



## 論德國民法之消費者概念

周 伯 峰\*

### 要 目

壹、前 言	(一)目的的判斷角度與判斷時點
貳、德國民法的消費者定義規定及其發展	(二)主要以非為營業活動或非為獨立執行業務活動為目的
一、德國民法第13條規定	(三)自然人之法律行為原則上以為私人目的訂立
二、消費者定義規定在德國法上的發展	肆、具體的分類問題
參、消費者概念之構成要件	一、勞工及類勞工
一、自然人	(一)勞 工
(一)一般化規則	(二)類勞工
(二)擴張可能性	二、創業者
二、訂立法律行為	三、參與的第三人
(一)所有法律行為作為適用範圍	(一)代理狀況下之判斷問題
(二)保護範圍之擴張	(二)為他人之法律行為提供擔保者
三、出於私人活動之目的	伍、反思：代結論

DOI : 10.53106/102398202023120175002

\* 政治大學法學院副教授，德國美茵茲大學法學博士。

本文為科技部補助專題研究計畫（106-2410-H-004-126-）研究成果之一部分。

投稿日期：一一二年二月十三日；接受刊登日期：一一二年五月十八日

責任校對：張碧霞



## 摘 要

現代民事法律的任務之一，在於提供有效且合理的消費者保護，如此一來，在相關個案中誰是需要被保護的消費者，也就是法律上消費者概念如何定義理解的問題，就變成一個重要的法律問題，因為其為適用這些具體保護規定的前提要件。而針對這個問題，也就是消費者定義，不同的國家可能有不同的指引想法與具體規定，所謂他山之石可以攻錯，本文將以德國民法上消費者概念來作為討論對象，並分析其概念的構成與相關分類上的難題。而之所以選擇德國民法上消費者概念來討論，乃是德國民法上對於消費者的定義採取與台灣消費者保護法第2條第1款規定不同的方式予以處理，並且在民法典中統一規定，從而具有一般普遍性的意義，對於日後臺灣要進行相關概念之修正討論時有相當的參考價值。本文接下來會討論在德國民的消費者定義規定及其發展，之後討論在德國民法上消費者概念之法定構成要件，並分析其內容，隨後介紹其分類上可能出現的困難問題，最後在完成理解德國民法上消費者概念後的前提下，提出本文對於我國消費者保護法下之消費者定義的一些反思作為結論。

**關鍵詞：**德國民法第13條、消費者、消費者保護、自然人、法律行為、私人目的、營業、獨立執行執業



## 壹、前言

就「現代民事法律需要給予消費者特別的保護措施」這個命題，不論同不同意這個命題，或者對於消費者為什麼要保護以及如何該以怎樣的方式或強度來保護，有怎樣多元不同的意見<sup>1</sup>，就現實的法律規定面來看，現代民事法律在實際面上都給予了消費者額外的保護。也就是相對於一般民事法律的規定，在涉及消費者時，將會有偏離原本一般性適用規定的額外其他規定，而這些額外規定原則上都是給予消費者相對於一般性適用之規定更多的優惠，並且在針對這些規定進行解釋適用時原則上也會跟一般性適用的規定有所區別，以求對消費者能有更佳程度的保護。無論如何，我們可以說，現代民事法律在涉及消費者時，會設計相關的規定，也就是所

<sup>1</sup> 關於消費者為何要進行如何保護，以及如何進行保護，這涉及對消費者圖像的理解，以及是採取「市場補充模式」或「市場補償模式」的問題，而這些問題涉及消費者保護正當性的討論，基本上來說，現代的消費者保護主要是以「社會的消費者保護模式」加上市場補償模式為基礎，所謂「社會的消費者保護模式」認為消費者相對於企業經營者處於結構上的不利地位，因此是具有強烈保護需求的，也就是說消費者因其社會角色的不利地位，不太可能是那種單純透過市場（不論是有沒有國家介入型塑的市場）就能自己主動積極維持其利益的理性經濟人，其只是被只追求自己過度（不當）利益的企業經營者宰制的對象，而為了對這樣的消費者提供保護，國家必須更積極的介入企業經營者與消費者之關係，以保護處於結構上不利地位的消費者，而這些措施就不是單純的「市場補充機制」而已，即單純的讓自由市場運作更公平即可，而是要進行所謂的「市場補償」，其就會注重於要對消費者與企業間的契約關係進行締約以及內容控制，而且也會要求侵權法、民事訴訟法乃至於其他的法律基於消費者與企業經營者之間的不利地位，而提供消費者額外的保護措施或優惠地位。而德國與歐盟的消費者保護基本上就是從這種觀點出發。關於消費者保護的市場補充與市場補償模式與消費者引導圖像之相關討論，Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), *Verbraucherrecht*, 3. Aufl., 2020, S. 19f. und 22f. 而德國及歐盟的消費者保護採取市場補償模式為主，Vgl. *Bülow/Artz*, *Verbraucherprivatrecht*, 5. Aufl., 2016, S. 10.



謂的消費者私法（*Verbraucherprivatrecht*），來給予消費者額外的保護這件事情是無可置疑的<sup>2</sup>。故而所謂消費者私法在民事法中的定位就是為了保護消費者的相關權益（如健康、安全或其他財產）及其在從事法律交易時能有真實的選擇及決定自由所為的特別保護規定<sup>3</sup>。

如此一來，在相關個案中誰是需要被保護的消費者，也就是法律上消費者概念如何定義理解的問題，就變成一個重要的法律問題。這涉及這些消費者保護私法的人的適用範圍，因為被認定為消

<sup>2</sup> 這裡其實還可以進一步討論下面這個問題，即我們可不可以說這些提供消費者額外保護的民事法規，是屬於「特別民法」？如果以臺灣的觀點來看，因為臺灣有獨立的「消費者保護法」，其中相關的民事規定就形式上來說應該可以說是民法典的特別規定，說是特別民法沒有問題，而且一般上也認為這是針對特殊事項或對象而規定的民事特別法，相對於民法典的規定，應優先適用居於特別法的地位。參閱洪誌宏，消費者保護法，頁7-8，2017年7月，3版。不過如果以德國法的觀點來看，這裡就有一些爭議，因為德國民在2000年的時候將消費者與企業經營者之定義明文規定於法律之中（參閱本文貳、一之討論），而且在2002年進行所謂債法現代化的修法時，將原本以特別法形式規定的諸多消費者保護規定統整進民法典中，故而有認定在德國消費者保護之規定並非「特別私法」，不過，有論者認為這其實涉及評價標準的問題，以外在形式來看，德國現行的消費者保護規定雖然並不獨立於民法典外，但究其實質而言，其仍是在建立契約（法）上的特別與情狀之例外，也就是具有特別性，故而縱使這些規定被整合進民法典，其仍然是可以被評價為特別民法，如同商法典的買賣法，其作為特別法的偏離是給從事法律行為之商人較一般規定更少的保護，而消費者保護法規則是處於另一面，其相對於一般規定的「變更」在於給從事法律行為之消費者更多的保障。相關討論，Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 21f. und *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 10f. 另外如果又回到臺灣的脈絡，針對這樣民法與消費者保護法的二分與關係，也有論者提出檢討與立法建議，楊淑文，消費者保護法與民法的分與合——雙軌制立法下的消費者與消費關係，載：消保法與民法的分與合，頁1以下，2013年8月。

<sup>3</sup> Vgl. *Grunewald/Peifer*, Verbraucherschutz im Zivilrecht, 2010, S. 1f.



費者的話就會進入到法律特別保護的領域中，而適用對其有利之規定，反之，不被認定成消費者時，當然就依照民法的一般規定來處理，也就是說，在個案上是否被認定成消費者，將會產生適用不同法律而受到差別待遇的問題。如此一來，在個案中如果不當的將相關當事人認定為消費者或非消費者，而因此造成法律適用上的差異，這其實有違反平等原則的可能。故而尋求一個妥當的消費者定義，除了個案適用的妥當性問題之外，也涉及整體法律公平性的問題。

而針對法律上誰是消費者這個問題，也就是消費者定義，不同的國家可能有不同的指引想法與具體規定。而所謂他山之石可以攻錯，本文將以德國民法上消費者概念來作為討論對象，並分析其概念的構成與相關分類上的難題。之所以選擇德國民法上消費者概念來討論，乃是德國民法上對於消費者的定義採取與臺灣消費者保護法第2條第1款規定不同的方式予以處理，並且在民法典中統一規定，從而具有一般普遍性的意義，對於日後臺灣要進行相關概念之修正討論時有相當的參考價值<sup>4</sup>。本文接下來會討論在德國民法的消費者定義規定及其發展，之後討論在德國民法上消費者概念之法定構成要件，並分析其內容，隨後介紹其分類上可能出現的困難問題，最後在完成理解德國民法上消費者概念後的前提下，提出本文對於我國消費者保護法下之消費者定義的一些反思作為結論。

<sup>4</sup> 有論者就認為我國消費者保護法第2條第1款所規定之消費者定義，在某些情況下有不足及不清楚之問題，但在另外的情況下卻又有過度保護的問題，而造成無法達成合理實現規範保護目的之狀況，從而提出德國法的規定模式來予以檢討，認為德國法的方式為較佳的立法方式。參閱，楊淑文，同註2，頁8-9以及47以下。論者雖提出德國立法的相關考量及其方式較佳的建議，但對並沒有進一步為相關法釋義學上的詳細討論，本文則是想進一步予以補足。



## 貳、德國民法的消費者定義規定及其發展

### 一、德國民法第13條規定

在現今的德國民法中包含著許多給予消費者優惠乃至特權的規定，而這些規定基本上只有在這涉及消費者與企業之間的關係時，才會有所適用。不過，在這些規定之中，不會自己單獨去規定受到規範的人的範圍是如何，也就是不會就其所涉及的給予優惠或應受到限制的對象範圍如何，有自己獨特的規定或定義，其都反而都會指向德國民法第13條與第14條之規定。德國民法第13條：「稱消費者，謂所有主要非為營業或獨立執行業務活動之目的而訂立法律行為之自然人」，第14條：「稱企業經營者，謂自然人、與法人或具有權利能力之人合團體，其訂立之法律行為係與營業或獨立之執行業務有關者。稱具有權利能力之人合團體，謂有能力取得權利並承擔義務之人合團體」<sup>5</sup>。也只有在符合德國民法第13條與第14條所規定之「消費者」與「企業經營者」之定義下，才有適用這些消費者保護之特別私法的餘地<sup>6</sup>。

如此一來，其實可以說，針對法律規定中誰是（要被保護的）消費者這個問題，德國法上是採取「統一論」。故而在德國，那些偏離一般債法或契約法規定的（特別的）消費者私法只有在下面的三個條件下才会有適用的可能，首先，要有符合德國民法第13條規定定義的消費者，其次，要有符合德國民法第14條規定定義的企業

<sup>5</sup> 本文就德國民法典條文之中文翻譯，主要引用參考國立臺灣大學法學院、財團法人台大法學基金會譯，德國民法（上），2016年10月（下稱台大德國民法典中譯本）。如果有遇到德國民法典修正而與台大德國民法典中譯本不同時，即由本文作者自行翻譯。

<sup>6</sup> Vgl. Hoffmann, Die Verbraucherrolle, 2018, S. 19.



經營者同時出現，最後，法律對其間的關係給予特定的法律效果<sup>7</sup>。如此一來，要討論在德國法上誰是法律上受到保護的消費者問題，必然一定要從德國民法第13條之規定出發，並且同時關照德國民法第14條之規定，因為在德國，所謂的消費者（保護）私法，就是以處理他們（德國民法第13條定義的消費者還有第14條定義的企業經營者）之間的（不平等）關係作為目的，而這兩者就是德國消費者（保護）私法唯一的規範對象<sup>8</sup>。接下來，本文將先介紹消費者定義在德國民法上的發展做一簡單介紹，尤其是如何演變成現行德國民法第13條規定的統一的消費者概念。

## 二、消費者定義規定在德國法上的發展

原本在德國針對消費者保護有許多的特別法，而這些特別法針對人的適用範圍各有其自己的規定，並沒有針對消費者（以及企業經營者）的概念做特別的法律上定義性規定。而針對這種狀況，有論者提出這樣的疑問，即在德國民法第13條規定之前，德國法律上的消費者是「幽靈」嗎<sup>9</sup>？在早期，有些帶有消費者保護特性的法律，立法者其實是在保護弱勢的觀點下進行處理，所以在那些法律中並沒有針對消費者的概念進行定義性規定，如1894年的《分期付款交易法》（Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte）與1976年的《一般交易條款規制法》（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ABG-Gesetz）。雖然這兩個法律，如果觀察其發展跟重點，皆與現在所謂的「消費者保護」有密

<sup>7</sup> Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 6ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 19f.

<sup>9</sup> Vgl. *Denkinger*, *Der Verbraucherbegriff*, 2007, S. 426ff.



切關係<sup>10</sup>，但在這兩個法律都沒有針對消費者概念為定義性規定，在《分期付款交易法》中受到保護者是分期付款的買受人，而在《一般交易條款規制法》在人的適用範圍上原則上針對所有涉及到使用定型化約款的人<sup>11</sup>。

之後，德國法開始慢慢出現針對不同的消費者（行為）予以保護的個別法規<sup>12</sup>，如1986年的《訪問交易解約法》（*Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*）與1991年的《消費者信用法》（*Verbraucherkreditgesetz*）。在1986年的《訪問交易解約法》中，仍然沒有獨立的消費者概念，其是用非商務性客戶的概念來界定其人的適用範圍，即如果客戶是為了其獨立之營業活動而訂約，或者其是與非商務活動者進行交易的話，就不在該法的適用範圍之內，這裡雖然沒有使用消費者的概念，但現行德國民法第13條中，以法律行為之目的來作為判準的模式已經在此開始出現<sup>13</sup>。而在1991年1月1日生效施行的《消費者信用法》則

<sup>10</sup> 1894年的《分期付款法》有論者就認為這是德國法律史上第一次出現的具有消費者保護特性的特別民法，而其為1991年的《消費者信用法》之前身，因後者的生效施行而被廢止，Vgl. HKK/DuVe, §§ 1-14 Rn. 69. 而1976年的《一般交易條款法》，其之產生，與德國聯邦政府在1971年發布的《消費者政策報告》（*Bericht zur Verbraucherpolitik*）有密切關係，雖然針對一般交易條款的管制及保護範圍不限於消費者，但消費者是主要的保護對象之一是沒有疑問的，Vgl. Chou, *Die Entwicklung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Gleichheit im deutschen Zivilrecht seit der Französischen Revolution*, 2012, S. 86ff. und HKK/DuVe, §§ 1-14 Rn. 74.

<sup>11</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 20f. und Roth, *Verbraucherschutz-Entwicklungen und Grenzen*, S. 14.

<sup>12</sup> 而這些法規的特色之一就是給予消費者在一定期間內可以行使所謂的「無條件解約權」（*Widerrufsrecht*）。關於這種消費者保護的「無條件解約權」之發展歷史簡介，Vgl. Chou, aaO. (Fn. 10), S. 90ff.

<sup>13</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 22 und Roth, aaO. (Fn. 11), S. 14f.





是首次在實體法中出現消費者之定義，根據該法第1條第1項規定，所謂消費者信用契約是指在以實現其營業或執行業務活動而提供信用之企業與消費者間所定的契約，而這裡的消費者原則上是指所有的自然人（*jede natürliche Person*），除非其根據契約之內容是為了已從事的營業或執行業務活動而得到該信用者，故而，信用提供者要主張排除該法之適用時，必須要主張並證明作為自然人的相對人非消費者，即其訂約之目的是為了自己的營業或執行業務活動<sup>14</sup>。

《一般交易條款規制法》如上所述，原本並沒有針對消費者定義為特別規定，不過，為了將1993年4月5日關於消費者契約中不公平條款的歐體理事會指令（*Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*）予以內國法化，在1996年又導入了第24條之1之規定，將消費者之定義予以納入，讓定型化約款的管制目的除了保護交易相對人免於受到定型化約款使用者濫用其單方面形成契約內容權力之危險外，也明確其同時也具有消費者保護之目的<sup>15</sup>。而該條規定也明確定義其所要保護之消費者為何，即所有以非屬營業或獨立執行業務活動為目的而訂立契約之自然人<sup>16</sup>。在同年12月20日生效施行的《分時居住權法》（*Teilzeit-Wohnrechtgesetz*），在其第1條就明訂人的適用範圍，而其規定方式也是採取訂約目的的模式，受該法保護之獲取者（*Erwerber*）為非以營業或執行業務活動為目的訂立分時享有居住建物契約之自然人，而在2000年時，將獲取者的用語修正成為消費者（*Verbraucher*）<sup>17</sup>，更明確化其人的適用對象為消費者。

<sup>14</sup> Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 23 und *Roth*, aaO. (Fn. 11), S. 16.

<sup>15</sup> Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 23 und *Roth*, aaO. (Fn. 11), S. 17.

<sup>16</sup> Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 23 und *Roth*, aaO. (Fn. 11), S. 17.

<sup>17</sup> Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 24 und *Roth*, aaO. (Fn. 11), S. 17.



