

特许经营中的反垄断法问题

相 靖

(对外经济贸易大学 法学院,北京市 100029)

摘 要:特许经营是一种商业经营模式,其核心内容是知识产权。鉴于知识产权的独占性容易引起限制竞争的效果,因此特许经营这种商业模式有必要纳入反垄断法的审查和规制之下。本文针对特许经营的概念和性质、特许经营协议中的反垄断法问题,以及特许经营的反垄断法豁免问题进行较为全面的分析,对我国特许经营中的主要法律问题和立法现状进行评价并提出了相应的立法建议。

关键词:中国;特许经营;反垄断法;豁免制度;特许权人

中图分类号:F922 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2011)01-0089-06

自1992年起,特许经营在我国有了很大的发展^[1]。特许经营可以为特许权人节省发展资金,使特许经营人避开创业风险,获得双赢的局面。特许经营的核心内容是特许权人把属于自己的一整套知识产权及专有权利授权给特许经营人使用,并收取报酬。特许经营的客体主要是一些知识产权的组合,有效保护这些知识产权是特许经营获得成功的关键。特许经营权和知识产权都属于无形财产权范畴,也有学者干脆把特许经营看作一种特殊的知识产权。但是,作为一种特殊的知识产权,特许经营也具有专有性,或者说独占性,特许权人掌握了知识产权这种具有价值性和稀缺性的资源就一定会以对自己最有利的方式加以开发和利用,而这种对智力性成果独占性使用所产生的市场力量就会产生一种市场支配力。如果特许权人滥用了这种优势地位不合理地限制了竞争就会引起反垄断法的关注。如何在法律层面对特许经营进行合理规制,使其对我国的经济的发展发挥积极的作用,是当前摆在我们面前的一个具有前瞻性的课题。

一、特许经营的概念与性质

特许经营是一种分销产品或服务的方法。特许经营制度中至少包括两种人:(1)特许权人,其把自己的商标、商号和业务系统提供他人使用;(2)特许经营人,其使用特许权人的商号和业务体系进行经营,但要向特许权人支付许可费和保证金。从技术上说,约束上述两个当事方的合同就是“特许经营”,但是该术语常用来表示特许经营人实际经营的业务^[2]。

各种研究特许经营的文献对该术语的界定都略有不同,但是各种定义都指向特许经营的一些共同性质:首先,特许经营是一种合同关系;其次,特许经营的核心内容是知识产权,也就是说,“特许权人将属于自己的一整套知识产权及专有权利授权给经营人使用,并收取报酬”^[3]。根据欧盟委员会对特许经营权的规定^①,特许经营的客体主要是一些知识产权的组合,有效保护这些知识产权是特许经营获得成

^① 欧盟委员会关于对特许类型经营协议适用欧盟条约第85条第3款的4087/88号规则”的第1条第3款(a)项:“特许经营权是为了向用户转售产品或提供服务,而许可他人使用与商标、商业名称、店徽、统一的经营模式、实用新型、著作权、技术秘密或专利权在内的一套工业产权或知识产权。”

收稿日期:2010-05-13

作者简介:相靖(1970-),女,山东临沂人,法学博士,对外经济贸易大学法学院,经济法博士后,主要研究知识产权与竞争法。

功的关键。第三,同一性,指特许权人通过特许合同对特许经营人做出的一些限制,比如限制其只能采取特许权人的经营策略销售专营产品,限定特许经营人的经营地点,控制零售价格,要求特许经营人只能销售特许权人的产品或其指定供应商的产品等等。因为同一性可以给消费者提供标准化质量的产品和服务,因此被认为是特许经营模式存在的必要条件。

