



消费者权益保护专论

Monograph on Protection of
Consumers' Rights and Interests

马一德 著



消费者权益保护专论

Monograph on Protection of
Consumers' Rights and Interests

马一德 著

图书在版编目(CIP)数据

消费者权益保护专论 / 马一德著. —北京:法律出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9737 - 4

I. ①消… II. ①马… III. ①消费者权益保护法—研究—中国 IV. ①D923. 84

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 156506 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/17.5 字数/302 千

版本/2017 年 1 月第 1 版

印次/2017 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9737 - 4

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录 Contents

导 论 / 1

第一章 消费法律关系主体 / 3

第一节 经营者的认定 / 3

一、问题 / 3

二、经营者主体资格的判定标准与构成要件 / 4

三、经营者概念外延的划定 / 9

四、经营者经营的商品或服务的范围 / 13

五、结论 / 30

第二节 消费者概念的重构 / 32

一、问题 / 32

二、消费者概念内涵的变迁 / 34

三、“消费者”界定标准的内核:生活消费 / 39

四、消费者法律概念之重构 / 47

五、消费者法律概念的具体化:外延之厘定 / 51

六、结论 / 55

第二章 消费法律关系中的经营者义务 / 57

第一节 格式条款的提示说明义务 / 57

一、问题 / 57

二、格式条款的特征性识别 / 58

三、经营者的格式条款提示说明义务 / 60

四、违反提示说明义务之后果 / 64

第二节 生产者的产品后续安全保障义务 / 67

一、问题 / 67

二、一种不以合同关系为基础的交易安全义务 / 68

三、义务主体的明确:澄清生产者与其他经营者之间的关系 / 72

四、据产品缺陷所生危险选择警示与召回 / 75

五、请求权基础的选择 / 83

六、以产品后续安全保障义务强化侵权法的损害预防功能 / 87

第三节 经营者的“三包”义务 / 89

一、问题 / 89

二、“三包”义务之规范体系 / 92

三、“三包”义务之性质 / 95

四、“三包”义务之履行规则分析 / 101

第三章 新型消费中的消费者权益保护 / 104

第一节 网络团购中的消费者权益保护 / 104

一、问题 / 104

二、网络团购侵犯消费者权益之类型 / 106

三、现有规范在网络团购适用上的利弊分析 / 115

四、我国网络团购消费者权益保护机制的完善 / 122

第二节 预付款消费中的消费者权益保护 / 130

一、问题 / 130

二、预付式消费中侵害消费者权益的具体问题 / 132

三、预付式消费的立法和司法保护分析 / 134

四、我国现有规范内制度之借镜 / 145

五、预付式消费中消费者权益保护之构建 / 148

第四章 消费法律关系的民事责任 / 155

第一节 消费领域产品自损的民事责任 / 155

一、问题 / 155

二、商品瑕疵责任、商品责任与商品自伤 / 157

三、以实质平等为价值目标的消费领域 / 162

四、传统观念下解决商品自伤问题不能克服的障碍 / 170

五、以《消法》为中心的商品责任模式 / 174

六、余论：对《侵权责任法》第41条的反思 / 179

第二节 虚假宣传构成欺诈之认定 / 181

一、问题的提出 / 181

二、虚假宣传与欺诈的基础问题再检讨 / 183

三、将虚假宣传认定为欺诈的困难所在 / 187

四、何种虚假宣传行为构成欺诈 / 192

五、小结 / 197

第三节 《消法》惩罚性赔偿制度的解释适用 / 198

一、相关背景分析及问题 / 198
二、惩罚性赔偿基本理论问题 / 200
三、惩罚性赔偿在《消法》中的确立与修改 / 205
四、《消法》中惩罚性赔偿制度的解析 / 220
五、惩罚性赔偿的适用主体 / 235
六、欺诈行为的界定 / 239
七、赔偿数额的认定 / 264
八、结论 / 269

