

对消费者撤回权立法模式的反思

● 白 江*

【内容摘要】 从比较法学、法经济学、行为经济学、民法基础理论和我国市场现实情况这些不同角度进行分析,消费者撤回权的最佳立法模式应是仅在严重影响消费者自我决定自由的上门推销中对于消费者的撤回权采取强制性的规定,而在通过网络、电视、电话、邮购等方式进行的远程销售和消费者信贷合同、人寿保险合同等复杂的消费合同中则应采取任意性规定的立法模式。为此,法院或行政机关在适用修订后的《消费者权益保护法》第 25 条时需特别慎重,应兼顾消费者和商家的利益,而不能盲目地倾向消费者。未来我国消费者撤回权的立法模式也应逐渐向这种最佳模式转变。同时,应相应修改《直销管理条例》第 25 条,并在一些单行法中针对一些复杂消费合同建立任意性的撤回权制度。

【关键词】 消费者 撤回权 立法模式 直销 远程销售

2013 年 4 月,十二届全国人大常委会第二次会议审议和公开了《消费者权益保护法修正案(草案)》(以下简称草案)。为了保护网络购物等新的消费方式中消费者的选择权,该草案赋予了消费者在适当期间单方解除合同的权利,其第 9 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,但根据商品性质不宜退货的除外。经营者应当自收到退回货物之日起七日内退还消费者支付的价款。”这一规定引起了社会上的广泛讨论,各方提出了诸多不同意见。后来该条又被进行了一定的修改。2013 年 10 月最终颁布的《消费者权益保护法》第 25 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,但下列商品除外:(一)消费者定作的;(二)鲜活易腐的;(三)在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品;(四)交付的报纸、期刊。除前款所列商品外,其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品,不适用无理由退货。消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内退还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担;经营者和消费者另有约定的,按照约定。”可见,此次立法对消费者撤回权最终选择了采取“强制性规定+例外情况和条件”的立法模式。不过这一立法模式是否最优,值得在理论上继续反思,以便为未来该制度在我国的适用和进一步完善提供更多的理论支撑。基于此,本文将从不同的角度对此展开分析。

一、比较法视角下的分析

从比较法的视角来看,消费者撤回权的立法模式主要有欧洲模式和美国模式这两种。在欧洲,消费

* 作者单位:复旦大学法学院、上海市长宁区人民检察院。本文受国家社科基金青年项目“公司社会责任与公司治理研究”(项目编号:10CFX070)和复旦大学“985 工程”三期整体推进社会科学研究项目(项目编号:2012SHKXQN014)的资助。

者撤回权由一系列保护消费者的欧盟指令所规定,后来这些指令被欧盟成员国转换为国内法。从1985年到2011年,欧盟颁布了一系列的指令,针对有关产品和金融服务的远程销售、上门推销、不动产的分时所有、人寿保险和消费者信贷等交易规定了强制性的消费者撤回权。欧盟2011年最新颁布的消费者权利指令(Directive on Consumer Rights)^①对之前颁布的一些相关指令进行了更新和概括,在其第三章规定了远程销售合同和非场地销售合同中的消费者撤回权。其中,非场地销售合同(off-premises contracts)是指销售者和消费者在销售者的固定商场以外的地方当面签订的合同,也即直销合同。按照该指令,在订立合同时销售者有义务告知消费者其享有撤回权。消费者有权行使撤回权的期限为14日。消费者撤回权的行使是无条件的,也即消费者无需提供任何理由。在消费者行使撤回权之后,销售者必须在14日内退还收到的所有价款。消费者应仅承担返还商品的直接费用,除非销售者同意承担该费用或销售者未告知消费者其要承担该费用。消费者仅须对除对于确立商品的性质、特征和功能所必需之外的对于商品的处理所引起的商品价值的任何减损承担责任。当销售者未向消费者告知撤回权时,消费者无需对商品的减损价值承担责任。不过,当消费者请求销售者提供服务或水、电、天然气时,消费者须对行使撤回权之前所享受到的服务或水、电、天然气付费。然而,对于消费者撤回权又存在大量的例外规定,指令第16条规定了13种不适用撤回权的情形,例如价格依赖于金融市场易波动的商品或服务,易腐烂或马上到期的商品,因保护健康或卫生原因而不适合被退回的商品,酒精饮料,被包装好的录音产品、录像产品或电脑软件,报纸、期刊和杂志,被公开拍卖的产品,与休闲有关的服务以及电子数字产品等。总体来看,在欧洲,消费者撤回权已作为买卖合同中的一种特殊权利被法定化和固定化。例如在德国,通过2001年的债法改革,消费者撤回权已被纳入《德国民法典》。^② 而由欧洲学者共同起草的2008年《欧洲私法共同框架草案》也对消费者撤回权予以了规定,而且其适用范围比较广泛。^③

