

序 言

改革开放三十多年来，我国的民主法制事业取得了令人瞩目的成就。特别是随着依法治国，建设社会主义法治国家基本方略的实施，各项法治发展突飞猛进。今天，我们的法律体系日趋完备，司法运行机制基本健全，公民法律意识普遍加强。截至2011年12月底，我国制定了现行有效的法律240件，行政法规714件，地方性法规、自治条例、单行条例8921件。以宪法、刑法、民法、商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的法律体系已经形成。国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设等各个方面总体上做到了有法可依。

法治发展的每一步进展都离不开理论研究的支撑。我国的法学研究在不断探索中，逐渐走出了计划经济时代的低迷，市场经济的不断发展和完善为我国法学研究提供了广阔的舞台，大批学者参与国家立法、司法实践，为社会主义法制建设事业做出了重要贡献。不断关注法律在现实生活中的具体适用，总结司法实践的经验，解决司法实践中的具体问题，是未来法律体系完备的必由之路，也是法学研究工作者不可推卸的责任。近年来，中国的社会经济发生了很大的变化。随着体制改革的进一步深化，经济发展方式的转变，社会结构调整加快，社会关系更加复杂，社会矛盾凸显。一些社会问题成为大众关注的热点，如人权保障、司法公正、惩治腐败等。这些社会热点问题也

正是法学理论重点关注和研究的问题。作为对热点问题的回应，学者们也从各个不同的角度对这些问题进行了深入研究，提出了自己的观点，有些观点甚至完全相反。这些争论，不仅繁荣了我国法学研究，出现了百花争鸣的局面，同时也推动了我国社会经济的发展。

本套丛书的作者在查阅了大量的相关文献的基础上，对近几年来在法学理论界和司法实践中的热点及焦点问题进行了追踪，全面了解一些法律问题的观点及形成过程，并进行系统地梳理和归纳，从而为相关人员从事研究和实务提供权威、全面的素材。

本套丛书由一批来自西南政法大学、河北省社科院、河北经贸大学、河北大学等科研院校的中青年学者，以及河北省高级人民法院等实务部门的法官参与撰写。他们借鉴理论界和实务界既有的研究成果，结合对实践中具体问题的思考，从多个视角全方位分析每个专题的理论焦点。本套丛书具有系统性强、实践性强和实用性强的鲜明特点，对于理论研究和司法实践均有一定的参考价值。本丛书适合于各级政府决策人员，公检法司等部门从事法律的工作者，高等院校、科研机构研究人员，企事业单位领导，媒体记者，以及关注法学的各界人士阅读，并适合各大图书馆、学术单位、资料室收藏。

马怀志
2013年4月

目 录

违约责任与侵权责任竞合时的请求权选择	/1
附赠式有奖销售的法律性质及救济	/10
格式条款的法律规制	/19
可得利益损失赔偿的限制规则及赔偿标准	/29
网络团购中的合同关系及违约责任	/38
物的担保与人的担保并存时的责任承担	/49
悬赏广告的法律性质及履行规则	/60
房产新政下情势变更原则的适用	/68
建设工程施工合同的无效及法律后果	/77
企业间借贷合同的法律效力	/87
商品房销售广告的法律性质及救济	/97
试用买卖合同的性质及风险负担规则	/106
所有权保留买卖合同中出卖人取回权的性质及行使规则	/114
所有权转移的时间	/125
债权人代位权诉讼的理论争议	/134
债权人撤销权行使	/142
无效合同的诉讼时效适用	/150
赠与合同的性质认定及撤销权的行使	/164

预约合同的法律效力	/174
无效合同中债权请求权诉讼时效起算点的确定	/184
无权处分合同的法律效力	/193
委托理财的法律性质定位与保底条款的效力认定	/202
商品房按揭法律属性的认定	/213
情势变更原则对权利义务的影响	/222
旅游合同及其适用	/231
建设工程价款优先受偿权的适用	/243
房屋租赁合同中承租人的优先购买权	/254
缔约过失责任赔偿范围的认定	/264
担保物权能否成为代位权客体	/273
表见代理构成要件的认定	/280
合同相对性原则及其突破	/288
预期违约	/303
违约精神损害赔偿	/317

