

# 德国民法典规定一体化消费者概念的意义及借鉴

杨立新 刘召成

(中国人民大学法学院 北京 100872; 首都师范大学政法学院 北京 100089)

**内容提要:**《德国民法典》在总则中规定消费者一体化的概念,刻意强调保护消费者法的私法属性,刻意强调消费者地位的特殊性,刻意强调消费者与经营者相对应以确定倾斜的消费者保护政策,刻意强调提升消费者法的品性实现再法典化,具有重要的借鉴意义。中国民法应当借制定民法总则的机遇,在民事主体中规定一体化的消费者概念,确定“消费者—经营者”关系与“非消费者—经营者”关系的分类,适用不同的民法规则,补足消费者的弱势地位,实现消费者法归属于民法体系,更好地保护消费者的目的。

**关键词:** 消费者 经营者 德国法经验 意义 借鉴

在中国,消费者的概念尚没有法律明确规定,我国《消费者权益保护法》只在第2条对于该法的调整范围进行了规定,并未对消费者的概念予以界定。2000年德国修订债法,在《德国民法典》第13条明确规定了消费者概念,将消费者保护纳入民法视野之下,进行一体化的概念界定,具有重要的借鉴意义。本文对此进行探讨,并借鉴德国法的做法,对中国一体化的消费者概念提出界定的意见。

一、《德国民法典》增加规定消费者概念的做法和意义

(一) 德国民法典规定一体化消费者概念

的做法

德国立法者为了满足消费者保护诉求的提升以及欧盟关于消费者保护指令的需要,在国内法中制定了众多的消费者保护规范,消费者保护法律体系呈现出高度的复杂性。这种高度复杂的消费者保护体系造成了各法律规范之间在价值和逻辑方面的冲突,以及法律适用方面的不便。为了使这些规范构成逻辑和价值融通的一体,便于法律适用,德国立法者于2000年将消费者概念在其民事基本法《德国民法典》总则部分予以规定,即第一章“人”分为“自然人、消费者、生产者”和“法人”两节,将原来的

**作者简介:** 杨立新(1952-),男,汉族,山东蓬莱人,中国人民大学民商事法律科学研究中心主任,中国民法学研究会副会长,中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。

刘召成(1980-),男,汉族,河南南阳人,首都师范大学政法学院讲师,中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究人员。

第一节“自然人”改为“自然人、消费者、生产者”其中第13条对于消费者概念进行了界定：“消费者是指既非以其营利活动为目的，也非以其独立的职业活动为目的而缔结法律行为的任何自然人。”

《德国民法典》的这种做法，改变了此前消费者概念分散界定的模式，建立了一个一体化的消费者概念。采用这种一体界定消费者概念的模式，能在很大程度上避免各种规范分散界定消费者概念的不一致，以及在解释适用上的分歧，<sup>①</sup>解决此前《德国民法典》与《德国商法典》以及《德国反不正当竞争法》等关于消费者概念和规范之间的复杂关系。<sup>②</sup>更为重要的是，这一做法体现了立法者希望在概念一体化基础上对消费者法进行一体化整合，从而形成完善的消费者法体系的决心。

## （二）《德国民法典》实现消费者概念一体化立法的重要意义

《德国民法典》对消费者概念作出这种不同寻常的规定，以我们所见，似有不合理之处，因为自然人与消费者、经营者概念并非并列的逻辑关系，但这种做法的显然超出逻辑层面上的意义，具有以下非常重要的作用：

### 1. 刻意强调保护消费者法的私法属性

近几十年来，世界各国的消费者运动风起云涌，蓬勃发展，消费者保护的立法出现了前所未有的局面。但是，消费者法的性质究竟属于何种法律并不明确，公法或者私法的性质不明，特别是各种法律法规对消费者保护都作出规范，很难协调。同时，对于消费者保护的规则是否适用民法规则，由于对消费者法性质的认识不同而有异，甚至认为消费者法不具有私法性质，因而不适用民法的一般性规定。

