为几种情况:首先,如果该领域有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准,且该产品不符合该标准,可以认定存在缺陷;^[44]其次,如果该领域没有前述标准,法院需要根据个案情况判定是否存在不合理的风险;最后,如果该领域有前述标准,且该产品符合该标准,是否可以直接排除“缺陷”,存在争论。有司法判决和理论认为,该情形只能初步证明产品无缺陷,如果

[39] 参见前引[7],朱广新文,第122页以下。

[40] 行政处罚法制定前,国务院法制局曾对法律、法规和规章进行过统计,发现只有少数法律法规规定了某些违法行为的构成必须以故意为要件。参见袁曙宏:《论行政处罚的实施》,《法学研究》1993年第4期,第46页。

[41] 成熟的规制常常被定义为三方面基本要素的结合:制定规则、监督与检查、执行与制裁。参见[英]卡洛尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》下卷,杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第557页。

[42] 江必新:《论应受行政处罚行为的构成要件》,《法律适用》1996年第6期,第4页以下。

[43] 参见杨解君:《秩序·权力与法律控制——行政处罚法研究》,四川大学出版社1995年版,第182页。

[44] 行政机关制定的管制规范在很多时候对民事责任的认定具有意义。参见宋华琳:《论行政规则对司法的规范效应——以技术标准为中心的初步观察》,《中国法学》2006年第6期,第127页以下;解亘:《论管制规范在侵权行为法上的意义》,《中国法学》2009年第2期,第57页以下。

受害人能够证明存在不合理危险，仍然应当认定存在缺陷。^[45]对比与此相关的行政处罚条款，后者受到处罚法定原则的约束，行政机关一般只有在产品明确违背法律或法律认可的具有强制效力的技术标准时，方可予以处罚。同时，侵权责任法第47条还要求，惩罚性赔偿责任的成立需要行为人具有“明知”的主观故意，也需要存在“造成他人死亡或者健康严重损害”的客观要件，而行政处罚的适用一般不需要这两个条件。

由于存在上述差异，惩罚性赔偿和相关领域的行政处罚能够分别聚焦于不同问题，形成一种相互补充的模式：一方面，这种设计使得惩罚性赔偿得以覆盖到行政规制难以触及的情形，包括该领域没有国家强制性标准，或者虽然产品能够满足国家强制性标准但证据仍然显示该产品存在不合理的危险等情形。这使得惩罚性赔偿和行政规制各自的优势得以发挥：行政的优势在于按照事前制定的统一且相对具体的标准，大规模、低成本地适用于一些典型案件。然而，社会生活并非总能呈现“典型”状态，相当多的情形无法被法律和授权制定的具体标准事先预见。由于公权力的行使应当具有更高的可预见性，在没有明确的法律依据时，行政权应当保持克制。而民事法律制度的优势在于对纷繁复杂的社会生活进行高度抽象，它所使用的“缺陷”“不合理的危险”等更为抽象的概念虽然需要花费更高的成本在个案中加以调查和证明，却具有更高的包容性，能够涵盖更为广泛的生活事实。另一方面，即使因为违反行政机关制定的强制性产品标准被认定为产品存在“缺陷”，并同时触发行政处罚和惩罚性赔偿责任的适用，惩罚性赔偿也可被视为因案情特殊而给予的加重制裁，在细分功能上仍然是对行政处罚的补充。毕竟，此时惩罚性赔偿的适用并非单纯因为产品违反了行政管制规范，更是因为行为者存在“明知”这一主观故意并造成了特定的损害后果。这些要素的存在更加精细地反应了行为的危害程度，而这恰恰是相对简单的行政处罚通常不会也难以展开调查的。实际上，基于这些特别要件的存在而通过惩罚性赔偿作加重处理，本身也符合行政处罚法第4条“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”的精神。

