

附赠式有奖销售的 若干法律问题

王继军*

一、附赠式有奖销售的立法状况及实践中的困境

附赠式有奖销售,是有奖销售的一种重要形式。^[1]它是市场经济发展初级阶段的一种经济竞争现象。它的积极作用在于为商品生产者或经营者创造有利的产销条件,促进商品销售。对于正当的竞争秩序而言,它的消极作用是,不但会扭曲本应建立于商品的质量、性能和价格等因素之上的效率竞争,还会给正常的商业经营者造成不利和混乱的竞争环境。对消费者的利益来说,其可能的消极作用是,附带赠品会诱使顾客偏离购物的本意,使之不去考虑商品的质量、性能和价值以及是否需要等本应考虑的因素,而是受到可得额外好处的影响去购买,最终损害了消费者的利益。另外,附赠式有奖销售易与诸如“巨奖销售”、“商业贿赂”、“附条件的交易”、“不正当削价竞销”等不正当竞争行为相混淆,因此,在一些市场经济比较发达的国家,附赠式有奖销售是被禁止的。而我国目前正处于由计划经济向市场经济转轨时期,市场经济确立之初,附赠式有奖销售对于启动市场搞活企业,具有积极的不可替代的作用。因此,我国在制定反不正当竞争法时,在规制具有欺骗性和推销质次价高的商品以及奖金额超过5000元的抽奖式有奖销售的同时,对附赠式有奖销售未予以禁止。

附赠式有奖销售是指经营者销售商品或提供服务,附带性地向所有购买者提供物品、金钱或者其他经济利益的行为。目前,我国调整附赠式有奖销售的法律规范,主要是反不正当竞争法和国家工商行政管理局制定的《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》(以下简称《禁止有奖销售中不当行为规定》)。这两个法律规范对于确认和规范附赠式有奖销售活动,起到了一定的积极作用。这两个法律规范的不足和缺陷在实践中也反映出来了。它的不足和缺陷集中体现在对附赠式有奖销售的规制和认可上。例如,当前市场上常见的“买一赠一”^[2],是合法还是违法?在一般销售小额商品的情况下,比较容易判断,它不会构成对其他经营者的危害,不会破坏正常的竞争秩序。但是,如果销售的是大额商品,附赠的奖品金额超过了

* 山西大学法学院副教授。

[1] 另一种有奖销售形式是抽奖式销售。凡以抽签、摇号等带有偶然性的方法决定是否奖励部分购买者的,均属抽奖式有奖销售。本文不讨论抽奖式销售方面的法律问题。

[2] “买一赠一”有两种方式,其一是同类同种商品的附赠,如买一种香皂附赠一块价值相等的香皂;其二属于不同种类商品的附赠,如,每买一台电视机赠送一个室内天线,买一本书赠送一个书签,这种附赠属欺骗性的。本文研究的是前一种情况。

5000元,甚至50000元,形成巨奖销售的情况下,可以肯定地说,依照反不正当竞争法和《禁止有奖销售中不当行为规定》是无法处罚的。因为以上两个法律规范,只对抽奖式有奖销售规定了“最高奖金额不得超过5000元”,而对附赠式有奖销售的最高奖金额未加限制。再例如,某国有药品批发企业长期向某制药厂购买先锋霉素针剂,购买十支针剂,制药厂无偿赠送一支,即“买十赠一”。而该国有药品商业批发企业所在地工商行政管理局依据《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(以下简称《禁止商业贿赂的规定》)第8条^[3],判定这种行为是商业贿赂,决定没收该企业享受的附赠式针剂价款约130万元,罚款20万元,并认为市场上常见的“买十赠一”是公开的商业贿赂。对此,该国有药品商业批发企业依据《禁止有奖销售中不当行为规定》第2条^[4],认为自己的行为是附赠式的有奖销售,属正当竞争行为,不但不应没收罚款,而且应当受到保护。该案从1996年初开始查处至今无法结案,其主要原因就是《禁止有奖销售中不当行为规定》与《禁止商业贿赂的规定》存在着矛盾和冲突,使之在执法实践中出现了性质截然相反的结论。另外,在实践中也不乏大量的将附赠式有奖销售与附条件的交易、不正当削价竞销等商品交易中的不正当竞争行为相混同,难以处理的案件。