在这样的情况下，《德国民法典》率先在总则中对消费者的概念进行一体化界定，其重要意义之一，就是通过强调消费者是民法调整的

主体范畴，将消费者纳入民事主体范围，刻意强调消费者法的性质是私法，是民法典的特别法，应当适用民法典的一般规定。这种做法协调了民法与消费者法的复杂关系，确定了所有的分散的消费者法成为一个体系，都属于民法典的特别法，使消费者法成为民法的组成部分。

### 2. 刻意强调消费者地位的特殊性

传统民法坚持“形式正义”，对于民法上的“人”来说，年龄、性别、社会地位等各种实质性因素都无关紧要，每个人都被抽象地认定为平等的“人”。这样的“人”是一种抽象的存在，具有绝对的平等性，其地位可以互换。这是近代民法实现人格平等的一项重大贡献。但是，随着社会的进步，对人的尊严以及各种人格要素存在的保护成为社会的主导价值，法律更加关注具体的人，通过各种立法技术对于人的具体存在予以保护。其中一个重要的体现就是，在法律上绝对平等的“自然人”演变出弱者“消费者”和强者“经营者”，<sup>③</sup>进而认识到消费者具有冲动、信息和有关知识、经验欠缺等特点，对其设计比较优待的规则：在合同法中表现为关于格式合同的规制规则，在侵权法中表现为产品责任中对受害消费者周到保护的制度设计，在人格权法中表现为对于消费者个人信息、自我决定等方面的特别保护。《德国民法典》对此作出了重要改革，将消费者和经营者的概念直接纳入民法典总则，规定在主体的自然人部分，并且将节的题目改为“自然人、消费者、经营者”，特别显示了这样的立法目的。这是现代民法因应市民社会结构和价值变化而作出的必要转变，随着这一进程的推进，传统民法的主要交易规则也会逐渐因应这种“消费者”和“经营者”的区分而得到相当程度的改造。

3. 刻意强调消费者与经营者相对应以确定倾斜的消费者保护政策

① Bamberger/Roth, BeckOK BGB, § 13, Rn 1.

② Günter Weick, Staudinger Kommentar BGB, Vor § 13, S. 380.

③ 朱岩《社会基础变迁与民法双重体系构建》载《中国社会科学》2010年第6期。

特别值得注意的是,《德国民法典》在规定消费者概念的同时,也对经营者的概念在总则中做出了规定,这似乎是规定消费者概念顺理成章的做法。其实,这种将消费者概念与经营者概念作相对应的规定,也具有重要意义。《德国民法典》第14条第1款特别规定“经营者是指在缔结法律行为时,在从事其营利活动或独立的职业活动中实施行为的自然人或法人或有权利能力的合伙。”这样的规定,明显是将消费者的概念与经营者相对应,强调在民事主体中,“消费者—经营者”的特殊性,与一般主体不同,消费者的地位弱于一般主体,需要特别予以保护,而经营者的地位强于一般主体,需要立法予以特别限制。同时,将民法的交易规则按照是否属于“消费者—经营者”关系区分为两类,属于“消费者—经营者”关系的,采用倾斜于消费者的特别规则,不属于这种关系的,仍然采用传统民法规则,并由它们共同构成当代民法的规则体系。这种倾斜保护消费者的立法导向,具有特别重要的意义。

#### 4. 刻意强调提升消费者法的品性实现再法典化

《德国民法典》将消费者概念纳入总则,更重要的意义,是通过将消费者法纳入民法典体系,借以提升消费者法的层次和调整能力。这是德国法在这方面迈出的关键性的步伐。在债法改革中,德国立法者以消费者保护的价值为主导,对债法进行全面修改,不但将1977年作为特别法的《关于规制一般交易条款的法律》<sup>④</sup>相关内容纳入《德国民法典》第2编“债务关系法”,而且在债法关于债务履行、解除权等方面也因消费者保护的需要进行了修改。<sup>⑤</sup>这些立法方面的改变,体现了德国立法者选择了在民法中整合消费者保护的特别规定,从而提

