

加强新消费领域经营者行为规制

叶 温 平

- 《民法典》《个人信息保护法》《网络安全法》的出台及《电子商务法》的修订，其中很多内容都与消费者权益保护密切相关，在此背景下，需要对《上海市消费者权益保护条例》进行更新。

□ 新《条例》优化了消费者权益保护工作的体制机制、突出了消保委在消费者权益保护中的地位和作用、加强了对新型消费领域经营者的行为规制、完善了消费争议解决机制、优化了消费环境。

□ 本次修订中仍有很多社会消费热点问题未能得到解决，如医美消费者知情权与选择权保障、商品服务入如何进行适老化改造等问题，还需立法者和社会各界持续关注。

- 监督职责，明确消保委“就损害消费者合法权益的行为，对经营者和行业组织进行提醒、约谈，通过大众传播媒介予以揭露、批评、劝谕”的监督职责。

新《条例》还突出了消保委的作为平台和纽带的作用，规定“市消保委应当建立与消费者、经营者、行业组织的沟通机制，促进消费者与经营者的良性互动和行业的健康发展”“围绕建设国际消费中心城市，发挥消费者权益保护平台作用”“消保委应当发挥桥梁纽带作用，建立完善联动工作机制，开展社会共同参与的消费维权志愿服务活动”。消保委可以发挥平台作用，通过开展消费评测、发布需求报告等，推动形成具有国际领先水平的商品服务标准和行业规范。同时，持续探索消费者权益保护机制和举措，主动适应消费新业态新模式，促进消费提质升级。

第三，加强对新型消费领域经营者的行为规制。随着新型消费领域的出现，如何回应消保工作面临的新问题和新挑战，是本次修订的重点。新《条例》着重从以下几个方面对社会广泛关注的问题予以回应：

1.强化互联网经营者的义务。例如，针对社会反应强烈的“大数据杀熟”的问题，新《条例》规定经营者不得通过自动化决策对消费者实行不合理的差别待遇，经营者对竞价排名等互联网广告的依法标明义务。针对“自动弹出”问题，新《条例》要求网络经营者对以启动播放、视频插播、弹出等形式发送广告设置一键关闭功能等。

2.加强对未成年消费者的特殊保护义务。新《条例》规定网络游戏经营者对未成年消费者的特殊保护义务，包括实施身份认证，并符合国家规定的时间、时长、消费限制、内容等要求。

3.规范盲盒等随机销售行为。针对近年来盲盒等随机销售引发的新问题，明确要求经营者必须以显著方式公示抽取规则、商品或者服务分布、提供数量、抽取概率等关键信息，并且鼓励经营者通过建立保底机制等方式，维护消费者合法权益。经营者如违反《条例》，可以对其处以最高额十万元的罚款。

4.加强网络直播营销平台的身份信息认证要求。根据新《条例》，网络直播营销平台应当加强直播间内链接、二维码等跳转服务的信息安全管理，防范信息安全风险。消费者通过直播间内链接、二维码等跳转到其他平台购买商品或者接受服务发生争议时，直播营销平台应当协助消费者维护合法权益，提供有关记录以及其他必要的信息、数据等。直播间运营者应当标明直播间内链接、二维码等跳转所对应的商品或者服务的实际经营者。

5.强化跨境电商的安全保障义务。新《条例》规定了跨境电商零售进口经营者、跨境电商第三方平台的消费者权益保护义务，包括跨境电商零售进口者的商品质量安全责任，第三方平台经营者对零售进口商品明示义务等。

6.完善金融服务经营者的告知义务。新《条例》要求对于利率、费用、收益及风险等

重大信息，应使用足以引起消费者注意的方式进行标识、予以说明等。

第四，完善消费争议解决机制。新《条例》一方面鼓励经营者建立方便快捷的消费争议处理机制，鼓励行业组织依法建立消费者投诉和维权第三方平台；另一方面要求本市健全行政管理部门、人民调解组织、专业组织与人民法院、仲裁机构相衔接的消费争议多元化解机制，促进现有消费纠纷解决机制整合衔接。

第五，优化消费环境。新《条例》增设“消费环境建设”专章，为营造安全放心的消费环境提供框架性制度安排，助推本市国际消费中心城市建设：加大消费供应，满足消费者品质消费的需求；支持建设友好型消费环境，保障老年人、残疾人、儿童、母婴等特殊群体消费环境需求；强化行业自律，推进社会监督，完善信用治理；优化消费纠纷处理机制，提升消费法治保障水平。

消保法规还需要关注的问题

应当说，条例的本次修订是与时俱进的，具有很强的针对性，解决了近年来社会持续关注的一些消费热点的法律适用难题，为维护公平的市场竞争秩序、保护消费者合法权益、营造良好的消费环境提供了重要法制保障。但仍有很多社会消费热点问题未能在本次修订中得到解决，还需要立法者和社会各界持续关注。

例如，医疗美容消费者的知情权与选择权的保障问题。医美服务质量问题的投诉案件持续增加，但医美服务质量难以分辨、效果难以界定、法律条款适用模糊，使得这类纠纷处理缺乏明确依据，消费者权益难以得到有效保障。