二、特许经营协议中存在的反垄断法问题

由于特许经营的核心是知识产权,特许经营权就必然具有知识产权的特性,尤其是独占性。学界普遍认为知识产权是一种由国家赋予知识产权人对其智力成果的独占权,其目的是保护创新激励,促进科技创新。知识产权之所以与垄断发生密切的联系,成为反垄断法关注的问题,乃是因为知识产权的价值性和稀缺性。权利人掌握了这种资源,当然会以对自己最为有利的方式加以开发和利用,而这种对智力成果独占性生产和销售所产生的市场力量就会产生一种市场支配力(或者说自然垄断力),这是由于“规模经济性”或资源稀缺性而形成的一种“自然垄断”。目前多数国家并不关注垄断状态(市场支配力),但是关注垄断行为。只有当权利人在行使自己权利的过程中利用其优势地位不合理地限制竞争时,也就是滥用这种垄断状态时,才会引起反垄断法的关注。由于特许经营本质上是一种合同关系,根据合同自由的原则,特许权人就可以在合同中为特许经营人规定各种义务,这样特许协议中就会包含一系列知识产权转让条款。在这种情况下,特许权人很可能会利用自己的优势地位来附加一定的限制。特许经营权的滥用一般体现在特许协议的限制性条款中。正是这些限制性条款才会触动反垄断法的敏感神经。一般而言,特许经营中的限制竞争行为主要有:

首先,区域限制条款(市场分割)。为了使生产和销售更有效率,形成规模经济,降低销售成本,并节省运费,以及防止“搭便车”的行为,特许权人和特许经营人往往在特许经营协议里面规定区域独占权,即特许权人在特许经营人所在区域不再指定其他特许经营人从事同类业务,同时,特许权人也要求特许经营人在特许经营协议所指明的场所进行营业活动,不得擅自去他处从事经营活动。这种规定与横向限制协议中的划分市场十分相似,即竞争者之间分割地区、客户或者产品市场^[4]。从反垄断法的角度看,这种规定的结果是消除了竞争者,从而影响了市场竞争。

其次,价格串通行为。在特许经营领域内,价格串通可以分为横向价格串通(包括特许权人之间的横向价格串通以及特许经营人之间的横向价格串通)和纵向价格串通(即特许权人与特许经营人之间的价格串通)。因为这种行为与反垄断法中的固定价格行为十分相似,因此也纳入反垄断法关注的范围。价格串通行为中的纵向价格串通^①通常表现为固定转售价格,亦即价格控制,即特许权人通过特许协议对特许经营的产品或服务的价格标准进行限制,不允许被特许人自行确定价格,或者被特许人要价格进行变动,必须经过特许人的同意^[5]。执行统一价格有利于特许经营体系的市场经营,增强顾客对特许经营产品与服务的信任度。但是执行固定转售价格的后果是限制了特许经营人之间的竞争,因此可能会引起反垄断法问题。

第三,指定供货(搭售)问题。即特许权人通过特许协议要求特许经营人只能从特许权人或特许经营人指定的供应商处采购商品或原材料;而这类商品或原材料并不附有知识产权因素。这种行为类似反垄断法中的搭售行为。如果特许权人将虽有商业价值但是与特许经营业务无关的商业秘密一揽子许可给特许经营人,就可能构成违反反垄断法的搭售行为。搭售会剥夺特许经营人的选择机会,限制竞争,并从而对商业活动造成不利的后果,因此很多国家的法律对此均加以禁止。

第四,拒绝交易。在特许经营领域,拒绝交易表现为特许权人与其现有的特许经营人合谋,拒绝向其他加盟申请人出售特许权,目的是阻碍其他经营者进入特许人或现有特许经营人所在的产品或服务市场参与竞争。在这种情况下,如果被拒绝的加盟申请人具备完全合格的加盟条件,那么特许权人的行

^① 特许经营中的反垄断法问题主要表现为纵向限制行为,因此本文对于横向限制行为不作专门讨论。——作者注。

为就构成限制竞争的“拒绝交易行为”。拒绝交易会阻碍其他竞争者进行正当的市场竞争,导致与垄断共生的资源配置不合理,损害消费者的利益等一系列弊端^[6]。

三、特许经营的反垄断法豁免问题

特许经营本身的特点决定了它必然会受到反垄断法的关注,但是由于特许经营模式所具有的巨大商业价值,使得人们在用反垄断法对其进行调整的同时,也需要考虑对于特许经营中一些合理的限制行为给予一定的豁免。因此,在研究特许经营反垄断法问题的过程中,豁免制度成为必不可少的一个内容。

