



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

黄忠顺

摘要:新《食品安全法》全面强化公共执法,但私人执法尚未引起立法者的足够重视。鉴于食品安全私人执法对公共执法具有不可或缺的监督和补充功能,应当从解释论层面强化消费公益诉讼制度建设。惩罚性赔偿型消费公益诉讼具有内部化生产经营者外部成本、内在化消费者私人执法正外部性、利用消费者及其保护组织的隐性收益降低私人执法激励成本等多重价值。为实现惩罚性赔偿型消费公益诉讼的规模效应,消费者得将其损害赔偿请求权概括性移转给具备提起公益诉讼主体资格的消费者协会。

关键词:食品安全;私人执法;消费公益诉讼;惩罚性赔偿

一、问题的提出

鉴于食品安全事故对国民生命健康造成严重威胁并给社会稳定埋下隐患,强化食品安全监管成为举国上下共同的呼声。新《食品安全法》遵循“重典治乱”修法理念(刘俊海,2013:51-52),从固定分段监管向统一监管转变的监管体制改革成果、完善监管制度、建立最严厉惩处制度等三方面强化食品安全领域的公共执法(陈丽平,2015:A3)。然而,本次《食品安全法》修改并没有将“重典治乱”理念延伸到私人执法领域。报告、投诉、举报等在客观上体现私人执法精神的制度主要被作为公共执法的信息来源和辅助手段,而作为私人执法重要手段的食品安全公益诉讼则完全不在本次修法的范围内。因而,新《食品安全法》将行政监管作为食品安全治理的主要手段,而私人执法则尚未引起立法者的足够重视。为强化食品安全私人执法理念并从解释论上促进食品安全公益诉讼制度的发展,本文在阐释私人执法对公共执法的监督和补充功能的基础上,从经济分析的角度论证食品安全私人执法的必要性和可行性,并从体系解释的角度探索食品安全私人执法的可能途径。

二、功能分析:食品安全私人执法对公共执法的补充

考虑到我国近年来频发重大食品安全事件引起社会公众对食品安全的心理恐慌并对社会稳定和经济发展都造成巨大的冲击(奚晓明,2014:43),食品安全事故的防范和处理对执法效率的要求特别高,将更加契合效率原则的行政监管作为食品安全领域首选执法方式具备正当性基础。然而,尽管在理论上私人执法的效率并没有最优公共执法高(威廉·M·兰德斯、理查德·A·波斯纳,2004:257),但现实的公共执法通常难以达到最优状态,亟须私人执法对其进行补充。首先,公共执法机构的设置及其职责的履行需要公共财政投入,而私人执法则无须过多的财政投入,其执法成本主要由社会分担或者转由责任主体承担。其次,即使不计成本地将公共执法机构的触角延伸至社会各个角落,其在及时发

现食品安全隐患或者事件方面的能力远远不如生活于各行各业的私人,而且公共执法全面深入监控社会容易对私人的行为自由造成不必要妨碍甚或限制。再次,尽管在理论上可以通过强化惩戒力度弥补“执法遗漏”减损的行为规范功效,但只要利润足够大且存在不被追责的可能,公共执法就注定难以消除食品安全领域违法犯罪行为的经济动机,且这无异于将没有被发现或者追责的不法生产经营者的责任算到被追责的生产经营者头上。复次,公共执法的具体实施依赖于其切身利益无涉食品安全的党政机关工作人员,其执法积极性主要通过相关法律规定的职责加以维持,而私人执法者通常能够依法保有全部或者部分执法收益,其执法积极性在经济学上明显高于公共执法者。从经济学上来分析,公共执法部门的自身利益与执行法律的社会成本和收益不相关而导致公共执法在一定场景下的无效率,因为“如果公共机构既不能从降低执法成本中受益,也不会从减少执法收益中受损,那么公共机构就会对提高执法效率漠不关心”(桑本谦,2005:167)。与此不同,私人执法因立法者向执法者提供激励机制而使得执法的成本、收益与自身存在直接利害关系,执法者具备根据自身利益去执行法律的动力。因而,执法者根据自身利益去执行法律能够对公共执法的固有惰性发挥补充和监督功能。诚然,私人执法中的激励机制在理论上也可以适用于公共执法者,但由公共财政供给工资福利的公共执法者从其具体执法中获益与公共执法的公共性相违,而且容易造成公共执法者采取钓鱼执法等滥用职权手段为自己谋利。最后,在地方保护主义、行业保护主义盛行的当代中国,财政税收、就业岗位、投资兴业等等事项使得现代社会企业与政府总有共同的利益,企业与政府的“双赢”成为了经济活动中最佳效果的标志(肖建华、柯阳友,2011:146),行政不作为或者滥用行政权力导致众多消费者利益受到损害是公益诉讼产生的重要原因(肖建华,2012:47),在难以合理期待行政机关通过公共执法的方式全面有效地保护消费者合法权益的情形下,通过私人执法弥补公共执法供给的不足、改善实践中对损害公益行为打击不力的状况、缓解转型时期的社会矛盾就具有积极意义(肖建国,2012)。综上所述,食品安全执法通常具有紧迫性而应当首选公共执法手段,但公共执法具有自身的弊端,应当发挥私人执法的补充功能。

