



经济法纵论

问清泓 著

长江出版传媒
© 湖北人民出版社

JINGJIFA ZONGLUN

经济法纵论

问清泓 著

图书在版编目(CIP)数据

经济法纵论/问清泓著.

武汉:湖北人民出版社,2013.12

ISBN 978-7-216-07931-0

I. 经… II. 问… III. 经济法—研究—中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 282019 号

出品人:袁定坤

责任编辑:施先稳

封面设计:汪 汉

责任校对:游润华

责任印制:杜义平

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

印刷:武汉市福成启铭彩色印刷包装有限公司

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字数:214 千字

版次:2013 年 12 月第 1 版

书号:ISBN 978-7-216-07931-0

地址:武汉市雄楚大道 268 号

邮编:430070

印张:13.5

插页:2

印次:2013 年 12 月第 1 次印刷

定价:38.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

目 录

第一章 消费者权益保护法	(001)
第一节 消费者的界定	(001)
第二节 消费者健康环境权	(004)
第三节 《消费者权益保护法》第四十九条解析	(007)
第四节 《消费者权益保护法》修改建议	(011)
一、构建“后悔权”制度	(011)
二、加大惩罚性赔偿力度	(017)
三、重构消费者协会组织	(021)
四、其他修改建议	(025)
第二章 反不正当竞争法	(033)
第一节 《反不正当竞争法》立法缺陷	(033)
一、《反不正当竞争法》的主体问题	(033)
二、《反不正当竞争法》的执法机构	(035)
三、法律归责细化问题	(038)
第二节 反向假冒之法律性质研究	(042)
一、反向假冒的法律性质之争	(043)
二、反向假冒法律性质——“聚合说”	(045)
三、小结	(051)
第三节 反向假冒之竞争法规制	(052)
一、竞争法规制反向假冒的立法价值	(052)
二、竞争法规制反向假冒的行政责任	(054)
第四节 反向假冒之商标法规制	(057)

一、缺失隐形反向假冒立法规定	(058)
二、仅仅只规定了一个成立条件	(060)
三、对反向假冒的外延规定太窄	(061)
四、对反向假冒的处罚力度太小	(061)
第五节 反向假冒之刑法规制	(062)
一、增设反向假冒商标罪,是“罪刑法定”的一般要求	(064)
二、增设反向假冒商标罪,是国际立法惯例的普遍需要	(065)
三、增设反向假冒商标罪,是克服司法实践缺陷的要求	(066)
四、增设反向假冒商标罪,可降低知识产权犯罪的门槛	(067)
 第三章 反垄断法	(070)
第一节 行政性垄断之定义研究	(070)
一、行政性垄断的各种定义	(070)
二、行政性垄断定义的分歧	(072)
第二节 行政性垄断的成因分析	(078)
一、传统文化惯性的影响	(079)
二、计划经济体制的影响	(081)
三、“承包责任制”的影响	(082)
四、“寻租”现象的影响	(082)
第三节 行政性垄断的形态研究	(085)
一、非法行政性垄断的形态	(085)
二、合法行政性垄断的形态	(090)
第四节 反非法行政性垄断之对策研究	(094)
一、从体制上反非法行政性垄断	(095)
二、从立法上反非法行政性垄断	(097)
第五节 《反垄断法》之私权利保护	(105)
一、《反垄断法》私权利保护之缺陷	(106)
二、《反垄断法》私权利救济之完善	(110)
第六节 反垄断典型案例解读	(113)
一、2008 年联通与网通合并案	(113)
二、2013 年奶粉价格垄断案	(117)

三、2013 年上海黄铂金饰品价格垄断案	(119)
第四章 企业法	(122)
第一节 表见合伙	(122)
一、表见合伙一般原理	(122)
二、表见合伙价值判断	(125)
三、立法建议	(131)
第二节 隐名合伙	(132)
一、隐名合伙价值判断	(133)
二、隐名合伙缺陷分析	(137)
三、隐名合伙替代制度	(140)
第三节 企业法之竞业禁止	(142)
一、公司法之竞业禁止	(143)
二、合伙企业法之竞业禁止	(146)
第五章 产品质量法	(148)
第一节 产品质量法中“产品”的界定	(148)
第二节 关于惩罚性处罚的问题	(150)
第三节 关于产品瑕疵和产品缺陷	(154)
第四节 产品质量监督体制	(157)
一、我国产品质量监督体制的现状	(157)
二、我国产品质量监督体制的缺陷	(158)
三、完善产品质量监督制度的构想	(161)
第六章 统计法	(165)
第一节 法律责任范围太窄	(165)
第二节 法律责任避重就轻	(167)
一、处罚太轻	(167)
二、罚款额度太小	(169)
第三节 无自然人法律责任	(169)