从执法实践中反映出的问题,对照反不正当竞争法和《禁止有奖销售中不当行为的规定》可以看出,有奖销售方面的这两个法律规范,在规制和认可抽奖式有奖销售方面的问题和缺陷比较少,而对附赠式有奖销售的规制和认可存在的问题比较多,这些问题集中表现在以下几个方面:

首先,在对有奖销售进行规制和认可中,大量的条文和法律规范都集中在对抽奖式有奖销售上面,而对附赠式有奖销售的规制和认可,只有一个法律规范,即“不得利用有奖销售推销质次价高的商品”。这样简单的法律规范,很难规制表现形式比较复杂的附赠式有奖销售本身所具有的消极作用,发挥其积极作用。

第二,既然法律规范认可经营者销售商品或提供服务时,可以附带地向所有购买者提供物品、金钱或其它经济上的利益,但对附赠式有奖销售所提供的物品、金钱或者其它经济上的利益的量,没有法律上的度的界定。一旦形成“巨奖销售”,附赠式有奖销售对社会不但无益,而且会有害。

第三,附赠式有奖销售,是指经营者销售商品或者提供服务时,附带地向所有购买者提供物品、金钱或者其它经济利益的行为。而我国又禁止“经营者为销售或者购买商品而采用财物^[5]或者其他手段^[6]贿赂对方单位或者个人的行为”(商业贿赂)。这两种行为之间的界限如何确定,特别是什么方式是商业贿赂,什么方式是附赠式有奖销售。在有关附赠式有奖

[3] 国家工商行政管理局制定的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第8条:“经营者在商品交易中不得向对方单位或者个人附赠现金或者物品,但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。违反前款规定的,视为商业贿赂行为。”

[4] 国家工商行政管理局制定的《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》第2条:“本规定所称有奖销售,是指经营者销售商品或提供服务,附带性地向购买者提供物品、金钱或者其它经济上的利益的行为。包括奖励所有购买者的附赠式有奖销售和奖励部分购买者的抽奖式有奖销售。”

[5] 国家工商行政管理局制定的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第2条第3款对“财物”的解释规定是指现金和实物,包括经营者为销售或者购买商品,假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义,或者以报销各种费用等方式,给付对方单位或者个人的财物。

[6] 同上规定第4款,“是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其它利益的手段。”

销售的法律规范中十分模糊。

第四,从附赠式有奖销售的部分购买者的真实意愿来看,往往因附赠奖品诱惑偏离购物的本意,不去考虑是否需要,为得到额外好处的影响去购买商品,最终受到损害。这种情况下,与经营者在销售某种商品或提供某种服务时违背相对交易人的意志,强迫相对人购买其不需要、不愿购买的商品或者接受其他不合理的条件的“附条件的交易行为”;应如何界定和区别,在附赠式有奖销售和附条件的不正当交易的有关法律规范中并未解决。

第五,附赠式有奖销售中经营者在销售商品或提供服务时,要附带性地向所有购买者提供物品、金钱或者其他经济利益。那么,附带性地向购买者所提供的物品、金钱或者其他经济利益,与经营者阶段性地以低于成本价格销售商品,从而排挤其他竞争对手,操纵市场,形成独家经营局面的“不正当削价竞销行为”应如何界定和区别,在对附赠式有奖销售以及不正当削价竞销的法律规范中,很难加以区别和界定。

总之,既然我国现阶段允许和保留了附赠式有奖销售这种经济竞争手段,在法律上就应该比较完善地规制其消极作用,认可其积极作用。特别是应将附赠式有奖销售与在商品交易中直接可能产生的诸如“巨奖销售”、“商业贿赂”、“附条件的交易”、“不正当削价竞销”等不正当竞争行为的界限划清。对当前我国附赠式有奖销售的法律规范中存在的上述缺陷和问题,进行深入的理论上的探讨和研究,为避免不同法律规范之间发生矛盾和冲突,避免经济秩序的混乱,保护正常的竞争秩序,制裁不正当竞争,维护消费者的合法权益均具有十分重要的意义。

