

消费者网络评价权的配置法理与立法表达

许恋天

【摘要】平台经济时代的消费者评价运动孵化出消费者网络评价权,它虽因循倾斜保护消费者之向例,经司法跃升为“实在化权利”,却囿于权利证成模糊而陷入权利基础泛化、权责不协调的困境。消费者网络评价权承载着消费者以网络言论自立自助的理性意愿,突破了消费者监督权的他治逻辑和单维结构,难以被监督权简单包容。消费者网络评价权须摆脱被消费者监督权简单捆绑的局面,独立进行权利创制。将消费者权益主导的“司法保护型”消费者网络评价权配置模式,修正为权利义务均衡的“立法规范型”模式,将更契合平台经济时代消费者保护法治化的需要。消费者网络评价权制度应立足于纾解权利成本问题,彰显消费者保护效率、消费者权利效用和社会整体效益最大化之“经济性”。对消费者网络评价权宜择集中立法模式,在权利侧注重一般性配置与差异化配置的合理协同,在义务端确保经营者、消费者、网络平台、市场监管者责任的妥当安置,并辅之以交易主体信用信息共享、网络交易平台吹哨制度。

【关键词】消费者权益;消费者评价;消费者网络评价权;新兴权利;消费者监督权

【作者简介】许恋天,武汉大学法学院博士研究生。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2021.3.147~166

一、问题的提出

平台经济在急剧缩短市场供应链的同时,亦因信息不对称造成了消费者与经营者间的疏离。受制于网络交易虚拟化,消费者知情权、自主选择权等权益的保护面临困境。一种伴随平台经济兴起的消费者运动——消费者网络评价——得以获取发荣滋长的空间,并迅速在市民生活中铺展开来。消费者网络评价以“信息公示”方式实现消费者对经营者的自主制衡,有助于保障潜在消费者的利益。诸多事实表明,这一新型消费者行为通过补足和矫正市场信息,起到了优化市场机制、促进优胜劣汰的作用。然而,当消费行为大规模地从线下拓展至线上时,消费者网络评价也日渐显现出“双刃剑”效应,诱发道德风险和市场不公平等问题。^①在日常生活中,商家索要好评与消费者肆意差评皆为常见,甚至催生了职业“刷评师”和有偿删差评的产业链。消费者网络评

价究竟是创构了“吹哨人”制度,还是诱发了“网上碰瓷”怪象,颇令人省思。

近年来,媒体报道中屡现“消费者评价权”字眼,^②不少文章也将“消费者差评权”署于标题中。^③法学界亦有关于消费者评价制度的研究,如有论者提出,消费者评价权“是消费者在交易后对经营者进行评价或评级的权利”。^④网络交易时代的消费者评价凸显为一种消费现象,法律如何保护消费者的网络评价利益,成为这一现象背后的话题焦点。随着平台经济日益蓬勃,消费者网络评价权益已外化为一种能被人们广泛利用且能带来社会效益的权利资源。在消费者网络评价权(以下简称“网络评价权”)已逐步融入消费者权益保护体系,初具法定权利雏形,并渐由“司法涵摄”走向“司法认定”的当下,如何制度化地配置这一新兴权利,业已成为紧要的法学命题。目前,网络消费大国美国已借助立法创设了消

费者评价权。^⑤然而,网购人数最多的我国虽拥有广泛的消费者评价实践,但相应权利尚未被立法系统回应,^⑥实难满足网络时代消费者保护及消费文化转型等深层需求。为此,本文着意检视我国网络评价权的现状,结合对网络时代消费者保护进路的必要观照,探察对这一新兴权利的配置逻辑与规制路径。

二、消费者网络评价权:一项新兴的消费者权利

(一)消费者网络评价权作为实在化权利

在我国,网络评价权可谓一种“无权利之名而有权利之实”的新兴权利。^⑦在现实生活中,我国主要依《合同法》《电子商务法》来调整消费者网络评价行为。然而,两者皆未正面确立消费者与经营者就评价行为产生的权利义务关系。一则,《合同法》仅调整网商平台与经营者间涉消费者评价的相关权利义务关系。一般来说,经营者进入网商平台,便被视为接受和认可平台规则,而这些规则大都包含相应的消费者评价、评级机制和经营者容忍义务,经营者进入平台即被视为对消费者评价行为之肯认,网商平台有权对经营者侵犯消费者评价利益之行为进行规制。然而,合同相对性决定了经营者作为义务主体所对应的权利主体并非消费者而是网商平台。消费者网络评价的内容、范围、信息发布方式以及保障措施和相应责任等皆由平台规则自主设定,这就意味着,平台不同,消费者享有的网络评价权也会有所差异。二则,《电子商务法》第39条^⑧虽以法律义务反射的间接入法形式隐性呈现了网络评价权的权利梗概,但仅强调电商平台有义务保护消费者的评价行为。可见,该条款对网络评价权保障范围的规定仍显狭窄、片面。

尽管如此,网络评价权却经司法证成得以被积极保护。笔者分别以“评价权”和“恶意评价”为关键词在“中国裁判文书网”中进行检索,共找到33个涉消费者网络评价纠纷的有效样本,多为经营者提起的消费者评价信息侵权之诉。其中,有25个案例认定消费者网络评价行为合法,占比76%,包括认定消费者的评价不当但并不构成侵权的6个案例。有8个案例认定消费者恶意评价构成侵权,占比24%,其

中的6个案例系消费者以恶意评价实施敲诈勒索行为。从裁判理由、结果来看,法院对网络评价权肯定和保护立场鲜明,且对消费者不当或过激的网络评价行为明显宽容。为呈现裁判现状,下文将选取两个案例切入观察。其中,案例1属于作出评价行为与实际消费行为的主体不一致之情形,法院以扩大解释“消费行为”对消费者进行倾斜保护。案例2属于单个消费者的评价行为引发经营者社会负面效应之情形,法院经部分克减经营者名誉权对消费者进行倾斜保护。

案例1:被告于某在使用自己的淘宝账号在原告宋某经营的网店上咨询某款商品时,因认为原告服务态度不好而向其表达了不满情绪,原告随即拒绝与被告进行该笔交易并限制被告在该店铺中交易。次日,被告使用其夫石某的淘宝账号在该网店拍下另一款商品,并在收货后对上述交易进行差评。原告以被告恶意差评侵犯名誉权为由提起诉讼,要求被告删除评价且赔礼道歉。一审法院以被告的评论方式非侮辱诽谤、评论目的亦非恶意为由驳回了宋某的诉讼请求。二审法院虽认可被告“混淆两次交易的评价内容,确有不妥”,但仍以无法认定该行为的主观恶意和产生的不利后果为由维持原判。^⑨

案例2:2010年,徐某(医师)在A口腔医院为被告焦某治疗了牙齿。2016年,被告发现治疗有瑕疵而与徐某发生了医疗纠纷,以当时仅取得执业助理资格的徐某“非法行医”为由将双方的纠纷发布在社交网站上,并多次发帖将徐某与原告(徐某现执业的B口腔医院)捆绑进行负面评价。由于负面舆论不断扩散、升级,原告被迫关闭线上营销平台,继而诉请法院要求被告停止侵权、赔礼道歉并赔偿损失。一审法院支持了原告名誉权受损的主张,但以网帖已删除且经营损失缺乏直接证据为由驳回了原告的诉讼请求,并判决由原告承担诉讼费用。二审法院维持了原判。^⑩

梳理法院对网络评价纠纷案的裁判路径发现,网络评价权司法证成的主要依据包括:一是最高人民法院的司法解释,如《最高人民法院关于审理名誉

权案件若干问题的解释》(法释[1998]26号)、^①《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2014]11号);^②二是网络平台规则;^③三是《宪法》中的言论自由条款;^④四是《消费者权益保护法》中的消费者监督权(以下简称“监督权”)条款;^⑤五是《消费者权益保护法》中的经营者容忍义务的相关规定。^⑥法院通常并不只依赖上述这些具体条款进行裁判说理,而是往往综合运用多种方式进行司法证成:既包含对公民权利保障、消费者权益保护以及社会利益促进的实质价值考量,亦囊括《宪法》中的言论自由条款、消费者权益保护条款、司法解释等形式规范依据,同时,还采用扩张解释、从概括或兜底性条款涵摄推定等具体的技术方法。^⑦然而,法院无论是依据《宪法》中的言论自由条款、民法中的合同权利以及司法解释中的批评评论免责权证成网络评价权,还是倚重《消费者权益保护法》中的监督权推定网络评价权,都未透彻回应网络评价权的来源和性质问题。从并不清晰统一的裁判理据来看,司法证成已陷入权利基础泛化的模糊境地。尽管如此,在上述33件案例中,有19个裁判文书不约而同地载明了“评价权”,占比达58%。这表明,司法机关已经通过积极能动的“法律续造”,使网络评价权跃升为消费者的“实在化权利”。

