

“消费者”概念：登场机制与规范构造

高庆凯

【摘要】“消费者”概念有必要从动态生成史与消费者保护法系统的双重视角下,尤其是置于民法视野中考察。经济社会乃至经济学提供的作为“概念”的消费者与消费社会的“问题”共同触碰法学内部早已涌动的保护价值而外显为法学语境中的“消费者”。不能忽视“消费者”之于民法的同源同质面向。外来嫁接型与观念先行型的中国法上的消费者因在实定法整体中的范式流变而呈构造化特征。法律适用范围划定意义上的消费者具有外在和内在的流动性,并保持一定的抽象性和互换性。现行法的“为生活消费需要”单一标准与消费者保护法内在的双重非均质性之间相互龃龉,需要在宽狭之间保持适度平衡与开放以实现概念与法律旨趣之间的整合。鉴于“消费者”的领域多元性和要素多样性,我国司法亟待克服判断的僵硬化,但亦需警惕恣意性;立法论上区分消费者概念的定义与消费者保护法适用,在此之上消费者概念的规范设计不妨体现适度弹性。

【关键词】消费者;民法;构造化;非均质性;标准

【作者简介】高庆凯,上海师范大学哲学与法政学院。

【原文出处】《法学》(沪),2019.10.149~164

一、引言

近代民法到现代民法的转型这一命题勾勒的“人”的变迁图式中,消费者被把握为现代法上具体人格之典型^①。作为我国法上的共识价值,消费者保护被普遍拥护的理论潮流中,“消费者是弱者”已然自明之理。然而,这一形而上层面的“具体”和“弱者”的各自意指并未透彻。在形而下层面,我国实定法上“消费者”概念的定义规范缺席,《消费者权益保护法》(以下简称《消法》,以区别于广义上包括《消法》在内的消费者保护法)第2条于立法当初在强烈争议中面世,虽经两度修改动议却因见解纷呈而不得不搁置,因此该条依然是立法论上的待决课题。该条所揭“为生活消费需要”的词句引起学理争议持久,各地条例规定参差不齐以及司法实务在处理知假买假问题时的左右彷徨加剧概念把握的多歧。法上的“消费者”肖像可以说仍然混沌。

学界既往的理论努力呈现出的普遍特征是个别问题应对型的静态描述,并且往往归结于探寻一个

妥帖的消费者定义。毋庸置疑,这对于消费者保护法学的理论累积、消费者相关纠纷的裁判统一等诸多方面皆有重要意义,但同时整体上显出如下不足。第一,缺乏放在整个消费者保护法的生成史中观察“消费者”,特别是在我国法的变迁脉络中“消费者”的位置;第二,过度聚焦《消法》这一单一实体法,缺乏将“消费者”置于包括但不限于《消法》的消费者保护法的法系统整体中分析;第三,“消费者”的经济学侧面以及消费者保护法划入经济法的定势观念限制着民法维度的观察。由此可能滋生的问题是,无论定义的精致程度如何,都可能造成“消费者”概念把握上的人为割裂或者因视野盲区而致概念把握的不周延。我们牢记着古法谚语“法上任何定义都是危险的”(Iavolenus)之警示,故此本文的努力方向在于描出消费者概念的意义及其思考框架,而不追求得出一个精致定义。基于此,首先,比较法上放弃单纯的表面借鉴概念定义,尝试挖掘其深层意义,因此从一般论上、特别是从民法的视角勾勒出“消费者”

的生成机制;其次,梳理我国消费者保护法整体框架下的“消费者”概念的展开逻辑;再次,在《消法》的内在结构里分析微观意义上的“消费者”概念;最后,尝试在一般意义上分析“消费者”概念的意义并提示未来法规范构建上的若干可能方向。

二、生成与进路:域外法上“消费者”的登场机制

“消费者”概念在实定法上的普遍出现是20世纪60、70年代的事。表面上,美国消费者运动和权利倡导之影响波及诸国或地区,使得“消费者”遁入法与法学。纵向上,若仅将考察源头设定于此会产生认识遮断;横向上,若止于观察经济、社会情势演变以及经济法这一法领域的生成脉络亦不全面。^②殊值从一般论上勾勒其通时的登场机制,特别是民法视角的动态考察。

(一)经济(学)与社会的一般进路

消费无时无刻不在进行,每个人从出生到死亡亦是天然的消费者,在人类存在的意义上这一点自不待言。生产/消费对立意义上的消费乃至生产者/消费者区分意义上的消费者观念却并非先验的存在。一方面,消费本身经历了一个变迁过程。“消费”走出贬义与消极意义用了长达四个世纪,18世纪中期以后消费才成为相对“生产”的中性概念。^③另一方面,在经济学上,消费和生产分离成为独立的存在是交换和社会分工的结果,进而,产品变为“商品”成为生产者与消费者的分离机缘。^④但这样的概念界分并“不是来区分人类”,而是“十分不同的方面”,^⑤随着生产分工的加深和组织化的推进导致生产者与消费者由融为一体的重叠面相分化为清晰的两种身份。如此,走出前工业化时代的自给自足的共同体,消费从生产中分离导致消费者的身份渐趋独立而进入生活情境和言说语境中。经济学上,消费者作为经济链条上的末端环节存在,反作用于生产并决定价格,指向个体或个体组合的家庭。尽管不同流派对消费者的认识仍旧存异,^⑥但较之消费者概念本身,毋宁经济学将重心置于供需视角下的资源配置与消费(者)“行为”,故而经济学上的消费者自身的虚置化和工具化的意义浓厚。^⑦

生产与消费分离之后,至少在学理上才有了“消费者”问题的产生可能。质言之,作为今天我们所面

对的“消费者”,其基本前提是上述分离机制以及经济学的演绎在形式上为法学储备了作为“概念”的消费者。而作为“问题”的消费者,其凸显则要等到20世纪中期西方国家真正进入消费社会这一社会生活上的构造性变化。^⑧迈向消费社会的进程所伴生的诸如企业规模的增大,分工的精细化,商品自身的复杂化等。它们带来的诸多进步值得正面评价,但弊害亦井喷式显现。消费成为时代景观却亦导致产品自身“问题”乃至交易“问题”普遍化。如此,生产与消费分离而出现的消费者作为承担某种决定功能的“国王”,在消费社会中变为受害的“弱者”,一度质变为严重的社会问题。

(二)民法与经济法的交错进路

视线移至法的侧面,上述蜕变过程与法的变迁轨迹可谓相辅相成。的确,19世纪后期向大工业资本主义的体制转型以及由此带来的产品受害问题相对多发助推夜警国家向福祉国家转型催生出一系列经济法意义上的特别立法。然而,发生学意义的“消费者”在法上的起点置于何处本身就是难解之题。在功能论上,具有消费者保护机能的规范,其存在可追溯久远。^⑨尽管对于“消费者”的源头溯及何时诸见解的认识不尽一致,但其共同指向的一点是消费者保护在民法的维度内可谓历时弥久。由此,这一价值设定使得消费者保护的观念扩大和时间前移。不过,这一消费者保护的价值被迎合资本主义发展需要的法典志向理论以及其后的民法理论拥趸所遮蔽,^⑩民法典的个人主义与自由主义为资本主义所推崇,抽象平等论赢得了后世经久不衰的喝彩。然而,这并不等于民法中“消费者”“保护”观念本身不存在甚至消失灭迹。比如,在实定法上,这一价值仍被留在民法典中。^⑪实际上,被排除在法典之外的价值或理念暗中潜伏抑或强烈存在于社会、法官乃至法学者的意识中。“在欧洲,中世纪一直到19世纪中期,契约正义观念占支配地位,19世纪后半叶开始强调契约自由”。^⑫契约自由的强调端赖于以标榜“契约即公正”(A. Fouillée)为最高代表的意思自治理论的鼎盛,但实质上该理论是对早前无力的法典理论的事后补强和回填,它的兴隆与衰落可谓同时。

