

互联网平台经济下最惠国条款的 反垄断法规制

谭 晨

(北京大学 法学院, 北京 100871)

摘 要: 互联网平台上私主体签订关于价格的最惠国条款是近年来兴起的商业实践,也是我国《反垄断法》修法专家建议稿关于互联网平台经营者组织或协调达成垄断协议的重要内容。在新经济业态下监管创新已成为法律发展的新趋势,鉴于问题频发而规制鲜少的现实,有必要开展创新探究。文章从法律结构和经济动因考察,传统市场上基础的最惠国条款与互联网市场上的平台最惠国条款存在较大区别,虽二者均兼具促进和限制竞争效果,但后者在平台经济下具备的特性使个案中的经济分析迥异。近半个世纪以来,美欧两大司法辖区的规制实践既存在差异也可提炼共识,以此为鉴,我国对平台最惠国条款的规制,首先应界定现行法下该条款可能构成的垄断行为,其次宜通过经济分析考察个案中的竞争效果,最后须革新数字经济下的平台监管,在审慎原则下增强竞争政策的灵活性。

关键词: 平台经济;最惠国条款;平台最惠国条款;反垄断法;监管创新

中图分类号: D912.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2020)02-0138-15

一、前 言

在《反垄断法》实施满10年之际,修法专家建议稿第15条提出:“网络平台经营者不得组织或者协调平台内的经营者达成本章禁止的垄断协议。”^①该规定与平台最惠国条款(platform most favoured nation clause,简称“PMFN条款”)密切相关。最惠国条款(most favoured nation clause,简称“MFN条款”)源起于12世纪国家、城邦或港口之间签订的特定协议,依据该协议,授予国赋予第三国的贸易特权应当拓展到协议对手方。^②随着商业实践发展,私主体之间关于价格的^③的协定也出现了类似条款,并在各个行业广泛使用,引起了竞争法的高度关注。目前已有

收稿日期:2019-08-30

基金项目:国家社科基金重点项目“新发展理念与经济法制度完善研究”(17AFX023)。

作者简介:谭 晨(1993-),女,湖南郴州人,北京大学法学院博士研究生。

^①《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿全文对照》,2019年5月24日,中国竞争法网,<http://www.competitionlaw.cn/info/1138/26864.htm>,最后访问日期:2019年6月13日。

^②1947年《关税及贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade)第1条规定:“……一缔约国对来自或运往其他国家的产品所给予的利益、优待、特权或豁免,应当立即无条件地给予来自或运往所有其他缔约国的相同产品。”MFN条款也出现在世界贸易组织的一些协定中,并与国民待遇一道,构成WTO非歧视原则的主要内容。联合国国际法委员会1978年起草的《关于最惠国条款的规定(草案)》(Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses)为MFN条款的定义和运行规则提供了一般性的指南。

^③MFN条款的内容涵盖特定交易价格、标的可得性或其他交易条件等,其中,价格是竞争法的主要关切。See Pinar Akman, A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 12, Issue 4, 2016: 781.

20余个国家的竞争执法机构对商业贸易中的MFN条款进行了审查,近年美国、欧盟均将PMFN条款的规制研究作为重要课题。^①然而,综览全球实践,依旧很难对如何规制相关条款的问题做出直接回答。反垄断法适用的差异,不仅体现在分属两大法系的欧洲和美国之间,欧盟成员国内部以及美国司法部和法院的理解也存在不少分歧。在此背景下,对基础的MFN条款以及新经济时代兴起的PMFN条款开展研究,探索规制路径,具有重要的理论价值和实践意义。

