

私人海外代购领域消费者反悔权适用的应然性 ——基于经营者主体的分析路径

The Appropriateness of the Application of Regret Right of Consumers in the Field of Private Overseas Shopping Service——Based on the Analysis of the Path of the Operator's Subject

黄婷婷

Tingting Huang

中国计量大学
中国·浙江 杭州 310018
China Jiliang University,
Hangzhou, Zhejiang, 310018, China

【摘要】为了打破现实中私人海外代购这一行业“一旦售出，无质量问题概不退货”的格式条款，维护消费者正当权益，就私人海外代购这一领域是否适用消费者反悔权制度进行探讨。首先，从经济法相关理论以及立法依据两大方面出发，结合新出台的《中华人民共和国电子商务法》的部分规定，得出私人海外代购者是经营者的论断。其次，结合私人海外代购者实践中的分类，得出除委托代理式和偶然型私人海外代购者以外都是经营者的认定。最后，结合有关排除适用的法律规定，得出在私人海外代购领域中消费者反悔权适用的应然性。

【Abstract】In order to break the real-life private overseas purchasing industry, “once sold, no quality problems will not be returned” format clauses, to protect the legitimate rights and interests of consumers, whether the private overseas purchasing in this field is applicable to the consumer repentance system. First of all, from the two aspects of economic law related theory and legislative basis, combined with the new provisions of the “Electronic Commerce Law of the People’s Republic of China”, the conclusion that private overseas buyers are operators. Secondly, in combination with the classification in the practice of private overseas purchasers, it is concluded that all operators except the agent-agent and casual private overseas purchasers are recognized. Finally, combined with the relevant legal provisions for exclusion, the validity of the consumer's right of remorse in the field of private overseas purchasing is derived.

【关键词】私人海外代购；消费者反悔权；经营者；适用性

【Keywords】private overseas shopping service;regret right of consumers;operators;applicability

【DOI】<https://doi.org/10.26549/cjygl.v3i1.1301>

1 引言

随着中国频频发生的食品安全事件，中国人对中国商品缺乏信任，加上互联网经济的快速发展以及明显的价格优势，私人海外代购这一购物模式开始兴起并迅速发展。与此同时，法律模棱两可，未曾明确表态，使得私人海外代购这

一领域变成灰色地带。比如《消费者权益保护法》（以下简称《消法》）新增的第二十五条^①明确了消费者反悔权制度，又称七日无理由退货制度。在私人海外代购这一领域，法律至今尚未明确这一模式是否适用该制度，导致现实中各种私人海外代购者立出霸王条款，不接受七日无理由退货，严重损害消费者合法权益，破坏市场秩序与交易安全。以淘宝网

公布的《淘宝网七天无理由退货规范》最为典型，该规范第五条明确规定，服务类商品如代购服务不支持七天无理由退货，明确将其排除适用该制度^①。

2 私人海外代购经营者身份的认定依据

新增的《消费者权益保护法》第二十五条规定了消费者反悔权的适用条件，根据该法条内容其实并未明确也未排除私人海外代购这一新兴模式的适用。在主体认定上，私人海外代购者是否属于经营者范畴，关乎私人海外代购领域是否能够适用消费者反悔权制度，学术界虽有不同的看法，但个人认为私人海外代购者可以评价为经营者，理由如下：

2.1 理论依据

2.1.1 经济法主体理论

李友根教授认为，经营者作为经济法主体，受经济法规制，是根据其行为对市场与宏观经济的影响、以及对交易秩序和交易安全的影响情况而确定的。也就是说，经营者之所以能够成为经济法主体之一，是因为经营者这一主体在市场中的行为对市场与宏观经济有较大的影响，并且很大程度上影响着市场的交易秩序与交易安全，在市场中发挥着较大的作用。要判断私人海外代购这一主体是否属于经营者，首先应当从宏观的角度去观察，探究其在市场中的影响情况。据 CNNIC 发布的《2015 年中国网络购物市场研究报告》中的数据显示，2015 年海外网购用户规模为 4091 万，较 2014 年增加 2356 万人，年增长率为 135.8%。另外，根据 iiMedia Research(艾媒咨询)数据显示，2016 年中国进出口跨境电商(含零售及 B2B)整体交易规模达到 6.3 万亿元。2017 年中国进出口跨境电商整体交易规模预计将达到 7.5 万亿元。其中，2016 年中国海淘用户规模达到 0.41 亿，增速达到 78.3%，至 2018 年，中国海淘用户预计将达到 0.74 亿^②。现实生活中，各种代购者、代购平台已经遍及每个人的日常生活中。随着近几年私人海外代购者越来越多，规模越来越大，同时这一新兴模式由于监管力度低，具有一定隐蔽性，继而出现纠纷多、维权难、征税难、监管难等现实问题，这些现实问题已经严重影响市场经济运作，以及交易秩序和