19世纪下半期起因社会情势变化在不同国家先

后出现程度不同的法的社会化^⑬。它与国家介入表里一体,呈现如下两层面向。第一,资本主义向垄断发展,传统法领域的僵硬分割线出现动摇融合,作为全新法域的经济法秩序萌芽。^⑭国家站在整体经济利益和大众利益的视角维持竞争秩序、整序市场环境。^⑮20世纪上半叶的两次世界大战以及经济危机下的统制经济期国家强化对经济的介入与再编,^⑯经济及人类社会最糟糕的时期却是经济法形成的温床期。为此,以价格统制为代表的国家介入性质的一系列立法,^⑰注重维护市场和社会的一般利益。^⑱经过这样的孕育期,“二战”后兴起的市民运动要求成型的福祉国家给予保护,这一社会背景下的经济法学往往把握消费者为“生活者”,^⑲它既是相对于国家关怀的,亦是对立于生产者意义上的概念,^⑳共同指向生活中的每一个个人。第二,在国家与私人之间,19世纪末起着眼于契约双方当事人之间实质存在社会经济上的不平等而呼唤国家的积极介入显现出一般化的趋势。诸如一方当事人滥用经济力对他方使用不通过交涉就强推契约条款的附合契约等被纳入法学视野的强烈关注;^㉑立法者有保护弱者的义务逐渐获得正面倡导拥护;^㉒在社会连带主义思潮下,在契约中考虑社会事实,合致于一般利益以使契约效果正当化成为自然且正当的趋势。对契约不均衡的国家介入以及公序从例外逐渐走向正面的图谱在法国法上格外显著。^㉓如果说法国民法典在出发时还是由古典法律思想支配的话,那么德国民法典制定时已经处于社会法律思想转变期。^㉔人主义观念于法典前期已然衰落,^㉕“社会关系全面改革”^㉖的时代背景下,德国民法典制定中法典编纂主流价值拥护者刻意或无意的无视社会保护思想,^㉗并拒绝在法典载体中接纳。如此,可以说法典的保守性与时代的变革性之间的沟壑导致德国民法典在法典层面所作出的选择并没有应答社会现实和思潮的双重变迁。它的客观结果是,并不能说德国民法典提供了一个协调形式价值与实质价值的优选方案。^㉘同时期的日本民法典编纂时的价值安排及其制定之后旋即的法典之外施加的多重补足亦鲜明反映了法典的某种缺陷及其价值面向上的跌宕起伏。^㉙的确,诸国基于自身的不同考量而作出的选择安排不尽相同。然

而,可以确信的是,第一,作为20世纪上半叶统制经济体制的遗产,经济法这一全新法秩序形成;这自不待言,但同时,第二,在私法领域,此后的立法几乎不再循演古典立法的逆向思维,摆脱19世纪模式的动向普遍;^㉚第三,法理论上则清醒自觉的转向,私法理论以及社会现实亦正面接纳国家介入,对国家的依赖感趋强。^㉛

上述原理和宏观层面变迁的影响亦渗透到技术和微观层面。法国民法典制定当时没有考虑的情况,其后在法典之外通过判例的修正式操作累积出不同于法典规范的民法法理。作为国家介入向司法层面的延伸,司法介入主义使得法官在维持契约均衡上能动性的转型成为可能。诸多学说所积极主张的人的形象分化、“事业者法”的规范重造^㉜与20世纪上半叶法官在当事人之间的裁判倾斜相互呼应,以加重“事业者 *professionnel*”义务的方式反向实践“消费者”概念及其保护机制。^㉝这被恰当的把握为“前消费者”的法。^㉞其后,在诸如上门销售法等限定领域型和问题应对型的立法中确立了适用排除规范,它与先行出现的“消费者”概念汇流,立法者鉴于消费者“问题”普遍化从而径直将其转隶为显在的“消费者”。几乎同时,“消费者”问题亦被民法学积极捕捉,^㉟经由司法的反复实践,立法上直接贯穿渗透到21世纪的民法典修改。^㊱“生不逢时”^㊲的德国民法典制定当时并未合理安排的现实和价值则等了一个世纪,^㊳可以说这在历史脉络上暗含着一定的必然性。日本法在民事领域没有径直进行消费者保护立法,《消费者契约法》(2001年施行)制定之前,除陆续修改的诸如《上门销售法》《分期付款买卖法》等行业法中填充进民事规则之外,民法典规范被法官灵活适用从而在相对较长的时间里担任着实质的消费者保护法之功能。^㊴因此可以说日本法呈现显著的民法先导型消费者保护法特征。这一价值强烈冲击着刚刚结束的日本民法典修改。^㊵

很显然,潜在的“消费者”与之后在私法领域的学说和立法中显在的“消费者”之间存在毫无中断的连续性。20世纪中期消费者“问题”频发而发酵成“社会问题”。早已栖息在法典之外的价值一经“消费者问题”激活,以要保护的“消费者价值”“消费者

理念”彰显。我们今天所言说的“消费者”,其魂与体很大程度上恰恰存在于民法本身。从民法的一侧来说,域外法展示的法律图景是,消费者保护使得在传统民法中所抛弃一或者更正确的说,有意无意遮蔽的价值在民法的图景中得以找回。在这一意义上,与其说是从近代民法到现代民法的转变,毋宁说是民法观念的本来面貌在现代因应某种价值的确立得以重新复原。从消费者的一侧来说,与其说“消费者是弱者”,倒不如说是法上的结构性不均衡问题通过“消费者”这一概念中介予以集约化。易言之,“消费者是弱者”这一言说只是标彰这一不均衡的方程式。在经济社会以及经济学中分化出的消费者概念,由于消费社会必然衍生的“问题”,通过经济法领域这一国家介入型的“市场规制”和“社会一般利益调整”,在民法自身的非正统价值与正统价值的强弱交替中,契合民法因时因势波动的价值面向转型而显在化。如果将这一点置于“人”的角度来看,并不是“人”本身发生了变化,而是观察“人”的着眼点发生了变化。

三、构造与解构:中国消费者保护法外在轮廓下的逻辑展开

我国法上“消费者”概念的生成路径迥别于域外诸法。在生成特征上,后发型的中国法对域外“消费者”的嫁接而直接跨越渐进生成期,由此亦决定了我国法上“消费者”概念的先行性。然而,与当下法学中“消费者”言说泛滥化倾向形成鲜明对照的是,20世纪70年代末初遇“消费者”时的茫然不知所措。^⑩不过,翻阅历史可知这并非对消费者概念本身的无知一比如我国20世纪50年代的政府工作报告中的消费者^⑪——毋宁,是作为“社会问题”乃至“法律问题”的消费者此时尚未登场。以改革开放为分水岭,消费者保护法旋即步入发展快车道。消费问题从经济理论实践的禁区^⑫转变为市场观念初生后的重视,^⑬由此“消费者”概念伴随着市场观念的萌芽进入我国法学视野和法律文本。

(一)“经济法”上一般消费者概念的簇生

市场空间释放,消费者问题发生意义上的产品问题、缺斤短两、坑蒙拐骗、价格、商标等“市场问题”出现。^⑭经由法学家们的关怀进入法律视野,从而又

升格为亟待解决的法律问题。实定法上陆续制定立法以应对市场中的诸多不正行为。“消费者”概念从标准化工作会议^⑮后,频繁出现于参差不齐的“经济法”规范群中。我们不妨举出若干。第一,已经失效的《食品卫生法》没有使用“消费者”,而是使用了“人民”(第1条),2009年在该法基础上重新制定的《食品安全法》中将其置换为“公众”(第1条),同时亦使用“消费者”(第10条等)。《计量法》的目的规范(第1条)使用“人民”,但“消费者”亦散见于其若干条文中(第17条等)。第二,《反不正当竞争法》(第1条)、《价格法》(第1条)在制定之初将“经营者和消费者”这一在正统消费者保护法中本属于对立的两者予以并列保护,维持市场整体竞争秩序、市场淘汰机制与保护市场参与人的“他者”理念在此一览无余。同样的,1982年的《商标法》中的“消费者”(第1条)在2001年修改为“经营者和消费者”(第1条),立法思想发生了变化。由此可见,一方面,“经营者”的概念被加进来,另一方面,《商标法》的立法目的囊括进了消费者和生产经营者的利益,从而与《价格法》的目的趋同。但《价格法》中也有若干条文(第9条等)明确规定加重经营者负担,保护消费者。如此,《价格法》在总目的上,既保护经营者又保护消费者,但在具体的条文分配上又将经营者与消费者内在对立,相对于消费者而言,加重经营者义务。

毋庸置疑,诸法在与“消费者”保护的关系上亲疏远近各异,立法目的亦不完全一致。不过,它们具有如下共通面向。第一,这些立法并没有给出概念的定义,诸法中的“消费者”概念与用户、人民、公众的措辞,从实质上说并无二致。质言之,它们是一般意义上的消费者。毋宁,这些法律将重心置于“市场”,功能上偏重宏观市场秩序的维护,“作为集体的消费者”意义浓厚;第二,这一立法群具有强烈的行政规制指向。即,它们多设置禁止性规范,保护“消费者”更多仰赖行政机关的惩罚制裁。“消费者”既是维护市场利益的反射受益体,亦是市场中的无序和乱象规制的代名词。在此场合,“消费者”俨然成为“没有主体性的主体”。^⑯

