

法经济学视野下的转售价格 维持行为之合法性

[日]柳川隆*
其木提**译

目次

- 一、何谓法经济学(Econo-Legal Studies)?
- 二、转售价格维持之法律规制与经济学分析
- 三、美国、欧洲、中国转售价格维持之法律规制
- 四、日本流通交易习惯指南之再探讨
- 五、法经济学视角下的流通交易习惯指南
- 六、结语

摘要 转售价格维持的反垄断分析框架经过一个多世纪的演变,正在经历着从“本身违法”向“合理原则”的转变。日本在2015年修订《流通交易习惯指南》的过程中顺应了这一国际潮流,并确立了转售价格维持应当适用“合理原则”进行分析的原则。不过该《指南》仅仅将避免搭便车作为转售价格维持的唯一合理事由,而未对其他合理事由进行明确。本文认为转售价格维持涉及企业之间的合作,大多具有促进竞争的效果,因此应当对于其合理事由的范围进行扩张。从经济效应的角度而言,其他合理事由应当包含特许经营中的转售价格维持,以及为了降低销售风险而实施的转售价格维持。此外,限定最高转售价格的行为也应当在原则上被认定为具有促进竞争的效果。

关键词 转售价格维持 本身违法原则 合理原则

* 日本神户大学教授、法学博士。本文以2014年12月6日在马来西亚吉隆坡举办的KUGL 2014 in Malaysia,2015年3月9日在上海交通大学凯原法学院主办的“ELS研讨会”上所作的报告为蓝本,并作了相应修改,即增加了此后颁布实施的日本公平交易委员会《流通交易习惯指南》修订案之内容。同时,本文也是2015年10月20日在日本神户大学主办的Bruxelles Office symposium上所作的报告原稿。在此感谢举办上述研讨会以及与会的人员,特别是上海交通大学凯原法学院季卫东教授。本文为作者主持的“日本科学研究费补助金研究课题”(20121231)的阶段性成果。

** 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。在本文翻译过程中,得到了上海交通大学凯原法学院侯利阳教授的修改指正,在此表示由衷的谢意。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线。】

一、何谓法经济学(Econo-Legal Studies)?

随着现代社会经济问题的复杂化,学术研究日趋专业化、细分化。在这一发展过程中,法学和经济学所研究的问题虽具有共通性,但二者并无携手共同解决问题之意识,其解决问题之思路亦有不同。为了使法学与经济学携手解决经济及社会问题,首先须明确其意见之不同之处。本文认为,其最大的原因在于,法学与经济学在价值观、关注点、分析方法上有所不同。

在学界,作为法学和经济学的交叉研究有“法和经济学”,其基本上可以被称为“法律的经济分析”,以法律及制度对经济福利(=效率性)的影响为主要研究对象。可以说,“法和经济学”是从经济学角度分析法学的研究思路。如此一来,只要法学研究采取与经济学不同的问题意识、分析方法、评价方法,或许会接受或者无视“法和经济学”的研究成果。而超越此种界限,携手合作共同解决社会经济问题,即为“法经济学”之目的所在。就此而言,所谓法经济学,对于经济学而言,系吸收法学研究成果之经济学研究,对于法学而言,就是吸取经济学研究成果的法学研究。有鉴于此,本文拟以转售价格维持行为为例,探讨法经济学问题。^[1]

二、转售价格维持之法律规制与经济学分析

日本《反垄断法》的目的在于资源分配的效率性(社会福利之最大化)、消费者福利之最大化、收入分配之公平性。但在大多数情况下,在行为违法这一结论上是一致的,其最为典型的例子是卡特尔(经营者集中)。对此,法学和经济学之间并无意见分歧。^[2] 不过,在转售价格维持问题上,则有所不同,其结论因法律目的解释的不同而有所不同。

