

# 论惩罚性赔偿责任的可保性及其扩张<sup>\*</sup>

□ 武亦文 赵亚宁

**内容提要** 在惩罚性赔偿责任的可保性普遍被保险实务所否定的当前背景之下,对其可保性问题的研析具有重要的理论与现实意义。惩罚性赔偿责任的可保性可以从保险法理论与实践和制度效益与政策考量两个方面得到证成。一方面,其既不违反责任保险只承保民事赔偿责任,以及故意行为所致损害不可保的一般保险法理,亦未造成额外的司法实践困难。另一方面,其并未在实质上妨碍惩罚与威慑功能的实现,且相较于不可保的做法,其反而更符合社会公共秩序,更有利于社会公共利益的实现。除此之外,责任保险的特性决定了故意行为所致损害不可保的一般规则其实不应适用于责任保险领域,因而应当将惩罚性赔偿责任的可保性予以进一步扩张。但是,为了防止过重的危险负担义务危及保险业存续,此时必须设置保险人对故意被保险人的法定追偿权这一配套机制,以更好地实现第三方保险中各方利益的平衡。

**关键词** 惩罚性赔偿 可保性 责任保险 保险人追偿权

作者武亦文,武汉大学法学院副教授;赵亚宁,武汉大学法学院民商事法律科学研究中心研究人员。(武汉 430072)

DOI:10.14167/j.zjss.2019.04.009

## 一、问题的提出

作为一项古老的法律制度,惩罚性赔偿制度在大多数国家的古代法制史中均可觅得踪迹,而现代意义的惩罚性赔偿制度则更多地见诸英美法系,是英美法国家中一项典型和成熟的制度。以德国、法国为代表的大陆法系国家的民法中虽然大都不存在惩罚性赔偿的规定,但理论界对惩罚性赔偿还是呈现出了并不排斥的态度。相较于传统的大陆法系国家,我国对惩罚性赔偿制度的引入更为开放和积极。目前,我国在《合同法》、《侵权责任法》、《消费者权益保护法》等多部法律和司法解释中均规定了针对特定领域的惩罚性赔偿责任。不唯如是,学界尚提议在著作权和专利权领

域、证券内幕交易领域、环境侵权领域也应确立惩罚性赔偿制度。更有甚者提出,现行法上的惩罚性赔偿已经超出了《侵权责任法》规定的产品侵权领域并扩张至合同法领域,因此建议未来民法典设置惩罚性赔偿的一般条款并将其置于债的总则部分。

从我国关于惩罚性赔偿的规范条文来看,惩罚性赔偿责任的赔偿对象是私主体,是一种私法上的责任,其承担主体则主要是企业,较少出现个人。对于经营过程中可能遭遇的责任风险,企业常常通过购买责任保险的方式将之转移给保险公司,进而在危险共同体中加以分散。然而,笔者在“中国保险行业协会”官网的搜索框中,以“惩罚性赔偿”为关键词进行搜索却发现,惩罚性赔偿几乎

<sup>\*</sup> 本文为2018年度武汉大学自主科研项目(人文社会科学)研究成果,得到“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

遍布于环境污染责任保险、公众责任保险、安全生产责任保险、物流责任保险等各类企业责任保险的责任免除条款当中。这表明,对于惩罚性赔偿责任的可保性,我国保险业普遍持否定态度。尽管同英美法国家动辄高昂的惩罚性赔偿金相比,我国法律规定的惩罚性赔偿金通常仅为受害人所受损失或所购买之商品或服务价款的几倍,但考虑到今后惩罚性赔偿可能的普遍性,企业仍有可能因之遭受较大的财务冲击,中小企业尤为如此。这一方面不利于企业自身的生存延续,另一方面也会对消费者带来不利,因为企业可能将惩罚性赔偿的成本以提高商品价格的方式转嫁给消费者。由于对惩罚性赔偿责任与补偿性赔偿责任(即通常意义的损害赔偿)的功能认知存在差异(一般认为,前者强调对侵权人的惩罚和威慑,后者首要功能则在于对受害人损失的填补),惩罚性赔偿责任能否像补偿性赔偿责任那样由责任保险加以保障,便存在着相当程度的疑问。而对于此问题,我国立法并未作出明确规定,司法实践中也未出现相关案件,学界研究成果同样寥寥,不仅在数量上十分有限,在内容上也大都集中于对美国法的介绍和引述,而未能结合我国法律规范及司法现实展开论证。该问题的背后,蕴含着复杂的制度理解、政策选择、价值判断与利益衡量。鉴于我国目前正处于惩罚性赔偿逐步扩张的阶段,对该问题的探讨与明晰因而极有必要和意义。本文将从保险制度与惩罚性赔偿制度的基础与机理,以及侵权责任与责任保险之间的相互作用关系出发,结合相关规范语境与现实情势,对惩罚性赔偿责任的可保性进行论证,并对其作出进一步的延伸与扩张。

## 二、惩罚性赔偿责任可保性的理论证成一： 基于保险法理及实践的视角

(一)承认可保性并不违反责任保险只承保民事赔偿责任的保险法理

根据我国《保险法》第65条第4款的规定,责任保险的保险标的为被保险人对第三人依法应当承担的赔偿责任。但基于避免道德风险的考量,并非所有的赔偿责任都可以通过责任保险转移给保险人,作为责任保险之保险标的的“赔偿责

任”要受到“民事责任”和“赔偿责任”两个方面的限制。

实务中,保险公司在将惩罚性赔偿纳入免责条款的同时,还几乎无一例外地将之与罚款、罚金并列,尽管其会在“释义”部分将惩罚性赔偿明确解释为“法院判决的、在赔偿性赔款之外被保险人应当支付给受害方的赔款,其目的一般是为了惩罚和警告被保险人的恶意作为或不作为”,<sup>⑩</sup>但这依然表明其系将惩罚性赔偿的性质与后两者等同或类视之,即认为惩罚性赔偿责任类似于一种公法上的责任,所以不应当承认其可保性。

刑事责任、行政责任等非民事责任导致的被保险人经济上的损失,之所以不得作为责任保险的保险标的,原因在于,刑法、行政法的重要特征之一即为惩罚性,如果允许将这两种责任列为责任保险的保险标的,将会大大降低刑罚和行政处罚的威慑功能,无异于鼓励犯罪和违法违规,从而有违保险的目的。<sup>⑪</sup>

惩罚性赔偿责任属于“赔偿责任”自不待言,所以其是否可保,取决于其究竟是私法(民事)责任还是公法责任。惩罚性赔偿具有区别于一般损害赔偿的特殊性,这引发了学界对其法律性质的争议,可归纳为公法责任说、私法责任说、经济法责任说和混合责任说四种观点。<sup>⑫</sup>但笔者认为,尽管惩罚性赔偿具有公法责任的典型功能——惩罚和威慑,但同以惩罚和威慑作为其纯粹功能的公法责任相比,惩罚性赔偿责任的功能更为多元和复杂,这决定了不能简单地将其归入公法责任之列。由于惩罚性赔偿责任当中所蕴含的元素更多地属于民法范畴,因此,其在本质上仍然是一种民事责任。

