

抽奖式有奖销售之正当规范目的探析

摘要

抽奖式有奖销售的现实在我国处于混乱的状态,这与规范本身的功能错位有关。我国反不正当竞争法以消费者购买商品或服务为前提的抽奖式有奖销售作为规制对象。然而,在美国、德国等国家的立法、判例以及学理上,以购买或对价为前提的抽奖式有奖销售涉嫌法律禁止的赌博契约。从功能来看,抽奖式有奖销售应不在于通过抽奖达到商品或服务的直接销售,其仅在于提高消费者对相关商品或服务及其归属主体的认知程度。换言之,抽奖式有奖销售应功能性的定位为促销广告,其为经营者实现主营业务的附带性、偶然性手段,本身没有独立的存在目的。从反不正当竞争法及反垄断法来看,作为一种附带性、偶然性的广告手段,切断购买关联的抽奖式有奖销售没有最高奖金额度限制的必要性,单纯奖金数额的高低既不属于利诱,也不构成市场妨碍或市场地位滥用。

关键词 抽奖; 有奖销售; 赌博; 广告;

目 录

问题的提出.....	2
一、我国法律的规定及学者看法	2
二、赌博契约的合法性及其法律效力	4
(一) 赌博契约的概念.....	4
(二) 赌博契约的合法性及其法律效力.....	5
三、赌博契约与抽奖式有奖销售	8
(一) 构成赌博契约的抽奖式有奖销售.....	9
(二) “抽奖”及“销售”本身的法律效力	12
(三) 德国反不正当竞争法的不同观点.....	12
四、我国抽奖式有奖销售规范的合理性考察	14
(一) 抽奖式有奖销售的规范历史.....	14
(二) 对我国抽奖式有奖销售立法的评价.....	15
五、抽奖式有奖销售规范的价值基础.....	18
(一) 抽奖式有奖销售的广告本质.....	18
(二) 抽奖式有奖销售作为广告言论之“附带性”限度.....	19
六、抽奖式有奖销售“竞争法”之规制	22
(一) 抽奖奖金额度限制合理性质疑.....	22
(二) “利诱”及“竞争妨碍”之疑问	23
七、结论	30

问题的提出

在我国，合法的“赌博”方式为国家发行的彩票，其因国家的垄断经营和目的的公益性而具有合法性和正当性，民间私彩为法律禁止。不过，当代的博彩业最早起源于民间，其最初的形式是“有奖销售”。¹目前，彩票业与有奖销售分离而为国家垄断经营，但抽奖式有奖销售利用抽奖或彩票的方式进行促销的模式依然存在。

从规范角度言，抽奖式有奖销售与赌博的关系在目前的法律框架内是一个已经解决的问题。抽奖式有奖销售属于反不正当竞争法规范的对象，而借抽奖之名变相发行彩票的“有奖销售”为反赌博的相关规范所禁止。按照我国反不正当竞争法的相关规定，抽奖式有奖销售以消费者购买商品或服务为前提，且其最高奖金额度不得超过 5000 元。但现实生活中超过法定最高限额的抽奖甚至是司空见惯的现象，商家往往利用无效的巨奖销售迷惑消费者；²不法之徒甚至利用有奖销售频繁进行诈骗，甚至这种诈骗已经为人们司空见惯。³同时，有的经营者为“规避”法律关于最高奖金额度上限的规定，举办不以购买为前提的抽奖活动，其最高奖额已远远超过 5000 元的上限；⁴而有的经营者不但以购买商品或服务为参与抽奖的前提，还要求消费者支付额外的费用。⁵

可以说，我国抽奖式有奖销售相关法律的规定似乎比较清晰，而抽奖式有奖销售法律所规制的生活领域却处于失范的混乱状态。那么，现存有奖销售的法律规定是合理，其与赌博契约的关系如何？抽奖式有奖销售是否应以购买作为前提？其应有的功能定位是什么？其法律限度何在？本文试图围绕这些相互关联的问题作些探讨。

一、我国法律的规定及学者看法

国家工商总局《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 条规定：“本规定所称有奖销售，是指经营者销售商品或者提供服务，附带性地向购买者提供物品、金钱或者其他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。凡以抽签、摇号等带有

¹ 参见《中国当代彩票业正式诞生于 1987 年至今已 20 年》，《中国经济周刊》，2007 年 9 月 24 日。

² 《购商铺可中轿车大奖？》，《广州日报》，2008 年 1 月 11 日。《称买楼抽奖可中宝来车 开发商“出手大方”搞促销被罚》，《京华时报》，2005 年 7 月 19 日。

³ 《中消协消费警示：先交钱、后领奖的“中奖”活动是骗局》，《经济参考报》，2008 年 1 月 11 日。

⁴ 《黄金周惊喜促销重磅出击》，《深圳特区报》，2006 年 9 月 30 日。《屈臣氏设大奖引来质疑》，《北京晚报》，2005 年 7 月 17 日。

⁵ 《超市柜台办抽奖拿奖先交“广告费”》，《南方日报》，2008 年 3 月 14 日。《购物抽中 7 万元轿车 缴 10 万押金才能开走》，《重庆晨报》，2007 年 10 月 13 日。

偶然性的方法决定购买者是否中奖的，均属于抽奖方式。经政府或者政府有关部门依法批准的有奖募捐及其他彩票发售活动，不适用本规定。”该规定是基于《反不正当竞争法》对有奖销售规定的过于概括而进行的补充。按上述规定，抽奖式有奖销售由“抽奖”和“销售”两个部分连接在一起，两者的关系即需要讨论。按照法律条文的表述，抽奖是附带性的，但什么是附带性，如何认定附带性？抽奖与销售的关系如何？这涉及到抽奖式有奖销售性质认定的问题。

对此，王利明教授列举了学理上存在的三种不同看法：“第一种观点认为有奖销售合同在性质上是附负担的赠与，也就是说双方发生一方赠与奖券给另一方，另一方必须购买一定价值的商品的合同关系。购买商品是赠与的负担，如果负担未能履行，则赠与合同无效。第二种观点认为，有奖销售属于附条件的赠与合同。此种观点认为，购买一定价值商品的行为具有任意性，它是一种条件而不是具有强制性的义务负担。第三种观点认为，有奖销售是一种买卖合同关系，同时也发生了一种一方中奖后，另一方支付奖品或奖金的博彩合同关系”。⁶不过，他认为，“消费者获得奖券或直接获得赠品与其购买商品的行为是密切联系的，如果他不花钱购买商品是不可能获得奖券或奖品的。但是奖券和奖品的获得并非是消费者支付一定金钱的代价，消费者购买所得物品才是其支付一定金钱的代价，而奖券或奖品只是在获得物品之外额外取得的。正是从这个意义上，笔者认为，赠送奖券和奖品的赠与合同是独立于买卖合同的一种合同。”⁷

王利明教授的解释似乎是有一定道理的，但却存在不完满之处。他认为，“如果我们仅仅将经营者和消费者之间因有奖销售所发生的关系单纯看作是买卖关系和赠与关系可能仍然是不够的”，但未指明两者之间所存在的其他关系为何。从法律上来看，抽奖机会的获得是否存在“对价”的问题的确值得思考。从法律的规定、学者观点争议来看，我国法律以消费者支付金钱购买商品或服务的抽奖式有奖销售作为规范对象；从现实中商家举办的抽奖活动来看，典型上经营者要求消费者购买商品或服务才可以抽奖。⁸从法院的判例来看，抽奖以购买商品或服务为前提没有成为争议焦点或者法官否定抽奖合法性的理由。⁹那么，抽奖式有奖销售是否属于赠与，抽奖机会的取得与商品或服务的销售是否存在对价关系？抽奖式有奖销售与赌博契约的关系如何？下文将首先从赌博契约及其效力的角度展开论述。

⁶ 王利明：《从本案看有奖销售的法律性质》，《人民法院报》，2002年4月4日。

⁷ 同上注。

⁸ 现实中也存在不以购买为前提或不要求支付对价的抽奖，但一般在商业促销领域之外。同时，仅仅以现实中个别存的不以购买为前提、不要求支付对价的有奖销售来反驳本文立论的有效性，作者是不接受的。

⁹ 作者检索的判例是有限的，但可以有一定的参照作用。参见“光明乳业股份有限公司与上海泽舟广告有限公司广告代理纠纷案”，（2005）沪一中民四（商）终字第872号；“上海卓尚信息有限公司与艺龙网信息技术（北京）有限公司侵犯商业秘密纠纷案”，（2000）沪二中知初字第31号；“王维俊与上海白金汉保龄球馆有限公司彩票、奖券纠纷案”，（1997）沪一中民终字第155号；“北京市集美化妆品有限责任公司与北京市工商行政管理局通州分局行政处罚案”，（1999）通行初字第4号。

二、赌博契约的合法性及其法律效力

（一）赌博契约的概念

我国民法没有关于赌博契约的规定，对相关问题的讨论偶尔在射幸契约和彩票合同中涉及。¹⁰有观点认为，“所谓射幸契约，是指合同的法律效果在缔约时不能确定的合同，保险合同、押赌合同、抽奖合同或有奖销售合同均属此类”¹¹。该定义的不合理性在于，射幸合同的法律效果并非缔约时不确定，其非为附条件或附期限的法律行为，其亦非意思表示标的不确定或内容不完整，不确定的并非法律效果而仅仅是事实效果。

《法国民法典》有关于射幸契约和赌博契约的规定。所谓射幸契约，“是指当事人相互间的一种约定：所有当事人或者其中一当事人或数当事人是获利还是受损均依赖于某种不确定事件。例如：保险契约、航海方面的高风险借贷、赌博及打赌、终身定期金契约。”¹²《德国民法典》有关于赌博类型及赌博效力的规定，但没有明确对赌博的概念做出界定。按照德国学者的解释，打赌系指为着重强调某一项判断而有所投入，而赌博更多涉及的是娱乐，特别还可以以测量体力和灵巧性的方式进行。¹³《德国民法典》并没有在法律上区分赌博和打赌，也没有区分幸运赌博和灵巧性赌博。¹⁴从该法典 764 条文的规定中可以看出，赌博即通过支付对价而取得一种获利的偶然性机会。

美国判例及学理对赌博（gambling or game）有较多的讨论。赌博的一个关键性要素是获利的目的，而这种目的的实现基于偶然性而非技能。换言之，赌博即通过支付对价而获得偶然性的中奖或获利机会。¹⁵彩票（lottery）与赌博契约是包含的关系，彩票皆为赌博契约，但赌博契约不都是彩票。¹⁶作为赌博契约的彩票包含三个根本性的要素，即对价（consideration）、机会（chance）和奖金（prize）。¹⁷因此，一项通过偶然性的方式进行的财产赠予，因其欠缺对价性的要素，不构成彩票。¹⁸不过，通过偶然性的方式进行的财产赠予行为，经常仅仅

¹⁰ 不过，《关于坚决打击赌博活动、大力整顿彩票市场秩序的通知》（财综[2002]82号）对赌博似乎有所界定，只是不甚明确。按照该通知第1条规定，“凡未经国务院批准擅自发行彩票或以有奖销售为名发行彩票，或以一定价款给付为前提，公开组织对某种竞赛进行竞猜，参与者可根据其给付价款和竞猜结果获得中奖权利的行为，均属非法发行或变相发行彩票的赌博行为，有关部门应依法予以查处。”

¹¹ 崔建远：《合同法》，法律出版社2000年版，第37页。

¹² 参见《法国民法典》，法律出版社2005年版，罗结珍译，第1428页。

¹³ [德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谌译，法律出版社2007年版，第408页。

¹⁴ 同上注，梅迪库斯著，第408页。

¹⁵ 38 Am. Jur. 2d Gambling § 2. Monte Carlo Parties, Ltd. v. Webb, 253 Ga. 508, 322 S.E.2d 246 (1984); Com. v. Irwin, 535 Pa. 524, 636 A.2d 1106 (1993). Stillmaker v. Department of Liquor Control, 18 Ohio St. 2d 200, 47 Ohio Op. 2d 437, 249 N.E.2d 61 (1969).

¹⁶ State v. Hudson, 128 W. Va. 655, 37 S.E.2d 553, 163 A.L.R. 1265 (1946).

