



Report No.005

CHINA REVIEW OF ADMINISTRATION OF JUSTICE

中國應用法學

系列研究報告

第 005 号

消費者權益保護法實施 問題研究

Studies on the Enforcement of Law on Protection
of the Rights and Interests of Consumers

北京市第一中级人民法院 著

中国应用法学研究所

“中国应用法学系列研究报告”简介

中国应用法学研究所（China Institute of Applied Jurisprudence，英文简称 CIAJ）是最高人民法院设立的专业从事应用法学研究的正局级直属事业单位。1991年2月21日，经最高人民法院决定并报中央批准，中国应用法学研究所（以下简称法研所）正式成立。2000年，根据中央国家机关机构改革方案，法研所与国家法官学院合署办公，实行“一套人马，两块牌子”。2004年，法研所进行重组后从国家法官学院分离，并承担最高人民法院司法改革研究小组办公室（司改办）的日常工作（至2006年）。2007年，经最高人民法院和中国法学会批准成立中国法学会审判理论研究会（中国审判理论研究会），秘书处设在法研所。2008年，法研所设立了全国政法系统唯一的博士后科研工作站，已有100多名博士后陆续进站研究。2017年，法研所创办了《中国应用法学》（双月刊）（CN-10-1459/D），结束了法研所没有法学期刊的历史。法研所现有工作人员20名，在站博士后20多名，研究辅助人员若干名。

法研所的主要使命是从事应用法学研究，包括法律适用、司法政策、司法改革、案例研究、域外司法等领域。通过努力，已逐步打造了六大坚实的研究平台，即：

一是以各个部门法中的重大问题研究为主以《司法决策参考》为载体的专项研究平台；

二是以《中国应用法学》（双月刊）为主的外向研究平台；

三是以《人民法院案例选》月刊和“全国法院年度优秀案例分析研讨会”为主的案例研究平台；

四是以“全国法院学术讨论会”为主的开放研讨平台；

五是以中国审判理论研究会为中心的系统研究平台；

六是以博士后科研工作站为中心的高端研究平台。

在新的历史起点上，在中国特色社会主义的新时代，法研所将努力打造一流的司法专业智库，真正成为全国应用法学研究的“排头兵”。

近年来，中国应用法学研究所紧紧围绕法治中国建设，秉持科学的法治理念，在丰富、活跃的中国司法实践基础上，收集研琢中外司法最新资料，立足现实，放眼未来，开拓进取，吸纳所内外专家、法官深入开展研究，形成了一系列重要的研究报告、观点汇集、域外资料等。为及时、全面地为决策者提供参考，为研究者提供观点，为实务工作者提供指引，我们精选近年来形成的一部分优秀研究成果分类汇编成册，形成系列研究报告，正式印行。如需引用，可以注明原文出处，也可以以本系列研究报告为引用出处。

前 言

中国应用法学研究所 蒋惠岭

新修订的《中华人民共和国消费者权益保护法》于2014年3月15日开始实施，该法对近年来消费领域的热点难点问题均做出了相应的规定。此后正值新法实施一周年之际，为总结新消费者权益保护法实施以来的司法实践经验，研究解决司法裁判中的法律适用问题，中国应用法学研究所作为课题管理单位。最高人民法院发布2015年度审判理念课题，“消费者权益保护法实施问题研究”。

北京第一中级人民法院申报中标后迅速组织调研精干力量组成课题组，其中法研所博士后王玲芳同志作为统稿人和主要执笔人参与课题研究。课题组通过对全国法院三千余份裁判文书进行实证分析，密切联系司法实践，对消法修改后仍存在且亟待解决的包括惩罚性赔偿金的司法适用、网络交易平台提供者的民事责任认定、产品缺陷责任的裁判规则及金融消费者权益的司法保护在内的四大专题进行调研，提出司法裁判中法律适用的建议。该报告所秉持的“裁判纠纷中应注重平等保护经营者和消费者的合法权益，充分考虑并尊重相关行业产业的发展规律”的研究理念，非常契合当前强调司法产权保护，努力营造良好营商环境的司法政策要求。同时，该研究报告对统一消法领域司法实践认识，澄清法律适用分歧，健全完善以新消法为核心的消费者权益保护法律体系发挥了积极作用。

目 录

序言	/ 1
一、惩罚性赔偿问题研究	/ 2
(一) 惩罚性赔偿在当前司法适用中的状况	/ 2
(二) 惩罚性赔偿适用问题的成因研究	/ 6
(三) 惩罚性赔偿的理解与适用	/ 8
小结	/ 17
二、网络交易平台提供者民事责任研究	/ 17
(一) 案例样本分析所呈现的特点和问题	/ 17
(二) 司法审判应尊重互联网自身的规律	/ 22
(三) 统一司法裁判中的法律理解与适用	/ 23
三、产品缺陷制度相关问题研究	/ 30
(一) 样本考察分析产品缺陷制度存在的问题	/ 31
(二) 产品缺陷的认定标准重设	/ 33
(三) 产品缺陷举证责任分配的重构	/ 34
(四) 产品责任的责任主体与责任形态探析	/ 37
小结	/ 40
四、金融消费者权益司法保护的调研	/ 40
(一) 金融消费者的概念在司法实务中的认知程度较低	/ 41
(二) 司法保护认知不足的原因分析	/ 43
(三) 加强金融消费者权益保护的相关建议	/ 46
附：消费者权益保护法法律适用建议	/ 50



消费者权益保护法实施问题研究*

北京市第一中级人民法院

序言

党的十八届四中全会提出全面推进依法治国，全会《决定》指出，依法保障公民权利，加快完善体现权利公平、机会公平、规则公平的法律制度，保障公民人身权、财产权等各项权利不受侵犯，保障公民经济、文化、社会等各方面权利得到落实，实现公民权利保障法治化。这为新形势下进一步完善消费者权益司法保护工作，营造安全放心的消费环境，促进社会和谐稳定和经济发展指明了方向，提出了新的更高的要求。

2014年3月15日实施《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称新消法）对近年来消费领域的热点难点问题均做出了相应规定，包括赋予消费者网购的“后悔权”；特殊情形下瑕疵产品的举证责任倒置；消费者个人信息安全的保护；金融领域的消费者保护；加强消费者领域的惩罚性赔偿力度等。这些规定都进一步体现我国在立法上更加鲜明地保护消费者的合法权益，在法律制度上构建保障消费者权益的多维规范体系。消费者权益保护所涉的法律法规极为广泛，不仅涉及民法，还涉及程序法、经济法、行政法等诸多领域，因此在

* 本研究报告是最高人民法院2015年度审判理论一般课题，并获评优秀调研课题。课题组成员单位：北京市第一中级人民法院，课题主持人：孙国鸣；负责人：高萍，李晓龙；课题组成员：王国庆、王玲芳、宁韬、唐兴华、刘雅璠、李程、耿瑗；执笔人：王国庆、王玲芳（统稿）、宁韬、唐兴华、刘雅璠。

新消法的实施过程中，出现了纠纷裁判请求权基础混乱、法律适用错位等问题，这些问题不仅因为抽象的“消费者主权”，打破了程序法、民商法、经济法、刑法等法律规范的固有构造；还在于理论上缺乏对消费者保护的法律渊源体系、法律规范体系和实施体系的分类、整理和研究。此外，新消法在司法适用过程中还面临着，比如知假买假者主张惩罚性赔偿金是否应予支持，消费者领域的欺诈如何认定，网络交易平台提供者的民事责任，金融领域如何界定消费者的概念等诸多分歧，这些新老问题都亟待在实证研究的基础上，提出切实可行的法律解释方案。

作为司法审判机关，在新消法的实施过程中，需要对法律法规进行规范分析的基础上，统一司法裁判尺度，提升司法裁判的权威和公信力。同时，为维护正常的交易秩序和营商环境，裁判纠纷中应注重平等保护经营者和消费者的合法权益，充分考虑并尊重相关行业产业的发展规律。据此，本次调研亦主要围绕新消法在司法适用领域出现的一些典型问题而展开，课题组在“无讼案例”平台上，以消费者、惩罚性赔偿、产品缺陷、网络交易平台提供者、金融消费者等关键词进行搜索，共选取 3000 余份已发生法律效力判决，涉及北京、上海、江苏、浙江、福建、广州、陕西等多个省份，在数量和范围上能够真实反映当前司法审判状况。通过对法院生效判决的分析研究和总结，课题组认为，当前司法实践中主要存在以下问题，一是对惩罚性赔偿的司法适用存在误区；二是对网络交易平台提供者的民事责任承担存在诸多分歧；三是产品缺陷的认定、举证责任分配及责任形态值得进一步明确；四是对保护金融领域消费者的认知程度不足。这四个问题不仅占据了新消法实施中的绝大部分分歧，更涉及到司法裁判尺度的统一，故课题组以上述四个问题为研究中心，完成此份调研报告，以期对长期困扰司法裁判的分歧做进一步地澄清。



一、惩罚性赔偿问题研究

（一）惩罚性赔偿在当前司法适用中的状况

1. 法律适用的请求权基础较为混乱

惩罚性赔偿的主要规范依据是《侵权责任法》第47条^[1]，新消法第55^[2]条以及新《食品安全法》第148条^[3]。对于《侵权责任法》第47条的侵权规范性质，大家并无异议。但是对于新消法第55条以及新《食品安全法》第148条的规范性质，在实务中存在认识上的混乱。究竟是合同性质或侵权性质，还是包含违约与侵权在内的二元规范，众说纷纭。从调研的样本分析，存在消费者以侵权或违约不同类型的请求权基础主张权利的情形，而判决由于缺乏对规范性质的理解，将侵权和违约混同适用，通过对侵权责任“损害”的不当扩大理解，消融侵权与违约的二元划分。例如，消费者以合同之诉要求十倍惩罚性赔偿，判决认为商品没有违反安全标准，依据新消法第55条第1款，判决经营者承担三倍赔偿，同时认为生产者与销售者构成共同侵权，判决承担连带责任。再如，消费者以侵权之诉要求十倍赔偿，法院认为不存在食品安全问题，故以欺诈为由，适用新消法第55条第1款，

[1] 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。

[2] 第55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三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。经营者明知商品或者服务存在缺陷，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的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

[3] 第148条规定，消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。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，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。

判决经营者承担三倍赔偿。^[4]

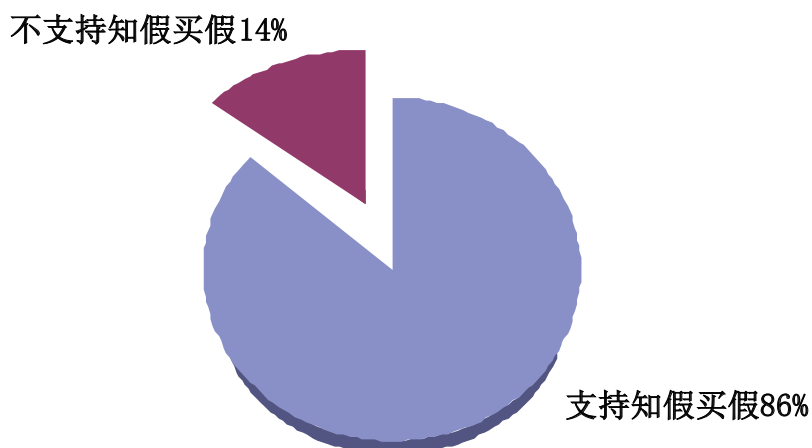
2. 对于是否构成欺诈、是否构成“不符合食品安全的食品”的认定存在不统一

调研发现，很多判决均支持职业打假人的知假买假，同时，否认知假买假可以请求惩罚性赔偿的案例也不在少数（见图一）。对于欺诈的构成中，有采纳主客观标准，即认为首先必须要求欺诈的主观的故意。^[5]而有的则相对宽松，从客观性标准出发，对经营者来说，“没有履行货物检验制度”就构成欺诈。^[6]在“不符合食品安全的食品”的认定上，不同判决的认定也有宽严之分，比如，标签标注瑕疵是否属于不符合食品安全标准的食品进而适用十倍惩罚，判驳与支持的判决均存在（标签问题分类见图二）

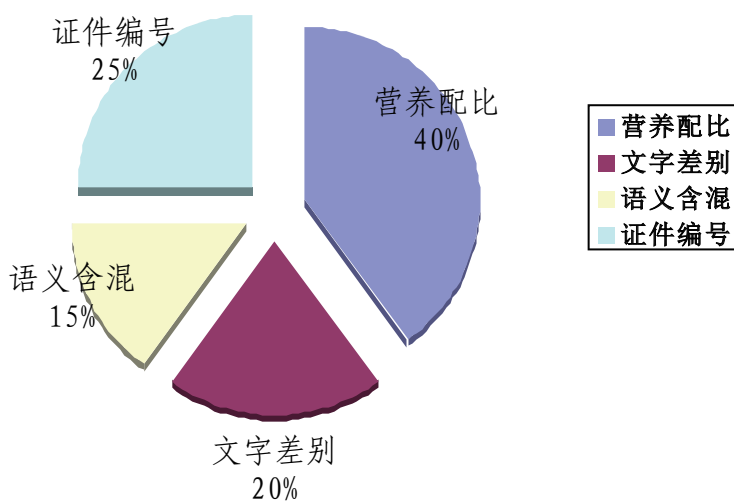
[4] 参见南京市鼓楼区人民法院（2015）鼓民初字第482号民事判决。该案为产品责任纠纷案由，消费者要求依据食品安全法十倍惩罚性赔偿，法院认为，就本案而言，鉴于涉案产品并不含有未标注的项目，未按要求进行标注并不足以造成消费者产生人身、财产或其他损害，龚xx也未举证涉案产品已造成损害实际发生或可能造成损害发生。对龚xx主张应超过三倍进行赔偿的诉讼请求，法院不予支持。涉案产品还违反预包装食品标签通则的规定，存在标注不合格的问题。涉案商品的包装宣传存在欺诈，xx超市有限公司予以销售，应依照法律规定在退还货款外再予龚xx龙购买金额三倍的赔偿。遂依据新消法第55条规定处理了本案。

[5] 参见（2015）宁民终字第4094号判决。法院认为，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第68条规定，“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为”。据此，欺诈是指故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方作出错误意思表示的行为。要认定构成欺诈，应包括以下要件，即在主观上有欺诈的故意，知道或应当知道自己虚假陈述或隐瞒真相并会导致对方陷入错误认识，而希望或放纵这种结果的发生。客观上实施了告知虚假情况或隐瞒真相的行为。

[6] 参见（2015）淮中民终字第02011号判决。判决认为，《产品质量法》第33条规定，销售者应当建立并执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识。可见，销售者应当确保其销售的商品的标识内容真实，建立并执行进货检查验收制度的法定义务。本案上诉人xx公司在销售涉案物品时未对产品标识的显著瑕疵进行严格核实，没有在涉案商品的吊牌上明确标注“生产厂的名称和地址”，可见上诉人xx公司没有尽到法定义务，被上诉人严xx基于对上诉人润淮公司的信赖而做出不真实的意思表示购买了不合格产品。