二、附赠式有奖销售与巨奖销售

巨奖销售是指经营者为了促销目的,采用相对过高的奖金或奖品,引诱消费者购买其商品,从而占有市场的行为。它是市场主体多元化、商品丰富、出现买方市场、市场竞争日益激烈、企业经营周转率加快的产物。巨奖销售是一种不正当的竞争行为,它的危害主要表现在对企业公平交易的损害和对消费者的侵害两个方面。它不是通过商品的质量、优良的服务、公平的价格吸引顾客,而是利用消费者的投机心理、发财欲望引诱购物,推销商品,以此抢占市场。其实,只要不出现失误,所有的奖金奖品仍取之于销售成本,并非经营者的销售利润。绝大多数消费者由于受到高额奖金(奖品)的引诱购买了并不需要或暂时不需要的商品,使之蒙受不必要的损失。对企业而言,巨奖销售一旦启动,大家无限升级,企业会冒更大的风险,并把营销战略引导到了错误的方向。对生产经营者来说,这种市场信息是扭曲的。一时的旺销,并不代表社会真正的需求。如果企业盲目生产盲目进货,就会导致产品的积压。最重要的,巨奖销售对商业企业来说,是一种不平等竞争,会破坏竞争秩序。巨奖销售实际上是商业企业实力上的较量,能够搞巨奖的一般都是实力雄厚的大型商业企业,大量中小商业企业无力与之平等较量。因此这种竞争手段是不公平的,会损坏中小企业的利益,造成竞争结构上的不平衡。同时会使商界以强凌弱,滥用经济优势,造成对整个市场竞争秩序的破坏。这对整个社会的经济发展,对满足社会消费者的多层次需求也是不利的。

巨奖销售行为在其他一些国家也同样存在,只是表现形式、表现程度有所不同。一些国家对有奖销售、巨奖销售在法律上明确作了规定,以此来限制和规范经营者的竞争行为。1962年针对有奖销售、巨奖销售对正常经济秩序的冲击,日本制定了《不当赠品及不当表示防止法》,该法规定:“公正交易委员会为了防止不当地引诱顾客认为有必要时,可以就赠品价额的最高

额、总额、赠品的种类、提供方法或其他有关提供赠品的事项作出限制,或者禁止提供赠品”。由此可见,日本对巨奖销售的认定、判断,授权给了公正交易委员会这样一种专门机构来随机处理。法国允许附赠价值不大的广告样品,但禁止有奖销售,巨奖销售当然属被法律禁止之列。德国1932年制定了《附赠法令》,其目的在于禁止附赠行为,提高竞争效率,它的内容与法国的有奖销售法律有相同之处,附带赠品的销售是被法律所禁止的,自然巨奖销售就更为法律所不允许。这些国家对巨奖销售的立法,对于我们规范附赠式有奖销售,防止形成巨奖销售,危害正常竞争秩序,具有重要的借鉴作用。^[7]

依我国《反不正当竞争法》和《禁止有奖销售中不当行为规定》,最高奖的金额超过5000元的有奖销售属不正当竞争行为,这一规定的实质在于禁止“巨奖销售”。但这一规定,只局限于对抽奖式的有奖销售的最高奖的金额,对附赠式有奖销售的最高奖金额的规制没有作用。是否对附赠式有奖销售在奖金额上不加限制就不会导致“巨奖销售”呢?回答应当是否定的。如“买一赠一”就是明显可以导致“巨奖销售”的一种附赠式有奖销售。如果对附赠式有奖销售在量和度上不加以规制,势必给附赠式有奖销售的经营者搞“巨奖销售”留下一个法律上的漏洞。因此,对附赠式有奖销售的法律规范中,在认可附赠式有奖销售为合法的同时,必须对附赠式有奖销售有可能形成巨奖销售的“漏洞”作出明确的规制,具体在立法中,应当解决以下几个问题。