违约责任与侵权责任竞合时的请求权选择

【法理】

按照民法的一般原理，所谓违约责任与侵权责任的竞合，是指行为人所实施的同一违法行为，既符合违约责任的构成要件，又符合侵权责任构成要件的情形。从民事责任理论角度来看，违约责任与侵权责任的区分是较为明显和清晰的。但在违约责任和侵权责任发生竞合的时候，究竟选择违约损害赔偿请求权，还是选择侵权损害赔偿请求权，对当事人尤其是对受害人的利益有很大的不同。因此，厘清违约责任与侵权责任的区分及两者竞合的相关理论，就是给受害人提供进行比较、选择的标准，使当事人通过比较，选择行使对自己有利的请求权，以最大程度地保护自己的利益。

一、违约责任与侵权责任的区分

从民事责任理论来看，违约责任与侵权责任具有较大的区别。正因为两者存在诸多的差别，从而为当事人利益权衡，选择不同的请求权以获得最大限度的保障奠定了理论基础。下面择其主要的区别简述之：

1. 归责原则不同

违约责任在归责原则上，主观上以无过错责任为主、过错责任为辅。《合同法》对绝大多数合同行为采用无过错责任原则，只要具有违约行为且没有免责事由就必须承担违约责任，而行为是否具有过错一般不考虑。只有对供电人责任（第179、180、181诸条）、承租人的保管责任（第222条）、承揽人责任（第262、265诸条）、建设工程合同中的承包人的过错责任（第280、281诸条）、寄存人未履行告知义务的责任

（第370条）、保管人责任（第371条）等，^①侵权责任在归责原则上以过错责任为主、无过错责任为辅。对于一般侵权行为而言，法律要求侵权人在主观上存在过错，实行“无过错则无责任”，过错是承担责任的前提基础。当然，对于某些特殊侵权也实行无过错责任原则，例如产品责任、危险责任、环境污染责任、饲养动物致人损害责任、监护人对无行为能力人或限制行为能力人致人损害的责任、紧急避险场合的过错责任、相邻关系中的无过错责任、企业法人对其代表及其他工作人员进行经营活动时致人损害的责任、双方均无过错时的分担责任。^②

2. 举证责任不同

绝大部分违约责任采取无过错责任原则，对于债权人而言，只需要举证证明债务人未履行合同义务即可，债务人就免责事由自行举证。而在一般侵权行为中，基本的举证原则是“谁主张、谁举证”，故受害人应就加害人的过错负举证责任。另在采用无过错责任和过错推定责任原则的特殊侵权行为场合，受害人仅须就加害行为、损害结果及两者间的因果关系负举证责任，而无须就侵权人的过错承担举证责任。

3. 赔偿范围不同

《合同法》第113条第1款规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合规定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”可见，《合同法》系采用所谓“可预见性”标准来限定赔偿的范围，且主要是财产损失的赔偿，一般情况下不包括人身伤害的赔偿和精神损害的赔偿责任。^③而对于侵权责任来说，《民法通则》第120条规定“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失”，明确了精神损害赔偿；《侵权责任法》第16条明确规定“侵害他人造成

①崔建远：《海峡两岸合同责任制度的比较研究——海峡两岸合同法的比较研究之一》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2000年第2期。

②崔建远：《合同法》，法律出版社2007年版，第299页。

③陈小君：《合同法学》，中国法制出版社2007年版，第229页。

人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”《侵权责任法》第22条还规定“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”这就是说，理论上侵权责任的赔偿范围要大于违约责任的赔偿范围。

4. 责任形式不同

违约责任的主要责任形式有：继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金。侵权责任既有财产性责任，也有非财产性责任，前者如赔偿损失、精神损害赔偿，后者如消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等。

5. 诉讼时效不同

诉讼时效关系到权利受保护的时间，在民事案件中尤为重要。《民法通则》第135条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”也就是说一般情况下违约行为和侵权行为的诉讼时效都是2年，但法律作了除外规定：在违约行为中，依据《民法通则》第136条，出售质量不合格的商品不声明、延付或拒付租金、寄存财物被丢失或者毁损三种情况的诉讼时效为1年；依据《合同法》第129条，因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或申请仲裁的期限为4年；依据《产品质量法》第45条，因产品存在缺陷而造成损害请求赔偿的诉讼时效为2年。在侵权行为中，《民法通则》第136条第1款规定，因身体受到伤害而请求赔偿的，诉讼时效为1年；《环境保护法》第42条规定，因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为3年。