第七章 政府采购法	(173)
第一节 政府采购的特征	(173)
一、采购主体的特定性	(174)
二、采购目的的公共性	(175)
三、采购资金的公共性	(175)
四、采购程序的公开性	(176)
五、采购对象的复杂性	(176)
第二节 政府采购的原则	(178)
一、公开公平原则	(178)
二、诚实信用原则	(180)
三、竞争性原则	(181)
第八章 食品安全法	(183)
第一节 食品消费领域引入惩罚性赔偿制度之必要性	(184)
一、传统民法平等性的丧失	(184)
二、我国食品消费领域的现状	(185)
三、引入和加强惩罚性赔偿制度的作用	(188)
四、食品消费的特殊性	(190)
第二节 食品消费领域中惩罚性赔偿的适用	(190)
一、惩罚性赔偿的一般条件	(190)
二、惩罚性赔偿的具体条件	(192)
第三节 食品消费领域惩罚性赔偿制度的不足和设想	(196)
一、赔偿数额的不足及设想	(196)
二、惩罚性赔偿的求偿成本过高及解决方法	(199)
三、惩罚性赔偿适用的主观过错范围过小及修正	(201)
第九章 经济法教学模式改革	(203)
第一节 经济法案例教学模式的改革	(203)
第二节 经济法实践教学模式的改革	(206)
后记	(211)

第一章 消费者权益保护法

我国《消费者权益保护法》在适用中暴露出了一些问题，值得我们反思。本文对消费者的定义、消费者的健康环境权以及《消费者权益保护法》第四十九条作了深刻的论述，提出了我国消费者应享有的健康环境权这一新构想，探讨了经济法的惩罚性赔偿制度，对“三倍”归责原则提出了多法整合的修正意见。

消费者的权益保护是随着消费者问题的日益严重而产生和发展的，我国自1993年颁布《消费者权益保护法》以来，取得了一定的成效，但也暴露出了一些亟待解决的问题：消费者定义的界定模糊不清，保护消费者权益的法律体系的需要全面整合；消费者的健康环境权问题日趋突出，我国法律无此规定，需要立法赋予消费者以健康环境权；消费者的权益保护法体现出的经济法的惩罚性赔偿制度有待完善，“三倍”归责原则还需借鉴国外的成功经验，不断修正，多法整合；《消费者权益保护法》第四十九条有必要重新解读，以便科学适用。笔者现就此三大问题，以企图之。

第一节 消费者的界定

《消费者权益保护法》是以消费者为中心的法，是调整以消费者为中心所发生的消费经济关系，因此，消费者的定义界定，是消费者权益保护的前提条件。对消费者的定义，还有一些值得研究的地方。

国际标准化组织（ISO）对消费者的定义是，消费者是以个人消费为目

的而购买或者使用商品和服务的个体社会成员^①。日本学者竹内昭夫认为,消费者就是为生活消费而购买、利用他人供给的物资和劳务的人,是供给者的对称^②。美国的《布莱克法律词典》定义消费者为:是区别于制造商、批发商和零售商而言的,包括购买、使用商品或服务的个体社会成员。

我国台湾的消费者保护法第二条规定:“消费者指以消费为目的而交易、使用商品或接受服务者”。我国有学者认为:“所谓消费者,是指为了满足个人生活消费的需要而购买、使用商品或者接受服务的居民。此处的居民是指自然人或称个体社会成员,以区别于政府或其他组织体。”^③刘文华教授的定义为:“消费者是为了满足生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务的,由国家专门法律确认其主体地位和保护其消费权益的个体社会成员。”^④也有按广义、狭义的方式解释的,认为狭义上消费者仅指为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务的公民;广义上包括有偿取得商品和服务,满足生产消费或物质、文化消费的单位和个人。一般是采用狭义的理解^⑤。

