

# 论消费民事公益诉讼损害赔偿责任实现中的 “替代性行为”

杨静雯

江苏大学法学院, 江苏 镇江

收稿日期: 2024年3月11日; 录用日期: 2024年3月22日; 发布日期: 2024年4月25日

## 摘要

为消解损害赔偿实现过程中的赔偿金分配难题, 消费民事公益诉讼当事人与法院创新性地探索出“以行为赔偿损失”的替代性责任承担方式, 即用履行特定行为替代损害赔偿金的缴纳。以消费民事公益诉讼功能为研究视角, 替代性行为因可间接补偿受害人的权益以及威慑(潜在)不法行为人而具存在之正当。在设置具体替代行为时, 首先其应替代惩罚性赔偿; 其次应属于消费领域, 履行时有地域、时间限制及履行额度; 再次以消费民事公益诉讼功能发挥与否, 并辅以最威慑与功利主义理论对替代性行为内容进行审核; 最后将设置完成的替代性行为公之于众, 方可有效发挥消费民事公益诉讼的补偿与威慑功能。

## 关键词

消费民事公益诉讼, 功能主义, 替代性行为

## On “Alternative Behavior” in the Realization of Damage Compensation Liability in Consumer Civil Public Interest Litigation

Jingwen Yang

School of Law, Jiangsu University, Zhenjiang Jiangsu

Received: Mar. 11<sup>th</sup>, 2024; accepted: Mar. 22<sup>nd</sup>, 2024; published: Apr. 25<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

In order to solve the problem of compensation distribution in the process of realizing damage

compensation liability, the litigants and the courts of consumer civil public interest litigation innovatively explore the alternative liability bearing mode of “compensation for loss by behavior”, that is, the performance of specific behavior instead of the payment of damage compensation. From the perspective of consumer civil public interest litigation, alternative behavior is justified because it can indirectly compensate the rights and interests of victims and deter (potential) wrongdoers. When setting up specific substitute behavior, first of all, it should replace punitive damages; secondly, it should belong to the field of consumption, and there are geographical and time limits and limits of performance; thirdly, the author reviews the content of alternative behavior based on the function of consumer civil public interest litigation and the theory of optimal deterrence and utilitarianism; finally, only by making the alternative behavior public can the compensation and deterrent functions of consumer civil public interest litigation be effectively brought into play.

## Keywords

Consumer Civil Public Interest Litigation, Functionalism, Vicarious Behavior

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

消费民事公益诉讼制度是为避免消费领域“公地悲剧”出现，旨在维护众多不特定消费者的合法权益及社会公共利益的一种预防和化解纠纷机制。根据相关法律规定，原告在消费民事公益诉讼案件中可提起停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等请求，<sup>1</sup>并未将赔偿损失包含于该条文，概因立法者考虑损害赔偿金缴纳后而存有的分配难题，且在理论层面就损害赔偿金如何分配尚存争议，但于司法实践中法院已认可原告在消费民事公益诉讼中提出的损害赔偿请求。<sup>2</sup>

为消解损害赔偿金的分配难题，解除被告因损害赔偿金过重从而不利于保障人权等问题，使损害赔偿制度在消费民事公益诉讼中实务中的适用更为合理，司法中创设赔偿请求权的实现路径——替代性行为，即以具体行为代替损害赔偿金的交纳。然而，在现有民事责任体系中，替代性行为并非法定责任形态，且正因该损害赔偿责任实现方式为司法创设，不免萌生替代性行为如何与被告本应承担的损害赔偿金匹配、替代性行为本身价值如何估量等疑问：譬如在司法案例中<sup>3</sup>，经法院确认的替代性行为是被告策划广告宣传活 动，然而被告在履行替代性行为中的角色为纯粹活动策划者还是策划兼组织者并未明确，导致其替代性行为本身价值较为抽象致难以与损害赔偿金相匹配。

总而言之，在被告是否应承担损害赔偿责任尚存争议的情况下，经由司法实践创设的替代性行为责任承担方式是否具有合理性则更存有疑问。替代性行为能否产生与损害赔偿责任相同的机能？若答案是肯定的，司法者应如何选择行为类型与设定行为内容？在具体适用时，应如何操作使该责任承担方式更

<sup>1</sup>《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第13条：第十三条原告在消费民事公益诉讼案件中，请求被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等民事责任的，人民法院可予支持。

<sup>2</sup>厦门市人民检察院诉厦门市佳味再添小吃有限公司产品责任纠纷案：法院支持公益起诉人惩罚性赔偿请求；江苏省常州市人民检察院诉常州强盛生物科技有限公司等民事公益诉讼纠纷案：法院支持原告请求被告承担销售价款3倍的赔偿金；广东省东莞市人民检察院与张森彬、吴扩富消费民事公益诉讼上诉案：法院支持原告请求被告赔偿1910997.63元。

<sup>3</sup>重庆市第一中级人民法院(2021)渝01民初308号民事调解书。

具科学性、实效性与普适性，使其实际效果达致损害赔偿请求权欲实现之目的且充分发挥消费民事公益诉讼制度的功能，故值得探讨。

## 2. 以行为替代损害赔偿责任之路径的案例塑造

鉴于“替代性行为”为司法实践所创设，故相关案例数量总体较少，现搜寻并梳理出下列 12 个相关案例(见表 1)。通过整理相关案例，探究原告诉求与调解确定的替代性行为之间牵连关系，以窥适用此种实现赔偿请求权之目的新型责任承担方式的法理内蕴和现实景观。

**Table 1.** Case review of “alternative behavior” in consumer civil public interest litigation  
**表 1.** 消费民事公益诉讼中适用“替代性行为”案例梳理