(二)消费者网络评价权实在化的肇因及困境

“一种独立的利益是否能成为一种独立的权利,不仅取决于法律的规定,更根本地取决于社会经济生活条件和人们的社会观念。”^⑧事实上,消费者评价利益早已有之,但受制于互联网技术发展前信息传播的局限和人们权利观念的薄弱,而未被视为一项独立的权利。随着网络交易模式从无到有、持续革新,社会权利本位意识逐步强化,作为利益共同体的消费者群体开始普遍作出网络评价行为。特别是平台经济激发了网络评价的强社会性、高交互性,这促成了消费者互联,并以“消费者言论”制衡经营者,在一定程度上纾解了市场信息缺乏和交易不透明的难题,使网络评价权益得到了社会的普遍认可,并随之

形成了权利的基本轮廓,进而通过司法证成转化为实在化权利,并经由司法保护得以捍卫权利之名,强化权利之实。

新兴权利常遵循“生活→司法→立法”的渐进入法逻辑,即“由当事人启动的新兴权利主张出发,经由基层法官的裁判和高层法官的解释,最终到达立法者的文案”。^⑨网络评价权沿循渐进入法的轨迹,当下正徘徊在司法与立法的相接地带。尽管网络评价权在生活与司法交汇中日渐彰显重要性,但零散、局部的立法并未提供充分的制度供给。承前述,我国未就网络评价权直接立法,《电子商务法》也仅规定了网络平台具有构建和保障评价机制的义务,并未直接将网络评价权明示为法定权利,更未明确权利范围、权利内容、行权方式、权利义务主体等内容,故这仅能被视作对权利的间接确认。由于《电子商务法》厘定的只是网商平台与消费者间的权利义务关系,并未直接调整经营者与消费者间的关系,加之网络评价之诉多由经营者对消费者提起,所以援用该法处置经营者与消费者间的纠纷,实则并无可资裁判的充分依据。

囿于网络评价权法源的缺失和规则的疏漏,司法机关实际上肩负着权利证成的主要功能,而司法又往往被倾斜保护消费者的逻辑牵引。长期以来,基于人们对消费者地位、消费者本位与消费者弱位的认识,对消费者给予倾斜保护被视为应然之举。正如有学者所言:“保护消费者权益,不仅是一切企业的义务,而且是政府不可推卸的神圣职责。”^⑩有学者认为,消费者权益是弱者的权利,是社会权和发展权的具体体现,法律应对消费者权益乃至权利进行偏重保护。^⑪在对消费者倾斜保护观念的影响下,法院常凭借消费者权益保护这一兼具“理论”和“价值”支撑的原则,依循结果导向型司法逻辑,在“消费者监督权”和“经营者容忍义务”之间凝练裁判理据,以能动方式就网络评价权展开司法因应。譬如,扩大解释监督权,将网络评价行为视为行使监督权;又如,扩大适用经营者容忍义务,将网络评价行为归为提出消费意见。由于网络评价权可以被纳入消费者

权益保护的概括法益,又可被监督权这一消费者基本权利涵摄,且网络评价权与监督权的权利外观最为相似,所以,在对消费者监督权利的当然适用和对经营者被监督义务的本能强调下,网络评价权经“消费者权利”和“经营者义务”的二维倾斜和双重内置,成为司法证成和保护的重要目标。

对消费者倾斜保护的正当性建立在矫正消费者弱势地位的传统上。然而,经济发展和产业革新深刻改变了消费者的整体存在形式和个体行权方式,特别是线上交易模式大大提高了消费者的黏合度与行权效率,消费者在市场中的影响力日益扩大,弱势困境有所缓解。在供给市场向需求市场的持续转变中,消费者权利滥用现象逐渐增多,“知假买假”“高额索赔”等现象唤起了人们对消费者倾斜保护的反向审视,如反思对消费者权利的配置是否过多、保护是否过度。有学者发现,对权利的倾斜性配置由于缺乏主体间长期的历史性博弈,故极易产生权利空置化、损害最差者利益与道德风险等弊端。^②正是对消费者等弱势主体的权利配置问题的检视,促使学界对权利倾斜性配置的研究由法理正当性转为规则合理性,^③并将对消费者倾斜保护正当性的讨论导入合理性向度。譬如,有学者提出,对消费者权利的倾斜性配置应注重消费者权益保护的“分寸”和“限度”,遵循谦抑性。^④可见,对消费者权利的配置偏颇和保护偏失问题已为学界所警醒。

在立法尚未直接、充分回应网络评价权的前提下,司法回应虽竭力进行权利发现和创制,但因难以超越“适用法律”之角色本位,仅可在模糊的司法涵摄中勉强进行权利的主体保护,从而面临“法律适用与法律续造之间的矛盾”。^⑤鉴于司法机关并未肩负确保网络评价权配置科学正当的使命,所以裁判者往往延续一贯的倾斜保护消费者的思路,将消费者并无明显主观恶意、实施并非严重不当的评价行为归于经营者容忍义务的范畴,或虽认定消费者侵权,却以“无直接证据证明损失”为由而对消费者免责。这就造成一个现实的悖论:经营者作为不当甚至恶意差评的受害人,既要承受难以估算的经营损失,又

难以通过诉讼途径捍卫诸如名誉权等自身的合法权利。然而,消费者作为不当乃至恶意差评的实施者,既能享受得到倾斜保护的评价自由,又几无侵权成本,多只是删除差评。如此一来,非但未能有效地震慑恶意差评行为,反而在客观上鼓励、纵容不当的网络评价行为,诱使网络评价权的泛化和滥用。

网络评价侵权之诉大多缘起于经营者(原告)的司法救济,却落脚于司法对消费者(被告)权利的倾斜保护。这一戏剧性的反转虽无意中起到了对网络评价权司法创设的效果,却暗合新兴权利的发现和生长逻辑。“新兴权利往往来自于从既有权利集群中扩展、延伸出来的某种权利观念,并且经常首先在诉讼过程中被提出。”^⑥司法固然促进了网络评价权的生成,但它是经由欠缺充分法律基础的续造而被动创制的,因而权利逻辑结构并不清晰,特别是网络评价权与既有权利集群中的言论自由、监督权等权利之边界未能被系统辨明。由于司法的被动性和终局性使法官不得拒绝裁判,故司法在面对新兴权利时需把握审慎和能动间的平衡,进行利益间的充分协调。就网络评价权而言,虽然法官的能动特征明显,但利益协调的工作并不完美。司法对于网络评价权的模糊涵摄和倾斜保护,在一定程度上遮蔽了合理评价与恶意侵权之间的界限,易引发评价权泛化及权责失衡问题。当下,亟须立法者释明网络评价权的制度属性,在“权利的名分”下构建较为明确的权利规则,妥善回应权利引发的责任问题。

三、消费者网络评价权独立创制的法理根据

有学者提出,一项权利之所以成立,是因其拥有五大要素,分别为利益、主张、资格、力量、自由。^⑦以此标准检视网络评价权可知:第一,网络评价权带给消费者以利益,既有直接利益,如消费者发表评价信息后得到的商家补偿或平台补贴,也有间接利益,即评价行为可以补足市场信息,矫正市场功能,优化市场环境。第二,网络评价利益能够频繁、顺畅地被消费者主张,同时也随时面临被侵犯或被剥夺的可能,如消费者因作出差评而被商家禁止交易甚至打击报复。第三,提出评价利益主张的主体必须是消费者,

且是实施了相应交易行为的特定消费者,这一主体资格来自市场的认可。第四,网络评价权已具备事实上的权能,该权能的实现不仅得益于司法的保护,也得益于《宪法》的规定,即消费者作为公民享有言论自由。网络评价权当然具有人权属性。第五,消费者可自主决定是否评价以及如何评价,只要未侵犯他人合法权益,这一自由就不应受到外在干预。如上所述,网络评价权蕴含着丰富的权利要素,它在因应经济社会发展的过程中已成为一项“成熟的、重要的、急迫的新兴权利”。^③在权利本位的现实语境下,我们需超越司法的模糊性证成和倾斜性保护消费者的模式,细致描绘网络评价权的真实权利样貌,区辨该权利与相关权利的关系,进而溯寻能够切实支撑消费者评价自由的权利之源。

(一)消费者网络评价权与相关权利之分野

司法对于网络评价权的证成多基于言论自由与监督权,然而剖释权利内容可知,网络评价权与言论自由系纵向的具体权利与原则权利的关系,而与监督权则是横向的相邻、交叉关系,三者联系紧密而又彼此不同。