(图一)



(图二)

3. 对《食品安全法》中的惩罚性赔偿是否需要具备损害的要件上，各个地区做法亦不统一

有些地方认为，构成十倍赔偿的条件是必须存在损害，而且该损害意指侵权责任领域之损害，即固有利益损害，合同中的履行利益损

失或是价金损失，根本不属于此处的损害问题。^{〔7〕}有些地方认为，根本没有损害认定的必要，因为法律没有规定必须以损害为要件，只要存在规范条件中的违法行为即满足了规范适用条件。^{〔8〕}

4. 对于惩罚性赔偿的数额亦存在不统一现象

一方面，法院会对规范适用条件予以解释，对那些本应十倍惩罚的案件，在利益平衡的视角下，适用三倍赔偿。另一方面，对于具体赔偿数额，比如在消费者一次购买同种多个产品或者不同种类多个产品的情形下，到底是按照一次消费衡量，还是按照每个产品衡量，认识不统一。

（二）惩罚性赔偿适用问题的成因研究

1. 消费者保护领域法律的混合型特征对传统法律思维的挑战。消法类法规对消费者在交易过程中可能受到的损害予以一体保护，包括对消费者固有人身财产权益的保护，也包括对消费者履行利益等合同类利益的保护。此种一体保护模式对消费者而言是有利的，但对于法律适用者而言，难免会陷入到体系性思维矛盾之中。例如，新消法第40条第1款规定，“消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。”第2款规定“消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。”第3款规定“消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔

〔7〕 参见（2014）西中民四终字第00271号判决。判决认为，根据规定，适用十倍赔偿金的标准应具备两个条件：1. 销售明知是不符合食品安全标准的食品；2. 造成人身、财产或其他损害结果。十倍赔偿金是在损害赔偿基础上产生的惩罚性赔偿，并非单独适用的赔偿标准。故消费者请求赔偿的前提是违反《中华人民共和国食品安全法》规定，造成人身、财产或者其他损害。

〔8〕 参见（2016）京02民终271号判决。判决认为，只要食品经营者“销售明知是不符合食品安全标准的食品”，消费者就可以主张“十倍价款赔偿”，不论这一行为是否给消费者造成了损害。



偿。”从结构上分析，第1款与第3款均以“合法权益受到损害”为条件，第2款以“商品缺陷造成人身、财产损害”为条件。显然，“合法权益受到损害”其范围要广于第2款中“商品缺陷造成人身、财产损害”。那么是否可以得出结论认为“合法权益受到损害”系合同利益损失而不同于第2款侵权中的固有损失呢？显然，当我们观察第3款时，发现“合法权益受到损害”其实又包含侵权中的固有损失在内。事实上，消费者权益保护中运用了大量的“合法权益受到损害”、“给消费者造成损失”等作为适用条件，将消费者不同利益损失糅合在一起，使很多法官既有的侵权和违约二元划分的体系思维在法条适用中产生矛盾，导致在一些案件中侵权和违约混同适用。

2. 规范分析不足引起法律适用在“克制”与“激进”中两极化趋向。从法条规范结构分析，作为完全性法条，它通常指一个具有构成要件以及法律效果的规定。^{〔9〕}构成要件是法律效果得以发生的充要条件。对调研样本的分析中，我们发现之所以会产生轻重不同的两极现象，根源在于对构成要件的分析与理解不足。在《食品安全法》中的惩罚性赔偿适用上，对于构成要件之中是否存在损害问题，基于不同的理解当然会有不同的结论。在认为“损害”只能是固有利益损失时，一般在选择侵权法律关系救济时，法院才会基于是否存在损害而适用惩罚性赔偿。在认为“损失”既包括履行利益的损失也包括固有利益损失时，不论何种法律关系，惩罚性赔偿都会得到支持。在欺诈问题的认定上，到底是因为“欺诈陷入错误”还是因为“有欺诈行为”，对于惩罚性赔偿的适用会产生决定性作用，甚至对于知假买假者应否受到保护也会有不同的结论。因此，解决法律适用中的“两极”现象，关键在于对规范本身的统一理解。

3. 单向度以消费者保护为重心，对经营者保护不足。面对经营欺诈以及一些重大的食品安全事件，公众与司法形成了一种保护消费者权益的单向度思维，认为只有大力惩罚经营者不当行为，才能使市场

〔9〕 王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第46页。

得以良性运转。这样的初衷并无错误。但问题是，在上述观念的支配下，长期以来法官不再以平等主体身份看待消费者和经营者，而是将消费者作为一种当然的弱势主体看待。这样的眼光，遮蔽了许多有价值的思考，也必然使平等保护的基本法律原则受到动摇。课题组在关于欺诈的考察中，就发现司法中对欺诈的认定五花八门，大量存在着过于保护消费者的倾向立场。例如，将商标的翻译错误、经营者发货错误、食品中含有杂质、不具有特殊地域性质的产地标注错误等情形均认定为欺诈。在《食品安全法》领域中，将食品的标签等形式上不符合情形均视为十倍惩罚的理由。

（三）惩罚性赔偿的理解与适用

1. 新消法以及《食品安全法》惩罚性赔偿规则体系阐释及分析

（1）惩罚性赔偿与损害

惩罚性损害赔偿，是指由法庭所作出的赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿。^[10]惩罚性赔偿建立在受害人所受损害的基础之上，即由其填补性损失为基础而构造出来的特殊惩罚措施。王利明教授认为，从两者的关系上看，无法否定惩罚性赔偿和补偿性赔偿之间的联系。因为一方面，惩罚性赔偿是以补偿性赔偿的存在为前提，只有符合补偿性赔偿的构成要件，才能请求惩罚性赔偿。另一方面，惩罚性赔偿的数额确定与补偿性赔偿也有一定的关系。应该说，王利明教授的观点与现行法律关于惩罚性制度的规定是吻合的。第一，从《侵权责任法》第47条规定所设定的规范构成要件上分析，必须具备“造成他人死亡或者健康严重损害的”后果，被侵权人有权请求惩罚性赔偿。第二，新消法第55条第1款规定，“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三倍，增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。”第2款规定，“造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条

[10] Note, “Exemplary Damages in the Law of Torts”, 70 Harv. L. Rev. 517, 517 (1957), and Huckle v. Money, 95 Eng. Rep. 768 (K. B. 1763). 转引自王利明：《惩罚性赔偿研究》，载《中国社会科学》2000年第4期。



等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿”。上述条款的构成要件中，对于惩罚性赔偿的适用均明确提出或者隐含性地提出以损失的存在为先决条件。《食品安全法》基于《侵权责任法》以及新消法的修订而做出的修改，理应认为在惩罚性赔偿的问题上采纳了与《侵权责任法》以及新消法一致的思路，否则构成体系上的违反。

在理论和司法实务中，亦有观点认为惩罚性赔偿不应该以损害的存在为条件，但课题组认为，“损害”是否存在与如何界定“损害”相关联，我们不可能找到一种没有任何损害（即便是最广义的解释损害概念）而需要法律予以救济的事实。现实中之所以有人坚持不以损害为要件，实质上是忽视了法律规范的性质，以至于在合同与侵权不同的体系中解释规范构成而造成对“损害”的漏查。

（2）对新消法第 55 条的分析

新消法第 55 条第 1 款，除了对惩罚性赔偿数额的提高以及增加了引用性规定外，基本上沿袭了原消法第 49 条的规范精神。该条款中最大的争议之一是是否存在“损害”的要求。对于是否存在损害要求，应从该条款的性质以及损害的具体理解中寻找正确的解释方法。

第一，从法律体系上观照可知，第 1 款的性质应为合同责任，而不是侵权责任。王利明教授认为，一方面，我国合同法在违约责任中专门规定了损害赔偿责任，表明合同法已明确将此种责任归于合同责任制度中。另一方面，经营者对消费者提供假冒伪劣商品，或提供的服务存在着严重的瑕疵等，表明经营者的行为违反合同规定的质量标准，因此构成违约并应当负合同上的责任。这些行为尚不能表明经营者违反了侵权法所规定的不能侵犯他人财产和人身的规定，因为如果经营者提供的不合格的商品和服务本身并未对受害人的财产和人身造成损害，则不能认为其行为违反了侵权法规定的法定义务。^{〔11〕}

第二，在不同的法域之中，损害的外延并不一致。在《侵权责任

〔11〕 王利明：《惩罚性赔偿研究》，载《中国社会科学》2000 年第 4 期。

法》中，损害一般指的是固有利益的损失。在合同法中，有返还利益、信赖利益、固有利益、履行利益以及可得利益等不同利益类型。^{〔12〕}此第1款的构成条件为，经营者提供商品或者服务有欺诈行为。对于欺诈，一般而言都导致如下损害，当消费者基于欺诈要求撤销合同时，产生信赖利益损失；当消费者基于根本违约而要求退货时，会产生返还利益的损失；当消费者承认受欺诈的合同时，这种损失表现为实际支付的商品价款或服务费用与商品或服务应有价格或费用之间的差额。^{〔13〕}这是一种履行利益损失。因此，不论我们是否承认需要以损失为依据，损失总是一种已然存在的现象。第55条第2款系《侵权责任法》颁布后，消法为与之衔接而作出的修改。该款应为侵权性质的规范，需要符合侵权责任的所有构成要件，方可产生法效果。

第三，欺诈的认定问题。传统对于欺诈的定义是，以使他人陷于错误并因而为意思表示为目的，故意陈述虚伪事实或者隐瞒真实情况的行为。^{〔14〕}基于法律体系内相同概念在无特殊规定下应作同一解释的原则，第1款中的欺诈行为应与此同义。欺诈包括积极性欺诈以及消极性欺诈两种。前者是故意编造虚假事实使对方陷入错误而为意思表示，后者是刻意隐瞒相关事实而使对方陷入错误而为意思表示。两者均存在欺诈的故意。但是，消费者对于经营者主观状态的举证异常困难，因此，应从主客观相结合的程度衡量欺诈问题。一是有证据证明经营者存在欺诈的故意，二是经营者违背了法律规范的相关规定，例如，违背消法以及《中华人民共和国产品质量法》（以下简称《产品质量法》）或者《食品安全法》所规定的进货检验制度，验明产品合格证明和其他标识。如果经营者没有履行相应的义务，应该是为其知道而故意予以隐瞒。

司法实践中，对欺诈认定的主要问题是，缺乏对商品质量的实质

〔12〕奚晓明主编：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第448页。

〔13〕朱广新：《惩罚性赔偿制度的演进与适用》，载《中国社会科学》2014年第3期。

〔14〕韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第207页。



审查，而仅从形式上认定欺诈进而判定惩罚性赔偿。课题组认为，欺诈的根本目的是经营者意欲隐瞒一些商品的重要信息，而该信息对于产品本身或者消费者选择方向上存在重大的影响。《产品质量法》第39条规定，销售者销售产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。结合该条款，我们认为，对于认定欺诈应主要从如下几个方面考虑：①商品是否有正规的来源；②商品是否达到其宣传的效用；③商品是否与其宣传的品质相吻合；④商品是否具备其应有的功能；⑤商品是否具有隐蔽瑕疵；⑥商品是否具备合理期待的安全性等。对于司法实践出现的标识瑕疵或者产地不准确等，如果并不存在上述因素，仅仅是一种形式上的瑕疵，不应该认定为欺诈并判令惩罚性赔偿。

第四，对于何为“明知”的问题。朱广新教授认为，明知亦称作实际知道，是与推定的知道相对称的法律概念，指人的头脑对客观事物的明确反映（认知），即明确认识或意识到某种事物。明知商品或者服务存在缺陷，指在向消费者提供商品或服务之时，经营者明确意识到该商品或服务事实上存在缺陷。因此，明知完全不同于“故意”或“恶意”概念，后者是一种意志活动，它除了包含明确意识到某物之义外，还具有按其意识积极去做之义。^[15]明知在外延上包含故意在内。上述对“明知”含义的解释虽然有一定道理，如同过错在主观上难以判定一样，明知也同样难以证明。如果我们将明知的主观性证明转变为客观性证明，实际上明知与“可推知”之间的界限变得非常模糊。从调研样本中，我们发现司法实践中对于“欺诈”、“明知”等已经进行了客观化的认定转变，^[16]而这种转变对强化生产者和销售者的安全意识、对于减轻消费者的举证证明责任起到了很好的作用。因此，课题组认为，明知虽为主观性要素，但在认定上应该包括知道或者应当知道在内。对于何为应当知道，应该从客观标准出发去衡量。

[15] 朱广新：《惩罚性赔偿制度的演进与适用》，载于《中国社会科学》2014年第3期。

[16] 例如，将销售者是否执行了进货检验制度作为衡量其欺诈的主要手段。

(3) 对《食品安全法》第 148 条的分析

第一，第 148 条规范性质理解。课题组认为，148 条第 1 款与第 2 款属于二元规范，其将侵权责任与合同责任糅合在同一规范中予以阐释。理由如下：首先，第 148 条作为消法的特别法规范，其在赔偿结构上不应该存在特殊性，且依据 147 条，148 条中所规定的“损害”理应包含合同与侵权不同法域之损害在内。其次，从规定内容上看，消费者向生产者与经营者主张权利以及生产者与经营者之间的追偿关系明显是《侵权责任法》产品责任规范的重现。课题组认为，法律规范的适用应该清晰明了，除了立法有特殊规定外，对规范的理解与适用，必须在既有的法律体系中完成。我们没有必要因为食品安全领域的特殊，就逾越合同的相对性原则，亦没有必要因为保护消费者，就否定侵权责任的构成要件。第 148 条第 1 款与第 2 款虽然规定了消费者可向经营者也可向生产者主张权利，但依据侵权与合同二元划分，我们应该理解为，在消费者因食品安全造成固有利益损害即符合产品责任构成时，消费者尚可请求经营者或者生产者承担责任。如果没有固有利益的损失，仅仅导致了合同类利益的损失，则应该坚守债的相对性原则，消费者只能请求与其有合同关系的相对方主张相应的赔偿责任。在消费者以合同起诉时，其损失的类型已如上述。但在消费者以侵权起诉时，其必须具有固有利益的损害这一事实要件。如果当事人以侵权之诉起诉，法院认为其虽然没有固有利益损失，但实际上还有价金损失以及其他合同损失进而判决承担惩罚性赔偿时，由于无法将价金等损失归入固有利益损失，我们就会认为没有损害亦应该承担惩罚性赔偿。当我们将损害界定为侵权法上固有利益损失时，我们发现依据合同起诉也符合法律规定，损害似乎并非是责任承担的要件。但实质上，我们混淆了不同请求权基础对“损害”的界定。因而，法院在适用上述条文过程中，应该依据当事人的诉请进行释明，根据不同规范作出不同裁判，以解决请求权体系的混乱问题。

