

法律的形式与功能

以“知假买假”案为分析范例

熊丙万^{*}

摘 要 在疑难法律问题上,学术界和实务界在具体制度层面的分歧不过是一种表象而已。其背后隐藏着深层次的观念与方法分歧,特别是对法律的形式与功能这两个基本维度的认知差异。法律需要通过一套形式化的概念术语和体系结构获得外在表达。但在疑难法律问题上,形式逻辑推理表现出了强大的思维惯性,不仅面临难以调和的自我矛盾,而且习惯性地忽视甚至遗忘人们对法律的功能性期待。民事法官需要有意识地跳出形式推演,转而分析不同形式化解释方案在社会秩序调节上的功能差异,并选择那些更有助于增进公共福祉的方案。功能分析是一种语境化操作,需结合具体情景加以判断,以确保结论的针对性和精准度。本文以“知假买假”案为分析范例,系统呈现前述观察。

关 键 词 疑难法律问题 形式主义 功能主义 知假买假 惩罚性赔偿

一、问题与方法

在比较长的时间内,我国不少法律学术研究因过分偏重于制度性分析而面临思想交流障

^{*} 中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员。感谢鲍艳法官在前期合作研究中的贡献。姚欢庆、姚辉、张新宝、吕施羽、郑慧媛、冉克平、申欣旺、丁道勤、戴孟勇、薛军、许德凤、纪海龙、李立众、劳东燕、张淞纶、黄忠、侯国跃、郭锐、朱虎、王凌峰、杨会、杨光、陆青、鲁楠、丁轶、雷震文、刘明、王叶刚、张勇凡、孙娟娟等师友提供了大量启发性批评、建议和帮助。本研究得到国家社科基金项目《中国私法学的哲学和经济学基础研究》、中国人民大学科学研究基金项目《国家立法中的道德观念与社会福利》、中国人民大学民商事法律科学研究中心自主项目《新世纪民法典编纂的效率意识》和食品安全治理协同创新中心研究基金的资助。作者在此一并致谢。

碍和共识形成难题。^{〔1〕}其中一大表现就是,在围绕具体制度展开的学术讨论中,不少学术同行在制度层面的分歧不过是一种表象而已。其背后还常常隐藏着更深层次的理念与方法分歧,特别是在法律的基本属性和分析方法上的认知分歧。^{〔2〕}受此影响,学术同行之间在前一项制度上的分歧很可能在其它制度性辩论中反复出现。在观念与方法层面达成共识或形成相互理解之前,学术同行在具体制度层面的辩论就常常注定是无果而终的,有时甚至不欢而散。^{〔3〕}不仅如此,法律学术上的这两层分歧又会通过法学教育等途径直接或间接地传导到审判实践中去,在司法判决中得以重现。

我国法律学术界和审判实务界在“知假买假者是否有权请求惩罚性赔偿”(为行文简便,下简称“知假买假”)这一问题上长达十多年的持久分歧便是一个代表性事例。讨论者就该问题所作的不同回答,常常对应着他们在解释相关法律文本时所采用的方法差异,特别是在对“法律的形式”与“法律的功能”这两个基本维度的看待方式和处理手法上的差异。自1995年“王海打假案”以来,既有学术研讨集中表现为围绕相关法律条文展开的制度性辩论,但尚无文献对学术同行用于制度分析的工具作专门观察和系统思考。受此影响,不仅学术讨论常常面临“关公战秦琼”、不欢而散的尴尬境遇,缺乏展开学术对话的起码基础,而且审判实践频频出现风格迥异、摇摆不定的戏剧性判决,^{〔4〕}严重损害司法的可预期性和严肃性。

表现形式和社会功能是法律的两个基本维度。包括法律解释在内的法律认知活动常常围绕这两个维度来展开。在一个较为宏观的方法论层面,我国不少学术同行已经就法律的形式与功能之间的关系作过大量有见地的讨论,^{〔5〕}有时甚至给人以老生常谈的错觉。法律之治是人类迄今为止想象和建构出来的最为成功的社会组织方式。在世俗的社会里,与道德规范和宗教规范相比,法律规范在调节社会行为、促进国际合作与增进社会福利等方面有着明显的

〔1〕 王轶:“对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服”,《法制与社会发展》2006年第1期,第89页。

〔2〕 制度分歧的背后并不必然对应着观念与方法分歧。因为,并非所有法律学术同行都持有一套稳定的法律观念与分析方法。不少同行操练的是“迷踪拳”,尚不具备明确和稳定的方法论意识。其从事的法律解释活动缺乏可识别性和稳定性。不过,这一群体正在逐步减少。“越来越多的学者从开始被某种研究方法或模式在直觉上吸引发展到越来越自觉地在自己的整个研究活动中去贯彻同一套方法或模式,甚或有部分学者已开始对这套方法或模式进行理论上的总结和反思。”参见雷磊:“法教义学的基本立场”,《中外法学》2015年第1期,第198—199页。

〔3〕 德沃金也曾在《法律的帝国》中谈到系统反思这类深层次认知分歧的重要性。See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, China Social Sciences Publishing House, 1999, pp.3—6, 43—44.

〔4〕 见后注〔146〕〔167〕〔168〕〔169〕所在位置的正文和参引的判决文书。

〔5〕 参见许德风:“法教义学的应用”,《中外法学》2013年第5期,第942—947页的正文和所引证文献。

功能优势。^{〔6〕}法律学术同行一般认为,这些功能的实现,在很大程度上依赖于法律的形式化技术,即按照一定的逻辑和体系将法律以一套文本化的概念、规则和原则表达出来。在一个理想的情境中,只要形式化的法律语言指令得到严格理解、遵守和执行,法律的理想社会秩序促成功能就会自动实现。同时,学术同行也普遍地认识到了法律形式语言的模糊性、滞后性等先天不足,强调通过一套形式逻辑对法律文本进行演绎推理,结合法律条文所处的上下文来澄清其含义,或者根据法律条文所承载的功能来矫正其机械性。如此可以使法律成为一个“有骨骼、血肉和神经”的有机体,保障法律适用的统一性、可预测性以及科学性。^{〔7〕}

然而,微观层面的制度实践要比宏观层面的方法假说复杂得多。这种复杂性(complexity)至少表现在三个方面:一是形式逻辑推演在实践中表现出强大的思维惯性。无论法律形式的有机体是否出现了缺陷(以及多大程度的缺陷),不少法律同行时常自觉或不自觉地为既有的形式体系能够提供问题的答案,^{〔8〕}在集中精力从事形式逻辑演算时习惯性地忽视甚至遗忘法律形式背后的功能维度,以至于得出的结论明显背离人们对法律的功能性期待。二是用于开展形式逻辑推演的前提时常因人而异且导出两套以上的形式化解释方案,但这些前提本身常常在执着的形式化演算中免于被讨论或检验。受此影响,讨论者在就特定问题提出一套形式化解释方案的同时,不仅有意识或者无意识地忽视其它与之相竞争的形式化解释方案,更谈不上去思考“为什么选择了一套方案而不是另一套”了。三是功能分析脱离具体语境,经常流于简单的口号。面对“知假买假”这样的重大争议问题,大量法律同行有意识地跳出形式化推演,转而分析不同的形式化解释方案在社会秩序调节上的功能性差异。然而,不少功能分析对社会现实语境的复杂性缺乏足够认知,仅因特定方案在某些方面的积极功能就对其加以毫不保留地推荐,忽视了这些方案的潜在副作用,以至于所提制度建议缺乏足够的针对性和精准度,无法实现跳出形式桎梏的初衷。

本文将以“知假买假”这一具体事例为范本来呈现前述复杂性。更具体地说,本文将对十多年来法学家和法官在这一事例上的观点分歧(特别是观点分歧背后的方法差异)做一次系统

〔6〕 关于法律、宗教和道德的建构属性的人类学观察,参见(以色列)尤瓦尔·赫拉利:《人类简史:从动物到上帝》,林俊宏译,中信出版社2014年版,第101—116、227页;对三者在社会调控功能上的对比分析,参见於兴中:“作为法律文明秩序的‘法治’”,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第2辑),清华大学出版社2001年版,第31—44页。

〔7〕 这方面的代表性论述可参见韩世远:“裁判规范、解释论与实证方法”,《法学研究》2012年第1期,第46—47页。

〔8〕 相似观察,参见纪海龙:“法教义学:力量与弱点”,《交大法学》2015年第2期,第156页。有评论认为,中国刑法学界同样面临宏观层面的方法假说与微观层面的制度实践之间相互脱节的问题。参见劳东燕:“能动司法与功能主义的刑法解释论”,《法学家》2016年第6期,第14页。

整理和呈现,^{〔9〕}对形式主义与功能主义这两种常见方法的优势与弱点予以评述,并说明法律的形式与功能这两个基本维度之间的联系与互动。本文希望,这样一种微观叙事有助于促进法律同仁有意识地关注支配自身开展制度分析活动的方法工具,也使得宏观的方法论种子能够接上地气,并在制度实践的土壤中更好地发育和成长。

二、“知假买假”问题的形式主义推演

(一)“知假买假”的三招论辩术

自1995年“王海打假案”以来,“知假买假”逐渐演变为一类备受关注的社会和法律现象,并呈现出职业化发展的态势。但无论是审判实务工作者还是法律学术界,一直都在“知假买假者是否有权请求惩罚性赔偿”这一问题上存有重大分歧,支持和反对者都不少。^{〔10〕}十多年来,无论是全国人大还是最高人民法院,都未在该问题上表达明确的立场,而是秉承了一贯的实验主义做法,将其交给地方司法机关去实验并总结经验。在商业实践层面,虽然职业打假人日益增多,但在比较长的一段时间内,该群体的规模化发展特点并不明显。直到2013年底,该状况因一项新的司法解释开始发生明显变化,即最高人民法院颁布的《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《食品药品司法解释》)。《食品药品司法解释》第3条规定,“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”。该解释首次在国家司法层面明确认可了知假买假者在食品、药品领域内的惩罚性赔偿请求权。这不仅直接引发了食品、药品领域惩罚性赔偿诉讼案件的井喷式增长,而且对其它商品领域的审判实践和学术观察也产生了明显影响,触发了法律同行对“知假买假”问题的新一轮学术辩论。

虽然新一轮学术辩论(和判决说理)多围绕《食品药品司法解释》及其与相关立法规定之关系来展开,但新近讨论与该司法解释颁布之前的学术讨论在方法层面具有高度的同质性。具体来说,学术同行(以及民事法官)在分析“知假买假”问题时,大致采用了三招论辩术:一是形式主义的分析方法,侧重对法律文本中的概念术语及其体系结构等外在表现形式展开语义分析和逻辑推演,如讨论《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)第2条所规定的“消费者”的字面含义,分析《食品安全法》第148条第2款所规定的“惩罚性赔偿请求权”的语义构成要件,研

〔9〕 这方面的判决很多,本研究所观察的判决包括两类:①北京市法院系统内含有“知假买假”和“职业打假”表述的全部判决;②其他省市法院系统所作的部分代表性判决。严格来讲,“知假买假”与“职业打假”是两个不同的概念。知假买假者并不一定以“索取惩罚性赔偿”为职业活动。普通消费者在发现不安全食品或者商品欺诈后,也有可能出于惩戒经营者的动机刻意买假并索赔。不过,这类知假买假者很少,审判实践中的知假买假者大都为职业打假。下文将交替使用这两个概念,主要以后者为分析对象。分析结论对前者也适用。

〔10〕 较早的评论可参见杨立新:“‘王海现象’的民法思考”,《河北法学》1997年第5期,第2页。

究《食品安全法》第148条与《消法》第55条之间的逻辑关系,等等。^{〔11〕}二是功能主义的分析方法,侧重就不同的形式化解释方案将对行为选择和社会秩序产生的现实影响进行观测和比较,选择那些更有助于实现特定社会时期的公共政策目标的法律适用方案。^{〔12〕}三是道德主义的分析方法,即用“不劳而获”“投机倒把”“诚实信用”和“以暴制暴”等朴素的大众道德观念去评价知假买假者的索赔行为或者商家的欺诈行为。^{〔13〕}

关于道德主义分析方法,笔者曾在其它地方作过专题评述。^{〔14〕}且与形式主义与功能主义相比,其在关于“知假买假”的学术讨论中被使用的频率较低。因此,本文主要对形式主义和功能主义这两种方法进行系统讨论。在既有的学术讨论(和判决说理)中,有的同行表现出了方法的纯粹性特点,采用其中某一种方法来评判“知假买假”的问题;也有同行以一种方法为主,在不同程度上辅助使用另一种方法;另一些同行则在操练“迷踪拳”,前后混用多种方法,以至于难以辨识实际影响其最终判断的工具。不过,从总体上看,否定“知假买假”的同行多以形式化推演为主,功能分析和道德评判为辅;肯定论者则侧重使用功能分析方法。下文将先系统呈现和评述既有的形式化分析,再检视已经发生的功能主义辩论。

(二)“知假买假”的形式主义推演

否定知假买假者的惩罚性赔偿请求权的主要理由包括四类具有浓厚形式主义色彩的法律学说。更准确地说,是根据这些学说对法律文本中的概念术语及其体系结构展开的形式化解读,侧重分析法律文本中概念术语的语法结构和惯常语义,希望藉此就争议问题得出确定性答案。具体来说:

一是法律的文义解释学说。这类学说侧重强调法律文本之表面意思在法律解释中的核心

〔11〕 代表性文献可参见梁慧星:“消费者权益保护法第49条的理解与适用”,载《人民法院报》2001年3月29日,第3版;韩世远:“消费者合同三题:知假买假、惩罚性赔偿与合同终了”,《法律适用》2015年第10期,第89页;税兵:“惩罚性赔偿的规范构造——以最高人民法院第23号指导性案例为中心”,《法学》2015年第4期,第102页。

〔12〕 “这次发布的司法解释《食品药品司法解释》支持了‘知假买假’的索赔,对统一司法尺度、打击无良商家、维护消费者权益、净化食品药品市场环境具有重要意义”。杨立新:“最高法:‘知假买假’不影响十倍索赔”,载《新京报》2014年1月10日,第A04版;另见鲍艳:“‘知假买假’判决背后的司法方法启示”,《中国律师》2014年第8期,第52页;王利明:“论法律解释之必要性”,《中国法律评论》2014年第2期,第88—89页。

〔13〕 采用朴素道德论的文献很多。代表性论述如:受惩罚性赔偿的激励,“受害人因能够轻易获得不义之财而可能助长不劳而获的恶习”,“助推不当得利之歪风”。参见朱广新:“惩罚性赔偿制度的演进与适用”,《中国社会科学》2014年第3期,第119—124页;李仁玉、陈超:“知假买假惩罚性赔偿法律适用探析”,《法学杂志》2015年第1期,第51—52页。

〔14〕 笔者认为,职业法学家在讨论制度设计方案时,不宜轻易对“道德观念”本身赋予独立的权重,不能认为道德规范是一种天然的好东西。职业法学家需要贴近社会实践,结合具体语境,详细考察特定道德观念所宣扬的“规范”本身对社会行为的激励效应对公民福利的现实影响。当然,这并不是要否定道德规范在社会组织中的重要作用。相反,对于那些有助于实现良好社会秩序、增进公民社会福利的行为规则,如果能够通过道德教化将其内化为公民自觉践行的规范,则有助于节省这些规则的普及和实现成本。参见熊丙万、周原生:“国家立法中的道德观念与社会福利”,载《法制日报》2014年1月1日,第3版。

地位。“无论采用何种解释方法,其解释结果都不得违背法律条文可能的文义。”^{〔15〕}具体到“知假买假”问题上,文义解释学说又表现出两种截然相反的运用方式。

前一种方式以《消法》第2条的规定和域外法律词典对“消费者”的解释为依据。《消法》第2条规定:“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护;本法未作规定的,受其他有关法律、法规保护。”大量论者将该条理解为对“消费者”的一般定义条款,并将消费者解释为那些“为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”的人。而“知假买假”不符合该定义,不属于生活消费而属于一种营利性活动,其请求不受《消法》保护。^{〔16〕}还有论者辅之以《牛津法律词典》《布莱克法律词典》等比较法域国家的词典定义,试图强化前面的论述。^{〔17〕}

新近的方式则认为,之前的文义解释方式搞错了设问的方向,以至于长期纠结于“知假买假者是否属于消费者”这样的问题怪圈。因为,“‘白马亦马’,‘知假买假’的消费者同样也是消费者,只不过是‘非消费行为的消费者’而已”。^{〔18〕}论者主张,《消法》第2条的功能并不是界定“消费者”这个法律术语,而是确定《消法》的适用范围,即《消法》仅适用于“生活消费”行为,而不适用于“知假买假”这样的非消费行为。因此,知假买假者没有援引《消法》(包括第55条)的法律资格。^{〔19〕}此外,《消法》第55条为惩罚性赔偿责任设定的“欺诈行为”这一要件是一个结果性要件,即要求受害人在主观上确因欺诈而作出了错误的意思表示。但是,知假买假者根本就谈不上被“欺诈”。^{〔20〕}

不过,这类学术同行至少并不反对“食品”领域知假买假者的惩罚性赔偿请求权,以及《食

〔15〕 梁慧星:“知假买假打假者不受《消法》保护”,载《南方周末》2002年7月25日,第A7版;税兵,见前注〔11〕,第99页。

〔16〕 参见梁慧星,见前注〔15〕;郭明瑞:“‘知假买假’受消费者权益保护法保护吗?——兼论《消费者权益保护法》的适用范围”,《当代法学》2015年第6期,第68—71页。司法判决可见“何成江诉毛林惠丰酒店买卖合同纠纷案”(争议产品:茅台酒),北京市海淀区人民法院(2011)海民初字第2402号民事判决书;“姚陈永诉甘甘那公司网络购物合同纠纷案”中也采该思路(争议产品:服装,面料成分与产品标识严重不符),温州市中级人民法院(2015)浙温商终字第3140号民事判决书。

