

窜货的法律规制

万江*

摘要 作为一种常见的商业行为,司法实践中因纵向限制引发的窜货争议数以千记。多数法院均依据合同自由原则认定窜货经销商违约,少数法院从显失公平、格式条款角度否认反窜货约定的法律效力、判决窜货经销商无需担责,也有个别法院认为窜货构成不正当竞争,只有两个法院探讨了《反垄断法》第14条且最终拒绝适用。关于窜货,司法的不一致既与《反垄断法》对纵向非价格限制案件司法适用的严格控制有关,更与纵向非价格限制竞争效应的复杂性有关。窜货行为原则上不应被认定为不正当竞争,但经销协议的合同约束力亦需尊重。为鼓励企业投资、促进商业经营的可持续发展,不宜从纵向垄断协议角度审查反窜货约定,但可强化对反窜货约定是否属于横向垄断协议或滥用市场支配地位进行反垄断审查,以防严重限制、排除市场竞争。

关键词 纵向非价格限制 合同效力 窜货 垄断 不正当竞争

正如有学者所论述的,对现实或者潜在的侵占担忧普遍存在于各种社会之中,这种保护地盘的本能在多数经销合同中都有体现。^[1] 关于纵向限制合法性的分析甚多却远未达成共识,更重要的是,多数探讨忽视了合法性判断对民事交易的影响以及我国司法实践中业已出现的庞大案例。本文无意于探讨纵向限制本身的合法性尤其是本身违法与合理原则的取舍,转而实证考察因纵向限制合法性争议引发的与地域、渠道等相关的窜货诉讼纠纷。本文的目的与意义在于,通过对司法实务中有关窜货争议的类型化,展示纵向限制合法性探讨对商业决策、商业投资可能产生的影响,以为纵向限制合法性的理论分析提供更广阔的视角。

* 西南政法大学经济法学院副教授。本文得到西南财经大学法学院中国经济法治研究中心资助。

[1] See Robert W. Emerson, "Franchise Encroachment", 47 *American Business Law Journal*, 191 (2010).

一、纵向限制与窜货争议

产品销售极为常见,从供应商(国内制造商或者进口商)到终端消费者通常会经历省级代理、市级代理和零售多个环节,其中与销售相关的主体可统称为经销商。为鼓励经销商尤其是零售商积极开发市场、推广产品,供应商可能会限制经销商的销售区域、销售价格、销售渠道等,学术界将供应商与经销商之间签订的协议称之为纵向限制协议,并集中讨论了纵向限制协议的法律效力。关于纵向限制合法性分析的搭便车理论、外部性理论、品牌间竞争理论虽然都考察了非合同当事人行为对经销商行为的影响,但关于纵向限制的探讨依然主要集中于价格限制、地域限制、客户限制等行为本身的法律效力。但纵向限制协议与一般合同的主要区别之一在于,一般合同只关涉合同双方主体的行为,纵向限制协议往往会涉及第三方的低价、跨区域、跨渠道销售等行为。实践中,因为地区之间的价格差异,或者经销商面临的竞争压力、需求函数等不完全相同,经销协议所欲保护的区域、渠道、客户等目标很容易被其他授权经销商、未经授权的经销商乃至供应商侵犯,俗称窜货。有关防止侵犯特定销售区域、销售渠道、客户群体而设计的一系列合同约定在商业实践中称之为反窜货约定。

反窜货协议的本质是一系列纵向限制,其目的旨在防止违反区域限制、客户限制、渠道限制等行为,确保纵向地域限制、转售价格限制、客户限制、网络销售限制等商业模式的有效履行,最终实现经销商和供应商的利益最大化。如果说纵向地域限制、客户限制、网络销售限制等是要采取一系列积极行为,那么反窜货约定就是要防范与此对应的一系列消极对抗行为。正因如此,反窜货约定面临的主要问题在于,首先,一般协议通常只能约束当事人行为,但窜货通常是由合同双方或者第三方行为所致,那么商业实践如何设计一系列合约安排去防范合同双方与第三方的窜货行为;其次,反窜货约定的本质是纵向限制协议,纵向限制协议的合法性是反垄断法探讨的主要议题之一,那么如何评判反窜货约定的法律效力?这一问题又意味着必须探讨纵向限制协议是否构成垄断协议,以及在构成垄断协议情况下的合同效力问题。为此,我们拟通过提炼存在于司法实践、却未曾被理论界所关注到的实实在在的经验、争议和困惑,以期为纵向限制的理论探讨提供更多本土化的素材和新话题。

截止至2016年2月18日,在中国裁判文书网共检索到685个与窜货有关的案件,其中刑事案件70个,行政案件9个,劳动案件35个。刑事案件主要与香烟、药品窜货有关,^{〔2〕}劳动案件则涉及到经销协议、代理协议是否可能构成劳动合同,与此相关的问题不属本文关注的重点,不予讨论。而在众多的窜货案件中,直接涉及地域限制的争议有589件,与价格限制有关的案件131件,但与价格限制相关的案件几乎都涉及到地域限制(具体见表1)。此外,互联网交易的兴起带来大量窜货,主要涉及线上交易对线下交易的冲击。^{〔3〕}实践中因而区分了渠

〔2〕 参见万江:“论烟草制品销售控制的反垄断法规制”,《经济法论坛》2015年第2期,页80—82。

〔3〕 比如西安万卷图书有限公司与浙江天猫网络有限公司等技术服务合同纠纷案,杭州市西湖区人民法院(2014)杭西知民初字第314号。

道限制和地域限制,渠道限制既可能指线上线下销售,也可能指地域限制,还可能涉及到对公销售、集体采购和零售等不同类型客户的分类,较为复杂,文章因而单独归为一类,但从数据来看,超过80%的与渠道限制有关的案件都涉及到地域限制。因而,本文讨论的纵向非价格限制协议主要涉及纵向地域限制协议。

表 1 窜货的成因

	地域限制	价格限制	渠道限制	网络销售
地域限制	589	130	142	46
价格限制	99%	131	38	6
渠道限制	86.06%	23%	165	0
网络销售	93.88%	12.24%	0%	49

根据中国裁判文书网整理,右上部分为交叉频次,左下部分为交叉几率。

《反垄断法》第14条禁止经营者与交易相对人达成价格与非价格垄断协议,地域限制、客户限制通常被视为典型的纵向非价格垄断协议之一。如表1所示,纵向非价格限制协议以及衍生的一系列制度设计是否合法有效业已成为实践中普遍关注的重要问题,但国内理论界对此的讨论明显不足。本文拟通过梳理司法机关对牵涉窜货案件的处理策略,探讨《反垄断法》第14条与《合同法》衔接使用导致的反窜货约定是否合法有效、窜货行为是否构成不正当竞争。进而,本文试图论证,纵向非价格限制协议的公平问题和对社会公共利益的侵犯并不突出,不能轻易否认其合法性,以免影响正常的商业经营活动。

二、窜货争议的主要类型

供应商和经销商限制窜货的根本目的是要确保不同的经销区域、经销渠道与不同类型的客户皆由获得授权的经销商长期开发。但纵向非价格限制协议所约定的销售权利经常面临挑战:一方面,协议一方可能违反合同约定;另一方面,合同外的其他经销商可能越界销售。

