

消费者概念的构建要素

——以《德国民法典》第13条为借鉴

摘要：《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消法》）颁布实施20年，在保护消费者权益方面发挥了巨大作用。然而限于当时立法技术的不完善与时代局限性，造成法律本身存有制度漏洞。《消法》虽已重新修订，但仍未规定何为“消费者”，但是这个概念所包含的人群，是制定消费者保护法的出发点，具有全局性意义。

关键词：消费者 哲学理念 非合同相对方 惩罚性赔偿

社会经济在运行过程中，不同阶段会有不同侧重。经济发展初期，资本积累与生产发展，会位于首位，然而当社会经济发展到一定阶段，对处于弱势地位的消费者之保护，就会日益受到重视。因为经济越发展，生活越富裕，人们对自身的权利和保护就会越重视。与此同时，经营者规模日益庞大，与消费者之间的不平等地位日益显著，欺压消费者的可能性也就不断增加。而经济的平稳发展需要稳健的购买力，也需要消费者对市场的信心。社会经济结构就如同金字塔一般，要保持其稳定运行，对处于“基建”地位的消费者进行保护就必不可少。

限于当时社会环境与立法技术的制约，致使《消法》在诞生之初，存在着一些制度漏洞，进而造成一定程度上的消费者维权困境。近年来，大规模产品质量安全事件层出不穷，消费者在自身利益被侵害的同时，也逐渐地丧失了对市场的信心，于是《消法》修订被提上立法日程。但修订后的《消法》仍未规定何为消费者，实在令人惋惜长叹。毕竟，这个概念之下的群体是消法理念与制度建构的基础。

本文将以消法所秉承的哲学理念为指导，结合《德国民法典》中有关消费者的定义与中国自身境况，试对“消费者”概念做一要素明晰。

一、概念构建的向导——消法的哲学理念

法律的制定与实施离不开理念的指导，否则面对复杂多变的社会现状，就难免出现背离立法宗旨的行为。因此要确立消费者概念，就必须先确立消法的哲学理念，并在此理念之下进行探讨。首先是一切法律都须遵守的哲学理念，即法律之终极目标；其次是消法自身特有的理念，用一句话概括，便是伊曼努尔·康德的名言“人是目的，不是手段”。因此可将消法的哲学理念概括为以下两个原则：

第一，任何法律的制定与实施均是为了保证整个社会之良性有序发展。

这是一切法律都必须遵守的原则，也是消费者保护法最深层次之考量。如果，

任由经营者利用自身优势地位谋取利益，而使消费者陷入窘境却不给以援助，只会导致市场秩序崩溃，社会陷入混乱；相反，对消费者保护力度过大，不顾经营者正当利益，则会导致经营者发展欲求低下，最终影响社会进步。因而消法要做的是：适度保护消费者，使其与经营者处于一种平衡状态——既不因现实中的弱势地位而遭受不利益，也不能因法律上的倾斜性保护而侵犯经营者正当利益。消法要做的是在动态中尽力保证二者的平等，这不仅是在消法制定与修改时所需考量的，也是在定义消费者概念时所需贯彻的。

第二，在不违背上述原则之情况下，最大程度地维护消费者正当利益。

这是消费者保护法自身所特有的原则。“人是目的，不是手段”，消费者不是经营者谋取利益的工具。然而，消费者与经营者之间的强弱态势，是社会自由竞争之结果，对此法律需给以尊重而不得随意干涉。但现实中，消费者过于分散，难于联合起来对抗经营者，而单独对抗的成本，个人又难以承受，加之经验、信息不对称，消费者便处于不利地位，如果任由经营者恣意而为，社会发展将难以维系。因此，法律必须赋予一定特殊权利，以保护消费者正当利益，防止经营者欺压。就消法本身而言，只要不违背上述第一个原则，就应尽可能地维护消费者权益，抵制经营者恶意行为。

上述两个原则不仅要在消法运行的各个环节中予以贯彻，也要在定义消费者概念时予以贯彻。既不可过度扩大消费者范围，而将特殊权利赋予过多人群，威胁经营者正当利益，也不可限缩其范围，使得消法难以实现立法宗旨。

二、《德国民法典》消费者概念中可供借鉴的要素

《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。”由此可见，在国家立法层级上，我国并未对“消费者”下以明确定义。¹但整个消法体系须以“消费者”为基础而建立，且实践中对概念的理解，会影响到法官对案件的审理，没有统一的指导，“同案不同判”就不可避免，²因此《消法》有必要对何为“消费者”进行明确定义。中国自法律近现代化以来便深受德国法影响，同时作为消费者保护领域中制度较为健全、先进的代表，德国法无疑可为我们提供某些有益的借鉴。