第二，对“不符合食品安全标准”以及“不影响食品安全”的分析。我国《产品质量法》规定，产品质量不应存在危及人身、财产安全的



不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准。《食品安全法》亦规定，食品安全标准是强制执行的标准。《食品药品司法解释》第6条规定，认定食品是否合格，应当以国家标准为依据；没有国家标准的，应当以地方标准为依据；没有国家标准、地方标准的，应当以企业标准为依据。由此可见，所谓不符合食品安全标准，指的就是不符合国标、地标或者企标的食品。司法认定中，应以该“三标”为依据对是否符合食品安全标准进行认定。实践中争议较大的还有预包装食品的“标签”、“说明书”等问题。《食品安全法》第26条规定了食品安全标准应当包括的内容。课题组认为，从《食品安全法》第26条规定上分析，与食品安全有关的标签说明等不符合的，当然可以认为是不符合食品安全标准。但问题是，因标签说明引起的食品安全问题是否可以获得十倍惩罚性赔偿？长期以来，司法实践中将标签等问题与惩罚性赔偿之间划等号，带来一些惩罚性赔偿的滥用。修改后的《食品安全法》对此专门予以规制，表现在148条但书中。但书规定，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。这里需要注意的有两点：一是标签说明不影响食品安全。所谓“食品安全”依据《食品安全法》的解释是指，食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。因而，标签说明等存在瑕疵，但不影响食品安全的，便不符合此处条件。但何种标注瑕疵会影响食品安全？实务界对此有不同的认识。因为此处并非是食品是否安全的实质审查问题，而是是否“影响”食品安全的问题。因此课题组认为，对于标签瑕疵应该予以区分对待。对于生产日期、质保期、储存条件、食品添加剂的种类和数量、特定人群的特殊事项等涉及食品安全或者食用禁忌等标签说明瑕疵，应该认定为对食品安全有一定的影响。对于名称、规格、含量，产品标准代号，生产者的名称、地址、联系方式等不应该认为对食品安全有影响。另外，对于未标注生产许可证编号或者虚假的生产许可证编号，也应通过对食品的实质审查来确定是否安全，而不应认为缺少行政许可编号就会对食品安全有影响。比较

特殊的是进口食品。对于进口食品，一般来说应当经出入境检验检疫机构依照进出口商品检验相关法律、行政法规的规定检验合格。但实践中出现一些案例，其特点是进口食品无任何中文标识，导致消费者对于其产品安全无从判断。此类情况，课题组认为我国《食品安全法》明令禁止进口无中文标签的食品，说明中文标签问题与食品安全息息相关。因此，食品缺失中文标签，不再是不影响食品安全的标签瑕疵问题，而是影响食品安全的根本性问题。无中文标签的进口食品尤其是无任何标签的食品，也必然给消费者选购、安全食用这些食品造成误导。^{〔17〕}二是不会对消费者造成误导。这些误导主要体现在，对商品名称的不当使用，对产地引人误解的描述，对营养成分和质量的夸大等。例如，（2015）宁商终字第325号中，某公司通过标签的展示版面将其“葵花籽调和油”包装成消费者误以为其系以橄榄油为主要成分或者重要成分的食品油产品加以销售，且标签未对橄榄油比例、成分进行标示，明显属于误导。

另外，根据但书规定，不影响食品安全并且不会对消费者造成误导逻辑上属于合取关系，只有二者同时满足的情况下，才可免除惩罚性赔偿。因此，标签影响食品或者虽然不影响但标签说明瑕疵会造成消费者误导时，均满足了法条的适用条件。

2. 司法实践中其他问题的分析

（1）知假买假问题

知假买假是否应受保护，更多取决于人们对消法“欺诈”概念的理解及对公平正义的内心感受。在“打假”蔚然成风的现实中，法官对明知而购买的打假者充满着一种矛盾的心态，既不愿让其通过诉讼额外获利，又寄希望于其能进一步遏制欺诈消费者的行为。《食品药品司法解释》第3条的规定似乎对知假买假的问题予以定论，但由于其存在于食药安全领域，在其他领域是否应作同样的解释亦是问题。目前看，司法实践中支持和不支持的判决均存在，在支持的判决中，法官

〔17〕参见（2015）锡民终字第3046号的判决。



惯常的做法就是否认其有知假买假的目的，认为其购买商品本身是为了生活消费。但是，打假者为了有利可图，往往一次购买大量的产品，或者多次购买一种产品，其是否为了生活消费从一般人的观念上即可作出区分。同时，在法院信息化时代，裁判者亦可通过查询已生效判决来明确原告购买产品的真实目的。

课题组认为，知假买假不应该予以支持，除非有特殊规定。理由是：首先，对欺诈的概念在立法者无特殊规定的情形下，应与现有法律体系保持一致解释，这是思维同一律和法律解释技术的基本要求。其次，从法律解释来看，如果要对相同的“欺诈”概念在相同的法律体系中作出不同的解释，从“法意解释”入手是最佳的方法，但是目前尚无可参考的立法理由。在最为权威的全国人大法工委编著的新消法理解适用一书中对欺诈的界定与传统民事无二。因此，法官严格适用欺诈概念，理由正当。相反，逾越该边界仅仅具有理论上的争论意义。

总结起来，课题组认为：第一，对于知假买假者基于违约，要求经营者承担退货、减价等违约责任时，法院应予以支持；第二，对于知假买假者基于欺诈，要求撤销合同并赔偿信赖利益损失的请求，法院不予支持；第三，除非法律、司法解释做出明确规定，对于知假买假者要求销售者承担惩罚性赔偿责任的，法院不予支持。

（2）惩罚性赔偿的计算问题

关于惩罚性赔偿数额，因司法实务中不断出现很多新情况，也值得我们探讨。比如，消费者一次购买同种类的多数产品，其赔偿额以单价计算还是以总价计算？消费者一次购买不同种类的产品，但拆分诉讼，每一宗都可以获得最低限额 500 元的赔偿，如何处理？对此课题组认为，如果属于同种类的，应在总额基础上计算，不足 500 元，按照 500 元计算，不应分别计算。对于不同种类的产品亦应该以上述原则计算。如果当事人拆分诉讼，明显具有恶意的，因前件商品已经获得 500 元赔偿，那么本次诉讼商品价格与前件商品计算惩罚性赔偿仍不足 500 元的，应直接依据单价的三倍计算，不应再适用最低 500

元限额的规定。^[18]从而兼顾经营者和消费者的利益平衡。

司法实践中争议较大的还有局部瑕疵惩罚性赔偿金计算问题，比如车辆前门处有损伤，经营者故意隐瞒构成欺诈时，是以整车价格的三倍还是以部分价值的三倍处理。对于欺诈的成立，实践中的认定没有异议，均认为部分瑕疵影响了消费者的选择权，属于典型的欺诈。但对于赔偿金的计算司法实践中的做法有不同之处。在消费者购买机动车案件中，有判决认为应以整车价格赔偿，^[19]有判决认为应该按照瑕疵部分、对整体功能的影响等酌情处理。^[20]课题组认为，惩罚性赔偿的立法目的在于惩戒经营者的欺诈行为，虽然消法规定以购买商品的价格的三倍确定惩罚性赔偿额，但因部分瑕疵并不影响商品的整体功能，以商品价格三倍计算确实会导致经营者和消费者保护之间的利益失衡，有违民法基本的公平原则。课题组认为，应当根据瑕疵的程度并结合消费者的其他损失，按照商品价格合理确定比例，再适用三倍赔偿为宜。当然，部分瑕疵是否影响整体功能，或者部分瑕疵的数量、经营者事后解决问题的态度等，都可作为确定标准的衡量依据。

[18] 参见（2015）锡民终字第 01445 号判决。判决认为，聂 x 于 2014 年 9 月 23 日在迪卡侬公司一次性购买了 66 件商品，xx 公司出具了一份购物清单，表明在聂 x 与 xx 公司之间缔结了一个买卖合同关系。最高人民法院立案登记制度实施后，虽然聂 x 持同一份购物票据进行拆分诉讼，并依据最低赔偿额 500 元分别主张权利，合议庭经评议认为，本案应结合关联案件一并处理。据统计，在本次买卖合同中，因聂 x 拆分诉讼，xx 公司提起上诉 36 件案件，其中本院认定构成欺诈的案件涉及的商品总价款，按照 3 倍计算，增加赔偿的金额已超过最低赔偿额 500 元。因此，拆分案件均按涉案商品的 3 倍计算赔偿数额。本案应按照聂 x 购买涉案商品“高尔夫塑料球 T”（货号为 1360624）价款 9 元的 3 倍据实赔偿 27 元。

[19] 参见“4s 店因欺诈被判退 13 万购车款 另外赔偿三倍车款 39 万”，载于 heep://society.huanqiu.com/shrd/2016-07/9150621.html。该案中车辆被认定为保险杠售前有补漆行为。

[20] 参见宁波市鄞州区人民法院（2015）甬鄞望商初字第 87 号判决。判决认为，被告 xx 公司虽未向原告刘 x 告知涉诉车辆曾进行发动机维修的瑕疵，但该瑕疵相较于车辆整体而言仅是部分瑕疵，原告刘 x 亦未举证证明涉诉车辆因该瑕疵而不符合相关质量、安全标准，因此法院对原告刘 x 要求被告 xx 公司按《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定支付三倍赔偿款的诉讼请求不予支持。但本案原告刘 x 因购车、处理争议等产生的损失需得到弥补，被告 xx 公司未履行经营者义务侵害消费者权益的行为亦需受到惩戒，综合考虑被告 xx 公司隐瞒瑕疵的具体情节、瑕疵的严重程度、车辆的价格、付款的性质及时间、车辆的使用时间等因素，法院酌情认定被告 xx 公司应赔偿原告刘 x 损失 50000 元。



小结

人民法院在考察是否判决惩罚性赔偿金时，要区分基于合同以及侵权的不同请求权基础而适用新消法等法律，坚持惩罚性赔偿与损害的不可分。司法裁判中，应从法律体系的角度解释“欺诈”的构成，对于知假买假者不应从受欺诈的层面加以保护。坚持“欺诈”以及“明知”认定的主客观结合标准，强化对消费者的保护。在食品标签的处理上，对于生产日期、质保期、储存条件、食品添加剂的种类和数量、特定人群的特殊事项等涉及食品安全或者食用禁忌等标签说明瑕疵，应该认定为对食品安全有一定的影响。对于实践中出现的拆分诉讼以获取惩罚性赔偿的现象，应从关联诉讼的审理获利情况衡量惩罚性赔偿的标准。对于局部瑕疵，应当根据瑕疵的程度并结合消费者的其他损失，按照商品价格合理确定比例，再适用惩罚性赔偿。

二、网络交易平台提供者民事责任研究

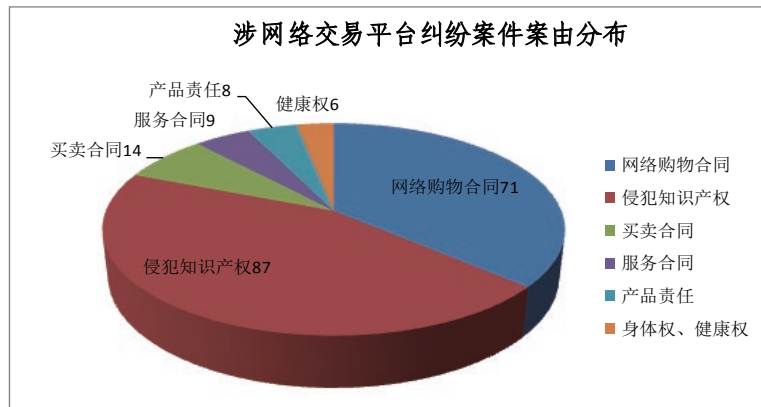
新消法第 44 条规定的网络交易平台仅指第三方经营的为交易提供网络空间与技术服务的信息网络系统，平台提供者自身并不参与交易，只是根据与买卖双方分别订立的协议提供技术服务以保证网上交易的顺利进行，此类平台属于中介型。^{〔21〕}根据该条规定，课题组认为，网络交易平台提供者仅指从事非自营业务的网络交易平台，如淘宝、滴滴出行；还包括在社交平台中开展营销业务的网络平台，如微信平台；不包括从事自营业务的网络平台。

（一）案例样本分析所呈现的特点和问题

课题组对中国裁判文书网 2015 年生效的，涉及网络交易平台提供者的民事二审判决进行梳理，同时结合典型案例，并通过与地方各级

〔21〕 贾东明主编：《中华人民共和国消费者权益保护法解读》，中国法制出版社出版，第 198 页。

法院的法官开展座谈，形成下列调研内容。



(图三)

1. 新消法第 44 条涉及合同和侵权两大类案由涉网络交易平台提供者民事诉讼的案由，包括网络购物合同纠纷，买卖合同纠纷，服务合同纠纷，产品责任纠纷，健康权、身体权纠纷，侵犯商标权纠纷，侵犯网络信息传播权等，总体可以划分为合同纠纷和侵权纠纷，而无论是侵权还是合同，法院需要向当事人确认请求权基础，进行审理。实践中，网络服务合同纠纷的案由，适用于网络交易平台提供者自身作为交易主体产生的合同纠纷；网络侵权责任纠纷的案由适用于侵权行为人利用网络为手段和工具实施侵权行为所应当承担的民事责任的纠纷，适用《侵权责任法》第 36 条的规定，此两类案由与新消法 44 条的适用无关。

2. 网络交易平台提供者披露信息“真实、有效”的判断标准不同

网络交易纠纷中，网络交易平台提供者在诉讼中提供的地址或联系方式，法院无法送达或进行有效联系，此时是否一概由网络交易平台提供者按照新消法第 44 条第 1 款承担赔偿责任，存在两种观点：一种观点认为，如网络交易平台能够证明其收集相关信息时是经过审核验证，并在登记后定期更新审核，此时网络交易平台已尽到其应尽的

注意义务，不应承担民事赔偿责任；^{〔22〕}反对的观点认为，经营者信息的真实、有效性需以诉讼时法院能够有效送达和联系为判断标准。^{〔23〕}因此，采用何种标准判断经营主体信息的真实性和有效性，成为判断网络交易平台提供者承担责任的关键。

3. 网络商品交易与网络服务交易在责任承担上的差异

相对于网络商品交易，在网络服务交易的过程中，消费者需与直接服务提供者见面才能完成交易，如代驾、专车、美容服务等，消费者在接受服务的过程中，即从直接服务提供者处获得了其真实的名称和有效联系方式，此时是否意味着网络交易平台提供者完成了信息披露义务？对此，实务中存在两种观点：一种观点认为，消费者在面对面的接受服务过程中，已经获得了直接服务提供者的真实名称、地址和有效联系方式，已经完成了新消法第44条第1款的义务；另一种观点认为，网络服务交易平台提供者应提供服务者及其受雇企业的真实名称、地址和有效联系方式，否则仍应承担相应责任。^{〔24〕}

4. 新消法第44条2款网络交易平台提供者明知、应知的认定

调研发现，司法实践中判断网络交易平台提供者对经营者或者服务者利用平台侵害消费者合法权益的明知和应知的主观状态，均是通过其是否客观履行了下列法定义务来加以判断：（1）对交易平台上经