1. 消费者网络评价权与言论自由

尽管网络评价权可被置于言论自由的调整框架内,但《宪法》上的言论自由条款所提供的仅是权利法基,并未给网络评价行为确定明确的边界。这是因为,与网络评价属于言论自由一样,经营者对商品或服务的描述也属于言论自由。当两种言论自由发生竞合时,究竟谁的自由更自由?消费者不当行使网络评价权,会极大地限制经营自由、侵犯经营利益,而《宪法》中规定的言论自由的对应义务并不能有效防止这种权利逾矩行为。因此,相关法律需在言论自由条款的基础上,进一步界定消费者的网上言论自由。例如,在消费者、经营者自由位阶平等的情况下,通过创设和规范网络评价权以明确自由边界,实现利益平衡。质言之,尽管言论自由能统摄评价权,且是实现消费者线下评价利益的重要保障,却未必能充分地规范网络评价行为。部分案例(如案例2)已表明,消费者在网络评价中虽涉名誉侵权,却

并未承担法律责任,这对经营者来说有失公平。是故,仅以言论自由涵摄网络评价权并不妥当。

2. 消费者网络评价权与消费者监督权

因网络评价权与监督权最为相邻,故不仅法院常采取“显性涵摄”的方式^④将网络评价权归入监督权之下,而且在生活中,网络评价权也常常被视为监督权,^⑤这致使监督权的逻辑实质渗入了网络评价权的运行中。因既有的监督权条款表意模糊、意涵笼统,而评价行为与监督行为时有交叉,故能否延续监督权涵摄网络评价权之惯有逻辑,亟需辨明。

(1)消费者监督权的权利结构难以适配消费者网络评价权

监督权抑或批评监督权是消费者的基本权利,泛指消费者“有权提出消费意见”。^⑥我国《消费者权益保护法》于第15条、第17条设定了监督权。^⑦其中,第15条属于原则和一般规定,第17条则类似于细化和特殊规定,从上述条文的表述看,尤为契合消费者“有权提出消费意见”的监督权规范意旨。从具体条文看,监督权具有三层内容:一是消费者个体或群体对提供商品、服务的市场主体(主要是经营者)进行一般性监督的权利(第15条),二是消费者个体或群体对保护消费者权益工作进行特定性或一般性监督的权利(第15条),三是消费者个体对为其提供商品或服务的经营者进行特定性监督,即提出消费意见的权利(第17条)。细研可知,第17条通过对经营者听取消费者意见的规定,间接确认了消费者对经营者的监督权,这是一种对人权,是仅限于向交易相对人即经营者行使的权利。第15条所确认的监督权则既是身份权也是对世权,权利相对人不仅包括经营者,也包括物流公司等第三方市场主体,乃至包括任何侵害消费者权利的市场内外主体。由此观之,第15条对监督权采概括性确认方法,着力于通过模糊权利对象、留白行权阶段而起到宣示权利、震慑市场主体和监管主体之功能。至于行权方式,则包括消费者对商家或相关主体进行批评、举报、控告,对履行消费者权益保护职责的国家机构和人员进行检举、控告及提出批评、建议等。

检视监督权的上述层类不难发现,监督权具有“他治”权利逻辑和“单维”权利结构,不足以适配、涵盖和融合网络评价权之内容,亦难实现网络评价权的根本权益。一则,若将评价行为视为消费者依据第15条行使监督权,则一方面,混淆了两者的行为界限,即评价行为发生在实际交易后,而监督行为未必伴随发生实际交易,另一方面,消费者常需依托有权机构通过“他治”而实现监督权益,这便异化为一种救济方式,但网络评价权的初衷显然并非救济,而是一项保护消费者信息法益的实体权利。二则,若依第17条规定的经营者义务反向推导、间接设置网络评价权,则会限缩网络评价权的意涵、束缚其权能。一方面,似乎只有消费者差评方契合该条款的规范文义,这导致网络评价权的丰富内容被禁锢为消费者的负面评价,难以囊括消费者的正面评价、中性评价乃至向潜在消费者分享消费感受。另一方面,似乎只有经营者才是评价权的唯一对象,这导致了网络评价权的义务主体被限缩为直接经营者,而未包含经营者以外的服务中间商(如物流公司),以及作出先前评价的消费者和其他参与主体。这些独立于或随附于经营者的主体,事实上对消费者权益的影响并不容忽视。这表明,有学者仅将网络评价权的义务主体限定为“经营者”,^③既不符合网络评价权运行的现实,也难以充分保障消费者权益。

进一步探察亦可发现,相较于监督权的封闭性、被动性、间接性、救济性,网络评价权呈现出公开性、互动性、直接性、制约性等特点。这是由于消费者所发布的评价信息不仅是公开的,而且与具体经营者的经营行为直接相关,消费者能够对经营者所发布或公示的市场信息进行检验和过滤,同时还能逼迫经营者与消费者互动,在回应消费者提问或差评时,不得不披露更多的商品或服务信息。消费者通过评价不仅能获得个人利益,且当个别评价信息得到群体共鸣时,还能依托平台产生群体联动以约束、制衡经营者。由言来顺受的单向批评,到你来我往的双向互动,网络评价权可谓已突破了监督权的单维权利结构,既是一种与经营者进行互动并监督的表达

权,也是对消费者群体进行消费引导的建议权,同时含有对市场监管权进行社会化“辅助”的监管权。若依惯性将网络评价权遁入《消费者权益保护法》第15条、第17条所构筑的监督权框架中,则既无法区辨前者的特殊运行机制,亦难回应规则误用所带来的权利义务失衡问题。

(2)消费者监督权的运行机制难以兼容消费者网络评价权

从法理上看,消费者作为民事主体,与特定经营者间的具体权利义务关系的形成并不始于监督,而始于交易。买卖契约在前,约定消费者与经营者间的具体权利义务内容。消费者监督在后,确保合同能够如约、依法履行。因此,特定性的监督权(《消费者权益保护法》第17条)往往没有独立的、确定的、具体的法益,只能附着于契约中的买方权利,因买方权利产生,依买方权利变化,却无法成为一种主权利,也无法单独进行救济。然而,一般性监督权(《消费者权益保护法》第15条)的行使更为复杂,因该权利主体与权利所指向的最终义务人并不直接对应,故权利效果具有较大的不确定性。一旦丧失市场监管者等有权主体的权力“背书”,监督权往往会被虚置。就经营者接受监督的义务而言,“通常需要由行政机关依法行使行政权力、履行行政职责才能督促经营者实际履行义务”。^④实践中,受制于执法和监督资源的短缺,监督权运作不良且频繁失灵,并不能扛起提升消费者市场主体地位的大旗。作为一种概括性、震慑性权利,监督权面临既易走向疲软怠惰又易走向扩张激进的两极化困境,如软弱的消费者怠权、强势的消费者滥权。^⑤相较于内涵抽象、成本较高、效力间接的监督权而言,网络评价权有助于通过交易平台产生直接约束力。^⑥当下,消费者群体通过负面评价对抗不诚信的经营行为,走出了一条从被动依赖国家保护到主动组织集体斗争的自立之路。监督权体现为消费者借助公权力抗衡经营者,而网络评价权则体现为消费者将对抗之剑握在自己手中,通过发起消费者运动与经营者进行博弈。

(3)以消费者监督权规约消费者网络评价权可能

误入歧途

有关监督权的条款(《消费者权益保护法》第17条)对经营者听取消费意见的范畴、方式、载体都未予明确,若将网络评价行为等同于提出消费意见的监督行为,就可能会使经营者义务陷入内容不明的境地。事实上,网络评价权未必一定对应经营者义务,即便其对应的内容有经营者义务,该义务也并非无限义务,而应是一种有限性义务和明确性义务。譬如,一方面,消费者的好评不必然带来经营者义务,反而会带来经营者利益。另一方面,消费者行使差评权虽会对应经营者义务,但与经营者应听取消费意见这一严苛的被监督义务不同,此时的经营者往往仅具有接受消费者纠错的义务,而非接受消费者超出真实消费体验而批评的义务。相反,经营者对于虚假评价或瑕疵评价具有修正权。概括性的监督权并无十分明确的行权边界,任何消费者在任何时候以其认为正当的目的,都能行使宽泛的监督权。然而,监督权转化为权利效果需借助中介和转换机制。网络评价行为具有公开性、强交互性和群体性特点,单一的网络评价行为通过网络平台被放大叠加,往往能够增大消费者的权能。因此,相对于监督权类似于“群体权利的个体行使”,网络评价权更类似于“个体权利的集体行使”。若将网络评价权简单纳入监督权的范畴,则极易导致网络评价权因缺乏权利边界而走向异化和扩张的歧途,相应的经营者容忍义务也可能被过度乃至无限施加,从而引发道德风险和市场不公平等问题。

