

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织

纠纷解决原理与实务系列教材

SERIES TEXTBOOK ON DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

消费纠纷解决

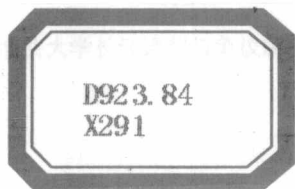
——理论与实务



肖建国 黄忠顺 著

清华大学出版社





中心(CKND) 中国人民大学

纠纷解决原理与实务系列



郑州大学 *04010748149 *

DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

消费纠纷解决

——理论与实务



肖建国 黄忠顺 著



DP23.84
X291

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

《消费纠纷解决——理论与实务》为纠纷解决原理与实务系列教材之一,适用于法律院校学生、消费者和实务工作者(调解员、仲裁员、法官、律师、消协工作人员)等。它是我国法学教育领域第一部关于消费纠纷解决的教材。该书由“消费纠纷及其解决”、“消费纠纷协商和解”、“消费纠纷调解”、“消费纠纷仲裁”、“消费纠纷诉讼”五章组成。本书在写作过程中,参考借鉴了国内外在消费纠纷解决领域的最新研究成果,在系统阐述消费纠纷解决理论和制度的同时,运用法学、心理学、社会学、管理学等多学科知识,结合诸多消费纠纷解决的现实案例,对于消费纠纷解决的实务技能和方法予以分析和归纳,兼具理论性、实用性、可读性与启发性,可以成为消费纠纷解决研究者和实务工作者的良师益友。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。
版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

消费纠纷解决:理论与实务/肖建国,黄忠顺著. —北京:清华大学出版社,2012.4

(纠纷解决原理与实务系列教材)

ISBN 978-7-302-28341-6

I. ①消… II. ①肖… ②黄… III. ①消费者权益保护—民事纠纷—处理—中国
IV. ①D923.8

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第046829

责任编辑:李文彬

封面设计:徐 静

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:20.5 字 数:426千字

版 次:2012年4月第1版 印 次:2012年4月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:38.00元

作者简介

肖建国,法学博士,中国人民大学法学院教授、图书馆副馆长,中国人民大学纠纷解决研究中心副主任,国家人文社科重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,《法学家》杂志编辑,北京市新世纪优秀社科理论人才百人工程人选(2001—2010年)。兼任国务院学位委员会法学学科评议组秘书、中国民事诉讼法学研究会常务理事、中国行为法学会执行行为研究会常务理事、中国审判理论研究会执行制度专业委员会委员、审判监督专业委员会委员。

著有《民事诉讼程序价值论》等著作20余部,在《中国法学》、《法学研究》等刊物发表《民事公益诉讼的基本模式研究》、《论合同法上的证据规范》等学术论文80余篇。曾先后获教育部,中国法学会诉讼法学研究会,民事诉讼法学研究会,第三届钱端升法学研究成果奖著作、论文一等奖、二等奖等学术奖励。

主要研究民事诉讼法、证据法、强制执行法、ADR(非诉讼纠纷解决方式)。主持国家社科基金规划项目2项,北京市优秀青年教师资助项目,最高人民法院2005年、2009年、2010年、2011年重点课题等多项课题,参与《民事强制执行法》、《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》、《人民调解法》、《诉讼费用交纳办法》的起草和《民事诉讼法》(修改)、《律师法》(修改)以及最高人民法院多项司法解释的论证工作,参与学者主持的《民事诉讼法》(专家稿)、《民事证据法》(专家稿)、《家庭暴力防治法》(专家稿)起草工作。

黄忠顺,六盘水师范学院政法系教师,研究方向主要是民事诉讼法和强制执行法。先后在《比较法研究》、《法学论坛》、《法学杂志》、《法律适用》等法学期刊上发表《诉讼实施权理论的基础性建构》、《诉前强制调解论纲》等学术论文十余篇,参编或合著教材2部,参编专著1部,担任《人大法律评论》2010/2011年卷编委,参与2008年国家社会科学基金重大招标项目《建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究》和最高人民法院2011年审判理论重大课题《强制执行立法研究》等项目,主持贵州省教育厅高校人文社会科学研究项目“法院调解用语的类型化分析及其法律规范研究”(10QN37)等两项课题。2010年荣获第四届陈光中诉讼法学奖。

纠纷解决原理与实务系列教材

编审委员会

(按汉语拼音排序)