在2000年之時，透過對於《遠距交易法》（Fernabsatzgesetz）<sup>18</sup>的制訂，德國立法者也同時將統一的消費者以及企業經營者的概念導入民法典之中，即訂立舊德國民法第13條及第14條之規定，並且將個別特別法中有關消費者之定義之規定予以取消，統一適用德國民法第13條規定，如此一來，就結束了消費者概念在個別法律中不統一的狀況，而有統一的消費者定義<sup>19</sup>。而在2000年的德國民法第13條規定主要是根據舊《一般交易條款規制法》第24條以及第24條之1規定而來<sup>20</sup>，而規定為：「稱消費者，謂所有非為營業或獨立執行業務活動之目的而訂立法律行為之自然人。」之後在2013年，針對德國民法第13條規定，立法者又進行了一次修正，在「非為營業或獨立執行業務活動之目的」這些文字之前增加了「主要」（überwiegend）這個述詞，而形成現在於2014年6月13日生效施行的目前規定<sup>21</sup>。而增加「主要」這個述詞，是為了符合將歐盟消費者權利指令（Rechtline 2011/83/EU für Rechte der Verbraucher）予以內國法化之要求，即依據該指令考量理由第17點規定，縱使是為了營業之目的而交易，只要該目的在其契約整體來說非是主要的，這樣的人也應該被當作是消費者<sup>22</sup>。

<sup>18</sup> 該法於2000年6月30日生效施行，後來則因為2002年債法現代化將相關規定整合入德國民法後，於債法現代化法生效施行之日，即2002年1月1日也同時被廢止，除此之外，上面所談到的各個特別法基本上也都同時整合入民法典中，故而在民法典的債法現代化修正生效施行時，同時廢止。

<sup>19</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 24 und Roth, aaO. (Fn. 11), S. 18.

<sup>20</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 24.

<sup>21</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 24.

<sup>22</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 46; Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 36 und Beck, JA 2014, S. 669f.



## 參、消費者概念之構成要件

德國民法第13條：「稱消費者，謂所有主要非為營業或獨立執行業務活動之目的而訂立法律行為之自然人。」據此可以得知德國民法上消費者的定義，要符合三個判準。首先，人的判準，即消費者限制在自然人之上，故而需要討論「自然人」的範圍如何，是否包括多數自然人的組合。其次，則是事物的判準，即這裡涉及法律行為的訂立，而作為對象的法律行為的範圍如何，是否包括所有符合抽象法律行為概念者，還是有所限制，另外如前契約行為是否也包含在內則需要予以檢討分析。最後，則是功能的判準，即其是為私人活動之目的而為具體交易，而針對是否為私人之活動則是採取反面表述，即非營業或獨立執業之活動，故而需要討論該如何與營業與獨立執業活動做區隔，還有其相關認定的標準與判斷時點之問題，以及實務上發展出來的準則<sup>23</sup>。故而本文接下來，將就這三個標準該如何認定，分別予以進一步的分析。

### 一、自然人

#### (一)一般化規則

根據德國民法第13條之規定，只要是去訂立法律行為的自然人就是消費者。而這對於立法者來說，這是明確清楚的，即只要是自然人就是當成消費者，縱使他在之後的地方沒有特別的指明，也就是說，每一個自然人所從事的訂立法律行為之行動，就（可能）是消費者行動，比如縱使是保險契約的要保人或者證券購買人或投資者，只要他是自然人也會被當成是消費者<sup>24</sup>。同時在這裡不需要考

<sup>23</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 56f. und MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 8.

<sup>24</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 10.



慮個別自然人的智力或經濟狀況，只要其是自然人就是消費者，所以縱使該自然人是億萬富翁，其實際上可以聘請諸多律師在其自己從事交易時提供意見，但依據德國民法第13條規定，其在該交易仍可能被當作是消費者，只要他符合其他要件<sup>25</sup>。而這樣的一般化處理，如同在行為能力以年齡作為標準一般，是為了保證法律安定性的要求（當然這是以可能在個案中過度補償為代價）<sup>26</sup>。

又根據德國民法第13條的文字並比較德國民法第14條的文字，可以很明確的認定立法者規定消費者也只能是自然人。從而法人雖然可以作為法律上的權利主體，但無法認定為消費者，而這是排除所有類型的法人，包括私法人及公法人，還有設立中的法人，另外有權利能力的人合團體<sup>27</sup>跟法人一樣，原則上也被排除在德國民法第13條的範圍之外，不被當成消費者，縱使有些法人或人合團體其行為（訂立法律行為）的目的很明顯的是非營業或獨立執業<sup>28</sup>。如此一來，基本上可以說，根據德國民法第13條規定，法人以及有權利能力的人合團體就無法享受到消費者保護規定的照顧，因為其直

<sup>25</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 41.

<sup>26</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 41; und *Neuer*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., 2020, § 15 Rn. 3.

<sup>27</sup> 在德國法上所謂的有權利能力的人合團體，其與法人最大的不同在於，法人與其成員在法律上都是完全獨立的，但有權利能力的人合團體，指的是該團體雖可以以自己的名義取得權利負擔義務，但其權利能力不意味著該組織具有法律上的獨立性，而可以完全排除其成員的責任，也就是法人作為組織體與其成員完成分離獨立，成員不必為法人負責，而有權利能力的人合團體，雖然該組織體可以用自己名義取得權利跟負擔義務，但其與成員間之關係並非完全獨立分離，成員仍需要為其負責，在德國法上的有權利能力的人合團體的重要例子，即其商法上的無限公司（OHG）或兩合公司（KG），兩者的成員仍需要與該組織體一起負責任。Vgl. *Jauering BGB/Mansel*, Vor § 21 Rn. 1.

<sup>28</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 41; *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 83 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 12.



接被排除在這些規定的人的適用範圍之外<sup>29</sup>。

相對於有權利能力之法人或人合團體，如果只是多數共同行動的自然人，而該團體沒有權利能力的狀態，比如財產的分別共有或共同共有關係、夫妻的共同財產關係、共同繼承關係或無權利能力之合夥關係<sup>30</sup>，這時其仍是可以被涵攝到德國民法第13條的自然人的概念之中，從而被認定成為消費者，只要其符合第13條的其他要件即可，即主要以非營業或獨立執業為目的訂立法律行為<sup>31</sup>。不過要注意，這些多數共同行動的自然人，是每個人個別去判斷其有無消費者地位，所以有可能多數共同行動的自然人中，有的是消費者，有的不是消費者<sup>32</sup>。

## (二)擴張可能性

如上所述，根據德國民法第13條規定的生物性的自然人之要件，有權利能力的法人與人合團體基本上就不可能被當作是消費者而享有消費者保護規定之利益，不過在德國法院實務上面，卻又承認在有權利能力的人合團體中，下列兩者可能被當作德國民法第13條所謂之消費者，這兩個例外即房屋區分所有人團體（Wohnungseigentümergeinschaft）以及有權利能力之合夥關係（eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts）。

<sup>29</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 41 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 18.

<sup>30</sup> 德國最高法院（BGH）在2001年承認有權利能力的合夥關係（eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts）存在，可以直接以合夥關係的名義享受權利負擔義務，而與無權利能力的合夥關係（eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts）區分，Vgl. BGH, NJW 2001, S. 1056.

<sup>31</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 42; *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 84 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 17.

<sup>32</sup> Vgl. *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 18 und *Meier*, JuS 2014, S. 779.



### 1. 房屋區分所有人團體

在德國房屋的所有區分所有人間可以被當成一整體而成立所謂房屋區分所有人團體，而此團體又與區分所有人間之共有關係相區分，後者為區分所有人間之物權共有關係，而區分所有人團體乃是所有區分所有權之人依法所組成之團體，而就這團體本身，德國聯邦最高法院在2005年的判決中承認在其管理共同財產而參與交易時，就該交易其具有權利能力，得以自己名義與第三人簽訂契約<sup>33</sup>。而就這有部分權利能力的區分所有人團體，本來依據德國民法第13條規定，無法被視為是消費者，而其可否類推適用德國民法第13條之規定也是一直有所爭議<sup>34</sup>。

後來德國聯邦最高法院在2015年的判決中確認，這種有部分權利能力的區分所有人團體可以被視同為德國民法第13條之消費者，只要其成員中至少有一位消費者（自然人）而且其訂立法律行為之目的並非是為了營業或獨立執業之活動<sup>35</sup>。該判決認為區分所有人團體雖然有部分的權利能力，但並非真正的德國民法第14條之法人或人合團體，其只是透過法律規定而被集成組織的多數人，這時應該就保護目的來作為決定性要素<sup>36</sup>。而個人進入這樣的區分所有人團體是一種為了房屋妥善使用的「必要之惡」，故而不能夠讓一個自然人因為成為這樣的團體的成員就失去了其消費者的資格<sup>37</sup>。其保護需求只有在下面這種狀況中被實現，即個別團體成員的消費

<sup>33</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 21以及姜世明，以管委會為被告之確定判決效力之主觀範圍——評最高法院98年度台上字第790號民事判決，裁判時報，89期，頁38-39，2019年11月。

<sup>34</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 37.

<sup>35</sup> Vgl. BGH, NJW 2015, S. 3228.

<sup>36</sup> Vgl. BGH, NJW 2015, S. 3228, 3232 und Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 84.

<sup>37</sup> Vgl. BGH, NJW 2015, S. 3328, 3231.



者資格，仍在區分所有人團體成立法律行為時，在該團體中繼續存在，也就是說區分所有人團體應該如同自然人一樣，依據其訂立法律行為的目的來判斷是否為消費者<sup>38</sup>。當然如果區分所有人團體的成員沒有自然人而都是企業，這時其當然就不是德國民法第13條所謂的消費者<sup>39</sup>。

## 2. 有權利能力之合夥關係

德國聯邦最高法院在2001年的判決中承認，合夥關係在特定條件下可以具有部分權利能力，而得以合夥名義參與交易取得權利與義務<sup>40</sup>。如上所述，無權利能力的合夥，一般是認定為屬多數自然人的共同行動之一種，故而可被涵攝到德國民法第13條的自然人的概念之中，個別去判斷其成員有無消費者地位。那這種有部分權利能力的合夥，因其有權利能力的特性，無法被認定為單純的多數自然人的共同行動，那針對這種有權利能力的合夥究竟該如何予以定位，即該認定其為消費者還是企業，就成為需要討論問題。針對有權利能力的合夥關係是否可以當作自然人而具有消費者性質的問題，在2001年時，德國聯邦最高法院就這種有權利能力的合夥關係是否屬於《消費者信用法》中的消費者的問題，有表示意見。德國聯邦最高法院認為根據《消費者信用法》的保護目的，其保護對象為「所有」非為了以從事的營業或執行業務活動而要得到信用的自然人，而這也包括為了共同得到該信用的多數自然人，只要該多數

<sup>38</sup> Vgl. BGH, NJW 2015, S. 3328, 3232 und *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 84.

<sup>39</sup> Vgl. BGH, NJW 2015, S. 3328, 3230.

<sup>40</sup> Vgl. BGH, NJW 2001, S. 1056. 這裡的部分權利能力，其只指該合夥可以用自己的名義取得權利負擔義務，但不會因此使得合夥如同法人一般具有法律上的獨立性，從而可以完全排除其成員之責任，故而有部分權利能力的合夥，其成員仍須與合夥關係本身一起負責任。Vgl. *Jauerling BGB/Mansel*, Vor § 21 Rn. 1.



自然人的結合並不符合法人的資格的話<sup>41</sup>。有論者認為該判決的看法適當的擴張保護範圍，而具有正確性<sup>42</sup>。故而依此似乎可以推論，只要該合夥關係由多數自然人組成，且該合夥關係不符合法人資格的話，其就具備了德國民法第13條的自然人性質，而有成為消費者的可能性<sup>43</sup>。

不過針對德國聯邦最高法院在2001年就《消費者信用法》所表示的見解，可否適用於之後修正的民法第13條之上，其實是有反對見解的。該見解認為，合夥關係既然被認為可以作為權利跟義務的承擔者，其在性質上與其說是自然人，其實更接近於法人，故而縱使是多數自然人組成的合夥關係也不應該認為是自然人，而且根據德國民法第13條以及第14條的文義跟體系來看，不管「適用」或「類推適用」，將之當成德國民法第13條的自然人都是有問題的見解，這種有部分權利能力的合夥關係應該屬於德國民法第14條企業的範疇<sup>44</sup>。

而德國聯邦最高法院在2017年的判決中<sup>45</sup>，對於有權利能力的合夥關係是否為德國民法第13條所謂之消費者表達了新的意見，根據其見解如果合夥關係是由自然人與法人組成的話，這種合夥關係更偏向所謂有權利能力的人合團體，根據民法第13條跟第14條的規定與體系並非民法第13條意義下的消費者，而其也不能引用上面區分所有人團體的見解，因為該合夥關係是基於自由訂立的合夥契約

<sup>41</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, S. 368.

<sup>42</sup> Vgl. Schmidt, JuS 2006, S. 5.

<sup>43</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 46; Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 85f.; Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 5; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 22. Aufl., 2021, § 48 Rn. 6.

<sup>44</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 86 und MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 20

<sup>45</sup> Vgl. BGH, NJW 2017, S. 2752.





而成立，而其中自然人成員可以選擇是否以及與誰成立合夥關係，與區分所有人團體中的自然人不同，故而不需要給予同樣密度的保護<sup>46</sup>。而在此判決中，針對若該合夥關係全部由自然人組成則其是否為德國民法第13條的消費者的問題則明確予以擱置，沒有表達進一步的見解<sup>47</sup>。不過，在這判決之後，根據論者的觀察，有產生否定有權利能力的合夥關係可以適用德國民法第13條的趨勢，畢竟聯邦最高法院強調，合夥關係本身並非自然人<sup>48</sup>。

## 二、訂立法律行為

沒有正在締結法律行為，而是坐在太陽下或遇到侵權行為者，既非消費者也非企業，也就是說，消費者與企業這兩個概念必須涉及具體的法律行為之締結<sup>49</sup>。

由上面德國民法教科書的這段話可以知道，在德國民法上，自然人如果只是單純做一般的事實上行為或者甚至只是遭遇事實上的不幸事件，其就會與消費者的概念無關，而必須在自然人涉及個別具體的法律行為之締結時，才會與消費者的地位產生連結，故而在德國民法上消費者概念的第二個要件就是「訂立法律行為」。不過如論者所說，這裡訂立法律行為的概念不是表面上看起來那麼簡單，其實反而帶有誤導性，需要進一步分析討論<sup>50</sup>。

<sup>46</sup> Vgl. BGH, NJW 2017, S. 2752, 2754f. und Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 86f.

<sup>47</sup> Vgl. BGH, NJW 2017, S. 2752, 2754, Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 87 und MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 20.

<sup>48</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 87.

<sup>49</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 27. Aufl., 2019, Rn. 325.

<sup>50</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 3.



### (一)所有法律行為作為適用範圍

首先，根據德國民法第13條的文義，只要有訂立法律行為的狀況，就可以取得消費者資格，而這裡的法律行為在解釋上指的是所有符合抽象法律行為概念者，德國立法者並沒有限制在只有訂立被例示或列舉出來的特定具體的法律行為，如限於訂立關於給付動產或提供服務為目的之契約，才會有消費者地位，如此一來，可以說德國民法第13條規定，是採取一種比較寬泛的規定方式來處理消費者地位的適用問題<sup>51</sup>。而這裡也很明確的可以知道，德國民法第13條是排除契約以外的消費者保護規定於其適用範圍之外，故而德國的產品責任法或藥品法就不會跟德國民法第13條產生直接的關連<sup>52</sup>。

如上所說，只要符合抽象法律行為定義者，就包括在德國民法第13條所謂訂立法律行為的範圍之中，當然，這裡的法律行為主要指的是契約，其範圍包含民法各種之債還有特別法中所規定的契約類型，即有名契約，以及雖然沒有在民法及特別法中明訂，但已經被建立起來的所有現代契約類型，即無名契約。而除了契約這種雙方法律行為之外，單方面的法律行為，即單獨行為，還有多方法律行為，如人合組織中的決議，只要是由自然人參與做成者，也包含在這裡訂立法律行為的理解之下<sup>53</sup>。

而要特別注意到，德國民法第13條的消費者概念中的訂立法律行為並不限於純粹的進行需求的活動，也就是在德國民法上的消費者概念不一定是需求的一方，提供的一方也有可能被認定為消費者，只要其為自然人跟符合下面的「出於私人活動之目的」（參見

<sup>51</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 79.

<sup>52</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 79.

<sup>53</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 82 und Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 7.



下文參、三、之討論)訂約的話<sup>54</sup>，故而如果出租人為自然人且為私人目的訂立租賃契約的話，也可能被認定為消費者，另外，出於私人目的的買賣標的提供者，如二手車、古董的私人目的出賣人，也會可能會被認定為消費者<sup>55</sup>。也就是說，德國民法第13條所謂的訂立法律行為，也包括所謂的「反向消費者契約」，即由消費者提供契約典型給付的契約<sup>56</sup>，而這是因為如上所說，只要符合抽象法

<sup>54</sup> Vgl. *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 7 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>55</sup> Vgl. *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 7 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>56</sup> 這種「反向的消費者契約」，仍屬德國民法第310條第3項所規定之企業經營者與消費者間之契約（消費者契約），因重點在當事人一方是企業經營者一方是消費者即可，所以仍在定型化約款管制規定的適用範圍，並且作為提供方的「消費者」，也可享有法律上保護地位，Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 27 und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 7. 德國民法第310條第3項：「企業經營者與消費者間之契約（消費者契約），本章之規定，依下列規定適用之：1. 定型化契約視為由企業經營者所提出者。但定型化契約係由消費者導入契約者，不在此限。2. 對事先擬定之契約條款，縱僅為一次訂約之用，且消費者因其預先擬定對其內容不能影響者，其仍有第305條之3第2項、第306條、第307條至第309條，及民法施行法第46條之2之適用。3. 於依第307條第1項、第2項規定顯然不利之判斷時，亦應對酌契約成立時相關之情事。」而在反向的消費者契約中，在2014年德國民法312條第1項修正前，還有關於在非營業場所交易的狀況下，提供方的消費者可否主張無條件解約權的問題，因為其並沒有特別限定法律行為之類型，而在2014年修正後，條文將營業場所外交易相關規定的適用範圍標示出「以企業經營者有償給付為標的之消費者契約」後，雖仍有反對意見，一般還是認為依據條文文義以及立法理由，在此就排除反向的消費者契約主張無條件解約權的可能性。Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 27, 40ff., 96ff.; *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 7 und *Maume*, NJW 2016, S. 1041ff. 而在2022年，德國民法第312條第1項為配合2019年的相關歐盟指令，修改為：「本款第一目及第二目規定適用於以消費者負有給付對價義務之消費者契約」（Die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels sind auf Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen sich der Verbraucher zu der Zahlung eines Preises verpflichtet.），而根據論者的看法，本條雖有所修正，但基本上跟2014年規定的狀態其實沒有太大的



律行為之概念者，就可以符合本條所謂的訂立法律行為，故而「所有」的法律行為都包含在第13條的適用範圍之內。

### (二)保護範圍之擴張

雖然上面說到德國民法第13條以訂立「所有」法律行為，作為消費者地位之要件是一種廣泛的規定方式。但只以訂立法律行為為要件，在文義上也有可能導致保護範圍過窄的問題，即有些需要消費者保護的狀況，其實是超出「訂立法律行為」的狀況<sup>57</sup>。

#### 1. 前契約之保護

雖然依據德國民法第13條的文義，要「訂立」法律行為者，才具有消費者地位。不過，對於在前契約階段消費者保護就應該發揮作用這件事，德國法上對此是具有一致的見解，尤其是前契約階段的資訊義務，如德國民法第312條之4第1項<sup>58</sup>以及第482條第1項之規定<sup>59</sup>。故而依據德國通說見解，在前契約階段，自然人縱使「尚未訂約」，但只要確認其出於私人目的而準備締約，其仍可適用德國民法第13條之規定，而具有消費者地位，進而可適用前契約之消

---

改變，仍是需要企業經營者為給付，只是將有償的概念改為消費者支付對價，而這裡「對價」除了法定的支付媒介金錢以外，也將價值的數位描述（如加密貨幣）包括在內，但總的來說，沒有改變相關的基本概念與架構，Vgl. BeckOK-BGB/Martens, BGB § 312 Rn. 1ff.