第一,应在《禁止有奖销售中不当行为规定》中增加对附赠式有奖销售奖金或奖品的最高额进行限制的规定。^[8]其目的是为了阻止附赠式有奖销售形成“巨奖销售”。由于附赠式有奖销售是面向“所有”购买者提供奖金或奖品,因此在奖金或奖品的价值上采用比例累进递减的办法比较妥当,即附赠奖品或奖金金额=所销售商品的单项价格×附赠奖(品)金价值限额比例+所购商品数的递减系数。例如:销售一台价值5000元的彩电,附赠品不得超过8%,购买50台附赠奖品不得超过5%,购买100台附赠奖品价值不得超过1%,如此类推递减。

第二,在立法中应明确规定,对有奖销售的所有奖品费用必须计入经营者销售商品或提供劳务所得的利润之中,不得计入成本。这样规定一方面可以抑制经营者无限制地扩大奖品的额度形成巨奖,另一方面可以防止经营者将奖品的费用摊入商品或劳务的成本之中,转嫁给消费者,侵害消费者的合法权益。

第三,对附赠式有奖销售的经营者和商品或劳务购买和接受者设置有奖销售和奖品特别税,一方面可以调整附赠式有奖销售给中小型企业造成的不利影响,另一方面可增加国家财政收入。

三、附赠式有奖销售与商业贿赂

商业贿赂是指经营者为销售或者购买商品在经营活动中采用财物或其他手段贿赂对方单位或者个人以促成业务交易,挤掉别的竞争对手,从而占领市场的行为。其中的财物是指现金和实物,包括经营者为销售或购买商品,假借促销费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义,或者以报销各种费用等方式,给付对方单位或者个人的财物。其他手段是指提供国内外

[7] 参见曹天站主编:《现代竞争法的理论与实践》,法律出版社1993年版,第184页以下。

[8] 参见沈宗灵:《当代中国借鉴外国法律的实例(下)》,《中国法学》1997年第6期。

各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益手段。附赠式有奖销售是指经营者销售商品或提供服务,附带性地向所有购买者提供物品、金钱或者其他经济上的利益的行为。应当肯定,这两种行为在表现方式上有其相同和相似的方面:

第一,这两种行为都是经营者在商品或提供服务的交易过程中,给予相对方一定的物品、金钱和经济上的利益的行为。

第二,在买方市场的条件下,这两种行为的目的是经营者为促进自己的商品或劳务的销售(在卖方市场的情况下,商业贿赂行为的目的相反)。

第三,在买方市场的条件下,这两种行为的主体均是商品销售和劳务的提供方,而相对方则是商品或劳务的购买和使用者(在卖方市场的情况下,商业贿赂的主体还包括商品和劳务的购买者)。

附赠式有奖销售与商业贿赂虽然在表现方式上有许多相同或相似之处,但两者的性质是截然不同的。前者在我国是有条件允许的行为;后者在所有国家是被法律所禁止的行为。因此,我们必须看到这两种行为的区别,否则,在规制这两种行为的法律规范中必然会出现矛盾和冲突。事实上,我国法律在规制这两种行为的法律及规章中已出现了矛盾和冲突。如国家工商行政管理局根据反不正当竞争法制定的《禁止有奖销售中不当行为规定》与《禁止商业贿赂的规定》中的有关条款,就存在着矛盾和冲突。按《禁止有奖销售中不当行为规定》“经营者销售商品或提供服务,附带性地向购买者提供物品、金钱或其他经济上的利益”^[9] 只要是不带有欺骗性、不是推销质次价高的商品,就属正当竞争行为,不被禁止。而《禁止商业贿赂的规定》“经营者在商品交易中不得向对方单位或者个人附赠现金或者物品”,只能“按照商业惯例赠送小额广告礼品”,否则“视为商业贿赂行为”。^[10] 《禁止有奖销售中不当行为规定》和《禁止商业贿赂的规定》这两个行政规章中对附赠式有奖销售和商业贿赂两种行为的明显矛盾和冲突,导致了执法实践中的混乱,对于什么是合法的附赠式有奖销售,什么是被视为商业贿赂的附赠式有奖销售,其界线难以划清。附赠式有奖销售与商业贿赂的区别主要表现在以下几个方面:

第一,这两种行为的性质是截然不同的。商业贿赂从根本上扭曲了公平竞争的本质,使价值规律无法充分发挥正常作用,阻碍了市场机能作用的正常发挥,从而破坏了市场正常的交易秩序,使得国家税收严重流失,并为不法生产经营者进行大肆制造、销售假冒伪劣商品,牟取暴利,坑害用户、同业者与消费者大开方便之门,同时也是孽生贪污、受贿犯罪的温床。而附赠式有奖销售行为,在限制的条件和范围内,是一种正当的竞争行为,对于促进企业发展,经济秩序上的稳定以及其他经营者、消费者和整个市场的良性循环有益无害。

第二,这两种行为发生存在的条件不同。商业贿赂无论是在卖方市场,还是在买方市场的情况下,均可能发生和存在。而附赠式有奖销售只发生和存在于买方市场的情况和条件下。在供不应求的卖方市场情况下,不会发生和存在附赠式有奖销售。

第三,这两种行为在相对人的主体范围上是不同的。附赠式有奖销售的相对人的主体范围比较广泛,即给予所有的商品或劳务的购买者和使用者以物品、金钱或经济上的利益。而商业贿赂则是向对方购买商品或接受劳务有决定权的个人给予物品、金钱或其它经济上的利益。如向交易相对方的采购人员、负责人、代理人及其他有决定影响的人提供报酬和其他好处。

[9] 国家工商行政管理局制定的《禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》,第2条。

[10] 国家工商行政管理局制定的《禁止商业贿赂行为的暂行规定》,第8条。

第四,附赠式有奖销售给予对方的物品、金钱和经济上的利益其价值与所销售的商品价值比例比较固定,不会左右市场形势,且一般要计入经营者应得的利润之中,不得计入成本。而商业贿赂给予相对方的物品、金钱和经济上的利益一般价值不固定,且都要计入商品和劳务的成本之中,即“羊毛出在羊身上”。

第五,附赠式有奖销售一般是明示的。从各允许有奖销售国家的法律中均可见,无论是附赠式还是抽奖式的有奖销售必须是明示的,否则属于违法。而商业贿赂则都是在暗中进行的,其支付的金额款通常采取伪造财务会计帐册的形式进行掩盖,具有隐蔽性,而且在给送的方式上是秘密进行的。

对附赠式有奖销售与商业贿赂在理论上加以界定的目的就是为了对这两种行为在立法上正确地加以规定提供依据。对附赠式有奖销售与商业贿赂在立法上的界定,应当考虑以下因素。

第一,应当肯定在我国目前市场经济水平下,保留并允许附赠式的有奖销售是符合我国实际的。它是市场经济发展过程中的必然产物,它对于买方市场的形成,促进物资丰富,加快产品流通、促进企业销售商品和提供劳务均具有十分重要的意义。同时对附赠式有奖销售可能形成的弊端,主要是利用附赠式有奖销售进行商业贿赂,要进行规制和防止。

第二,应对国家工商行政管理局制定的《禁止商业贿赂的规定》第8条加以修改,并在反不正当竞争法中加以体现。应将《禁止商业贿赂的规定》第8条修改为“经营者在商品交易中除依法进行有奖销售外,不得向对方单位或者个人附赠现金或物品”。取消“按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外”条款。因为《禁止商业贿赂规定》第8条的规定直接与《禁止有奖销售中不当行为规定》第3条有矛盾和冲突。将“赠送小额广告礼品”纳入《禁止有奖销售中不当行为规定》。

第三,应规定享受附赠式有奖销售奖品的如果是单位,其附赠的物品、金钱或其他经济上的利益必须明示入帐,由购买或使用劳务的单位享受所有权,不得由单位中的个人享有,否则以商业受贿论处。