蔡彦敏	丁相顺	范 愉	冯玉军	傅郁林
郭文杰	郝银钟	韩大元	胡红玉	江 伟
蒋惠岭	金俊银	李 冰	李 浩	李文彬
刘荣军	彭文浩	齐树洁	邱星美	史长青
汤维建	王福华	王亚新	肖建国	肖建华
徐 昕	杨荣馨	杨晓蕾	章武生	宗俊峰
赵旭东	朱景文			

总 序

范 愉

这里奉献给读者的,是一套有关纠纷解决的系列教材,内容涉及纠纷解决原理,谈判(协商,negotiation)、调解(mediation)等非诉讼解纷方式和各种专门性纠纷解决机制方面的法律实务。教材的主题是古老的,但是作为法学院教育和法律实务部门的培训教材,又是全新的。教材所阐释的是现代的多元化纠纷解决机制,同时也是对人类社会传统资源的一种继承与升华。

孔子云:听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。作为当时的地方官吏,孔子在承担司法和纠纷解决职责时,也会像任何一位法官那样,遵循公平正义之道、按照法律规则和程序进行审理并作出裁判;而这一点往往被人们所忽略。实际上,中国古代的孔子和美国现代的霍姆斯大法官一样,都承认诉讼是“必不可少的恶”——虽然恶,但必不可少。法律指向为国家强制力保障的权利和义务,是人类行为的底线,由于社会存在利益纷争,存在各种形式的恶,存在不守法的人和行为,就需要国家司法机关通过诉讼主持正义,保护为被恶所践踏和侵害的善,为缺少理性的纠纷当事人作出裁判,恢复被纠纷和冲突破坏的秩序,因此,诉讼是必不可少的。

然而,孔子在忠实于自己职责的同时,更满怀着对人类社会的一种悲天悯人的关怀,以及一种对诉讼的批判和社会责任感。他深刻地看到了纠纷与诉讼中的“恶”,确信这种以国家权力和法律规则为名义的,最正当、最权威的纠纷解决方式,存在着种种局限与弊端,远不如他毕生追求的中庸、和谐、宽容、仁爱等美德。因此,孔子的政治理想是通过道德教化和人类社会自身的努力使诉讼减少乃至消弭。毋庸置疑,孔子的理想不仅在他所处的时代,而且在人类的漫长历史上从未实现过,即使在古代中国的熟人社会,即使在儒家伦理被奉为国学的时代,不仅大规模的社会冲突(如农民战争)总是阶段性地发生,而且在日常生活中,道德礼教也并不能阻止民间社会纠纷频繁、诉讼不断。自古以来,与“无讼”理想同在的,是载入史料的“健讼”、“缠讼”的事实;与官府不遗余力的“非讼”、“诫讼”之努力并行的,是没有终结的“上访”和“京控”文化。在今天社会转型、市场经济和法制建设进程中,随着权利意识的高涨、熟人社会的解体、利益冲突的加剧和价值观的多元化、道德失范、社会风险的增加,毫无疑问,纠纷和诉讼的增加不可避免。此外,不可否认,孔子在非讼的同时,没有正面肯定诉讼对于社

会的积极意义和价值,这种价值取向似乎与现代法治社会格格不入。对于深受法治理想话语浸染的现代公众,特别是法律人而言,诉讼的消失往往会被视为正义的消亡,他们不仅不可能信奉无讼理想,而且总要将其作为中国人权利意识淡漠、忽视法律、崇尚人治的经典证据。

实际上,对于孔子的思想内涵还可以作出一种辩证的理解或诠释。首先,孔子的非讼思想,不过是对诉讼的终极价值提出了批判,并没有不切实际地试图消灭纠纷,更没有以此推卸自己的职责;在当今社会,也有很多法官同样认为,依法裁判未必等于公平和正义,相比诉讼和判决而言,非诉讼或协商式方式解决纠纷往往具有更好的效果。其次,无讼的理想并非毫无依据的想象,事实上,在人类社会发展的不同阶段、不同地域(社区),都自然地存在着无讼的现象甚至“无需法律的秩序”(美国,埃里克森),通过道德教化、精神疏导、社会公平度的提高,有可能降低纠纷的密度和强度;依靠社区等共同体的自治、宗教戒律及自律机制等形成有效的治理,不仅有可能减少诉讼,而且可能最大限度地减少纠纷带来的风险和社会成本。即使在今天的中国,一些基层人民调解健康运行的地方,也能做到“小事不出村,大事不出乡镇”。最后,在人类社会,纠纷本身是不可能完全消除的,在复杂的现代社会形态下,诉讼作为特定纠纷解决方式的价值本身更是不容否定,但任何国家或地区,特别是基层或社区,确实可以将最大限度地减少诉讼作为治理目标,作为良好治理效果的标志,作为社会公正的指标,作为社会和谐的象征。当然,这种结果不可能通过禁止诉讼或压制诉求实现,而只能通过合理的风险预防和治理机制,以及在纠纷发生后及时有效运行的协商和调解等非诉讼解纷机制,减少对国家权力以及强制性、对抗性和高成本的诉讼程序的启动和依赖。在这个意义上,无讼可以视为孔子提出的一种富有哲理和可行的治理之道,是一种在崇尚自然、情理、自治基础上形成的社会可持续发展理念。