<sup>57</sup> Vgl. *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 7 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>58</sup> 德國民法第312條之4第1項：「於營業場所外訂立之契約及遠距契約，企業經營者負有依民法施行法第246條之1所定標準提供消費者資訊之義務。履行該義務而所做之說明，構成契約內容。但當事人另有明示約定者，不在此限。」

<sup>59</sup> 德國民法第482條第1項規定：「企業經營者應於訂立分時居住契約、長期度假商品契約、居間契約或互易系統契約之表示發出前，及時以文字方式依民法施行法第242條所定之第1條提供消費者訂約前資訊。其應明確易懂。」



費者保護規定，也就是說，依照德國通說，德國民法第13條的事物適用範圍，擴張及於締約前的準備階段<sup>60</sup>。

## 2. 一般性之保護

而除了締約前階段需要有消費者保護外，在某些根本沒有法律行為訂立以及準備接觸的情況下，即沒有法律行為意思表示之發出的狀況下，也有消費者保護之必要，比如德國民法第241條之1第1項及第3項所涉及的企業經營者提供「消費者」未訂購之給付<sup>61</sup>，以及德國民法第661條之1所涉及之企業經營者寄送「消費者」獲獎通知之情況<sup>62</sup>。在前者「消費者」根本沒有與企業締約之意願與接觸，而後者其實是企業的傳銷手法，基本上也沒有給獎之受拘束的意思，反而是想要藉此引誘「消費者」去接受其商品，故而在此需要提供該當事人一般性之保護，不過因為這裡是屬於法律行為外之行為<sup>63</sup>，甚至連締約準備都不構成，該如何確定條文之「消費者」為何，即有問題。但通說仍然認為，這裡德國民法第13條之規定仍然相關，可以類推適用，也就是說只要是自然人基於私人目的，而涉及上該狀況的當事人，仍可類推適用德國民法第13條規定，被當

<sup>60</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 46; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 86; *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 8 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>61</sup> 德國民法第241條之1第1項：「企業經營者提供消費者非因強制執行或其他訴訟上措施而出賣之動產、及其他服務時，消費者未訂購該商品或其他服務者，對消費者無請求權。」第3項：「不得使消費者受有不利利益而違反本條規定。以其他型態規避本條規定者，亦適用本條規定。」

<sup>62</sup> 德國民法第661條之1：「企業經營者對消費者寄送給獎承諾或類似之通知，且因其通知之形式使人誤認為消費者以贏得獎賞者，應該給付該獎賞與消費者。」

<sup>63</sup> 未訂購之給付屬於事實行為，而給獎承諾的法律性質究竟為何，則有爭議，尚未取得統一意見，但為法律行為外之行為。Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 86ff.



作相關條文之「消費者」<sup>64</sup>。

雖然有學說認為這裡的「消費者」其實為所謂的「虛構消費者」，因在一般保護的狀況下，根本沒有訂立法律行為跟締約準備，而如下文參、三、(一)所述，可以判斷訂立法律行為之具體目的的時間為訂立法律行為之時，或至少為締約準備時，所以在一般保護的狀況下，不可能具體的確定當事人之訂約目的為何，只能用「假定」的方式去認定，因此這樣的「消費者」是虛構的，而也呈現出德國民法第13條的消費者定義的限制<sup>65</sup>。不過，在此重點也還是只在於，能否將未訂購之給付及獲獎通知之受領人不去歸入主要在營業或執業領域中活動的人，即雖然其不在第13條的有意義的適用範圍，但這裡還是「將不適合者調整成適合的狀態」<sup>66</sup>，而予以類推適用。

無論如何，根據德國通說的見解，德國民法第13條中之訂立法律行為這要件，可以「擴張解釋」到締約前之狀況，也可以「類推適用」到，雖為法律行為外之行為但需要一般保護之狀況。

### 三、出於私人活動之目的

雖然說消費者是建立在身為自然人的前提之上，但一個特定的自然人不是本身就當然是消費者或企業，其不像球員作為某球隊成員是透過背號、球衣狀態可以一眼得知，或不像是生存狀態的自然人在法律上就可以直接判斷是權利主體一樣，也就是說，其不是一種狀態概念，反而需要其他的標準來進一步確認一個自然人是否

<sup>64</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 86; Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 9.

<sup>65</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>66</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 156.



為消費者<sup>67</sup>，而這個進一步判的標準根據德國民法第13條，就是該自然人進行每一個法律交易的客觀被確定的目的，而這標準也只在交易目的之上，不會再進一步的去討論個人的才智或經濟狀況，據此德國法上的消費者概念不具有個人特色的或角色社會學的要素，也因此沒有創造出被特別區分出來的社會群體<sup>68</sup>。比如一位執業律師為了放在家中追劇娛樂使用，跟為了放在事務所工作使用而向商店購買電腦，那麼他針對這兩個交易，前者就可能為消費者，後者就不是，只依照其交易目的而決定其角色，不會因為其為律師，具有法律知識，非屬智識上弱勢，就一定不會是消費者。

總的來說，根據德國民法第13條規定，自然人非為營業或獨立執行業務活動之目的而訂立法律行為時，其才會被認定為消費者，在此是採取反面表述的方式來予以規定，所以要先確定的反而是什麼是營業活動以及什麼是獨立執行業務活動，只要不是主要以從事這兩種活動為目的訂約，那麼其訂約目的就是屬於私人的，而可以被認定為消費者<sup>69</sup>。

#### (一)目的的判斷角度與判斷時點

而在進行目的的確定之前，其實要討論兩個先決問題或者說標準，首先要先確定應該要由哪種觀察角度出發來確定法律行為的目的<sup>70</sup>，再來則要確定最後判斷目的的時間點為何<sup>71</sup>。

<sup>67</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 1.

<sup>68</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 24f.

<sup>69</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 35.

<sup>70</sup> Vgl. Grunewald/Peifer, aaO. (Fn. 3), S. 12.

<sup>71</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43f; Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 146ff.; MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 36ff. und Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 10.



### 1. 判斷角度

首先，這裡的確定法律行為目的的標準，並不是根據當事人自己的純粹內在意思來做決定，也就是說，這裡跟意思表示的解釋不一樣，不是「探求當事人真意」為何，所以不是當事人認為自己的訂約行為是為了私人目的締約，其就可以馬上被認定為消費者。而排除以當事人自己的純粹內在意思為標準的原因，當然就是交易安全以及法律安定性的考量，如前所述，是否為消費者為是用消費者保護規定或消費者保護法規的要件之一，如果將這標準全然的交由行為者自己的內在意思「決定」，那對於相對人來說必然會陷入難以判斷的狀況，而無法確知其交易是否須適用消費者保護法規，進而評估交易相關成本，這當然有礙交易安全且違反法律安定性的要求，故而德國學說及實務上基本拒絕這種標準<sup>72</sup>。

故而要進行締約目的判斷，需要從一個客觀的觀察者角度出發，由締約以及與其相關的各種客觀狀況來判斷，當事人究竟事出於怎樣的目的是進行締約活動<sup>73</sup>。雖然要從客觀觀察者角度來出發，不能依靠當事人自己的純粹內在意思是學說及實務的共識。但客觀觀察者要觀察什麼這點上面，學說上其實有爭議，其爭議的點在於，是僅依靠純粹外在的客觀標準來確認行動者意圖即可認定消費者性質，縱使相對人無法認識其交易對象為消費者也在所不問，還是依照客觀情況，締約之相對人對於其交易對象具有消費者性質有認識可能才可以<sup>74</sup>？前者即是採取所謂的純粹「客觀判準」（die objektive

<sup>72</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43; *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 107, 111f.; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 44; *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 474 Rn. 30 und *Herresthal*, JZ 2006, S. 697.

<sup>73</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 25 und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 10.

<sup>74</sup> Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 106ff. und *Faust*, JuS 2010, S. 255 und BGH, NJW





Kriterien) 來確認當事人所締結的法律行為是否出於私人目的<sup>75</sup>，而後者則以「客觀的相對人觀點」(der objektive Empfängerhorizont des Geschäftspartners) 或「相對人的認識可能性」(die Erkennbarkeit für den Vertragspartner) 來確認消費者性質<sup>76</sup>。

採取第一種觀點，即單純只就客觀的情況來判斷行為者的從事法律行為之目的為何，而不需相對人對之有認識可能，其理由主要在於「貫徹(強制的)消費者保護規定」。即作為保護結構上弱勢因此有保護需求之消費者的相關規定，是屬於強制規定，其適用與否不能取決於當事人之間可能的約定，同時也不可以讓當事人有事實上的迴避可能，即不能在法律及事實上予以「處分」<sup>77</sup>。如果將是否具有消費者地位這個問題，取決於契約相對人的認識可能性，那麼德國民法第13條之規定將失去其角色及功能，因為其為可否適用相關消費者保護規定的出發點，卻讓當事人可以透過讓對方認不認識來掌握其地位，那麼等於事實上可以處分強制的消費者保護規定，這其實是違反德國民法第13條本身的內在目的要求<sup>78</sup>。而且就價值判斷來說，縱使當事人因輕過失使交易相對人對於其非為營業或獨立執行業務行為為目的訂約有所誤認，也不應該就馬上使其完

---

2009, S. 3780ff.

<sup>75</sup> 採此說者有，Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 25; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 44f.; *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 474 Rn. 30; *Herresthal*, aaO. (Fn. 72), S. 698 und *Pfeiffer*, LMK 2010, S. 29675.

<sup>76</sup> 採此說者有，Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43; *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 145; *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 8 und *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 42 Rn. 41; *Müller*, NJW 2003, S. 1979; *Wertenbruch*, LMK 2005, S. 49.

<sup>77</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 44 und *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 474 Rn. 30.

<sup>78</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 44 und *Herresthal*, aaO. (Fn. 72), S. 698.



全失去強制性的消費者保護<sup>79</sup>，至於對於交易相對人之保護，其實也不須要取決於其認識可能性，只要透過誠信原則所生的權利濫用或表見責任等想法，就可以提供足夠的保護<sup>80</sup>。既然如此，只要單純取決於締約之客觀情況來予以判斷即可，也就是客觀判準才是妥當的目的判斷角度。

採取第二種觀點，即要由客觀的相對人觀點來看，有認識行為者是為私人目的從事交易之可能，作為判斷是否具有消費者性質之要件，其理由則主要在於「交易安全的確保」。其認為只有交易契約相對人對於可以建立消費者性質的事實有所認識，或至少有認識可能，才能認定當事人可具有消費者性質，否則縱使客觀上私人目的的存在，相關的消費者保護規定也不能適用，而這個相對人認識（或認識可能），是以客觀相對人如何理解當事人交易目的的角度來予以確認，而這是基於交易安全的要求所來<sup>81</sup>。即只有交易相對人在可以確知與之交易的對方是否有消費者之角色，其才有可能做出合理對應，否則其將陷於不確定狀態，不知其交易之後果為何，這當然有害社會上交易的往來，故基於保護交易安全之要求可以正當化客觀相對人認識之要件<sup>82</sup>。最後其認為，消費者保護的不可規避性也必須嚴格的服從誠信原則的要求，由此也可以推出這樣的一個公式，即如果當事人在相對人沒有施加不當影響或其已有所認識的狀況下，讓人認識到其契約以不具有消費者行為的方式訂立，那麼其就將自己置於以消費者性質為前提的保護之外，即消費者保護法是保護消費者在因其結構上之弱勢從而特定情境下可能受到的不

<sup>79</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 45.

<sup>80</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 30 und Herresthal, aaO. (Fn. 72), S. 698.

<sup>81</sup> Vgl. Müller, aaO. (Fn. 76), S. 1979.

<sup>82</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 110.



當對待，而非保護其可以不對因其可歸責之行為所創造之企業性質的法律表象之結果不負責任<sup>83</sup>。

對於這學說上的爭議，德國聯邦最高法院在2009年的判決中表示，其知悉有這樣的爭議，但保持開放態度，沒有確認其採取何者<sup>84</sup>。所以上述的爭議在實務上並沒有獲得確認解決，但這也不意味著針對問題，實務就沒有自己的觀點，其也有提出自己在個案上如何解決有疑慮狀況的方法，即自然人之法律行為在有疑義的狀況下，應先認定屬為私人目的為之，而具有消費者性質。針對德國聯邦最高法院這個具有「推定規則」性質的見解，本文將在下文參、三、(三)中為進一步討論。

## 2. 誠信原則的適用

雖說針對消費者性質的判斷要採取客觀標準，但這不意味著民法的一般基本原則與觀念，比如因誠信原則而生的表見責任、權利濫用，或錯誤學說，就因此被排除適用，相反的在確認消費者性質的問題上，仍有重要意義<sup>85</sup>。

據此，如果有自然人有意識的表現出為了營業或獨立執業目的而行動，但其實並非如此，反而是為了私人目的締約，之後如果要再主張其為消費者，這是就可能會有違反誠信原則，尤其是禁反言與權利濫用的問題。也就是說，自然人在具體個案中，雖然是為了私人目的而行動，但為了各種理由，故意偽裝了企業性質，也就是其故意製造出了企業行動的法律表象，在這種狀況下，這個自然人就不可以主張德國民法第13條的消費者性質，而可能受到法律上的不利益。比如在買賣契約中，消費者作為出賣人卻偽裝有企業性

<sup>83</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 8 und Wertenbruch, aaO. (Fn. 76), S. 49.

<sup>84</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, S. 3780, 3780.

<sup>85</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 30.



質，這時如果買受人為消費者的話，這時雙方成立的契約就是消費者買賣契約，如果其作為買受人卻偽裝企業性質的話，縱使其相對人，即出賣人，為企業，之後也不能主張其成立的是消費者買賣契約<sup>86</sup>。

而以消費者相關規定具有強制保護規定的性質，作為消費者即使故意偽裝為企業仍應受到保護的觀點，在此並不被接受，縱使這樣將使一般性的民法原則適用到具有特別法性質的消保規定，並因此使形式的消費者保護模式受到鬆動的後果，德國法乃至於歐盟法都認為在這種故意偽裝企業的狀況下，仍依誠信原則產生消費者失權的後果<sup>87</sup>。如果以臺灣法來對比的話，這種在消費者故意偽裝成企業就因此失權的處理方式，其實類似民法第83條的規定，也就是當限制行為能力人，以詐術使人信其有行為能力或得法定代理人之允許，其法律行為將強制有效，即限制行為能力人將因偽裝有行為能力而失去行為能力規定之保護<sup>88</sup>。不過，在德國法上，未成年人之保護為最優先之保護，因此德國法上沒有類似我國民法第83條規定，而德國學說上也認為，縱使未成年人以詐術使人信其有行為能力或得法定代理人之允許，也不影響其應受的保護<sup>89</sup>。從而在德國，雖有人主張消費者的保護應該如同未成年人保護一樣具有絕對優先性，不過德國聯邦最高法院認為兩者涉及的問題並不相同，故

<sup>86</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43; *Grunewald/Peifer*, aaO. (Fn. 3), S. 13; *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 474 Rn. 30; *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 8; *Herresthal*, aaO. (Fn. 72), S. 704 und *Petersen*, Jura 2007, S. 906.

<sup>87</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43; *Grunewald/Peifer*, aaO. (Fn. 3), S. 13 und *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 474 Rn. 30.

<sup>88</sup> 針對我國第83條的立法模式，有學者認為在立法政策上並不妥當，對未成年人保護不周，參閱黃立，*民法總則*，頁218-219，2005年9月，修訂4版。

<sup>89</sup> Vgl. *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 34 Rn. 71ff.; *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 76), § 25 Rn. 10f.; *Müller*, aaO. (Fn. 76), S. 1979 und *Wertenbruch*, aaO. (Fn. 76), S. 49.