首先,惩罚性赔偿针对的往往是行为人的民事不法行为,该行为可能也会同时构成行政违法和刑事犯罪行为,但惩罚性赔偿金的科处并不以此两者的构成为前提。

其次,惩罚性赔偿是一种私法上的行为,遵循私法自治的原则,受害人可以自由决定是否主张对不法者的惩罚。<sup>⑬</sup>而且,惩罚性赔偿金的归属对象是受害人,而不像罚款、罚金那样需要上缴国库。

再者,惩罚性赔偿仍然蕴含着相当程度的补偿性色彩。虽然从理论上而言,惩罚性赔偿责任与

补偿性赔偿责任是两个截然不同的法律概念,但在实践中,对二者的区分则极为困难。由于非财产损害原则上无法以金钱衡量,故当受害人因侵权人极度应受谴责的行为而遭受人身损害和精神损害等非财产损害时,补偿性赔偿金与惩罚性赔偿金的分界点究竟应划在何处,便存在着相当程度的模糊性,这种模糊性决定了惩罚性赔偿金也可能蕴含一定的补偿色彩。<sup>⑤</sup>尤其在我国的受害人人身损害赔偿数额的计算方法并不统一,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》针对不同的赔偿项目,采取了或主观或客观的不同计算方法。比如,其对于医疗费、误工费采取了主观的计算方法,即按照受害人实际支出予以赔偿;而对于残疾赔偿金、残疾辅助器具费等则采取了抽象的计算方法,即不考虑受害人的个体差异,按照统一标准(如受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均收入等)和固定期限(如60岁以下为20年等)加以计算。<sup>⑥</sup>当采取客观的损害赔偿数额计算方法时,受害人的损害无疑难以得到完全的填补。是故,法院据以作出的赔偿判决固然在形式上有补偿性赔偿之名,但在实质上也难有补偿性赔偿之实。因此,如若此时还存在惩罚性赔偿,其自然便可在一定范围内承担事实意义上的补偿功能。

最后,其并不违反民事责任的体系框架。侵权责任是民事责任的一种。我国学界普遍认为,补偿和预防是侵权法的基本功能。<sup>⑦</sup>因此,民事责任并不当然排除预防或威慑的功能。而且,我国《侵权责任法》第1条规定:“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。”这表明《侵权责任法》的立法目的有三项:保护、预防和惩罚/制裁。有学者也据此认为,侵权法的功能还包括惩罚/制裁。<sup>⑧</sup>惩罚性赔偿责任基本产生于侵权场合,<sup>⑨</sup>其主要功能为惩罚和威慑。就此而言,将惩罚性赔偿责任纳入民事责任范畴并不会破坏民事责任的体系框架和功能定位。《民法总则》第179条将惩罚性赔偿纳入民事责任的范围,即为对此的肯认。<sup>⑩</sup>

综上,惩罚性赔偿责任在本质上是一种民事赔偿责任,承认其可保性并不违反责任保险只承保民事赔偿责任的法理。保险公司在实践中将之

与罚款、罚金并列置于责任免除条款的做法,无疑是对其性质的一种误读。惩罚性赔偿责任可保性之反对论者或许会认为,“即便将惩罚性赔偿责任归为民事赔偿责任,也依然无法化解其惩罚与威慑功能会因存在责任保险而遭到削弱这一核心障碍”,这一从制度效益视角提出的质疑颇值重视。应予阐明的是,惩罚性赔偿责任属于民事赔偿责任,只是其具有可保性的必要条件而非充分条件,本部分论述只是对惩罚性赔偿责任具有可保性的初步证成,为其扫清了规范及法理上的障碍。对于反对论者可能提出的上述质疑,笔者将在文章的下一部分重点予以回应,以进一步证成惩罚性赔偿责任的可保性。

(二)承认可保性并不违反故意行为所致损害不可保的保险法理

在保险法上,可保危险的最大特点是或然性,是当事人意料之外偶然发生的,故通常认为,如果当事人故意造成了危险的发生或损害的扩大,则保险人不予赔偿。<sup>⑪</sup>《保险法》第27条第2款也规定,投保人或被保险人故意制造保险事故的,保险人享有合同解除权和保险责任免除权。所以,如果认为惩罚性赔偿责任仅产生于行为人故意侵权的场合,那么,即便其是一种民事赔偿责任,其可保性也同样值得怀疑。<sup>⑫</sup>是故,问题的关键即在于,惩罚性赔偿责任的构成要件为何?究竟基于怎样的事由,在行为人的何种主观状态下,法院才会判决实施了不法行为的被告承担惩罚性赔偿责任?

揆诸我国惩罚性赔偿责任的规范,其中,除《商标法》第63条第1款将惩罚性赔偿责任的构成要件规定为恶意侵权外,<sup>⑬</sup>其他法规或司法解释并未明确限于恶意或故意侵权行为。比如,《旅游法》第70条第1款规定的构成要件为“旅行社具备履行条件,经旅游者要求仍拒绝履行合同,造成旅游者人身损害、滞留等严重后果”。《消费者权益保护法》和《食品安全法》除分别在其第55条第1款和第148条第1款规定提供商品或服务时的欺诈行为导致的惩罚性赔偿外,还分别在条文的第2款规定了“明知商品或服务存在缺陷,仍然向消费者提供,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害”情形的惩罚性赔偿责任。这一点与《侵权责任法》的规定相一致,《侵权责任法》第47

条明文规定:“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。”

由于侵权法上的“故意”是指行为人明知其行为会发生侵害他人民事权益的后果,仍有意为之的一种主观心理状态,<sup>②</sup>而上述规定并未对行为人的主观状态作“故意侵权”或“故意造成他人损害”的限定,因而为惩罚性赔偿责任的科处标准提供了更富弹性的解释空间。

首先,就《旅游法》第70条第1款的规定而言,“经旅游者要求仍拒绝履行合同”仅仅表明旅行社故意不履行合同,并不意味着其同时还存在侵害旅游者人身权的故意。对于不履行合同可能造成的旅游者人身损害或滞留的后果,旅行社在主观方面既可能是出于故意,也可能仅仅是出于重大过失或一般过失。所以,该款规定的惩罚性赔偿责任的构成要件的外延要宽于“故意侵权”。

其次,《消费者权益保护法》第55条第2款、《食品安全法》第148条第2款和《侵权责任法》第47条所规定的“明知商品或服务存在缺陷,仍然向消费者提供”,或者“明知产品存在缺陷仍然生产、销售”,均没有准确定义故意、重大过失或过失等关键术语,从而无法为司法适用提供明确指引。“明知”是一个意思较为含糊的概念,明知“产品存在缺陷”并不等同于明知“其可能造成特定的原告或者其他不特定的第三人死亡或者健康严重损害”。<sup>③</sup>显然,若根据法条以前者作为明知的内容,就会使得惩罚性赔偿责任的构成要件较之侵权法上的故意侵权责任更为宽松。