¹ 本条不应视为对“消费者”概念所下的定义。首先，从逻辑学角度来说，下定义时不能出现循环逻辑，即要定义消费者这一概念，就不能在描述过程中出现“消费者”。其次，本条规定的是消费者在什么样的情况下受到保护，实质上是在讲，消法所保护的消费者的行为范围。作者注。

² 在我国，不同省份的消费者保护条例或实施办法，对消费者概念或给出定义，或不给出，其范围如何，又各有不同，在实践中极易造成混乱，导致同案不同判。如《江西省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第2条规定“本办法所称的消费者，是指为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的个人和单位”，其将单位明确纳入消费者范围内；而《上海市消费者权益保护条例》仅规定“消费者在本市行政区域内为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其合法权益受本条例保护”，消费者的范围如何，并未给出明确界限。作者注。

《德国民法典》第13条规定：“消费者是指既非以其营利活动为目的，亦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。”³该消费者概念包括了一个肯定性要件“自然人”和两个否定性要件“非以其营利活动为目的”、“非以其独立的职业活动为目的”。⁴

（一）自然人

消费者须是自然人，即个人。“法人，诸如有权利能力的社团、基金会、有限责任公司、股份公司以及公法上的财团、基金会和机构等，都不属于消费者。”⁵其原因在于：

第一，对消费者进行倾斜性保护有着相应前提，即消费者处于弱势地位。

消费者保护法之所以给予消费者倾斜性保护是因为消费者处于弱势地位，“而且由于科技发展、分工细化，使消费者独立判断选购商品的能力降低；包装技术的发展，新材料、新原料的不断发展和运用又掩盖了商品的瑕疵，为消费者增加了许多潜在的危险；各种推销、宣传、广告等手段的采用使消费者实际上处于盲目的被支配状态；市场全球化和产销多层化导致消费者救济更为困难；生产经营者的联合垄断限制了消费者的选择自由等等。”⁶与经营者相比，个人往往势单力薄，在经济上无法与经营者抗衡，在交易经验、交易信息与法律知识方面也缺乏必要的准备和了解，因而易被经营者欺压。

而法人不同，与经营者相比，其并不一定处于弱势地位，甚至会处于强者地位，此时也就丧失了倾斜性保护的理论和现实依据。当然，也存在这样的疑问：与经营者相比，法人虽然在整体上处于强者地位，但在具体交易领域内，却处于交易信息不对等、交易经验不充足的相对弱势地位，⁷或者法人在整体上就处于弱势地位，⁸即也存在着倾斜性保护的前提，那么《消法》是否应将此时的法人视为消费者？不能。因为法人与经营者之间的强弱态势，纷繁复杂，并不像个人与经营者之间的强弱态势那样一目了然，具有普遍性。⁹法律难以包罗万象，

³ 见《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2010年6月第3版。

⁴ 对目的的考察，应以缔结法律行为时的心理为准。即在缔结法律行为时，行为人确实或可推定为，无从事营利活动的目的，并无从事独立执业活动的目的，那么不论该行为人在此之后，是否从事了该两项活动，都应将其视为消费者。作者注。

⁵ 刘青文：“论消费者、经营者概念在德国民法典中的确立”，载《中德法学论坛》2008年第6辑，第74页。

⁶ 王利明：“《消费者权益保护法》的完善”，载《上海政法学院学报》2005年第4期，第8页。

⁷ 如中国移动公司（法人）与蒙牛公司（经营者）相比，法人虽然整体强势，但在奶制品交易领域内，却处于奶制品交易信息不对等、交易经验不充足的相对弱势地位。作者注。

⁸ 如中国政法大学（法人）与中国移动公司（经营者）相比，法人即处于弱者地位。作者注。

⁹ 消费者个人中不乏本身实力强大的“超级个体”，如比尔·盖茨，这些个人与经营者相比就会处于强势地位，那么为什么要将个人视为一个整体而全部纳入保护范围呢？因为“法律不关心极端之事”，这些超级个体属于极端的少数，并不能因为他们的出现，就否定个人作为一个群体与经营者相比处于弱势地位的事实。现实是，个人与经营者的对比仍然是处于一种普遍性的弱势地位。那么，是否应将这些“超级个体”排除在消费者范围之外呢？不应该。首先，若将他们排除，则违背了“法律面前人人平等”的理念；其次，以何种标准来确定具体交易中的强弱，是难以概括的；最后，这些“超级个体”毕竟属于极少数，将其纳入并不会违背公平原则。作者注。

