

多层次传销的竞争法考察

宁立志, 李 强

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 宁立志(1964-), 男, 湖北麻城人, 武汉大学法学院法律学系副教授, 主要从事经济法研究; 李 强(1976-), 男, 江西南昌人, 武汉大学法学院法律学系博士生, 主要从事民商法和竞争法等研究。

[摘 要] 作为一种市场营销方式, 传销在我国具有极大的争议性。其出现后所经历的一系列发展变化过程, 使得人们对传销的认识模糊不清。传销的特有形式和内容决定其在销售上具有传统销售方式不可比拟的优点, 应当予以承认。从竞争法的角度而言, 传销和变质传销都存在不正当竞争的问题。澄清对这一问题的错误认识, 将有助于我国在这方面的正确立法。

[关键词] 传销; 直销; 变质传销

[中图分类号] DF521 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)01-0127-06

传销在我国是一种备受争议的市场营销方式, 自其正式登陆我国市场以来的十几年时间里, 经历了从最初的无法可依到其后的有条件许可、停止发展、规范整治, 再到目前的全面禁止、严厉打击等若干变化发展过程; 这一期间, 国家对某些外商投资传销企业还提出了设立店铺经营等转变销售方式的要求。而在未来几年内, 根据我国签署的世贸组织协议, 我国将逐步兑现进一步对外开放分销服务业的承诺, 包括传销在内的国际上通行的销售方式都将进入我国或在我国继续存在并得到发展。所以, 对传销行为进行介绍和研究自然就具有一定的理论价值和现实意义。

一、传销机理

(一) 传销(Multi-level Marketing)的概念

多层次传销又称传销, 起源于 20 世纪 40 年代末的美国。通说认为, 1990 年 11 月 4 日中美合资广州雅芳(AVON)化妆品有限公司的成立标志着传销正式进入我国。实际上, 从严格意义上讲, 当初雅芳公司所采取的销售方式是由销售人员直接上门推销产品的无店铺单层次直销, 不是我们通常所说的多层次传销。真正意义上的传销正式出现在我国, 则始于 1993 年美国仙妮蕾德(SUNRIDER)公司的分支机构——仙妮蕾德(广州)有限公司的成立。

从字面上理解, 传销包含有“传递”加“销售”两层意思, 即将产品的销售依一定的方式向下传递, 这使得它与单纯销售的传统商业经营模式区别开来。我国台湾地区《公平交易法》第八条对“多层次传销”的定义为: “本法所称多层次传销, 谓就推广或销售之计划或组织, 参加人给付一定代价, 以取得推广、销售商品或劳务及介绍他人参加之权利, 并因而获得佣金、资金或其他经济利益者而言。前项所称给付一定代价, 谓给付金钱、购买商品, 提供劳务或负担债务。”具体而言, 传销是指一种由最初的生产或销售商在将产品直接销售给顾客的同时, 利用某种激励机制将其中愿意参与到这一销售过程中的消费者转变

为其下一层次的销售商,并层层传递、扩大,从而建立起一个销售网络的推销方法。处于传销中的每一位消费者不仅仅只是简单地消费产品,还是这一产品的潜在销售者;如果其同意履行某些特定义务,则可以成为整个销售网络中某一层次的销售商;在得到公司授权的情况下,还可以以同样的方式建立并发展自己的销售队伍向顾客直接销售产品。

(二)传销的特征及其优点

除了“直接销售”外,作为一种有别于传统商业模式的市场营销方式,传销还具有如下一些特征,这些特征构成了传销的机理,同时也决定了其具有能够更为有效地销售产品,从而在竞争激烈的市场经济中继续存在和发展的某些优点。

首先,传销最大的特征就是其建立的理论根基为“倍增市场学”,即把数学中的“几何级数原理”和物理学中的“链式反应原理”结合起来作用于市场销售,形成“几何倍增效应”。从理论上讲,这种“几何倍增效应”的前景是十分诱人的,每一个传销商都可以向一个以上的消费者直接销售产品,也可以介绍、发展一个以上的下一级传销商;他既可以从其直接销售额中获得一定比例的利润,更可以从其下级所有传销商的总括销售额中分得一定比例的奖金;更吸引人的地方在于,在理想状况下,每一级传销商的传销网络和销售总额都有无限延伸和扩展的可能性,从而使其可以获得的奖金也有无限增加的可能性。