根据其与公共执法的关系,食品安全私人执法可以区分为辅助型私人执法和独立型私人执法。在辅助型私人执法中,私人仅在信息来源与协助执法方面发挥功能,既不能独立追究生产经营者公法意义上的违法责任,也不能通过行政公益诉讼的方式督促行政机关采取相应行政措施。在独立型私人执法中,私人不仅得要求公共执法部门启动相关追责程序,而且得提起行政公益诉讼要求行政机关依法履行职责。鉴于辅助型私人执法并不能对生产经营者或公共执法部门产生强制执行效果,而且在很大程度上已经被纳入食品安全公共执法的研究范畴,食品安全私人执法主要研究的是独立型私人执法。鉴于私人执法主体并不能直接行使国家强制力,在辅助型私人执法无法奏效的情形下,消费者或者消费者协会只能通过诉讼途径谋求强制执行效果。因而,独立型私人执法的研究主要集中体现为以公共执法部门为被告的行政公益诉讼与以生产经营者为被告的民事公益诉讼两种类型,前者对公共执法发挥监督功能,而后者对公共执法发挥补充功能。尽管《食品安全法》并没有规定公益诉讼制度,但因食品安全公益诉讼属于特殊领域的消费公益诉讼,故可以援引《行诉法》、《民诉法》、《消保法》等可能存在的公益诉讼规范进行分析。其中,《民诉法》第55条以及《消保法》第47条规定的消费公益诉讼属于形式意义上的消费公益诉讼,而实质意义上的消费公益诉讼则还包括《消保法》第55条以及《食品安全法》第148条第2款规定的惩罚性赔偿型消费公益诉讼。其中,形式意义上的消费公益诉讼通常被认为仅指省级以上消费者协会提起旨在保护不特定消费者权益且不涉及损害赔偿请求的防御型消费公益诉讼。惩罚性赔偿型消费公益诉讼则是立法者授予补偿性赔偿请求权人以惩罚性赔偿请求权,使消费者得通过一个诉讼程序同时实现填补损失和维护公益的双重诉讼目的。鉴于笔者已在其他文章中较为深入地检讨形式意义上的消费公益诉讼(肖建国、黄忠顺,2013:6-11),本文以惩罚性赔偿型消费公益诉讼为中心对食品安全中的私人执法问题展开研究。

三、经济分析:食品安全私人执法的必要性及可行性

在食品安全私人执法的制度设置中,既要激发消费者或者消费者协会的执法积极性,也要剥夺生产

经营者继续产售不安全食品的经济根基。这是因为缺乏激励机制的私人执法形同虚设,而不能完全穷尽不法收益的私人执法不具备阻吓生产经营者继续产售不安全食品。对于惩罚性赔偿型消费公益诉讼而言,鉴于补偿性赔偿请求金额通常难以向消费者供给足够充分的诉讼动力,为防止经营者利用消费者维权惰性牟取不法收益,立法者赋予补偿性赔偿请求权人以惩罚性赔偿请求权,实现激励消费维权和剥夺不法收益的双重功能。

(一) 食品安全私人执法的必要性分析

生产经营者在决定产售不安全食品时通常并没有将不安全食品给消费者造成的伤害以及治疗或者补偿这些伤害所需要付出的成本纳入产品成本计算范围。这是因为消费者限于食品安全信息有限而难以认识到其消费该食品的对价还包括生命健康权益的减损,事后遭受生命健康权益减损也未必能够意识到是某特定食品引起,即使能够意识到该因果关系的存在,也未必能够成功证明消费事实与损害后果的存在及其因果关系的成立,而且在完全能够证明食品存在安全隐患并对自身权益造成损害的情形下,如果伤害不够大,消费者普遍存在放弃维权的心理倾向。因而,不安全食品的生产经营行为具有负外部性,消费者承受了不安全食品生产经营者的外部成本,并难以通过普通的损害赔偿之诉实现外部成本的内部化。尽管公共执法也具有促使生产经营者的负外部性内部化的功能,但对公共执法与私人执法进行的经济分析表明,私人执法在穷尽不法收益方面效率更佳。概言之,不安全食品的生产经营活动所具有负外部性构成倡导构建惩罚性赔偿型消费公益诉讼的主要理由,而惩罚性赔偿型消费公益诉讼具有促使外部成本内部化的经济制度价值。