事实上,惩罚性赔偿责任的构成要件不限于故意侵权的规定并非我国所独有,域外同样有类似规定。在美国,虽然惩罚性赔偿从来都仅在行为人对其行为在主观上具有高度的可归责性时,才可以得到正当化。<sup>④</sup>但是,主观上具有高度可归责性的行为并不限于故意行为。比如,对于惩罚性赔偿责任的科处标准,得克萨斯州就规定为“行为人基于欺诈(fraud)、恶意(malice)或重大过失(gross negligence)实施行为”,<sup>⑤</sup>南加利福尼亚州则规定为“行为人基于有意(willful)、放任(wanton)或轻率(reckless)实施行为”。<sup>⑥</sup>显然,“重大过失”和“轻率”均不等同于“故意”,那么,这些情形下产生的

惩罚性赔偿责任被纳入责任保险的承保范围自无不当。此外,我国台湾地区惩罚性赔偿责任的构成要件也不限于行为人的故意侵权行为,其“消费者保护法”第51条区分了“故意侵权”、“重大过失侵权”和“过失侵权”三种情形,对惩罚性赔偿的数额作出了不同的规定。<sup>⑦</sup>

可见,无论是在我国,还是在立法上承认惩罚性赔偿的其他国家和地区,惩罚性赔偿责任的构成事由均可以是行为人故意侵权以外的其他情形,这种规定有其普遍性与合理性。是故,在我国,行为人即便是非故意侵权,也同样会面临被科处惩罚性赔偿的风险。有鉴于此,承认惩罚性赔偿责任的可保性,并不违反“故意行为所致损害不可保”的保险法理。

(三)承认可保性引发的实践争议在我国不成问题

前揭论述表明,承认惩罚性赔偿责任的可保性在法理上不存在障碍,但其在司法实践中是否同样可行,则仍须进一步探讨。美国一项普遍的反对惩罚性赔偿责任可保的主张认为,保险作为一项无形的资产,增加了被保险人的财富,因此,如果陪审团在裁定惩罚性赔偿金时注意到了被保险人投有责任保险这一事实,就可能会增加惩罚性赔偿金的数额。<sup>⑧</sup>

而在我国,裁定惩罚性赔偿金数额的主体是法官,而非陪审团。无论是事实的认定还是法律的适用,皆是由法官来完成。法官的裁判应当严格“以事实为依据,以法律为准绳”。因此,在对被告作出某一数额的惩罚性赔偿判决时,法官应当在判决书中说明判决该数额的事实理由和法律理由。与此同时,裁判文书公开上网的机制起到了社会监督的作用,因而也有助于抑制法官恣意裁量的冲动。更重要的是,我国的法律规范通常规定了惩罚性赔偿金的倍数,这种固定倍数限制的存在,导致法官在确定惩罚性赔偿金数额时即便将被告的责任保险作为隐形考量因素,也并不会使得惩罚性赔偿的数额提高太多,且始终都会处在法定范围之内。这也表明,法官此时的自由裁量,其实是一种“法律认可”的裁量,因而并不为法律所禁止。虽然《侵权责任法》作为调整侵权领域法律关系的一般法,其第47条并未就惩罚性赔偿金规定

一个明确的倍数,但这也同样难以构成惩罚性赔偿责任可保的障碍。理由在于,从更一般的层面而言,“被告拥有责任保险”可能导致法官对被告判处更高的赔偿数额这一情况,并不仅仅存在于惩罚性赔偿责任的情形,其同样也会出现于补偿性赔偿责任的情形。故此,单从这一点出发,该情况也不能被作为否定惩罚性赔偿责任之可保性的有力理由。

是故,由于审判体制和法律规范的差异,在我国司法环境下,允许责任保险承保惩罚性赔偿责任,并不会对被告被判决的惩罚性赔偿金额产生实质性影响,也不会引起法官非法的恣意裁量,因而可以得到承认。

综上,无论是于保险法理还是司法实践,承认惩罚性赔偿责任的可保性均不存在障碍。

### 三、惩罚性赔偿责任可保性的理论证成二： 基于制度效益的视角

以上从保险法理及实践视角所作的论述,只是对惩罚性赔偿责任可保性的部分证成,并不具有充分性。惩罚性赔偿责任的可保性能否得到最终的承认,还取决于其是否会影响惩罚与威慑功能的发挥,是否违反公共秩序,以及能否在整体上产生更高的制度效益。

(一)承认可保性不会在实质上妨碍惩罚与威慑功能的实现

反对惩罚性赔偿责任之可保性的观点普遍认为,将惩罚性赔偿责任纳入责任保险承保范围,会极大削弱惩罚性赔偿原本的惩罚与威慑功能,所造成的结果将会是:一方面,侵权人无须再承担支付惩罚性赔偿金的财务压力,从而逃避了应有的法律惩罚,由此而带来的违法成本的降低,还会鼓励其继续实施更多的不法行为;另一方面,保险公司因实际支付了惩罚性赔偿金,从而代替作为侵权人的被保险人接受了法律惩罚,但这并无任何意义,因为保险公司并未实施不法行为。此外,允许惩罚性赔偿责任可保的更严重的后果在于,保险公司会在承担这一财务负担后,以提高保费的形式将之移转给危险共同体内的其他成员。<sup>④</sup>因此,应当否定惩罚性赔偿责任的可保性。

诚然,从直接和表面的层面观之,这些看法似

乎是成立的,但笔者认为,若从更深层次加以分析,其则难以成立。

首先,就惩罚功能而言,实际上,即便承认惩罚性赔偿责任的可保性,也并不会给其惩罚功能带来太多影响。一方面,故意行为所致的损害在保险法上一般不可保。当惩罚性赔偿责任系基于故意侵权行为而产生时,其将无法获得责任保险的保障和赔付,因而也就在很大程度上维持了其惩罚功能。<sup>⑤</sup>另一方面,尽管在重大过失的情形下,侵权人依然有着较大的主观过错,对由此而产生的惩罚性赔偿责任进行赔付可能会削弱惩罚功能,但值得注意的是,惩罚并不仅仅意味着有形的金钱惩罚,侵权人因此还会遭受未来保费的提高或被拒保、社会评价的降低以及企业良好声誉的丧失等后果。<sup>⑥</sup>尽管它们在现时易被忽视,但却都是客观存在的,且对被保险人的影响甚至重于简单的金钱惩罚。而且,即便承认惩罚性赔偿责任的可保性,被保险人也并不能规避这些惩罚结果。

其次,就威慑功能而言,尽管同惩罚性赔偿的金额相比,未来保费的提高可能在数量上是微不足道的,但现代社会是一个风险社会,企业的稳健经营和发展离不开保险,在经验费率法的费率厘定方法之下,当持续的不审慎行为引发持续的惩罚性赔偿责任时,被保险人的保费便会持续提高,最终将极有可能演变成为被保险人的“不可承受之重”。而且,被保险人如若因此被保险公司拒保,更是会直接丧失市场活动的“保护伞”和“安全阀”。对于重视长远发展的企业而言,保险方面的威慑绝对是其经营发展过程中的重要考虑因素。<sup>⑦</sup>此外,保险单中的免赔额、共保条款、最高赔偿限额、约定行为义务条款<sup>⑧</sup>等技术手段均会给被保险人的安全生产和经营创造直接且重要的激励。