其次,传销的第二个特征是作为销售网络主体的传销商三位一体,即除“销售者”的角色外,传销商“对于自己所介绍成为自己组织的成员有训练的义务,亦兼有‘管理者’的角色,同时将商品自行消费时,也是‘消费者’的角色”^[1](第 394 页)。这一特征体现在销售上主要有两个优点:一是可以保证产品的质量。消费者之所以同意成为传销商的一个重要原因,就是其在使用过传销产品后对这一产品的质量、性能、价格以及销售前景等予以认同,可靠的产品对任何形式的销售来说都是一个基本的前提。二是由消费者转变而来的传销商熟悉产品的性能,能够解答其销售对象对于产品本身及使用方法等方面的疑问,这种面对面的服务无疑将会极大地促进产品的销售。

再次,与上一个特征紧密相联的是传销企业独特的激励机制。这一激励机制是推动传销网络不断延伸和扩展的强大动力,其关键之处在于规定传销商的报酬主要来自三个方面:一是传销商自己消费产品达到一定数额时可获得相应奖励;二是传销商自己直接销售产品达到一定销售额时可获得相应奖励;三是传销商自建的传销网络销售、消费产品的总额达到一定数额时可获得相应奖励。作为单个的消费主体和销售主体,从前两个方面获得的报酬极为有限;而来自第三个方面的报酬在理论上则存在无限增加的可能性,这是“几何倍增效应”作用于激励机制时产生的又一神奇效果。可以看出,这一激励机制只有在消费者成为销售者时才能充分发挥作用,这也就是传销网络为什么能够不断扩展的根本原因。其体现在销售上的优点:一是使传销具有强烈的吸引力,不停地将消费者转变为销售者,不停地扩大产品销售;二是使每一个传销商都具有极大的积极主动性,愿意付出自己的时间和精力去讲解推销产品,去宣传介绍他人加入。

最后,由前几个特征所决定,传销网络是在人际关系的基础上以“销售+介绍+培训+交流”的方式进行扩展的。即传销商一般先向与自己关系比较密切的亲戚、朋友、同事销售产品,同时向其介绍整个传销制度的运行机制和诱人之处;在其同意加入后,再通过多种形式对其进行各种培训并相互交流销售经验和体会,以使其具备自建传销网络的能力。采取这种以人际关系为基础的扩展方式的优点:一是比较注重消费者利益的保护,各个层次的传销商之间或传销商与消费者之间都是熟人关系,当产品出现质量问题时,能够及时得到更换或退货处理;二是在利益得到切实保障的前提下,熟人之间的往来能够形成比较牢靠的顾客忠诚度;三是这种建立在熟人基础之上又继续介绍、交流的方式使得整个销售网络的维系比较稳固,而且使其可供“挖掘”的网络对象资源能够呈递增之势。

此外,由于传销人员不是企业的雇员,因此传销企业不仅可以大大简化管理过程,而且可以免除大量的薪金、退休金及员工福利等负担,从而可以将更多的资金用于扩大再生产、提高产品质量、奖励传销人员以扩大销售等等。对传销商而言,由于传销企业一般都有退货制度,所以风险相对较小,能够为大

多数人所承受。

事物总是有正反两面,传销也有其局限性。理论上传销网络虽然存在无限扩展的可能性,但实践中由于一个地区的人口和能够从事这一行当的人数是有限的,且该地区的市场也是有限的,因此传销总有达到饱和的时候。当其达到或接近饱和时,由于可供“挖掘”的网络对象资源所剩无几,故处于网络末端若干层次的参与者实际上无所可为,此时传销已不能正常发挥其优势作用。而在这一段期间内加入其中的传销人员由于没有什么人可供发展,无利可图,可能就会产生上当受骗的感觉,从而带来一系列社会问题。