与欧洲不同,美国法在赋予消费者撤回权方面则没有那么慷慨。在美国的关于合同的普通法和《美国统一商法典》中,不存在关于消费者撤回权的规定。在美国,联邦或州通过专门的立法规定在少数特殊交易中,在冷静期内消费者可以撤销合同,返还商品。美国联邦贸易委员会在1972年制定的《对于在家中或在一定其他场合进行的销售的冷静期规则》^④中规定,如果销售发生在购买人的家中或在非销售者固定经营场所的地方(例如酒店、会议中心或餐馆),则购买者可以在3个经营日内取消25美元以上的交易。销售者须在销售时告知消费者对此享有撤回权,并提供两份撤销表格的复印件。但该冷静期制度不适用于远程合同,也即通过邮件、电话或网络订立的合同被明确予以排除。而且这一规则也不适用于不动产、新车、艺术品或工艺品的买卖。在消费者行使撤回权之后,销售者须在10日内退还所收到的价款。除该联邦立法之外,美国一些州则规定了较为宽松的法律。例如,纽约州规定消费者有权在30日内返还未被使用过的和未被损害的商品,除非商店公示了一种不同的退货政策。^⑤ 美国加利福利亚州在其民法典中也作了同样的规定。^⑥ 不过,可以看出,美国这些州的规定都是任意性规定,当事人可以通过明示的方式排除撤回权的适用。总体来看,在美国,对消费者的保护更多地是通过强制性的信息披露来实现的,也即要求销售者通过在合同中使用显著清晰的语言来提醒消费者注意那些加重消费者义务的、出人意料的条款,而不是通过赋予消费者过多、过宽、甚至一般性和强制性的撤回权。如果

① See Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance.

② 参见迟颖:《论德国法上以保护消费者为目的之撤回权》,《政治与法律》2008年第6期;张学哲:《消费者撤回权制度与合同自由原则——以中国民法法典化为背景》,《比较法研究》2009年第6期。

③ See Von Bar, Christian, et al., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition, Munich, 2008.

④ See Rule Concerning Cooling-off Period for Sales Made at Homes or at Certain Other Locations, 16 C. F. R. § 429.1 (2011).

⑤ See New York Code, General Business, Sec. 218-a.

⑥ See California Civil Code, Sec. 1723.

消费者有机会检查或使用商品,而结果仅仅是对商品不满意,只要商品与其说明和担保相符,则消费者不能获得法律上的救济,除非合同本身赋予了其返还商品的权利。

尽管美国法在赋予消费者撤回权上非常严格,但在实践中,美国的商家却往往自愿地给予消费者广泛和宽松的撤回权。例如在美国拥有最大零售市场份额的沃尔玛公司就对在网络上或在固定商厦中销售的商品提供同样的销售条款,顾客能够退回几乎所有的通过现金或信用卡交易的商品。不过,衣物须消费者未穿过的才能退,音乐和电影碟片或软件须是没有被拆封过的才能退,书籍须是未被使用和涂写过的才能退。由于运输方面的规定,一些商品须被返还到一个指定的商店,例如带有易燃液体的商品。还有一些商品只能通过特殊的运输安排才能被退还,例如价值在 300 美元以上的珠宝和尺寸非常大的物品。退货期一般为 90 日,但对一些商品另有特殊规定,如电脑配件的退货期为 45 日,相机的退货期为 30 日,手机的退货期为 15 日。顾客如果没有收据或发票,则需在 45 日之内退货,并且商品数量不能超过 3 件。^⑦