(一)基于窜货主体的归类

1.授权经销商窜货引发的违约纠纷

纵向限制是经销协议中的重要构成部分,但纵向限制却难以自我履行。为确保经销协议的实施、防止当事人窜货,合同当事人通常会约定经销商窜货的违约责任,包括终止经销协议、缴纳违约金、赔偿损失、加价购买窜货商品等。一旦当事人违约窜货,因为违约金的支付、经销协议的终止等都会引发争诉,其中尤以授权经销商窜货引发的司法诉讼最为常见。授权经销商的窜货包括跨区销售、在线销售、在其他区域设立销售点,以及将其获得的产品交给外地经销商销售。一旦消费者、其他授权经销商或者供应商发现授权经销商窜货,供应商就会以授权经销商违约为由扣减保证金、违约金、返利点数等。为防止授权经销商私下窜货,经销协议甚至会约定只要相应编码的产品出现在其他区域,就可认定授权经销商窜货。比如诚美公司的

经销授权协议规定,只要供应商或任何其他人在网络商店、其他区域中发现或购买到应由经销商在合同约定的销售区域内销售的货品,不管该些货品是以何种方式流散,皆应视为授权经销商窜货。后因经销商认为该约定显失公平要求撤销合同引起纠纷。^{〔4〕}此外,下级经销商窜货还会引发上级代理商与供应商之间的合同纠纷。比如分销商君美电子因下级零售商窜货被上级供应商处以罚款,因而诉至法院要求下级窜货零售商赔偿损失。^{〔5〕}产生较大社会影响的诺基亚窜货案亦是此种情形。^{〔6〕}此外,在供应商的参与下,授权经销商之间也可能达成互不窜货协议,一方当事人窜货同样会引发争议。比如供应商四川醇与经销商昌盛公司、壮功公司达成三方协议分割浙江市场,如果经销商窜货,由四川醇公司赔偿被侵犯的经销商后,再向窜货经销商追偿损失,并终止其与窜货经销商所签订的经销协议。后因当事人窜货索赔引发违约争议。^{〔7〕}与授权经销商窜货相关的争议焦点主要是违约金支付和窜货行为的判断。

2. 供应商违约引发的窜货纠纷

除非涉及到商标、特许等事由,否则授权经销商很难有充足的理由直接限制第三方窜货。对那些有窜货行为的授权经销商,供应商可直接收取违约金。对非授权经销商的窜货,如果供应商能够识别出给窜货商提供货物的授权经销商,可通过向窜货商的上家收取违约金来约束窜货商。因而经销协议更倾向于将打击、防止窜货的义务转嫁给供应商。经销协议关于供应商窜货的规定主要包括排他性条款和市场保护条款,排他性条款主要是限制供应商再授权其他经销商在该区域内销售,市场保护条款既包括限制供应商在约定区域内销售,也要求供应商承担打击窜货的义务。供应商窜货主要包括私下销售或者设立新的经销渠道。实践中不乏供应商待市场开发成熟之后过河拆桥的行为,比如中远鞋业案中,授权经销商投入100余万元进行市场开发之后,供应商又违背承诺在该区域设立批发点,低价销售同样产品,授权经销商因而起诉要求赔偿。^{〔8〕}高锋新颖建材案则是因为供应商违约供货给其他经销商,导致经销商拒绝支付货款而引起纠纷。^{〔9〕}不过要求供应商承担违约责任的更多案件是因为第三方窜货

〔4〕 上海诚美细胞与李某某其他合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第1354号。

〔5〕 连云港君美电子有限公司与于洪波买卖合同纠纷案,江苏省连云港市中级人民法院(2015)连商终字第00373号。

〔6〕 本案中,经销商因被供应商收取了高昂违约金(一部手机近万元)而联合罢售诺基亚手机,要求诺基亚返还罚款。其中贵州环远电讯因窜货被诺基亚公司罚款后要求下级经销商济南天亿广公司赔偿,济南天亿在赔偿贵州环远电讯罚款后对窜货经销商董居忠收取窜货违约金。诺基亚声明与窜货商并无直接的合同关系与买卖关系,不可能施加罚款。参见“关于诺基亚窜货管理的声明”,<http://news.163.com/09/0614/19/5BPT1PEQ000120GR.html>,最后访问日期:2014年3月30日。

〔7〕 温岭市泽国昌盛酒业有限公司诉四川省四川醇酒业有限公司等买卖合同纠纷案,浙江省温岭市人民法院(2009)台温商初字第1780号;温岭市壮功酒业销售有限公司等诉温岭市泽国昌盛酒业有限公司等买卖合同纠纷案,浙江省温岭市人民法院(2009)台温商初字第1321号。

〔8〕 庄爱秋与浙江中远鞋业有限公司合同纠纷案,浙江省温州市中级人民法院(2012)温瑞商初字第2916号。

〔9〕 高锋新颖建材(苏州)有限公司与刘伟买卖合同纠纷案,江苏省盐城市亭湖区人民法院(2015)亭民初字第00300号。

所致。尤其是互联网销售的蓬勃发展导致类似案件井喷。在线上市场对线下市场产生严重冲击的情况下,经销商难以对线上销售进行任何控制,因而供应商会承担打击互联网窜货的义务。比如经销商培尼西林公司和供应商润美康的经销协议就约定,供应商的网络销售不能影响培尼西林公司正常销售,若发现未经许可的第三方网络销售,润美康公司应及时解决。因网络上出现大量低价销售此类产品的情况,培尼西林公司拒绝支付货款并要求润美康赔偿,遂引起争诉。^{〔10〕}与供应商违约的案件争议主要涉及到授权经销商要求赔偿或者拒绝支付相应货款。

3.非授权经销商窜货引发的纠纷

诉讼纠纷数量相对较少,但是实践中数量最多、争议最大、问题最尖锐的案件主要是非授权经销商窜货。与授权经销商、供应商窜货可通过合同解决不同,非授权窜货经销商因与供应商和授权经销商缺乏合同关系,当事人通常缺乏适当的救济手段,只得诉诸于《侵权责任法》与《反不正当竞争法》。比如在文怀想诉周勇案中,原告文怀想取得了万和公司厨卫电器产品在许昌地区的独家代理权,后发现被告周勇未得到万和公司授权却在许昌经营万和系列产品。原告认为被告不是万和的授权销售商,要求被告停止在许昌地区销售万和产品,并赔偿损失。被告辩称原告的“代理权”不是《侵权责任法》规定的权利客体,其与万和公司签订的经销协议无法约束非合同相对人,不能排斥第三方的自主经营权。被告反认为原告的独家代理权违反《反垄断法》和《反不正当竞争法》。^{〔11〕}在另一独家特许经营案中,张俭窗帘是佛山某公司在江苏盐城的独家特许经营商,新贵族窗帘在未获得经销授权的情况下销售该品牌窗帘,并在宣传中使用了佛山某公司的相关信息。张俭窗帘认为新贵族窗帘的行为构成不正当竞争,新贵族窗帘辩称独家经销协议仅对合同当事人有法律效力,不能排除其他经营者在此区域销售、宣传该产品。^{〔12〕}也有供应商会对产品进行编码,以此追查经销商窜货。非授权窜货经销商为防止上家被查处而招致罚款会涂改相关信息,授权经销商因而会以销售假冒伪劣产品举报、起诉窜货商。共有14起案件中当事人是以窜货为假货来对抗窜货商的窜货行为。^{〔13〕}不过不正当竞争诉讼通常与装潢、商标等相关。一旦窜货行为不涉及到装潢、商标等问题,当事人也会诉诸于非法律的解决手段,采取暴力扣押窜货产品等激进行为,最终甚至会上升为刑事案件。