〔17〕 参见胡建忠:“对消费者权益纠纷案件中‘一多一少’现象的思考”,《人民司法(应用)》2009年第6期,第73页。

〔18〕 税兵,见前注〔11〕,第102页。最高人民法院于2014年公布的23号指导性案例(孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案)也对“消费者”采取了类似界定:“消费者是相对于销售者和生产者的概念”,只要购买者“未将所购香肠用于再次销售经营”,就应当被认定为《消法》第2条规定的消费者。在该案中,原告在被告超市内购买了14包过期的“玉兔牌”香肠,价值558.6元。原告付款后即径直向服务台索赔,因协商未果诉至法院,请求十倍赔偿金。双方对“知假买假”的事实并无争议。该判决支持了原告的十倍赔偿请求。针对“知假买假”争议,法院除了按照前述方式界定“消费者”外,而且还进一步认为:旧《食品安全法》第96条“规定消费者有权获得支付价款十倍的赔偿金……且法律并未对消费者的主观购物动机作出限制性规定,故对其该项主张不予支持”。

〔19〕 税兵,见前注〔11〕,第102页。

〔20〕 韩世远,见前注〔11〕,第88—89页。

品药品司法解释》第 3 条关于“食品”部分的规定和“孙银山案”指导性案例的判决结论部分。^[21] 他们认为,现行《食品安全法》第 148 条第 2 款只提出了“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品”的要求,但并未将生产者和经营者的“欺诈”作为惩罚性赔偿责任的构成要件,自然也就无所谓“知假买假”了。^[22] 至于“药品”领域如何,此类论者的想法不得而知^[23](但如下文所述,该逻辑将会导出“《食品药品司法解释》违反《药品管理法》”的结论)。

不过,这类同行认为,《食品安全法》和《食品药品司法解释》对“知假买假”的支持态度并不能适用于其它商品或服务领域。这不仅是因为前述《消法》第 55 条关于“欺诈”要件的规定,而且是因为《消法》与《食品安全法》之间的位阶关系使然。虽然二者“在效力范围和调整对象上存在重叠和交叉”,但两部法律之间并非上、下位法之间的关系,而是平行的同位法关系,分别通过不同构成要件配置来调整不同领域的惩罚性赔偿争议。^[24]

二是合同成立、效力和免责事由学说。具体来说,惩罚性赔偿请求权以经营者与消费者之间成立有效的合同为前提条件。但反对“知假买假”的同行要么认为经营者与消费者之间没有关于消费买卖的合意,合同未成立;要么主张双方之间相互“欺诈”,有违《民法通则》第 4 条确立的诚实信用原则,买卖行为应归于无效;^[25] 要么依据《民通意见》第 68 条^[26] 来解释《消法》第 55 条规定的“欺诈行为”要件,认为知假买假者并未因欺诈而“作出错误意思表示”,因此不享有《消法》第 55 条规定的惩罚性赔偿请求权;^[27] 要么依据《消法》第 23 条第 1 款认为经营

[21] 见前注[18]“关于‘孙银山案’”。

[22] 《食品安全法》第 148 条第 2 款规定:“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金”。韩世远,见前注[11],第 89—90 页;税兵,见前注[11],第 102—103 页。

[23] 另一种类似评论则以《消法》第 23 条第 1 款为依据,力图从合同法上的瑕疵担保责任角度支持食品和药品这两个领域的知假买假行为。这一款规定:“经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限;但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵,且存在该瑕疵不违反法律强制性规定的除外。”评论者认为,由于食品、药品事关人身健康和安
全,国家关于食品、药品的产品质量标准属于“法律强制性规定”。因此,即便消费者“已经知道其存在瑕疵”,经营者也需要例外地承担瑕疵担保责任(参见郭明瑞,见前注[16],第 72—73 页)。评论者的言下之意是,国家关于其它产品的质量标准规定就不属于“强制性规定”,经营者的瑕疵担保责任因消费者“已经知道”而豁免。

[24] 税兵,见前注[11],第 102 页。

[25] 马强:“审判实践中欺诈问题探讨”,《法学杂志》,2003 年第 2 期,第 49 页;胡建忠,见前注[17];郭明瑞,见前注[16],第 71—72 页。或许这样表述这类观点更准确:《合同法》第 54 条将“欺诈”规定为合同可撤销的事由,经营者可以据此主张撤销与“知假买假者”(实施欺诈的一方)之间的买卖合同。

[26] 《民通意见》第 68 条规定:“一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。”

[27] 韩世远,见前注[11],第 88—89 页;“刘莹诉沃尔玛宣武门分店买卖合同纠纷案”(争议产品:海参,未经审批宣传疗效),北京市宣武区法院(2009)宣民初字第 7832 号民事判决书。

者的瑕疵担保责任因消费者“已知瑕疵”而免除。^{〔28〕} 在合同不成立和无效情形,其法律后果都是返还原物;在瑕疵担保责任免除情形,合同有效,但几种情形均不会导致惩罚性赔偿责任。

三是侵权责任构成要件和免责事由学说。这类学说将《消法》第 55 条规定的惩罚性赔偿请求权纳入侵权责任法的框架来分析。其认为,如果商品买受人购买后“并未食用亦无损害后果的发生”,则就无所谓侵权责任。^{〔29〕} 即便生产经营者实施了侵权行为甚至引发了现实的损害(如因食用不安全食品而遭受身体伤害),但受害人的损害是因其知假买假行为而故意引发的,要么与生产经营者的行为之间缺乏因果关系,要么构成《侵权责任法》第 27 条规定的责任免除事由,因此无权请求生产经营者赔偿。^{〔30〕}

四是法律部门体系的划分学说。这类学说以“公法/私法”的严格二元体系划分为出发点,认为公法(行政法、刑法)与私法自成一体、相互割裂,强调二者在功能定位上的严格区分。前者以惩罚和预防(威慑)为目标,而后者以填平损失为宗旨。私人的惩罚性赔偿请求违背了民法的完全补偿原则,不符合民法的本性。^{〔31〕}

当然,除纯形式层面的“公/私”二元划分学说外,亦有新近讨论尝试从功能层面来进一步阐述坚持这一形式划分的必要。例如,前者的法定程序(行政处罚程序、刑事诉讼程序)比民事诉讼程序更为严格。通过宽松的民事诉讼程序向加害人施加了严苛的法律制裁,使“加害人因丧失(行政和)刑事诉讼程序上的保护措施而可能遭受诸多不利”,^{〔32〕}甚至可能面临“因同一

〔28〕 郭明瑞,见前注〔16〕;“印建苏诉特易购公司产品销售者责任纠纷案”(争议产品:铅笔,标注的执行标准已过期),无锡高新技术产业开发区人民法院(2015)新民初字第 2324 号民事判决书(判决先认定了“知假买假”的事实,然后援引了《消法》第 23 条驳回了原告的诉讼请求);见前注〔16〕,“姚陈永诉甘甘那公司网络购物合同纠纷案”(争议产品:服装,面料成分与产品标识严重不符);“纪万昌诉王府井百货公司买卖合同纠纷案”(争议产品:服装,原告在本案之前已经代理多起这类产品的消费维权索赔案件),北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第 18518 号民事判决书。

〔29〕 北京市怀柔区法院、石景山区法院在“王海诉尹传道、珍奥公司特殊类型的侵权纠纷案”(争议产品:珍奥核酸胶囊,含有“人参皂甙”这一部分人群敏感、但未依法向卫生部门申报的成分)、“何建军诉物美集团产品销售者责任纠纷案”(争议产品:过期虾仁)中采用了这一思路,参见(2009)房民初字第 7177 号民事判决书、(2012)石民初字第 4408 号民事判决书。

〔30〕 参见励进、潘佟:“关于打假的几点思考”,《法学》1997 年第 6 期,第 49 页;同上注,“王海诉尹传道、珍奥公司特殊类型的侵权纠纷案”民事判决书。

〔31〕 李仁玉、陈超,见前注〔13〕;朱广新,见前注〔13〕,第 119—120 页;税兵,见前注〔11〕,第 104 页。这种基于“公法/私法”严格二元划分的学说主要源于欧洲大陆法系国家,特别是德国和奥地利。近年来,不少来自德国、奥地利和美国的民法同行专门针对中国侵权责任立法撰写了评论文章,并在惩罚性赔偿问题上持截然相反的态度。德、奥同行以欧洲学理上的二元划分学说作为主要评价标准,不赞成中国侵权法上的大量惩罚性赔偿制度;美国同行则以中国社会现状和立法决策过程为出发点,支持中国侵权责任立法的选择。参见(德)H.G.博威格、N.多考夫、N.杨森:“中国的新侵权责任法”,张抒涵译,《比较法研究》2012 年第 2 期,第 142—143 页;Helmut Kozio, “Chinese Punitive Damages Seen in a Comparative Perspective”, 9 *Frontiers of Law in China*, 308—320(2014);(美)戴杰:“中国侵权法的普通法色彩和公法面貌”,熊丙万、刘明、李昊译,《判解研究》2014 年第 2 期,第 174—183 页;Vincent R. Johnson, “Punitive Damages, Chinese Tort Law, and the American Experience”, 9 *Frontiers of Law in China*, 321—358(2014)。

〔32〕 参见朱广新,见前注〔13〕,第 115—117、124 页。“(行政和)”并非原文内容,系笔者所加;类似观点,参见税兵,见前注〔11〕,第 104 页。

行为而遭受双重处罚的危险,即支付惩罚性赔偿金之后再承受(行政和)刑事制裁”。^[33]

(三)评论

从形式上看,前述四类学说都从不同侧面为“知假买假”提供了否定性理由,且在表面上给人一种论证力上的组合优势印象。但仔细观之却发现,这一系列围绕概念术语及其体系结构展开的形式化操作不仅充斥着自我矛盾,而且忽视甚至误判了此种形式化操作的社会现实影响和公共政策功能。为认识这一点,我们转入下一题。

三、形式主义论的自我矛盾与功能迷失

(一)法律形式化技术的优势与弱点

概念术语及其体系结构安排是人类社会进行沟通的基本工具。正是通过一定的概念和体系“形式”将纷繁芜杂的社会现象加以归纳和抽象处理,使得人与人之间免于一事一议、每次都要“从头说起”的负担,有了进行高效快速的言语交流的可能。法律人自然也不例外。我们不仅需要用“经营者”“消费者”“意思表示”“合同成立”“欺诈”“赔偿责任”和“免责事由”等法律概念来概括和指称那些升格为法律现象的社会现象,而且还需要将这些行业术语按照一定的体系结构予以安排。这些形式化的术语和结构经由职业法学家群体的整理和加工,即变为法律学说;再通过法学教育等途径被认知和传播,成为职业法律群体的“行话”或者说“口诀”。^[34]这样一来,当一个法律人提到一个惯常法律术语及其相应学说时,另一个法律人能够对其所指的现象和意涵了然于心。这样便大大地提高法律人之间的交流效率,节省法律人之间的沟通成本,有时甚至给人一种高雅动人的印象。

如果先后于不同时间颁布的法律在概念和规则上前后融贯,“不是机械的条文组合,而是有骨骼、血肉和神经的有机体”,^[35]则不仅进一步节省交流成本,而且会增进法律规则的稳定性和可预期性。^[36]这也是改革开放以来中国法律同行正在努力的一大方向,是未竟的事业。^[37]

[33] 参见朱广新,见前注[13],第115页。

[34] 许德风,见前注[5],第973页;雷磊,见前注[2],第203页;凌斌:“什么是法教义学:一个法哲学追问”,《中外法学》2015年第1期,第233页。

[35] 韩世远,见前注[7],第46页。

[36] 关于法律概念和体系之沟通和安定功能的观察,参见纪海龙,见前注[8],第93—95页;许德风:“论法教义学与价值判断——以民法方法为重点”,《中外法学》2008年第2期,第167—171页;张翔:“形式法治与法教义学”,《法学研究》2012年第6期,第6—9页。

[37] “中国的文化传统和社会心理,很难接受没有道德内容的形式法治观。”(张翔,同上注,第6页)再加上其它因素的影响,要完成这一形式化建构的任务并不容易。其“需要法官、学者、律师等法律人的不间断投入和恒久努力”。许德风,见前注[5],第938页。不过,在法律同行努力开展这一项工作的进程中,本文所观察的形式与功能相背离问题也同时出现了。这不仅是由于我国长期的经验主义立法思维导致的严重形式体系融贯性缺陷,参见朱广新:“超越经验主义立法:编纂民法典”,《中外法学》2014年第4期,第1432—1439页;而且是因为,法律的形式化建构活动本身就容易引发此类副作用。纪海龙,见前注[8],第100—101页。

然而,法律概念及其体系结构等表现形式的指称能力是有限的。^{〔38〕} 毕竟,“消费者”等形式化的概念术语是经抽象和简化形成的,是对经验世界的编码。^{〔39〕} 而抽象的过程在提炼个体间一些共同性的同时,其也不断挖空个体间另一些实质性分歧,尤其是挖空那些处于争议当中的个体差异。^{〔40〕} 越是抽象的概念,其涵盖的对象就越广泛,甚至超出概念设计者的本意。^{〔41〕} 如此一来,抽象原则在传播共性的同时就很可能抹杀个性分歧,甚至使得被传播者逐渐忽视那些差异。一旦将那些原本反映共性的抽象原则应用到现实中个体的差异和争议时,其解决分歧的效力就大打折扣。^{〔42〕}

“消费者”等抽象概念的指称能力主要限于形式的建构者(建构法律文本的立法者和建构法律学说的法学家)当初能够认识和预想到的那一类社会现象,而且还要求后世操练者对概念背后的实质性问题持有大致相同的价值取向。对于那些建构者当初未曾认识和预想的社会现象(如“知假买假者”),或者建构者当初曾经讨论过但尚未形成共识的社会现象,如果一定要为其在既有概念和体系形式中找到一个准确对应、前后融贯的位置,则很可能步入一条没有确切答案的死胡同^{〔43〕}(除非,概念和体系产生之后的操练者能够经自发或者外部强制,如立法决断,就此形成共识。但这又常常不现实,在中国尤其如此^{〔44〕})。因为,我们可以根据这一新生或者未决社会现象的不同形式特征,在既有概念和体系形式中找到多重归类的可能,并因此陷入自我矛盾或者选择难题。^{〔45〕}

(二)“知假买假”的形式推理矛盾

反对“知假买假”的高度形式化推演就是说明上述观察的典型事例:

一方面,大量论证理由之间貌合神离,自相矛盾。例如,论者一方面运用民法基本原则(诚

〔38〕 “在所有的经验领域当中(并非只有在规则的领域),一般化语言所能提供的指引是有限的,而这是语言固有的本质。”(英)哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第115页。

〔39〕 参见季卫东:“法律议论的社会科学研究新范式”,《中国法学》2015年第6期,第28页;张淦纶:《财产法哲学》,法律出版社2016年版,第69—71页。

〔40〕 See Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, First Free Press, 1976, pp. 34, 201—202.

〔41〕 See John Manning, “The Absurdity Doctrine”, 16 *Harvard Law Review*, 2387, 2394(2005).

〔42〕 这也是为什么现代欧洲私法一体化进程越来越淡化“诉诸抽象”的传统做法,转而采用功能主义(functionalism)模式,日益重视对具体私人交往活动的目的功能考察和规则设计。See Martijn W. Hesselink, *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, 2002, pp. 241—244.

〔43〕 See *ibid.*, at 241—244.

〔44〕 参见许德风,见前注〔5〕,第955—956页。

〔45〕 关于这一点的系统讨论,See Joseph William Singer, “The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory”, 94 *Yale Law Journal*, 14—25(1984). 北川善太郎先生也有类似观察,“古典的民法图像以抽象的概念和制度成为自我完结的学问体系,而民法的现代图像则很难从这种学问的体系来把握”。(日)北川善太郎:《日本民法体系》,李毅多、仇京春译,科学出版社1995年版,第115页。季卫东教授也观察到,“现实情况反复证明:即便是关于形式性的讨论,法律家们都无法避免各种不同的形式要件之间的纠结”。季卫东,见前注〔39〕,第28—29页。

实信用)和与该原则相关的多种形式化技术^{〔46〕}来否定所有知假买假行为的法律效力;但另一方面却基本上抛弃了形式化技术,转而直接采用一种功能性标准,接受所谓“不诚信”的力量在治理食品、药品安全问题上的功效。^{〔47〕}由于论者过度地专注于诸项理由的“数量组合优势”,导致其对各理由之间的内部矛盾视而不见。

有的同行可能会辩称,其在食品领域承认“知假买假”的依据仍然是形式性的,即《食品安全法》第148条第2款的字面惯常文义是支持“知假买假”的。^{〔48〕}因为这一款并未将生产经营者的“欺诈行为”规定为买受人请求惩罚性赔偿的要件,也就无所谓“知假买假”了。但如果运用此种形式化逻辑来处理药品领域的知假买假问题,则会造成谬误。因为,在药品消费者的损害赔偿请求权问题上,《药品管理法》并未作出诸如《食品安全法》第148条第2款那样的惩罚性赔偿规定。《药品管理法》仅在第92条规定:“药品的生产企业、经营企业、医疗机构违反本法规定,给药品使用者造成损害的,依法承担赔偿责任。”这就意味着,药品领域的知假买假问题需要回到《消法》第55条寻找答案。而按照韩世远教授推荐的逻辑,药品知假买假者因没有被“欺诈”而不能请求惩罚性赔偿。但是,这与“食品知假买假者有权主张惩罚性赔偿”这一先前结论形成十分鲜明的对比。毕竟,现行《药品管理法》与《食品安全法》由同一个立法机构在同一天修改通过(2015年4月24日的第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议),且药品安全的重要性至少不亚于食品安全的重要性。此外,这还会导出“《食品药品司法解释》关于药品部分的规定违反了《药品管理法》”这样的结论。

另一方面,各种形式化论据之间也面临难以调和的矛盾。例如,《食品安全法》第148条第2款规定:“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金。”在解释该规定时,有同行一方面表达了对字面文义的高度尊重。其根据这一款的前半句认为,《食品安全法》在责任构成要件上并没有关于生产经营者欺诈行为的要求,也就无所谓“知假买假”。只要是不符合食品安全标准的购买者都可以请求十倍惩罚性赔偿。但其另一方面却对后半句中“消费者”的字面文义置之不理。如果真正尊重文本的既有惯常文义的话,这一款仅仅赋予了“消费者”惩罚性赔偿请求权,而并未将这样的权利赋予所有“买受人”。即便前一款没有就“欺诈行为”作要求,后一款也对请求权人的主体资格作了限定,知假买假者因此

〔46〕 这些形式化技术如“直接依基本原则归入无效”“合同可撤销”“瑕疵担保责任豁免”和“侵权责任因果关系缺失”等。需强调的是,形式本身承载着功能预设和使命。但当形式被建构之后,后世操练者可能自觉不自觉地忽视或者遗忘形式背后的功能预设,将功能问题变成形式问题来处理,并因此误用或者滥用形式。关于私法形式化技术背后的实用功能维度的讨论,See John C.P. Goldberg, “Introduction: Pragmatism and Private Law”, 125 *Harvard Law Review*, 1640(2012); Henry E. Smith, “Property as the Law of Things”, 125 *Harvard Law Review*, 1700, 1716(2012).