〔22〕参见（2015）杭余民初字第5029号，法院认为，本案中xx网络公司能提供被告谢xx在注册成为平台会员时预留的真实名称、地址和联系方式，谢xx之后离开其住所地或变更联系方式并非xx网络公司所能控制的范围，在案件送达过程中无法联系谢xx亦非xx网络公司需承担连带责任的法定事由。（2015）沪二中民一（民）终字第1231号民事判决，法院认为：“网络交易平台公司在涉案卖家进驻平台时设定了准入标准，主动对涉案卖家的身份信息、联系方式和银行账户进行审查核实，发生纠纷时能够在权利范围内采取相应维权措施，具有向消费者提供卖家的身份信息和联系方式的信息披露申请程序，在庭审中能够提供涉案卖家的身份信息和联系方式，故可以认定，网络交易平台公司对于利用其经营的网络交易平台向消费者涂x提供商品的涉案卖家已经尽到了必要的审查、监管责任，从而未支持涂x要求网络交易平台承担赔偿责任的诉求。”

〔23〕参见（2015）渝一中法民终字第04084号，法院认为，直至2014年9月17日原告向我院起诉时，被告仍未告诉原告经营者的真实名称、地址和有效联系方式。原告作为消费者有权向作为网络交易平台提供者的被告要求赔偿。判决浙江xx网络有限公司于本判决生效后立即退还原告崔x商品价款，并承担三倍赔偿。

〔24〕参见本文注释36。

营者发布的信息有无预见性；(2) 是否参与对经营者宣传信息的制作、编辑或者给予推荐，还是按照一般操作规则对商品经营者提供的信息进行技术性的数据处理；(3) 平台是否通过合理措施审核、验证注册商户的相关信息，并在纠纷处理过程中或诉讼中披露经营者的有效信息；(4) 是否为买家提供发生纠纷后的售后退款、退货等维权方式；(5) 在接到消费者投诉后，平台是否依法采取必要措施制止侵权行为，如断开链接、商品下架等措施。^[25] 审判实践中，有种观点认为网络交易平台采取了必要措施，就可以推定其应知，这涉及到对新消法第 44 条第 2 款第一句和第二句逻辑关系的解读，对此将在下文进行分析。

5. 网络交易平台提供者是否承担基于新消法第 44 条 1 款的惩罚性赔偿金

[25] 参见 (2015) 仪民初字第 01055 号民事判决，王 xx 与被告 xx 礼品公司、被告 xx 网络公司网络购物合同纠纷，xx 网络公司有无依法履行网络平台服务提供者的监管义务，关键在于认定 xx 网络公司事前审查义务的程度和条件。xx 网络公司属于网络交易平台，对本案涉及虚假宣传的广告信息并未参与制作、编辑或者给予推荐，而是按照一般操作规则对商品经营者提供的信息进行技术性的数据处理。xx 礼品公司作为商品经营者冒用他人生产许可证编号，发布虚假的广告信息，配装预包装食品进行销售，网络交易平台对此并无预见能力。若要求其承担对此类信息的事前审查义务，则网络交易平台必然需对商品信息逐一筛查，与网络交易平台以快速提供交易信息和交易渠道为优势的特点相悖，也将不适当的增加运营成本。因此，在 xx 网络公司未直接参与或实施侵权行为时，应限制其对商品经营者的侵权行为承担连带责任的条件。原告在 xx 礼品公司购买食用菌菇发生在工商行政管理局对 xx 礼品公司予以行政处罚之前，且没有证据表明 xx 网络公司知道或者应当知道 xx 礼品公司冒用他人生产许可证编号并利用其网络服务实施销售不符合食品安全标准的食品后未采取必要措施。故对原告要求 xx 网络公司承担连带责任不予支持。参见 (2015) 庐民一初字第 01565 号民事判决，蒋 xx 诉 xx 商城网站、xx 大药房连锁有限公司网络购物合同纠纷，xx 商城网站作为网络交易服务平台的提供者，并不参与网络平台上买家和卖家之间对交易对象和交易物品的选择和决定，与卖家之间亦不存在共同经营、共担风险的商业关系，故该公司与买家蒋 xx 之间并不存在买卖合同关系。xx 商场网站对交易平台上卖家发布的信息无预见性，也没有参与对宣传信息的制作、编辑或者给予推荐，仅是按照一般操作规则对商品经营者提供的信息进行技术性的数据处理。如要求 xx 商城网站对卖家发布的信息逐一进行实质性审查，势必阻碍网络交易便捷性、多样性的优势。xx 商城网站通过要求注册卖家进行实名认证、公示营业执照信息等方式审查其身份的真实性，并为买家提供售后退款、退货等维权方式，已尽到合理审查义务。另外，蒋 xx 在本次诉讼前亦未向 xx 商场网站提出维权申请，xx 商场网站在本案中及时提供了卖家的真实名称、联系地址及店铺网址，积极介入处理，可以视为该公司已履行了接到通知后采取必要措施以及在纠纷产生时披露卖家有效身份信息的法定义务。

调研发现,2015年涉网络交易平台的案件中,凡是原告列网络交易平台提供者与被告的,均要求其对经营者的欺诈交易行为承担惩罚性赔偿。对此,法院作出两种不同的判决结果,绝大多数的案件中,法院不支持原告针对网络交易平台提供者关于惩罚性赔偿金的诉求,一般有以下两种论述路径:第一,网络交易平台提供者未参与交易,并非交易行为的当事人,未支持消费者的诉求;^[26]第二,网络交易平台提供者作为网络商品交易第三方平台,已履行了相应的事前审查义务,虽然商户在经营过程中存在虚构企业名称、住所地等虚假宣传行为,但网络交易平台提供者并未参与该虚假信息的制作、编辑,不应对此行为承担责任。^[27]极个别判决认为:网络交易平台提供者应有能力举证证实平台商户真实的联系方式,但在诉讼中怠于提交,根据《食品药品司法解释》第9条第1款的规定,网络交易平台提供者并未提供涉案产品的经营者的有效联系地址与联系方式,原告在本案中要求网

[26] 参见(2015)永中法民一终字第504号民事判决,xx网络公司为网络商品交易提供第三方交易平台,是提供网络交易平台服务的经营者。不参与买家和卖家之间对交易对象和交易物品的选择和决定,与卖家之间不存在共同经营、共担风险的商业关系,与原告不存在买卖合同关系。其次,根据消法第44条的规定,现xx网络公司能够提供卖家的真实姓名、地址及有效联系方式,原告的合法权益可以得到保障。第三,被告xx网络公司作为网络服务平台,按照一般操作规则对商品经营者提供的信息进行技术性的数据处理,未对商品信息制作或给予推荐。原告未提供证据证明被告在本案中存在明知或者应知涉案卖家利用网络平台侵害消费者合法权益的情形。

[27] 参见(2015)浙丽商终字第435号民事判决,上诉人吕x为与被上诉人xx电器公司、xx网络公司网络购物合同纠纷,法院认为,xx网络公司作为网络商品交易第三方平台,在商家入驻平台时要求其提供营业执照,已履行了相应的事前审查义务,虽然xx电器有限公司在经营过程中存在虚构企业名称、住所地等虚假宣传行为,但xx网络公司并未参与该虚假信息的制作、编辑,不应对此行为承担责任。

络交易平台提供者承担责任，应予支持。^{〔28〕}

（二）司法审判应尊重互联网自身的规律

在讨论、解决审判实践中的分歧时，裁判者除依法适用、解释法律之外，还应秉持尊重互联网本身的规律这一理念。网络空间与现实社会的最大差别之一在于网络空间的基本支撑主体是众多的互联网服务提供商或者中间平台。^{〔29〕}互联网平台的出现，带来交易成本的降低、生产和生活方式的深刻变化，然而网络平台交易中交易主体的资质、信誉难以判断，纠纷发生后，直接责任人确定难、取证难，因此消费者更愿意以网络交易平台提供者作为追责对象。然而，网络交易平台不同于传统的柜台租赁和撮合交易的中间人，平台上注册的海量经营者，多重的消费需求，使得法院在界定平台民事责任时，已经超越传统的责任承担规则。新消法第44条制定就考虑到了互联网的自身规律，确立了符合互联网发展特征的民事责任规则。

司法审判中加重网络交易平台提供者的赔偿责任，通常基于两个理由：第一，经营者在网络交易平台上从事经营，需向平台支付一定数额的服务费，从而认定网络交易平台参与经营，要承担连带赔偿。课题组认为，根据权利义务相对等的原则，此服务费乃是网络平台提

〔28〕 参见（2015）穗中法民二终字第300号民事判决，上诉人xx网络公司因与被上诉人冯xx买卖合同纠纷，关于xx网络公司的责任问题，冯xx通过xx网络公司的销售平台向xx科技公司购买了涉案的产品。现产品的生产者xx科技公司已经注销。而冯xx通过网络交易平台向xx科技公司主张赔偿被拒。冯xx向xx食品药品监督管理局提出申诉，该局经过调查发现，xx科技公司的注册地址并无该公司近三年在此办公。上述因素均导致冯xx无法向实际销售者主张权利。二审中，xx网络公司提交的网络资料仅能证明涉案产品已经下架，并不能证明xx科技公司已未在xx网络公司提供的销售平台上经营。而xx网络公司亦自称xx科技公司在进入xx网络公司提供的网络销售平台之时进行了登记，经过了xx网络公司的审查。因此，xx网络公司应有能力举证证实xx公司真实的联系方式。但在本案的诉讼中，xx网络公司亦怠于提交。根据《食品药品司法解释》第9条第1款规定，xx网络公司并无提供涉案产品的销售者的有效联系地址与联系方式，冯xx在本案中要求网络交易平台提供者xx网络公司承担责任，应予支持。2015年案例中尚有（2015）渝一中法民终字第04084号民事判决，崔x与xx网络公司产品责任纠纷案中，法院亦判决网络交易平台提供者承担惩罚性赔偿责任。

〔29〕【美】杰里米·里夫金：《零成本社会：一个物联网、合作共赢的新经济时代》，赛迪专家组译，中信出版社2014年版，第一章。



供的技术服务或系统维护的对价，而非从商品销售中的营利，故不可将平台收取服务费认定为其参与经营；第二，网络交易平台有能力保护消费者，故应承担更重的责任。网络交易平台基于其互联网技术，可以从技术和制定交易规则上不断强化对消费者的保护，降低交易风险，但无法杜绝风险，也不具备社会管理和执法能力，不能将其无法负担的义务强加之，否则既无公平又会扼杀互联网技术的创新。

审判机关对涉网络交易平台提供者纠纷的处理，亦经历了从简单适用法律到认知互联网规律的过程。广东省高级人民法院（2014）粤高法民一提字第52号，xx网络公司与姚xx产品质量纠纷申请再审案中，法院从认为“xx网络公司提供的是一个交易平台，售出的并非自己的货物，但在交易的过程中是获取利益的，xx网络公司与xxxx公司（经营者）相结合形成电商的经营模式，因此可以认定xx网络公司与xxxx公司系共同经营人，承担连带赔偿责任”到“xxxx公司作为商品经营者发布虚假的广告信息，网络交易平台对此并无预见能力。若要求其承担对此类信息的事前审查义务，则网络交易平台必然需对商品信息逐一筛查，与网络交易平台以快速提供交易信息和交易渠道为优势的特点相悖，也将不适当的增加运营成本。因此，在xx网络公司未直接参与或实施侵权行为时，应限制其对商品经营者的侵权行为承担连带责任的条件。”的转变，最终通过再审程序改判驳回了原告对网络交易平台提供者的诉求。司法审判中，法院不仅要严格适用、解释法律，在衡量网络交易平台提供者的过错时，还要尊重互联网本身的规律，在尊重规律的背后是保护技术的创新和发展。

（三）统一司法裁判中的法律理解与适用

1. 法院应在区分请求权的基础上正确适用法律

当消费者向网络交易平台索赔时，需要区分消费者的请求权基础，是基于合同责任或者侵权责任。新消法第44条规定了网络交易平台提供者承担的是过错责任，不是过错推定，也不是无过错责任，因此，如果消费者向网络交易平台提供者主张索赔，则需要依据侵权请求权进行。在合同纠纷案由下，根据合同的相对性，消费者则无法主

张网络交易平台承担违约责任。相关案件中，法院也认为“因原告明确本案主张的是合同之诉而非侵权之诉，故网络平台企业是否构成共同侵权不属于本案审查的范围，对该主张该院不作处理”^{〔30〕}；还有法院认为：“原告以消费者权益保护法对网络交易平台提供者和广告经营者、发布者所设定的义务以及《侵权责任法》的相关规定为依据，要求 xx 网络公司承担先行赔付责任和连带赔偿责任，属于侵权之诉的范畴，须以 xx 网络公司违反相应法定义务且存在过错为前提。”^{〔31〕}新消法第 44 条第 2 款规定了“侵害消费者合法权益”，如在侵权纠纷案由下主张连带责任，则因为构成共同侵权或多数人侵权；如在合同纠纷项下，因我国没有制定债法总则，故在合同纠纷项下主张连带责任存在障碍。

2. 网络交易平台提供者的形式审查义务

为确保经营者登记信息和实际一致，网络交易平台通常在经营者入驻时，采用一定的方式对信息进行审核验证，但在诉讼中，法院使用相关信息时，或因经营者刻意逃避诉讼，或因经营者变更相关信息，未及时向平台报送，或因入驻平台之初即故意告知虚假信息，从而在诉讼中法院无法联系或无法确认当事人身份，故在法院无法有效联系或确认经营者身份时，对网络交易平台提供者的民事责任不可一概而论，应在确定其过错的基础上，再行确定责任承担。课题组认为，网络交易平台提供者在审核登记或更新经营者信息时，应尽的是形式审查义务，理由如下：

第一，新消法第 44 条第 1 款规定网络交易平台提供者承担的是过错责任，网络交易平台提供者的过错在于不能提供经营主体的真实、有效的信息，意味着其在审核、登记或更新经营者信息时存在过失，故承担相应的民事责任。根据《网络交易管理办法》第 23 条的规

〔30〕参见（2015）浙杭商终字第 2477 号，上诉人王 xx 因与被上诉人 xx 网络有限公司、汪 xx 网络购物合同纠纷案，法院认为：王 xx 主张 xx 网络有限公司应承担共同侵权的连带责任，因王 xx 明确本案主张的是合同之诉而非侵权之诉，故 xx 网络有限公司是否构成共同侵权不属于本案审查的范围，对该主张该院不作处理。故王 xx 针对 xx 网络有限公司的诉请，该院均不予支持。

〔31〕参见（2015）沪二中民一（民）终字第 1231 号民事判决。



定^[32]，对网络交易平台提供者的过失考察包括：登记信息时的审核验证措施，经营过程中对信息的定期核实更新，特殊情形下采取进一步措施加强审核或监督。如经营主体遭到消费者多次违约或欺诈投诉，才能确定网络交易平台提供者存在过错，从而需要承担民事责任。