导 论

安全放心的消费环境与合法权益得到合理的保障,是每个消费者的殷切期盼,也是衡量国家和政府作为管理者是否合格的一个重要标准。市场交易双方天然的信息不对等地位,决定了交易主体的权益平衡需要大量技术上的调整,这些技术调整一方面由交易主体协商达成,更多的则是来自国家的法制规范。在成熟的市场中,“消费者问题的出现、消费者权益的保护,归根结底是制度安排的结果”。^①作为消费者权益保护的基本法,生效于1994年的《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消法》)弥补了消费者保护的制度缺失和空白。该法突出对于消费者权益的倾斜保护,不再像之前的法律法规那样从国家管理的角度在消费者权益保护的外围起作用。该法施行二十年以来,有效地遏制了市场经济秩序建立以来诸多的违法经营行为以及侵害消费者权益行为,为保护消费者的合法权益、维护社会秩序的稳定做出了巨大贡献。

然而,随着经济社会的不断发展,我国的消费领域也在不断发生着日新月异的变化,消费形式不断推陈出新,消费结构和消费理念也在不断发生变化。日益发达的市场体系使消费者必须直接面对前所未有的各种各样复杂的消费关系。具体而言,消费者的收入水平大幅度提高,消费方式日益多样,消费内容由最初的以满足生活需要为主,发展到了对享受和发展的需求越来越多;另一方面,在科学技术迅猛发展与世界经济日趋统一的今天,生产者在带给消费者样式繁多的商品和服务的同时,也增加了消费者的获取信息的成本。而商品经营者为了谋求最大市场利润,利用此一优势侵害消费者利益的行为频繁发生。新的事物也总是伴随新问题、新情况的出现,1994年生效的《消法》等保护消费者权益的法律法规和已经形成的相关制度,其不足之处已逐渐显现,其不能完全适应新形势的要求,亦不能完全满足消费者权益保护的需求。全国人大常委会法制工作委员会在原有法律的基础上,于2011年10月开始着手进行《消法》的修改工作,并在2013年10月25日第十二届全国人大常委会第五次会议上三读通过,于2014年的“3·15”当天生效实施。

^① 戎素云:《消费者权益保护运动的制度分析》,中国社会科学出版社2008年版,第4页。

新《消法》秉持以人为本的立法理念,以中国共产党十八大关于转变经济增长模式以及加强和创新社会管理的要求,对原有的制度进行一些革新和修改。^①但应看到,新《消法》并没有很好地解决司法实践中产生的一些实际问题。比较突出者如“消费者”、“生活消费”、“欺诈”等法概念在当下社会环境下所应该具有的内涵和外延,并不明确;《反不正当竞争法》、《产品质量法》对这一问题虽有所涉及,^②但与《消法》相比,无论从立法目的还是描述对象所处的法律关系均有所不同。《消法》应对此作出明确的回应,并不能盲目照搬其他部门法来理解、自用。此外,对于新《消法》中新的规定应如何具体实施、微观层面上的适用条件到底为何、怎样操作才能恰当地符合社会的一般认识并形成法律预期,在当前市场经济并不是十分成熟完善的背景下,都需要设计一些有针对性的制度对此进行规制。

“法学的进步与成长系对传统见解的反省,包括重新诠释或修正检讨。”^③强调消费者权益的保护并不是一味地对经营者利益的不重视,“顾客张张嘴,店家跑断腿”式的消费者维权显然是反市场经济的。结合前述消费者对市场的两点要求,即对市场消费环境的“不操心”以及对消费侵害维权的“不担心”,《消法》所要做的,应该是将经营性主体的正当权益要求体现为消费者合理参与消费活动的义务,考量消费者合理参与消费活动的成本与消费收益之间的平衡问题,以及消费者遭受侵害损失与经营性主体予以损害赔偿及时、可行的模型建构问题,并尽可能以制度预设来避免侵害的发生与扩大。本书为了解决上述问题,以利司法实践操作,选取当前新形势下消费者权益保护的几个重大问题作一些更深入的研究,希望能让包括法官在内的整个社会大众能对《消法》的适用有着确定的、统一的认识,以期在新形势下更好的保护消费者权益。