升消费者法的品性,同时拯救因为特别规定而支离破碎的民法体系,将其再法典化的立法路径。而在《德国民法典》总则规定“消费者”和“经营者”概念,就成为这一立法进程的必要部分和必然要求,通过将消费者法纳入民法典中,德国立法者再次将其《民法典》置于私法的统治位置。<sup>⑥</sup>

#### 二、中国面临消费者概念一体化需求须借鉴德国法经验

(一)《德国民法典》规定消费者概念前遇到的社会需求在中国社会都已经出现

在中国,同样遇到了《德国民法典》规定消费者概念时的社会需求。主要表现在:

##### 1. 消费者法的性质需要匡正

在中国,消费者法是作为一种特别法发展起来的,表现为以《消费者权益保护法》为主的各种消费者权益保护的规范性文件。因而,中国的消费者保护相关规范也表现出高度的复杂性,并且随着消费者保护程度的不断提升,规范数量还将呈现不断增多之势。例如,电子商务的发展以及由此产生的远程交易都在催生该领域的消费者保护规范。对此,立法者和学界不得不思考并解决的问题是,如何将消费者法构建为价值和逻辑一贯的法律体系,这不但是保障消费者法的科学性与合理性的必然要求,也是这些法律规范得以有效实施,发挥其保护消费者合法权益实效的必要条件。解决这些问题,不对消费者法的私法性质有根本性的统一认识,是做不到的。

##### 2. 消费者法与民法的关系不协调

在中国,对消费者法是否属于民法的范畴,有诸多重大误解。尽管有较多的学者认为消费者法属于民法范畴,但也有更多的学者将消费者法归属于经济法的范畴,强调消费者与经营

④ 德国法的一般交易条款,即是中国《合同法》规定的格式条款。

⑤ 例如,给付义务一节第241a条为预定的给付针对消费者进行了特别的规定。第355条以下规定了消费合同消费者的撤回权和退还权。

⑥ Micklitz, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, 2006, Vorbemerkung zu §§ 13, 14, Rn 15.

者的不对应地位而刻意强调消费者法属于经济法。<sup>⑦</sup>按照中国民法与经济法的分工,民法调整平等主体之间的权利义务关系,而经济法调整的对象是经济和国家意志的统一体,<sup>⑧</sup>是不平等的经济法律关系。这样的认识,对消费关系更侧重于国家对经济关系的管理方面,忽视了对消费者与经营者之间的权利义务关系的重要性的评价,直接导致消费者法脱离民法而归并到经济法领域,使民法的基本规则和具体规则不能直接对消费者权益保护适用。目前中国正面临这一困境,并且比德国当时的情势更为严峻,需要通过民法总则规定消费者概念而将消费者法统一于民法体系。

### 3. 对消费者的法律地位认识分歧且缺少倾斜保护政策

在中国,民法囿于主体绝对平等观念的束缚,在消费者特别保护的进程中步伐过于谨慎,很多因消费者的弱势地位应当采用的特别规则,并未在民法中规定,而是出现在各种消费者保护特别规范中。民事主体的平等性与消费者弱势地位的倾斜保护政策,由于没有民法总则的统一规定,因而并没有对消费者的地位有统一的认识,异见不断,在司法实践的法律适用中经常出现分歧,致使特别法规定的消费者倾斜政策不能很好地落实。这种做法不利于构建消费者保护的完善体系,也不能适应对消费者倾斜保护的客观要求。

#### (二) 中国应当借鉴德国经验在民法总则中规定消费者概念

中国的客观形势是,各种消费者保护规范日益增多,不但表现为专门的消费者保护立法,更表现为众多法律、法规中关于消费者保护的个别规定。由此构成的繁杂的消费者法体系,使在立法技术上对消费者概念界定及制定倾斜保护政策成为一个难题。中国到底应当对消费者概念进行一个一体化的界定,还是在各种涉及消费者保护的法律、法规中都予以界定呢?