尽管西方人并不奉行孔子的价值观和理想,但并不意味着他们都崇尚诉讼,律师出身的美国总统亚伯拉罕·林肯,一次在律师协会的演讲中告诫律师们:劝阻诉讼吧。尽可能地说服你的邻居达成和解。向他们指出,那些名义上的胜诉者实际上往往是真正的输家——损失了诉讼费、浪费了时间。律师作为和平的缔造者,将拥有更大的机会做个好人。其实,在西方法律传统中,诉讼也同样被视为一种“负价值”,并流传着各种谚语,例如,“诉讼会吞噬时间、金钱、安逸和朋友”(Lawsuits consume time, and money, and rest, and friend),“坏的调停胜于好的诉讼”(Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès),等等。遗憾的是,正如美国法社会学家布莱克指出的那样,现代社会已经产生了对法律和诉讼的依赖症,人们选择诉讼往往并不是因为对它的认同或热爱,而是因为法律的触角已经渗透到每一个角落,并逐步将其他机制从人们的选择中加以排除。人类社会对和谐、协商、非对抗纠纷解决方式的崇尚,长期以来一直被法律人“为权利而

斗争”的口号所压抑,并被贬斥为前现代的社会意识。

20世纪60年代以后,世界各国在相对稳定与和平的发展环境中开始重新审视和反思法治与社会治理的规律,非诉讼纠纷解决方式(ADR)运动逐步成为一种世界潮流和全球发展趋势。追求非对抗、自治、效率、便利、参与、协商等价值的多元化理念,促成了大量新型纠纷解决机制的产生和传统调解机制的现代转型,乃至英国在世纪之交的民事司法改革中确立以减少诉讼为目标。如今,适应当代人价值观和利益的多元化需求,除了国家强制和法律诉讼之外,当事人可选择的程序和方式已经越来越多,法律与民间社会规范、诉讼与非诉讼、国家规制与社会自治之间的协调与融合也更加开放和丰富,而法律人在非诉讼领域也有了越来越多的用武之地和社会责任担当。

中国自近现代以来,尽管从未实现过的儒家“无讼”理想一直遭到各种进步思想的批判,但是调解却在各种意识形态和体制下保持着旺盛的生命力,这并不是因为中国社会保留着礼俗和中庸传统,毋宁说是由于近现代以来从西方国家移植而来的诉讼制度缺少与之匹配的程序公正理念、社会环境及文化,始终没有成为中国人实现正义的理想方式,在这种背景下,调解等非诉讼机制(也包括信访)作为一种替代性机制或解纷方式,可以在司法、行政和民间社会中发挥特殊作用,弥补法律和正式制度、资源的不足,成为社会秩序稳定发展不可或缺的一种缓冲、调节、更生机制。

另一方面,由于我国法制进程起步较晚,而司法体制和诉讼程序的现代化尚未完成,因此,社会对于法治的理解和宣传自始就带有强烈的理想甚至迷信色彩,在建构现代法律体系的进程中,社会和法律人都执著于诉讼的积极价值,而对其负面意义、局限性、成本和风险则三缄其口。在纠纷解决中,人们习惯将“法律途径”解释为诉讼或司法途径,并将其视为唯一正当、有效的解纷方式。将法律与国家规制和司法活动等同,将立法和司法视为法律与社会治理的全部。因此,在20世纪90年代的法制建设、普法和司法改革中,人们不断地对“无讼”理想大加鞭挞,而以诉讼取代调解一度成为社会的主流观念和法律人的理想。