¹⁷ Haskell v. Time, Inc., 965 F. Supp. 1398 (E.D. Cal. 1997). 38 Am. Jur. 2d Gambling § 7.

¹⁸ Affiliated Enterprises v. Gruber, 86 F.2d 958 (C.C.A. 1st Cir. 1936).

是规避法律的工具。¹⁹如何确定赌博契约的对价往往是案件争议的焦点，对此有两种观点，一种是金钱性对价理论（pecuniary consideration），另一种是简单合同（simple contract）理论。²⁰后文将对此进行详述。

（二）赌博契约的合法性及其法律效力

王泽鉴教授认为，赌博为法律禁止的行为，不发生债的关系。否则，赌债契约为给付的法律原因，不构成不当得利，无“基于不法原因之给付不得请求返还”的问题。²¹因此，赌债不产生任何债的关系，赌债也不是自然之债。

《德国民法典》762 条规定，“因赌博或打赌所产生的债务不成立。不得以债务不成立为理由要求返还基于赌博或者打赌已履行的给付。上述规定亦适用于输方为履行因赌博或打赌所产生的债务而对赢方承担债务的约定，特别是对债务的承认。”按照德国学者梅迪库斯的解释，赌博、打赌和差额交易的共同之处在于，它们一般根据第 762 条第 1 款第 1 句都不设定拘束力。也就是说，这些行为不产生履行请求权。但另一方面，根据 762 条第 1 款第 2 句，也不能以债务不成立为由请求返还已付出之给付。赌博、打赌和差额交易所产生的不完全有效的债务关系，我们称之为“自然之债”。²²

另外，按照《德国民法典》762 条第 2 款的规定，因赌债而生的请求权的排除扩展至为履行赌博或打赌的债务承担的不要因义务，如汇票或支票义务。也就是说，此处废弃了债务约定的不要因原则。并且，也不能有效地为自然债务设定担保。²³

按照《德国民法典》763 条的规定，“奖券或者彩票得到国家批准的，奖券或者彩票合同始有约束力。其他情况下，适用第 762 条的规定。”在德国，经国家核准的奖券或彩票主要有德国西北分期奖券和南德分期奖券、足球彩票和数码奖券、赌马、慈善博戏、赌场以及经许可的赌博机。²⁴按照联邦最高法院的裁判，对于体育赌博游戏至少准用第 763 条的规定。²⁵

《法国民法典》1965 条对赌博契约的效力作了规定，“法律对赌博性游戏债务或赌注的支付不赋予任何诉权”。²⁶法国法对赌博经历了从严格禁止、容忍到

¹⁹ State ex rel. Beck v. Fox Kansas Theatre Co., 144 Kan. 687, 62 P.2d 929, 109 A.L.R. 698 (1936); Sproat-Temple Theatre Corp. v. Colonial Theatrical Enterprise, 276 Mich. 127, 267 N.W. 602 (1936).

²⁰ State v. Big Chief Corp., 64 R.I. 448, 13 A.2d 236 (1940).

²¹ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第二册），中国政法大学出版社 2005 年修订版，第 109 页。

²² [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，法律出版社 2007 年版，第 407 页。

²³ 同上书，梅迪库斯著，第 407 页。

²⁴ 同上书，梅迪库斯著，第 409 页。

²⁵ 同上书，梅迪库斯著，第 409 页。

²⁶ 参见《法国民法典》，法律出版社 2005 年版，罗结珍译，第 1428 页。

有限承认的过程。²⁷法国法院曾经从法典的严格规定出发认为，基于赌债而签发的支票（checks）无效，即使受票人为合法的博彩经营者。²⁸不过，法国法院已改变立场，认为向合法的博彩经营者签发的支票是可以执行的。法院在民法典之外逐渐承认了经授权的博彩业的合法性，因此发生的债权债务关系具有可执行的效力。²⁹在海水浴场、温泉浴场等地开设赌场进行赌博活动，要经法律批准并由公共权力机关做出规定。这些赌博经营者有资格接受支票。在交付空头支票的情况下，赌场提出损害赔偿以及偿还款项的诉讼请求，不能因出票人的债务属于“法律不赋予任何诉权”的赌博债务而将其驳回。³⁰得到法律批准的公共权力机关规范可以开展赌博活动的赌场，其顾客不得主张第 1965 条的抗辩。但即使在合法的赌场如要求偿还的是为赌博之需而垫付的赌资，则可能面临民法典第 1965 条的抗辩。³¹

《法国民法典》区分技术性和偶然性的赌博游戏，而赋予不同的效力。按照《法国民法典》1966 条的规定，有关练习使用武器的赌博性游戏、赛跑、赛马、赛车、赛球以及其他旨在锻炼身体 训练技巧的赌博性游戏，不得主张第 1965 条的抗辩。但是，法院如认为请求数额过大，得驳回请求。按照法典第 1967 条的规定，在任何情况下，赌博中的输家不得请求返还其自愿支付的款项，但如赢家有欺诈、舞弊或诈骗情形，不在此限。

英国早期的普通法对赌博的法律效力并不绝对禁止，1710 年的英国的《安娜女王法令》（the Statute of Anne）为阻止大规模财产变动而带来社会的不稳定，不但排除赌债的可执行性，而且规定输方可以在一定的期限内诉请已给付赌债的返还，甚至第三人在一定的条件下也可以代输方主张返还。³²

在北美殖民地时期，英国殖民者组建的弗吉尼亚公司通过在英国发行彩票来获取公共支出的费用。建国初期，美国政府也用彩票来筹集财政收入和战争的军费。³³不过，随着彩票的大规模发行引发很多社会问题，彩票在政府财政收入上的功能也逐渐被税收制度所取代，对官营彩票的反对声日益增大。1842 年，民主党因反对彩票的政见而上台，彩票因其引发的社会问题、欺诈和道德上的消极评价而被禁止。³⁴从二十世纪初到 60 年代，美国仅有极少的合法化的赌博存在，

²⁷ Joseph Kelly, *Caught in the Intersection between Public Policy and Practicality: A Survey of the Legal Treatment of Gambling-Related Obligations in the United States*. 5 Chap. L. Rev. 87.

²⁸ 同上注。

²⁹ 同上注。

³⁰ 参见《法国民法典》，法律出版社 2005 年版，罗结珍译，第 1428 页。

³¹ 同上书，第 1428、1429 页。

³² Joseph Kelly, *Caught in the Intersection between Public Policy and Practicality: A Survey of the Legal Treatment of Gambling-Related Obligations in the United States*. 5 Chap. L. Rev. 87.

³³ Louis V. Csoka, *The Games People Play: Is It Time for a New Legal Approach to Prize*. 4 Nev. L.J. 197.

³⁴ Ronald J. Rychlack, *Lotteries, Revenues and Social Costs: A Historical Examination of State-Sponsored Gambling*. 34 B.C. L. Rev. 11.

而政府运营的彩票则销声匿迹。³⁵ 1964年,美国新罕布什尔州为解决财政危机开始重新发行彩票,纽约和新泽西州紧随其后。³⁶此后,合法化赌博不断扩张领地,到最近二十年几年间美国发生了前所未有的赌博合法化的现象,目前(2005年)只有 Hawaii 和 Utah 两个州完全禁止任何形式的赌博。³⁷据统计,美国人每年在合法及非法赌博上面的支出达一万亿(one trillion)美元左右。³⁸

在这样的背景下,法院对赌博契约效力的态度有所变化。问题主要集中在以下三点:第一,赌博及赌博契约是否具有合法性;第二,是否允许输方主张已支付的赌债的返还;第三,是否允许赢方主张赌债的给付。

关于第一个问题,首先必须明确的一点是,美国各个州对待赌博的态度并不相同,赌博及赌博契约的合法性问题必须依据各个州的法律来判断。不过,各州一般都从传统出发,以赌债不具有可执行性为基点而展开,在法律允许或行政授权的限度内承认某种形式的赌博的合法性。但是必须区分赌博业的合法性和赌博契约的合法性,两者并非同一问题。

关于第二个问题,虽然(即使)不合法的赌债不具有执行性,不合法的赌博不产生有效的赌博契约,但已经做出的给付是否可以主张返还仍然是一个问题。按照多数州的成文法及判例,输方对基于不合法赌博的给付可以主张返还。³⁹例如,《阿拉巴马州 1975 年法典》§ 8-1-150.(a)规定,所有基于部分或完全的赌博对价而订立的合同无效。已支付的任何金钱及具有价值的物品可以在给付之日起 6 个月内主张返还。⁴⁰该法延续了安娜女王法案关于赌博问题的立法模式。很多州的立法也都延续了安娜女王法案对赌博契约效力的规定,认定已给付的赌债可以主张返还。

第三个问题是,承认赌博的合法性是否意味着赌博契约就是可以执行的?同样,承认赌博的经营具有合法性并不意味着赌债就是可执行的,是否承认赌债的可执行性与赌博业的合法化是两个问题,有判例⁴¹及立法表明赌博的营业虽然是

³⁵ 同上注。

³⁶ 同上注。

³⁷ Corey D. Hinshaw, *Taking a Gamble: Applying Therapeutic Jurisprudence to Compulsive Gambling and Establishing Gambling Treatment Courts*. 9 Gaming L. Rev. 333.

³⁸ 同上注。

³⁹ Ala. Code § 8-1-150 (2001); Ark. Code Ann. § 16-118-103 (Michie 2001); Conn. Gen. Stat. § 52-553 (1991); D.C. Code Ann. § 16-1702 (2001); Ga. Code Ann. § 13-8-3(b) (2001); Ky. Rev. Stat. Ann. § 372.020 (Banks-Baldwin 2001); Md. Ann. Code art. 27, § 243 (2001); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 137, § 1 (West 2001); Mich. Comp. Laws § 750.315 (2001); Miss. Code Ann. § 87-1-5 (1991); Mo. Ann. Stat. § 434.030 (West 1992); Mont. Code Ann. § 23-4-131 (2001); N.J. Stat. Ann. § 2A:40-5 (West 2001); N.M. Stat. Ann. § 44-5-1 (Michie 2001); Ohio Rev. Code Ann. § 3763.02 (West 2001); Or. Rev. Stat. § 30.740 (1999); S.C. Code Ann. § 32-1-10 (Law. Co-op. 2001); S.D. Codified Laws § 21-6-1 (Michie 2001) (In 1990, South Dakota modified its law so that § 21-6-1 did "not apply to authorized gaming and lotteries." S.D. Codified Laws § 42-7B-55 (Michie 2001)); Tenn. Code Ann. § 28-3-106 (2001); Va. Code Ann. § 11-15 (Michie 2001); W. Va. Code § 55-9-2 (2001). See Corey D. Hinshaw, *Taking a Gamble: Applying Therapeutic Jurisprudence to Compulsive Gambling and Establishing Gambling Treatment Courts*. 9 Gaming L. Rev. 333., footnotes 43.

⁴⁰ Ala. Code 1975 § 8-1-150.(2007).

⁴¹ Hughes v. Cole, 465 S.E.2d 820, 835 (Va. 1996).