(二)基于诉由的分类

尽管非授权经销商窜货最为常见,但能够进入司法诉讼的案件主要是授权经销商和供应商之间的合同纠纷(见表2)。合同纠纷中,当以合同自由的探讨最为频繁,尤其是守约方更是

〔10〕 上诉人江西省培尼西林医药有限公司与被上诉人北京润美康医药有限公司买卖合同纠纷案,北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第05353号。

〔11〕 文怀想与李亚杰侵权纠纷案,许昌市魏都区人民法院(2011)魏北民初字第86号。

〔12〕 胡爱与和盐城市亭湖区城中张俭窗帘经营部不正当竞争纠纷上诉案,江苏省高级人民法院(2006)苏民三终字第0063号。

〔13〕 张清峰与启东市市场监督管理局行政处罚二审行政判决书,江苏省南通市中级人民法院(2015)通中知行初字第00001号。

通过合同自由的探讨来证明违约方承担责任的正当性。针对合同一方违约窜货的行为,少数当事人还从诚实信用原则进行了争辩,认为反窜货约定合法有效、应当履行。针对合同的公平问题的讨论也不少,违约的窜货商通常以地域限制、渠道限制不公平为由辩护,其中在 24 起案件中认为窜货条款显失公平应当予以撤销、44 起案件认为反窜货约定乃格式条款而无效。不过只有极少数窜货商会从限制竞争、垄断的角度否认反窜货约定的法律效力。无论是特许还是地域限制协议,授权经销商都可以在特定区域享有独占或者共同排他的权利,为免于非授权经销商窜货,授权经销商倾向于将经销权物权化,或者借助于知识产权认为窜货商的窜货行为侵权或构成不正当竞争。比如联想案中,因非授权经销商窜货难基于合同关系解决,供应商因而提出窜货经销商店面装潢使用的标识构成引人误解的虚假宣传。在 69 件与特许相关的窜货争议中,有 38 起案件涉及到知识产权。

表 2 窜货案件争议的类型

	意思表示	不正当竞争	公平	垄断	侵权	物权	知识产权	诚实信用
意思表示	252	4	55	3	16	1	17	4
不正当竞争	40%	10	2	1	0	0	1	1
公平	59%	2%	94 *	4	6	0	14	6
垄断	23%	8%	31%	13	4	0	1	0
侵权	14%	0%	5%	4%	112	1	10	1
物权	17%	0%	0%	0%	17%	6	1	0
知识产权	45%	3%	37%	3%	26%	3%	38	1
诚实信用	67%	17%	100%	0%	17%	0%	17%	6

数据根据中国裁判文书网整理,右上部分为案件数量,左下部分为比值。

* 其中显失公平 24 件,安婕好与广东远信发生了 42 次争议。

从适用的法律来讲,窜货案件主要涉及到《合同法》,适用到《反不正当竞争法》《反垄断法》的案件极少(见表 3)。总共有 357 起案件涉及到窜货违约的争论,有 275 件案件的当事人认为反窜货约定是可撤销的,104 件案件中讨论了反窜货约定无效的问题。357 件违约案件中,有 81 件案件当事人通过合同无效、155 件案件当事人通过合同可撤销否认其违约责任。只有 3 起案件讨论了《反垄断法》的适用问题,4 起案件涉及到《反不正当竞争法》,另有 1 起案件涉及到《消费者权益保护法》。2 起适用《反不正当竞争法》的行政案件均是因行为人窜货被行政部门认定为假货而遭受处罚,^[14]而适用《消费者权益保护法》则是因为消费者购买的窜货(水

[14] 如张清峰与启东市市场监督管理局行政处罚二审行政判决书,江苏省南通市中级人民法院(2015)通中知行终字第 00001 号;北京永盛丰农资有限公司与咸安区工商行政管理局行政处罚一审行政判决书,咸宁市咸安区人民法院(2015)鄂咸安行初字第 00007 号。

货)无法享受全球联保而认为销售者构成欺诈。^{〔15〕} 由于对窜货产品的查处通常会出现扣押、争夺乃至严重的暴力冲突,因而与窜货相关的案件还可能涉及到《侵权责任法》《物权法》乃至《刑法》。^{〔16〕}

表 3 685 件窜货案适用法律情况

合同法	430	反垄断法	3
民法通则	77	反不正当竞争法	4
侵权责任法	15	商标法*	57
刑法	99	消费者权益保护法	1
商业特许经营管理条例			24

* 安婕妤与广东远信发生了 40 次争议。

三、窜货争议的法院态度

无论是供应商基于合同意思自治的角度要求违约经销商支付违约金,还是经销商以纵向非价格限制协议无效为由否认违约条款的效力,违约条款是否合法有效直接取决于纵向非价格限制协议的合法性。若纵向非价格限制协议合法有效,合同当事人窜货的行为就属于违约行为,要承担相应的民事赔偿责任。诸如收取保证金、终止供货、双倍购买窜货商品等违约条款理应属于有效条款。但若纵向非价格限制协议被认定为无效,当事人的窜货行为不构成违约,交易相对人以窜货为由解除经销协议的行为则不具有正当性,因而窜货一方不仅可以拒绝支付违约金,还可要求对方赔偿因终止经销协议导致的损失。比如在某酒类争议中因供应商关于授权经销商窜货的抗辩没有得到法院认可,不得不赔偿经销商相应损失。^{〔17〕}

(一) 窜货违约:彰显合同自由与诚实信用原则

除少数案件外,多数法院都是从合同自由、意思自治的角度认为纵向非价格限制协议乃双方合同行为,应当得到遵守。在超冠科贸与汀普莱斯的争议中,法院认为双方签订的反窜货约定“系双方当事人真实意思表示,且不违反法律、行政法规的强制性规定,合法有效”。^{〔18〕} 绝

〔15〕 唐志忠与北京世纪卓越信息技术有限公司买卖合同纠纷案,北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)终字第 03660 号。

〔16〕 比如淮南市吉泰商贸有限公司诉被告邹俊、余兴凤买卖合同纠纷案,淮南市田家庵区人民法院(2014)田民二初字第 00052 号。

〔17〕 临猗县华舜商贸有限公司与苏酒集团贸易股份有限公司合同纠纷案,山西省临猗县人民法院民事判决书(2014)临商初字第 10 号。

〔18〕 郑州汀普莱斯电器有限公司与郑州市超冠科贸有限公司代理合同纠纷上诉案,河南省郑州市中级人民法院(2011)郑民四终字第 1806 号。

大多数法院在明确纵向非价格限制协议合法有效之后,都认定窜货经销商需要承担违约责任。在某建材买卖纠纷案中,法院认为反窜货约定合法有效,经销商跨区销售产品需按合同约定支付违约金,而供应商因经销商窜货暂停供货的行为合情、合理、合法。^[19]在华星远大公司与供应商富士公司的争议中,因独占区域存在其他经销商销售同类商品,法院同样认为经销协议“系双方的真实意思表示,合法有效”,供应商应承担由此造成的违约责任,经销商还可据此主张解除双方合同。^[20]