然而,社会发展的规律和纠纷解决的现实是不以人的意志而转移的,当社会转型期纠纷的复杂性、多发性与法律和诉讼机制的危机相遇时,人们不得不承认,一方面,任何一个社会都不可能通过不断增加司法的量的供给,满足社会无限增长的需求,因为这种供求失衡不仅不可能从根本上消除,而且可能会通过机制的便利而被更多地诱发,乃至陷入一种恶性循环和诉讼依赖;另一方面,即使进入诉讼程序,也未必能得到期待中的正义结果,而以高昂的成本赢得“零和”结果,乃至两败俱伤的结局屡见不鲜,更何况道德成本、关系破损、民间规范的失落和“案结事不了”等社会效应。正因为如此,非诉讼纠纷解决机制(ADR)的意义并不是仅仅为了应对所谓“诉讼爆炸”,即从量上扩大司法的利用,更重要的是人

们有了更多的选择和可能,使纠纷解决从国家和法律人的垄断下向社会开放,从事后的救济提前到预防与早期介入,让当事人、社会力量、专业人员等都参与其中,从而使纠纷解决更加经济、及时、合理,并兼顾法律与道德、情理和各种利益的协调,真正达到“案结事了”。这种多元化纠纷解决机制的理念,实际上是孔子的理想和现代法治社会的治理理念的交汇点。其目的不是为了全面取代或消灭诉讼,而只是对诉讼依赖和单一化思路的拨乱反正,重新认识和发挥调解等非诉讼机制的功能和价值。

随着 ADR 的发展及其影响的扩大,世界各国的纠纷解决研究和教育也在逐步普及和拓展。在司法、行政和民间性 ADR 协调发展的格局下,来自各种专业背景的调解人和仲裁员开始形成了一个新型职业群体。为此,许多专门性的纠纷解决学位课程、职业教育项目和培训应运而生,成为调解人或仲裁员资格准入的前提或职业保障。很多大学法学院开设了纠纷解决理论和实务技能课程,甚至已经将其列为必修课。而法官和律师职业群体,顺应多元化纠纷解决机制的发展和司法社会化趋势,不仅积极推动 ADR 与诉讼程序的衔接,而且自身也成为调解或和解的积极参与或推动者,并导致法律专业技能和职业伦理的重要转变。纠纷解决人员的职业化、专业资格准入和教育培训,尽管有着多元的价值、目标和路径,但共同之处在于,通过不断加强广大纠纷解决的实务工作者的职业伦理、行业自律和技能,提高非诉讼纠纷解决机制的公信力和实际功能,使社会公众和当事人熟悉、信任、乐于选择 ADR 解决纠纷,推动其扩大和普及,并由此实现社会的多元化和善治。因此可以说,纠纷解决教育和培训是打造善治基础的一项社会工程。

近年来,在建构和谐社会和科学发展观的背景下,我国多元化纠纷解决机制进入了一个新的发展阶段。司法机关、行政机关、仲裁机构、各种民间社会组织和行业组织以及传统的人民调解组织都在适应当代社会纠纷解决的实践需要,不断创新机制、完善程序,提高纠纷解决的技能和规范性。为此,调解等纠纷解决业务和技能培训的需求不断增加,标准不断提高,而法律院校也开始在法律硕士培养方案中将法律谈判课设立为实践必修环节,标志着非诉讼纠纷解决实务课程即将开始全面进入法学教育领域。

然而,众所周知,中国自古以来就重视书本知识和学历教育,而对于经验、技能的总结、传承则相对鄙视,实务教育与培训历来十分薄弱。在学术性和体系性法学教育中,各种实务技能并未获得应有的重视,迄今为止,国内绝大多数法学院系尚未真正展开纠纷解决课程,仅有一些侧重讲授原理和制度、法规的“调解法学”或“调解学”课程,由于脱离实践,法科学生很难由此获得对非诉讼纠纷解决机制的价值认同及有关的知识、兴趣和行为规范,遑论成为调解或纠纷解决的能手。而实务界同样缺乏高水准的纠纷解决培训教材,在多数调解培训中,或者

以介绍实体法和现行制度为主,或者直接采用国外的调解教材和教学模式,由于缺少针对性和中国实践特色,效果往往不尽如人意。

针对我国纠纷解决培训的实际情况,汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND)和中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC),组织国内一些有关专家学者,并参考实务部门的培训需求和经验,编写了这套纠纷解决专门教材。

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND)为本套教材的编写、出版提供了资助。为此,教材编审委员会和出版单位深表感谢。