第四,应当规定附赠式有奖销售的奖品、奖金除必须明示以外,其价格必须要固定,而且其奖品的金额不得计入成本,应计入经营者在销售过程中所得的利润之内。这样除可防止巨奖销售之外,还可以有效地抑制经营者进行商业贿赂的投机心理。

总之,只有在立法上将附赠式有奖销售和商业贿赂加以正确的界定,剔除行政规章中的矛盾和冲突,才能消除在执法实践中对这两种行为发生的混同,有效地保护合法,制裁违法。

四、附赠式有奖销售与附条件交易

附条件的交易是指经营者利用其在经济、技术等方面的优势地位,在销售某种产品或者提供某种服务时违背相对交易人的意志,强迫相对交易人购买其不需要、不愿意购买的商品或者接受其他不合理的条件。根据反不正当竞争法的规定及有关解释,附条件的交易行为主要有两种表现形式,第一,搭售商品,即销售者利用其生产经营上的优势,要求购买其产品的经营者必须同时购买另一种产品;或者要求购买其单件产品的经营者必须购买其全套系列产品;第二,在销售商品时附加其他不合理交易条件。即经营者在提供商品或服务时,要求相对交易人接受其所提出的商品或服务以外的其他不合理条件。如制造商在向批发商提供商品时,限定转售商

品价格等。附条件的交易是一种不正当竞争行为,它违反了平等自愿、诚实信用的商业道德,败坏了社会主义商业信誉,限制了自由竞争的开展,妨碍了公平竞争秩序的建立和完善,促进了劣质产品的生产和销售,造成了极大的社会浪费,对我国的社会主义市场经济的健康发展有极大的破坏作用,对广大经营者的合法权益有极大的损害。^{〔1〕}

附赠式有奖销售在某种程度上与附条件的交易也会发生交叉或相同。例如,这两种行为的相对人对所购商品或接受服务时都要受商品或服务以外的商品或条件、利益等左右。因此,在理论上将附赠式有奖销售与附条件的交易区别加以界定,对指导执法实践具有重要的意义。附赠式有奖销售与附条件交易的重要区别是:

第一,两种行为的性质不同。附赠式有奖销售在我国反不正当竞争法及其有关规定中,被认为是合法的行为,受到法律的保护;而附条件的交易则是一种不正当竞争行为,被我国法律所禁止。

第二,两种行为相对人的主体结构不同。附赠式有奖销售与附条件的交易虽然都是发生在商品销售或劳务提供过程中,且为销售或提供一方的附带行为,但这两种法律关系的销售或提供商品或劳务的相对方的主体结构是不同的。附赠式有奖销售的相对方主体,既包括经营者中者,也包括消费者。只要是接受或购买商品或劳务的一方,均构成附赠式有奖销售法律关系的主体。而附条件的交易其主体,只限于经营者之间,不包括消费者。例如,零售商业企业在向消费者销售名牌、优质、畅销商品时硬性搭配杂牌、劣质、滞销商品的行为,不属于反不正当竞争法中附条件交易行为。因为零售商业企业的这种搭售行为,虽然侵害了消费者的合法权益,但从竞争关系的角度讲,却不属于反不正当竞争法所调整的范围。对这种行为,我国消费者权益保护法有明确规定:消费者有权自主选择商品品种或者服务方式,自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。

另外,需要附带说明的是,附条件交易行为必须是经营者的行为。非经营者(如国家机关、行业协会等)从事管理活动时,对其管理相对人附加不合理条件的行为,是履行其相应职能时所为的行为,而不是一个市场交易行为,而且所利用的是其特定的管理权利,而不是经济优势,因此,不属于附条件的交易行为。这个行为具有违法性时,可作为超经济强制行为进行处理。

第三,这两种行为发生的市场情况不同。附赠式有奖销售一般发生在买方市场的情况下,它对于促使企业或经营者,提高和促进产品质量、性能,具有积极的作用。而附条件的交易一般发生在卖方市场的情况下,它不但严重地侵害其他经营者的合法权益,而且对企业或经营者提高产品质量、性能具有消极作用。