从上述分析来看,在欧洲,国家对市场有更多的干预,国家通过强制性立法在更多领域赋予了消费者撤回权,而且消费者行使撤回权的期限也更长,体现了立法者对处于“弱势地位”的消费者的更充分的保护、国家公权力对契约自由原则的更多限制以及欧洲大陆国家在传统上对“公平”(或更确切地说是“平均”)的更多追求。而美国则只在很有限的领域赋予消费者撤回权,如美国联邦立法仅对上门推销才通过强制性的规定赋予消费者撤回权,且权利行使的期限很短(3 个工作日内)。美国一些州的立法在对消费者撤回权作出规定时一般采取任意性规定,即销售者可以通过明示的方式对消费者撤回权的规定予以排除适用。然而美国的立法模式在现实中并没有使得消费者处于更加不利的地位,相反,在美国更加自由的市场经济中,经营者出于竞争和赢得更多客户的需要,均常常主动赋予消费者非常宽松的撤回权。这种立法模式更多地体现了对市场机制的信任和尊重以及对效率的追求。

我国在传统上更多地受欧洲大陆法系的影响,故理论界对消费者撤回权的研究受欧洲(尤其是德国)的影响更大。这也影响了我国在这一领域的立法。修订后的《消费者权益保护法》对于通过网络、电视、电话、邮购等方式进行的远程销售规定了强制性的 7 日内无条件退货的消费者撤回权。另外,我国已有的《直销管理条例》规定了消费者在直销中享有 30 日内无条件退货的撤回权。^⑧可以看出,我国消费者撤回权的立法模式与欧洲更为相似。不过,在我国不断深化发展市场经济的当下,这种过于传统的、欧洲式的立法模式倾向值得反思,前述美国的立法模式更值得我国借鉴。

二、法经济学角度的分析

从法经济学的角度,需考虑消费者撤回权这一制度在现实中所带来的成本和收益问题(Cost - Benefit Analysis)以及对社会总福利(Social Welfare)的影响。^⑨这一制度一方面使消费者有时间和机会去了解其所购买的产品,另一方面又可能会使销售者遭受其已出售的商品的价值减损。在远程销售等情况下,销售者与购买者订立买卖合同,在合同成立之时,购买者并不完全了解其所购买的商品的所有实际情况。在收到商品之后,消费者才开始实际获得商品的具体信息,才开始对商品的实际价值有一个现实的衡量。这种对商品信息的掌握程度一般随着时间的推移而不断提高,尤其是随着对产品的实际使用而逐渐提高。但是,在这一过程中,商品本身的价值一般会同时逐渐减少。

所以,最佳的立法设计应是最优地平衡好购买者通过观察和使用从而从不确定性的降低中获得的收益与销售者的成本(也即商品的价值减损,或可直接称为减损成本)。这里的减损成本(depreciation

^⑦ 参见美国 Walmart 网页上的退货政策, <http://www.walmart.com/ep>Returns-Policy/538459>, 2013 年 12 月 15 日访问。

^⑧ 不过,我国《直销管理条例》所规定的消费者的无条件退货权中有一个非常不利于消费者和直销员的条件,即产品必须是未开封的(参见该条例第 25 条第 2、3 款)。消费者和直销员为了解和查看产品的具体情况通常都需要打开包装,所以该条例中的这一条件要求是非常不合理的。

^⑨ See Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, 2004, Introduction, pp. 1 - 5.

cost)包括由于商品移转给购买者致使销售者所承担的所有成本,包括经济学上的机会成本(也即销售者不能将商品销售给其他人的机会损失成本)、智慧财产的损失(例如,购买者记录和拍摄了商品的具体细节,然后便返还了商品)以及其他成本。^⑩如果购买者自得到商品后获得许多信息,而该商品的价值基本没有减损,购买者将有权返还商品。这种权利将使销售者事前受益,因为当购买者有了无条件的退货权时,将更可能购买该种商品。但是,在一定的时间点上,减损成本将超过信息收益;在这一时间点上,无条件撤回权应当终止。