由此，侵权责任法中，惩罚性赔偿和行政处罚虽然“惩罚”的是大体相同的行为——生产经营违反国家强制性标准的产品，但仍然具有功能上的区别，体现了互补性。行政处罚借助相对简易的行政程序，规模化、低成本地处理大部分违规案件，维护监管秩序；惩罚性赔偿则依赖更为严密的司法程序，在深入认定行为人主观状态和行为后果的基础上，更加精细化地惩罚那些更具危害性的被告。

（二）重叠：惩罚性赔偿与行政处罚责任构成要件同构

与侵权责任法不同，一些专门领域的立法在惩罚性赔偿责任的设计上，更多地突破了民事责任的基本架构，典型之一是食品安全法。2009年实施的食品安全法以第96条第2款创立了食品安全领域的十倍赔偿制度，2015年修订后的食品安全法第148条第2款延续了这一规定并进行了完善。通说认为，这一规定将之前消费者权益保护法创立的惩罚性赔偿

[45] 参见东风汽车有限公司等与商洛市秦锌运输有限责任公司等产品质量损害赔偿纠纷上诉案，（2010）陕民二终字第34号；姚建军：《产品质量检验合格并不等于产品无缺陷》，《人民司法》2014年第2期，第42页以下。有学说也认为，即使各项指标都符合有关强制性标准，该产品仍然可能存在缺陷。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第214页以下。

由合同领域^[46]扩张至侵权领域。^[47]但是,这一规定与侵权责任法关于缺陷产品惩罚性赔偿的一般规则相比,有其鲜明的特点:(1)对食品是否存在安全问题的判断仅仅依据行政部门制定的管制规范即食品安全标准,而非更具包容性的“存在缺陷”。如前所述,这使得该责任的适用与行政规制所意图解决的问题落在了同一范围。(2)该责任不以造成实际损失为前提。这一点在早期司法实践中曾产生分歧,^[48]但是,最高人民法院23号指导案例对此作了明确解释。^[49](3)该条对生产者责任的追究不以“明知”为要件。如此规定,是因为一些人大常委会委员提出,“生产者生产不符合食品安全标准食品的行为,不存在是否明知的问题”。^[50]但实际上,食品领域的特点正在于,其生产链条长,原材料的生长环境,采购、仓储、运输等环节均会受到大量不确定因素的影响,生产者也无法准确了解其供应链的品质。因此,虽然最终产品不符合国家标准,的确违反了法定义务,但具体原因仍然可能由故意、过失等复杂情形构成。然而,依照本条,生产者主观心理状态并不影响相关赔偿责任的认定。(4)追究经营者的责任虽然以“明知”为条件,但依最高人民法院第23号指导案例,这一要件限定惩罚性赔偿适用的功能已大为削弱。在该案中,原告要求被告对其销售的超过保质期的食品承担十倍赔偿责任。法院认为,依食品安全法,超过保质期的食品属于禁止生产经营的食品,因此,食品销售者应当对不符合安全标准的食品及时清理。被告未履行法定义务,可以认定为销售明知是不符合食品安全标准的食品。^[51]由此,只要经营者存在违反法定义务的行为即可推定为“明知”,“明知”也不再是一个独立于违法行为的主观要件。实践中,大量惩罚性赔偿请求都是针对经营者而非生产者提出的,对其他风险点的规制相对不足,^[52]与这一裁判规则对经营者责任要件的简化不无关系。

上述责任要件下,对于生产者而言,其食品不符合食品安全标准即需对消费者承担惩罚性赔偿责任;对于经营者而言,其食品如果不符合食品安全标准且违反食品安全法规定的如“进货查验”“及时清理”等法定义务,亦需要承担惩罚性赔偿责任。这一责任构成要件与生产经营不符合食品安全标准的食品的行政处罚责任已经完全同构:生产者生产的产品不符合食品安全标准,本身即需要受到行政处罚;而经营者经营的食品不符合食品安全标准,除非证明其履行了食品安全法规定的法定义务,亦需要承担行政责任。这种责任要件的同构意味着,惩罚性赔偿和相关领域的行政处罚处理的是同一范围、同一危害程度的问题,功能完全重叠。