(二)消费者网络评价权的角色归正

网络评价权要想迈入实在法的权利体系,需经受正当性的论证,这应立足于网络评价利益的特殊性、重要性及网络评价权与监督权间的异质性、不协调性。“当社会观念发生变化后,当人们对这种独立利益重要性的认识加深后,基于此种利益的特殊性及其与原有权利之间的不协调,将此种利益确认为一种独立权利将是法律发展的一个必然规律。”^⑧其一,网络评价利益具有特殊性、重要性,有助于缓解市场信息不对称,优化网络交易环境;其二,网络评

价权独立创制有平台经济的现实基础,社会亦普遍接受;其三,网络评价权与监督权虽有制度勾连,外观相似而交叠结合,却始终内嵌张力。“‘消费者’的法律形象并非弱而愚,而是能够独立、理性参与并影响市场的自立主体。”^⑨监督权立足于消费者的弱者形象,通过他治逻辑维护消费者群体利益。然而,网络评价权更珍视消费者的主体性和自立性,目的在于促成消费者的理性评价,保障市场交易的秩序性、经济性和均衡性。网络评价权是为了平衡平台经济时代特定背景中的市场主体间的利益,实现社会整体利益最大化而衍生出的权利。^⑩网络评价行为实质依托评价权而非简单挂靠监督权,监督权以及言论自由权即便可涵盖线下评价行为,却难以统摄、派生网络评价行为。因监督权难以统合评价权的权利保护范围,故网络评价权与监督权虽存关联,却并非属种关系,难以以监督权为桥梁进行法的续造。鉴于网络评价权具有特殊保护法益、特定权利主体、特别权利目的以及特有行权方式等明确的权利外观,加之平台经济愈发缩小了消费者监督的空间,^⑪故对网络评价权予以确认诚属必要。

第一,网络评价权具备特殊的保护法益。网络评价行为既包括对交易内容的评论,也包括对交易对象的评级。评价范围既包括对经营者(含物流公司等服务中间商)的直观评价,如评价经营者提供的服务内容、服务速度,交易商品的质量、外观、功能等,以及评价经营者所从事的经营活动、宣传行为是否违法、违规或与实际情形存在偏差等,也包括对消费体验的抽象评价,如对产品使用体验、服务接受体验,甚至商家服务态度所作出的评价。从形式上看,此类评价信息不像有体物那样可以被物理占有和支配,对其只能进行法律上的控制。^⑫这一控制具体体现在消费者对他人阻碍评价行为、干预和利用评价内容的禁止和排除,这可被视为随附于消费者的特定法益。此外,出于维护市场秩序之需要,社会需确保消费者一定的评价自由,以消减市场信息不对称,从而使网络评价权被赋予公益法益。对网络评价权的侵害既有损消费者私益,亦有碍社会公益。

第二,网络评价权具备特定的权利主体。消费者评价行为伴随市场的出现而出现,但其衍生为一种权利却是在网商兴起之后。^⑩因此,网络评价权的权利主体系在互联网上实施评价行为的消费者,具体是指完成了特定线上或线下交易行为的消费者。只有实施消费行为的消费者,才具有对交易对象和消费内容实施评价的资格,并有权控制评价信息,决定评价内容,排除非法干涉,这一权利构造可被理解为一种绝对权。同时,网络评价权是一项事后权,秉承“无消费即无评价”的理念。反之,监督权是一项普适权,虽然名义上冠以“消费者”这一权利主体之名,却并不对行权人进行实质审查,也不以消费法律关系的切实存在为前提。监督权是广义上的“消费者”或可能成为“消费者”的市场主体在任何阶段都可行使的一项权利。监督权不是消费者的身份权,与公民监督权之间并非泾渭分明,甚至经营者也可以消费者的名义检举、控告同行竞争者的不当经营行为。

第三,网络评价权具备特别的权利目的。监督权的行使目的是限制经营者侵犯消费者权益的行为,同时督促消费者权益保护的责任部门和社会组织维护市场正义和市场秩序。然而,网络评价权的行使目的则是消费者基于私力扭转市场信息不对称所加剧的市场弱势地位,从而矫正市场自主调节所带来的弊端。网络评价权维护的是交易地位公平和市场信息透明,网络评价所起到的监督效果只是权利目的之一。

第四,网络评价权具备特有的行权方式。监督权的行权方式在于“监视”和“督促”,即消费者对经营者的一般震慑和特定约束。“监视”是消费者能够自行行使并基于权利主体地位可以实现的,而“督促”需借助“权力”,增加威慑效力,方能实现。从行权结果上看,监督者须对经营者产生事实上的制约或约束效果,才能防范监督失灵。网络评价权的行权方式,通常是在其他消费者或潜在消费者能够参与的网络平台上发表评价、评级信息。不同于监督权的“请求外力支援”,网络评价权是消费者运动下

的“内力自治”。它的实现具有更强的威慑性、回应性与拘束性,可以较低的行权成本快速激活市场调节功能,督促经营者自觉履行合规义务,规范市场交易秩序,维护消费者群体利益。

权利的合成、分解和结构变动是权利发展中的常见现象。运用权利结构理论可以发现,权利的合成、分解和单纯结构变动既可能诱发权利的质变,又可能改变权利的功能。^⑪网络评价权是消费者权利扩张和市场规制体系演进的双重产物,它不能被简单视为监督权的阐发性权利,而应被看作消费者权利分解所形成的新权利。网络评价权是消费者权利在新的社会形态下,从概括性权利向具体性权利、从一般性权利向特定化权利发展的时代产物。网络评价权的权利特质在于以“去抽象化”的直接制约方式减少监督资源耗费,更好地实现市场监管功能,因而既有助于改善监督权的功能,也有助于填补消费者权利的漏洞,更好地维护消费者权利。“新兴权利与旧有权利之间的冲突和协调不仅始终贯穿于法律权利实践的始终,而且彰显着权利发展的真实样态。”^⑫网络评价权与监督权虽有权际差异,但在制度谱系上具有相似性,于功能效果上具有互补性,在整体的消费者权益保护体系中并非相互拒斥,而是各有作用空间,应成为组合装置,以在双轨互动架构下遐迩一体。将网络评价权作为消费者权利进行专门创制,使“司法保护型”模式转换为“立法规范型”模式,有助于更好地彰显消费者自立自助的理性意愿,契合平台经济时代消费者保护的法治化要求。

四、消费者网络评价权的制度建构与立法表达

(一)消费者网络评价权制度效用最大化

“一项新兴权利要成为真正意义上的法律权利,必要性与重要性只是说明了权利的‘可欲性’,是否具有现实的‘可行性’才是实质所在,而这从根本上取决于权利的成本。”^⑬在肯认网络评价权带给消费者群体较大权利收益时,也不应轻忽和回避该权利产生的成本。唯有立足多元利益平衡的“公平”本质进行融贯分析,方能对该权利的配置进行妥当的回应。

1. 收益:降低消费者的试错成本

从经济学角度看,网络评价权的主要功能在于降低消费者在交易过程中的“试错成本”,缓解消费者与经营者之间的信息不对称,避免逆向选择和道德风险问题。^⑥同时,消费者的维权成本也能因此降低。网络评价权降低消费者的试错成本主要体现于解决交易前的信息不对称问题,即消费者基于自身消费体验对交易内容、经营者资质及产品质量等商家信息进行矫正或补足,促进交易透明化。在网络评价权产生前,经营者声誉机制和市场信息反馈功能并未被充分激发,消费者对市场的反应滞后明显,消费者对经营者虚假信息的辨识途径较少,往往只能通过实施消费行为区辨经营者所提供之信息的真伪,由此产生了消费者的个体试错成本,而消费者个体试错成本的总和构成了消费者整体的试错成本。

(1)受限评价机制下的试错成本

在缺乏网络评价平台的市场中,限于信息传播渠道不足,消费者个体的消费体验难以共享给市场潜在的消费者。当面对不法经营者时,消费者群体所需承担的试错成本往往是个体损失的简单相加,且缺乏成本控制机制。一则,就消费者个体而言,其在权益受侵害并支付试错成本后只有两个选择:维权或弃权。若维权,即便部分或全部挽回了已支付的试错成本,仍可能基于维权行为而需承担一系列的维权成本,这又转化为新的个体试错成本。若弃权,已发生的试错成本亦未减少。二则,就消费者群体而言,因消费者个体的反应速度限制了消费者群体对市场中的不当经营行为的约束能力,故在市场监管主体介入前,消费者很难有效止损,甚至会陷入多人多次支付同一试错成本的消费困境。