序号	案件名称	违法行为	诉求 (替代性行为有关)	案件结果
案例 1	广东省消费者委员会诉深圳市某大型连锁餐饮服务有限公司消费民事公益诉讼案。	被告多次从该供货商处采购含有有毒有害物质氯霉素的海产品并销售。	请求判令该餐饮服务公司承担 19.59 万元惩罚性赔偿金。	双方达成调解协议： 被告自愿提供价值 19.59 万元的检测试剂，用于今后深圳市海鲜产品中氯霉素指标的检测。
案例 2	辽宁省某检察院诉夏某某销售有毒、有害食品消费者权益保护民事公益诉讼案。	被告销售明知掺入有毒、有害的非食品原料的保健食品。	请求判令被告承担惩罚性赔偿金 53,175 元或以其他方式劳务代偿。	法院认为以劳务代偿方式承担惩罚性赔偿责任较为适当，公益诉讼起诉人可在本案判决生效后，与被告在实际履行过程中就此问题进行进一步协商。
案例 3	镇江市润州区人民检察院诉路某生产、销售不符合食品安全标准的食品刑事附带民事公益诉讼案。	被告生产、销售不符合食品安全标准的食品。	请求判令被告赔偿因生产、销售不符合安全标准的食品产生的赔偿金 102,900 元。	双方达成调解协议： 被告路某自愿参与时长为 415 个工作日的润州区交通秩序维护志愿活动。
案例 4	重庆市、四川省保护消费者权益委员会起诉重庆市云阳县某副食店、胡某销售假冒白酒消费民事公益诉讼案。	被告大量购买并长期销售假冒白酒。	请求判令被告以行为赔偿损失，参加公益活动；如若不履行替代性行为，则赔偿 124803.3 元。	双方达成调解协议： 被告两年内参加 4 次消费领域的公益活动，每次活动支付的经费不低于 1 万元。
案例 5	重庆市消费者权益保护委员会诉重庆扬啟企业营销策划有限公司消费者权益保护民事公益诉讼案。	被告未经他人同意在其微信公众号擅自发布个人信息。	请求判令被告以行为赔偿损失，如被告不履行，少 1 次公益活动则赔偿损失 2 万元人民币。	双方达成调解协议： 被告一年内策划、制作、发布其原创的消费领域公益宣传活动 4 次以上(活动的方式和效果需经原告确认)。
类案 6	重庆市消费者权益保护委员会诉南川区互邦日化用品经营部等 5 起消费民事公益诉讼案。	被告在农村地区销售假冒注册商标的洗发水。	请求判令被告以行为赔偿损失，如不履行以行为赔偿损失，则应支付相应的赔偿金到原告的专门账户。	双方达成调解： 3 年内被告分别在涉案洗发水销售地购买当地出产的惠农产品，购买金额为各自销售金额的 3 倍。

续表

案例 7	缙云县人民检察院诉陈某某犯生产、销售不符合安全标准的食品消费者权益保护民事公益诉讼案。	被告生产、销售不符合安全标准的食品。	请求判令被告公益损害赔偿金 20,000 元。	双方达成调解： 将公益诉讼赔偿金应用于被害人，以发放营养餐的形式补偿受害人。
案例 8	湖北省消费者委员会诉张某、陈某、许某销售假冒酒消费民事公益诉讼案。	被告大量购买假冒“飞天茅台”酒并投入市场销售。	请求判令被告承担三倍惩罚性赔偿。	双方达成调解协议： 1~2 年内被告参加消费公益活动、分别在指定平台及地点购买助农惠农产品 60,000 元或 80,000 元以上、到养老院进行助老服务活动 10 次或 30 次等方式进行“赔偿”；如未履约，需在 30 日内支付三倍惩罚性赔偿金。

通过对上述消费民事公益诉讼案件的梳理，发现在实务中：

第一，“行为”经由调解成为损害赔偿实现之替代性路径。除了案例 2 中，由于相关法律规范的缺失，就具体履行行为方式而言，尽管于形式上法院通过判决认可了以劳务代偿的合法性，于实质上法院仍然将替代性行为交由双方当事人进一步协商予以确定。其余 12 例案件都是在法院主持下，双方当事人经调解就替代性行为如何具体履行达成一致。

第二，替代性行为方式呈多样化，行为要素未统一。(1) 就替代性行为与被告不法行为关联度而言，有案例将替代性行为限定在消费领域，而有案例则将替代性行为设置在与消费领域无关的公共交通领域；(2) 就替代性行为履行成本与被告应支付损害赔偿金匹配性而言，案例中有替代性行为履行成本低于应付损害赔偿金，亦有双方所达成调解协议中无明确金额设置情形；(3) 就替代性行为本身所含要素而言，在所收集的案例中替代性行为主要涉及要素为时间、地点、替代性行为效果评价、未履行后果，但并非每个替代性行为均将上述要素包含齐备；(4) 就替代性行为类型而言，目前司法景观中所呈现的主要有购买产品、策划组织公益活动、维护交通秩序志愿服务、有利于公益的非精准行为四类。

第三，适用替代性行为原因更趋现实性。(1) 在消费者权益保护领域的公益诉讼中，通常被告人需承担的不仅有民事责任还有刑事责任，即需支付赔偿金和罚金，且有时应支付的惩罚性赔偿金额达至销售价款十倍。而被告人收入微薄，有父母和未成年子女需赡养、抚养，确已无力承担高额的赔偿金，且其行为虽侵害社会公共利益然未造成严重侵害后果与恶劣社会影响，本人亦认错认罚，为避免其因诉致贫、涉诉反贫，故以劳务代偿方式承担赔偿责任。(2) 《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第十三条第一款规定的责任承担方式系不完全列举，预留了消费民事公益诉讼责任承担方式的扩张空间，而以行为填补公共利益损害的责任承担方式并不违反法律规定。(3) 揆诸当下，对公益诉讼赔偿金的分配规则，法律并未作出明确规定，以至于实践中各地做法也不尽相同。以行为代替赔偿，在受害者难以精准筛查的情况下，这也最大程度地体现了公平公正。

在上述各个法院所审理的案件结果中，关于代替赔偿损失的具体行为方式截然不同，鉴于无法律法规明确规定，在实践层面亦属“前所未有”，这些行为方式是否具备正当性与可行性将在下文进行探讨。

### 3. 功能主义视阈下替代性行为的正当性评价

功能主义是不以法律规则本身为出发点，突破了传统法学局限于法律内部规则和逻辑的判断，强调

从规则生发背后的政治、社会、经济和意识形态的语境来判定其所意指事物[1]。对于消费民事公益诉讼，威慑、惩罚不法行为与补偿受损的社会公共利益为该制度功能已成为理论层面与实务层面<sup>4</sup>共识。适用于消费民事公益诉讼中的损害赔偿责任人兼具补偿与威慑功能[2]。替代性行为乃是对损害赔偿责任人进行替代履行，是故其目的应为实现消费民事公益诉讼的功能，继而结合社会、经济等背景，将该功能实现与否作为替代性行为方式是否具有正当性的评判标准。