(二) 窜货侵权:经销权利物权化

纵向非价格限制协议乃供应商与授权经销商签订,无法为第三方设定义务,针对非授权经销商的无权销售以及其他授权经销商的越权销售,不少授权经销商选择了侵权之诉,认为窜货商侵犯了其经销权。在认定窜货构成侵权的多数案件中,法院均认定窜货属于不正当竞争。联想案中法院指出,尽管窜货经销商的产品来源于原告供应商,但因其虚构为原告专卖店的的行为使得其可以获得与授权经销商相同的竞争优势,损害了供应商的竞争性经济利益。因而,窜货经销商的行为违反了诚实信用的市场交易准则,构成不正当竞争。^[21]在不少法院看来,纵向非价格限制不仅是合法的,更可以突破合同的相对性而直接作用于第三方。在授权经销商文怀想诉非授权经销商周勇案中,法院并未正面回答独家代理权能否及于第三人,而是根据《民法通则》第5条认定窜货经销商损害了授权经销商的商业利益,判决窜货经销商停止窜货行为。在某窗帘案中,法院同样回避了独家代理权有无排他性效力的问题,认定窜货经销商构成不正当竞争须承担民事赔偿责任。在另一起案件中,法院甚至认为在出现窜货的情况下授权经销商可以自力救济采取措施扣押窜货产品。^[22]

(三) 窜货合法:公平与竞争的考量

在部分案件中,法院认为反窜货约定不具有法律约束力,经销商窜货无需承担违约责任。不过法院认定合同无效的理由以及所适用的法律并不一致。

一种思路是基于合同显失公平予以撤销。严禁窜货的条款是对经销商行为设定的限制,个别法院据此依据《合同法》第54条判定纵向非价格限制协议应予以撤销。比如在贝朗卫浴和辉宝经营部的合同纠纷中上海市第一中级法院强调,代理销售关系决定供应

[19] 熊永娥与德高(广州)建材有限公司买卖合同纠纷上诉案,广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民二终字第1548号。

[20] 北京华星远大国际技术与富士医疗器材(上海)有限公司行纪合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民四(商)终字第1405号。类似案例还可见余在江与被执行人江西樟邦药业有限公司买卖合同纠纷案,甘肃省兰州市中级人民法院(2013)兰民二终字第264号民事判决书。

[21] 联想(北京)有限公司与孙翠艳侵害商标权纠纷案,江苏省宿迁市中级人民法院(2013)宿中知民初字第0043号。

[22] 参见陈均成与濮阳县慷达食品有限公司买卖合同纠纷案,河南省新乡市中级人民法院(2010)新中民二终字第406号。

商掌握货源居于有利地位,销售商为达到销售指标必须进货,处于弱势地位。^[23] 在李某某诉诚美公司的案件中,一审法院和二审法院均认为诚美公司在缔约时完全处于优势地位,合同约定忽视了窜货是否可归责于经销商的情形,过于严格的反窜货约定有悖公平、等价有偿的基本原则,应当予以撤销。^[24]

较为近似但更为常见的处理策略是基于格式条款判决无效。《合同法》第 40 条规定了格式条款无效的情形,个别法院据此而否定纵向非价格限制协议的法律效力。在金友公司与蓝星公司的窜货纠纷案中,因经销商蓝星公司的窜货行为被举报,致使供应商金友公司向制造商缴纳违约金,并按双倍零售价回购窜货商品,金友公司遂要求蓝星公司根据销售协议承担赔偿责任。一审法院认为金友公司的地域、价格限制加重了蓝星公司的商业风险,排除了蓝星公司自由销售、处分所售商品的权利,有关地域限制、价格限制的格式条款无效,故判决蓝星公司无须承担赔偿责任。^[25]

反窜货约定还可能构成《反垄断法》第 14 条禁止的“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”。最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第 15 条明确指出,被诉合同内容违反反垄断法的强制性规定时人民法院应当依法认定其无效。^[26] 若构成垄断协议可依据《合同法》第 52 条认定无效,这是否认反窜货约定无约束力的最直接路径。北京水产案中法院就认为窜货条款违反《反垄断法》第 13 条第(一)项的强制性规定,应认定为无效。^[27] 但数据表明,绝大多数法院都回避了对窜货的反垄断审查。强生案中虽涉及了纵向地域限制协议,但上海市高级人民法院并没有探讨地域限制的合法性,而是以实施了纵向价格限制协议为由判决强生公司需要赔偿包括预期利润在内的多种损失。在备受关注的诺基亚窜货中,法院试图否认反窜货约定的法律效力,但最终却以收取窜货罚款没有合同约定与行业规定为由判决被告返还罚金,将舆论所关心的窜货的合法性问题转化成诺基亚能否对经销商施加罚款的简单问题。在雅客勤案和君美电子案中,针对反窜货约定违反《反

[23] 参见贝朗(上海)卫浴设备有限公司与上海市徐汇区辉宝综合经营部买卖合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2002)沪一中民四(商)终字第 1041 号。

[24] 参见上海诚美细胞与李某某其他合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第 1354 号。

[25] 二审法院认为该格式条款并不存在不平等的内容,蓝星公司低价销售、跨区销售的行为属违约行为,需承担赔偿责任。二审法院重点讨论了经销协议的性质,以判断供应商能否限制经销商的物权处分自由。本案并非财产纠纷而是合同争议,合同是否有效取决于其是否符合《合同法》所设定的条件,究竟是买卖合同还是非买卖合同并不是纵向非价格限制协议合法性的决定性因素。参见湖南省常德市金友文化有限责任公司诉常德市蓝星电脑有限公司商务通销售协议案,湖南省常德市武陵区人民法院(2000)武经初字第 59 号、湖南省常德市中级人民法院(2000)常经终字第 51 号。就合同性质对纵向地域限制协议效力影响的国外类似争议,See *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) para.27.

[26] 类似行为在私法上的效力有无效说、有效说、限制型的无效说、履行阶段说、附条件说等学术观点。参见刘姿汝:“违反公平交易法行为之私法效力”,台湾地区《“国立”中正大学法学集刊》2007 年第 22 期,页 106—110。

[27] 娄丙林与北京市水产批发行业协会垄断纠纷上诉案,北京市高级人民法院(2013)高民终字第 4325 号。

垄断法》第14条因而无效的辩护,法院均认为上下游经销商之间关于窜货的约定不是与其他经营者达成的排除、限制竞争的协议,因而拒绝进行反垄断审查。北京水产案是唯一认定反窜货约定属于垄断协议的案件。^[28]《北京市水产批发行业协会手册》规定,禁止会员向本协会会员所在的市场向非会员销售整件扇贝,发现窜货的将给予罚款。法院认为禁止会员折价销售、禁止会员窜货的规定系固定商品价格的规定,最终根据《反垄断法》第13条认定构成横向垄断协议。

四、窜货行为合法性争议所在

司法实践关于窜货问题争议较大的原因在于,窜货争议通常是以一般买卖合同纠纷的样态进入司法场所,但《反垄断法》才是涉及纵向限制的专门性法律,可《反垄断法》有关纵向非价格限制协议的规定同样争议较大。

(一)《反垄断法》第14条适用的模糊性

1. 纵向非价格限制协议的合法性判断标准争议

《反垄断法》之所以禁止经营者达成垄断协议,是因为垄断协议会限制、排除竞争,进而影响资源的优化配置、损害消费者利益和社会公共利益。在交易双方因纵向非价格限制协议发生争执诉至法院时,如果相关条款被直接认定为垄断协议,原告无需证明其具有限制、排除竞争的效果,也不需要考虑经营者的市场地位,此种思路属于“本身违法”。如果限制条款并不必然被认定为垄断协议,只有在其具有限制、排除竞争效果时方才构成垄断协议,此时采取的乃“合理原则”,原告有证明所诉协议具有限制、排除竞争效果的义务。《反垄断法》第13条、第14条明确禁止了七类垄断协议,但这七类垄断协议是否必然会限制、排除竞争存有争议,特别是认定垄断协议是否以“限制、排除竞争”之证明为前提在司法实践中争议更甚。