第四,接受附带的情形不同。附赠式有奖销售与附条件的交易,都是在销售商品或提供劳务的过程中,附带地向购买或接受方提供一定的物品等。但附赠式有奖销售的相对方在接受时表现为自愿,而附条件交易的相对人则表现为不愿意。而部分附赠式有奖销售的相对人对购买或接受则并非“本意”,只是在奖品的诱惑下而购买或接受的也表现为自愿。

第五,对这两种行为判断的标准不同。对附赠式有奖销售是否合法,判断的标准应当是法律、法规所确定的条件。而附条件交易因其是在违背交易相对人意志的条件下实施的,违反了交易中应遵守的自愿、平等、公平、诚实信用原则和公认的商业道德。因此判断其附加的条件是否合法、合理,其标准除法律法规外,一般情况下看它是否符合平等、自愿、公平的原则。如果是

〔1〕 参见刘剑文、崔正军主编:《竞争法要论》,武汉大学出版社1996年版,第103页—107页。

交易相对人自愿接受经营者的附条件交易行为,则构成经营者之间协议组成部分,不构成附条件交易行为,由民事法律调整。

五、附赠式有奖销售与不正当削价竞销

不正当削价竞销是指经营者以排挤竞争对手为目的,在一定的市场和时期内实施的以低于成本的价格销售其商品的行为。按我国反不正当竞争法第11条规定,除对销售鲜活商品有效期将到的积压品、季节性降价、歇业转产的削价销售允许外,其它的削价销售均被视为不正当削价竞销行为,被法律禁止。不正当削价竞销行为虽然暂时有利于消费者,但从长远的角度看,从价值规律的角度看,经营者只有在产品价格高于成本价格的情况下,才能生存和发展,如果长期以低于成本价去销售产品是根本不可能的。因此一些实力较雄厚的企业以暂时低于成本的价格销售产品,挤垮别的中小企业以后,形成独家经营局面,然后再抬高价格获取更高的利润,这样不但损害了其他经营者的利益,而且损害了消费者的利益,破坏了正常的竞争秩序。不正当削价竞销实质在于经营者在一定时期内采用低于成本价的方式销售商品,而附赠式有奖销售在销售商品时,又要附带提供物品、金钱或其它经济上的利益,那么这些附带物品、金钱和利益,与销售的商品的成本、价格应形成一种什么样的比例关系为合理、合法,不致使附赠式有奖销售成为变相的不正当削价竞销,不致使附赠式有奖销售去危害正常的竞争秩序。这些问题都应做为理论研究的重要课题。

为了有效地发挥附赠式有奖销售的积极作用,抑制其可能发生的不正当削价竞销的消极作用,对附赠式有奖销售的法律规制应做如下考虑:

第一,在规制附赠式有奖销售的法律规范中,应明确规定,经营者不得将附赠给购买者的物品、金钱或其它经济利益的价值计入销售的商品的成本之中。这样规定一方面可以抑制经营者无限扩大奖品额度形成的巨奖销售和将奖品费用摊入商品的成本之中转嫁给消费者,另一方面又可以抑制以附赠式有奖销售为名,低于成本销售,搞变相的不正当削价竞销。

第二,附赠式有奖销售的商品的价格,不得低于没有附赠奖品而销售的商品的价格。因为在同等条件下,所销售的商品价格相同,附赠奖品能够起到促销作用,是一种正常的竞争。如果搞附赠奖品的商品,其销售价格还低于没有附赠奖品的商品价格,实际上形成了低于成本价的销售,经营者之间是不公平的,是一种实际上的不正当削价竞销行为。

第三,附赠式有奖销售的奖品如与所销售的商品价格相同时,应当被禁止。因为奖品应是销售商品的附带性物品、金钱和经济上的利益,奖品与销售的商品价格相同时,一方面如前所述可以形成巨奖销售(买一赠一),另一方面必然形成不正当削价竞销。两件商品的成本加起来,以一件商品的价格去出售,那么出售的这件商品的价格肯定会大大低于成本价格,这是一种实际上危害更大的不正当削价竞销行为。

