

经营者欺诈司法判定规则的体系研究

董淳锴

【摘要】随着立法的完善,旨在规制经营者欺诈的法律框架已基本形成,但法律规则的增加并不意味着规则之间必然逻辑自洽或者立法目的可以自动实现,不意味着涉及经营者欺诈的诉讼纠纷已有相对统一的裁判标准,也不意味着有关经营者欺诈的争议问题已得到充分的法理阐释。为准确适用法律,应以体系化思维全面梳理涉及经营者行为规制的规则、涉及经营者欺诈构成要件的规则以及涉及惩罚性赔偿的规则,区分经营者欺诈、产品缺陷的经营者侵权与特定领域的经营者恶意违约三种行为的异同,厘清经营者欺诈与惩罚性赔偿的逻辑关系,明确经营者欺诈各项构成要件的法律内涵及判定标准,合理计算惩罚性赔偿的基数与倍数。

【关键词】经营者;欺诈;司法判定;消费者权益;惩罚性赔偿

【作者简介】董淳锴,中山大学法学院副教授。

【原文出处】《社会科学》(沪),2023.9.165~180

引言

自1993年我国制定《消费者权益保护法》开始,经营者欺诈一直是立法严格规制的行为。至今,以《民法典》第148条民事法律行为效力条款、第179条民事责任条款及第500条缔约过失责任条款为基础,以2013年修订后的《消费者权益保护法》第55条(下称“消法55条”)为核心,辅之以《食品安全法》《药品管理法》等法律法规和《明码标价和禁止价格欺诈规定》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等部门规章的规定,以及最高人民法院司法解释、^①审判工作会议纪要、^②答复意见^③和指导性案例的指引,^④旨在规制经营者欺诈的法律框架已基本形成。不过,规则的增加并不意味着规则之间必然逻辑自洽或者立法目的可以自动实现,不意味着涉及经营者欺诈的诉讼纠纷已有统一的裁判标准,也不意味着有关经营者欺诈的争议问题已得到充分的法理阐释。

在涉及经营者侵犯消费者权益的案件中,经营者欺诈、产品缺陷的经营者侵权和特定领域的经营者恶意违约尚未被清晰区分;“大数据、人工智能、各种传感感应装置的广泛使用使得经营者可以更为精确地判断、掌握、干扰甚至在一定程度上控制消费者的想法和行为”,^⑤一些新型营销行为(如大数据杀熟、盲盒销售等)在什么情况下构成欺诈,仍有不同理解;^⑥经营者欺诈与惩罚性赔偿的逻辑关系也尚未完全理顺。围绕“消法55条”及相关法条的适用,法官们虽然对经营者欺诈的构成要件已有一定共识,但对每个要件的理解仍有差异,对“类案”的判决思路和结果并不统一,上诉、再审案件不在少数。

学界对经营者欺诈问题的研究也由来已久,但在基础理论层面多是直接套用民法有关合同欺诈的理论来描述经营者欺诈的构成要件,且研究对象大多局限于惩罚性赔偿(尤其是“知假买假”情形下的

赔偿)等具体问题。研究者对经营者欺诈在主体身份、主观过错、行为方式、举证责任、法律后果等方面的特殊性,以及这些特殊性对法律适用的影响仍缺乏足够探讨,对法条隐含的疑难问题亦未作全面剖析。鉴于消费者权益保护法与民法在理念和概念体系上并不一致,有关消费欺诈的法律适用长期存在争议,^⑦本文拟围绕“消法55条”及其他相关立法,以法教义学分析为方法,以近年来司法判例存在的争议为导向,系统分析经营者欺诈的主观状态、客观行为、因果关系和法律后果等涉及的疑难问题,并提出统一裁判标准、完善司法判定规则的建议。

一、规则体系的梳理与经营者行为性质的辨析

(一)旨在规制经营者行为的规则体系

在民法、经济法领域,旨在规制经营者侵害消费者权益行为的立法可归纳为三个层次:一是基础规则,如《民法典》有关民事法律行为效力、民事责任等的规定;二是具体行为规则,如《消费者权益保护法》《食品安全法》《药品管理法》《旅游法》及相关法律、法规、规章和司法解释对经营者侵害消费者权益具体行为的规定;三是关联规则,如《产品质量法》有关产品责任的规定以及《反不正当竞争法》《广告法》有关虚假宣传的规定。

在上述条文构成的体系中,最受关注的是“消法55条”。依其第一款规定,经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,消费者有权诉请惩罚性赔偿。或许是因为消费者依据“消法55条”诉请惩罚性赔偿的案件数量众多,加之“知假买假”者能否获得惩罚性赔偿等争议经久不息,多年来理论界在论及消费者权

益保护时,常将经营者欺诈和惩罚性赔偿列为主要研究对象。诉讼中,侵害消费者权益、经营者欺诈和惩罚性赔偿也经常被捆绑为同一问题。其后果是,经营者欺诈与经营者的其他侵害行为未被明确区分,不同侵害行为的构成要件可能被张冠李戴,而经营者欺诈与惩罚性赔偿的关系也未被完全廓清。^⑧

事实上,经营者因侵害消费者权益而被追究惩罚性赔偿的行为不局限于欺诈。把《民法典》《消费者权益保护法》《食品安全法》《药品管理法》《旅游法》《侵害消费者权益行为处罚办法》涉及经营者惩罚性赔偿的条文关键词抽取出来,大致可归纳为三种情形(见表1)。

以文义解释和目的解释的方法分析上述法条可以发现,规则I规制的是典型的经营者欺诈(标为行为I),规则II规制的行为与产品缺陷的经营者侵权有直接关系(标为行为II),规则III规制的行为则与特定领域的经营者恶意违约密切相关(标为行为III)。需研究的是,行为II和行为III是否也应纳入欺诈(规则I)的范畴?

首先讨论规则I与规则II的关系(以“消法55条”第一款、第二款的关系为代表)。一种可能的理解是,产品缺陷的经营者侵权行为也属于经营者欺诈(行为I涵盖行为II)。因为经营者肯定是在消费者不知情的情况下,才能将明知有缺陷的产品售与消费者。此时经营者必然存在以劣充优或以假充真的故意,属欺诈行为。按此理解,似能更好维持“消法55条”的逻辑一致性,即该条两款都是关于经营者欺诈的规定,差别只在于两者法律责任的发生原因和计

表1 规制经营者侵害消费者权益行为的法律规则

类型	法条	关键词	后果
规则I	《消费者权益保护法》第55条第一款 《侵害消费者权益行为处罚办法》第5、6、13、16条	欺诈、隐瞒、虚假、损失、引人误解、 误导、谎称、谎报、欺骗	消费者诉请经营者 惩罚性赔偿
规则II	《民法典》第1207条《消费者权益保护法》第55条第二款 《食品安全法》第148条第二款《药品管理法》第144条第三款	明知、产品缺陷、不符合食品安全标准、 假药、劣药、死亡、健康严重损害	
规则III	《旅游法》第70条第一款	合同订立后、拒绝履行合同、合同目的 不能实现、严重后果、人身损害	

算方式不同,立法机关借此为遭遇不同损害结果的消费者提供了不同赔偿额度的选择。另一种可能的理解是,规则I与规则II规制的行为性质不同。因为后者本质上属产品责任范畴,适用严格责任原则,不必要求经营者有故意提供虚假信息或隐瞒重要信息的主观状态。

笔者认为,规则I与规则II是部分竞合关系。按民法理论,欺诈是一方当事人故意陈述虚假信息或隐瞒重要事实,诱使对方当事人作出错误意思表示。此定义隐含的前提是,欺诈存在于有相对意思表示的当事人之间。若将经营者欺诈也置于上述语境,那么规则I只能适用于有合同关系的经营者与消费者之间。结合实践看,当然存在“经营者通过欺诈将有缺陷的产品售与消费者并造成后者死亡或健康严重受损”的情况,此时规则I与规则II体现为法条竞合。但除此之外,也存在“产品无缺陷但经营者有欺诈行为”的情况,即单纯欺诈问题;还存在“产品有缺陷但经营者无欺诈行为”的情况,即单纯产品缺陷的侵权问题。例如生产者和销售者均明知产品有缺陷,销售者未告知真实信息而将产品售与消费者,导致后者死亡或健康严重受损,此情形下消费者可依据“消法55条”第一款或第二款追究销售者责任,也可依据“消法55条”第二款追究生产者责任,但不能直接适用“消法55条”第一款追究生产者欺诈责任,因为他们之间不存在相对意思表示。“钟卫国、中山市韩电器有限公司产品责任纠纷案”即体现了上