关于转售价格维持行为之法律规制,日本《反垄断法》禁止四种行为,即私自垄断、不当交易限制、经营者集中、不公正交易方法。转售价格维持属于不公正交易方法之一。日本《反垄断法》第19条原则上禁止转售价格维持行为,但有例外。日本《反垄断法》第23条规定,作为合理事由,作品的转售价格维持行为是合法的。此谓作品,仅指报纸、杂志、图书、唱片、录音带、音乐CD,但不包括电影DVD、软件等。但是,作品以外的合理事由的意思并不明确。实际上,除了上述作品以外的合理事由也未得到过认可。

经济学分析转售价格维持行为对经济福利产生的影响,并关注其对社会经济福利是会得到改善还是会遭到损害这一问题。事实上,转售价格维持行为可能具有促进经济发展的效果,同时也可能具有损害社会经济福利的作用。在经济学视角下,由于比较衡量上述两种效果,因此与上述原则上违法这一现行法相比,更倾向于容许转售价格维持行为。

转售价格维持行为之所以会对经济福利带来负面影响,其理由主要有二:一是,限制品牌内竞争(零售店之间就同一品牌的竞争)。由于零售店之间的价格竞争消失,零售店加盟受阻,导致价

[1] 关于法经济学问题,参见柳川隆·高橋裕·大内伸哉編『エコノリーガル・スタディーズのすすめ』有斐閣(2014年);关于维持转售价格行为的法经济学分析,参见同书第三章,泉水文雄·柳川隆「競争を公正に行うためのルールとは」一文。关于转售价格维持问题的中文研究文献,参见[日]柳川隆、川滨升编著:《竞争策略与竞争政策》(当代世界学术名著),胡秋阳、李玥译,中国人民大学出版社2013年版;[日]泉田成美、柳川隆:《产业组织理论基础》,吴波译,机械工业出版社2015年版。

[2] 参见前注[1],泉水·柳川书。

格上升,产品产量和销量减少,从而影响经济福利。二是,具有促使经销商或生产商之间组成企业联盟的可能性。因为,转售价格维持行为难以摆脱经营者集中(降低价格),反而会提高企业联盟的实效性。

不过,在某些情形下,转售价格维持行为也具有促进经济福利的作用。其一,避免零售服务免费搭车,^{〔3〕}促进企业加盟、为新产品开辟市场,^{〔4〕}从而促进不同品牌之间的竞争。其二,避免双重加价,^{〔5〕}改善经济福利,而且具有管理需求不确定的商品、^{〔6〕}促进特许经营销售、^{〔7〕}避免亏损等效果。^{〔8〕}

由上可知,转售价格维持行为,一方面具有限制品牌内竞争,促使经营者集中,损害经济福利的可能性,另一方面也具有激励品牌间竞争,提高经济福利的可能性。为此,经济学界主张,应扩大转售价格维持之适用范围。

关于转售价格维持行为之效力,日本公正交易委员会的见解,体现在1991年实施的《流通交易习惯指南》(以下简称为《指南》)中。“经营者根据市场需求,自主决定销售价格,是其经营活动中的最基本的事项,并据此能够确保经营者之间的竞争和消费者的选择。生产商为了进行经销活动,或者应经销商的要求,限制经销商的销售价格时,由于会削弱或者消除经销商之间的价格竞争,故该行为原则上作为不公正交易方法而具有违法性。”(第2部一之1〔1〕)。由此可见,公正交易委员会重视卖家与买家设定价格之自由。换言之,除品牌之间的竞争程度之外,品牌内的竞争本身也是重要的。法学界基本上也赞同该观点。

三、美国、欧洲、中国转售价格维持之法律规制^{〔9〕}

在美国,转售价格维持行为主要受《谢尔曼反托拉斯法》第1条及《联邦贸易委员会法》第5条的规制。自1911年的最高法院判决(Dr. Miles 判决)以来,转售价格维持行为属于违法行为。但2007年的最高法院判决(Leegin 判决),则运用合理原则规制转售价格维持行为。与转售价格维持

