

消费者权益保护法范式转化的经济学解释

刘水林, 芦波

(上海财经大学 法学院, 上海 200433)

摘要:现代消费者权益保护法的内容是由私法和经济法两种不同的制度范式构成的。这两种制度范式的不同主要体现在三个方面:一是消费者权益保护法保护什么?对此,民法范式认为其保护的是体现于具体受害消费者的私人物品上的私人利益,而经济法范式则认为其保护的是体现于消费品交易秩序上的公共利益。二是消费者权益保护法以何保护?对此,民法范式保护客体的属性决定了权利是保护消费者利益的最佳工具,而经济法范式保护客体的属性决定了社会责任是保护消费者利益的最佳工具。三是消费者权益保护法如何保护?对此,民法范式是以私人主导的事后责任规则,主要是依私人获得救济而提起诉讼为主导来实现保护;而经济法范式则是公共执法为主导的以事前规制规则,主要是执法机关为防止损害发生而制定规则予以规导及执法,同时辅以公益诉讼来实现。文章以我国修订后的“消法”,以及最高人民法院有关审理消费者纠纷案件的两则司法解释为样本,采用经济分析方法,对两种“消法”保护范式保护的法益、保护方式以及实现方式进行比较,对理解或解释“消法”的经济法范式予以阐释,以期对“消法”未来的完善以及对当下新制度的恰当解释提供理论支撑。

关键词:民法范式; 经济法范式; 私人利益; 公共利益

中图分类号: DF529 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2016)06-0093-12

20世纪50年代,在西方发达国家兴起的消费者保护运动催生了消费者权益保护法(以下简称“消法”),如今世界范围内实行市场经济的国家都先后出台了“消法”。半个多世纪以来,“消法”不论是具体的制度规定还是司法实践都发生了重大变化,相应地,各国法学界对其研究的范式也发生了变化。正如所有应对新型社会问题的法律一样,起初的研究主要是对固有理论的延伸。由于“消法”应对的问题从表面看,就是市场经济中买卖双方的交易关系问题,这种关系属于私人间的关系,因而,对“消法”的研究起初主要遵循的是私法的研究范式。随着消费者受损害问题的大量涌现,作为应对之策的新法律制度也随之出台,加上司法实践中新解释的不断累积,从中不难看出,仅依照对固有私法理论的延伸来理解新制度,不仅难以恰当理解新的法律制度,不利于最大化地发挥新制度的功能,而且制约着法律制度创新和束缚着对新制度的合理解释。因而,基于应对现实变化的新范式——经济法范式得以产生。

由于经济法产生的时间较短,其理论还存在诸多分歧,加之,在我国司法实践中,把“消法”纠纷案件归于民事法庭审理;因而,目前在有关“消法”的研究和司法实践中对新出现制度的解释或理解的主流范式仍然是私法范式。其表现在两方面:第一,在学术研究中,多数学者一般

收稿日期: 2016-09-11

作者简介: 刘水林(1963—),男,陕西大荔人,上海财经大学法学院教授,博士生导师;

芦波(1979—),男,湖北武汉人,上海财经大学法学院博士生,武汉文华学院讲师。

都把经营者与消费者的纠纷看作是因合同或侵权引起的民事纠纷,^①把“消法”的目的定位于保护消费者的权利,从而把由此引发的诉讼定位于民事诉讼,并采取民事诉讼程序,因而,其诉讼目的或价值定位于解决纠纷,救济受害的消费者。仅有少数学者以经济法范式做了研究。^②第二,在司法实践以及最高法院权威性司法解释中也把消费者诉讼看作民事诉讼。^③这种范式在我国当下司法制度下对于解决纠纷虽有一定的合理性,但相关制度规定则与私法范式在学理上有冲突。

基于此,本文拟以我国修订后的“消法”,以及最高人民法院有关审理消费者纠纷案件的两则司法解释^④为样本,采用经济分析方法,通过对两种“消法”保护范式保护的法益、保护方式以及实现方式的比较,对“消法”的经济法范式予以阐释,以期对“消法”未来的完善以及对当下新制度的恰切解释提供理论支撑,进而期望为“消法”功能的发挥和目的的实现有些许助益。

一、“消法”保护什么?

“消法”保护什么?似乎是一个不言自明的问题或者说是一个不该提及的问题。但这一问题在“消法”的研究和实践中实际上并非如此。对此,目前法学界有两种不同研究范式,即固有的私法范式和新兴的经济法范式,它们各自给出了不同的回答。

(一)固有私法范式的观点

私法范式是目前学术界和司法界思考和解释“消法”的主流范式。该范式认为,“消法”保护的是消费者的权益。这从法学界主流观点对我国“消法”第二条的理解就可说明,按主流观点,这里规定的消费者是指为生活需要购买商品和接受服务的人,通常被理解为在消费品买卖合同中处于购买方的具体的人。因而,其保护的利益就是在消费品买卖合同中,因侵权或违约而受利益损害的私人物品,以及体现在这种物品之上的具体的私人利益。

这种认知是由私法的观念基础和方法论所决定的。法律人都知道,我国法律的主流政治哲学基础是自由主义,这种政治哲学的社会观和方法论是个人主义的。个人主义社会观和方法论的核心有三点:第一,社会是个人之和,社会利益是个人利益之和,所有的利益最终都可划归为个人利益。第二,个人是独立的、平等的理性存在,这里的理性通常指“完全理性”。由于个人