在法律中，依照不同交易领域，分别给出判断具体交易形态下强弱地位的标准，并以此确定消费者身份的做法，不但会因社会经济形态的千变万化而难以做到，也会因法律逻辑和语言逻辑本身的局限性而难以实现。如果强行予以规定，不仅会造成法律本身冗长而繁杂，也会因逻辑体系的不完整，造成事实上的不平等。

10

第二，之所以将法人排除在外，是因为它并不像个人一样，是商品或服务的承受者。法人“在购买某种商品或接受某种服务以后，还需要将这些商品或服务转化为个人的消费”。¹¹正因如此，法人虽然“可以作为商品的买受人，服务合同的订立者，但不能作为最终的消费者”。¹²法律赋予消费者特殊保护权利，原因之一便是，他们使用商品和接受服务时也承受着由此而来的不利益，例如饮用过期酸奶后，不良反应的承受者是饮用者个人。

正是基于上述缘由，才将消费者限定为个人，而排除法人。同理，我国也应将消费者限定为个人。由于深受计划经济的影响，在法人之上，我国还存在着“单位”¹³这个上位概念，因此就现阶段，应特殊强调的是“排除单位”。究其原因，不仅包括将法人排除在外的两点缘由，还与我国的“惩罚性赔偿制度”有着密切联系。“因为《消法》规定了‘假一罚二’的惩罚性赔偿原则，如果将单位视为消费者，则可能导致单位采购人员和主管人员在‘赔偿的归己，损失的归单位’问题上做文章，最终产生腐败。”¹⁴同时，若将单位视为消费者，会刺激实施欺诈行为的经营者拉拢单位主管人员，使其放弃惩罚性赔偿，进而滋生腐败。

（二）不得以从事营利活动为目的

作为消费者的个人在缔结法律行为时，¹⁵不得以营利活动为目的。¹⁶因为“消费者首先是与制造者相区别的。而在商品交易领域，消费者则是与商人相区别的概念。消费者购买或接受某种商品或者服务不是为了交易，而是为了自己使用”。

¹⁰ 面对纷繁复杂而多变的交易形态，不难假设以下情况的发生：A公司和B公司存在经济往来，法律只规定了A公司专营交易领域内判断强弱和消费者身份的标准，而给与B公司以消费者身份并加以保护，但却未规定B公司专营交易领域内判断强弱和消费者身份的标准，而不给于A公司以特殊保护。此时，就是人为地制造不平等。作者注。

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，第7页。

¹² 同前引注[11]，第7页。

¹³ 单位是指机关、团体、事业单位、企业等非自然人的实体或其下属部门，个体工商户除外。单位是计划经济时代遗留下的特殊产物，其范畴极其广泛。之所以将“单位”作为排除对象，是因为其在中国社会中存在着广泛影响，即使在各省的相关规定中也存在着将“单位”视为“消费者”的实例，如《江西省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第2条规定“本办法所称的消费者，是指为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的个人和单位。”作者注。

¹⁴ 陈运雄：“论消费者的概念”，载《求索》1998年第4期，第39页。

¹⁵ “购买商品或接受服务”可以概括所有的消费行为，而《德国民法典》之所以使用“缔结法律行为”来表述消费行为，则是为了统一法律用语，保证法典前后一致。作者注。

¹⁶ “以营利活动为目的”是指在订立商品买卖合同或者服务合同时，行为人具有的以持续性地追逐利润为目标的心理。这是商事行为的构成要件，不应成为消费行为的构成要件。应注意的是，行为人的“营利活动目的”是在订立合同时具有的，若事后才产生营利意图，则不认为其具有“营利活动目的”。作者注。

如果个人以营利活动为目的而购买商品或接受服务，其便是经营者，¹⁸而非消费者。“因为经营者是为消费者提供其生产、销售的商品或者服务的单位和个人。”¹⁹同时，以营利活动为目的的个人，也不具备前文所述的对个人进行倾斜性保护的前提：首先，此时的个人已成为经营者，并不缺乏交易信息、交易能力和法律知识；其次，他并非商品或服务的承受人，不会承受消费者可能承受的不利益。

因此，在定义消费者概念时，需将“以营利活动为目的”而购买商品或接受服务的行为人排除在外。

（三）不得以从事独立的职业活动为目的

《德国民法典》同时规定自然人缔结法律行为不得以从事独立的职业活动为目的。所谓“‘职业活动’意为持续进行的、对外具有明示性的、有偿的活动。首先是自由职业者、手工业者、农场主和小工商户”。²⁰所谓“‘独立性’，是指其活动是由自己负责，而不是作为第三人的代理人或履行辅助人”。²¹