[46] 主流观点认为,消费者权益保护法规定的惩罚性赔偿是由违约造成的惩罚性赔偿责任(参见杨立新:《〈消费者权益保护法〉规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施》,《清华法学》2010年第3期,第13页)。但是,也有学者认为,该赔偿责任是一种特殊的缔约过失责任(参见许德风:《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合》,《法学》2006年第1期,第94页)。

[47] 同上引杨立新文,第13页以下。

[48] 参见王成:《〈食品安全法〉十倍赔偿条款司法适用的实证考察》,《北京行政学院学报》2012年第5期,第14页以下。

[49] “孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案”(最高人民法院指导案例23号)的裁判理由指出:“消费者可以同时主张赔偿损失和支付价款十倍的赔偿金,也可以只主张支付价款十倍的赔偿金”。

[50] 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国食品安全法(草案四次审议稿)〉修改意见的报告》, http://www.npc.gov.cn/npc/zl/2009-06/09/content_1517536.htm, 2019年1月10日最后访问。

[51] 同前引〔49〕,孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案。

[52] 参见肖峰、陈科林:《我国食品安全惩罚性赔偿立法的反思与完善——以经济法义务民事化归责的制度困境为视角》,《法律科学》2018年第2期,第116页。

综上，实务中惩罚性赔偿与行政处罚的关系形成了分化，这一问题的根源或在于，侵权责任法作为民事基本法，其制度设计能够立足于开发民事责任的独有构造；而食品安全法更多由行政部门主导设计，行政部门有更大的动力简化适用条件，放大规制效果。^[53] 这种动机虽可理解，但过度突破民事责任的内在机理，^[54] 会对整个公共规制体系的内在均衡产生很大影响。在互补模式下，惩罚性赔偿处理了行政处罚在范围上难以覆盖、在技术上难以应对的问题，功能上实现了对既有规制体系的补强。然而，在重叠模式下，惩罚性赔偿和行政处罚的同时存在至少造成了两方面问题：一方面，对被处罚人或被告而言，他将可能因完全相同的问题受到两个程序的处理，大大增加了其责任负担；另一方面，对于国家和社会而言，要分别启动两个程序，调查完全相同的问题，亦需不菲的成本。

实际上，即使在惩罚性赔偿得到广泛应用的美国，也有批评性的观点认为，借助惩罚性赔偿震慑违法行为混淆了民事责任和行政处罚的功能。^[55] 但是，在美国的司法过程中，存在主观恶意通常是惩罚性赔偿的适用前提，^[56] 这在很大程度上避免了两者在功能上的完全重叠，维持了整个公共规制体系的基本协调，可以在相当程度上缓和批评和质疑。^[57] 而且，美国的行政规制并没有达到无孔不入的地步，即使同民事责任的追究存在一定冲突，负面影响也有限。有研究指出，美国广泛应用惩罚性赔偿的一个重要背景是，行政机关和法院的罚款适用少、数额有限，惩罚遏制功能不突出。与此相反，中国则有系统的行政处罚体系来承担惩罚遏制功能。^[58] 在这种背景下，一旦惩罚性赔偿同行政处罚的功能完全重叠，负面影响将更加明显。

五、惩罚性赔偿与请求行政机关履职之诉的协调

惩罚性赔偿在我国的兴起，很大程度上是源于既有行政规制体系的失灵。但是，为了弥补这种失灵，行政法也在同步发展督促行政机关严格执法的制度，其中包括扩张了受害者请求行政机关履行查处违法行为职责的诉讼（以下简称“请求行政机关履职之诉”）的适用范围。这两个方面的发展在诸如消费者保护、食品安全等领域形成了叠加，由于两者都强调私人在公共规制中的角色，其叠加适用将对整个公共规制体系带来一定影响。