① 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时在2013年4月23日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国消费者权益保护法修正案(草案)〉的说明》中提出对《消法》修改工作要注意把握的几点:(1)以人为本的立法理念。认真总结消费者权益保护法的实施经验,切实加强对消费者权益的保护。(2)针对消费领域出现的新情况、新问题,着重解决广大人民群众十分关注的突出问题,将消费者权益保护制度落实到实处。(3)适应转变经济发展方式的要求,营造良好的法治环境,增强人民群众的消费信心,并引导节约资源和保护环境的合理消费。(4)按照加强和创新社会管理的需要,进一步发挥消费者协会的作用,强化有关部门对消费者权益保护的监管职责,减少、预防消费纠纷。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3页。

② 例如,《反不正当竞争法》第2条第3款规定:“本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他组织和个人。”

③ 王泽鉴:《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第8页。

第一章 消费法律关系主体

第一节 经营者的认定

一、问题

经营者作为与消费者相对应的一方主体,是指通过市场为消费者提供商品与服务的单位或个人。一方面,只有与适格经营者发生交易关系的人才有可能是《消法》意义上的消费者,认定某个交易主体是否为经营者是认定消费者的前提之一。在个案中认定某个主体属不属于《消法》所指称的“消费者”必须首先应该判断与其发生交易关系的另一方主体是不是“经营者”。另一方面,经营者是社会财富的制造者、提供者,经营者创造了丰富多彩的社会财富,一定程度上保障了全体人民过上丰衣足食的生活,要想促进社会的科学发展,就意味着既要保护消费者,也要保护经营者的权益。^① 因此,经营者范围的界定会影响经营者责任,继而影响经营者和社会发展的良性互动。

一般而言,经营者是指以营利为目的而从事商品生产或者提供服务的人。消法领域的经营者与一般意义上的经营者不同,消法领域的经营者是与消费者对立的概念,只有与消费者发生法律关系的经营者才承担消法意义上经营者义务,因此,消法领域的经营者要比一般意义上经营者范围要小。但《消法》没有对经营者进行明确的定义,仅在第3条规定:“经营者为消费者提供生产、销售的商品或者提供服务,应当遵守本法”。何为经营者?何为经营行为?有学者认为可依《反不正当竞争法》的规定予以界定^②或者其他法律来界定。例如,《反不正当竞争法》第2条第3款对其进行了概念的界定。^③ 然而,《反不正当竞争法》与《消法》相比较,立法目的和调整对象所处的法律关系均有所不同,且《反不正当竞争法》中规定的

① 杨立新、陶盈:《消费者权益保护中的经营者责任的加重与保护》,《清华法学》2011年第5期。

② 郭明瑞:《“知假买假”受消费者权益保护法保护?——兼论消费者权益保护法的适用范围》,《当代法学》2015年第6期。

③ 《反不正当竞争法》第2条第3款规定:“本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人”。

“经营者”实际上“会将未与消费者形成消费法律关系的经营者纳入《消法》之中,会人为地扩大了《消法》的调整范围”。^①因此,不能将《反不正当竞争法》中对经营者的概念的描述作为判断《消法》上经营者内涵和范围的依据。法律主体就是从法律调整的角度对各种活动主体所进行的一种法律技术上的分类。各部门法主体的特殊性,并非在于其创造一种新的主体,而是基于本身的调整任务、调整对象的特殊性,而从不同的层面赋予主体以特殊的权利义务,从而形成一种不同于其他部门法的法律主体制度。^②因而,不同的法律规范有不同的法律规范范围,不能完全依赖于其他法律对“经营者”的定义来界定消法意义上的经营者。

《消法》第3条关于经营者概念具有高度的抽象性,且《反不正当竞争法》等法律中的关于经营者的描述不能完全作为认定《消法》中经营者的标准,在当前消费领域不断扩大、新型交易方式不断出现、商品服务纠纷纷繁复杂的情况下,导致《消法》作用的发挥受到极大的限制。本书认为,对《消法》的调整范围的完善应遵循以下三个原则:第一,要正确划分《消法》与其他法律的界限;第二,要有利于法院适用法律;第三,要有利于强化对消费者权益的保护。本书旨在尽可能地结合理论和实务的情况下,解决如何进一步界定经营者的法律概念以及以何标准来进行界定的法律问题,以期社会大众与法官在认定经营者的主体资格,以及是否适用《消法》的相关规定等问题时能够有章可循。