之所以这样规定，是因为在独立的职业活动领域内，行为人的地位类似于经营者。例如在与相对方签订委托代理合同时，作为自由职业者的律师在经验、法律知识等方面处于强势地位，并无保护必要。

我国学者并未采用《德国民法典》中“缔结法律行为”的表述，而更多的是以“购买商品或接受服务”来指代消费行为，²²在这种表述之下，行为人自然不存在“以独立职业活动为目的”。

以上三个要素均具有合理性，值得我国在定义“消费者”概念时，结合自身实际状况，予以吸收借鉴。

当然，制定法律要以国情为依据，且《消法》中所规定的“惩罚性赔偿制度”是德国法中所不具备的，因而有必要进一步探讨，以确定我国“消费者”概念中所应包含的要素。

三、作为消费者的消费行为承受人²³

¹⁷ 王利明：“关于消费者的概念”，载《中国工商管理研究》2003年第3期，第39页。

¹⁸ 《德国民法典》第14条第1款规定：“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。”参见《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2010年6月第3版。而日本《消费者契约法》第2条第2项规定：“本法中所谓的‘经营者’，是指法人与其他团体及作为经营或者为经营而成为契约当事人的场合下的个人。”参见李德建：“日本《消费者契约法》”，载《山东大学法律评论》2011年第00期，第110页。按此两条规定，从事营利活动的个人均应被视为经营者，而非消费者。作者注。

¹⁹ 同前引注[6]，第7页。

²⁰ 同前引注[5]，第76页。

²¹ 同前引注[5]，第76页。

²² 同前引注[11]，第4页。

²³ 本文所称消费行为承受人是指商品所有人和服务接受人。作者注。

现实中，消费行为承受人（以下简称“承受人”）并不一定是消费合同²⁴相对方，即商品所有者并不一定是商品买受人，服务接受者并不一定是服务合同签订人。基于合同相对性，非消费合同相对方的承受人（以下简称“非合同型承受人”）不能行使合同权利。但其能否具有消费者身份？消费者是否必须是消费合同相对方？合同相对性是否制约着消费者身份？要阐明这一问题，就必须首先明确消费者权利，因为它与消费者身份天然一体：谁具有消费者身份，谁就享有消费者权利；谁享有消费者权利，谁就具有消费者身份。因而，消费者概念须将“应享有消费者权利的群体”均纳入其中。²⁵换言之，非合同型承受人能否成为消费者，取决于其是否应享有消费者权利。

（一）消费者权利

就现行《消法》而言，消费者权利可分为两类：一类是《消法》第二章中之各项权利；另一类即是《消法》第 49 条所规定的“惩罚性赔偿权”。²⁶《消法》第二章所赋予消费者的九项权利是其他法律权利在消费者保护领域的具体化，从这个角度讲，他们并非消费者所特有的权利。²⁷因此，本文将以“惩罚性赔偿权”为对象加以论述。

既然权利与身份天然一体，定义我国“消费者”概念时，就须将“惩罚性赔偿权人”纳入，即非合同型承受人是否拥有“惩罚性赔偿权”，就意味着其是否应被视为消费者。

（二）非合同型承受人应享有“惩罚性赔偿权”

消费者权利是以经营者为对象的权利，“惩罚性赔偿权”也不例外。承受人是消费合同相对方时，其当然享有“惩罚性赔偿权”。若承受人并非消费合同相对方，则其是否仍应享有以经营者为对象的“惩罚性赔偿权”？这需要对“惩罚性赔偿权”的立法宗旨、功能、性质及其权利产生基础进行分析。

1、“惩罚性赔偿权”的立法宗旨与功能

任何人均须为不道德之事付出代价。“惩罚性赔偿权”的立法宗旨是惩罚经

²⁴ 本文所称消费合同是指以经营者为相对方而订立的购买商品或接受服务的合同。消费合同可分为购买商品合同和服务合同，二者并无实质性区别，均是非经营者一方给付价金，经营者一方给予对待给付。其不同之处主要在于服务合同的客体是行为而非有形实物且服务过程就是“生产消费品的过程”。作者注。