作为经济理性人的生产经营者天然地倾向于将其自身承担的成本降到可能范围内的最低限度而将其自身的收益提升到可能范围内的最高限度,对于包括消费者在内的其他人是否承担外溢成本则在所不问,而对外溢收益则尽可能地内部化为价格以实现其利益最大化。从经济学上来分析,生产经营者从事的不安全食品生产经营行为的私人成本与社会成本并不相等,因为不安全食品对消费者生命健康权益造成的损害未必被纳入生产经营成本。即使被纳入生产经营成本,也因部分甚至全部受害消费者放弃行使损害赔偿请求权或者行使损害赔偿请求权不成功等原因而使得生产经营者实际承担的私人成本显著低于社会成本,这也正是食品生产经营者铤而走险的原因。诚然,不安全食品生产经营者将其成本转由消费者承担并不是没有条件的。如果对食品安全隐患知情且存在可替代安全食品,消费者完全可以选择其他替代食品或者通过迫使该不安全食品降价的方式将其遭受的外部成本内部化,而不安全食品生产经营者在完美市场机制的作用下只能选择生产安全食品或者退出市场竞争。然而,生产经营者产售不安全食品通常具有隐蔽性和专业性,无法指望消费者普遍发现或知悉食品安全隐患。在消费者对食品信息了解不充分的情形下,生产经营者得以顺利将其成本外部化,因生产经营者将其部分私人成本转化为社会成本而导致市场失灵,资源配置难以达到帕累托最优状态。鉴于食品安全对消费者生命健康权的严重损害,生产经营者产售不安全食品所获得的私人收益往往难以承担救治众多受害者的医疗费用,不安全食品生产经营的社会成本远远高于社会收益。然而,追求利润最大化的经济当事人进行私人最优决策是基于私人成本与私人收益的比较,被生产经营者外部化的社会成本并没有反映在其私人成本之中并最终通过市场价格反映出来。因而,只要存在负的外部性,资源配置就是扭曲的,市场机制就不能完全发挥资源配置的基础性作用,为实现社会福利的最大化,应当通过各种不同方式将外部成本转由外部性制造者自己承担,即外部成本内部化(刘友芝,2001:7-8)。尽管早有研究表明地方政府追求经济增长是企业内部成本外部化的催化剂^①,但食品生产经营企业的负外部性内部化主要依赖公共执法。刑事罚金、行政罚款、没收违法所得等刑事或者行政手段增加了不安全食品生产经营者的违法成本,但由于不安全食品生产经营者被追究刑事责任、行政责任的概率并不高。即使被追究刑事责任、行

^①我国的财税制度和官员晋升机制使地方经济的增长成为地方政府最为关注的目标,而这种增长又依赖于企业的投资,企业的投资决策则需要考量自身的利益,地方政府为了满足企业利益便利用其在要素市场上的干预能力,以低成本为企业提供要素,造成了内部成本外部化现象。参见王立国、周雨:《体制性产能过剩:内部成本外部化视角下的解析》,载《财经问题研究》,2013年第3期,第34页。

政责任,不安全食品生产经营者不法收益也未必可以通过刑事罚金、行政罚款、没收违法所得等措施予以穷尽。因而,公共执法所能实现的外部成本内部化通常具有不彻底性,不安全食品的生产经营者仍然可能有利可图。相对于具有天然惰性的公共执法而言,消费者与消费者协会因其能够享有或者分享执法收益而具有充足的执法动力,且可以利用其植根于社会各行各业的优势降低发现食品安全隐患的成本。因而,即使是对美国集团诉讼持根本抵触态度的德国,也正在积极强化消费者保护法和反不正当竞争法领域内的私人执法,其所创设的撤去不法收益之诉能够在公共执法不力情形下强化执行威慑力。尽管我国立法者不认为《民事诉讼法》与《消保法》所规定的民事公益诉讼包括撤去不法收益之诉,但《食品安全法》规定的惩罚性赔偿制度在某种意义上也发挥着强化私人执法威慑力和供给私人执法动力的双重功能。如果能够将众多消费者享有的惩罚性赔偿请求权通过程序法上的技术手段进行凝集,将对不安全食品生产经营者构成类似于撤去不法收益之诉甚或集团诉讼的致命打击。

(二) 食品安全私人执法的可行性分析

消费者或者消费者协会私人执法结果的受益者并不局限于私人执法者,不特定消费者均从私人执法中获益,但又无法要求不特定消费者分担私人执法成本,属于“一些人的生产或消费使另一些人受益而又无法向后者收费”的正外部性(外部经济)现象(沈满洪、何灵巧,2002:153)。正外部性活动由于发出方生产收益中有一部分“发散”为社会收益,使其私人生产均衡点低于社会需要的均衡点,导致部分社会福利损失(王万山、谢六英,2007:2)。鉴于市场机制的基本功能是使交易双方的福利最大化(孙钰,1999:31),消费者或者消费者组织私人执法积极性不足问题无法通过正常的市场机制解决,而需要将其作为公共物品进行激励。然而,在缺乏私人执法的传统大陆法系国家和地区,受公法与私法功能划分的影响,私人执法尚且处于起步阶段,与案件不存在直接利害关系人的消费者提起公益诉讼动力尚未为我国立法者所接受,但受害消费者在提起私益诉讼的同时提出公益性诉讼请求的情形在司法实践中则时有发生。受害消费者提起公私交融型消费诉讼在客观上具有利用私人利益充当公益诉讼的效果,但充当消费者提起公益诉讼动力的私人利益并非总是显在的私益,还可以表现为律师通过公益诉讼吸引案源等隐性利益。鉴于此,在赋予任何消费者以公益性诉讼实施权的社会条件尚不具备的情形下,认可对公益诉讼具有显性或者隐性收益的特定消费者有权提起消费公益诉讼不失为节约私人执法激励成本并规避立法障碍的应对策略。惩罚性赔偿具有惩戒不安全食品生产经营者的私人执法性质,但立法者仅将其赋予补偿性赔偿请求权人。因而,惩罚性赔偿可以实现特定受害消费者私人执法行为正外部性内部化,并且提起公益诉讼通常能够为原告或者其代理人带来隐性收益,故惩罚性赔偿型公益诉讼具备可行性。

