

基于民生问题的消费者权益保护立法 ——兼评我国《消费者权益保护法》的修改

刘乃梁

(西南政法大学经济法学院, 重庆, 401120)

摘要:从“消费者问题”到“消费者权益保护立法”的历史演进路径揭示了民生问题对于消费者权益保护重要的立法指引效用。在民生法治的理念下,民生问题是消费者权益保护的重要立法取向。“消费潜规则”是当下我们探求新“消费者问题”的一个可靠窗口。消费潜规则折射出在消费类型、消费领域以及权责归属三个方面民生问题的新情况与新形势。《消费者权益保护法》的修改立足于对新民生问题的回应,强化弱者保护的立法理念,厘清旧问题、破解新问题,但其发展的道路上仍面对诸多挑战。扩大消费者范围、重视消费者教育、健全消费者权益保障程序和建立消费者权益保护法律体系,是我国消费者权益保护立法的发展方向。

关键词:民生问题;消费者权益保护;新《消法》;回应型法;消费潜规则

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2014)02-0099-08

自2008年10月《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消法》)列入全国人大常委会五年立法规划以来,社会各界对于《消法》修改热点问题的关注与讨论远胜于其他市场秩序规制法律。2013年10月25日,十二届全国人大常委会第五次会议表决通过了关于修改《消法》的决定,这是自1993年立法二十年以来《消法》的首次大修。此次《消法》修改秉承了从“消费者问题”到“消费者权益保护立法”的历史演进要旨,对于诸多民生问题予以回应。回首《消法》的修改历程,我们不难发现,一个重要的问题在于如何把握消费者与经营者利益博弈的平衡点。正如弗里德曼所指出的那样,“一个可能的答案是,我们应制定更能符合我们利益的法律——以使人们获得更意愿的结果”^[1]。如何进行利益选择,抑或立法利益权衡的基点何为?这些都是我们亟需着手应对的问题。利益的选择决定了《消法》修改的实际取向。在民生法治的理念下,民生问题成为《消法》的重要立法向度。客观剖析新《消法》对于民生问题的回应,并在此基础上对《消法》的发展做出更为符合民生要求的展望应当是一个值得思考的命题。

一、民生问题与消费者权益保护立法的关系

(一) 民生问题是消费者权益保护立法的动力

所谓民生问题,是指与民众生存、生活与发展具有相关性的一系列事件,因行为领域和主体涉及不同而产生不同的表现形式。消费者问题则是民生问题的重要组成部分。消费者权益保护法是在基于消费者弱者地位的基础上,采取权利义务倾斜配置的方式,给予消费者倾斜保护而进行的立法。“现代消费者保护立法是在资本主义进入垄断阶段以后开始的,它的兴起是与世界性的消费者保护运动紧密联系在一起”^[2],而导致消费者保护运动的直接动因就是消费者问题的大量存在引发消费者不满的群体性释放。考究消费者权益保护立法的历史进程,我们不难发现,对于消费者问题的“青睐”是各国消费者权益保护立法发展演变的不竭动力。各国先后都踏上一条由消费者问题引发社会性消费者维权运动,进而影响消费者权益保护立法的法治进路。随着各国法制建设的完善以及司法能动主义的要求,群体性、社会性的大规模消费者维权

收稿日期: 2013-10-08; 修回日期: 2013-12-22

基金项目: 国家社科基金项目“经济发展方式转变的产业政策协同法律机制研究”(11XFX021)

作者简介: 刘乃梁(1988-),男,天津东丽人,西南政法大学中国市场经济法治研究中心研究助理,法学博士,主要研究方向:竞争法,经济法基础理论

运动已经少有发生,取而代之的是相关职能机构对于消费者问题的敏锐观察,从中洞悉民意、把握立法的脉搏。

“消费者问题”常有,而“消费者权益保护立法”不常有。出于法律安定性的考虑,我们必须在少量的“消费者权益保护立法”过程中审慎面对现实中的“消费者问题”,有选择地做出回应。现实中,这种回应所考虑的因素又是多方面的:首先,从主体方面考虑,民事法律并未对法律关系的主体做出区别对待,尤其在权利义务的配置上,而消法对消费者与经营者在主体上作出区分,进而影响到二者的权利义务分配。一味地赋予消费者权利与一味地加重经营者义务都是不可取的,如何在消费者与经营者之间找到权利义务良性互动的支点是消费者权益保护立法面临的重要任务。其次,从客体方面考虑,消费者权益保护立法所面临的消费者问题是多种多样的,既有传统问题又有新型问题,既有使用商品过程中的问题又有接受服务过程中的问题。对于这些问题的回应既不可事无巨细,更不可草草了事,需要在具体问题具体分析的前提下做出归纳与取舍,提炼出适合一般情形的法律规范。立法难度之大可以想象。最后,从利益衡量方面考虑,消法的利益取向不仅仅在于对消费者权益的盲目追求。作为市场秩序法律规范重要组成部分的消法,承载着维护社会经济秩序和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展和社会和谐稳定的时代重托。消费者群体的利益并不完全等价于社会公共利益,尤其是在社会转型的背景下,如何平衡社会、消费者与经营者的利益是消费者权益保护立法面临的又一重大议题。