²⁵ 下定义时，应遵守“定义项与被定义项的外延必须重合”的逻辑规则。被定义项是其内涵需要揭示和明确的概念。定义项是用来揭示和明确被定义项内涵的那个概念。参见华东师范大学哲学系逻辑学教研室编：《形式逻辑》（第四版），华东师范大学出版社 2009 年 6 月第 1 版，第 34-37 页。作者注。

²⁶ 《消法》第 49 条规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”它意味着经营者存在欺诈行为时，消费者可以请求惩罚性赔偿，即现行《消法》所规定的“惩罚性赔偿权”，仅限于经营者存在欺诈行为的情形下。作者注。

²⁷ 《消法》第二章所列举的九项权利中，安全权（第 7 条）、知情权（第 8 条）、自主选择权（第 9 条）、公平交易权（第 10 条）、依法求偿权（第 11 条）是一般民事权利在消费者保护领域的具体表述，而结社权（第 12 条）、求教获知权（第 13 条）、人格尊严和民族风俗习惯受尊重权（第 14 条）、监督权（第 15 条）则是宪法中所规定的结社自由、教育权、人格尊严不受侵犯、保持民族习惯自由与监督权的体现。作者注。

营者不道德之行为，弥补消费者损失，遏制经营者再次为不道德之事，最终实现保护消费者的目的。究其功能，可分为补偿功能、制裁功能和遏止功能。²⁸补偿功能是指通过给予受损者以超过其损害的赔偿，使其在经济上得以弥补，心理上得以平衡；制裁功能是指“通过给不法行为人强加更重的经济负担，使其承担超过被害人实际损失以外的赔偿来制裁不法行为”；²⁹遏止功能是指通过对不道德的经营者处以超过其所得利益的惩罚，使之得不偿失，迫使其放弃再次做出不道德行为的意愿。其中“惩罚性赔偿的遏止功能是重要的”。³⁰“从经济学的观点来看，惩罚性赔偿通过给不法行为人增加经济上的负担使其为自己的不法行为付出一定的代价，这就可以促使行为人采取较为安全的措施以防止损害的发生或者将事故发生的危险降到最低的程度。”³¹

2、“惩罚性赔偿权”的从属性

“从权利是指在几个互相关联的权利中，以他权利的存在为存在基础或者没有其他权利的存在其存在就没有意义的权利。”³²“惩罚性赔偿权”并不能独立存在，须依附于其他权利，其应属从权利。那么“惩罚性赔偿权”所依附的是何主权利？是合同债权还是其他权利？

立法者苛责经营者是基于其行为的不道德性，补偿消费者是基于其利益受损。³³经营者的不道德和消费者的受损都是源于消费品未达到承诺标准，即未达标消费品本身是“惩罚性赔偿权”的基础。那么谁享有未达标消费品“所有权”，³⁴谁就应享有“惩罚性赔偿权”。

3、非合同型承受人享有“惩罚性赔偿权”的必要性

生活中经常出现这种情形：消费合同订立后，不以营利活动为目的的非经营者一方并不保有消费品，而是将其转移给他人所有，此时的承受人并非消费合同相对方，其中的典型形态有单位福利、³⁵友谊赠与、互换以及临时性买卖³⁶等。虽然其并非消费合同相对方，但基于以下原因仍须赋予其“惩罚性赔偿权”。

首先，追求立法初衷。“惩罚性赔偿”通过惩罚经营者不道德行为，打击其

²⁸ 王利明：“美国惩罚性赔偿制度研究”，载《比较法研究》2003年第5期，第6页。

²⁹ 同前引注[28]，第7页。

³⁰ 同前引注[28]，第7页。

³¹ *Goddard v. Grand Trunk Ry.*, 57 Me. 202, 222-24 (1869). 转引自前引注[28]，第7页。

³² 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2011年4月第2版，第32页。

³³ 这种损失并不仅指实际利益损失，也包括心理预期利益的损失。作者注。

³⁴ 本文所称消费品是指经营者提供的商品和服务。消费品“所有权”是一种概称，既包括商品所有权，也包括要求经营者提供服务的权利。作者注。

³⁵ 单位福利是单位在特定节假日或特定情形下发给单位成员的奖励，既包括发放实物的物质性奖励，也包括诸如提供免费旅游等非物质性奖励。作者注。

³⁶ 临时性买卖是指消费合同中的非经营者一方临时起意而将消费品卖与他人。应当强调的是非经营者一方在订立消费合同时并不以营利活动为目的，否则，其应被视为经营者，他与另一方经营者最初订立的合同应是商业合同而非消费合同。在其之后订立的买卖合同中，他仍是以经营者的身份出现，若不以营利活动为目的的购买人保有消费品的，则该购买人是作为消费合同相对方的承受人。作者注。