^①如有学者认为:“由于食品、药品纠纷涉及人身损害,不仅会产生违约责任,而且还会产生侵权责任。”张勇健、程新文、张进先、王毓莹:《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》,《人民司法(应用)》2014年第3期。

^②如有学者从美国、德国有关消费者保护法惩罚性赔偿制度的新形式“集体公益罚金”说明该责任既不是私法公法化的责任形式,也不是公法责任,而属于社会责任,是一种经济法责任形式。参见赵红梅:《美、德新型惩罚性赔偿对我国“消法”修订的启事》,载《法律科学》2011年第5期。而笔者曾撰文认为,惩罚性赔偿制度表面上看是一种对起诉者(原告)履行社会责任所花费代价的补偿,实则是一种激励受害者履行社会责任的激励机制。参见刘水林:《论民法的“惩罚性赔偿”与经济法的“激励性报偿”》,《上海财经大学学报》2009年第4期。

^③在司法实践中,如2015年6月15日,最高法院发布10起消费者维权典型案例,其中9例命名为合同纠纷,1例命名为责任纠纷。在最高法院司法解释中,2013年12月9日由最高人民法院公布,2014年3月15日起施行的《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》中第一条规定“消费者因食品、药品纠纷提起民事诉讼,符合民事诉讼法规定受理条件的,人民法院应予受理”。而2016年2月1日发布、5月1日实施的《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》的名称本身就把消费者与经营者的纠纷定性为民事诉讼。

^④即《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》和《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》。

的偏好不同,因而个人是自己利益的最佳判断者,因此,自由是实现个人利益的最佳途径,也是实现社会利益的最佳途径。第三,自发的市场机制可以形成良好的市场秩序。虽然认为个人利益的实现需要社会合作,且在合作中个人之间的利益关系主要是冲突的,但这种合作及合作中的利益冲突在权利界定的基础上,可以通过市场机制的自发作用得以协调。

这种观念是由资本主义产生直到自由竞争阶段的资本主义发展所要解决的社会经济问题所决定的。^①由于这一时期,社会生产力还不发达,生产的社会化程度还不高(社会分工还不发达、个别企业的生产规模不大),这意味着,作为经营者的个体经济力量有限,其行为影响还不足以对社会经济体系——市场机制产生致命性危害。因而,人们之间的合作以及产业之间的协调发展仅靠市场机制的自发作用基本可以达成,“市场失灵”还没呈现,市场机制的自发作用就可形成公正的竞争秩序和交易秩序,可以说自发的市场秩序就是好的秩序。这意味着,作为个人利益重要来源的公共物品——良好经济秩序(包括良好的产业结构,以及公正的市场竞争和交易秩序),依照市场的自发机制就可以优质地有效供给,正如在工业不发达、厂商排污有限的情况下,依靠自然界的净化功能就可以保障良好空气(公共物品)的优质、有效供应一样,公共物品的质量对人们利益的重要性难以彰显。这时在个人的利益结构谱系中,个人获得利益的多寡主要体现为私人物品给人提供的私人利益,而私人物品的排他性、竞争性决定了人的利益的冲突性。这时经营者对消费者的损害基本都是对特定消费者特定私人利益的损害,因而,私法的主要功能就在于防止个人对他人私人物品损害所造成的私人利益的损害。

可见,私法范式的“消法”保护的对象可从主体、客体、利益三方面来讲。第一,从主体上讲,其保护的是因经营者违约或产品质量缺陷侵权而受害的特定的、具体的消费者。第二,从保护的客体上讲,其保护的是“私人物品”,即从消费角度上具有排他性、竞争性的物品。排他性是指一个人的消费就排除了其他人的消费,竞争性是指在消费上存在着此消彼长的关系。第三,从保护的利益上讲,其保护的是“私人利益”。这种利益在分享上具有排他性和竞争性。

(二) 经济法范式的观点

经济法范式作为一种新范式,目前在学术界还没达成共识,但从其产生的时代所面临的社会经济问题、当时的社会观念以及相关的法律规定看,笔者把经济法的范式从基本观念、方法论和保护的利益及其客体角度予以简单阐述。

经济法产生于19世纪末,成熟于20世纪中叶,从其产生和发展所处的时代观念看,其观念基础是反自由主义的,这种观念从一般哲学看包括社群主义、社会主义,从政治哲学看则是当代公民共和主义。从方法论看则是整体主义。其社会观和方法论的核心有以下几点:第一,社会是由具有不同知识和才能、不同社会功能的个体构成的群体,在遵循一定的社会共识所确立的社会规范下,在功能互补的互动过程中形成的有机关系体系,犹如一个有机整体,而非同质的个人之和。因而,社会利益或公共利益(以下是把社会利益和公共利益在同一意义上使用的)是一种独立存在,并非个人利益之和,社会利益虽可被作为社会成员的个人分享,但不能划归为个人利益。第二,人是社会人,即人是处于一定社会关系中的、具有一定社会功能、扮演一定

^①正如有学者所说:“思想生发于问题。社会中存在的各种重大问题和矛盾是社会思想的原动力,问题与矛盾促使人们思考,促使人们去寻求解决方案,并最终导致了社会思想意识形态的行程和发展。”房宁:“影响当代中国的三大社会思潮”,载复旦政治学评论第四辑:《权利、责任与国家》,上海人民出版社2006年版,第266页。