(二) 民生问题是重要的立法取向

民生在勤,勤则不匮。“民生问题是个世界性的普遍难题,但又存在着中国国情的特殊性,民生不是高深的理论问题而是常识的回归”^[1],对这种“常识的回归”的研究与探讨随着我党执政理念的转变显得异乎寻常的强调与重视。“民生问题”是一个涵盖政治、经济、社会多方面的话题。从“民生”的政治视角出发,执政者认识民生、改善民生、保障民生,秉承从实际到意识、再由意识指导实践的认识事物、改造事物规律,体民之苦、勤于政事是历朝历代开明统治者的共同旨趣。经济视野下“民生”表现为冷冰冰的分析数据与难以理解的逻辑结论。而从法律角度出发,当代的“民生”被赋予了更多权利的内涵,摒弃了更多义务的束缚,同时也为社会的发展指明了方向。民生就像一个统计分析系统:一方面,它可以对立法的诸多考量因素进行整合,归纳出这些社会现实的共性

指向与个性特征,以使立法不至受困于各方利益而左右为难,停滞不前;另一方面,民生是具有层次性的,其整合后筛选出亟需解决的、较为关键的民生,区分历史的民生问题与时代的民生问题,为立法指明了重点攻克的方向。毕其功于一役,在短时间内有所重点、有所兼顾,以期获得最好的立法效果。此外,值得一提的是“民生”作为一种言语符号,从社会效应上讲有很强的信号功能——它是对多方利益的“自然调和器”,强调以民生作为立法取向,可以更好地渲染出立法对于社会现实的强烈关切,某种程度上稳定了社会情绪。

(三) 消费者权益保护立法的民生特性

“促进民生问题的解决需要重视经济法的利益协调功能”^[4],作为市场秩序法律规范重要组成部分的消法首当其冲。我们可以从消法的市民社会属性中窥探消法对于民生问题回应的特殊性。消费者权益保护法作为一种“权利法”源于市民社会,但又区别于市民社会的一般法律:它居于具有“第三法域”特征的经济法之下,具有明显的倾斜式立法的特征。消法的市民社会属性决定了消法制定的始点在于对市民社会一般消费关系的依托与回应,而其经济法属性又决定了消法运作的终点在于对市场经济秩序稳定的促进与规制。这两种属性使消法不得不立基于一般社会大众的生活现实,从社会生活中找寻法律的向度,这种“生活现实”就是我们所要讲的“民生”。“民生”是一般市民社会法律的立法基点,对此消法又展现出不同于其他法律的特殊性:首先,消法将市民社会的“私人”置于“消费者——经营者”的二维空间之中,明晰了两者的界限,分层运作导向了市民社会不同的“民生”。其次,在两种方向的各自发展中,经营者愈发强势而消费者逐渐弱势。这种较为鲜明的力量对比使强势一方的经营者有了凌驾于市民社会之上的资本。权利的压制使消费者的“民生”处境日趋恶化。最后,当两个阶层之间不公平现象增多,“实现和平的手段就是斗争”^[5],恢复“民生”处境的手段就是斗争,这势必会影响整个市民社会的持续发展。

(四) 民生问题的解决与消费者权益保护立法统一于民生法治

“对于近代中国而言,民生问题一直是困扰中国统治者的重大问题之一。因为民生问题解决的好坏与否直接影响到统治者的合法性存在”^[6]。鸦片战争以来,中国的国家建设历经民族国家、民主国家与民生国家历史的演变。“从民主到民生,中国法治在经过10年的风雨沧桑之后,开始了重心的转移。关注民生,构建民生法治,成为解决民生问题与建设现代法治的

绝佳交汇点”^[7]。改革开放以来，国民经济持续发展，人民生活水平、国家综合实力不断提高。进入21世纪，“许多制度性瓶颈，日渐以‘两难’的形式，考验着中国领导集体的智慧”^[8]。以消费者权益保护立法为例，现有的法律似乎已难以承受经济社会迅猛发展所带来的诸多新生事务。例如网上购物的兴起在挑战传统消费方式的同时，也对立法提出了新的要求。再者，随着社会大众权利意识的提升，对一些传统事物的传统思维往往变得模棱两可。例如医患关系、金融消费者、学校与学生是否属于《消法》的调整范围，就是近年来社会争论的重点问题。最后，对于新生事物或是传统思维的回应不当往往会成为影响社会安定团结的不稳定因素。稳定是社会转型期的第一要务，危机四伏的年代又未尝不是穷则思变的年代，消法应跳出固有的消费者与经营者二维空间，将亟待解决的民生纳入其考量范围，用民生的视角修改立法势在必行。