述思路,^⑨该案法院判决生产者向消费者承担“消法55条”第二款规定的惩罚性赔偿责任,但判决理由与欺诈无关。

按上述逻辑,规则I与规则III也应是“部分竞合”关系。案例表明,消费者在遭遇经营者违约之后,为寻求更高赔偿而以经营者欺诈诉请惩罚性赔偿的案件为数不少。在有些案件中,事后违约的经营者在缔约时确已有欺诈行为,但在另一些案件中,事后违约的经营者在缔约时并无欺诈。^⑩对于前者,消费者可在规则I和规则III之间择一适用;而对于后者,消费者只能以违约之诉寻求救济。

(二)经营者违法行为的区分与比较

上文阐明,法律体系中有三类规则涉及经营者惩罚性赔偿,分别对应经营者欺诈、产品缺陷的经营者侵权、特定领域的经营者恶意违约三种侵害消费者权益的行为(见表2)。如果暂不考虑经营者身份和消费者权益保护的的特殊性,单就欺诈、产品侵权和违约三者的构成要件而言,民法理论已多有阐述且已基本形成共识。一般的民事欺诈多采“三要件说”,^⑪即行为人有欺诈的故意,实施了欺诈行为,欺诈行为导致相对人产生错误认识并据此作出意思表示。^⑫一般的产品侵权遵循无过错归责原则,违约行为遵循严格责任归责原则,两者都不考察行为人主观状态。判定前者通常采“三要件说”,即产品有缺陷,造成损失或存在损害后果,缺陷与损失或损害后果有因果关系;后者只考虑行为人未按合同约定行事和

表2 可能导致惩罚性赔偿的经营者行为

类型	行为细分	可能适用的规则
行为I 经营者欺诈	产品无缺陷,但经营者向消费者虚假陈述或隐瞒了有关产品的其他重要信息	规则I
	产品有缺陷,且经营者向消费者隐瞒产品缺陷信息	规则I或规则II
行为II 产品缺陷的经营者侵权	产品有缺陷,且经营者向消费者隐瞒产品缺陷信息	规则I或规则II
	产品有缺陷,但经营者未向消费者虚假陈述或隐瞒产品缺陷信息	规则II
行为III 特定领域的经营者恶意违约	经营者缔约时有欺诈,且缔约后故意违约	规则I或规则III
	经营者缔约时无欺诈,但缔约后故意违约	规则III

不存在免责事由的“两要件”即可。

如果把欺诈、产品侵权和违约三种行为放在经营者与消费者的关系中考察,并加入惩罚性赔偿这一变量,则三者的构成要件和判定规则将有实质变化,以往理论研究和司法判例对此常有误解。

第一,凡是需要追究惩罚性赔偿责任的行为,不管是经营者欺诈、产品缺陷的经营者侵权还是特定领域的经营者恶意违约,都要求经营者存在主观故意。因为惩罚性赔偿是“穿着民事请求权外衣的刑事制裁”,^⑩它“适用于行为人具有恶性过错的侵权责任”,^⑪主要用于“惩罚和制裁严重过错行为”^⑫。因此对于产品缺陷和违约而言,如果经营者不存在故意,则消费者只能回到一般的产品责任或经营违约的情形下寻求救济,诉请信赖利益赔偿而非惩罚性赔偿。不同的是,对于欺诈问题,如经营者不存在故意,则经营者欺诈本身无法成立,甚至也不成立一般民事欺诈,此时经营者行为可能被定性为重大误解或合同违约,^⑬消费者请求权基础将发生变化,不能以任何名义的欺诈诉请赔偿。

第二,有必要区分经营者欺诈和惩罚性赔偿两者对行为结果的不同要求。民法有关欺诈构成要件的理论多认为,“诈欺所侵害者,系表意人的意思自由,是否受有财产上损害,在所不问”。^⑭因此在结果层面,只需考察相对人是否因行为人误导而产生错误认识并作出意思表示,其主要表现为相对人是否基于错误认识向行为人发出要约或作出承诺,直观判断依据是双方合同关系是否成立,除此之外不必专门强调相对人是否受有损失以及受到何种损失。这意味着,若只单纯评价经营者行为是否构成欺诈而暂不考虑如何追究其法律责任,那么在结果要件方面只需考虑消费者是否因误导而产生错误认识并作出意思表示。但是,考虑到“消法55条”第一款特别强调消费者受到损失,而且其设定的惩罚性赔偿的计算基数是消费者支付的商品价款或服务费用,故以文义解释和目的解释审视,此处或在暗示法官应查明消费者是否已实际付

款。如未付款,其固然可以依据《民法典》第148条要求撤销合同,也可依《民法典》第500条主张经营者缔约过失责任,但恐怕不能依据“消法55条”主张惩罚性赔偿。

第三,应区分损失与损害的法律涵义。针对经营者欺诈、产品缺陷的经营者侵权和特定领域的经营者恶意违约三种情形下的惩罚性赔偿,立法都要求审查消费者是否受有损失或损害。损失与损害涵义不同,但以往一些司法判例并未充分关注两者差异。^⑮从规范分析角度,以损失为结果要件通常无须考虑消费者人身权利是否被侵害,而以损害作为结果要件,则一般适用于消费者或其他受害人健康受损甚至死亡的情形。因此,若适用“消法55条”第一款或者《食品安全法》第148条第二款、《药品管理法》第155条第二款追究经营者惩罚性赔偿责任,在结果要件上应考虑消费者是否已实际支付价款(是否受有经济损失),不必考虑消费者人身权利是否受损;但如果适用“消法55条”第二款或者《旅游法》第70条第二款追究经营者惩罚性赔偿责任,则需考虑人身权利是否受损。

二、经营者欺诈“故意”的类型区分与动机判别

(一)具有主观故意的经营者

根据《消费者权益保护法》第3条,并参考《反不正当竞争法》第2条之规定,经营者是指为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。结合商事登记制度,经营者是依法履行商事登记程序的自然人、法人和非法人组织,包括各类企业和个体工商户等形态。至于未作登记、依法被撤销或注销登记的商自然人、法人和非法人组织是否属于“消法55条”等法律条文规定的经营者,法条未明示。

以是否合法登记认定经营者身份,是形式标准;以相关主体是否实质从事经营活动认定经营者身份,属实质标准。笔者认为,界定“消法55条”经营者的内涵与外延,应采实质标准。其一,“欺诈行为并非民事法律行为,故无民事行为能力人也可以为欺

诈”。^⑩按此推论,对于向消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的自然人、法人和非法人组织而言,只要实施了欺诈,其是否已依法登记并不影响行为定性。其二,随着电子商务的发展,自然人开设网店从事经营业务或者直播带货非常便利,其中有不少并未注册为某类商主体,若因其未注册则可绝对豁免于“消法55条”及相关法条约束,将导致立法与社会实践脱节。^⑪其三,实践中被吊销营业执照的市场主体并不必定即刻停止营业活动,他们可能在监管缺位时继续经营。依商事登记制度,该等主体已非完整法律意义上的经营者,但却有实质经营行为。若将其排除在“消法55条”等法条适用范围之外,将违背立法宗旨。

进一步而言,经营者包括企业和商自然人两种类型。商自然人完全可以自主决定如何作出意思表示,该意思表示通常也是其作为经营者的意思表示,两者有同一性。企业有所不同。实践中与消费者缔约的是作为经营者的企业,但与消费者商定合同的通常是企业员工。如果企业授意员工欺诈,法律后果由企业承担,并无疑问。但若企业未授意且不知情,员工自作主张向消费者提供虚假信息或隐瞒重要事实,^⑫并导致消费者基于错误认识作出意思表示,能否判定经营者欺诈需要进一步探讨。

一种可能的理解是此时仍应成立经营者欺诈,因为构成表见代理(表见代表),且不属第三人欺诈,若允许将员工行为排除在外,则经营者欺诈的规制将出现漏洞。^⑬笔者赞同严格规制员工行为,但在评价员工行为是否构成经营者欺诈时,应作限定:一是考察员工提供的虚假信息或隐瞒的重要事实与消费者购买的商品是否实质相关。若员工借机推销的并非其任职企业的商品,则该行为与经营者无关。二是考察经营者能否证明自己不存在欺诈故意且已尽到合理提示义务。若经营者已在销售场所或广告宣传中以显著方式告知商品真实信息且消费者知道或应当知道该等事实(如商场大型广告牌写明其销售的国外品牌产品是国内工厂代工生产),但员工推销