反垄断法上的豁免制度是指对某些应该受到反垄断法规制的限制竞争行为,在特定的情况和条件下,出于国家、社会利益或其他目的考虑,免于反垄断法追究的制度,如对中小企业卡特尔、合理化卡特尔的豁免。有些人把反垄断法上的豁免制度等同于反垄断法的适用除外制度,严格地讲,豁免制度和适用除外制度是有区别的。适用除外指对某些行业或领域,原则上不适用反垄断法的制度;而豁免则指原则上适用反垄断法下的一种例外。总之,不管是除外还是豁免,都在反垄断法刚性的法律体系上创造了一个柔性的部分^[7]。

特许经营之所以应该受到反垄断法豁免是由其法律特征所决定的。特许经营的特殊性在于特许权人向特许经营人提供的不是现成的产品,而是一套与该产品或服务相关的、特殊的知识产权^[8]。由于知识产权客体的非物质性,导致客体易仿冒和权利易侵犯的特点,加上社会法制环境的缺失和道德风险的泛滥,特许人在特许经营中,为了维护自己的知识产权,在客观上就需要与特许经营人在特许经营协议中规定一些限制性条款,对特许经营人以知识产权为核心的有关活动,如专利实施、商标利用、商业秘密保护、原料采购、商誉维护等进行规范和管理。对被特许人在特许经营期满后一段时间内,在约定区域经营相同或类似的商品与服务以及在未经许可的情况下转让加盟店给第三方进行限制。如果没有这种限制,特许权人拥有的具有商业价值的知识产权权益就会受到破坏,甚至丧失合法存在的地位和价值,特许经营也就会失去其应有的生存空间,这对特许权人和特许经营人以及公众利益都是不利的。此外,特许人为了维护特许经营网络的同一性和声誉,通常也会要求特许经营人按照特许权人在指定的地点按照特许权人要求的方式经营商品和服务^[8]。

我们知道,垄断并非只带来消极作用,有时适度、合法的垄断对保护权利人,维护消费者和社会公众利益都会带来有利的结果。对合法垄断进行豁免通常是利益衡量的结果,即从经济效果上对于限制竞争行为的性质和影响进行利益的对比,在利大于弊时将其排除适用反垄断法的禁止性规定^[9]。

前述特许经营中的一些限制性规定足以引起反垄断法的关注,但是特许经营又有其特殊性,即知识产权的属性,同时特许经营网络具有较高的同一性,因此在决定是否应该对这些限制竞争行为给予反垄断法豁免时,应根据以下三个原则进行具体分析:

(1)特许经营中限制性规定的目的。如果限制的目的是为了保护特许权人的合法权益,即保护特许经营体系的同一性、商誉、商业秘密及消费者利益等,并且没有其他可选择的替代保护方式时,对此种限制性规定应给予反垄断法豁免;(2)是否滥用了市场支配力。如果拥有市场支配力的特许权人滥用了该市场支配力,并造成损害竞争的后果,或者造成的损害竞争的后果大于该行为对竞争的促进以及事实上造成了对有效竞争和公共利益的损害,那么这种限制性行为就不能获得反垄断法豁免。至于如何认定特许权人滥用了其市场支配力,需要根据反垄断法的有关规定加以确认;(3)对市场竞争状况的总体影响。要求特许权人的限制竞争行为没有产生不良影响,且最终有利于社会公共利益才能给予反垄断法豁免。因为反垄断法作为经济法的核心,必然要体现经济法社会本位的价值取向,突出社会公共利益。

根据上述三个原则,可以看出前文所列出的受到反垄断法关注的几个问题都具有两面性:

首先,关于区域限制问题,前面已经提到,区域限制会导致市场分割,人为地减少特定区域内特许经营人之间的竞争,使消费者失去对特许经营人的选择权。尤其在有可替代商品或服务的情况下,如果特许权人滥用其市场支配力,规定区域限制条款,会助长特许经营人在某特定区域内对特定商品和服务的垄断,损害消费者利益,因此在这种情况下应受到反垄断法的规制。但是,如果特许权人没有市场垄