二、违约责任与侵权责任竞合的性质

违约责任与侵权责任竞合在法律上的性质如何，如何确定当事人的请求权，如何适用相关法律，加害人应承担何种责任，理论界对此尚未有定论。理论界较为典型且影响较大的主要有三种学说，即法条竞合说、请求权竞合说和请求权规范竞合说。

1. 法条竞合说

法条竞合说最早是由大陆法系的刑法学家提出，是指行为人的同一

个犯罪行为，因法条的错综规定，出现数个法条规定的交叉或者构成要件内容重叠的情形。^①刑法中的法条竞合理论对民法竞合理论的形成发展具有重要影响，德国学者正是在借鉴刑法法条竞合理论的基础上创设了民法中的法条竞合理论。该理论认为：在同一的当事人之间的同一行为同时具备数个法律条文规定的要件时，虽然同时发生几个法律效果，对应数个请求权，但是如果根据客观实际情况，当事人请求的目的或者给付的满足只能是一次，那么这种法律现象就叫做“法条竞合”。^②此理论认为，真正存在的请求权只有一个，此处的竞合实际是法规的而非请求权的，所以只涉及法条适用的问题。关于法条适用，采用的原则主要有以下几种：特别法优于普通法；基本法优于补充法；实害法优于危险法；全部法优于部分法等。^③由此进行推理，一方当事人的违反合同约定的行为与侵权行为一样，都属于侵害他人权利的行为，它们在本质上并没有太大的差异，但是当事人的侵权行为是对其所负有的一般义务的违反，一方当事人违反合同约定的行为则是对当事人之间所约定的特别义务的违反。所以当事人违反合同约定的行为是侵权行为的一种特殊形式，合同法相对于侵权法而言，处于一种特别法的地位。当因一种行为同时产生违约和侵权两种请求权时，依照特别法优先的原则，只能适用特别法。也即只能成立因违约产生的请求权，而不产生因侵权产生的请求权，因此也就没有请求权竞合可言。

法条竞合说的缺陷在于其不利于对受害人的保护。按照法条竞合说，在同一种行为同时符合违约行为和侵权行为的构成要件时，只能按违约责任处理，这显然对受害人不利。^④例如，因产品缺陷而造成受害人人身伤害或死亡的情形下，如受害人提起违约之诉，只能获得财产损失的赔偿，而无法获得人身伤害的赔偿和精神损害的赔偿；如果受害人提起侵权之诉，则只能获得人身伤害和精神损害的赔偿，而无法获得财产损失

①甘雨霖、何鹏：《外国刑法学》，北京大学出版社1984年版，第454页。转引自陈兴良：《刑法适用总论》（上册），中国人民大学出版社2006年版，第641页。

②李龙：《民事诉讼标的理论研究》，法律出版社2003年版，第155页。

③吴德桥：《违约责任与侵权责任竞合的集中理论学说评述》，《法学评论》1991年第2期。

④王利明著：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年版，第341~342页。

的赔偿。显然,这不利于保护受害人的利益,也不符合相关立法宗旨。

2. 请求权竞合说

请求权竞合说认为,因同一个行为产生数个以同一个给付内容为目的的请求权时,各请求权应当同时并存,相互独立,权利人可以任意就其中的一个请求权提出主张或者同时就几个请求权提出主张或者先后提出主张。权利人还可以对数个请求权分别进行处分,或者将其中一个请求权让与他人,而自己保留另外一个请求权。^①请求权竞合说在发展过程中又可以分为两种不同的学说:一是请求权自由竞合说。即认为因违约产生的请求权和因侵权产生的请求权两者绝对独立,权利人可以自由选择行使其中的一个请求权,当其中的一个请求权因为已经达到目的而消失时,则另外的请求权也将消灭。但是如果其中一个请求权因已经达到目的之外的原因而无法行使,如因时效期限届满而归于消灭时,另一个时效尚未届满的请求权仍然可以行使。二是请求权相互影响说。该说认为两个独立存在的请求权并非绝对独立,而是相互影响和相互作用的。合同法上的规定可以适用基于侵权行为而产生的请求权,侵权行为法的规定亦可适用于依违约行为产生的请求权。