合法的，但赌债依然是不具有执行力的。例如，内达华州 1963 年承认赌博的合法性，但直到 1983 年才承认赌债的执行性。⁴²这种规定之所以是合理的，在于赌博作为一种娱乐和游戏，是否产生法律上正式的债权债务关系并非一个绝对的问题。不过，承认赌博合法为赌债的执行性提供了可能，法院可以在赌博合法化的基础上认定赌博契约及赌债因公共政策和公众道德舆论的转变而具有可执行性。如上所述，美国法律和民众对赌博的态度逐步发生了转变，基于合法的赌博而产生的赌债逐步取得可执行性，赢方或赌博经营者可以基于赌债的契约诉请输方履行。⁴³在 *Hotels v. Golden* 一案中，被告在波多黎各合法的赌场内欠下两千万美元的赌债，原告在被告住所地纽约提起诉讼。纽约最高法院推翻了上诉法院有利于被告的判决，法院认为，纽约的公众不再认为合法化的赌博与主流的价值观或久远的共同福祉传统相违背，这种变化了的观念在合法化的赌博上尤为如此。⁴⁴

综上，法国、德国和美国均以赌博非法性为基本出发点，未经政府立法或批准的赌博属于违法行为，因此而发生的债务不具有可执行力。德国法不区分技艺性与纯粹偶然性的赌博，法国、美国对此加以区分并赋予不同的效力。在输方主张返还的问题上，各国的处理方式有差异，美国法认为基于非法赌博的给付可以主张返还，而法、德认为不可以主张返还。各国都不同程度经历了赌博合法化的转变，承认合法赌博所产生的债务具有可执行性。以上对于赌博契约的论述走得似乎有点远，我们讨论赌博契约仅在于为下文抽奖的效力做预先的准备。

三、赌博契约与抽奖式有奖销售

在一个商业化的社会中，经营者与消费者之间充存在着紧张的依赖关系。经营者的目的是想尽一切办法将他们的商品或服务提供给消费者，折扣、附赠、抽奖等促销方式即是达到这种目的经常采用的手段。有美国学者颇为讽刺的说道，“在二十世纪的美国，除非你生活在远离媒体的荒郊野外、躲避到洞穴中并通过最原始的方式取得生存来源，否则你想避免暴露于各种促销手段之下是几乎不可能的。你随便地打开电视，会突然发现你已经中了百万大奖。你去超市买东西，商家必定会赠送给你一张奖券。总之，各种促销手段无所不在地诱惑着你。”⁴⁵他略显的夸张描述同样适用于我国的情形。在我国，通过抽奖的方式进行的促销也几乎无所不在，如购物中大奖、买房中大奖、买轿车中大奖、买机票中大奖、广

⁴² Joseph Kelly, *Caught in the Intersection between Public Policy and Practicality: A Survey of the Legal Treatment of Gambling-Related Obligations in the United States*. 5 Chap. L. Rev. 87..

⁴³ *West Indies, Inc. v. First Nat'l Bank of Nev.*, 214 P.2d 144, 145 (Nev. 1950).

⁴⁴ *Hotels v. Golden*. 233 N.Y.S.2d 96 (N.Y. Sup. Ct. 1962), rev'd, 238 N.Y.S.2d 33 (N.Y. App. Div. 1963), rev'd, 203 N.E.2d 210 (N.Y. 1964).

⁴⁵ Mark B. Wessman, *Is Contract the Name of The Game? Promotional Games as Test Case for Contract Theory*. 34 Ariz. L. Rev. 635.

播及电视等各种媒体上的有奖竞猜、有奖问答等等，甚至看春节晚会也必然以抽奖相伴随。

由于以抽奖进行的促销在各国普遍存在，通过与各国有奖销售法律制度的对比，有利于我们更好的观察和反思本国制度的合理性。本文以下主要结合美国、德国的法律制度进行阐述。

（一）构成赌博契约的抽奖式有奖销售

利用抽奖进行促销涉及赌博的问题，这在美国各州的立法和判例上有很多的讨论。如上文所述，赌博契约有三个要素，即机会、对价和奖金，赌博的合法性以法律的特别规定为例外。促销领域的抽奖游戏是否属于赌博，也主要以这三个标准进行衡量。

中奖机会的偶然性和奖品的问题较容易确定，也是促销所不可或缺的要素。对价的问题就往往成为类似案件中争议的焦点。⁴⁶有的法院从一般的合同对价理论出发，认为凡是可以作为普通合同对价的均可以构成促销抽奖中的对价。⁴⁷按照这种对价理论，消费者为抽奖而负担的小麻烦都有可能被认为符合对价的要求，而构成法律所禁止的赌博。在 *State v. Eckerd's Suburban* 一案，被告是一家药店，它向每个购买其商品或未购买商品但提出索取要求的顾客赠送奖券，一张写有数字和号码的正券由顾客拿走，另一张副券放入药店的抽奖箱内。药店每周进行一次抽奖，中奖号码由药店的雇员公开宣布，并在药店内以及朝马路的橱窗公开张贴。抽奖每周六举行，中奖者可持正券在每周二之前领取 50 美元的现金。逾期无人领奖，奖金自动滚入下期的金额中去。⁴⁸特拉华州政府认为，被告的行为违反了特拉华州的宪法和法律。被告认为，构成特拉华州所禁止的赌博行为，必须要求参赌者支付一定的赌注，而被告所举行的有奖促销是没有对价的，因而不构成赌博。

特拉华州法院引用 *Affiliated Enterprises, Inc. v. Waller* 一案的观点来支持成立赌博的主张。⁴⁹在该案中，一家电影院举办一项名为“Bank Night”的有奖促销计划，即该电影院保有一份登记簿，所有的人都被邀请免费在登记簿上签上自己的名字，但每人只能登记一次。记录在登记簿上的人得到一个号码，同时该号

⁴⁶ 不过，即使缺乏赌博定义式的三要素（如对价），但是从立法目的角度出发也存在认定赌博成立的可能。See 270 Mich.App. 653, 717 N.W.2d 377.

⁴⁷ *Eckerd's Suburban, Inc.*, 164 A.2d 873; *Blackburn*, 156 So.2d 550; *Boyd*, 155 S.E.2d 630; *Midwest Television, Inc.*, 194 N.E.2d 653; *Idea Research & Dev. Corp.*, 131 N.W.2d 496; *State ex rel. Glendinning Cos. of Conn., Inc. v. Letz*, 591 S.W.2d 92 (Mo.Ct.App.1979); *Grant*, 75 N.W.2d 611; *Lucky Calendar Co.*, 117 A.2d 487; *Knox Indus. Corp.*, 258 P.2d 910; *Albertson's, Inc.*, 600 P.2d at 988 (dissenting opinion); *Geis*, 511 P.2d 725; *Maughs*, 161 S.E. 242; *Reader's Digest Ass'n, Inc.*, 501 P.2d 290; *Seattle Times Co.*, 495 P.2d 1366; *Safeway Stores, Inc.*, 450 P.2d 949.

⁴⁸ *State v Eckerd's Suburban, Inc.* (1960, Sup) 53 Del 103, 164 A2d 873.

⁴⁹ *Affiliated Enterprises, Inc. v. Waller*, 1 Terry 28, 5 A.2d 257.

码会保存在电影院设置的奖箱之内。登记簿附近有显著标示表明登记及参与抽奖不以购买入场券或支付任何费用为前提。电影院每周会随机抽出一个号码，该号码会在电影院的观众及电影院以外的路人或聚集在此的人们高声宣布。如果观众中有人中奖，则获得奖金；如果是观众以外的人获奖，则被邀请免费观看电影，但其必须在规定的较短时间内进入电影院。⁵⁰被告认为，登记及进入电影院的大厅以及在固定的时间等待在电影院附近不是抽奖的对价而仅仅是取得奖金的条件，而且抽奖的对价应该是金钱性的而不应是技术性的。⁵¹然而，审理该案的法官一致认为，该计划构成违法的赌博行为，“赌博要素中的对价不应以金钱对价（“pecuniary consideration”或“valuable consideration”）为必须，抽奖举办者向参与者所提出的任何必需进行的行为或负担均可以满足对价的条件。”⁵²同样，审理 State v. Eckerd's Suburban 案的法官认为，该案中被告的促销计划与“Bank Night”没有区别，至于特拉华州的公众观念是否发生改变以至需要对法律进行修改，不是法院的职份所在。⁵³

不过，这种严厉的对价标准几乎接近于将抽奖这种促销方式取消，多数法院采取金钱性对价的标准，而认为参与者为领取奖品而必须支出的费用或负担不符合对价的要求。⁵⁴在 Cross v. People 一案中，一家丹佛的鞋店分发标有号码的名片（business card），持有名片的人有机会获得一架钢琴。该鞋店将名片附在丹佛当地的一家报纸中，任何在鞋店登记个人信息或自费将个人地址等联系方式寄送给鞋店的消费者，都有机会在将来规定的时间参与抽奖并有机会获得作为奖品的钢琴。法院认为，鞋店销售额的增长不能作为抽奖的对价。对价必须为金钱或可以进行金钱衡量的付出。⁵⁵在 Kayden Industries, Inc. v. Murphy 一案中，法院认为，“宪法已经作出修改，除非州的立法者明确将其定性为赌博行为，下列行为要求不构成赌博的对价：收听或观看广播电视节目、填写一些表格、出现在商场或其他规定的场所。商家基于这些要求而进行的抽奖不属于赌博”。⁵⁶很多州的立法对有奖销售领域的抽奖的对价性要求作了规定，明确技术性的对价不足以作为认定赌博的标准。

这里涉及我们所提出的问题，即以购买商品或服务为前提的抽奖是否属于法律禁止的赌博行为？在上文的介绍中，我们已经可以看出，美国法院对赌博的认

⁵⁰ 对于该案，请参照后文德国反不正当竞争法事实上的购买关联考虑。

⁵¹ 同上注。

⁵² 同上注。

⁵³ See State ex rel. Draper v. Lynch. 192 Okla. 497, 137 P.2d 949, 1943 OK 215.

⁵⁴ R. M. Weddle, *Promotion Schemes of Retail Stores as Criminal Offense under Antigambling Laws*. 29 A.L.R.3d 888. State v Shugart (1902) 138 Ala 86, 35 So 28. California Gasoline Retailers v Regal Petroleum Corp. (1958) 50 Cal 2d 844, 330 P2d 778. People v Hecht (1931) 119 Cal App Supp 778, 3 P2d 399. State v Bussiere (1959) 155 Me 331, 154 A2d 702. People v Psallis (1939, Mag Ct NY) 12 NYS2d 796.

⁵⁵ Cross v. People. 18 Colo. 321, 32 P. 821.1893.

⁵⁶ Kayden Industries, Inc. v Murphy (1967) 34 Wis 2d 718, 150 NW2d 447.

定有时非常苛刻，甚至为领取奖品而进行的非金钱性付出，也可以作为认定赌博契约的对价。然而，如我们看到的，即使在非金钱对价的场合，购买前提一般也是被商家明确排除在外的；即使法院采取金钱对价这种更严格的判断方法，购买前提也符合金钱对价的要求。在这个问题上答案很明确，以购买为前提的抽奖销售构成赌博契约。法院几乎一致的认为，以购买为前提的抽奖式有奖销售（drawing-type promotional schemes）属于法律禁止的赌博行为。⁵⁷在 *tandridge v. Williford-Burns-Rice Co.*一案中，一个商人在其商店按如下规则举行现货交易：3月12日，星期一早上，任何人购买1美元的商品即可获得一张奖券，购买10美元的商品即可获得10张奖券，购买50美元的商品可获得50张奖券。每张奖券分为正副两份，正券由买者持有作为兑奖凭据，副券交由非利害关系的第三方保管的奖箱之内，开奖日期为1917年7月28日，届时箱内第一个被抽出的号码将获得五箱福特汽车一辆。法院认为，该计划有违公共秩序（public policy），属于违法的有奖销售。⁵⁸在该案中购买商品成为抽奖的前提，这构成违反反赌博法令的行为。⁵⁹在 *State v. Powell* 一案中，一个商人协会给商人们提供印有连续数字的奖券，商人们按照消费者支付的价款赠送奖券参与抽奖。法院认为购买者在购买商品时支付了对价，价款的支付即为商品和彩票的对价。⁶⁰在 *Mid-Atlantic Coca-Cola Bottling Co. v. Chen, Walsh & Tecler* 一案中，原告公司举行“快乐夏日”有奖促销活动，消费者能够聚齐印有“Have a Coke and a Smile”字样的瓶盖，即能获得大奖。法院认为，在有奖促销活动中，消费者将标有中奖标志的瓶盖寄回，饮料的价格没有上涨并且消费者无需支付额外的费用以获取中奖机会，并且通过免费发送瓶盖的方式不购买商品也可以得到瓶盖。因此，该计划不构成法律禁止的非法彩票。⁶¹另外，经营者举办类似的抽奖活动，其商品的价格或服务的质量不能有所降低。那些未购买商品或服务的消费者必须与购买者有同等的中奖机会（Equal Dignity Rule）。⁶²

可见，在美国法上，以购买商品或服务为条件的有奖销售属于法律禁止的赌博行为，这与我国反不正当竞争法的规定不同。

⁵⁷ R. M. Weddle, *Promotion Schemes of Retail Stores as Criminal Offense under Antigambling Laws*. 29 A.L.R.3d.