社会角色的人。人虽有理性,但其理性是“相关理性”,^①而非完全理性。因而,个人并非总是自己利益的最佳判断者。第三,是前两点的推论,即个人之间的利益关系主要是合作共赢关系,虽有冲突,但是在合作中对合作利益分享的冲突。这种冲突仅在权利划界基础上,依靠市场的自发机制难以解决。

这种观念是资本主义由自由竞争阶段发展到垄断阶段的社会经济问题所决定的。由于这一时期,科学技术革命使社会生产力得以提高,生产的社会化高度发展(社会分工发达、细化,个别企业的生产规模巨大),这意味着,作为经营者的个体经济力量巨大,其行为影响社会经济体系的运行,其行为不当足以对社会经济体系——市场机制产生有害性影响。因而,产业之间的发展仅靠市场机制难以实现,“市场失灵”常常呈现,市场机制的自发作用难以形成公正的竞争秩序和交易秩序,良好的市场秩序需要政府和市场共同作用。这意味着,作为个人利益重要来源的公共物品——经济秩序(包括良好的产业结构以及公正的市场竞争和交易秩序),需依市场的机制和政府干预的混合作用方可保障其优质供给,正如在大工业条件下厂商排污仅靠自然界的净化功能难以保障良好空气(公共物品)的有效供应一样,公共物品对人利益的重要性得以彰显。这时在个人的利益结构谱系中公共物品给人提供的公共利益的重要性日益增强,而公共物品的非排他性、非竞争性,决定了人的利益的共存性。这时经营者对消费者的损害除对特定消费者特定私人利益的损害外,也产生了对共同依存的消费品交易秩序这种公共物品的损害。因而,经济法的主要功能就在于防止作为经营者的个人对经济秩序这种公共物品损害所造成的对“公共利益”的损害。

从经济法范式来看,“消法”保护的对象也可从主体、客体和利益三方面分析。第一,从主体上讲,其保护的是不特定的消费者,是指处于消费品交易秩序一端的不以购买的消费品作为经营对象的购买者群体,否则,就没法理解金融消费者,也不能对司法实践把“知假买假者”作为消费者对待而予以合理解释。^②第二,从保护的客体上讲,其保护的是“公正的消费品交易秩序”这种公共物品,即从消费角度看具有非排他性、非竞争性的物品。上述关于“消法”保护对象的想法,如借用“反垄断法保护的是竞争而不是竞争者”这一公认观点,可以说“消法保护的是消费品公正交易秩序而不是具体的消费者”。第三,从保护的利益上讲,其保护的是“公共利益”。

^①相关理性:社会存在决定了利益主体理性在质和量上存在的差异性,同时社会存在还决定了利益主体不是单一的完全理性,而是相互间的相关理性。相关理性可描述为:(1)环境依赖理性。作为社会存在的人总是生存于特定的社会环境之中,其策略的形成、选择和变化也是对环境的依赖和反应,人们从适应和利用环境中获取利益是建立在行为对环境合理反应的基础之上的,主要表现为局中人之间的相互依赖和局中人对外部环境的依赖。(2)共同理性。强调个体理性与集体理性的统一,这是因为每一局中人在形成自己对未来的判断和预期的同时,也能够预见他人的判断和预期,而且也知道所有的人都在这样做,因此所达成的博弈均衡结果是所有局中人共同的理性预期。(3)过程理性。也可以称为动态理性,强调过程决定结果,突出过程与结果之间的必然联系。(4)贝叶斯理性,亦即有限理性。(5)发展理性。强调对理性概念的认识是在不断变化、丰富和完善之中的。完全理性经济人假设的核心是个体效用最大化。相关理性则表现为群体相关效用最大化。参见朱鸣雄:《整体利益论——关于国家为主体的利益关系研究》,复旦大学出版社2006年版,第60页。

^②我国2013年12月23日公布,2014年3月15日实施的《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》。第三条:“因食品、药品质量问题发生纠纷,购买者向生产者、销售者主张权利,生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的,人民法院不予支持。”这意味着,司法解释把“知假买假者”以消费者对待。而此前,我国地方法院对知假买假案的处理存在分歧,其中一些执法和司法机关不仅不按消费者对待,更有甚者把“知假买假者”以敲诈勒索罪对待,如2013年9月,上海市民何正其、徐洪兵因知假买假索赔,被当地警方以敲诈勒索罪刑事拘留37天后,检方作出不予批准逮捕决定,警方撤案。

(三)小结:“消法”保护范式的发展趋势

“利益是法律所规律的目的”^①,这意味着,任何法律都以保护一定的利益为宗旨。从世界各国消费者保护法发展趋势看,早期的消费者保护法私法范式的色彩较浓,而现代则是经济法范式的色彩较浓。可以说,消费者保护法的范式经历着从私法范式向经济法范式的转换,这种转化可从利益的主体、客体和内容性质三方面来理解:第一,从主体看,“消法”从对因违约、侵权而产生的特定受害消费者的保护转向对不特定的、开放的消费者群体的保护。第二,从客体看,“消法”从对消费者财产、人身等私人物品的保护转向对公正的消费品交易秩序这种公共物品的保护。第三,从内容性质看,“消法”从保护消费者个人利益转向保护社会公共利益。也正是因为处于两种范式的转化之中,因而,在“消法”保护的实践中,两种范式是交织在一起的。

二、“消法”以何保护?