二、经营者主体资格的判定标准与构成要件

(一)合法的经营资格非必需

要求主体具备合法的资格是法律规范的一致要求,《消法》上的经营者也应该符合这一要求。然而,不具备合法主体资格的经营者是否同样受《消法》调整?依据我国相关行政法律法规,从事工商活动需要办理营业执照、税务登记、经营许可登记等行政审批、登记事项而未办理的,不将其视为合法的经营者。本书认为,《消法》若将不具备上述行政要求的经营者排除在《消法》调整范围之外,会导致对消费者的保护不周延的问题。因不适格的经营者主体从事经营活动同样可侵犯消费者合法权益,司法实践有必要将其认定为《消法》上的经营者,并依照《消法》追求其法律责任、维护消费者的合法权益。

① 戎素云:《“人世”与我国消费者权益保护制度的完善》,《河北经贸大学学报(综合版)》2003年第3期。

② 李友根:《论经济法主体》,《当代法学》2004年第1期。

（二）服务对象是消费者

首先,消费者与经营者作为《消法》中一对相对应的概念,是发生在消费关系中的双方当事人。这种消费关系也仅仅发生在消费者与经营者之间,发生在经营者之间的关系、消费者之间的关系、经营者或者消费者与国家及其他组织的关系,皆非消费关系。其次,经营者提供多种多样的商品和服务,然而不论这些商品和服务如何多样和多变,不外乎两大类:为生产消费之用和为生活消费之用。前者是以从事商品生产或销售的经营者为最终对象;而后者则以一般消费者为对象,《消法》中的经营者是指从事生活消费之用的商品生产和流通的经营者。《消法》对经营者义务的规定是基于消费者的弱者地位而规定的,仅在经营者与消费者的关系中才能适用。

（三）经营的内容是提供商品或服务,不以有偿为必要

经营者所经营的内容必须是提供商品或服务,而非如行政管理、文化教育等其他内容。经营者提供的商品,既可以是有形的,也可以是无形的;既可以是成品,也可以是半成品;既可以是加工制成品,也可以是农林牧渔等初级农产品。而服务虽然其无形性与普通商品不同,但是却同样会产生安全或卫生上的危险,因而为了保护消费者权益,服务提供者也受到《消法》的规制。笔者认为,《消法》上所调整的经营者提供商品和服务,可以是有偿的,亦可以是无偿的;商品应当包括正价销售、降价销售、有奖销售、附赠等形式提供的商品、奖品;而服务应当包括有偿、附赠等无偿的服务,这部分将在后文详述。

（四）经营者须从事具有营业性的“事业性”行为

在交易过程中,与消费者消费是为了满足自己的生活需要不同,经营者通过经营行为得到商品或服务的对价来满足自己其他的生产、生活需要。如果仅有消费者的消费行为,而无经营者的经营行为,那么消费关系则无从建立。可见,经营行为的存在是认定经营者适格的一个重要标志。

然而,我们说经营者的经营行为不同于消费者的消费行为的一点就是,经营者从事的经营行为不会是一次即可完成,其必须以此为业而反复连续地实施,如家庭主妇偶尔将一瓶果酱售与邻居,或汽车所有人更换新车,而将旧车卖给他人则不应该是《消法》上的经营者,因为他(她)不是这里所指的“生意人”。^① 对此,《美国统一商法法典》第2—104条解释道:生

^① These two examples, which are often used in the literature on the subject, are contained in W. L. Prosser's handbook of the Law of Torts, 4th ed. (West, 1971), at p. 664. He adds. Referring to the two examples; "The undertaking to the public and the justifiable reliance upon that under-taking on the part of the ultimate consumer are conspicuously lacking." 参见张严方:《消费者保护法研究》,法律出版社2003年版,第121页。