我国《消费者权益保护法》虽然没有直接定义消费者,但是第二条规定:“消费者为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护;本法未作规定的,受其他有关法律、法规保护。”

以上就是国内外关于消费者定义的通说,由此,笔者认为消费者应包括以下内涵:

第一,消费者是自然人。是购买、使用商品或者接受服务的个体社会成员,家庭应为消费者,因为它是由个人组成的,是复合自然人。法人和其他社会团体都不具有消费者的资格。有学者认为消费者为“购买、使用商品或接受服务用于个人消费的公民和单位(单位也称‘社会集团’)”^⑥,笔者认为消费者还有外国人和无国籍人,不能限制为“公民”,公民并不与自然人完全相同。“认为消费者包括‘单位’、‘组织’也是不妥的”^⑦。

① 国际标准化组织消费者政策委员会(ISO/COPOLCO)于1978年5月在其第一届年会上对消费者的解释。

② [日]金泽良雄:《经济法概论》,甘肃人民出版社1985年版,第416页。

③ 杨紫烜、徐杰:《经济法学》,北京大学出版社2001年版,第172页。

④ 潘静成、刘文华:《经济法》,中国人民大学出版社1999年版,第221页。

⑤ 李昌麒:《经济法》,中国政法大学出版社1997年版,第327页。

⑥ 肖平:《中国经济法》,中国人民大学出版社1994年版,第248页。

⑦ 潘静成、刘文华:《经济法》,中国人民大学出版社1999年版,第220页。

第二,消费者消费的终端是为了生活消费。消费者购买、使用的是生活资料,而不是生产资料或生产消费资料,对有些既可以是生活消费资料,也可以是生产消费资料的,如粮食、水、电等,区分的标准是看其购买的目的,如是为了终端的生活消费,就是消费者,否则不然。我国《消费者权益保护法》第五十四条虽然规定“农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料,参照本法执行”,但是这仅仅是为了保护农民这一特殊的弱势群体的权宜之计,是符合法律保护弱者的价值追求的,并不能据此否定消费者是指为个人生活消费为目的的普遍含义。关于“知假买假”或“疑假买假”者是否可以成为消费者的问题,即“王海现象”这是一直有争议的问题,一些人认为是消费者,另外一些人则认为不是消费者。笔者认为,“知假买假”或“疑假买假”者应作为消费者,虽然他们的购买目的不是为了消费,动机也许“不纯”,但是这一行为对鼓励消费者打假很有效果,就“知假买假”或“疑假买假”者个人来说,算不上是真正的消费者,但他从整体上保护的,仍然是其他消费者的利益,从此意义上看,是消费者群体中的一个,应该属于消费者。

第三,消费者接受的服务应是有偿的。有偿性是本法规定“服务”的特征,无偿或义务性的服务,不受本法调整。如志愿者提供的服务所引起的法律问题,应由志愿者活动法规调整,我国目前虽然还没有这方面的法律,但有的城市已开始着手制定有关的地方规章,即使没有,也可以暂且由民法调整。消费者到公园游玩,接受的是有偿服务,但其权益受到侵犯时,公园理应承担法律责任。北京圆明园游客刘咚咚游园时被杀案,一审判决公园无过错,作为旅游经营者圆明园管理处的经营行为与游客刘咚咚的死亡间不存在法律上的因果关系,不承担法律责任。此案件有较大争议,中国人民大学法学院教授杨立新针对此案,提出了针对经营者的“补充责任”的构想:经营者对消费者负有安全保障的法定义务,要防止他人对消费者的侵害。但是经营者没有尽到义务,导致消费者被杀了被抢了,在能够确定加害人时,由加害人承担责任;在加害人无法确定时,由安全保障义务人承担全部责任;如果能够确定加害人,但是加害人没有足够赔偿能力时,剩余部分由负有安全保障义务的人承担^①。我国《最高人民法院关于审理侵权人身损害赔偿案件