MFN条款是人为设置的对市场竞争的直接干预,必定会对经济效率、竞争秩序、公共利益造成一定影响,对于该影响是否达到规制边界,已然引发学界诸多研讨。对于MFN条款竞争效果的争议,从历史来看,几乎是从国际法延伸到经济法领域的。1952年涉及美国在摩洛哥国民权利一案中,国际法院指出MFN条款的目的在于“始终建立与维持在有关所有国家间无歧视的平等待遇”^②。有学者在1954年指出该条款主要功能在于形成公平机制,防止歧视并建立可能的最高层次机会平等。^③1999年联合国贸易和发展会议认为, MFN条款会产生“搭便车”效应。^④反对MFN条款的观点,包括质疑非歧视原则合理性等。^⑤总体而言,在国际法领域,支持MFN条款的声音占据上风,原因在于除经济考量外还更多涉及政治较量,多边贸易中互惠的MFN条款有助于建立一个公平竞争场(level playing field),以使市场不囿于贸易保护主义的桎梏。而对于国内市场竞争而言,经济效率是首要追求的目标。竞争是熊彼特所言“创造性毁灭的风暴”,现实竞争原本就是激烈的,人为创造的单边平等,不是自由竞争也不是真正意义上的公平竞争。因此,在经济法领域,规制MFN条款的观点是当前主流。针对商业领域MFN条款的集中研究发起于20世纪80年代,为解决当时司法实践面临的问题而主要集中于医疗保健行业。阿诺德·塞尼克(Arnold Celnicke)、^⑥安东尼·J.丹尼斯(Anthony J. Dennis)、^⑦菲奥娜·斯科特·莫顿(Fiona Scott Morton)、^⑧威廉·J.林克(William J. Lynk)^⑨等学者以案例为标本对MFN条款的结构和效果进行探索。这些研究总结了该条款作为商业惯例的一些特点,注意到其经济分析具有复杂性;但未出现公开的实证研究,竞争效果分析比较模糊,且局限于案例的匮乏作出了较多假设。2000年以后相关研究较为沉寂,直到近10年尤其是近5年,随着PMFN条款出现和相关实践推进,有关

^①See Department of Justice, Federal Trade Commission to Hold Workshop on “Most-Favored-Nation” Clauses, August 17, 2012, the United States Department of Justice, <https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-federal-trade-commission-hold-workshop-most-favored-nation-clauses>, accessed on August 16, 2019; Implications of E-commerce for Competition Policy, June 2018, OECD, <http://www.oecd.org/competition/e-commerce-implications-for-competition-policy.htm>, accessed on August 16, 2019.

^②William W. Bishop, Jr., Case Concerning Rights of National of the United States of American in Morocco(France v. United States), The American Journal of International Law, Vol. 47, No.1, 1953: 141.

^③See Georg Schwarzenberger, The Most-Favored-Nation Standard in British State Practice, British Year Book of International Law, Vol. 22, 1945: 99.

^④See Most-Favoured-Nation Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, United Nations Conference on Trade and Development, <https://unctad.org/en/pages/publicationarchive.aspx?publicationid=339>, accessed on August 16, 2019.

^⑤See Henrik Horn, Petros C. Mavroidis, Economic and Legal Aspects of the Most-Favored-Nation Clause, European Journal of Political Economy, Vol. 17, Issue 2, 2011: 234.

^⑥See Arnold Celnicke, A competitive Analysis of Most Favored Nation Clauses in Contracts between Health Care Providers and Insurers, North Carolina Law Review, Vol. 69, Issue 3, 1991: 863-892.

^⑦See Anthony J. Dennis, Most Favored Nation Contract Clauses under the Antitrust Laws, University of Dayton Law Review, Vol. 20, Issue 3, 1995: 821-854.

^⑧See Fiona Scott Morton, The Interaction between a Most-favored-Customer Clause and Price Dispersion: an Empirical Examination of the Medicaid Rebate Rules of 1990, Journal of Economics and Management Strategy, Vol. 6, Issue 1, 1997: 151-174.

^⑨See William J. Lynk, Some Basics about Most Favored Nation Contracts in Health Care Markets, Antitrust Bulletin, Vol. 45, Issue 2, 2000: 491-530.

研究开展得如火如荼,新加入该研究领域的主要学者包括美国的乔纳森·贝克(Jonathan B. Baker)、^①丹尼尔·索科尔(D. Daniel Sokol),^②英国的艾丽尔·埃兹拉奇(Ariel Ezrachi)、^③皮纳尔·阿克曼(Pinar Akman),^④比利时的彼得·阿历克西亚迪斯(Peter Alexiadis),^⑤中国的黄勇、^⑥孙晋^⑦等。总体来看,仍存在可兹完善的空间:一是大部分研究从经济学角度陈述MFN条款,而对其具体法律结构不甚明晰;二是相关经济学分析仍较为模糊且众说纷纭,规制态度存在分歧;三是我国尚未开展相关反垄断实践,因而该理论与中国法律体系和现实实践的结合还十分不足,尤其是在互联网平台经济时代世界共联的背景下,相关监管创新的跟进时不我待。

