

判断“附赠式有奖销售”为不正当竞争的标准

张 征

(厦门大学法学院 福建厦门 361005)

摘要：“附赠式有奖销售”作为一种符合商业习惯的手段，在实践中具有引发消费者购买欲望刺激经济发展等作用，但也有其显而易见的弊端。本文欲从消费者所购买的产品与获得的赠品的质量为切入点，综合考察其主观目的和造成的后果，结合实际案例针对如何判断“附赠式有奖销售为不正当竞争行为”提出粗略的判断标准。

关键词：附赠式有奖销售；不正当竞争；标准

如何判断附赠式有奖销售为不正当竞争行为？笔者欲从所购买的产品与赠品的质量为切入点，分情况挖掘一些附赠式有奖销售中存在的不正当竞争，拟设计判断标准。为方便本文论述，下文中笔者设计“本物”一词指代消费者所购买的产品，附赠品简称“赠品”。

一、针对销售中“本物与赠品质量均合格”之判断

根据有关法律之规定，产品质量应符合相应的标准。通常，本物与赠品质量均合格时，附赠行为作为一种符合商业习惯的手段，是有其合法性，我国也是允许的。有学者认为“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，不被制止。”笔者对此有不同观点，即使本物与赠品不存在质量问题，经营者也没有欺诈行为，仍可能构成“不正当竞争”，甚至，该手段还会成为一些商家的“杀手锏”，为自身谋求长远而厚实的利益。笔者欲借“格兰仕空调案”案例对此进行分析：

2001年夏季，格兰仕举办夏季空调促销活动，凡购买价格2680元的格兰仕空调赠送市场价为2880元的手表。笔者认为：该促销不合法，判定其为不正当竞争的主要依据：违反公平竞争原则，排挤竞争对手。格兰仕采用此“空调促销计划”，直接可能导致的结果是：格兰仕空调销售量上扬，该手表品牌得到有力宣传，联手的商家双赢。而笔者认为，该集团采用了看似合法的手段，实际上掩盖其非法的目的，侵害的对象并非消费者，而是空调市场的其他经营者，以及市场的竞争秩序。

格兰仕与该钟表企业凭借自身雄厚的经济实力，以集团可以承受的短期“亏损”推出了这类大规模、高金额的有奖销售，而中小企业由于资金不足无力设奖或者设高奖，就会给中小企业的销售活动带来冲击，也使他们丧失了与大企业进行公平竞争的机会。如此一来，格兰仕将逐渐占据大部分市场份额，钟表企业大大降低成本以策划进一步的销售动作，达到排挤竞争对手甚至击垮对手，最终占有市场，这才是本次“促销计划”的目的所在。表面看来，似乎此次活动的“赠品”对消费者是种“回馈”，但实际上是损害竞争者正常竞争关系，加大其他同业者的市场交易成本，破坏市场竞争制度，扰乱交易秩序。

因此，笔者认为，该情况下，应该考查采用附赠式有奖销售的目的，是否以排挤竞争对手为目的，将其作为一个“不当有奖销售”的判断标准。

二、针对销售中“本物与赠品有其一质量不合格”之判断

当本物或赠品存在质量问题时，附赠式有奖销售的手段会构成不正当竞争。理由如下：“不当有奖销售行为会扭曲购买者的购买意向，影响购买者作出正确的判断甚至使购买者的利益受到损害”。

(一)本物存在质量问题

当经营者采取附赠式有奖销售的手段时，往往会直接影响消费者的消费心态，难以作出正确的判断，容易受“附赠”的引诱而购买了存在质量问题的货物。而商家按常价甚至提高价格出售品质与价格不符的货物，有奖销售就变成了变相涨价，一方面经营者违背诚实信用和公平竞争的原则，另一方面也使消费者的切身利益大大受损，构成“利用有奖销售手段推销质次价高的商品”。我国《反不正当竞争法》第十三条第二款就明令禁止此现象。

(二)赠品存在质量问题

经营者对于“赠品的质量问题”应承担相应的产品质量责任，笔者认为这是不存在豁免的，其法理、法律依据主要是《消费者权益保护法》、《产品质量责任法》及《民法通则》等。这里存在另一个问题：赠品存在质量问题的有奖销售是否构成不正当竞争？这也是《反不正当竞争法》第十三条第二款之规定存在的一大缺陷。