〔3〕 消费者接受零售服务之后,一般会从低价销售商处购买相关商品。这实际上是不提供服务的零售商免费搭乘提供服务的零售商的行为。其结果,将会导致零售商不提供服务从而使得需求量减少。容易被免费搭车的零售服务,主要是销售化妆品、家电产品、书籍等商品以前的说明、展示、试用活动。

〔4〕 特许经营加盟或为新产品开辟市场的生产商,通过给予经销商高额转售利润,可以促使经销商积极销售或投资,从而能够扩大流通渠道。

〔5〕 亦即,防止生产商以及经销商加价,抬高商品价格,影响销售量。如果允许最高转售价格维持行为,生产商可以在其所期望的范围内,降低零售价格,从而增加销售量。这不仅有利于生产商,也有利于消费者。

〔6〕 在判明需求不确定商品的需求范围之前,零售店需予以库存之情形下,根据需求之大小,价格变动也很大。通过利用最低转售价格维持行为,可以限制商品需求不大时的价格回落,故零售店就会增加其库存商品。这使得最低转售价格维持行为具有在商品需求大的场合也能够抑制价格上升的效果。

〔7〕 特许经营经营者通过转售价格维持行为低价销售宣传。

〔8〕 例如,某零售店为招揽顾客而减价销售其招牌商品,由于会减少销售该商品的其他零售商的纯利润,故其他零售店也就不会经营销售该商品。其结果,将导致缩小生产商的销售渠道和销售量。但若允许转售价格维持行为,则可以确保多种销售渠道,并增加销售量。

〔9〕 关于转售价格维持行为之规制,参见 OECD, Roundtable on Resale Price Maintenance, DAF/COMP (2008)37(<http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>)。关于欧美之最新动向,参见 MIZUHO 信息综合研究所:《平成 25(2013)年度竞争政策视角下的日本经济结构调查研究(关于消费理性与竞争法之纵向限制的调查研究)报告》(2014 年 3 月)所收资料 2:《关于欧美法令及判例调查》(http://www.meti.go.jp/medi_lib/report/2014fy/000908.pdf)。

行为相同,限制经营区域这一非价格限制行为,也属于违法行为。尽管其限制品牌内竞争,但因具有鼓励产品间竞争效应,美国最高法院早在 1977 年判决(Sylvania 判决)中采纳了合理原则。此后,1997 年最高转售价格维持判决(Khan 判决),2007 年最低转售价格维持判决(Leegin 判决),对于与非价格限制行为具有相同效果的价格限制行为(转售价格维持行为),分别采用了合理原则。

在欧洲,转售价格维持行为受《欧盟运行条约》第 101 条的规制。《欧盟纵向限制(纵向垄断协议)指南》,区分“核心限制”与“非核心限制”。限定最低转售价格与转售价格曾被认为属于限制竞争的“核心限制”,原则上违法,亦无除外之规定。不过,欧洲委员会已修订《欧盟纵向限制的指南》(2010 年 5 月 19 日),认为转售价格维持在新产品促销、特许经营产品低价销售宣传(期间大致为 2—6 周)、销售前服务活动中,具有避免免费搭车、提高效益的作用。最高转售价格限制则属于“非核心限制”,若其市场占有率不满 30%,即可适用除外规定,从而具有合法性。

在中国,2008 年实施的《反垄断法》规定,转售价格维持行为原则上违法,适用该法第 14 条禁止规定,但如果符合第 15 条规定则不适用第 14 条规定。该法第 15 条列举了合理事由,其适用范围大于日本法,且适用条件明确。不过,《反垄断法》并无转售最高价格维持行为之规定。相关 5 起行政处罚案件和 1 项判决中,行政与司法实务有关违法性的判断标准并不一致,同时市场政策与产业政策之间也存在着紧张关系。^[10]