2019年8月1日起实施的《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》指出,互联网平台经济是生产力新的组织方式,要聚焦平台经济发展面临的突出问题,创新监管理念和方式,推动建立健全适应平台经济发展特点的新型监管机制。在以上政策背景下,本文为完善上述三大问题做了以下工作:首先,从“格物致知”思路出发,对客观存在的基础MFN条款和PMFN条款之法律结构展开剖析,明晰法律关系、特点及分类,由此得出PMFN条款作为基础MFN条款的高阶变款规制的重点难点。其次,之所以讨论MFN条款规制问题,是因为其对市场竞争产生一定影响且效果存在争议,因此需要从经济学视角的合理性和风险两方面探讨其积极和消极效果。再次,经济学研讨成果最终需要由法律来确认和实现,从历史的实践素材提炼法律适用的共识和分歧,由此来展示现实和法律文本之间涵摄过程的问题、对峙和困难,在论争的逐个分析中寻找合适的法律界定方式,消解各国法律适用的分歧,从而诠释“法律不是作为冲突的答案而存在,而是作为疏导冲突的手段而存在”^⑧。最后,结合互联网平台经济的时代特点和中国特色社会主义市场经济竞争环境与法律体系,探索我国规制PMFN条款的思路,为竞争执法的范式提供建议,增强法律确定性和遵从度。

二、商业实践中渐趋复杂的MFN条款

私主体贸易中的MFN条款,最早是指买卖合同中卖方承诺给买方的“最惠价格”,即不高于其他任何购买相同商品或服务的购买者之价格的规定。一些研究也称其为最惠买者条款(most favoured buyer clause,简称“MFB条款”)、最惠消费者条款(most favoured customer clause,简称“MFC条款”)、价格平价规定、价格保护条款、最优价格条款、谨慎购买人条款、价格无歧视条款、通常费率规定、最惠费率要求等。随着新经济业态的发展,MFN条款从基础形式衍生出多种复杂形式,提升了竞争执法难度。为确定对待各类MFN的竞争政策,有必要明晰其流变的历史过程,并对法律结构进行逐一剖析。

^①See Jonathan B. Baker, Fiona Scott Morton, Antitrust Enforcement Against Platform MFNs, Yale Law Journal, Vol. 127, Issue 7, 2018: 2176-2202.

^②See Pinar Akman, D. Daniel Sokol, Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics, Review of Industrial Organization, Vol. 50, Issue 2, 2017: 133-151.

^③See Ariel Ezrachi, The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce, European Competition Journal, Vol. 11, Nos 2-3, 2015: 488-519.

^④See Pinar Akman, A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 12, Issue 4, 2016: 781-833.

^⑤ See Peter Alexiadis, Forging a European Competition Policy Response to Online Platforms, Business Law International, Vol. 18, Issue 2, 2017: 91-154.

^⑥参见黄勇、田辰:《网络分销模式中最惠国待遇条款的反垄断法分析》,《法律适用》2014年第9期。

^⑦参见孙晋、宋迎:《数字经济背景下最惠国待遇条款的反垄断合理分析》,《电子知识产权》2018年第12期。

^⑧[美]博西格诺等:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2017年版,中文版序第3-4页。

(一) 基础的MFN条款

1. 基本结构。基础的MFN条款涉及三方主体：卖方、买方和其他购买者。卖方向买方承诺，给买方的价格不高于给其他任何购买相同商品或服务的购买者之价格。从合同法的角度看，尽管MFN条款是买卖双方意思自治的产物，却与卖方和其他购买者之间买卖合同的核心条款密切相关。后项法律关系中价格的变化，将导致前项法律关系中价格随之变化。条款涉及的因素有且只有一个，即商品或服务的价格。

在此基础上，如果卖方同时也经营下游业务，构成买方的竞争者时，根据MFN条款对卖方限制范围的差异，可以区分“广义的MFN条款”（wide MFN）和“狭义的MFN条款”（narrow MFN）。前者不仅限制卖方给其他购买者的价格，还要求卖方给作为下游业务经营者的自己的价格也不得低于“最惠价格”；后者仅限制卖方给其他购买者的价格，而对卖方给作为下游业务经营者的自己的价格不予限制。如图1所示，当卖方同时也是下游的购买者时，广义的MFN条款要求 $P^1 \leq P^A$ ，而狭义的MFN条款不作此要求。