另外一种最佳的立法设计不是给予购买者无条件的撤回权,而是给予购买者选择退货的权利,但须同时向销售者支付减损成本。这种立法设计迫使购买者评估撤回决定给销售者带来的成本,这样便给予购买者最佳的社会激励机制去保留或退回商品。只要能够精确地对价值减损进行计算,则这种立法设计不需要事前预测减损成本将要超过信息收益的时间点。

不过,上述两种立法设计都是不现实的,因为它们都依赖于对价值减损的精确计算。该计算或者由当事人事前进行,或者由法院事后进行,但两者都很难精确地对商品的价值减损进行计算。

只要减损成本高于更多信息赋予购买者的分配价值时,如果法律强制规定一个固定期限内的消费者撤回权,则这种法律制度将导致一种不效率和不经济的结果。也即此时这种强制性的规定带来的社会总成本大于社会总收益,所以这种强制制度是一种不经济和缺乏效率的制度。进一步而言,当这种自由撤回权的期限越长,则潜在的不效率性和不经济性就越大。另外,由于自由撤回权的结果所导致的价值减损成本最终会转化为商品的更高价格,于是,这将导致另外一种不效率性和不经济性,因为一些有效率的交易便无法事先被达成。

在一个能够进行完美执行的世界(也即在那里法院能够完美地计算和决定价值减损的成本)中,最佳的法律制度应当是赋予消费者撤回权,同时要求消费者向销售者支付价值减损的成本。这种被支付的减损成本相当于销售者受到的信赖损失(reliance damages)。但是,在真实的世界中,法院是难以衡量这种价值减损成本的。所以,从法经济学分析的角度,对于消费者撤回权的立法不应当武断地一律采取强制性的立法模式,而应当寻求一种更加自由的、让现实中的买卖双方当事人能够根据实际情况有更多选择权的立法模式。而这种最佳的立法模式便应当是任意性规定的立法模式。这种任意性规定的立法模式有两大优点。其一,在现实中许多商家已经主动给予了消费者退货权,赋予消费者撤回权的任意性规定将能够免去实践中销售者自己主动规定消费者撤回权的麻烦,从而为当事人节省交易成本,并且这种任意性规定使得本来可能不完善的合同趋向与消费者的自由退货的期待相一致。其二,这种任意性规定又给予了销售者必要的自由权,使得销售者有权根据商品被交付后可能出现的价值减损幅度来决定是否给予消费者撤回权,以及给予多长期限的撤回权。

而消费者撤回权的强制性规定的立法模式则过于武断。它一方面忽视了现实中众多商家主动给予消费者撤回权的现实情况,另一方面武断地剥夺了买卖双方的自由决定权。现实是复杂多样的,有些消费者看中撤回权的价值,宁愿支付较高的价格购买带有退货权的商品,而有些消费者则不看中撤回权的价值,更愿意购买不带有退货权的但价格更便宜的商品。在现实中,许多打折商品都是明确带有不能退货的条件的。正如德国学者瓦格纳(Wagner)所言,消费者抛弃撤回权完全是可能的,消费者的这种理性自我决定并没有什么错误,消费者可以理性地决定为了得到便宜的价格而主动放弃撤回权。^⑪因此,对于消费者撤回权的强制性规定立法模式将会剥夺一部分愿意享受折扣的消费者的自由选择权,迫使他们实质上为其他部分消费者享有的撤回权支付一种变相的补贴。

^⑩ See Omri Ben-Shahar and Eric A. Posner, *The Right to Withdraw in Contract Law*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 40, No. 1, 2011, pp. 115-148.

^⑪ See Gerhard Wagner, *Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, *Erasmus Law Review*, Vol. 3, Issue 1, 2010, p. 59.