如果是一体化界定消费者概念,又应当在哪部法律中予以界定呢?解决这些问题的最好方法就是借鉴《德国民法典》在总则中规定消费者概念,统一消费者概念的一体化界定,进而确定消费者法的私法地位,理顺消费者法与民法之间的关系,确定对消费者倾斜保护原则,更好地保护消费者。

将这些要求集中在一点,中国民法就是应当借鉴德国法立法经验,在总则中用专门的条文规定消费者概念。

首先,确定消费者法的私法性质,将消费者法纳入民法体系。由于中国消费者法的主体主要表现为各种特别法,而且各种特别法之间的法律位阶和适用关系比较复杂,因而不适宜在这些特别法中进行消费者概念进行统一界定。民法典是私法的基础性法律,规定私法的一般规则在私法中具有普遍的适用性,各种私法的特别法都可以适用民法典的一般规定。因此,在民法总则中对于消费者概念进行界定,是确定一体化消费者概念的最好选择,可以形成适用于所有消费者保护规范的统一的消费者概念,进而确定消费者法的性质为私法,消费者法是民法体系的组成部分。通过民法总则规定消费者概念,使消费者法与民法形成完整的体系,各项规范和制度之间构成无矛盾的融合体。

其次,确定消费者与经营者的法律关系。中国民法应当确定消费者属于“消费者—经营者”法律关系的主体,是一种特殊的民事主体,应当在民法总则中予以规定。当代商业社会造就了“消费者”和“经营者”作为整个市民社会主体的身份和地位,中国民法应当以顺应社会需求,规定消费者为民事主体,将民法的交易规则按照“消费者—经营者”关系和“非消费者—经营者”关系的不同,区分为两种不同类型,分别适用不同的法律规则,突出消费者的弱势地位并予以补足,加强保护。这在中国将是一个

⑦ 参见李艳芳主编《21世纪法学系列教材·经济法案例分析》,中国人民大学出版社2006年版,第185页。

⑧ 李艳芳主编《21世纪法学系列教材·经济法案例分析》,中国人民大学出版社2006年版,第5页。

长期的进程,需要逐渐推进,但当前恰逢制定民法总则的有利时机,必须抓住机遇,在民法总则中规定消费者概念,推进消费者概念一体化的进程。

最后,通过民法总则规定消费者概念的做法,确定对消费者的倾斜性保护政策。消费者在信息获知、协商缔约等方面,相较于经营者,处于绝对的弱势地位,因而在民法的具体规则和制度设计上,必须予以适当倾斜。消费者法调整的是消费者与经营者之间的交易关系,所涉及的法律关系也主要是消费者与经营者之间的合同关系。如果完全地、绝对地实行主体平等原则,消费者的权益就不可能得到全面保护。借鉴《德国民法典》的经验,在民法总则中对消费者概念进行一体化界定,就能够体现民法作为市场经济的基本法对消费者的主体地位的重视,确定倾斜保护原则,在法律规则上补足消费者的地位,使消费者的权利得到全面保护。

### 三、中国民法总则对一体化消费者概念的具体界定

中国在民法总则中究竟应当怎样界定消费者的概念,有以下问题需要探讨。

#### (一) 目前对消费者概念界定的分歧意见

目前,中国立法并未对消费者的概念予以明确界定,只有《消费者权益保护法》在第2条关于调整范围的规定中对其进行了间接提示:“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。”按照这一规定,立法者似乎将消费者理解为为了生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的人。因而,有学者将消费者界定为“为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的居民。”<sup>⑨</sup>也有学者认为“为生活消费的需要而购买商品或者接受服务的自然人。”<sup>⑩</sup>这两种界定其实是一致的,

只是在表述上略有不同而已,因此可以作为一种观点对待。此外,还有学者借鉴比较法上的经验对上述界定予以适当扩张,认为“所谓消费者是指非以营利为目的购买商品或者接受服务的人。”<sup>⑪</sup>

这两种观点,在主体方面均认为消费者只能是单个的自然人,在作为消费者概念核心部分的行为方面采用了不同的界定方法,前者采用了积极的实质界定方法,将行为的目的限定为生活消费需要,后者采用了消极形式界定的方法,只要行为非以营利为目的均可。显然后者所能够包含的范围要比前者广泛得多。

