



我国消费者保护中的 冷却期制度研究

张靖 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



中国2011年度教育部人文社会科学研究课题
“消费者保护中的冷却期制度研究”
(11YJA820110)

我国消费者保护中的 冷却期制度研究

张靖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

我国消费者保护中的冷却期制度研究 / 张靖著. —
北京: 法律出版社, 2014. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6625 - 7

I. ①我… II. ①张… III. ①消费者权益保护法—研
究—中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 155844 号



责任编辑 刘文科 李峰沅
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 13 字数 182 千

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6625 - 7

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 导论 / 001

一、研究背景和研究意义 / 001

(一)研究背景 / 001

(二)研究意义 / 008

二、国内外研究的现状 / 010

(一)国外学者的研究 / 010

(二)国内学者的研究 / 032

第二章 冷却期制度的性质与特征 / 037

一、冷却期制度的概念界定 / 037

二、冷却期制度的性质探析 / 041

(一)有关性质的学说争议与评析 / 041

(二)本书的观点:新型的消费者权利 / 047

三、冷却期制度的特征阐释 / 048

(一)目的功能的二重性 / 049

(二)权利依据的法定性 / 051

(三)权利主体的单方性 / 053

(四)构成要件的特殊性 / 054

(五)法律后果的无偿性 / 056

第三章 冷却期制度的价值分析 / 058

一、价值目标之一:实质公平 / 060

(一)实质公平的依据 / 060

(二)实质公平的内涵 / 064

二、价值目标之二:效率 / 066

(一)效率的依据 / 068

(二)效率的内涵 / 070

三、价值目标之三:契约自由 / 072

(一)契约自由的依据 / 072

(二)契约自由的内涵 / 074

第四章 我国冷却期制度的建构障碍及总体解决思路 / 077

一、冷却期制度建构面临的主要障碍 / 077

(一)冷却期制度建构的理论障碍 / 077

(二)冷却期制度建构的制度障碍 / 078

(三)冷却期制度建构的文化障碍 / 084

二、冷却期制度建构障碍的总体解决思路 / 086

(一)对理论障碍的解决思路 / 086

(二)对制度障碍的解决思路 / 089

(三)对文化障碍的解决思路 / 096

第五章 我国冷却期制度的立法模式选择 / 099

一、三种立法模式的比较评析 / 099

(一)松散式的单行法规制模式 / 099

(二)半统一式的立法规制模式 / 106

(三)统一式的立法规制模式 / 108

二、我国冷却期制度的立法检视 / 110

(一)远距离交易相关法规之检视 / 110

(二)其他交易相关法规之检视 / 115

三、我国冷却期制度立法模式的建议 / 117

(一)几种具体做法的评析 / 117

(二)本书的观点:宜采用消费者权益保护法典加特别法 / 119

第六章 我国冷却期制度的具体规则设计 / 121

一、冷却期制度的适用范围 / 121

(一)国外冷却期制度适用范围的立法比较 / 121

(二)对我国冷却期制度适用范围的立法建议 / 125

二、冷却期制度的适用条件 / 135

(一)国外冷却期制度适用条件的立法比较 / 135

(二)对我国冷却期制度适用条件的立法建议 / 155

三、冷却期制度的适用后果 / 162

(一)国外冷却期制度适用后果的立法比较 / 162

(二)对我国冷却期制度适用后果的立法建议 / 169

四、我国热点个案探讨:巨额消费可否适用冷却期制度 / 173

(一)我国理论界的争议 / 173

(二)我国商家推行无理由退房的实际操作 / 175

(三)对购房等巨额消费行为适用冷却期制度的立法建议 / 179

结论 / 183

主要参考文献 / 187

第一章 导 论

一、研究背景和研究意义

(一) 研究背景

垄断、不正当竞争以及信息不对称等市场失灵,已经使市场经济中的平等、互换的法律人格蜕变成了具有较强个人特征的身份关系。消费者问题作为一种社会性问题的出现是其社会经济地位变迁的逻辑延伸,法律上必须对这种身份地位的改变予以回应。在现代社会,消费者与规模日益庞大、能力与日俱增的大公司、大企业相比,无疑是真正的弱势群体,与同属权利主体的自然人,尤其是与法人之间行为能力的差距事实上正在不断扩大。因此,承认消费者的弱势地位是法律主体设定的必要前提,是法律主体从抽象人格向具体人格转变的具体体现。正如星野英一所指出的,现代民法中的人已经从对权利能力的抽象把握,转变为坦率承认人在各方面的不平等,根据社会经济地位把握具体的人,对弱者加以保护的年代。^{〔1〕}