^① 陈晓英、真东:《公园应当承担责任》,载《法制日报》2003年11月13日。

适用法律若干问题的解释（征求意见稿）》第八条规定：“从事住宿、餐饮、娱乐等向社会公众开放的营业或者其他社会活动的人，对相关公众未尽合理限度范围内的安全注意义务，致使他人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。”这些规定，都是为了更好地保护消费者的权益，使消费者接受的服务具有基本的安全性。当消费者接受的是无偿服务而导致损害的，不应适用《消费者权益保护法》，但是应当按照其他法律规定得到应有的救济，消费者权益保护法律并不局限于一部法律。

我国产品质量法中的消费者的概念与消费者权益保护法并不一致，新的产品质量法（2000年修订的）虽然将旧产品质量法中的“用户、消费者”统一修改为了“消费者”，屏弃了旧法“用户”的歧义，但消费者的概念已扩大为为生产、生活而消费的公民、法人和其他组织，造成消费者的概念在不同的法中有不同的定义，比较混乱。如按法理，后法的效力优于前法，新的产品质量法的时间晚于消费者权益保护法（1993年），那么消费者的概念应按新的产品质量法的规定界定，但是这又与世界上的通行做法不一致，因此，要整合诸法，使之有一个统一完整的界定。

我国《消费者权益保护法》没有界定“邮购买卖”、“访问买卖”和“网上买卖”问题，消费者应包括“邮购买卖”、“访问买卖”和“网上买卖”中的人。我国台湾地区《消费者保护法》第二条第八款规定：“邮购买卖：指企业经营者以邮寄或其他递送方式，而为商品买卖之交易型态。”第九款规定：“访问买卖：指企业经营者未经邀约而在消费者之住居所或者其他场所从事销售，而发生之买卖行为。”邮购买卖、访问买卖和网上买卖目前在我国已经大量存在，他们的权益更容易受到侵害。我国《消费者权益保护法》应吸收台湾地区的有益经验，明文规定邮购买卖、网上买卖和访问买卖，完善立法，更好地保护邮购买卖和访问买卖中的消费者的合法权益。

第二节 消费者健康环境权

关于消费者的健康环境权问题，在理论和实践中都还是一片空白，几乎还找不到有关的论述，因此，笔者对此的论述带有很大的尝试性。

我国消费者享有九大权利，对消费者的权益的保护还是比较全面的，但

是由于没有规定消费者享有健康环境权，在实际生活中带来了一些问题，不利于更好地保护消费者的权益，应在《消费者权益保护法》增加这一权利，使消费者享有这一权利。在加入 WTO 之后，为了与国际社会接轨，也应当赋予消费者此项权利。

国际消费者组织联盟（IOCU）规定消费者享有八大权利，其中的第八个权利是有权享受一个健康的环境，即消费者的健康环境权。

笔者认为，消费者的健康环境权应是消费者享有的一个独立的权利，也是其他权利所不能包括的。消费者的健康环境权存在的法理基础是经营者应负的一种先契约义务。按照《合同法》的原理，先契约义务是指在合同成立前的缔约过程中，当事人依据诚实信用原则而应负的通知、协力、照顾、保护及保密等义务。经营者的先契约义务主要是指一种照顾和保护义务，消费者进入商店购买商品，从进入之时起，应当认为消费者与经营者已经形成缔约关系，经营者除要保护消费者的行走安全和乘坐电梯的安全外，还要让消费者享有一个优美的环境，就是先契约义务中的照顾、保护义务。当然，这里笔者所说的消费者的健康环境权，是指除了安全权之外的照顾、保护义务。

消费者享有的健康环境权就是经营者应当承担的先契约义务，如果经营者违反了照顾、保护的先契约义务，就构成侵犯消费者的健康环境权，就应当承担相应的民事责任——缔约过失责任。消费者享有的健康环境权是《合同法》的先契约义务在消费领域的具体体现之一，它不是表现在要订立合同之前，而是表现在消费者要购买商品或接受服务之前。