这两种界定都存在一定的不足:第一,行为要素界定过于狭窄。两者都认为消费者是购买商品或接受服务的人,租赁等其他消费行为并未包含在内。中国目前普遍存在的个人租赁中介公司房屋的行为,以及个人租赁租车公司机动车的行为均被认为属于消费行为,承租方应当属于消费者,但目前这种对消费者概念的界定无法涵盖这两种情形。第二,主体要素界定过于狭窄。这两种观点都认为作为消费者的是自然人,但是我国各地的消费者权益保护地方性法规几乎都认定个人和单位都可以成为消费者,<sup>⑫</sup>而且在实践中,合伙以及一些公益法人如果不能成为消费者,其购买纸张等办公用品的行为不能受到消费者法的保护,是无法让人接受的。

因此,关于消费者概念的界定,有必要结合我国实际情况并借鉴比较法特别是德国法的经验,进行进一步的研究。

#### (二) 消费者概念包含人和行为两项要素

从我国学界关于消费者概念的既有界定可以看出,消费者概念包含两项要素,即人的要素和行为的要素。一方面,消费者并非一种并列

⑨ 王全兴《经济法基础理论专题研究》,中国检察出版社2002年版,第428页。

⑩ 梁慧星《〈消费者权益保护法〉第49条的解释与适用》,载《人民法院报》2001年3月29日。

⑪ 王利明《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》,载《政治与法律》2002年第2期。

⑫ 王利明《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》,载《政治与法律》2002年第2期。

于自然人的独立主体,也不是并列于自然人和法人的独立主体,而是依赖于既有的法律主体,是既有法律主体通过作出某种法律行为获得的身份,因而内涵着人的要素。出生到死亡阶段的生物人是自然人,符合法律规定的组织是法人,这都是主体地位概念,一旦被归属于自然人或法人,就固定地具有这种地位,与其参与的法律关系的内容和性质毫不相干。而消费者却并非一种地位概念,而是与其实施的法律行为具有紧密联系,今天是消费者明天就可能不是消费者。另一方面,既然消费者是与特定法律行为相联系获得的一种主体身份,那么消费者概念中另外一个核心要素就是使自然人等有法律主体获得消费者身份的特定法律行为,也就是行为的要素。

### (三) 行为要素的界定

比较法上大多数国家对于消费者的界定及保护都限于其与经营者之间实施的法律交易行为,主要是各种类型的合同关系。虽然我国《消费者权益保护法》第2条使用的是“生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”,并未将其限定为法律行为,字面解读包含了购买、使用商品或者接受服务所涉及的所有法律关系,其中包括侵权法律关系。但是侵权法有关规则,尤其是以产品责任为代表的特殊侵权行为规则已经充分考虑到因现代工业和商业产生的对包括消费者在内的公众保护的不利状态,在侵权法具体制度设计上采用了有利于消费者的规定。也就是说,侵权法已经将消费者弱者保护的精神内化为其各项制度,不再需要在侵权法律关系中另外设置消费者特别保护的规则。因此,大多数国家在消费者界定上都将其限定于法律行为,例如德国、奥地利、英国。<sup>⑬</sup>

与中国对消费者概念存在积极实质界定和

消极形式界定两种界定方法类似,比较法上从实质和形式两个角度界定消费者概念的做法都存在。从实质角度界定消费者概念的典型代表是瑞士法,具体列举了作出法律行为的目的。在其上门交易合同<sup>⑭</sup>的撤回权规则中,要求买受人的交易是为了个人或家庭消费需要。在其消费租赁合同中,非常规的解除权以承租人为了个人消费需要租赁动产为前提。<sup>⑮</sup>采用形式界定的典型代表是德国、奥地利。德国将消费者的行为要素界定为“既非以营利为目的也非以独立的职业活动为目的实施的法律行为”。奥地利在其《消费者保护法》第1条对于消费者和经营者进行了界定:首先认为经营者是实施了可归属于持续有组织的独立经济活动范围的法律行为的人。对于消费者则以经营者为基础进行了形式规定,那就是,实施了并不属于上述范围的法律行为的人。<sup>⑯</sup>这种规定基本类似于德国关于消费者的界定,是一种消极的规定,并未正面实质性地具体说明消费者的法律行为的目的,只是消极地排除了其反面的情况。