〔47〕 郭明瑞,见前注〔16〕。

〔48〕 韩世远,见前注〔11〕;税兵,见前注〔11〕。

缺乏惩罚性赔偿请求权。^[49]

事实上,除这一明显的形式化矛盾之外,前文所呈现的四类反对知假买假的形式化论据也都在不同程度上面临着与其相对立的形式化解释方案。其中大多数方案反过来则成为支持“知假买假”的形式化理由,且事实上也出现在支持论者的论据清单之中。^[50]只不过,这一点被形式主义论者有意或者无意地忽视了而已。为了说明这一点,下面就六对主要的对立性形式论据予以呈现:

①关于“消费者”的文义,既有主张“表面惯常意思”,即为满足生活消费需要的买受人,也有诸如“公民有权依法行使购买商品的权利”“不违法的购买者都是消费者”的解释;^[51]还有判决主张,消费者是与经营者相对应的概念,“买受人只要没有再次经营和销售其所购产品,即构成《消法》第2条规定的消费者”。^[52]②关于《消法》第2条规定的“生活消费需要”,既有将其理解为对“消费者”的界定条款的,也有将其读成《消法》的适用范围的。^[53]③关于《消法》与《食品安全法》的位阶关系,既有解释为“一般法/特别法”(前者第2条对“消费者”的界定也适用于后者),也有解读为平行位阶的(前者仅调整“消费行为的消费者”,后者还调整“非消费

[49] 韩世远教授是这样解释这一矛盾的,“‘经营者’和‘消费者’固然是关键词,不容忽视,作为构成要件,其关键点在于‘欺诈行为’”。韩世远,见前注[11],第88页。但该解释没有添加任何说服因素,缺乏说服力。详见后注[62]。

[50] 在“知假买假”判决实践中,不同法官提出的形式化理由或者同一法官在不同判决中提出的形式化理由可能有差异。这主要是因为,法官在寻找形式化解释方案上的能力存在个体差异,且可能随着时间的推移获得新的形式化解释理由。关于这一点的精彩评论,see Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997, pp.157-164, 183.

[51] 北京市石景山区法院在“郑维诉永辉超市产品责任纠纷案”中认为,“郑维作为消费者,有权依法行使其购买商品的权利……而不能因消费者多次行使法定权利即否定其消费者的身份或认定为职业行为”。参见(2014)石民初字第541号民事判决书。

[52] 如此解释“消费者”的判决很多,如最高人民法院于2014年公布的第23号指导性案例(孙银山案,见前注[18]);“张之东诉城北市场公司买卖合同纠纷案”(争议产品:冒牌的稻香村月饼),北京市第一中级人民法院(2015)一中民(商)终字第3419号民事判决书(判决认为,“若购买商品和接受服务的目的,不是为了将商品或者服务用于从事生产、交易活动而获得商业利益的,不管消费的是购买者本人还是他人,也不论购买目的是直接使用或是收藏、馈赠甚至其他目的,均应视为是消费者”);另见“周悟权诉金泰公司买卖合同纠纷案”(争议产品:保质期内的牛肉干发霉,食用后呕吐),北京市海淀区法院(2014)海民(商)初字第18072号民事判决书;“汪晓辉诉永辉公司、永辉草桥公司买卖合同纠纷案”(争议产品:茶叶,未依法标注“规格”;但法院对产品的质量安全问题作了实质性审查,因原告未能“证明涉案产品未标注的规格与食品安全、营养有关”而驳回了起诉),北京市第二中级人民法院(2015)二中民(商)终字第04971号民事判决书。也有观点认为,“消费目的/经营目的”这一二分法不周延,二者之间还存在“索赔目的”。但“索赔目的”不仅常常存在证明困难,而且伴随着“公益目的”效应,与“消费目的”重叠。参见尚连杰:“‘知假买假’的效果证成与文本分析”,《华东政法大学学报》2015年第1期,第88页。还值得注意的是,国家工商总局于2016年8月5日发布《消费者权益保护法实施条例(征求意见稿)》,并在第2条明确规定:“以营利为目的而购买、使用商品或者接受服务的行为”不适用该《条例》(http://www.saic.gov.cn/zwgk/zyfb/qt/xxzx/201608/t20160805_170261.html,最后访问日期:2016年8月8日)。虽然有不少评论者将其理解为否定“知假买假”行为的规定,但该规定同样面临“知假买假不是营利行为”的解释可能。

[53] 见前注[15]—[18]及相应正文。

行为的消费者”)^[54] ④关于《消法》第23条第1款规定的瑕疵担保责任豁免条件(消费者事前已知晓存在瑕疵),既可以理解为针对所有“已经知晓瑕疵的购买人”,也可以理解为仅针对“已经知晓瑕疵且以消费为目的的购买人”。⑤关于《消法》的法律部门属性,有根据“公/私二元论”这一传统学说将其定性为“私法”,并认为其中的惩罚性赔偿制度僭越了“公法”的边界。^[55]也有依据该法律文件的名称所强调的“消费者权益保护”字样,将其理解为基于特定立法管制目标的“经济法”或“管制法”,^[56]将惩罚性赔偿请求权制度理解为一种超越“公/私”二元结构的法律管制措施,从而补充二元分割技术造成的法律调整的“相对空白”。^[57]毕竟,中国现行立法中没有任何坚持“公/私”二元划分的文本证据。此外,还可以根据《侵权责任法》第1条明确宣称的“预防并制裁侵权行为”这一抽象立法目的认为我国立法机关并未采用“公/私”二元学说,而是采用了以社会治理为导向的复合立法框架。^[58] ⑥关于《消法》第55条规定的“欺诈行为”,既有因该条未作特别规定而主张根据《民通意见》第68条关于民事欺诈的一般规定来理解的,也有同行认为惩罚性赔偿制度的宗旨是惩罚和威慑欺诈行为,不适用《民通意见》第68条规定的“欺诈行为”构成要件,不以实际损害和补偿需求的产生为前提。^[59]“消费者是否被误导而产生错误意思表示不影响经营者欺诈行为的构成。”^[60]否则,《消法》建立

[54] 税兵,见前注[11],第102页。

[55] 持“公/私”二元论的同行一般也在比较抽象的层面提出两项功能性理由:一是惩罚性赔偿制度剥夺了被告原本可以享有的公法程序保障;二是其可能让被告面临双重处罚(见前注[32],[33]);后文将进一步说明,这两项功能性担忧的确值得重视,但在“知假买假”这一具体语境中并没有实质性问题。详见后注[141]及相应的正文。

[56] 参见杨立新、刘召成:“德国民法典规定一体化消费者概念的意义及借鉴”,《法学杂志》2013年第1期,第30—31页。

[57] 参见王利明:“美国惩罚性赔偿制度研究”,载张新宝主编:《侵权法评论》(2003年第2辑),人民法院出版社2003年版,第149页;高圣平:“食品安全惩罚性赔偿制度的立法宗旨与规则设计”,《法学家》2013年第6期,第57页的正文和参引文献。

[58] 关于中国侵权法的预防职能的观察,参见石佳友:“论侵权责任法的预防职能”,《中州学刊》,2009年第4期,第100—103页;对中国立法机关基于实用主义考虑而采取的复合立法框架的观察,参见戴杰,见前注[31];欧洲大陆也开始发生这样的变化,参见(德)格哈德·瓦格纳:《损害赔偿法的未来:商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》,王程芳译,熊丙万、李翀校,中国法制出版社2012年版,第114—118、219页。

[59] 高圣平,见前注[57],第59—60页;孙玉荣:“民法上的欺诈与《消费者权益保护法》第49条之适用”,《法律适用》2005年第4期,第88—90页;董文军:“论我国《消费者权益保护法》中的惩罚性赔偿”,《当代法学》2006年第2期,第72—73页。

[60] “刘春生等诉爱莲公司产品责任纠纷案”(争议产品:日化用品,虚假宣传成份),重庆市第五中级人民法院(2015)渝五中法民终字第01782号民事判决书,“刘春生是否被误导而产生错误意思表示不影响本案中爱莲公司日月光店欺诈行为的构成”,http://www.pkulaw.cn/Case/pfnl_124184164.html?match=Exact,最后访问日期:2017年3月14日(但重庆市高院于2016年3月25日印发《关于审理消费者权益保护纠纷案件若干问题的解答》,以“知假买假”违背诚实信用原则为由,否定了重庆五中院的这一判法)。类似地,北京市海淀区法院在“宫效伟诉屈臣氏第五分店、屈臣氏公司买卖合同纠纷案”中(争议产品:过期食品)认为,“宫效伟是否多次在屈臣氏公司下属分店购买相似产品,并基于产品已过期等事由要求屈臣氏公司进行十倍赔偿等事实并非否认宫效伟消费者身份的事由,宫效伟的合法权益理应得到保护”。(2014)海民初字第15302号民事判决书。

的消费者保护条款就可能沦为具文,成为“空中楼阁镜中花”。〔61〕

(三)形式主义推演的功能性迷失

面对相互对立的形式化解释方案,执着于形式化推演的法律同行要么是想当然地认为一种形式化方案优于另一种;〔62〕要么试图用一个维度的形式化理由来缓解(更准确地说,掩饰)另一维度的形式化矛盾,摆弄法律形式的“套娃术”。后一情形更为常见。〔63〕前文梳理的四类形式主义学说及其在知假买假问题上的先后运用就反映了这点。当讨论者在一个维度上遭遇竞争性的形式化理由时,常常会自觉不自觉地诉诸另一维度的形式化资源,以期佐证或者补强其在前一个维度的形式化主张。但这样又会在另一个维度引发新的形式对立,并陷入无休止的形式“开发”和形式化辩论活动。

面对这样的困境,执着于形式推演的同行甚至会误认为是因自己的形式化推理功力不足所造成的。〔64〕但如本节伊始所述,对于形式的原初建构者都尚未认识和预知的现象,或者尚未形成较高程度共识的问题,我们常常能够在既有的形式中找到多元且对立的归类方案。因为,这些情况或多或少具备既有形式所指称现象的某一部分特征,而不具备其它特征。〔65〕这就像一定要把变性人归入男人或者女人一样,我们既可以根据其雄性生理特征将其归为男人,也可以根据其雌性生理特征将其归为女人,还可以根据其雌雄合体的生理特征单列为第三类人。但我们又难以在形式层面对这三种归类作出有效性评价。除非,我们引入一定的功能性目标,就特定问题作实质判断(例如,变性人所使用卫浴设备的设定标准)。只有当我们引入功能性目标时,才有可能形成相对比较确定的、有可能被证明或者被证伪的答案。

“知假买假”或者说疑难法律问题同样如此。虽然,目前不大容易去证明《消法》制定过程中是否有关于“知假买假”问题的立法辩论,但是,即便当时有关于这方面的讨论,也不太可能达成共识。法律学术界和司法界长期以来在该问题上的重大分歧就说明了这一点。在这样的背景下,那些希望通过高度形式化推理为“知假买假”问题寻找有说服力答案的努力,或许从一开始就注定是徒劳的。因为,如前文系统呈现的那样,“知假买假”的反对者和支持者皆能够在

〔61〕 尚连杰,见前注〔52〕,第90—91页;陆青:“论消费者保护法上的告知义务——兼评最高人民法院第17号指导性案例”,《清华法学》2014年第4期,第157页(但陆青本人主张适用《民通意见》第68条来认定《消法》中欺诈行为的构成要件,第160—162页)。

〔62〕 如韩世远教授认为,“‘经营者’和‘消费者’固然是关键词,不容忽视,但作为构成要件,其关键点在于‘欺诈行为’”(韩世远,见前注〔11〕,第88页)。这是一个十分乏力的解释,且会陷入逻辑怪圈和进一步的自我矛盾。很难想象,为什么法律责任所规范的行为重要,而法律责任的请求权主体(消费者)不重要?至少,按照韩世远教授所秉持的“公/私”二元论,私法的核心任务是填补损害,保护受害主体(消费者)。而规范行为主要是实现前一任务的过程而已。如果消费者没有损害,也就谈不上规范行为了。除非,其采用功能主义裁判观念与方法,从广义上将“消费者的损害”理解为“整个消费者群体的损害”(包括那些因成本过高而放弃维权的消费者的损害),并据此重新评估是否需要所有消费品领域发挥“知假买假”的治理功能。

〔63〕 还有一种可能:论者事前已经有了明确的功能性目标,并选择与此目标相符合的形式化理由作为借口,以让其免于外部识别、批评和压力。后文将在评论功能主义分析方法时对这一现象作专门讨论。

〔64〕 参见纪海龙,见前注〔8〕,第97页。

〔65〕 哈特关于这方面的观察,参见哈特,见前注〔38〕,第115页。

既有概念术语及其体系结构中找到支持各自主张的形式化理由。但面对两组相互对立的形式化理由,论者又不太可能再用形式本身去判别这两组相互对立的理由。至于同一论者所举各个形式化理由之间的自相矛盾,就更不用说了。

更严重的问题是,当法律同行专注于法律的形式维度时,很容易忽略或者误判法律的功能预设。为认识这一点,现转入下一题。

四、从形式主义走向功能主义

(一)法律形式的功能维度

法律是社会秩序的外在表现形式,是商业、家庭生活、宗教事务等活动的重要组织工具,是任何社会得以有序组织起来的必不可少的手段。^{〔66〕}虽然法律需要以一套概念术语及其体系结构获得外在表达,以便于被人们认识、交流和遵守,但这些形式背后却有着明显的功能预设,承载了实现特定的理想社会秩序之功能。如果法律形式能够与现实生活一一对应且建构合理,即便法官对形式背后的功能预设毫不关心,只要能够背诵形式“口诀”,^{〔67〕}严格按照形式化的概念术语、体系结构和理论学说来解释和适用法律就足以实现理想。且在平常的社会交往实践和争端解决情境中,形式主义的法律分析方法也屡试不爽。

但如前文所述,“消费者”等概念术语及其体系结构是对复杂现实生活进行过滤和抽象的产物,从而难以去指称“知假买假”等被过滤掉的、有实质性争议的棘手问题。这也是为什么那些不平常的问题背后往往存在多元化的形式化解释方案,尽管执着的形式主义同行常常并未意识到这一点。同样容易被这类同行忽视或者遗忘的是:不同的形式化解释和适用方案将对社会现实生活产生不同的行为激励和社会组织功能,并在未来的社会演进中对应着不同的社会生活秩序。

对于不同形式化解释方案在激励效应和功能影响上的差异,这类法律同行要么是毫不关心,坚持法律形式化技术的纯粹性;要么是想当然地推定,“法律规范具有效力、应该得到遵守”,^{〔68〕}自成一体的法律部门(和体系、概念)能够按照法律学说的预期各司其职。只要民事裁判(特别是民法解释)严格依循一套形式化的学说来展开,就足以实现和维系良好的社会公共生活秩序和私人生活空间。具体到“知假买假”问题,这类同行先是将其归入“民法问题”,然后主张民法的“本性”在于损害填平功能,不应扮演惩罚和预防损害的角色。因为,后者是公法的功能和任务,自当(且能够)由行政执法或者刑事司法来完成。然而,社会现实却讲述着另一番故事。这种建立在“公/私”二元划分基础之上的功

〔66〕 See Harold J. Berman and Samir N. Saliba, *The Nature and Functions of Law*, 7th ed., Foundation Press, 2009, p.6.