同时,在经济法、民法界分混沌的“经济立法”观念之下,“消费者”亦普遍存在于我国民法学。^⑰民事

实定法则着眼于上述市场中“产品”问题而导致的财产人身损害,《民法通则》(1986年)亦水到渠成地充任消费者保护法角色,该法的产品责任规范其后直接发展为前述规范群中的《产品质量法》。

(二)从作为制度的消费者到作为理念的消费者

一方面,在上述陆续展开的立法进程中,《消法》触及“消费者”的范围(第2条)使得我国法上“作为适用范围划分意义上的消费者”概念登场。它与前述着眼于“市场”“不正行为”的概念之间有了质的区分。质言之,从宏观“市场”到微观“消费者”重心位移,《消法》的“消费者”概念超越上述一般范畴,经由“为生活消费需要”这一基准赋予其具体的、实体的种属内涵,“消费者”指向某种形而下的微观具体关系。在此意义上,经济法群中存在的“消费者”概念与《消法》中的“消费者”概念,既有在秩序规制上相通且连续的一面,又有在次元上断裂的一面。前者更多是基于市场的观念,后者萌生出市民社会的要素。《消法》是保护(相对于经营者的)“消费者”利益的法,故而“消费者”概念成为制度性的、规范性的概念,脱原型、脱一般的意味显著。

另一方面,在原理侧面,作为20世纪80年代民法学对消费者问题的延续,民法学理论格外意识到合同自由限制,特别是格式合同规制问题。^⑨实定法层面上,为匹配市场经济的体制转型并暗合我国开始进入消费社会^⑩的背景,《合同法》中“消费者”呈现出新的面相。除指示条款(《合同法》第113条2款)与受《消法》影响的格式条款的规定(《合同法》第39~41条外),亦在理念上彰显保护消费者权益。^⑪按照立法者的意思,不再单独制定消费者合同法,而是将其一并制定于《合同法》中。若如此理解,《合同法》中就包含着消费者私法,内在于合同当事人的人格解体。

反过来,这一关系显然又脱离了《消法》的概念意义。很明显,它的内涵超越了划分适用范围,消费者的显著意义更多地表现为成为标彰合同不均衡状态的“符号”或“指针”。此处的“消费者”观念具有《消法》中的“消费者”相互无法还原的面相。“消费者”嬗变为理念型存在。《合同法》以及其后的民事立法过程中的尝试都在这一意义上进行。^⑫进而,《侵

权责任法》(2009年颁布)在文本中没有使用“消费者”而使用“被侵权人”“他人”等概念,^⑬但由立法过程可知,从立法思想上受《消法》《产品质量法》等影响,消费者保护亦是《侵权责任法》的立法理念之一。^⑭但此处内涵的“消费者”亦不同于合同法。比如,在发生原因或表现形式上,安全健康领域的“消费者”受害更多是产品本身缺陷导致。不过,它们似乎可以共通收束于当事人间的非均衡性。由于《合同法》与《侵权责任法》的制定自然而然地融进了“保护”的理念,它们共同表明“消费者”概念呈现渐次抽象化的趋势。

综上可知,我国大立法时代渐次累积起来的消费者保护法规规范群在功能或具体概念上皆被笼统称为“消费者”,但因立法目的以及应对问题的不同,消费者概念一旦进入法律的具体场域,其内涵及存在理由并不一致,或者说异同侧面兼具。消费者概念本身的多层多义性及其在实定法上的变迁过程使得它的肖像呈现构造化特征。这一特征是不经意达至的客观立法状态,亦是我国消费者保护法自身的显著特色。如此,尽管消费者保护法在实定法层面上是为了应对且标彰具有同质面向的问题而聚集起来的规范群,在学科意义上志向区割出消费者保护法这一领域范畴,但在言说或思考消费者之际有必要有意识的区分多样的消费者形象。在此意义上,“消费者”与妇女、儿童、残疾人等,^⑮在市民法的视角下当然具有需要相同对待的一面,但与其他概念不同,它并非一个固定的、确定的存在。由此,“消费者”概念在我国实定法中表现出外在的流动性。

四、聚焦与发散:《消法》内在结构上的龃龉

“消费者”概念在我国实定法之间呈现若干不同,但我国司法适用上的“消费者”皆聚焦于《消法》第2条,经过“为生活消费需要”标准过滤判断。因此,一方面,错落有别的“消费者”在裁判上发生“人为的”重合而归趋同一;另一方面,“消费者”概念在实定法以及裁判上收敛于“为生活消费需要”使得《消法》成为思考“消费者”的关键基点。由此,有必要从“为生活消费需要”标准以及人的属性来分析消费者的实质,探讨“为生活消费需要”标准与《消法》自身性格之间的关系。

(一)“为生活消费需要”的多歧困境与主体属性

如果严格按照立法的逻辑设想,个人为生活消费需要购买使用商品或者接受服务适用《消法》,生产消费则排除适用。^⑤作为商品经济体制产物的《消法》,商品经济理论中的主体—生产者与消费者直接衔接着《消法》的“消费者”的理解。马克思商品经济理论区分消费为生产消费和生活消费^⑥的分类基础和思维框架被《消法》立法原封不动的吸收。对域外法的借镜上往往参照其经济法上的消费者=生活者^⑦也可被拿来作为“为生活消费需要”合理性的印证。不过,广义上来说,生活消费与生产消费均是消费者,而“为生活消费”才是《消法》上的“消费者”的操作意味着,立法者制度性地、技术性地将保护的区割线划定于经济学上的生活消费。毋庸置疑,马克思商品关系理论对消费的把握是精准的,但这一经济理论下的消费者是不是合致“法上”的“消费者”保护目的?在法宝关联司法案例^⑧中多关于严格意义上的“为生活消费需要”,^⑨即专门为了它自己或家庭的需要生活必需品等物品的买卖和接受服务的。这些案例所争议的“为生活消费需要”的当事人可以说基本都属于消费者的原型,即消费者是在它从事的任何活动的范围外或者没有从事任何活动的自然人。如果按照《消法》设想的“为生活消费需要”原意这一逻辑就不存在争议。事实上,我国的学理争论的原因就在于试图突破“消费者”的严格范围,解决概念标准与《消法》目的实现之间的供给不足。有关法的目的,长期混沌乃至忽略的一点是,《消法》目的是多重的,并不仅仅在于惩罚假货、打击欺诈等不正行为(a),^⑩还在于矫正不均衡(b)等。质言之,如果出发时的《消法》更多的被赋予了浓厚的政策性期待,那么其后它囊括进了更多的原理性目的。^⑪因此,对于知假买假问题,若重心置于(a)则有适用《消法》的必要;若重心置于(b),由于不存在不均衡则借着“生活消费”这一标尺,将强且智的购买人排除出保护范围。学说与实务长期踌躇的症结大概在于该二律背反。但,“为生活消费需要”遭遇的更一般性的问题是在上述(b)的价值实现上概念射程的波及范围如何。其中的现实问题之一是,国家扶持中小企业的经济战略背景^⑫下,如何科学发挥消费者保护法的功

能。这一问题若稍加演绎,比方说,扩张到从事一定经营的人如何界定;某个“经营者”在它所从事的范围外与某个“经营者”缔结合同,是否是“消费者”或者是否适用消费者保护法?在该情形下,问题又进一步复杂。

思考如下设例。A.某一经营者(自然人)为自家买一台电视机。B.该经营者为自己的经营场所购买电视机(此场合,a.若该人为自己从事电视相关营销的店主;b.若该人为自己经营的面馆购买电视机)。C.还涉及标的物本身,a.如上述B-b中不是购买电视机而是购买面条机;b.如果他购买的是汽车,则指向这个汽车的用途(①如果它是用于饭店经营;②如果它用于家庭或私人;③如果它既用于饭店经营,又用于家庭)。上述分散的诸问题若稍加整理,理论问题是当事人的经营活动与交易目的的关系上以及交易与专业能力关系上分别如何把握。在现行法语境下,我国司法实践很可能除C-b-③兼用性时有具体考量余地外,很容易认定只有A和C-b-②的情形适用《消法》,其他均会被排除。这也是我国司法实务上现实提起的诉讼多为生活消费的原型之原因,推测多是因原告事先认为不属于“生活消费”而自主回避提诉。换言之,“为生活消费需要”标准在上述“消费者”概念的必要扩张中碰壁。实际上,立法并非没有意识到这一点,《消法》修改中曾试图反向界定为“不以生产经营目的”。不过,在扩张的尝试中如下两点殊值留意。第一,如果着眼于非生产经营目的或者着眼于购买本身与其从事的经营活动之间关系,往往只要是在其所经营活动的范围内交易则认定为不适用《消法》相关规范。尽管会较“为生活消费需要”的原意扩大,但实际上仍然会限制《消法》的适用范围,且目的与关联关系往往相当趋近乃至互为表里。^⑬此相对,第二,若着眼于是否有专业知识来判断。这样的保护,考虑到了消费者问题产生的一个重要原因是信息不对称与能力不均衡,但它不仅仅保护对专业分化而带来的信息不对称,甚至可能扩大到除自己所从事的经营活动之外的任何交易,从而又存在无限扩大保护之虞,^⑭反向抹消了强弱基础。如此,立法者需要在这一紧张关系寻得平衡。即,要考虑到目的以及交易本身与其从事的