消费者在市场交易中的弱势性,主要表现于消费者在购买、使用经营者所提供的商品或接受服务的过程

〔1〕〔日〕星野英一著:“私法中的人”,王闯译,载《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第185~186页。

中,因缺乏有关知识、信息以及资源禀赋差异、能力缺陷、受控制等因素,导致消费者的权利不能得到有效实现甚至遭受损害的情形。^{〔1〕} 具体来看,消费者的弱势地位与经营者的强势地位主要体现在以下几个方面:

第一,消费者的满足程度低于经营者,而其风险的负担则重于经营者。交易中经营者得到货币收入后,其实现商品价值的需求已经满足,消费品毁损和造成人身或财产损害的风险已经转移,除了货币贬值这种经济风险外,不存在其他风险;而消费者在支付货币后得到产品和服务,其消费需要只有在使用产品和接受服务后才能得到满足,所以存在使用价值上的风险,特别是人身或财产损害方面的风险,不仅有经济风险,而且还存在生存风险。

第二,消费者与经营者的交易是一种非专业对专业,非知情人与知情人的交易关系。经营者通晓商品的技术性,了解市场行情,掌握顾客心理,具有一定的销售技巧,可以说知己知彼;而消费者却缺乏购买商品或接受服务的相关知识,所接受的消费信息大多是经过加工的、有促销和诱导作用的。消费者难免不被经营者所操纵,并与之建立不公平的交易契约。此外,商品与服务技术含量的提高,往往会加大经营者的强势与消费者的弱势地位,使强势更强,弱势更弱。

第三,现代市场经济简化商品交换程序,加速流通速度的客观要求,使消费合同具有了定式合同或者附从合同的特征。消费者对于合同条款的理解能力已经明显不如经营者,再加之有关商品和服务的交易条件是由经营者事先规定的,消费者完全处于单纯地表示接受合同内容的被动地位,无讨价还价、参与合同内容形成的自由,合同双方当事人的平等地位缺乏实质性保障。在市场交易活动中,消费者多是单个的自然人,经营者多是有组织的人,交易起始双方地位便不相称,特别是面对集团化的大型垄断企业,消费者往往被迫接受垄断高价。生产经营的集团化、跨国化在形成企业大型化的同时也在不断地增强着经营者的强势地位,加剧着消费者的弱势地位。

第四,经营者利己行为普遍严重且屡见不鲜。现代市场经济中不正

〔1〕 吕忠梅、陈虹:《经济法原论》,法律出版社2007年版,第385页。

当竞争的加剧,使得有些商品供给者视损害消费者利益为获取利润的途径之一。他们置诚实信用等商业道德原则于不顾,竞相采取不公平的商业行为或者限制性商业行为,在质量、价格、计量、商标等各个方面竭尽各种欺诈手段,坑害消费者,其结果自然是消费者遭受损害。其一,经营者要么有计划地频繁改变同一种商品的款式或型号,使现有商品加速成为非流行款式,从而迫使消费者为追随时尚重新购买新型商品,要么对现有商品进行无用的变种改型,乘机抬高商品价格,正是因此,日本将其称为“商品有计划的陈腐化政策”。其二,经营者生产危害性商品或公害商品。^{〔1〕} 对消费者的生命安全和健康直接相关的医药品、化妆品、饮食品、家用电器产品等,经营者为了牟取暴利以牺牲商品的第一品质为代价,偷工减料或换料,用添加剂、涂装等手段掩饰商品的第一品质,提高商品的销售量。这当中,最为典型的有2010年9月央视曝光的“贝壳粉冒充珍珠粉”事件^{〔2〕}和2010年10月的西布曲明禁用引发减肥药退市潮事件。^{〔3〕} 其三,经营者为了确保下属零售商的利益,稳定本企业销售系统阵容和区域垄断格局,不适当地制定过高的零售价格或者进行价格欺诈以损害消费者的利益。这当中,最突出的有2011年初的外资零售业巨头