交易安全，同时还影响国家税收政策的实行。因此，应当将私人海外代购者归入经营者的范畴，从而受经济法规制。

2.1.2 经营者界定标准理论

学界将经营者界定标准分为主体标准和行为标准两类。有学者主张主体标准即经营者必须有合法主体资格，主要是指必须经过国家登记认可，拥有营业执照的经营者^[1]。而个人赞同孔俊祥教授的观点，坚持行为标准即从经营行为入手，认为凡是参与经济活动，实施不正当竞争或者消费者权益等影响市场经济秩序与安全的行为的人，都属于经营者范畴^[2]。因此，对于有种观点认为《消法》规定的经营者必须经过国家工商局注册登记，拥有营业执照，从而将私人海外代购者排除在外是不恰当的。个人认为营业执照更像是经营者的形式要件，其实质要件还要观其市场竞争中的行为。因此，私人海外代购者这种虽无营业执照但全职或者兼职从事经营活动的个人应当属于经营者范畴。

2.1 立法依据

2.2.1 立法意图

从立法的本意看，大部分私人海外代购者应当属于经营者的范畴。《消法》的创设是为了倾斜保护因信息不对称成为弱势群体的消费者的权益，从而伸张实质正义，平衡经营者与消费者的关系。正如学者认为消费者反悔权是弱者即消费者在特定经济结构中相对于强者无条件的利益优先权，从而保护和促进消费者基本权利的实现^[4]。

私人海外代购者虽略不同于一般的经营者，不像其他经营者在财产、精神、地位等方面都比消费者要强得多，但是消费者由于信息不对称导致意思自由受到障碍而依旧是弱者。电子商务交易平台下的私人海外代购，虽然都有商品的描述，但是仅仅以图片、文字等描述并不能替代消费者用自己的感官直接去感受商品、了解商品。另外，社交平台下的私人海外代购者往往利用微信朋友圈、建群等渠道简要发布商品的利好信息，而由于社交平台具有隐蔽性，消费者甚至看不到有关商品的反馈与评价。比如微信朋友圈，只有共同好友之间才可以互相看到评论，而陌生人之间只能看到发朋友圈的人发出的文字与图案，也即发朋友圈之人想让其他人

^①《消费者权益保护法》第二十五条规定：“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由，但下列商品除外：

(一) 消费者定作的；
(二) 鲜活易腐的；
(三) 在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；
(四) 交付的报纸、期刊。

除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。

消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担；经营者和消费者另有约定的，按照约定。”

^② 详见《淘宝网七天无理由退货规范》，<https://rule.taobao.com/detail5507.htm?spm=a2177.7231193.0.0.63e017caEo2n5H&tag=selc>，访问时间：2018年9月16日。

^③ 详见 <http://www.100ec.cn/detail--6393906.html>，访问时间：2018年8月19日。

看到的内容,对于朋友圈里的普通消费者之间大都不认识,没有共同好友,即使评论或者指责代购者的商品有问题,其他消费者也看不到。就算是电子商务交易平台,比如淘宝,虽然所有消费者均有权评论商品,其上传的文字或图案皆可被其他消费者知晓,但是在现实生活中,源自消费者的图文评价也不可全信。若是好评,亦有可能是商家故意以小利诱使消费者或者雇佣专业团队刷好评,给予不真实的评价。若是差评,亦有可能是同行之间的恶性竞争导致的不真实的评价。因此,两种平台下的私人海外代购皆一定程度上会扭曲消费者的内生偏好,导致其意思决定自由受到障碍或者障碍之可能,容易产生冲动消费^[5]。此时,就应当用消费者反悔权予以救济。

2.2.2 相关法律规定

最直接的法律上的印证,就是 2018 年 8 月 31 日中国第十三届全国人民代表大会常务委员会议第五次审议通过通过的《中华人民共和国电子商务法》。该法将电子商务经营者定义为:“是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织,包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。”私人海外代购者不管是销售现货还是提供代购商品的服务,只要利用互联网等信息网络进行推广、宣传,并且接收订单、销售货物的营利性活动就属于电子商务经营活动,此时的私人海外代购者就应当是该法所规定的电子商务经营者。