时作出与经营者告示完全不同的虚假陈述(谎称商品系国外原厂生产、进口),此时不宜认定为经营者欺诈。

(二)故意的具体类型

民法理论认为,欺诈主观要件仅限故意,且应按恶意界定,不存在“过失欺诈”。^⑭相关立法^⑮和判例亦多持此观点。故意是指明知不可为而刻意为之,或者明知必须作为而刻意不为之的意图。前者对应的是经营者有意识地提供虚假信息,后者对应的是经营者有意识地隐瞒重要事实。至于经营者因过失传递错误信息,导致消费者错误认识并作出意思表示的,通常按重大误解定性。

故意属主观意识范畴。大多数情况下,消费者权益受损这一结果究竟源于经营者故意(如经营者欺诈)、经营者过失(如重大误解)、消费者故意(如消费者知假买假)还是消费者过失(如消费者自己误解经营者意思),难以直观辨别。为了消除信息不对称的障碍,提高法官查明事实的效率,确保其准确适用法律,围绕经营者欺诈主观故意的认定问题,立法机关至少建立了三种规则:

一是直接认定规则。它是指对于经营者的某些违法行为,从行为内容和性质本身,依常理、常识即可断定经营者必然存在故意,否则该行为不可能发生。《侵害消费者权益行为处罚办法》第5条第(七)项至第(十)项、第6条、第13条所规定的,即属无须证明的故意。例如第6条规定“采用虚构交易、虚标成交量、虚假评论或者雇佣他人等方式进行欺骗性销售诱导”,显然只能是经营者有意(而非过失或无过错)实施的行为。

二是举证认定规则。它是指作为原告的消费者举证证明经营者明知商品真实情况却有意提供与之不同的信息或隐瞒该信息,法官采信该证据并判定经营者存在故意。例如消费者以录音举证,缔约时消费者曾询问经营者有关商品质量、功能等情况,而经营者却告知与商品实际情况明显不一致的信息。经营者此类行为显属故意。

三是推定认定规则。它是指虽然不能从行为本身直观认定或者通过证据证明经营者存在故意,但依照举证责任倒置规则,若经营者无法自证清白,则可推定其有欺诈故意。《侵害消费者权益行为处罚办法》第5条第(一)项至第(六)项的规定,《明码标价和禁止价格欺诈规定》第19条、第21条第(一)项以及《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第28条第一、三款的规定,即属此类情形。此外,《消费者权益保护法》第23条第三款亦常用于辅助认定经营者欺诈。

理论界和实务界对上述第一、二类规则争议不大,需讨论的是第三类规则。首先需重申一个共识:惩罚性赔偿的立法目的是威慑和阻却情节恶劣的经营者侵权行为。因此,如果经营者基于过失作出上述行为,不应被认定为欺诈并被课以惩罚性赔偿。但实践中,商品信息(如标识的产地、商标等)不实或者经营者未如实告知重要信息等常见情形,可能源于经营者故意,也可能基于过失。有研究者担心,由于第三类规则规定的是举证责任倒置,因此其适用可能把经营者客观上难以自证清白的一些过失情形也归入欺诈范畴,从而不恰当地扩大惩罚性赔偿的适用范围。相反也有研究者担心,如果为了避免误伤“过失经营者”而不设立推定规则,一概把证明经营者故意的责任归于消费者,那么对于信息高度不对称关系中处于弱势一方的消费者而言,更不公平。^⑤

笔者认为,为避免放纵经营者故意,同时又避免将经营者过失错误纳入惩罚性赔偿范畴,有必要设置第三类规则,但应限定适用范围:一是对于外观上

已高度涉嫌欺诈,但又不排除经营者过失的情形,可以适用第三类规则。^⑥具体而言,“对欺诈事实的证明标准应达到排除合理怀疑的程度”,^⑦由此才能符合“法律规定的证明标准”,^⑧“如果属于销售者应当知道的情形,其又做出虚假承诺,则应据此推定销售者的相关行为构成欺诈”^⑨。二是对于直接涉及消费者人身权益或重大财产权益的商品信息的披露,立法可预先设定经营者有核查检测商品的注意义务和强制信息披露义务,并要求适用第三类规则。^⑩综上可归纳三类规则的适用情形(见表3)。

(三)故意的直接动机

对于故意的直接动机,以往理论有不同阐释。“双重故意说”认为故意包括“使相对人限于错误的故意”,以及“使相对人因其错误而为一定意思表示的故意”。“三重故意说”认为,在双重故意基础上还需加入“实施欺诈行为”之故意。^⑪事实上,两者区别只是对故意之动机的细分表述不同,它们都未否定欺诈之故意应限定为恶意,由此排除当事人基于友情赠与等原因而可能有的“善意谎言”。换言之,“欺诈须违反法律、违反诚实信用原则,如果一方是为了对方的利益而作欺诈性的陈述,则不成立欺诈”。^⑫而从性质看,此类“因恶意欺诈而产生的错误属于动机错误”。^⑬

需讨论的第一个问题是,是否应要求欺诈之故意包含损害消费者权益的意图?有研究者提出,认定恶意“不需要行为具有损害的蓄意,也不需要具有损害消费者的故意”。^⑭不过实践中法官还是经常将是否损害消费者利益也纳入相关论证。笔者认为,此问题的答案取决于如何理解权益受损。一方面,消费者受

表3 判定经营者主观状态的规则

类型		适用情形		
		行为外观涉嫌欺诈的可能性	故意	过失或无过错
第一类	直接认定规则	行为外观几乎已直接显示存在欺诈	概率极大	概率极小
第二类	举证认定规则	从行为外观无法直接看出是否存在欺诈	一半概率	一半概率
第三类	推定认定规则	行为外观高度涉嫌欺诈	概率较大	概率较小

经营者欺诈而与之缔约,知情权已受侵害,意思表示自由受到限制,若消费者未及时发现欺诈而付款并受领质量有缺陷的商品,则其财产权益亦已受损——体现为消费者依约付款但没有获得符合约定的商品。此语境下消费者的权益受损,几乎是所有经营者欺诈必然导致的后果。另一方面,消费者受经营者欺诈而与之缔约,其后受领并使用质量有缺陷的商品,可能进一步产生危害生命健康的后果。在经营者欺诈的案件中,此情形下消费者权益受损并不必然发生。可见,第一种语境的权益受损应是此类案件都需考察的欺诈故意的动机之一,而第二种语境的权益受损则是特殊个案才需考虑的动机。

有关欺诈动机的第二个问题是,判定经营者欺诈是否需要评估欺诈的恶意程度?以往理论研究对此讨论较少。从案例看,法官对恶意程度有所衡量,其大致从两个层面展开:一是认为“侵犯消费者的知情权与对消费者进行欺诈系不同的法律概念”,^⑤如果虚假陈述或隐瞒重要事实情节轻微,恶意程度较弱,则整体上可能不成立经营者欺诈。^⑥事实上,《食品安全法》第148条第二款的规定也暗示了恶意程度与欺诈的关系。二是认为,若经营者恶意较轻,则即便成立欺诈,惩罚性赔偿的计算基数、倍数也可能酌情降低。^⑦笔者认为,虽然在规范分析层面,惩罚性赔偿需要“依据加害人或者其他赔偿义务人主观上的可非难程度、不法获利数额、赔偿能力等因素加以确定”,^⑧但此结论只是在定性层面阐明惩罚性赔偿的惩罚力度不同于一般侵权或一般违约情形下对信赖利益损失的赔偿,并不表明法官对惩罚性赔偿的具体数额可以超越法定计算方式而任意判定。换言之,恶意程度对认定欺诈是否成立有实质影响,但若欺诈已成立,在定量方面恶意程度不应成为确定赔偿数额的依据,因为立法对赔偿倍数已有强制规定。后文第五节对此有详述,暂不赘言。

三、提供虚假信息与隐瞒重要事实的具体情形

(一)经营者欺诈行为的特点

民法理论认为,欺诈包括两种类型:一是积极行

为,即故意提供虚假信息;二是消极行为,即故意隐瞒重要事实。上述分类一直被沿用于经营者欺诈的行为分析。需强调的是,尽管经营者欺诈本质上可归入民事欺诈范畴,但其自身还是有区别于民事欺诈的特点:一是在经营者诚信传递商品信息的问题上,立法设定的经营者对商品信息的审查核实义务、瑕疵担保义务、信息强制披露义务,比一般合同主体的同类义务更重,因为经营者对商品质量、功能等非外观信息的掌握有更大优势。此观念已被法官贯彻至判决。^⑨二是相比合同法对当事人知情权的保护,立法对消费者知情权有专门规定。但应明确,经营者欺诈固然侵害消费者知情权,但侵害消费者知情权并不必定构成经营者欺诈。三是民法理论认为,合同一方当事人对另一方当事人实施的欺诈应发生于缔约阶段,其责任后果归入缔约过失责任范畴。但立法对经营者欺诈的发生阶段暂无强制规定。案例显示,法院已将经营者欺诈的发生阶段延长至合同订立后、实际交付商品前。^⑩四是提供虚假信息和隐瞒重要事实是经营者欺诈的“一体两面”,两者可能并存于同一事实。例如经营者将假冒伪劣产品宣传为符合质量标准的产品,此行为一方面是向消费者提供虚假信息,另一方面也刻意隐瞒标的物属假冒伪劣产品的重要事实。