意人(merchant)是“以从事商品买卖为职业,且对于商事交易及商品有特别经验与认识者”。我国台湾地区“消保法”第2条第2款规定:“企业经营者,指以设计、生产、制造、输入、经销商品或提供服务为营业者。”《德国民法典》第14条规定:“企业经营者系指基于从事营业活动或独立执行执业活动之目的为法律行为之自然人、法人或有权利能力之人合公司。”^①这些国家都明确指出了经营者需具有从事营业活动的要件,可以为我国今后《消法》对经营者作出概念的界定提供借鉴。

另外,该种具有营业性的“事业性”行为还要注意以下两点:第一,经营者从事这种营业性活动不要求必须在营业场所及营业时间范围内进行。换句话说,就是只要出售商品或者提供服务的一方可以依照一般交易过程将商品或服务提供给消费者,我们就可以判断其为经营者,那么其在自己住宅或者非营业时间内偶尔将商品或服务提供给消费者的,其在这种非营业场所和非营业时间内提供商品或服务的过程中其仍不失经营者的身份,也受到《消法》的调整。第二,经营者需要以出售商品或提供服务为营业目的,而不问其出售的商品的种类是否相同。例如,煤炭商人主要的营业在于出售煤炭,但有一次却出售一部汽车给消费者,那么此时出售汽车的过程中其仍然是经营者。^②也就是说,只要一个行为主体是从事商品经营或者服务提供的人并且被《消法》认定其为“经营者”,那么法律就可以推定其对于商品或服务较一般消费者有特别经验与认识,在其偶尔从事的其他种类商品或服务交易中,法律就可以认为其仍有与交易相关的专门知识与信息,其在他类交易关系中还将处于优势地位,不应受到《消法》的特殊保护,因而仍不失《消法》上经营者的资格。

(五)“营利”不是认定经营者的构成要件

按照我们一般的观点,经营者必须是以营利为目的从事营利性活动的民事主体,即将经营者等同于营利性组织或个人。韩世远教授也认为,“尽管我国《消法》没有对经营者的概念作出规定,但是依照通常观念,经营者从事活动须是以营利为目的。”^③然而,笔者认为,《消法》中的经营者并非必须以营利为目的。前文中的“营业”应该是“所营事业”,而非“营利事业”的简称。一方面,经营者一般是以营利为目的并从事商品交易的,但也

① 参见杨淑文:《德国民法关于消费者契约之修正与我国消费者保护法相关规定之比较研究》,发表于台湾政治大学法学院民法中心、行政院国家科学委员会社会科学研究中心主办的德国民法债编修正研讨会,2003年11月1日,第10页。

② 张严方:《消费者保护法研究》,法律出版社2003年版,第121页。

③ 韩世远:《消费者合同与惩罚性赔偿》,《人民法院报》2004年1月16日。

存在一些虽不以营利为目的,却通过市场交换这个中介将其产品提供给消费者的企业,笔者认为宜将其认定为《消法》上的经营者。另一方面,经营者不应限于以营利为目的的法人、组织和个人,非营利性组织虽不以营利为目的或者不主要以营利为目的,但是某些营利性活动也应承担消保法意义上的责任,兹就理由解释如下:

1.《消法》并没有限定经营者必须以营利为目的,依据一般的解释,经营者是从事商品生产经营或者服务营业活动的人,即从事营业活动的人。在法律没有明确限定范围的情况下,依据通常文义解释是法律解释的主要原则。^①

2.用“营利性”来限定经营者会人为缩小《消法》的调整范围。^②当前日益发达的商品和服务行业,在人们物质生活与精神生活中所扮演的角色日益重要。消费行为一般可分为契约消费与使用消费,况且契约消费行为不仅仅包括买卖、租赁、承揽、旅游等有偿行为,赠与等无偿行为也能成立契约消费行为。^③扩大对经营者的认定范围,将不以营利为目的的经营者的经营行为纳入《消法》的调整范围内,有利于对消费者权益的保护。