⁵⁸ *Standridge v Williford-Burns-Rice Co.* (1918) 148 Ga 283, 96 SE 498.

⁵⁹ R. M. Weddle, *Promotion Schemes of Retail Stores as Criminal Offense under Antigambling Laws*. 29 A.L.R.3d.

⁶⁰ *State v Powell*, 170 Minn. 239, 212 N.W. 169.

⁶¹ *Mid-Atlantic Coca-Cola Bottling Co. v Chen, Walsh & Tecler* (1983) 296 Md 99, 460 A2d 44. Also see Michael P. Sullivan, *Private Contests and Lotteries: Entrants' Rights and Remedies*. 64 A.L.R.4th 1021.

⁶² *Louis V. Csoka, The Games People Play: Is It Time for a New Legal Approach to Prize*. 4 Nev. L.J. 197. G.A. Carney Ltd. v. Brzeczek, 453 N.E.2d 756 (Ill. App. Ct. 1983).

（二）“抽奖”及“销售”本身的法律效力

构成赌博契约的抽奖式有奖销售自然要按照赌博契约来认定其效力，对此我们在上文已有论述。那么进一步的问题，应如何具体处理消费者购买商品与中奖本身的效力问题？按照我国现行法的规定，在 5000 元限度内的合法的抽奖式有奖销售产生商家的给付义务。⁶³按照上面国外关于赌博契约的论述，这种以购买为前提的抽奖是不能发生法律效力的，就是说商家可以不支付奖金。在 *Market Plumbing & Heating Supply Co. v. Spangenberg* 一案中，原告为招揽生意举办抽奖活动，规定凡购买 25 美元以上的消费者可以参与抽奖，被告购买商品后抽奖并抽中，原告拒绝给付奖品，并要求被告支付先前购物的欠款。法院认为，本案原告举行的抽奖属于非法的赌博，原告无须给付奖品。被告为参与抽奖而进行的购买及先前欠款的效力，因其可与抽奖相分离，因而依然是有效的。⁶⁴

在 *Dorman v. Publix-Saenger-Sparks Theatres* 一案中⁶⁵，法院认为，被告举行“bank night”的抽奖活动，并不要求参与者支付金钱性对价，因而不构成赌博契约。但是，电影院所要求的登记或到电影院附近等候等行为要求增加了参与者观看电影的机率，电影票销售额将因此现实性的或期待性的增加。因此，为参与抽奖而要求的行为构成抽奖的对价，这里存在有效的抽奖合同，中奖者有权请求奖金的支付。从该案中我们可以看出，如果抽奖涉及金钱性对价，则构成赌博契约，否则，存在非金钱性对价可以成立有效的合同。按照单边合同（unilateral contract）理论，基于一方的行为而进行的支付构成有效的合同，被要求的行为是否具有经济价值是无关紧要的。⁶⁶而如果无法成立单边合同，则抽奖属于无对价的赠与，不具有法律拘束力。不过，有学者对不构成单边合同的承诺，在抽奖式有奖销售中的不具执行力的观点提出了质疑。⁶⁷可见，这个问题还需要进一步的研究，限于学识和行文本文此处不深入探讨。

（三）德国反不正当竞争法的不同观点

在美国法上，购买关联的抽奖促销构成赌博契约已如上述。在德国，除非得到官方的批准，有对价或赌注的私人彩票同样为法律禁止。有观点认为，赌注包括参与费用的支出及合同的订立。⁶⁸按照这种观点，购买关联的抽奖促销在德国

⁶³ 这涉及法律行为部分无效还是全部无效的问题，我国有判例认为，过高的奖金金额仅在超过法律上限的规定上部分无效。对此，还可以进一步讨论和商榷。

⁶⁴ *Market Plumbing & Heating Supply Co. V. Spangenberg*. 112 N.J.L. 46, 27 Gummere 46, 169 A. 660.

⁶⁵ *Dorman v. Publix-Saenger-Sparks Theatres*. 135 Fla. 284, 184 So. 886, 120 A.L.R. 403.

⁶⁶ Mark B. Wessman, *Is Contract the Name of The Game? Promotional Games as Test Case for Contract Theory*. 34 *Ariz. L. Rev.* 635.

⁶⁷ 同上注。

⁶⁸ “In Germany, lotteries are prohibited if a stake is involved (including admission charges or the conclusion of a

同样构成赌博。同时，不构成赌博的抽奖促销受反不正当竞争法的限制。⁶⁹

按照德国《反不正当竞争法》第 4.6 的规定，以消费者购买商品或服务为参与前提的抽奖或有奖竞猜，属于不正当竞争行为。按照该条规定，促销领域的抽奖活动受到法律关于反不正当竞争法的严格限制，以购买商品或服务为前提的抽奖在德国属于干预消费者决策的“不当影响”。抽奖与销售本身必须是没有关联的（no tying arrangements），否则，直接构成对消费者不当影响的行为，为反不正当竞争法所禁止。⁷⁰

同时，按照该法 4.11 的规定，为一项目的在于规制市场参与者市场行为的法律所禁止的行为，也特别的构成不正当竞争行为。而未经允许的赌博即归入其中。可见，德国法区分了购买关联的抽奖促销与赌博契约的构成。以购买为前提的抽奖虽然构成违反反不正当竞争法的不正当竞争行为，但还不构成违反刑法的赌博罪。⁷¹

这里德国法的规定与美国法的规定有所不同，购买性关联在德国可能不构成法律禁止的赌博，而在美国则构成。德国法的观点无疑是有很大参照价值的，美国法之所以有严格的禁赌规定，可能与其历史传统有关。购买性关联的有奖促销在本质上是否属于应为法律禁止的赌博契约，看来还有疑问。购买本身能否作为赌注的问题还需要进一步确定。从问题的实质而言，购买关联始终是一种不利的负担，是消费者参与抽奖的前提条件；只不过从生活常理来看，购买本身能否作为赌注还有疑问。⁷²

在德国反不正当竞争法上，即使购买关联不构成赌博，也是直接被规定为对消费者“不当影响”的不正当竞争行为，而不具有合法性的。就是说，美国法上经由非法赌博将购买关联的抽奖促销置于非法之地，购买关联的抽奖促销并因此同时是一种不正当竞争行为；而德国法通过将其作为对消费者决策不当影响的特别示例而直接认定其为不正当竞争行为，两者虽然路径不同，但也算“殊途同归”。

以上是美国法和德国法上抽奖式有奖销售所涉及的问题，对于以购买为前提或要求消费者支付对价的抽奖式有奖销售，我国法律的评价与美国、德国可以说是非常不同的。那么，我国法上的抽奖式有奖销售的合理性是否存在？为什么会形成我国目前的规范现状？下文将从我国抽奖式有奖销售的规范的形成过程及规范目的出发对此进行探讨。

commercial contract) and unless they are authorized.” See Sonia Cortes, *Promoting Your Products: Free Draws, Prize Competitions and Unfair Competition*, I.C.C.L.R. 2002, 13(4), 151-157.

⁶⁹ 同上注。

⁷⁰ 同上注。

⁷¹ S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 11.176.

⁷² 从概念争议来看，这里可能涉及大陆法上的附条件、附负担法律行为之条件与负担是否以及在何种情形可以符合美国法上的对价标准。

四、我国抽奖式有奖销售规范的合理性考察

（一）抽奖式有奖销售的规范历史⁷³

1955年，按照中国人民银行《关于选择北京、太原、广州、杭州、四市试办活期有奖储蓄希准备进行的指示》，银行系统即举办有奖揽储的活动，不久为国务院所禁止。⁷⁴

1985年，有奖储蓄及其广告宣传的合法性重新为国务院认可。⁷⁵同时，国内部分企业、事业单位也开始发行各种奖券，其主要形式为“有奖销售”。⁷⁶

同年，国务院发布《关于制止滥发各种奖券的通知》，要求各地、各部门制止滥发各种奖券的行为。⁷⁷

1987年，中国人民银行《关于停止开办“有奖人身保险”业务的通知》禁止采取有奖的方式销售保险。

1988年，国家工商行政管理局《关于重申禁止刊播有奖销售广告的通知》指出：“几年来，各地区、各部门、各广告经营单位有奖销售活动及有奖销售广告基本得到制止。但近来，有奖销售活动和有奖销售广告又有所抬头，且有发展的趋势。开展有奖销售活动，以奖售为促销手段，不仅盲目刺激消费，也不利于改善企业经营管理和提高服务质量。刊播有奖销售广告，则助长了这种不正之风。因此，必须加强监督管理。”

1989年，中国人民银行《关于关于对保险公司开办有奖保险业务的批复》规定：“已经当地人民银行批准开办的有奖保险业务，在规模不扩大的条件下暂维持现状，禁止新开以有奖方式销售保险”。

从以上简要的规范历史来看，在我国有奖销售、有奖募捐等发行彩票的活动为法律所禁止，个别行业的有奖销售以政府特别许可例外的具有合法性。从中也可以看出，有奖销售这种方式并没有因为政府部门的管制而彻底消灭，其与政府的行政管制仅仅是此消彼长的关系。

1993年6月22日，国家工商总局局长刘敏学《关于〈中华人民共和国反不

⁷³ 如无特别说明，本文所引法律、法规等规范性文件均来自“北大法意数据库”。

⁷⁴ 1955年中国人民银行《关于选择北京、太原、广州、杭州、四市试办活期有奖储蓄希准备（原文如此——笔者注）进行的指示》（55）银私陈字第438号）。1960年中国人民银行《关于办理有奖储蓄问题的报告》、《关于停办有奖储蓄的通知》。

⁷⁵ 《国家工商行政管理局关于有奖储蓄广告问题的通知》：“根据（85）国发93号文件精神，为便于开展储蓄存款业务，作好广告宣传，凡金融单位提交县以上银行的证明，即可申请刊播有奖储蓄广告。”

⁷⁶ 参见《中国当代彩票业正式诞生于1987年至今已20年》，《中国经济周刊》，2007年9月24日。

⁷⁷ 1985年《国务院关于制止滥发各种奖券的通知》指出：“最近一个时期，不少工商企业、事业单位滥发各种彩票、奖券，已经形成一股新的不正之风。有的大搞有奖销售，推销残次积压商品，变相涨价，欺骗顾客，扰乱市场。有的发行各种彩票、奖券，设立重奖，助长人们的侥幸、投机心理，为一些人借机牟利、搞不正之风创造了条件……这股歪风如果继续发展下去，不仅不利于改善企业经营，提高服务质量，而且有害于精神文明建设，败坏社会风气，干扰当前的经济体制改革。”

正当竞争法（草案）>的说明》对抽奖式有奖销售的规定作了说明，法草案最初以投机、不正当竞争为由，明确禁止任何形式的抽奖式有奖销售，“草案第十三条规定‘经营者不得从事抽奖式有奖销售。’这类行为国外叫做悬赏式或者抽彩式的有奖销售方式，在立法上一般都是作为一种不正当竞争行为加以禁止的；个别国家虽然允许，但都是严格加以限制的。在我国，有些经营者不是通过提高质量、降低成本、改善服务，进行正当竞争，提高经济效益，而是利用一般消费者的投机、发财心理，追逐所谓效益。目前，采用这种有奖销售方式的越来越多，设奖额越来越大，以此作为推销商品，甚至推销假冒伪劣商品的手段，对公平竞争秩序的破坏性很大，也败坏了社会风气。在征求意见中，有些地方和部门主张坚决煞住这股歪风，明确禁止这种抽奖式的有奖销售方式，绝不要开口子。”

1993年8月25日，全国人大法律委员会《全国人大法律委员会关于<中华人民共和国反不正当竞争法（草案）>审议结果的报告》对该条的修改作了如下说明：“草案第十三条规定：‘经营者不得从事抽奖式有奖销售。’有的企业和部门认为，应当禁止抽奖式的有奖销售。多数企业和部门认为，有奖销售也是一种促销手段，不能完全禁止，但应当作出限制。建议将这条修改为：‘经营者不得从事下列有奖销售：（一）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；（二）利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；（三）抽奖式的有奖销售，最高单项奖的金额超过一万元’”。