综上所述,除极少数的情况,如上门推销,因为此时消费者的自我决定权受到了严重损害,法律有必要规定强制性的消费者撤回权,而在远程销售等一般情况下,对于消费者撤回权则应当采纳任意性规定的立法模式。

三、行为经济学视角下的分析

一般而言,法律赋予消费者强制性撤回权的假定依据是,当事人的行为都是由自我利益所驱动的,销售者基于自我利益是不会主动赋予消费者撤回权的;赋予消费者撤回权是与销售者的自我利益不一致的。但是,从行为经济学的角度进行分析,这种观点的正确性是值得商榷的。如果建立交易双方的信任和吸引更多客户是销售者主动给予消费者退货权的动机,那么立法者要建立强制性的法定撤回权将会影响这种构建信任的过程,就会发生行为经济学上的“挤出效应(crowding out effects)”,也即强制性的法律规定将本来当事人基于互惠和善意而作出某种利他行为的动机排挤掉了。^⑬

一般而言,除法律以外,社会规范(Social Norms)对于控制人们的行为也起着重要作用。^⑭按照被广泛认可的观点,这些社会规范是受到互惠考虑的影响的。^⑮行为学的研究显示,人们和机构的行为因此便不一定是基于自利的动机的。这种无私和利他的行为会由于法律规定而受到负面的影响,也即人们的本能和内生的、“考虑他人”的动机便被外在的、会导致机会主义行为的动机所取代。例如国外一个很有名的研究发现,英国的自愿无偿献血制度比美国的有偿献血制度带来了更多的高质量血的捐赠。也即为血付钱并没有导致献血者数量的有效增加。^⑯这便是一种“动机挤出效应”的典型例子。在没有明确规定的奖励时,一个人会显示他的内生动机去帮助他人或者去做正确的事情。但是,只要一种金钱奖励被导入,其他人将会认为这种善意行为并不是基于无私和利他的动机,这将会导致主动作出善意行为的意愿降低。

而建立强制性的消费者撤回权也会有这种同样的效果。有研究显示,在欧盟于1997年颁布关于远程销售的指令后,从1998年到2004年,在德国退货率从24%上升到了35%。研究者将这种撤回权行使的增加归结为互惠和善意的挤出效应。^⑰这项研究可以说明,退货行为会受到消费者如何看待销售者的行为(即因自愿或者因法律强制规定的结果)的影响。

所以,从行为经济学的角度观之,在设计消费者撤回权的最佳立法模式时,也必须考虑互惠行为和与销售者与消费者之间构建信任的重要性。最理想的立法模式应当是:只在极少数的情况下,如上门推销中,立法者有必要建立一种强制性的法定撤回权,而对于远程销售等一般情况,立法者应采用任意性规范的立法模式,以便防止强制性规定所带来的“互惠和善意的挤出效应”。

四、民法基础理论视角下的分析

在大陆法系国家,一般都形成了以民法典为核心的私法体系,以及与民法典相对应的理论体系。这一种法典制度和相应的理论体系是非常完备的,能很好地进行逻辑推理。当撤回权作为一种前所未有的新制度出现时,大陆法系的民法学者便感到了巨大的压力和困惑,因为撤回权是直接与契约自由和契约必信守原则相矛盾的。因此大陆法系的民法学者急于寻找撤回权的正当性基础和其在民法典体系中

^⑬ See Jan M. Smits, Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind?, *Penn State International Law Review*, Vol. 29, Winter 2011, p. 671.

^⑭ See Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000.

^⑮ See Vittorio Pelligra, Trust, Reciprocity and Institutional Design: Lessons from Behavioural Economics, 37 - 2006 AICCON Working Papers, http://ideas.repec.org/p/ris/aiccon/2006_037.html, last modified on Jan. 31, 2011.

^⑯ See Richard M. Titmuss, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, Allen & Unwin, December 1971, p. 90, p. 120.

^⑰ See Georg Borges & Bernd Irlenbusch, Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights, *Journal of Institutional & Theoretical Economics*, Vol. 163, Issue 1, 2007, p. 84.