强生公司与锐邦涌和签订的经销协议约定了地域限制、最低销售价格等条款,原告认为仅需证明双方达成了纵向价格条款、纵向地域条款就足以认定达成了《反垄断法》第14条所禁止的垄断协议。但一审法院与二审法院皆认为认定构成垄断协议应以该协议具有排除、限制竞争效果为前提,锐邦涌和需证明地域条款和价格条款存在排除、限制竞争效果的效应。^[29]在惠尔讯科技诉深圳市有害生物防治协会横向垄断协议纠纷案中,法院同样强调判断是否构成垄断协议的基本原则在于协议是否具有排除、限制竞争的目的与效果。^[30] 两起案件争议的

^[28] 参见南京雅客勤商贸有限公司与曹艳梅买卖合同纠纷民事判决书,江苏省南京市中级人民法院(2013)宁商终字第749号。

^[29] 参见北京锐邦涌和科贸有限公司与强生(上海)医疗器械有限公司等纵向垄断协议纠纷上诉案,上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号。对纵向垄断协议合法性认定的困境可参见丁茂中:“现行反垄断法框架下维持转售价格的违法认定困境与出路”,《当代法学》2015年第5期,页91-95。

^[30] 深圳市惠尔讯科技有限公司与深圳市有害生物防治协会垄断纠纷案,广东省高级人民法院(2012)粤高法民三终字第155号。

焦点都在于约定了销售价格、销售地域的协议是否等于达成了《反垄断法》第 13 条、第 14 条所禁止的垄断协议。为明确法律适用,最高人民法院的司法解释规定,涉及第 13 条的垄断协议应由被告对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。但最高人民法院并没有明确纵向限制条款限制、排除竞争效应的举证责任问题。^[31]在法律没有明确的情况下就只能适用“谁主张谁举证”的举证原则。无论是从《反垄断法》的条文设计看,还是根据最高人民法院的司法解释,纵向非价格限制无疑应该适用合理原则。合理原则的适用要求对纵向非价格限制的反垄断规制需要论证其限制、排除竞争的效应,这必然会加大处理此类案件的难度。基于纵向限制协议的争议性,雅客勤案、君美电子案中法院均否认了纵向非价格限制协议适用《反垄断法》的可能性。

2.《反垄断法》第 14 条的强制性规定性质分歧

就算法院成功认定纵向非价格限制协议属于《反垄断法》所禁止的垄断协议,但这也不意味着法院就可以直接否认协议的法律效力。根据《合同法》第 52 条,违反管理性强制规定的,人民法院应当根据具体情形认定其效力。尽管要对《反垄断法》第 13 条、第 14 条究竟是效力性强制性规定还是管理性规定下一定论并不容易,^[32]但根据最高人民法院的意见,如果强制性规范规制的是合同行为本身,即只要该合同行为发生会绝对地损害国家利益或者社会公共利益,应当认定合同无效;如果强制性规定规制某种合同而非某类合同的履行行为,此种合同未必绝对无效,应当结合立法意旨、交易安全等综合认定。^[33]司法实践中,对具有竞争关系的经营者达成的固定价格、分割市场的横向垄断协议,一些法院根据《合同法》第 52 条直接判决此种垄断协议因违反《反垄断法》第 13 条属于无效协议。^[34]但纵向非价格限制协议并非《反垄断法》第 14 条所明确禁止的“类合同”,其合法性判定之前提在于其是否构成《反垄断法》禁止的“其他垄断协议”,在此之后则需要法院结合市场竞争、经济效率、消费者利益、交易安全等因素评判其法律效力,属于最高人民法院所描述的“某种合同”,并非绝对无效。

垄断协议并不绝对无效,^[35]要从《反垄断法》的角度否认纵向非价格限制协议的法律效力,司法部门不得不投入巨大的精力去论述纵向非价格限制协议属于垄断协议,同时还要结合竞争效应、消费者利益、经济效率等因素论证否认纵向非价格限制条款法律效力的必然性,其

[31] 《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》(法释〔2012〕5号),2012年1月30日。

[32] 有关效力性强制性规定之认定历来颇有争议,参见刘凯湘、夏小雄:“论违反强制性规范合同效力一历史考察与原因分析”,《中国法学》2011年第1期,页110—121。

[33] 参见《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号),2009年7月7日。

[34] 参见苏州巨星轻质建材有限公司与南通飞轮轻质建材有限公司垄断协议案,江苏省南通市中级人民法院(2010)通中商终字第0003号民事判决书。

[35] 美国的司法中也长期存在过垄断协议是否必然无效、垄断协议一方能否提起诉讼的争议。See Milton Handler, Ira S. Sacks, “The Continued Vitality of In Pari Delicto as an Antitrust Defense”, 70 *Georgetown Law Journal*, 1123 (1981—1982).

任务量之大、专业知识之复杂已是当今中国地方司法人员不能承受之重。两害相较取其轻,在被动型司法下法院自然不会积极主动从《反垄断法》的角度否认纵向非价格限制条款的法律效力,更倾向于从合同自由乃至显失公平等角度处理。

3.纵向非价格限制司法认定的行政审查前置

从《反垄断法》的角度处理窜货争议不只是费时耗力,法院甚至还面临着无权直接从《反垄断法》的角度处理纵向非价格限制争议的尴尬。依据《反垄断法》第14条之规定,纵向非价格限制协议是否属于被禁止的垄断协议取决于反垄断执法机构的认定。何种情形下纵向非价格限制协议因限制、排除竞争效应过于显著而属于《反垄断法》所禁止的垄断协议而无效,何种情形下纵向非价格限制协议因排除、限制竞争效应不显著而成立有效合同,都取决于反垄断执法机构的认定,最高人民法院无权制定相应的司法解释,各级人民法院也无权在个案中直接认定。正因如此,尽管法院在强生案件中的事实陈述部分多处指出争议系锐邦涌和获取非授权区域经销权遭受强生公司处罚所致,但法院最终并没有评价地域限制条款的合法性,而只集中讨论了最低转售价格限制的合法性,尽管地域限制条款的影响要比价格限制条款的影响在本案中明显得多。

(二)合同自由还是限制竞争:窜货合法性判断的矛盾

有关纵向非价格限制协议是否构成垄断协议的直接后果是会影响当事人行为的定性与责任分配。尽管纵向非价格限制确有限制、排除品牌内竞争的效应,但法律之所以严格限制纵向非价格限制的反垄断司法适用,是因为限制非价格限制亦有促进竞争的效应。产品销售是需要耗费成本的行为,为扩大销售,经销商可能需要在营业场所进行产品展示,也可能要在地方电视台、公交站台等投放广告,这都需要不菲的投入。但上述服务却难以内部化,在经销商付出营销努力开拓市场时,其他经销商不进行这些投资也能够分享到增长的需求,甚至会因为营销努力投入少而有更多的降价空间,真正花了血本开拓市场的经销商反因降价空间有限面临着竞争出局的局面。授权经销商与供应商是长期合作关系,要考虑协议存续期间的利润而加大营销努力。窜货商的行为则趋于短期化,是通过降低投入来获得价格竞争优势。尽管窜货商低价出货看似增强了品牌内竞争,但若搭便车行为得不到有效控制,授权经销商会缺乏长期投资的激励,降低消费者可获得的售前、售中与售后服务,影响产品市场的开拓。解决外部性的最优方法是产权界定。将产品市场划分为若干个地域市场,并赋予经销商以独占经销权就能将外部性内部化,防止搭便车行为。不少学者强调纵向非价格限制的目的正在于鼓励经销商投资于当地的市场推广和客户服务,避免搭便车问题。^[36]特别是当产品刚进入某一市场时,纵向非价格限制协议因有利于鼓励经销商投资更有存在之必要。^[37]倘若采本身违法原

[36] 汪浩:《零售经济学引论》,北京大学出版社2011年,页120; Lester G Telser, "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", 3 *Journal of Law and Economics*, 86-105(1960).