后来，根据全国人大法律委员会主任委员薛驹所作的《关于对修改经济合同法的决定（草案）和反不正当竞争法（草案修改稿）修改意见的汇报》中的表述，“关于有奖销售，有的委员认为，草案修改稿第十三条规定的最高单项奖的数额过高。建议将最高奖的金额‘一万元’修改为‘五千元’。（新修改稿第十三条）。”

经历几次修改，《反不正当竞争法》最终以法律现有规定的方式承认了5000元上限抽奖式有奖销售的合法性。

（二）对我国抽奖式有奖销售立法的评价

如上所述，抽奖式有奖销售涉及赌博契约的问题，虽然在德国购买关联的抽奖促销是否构成赌博存在很大的疑问。在美国，抽奖式有奖销售受到法律的严格限制，一旦符合赌博契约的三个要素，其合法性即面临极大的危机，而在这个问题的判断上，对价问题又往往是关键。因此，经营者在进行抽奖式有奖销售时总是小心翼翼的避开对价的因素，法院也总是不遗余力的努力判断案件是否涉及对价的问题。由于对价问题判断的不明确性，很多州的立法明确规定何种类型的对价属于赌博契约。而无论立法和判例均认为以购买为前提的抽奖属于赌博契约无

疑。⁷⁸

赌博在我国为法律严格禁止，赌博在我国民众一般的法律意识和国家的法律规定上不合法自是没有问题。而且，像美国、德国等西方国家存在赌博合法化的问题，而我国虽然也偶尔有关于赌博合法化的讨论，但至少目前在法律上赌博没有合法性。

不过，也存在这样的疑虑，即如果认为抽奖式有奖销售属于法律禁止的赌博，这似乎与人们一般法律意识相冲突，购买关联的抽奖促销活动是司空见惯的现象。不过，笔者认为一般法律意识不能成为理由。概而言之，首先，在《反不正当竞争法》出台之前，抽奖式有奖销售并不具有合法性，民众关于抽奖式有奖销售的合法性意识并不存在。其次，《反不正当竞争法》的立法者并没有陈述抽奖式有奖销售的正当性根据，虽然立法者的民主决定在表面上证成了抽奖式有奖销售的合法性，但是民众依据这种没有正当性根据而产生的法律意识，依然不能反过来证明没有进行正当性说明的立法的正当性。第三，民众并不是立法者或者学者，他们固然可以产生对某问题的合法性意识，但是立法者和学者的任务应在于实质性正当性与否的说明，而恰恰是这里不甚清晰。第四，民众的一般意识有的属于善良风俗，有的则不属于。构成赌博的抽奖式有奖销售，即使得到盲目的认同，也不应属于善良风俗的范畴。因此，我认为以一般民众的观念作论据至少在这个问题上不能成立。

赌博也存在合法性与否的问题，国家允许的福利彩票和体育彩票即为适例。那么，是否存在立法者对促销领域的赌博予以合法化的问题？从《反不正当竞争法》的立法过程来看，立法者并没有进行这样的论证，立法者并未在反赌博的角度上对抽奖式有奖销售进行过论证。因此，立法者同意也不能成为《反不正当竞争法》购买关联有奖促销正当性的理由。⁷⁹本文所关注的购买关联或对价支出的有奖促销是否构成赌博的问题，是为立法者并非刻意所忽略的问题。另外，即使存在立法者的同意，也不意味着这种同意就是一成不变的；即使立法者的非理性决定也可以作为法案的正当性根据，也不意味着不可以以后来的更有说服力的理由推翻立法者先前的决定，立法者同意不是一劳永逸的理由。

不过，我们虽然可以指责我们自己的反不正当竞争立法没有对抽奖式有奖销售从反赌博的角度进行正当化说明，没有划清与赌博契约的关系。但是，我们的

⁷⁸ 甚至有判例认为，在反不正当竞争法的视角上，即使因抽奖的对价不存在而不构成赌博契约，基于抽奖的促销仍然可能违反反不正当竞争法。See *United Stations of New Jersey (US) v. Getty Oil Co.*, 102 N.J. Super. 459, 246 A.2d 150 (Ch. Div. 1968). Also see Louis Altman and Malla Pollack, *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies (4th Edition), Part II. Unfair Advertising and Pricing, Chapter 8. Gifts, Premiums, Lotteries*. 1A Callmann on Unfair Comp., Tr. & Mono. § 8:3 (4th Ed.).

⁷⁹ 国家工商总局《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》(国家工商行政管理局令 19 号)第二条第 2 款似乎通过“经政府或者政府有关部门依法批准的有奖募捐及其他彩票发售活动，不适用本规定”，划清了彩票与有奖销售的界限。但这很难作为立法者同意的判断标准，这种“明确的”划分实际上相当于什么都没说。

语气也不能过于坚决。购买关联的抽奖促销本身能否构成赌博这个问题，如上文所述，因为德国法上的不明确之处，还没有解决。如果综合考虑美国法、德国法和本国实际，购买关联的抽奖促销本身就不构成赌博契约，要求立法者进行这样的说明是不合理的；不过，既然存在争议可能并且存在美国法上构成赌博的立法例，还是存在足够的说明必要性。只是要求当时的立法者进行这样的说明，是一种苛刻的要求。

从反不正当竞争法角度而言，我们可以看到，立法过程中有奖销售的存废有争议。国家工商总局在对草案进行说明时，从执法经验、地方和部门意见出发，主张严格禁止抽奖促销的方式，理由即在于抽奖促销并非以产品或服务的质量进行竞争，而是通过奖金利诱来促进销售。但这种过于严苛的意见没有被采纳，法律最后实际上是一种妥协。不过，在这个过程中，购买关联的问题没有成为讨论的问题点，无论是否允许抽奖促销，购买关联似乎都理所当然被接受的，这一点也许有其合理性存在。

德国有学者从生活经验出发，对购买前提的问题的真实性提出疑问，即一般消费者对于购买前提的关联与否是没有明确意识的。⁸⁰在购买前提可以合法化的问题上，笔者见过三份资料，另一个是欧盟的欧盟委员会“关于内国市场促销条例”的建议草案（Proposal for a European Parliament and Council Regulation concerning sales promotions in the Internal Market）在“有奖销售”（promotional contest, promotional games）的概念界定中允许购买关联的赠奖促销。⁸¹但该草案目前的状态笔者目前还不确定。德国维尔茨堡大学 Olaf Sosnitza 教授在他的一篇介绍性的文章中写道，购买关联切断不过是旧时代反不正当竞争法的延续，理性的消费者应该可以自己决定为参与抽奖是否做出购买的决定。⁸²

也许购买前提的关联与否真的不那么重要，但笔者“学究式的”论述还要继续，下文也算是与这种不同意见的争辩。如上述，笔者已经对我国法律上的抽奖式有奖销售与赌博契约的关系作了论述，并对我国《反不正当竞争法》立法在这个问题上的正当性提出质疑。下面我们从抽奖式有奖销售的功能出发，探讨抽奖式有奖销售的正当性基础的问题。

⁸⁰ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 6. 6a.

⁸¹ EU: COM(2001) 546.

⁸² Olaf Sosnitza, *German Law of Unfair Competition: Toward Liberal Standards*, IIC 2005, 36(5), 525-542.

五、抽奖式有奖销售规范的价值基础

（一）抽奖式有奖销售的广告本质

经营者通过提供偶然性的中奖机会的办法进行促销，这本身并没有不合理性。但是问题在于，抽奖能否与产品或服务的销售直接相连。如上文所述，以购买为前提的有奖销售在美国属于“赌博契约”，我国法律对此并未禁止，为我国法律所禁止的为利用抽奖进行变相的彩票发行。⁸³那么，抽奖式有奖销售与变相彩票的关系如何？两者如何进行区分？

按照一般理解，当销售或购买仅仅成为手段而抽奖本身成为目的，则构成法律禁止的变相彩票，在民法上属于以合法形式掩盖非法目的的脱法行为。⁸⁴不过，目的与手段的关系必然存在模糊地带，于此由于购买本身仍为双方真实的意思表示，因此不被认为是变相彩票。但是，消费者在抽奖驱动下进行的购买与变相彩票的区别只是程度的问题，消费者在何种程度上是基于消费需求进行的商品购买，购买在何种程度上为目的或手段，是具有个体差别并且是难于判断的。

如上所述，以购买为前提或者要求消费者支付对价的抽奖涉嫌赌博契约。那么，如果不要求支付对价或者不要求购买，则问题的严重性至少会有很大的缓解。显然，不以购买为前提的抽奖不构成赌博契约，是否构成赌博的问题得以解决。而消费者可以在不购物的前提下参与抽奖，目的与手段判断的棘手问题成为不必要，购物与抽奖是分离的，是否购买可由消费者自由决定，变相彩票的问题可以消解。对于其他竞争者而言，虽然因为抽奖的进行增加了消费者购买的可能性，但这并非必然。因此，抽奖虽然也会给其他竞争者带来举办同类活动的压力，但这种压力应该是可以接受的，因为有回旋余地，消费者对其的选择并未实质上受到干涉，并未被切断。不以购买为前提的抽奖排除了购买特定商品与抽奖诱惑之间的一体性关联。⁸⁵

但是，从经营者的角度出发考虑则存在这样的问题，即经营者举办不以购买为前提的有奖销售的目的何在？禁止以购买为前提，这对经营者是否不公平？这涉及有奖销售的制度功能或者目的问题，即抽奖式有奖销售应以具体的商品或服

⁸³ 《关于坚决打击赌博活动、大力整顿彩票市场秩序的通知》（财综[2002]82号）第一条规定，“凡未经国务院批准擅自发行彩票或以有奖销售为名发行彩票，或以一定价款给付为前提，公开组织对某种竞赛进行竞猜，参与者可根据其给付价款和竞猜结果获得中奖权利的行为，均属非法发行或变相发行彩票的赌博行为，有关部门应依法予以查处。”不过，该规定并没有明确变相彩票的涵义。

⁸⁴ 有判例及各别地方政府的规定对变相彩票有所涉及，参见《广东省财政厅关于制止以电影为凭证变相发行彩票的紧急通知》（粤财综[2001]62号）。“李宏晨与北京北极冰科技发展有限公司娱乐服务合同纠纷案”，（2004）二中民终字第02877号。

⁸⁵ 虽然购买关联切断在很大程度上去除了扭曲消费者决定的空间，但购买前提或者购买关联是可以有广义和狭义解释的，本文行文中没有进行严格的区分。德国法上的观点可资参照，将在后文述及。

务的直接销售为目的还是以广告宣传为正当目的？答案已经很明确，以销售特定商品或服务为目的的抽奖式有奖销售并非其正当的功能所在，抽奖式有奖销售的应有功能仅仅在于其广告作用，即消费者可以通过经营者举办的有奖销售被吸引到其经营场所或对其商品或服务产生兴趣，但是消费者是否购买应由其自由决定。法律应为消费者自由决定提供规范基础，法律不应为经营者通过有奖的方式将商品、服务与消费者牵制性关联提供可能性。购买前提为经营者通过巨奖诱惑扭曲市场机制、干扰消费者决定提供了规范上的可能，也背离了抽奖促销的广告本质。

（二）抽奖式有奖销售作为广告言论之“附带性”限度

如上所述，有奖销售中的抽奖应功能性的定位为广告，其仅在于经营者商品或服务的宣传和促进，而不在于在具体的交易中直接实现商品或服务的售出。那么，什么是法律意义上的广告，抽奖式有奖销售是否属于广告，其法律限度何在？本文以下对该等问题作一探索性的回答，这既是对上文有奖销售广告定位的巩固性论述，也在于从广告言论的角度叙述有奖销售的法律限度，文章开篇所提出的关于“附带性”的问题在此将一并涉及。⁸⁶

按照布莱克法律词典的解释，所谓广告（advertising），“是指为促进销售而进行的吸引公众注意的行为”⁸⁷。可见，从功能上讲，有奖销售通过抽奖吸引公众的注意以达到促销目的，本质上为广告之一种，应属无疑。在德国，旨在增进销售或者美化企业形象的抽奖属于广告的一种类型。⁸⁸有奖竞猜或者抽奖游戏的广告方式（die Werbung mit Gewinnspiel und Preisausschreiben）是最受欢迎和最有效的促销手段，因为消费者不但没有理由拒绝，反而更多的是喜爱和期待。⁸⁹作为一种促销手段的有奖竞猜或抽奖游戏是生活中常见的广告方法（Werbemethode）。⁹⁰美国佛罗里达州的一项立法也明确规定，抽奖、附赠是一种广告手段（advertising material）。⁹¹美国有判例也认为，有奖销售是广告的一种表现形态。⁹²可见，将有奖销售定性为广告促销手段，在德国、美国的立法和

⁸⁶ 在欧盟范围内，commercial speech 的对应词 commercial communication，同样包括附赠、折扣和抽奖等直接的促销手段，其主要受反不正当竞争法及消费者保护法的规制。

⁸⁷ Black's Law Dictionary (8th ed. 2004), advertising.