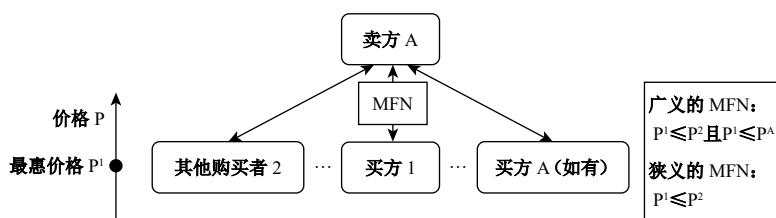


图1 基础的MFN条款

根据MFN条款限制对象的不同，还可划分“卖方的MFN”和“买方的MFN”。前者即上述MFN条款，常被称为MFC条款；后者则指交易过程中，买方向卖方承诺提供最优交易条件，以最惠供应商条款（most favoured supplier，简称“MFS条款”）为典型。实践中，买方的MFN较为少见，如欧盟委员会在“好莱坞工作室案”^①中对MFS条款进行了调查。

2. 经济动因与法律思考。承诺给对方最优惠的价格，是交易中惯有的谈判方式。长期以来，MFN条款在实践中被广泛使用，以至于成为一项商业惯例。无论买方还是卖方，都有一定的动力使用MFN条款：对于买方而言，信息不对称、未来的不确定性也即风险是阻碍交易达成的重要原因；对于卖方而言，接受MFN条款有利于促使买方及早达成交易，尽快回笼资金，节约交易成本。

但是，从法律视角观察，MFN条款不仅仅是买卖双方自由意志的产物，还涉及第三方的利益，会对其他竞争者、消费者和公共利益产生外部效应，因而脱离了纯粹私法的范畴，进入私法和公法共同管辖的领域，需要进行规制。

(二) 平台MFN条款

1. 基本结构。科技革命催生新的商业模式，伴随数字经济崛起，MFN条款出现在互联网平台中，形成具有“平台+MFN”特点的PMFN条款，也有观点称为零售MFN条款（retail price MFN，简称“RMFN”）。^②具体表现为，卖方向平台承诺，在该平台上的销售价格不高于其在其他任何平台上销售相同商品或服务的价格。

^①See Commission Closes Investigation into Contracts of Six Hollywood Studios with European Pay-TVs, 26 October 2004, European Commission, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_1314, accessed on May 17, 2019.

^②See Franciso Enrique Gonzalez-Diaz, Matthew Bennett, The Law and Economics of Most-Favoured Nation Clauses, Competition Law & Policy Debate, Vol. 1, Issue 3, 2015: 26.

PMFN条款常见的两种模式为代理分销和批发分销模式,这是由卖方与平台不同的法律关系决定的。代理分销模式如图2所示,卖方与平台、平台与买方均为代理关系,由卖方即生产者或服务提供者制定零售价格,平台向卖方收取佣金,代表卖方进行销售。批发分销模式如图3所示,平台从卖方处购买商品或服务,然后再向买者重新销售,卖方和买方之间没有直接法律关系。同样,根据限制对象范围的差异,也可分为狭义和广义的PMFN。