〔67〕 许德风,见前注〔5〕,第973页。

〔68〕 对传统民法方法论的这一特点的评论,可见薛军:“实证研究与民法方法论的发展”,《法学研究》2012年第1期,第51页。

能性推定与社会现实相去甚远。这在很大程度上是因为,其忽视了经营者、消费者和执法官员等各社会群体在现实中对待法律规范的态度。下面就这些群体在不同制度方案下的行为选择加以具体分析。

(二)经营者与消费者

大量法律学术同行习惯性地推定,法律规范具有约束力,能够被自觉践行或者强制执行。^{〔69〕}这类同行习惯于单向度的道德和理想表达,^{〔70〕}推定法律规范尝试锁定的价值取向和追求能够得到实现。可一旦贴近社会实践和生活经验,我们会惊讶地发现:无条件地信仰、遵守和执行法律规范之约束的人群毕竟是有限的,商人、普通消费者和执法官员概不例外。在不少时候,“法律规范”只是人们在社会决策过程中所面临的约束之一,是他们在计算特定行为选择之利弊得失时所考虑的一项变量而已。例如,企业家在商业决策中关心的首要问题是“这里怎么了”,而不是“法律就这么规定”之类的绝对命令。^{〔71〕}其会在综合权衡“违法行为被发现的概率和被惩罚的力度”和其它经济影响之后,作出合规经营、违规经营或者绕道经营的决策。^{〔72〕}我国当前面临的商业欺诈和食品药品安全问题,除了反映部分生产经营者的道德情操水准之外,还深刻地显示了现行的各类法律规范(及其适用)的实际约束效果。

消费者的行为选择同样如此。“在一个理想的情境中,当避孕水、过期疫苗、镉大米、硫磺辣椒、金属超标茶叶、农药高残留蔬菜、荧光猪肉、地沟油和缺斤短两等问题频出不穷时,分散的消费者个体就应当联合起来采取集体行动,每当遭遇欺诈行为时就积极地追究经营者的赔偿责任。”^{〔73〕}这将使得经营者的不法经营行为无缝可钻、无利可图,并促使经营者积极采用必要的安全生产、储存和运输措施,从而实质性地降低不合法食品问题的发生率。但这种理想化的情景与社会现实相去甚远,分散的消费者个体不太可能合作起来实施前述集体行动。^{〔74〕}因为,对个体消费者而言,这类损害大都是分散的小额损害。无论是在补偿性赔偿制度下,还是在上限较低的惩罚性赔偿制度下,即便是那些精通法律规则和程序的个体消费者,也都会

〔69〕 参见上注,第51页。

〔70〕 代表性的单向度思维,如李仁玉、陈超,见前注〔13〕,第51页;对法学研究中的“单向度”思维习惯的新近评论,参见张淦纶,见前注〔39〕,第42—44页;王凌峰:“走向认知科学的法学研究——从法学与科学的关系切入”,《法学家》2015年第5期,第13页。

〔71〕 参见(美)奥利弗·E·威廉姆森:《治理机制》,石烁译,机械工业出版社2016年版,第124—125页。

〔72〕 关于这一点的新近事例,参见郭锐:“商事组织法中的强制性和任意性规范——以董事会制度为例”,《环球法律评论》2016年第2期,第67、69页。

〔73〕 鲍艳、熊丙万:“中国司法观念和司法方法的转型”,《判解研究》2013年第3辑,第96页。

〔74〕 关于集体行动失败的系统观察,see Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 20th printing, 2002, pp.53—65;亦可见熊丙万:“私法的基础:从个人主义走向合作主义”,《中国法学》2014年第3期,第151—153页。

因为单个案件中的诉讼成本超出诉讼收益而放弃维权。^{〔75〕}个体消费者所面临的诉讼成本不仅包括投入诉讼活动的人力和物力,在一些情形还有对商家因被诉而采取的敌对甚至报复行为的忧虑。每当立法扩大惩罚性赔偿制度的适用范围或赔偿上限时,都有不少法律同行随即为之喝彩,并宣称一个借此有效治理不法行为的新时代的到来。^{〔76〕}但事实上,这些制度设计常常是雷声大雨点小,立法的目的一次又一次地落空。虽然《食品安全法》为个体消费者提供了“高达”十倍的惩罚性赔偿激励,但不符合安全标准的食品仍在不停地敲打着我们这个社会的神经。

(三)政府监管与奖励举报

再回到被形式主义论者寄予厚望的公力执法机制。不少同行全盘反对“知假买假”的一大理由就在于:查处不安全食品(和经营者欺诈)应当是专属于政府监管部门的工作。的确,政府监管力量是实现社会治理和社会秩序一股基础性力量。假如监管部门真的能够通过改进工作机制来有效应对市场失灵问题,那么,“知假买假者”就失去了生存的空间,自然也就没有争论的必要。^{〔77〕}

但是,我们常常高估政府的监管能力,在关注“市场失灵”现象的同时没有去对称地分析“政府失灵”现象的思考习惯。^{〔78〕}政府监管机构要成为宅心仁厚的捍卫者,不仅需要具备大公无私的品质(政府官员没有私利,不被利益集团俘获)、说话算数的性格(不惧困难、积极执法),而且还需要掌握充分的信息(充分掌握违法经营信息)。^{〔79〕}不过,具体到本文的事例,即便监管官员都大公无私、严格执法,监管机构仍然面临着严重的违法信息不充分问题。在假冒伪劣产品问题发生率较高的社会,除了继续执行疗程长、见效慢的道德教化药方之外,一个相对有效的办法就是加大对违法行为的威慑和预防力度。不过,对那些责任财产有限的违法者来说(中小企业大多如此),与增强对违法行为的处罚力度相比,提高对违法行为的捕获率更加

〔75〕 关于中国消费者维权障碍的实证调研和成因分析,参见应飞虎:“知假买假行为适用惩罚性赔偿的思考——基于法经济学和法社会学的视角”,《中国法学》2004年第6期,第115—118页。比较法域的类似观察发现,“因为较高的信息要求以及交易成本会抑止受害者起诉,加上有责任保险的话,有学者统计只有0.000024%的案件引发诉讼”,see Tanya Roberts, “WTP Estimates of the Societal Costs of U.S. Foodborne Illness”, 89 *American Journal of Agricultural Economics*, 1184(2007),转引自高秦伟:“论食品安全规制和最佳威慑的实现”,《行政法学研究》2016年第6期,第7页。

〔76〕 姚辉、刘艳阳:“论食品安全责任中的惩罚性赔偿”,《河南财经政法大学学报》2013年第1期,第41页;类似批评,参见李响:“我国食品安全法‘十倍赔偿’规定之批评与完善”,《法商研究》2009年第6期,第42页。

〔77〕 类似的争论也发生在网约车领域。不少人反对网约车的理由是:出行难的问题应当通过改善公共交通来解决。发展公共交通与网约车可以双管齐下。随着公共交通的不断改善,网约车的市场需求就会相应递减。因此,关键的问题不是要不要发展网约车,而是要以何种方式发展网约车,以保障网约车的运营服务足够安全。而在本文议题上,关键不是要不要支持“知假买假”,而是应当支持哪些类型的打假行为。后文将详细阐述这一点。

〔78〕 威廉姆森,见前注〔71〕,第201页。

〔79〕 张维迎:《经济学原理》,西北大学出版社2015年版,第350—354页。

有效。^{〔80〕}然而,政府行动并非免费的午餐,而是建立在公共财政基础之上的公务活动。^{〔81〕}由公共财政给养的监管部门人力资源有限且不是直接消费者,对不法食品信息的敏感度较弱,不太可能通过对海量的食品生产和流通环节实施有效的抽查。否则,公共财政支出将高得难以让纳税人承受。可以说,“中国食品市场主体之间巨大的治理水平差异导致刚性的政府监管力有未逮”。^{〔82〕}

针对因信息不充分而造成的政府监管失灵问题,有法律同行建议通过“消费者举报奖励机制”来解决。^{〔83〕}这的确不失为一项有用的措施,但其弥补作用较小。

一方面,如果奖励额度比较低,除非食品的不安全性足以造成可即时感知的生理反应,普通消费者主动发现并举报违法行为的概率很低。离城市中心越远的地方,概率就越低(对食品安全性要求越高的消费者,支付能力通常越强,越倾向于到安全保障好的场所消费)。在广大农村,这一点就更不用说了。很多人根本就没有“国家安全标准”这个概念。^{〔84〕}即便发现了,很多人也会出于“多一事不如少一事”的心理放弃举报。在电子产品、服装等其它商品领域,普通消费者去主动发现和举报经营者“欺诈行为”的概率同样不高(消费者在一些情形更是主动迎合“欺诈行为”,如购买冒牌名包)。

另一方面,如果奖励额度足够高,以至于让一些人具有动力去付出专门劳动来寻查和举报不安全食品经营活动,那么,这又在机理上与“鼓励知假买假”十分类似,即通过经济激励来动员私人力量参与执行社会公共事务,^{〔85〕}都属于大量形式主义论者基于朴素的道德观所反对的“不劳而获”行为。除了这类经不起检验的朴素道德评价外,^{〔86〕}“职业打假”和“高额举报奖励”这两种公共政策的执行机制之间也存在明显差异。在以下方面,前者具有明显的优势:第一,前者赋予私人可公开主张的法定权利,让其能够以名正言顺的方式参与执行公共事务;而后者通常是以匿名方式完成的,私人参与执行公共事务的动力会因“道德底气不足”“回报的可预期性不足”“因泄密而被报复”等因素而大为降

〔80〕 关于处罚力度与被捕获率的对比分析, see Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, pp.479—481.

〔81〕 Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, 2 *Journal of Law and Economics*, 17—18(1960).

〔82〕 王旭:“中国新《食品安全法》中的自我规制”,《中共浙江省委党校学报》,2016年第1期,第117页。

〔83〕 郭明瑞,见前注〔16〕,第72页。

〔84〕 邓正来先生曾观察认为,中国当前的消费者权益保护法学研究基本上是城市导向的,以现代都市生活为大背景,而广大农村常常被遗忘。参见邓正来:“中国法学向何处去(中)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲”,《政法论坛》2005年第2期,第37—41页。

〔85〕 关于通过动员私人力量来执行公共政策的做法有很长的历史。关于这方面的学术讨论也很多,如 see Mark A. Cohen & Paul H. Rubin, “Private Enforcement of Public Policy”, 3 *Yale Journal on Regulation*, 167—194(1985).

〔86〕 因为,无论是监管部门的抽查活动,还是私人主动实施的违法信息搜集活动和诉讼活动,都是需要一定的人力和物力成本的,并非天上掉下的大馅儿饼。特别是,知假买假者需要事先购买商品,支付价款,并可能因事前判断失误而面临败诉风险。

低。^{〔87〕}第二,前者所需的公共行政成本远比后者低,既不需要一个臃肿且昂贵的政府监管机构,也不涉及政府奖励资金支出。^{〔88〕}第三,由公共财政支持的高额奖励基金有被截留和串通利用的风险。近年来,中央政府为了促进中小企业的发展,推出了大量中小企业专项发展基金。但多年来的实践表明,这类基金不仅容易被“代理商”和管理机构的官员截留,诱发各类腐败风险,而且阻碍了企业之间的公平市场竞争。如果在前述消费市场监管领域实施“高额举报奖励”制度,基层工商执法官员可能出现类似风险,例如将生产经营者的违法信息泄露给潜在的举报人,甚至与举报人私下“分享”举报奖励。

(四)从形式主义走向功能主义

前述分析表明,虽然立法明确要求经营者遵守关于食品安全的国家标准,并设置了个体受害人的私人损害填补制度和政府机构的公共监管制度,但这些立法的外在形式有被机会主义者操纵和利用的风险,难以仅凭其形式化解释和适用发挥维系食品安全秩序的法治功能。^{〔89〕}在更广泛的经营者欺诈问题上,这一点同样适用。中国近年来的社会实践也表明,在企业的生产管理水平 and 内心道德水准经缓慢教化而发生结构性变化前,食品安全问题(和更广泛的商品欺诈问题)仍然是我们在今后比较长的一段时间内面临的系统性社会难题。在这样的背景下,盲目地操练形式主义分析方法,迷信诸如“公/私”二元论之类的教条,将阻碍法律去促成理想的社会秩序,背离我们今天对法律之治的功能性期待。

完全相信政府的监管能力与迷信私人的自治能力一样,都很难经得起实践的检验。这就像费孝通先生所评论的那样,在快速变迁和转型的社会中,形式化的学说教化是适应的阻碍,朴素的经验等于顽固和落伍。“顽固和落伍并非只是口头上的讥笑,而是生存机会上的威胁。”^{〔90〕}法律同行为了因循和追求法律形式的纯粹性和美感而草率地对待甚至遗忘法律形式背后的功能维度,无异于削足适履,本末倒置。更何况,在诸如“知假买假”这样的疑难问题上,形式化解释方案多元且对立,那些抛开社会现实问题的形式美感追求不过是一场幻想而

〔87〕 匿名举报并不必然是一件坏事。在严重暴力犯罪等违法情形,名正言顺的私人执行者很可能因担心被报复而拒绝参与这项活动,而匿名举报则是一种更加有效的激励机制。

〔88〕 除“奖励举报”外,还有不少学术同行建议以“消费者权益保护协会为原告的民事公益诉讼机制”来替代“职业打假机制”。且最高人民法院于2016年4月出台了《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》,旨在推进这一机制。与政府监管一样,该机制也是治理经营者欺诈行为的一种手段。不过,这同样涉及到公共财政支出问题。而且,在中国语境下,消协是否具有独立性,是否具有积极发现和追诉“欺诈行为”的持续性动力,都值得怀疑。

〔89〕 对机会主义者对法律外在形式的规避和利用的系统阐述, see Henry Smith, “Property, Equity, and the Rule of Law”, in Lisa Austin and Dennis Klimchuk (eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 224–246, available at http://www.law.harvard.edu/programs/about/private-law/related-content/2013-working-paper-series/smith-property-equity-and-the-rule-of-law_6-14-13.pdf, last Visited May 30, 2016; 参见王军:“法律规避行为及其裁判方法”,《中外法学》2015年第3期,第628–648页。

〔90〕 费孝通:《乡土中国》,人民出版社2008年版,第84页。

已。^[91] 法官不太可能通过纯粹的形式化操作来获取说服他人甚至自己的答案。

如果法官和向法官提供思想资源的法学家要想有所作为,就需要从形式梦幻中醒过来,摆脱那种以形式化操作来处理实体性争议的思维惯性,^[92]兼采一种功能导向的法律解释和适用方法,从形式主义走向功能主义。法官(和学术同行)在操练形形色色的形式化“口诀”的同时,需要深刻地意识到“口诀”背后的功能面向,“时刻”保持对法律形式之功能维度的敏感性。对于那些存在多元形式“口诀”的情形,法官有必要对多元竞争的形式化解释方案和纷繁复杂的案件事实进行抽丝剥茧,^[93]能够结合具体语境来系统地预测和比较不同的形式化解释(和适用)方案^[94]在行为激励效应和社会现实影响上的差异。^[95]在立法所允许的职权范围内,法官应通过选择特定的形式化解释方案来弘扬特定类型的社会行为选择、更积极地追求良性的社会交往和生活秩序,从而更好地增进社会公共福祉。

需要承认的是,“功能主义”既非本文原创的概念,也不是一种全新的法律操作实践,更不是概括和描述这种法律作业方式的唯一术语。事实上,法律人在从事形式化推理时大都在不同的程度上关注着法律的社会功能。但如前文详细呈现的那样,在不少法律同行的法律推理活动中,法律的功能维度只不过是形式化推理过程中的一个配角而已。其虽不至于沦为一个可有可无的要素,但却经常被简单地视为形式化操作附带而生的一种“产品”。这也使得相应的法律功能判断常常显得不精细、不精准。特别是在当前这样一个快速变迁和转型的社会中,各方主体之间的利益关系更加交错复杂,朴素功能判断的可靠性就更差。这也是为什么,民法同行在继续优化法律的形式化建构和分析技术的同时,有必要对法律的社会功能面向给予专

[91] 对形式理性主义的幻想性的更多批评, see Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, 1996, p.113.

[92] 形式主义解释方法的“牵强之处就在于,它总是企图把实体性问题当做程序性问题来一并处理”。桑本谦:“法律解释的困境”,《法学研究》,2004年第5期,第6页。

[93] 参见辛正郁:“法律的出与入:妥当适度的法律解释方法”,《法律适用》2015年第5期,第76、84页。

[94] 目前,中国法学界已经对各种法律文本解释技术展开过较为全面的叙述,包括文义解释、体系解释、目的解释、历史解释等。但迄今为止,有不少讨论者并未清楚地认识到,法律解释方法本身无法解决法律的确定性问题。因为,法律解释方法经常成为一种被解释者“操纵”的东西,选择不同解释方法、采用不同的法律解释方法位阶往往会引起不同的法律解释结论和裁判结论。所以,那些动辄以某种成文法解释方法为理由得出解释结论和裁判结论的做法,很可能掩盖了解释者背后的真实动机和司法观念。当然还有另一种可能,即解释者内心里真的将某种解释方法视为真理性的东西,并信仰和一以贯之地以特定方式适用该方法。对此方面的深入观察,桑本谦,见前注[92];张志铭:“法律解释原理(中)”,《国家检察官学院学报》2008年第1期,第47页;Duncan Kennedy, *Legal Reasoning: Collected Essays*, The Davies Group Publishers, 2008, pp.1-153;参见(英)哈特,见前注[38],第115页。不过,来自比较法上的大规模司法判决统计分析表明,如果立法明确规定“成文法解释不得超出法律文本的惯常语义”之类的解释技术,且立法机关对法官有强大的监督权,那么,法官“操纵”法律解释方法的概率就会大大降低。否则,不同法官的判决、同一法官在不同时期的判决很难在法律解释方法的选择上形成广泛共识。See Abbe Gluck, “The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism”, 119 *Yale Law Journal*, 1750 (2010).