〔1〕 所谓公害商品是指其本身并非危害性商品,但从长远观点看它却是公害之源,会带来污染环境、损害人类健康、威胁人类生存的恶果。例如,各种一次性商品虽然能给企业带来丰厚的利润,给消费者带来眼前的方便,但从长远观点看会给社会带来废弃物公害、资源枯竭和社会性浪费等恶果。

〔2〕 2010年9月19日,中央电视台《每周质量报告》报道称:适用贝壳粉冒充珍珠粉在珍珠产地是公开的秘密。央视记者在调查中还发现,不少珍珠粉借纳米的噱头身价倍增,最高能卖几千元一斤。这一行业内幕被曝光后,浙江诸暨、广西北海等假珍珠粉重灾区的工商、质监、药品监管等部门纷纷进行集中整治,国家食品药品监督管理局甚至还专门发文要求进行专项整治,不少企业的产品被查封,有的地方珍珠粉甚至全面下架停售,浙江省监管部门勒令相关企业停止销售未达到标准的所谓纳米珍珠粉。参见盛秀华:“3·15年度报告侵权篇:不能忘却的记忆(下):贝壳粉变身珍珠粉”,载《中国消费者报》2011年3月14日。

〔3〕 2010年10月30日,国家食品药品监督管理局综合国内外监测评估结果,认为使用西布曲明有增加严重心血管病的风险,用于减肥治疗的风险大于效益,决定停止西布曲明制剂和原料药在我国的生产、销售和使用,已上市药品由生产企业负责召回销毁。此时,距离西布曲明获准中国上市已有10年之久。随后,含有西布曲明成分的曲美、澳曲轻、诺美亭、俏妹等减肥药在各地纷纷下架。参见盛秀华:“3·15年度报告侵权篇:不能忘却的记忆(下):西布曲明禁用引发减肥药退市潮”,载《中国消费者报》2011年3月14日。

家乐福、沃尔玛超市的价格欺诈事件。^[1] 其四,经营者进行虚伪、夸大、欺骗性的广告宣传,将贿赂性的招待、回扣、赠送礼物等活动的费用等打入了经营成本,并最终由消费者承担。这当中,回扣的祸害无疑是最大的,因为它直接扰乱了市场交易秩序,诱发不正当交易。典型事件有香港著名的珠宝企业谢瑞麟公司向旅行社和导游提供非法回扣事件。^[2] 其五,经营者既不保证售后服务,又不向消费者提供充分必要的信息,导致消费者付款后遭遇合同无法履行。对此,人们只要看看2011年2月的美团网与DQ的团购拉锯战事件^[3]为代表的团购侵权事件^[4]和2011年北京青鸟健身有限公司的“突然停业”纠纷,^[5]就可知严重到了何种程度。

[1] 2011年1月26日,国家发改委以公开曝光的形式公布了上海、长春、昆明、哈尔滨、沈阳等地家乐福、沃尔玛超市采用虚构原价、低价招揽顾客高价结算、不履行价格承诺、采用误导性的价格标示等手段,欺诈消费者的行为。2月22日,北京、辽宁、吉林、黑龙江、上海、湖北等地价格主管部门根据价格法律法规的相关规定,分别对涉案的19家超市门店各处以法定最高额度50万元的罚款,罚款总额高达950万元。参见祝瑶:“家乐福沃尔玛昨被点名批评”,载《浙江在线——今日早报》2011年1月27日。