任何利益的保护都需要适当的工具,在依法保护利益的发展过程中先后形成了两种保护利益的工具,亦即两种性质的法律规范形式:一是个人权利;二是社会责任。这两种工具或法律规范形式在保护利益上何者较优?对此不能抽象地作出回答,到底选择哪种工具或工具组合来实现对利益的保护,不仅取决于所保护的利益类型和利益结构,还取决于不同法律工具或法律规范形式本身的特性。

(一)人的利益结构

前述有关私法和经济法产生和发展的社会经济背景分析说明,任何时代人的利益都由私人利益和公共利益构成。但二者在人的利益构成中的权重是随社会经济变化的变化而变化的。

从人的利益结构发展演化来看,公共利益在人的利益构成中的权重和价值与社会经济发展成正相关关系,相应地私人利益在人的利益构成中的权重和价值与社会经济发展成负相关关系。就是说,社会经济发展程度越高,在人的利益结构中,私人利益所占权重相对地不断降低,而公共利益所占的权重则不断提高。因此,如果说法律只是对重要利益才予以保护的话,^②从值得法律保护的意义上可以说,19世纪末以前的社会,法律保护的个人利益是单一结构的,即个人利益就是体现在私人物品上的私人利益,而19世纪末以来的社会,法律保护的个人利益则是由公共利益和私人利益构成的二元结构,且随着公共利益权重的增强,对公共利益保护的法律愈益发达,19世纪末以来以防止社会公共性损害,保护社会公共利益为圭臬的规制法的兴盛和发达就证明了这种情况。

(二)利益特性与保护工具的选择

人的行为目的或动机都是为了获得一定的利益,^③这几乎成为人文社会科学领域的共识。同时,人的任何利益都存在于一定的客体之上,而利益客体无非是行为的结果或行为本身,也就是说任何利益客体及存在于其上的利益都与行为有关。因而,要增进人的利益必须根据利益

^①[日]美浓部达吉:《法之本质》,林纪东译,台湾商务印书馆1993年版,第43页。

^②参见毕竟悦:“《权利的成本——为什么权利依赖于税》译者前言”,载[美]史蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·桑斯坦:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竟悦译,北京大学出版社2004年版,第1页。

^③对此,现代经济学的“经济人”或“理性人”假设自不必说,就连马克思也承认“人们奋斗所争取的一切,都同自己的利益有关”《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第82页。当然,人们因社会经济背景不同,偏好不同,对利益内容的理解不同,但不能否定人的行为是为了利益。

的特性,选择相应的对人行为规范的工具或规范形式来对利益予以保护。就目前法律规范形式的本质功能和利益特性看,个人权利宜于保护私人利益,社会责任宜于保护公共利益。

1.个人权利——保护私人利益的较优工具

法律上的权利,是法律赋予权利主体作为或不作为,并要求他人相应作为或不作为的许可、认定及保障。权利的意蕴彰显了其实质是法律赋予权利人自由选择其行为以实现其利益的一种力量。其功能在于,通过对利益的保护,激励人们从事创造利益的行为,遏制损害利益的行为,从而在增进自己利益的同时促进社会利益。

权利实质是对由人的本性及行为的特性所决定的行为自由的规范性肯认。人的本性或行为动机决定了任何行为都有两面性:一方面,它能给行为人带来利益(收益),否则,人不可能有该行为。另一方面,行为本身就是人体力和脑力的耗费,实质上就是代价的付出(成本)。由此决定了一种行为的收益是否大于成本,即能否增加行为者的利益是决定该行为是否该为的条件。因而,只有行为结果在享有上存在竞争性,且能归行为者排他性享有,其就可据条件及偏好判断自己行为的收益和成本,自由选择为或不为一一定行为的结果,往往导致选择的就是最能增加行为者利益的行为,这种行为往往就是有益的创造性行为。而只有私人物品及体现于其上的私人利益在拥有或享有上具有排他性和竞争性,这意味着权利宜于保护私人物品及体现于其上的私人利益,宜于激励人们从事创造和维护私人物品及体现于其上的私人利益的活动。

而公共物品以及体现于其上的公共利益在分享上的特性,意味着行为者为或不为的一定行为即使产生的利益总量大于成本,但因分享上的非排他性导致分享者众多,也往往使行为者分享的收益难以补偿其行为成本,以及在分享上的非竞争性可“免费搭乘”,因而,如行为者有选择行为自由,其往往不会从事即使行为收益大于成本,但行为者自身可分享的收益小于其行为成本的创造性行为,公共物品及体现于其上的公共利益的供应就会枯竭。可见,个人权利不宜于保护公共物品及体现于其上的公共利益。

权利对权利人来说是受强制力保护的利益,而对其他人则意味着是一种负担,因此,权利并非能被所有的人所尊重,且常常遭到侵害,这时权利体现的利益就不复存在。正是在此意义上西方有句经典的法谚说“没有救济,就没有权利”。然而,权利的救济是需要成本的,其成本由公共成本和私人成本两部分构成。^①公共成本由税收经预算而支付,对受害者而言不是其考虑的因素。而私人成本决定着受害者是否寻求救济,一般来说,只有当救济收益大于成本时,权利人才有激励发动救济程序。这意味着,只有当具有较大私人利益的私人产品受侵害时,才可能使发动救济的收益大于成本,如果受害的是公共物品及体现于其上的公共利益,其利益分享具有非排他性、非竞争性,任何发动救济程序者得到的利益可归其他人无代价地分享,每个受害者都想“搭他人救济的便车”,导致救济程序难以发动,受损害的利益也就不能获得救济。