### 3.1. 威慑功能视角下替代性行为的正当性评价

在消费民事公益诉讼制度运行过程中，通过一些手段“及时有效”制止、预防不法经营者(潜在不法经营者)已经和将要实施的侵害消费者权益行为即为威慑功能的有效实现。而在消费民事公益诉讼中，威慑功能的实现主要依托于惩罚性赔偿的适用。不法商家承担超过实际损害的赔偿责任，使侵权人不仅无法从不法行为中获利，还让其不敢再犯，并迫使潜在的侵权人考虑可能承担的民事责任，进而威慑其不再做出产生不公平后果的过错行为[3]。在司法实践维度，行为往往所代替的是惩罚性赔偿，故替代性行为需实现惩罚性赔偿制度意欲产生的效果。

替代性行为需剥夺侵权人不法收益且吓阻其不法行为再实施。首先，在上述司法案例中，侵权人履行行为所需付出的成本已覆盖其不法收益数额，例如在类案6中，不法商家被要求购买金额为非法获利数额3倍的产品，这三倍数额中则已包含非法所获的销售金额。即使侵权人被要求参加或策划、制作消费领域的公益活动或宣传活动，看似没有付出实质性金钱，但法院要求其参与时需支付活动经费并达到一定额度，例如在案例5中，侵权人被要求制作、发布消费公益宣传活动，其在制作、发布的过程中必然会付出一定的成本，且成本的付出额度也会受到原告的监督，因其活动方式和效果会经原告予以确认和认可。其次，侵权人履行行为所需付出的成本远高于其不法收益金额数。此处成本不止包括具体金钱数额还包含时间成本，比如在案例3中，侵权人的销售额即非法获利数额为10,290元，其被要求参与交通秩序维护志愿活动415个工作日以抵未缴纳的赔偿金82,900元，一方面82,900元明显远高于10,290元，另一方面被告履行行为需要415个工作日，在这415个工作日中侵权人无法从事其他营利性工作赚取金钱，这巨大代价足以使侵权人不敢再犯。

替代性行为需对意欲行不法之事的潜在侵权者产生威慑效果。潜在侵权人是不特定、隐秘、不明的，因此若要威慑潜在侵权人，则需让其知晓威慑的存在。比如在案例4中，侵权人被要求在《中国消费者报》上公开赔礼道歉，道歉信中写道：云阳县幸福园副食店将假冒注册商标的白酒向重庆市云阳县以及四川省巴中市进行销售……损害了社会公共利益……自愿在两年内参加四次消费领域的公益活动且每次活动支付的经费不低于1万元人民币，以此补偿消费者受到的损失、弥补社会公共利益受到的损害。《中国消费者报》作为国家市场监督管理总局出版的国家级报刊，亦有电子媒体，具有一定的影响力、辐射面广，人们可以从此道歉信中知道某某在消费领域因违法获利而被惩罚且惩罚力度不低，从而起到对潜在侵权人的威慑作用，遏制不法行为产生。但是又如在案例3中，侵权人生产、销售不符合食品安全标准的食品，却被要求参与交通秩序维护志愿活动，虽然在维护交通的过程中，有许多来往行人或驾驶员，但他们并不知道此人因何事来维护交通秩序，甚至可能还会认为是热爱公益的志愿者，此种情形下，侵权人的不法行为与惩罚措施之间的关联微弱，威慑作用何在，该行为能否替代惩罚性赔偿亦是存疑的。

<sup>4</sup> 盐城中院判决盐城市检察院诉殷某某消费民事公益诉讼案，浙江省温州市人民检察院诉汤开祥消费者权益保护民事公益诉讼案，广西壮族自治区贵港市人民检察院诉梁耀平、韦孔鑫、马业辉消费民事公益诉讼案，兰州市人民检察院诉魏玉林消费民事公益诉讼纠纷案中法院均认为消费民事公益诉讼具有补偿与威慑功能。

### 3.2. 补偿功能视角下替代性行为的正当性评价

在美国消费集团诉讼中,当消费者利益受到损害时,其有权直接获得与其损害相当的损害赔偿金[4],这便是补偿功能的实现。《元照英美法词典》中,补偿指对他人的损失给予价值相当的货币,或其他等价物,以使受损一方当事人恢复其原有状况。从定义中可知晓一方当事人所遭受的损害与所获得的补偿之间为紧密的对应关系,正如学者所述,补偿性赔偿使受害人所遭受的实际损失得以补偿,赔偿数额与个别受害人的损失相互对应[5]。然而,在消费民事公益诉讼的司法实践中,用“替代性行为”极有可能泛化损害与补偿的紧密对应关系,往往不能让受害者直接获益,但公益诉讼涉及社会公共利益及公众间接利益,故替代赔偿的具体行为方式能够使受害的或潜在的消费者群体间接获益即可。

替代性行为需补偿受害或潜在消费者群体的间接利益,即让其间接获益。比如在案例1中深圳某大型连锁餐饮服务有限公司多次采购并销售含有有毒有害物质氯霉素的花螺、贝类等,该商家被要求提供价值为19.59万元且用于今后深圳市海鲜产品中氯霉素指标的检测试剂。首先,侵权人执行替代性行为的地域为其侵权行为发生地所在市级行政区域,在地域维度与受害或潜在消费者群体有关联;其次,侵权行为为销售含氯霉素的食品,替代性行为是提供检测氯霉素的试剂,侵权行为与替代性行为有关联;再者,通过该替代性行为,完善公共食品安全设施建设,有利于提高食品安全水平,保障公众的身体健康和生命安全。又如案例4中,被告人的不法行为是销售假冒注册商标的白酒,替代性行为是参加四次消费领域公益活动且每次活动支付不低于1万元人民币的经费,虽本案中的侵权行为与替代性行为之间没有如案例1中的强联系,但替代性行为亦属消费领域,与消费者群体有较为密切的关联,能够补偿消费者群体的间接利益。但在案例3中,该不法商家生产、销售不符合安全标准的食品,替代赔偿的行为却为维护交通秩序,虽然维护交通秩序也有利于维护社会公共利益,但消费民事公益诉讼目的在于保护消费者合法权益、维护社会公共利益,其更倾向于消费领域,而该替代性行为更倾向于预防和减少交通事故、创造良好的交通环境,故不免对该替代性行为是否能够补偿消费者群体的间接利益产生疑虑。