(三)传销与传统销售方式

通说认为,传销是一种“无店铺经营”,但鉴于目前我国有的传销企业为了符合国家要求其改变销售方式的规定而设立店铺经营,有无“店铺”已经不能成为区别传统销售方式与传销的一个标志。实际上,此店铺与彼店铺实为两种不同性质的主体。传统销售方式中的店铺或者称商家是销售产品的主体,其产品的价格包含了该产品的出厂价格和各级批发商、零售商的利润以及商家维持经营所需要的各种费用,与出厂价已有相当差距,具有自我盈利能力。而“设店”传销企业的销售主体仍然是各级传销商,即使消费者能够从店铺中直接购得产品,这一销售额也计入到介绍其加入的传销商的销售总额中,但产品的价格与生产商直接销售的价格并无二致;这些店铺销售产品的利润除了传销商应得的那一部分外,其余都归于生产商,店铺本身不具有盈利能力,其营运资金均来自生产商。所以,传销企业设立的店铺只具有形式意义,不是传统意义上直接获取销售利润的销售主体,不如说是一个“提货仓库”更为贴切。

二、传销中的不正当竞争和变质传销的不正当竞争性

(一)传销中的不正当竞争

市场经济是竞争经济,作为一种销售竞争手段,传销本身就是竞争的结果,其以独特的网络状结构及由此带来的诸多优势与传统和其它销售方式在产品的销售上相互竞争。笔者认为,其本身并无不正当或非法之处。根据前述对其特征和优点的分析可以看出,作为一种有效的销售方式,传销对企业的竞争和市场的竞争起着促进和推动作用。因为传销固定了消费者和企业的关系,强化了消费者的忠诚感,使得其他企业在争夺顾客的竞争中必须改善经营管理、提高产品和服务质量,这对企业和消费者来说无疑是“双赢”的结果。作为一种全新的营销方式,传销的出现对传统商业单一的经营模式提出了挑战,使传统商业必须面对竞争。所以,“多层次传销本身并非不正当的交易行为,而系属于商业类型的一种”^[1](第397页),传销者“不只贩卖商品与服务,还同时吸收人员加入销售行列,并藉着阶层利益扣紧组织,使消费者本身成为下一层之经营者,再分别运用其个人之人际关系,透过销售商品与招募人员,期能层层发展出具有复制作用之行销网络,提高销售量”^[2](第132页)。

虽然传销是一种正当的市场竞争形式,但在其具体实施过程中,由于个别传销人员希望尽快尽量发展“下线”以扩大网络从而迅速致富的急切心理,在推广、介绍产品和培训人员的过程中,往往可能采取某些不正当的方式或手段,以致损害了其他企业或产品的正当竞争利益。最典型的例子就是现场进行产品比较,即将传销产品与市场上相同功能的其它产品进行材质、性能或价格等方面的比较,以突出传销产品的优势。一般而言,在市场经济条件下充分竞争的同类或相似产品之间的整体状况各具特色,总是有优有劣,或许质优但价高,或许质量平平但价格低廉;或许功能强大但外形粗糙,或许功能普通但外形美观。传销商往往选取在某一或某几个方面处于相对劣势的产品进行片面比较,即只以己之优比彼之劣,并从有利于自己的角度进行解释和说明,有的甚至采用蒙蔽的手法,这就使其不可避免地带有商业诋毁或虚假宣传的色彩。根据我国《反不正当竞争法》第九条关于虚假宣传行为和第十四条关于商业诋毁行为的规定,如果在进行产品比较时传销人员对对方产品进行了虚假陈述,则这一行为就属于商业诋毁行为;如果对己方产品进行引人误解的虚假陈述,则属于虚假宣传行为。如果传销人员对双方产品