以上分析说明,作为法律创设的保护个人利益工具的权利,不论从有利于利益的创造,还是从防止利益被损害,都适宜于对私人物品及体现于其上的私人利益予以保护。正因为如此,

^①个人权利作为受国家强力保护的利益,本身意味着保护权利是需要公共成本的。这种成本包括成立保护权利的公共组织的费用,以及公共机构运行的费用(参见[美]史蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·桑斯坦:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竟悦译,北京大学出版社2004年版,第7-10页)。而私人成本,则是权利人为获得救济而支付的各种费用(以司法为例,包括起诉花费的人力和时间、诉讼费、举证费用、律师费用等)。

受私法以个人权利保护个人利益思维惯性的影响,“消法”在总则后紧接着于第二章专章规定“消费者权利”,相应地第三章则是为权利的实现而规定经营者的义务。

2. 社会责任——保护公共利益的较优工具

社会责任就是在处于社会共同体中的社会成员,为维护其共享的公共物品所承担的责任。其由普遍责任和特定责任构成。普遍责任是指任何个人作为社会成员负有不损害作为公共利益客体的公共物品的责任,以及社会授权其代表社会防止他人损害公共物品的责任(在实在法中通常表现为法律义务,以及代表性权利)。特别责任,即没履行不损害公共物品义务而受到的惩罚(实在法中就是法律责任)。社会责任可从三个方面理解:^①一是责任主体的普遍性,即责任主体是全部社会成员;二是责任客体的公共性——公共物品;三是责任实现的社会性,即责任实现需社会成员、组织共同发挥作用。社会责任的实质是把维护公共物品的负担强加于个人,是个人必须对其共享的公共物品的创造或维护所承担的代价(承担成本)。社会责任的本质以及公共利益的特性决定了对公共物品及体现于其上的公共利益的保护需要社会责任,原因如下:

第一,任何物品及利益的产生或维护都需花费代价,公共物品也不例外。然而,公共物品及体现于其上的公共利益在消费或分享上具有的非排他性,这意味着为生产或维护该类物品付出代价的行为者并不能排他性地独享其利益,这势必导致其花费的代价难以得到补偿,从而理性人就没有从事创造公共物品的激励,公共物品就不能得到有效供给。

第二,公共物品及体现于其上的公共利益的非竞争性、非排他性,还意味着,即使不参与该物品或利益的生产或维护,也不影响其从该物获得利益的多寡,即其是否支付成本并不影响其分享利益的多寡。这势必导致理性人产生“搭便车”现象,有益于公共物品生产和维护的行为就很少出现,公共物品就不能得到有效供给。

因而,要保障公共物品及体现于其上的公共利益的生产和维护,就必须以强力要求从公共物品中获得利益的所有成员不仅必须负责任地行为,即只能做无损于公共物品的行为,而且有责任遏制损害公共物品的行为。为此,可赋予有意愿维护公共物品或个人或组织权利,使其代表社会启动执法、司法遏制损害公共物品的行为,同时,激励个体通过维权,启动执法、司法遏制损害公共物品的行为,这些都属现代规制法关于社会责任的表现形式。可见,社会责任是保护公共物品及体现于其上的公共利益的较优工具。

我国“消法”第一章总则中的第5条、第6条,是对各种主体的普遍社会责任的规定,第四章“国家对消费者合法权益的保护”和第五章“消费者组织”的规定实则就是对不同主体据其社会角色,而赋予社会责任的规定。第四章经营者以为的规定,则可解释为因为在消费品市场的交易秩序这一体系中,只有经营者的行为对这一公共物品具有侵害的可能,因而,为防止侵害,必须强制其为一定行为或不为一行为。第三章的一般规定,则是因为消费者往往是受害者,具有个人财产和人身损害,具有寻求救济的激励,且其发现违法具有及时、成本低的优势,因而,赋予其权利,其权利行使的正外部性就可实现对该秩序的保护。而第19条特别规定的“产品召回”责任制度、第25条规定的“反悔权”或“冷却期制度”等都是社会责任的新制度形式,而第55条规定的三倍赔偿,在笔者看来并非惩罚性责任,而是激励个人提起诉讼,实现遏制违法,从而保护交易秩序、维护公共利益的手段。

^①对社会责任三方面的详细论述,参见刘水林:《经济法是什么——经济法的法哲学反思》,《政治与法律》2014年第8期。

(三)“消法”保护方式的发展趋势

随着社会经济的发展,人的利益结构及作为利益客体的物体类型也发生了变化。与之相对应,为了实现对利益的有效保护,法律保护利益的工具或规范形式也发生了变化。在“消法”发展和演化过程中,由于存在着从私法范式向经济法范式的转化,这两种法范式对法保护利益的不同追求,决定了其保护工具或法律规范形式也发生了转化,即从个人权利为主导转向以社会责任为主导。但由于这种转化还在进行,因而,在“消法”立法、执法和司法实践中,存在着两种范式并存,且由于私法范式处于主流,即使对一些体现经济法范式的实定法制度,许多学者及法律工作者也是从私法范式来理解,从而产生理解上的困惑。

三、“消法”如何保护?