（一）惩罚性赔偿与请求行政机关履职之诉的叠加

传统上，受到违法行为侵害的个体如果请求法院责令行政机关履行查处职责，需要满

[53] 在食品安全法的制定和修改过程中，食品药品监管部门的官员明确表示，希望更大程度地动员受害者启动民事诉讼来实现“社会共治”。参见徐景和：《科学把握食品安全法修订中的若干关系》，《法学家》2013年第6期，第51页。

[54] 民法学者也提出惩罚性赔偿应当强调主观恶意，回归惩罚性赔偿的基本教义。参见周江洪：《关于修改〈食品安全法〉（草案）第90条的建议》，《法学》2008年第6期，第139页以下。

[55] 美国学者桑斯坦等人认为，如果相关领域的违法存在行政和刑罚的制裁，再使用惩罚性赔偿进行震慑的正当地就削弱了。Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman and David Schkade, *Assessing Punitive Damages: With Notes on Cognition and Valuation in Law*, 107 *Yale L. J.* 2084 (1998).

[56] 参见前引[9]，王利明文，第2页以下。

[57] 实际上，一些经济分析的模型也支持将主观恶意作为惩罚性赔偿适用的前提。参见王成：《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。

[58] 李友根：《惩罚性赔偿制度的中国模式研究》，《法制与社会发展》2015年第6期，第115页以下。

足较为严格的起诉条件。近年来,“三聚氰胺”等恶性事件成为公众的集体记忆,社会逐渐形成要求行政机关严格执法的压力。强化对行政不作为的监督,防止消极行政成为重要的司法立场,^[59]司法机关对相关起诉条件的要求也日益放松。特别是,依照最高人民法院77号指导案例,若违法行为的受害人向行政机关举报并要求查处违法行为,且行政机关负有调查涉嫌违法行为的法定职责,受害人即有权对拒绝履行或者不予答复的行为提起诉讼。^[60]这一裁判立场,亦被新近颁布的司法解释再次明确。^[61]由此,受害者请求行政机关履职之诉在一般市场管理领域有所泛化。^[62]

请求行政机关履职之诉的扩张并非没有争议,毕竟,任何行政机关都受到既有资源的约束,不可能对所有的违法行为一一处理,必然涉及有限资源如何分配和优先处理何种问题的政策选择。广泛承认受害人对追惩违法行为的请求权,相当于私人可以通过诉讼来主导这种资源配置和政策选择,可能会破坏行政部门解决最紧迫问题的能力。与此同时,请求行政机关履职之诉的扩张和惩罚性赔偿在诸如消费者保护、食品安全等领域形成了叠加。两者都意味着私人在一定程度上拥有了请求公共资源介入的权利,这种扩张了的私人角色,特别是其叠加效应,值得高度关注:惩罚性赔偿实质上创设了一项私人可以请求法院惩罚违法者并获得这种惩罚收入的新型权利,而传统法律中并不存在这类权利;请求行政机关履职之诉也同样承认了私人在某种程度上拥有请求行政机关考虑其举报、处理某些违法行为的权利,而传统上,这些主体被认为只拥有反射利益。^[63]这些权利的创设旨在填补行政失灵留下的规制真空,但手握这些权利的私人,其动机与公共利益并不完全一致,大量机会主义的行为会相伴而生,两者的叠加适用则为这些机会主义行为提供了更强的动机和更大的空间。

其一,叠加适用在相当程度上放大了惩罚性赔偿制度的缺点。惩罚性赔偿制度使得不受政治负责机制约束的私人掌握了设定执法议程的权力,引发了过度诉讼、浪费司法资源等问题。如果在同一领域再对受害人提起履职之诉的权利加以认可,则意味着个体不仅能决定司法资源的动用,还可以通过诉讼向行政机关施加压力,影响行政资源的使用。

其二,叠加适用限制了惩罚性赔偿的优点。惩罚性赔偿意在激励私人投入资源去发现和证明违法行为的存在。原告有权获得超出实际损失的赔偿金,正当性在于对其个人投入的回报。^[64]但是,与履职之诉叠加适用,意味着个体能以诉讼为后盾向行政机关施加压力,要求其查处违法行为,再凭借查处结果请求法院判决赔偿。在激励出更多投机行为的同时,两项制度的叠加并未吸引私人资源参与社会问题的治理,而只是引发了存量公共执法资源的腾挪。