第二，网络交易平台提供者的真实信息披露义务属于其应尽的安全保障义务之一，并非承担经营者违约或者欺诈的风险。网络交易平台作为民事主体，其对经营者进驻网络交易平台的资格要求、审核及在交易中提供技术辅助和支持时，应对平台上的交易尽到安全保障义务，负有采取直接或者间接措施避免或者减少网络交易风险，保护交易方财产利益不受损害的法律义务。该义务防范的交易风险主要是交易方实质性的虚假陈述及不归因于交易方的重要信息错误、延误、丢失或不能辨认，而不包括一般的违约行为及产品责任风险。^[33]

第三，遵循民事权利和义务对等的原则，法律不能将民事主体无法尽到的义务赋予之。对比传统线下经营主体的行政审核，工商部门亦仅进行形式审核，无法确保其登记的企业信息时刻均为有效，诉讼中亦出现当事人不向法院告知有效送达地址的情形，故在行政和司法部门都无法尽到的实质审核义务，而要求线上网络交易平台提供者尽到，既无法律之依据亦无现实之可能。故诉讼中，网络交易平台提供的信息无法联系或无法确认具体的民事主体，并不一定得出其必须承担民事责任的结论；人民法院在认定网络交易平台提供者是否承担信息披露不真实的责任时，应考察网络交易平台提供者在登记经营主体身份信息是否采取必要措施进行了审查，经营过程中是否定期对经营

[32] 《网络交易管理办法》第23条的规定，第三方交易平台经营者应当对申请进入平台销售商品或者提供服务的法人、其他经济组织或者个体工商户的经营主体身份进行审查和登记，建立登记档案并定期核实更新，在其从事经营活动的主页面醒目位置公开营业执照登载的信息或者其营业执照的电子链接标识。第三方交易平台经营者应当对尚不具备工商登记注册条件、申请进入平台销售商品或者提供服务的自然人的真实身份信息进行审查和登记，建立登记档案并定期核实更新，核发证明个人身份信息真实合法的标记，加载在其从事经营活动的主页面醒目位置。

[33] 齐爱民、陈琛：《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》，载《法律科学》2011年第5期。

主体的身份信息进行核实更新。

3. 网络服务交易中的平台责任承担规则

网络平台上的商品交易，无论合同的订立还是履行，买卖双方都无法进行面对面的交易，因此法律才赋予网络交易平台提供者提供经营者真实名称、地址和联系方式的义务，从而确保消费者能够找到经营者进行索赔。但是在网络服务交易中，比如代驾、美甲、美睫服务过程中，买家和服务者进行的面对面的交易，买家已经知道了服务者的名称、联系方式，是否提供服务者所在的企业名称，则取决于平台依法登记信息的范围，在消费者已经知晓服务者的姓名、联系方式时，已经能够确定具体的服务者，不存在商品交易中无法知晓服务者的情况，故课题组认为，在网络服务交易中，如果消费者已经知晓提供服务者的具体名称、联系方式，则可以认定网络交易平台提供者已经履行了新消法第 44 条第 1 款规定的义务。

网络服务交易中，消费者和服务提供者进行面对面的交易，从而在确定网络交易平台提供者对消费者致害纠纷承担何种责任时，还应加以审慎地分析。在提供服务的网络交易平台上，对服务者的相关信息编辑和发布都是由网络交易平台提供，比如河狸家 APP 上发布的美容师的信息、滴滴专车 APP 发布的司机、车辆的信息，对这些发布的信息，仍需考察网络平台提供者是否尽到审核验证的义务。网络交易平台发布的服务信息应真实、客观，如果存在虚构、夸张的，足以误导消费者选择的，则需要承担相应的责任；如网络交易平台提供者故意提供虚假信息，则与服务者构成共同侵权，承担连带责任。如网络交易平台提供者存在过失，消费者通过网络交易平台接受服务造成损害的，杨立新教授认为，构成单向连带责任的共同侵权行为，即两个以上的行为人对于造成的同一损害结果具有部分主观关联或者客观关联共同，其中对于全部损害结果具有关联共同的行为，行为人应当对全部损害承担连带责任，对与部分关联共同行为，行为人应当承担按份责任（单独责任），参考适用《侵权责任法》第 9 条 2 款和第 49 条



的规定。^{〔34〕}

司法实践中，在服务者致害消费者的纠纷中，网络交易平台存在过失时，法院判决：由被告韩 xx（服务提供者）全额承担赔偿责任，被告 xx 公司（网络交易平台提供者）在 30% 的范围内承担补充赔偿责任。^{〔35〕}虽在该判决中法院没有明确适用补充赔偿责任的法律依据，但是可以推知适用的应是《侵权责任法》第 37 条第 2 款。补充赔偿责任不同于连带责任或按份责任，它在履行顺序上处于第二位，且违反的义务只是造成损害发生的一个条件并非原因；而如果适用《侵权责任法》第 9 条 2 款和第 49 条规定的前提是监护人或者机动车所有人存在过错，该过错参与导致损害的发生，故承担的是相应的赔偿责任。因此，课题组认为，在服务提供者致害消费者的纠纷中，网络交易平台提供者因其存在的过错，应承担相应的责任，此部分按份责任并不影响行为人承担全部赔偿责任，行为人和平台承担责任的形态及履行顺序上的是否有先后，则取决于平台和行为人各自的侵权行为对损害后果的发生或扩大的作用力。

4. 网络交易平台对侵害消费者权益的明知或应知

新消法第 44 条第 2 款之规定，属于过错原则下的连带侵权责任。网络交易平台提供者所涉及的侵权纠纷主要是知识产权权利人对平台上的售假、盗版行为提起诉讼。网络交易平台对平台经营者侵犯知识产权是否存在过错是认定其承担侵权责任的重点和难点，对于明知、应知的内涵，本文已在第一部分解读新消法第 55 条时加以阐述。实践中，对于“应知”的认定全部采用客观标准加以衡量，综合调研情况，课题组

〔34〕 杨立新：《网络交易平台提供者为消费者损害承担赔偿责任的法理基础》，载《法学》2016 年第 1 期。

〔35〕 参见（2015）徐民一（民）初字第 1731 号，原告通过其手机中安装的被告 xx 公司应用软件订购手艺人 Kerry 即被告韩 xx 的“红色格子”提供美睫服务，后原告眼部不适，接受治疗，产生若干医疗费，遂起诉服务提供者韩 xx 和 xx 公司，要求连带赔偿。该案中，法院认为，被告 xx 公司在接受被告韩 xx 作为美甲师在其网络平台上服务信息之前，仅对被告韩 xx 的身份证信息进行了认证，而对其今后提供的服务所可能涉及的相关资质等信息未进行审核，被告 xx 公司主张其对被告韩 xx 亦存在技能考核的明星认证，但其未提供证据予以证明，法院不予采信。

认为应知的判断标准应综合考虑以下因素：网络交易平台提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小，应当具备的管理信息的能力；所售商品或者服务的类型、知名度及侵权信息的明显程度；网络交易平台提供者是否设置便捷程序接收消费者投诉并及时作出合理的反应；网络交易平台提供者是否针对同一经营者的重复侵权行为采取了相应的合理措施等。^{〔36〕}

网络交易平台采取了必要措施，是否可以推定其应知，涉及到对新消法第 44 条第 2 款第一句和第二句的逻辑关系的解读，是并列的关系抑或是采取了必要措施即可推定网络交易平台明知或应知？从该条款第一句和第二句的关系来看，分别阐述网络交易平台的主观过错要件和侵权行为要件，故两者属于不同的责任构成要件，但因为在判断网络交易平台是否应知的时候均采用客观的评价方式，所以呈现出这两种要素在判断时的重合。但有学者指出，网络交易平台提供者主动采取的预防措施一般不作为认定应知的理由。^{〔37〕}其实，主动采取的预防措施和针对消费者的通知或行政部门的侵权认定或处罚等采取的必要措施，不具有相同的效果，因此在阐述新消法第 44 条 2 款时，仍应分别考察，分别论述。

5. 网络交易平台提供者的责任承担及损害赔偿的类型

新消法第 44 条 1 款的责任形态，一般认为属于特定条件下的先行赔付责任^{〔38〕}或称之为附条件的不真正连带责任^{〔39〕}，消费者无法找到经营者的时候，网络交易平台提供者才承担责任，且在承担赔偿责任之后可以向经营者追偿；第 2 款系过错原则下的连带侵权责任。审判实践中，伴随着网络交易平台提供者的不同过错形式和侵权行为的竞合，呈现的责任形态已超出新消法 44 条的规定。首先，网络服务交易中，网络交易平台提供者承担的责任与网络商品交易不同；其次，根据新消法第 44 条、《侵权责任法》第 36 条、《食品药品司法解释》第 9 条、

〔36〕 贾东明主编：《中华人民共和国消费者权益保护法解读》，中国法制出版社出版，第 207 页。

〔37〕 申屠彩芳：《网络交易平台提供商辅助侵权责任的过错认定—以 C2C 交易平台中商标权侵权为视角》，载《浙江学刊》2014 年第 4 期。

〔38〕 贾东明主编：《中华人民共和国消费者权益保护法解读》，中国法制出版社出版，第 208 页。

〔39〕 杨立新：《网络交易平台提供服务的损害赔偿责任及规则》，载《法学论坛》2016 年第 1 期。



北京市高级人民法院《关于审理电子商务侵害知识产权纠纷案件若干问题的解答》第4条等规定，可以确定网络交易平台提供者应尽的法定义务包括：对网络用户身份的审查义务、一般性的事前、事中监控义务、事后补救及协助审查义务。网络交易平台提供者在新消法44条规定之外未履行法定义务，则需要考察其过错和侵权行为对损害发生及扩大的作用力，来确定其与经营者之间如何承担责任。

网络交易平台提供者对平台交易所负的安全保障义务仅限于交易方实质性的虚假陈述及不归因于交易方的重要信息错误、延误、丢失或不能辨认，而不包括一般的违约行为及产品责任风险，故在消费者要求经营者承担欺诈责任时，一般情况下网络交易平台不应承担欺诈的数倍惩罚性赔偿责任，除非网络交易平台有先行赔付承诺或参与经营交易行为。课题组认为，网络交易平台提供者不应承担基于新消法第44条第1款的惩罚性赔偿责任，理由有以下几点：首先，网络交易平台提供者是否承担惩罚性赔偿金，需要考察是否符合新消法第55条规定的情形，如存在欺诈或者缺陷产品造成严重损害的，而第44条第1款规定承担责任的前提是网络交易平台提供者不能提供真实名称、地址和有效联系方式，仅存在过失，不属于新消法规定的第55条适用的情形；其次，网络交易平台提供者作为第三方平台，并不参与消费者和经营者之间的买卖合同，故网络交易平台提供者不能称之为新消法第55条规定的“经营者”；再次，新消法第44条第1款属于过错责任，从立法目的来看，是为救济找不到经营者的消费者的损害，承担的是损害填补责任，此责任也与其过错程度相适应，故此赔偿责任的范围不应包括惩罚性赔偿金。

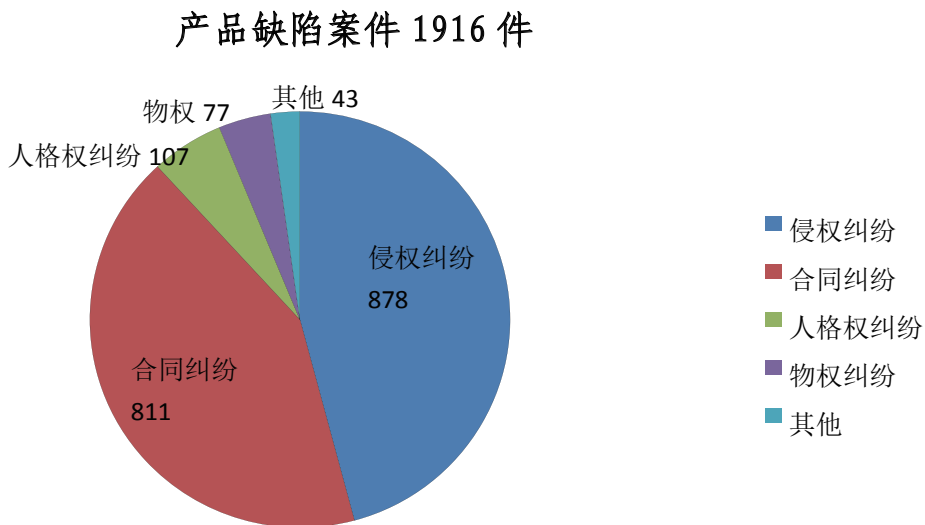
小结：人民法院在审理涉网络交易平台提供者纠纷时，应当要求原告确认所涉之诉的请求权基础，以明确诉争的法律关系及法律适用依据。1. 网络交易平台提供者除有先行赔付承诺外，其对消费者承担的是过错侵权责任。2. 确认网络交易平台提供者在披露经营者信息时是否存在过错，需考察其在登记经营者信息时，是否采取必要措施进行审核，是否定期对信息进行核实更新。网络交易平台提供者基于过

错而未能披露相关信息时，所承担的赔偿责任不包括惩罚性赔偿金。

3. 消费者在交易中已知晓服务提供者的名称、联系方式，则网络交易平台提供者无需再行提供。网络交易平台提供者对服务提供者致害消费者纠纷中的责任承担时，应考察网络交易平台提供者的侵权行为对损害发生的作用力大小。

三、产品缺陷制度相关问题研究

课题组之所以在消费者权益保护领域选择将“缺陷制度”这个看似并不新颖的问题作为一个论述的重点，是基于在产品责任制度中，产品缺陷是核心，是认定产品责任的前提和基础。课题组在“无讼案例”平台输入“产品缺陷”、“消费者权益保护法”等关键词，共检索出 1916 件以判决方式结案的民事案件，所涉案由广泛，具体分布在产品责任纠纷、违反安全保障义务责任纠纷、买卖合同纠纷、健康权纠纷等案件中。



(图四)

正是由于产品缺陷所涉纠纷广泛，故产品缺陷内涵的界定，将直接关系到缺陷产品的受害者权利能否得到有效救济，同时也是实现责



任控制，防止过度归责的主要手段。而新消法并未对“缺陷”作出明确定义，目前学界和司法界对于缺陷的定义均引用《产品质量法》第46条^[40]的规定，但在司法实践中仍然存在种种问题。

（一）样本考察分析产品缺陷制度存在的问题

1. 对于“产品缺陷”的认定，司法对立法的突破

我国《产品质量法》关于产品缺陷的认定确定了两个标准，即是否存在不合理危险的一般标准及是否符合有关国家、行业标准的安全标准。同时在立法层面规定了两个层次的适用规则，强制性标准优先于“不合理危险”标准。但司法适用中，法官常常突破了立法的规定，在被告方以“产品符合国家标准、行业标准”作为抗辩理由的情况下，在判决说理部分认为“国家标准和行业标准是产品应当符合的最低标准，符合‘标准’的产品，也存在具有不合理危险的可能性。”^[41]“即便是产品的各项性能指标都符合该产品的强制性标准，对于该强制性标准未作规定的指标如不符合保障人体和人身、财产安全的要求，可能造成他人损害的，仍应认定该产品存在缺陷。”^[42]申言之，司法实践中，法官往往将产品缺陷的认定标准确定为“不合理危险”一个层面，而将强制性标准作为衡量是否构成“不合理危险”的一个考量因素。

