

# 论附赠的法律性质及瑕疵致损的民事责任

王旭

(清华大学法学院, 北京 海淀 100084)

**[摘要]** 附赠销售商品和提供服务是经营者经常采取的营销策略。然而附赠并非总是纯粹的赠与,其有时可能为买卖。因此在确定附赠法律性质时,有必要抛弃传统一刀切定性的做法,结合经营者的附赠目的对附赠在法律上作类型划分,从而确定每种类型附赠的法律性质。当附赠物品因瑕疵自损或者导致消费者权益受到损害时,可以根据每种类型的法律性质,探寻消费者可向经营者主张承担民事责任的请求权基础,从而切实保障消费者的合法权益,且不会给经营者带来不必要的负担。

**[关键词]** 纯粹赠与型附赠; 独立买卖型附赠; 组成买卖型附赠

**[中图分类号]** D923

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1671-6973(2019)04-0057-09

## 一、问题提出

在现实生活中有不少商家以附赠作为营销策略来扩大销售商品或者提供服务的数量。这本来是一个既使企业获得更多利润有时也使消费者获得实惠的双赢举措。然而有的商家为了降低成本,向消费者提供存有质量瑕疵的附赠物品,有时会导致附赠物品自损以及给消费者的人身或者其他财产造成损害。目前对于瑕疵附赠物品自损、致害是适用《合同法》中买卖合同的规定还是赠与合同的规定寻求救济,是否可以适用《侵权责任法》《产品质量法》中有关产品责任的规定或《消费者权益保护法》中有关商品责任规定寻求救济,以及是否适用《消费者权益保护法》《食品安全法》的惩罚性赔偿规定,存在不少争议。该争议产生的根本原因在于现实中附赠的类型并非单一,有的类型的附赠属于赠与,有的则是买卖,且整个附赠商品买卖或者服务提供合同的形式结构与实质结构在同一性上也存在差异,使得一贯之的定性难以周延附赠的法律性质,进而导致在该基础上得到的损害赔偿和惩罚性赔偿的请求权基础总会存在不妥之处。为了解决该问题,应结合实际对附赠作类型划分,并对其合同实质结构进行梳理,然后探寻这些类型下瑕疵附赠物品自损、致害时消费者主张经营者承担民

事责任的请求权基础。

## 二、附赠法律性质的学说及反思

对于附赠的法律性质,目前主要有七种学说:赠与说;单方法律行为说;从合同说;混合合同组成部分说;单一买卖合同组成部分+混合合同组成部分说;单一买卖合同组成部分说;单一买卖合同组成部分+合同联立赠与合同+独立赠与合同说。

### (一) 赠与说

#### 1. 附负担赠与说

附负担赠与说的支持者认为只有消费者履行了购买商品的负担,赠与合同才有效。<sup>[1]</sup>附负担赠与说的支持者对于附负担赠与的理解就存在错误。附负担赠与中的负担是赠与合同中的义务,而并非是赠与合同生效的条件,只不过当该负担义务无效时会导致赠与合同无效。<sup>[2]</sup>如果按照真正的附负担赠与来理解的话,则必须有经营者与消费者在赠与合同中约定以消费者购买某商品或者接受某服务作为赠与所附的义务。当消费者不履行该义务时,经营者或者依照《合同法》第110条要求消费者实际履行,或者依照《合同法》第192条第3项规定撤销赠与。然而在通常情况下,很难想象消费者会与经营者订立对自己如此不利的合同,所以附负担赠与说并不可取。

**[收稿日期]** 2019-01-03

**[作者简介]** 王旭(1987-),男,辽宁庄河人,法学博士研究生,研究方向:民商法,个人信息保护法。

## 2. 附条件赠与说

附条件赠与说,则将购买商品或者服务作为赠与合同生效的条件。<sup>[3]</sup>其不会对消费者产生不合理负担,可以更好地解释附赠与合同与商品买卖和服务提供合同之间的关系。需要注意的是,国内有学者反对该观点,理由有三:一是附赠买卖或者服务提供合同是单一合同关系,将买卖合同或者服务提供合同定位为赠与合同的生效条件,存在本末倒置的问题;<sup>[4]</sup>二是买卖合同先于赠与合同或者与赠与合同同时成立,与附条件所指为未来发生事实的含义相冲突;<sup>[5]</sup>三是经营者在消费者购买商品后,可能会依据《合同法》第186条行使任意撤销权,恶意不交付赠品。<sup>[6]</sup>不过这些理由,并不能彻底否定附条件赠与说。

首先,附条件赠与说只是将买卖合同或者服务提供合同有效成立这个事实本身作为赠与合同生效的条件,而并没有将商品买卖或者服务提供合同的内容作为赠与合同的附款按照一个合同来处理,所以第一个理由并不成立。