3.以营利为目与消保法所欲调整的“处于优势地位的经营者”主体之间没有必然、唯一的联系。消费者问题产生的前提是交换及交换双方利益状态的差异,同时货币的发展和介入促进了问题的普遍化。国家通过法律手段介入到经营者与消费者的商品交换之中的缘由在于仅仅依赖于市场调节无法避免消费者在交易中弱势地位的转变。这种双方利益或者地位的不平衡加剧会从根本上破坏资源的有效利用和市场正常经济秩序。很多学者在论述了消费者问题的原因时,^④本质上也强调消费者与经营者之间的地位失衡。一般而言,经营者在社会化生产和销售中主要是基于获取更多利润的目的而隐藏某种信息或者追求某种资源、信息和技术上优势地位,但并不代表非营利性机构不具有该种优势地位或者利用优势地位的可能。某些非营利性机构例如医院等,同样存在营利性活动并具有此种优势

① 金福海:《消费者法论》,北京大学出版社2005年版,第251页。

② 戎素云:《“入世”与我国消费者权益保护制度的完善》,《河北经贸大学学报(综合版)》2003年第3期。

③ 姜志俊:《论消费关系及其法律的适用——以两岸〈消法〉为中心》,中国政法大学2006年博士学位论文,第87页。

④ 王泽鉴:《消费者的基本权利与消费者保护》,《民法学说与判例研究(第三册)》,中国政法大学出版社1997年版,第14~29页。周宇:《消费者保护之研究》,学生书局1976年版,第1页。张严方:《消费者保护法研究》,法律出版社2002年版,第10~29页。李昌麒、许明月编著:《消费者保护法(第二版)》,法律出版社2005年版,第3~11页。

地位。所以,以营利性为目的和优势地位之间没有必然的联系。

4. 从司法实践来看,法院并不以“营利”作为经营者界定的标准。例如,在最高院的公报案例“郑雪峰、陈国青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案”中,南京市鼓楼区人民法院认为:原告主张本案应当适用《消费者权益保护法》,但人民医院不是以营利为目的的机构,不属于经营者,人民医院向社会公众提供的是公共医疗卫生服务,而不是商业服务,故本案不适用《消费者权益保护法》。^① 但这是否必然说明最高人民法院秉承的是认为不以营利为目的的法人、组织或者个人不属于经营者?笔者认为,最高院的态度并不是否认一切不以营利为目的的法人、组织或者个人不属于经营者,最高院区分的是行为的不同而不是营利与否。此案中因涉及医疗诊疗行为,医院与患者之间的医疗合同属于行为之债,医疗诊疗服务本身只能提供一定程度治疗服务而不能保证一定痊愈,并且医疗诊疗服务具有一定的探索性和危险性,医院虽然较患者而言具有信息上的优势,但该种优势属于本身应有的专业技术优势,于患者而言其不具有引起合同关系不平衡的缘由,故不能适用消保法调整。在最高人民法院公布五起审理食品药品纠纷典型案例“王泉诉东方肾脏病医院邮购药品赔偿纠纷案”中同样体现了这一点,东方肾病医院虽然属于营利性的机构,但是最高院并未特意强调其营利性,而是指出不含有诊疗服务,单纯以售药为目的所出售的药品应理解为生活消费商品,根据医方做虚假广告的事实,依照《广告法》的相关规定,应认定经营者有欺诈行为,可适用《消法》判决医方承担双倍退款义务。^② 药品在本质上应当属于产品,非营利性药品虽然遵循政府的指导价,但是作为销售者具有检查和合理保存的义务,而药品的生产者生产药品要遵循严格的技术规定,在药材和药剂量的信息和资源上具备掌控地位,足以导致药品买卖关系失衡,其应受到消保法的调整。

5. 从比较法上来看,各国各地区关于经营者的规定,一般均需以营业活动而非以营利为目的规定经营者。例如,日本国会于2000年通过并于2001年4月1日起施行的《日本消费者合同法》第2条第2款也对“经营者”作了界定:“本法所称经营者,谓法人、其他团体及作为经营或为经营而处于充任合同当事人情形下的个人。”^③即没有规定经营者的营利性要件。韩国《消费者保护法》第2条关于事业者的定义为“系指制造、进口、销售物品或提供劳务者”。我国台湾地区“消费者保护法”关于“企业经营