2. 对于是否存在“产品缺陷”，举证责任分配不同

关于产品缺陷的举证责任，司法实践中也存在两种截然不同的裁判思维，一种是严格适用“谁主张、谁举证”的证明规则，将产品具有缺陷，作为当事人必须证明的事实之一，若当事人未举证证明产

[40] 《产品质量法》第46条规定“本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。”

[41] 参见最高院公报案例2015年第12期，“马水法诉陕西重型汽车有限公司等健康权纠纷案二审民事判决书”。

[42] 参见（2015）苏民终字第00075号，“江苏南通二建集团有限公司与天津市鹏凯建筑机械设备有限公司、崔玉柱产品责任纠纷”二审民事判决书。

品具有缺陷，无论何种原因，均判决消费者承担举证不能的后果。^{〔43〕}另一种则认为根据《产品质量法》第 29 条的立法原意，产品缺陷的举证责任，应当由生产者承担。生产者如不能证明产品没有缺陷，就要承担产品责任。最高人民法院的公报案例“陈梅金、林德鑫诉日本三菱汽车工业株式会社损害赔偿纠纷二审案”采用此种观点。^{〔44〕}甚至有的法院直接认为根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第一款第 6 项“因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任”的规定，举证责任分配应当是：生产者的举证责任是举证证明自己的产品不存在缺陷，方可免责。^{〔45〕}

3. 产品责任诉讼中，各主体承担责任的形态适用不一

在我国的产品责任中，生产者承担严格责任已成为共识，但是销售者承担的是过错责任还是严格责任，理论与实践均存在不同观点。有的观点认为消费者只能择一起诉生产者或者销售者；有的观点认为应当赋予消费者选择权，可单一起诉也可提起共同诉讼。比较有代表性的两种判决是：一种判决直接确定负有最终责任的一方承担赔偿责任，直接确定最终责任。这种判决往往采用了生产者严格责任，而销售者过错责任的归责原则，在消费者无法证明生产者存在过错导致缺

〔43〕 参见（2013）沪一中民四（商）终字第 1296 号案件中，法院认为，鉴于原告所称涉案设备部分已烧毁、部分已交保险公司处理的情况，现已不具备对涉案设备委托专业机构进行产品缺陷检测的条件。基于上述理由，就本案证据，难以认定被告 xx 公司生产的涉案 UPS 设备存在缺陷。因原告未能对被告 xx 公司应承担产品生产者侵权责任的构成要件予以充分举证，应承担不利的法律后果，故驳回了原告的全部诉讼请求。

〔44〕 最高人民法院的公报案例“陈梅金、林德鑫诉日本三菱汽车工业株式会社损害赔偿纠纷二审案”认为：“前挡风玻璃突然爆破是否属于该产品的缺陷，是本案双方当事人争议的焦点。根据产品质量法第二十九条的立法原意，对这一问题的举证责任，应当由生产者承担。生产者如不能证明前挡风玻璃没有缺陷，而是受某一其他特定原因的作用发生爆破，就要承担产品责任。”

〔45〕 参见（2014）榕民终字第 2077 号，“刘 xx 与 xx 科技有限公司产品生产者责任纠纷”二审民事判决书。



陷产生的情况下，直接判决生产者承担了全部责任。^[46]另一种判决则确定了生产者与销售者对消费者承担连带责任，而生产者与销售者之间的责任分担问题另行解决。^[47]具体见下图：

诉讼模式	裁判结果
只能择一起诉生产者或销售者	1、起诉生产者：适用严格责任。
	2、起诉销售者：（1）适用过错原则，由消费者举证证明销售者存在过错； （2）适用严格责任，判决销售者对消费者承担产品责任后，可向生产者追偿。
可向生产者、销售者提起共同诉讼	1、按照生产者严格责任，销售者过错责任为原则，判决最终责任人对外承担责任。
	2、按照严格责任，判决生产者、销售者对外承担连带责任。内部责任分担另案解决。

（图五）

（二）产品缺陷的认定标准重设

如前文所述，我国立法对于缺陷的认定采用了强制性标准优先适用于不合理危险标准的两层适用原则。对此，学界一直呼吁废除强制

[46] 参见（2014）普中民终字第237号民事判决书，法院认为“对产品的生产者而言，适用无过错责任原则，即受害人无需证明生产者的主观过错因素，只需要证明产品存在缺陷。对销售者而言则适用过错责任原则……被告xx烟花炮竹专营有限公司、白xx、纪xx作为烟花销售者，原告无证据证明xx烟花炮竹专营有限公司、白xx、纪xx在烟花销售过程中有积极或消极的行为而使该产品存有缺陷，故xx烟花炮竹专营有限公司、白xx、纪xx对段xx受伤没有过错，不应承担赔偿责任。”最终法院判决生产者承担了全部的赔偿责任。

[47] 参见（2015）常民一终字第554号民事判决书，法院认为“本案属产品责任纠纷，承担责任的主体是生产者和销售者，产品责任在生产者和销售者之间属于不真正连带责任，即产品责任的承担者并非最终承担者时，可向产品的最终承担者追偿。本案中，严xx主张王xx、xx家电配件经营部、xx电器销售有限公司、xx冷暖设备有限公司承担产品责任合法，原判判决xx冷暖设备有限公司承担产品责任，并由王xx、武xx家电配件经营部、xx电器销售有限公司承担连带赔偿责任并无不当。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权另案向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权另案向销售者追偿。”

性标准，将不合理危险作为认定产品是否存在缺陷的基本要素。^{〔48〕}而通过调研发现，我国目前的产品标准仍存在标准之间冲突、部分标准脱离实际、标准修订滞后、标准制定受到行业和企业不当影响等问题，由此导致司法对缺陷的认定已突破立法上的规定。实践中，法院认为即使符合国家的强制性标准，仍然有可能存在不合理的危险，构成产品缺陷，产生立法、理论以及实践的矛盾。

课题组认为，现阶段我国尚未形成完备的产品责任归责体系，市场标准化的自律性不高，对涉及人身安全、人体健康及财产安全的产品，国家确实有必要通过严格的“准入通行证”来允许此类产品在市场上流通。但对产品缺陷的司法判定上，借鉴国外的相关制度，可以发现对“产品缺陷”存在着两种界定方法，美国采用“不合理危险”，欧洲国家大多采用“有权期待的安全”。无论哪一种，其出发点均是以一个理智人的合理预期为基础，以产品的安全性为考量。若产品所存在的潜在危险超出了正常消费者的合理预期，则该产品存在缺陷，这是确定产品缺陷的基本前提。故课题组认为，产品缺陷的认定标准最终还是应确定在“是否存在不合理危险”层面，建议从立法层面，明确规定不合理危险作为根本原则，是主要标准；将强制性标准作为低位要求，是次要标准、辅助性标准。如此，符合我国目前的司法实践，也顺应国际上的通常做法。同时，“不合理危险”的具体适用与判断，也应结合案情予以分析。产品缺陷的认定是一个极其复杂但又十分重要的问题，在具体认定中要综合考虑公平、效益等多种社会价值，从而既不损害消费者的合法权益，又能尊重生产者、销售者的合法利益。

（三）产品缺陷举证责任分配的重构

一般而言，产品责任的主要构成要件包括：产品存在缺陷；损害事实的发生；产品缺陷与损害事实之间存在因果关系。至于过错要件，只有在适用过错归责原则时才能作为构成要件之一。通说认为，根据“谁主张、谁举证”的证明规则，消费者应就上述事实进行举证证明，

〔48〕 贺光辉：《产品缺陷认定标准的国际比较研究及对我国的借鉴》，《现代经济探讨》2008年第3期，第92页。



而根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第6项的规定，由生产者就免责事项进行举证。根据样本研究分析，关于“产品是否存在缺陷”的举证责任，司法实践中判法不一。究其原因，部分法官认为，如果在产品质量领域严格适用“谁主张、谁举证”原则，会加大原告的证明责任，有违公平正义的司法理念。关于产品是否存在缺陷，很多时候涉及专业性、技术性的问题，普通的消费者不具备这些专业知识，尤其是在产品非能归责于消费者原因灭失的情况下，仍然将举证责任分配给消费者，必然导致消费者维权困难。在2014年“3·15年度报告调查”中就有“80%的参与调查者因举证难放弃维权”。^[49]但另一部分法官认为，如果适用“举证责任倒置”规则应当有法律的明确规定。按照现行法律，生产者仅就免责事项负有举证义务，而这也不是举证责任的倒置，而是正常的分配，即否认受害人权利主张的生产者，就其主张的阻碍受害人权利发生的要件事实进行举证，不能强加给经营者过重的举证责任。

课题组认为在现行法律未作出明确规定的前提下，不宜对产品缺陷适用举证责任倒置，但是消费者关于“产品存在缺陷”及“损害与缺陷之间因果关系”的举证义务需证明到何种程度是值得讨论的。故课题组认为可以引入“举证责任缓和”的概念。所谓举证责任缓和“是在证明规则规定由原告承担举证责任，在原告举证困难或者举证不能的情况下，为了保护弱势一方当事人的合法权益，缓和举证责任由原告承担的严峻形势，而确定由原告承担一定的举证责任，证明达到一定程度时，实行有条件的事实推定，转由被告承担举证责任，能够证明的，推翻其推定；不能证明的，推定的事实成立。”^[50]是否适用“举证责任缓和”规则由法官决定，当法官根据案情判断，消费者承担了一定的举证责任之后，待证事实仍然不清楚，而又有必要让经营者对待证事实是否存在进行举证证明的情况下，才能够适用。有关举证责任缓和规则的概念，国内学界的讨论并不多见，至多有学者将此制度

[49] 任震宇：《八成受访者曾因举证难放弃维权》，载《中国消费者报》2014年03月14日。

[50] 杨立新：《医疗损害责任研究》，法律出版社2009年版，第106页。

引申到医疗损害责任的举证责任分配上。关于举证责任缓和，简言之，即法律规定了一定程度的证明标准，但原告由于一些障碍无法完成该要求，此时可以对原告适当降低要求，只要原告达到该最低限度的标准，他的举证责任就已经完成，然后转由被告举证。可以说举证责任缓和是介于一般举证责任规则与举证责任倒置原则之间的一种缓和举证制度。

课题组初步设想在现有技术无法鉴定或产品灭失的情况下可以考虑做此种尝试，理由如下：首先无论是“谁主张，谁举证”原则还是“举证责任倒置”均不利于此类纠纷中双方当事人权益的保护。严格适用“谁主张，谁举证”原则对于消费者来说显得过于苛刻。消费者与经营者应属平等的民事主体，但由于双方在专业技术、信息资源占有等方面的巨大差异，导致了在诉讼中实际地位的不平等。因此，让消费者凭借自己的能力和有限的知识必须证明产品存在缺陷及因果关系的确非常困难，而往往司法鉴定的成本是很高的。“举证责任倒置”在深层次意义上来说体现了法律的价值取向，即法律向相对弱势群体的倾斜，使得更多的人“实体法”上的权利可以得以实现。但是，任何事物都具有两面性，“举证责任倒置”的滥用，必然导致恶意诉讼及“滥诉”现象的产生。同时，经营者承担了过重的法律责任，会抑制产品经济的发展和高科技产品的研发应用。因此，在平衡两个利益群体的基础上，秉持平等保护的理念，课题组认为引入“举证责任缓和”原则是有益的探索。

其次，从实体角度而言，若现有技术无法鉴定出产品是否存在缺陷，而受害人能证明因正常使用产品而受伤，则不能完全排除产品存在缺陷，意味着生产者也不确定自己的产品是不是安全的，而生产者将不安全的产品投入市场，应承担由此导致的损害责任，此时由生产者进行免责事由的举证。若产品因为发生事故而灭失，就产品责任的性质来说，生产者了解、掌握和控制着产品设计、生产的全过程，了解产品的性质，有义务保证产品没有缺陷。产品因事故灭失，以原告的经济和技术实力显然无法确定证明产品是否存有缺陷。因此，采用



举证责任缓和原则，法官可以允许消费者采取一些灵活的证明方法，比如实验室检验、化验、检测、数理统计以及间接反证等方法，当受害人证明到一定程度，法官可以根据案件的具体情况进行事实推定，认定产品具有缺陷。当然，上述推定，可以由生产者、销售者通过反证推翻。申言之，生产者、销售者对于产品没有缺陷的证明程度应当高于消费者对产品存在缺陷的证明程度。同样，关于因果关系的证明亦是如此。当确认产品存在缺陷，且消费者能够初步证明其损害与缺陷产品之间存在关联性，法官即可推定该因果关系存在。生产者、销售者此时必须举证，推翻此种推定，方能免责。

总之，课题组认为举证责任的分配问题从某种角度而言，就是立法者在不同群体之间利益平衡的结果，所以也有“举证之所在，败诉之所在”的俗语。对于产品缺陷举证责任的分配，要平衡消费者和经营者两个利益群体的关系，既要考虑消费者举证能力弱的实际情况，也要保障经营者合法的诉讼权利，应根据实际情况来分配产品缺陷的举证责任。

（四）产品责任的责任主体与责任形态探析

如上文述，关于产品责任各主体承担责任的责任形态，司法裁判不一，根源在于我国立法规定的不明确。首先，法律没有明确规定生产者、销售者之间的责任形态是连带责任还是不真正连带责任，受害人能否同时选择起诉生产者和销售者是诉讼中常遇见的问题。《中华人民共和国民法通则》第122条规定“产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。”《产品质量法》第43条规定“受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。”《侵权责任法》第43条规定“因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。”新消法第40条第2款规定“消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。”对上述法律规定，学界及实务界有不同认识。有观点认为共同向受害人承担直接责任的生产者和销售者之间是连带责任，受害人可选择其中之一或以二者作

为被告请求赔偿。^{〔51〕}另一种观点认为生产者和销售者之间是不真正连带责任。^{〔52〕}

其次，法律没有明确规定生产者、销售者面向受害人的严格责任原则。如果说《侵权责任法》第41条规定了生产者的严格责任；《侵权责任法》第42条第1款规定了销售者的过错责任。那么，受害人依据第42条起诉销售者时，是不是只能依据过错责任追究销售者的责任？如果销售者不存在过错，受害人将得不到赔偿。那么《侵权责任法》第43条及新消法第40条规定的追偿权是否还有意义？