其次,买卖合同先于赠与合同或者与赠与合同同时成立的说法并不符合通常交易现实。如果想商品买卖或者服务提供合同先于赠与合同成立,则必须在商品买卖或者服务提供合同中约定未来成立赠与合同的预约,才能对经营者形成与消费者订立赠与合同的法律效力。这种情形在现实中比较少见,以推定方式作如此解释也非人们在附赠交易中的通常做法。从形式上看,在现实中二者同时成立确有可能。不过这种情形只有发生在彼此没有依存关系的购买和赠与之间时才具有合理性。当二者存在依存关系——购买商品或者服务为赠与有效的前提条件时,这层依存关系的来源要么是当事人约定,要么是法律规定。从法律上看,法律并未对此作出规定。从约定上看,如果否定附条件赠与说,那该依存关系的来源只能是经营者与消费者的事前约定,而这在现实中,特别是非熟人交易中同样非常罕见。此外,经营者在进行附赠促销时,经常会作出明确或者可推定的表示——只要购买商品或者服务便可以获得某商品。若经营者无特别的意思表示,依据《合同法》第14条的规定,这已经构成了附条件赠与合同的要约。然而此阶段经营者针对不特定群体关于商品买卖或者服务合同的表示经常表现为要约邀请而非要约,所以消费者所作出的意思表示经常是基于要约邀请向经营者发出购买商品或者服务的要约。从保护消费者利益的角度出发,如果消费者在发出购买要约

时未明确表示拒绝赠与,实际上可以推定该要约中包含了消费者对赠与要约之承诺,从而使得购买要约到达时赠与承诺亦到达——赠与合同成立。除此之外,在作出购买要约前,消费者亦可以通过明确意思表示或者可推定意思表示的行为对赠与要约作出承诺。于此时,赠与合同实际已经成立,但商品买卖或者服务提供合同尚处于缔约阶段,或者未缔约,其成立与否尚不确定,构成未来发生的事实。因此第二个理由不足以彻底否定附条件赠与说。

最后,第三个理由是为了通过否定纯粹赠与型附赠为附条件生效赠与来否定其赠与性质。赠与人的任意撤销权除了要受《合同法》第186条的限制外,还要受《民法总则》第132条禁止权利滥用规定的限制。不过《民法总则》第132条没有规定权利滥用的法律效果。从比较法上看,德国学者认为违反《德国民法典》第226条禁止恶意刁难(禁止权利滥用)的规定,权利行使是不被允许的<sup>[7]</sup>;《瑞士民法典》第2条第2款直接规定了权利滥用的一般法律效果——滥用权利的人不受法律保护<sup>[8]</sup>。因此,可以借鉴比较法上的经验,通过对《民法总则》第132条的进一步解释,得出滥用的权利不为法律保护的法律效果。于此,便可以解决经营者滥用《合同法》第186条任意解除权的问题。此外,撤销权的滥用,也可能意味着经营者对消费者的欺诈,消费者也可以借助《合同法》第54条或者《民法总则》第148条的规定撤销商品买卖或者服务提供合同,并通过《合同法》第58条和《民法总则》第157条要求经营者承担缔约过失责任。因此第三点理由也不能成立。

不过附条件赠与说也存在不足。其仅考虑了那些属于真赠与的情形,而未考虑名为赠与但实为买卖的情形。

### (二)单方法律行为说

单方法律行为说认为在现实中不排除一些消费者知道赠与的事实,但也有很多消费者不知道赠与之事实。由于欠缺合意,所以该赠与债权关系并非是通过合同产生的,其应属于经营者赠与之允诺,而该允诺属于单方法律行为,对经营者具有法律约束力。<sup>[9]</sup>从我国现行法看,单方法律行为集中体现为形成权的行使、权利放弃等,而可解释直接产生债的单方法律行为的规定只有悬赏广告等针对不特定对象的单方允诺情形。于此似乎可将经营者针对不特定消费者作出附赠的意思表示解释为单方允诺,将商品买卖或者服务提供合同成立或

者消费者履行买卖或者服务合同义务解释为单方允诺生效的条件。从我国现行法看,法律上并没有关于单方允诺的一般规定,而仅有关于悬赏广告的规定。因此要想让附赠具备单方允诺的效力,只能类推适用悬赏广告的规定。然而理论界对悬赏广告的性质尚有契约说和单方法律行为说的争议。<sup>[10]</sup>尽管契约说存在一些不足,比如民事主体的行为能力,但从司法实务上看,不少法院仍习惯采取契约说。再者《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第6条解决了民事主体行为能力问题,弥补了契约说在此处的不足,使得单方法律行为说理论优势丧失。另外,《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(二)》第3条也承认了悬赏广告的契约性质。<sup>[11]</sup>因此将附赠解释为单方法律行为在现行法上无法获得支持。

### (三)从合同说

从合同说认为附赠是商品买卖或者服务提供合同的从合同,其合同效力从属于主合同,因主合同无效、撤销而丧失效力。<sup>[12]</sup>从合同说的讨论的是附赠为真赠与的情形,并没有将名为附赠但实为买卖的情形考虑进去,本身缺乏全面性。当附赠为真正赠与时,赠与合同生效以附赠商品买卖或者服务提供合同成立为前提,效力因商品买卖或者服务提供合同无效或者撤销无效,使其符合从合同的特点。于此来看,该学说对主从合同类型的归纳确有一定理论意义。然而其对实务的指导意义却十分有限。从法律适用来看,认定赠与合同为从合同的主要目的是为了确定赠与合同与商品买卖或者服务提供合同的效力依存关系。从现行法看,法律既没有从合同认定的一般法律规定,也没有可以涵摄附赠交易中赠与合同作为从合同的具体法律规定。该学说仅是根据合同之间的效力依存关系上反推出赠与合同为从合同,而并非以赠与合同为从合同为出发点推出该效力依存关系。若想认定该效力关系的存在,还需要另寻规定——《合同法》第45条中关于附生效条件合同的规定或者《民法总则》第158条中关于附条件法律行为的规定。因此从实践上看,从合同的说不足取。