⁸⁸ Wolfgang Freiherr Raitz Von Frenzt, Christian L. Masch, *Gambling, Sports Bets, Games of Skill, Lotteries, Entertainment Games, Gambling Houses, Amusement Arcades and Raffles in Germany: An Overview about the Latest Developments of the German Gaming Law*, Ent. L.R. 2006, 17(7), 196-203.

⁸⁹ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.117.

⁹⁰ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.125.

⁹¹ West's F.S.A. § 509.508(Prize and gift promotional offers).

⁹² 关于有奖销售与广告之间的关系，美国法上的判例认为，“赠奖（gift enterprise）作为一种吸引消费者的工具，与其他广告（advertising）方式是一样清白（innocent）的”。See *Trading Stamps--"Gift Enterprise"*, 14 Yale L.J. 120; also see McKenna, 126 Cal. 429.

判例上也是可以成立的。

在美国存在所谓商业言论宪法保护的问题。所谓商业言论（commercial speech）是指，“仅涉及商业利益的表达者与受众之间的信息沟通，因其商业性而与如社会、政治、宗教等一般言论相比，受到宪法第一修正案较少的保护”⁹³。不很严谨的讲，广告应归属于商业言论或者等于商业言论，其功能均在于吸引消费者的注意以增进经营者自身的商业利益。

那么，这里作为商业言论的抽奖式有奖销售，应受到法律关于商业言论规范的规制。不过，美国法上商业言论与赌博的关系主要围绕赌博能否进行广告宣传的问题展开，与本文所述的问题关系不大。然而，也正是这里划出了赌博或者彩票在何种程度上可以介入商业领域促销活动的合法与非合法的界限，就是说赌博或者彩票介入商业广告领域涉及以下两个问题：第一，赌博或者彩票本身能否进行商业宣传？第二，赌博或者彩票在何种程度上可以作为商业性广告宣传的手段？

关于第一个问题，美国（联邦）法典一般性的禁止彩票的广告宣传，但有例外性的规定。⁹⁴由于某些赌博方式逐渐取得合法的法律地位，禁止私人赌博和彩票广告宣传的规定遭到违反宪法关于商业言论自由保护的挑战。⁹⁵在 *Greater New Orleans Broadcasting Ass'n, Inc. v. U.S.* 一案中，大法官 Stevens 认为，“合法的私人彩票可以进行广告宣传，根据宪法第一修正案，18 U.S.C.A. § 1304 禁止彩票信息播报的规定，不能再适用于路易斯安娜州合法的私人博彩广告，他们可以通过电台或电视台进行播报”。⁹⁶由于私人彩票在我国受到法律的禁止，对其进行广告宣传的合法性问题似乎并不存在疑问。但是，如果抽奖式有奖销售本身构成法律所应禁止的彩票或赌博，那么，通过媒体进行的广告宣传也应是禁止的。而如上文所述，我国法律所认可的抽奖式有奖销售有可能构成法律禁止的赌博。⁹⁷

关于第二个问题，美国（联邦）法典虽然禁止赌博和彩票的广告宣传，但是有很多例外性的规定，经营者利用抽奖进行的促销即在例外之列。按照 18 U.S.C.A. § 1307(a)(2) 的规定，如果一项广告、抽奖及其它与博彩有关的计划，其作为商业组织的促销活动而进行，并且相对于该组织的主营业务（primary business）无疑是偶然性的（occasional）、附带性的（ancillary），不在禁止之列。就是说，经营者可以利用私人性的彩票来进行广告宣传，但是，其仅仅为一种偶然性和附带性的临时手段，不能作为主营业务来经营。这里我们可以看到，美国

⁹³ Black's Law Dictionary (8th ed. 2004), speech, commercial speech.

⁹⁴ 18 U.S.C.A. § 1301(Importing or transporting lottery tickets), 18 U.S.C.A. § 1302(Mailing lottery tickets or related matter), 18 U.S.C.A. § 1303(Postmaster or employee as lottery agent), 18 U.S.C.A. § 1304(Broadcasting lottery information), Unconstitutional.

⁹⁵ Ann K. Wooster, J.D., *Protection of Commercial Speech Under First Amendment—Supreme Court Case*, 164 A.L.R. Fed. 1.

⁹⁶ *Greater New Orleans Broadcasting Ass'n, Inc. v. U.S.*, (1999).

⁹⁷ 当然，这里还可以提出的一个问题是，即使在我国目前的法律框架内，是否应考虑抽奖式有奖销售通过大众媒体进行广告宣传的限度？

法虽然基于商业言论自由的考虑在私人彩票的广告宣传方面存有疑虑,但是对于附带性的、偶然性的利用彩票作为促销手段的做法并不禁止。这里隐约存在着一个虽然不甚清晰但却比较明确的促销领域中有关抽奖或彩票的商业言论自由合法与非法的界限。

美国法关于附带性及偶然性的规定,似乎与我国反不正当竞争法有“同曲同工”之妙,不过进一步的追问可以让我们看到两者的差异。密歇根州法关于彩票或附赠在促销领域利用限度的规定为我们提供了一个线索。该州 M.C.L.A. 750.372 同样规定,私人所进行的抽奖不在禁止之列,如果其作为一项促销活动(promotional activity),相对于其主营业务仅仅是偶然的和附带性的。该法紧接着对彩票、附赠(gift enterprise)作为促销手段进行了限定。按照该法令的规定,要求消费者支付对价或者实质上以超过商品或服务价值的购买为前提而取得抽奖机会的促销不在允许的促销活动之列。⁹⁸佛罗里达州一项关于露营地成员资格(campgrounds membership)销售的立法也对抽奖作为广告方式的问题规定,即抽奖、附赠或其他类似的广告促销手段,不得以消费者购买为前提,其作为促销手段必须是与露营地成员资格的销售相分离的,消费者即使没有购买该成员资格,也可以取得预定奖项。⁹⁹结合上文美国法关于赌博契约的论述,从商业言论限度的角度而言,我们可以一般性的认为,在美国作为促销广告的抽奖以不支付对价为合法化的前提。

在我国,消费者购买或者支付其他对价的有奖销售为法律规范的常态。然而,一旦以购买或者支付其他对价为前提,抽奖本身即获得独立的存在意义,对价的支付使抽奖本身成为一种独立性的利益追求,而其所本应促进的经营者的主营业务却有可能被架空或者虚置。可以说,抽奖式有奖销售的附带性以不支付对价为必要。不然,从理论上讲,抽奖因对价的支付取得独立的法律意义,其不再是附带性的促销手段;从现实而言,抽奖因对价的支付而具有极大的变质风险,其与非法彩票或变相彩票的关系难以说清。

可以看出,促销领域的抽奖式有奖销售从商业言论自由的角度而言,存在一个合法的界限,即私人彩票及其广告作为一种商业言论为法律禁止,其作为促销性的广告手段,以不支付对价维持其附带性,维持其作为促销手段的自身定位,限定自身的合法性。否则,一旦有对价的支付,包括金钱的支付或者商品及服务的前提性购买,抽奖式有奖销售将无法维持其基于促销目的的自身定位而所应具有的附带性要求,从法律允许的促销活动蜕变为非法的私人彩票或赌博,成为一种不合法的商业言论。

⁹⁸ See M.C.L.A. 750.372(Lotteries and gift enterprises).

⁹⁹ West's F.S.A. § 509.508(Prize and gift promotional offers).

六、抽奖式有奖销售“竞争法”之规制

（一）抽奖奖金额度限制合理性质疑

上文从赌博契约、广告促销以及商业言论自由角度结合其功能定位对抽奖式有奖销售问题进行了论述。无论从以上的何种角度，对价支付和购买关联的抽奖式有奖销售都是不合理的。抽奖式有奖销售作为广告手段，更多涉及竞争法的问题。那么，抽奖式有奖销售是否以及如何应受竞争法的规制，最高奖额限制的规定是否具有合理性？

首先可以确定的是，购买关联的有奖促销在反不正当竞争法上也是不能成立的。欧盟“不正当商业行为的指令”（Unfair Commercial Practices Directive）主要从消费者保护的角度对不公平商业行为进行了规定。按照该指令，如经营者的行为导致消费者产生已经或者可能中奖的错误印象，而取得奖项需以消费者支付金钱或者其他费用为前提，则经营者的行为属于“侵略性的商业行为”（aggressive commercial practice），直接属于该指令所禁止的不正当竞争。¹⁰⁰德国于2001年废除了作为反不正当竞争法附属法的折扣法和附送赠品条例，放松了对折扣、附赠等直接性的广告促销的法律限制。¹⁰¹不过，2004年修订的反不正当竞争法（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb）仍然禁止购买性关联的抽奖广告。¹⁰²按照该法4.6的规定，以购买为前提的抽奖促销属于对消费者不当影响的不正当竞争行为。¹⁰³购买关联及对价支付的抽奖促销在反不正当竞争法上已经比较明确。

不过，可能有观点认为，在法律上对抽奖式有奖销售的最高奖额做出限制同样可以达到规范目的。设置最高奖的限额确实能在一定程度上降低引诱的程度。我国反不正当竞争法的奖金额度限制即为适例。但是，5000元的最高额限制对于某些商品或行业可能仅仅是“九牛一毛”，而对某些行业却可能是“天文数字”。这导致的结果是，在一些领域合法的抽奖式有奖销售无法发挥作用，发挥作用的有奖销售又因不具有合法性而对经营者、消费者带来损害或不确定性；而在另一些领域，合法的抽奖式有奖销售却与《反不正当竞争法》的立法目的存在冲突。因此，最高奖额的限制能否达到规范的目的，是值得进一步推敲的。¹⁰⁴

¹⁰⁰ See EU: Directive 2005/29/EC, Celex No. 305L0029, article 8, and Annex 1.

¹⁰¹ 郑友德、万志前：《德国反不正当竞争法的发展与创新》，《法商研究》，2007年第1期。

¹⁰² Frauke Henning-Bodewig, *A New Act against Unfair Competition in Germany*, IIC 2005, 36(4), 421-432.