通过一方面,从《消法》以及经济法的其他法律有关经营者定义的规定看,大部分私人海外代购者皆是经营者的身份。《消保法》第二与第三条^[4]分别对消费者与经营者这对主体作了一定的规定,但是关于经营者概念的规定并不明确。纵观经济法中有关“经营者”的概念,有明确规定的有《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条,《中华人民共和国价格法》第三条,《中华人民共和国反垄断法》第十二条。再结合《消法》第三条的规定,对经营者的认定无非是生产、销售商品或者提供服务的法人、个人或组织。暂且不管学术界对私人海外代购行为性质的争议,有的认为是销售商品,有的认为是提供服务,但皆符合经济法中对经营者的规定,即以营利为目的,销售商品或者提供服务。

另一方面,从消费者的角度看,私人海外代购者完全有可能具有经营者的身份。消费者从不同渠道、不同平台向私

人海外代购者购买商品的消费者符合《消法》第 2 条的规定。既然可以毫无疑问地确定私人海外代购中的消费者是法律意义上的消费者,那么其对立面当然有可能是经营者的身份^[6]。消费者找私人海外代购从目的上说是一种购物,那么就可能受《消法》的规制。

3 私人海外代购中的经营者认定

私人海外代购是相对于具有一定资质的官方海外代购平台而言的,是指未经国家登记认可的代购者利用网络交易平台,发布信息、宣传广告、接收订单,根据消费者的指示从外国市场购买其所需的商品,从中获得报酬的经营活动。因此,私人海外代购者的前提必定是营利性,如果是亲朋好友趁留学、出差等机会免费帮人代为购买,这样的情形不属于私人海外代购者,更加不适用消费者反悔权。私人海外代购根据不同的分类标准,亦有不同的分类。对于各种私人海外代购形式,在经营者认定方面有不同的结果。

3.1 基于代购平台的经营者认定

根据私人海外代购者利用的平台不同,将其分为利用电子商务交易平台的私人海外代购以及利用社交平台的私人海外代购。

代购商家通过不同的网络平台发布信息、推广产品以及接收订单,主要的平台有两种,一种是以淘宝为例的电子商务交易平台,另一种是以微信、QQ 为例的社交平台。不同平台下的代购商家受监管的力度明显是不同的,电子商务交易平台下的代购商家以虚拟的网店的形式存在,具有一定的经营资质,在平台设计的营销体系中运行,受平台的监管。而社交平台一开始的定位只是即时通信工具,并不具有营销特质,不属于第三方交易平台,只是私人海外代购者利用其便捷、成本低、门槛低等优点,自己宣传营销,面向的群体是熟人,具有一定的隐蔽性,但是越来越多的人通过朋友圈、建群、公众号等形式进行营销,导致其商业化特征日益明显。在社交平台上,代购商一部分也以虚拟的网店形式存在,只不过程序没有电子商务交易平台的繁琐,另一部分则是纯粹的个人账号形式存在,通过朋友圈、建群等方式发布信息、宣传产品与接收订单。

不管何种平台下的私人海外代购,都存在不同程度的信息不对称问题而导致消费者成为弱者。因此,两种形式中的私人海外代购者都应认定为《消法》第 25 条中的经营者。

^[4]《消费者权益保护法》第二条规定:消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护;本法未作规定的,受其他有关法律、法规保护。第三条规定:经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务,应当遵守本法;本法未作规定的,应当遵守其他有关法律、法规。

^[5]这里要说明为什么不是必然关系,全国人大法工委民法室编写的《中华人民共和国消费者权益保护法解读》一书提出“偶尔、零星地出售商品或提供服务的,不宜认定为经营者,如某人偶尔在淘宝网上出售自己的二手自行车”等。由此可见,一方为消费者,另一方未必具有经营者身份。