(二)经营者提供虚假信息

在经营者欺诈语境下,虚假信息是指经营者为使消费者对特定交易内容产生错误认识,故意通过语言、文字、图案等方式提供的与商品或服务真实情况不符的信息。传统商业模式下虚假信息主要涉及商品原材料、原产地、制作工艺、质量标准、性能功能、效能等级、售后服务。随着平台经济、数字经济背景下新型商业模式的出现,经营者在合同中借助数据、平台和资源,往往较消费者而言拥有更大的话语权,^⑪虚假信息范围进一步扩大到商品计价方式、计价单位、计价依据、计量工具、销售数量、优惠方式等内容。虽然法理层面“虚假”的基本含义不难界定,但实践中虚假信息的判定仍有不少

问题需要澄清。

第一,虚假信息应是经营者为使消费者产生错误认识而故意提供的不真实信息。虽然虚假信息的内容与商品真实情况必定存在差异,但单凭信息与商品真实情况的差异,不能反推该信息必然属于经营者欺诈语境下的虚假信息。因为有些情况下,经营者可能因过失而错误陈述;有些情况下,商品实际情况与广告信息的差异是由某些合理的客观因素造成的(如网络销售中商品实际情况与网页照片或有差异);有些情况下经营者制造差异的目的只是为了彰显广告艺术效果;^④还有些情况下差异只是来自“无法根除的(经营者)为了自身利益的夸大倾向”。^⑤将上述内容转化为逻辑语言,可表述为:虚假信息是差异的充分非必要条件,而差异则是虚假信息的必要非充分条件。

第二,评价经营者提供的信息是否虚假,应秉承客观标准而非消费者主观标准。在互联网交易时代,缔约开始后、合同成立前,交易价格等信息可能持续变动,消费者可能因此怀疑自己遭遇算法歧视,进而以经营者欺诈为由诉请惩罚性赔偿。笔者认为,不宜将此类情形一概定性为经营者欺诈。规范意义上的虚假信息是经营者提供的信息客观上与商品、服务真实情况不同,如果经营者经过大数据分析之后精准地向消费者作出虚假优惠承诺以诱使其交易,但实际成交价格却无优惠,甚至比经营者销售给其他消费者的价格更高,则此情形可构成经营者欺诈。^⑥但如果产品或服务不存在缺陷,且经营者发送给消费者的信息并未虚构价格优惠或增值服务,也未作出虚假承诺,而仅仅是有区别地显示了与其他消费者不一致的销售价格或销售条件,那么至少从法解释学角度,不宜将此类信息一概界定为虚假信息。^⑦当然,此情形虽不构成欺诈,但不排除经营者行为已侵害消费者公平交易权,消费者可另寻请求权基础实现权利救济。^⑧

第三,经营者向消费者陈述的对商品的主观感受通常不构成虚假信息。“表意人的想法不可能是判

断表示之含义的唯一标准”。^⑨如经营者告知消费者所售食品味道“非常好”,但客观上该食品的味道只是“一般好”,此类陈述与真实情况之间的差异不宜纳入欺诈范畴。不过,经营者此类主观感受的陈述应限定在一定范围之内:(1)不被认定为欺诈的主观陈述应是抽象的,若经营者陈述的是标准化、具体化的主观感受,且该陈述与商品真实情况明显不符,则可能构成欺诈。(2)若经营者陈述的主观感受构成对消费者的承诺,且该承诺与商品真实情况不符,亦可构成欺诈,此即所谓的“在胡说八道的情况下,也可能存在着恶意”。^⑩

第四,经营者虚假宣传不必然等同于《消费者权益保护法》语境下的经营者欺诈。从习惯思维来看,把经营者的虚假广告视为欺诈,似无疑义。但从司法实践看,并非如此。笔者认为,司法层面处理这一问题应以“构成虚假信息”为一般规则,以“不构成虚假信息”为例外。理由在于,依民法理论,通常情形下广告属要约邀请而非要约,^⑪其若欲成为合同内容,需经历要约与承诺的转化,而在此转化过程中,虚假广告是否确实导致消费者产生错误认识,尚须详加分析。如果消费者是在受到广告引诱后才开始与经营者进入缔约阶段,而后双方订立的合同并未声明排除广告内容,且合同内容与广告内容无实质不同,经营者亦未告知广告信息与商品实情不符,甚至把广告内容直接纳入合同条款,此时应认定虚假广告即为经营者欺诈语境下的虚假信息。但若经营者与消费者实际订立的合同明确约定双方权利义务的定位与广告无关,仅以合同条款为准,且合同内容再无其他虚假成分,这意味着实际引导消费者作出意思表示的信息不是经营者曾经作出的虚假广告。此时监管部门固然可以对经营者前期的虚假广告课以行政处罚,但不宜将虚假广告直接视为经营者欺诈语境下的虚假信息。^⑫

(三)经营者隐瞒重要事实

“要确保意思的明确自由,则需要避免消费者不彻底理解合同内容就缔结合同的风险。”^⑬《民法典》

《消费者权益保护法》等法律法规从两个方向规制此问题:一是从正向规定经营者有如实披露信息的义务,消费者有知情权;二是从反向规定经营者不如实披露信息的法律责任。整体而言,经营者不得隐瞒重要事实的法理前提是,经营者负有法定或约定的披露义务,因此即使没有主动向消费者提供虚假信息,其沉默不告知重要事实的做法,同样构成对消费者知情权的侵害。

需讨论的第一个问题是,何为经营者欺诈语境下的重要事实?与交易有关的信息数量庞大,若全部要求经营者如实披露,既无可能也无必要。从规范分析角度看,重要事实是指与交易有关且足以影响消费者决策的事实,是“影响缔约根本目的的重要信息”。^⑤结合立法及司法判例,笔者将重要事实归纳为三类:一是法定重要事实。凡是立法要求经营者披露的,有关商品质量、性能、产地、原材料、产品标准、制作工艺、安全使用方法等方面的情况,属于法定重要事实。在新型商业模式(如盲盒商品)中,若经营者采取随机抽取方式销售特定范围内的商品,则有关抽取规则、商品分布、提供数量、抽取概率等关键信息亦属重要事实。^⑥对于法定重要事实涉及的具体事项,若其存在瑕疵、缺陷等可能影响消费者决策的情况,经营者应以合理方式如实告知,而无须考察消费者是否曾经询问,也无须专门论证其是否与消费者主观认识及意思表示实质相关。二是推定重要事实。能够实质影响消费者主观认识和意思表示的事实纷繁芜杂,立法所能具体列举的仅是其中一部分。因此,如有证据证明或能以常理推定某一事实足以实质影响消费者是否消费的决定,那么这一事实也应当被推定为重要事实。一般认为,与合同目的密切相关的事实,应被推定为重要事实。^⑦三是特定重要事实。每场交易中,基于消费偏好、消费能力的差异,每位消费者除了需要了解大众都关注的一些常规事实之外,还可能还有其他个体化的信息需求。因此有必要认为,凡是消费者主动询问的,与交易决策有实质关系的信息也应被视为关涉消费者主

观认识与意思表示的重要事实,此即特定重要事实。

需讨论的第二个问题是,如何认定经营者隐瞒了重要事实?从规范分析角度看,无论是法定重要事实、推定重要事实还是特定重要事实,只要经营者应当告知而没有如实告知,即构成隐瞒。所谓没有如实告知,应作广义理解:一是如实告知的逻辑前提是经营者知道或应当知道该等事实,对于经营者确实不掌握的,应予排除。二是告知内容不全面或者完全没有告知,均属没有如实告知。应区分的是,若经营者有告知行为,但故意告知错误信息,此应定性为故意提供虚假信息而非隐瞒重要事实;如果经营者有告知行为,但过失告知错误信息,此时可能成立重大误解。三是法律规定需以特定方式告知消费者,经营者未以法定方式告知的,可能成立隐瞒重要事实。四是作为例外规则,如果经营者告知事实的内容和方式仅有瑕疵,且该瑕疵不足以影响消费者决策,或者该瑕疵超出了经营者合理注意义务,则不构成故意隐瞒事实,^⑧《食品安全法》第148条第二款即属此类规定。