### (四)混合合同组成部分说

混合合同组成部分说,消费者给付价金,经营者给付商品或者服务,同时给付赠品,即为商品买卖或者服务提供中含有赠与。<sup>[4]</sup>尽管附赠商品买卖或者服务提供的合同中,确实涉及多项不能同属一个合同类型的合意内容,但其是否为混合合同尚不

能断言,还需要考虑其是否为合同联立。混合合同与合同联立区分的标准具有一定的模糊性。按照德国通说,是视作为一个合同成立还是数个独立合同同时成立,必须通过对当事人意思表示的解释才能加以确定。也就是说,如果当事人缔约的经济目的并不重视合同的个别性,就可以将其视为一个整体而以混合合同来对待。<sup>[13]</sup>混合合同中经常包含多类有名合同的内容,且彼此有相关性,在混合合同的框架内解释这些内容具有相当的复杂性。如果这些内容具备同一经济目的性较弱,从合同联立——多个合同结合的角度去理解附赠买卖可能是更好的选择,而没有必要采取更为复杂的混合合同的解释思路。再者,此学说仅考虑了真实赠与,忽视了名为赠与但实为买卖的情形。

### (五)单一买卖合同组成部分+混合合同组成部分说

单一买卖合同组成部分+混合合同组成部分说,将买卖与附赠看作一个合同,强调依凭会计处理推定销售者的动机,以销售者动机确定合同性质,并区分了附赠物品的价格计入主商品的成本或者计入主商品利润的情形。前者将对价隐含于主商品的对价,与销售的商品成就实质上的买卖合同;后者则属于将利润的一部分赠与给消费者,属于混合合同。<sup>[14]</sup>尽管该学说对附赠作了分类,并针对各分类进行不同的法律定性,但其依然存在不少问题。首先,如果可以通过会计上的处理方法推定附赠性质,销售者为了避免附赠被认定为销售商品而承担因附赠物品瑕疵所带来的更为不利的法律责任,其完全可以通过相应的会计操作掩盖名义为附赠实质为销售的事实。其次,就其混合合同部分,仍旧需要面对混合合同说存在的问题——不当否定合同联立。最后,将买卖合同认定为一个合同,也存在一刀切的问题——忽视两个买卖合同或者一个买卖合同与一个服务合同的联立的情形。

### (六)单一买卖合同组成部分说

纯粹单一买卖合同组成部分说认为消费者看似并没有对赠品单独支付对价,但是在实际上赠品的价金已经包含在主商品的价金之中,无非没有明确标价而已。<sup>[6]</sup>经营者和购买者一般都认为购买主商品与获得赠品是“捆绑式”的一个行为,而不是可以割裂、分离的两个行为。因此从合同的本质看,附赠式有奖销售是单一的买卖合同,附赠行为是单一买卖合同的组成部分,对此双方主体的意思表示是完全一致的。<sup>[15]</sup>这种学说中附赠为买卖的观点甚至得到了部门规章的认同——《流通领域商品质量

监督管理办法》第14条规定奖品、赠品等视同销售的商品。然而该部门规章效力位阶低于法律,依据《立法法》第88条,不其能与《合同法》中赠与合同的认定出现抵触。再者,从该部门规章之整体看,该规章的定位为公法管制,所以其并非是从民事责任的角度将奖品、赠品等同视之销售商品。此外,不同情况下的附赠涉及到经营者和消费者之间利益关系分配不同,单纯以买卖合同论断,可能会将属于赠与或者更接近于赠与的情形忽略,从而导致经营者和消费者之间的利益失衡。同时该学说亦忽略了合同联立的情形。不过该学说对那些可被认为是单一合同的附赠商品买卖或者服务提供的类型的研究仍存在价值。

#### (七)单一买卖合同的组成部分+合同联立赠与合同+独立赠与合同说

单一买卖合同的组成部分+合同联立赠与合同+独立赠与合同说中的三种类型分别对应的是名为赠与实为买卖的情形、附赠为真实赠与且以商品买卖或者服务提供合同有效成立为前提、缺乏交易依存关系的真实赠与。<sup>[5]</sup>该学说最大的优点是针对现实交易的具体情况,将附赠划分类型,针对不同的类型适用不同的法律规定,避免一刀切地解决附赠纠纷问题,具有相当的科学性。不过该学说在类型划分及解释上,仍存商榷之处。

首先,单一买卖合同的组成部分将所有的名为附赠实为买卖的情形作为单一买卖合同来处理,忽视了两个独立买卖合同联立的情况。尽管合同联立作为非典型合同的一个类型,经常被以典型合同或者非典型合同结合的角度讨论<sup>[16]</sup>,但这并不意味着只有异类合同才能成就合同联立。从定义上看,合同联立强调的是数个合同不失独立性的结合,<sup>[17]</sup>并没有将不同类型合同作为定义的要素。再者,如果认为同类型的多个具有独立经济目的的合同结合只能成就一个该类型合同,那么就不能避免因原本属于多个合同中某个合同的履行问题导致的法定解除的效力波及整个合同。这种解除效力波及整个合同的情况,既可能有违行使解除权合同当事人之初衷,也会对违约的合同当事人的正当利益产生损害。因此为了解决该问题,也应当承认数个同类型各自具有独立经济目的的合同成就合同联立。

其次,合同联立赠与合同的类型划分本身是科学的,但就附赠与商品买卖或者服务提供合同之间的依存关系的产生的原因并没有作明确阐述。与同一合同相比,即便是存在依存关系的合同联立实际上是多个合同的结合,所以这种依存关系并不是