再者,令无辜的危险共同体其他成员代替某一侵权被保险人承担惩罚性赔偿责任的说法也并不成立。其一,保险本来就是以“我为人人,人人为我”的损失转移和风险分散机制作为其运行基础,将某一被保险人的损失在危险共同体之间加以分摊乃是保险的自然之理。其二,在经验费率法的保险费率厘定技术下,某一被保险人因实施引发惩罚性赔偿责任的侵权行为而被增加的保费,通常只会反映在其本人的保险之中,并不会对危险共

同体其他成员的保费造成影响。就此而言,允许惩罚性赔偿责任可保,与允许诸如机动车侵权责任这类责任可保,在保险的实际运作方面并无不同,因而不会造成不利后果。

最后,尽管承认惩罚性赔偿责任的可保性会在一定程度上削弱赔偿责任对侵权人在财务方面的激励作用,但其反而更有助于在一般意义上实现侵权法的威慑功能,因为保险的存在增加了受害人获得赔偿的可能性,从而提高了受害人通过侵权诉讼维护其权益的概率,因而可以更大范围和更高程度地避免侵权人逃脱法律制裁。<sup>③</sup>事实上,我国设立惩罚性赔偿制度的初衷即在于通过奖励消费者的方式激励消费者提起诉讼进而制裁违法经营者,而非首先定位于惩罚与威慑违法经营者。<sup>④</sup>而且,保险能够使被保险人将其惩罚性赔偿责任成本在较长的时间维度上予以分摊,因而可以使该成本规律化,缓冲被保险人本来须在短期内承担的巨大财务压力,促使其将资本更多地用于开展正常的经营活动。<sup>⑤</sup>

## (二)承认可保性更有利于社会公共利益的实现

我国《民法总则》第143条将“不违背公序良俗”作为法律行为的有效要件之一,公序良俗包括公共秩序与善良风俗两个方面,前者是法律本身的价值体系,指“社会一般利益”,后者则是法律外的伦理秩序,指“社会一般道德观念”。<sup>⑥</sup>故此,在我国的规范语境中,违背公共秩序即意味着对社会公共利益的背离。那么,应否承认惩罚性赔偿责任可保,就取决于承认其可保性是否违反公共秩序。

具体而言,惩罚性赔偿责任可保性问题牵涉的公共秩序除惩罚性赔偿制度的惩罚与威慑目的外,主要还有契约自由原则、合理期待原则<sup>⑦</sup>等。<sup>⑧</sup>惩罚性赔偿的制度目的保障属于我国法上的公共秩序自无疑义。契约自由原则的“原则”身份决定了其系法律内在体系<sup>⑨</sup>的一部分,恰好与公共秩序的内涵相契合,因而也可被纳入公共秩序之中。至于合理期待原则,其以维护被保险人利益及社会公共利益为导向,尽管我国保险法并未对其予以明确规定,但《保险法》第1条将“保护保险活动当事人的合法权益”和“维护社会经济秩序和社会公共利益”纳入了立法目的之中,这说明我国保险法

的内在价值秩序实际包含了合理期待原则,故而可将其解释为我国的一项公共秩序。笔者认为,允许惩罚性赔偿责任可保并不违反这些公共秩序,相反,禁止其可保才会违反相关公共秩序。

首先,就惩罚性赔偿责任的惩罚与威慑目的而言,虽然禁止惩罚性赔偿责任的可保性,有助于维持该两项目的的实现,但如前所述,故意行为所致损害不可保的规则使得承认可保性并不会完全影响惩罚性赔偿制度目的的实现,责任保险的相关机制也可以发挥替代性的惩罚与威慑作用。承认可保性虽然构成对该项公共秩序的部分违反,但对整体后果加以考量评价,这种部分违反并非不能容忍。

其次,就契约自由原则而言,其为私法自治的具体体现,而私法自治原则乃私法之基石。如果保险公司打破当前实务中的做法,与投保人合意将惩罚性赔偿责任纳入责任保险合同的承保范围,显然是契约自由的体现。这种做法既没有违反现行法律、行政法规的强制性规定,亦没有明显违背公序良俗,因而并无理由予以禁止。而且,市场主体的自由选择要比法律的直接干预更能满足保险市场的需要。<sup>⑩</sup>如果立法或司法禁止惩罚性赔偿责任可保,从而否定了该约定的效力,则可能会构成公权力对私人自治领域的不当侵入。承认可保性并不意味着强制保险公司改变当前做法,将惩罚性赔偿纳入承保范围,而是为了矫正保险业普遍认为惩罚性赔偿不可保的刻板印象,为其自由选择将惩罚性赔偿纳入承保范围预留空间。故此,承认可保性符合契约自由的公共秩序,禁止可保性则会违背该项公共秩序。

再次,合理期待原则所指为投保人一方的合理期待,其内涵有两层:(1)保险人不应通过保险交易获得任何不当利益;(2)投保人一方的客观合理期待应当得到满足,即使通过深入细致地研究保单条款发现条款其实并不保障其期待。<sup>⑪</sup>美国有判例认为,一般社会成员在投保了责任保险之后,通常会期待自己将来被提起的所有索赔请求(故意行为引起的除外)都可以得到保险赔付,惩罚性赔偿责任也不例外,而这种期待是合理的,应当得到支持和满足。<sup>⑫</sup>就我国惩罚性赔偿的规定来看,惩罚性赔偿金通常最多仅为受害人所受损失或所

购买之商品或服务价款的几倍,数额并不太高,而且其位置紧跟于补偿性赔偿之后,会由法院在补偿性赔偿责任的民事判决中一并作出,故而使得投保人在投保了责任保险后,很难不认为惩罚性赔偿责任也属于保险承保范围。所以,尽管我国的保险公司通常会将惩罚性赔偿明确纳入保险免责条款,但这实质上违背了投保人的客观合理期待,其效力因而不应当得到认可。<sup>⑥</sup>这意味着,禁止可保性会违反合理期待原则这项公共秩序,为了该项公共政策能得以遵循,社会公共利益能得以保障,应当承认惩罚性赔偿责任的可保性。

此外,为避免公司因惩罚性赔偿责任无法得到保险保障,而可能引发的产品加价、公司破产、雇员失业、债权人无法获偿等一系列社会性不良连锁反应,<sup>⑦</sup>也应当承认惩罚性赔偿责任的可保性。

综上可知,禁止惩罚性赔偿责任的可保性,虽然可以维持惩罚性赔偿的功能发挥,但却会对契约自由原则、合理期待原则等公共秩序以及其他社会公共利益造成损害,故其总制度效益为负。而相比之下,允许惩罚性赔偿责任的可保性则会对这些利益产生正面作用,故其总制度效益为正。是故,惩罚性赔偿责任的可保性从政策考量和制度效益的层面也得到了证成。