也就是说,私人海外代购利用何种网络平台不影响其电子商务经营活动的性质,也不影响其经营者的认定。

3.2 基于不同缔约效果的经营者的认定

根据代购者与消费者之间的缔约效果不同,将其分为委托代理式私人海外代购和转售式私人海外代购。

在代购这一法律行为中总共有三个民事主体,即消费者、代购者、销售者。代购者与销售者之间很明显是买卖关系,是消费者与经营者的关系,但是代购者与消费者之间究竟是什么法律关系,代购者究竟是作为消费者购买商品的工具还是属于一个独立的经营者的身份,需要进一步阐述。如果将代购者视为消费者购买商品的一种工具、手段或者是一个无独立人格的使者,仅仅机械地代为购买消费者指定的产品,则此时私人海外代购者的终端是消费者,归属消费者,无独立性。若是将代购者视为独立的经营者的身份,则在消费者、代购者与销售者之间就存在两组经营者与消费者的关系,分别是消费者与代购者之间以及代购者与销售者之间。私人海外代购者一般是根据消费者的指示去选购产品,其间对内是基于委托关系,即委托代购者购买具体产品,对外是基于代理关系,确切地说是间接代理的关系,即代购者在海外购买产品时,销售者并不知道消费者的具体信息,是隐名代理。委托代理可以是有偿的,但是该法律关系不同于买卖合同关系,是由委托人提前告知被委托人需购买商品的具体详细的信息,在委托人的指示下完成其行为,因此委托代理式私人海外代购者不具有独立的经营者的身份。但是,这里还有一种例外情况就是,一般的代购者会趁热销商品打折降价之际提前购入,当有消费者欲购买时随时卖出去,以实现其利益最大化。此时代购者自己手头有现货,是现货交易,商品所有权已经完全转移到代购者自己手中,代购者就是真正的销售者,我们称此种交易模式为转售式私人海外代购。在该模式下,消费者与代购者之间是一种买卖合同关系,代购者具有独立的经营者的地位,是名符其实的卖家。

对于这两种形式,能够确认其经营者身份的只有转售式私人海外代购即现货交易。因为现货交易中,私人海外代购者就是事实上的销售者,类似于国外的经销商,从国外进货,在国内出售,此时具有经营者地位。而对于另一种形式的代购者,不管是有偿无偿,都只是消费者购买商品的一种工具,不具有独立性,因此不具有经营者地位。

3.3 基于交易频率和规模的经营者的认定

根据私人海外代购者交易频率与交易规模,可以将私人海外代购分为偶然型与职业型私人海外代购,同时,职业型海外代购又分为全职型与兼职型。

最开始的海外代购的形式其实是以自己留学、出差等之便零星地、少量地、无偿地帮自己的亲朋好友购买他们所需要的商品。无偿代购当然不适用消费者反悔权,因为无营利为目的,不是经营者。但是随着越来越多的人看到其中的差价带来的利润之后,便形成了一大波职业代购,其中包括全职型代购与兼职型代购。

在现实生活中大部分是兼职型私人海外代购,往往利用自己或者熟人定居在国外的便利,将代购作为兼职,频繁发布商品信息与接收订单,从而赚取其中的差价,增加收入。当然,当客户积累到一定量的时候,亦有些人会选择将代购作为自己唯一的工作,此时,代购收入就成为其最主要的收入来源,便成为全职代购。对于职业型代购毫无疑问,之所以称之为职业型,是因其持续久、规模大、交易频率高等特点,容易影响市场经济的运作,以及交易秩序和交易安全,因此应当认定为经营者。

另外,在现实中还可以看到,有些人利用自己偶尔去国外旅游、出差等的便利,在出发之前通过发微信朋友圈、建群等方式发布信息,告知可以代为购买当地商品,并可以提前询价与预定,等旅程结束归来时,便通过托运方式将其产品一并带回国。这种模式个人认为类似于“一次性”生意,只针对此次特定时间、特定目的地,有选择性地代购,对于下一次时间、目的地都有很大的不确定性,同时,这种偶然型私人海外代购交易频率低,交易量也比职业型私人海外代购少得多,可以认为这种偶然型代购不同于一般代购。因其交易频率低,交易量少,此时代购者不能认定为经营者,可以将其归类到“不宜适用”的类别,从而排除适用消费者反悔权制度,仅以《民法》、《合同法》等调整即可。

刚出台的《中华人民共和国电子商务法》中的第十条,有关电子商务经营者工商登记的规定,将“零星小额活动”排除在外,正是此意。“零星”指的就是交易频率低,“小额”指的是交易量少,说明该衡量的标准是一个软性标准,具体判断还需结合现实中的具体案例,具体数据,法官在具体分析的基础上可自我裁量。

4 私人海外代购中反悔权适用的前提:非传统销售方式

对于哪些销售方式适用消费者反悔权,学界也有争议。根据《消法》第25条的规定只是列举了四种方式,后面的“等”字如何作解释就显得极为重要,杨立新教授主张采用“非传统销售方式”的概念界定这类销售方式,以区别于在商店等场所面对面直接交易的传统销售方式。以网络、电视、电话、邮购以及上门推销等方式进行的商品销售,都属于非传统销