需讨论的第三个问题是,如何界定经营者如实告知的时间点?民法理论认为,欺诈属于缔约过失行为,故应将当事人是否隐瞒重要事实限定于合同订立阶段。大多数涉及经营者欺诈的判决亦循此观点。^⑨但也有判决提出,在合同成立后、商品交付前,如经营者发现存在尚未告知的重要信息而不告知(如发现商品隐蔽缺陷),同样应视为隐瞒重要事实。^⑩笔者赞同延长隐瞒重要事实的评价时间:一是因为经营者是消费合同关系主导方,对商品信息的掌握更便利、更全面,且具备更强的专业判断力,需要承担更高标准的质量担保义务和信息披露义务;二是因为实践中经常出现消费合同已成立,但标的物尚未特定化的情形(如消费预购交易),经营者可能在合同成立后才充分知悉特定商品具体信息,若将经营者如实告知的时间点限定于合同订立阶段,难以有效保护消费者知情权。

需讨论的第四个问题是,若同时有多种可行途

径向消费者告知重要事实,经营者是否有权自主选择告知途径?有案例显示,交易过程中经营者将汽车面漆等部位的维修情况录入消费者可以查询的电脑系统,但未另行以口头或书面形式直接告知,法官将此情况排除在经营者故意隐瞒重要事实的范围之外。^③笔者认为,此判决思路应谨慎适用。在法无强制规定的情况下,经营者告知重要事实的途径和方式固然未受约束,但是基于诚信原则要求,以及基于降低交易成本和弥补消费者信息劣势的考虑,经营者应选择最经济、便捷的方式(如当面告知或借助通信工具)向其告知重要事实。在可以径直告知的情况下,经营者采用其他复杂烦琐的、消费者不易察觉的方式间接披露信息,应推定为故意隐瞒重要事实。笔者将此归纳为“信息的便捷告知规则”。

四、消费者因欺诈产生错误认识并作出意思表示

(一)陷入错误认识的消费者

“消法55条”旨在规制经营者欺诈,保护消费者权益。对此,规范分析的共识是,依据该条文而主张惩罚性赔偿的主体仅限消费者,即为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的单位或个人。^④需讨论的特殊情况是:

第一,纯商用排除规则。如买方购买商品纯属商业用途^⑤或带有投资性和生产性^⑥,一般不被视为消费者。此情形下若卖方有欺诈行为,应以一般合同欺诈处理。不过,若消费者购买商品兼具自用和商用(如个人购买汽车自用并时常提供给公司接待客户所用),此时商品商用的事实不必然成为否定消费者身份的理由。^⑦有判例认为其法理依据在于,“经营活动属于行政监管范畴”,买方购买商品是否能够用于经营活动的事实,不能直接作为否定消费品属性的依据。^⑧

第二,高风险金融投资排除适用规则。根据《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》《银行保险机构消费者权益保护管理办法》等文件规定,购买、使用银行、保险机构提供的金融产品或服务的自然人是金融消费者。如遭遇欺诈,他们可以消费者

身份主张惩罚性赔偿。近年来已有不少案例印证此结论。^⑨需注意的是,根据“九民纪要”第77条,金融消费者因购买高风险等级金融产品或者为参与高风险投资活动接受服务,以卖方机构欺诈为由主张卖方根据“消法55条”承担惩罚性赔偿责任的,法院不予支持。此项可视为对金融消费者主张适用惩罚性赔偿的一种例外规定。

第三,“知假买假”区分适用规则。根据最高人民法院司法指导意见,食品药品领域的“知假买假”者可以主张惩罚性赔偿,普通消费领域的“知假买假”者不得主张惩罚性赔偿。司法机关的解释是,食品药品消费的惩罚性赔偿以经营者生产或销售明知不符合食品安全标准的食品,或者生产销售假药、劣药为前提,而普通消费领域的惩罚性赔偿以经营者欺诈为前提。前文第一节对此问题已有涉及,在涉及经营者惩罚性赔偿的法律规则体系中,需要注意规则I与规则II的区别。笔者认为,若单纯以文义解释分析“消法55条”第一款、《食品安全法》第144条第二款以及《药品管理法》第148条第三款,最高法院的规则有其合理性。但从统一裁判价值取向考虑,无论支持还是反对“知假买假”者诉请惩罚性赔偿,都不宜在区分食品药品和普通消费的基础上设置两种截然不同的裁判规则。因为法官为支持食品药品“知假买假”者诉请惩罚性赔偿而作出的涉及价值评价的那些判决说理,和他们为反对普通消费“知假买假”者诉请惩罚性赔偿而作出的那些判决说理,往往是矛盾的。^⑩难以解释的是,为何后者“知假买假”在价值评价上有违诚信原则(这是很多判决的主要理由),而前者“知假买假”则不存在此问题?

(二)判定因果关系的消费者理性基准

判定经营者行为是否导致消费者产生错误认识,首先需考虑以什么样的消费者理性为基准。以往理论与实践对此有两种观点。“一般理性说”认为,评价经营者是否误导消费者,应以具备一般生活经验及认知能力的普通消费者的理性为基础,^⑪以此避免经营者欺诈的司法判定规则被滥用。但“个体理

性说”认为,“该因果关系以对于被欺诈人自己存在为已足,不必考虑通情达理之第三人会是如何”,^⑥“受欺诈人的行为是否具有过错,也即他是否在尽到交易中必要谨慎的情况下可以看穿欺诈则在所不问”^⑦。笔者认为,无论是“一般理性说”还是“个体理性说”,其目的都是为消费者设定一定程度的注意义务。虽然表面上看“一般理性说”和“个体理性说”具体主张不同,但并不绝对冲突,两者各有适用场景。

其一,如果讨论的场景是经营者面向不特定多数消费者作出的宣传广告是否虚假、是否对消费者产生误导,此时应以“一般理性说”为基准。假若大多数的一般理性消费者不认为宣传广告导致其产生错误认识,则不应认定存在经营者欺诈。这实际上也意味着,客观上经营者发布的信息不是法律意义上的虚假信息。至于一般理性消费者如何认知,在司法技术层面往往取决于法官基于其社会经验的判定,而非来自规范意义的社会调查和统计分析结果。例如在“高文军诉广州市晶灵宝石有限公司、西安赛格商业运营管理有限公司欺诈纠纷案”中,两审法院均认为,两被告公司在宣传其珠宝商品的养生功能时“虽存在夸大或不实之处”,但“对于具有一般认知能力的消费者而言,购买珠宝的主要目的是佩戴装饰,购买时主要考虑的因素是产品质量、设计款式及蕴含的美好寓意等,不能以个体消费者的主观判断作为认定产品对消费者造成误导的理由”。

其二,如果讨论的场景是经营者面向特定消费者作出的个别陈述是否虚假、是否对该消费者产生误导,此时应以“个体理性说”为基准。因为,此场景中经营者提供的信息是个体化、特定化的。若消费者认知能力和社会经验均不及其他一般理性消费者,经营者完全有可能以一种旁人看来颇为幼稚甚至不可思议的欺诈手段即已足够导致该消费者产生错误认识。如忽略特定消费者的个体情况而仍然坚持以“一般理性说”为评价基准来判定是否存在经营者欺诈,显然不利于保护社会弱势群体。

(三)判定因果关系的基本方法与例外规则

消费者因经营者故意提供虚假信息或隐瞒重要事实产生错误认识并据此向经营者作出意思表示,是认定经营者欺诈并追究惩罚性赔偿责任的因果要件。^⑧所谓错误认识,是指消费者对交易内容及相关重要情况的认知偏差,而“欺诈行为的成立要以达到违反交易商要求的诚信为必要,必须是达到了社会生活上不能容许的程度”。^⑨在逻辑层面,可将此因果关系概括为:若非受经营者欺诈误导,则消费者必然不购买或必然不按此交易条件购买。

虽然以往文献对经营者欺诈的因果要件已有诸多规范分析,但其对司法审判的操作方法、操作规则缺乏具体研究。纵观既往判例,虽然法官在认定经营者欺诈时都直接或间接地提及因果要件,但也多是一笔带过,并未详细论述。鉴此,有必要进一步研究并归纳判定经营者欺诈因果要件的具体方法和操作规则。从实践看,经营者所为之欺诈可能隐藏在要约邀请中,也可能体现在要约中。因此作为欺诈的构成要件之一,“基于错误认识作出意思表示”通常是指消费者以明示或默示方式发出的,意欲与经营者缔结合同的要约或承诺,其最终效果体现为双方成立消费合同关系。这意味着,法官判定经营者欺诈的因果要件时,应围绕消费合同内容展开调查。