#### 四、惩罚性赔偿责任可保性的扩张： 法定保障机制下的故意行为可保

故意行为所致损害不可保是保险法上的一项传统规则,在各国保险法学理及规范中几乎均有体现,也得到了近乎普遍的认可。本文以上相关分析也是以该规则为基础。然而,该项规则果真如此理所当然和颠破不灭吗?笔者认为,至少在责任保险中,该规则不应当得到适用。根据前文的推理论证,惩罚性赔偿责任的可保性在理论及实践上均不存在障碍,且制度效益更高,故而应当得到承认。事实上,不唯如是,从应然法理层面而言,其可保性还应得到进一步的扩张,即基于被保险人故意行为产生的惩罚性赔偿责任,也应得到责任保险的保障。在当下通行的保险法规范与理论之下,笔者的这一观点或许显得有些“离经叛道”,其在化为现实的路途上势必会面临极大的阻力。但立足于前瞻性的视角而言,此种扩张依然有其实现

可能与价值。唯应注意的是,对此必须始终保持审慎的态度,即为了防范可能的不利后果,即便承认责任保险中故意行为的可保性,也必须设置保险人的法定追偿权作为其配套机制。

#### (一)故意行为所致损害不可保规则在责任保险领域的非妥适性

我国《保险法》第27条第2款、第44条、第45条规定了被保险人故意行为所致损害之保险赔付的排除。之所以作此规定,原因在于:其一,保险事故必须具备偶发性和不确定性,否则保险制度将无法发挥其危险分散的功能,进而无存在之必要,<sup>⑧</sup>而故意制造保险事故则违反了这一保险原理;其二,故意行为所致损害可保违反了“人不能从其违法或犯罪行为中获益”的公共政策,会损害社会公共利益;<sup>⑨</sup>其三,故意行为所致损害可保会鼓励被保险人的道德风险行为,既会动摇保险之根基,也不利于社会之安全。<sup>⑩</sup>但对此三项理由予以通盘考量,会发现其在责任保险领域均存在一定程度的可推敲性。

首先,在责任保险领域,故意侵权这一故意制造保险事故的行为并不违反保险事故的偶发性原则。通常而言,被保险人故意制造保险事故的动机在于诈取保险赔付,这在以填补被保险人个人损失为目的的第一方保险(即财产损失保险)中体现得尤为明显。此时,保险赔付这一恒定的诱导因素使得被保险人故意制造的保险事故丧失了偶然性。而在以保障被保险人对第三人应承担之责任的第三方保险(即责任保险)中,则远非如此。由于保险金的赔付对象并非被保险人本人,故被保险人故意实施侵权行为,并不意在使保险公司作出保险赔付,而往往只是出于对他人的财产权利的漠视。比如,商业三责险的被保险人在驾驶过程中因心情烦躁而故意撞向了路边行人。由于不存在保险金这一恒定的诱导因素存在,被保险人的故意侵权行为往往系受个人情绪、外界刺激等不确定因素所影响,由此造成的保险事故故而仍然具备偶发性。

其次,责任保险的被保险人纵使实施了故意制造保险事故的行为,也不可能从中获益。在财产损失保险中,保险保障的是被保险人本人的损失,被保险人故意致其保险标的物受损的行为要么有

可能使其获得保险金,要么有可能使其获得新的保险标的物。显然,通过这样的行为,被保险人能够从中获得经济利益。然而,在责任保险中,被保险人能够从其故意的不法行为中获益则是荒谬的,因为保险人给付的保险金最终流向的是受害第三人。<sup>⑤</sup>在此意义上而言,允许责任保险中的故意行为可保,并不违反“人不能从其违法或犯罪行为中获益”的公共政策,自然也与社会公共利益的损害无涉。

再次,允许责任保险中的故意行为可保,在伦理上更具正当性,而且也并不会在很大程度上鼓励被保险人的道德风险行为。由于责任保险的存在,被保险人仅仅以支付相对较低的保费为代价,便可将其高昂的侵权成本外部化,因而确实可能会在一定程度上增加事故与损害发生的可能性。也正是由于这一事实的存在,责任保险的合法性才在其诞生之初备受争议。而争议最终得以消弭的原因在于,责任保险增加了侵权人赔偿受害人的手段,可以保障受害人获得损害赔偿。<sup>⑥</sup>同被保险人过失侵权相比,在被保险人故意侵权的情形下,被保险人的主观恶性更大,无辜的受害第三人遭受的损害可能更加严重,其同样应当得到责任保险的保障。区分被保险人的故意和过失,而对不同情形下均值得保护的无辜受害人予以不同的法律对待,不仅背离了责任保险保障受害第三人的正当性基础,甚至还从根本意义上破坏了法律公平正义之价值目标的实现。事实上,责任保险在承保时采用的经验费率法的费率厘定方法,以及保险合同中的最高赔偿限额、除外条款、免赔额、共付额等保险赔付方面的设计,均有助于抑制被保险人的道德风险,<sup>⑦</sup>而它们也同样可被用于防范被保险人故意侵权的道德风险行为。而且,结合保险人法定追偿权的配套制度设计,故意侵权情形下最终的责任承担者其实仍然是被保险人自己,这也大大抑制了被保险人实施故意侵权行为的动机。

综上,责任保险中被保险人故意行为所致损害的可保性应当得到认可。据此,被保险人故意行为引发的惩罚性赔偿责任,也应当得到责任保险的保障。在立法对此未加明确之前,结合以上论述,可借助合目的性限缩的法解释学方法,将《保

险法》第27条第2款的适用范围限于责任保险以外的其他保险类型。

(二) 责任保险领域故意行为可保的配套机制: 保险人的法定追偿权

责任的扩张对保险的影响具有双面性:一方面,其可以提高人们对责任保险的需求,促使保险公司针对新型责任开发出新的保险产品,进而扩大保险公司的业务量;但另一方面,责任的过度扩张,又会导致保险公司因承担过高风险而受到财务冲击,此时,保险公司便不得不全面提高保费,或者限缩保险的承保范围,由此便会降低保险的可获得性。美国于二十世纪八十年代中期发生的“保险危机”即为对此的印证。

具体到惩罚性赔偿责任则更是如此,其不断增加的发生频率和过高的赔偿金额,共同造成了严重的责任保险难题,使得责任保险愈加难以获得。<sup>⑧</sup>显然,如果在承认惩罚性赔偿责任可保的基础上,进一步允许故意行为引发的惩罚性赔偿责任可保,势必会令保险公司承担过重的危险负担义务,进而会给保险业造成不利影响,尽管此种做法在法理上的正当性是不容置疑的。为了中和这样一种两难的局面,在被保险人故意制造保险事故的场合,通过立法赋予保险人在承担保险责任后对被保险人的追偿权,是一项妥适的解决方案。

首先,在被保险人故意制造保险事故的场合,赋予保险人对被保险人的追偿权,在很大程度上减轻了保险人的危险负担义务,缓解了允许惩罚性赔偿责任可保给保险业带来的冲击,以及给众多保险消费者带来的不利影响。