¹⁰³ 不过，欧盟委员会“关于内国市场促销条例”的建议草案在“有奖销售”（promotional contest, promotional games）的概念界定中允许购买关联的赠奖促销。See EU: COM(2001) 546. 至于该草案目前的状况，恕笔者浅漏，不过，如上所述“不正当商业行为的指令”（Directive 2005/29/EC）似乎在这个问题上已有明确立场。

¹⁰⁴ 对此可能的反驳是，抽奖作为促销手段，不以具体的购买或销售为前提，则仅从消费者自身访问成本考虑，商品价值相对于消费者可能是无关的，就是说矿泉水的促销和汽车的促销相对于消费者的访问成本而言，是一样的。因此，两者奖金额度的限制是可以相同的。不过，即便如此，是否应有奖金额度限制仍然是一个问题。

实际上,无对价的抽奖式有奖销售在反不正当竞争法上是否还要受最高奖额的限制,本身就是一个问题。从笔者所检索和掌握的资料来看,美国有奖销售没有奖金数额的上限规定,甚至通过抽彩售货方式进行的广告促销,其奖金数额动辄即上百万美元。¹⁰⁵有的州对超过 5000 美元以上的有奖销售有备案的要求,但没有奖金上限的规定。¹⁰⁶同样,德国反不正当竞争法和欧盟的相关指令也没有关于抽奖奖金数额上限的规定。¹⁰⁷2006 年瑞士比较法研究所(Swiss Institute of Comparative Law)为欧盟委员会准备的一项关于“欧盟成员国赌博问题的研究报告”(Study of Gambling Service in the Internal Market of the European Union)涉及 10 万美金以上以及购买关联有奖销售相关问题的各国立法介绍,按照该报告,只有丹麦、荷兰和西班牙对抽奖促销设有奖金上限的规定。¹⁰⁸台湾公平交易法虽然没有在法律的文本中对奖金上限做出规定,但是其公平交易委员会的行政解释对奖金有上限的规定,超出限额的赠奖将构成违反公平交易法的“利诱”。不过,台湾有学者对这种限定提出了批评,认为这样的解释缺乏灵活性。¹⁰⁹

有奖销售奖金额度限制的做法为多数立法例所不采。有奖销售作为一种广告促销的附带性手段,作为一种吸引消费者的广告方式,同时也是一种夺取潜在消费者的竞争方式,这种通过抽奖对潜在交易对象的攫取本身从自由竞争的角度而言并没有不合理性。¹¹⁰从竞争法而言,奖金额度的问题主要可能涉及对消费者的利诱和相对于其他经营者限制竞争或市场地位滥用的问题。就是说,过高的奖金设置可能扭曲消费者的决定自由,构成一种不当的利诱。而相对于其他竞争者而言,过高的奖金额度可能进一步排挤其他劣势竞争者参与市场竞争或者不合理提升其他经营者市场进入的门槛。而利诱、限制竞争或市场支配地位滥用,均不是基于经营者所提供的商品或服务本身所具有的品质或消费者认可度,而是基于对消费者投机心理或自身市场地位的不当利用,因而是违反不正当竞争法消费者保护和正当竞争秩序维持的法律目的的。

(二) “利诱”及“竞争妨碍”之疑问¹¹¹

那么,什么是法律上的利诱及竞争妨碍,抽奖式有奖销售是否因奖金额度过

¹⁰⁵ Eben W. Haskell v. Time, Inc. and Time Warner, Inc., 857 F.Supp. 1392.

¹⁰⁶ Kent J. Perez, *Florida Statute § 849.0935 Drawings by Chance*. 70-DEC Fla. B.J. 63.

¹⁰⁷ Olaf Sosnitza, *German Law of Unfair Competition: Toward Liberal Standards*, IIC 2005, 36(5), 525-542.

¹⁰⁸ Study of Gambling Service in the Internal Market Of The European Union(Final Report), 14 June, 2006. http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm. 2009 年 5 月访问。

¹⁰⁹ Kung-Chung Liu, *Unfair Competition Law in Taiwan*, IIC 1999, 30(4), 377-402.

¹¹⁰ Restatement (Third) of Unfair Competition § 1 (1995).

¹¹¹ 不正当竞争、限制竞争、市场支配地位滥用三者关系本文并未详考。按照德国反不正当竞争法及学者的观点,具体的市场妨碍(限制竞争)与一般市场妨碍(约等于市场支配地位滥用)均属于反不正当竞争法上的竞争妨碍。在德国,对于反不正当竞争法上的一般市场妨碍与反垄断法上的市场支配地位之间的关系似乎还有争议。在美国,违反反垄断法的行为也因不正当方法竞争而属于一种不正当竞争行为。

高在而构成利诱、竞争妨碍？首先可以确定，利诱是从反不正当竞争法角度出发做得考量，市场支配地位滥用则主要属于反垄断法的问题。利诱、限制竞争、市场支配地位滥用并非根据统一标准而做出的区分，一行为在对消费者构成利诱的同时也可能构成竞争妨碍或市场支配地位滥用，反之亦然。¹¹²

“利诱”这个概念来自台湾公平交易法第 19 条，按照该法的规定，“以胁迫、利诱或其它不正当之方法，使竞争者之交易相对人与自己交易之行为”，“有妨碍公平竞争之虞者，事业不得为之”。按照台湾公平交易委员会“公研释○○五号公平交易法第十九条第三款「利诱」之疑义”的解释，“公平交易法第十九条第三款所称之利诱，系指事业不以质量、价格及服务争取顾客，而利用顾客之射幸、暴利心理，以利益影响顾客对商品或服务为正常之选择，从而诱使顾客与自己为交易行为。有关赠奖促销活动是否属于公平交易法第十九条第三款所称「利诱」疑义，按基于自由竞争本质，事业为赠奖促销活动，是否违反公平交易法，应视其赠奖促销之内容是否已达前述之利诱程度，而使竞争者之交易相对人因此而与自己为交易行为而定”。¹¹³

可见，在台湾法上，赠奖促销是否构成违反竞争法的行为，应根据消费者对商品或服务的正常选择是否被摄幸、暴利心理所扭曲而为判断。台湾“行政院公平交易委员会处理赠品赠奖促销案件原则”按照经营者的商品价值及营业额对抽奖式有奖销售的奖金额度作出限制规定。¹¹⁴超过该原则所规定限额的抽奖将构成公平交易法禁止的“利诱”。

按照欧盟“不正当商业行为的指令”（Unfair Commercial Practices Directive）第 5 条的规定，如果经营者的商业行为“扭曲消费者的经济行为”，则构成不正当竞争。根据指令第 2 条，所谓扭曲消费者的经济行为（to materially distort the economic behaviour of consumers）是指，“经营者采取商业手段，使一个具备相关信息的消费者的决策能力遭受显著损害，而做出其本不会做出的交易决定”。在德国，抽奖必须是一种“偶然性吸引”（Aleatoric Attractions），如果消费者基于奖金的诱惑而被从对商品的判断上分离，其购买决定主要出于对奖金的预期，则

¹¹² S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 10.14.

¹¹³ 感谢中国政法大学博士研究生台湾的方立维先生提供台湾法相关资料。

¹¹⁴ 台湾“行政院公平交易委员会处理赠品赠奖促销案件原则”全文如下：“一、为确保事业公平竞争，保障消费者权益，有效处理公平交易法第十九条第三款，以利诱之方法使竞争者之交易相对人与自己交易之行为之不公平竞争案件，特订定本处理原则。二、事业销售商品附送赠品，其赠品价值上限如：（一）商品价值在新台币一百元以上者，为商品价值之二分之一。（二）商品价值在新台币一百元以下者，为新台币五十元。三、事业办理赠奖，其全年赠奖总额之上限如左：（一）上一会计年度之销售金额在新台币十亿元以上者，为新台币二亿元。（二）上一会计年度之销售金额超过新台币二亿五千万万元，未满新台币十亿元者，为销售金额的五分之一。（三）上一会计年度之销售金额在新台币二亿五千万万元以下者，为新台币五千万万元。四、事业办理赠奖，其最大奖项之金额，不得超过行政院劳工委员会公布之每月基本工资的一百二十倍。五、事业办理附送赠品及赠奖，违反第二点、第三点或第四点之规定者，构成公平交易法第十九条第三款之违反。六、本处理原则得依经济、社会之情况加以调整。”

这种有奖销售可能被认定为对消费者的不当影响而构成不正当竞争行为。¹¹⁵抽奖促销是否违反反不正当竞争法,应视一般消费者在此情况下的理性决策能力是否因为促销活动而遭受损害。¹¹⁶如果抽奖诱惑如此强大,以至于消费者的注意力从经营者所提供的商品或服务上转移到预期奖金的获得,则构成反不正当竞争法上的“不当影响”(unangemessene unsachliche Beeinflussung)。¹¹⁷

德国反不正当竞争法 4.6 所规定的购买关联是作为不当影响,扭曲消费者决定的特别示例性规定而存在的。¹¹⁸购买关联切断的立法目的也就在于保障消费者的决定自由不为经营者不当促销行为干扰,使其避免做出并非基于产品和服务本身的品质及价格考量的消费决定。¹¹⁹但是,在德国法上,在有奖促销的问题上,如果切断购买性关联,是否存在因奖金额度过高而成立“不当影响”的可能呢?

“不当影响”构成与否的关键在于抽奖与销售之间是否存在事实或法律上的关联,如果存在,则构成不当影响。按照德国学者的观点,于此情形不当影响并不存在,即一项抽奖每周达到 10 000 欧元,而每月将达到 100 000 欧元,消费者为参与该项抽奖活动不必负担强制性的购买要求,虽然消费者必须到经营者的营业场所,并提供一种可以在销售区以外扫描的“Haushaltskarte”参与凭证。¹²⁰另外,消费者为了确定是否中奖,而必须经常到经营者营业场附近的固定位置去察看,也不构成不当影响。消费者对其他经营者商品或服务的判断很难说会因此被隔断。¹²¹同样,下列情形也不构成不当影响,即消费者为了打探有奖促销而到访经营者的营业场所,并进行了机会性购买,而其本可以在其他经营者那里购买更加物美价廉的商品。¹²²于上述情形,不存在购买关联,不构成不当影响。按照德国学者的解释,构成不当影响的购买关联可以分为法律上的关联及事实上的关联。法律上的关联(Rechtliche Abhaengigkeit)即合同的订立,即以特定的商品或服务的购买为前提。属于这种情形的,如以直接购买、购物凭证或产品包装为抽奖的前提。大多数情况下为事实上的关联(Tatsaechliche Abhaengigkeit),如差异中奖机会(Unterschiedlich grosse Gewinnchancen)、窘迫心理强制(Psychischer Kaufzwang)等。¹²³在差异性中奖机会,消费者虽然在法律上不被要求订立购买合同,但是购买将提升其中奖的机会。¹²⁴在窘迫心理强制,消费者同样不被要求

¹¹⁵ See Wolfgang Freiherr Raitz Von Frenzt, Christian L. Masch, *Gambling, Sports Bets, Games Of Skill, Lotteries, Entertainment Games, Gambling Houses, Amusement Arcades and Raffles in Germany: An Overview about the Latest Developments of the German Gaming Law*, Ent. L.R. 2006, 17(7), 196-203.

¹¹⁶ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.125.

¹¹⁷ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.125

¹¹⁸ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 6.5.

¹¹⁹ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 6.2.

¹²⁰ OLG Koeln GRUR-RR 2005, 194, 195. S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.126.

¹²¹ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.126.

¹²² Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.126.

¹²³ S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, 6.14.

¹²⁴ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 6.11.

购买，但是，他基于抽奖活动的具体情况，很难逃避购买合同的订立。¹²⁵可见，德国法上构成“不当影响”的购买关联是广义解释的，不仅仅限于狭义的购买合同的订立。我们也可以看到，德国法抽奖促销在是否构成不当影响的问题上，没有从固定的奖金数额出发，而是着重于是否存在购买关联的判断。

上文已述，笔者认为，很难单纯因奖金过高而构成反不正当竞争法上的利诱。消费者虽然可能为经营者的巨奖机会“迷惑”，但这始终不要求购买，即使消费者被经营者的广告促销所吸引，而对经营者产生一定的关注度甚至好感，但消费者的消费决策是完全可以另行作出的，如果经营者的商品或服务不能以其本身的品质取胜，其所进行的附带性吸引从长期来看还是无法达到增进销售的目的。抽奖与购买始终是可以分离的，消费者不必面对购买以取得抽奖机会与放弃中奖机会的抉择，很难说消费者会基于对经营者提供的中奖机会的感谢而做出对自己不利的购买决定，至于消费者为参与抽奖而造访经营者的营业场所，并进行顺带的购买，只要按照一般水平消费者的认知水平其理性判断能力没有因经营者的促销活动而扭曲，即不违反反不正当竞争法的规定。在无购买关联的前提下，消费者是否作出交易决定与抽奖没有直接关联，这在很大程度上消除了不当影响及不正当竞争的可能性。

这在美国反不正当竞争法及抽奖促销的案例中有所体现。按照美国法学会（ALI）《反不正当竞争法重述》的解释，采取一项商业行动而对他人的商业关系造成损害并不导致赔偿责任，除非经营者涉嫌虚假广告、侵犯商标及其他主体性标志、侵犯商业秘密等无形商业价值。¹²⁶而在这些明确构成不公平竞争行为之外，法院往往从自由竞争的角度在是否构成不正当竞争的问题上趋于保守，只有那些严重导致其他经营者无法依据其商品及服务的品质而参与竞争或者违反那些为普通法或法规所确认的公共利益标准（*accepted principles of public policy*）才被认定为其他使用不公平方法竞争的行为。¹²⁷在美国法的抽奖销售案例中，笔者至少没有见到因奖金过高而被认定为不正当竞争的案例，其或者因为对价的存在而构成非法彩票¹²⁸，或者因为不实广告而存在误导消费者的行为¹²⁹。同时，上文已有阐述，美国的抽奖促销动辄上百万美元，而这并没有成为构成不正当竞争与否的争点，而在欧盟奖金数额超过十万美金以上的似乎也比比皆是。

因此，虽然论述并不十分充分，但笔者在这里结论性的认为，抽奖促销是否

¹²⁵ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 6.12.