断力,为了获得特许经营的成功而避免在某一区域重复投资,避免特许经营体系内部的恶性竞争,维护特许经营人的利益,同时也有利于消费者在有序竞争中获益,那么这种限制性规定就有一定的合理性,应该纳入反垄断法豁免的范围。

其次,关于特许经营中的价格串通行为。价格在经济活动中是一个比较敏感的问题。不同特许经营人之间就价格达成的协议是各国反垄断法特别禁止的一种行为。我国反垄断法第13条也规定:“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议:(1)固定或者变更商品价格;……。”亚当·斯密认为,生产或经营同类产品的企业很少聚集在一起,如果他们聚集在一起,其目的便是商讨如何对付消费者。价格竞争是经营者之间开展竞争的主要方式,因此经营者之间横向签订的有关固定或者变更商品价格的协议对竞争危害最大。至于特许权人和特许经营人之间就价格达成的协议,即纵向价格限制(固定转售价格),应按照合理原则具体分析。固定或限定转售价格实质上限制了特许经营人的自由定价权,使其无法根据各自具体的情况,包括竞争状态和成本结构等来合理确定商品或服务的价格,从而影响特许经营人的经济利益,这也是反垄断法对这个问题进行关注的原因。对特许权人和特许经营人之间的纵向价格约束行为进行分析要看特许权人是否具有市场支配地位,以及进行价格约束的方式。特许经营中,纵向价格限制分三种情况:特许权人限定特许经营人的最低价格;特许权人限定特许经营人的最高价格;特许权人对特许经营人提出建议价格。具有市场支配力的特许权人限定特许经营人的最低价格,由于市场缺乏替代产品,这种约束行为会导致消费者不得不支付比在竞争性市场条件下更高的价格,因此本身是违法的,不应给予反垄断法豁免;但是具有市场支配力的特许权人限定特许经营人的最高价格可以限制后者的涨价幅度,保证产品的价格竞争力,有利于扩大销售,在一定程度上也会使消费者受益,因此不用本身违法原则,而使用合理原则加以分析,不直接规定反垄断法豁免。没有市场支配力的特许权人限定特许经营人的最低和最高价格,由于市场上存在着横向的竞争,消费者有可替代品的选择,因此并非本身违法,均应该用合理原则加以分析,不直接规定反垄断法的豁免。至于特许权人对特许经营人提出建议价格的行为,由于其没有约束力,从而不会排除经销商之间的价格竞争,且有利于提高市场的透明度,因此给予反垄断法豁免。

第三,关于指定供货渠道(搭售)的问题。严格来讲,指定供货渠道和搭售之间并不相同,但是从广义上说,指定供货渠道可以涵盖搭售的行为,因此我们把这两种行为的反垄断法豁免问题放在一起讨论。特许人为了维护企业的统一形象,维持企业最低质量水平,对特许经营人所使用的原料、辅料等进行统一的要求,其本身具有合理性。但是,特许权人也可能会突破这种合理性,强加给特许经营人一些不必要的负担,并因此而损害正常的市场竞争。因此,就应该对特许权人指定供货渠道(搭售)的行为在合理原则的基础上进行分析,以确定是否给予反垄断法豁免。对这个问题可以参照美国的做法。美国在《知识产权许可反托拉斯指南》5.3中规定,如果搭售行为同时具备以下三个特征,执法机构将予以追究:(1)卖方在主产品市场中具有市场支配力;(2)该安排对被搭售产品相关市场的竞争有负面影响;(3)该安排所带来的效率提升不及其反竞争的效果^[10]。从这个规定中可以看出,美国对于搭售行为的反垄断分析是在合理原则基础上进行的。特许经营是一类特殊的知识产权,对于特许经营中的指定供货渠道(搭售)行为是否构成垄断可以比照指南的规定加以认定。