(2)绝对评价权下的试错成本

在消费者享有充分的网络评价权的情形下,由于信息互联和反馈及时,消费者个体可借助网络评价平台,及时矫正虚假经营信息或揭露不当经营现象,消费者群体的试错成本将大为降低。一方面,评价信息有助于市场监管部门及时、准确地对非法经营者定向执法,避免消费者群体试错成本的扩大。

另一方面,评价信息也能对潜在的消费者作出警示,减少消费者群体试错成本。同时,因网络评价权的行使对象并不限于市场经营者,还包括公权力机构,故消费者可通过对消费者权益保护机构及人员实施评价来监督相关人员履职,提升行权和维权能力,减轻消费者试错成本,降低维权成本,从而在有效控制损失扩大之时,在最大程度内挽回消费者个体试错成本,间接降低消费者群体试错成本。

2. 成本:增加经营者直接成本与市场间接成本

在消费者普遍享有网络评价权的情形下,所产生的经济成本可分为直接成本和间接成本。直接成本主要由经营者承担,该成本是由消费者过分依赖评价机制选择交易对象和交易内容而给经营者带来的品牌营销成本、声誉维护成本以及恶意差评的抵制与消除成本。间接成本则包括市场规制成本和转化成本,涵盖规制市场行为所需投入的司法、执法成本以及由直接成本所转化的市场交易成本。

(1)消费者互联成本

直接成本产生于消费者在行使网络评价权过程中自发形成的消费者互联环节。消费者互联是消费者在互联网技术日益成熟的背景下,对某一特定产品或服务的消费体验进行频繁互动所形成的一种从评价到行动、从线上到线下的互联关系,这一互联将最终推动消费者群体演变为社群团体。消费者互联的形成往往源于对某一类市场信息的共同认知和解读。“受众对信息的关注、接受是选择性的,他们的反应契合注意力经济学的逻辑:信息被关注、接受的程度与其可理解性成正比。”^⑦形成互联的消费者团体成员间具有稳定的黏着性、较高的留存度,彼此互动频繁又互相信任,成员就某一网购体验所发布的评价信息,常会获得其他消费者的赞同。消费者互联所带来的情感归属和价值认同,使消费者潜意识里更愿意相信其他消费者进而“跟风”消费。消费者互联所隐藏的商机激发经营者投入成本推动消费者互联。若经营者成功“侵入”并“俘获”消费者互联社群,就可能获得品牌的推广途径和广大的客户群体,从而实现交易量和利润额的增长。可见,在利益驱

使下,消费者互联社团是经营者主要的直接成本投入点。

(2)“好评”引导成本和“差评”防御成本

消费者在网络评价权行使过程中可能诱发消费者互联,并据此制约经营者行为,影响市场信息资源配置。若经营者试图就其推出的某一新产品或服务吸引消费者互联,在最短的时间内保持一定数量的消费者正面评价或市场关注热度,就需要付出“好评”引导成本。一是不定向投入营销成本,拉动成交量,既着眼于激发消费者“薅羊毛”的欲望,在短期内提高交易额,也立足于通过让利赢得尽可能多的买家好评,实现消费者聚集。二是通过定向投放成本,笼络消费者互连网络中的核心人物,进而“俘获”正面评价,借此引导潜在消费者的决策行为和评价偏好。无论是不定向投放营销成本,还是定向投资关键人物,都是经营者为争取消费者正面互联而需付出的直接成本。因网络评价及评级信息与经营者的店铺信誉和综合排名息息相关,除上述两种推广新产品或服务的方式外,经营者还需一些常规手段争取消费者的正面评价,如采取返利或返现的形式向消费者“求好评”。为了争取且维护尽可能高的好评度和关注度,经营者在吸引消费者聚集后的很长一段时间内,往往不敢贸然降低单笔好评的兑现金额,这也导致了经营者所投入的成本随着返现周期的延长和消费者数量的增加而逐渐扩大。同时,经营者还需承担极大的防御成本,用于应对消费者负面评价甚至恶意评价。在对消费者倾斜保护的背景下,经营者对于不当、恶意扭曲事实的评价信息,很难及时消除影响,为快速解决纠纷,常需要支付带有妥协性的经济成本。

(3)规制成本和转化成本

间接成本主要包括由监管者承担的市场规制成本和最终由消费者承担的转化成本。一方面,由于网络评价权能对市场交易行为产生直接影响,而当前对于网络评价行为又缺乏规范,故不乏经营者利用网络评价权或消费者滥用网络评价权的情形出现,市场监管者对上述行为的评估、判定和规制需要

成本。从近年来的诉讼案件数量看,该成本不可小觑,且其快速增长。另一方面,经营者所支付的直接成本并非全都能转化为市场占有率和收益率,尤其是防御成本不可避免却收效甚微。为平衡经济收益与成本投入,经营者往往将一部分成本以隐性方式转嫁于消费者,如抬高产品或服务价格、降低产品或服务的质量。同时,在对网络评价缺乏规范调整的情况下,经营者收到无理由或不真实的差评实属难免,不少经营者甚至采用非法手段对消费者进行打击报复。俗语道:“断人财路如杀人父母”。因差评引发的血案或许属于极端个案,但消费者由于差评而遭受报复的情况并不鲜见。^⑥消费者所承受的不仅仅是经济成本,还包括健康成本、精神成本甚至是生命成本。

3. 最大化:消费者网络评价权配置的效用与效益

网络评价权的配置虽有突出收益,却需支付社会成本,并非配置越极致,对消费者权益保护就越经济,亦非对权利进行单方配置和极尽穷尽便告功成。网络评价权的制度设计不能仅着眼于消费者保护效率的最大化,还需将消费者效用和社会整体效益最大化熔于一炉。

(1)消费者效用最大化

“经济学家通常假设每一个经济主体将促使某些东西最大化:消费者追求效用(如快乐、满意度)最大化,厂商期望利润最大化,政客则希望得到最多的选票,政府部门希望财政收入最大化,等等。”^⑦网络评价权最大化配置意味着消费者群体对评价行为的支配和自决程度最大化,这有利于评价权能最大化。有学者认为:“若某个主体通过自己意志支配的事实(行为)改变了法律关系,则此人行使了权能。”^⑧借用这一定义,当法律赋予消费者的网络评价自由足以改变消费者弱势的市场主体地位,甚或通过不当评价产生侵权法律事实时,消费者便拥有了网络评价权能。具体而言,网络评价起初只是一种经济活动,是消费者对消费或交易体验的市场反馈行为,并不会影响到经营者与消费者的市场地位。然而,

当网络评价权得到法律明确认可时,消费者便享有了请求权,包括自由评价请求权、排他控制请求权等,与此相对应的是经营者的容忍义务和公权机构及其授权产生的社会组织的维权责任。从理论上,经营者的趋利本性会使经营者不断追逐市场交易的不透明和垄断利润的最大化,网络评价权能的行使恰能够对经营者的此类行为进行监督和限制。因此,在市场利益博弈中,消费者期望评价自由和保护程度的最大化。在对消费者权利倾斜配置的情境下,评价权能扩张到了极致,经营者的容忍义务随之最大化,由此造成了对市场经营行为的最大化抑制。

当网络评价权能绝对约束甚至远远大于经营者的自主经营权能时,经营者的竞争焦点就会从商品的市场份额转为消费者的正面评价数量,从而将原本投入于产品创新或服务提升的精力和财力用于迎合那些在消费者群体中具有较大影响力的消费者互联社团。最终,市场活力丧失而产品创新受阻,消费者所能获得的市场整体效用下降。可见,消费者个人效用的最大化并不必然带来消费者整体效用的最大化。消费者个人效用最大化意味着消费者个人评价权行使的极端自由,这往往会让消费者陷入“猖獗的个人主义”的陷阱,^⑤从而使他人利益和社会公益受损。因此,应将网络评价权的配置目标明确为实现消费者整体效用的最大化,根据消费者行权能力的不同,倾斜性配置网络评价权。由于消费者的能力有差别且行为分殊,故需适当增加相对弱势消费者的网络评价权,鼓励弱势消费者积极行权,合法维权。同时,限制强势消费者的网络评价权,约束强势消费者为满足个人效用最大化而操纵消费者互联,侵犯其他消费者和经营者合法权益的行为。

(2) 社会整体效益最大化

消费者法归属经济法范畴,兼具私法与公法特点,既立足于消费者个体与团体保护,又着眼于社会主义市场经济的健康发展,在根本上以社会整体效益作为立法目标。“经济法的效益观所追求的社会效益,在于它不是一般而言的经济成果最大化,同时更是宏观经济成果、长远经济利益以及社会福利、人文