① 参见《最高人民法院公报》2004年第8期。

② 参加四川省泸州市中级人民法院(2006)泸民终字第783号判决书。

③ 转引自韩世远:《医疗服务合同的不完全履行及其救济》,《法学研究》2005年第6期。

者”的定义为指以设计、生产、制造、输入、经销商品或提供服务为营业者。《消费者保护法实施细则》第2条进一步明确规定：“本法第2条第2款所称营业，不以营利为目的者为限。”因此，对于非以营利为目的而从事营业活动的，应视为消费者保护法规定的经营者，其行为应适用消费者保护法的规定。

根据以上五点，笔者认为应将《消法》上的经营者定义为：“以营利为目的或者虽不以营利为目的，从事以市场为中介向消费者提供商品或者服务并将其作为所营事业的单位和个人。”

三、经营者概念外延的划定

从以上经营者的构成要件，我们可以得知经营者的范围应当包括以营利为目的或者虽不以营利为目的，从事以市场为中介向消费者提供商品或者服务并将其作为所营事业的单位和个人。这里的“单位”不仅包括企业，还包括事业单位；个人则包括个体工商户，农业承包经营户^①，个体菜农、瓜农。但是农妇将自家菜园种植的蔬菜拿出到集市、城镇街道上去卖的，不宜认定其为经营者。然而，上述界定较难理解，下文以三种主体为重点进一步阐述。

（一）经营者应当包括生产者

从经济过程上来看，经营者一般包括生产者和狭义的经营者。生产者是指主要从事生产活动的经济主体，而狭义的经营者指的是从事商品、服务流通活动的经济主体。当然，生产者也可以从事商品流通活动，狭义的经营者也能从事商品生产，两者不是截然对立的。对于经营者，旧《消法》第3条仅规定了“为消费者提供其生产、销售的商品或者服务”，没有对经营者的概念给予界定，新《消法》亦沿用了此规定。对于经营者这一概念有明确规定的是《反不正当竞争法》第2条第3款规定：“本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。”从《消法》和《反不正当竞争法》的规定来看，经营者应是指通过市场直接与消费者接触为消费者提供消费资料和服务的人，仅指的是狭义的经营者，而不包括生产者。

有权必有责，责任主体应该与权利、义务主体相一致，通过法律对责任主体的设定可以反推法律对主体范围的界定。这一点在新《消法》第55条第1款得以集中体现，那么，是否可就此认定该条款所指的经营者不包括

^① 依据为《民法通则》第26条、第27条。

生产者? 实际生活中,虽然消费欺诈行为多由销售者在销售过程中为之,但是某些情形生产者也不免进行一些“欺诈活动”,如在出厂商品的商标上“做做文章”、虚构一些认证标志等,都将影响到消费者的购买意愿,使消费者产生错误认识和错误行为,导致欺诈消费者的后果。笔者认为,销售者固然有审查其所销售的商品真实性的义务,但是不能期望销售者能严格把好所有的信息关、质量关。为了不影响市场的活力,对销售者的审查义务应限于一定的程度,换言之,只要其尽到了合理的审查义务即可免责。况且现实生活中有大量的商店属于小型的便利店,让他们承担专业的审查义务,既不合理也不现实。在这种情况下,如果不允许消费者向生产者要求赔偿,则显失公平。例如,在“熊某诉珠海市某有限公司等消费者权益纠纷案”^①中,作为被告之一的珠海市某有限公司(本案销售商)在进货时已尽到了审查义务,并且也没有另做广告来宣传“金丝小枣”,销售商对原告不存在欺诈。该案的欺诈是由于生产商枣花香公司在产品包装上做了不符合其功能的虚假宣传,而法院根据《消法》第35条第1款(新法第40条第1款)判决销售商承担双倍赔偿责任,生产商不承担责任的做法是有待商榷的。在“张海鸥与义乌市利达汽车销售有限公司侵害消费者权益纠纷上诉案”^②中,法院认为上诉人有权选择生产者、运输者或销售者中的任何一方作为侵权主体,要求赔偿损失。有不少判决也明确指出,该条惩罚性赔偿的责任主体应当包括生产者。^③