1. 私人执法者的正外部性的内部化。私人执法旨在保护社会公共利益,而社会公共利益的维护将使得包括私人执法主体在内的不特定第三人获益,这意味着私人执法具有经济学上的正外部性特征。所谓的正外部性,是指一个经济主体的经济活动对其他经济主体所带来的有利影响,正外部性的接受者并不需要为此付出任何成本。正外部性由于发出方所获得的私人收益小于社会收益,发出方在生产或消费时一般以私人边际收益作为供给或支出的预算约束线,因而其生产量或消费量低于社会福利最优量(王万山、谢六英,2007:1)。为消除正外部性对于资源配置的影响,经济学家指出需要将正外部性内在化,就是要使由正外部性制造者造成的外部收益通过不同方式转化成为正外部性制造者的私人收益,以解决因激励缺乏导致的社会最优供给不足,从而克服正外部性带来的效率损失,重新达到帕累托最优状态(王冰、杨虎涛,2002:159)。具体到食品安全私人执法而言,消费者或者消费者协会为保护公共利益而实施的私人执法活动所产生的成本需要自行承担,而私人执法的受益者则不限于私人执法者本人,其他消费者因私人执法而获得无须支付报酬的利益。因而,食品安全私人执法具有鲜明的正外部性,属于第三方公共物品,政府需要对其采取补偿性激励,这主要表现为减免案件受理费、从诉讼收益中提取必要费用、独享或者与国库分享诉讼收益、从公共财政或者公益基金垫付或者补偿诉讼成本、对热心食品安全私人执法者设置奖励机制等。

2. 私人执法者的隐性收益分析。诚如学者所指出的,“除非私人执法者所获得的预期收益能够超过其支付的成本从而使得回报可以补偿其承担的风险,否则私人执法机制将不复存在”(约翰·C. 科菲,

2009;32)。鉴于作为非直接利害关系人的消费者或者消费者协会在私人执法中需要消耗相当成本,食品安全中的私人执法制度设置中需要慎重考虑消费者或者消费者协会私人执法的动力问题。如果说旨在剥夺生产经营者从事违法行为经济动机的惩罚性赔偿之诉、撇去不法收益之诉尚且可以将全部或者部分诉讼收益作为激励消费者或者消费者协会积极执法的奖金,那么,旨在要求生产经营者停止违法行为、采取必要补救措施、履行告知义务等不涉及收益的私人执法则面临着执法激励的难题。然而,消费者或者消费者协会不能从私人执法活动本身获益并不排除其获得其他方面的利益实现,如律师通过公益诉讼提升知名度而获得案源、学者通过公益诉讼引领社会关注特定问题、学生通过公益诉讼训练其诉讼技巧、商主体通过公益诉讼击败竞争者、具有半官方性质的消费者协会通过公益诉讼取得政绩和提高社会认可度、消费者通过公益诉讼为其私益诉讼奠定基础等。因而,食品安全私人执法缺乏动力的假设未必符合实际情况,消费者或者消费者协会私人执法可以产生经济学上的隐性收益,提起公益诉讼可以为消费者或者消费者协会带来其他方面的利益满足。诚然,前述隐性收益并不存在于所有消费者或者消费者协会的私人执法活动中,而私人执法不应当为特定类型群体的消费者所垄断,从制度上为提起消费公益诉讼的消费者或者消费者团体提供最低限度激励机制的观念已是学界基本共识。诚然,鉴于不同消费者或者消费者团体从事相同私人执法事务的实际收益并不相同,惩罚性赔偿请求权的创设可以理解为立法者授权具有隐性收益的特定主体以提起限额损害赔偿公益诉讼的主体资格。在损害赔偿公益诉讼尚未获得普遍开放的语境下,优先将公益性诉讼实施权赋予具有潜在诉讼收益的主体(补偿性损害赔偿请求权主体)能够有效节约公益诉讼激励成本,惩罚性赔偿型消费公益诉讼具有可行性。

四、体系解释:食品安全私人执法的制度展开

食品安全事故的防范与处置相对于其他消费领域更具显著的紧迫性,而注重保障程序正义的司法救济相对于行政程序更为滞后,这种反差决定了食品安全主要通过行政监管手段实现,而食品安全公益诉讼长期没有获得立法者与司法者的青睐。然而,诚如前述的经济分析所揭示的,公共执法具有天然缺陷而亟须私人执法予以有益补充。更为重要的是,为追求财政收入与经济增长方面的政绩,地方政府放任甚至主动协助生产经营者将其成本外部化的情形时有发生。因而,通过食品安全公益诉讼督促甚或迫使公共执法部门依法履行职责以及越过公共执法部门直接向生产经营者施加不利益影响的重要性已是诸多决策者和研究者的共识。如前所述,在我国现行法律框架下,食品安全领域存在着《民事诉讼法》第55条和《消保法》第47条规定的形式意义上消费公益诉讼以及《消保法》第55条和《食品安全法》第148条第2款规定的惩罚性赔偿型消费公益诉讼。形式意义上的消费公益诉讼指向未来,旨在防御不特定众多消费者合法权益(继续)遭受侵害,而惩罚性赔偿型公益诉讼指向过去,旨在剥夺不安全食品的生产经营者已经取得的不法收益。