这部系列教材的策划和推动者都是我国大学法学院中最早成立的纠纷解决研究机构,它们始终致力于为我国多元化纠纷解决机制的理论研究、实践、教育培训和制度建构作出贡献,近年来与法院、司法行政部门、仲裁、人民调解、各专业领域、行业协会以及从中央和地方的不同行政机关、实务部门和民间社会团体展开了全方位的合作,在理论研究、立法、司法解释和制度建构、创新以及实务培训等方面进行了大量的尝试和努力,取得了诸多成果。我们合作开发的这套系列教材,原则上定位为研究生和本科生的必修或选修教材,同时能够作为其他有关实务部门的培训教材。本书在编写中注重理论体系与实务技能培训相结合,国际标准与中国纠纷解决的实际相结合,在教材内容上兼顾原理、制度、法律与实务技能,适应法学院教育及实务部门调解培训的需要和各自的特点。注意根据我国国情和实际,依据社会主体和当事人的行为方式、文化传统和价值观,针对我国法学院学生及实务工作人员的知识结构和实际需要,设计教材的内容和重点。教材具有独创性和前沿性,根据法律制度、纠纷性质、纠纷解决的专门化或专业性、程序和方式等不同标准,形成有区别但又相互关联的教材体系。同时,注重研究借鉴当代世界各国ADR理论与实践经验,充分反映国际最新信息和研究成果,力图使其达到国际同类教材的水准,但力戒盲目照搬和简单模仿。

我们衷心希望,这部教材能为在我国普及多元化纠纷解决机制的理念,传播和系统阐释非诉讼纠纷解决原理,促进各国纠纷解决制度和经验的交流借鉴,提高法律专业学生和实务工作者的操作技能作出应有的贡献。

目 录

绪论 消费者权益保护与消费纠纷解决	1
第一章 消费纠纷及其解决	8
第一节 消费纠纷	8
第二节 消费纠纷的解决	18
第二章 消费纠纷协商和解	35
第一节 消费纠纷协商和解概述	35
第二节 消费纠纷协商和解的类型	47
第三节 消费纠纷协商和解的程序	64
第四节 消费纠纷协商和解的实务	70
第三章 消费纠纷调解	97
第一节 消费纠纷调解概述	97
第二节 消费纠纷调解的类型	108
第三节 消费纠纷调解的程序	142
第四节 消费纠纷调解的实务	164
第五节 消费申诉与行政调解	178
第六节 消费纠纷人民调解	181
第四章 消费纠纷仲裁	186
第一节 消费纠纷仲裁概述	186
第二节 消费纠纷的可仲裁性	198
第三节 消费纠纷仲裁协议	202
第四节 消费纠纷仲裁的特殊性	213
第五节 消费纠纷仲裁的实务	228
第五章 消费纠纷诉讼	239
第一节 消费纠纷诉讼概述	239

X 消费纠纷解决——理论与实务

第二节 小额诉讼	244
第三节 集体诉讼	257
第四节 混合诉讼	286
第五节 消费纠纷诉讼程序	299
参考文献	314

绪论 消费者权益保护与消费纠纷解决

一、消费者权益保护机制

消费者权益保护机制在理论上可以归纳为间接保护机制和直接保护机制。其中,间接保护机制主要涵盖反不正当竞争、反垄断、反补贴、反倾销、产品召回、公平交易等并不能对消费者的权益进行直接救济的制度;直接保护机制则包括消费纠纷预防机制、解决机制以及执行机制等以保护消费者权益为直接目标的制度。间接保护机制固然对消费纠纷的预防、解决具有重要意义,但其主要属于经济法学的研究范畴,而直接保护机制的研究则主要属于纠纷解决学的任务。

在直接保护机制中,预防机制能够最大限度地减少消费纠纷的发生,但是,预防机制往往需要公权力的介入,并且鉴于人性的局限性及市场的盲目性,预防机制无法从根本上杜绝消费纠纷的发生,因而解决机制对消费者权益的保护具有重要意义。然而,纠纷解决机制仅仅停留在明确权益层面上,若要在根本上实现消费者权益保护的目的,还得具体通过执行机制来加以落实,尤其是消费者作为被执行人的案件中,如何在执行程序中体现弱势意义上的平等对待就显得尤为重要。

(一) 预防机制

预防机制对于消费者权益保护具有重要意义,既可以从提升消费者维权能力的角度,也可以从培育经营者诚信经营理念的角度来进行制度设置。鉴于消费纠纷的预防能够在很大程度上减少消费纠纷的发生,而消费纠纷的解决也可以进一步推动消费纠纷预防机制功能的发挥。有鉴于此,我们结合消费者维权实务,对预防机制作出如下的梳理:

1. 唤醒消费维权意识

消费者的维权意识、维权能力越高,消费纠纷发生的几率就越低。因而,通过各种途径使得消费者知悉其依法享有的权利和消费纠纷解决方法将在事实上增强消费维权积极性。在知悉其依法享有的安全保障权、知情权、自主选择权、公平交易权、依法求偿权、消费结社权、获得消费知识权、人格尊严和民族风俗习惯受尊重权、监督批评权的前提下,消费者在接受经营者提供的产品或者服务过程中能够更好地预防纠纷的发生。

2. 规范消费格式合同

消费格式合同是指经营者为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与消费者协商的合同(或条款),其突出的特点就是由经营者单方事先拟定,而消费者“要么接受,要么走开”(take it or leave it)。从表面上分析,经营者和消费者均为民事主体,

其消费合同的签订取决于双方当事人的平等协商。然而,社会经济生活中经济实力雄厚的大企业与广大消费者对峙,双方的交涉能力并不对称,经营者多利用经济优势(如垄断经营权)在格式合同中订立显失公平的条款,将自身风险移转给消费者。鉴于消费者的利益属于公共利益,而公共利益构成限制民事主体自由的足够充分且正当的事由,因而,在消费格式合同的拟定、订立、解释等环节均应受到严格限制。

首先,消费格式合同的拟定应当坚持诚实信用原则,拟定主体应当履行中立义务、无害他人义务以及恰当关爱他人义务。

其次,学界通说认为,经营者可以通过载入消费凭证、店堂告示、广告、加入联盟等方式将格式条款订入消费合同,但是,格式条款是否订入合同有赖于经营者是否通过显著方式提请消费者注意。本书认为,应当根据格式条款的内容进行类型化处理:凡是在解释有利于消费者的格式条款是否订入合同时,应当采取从宽解释,无需经营者特别提请消费者注意即可订入合同;凡是限制消费者权益的格式条款则采取从严解释,只有在经营者采取合理方式提请消费者注意并应消费者的要求进行说明的前提下才能订入合同。

再次,订入合同的格式条款并不能当然生效,造成消费者人身伤害或者因故意或者重大过失造成消费者财产损失的格式条款属于绝对无效,除此以外的其他显失公平的格式条款可变更、可撤销。

最后,在消费格式合同的解释方面,应当按照社会上一般人的理解来解释,在消费格式合同具有两种以上符合前述通常解释标准的情形下应当作有利于消费者的解释。

此外,基于消费格式合同能够降低消费成本但容易侵犯消费者权益的现实,实务中消费者权益保护组织、工商行政主管部门、行业协会通常会单独或者联合制定标准消费合同,供经营者选择适用或者强制其适用,以确保消费者权益得以维护、消费成本得以减低。

3. 发展消费教育事业

消费教育在起到宣传科学消费理念的同时,还可以向消费者传授有关专业知识,提高其选择、鉴别相关商品或者服务的能力,从而预防消费纠纷的发生。对于居家装修等专业性消费,消费者与经营者之间的专业知识相差悬殊,消费者往往缺乏筛选、监督能力,容易诱发争议。利用空闲时间接受有针对性的学习,消费者可以迅速弥补其专业知识的不足,强化其交涉能力,从而预防消费纠纷的恶化。

4. 试行消费预赔金

消费预赔金能够为将来不确定之债提供担保功能。将来不确定之债一旦发生,经营者的清偿义务将瞬即实现,其将丧失期限利益或者其他事实上的利益(如拖延清偿),因而经营者具有提高注意义务的动力,从而对消费纠纷的预防起到一定的作用。

5. 强化联动协助

联动协助的核心思想是强化国家公权力机关之间的协作,尤其是强调国家公权

力机关对消费者权益保护组织工作的支持。公权力的介入有助于增加经营者非法经营的成本,从而促进其诚信经营,杜绝或者减少消费纠纷的发生。

6. 执法建议制度

如果说联动协助制度是公权力辅助介入消费纠纷的预防与解决,那么执法建议制度则属于公权力独立介入消费纠纷的预防与解决。考虑到消费者权益保护组织欠缺执法权,其主持的纠纷解决方案对经营者缺乏刚性制约力,故执法建议制度应运而生。实务中,有些地方消费者权益保护组织,借鉴检察建议、司法建议的制度运转模式,推出消费者权益保护组织的执法建议制度,借助公权力的形式增强其对经营者的约束力。