经营活动之间目的实现上的助益性;但是如果完全聚焦于此,又可能忽视交易中意思的完整程度,一定程度上又要照顾到合同当事人本身的专业知识。据此,将有必要保护者纳入适用范围,将尽管符合标准但不存在不均衡者予以排除。

第二,关于主体属性,若第一中的自然人置换为非法人组织或法人,如何?学界对此问题的讨论不胜枚举。主张限定于自然人的观点,其逻辑可概括归结为:(1)依据僵硬的强弱观念直觉直接排除法人,主张法人是绝对强者,如果扩展到法人反倒使居于弱者地位的消费者的保护失去理论依据。这一逻辑实际上是法人当然等于经营者。(2)受经济学的概念影响,“生活消费”的消费者以及权利语境中的个人权利主体只能是活生生的自然人。然而,法上的“消费者”并非必须严格限定于自然人。一方面,由上述的论证可知,因为在法人能与不能生活消费这一点上的认知不同而导致法人能否适用保护规定的命运有别。换言之,生活消费目的(标准)与人(主体属性)之间具有高度的牵连关系,我们所担心的消费者保护法对法人的过度保护可以通过标准来调节。另一方面,如果以强弱关系来表达的话,法所考虑的应该是:并不必然自然人就是弱的,亦并不必然法人就是强的。“消费者”并不必然的是自然人,法人也并不必然的就是处于优越和强势地位的经营者。由此决定,“消费者”的判断是相对的^⑥。因此,不事先限定于自然人,保持入口的开放性可能是更贤明的做法。这一点亦表明单纯讨论“消费者”是否是法人或非法人组织并无太大意义。进而言之,自然人缔结合同是“消费者”,自然人披上了法人的外衣缔结合同就不是“消费者”,这显然没有考虑消费者保护法生成的全貌,亦整齐划一的拒绝考量消费者保护的基础以及合同当事人的不均衡关系。如果说作为产品责任领域的“消费者”有可能仅指向自然人^⑦的话,那其他领域则不是。域外的法经验上,起初在实定法上明文限定自然人,尔后又不得不尴尬地作出反制定法的适用补救,^⑧抑或避开“消费者”概念的定义规范而向法律存在理由遁逃,^⑨徒生的逻辑抵牾是实定法上自我编织限定自然人的牢笼而裁判适用上又不得不求诸其他以图突破。事实上,我国法的立法

实践亦循演了这一纠结历程,实定法制定与修改中颇费周折后最终也没有选择明文限定自然人,^⑩各地方条例中的立法参差以及态度变动不居亦不证自明地例证了自然人之外的可能性。^⑪从我国判例来看,诉争的案件当事人一方基本都是自然人。不过,我国司法实务中有判决亦没有径直以被告是公司为由否定《消法》适用,而是以欺诈不成立为由驳回诉讼请求,^⑫虽未正面明示态度,但可以说它潜藏着非限定自然人的思维端倪。

反向思考“消费者”概念,它要表达的逻辑是在与另一方当事人(经营者)的交易关系上,一方当事人是不是“消费者”,值不值得《消法》保护。如果说消费者保护法的存在基础是不均衡的矫正,那么“消费者”不应该是事先的固定绝对存在,经营者/消费者应在具体的交易关系中事后判断。在此意义上,即便在语义上消费者/生产者可以把握为两个独立主体,但《消法》规定的消费者/经营者的两个概念并不是截然对立的二分概念。即使当事人符合静态意义上的经营者的概念,法律适用之际也有可能成为“消费者”,开放型的“消费者”具有内在的流动性。在这一意义上,“消费者”概念本身亦具有一定程度的抽象性和互换性。

(二)《消法》的非均质性与蔓生性

作为构造化的概念在法整体中的参差是由于诸法的立法目的、法律性质之间不尽一致造成的,且消费者保护法自身的边界因其变动成长亦不清晰。前述“消费者”概念的定义的单义把握与“消费者”概念的构造化之间的错落不言自明。然而,我们遭遇的另一个障碍还在于《消法》本身。事实上,我国《消法》由于在20世纪80年代的“经济立法”中较早且迅疾朝向综合立法,试图综合规制新生“市场”中的多面“消费者问题”,在路径展开上有别于域外法。^⑬采统一立法的《消法》本身作为消费者保护规范的主要载体,其规范层面的综合性及立法目的的多层性与“消费者”的单义把握之间亦呈现一定的紧张关系。这一紧张关系的产生根源很大程度上在于《消法》自身的非均质性与蔓生性。

首先,从横向上看,《消法》的非均质性表现为它的多面体性与多领域性。第一,《消法》规范的类型

或性质的多样性导致消法呈现出多面体的性质,宣言型、司法型、行政型混在。值得特别注意的是,《消法》是商品经济时期的产物,行为规范意义浓厚,内含深刻的行政性和处罚性特征。因此,尽管学界几乎一致试图将“消费者”作统一把握,但《消法》中的多面存在与消费者概念本身的统一把握之间不具有整合性从而又导致分歧难息。例如,前已述,知假买假是否构成欺诈以及惩罚性赔偿的判断困境缘于生活—生产基轴的目的标准的溢出、立法性质以及非道德对非道德的双重叠加等诸要素,徘徊在行政与司法之间导致理论解释和司法适用皆不自洽。《消法》欺诈与民法欺诈的争执亦可以在这一意义上理解。^③而这种非整合性又在各地条例规定的不一致中被放大,各地的司法判决中裁判标准并不统一。第二,法律上的消费者保护“问题”中的“消费者”,作为“问题束”可统括为“市场问题”,但问题表现于不同的“问题域”中,并且诸问题是渐次出现的,今后势必还会填充进来新问题。《消法》的规制问题指向既有合同方面,又涉及商品或服务本身安全方面以及人格利益方面等。而合同领域的问题进一步又可以细分为多种:1.意思形成不完整的问题,如不要求相对方状态的后悔权制度、关联相对人的状态意义上的欺诈制度以及违反信息提供义务说明义务的制度;2.交易方式本身的问题,如互联网交易等的非对面性、销售或交易方法、执拗的劝诱、信用交易等问题;3.磋商本身存在与否的问题,如格式条款问题等。进而,在诸问题域中,“消费者问题”的产生原因及其表现存在差异,如经济力的差异,滥用地位或者状况上的优势,磋商能力的差异,占有信息量的不均衡,亦有可能是社会结构或者商品本身的问题等。与其相应,应对方法的设置以及“消费者”的把握自然亦应不同。

其次,从纵向上看,《消法》的蔓生性亦加剧了该法自身与“消费者”概念把握之间的非整合性。这种蔓生性是立法技术以及社会情势变迁的结果,不过它亦凸显该法在现代法系统中的旺盛生命力以及该法在原理层面上的扩张力。从《消法》与“民事一般法”的关系上来看,《消法》某种意义上发挥着规范的发动机、蓄水池和交换站的功能。它起案于商品经

济体制的肇端,在商品经济与市场经济的体制交接期颁行,对市场经济下的问题预设并不充足。一方面,《消法》在商品经济时期的时代性以及长期定位为经济法的学科性,使得《消法》的“消费者”更多地理解为为“生活”消费的人,因此市场经济体制下喷涌出来的围绕医疗、教育、旅游、不动产、奢侈品等诸侧面的细节争论亦是僵持于“生活消费”的解释引起的^④。造成这些具体论争的原因在于将重心置于“生活”还是置于在不同类型交易中普遍存在的消费者交易“问题”,如果将重心置于后者则当然可以从诸侧面中抽出消费者“问题”的一般性。另一方面,社会的发展进步又催生《消法》灵活的成长性。特别是当下互联网交易的发展,消费结构的变化,消费品的多元化和大量化,服务的兴起,金融业的兴盛(保险、证券、投资理财)等导致新问题涌现,立法调适规范以回应社会变迁。