[2] 香港上市公司“谢瑞麟珠宝”前主席谢瑞麟,与现任公司主席的次子谢达峰及3名公司高层,连续10年向旅行社及导游等提供1.7亿港元的非法回扣,利诱对方带领游客光顾珠宝陈列室,并3度亏空约338万元公款及伪造账目,2008年6月24日被香港法庭裁定14项罪名全部成立,谢氏父子等5名被告即时收监。参见“谢瑞麟珠宝五人被收监”,载《新京报》2008年4月26日。

[3] 2011年2月28日,美团网推出团购DQ冰雪皇后现金券,在卖出上万份之后,DQ官网当天突然登出严正声明,称DQ从未与其他任何第三方以任何形式进行团购合作。在提醒消费者谨慎消费后,DQ还提供了举报邮箱。DQ在中国大陆14个省市的总加盟商——上海适达餐饮管理有限公司市场部范小姐接受媒体记者采访时明确表示,这是美团网的单方侵权行为。然而,美团网客服人员却再三保证,“此团购有效,DQ券仍可使用”。美团网的客服人员强调,他们和DQ签有合同。据他们了解,是因为美团拿到的是DQ全国最低的价格,商家应付不了渠道商的压力,只好挂出了那份严正声明。参见盛秀华:“3·15年度报告侵权篇:不能忘却的记忆(下):美团网与DQ的团购拉锯战”,载《中国消费者报》2011年3月14日。

[4] 类似的团购引发的侵权事件层出不穷,从合肥1602名消费者团购打折购买套餐两周后就陷入了人去楼空、索赔无望的尴尬境地,到济南近千名消费者从齐乐汇团购网购买了商品车饰洗车卡后洗车店老板卷款潜逃,乃至近2万名网友通过糯米王团购巴西烧烤自助后,该项团购活动却被取消,等等。参见盛秀华:“3·15年度报告侵权篇:不能忘却的记忆(下):美团网与DQ的团购拉锯战”,载《中国消费者报》2011年3月14日。

[5] 2011年1月,北京青鸟健身有限公司旗下5家分店突然暂停营业,数千名获知消息的会员上门讨要会费。随后,青鸟健身公司对外称,暂停营业是因为该公司正在进行的股东调整引起的,至于是否闭店需另行通知。部分消费者表示,该公司在暂停营业前无任何征兆,甚至还在为新会员办理预付费健身卡,其行为涉嫌欺诈。3天后,青鸟健身公司恢复营业,并针对停业时间表示可为会员免费增加1个月的会籍时间作为补偿。对部分会员提出的退卡要求,该公司表示拒绝。参见郑梦超:“3·15年度报告探索篇:新消费呼唤法制护航(下):美团网与DQ的团购拉锯战”,载《中国消费者报》2011年3月14日。

最后,消费者与经营者的实力地位是非均等的。较之消费者,经营者的经济实力无疑要雄厚得多,由于其营销费用本身构成销售成本,不仅能随着产品的销售收回,还能增加销售利润,例如巨额广告投资已成为诱导消费和制造商业性消费热点的惯用手法,这样,经营者的强势便会因其经济实力的雄厚而有增无减。反观作为个体的消费者,则要受其收入水平的财务硬约束。即他必须在效用最大化与交易费用最小化之间做出选择,无论是交易前的信息收集,还是权益受损后的索赔,对消费者来说都不经济,他为此付出的交易费用都实际增加了消费的支出。消费者通常的选择是牺牲少量效用、换取交易费用最小化。消费者的权益受损后,其在寻求解决、讨回公道、进行索赔过程中,都必须支付一定的费用,即使能通过行政的或司法的方式弥补这部分费用,但由于对行政与司法裁决始终存在不同程度的不信任,他们多不愿进行行政追究或提起司法诉讼,故此使得自身的弱势更为明显。此外,在车站、码头、旅游景点等地,人口流动频繁,卖方的投机性更盛,即使对所发生的侵权进行索赔,由于异地交涉费用更高,多数消费者实际上在购买之初就放弃了索赔权利,从而使得自身的弱势更为突出。而这些都无一不说明,在现代市场经济中,生产与经营的社会化、专业化,以及流通环节的增加和销售形式的多样化,常常使消费者难以靠自己的力量去寻找和追究侵害消费者权利的具体责任者。