[95] “疑难案件的判决结果并不来自于法律内部,对不同判决方案预测其社会效果并权衡其利弊得失是隐含于法律解释中的思维过程。”桑本谦,见前注[92],第3页。

门和系统的关注。民法同行不仅要具备主动审视不同法律解释方案的社会功能的意识,而且还要有准确判断法律制度之社会功能的能力。

至于如何具体展开法律的功能性分析,或者说功能主义分析方法的操作规程问题,则将是另一项重大的理论和实践课题,有待更多法律同行的共同努力和推进。下文对此予以初步阐述,并继续以“知假买假”这一范例加以说明。

五、功能主义分析的观念与方法

前文提出从形式主义走向功能主义,强调法官主动关注法律形式背后的功能维度,但并不能简单地与“应当支持知假买假”这样的看法划等号。功能主义分析方法首先不是高度形式化的法律操作;也不是那种一边摆出一副关切功能维度的姿态,另一边却仍然背诵形式化“口诀”、缺乏实际行动的应付之举,或者仅为法律形式的功能面向加一个无足轻重(且经常是经不起验证)的注脚;^[96]更不是那种依赖朴素直觉,仅凭一种解释方案的部分功能性影响就对其加以毫无保留地推荐或者否定的做法。

相反,功能主义的分析方法首先要求重新描绘法律的形式与功能这两个基本维度之间的关系性图景,厘清二者之间的因果关系和先后作业流程。功能主义分析同时要求分析者采用一种前瞻性的思维方式,根据人的认知心理和行为习惯去准确预测不同制度方案将实际引发的社会效应,并结合具体语境选择有针对性的法律解释和适用方案。特别是,法律同行需要避免单向度地推定法律规范的约束力或者规范效果,而无视各社会群体对待不同法律约束的实际反应。此外,功能主义分析方法还需要我们在法律的确定性问题上设定切合实际的预期,理性看待法律的确定性与不确定性。下面就此予以分别阐述:

(一) 法律形式与功能的关系性图景

从形式主义走向功能主义,首先要求法律同行跳出关于“形式——功能”之关系的思维定式,换一副眼镜来看待这一组关系性图景。不少民法同行受制于“形式——功能”的思维定式,将法律文本的概念术语及其体系结构(和形式化的法律学说)作为思考法律问题的起点和归宿,认为是法律文本中的既有概念术语及其体系结构单向地决定了法律的社会功能。例如,将“消费者”一词的惯常字面含义视为理解和适用相关法律文本的真谛。在这样一种思维定势中,法律概念术语及其体系结构是“因”,法律的社会功能是“果”。法律同行的自我角色定位不过是对既有法律文本中的概念术语及其体系结构展开形式化的推演和阐释而已。如“知假买假”这一范例所呈现的那样,即便中国法律同行在宏观理论层面对这种思维定势有不少反思,但在微观操作实践中仍然自觉不自觉地滑入了形式主义的牢笼。

与此相反,功能主义在重视法律文本的同时,强调实现“功能——形式”的法律认知模式转变:是特定时空背景(社会)对法律的功能性需求决定了法律文本中的概念术语及其体系结构,

[96] 对形式主义论者的类似观察,参见凌斌,见前注[34],第233页。

决定了它们的阐释方向,而不是反过来。^[97] 换句话说,法律的功能性需求是法律文本符号的发生原因,而不是它们的结果。^[98] 法律文本符号本身并不是什么先天存在的固定结构(pre-established structure),更没有什么固定不变的本质。其只不过是一种用于现代社会沟通的媒介而已,用于承载、表达和实现特定社会的功能性期待。

虽然法律的形式化表达技术本身具有提供稳定性和可预期性的社会功能,遵守最低限度的形式化要求是防止司法专断的必然要求,但如前文在分析“知假买假”这一范例时系统揭示的那样,疑难法律问题往往对应着多元化的形式化解释方案,法律的形式维度本身就具有较大的不确定性,^[99]并不具备自我决断的能力和品质,形式逻辑推演容易陷入无休止的形式化对立困境。要想从此种困境中得到救赎,法官在解释和适用法律过程中,需要有意地关注法律形式背后的社会功能期待,并主动检视特定形式化的法律解释方案是否满足此种期待,将理想的法律社会功能预期作为判断标准,对多元的形式化解释方案进行比较和选择。

在功能性的法律思考模式中,法官的法律解释作业大致可以按照如下流程来展开:

1. 初步获得形式化解释方案

对相关法律文本作初步的形式化解读,根据文本中概念术语的惯常意思和体系结构获得该文本的初步形式化解释方案。这样的解释方案可能只有一种,也可能有多种,并可能随着后续思考的展开而不断增加。如前文所呈现,在“知假买假者”是否属于“消费者”的问题上,有人获得了一种解释方案,另有人则获得了两种。

2. 形式化解释方案的初步功能反思

无论初步获得的形式化解释方案是单一的还是多元的,解释者都有必要去预测和评判相应解释和适用方案将在未来发挥的行为激励效应和社会调节功能。特别是在单一方案的情形,进一步的功能性分析有助于帮助解释者验证此种解释方案的功能妥当性,或者在功能存疑或不妥情形促使解释者去认识到法律文本的其它形式化解释方案。在“知假买假”问题上,初步形式化解释认为“知假买假者不是消费者”的法官可能因认识到知假买假行为的积极作用而重新审视其先前解释;反之亦然,认为“知假买假者是消费者”的法官可能因为看到知假买假行为的副作用而怀疑既有看法。对于现实的思维活动者,这样一个初步功能反思的过程与第一

[97] 卢曼曾对法律功能主义,特别是从“结构(形式)——功能”到“功能——结构(形式)”的观念转变,作过深入论述。See Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, Elizabeth King and Martin Albrow trans., China Social Sciences Publishing House, 1985, pp.159—178.

[98] 参见(美)朱尔斯·L·科尔曼:《原则的实践》,丁海俊译,法律出版社2006年版,第42页。

[99] 导致这类不确定性的原因很多。除了前文着力揭示的“语言形式的指称能力局限”外,还与法官的政治偏好差异有关。例如,民事法官是愿意在一个更宏大的法治背景下来思考和处理法律争议,还是仅将自己定位于“公法/私法”严格二元划分等形式化学说的代言人;是信奉“买方自负其责”,还是希望“卖方关爱买方”,还是介于这两端之间的某一种偏好;凡此等等。对于那些有稳定的政治偏好且真诚对待自己内心的法官来说,这些偏好也将影响法律文本的确定性。有观察认为,即便在“意思表示错误”等常常被视为纯技术性的法律问题上,因政治偏好差异所引发的不确定性同样存在。只不过,强弱程度有所差异而已。See Duncan Kennedy, “The Political Stakes in ‘Merely Technical’ Issues of Contract Law”, 10 *European Review of Private Law*, 7—28(2002).

步之间并不一定有明显的时间间隔,而可能是瞬间完成的思维转换,也可能是在“形式”与“功能”之间不断往返实现的。但无论如何,对初步的形式化解释方案进行功能反思是必要的。否则,解释者如何得以确信形式化解释方案在功能上也是妥当的呢?如何确信最初获得的形式化解释方案就是唯一的呢?

3. 系统预测和比较诸种形式化解释方案的功能性差异

当面临多元的形式化解释方案时,功能主义论者并不会像执着(或许“偏执”)的形式主义论者那样,幻想着继续通过形式性推演本身来获得一个确定性的答案。相反,功能主义要求解释者暂时忘却那些多元对立的形式化解释方案,转而坦诚地面对现实问题,^[100]去系统地观测各个形式化解释方案将在未来对相关社会群体产生何种行为激励效应,将引发何种社会后果。

这种前瞻性的分析方法“对司法者提出了更高的要求,它要求司法者在个案的法律适用中,不仅要关注具体纠纷的处理与解决,还要向立法机关那样……前瞻性地考虑自身决策所可能产生的后果,考虑其做出的决策选择是否会对未来人们的行为动因产生良好的影响”。^[101]可以说,这是功能主义分析的重点,也是难点之所在。法官不仅需要尽量全面地预判不同法律适用方案的辐射范围或者说将实际影响的社会群体,而且还需要准确地判断各个群体将受到的具体影响和将采取的行为策略。为此,解释者需要贴近社会生活实践,洞察特定时空背景下人们的利弊权衡和行为选择逻辑。如下文将详细呈现的那样,在“知假买假者是否属于消费者”这一问题上,如果采取一刀切的做法,简单地作出肯定或者否定的回答,要么会浪费这股私人执法力量在治理消费市场上的积极功效(否定回答时),要么会激励一些职业索赔人实施“造假买假”等一系列有害于消费市场秩序的机会主义行为(肯定回答时)。在这样一个研判过程中,法官不仅有机会看清不同解释方案的社会调节功能差异,而且有可能在预测和比较过程中获得灵感,在既有方案之外构想出新的问题解决方案,能够发挥更优的社会调节功能。后者既可能在现行法律文本中获得相应的形式化依据,也可能无法获得形式层面的正当化依据,并因此面临实现障碍。与“知假买假者是消费者”和“知假买假者不是消费者”这两种常被提及和讨论的方案相比,把目光转向“何种知假买假对社会是有益的,应给予支持”和“何种知假买假对社会是有害的,应予以抑制”这样的设问会有更高的价值。换句话说,与这两种方案对“知假买假者的消费者身份”的追问相比,转向对知假买假者所针对产品的安全性或误导性的考察会是一种更好的选择。

4. 回到法律的形式维度,为具有理想社会功能的制度方案提供正当化依据

功能主义分析不等于形式虚无主义,不能是脱离基本的形式化要求的“裸奔”。法官经系统预测和比较确定一套具有理想社会功能的制度方案后,最后仍需要回到法律的形式维度,将该方案转换为法律人的行话,以既有法律文本所能支持的形式化解释方案加以表达。也有评

[100] 参见纪海龙,见前注[8],第101—102页。

[101] 劳东燕,见前注[8],第25页。

论将这称为“后果主义”裁判思维,即“法官在审理有潜在影响的案件时,遵循先做后果判断再找法条解释的过程”。^[102] 如果法官认定“知假买假具有实现理想社会秩序之功能”,其可以选择那一套与之相匹配的形式化论证理由来承载这一功能性判断,并坦诚地阐明其作出这一形式选择的功能性考虑。但如后文将进一步讨论的那样,这一转换过程并不一定都能够实现。即便是法官认为理想的制度选择方案,有可能因立法者在法律文本中设定的硬性约束而无法获得充分的形式化正当依据。这也反过来形成一种对功能性作业的制衡。

(二)功能主义的语境化操作分析

在功能主义分析的上述四步操作规程中,重点和难点在于如何系统、准确地预测和比较不同形式化解释方案的社会功能。这不仅需要理论方法上的认知,而且还来源于在不断处理具体实践问题时积累的经验。特别是,分析者需要深入相应问题所处的各类具体语境,具体问题、具体分析,根据与特定法律规则相关的主要社会“变量”(和价值偏好)来加以系统判断。如果忽视现实语境的复杂性,对制度安排的社会功能作抽象的或者一刀切式的判断,则相应的制度建议很可能缺乏针对性和可行性。^[103] 同样地,那些忽略明显的地方性“变量”(如一个社会的总体诚信度),简单地将德国、美国或者其他法域的某种做法视为范本的做法,则很可能迷失在比较与借鉴中,^[104]使得法律的功能判断缺乏准心。功能性分析的语境化要求也意味着,功能性判断需要具备可验证性,有因为新的“变量”而被证伪或者调整的品质。法律同行要有“在被说服之后修改或放弃自己主张的思想准备”,并通过主动或者被动放弃那些经不起验证的判断和主张来增强法律的确定性品质。^[105]

回到“知假买假”这一范例,我们不仅需要充分发挥这股民间力量在治理商家违法行为、保护消费者权益方面的积极功能,而且,同样重要的是,需要深刻地认识到与这股民间执法力量相伴随的各类消极效应,并积极构想有效的应对方案。

1.“知假买假”的积极功能及其发挥

仍以食品的安全生产和销售为例,如前文所述,因违法成本过低导致的食品不安全问题在当前的中国已是一个不争的事实。从积极的方面看,如果能够通过赋予惩罚性赔偿请求权来激励那些有时间、精力和经验参与打假活动人士的自发积极性,提高不安全食品(和其他商品领域的欺诈行为)的发现和追诉概率,则不仅能够一定程度上弥补消费者个体的诉讼动力不足,又可以弥补政府监管机构因信息不充分、人力资源限制等因

^[102] 参见杨知文:“司法裁决的后果主义论证”,《法律科学》2009年第3期,第3页;王彬:“司法裁决中的‘顺推法’与‘逆推法’”,《法制与社会发展》2014年第1期,第73页;侯猛:“司法中的社会科学判断”,《中国法学》2015年第6期,第42页;劳东燕,见前注[8],第24—27页。

^[103] See Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, First published 1990, Canto Classics edition 2015, p.14.

^[104] 这一批评似乎已经是老生常谈,但该问题在今天的历史惯性仍然不小,甚至已深入不少法律同行的骨髓。

^[105] 类似的观点,可见季卫东,见前注[39],第33、38页。

素导致的查处力度缺陷,从而提高遏制商家机会主义行为的治理力度。毕竟,对商家而言,无论是民事损害赔偿,还是行政罚款,都会导致真金白银的流失,会被计入会计成本和商业决策之中。^[106]在类似的问题上,即便是执着的形式主义论者也不会反对这样做。例如,在涉及假冒商标的产品纠纷问题上,受害人通常包括两类:一是商标权人;二是消费者。有商标权人专门委托具有打假经验的人士提供打假专项服务,并将高达50%甚至更高比例的损害赔偿金分配给受托人作为激励。^[107]在这类问题上,即便持高度形式主义方法的论者通常也不会反对受托人基于高额回报而实施的知假买假行为,因为知假买假者获得了商标权人的明确授权。但同样的道理,假如有一种机制能够把分散的消费者个体聚集起来,我们有理由相信,消费者群体有意愿采取集体行动,作出诸如商标权人实施的委托合同安排,让知假买假者获得同样的索赔授权。只不过,这种集体行动因为人数众多等原因实际发生的可能性不大而已。

虽然“保护消费者权益”并不一定是知假买假者的本意,但其针对商家欺诈的诉讼活动却能够带来这方面的客观效果。这就如自由的市场交易本身,我们之所以普遍地认为商家的自由买卖活动是个好东西,并不是因为我们认为商人在交易时有增进消费者利益的本意和美德,而是因为商人的牟利动机和行为在客观上增进了消费者的利益而已。“与人们有意识地促进它相比,人们的逐利行为常常更有效地实现它。”^[108]在更一般的层面,无论是市场力量、政府力量还是民间力量,都具有强大的社会组织和调节能力。但这些力量本身却没有内在的道德情操,都存在被误用或者滥用的风险。这些力量的具体发挥,取决于制度设计以何种方式去反复地驯化和调和它们。^[109]

显然,古典的“公法/私法”二元框架是不够的。毕竟,这一二元论是建立在“政府/市场”这

[106] 熊丙万、周院生:“诉讼效益的经济分析框架——以当事人诉讼动力的调节机制为中心”,《制度经济学研究》2015年第1期,第220—221页。长期以来,法律同行在分析“消费者”的权益保护机制时,采用了一个十分不准确的推定,即想当然地把“消费者”推定为法律上的“弱者”。事实上,消费者并不一定是经济上的弱者。在大量情形下,消费者之所以选择放弃维权,并不是因为消费者没有维权的法律知识和经济能力,相反,是因为维权的经济成本太高,维权会导致得不偿失。即便是那些经济实力雄厚的消费者,也会十分理性地选择了放弃维权。因此,消费者权益保护机制的核心问题在于如何有效激励消费者本人或者其他主体启动对违规生产经营者的追究程序,而不是简单地保护消费者的“弱点”。换句话说,启动追诉机制的“消费者”本身是否属于经济上的“弱者”,或者说是否属于比生产经营者更“聪明”的强者,并不是问题的重点。重点是什么样的法律机制能够有效促进追诉机制的启动。关于这一点的启发性讨论,参见甘强:“重识‘消费者’的法律地位”,《政治与法律》2016年第12期,第116—123页;李友根:“惩罚性赔偿制度的中国模式研究”,《法制与社会发展》2015年第6期,第122页。

[107] 参见“轻出公司诉沃尔玛公司侵犯注册商标专用权纠纷案”,(2012)一中民终字第3198号民事判决书(争议产品:冒牌燃气灶)、(2012)一中民终字第3202号民事判决书(争议产品:冒牌抽油烟机)。

[108] 亚当·斯密关于这一点的经典观察常常被学术观察家所遗忘。See Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, R. H. Campbell and A. S. Skinner eds., Oxford University Press, 1976, pp.26—27, 456.