内部设定而是外部架构的外部性依存关系。外部性依存关系产生或者来自于法律规定,或者来自于当事人约定。就当事人约定而言,这种依存关系或者在合同联立成立前作出了约定,或者其应属于依存他合同之合同的组成部分。从既有法律规定看,并没有关于附赠交易合同之间存在依存关系的规定。从日常消费交易看,除非有特殊情况,否则消费者与经营者不可能事前约定,所以这种依存关系实际上是来自于合同联立中的某一个合同。只不过因合同联立在形式的安排上与数个独立合同仍存在差别,这种来源于其中一个合同的依附关系条款在合同联立的形式表达中不能明确呈现,需要经过对合同联立的整体解释才能发现。对于真实赠与之附赠交易而言,该依存关系其实应存在于赠与合同之中,以商品买卖或者服务提供合同的有效成立为生效条件,从而构建出合同联立中赠与合同对于商品买卖或者服务提供合同的依存关系。对此下文会作进一步分析。

最后,独立赠与合同类型,实际上意味着经营者赠与消费者与商品买卖或者服务提供合同之间不存依存关系。这种类型的赠与在现实中确实不少,比如与单次交易无关,但达到一定消费额度赠送某商品。不过附赠交易中赠与合同不可能不依存某商品买卖或者服务提供合同,所以该类型已经超出了附赠问题的讨论范围。

### 三、附赠法律定性的类型化

附赠类型之多样使得经营者和消费者利益平衡点存在差异。如果简单地将附赠的法律性质作单一化定性,就必须面临一个问题——有的类型背后应然的利益平衡必定与该单一定性之法律规定所涉及的利益平衡出现严重偏离。虽然这种偏离可以在形式上被解释得符合现行法,但却偏离了现行法背后立法者所欲实现之价值目标,或者说在实质层面上与现行法秩序相冲突。解决该问题的妥当方案是以合理标准对附赠类型加以划分,并将该类型依据现行法分别加以定性。经营者设定附赠必有其目的,其目的决定了附赠的定位,所以以经营者之目的作为类型划分标准更为合理。一般来看,经营者附赠的目的可能有二:一是单纯赠与以达到引诱购买的目的;二是名为附赠实为销售,也就是销售商品或者提供服务的交易对价中包含附赠物品的交易对价。对于第二种目的又可划分为两种情形:一是附赠物品独立于经营者销售的商品或者提供的服务被销售;二是附赠物品与实际销售商品或者提供之服务共同构成真正被销售的完整

商品或者提供的完整服务。最终按照上述标准将附赠分为三种类型：一是纯粹赠与型附赠；二是独立买卖型附赠；三是组成买卖型附赠。

#### （一）纯粹赠与型附赠

在纯粹赠与型附赠中，附赠买卖或者提供服务的交易对价为商品买卖或者服务提供的交易对价，而并未包含附赠物品的交易对价，所以该类型之附赠具有赠与的性质。不过该赠与又与一般赠与存在差别。就一般赠与而言，赠与人因赠与在财产利益上相较赠与前一般会处于不利益的状态，但附赠经营者却一定不会因附赠而处于财产不利益的状态。这主要表现为：成本的节约和收益额的增加。对于成本的节约的情况，比如某类商品因某些原因已经鲜有消费者购买，于仓库积压会产生相应的仓储成本和管理成本；若最后需要销毁，还会产生销毁成本。从既有资产上看，企业确实因为附赠使自己处于财产不利益状态，但是这样的处理使自己避免因未来因该商品积压造成的损失，所以于未来状态看，赠与后之未来财产利益要高于赠与前之财产利益。对于收益额的增加主要是指纯粹赠与与可以扩大某类商品后者服务的销售量，从该商品的销售中获得更大收益。尽管纯粹赠与型附赠旨在使经营者获益，但这仅是经营者赠与的动机而不构成合同目的，所以不能以此否定赠与合同的性质。然而，经营者事实获益的状态可能会给消费者带来成本——因附赠物品瑕疵造成消费者人身或者其他财产损害，所以在保护消费者权益时也必须将经营者事实获益的状态加以考虑，从而正确适用有关赠与合同的法律规定，避免经营者与消费者之间的利益失衡。

从纯粹赠与型附赠与其服务的商品买卖合同或者服务提供合同之间的关系看，二者在形式上表现为一个合同，但其中涉及到赠与和商品买卖或者服务提供的部分各有其独立的经济目的，所以将其认定为合同联立更为准确——赠与合同与商品买卖或者服务提供合同的联立。在该合同联立中赠与合同与商品买卖或者服务提供合同并非各自独立而是存在依存关系——赠与合同的存在和有效以商品买卖或者服务提供合同存在和有效为前提。这种依存关系首先表现为先有商品买卖或者服务提供合同成立有效后，才会有有效的赠与合同。从现行法看，《民法总则》第158条中附生效条件法律行为的规定和《合同法》第45条中附生效条件合同的规定适合作为其法律依据。不过是否采取附生效条件赠与的解释思路，还需要考虑在该思路下赠