第四,关于拒绝交易的反垄断法豁免问题。前面一再提到,特许经营是一种特殊的知识产权,而知识产权是一种私权利,这已是不争的观点。通常情况下,特许权人作为知识产权人享有任意选择经营相对人的自由。但是,如果特许权人是出于限制竞争的目的,有意地排除一些具有加盟资格的特许经营人进入其经营体系,并且对市场竞争格局产生了不利影响,尤其是特许权人在具有市场支配力的情况下实施了这种拒绝交易的行为,那就不能够当然地获得反垄断法的豁免,而应该适用合理原则加以分析。

总的来说,对特许经营反垄断法豁免的问题一般要在合理原则和利益原则的基础上进行具体分析。如果特许经营人实施了限制竞争行为,要看该限制竞争行为的目的是什么、对市场竞争格局造成什么影响,以及特许经营人是否使用了市场支配力。通过对这些问题的具体分析来判定特许经营人的限制竞争行为是否触犯了反垄断法,应予以制裁,或者是否应对其给予反垄断法豁免。

四、我国特许经营中的主要法律问题、立法现状及建议

(一)我国特许经营中存在的主要法律问题

随着特许经营这种商业模式在我国的开展,一些与特许经营有关的法律纠纷也开始出现。为此,最高人民法院在民事审判案由中确立了“特许经营合同纠纷”案由,由人民法院知识产权审判庭进行审理。从目前我国法院受理的一些特许经营相关案件来看,我国特许经营中存在的法律问题主要包括以下几个方面:(1)未约定特许权使用费条款的合同是否属于特许经营合同;(2)没有注册商标能否从事特许经营;(3)特许经营人欠缺“两店一年”的资质与特许经营合同效力问题;(4)特许企业未备案与特许经营合同效力问题;(5)特许人存在欺诈,被特许人享有何种请求权。^① 从前述问题中不难看出,现阶段我国特许经营中存在的法律问题主要表现为对《商业特许经营管理条例》存在法律认识上的分歧,基本上在《合同法》框架内就可以解决。这也是我国特许经营仍处在发展的初期阶段所决定的。随着特许经营的进一步发展,特许经营的知识产权属性所带来的问题就会越来越明显,尤其表现为特许经营人利用自己掌握的知识产权限制竞争的行为,比如,限定被特许人只能经营特许人的产品并拒绝被特许人经营其他企业的产品,或者不允许被特许人对特许权中的知识产权提出质疑等等。这些行为事实上已经超出了对知识产权的保护,其目的和结果是特许经营人获取高额垄断利润。考虑到经济全球化发展的大趋势,考虑到越来越多规模较大、相对成熟的国际特许经营品牌纷纷到中国开拓业务,因此防止国际特许经营中的企业集团滥用知识产权实施垄断,损害我国的民族工业和消费者利益就有可能成为我国特许经营下一步所要面临的主要法律问题。

(二)我国关于特许经营的立法现状及评价

中国加入WTO之后,特许经营的方式得到迅速发展,这对我国特许经营相关立法也提出了诸多挑战。针对这种状况,中国也先后出台了一些规范特许经营的法律规定,包括1997年11月14日内贸部发布的《商业特许经营管理办法(试行)》,和后来商务部于2004年12月30日在此基础上修订并发布的《商业特许经营管理办法》,以及2007年1月31日国务院发布《商业特许经营管理条例》。除此之外,我国现有的《民法通则》、《合同法》、《商标法》、《专利法》和《反不正当竞争法》等关于知识产权保护的法律也可以使用或比照适用于特许经营。2008年8月1日,我国正式实施的《反垄断法》,对经济活动中的垄断行为做出了很多原则性规定,但是并没有明确提及特许经营的问题。