总之,即便是在社会舆论一再强调公正、平等的时候,商品交换领域里消费者与经营者之间的不平等仍大量存在。这一点,诚如波斯纳所指出的那样:“当交易是一家大公司与一个普通人之间进行的,它会引起类似于胁迫的情况,并可能使得这一个人相当于有刀在喉咙而被签发本票的无助当事人——尤其是如果他与公司的契约是一种标准契约或者消费者是一个穷人——而结果是交易的条件都是强迫的^[1]”。也就是说,哪怕历史演进到了人们已充分意识到公正、平等的重要的今天,与规模日益庞大、能力剧增的企业相比较,消费者居于弱势地位的状况并没有得到任

[1] [美]理查德·A. 波斯纳著:《法律的经济分析》(上),蒋兆康、林毅夫译,中国大百科全书出版社1997年版,第145页。

何实质性的改变。正是鉴于此,法律才通过倾斜性的权利配置,侧重于对消费者一方的特殊保护,同时给予经营者一方以限制,以此来保障处于弱势的消费者的合法权益,以恢复消费者与经营者之间的利益均衡,最终实现社会的公平与正义。

当然,在这当中,一些商家也适时推出了具有自身特色的“无理由退货”制度,这其中,当以2007年3月淘宝网宣布推出的“7天无理由退货”制度最为瞩目。该制度覆盖了绝大部分商品名目,并经过一年多的运行,广受到了众多买家的欢迎。到了2009年9月,淘宝网对消费者保障计划7天无理由退换货进行升级。^{〔1〕}具体而言,当买家提出的赔付申请满足淘宝规定的条件时,买家可在“我的淘宝——已买到的宝贝”页面通过“投诉维权”通道向淘宝发起“7天无理由退换货”赔付申请;在收到买家“7天无理由退换货”赔付申请后,淘宝有权根据协调情况要求交易双方提供必要证明,并确认及判定;当淘宝根据相关规范判定买家“7天无理由退换货”赔付申请成立,则有权通知支付宝公司自卖家的支付宝账户直接扣除相应金额款项先行赔付给买家。

毫无疑问,在目今中国,淘宝的这种做法是对消费者合法权益的一种维护,至少在这一问题上它相对其他没有实行“7天无理由退换货”的商家表现出了很大的差距。只是,当笔者仔细研究其实施细则,发现该制度与国外立法中提及的“冷却期制度”仍存在不小的差距。首先,在“7天无理由退换货”如何成立的相关条件的说明项下,可以看到淘宝根据商品的类目列明了林林总总的退换条件,这当中,电脑、网络设备、手机、数码产品、办公设备、个人保健按摩器材之类的商品的退换条件是不影响二次销售,然则何谓“不影响二次销售”,该细则并没有规定,这样一来,这一规则最终的解释者只能是淘宝客服了,而这也无形中对消费者退换货增加了不确定的风险。当然,其他类别的商品相对来说退还的条件较为清晰,

〔1〕 新规则规定:当淘宝网买家使用支付宝服务购买支持“7天无理由退换货”的商品,在签收货物(以物流签收单时间为准)后7天内(如有准确签收时间的,以该签收时间后的168小时为7天;如签收时间仅有日期的,以该日后的第二天零时起计算时间,满168小时为7天),若因买家主观原因(如不喜欢、不满意等)不愿完成本次交易,卖家有义务向买家提供退换货服务;若卖家未履行其义务,则买家有权按照本规范向淘宝发起对该卖家的投诉,并申请“7天无理由退换货”赔付。参见淘宝网 <http://www.taobao.com/about>,2010年2月6日浏览。

