

第44卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW VOL. 44

◆ 梁慧星 / 主编

本卷要目

专题研究

- 【王伟伟】
抽奖式有奖销售之正当规范目的探析
【郑晓剑】
论我国成年监护制度的现代化改造
【王雷】
客运合同中乘客人身损害赔偿请求权研究
【董磊磊】
善意取得制度的重新审视
【黄文伟】
反垃圾讯息法案比较研究

民法理论

- 【周清林】
自然人的西方传统
【窦海阳】
论准私犯
——从历史演变的角度看不法行为的体系化
【唐超】
股东有限责任制度演化的博弈论分析

学术批评

- 【章正璋】
《德国民法通论》中译本(上册)存在的问题与不足

法律适用

- 【税兵】
占有改定人为何不能善意取得
【王松 张媛媛】
抵押权实现规则的理解和适用
——兼议抵押权实现非诉讼执行程序的规则设计
【侯国跃 黄学忠】
论被继承人生前债务的清偿
——基于实体法与程序法双重视角的分析

体育法

- 【Timothy Davis 著 周青山译】
体育法是什么

海峡两岸

- 【赵秀梅】
我国台湾地区“物权法”通则及所有权章修正之评析
【刘青文】
论格式条款在消费者合同中的效力
——海峡两岸立法与学理之比较

域外法

- 【斯图亚特·麦考利 著 苏号朋译】
商业活动中的非合同关系：初步研究
【战东升】
日本法上的解雇制度研究

欧盟民法典

- 【付俊伟 Jan Smits】
欧盟民法典草案之物权法评论
【贺林波、马登科、付俊伟译】
欧盟私法：原则、定义和示范规则（续完）

硕士学位论文

- 【郑净方】
利用人工生殖技术所生子女亲子身份的认定



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第44卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 44

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先获得主编和法律出版社的书面许可。



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第44卷 / 梁慧星主编. —北京: 法律出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9721 - 0

I. 民… II. 梁… III. ①民法—研究—文集②商法—研究—文集 IV. D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 115923 号

民商法论丛(第44卷)

梁慧星 主编

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 23.5 字数 675 千

印次 2009年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9721 - 0

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【专题研究】

- 抽奖式有奖销售之正当规范目的探析 王伟伟(1)
- 论我国成年监护制度的现代化改造
——基于比较法视野下的观察和思考 郑晓剑(43)
- 客运合同中乘客人身损害赔偿请求权研究 王 雷(93)
- 善意取得制度的重新审视 董磊磊(145)
- 反垃圾讯息法案比较研究 黄文伟(174)

【民法理论】

- 自然人的西方传统 周清林(195)
- 论准私犯
——从历史演变的角度看不法行为的体系化 窦海阳(224)
- 股东有限责任制度演化的博弈论分析 唐 超(241)

【学术批评】

- 《德国民法通论》中译本(上册)存在的问题与不足
..... 章正璋(270)

【法律适用】

- 占有改定人为何不能善意取得
——民法方法论的适例 税 兵(315)

抵押权实现规则的理解和适用

——兼议抵押权实现非诉讼执行程序的规则设计

..... 王 松 张媛媛(340)

论被继承人生前债务的清偿

——基于实体法与程序法双重视角的分析

..... 侯国跃 黄学忠(360)

【体育法】

体育法是什么

..... Timothy Davis 著 周青山译 郭树理校(396)

【海峡两岸】

我国台湾地区“物权法”通则及所有权章修正之评析

..... 赵秀梅(431)

论格式条款在消费者合同中的效力

——海峡两岸立法与学理之比较 刘青文(450)

【域外法】

商业活动中的非合同关系:初步研究

..... 斯图亚特·麦考利著 苏号朋译(469)

日本法上的解雇制度研究 战东升(489)

【欧盟民法典】

欧盟民法典草案之物权法评论 付俊伟 Jan Smits(555)

欧盟私法:原则、定义和示范规则(续完)

..... 贺林波 马登科译 付俊伟校译(588)

【硕士学位论文】

利用人工生殖技术所生子女亲子身份的认定 郑净方(696)

专题研究

抽奖式有奖销售之正当规范目的探析

王伟伟

目 次

问题的提出

一、我国法律的规定及学者看法

二、赌博契约的合法性及其法律效力

(一) 赌博契约的概念

(二) 赌博契约的合法性及其法律效力

三、赌博契约与抽奖式有奖销售

(一) 构成赌博契约的抽奖式有奖销售

(二) “抽奖”及“销售”本身的法律效力

(三) 德国反不正当竞争法的不同观点

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

(二) 对我国抽奖式有奖销售立法的评价

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

(二) 抽奖式有奖销售作为广告言论之“附带性”限度

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

(二) “利诱”及“竞争妨碍”之疑问

七、结论

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,但利用抽奖或彩票的方式进行促销的抽奖式有奖销售模式依然存在。

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不法之徒利用有奖销售频繁进行诈骗,这种诈骗甚至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

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

② “购商铺可中轿车大奖?”,载《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”,载《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”,载《经济参考报》2008年1月11日。

④ “黄金周惊喜促销重磅出击”,载《深圳特区报》2006年9月30日。“屈臣氏设大奖引来质疑”,载《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’”,载《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”,载《重庆晨报》2007年10月13日。

可以说,我国抽奖式有奖销售相关的法律规定似乎比较清晰,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否合理?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》对有奖销售规定得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?这涉及抽奖式有奖销售性质认定的问题。

对此,有学者列举了学理上存在的3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。”^①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