《消法》的这一蔓生性体现在两个侧面。第一,《消法》向外部的蔓生。比如,格式条款规范超越《消法》体制向《合同法》的传导;惩罚性赔偿制度在《侵权责任法》中的延伸以及《消法》内部惩罚性赔偿的再发展。^⑤第二,向《消法》内部的嫁接与拓展。比如,合同法的格式条款对《消法》的反哺(《消法》第26条);《消法》修改时而增设的后悔权制度(《消法》第25条);非对面型交易以及金融交易中经营者的信息提供义务(《消法》第28条),且对于金融领域是否受《消法》保护的问题该规定意味着立法承认了《消法》适用于金融消费;^⑥消费者个人信息保护义务(亦被反向称为消费者个人信息权)规范(《消法》第29条),它虽更多体现的是宣言性,但细化了《侵权责任法》的民事权利。

职是之故,我国消费者保护法整体的外在轮廓与《消法》内在结构的双重层面上,特别是《消法》本身的错综性、蔓生性与单义且内嵌浓厚经济学意义的“消费者”定位之间有着难以消弭的非整合性。比如,在关于格式条款的适用上,《消法》提示的是宣言性的规范,这一功能实质上交给《合同法》承担,在适用格式条款规范时,“为生活消费需要”如何与格式条款规范的保护宗旨相协调不可避免地会发生问题。换言之,在非生活消费领域,也同样存在大量的

适用格式条款规范,这一矛盾不易克服。^③又如,是否仅仅“为生活消费需要”才能适用后悔权制度,不无疑问。这一标准显然难以合致着眼于非对面型交易而设置后悔权制度之旨趣。^④再如,知情权或信息提供义务限定于狭义的“为生活消费需要”会过度限制平衡实现,由此造成的问题往往是标准与规范之间的正当性难以实现有机协调。

五、意义与构建:消费者保护法要保护谁?

既然“消费者”概念呈现构造化以及消费者保护法存在非均质性且呈扩大趋势,那么“消费者”概念的意义何在?经济学与法学上的消费者概念的连续性更多体现在“消费”意义上,而在消费者“问题”意义上,法上的消费者更多的走出经济学意义上的经济链条末端者的语境,被理解为是弱势当事人。由此提起的问题是:立法者究竟要保护谁,将什么作为正当价值?对此,有必要在现行法框架下反向思考划分标准的实质意义。基于此,在立法论上提示消费者概念规范设计的若干方向。

(一)标准的意义以及其导向上的考虑要素

如前述,“消费者”判断具有纠纷性与事后性。因此,法官面对案件要判断是否应当保护纷争当事人。为此,立法者往往会设计一定的标准用于约束司法恣意。从比较法上来看,“消费者”的标准设定因涉及法政策的选择,法域之间的选择不同,法域内部的前后选择也不同,因此在诸法域之间甚至同一法域内部存在差异。如我国法选择了“为生活消费需要”,日本法规定排除适用“作为营业或者为了营业目的”(《特商法》)“作为事业或者为了事业目的”(《消费者契约法》),法国法在立法上将目的标准修改为直接关系^⑤,尔后又将欧盟指令的标准转化为国内立法。^⑥这一变动和差异本身反映着标准设定上的人为性和困难性。采取单一标准的我国现行法,不妨如下理解其标准的意义。

首先,毋庸置疑,它意味着立法者的一定目的或期待。如果以强弱关系来表达消费者保护法的存在理由更为通俗直观的话,“为生活消费需要”被保护的潜台词是:如果与相对人(经营者)交易是“生活消费”需要,那么该人是无知的弱者;非“生活消费”者是消费者保护法意义上的强者,立法者认为该人被

期待对该交易(包括标的物)具备或应该具备必要的能力和知识。立法者拒绝非“生活消费”目的享受法的特别保护。简言之,“生活消费”目的标准标彰着现代社会的结构性问题中的高度的“要保护性”。事实上,司法裁判直截了当排除“生产经营”目的的做法就是在这个意义上进行。^⑦但也正是在此意义上,没有必要陷在“生活”的狭义理解中执拗于医疗、教育等个别领域画地为牢。而知假买假所提起的弱而愚、强且智的划分可以说亦是在“要保护性”意义上衡量的结果。

其次,仅做以上理解并不充足,因为在我国现行法的框架下,若按照《消法》上的“为生活消费需要”的区分标准的原意,只不过是把握住了消费者的核心部分。法上的“消费者”的确出发于原型的消费者,却随即抑或渐次被植入若干个存在理由和保护原理。质言之,正因为作为法律问题的“消费者”的要保护性,所以“生活消费”目的是经由“消费者问题”这一中介装置抽象提炼的结果。如前述,“消费者”的构造化、问题的多域性以及因此带来的消费者保护法的存在基础的复杂性,故而标准的另一重意义在于调适消费者问题表现上的多样问题(事实)与消费者定义上的单一标准(规范)之间的张力。这一点自不待言,但按理说,纠纷解决意义上的“消费者”的“问题性”判断,本来应该在每一个个案中具体考察“受害”或“不均衡”的诸状况、诸要素去判断交易当事人是否是消费者/经营者以实现法保护意义上的矫正。然而,这一个案具体考察的机制,立法者通过将“消费者”中发散开来的诸状况、诸要素以整齐划一的标准抽象表达。换言之,“标准”的意义是遮掩或替代了消费者问题的诸状况、诸要素。若如此理解,则在导向这一“标准”的判断过程中有必要将这些予以还原考虑。不过,标准的判断需要斟酌的状况、要素,在诸个案中可能并不完全相同,需要到个案中具体衡量判断,^⑧并且因交易领域、交易方式等不同要考量的要素或重心亦相异。^⑨如果这样考虑,该标准的判断就成为直接或间接考量诸状况、诸要素,发挥标准的杠杆能动性以实现它作为正义实现机制的功能。这是在我国现行法下发挥《消法》能动性、突破其保护范围过度保守的可能路径之

一。在此意义上,比如,我国法的“为生活消费需要”亦是有必要对综合要素进行具体判断的标准。质言之,即便我们选择维持它在实定法上的正当性,但判断“为生活消费需要”的观念需要改变。如此理解的话,我国法上的诸争论(目的论^⑤、标的物论^⑥、行为论^⑦等)可以说皆各自揭示了判断“标准”的某个或某些要素。医疗、教育等诸次系统“消费者”问题亦分别是这一思考机制中的一个侧面而已。

职是之故,判断“消费者”不可能是单纯单义的。需要关照交易形式、斟酌当事人状况、当事人的非正当性、标的物状况、当事人与标的物的关系(交易本身与其所从事经营活动之间的关联程度、消费目的、用途、是否有专业知识等)等当事人之间的具体情形综合判断。在此之际,有必要留意两点。第一,这种指标性要素并非固定不变的。在不同的案件中,它们的要素呈现的程度也不一样。要素本身之间亦存在一定的联动关系,比如,标的物本身的不同或者标的物的“使用”本身有时成为判断的重要风向标。^⑧第二,反向逻辑来看,即便将这些要素予以考虑不满足该标准,但并不能一概排除保护的必要性。有时出于政策性考量,如我国现行法上农民购买使用直接用于农业生产的生产资料(《消法》第62条),也可能会有现代生产技术的进步和社会经济发展而带来的标的物本身的复杂性或内含高技术的情形,导致当事人双方之间存在相当程度的不均衡时亦有矫正的必要性。再有,不均衡和政策的混合因素存在,如中小企业的保护。^⑨即便按上述判断构成“消费者”,在该“消费者”没有要保护性时,则拒绝保护为宜。^⑩若如此考虑,则我国司法实务在判断适用上的僵化亟待克服。

(二)规范建构

实定法上设置单一标准,在明了性上有其优点。但标准的正当化在不同领域里表现不同,因此即便放弃“生活消费”目的标准改采取其他标准同样存在顾此失彼之虞;反过来,又容易造成在不同领域中的某些领域“消费者保护”的目的实现上难以满足,类似的情形却存在保护的差异性,从而反向削弱标准的正当性和说服力。域外的法经验也例证了这一点。如法国法上,“消费者”概念的定义规范长期

不在变相为法官自由裁量创造了空间。及至最近欧盟指令国内化时法国设置统一“消费者”定义规定,为突破其掣肘,最近对作为妥协产物在1978年立法时无意间保留却长期没有得到重视的“非事业者”概念增设定义规定^⑪,其功能正被唤醒。^⑫单一标准显然不能合致立法者发动保护的多元目的,在这一意义上,未来法修改时任何选择似乎都不能完全令人满意。我们反复提及的广义的消费者保护法的内在差异性以及《消法》自身的非均质性投射到“消费者”概念上,消费者保护的诸状况与某一特定标准之间不可回避的存在难以覆盖或过于牵强的情形。鉴于这一事实,立法论上亦不必过度执拗于设置统一的消费者定义规范。即便经济学上或者学理上可以设置一个狭义的、统一的消费者概念的定义,但在消费者纠纷解决意义上会在立法上造成囿限。尽管我国实定法上尚未设置消费者概念的定义规定,但期待通过概念的统一且唯一的定义一劳永逸解决问题似乎注定会碰壁。