在应然层面,替代性行为需同时实现补偿与威慑功能,然而在实然层面却不尽人意。在案例4中,经法院主持调解,原、被告双方达成一致的替代性行为是被告参加四次消费领域的公益活动且每次参加活动需支付不低于1万元人民币的经费,那么四次活动应支付经费共计不低于4万元人民币即应高于或与4万元相等,以此补偿消费者受到的损失、弥补社会公共利益受到的损害,而该案中被告的非法收益为41601.1元。对于此情形,不免让人产生疑虑:若被告仅付出与非法收益同等额度的履行成本,不免让人质疑其发挥了威慑功能吗?能对潜在的不法行为人产生吓阻的效果吗?答案必然是不能的。潜在不法行为人若发现其违法成本即替代性行为履行成本仅是剥夺其非法获利,这可能让本就存有侥幸心理(不法行为不被他人所发现)的加害者怀有“赌徒”心理,即加害者将会赌其不法行为是否被他人发现,倘若未被他人发现,其将一直持续获利,若被发现,也仅是将非法获利上缴即可,不用付出额外的代价。继而当收益大于风险时,若不发挥威慑功能,加害者的行为便会愈加猖獗,这亦与消费民事公益诉讼制度之目的背离,则该替代性行为并不合理。

替代性行为作为消费民事公益诉讼中不法行为人承担法律责任的方式之一,应将实现消费民事公益诉讼的功能奉为圭臬,即应通过替代性行为同时充分发挥补偿与威慑功能。若行为内容设计不当,只能实现补偿功能而无法实现威慑功能,该替代性行为便无法达到消费民事公益诉讼制度本身的目的,反之亦然。一言以蔽之,从功能评价角度,替代性行为具有一定正当性,对实现补偿与威慑功能中有积极作用。其不仅具有功能层面的正当性,在规范与现实层面亦具有可行性。

## 4. 消费民事公益诉讼替代性行为适用路径构建

替代性行为不仅在功能层面具有正当性还具备现实可行性和普适性,但其作为新创的责任承担方式,

在司法实践轮廓中还存有些许可完善之处，各个法院在适用时对于该制度的运用路径也不一。替代性行为这一损害赔偿责任实现路径要获得规范层面落实，需在具体制度设计层面予以完善。

#### 4.1. 替代性行为应为惩罚性赔偿的替代

在《元照英美法词典》中，损害是指因过失(negligence)、故意(design)或意外事故(incident)而非法侵害他人人身、财产等合法权益所形成的损失或伤害。从定义来看，在一定层面上，损失亦为损害。在法院调解书中，替代性行为称为以行为赔偿损失，因此替代性行为可以看作是损害赔偿的一种执行方式。对于损害赔偿，从广义来讲，损害赔偿包括补偿性损害赔偿和惩罚性损害赔偿。

其中，补偿性损害赔偿(compensatory damages)是用于补偿实际的和精神的损失、伤害的一切损害赔偿金，其适用的目的在于使受害人所遭受的实际损失得以完全补偿，不具有惩罚性。在前文中已说明替代性行为应具有惩罚与补偿双重功能才能发挥消费民事公益诉讼制度的目的，因此若用行为代替补偿性损害赔偿，只能发挥出其补偿功能即仅剥夺侵权人的不法收益，对不法行为人来说补偿只是对其造成他人损失的对价赔偿，并没有对其本身违法行为进行惩治，无法起到制裁、惩戒加害人的作用，进而造成惩罚功能缺失的局面。而惩罚性损害赔偿不仅可以使受害人得到更全面的弥补(比如因现实原因无法鉴定的精神损害)，还可以通过让不法行为人承担超过实际损失以外的赔偿来制裁、惩罚不法行为。因此，若要替代性行为发挥出其惩罚与补偿功能，则需替代的损害赔偿为惩罚性损害赔偿。

#### 4.2. 替代性行为内容的构造

以行为代替赔偿这一制度建构的关键环节为该替代性行为本身的内容要素的构造，替代行文的内容将直接影响适用该制度的消费民事公益诉讼之功能的有效实现。通过对实务案件中(见表 2)替代性行为内容构造要素的分析，发现各个替代性行为所包含的要素不一致，继而替代性行为的内容应包含哪些要素将在本部分进行探讨。

**Table 2.** Summary table of content construction elements of alternative conduct in the above cases

**表 2.** 上述案件中替代性行为的内容构造要素汇总表

	替代性行为是否属于消费领域	替代性行为履行时间	替代性行为履行地域	替代性行为履行额度
案例 1	是	□	深圳市	19.59 万元
案例 3	否	415 个工作日	镇江市润州区	82,900 元
案例 4	是	两年	□	不低于 40,000 元
案例 5	是	一年	□	□
类案 6	是	三年	案涉洗发水销售地	不法获利金额的三倍
案例 7	是	5 日	壶滨初中	20,000 元
案例 8	是	一至两年	指定平台或湖北省内乡村振兴帮扶地	60,000 元以上

表格中“□”表示替代性行为中不包含该要素。

##### 4.2.1. 替代性行为应属于消费领域

根据《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第一条规定，当经营者有侵害众多不特定消费者合法权益或者具有危及消费者人身、财产安全危险等损害社会公共利益的