二、民生新问题——消费者潜规则的出现

（一）民生视野下的潜规则审视

“潜规则”顾名思义就是现实规则背后的隐性规则。“潜规则”体现了某种区域、某些行业的习惯性运作方式。这种运作方式的特点在于它具有极强的隐蔽性，以某种形式的正当性掩盖其实质的不正义；它往往以非个体形式存在，常常体现为一种区域、行业或是利益集团的联合；它的外观具有形式合法性，但经常是“打擦边球”，游走于法律的边缘，更有甚者置立法于不顾，肆意妄为。

潜规则是民生问题相对较多直观的展现。规则，一般指由群众共同制定和公认或由代表统一制定并通过的，由群体所有成员一起遵守的条例和章程。某种社会现象之所以称之为规则，其原因在于其存在的普遍性。潜规则亦是如此，它存在于基层的民众阶层，辐射广泛。潜规则一般不会是施行者的口径，只会是接受者的话语回应，它反映出某一区域、某一领域最广大民众对于某种社会现象合理性、合法性的质疑与不理解。不论民众所反映的潜规则是否合理、是否合法，它的的确是原生态的民生呼应，对施行者进行规制或是对接受者进行教育，都显得极为重要。

（二）从“消费潜规则”看“消费者问题”

“消费潜规则”是指消费者在购买、使用商品或接受服务的过程中，某些具有“形式正当性”的涉嫌侵犯消费者权益的群体作为与不作为，其表现形式为某种行业惯例或是隐形交易、强制交易等。造成“消

费潜规则”的原因是多方面的，以往我们注重从微观角度进行利益分析，将经营者逐利过程中引发的集体非理性行为视为其发生的主要原因。实际上，从宏观角度分析，经济发展引起的社会转型是造成“消费潜规则”出现的重要原因。在社会结构转型的大背景下，道德风险与逆向选择问题时有发生，“社会在不断地变动与发展，反应并用以调整社会关系的法制也必然要相应地改变自身”^[9]，“潜规则”的提法是对社会某些领域中法律调整缺位的一种表现，“消费潜规则”指向的是一种亟需政府规制完善的民生领域，是一种立法亟需回应的民生。我们如何将现实民生反映在我们的立法当中是我们亟待解决的一个问题。

2012年1月以来，重庆市工商行政管理局、重庆市消费者权益保护委员会联手向市民征集遭遇过的消费潜规则，并于2月29日、3月14日先后发布“消费潜规则前50”^[10]与“10大消费潜规则”^[11]。这些“消费潜规则”的案例搜集源于最基层的人民群众，是一些纯粹的、未经加工的民生问题。我们可以以此为分析模板，发现社会中民生发展的新情况与新形势，亦即新的“消费者问题”。

对于消费潜规则的分析应在一定维度、一定视域中进行类型化分析，找出对立法有正效应的、较为针对性的民生素材。具体来讲，我们可以从消费类型、消费领域以及权责归属三个方面进行讨论。

1. 从消费类型看，服务消费是消费潜规则的多发区域

《消法》关于消费活动的界定主要包括为生活需要购买商品、使用商品和接受他人提供的服务两个方面。此次50大消费潜规则中将近七成表现为或主要表现为服务消费问题，例如开瓶费、包房费、餐具费等。相比于商品消费，服务消费的不确定性是造成这种现象的主要原因。此外，仍有多方面的原因相互作用造成了服务消费成为消费潜规则衍生的温床。在服务消费的不确定性项下，消费者受信息偏在的影响，往往很难在第一时间察觉服务消费中的潜规则；经营者也利用不确定性的特征为其行为披上了看似合法的外衣；监管者亦因此而增加了监管的成本，在监管成本确定的前提下很难对经营者的潜行为进行动态监控。服务消费系列问题的规制应当成为《消法》修改的一大方向。