反过来说,消费者概念的构造化以及消费者保护法的不均质性、存在理由的不一致,是否必然意味着消费者概念定义的放弃抑或不能设置统一的消费者概念定义规范?事实上,作为语义学上的法律概念的表达,并不妨碍设置统一的定义规定。但于此场合,我们需要留意的是:消费者保护法的适用范围依赖消费者的定义,但是否是消费者与是否适用消费者保护法亦是两个层面的问题。^⑬消费者保护法要保护谁是考量进行某一个交易的人是否构成消费者或消费者保护法的适用是否可以发动。由此,存在层状判断:是否构成消费者的判断,给出一个基本标准,它提示的是如果越核心的把握的话当然越有利于消费者概念的明了性;但这并不妨碍消费者保护法适用于亲近这一参照指标的人。即便不构成“消费者”,不等于不能适用消费者保护法,可以通过一定的技术操作(参照、类推、同化等)保留法适用的可能性,解消司法在个案的具体判断中因依靠某一特定标准而可能会面临的左支右绌。

上述想法若反映在规范设计上可能会有多种选项。第一,回避定义。通过实现消费者保护法旨趣意义上的判例累积,边界清晰之后再抽出一般规

则。不过,可能的代价是恣意裁量而造成一定的司法不统一。第二,选择多重定义。在定义意义上的“消费者”概念的区分标准不可能唯一,按照问题域的不同而设置有幅度的多重定义来应对。不同的问题域中考量的着眼点和重点并不完全相同。这样势必必要承受一定程度的概念混乱。第三,目前相对现实的做法是考虑设置定义。A. 设定一个明确的消费者概念,可以狭窄。保持现在的《消法》中的概念基准并非不可以,亦可以将该基准反向限制,如“不以生产经营目的”或“生产经营外的目的”,但需要革新理解的观念。B. 离开主观的目的标准改采更具客观性的标准,如“直接关系”不失为一个选项,同时要吸取法国法上导入该标准的立法初衷是扩张适用范围而司法适用却出现收缩的趋向之教训,并适度配合专业能力标准。^⑨C. 如前述,像法国立法那样将严格的定义与其他定义并置也可以考虑。要重复强调的是,即便设置核心的“消费者”定义规范,消费者保护法的适用范围并不止于该核心概念的定义指向,有必要关照其他不属于严格意义上的“消费者”,但是从立法意图来看却有保护必要的当事人,在制度设计上不封闭类比“消费者”来适用消费者保护法的可能性,同时对经济政策等情形予以考虑以保持特殊场合机动的纳入与剔除。

六、结语

上述论证可能被批评为“消费者”概念的无用论^⑩或者消费者保护的泛滥化。对于这一可能的批评预先回应如下。第一,不管“消费者问题”的表现如何多样,诸种问题的“问题性”通过“消费者”这一现代法的价值共识表达衡量,而且消费者概念在功能上成为构建和维系消费者保护法这一法系统的中心轴,至少在此双重意义上“消费者”有存在的必要性。第二,我国被低估的消费者概念以及随之被矮化的消费者保护法功能的发挥未来值得更大程度的期待。不过,有必要在消费者保护法的机制发挥上寻求平衡以维护交易的公平正义。为此我们必须警惕走向保护扩大化或泛消费者化的另一个极端,从而反向丧失平等对待与要保护之间的区割意义。第三,“消费者”概念是法的演进过程中被刻意排除的强对弱的正义观念(原理和理念)、时代变革下涌现的

新问题群的应对方法(制度和方式)以及时代变迁下不同时期不同原因发生的权益受害(问题和现象)三层意义的压缩聚敛。

反过来,作为水面之下诸问题的“代言人”表现在水面上的“消费者”概念是蜕变型和进化型的多维度概念。“消费者”概念本身具有的扩张力和动态性与概念呈现的构造化之间互相支撑。它催促我国司法裁判更加能动的践行消费者保护法的功能,亦提示将来立法时注意“消费者”概念规范的弹性设计。当务之急是我国法需要走出陷在“为生活消费需要”语义层面的僵持和混沌。进而言之,开篇言及的从抽象人格到具体人格的转型问题,消费者对照近代民法理论上所设想的人的确有具体性的一面,但同时“消费者”自身亦包含着一定的抽象性与互换性,这也是“消费者”区分于“劳动者”的重要一面。若沿着这一脉络思考,消费者保护对民法的影响轨迹印证着消费者保护法与民法的原理互通,“特别法”与“一般法”的疆域分界亦变得模糊。不过,消费者保护的言说泛滥化与政策化极易遮挡“消费者”概念蕴含的丰富原理性。消费者保护法的潜在扩张力以及它与民法的动态连续性和相互反馈力不能也不应过小评价。民法视野下这一更宏大的课题有待今后继续探讨。

注释:

①参照星野英一「私法における人間—民法財産法を中心として—」同・民法論集第6卷(有斐閣、1986年)第1頁以下;参见梁慧星:《从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾》,《中外法学》1997年第2期。

②我国法理论一般设定于19世纪末的经济法萌生期,对西方主要国家经济法的主要立法的知识介绍普遍存在,代表文献参见李昌麒、许明月编著:《消费者保护法》第4版,法律出版社2015年版,第20~34页。

③Voir J-M. Tuffery, *Ebauche d'un droit de la consommation, La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, LGDJ. 1998, p.20.

④参见张维迎:《经济学原理》,西北大学出版社2015年版,第73页以下。

⑤参见[法]弗雷德里克·巴斯夏:《和谐经济论》,王家宝等

译, 中国社会科学出版社2013年版(重印), 第330~331页。

⑥新古典经济学往往将生产者(企业)和消费者(家庭)作为经济世界中的两大经济实体, 参见应思思:《经济系统的结构: 中介系统及其影响研究》, 知识产权出版社2016年版, 第56页; 而在新制度经济学眼里消费者不是一个人而是一个偏好集合, 参见[美]罗纳德·H. 科斯:《企业、市场与法律》, 盛宏、陈郁译校, 格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版(2016年重印), 第3页。

⑦任一经济学著作皆如是, 比如[美]曼昆:《经济学原理: 微观经济学分册》第7版, 梁小民、梁砾译, 北京大学出版社2015年版, 第144页; [美]梁安格斯·迪顿、约翰·米尔鲍尔:《经济学与消费者行为》, 中国人民大学出版社2015年版, 第3页。

⑧关于20世纪以后西方社会生产方式与消费方式的转型演进及其互动关系中的消费社会, 参见莫少群:《20世纪西方消费社会理论研究》, 社会科学文献出版社2006年版, 第3页以下。

⑨学界普遍承认这一点。参见前引注②, 李昌麒、许明月编著书, 第23页; 广濑久和「内容規制に關する一考察(1)」艾NBL481号1991年22頁, 据考在汉谟拉比法典中就已经纳入弱者保护与维持均衡的观点, 认为是消费者保护立法的肇端; J. Calais Auloy, Droit de la consommation, 8éd., 2010, p. 1, n°1, 在罗马法上对欺诈保护买方; 按照法国J.-M. Tuffery考证, 至少在17世纪, 消费者保护概念出现, 在17世纪、18世纪规制交易关系的诸规范构成消费者法的底稿, voir J.-M. Tuffery, Ebauche d'un droit de la consommation, La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVe et XVIe siècles, LGDJ, 1998, pp. 17-21.

⑩从主体侧面指出传统民法极端缺陷, 参见龙卫球:《民法主体的观念演化、制度变迁与当下趋势》, 《国家检察官学院学报》, 2011年第4期。

⑪尽管不完全同质, 法国和德国都在民法典制定当时在法典内部做最低限度保留, 自发的抑或是来自外部干预, 前者参见大村敦志·公序良俗と契約正義(有斐閣、1995年)第73頁, 后者参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》, 米健译, 商务印书馆2013年版, 第100页。

⑫[日]大村敦志:《从三个纬度看日本民法研究——30年、60年、120年》, 渠涛等译, 中国法制出版社2015年版, 第70~71页。

⑬法国法上的指摘, voir J. Carbonnier, Droit civil, I, Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple, pUF, 2004, pp. 132-133, n°78. 日本法情况参见前注⑪, 大村敦志书, 第132页。

⑭经济法诞生的时间并不确切, 参见史际春、邓峰:《经济

法总论》第2版, 法律出版社2008年版, 第71页; 徐孟洲主编:《经济法学》, 北京师范大学出版社2010年版, 第3页。

⑮法国1905年8月1日法等大量制裁性质的法律制定, Voir M. Paul Ourliac, Le passé du "consumerism", Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t.27, p.224.