^① 王利明:“从本案看有奖销售的法律性质”,载《人民法院报》2002年4月4日。

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。^①

王利明教授的解释似乎有一定道理,但却存在逻辑上的不完美之处。他同时认为,“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,典型上消费者购买商品或服务才可以抽奖。^②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。^③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。

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

① 前引王利明文。

② 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在的不以购买为前提、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。

③ 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。

幸契约和彩票合同中涉及。^①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。”^②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,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。”^③《德国民法典》有关于赌博类型及赌博效力的规定,但没有明确地对赌博的概念作出界定。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。^④《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。^⑤从该法典第764条文的规定可以看出,赌博契约即通过支付对价而取得一种获利的偶然性机会,基于偶然事件的单纯获利是赌博的一个基本特征。

美国判例及学理对赌博(gambling or game)的问题有比较清晰的界定。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

① 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条的规定,“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。”

② 崔建远:《合同法》,法律出版社2000年版,第37页。

③ 《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第1428页。

④ [德]梅迪库斯著:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第408页。

⑤ 前引梅迪库斯书,第408页。

或获利机会。^①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。^②作为赌博契约的彩票包含3个根本性的要素,即对价(consideration)、机会(chance)和奖金(prize)。^③因此,一项通过偶然性的方式进行的财产赠与,因其欠缺对价性的要素,不构成彩票。^④不过,通过偶然性的方式进行的财产赠与行为,经常仅仅是规避法律的工具。^⑤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。^⑥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。^⑦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》第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

① 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).

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

③ Haskell v. Time, Inc., 965 F. Supp. 1398 (E. D. Cal. 1997). 38 Am. Jur. 2d Gambling § 7.

④ Affiliated Enterprises v. Gruber, 86 F. 2d 958 (C. C. A. 1st Cir. 1936).

⑤ 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).

⑥ State v. Big Chief Corp., 64 R. I. 448, 13 A. 2d 236 (1940).

⑦ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第2册),中国政法大学出版社2005年修订版,第109页。

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 句的规定都不设定拘束力。也就是说,这些行为不产生履行请求权。但另一方面,根据第 762 条第 1 款第 2 句的规定,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,我们称为“自然之债”。^①

另外,按照《德国民法典》第 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。^②

按照《德国民法典》第 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。^③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。^④

《法国民法典》第 1965 条对赌博契约的效力做了规定,“法律对赌博性游戏债务或赌注的支付不赋予任何诉权。”^⑤法国法对赌博经历了从严格禁止、容忍到有限承认的过程。^⑥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。^⑦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。法国法院在民法典之外逐渐承认了经

① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2007 年版,第 407 页。

② 前引梅迪库斯书,第 407 页。

③ 前引梅迪库斯书,第 409 页。

④ 前引梅迪库斯书,第 409 页。

⑤ 《法国民法典》,法律出版社 2005 年版,罗结珍译,第 1428 页。

⑥ 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.

⑦ 前引 Joseph Kelly 文。

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。^① 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作出规定。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。^② 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。但即使合法的赌场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。^③

《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》第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。^④

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。^⑤ 不过,随着彩票的大规模发行引发很多

① 前引 Joseph Kelly 文。

② 《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第1428页。

③ 前引《法国民法典》,第1428、1429页。

④ 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.

⑤ Louis v. Csoka, *The Games People Play: Is It Time for a New Legal Approach to Prize*. 4 Nev. L. J. 197.

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。^①从20世纪初到60年代,美国仅有极少的合法化的赌博存在,而政府运营的彩票则销声匿迹。^②1964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。^③此后,合法化赌博不断扩张领地,到最近二十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。^④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。^⑤

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3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,但已经作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

① Ronald J. Rychlack, *Lotteries, Revenues and Social Costs: A Historical Examination of State-Sponsored Gambling*, 34 B. C. L. Rev. 11.

② 前引 Ronald J. Rychlack 文。

③ 前引 Ronald J. Rychlack 文。

④ Corey D. Hinshaw, *Taking a Gamble: Applying Therapeutic Jurisprudence to Compulsive Gambling and Establishing Gambling Treatment Courts*, 9 Gaming L. Rev. 333.

⑤ 前引 Corey D. Hinshaw 文。

赌博的给付可以主张返还。^① 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。^② 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^③及立法表明,赌博的营业虽然是合法的,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。^④ 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逻辑

① 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.

② Ala. Code 1975 § 8-1-150. (2007).

③ Hughes v. Cole, 465 S.E.2d 820, 835 (Va. 1996).

④ 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.

问题。不过,承认赌博合法为赌债的执行力性提供了可能,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。^① 在 *Hotels v. Golden* 一案中,被告在波多黎各合法的赌场内欠下 2000 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。^②

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存在紧张的依赖关系。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、抽奖等促销方式即达到这种目的经常采用的手段。有学者颇为讽刺地说道:“在 20 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

^① *West Indies, Inc. v. First Nat'l Bank of Nev.*, 214 P.2d 144, 145 (Nev. 1950).

^② *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).

你一张奖券。总之,各种促销手段无所不在地诱惑着你。”^①他略显夸张的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、广播及电视等各种媒体上的有奖竞猜、有奖问答等,甚至看春节晚会也必然与抽奖相伴随。

由于以抽奖进行的促销在各国普遍存在,通过各国有奖销售法律制度的对比,有利于我们更好地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3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3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。^②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。^③按照这种对价理论,消费者为抽奖而负担的极小的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。

① Mark B. Wessman, *Is Contract the Name of The Game? Promotional Games as Test Case for Contract Theory*. 34 *Ariz. L. Rev.* 635.

② 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.

③ *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; *Maugh's*, 161 *S. E. 2d* 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.