与合同是否会因商品买卖或者服务提供合同无效或者因被撤销或者被解除而失去效力而无效——依存关系的另一方面表现。这些情形下的商品买卖或者服务提供合同效力状态为自始无效——附条件溯及既往的不成就。其中无效一般涉及所附条件为不法（违反法律强制性规定、禁止性规定或者公序良俗），从学理上看会导致赠与合同无效。<sup>[18]</sup>被撤销或者被解除则很难涉及不法条件的问题，反而因商品买卖或者服务提供合同自始无效形成了类似不能条件的情形。在不能条件下，经营者赠与合同视为未附条件。不过此种情形下的条件并非事前条件不能，而是因法律制度的特殊设计导致回溯既往的无效所产生的嗣后条件不能。由于经营者无法对此无法预知或者控制，于此情况下仍认为赠与合同未附条件而有效并不妥当，所以应依据《民法总则》第6条的公平原则将赠与合同作无效处理以平衡经营者与消费者之间的利益。综上可知，将纯粹赠与型附赠理解为附生效条件的赠与，并在合同联立中以附生效条件合同制度构建赠与合同对商品买卖或者服务提供合同存在和效力的依存关系，是一种比较妥当的思路。

为有助于对纯粹赠与型附赠的理解，取现实中的案例进行分析。在（2017）辽01民终12981号判决中，消费者张双在阿九海参城购买獐子岛海参2份，并获赠汤汁，其中海参并没有过期，但是赠与的汤汁已过期，同时法院并没有将汤汁作为销售商品的组成部分。<sup>[19]</sup>从本案看，对于过期汤汁的赠送可以降低对于无法销售的接近过期或者已经过期的汤汁的存储成本和销毁成本；只有购买海参才能获赠汤汁成就了汤汁赠与合同生效之条件，且该汤汁未作为销售商品的组成部分，意味着形式上的一个合同中包含了具有依存关系的两个独立合同，构成了有依存关系的合同联立。因此本案交易中的汤汁赠送为纯粹赠与型附赠中成本节约类型。如果本案的汤汁具有独立销售的可能性，那么经营者用该汤汁推动海参销售实际上就符合了纯粹赠与型附赠中收益额增加的类型。如果将海参买卖合同替换为某类服务提供合同亦然。

#### （二）独立买卖型附赠

在独立买卖型附赠中，赠与仅是形式上的，附赠物品的交易对价实际纳入商品买卖或者服务提供的交易对价之中，且附赠物品实际上独立于买卖的商品或者提供的服务。该附赠方式是通过虚高单独商品买卖或者服务提供的价格，使单独商品买卖或者服务提供的交易对价与附赠商品买卖或者

服务提供的交易对价相同,让人们认为该附赠为赠与。然后在附赠交易活动外,通过折扣等优惠方式恢复商品买卖或者服务提供的真实价格,借此避免消费者产生附赠非是赠与而是买卖的怀疑。对于该操作中的交易对价的对比关系可以总结如下:销售商品或者提供服务的真实交易对价<销售商品或者提供服务的虚高的交易对价=(附赠物品+销售商品或者提供服务)的交易对价≤附赠物品的交易对价+商品销售或者提供服务的真实交易对价<附赠物品的交易对价+商品销售或者提供服务的虚高交易对价。其中商品买卖或者服务提供虚高的价格与真实价格之间的差额,便是附赠物品买卖的交易对价。当该差额等于单独销售附赠物品的交易对价时,实际为正常的附赠物品的买卖;当该差额小于单独销售附赠物品的交易对价时,实际为附赠物品的减价买卖。

独立买卖型附赠商品买卖或者服务提供,在形式上一般也表现为一个合同,但其实质上是附赠物品买卖部分和商品买卖或者服务提供部分。尽管这两部分采取了一个总的交易对价,但实际上可以将该交易对价进行分割,分别形成两个具有不同经济目的的合同,所以虽然该形式上的一个合同,实质上仍旧是两个合同的联立——附赠物品买卖合同和商品买卖合同或者服务提供合同的联立。同样联立的合同之间存在依存关系。在恢复附赠为买卖的本来面貌后,附赠物品买卖合同的存在和有效实际上是商品买卖或者服务提供合同(以真实价格作为交易对价)存在和有效的条件。与纯粹赠与型附赠中合同联立依存关系一样,该合同联立中合同间的依存关系也是依靠附生效条件合同制度构建起来的。

同样为有助于对独立买卖型附赠的理解,也取现实中的案例进行分析。在(2015)一中民终字第1106号判决中,消费者王玥明在天津华润万家生活超市有限公司静海春曦道分店购买了高露洁适齿多效型牙刷1支,价格为4.72元,高露洁适齿多效型牙刷2支送纤柔牙刷2支,价格为11.9元,平均一支折合为5.95元,该两款牙刷为同一种商品。由于本案原告是以价格欺诈作为诉讼请求,所以导致本案并没有从独立买卖型附赠的角度进行分析。<sup>[20]</sup>不过这并不影响其属于独立买卖型附赠的类型。其中4.72元为销售牙刷真实的交易对价,5.95元为销售牙刷虚高的交易对价和(附赠牙刷+牙刷)的交易对价。假设附赠牙刷的交易对价就是销售牙刷虚高交易对价与真实交易对价的差额

1.23元,那么附赠牙刷的交易对价+销售牙刷的真实交易对价为5.95元,附赠牙刷交易对价+销售牙刷虚高的交易对价为7.18元。于是可以得出,销售牙刷真实交易对价<销售牙刷虚高交易对价=(附赠牙刷+销售牙刷)的交易对价=附赠牙刷的交易对价+销售牙刷的真实交易对价<附赠牙刷交易对价+销售牙刷虚高的交易对价。尽管此时在形式上为一个合同,但其内部可分为附赠牙刷买卖和销售牙刷买卖两个合同,只不过要想以真实交易对价购买销售牙刷,必须以购买附赠牙刷为附生效条件,由此构成有依附关系的买卖合同之间的联立。由此来看,本案的案情符合独立买卖型附赠交易的特点。如果将销售牙刷买卖合同替换为某类服务提供合同也是如此。