第四,附赠式有奖销售的商品价格,在一定的时间内不允许经营者随意抬高或压低。不正当削价竞销的目的在于挤垮别的竞争对手,在一定时期内先以低于成本的价格销售商品,在独占市场后,再抬高商品价格获取高额利润。因此,为了防止附赠式有奖销售演变为不正当削价竞销,在规定附赠式有奖销售的法律规范中,对附赠式有奖销售的商品价格上下浮动必须做出相对稳定的时间限制,即经营者在一定的时期内对其附赠奖品所销售的商品价格,上不得突破的界限及下不得突破的界限。在具体的立法中,可以规定附赠式有奖销售的商品价格在附赠销

售活动期间及此后 3—6 个月内不能突破 5—10% 上下限的限制。

结 论

附赠式有奖销售是市场经济初级阶段特有的现象,在今天具有存在的必要性,它对于促进竞争、引导消费、让利于消费者有一定的积极作用。同时,还应看到,发达的市场竞争形态下,商品销售的优劣势取决于成本、技术、管理等软硬件的结合,而不依赖于附加于商品之外的物品诱惑。这也是目前国际上大多数发达市场经济国家禁止有奖销售的一个主要原因。随着我国市场经济的发展和逐步成熟,对附赠式有奖销售的法律规制应不断完善和趋于严格。

有奖销售的存在既然以一定的市场发展阶段为前提,那么,在特定的允许状态下,通过一定的法律规制,来保障、发扬其优点和长处,并抑制其缺点和不足,就成为一种社会治理的当然选择。这种法律规制,要达到如下两个目的,一是制止不正当竞争行为,保护其他经营者的利益。这是保证市场机制正常运作、竞争行为走向成熟的有力措施,在我国市场经济发育尚处稚嫩的今天有很强的现实意义。二是防止损害购买方的利益。市场交易的成本大小,在一定程度上决定着市场的发育程度。终极消费者作为商品的用者,有权利享受质高价低的商品。而对于某些出售方贿赂购买方经办人而损害购买方利益的情况(如给采购员个人回扣等),则应坚决制止。这种行为,从市场运作层面来看,增加了交易成本(这会转嫁到消费者身上),降低了市场的透明度。从这一行为的法律后果看,破坏了交易公正,损害了社会主义的市场经济法律秩序。

由于附赠品的种类不同,因此对有奖销售可作相应的分类和规制,大抵包括:一,价格折扣性有奖销售(如买十送一),购买者以同样的购买成本得到了数量增加的商品,事实上形成一种价格上的优惠。该行为的缺点是容易导致巨奖销售(如买一送一),因此对其奖品比例和价格变动应作适当的上下限的限制,保证其不致走向反面。二,附赠其他物品的有奖销售(如买书送书签)。该行为的缺点是容易形成欺诈性销售(如在买一赠一的招牌下,每买一台价值数千元的冰箱赠送一个价值仅一元的盛蛋器)。因此该类有奖销售须明示附赠的物品名称、型号、种类、价值、数量。三,附赠其他经济利益的有奖销售。该类行为由于经济利益的实现方式不同,因此经济利益所反映的经济价值处于一种不确定的状态。所以,应当明示交易条款中承诺该经济利益的可实现性及补偿方式。四,附赠金钱的有奖销售。金钱是一种种类物,且具有所有权易转移的隐蔽性。交易中附赠金钱的行为在我国经济合同中比较少见。由于附赠金钱的有奖销售易滋生贪污腐败,所以以禁止为宜。

附赠式有奖销售的多样与复杂性,在实践中极易造成与商业贿赂、巨奖销售、附条件的交易、不正当削价竞销相混同。事实上,它们之间并没有不可逾越的鸿沟,反而在某种程度上具有同一性。附赠式有奖销售的奖品在财务处理上必须入帐,在交易中必须明示,否则即构成商业贿赂。附赠式有奖销售的附赠品如超过一定价值(如达到所售商品价格的 50% 以上),则构成巨奖销售。附赠式有奖销售在有奖销售结束一段时间后提升价格,则构成不正当削价竞销。可见,生活实践远比理论分析要丰富复杂得多。