任何法律都有其价值目标,其价值目标不仅决定了其保护对象及其特性,也决定着其主要保护工具或规范形式的选择,进而决定了其保护方式。目前,法律对利益的保护主要有两种不同的范式,即私人主导范式和公共主导范式。一般来说,对私人物品及私人利益的保护采取私人主导范式,而对公共物品及公共利益的保护采取公共主导范式。这两种范式的主要区别有两个方面,即保护规则设计的理念的不同,以及法律实施的方式不同

(一)保护的理念与规则选择

1.保护理念与制约规则选择的因素

法律对利益的保护主要在于对损害利益行为的防止,在对损害行为防止上有两种不同的法律理念,即事前预防和事后救济。与此相应,存在着两种防止损害行为的规则,即事后责任规则和事前规制规则。^①它们在利益保护上的优劣不能抽象而论,而是取决于其具体所要防止受害利益的特性。同时,没有任何法律纯粹是以一种规则实现对利益的保护,而是以一种为主导,以另一种为补充。制约主导规则选择的因素有以下四点:(1)行为主体与规制机关在有关行为损害风险的知识上可能会存在的差异。(2)行为主体是否具有支付全部数额的损害赔偿的能力。(3)行为人承担损害赔偿的概率。(4)在运用责任规则或直接规制时所引起的行政成本或费用。

一般来讲,当行为主体对行为有害性信息的掌握具有优势、行为者的资产的数量与可能发生的损害差距不大、加害行为承担损害赔偿概率高、预防损害行为的行政成本高时,适于用责任规则来规范;相反,则适于用规制规则来规范。^②

2.私害行为与公害行为

任何损害都是由一定的行为引起的,因而,对利益损害的防止实质上就是对损害行为的防止。按行为损害的利益,我们可把损害行为分为私害行为和公害行为两种。私害行为是指行为

^①责任规则是以对具体主体权利的侵害的存在为前提的,它的运作是通过损害发生后引起的损害赔偿所产生的威慑作用来矫正人们的损害行为。规制规则,则是在实际损害发生之前通过颁布标准、禁令以及其他形式的一些要求,较为直接地修正人们的行为。对此的详细论证可参见刘水林:《反垄断法的挑战——对反垄断法的整体主义解释》,《法学家》2010年第2期。

^②[美]史蒂芬·夏维尔:《损害赔偿责任抑或安全规制》,罗玥译,载[美]唐纳德 A. 威特曼:《法律经济学文献精选》,苏力等译,法律出版社2006年版,第93-98页。有关规则选择的影响因素的详细论述可参见刘水林:《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》,《法学研究》2014年第3期。

损害的利益主要是体现在私人物品上的私人利益;公害行为是指行为损害的利益主要是体现在公共物品上的公共利益。这两种行为的特性可从主体、客体、后果来说明。^①

(1)私害行为。其损害的利益客体是私人物品,是相对静态的;其受害主体是具体的、有限的;其损害后果是确定的、有限的,因而是可以恢复或可以补偿的。

(2)公害行为。其损害的利益客体是公共物品,是相对动态的关系体系或产业状态;其损害的主体是不特定的、众多的;其损害后果是不确定的。正因为如此,有学者指出,“公益不是静态的、既定的数目,公益随着程序的进行逐渐发展。”^②损害程度的不确定性,意味着对损害后果是难以恢复或难以补偿的。

3.“消法”保护规则的选择

以上两方面的分析说明,就私害行为而言,行为者对私害行为的损害拥有信息优势,且因损害有限,行为者具有赔偿能力,承担责任就使其具有防止损害行为的激励。而受害者易于掌握胜诉证据,加之受害人维护的利益可排他性分享,具有维护自己利益的激励。因而,宜于以事后责任规则来防止。相应地,就公害行为而言,行为者对公害行为的损害相对于专业的执法机关不具有信息优势,且因损害巨大,行为者一般不具有赔偿能力,因而没有防止损害行为的激励。而受害人维护的利益又不能排他性分享,加之受害者难以掌握胜诉证据,因而多数受害者没有维护利益的激励。因此,宜于以事前规制防止。

由于“消法”处于从保护私人为主导向保护公益为主导的转化过程中,因而,历史沿革下来的制度属于事后责任规则。而新出现的制度,如“冷却期制度”,“产品召回制度”,我国第四章、第五章有关政府和社会组织的职责的多数规定,以及“消法”第56条的规定,^③则属于事前预防的规制规则。同时,由于在消费品交易中,经营者的有害行为具有二重损害性,即既对消费者的私人物品造成损害,也对消费者所依存的公共物品——交易秩序造成损害。这意味着对“消法”必须以两种范式来解释,而非独以私法范式来解释。

(二)“消法”的两种实施机制

任何规则发挥作用都必须具备相应的实施机制,但不同法律由于保护的利益及价值目标不同,以及实现方式不同,由此决定其实施的机制构造和制度形式就不同。

1.“消法”实施机制的构造变化

任何法实施机制都由四种基本制度构成,即守法、执法、司法和社会组织的诉讼外纠纷解决程序,^④“消法”也不例外,因此,不能仅仅将“消法”的实施理解为消费者保护执法和司法,而应该将经营者和行政主体自觉遵守反“消法”的情况也包括在内。虽然如此,但不是任何当事人都能自觉地遵守法律。加之,“消法”具有明显的国家干预色彩而必须有国家强制力的介入,因而,在“消法”实施中带有强制力的行政执法和司法活动就表现得更加突出。