侥幸心理，遏制其再次做出不道德行为，最终达到保护消费者的立法初衷。因此，经营者但凡做出不道德之事，就需为其行为付出代价，给予受损害方“惩罚性赔偿”，而不论其行为伤害的是不是消费合同相对方。同时，作为从权利的“惩罚性赔偿权”应随其主权利消费品“所有权”的转移而转移，非合同型承受人作为消费品“所有权”人，应当享有“惩罚性赔偿权”。

其次，实现制度功能，避免架空法律。

制定法律是为了实施法律，发挥实效，解决问题，所以构建法律须避免因制度漏洞而架空法律。

在单位发放福利的情形下，单位是合同相对方，单位成员是承受人，但其并非消费合同相对方。在单位不能行使“惩罚性赔偿权”的状况下，³⁷如果不赋予单位成员“惩罚性赔偿权”，那么经营者即使存在欺诈行为，也会因为缺乏“惩罚性赔偿权利人”，而无法对其进行惩罚性制裁，无法实现该制度应有的功能。

在友谊赠与、互换以及临时性买卖等情形下，作为消费合同相对方的购买人由于转移消费品“所有权”，而造成其在现实生活中既缺少追究经营者欺诈责任的意愿，又因不持有消费品而无法证明经营者欺诈的现状。若不赋予承受人“惩罚性赔偿权”，也会导致“有制度，无运行”。

通过对典型形态的分析，不难得出这一结论：为避免架空法律，应赋予非消费合同相对方的承受人“惩罚性赔偿权”。³⁸

最后，抑制单位贪腐。在我国单位福利尤其是大型企事业单位福利所涉金额相当可观的情况下，如果单位成员不享有“惩罚性赔偿权”，那么存在欺诈行为的经营者所要面对的就仅仅是单位，这无疑会刺激经营者拉拢单位主管人员，使其放弃合同权利。当经营者不仅要面对享有合同权利的单位，还要面对享有“惩罚性赔偿权”的单位成员时，不仅会降低其实施欺诈行为的可能性，而且也会减少其在实施欺诈行为之后拉拢单位主管人员的意愿，抑制单位腐败。

综上所述，消费行为承受人即使并非消费合同相对方，也应具有消费者特有的“惩罚性赔偿权”，即具有消费者身份。而个人通过与经营者订立消费合同成为商品所有人或服务接受人的，则无疑也具有消费者身份。换言之，作为消费行为承受人的个人具有消费者身份，至于其是否与经营者订立消费合同则在所不问。

四、“买假”人属于消费者的情形

“在大陆法系，无论是侵权损害赔偿还是违约损害赔偿，都是奉行单纯的补

³⁷ “惩罚性赔偿权”是消费者权利，在上文的论述中，单位已被排除在“消费者”之外，其仅能主张合同权利，而不能主张“惩罚性赔偿权”。作者注。

³⁸ 事实上，转让“所有权”的行为可以看做是购买人以符合其内心要求的价格而将所有不利益与包括“惩罚性赔偿权”在内的所有利益转让给承受人的行为。作者注。

偿性民事法律责任制度”，³⁹较少采用源于英美法系的惩罚性赔偿制度。⁴⁰

中国民法基本坚持大陆法系传统，但却在《消法》第 49 条中规定了惩罚性赔偿制度，这是因为法律要运用于实践，就必须结合现实。面对经营者欺诈成风的市场乱象，惩罚性赔偿制度有存在必要。但关于知假买假者是否属于消费者，至今未有定论。在讨论消费者概念时，有必要对其进行梳理，从而更加明确消费者的概念和范围。

（一）理论之争

对于“知假买假”，不同学者基于不同理念，给出了大相径庭的结论。但焦点只在于：“知假买假”之下，行为人是否属于消费者。

认为不属于者提出以下观点：知假买假者主观上不存在消费目的，客观上经营者欺诈并未实施成功，而行为人所为属自愿行为，不能认为其受有损害。但是人的主观心态复杂多变，难以认定，大量购买假货也并不意味着行为人就一定“知假”，且“如果在购买以后不能够退货，留在自己的手中，损害更大，因为他根本不能使用该产品，或者即使能够使用，其功能也受到限制。所以，认为知假买假的行为对知假买假者没有损害是不正确的”。⁴¹