2. 从消费领域来看，新型问题亟待突破，特殊行业消费者保护值得关注

从消费领域来看，消费潜规则遍及了日常生活的各个角落。但是，我们仍然可以在这些繁琐的细节中得到有关消费者问题的回应。一方面，新领域、新问

题亟待突破。对于传统问题与新型问题的界分在于对时间点的把握。我们所讲的新型问题是指近些年的新兴行业,例如快递业;亦或是传统行业新的消费方式,例如会员卡消费;还有即指近些年与百姓生活密切度大幅度增加的若干行业,例如宽带行业。在50大潜规则中,我们言指的新型问题的比重占到四成。这一方面说明以出租车“一口价”、导游串通卖场强迫进店消费为代表的传统侵犯消费者权益问题仍是法律亟需规制的重点,而网购、快递等行业新型问题的回应应给予更多的重视。另一方面,以教育、金融、医疗为代表的公共服务领域有着极强的权利呼声。这涉及到一个极其关键的问题,亦即消费者范围的界定。关于消费者的界定一直是《消法》修订过程中的一个重要议题。我国立法目前将消费者界定为“为了生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的人”,这一规定很难将一些特殊类型消费中的消费者进行有效的权益保护,事实中这些特殊消费者也确实处于一种弱势的交易地位。这些特殊的相对交易主体包括学校、医院、银行等,潜规则中有将近三成的案例涉及特殊行业消费者。这些消费者因交易相对主体的特殊而具有了消费的特殊性,由于这些相对交易主体没有进入《消法》的调整范围,造成在某些领域《消法》的缺失和不作为。

3. 从权责归属看,消费者权利归属清晰,但经营者责任不甚明晰

“民生问题关注的是人们最基本的生活需要问题,民生权利也是满足人们基本生活需要的最直接载体”^[12]。对于消费者权利的保护是消法永恒不变的追求。我国《消法》规定了安全权、知悉权、选择权、公平交易权、索赔权、结社权、受教育权、受尊重权、监督权等九项消费者基本权利。我们在对“50大消费潜规则”进行权利指向归类时发现:大部分案例表现出对于消费者公平交易权的侵犯,少部分案例中侵犯了消费者的知悉权,另有个别案例侵犯了消费者的安全权与索赔权。通过对这些案例的分析,我们得出结论,我国消费者权利的保护取向是质量完善而非数量叠加,是权利的细化而非权利的类型化赋予。而反观经营者责任,鲜有可以找到相对明确的责任归属,并且相当数量是基于所谓的“履行法律义务的义务”,反映出《消法》对于经营者责任规定的不彻底。

消费者权利保护应权衡好数量与质量的关系。纵观世界各国关于消费者权利的保护规定,韩国赋予消费者7项基本权利,联合国大会《保护消费者准则》规定了6项消费者基本权利,国际消费者联盟组织提出了消费者享有的8项权利,“我国的《消法》在广泛

借鉴世界各国及国家组织立法关于消费者权利规定的基础上,结合我国国情,确定了我国消费者享有的9项权利”^[13]。在归类分析中,所有的侵权案例基本上都找到了自身的权利系属,这就说明我国消费者法定权利的种类完全可以适应现实发展的需要,9项法定基本权利足以傲视全球。但是,权利类型的简单叠加不等于权利效能的最大化,况且我国规定的9项权利很大程度上是最初消费者四项基本权利的延伸。在消费者权利数量与质量的权衡中,质量仍是决定一国《消法》保护力度的重要指针。由此在消费者权利赋权类型最大化的前提下,如何对权利进行纵向的细分,如何对权利进行较为清晰的界定是《消法》修改面临的一个难题。例如现实中,宽带在网一年、酒店十二点退房、银行贷款捆绑“网银”等都是需要明确权利系属的现实热点问题。

三、《消法》修改对民生新问题的回应

(一)“新民生”与我国《消法》的回应逻辑

“消费者权益保护立法”与“消费者问题”是一种回应与被回应的关系,《消法》对于消费者问题的关注体现了其社会回应性的特征。“对于不同法学学科的研究而言,回应性和本土性的要求程度是不一样的”^[14]。“脱胎于传统法律土壤的经济法的这种反映性绝不是仅仅局限于这种普遍意义的反映性的水平,即它已经超越了民商法等相邻部门法的水平而具有鲜明的个性特色”^[15]。作为经济法市场秩序规制法律制度重要组成部分的消法同样具有这种“特色”的回应性。“美国消费者保护立法特别注重对社会生活和消费实践及时做出反应,避免因法律滞后或可操作性差而出现消费者权益保护不到位问题”^[16],例如“柠檬法”“电信消费者权益法案”都是对社会现实的及时回应。此外,俄罗斯《消法》在2004年修改之际也对作为现实热点的远程购物等问题进行了规制。

潜规则是一种特殊的民生,它是对民生问题最新发展的一种表现。社会的潜规则立足于社会的发展变化,反映出社会变化对于民众生活的深层次影响。当下我国正经历着由经济增长方式转变引起的社会转型,这种转型包括经济、社会、文化三个方面,以经济发展转型为先导,引起的社会制度升级与社会理念革新的综合转型,其具体内容是基于社会发展的现实状况,源于党中央经济政策的转变所引起的社会联动。这三方面的变化势必会对民众个体认知、社会整体认知带来全面的变革,二者之间以及内部的利益对抗变