对于消费者概念中法律行为要素予以实质界定的方法具有一定的优越性,它可以明确这些法律行为的目的和种类,便于具体判断。但是这种方法具有不可忽视的局限性,它使消费者的概念只有非常狭窄的适用范围,超出所列情形就无法作为消费者予以保护,因而需要立法和司法不断予以发展。比如,上世纪70年代,法国学界主流学说将消费者概念理解为那些为个人或家庭需要缔结商品或服务合同的人,但是法国司法机关的判决却不断地对“个人或家庭需要”予以扩展。<sup>⑰</sup>欧盟1975年《关于消费者保护和告知政策的第一计划》也认为,消费者不再仅限于为了个人、家庭或者共同需

⑬ 这三个国家关于消费者概念的界定参见下文的具体论证。

⑭ 这类合同是指经营者和消费者在消费者的工作岗位或住宅等通过口头谈判缔结的合同。

⑮ Koller - Tümler, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, 1995, S. 136 und S. 151.

⑯ Österreich konsumentenschutzgesetz, § 1.

⑰ Günter Weick, Staudinger Kommentar BGB, Vor § 13, S. 394.

要的商品和服务的购买者或者使用者,而应当是那些参与了能够直接或者间接作用于他的社会消费生活的所有方面的人。<sup>⑮</sup>

与实质界定相比较,形式界定的方法具有高度的概括性,能够容纳实践中的各种消费法律行为,也可以为实践中出现的新的消费行为提供调整空间,至于由其概括性产生的确定性和具体性方面的不足,可以通过学说和判决予以弥补。正是由于形式界定的优越性,新近立法大有采纳消极形式界定的趋势,比如德国和奥地利的规定。因此,我们认为,中国民法总则规定消费者概念,其中法律行为要素应当采用消极形式界定的方法予以界定。具体包括如下三个方面:

#### 1. 非以营利为目的实施法律行为

消费者实施法律行为的目的是为了与营利相反的消费,因此作为消费者概念核心的法律行为必须非以营利为目的。《德国民法典》关于消费者的界定对此予以了明确,《奥地利消费者保护法》对此虽然未予明确,但其关于持续有组织的独立经济活动的规定其实就是营利目的行为的另一种表述。《日本消费者契约法》第2条关于消费者界定中使用的“经营或为了经营需要”,同样是对于营利为目的行为的另一种表达。<sup>⑯</sup>其实,消费者概念界定之所以排除营利行为,是为了和经营者相区分,经营者以商人为原形,其从事行为以营利为目的,因而“营利”表现为一种有组织有规划的持续的获利活动。<sup>⑰</sup>

个人的财产管理行为即使能够为其带来利益也不属于以营利为目的的行为,因为其欠缺

营利所必需的有组织有规划并且持续的特点,这也是德国联邦最高法院判决所确认的规则。<sup>⑱</sup>例如,个人购买或者出租不动产并不属于以营利为目的的行为。此外,购买公司股份或者基金份额也是个人的财产管理行为,不属于以营利为目的的行为,作为其有力证明的是“金融消费者”概念的兴起。现代社会越来越多的人选择购买股票、基金等金融商品以寻求财产的保值和增值,不可否认其具有获利的目的,不同于传统生活消费行为的纯粹消费性。但这种行为并不是一种以营利为目的的行为,购买者被认定为金融消费者。例如,日本《金融商品销售法》中将金融消费者规定为在金融商品交易之际,相对于金融机构的专业知识,属于资讯弱势一方的当事人。<sup>⑲</sup>我国台湾地区《金融消费者保护法》第4条将金融消费者界定为接受金融服务业提供金融商品或服务的人,但不包括专业机构投资者和符合一定财力或专业能力之自然人或法人。<sup>⑳</sup>英国《金融服务与市场法》也将存款人、保险合同相对人、投资人等纳入了金融消费者的范围中。