7. 公开披露制度

公开披露制度,是指消费者权益保护组织或者新闻媒体在调查的基础上,及时披露侵害消费者权益的事件,以实现敦促经营者改善商品或者服务质量以及帮助消费者防范各种消费陷阱的双重目的。公开披露者具有如实披露的义务,否则可能成为商誉侵权案件的被告。因而,我们既要求消费者权益保护组织或者新闻媒体不能偏信消费者的陈述,又不能对消费者权益保护组织以及新闻媒体课予严苛的义务,否则可能影响其积极性。公开披露制度的存在扩大了经营者侵害消费者权益的社会影响,使其违法成本大为增加,因而具有预防消费纠纷的功能。需要特别说明的是,除非案件本身涉及国家秘密、个人隐私,否则即使消费纠纷通过协商和解、调解或者仲裁等非诉讼机制解决,消费者权益保护组织或者新闻媒体也有法律上的正当理由公开披露商品、服务存在质量问题的商品生产者、服务提供者存在欺诈的情形。其原因就在于,公开披露制度涉及公共利益。

8. 诚信评比制度

如果说公开披露制度是从反面迫使经营者合法经营,那么诚信评比制度则属于从正面鼓励经营者诚信经营。诚信评比制度属于典型的软约束,尽管如此,消费者权益保护组织在对特定行业的经营者进行诚信评比的过程中也会遭受到来自经营者的极大阻力。该制度的完善不仅需要法律的授权,而且需要构建科学的诚信评比指标系统,以确保评比的客观性。

9. 单方承诺制度

鼓励经营者单方承诺(店堂告示、产品说明书、广告等形式)授予消费者享有高出《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)保护水平的特权,如电子产品3个月内退货。作为一种制度,主要是考虑动员行业组织、消费者权益保护组织、工商行政主管部门倡导、引导经营者作出该类承诺。遵守单方承诺有助于经营者培育商誉,违背单方承诺则将严重影响经营者的市场份额,因而,单方承诺制度有助于经营者诚信经营,减少消费纠纷的发生。

10. 电子签名制度

电子签名制度的推行可以有效避免大量网上交易纠纷,其制度功能在于将物理

空间中的交易主体与虚拟空间中的交易主体一一对应起来,并且借助外观主义理论,推定操作电子签名的虚拟空间交易主体即为物理空间交易主体。

(二) 解决机制

预防机制固然能够最大限度地减少消费纠纷的发生,但是,如果业已发生的消费纠纷无法得以现实的解决,那么经营者违法经营、损害消费者权益的行为将无法从根本上加以抑制,而消费者业已受损的权益也将无法获得救济。因而,消费纠纷解决机制构建的科学与否既直接关系到预防机制能否正常发挥作用,也直接关系到消费者权益能否获得确实保护。消费纠纷有协商和解、调解、仲裁、诉讼等解决途径,这与其他民事纠纷的解决在表面上并无太大的区别。然而,一方面,鉴于消费争议中消费者的弱势地位,消费纠纷解决机制在设置和适用的过程中,更加强调遵循弱势意义上平等对待,要求对消费者有所倾斜,并兼顾社会公共利益;另一方面,鉴于争议金额小的消费纠纷适用普通的纠纷解决途径往往有违比例原则,有必要将常规的纠纷解决机制加以变通,使小额消费纠纷的解决符合效益原则。具体而言,我国现行的多元化消费纠纷解决机制由协商和解机制、调解机制、仲裁机制以及诉讼机制四大板块构成,本书正是基于消费纠纷本身的特殊性,在研究这些常规纠纷解决机制在消费纠纷解决中的特殊性的基础上,进一步检讨消费纠纷解决机制的完善路径及消费纠纷解决的基本技能。

(三) 执行机制

消费纠纷的解决分为两个层次:第一层次的解决是指通过协商、调解、仲裁等方式明确消费关系当事人的权利义务,但这种明确还停留在纸面上;第二层次的解决是指将纸上载明的权利义务贯彻落实,真正地加以实现。人们通常关注的是第一层次,经过该层次的过滤之后,相当一部分消费争议不会进入第二层次的程序。

然而,徒法不自行,消费纠纷的最终解决并不能仅停留在权利、义务关系的明确上,还有必要拓展到执行程序中来。一方面,双方当事人达成的和解协议、调解协议不得直接充当执行名义,但仍可以通过嫁接型或者独立型转化机制转化为执行名义;^①另一方面,双方当事人即使通过仲裁、诉讼机制取得执行名义,如果被执行人是消费者,基于消费者的弱势群体地位而对其特殊境遇加以考量无疑是必要的,不管是发达国家还是发展中国家都对以消费者为被执行人的执行程序加以特别规定,单独立法,以防范经营者利用其强势地位对消费者采取非法手段收取债务。^②我国强制执行立法尚未提上日程,因而消费债务执行法尚未进入学界和实务界视野。然而,鉴于本书的主题锁定于消费纠纷的第一层次解决,对消费债务执行程序的研究将通过