行为时，当事人可提起消费民事公益诉讼。进而，当替代性行为作为责任承担方式应用于消费民事公益诉讼中时，其也应属于消费领域才能维护消费者合法权益和相关社会公共利益。除此之外，在消费领域的框架下，替代性行为应与不法行为之间存在某种关联。比如在类案 6 中，不法行为是农村地区的商家销售假冒注册商标的洗发水，替代性行为是购买惠农产品，该替代性行为不仅属于消费领域还在一定程度支持助农扶农产业，以购买行为惠及不特定农村地区消费者。在替代性行为与不法行为存在的各种联系中，替代性行为对标不法行为乃最理想状态。比如在案例 7 中，不法行为是加害者向其店附近的居民及学生销售非法添加“甜蜜素”且严重超标 40 倍的红糖馒头，其中学生为主要受害群体，而该案替代性行为是向学生发放营养餐补。在本案中，不法行为与替代性行为的对象都是学生、行为种类均与食品相关，两者之间有着紧密对应的关系。但在案例 3 中，不法行为是商家生产、销售不符合安全标准的食品，替代赔偿的行为却是维护交通秩序，替代性行为不仅不属于消费领域且与不法行为之间没有任何关联，这显然不能使替代性行为达到保护消费者合法权益的目的。需要注意的是，采取何种替代性行为并没有一贯的模式和具体的行为样板，这有赖于法官的自由裁量还有双方当事人之间的协商，在实务中根据具体的不法行为可采取多样、全新的替代性行为，也可参考实务案例中的可借鉴措施，比如让不法行为人参加消费领域公益活动等等。

#### 4.2.2. 替代性行为履行时应地域限制

地域限制是指替代性行为在一定地域范围中履行，此地域范围一般为不法行为实施地。正如在类案 6 中被告人在农村地区实施不法行为，法院确定的替代性行为是在案涉洗发水销售地购买当地出产的产品，也如在案例 1 中被告人在深圳市实施不法行为，法院确定的替代性行为是提供价值 19.59 万元的检测试剂并用于今后深圳市海鲜产品中氯霉素指标的检测。对替代性行为进行地域限制，其一有利于相对直接地补偿受害的消费者群体，因为当加害者在某地实施不法行为时，受到最大且最直接伤害的一般为当地消费者群体；其二，便于法原告或法院对于替代性行为履行程度、结果的监督和评估。比如在案例 5 中，替代性行为是不法行为人(重庆扬啟企业营销策划有限公司)策划、制作、发布其原创的消费领域公益宣传活动，其所策划的活动方式和效果需经重庆市消费者权益保护委员会确认，如若在本案中该公司去其他省市履行，重庆市消委会还需跟其他省市的相关组织进行对接或者直接去其他省市进行监督考核，这不仅无疑增加了不必要的诉讼成本，还降低了诉讼效率，进而不利于消费民事公益诉讼制度的有效运行。

#### 4.2.3. 替代性行为履行时应时间限制

时间限制是指不法行为人应在某个时期内将替代性行为履行完毕，这个时期的长短由法院根据案件相关事实自由裁量。比如在案例 4 中，不法行为人需在两年参加四次消费领域的公益活动，又如在类案 6 中，不法行为人需在 3 年内履行替代性行为。对替代性行为进行时间限制，其一有利于增强替代性行为的实效性，替代性行为的本质是以具体行为的方式替代赔偿，其目的是对消费者群体提供补偿以及对违法者(包括潜在的)进行威慑。设想一下，若替代性行为没有时间限制，即没有要求不法行为人在何时之内必须履行完毕，极有可能出现其几年甚至一直都不履行的情形，此时的替代性行为便沦为了“一纸空文”；其二，出于对不法行为的人文关怀，替代性行为亦需时间限制。在现实情景中，不法行为人可能因其自身原因确实无法、无力支付赔偿金从而选择去履行替代性行为，若无时间限制，在极端情形下，不法行为人可能会一直履行替代性行为，虽这使补偿和威慑功能得到充分实现，但不免会担忧是否威慑太甚、是否给不法行为人带来了过度且不合理的负担。

#### 4.2.4. 替代性行为履行时应有一定的履行额度

履行额度是指履行替代性行为时应有一定成本的付出。在实务中，对于履行成本额度的确定，一般有两种方式：以惩罚性赔偿金额为限，比如在类案 6 中，法院所确定的替代性行为履行额度是不法行为人销



售金额即不法获利的3倍；以实际不法获利为限，比如在案例4中，不法商家的非法获利为41601.1元，其应履行的替代性行为是参加四次消费领域的公益活动且每次活动支付的经费不少于1万元人民币，对于此，不法行为人极有可能仅支付共计41601.1元亦或比非法获利多几元钱的金额。若履行成本过高，不仅使被告面临一行为两处理的双重惩罚，也使其承受过多的惩罚、承担巨大的经济负担；如若履行成本过低，其全面补偿原告损失并遏制被告不法行为之功能则难以充分发挥，不利于保护当事人的合法权益[6]。对于额度的确定，应以消费民事公益诉讼的功能实现为基准，进而以惩罚性赔偿金数额为限。惩罚性赔偿系使加害人除对被害人为全部损害赔偿外，尚须另外支付一定数额的金钱补偿[2]，其不仅本身具有威慑功能，在一定层面上还可以发挥补偿功能。其一，惩罚性赔偿实际上已包含补偿性赔偿，惩罚性赔偿的数额系以填补性损害作为基础，现行法系依赔偿额的一定倍数计算惩罚性赔偿，以维持合理的比例关系[2]；其二，有学者认为由于我国没有建立起“完全补偿制度”，一般损害赔偿无法实现对受害人的完全补偿，需要借助惩罚性赔偿予以补救，因此可将惩罚性赔偿视为补偿措施[7]；其三，也有学者提出恶意侵权具有侮辱性，除了物理损害外，还会带来“感情”等心理性侵害，一般损害赔偿无法全面补偿，惩罚性赔偿则能实现对精神的损害赔偿[8]。因此，鉴于惩罚性赔偿自身所有的威慑及其能体现一定程度的补偿，将本应收缴的惩罚性赔偿金额作为履行替代性行为所需成本的限度可有效实现消费民事公益诉讼的功能。