从我国关于特许经营的立法现状来看,对特许经营起到主要规范作用的是《商业特许经营管理条例》(简称条例)。条例已经注意到特许经营的知识产权属性,因此在列举特许经营资源时,明确提到了专利、专有技术等内容。但是从条例的整体内容来看,主要目的还是明确特许人的资格以及特许人和被特许人相互之间的权利义务;对于特许人利用自身的知识产权限制竞争的问题几乎没有涉及,这与特许经营在我国迅猛发展的趋势不相符合。另外,虽然我国出台了《反垄断法》,原则上可以把特许经营中的限制竞争行为纳入该法规制的范围,但是我国的《反垄断法》规定得太过于原则,对于特许经营中的反垄断行为进行认定仍需要一些细则和解释。

(三)我国特许经营中反垄断法问题的立法建议

为了推动我国特许经营事业的健康发展,避免特许经营中存在的反垄断法问题给我国的经济带来损害,笔者认为对我国特许经营中反垄断法问题的立法工作应注意以下几个方面:

首先,立法模式的选取。特许经营总的来说有两种立法模式,一是单独制定特许经营法,比如美国;二是把特许经营纳入竞争法中加以规定,比如欧盟。鉴于我国特许经营的发展仍处于初级阶段,实务中以普通的合同纠纷为主,因此尚无必要单独制定特许经营法。另外我国《反垄断法》出台之后,对于反垄断执法的各项指南、细则等也在加紧制定。其中国家工商总局负责制定知识产权领域反垄断执法的指

^① 这些法律问题是在2009年12月10日北京东城区人民法院和中关村科技园雍和园管理委员会主办的“发挥司法能动性促进商业特许经营行业良性发展研讨会”上,由基层法院根据司法实务中碰到的问题提出来的。

南。该指南修订稿第四稿第四条规定了指南适用的范围,包括了《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《反不正当竞争法》等等,但是没有明确提到特许经营。笔者建议把特许经营也加入知识产权反垄断执法的适用范围,这样未来特许经营中反垄断法执法的问题就有了明确的法律依据。

其次,豁免制度的适用。特许人与被特许人之间订立的协议一般具有垂直限制协议的特征,有可能产生限制竞争的效果。但是不能否认,特许经营协议中的某些限制性条款有其经济上的合理性,因此具有给予豁免的理由。因此,对于特许经营来说,豁免制度的适用是必不可少的。前面提及的知识产权领域反垄断执法指南草稿第四稿第15条规定了不予禁止的情形,指的就是《反垄断法》第15条规定的对“垄断协议的豁免”。因此只要把特许经营明确纳入到指南里面,就基本可以应对我国特许经营中的反垄断法问题。

总之,特许经营这种商业模式可以刺激经济活动,尤其适合中小企业的发展。我国有关商业主管部门和立法机构一直是关注特许经营的发展的,并且试图将其纳入到法律规制的范围。但是我国关于特许经营的法律规定并不完善,《反垄断法》的出台并不能给特许经营行为的法律规制以具体的指导,因此仍需要在经济分析及合理原则基础之上制定相关指南和实施细则,如前文提到的知识产权执法指南,以确保这种商业经营形式在我国能够得到健康的发展。

参考文献:

- [1] 牛海鹏. 特许经营[M]. 北京:企业管理出版社,1996:224.
- [2] 国际特许经营协会(IFA)官网:<http://www.franchise.org/industrysecondary.aspx?id=1008>.
- [3] 向欣,孟扬. 特许经营——商业发展的国际化潮流[M]. 北京:中国商业出版社,1997:1.
- [4] 王勇. 试析特许经营及其反垄断问题[J]. 法学家,2002(5):94-95.
- [5] 范在峰. 特许经营限制条款法律研究[J]. 北京大学学报:哲学社会科学版,2002(6):95-98.
- [6] 王怀千. 特许经营与反垄断法[J]. 探索与争鸣,2003(4):89-90.
- [7] 尚明. 中华人民共和国反垄断法理解与适用[M]. 北京:法律出版社,2007:386.
- [8] 邱平荣. 特许经营与反垄断豁免探析[J]. 政治与法律,2007(2):36-40.
- [9] 孔祥俊. 反垄断法原理[M]. 北京:中国法制出版社,2001:128.
- [10] 竞争法资讯网:<http://www.cnantitrust.cn/137/z47605.aspx>.

责任编辑 张颖超