^① 参见肖建国、黄忠顺:《调解协议向执行名义转化机制研究》,载《法学杂志》,2011(4)。

^② 如《芬兰法典》第392章专门规定适用于消费债务执行的“收债法”(debt collection),美国通过“公平债务收取实施法”(the fair debt collection practices act),菲律宾也通过“有关确保公平收债程序和要求债务收取者遵守相关规则的法案”(an act providing for fair debt collection practices and requiring debt collectors to observe such practices),等等。

其他论著展开。

二、消费纠纷解决与司法行为请求权保障

消费者权益的保护固然可以通过私力救济、社会救济和公力救济等多种途径实现,即使诉诸公力救济,消费者也享有通过行政或者司法解决的选择权。当然,消费者权益保护的落脚点和根本保证在于司法权的最终介入,因而,享有利用司法程序的权利对于消费者权益保护就显得尤其重要。消费者利用诉讼机制维权的权利在学术界有着不同的称谓,有学者称之为“司法救济权”^①,有学者称之为“要求公正审判的权利”^②,有学者称之为“诉讼权利”^③,有学者称之为“诉权”^④,较为前卫的观点则称之为“裁判请求权”^⑤,并将裁判请求权定义为“任何人在其权利受到侵害或与他人发生争执时都享有请求独立的司法机关予以公正审判的权利”^⑥。在国外,德国的通说将这种请求司法救济的权利称为“司法行为请求权”^⑦,而日本的通说则将其称为“本案判决请求权”^⑧,我国诉讼法学界对司法行为请求权、裁判请求权、诉权等术语的使用较为混乱。本书认为,司法行为请求权的用语不仅符合世界发展潮流,而且司法行为请求权更能够体现出其本质。主要原因包括以下两方面:一方面,司法行为请求权较之裁判请求权、诉权的外延要大,不仅涵盖争讼属性的审判行为,而且涵盖非讼属性的执行行为以及其他司法行为;另一方面,司法行为请求权能够更好地构建国家行为请求权概念,换言之,公民享有“依靠国家的自由”,有权请求国家履行相应的立法行为、行政行为以及司法行为,强调司法行为请求权的入宪,并不排除立法行为请求权、行政行为请求权的入宪,只是由于司法属于最后的救济,其保障的重要性相对于行政行为请求权更为重要,因而,理论界对司法行为请求权的入宪问题更为关注。

消费者权益保护离不开消费纠纷的有效解决,而消费纠纷的有效解决离不开司法行为请求权的保障。司法行为请求权的保障必须恰到好处,保障不力或者保障过度都将妨碍消费纠纷的有效解决,进而减损消费者权益保护力度:一方面,司法行为请求权保障不力将直接导致消费纠纷无法以强制性终局解决,建立在当事人自愿基

① 参见黎晓武:《司法救济权保障研究》,16页,北京,群众出版社,2006。

② 参见朱征夫:《公民的权利》,270~279页,北京,法律出版社,2006。

③ 参见边和平:《中国公民基本权利概论》,210~236页,青岛,中国海洋大学出版社,2004。

④ 参见江伟主编:《民事诉讼法》(第四版),45页,北京,中国人民大学出版社,2008。

⑤ 参见刘敏:《裁判请求权研究——民事诉讼的宪法理念》,18页,北京,中国人民大学出版社,2003。

⑥ 刘敏:《裁判请求权研究——民事诉讼的宪法理念》,18页,北京,中国人民大学出版社,2003。

⑦ 罗森贝克创立、施瓦布续写、戈特瓦尔德修订的《德国民事诉讼法》(第16版)虽然没有对诉权进行阐述,但是,在其导论第3节“司法(行为)请求权和法律保护请求权”中表明了作者支持司法(行为)请求权、反对法律保护请求权的态度。参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,15~18页,北京,中国法制出版社,2007。

⑧ 本案判决请求权说经日本民事诉讼法学者兼子一教授倡导而成为通说,新堂幸司教授认为,为了防止诉权的内容过于涣散,诉权内容应当仅限于接受裁判权,而不包括要求法院为判决以外其他行为。也就是说,将诉权定位为“请求以诉的利益及当事人适格为成立条件的本案判决之权利”。参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,179页,北京,法律出版社,2008。