[59] 对此,最高人民法院副院长江必新明确表示,“要加大对行政机关等行政主体不作为的监督,防止消极不作为对相对人合法权益的不利影响”。参见江必新:《行政诉讼在产权保护工作中的定位和功能》,《人民司法(应用)》2017年第7期,第5页。

[60] 参见罗镛荣诉吉安市物价局物价行政处理案(最高人民法院指导案例77号)。对该案的评析可以参考黄锴:《行政诉讼中举报人原告资格的审查路径——基于指导案例77号的分析》,《政治与法律》2017年第10期,第138页以下。

[61] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕1号)第12条。

[62] 参见龙非:《行政诉讼中“受害者”原告资格之反思——以德国法作为比较》,《法律适用(司法案例)》2017年第22期,第111页以下。

[63] 有关行政法上权利、反射利益的讨论,参见鲁鹏宇:《德国公权理论评介》,《法制与社会发展》2010年第5期,第38页以下;王本存:《论行政法上的公法权利》,《现代法学》2015年第3期,第57页以下。

[64] 有学者认为惩罚性赔偿本身就是对原告投入的一种奖励。参见孙效敏:《奖励制度与惩罚性赔偿制度之争——评我国〈侵权责任法〉第47条》,《政治与法律》2010年第7期,第94页以下。

请求行政机关履职之诉和惩罚性赔偿还有相互强化的趋势。一方面，即使承认受害人可以起诉要求行政机关履行法定职责，由于行政处罚的收益归国家而非受害人所有，对于一些轻微违法但无实质危害的行为，如标签瑕疵，消费者可能并无动力去提起诉讼。被要求查处的，往往是那些“激怒”消费者的严重违法。惩罚性赔偿的存在意味着行政部门的处理结论可以作为未来请求赔偿的依据，这可能激励个体提出更多的、针对细微问题的履职请求。另一方面，一般情况下，即使存在惩罚性赔偿，受害人也需在证明方面投入成本。考虑到其中的不确定性，相当一部分的受害人可能并不会选择提起诉讼。但是，如果承认受害人有请求行政机关履行法定职责的权利，他们便可以行使请求权，要求行政机关负担这部分成本，这也可能激励更多的赔偿请求。

上述结论并非仅在理论上成立，以食品安全领域为例，一些索赔者标准的操作模式是向监管部门举报生产经营者的食品不符合食品安全标准；得到行政处罚决定后，又以其为依据向法院起诉要求获得惩罚性赔偿，或者直接要求行政部门责令相关主体赔偿。根据一线执法人员的经验，这些人对行政机关履职的“监督程度更高”，可能使用包括“投诉、举报、申诉、复议、诉讼全部方式”。^[65]为获得惩罚性赔偿，索赔人对“请求行政机关履职之诉”的利用，已经使得行政监管部门面临巨大压力，一些基层执法者亦抱怨其“浪费了保护消费者的行政资源”。

（二）惩罚性赔偿与请求行政机关履职之诉的协调

对制度进行评价，既需要关注其解决问题的能力，又需要观察其引发问题的倾向。惩罚性赔偿与请求行政机关履职之诉叠加适用固然可以强化食品安全标准等管制规范的执行力度，但因其形成的投机空间、产生的社会成本亦不容小觑。从比较法的经验来看，不少法律体系都在试图避免请求行政机关履职之诉与其他救济方式特别是民事救济的重叠使用。在日本，课以义务诉讼只能在别无适当方法避免损害时提起，如果受害者通过民事诉讼等其他方式能够实现权利救济，则禁止提起针对行政机关的课以义务诉讼。这种不同救济方式间的“交通疏导”，避免了功能相近制度的重叠使用。^[66]在美国，并无立法统一进行此类协调，但是，一些重要的判例亦确认，如果当事人可以通过直接提起民事诉讼来获得救济，则不能对相应的政府不作为提起诉讼。^[67]