惩罚性赔偿型公益诉讼直接以不安全食品生产经营者为被告,故只能属于民事公益诉讼。但是,形式意义上的消费公益诉讼是否仅限于民事公益诉讼则尚且存在商榷空间。尽管包括立法机关在内的绝大多数权威观点认为《消保法》第47条系对《民事诉讼法》第55条的具体化,但基于以下几方面的原因,笔者认为,消费者协会提起的食品安全公益诉讼包括行政公益诉讼与民事公益诉讼两种类型:第一,《消保法》第47条关于“对侵害众多消费者合法权益的行为,中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会,可以向人民法院提起诉讼”的规定从字面解释上并没有将行政公益诉讼排除在外。第二,《消保法》至少在我国并未被纳入民法体系,消费公益诉讼条款是否需要在民事公益诉讼条款的既有框架内进行解释并非不无疑问,而以立法机关释义书为根基的历史解释固然贴近立法原意,但也不应当忽视法律文本的客观性为法律制度发展意外留下的契机。第三,行政不作为以及行政乱作为也同样构成《消保法》第47条规定的侵害众多消费者合法权益的行为,如政府滥用行政权力排除、限制竞争的行为在客观上损害不特定众多消费者合法权益,消费者协会提起行政公益诉讼具备正当性和必要性。第四,在行政诉讼法或者专门性法律中增设行政公益诉讼制度已是社会各界达成的基本共识(黄庆畅、杨子强,2014:18)。去年修改《行政诉讼法》的过程中,无论是相关实务部门的修正案草稿或者修正案建议稿,抑

或是自诩为“专家建议稿”的各类版本的修改建议材料,均将“行政公益诉讼”列入修改内容并作为其“亮点”之一(杨建顺,2012:60)。诚然,在消费者协会既可以提起民事公益诉讼也可以提起行政公益诉讼达到类似救济功能的情形下,鉴于行政公益诉讼的救济更为迂回,消费者协会提起民事公益诉讼通常更加符合效率原则,而且考虑到消费者协会的半官方色彩注定其不愿过多地与行政机关打官司的现实,只有在无法通过民事公益诉讼获得救济或者通过行政公益诉讼更能实现纠纷解决的规模效应的情形下,消费者协会穷尽辅助型私人执法手段仍无法奏效时才存在提起行政公益诉讼之必要。尽管我国现行法律和司法解释并没有对消费者协会提起食品安全行政公益诉讼的条件和程序作出特别规定,但中国消费者协会可以通过公益诉讼导则等内部文件对自身以及各省级消费者协会提起行政公益诉讼进行适当自律性限制,以确保食品安全私人执法实现效率最优。

综上所述,食品安全私人执法主要表现为受害消费者提起的惩罚性赔偿之诉以及消费者协会提起的团体公益诉讼。其中,消费者协会提起的团体公益诉讼以民事公益诉讼为原则、以行政公益诉讼为例外,而且在提起行政公益诉讼之前宜先行穷尽辅助型私人执法手段。鉴于补偿性损害赔偿请求权与惩罚性赔偿请求权的主体均为特定受害消费者,消费者协会得提起的民事公益诉讼通常仅限于不涉及金钱损害赔偿的不作为之诉、撤销之诉以及信息之诉,至于消费者协会直接提起损害赔偿之诉尚未被立法机关和最高司法机关所接受,从而使得我国食品安全领域内的私人执法力度严重欠缺。考虑到生产经营者在不安全食品产售过程中将大量成本外部化,《食品安全法》试图通过强化行政处罚力度的方式撤去生产经营者的不法收益。然而,诚如前文经济分析结果已经表明的,某些地方政府执法积极性可能不足,即使全部上缴国库的罚没财产又被以行政拨款方式返还执法单位,仍然难以与经济增长给官员带来的政绩实惠相媲美。因而,如何强化私人执法在促使生产经营者外部成本内部化的任务仍然相当严峻。鉴于此,笔者拟探索惩罚性损害赔偿请求权的集合行使路径为己任,试图运用民事诉讼法原理实现类似美国集团诉讼与德国撤去不法收益之诉的私人执法效果,并对私人执法性质的惩罚性赔偿团体诉讼与公共执法性质的没收违法所得之间的关系进行厘定,在解释论层面构建公共执法与私人执法和谐相处且相互配合的食品安全执法体系。