[37] 在德记行诉英维利案中,德记行是美国博适公司生产的诊断产品在中国的独家分销商,被告英维利斯未经原告德记行许可在中国进口和销售相关产品,德记行认为其先前投入太多,因此以独家分销权受到侵犯为由起诉,要求法院发布制止令,禁止被告在中国进口和销售相关产品。

则将纵向非价格限制协议皆认定为无效合同,授权经销商基于搭便车之担忧会缺乏提供优良服务的激励,对商业运行并非好事。^[38]因而,理论界经历了从本身违反原则到合理原则的转变。以纵向地域限制为例,美国联邦法院曾经一度认为“纵向地域限制协议本身如此明显的损害竞争,行为本身就足以证明其违法”。^[39]但在之后的判决中,美国联邦最高法院认为纵向地域限制有利于品牌间竞争,而品牌间竞争要远比品牌内竞争重要得多,转而使用合理原则来评判纵向地域限制协议的法律效力。^[40]不过由于纵向地域限制对市场具有一定的限制、排除竞争效应,特别是市场份额较高的供应商很可能使用地域限制来实施价格歧视和产品高价,法院并未采取合法原则对待。^[41]

一般认为,我国《反垄断法》对纵向非价格限制协议采取的是合理原则。合理原则意味着应当考察纵向非价格限制协议的竞争效应,而这既与纵向非价格限制协议的类型有关,也与产品与服务的性质和当事人的市场份额有关。在供应商、经销商市场份额较高、品牌之间缺乏充分竞争时,纵向非价格限制的积极效应有限。而若经营者市场份额较低,同类竞争者众多,品牌之间的竞争就会限制生产商和经销商合谋获取垄断利润的能力。《反垄断法》第14条禁止经营者与其交易对方达成具有限制、排除竞争的垄断协议。但纵向非价格限制协议既可能减少品牌内竞争、提高产品价格,也具有促进品牌间竞争的可能,^[42]要对纵向非价格限制协议究竟是限制品牌内竞争还是促进品牌间竞争下一一定论并不容易,截至目前还没有普遍接受的经济理论。^[43]

我国司法实践也表明了合同自由和限制竞争争议的普遍性。如前表3所示,关于窜货的案件中交织着合同自由、公平、诚实信用与限制竞争的争议,当事人以此来讨论合同违约、无效和撤销问题。在357件违约纠纷中,有229起案件的守约方强调,合同是当事人真实意思表示,不应当支持合同违约方的辩护。如果进一步跟踪当事人的争议,会进一步发现,当事人的争议回应着纵向限制协议究竟是促进投资还是抑制竞争的理论争议(见表4)。共有237份判

[38] 在西尔维尼亚案中,美国联邦最高法院第一次提出了搭便车理论,其认为纵向地域限制可能会降低品牌内竞争,但却有利于品牌间竞争,而品牌间竞争要远比品牌内竞争重要得多。丽晶案中,联邦最高法院再次用了大量篇幅来论述品牌间竞争的重要性,系统阐述了搭便车和品牌间竞争的关系。See Bhawna Gulati, “Minimum Resale Price Maintenance Agreements — And the Dilemma Continues”, 8 *Competition Law Review*, 129—142 (2012).

[39] *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

[40] 有关纵向地域限制协议合法性适用标准演变的典型案例包括, *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963); *Sandura Co. v. FTC*, 339 F.2d 847 (CA6 1964); *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967); *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

[41] See W. Michael Garner, *Franchise and Distribution Law and Practice: 2010—2011*, West Press, 2010, p.682.

[42] See Commission of the European Communities, *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, 22 January 1997.

[43] 王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年,页140以下。

决书中涉及到市场开发,包括广告投放、市场推广、样品展示、广告费、宣传费等事项。而在关于窜货构成侵权的争论中,有超过77%的案件是因授权经销商进行了相应的市场开发,授权经销商因而认为窜货商构成侵权。针对窜货经销商关于垄断的指控中,授权经销商同样主要是通过进行了市场开发为由进行辩护。尤其值得注意的是,在49起涉及到网络销售的案件中,有38起牵涉到窜货商侵权的探讨,更有48起案件牵涉到广告宣传等市场开发。^[44]而就垄断而言,独家销售的限制、排除竞争效应远高于非独占销售,但数据表明96起排他性销售案件中只有2起案件中涉及到垄断的讨论,不过49起互联网销售案件中倒有3起案件涉及到垄断的讨论。这表明从经销商的角度来看独家销售限制排除竞争的效应并不重要,而授权经销商的投资则成为争议的关键。

表4 窜货案件中的搭便车与竞争效应

	不正当竞争	公平	垄断	侵权	物权	知识产权	诚实信用
市场开发	0	43	7	87 *	1	32	3
比值	0%	45.74%	53.85%	77.68%	16.67%	84.21%	50.00%
独家销售	1	17	2	12	0	14	2
比值	10%	18.06%	15.38%	10.71%	16.67%	36.84%	33.33%
网络销售	0	3	3	38 * *	0	2	0
比值	0%	3.19%	23.08%	33.93%	0.00%	5.26%	0.00%

数据整理自中国裁判文书网。

* 安婕妤与广东远信发生了42次争议。

** 安婕妤与广东远信发生了35次争议。

在纵向非价格限制能够解决外部性的思路下,法院判决明确阐述到,“维护其市场经营秩序,以防范经销商窜货、网络销售和低价销售等不正当行为的产生”的目的并无不当。^[45]一些法院甚至阐述了为什么窜货经销商需要赔偿的原因,比如在华星远大公司与富士公司的争议中,一审法院认为华星远大公司因其他经销商窜货所遭受的损失是“该合同履行后可得利益的损失”,二审法院进一步指出,赔偿应当考虑到华星远大公司“为了履行双方的合同及在合同履行过程中亦存在一定的成本投入这一客观情况”。^[46]在某摩托车侵权纠纷案中,法院认为供应商违约侵害

[44] 唯一不涉及市场开发的案件是因为窜货商起诉网络平台。参见西安万卷图书有限公司与浙江天猫网络有限公司等技术服务合同纠纷案,杭州市西湖区人民法院(2014)杭西知民初字第314号。

[45] 上海诚美细胞与李某其他合同纠纷案,上海市徐汇区人民法院(2010)徐民二(商)初字第251号。

[46] 北京华星远大国际技术有限公司与富士医疗器械(上海)有限公司行纪合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民四(商)终字第1405号。

了经销商的独家经营权,应承担的赔偿包括经销商销售推广实际支出费用的损失。^{〔47〕} 法院的阐述与学界关于搭便车理论的论述不谋而合。基于此,纵向非价格协议被认定为合法有效似乎更为妥当。可一旦认定纵向非价格限制协议一律合法有效、准许供应商以任何形式限制窜货,不仅会抑制品牌内竞争,更会导致消费者无法从中分享收益,还必须承受产品高价。前述诺基亚案中,经销商之所以会窜货,是因为诺基亚实行了地区差别定价与返利政策,经销商可以从批发价更低的地方拿货,然后以较低的价格在市场价格较高的地方销售出去。^{〔48〕} 窜货降低了地区之间的价格差异,从促进品牌内竞争、改进消费者福利来讲是有利的。^{〔49〕} 并非所有的产品对服务的需求都是一样的。如果认定所有的反窜货协议有效、窜货行为违约,那么消费者就无从享受到市场竞争带来的福利改进。由此看来,在反窜货约定因限制、排除竞争之效应较为显著,以致消费者不得不支付更高的价格时,将之认定为合法有效并不妥当。但认定窜货合法则会导致经销协议、特许经营、独家代理等商业模式面临着极大挑战,也与国外不断放松纵向协议法律控制的潮流相违背。