健康环境权主要体现在消费者购买商品的过程中，以及接受服务的过程中。消费者在购买商品时，有权享受一个健康的购物环境，而且是无偿的，经营者一般不得收费或在商品中另外加价。健康环境权包括：经营者应该为消费者提供方便，如提供免费洗手间、免费休息间、免费座椅；提供免费的报刊等。最近，有些媒体报道说，有些商家开始在购物场所将免费洗手间改为收费性的，引起消费者的反对，但是，消费者也得不到有力的法律支持，经营者到底有没有提供无偿服务的义务？消费者有没有这样的权利？他们是各持己见。目前，有些经营者为女士们提供“老公寄存处”，当然是要收费的，有的是按小时收的，这也遭到了质疑，到底该不该收费？收费的标准如何？笔者认为，要解决好这些问题，惟一

的办法就是，赋予消费者以健康环境权，使之有法可依，这也是法治的需要。

赋予消费者以健康环境权，可以弥补对消费者购买商品或接受服务前期的保护的不足。目前的法律主要是对消费者购买商品或者接受服务的中期和后期而言的，消费者购买商品或接受服务的前期，即预备期，也是消费中不可或缺的一个重要阶段，这个时期是整个消费的第一阶段，必须纳入法律的范畴。

消费者的健康环境权还应包括呼吸新鲜空气的权利。购买商品或接受服务的场所往往人多，空气的质量往往不好，经营者应该提供良好的通风条件，保证空气质量达标；消费者在购买商品或接受服务的场所还应享有“嫌烟权”，禁止吸烟不能仅仅作为一种道德上的要求，经营者应尽“嫌烟”的义务，如提供免费的吸烟室，并派专人规引吸烟者，不能仅仅贴几张禁烟告示就了事。消费者的健康环境权是公民的环境权的具体的体现之一。公民的环境权的核心为免受损害权和环境利用权，它包括与公民个人生存和健康直接相关并与个人生活密切联系的阳光权、通风权、眺望权、安静权、达滨权、嫌烟权，还包括既与公民个人生存和健康直接相关又与公益性或公共性密切联系的清洁空气权、清洁水权、风景权、环境美学权、历史文化遗产瞻仰权等等^①。消费者的健康环境权就是公民在消费的过程中所享有的具体的环境权之一，它与公民的环境权的关系是特殊和一般的关系，这和消费者的结社权是公民的宪法结社权的具体体现一样。

消费者的健康环境权还应包括消费者在购买商品或接受服务时，应享有免费停车的权利，而车子的安全则属于消费者的财产安全权之一种。随着社会的发展，消费者开车去消费的将越来越多，停车难的问题也日见凸显，经营者有义务为消费者提供泊位，而且不得收费。

消费者的健康环境权不但要求经营者承担起法定的先契约义务，还要求有关行政管理部门承担起自己的注意义务。在发放经营许可证时，对经营者的经营条件进行审核时，要将经营者能否承担健康环境权义务，作为一个重要指标，只有这样，才能更好地保护消费者的权益。

^① 吕忠梅：《环境法》，法律出版社1997年版，第137页。

第三节 《消费者权益保护法》第四十九条解析

我国《消费者权益保护法》第四十九条规定：“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格或者接受服务的费用的一倍。”第四十九条在适用中引发了一系列法律问题，值得我们仔细解读。

第一，确立了经济法的一种赔偿责任制度，突破了民法的局限性。第四十九条确立了“惩罚性赔偿制度”，是我国《经济法》责任制度的一种新的构件。在大陆法系，惩罚性赔偿从未被承认为民事责任的一种形式，“民事责任以恢复被侵害的民事权利为目的”，“民事责任的形式大多不具有惩罚性”^①。“在大陆法系，无论是侵权损害赔偿，还是违约损害赔偿，都是一种单纯的补偿性的民事法律制度，其基本功能，就是补偿侵权行为和违约行为的受害人因侵权行为和违约行为所遭受的财产损失。”^②我国《消费者权益保护法》突破了传统民事责任限制，采用了惩罚性赔偿制度，是经济立法的一大进步，对保护消费者的权益、打击欺诈的经营行为、鼓励消费者同欺诈行为作斗争等都有重要意义。经济法的这种独特的责任方式也是对所谓经济法没有自己的责任制度的有力反驳。