而這裡不能以未成年人保護的觀點運用到消費者使用詐術使人信其有企業性質的問題上<sup>90</sup>，而還是採取消費者會因故意偽裝行為將依誠信原則失權的見解。

如果自然人不是故意的偽裝，但卻還是以可歸責的方式，也就是僅因為有過失，就引起他人誤認有企業之表象時<sup>91</sup>，這時可否讓其產生失去消費者性質的失權效果，就成為問題，也就是說這裡會涉及表見責任的原理跟消費者保護目的的有效實現之間的價值衝突<sup>92</sup>。而在德國學說及實務上認為，單單僅以消費者有過失的造成誤認的法律表見，就要因此造成消費者保護規定的事實上取消，而使得消費者保護目的無法達到，這是不足夠的<sup>93</sup>。那可否以行為人可歸責的造成錯誤的法律表見，屬於違反禁反言原則，進而來給予失權效果？學說上對此認為，這裡在可歸責事由上面必須要採取嚴格的標準，也就是至少要達到重大過失的程度，才可以認為這樣的行為違反禁反言原則，而才給予失權的法律效果<sup>94</sup>。比如一位自然人在其購買商品時，以其雇主的公司地址作為收件地址，雖然這種行為可能引起讓人誤會其為企業的表象，不過，該行為最多只可認為只是過失導致法律表象，基於消費者保護目的的考量，這時還是應該承

<sup>90</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, S. 1045; Grunewald/Peifer, aaO. (Fn. 3), S.13; Müller, aaO. (Fn. 76), S. 1979 und Wertenbruch, aaO. (Fn. 76), S. 49.

<sup>91</sup> 這種實際上為消費者，卻因其可歸責的行為引發企業表象的問題，德國學說上稱之為「表見企業」(Scheinunternehmer)，關於表見企業的定義、構成要件以及法律效果的進一步詳細討論，Vgl. Herresthal, aaO. (Fn. 72), S. 699ff.

<sup>92</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43 und Herresthal, aaO. (Fn. 72), S. 702.

<sup>93</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43; MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 45 und MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 30.

<sup>94</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 30 und Herresthal, aaO. (Fn. 72), S. 704.



認該自然人的消費者性質<sup>95</sup>。

### 3. 判斷時點

目的的判斷除了角度問題外，還有時間問題，即該以那個時間點來判斷行為的目的究竟是私人活動或營業活動。對於行為目的之判斷之時間點，一般認為就是從締約準備到訂立法律行為的這段期間是進行目的判斷的時間點<sup>96</sup>。而這是出於保護交易安全與法律安定性的理由，故而針對行為目的的判斷只能根據事前的情況為評價，進行事後評價跟當事人事後的改變其目的都是不允許而無須考慮<sup>97</sup>。

德國民法第13條雖然沒有明確的規定「私人目的」的判斷時間點為何，但在德國民法第14條第1項則使用「在訂立法律行為時以實行其營業或獨立執業活動而行動」（*bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt*）的用語<sup>98</sup>，明確的標示出目的判斷的時間點為在法律行為

<sup>95</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43 und *Herresthal*, aaO. (Fn. 72), S. 703. 但比較嚴格的見解認為此時，消費者就應該失去其消費者地位，只是因為貪圖方便。Vgl. *Wertenbruch*, aaO. (Fn. 76), S. 49.

<sup>96</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43 und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 10.

<sup>97</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43f.; *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 147, 150; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 36 und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 10.

<sup>98</sup> 德國民法第14條第1項原文為：Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. 而臺大德國民法典中譯本則翻為：「稱企業經營者，謂自然人、與法人或具有權利能力之人合團體，其訂立之法律行為係與營業或獨立之執行業務有關者」，但很可惜，這樣的翻譯並沒有將訂立法律行為同時也是目的判斷時間的意義表示出來，本文建議可以改成：「稱企業



訂立時。而德國民法第13條與第14條作為相對互補的規定，若是在解釋德國民法第13條時，卻忽視德國民法第14條的規定，這其實是沒有道理的，故而縱使第13條沒有明確表示，其判斷目的的時間點也應該與第14條第1項一致，在訂立法律行為時<sup>99</sup>。

而如上文參、二、(二)所述，雖然前契約的締約準備行為<sup>100</sup>，在文字上並非德國民法第13條所謂的訂立法律行為，但學說上皆認為應該將前契約的締約準備行為納入德國民法第13條的所謂的「訂立法律行為」適用範圍之內，故而當事人之行為目的最早可能在締約準備的階段中被確定<sup>101</sup>。結合上面所述，所以德國一般見解才會認為，目的判斷的時間點落於締約準備到訂立法律行為之時。

最後，當事人在上面的時間點之後，即事後的（*nachträglich*），改變目的，從而影響其地位這件事情是不可能的，比如一個消費者之前為了放在家中使用（即為私人目的）而購買一台傳真機，之後卻將之放到辦公室而為了其營業或執業目的使用，這樣使用目的的改變，並不會影響原本交易或法律行為的性質，同樣的，反過來也是一樣，如果該傳真機原本是為了放在辦公室使用而購買，縱使，

---

經營者，謂自然人、與法人或具有權利能力之人合團體，係在訂立法律行為時以實行其營業或獨立執業活動而行動者」。

<sup>99</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 37.

<sup>100</sup> 關於前契約準備行為的範疇，可參閱德國民法第311條第2項規定，主要指下面三種狀況：1. 契約磋商之開始；2. 契約之準備，而當事人有鑑於將發生之交易關係使他方得有影響其權利、法益或利益之機會，或將該權益託付於他方者；3. 類似之交易接觸，而因前契約準備行為而發生的債之關係，德國稱之為「類似法律行為之債之關係」（*rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*）。關於德國民法第311條第2項之討論，參閱周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理——以締約上過失為中心，政大法學評論，155期，頁228以下，2018年12月。

<sup>101</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 38.



之後將之放到家中使用，也不會改變原本的交易或法律行為的商業性性質<sup>102</sup>。就此而言，契約當事人在締約時所具有的狀況，在判斷上當然具有關鍵性的地位，而根據一般的舉證規則，要主張具有消費者地位進而適用對其有利的消費者規定之當事人，必須就上開對其有利狀況之存在負舉證責任，所以其在訂立法律行為時，是基於私人目的而行動這件事，如果無法被清楚認識的話，其就應該對可以讓人確信其是出於私人目的訂約的事實，進行說明與舉證<sup>103</sup>。不過，將如同下文參、三、(三)所述，原則上在相關案件中，如果是自然人訂立契約的話，就應該先認定其是作為一個消費者而活動。

## (二) 主要以非為營業活動或非為獨立執行業務活動為目的

### 1. 非為營業活動為目的

針對什麼是營業活動，德國聯邦最高法院持續的表達這樣的見解，其認為所謂的營業活動，無論如何，是以自主的和有計畫的長期在市場上提供有償服務為前提要件<sup>104</sup>。另外，德國聯邦最高法院也認為，營業活動並不以具有獲利意圖為必要條件<sup>105</sup>。德國聯邦最高法院這樣的見解，也為學說上所接受，其也被引用為解釋營業活動之標準說法<sup>106</sup>。而在這樣的觀點之下，是否有進行登記則無關緊要<sup>107</sup>，而同樣的，該營業活動有無獲得公法上的許可，也

<sup>102</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 39.

<sup>103</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 474 Rn. 39.

<sup>104</sup> Vgl. BGH, NJW 2006, S. 2250, 2251; BGH, NJW 2013, S. 2017, 2107 und BGH, NJW 2018, S. 146, 149.

<sup>105</sup> Vgl. BGH, NJW 2006, S. 2250, 2251; BGH, NJW 2013, S. 2017, 2107 und BGH, NJW 2018, S. 146, 149.

<sup>106</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 42; Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 11 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>107</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 42 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 3.





不會對其在判斷是否為民法第13條及第14條的營業活動造成影響<sup>108</sup>。也要注意，德國聯邦最高法院認為這裡的營業活動不限於主要或本業的營業活動，也包括附隨的活動以及非本業之活動，只要其符合上面所說的自主、有計畫、在一定規模上而有償的提供給付即可<sup>109</sup>。故而在這樣的意義下，如果一個自然人其規律的在網路平台上出售其私人物品，如其穿過的二手衣，其這樣也可能被認為是在進行營業活動，縱使其沒有因此獲利，或是其還有其他工作<sup>110</sup>。

而在確立營業活動的範圍之後，不在該範圍內的活動原則上就屬於私人活動<sup>111</sup>。例如管理自己的財產，原則上就會被認為非屬營業活動，縱使其可能操作非常巨大的價值，比如像合併其帳戶或投資銀行、股票這種活動，仍為私人活動<sup>112</sup>。德國聯邦最高法院就認為，管理自己的財產原則上非屬營業活動，而獲得或管理不動產通常屬於管理自己財產的範圍，當事人為去取得資金這件事情，是屬於正常的管理活動，不應該馬上被認為是為了營業而做，除非根據交易的相關情況，其管理自己財產是為了一個有計畫的營業活動而做，比如其是以維持其辦公室或組織的運作為目的而進行自己財產的管理，這時就能將其認定為營業活動<sup>113</sup>。而對管理自己財產時，判斷是否有營業相關的行動存在，主要還是根據其在組

<sup>108</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 42.

<sup>109</sup> Vgl. BGH, NJW 2011, S. 3435, 3436 und NJW 2013, S. 2017, 2107.

<sup>110</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 71 und *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 474 Rn. 25.

<sup>111</sup> Vgl. BGH, NJW 2013, S. 2107, 2107.

<sup>112</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 49; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 57; *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 12 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>113</sup> Vgl. BGH, NJW 2018, S. 1812, 1814 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 57.



織及時間上的使用方式，還有根據個案的情況，有計畫的營業的圖像是否可以被描繪出來，而僅是高額的投資數額並不足以認定有計畫的營業<sup>114</sup>。

在管理自己財產的脈絡下，有論者就認為只要是能夠被認為屬於所謂「為家計而使用」（*Gebrauch im Haushalt*）者，就是非為營業或獨立執行業務活動，而屬以私人活動為目的，而「家計」在事物面向上通常是指為了獲取滿足人類食衣住行育樂等不同需求的活動，而在人的面向上，除了為自己以外，當然還包括為了「家庭成員」，而這裡的「家庭成員」是採取廣義的解釋，可以包括持續的共同生活夥伴，而且也不一定要以同住為必要，所以為了滿足這些人的食衣住行需求而為獲取活動，也算在家計的範疇之中，屬私人活動<sup>115</sup>。

在這裡有一個有趣的界定問題，即為了贈與他人為目的而獲取物品，那這樣的活動屬於怎樣的活動？論者認為此時應區分狀況，如果贈送的對象是親朋好友，縱使其不是上面的「家庭成員」，在此還是可以認定有保護需求，故而可以認為在這樣目的下所為的交易，還是屬於私人活動，如果其是為了贈送其商業夥伴或顧客而獲得，這時就不應該認為這是為了私人活動而締約，也就是應該認為這也是為了有計畫的營業活動而獲得，縱使之後的贈與是無償的，而可能不符合上面所談營業活動原則上是以有償提供為前提<sup>116</sup>。

## 2. 非為獨立執行業務活動為目的

原則上來說，獨立的執行業務活動在結構上是與營業活動相當

<sup>114</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 50 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 57.

<sup>115</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 50f.

<sup>116</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 51.



類似，其涉及到那些傳統上不將之稱之為營業的每個其他的獨立、有計畫乃至有組織的，並投入一定時間以獲取報酬為目的的工作活動，特別是自由執行業務<sup>117</sup>。而有論者認為在判斷所從事的活動是否是「獨立的」，可以參考德國商法第84條第1項第2句之規定：「可在本質上自由的形成其活動內容以及決定其工作時間者為獨立的」<sup>118</sup>，也就是說，其取決於該執行業務活動是否在本質上讓行動者可以去自由的處分決定其進行方式、時間、範圍以及地點<sup>119</sup>。一般來說，律師、醫生、藝術家、作家、會計師、專利師、公證人、建築師以及稅務顧問等其所從事之執行業務活動算是典型的獨立性活動，而這些獨立從事活動者所從事之具體交易，只要與其執行業務相關的話，其就不具有消費者性質<sup>120</sup>。

而跟上面的營業活動一樣，這裡的獨立執業活動不限於執行主要的業務活動，就算是執行附隨的或兼差的獨立執行業務活動也包括在內，所以為了這些附隨或兼差的執行業務活動為目的而獲取其執行業務工具時，也不具有消費者地位<sup>121</sup>。所以一個公務員在下班後，固定會去進行街頭藝人的演出而獲取報酬，其為準備該演出而訂立的法律行為，也屬於以獨立執行業務為目的，而不具有消費者地位，縱使這並非其本業只是附隨的業務活動。不過在這裡也要注意，也不用對於這種附隨的活動過於嚴苛，當事人藉此所能獲得的營業額至少可以當成參考標準，如果其藉此賺取的金額很少，只夠所謂「零用錢」的程度的話，甚至連成本都無法回收，這其實

<sup>117</sup> Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 158 und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 13.

<sup>118</sup> HGB § 84 Abs. 1 S. 2: Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

<sup>119</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43.

<sup>120</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 43.

<sup>121</sup> Vgl. *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 14 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 4.



反而比較接近「興趣」或「嗜好」，這時硬要將之當成企業而排除在消費者地位之外，似乎也沒必要<sup>122</sup>。

相對於歐盟法將所有涉及到執行業務活動的狀況排除在消費者地位之外，德國立法者在德國民法第13條，雖然表面可能跟歐盟法規定不符，還是透過只排除為了獨立執業目的而訂立的法律行為在消費者地位之外，建立了更強的消費者保護，而在這裡涉及的主要對象就是勞工或公務員為其工作所為的交易，也可放入消費者保護的範圍之內<sup>123</sup>。關於勞工的問題，本文將在下文肆、一為進一步的討論。

### 3. 混合目的或兩用交易

在實務上其實常常發生這樣的情況，即當事人獲取物品跟服務時，可能是同時想要為了滿足其私人目的或營業及執行業務目的的使用而進行交易，比如教授購買電腦，其可能為了用來做研究撰寫文章使用，該電腦也可能同時被自己或其家人拿來休閒上網購物、打遊戲使用，或者是花店老闆購買一輛車子，其可能想要拿來上班、載貨、送貨，也可能同時計畫要接送小孩並在假日出遊來使用。在此就涉及所謂的「混合目的」（*Gemischter Zweck*）或「兩用交易」（*Dual-use-Geschäfte*）之情形，進而在消費者地位的判斷上就產生了，在這種「混合目的」或「兩用交易」的情形下該如何處理

<sup>122</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 72.

<sup>123</sup> Vgl. *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 13f. und *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 43), § 48 Rn. 6f. 而對於這樣相對於歐盟法不同的規定方式，學說上認為這仍然是符合指令的要求的，因為其仍將歐盟法中所設定的規範對象包括進去，而這樣的想法也與完全協調的要求不違背，甚至這樣擴張的消費者概念可以說是達到最大化的協調，Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 32. 不過也要注意，也有意見認為德國立法者其實還是「超出」了歐盟法的規定，而與之不符，縱使歐盟法本身將所有執行業務的活動都排除在消費者地位外的規定方式其實是有問題的。Vgl. *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 34ff.



的問題。而這種混合目的或兩用交易，在將來會更常發生，尤其在所謂「共享經濟」的說法之下，也就是消費者可能會拿其為了本身也使用的物品從事副業或兼職，而這份兼職的收入其實無法單獨讓從事副業者養活自身，卻會因此導致私人與營業或執行業務的領域相混合<sup>124</sup>。

對於這個問題，在德國民法第13條於2013年修正前，主要有三種見解，第一種是私人要素優先，也就是在混合目的時，直接認定為消費者，第二種是執行業務要素優先，也就是在混合目的時，不認為具有消費者性質，第三者則是根據交易的重點，也就是根據「主要目的」（*überwiegender Zweck*）來決定是否具有消費者性質<sup>125</sup>。而在修法前的德國學說跟實務，基本上是以第三種見解為通說<sup>126</sup>，即根據交易的情況來判斷主要目的為何，來判斷是否具有消費者地位。不過第二種見解在當時也不是沒有支持者，其認為只有在一個交易通常是為了私人目的而計畫的，而且標的未被預先計畫用於營業目的的狀況下，才有保護必要，否則就已「混入」營業或執行業務之性質，失去了保護的必要，而不應具有消費者地位<sup>127</sup>。不過，也是這種「混入」想法導致了第一說，因為其也涉及私人利益，即「混入」了私人目的，既然如此，不管其占比多少，就應該有消費者保護之必要<sup>128</sup>。

而如同前面貳、二所述，德國立法者在2013對德國民法第13條

<sup>124</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 52.

<sup>125</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 4.

<sup>126</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 48 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 4.

<sup>127</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 48; Roth, aaO. (Fn. 11), S. 49 und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 76), § 48 Rn. 49

<sup>128</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 48.



進行修正，在「非為營業或獨立執行業務活動之目的」這些文字之前，加入了「主要」這個述詞，而透過這樣的修正立法者也將上面所討論之爭議予以規定，採用了上面第三種所謂的通說見解<sup>129</sup>。據此不會將混合目的或兩用交易的狀況，自動的接受或排除其消費者特性，而是須要檢討具體交易的重點為何，即那個目的是主要的，來判斷是否具有消費者地位<sup>130</sup>。而在這樣的修正之下，要討論的對象就變成「主要」這個述詞該如何解釋的問題。

在這裡如果先將私人與營業的目的用百分比來顯示的話，那所謂的「主要」應該要落在什麼地方，比如是否要認定營業或獨立執業目的必須超過75%以上才能稱之為「主要」？雖然這樣可能對消費者保護有利，即如果營業或獨立執業目的要到達75%以上，才能算主要為營業或獨立執業目的使用，換言之，只要私人目的占25%

<sup>129</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 48; *Meier*, aaO. (Fn. 32), S. 777 und *Schärtl*, JuS 2014, S. 578.