其次,在被保险人故意制造保险事故的场合赋予保险人追偿权,并非不存在先例支持。在域外,Continental Casualty Co. v. Kinsey案中,美国北达科他州最高法院在判决保险人对被保险人故意行为引发的惩罚性赔偿责任予以赔付的同时,也考虑到了由此可能引发的不利后果,从而又允许保险人就其因承担保险责任而遭受的损失,向被保险人请求补偿。<sup>⑨</sup>而在我国,交强险领域也已经有限地承认了保险人的追偿权。<sup>⑩</sup>为了最大程度地实现保险人、被保险人、受害第三人之间的利益平衡,有必要冲破追偿权仅适用于交强险以及人身损害赔偿的藩篱,将被保险人故意



制造保险事故情形下责任保险人的追偿权进一步加以扩展延伸,在《保险法》中一般性地规定责任保险人对被保险人就承保范围内支出的一切保险金的追偿权。

最后,在被保险人故意制造保险事故的场合赋予保险人追偿权,有利于发挥保险的社会管理功能,促进社会安全稳定。如前所述,当被保险人故意行为引发的惩罚性赔偿责任也能得到责任保险保障时,被保险人在日常生活中对他人安全的注意程度可能就会因此降低,甚至还可能使其抱有一种恣意的态度,从而会增加事故的发生频率,不利于社会安全。而责任保险人追偿权规则的设置,则恰好可以使被保险人的故意侵权成本内部化——当投保了责任保险的被保险人仍须自行承担其故意侵权的成本时,其在与他人的日常交往中就会保持相当程度的注意义务。是故,借由这种机制,保险间接发挥了其社会管理的功能。

#### 注释:

黄娅琴:《惩罚性赔偿研究——国家制定法和民族习惯法双重视角下的考察》,法律出版社2016年版,第1页。

[奥]赫尔穆特·考茨欧、[奥]瓦内萨·威尔科克斯主编:《惩罚性赔偿金:普通法与大陆法的视角》,龚海洋译,中国法制出版社2012年版,第63~64、86~87页。

徐聪颖:《我国著作权法引入惩罚性赔偿制度研究》,载《科技与法律》2015年第3期;阮开欣:《美国专利侵权惩罚性赔偿的经验和借鉴——兼评美国最高法院 Halo 案判决》,载《法律适用(司法案例)》2017年第10期;邢会强:《内幕交易惩罚性赔偿制度的构造原理与现实选择》,载《中国社会科学》2018年第4期;竺效:《论环境污染赔偿责任的特殊要件——兼评〈侵权责任法〉(草案)二审稿第68条》,载《政治与法律》2009年第12期。

瞿灵敏:《精神损害赔偿惩罚性与惩罚性赔偿补偿性之批判——兼论精神损害赔偿与惩罚性赔偿的立法完善》,载《东方法学》2016年第2期。

在美国,惩罚性赔偿责任的主体并不限于企业,在某些情况下,个人也可能被课予惩罚性赔偿责任,如发生机动车交通事故的场合。See John J. Shmittinger, *Automobile Liability Insurance and Punitive Damages*, 39 Temp. L.Q. 459 (1966). 惩罚性赔偿责任是否属于保险承保范围的问题也主要出现在一般综合责任保险单(CGL)和机动车侵权责任保险单中。See Grace M. Giesel, *The Knowledge of Insurers and the Posture of the Parties in the Determination*

*of the Insurability of Punitive Damages*, 39 U. Kan. L. Rev. 356 (1991).

See John Y. Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, 42 Colum. J. Transnat'l L. 396 (2004); Dorsey D. Jr. Ellis, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 S. Cal. L. Rev. 76 (1982).

②程啸:《侵权责任法》(第二版),法律出版社2015年版,第664、264页。

笔者在“无讼案例”数据库中以“惩罚性赔偿”“责任保险”为关键词,检索到了325篇法律文书,但经过阅读,其中与惩罚性赔偿的可保性直接相关,且提供了有价值信息的案例不过数篇。而且,这些案例中的惩罚性赔偿金体现为精神损害赔偿,精神损害赔偿可能具备一定的惩罚性因素,但其绝非本文所称的惩罚性赔偿,这些案例故而无法为本文之研究提供有价值的参考。

关淑芳:《论惩罚性赔偿责任的“可保性”》,载《当代法学》2006年第1期,第95页;王艳玲、何勇生:《惩罚性损害赔偿责任问题的“可保性”研究》,载《保险研究》2008年第7期,第86页;李秀芬、陈瑶:《美国保险法上惩罚性赔偿责任的“可保性”的解释》,载《法律方法》2009年第1期,第157页;叶延玺:《论惩罚性赔偿的“可保性”》,载《河北法学》2016年第3期,第48页;林德瑞:《论惩罚性赔偿金可保性之法律争议》,载《中正大学法学集刊》第2期,1999年7月,第103页。

②②温世扬主编:《保险法》(第三版),法律出版社2016年版,第244~245、244、7页。

①①参见中华联合财产保险股份有限公司的火灾公众责任保险条款、环境污染责任保险条款、安全生产责任保险条款、船舶污染责任保险条款。条款来源:中国保险行业协会官网 <http://www.iachina.cn/jrobot/search.do?webid=1&pg=12&p=2&tpl=&category=&q=%E6%83%A9%E7%BD%9A%E6%80%A7%E8%B5%94%E5%81%BF&pos=&od=&date=&date=>(最后访问日期:2018年11月8日)。

③③对此四种观点及其理由的介绍,参见刘奇英:《公法与私法交融视域下惩罚性赔偿的法律性质及其制度功能》,载《晋阳学刊》2018年第3期,第131~132页。

④④邢海宝、余浩:《论惩罚性赔偿制度的确立与适用》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第2期,第94页。

⑤⑤事实上,美国一些州曾经就认为,惩罚性赔偿具有补偿和惩罚的双重功能,有的州甚至还认为其实际上就是一种补偿性赔偿。See R. Jon Fitzner, *Coverage of Punitive Damages by a Liability Insurance Policy*, 39 N.D. L. Rev. 334 (1963).

⑥⑥程啸:《侵权责任法教程》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第371页。

⑰王泽鉴:《侵权行为》(第三版),北京大学出版社2016年版,第8~10页;程啸:《侵权责任法》(第二版),法律出版社2015年版,第23~27页。

⑱杨立新:《〈中华人民共和国侵权责任法〉精解》,知识产权出版社2010年版,第27页;王利明:《侵权责任法研究》(上),中国人民大学出版社2011年版,第106页。

⑲尽管我国《合同法》第113条、《消费者权益保护法》第55条第1款规定了欺诈提供商品或服务的惩罚性赔偿责任,《旅游法》第70条第1款规定了债务不履行的惩罚性赔偿责任,但前两者实际上侵害了消费者的知情权和享受符合约定品质之商品或服务的权利,后者则要以造成旅游者人身损害、滞留等严重后果为前提,故从本质上说,三者均非单纯的违约行为引发的惩罚性赔偿责任,均蕴含了侵权元素在其中。事实上,美国就从不支持合同之诉下的惩罚性赔偿责任,而只允许原告在侵权之诉中主张惩罚性赔偿。See Vincent R. Johnson, Punitive Damages, Chinese Tort Law, and the American Experience, 9 *Frontiers L. China* 330 (2014).