《消费者权益保护法》确立的惩罚性赔偿方式也与我国的《反不正当竞争法》、《产品质量法》和《价格法》所确立的惩罚性“三倍原则”相呼应。

我国的《反不正当竞争法》第二十一条中的第2款规定：“经营者擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的，监督检查部门应当责令停止违法行为，没收违法所得，可以根据情节处以违法所得一倍以上三倍以下的罚款。”该法第二十三条、第二十八条、第三十条都有关于“三倍”处罚的规定。

① 佟柔：《中国民法》，法律出版社1995年版。第44页。

② 杨立新：《“王海现象”的民法思考——论消费者权益保护中的惩罚性赔偿金》，载《河北法学》1997年第5期，第2页。

两法所规定的惩罚性责任制度也有不同之处：《消费者权益保护法》所规定的是增加“一倍”（即两倍），《反不正当竞争法》是“一倍以上三倍以下”；《消费者权益保护法》的规定是依申请的行为，增加赔偿以消费者的请求为前提条件，有关的行政部门、法院或仲裁机构在消费者未提出增加赔偿的请求时是不能主动适用的，而《反不正当竞争法》的处罚不是依申请的行为，执法机关必须主动介入；另外，惩罚性的罚款的所得不同：前者直接、全部归消费者个人，后者归国家。笔者认为，我国的《消费者权益保护法》不能仅仅局限于消费者的申请，执法机关应有主动执法的权利，这样更有利于打击经营者的不法行为，更有利于保护消费者的合法权益，与《消费者权益保护法》的立法宗旨也是一致的。惩罚性所得都应归个人，这样既可以极大地调动消费者同违法行为作斗争的积极性，又构筑起完整的《经济法》责任体系，保持法律的一致性和完整性，为我国的反垄断立法提供理论和实际支持。近代最早提出“三倍原则”的法律是世界上最有名的美国的《谢尔曼法》，其第七条规定：“任何因反托拉斯法所禁止的事项而遭受财产或营业损害的人，可在被告居住的、被发现或有代理机构的区向美国区法院提起诉讼，不论损害大小，一律给予其损害额的三倍赔偿及诉讼费和合理的律师费。”《克莱顿法》第四条也规定：“任何因反托拉斯法所禁止的事项而遭受财产或营业损害的人，可在被告居住的、被发现或有代理机构的区向美国区法院提起诉讼，不论损害大小，一律给予其损害额的三倍赔偿及诉讼费和合理的律师费。”由此，惩罚性赔偿的标准就是统一的“三倍”，这样规定的最大好处就是容易操作、自由裁量小、可预见性强，而且“三倍”之所得全部归个人，这是值得我国立法借鉴的。

增加的一倍赔偿有两种法律后果：一是一倍赔偿大于消费者因经营者的欺诈所带来的实际损失，这正是此条的立法价值取向，也是惩罚性赔偿的真正体现，其正面效应远远大于其所带来的“道德风险”，如“王海”式的消费者就是据此获取超额利益，但是这是不违法的，是符合立法所要保护消费者严惩欺诈者的精神的，其行为至多也只能算是一种“道德风险”。二是一倍赔偿小于消费者因经营者的欺诈所带来的实际损失，此时就体现不出惩罚之所在，而且这时是按实际损失赔偿，还是仍按增加的一倍赔偿？一种观点认为根据民法的原理按实际损失赔偿，才能体现出公平和正义，另一种则持相反观点，认为应按一倍赔偿，不管其实际损失。