得更为激烈。潜规则正是这种利益对抗下的产物，它既表现为既得利益团体对己身利益的维护，也表现为弱势群体对于自身利益的抗争。无论是维护还是抗争，其发展的对立面均会增加社会的不稳定因素，由此，这种利益博弈中的民生才是最本质、最值得法律关注的民生。

“现行《消法》已无法满足消费者权益保护的新需求与新期待”^[17]。《消法》对于以消费潜规则为代表，或者说由消费潜规则反映出的消费者问题的关注有着现实的必要性。对于这些问题的回应既是社会发展进步的需要，又是《消法》自身回应性特征与发展性本质的要求。消法需要对民生做出回应，我国的《消法》也不例外。当下我国《消法》正值1993年施行以来的第一次立法修改规划，其修改的目的正如《消法》起草人河山教授所述“消法大的框架不会动，就是有些条文需要适当补充，小修小补，让法更具操作性，让老百姓觉得更好用”^[18]。由此，法的操作性与实效性目标决定了《消法》对于民生问题的回应应张弛有度，有计划、有选择地进行回应。立法对于民生素材的汲取最终要将其明晰为若干法律问题类型，然后分清主次，各个击破。对于消费潜规则的客观考察，其目的在于从中提炼出对于立法有重要指向的问题领域或是问题类型。

（二）迈向回应型法：《消法》修改中的民生考量简评

1. 对于服务消费中消费者问题的回应

如前所述，服务消费已经成为消费潜规则衍生的温床。虽然《消法》的制度性规定没有明确区分法条的消费类型归属，但是通过此次修改我们不难发现对于服务消费中消费者问题的回应占了很大比例。这些问题既包括传统问题的规定细化，又包括新生问题的规定补白。从传统问题来看，《消法》对于格式条款、信息提供、单据出示等老生常谈的问题作出更为严格的规定。从新生问题来看，《消法》对于以消费者个人信息为代表的隐私权给予保护。消费者的个人信息，尤其是对于消费者人身安全于财产安全有重大影响的个人信息的保护是市场经济发展尤其是电子商务经济发展所带来的一大难题。目前，我国存在着大量的个人信息泄露现象。信息的泄露不仅存在于经营者之间，更需要指出的是公权机关与经营者之间的信息交易更令人关注。2009年央视3·15晚会曝光了山东移动倚靠用户信息牟利，并承办垃圾短信群发送的业务。个人信息的泄露往往是对消费者造成进一步伤害的开始，垃圾短信、骚扰电话、垃圾邮件乃至冒名办卡、诈骗等侵害消费者合法权益的行为都有进一步发展演

化的可能。因此，《消法》第二十九条规定，“经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息”。对于新问题的考量即是面向最为广泛的民生问题。

2. 对于新领域消费者问题的回应

因网络购物发展引发的消费者问题得到了《消法》修改的青睐，同样，这也是此次《消法》修改的一大亮点。主要表现在：① 确立“后悔权”。后悔权，顾名思义就是消费者在购买商品后因产生后悔的想法进而要求向商家退货的权利。《消法》第二十五条规定，“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由。”“与传统购物渠道相比网络渠道具有虚拟性，消费者选择网络渠道购物无法亲身感受检验商品的质量与效用”^[19]，消费者依据商家提供的图片、文字信息对产品进行初步的判断，纵使“身临其境”，亦非“置身于其中”。这一制度的实行，实质上是为消费者提供了一个冷静思考的过程，因此又称“冷静期”制度。② 强化经营者的信息标识义务。网络消费中，消费者只能根据经营者提供的信息对商品的外形、质量进行判断，如果信息不真实、不全面，就会因信息偏在而造成对于消费者的误导。因此《消法》第二十八条规定，“采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者……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”，通过信息标识义务的强化，促进网络消费的健康、有序发展。③ 扩大消费者的求偿范围。消费者的维权之路往往是一条异常艰辛的漫漫长路。网络维权更因其潜在的不确定性会使维权成为孤独的“隔空喊话”，似有“上天无路，下地无门”之感。如何扩大消费者的求偿权利范围成为解决这一难题的不二路径。《消法》第四十四条规定：“消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者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，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿；网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的，应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。”追偿主体范围的扩大从某种程度上便利了消费者的维权。