^①对这两种行为区别的详细论述可参见刘水林:《经济法是什么——经济法的法哲学反思》,《政治与法律》2014年第8期。

^②[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵译,北京大学出版社2012年版,第143页。

^③我国“消法”第56条规定,意味着法律以超越民事责任的补偿原则,且增加了行政责任,旨在防止经营者从事以上10种行为,这10种行为都属于损害消费者交易秩序的公害行为。其中“没收违法所得、处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款”,目的使行为人得不偿失,不能从违法中获益,从而防止该类行为,而“责令停业整顿、吊销营业执照”,实则是剥夺了行为者实施危害行为的能力,从根本上防止该行为再发生。

^④这里之所以用社会组织的ADR(alternative dispute resolution, 诉讼外纠纷解决),主要包括仲裁机构的ADR和一些专门组织,如消费者保护组织、国际机构的ADR。

执法主要是以公共机关和社会组织为主导,防止损害消费品交易秩序的违法行为,从而反射保护消费者利益,以实现“消法”为目的的活动,这种实施方式通常被称为公共实施。这种实施方式的主要功能在于预防,是保护公益的法律实施的主要方式。司法主要是以受害的消费者——私人为主导,依据受害的消费者提起民事诉讼获得救济来直接保护消费者利益的活动,这种实施方式通常被称为私人实施。这种实施方式的主要功能在于救济受害者,是保护私益的法律实施的主要方式。

“消法”保护范式的转化,在实施机制的制度构造上意味着,从通过民事诉讼救济具体受害的消费者为主导的私人实施向以执法保护消费品交易秩序为主导的公共实施转化。也就是说,现代“消法”实施机制的制度结构是以执法为主导,以司法为辅助的。我国“消法”修订后在第四章、第五章对国家和社会组织保护消费者权益的职责予以强化就说明了此种情况。

2.“消法”执法机制的构造变化

执法有广义和狭义之分,广义的执法,包括采取抽象行为所从事的管理活动和采取具体行为所从事的活动,即抽象执法和具体执法;狭义的执法则指采取具体行为所从事的执法。

“消法”属于规制规则为主导的法,其执法就必须遵守规制法的一般规则。从20世纪80年代以来经济合作与发展组织国家的规制改革看,现代规制的重心在于使规制合理。具体讲就是通过制度性保障,在规制制定、执行中的引入专家、利益相关者的参与,通过共同协商使规制更合理。这被称为制定规制所遵循的唯一合理原则,也是经济合作与发展组织建议作为建立“良好规制”的一条关键原则。^①

规则合理可以保障具体执法的公正,从而有利于法律功能的有效发挥和法律目的的有效实现。因此,在“消法”执法机制的制度构造中,抽象执法越来越重要。^②同时,在具体执法中,为克服执法机关因资源有限,难以及时发现违法,“消法”建立了私人启动执法程序的制度,鼓励公众履行社会责任,向执法机关告发违法者。^③

3.“消法”司法机制的构造变化

在司法发展的较长时期,其主要目的在于对具体受害人的救济,是保护私益的法律实施方式,这种诉讼被称为私益诉讼。^④但随着现代工业的发展,作为个体的经营者生产力的巨大,加之,市场机制作用,其行为通过市场传导持续地影响不特定主体的利益,其行为产生的危害就具有了社会公共性,相应地产生了公益诉讼。

^①“考虑到规制在社会上的影响,它产生的收益应大于其成本”,这样的测试是一个值得推崇的方法,因为它旨在满足“社会最优化”标准的政策。参见经济合作与发展组织:《规制影响分析:经济合作与发展组织成员国的最佳表现》,第221页,1997年,巴黎。对此较详细的论述可参见刘水林:《中国(上海)自由贸易试验区的监管法律制度设计》,《法学》2013年第11期。我国“消法”第30条的规定就是对此原则的体现。

^②由于现代治理理念从行政控制向合作治理的转化,依据明细、合理规则诱导被规制者守法成为法有效实施的关键,因而抽象执法愈益重要。其在“消法”上的表现就是各级工商行政管理机关为保障“消法”的有效实施制定的各种规章、条例。如2015年1月国家工商行政管理总局令第73号《侵害消费者权益行为处罚办法》,2016年制定的《消费者权益保护法实施条例》(征求意见稿);各省工商行政管理局制定的“消费者权益保护条例”。

^③如我国“消法”第32条第2款规定:“有关行政部门应当听取消费者和消费者协会等组织对经营者交易行为、商品和服务质量问题的意见,及时调查处理。”我国《食品安全法》第12条规定,“任何组织或者个人有权举报食品安全违法行为”。

^④其实私益诉讼本身也产生一定的公益,因为提起诉讼就是对抗不法,它不仅“是权利人对自己的义务——因为它是道德上自我保护的命令,同时它是对国家社会的义务——因为它是为实现法所必需的”([德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,胡保海译,载梁慧星:《为权利而斗争》,中国法制出版社2000年版,第12页),而法的实现,意味着良好秩序的形成,而良好秩序本身就是公益的实现。