四、日本流通交易习惯指南之再探讨

如前文所述,美国及欧洲呈现出缓和转售价格维持行为的发展方向,但日本公正交易委员会反而在强化对转售价格维持行为的规制,并于 2009 年引入了罚金制度。以此为契机,在经济界和经济产业省主张重新审视《指南》的呼吁下,经济产业省于 2013 年专门设立“关于流通交易习惯指南应有状态的研究会”(委托方为 MIZUHO 信息综合研究所)并提出了报告书。^[11] 该研究会就转售价格维持行为提出了如下四项合理事由:(1) 特许经营加盟或新产品投入市场;(2) 电子商务;(3) 市场占有率小的经营者;(4) 其他:最高转售价格维持行为、缓和委托销售之例外、特许经营中的转售价格维持行为。

2014 年,日本内阁规制改革会议公布“关于规制改革的第二次答疑——正在加速的规制改革”,提出了重新审视《指南》的意见。而且,内阁会议决定(2014 年 6 月)改革规制实施计划,并表明“须明确转售价格维持规制中的合理事由”。在此基础上,日本公正交易委员会于 2015 年 2 月提出了《指南》修订案,经公开征求意见,于 3 月进行了修订。

在《指南》修订案中,包括非价格限制和价格限制(转售价格维持)在内的纵向交易限制问题上,作为纵向限制具有促进竞争效应的典型例子,提出了免费搭车问题。“经销商因其他经销商在商品销售以前所为促销活动而唤起产品需求时,即使未实施促销活动亦可销售该商品。于此情形,任何经销商均不会积极开展促销活动,从而导致生产商所期望的销售量不能得到实现。在出

^[10] 关于中国转售价格维持行为之法律实施问题,参见吴波·柳川隆:「中国の再販売価格維持行為に対する法執行—裁量型課徴金と行政・司法の二元性」『国民経済雑誌』2016 年 11 月(近刊)。关于中国转售价格维持行为的竞争政策与产业政策之间的关系,参见吴波·柳川隆「中国における再販売価格維持行為規制と圖書・自動車産業政策」『国民経済雑誌』第 211 卷(2015 年)第 4 号 21—31 頁、吴波·柳川隆「競争政策と産業政策の整合性」『経済政策ジャーナル』(近刊)。

^[11] 参见前注[9],MIZUHO 信息综合研究所调查报告。

现此种所谓“免费搭车”情形下,如果该经销商将一定区域分配给某一经销商,即可有效避免免费搭车。”(第2部之3[2])。在此基础上,就转售价格维持行为之合理事由,具体论述如下:“合理事由”,具有通过生产商限制商品转售价格,从而鼓励竞争,促进品牌内竞争,扩大商品之需求,增进消费者利益之效果;如果在限制转售价格维持行为以外的不阻碍竞争的其他方法下,不可能发生这一促进竞争的效果,那么在必要范围及必要期间内,应予肯定。例如,在生产商限制转售价格维持行为的情形下,基于该转售价格维持之限制……通过阻止免费搭车,从而促进竞争,促进品牌内竞争,增加商品需求,增进消费者利益;这一促进竞争之效应,除了约束转售价格以外的不阻碍竞争的其他方法而不能产生时,即应承认具有合理事由。”(第2部一之2[2])。

由上可知,免费搭车问题的消除无法通过其他方法得以实现时,即构成转售价格维持行为的合理事由。迄今为止,日本公正交易委员会除了作品之转售价格维持以外,并未论述过其合理事由,因此这可以说是重大的变更。不过,免费搭车问题仅与上述研究报告所列合理事由(1)和(2)有关,《指南》修订案并未涉及其他合理事由。

五、法经济学视角下的流通交易习惯指南

在《指南》修订案之前,《指南》强调企业价格决定权之重要性。但在此次修订方案中,作为合理事由,提出了免费搭车问题。这意味着,与价格决定自由相比,更加重视经济福利或经济合理性;比起法学上的思路,更加重视经济学之分析。事实上,美国 Leegin 判决很大程度上受到了美国司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会从经济效率角度提出的变更判例意见书的影响。^[12] 日本法受到了美国判例变更的影响。