⑳《民法总则》第179条规定了民事责任的承担方式,其第2款规定:“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。”

㉑需要说明的是,本文此部分的论述,系在当前保险法的实然规定与法理之下展开,论证的是非故意行为引发之惩罚性赔偿责任的可保性。后文虽然主张在责任保险领域,故意行为也应当具有可保性,但这只是从应然角度作出的前瞻性分析与论证,在当前的保险法规范与理论框架之下还难以实现。而且,即便保险法将来承认了责任保险中故意行为的可保性,也只能将其作为一种例外情形,即仅在设置了保险人之法定追偿权作为配套实施机制的情形下,责任保险中的故意行为方具有可保性,后文对此将有详述。

㉒2013年修正的《商标法》第63条第1款规定:“……对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”

㉓See Vincent R. Johnson, *Punitive Damages, Chinese Tort Law, and the American Experience*, 9 *Frontiers L. China* 339 (2014).

㉔Ibid., 334.

㉕TX. CIV. PRAC. & REM. § 41.003.

㉖SC. ST. § 15-32-520.

㉗台湾地区“消费者保护法”第51条规定:“依本法所提之诉讼,因企业经营者之故意所致之损害,消费者得请求损害额五倍以下之惩罚性赔偿金;但因重大过失所致之损害,得请求三倍以下之惩罚性赔偿金,因过失所致之损害,得请求损害额一倍以下之惩罚性赔偿金。”

⑳See *City Prods. Corp. v. Globe Indem. Co.*, 151 Cal. Rptr. 500-501 (Ct. App 1979).

㉑See 307 F.2d 432 (5th Cir. 1962).

㉒需要说明的是,虽然笔者在后文中提出“故意行为不可保”的规则实际不应适用于责任保险,基于故意侵权行为产生的惩罚性赔偿责任也应当可以得到责任保险的保障和赔付,但笔者同时也认为,为了平衡保险人、被保险人、受害第三人三者之间的利益,以及维持惩罚性赔偿的制度目的和保险的稳健运行,作为必要的配套制度,在此情形下应当赋予保险人对被保险人的追偿权。那么这样一来,基于故意侵权的惩罚性赔偿责任即便可保,也同样不会影响惩罚性赔偿之惩罚功能的实现。此处的实然性论述与后文的应然性论述并不矛盾。

㉓See Tom Baker, *Reconsidering Insurance for Punitive Damages*, 1998 *Wis. L. Rev.* 112 (1998).

㉔研究表明,许多企业通过降低风险的方式对保费提高作出了回应,其措施主要包括:对新产品的设计严格把关、对生产方法和工作人员的选任实行更加严密的控制、开发出更好的质量控制程序等。See Gregory J. Sextro, *Corporate Insurability of Punitive Damages Arising from Employee Acts*, 11 *J. Corp. L.* 119 (1985).

㉕约定行为义务条款,是指约定投保人或被保险人应当为或不为一定行为以维护保险标的安全的保险合同条款。关于约定行为义务制度的介绍,参见叶启洲:《从“全有全无”到“或多或少”——以德国保险契约法上约定行为义务法制之变革为中心》,载《政大法学评论》第140期,2015年3月,第223~286页。

㉖See Tom Baker, *Reconsidering Insurance for Punitive Damages*, 1998 *Wis. L. Rev.* 129 (1998).

㉗李友根:《惩罚性赔偿制度的中国模式研究》,载《法制与社会发展》2015年第6期,第109页。而且,研究表明,尽管生产者对于产品损害的索赔请求拥有保险保障,但产品责任诉讼还是迫使许多生产者在产品安全方面作出了改善。See Gregory J. Sextro, *Corporate Insurability of Punitive Damages Arising from Employee Acts*, 11 *J. Corp. L.* 119 (1985).

㉘See Note, *Liability Insurance for Corporate Executives*, 80 *Harv. L. Rev.* 654 (1967).

㉙王泽鉴:《民法总则》(增订新版),台湾新学林股份有限公司等2014年版,第326页;朱庆育:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第300页。

㉚合理期待原则是美国保险法上的一项特殊原则,美国的诸多判例都体现出了以“满足被保险人合理期待”为导向的理念。在该原则之下,相关保险条款有时可能并不存在歧义,也并不违反保险合同的目的,却依然可能被宣

告无效,原因就在于其违背了保障被保险人利益这一公共政策。此时,法院为了使保险能够为依赖其生存者的利益而运营,或者为了维护社会公共利益,对保险人与被保险人之间合同安排的关注度相对就会降低。See Mark C. Rahdert, *Reasonable Expectations Revisited*, 5 Conn. Ins. L. J. 114 (1998-1999).

④ Grace M. Giesel, *The Knowledge of Insurers and the Posture of the Parties in the Determination of the Insurability of Punitive Damages*, 39 U. Kan. L. Rev. 360 (1991).

⑤ 法律原则构成了法的“内部”体系,参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 348 页以下。

⑥ 叶延玺:《论惩罚性赔偿的可保性》,载《河北法学》2016 年第 3 期,第 54 页。

⑦ See Robert E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provision*, 83 Harv. L. Rev. 961, 963, 967 (1970).

⑧ See 383 S.W.2d 5.

⑨ 实务中,保险人往往习惯于简单、僵硬、呆板地援引“惯例”、“行业惯例”或者“国际惯例”作为证成其保险条款合理性的支撑,并由此主张免责,但这种循环论证只是保险人单方的强硬宣示,其招致的常常是消费者的反感甚至于深恶痛绝。保险惯例并非皆为良性,恶性的保险惯例不当进入合同文本,也不应当对合同当事人产生拘束力。参见方志平:《论保险惯例——以商业车险条款为中心》,载《中外法学》2012 年第 3 期,第 522、524 页。故此,虽然将惩罚性赔偿纳入保险免责条款,是我国保险行业目前的惯

例,但据此并不足以认为其符合投保人的客观合理期待。

⑩ See Alyssa Walden, *The Publicly Held Corporation and the Insurability of Punitive Damages*, 53 Fordham L. Rev. 1406-1407 (1985).

⑪ 陈彩稚:《保险学》,台湾三民书局 2012 年版,第 40 页。

⑫ See John Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016. 10th ed., p. 271.

⑬ 樊启荣:《保险法诸问题与新展望》,北京大学出版社 2015 年版,第 346 页。

⑭ See John Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016. 10th ed., p. 274.

⑮ See Kenneth S. Abraham, *The Liability Century: Insurance and Tort Law from the Progressive Era to 9/11*, Harvard University Press, 2008, p. 30.

⑯ See Tom Baker & Peter Siegelman, *The Law and Economics of Liability Insurance: A Theoretical and Empirical Review*, in Daniel Schwarcz & Peter Siegelman(ed.), *Research Handbook on the Economics of Insurance Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, pp. 499-500.

⑰ See S. Loyd Neal, *Punitive Damages: Suggested Reform for an Insurance Problem*, 18 St. Mary's L.J. 1065 (1987).