### (三)组成买卖型附赠

从实质上看,组成买卖型附赠中,既没有关于附赠物品买卖的合同,也没有商品买卖或者服务提供的合同,而只有关于附赠物品与商品买卖或者服务提供组成的完整商品或者服务的买卖合同。不同于纯粹赠与型附赠和独立买卖型附赠,组成买卖型附赠的商品买卖或者服务提供的合同并非在形式上为一个合同而在实质为多个合同联立,其仅为一个完整的商品买卖或者服务提供合同。

为帮助对该类型的理解,可对纯粹赠与型附赠中案例改造并加以分析。假设(2017)辽01民终12981号判决中的汤汁与海参为互补品,且无不带汤汁的海参销售。那么这里赠送的汤汁实际上与海参共同构成被销售的完整商品,从而符合组成买卖型附赠交易。如果赠送的并非是汤汁,而是品质相同的海参,且无证据证明该赠送海参可特定区别于销售的海参,可将这些品质相同的海参作为完整的一批商品。至于服务提供的情形下,比如购买美容服务赠某护理产品,但该护理产品是为该美容服务服务时,该赠品实际上构成了服务的一部分。

## 四、瑕疵附赠物品自损、致害的民事责任

由于纯粹赠与型附赠、独立买卖型附赠、组成买卖型附赠的法律定性不同,所以当瑕疵附赠物品自损或者致害时,消费者主张经营者承担民事责任的请求权基础也会有所不同。因此应当根据各个类型分别进行讨论。由于瑕疵附赠物品自损、致害的民事责任涉及违约责任、侵权责任以及惩罚性赔偿,所以对于每种类型民事责任的请求权基础的讨论,亦可从这三个方面着手。

(一)纯粹赠与型瑕疵附赠物品自损、致害的民事责任

### 1. 纯粹赠与型瑕疵附赠物品自损、致害的违约责任

纯粹赠与型附赠性质为赠与。从现行法上看,与该类型附赠物品自损和致害的违约责任可能有关的法律规定有《合同法》第189条和《合同法》第191条。《合同法》第189条规定了因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的,赠与人应当承担损害赔偿责任。从表面上看对于该类型附赠物品致害应当适用该条规定,但实际上并非如此。从官方释义和权威理论来看,这里的财产毁损、灭失的情形应是发生在赠与合同履行之前<sup>[2]</sup>,对于附赠物品交付给消费者后的自损或者损害并不能适用该条。再看,《合同法》第191条第1款规定了附义务赠与时,赠与人承担与买卖合同中出卖人相同的瑕疵担保责任。由于该类型的附赠属于附条件赠与而非附义务赠与,所以并不能适用《合同法》第191条第1款的规定。因此只剩下《合同法》第191条第2款可资适用。

《合同法》第191条第2款规定赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵,造成受赠人损失的,应当承担损害赔偿责任。从官方释义来看,这里的损失指的是因赠与财产的瑕疵给受赠人造成其他财产或者人身伤害所造成的损失。<sup>[21]</sup>由此可知,对于该类型附赠物品所生损害的救济于违约责任部分仅限于其他财产或者人身伤害的损失——固有利益损害所产生的损失,同时该类型附赠物品的自损的赔偿无法获得违约责任救济。不过,经营者并非在所有情况下都要对瑕疵附赠物品造成的固有利益损害承担赔偿责任。只有存在《合同法》第191条第2款规定经营者故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵的情形时,经营者才应对瑕疵附赠物品致害的损失承担违约责任。这增加了消费者主张赔偿的难度,也是有的学者否定附赠为赠与的重要理由之一。<sup>[6]</sup>不过这种理由是来自立法论而非解释论的否定,或者说在其眼中即便附赠是赠与,为保护消费者利益,也不应当将其作为赠与对待。在现行法秩序内,这种说法并不足取。从现行法上看,对于《合同法》第191条第2款的规定并非没有限制,比如当附赠物品为食品或者药品时,消费者可以直接依照《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第4条直接主张损害赔偿。至于附赠物品为非食品或者药品的情况下,也可以通过故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵的解释来降

低消费者主张违约责任的难度。附赠物品,纯粹作为其他商品购买引诱,其在该市场营销策略的选择上,必定会对附赠物品本身的成本作出评估,从而形成其明确的商业利益预期。经营者在赠与的利他动机之外有明确的利己动机——只有附赠物品无法通过销售给其带来利益时,其才会选择将其纯粹作为赠品。在该类营销策略中,作为商品价值评价要素之一的商品质量必然会被经营者考虑,所以经营者一般会对其附赠物品的质量瑕疵有明确的认识。消费者对于附赠物品的质量很难有明确的认识,其肯接受附赠物品时出于功利动机,而功利动机的组成部分中包括对商家销售商品过程中不会提供有质量瑕疵赠品的信任。从利益衡量来看,当附赠物品存在质量瑕疵时,经营者有义务告知消费者。如果其未告知消费者,等于以沉默的方式保证该附赠物品不存在瑕疵。因此只要经营者未告知附赠物品存在瑕疵情况,当附赠物品因瑕疵致固有利益损害时,消费者可将《合同法》第191条第2款作为主张经营者承担违约责任的请求权基础。