以上是从经济学对法学这一角度所作的分析。从法经济学角度观之,可进一步探讨相关问题。“法和经济学”主要是从经济福利角度对法律进行经济分析,法经济学则是吸收法学研究成果的经济学分析,也是基于经济学分析的法学研究。因此,不仅需要分析经济福利问题,也有必要探讨价格决定权问题。

首先,需要明确的是,经济福利与价格决定权在经营者集中中的关系。生产商与经销商以构筑有效流通体系为目标,必定选择优化二者关系的最优路径。例如,为了阻止免费搭车、避免双重加价问题,如需纵向统合,则会选择纵向统合方法,并决定二者利润最大化的价格。价格决定自由从产业链上的上游企业和下游企业独立决定价格,转变为共同决定价格。在大多数情况下,经营者集中具有提高企业经营效率,改善经济福利的效用,但涉及市场支配力的形成、维持、强化问题时,则会受到一定的限制。也就是说,依据合理原则,经营者集中恶化经济福利时,则会受到限制,但不会与价格决定自由相矛盾。

那么,在转售价格维持行为中,经济福利与价格决定权的关系又如何呢?事实上,生产商与经销商之间并非是相互争夺一定利润而实施零和游戏的竞争对手,而是协同合作提高利润的伙伴关系。通过经营者集中,实现纵向合并,即可消除价格决定自由问题,但即使不选择纵向合并,而采取纵向限制(=转售价格维持)这一替代方法,或许更具效率性。此际,积极采用转售价格维持协

[12] Brief for the United States as Amicus Curiae supporting petitioner of Leegin Creative Leather Products, Inc. v. Psks, Inc., dba Kay's Kloset... Kay's Shoes (http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/amicus_briefs/leegin-creative-leather-products-inc._v._psks-inc._d/b/kays-kloset..._kays-shoes/070122leegin06-480amicuspd.pdf).

议(而非滥用优势地位)的经销商认为,主动放弃价格决定权,反而可以获得更多利润的机会的话,即可解决价格决定自由的问题。因此可以说,如果转售价格维持行为具有提高经济福利的作用,就应肯定其效力。换言之,与本身违法或原则上违法相比,合理原则更具有说服力。如果认为纵向限制是纵向合并的替代方法,那么转售价格维持与价格决定自由问题并不相互矛盾。因此,应从经济福利角度,依据合理原则来判断转售价格维持行为的合法性问题。

那么,在何种情况下,一方面可以提高经济福利,另一方面又不会引发与价格决定自由之间的矛盾和冲突呢?其最为典型的例子是,本文上述第4部分《关于流通交易习惯指南应有状态的研究报告》列举的三项合理事由,即“(4)其他:最高转售价格维持行为、缓和委托销售之例外、特许经营中的转售价格维持行为”。

第一,与特许经营相同,企业之间也会产生准纵向合并关系。依据特许经营合同,特许经营权之受许人主动加盟特许经营关系,即可认为受许人已经认可特许人享有价格决定权。否则,当事人可能会因特许经营的不便而选择纵向合并——即使它没有效率性——又或是特许经营变得没有效率。在准纵向合并的关系中,若能提高经济效率即应肯定转售价格维持行为,这种做法并不会与价格决定自由及经济福利相矛盾。所以,于此情形也应适用合理原则。在日本特许经营中,受许人一般会自主接受特许人设定的零售价格。但本文认为,应明确肯定转售价格维持行为。如《欧盟纵向限制指南》所述,如系短期促销宣传(期间大致为2—6周),可以提高特许经营整体利益,受许人即使不享有决定价格之自由,也可以获取利润,同时也不会影响经济福利。