¹²⁶ Restatement (Third) of Unfair Competition § 1 (1995)

¹²⁷ 同上注。

¹²⁸ State v Reader's Digest Asso. (1972) 81 Wash 2d 259, 501 P2d 290. See Donald M. Zupanec, M.A.,J.D , *Practices forbidden by state deceptive trade practice and consumer protection acts*. 89 A.L.R.3d 449 (Originally published in 1979). See *Powers of the Federal Trade Commission in Prohibiting Unfair Methods of Competition*, 43 Yale L. J. 1338.

¹²⁹ Kugler v Market Development Corp. (1973) 124 NJ Super 314, 306 A2d 489.

构成利诱，应以一般消费者的理性决策能力是否因抽奖扭曲而为判断，这尤其在事实性购买关联情形有意义；而去除购买性关联以及其信息义务的违反¹³⁰，单纯的奖金数额过高一般不构成反不正当竞争法上的利诱。本文的这个结论性判断与台湾公平交易委员会的判断不同。依笔者所见，奖金数额高低不涉及反不正当竞争法所应规制的利诱，而台湾法以“利诱”所规制者亦实为竞争妨碍或市场支配地位滥用的问题¹³¹。

按照我国《反垄断法》第三章第 17 条的界定，“本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位”。何者为市场支配地位仅仅是抽奖促销是否可能构成市场支配地位滥用的前提问题，鉴于能力所限、立法已有规定以及国内学者的诸多论述，笔者此处不对市场支配地位作过多讨论。¹³²本文所应关注的问题是，具有市场支配地位的经营者利用抽奖促销是否有可能构成市场支配地位之滥用。

诚然，经营者可以通过抽奖的活动强化其已有的支配地位，进一步排斥和打击其他竞争者。而其他经营者可能不具有占据支配地位的经营者所具有的财力、信息及其他条件，以采取同样的策略而展开竞争。这似乎有构成滥用市场支配地位的嫌疑。

但是，是否具有市场力量的经营者仅仅因其自身的经济优势而采取其他经营者所无力负担的抽奖活动，即具有不法性呢？笔者对此还是持怀疑态度。仅仅因为相对较大数额的负担能力及实际支出，似乎不能成立市场支配地位滥用。抽奖促销活动从手段和目的本身来看皆没有不法性，不违反自由竞争的原则，不是一种滥用市场力量行为。同时，抽奖作为一种促销方式，虽然给同业竞争者带来一定的压力，但其毕竟为附带性、临时性的手段，属于经营者的短期行为，其他经营者所承受的这种竞争压力并不是长期性的、连续性的。¹³³从长远来看，其他经营者凭借自身商品或服务进行竞争的能力并没有遭受不利影响。当然，如果经营者长期性的、连续性的进行有奖促销，并且实际上导致其处于低于成本价提供商品或服务状态，其行为的正当性就面临极大的疑问。

在德国反不正当竞争法以及卡特尔法上，按照德国学者的观点，抽奖促销可能构成市场妨碍，包括一般的市场妨碍和具体的市场妨碍（*gezielte Behinderung von Mitbewerbern und allgemeine Marktbehinderung*）。¹³⁴

¹³⁰ 抽奖促销作为一种广告手段，要受法律对不实广告的规制。

¹³¹ 参见自由时报“回馈读者 5 亿元连环大赠奖”案，转引自赖源河编审：《公平交易法新论》，元照出版公司 2002 年 10 月第二版，第 309 页。

¹³² 参见周昀：《论企业市场支配地位之认定》，《河北法学》，第 25 卷第 11 期。约瑟夫·德雷克舍：《市场支配地位的滥用与知识产权法——欧洲最新发展》，吴玉领译，《环球法律评论》，2007 年第 6 期。

¹³³ 是否抽奖只能作为一种临时性的广告手段，还有疑问，具体的一次抽奖活动必须有明确的开奖期限。

¹³⁴ S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.134.

德国反不正当竞争法区分了具体的市场妨碍（individuelle Marktbehinderung）和一般的市场妨碍（allgemeinen Marktbehinderung, Marktstoerung）。¹³⁵按照德国反不正当竞争法 4. 10 的规定，刻意的（gezielt）市场妨碍尤其属于不正当竞争的行为。显然，该条仅所规定的事实构成限于对特定竞争者的排挤，与一般的市场妨碍不同。¹³⁶市场妨碍同样是卡特尔法规制的对象，虽然两者有重叠，但并不互相排斥，这被称为双重控制原则（Grundsatz der Doppelkontrolle）。¹³⁷

按照德国学者的解释，所谓具体的市场妨碍，是指经营者所采取的措施首要的不在于增进自己的竞争能力，而是在于刻意的损害其他特定竞争者的竞争能力。¹³⁸不过，在有奖促销的问题上，单纯这种情形，即小的竞争者因其经济状况所限无力举办相类似的（抽奖）活动，对于是否成立市场妨害的问题不具有决定意义。¹³⁹具有决定意义的毋宁是，抽奖是否为一个具有“市场地位”的经营者（marktmaechtigen Unternehmen）所刻意用于排挤中小竞争者，并且因此导致实际的（konkreten）市场妨碍（marktbehinderung）发生。¹⁴⁰更进一步，抽奖促销是否导致在相关市场中的竞争秩序处于危险之中。¹⁴¹这里涉及卡特尔法上的市场妨害构成（katellrechtlichen Behinderungstatbestaende）问题的考量。¹⁴²可见，在德国反不正当竞争法上，单纯奖金额度本身不足以构成具体的市场妨碍。

德国反不正当竞争法虽然没有将一般的市场妨碍（allgemeinen Marktbehinderung）作为反不正当竞争法第 4 条不正当竞争行为的示例（Beispielstatbestand）之一而加以列举，但是，它可以通过反不正当竞争法第 1、3 条而进入反不正当竞争法之中。¹⁴³这里，按照德国学者的解释，构成一般市场妨碍的条件之一是竞争秩序妨害（Gefaehrdung）。所谓竞争秩序妨害，是指持久的竞争结构恶化（dauerhaften Verschlechterung der wettbewerblichen Strukturen），短期的市场竞争堵塞是不够的。¹⁴⁴不过，也不要垄断状态的形成，由于中、小竞争者被排除而导致市场结构恶化的危险，或者竞争处于并非不显著的限缩状态，即为足够。¹⁴⁵

从德国法的观点可以看出，抽奖式有奖销售即使在短期内对市场结构有所扭

¹³⁵ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 10.12.

¹³⁶ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 10.2.

¹³⁷ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 10.18.

¹³⁸ BGH WRP 2005, 881,884. BGH GRUR 2008, 621 Tz 32- AKADEMIKS. S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 10.7..

¹³⁹ OLG Koeln GRUR-RR 2005, 194, 195; Aa noch BGH GRUR 1974, 156, 157. S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.134.

¹⁴⁰ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.134.

¹⁴¹ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.134.

¹⁴² Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.134.

¹⁴³ Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 12.2.

¹⁴⁴ BGH GRUR 2001,80,81- ad-hoc Meldung. S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 12.6.

¹⁴⁵ BGH GRUR 1991, 616, 617 – Motorboot-Fachzeitschrift. S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 12.6.

曲，或者对竞争秩序造成阻塞，也不构成一般市场妨害或市场支配地位的滥用。作为一种临时性的手段，其起码无法构成长期扭曲市场结构，因此也无法构成市场一般市场妨碍。当然，如果经营者长期性、持续性举办抽奖促销，从这一点来看，似乎还是有构成一般市场妨碍的可能，这个问题还需要进一步的讨论。不过，虽然德国学者认为有奖促销可以构成一般的市场妨碍，却也没有提供相关案例支撑。¹⁴⁶至于奖金额度与一般市场妨碍的关系，笔者更是没有检索到德国法的相关判例。¹⁴⁷

从有奖销售作为广告促销手段的角度考虑，占据市场支配地位的经营者利用抽奖进行促销实际也涉及这样一个问题，即经营者可以在何种限度内进行广告投放而不违反反垄断法的规定及立法目的？相对于其市场份额或者产品价值，经营者的广告费用是否应有所限制？笔者对这个问题没有过深的思考和充足的资料，因此，暂时仅仅只能做一些粗浅的分析。笔者认为，经营者在营业自由的限度内，应可独自决定是否以及在何种强度上进行广告宣传。诚然，经营者应依靠其产品或服务的品质进行竞争，不过，在信息爆炸的资讯社会，引起消费者的注意甚至不比提升产品或服务本身的品质更不重要。经营者应着重于吸引公众的注意抑或专注于产品或服务品质的提升，应首先由经营者决定，其次由消费者决定。

因此，有奖销售的奖金密度及最高奖项设置实际是经营者广告投入的问题。如果对经营者抽奖促销的奖金设置进行限制，实际相当于限制企业的广告投入。从这个角度来看，对抽奖式有奖销售进行最高奖金额度进行限制的合理性存在可质疑之处。既然本质上皆为广告宣传，为何抽奖式有奖销售的广告方式有数额的限制，而其他类型的广告却没有类似或相当的数额限制？抽奖式有奖销售奖金数额的限制似乎并不符合相同情况相同对待的正义原则。从商业言论自由角度而言，设置有奖销售最高奖金额度限制也不符合附带性商业言论自由原则，单纯因为其强大的资金表达能力即对其言论进行限制，也似乎并不合理。诚然，依靠广告而非产品或服务本身而创造价值的合理性可以推敲，仅依靠巨额广告投入即可获得消费者认同甚至产生巨大的经济效应，似乎并非一个理性的市场所应有的表现。

不过，基于对抽奖式有奖销售广告本质以及奖金本质上作为广告投入的认定，结合德国、美国的立法和学理，笔者认为，作为附带性手段的抽奖促销之奖金额度并非一般市场妨碍所应考虑之因素。

¹⁴⁶ S Hefermehl/ Koehler/ Bornkamm UWG § 4 Rdn 1.134.

¹⁴⁷ 笔者的德国反不正当竞争法、反垄断法知识都还很有限，错误和疏漏可能在所难免。

七、结论

以购买为前提或要求消费者支付对价的抽奖式有奖销售在美、德等国家的法律上涉嫌法律禁止的“赌博契约”。我国《反不正当竞争法》不但并未禁止以购买为前提的抽奖式有奖销售，反而以其为规范对象设置奖金 5000 元奖金额度及其它限制规定，是不合理的，也难以达到规范目的。

从抽奖式有奖销售的功能来看，以购买为前提的抽奖式有奖销售为经营者提供了诱发消费者投机心理、扭曲竞争机制的工具，这既不利于消费者保护也不利于公平竞争秩序的形成，属于对消费者的“利诱”或“不当影响”。而不以购买为前提的抽奖式有奖销售可以切断经营者进行这种利诱的可能性。经营者利用不以购买为前提的有奖销售提升知名度和吸引消费者的广告宣传目的同样可以达到。

抽奖式有奖销售作为一种促销性的商业言论，从美国相关立法及判例来看，无对价、附带性是为达成有奖促销目的之功能定位所应保有的商业言论自由的界限，购买关联切断是上述功能定位的要求，否则不但成立非法彩票，其原有的促销功能也将发生蜕变。

在切断购买关联的情况下，奖金额度的高低无法对消费者具体的购买决策施加实质性的影响。去除对价关联及信息义务的违反，单纯奖金额度本身不构成“利诱”或不当影响。从反垄断法来看，起码作为临时性促销手段的抽奖促销不因奖金额度的问题而构成市场妨碍或市场支配地位滥用。同时，抽奖式有奖销售的最高奖金额度问题本质上属于广告费用的问题，类比经营者其他广告类型的巨额投入，有奖促销最高奖金额度限制的合理性也存在疑问。

（本文发表于《民商法论丛》2009 年第 4 期，第 1-29 页）