五、窜货的法律应对

虽然多数案件当事人更关心投资激励而非限制竞争问题,可窜货行为本身存在的搭便车和促进竞争双重效应之存在表明,不应当僵化地、一刀切的处理相关争议,应尽可能细化不同的类型,减少法院和当事人法律适用的成本。

(一) 窜货构成不正当竞争仅是例外

无论是授权窜货经销商违反经销协议窜货还是非授权窜货经销商擅自进入他人的区域销售,其实质都是对他人地盘的侵占,并无本质区别。授权经销商对窜货经销商的指控只能基于不正当竞争提出。但如前述,窜货行为是否构成不正当竞争取决于地域限制、客户限制、渠道限制等是否合法以及是否具有对抗第三方的效力。问题在于,关于地域限制、客户限制、渠道限制等究竟应当适用本身违法、合理原则还是本身合法原则难有一致的看法,以此来探讨窜货行为的合法性并非易事。且不管纵向非价格限制的合法性,试假设窜货构成了不正当竞争,法律予以禁止,这意味着经销商不能进入其他区域、渠道销售,只能死守其地盘。悖谬的是,一般的观点认为,具有竞争关系的经营者达成的互不侵犯的市场分割协议属于典型的横向垄断协议。比如君美电子案中,一审法院就认为反窜货约定属于分割销售市场的行为,违反《反垄断

〔47〕 三河市金盾摩托车经销有限公司诉三河市燕郊中裕摩托车总汇、天津富士达摩托车制造有限公司侵权纠纷案,河北省三河市人民法院(2000)三民初字第160号。

〔48〕 参见“拒卖诺基亚真相调查”,《IT时代周刊》2009年7月14日;黄婕、王云辉:“反诺风暴:百家经销商窜货诺基亚真相”,载《21世纪经济报道》2009年6月23日。

〔49〕 参见余东华:“价格歧视、经销商窜货与反垄断分析——以诺基亚事件为例”,《财贸经济》2010年第4期,页114—120。

法》第13条第3项无效。^[50]如若将窜货行为认定为不正当竞争,将会导致经销商要么窜货侵权,要么遵守纵向非价格限制协议但却可能构成横向垄断协议。此种置经销商左右不是的做法必然是不妥当的。

不少案件中,经销商窜货侵犯的仅是授权经销商在该市场销售的权益,这种销售权益的本质仅是免于经销商竞争的权利。江苏省高级人民法院在有关植物新品种窜货的判决中就指出,开发者的排他独占权应当受到限制,不能够对产品销售进行地域限制,“以免产生过度垄断,阻碍产品的自由流通”。^[51]若认定第三方窜货构成侵权,这意味着不仅认可了纵向非价格限制协议的合法性,甚至不适当地将基于合同的内部约定扩展为足以对抗他人的准物权,会过度限制、排除市场竞争。基于合同相对性之理由,纵向非价格限制协议不能被过度解读为具有对抗第三方的效力,经销商窜货不宜被认定为不正当竞争。

当然,确保投资不被他人分享是经销商投资的必要条件,一些产品因其涉及注册商标、专利、专有技术等需要经销商在门面装修、市场拓展、产品推广等方面进行高额投资,赋予经销商在约定区域的独占权利,让其在一定期限内获得持续、稳定的回报,可以部分解决其后顾之忧。为鼓励经销商投资,我国甚至制定了《商业特许经营管理条例》。在特许经营期间,第三人搭被特许人先前投入之便车,不当利用授权经销商所建立的商业声誉,就有可能构成不正当竞争行为。在张俭窗帘案中,授权经销商实为特许经营经销商,缴纳了加盟费、进行了市场推广,让张俭窗帘享有排除非授权经销商销售的权利是鼓励其投入所必须的,其独占权利应该得到法律保护。窜货商进入该市场是利用授权经销商已建立的商业声誉享他人果实,其“不劳而获”行为有违诚实信用原则,应构成不正当竞争。但需强调,特许经营经销商能否基于《反不正当竞争法》对抗窜货经销商,其前提在于符合并履行了《商业特许经营管理条例》的相关程序。

(二) 尊重诚实信用原则

在窜货并不构成不正当竞争时,纵向非价格限制协议关于第三方窜货的约定就起不到太大作用,这必然会导致授权经销商有激励挖他人墙角,进而引起授权经销商和供应商之间的违约纠纷。从《反垄断法》的角度讲,反窜货约定的效力取决于《反垄断法》第14条是否构成《合同法》上的强制性规定。但无论是理论界还是实务界对强制性规定的判断并没有形成明确的标准,基于《合同法》第52条的讨论存在着严重的不确定性和可争议性。民事案件中,《反垄断法》仅是《合同法》的特殊类型化,因而从一般的合同原理依然可以解决此类争议。而垄断协议是否必然无效可以基于合同无效的一般理论予以评判。

一般来讲,合同之所以无约束力是因为其要么存在公平问题,要么存在严重负外部性,亦

[50] 连云港君美电子有限公司与于洪波买卖合同纠纷案,江苏省连云港市中级人民法院(2015)连商终字第00373号

[51] 江苏里下河地区农业科学研究所与宝应县天补农资经营有限公司侵犯植物新品种权纠纷上诉案,江苏省高级人民法院(2008)苏民三终字第0220号。

即损害了国家、集体与第三方等社会公共利益。^[52] 但反窜货约定在一般情况下并不存在公平问题,也没有损害社会公共利益。首先,经销协议在禁止授权经销商窜货的同时也会禁止供应商和其他授权经销商窜货,能够保护授权经销商的经销权,合同是对等的,并非不公平。其次,理论界的共识是纵向限制能够解决外部性问题、防止搭便车,进而促进经销商投资。既然反窜货约定既无不公平又没有损害社会公共利益,就不应当否认其合同效力。而合同一方当事人在对方遵守约定的情况下窜货反而违反了诚实信用原则,引发了负外部性,其缺乏充足的理由否认反窜货约定的约束力。

美国在上个世纪 70 年代之前,法院并不认可合同一方基于垄断协议无效的抗辩。只是随着对反垄断民事诉讼公共利益认识的强化,法院方才通过赋予合同一方诉权来提高反垄断民事诉讼的效率。但是,过于强调民事诉讼效率的制度却扭曲了诚实信用,尤其是在合理原则的适用下,投资者必须得考虑其合同是否会被法院认定为无效而缺乏稳定的长远预期。比如,授权经销商进行了大量的市场开发之后,供应商以纵向非价格限制无效否认其窜货的可归责性,这必然会抑制授权经销商的投资激励。对本身违法的案件而言,尚且能够以当事人谋取非法利益而否认此种专业性投资的价值,而在合理原则的适用下,纵向非价格限制的合法性本身就不明确,若还赋予供应商可随意反悔,则窜货会导致纵向非价格限制名存实亡,无法发挥合理原则本寓以的激励投资的功能。正是在此意义上,Leegin 案中,金斯伯格等少数派的大法官反对以合理原则来替代本身违法原则。更不要说,合理原则的适用辅以供应商关于合同无效的抗辩会对市场开发产生的严重抑制效应。尽管窜货行为不构成不正当竞争,但绝非意味着就应当否认纵向非价格限制协议的效力,窜货是否构成不正当竞争与窜货是否构成违约两者不是非此即彼的关系。因而,不宜仓促放开《反垄断法》第 14 条对纵向非价格限制司法审查的限制,以免对现行的商业模式产生严重的冲击。