3. 对于消费者权益弱者保护立法理念的强化

《消法》的本质在于它是基于消费者弱者地位对法律关系两造倾斜配置权利义务,故而我们可以将其称之为消费者的“权利法”。“民生问题从表面上看是一个社会、经济问题,但其实质,则是一个典型的权利问题,而权利,正是法治的要义所在。”^[20]“在这个‘走向权利的时代’里,‘消费者’成了每一个个体无法拒绝的‘现代身份’”^[21]。对于消费者权利的倾斜保护是消法的一大特点。在此次《消法》的修改中,除去第一项倡导新消费方式、反对浪费以及最后一项经营者的依法申请复议或提起行政诉讼的权利外,每一项修改理念直指消费者权利的强化与经营者义务的细化。更为严格的法律责任、更为灵活的三包义务与惩罚性赔偿制度、举证责任倒置的规定,无不说明《消法》的修改秉承消费者弱势地位的立法理念,更为彻底权衡二者利益、地位,实现了对于社会实质正义的维护。

四、基于民生问题的《消法》未来发展

在民生《消法》的道路上,我们要走的路还有很长。从《消法》颁布二十年以来的首次大修,我们看到了国家对于消费者权益保护的决心,但是,仍有些更为深层次的民生问题等待我们的破解。因此,我们从消费潜规则的问题出发,对比分析《消法》修正草案与新《消法》,指出四点可能有必要作为今后《消法》发展的方向,以期《消法》能更好地实现其权益保护的价值。

(一) 关于消费者范围的界定

如果说对于消费者权利的倾斜保护是消法的本质属性,那么,作为主体的“消费者”则是消法的不变初衷。《消法》第二条将消费者界定为“为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”,这种界定随着社会的发展受到了越来越多的质疑。一方面,“知假买假”的问题以及伴随而来的职业打假者越来越多,“从立法目的来看,肯定知假买假的消费行为符合《消法》的立法宗旨”^[22],但越来越多的经营者对该问题的法律解释提出质疑,司法实践中对于此类问题的处理也是各不相同,亟需立法做出明确的回应。另一方面,新型消费关系的出现以及固有消费关系的群众认知变化也是迫使立法做出回应的催化剂。前者例如网上购物中尤其是网络团购中的消费者认定,后者如银行、学校、医院系统中,由于民众权利意识的增强对于将其纳入《消法》范围的呼声强烈增长。可以说,现实中

的消费者活动范围已经远远超出了立法预期,同时,我们也惊喜地看到《消法》(修订征求意见稿)将消费者界定为“不以生产经营目的购买、使用商品或接受服务的自然人”。相比于之前,这种逆向界定的方式无疑扩大了消费者的范围,但我们也必须冷静地看到,这种界定方式对于一些新兴消费关系中消费者的认定在实务中略显粗糙。尤其是当下热议的金融消费者与医疗消费者权益保护问题,对于消费者的认定或许不应仅仅局限于商品和服务两个方面,对两者具体的方面进行列举或许对实践的发展有所益处。争议的存在,各方利益的难以周全可能是这一修改没能在最终的法律文本得到体现的原因。

(二) 关于消费者的教育

配套措施的完善亦是消费者权利保护的重要旨趣。“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”^[23],没有其他相关制度的配套完善,法律规定就会变成一纸空文,信仰危机下我们何谈法律的效力。法律的配套实施一方面是指制度、政策等硬件上的支撑。另一方面也是更为重要的一方面是意识层次的软实力支撑,对于消法来讲就是对于消费者的教育。实际上,法律基于弱者地位的倾斜保护的缘由在于使用法律的外力使两者实力平衡,但法律终究是“外力”,如何将“外力”内化才是保护消费者权益的长久之道。美国佛罗里达律师协会在一份关于消费者权益保护的年度报告中明确指出:“消费者保护法委员会的使命是教育消费者了解相关法律,宣传与消费者切身利益相关的问题以及公共服务信息,搜集立法提议”^[24]。“在社会利益上每个人都是为权利而斗争的天生的斗士”^[25],消费者教育在引导、帮助消费者树立正确消费观的同时,强化维权意识,形成良好的社会风气。另一方面,部分消费潜规则有其合理性存在的一面,例如“酒店十二点退房”“小灵通下市转网”等。如果消费者能够从经营者角度换位思考,这势必对于和谐社会的建立有所益处,从源头上杜绝问题的发生。消费者教育是一项系统的工程,需要国家长远的规划设计。更为重要的是,应重视发挥消费者组织在消费者教育中的作用。需要指出的是,“我国消费者权益保护法对消费者组织的职能定位,主要放在对消费者权益的维护方面,在消费者教育方面一直没有在法律规定层面上体现出消费者组织在倡导教育消费者提高自我保护能力方面的职能和作用”^[26]。