⑱ 499 N.W.2d 574. (N. D. 1993).

⑲ 《机动车交通事故责任强制保险条例》第 22 条第 1 款。

责任编辑 陈亚飞

to the syndrome of the modern German intelligentsia, and who could not acclimatize themselves to the modern world. As a conclusion, we could achieve the disenchantment and inner critique to Schmitt only in this way.

**Key words:** Carl Schmitt; decisionism; presidential constitutional dictatorship; concrete order

### **The Power of Algorithm: Application and Regulation** (52)

Chen Peng

*(Law School, Anhui Normal University, Wuhu 241002)*

**Abstract:** The arrival of the big data era and the major breakthrough of the deep learning algorithm, promotes the continuous expansion of artificial intelligence application scene and the deepening of application, the State and society's dependence on the algorithm is deepening, as one of the cornerstones of artificial intelligence algorithm also presents a certain power characteristics. The power representation of the algorithm is technical power, which has remarkable effect on the timely perception of public opinion, the effective response of governance demand, the precise setting of policy agenda and the accurate evaluation of government performance, and provides the possibility of restricting power by power for the operation of social regulation of the State apparatus. At the same time, behind the power of the algorithm also lurks the power of capital, Capital uses its technical advantages in data and algorithms, there is the possibility of applying algorithms to dictatorship and promote data hegemony, national sovereignty faces profound challenges of capital, and the pattern of global governance is also facing profound changes. For the regulation of algorithm power, it is necessary not only for countries to make efforts to ensure data security and reduce the dependence of algorithm technology on capital, but also for countries to actively cooperate, construct the algorithm governance system at the global level and continuously improve the global algorithm governance mechanism.

**Key words:** algorithm; power; application; regulation

### **The Use and Risk Control of the Interest Measurement in the Criminal Justice** (59)

Wu Liangjun

*(Law School, Hainan University, Haikou 570228)*

**Abstract:** The measure of interest is the inevitable requirement of resolving conflicts of interest in criminal justice adjudication, and the important method of solving difficult cases. The measure of interest is also the path of the unification of legal effect and social effect, and also the requirement of the substantive side of the legal doctrine of the crime. Compared with the measurement of interests in sentencing, the measurement of interests in conviction is more significant. Whether it is the judgment of the conformance of constitutive elements, or the judgment of illegality or responsibility, there is room for the use of interest measurement. Measure the appropriate use of interests, is not in compliance with the operating steps of a stylized completely, but on whether to accurately grasp the "benefit analysis" and "measure" the two key links. Ought to say, the interests of the measure to judge the subjectivity of the natural dependence, contains uncertainty inherent risk, it should actively provide interest measure in the application of criminal judicial referee a binding framework to control the risk. The risk control of the benefit measurement in the criminal justice adjudication should abide by the legal doctrine of the crime, follow the social consensus orientation, and strengthen the procedural restriction.

**Key words:** interest measurement; criminal justice; legal doctrine of crime; social consensus; procedural restriction

### **On the Insurability of Punitive Damages and Its Expansion** (69)

Wu Yiwen, Zhao Yaning

*(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072)*

**Abstract:** Under the background that the insurability of punitive damages has been universally denied by the insurance market, there is great theoretical and practical significance to research on the issue of punitive damages' insurability. The insurability of punitive damages can be demonstrated from two aspects: one is the theory and practice of insurance law, the other is system benefits and policy considerations. On one hand, the insurable arrangement not only complies with the general insurance law rules that liability insurance only covers civil compensation liability and harms caused by intentional acts are not covered, but also does not lead to extra judicial difficulties. On the other hand, the insurable arrangement does not mate-

rially affect the punishment and deterrence functions of punitive damages, and compared with the uninsurable arrangement, it is more in line with social public order, and helps to promote public interests. In addition, the features of liability insurance result in that the general rule that harms caused by intentional acts are not covered should not apply to liability insurance. So, the insurability of punitive damages is supposed to be expanded further. However, in order to prevent too heavy obligation of risk covering from threatening the survival of insurance market, it's essential to grant insurers a statutory right to recover from the intentional insureds after they have paid insurance benefits, so that the interests of all parties in third party insurance can be better balanced.

**Key words:** punitive damages; insurability; liability insurance; insurer's right of recovery

**The Development of Leisure Studies in the West: Reflection and Enlightenment** (80)

Pang Xuequan, Cheng Xiang

(*Asia Pacific Centre for the Study of Leisure, Zhejiang University, Hangzhou 310028*)

**Abstract:** Although Leisure Studies has achieved the discipline construction in the west, it still faces challenges, which are embodied in: the continuing academic debates, the arduous journey of collegial leisure education, and the misunderstanding of public perception. By reviewing the history of leisure studies, this paper explores the root causes of the challenges, and concludes that the "intersectionality" of the discipline promotes the development of leisure studies from scratch, but objectively also brings challenges to the development of the discipline. In order to promote the healthy development of leisure studies in China, it is necessary to strengthen the study of the ontology of leisure studies, introduce the western early leisure studies and the European leisure studies, and try to establish the concept and theoretical system of Chinese leisure studies.

**Key words:** leisure studies; challenges; interdisciplinary

**Interpretation of Leisure Core Elements from the Perspective of Social Relations:  
Construction on the Relationship between Leisure and Identity** (87)

Peng Fei

(*School of Tourism Management, Sun Yat-sen University, Guangzhou 510275*)

**Abstract:** In traditional leisure studies, more emphases were put on freedom and authenticity of leisure, while ignoring its root in life and social relations. In this paper, we hoped to focus on the importance of others through identity perspective, making it as a balanced supplement to the core elements of leisure. It was difficult to achieve "freedom from constraints" because of role and identity in society. Freedom was an important condition for leisure, leisure was embodied from initiative as well. From the perspective of identity, self-identity was not only based on their inner love, but also taking consideration on social identity and individual goal expectation. While social identity promoted self-achievement and was more open and developmental. In all, the purpose of leisure identity was to realize the biggest unity of individual leisure value and social value evaluation instead of blind identity. Thus, one could "become human-being" through the process of leisure communication and identity interaction.

**Key words:** leisure; identity; leisure identity; identity value

**The "Chinese Paradigm" of Building World-class Disciplines:  
Value Construction and Practice Path** (95)

Zhao Yuan

(*Zhejiang University of Media and Communication in Tongxiang, Hangzhou 310018*)

**Abstract:** Chinese political system, cultural background and spiritual temperament, social development stage and strategic focus, governance structure of higher education, university tradition have exerted a profound influence on the construction of world-class disciplines. In the new era, building world-class disciplines in China should establish the "Chinese discourse" and "Chinese standards" of world-class disciplines evaluation. This study explores the "Chinese Model" and "Chinese System" of world-class discipline governance, the "China Ecology" of world-class discipline and the path innovation of strengthening world-class discipline. With the "Chinese paradigm" of world-class discipline, we can build the core competitiveness of world-class discipline in China, accelerate the comprehensive strength of higher education, and provide