<sup>130</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 52. 歐洲法院在2005年一個判決中曾表示，在混合目的的情形下，原則上不得主張消費者地位，除非該營業或執行業務目的就整個交易情況來看是微不足道的（*nabensächlich*），只有非常次要的角色，而非營業或執行業務目的是主要的這個事實，就此來說是無意義的。依據此見解，兩用交易將原則上將自動被排除在消費者地位之外，不過這樣的見解釋被德國學者所批評。Vgl. *EuGH*, NJW 2005, S. 654, *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 54 und *Beck*, aaO. (Fn. 22), S. 669. 而本文所引用之臺大德國民法典中譯本在第13條下有註釋b，即引用該歐洲法院判決，謂：「倘若兼具私人領域與營業或執行業務之雙重目的，而為法律行為，亦無受保護之必要，其並不屬於此所稱消費者」。但這樣的註釋是有問題的，如上所述，德國在修法前的通說就不是採取這樣的見解，而在修法之後，更是不會如此直接的排除其消費者地位，另外，臺大德國民法典中譯本在例言中說明其所譯述者為德國民法至2016年5月24日之規定，但在第13條引用的條文卻還是2000年之規定，而不是2014年生效的最新的規定，故而在翻譯上也缺少了「主要」這個述詞，對此，本文建議應予以修正。參閱國立臺灣大學法學院、財團法人台大法學基金會譯，同註5，頁13。



以上就可以認定為消費者，對此，德國學說上認為，75%這種要求是過高的而不合理的，這種特別保護的考量是不必要的。原則上來說，只要超過百分之50部分就可以認定為主要，也就說主要與否是放在中間，只要超過50以上的占比的目的就可以算主要目的<sup>131</sup>。所以假設一位律師跟銀行借款100萬，如果其要用60萬裝修自己的房子，40萬用來裝修其事務所，那麼在這種情況下，就可以認為該筆借款主要是為私人目的來使用，具有德國民法第13條的消費者性質，反過來的話，就是為營業或獨立執業目的而使用，需否定其消費者性質。

而在這裡比較有趣的問題是，如果私人目的跟營業或獨立執業目的都剛好一半的話該如何處理？以上面的例子來說，即該律師將100萬的借款，50萬用於自家裝修，另外一半50萬用於事務所裝修，那在這種情況下，該律師是否具有德國民法第13條所規定的消費者性質？雖然就德國民法第13條「主要非為營業或獨立執行業務活動」（überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit）的用語來看，其似乎要求該交易必須私人目的是主要的，即要超過50%才能具有消費者地位，故而在上面例子至少用於裝修自家的數額要50萬零1元才可以認定具有消費者地位，剛好50萬不能算主要為私人目的。不過，有論者指出，德國民法第13條的用語其實是會造成誤解，根據修法委員會在立法理由中之敘述，以及上面所談到修法所根據的2011年歐盟消費者權利指令的考量理由第17點，其真正的意思應該是指，非主要（nicht überwiegend）為營業或獨立執業為目的而訂立法律行為，就可以具有消費者性質，而根據「非主要」的用語，這種私人與營業目的均衡狀態的案例也將會被包括在內，而認定具有消費者

<sup>131</sup> Vgl. Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 36 und Beck, aaO. (Fn. 22), S. 670.



性質<sup>132</sup>。

可想而知，在判斷主要目的時一定會遇到無法確實確認的情況，雖然原則上來說，應該由主張其為消費者之當事人積極的舉證證明其法律行為屬於其私人（消費者）範疇，或者是私人目的與營業目的是同比重，因這樣其可以主張消費者特性及相關保護，而他方當事人若要阻止消費者保護規定的適用而得到訴訟上的好處，其就應該舉證證明該交易的部分是主要為了營利目的而服務<sup>133</sup>。不過，有論者就認為在主要目的不清楚的情況時，自然人所訂立之法律行為就原則上先認定主要以私人目的為主，即先當作消費者來對待，企業的角色就是次要的，而其根據為，這是與上面提到的德國聯邦最高法院在2009年提出的見解<sup>134</sup>，即自然人之法律行為在有疑義時先認定為屬為私人目的而訂立，一樣的處理方式<sup>135</sup>。德國聯邦最高法院在2009年的判決提出了有利消費者認定的「推定規則」，而形成其該如何解決目的認定問題的方案，這樣的見解當然具有重要性，而本文接下來就是要對這個判決的見解進行分析討論。

<sup>132</sup> Vgl. Beck, aaO. (Fn. 22), S. 668ff.

<sup>133</sup> Vgl. Beck, aaO. (Fn. 22), S. 671.

<sup>134</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, S. 3780.

<sup>135</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 29. 不過，也有論者認為德國聯邦最高法院這個見解處理的是非混合目的的情況，在混合交易中如何認定主要或次要目的的問題，仍是處於被忽視的狀態Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 52. 甚至也有論者認為下面所要討論之德國聯邦最高法院見解，可能無法運用在這裡，因為雖然兩者不存在不可解決的矛盾，但在價值體系上不是太相容，畢竟一個是針對有無營業目的的問題，一個是針對已經確認有營業目的，其比例的問題。Vgl. Pfeiffer, aaO. (Fn. 75), S. 29675.





### (三) 自然人之法律行為原則上以為私人目的訂立

如上所述，對於在判斷交易目的是否為私人目的之時，雖說要採取客觀觀察者觀點，但相對人的認識可能性是否必要，在學說上是有所爭議，至今仍無法達成一致，而德國聯邦最高法院在2009年的判決中，則是明確的認為，實務對此採取開放態度，並沒有對之做出決定<sup>136</sup>，但對在具體個案上，該如何判斷當事人是否具有消費者性質，德國聯邦最高法院在該判決則是採取認定自然人所締結之契約，在有疑義時原則上認為是出於私人目的而訂立<sup>137</sup>，其主張：

自然人所締結之法律行為，可以先被認定為以非營業與非為獨立執業為目的訂立，而相反的將其法律行為的客觀目的歸類到營業或獨立營業活動這件事，只有在下面的情形下才予以考慮，即當契約相對人所可以認識到的情況是明確且無疑的指向到，該自然人以跟隨其營業或獨立執業活動為目的而行動<sup>138</sup>。（重點底線為本文所加）

本案涉及的事實為，一位律師在網路上向一位賣家購買三個燈泡，而該燈泡是該律師要安裝在家中使用，不過在締約時，律師向該賣家提供其事務所名稱及地址作為收件地址，而該律師在收到燈泡約一個月過後，向賣家主張因遠距買賣而生的法定無條件解除

<sup>136</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, S. 3780 und *Faust*, aaO. (Fn. 74), S. 255. 不過論者對於德國聯邦最高法院這種保持開放的態度有所批評，認為其浪費一個好好處理這個釋義學以及實務上重要問題的機會，只是想辦法從這爭議中脫身而已。Vgl. *Faust*, aaO. (Fn. 74), S. 256.

<sup>137</sup> 而針對德國聯邦最高法院提出的這樣見解，有論者認為在結果上來說，其實是客觀判準說的具體化，或已經表達出在判斷消費者地位時，不採取須要取決於相對人角度的觀點，Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 45; *Pfeiffer*, aaO. (Fn. 75), S. 29675.

<sup>138</sup> BGH, NJW 2009, S. 3780.



權，並請求賣家還款，而在本案依照當時2009年的德國民法之相關規定，因為賣家沒有確實履行法定的關於無條件解除權的教示程序，故而消費者的無條件解約權的期限就不開始起算，如此一來，該無條件解除權相當於無期限，消費者縱使一個月後再來主張，也沒有過期問題，而可以行使，故而在本案中最重要之爭點就是，該律師可否主張其為德國民法第13條之消費者，進而可適用相關的消費者保護規定<sup>139</sup>。

而在陳述針對學說上的爭議，實務在採取開放態度之後，該判決認為由立法者在德國民法第13條採取了反面陳述的方式（即非營業以及非獨立執業為目的）可以得知，立法者認為自然人的法律行為基本上應該被當作消費者行為，從而法院在針對自然人所為之具體行為究竟應屬何者有所疑義時，應該以偏向於消費者性質的方式來做決定，而只有當契約相對人所可以認識到的情況是明確且無疑的指向到，該自然人以跟隨其營業或獨立執業活動為目的而行動時，才可以做相反的認定。而縱使消費者針對根據其所欲達成之客觀目的，就其所訂立的法律行為屬於其私人範圍這件事負有主張及舉證責任，但這不意味著，基於外在且為契約相對人所認識的交易外在狀況所造成的不確定性以及疑義，就要由消費者來負擔，反而根據條文的反面陳述方式，應該認為在與自然人訂約時要將其當成消費者行為，只有在下面狀況存在時，才可以做相反認定，即根據該狀況，該行為由相對人眼光來看是可以明確且無疑的歸類到營業或獨立執行業務之行動<sup>140</sup>。

由此可知，雖然德國立法者並沒有在德國民法第13條明確的規

<sup>139</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, S. 3780; *Faust*, aaO. (Fn. 74), S. 254f. und *Pfeiffer*, aaO. (Fn. 75), S. 29675.

<sup>140</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, S. 3780, 3781.



定舉證責任的轉換，故而主張消費者保護規定者，原則上仍需要就其訂立法律行為之目的為私人活動之目的，即具有消費者性質，為陳述及舉證<sup>141</sup>。但德國聯邦最高法院在此認為，雖然條文沒有明確的規定舉證責任轉換，但是依照條文的反面陳述的方式，可以認定自然人所締結的法律行為原則上事出於私人目的，而具有消費者性質，且在有疑義的狀況下，採有利消費者之觀點，即縱使由相對人的眼光來看，其締約目的可能欠缺確定性，而有所疑義，這個風險應該由與自然人做交易的相對人負擔，而仍可認定該自然人具有消費者性質<sup>142</sup>。換句話說，在欠缺確定性的情況下，自然人法律行為的目的不應該被歸類到企業的活動，只有在例外狀況下，才否定消費者性質，即依據客觀狀況，由相對人的眼光來看，該行為明確且無疑的是指向營業或獨立執業活動時，也就是可被「積極確定」了，才可以推翻該消費者性質之優先認定<sup>143</sup>，而因為這是例外狀況，所以必須由主張者負陳述及舉證責任<sup>144</sup>。在提出上面的判準之後德國聯邦最高法院在此認為，雖然寄送地址是該律師的事務所，可是這有可能是因為該律師在上班時間無法在家收貨，所以才給出事務所地址，故而在這樣的狀況下，無法讓相對人明確且無

<sup>141</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 50; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 28f. und *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 474 Rn. 39.

<sup>142</sup> 該案的原審法院採取不同見解，認為為了保護交易安全，應參酌德國民法第133條：「意思表示之解釋，應探求其真意，不得拘泥於辭句字面之文義」，以及德國民法第155條：「契約之解釋，應斟酌交易習慣，依誠實信用原則為之」之規定，必須以客觀的意思表示相對人的觀點來確定是否具有消費者性質，而該律師的舉動，以客觀相對人的觀點來看，應該被理解為是以律師的地位而行動，而不具有消費者性質。Vgl. NJW 2009, S. 3780, 3781 und *Faust*, aaO. (Fn. 74), S. 255.

<sup>143</sup> Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 29.

<sup>144</sup> Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 29 und *Faust*, aaO. (Fn. 74), S. 256.



疑的認為該訂購燈泡的行為是為了其獨立執行業務活動為目的，進而否定其消費者性質<sup>145</sup>。

而學說上甚至以此案例為基礎，提出下面的進一步思考，即如果在該案中該律師購買的標的是電腦，並在收件人姓名上標註出律師，且以事務所地址作為收件地址，縱使其目的是為了當兒子生日禮物購買，但卻因此可能形成了律師為了在事務所執行業務所需而購買電腦的認識時，也就是因此造成締約目的的疑義，即不確定性時，這時其可能會構成所謂的「潛在企業行為者」（*der potentiell unternehmerisch Tätige*），而這種「潛在企業行為者」因其本來有可能經濟理性的行動，但實際上卻沒有，即其本可以不造成該電腦為該事務所執行業務使用之認識，但卻造成該認識，而形成不確定性，並且也違反了交易的明確性要求，相對於他方相對人的信賴來說，更不值得保護，故而應否認其消費者性質<sup>146</sup>。而針對學說提出的「潛在企業行為者」，如果以德國聯邦最高法院的上面的觀點來看，是可能可以符合其所提出的判準，也就是根據他方相對人所認識到的客觀情況，其行為明確且無疑的指向營業或獨立執業活動為目的的話，那就可以否定其消費者性質，不過這裡如上所述，將要由主張其與「潛在企業行為者」訂約，而否定其消費者地位的他方當事人，負陳述及舉證責任。

總的來說，依據德國聯邦最高法院的見解，在訂立法律行為的當事人為自然人時，在其訂立法律行為的目的無法確定，即有疑義時，原則上先認定其具有消費者地位，如果要為相反的認定時，必須由否定其消費者性質者主張及證明，根據客觀情況由相對人的眼

<sup>145</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, S. 3780, 3871; Faust, aaO. (Fn. 74), S. 256.

<sup>146</sup> 關於虛擬案例與「潛在企業行為者」之詳細討論，Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 26 und Herresthal, aaO. (Fn. 72), S. 703.



光來看，該行為明確且無疑的是指向營業或獨立執業活動時，才可以推翻該消費者性質之優先認定。雖然德國最高法院透過解釋條文的反面規定方式，認定自然人之法律行為之目的在有疑義時原則上應歸於私人活動之目的，將不確定性的風險原則歸於與自然人做交易的相對人承擔，但其也藉此迴避，究竟在私人目的的判斷上，是否需要以相對人的認識可能為必要這樣的學說爭議問題。

最後要提醒的是，在德國有論者提出這樣的見解，即確保消費者保護規定能夠被有效實現的這個基本原則，會要求法院，只要有相關的法律上與事實上的線索存在，就必須要依照職權來進行判斷，當事人，比如買受人或信貸借貸人，是否可以被賦予消費者地位，從而當事人明確的主張消費者性質，並非判斷有無消費者地位的必要要件<sup>147</sup>。也就是說，在案件中消費者性質是否存在進而須適用相關消費者保護規定，不屬於當事人可以單純「處分」的範圍，故而縱使當事人沒有明確主張，法院也要依職權進行評價判斷，這樣才可以確保消費者保護規定能夠在實際上有效的被實現，而這見解就消費者保護的觀點來說，相當值得參考。

#### 肆、具體的分類問題

本文在上面參的部分，就德國民法第13條所規定之消費者構成要件進行了概念的分析討論，也討論了其可能遇到的相關問題，本文在這部分，則要介紹一些德國學說實務上，就德國民法第13條實際進行運用時，所遇到的一些具體的分類問題，及其相關見解。

---

<sup>147</sup> Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 25.



## 一、勞工及類勞工

### (一) 勞工

勞工作為消費者？這個問題初看會覺得有些怪怪的，而這個怪異感其實來自於這個問題的指涉範圍到底該如何妥當的理解，而這就要進一步予以區分。當自然人在其勞工的身分之外進行活動時，比如其為了要在假日進行休閒活動，所以為此去購買了一台腳踏車，其是純為私人目的而締約，在這種狀況下，該自然人依據德國民法第13條是消費者沒有問題<sup>148</sup>。

那如果該自然人是為了購買或取得與其工作相關的物品或服務呢？比如其購買要在工作上使用的服裝，或為了因應職業業務上之需求而參加外語訓練課程，乃至於受僱律師為了解決案件而購買相關參考書籍，在這些情況下，該自然人仍是消費者，因為如上所述該自然人雖然是為了執行業務的目的而締約，但其不具有獨立性，也就是非獨立執行業務的狀況，依據德國民法第13條，在其訂立這些與其工作相關的法律行為時，跟其為私人目的訂約一樣，都具有消費者性質，這是沒有問題的<sup>149</sup>。而且勞工為了取得這些工作相關的物品跟服務，不是只有第三人締約才具有消費者性質，其締約的對象縱使為雇主，其仍就是德國民法第13條意義下的消費者，至於雇主在本業外提供勞工這些跟工作相關的物品或服務，是否會因此構成附隨營業，那這是另外須要判斷的問題，如果認定構成附隨營業，其在提供這種物品或服務時，就具有企業地位<sup>150</sup>。

除了上面者兩種「直觀上」沒有問題的狀況外，勞工可否是民

<sup>148</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 5.

<sup>149</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 32f.; Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 19 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 5.

<sup>150</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 33 und MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 58.



法第13條的消費者這問題最爭議的部分其實是勞工跟雇主在勞動關係的範圍之內所訂立的法律行為，也就是針對勞動契約本身，勞工可否主張其為消費者，進而在勞動契約上適用民法為消費者所設計的相關特別規定<sup>151</sup>？對這個問題，反對的理由主要是，是否有必要在已經有勞動法的特別的勞工保護規定外，同時將為了典型的零售交易而設計的特別的消費者保護規定也運用到勞動關係之上，而且立法者當時在進行法律修正時也想要把消費者保護規定放到勞動法的範圍中嗎<sup>152</sup>？

德國聯邦勞動法院在2005年的判決中明確表示，勞工就勞動契約本身也可以是德國民法第13條所謂的消費者<sup>153</sup>。本案涉及一位在律師事務所工作的助理在離職後向事務所請求因已經終止的勞動關係而生的相關款項，而在其跟事務所所定的契約中就相關請求有截止期限的約定，而當事人請求時已經超過了該約定的期限，當事人主張該約定為定型化約款，而且其違反相關內容控制之基準無效<sup>154</sup>。但在這裡發生一個問題，即該約款是否符合第305條定型化約款是有問題的，因這裡不是為「多數」預先訂立的狀況，是該事務所針對當事人預先擬定只使用一次的約款，不符合德國民法第305條的定義，除非依據德國民法第310條第3項<sup>155</sup>，在企業經營者與消費者之間，縱使是一次性使用的預先擬定條款，只要消費者不能對之發生影響，即有定型化約款管制規定之適用，而德國聯邦勞

<sup>151</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 58 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 5.