[109] 参见(美)约瑟夫·E·斯蒂格利茨:《不平等的代价》,张子源译,机械工业出版社2013年版,序言第VIII—IX页。

一古典的二元社会结构基础之上的。社会经济活动的组织方式要么是经典的市场交易,即个体与个体之间自发的交易;要么是政府计划和管制。但事实上,人类社会的经济组织方式早已从“市场/政府”二元体系走向了多中心主义,构想和实践出了经典市场、长期契约、网络平台、企业层级管理、民间组织和政府强制等多元高效的实践形态。^{〔110〕} 法学家要想跟上社会实践的步伐,不仅需要去切实感受我们身处的社会和时代正在经历的深刻变化,而且还需要积极地去构想和供给与时代演进节奏合拍的理论学说。

如果立法和司法能够发挥“知假买假者”这股民间力量在追诉商家欺诈等方面的功用,则民事赔偿责任将有机会与行政法、刑法上的责任形成多元、协同治理机制,在食品安全等问题上发挥治理合力作用。本文观察的部分诉讼实践也印证了这一点。如果我们翻开人民法院在十多年来关于知假买假案的裁判文书,我们会注意到这个群体先后针对大量商家欺诈和不安全食品提起诉讼。例如,发霉牛肉干、^{〔111〕}过期香肠、^{〔112〕}虾仁^{〔113〕}和酱料、^{〔114〕}重金属超标或生产日期不明的茶叶、^{〔115〕}冒牌稻香村月饼、^{〔116〕}茅台酒、^{〔117〕}冒牌减肥胶囊、^{〔118〕}防脱发药品、^{〔119〕}无证生产的虫草复合片、^{〔120〕}虚假宣传疗效的保健品、^{〔121〕}含棉不足 50% 的“纯棉”服装、^{〔122〕}人

〔110〕 关于社会组织的多中心主义的代表性阐述,参见(美)埃莉诺·奥斯特多姆、拉里·施罗德、苏珊·温:《制度激励与可持续发展》,上海三联书店 2000 年版,第九章“多中心制度安排”,第 203—246 页。

〔111〕 “周悟权诉金泰公司买卖合同纠纷案”(争议产品:保质期内的牛肉干发霉,食用后呕吐),北京市第一中级人民法院(2014)一中民(商)终字第 9572 号民事判决书。

〔112〕 见前注〔18〕,“孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案”。

〔113〕 见前注〔29〕,“何建军诉物美集团产品销售者责任纠纷案”。

〔114〕 见“梁廷富诉万业百货公司买卖合同纠纷案”(争议产品:大酱,外包装上有两个生产日期,涉嫌过期),珠海市香洲区人民法院(2015)珠香法民二初字第 2318 号民事判决书、(2015)珠香法民二初字第 2319 号民事判决书。

〔115〕 “刘沅诉悦茶文化公司产品销售者责任纠纷案”(争议产品:茶叶,小包装和外包装上均无生产日期,且假冒其他茶商的生产许可证),(2015)二中民终字第 05081 号民事判决书。

〔116〕 见前注〔52〕,“张之东诉城北市场公司买卖合同纠纷案”(争议产品:冒牌的稻香村月饼)。

〔117〕 见前注〔16〕,“何成江诉毛林惠丰酒店买卖合同纠纷案”(争议产品:茅台酒)。

〔118〕 “康尔利诉美廉美公司、尹孟栋买卖合同纠纷案”(争议产品:减肥胶囊,假冒药品),北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 18876 号民事判决书。

〔119〕 “杨连弟诉医保全新大药房案”(争议产品:全鹿丸药品,防脱发药品,假药),北京市东城区人民法院(2004)年东民初字第 04209 号民事判决书。

〔120〕 “霍维德诉绿慈(北京)公司产品责任纠纷案”(争议产品:虫草复合片,无证生产),北京市怀柔区人民法院(2013)怀民初字第 02876 号民事判决书。

〔121〕 “刘萱诉沃尔玛宣武门分店买卖合同纠纷案”(争议产品:海参,未经审批宣传疗效),北京市第一中级人民法院(2011)一中民再终字第 14998 号民事判决书。

〔122〕 “段跃峰诉拉法耶特公司买卖合同纠纷案”(争议商品:服装,产品说明书标明 100% 棉,但检验结果为 46.6% 棉),北京市西城区法院(2014)西民初字第 11558 号民事判决书。

造意大利“天然皮衣”、^[123]仿造“天然水晶”、^[124]冒牌对讲机、^[125]凡此等等,不一而足。另外,在《食品药品司法解释》发布之后的庭审中,有的被诉超市最后不但没有质疑“知假买假者”的身份和动机,而且还在承担十倍赔偿责任的同时,当庭表示今后将以此诉讼为教训,严格审查商品质量,避免出现类似问题。^[126]此外,这还可以节省政府行动的成本(这一点常常被忽视,但现实意义却不小),可谓一举两得。我国立法最初赋予普通消费者惩罚性赔偿请求权,本身就是对“我国传统民事责任同质补偿的框架”的突破,希望实现前述初衷。^[127]只不过,该制度设计因为在消费者的诉讼动力方面违背了常识而未如愿以偿而已。^[128]

在非食品领域,前述观察同样适用。例如,在服装市场上,虚构布料成分、虚标羊毛含量的情况时有发生。但大多数消费者不仅不具备验真的能力或精力(除非虚假到常人都能凭借触觉识别的程度),而且即便意识到假货之后也不会付出专门的精力来追诉。对此,如果发挥有经验人士去识别和追诉欺诈行为的积极性,^[129]同样可以弥补消费者个体的追诉动力不足和政府监管部门的执法能力缺陷。^[130]再如,网店在促销时会同时标出“优惠价”和“原价”。但消费者在不少时候对“原价”的真实性存在怀疑。在这些情形,虽然一部分网购者在作出购买决策前会主动“货比三家”(特别是在购买大件商品时),在寻找更优价格的同时知晓产品的大致市场价格,甚至直接查阅拟交易网店的成交记录以确定“原价”,但是,如果在法律上普遍地

^[123] “李彪诉亿客隆超市买卖合同纠纷案”(争议产品:皮夹克,标识为意大利绵羊皮,实为人造革),北京市丰台区人民法院(2008)丰民初字第22406号民事判决书。

^[124] “刘艳清诉世纪卓越公司买卖合同纠纷案”(争议产品:宣称为天然水晶吊坠,实为仿水晶),北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(商)初字第29061号民事判决书。

^[125] “陈建影诉科大商贸中心买卖合同纠纷案”(争议产品:冒牌对讲机),北京市第二中级人民法院(2009)二中民终字第8294号民事判决书。

^[126] 这类案件通常以调解方式结案,如(2013)大民初字第7910号民事判决书。

^[127] 张新宝、李倩:“惩罚性赔偿的立法选择”,《清华法学》2009年第4期,第11页;最高人民法院在出台《食品药品司法解释》时,再次表达了寄希望于普通消费者去知假买假并行使惩罚性赔偿请求权的想法;张勇健等:“关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定”的理解与适用”,《人民司法》2014年第3期,第16页。

^[128] 事实上,在2009年的立法讨论过程中,多数人就不赞成由《食品安全法》对惩罚性赔偿设置十倍的固定上限,因为这难以激励个体消费者去诉讼。参见全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国食品安全法释义》,法律出版社2009年版,第345页;高圣平,见前注[57],第60—61页;李响:“食品安全诉讼当中的惩罚性赔偿研究”,《北京社会科学》2013年第4期,第89页;谢晓尧:“惩罚性赔偿:一种激励的观点”,《学术研究》2004年第6期,第87页;2015年修订的《食品安全法》在坚持十倍固定上限的同时,虽然规定“增加赔偿的金额不足1000元的,为1000元”,但对个体消费者诉讼动力的提升作用并不大。

^[129] 对于羊毛成分差别较大的商品,普通人稍加学习就可以掌握初步识别的能力。

^[130] 如前注[122],“段跃峰诉拉法耶特公司买卖合同纠纷案”(争议商品:服装,产品说明书标明100%棉,但检验结果为46.6%棉)。值得对比的是(1)如前注[104],“鲁广宁诉王府饭店有限公司买卖合同纠纷案”(争议产品:阿玛尼衬衣,衣服上中文标注成分与水洗英文标注成分不一致)和(2)“阎家明诉新光百货买卖合同纠纷案”(争议产品:意大利JILSANDER品牌服装;中文吊牌标明产地为意大利,但英文标识为授权土耳其生产),北京市朝阳区人民法院(2007)朝民初字第24134号民事判决书(判决认为,被告未能证明知假买假事实;中英文标识不一致,构成欺诈;原告享有惩罚性赔偿请求权)。

向网购者课加验证“原价”的义务，^[131]不仅不符合大量网购者的网络交易习惯，而且会给众多个体消费者造成巨大的识别负担。毕竟，分散的消费者个体在购买同一款商品时都需要重复验证活动，否则将承担验证不力的不利后果。与此相比，要求网店承担如实披露“原价”义务的社会成本则要小得多。对于潜在的价格欺诈行为，如果有人愿意投入专门的时间去查阅该网店的历史成交记录，并就价格欺诈行为诉请惩罚性损害赔偿，则不仅对潜在的价格欺诈行为形成比较好的约束，而且有利于激励网络购物平台去研发和实施更透明和确定的价格标示机制。^[132]当然，比价机制本身的科学性有待进一步研究和完善。关于“原价”的现行法律规范是国家发改委早在2002年制定实施的《禁止价格欺诈行为的规定》和《关于〈禁止价格欺诈行为的规定〉有关条款解释意见的通知》。后者第4条规定：“‘原价’是指经营者在本次降低前七日内在本交易场所成交的有交易票据的最低交易价格；如前七日内没有交易价格，以本次降价前最后一次交易价格作为原价。”这一“纵向原价”标准（即“七日内最低价格”或“最近成交价格”）形成于“实体店消费”这一大的社会背景，并不符合网购时代的价格快速形成和变动规律。与单一的“纵向原价”标准相比，充分利用数据分析技术，允许网店和顾客选择网络原定价、网络零售现价、线下定价、线下促销价等更具参考价值的“横向实时比价”标准更为妥当。^[133]

2.“知假买假”的消极效应及其控制

“知假买假”的积极功能在于抑制商家的机会主义行为。但如前文所强调，机会主义行为是中国当前面临的一个系统性问题，同样可能出现在知假买假者身上。毕竟，这个群体“买假”的主要动力是获取惩罚性赔偿金等经济收入。^[134]如果缺乏有效的制度安排和约束，驱动这

[131] 在“张飞燕诉新紫阳科技公司买卖纠纷案”中（争议产品：笔记本电脑），一审法院认为，“在购买商品之前，张飞燕（买受人）可在杭州新紫阳科技有限公司的网店中浏览查询该款笔记本电脑的销售记录，由此可得知杭州新紫阳科技有限公司在之前销售该商品的价格，亦可以通过市场调研，选择价格最优的同型号商品”；二审法院认为，“在网店购买商品时，并非对于同样商品的市场价不知情，上诉人在存在价格公示的互联网销售平台上购买商品，并不会因被上诉人标示的一口价而受到误导”。参见（2015）沪二中民一（民）终字第1315号民事判决书。

[132] 在“王海诉能良公司买卖合同纠纷案”（争议产品：自拍神器）、“王海诉富安娜公司买卖合同纠纷案”（争议产品：床上用品四件套）中，朝阳区人民法院采取了这一思路，参见（2015）朝民（商）初字第42273号民事判决书、（2015）朝民（商）初字第42287号民事判决书。在诉讼实践中，职业打假人一般会在起诉前先向物价局、工商局等行政执法部门投诉，以取得行政处罚文书作为诉讼证据。不过，大量行政执法人员对此类举报持有抵触心理，一是因为举报者的动机；二是因为这在短期内增加了执法机构的工作负担（尽管如前所述，执法机构自身无力主动获取和查处这些违法行为）。

[133] 参见薛兆丰：“追问‘原价’注定徒劳无功——谈‘纵向原价监管’与‘横向实时比价’的优劣”，载《经济观察报》2014年11月3日，第42版。

[134] 典型的例证有：有过期酱料的买受人将多罐酱料分开单独起诉，根据《消法》第55条各要求赔偿500元。对于这类问题，各地法院的做法相对比较统一，即将“一次性购买多个涉案商品的行为”认定为与商家仅缔结了一个合同关系，消费金额应以同一张消费凭据上载明的侵权商品金额作为增加赔偿金额的基础。如此既不影响惩罚性赔偿诉讼对商家的成本效应，也不至于浪费司法资源。如前注[60]，“刘春生等诉爱莲公司产品责任纠纷案”（争议产品：日化用品，虚假宣传成份）；如前注[114]，“梁廷富诉万业百货公司买卖合同纠纷案”（争议产品：大酱，外包装上有两个生产日期，涉嫌过期）。

股民间执法力量的私人利益可能与社会公共利益发生错位。^{〔135〕}能够给“知假买假者”带来经济收入的“打假”行为并不一定与“规范生产经营活动”“保护消费者权益”等目标相符合。我们甚至有理由认为,这方面的分歧不可小觑,有必要予以专门讨论。不少学术同行和民事法官之所以反对“知假买假”,除受到形式主义演算习惯和朴素道德教化的思想强制之外,还有可能就是认识到了“知假买假”在现实中的消极效应。不过,应对“知假买假”副作用的上策并不是对其全盘否定,而应当是思考各类副作用的具体水平、真实属性和调节机制。

“知假买假”的首要副作用是“造假买假”。这类问题主要限于食品等具有“有效期限”的商品领域,其它商品领域发生的概率很小。^{〔136〕}“造假”的方式很多,以下三种较为典型:①一个人将快过期的商品掩藏在超市中不易被理货员察觉的地方,另一人于过期后取出并购买该商品;②径直夹带过期食品进入超市,然后诈称系超市商品;^{〔137〕}③先购买合格食品,待其过期后购买同款食品,再以之前的购物小票索赔(针对小票信息和销售信息保存不完整的经营者)。在前两种情形,除非借助视频监控设备,这类行为存在比较大的证明困难。^{〔138〕}在第一种情形,即便是监控视频也不足以证明多人之间的共谋行为。^{〔139〕}在第三种情形,经营者需要提供信息完整的小票和不同批次的进出货记录,以证明“造假”。

不少学术同行把这类问题简单地归结为“事实证明问题”,认为与“知假买假”无关。但在很大程度上,正是法院对大量“知假买假”之诉的支持(以及在“假货”定义上的分歧),让一些知假买假者萌生了机会主义打假的想法,催生了“造假买假”以及后文将讨论的“轻微标签瑕疵”“召回公告之后的买假”“敲诈勒索”等现象。如果法院一律拒绝支持“知假买假”,这些现象发生的概率会大大降低。在这些问题上,形式主义论者从法律程序上对“知假买假”表达的担忧是十分必要的。商家“因丧失(行政和)刑事诉讼程序上的保护措施而可能遭受诸多不利”,^{〔140〕}特别是有可能需要付出“反造假”成本,并最终将这种不利后果转嫁到消费者身上。

〔135〕 参见张鲁萍:“私主体参与行政任务的界限研究”,《北方法学》2016年第3期,第56页。

〔136〕 在审判实践中,有买受人以商品(服装)的标签缺失、商品信息遗漏为由,主张惩罚性赔偿。一类常见的抗辩理由是:服装标签原本齐全,但有的标签被原告故意摘下了。这与整个“知假买假”问题一样,需要结合具体情景来判断,不宜一刀切。北京市三中院法官总结的下述审判经验是值得参考的:①如果经营者不能向法庭提供标识齐全的样品,则推定原告的事实主张成立;②对于普通商品上一般都会附带的标签(如服装名称、成分、尺码和价格吊牌),推定原告在购买时曾经查阅和注意过,除非原告能够提供相反证据证明购买前就存在标签遗漏。③对于那些非必须的个性化标签,则由经营者承担举证责任。

〔137〕 陈琼珂:“十倍重罚,如何对待勇夫”,载《解放日报》2015年8月3日,解放周一11版,http://newspaper.jfdaily.com/jfrb/html/2015-08/03/content_118548.htm,最后访问日期:2016年7月8日。

〔138〕 如前注〔29〕,这方面的案件争议“何建军诉物美集团产品销售者责任纠纷一案”(争议产品:过期虾仁),石民初字第4408号民事判决书;“宫效伟诉屈臣氏第五分店、屈臣氏公司买卖合同纠纷案”(争议产品:过期食品),(2014)海民初字第15302号民事判决书。

〔139〕 于是发生了这样一幕:“在超市买完东西的购物小票上会被收银员给盖上一个红色的印章,上面写着‘商品未过保质期’。”李佳:“超市购物小票缘何加盖免责章?”,载《北京青年报》2016年2月21日,第A06版。

〔140〕 参见朱广新,见前注〔13〕,第115—117、124页[“(行政和)”并非原文内容,系笔者所加];税兵,见前注〔11〕,第104页。

从技术层面看,反造假手段主要有三:一是加装视频监控设备;二是规范购物小票和进货记录,保证信息齐全;三是商品编码唯一化技术。这些都将增加商品的生产经营成本,并可能最终表现为商品价格的上涨。然而,这些成本的大小需要理性看待。关于第一项手段,我国超市基于防盗、安全和管理等因素的考虑,实际上已经大量安装和使用视频监控设备。虽然“造假买假”现象将促使一些超市去加装更多的监控设备,但因此而增加的成本并不会太高。关于第二项手段,当属规范生产和经营流程、提升管理水平的基本要求,从长远来看并不会导致成本的实质性增加。不过,商品编码唯一化技术则有所不同,需要为每一件商品印刷编码。从目前的印刷计算速度和印刷设备技术来看,满足这一要求的成本较高。只有部分商品生产者,出于防伪的考虑采用了这类技术。在印刷技术改进之前,为了应对小概率的“造假买假”风险而对所有食品采取编码唯一化,既不合算也不太可行。不过,对于涉及“造假买假”争议的案件,一方面,如果法官同样秉持功能主义思维,予以特别关注、甄别和处置(如就高度疑似“造假买假”行为的线索向其他司法机关提出司法建议),则能够比较好地抑制私人执法力量的机会主义行为。另一方面,随着“造假买假”风险意识的推广,越来越多的经营者选择了直接报警,启动了刑事侦查和制裁程序,对“造假买假者”形成了较高程度的威慑和抑制。这样也很可能在效果上激励这股力量逐渐从城中心走向城郊甚至乡镇的假产品市场。^[141]

第二类可能的副作用与假货的判断标准有关。国家设定强制标准主要是为了维护基本的人身和财产安全,集中表现为食品、药品的成分、有效期、包装和标识等。问题在于,对那些产品质量本身并无现实安全问题,但不符合法定标识要求的食品,是否构成《食品安全法》第148条规定的“不符合食品安全标准的食品”?当前较为常见的案件有两种:一是中文标识不齐全的国产预包装食品,违反了《食品安全法》第67条规定的标识事项要求。^[142]这又可进一步分为“漏标”(如生产许可证号、生产日期、适用标准、营养标签、具体成分含量等)和“错标”(如适用标准、配料名称、标注过期的证书等)。二是没有中文标识(但有外文标识)的进口商品,不符合《食品安全法》第97条对进口商品提出的中文标识要求。^[143]这在实践中集中表现为通过

[141] 朱广新教授还提出了另一项程序性忧虑:在惩罚性赔偿机制下,经营者可能处于“因同一行为而遭受双重处罚的危险中,即支付惩罚性赔偿金之后再承受(行政和)刑事制裁。”朱广新文,见前注[13],第115页[“(行政和)”并非原文内容,系笔者所加];这类情况实际发生的概率很小(以北京为例,当前多数涉及知假买假的案件争议标的都不大,罕有启动行政或刑事程序的)。不过,一方面,进入行政或者刑事程序(特别是后者)的案件通常都涉及到大规模的假冒伪劣商品,意味着此前有大量违法行为并未被追诉;另一方面,考虑到惩罚性赔偿的惩罚性,可以考虑把实践中采用的“行政责任与刑事责任之间的抵扣机制”也适用到惩罚性赔偿上来,以缓解双重处罚的问题。此外,在下文即将讨论的标签瑕疵和针对召回产品索赔的问题上,法院可以通过从严把握“瑕疵”的程度和已宣布召回产品的可罚性来控制民事惩罚性赔偿机制的副作用。