应当说,相较于法条竞合说,请求权竞合说更强调对债权人的保护,它赋予债权人享有选择请求权,在这方面具有明显的合理性。但这一学说在强调对债权人保护的同时,又忽视了债务人的利益,没有考虑到对当事人的平等保护问题。^②如因债权人可任意处分两个请求权,在某些特定的情况下,债务人可能承担双重责任。

3. 请求权规范竞合说

请求权规范竞合说最早由德国著名民法学家拉伦兹提出。他认为,同一个违法行为如果符合违约行为和侵权行为双重要件时,并不能产生两个独立的请求权,而只能产生一个请求权。但支持这一请求权的法律基础则有两个:一为契约关系;一为侵权关系。^③拉伦兹之后,其学生奥吉阿德斯又对请求权规范竞合理论进行了系统阐述,其核心观点为:

①李龙:《民事诉讼标的理论研究》,法律出版社2003年版,第157页。

②王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社2003年版,第343页。

③王泽鉴:《民法学说与判例研究》(一),中国政法大学出版社2005年版,第356页。

第一，在违约责任与侵权责任竞合的情况下，债权人可主张对其有利的法律规定，以体现保护债权人利益的原则；第二，在法律有特别规定而该特别规定与有利于债权人的原则相悖时，应优先适用特别规定。

尽管请求权规范竞合说一定程度上克服了以上两种理论学说的不足，但其自身也存在一定的缺陷。如基于两种关系（合同关系和侵权关系）只能产生一个请求权的认知，事实上与“竞合”这一概念存在着自相矛盾之处。因为，既然只能产生一个请求权，那么就谈不上请求权竞合问题了，从而债权人也不可能就请求权问题作出选择并主张对自己有利的权利。

通过以上对有关请求权竞合的三种学说的分析可以看出，每个理论学说都有其合理之处。其中，法条竞合说关注法律适用的确定性，有利于保证司法适用的准确性；请求权竞合说侧重于对权利人的利益保护，保证当事人能够选择最有利于实现自身权利的诉讼方案；请求权规范竞合说在一定程度上吸收前两者的长处，弥补了不足。但是，三种理论又都有自身无法克服的缺陷，这也是未来进一步完善理论的方向所在。

三、我国现行法律对责任竞合的规定及处理规则

我国《合同法》第122条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受侵害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”这是我国首次以法律的形式对违约责任与侵权责任的竞合问题作出规定，由此正式确立违约责任与侵权责任竞合时的处理规则。

1. 确认了责任竞合的构成要件

即责任竞合是指“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的”。从该条可以看出，适用责任竞合必须符合两个条件：第一，当事人之间存在着合同关系，且只能是合同的一方当事人实施了违约行为。这是违约责任与侵权责任竞合发生的最基本的前提。如果当事人之间不存在合同关系，或者说合同一方当事人没有违约，就不会产生违约责任，当然也更不会发生与侵权责任的竞合问题了。第二，必须是因当

事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的。这就意味着构成责任竞合必须是一方当事人实施违约行为的同时侵害了非违约方的人身权和其他财产权益。如果当事人一方的违约行为并没有侵害对方人身或财产权益的，或者是因为多种行为而侵害对方人身、财产权益的，均不构成责任竞合。

2. 必须由受害人就违约责任和侵权责任择一选择

所谓“受侵害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”是指在发生责任竞合以后，应当由受害人做出选择，而不是司法审判人员为受害人选择某种责任方式，并且受害人只能在违约责任和侵权责任中选择一种责任提出请求，法院也只能满足受害人一种请求。这就要求受害人要掌握两种请求权各自的行使规则，并充分进行利益衡量。在通常情况下，受害人能够选择对其最为有利的责任方式，如果受害人选择不适当也应当由受害人自己负担不利的后果。当然，如果受害人在提出一种请求以后，因为时效届满等原因被驳回或不能成立，受害人也可以提出另外一种请求，但无论如何受害人不能同时基于违约责任和侵权责任提出请求。