需要注意的是,如果财产管理行为成为一种有规划的持续营业,通过一定的组织比如办公机构予以实施,就转变为一种营利行为,行为人就不能再作为消费者了。例如,专门的专业机构有计划地购买股票的行为就是一种营利行为,不能作为金融消费者受到法律的特别保护。

#### 2. 非以独立职业活动为目的实施法律行为

除了上述以营利为目的实施法律行为的人之外,以独立职业活动为目的实施法律行为的人也不属于消费者。这种情况通常是一些自由

<sup>⑮</sup> Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Amtsblatt Nr. C 092 vom 25/04/1975 S. 0002 - 0016.

<sup>⑯</sup> 日本《消费者契约法》第2条将消费者界定为:个人(作为经营或为了经营的需要而成为契约的当事方的情况除外)。参见李惠阳《〈日本消费者契约法〉的消费者概念及其启示》,载《法理论丛》2005年第1期。

<sup>⑰</sup> Saenger, Ermann bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Aschendorff Rechtsverlag, 2004, § 13, S. 108.

<sup>⑱</sup> BGHZ 63, 32, 33.

<sup>⑲</sup> 于春敏《金融消费者的法律界定》,载《上海财经大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期。

<sup>⑳</sup> 顾肖荣、陈玲《试论金融消费者保护标准和程序的基本法律问题》,载《政治与法律》2012年第6期。

职业者,他们没有受雇于某一组织进行职业活动,而是将独立地长期从事一定活动作为自己的职业,比如独立撰稿人、私人教师、流浪歌手以及其它独立职业者等。这些人持续地有计划地从事一定的行为作为其职业,必定对这一范围内的各种信息、情况和技能具有良好的掌握,缔结相关法律行为时并不会处于劣势地位,不符合消费者的价值判断,因此不属于消费者。例如,我国曾经出现的职业打假人士,他们并未受雇于某一组织,而是以打假作为自己的独立职业活动,他们缔结假货买卖合同的行为,属于以独立职业活动为目的的法律行为,因而他们不是消费者。与此不同的是,如果行为人实施了以职业活动为目的的法律行为,但是这种职业活动并不具有独立性,那么他仍然可以成为消费者。比如高校教师为了做好教学和科研工作购买图书资料的行为,虽然与其职业有关,但由于高校教师从事的并非独立的职业活动,因此他仍然属于消费者。

### 3. 目的的客观性

非以营利为目的和非以独立职业活动为目的的实施法律行为的要求,都需要判断该特定目的是否满足。而目的判断有主观和客观两种标准,应当以行为人的主观目的还是行为人的行为所表现出的客观目的为标准呢?这其实与消费者概念界定的价值基础相关,消费者概念的界定是为了保护在法律交易中客观地处于劣势地位的一方当事人。非以营利为目的也非以独立职业活动为目的这两项标准决定了行为人所实施的法律行为并非他每日重复的活动,行为人对于这种行为不熟悉,才会在交易中处于劣势地位,从而作为消费者受到保护。因此,对于

是否属于非以营利为目的或者非以独立职业活动为目的,应当采用客观判断标准,根据客观情况予以综合判断,而不需要顾及行为人主观上的认识。

此外,由于消费者身份取决于所实施法律行为的客观目的,因此,对于其目的是否符合消费者概念所要求的非营利和非独立职业活动要求的判断,应当以法律行为作出的时刻为节点予以判断。

### (四) 人的要素的界定

对于谁可以在符合行为要素时成为消费者,中国还没有统一的认识。中国《消费者权益保护法》第2条并未将消费者限定于自然人,组织也具有作为消费者的能力。我国包括上海、湖南、江西等地的消费者保护地方性法规也大多认为,消费者不但包括自然人也包括单位。<sup>④</sup>但是我国大部分学者却认为,消费者仅包括自然人,不包括单位。<sup>⑤</sup>在比较法上,虽然《德国民法典》将消费者限定于自然人,但是学说和法院判决广泛承认无权利能力社团、合伙、基金会作为消费者的能力。<sup>⑥</sup>在奥地利,除了自然人之外,非营利社团在成员较少、组织机构不完善的情况下,也可以作为消费者。<sup>⑦</sup>