<sup>152</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 5.

<sup>153</sup> Vgl. BAG, NJW 2005, S. 3305.

<sup>154</sup> 定型化的勞動契約約款仍然須受德國民法第305條以下關於定型化約款管制規定的檢驗，只要其符合德國民法第305條所規定的定型化約款概念，Vgl. Henssler/Moll, AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen, 2011, S. 1ff.

<sup>155</sup> 參閱本文註56。



工法院就認為勞工在勞動關係中，仍是德國民法第13條所謂的消費者，進而可以適用德國民法第310條第3項之規定<sup>156</sup>。

而德國聯邦勞動法院在這裡的理由基本上是把法學方法論上可用的工具都予以使用了，首先，其認為德國民法第13條之文義也包括了勞工訂立勞動契約的情況，而且因為第13條位於總則，其在體系上是適用所有法律行為，當然也包括勞動契約，而且從立法史的角度來看，其也可以支持且不反對將第13條適用到勞動關係，最後從目的論的角度來看，將德國民法第13條適用於勞動關係也不會造成不妥當的後果，縱使勞工在勞動關係是第13條的消費者，也要在檢視相關的具體消費者保護規定在勞動關係中予以引用，而讓德國民法第310條在勞動關係中也適用是合與體系與目的的而沒有問題的<sup>157</sup>。而德國聯邦憲法法院在2006年的一個判決中，也認定德國聯邦勞工法院將勞工就勞動契約本身的關係上，當作德國民法第13條所謂的消費者並適用德國民法第310條第3項規定是不違反憲法要求的，因是其為了對於結構上弱勢者進行保護，沒有對私法自治造成不當干涉<sup>158</sup>，而在這之後，基本上學說與實務就肯認勞工就勞動契約本身具有德國民法第13條之消費者性質<sup>159</sup>。

不過，如同上面談到的德國聯邦勞動法院第四點理由，其雖肯

<sup>156</sup> Vgl. BAG, NJW 2005, S. 3305, 3308f. 而因為這個判決，有論者就認為，在勞動關係中，只要是預先擬定的條款就要受到德國民法定型化約款管制規定的審查，不論其為多數或一次性使用。Vgl. *Henssler/Moll*, aaO. (Fn. 154), S. 2f.

<sup>157</sup> Vgl. BAG, NJW 2005, S. 3305, 3308f.; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 58; *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 19 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>158</sup> Vgl. *BverFG*, NJW 2007, S. 286, 287.

<sup>159</sup> Vgl. BAG, NJW 2010, S. 2827; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 33; *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 47; *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 34; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 58; *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 19 und *Henssler/Moll*, aaO. (Fn. 154), S. 2.





定德國民法第13條在勞動契約本身上也有適用，故而勞工在此也可以為消費者，但其仍是進行了保留，其沒有宣稱因此每一個消費者保護規定都可以在勞動關係中適用，反而認為要再進一步檢討相關的消費者保護規定在勞動關係上的適用是否妥當的問題，而造成須要進一步區分詳細討論的狀況<sup>160</sup>。比如在德國2014年修法之前，針對勞工與雇主在非雇主之營業場所外關於勞動關係所為的法律行為，勞工可否主張引用相關規定之無條件解約權的問題，其就採取保留態度<sup>161</sup>，但總的來說，其在定型化約款的管制上，是讓消費者保護規定所提供的優惠擴張到勞動關係上<sup>162</sup>。

## (二)類勞工

不過也要注意，有些形式上的自由執行業務活動者，其雖具獨立性的表象，但根據其實際的社會地位，所處的狀況與勞工所差無幾，反而須要給予勞工保護時，可以稱之為類勞工（*arbeitnehmerähnliche Personen*），比如兼任講師、特約記者，或是與勞工類似的其他服務提供者，對這些類勞工，不應該僅因為其法律形式所產生的表面圖像，就理所當然的將之歸類於企業，完全的剝奪其消費者地位的可能性<sup>163</sup>。

也就是說，對於表面上具有獨立性之執行業務者，但就其實質與非屬獨立執行業務者，尤其是勞工地位相當，而可認定為所謂「類勞工」時，在其獲取其工作所需物品、服務等資源的時候，或

<sup>160</sup> Vgl. BAG, NJW 2005, S. 3305, 3308f.; *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 47f. und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3, 6.

<sup>161</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 48; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 59 und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 19.

<sup>162</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 59

<sup>163</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 60 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.



與那些須要其服務的業主進行交易時，應該要將之當成消費者來對待，或至少類推適用德國民法第13條規定，而讓其仍有享受消費者保護規定的可能性<sup>164</sup>。不過在實務上，德國有地方法院的見解，認為長期為出版社工作的記者仍舊是企業不會是消費者<sup>165</sup>，有論者認為這個見解應該修正，這樣的透過長期的契約而與出版社連結的記者，就其實質上來說，更接近勞工，而不是僅向企業詢問有無業務真正的獨立執業者<sup>166</sup>。

## 二、創業者

創業者（*der Existenzgründer*）是否為德國民法上的消費者？所謂的創業者在這裡指的是從事所謂創業交易者，而這裡的創業交易就是為了開始進行，也就是說，為了準備營業或獨立執業活動而所為的交易<sup>167</sup>。比如一位受僱律師為了獨立出去開業，所以雖然仍在受僱（即非獨立執行業務）的狀況下即簽訂租用某辦公室的租賃契約，或與其他律師簽署合夥或合屬事務所之契約，這位受僱律師在此所為的行為就是創業者交易，而其就是這裡所要討論的創業者。創業者在這裡的問題就是，當事人尤其是自然人在做交易的時候實際上並沒有在「實現」其營業或獨立執業活動，但其是為了「將來」或「尚未」的營業或獨立執業活動而進行該交易，那這樣應該將之歸於消費者或企業何者？

在德國民法中針對創業者是有特別保護規定的，即德國民法第

<sup>164</sup> Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 33; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 60 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 3.

<sup>165</sup> Vgl. Landgerichts Rostock, ZUM 2010, S. 828.

<sup>166</sup> Vgl. *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 60.

<sup>167</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 44.



513條<sup>168</sup>以及第655條之5第2項<sup>169</sup>的規定，其涉及當創業者為了創業而獲取融資而簽訂消費借貸或其他與融資有同樣效用跟目的之契約本身，還有簽訂消費借貸與融資協助的居間契約時，在符合一定條件下，即貸款額度不高或無特別規定排除的情況，可以被「視為」消費者，可適用相關的保護規定，而這些保護規定背後的理由即為，對那些為了其業務而融資的創業者來說，通常是沒有業務經驗的，因為其剛從其私人領域「出發」，故而可以承認其有一定的保護需求<sup>170</sup>。

既然在德國民法中承認創業者有一定的保護需求，而予以特別規定，那是否可以將這樣的特別規定予以一般化，即一般性的認定創業者為德國民法第13條的消費者？通說上認為將這些特別規定予以一般化的見解是不可取的，雖然有認為立法者在這些規定中就清楚的宣示創業者行動就是被消費者行動所包括，不過，這樣的說法，其實並沒有絕對的說服力，因為這些特別規定同樣可以被反面解釋為，立法者原則上不將創業行為當作消費者行為，所以才要創設特別規定來額外將之包括，故而不在此些特別規定範圍內的創業者活動就是企業活動<sup>171</sup>。而且立法者在一開始設立這些相關特別

<sup>168</sup> 德國民法第513條：「自然人為從事營業或獨立執業活動，而取得消費借貸、緩期清償，獲其他融資協助，或為此目的訂立分期供給契約者，亦有第491條至512條規定之適用，但淨借貸金額或現金交易價格超過7萬5千歐元者，或可適用歐洲議會及理事會2020年10月7日關於歐洲群眾募資服務業和變更歐盟2017/1129號命令之歐盟2020/1503號命令以及歐盟2019/1937號指令者，不在此限。」

<sup>169</sup> 德國民法第655條之5第2項：「第513條所稱創業者於本款規定視為消費者。」

<sup>170</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 44f. und Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 16.

<sup>171</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 45; Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1),



規定時，在立法理由中也指出德國民法第13條的定義不應該受這些保護規定影響，其只是在特別狀況中擴張保護範圍而已<sup>172</sup>。

德國聯邦最高法院在2005年的判決中認為創業者非德國民法第13條之消費者<sup>173</sup>。本案涉及的事實略為，一位受僱醫師在受僱期間為了之後可以獨立開業，在受僱期間就與其當時工作醫院的合夥人之一，簽訂了共同合作開業的契約，之後跟其合作的原本醫院合夥人終止該合作契約，並要求當事人進行結算償還，且將該爭議提交仲裁，而其提交仲裁的原因為原本合作契約中有仲裁條款之約定，後來該醫生就主張仲裁條款約定無效，因為根據德國訴訟法的規定如果仲裁條款中有一方當事人具有消費者身分時，要採用特定的方式才能生效，而本案中不具備該方式，故而仲裁約定無效，從而本案中最重要爭點就是在簽訂該合作契約時，當時屬於受僱醫生身分的當事人是否為消費者。

德國聯邦最高法院在此否定該當事人於簽訂合作契約時的消費者地位，因當事人在此為創業者，而創業者不是德國民法第13條的消費者。聯邦最高法院在該判決首先認為，根據德國民法第13條的文義，要客觀去確定的行為之目的取向才是判斷是否為消費者之關鍵，其並不取決於存不存在交易上的經驗，也就是不取決於是否已經有「實行」營業或獨立執業之活動，反而主要取決於這些行動究其本質應該歸於私人或營業及執業領域，而為了創業所進行的法律行為就客觀情況來說，是指向於營業活動領域的<sup>174</sup>。再者其認

---

S. 35; *Hoffmann*, aaO. (Fn. 6), S. 161; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 69. und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 16.

<sup>172</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6857, S. 32f. und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 69.

<sup>173</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, S. 1273.

<sup>174</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, S. 1273, 1274; *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 63 und *Schmidt*, aaO. (Fn. 42), S. 5.



為，並沒有理由要去為決定要參與特定營業及獨立執業活動並且為此締結準備或可直接開啟該營業或獨立執業活動之法律行為者提供消費者地位之保護，因為其藉此進入了企業的經營往來之中，也就是創業者不再從作為消費者的角度來行動，並因此在法律往來的層面上承認，其將服從適用於企業的法律而且也會引用主張這些法律<sup>175</sup>。而在這判決中，德國聯邦最高法院也認為，根據上面所談的那些特別保護規定的「反面推論」，立法者基本上是不將創業者當作消費者，因為其只有在這些規定的範圍內才與消費者「同等對待」，故而這反而是以創業者不是消費者作為出發前提<sup>176</sup>。不過在這種觀點之下，有些特殊的創業者可能會遇到問題，比如政府為了解決失業問題可能提供補助讓失業者進行創業，這種因為補助而去創業者在上述觀點下也會是企業，但這似乎不合理，有論者就認為對於這種創業者應該跟上面所談的類勞工同樣處理，其雖然法律表象上是「創業者」，但究其實際的社會地位來看，不能理所當然的將之當成企業，因其有保護需求，反而應賦予其消費者地位較為妥當<sup>177</sup>。

雖說在2005年的判決之中德國聯邦最高法院不認為創業活動是消費活動，不過在2007年的判決中<sup>178</sup>，又對之提出某種程度的修正，並非所有與創業有關的活動都是企業活動而非私人活動，其須要進一步的區分。本案的涉及的事實略為，因當事人想要藉由參與到營運某健身中心的股份有限公司中，而成為該健身中心的共同所

<sup>175</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, S. 1273, 1274; MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 63 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 5.

<sup>176</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, S. 1273, 1274; MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 63 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 5.

<sup>177</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 63 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 3, 5.

<sup>178</sup> Vgl. BGH, NJW 2008, S. 435.



有人，因此就邀請某稅務顧問到家中，為其「教導」相關的稅務問題，而該稅務顧問後來主張，其在當時受到當事人委託去製作「創業報告」，故而在其製作完成後向當事人要求報酬，當事人則主張該契約為「訪問交易」，並進而行使無條件解約權，而本案所有法院都認為該契約屬訪問交易之情形，但第一審及原審法院皆否定當事人具有消費者地位，因這是為創業行為所締結之法律行為。

在該判決中其首先肯定2005年判決意旨，認為從事創業活動者，比如為租用營業空間而締結租賃契約，或者訂立加盟契約等行為，為創業者非屬德國民法第13條之消費者。但接下來，其認為本案之情況並不是為了開始進行營業或獨立執業活動，即為了創業本身而訂立法律行為，而涉及了藉由對創業的營業及經濟基礎進行調查，來幫助做成是否進行創業的決定的法律行為，當事人只有透過這樣研究的結果，才獲得在創業前可以憑藉專業知識進行決定的可能性。而當事人是否在主觀上幾乎要做出創業決定這個問題是不重要的，因為判斷一個行為屬於何者，是取決於該行為的客觀目的，而在此所採用的方法（即訂立調查報告的委任契約）不是創業自身的一部分，反而是屬於其前階段之行為，這件事才具有決定性，故而其仍不屬於企業的領域而在私人領域之中<sup>179</sup>。

透過為創業活動（Existenzgründungstätigkeit）所做之行為，與為創業決定（Existenzgründungsentscheidung）所做之行為進行區分的方法，德國聯邦最高法院在沒有挑戰其2005年判決的狀況下，開啟了去照顧在決定創業時可能缺乏專業知識的消費者之可能性，而這樣的修正被認為是可以接受的，畢竟創業行為其實是介於純消費行為與企業活動之間的灰色地帶，所以在概念上是可以支持將創業者包括到德國民法第13條的消費者中，創業者進行創業的支撐點其

<sup>179</sup> Vgl. BGH, NJW 2008, S. 435, 436.



實是在其家計活動之中，由此出發，其想要建立相關營業，也就是創業其實是從私人領域出發的，故而這裡有一個特殊情況的保護需求，即其一開始是缺乏必要的營業能力<sup>180</sup>。不過也要注意，創業者須要予以保護的階段只是一時的，在其開始進行創業活動之後，就沒有保護必要，否則就會對創業者的相對人，尤其是非進行營業或獨立活動之相對人造成不當的負擔，兩個消費者之間的契約就不能主張消費者私法的保護<sup>181</sup>。

德國聯邦最高法院於2007年就創業行動跟創業決定所做的區分，其在2011年的判決中又再次確認<sup>182</sup>，並且也為學說所接受，認為為了計畫或決定是否創業而締結的法律行為，屬於私人領域，仍具有消費者性質，但開始進行創業活動之後，縱使事實上還沒有開始「實行」營業或獨立執業活動，其所為的法律行為就因其指向企業活動，而不具有消費者性質<sup>183</sup>。

### 三、參與的第三人

在法律行為的相關交易安排之中，其實是可能有第三人參與的，典型的狀況就是有代理的狀況，那就產生在有這樣的狀況時，該如何合理判斷當事人地位的問題？除此之外，當事人之間訂立法律行為時，也可能要求當事人之外的第三人「參與」其中，而這主要是以提供擔保為目的，可能的方式比如保證，或者為並存的債務承擔之承諾，那這些為他人之法律行為提供擔保者，其是否具有消

<sup>180</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 68.

<sup>181</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 68.

<sup>182</sup> Vgl. BGH, NJW 2008, S. 435, 436.

<sup>183</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 35; Hoffmann, aaO. (Fn. 6), S. 123f.; MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 62, 68; Roth, aaO. (Fn. 11), S. 52; Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 16.



費者地位，而有主張消費者保護規定之可能性，這件事的判斷，除了提供擔保者也就是第三人自身的狀況之外，要不要受到他人之法律行為的性質的影響，即是否需以他人之法律行為亦屬消費者行為為要件，也是須要討論的問題，而本文接下來將對此分別進行論述。

#### (一)代理狀況下之判斷問題

在訂立法律行為的時候，可能會由代理人為之，那麼當本人使用代理人為其訂立法律行為時，就會產生，在這種情況下要符合什麼要件，本人才可以主張消費者地位的問題。依照德國的通說見解，當消費者方使用代理人時，基本上就是取決於被代理者是否具備消費者地位之要件，如果其具備第13條之要件，縱使其使用企業作為其代理人，也不會影響其消費者性質，因為這種狀況下，是被代理人，即本人取得權利跟負擔義務，其保護必要並沒有任何改變，故而也不能讓其使用企業作為代理人時，反而處於不利之地位，在這種觀點下，認為在使用代理人之情況下，判斷是否具有消費者性質，也要依照德國民法第166條第1項規定<sup>184</sup>，應該將重點放在代理人的主張，即不可採<sup>185</sup>。例如一位媽媽，為了給其小朋友購買市面上比較少出現的童書，請某書商作為其代理人，為其跟另外的書商購買該書，在此，該位母親依照德國民法的規定，仍為消費者，其與出售書籍之書商間的關係為消費者與企業間之關係。

<sup>184</sup> 德國民法第166條第1項：「意思表示之法律效力、因意思欠缺，或因明知或可得而之情事，而受影響者，該事實之有無不就本人加以審酌，而應就代理人決定」，此規定類似我國民法第105條之規定。

<sup>185</sup> Vgl. Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 49; Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 30; MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 27f. und Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 20.