由于在“消法”中存在着从民法私益保护范式向经济法公益保护范式的转化,相应地在世界“消法”实施的司法制度构造上也发生着变化,即由早期的单一的私益诉讼,转向私益和公益两种诉讼,且从国外发展趋势看,公益诉讼的形式趋于多样化。目前主要有集团诉讼、团体诉讼和示范诉讼。^①集团诉讼是在美国、加拿大等国反垄断诉讼中被应用的制度,与我国的代表人诉讼类似。在美国的集团诉讼中,律师和原告通常约定采用成功报酬(contingent fee)制度^②;团体诉讼,其典型如德国的团体诉讼制度,按德国法的规定,团体诉讼中的团体是为了维护团体成员利益,依法定的要件而成立,德国《反限制竞争法》把诉讼资格赋予了营业利益促进团体(行业协会)和消费者保护团体;示范诉讼,即对于有共同问题的群体性纠纷,法院可以从已经受理的案件中选择一宗或多宗案件进行诉讼,法院对诉讼所作出的判决,对于其他有共同问题的群体纠纷具有约束力。

顺应世界各国“消法”司法范式的转化,我国“消法”在2013年修订中,在第47条对团体公益诉讼作了规定。另外,由于“消法”的私人诉讼具有较强的公益性,为弥补公益诉讼不足,我国“消法”建立支持私人诉讼的制度,其第35条规定:“人民法院应当采取措施,方便消费者提起诉讼。”以及第37条有关消费者协会履行的公益性职责中的相关规定就说明了此种情况。

(三)小结

上述分析说明,“消法”保护范式的转化,体现在如何保护,即“消法”以何种保护观念及其实施机制的转化上,呈现出从以事后救济为主导的司法模式向以事前规制(预防)为主导的执法模式的转化;就执法机制的制度构造而言,存在着从具体执法为主导向以抽象执法为主导、以具体执法为辅助的模式转化。在私法中从私益诉讼的单一诉讼形式向私益和公益诉讼的二元模式转化,且公益诉讼形式趋于多样化。

四、结论

从现实看,“消法”规则的制度变迁和司法实践的变化说明,在对消费者的法律保护上存在着从单一的私法(民法)范式向私法和经济法二元范式的转化,且表现出经济法范式的法律制度规定、司法解释和裁判案例愈益增加的趋势。但从“消法”的研究和司法实践看,由于受主流法学思维惯性^③的影响,私法思维范式仍处于主导地位。不可否认,以私法的思维范式来理解或解释“消法”中的私法制度范式是恰切的,但用以解释“消法”中新兴的经济法制度范式则缺乏恰当性。因此,要为未来“消法”的完善,以及为司法实践中出现的新制度给予恰切的解释提供理论支撑,使“消法”的保护功能得以有效发挥,以实现消费者的有效保护,在“消法”的研究中需要二元思维范式。

^①有关公益诉讼的集中形式的详细介绍参见刘水林、邹峰:《我国证券公益诉讼制度建构的理论证成》,《上海财经大学学报》2014年第6期。

^②又称“胜诉酬金”制度,按照该规定,一切诉讼费用先由律师来承担,如果胜诉,律师有权获得一定比例的赔偿金;如果败诉,原告不用承担任何诉讼费用,一般应用于人身事故等侵权行为案件上原告的经济条件并不宽裕的场合,或者在举证困难、胜诉把握不大的场合。参见[日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,李薇译,法律出版社2006年版,第25-26页。

^③这种思维的观念基础是自由主义,把个人利益等同于私人利益,且个人利益是一切利益的源泉,而权利是保护利益的最有效的工具,法律制度就是以个人权利为中心而建立的。因而,法学被看作是权利的科学,法律就在于保护个人权利,保护权利的方式主要就在于防止权利被侵害,主要途径就是受害人启动司法程序使被侵害的权利获得救济。

目前,“消法”研究中的经济法范式相对缺乏,且经济法范式的研究框架还没有建立,本研究可以说是对“消法”的经济法研究范式“核心”问题的初步探讨,希望能成为引玉之砖,吸引更多的经济法学者在理性批判的基础上对“消法”的经济法范式展开深入探讨,形成较完善的理解“消法”的经济法范式,为“消法”的完善和合理解释提供系统的理论支撑。

Economic Explanation of Paradigm Transformation of Consumer Protection Law

Liu Shuilin , Lu Bo

(*School of Law, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China*)

Abstract: The content of modern consumer protection law consists of private law and economic law as two different institutional paradigms. The differences in these two different institutional paradigms are mainly embodied in three aspects. The first is what the consumer protection law protects. In this regard, civil law paradigm thinks what it protects is the private interests embodied in private goods of consumers as specific victims. However, economic law paradigm argues that what it protects is the public interests reflected in trading order for goods. The second is by what the consumer protection law protects. Withal, in civil law paradigm, the attributes of protecting the objects determine the right as the best tool to protect the interests of consumers. But in economic law paradigm, the attribute of protecting the objects determines social responsibilities as the best tool to protect consumer interests. The third is how to protect in the consumer protection law. In this regard, civil law paradigm is based on afterwards liability rules dominated by the private, and realizes the protection mainly in accordance with the lawsuit prosecuted by individuals to obtain the relief. But economic law paradigm is based on the ex-ante regulation rules dominated by public law enforcement and realizes the protection mainly in accordance with rules formulated by the law enforcement agencies to prevent damages and accompanied by public interest litigation. Based on the sample of revised consumer protection law and two pieces of judicial interpretation issued by the Supreme People's Court and used to hear consumer dispute cases, this paper employs economic analytical methods to compare legal interests protected, protection modes, and achievement ways of these two protection paradigms, and elaborates the economics paradigms of understanding or explaining consumer protection law, to perfect the consumer protection law in the future and provide rational support for proper explanation of current new institutions.

Key words: civil law paradigm; economic law paradigm; private interest; public interest

(责任编辑:海林)