如服装、鞋帽、箱包、家居用品之类的商品大多要求具备商品收到时有完整的外包装、配件、吊牌等,如购买后被洗过、穿过、人为破坏或标牌拆卸的,均不予退还。只是按照这样的规则,如果该商品外包装除标牌拆卸外均完整无缺,则也不符合退换的要求。这对消费者未免太过苛责。另外,关于“穿过”的问题也有待商榷,尤其是服装鞋帽之类,如果消费者没有试穿又如何判定其尺码是否符合,自己是否满意呢?反过来讲,如果消费者试穿但仍然保持其外观上完整无瑕疵,那又如何判定其是否穿过呢?可见,该款规定不仅不利于消费者权益的保护,而且流于形式,等同没有规定。另外,该规则还对同类型商品的不同经营者实行差别待遇:例如,如系一般的淘宝店铺所出售的珠宝钻石翡翠等均可以退还,只是退还时购买者需提供完整的外包装、配件、吊牌等,如购买后被洗过、戴过、人为破坏或破牌拆卸则不提供退还。但如果是淘宝商城出售的同类商品则根本不开放“7天无理由退换”的服务。由此可见,其所谓的“无理由退换”并非“无条件退换”,其限制条件也远远超过国外关于远距离销售中冷却期条款的例外规定。其次,该条款在赔付申请流程中标明“非商品质量问题而由买家发起的退换货行为:如果是商家包邮产品由双方分别承担发货运费,如果是非商家包邮产品,所有邮费均由买家承担”。这就表明,无论在哪种情况下,买家都是要承担部分或全部的退换货邮费的。而这与国外冷却期制度中“消费者在冷却期内取消合同无须承担任何费用”的规定无疑也是相悖的。正是因此,可以说,无论是从网络购物平台自行制定规则的效力层次、适用的范围方面来讲,还是从缺乏具体可操作性的内容来看,都难以与立法形式下的“冷却期”制度相媲美。

值得欣喜的是,我国在2013年10月25日的第十二届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上正式通过了修订后的新《消费者权益保护法》,而在新法的第25条就涉及了对于远距离购物的冷却期制度。虽然这种做法“首开先河”地规定在网络、电视、电话、邮购等远距离购物的交易中消费者享有自收到商品之日起7天的无条件的“后悔权”,但是细细品味该条款,仍可发现它还存在众多的空白与缺失。该条款限制了交易类型,仅仅将冷却期规定在网络等远距离销售中,对于上门推销、分时度假等其他特殊的消费领域则没有涉及;交易客体只适用于商品,更不用说

提及经营者告知消费者“后悔权”的义务以及违反该义务所要承担的法律
责任等具体的细则了。而且就我国现行的法学理论界而言,对冷却期制
度是否真正意义上地确立,尚存在不小的争议。

由上可见,一方面,相对于经营者的强势地位,我国消费者的弱势性
日益明显,权益受侵害的问题也日益严重;而另一方面,新型的营销方式
不断发展壮大,即便商家为了自身的利益规定了类似冷却期的“无理由退
货”条款,但始终与真正意义上的冷却期制度存在不小的差距;而且相关
的切实保障消费者权益的立法也存在不少的空白与缺失,即使“后悔权”
在新的《消费者权益保护法》中崭露头角,但距离在我国建立真正意义上的
完备的冷却期制度也只是迈出了一小步。因此,笔者希望对当下争议的
热点——消费者保护中的冷却期制度进行独立、完整的研究,同时也更
加期盼立法机构能够以点带面,加大对消费者切身利益倾斜保护的力度,
减少消费者和经营者之间不必要的冲突和摩擦,从而更好地平衡消费者
与经营者之间的利益关系,促进市场经济的繁荣发展。

(二)研究意义

时下世界各国的消费者保护法虽然存在较大的差异,但在保护处于
经济弱势地位的消费者的合法权益方面却具有很大的共同性与一致性。
尤其是随着经济全球化趋势的不断加强,民商事交易类型日益纷繁复杂,
消费者的弱势地位也更加明显,由是导致全球性消费者保护统一化运动
的蓬勃发展。世界各国消费者保护的立法及时反映这一趋势,持续加大
消费者保护力度,并相互借鉴、推陈出新,积累了丰富的先进立法经验。
因此,他们的分歧和对立并不是绝对的,在某些方面仍呈现出了强劲的趋
同化走势。其中,冷却期制度的广泛适用就是一个突出的表现。