而既然在消費者使用企業作為代理人的情況下，該交易原則上應認定為消費者交易，那在消費者使用企業作為使者的情況，更應該認定該交易為消費者交易<sup>186</sup>。

如果存在特別的情況，這時能否適用消費者保護規定的判斷，就可能會放在代理人身上，比如在訪問交易而可否主張無條件解約權的情況下，這時就應該採用德國民法第166條第1項規定的想法，以代理人的狀況來決定，因為實際締約者為代理人，其才有受到「突襲」的可能，故而代理人在何處締約的問題，才是關鍵之所在<sup>187</sup>。不過也要注意到這裡的取決於代理人，其實是涉及在訪問買賣下，可否主張無條件解約權的事物的適用範圍的問題，即是否具有特殊情狀的問題，人的適用範圍的問題還是取決於契約當事人是否具有消費者跟企業之地位<sup>188</sup>。在此還有一個衍生問題，即如果在該訪問交易中為締約的代理人其實是無權代理，而被代理人拒絕承認的話，這時該代理人就要成為契約當事人，這時如果該代理人具有消費者地位的話，其也可以主張無條件解約權<sup>189</sup>。

上面談是直接代理，即顯名代理的問題，如果消費者請代理人從事事務，卻是用隱名代理的方式，即由代理人直接為當事人取得權利義務，在這種情況下，因為是由代理人直接取得權利義務，則該交易是否可以歸屬於消費者交易，就要取決於代理人自身的狀況，故而代理人如果具有企業性質的話，該交易就非屬消費者交

<sup>186</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 28.

<sup>187</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 30; Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 49; MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 29 und Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 20.

<sup>188</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 30.

<sup>189</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 30; Tamm/Tonner/Brönneke (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 49.



易，原本消費者可以選擇顯名代理的方式，讓相對人清楚的知道究竟與誰做交易，故而在這種情形其就沒有保護之必要<sup>190</sup>。不過如果是受託的企業自己採用隱名代理的方式從事交易，這時被代理人可否主張消費者地位與保護，就取決於其對代理人這樣的操作可否歸責<sup>191</sup>。

如果是企業使用消費者作為代理人來訂約的話，這裡原則尚沒有保護必要可言<sup>192</sup>，甚至，如果企業使用消費者來從事隱名代理與另外一個消費者交易，也就是在自己與消費者之間再插入一個消費者，試著讓法律關係的表面形式上是消費者與消費者之間的關係，從而避免相關的消費者保護法規之介入，這種在企業與消費者之間再插入一個消費者的「出名者交易」（die Strohmangeschäfte），按照德國實務與學說之見解，是明確的構成德國民法第476條第1項第2句所謂的「規避行為」，因其目的就是要迴避相關的消費者保護規定之適用<sup>193</sup>。而這種出名者案例沒有所謂通謀虛偽而導致契約無效的問題，因為不論出名者跟相對人在事實上都是想要契約成立，故而契約仍是於雙方之間有效存在<sup>194</sup>。但這個出名的消費者實際上不值得保護，應認定其失去其消費者地位，而是在經濟上有企業性質的契約相對人，須要以企業的地位負相關責任，之後由其與企業間之內部關係，進行相關法律問題的處理，讓站在背後的企業負最

<sup>190</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 28.

<sup>191</sup> Vgl. Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 20.

<sup>192</sup> Vgl. Neuer, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 20.

<sup>193</sup> 德國民法第476條第1項第2句：「以其他方式規避前段所稱之規定者，該規定亦適用之」，關於德國民法第476條規避禁止的討論，Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 33ff.

<sup>194</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2013, S. 687, 688 und MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 41.



終責任<sup>195</sup>。

最後，本文要討論在德國學說實務上有相當爭議的「代辦交易」（*die Agenturgeschäfte*）的問題。所謂的「代辦交易」通常是在二手車或商品買賣時發生，即原所有人將其二手車或商品交給商店出售，而商店在這裡是以原所有人之「代辦」之地位出現，而之後當商店將二手車或物品出售時，是以原所有人之名義為之，買賣之「當事人」為原所有人跟二手車或物品之買受人，故而在這種狀況下，消費者保護規定就人的適用範圍來說可否適用，就要看契約的「當事人」的狀況究竟為何來判斷，那就是要由原所有人跟買受人來分別判斷是否具有消費者地位，而在此商店作為代辦的地位其實與代理人所差無幾<sup>196</sup>。所以如果原所有人被認定為消費者而買受人也是消費者，那雙方之間的關係就沒有消費者保護規定適用的可能，而回到民法的一般規定。

而可以跟「代辦交易」做比較的是所謂的「代銷交易」（*die Kommissionsgeschäfte*），代銷其實也是出賣他人之物品，也就是物品所有人委託商店出售其物，但代銷的話是商店以自己的名義出售而與買受人訂約，也就是說採取「隱名代理」的方式來處理，不過因為這時商店是契約當事人，如果買受人是消費者的話，雙方之間的關係就會落入消費者保護規定的適用範圍，而且商店不能以其與

<sup>195</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 47. 不過也必須要承認，在德國實務及學說上，其實是想把後面的企業也拉出來「直接」對消費者負責，方法就是讓其成為契約當事人或直接負責人，不過這是否可行，值得討論，本文在接下來要討論的「代辦交易」中會一併處理。關於相關法律效果見解之討論，Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 45ff.; Müller, aaO. (Fn. 76), S. 1975ff.; Bruns, NJW 2007, S. 761f.; Faust, JuS 2007, S. 588ff.; Lorenz, LMK 2007, S. 211667 und Looschelders, JR 2008, S. 45ff.

<sup>196</sup> Vgl. Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1), S. 30f. und MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 36.



原所有人之間的內部關係，尤其是以「無法達成買賣可退貨」的條款來抗辯，其非「真正」出賣人<sup>197</sup>。代辦跟代銷在外觀上其實類似，事實上都是商店賣別人的東西，只是出賣人名義不同而已，但對於買受人來說，這些都是在「跟商店」買東西，但只因為賣方的名義不同，即一個是原所有人（代辦交易），一個是商店（代銷交易），而導致在前者不能主張消費者規定，但在後者可以，這樣的區別是否妥當，就成為問題<sup>198</sup>。故而就產生代辦交易有沒有可能也是上面所談到的「規避行為」之一種的法律上爭議。

首先，要注意到從事代辦商店要清楚的表示代理的地位，非以自己的名義而是以原所有人之名義締約，即要有足夠的透明性，如果沒有的話，可能會有德國民法第164條第2項之適用<sup>199</sup>，據此，其就要自己負責，也就是要成為契約當事人，而其在此為企業，如與具有消費者地位之買受人締約，當然就會進入消費者保護規定的人的適用範圍<sup>200</sup>。

而代辦交易，基於契約自由原則，原則上也不能一概當成「規避行為」來處理<sup>201</sup>。根據德國聯邦最高法院及學說的見解，除非根據經濟上的觀察方式，而可以認定該交易不是由作為出買方跟買受方的消費者承擔交易的風險及利益，而是由被插入作為代理人的商店與買受方承擔的話，也就是在經濟上實際是商店與買受方為契約當事人的話，這時候即可能夠成規避行為<sup>202</sup>。而在下面這種交

<sup>197</sup> Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 6.

<sup>198</sup> Vgl. MüKoBGB/Micklitz, BGB § 13 Rn. 28 und Schmidt, aaO. (Fn. 42), S. 7.

<sup>199</sup> 德國民法第164條第2項：「以他人名義為法律行為之意思不明確時，無須考慮表意人欠缺以自己名義為法律行為之意思。」

<sup>200</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 36.

<sup>201</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 36.

<sup>202</sup> Vgl. BGH 2005, S. 1039, 1040; BGH 2007, S. 759, 760; Bülow/Artz, aaO. (Fn. 1),



易安排下，可以認為符合上面的經濟上觀察方式，認為商店並非代辦，而是自己承擔契約之風險與利益，即原車主所有人，在車商處要購買新車，而將舊車也交由該車商處理，並以其出售之價款作為新車價款的一部分，而車商對於該要出售的舊車有最低價格擔保，且新車價款之給付可以延期到其出售舊車時<sup>203</sup>，也就是說，車商為了讓買賣新車之契約順利，將舊車的出售價格當成新車價金的一部分，而去承擔了出賣舊車的價格上風險，故而可以在舊車之買賣上，將之當成經濟上實際之出賣人，而其卻以消費者名義為出賣人，故構成規避行為，與上面所談的「出名者交易」類似，即以代理人的名義站在消費者「後面」。

而對這樣的構成規避行為的代辦交易，德國聯邦最高法院認為就應該要由商店（代辦者）獨立的負相關責任，尤其是瑕疵擔保責任，其認為可能有兩種構成方式，一種為認定原本消費者間之買賣契約構成通謀虛偽無效，然後隱藏有商店具有消費者性質之買受人之買賣契約<sup>204</sup>，或是對於原本買賣契約效力不去干涉，但直接透過規避禁止之規定，導出商店須要直接負相關的責任，尤其是瑕疵擔保責任<sup>205</sup>。雖說，德國聯邦最高法院這樣的見解，滿足了「直接」讓站在背後的企業直接出面負責的願望，但如同論者所述，這種直接轉換契約當事人或負責人的作法，在釋義學上是相當有問題

---

S. 31 und MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 37.

<sup>203</sup> Vgl. BGH 2007, S. 759, 760; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 31 und MüKoBGB/Lorenz, BGB § 476 Rn. 37.

<sup>204</sup> 在德國有論者認為原本的契約不是因通謀虛偽意思表示無效，而是透過德國民法第134條（即臺灣民法第71條）規定，認為這樣規避行為違反強制規定無效，並且在有德國民法第140條（即臺灣民法第112條）的要件下，可以進行無效法律行為之轉換，讓商店與買方成立買賣契約，並依此讓商店負責，Vgl. *Bruns*, aaO. (Fn. 195), S. 762.

<sup>205</sup> Vgl. BGH 2007, S. 759, 760.



的，不論通謀虛偽或直接負責，前者要件不當，後者破壞債之相對性也難從條文中導出，而且就私法自治的角度來看，也是一種不當的干涉<sup>206</sup>。本文還是贊成如同上面「出名者交易」一樣的處理方式，即取消出賣人之消費者地位，因其與商店的經濟上一體性，由其以企業地位依相關規定，先直接負責，之後再由其內部關係，讓企業負最終責任。

### (二)為他人之法律行為提供擔保者

第三人參與到交易中的另一種常見型就是為他人的法律行為提供擔保，常見的作法比如第三人與主債務債權人訂立附隨的保證契約，或是第三人直接參加到主債務中，如訂立所謂的並存債務承擔契約，而在訂立這樣的契約之後，第三人與主債務人就會成立連帶債務關係<sup>207</sup>。而在這裡就產生了一個問題，就是當第三人在主張其與主債權人之法律關係是屬於消費者關係時，是否除了單就其本身來判斷是否符合德國民法第13條之要件外，還要加上主債務人本身也要具有消費者性質這要件，也就是為他人法律行為提供擔保之第三人，其消費者性質是否受到被擔保的法律行為之主債務人之性

<sup>206</sup> Vgl. *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 31; *MüKoBGB/Lorenz*, BGB § 476 Rn. 45ff.; *Lorenz*, aaO. (Fn. 195), S. 211667; *Looschelders*, aaO. (Fn. 195), S. 45ff.

<sup>207</sup> 併存之債務承擔，雖說我國民法與德國民法都沒有法律明文規定，不過根據契約自由原則是可訂立這種契約，而其法律效果在德國基本上就認為是該併存承擔人（第三人）與主債務人均負全部之給付責任，而成立連帶債務，不過因為我國第227條第1項規定較嚴格，以契約訂立連帶債務須要「明示」，是否可以直接認定成立連帶債務將有所疑問，有論者認為在解釋上如果不能認為成立第227條第1項連帶債務，也要往第292條不可分之債解釋，縱使債之標的為可分之金錢之債，因為這樣才能準用連帶債務之規定，而較符合當事人意思。參閱楊芳賢，*民法債編總論*（下），頁379以下，2021年5月，修訂2版。



質影響？如果認為須要的話，這裡第三人要主張其為消費者，除了自己要符合德國民法第13條之要件，即自然人以主要非為營業或獨立執行業務為目的訂立擔保之法律行為外，也要主債務人也是消費者才可以。

歐洲法院於1998年的判決中，雖然認定保證契約屬於歐體1985年關於訪問買賣指令的適用範圍中，但其認為基於保證契約的從屬性，只有主債務也是在訪問交易的框架下，以及主債務人具有消費者地位，即非為了營業目的而訂立主債務，才可以適用<sup>208</sup>，也就是說在人的適用範圍上，歐洲法院以從屬性為由，認為保證人受到主債務人的影響，而非獨立個別判斷。而德國聯邦最高法院在1998年的判決中也採取跟歐洲法院一樣的解釋方式，認為保證人要主張依據訪問交易的規定而生的無條件解約權，其人的適用範圍的前提要件為借貸契約跟保證契約都要具有消費者行為之性質，即保證人跟主債務人都要是消費者，是為了私人目的訂立借貸跟保證契約（本案中主債務人是為了營業目的借款），而且兩個契約都要處於訪問交易的情況之下才可以<sup>209</sup>。如此一來，保證人的消費者地位除了要以自身的要件判斷外，也要主債務人具有消費者性質，即保證人的消費者地位受到主債務人之地位影響。

不過在2006年，德國聯邦最高法院明確的變更其在1998年之判決所提出之見解<sup>210</sup>，其認為就保證契約可否主張訪問買賣之無條件解約權，在人的適用範圍上，只須要就保證人是否為消費者進行判斷即可，與主債務人是否為消費者乃至於主債務是否在訪問交易

<sup>208</sup> Vgl. EuGH, NJW 1998, S. 1295, 1296; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 97 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 23.

<sup>209</sup> Vgl. NJW 1998, S. 2356, 2357; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 97.

<sup>210</sup> 1998年之判決為德國聯邦最高法院第9庭之見解，2006年則為第11庭之見解。



的情境下做成無關，保證契約的從屬性不應該作為限制理由，而且具有消費者地位的保證人，在對私人目的之主債務跟對營業目的之主債務所做的保證，其所承擔的風險是一樣的，都應該在保護範圍內，不應區別對待<sup>211</sup>。而且這種觀點不限於以保證供擔保，以出質或其他具有從屬性的擔保方式，在人的範圍上也應該只就提供擔保者本身來判斷<sup>212</sup>。基本上，在德國聯邦最高法院2006年的判決之後，學說與實務上都接受，保證人以及其他具有從屬性的供擔保者，就相關的消費者保護規定在人的範圍上可否適用的問題，只就其是否符合民法第13條規定來個別的判斷，而與主債務人之地位無關，縱使主債務是為了營業或獨立執業目的而訂立<sup>213</sup>。

而如果以參與到主債務的形式來提供擔保，德國聯邦最高法院在1996年的判決即表明，參與到消費借貸契約的參與者，其適用當時的《消費者信用法》不以借貸人（即主債務人）具有消費者身分為要件，故而就算主債務人為營業目的而借貸，參與者可被認定為消費者，即非為營業目的參與，就符合該法人的適用範圍，因為參與者其實沒有從參與到借貸契約中獲得利益而只有負擔，所以其保護需求更高，而且參與者雖然是參與到主債務之中，但仍是獨立的與主債權人締約，故而其目的為何就應該只就其自己的狀況決定，

<sup>211</sup> Vgl. BGH, NJW 2006, S. 845, 846; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 97 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 24.

<sup>212</sup> Vgl. BGH, NJW 2006, S. 845. 在本案是關於以有價證券出質的方式來供擔保，而原審法院以聯邦最高法院1998年第9庭之判決為準，認為這也應該擴張及於其他具有從屬性的供擔保形式，否定其人的適用範圍，而聯邦最高法院第11庭在這邊則否定原本聯邦最高法院第9庭之見解，雖其討論的契約形式為保證，但其相關的適用範圍應如原審一樣，也及於本案的出質跟其他具有從屬性的供擔保形式。

<sup>213</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, S. 2106, 2109; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 97 und *MüKoBGB/Micklitz*, BGB § 13 Rn. 24.





與主債務人無關<sup>214</sup>，及採取獨立個別觀察的認定方法。而這個獨立個別觀察的方法，德國聯邦最高法院在2002年後解釋德國民法第13條時，仍是繼續採用，甚至在有限公司的營運者為了公司之債務為擔保，而參與到該主債務之中，也是採取如此的見解，認為只要該營運者是為了私人目的而參與公司的主債務，就具有消費者地位，不需考慮公司的主債務是為營業目的而訂立<sup>215</sup>。而學說上基本上也接受這樣的見解<sup>216</sup>，故而總的來說，以參與到主債務的形式來提供擔保者，其消費者地位也不受到主債務人性質的影響，也是採取個別判斷的觀察方式。

綜上來說，為他人之法律行為提供擔保者，不論是訂立具有附隨性的獨立擔保契約，或是直接參與到主債務中，其消費者地位都是採取個別判斷的方式為之，即只取決於是否符合德國民法第13條之要件，而與主債務人之地位無關，縱使主債務人是為營業目的而訂立主債務，也不影響第三人之消費者地位<sup>217</sup>。

<sup>214</sup> Vgl. BGH, NJW 1996, S. 2156, 2157.

<sup>215</sup> Vgl. BGH, NJW 2006, S. 431, 432 und BGH, NJW-RR 2007, S. 1673, 1674f. 在此附帶一提，有限公司的營運者或經理人，不論在德國聯邦最高法院，乃至於德國勞工法院都認為其具有消費者性質，因為其營運公司的行為並非獨立執業，而是受僱的職業，要聽從指示，不具有獨立性，還有縱使其持有公司股份，這持有股份的行為如上參、三、(二)所述為私人財產之管理，原則上也非營業行為，故其在就受僱經營這件事情上面可以主張其為德國民法第13條的消費者。Vgl. BGH 2007, S. 759, 760; BAG, NJW 2010, S. 2827, 2829, *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 47 und *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 33.

<sup>216</sup> Vgl. *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hg.), aaO. (Fn. 1), S. 47, 49; *Bülow/Artz*, aaO. (Fn. 1), S. 33 und *Neuer*, aaO. (Fn. 26), § 15 Rn. 18.