值得注意的是，当替代性行为是购买产品时，应对被告后续行为进行限定，即所购产品只能自用或可适当转售，此时对于转售价格应予以限制，即购买价格与转售价格之间的差额不能过多从而致威慑功能削弱。比如案例8中，双方达成协议确认被告需在指定平台及地点购买助农惠农产品60,000元以上，但是却未确定被告购买的产品是否为自用亦或是否能转卖。若确定被告所购买的产品只能自用便不存在任何疑虑，然而在未有任何约定的情形下，被告虽严格履行了替代性行为，购买了足额的产品，但可能出现被告将所购商品以高价转售的情况，如此不仅不能惩罚被告反而使其获得更多利润，这将与消费民事公益诉讼制度初衷背离。

### 4.3. 替代性行为内容要素的审核

社会行为，即社会组织和各类主体展开的实践活动，其形态表现为广义的生活方式与思维方式，其作为一种特殊的物质运动，与实践中的具体的时空关系不可分离[9]。各个社会主体的生活方式与思维方式不一导致社会行为具有多样性，虽替代性行为有相对应的确定事实，但替代性行为亦属于社会行为，故替代性行为仍具有多样性，即可选择的以行为代替赔偿之具体行为内容依旧较多。且对于替代性行为的具体内容并没有相关法律条文的规定，此属于法官自由裁量与双方当事人意思自治的范畴，因此在消费民事公益诉讼中，当适用替代性行为时，对于什么行为才是最合理、最具有实效的，应对即将在调解协议中确认的替代性行为进行审核。

首先，以消费民事公益诉讼制度的功能为标准进行审核，即补偿功能与威慑功能。替代性行为作为一种法律责任承担方式适用于消费民事公益诉讼中，其理应实现消费民事公益诉讼的功能与欲达之目的。案例3中，被告人生产、销售不符合安全标准的食品，而替代性行为是参与交通秩序维护志愿活动，那么该替代性行为便未实现对不特定消费者群体和社会公共利益的补偿以及对潜在不法行为人的吓阻(前文已对此进行讨论，此处不再赘述)，进而无法有效发挥消费民事公益诉讼制度的作用。

其次，辅以“最优威慑”理论进行衡量。从法经济学角度来看，“最优威慑”可通俗地表述为“违法者必须对其违法行为的所有成本内部化”，而实现成本内部化的方式之一即为法律责任的合理设定。其中，最为重要的是要使违法者承担违法成本，这就维护了诉讼的威慑效应，而不是要求他向其受害者支付损害赔偿[10]。换言之，在消费民事公益诉讼中，基于消费民事公益诉讼与私益诉讼的制度差异与“最优威慑”理论，注重对侵权人的威慑应成为其首要功能，而补偿次之。这意味着，当对替代性行为具体

内容进行选择与整合时，可以适当地偏向于对威慑功能的实现。

除此之外，还可以参考英国法理学家、哲学家、经济学家边沁所提出的相关主张。边沁作为功利主义的倡导者，对法律制裁的理解则带有功利主义色彩，其提出法律制裁的目标至少应当包括以下几项：在资源许可的范围内，法律上的处罚应具有消弭所有违法行为的功能，而处罚的强度也应大于违法利得；若因资源的限制使得社会必须容忍某些不法行为的存在时，则制裁的设计应以提供行为人选择对社会伤害较小的不法行为的诱因为出发点；就需容忍的不法行为，法律须具有将该不法行为局限在必要范围内的功能；不论所欲威慑的不法行为类型为何，应以成本最低的方式实施<sup>[11]</sup>。替代性行为作为法律责任的一种承担方式，亦是一种法律制裁，因此在审核该行为时时，也需考虑行为的成本是否合理、处罚强度是否得当等要素。

#### 4.4. 替代性行为未履行或未完全履行之后果

对于生效的判决，被告负有履行的法定义务。若被告不主动履行义务，法院则可以采取相应措施以达致相当履行效果。在所收集到的司法案例中，并非适用了替代履行的案例均确定了替代性行为在规定时间内未履行或未完全履行的后果。

在案例 5 中，经法院主持调解，原、被告双方自愿达成的协议为：不法行为人需策划、制作、发布其原创的消费领域公益宣传活动 4 次以上，若该公司不履行，少 1 次公益活动则赔偿损失 2 万元人民币(赔偿的具体金额参照本市同行业同类宣传活动合理标准)，且赔偿金应支付到重庆市消费者权益保护委员会的专门账户用于重庆市消费者权益保护委员会开展消费宣传、消费教育、消费体察、消费调查等公益活动。在类案 6 中，双方在调解协议中达成：被告每年购买惠农产品的情况需经原告确认，如若不履行以行为赔偿损失，则应支付相应的赔偿金到原告的专门账户，用于原告开展消费者权益保护的公益活动。而在案例 1 中，调解协议没有明确如果被告七十九号渔船餐饮公司不履行提供检测试剂义务或不完全履行价值 195,900 元检测试剂义务的后果。

合理使用措施，以保持对侵权人怠于履行义务行为的适度威慑。在实务中，若不法行为人未履行或未完全履行替代性行为，其后果往往为继续支付未缴纳完毕的惩罚性赔偿金。但在法律文书中，并未明确表明如何继续支付，即存在几种可能：(1) 若未履行，则支付全部本应缴纳的惩罚性赔偿金；(2) 若未履行，出于对加害者的严惩，其不仅要足额支付本应缴纳的赔偿金还需再支付一定的金额，以惩罚其不履行替代性行为；(3) 若未完全履行，即替代性行为已履行了一定程度，则在原本应缴惩罚性赔偿金的基础上，将履行替代性行为时所付出的成本进行扣除，继而支付剩余惩罚性赔偿金即可；(4) 若未完全履行，虽其对已履行的替代性行为付出了一定成本，但出于对加害者的严惩目的，对上述成本不予扣除，即加害者仍应缴纳原本、足额的惩罚性赔偿金。笔者认为，由于惩罚性赔偿金本身具有威慑功能，若因不法行为人替代性行为未履行或履行不完全，而在惩罚性赔偿金基础上再对其叠加惩罚，亦或对其已履行替代性行为所付出成本视而不见，这构成了“双重威慑”，即对不法行为人形成过度威慑，显然不合理的，故第 1 种与第 3 种情形是可适用的。