【相关法律法规及司法解释】

《民法通则》第一百二十二条

《海商法》第五十八条

《合同法》第一百二十二条

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》

第三十条 债权人依照合同法第一百二十二条的规定向人民法院起诉时作出选择后，在一审开庭以前变更诉讼请求的，人民法院应当准许，对方当事人提出管辖权异议，经审查异议成立的，人民法院应当驳回起诉。

【案例】

案情简介

原告毛某于2008年7月15日乘坐被告郑州某有限责任公司所有的大客车前往禹州，当日10时许该车在禹州市北环路发生交通事故，致使原告受伤。原告受伤当日，在禹州市第二人民医院治疗，经诊断为头部外伤，右第七肋骨骨折，于2008年7月16日出院，出院医嘱载明：继续药物对症治疗、胸廓外固定、转当地医院治疗。原告因此花去医疗费合计643元，并由此产生护理费和营养费等。后双方因赔偿事宜产生纠纷，原告行使违约损害赔偿请求权，诉至法院要求被告赔偿包括医疗费643元、营养费900元、护理费5250元在内的各项损失6793元。

审判及判决

法院认为，承运人负有安全运送旅客的义务，对运输过程中致使旅客受伤的，应当承担赔偿责任。本案中原告毛某乘坐被告所有的大客车前往禹州，途中发生交通事故造成原告毛某受伤，故被告未能安全运送原告，对原告因该交通事故造成的人身损害，应当承担相应的赔偿责任。判决要求被告郑州某有限责任公司于判决生效后十日内赔偿原告毛某医疗费643元、护理费2068元、营养费20元，共计2731元。

分析

在这一违约责任与侵权责任竞合的典型案例中，原告利益的保护可以通过对两种请求权（即违约损害赔偿请求权和侵权损害赔偿请求权）的择一行使来实现。当事人毛某选择是违约责任请求权，即要求被告依合同承担违约责任。在本案中，被告承担违约责任的关键在于：首先，被告违反了合同约定且没有法定和约定的免责事由。根据《合同法》第301条第1款规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”即承运人对旅客伤亡赔偿责任的免责事由有三项：旅客故意、旅客的重大过失和旅客自身健康原因，实行无过错责任原则。在本案中，旅客的伤亡是由于交通事故，不存在免责事由，所以违约责任成立。其次，原告要求被告承担违约责任，需要证明双方

存在合同关系、具有违约事实、因违约造成的损害数额。客运合同一般采用票证形式，具体表现为车票、船票、机票等，本案中毛某出示了大客车车票，证明了双方之间存在运输合同关系。在运输合同中，承运人有安全运输客货到约定地点的义务，本案中的被告并没有履行这一义务，车祸致使毛某在客运途中受伤，构成违约。最后，因违约造成的损害，笔者认为包括如下几个部分：因未能实现运输目的，所以应当赔偿毛某的车费；因未能保障乘客安全，所以应当赔偿毛某因受伤而产生的各项治疗费、营养费、护理费等。

如果原告毛某请求被告承担侵权责任，则需要注意以下几点：第一，责任主体。如果按照交通事故侵权案件来处理，则本案的当事人与违约之诉的有所不同。违约责任受合同限制，只能发生在合同当事人之间，毛某只能起诉与其有交通运输合同的郑州某有限责任公司，并要求其承担赔偿责任；而在提起侵权之诉时，则可以向发生车祸的双方提出赔偿请求。另外由于涉及第三者责任强制保险，所以还可以将有关的保险公司作为第三人纳入诉讼程序。第二，赔偿范围。根据《侵权责任法》第16条“侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金”；第22条“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿”的规定，可以看出，与提起违约之诉相比，本案若提起侵权之诉则赔偿范围更广，除了判决中认可的医疗费、护理费、营养费之外，还包括交通费、误工费甚至精神损害赔偿。当然，结合本案的案情来看，原告可能尚未达到“造成严重精神损害”的程度，法院不一定会支持原告关于精神损害赔偿的主张。但无论如何，如果原告选择行使侵权损害赔偿请求权，其可以主张的赔偿范围大于违约责任的赔偿范围。第三，举证责任。侵权之诉的举证主要集中于侵权行为、侵权的故意或过失和侵权造成的损害。故毛某的举证包括：事故认定书；诊断证明、各项医疗收费单据等治疗和康复支出的证据，误工证明，精神损害证明等。