[142] 《食品安全法》第67条规定:“预包装食品的包装上应当有标签。标签应当标明下列事项:①名称、规格、净含量、生产日期;②成分或者配料表;③生产者的名称、地址、联系方式;④保质期;⑤产品标准代码;⑥储存条件;⑦所使用的食品添加剂在国家标准中的通用名称;⑧生产许可证编号;⑨法律、法规或者食品安全标准规定应当标明的其他事项。”

[143] 《食品安全法》第97条规定:“进口的预包装食品、食品添加剂应当有中文标签;依法应当有说明书的,还应当有中文说明书。”

网络购物平台从海外代购的食品和在边境口岸销售的境外食品。

包装标识欠缺的食品并不必然引发《食品安全法》第150条^[144]描述的食品“安全问题”。对于那些既无现实或者潜在安全风险,也不会误导消费选择的情形,“知假买假”导致的副作用不可忽视,需要予以控制。实际上,在全球范围内,中国是少有的把标签标准本身作为食品安全的判断标准的法域。这不仅使得相应的行政处罚条件机械,而且诱发了知假买假者的机会主义行为。在审判实践中,的确有判决支持了针对轻微标签瑕疵的惩罚性赔偿请求,进一步助长了知假买假者采取机会主义索赔行为的动力。不过,更多判决对食品的安全性予以实质性审查,驳回了仅针对有轻微标识欠缺但无现实或潜在安全问题的商品的赔偿请求;^[145]另有判决将海外代购(代购商在境外或保税区以消费者的名义直邮食品)认定为“民事代理关系”,将“中文标识缺失”的效果归属为被代理人自主选择的结果。^[146]特别是在本文着重观察的北京地区的判决,在总体上采取了此种实质性区分。在形式化解释选择上,这两类瑕疵不仅可以在《食品安全法》第150条上获得依据,而且还构成该法第148条第2款的除外规定,^[147]即对那些既无实质性食品安全问题又不会误导消费决策的标签瑕疵应当排除适用惩罚性赔偿的规定。

不过,对于那些成分、保质期和生产者信息等关键信息欠缺或错误的食品,不安全风险不可轻视。毕竟,最终的消费者很可能无法识别食品是否过期,也不容易在发生损害后找到责任人。与这些风险相比,要求生产者提供相应标识的成本并不高(除非没有取得合法生产经营资质)。法官支持针对这类食品的惩罚性赔偿之诉,是利大于弊的。^[148]

3. 前述分析对非食品领域的争议同样适用

有的商品虽然不符合商家对外宣称的标准,但这既无害于消费者的现实或者远期人身财

[144] 该条规定:“食品安全,指食品无毒、无害,符合应当有的营养要求,对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。”

[145] 参见“吕春旭诉尚门贸易公司买卖合同纠纷案”(争议产品:红酒包装未标明二氧化硫的含量,但并无安全风险),北京市朝阳区法院(2015)朝民(商)初字第40789号民事判决书;前注[52],“汪晓辉诉永辉公司、永辉草桥公司买卖合同纠纷案”(争议产品:茶叶未依法标注“规格”;法院因原告未能“证明涉案产品未标注的规格与食品安全、营养有关”而驳回了起诉)。

[146] “熊学平诉渝欧跨境电商公司产品责任纠纷案”(争议产品:没有中文标识的进口奶粉),重庆市沙坪坝人民法院(2015)沙法民初字第06058号民事判决书。苏州市吴中区法院则在“郑志军诉达毅网络公司消费者权益保障纠纷案”中采取了完全相反的作法。在庭审中,原告张先生出示了两件未拆封的邮寄包裹,当庭拆包,其中的米粉、肉泥、泡芙、鱼肝油等代购食品果然也都没有中文标签。判决书回避了“知假买假”的争议,支持了原告的惩罚性赔偿请求。参见(2015)吴民初字第102、103号民事判决书。北京市第二中级人民法院在“郑建芳诉智造空间公司买卖合同纠纷案”中(争议产品:没有中文标识的进口糖果)也采取了类似作法,参见(2015)二中民(商)终字第02340号民事判决书。

[147] “但是,食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。”不过,在司法实践中,虽有不少法官以“食品没有实质性安全问题”为由驳回了原告的诉讼请求,但直接援引这一但书条款的判决书并不常见。

[148] 参见前注[115],“刘洋诉悦茶文化公司产品销售者责任纠纷案”(争议产品:茶叶,小包装和外包装上均无生产日期)。

产安全,也不会误导消费者的消费选择。例如,市面上不少宣传为“百分百羊毛”或者“纯羊毛”的服装含有不超过百分之五的非毛纤维(如锦纶、涤纶等)。审判实践中有买受人主张这已经构成欺诈,并要求惩罚性赔偿。但实际上,按照国家或者行业标准,加入少量的非毛纤维具有改善纺纱性能、提高耐用性的作用,也符合纺织行业的行业标准和惯常做法。这一点多不为普通消费者了解。不过,即便普通消费者知道这一点,也罕有认为自己遭受损害的,自然也就谈不上消费者的权益保护需求和惩罚性赔偿请求了。^[149] 在此类情形,法官同样需要从功能角度去解释国家安全标准或商家承诺标准,不宜将其解释为《消法》第55条所规定的“欺诈”,从而抑制“知假买假者”的机会主义行为。^[150]

在相似情形,商家在一个抽象的层面使用“顶级”之类的最高级宣传词汇来描述产品,并足以让一般的消费者相信该商品的品质优于同类普通产品(未必是顶级或最优)。那么,应由经营者就此予以证明,否则可被认定为欺诈行为。但对于“离太阳最近”“离城市最远”“蛋求最好”等关于商品某方面特性(地理位置)的描述,如果一般不会误导消费者的辨识和决策,则不宜认定为“欺诈”行为。^[151]

第三类副作用与缺陷产品的召回制度有关。我国《侵权责任法》第46条、《消费者权益保护法》第19条和《食品安全法》第63条等规定了缺陷产品的召回制度。问题在于,召回公告的发布和传播需要一个过程。有的消费者可能在得到通知之前买受被召回产品,甚至因此遭受人身财产损害。但这些法律并未就“召回公告发布之后的买受人是否有权请求惩罚性赔偿”作出协调处理。

实践中,有人在看到召回公告之后,以索赔为目的专门去购买该产品。对于那些尚未引发明显损害或者不易被消费者发现的缺陷产品,生产经营者出于对发布召回公告之后的大规模惩罚性赔偿诉讼的担忧,很可能延缓或者拒绝实施召回计划,并最终损害消费者的利益。对此,法院有必要主动协调召回制度与惩罚性赔偿制度之间的关系,将召回公告发布之后的不安全食品或者误导性陈述产品排除在惩罚性赔偿之外。毕竟,召回行为本身已经表明,生产经营者已无惩罚的必要。事实上,国务院法制办于2016年10月发布的《食品安全法实施条例(修

[149] 洪国盛博士在北京大学互联网法治与发展系列学术沙龙上提出了这一点看法。

[150] 参见“徐晓明诉资和信百货买卖合同纠纷案”(争议产品:服装,标识的纤维含量为100%棉,检测结果为99.1%),北京市第二中级人民法院(2010)二中民终字第10787号民事判决书(一、二审判决均驳回了原告诉求);“杨连志诉巨力科技公司、天猫公司虚假宣传案”(争议产品:台式电脑,标识的屏幕尺寸为21.5寸,实为21.5英寸),潍坊高新技术产业开发区法院(2015)开民初字第833号民事判决书,第3—4页(判决驳回起诉的理由不仅包括“这不构成欺诈”,而且还包括“原告系知假买假”。但是,该合议庭将在下一个构成实质欺诈的知假买假案件中面临说理融贯性难题)。

[151] 在“何权诉迈菲恩公司、天猫公司产品责任纠纷案”[争议产品:皮夹克,宣称顶级皮料,实际上不是;杭州市余杭区人民法院(2015)杭余民初字第4384号民事判决书]、“李斯章诉糖糖屋公司、天猫公司产品销售者责任纠纷案”[争议产品:凤梨酥,宣称顶级食材;宁波市中级人民法院(2015)浙甬民一终字第979号民事判决书]、“杨连志诉潍坊百货集团、微山湖公司产品责任纠纷案”(争议产品:皮蛋,标签包含“无铅工艺”“蛋求最好”,但鉴定铅含量为0.1毫克/千克。法院认为,“‘蛋求最好’表达的是对产品质量更高的追求,而不是表达被告生产的是最好的蛋制品”)等案件中,法院就此作了明确阐述。

订草案送审稿)》第198条也体现了这一精神。该条规定,食品生产经营者“主动召回不安全食品,未造成危害后果,并采取有效措施减轻或者消除食品安全风险的”,“应当依法从轻或者减轻处罚”;“违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予行政处罚”。

第四类副作用与知假买假者的索赔方式有关。在实践中,有的知假买假者“以举报违法经营行为相要挟,向经营者索取‘封口费’,甚至是进行敲诈勒索”。^[152]这类索赔要求通常会高于知假买假者可以根据现行法请求的惩罚性赔偿金,也有可能超出现行法向违法经营行为配置的法律限度。特别是,当经营者信息不充分时,其可能会在不同的程度上高估现行法为特定违法经营行为所课加的不利后果(行政、刑事责任以及因此面临的商誉减损),进而向敲诈勒索者妥协。在效果上,这与前面三类副作用一样,最终都可能无谓地加重经营成本和消费负担。

不过,这类副作用同样不宜被夸大,更不能简单地以此为由对这股民间力量加以全盘否定,浪费发挥其积极作用的机会。实际上,目前司法、行政和学术界的同行已经日益广泛地认识到,即便在立法层面采取一刀切的做法,一律否定知假买假者的消费者身份,实践中仍然会有大量难以发现和控制的规避行为,且面临严重的证明困难。例如,知假买假者将实际提起诉讼的主体分散化,避免因为同一人在短期内多次诉讼而被认定为知假买假。这将在很大程度上使得此类一刀切规定沦为空谈。除非,国家立法在整体上推翻消费者的惩罚性赔偿请求权。

与这种一刀切的做法相比,司法和行政机构积极采取措施去抑制知假买假者的副作用将是一种更务实的做法。如果行政执法、司法机关能够提高其执法、司法信息的确定性和透明度,让生产经营者准确认识违法生产经营的法律后果,则可以大大地减轻甚至消除这类副作用。一方面,当面对高额的索赔负担时,生产经营者通常会将其与现行法对特定违法经营行为课加的不利后果相比较,并在“依法接受处罚”和“向知假买假者妥协”之间做出理性的选择。实践中,不少经营者选择向公安机关举报这类敲诈勒索行为,追究他们的行政或者刑事法律责任,^[153]当属理性选择的结果。另一方面,对于那些针对既无安全问题又不误导消费决策的商品发起的诉讼,司法机关需要表达明确、统一的否定性态度,监管部门需要明确生产经营者的相应行政法律责任,从而让生产经营者(特别是依法生产经营者)有充分的信息去认识高额索赔现象,树立应对高额索赔的法律信心。一种常见的评论认为,一些生产经营者主动或被动向知假买假者支付“封口费”,表明知假买假者已经泛滥成灾。这显然是不准确的。很可能相反的观察更准确,生产经营者之所以愿意支付“封口费”,不是因为索赔人太多了,而是因为不够多,所以才有赎买的空间。^[154]如果这类索赔人足够多的话,生产经营者会断然选择接受正式的法律制裁,而不是向索赔人妥协。

同样的道理,在一个具有确定性和透明性法律实施机制下,知假买假者能够比较好地认识

[152] 李仁玉、陈超,见前注[13],第56页。

[153] 参见邵克:“争议李海峰案:敲诈勒索还是维权过渡?”,载《民主与法制时报》2016年1月31日,第9版。

[154] 这一观察受到了冯博副教授的学术报告给予的启发。

到高额索赔行为的不利后果。其高额索赔的动力会大大降低。毕竟,这股力量的主要动力是获得经济利益,对因敲诈勒索引发的牢狱之灾的敏感性较高,不会轻易铤而走险。当然,如果生产经营者能够主动合规经营,或者政府监管机构能够开展切实有效的监管工作,就更不用为这类副作用而担忧了。

第五类常被贴上“副作用”标签的现象与商品价格有关。在消费者权益保护领域引入“知假买假者”这一股监督力量,必然激励商家在研发、生产、储运和销售等各个环节加大投入,以减少不安全食品或者其它假冒伪劣商品的发生率。而这些成本有可能通过价格机制转嫁到消费者群体身上,加重消费者的负担。这也是不少评论者反对在消费者保护领域适用惩罚性赔偿的一大理由^{〔155〕}(知假买假就更不用说了)。

对此,我们有必要区分事实判断和价值判断问题。的确,在事实层面,商品价格可能会因此上涨(加大政府监察力度同样有这个效果)。但在价值取向层面,这对消费者而言并不一定是坏事。毕竟,天下没有免费的午餐,商品的品质与生产成本具有正相关性(不考虑技术改进),消费者终究需要在“高安全性+高成本”和“低安全性+低成本”中作出选择。^{〔156〕}在食品安全领域,这一点是不言而喻的。在价值取向上,已经跨越温饱线的社会同伴从未像今天这样关注食品安全,他们因食品安全系数增加获得的身心福利将超过食品价格上涨的经济成本。^{〔157〕}其他领域也大抵如此,一分价钱一分货,要想获得一定品质的商品,就需要承担相应的成本。^{〔158〕}这就意味着,我们不能把“价格上涨”本身看成“知假买假”的一种副作用。更何况,在一个竞争性的市场中,通过假冒伪劣获利的空间越小,商家越有动力去改进生产技术和经营模式,因此也不至于发生成本和价格的过度增长。

当然,如前文所述,一方面,法院需要尽力控制知假买假者的机会主义行为,尽可能地识别和应对“造假买假”等扭曲的“打假行动”。那些针对既无安全问题又不误导消费决策的标签瑕疵发起的索赔行动,会无谓地浪费行政、司法和企业资源。司法系统需要对其表达明确、统一的否定立场。新近学术评论将这类恶性知假买假和索赔行为定性为侵权行为,主张赋予生产经营者以损害赔偿请求权,^{〔159〕}是有道理的。

实际上,就北京市法院系统十多年的审判实践来看,法官表现出了良好的实践智慧。“知

〔155〕 代表性的论述如,“惩罚性赔偿也不一定保护消费者的利益。因为惩罚性赔偿作出以后,公司将会通过提高产品的价格将惩罚转嫁给消费者,也可能通过保险而将赔偿转嫁给公众”。王利明:“惩罚性赔偿研究”,《中国社会科学》2000年第4期,第118页。早在一个多世纪以前,霍姆斯也明确提出了“企业通过消费价格转嫁产品责任”这一点。See O.W.Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review*, 467 (1897).

〔156〕 准确地说,是在“高安全性+高成本”和“低安全性+低成本”这两个端点之间的某个位置作出选择。

〔157〕 具体而言,安全生产经营成本(和商品成本)的涨幅不会太高。因为,一方面,商家在生产经营环节的努力具有规模优势,折算到单件商品上的成本低;另一方面,这种成本分散到数量庞大的消费者身上后,平均成本就比较低了。但与此相比,个体消费者在防患不安全食品时,需要每个人重复努力,缺乏规模优势。

〔158〕 奢侈品是一个例外。

〔159〕 杨立新:“消费欺诈行为及侵权责任承担”,《清华法学》2016年第4期,第67页。

假买假”在当前审判实践中的副作用远没有很多评论者想象的那么大。北京市的法院系统在总体上能够比较好地区分良性的“职业打假”(不安全食品、误导消费决策的信息)和恶性的“职业打假”(既无食品安全问题又不误导消费决策的标签瑕疵),并予以分别处理。^[160]只有少部分判决受到法律形式主义和朴素道德主义的影响,否定了良性的“职业打假”。支持恶性“职业打假”的判决更是少见。然而,少有法律同行观察和注意到北京市法院系统的这一实践经验及其启示意义。另一方面,我们不要奢望仅凭“职业打假”这股民间力量解决所有的食品安全和诚信经营问题,就如我们不能奢望个体消费者、政府监管部门或者公益组织等任何单一的力量解决所有问题一样。在学术讨论中,常有执法官员抱怨道,即便把黑作坊的详尽信息告诉职业索赔人,后者也不一定会去行使索赔权,因为这类索赔通常无利可图。显然,这种看法与寄希望于分散的个体消费者去行使惩罚性赔偿请求权等想法一样,没有搞清楚人的基本行为逻辑,设定了不切实际的制度预期。知假买假者这一股私人执法力量的作用不是万能的。相反,发挥各种潜在治理力量的合力,才是有效应对当前复杂现实问题的上策。

4. 小结

当前关于“知假买假”的功能分析存在两个误区。一个误区是仅凭朴素直觉认识到了“知假买假者”这一股民间力量的积极功能,但却没有坦然面对和主动思考如何应对其潜在的消极效应。在另一个误区,对“知假买假”的消极效应的认识缺乏系统性,去思考各类消极效应的真实属性和调节方案的就更少了。这在很大程度上与法律形式主义的惯性影响有关。法律同行把精力过多地分配到了形式化讨论中,而法律的功能维度经常被习惯性地遗忘,或者被简化为朴素的直觉判断。

前述分析表明,如果法律同行在操练形式化“口诀”的同时,能够保持对法律功能维度的敏感性,且愿意深入具体语境来系统观察诸种法律解释方案的功能面向,我们不仅能够发挥“知假买假”这股民间力量的正能量,而且能够通过技术改进和司法调控来有效抑制这股力量的副作用。^[161]同样重要的是,前文提出的“良性知假买假”与“恶性知假买假”的区分,在形式层面也能够通过解释《食品安全法》第148条第2款和第150条所规定的“食品安全”和《消费者权益保护法》第55条中的“欺诈”获得正当化依据。如此,我们就有机会发挥民法与行政法、刑法的协同治理效应,更有效地回应社会现实的法治需求,更好地增进人们的社会福利。