因此，行政规制未达到法律和社会的期待虽已是不争的事实，但制度层面的回应却不能顾此失彼。如果在可预见的将来，我国仍将高度依赖行政系统完成公共规制任务，那么行政失灵的解决就应高度依赖政治和行政层面的问责、绩效评价等制度的完善。即使在某些情况下需要一定程度的法律改革，也应当尽量控制非预期的效应。就此而言，有两种替代方案可供选择。^[68]

[65] 张平怡：《结合职业打假人复议诉讼的新特点谈工商部门的应对策略与方法》，《工商行政管理》2012年第10期，第48页。

[66] 参见王天华：《日本行政诉讼的构造：日本行政诉讼法研究》，法律出版社2010年版，第21页。

[67] See *Morris v. Gressette*, 432 U. S. 491 (1977). 对该案的评论分析，参见 Note, *The Supreme Court's Use of Statutory Interpretation: Morris v. Gressette, APA Nonreviewability, and the Idea of a Legislative Scheme*, 87 *Yale L. J.* 1636 (1978)。

[68] 对于这些选项的意涵，美国行政法学者斯图尔特和桑斯坦亦有非常系统的分析。See Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 *Harv. L. Rev.* 1208 - 1216 (1982)。

其一，督促行政方案，即扩张履行职责之诉，而不创设惩罚性赔偿。受害者只能要求法院责令行政机关考虑其请求、调查处理违法者，而不能要求法院直接制裁违法者。并且，这种改革还只是涉及起诉条件的放松，能否胜诉仍要依赖具体领域的实体法规定。即使原告的主张被法院认可，违法者是否需要处理以及如何处理还需经过进一步的调查或者裁量，法院的判决也只能要求被告重新处理；只有案件较为成熟的少数情况下，法院才可以明确要求行政机关履行特定义务内容。^[69]这一方案赋予个体的是一项相对弱化的请求权：原告可以要求行政机关考虑其请求，并就是否行动给出一个合理解释，但大多数情况下，原告不能要求获得一个确定的结果。这一方案的优点在于，是否行动以及如何行动的权力还保留在受政治负责机制约束的行政机关手中，它虽然承受了来自诉讼的压力，但仍然有空间利用其专业知识对执法议程进行优化。与此同时，行政机关决策的过程受到一定程度的司法监督，能够对明显的懈怠有所矫正。缺点在于，最终的规制绩效仍然高度依赖于行政机关积极行动的意愿。即使有限度地承认私人的请求权，仍然可能导致行政机关将本来有限的资源配置于一些意义不大的领域。

其二，创设惩罚性赔偿，但不适用履行职责之诉。这是在行政机关之外寻找补充机制的方案，使得私人 and 法院在公共规制中居于中心地位。受害者可以直接要求法院判决被告承担惩罚性赔偿责任，除非原告的起诉不符合形式要件，否则法院不能拒绝审理。一旦被告的行为满足责任构成要件，法院便需要依法判决被告进行赔偿。因此，这种模式赋予了个体更为完整的权利。它并不依赖行政部门的资源投入来消除公共生活中的弊病，也不会干扰已属稀缺的行政执法资源的配置。相反，它将激励社会资源参与公共问题的治理。硬币的另一面是，这种模式更容易引发过度诉讼，激发投机行为，占用司法资源，消耗大量社会成本。