认为属于者则提出：立法者在认识到惩罚性赔偿制度弊端的情形下，依然规定了惩罚性赔偿金，就应尽力追求立法者在立法时所做的价值选择，保护消费者合法权益，无需考虑知假与否。⁴²这种观点虽有合理性，但却存在如下问题：按其思路，即使行为人明确声称知假买假的，也会被纳入到惩罚性赔偿制度保护之下，而这是在明确鼓励人性贪婪，本应是打击经营者贪婪的制度却又在鼓励他人贪婪，这与法的终极目标并不相符。

争论双方在理论上都存在不完整性，而且双方直接以知假买假为论述对象，在理论设想上都将过量买假行为人直接视为“知假者”的做法也值得商榷，毕竟行为人主观心态如何，只有本人才可知晓。因而需要站在一个新的角度来思考这个问题。

法律实践是在一定社会环境下展开的，它不仅需要法律条文、理论支持，还需要司法机关个案裁决，因而在考虑“知假买假”这个问题时，就不仅要考虑法条、理论还需要考虑社会环境、司法运行。本文将在“知假买假”的上位概念“买假”之下，对买假人是否属于消费者进行探讨。

³⁹ 谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社 2006 年版，第 186 页。转引自杨立新：“《消费者权益保护法》规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施”，载《清华法学》2010 年第 3 期，第 8 页。

⁴⁰ 大陆法系传统理论认为惩罚性赔偿制度会激发人性贪婪，会促使个人为追求高额赔偿而不惜损害自身。不过日本、中国台湾地区等接受大陆法系传统的国家或地区已纷纷在各自的法律中规定了惩罚性赔偿制度。作者注。

⁴¹ 同前引注[17]，第 39 页。

⁴² 杨立新：“‘王海现象’的民法思考——论消费者权益保护中的惩罚性赔偿金”，载《河北法学》1997 年第 5 期，第 5 页。

（二）“买假”的形态

“买假”行为可分为三种情形：第一，个人声称不“知假”而适量“买假”，即按理性思考行为人应属消费者的；第二，个人声称不“知假”而过量“买假”，即行为人是否属“知假买假”存在疑问的；第三，个人明确承认自己是“知假买假”的。⁴³

无论从理论、现实生活还是司法实践来看，在第一种情形下，行为人都应属消费者，而受到惩罚性赔偿制度保护，对此便不展开论述。

第二种情形，就行为人主观心理而言，分有两种状态：一是，从经验法则出发，行为人应属知假买假的；二是，在特殊情况之下，行为确实是在收藏爱好、一时兴起等心理状态支配下而做出的，行为人不属知假买假的。

第三种情形，在现实生活中基本不可能出现，然而逻辑上，其与第二种情形却存在密切联系，有必要将二者结合起来一并论述。

（三）第二种情形下的“买假”人属于消费者

从惩罚性赔偿制度的宗旨和功能出发，结合司法功能，对“买假”行为中后两种情形，可进行以下三个层次的推论：

技术层次之维

从技术上讲，“疑罪”应从无。在第二种情形下，行为人主观上是何心态，知假与否，只有本人才知晓。“如何才能证明其在购买商品时是知假买假？别人是无从得知的，即使自己承认，也很难说他在购买时就是明知的。因为现在产品结构日益复杂，很多产品的技术密集性越来越强，产品的瑕疵往往不是表面的而是隐蔽的，不是凭肉眼检查就能知晓的。是否属于假冒伪劣还应当有专门的机关进行检测。”⁴⁴既然行为人主观心态到底如何存有疑问，就不得将其作为“知假买假”，理应视其为消费者。

第三种情形下的行为人是否应被视为消费者，在此推论之下，无法得出答案。

逻辑层次之维

经营者做出不道德之事，就理应为付出代价，无论行为人知假与否，都不应成为影响经营者是否承担责任的要素。考察社会现实，不难看到经营者与消费者之间存在着“损害——赔偿——再损害”的循环链条，惩罚性赔偿制度就是要在经营者初次做出损害行为之后，给予严惩，遏制损害行为的再次发生，从而在长远意义上最终实现消费者保护的立法初衷。按此逻辑，将后两种情形下的行为人都视为消费者，将其全部纳入到惩罚性赔偿制度保护之中，就可有效打击经营

⁴³ 所谓适量，是指购买者所购买的消费品与其现实生活需求相适应；所谓过量，则是指购买量超过实际生活需求量。例如，行为人家共有3人，若其购买的手机为3部左右，则是适量；若是13部，则是过量。所说消费品包括服务。作者注。