(一) 私益抑或公益:惩罚性赔偿请求权的性质界定

受公法、私法的二元区分原理的影响,传统大陆法系国家和地区的损害赔偿责任法遵循“补偿原则”和“得利禁止原则”,其功能仅在于填补受害人所遭受的损害,但受害人所获补偿不得多于所遭受的损失,至于损害行为的预防和报复功能则必须通过公法性质的行政法与刑法手段予以实现(格哈德·瓦格纳,2012:3)。尽管损害赔偿责任法强调完全补偿原则,但是遭受不安全食品损害的消费者并非总是积极谋求损害填补,即使所有遭受损害的消费者都行使损害赔偿请求权,并非所有消费者都会保存并提供相关证据,即使所有消费者都能够提供相关证据,生产经营者及其律师尚有大量诉讼技巧可供使用。因而,在实体法规则设置的理想层面,生产经营者的违法所得都可以被受害消费者追回,但在事实上生产经营者具有大量的机会和手段规避承担损害赔偿赔偿责任,补偿性损害赔偿请求权在促使外部成本内部化的功能注定是不完全的。鉴于此,新《食品安全法》第148条第2款继承了我国《侵权责任法》第47条、《消保法》第55条的精神,为优化惩罚性赔偿制度对生产经营者的威慑功能,考虑到不符合安全标准食品价格及其对消费者身心健康造成伤害之间的巨大差距,新法赋权消费者在价款十倍或者损失三倍之间选择请求对其最有利的惩罚性赔偿金。消费者要求赔偿损失的权利属于补偿性损害赔偿请求权,而要求生产经营者支付价款十倍或者损失三倍赔偿金则属于惩罚性损害赔偿请求权,惩罚性损害赔偿请求权从经济上刺激消费者维权积极性,呈现出私益诉讼与公益诉讼相融合并以公益诉讼带动私益诉讼的私人执法格局。换言之,惩罚性赔偿请求权带有明显的公益色彩,通过增加生产经营者单次赔偿金额弥补部分消费者不知、不愿或者不能行使补偿性损害赔偿请求权的弊端。在特殊情形下,生产经营者实际承担的损害赔偿金额在理论上可能超越其违法生产经营行为所获得的利润。理性的生产经营者为了避免承担超越利润空间的损害赔偿赔偿责任而具备提高食品生产经营注意义务的积极性。因而,惩罚性赔偿请求权在促使生产经营者外部成本内部化方面具有显著的功效,具有鲜明的行为规范公法色彩。显

而易见,消费者提起损害赔偿之诉,要求生产经营者支付法定倍数的“赔偿金”与公共执法中罚款、罚金、没收违法所得等具有异曲同工之妙,均试图剥夺生产经营者从事不安全食品生产经营活动的经济根基,加大违法生产经营行为的代价以提高生产经营者的安全注意义务。诚然,严厉的惩罚性赔偿制度可能会导致注意成本过高,而注意成本的增加将导致食品价格上涨。尽管食品安全事关生命健康而可以“不计成本”,但食品价格的上涨会现实地影响中低收入水平人群的生活质量,如果没有配套社会救济措施的完善而片面提高食品安全标准和食品生产经营注意义务,其结果是否符合全体人民根本利益恐怕还存在商榷的余地。因而,惩罚性赔偿请求权通常仅适用于生产经营者应知或者明知故犯的情形,新《食品安全法》将其仅适用于“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”,而经营非明知是不符合安全标准食品的经营经营者并不承担惩罚性赔偿责任。除承担惩罚性赔偿责任以外,生产经营不符合安全标准食品的生产经营者还面临着没收违法所得的行政处罚或刑事处罚,在采取没收违法所得与惩罚性赔偿并行的立法模式下,生产经营者在应然层面具有充分的注意积极性,但鉴于消费者的理性冷漠以及公共执法的乏力,铤而走险的生产经营者仍然存在逃避承担法律责任的“合理”侥幸心理,使得食品安全事件频频发生。