的合适位置,以便将该制度与已有的民法制度和理论相协调和衔接。^①

按照目前最新的和最富有信服力的观点,消费者撤回权的正当性基础并非因为“消费者是弱者”或者“保护消费者”,而在于其在意思形成阶段的意思不自由;意思形成不自由包括精神上弱势造成的意思不自由和信息上弱势造成的意思不自由这两种情况;消费者意思不自由的问题不能通过错误、欺诈等制度予以解决,且不宜通过事后救济方式予以解决,而应采取事先预防的方法予以解决,也即通过建立消费者撤回权制度予以解决;这一制度通过给予消费者一定的撤回权期间,使消费者真正考虑并形成真实意思。基于这种撤回权的正当性基础,学者进一步推导出这样一个结论:撤回权在本质上类似于合同订立过程中因为欺诈、胁迫或错误导致一方意思表示有瑕疵而因此享有的撤销权,它并不属于一种特殊的解除权;因此行使撤回权的法律后果应当是不当得利之返还(理由是合同成立和生效,但撤销后合同溯及既往地归于无效),而非解除权行使后合同关系所转化成的类似合同的返还之债(vertragsaenliches Rueckgewaehrschuldverhaeltnis);但撤回权的法律效果类似于解除权的法律后果,而非不当得利之返还,因为在后者中存在善意取得者仅负返还既存利益之义务;不过,从历史发展看,解除权的这种法律效果本身不过是返还不当得利法律效果的特别规定,二者在结构上是一致的;所以在《德国民法典》中立法者未将撤回权规定在总则部分,而是规定在债法总则中。^②

上述民法理论的确很缜密和富有说服力,但正是在这一可被接受的理论下,我们不得不慎思消费者撤回权的适用范围和立法模式。按照这一理论,立法之所以赋予消费者撤回权是因为消费者在意思形成阶段的意思不自由,消费者的自我决定权(Selbstbestimmung)受到了侵害,存在意思形成障碍,其意思表示有瑕疵。而这种情况恰恰符合直销中的实际情况,也即在交易场合不适宜的情况下,如在消费者工作场合或私人住宅订立合同的情况下,存在对消费者突袭的风险并阻碍了其决定自由。^③在这种情况下,法律赋予消费者强制性的法定撤回权是合情合理的。但是,在远程销售中却根本不存在这种状况,这里不存在突袭、不合理的压力以及不合理的紧迫状况,消费者完全是自由的,其完全可以选择网上或网下购物,接受电话推销或直接扣上电话、不予理睬,接受电视推销或直接关掉电视或换个频道,去邮局邮购或到大型商场直接选购。在远程销售中唯一的不完美之处在于消费者不能亲眼见到商品,但这并不意味着消费者完全不能了解商品的情况,例如在网购中一般都存在商品的介绍、图片和其他购买者的评价。消费者也可采取其他方法获得商品的信息,例如在网购前先到商场看一下同样的商品。合同当事人在订立合同前的调查,实际上是当事人保护自己的最佳方式,也是降低社会损失、提高社会福利的最佳方式。^④再者,消费者选择了网络、电视等远程销售所带来的便捷和便宜,同时也应当承担这些好处中可能存在的一定风险,这完全符合风险和收益相一致的市场经济规律。另外,网购等方式无非是比较新颖而已,但不能因为新颖和陌生便推导出消费者在购物时的意思表示存在障碍。此外,对于网购中出现的一些涉及意思表示有瑕疵的争议问题,并没有充分的实践证明不能利用合同法中的错误、欺诈等制度予以解决。在现有法律制度能够提供有效救济的情况下,就没有必要一定要借助强制性的撤回权这种事先预防的方法来解决问题。

而在一些特殊的复杂合同,例如消费者信贷合同、人寿保险合同和度假住宅分时使用合同中,的确存在合同内容较为复杂、若无专业知识无法理解等情况,但这并不意味着消费者在订立此类合同时便出现意思形成障碍、意思表示不自由和有瑕疵。若照其推理,在今天这种日新月异、纷繁复杂的世界,则不

^① Vgl. G. Reiner, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung, AcP 2003, S. 4; Horst Eidenmueller, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210, S. 68; 同前注^①, Gerhard Wagner 文, 第 59 页; 同前注^②, 张学哲文; 王洪亮:《消费者撤回权的正当性基础》,《法学》2010 年第 12 期; 孙良国:《消费者何以有撤回权》,《当代法学》2011 年第 6 期。

^② 同上注, Horst Eidenmueller 文, 第 69 页; 同上注, 王洪亮文。

^③ Vgl. Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearbeitung 2004, § 355, Rn. 6; Wolf/Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, 2004, § 39, Rn. 11, S. 715.