此外，随着老年化社会的来临，线上线下商品服务如何进行适老化改造的问题也值得立法者和社会各界思考。从 2021 年公布的全国人口普查数据来看，上海人口老龄化程度进一步加深。但是，在智能化和老龄化交织的过程中，不少老年人面临“数字鸿沟”，在消费中面临不少难题。良好消费环境的法制建设，不能遗忘数字化趋势下的老年人面临的消费难题的解决，将来应当以立法形式推动全社会关注商品和服务的适老化改造，为老年人群体提供更好的消费环境。

（作者系上海财经大学法学院教授、博导，上海市法学会消法研究会秘书长）

操纵证券、期货市场罪中因果关系的司法认定

张 建 王 延 祥

《刑法修正案（十一）》修订了刑法第 182 条的操纵证券、期货市场罪，在原有 4 种操纵行为的基础上，与新《证券法》有效衔接，增加 3 种新操纵行为：“幌骗交易操纵”，即不以成交为目的，频繁或者大量申报买入、卖出证券、期货合约并撤销申报；“蛊惑交易操纵”，即利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券、期货交易；“抢帽子操纵”，即对证券、证券发行人、期货交易标的公开作出评价、预测或者投资建议，同时进行反向证券交易或相关期货交易。修正案扩大了追责范围，进一步完善了资本市场的监管体系。

未出现价量波动结果不影响定罪

操纵证券、期货市场罪，是指行为人实施刑法第 182 条规定的 7 种操纵证券、期货市场的行为之一，影响证券、期货交易价格或证券、期货交易量，情节严重的行为。何为“情节严重”，最高法、最高检《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》，做了详细和具体的规定。

操纵证券、期货市场罪中的因果关系，是指行为人实施了“两高”《解释》中所规定且已达到“情节严重”的操纵证券、期货

的行为，产生了“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”的后果。

司法实践中，操纵证券、期货市场罪的因果关系，难以用传统因果关系理论解释，因为行为人实施的操纵证券、期货市场的行为，并未契合法条所规定的产生了“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”的后果。

影响证券、期货交易价格的因素错综复杂。行为人的操纵行为，有时会出现没有价量波动的结果。可能的原因是：行为人操纵的结果，自身并未获利，而是出现亏损，操纵结果背离操纵预期；在双方各自操纵的情况下，做多与做空，相互对冲抵销；在多方各自操纵的情况下，更是盈利方和亏损方对冲，以至于结果并不明显；操纵的数量虽大，但结果轻微；根据现有证据，操纵的结果无法查明。

故不能因为没有价量波动的结果，或结果无法确定而影响操纵证券、期货市场罪的认定。

司法实践中的因果关系认定

司法实践中，对操纵证券、期货市场罪中的因果关系认定，应当把握以下几点：

首先，只要操纵行为与结果之间具有“关联度”，就可以认定因果关系。从法条来看，本罪属于结果犯，因为《证券法》第 55 条规定的是“影响或者意图影响”价量，而刑法中去掉了“意图影响”，表述为“影响”。但是，由于证券、期货市场的复杂性，以及犯罪主体的专业性、犯罪手段的隐蔽性，因而不能用传统的因果关系理论来判断。

其次，价量波动是一种“盖然性”的判断。只要操纵行为具有“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”的可能性，就可以认定因果关系成立而认定犯罪。

再次，盖然性的判断，不能凭空想象，亦需要相应的证据来证明。如，发布信息者的主体身份、网络点击量、操纵行为前后的价格比较、相同板块的整体走势等，以建立一定的定罪机制，实行疑罪从无。

最后，本罪的人罪要件要素，是操纵行为的“情节严重”。即达到“两高”《解释》中 7 种量化的操纵行为。如，持有或实际控制量、累计成交量、成交额、撤单量、违法所得等，即可定罪量刑。而“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”，如同受贿罪中的“为他人谋取利益”，谋取的利益是否正当、谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。刑法规定的操纵证券、期货市场罪，总体

上适应了我国资本市场新形势的要求，对于打击证券、期货犯罪，规范资本市场秩序，起到了积极作用。证券、期货金融市场，起源于境外发达国家，如美国、日本。其对证券、期货类犯罪，通过抽象危险犯的形式，来设定构成要件。这样，可以对法益进行周延且提前风险控制，是一种对法益的前置化保护措施。

我国刑法有必要借鉴抽象危险犯的立法模式，以确保证券、期货交易公正、公平、公开运作，防止出现利用不平等的信息优势获取不正当利益的风险，以较为严厉的手段预防损害证券、期货市场投资者信心的交易行为。

由于抽象危险犯并不以法益受到侵害或存在具体危险为要件，行为的危险性由立法者拟制。为合理控制抽象危险犯的处罚问题以危险存在为必要所导致的处罚范围过大问题，可以在抽象危险犯的实体性规范中植入程序性内容，允许行为人对拟制罪责进行反驳。

如，虚假信息荒谬至极、非常虚假，完全没可能被采信，不存在抽象的危险。从而通过反证的方式证明立法推定的危险行为实际上在个案中并不存在危险，进而予以出罪或减轻、免除处罚。

（张建系上海市法学会刑法学研究会副会长；王延祥系上海市检察院二分院三级高级检察官）