### 2. 纯粹赠与型瑕疵附赠物品自损、致害的侵权责任

纯粹赠与型附赠物品为赠与物,其并不用于销售,所以其不符合《产品质量法》第2条关于产品的规定——本法所称产品是指经过加工、制作,用于销售的产品。因此消费者无法依据《产品质量法》第43条要求销售者承担无过错的损害赔偿责任。《侵权责任法》第43条与《产品质量法》第43条的规定相同,但《侵权责任法》并未就产品作定义。不过从体系解释来看,应当将《侵权责任法》中的产品与《产品质量法》第2条中的产品作相同解读,所以消费者也不能依据《侵权责任法》第43条主张赔偿。再看《消费者权益保护法》第40条,其规定的内容与《产品质量法》第43条和《侵权责任法》第43条大致相同,唯独不同的是前者用语为商品,而后两者用语为产品。商品者本身就是因用于销售才会被称为商品,所以消费者也不能依据《消费者权益保护法》第40条主张损害赔偿。不过这并不影响消费者依据《侵权责任法》第6条的过错责任规定作为侵权责任的请求权基础。只不过为了保障法律间适用的协调性,该条在侵害固有利益部分要受到《合同法》第191条第2款的限制,唯独出现故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵时,消费者才能主张损害赔偿。至于消费者是否可以通过《侵权责任法》第6条就附赠物品自损获得赔偿,从官方释义看,在产品责任部分,产品自损确实属于产品责任的赔偿范



围。<sup>[22]</sup>然而,附赠情况下因欠缺对价,消费者相较于获得附赠物品前并没有损失,所以这里附赠物品的自损自然就不能获得赔偿。

### 3. 纯粹赠与型瑕疵附赠物品自损、致害的惩罚性赔偿

由于纯粹赠与型附赠属于赠与而非销售商品或者有偿提供服务,所以即便附赠存在欺诈造成损失或者经营者明知赠品存在缺陷致害无法适用《消费者权益保护法》第55条的惩罚性赔偿的规定。同理,当附赠物品为食品时,同样也无法适用《食品安全法》第148条的惩罚性赔偿规定。因此该类型的附赠物品自损或者致害并不存在适用惩罚性赔偿的请求权基础。

## (二) 独立买卖型瑕疵附赠物品自损、致害的民事责任

### 1. 独立买卖型瑕疵附赠物品自损、致害的违约责任

独立买卖型附赠实际为附赠物品的买卖。当该附赠物品存在质量瑕疵导致自损或者损害消费者其他财产或者人身权益时,消费者主张违约损害赔偿的请求权基础为《合同法》第107条、第112条、第113条等有关一般违约责任的规定或者为《合同法》第111条、第155条、第157条、第158条等物的瑕疵担保责任的规定。从学说来看,对于一般违约责任和物的瑕疵担保责任的关系存在统合说和并存说两种不同的学说。不过二者在是否履行瑕疵通知义务、所受期限限制、救济方式上、适用合同类型都存在不同,所以物的瑕疵担保责任不能被一般违约责任统合而只能与其并列。<sup>[23]</sup>消费者可以择一作为其损害赔偿的请求权基础。依照这些规定,赔偿的范围当然包括附赠产品自损和瑕疵附赠物品造成自损之外的其他损害。不过需要注意,当消费者主张经营者承担物的瑕疵担保责任时会受到《合同法》第157条、第158条质量异议期的限制。除非有质保期,否则消费者在约定或者法定异议期内未提质量异议的,则不能主张物的瑕疵担保责任,而只能选择有关一般违约责任的规定作为请求权基础。

### 2. 独立买卖型瑕疵附赠物品自损、致害的侵权责任

独立买卖型附赠实质为买卖,意味着该附赠物品符合《产品质量法》第2条规定的产品,当然也属于《消费者权益保护法》第40条中的商品,所以消费者主张侵权损害赔偿的请求权基础为《产品质量法》第43条、《侵权责任法》第43条或者《消费者权益保护法》第40条。不过需要注意,《产品质量法》第

43条、《侵权责任法》第43条规定的产品责任和《消费者权益保护法》第40条规定的商品责任中的产品或者商品必须存在缺陷——产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。至于损害赔偿的范围,从《侵权责任法》官方释义理解,自然包括自损和其他财产或者人身权益损害。按照《产品质量法》第43条、《侵权责任法》第43条或者《消费者权益保护法》第40条的规定,消费者除了可以向销售者主张产品责任或者商品责任的赔偿外,还可以向生产者主张产品责任或者商品责任的赔偿。

### 3. 独立买卖型瑕疵附赠物品自损、致害的惩罚性赔偿

当独立买卖型附赠的经营者存在欺诈时,消费者可依照《消费者权益保护法》第55条第1款主张惩罚性赔偿——购买商品的价款的3倍;增加赔偿的金额不足500元的,为500元。如果经营者存在明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的情形,消费者可依据《消费者权益保护法》第55条第2款要求所受损失2倍以下的惩罚性赔偿。由于独立买卖型附赠物品的买卖合同与商品买卖或者服务提供合同为合同联立,其各自法律适用具有独立性。因此在计算惩罚性赔偿金时,应以该附赠物品的交易对价——商品买卖或者服务提供虚高的价格与真实价格之间的差额——进行计算。如果该附赠物品为食品,当经营明知是不符合食品安全标准的食品时,消费者可依据《食品安全法》第148条第2款要求经营者支付价款10倍或者损失3倍的惩罚性赔偿金;不足1000元为1000元。不过需要注意的是,《食品安全法》第148条对于惩罚性赔偿的规定仅限于经营明知是不符合食品安全标准的食品,同时否定了食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵可以适用惩罚性赔偿。然而在二者之间可能存在符合《消费者权益保护法》第55条第1款的欺诈致损情形。因此对二者之间仍属于欺诈的部分可以按照购买商品的价款的3倍、增加赔偿的金额不足500元的为500元的标准来计算惩罚性赔偿金。