^④ See Richard Craswell, Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem, Journal of Legal Studies, Vol. 17, No. 2, 1988, pp. 401-436.

知道会有多少复杂的消费者购买商品或服务的交易需要立法者加以选择并予以规制。但这其实是不可能的,也是不明智的。尤其是在现代金融市场中,金融合同双方当事人的信息不对称是一个重要特征,它常导致金融市场中的逆向选择和道德风险问题。^①但这并不意味着立法者需要对所有的金融合同都进行强制性的干预,因为金融市场本身是一个高风险、高收益的特殊市场,它对消费者本身也有更高的要求。在新的时代,消费者需要面对诸多新的挑战,同时社会中也不断涌现出第三方专业咨询者、保险等方式,以帮助消费者。这些在本质上是市场问题,需要用市场的方法来解决,而不需要立法者动用国家权力赋予消费者一种强制性的法定撤回权。如果一定要进行立法,那么对于这些复杂合同以及前述的远程销售合同,最佳的立法模式也应当是采用任意性规范的方法,这样一来,国家既履行了作为“善良严父”所负有的义务,也给当事人和市场留下了自由选择和约定的空间。^②

此外,还存在撤回权规定的体系归属问题。我国尚没有《民法典》,关于撤回权的规定是放在单行法中的,如《消费者权益保护法》、消费者权益保护地方性法规以及《直销管理条例》。目前也没有将撤回权规定在《合同法》中的趋势,故在立法上尚不存在撤回权规定的体系归属问题。不过,我国未来制定《民法典》时,应当借鉴德国将撤回权规定在债法总则中的解除权之后的做法,这倒应当是撤回权规定的最佳位置。

五、基于我国市场现实情况的分析

自1978年十一届三中全会后,我国经济体制逐步从长期的计划经济模式朝着商品化和市场化的模式转型,尤其是自1992年小平同志南巡讲话之后,我国改革开放的步伐进一步加快。经过三十多年的努力,到目前为止我国初步建成了社会主义市场经济体系。但市场体制仍不成熟,仍需继续深化。为了深化市场经济体制改革,我国制定的法律法规应当具有前瞻性,应当突出法律法规对市场经济的促进功能;应当给予市场主体更多的信赖和自由,应当更多地依靠和发挥市场经济规律的作用,而减少政府的主观臆断和过多干预;应当更加注重每个市场主体的个性,而减少对抽象的共性的追求;应当更多采取激励和引导方式,而少用强制性方式。

随着我国经济和技术的发展,新的购物方式(如网络、电视或电话购物)和新型消费合同(消费者信贷合同、不动产分时段使用权合同、各种复杂的金融消费合同等)不断涌现,这的确给普通消费者带来了巨大挑战。但尽管如此,我国相关立法不能盲目和一味地强调消费者是弱者,需要予以特别保护。对于消费者而言,他们本身有一个不断与时俱进、不断学习和提高自身能力的过程。对于立法者而言,应当在立法时予以综合考虑和平衡,恰当地平衡市场各方的利益。其中尤其需要注意对新型技术、行业或产业的保护,因为这对于提高我国的创新力至关重要。

近年来,网购在我国迅速发展,网购的总额和占比在不断攀升。网络给消费者、生产者和经营者带来了诸多益处。它作为一种新型的现代服务业,对经济和社会的发展意义重大。故立法者在立法时要兼顾多纬度的利益平衡,即消费者权益、小微企业的发展、现代服务业的发展以及促进经济转型升级的国家战略这些利益要达成平衡。目前,在我国的电子商务中,许多商家已经主动提供了7日无理由退货服务,但含有这项服务的商品总量占全部线上商品总量的比例并不高。以阿里巴巴集团为例,其全网仅有23%的商品开通7日无理由退货服务;全网的1.7亿件、分布在834个二级类目中的商品则不适合加入7日无理由退货服务,这部分商品主要分布在游戏话费、玩乐/收藏、生活服务、书籍音像等行业。^③

^① See Frederic S. Mishkin and Stanley G. Eakins, *Financial Markets and Institutions*, sixth edition, Pearson Prentice Hall, p. 370.