早在19世纪60、70年代起,冷却期制度就开始不断地被英美国家所
关注,尤其是针对那些在上门推销的销售员面前毫无戒备之心的消费者
们,立法者试图通过强制性的法律来赋予他们在限定的时效内撤销交易
承诺的权利来保护其合法权益,并以此调整强势经营者与弱势消费者
之间的不平衡的交易状态。也正是因此,发展到现在,国外经济较发达的
国家在涉及消费者权益保护方面的立法中均规定了冷却期制度,且涉及
的领域也不断扩大。这当中,代表性的立法如德国2002年1月1日生效

的《德国债法现代化法》，英国 1974 年颁布、2006 年修订的《消费信用法》，1992 年颁布、1997 年和 2003 年修订的《分时度假法》以及 2000 年颁布的涉及远程交易中保护消费者权益的《消费者保护条例》，美国联邦贸易委员会的《冷静期规则》以及《邮购或者电话购货规则》，以及区域性的国际组织——欧盟颁布的一系列涉及冷却期条款的指令等。从各国立法的实际执行效果来看，冷却期制度有效地抑制了经营者的不良销售行为，有力地保障了消费者的合法权益。

当国外的冷却期制度发展得如火如荼，且已深入普通消费者的日常生活中时，我国对于这一有利于保护消费者合法权益的制度却仍然缺乏必要的理解与重视。就我国的立法而言，在直销领域中，仅仅只有行政法规——国务院 2005 年 8 月通过、12 月实施的《直销管理条例》中规定了冷却期条款；在包括网络购物等在内的无店铺销售的地方性立法中，也仅仅只有上海市和四川省的消费者权益保护条例中规定了类似的冷却期条款；在消费信用和分时度假领域内则未见任何相关法规。至于国家制定的法律，虽然在 2013 年 10 月通过的我国的新《消费者权益保护法》中新增加了消费者的后悔权相关规定，但其内容、保护程度等与国外的冷却期制度仍有不小的差距，且地方性的有关消费者权益保护条例的修改还在进一步落实中。因此，我国现行法律法规对冷却期制度的立法存在较大的缺失与空白。

为什么会出现上述情况？究其原因，莫不与法理上缺乏对中国冷却期制度的有效探讨和阐释有着很大的关系。具体而言，冷却期制度的价值究竟是什么？其与契约法中的“契约自由”是否存在真正不可调和的矛盾与冲突抑或本质上具有同源性等，这些都尚未有定论。再者，冷却期制度赋予消费者的取消合同的这种权利的性质如何，其实质究竟是合同的撤销权或者合同的解除权，还是消费者的知情权、公平交易权的延伸等，法学界也没有给出一致的结论。至于这个“外来制度”能否适应中国的土壤，其在中国能否生根发芽、茁壮成长，是否有深层次的障碍，又是否有可行的解决机制，这些重要问题更是有待厘清。正是因此，本书将围绕上述关键问题，对有关中国冷却期制度的法理进行探讨与构建，期以弥补现有消费者保护理论体系的不足。另外，也期望在总结和借鉴英美等国外的

先进经验基础上能对中国的冷却期制度的价值取向、立法模式与具体制度设计等提出些许有益的建议,从而弥补我国消费者权益保护法立法的缺失,更加有利于消费者和经营者利益的平衡以及公平有序的市场秩序的建立。

二、国内外研究的现状

(一) 国外学者的研究

就国外法学者和专家对冷却期制度研究的形式来看,大多以外文期刊、评论本书出现,而涉及该制度的外文著作则是作为国外消费者保护法的某一领域或是民法研究的某一或几个章节形式出现,并未见以专著方式研究该制度。就国外对该制度研究的角度来看,笔者将其归纳为以下几种。