(二) 个别抑或集合:惩罚性赔偿请求权的集合行使

尽管惩罚性赔偿请求权依附于补偿性赔偿请求权,但消费者在民事诉讼中请求生产经营者支付惩罚性赔偿金在性质上应当界定为公民提起的公益诉讼,旨在规范生产经营者的行为并以惩罚性赔偿金激励消费者积极维权,属于立法者为受害消费者创设的据以提起食品安全公益诉讼的请求权基础。然而,尽管惩罚性赔偿请求权激励消费者积极维权,但受信息不对等、诉讼能力悬殊、证据分布不均衡等因素限制,惩罚性赔偿请求权的个别性行使并不能彻底解决消费者维权动力或者能力不足问题。然而,倘若允许受害消费者将其损害赔偿请求权或者其所对应的诉讼实施权转让给具备提起消费公益诉讼资格的消费者协会,那么惩罚性赔偿请求权的集合行使将给生产经营不符合安全标准食品者以类似集团诉讼的严厉打击。鉴于惩罚性赔偿请求权个别性行使仍然使得不符合安全标准的食品生产经营者心存侥幸,在解释论上探索惩罚性赔偿请求权的集合行使模式,对在实践中真正贯彻“重典治乱”修法精神具有重要价值。立法机关赋予受害消费者以惩罚性赔偿请求权,而受害消费者的特定性决定惩罚性赔偿之诉不能适用《民法法》第55条以及《消保法》第47条规定的公益诉讼制度。为实现惩罚性赔偿请求权的集合行使,需要将受害消费者享有的惩罚性赔偿请求权或者其所对应的诉讼实施权向消费者协会转移。为实现诉讼实施权移转而转移实体请求权构成理论上所谓的“诉讼信托”,而转移诉讼实施权但保留实体请求权归属关系不变则属于所谓的“诉讼担当”。鉴于我国现行立法既没有规定受害消费者依法享有的惩罚性赔偿请求权得由消费者协会行使,也没有规定受害消费者得将惩罚性赔偿请求权所对应的诉讼实施权授予消费者协会行使,惩罚性赔偿请求权的集合行使路径只能采取无须法律预设的意定赋权模式。意定赋权模式存在诉讼信托、任意诉讼担当以及诉讼代理三种方式,但任意诉讼担当的适用通常以立法者明确允许受害消费者移转诉讼实施权为必要,而诉讼代理人仅能由自然人担任,实现惩罚性赔偿请求权由消费者协会集合行使的路径只能是诉讼信托。尽管《信托法》第11条禁止专以诉讼或者讨债为目的设立信托,但因消费者协会集合化行使惩罚性损害赔偿请求权带有显著的公益色彩,而且符合法律规定条件的公益团体充当诉讼受托人并不存在包揽诉讼的风险,笔者倾向于结合第61条有关“国家鼓励发展公益信托”的立法精神对第11条作目的性限缩解释,将具备公益诉讼主体资格的消费者协会作为诉讼信托禁止原则的例外情形对待。鉴于新《食品安全法》仍然将惩罚性损害赔偿请求权依附于补偿性损害赔偿请求权,受害消费者在转让惩罚性赔偿请求权时必须将其补偿性赔偿请求权一并转让给适格消费者协会,并且消费者协会得在同一诉讼程序中同时提起不作为之诉,实现公益诉讼与私益诉讼的多重融合。在惩罚性赔偿金大幅度提升的食品安全法领域,消费者将其补偿性赔偿请求权与惩罚性赔偿请求权转让给消费者协会就意味着,得在无须承受诉累和败诉风险的情况下期待获得十倍价款或者三倍损失的额外收益,消费者赋权的积极性更为明显。换言之,尽管加入制损害赔偿团体诉讼仍然存在部分未选择加入诉讼的“漏网之鱼”,但惩罚性赔偿金能够起到很好的弥补功能:在消费者未发生损

害或者损害未超过价款的情形下,一个消费者授权消费者协会即可以实现 11 个消费者维权的类似效果,而在消费者发生损害且损害超过其所支付款的情形下,一个消费者授权消费者协会也可以 4 个消费者维权的类似效果。与此同时,尚未选择加入的受害消费者在多倍赔偿的利益刺激下,另行授权消费者协会提起损害赔偿诉讼,法院援引甚至直接适用确定判决的做法将给生产经营者予以致命的打击。诚然,前述分析和判断均建立在消费者有证据证明消费事实(与损害事实)的基础上,而不能提供证据表明其消费事实(与损害事实)的消费者所遭受的损失则仍然无法通过消费者协会团体诉讼的方式获得救济,生产经营者对这部分外部化成本仍然无须予以内部化。尽管缺乏证据或者逾越诉讼时效的受害消费者无法获得赔偿可以通过其他消费者的惩罚性赔偿请求权的行使获得以弥补,但这并不能确保生产经营者将其外部成本完全内部化,这也就为公法层面的没收违法所得留下作用空间。

(三) 并存抑或择一:惩罚性赔偿与违法所得的关系

公共执法不能替代私人实现其损害赔偿请求权,公法责任形态的没收违法所得不能影响私法责任形态的损害赔偿请求权的实现。惩罚性赔偿与没收违法所得之间的关系协调反映着立法者对私人执法与公共执法的基本态度。根据新《食品安全法》第 147 条关于生产经营者财产优先承担民事赔偿责任的规定,属于私法责任形式的惩罚性赔偿应当优先于属于公法责任形态的违法所得。既然惩罚性赔偿应当优先于没收违法所得获得清偿,那么生产经营者的违法所得的确切金额在理论上需要等待全体受害消费者损害赔偿请求权的诉讼时效期限届满才能确定,但这将显著违反公共执法的效率原则。诚然,为了兼顾贯彻公共执法效率原则,理论上也可以对惩罚性赔偿与没收违法所得之间的关系作出以下安排:生产经营者在承担没收违法所得公法责任的同时豁免其私法意义上的损害赔偿义务,受害消费者只能要求公权力机关从没收违法所得的金额中予以赔偿。然而,这将导致没收违法所得款项未能及时上缴国库、消费者可能需要面对更为强大的被告、民事损害赔偿之诉转化为行政诉讼、生产经营者免受其原本需要承受的诉累而在事实上减轻其违法成本等后果。鉴于此,在立法论上,笔者倾向于取消食品安全法域内的没收违法所得,而将其试图实现的威慑功能通过行政罚款、刑事罚金等方式替代实现,强化(惩罚性)损害赔偿请求权的集合行使制度建设,并创设补充性撤去不法收益之诉,从而实现私人执法与公共执法之间的协作。在解释论上,鉴于新《食品安全法》仍然保留甚至强化没收违法所得制度,笔者建议食品安全执法部门在没收违法所得的适用方面遵循谦抑原则,将没收违法所得限制解释为生产经营者赔偿消费者损失以外因生产经营不符合安全标准食品所获得的利润,包括(部分)消费者放弃或者未能维权而免于赔偿的款项在内,但应允许执法部门对生产经营者的财产采取控制性措施,使没收违法所得可以实现类似补充性撤去不法收益之诉的功能。