附赠式有奖销售的法律性质及救济

【法理】

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。当前，学者对于附赠式有奖销售的法律性质存在多种认识，在实践中对消费者的权利救济也产生了不同影响。

一、附赠式有奖销售的法律性质

经营者销售商品或提供服务时，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被称为附赠式有奖销售。在附赠式有奖销售中，经营者与消费者之间存在双重关系，分别是经营者与消费者就主商品形成的消费合同、经营者与消费者就消费赠品形成的消费合同，其中后者的履行是为了促成前者交易目的的实现，具有一定的从属性。对于附赠式有奖销售中买卖与赠与的关系，理论界对此存在不同的理解。

1. 主从合同说

持此观点的学者认为，在附赠式有奖销售中，经营者与消费者之间的买卖行为与赠与行为是相互独立的，构成了独立的买卖与赠与两个合同。^①根据合同法规定，要约是一种希望与他人订立合同的意思表示。则经营者在有奖销售时，一方面对于主商品的质量、价格等相关信息作出了公示，做出了希望缔结买卖合同的意思表示；另一方在促销信息中承诺了买卖合同附随有消费赠与，做出了希望缔结赠与合同的意思表示。作为相对方，消费者在收到要约后，通过支付价款的形式做出了买

^①任伊珊、田应朝：《有关促销赠物的法律思考》，《法学家》1999年第5期。

卖合同的承诺，又通过接受赠与（要求赠品）的行为与经营者缔结了赠与合同。也就是说，在契约说的观点中，消费赠与是一种独立的赠与合同，需要双方的意思表示一致才能成立。

主从合同说从传统的合同法理论出发，严格遵照“要约——承诺”的合同成立范式，机械地将附赠式有奖销售划分为两个相互独立的合同，这是该理论最大的弊端所在。在附赠式有奖销售中，买卖行为与赠与行为之间有着紧密联系，前者是目的而后者是为前者服务的手段。忽视了这种联系而仅仅将其视为两个合同行为，不仅违背了客观事实，还会将简单问题复杂化，在保障消费者权益不力的同时也为司法处理带来很多不必要的麻烦。一是关于消费者对赠与的承诺。按照合同法基本理论，若将买卖行为与赠与行为独立看待，则消费者必须有明确的承诺才能与经营者建立赠与合同。这也就是说，如果消费者不知晓赠与信息并没有明确主张接受赠品，则赠与合同就因缺乏双方合意而未能成立，经营者可以就此免去其赠品给付义务。从保护消费者权益的角度来看，这显然是有失公平的。二是关于赠与的撤销。《合同法》规定“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，那么对于消费者来说，附赠式有奖销售就始终处在一种不确定的状态，随时可以撤销的消费赠与严重侵害了消费者的利益。三是关于消费赠与中商品瑕疵的责任。《合同法》规定“赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任”，则当消费赠与作为独立的赠与合同时，其赠品质量就会因缺乏外部约束而失去保障，部分无良奸商甚至有可能利用这一法律漏洞，借机搭售质次价优的伪劣商品，会严重损害消费者的权益。

2. 单一契约说

单一契约说认为，附赠式有奖销售只在经营者与消费者之间形成一层法律关系，将主商品的买卖与附属的消费赠与融合在一个法律关系中加以考量。其中的具体观点又可以细化为以下三种：

（1）附负担赠与说。该观点认为，附赠式有奖销售行为在性质上是附负担赠与，即有奖销售在销售者与消费者之间产生赠与合同关系，只是该赠与合同给消费者附加了一定的负担，即必须购买指定商品或购买

商品达到一定金额。若未践行负担,则不能享受赠与合同的利益。^①

(2) 附条件赠与说。该观点认为,附赠式有奖销售在销售者与消费者之间产生赠与合同,但这种赠与并不是附负担而是附条件,赠与合同的成立必须要求所附条件的满足,即消费者只有在完成经营者在赠与合同中所提出的交易条件(例如购买指定商品或购买一定数量、数额)的基础上,才可依据成立的赠与合同请求经营者给付赠品。