和自然环境、人的自由和自身价值等诸多因素的优化和发展。”^⑥我国所采取的绝大多数权利倾斜性配置方式,都存在着额外规制或过度保护交易一方私权的现象。^⑦对网络评价权的最大化配置和极端化保护,虽有益于消费者整体效用最大化,却因对经营者过度规制而容易破坏交易自由,扰乱市场环境,影响长远发展和社会福利。因此,网络评价权配置要处理好消费者整体效用与社会整体效益最大化间的关系。

(二) 消费者网络评价权的法制化配置

网络评价权并非过于“超前”的新兴权利,立法者应适时助推该权利完成从司法认定到立法确认的过渡,在制度层面实现赋权与控权并举、公平与效率兼顾,注重多元市场主体间的利益平衡,“着眼于社会长远福利和整体效益,考虑总的效果”。^⑧

1. 消费者网络评价权的入法方式

我国对新兴权利的立法确认常采取两种方式:一为局部立法,又称分散立法,即将关于该权利之规定分散于不同法律文件中,在个案适用中逐步完善。二为整体立法,又称集中立法,即在某一部效力较高的法律中对该权利作出框架性、系统性规定,便于其他法律援引适用或进一步细化。前者的优势在于有的放矢,较为灵活,能够有针对性地解决相应的法律问题,缺点在于缺乏系统性,易产生权利配置的碎片化等问题。后者的长处在于关注法律的整体效果,能够统筹协调权利关系,周延配置权利义务,保障权利体系的全整性,弊端在于明确有余而灵活不足。作为平台经济时代主体庞大的新兴权利,对网络评价权的充分保护更宜采用集中立法。目前,我国的地方性网络评价权立法实践和政策试验已初显成效,这为开展集中立法的尝试奠定了必要基础。^⑨

集中立法又可分为创制专门法律和增设专有条款。“从制度功能最佳发挥看,我国需要有一个系统的消费者评价制度,以一揽子地解决问题,这需要对消费者评价进行专门立法。”^⑩从理论上说,将网络评价权植入《消费者权益保护法》,立法资源投入较少,

立法难度较低且权利配置充分,权利保障有力,符合成熟、重要、急迫的新兴权利入法的逻辑。然而,消费者评价不止包括网络评价,还包括网外即线下评价。虽然平台经济时代的消费者评价权主要呈现为网络评价权,但为了防止采用“网络评价权”会遗漏部分权利,仍需完整地对消费者评价权进行特殊规范。为此,有必要另设条款,将消费者评价权作为原则性权利纳入《消费者权益保护法》,进而在这基本法下配备以网络评价权为核心的消费者评价权利集群。鉴于网络评价权的行权频率较高、涉及领域较广、义务主体较多,可谓平台经济时代的一项典型权利,故将其专门立法或规定于互联网相关法律场域中较为妥适,且更具现实意义。具体思路为:第一,在《消费者权益保护法》中对消费者评价权进行专章规定。第二,在《消费者权益保护法》下创制网络评价权专门法,以下位法形式对网络评价权进行全面规范,明确网络评价权的权利地位,以起到单独配置和框架指引的作用。同时,完善与调适竞争法、金融法、网络安全法和信息安全法等法律中的相应条款。

2. 消费者网络评价权的立法技术

网络评价权的入法方式仅回应了权利配置框架问题,而采取何种表达技术进行立法,则直接关系到权利的实现。有观点认为,立法规定能否精准表达立法者意图、充分实现立法目的,仅是立法技术问题。^⑤由于网络评价权涉及分配社会利益及调整社会结构,所以对网络评价权进行精细设计和表达尤为必要。

(1) 消费者网络评价权的权利体系

不同于经营者,商品市场中的消费者并没有特定门槛,只要具有完全民事行为能力,任何人都是能够实施消费行为的消费者。因此,消费者群体十分庞大,且在数量上远超经营者。为合理保护消费者的正当利益,实现社会整体效益最大化,对网络评价权的法律配置不应也不宜简单地对消费者无差别地赋权,而应综合考虑消费者的构成多样性、动机差别性及行为自利性等因素,通过合理的倾斜实现差别

化、非歧视化配置,实现权利体系的相互融洽。^⑥具体而言,网络评价权的权利主体不应被泛化,需被严格限定为真正的消费者。一方面,根据消费者与评价对象间的利益关联度,差别化规定权利主体;另一方面,区别重点保护的弱势消费者和相对限权的强势消费者,有针对性地设置权利范围。

一则,对网络评价权主体范围之认定,应充分考虑交易行为与评价行为间的因果关系,确保二者具有直接相关性和高度紧密性。重点考虑两种情形:其一,若消费行为与评价行为都实施于同一网络平台,则网络评价权自交易完成时产生,此时权利主体只有实施交易行为的消费者本人,且该权利不得转让。在特殊情况下,法定代理人或约定代理人可因在代理权限内实施交易行为而取得网络评价权,此时,代理人可自行或基于被代理人的委托行使网络评价权。其二,至于消费者实施线下交易行为能否取得网络评价权,情况则较为复杂。一般而言,消费者在线下实体店进行交易前难以获得相对详细、直观的商品或商家信息,在经营者信息获取上存在一定的局限性,需要消费体验加以补足。鉴于网络评价旨在缓解市场信息不对称的困境,线下市场同样需要消费者评价为潜在消费者提供消费指导和参考,故网络评价权不应专属于线上消费者,也应适用于部分线下消费主体。然而,为维护市场交易秩序,线下消费者在对某商家作出网络评价时,应当提供真实有效的消费证据,否则将不享有网络评价权。

二则,对网络评价权主体范围之认定,还应充分考虑评价主体与评价信息间的利益关联度。互联网时代的竞争模式从规模型“体量”竞争转化为速度型“眼球”竞争,商家的信息利用能力直接影响商家的市场占有率和品牌影响力。经营者不仅可以发布、扩散、获取、解码市场信息,还能拦截、捆绑、引导或篡改网络评价信息,评价信息的市场参考价值受限。此种情形下的网络评价权利主体应当严格排除以评价牟利的行为人。若消费者以牟利为目的实施评价行为,如接受或索要相关经营者的经济性利益,则该消费者不应被认定为网络评价权利主体,法律

也不应保护其评价权益。在现实生活中存在一种现象,即同行竞争者互相消费或雇佣消费以取得评论资格,从而“挑刺”或“找碴”。此类消费行为应否随附网络评价权?本文持否定观点。虽然竞争关系不至于损害交易自由,同业合作也是常有之事,但竞争本身就意味着较高的利益相关性,竞争者所作出的评价难以确保客观性和中立性,无法实现评价权设置之目的。因此,为实现网络评价权的信息对称功能,应充分考虑具体交易中的主体利益关联度,在权利主体条款中明确限制或排除利害关系人,合理界定网络评价权的主体范围。

(2) 消费者网络评价权的归责机制

权利的创设伴随着义务的增加,权利的实现需要归责机制的保障。因此,归责机制是权利配置中的重要内容。在设定网络评价权归责机制时,应针对不同主体设定不同的责任。

第一,设定消费者责任。消费者责任主要是违法评价(如恶意差评)的责任,包括以网络评价为手段实施敲诈勒索行为而触犯的刑事责任,以及因评价信息中含有明显的侮辱诋毁内容而产生的侵权责任。

第二,设定经营者责任。经营者责任主要是经营者为赢得更多利益而对评价权进行违法干预或对权利人打击报复所产生的责任。一般包括:第一,经营者实施剥夺、干预、侵犯、妨害网络评价权的行为,至少应承担侵权责任;第二,经营者骗取、胁迫消费者作出好评或删改差评以牟利,通过泄露个人信息、限制人身自由等方式打击报复,可能要承担刑事责任;第三,经营者采取激励或施压行为,利用网络评价信息操纵消费者互联,进行不正当竞争,需承担行政责任;第四,经营者违反合同约定义务和诚实信用原则,实施侵犯网络评价权的行为,除承担侵权责任外,还应承担其他相应的民事责任。

第三,设定网络平台责任。网络平台作为联结经营者与消费者的“中介”,既具有信息获取、处理的优势,又与两方主体利益高度关联,故存在与经营者合谋通过刷好评和删差评等手段操纵评价信息的可

能。此时,网络平台应与合谋者承担连带责任。同时,网络平台负有平台管理、信息维护、隐私保护、评价监督等义务,不作为或瑕疵作为需承担包括侵权责任在内的民事责任和相应的行政责任。严重滥用评价信息或对违法行为包庇、纵容的网络平台还可能承担刑事责任。

第四,设定市场监管者责任。市场监管权是网络评价权实现的重要保障。就具体责任类型而言,监管者在未能充分履行法律规定的网络评价权保护工作职责时,应承担行政责任,在履职过程中涉嫌渎职、贪污受贿等行为且触犯《刑法》的,应承担刑事责任。