均进行真实陈述时应如何认定其性质,《反不正当竞争法》没有相应规定。笔者认为,由于传销企业一般不做广告宣传,其在传销过程中的产品比较其实就类似于传统销售方式中的比较广告。比较广告又称为对比广告,“是指以明示或者默示(暗示)的方式将自己的商品与竞争对手及其商品进行对比的广告”^[3](第 646 页)。实际上,产品比较和比较广告都起到宣传的作用,只不过二者在受众范围和采取的形式上有所区别:前者一般限于参加传销的有限的特定人员,采取做实验等现场比较形式;后者的对象则是不特定公众,采取电视广告、竖立街头广告牌等形式。因此,比较广告所遵循的规则,诸如不得以虚假事实进行比较而诋毁竞争对手、不得片面宣传竞争对手产品缺陷,以及应当全面、客观、真实和充分等,同样适用于产品比较。对于陈述事实的比较广告,由于“相关事实的真实比较不仅能够减少消费者的信息收集成本,而且通过改善市场透明度,对经济具有积极的影响”,故“承认真实的比较广告是一个明显的趋势”^[3](第 649-650 页)。而且根据基于经济分析的关于竞争的最新观念,有关法规不应过分寻求对消费者的特别保护,他们本身拥有自我保护的方法,即其所具备的理性。“他们可以自己分析其利益所在,并在此基础上,按照其利益需要独立做出选择”^[4](第 4-7 页)。那么,包括价格比较在内的真实的产品比较自然就不会对理性的消费者造成损害。基于此,笔者认为,对于传销中陈述事实的产品比较不妨采取允许的态度,但同时应辅之以严格的立法规制,以防其在具体实施中变形走样。值得注意的是,有的传销人员认为在进行产品比较时只要不明确指出用于比较之产品的品牌或生产厂家就可以规避法律的有关规定。实际上,从比较广告的上述定义以及商业诋毁、虚假宣传等不正当竞争行为的法理来看,是否明示并不是判断有关行为是否正当的标准,默示的方式或消费者通过其它途径能够识别出参照产品的比较方式,同样会造成对有关产品或生产厂家的损害。

另外,在传销的宣传和培训过程中,传销人员有时可能会使用一些类似于虚假宣传的过激的方法和形式。对产品和制度作夸大宣传,极力推崇先期成功的传销商,营造、煽动一种比较狂热的气氛,激发传销商们在短期内成功的强烈致富心理甚至投机心理,容易使人产生比较盲目的憧憬。以这种方式来吸引、拉拢更多的人加入传销行列,与其竞争对手争夺顾客,也是一种不正当的竞争方式。

(二)变质传销的不正当竞争性

传销的最大弊端就在于其形式很容易被非法利用而转变为变质传销,所以,变质传销是传销在我国取得合法地位的最大障碍。作为一种非法行为,从竞争法的角度观之,变质传销的不正当竞争性主要表现在以下几个方面。

一是在传销资格的取得上,附带不合理的限制性条件。我国《反不正当竞争法》第十二条明确规定:“经营者销售商品,不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。”该条规定的权威性解释是“经营者利用其在经济和技术等方面的优势地位,在销售某种产品时强迫交易相对人购买其不需要、不愿购买的商品,或者接受其他不合理的条件”^[5](第 32-33 页)。虽然变质传销企业强制要求参与者交纳高额入会费购买质价不符甚至是假冒伪劣产品的行为从表象来看,更像是对消费者进行价格欺诈,用低价货(或假劣货)卖高价钱。但实际上,变质传销企业销售的真正“商品”是短期内能够不当暴富的“资格”,即介绍他人加入并赚取入会费提成的资格,而要求加入者必须用高价钱买低价货才是其附加的不合理的限制条件。变质传销的经营者凭借的既不是经济优势也不是技术优势,而是对这种建立在“倍增市场学”基础上之“资格”的控制优势,欲加入者只有满足其附加的不合理条件,才能取得这种资格。换言之,在这里对经营者优势地位的理解就不能仅仅局限于某种市场份额上或技术上的支配地位。所以,有的学者认为包括附加其他不合理条件在内的搭售可以分为限制竞争的搭售和不正当竞争的搭售,“从事后一类搭售行为的,不需要经营者具有市场支配地位”^[6](第 162 页)。因此,从根本上说,变质传销企业兜售“传销资格”的行为违反了《反不正当竞争法》的这一条文规定。此外,在变质传销中,绝大多数参与者都是在被哄骗甚至暴力胁迫的情况下被迫而为。由此可以看出,在变质传销的开端其不正当竞争性就昭然若揭。