(三)纵向非价格限制无效的例外情形

一般情况下应基于诚实信用原则处理窜货案件,不宜认定纵向非价格限制构成垄断。但在特殊情况下,经销协议确有可能存在不公平、损害社会公共利益等问题,比如在合同当事人具有较高的市场份额时,其可能设定不公平的交易条件。而经销商也可能通过与供应商签订反窜货约定来达成实质的横向市场分割协议,此时会严重影响到消费者利益。

1. 因公平问题无效

尽管诚实信用原则之于商业经营极为重要,不宜轻易否认纵向非价格限制的合同效力,但过于绝对化同样会导致公平问题。商业实践中不乏供应商利用其优势地位要求授权经销商接受过于严苛的条件,比如诚美案件中供应商就要求经销商对其辖区引发的任何窜货承担违约责任,当事人因而抗辩合同显失公平,最终法院依据《合同法》认定合同无效。除基于显失公平

[52] See Michael Chu, "A Law and Economics Look at Contracts against Public Policy", 119 *Harvard Law Review*, 1445-1466 (2006); Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law, Second Edition*, Stanford University Press, 2009, p.90.

的抗辩外,当事人还可基于滥用市场地位抗辩。我国《反垄断法》第17条有关严禁具有市场支配地位的经营者在交易时附加其他不合理的交易条件就包括了限制销售地域、销售渠道等情形。^[53] 滥用市场支配地位之前提在于经营者具有市场支配地位,同时还需要考虑其行为的适当性,而市场支配地位的判断标准较为明确,比纵向垄断协议的合理原则更易于操控。此外,在具有市场支配地位的特许人违反约定另设特许或者窜货时将之认定为滥用市场支配地位,^[54] 同样可减少理论探讨上的冲突和具有市场支配地位的合同当事人的机会主义行为,这在我国汽车行业的反垄断规制中尤为重要。

2. 因损害社会公共利益无效

横向的市场分割协议因会损害社会公共利益通常被认定为无效。为避免因为横向分割市场的垄断协议被认定为无效,也为解决垄断协议难以执行的问题,有竞争关系的授权经销商有可能借纵向非价格限制协议来实现横向的市场分割。在前述多个经销商和供应商四川醇酒业公司之间的窜货案中,因经销商窜货而互诉至法院,法院认定该三方协议“系各方自愿,内容合法,依法应认定有效”,遂判决窜货经销商须依合同约定赔偿损失。^[55] 这种名为反窜货实为横向市场分割协议的行为,对购买者的影响极为明显,严重损害了社会公共利益,应认定为分割市场的横向垄断协议。国外实践中,如果供应商因经销商抱怨而对第三方施加处罚,通常也被视为达成垄断协议的证据。^[56] 我国《零售商供应商公平交易管理办法》第7条亦规定,零售商不得对供应商向其他零售商供货或提供销售服务予以限制,妨碍公平竞争。国美、苏宁等传统家电连锁巨头为消解京东等电商窜货的影响,曾要求供应商减少向京东供货,对京东予以封杀。^[57] 类似于封杀京东窜货的行为同样对社会公共利益产生了严重的负面影响,具有明显的限制、排除竞争效应,属于联合抵制交易的横向垄断协议。

总的来讲,为确保商业经营的稳定性,诚实信用原则是解决窜货违约纠纷的首要原则。基于合同相对性,亦免于和《反垄断法》关于分割市场的横向垄断协议冲突,第三方窜货不宜认定为不正当竞争。但对那些服务需求大、符合《商业特许经营管理条例》要件且履行了相应注册程序的特许而言,为克服搭便车问题、鼓励投资,第三方窜货构成不正当竞争。针对那些存在不公平、损害社会公共利益的反窜货约定,《合同法》以及《反垄断法》第13条、17条都可予以相应的规制,无需再基于垄断协议评估窜货的合法性。贸然

[53] 国家工商行政管理总局关于《禁止滥用市场支配地位行为的规定》第6条明确指出,对销售地域的限制属于施加的不合理条件。

[54] 在加拿大,供应商对经销商的窜货是否构成不正当竞争在司法实践中有不同处理。See Daniel So, *Canadian Franchise Law Handbook*, LexisNexis Inc, 2005, pp.230-233.

[55] 温岭市泽国昌盛酒业有限公司诉四川省四川醇酒业有限公司等买卖合同纠纷案,浙江省温岭市人民法院(2009)台温商初字第1780号;温岭市壮功酒业销售有限公司等诉温岭市泽国昌盛酒业有限公司等买卖合同纠纷案,浙江省温岭市人民法院(2009)台温商初字第1321号。

[56] (美)赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》,许光耀等译,法律出版社2009年,页510以下。

[57] 郎朗:“京东窜货犯家电业大忌,遭遇连锁巨头封杀”,载《21世纪经济报道》2010年12月10日。

放开《反垄断法》第 14 条,轻易准许法院在案件中依据《反垄断法》第 14 条否认合同效力,会给现行商业模式带来极大的不确定性。

六、结 语

完善、有序的分销体系和渠道管理是供应链不可缺少的一环,管理学极为重视供应链尤其是反窜货管理,并试图设计一系列措施来控制窜货。有关品牌间竞争、搭便车等理论主要关注经销模式对经销商投资激励的影响,进而结合市场结构、竞争效应分析合理原则与本身违法原则的取舍。但是牵一发而动全身,既存的理论探讨忽略了合法性规则本身可能导致的司法适用问题,尤其是可能引发与此相关的商业实践和司法处理的连锁效应。基于被理论界所忽视的一系列司法案例的考察可以发现,商业运作和司法实践远比纸面上的理论探讨丰富、复杂,尽管一些案件是以反垄断诉讼形式呈现,但却是冰山一角,更多的案件因属于普通的民事纠纷而被忽视。不同的合法性判断原则虽各有所长,但均不乏局限,仅仅探讨合理原则或者本身违法原则的适用尚不足以解决窜货争议。关于纵向限制的理论分析不仅应当具有解释力,更需要具有可操作性,尤其是要尽可能减少因为司法不确定性所引发的商业成本。本文仅刻画了与地域限制、渠道限制等关系极为密切的窜货的司法场景,规范分析与深入的理论探讨远远不够,纯属抛砖引玉。

Abstract: Thousands of cases about franchise encroachment have been settled these years. Principle of freedom of contract is usually used for distribution agreement dispute. Most Courts emphasize that both parties should comply with the vertical nonprice restraints. A few courts identify vertical nonprice restraints as invalid clause which is unconscionability or standard term. However, very few courts sentence that franchise encroachment constitutes unfair competition. Only two courts discuss the application of article 14 of Anti-monopoly Law of the People's Republic of China(hereafter is AMLC). The complexity of competitive effect of vertical non-price restraints leads to the divergences of judgments. Moreover, the vagueness of article 14 of AMLC aggravates the controversy. Nevertheless, it is not necessary to amend the AMLC. Both article 13 and article 17 of AMLC are applicable to franchise encroachment dispute.

Key Words: Vertical Nonprice Restraints; Contract Effectiveness; Franchise Encroachment; Monopoly; Unfair Competition

(责任编辑:邓 峰)