3. 消费者网络评价权的配套制度

网络评价权主体广泛、行权方式多元,仅靠有限的公权力资源难以全面保护和规范权利行使。因此,需完善配套机制以实现保护与规范间的联动。

(1) 建立交易主体信用信息共享机制

网络时代的权利配置离不开对信息资源的配置,而消费者立法中的信息工具制度设计尤难缺席。^⑨合理配置市场多边主体的信用信息资源,是确保网络评价权得以实现的基础。市场信息不对称源于卖方市场中的信息数量不足或难以解码,这导致买方市场无法准确、及时地基于卖方信息作出交易决定。卖方市场有效信息的匮乏又源于卖方信用体系的不完善,即买方无法基于卖方信用度量交易对手提供虚假或瑕疵信息的风险。消费者行使网络评价权,表面上是为了补全经营者未披露的信息或矫正虚假信息,实质上是通过评价或评级来完善卖家的信用公示。数字往往比文字更有说服力,消费者在网络平台购买某件商品或某项服务时,考虑的往往不是商品或服务本身,而是商家信誉和店铺销量。同样地,行权主体的信用也会直接影响权利行使的效果。消费者信用越高,其所提供的评价或评级信息的真实性、准确性和客观性就相对越高,对潜在消费者的参考意义就越大,对经营者的约束力也就越强。

我国亟须构建交易主体信用信息网络共享机

制。不仅消费者和经营者能实现信用信息互享,市场中的其他主体,包括潜在的消费者和执法者,也有条件共享消费者和经营者的信用信息,以对评价信息的有效、合法与否作出评估。然而,由于消费者与经营者市场地位不对等,所以市场对双方信息的期待利益不同。消费者个人信用信息仅被作为市场主体判断消费者实施的评价行为真实、客观与否的佐证,并非是否合法行使网络评价权的直接证据。经营者信用信息直接关系到商家诚信度,决定了商家提供的商品或服务的信息真假,以及与之成为交易对手的风险的大小。同时,经营者信用信息也是侧面印证消费者评价信息可靠性的一种方式。例如,消费者对综合信用水平较高的经营者作出的负面评价更易受到市场质疑。因此,与个人信用征信体系对信用主体无差别化的适用方式不同,不同信用主体所能被共享的信息内容和范围应有所区别。对消费者信息的共享应持最小化原则,而对经营者信息的披露和公示则应持最大化原则。尤其是在配置市场主体信用信息资源时,立法者应充分考量消费者知情权、评价权和市场主体隐私权、个人信息权之间的边界。

(2) 设定网络交易平台“吹哨”权责

“吹哨人”指“将所发现的违法违规、危险或不正确的信息或行为向组织内或组织外进行披露从而拉响警报的人”。^⑥吹哨人和检举人、举报人、信访人等概念存在一定区别,吹哨人并不必然借助公权力对不法行为或组织起到震慑作用,其可自行披露或提起诉讼,以私行为维护国家、社会或他人的利益。因此,消费者对不法经营者的差评可被视为吹哨行为。消费者滥用网络评价权或经营者侵害网络评价权情形的最佳“吹哨人”是网络交易平台。“网络运营者作为危险源的开启与控制者,应对正在发生的侵权负有排除义务,并对未来的妨害负有审查控制义务。”^⑦一方面,网络交易平台对平台信息具有监督、管理义务,对网络评价权的滥用负有吹哨的基础义务。另一方面,网络交易平台负有依法、自主制定平台规则的权利和义务。网络评价规则是平台规则的

重要组成部分,由于损害网络评价权的行为当然违反了平台规则,故平台享有吹哨的合法权利。更重要的是,平台一旦发现存在网络评价权被侵害或被滥用的情形,也有能力及时进行技术控制。

网络交易平台可以两种方式实施吹哨行为,一是适用内部规制工具,二是启动外部救济程序。内部规制工具通常为暂停或终止交易账户,限制交易或评价权限,拦截或删除违法违规评价信息,阻止经营者删改评价信息等。对网络评价的内部吹哨主要是披露评价信息不实的风 险,如对曾作出不实评价的消费者限制评价次数或设定禁止评价期限。对经营者的内部吹哨则更为严厉,例如,对试图威逼或利诱消费者作出好评、篡改或阻碍消费者差评、企图操纵或剥夺网络评价权的经营者,平台可视具体情况对经营者采取经营禁止、产品信息清除、平台服务部分或全部终止等措施。当然,网络交易平台也应确保吹哨规则的科学合理,如设立吹哨缓冲带,引入点评黄灯机制。^⑧在实施内部规制的同时,平台也可寻求外部救济,如寻求市场监管部门或消费者权益保护组织介入处理等。网络交易平台是网络评价的重要吹哨人,故应受到法律的特殊保护。对于网络交易平台向执法、司法部门或其他组织发起的外部吹哨行为,应设置充分的救济程序。

结语

“从‘消费者运动—消费者法’这一横断面上看,消费者系通过持续性的集体行动而取得法定权利。”^⑨在商品经济兴起之初,基于物质积累和经济实力的不平等,消费者为弱,而经营者为强,公平交易机会便是消费者竭力争取的核心利益。平台经济发展至今,消费者的利益诉求早已从市场主体平等跃升为市场信息对称,消费者对经营者之抗争目标也从市场公平转向市场透明。“承认人们的利益,就必须承认人们需要权利,因为利益在法律上的表达就是权利。”^⑩网络评价权不仅是平台经济时代消费者的一项实在化权利,更不失为消费者群体历经持久抗争所创设的市场利益平衡机制。网络评价权法定化内生于平台经济法治化,只有确保该权利的全面

制度供给,方能长远高效地保护消费者利益。然而,无论是网络评价权的局部入法,还是司法涵摄,都只是权宜之计。当下,完成立法对此项权利的完整表达,将有助于实现网络时代消费者保护的范式迁移和制度整饬。

注释:

①参见王明玉:《差评压榨背后,售卖平台应该站出来》,《人民法院报》2021年2月4日,第2版。

②参见吴睿鹤:《旅游消费者“评价权”不容侵犯》,《经济日报》2020年9月8日,第10版;欧阳洁:《请善用手中的评价权》,《人民日报》2018年5月18日,第18版。

③参见张培胜:《“差评权”是消费者权益的重要体现》,《中国市场监管报》2020年9月11日,第3版;祝建波:《消费者“差评权”不容剥夺》,《经济日报》2019年3月19日,第9版。

④应飞虎:《消费者评价制度研究》,《政法论丛》2018年第1期,第119页。

⑤2014年,美国加利福尼亚州在其 Civil Code 的 Unlawful Contract 条中专门加入一款,宣告剥夺消费者评论权的合同条款无效。2016年,美国出台的《消费者评价公平法》(Consumer Review Fairness Act, CRFA)成为世界上首部以消费者评价为规范内容的法律。

⑥虽然2016年12月原国家工商行政管理总局向社会公布的《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例(送审稿)》有3处涉及消费者评价内容,但规定得并不系统。

⑦参见王庆廷:《新兴权利间接入法方式的类型化分析》,《法商研究》2020年第5期,第119页。

⑧《电子商务法》(2018)第39条规定:“电子商务平台经营者应当建立健全信用评价制度,公示信用评价规则,为消费者提供对平台内销售的商品或者提供的服务进行评价的途径。电子商务平台经营者不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价。”

⑨参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2019)浙01民终4288号。

⑩参见北京市第三中级人民法院民事判决书,(2018)京03民终3604号。

⑪参见山东省济南市中级人民法院民事判决书,(2020)鲁01民终2313号;重庆市第一中级人民法院民事判决书,(2019)