再次，我国缺乏专门的产品责任立法，在《侵权责任法》和消费者权益保护领域，将“销售者”概念宽泛化，包含了所有从事商业性销售行业的人员，从而造成了对销售者既最终依据过错原则追究责任，又令其对消费者承担严格责任的矛盾，同时也产生了诉讼模式上应采不真正连带责任还是连带责任的困惑。其实，我国产品责任的法律制度对美国的产品责任法与《欧共体产品责任指令》均有借鉴。在美国产品责任法中，对承担严格责任的销售商范围进行了一定限制，将其限制为自己生产并出售的销售商。《欧共体产品责任指令》将承担严格责任的销售者限定为进口商和不能指明产品制造者或者其前手供应者的供货商，并将二者视为拟制的制造人。正是因为生产者和销售者（准生产者、拟制生产者）的概念在产品责任法律制度中的统合性，其责任承担通常采取了连带责任的模式。

我国的产品责任法律制度尽管基于消费者权益保护的政策选择，将责任主体进行了延伸规制，但并未改变产品责任本质上是生产者责任、严格责任的实质。将产品责任规定为严格责任的立足点在于产品存在的设计缺陷、制造缺陷和警示缺陷均与生产者直接相关，而普通消费者对于产品缺陷的识别受到技术、知识方面的限制，即使生产者没有主观过错，也可能将缺陷产品生产出来流入市场，造成消费者人身、财产的损失。一般销售者虽然同样不具有此种专业判断能力，但

〔51〕 张新宝：《〈侵权责任法〉原理》，中国人民大学出版社2005年3月第1版，第388页。

〔52〕 杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2012年版，第327页。



其负有谨慎进货、选择可靠生产者、供应商的义务。课题组认同理论层面，生产者与销售者之间为不真正连带关系。此类关系符合“多数债务人就基于不同原因而偶尔产生的同一给付内容，各负全部履行义务，且因债务人之一的履行而使全部债务人的债务归于消灭”的不真正连带法律关系的内涵。

在诉讼模式的选择上，课题组认为应当允许消费者单独起诉生产者或销售者，或同时起诉生产者和销售者。理由基于两个层面的考虑，其一从消费者的诉讼能力而言，虽然生产者或销售者对其都承担严格责任，但一经选择，也就丧失了对其他主体的请求权，生产者和销售者的赔偿能力，普通消费者很难判断；其二从理论角度而言，课题组认为不真正连带责任与真正连带责任的区别主要表现在数个债务人之间责任承担的层次上。在真正连带责任中，虽然每个债务人之间责任具有连带性，但各债务人都处于同一个层次，都是终局债务人，所以存在内部分责的问题；而对不真正连带责任而言，因为各责任人都有全部给付义务，所以不存在内部分担关系，而只是存在中间责任，当中间责任人在履行完债务之后，可以向终局责任人追偿。申言之，不真正连带债务与连带债务都区分对内责任和对外责任，就对外责任而言，不真正连带债务人和真正连带债务人之间不存在区别，即每个债务人都可以对全部债务承担连带责任。^{〔53〕}但就对内责任而言，真正连带债务人仅承担属于自己的部分债务（按份责任）；不真正连带债务人根据各自的归责原则确定最终责任人。

通过以上分析，理解《侵权责任法》第41-43条规定，即《侵权责任法》第41条规定了生产者最终归责原则为严格责任；第42条规定了销售者最终归责原则为过错责任；第43条规定了中间责任人承担责任后向最终责任人追偿的问题。以此为基础，课题组建议立法上明确区分产品责任的两个层次：第一层次是生产者、销售者应该依据严格责任对消费者承担连带的外部责任原则；第二个层次是生产者或销

〔53〕 罗恬漩、王亚新：《不真正连带责任诉讼问题探析》，载《法律适用》2015年第1期。

售者在承担了对消费者的产品责任后，再根据《侵权责任法》第41条、第42条之规定向最终责任人追偿，此时分别考察生产者和销售者承担责任的形式。如此，使得法律规定在内部逻辑上能够自洽。

小结

司法统计数据显示，产品缺陷制度中存在认定标准、举证责任分配及责任形态裁判不一的问题。通过分析论证，课题组认为：1. 法院在缺陷的认定上，应将产品存在“不合理危险”作为根本认定原则。通过强制性标准、消费者合理期待、“风险——效用”等标准，来最终判断产品是否存在缺陷。2. 举证责任分配上，坚持“谁主张、谁举证”的基础上，建议在现有技术无法鉴定或产品灭失两种情况下，采取“举证责任缓和”原则，允许法官根据消费者的初步举证，对产品缺陷及因果关系的认定进行推定，但此种推定可被被告举证推翻。3. 在诉讼模式选择上，赋予消费者单一起诉或共同诉讼的选择权。消费者单一起诉生产者或者销售者时，均依据严格责任追究法律责任。共同诉讼时，生产者、销售者应该依据严格责任对消费者承担连带的外部责任原则，再根据《侵权责任法》第41条、第42条之规定向最终责任人追偿。

四、金融消费者权益司法保护的调研

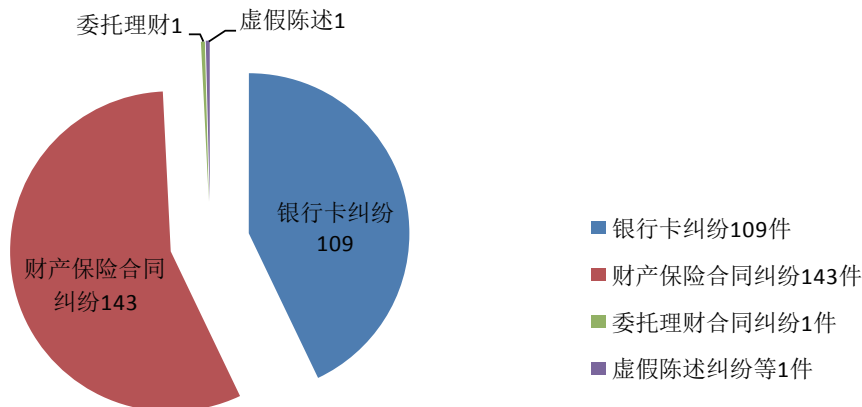
新消法第2条规定，消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护。第28条规定，网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。上述两个法条，结束了金融消费者应否受《消费者权益保护法》保护这一争议，明确了消费者为生活消费需要，与金融机构成立金融服务合同关系，购买金融产品、接受金融业务服务理应受到《消费者权益保护法》的保护这一结论。在



司法实践领域，课题组经过调研，发现在金融消费者权益的司法保护方面存在下列问题。

(一) 金融消费者的概念在司法实务中的认知程度较低

各类金融纠纷中出现“消费者”一词的案件数量对比



(图六)

在证券、保险、期货等领域，当事人以新消法为请求权基础的案件数量极少。北京市第一中级人民法院于2016年3月14日召开过“金融消费类案件审理情况暨维权提示”新闻通报会，发布了金融消费领域的五大典型案例，彰显出人民法院在金融消费者权益保护方面的重视，上海、江苏也陆续发布了一些典型案例。但通过对上述法院相关调研报告与新闻发布会文稿的调研，结合有关法院的判决，课题组发现，“金融消费者”这一概念在司法实践中的认知程度非常低。

在证券虚假陈述责任纠纷案件中，通过最高人民法院的裁判文书网搜索相关案例，在该类案件中，出现“消费者”一词的案件数量为0。

在财产保险合同纠纷案件中，搜索自新消法实施以来最高人民法院已经公开的全部司法判决，财产保险合同纠纷的数量约为6万件，但其中关键词中含有“消费者”一词的案件仅仅有143件，占比为0.2%。其中部分案件认定了保险合同的投保人系消费者，并且从保护弱者的

角度，在证据采信上作出了有利于消费者的判决。如在一起因机动车自燃而引发的财产保险纠纷案件中，法院认为，韩某购买的车辆自燃，公安消防大队对该火灾原因提出三种可能的倾向意见，在三种可能的原因中可以明确两种系保险公司赔偿的范围，保险公司认为汽车电器故障属于自燃应为其免责范围，法院认为因韩某的车辆属于非营运性质，亦应属于其赔偿范围，从平衡各方利益，保护保险消费者的角度，应支持韩某的诉讼请求。^[54]在另外一起案件中，法院明确使用了“金融消费者”的概念，法院认为本案诉争双方对事故经过及车辆投保情况没有异议，对事故造成的损失金额有争议，各方均有责任对自己的主张提供证据。双方对于定损发生争议时，保险公司作为保险服务提供方，有义务提供友好的争议解决机制并尽快理赔，以尊重金融消费者的合法利益。^[55]足见在保险合同纠纷中，对金融消费者的认知程度亦属于偏低的水平。

在金融理财委托合同纠纷中，新消法实施后，全国共有 110 件公开裁判文书的金融理财委托合同纠纷案件，在文书中出现“消费者”一词的案件仅有 1 件。在该案中投资人主张自己是消费者，但法院并未认定投资人属于“消费者”，而是认为查某（乙方）与东亚银行杭州分行（甲方）签订《境外理财委托协议》，其中约定：乙方将理财资金委托甲方于中国境外以投资于固定收益类产品的方式进行投资理财；甲方作为乙方的保管人保管投资产品，除了因甲方在执行本协议规定的责任（不包括其他责任）时，存在重大过失或故意失当不执行责任致使乙方蒙受损失或损害之外，乙方存放于甲方的投资产品概由乙方承担所有风险；投资产品的价格有时可能会波动很大。投资产品价格可升亦可跌，甚至变成毫无价值。因此认购投资产品未必能够赚取利润，反而可能会招致损失。后查某委托的该理财产品出现亏损，查某

[54] 参见（2015）泰中商终字第 00462 号民事判决，该判决使用了“保护消费者权益”的提法，认定了投保人属于金融消费者。

[55] 参见（2016）沪 02 民终 936 号民事判决，该判决书亦认定在保险合同中，投保人应视为金融消费者。



起诉东亚银行杭州分行，最终法院认定查某败诉。查某在上诉中提到，东亚银行杭州分行亦应承担违反《广告法》第4条和新消法第20条的侵权责任，未获得法院的支持。^[56]可见，在金融理财委托合同纠纷的司法审判实践中，难以认定投资人属于“金融消费者”。

在期货交易纠纷案件中，新消法实施后的裁判文书网已经公开的案件共有31件，在文书中出现“消费者”一词的案件为0。

在银行卡纠纷中，在新消法实施后，公开裁判文书的案件有137086件，其中在文书中出现“消费者”一词的案件仅为109件，出现比例占总案件数的0.07%。在一起银行卡纠纷中，受害人通过诈骗短信诱导，自行使用电子密码器对外转账，法院认为本案不是不法分子自行通过非法网站直接窃取了俞某的电子密码器动态密码，而是俞某提供的动态密码，完成了转账交易，故俞某应当自行对使用电子密码器的行为负责，而银行不应当对俞某自行使用电子密码器完成不知情的“非法转账交易”负责。在适用法律时，法院适用新消法第18条之规定，驳回了俞某的诉讼请求。^[57]在仅有的109件案件中，当事人自己主张系消费者，应适用消法保护其合法权益，但人民法院在适用法律时并未予以采信的案件比例达到90%以上。足见在信用卡纠纷领域，司法实践对金融消费者概念的认知，也非常不充分。

（二）司法保护认知不足的原因分析

1. 金融消费者权益保护的立法缺失

我国并未针对金融消费者合法权益保护进行过单独立法。新消法第28条中出现了金融服务的概念，但并没有对金融消费者的概念予以界定，且该规定阐明的仅是金融服务提供者的信息披露义务，对金融服务提供者、金融产品经营者的其他义务，并没有作出明确的规定。金融消费者具有特殊性，在现行法律缺乏对金融消费者权益保护系统

[56] 参见（2014）浙杭商外终字第24号民事判决，该判决认定，个人的金融投资理财活动，不属于消费者权益保护法的调整范畴，投资人也不属于消费者。

[57] 参见（2014）郑民三终字第941号民事判决，该判决认定，在银行卡纠纷中，办理银行卡的个人是金融消费者。

性规定的情况下，人民法院在适用法律时，难以找到充分的法律依据。

国务院于2015年11月4日颁布了《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》(国办发〔2015〕81号文)，该文件第二条第(二)项，将金融消费者权益总结为：财产安全权、知情权、自主选择权、公平交易权、依法求偿权、受教育权、受尊重权、信息安全权等基本权利，但该规范的效力级别较低，难以起到新消法、合同法等法律规范的重要作用。

在已出台的《中国人民银行法》、《银行业监督管理法》、《商业银行法》、《证券法》、《保险法》等法律法规中，虽存在对于约束金融产品和金融服务的提供者、保护金融消费者的特定的法律概念如“存款人保护”、“被保险人保护”等，但因上述法律仅仅是在价值层面作出的倡导性规定，在消费者的实体权利方面，未能体现出类似新消法对消费者的适度倾斜保护的基本原则，保护力度大打折扣。上述法律立足点在于维护金融机构的安全、避免系统性的金融风险，宣告对消费者进行保护是象征性的，且缺乏配套规定，导致金融消费者权益保护远不能达到新消法对消费者的保障程度。

近年来，各地人民银行基于维护金融稳定的目的，也相继制订了一些地方性的《金融消费者权益保护办法》，但也因该系列规范的效力级别较低，不能形成对金融消费者在国家立法层面强有力的制度保障。所以立法不足、不系统、不独立成为制约金融消费者权益司法保护的根本问题。

2. 金融消费者与一般的消费者存在重要区别，以至于难以形成对金融消费者保护的统一认识

金融消费主体购买金融产品、接受金融服务的根本目的是为了获得经济上的收益，并不是一般意义上的生活消费，这是金融消费者与普通消费者的核心区别。即便与日常消费关联性较强的保险、储蓄活动，亦与传统的消费品存在差异，兼有消费与投资的双重属性。所以对于金融活动的性质，在司法实践中没有统一的衡量标准，法官很难把握何种情形应认定为生活消费，何种情形应认定为投资。

金融消费具有高度的专业性，大部分金融服务与金融产品都存在很



强的专业知识壁垒，与日常生活中普通消费者购买商品和接受服务的传统消费者权益保护问题存有天壤之别，这一点在新消法第2条制定过程中的争议，就能看出端倪。“有人认为，金融消费不同于一般消费，具有较大的特殊性，不宜纳入新消法的调整范围，应制定专门的金融消费者保护法或者行政法规，对金融消费者的内涵外延、金融消费者的权利、金融经营者的义务、金融消费者保护机构等问题作出明确规定。有人认为，金融消费者应否适用消费者权益保护法，应区分情况，基本的存贷业务、银行卡业务属于人们的生活消费范畴，可以适用消费者权益保护法；购买银行理财产品或者从事股票交易等，属于投资行为，不应适用”。^{〔58〕}所以，立法对金融消费者权益保护的范畴、方式缺乏共识，也是导致金融消费者权益司法保护力度不足的原因之一。