(三) 功能主义分析与法律的确定性

前文阐述的功能主义思维方式和分析方法有可能面临这样一种批评:法官可能因为在功能判断上的分歧同样面临不确定性问题。的确,在司法程序给定的时限内,法官有可能对“知假买假”的社会功能存在认识分歧,并因此作出不同的判决。但这并不构成阻碍从形式主义走向功能主义的理由,因为:

第一,即便如此,这也并不等于形式主义判断的确定性就更高。相反,如前文详述,在“知

[160] 有媒体对上海地区的访谈报道也印证了这一点。参见陈琼珂,见前注[137]。

[161] 早期关于惩罚性赔偿的一般讨论中亦有关于副作用的类似观察。参见张新宝等,见前注[127],第17页;李响,见前注[76],第47页。

假买假”这样的疑难问题上,形式化推演注定会陷入无休止的形式化对立困境,难有确定结论。而功能性判断的一大特点就在于其实证性和可检验性,具有比较强的“证伪”属性。那些背离一般社会认知经验的功能性判断,比较容易被识别和排除。前文对“知假买假”这一范例的分析表明,若法律同行能够深入具体语境去认识“知假买假”行为的社会功能(包括正能量和副作用),那么,我们会惊讶地发现:功能判断上的分歧远没有评论者在一个抽象层面所担忧的那么大。事实上,北京市法院系统在十多年的判决实践也表明,法官在总体上能够比较好地区分有助于增进社会公益的良性“知假买假”和有害于社会公益的恶性“知假买假”,并作分别处理。只不过,十多年来,法律同行沉迷于那种注定没有确定结论的形式化辩论或者朴素的道德判断,但却忽视了法官的实践智慧。在大量其它疑难问题上,不少法律同行正面临类似困境,深陷法律的形式主义迷途而难以自拔。

第二,“知假买假”这类社会转型问题本身就具有复杂性和变动性,司法实践需要有一个对其进行逐步认识的过程,并因此面临功能性认知分歧。但因此种分歧所致的判决不确定性当属于法治发展的必要代价,因为,只有通过试错和修正才能不断加深对社会新兴问题的认识,从而增加形成确定性认识的可能性。“从历时性的角度来看,法律系统是为适应社会复杂性的持续增长,运用法律沟通自我运作,变化其形式与结构,以[在实质意义上]增长其内部复杂性的方式克服社会复杂性的历史演化过程。”^[162]人类文明发展史表明,正是因为法律之治能够协调社会规范的“同一性”与“开放性和适应性”,让其超越了道德规范和宗教规范的朴素教化特点,从而成为现代社会选择的主流治理模式。^[163]

第三,法官从事功能性判断并不等于走向司法专断主义,或者说形式虚无主义。毕竟,功能维度的理想裁判方案需要转换为基于法律文本的形式化解释方案,才能获得权威的外在表达和具体实现。对于法官自认为理想的裁判方案,如果难以从现行法上找到规范依据,也不太可能实现。例如,即便有法官认为经营者具有严重的可惩罚性,其也无法逾越《食品安全法》第148条设定的“十倍”赔偿上限约束,对经营者课加更重的赔偿责任。在诸如此类情形,立法文本发挥着对司法专断的约束力,防止司法自由裁量走得过远。但如“知假买假”这一范例所呈现的那样,在疑难法律问题上,现行立法文本常常对应着多元竞争的形式化解释方案,为功能性判断结论提供了进行形式化转换的前提条件。

当然,在司法实践中,这一形式化“转换”过程并不一定能够轻易实现,也不一定总能完成。因为,法官的形式化推理能力或者说形式论据的开发能力参差不齐。面对同样的法律文本约束,有的法官能够轻松获得多套形式化解释方案,而另一些则不然。^[164]即便是同一法官,在

[162] 鲁楠、陆宇峰:“卢曼社会系统论视野中的法律自治”,《清华法学》2008年第2期,第56页。

[163] See Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, K. A. Ziegert trans., Oxford University Press, 2004, pp.73-74.

[164] 除了“法律形式化依据”这一约束外,法官还在实践中面临另一项约束,即对其判决将引起的外部反应的承受能力,包括但不限于案件当事人、公众舆论、长官意志和分权制约等外部压力。

司法程序给定的时限外也可能找到更充足的形式化依据。对于自己认为具有良好社会功能的解释方案,如果法官无力找到足够的外在形式依据,则面临不同程度的形式化“转换”障碍。面对这类障碍,法官要么选择对内心的功能认知予以妥协,作出与内心功能认知相背、与外在形式认知相符的法律解释和适用;要么选择与其功能认知相符但形式化依据不够充分的解释和适用方案;要么干脆选择回避可能面临的形式依据拷问,专断地表达符合其内心功能认知的方案。^[165] 那些支持“知假买假”的民事法官在这一点上表现得尤为明显。虽如本文第三节所呈现那样,不少支持“知假买假”的判决提出了充分的形式化文本依据。^[166] 但是,不少判决文书虽在“双方辩解理由”部分明确记载了被告关于“知假买假”的抗辩,但却在判决说理部分对此只字不提,^[167]或者仅以“缺乏事实和法律依据”一笔带过。^[168] 另一类判决书虽就此作出直接回应,但就“买受人是否系知假买假”这一事实设置特别高的证明标准,以至于商家几乎无法完

^[165] 毕竟,在中国当前的司法语境中,基层法官采用“回避技术”既可以免于被大众传媒关注,又可以免于有针对性的外部批评。

^[166] 更多判决可见“郑建芳诉智造空间公司买卖合同纠纷案”(争议产品:境内实体店销售的糖果,无中文标识),北京市第二中级人民法院(2015)二中民(商)终字第 02340 号民事判决书;“鲁广宁诉王府饭店有限公司买卖合同纠纷案”(争议产品:阿玛尼衬衣,衣服上中文标注成分与水洗英文标注成分不一致),北京市东城区人民法院(2008)东民初字第 05234 号民事判决书(判决认为,中英文标注不一致系因进口时的标签制作疏漏所引起的,但英文标注成分与衣服的真实成分一致,不存在欺诈意图)。

^[167] 见前注[115],“刘洋诉悦茶文化公司产品销售者责任纠纷案”(争议产品:茶叶,小包装和外包装上均无生产日期,且假冒其它茶商的生产许可证);如前注[118],“康尔利诉美廉美公司、尹孟栋买卖合同纠纷案”(争议产品:减肥胶囊,假冒药品);如前注[120],“霍维德诉绿慈(北京)公司产品责任纠纷案”(争议产品:虫草复合片,无证生产);如前注[118],“李彪诉亿客隆超市买卖合同纠纷案”(争议产品:皮夹克,标识为意大利绵羊皮,实为人造革);如前注[125],“陈建影诉科大商贸中心买卖合同纠纷案”(争议产品:冒牌对讲机);“张忠厚诉永康达医药公司买卖合同纠纷案”(争议产品:苦瓜活胰素胶囊,新资源食品文号过期且违规宣传疗效),北京市第二中级人民法院(2009)二中民终字第 8412 号;“张晓峰、张晓华诉永安堂药店买卖合同纠纷案”(争议产品:扶糖平抗糖尿病药,未经审批擅自发布夸大保健功能;原告先就从一家药店购买的药品向工商局举报,然后继续到另一家药店购买同种药品),北京市第二中级人民法院(2009)二中民终字第 20283 号民事判决书。在前注[52]、[111],“周悟权诉金泰公司买卖合同纠纷案”(争议产品:保质期内的牛肉干发霉,食用后呕吐)中,一审判决书认为“买受人只要未再次经营和销售所购产品,即为消费者”,但二审判决书对此只字未提。

^[168] 见前注[122],“段跃峰诉拉法耶特公司买卖合同纠纷案”(争议商品:服装,产品说明书标明 100% 棉,但检验结果为 46.6% 棉)。与只字不提和一笔带过这两类做法截然相反的是,有对知假买假持否定态度的法院通过主动查询原告的诉讼历史记录来认定其知假买假动机;如前注[150],“杨连志诉巨力科技公司、天猫公司虚假宣传案”民事判决书;如前注[151],“杨连志诉潍坊百货集团、微山湖公司产品责任纠纷案”民事判决书。但是,在北京市法院系统内,截止 2016 年 2 月 10 日,以段跃峰为原告的惩罚性赔偿诉讼判决书多达 40 余份,却尚无法院就其“知假买假”的事实作出认定和评判。另外,对比后注[169],北京市朝阳区的五份判决。

成证明任务(除非买受人自认“知假买假”)。^[169]

在这个意义上,提升形式推理能力与树立功能主义思维同样重要,是中国民法同行所面临的双重任务,有必要通过学术研究、法学教育和司法培训等多个环节来共同推进。但回到本文的语境和议题,法官无论如何都需要“时刻”保持对法律形式之功能面向的敏感性,保持对法律形式主义的自省能力。^[170] 有一种常见的说法认为,法官只有在遇到“知假买假”这样的疑难案件时,才需要考虑法律的非形式维度或者说功能维度。换句话说,在普通案件中,法官只需对法律文本展开形式化操作,即可得到确定结论。但是,这种说法并不符合人类的基本认知心理过程。因为,如前文在阐述功能主义分析的操作规程时所观察的那样,如果法官没有“时刻”保持此种敏感性,其怎么可能在特定的时点上就能够发现“一些问题是疑难问题,而另一些不是”呢?或者说,就能发现“一些法律文本具有唯一确定的形式化解释结论,而另一些不是”呢?事实上,法官之所以会在特定的时点上对法律文本作出多种解释,主要还是因为其在开展形式化解释的过程中,自觉或不自觉地考虑了不同形式化解释方案所对应的社会功能。只不过,在普通案件中,法官对法律文本的形式化理解与对法律制度的功能预期相一致而已。

六、余 论

本文认为,法官有必要“时刻”保持对法律之功能维度的敏感性,在疑难法律问题及时从形式主义推演转向功能主义分析。前文以“知假买假”案作为范例,尝试系统呈现这一点。但

[169] 例如,北京市朝阳区法院于2015年4月9日同时作出五份判决书,原告均为同一人,被告为同一总公司和该公司旗下位于不同地域的五家超市。争议产品均为食品(原告主张食品标签标注的执行产品标准代号错误,但被告仅证明涉案食品的一项质量指数达标)。针对被告关于原告知假买假的抗辩,五份判决均认为“华普公司、华普鲁谷超市虽主张冯海军在其他商家多次、大量购买与涉案食品相同的产品,其行为属于‘非一般消费者’的‘知假买假’行为,但未能举证证明冯海军购买食品后并非用于生活消费,故其此项答辩意见,本院不予支持”。见(2014)朝民(商)初字第42746号、42747号、42748号、42749号、42750号民事判决书。类似表述再如,“本院对此认为,虽沃尔玛宣武门分店以刘萱在购买涉案商品的过程中对产品进行了录像,其代理人杨连弟作为长期职业打假人也参与了购买过程来否定刘萱消费者的身份,但沃尔玛宣武门分店未能举证证明刘萱为职业打假人且其购买涉案干海参不是为生活消费需要,所以,宣武门分店的主张不能成立,刘萱具备消费者的身份,其权益应得到《中华人民共和国消费者权益保护法》的保护”,见前注[121],“刘萱诉沃尔玛宣武门分店买卖合同纠纷案”(争议产品:海参,未经审批宣传疗效)(一审判决书见前注[27])。另见前注[119],“杨连弟诉医保全新大药房案”(争议产品:全鹿丸药品,防脱发药品,假药);见前注[124],“刘艳清诉世纪卓越公司买卖合同纠纷案”(争议产品:宣称为天然水晶吊坠,实为仿水晶);“刘丽诉北京新世纪商场买卖合同纠纷案”(争议产品:MP3,标识产地为韩国,实为国内组装),北京市第二中级人民法院(2005)二中民终字第04628号民事判决书;北京市第一中级人民法院在“官效伟诉屈臣氏第五分店、屈臣氏公司买卖合同纠纷案”(争议产品:过期食品)的终审判决中改变了一审法院关于“知假买假不影响买受人的消费者身份”的观点,但对“知假买假”采用了特别高的证明标准,见(2014)一中民(商)终字第08589号民事判决书。

[170] “法(教义)学体系不能也不应排斥任何外在视角对法律的观察,而是应时刻对这些外在视角对法律的观察保持敏感度,将之内化、转译为法教义学体系中的知识。”纪海龙,见前注[8],第97页。

需要重申的是,这并不等于走向形式虚无主义,^[171]更不是倡导法官轻易否定甚至抛弃法律文本。相反,法官需要与立法机构、学术界形成良性的思想互动,尊重立法权威、参阅法律学说。只不过,与本文所批评的形式主义形态相比,法律功能主义对立法权威的尊重方式存在差异,对法律学说的内容期待也有所不同。

法律具有实现理想社会秩序的功能,且有必要通过建构形式化的立法文本和法律学说(法律人的行话)来降低这一实现过程的社会成本。法律文本和学说的语言越明确,对社会现实生活情景的照应性越强,体系性和融贯性程度越高,则这一实现过程的社会成本越低,稳定性越高。在这一点上,法律功能主义与本文所批评的法律形式主义心有灵犀。但除此之外,功能主义还强调,法官在针对具体法律问题展开形式化操作的同时,有必要“时刻”保持对法律形式之功能维度的敏感性,以尽可能地避免在操练法律形式“美学”时发生“形”与“神”的分离。^[172]特别是,法官需要正视我国民事立法因为长期的经验主义思维所致的严重形式融贯性缺陷,^[173]坦诚面对那些对同一法律文本的多元形式化解释方案,并在这些情形及时转向功能维度的思考,准确评估不同形式化解释方案将对未来的行为选择和社会结果产生的效应,然后选择那些有助于实现理想社会秩序的解释方案,并以此种方式来表达对立法权威的尊重。

相应地,功能主义对法学家的知识供给要求也有所不同。今天,法律学术同行“最热衷探讨的,仍是成熟法律体系的形态和特征”。^[174]但对于像中国这样一些处于发展和转型时期的国家而言,重新还原到具体的历史处境中,发现法律的时间性和特殊历史处境……相当重要”。^[175]“公法/私法”二元论等一系列形式化学说之所以难以起到“消费者权益保护”的效果,是因为其忽视了这样一个现实:中国消费者的权益在当前面临系统性的侵扰风险和监管失序,需要对症下药、多管齐下。^[176]除了围绕法律概念术语及其体系结构展开的形式化学说建构之外,法学家还需要贴近社会生活实践,反映人类的社会行为和组织规律,把法律形式背后的功能面向讲清楚、说透彻。具体到长期困扰法律学术和审判实践的“职业打假”问题,我们有必要区分良性的“职业打假”与恶性的“职业打假”,在承认、发挥和规范这股民间力量的正能量

[171] 对于以功能主义为导向的分析方法,有一种常见的批评:如果法官直接认为需要通过对生活消费作广义理解来保护消费者权益、净化市场环境,“便不是从具体法律规定入手,陷入了‘自由论’的泥潭”。韩世远,见前注[11],第88页。

[172] “行”与“神”的分离不仅是常常困扰艺术家的问题,在法学理论发展史上同样反复出现。对前者的观察,see E. H. Gombrich, *The Story of Art*, Pocket Edition, Phaidon, 2006, pp.22-24.

[173] “关于我国民事立法中的经验主义思维及其后果”,参见朱广新,见前注[37]。

[174] “不过,在法律层面,并不存在支持‘知假买假’者权利诉求的明确规定。对此,需借鉴比较法上较为成熟的规范模式及理论依据,做具体的解释论构成。”尚连杰,见前注[52],第82页。

[175] 泮伟江:“论指导性案例的效力”,《清华法学》2016年第1期,第36-37页。

[176] 丁轶:“权利保障中的‘组织失败’与‘路径依赖’”,《法学评论》2016年第2期,第47页。

的同时,抑制这股力量可能带来的各类副作用。^[17] 如此将带来改进和提升法律之形式美学的机会,并实现法律学术、司法实践和社会现实之间的接轨。

Abstract: Lawyers' divergence on legal interpretation in hard cases is, more than often, merely a façade. The underlying cause of such divergence is largely their disagreement on the notions and methods regarding how to approach the formality and functionality of the law. Indeed, the formality of law, especially legal concepts and their structural arrangements in legal texts, plays an essential role in the establishment and expression of the rules of law. Nonetheless, when it comes to hard legal issues, formal legal reasoning may not only suffer from self-contradiction, but also fail to fulfill due institutional functions. Worse, many lawyers in China, especially jurists and judges, have long been indulged in formalism when interpreting the law. This article argues that judges, when encountering competing sets of formal arguments, should shift their eyesight from the formal dimension of the law to its functional dimension, and access the social impacts each explanatory option is likely to bring about. The option that works better to promote social welfares should be chosen as an answer to the issue. Functional analysis of law is a matter of contextual inquiry, which means analysts ought to accurately calculate all major variables in given contexts, no matter economic, political or ethical. The highly contested issue of punitive damages for intentional purchasers of defective products serves as an illustrative case throughout this article.

Key Words: Hard Cases; Formalism; Functionalism; Intentional Purchasing of Defective Products; Punitive Damages

(责任编辑:许德风)

[17] 需要再次强调的是,通过司法实践的调节机制来发挥知假买假者的执法效果,是特定时空内法治失序得到系统性治理之前的一种短期选择。为了不让这种短期选择弄巧成拙,我们除了需要抑制恶性知假买假现象,而且还有必要通过宣传教化、行业自律等多种途径去规范良性的知假买假行为。从长远来看,需要发挥更大的制度想象力,开展更系统的法治改革。关于司法系统之内的调节机制与之外的系统性变革方案的更多讨论, see Unger, *supra* note 91, pp.113-134.