售^[6]。虽未提到私人海外代购这种模式，但是列举的四种方式旨在强调非面对面交易或者非固定场所交易的本质特点。

“等”字的存在体现当时立法的超前，目的是防止新兴模式的出现而造成对法律适用的困惑。

私人海外代购作为一种新兴交易方式，消费者仅仅凭借几张图片，几段文字，或者几个短暂的小视频就轻易做出决定，可能甚至看不到别人真实的评价，看不到产品具体的成分、尺寸等，这是一种典型的非面对面交易形式。私人海外代购广义上是网购的形式之一，同时某种程度上社交平台展示的商品信息不如电子商务交易平台多，信息更加不对称，消费者知情权更容易受到侵害。《消法》第25条是对处于信息弱勢的消费者的一种倾斜保护，没有道理不保护在私人海外代购中更加弱勢的消费者。因此，私人海外代购应当包含在“等”字范围内，符合非传统销售方式，从而适用消费者反悔权。

5 消费者反悔权未排除私人海外代购的适用

关于客体范围的适用，立法采取了否定式不完全列举的方法。结合《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例（送审稿）》以及《网络购买商品七日无理由退货暂行办法》等相关规定，明确排除适用的有四类，经消费者确认排除适用的有三类^⑥。对于私人海外代购商品并不属于以上七大类。

第一，私人海外代购商品不属于消费者定作的商品。定作合同中对于定作的定义分析可得，消费者定作的商品是指根据消费者对商品的要求，包括品种、质量以及具体细节要求，经营者使用自己的原材料等，投入自己的劳动，为定作人加工制作的成品。与私人海外代购不同的是，定作合同中除了有定作人的指示还必须要有承揽人的加工制作。显然，私人海外代购在者只是单纯的“搬运工”并无加工制作在其中，因此，私人海外代购回来的商品不属于消费者定作的商品。

第二，私人海外代购商品属不属于《消法》25条第一款规定的第（二）至第（四）项以及《办法》第7条规定的三项，则需依据具体代购商品的性质决定，若符合法律规定的商品特性，需排除适用。

另外，争议最大的是私人海外代购商品是否符合《消法》25条第二款的规定。的确，在实际操作中，很多海外代购者都会提醒消费者“代购商品一旦售出，非质量问题概不退货”。但是，笔者个人认为这明显是不合理的。私人海外代购商品种类很多，不能一刀切，对于确实依照商品性质不适宜退货的，经过消费者确认，可以排除适用。但是，对于热销商品，同时不具有专属性质的商品，其退货并不会影响代购者第二次出售的，并不能直接予以排除适用消费者反悔权。比如，代购回来的某一热销皮带试用后，消费者若觉得不喜欢，只要商品以及标签等符合“商品完好”的规定，就应该适用消费者反悔权，代购者应该予以退货。因此，只要所代购商品不属于法律明确排除的七类，同时不存在第二次销售困难的商品，应该适用七日无理由退货的规定。

6 结语

法律应当跟上社会发展的步伐，对于私人海外代购这一新兴交易模式，在包容其发展的基础上必然要受到规制。规制是有因的，需要充足的论证。本文就私人海外代购是否需要适用消费者反悔权制度进行初步论证，认为在私人海外代购这一领域中，排除适用消费者反悔权制度是个例，而适用则是常态、普遍的结论。至于其如何适用与完善还有待进一步探索与研究。

参考文献

- [1] 李友根. 论经济法视野中的经营者——基于不正当竞争案判例的整理与研究[J]. 法商研究, 2007(4):62-63.
- [2] 邵建东. 竞争法教程[M]. 知识产权出版社, 2003, 32.
- [3] 孔祥俊. 反不正当竞争法的适用与完善[M]. 法律出版社, 1998, 74.
- [4] 陈婉玲. 判断与甄别: 经济法权利辨析——以市场主体权利为视角[J]. 政法论坛, 2017(4):164-165.
- [5] 殷佩佩. 浅析消费者反悔权——以《消费者权益保护法》第25条为视角[D]. 华东政法大学, 2016:13-15.
- [6] 杨立新. 非传统销售方式购买商品的消费者反悔权及其适用[J]. 法学, 2014(2):33.

^⑥《网络购买商品七日无理由退货暂行办法》第七条

下列性质的商品经消费者在购买时确认，可以不适用七日无理由退货规定：

- （一）拆封后易影响人身安全或者生命健康的商品，或者拆封后易导致商品品质发生改变的商品；
- （二）一经激活或者试用后价值贬损较大的商品；
- （三）销售时已明示的临近保质期的商品、有瑕疵的商品。