3. 司法机关对相关案件法律适用路径上的依赖

基于《证券法》、《保险法》等法律对金融机构有明确的行政、民事责任的规定，人民法院在适用法律时，存在路径依赖，不主动适用对金融消费者合法权益保护有利的新消法。在一起期货内幕交易责任纠纷案件中，因某证券公司的内幕交易行为，给徐某造成了重大财产损失，当事人提出，新消法规定金融消费者在受到欺诈后能够获得惩罚性赔偿，故对某证券公司的内幕交易行为应当课以惩罚性赔偿。但法院在审查时，适用的是《证券法》《期货交易管理条例》等部门法律法规，在认定当事人的权利义务时，没有将金融消费者作为相对于金融机构较为弱势的一方当事人，而是将消费者认定为普通的合同缔约主体，按照绝对平等的原则来认定双方之间的关系，认为内幕交易违背证券、期货市场公开、公平、公正的三公原则。内幕交易人利用内幕信息优势，与毫不知情的相对方进行交易，侵害了交易相对方的公平交易权，进而对交易相对方的合法财产权益构成严重威胁甚至造成实际损害，破坏证券市场交易制度的公平性，影响到一般投资人对证券市场公开、公正、公平的信赖。但关于本案是否适用新消法的问题，

〔58〕李适时：《中华人民共和国消费者权益保护法释义》，法律出版社2013年版，第11页。

法院认为，我国消法所界定的消费行为主要是购买、使用商品或者接受服务的行为。上诉人徐某与证券公司之间不存在购买、使用商品或者接受服务的关系，故其交易损失不属于消费者权益保护法规规范的范畴。^{〔59〕}足见司法机关在适用法律上的路径依赖，也是导致金融消费者权益司法保护力度不足的重要因素之一。

（三）加强金融消费者权益保护的相关建议

1. 根本途径在于加强针对金融消费者权益保护的专门立法

新消法是规范消费者、经营者权利义务的一般法，其本身的规则着眼于传统商品与服务领域中的消费者保护，金融消费者较一般消费者而言的特殊性非常明显，且现行新消法中，仅在第28条规定了金融机构的信息披露义务，除此之外，再无针对金融消费者权益保护的特别规定，无法满足金融消费者合法权益保护的需求，所以，解决金融消费者合法权益保护的治本之策仍在于立法，做到“有法可依”，从制度本源层面，解决司法实践中对相关概念理解不到位、适用法律不统一的问题。在立法过程中，尤其应明确金融消费者的概念，确立金融消费者有别于一般消费者的特殊保护规则，明确规定金融机构应负担的义务，从法律的供给侧层面解决消费者合法权益保护的制度困境。

2. 区分一般金融消费与金融投资，在审判中合理适用法律

其一，要从专业角度区分一般金融消费与专业金融投资。新消法第2条明确规定，适用新消法的前提是消费者为生活需要购买、使用商品或服务。在司法审判中，对何种行为属日常金融消费，何种行为属于专业金融投资，宜作必要的区分。课题组认为，区分的标准，应以该金融活动与日常生活的贴合度，以及在社会公众中的普及程度两个要素作为重要依据。与日常生活密切相关且在社会公众中普及度较高的储蓄行为、小额理财行为、日用品的财产保险行为（如机动车保险）等金融活动，理应纳入新消法的调整范围。而对专业的证券投资、大额基金运作、期

〔59〕参见（2015）沪高民五（商）终字第61号判决，该判决认为，个人与证券公司之间不存在购买、使用商品或者接受服务的关系，故其交易损失不属于消费者权益保护法规规范的范畴。



货等金融活动，因其与日常生活的关系并不紧密，且在民众中的普及程度不高，可以考虑将其排除在新消法之外，而适用专门法予以调整。

其二，要从金额上予以审查，有人认为应以投资额度作为认定是否是投资还是消费，额度大的属投资，额度小的属消费。但确定一个资金额度这种一刀切的办法，并未考虑不同人的资产状况的巨大差异，忽视了同一额度对不同投资主体的风险大小差异，因而该种认定并不科学。课题组认为，通过投资金额大小进而推定投资人行为属投资还是消费，应按照消费者投资的额度占其总资产的比例为标准。司法实践中，可以确定一个合理的限度（如确定 50% 的比例），当消费者的投资额度在一定合理比例范围内，从性质上可以认定为其系日常金融消费，适用新消法予以调整；但如果其投资额度占其总资产的比例超出了合理限度，应认定为专业的金融投资，此时可将投资者视为与金融机构平等的市场交易主体，不适用新消法，而认定为专业投资行为，迳行适用《证券法》等专门法予以调整。

3. 高度注重互联网金融领域的消费者权益保护

近年来互联网金融日渐兴起，如众筹、网贷、第三方支付、数字货币等新兴互联网金融模式发展突飞猛进，在调研过程中，通过案例检索，涉及互联网金融领域消费者合法权益保护的案件极少，但在日常生活中，这类互联网金融的知名度却非常高。这类案件呈现出：“现实热、审判冷”的现象。在一起股权众筹纠纷案件中，当事人对这一新型金融产品的关注程度，主要集中于相关协议的效力问题，法院认为，我国通过出台《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发〔2015〕221号）（以下简称《指导意见》）等规范性文件，对包括众筹融资交易在内的互联网金融创新交易予以鼓励和支持，为上述交易的实际开展提供了空间；另一方面，本案中的投资人均为经过“人人投”众筹平台实名认证的会员，且人数未超过 200 人上限；在此情况下，该院认为，从鼓励创新的角度，本案所涉众筹融资交易不属于“公开发行证券”，其交易

未违反上述《证券法》第十条的规定。^{〔60〕}可见，法院对互联网金融产品的创新持开放的态度，对此我们应予肯定，但在肯定互联网金融创新的过程中，不能忽视对互联网金融消费者权益保护的重视，应通过司法审判，进一步确立相关审判规则，切实维护好金融消费者的合法权益。而且，互联网金融案件存在以合法形式掩盖非法目的刑事犯罪问题，涉案金额大，造成极其恶劣的社会影响。如在一起刑事案件中，当事人以互联网众筹的名义，实际实施的却是高回报、高利息的非法吸收公众存款的行为，吸收资金共计 5.9 亿余元，行为人最终被判处有期徒刑。^{〔61〕}所以，审判机关应对以互联网金融为噱头的金融犯罪，保持高度警惕，在案件审理中发现刑事案件的相关线索，应及时将案件移交相关部门。

4. 审判中强化对金融机构信息披露义务的审查力度

新消法第 28 条明确规定了金融服务经营者的信息披露义务，这是本次新消法修订中，对金融消费者合法权益保护最直接、最明确的规定，在其他配套规定不完善的情况下，人民法院在审理案件中，应对该条规定予以充分重视。关于信息披露的内容，该条法律已经给出了明确的界定，即：经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。同时其披露义务还需符合新消法第 20 条的规定，即其所披露的信息应当真实、全面，不得作虚假或者引人误解的宣传。在适用法律时，法院应明确金融服务经营者，违反信息披露的法律责任，因信息披露不真实等原因造成消费者重大误解的，支持消费者撤销合同的诉求；构成欺诈的，应根据新消法第 55 条的规定，支持其惩罚性赔偿金的诉求。

5. 加强对金融机构提供的格式条款效力的审查

在金融消费领域，格式条款的审查理应作为审查的重点，在实践

〔60〕参见（2015）一中民（商）终字第 09220 号判决，该判决从鼓励创新的角度，认定众筹融资交易不属于“公开发行证券”，不违反《证券法》第十条的规定，在判决中，体现出鼓励互联网金融创新的司法理念。

〔61〕参见（2014）沪二中刑终字第 1340 号刑事判决，该判决通过追究以互联网金融为名义犯罪行为的刑事责任，实现对金融消费者合法权益的维护。



中格式合同一般表现为金融风险告知书等，该类风险提示的内容，也是金融机构信息披露义务的重要载体，而这些信息披露往往成为金融机构主张自己免责的主要依据。调研中发现，在金融产品销售时，销售人员往往以承诺保底、保本等理由向消费者推荐金融产品，而实际签署风险告知书时，却诱导消费者仅仅浏览甚至不阅读相关风险提示书，发生纠纷后，消费者举证非常困难。在互联网金融领域，格式合同往往为电子格式，其是否进尽到了提示义务，消费者确认其知晓了风险提示书的内容，亦通过电子途径实现。故人民法院在审判实践中，应严格适用《电子签名法》，对电子签名的效力以严格审查，并在举证责任分配上，赋予互联网平台更高的举证义务，以切实维护消费者的合法权益。如经审查，格式合同被认定为无效，则可以适用新消法第28条的规定，认定金融机构未尽到信息披露义务。

6. 加强宣传，提高社会公众金融风险防范与依法维权的意识

金融消费者权益保护之所以在司法层面出现诸多问题，与社会公众的权利意识淡漠不无关系。从人民法院依法履职的情况来看，除了依法审判之外，法宣部门应加强对金融消费者合法权益保护的宣传力度，加强宣传金融消费者合法权益保护的案件与风险提示，提高社会公众的金融风险防范意识与依法维权意识，从源头上减少金融消费者合法权益被侵害的风险。

小结：司法实践中，金融消费者并未因新消法的实施而得到有效的司法保护。究其根源，一是金融消费者权益保护的立法缺失；二是因为难以界定金融消费者与一般消费者的各自特征，致使难以形成对金融消费者保护的共识；三是司法机关对金融消费者权益保护在适用法律上存在路径依赖。为加强金融消费者权益的司法保护，课题组认为：一要加强相关的专门立法；二要区分一般金融消费与金融投资，科学合理界定相应范围；三要高度注重互联网金融领域的消费者权益保护；四要强化对金融机构信息披露义务的审查力度；五要加强对金融产品格式条款效力的审查；六要加强宣传，提高社会公众金融风险防范与依法维权的意识。

附：消费者权益保护法法律适用建议

根据上述调研内容，课题组总结如下法律适用建议，以供参考。

第一条【消法第55条第2款“明知”的认定】经营者未对商品进行检验核查，致使缺陷商品造成消费者损害的，属于《消费者权益保护法》第五十五条第二款规定的“明知”。

第二条【知假买假主张惩罚性金的裁判规则】有证据证明消费者知道经营者有欺诈行为而仍然购买商品或者接受服务，除法律有特别规定外，其主张惩罚性赔偿的，人民法院不予支持。

第三条【消费者须明确请求权基础】消费者据以主张赔偿的法律关系与法院认定的法律关系不一致的，法院应向当事人予以释明，并依据其最终主张的法律关系进行裁判。

第四条【商品局部瑕疵的责任承担】消费者所购商品虽然存在局部瑕疵，但不影响商品的基本功能，消费者基于欺诈和瑕疵要求撤销或解除合同的，人民法院应予支持；对消费者主张惩罚性赔偿金的，法院可以根据局部瑕疵的程度、消费者所受损失占购买价格比例的三倍加以确定。

第五条【《食品安全法》第148条第2款“影响食品安全”的认定】食品的标签、说明书等所标注的生产日期、质保期、储存条件、食品添加剂的种类和数量、特定人群的特殊注意事项等重要内容存在伪造、遗漏等瑕疵时，应认为是《食品安全法》第一百四十八条第二款所规定的“影响食品安全”。

第六条【网络交易平台提供者的归责原则】网络交易平台提供者除有先行赔付承诺外，其对消费者承担过错侵权责任。

第七条【网络交易平台提供者披露信息时“过错”的考察】人民法院在确认网络交易平台提供者披露经营者信息时是否存在过错，需



考察其在收集经营者信息时，是否进行过审核、审核方式是否有效及后期是否采取定期更新等措施。

第八条 【消法第 44 条 1 款网络交易平台提供者的责任承担】网络交易平台提供者在不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，所承担的民事责任不包括惩罚性赔偿金。

第九条 【消法第 44 条第 2 款网络交易平台提供者“应知”的认定】人民法院在认定网络交易平台提供者是否属于《消费者权益保护法》第四十四条第二款规定的“应知”时，应考虑以下因素：

- (1) 网络交易平台提供者提供服务的性质、方式及引发侵权的可能性大小，应当具备的管理信息的能力；
- (2) 所售商品或者服务的种类、知名度及侵权信息的明显程度；
- (3) 对网络交易平台是否采取合理措施及时发现经营者的侵权行为。

第十条 【缺陷的概念】缺陷，是指产品或服务存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险。

第十一条 【缺陷的认定】产品不符合以下标准时，可认定存在缺陷：

- (1) 产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，不符合该标准；
- (2) 产品所存在的潜在危险超出了正常消费者的合理预期。

第十二条 【缺陷产品的责任承担】因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品生产者的请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿，生产者和销售者对外应承担连带责任。

产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。

因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

第十三条 【金融消费者的概念】金融消费者是指为生活需要购买保险、理财等金融产品或金融服务的自然人。

自然人为财产增值需要进行的专业投资如证券投资、期货交易

等，不适用《消费者权益保护法》的相关规定。

第十四条 【金融机构存在欺诈时应适用消法惩罚性赔偿金的规定】金融机构在销售金融产品、提供金融服务时，存在欺诈行为，消费者依据《消费者权益保护法》第五十五条之规定，要求金融机构承担惩罚性赔偿的，人民法院应予支持。

采用互联网方式销售金融产品或者服务的，适用前款规定。

中国应用法学系列研究报告

- 001 “一带一路”纠纷解决机制研究(上)(下)
- 002 “原汁原味”的10份英国判决书
- 003 域外法官选任制度之借鉴
- 004 国际社会近期关注的重大司法问题研究报告
- 005 消费者权益保护法实施问题研究
- 006 中英合作项目“人民陪审员制度改革”系列研究报告
- 007 海峡两岸暨香港澳门基本司法制度比较研究
- 008 一堂全民共享的法治“公开课”
- 009 我国家事审判机制改革的新模式
- 010 互联网、人工智能与司法制度
- 011 司法体制综合配套改革(上)(下)
- 012 多元化纠纷解决机制改革
-

《中国应用法学》期刊简介

《中国应用法学》(China Review of Administration of Justice)是由最高人民法院主管,中国应用法学研究所、人民法院出版社联合主办的法学学术类期刊。本刊于2016年8月获得国家新闻出版广电总局期刊创办许可,国内统一连续出版物号为CN10-1459/D,为双月刊,于2017年1月发行首刊。

本期刊面向司法机关和广大的司法实务工作者,以积极推进司法改革、深入探讨司法实践、及时反映司法实务最新动态和强化实证研究为主旨,集中展示司法改革和司法工作最新理论研究成果,并最终实现依托最新司法改革实践丰富法学理论、运用最新法学理论成果指导司法实践的价值追求。

《中国应用法学》设有“高端论坛”“专题策划”“实证研究”“学术争鸣”“法律方法”“判解精析”“观点集萃”等栏目,突出法律的应用性特色,努力成就法律学术界和实务界的品牌期刊。

立法治时代潮头

通古今中外变化

发应用法学先声



© 中国应用法学研究所

China Institute of Applied Jurisprudence

北京市东城区北花市大街9号(100062)

网址: yyfx.court.gov.cn

邮箱: zgyyfx@163.com

2018年3月印刷

工本费: 10元