在对上述第 1 或 3 种进行适用时，也需注意应从维护基本人权的角度，考虑维持不法行为人的基本生活，使得其不至于因为执行而无法维持基本生活状态，丧失作为人的尊严和人格。为了防止过度执行而影响其的必要生活，类似行政法中的“比例原则”也可运用其中。在具体制度的设置上可以将有助于维持其生活所必要的财产纳入豁免执行财产的范围。执行法院在采取冻结、扣押、查封等具体执行措施时尽力维持被执行人以及家属基本生活状态，并将这一要求作为执行措施的一项原则。例如，按照我国现行民事执行的相关规定，被执行人及其所扶养的家庭成员必需的生活、医疗、学习物品及相关费用，从事职业所必需的物品都属于豁免执行财产的范围之内<sup>[12]</sup>。

#### 4.5. “公之于众”促进替代性行为目的之实现

替代性行为的补偿对象是消费者群体、威慑对象是不法行为人(包括潜在的),而在消费领域中,由于市场的高速流动性及人流量较多,将补偿一一对应至受害者的现实成本和难度较高且潜在不法行为人在其实施不法行为之前与一般人(无违法乱纪行为的普通公民)无异,因此若要实现替代性行为所欲达之目的,将替代性行为的具体措施公之于众便是一个可行且有效的途径。

在《汉语大辞典》中,公之于众意为将事情真相向大家公布。在我国法律体系中,公之于众应用于我国著作权法的发表权中,即著作权人自行将作品“公之于众”,或者授权他人将作品“公之于众”,公众可以通过公开的渠道获得作品的内容。按《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件若干问题的解释》的第九条规定:“公之于众”,是指著作权人自行或者经著作权人许可将作品向不特定的人公开,但不以公众知晓为构成要件。这为替代性行为的公之于众方式提供可借鉴的参考,即需向不特定的人公开,并不要求精确到多少人、哪些人看过该道歉信,公众可以通过公开的渠道看到替代性行为的内容即可。

在所收集整理的司法案例中,大部分的法院采取将道歉信刊登在媒体上的方式公之于众,并在道歉信中写明替代性行为的相关事项,比如在案例4中将含有替代性行为内容的公开道歉信刊登在《中国消费者报》,但也有法院并未采取相应方式。在案例3中,法院在判决书中写道:公益诉讼起诉人与附带民事公益诉讼被告路某之间达成被告参与润州区交通秩序维护志愿活动,以此有效折抵赔偿金的调解协议。但该法院并未说明以何种方式让公众知晓有这一替代性行为的存在,该不法行为人亦是以志愿者身份去维护交通秩序,此时可以了解替代性行为的唯一途径便为查阅该案判决书,而按照普通公众的生活习惯,除非有现实需求,日常不太可能登录相关网站去浏览该判决书,因此该案中“公之于众”的方式有些许不妥。

结合司法实践经验与现实景观,笔者认为可采取在主流媒体上刊登的方式进行“公之于众”。具体为:在消费民事公益诉讼中,被告人往往会承担赔礼道歉的法律责任,进而在国家级、省级或市级等主流媒体、期刊上刊登道歉信,被告人在书写道歉信时,将替代性行为内容写入道歉信中即可,这样既在一定程度上节省了司法资源,又能对替代性行为欲达致之目的达成发挥有效辅助作用,从而有效实现消费民事公益诉讼的补偿及惩罚功能。

#### 4.6. 替代性行为亦可适用于消费刑事附带民事公益诉讼

在消费刑事附带民事公益诉讼的司法实践中,常常会发生惩罚性赔偿责任与刑事责任的竞合。责任竞合时,或择一适用,或并立适用,对于消费领域中惩罚性赔偿与刑事责任的竞合,我国司法实践所采取的做法是并立适用。有学者对此表示反对,认为应禁止适用惩罚性赔偿,理由为:实务中,惩罚性赔偿与罚金数额差异极大,导致民事责任和刑事责任倒挂的现象。比如在李某、任某等三人生产、销售伪劣产品案中,<sup>5</sup>不法行为人使用不明死因的鸡肉加工、销售香肠,被判生产、销售伪劣产品罪,分别被判处有期徒刑50万、90万、30万元,且在刑事附带民事公益诉讼中,又分别被判处500万、960万、360万元的惩罚性赔偿。此种责任倒挂在较轻的产品犯罪中会更为突出。在较轻犯罪中,刑事上可单处罚金,民事上又被判处高额惩罚性赔偿,导致刑事责任明显轻于民事责任。即便被告也被判处短期自由刑(经常缓刑),但对于个体经营者而言,高额惩罚性赔偿所带来的实际负担和痛苦未必更轻,责任倒挂的问题依然存在[13]。也有学者表示随着惩罚性赔偿制度基于刑事附带民事公益诉讼活动而放量实践,假使个案中不加限制的主张惩罚性赔偿,势必将办案压力乃至相关问题传导至诉讼末端的法院。更令人担忧的是,在