(3) 混合合同说。所谓混合合同(契约),谓非契约之聚合,而含有相当于二种以上的典型契约内容之全部或一部之单一合同。^②混合合同是在一个合同中包含着两个或两个以上的有名合同或无名合同,存在两个或两个以上的不同法律关系的合同。持混合合同说的学者认为,附赠式有奖销售的本质是一种有从属的他种给付的买卖合同。主商品的买卖交易是附赠式有奖销售的主要内容,也是其主要目的,并不因为含有赠与内容而影响主合同性质的认定。在混合合同中,消费者承诺买卖合同的要约并给付价金后,经营者不仅需要给付所购商品,还要给付其所承诺的赠品,即消费赠与是主合同当中的从给付义务。

对于上述附负担赠与说和附条件赠与说两种观点,有学者认为皆有不妥:二者都将赠与行为看做是附赠式有奖销售的主要内容,而忽略了附赠只是一种促销手段,其真正目的在于促成主商品买卖合同的成立。在这种情况下,将赠与看做合同的主体部分,而将主商品的买卖作为附件的负担或者条件,是一种本末倒置的做法,不仅混乱了行为发生的时间关系,还颠倒了事件间的因果联系。除此之外,在附负担赠与中,所附负担会对因它而取得的权利产生约束,不在适当的时间内履行负担所包含的义务,已经取得的权利可能丧失。也就是说,在附负担赠与中,权利获得在先而义务履行在其后的合理期限内,这显然不符合有奖销售“先购物,后获赠”的行为特点。

有学者认为混合合同说的优势体现在三个方面:第一,混合合同说没有机械地割裂买卖行为与赠与行为,符合客观事实;第二,混合合同说将消费赠与作为买卖合同的附随给付义务,突出了有奖销售中买卖合

①李光曼、邓崔琼:《附赠式有奖销售若干问题探析》,《企业经济》2006年第12期。

②史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第958页。

同的主体地位，又充分说明了赠与行为与买卖行为的从属关系；第三，混合合同说否定了将消费赠与认定为一个单独赠与行为的观点，避免了经营者利用合同法中“赠品瑕疵无责任”的规定逃避产品责任，更有利于保护消费者权益。但是，在混合合同说下仍然有一些问题无法解决，例如无民事行为能力或限制民事行为能力人因无法缔结合同而不能取得消费赠与的问题。

3. 单方法律行为说

单方法律行为是指仅由一方行为人的意思表示就能成立的民事法律行为，其特点是无需他人的同意就能发生法律效力。^①订立遗嘱、放弃继承权、撤销委托代理、免除债务、追认无权代理等行为，皆属于单方法律行为。

持此观点的学者认为，附赠式有奖销售可以分为两个部分，一部分是就主商品形成的买卖合同，另一部分是就赠物形成的单方法律行为。在买卖合同之外，只要经营者发出了消费赠与的允诺，则不需要他人做出同意的意思表示就能发生法律效力，经营者应该自动受到赠与允诺的约束。这一学说相对之前各种学说而言更具有科学性，主要体现在：第一，一旦将有奖销售中的赠与认定为单方法律行为，消费者即便在消费过程中并不知晓消费赠与信息，也可在完成消费允诺中指定的购买行为后取得针对经营者的赠物请求权，此时经营者并不得以消费者不知赠与允诺、并未就赠与形成一致的意思表示而拒绝支付赠物。第二，单方法律行为具有不可随意撤销的特点。单方法律行为的特点是单凭一方的意思表示就能成立民事行为，为了平衡其中的利益，仅对其中不涉及他人权益和公共利益的行为赋予任意撤销权。而在有奖销售中，经营者所作出的赠与允诺关系到他人利益，因此其撤销权被严格限制。第三，单方法律行为说不要求相对方的民事行为能力，即使是无民事行为能力人或限制民事行为能力人都可以据此向经营者主张给付赠物。部分学者赞成将有奖销售中的消费赠与认定为单方法律行为。

^①魏振瀛：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2004年版，第136页。