考虑到提供虚假信息和隐瞒重要事实在行为方式上的不同,笔者认为,可将因果关系的司法判定总结为两种方法:一是考察合同实际转化情况。在涉嫌提供虚假信息的情形下,需调查与商品、服务实质相关的虚假信息是否已实际转化为消费合同的内容,或者虚假信息是否已实际转化为促成消费者订立合同的直接诱因(欺诈性的网络直播带货多存在此类问题)。若是,则可判定消费者已基于虚假信息产生错误认识并作出意思表示。二是比较重要事实与合同目的。在涉嫌隐瞒重要事实的情形下,需考察消费者事后所主张的、被经营者隐瞒的重要事实,与消费者缔约目的是否实质相关,即假设消费者缔约时知悉该等事实,其是否会放弃购买相关商品,或

者实质性地改变其要约与承诺。若是,则通常可推定经营者隐瞒重要事实与消费者的错误认识有因果关系。

上述是从正向思维角度阐述判定经营者欺诈因果要件的基本方法。考虑到实践中可能存在的一些特殊情形或混淆因素,有必要结合理论学说和典型判例,从反向思维角度归纳因果要件的若干例外情形:

一是消费者明知排除规则。如前所述,若消费者缔约前已知悉商品实际情况与经营者提供的信息不符,此时经营者固然可能涉嫌虚假宣传,但消费者并未被误导进而产生错误认识,因果要件未成就。除此之外,有的情况下经营者事先已通过合理方式对商品实情与宣传广告可能存在的差异作出声明(如商品与广告照片的色差),有的情况下经营者已就交易价格的变动尽到了合理提示义务,^①或者已就交易中的过失及误解尽到合理告知义务,^②有的情况下商品实情本身即存在或然性(如玉石交易、盲盒交易),此时应推定消费者已事先知悉交易风险,可排除欺诈成立。

二是直观识别排除规则。规范意义上的虚假信息所针对的事项通常有一定隐蔽性,消费者无法轻易通过外观直接感知、获取和判断信息真伪。换言之,如果有关商品的某一状况是消费者可以通过直接观察即可轻易得知的(如商品显著的型号差别、^③外观差别、^④尺寸差别^⑤),而消费者并未就该状况提出质疑或反对,此时应推定消费者已知悉商品实情与经营者先前陈述信息有差异,即无论经营者提供的信息是否虚假,消费者均未受其影响而产生错误认识。

三是非决定因素排除规则。经营者欺诈语境下的虚假信息应是是与交易核心内容有关,且能够实质影响消费者意思表示的信息(有判例称其为“决定性因素”^⑥)。此项判断标准的表述也可转换为:假设无论经营者是否提供该项虚假信息,依照常理或习惯消费者很大概率也会购买,则此时不应认为该信息

导致经营者产生错误认识。这意味着,从完整的构成要件考虑,单纯提供虚假信息或隐瞒重要事实并不必然构成经营者欺诈。例如消费者购买服装时,经营者对服饰里料材质的介绍有虚假信息,法官可能认为“涉案商品上的标签虽未如实反映产品成分,但尚不足以影响消费者的购买行为”。^⑦

五、合同撤销与惩罚性赔偿数额的确定

(一)合同撤销与惩罚性赔偿的关系

经营者欺诈发生于经营者与消费者的合同关系中,该行为首先损害了消费者知情权,其次还可能损害消费者的财产权甚至人身权。故理论界一般认为,经营者欺诈将导致合同法和侵权法的双重法律责任,立法则将其统摄至缔约过失责任范畴进行处理。在合同关系层面,《民法典》第148条和原《合同法》第54条分别规定,受欺诈方有权撤销合同;在损害赔偿层面,“消法55条”第一款规定了惩罚性赔偿责任。

就两者适用关系而言,理论界似有不同观点。在构成经营者欺诈的情形下,有研究者认为,惩罚性赔偿“应当基于有效的合同作出,而不应当在合同被宣告无效或被撤销以后作出”,^⑧但也有研究者认为,消费者的合同撤销权与惩罚性赔偿的请求权相对独立,可分别行使,且立法对两者行使的先后顺序并无要求。^⑨大部分案例显示,作为原告的消费者的都是在诉请撤销合同的同时主张惩罚性赔偿。此情况下,法院无须专门论述合同撤销与惩罚性赔偿的关系。但也有判决指出,诉请惩罚性赔偿应以合同撤销为前提;^⑩还有的判决在当事人未明确主张撤销合同的情况下,以当事人诉请经营者承担全部商品赔偿责任直接推定消费者具有“解除合同的意思表示”。^⑪

笔者赞同将合同撤销与惩罚性赔偿区分为两个问题,且不必要求将前者视为后者的必然前提。其一,合同撤销与惩罚性赔偿是经营者欺诈在合同法和侵权法(消费者权益保护法)下同时产生的两个法律后果,两者性质有别,且逻辑上不存在必然冲突。^⑫其二,针对经营者欺诈,“消法55条”并未强制要求增

加三倍赔偿必须以合同撤销为前提。其三,若消费合同已成立但消费者暂未付款、尚未遭受损失,此时应允许消费者撤销合同,但难以支持消费者诉请基于价款的惩罚性赔偿。其四,撤销将溯及既往,可以“清除合同”并取消所有的清偿请求权。^⑧但实践中存在这样的情况,消费者在被欺诈后购买的商品已消耗,此时是否撤销合同意义不大,对消费者有实质价值的救济是诉请惩罚性赔偿。

简言之,在经营者欺诈情形下消费者至少有三种选择:一是消费者如尚无损失或损害结果,可单独主张撤销合同。二是消费者如已遭受损失或损害且商品有返还可能,可主张撤销合同、诉请惩罚性赔偿并同时返还商品,经营者应“退一赔三”;三是消费者如已遭受损失或损害,但撤销合同已无现实必要或者已无客观可行性,或者消费者不主张撤销合同(通常表现为不主张返还商品和要求经营者退还商品价款),可单独诉请经营者惩罚性赔偿。^⑨

(二)惩罚性赔偿的计算基数

“消法55条”规定,遭受欺诈的消费者可主张增加赔偿的金额是消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍,若造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的,则惩罚性赔偿的金额是所受损失二倍以下。此处暂只讨论第一款情形下的赔偿基数。依第一款文义解释,立法者设定的惩罚性赔偿的计算基数是商品价款或服务费用(以下统称价款)。有必要强调,该价款原则上应是指消费者实际支付的金额。因为“消法55条”第一款强调消费者主张惩罚性赔偿的前提是受到损失,若消费者未付款,其经济损失尚未体现,且损失的具体数额也难以准确度量。根据笔者已检索的司法判例,目前也未发现有法院在消费者未付款情况下判决经营者惩罚性赔偿。

这意味着,在经营者欺诈情形下:(1)如果合同关系已成立但消费者尚未付款,则消费者可主张撤销合同,也可依《民法典》第500条主张信赖利益损失赔偿,但不能依“消法55条”主张惩罚性赔偿。(2)如果

是分期付款模式,消费者已部分付款,则惩罚性赔偿的计算基数应是已支付金额,不包括应付未付的其他金额。(3)在商品打折、优惠情况下,或者在消费者主动加价购买情况下,^⑩应以消费者实际支付的价格而不是经营者原来的标价作为计算基数。(4)如果消费者按合同约定支付了定金,但尚未支付商品价款,考虑到定金罚则本身可体现对经营者的惩罚,且一旦消费者获得双倍定金返还,则其损失已得到弥补,因此合适的处理方式是允许消费者依定金罚则要求双倍赔偿定金,但不可重复主张惩罚性赔偿。

一般情况下,作为惩罚性赔偿计算基数的金额应是消费者购买的整体意义上的商品的款项,而不是商品某一部分对应的价款。但对于整体造价很高的某些商品,如果经营者只是针对它的某一部分有欺诈行为(如高档汽车的某一零件并非原装配套,但经营者未如实告知),此时是以商品价款总额作为惩罚性赔偿的计算基数,还是以涉嫌欺诈部分的对应价款作为计算基数?司法审判对此尚无统一观点。有判例认为应以涉嫌欺诈部分所对应的价款为基数来计算赔偿金额,^⑪但也有判例认为,“从法条文义来看,只要经营者提供商品或者服务存在欺诈行为,则需要按照商品价款接受服务的费用的三倍进行赔偿。该法条并未对消费者受到损失的大小进行区分”。^⑫笔者认为,确定惩罚性赔偿计算基数应以“商品整体价款基数”为一般规则,以“商品部分价款基数”为例外规则。