## (三) 组成买卖型瑕疵附赠物品自损、致害的民事责任

当组成买卖型附赠为商品买卖时,其附赠物自损或者致害实质上等同于完整商品的自损或者致害。消费者请求经营者违约责任、侵权责任、惩罚



性赔偿的请求权基础与独立买卖型附赠物品相同,唯独不同的是自损计算和惩罚性赔偿计算的基础存在较大差异。对于自损赔偿计算,不考虑附赠物品的自损,而是要考虑附赠物品自损对完整商品造成的实际自损。至于惩罚性赔偿,因组成买卖型附赠买卖只为完整商品买卖,所以《消费者权益保护法》第55条第1款的3倍惩罚性赔偿和《食品安全法》第148条第2款10倍惩罚性赔偿的计算基准为整个交易对价。当附赠物品为服务的一部分,服务提供合同不是买卖合同也不以物之交付作为履行标的,所以无法适用《合同法》第111条等物的瑕疵担保责任的规定,而是能适用《合同法》第107条等一般违约责任的规定;由于服务不是产品,所以也不能适用《产品质量法》第43条或者《侵权责任法》第43条,而只能适用《消费者权益保护法》第40条的规定主张侵权责任救济;至于《消费者权益保护法》第55条1款的惩罚性赔偿金计算应以完整服务的交易对价为基础,但服务不属于食品,所以无《食品安全法》第148条第2款的惩罚性赔偿之适用。

## 五、结 语

附赠类型的多元化意味着其背后经营者与消费者利益平衡的多元化。只有将这些多元化的利益平衡进行归类,确定各个类型在法律上的性质,才能在附赠物品自损或者致害时,从现行法中找到适当的损害赔偿和惩罚性赔偿的请求权基础,从而避免单一确定性在实际裁判中在消费者与经营者利益平衡上产生偏离,兼顾消费者的合法权益与经营者的合法权益,保证法律适用的科学性和合法性。

## [参 考 文 献]

- [1] 曲润富.一例有奖销售纠纷进行的法理剖析[J].法学,1993(5)
- [2] 崔建远.合同法[M].北京:北京大学出版社,2016:482.
- [3] 陈朝阳.有条件赠与——对一起有奖销售纠纷的再思考[J].法学,1993(8).
- [4] 王文钦.论有奖销售活动中的民法问题[J].法学,1994(1).
- [5] 崔建远.消费者合同的解释[J].浙江社会科学,2002(6).
- [6] 谢鸿飞.附赠品质量不过关,消费者怎样维权[J].人民论坛,2018(11上).
- [7] 本德·吕斯特.德国民法总论(第十八版)[M].于馨淼,张姝,译.北京:法律出版社,2017:65.
- [8] 瑞士民法典[M].戴永盛,译.北京:中国政法大学出版社,2016:2.
- [9] 任伊珊,田应朝.有关促销赠物的法律思考[J].法学家,1999(5).
- [10] 韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2012:82.
- [11] 沈德咏,奚晓明.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(二)[M].北京:人民法院出版社,2009:41.
- [12] 刘国林.有奖销售的法律分析[J].政治与法律,1993(3).
- [13] 崔建远.合同法总论:上卷[M].北京:中国人民大学出版社,2011:59.
- [14] 王伟.附赠式有奖销售的法律分析[J].学术交流,2002(3).
- [15] 方益权.购物赠品的若干法律问题[J].政治与法律,2005(5).
- [16] 王泽鉴.债法原理.[M].北京:北京大学出版社,2013:139.
- [17] 史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:11.
- [18] 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2017:190—191.
- [19] (2017)辽01民终12981号.[EB/OL].[2019-2-24].[http://www.pkulaw.cn/case/pfnl\\_a25051f3312b07f38ccd85c0137a624f012fbac34bd47dc0bdfb.html?keywords=%E8%B5%A0%E5%93%81&-match=Exact](http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_a25051f3312b07f38ccd85c0137a624f012fbac34bd47dc0bdfb.html?keywords=%E8%B5%A0%E5%93%81&-match=Exact).
- [20] (2015)一中民终字第1106号.[EB/OL].[2019-2-24].[http://www.pkulaw.cn/case/pfnl\\_a25051f3312b07f356cd2c23b92d5528fa7aa6156c73861fbdff.html?keywords=%E8%B5%A0%E5%93%81&-match=Exact](http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_a25051f3312b07f356cd2c23b92d5528fa7aa6156c73861fbdff.html?keywords=%E8%B5%A0%E5%93%81&-match=Exact).
- [21] 中华人民共和国合同法释义·分则第十一章 赠与合同[EB/OL].[2019-2-24].[http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2000-11/25/content\\_8373.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2000-11/25/content_8373.htm).
- [22] 王胜明.中华人民共和国侵权责任法释义[M].北京:法律出版社,2013:251.
- [23] 崔建远.债权:借鉴与发展[M].北京:中国人民大学出版社,2012:548—549.

(责任编辑:闫卫平)

(下转第75页)