在我国,自然人能够作为消费者是毫无疑问的,需要探讨的是法人和其他组织能否作为消费者。无权利能力组织并未获得独立的人格,属于多个自然人的集合,既然自然人可以作为消费者,那么无权利能力组织也可以作为消费者。合伙在传统民法中属于无权利能力社团,现在逐渐承认合伙的法律主体地位,但是合伙并不具有独立的人格,仍然属于自然人的集合,同样可以作为消费者。比较复杂的是法人

<sup>④</sup> 关于这些地方的相关规定,请参见王利明《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》,载《政治与法律》2002年第2期。

<sup>⑤</sup> 钱玉文、刘元宝《消费者概念的法律解析——兼论我国〈消法〉第2条的修改》,载《西南政法大学学报》2011年第2期。王利明《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》,载《政治与法律》2002年第2期。史际春《新发展观与经济法制新发展》,载《法学家》2004年第1期。

<sup>⑥</sup> Micklitz, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, 2006, § 13, Rn 11 - 17.

<sup>⑦</sup> Faber, ZEuP 1998, 854, 861 mN in Fn. 36.



能否作为消费者。法人中的营利性法人持续有组织地从事获利行为,其所从事的法律行为都是围绕其营利活动展开的,都属于以营利为目的的法律行为,因而不能作为消费者。但是非营利法人长期从事的并非营利性的行为,而是各种公益性行为,其法律行为并非围绕营利行为进行,能够作为消费者。

#### (五) 结论和建议

通过上述分析,消费者概念的界定,可以从行为要素和人的要素两个方面进行。消费者是指:非以营利为目的,也非以独立职业活动为目的作出法律行为的人和组织,包括自然人、合伙、无权利能力社团、非营利社团等。

仅仅界定消费者概念尚并未完成全部工作,消费者保护的规则在纯粹的双方都是消费者的情况下并不能得到适用,只有在消费者和经营者之间的法律关系中才能得到适用。因此,经营者的概念也应当在民法总则中予以界定。由于经营者概念的界定与消费者概念是相辅相成的,在消费者的概念得到界定之后,经营

者概念的界定就是水到渠成的了。

为了完善我国消费者保护法律规范,整合我国消费者保护法律体系,提升消费者保护法律规范对于消费者和经营者之间关系的规制能力,中国应当在民法总则的法律主体部分规定消费者的概念和经营者的概念。具体立法建议如下:(1)规定消费者概念,明确规定“消费者是指既非以营利为目的,也非以独立职业活动为目的作出法律行为的人和组织,包括自然人、合伙、无权利能力社团、非营利社团等”。(2)规定经营者概念,明确规定“经营者是指以营利为目的或者以独立职业活动为目的作出法律行为的人和组织”。

作出这样的规定之后,消费者和经营者的概念作为私法的一般规则,不但对于民法典的消费者保护规定具有适用力,也对各种特别法中消费者保护规则具有适用力,以其为基础可以整合消费者保护法律规范,构建完善的消费者法体系。

## The Significance of the Integrative Consumer Concept of German Civil Code and its Use for Reference

Yang Lixin Liu Zhaocheng

**Abstract:** The integrative concept of consumer in general part of German civil code in order to emphasize the private law attribute of the consumer law, to emphasize the particularity of the status of consumer, to emphasize the leaning protect to consumer comparative to the operator, to improve the attribute of consumer law and re-codify the civil law, has important significance of use for reference. We should use the chance of the legislation of the general part of civil law to speculate the consumer concept in civil subject, to confirm the category of “consumer-operator” and “non consumer-operator”, so that we can apply different civil law rules to improve the consumers disadvantageous status, fulfill the purpose of consumer law return to civil law system and more better protection to consumer.

**Keywords:** consumer operator experience of German law significance use for reference

(责任编辑:苗延波)