首先,多数情况下,虽然经营者欺诈指向的只是商品某一方面的信息,但其与商品整体没有可分离性,难以区分出欺诈内容所对应的价款比例。更重要的,虽然欺诈可能只针对商品某方面信息,但所造成的后果往往是消费者对商品整体情况的认可和接受,在付款购物后,消费者所受损失也是整体商品价款的损失。因此不宜把“商品部分价款基数”作为基本规则,否则会加重消费者的举证难度。其次,“商品部分价款基数”是基于特殊个案中公平原则考量而设置的例外规则。其适用需满足几个条件:一是可分离

性,即“从商品的属性、使用特点和生活常识判断,涉嫌欺诈部分的价值判断和功能可以从商品整体分离出来,且不影响商品整体的安全性能及使用”,^⑧该部分对应的价款比例可独立计算。^⑨二是非决定性,即按常理,欺诈指向的部分相比商品整体功能和价值而言并不具有决定性影响,或者并非居于整体商品的核心地位。三是显失公平性,即欺诈指向部分对应的价款相对商品整体价款的比例很小,若以商品整体价款作为计算惩罚性赔偿的基数将显失公平。最后,权衡适用“商品整体价款基数”还是“商品部分价款基数”,还需考虑一种特殊情形,即消费者支付价款的对价是否全部属于消费性质。例如在涉及金融产品或金融服务时,需注意同一产品可能同时涵盖消费和投资两种属性,其分别对应两种对价。若出现经营者欺诈,则惩罚性赔偿的基数应是产品总价款减去投资部分的对价,仅以消费部分的对价为基数。^⑩

(三)惩罚性赔偿的计算倍数

根据“消法55条”、《食品安全法》第148条第二款和《药品管理法》第144条第三款规定,在经营者欺诈情形下,惩罚性赔偿倍数按以下标准确定(见表4)。

依文义解释,只有“消法55条”第二款规定了弹性的赔偿倍数(损失的二倍以下),其他条款规定的都是固定倍数。对于法官而言,“消法55条”第二款规定的弹性空间是为其自由裁量所预留,即无论当事人如何主张,法官都有权在二倍以下判定一个具体数额。至于其他条款,由于其规定的是明确的倍数,因此在该种情况下一旦成立经营者欺诈,法官不能自行考虑酌情减少,否则可能明显违背“消法55条”规定的立法本意。^⑪对于消费者而言,由于民事权利

可以放弃,因此无论立法预留了弹性空间还是明确具体倍数,其都可自主决定其所欲主张的惩罚性赔偿的倍数和额度,只要未超过法定上限即可。^⑫但对于经营者而言,如果他们事先向消费者承诺的赔偿标准高于相关法定标准,则消费者有权主张经营者按其承诺承担赔偿责任。^⑬

更复杂的是,在法律规则竞合情形下,“消法55条”与《食品安全法》第148条第二款、《药品管理法》第144条第三款可能构成一般法与特别法的关系。明确此关系的意义是,如果消费者购买食品或药品时遭遇经营者欺诈,但人身权利未受损害,且无法证明案涉食品不符合食品安全标准,或者无法证明案涉药品是假药、劣药,则无法主张价款十倍或损失三倍的惩罚性赔偿。此时,可能的权利救济途径是回到“消法55条”第一款,将涉案食品或药品解释为“消法55条”下的商品,进而允许消费者主张价款三倍的惩罚性赔偿。实践中已有案例体现此思路。^⑭

可对比的是,有判决认为“消法55条”第二款“对致人死亡或者健康严重受损的恶性产品责任案件都赋予了法官自由裁量惩罚性赔偿金的权力”,因此如果经营者欺诈“比恶性产品责任轻微得多”,则法官有权不适用《药品管理法》第144条第三款规定的价款十倍的赔偿金,而是适用“消法55条”第一款规定的价款三倍的赔偿金。^⑮笔者认为,上述判决理由值得商榷。因为从法条规范分析角度看,在涉及食品、药品的经营者欺诈时,放弃《食品安全法》第148条第二款或《药品管理法》第144条第三款(判处十倍赔偿)并转而适用“消法55条”第一款(判处三倍赔偿)的

表4 立法对惩罚性赔偿计算倍数的规定

适用情形	法条	赔偿倍数	适用前提
一般商品、服务的经营者欺诈	“消法55条”	支付价款的三倍	已实际支付价款
		损失的二倍以下	造成人身损害或死亡
涉及食品的经营者欺诈	《食品安全法》第148条第二款	支付价款的十倍	所涉食品不符合食品安全标准
		损失的三倍	
涉及药品的经营者欺诈	《药品管理法》第144条第三款	支付价款的十倍	所涉药品是假药、劣药
		损失的三倍	

依据,不是基于法官自由裁量权,而是因为虽能查明经营者欺诈,但没有证据显示经营者生产、销售的食品不符合安全标准或者相关药品是假药、劣药。换言之,在当事人主张适用《药品管理法》第144条第三款时,一旦查明案涉药品确系假药,此时已符合《药品管理法》的适用情形,法官不应自作主张转而适用“消法55条”第一款。

结语

本文以体系化思维深入分析经营者欺诈的理论争议问题和实践疑难问题,系统研究经营者欺诈司法判定的方法、标准和程序。需归纳和强调的基本要点是:

第一,立法有三类规则设定了经营者惩罚性赔偿责任,分别对应经营者欺诈、产品缺陷的经营者侵权和特定领域的经营者恶意违约三种行为。尽管构成要件差异显著,但实践中三者可能出现竞合。若进一步考虑到“惩罚性赔偿责任的判处需以消费者遭受实际损失为前提”等因素,从逻辑上可以认为,经营者欺诈既非惩罚性赔偿的必要条件,也并非惩罚性赔偿的充分条件。

第二,尽管以传统民事理论为根基,但是经营者欺诈各项构成要件的司法判定仍有其特点。主观要件层面应区分“故意”的直接认定规则、举证认定规则和推定认定规则的适用场景,权衡个案中故意的恶性程度,合理界定经营者主观故意与消费者权益受损的关系。客观要件层面应明确虚假信息的性质、特点和评价标准,辨别经营者欺诈语境下的虚假信息与反不正当竞争法语境下经营者虚假宣传的异同,明确与交易有关的重要事实的具体类型以及经营者隐瞒重要事实的具体手段。因果关系要件层面应区分消费者“一般理性说”和“个体理性说”的适用情形,考察虚假信息在消费合同中的实际转化情况,分析被隐瞒的重要事实与消费者缔约目的的关联性,还应注意因果关系判定的例外规则。

第三,在构成欺诈的情况下,判决经营者惩罚性赔偿责任需厘清三组关系。一是单纯就欺诈本身而

言,其成立与否与消费者是否已实际遭受损失关系不大,但惩罚性赔偿的判处则需以消费者实际遭受损失或损害为前提。二是合同撤销与惩罚性赔偿虽有关联,但前者并非后者的必然前提。两者既可同时适用,也可分别适用。“不撤销合同但要求惩罚性赔偿”,或者“撤销合同但不要求惩罚性赔偿”都是可能选项。三是区分立法对消费者损失与损害的不同规定,并理解两者对消费者选择请求权基础的实质影响,以及对确定经营者惩罚性赔偿的基数和倍数的实质影响。

注释:

①参见《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2013]28号)第3条等。

②参见《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号,简称“九民纪要”)第77条。

③参见《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》(法办函[2017]181号)。

④参见最高人民法院2014年第23号指导案例(孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案)。

⑤曾威:《网络金融消费者认知偏差的法律应对》,《法商研究》2023年第4期。

⑥参见上海市长宁区人民法院(2020)沪0105民初9010号民事判决以及学界对该判决的讨论,如孟勤国:《治理算法歧视侵害消费者权益的关键问题——以大数据杀熟为视角》,《法律适用》2023年第3期。

⑦罗昆:《消费欺诈的认定及其私法效果》,《当代法学》2023年第4期。

⑧典型例证是,针对“知假买假”者可否诉请惩罚性赔偿的问题,《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》并未精确阐明经营者欺诈与食品、药品质量缺陷的侵权行为的区别,反而是之前《江苏省高级人民法院关于审理消费者权益保护纠纷案件若干问题的讨论纪要》(〔2016〕10号)对此作出的解释比较合理。

⑨参见湖北省随州市中级人民法院(2020)鄂13民终4号民事判决。

⑩参见广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终20345号民事判决。

⑪迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,北京:法律出版社2006年,第444页。

⑫“三要件说”有时也被扩展为“四要件说”,其不同点只是把前者的要件三拆分为两部分:一是欺诈导致消费者产生错误认识,二是消费者基于错误认识作出意思表示。

⑬王泽鉴:《损害赔偿》,北京:北京大学出版社2017年,第365页。

⑭刘大洪、段宏磊:《消费者保护领域惩罚性赔偿的制度嬗变与未来改进》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第4期。