不同方案带来的更多的是利弊互现的效果，应当结合具体的情况进行选择。其一，需要考虑由行政机关来统一协调、合理化执法活动的必要性是否充分。例如，在食品安全等领域，涉及相对复杂的监管体系，仅食品安全标准就涵盖污染物质、添加剂、标签等复杂内容，执法层面需要进行大量协调性或合理化的处理，不少问题更是涉及到技术层面的判断。在此背景下，实行第一种模式似乎更为合适。^[70]在内幕交易、知识产权侵权等领域，所涉及的问题相对集中，在这些问题的判断上，法院并不处于专业上的劣势。直接赋予受害者相对完整的请求权似将更有效率。其二，需要考虑司法机关直接处理相关问题的成本和收益。目前，在日常用品消费领域，惩罚性赔偿应用广泛。但是，这一领域因消费频次高，惩罚性赔偿激发了超量诉讼，司法运行和被告应诉成本巨大，又因为单次消费金额不高，惩罚效果相对有限，收益并不明显。实际上，具有这种特点的消费领域更能体现集中

[69] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第91条。有关学理方面的阐释，参见章志远：《司法判决中的行政不作为》，《法学研究》2010年第5期，第26页以下。

[70] 实际上，为了准确理解食品领域带有专业性的规制政策，一些高级法院也明确规定审理涉及惩罚性赔偿的案件时，法院在必要时可以征求行政监管部门的意见。《江苏省高级人民法院关于审理消费者权益保护纠纷案件若干问题的讨论纪要》（江苏省高级人民法院审判委员会会议纪要〔2016〕10号）规定：“认定食品标签、说明书不影响食品安全，可以参照《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第6条的标准，必要时可以咨询食品主管部门或质量管理部门的意见”。这本身就说明，由行政部门来承担相应的责任更为合适。

化行政执法所具有的规模效应。^[71] 采取第一种模式似更为理性。在证券市场等领域, 由于索赔数额巨大, 惩罚性赔偿的震慑力也巨大, 同时还容易通过集团诉讼等技术避免司法资源的浪费, 采第二种模式具有相当的合理性。

总之, 作为一项更多地服务于公共规制而非私权救济的制度, 惩罚性赔偿应被置于整个公共规制体系下分析, 而不仅仅是在民法视野下考察。一方面, 作为一项偏离制度传统和制度资源的方案, 惩罚性赔偿动员私人资源投入公共规制, 在为整个规制体系注入活力的同时, 也面临着过度诉讼带来的巨大挑战, 需要能动而专业的司法体系进行强有力的调控; 另一方面, 在一个倚重行政规制的法律传统中植入惩罚性赔偿, 需要将其同行政处罚等传统规制手段相互调试, 形成功能互补而非功能重叠的关系。此外, 同样是为了弥补行政失灵, 民事责任体系和行政法救济手段在各自发展的同时, 也应当有意识地兼顾彼此。

Abstract: Traditionally, China has relied heavily on administrative regulation systems to correct misconducts in economic and social life. However, the efficiency of this system is not satisfactory, and the failure of administrative regulation has led to many public accidents that incur a lot of public criticism. The introduction and development of punitive damages in China is largely a response to this failure of administrative regulation. Compared with administrative regulation, punitive damages can stimulate private participation in public regulation through the mobilization of private litigation. While invigorating the entire regulatory system, punitive damages can also bring about excessive and inefficient litigation, and lead to the exploitation of the irrationality, inconsistency and ambiguity in the legal system. In this regard, a necessary institutional condition for the extensive application of punitive damages is to develop a more professional and dynamic judicial system, which can develop and improve the skills and capabilities for regulating private actions. Meanwhile, due to the already existence of complicated administrative regulation, the introduction of punitive damages requires subtle design to ensure that punitive damages are coordinated with the functions of the administrative regulation system. Especially, we should make sure that punitive damages complement, but not overlap with, the corresponding administrative penalties. Finally, like punitive damages, the expansion of the lawsuit requesting the administration to perform duties also expands the role of private individuals in public regulation. China should pay attention to this new situation and ensure that equal importance is attached to both of the two institutions in the process of institutional evolution.

Key Words: administrative regulation, punitive damages, professional claimer, lawsuit requesting the administration to perform duties

[71] 参见 [英] 安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》, 骆梅英译, 中国人民大学出版社 2008 年版, 第 197 页。