(三) 关于消费者权益保障程序的健全

法律包括实体与程序两个相辅相成的方面,“今天的实体法放弃了完美无缺的神话,而更多地依赖于程序过程中法官的判断这一点也已经是不争的事实”^[27]。

《消法》亦是如此。消费潜规则中的很多案例属于争议数额小的诉争，消费者在具体的诉争面前出于“经济人”的本性肯定要权衡得失利弊，这就涉及到一个成本的问题。“由于有关成本的规范体现于经济法的许多具体制度中，因此，研究经济法，就必然会涉及到相关的成本”^[28]。良法往往会增加违法成本，降低维权成本。对潜规则中的关联主体进行成本分析有助于我们理解各自主体行为的利己动机。在潜规则的汇总中我们发现，很多所谓的潜规则已经被现行立法明确禁止了，而经营者仍然“铤而走险”，无视法律的禁止。例如重庆市地方立法已经严格禁止辖区内餐企收取“开瓶费”，但是很多经营者仍打着“行业惯例”“用餐安全”的招牌肆意收费。究其原因应在于违法成本与守法成本之间的博弈。对于经营者来讲，如果当违法成本与守法成本之间有过大的差距，出于利益最大化的考虑，他们会选择游走于法律的边远。如何在这种博弈关系中引入一种激励机制是《消法》制定中一个技术性难题。另外，维权成本的提升势必借助小额诉讼程序或是其他纠纷调解程序的实施。《消法》(修订意见稿)尝试着设立小额消费纠纷法庭，审理小额消费纠纷案件，具有很强的社会实践意义。但出于对消费者群体的保护，公益诉讼制度的建立或许将发挥着更为有效的作用。

(四) 关于消费者权益保护法律体系的建立

关于《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)与《消法》在消费者权益保护的焦点对接问题是近些年学界关注的重点。《消法》与《反垄断法》对消费者权益保护的重心有所不同，前者着眼于消费者的弱者地位，对其进行特殊保护；后者主要将视野投射于市场经济的整体秩序之中，附带对一些侵犯消费者权益的行为进行规制。在国外，“德国的竞争法已不单单是保护竞争者、反对侵权行为的法律制度，而在很大程度上具有保护消费者的功能。20世纪60年代德国竞争法的两次修订都涉及到消费者权益保护”^[29]，此外“在美国，消费者权益的保护常常诉诸消费者保护法律和反托拉斯法律两者待价而沽的博弈价值”^[30]，“冰岛干脆以一部新法典，将限制竞争、不正当竞争及保护消费者的法律全部规定在一起”^[31]，从形式上将两者融为一体。

对于消费者权益的保护不仅仅是《消法》的任务，它更需要一个系统的法律保障体系。我们只有寄希望于一种完善体系，才能全面、系统地保护消费者的合法权益。在重庆市发布的消费潜规则中，垄断行业的消费活动是立法应予重视的区域。在潜规则案例的搜集中，涉及学校、银行、医疗、电信、天然气等垄断

公用行业的比重达30%。从理论上讲，这些行业的垄断是基于这些市场的交易成本过大，以致市场主体极易出现“搭便车”的现象退出市场竞争，在此前提下，政府基于社会公共利益在这些领域进行公共产品的供应。这本是无可厚非的。但是政府抑或是公共产品提供商都会产生一种失灵的现象，导致这些现象的原因可能是理性的或是非理性的，但潜规则更多反应的是市场主体基于自身利益的需求做出的“理性”的行为，比如学校赞助费、银行卡挂失费等，亦有其内部个体的有限理性逐利行为导致集体的非理性，例如燃气开通“红包费”等。现实中，在垄断行业消费活动中侵犯消费者权益的现象屡见不鲜，将公用产品供给垄断行业纳入《消法》的调整范围并与《反垄断法》等市场秩序规制法律对接是《消法》修改的应有之义。当然，谈到消费者权益保护体系，居于主导地位的仍应是《消法》，而对于作为补充、辅佐地位的《反垄断法》，亦有其独到的优势。《反垄断法》赋予具体的个体诉权，既鼓励公力救济，又打开了私人实施的大门，在实施方式上无疑丰富了消费者的维权途径。此外，垄断行为引发的消费者权益受到侵害的前提是对于垄断行为的法律认定，这只能借助《反垄断法》的具体规范，此种意义之上的《反垄断法》是《消法》行使的有效保障。