⁴⁴ 同前引注[17]，第39页。

者侥幸心理，实现制度功能，保护消费者。这也符合消法哲学理念中的第二个原则。同时，“满足‘知假买假’者的要求，无疑开辟了一条动员社会力量打假防假的途径”。⁴⁵

从实现制度功能的逻辑上讲，只要经营者有欺诈行为，而行为人又向经营者购买了消费品，其就应受惩罚性赔偿制度保护，具有惩罚性赔偿权，即应被视为消费者。即在此层级推论之下，后两种情形下的买假人均属消费者。

道德层次之维

“凡到商店购物的顾客，都应被视为消费者；至于他购买的动机和目的，可能涉及道德问题，但不属于法律问题。”⁴⁶法律和道德无疑有着界限，但两者并非泾渭分明，毫无联系。在现今世界，强权法制越来越不具有说服力，法律运行越来越需要道德支撑，法律难以做到道德无涉性。因此，在考虑“买假”人是否为消费者，并可因此而获赔的问题时，就必须要进行德性的考量。

在行为人明确声称自己“知假买假”的情形下，如若依然将其作为消费者，而赋予其惩罚性赔偿权，便是在明确地鼓励贪婪。⁴⁷哲学理念的第一原则是“任何法律的制定与实施均是为了保证整个社会之良性有序发展”，而鼓励贪婪会破坏社会的“良性有序”发展。法不仅是社会运行的行为标准，也是道德最低层次的表达，法对人有着一一种德性的指引作用，其不应鼓励“贪婪”。因而，在此层级推论之下，第三种情形无疑应被排除在外，声称自身“知假买假”者不应被视为消费者。

“买假”行为的后两种情形虽有密切联系，甚至可以说只有“承认自己知假与否”这一墙之隔，但这并不意味着在德性层次，须把第二种情形下的行为人也排除在消费者之外。首先，如前所述，“疑罪”应从无，除行为人外，他人无法探明其行为时的主观心态，无法得知其行为是否出于贪婪之心；其次，法律是一种动态的博弈，消费者和经营者的贪婪都应受到抑制，不能否定一方而肯定另一方的贪婪，须运用司法手段，在动态中使之达到平衡，所以法律本身就不得将第二种情形下的“买假”人直接排除在消费者之外。⁴⁸

综上所述，只要“买假”人没有明确声称自己“知假买假”的，就应视其为消费者。

⁴⁵ 同前引注[17]，第39页。

⁴⁶ 1996年10月，在京召开的第二次“制止欺诈行为、落实加倍赔偿座谈会”上，如何正确理解《消法》第49条的立法原意成为中心话题。时任北京一中院副院长的宿迟在会上发表了此意见。作者注。

⁴⁷ 如若行为人购买的初衷就是以受损为由而获得双倍赔偿，从而增加自身财富，这无疑就是一种贪利之心。法律对此行为如若给予明确肯定，就会推动人们对不当利益的追求，也就是在鼓励“贪婪”。作者注。

⁴⁸ 第二种情形应属于法律的灰色地带，既不能明确肯定，也不能明确排除。应当交由法官，在大的社会环境下，在具体个案中予以具体考量，通过个案判决引导社会运行。面对中国现今的社会境况，有必要将其视为消费者，纳入到消法保护之中，以打击经营者不道德行为。如果消费市场有所改善，经营者信誉普遍较高，与之相比，利用“惩罚性赔偿权”的行为人有更大之贪婪，则司法可适当地否定其请求。作者注。

五、结语

“工业化社会孕育了一种考虑当事人之间实际存在的不平等的契约关系的新观念。立法者倾向于保护最弱者，打击最强者，保护外行，打击内行；当事人必须服从于一个被现代法学家称之为经济秩序的东西。”⁴⁹如何保护处于弱势地位的消费者已成为一个世界性的课题。

中国在经济迅猛发展的同时，也日益地显露出在消费者保护领域的不足。值得期待的是，在不久的将来，随着新《消费者权益保护法》的实施，可在更大程度上有效地保护消费者。然而，新《消法》对何为消费者仍未明确规定。作者不揣鄙陋，就我国消费者概念的构建要素进行探析，并总结上文提出以下浅见：第一，消费者应限定为个人，而排除单位；第二，消费者主观上不得以营利活动为目的；第三，消费者行为应是购买商品和接受服务的行为；第四，个人是消费行为承受人的，不论其是否为消费合同相对方，都应被视为消费者；第五，“买假”人未声明自己“知假买假”的，不应被排除在消费者之外，即“买假”行为不能作为概念的否定要素。

⁴⁹ [法]热拉尔·卡：《消费者权益保护》，姜依群译，商务印书馆 1997 年版，第 5 页。