第二,作为缓和委托销售之例外,也有必要承认伴有退货制度的转售价格维持行为。在流通阶段,即使移转商品之占有,如果生产商保留其所有权,或者即使所有权移转于经销商,如果经销商(在不构成滥用权利的范围内)可以自由退货的话,那么商品未能销售的风险即由享有价格决定权的生产商来承担。其内容同前文所述的准纵向合并情形。在《指南》中,例外地容许委托销售情形下的转售价格维持行为,但其条件非常严格,即仅以经销商送货服务、收取费用为条件。但是,缓和该条件,如由生产商承担库存商品滞销风险,则应肯定转售价格维持行为,经销商决定价格之自由也未必会因此受到影响。事实上,经销商了解市场所需,若由生产商亲自决定价格则会承受巨大的销售风险,也会丧失获得利润的机会。不过,鉴于品牌效应,也有不适于降价销售的情况。如果这是为了确保包括生产商和经销商在内的整体利润,即使影响经销商价格决定之自由,也是有一定的意义的。

第三,应肯定决定维持转售价格上限的最高转售价格维持行为。在欧美,对最高转售价格维持的规制相对较弱,在中国,则无相关规制。在日本,依然严格规制最高转售价格维持行为。最高转售价格维持行为不仅具有阻止双重加价,降低零售价的效果,同时还具有促进品牌间竞争的作用。因此,从经济福利层面上看,应予以肯定。但是,由于最高转售价格维持行为会影响经销商所享有的价格决定之自由,也就会影响其利益。所以,虽然其他一些国家对最高转售价格维持行为采取相对宽容的态度,但在日本,重视改善经济福利的经济学界与注重价格决定自由的法学界之间,恐怕难以达成一致意见。不过,通过避免双重加价,可以提高生产商和经销商的总体利润,所以,如果该利润的增加部分能够增加经销商的利益,那么即使经销商不享有价格决定之自由,也是可以容许的。

六、结 语

之所以经济学和法学关于维持转售价格的意见不一,其根本原因在于其各自所注重的价值观是不同的。经济学注重经济福利,法学重视价格决定之自由,亦即重视品牌内竞争。迄今为止,一

般认为转售价格维持行为原则上违法,但除了法定作品转售价格维持行为以外,事实上接近于当然违法。也就是说,品牌内竞争受到重视,即使是在通过限制品牌内竞争可以鼓励品牌之间竞争的情形下,转售价格维持行为也未得到明确肯定。在此次《指南》修订案中最大的变更是,合理事由免费搭车问题的消除成为合理事由的一例,在这一情况下容许转售价格维持行为。这实际上是采纳了美国等国对于转售价格维持行为的规制方法。

但是,从法经济学角度而言,实有必要进一步探讨转售价格维持行为与价格决定自由之间的关系。本文认为,在转售价格维持行为中,也存在经济福利与价格决定自由之间相互不对立的情形。价格决定自由是经销商获取利润的重要手段,但若尽管放弃其价格决定之自由却能够增加其利润的话,经销商也会积极接受生产商所决定之价格。若经销商放弃其价格决定之自由,接受转售价格维持,也就可以消除经销商价格决定之自由问题。如果能够消除价格决定之自由问题,即应根据合理原则,从经济福利角度,判断转售价格维持行为的合法性。特别是在特许经营或者退货制度等准纵向合并情形,一般情况下,价格决定之自由并不会成为转售价格维持行为的问题。就国外所容许的最高转售价格维持行为而言,虽然经济效率与价格决定自由相互对立,但若能够通过最高转售价格维持行为增加各方利润,那么生产商与经销商也可能会达成维持转售价格的合意。

另外,本文未涉及《关于流通交易习惯指南应有状态的研究会报告》中“3.市场占有率小的经营者”的转售问题。在品牌间竞争中,市场占有率小的经营者的转售价格维持行为对经济福利的负面影响不大,故也可以肯定其适法性。不过,本文认为该问题已超出包括欧美在内的现状,故在现阶段探讨该问题,为时尚早。

法经济学是吸收法学研究成果的经济学,也是吸纳经济学研究成果的法学。由于经济学和法学在问题意识、价值观、分析方法等方面有所不同,故其意见多有分歧。二者若能对话交流,从不同视角协同合作共同思考问题,必定有助于有效解决日趋复杂的社会经济问题。法经济学的精神也将超越法学和经济学的框架,通过多学科的横断性协作,带来更具实质性的研究成果。

(责任编辑:李迎捷)