⑯高畑顺子「フランス・ディリズムと契約法—二十世紀前半の管理経済力契約法に及ぼした影響についての一考察」北九州法学第17卷第3号第41頁参照。

⑰要特别指出的是1945年6月30日1483号命令出现“消费者”这一用语(该命令第33条价格广告规制)。

⑱ Voir J. Mazard, Aspect du droit économique français, Revue de science criminelle et droit pénal comparé, 1957, p.26, n°1.

⑲参照木元锦哉·消费者保護と法律(日本経済新聞社、1979年)第11~12頁。

⑳参照正田彬「現代における消費者の権利」法学セミナー1973年4月号第76頁。

㉑ Voir R. Saleilles, La déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, Librairie Cotillon F. Pichon, 1901, p.229, n°89.

㉒ Voir V. Ranoil, L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, Préface de J.-Ph. Lévy, pUF, 1^{er} éd., 1980, p.139.

㉓ J. Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, LGDJ, 1980, pp. 80 et s., n°113 et s.

㉔参见[美]邓肯·肯尼迪:《法律与法律思想的三次全球化:1850-2000》, 高鸿均译, 《清华法评论》2009年第2期。

㉕同前注⑪, 拉德布鲁赫书, 第98~100页。

㉖参见[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》, 潘汉典等译, 中国法制出版社2017年版, 第269页。

㉗参见[德]基尔克:《私法的社会任务》, 刘志阳、张小丹译, 中国法制出版社2017年版, 第33页以下。

㉘它的形式与实在的游离亦吻合着马克思韦伯站在形式合理性与实质合理性之间对理性化过程内在的理性解放与理性铁笼这一现代性悖论的深刻忧虑。参见马建银:《韦伯的“理性铁笼”与法治困境》, 《社会学家茶座》2008年第1期。

㉙参见星野英一「日本における契約法の變遷」日仏法学会編・日本とフランスの契約観(有斐閣、1982年)第69頁; [日]大村敦志:《民法总论》, 江潮、张立艳译, 北京大学出版社2004年版, 第21~31页。

㉚在这一意义上理解, 德国民法典真正成为“19世纪的尾声”(拉德布鲁赫语), “历史现实的审慎终结”(齐特曼语), 对此参见前注②, 茨威格特、克茨书, 第269页。

㉛在社会思潮层面亦反映着这一动向。即便走出统制经

济,脱离福祉国家动向后,在社会思潮上已不固守古典自由主义,而是变貌为容纳国家干预的新自由主义,参见段中桥主编:《当代国外社会思潮》第3版,中国人民大学出版社2010年版,第42~77页。

② Voir G. Ripert, «Ébauche d'un droit civil professionnel» in Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, p.677; L. Josserand, Sur la reconstitution d'un droit de classe, D, 1937. chron., p. 1-2; A. Tunc, Ébauche du droit des contrats professionnels, Offertes à G. Ripert, t.II, 1950, p.139-140, n°5 et s.

③ Voir J. Calais-Auloy et H. Temple, Droit de la consommation, 8e éd., 2010, n° 51 et s, p.56 et s, n°227 et s, p.282 et s. J. Ghestin, La responsabilité des fabricants et distributeurs, Economica, 1975, p.44.

④ J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com. 51. 1. 1998, p.117.

⑤ Voir Travaux de l' Association H. Capitant sur《La protection du consommateur》, Montréal, 1973. 日本法上,「消費者保護と私法」(1977年第41回日本私法学会),私法1978年卷40号第3頁以下参照。

⑥ 修改草案参见李世刚:《法国合同法改革——三部草案的比较研究》,法律出版社2014年版,第276頁以下。

⑦ 同前注①,拉德布鲁赫书,第98页。

⑧ 参见张学哲:《德国当代私法体系变迁中的消费者法》,《比较法研究》2006年第6期。

⑨ 作为消费者保护法意义上的民事判例集,参见名古屋消费者問題研究会編·判例消費者取引法(商事法務研究会、1992年);大村敦志·判例·法令消費者法(有斐閣、1994)。

⑩ 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編·Q&A消費者力、らみた民法改正(第2版)(民事法研究会、2017年)第2頁以下参照。

⑪ 参见姚苒:《中国消费者权益保护运动30年回眸》,《法制日报》2008年9月21日周末版。

⑫ 参见《关于周恩来总理的政府工作报告、关于1956年国家决算和1957年国家预算和关于1957年度国民经济计划的决议——1957年7月15日第一届全国人民代表大会第四次会议通过》,《财政》1957年第8期。

⑬ 参见宋锦剑:《论人民生活消费水平及其构成变化的规律性》,《陕西财经学院学报》1980年第1期。

⑭ 参见夏兴国:《重视消费在社会主义经济中的作用》,《社会科学研究》1979年第4期。

⑮ 参见《中华人民共和国国家统计局关于一九八一年国民经济计划执行结果的公报 一九八二年四月二十九日》,《中华人民共和国国务院公报》1982年第9期。

⑯ 参见岳志坚:《解放思想大于快上为标准化工作的全面发展而奋斗——在全国标准化工作会议上的工作报告(一九七九年三月八日)》,《交通标准化》1979年第2期。

⑰ 朱祥海:《消费社会的幻象及其结构:一种法伦理学进路》,河北人民出版社2015年版,第46页。

⑱ 毋宁,民法是作为商品经济秩序维护的法把握,代表文献参见佟柔:《我国民法的对象及民法与经济法规的关系》,载北京政法学院经济法教研室编:《经济法论文选集经济法资料汇编之二》,北京政法学院1980年版,第72頁以下。

⑲ 参见崔建远:《免责条款论》,《中国法学》1991年6期;韩世远:《免责条款探讨》,《当代法学》1993年第2期;王利明:《统一合同法制订中的若干疑难问题探讨》(上),《政法论坛》1996年第4期。

⑳ 参见杨雄、李煜主编:《社会学理论前沿》,上海社会科学院出版社2016年版,第111页。

㉑ 参见梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第42页。

㉒ 从民法典草案(2002年)一直到民法典各分编草案(2018年)一以贯之。诸学者建议稿程度淡浓存异,但亦在这一脉络。参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第468~470页;王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由(债法总则编·合同编)》,法律出版社2005年版,第231~235页;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由(总则编)》,法律出版社2013年版,第5页、第15页、第20页、第228页;梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由(合同编)》上册,法律出版社2013年版,第71页;徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第13页、第15页、第515页、第592页。

㉓ 《侵权责任法》(2009年颁布)第41~47条。

㉔ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法立法背景与观点全集》,法律出版社2010年版,第7页、第31页。

㉕ “法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利有特别保护规定的,依照其规定。”(《民法总则》第129条)。

㉖ 参见刘学敏:《关于〈中华人民共和国消费者权益保护法(草案)〉的说明》,1993年8月25日在八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议上。

㉗ 参见马克思、恩格斯:《马克思恩格斯选集》第2卷,中共中央翻译局译,人民出版社1995年版,第8页。

㉘ 参见前注①梁慧星文所引的注⑦参考了日本经济法学者的论述。

㉙ 参见《消法》第2条的法宝联想案例与裁判文书(5101篇,2018年12月15日检索)。

⑩这样的判例随处可见,如李某诉某家装经营部买卖合同纠纷案,四川省南部县人民法院民事判决书(2017)川1321民初4518号,因其住房装修需要购买日丰牌管材。

⑪参见河山:《消费者权益保护法诠释》,法律出版社2014年版,第35页。

⑫不过,最高人民法院指导案例23号(孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案2014年1月26日发布)政策性的认为:“不符合食品安全标准的食品”不问是否明知,皆支持惩罚性赔偿。

⑬参见国务院《关于进一步促进中小企业发展的若干意见》国发〔2009〕36号(2009年9月19日)。2018年10月24日习近平总书记考察广州明珞汽车装备有限公司时强调党中央高度重视中小企业发展。中国中小企业上市服务联盟、洞见资本研究院共同发布《2017年中小企业融资发展白皮书》中所揭中小企业融资难融资贵问题中的“银行高门槛、高标准”以及借贷双方的“信息不对称”;中小企业与大企业、集团的交易上因不具有大企业的法律顾问团队而在交涉上的附合性和劣势地位。

⑭法国法上,Cass. civ. le, 15 avr. 1986, JCP1986, IV, p.174; Cass. ler civ. 27 sep. 2005, Bull. civ. I, n°347。日本法上,大阪简判平成16年8月26日消费者法ニュース(2005年第65号)第107页。