参考文献：

- [1] 大卫·D·弗里德曼. 经济学语境下的法律规则[M]. 杨欣欣, 译. 北京: 法律出版社, 2004: 14.
- [2] 李昌麒, 许明月. 消费者保护法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 20.
- [3] 常艳杰. 当前中国民生问题研究[D]. 石家庄: 河北大学, 2009: 12.
- [4] 王东. 促进民生问题解决的经济法制度建构[J]. 前言, 2010(22): 95-97.
- [5] 鲁道夫·冯·耶林. 为权利而斗争[M]. 胡宝海, 译. 北京: 中国法制出版社, 2004: 1.
- [6] 孙岩. 从民族国家建构到民生国家建设——近代以来中国现代国家建设维度的嬗变[J]. 湖北社会科学, 2011(9): 29-31.
- [7] 付子堂. 构建民生法治[J]. 法学研究, 2007(4): 105.
- [8] 郑永年. 未竟的变革[M]. 杭州: 浙江人民出版社, 2011: 4.
- [9] 季卫东. 社会变革的法律模式[C]/P. 诺内特, P. 塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会: 迈向回应型法. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 1.
- [10] 吴刚. 网友评出消费潜规则“50强”[N]. 重庆日报, 2012-03-01(15).
- [11] 佚名. 重庆市消委会发布10大坑人消费潜规则[N]. 重庆商报, 2013-03-15(1).

- [12] 董宏伟. 民生保障的国家保护义务[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2012, 14(4): 123-128.
- [13] 刘青. 论消费者权利的经济法保护[EB/OL]. <http://www.doc88.com/p-397295048967.html>, 2012-07-23.
- [14] 卢代富. 经济法研究应注重回应性和本土性[J]. 郑州大学学报, 2008(4): 53-54.
- [15] 刘普生. 经济法的回应性[J]. 法商研究, 1999(2): 22-29.
- [16] 王明定, 王宁. 美国消费者权益保护制度及其借鉴价值分析[J]. 中国工商管理研究, 2009(11): 61-64.
- [17] 刘俊海, 徐海燕. 论消费者权益保护理念的升华与制度创新——以我国《消费者权益保护法》修改为中心[J]. 法学杂志, 2013, 34(5): 27-38.
- [18] 木子. 专家解读“消法”修改热点[J]. 民主与法制, 2009(18): 26-27.
- [19] 王崇, 刘健. 消费者网络购物渠道决策——基于感知价值[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2012, 14(3): 62-68.
- [20] 付子堂, 常安. 民生法治论[J]. 中国法学, 2009(6): 26-30.
- [21] 朱崇实. 共和国六十年法学论证实录: 经济法卷[M]. 厦门: 厦门大学出版, 2009: 324.
- [22] 刘忠东. 知假买假适用《消法》的法理依据[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2005(2): 178.
- [23] 伯尔曼. 法律与宗教[M]. 梁治平, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 1.
- [24] Lynn Drysdale. Annual reports of Committees of the Florida BAR: Consumer Protection Law [R]. Florida: Fla. Bar J.34, 2012.
- [25] 鲁道夫·冯·耶林. 为权利而斗争[M]. 胡宝海, 译. 北京: 中国法制出版社, 2006: 56.
- [26] 孙颖. “消法”修改语境下中国消费者组织的重构[J]. 中国法学, 2013(4): 87-98.
- [27] 谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 6.
- [28] 张守文. 经济法理论的重构[M]. 北京: 人民出版社, 2004: 168.
- [29] 颜运秋. 反垄断法应以保护消费者权益为终极目的[J]. 消费经济, 2005(5): 68-70.
- [30] Joshua D Wright. The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other [J]. Yale Law Journal, 2012, 22(16): 121.
- [31] 周辉平. 论反不正当竞争法对消费者权益的保护[J]. 消费经济, 2009(6): 81-83.

On the legal logic between people's livelihood and consumer rights and interests protection: comments on the Amendment of Chinese Consumer Protection Law

LIU Nailiang

(Economic Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: From “consumer question” to “consumer protection legislation”, the historical evolution way promulgated the livelihood of the people to protect the unequalled legislation direction effectiveness regarding the consumer rights and interests. Under the concept of the rule of law in the people's livelihood, and people's livelihood is an important legislative orientation method. The method is highly characteristic of people's livelihood. The unspoken rules on consumer protection are a reliable window to seek newly “the consumer question”. Unspoken rules reflect the type of consumer and consumer sectors as well as the powers and responsibilities vested in the three aspects of people's livelihood issues of the new situation and the new situation. The Consumer Protection Law of the modified based on new issues of the people's livelihood, strengthen weak protection of legislative concept to clarify and explore new issues. In the livelihood of the people on the road of the Consumer Protection Act still needs to face the intension and extension of both the challenges for the development of the consumer protection act. Expanded scope focus on consumer education of consumers and improves consumer protection programs and the establishment of a consumer protection law system is the development direction of Chinese consumer protection legislation.

Key Words: people's livelihood; protection of consumer rights; new Chinese Consumer Protection Law; responsive law; the unspoken rules on consumer protection

[编辑: 苏慧]