<sup>5</sup>南宁市兴宁区人民法院(2018)桂0102刑初458号刑事判决书。

一般刑事附带民事诉讼案件“空判”情况还未得到根本改善的情况下，动辄三倍、十倍的惩罚性赔偿很可能制造新的“执行难”问题<sup>[14]</sup>。

当用行为代替惩罚性赔偿时，可有效解决学者们上述的疑虑。首先，替代性行为一般履行时间较长，这相当于给被告缓冲空间，即在未削弱本应承担的法律责任的同时适当减轻原本的惩罚性赔偿金会给被告带来的巨大且超出合理限度的负担，有效缓解责任倒挂现象。在案例 2 中，夏某因销售有毒、有害食品罪被判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金 36,000 元(已缴纳)，且在刑事附带民事公益诉讼中，又被公诉机关起诉要求其承担惩罚性赔偿金 53,175 元或以其他劳务方式代偿。假设在该案中，公诉机关要求被告必须承担惩罚性赔偿金，此惩罚性赔偿金所带来的实际负担与痛苦未必更轻，因为在该案中，第一被告仅非法获利 2000 元，第二由于被告本身家庭收入微薄，在缴纳非法获利与罚金后确已无力承担惩罚性赔偿金，第三夏某侵害社会公共理由的行为尚未造成严重侵害后果和恶劣社会影响，本人亦认错认罚。若一味坚持其必须缴纳惩罚性赔偿金，可能会导致正如被告答辩所言(在思想上不利于被告改造，被告及家庭在经济上雪上加霜)的局面出现，而这是立法者、司法者及执法者都不愿看到的。因此，以劳务代偿方式承担惩罚性赔偿责任便较为适当。其次，替代性行为也可适当缓解现实中巨额惩罚性赔偿所制造的执行难问题。在案例 3 中，被告路某(个体经营者)因生产、销售不符合食品安全标准的食品，判处拘役六个月，缓刑六个月，并处罚金人民币二万一千元，且禁止被告在缓刑考验期限内从事食品生产、销售及相关活动，在其刑事附带民事公益诉讼中，路某需承担销售额十倍的赔偿金 102,900 元。根据国家统计局所统计发布的 2022 年城镇私营单位就业人员年平均工资 65,237 元<sup>6</sup>这一数据，路某将赚取近两年的工资才能缴纳完毕惩罚性赔偿金，其中还未扣除路某及其家庭的生活必需开支以及因生病等突发原因所需付出的款项，这势必会导致司法机关在执行上的困难。然而在该案中，经法院主持，公益诉讼起诉人与附带民事公益诉讼被告人路某达成关于替代性行为的协议，即路某参与 415 个工作日的志愿活动，且以每个有效工作日 200 元的标准折抵惩罚性赔偿金。毫无疑问，该替代性行为使“执行难”这一问题迎刃而解，不法行为人只需按时、按质地提供劳务即可，亦能达到对加害者的惩罚目的。

## 5. 结论

替代性行为作为消费民事公益诉讼中法律责任承担方式之一，理应发挥消费民事公益诉讼制度的威慑与补偿功能和实现该制度欲达之目的。从功能主义出发，一方面，替代性行为对加害者而言会以给付行为方式剥夺侵权人不法收益且吓阻其不法行为再实施，对意欲行不法之事的潜在侵权者而言会产生威慑效果，从而发挥消费民事公益诉讼制度的威慑功能；另一方面，替代性行为能够补偿受害或潜在消费者群体的间接利益，从而发挥消费民事公益诉讼制度的补偿功能，故替代性行为的创设具有正当性。综上，可将替代性行为适用于消费民事公益诉讼中。

在具体适用时应遵循发挥消费民事公益诉讼威慑与补偿之功能，对替代性行为这一制度的运行路径进行规范完善。通过对相关案例、理论的研究，笔者认为：首先，替代性行为应为替代惩罚性赔偿金的履行，才可同时将惩罚与补偿功能尽数发挥；其次，在针对特定案件事实对替代性行为进行特定内容要素设置时，该替代行为应属于消费领域，且履行时有地域、时间限制，还应确定一定的履行额度；再次，要对设置好的替代性行为具体内容进行审核，以实现消费民事公益诉讼制度功能为标准，辅以“最优威慑”理论进行衡量；再者，还需确定若未履行或未完全履行该替代行为的后果，保持对侵权人怠于履行义务行为的适度威慑，以期替代性行为的履行得以落实；最后，将该替代性行为通过有效方式公之于众，从而威慑潜在不法行为人及间接补偿受害者。除此之外，适用替代性行为这一责任承担方式于消费刑事

<sup>6</sup> 《2022 年城镇私营单位就业人员年平均工资 65,237 元》，国家统计局网，[http://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202305/t20230509\\_1939286.html](http://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202305/t20230509_1939286.html)，2023 年 6 月 20 日访问。

附带民事公益诉讼中，其未削弱本应承担的法律责任的同时适当减轻原本惩罚性赔偿金会给被告带来的巨大且超出合理限度的负担，从而缓解“执行难”的问题。

此外，需注意的是替代方式属于法定责任承担方式之外，此类新创责任承担方式的做法是否能够得到更多的民事公益诉讼的认可，并能逐渐达到统一适用的程度，尚需更多的司法实践检验与积累<sup>[15]</sup>。当司法实践积累到一定程度时，亦可考虑将其纳入立法进程。

## 基金项目

本文是江苏省研究生科研与实践创新计划项目《个人信息保护民事公益诉讼损害赔偿请求权研究》(KYCX23\_3782)研究结果。

## 参考文献

- [1] 朱淑丽. 挣扎在理想与现实之间: 功能主义比较法 90 年回顾[J]. 中外法学, 2011(6): 1276-1296.
- [2] 王泽鉴. 损害赔偿[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018: 25.
- [3] Schwartz, G.T. (1997) Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice. *Texas Law Review*, 75, 1801-1834.
- [4] Barnett, K. (1987) Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions. *The Yale Law Journal*, 96, 1591-1614. <https://doi.org/10.2307/796495>
- [5] 熊跃敏. 消费者群体性损害赔偿诉讼的类型化分析[J]. 中国法学, 2014(1): 196-210.
- [6] 肖永平, 秦红嫄. 论外国惩罚性损害赔偿判决的部分承认与执行[J]. 江西社会科学, 2017(3): 162-171.
- [7] 郑晓剑. 侵权损害完全赔偿原则之检讨[J]. 法学, 2017(12): 157-173.
- [8] Wright, R.W. (2003) The Grounds and Extent of Legal Responsibility. *San Diego Law Review*, 40, 1425-1532. <https://doi.org/10.2139/ssrn.438640>
- [9] 胡潇. 当代社会行为方式嬗变的时空关系论[J]. 天津社会科学, 2019(1): 29-38.
- [10] [美]波斯纳. 法律的经济分析[M]. 第 2 版. 蒋兆康, 译. 北京: 法律出版社, 2012: 846.
- [11] 王健, 张靖. 威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善——法经济学的研究进路[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016(4): 124-136.
- [12] 张卫平. 民事执行法的目的与民事执行法的制度建构[J]. 理论探索, 2023(3): 5-13.
- [13] 吕英杰. 惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决[J]. 中外法学, 2022(5): 1299-1319.
- [14] 金晓伟, 冷思伦. 刑事附带民事公益诉讼中的惩罚性赔偿制度完善研究——从危害食品安全领域的 576 份裁判文书切入[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2023, 39(2): 47-60.
- [15] 张建文. 个人信息保护民事公益诉讼的规范解读与司法实践[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版), 2022(3): 31-35.