^② See Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 4, 2003, pp. 1159-1202. 我国学者关于法律严父主义(legal paternalism, 或可称为法律父爱主义)的论述参见孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期。

^③ 数据维度以2013年4月30日阿里巴巴集团的全网状态正常卖家商品数为基准。数据由阿里巴巴集团副总裁俞思瑛女士在2013年5月21日华东政法大学举办的“《消费者权益保护法》修订专题研讨会”的专题发言中所提供。

当修订后的《消费者权益保护法》将现行的部分商户个性化的契约标准(7日无理由退货)上升成国家普遍性的强制标准后,会引发诸多问题。首先,由于实践中只有部分商家开通了7日无理由退货服务,将这一标准强制向所有网络商品推行则会对网络交易平台产生重大的不利影响。其次,强制性的7日无理由退货制度会大大提高网售的经营成本,这对中小商家的影响尤其明显,最终会导致诸多中小商家被迫退出市场。再次,我国市场中的信用体制尚不完善,在网购中存在许多恶意买家,强制性的7日无理由退货制度会助长这些违反诚实信用原则或正当竞争原则的恶意买家。最后,这种强制性制度也会带来其他许多问题,例如会使消费者怠于审慎选择商品;使得网络信用评价机制失去作用;迫使商家将退换货成本最终转嫁给一般消费者,导致商品变相涨价等。

因此,对于网购中的无条件退货问题,最好通过市场化的方法予以解决,而不应采取片面的强制性立法模式。而对于撤回权的任意性规定模式将既给予市场主体主动根据市场机制来处理问题的自由空间,又会给市场主体提供一种能降低成本的合同模本和理性导向,所以应是网购中撤回权的最佳立法模式。而对于其他远程销售和消费者信贷合同等复杂消费合同中的消费者撤回权而言,最佳立法模式也应同样如此。

六、现行法背景下的适用和发展

尽管在立法过程中社会各界对消费者撤回权存在不同意见,但修订后的《消费者权益保护法》最终采用了强制性规定的立法模式。不过,与最初的草案相比,立法者对这种法定强制撤回权的适用还是规定了四类除外商品和一个条件。这四类不适用消费者撤回权的商品是:消费者定作的商品;鲜活易腐的商品;在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品;交付的报纸、期刊。一个条件是消费者退回的商品应当完好。而如何解释这一条件,将是未来法律适用时的一个难题,因为商家和消费者很可能对被要求退货的商品是否完好存在截然不同的观点。此外,修订后的《消费者权益保护法》第25条第2款还规定:“除前款所列商品外,其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品,不适用无理由退货。”这一款规定实际上为商家排除适用消费者法定撤回权留下了广阔的空间。因为商家只要在待售商品上做一个显著的说明即可,即“本商品因性质不宜退货,敬请谅解”。如果消费者仍然购买了该商品,则应解释为消费者接受了排除适用撤回权。所以不难看出,在修订后的《消费者权益保护法》中,网购等情况下的消费者的法定强制撤回权已经被除外情况和条件大大地弱化了。可见立法机关也意识到了对消费者撤回权作出强制规定可能产生的不良后果。笔者认为,立法机关与其这样艰难而又繁琐地规定不适用强制法定撤回权的除外情况和条件,还不如索性将这一个问题最终交给当事人和市场去解决,自身只作出指引性的规定,也即采纳任意性规定的模式即可。这应当是未来我国消费者撤回权立法模式的发展方向。而在目前的有效法律背景下,法官或行政机构在适用修订后的《消费者权益保护法》第25条时应特别慎重,应兼顾消费者和商家的利益,而不能盲目地倾向于消费者。毕竟契约精神和契约必信守的文化和法律正在我国培育和发展,且任重而道远。

此外,未来我国应当修改《直销管理条例》第25条,删除该条第2、3款中严重限制撤回权行使的不合理条件(即“产品未开封的”),从而建立直销中强制性的撤回权规定。还有,我国应通过修法或司法解释的方式,在《合同法》、《保险法》、《证券投资基金法》等法律中,在消费者信贷合同、人寿保险合同、基金购买合同等复杂的消费合同中建立任意性的消费者撤回权制度,从而实现消费者撤回权的最佳立法模式。

(责任编辑:洪 玉)