笔者的拙见与这两种都不同,应按《消费者权益保护法》适用,但不能按一倍赔偿,可修改为“一律以三倍”处罚。如按一倍赔偿,《消费者权益保护法》是《民法》的特别法,根据特别法的效力优于普通法的原理,只能适用《消费者权益保护法》。这样做虽然有所不公,但这也正是成文法最难克服的僵硬性之所在,也是始终伴随着法律的负面价值,解决的办法只能是不断修改法律,使之日趋完善。修改完善我国的《消费者权益保护法》第四十九条,有下列几种方案可供选择:或者增加一款:当增加一倍的赔偿小于消费者的实际损失时,按实际损失赔偿。这样修改的最大缺陷是表面上解决了问题,但前后矛盾,立法显得不够严谨和科学,同时与《消费者权益保护法》的立法宗旨不符,体现不出惩罚性的归责原则;或者将“一倍”修改为“一倍以上三倍以下”,其优点是既比较全面,可解决适用中的许多具体问题,与我国的《反不正当竞争法》、《产品质量法》规定的惩罚性的处罚方式相呼应,其缺陷是“倍数”不统一,弹性太大,自由裁量的范围过宽,减小了法的确定性和可预见性,我国2000年修改后的新《产品质量法》已将原来的第三十七、三十八、三十九、四十条中“一倍以上五倍以下”改为了“三倍以下”,如新法第四十九、五十条,弹性范围虽由五倍缩小为三倍,但还不够确定;笔者认为,应借鉴美国的经验,“一律以三倍”处罚,使立法具有统一性,增强可操作性,体现法的可预见性的特征。美国的博登海默在谈到法的可预见性时说过:“法律所具有的保守且侧重过去的特点,保证了某种程度的连续性、可预见性和稳定性,这使人们有可能在安排他们的活动时依赖一些业已确立的、先行告知的行为规则,并使人们能够避免因缺乏对人的行为方式的预见而与他人发生冲突。”^①我国立法应重视法的可预见性问题,并处理好它与稳定性的关系。

“三倍”处罚使《经济法》的惩罚性的归责原则在《经济法》的多个部门法中凸显出来,“三倍”处罚并没有过分加重经营者的赔偿责任,相反,对打击不法欺诈行为更为有力、更为有效。据西方的法的经济学分析理论,可预见的违法的后果往往是违法者所要考量的重要因素,如处罚很重,就使违法成本太高,试图违法者就有可能放弃违法,因此施以统一的确定的“三

^① [美] E·博登海默著,邓正来译:《法理学:法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版,第405页。

倍”处罚是有法理基础和立法价值的。

第二，经营者自动承诺“假一罚十”时，是按照增加一倍赔偿，还是按照其承诺的“十倍”赔偿？一种观点认为按照《民法》的原理，承诺具有法律效力，应当兑现，因为此类承诺作为一种促销手段，又是一种悬赏广告，含有希望消费者监督、捉假之意。它并不违反《消费者权益保护法》第四十九条的规定，第四十九条并没有规定“增加赔偿的金额最多不超过消费者购买商品的价格或者接受服务的费用的一倍”，而应理解为当事人未事先约定赔偿数额的，经营者应增加赔偿消费者购买商品的价格或者接受服务的费用的一倍，若当事人对赔偿数额有约定的，则应遵守“约定优于法定”的原则^①。另一种观点则认为，按承诺处罚，对经营者来说太重，有失公正，只能按第四十九条的规定赔偿一倍。两种说法纷争已久，见仁见智，难以归一。笔者认为，如一律处以三倍，则比较适度，既可克服按一倍太轻，又可克服按十倍太重的问题，使这一“遗留”难题得到解决。统一修改为“三倍”处罚之后，就可使我国的《消费者权益保护法》、《反垄断法》（待出台）、《反不正当竞争法》、《产品质量法》、《价格法》等，得到有效的整合，构筑起完整的保护消费者权益的“多法一网”的体系。立法者当详查明鉴！

第三，关于欺诈行为所涉商品的处理问题。我国的《消费者权益保护法》对此没有明确规定，实践中的做法是归还经营者一方，留有很大的隐患，为经营者再行欺诈提供了便利。我国《欺诈消费者行为处罚办法》第五条规定：“对本办法第三条、第四条所列欺诈消费者行为，法律、行政法规对处罚机关和处罚方式有规定的，从其规定；法律、行政法规未作规定的，由工商行政管理机关依照《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十条的规定处罚。”第七条规定：“工商行政管理机关查处欺诈消费者行为的程序，适用《工商行政管理机关受理消费者申诉暂行办法》。”但是，我国《消费者权益保护法》第五十条只有“没收违法所得”的明确规定，并没有规定对欺诈行为所涉商品的处理办法。按照民法的精神，消费者以受欺诈为由行使撤销请求权，其商品买卖或服务合同就成为了无效合同，消费者购买的商品应当返还，不能返还或者没有必要返还的应折价补偿。但是对于欺诈行为所

^① 李明发：《论欺诈消费者行为及增加赔偿责任》，载《法律科学》1997年第6期，第58页。