<sup>217</sup> 不過仍是有反對意見，其認為供擔保人為主債務是私人目的跟為主債務是營業目的提供擔保時，其利益狀態有可能還是不一樣，應該做區分，故而應該只有在主債務人是為私人目的訂約時，即主債務人具有消費者地位時，供擔保人才應該具有消費者地位。Vgl. *Roth*, aaO. (Fn. 11), S. 50.



## 伍、反思：代結論

本文在經過上面對於德國民法第13條所做的冗長的討論之後，最後想以此對於臺灣消費者保護法消費者定義的一些反思來作為結論。消費者保護法針對消費者的定義放在第2條第1項規定中，根據該規定，消費者是指以「消費」為目的而為交易、使用商品或接受服務者，要確定誰是消費者，就要先確定什麼是「消費」，但對於「消費」本身，消費者保護法還有其施行細則並沒有明確定義性規定，完全委由司法機關解釋。因此相對於本文上面所介紹的德國民法第13條規定，就造成一個問題，消費保護法規的人的適用範圍為何，不是一開始就很明確清楚，也沒有可操作性的構成要件，無法對此為法釋義學之一般性建構，反而必須在個案中被「解釋」出來，這當然就有可能因解釋範圍的大小，就造成某些可能需要被保護者自始被排除，但某些不需要保護者卻被放入保護範圍中的可能性。

在限縮保護範圍的部分，比如上面所提到的「反向消費者契約」（本文註56），即企業經營者反向去收購物品或服務的狀況，如果此時是由企業經營者提出定型化約款來與物品或服務之提供者訂約，在臺灣這時雙方的關係可能無法適用消費者保護法，尤其是定型化約款管制的規定，因為這裡出賣沒有「消費」可言，只有適用民法第247條之1的可能性<sup>218</sup>，但這樣對於企業相對人之保護是否完善，即有疑慮。另外就保證人來說，保證人在我國實務上常認為不具有消費者身分，故而完全沒有適用消費者保護規定的可能

<sup>218</sup> 關於我國法院對於民法第247條之1的適用之發展狀況跟相關問題，參閱詹森林，最高法院與定型化契約法之發展——民法第二四七條之一裁判之研究，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁143以下，2006年12月。



性，尤其是定型化約款審查的保護，其理由通常為「金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人亦未因有保證契約而自金融機構獲得報償，其性質即屬單務、無償契約，非為消費者保護法之有關消費法律關係，應無該法之適用」。但依據德國民法第13條規定，在德國保證人或供擔保者只要是自然人且為了私人目的訂立保證及其他擔保契約，其就有可能被認定為消費者，縱使主債務人不具有消費者地位，而在這樣的前提之下，再去談其訂約的內容或狀況是否有適用消費者保護規定的必要，而不是一開始就排除在人的保護範圍之外。針對保證人及保證契約無法適用消費者保護法關於定型化契約規定的實務見解，論者就此有提出相關批判，認為應該依民法第1條規定，讓消費者保護法關於定型化約款的規定可以適用於保證契約<sup>219</sup>，此見解值得贊同。尤其考慮到供擔保者如果並沒有以供擔保作為營業的話，在相關契約中其實並沒有得到利益，只有負擔義務，在法律價值判斷上，更有保護必要，而這樣一開始就將之拒絕於門外，在評價上來說就是一種法律的不平等對待，形成權益失衡。

在擴張保護範圍的部分，作為例子，可以參考最高法院102年台上字第2323號判決，本案涉及房屋買賣，而該房屋從建商廣告開始，就是以可以作為店面為賣點，而當事人購買該房屋也是為了將之作為店面營業使用購買，事後也的確在該房屋開店營業，而其爭議也在於該房屋作為可營業使用的店面，其可使用面積是否跟廣告相符。而對於這樣的爭議，最高法院102年台上字第2323號判決逕採原審判決認定買方為消費者，賣方為企業經營者，雙方間之關係

<sup>219</sup> 參閱，楊淑文，同註2，頁51-52，以及楊淑文，定型化契約之管制與契約自由——德國與我國法制發展之比較分析，載：消保法與民法的分與合，頁79-80，2013年8月。



為消費關係，可適用消費者保護法之規定<sup>220</sup>。但其並沒有進一步論述，為什麼出於營業目的而購買店面之法律關係為「消費」，而在沒有進一步解釋消費的意義是什麼，為什麼在本案中這樣的行為算消費的狀況下，就認定買方為消費者，雙方關係可以適用消費者保護法規，這其實有不當擴大保護範圍的問題，因為在本案最終買方得到了消費者保護法第51條規定的懲罰性賠償金，但這是否其在法律上作為「消費者」應得，其實很有疑問。如上所述，在德國法上，因為出於營業目的而非出於私人目的訂立買賣契約，這樣的行為人就不會是其民法第13條的消費者，雙方之間的關係就沒有適用消費者保護規定的可能性，縱使是創業行為，這種為確保營業空間所訂立的法律行為，如上所述，也是非消費者行為。正如論者所指出的，目前臺灣的消費者保護法對於消費者的規定，因沒有明確的使用目的限制，導致可能將消費者保護範圍及於自然及法人企業之營利或商業目的之消費，而這種消費其實是沒有保護必要的，從而臺灣的消費者保護法關於消費者之規定是否妥當是值得存疑的<sup>221</sup>，而法院在此沒有意識到這個問題，故而沒有透過妥當的法學方法予以處理，造成了無受保護必要者卻享受了保護的狀況，而這也是一種法律上的不當對待，造成當事人權益失衡<sup>222</sup>。

<sup>220</sup> 而學者針對最高法院102年台上字第2323號之前審判決，即最高法院101年台上字第122號判決，所為的相關討論，基本上也是從當事人為消費者，其與企業經營者間具有「消費關係」為前提出發，進而探討相關的消保法規定如何妥當適用的問題，參閱，陳忠五，不實廣告與懲罰性賠償金——最高法院101年度台上字第122號判決評釋，台灣法學雜誌，229期，頁101以下，2013年8月。

<sup>221</sup> 參閱楊淑文，同註2，頁9。

<sup>222</sup> 有審稿意見認為，我國法院將創業者納入消費者保護法的範疇之中，而且因我國法上沒有將消費者明確的限定在自然人，故而採取新創公司形式的創業者也可以納入保護，較之德國法更有彈性。就本文來說，這裡仍就是價值選



此外，在我國在消費者保護法中也將產品責任放入，因此我國消費者保護法的產品責任其中一個重要爭點就是這些侵權規定所保護的消費者跟所謂的第三人究竟該如何理解之問題，而在這誰是消費者的問題上，其實是遇到不少的困難，而有造成讓當事人權益失衡的可能<sup>223</sup>。而如上所述，德國民法上消費者概念只與訂立法律行為相關，故而在涉及侵權行為或其他事實行為時，沒有消費者的問題，在產品責任其受保護的對象依照德國產品責任法第1條第1項第1句，就是「每一個」因為產品有缺陷而受到生命、身體、健康還有物之損害者，而免除了要去討論誰是產品的消費者<sup>224</sup>，誰又

---

擇的問題，創業活動畢竟最終以營業、營利為目的，脫離一般私人生活之範疇而進入商業活動領域，而以消費者保護在實質上仍是以「保護弱勢以維護其一般生活不受經濟上強勢者壓迫」為目的的觀點來看，將營業、營利為最終目的的創業活動放入消費者保護是有過度保護的問題，而且與上面的保證人相比較，這樣的相對剝奪感更大，故而本文認為創業者還是不該放在消費者的範圍中，受到消費者保護。但本文也不否定，創業者因其無經驗而有保護必要，但應該採取其他民法上的機制處理，乃至於在立法上設立特別規定保護，但不宜將消費者保護一般性的擴張到創業者之上。如最高法院102年台上字第2323號判決所涉情況，以民法上物之瑕疵擔保規定或締約過失理論等相關制度，皆可妥善處理，不應該理所當然的就主張享有更強的消費者保護，如這裡的懲罰性賠償，這反而會照成失衡。

<sup>223</sup> 相關討論，參閱楊淑文，同註2，頁38以下；詹森林，消保法商品責任之消費者與第三人，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁1以下，2006年12月；詹森林，消保法商品責任上「消費」之意義，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁43以下，2006年12月；詹森林，消保法商品責任之保護主體與保護客體，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁61以下，2006年12月。

<sup>224</sup> 又德國雖有所謂「侵權法上的消費者」(der deliktsrechtliche Verbraucher)的說法，但這很清楚不是德國民法第13條真正意義下的「消費者」，其指的是其產品責任法第1條第1項第2句的狀況，即因產品缺陷造成他物之損害時，必須該他物依其性質通常為私人使用或「消費」，且為受損害者主要使用者，才可以要求損害賠償，這時該如何確定請求權人之問題，Vgl. *Bülow/Artz*, aaO.



是第三人，而可能因不當的「解釋」造成權益失衡的問題。

從而，針對我國消費者保護法上的消費者概念，有論者即謂<sup>225</sup>：

消費者保護法所有條文均關係「消費者」權益甚鉅，而消費者保護法第2條第1款就「消費者」定義為：「指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」。則依該條款規定「交易、使用商品或接受服務者」，需以「消費為目的」，始符合「消費者」之定義。惟因「消費」究何所指，法無明文，故關於「消費者」之認定，亦經常造成困擾。

而如同上面的反思，消費者定義認定的「困擾」，其實可能會對當事人形成權益失衡的狀態，進而造成法律不平等對待的問題與法律安定性上的疑慮，此將會導致民事法律無法達成有效且合理之消費者保護的現代任務。為了讓我國民法可以更有效且合理的保護消費者，也許重新思考該如何妥善的定義消費者保護相關規定的人的適用範圍，也就是誰才具有法律上的消費者地位，即消費者概念為何，這個最關鍵的問題，是重要的出發點。

透過本文上面的分析介紹，可以發現德國民法第13條，雖然規定的內容表面上看來不是很複雜、繁多，但對每個要件進行釋義學分析之後，就可以發現其涉及的問題沒有初步看起來那麼簡單，甚至可以說具有高度複雜性，會有這樣的現象，不是德國的學說跟實務要「自找麻煩」，其目的是想要建立起有效但合理的消費者保護，盡可能最大範圍的實現消費者保護規定的意義與價值，故而作為消費者保護規定適用基礎的「消費者概念」，當然必須要被認真對待。而本文一開始就說過，他山之石可以攻錯，這裡「認真對待」消費者概念為何的問題，也許是德國學說跟實務對其民法第13

---

(Fn. 1), S. 262.

<sup>225</sup> 參閱，詹森林，消保法商品責任上「消費」之意義，同註223，頁50。



條所進行之討論，可以給我們的最重要的學習目標。同時如上所說，為了讓我國民法可以更妥善的達成消費者保護之目的，應重新思考消費者保護法上之消費者定義，而本文希望在此對德國法消費者概念相關規定所做的討論，可以為對此有興趣與熱情的法律同仁，提供思考上的對照與刺激，而這才是本文對臺灣法學的自身意義之所在。



## 參考文獻

### 一、中 文

1. 周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理——以締約上過失為中心，政大法學評論，155期，頁219-295，2018年12月。
2. 姜世明，以管委會為被告之確定判決效力之主觀範圍——評最高法院98年度台上字第790號民事判決，裁判時報，89期，頁37-48，2019年11月。
3. 洪誌宏，消費者保護法，3版，2017年7月。
4. 黃立，民法總則，修訂4版，2005年9月。
5. 國立臺灣大學法學院、財團法人台大法學基金會譯，德國民法（上），2016年10月。
6. 陳忠五，不實廣告與懲罰性賠償金——最高法院101年度台上字第122號判決評釋，台灣法學雜誌，229期，頁101-116，2013年8月。
7. 楊芳賢，民法債編總論（下），修訂2版，2021年5月。
8. 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合——雙軌制立法下的消費者與消費關係，載：消保法與民法的分與合，頁1-54，2013年8月。
9. 楊淑文，定型化契約之管制與契約自由——德國與我國法制發展之比較分析，載：消保法與民法的分與合，頁55-100，2013年8月。
10. 詹森林，消保法商品責任之消費者與第三人，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁1-42，2006年12月。
11. 詹森林，消保法商品責任上「消費」之意義，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁43-60，2006年12月。
12. 詹森林，消保法商品責任之保護主體與保護客體，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁61-68，2006年12月。
13. 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展——民法第二四七條之一裁判之研究，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁143-224，2006年12月。





## 二、外 文

1. *Beck, Lukas*, Die Reform des Verbraucherschutzrechts, JA 2014, S. 666f.
2. *Bruns, Patrick*, Anmerkung, NJW 2007, S. 761f.
3. *Bülow, Peter/Artz, Markus*, Verbraucherprivatrecht, 5. Aufl., 2016.
4. *Chou, Po-Feng*, Die Entwicklung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Gleichheit im deutschen Zivilrecht seit der Französischen Revolution, 2012.
5. *Denkinger, Fleur*, Der Verbraucherbegriff, 2007.
6. *Duve, Thomas*, in: *Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 2, 2003 (zitiert HKK/Kommentator/in).
7. *Faust, Florian*, BGH Kaufrecht, JuS 2007, S. 588ff.
8. *Faust, Florian*, BGB AT: Begriff des Verbrauchers, JuS 2010, S. 254ff.
9. *Grunewald, Barbara/Peifer, Karl-Nikolaus*, Verbraucherschutz im Zivilrecht, 2010.
10. *Herresthal, Carsten*, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB, JZ 2006, S. 695ff.
11. *Henssler, Martin/Moll, Wilhelm*, AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen, 2011.
12. *Hoffmann, Isabel*, Die Verbraucherrolle, 2018.
13. *Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004.
14. *Looschelders, Dirk*, Die Rechtsfolgen der Gesetzesumgehung durch Agentur- und Strohmanngeschäfte beim Verbrauchsgüterkauf, JR 2008, S. 45ff.
15. *Lorenz, Stephan*, Direkte Mängelansprüche gegen den Unternehmer als Hintermann bei Verkauf durch einen Verbraucher als mittelbarer Stellvertreter, LMK 2007, S. 211667.
16. *Lorenz, Stephan*, in: *Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hg.), MünchKomm-BGB, Band 4, 8. Aufl., 2019 (zitiert MüKoBGB/Kommentator/in).



17. *Mansel, Heinz-Peter*, in: *Stürmer, Rolf* (Hg.), *Jauerling BGB*, 18. Aufl., 2021 (zitiert *Jauerling BGB/Kommentator/in*).
18. *Martens, Sebastian*, in: *Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hg.), *BeckOK-BGB*, Buch 2, 64. Edition 2022 (zitiert *BeckOK-BGB/Kommentator/in*).
19. *Maume, Philipp*, *Der umgekehrte Verbrauchervertrag*, NJW 2016, S. 1041ff.
20. *Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, *Schuldrecht AT*, 22. Aufl., 2021.
21. *Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, *Bürgerliches Recht*, 27. Aufl., 2019.
22. *Meier, Patrick*, *Der Verbraucherbegriff nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie*, JuS 2014, S. 777ff.
23. *Micklitz, Hans-W.*, in: *Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hg.), *MünchKomm-BGB*, Band 1, 9. Aufl., 2021 (zitiert *MüKoBGB/Kommentator/in*).
24. *Müller, Markus*, *Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel*, NJW 2003, S. 1975ff.
25. *Neuer, Jörg*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Aufl., 2020.
26. *Petersen, Jens*, *Verbraucher und Unternehmer*, Jura 2007, S. 905ff.
27. *Pfeiffer, Thomas*, *Bestimmung der Verbrauchereigenschaft nach dem objektiven Vertragszweck*, LMK 2010, S. 29675.
28. *Roth, Herbert*, *Verbraucherschutz-Entwicklungen und Grenzen*, in: *Lorens, Egon* (Hg.), *Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz-Entwicklungen und Grenzen*, 2012, S. 5ff.
29. *Schärtl, Christoph*, *Der verbraucherschützende Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen*, JuS 2014, S. 577ff.
30. *Schmidt, Karsten*, *Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag – Grundlagen des § 13 BGB Aufsatz*, JuS 2006, S. 1ff.
31. *Tamm, Marina/Tonner, Klaus/Brönneke, Tobias* (Hg.), *Verbraucherrecht*, 3. Aufl., 2020.
32. *Wertenbruch, Johannes*, *Kein Verbrauchsgüterkauf bei Vorspiegeln der Unternehmereigenschaft durch den Käufer*, LMK 2005, S. 49f.



# On the Concept of Consumers in German Civil Law

Po-Feng Chou<sup>\*</sup>

## Abstract

One of the tasks of modern civil law is to provide effective and reasonable consumer protection. As a result, determining who the protected consumer is in relevant cases, and how the legal concept of a consumer is defined and understood, becomes an important legal issue because it is a prerequisite for applying these specific protection provisions. Different countries may have different ideas and specific regulations regarding consumer definitions. Therefore, this article chooses to study the concept of consumers in German civil law as a discussion topic to analyze the challenges in the concept's composition and related classification. The reason for choosing the German civil law definition of consumers for discussion is because it takes a different approach than the Taiwan Consumer Protection Act's definition in the first paragraph of Article 2, and it is uniformly regulated in the Civil Code, thereby having general universality and considerable reference value for Taiwan's future discussions on the revision of related concepts. The article discusses the definition of consumers in German civil law and its development, followed by the legal requirements for

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Dr. jur., Johannes Gutenberg Universität an Mainz, Germany.

Received: February 13, 2023; accepted: May 18, 2023



the composition of the consumer concept in German civil law and an analysis of its content. The potential difficulties in classification is then introduced subsequently. Finally, on the premise of understanding the consumer concept in German civil law, the article concludes by offering some reflections on the definition of consumers under Taiwan's Consumer Protection Act.

**Keywords:** Article 13 of German Civil Law, Consumers, Consumer Protection, Natural Persons, Legal Transaction, Private Purposes, Business, Independent Executive Practice