从域外法来看,我国台湾地区2003年修正的“消保法”第7条将“企业经营者”明确规定为包括生产者的“以设计、生产、制造、输入、经销商品或提供服务的营业者”。修订的《德国民法典》在第14条增加了对于经营者的规定,并将其规定为“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”,^④并将一切生产者包括在内。因此,笔者认为,《消法》的惩罚性赔偿的责任主体的经营者范围应当包括生产者和销售者,新《消法》第40条第1款也没有对直接向生产者索赔进行禁止,不能成为生产者免责的依据。另外,我国也有部分省市有关消费者权益保护的地方性法规将生产者纳入惩罚性赔偿的责

① 广东省珠海市香洲区人民法院(2005)香民二初字第1551号民事判决书。

② 浙江省金华市中级人民法院(2004)金中民一终字第174号民事判决书。

③ 例如,“李某松诉沃某玛深某投百货有限公司深圳西某前某路分店等买卖合同纠纷案”中,法院的判决理由就明确指出该条所指的经营者包括制造者、批发者、零售者。详细参见广东省深圳市宝安区人民法院(2010)深宝法民一初字第6556号民事判决书。

④ 杨立新、陶盈:《消费者权益保护中的经营者责任的加重与适度》,《清华法学》2011年第5期。

任主体之内,如《北京市实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第14条第2款规定,欺诈行为属生产者或其他经营者所为的,由销售者先行向消费者赔偿;赔偿后,销售者可以依法向实施欺诈行为的生产者或者其他经营者追偿,明确了生产者的责任主体资格。最高人民法院发布的《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》法释(2013)28号也在第2条中规定,因食品、药品存在质量问题造成消费者损害,消费者可以分别起诉或者同时起诉销售者和生产者。因此,《消法》所指的经营者应当包括生产者、制造者、销售者在内的市场主体,并且在责任的承担上也不应有例外。

(二)经营者应当包括处于独占地位的公用企事业单位

在供水、供电等一些独占性行业,因该类经营者市场地位的特殊性,很容易侵犯消费者的合法权益,在实践中老百姓反映的问题也比较突出。这类公用企事业单位往往不以营利为主要目的,而当中的多数是为了实现国家调节经济或其他国家政策。在我国一些省市已将其纳入地方性法规予以规范,如《山东省消费者权益保护条例》第48条规定,供水、供电、供热、供气、邮政、通信、金融以及殡葬等公共服务企业,应当将服务项目、服务规范、收费标准等向消费者明示,不得限定消费者向其指定的经营者购买商品或者接受服务。未经法定程序,公共服务企业不得提高收费标准、增加收费项目;非因消费者原因造成计量增加的,公共服务企业不得要求消费者承担由此产生的费用。公共服务企业收取费用后因自身原因未提供正常服务的,应当向消费者返还收取的费用;因计量不准多收取的费用,应当退还消费者并支付利息;没有合法依据收取费用或者违反规定收取押金、保证金的,应当向消费者返还,并承担消费者因此所支付的合理费用。

从域外法上来看,很多国家、地区都将这种带有公营性质的企事业单位列入消费者保护法律制度之中。如我国台湾地区“行政院消保会”1996年10月23日发布的“消保法字第01241号函”就解释道:“本法第七条所称之企业经营者,解释上得为公司、合伙或其他形态之团体组织,亦得为独资企业或个人;其为团体组织者,除为公权力行使机关外,无论其为公营或私营均属之。”^①欧盟《消费合同中的不公平条款》(93/13号指令)第2条第3项称经营者指“不论其为公共性质还是私人性质”。^②说明其他国家和地区消费者保护立法中并不区分公营与私营企业。

① 参见冯震宇等:《消费者保护法解读》,元照出版有限公司2005年版,第302页。

② [德]Rudolf Steinberg、龙宗智主编:《欧盟债法条例与指令全集》,吴越等译,法律出版社2004年版,第69页。