五、结 语

新《食品安全法》在公共执法制度完善方面很好地贯彻了“重典治乱”的修法理念,但忽视构建对公共执法构成有益补充的私人执法制度。本文在回顾私人执法与公共执法之间关系的基础上,以惩罚性赔偿型消费公益诉讼为中心,对食品安全私人执法的必要性、可行性及其制度构建展开研究。在笔者看来,惩罚性赔偿制度属于立法机关有意无意地在经济分析的基础上赋予具有正外部性的受害消费者的新型实体请求权,试图通过额外的诉讼收益激励消费者积极维权、尽最大可能穷尽经营者不法收益。然而,惩罚性赔偿请求权仅为受害消费者提起公益诉讼奠定请求权基础,消费者通过个别诉讼行使补偿性与惩罚性赔偿请求权仍可能存在诉讼不经济情形。为实现诉讼规模效应,应当允许受害消费者将其所固有的损害赔偿请求权概括性移转给具备提起公益诉讼主体资格条件的消费者协会,借助消费者协会的团体诉讼节约消费者维权成本、避免败诉所需要承担的风险,而惩罚性赔偿金归属受害消费者所有意味着消费者将“不劳而获”,消费者通过消费者协会维权的积极性将大为提升。对于部分消费者放弃或者未能(成功)行使补偿性与惩罚性赔偿请求权的情形而言,在立法论上可以通过补充性撤去不法收益之诉解决,而在解释论上则可以通过补充性没收违法所得的公法手段实现类似功能。

参考文献:

- [1] 陈丽平(2015). 法工委行政法室副主任黄薇:修改食安法是重典治乱需要. 法制日报, 2015-04-25.
- [2] [德]格哈德·瓦格纳(2012). 损害赔偿法的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害. 王程芳译. 北京:中国法制出版社.
- [3] 黄庆畅、杨子强(2014). 聚焦行政诉讼法修改 破除行政公益诉讼的“门禁”. 人民日报, 2014-03-26.
- [4] 刘俊海(2013). 以重典治乱理念打造《食品安全法》升级版. 法学家, 6.
- [5] 刘友芝(2001). 论负的外部性内在化的一般途径. 经济评论, 3.
- [6] 刘学在(2013). 日本消费者团体诉讼制度介评. 法学评论, 6.
- [7] 桑本谦(2005). 私人之间的监控与惩罚——一个经济学的进路. 济南:山东人民出版社.
- [8] 沈满洪、何灵巧(2002). 外部性的分类及外部性理论的演化. 浙江大学学报(人文社会科学版), 1.
- [9] 孙 钰(1999). 外部性的经济分析及对策. 南开经济研究, 3.
- [10] 王 冰、杨虎涛(2002). 论正外部性内在化的途径与绩效——庇古和科斯的正外部性内在化理论比较. 东南学术, 6.
- [11] [美]威廉·M·兰德斯、理查德·A·波斯纳(2004). 私人执法. 顾红华、徐昕译. 制度经济学研究(第三辑). 北京:经济科学出版社.
- [12] 肖建华、柯阳友(2011). 论公益诉讼之诉的利益. 河北学刊, 2.
- [13] 肖建华(2012). 现代型诉讼之程序保障——以2012年《民事诉讼法》修改为背景. 比较法研究, 5.
- [14] 肖建国、黄忠顺(2013). 消费公益诉讼中的当事人适格问题研究——兼评《消费者权益保护法修正案(草案)》第十九条. 山东警察学院学报, 6.
- [15] 奚晓明(2014). 最高人民法院关于食品药品纠纷司法解释理解与适用. 北京:人民法院出版社.
- [16] 杨建顺(2012). 《行政诉讼法》的修改与行政公益诉讼. 法律适用, 10.
- [17] [美]约翰·C·科菲(2009). 改革证券集团诉讼制度——试论证券集团诉讼的威慑作用及其功能的发挥. 何一男译. 公共利益与私人诉讼. 北京:北京大学出版社.

Study on Private Enforcement of Food Safety

Huang Zhongshun (Tsinghua University)

Abstract: Public enforcement system has been strengthened in the new “Food Safety Law”, while private enforcement system has not yet attracted the attention of legislators. As private enforcement performs indispensable and complementary functions, we should strengthen the system construction of the consumer public interest litigation through judicial interpretation. Consumer public interest litigation for punitive damages makes operators’ external costs and consumers’ positive externality internalized and reduces the incentive cost of private enforcement. In order to have the scale effect of punitive damages litigation realized, consumers might transfer both compensatory and punitive claims to some consumers’ association with qualification to file public interest litigation.

Key words: food safety; private enforcement; consumer public interest litigation; punitive damages

■作者地址: 黄忠顺, 清华大学法学院; 北京 100084. Email: zhongshunhuang@163.com。

■基金项目: 中央高校基本科研业务费专项资金资助(10XNI033)

■责任编辑: 李 媛