⑮王利明:《惩罚性赔偿研究》,《中国社会科学》2000年第4期。

⑯参见河南省高级人民法院(2021)豫民再82号民事判决。

⑰王泽鉴:《民法总则》,北京:北京大学出版社2009年,第309页。

⑱可比较“李可与大商集团河南超市连锁发展有限公司开封分公司产品销售者责任纠纷案”的一系列判决:开封市龙亭区人民法院(2013)龙民初字第593号民事判决,开封市中级人民法院(2013)汴民终字第1397号民事判决,河南省人民检察院豫检民(行)监(2015)4100000233号民事抗诉书,河南省高级人民法院(2016)豫民再549号民事判决。

⑲胡长清:《中国民法总论》,北京:中国政法大学出版社1997年,第247页。

⑳参见《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》(法释[2022]8号)第7条。

㉑其原因多是员工为增加个人业绩而以欺诈诱使消费者尽快签约。

㉒参见江苏省高级人民法院(2019)苏民再332号民事判决。

㉓王利明:《民法总则研究》,北京:中国人民大学出版社2012年,第709页。

㉔参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(法(办)发[1988]6号,已废止)第68条。

㉕相关讨论参见杨立新:《〈消费者权益保护法〉规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施》,《清华法学》2010年第3期;王雷:《惩罚性赔偿的证明难题及其缓解》,《国家检察官学院学报》2020年第4期。

㉖《侵害消费者权益行为处罚办法》第5条第(一)项至第(六)项的规定即属此类情况。

㉗参见河南省高级人民法院(2020)豫民再14号民事判决。

㉘参见湖南省高级人民法院(2019)湘民再487号民事判决。

㉙参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民再227号民事判决。

㉚《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第28条第一、三款的规定即属此类情况。

㉛朱庆育:《民法总论》,北京:北京大学出版社2016年,第281页。

㉜王家福主编:《中国民法学·民法债权》,北京:法律出版社1991年,第350页。

㉝维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,北京:法律出版社2013年,第631页。

㉞迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社2001年,第594页。

㉟参见重庆市高级人民法院(2018)渝民再218号民事判决。

㊱参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民再227号民事判决。

㊲参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2020)新01民终2687号民事判决。

㊳程啸:《侵权责任法》,北京:法律出版社2015年,第514页。

㊴参见宁波市鄞州区人民法院(2018)浙0212民初14821号民事判决,宁波市中级人民法院(2020)浙02民终701号民事判决。

㊵参见最高人民法院(2018)最高法民终12号民事判决。

④①刘颖、刘文鉴:《数字化背景下德国消费者保护法的新发展——德国〈公平消费者合同法〉评述与启示》,《德国研究》2023年第1期。

④②《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(法释[2007]2号,已废止)第8条曾强调此问题。

④③迪特尔·施瓦布:《民法导论》,第445页。

④④参见浙江省绍兴市中级人民法院(2021)浙06民终3129号民事判决。

④⑤参见湖南省长沙市中级人民法院(2019)湘01民终9501号民事判决。

④⑥参见《上海市消费者权益保护条例》第38条。

④⑦卡尔·拉伦茨:《法律行为解释之方法》,范雪飞、吴训祥译,北京:法律出版社2018年,第7页。

④⑧迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,北京:法律出版社2007年,第68页。

④⑨在一些特殊领域,法律规定如果经营者广告所作的说明和允诺具体确定,并对合同订立以及价格的确定有重大影响,该广告可构成要约,例如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2020]17号)第3条即属此类规则。

④⑩参见上海市松江区人民法院(2019)沪0117民初17843号民事判决。

④⑪高庆凯:《合同形式主义的演进及其影响——消费者保护的视角》,《法学研究》2022年第5期。

④⑫参见最高人民法院(2019)最高法民申898号民事裁定。

④⑬参见《上海市消费者权益保护条例》第40条。

④⑭例如汽车的前挡风玻璃涉及汽车安全,汽车出售前,前挡风玻璃是否被更换对消费者是否选择购车会产生直接影响,故应属于重要事实,参见江苏省高级人民法院(2019)苏民再373号民事判决。

④⑮参见北京市高级人民法院(2019)京民再5号民事判决。

④⑯参见北京市第四中级人民法院(2022)京04民终112号民事判决。

④⑰参见贵州省高级人民法院(2016)黔民初166号民事判决。

④⑱参见最高人民法院(2018)最高法民终12号民事判决。

④⑲参见《消费者权益保护法》第2条。

④⑳参见最高人民法院(2021)最高法民申2322号民事裁定书。

④㉑参见福建省高级人民法院(2014)闽民终字第1367号民事判决。

④㉒参见最高人民法院(2018)最高法民终12号民事判决。

④㉓参见大连海事法院(2020)辽72民初64号民事判决。

④㉔参见吉林省高级人民法院(2016)吉民终515号民事判决。

④㉕可以比较“山东省青岛市中级人民法院(2022)鲁02民终2668号民事判决”和“山东省青岛市中级人民法院(2019)鲁02民终263号民事判决”的审理思路、判决结果和价值评价层面上的说理。

④㉖参见最高人民法院(2018)最高法民申1270号民事裁定,陕西省高级人民法院(2020)陕民终96号民事判决。

④㉗韩世远:《合同法总论》,北京:法律出版社2018年,第254页。

④㉘维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,第646页。

④㉙梁慧星:《民法总论》,北京:法律出版社2007年,第178页。

④㉚韩世远:《合同法总论》,第254页。

④㉛参见北京市第四中级人民法院(2021)京04民终428号民事判决。

④㉜参见广州互联网法院(2023)粤0192民初256号民事判决。

④㉝参见上海市第一中级人民法院(2016)沪01民终3033号民事判决。

④㉞参见山东省济南市天桥区人民法院(2021)鲁0105民初10535号民事判决。

④㉟参见河南省高级人民法院(2018)豫民再970号民事判决。

④㊱参见河南省高级人民法院(2015)豫法民提字第405号民事判决。

- ⑦参见北京市高级人民法院(2018)京民再85号民事判决。
- ⑧王利明:《惩罚性赔偿研究》,《中国社会科学》2000年第4期。
- ⑨参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014年第3期。
- ⑩参见吉林省高级人民法院(2018)吉民再104号民事判决。
- ⑪参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新民再118号民事判决。
- ⑫陈甦主编:《民法总则评注》(下册),北京:法律出版社2017年,第1069页。
- ⑬迪特尔·梅迪库斯:《请求权基础》,陈卫佐等译,北京:法律出版社2012年,第31页。
- ⑭参见四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第3859号民事判决。
- ⑮如消费者为了获得商品优先购买权而支付比正常标价更高的价格。
- ⑯参见江苏省连云港市中级人民法院(2018)苏07民终851号民事判决。
- ⑰参见江苏省高级人民法院(2019)苏民再517号民事判决。
- ⑱参见湖北省武汉市黄陂区人民法院(2014)鄂黄陂民初字第00271号民事判决。
- ⑲参见广东省高级人民法院(2018)粤民再177号民事判决。
- ⑳参见最高人民法院(2017)最高法民申1462号民事裁定。
- ㉑参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民再6号民事判决。
- ㉒参见山东省高级人民法院(2014)鲁民提字第332号民事判决。
- ㉓参见《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》第10条。
- ㉔参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2021)新01民终6426号民事判决,四川省高级人民法院(2017)川民再348号民事判决。
- ㉕参见山东省青岛市中级人民法院(2022)鲁02民终2668号民事判决。

A Systematic Study of the Judicial Judgment Rules of Business Operators' Fraud

Dong Chun'e

Abstract: With the improvement of legislation, the legal framework aimed at regulating the business operator's fraud has been basically formed. But practice shows that the increase of legal rules does not mean that the logic between rules is self-consistent and there are relatively unified judgment standards for litigation disputes involving operator's fraud. Nor does it mean that the controversial issues in relevant theoretical research and judicial practice of the business operator's fraud have been fully explained. In order to apply the rules of law accurately, the rules related to operator's behavior regulation, the rules involving the constituent elements of operator's fraud and the rules involving punitive compensation should be comprehensively analyzed with systematic thinking. Also it is necessary to(1)distinguish the differences of business operator's fraud, product defects infringement and malicious breach of contract by operators, to(2)clarify the logical relationship between business operator's fraud and punitive compensation operators, to(3)clear the legal connotation and judgment standard of the component of business operator's fraud, and to(4)determine the calculation base and multiple of punitive compensation reasonably.

Key words: Business Operators; Fraud; Judicial Judgment; Consumer's Rights and Interests; Punitive Compensation