⑮Cass. civ. le, 28 avr. 1987, Bull. civ. I, n°134, p.103。经营不动产中介业的公司为其事务所防盗而与某电器公司签订购买防盗警报合同中的不当条款问题,破毁院认为本案合同脱离了不动产中介公司的经营知识能力。早期的我国知假买假的判例中也可以看到采“商品知识”标准排除保护的案例,如耿某诉南京某商场案,对此参见李友根:《消费者权益保护与法律解释》,《南京大学法律评论》1996年第2期。

⑯大村敦志:《消费者法》(有斐阁,2011年)第26页参照。

⑰实际上,我国产品责任领域、食品安全领域导致的受害人在实定法上也未限定自然人(如《产品质量法》第40条);在遭受人身伤害意义上的“受害人”(如同法第44条)是自然人。

⑱法国法,上门销售法1972年法律明确规定自然人,但1993年1月6日破毁院第一民事法庭作出的两个判决,均采用专业能力的标准,违背实定法予以保护,不问法人与个人。尽管2014年Hamon法修改明确规定消费者为自然人,但诸如Cass.civ.le, 8fév.2017 n°26263民事不动产公司被视为消费者。尔后,立法上又通过非事业者概念弥补,2017年对消费法典修改规定非事业者为任何非事业者性格的法人,可以看出法国立法者拒绝将消费者保护法的适用限定于自然人的意图。

⑲日本《消费者契约法》第2条明文规定个人,但东京地裁

平成23年11月17日,判例タイムズ1380号第235页一案中,判决通过该法第1条,肯定了无权利能力社团的消费者性格。

⑳我国《消法》立法迂回曲折,但并没有限定自然人。起初的立法说明排除单位,因此草案第2条中设置了第2款“前款中所说的消费者,是指消费者个人”。(参见前注⑤,刘学敏说明。)不过,及至1993年10月22日的审议结果报告,部分委员和企业反对,提议删除该第2款。(参见全国人大法律委员会副主任委员项淳一:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国消费者权益保护法(草案)〉审议结果的报告》,1993年10月22日在第八届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上。)及至2013年《消法》修改中对是否限定“自然人”亦因意见对立而没有改动。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《消费者权益保护法立法背景与观点全集》,法律出版社2013年版,第21页、第63页、第93页。

㉑如湖北省等条例采非限定。然而,上海市等地原本采非限定后修改条例排除单位集体。四川省等明确限定于自然人。

㉒参见某木业有限公司诉某车辆销售服务有限公司等买卖合同纠纷案山东省莱州市人民法院民事判决书(鲁0683民初5033号)。

㉓日本法上,《消费者保护基本法》1968年(2004年更名为消费者基本法)、《访问贩卖法》1976年(2000年名称修改为关于特定商交易的法律)、《分期付款买卖法》1961年、《制造物责任法》1994年、《消费者契约法》2000年,陆续跨越很长时期制定;法国法上,1993年消费法典中集合的诸法,如果从1905年法算起,前后跨越近一个世纪。不仅表现在时间跨度本身上,还实质的表现为诸法的立法目的、适用范围上的差异。

㉔观点对立的代表文献,两者同一论,参见梁慧星:《消费者权益保护法第49条的解释与适用》,《人民法院报》2001年3月29日第3版;过失欺诈论,参见前注⑩,河山书,第11页。

㉕参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《消费者权益保护法立法背景与观点全集》,法律出版社2013年版,第21页以下。

㉖参见杨立新:《我国消费者保护惩罚性赔偿的新发展》,《法学家》2014年第2期。

㉗以增值获利为目的的消费者显然背离了《消法》所言“生活消费”,但同时因为和金融产品发行人之间的信息与专业能力的巨大差距,又被置于“无能力”“缺乏专业知识”的弱势处境。

㉘需要注意的是我国《消法》的格式条款已经纳入合同法,因此不存在格式条款规范的区分适用问题。但作为衡量不均衡性的指标在一方是“消费者”时肯定适用的可能性更高。

㉙参见吴景明等:《〈中华人民共和国消费者权益保护法〉修改建议——第三法域之理论视角》,中国法制出版社2014

年版,第109~110页,为了保护意思的不完整不真实,如上门推销时的执拗推销等。

⑩参见1989年法国《访问贩卖法》,将此前1972年法的“为事业活动需要缔结行为除外”修改为“与活动有直接关系的行为除外”。Voir Cass. com. 16 février 2016, arrêt n°149, (14-25.146)ECLI: FR: CCASS: 2016: CO00149,

⑪Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. JORF n°0065 du 18 mars 2014. “以不包含在其商业的、工业的、手工业的、自由业的或农业的范围内的目的”(法国《消费法典》前置条文)。

⑫广西壮族自治区贺州市八步区人民法院民事判决书(2017)桂1102民初3414号严某诉某房地产有限公司等商品房预约合同纠纷案认为涉案商铺虽属商品房的范畴,但其用途是商铺,不属于生活消费目的。

⑬这一旨趣在域外法上显著。日本法上,参见名古屋高判平成19年11月19日、判例タイムズ1270号433页;法国法上,voir Trib. inst. Paris, 4 oct. 1979, Gaz. Pal. 1980. 1. 120, note A. L. Vincent et A. Cloarec.

⑭在某一领域中不被重视的要素在其他领域中可能具有决定性,如法国CA. Rennes, 15 juin 1978上门推销灭火器一案认定上门推销中“消费者更是处于脆弱状态”。日本判例上,越谷简平成18年1月22日判决,消费者法ニュース27号39页,理发店被上门推销购买电话,由上门推销的主观恶性、电话用途多用于自己家庭等判断不符合“为营业的目的”。

⑮消费动机或目的上的一般经验,参见梁慧星:《消费者权益保护法第49条的解释适用》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第20卷,金桥文化出版2001年版,第403页;非转卖非经营目的,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》,《政治与法律》2002年第2期。

⑯参见王子:《河山:还我一个宁静的公序良俗——消费者权益保护法有关问题访谈录》,《中国律师》1998年第3期。

⑰参见杨立新:《“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》,《河北法学》1997年第5期。

⑱黑龙江省桦南县人民法院民事判决书(2017)黑0822民

初1850号闫某诉某农机配件商店等买卖合同纠纷案认为购买玉米脱粒机是为利用玉米脱粒机帮别人脱粒赚取佣金的生产经营行为,排除消法适用。同样是汽车购买,用途决定命运,参照浙江省绍兴市越城区人民法院民事判决书(2017)浙0602民初11725号某布业有限公司诉某汽车销售服务有限公司买卖合同纠纷案;与此相对,吉林省白山市浑江区人民法院民事判决书(2017)吉0602民初1329号臧某诉某汽车销售服务有限公司买卖合同纠纷案。标的物兼用时是否适用消费者,法国法、欧洲法主张依比重来判断,J. Calais-Auloy et H. Temple, Droit de la consommation, 8e éd., 2010, n°11, p.10-11提示的标准是主要用途优于附随。

⑲对中小企业的保护既有国家政策层面的必要性,又有消费者保护法层面上的正当性,法国法在1989年修改上门销售法专门考虑扩大对中小经营者的保护。

⑳法国判例有启发性。Cass. Ierciv., 5 nov. 1996, Bull. civ. I, n°377. 制造皮革腕环的公司同另一公司缔结了为期15年的电话器材的租赁合同,破毁院改判认为:该制造公司没有在电子电话领域的专门能力,承认其消费者的性格,但契约与其从事的事业活动有直接关系,因此本案合同不适用不当条款法。

㉑Voir J. O. Déb. Ass. Nat. 13 dec. 1977, p. 8591; JO Sénat, Débats parlementaires, 1977-1978, n°102, 19 décembre 1977.

㉒2017年2月21日2017-203号法律对法典进行修改(法国《消费法典》前置条文)。

㉓同前注⑩,法国破毁院判例在这一点上富含启发。

㉔需要注意的是,我国法上的“经营者”范围小于国外法(如欧盟法、法国法)上的“事业者”的范围。我国更注重营利性的要素,但事业者是包含非营利性在内的更广义用语。经营者的概念妥适与否,值得探讨。

㉕实际上,更广义上对消费者的质疑在法国法上早已存在。(J.-P. Chazal, Le consommateur existe-t-il? D.1997, Chr., p.261.)不过,即便主张消费者无用论的Chazal,与其说是不主张消费者,毋宁是主张将消费者保护规则贯彻至任一不均衡、任一弱者。由此可以说,“消费者”概念无用论恰恰是在反向强调扩张“消费者”。