渝01民终10587号。

⑫参见天津市第一中级人民法院民事判决书,(2019)津01民终2481号。

⑬参见浙江省杭州市互联网法院民事判决书,(2018)浙0192民初9762号;浙江省杭州市互联网法院民事判决书,(2018)浙0192民初9763号。

⑭参见广东省深圳市罗湖区人民法院民事判决书,(2018)粤0303民初18451号;四川省泸州市中级人民法院民事判决书,(2020)川05民终819号。

⑮参见上海市第一中级人民法院民事判决书,(2020)沪01民终3032号。

⑯参见湖南省长沙市中级人民法院民事判决书,(2020)湘01民终8304号。

⑰参见王方玉:《新兴权利司法证成的三阶要件:实质论据、形式依据与技术方法》,《法制与社会发展》2021年第1期,第113-129页。

⑱李友根:《论经济法权利的生成——以知情权为例》,《法制与社会发展》2008年第6期,第60页。

⑲王庆廷:《新兴权利渐进入法的路径探析》,《法商研究》2018年第1期,第41页。

⑳梁慧星:《消费者运动与消费者权利》,《法律科学》1991年第5期,第40页。

㉑参见管斌:《论消费者权利的人权维度——兼评〈中华人民共和国消费者权益保护法〉的相关规定》,《法商研究》2008年第5期,第58页。

㉒参见吴飞飞:《从权利倾斜到责任倾斜的弱者保护路径转换——基于法经济学视角的解读》,《广东商学院学报》2013年第6期,第89页。

㉓参见应飞虎:《权利倾斜性配置研究》,《中国社会科学》2006年第3期,第124-135页。

㉔参见肖顺武:《论消费者权益保护法的谦抑性》,《法商研究》2019年第5期,第147页。

㉕王方玉:《新兴权利司法推定:表现、困境与限度——基于司法实践的考察》,《法律科学》2019年第2期,第22页。

㉖王方玉:《新兴权利司法证成的三阶要件:实质论据、形式依据与技术方法》,《法制与社会发展》2021年第1期,第115页。

㉗参见夏勇:《权利哲学的基本问题》,《法学研究》2004年第3期,第4-5页。

㉘王庆廷:《新兴权利间接入法方式的类型化分析》,《法

商研究》2020年第5期,第118页。

⑲参见王庆廷:《新兴权利渐进入法的路径探析》,《法商研究》2018年第1期,第35页。

⑳有观点认为:“所谓‘差评权’,其实是指我国消费者权益保护法明确赋予消费者的享有对商品和服务进行监督的权利。”史洪举:《保护好消费者的“差评权”》,《江西日报》2017年3月23日,第3版。

㉑张严方:《消费者权益保护法研究》,法律出版社2003年版,第288页。

㉒《消费者权益保护法》(2013年修正)第15条规定:“消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为,有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。”第17条规定:“经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见,接受消费者的监督。”

㉓参见应飞虎:《消费者评价制度研究》,《政法论丛》2018年第1期,第119页。

㉔赵红梅:《经营者义务:对谁负担的义务——〈中华人民共和国消费者权益保护法〉修订的社会法理路》,《法商研究》2010年第4期,第80页。

㉕生活中有这样一种现象,即消费者行使监督权往往未能提出明确意见,而只是发泄情绪,如认为商家服务态度不好等。与此同时,概括性地提出消费意见权也易留下滥权漏洞,例如,时有职业打假人利用消费者监督权牟利。

㉖如数量庞大的外卖员时刻都在被消费者的评价行为所制约。

㉗李友根:《论经济法权利的生成——以知情权为例》,《法制与社会发展》2008年第6期,第60页。

㉘甘强:《重识“消费者”的法律地位》,《政治与法律》2016年第12期,第113页。

㉙参见殷继国、阳雨璇:《寻找经济法中的法理——“经济法中的法理”学术研讨会暨“法理研究行动计划”第七次例会述评》,《法制与社会发展》2019年第6期,第212页。

㉚可以看到:一方面,消费者将监督权委托给网商平台,由网商平台监督经营者,这使这种监督由消费者对经营者“一对一”的监督变成了平台对经营者“一对多”的监督。然而,由于监督资源有限和信息不对称,这种监督难免沦为形式上的监督。另一方面,由于在线交易疏离了消费者和经营者,所以消费者对经营者的监督也日益转化为消费者评价。

㉛参见王利明:《论个人信息权在人格权法中的地位》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期,第69页。

㉜由于地域和技术限制,实体市场中的消费者评价信息多为口头评价,不仅受众有限,而且保存和传播信息的方式也十分局限。零碎的消费者评价信息很难对市场潜在消费者产生大范围影响,更遑论解决市场信息不对称问题。

㉝参见陈醇:《权利的结构:以高法为例》,《法学研究》2010年第4期,第98页。

㉞姚建宗:《新兴权利论纲》,《法制与社会发展》2010年第2期,第3页。

㉟王庆廷:《新兴权利渐进入法的路径探析》,《法商研究》2018年第1期,第40页。

㊱参见黄辉:《公司资本制度改革的正当性:基于债权人保护功能的法经济学分析》,《中国法学》2015年第6期,第163页。

㊲吴元元:《信息能力与压力型立法》,《中国社会科学》2010年第1期,第150页。

㊳参见刘沛昊:《如何保障消费者的“差评权”?》,《银川日报》2021年2月3日,第6版。

㊴李延舜:《个人信息权保护的法经济学分析及其限制》,《法学论坛》2015年第3期,第46页。

㊵马驰:《普遍法律行为概念的法理学重构——以“权能”概念为基础》,《法制与社会发展》2019年第4期,第42页。

㊶参见[美]丹尼尔·贝尔:《资本主义文化矛盾》,赵一凡等译,生活·读书·新知三联书店1989年版,第62页。

㊷史际春、邓峰:《经济法的价值和基本原则刍论》,《法商研究》1998年第6期,第10页。

㊸参见应飞虎:《权利倾斜性配置研究》,《中国社会科学》2006年第3期,第124页。

㊹[美]R. 科斯、A. 阿尔钦等:《财产权利与制度变迁》,刘守英等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第52页。

㊺如在2015年杭州市出台的《杭州市网络交易管理暂行办法》(杭州市人民政府令第282号)中,就含有对阻碍或干涉消费者评价行为的禁止性条款,同时规定了侵权方的直接责任。在2017年修订的《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》中,也有专门就消费者评价行为受侵害时的第三方网络交易平台责任的相应规定。除此之外,也不乏企业发布的商业规则对消费者评价权进行规范,如阿里巴巴于2014年发布的《评价体系规则》和2018年发布的《违规评价处理规则》等。

⑤⑥应飞虎:《消费者评价制度研究》,《政法论丛》2018年第1期,第118页。

⑤⑦参见李洁:《遏制重刑:从立法技术开始》,《吉林大学社会科学学报》2009年第3期,第48页。

⑤⑧例如,尽管金融消费信息不对称较为严重,但目前未对金融消费者普遍配置评价机制。

⑤⑨参见应飞虎:《消费者立法中的信息工具》,《现代法学》2019年第2期,第119页。

⑥⑩彭成义:《国外吹哨人保护制度及启示》,《政治学研究》2019年第4期,第44页。

⑥⑪王思源:《论网络运营者的安全保障义务》,《当代法学》2017年第1期,第27页。

⑥⑫以外卖为例,若外卖员送餐超时不足3分钟而引发一条消费者差评,外卖平台并不予以公示,也不对该外卖员作出经济惩罚,而是对该外卖员一对一警告提示,这被称为点黄灯。如果外卖员一天内出现两次以上超时,或一周内累计超时三次以上,一个月内累计超时五次以上,则触发惩罚机制,不仅对该外卖员进行经济惩罚,而且将这期间内所有的消费者差评都予以公示。

⑥⑬姚佳:《中国消费者法理论的再认识——以消费者运动与私法基础为观察重点》,《政治与法律》2019年第4期,第135页。

⑥⑭张文显:《市场经济与现代法的精神论略》,《中国法学》1994年第6期,第6页。

The Legal Principle of Configuration and Legislative Expression of Consumer's Online Evaluation Right

Xu Liantian

Abstract: The consumer evaluation movement in the era of platform economy hatches consumer's online evaluation right. Although according to the path of consumer's tilt protection, it leaps to the positive right through judicial procedure, it is limited by the ambiguity of justification, and falls into the dilemma of universality of the foundation of rights and the incoordination of rights and responsibilities. Consumer's online evaluation right carries consumer's rational will to achieve independence and self-help by online speech, breaks through the heteronomous logic and one-dimensional structure of consumer's supervision right which cannot include the evaluation right. It must get rid of the entanglement of consumer's supervision right and create new rights independently. In order to meet the needs of the legalization of consumer protection in the era of platform economy, the "judicial protection" model on the allocation of consumer's online evaluation right dominated by consumer rights and interests should be modified to the "regulation by legislation" model with balanced rights and obligations. The system of online evaluation right should focus on resolving the problem of right cost and highlighting the "economy" of maximizing the efficiency of consumer protection, the effectiveness of consumer rights and the overall social benefits. It is better to adopt the centralized legislative mode for online evaluation right, pay attention to the reasonable coordination of general allocation and differentiated allocation in terms of rights, ensure the proper placement of responsibilities of operators, consumers, network platforms and market regulators in terms of obligations, and make full use of credit information sharing mechanism and network platform whistleblower system to achieve close linkage with the above design.

Key words: Consumer Rights; Consumer Evaluation; Consumer's Online Evaluation Right; Emerging Rights; Consumer Supervision Right