二是在实施方式上,采取引人误解的虚假表示和虚假宣传手段。我国《反不正当竞争法》第九条第

1款规定:“经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。”正当传销是建立在产品竞争基础之上的销售方式竞争,其产品与市场上同类产品相比通常具有相对竞争优势,且其激励制度合理有效,不需要使用虚假宣传或商业诋毁的手段来拔高自己、贬低他人。变质传销的产品主要是作为传销人员牟取暴利的“幌子”,或者质价严重不符,或者是假冒伪劣;而且,其所谓的奖励制度完全是建立在骗人入会提成的基础上,不是正当的产品销售和市场竞争。所以,在介绍推广的过程中,自然就需要通过虚假表示和虚假宣传来加以掩饰,以蒙骗更多的人加入其中,变质传销的这一不正当竞争性通过大量的现实案例已经得到了充分的映证。可以说,变质传销正是依靠这一虚假手段才得以存在和发展的。

三是在奖励制度上,实行“变相”回扣。《反不正当竞争法》第八条第1款规定:“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中接受回扣的,以受贿论处。”根据国家工商行政管理局1996年11月15日发布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(以下简称《暂行规定》)第五条第2款和第3款,所谓回扣,是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款;所谓“账外暗中”,是指未在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载,包括不记入财务账、转入其他财务账或者做假账等。笔者认为,这一“目前法律性文件中对于回扣所作的最为明确的界定”^[7](第351页)仍有不明确之处,需要对其作出更详尽的解释。实际上,作为商事交易活动中的一种普遍现象,回扣的实质是商事交易的相对方利用“他人”资金进行商事交易活动时为自己牟利,即收受回扣者与回扣款的所有者不是同一人;以卖方向买方给予回扣为例,对于卖方,其给予回扣的目的是为了促使商事交易的达成。这一实质的关键之处在于回扣款不仅仅是商品价款的一部分,而且是“他人”所有并支付的商品价款的一部分。如果收受回扣者为个人,那么,其回扣款或支付之商品价款的所有者一般是其所代表的单位,属于“化公为私”;如果收受回扣者为单位,那么,其回扣款或支付之商品价款的所有者一般是其上级单位,属于“化大公为小公”。后者比较典型的例子是有的国家机关在进行政府采购时以单位的名义收受回扣设立小金库,虽然从表面上看,其拥有采购资金的支配权和使用权,但归根结底这些采购资金均来源于国库的财政拨款,其所有者是国家。显而易见,如果使用自有资金购买商品,一般来说会要求一个较低的价格或折扣,而不会采取回扣的形式赚自己的钱。

笔者认为,在变质传销中,变质传销企业将他人购买质价不符甚至是假冒伪劣产品的高额入会费,按一定比例支付给其“上线”的各级传销商作为奖励,实际上就是一种回扣。因为变质传销企业支付的这一奖励也是从“他人”所有并支付的入会费中回扣给“他人”的介绍人,其目的也是为了鼓励传销人员更多地将传销“资格”售卖出去、拉更多的人入会,这与上述回扣的实质和目的是一样的。之所以说是“变相”回扣,一是因为通常所说的回扣一般是退给支付商品价款的实际经办人(而不是商品价款的所有人),支付价款和接受回扣的是同一人;而变质传销中的“变相”回扣则是变质传销企业收取了入会费或取得销售暴利后,从中部分返利给入会者的介绍人作为奖励,支付价款或会费和接受回扣的非为同一人。二是因为回扣的存在源于实际交易的达成,即真正发生了产品的销售;而变质传销中的产品销售根本不符合等价有偿的市场规律,只是一个骗人的幌子,其变相回扣的产生源于“人头”入会。所以,从这一点也可以看出变质传销的非法性。回扣在商业交易中的不正当竞争性是不言而喻的,变质传销企业不是通过商品的价格、质量或售后服务等正当竞争优势去争取顾客,而是依靠给予各级“上线”以不正当的利益来“激励”他们蒙骗更多的人加入,以获取更多的高额入会费。正当传销与其则有很大不同。在某种程度上,可以将正当传销中对传销商的奖励视为是一种正当返利,其符合《反不正当竞争法》第八条第2款的规定,即“经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。接受折扣、佣金的经营必须如实入账”,《暂行规定》对此还有具体的规定。在正当传销中,如果只是介绍他人加入并无任何奖励可言,只有当“他人”真正销售