1. 有侧重从某一特定的交易领域着手对冷却期制度进行分析的。例如,在上门推销领域研究该制度的代表性学者有圣地亚哥大学的 Rodolpho Sandoval 教授、斯坦福大学的 Byron D. Sher 教授和 Beaufort J. B. Clarke 学者等;西班牙 La Laguna 大学的 Naomi Downes 教授是从分时度假领域对该制度进行剖析以期望增强西班牙分时度假市场的透明度;^[1]而欧洲共同体委员会(Commission of the European Communities)则专门在金融服务领域对冷却期制度进行研究。^[2]在远距离销售领域研究该制度的学者较多,例如英国 Warwick 大学的 John Dickie,他以评析现行的欧盟关于保护远程销售中的消费者方面的指令为背景,分析指令中关于冷却期制度和订立合同前后的信息条款;^[3]美国的法律界人士 John Rothchild 则同时分析 1995 年的电话营销规则^[4](Telemarketing Sales

[1] N. Downes, A Quest for "Transparency" in the Spanish Timeshare Market, What Will EU Directive 94/47 Bring? *Journal of Consumer Policy*, 1995, 18, pp. 433 - 451.

[2] Commission of the European Communities, Green Paper on Financial Services: Meeting Consumers' Expectations, *Journal of Consumer Policy*, 1997, 20, pp. 99 - 116.

[3] John Dickie, Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts, *Journal of Consumer Policy*, 1998, 21, pp. 217 - 229.

[4] 1995 年美国联邦贸易委员会颁布了《电话营销规则》以取代 1994 年颁布的《电话营销和防止消费者受欺诈以及滥用营销法案》(Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act)。

Rule) 和 1997 年的欧盟远程销售指令中的冷却期条款,以提出有益建议来控制滥用的电话营销规则,提高市场的效率;^[1]而以 Christina Ramberg 为首的研究小组(Task Force)则主要从欧洲合同法原则^[2](Principles of European Contract Law)和其他法令出发剖析电子商务领域的冷却期条款的具体设计,包括冷却期的期间、起算、权利的行使等。^[3]哈佛大学的 J. Asker 教授和 Von Ungern - Sternberg 则在拍卖领域设立模型来研究冷却期制度的引入对拍卖人和出卖人的影响^[4]。

2. 有从某一地域、区域的冷却期法规为视角,研究该制度的立法积极性与局限性,并提出相应的改进建议的。代表性的如 Colmons S. Mitchell 教授对密西西比州冷却期制度的研究,他指出虽然密西西比州的冷却期法案赋予了消费者更多的保护,但该法案仍然存在三个方面的缺陷,即对“可支付的分期付款”(payable instalment)的界定,对消费者行使取消权方面的条款歧义以及法案未能提供告知消费者该权利的有效方式。^[5]又如法律界人士 Richard R. Ross 对伊利诺斯州冷却期法规的研究,他认为伊利诺斯州的 3 天冷却期条款提供给消费者一个不需要外界的强制力即可取消合同的权利,保护其免受上门推销领域的高压销售滋扰。但他同时也指出单靠该条款本身并非能提供充分而全面的保护,相应地,法庭、消费者和代表律师以及立法者都应承担一定的职责以使其成为更为

[1] John Rothchild, Making the Market Work: Enhancing Consumer Sovereignty Through the Telemarketing Sales Rule and the Distance Selling Directive, *Journal of Consumer Policy*, 1998, 21, pp. 279 - 313.

[2] 欧洲合同法早期委员会(The original Commission on European Contract Law, 又称为 Lando Group)于 1999 年出台了《欧洲合同法原则》(PECL),它以草案条款的形式出现,包含了合同法的主要内容,例如合同的形式、失效、解释和内容、违约条款和救济。之后 lando 小组又出台了包含时效和其他内容的扩展版本。

[3] Christina Ramberg, Electronic Commerce in the Context of the European Contract Law Project, *ERA*, 2005, pp. 52 - 62.

[4] J. Asker. Bidding up, Buying Out and Cooling - Off: an Examination of Auctions with Withdrawal Rights, *Economic Theory*, 2000, 16, pp. 585 - 611; Von Ungern - Sternberg, T. Swiss Auctions, *Economica*, 1991, 58, pp. 341 - 357.

[5] Mitchell, Colmon S, Analysis of Mississippi's Cooling - off Legislation, *Mississippi Law Journal*, 1975, 46(3), pp. 461 - 482.