首先，“附赠”的行为不同于“无偿赠与”。比照赠与合同的相关定义及特征，赠与是一种无偿、独立的行为。受赠人是纯受利而不负有对待给付义务的。附赠行为中，当消费者表示购买商品，支付对价，做出承诺，付款后方能够获得附赠品。显而易见，附赠并非

无偿，消费者需要履行一定的购买义务。现实生活中，为了使尽可能多的消费者选择自己的商品，占有市场，经营者经常会放出“无偿”、“免费”等的“烟雾弹”进行宣传，迷惑、吸引消费者，左右其选购商品的意愿。

其次，消费者履行了购买义务，有权利要求经营者交付合格的商品。该合格的商品包括“赠品”。只要消费者按照要求购物，商场出售、赠送的物品就均作为合同约定销售的商品。买卖合同一旦成立，商场当然有义务按照合同约定，给付所谓赠送的商品，质量也必须符合相关法律法规对于买卖合同标的物的要求。

第三，经营者选择“次品”充当赠品，有效地降低了经营者的成本，又达到良好宣传目的，招徕消费者。这在损害消费者利益的同时也侵犯了其他经营者的合法权益，违背“公平竞争”的商业惯例，破坏了市场良好的竞争秩序和环境。

因此，赠品的质量也可以成为判断“附赠式有奖销售”是否为不正当竞争行为的一个标准。

文章论述至此出现另一问题：若经营者采取附赠式有奖销售时并不知道或无法得知“赠品存在质量问题”时，该行为是否构成“不正当竞争行为”？笔者认为，该问题比较复杂，应综合其它方面考虑。如果不认定为“不正当竞争行为”，那么首先经营者必须能够证明其“不知道或无法得知”，其次结合其它方面的因素综合考察：例如其在知道赠品存在质量问题时是否即停止附赠行为；在面對消费者时是否如本案例所述以“赠送商品概不退换”为由，不予退换赠品等。如果在发现后，经营者及时停止并采取相应的补救等措施，笔者认为，其行为并不构成“不正当的有奖销售”，因为事后采取的措施已反映经营者采取有奖销售的主观目的，是为了促销，而非违反公平竞争，侵害消费者，排挤竞争对手等。但作为经营者，对于自己所提供的商品或服务的质量问题仍然要承担相应的责任，履行相应的义务。

三、针对销售中“本物与赠品均存在质量问题”之判断

显而易见，该类型严重违反了我国关于产品质量、消费者权益保护及反不正当竞争等法律法规之相关规定，造成损害消费者利益及其他竞争者利益的恶性后果，当然构成“不当有奖销售”，本文在此不再做细入的讨论。

结论

综合上述三种分类，笔者的结论是：应该结合经营者所出售的商品和提供的赠品之质量，深入考察其采取附赠式有奖销售的主观目的，最终参考该有奖销售所造成的后果作为判断“附赠式有奖销售”是否为不正当竞争行为的标准。

在现阶段，虽然我国针对不当有奖销售行为已有相关的法律规定，如《反不正当竞争法》、《国家工商行政管理局关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》等，但受诸多方面原因的限制，现有相关法律、法规尚存在笼统、匮乏等缺陷，并不能很好地规范、制约现实生活中复杂多样的附赠式有奖销售行为。本文中，笔者受能力所限，只是粗略提出判断的大致标准，而未对于现实中利用“附赠”进行不当盈利、竞争的精妙手段加以深入的剖析。如何对这些手段作出有力的规制仍有待更多学者深入的研究，完善立法。

参考文献：

- [1]李昌麒：《经济法学》[M].中国政法大学出版社2002年版。
- [2]倪振峰：《竞争法案例教程》[M].复旦大学出版社2005年版。
- [3]孔祥俊、刘泽宇、武建英：《反不正当竞争法原理·规则·案例》[M].清华大学出版社2006年版。
- [4]曹胜亮、吴秀英、段藏：《经济法》[M].武汉理工大学出版社2006年版。
- [5]张文显：《法理学》[M].高等教育出版社/北京大学出版社2003年版。

作者简介：张征(1987-)男，福建泉州人，厦门大学法学院2009级硕士研究生。