了产品发生了实际销售额且达到一定标准之后,才能获得相应奖励。也就是说,其返利的发生源于产品的销售,而不是人员的加入。三是在收受回扣者与回扣款所有者的关系上,变质传销中的“变相”回扣与通常认为的回扣有所不同。一般来说,收受回扣者不论是作为单位职员的个人,还是作为某一层级、级别的国家机关或企事业单位,其与所属单位或上级机关、总(母)公司之间均存在直接的隶属关系。在变质传销中,传销人员与受传销者之间则既不存在隶属关系,也不存在代理关系,只是一种介绍与被介绍的关系。而且,法律也没有明确规定收受回扣者与回扣款的所有者之间诸如隶属之类的直接联系是回扣成立的必要条件。鉴于回扣与一般的商业贿赂、折扣和佣金等存在明显区别,且变质传销中的高额奖金符合回扣成立的诸多要件,笔者认为,可以将其认定为回扣;且建议在修订《反不正当竞争法》时将此因素考虑在内,以进一步完善这一重要法律。

从以上分析可以看出,变质传销的开端及其赖以存在和发展的两个主要因素——方法因素和激励因素,均是《反不正当竞争法》明文规定的不正当竞争行为。这一行为的存在,严重扰乱了市场竞争秩序,损害了其他经营者和消费者的利益,依据《反不正当竞争法》和其他相关法律的规定,行为人应被追究法律责任。实际上,变质传销的违法性表现在多个方面,具有极大的社会危害性。从我国加入世贸组织后履行进一步对外开放分销业的承诺和规范国内市场秩序来看,制定专门法律规范传销行为,打击变质传销,应是当然之举。

[参 考 文 献]

- [1] 赖源河. 公平交易法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [2] 吕荣海, 谢颖青, 张嘉真. 公平交易法解读[M]. 台北: 元照出版公司, 2000.
- [3] 孔祥俊. 反不正当竞争法新论[M]. 北京: 人民法院出版社, 2001.
- [4] [比] 保罗·纽尔. 竞争与法律——权力机构、企业和消费者所处的地位[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [5] 全国人大法工委民法室. 《中华人民共和国反不正当竞争法》释义[M]. 北京: 法律出版社, 1994.
- [6] 邵建东. 竞争法教程(修订本)[M]. 北京: 知识产权出版社, 2004.
- [7] 孔祥俊. 反不正当竞争法的适用与完善[M]. 北京: 法律出版社, 1998.

(责任编辑 车 英)

On Competitive Law of Multi-level Marketing

NING Lizhi, LI Qiang

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: NING Lizhi (1964-), male, Doctor, Associate professor, Wuhan University Law School, majoring in economic law; LI Qiang (1976-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in civil law and competitive law.

Abstract: As a method of marketing, there are a lot of controversies about Multi-level Marketing in our country. We can't understand it correctly after its arrival and a series of changes subsequently. Author thinks that we should admit it because of its advantages in selling which are determined by its special form and content. From the attitude of Competitive Law, Multi-level Marketing and Multi-level Marketing deteriorated in quality both have the matters of unfair competition. It is helpful for our country's lawmaking correctly to clarify the misunderstanding on the matter.

Key words: multi-level marketing; direct selling; multi-level marketing deteriorated in quality