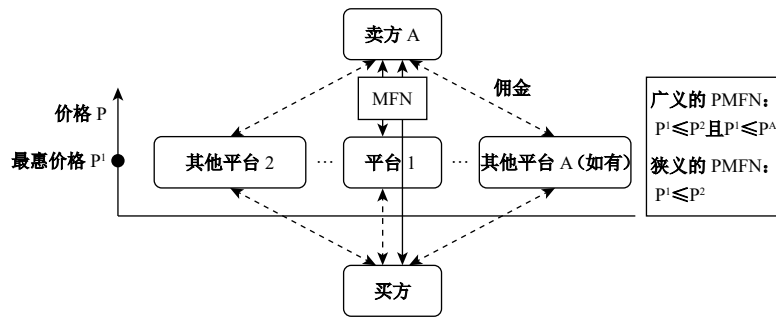


图 2 代理分销模式的PMFN

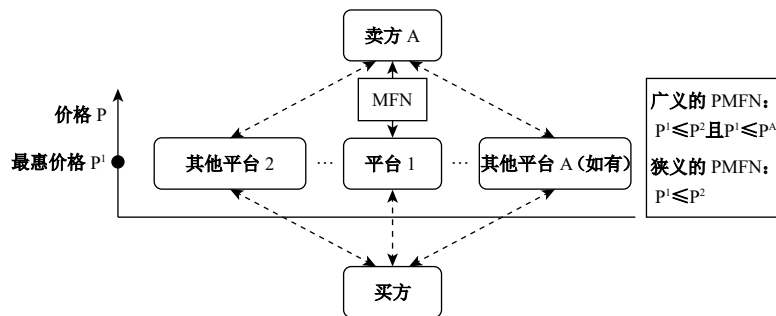


图 3 批发分销模式的PMFN

2. 经济动因和法律思考。平台具有双边市场或多边市场特性,其功能是连接不同类型的社会成员或经济单元,通过适当收费使双边或多边达成交易。平台在经济上创造了不同于以往的商业模式,但其法律定性仍可代入既有框架。在代理分销模式下,平台承担卖方或买方的代理人;而批发分销模式下,平台属于买卖法律关系中的买方或卖方。角色差异决定了两种模式中主体经济动因的区别:批发分销模式中卖方、平台分别与基础MFN中卖方、买方之动因类似;而代理分销模式中,卖方和平台的利益考量存在失衡,平台乐于使用MFN条款以保证自己在销售竞争中的价格优势,但卖方并不能仅凭平台的代理及早达成交易,因而卖方接受MFN条款必然考虑到其他因素,如该平台占据较大的市场份额等。

PMFN条款与基础的MFN条款相比较,二者的相同点在于内容上均表现为“最惠国待遇”要求,相同价格的指向对象也均为买方。其区别主要体现在四个方面:首先,PMFN条款涉及四方主体,即卖方、买方、平台和其他平台,影响范围更广;其次,PMFN条款的签订方是卖方和平台,而非卖方和买方;再次,由于卖方和平台不一定是买卖法律关系,因此PMFN条款中的法律关系更加复杂;最后,PMFN条款中平台可能收取佣金。此外,互联网产业信息透明和平台经济赢者通吃的特点会对PMFN中主体利益关系产生重要影响。前者使平台及时监督PMFN的履行情况,受网络效应影响的平台垄断现象则使平台在交易中具有较大影响力,这都决定了PMFN中平台的优势地位。

三、经济学视角下MFN条款的竞争关注:合理性和风险

近半个世纪来,针对MFN条款的反垄断实践主要围绕两个问题展开:一是反垄断规制必要性;二是反垄断规制路径。前者本质上是经济学问题,后者需要运用法律架构解决。如波斯纳所言,“反托拉斯法的唯一目标应是促进经济学意义上的效率”^①。从20世纪70年代开始,反垄断法经济学进路的提出使美国学界主流观点发生变化,经济学在反托拉斯法中的地位越来越高。追求理想自由竞争意境的反垄断法,要求对MFN条款的法律规制必须证明其在经济学上有损于效率、消费者福利和竞争秩序。为此,学界和实务界展开探索,在存在争议的同时也达成了部分共识。

(一)MFN条款的促进竞争效果

1. 防止价格歧视。价格歧视被用来描述一个卖者销售相同商品时对不同买者收取不同价格,或者对同一买者购买不同数量或依循不同顺序购买时收取不同价格的行为。价格歧视的经济效果具有复杂性,反垄断法对限制竞争的价格歧视行为持否定态度。^②对于小的竞争者来说,通过签订MFN条款,可以确保交易价格不会高于那些具有较强谈判能力的竞争者所获得的价格,相当于卖方向所有竞争者授予了一项批量折扣,从而避免了交易中价格歧视的可能性。在“蓝十字和蓝盾诉菲尔德诊所案”^③中,波斯纳法官将MFN条款称作买方为争取更低价格的“标准设备”,体现了该功能。

2. 减少平台上的搭便车问题。搭便车的常见形态是,经营者跟在他人后面利用其投入或努力所产生的成果或知名度来获得竞争优势。^④作为连接买卖双方中介的平台集结了大量信息,买方可利用其服务进行价格比对,作出最符合经济效益的选择。如果卖方利用平台的信息功能、用户粘性以及互联网行业注意力竞争特点,但绕开平台进行直接交易,则可能产生搭便车问题。例如,在酒店在线预定市场上,平台经营者在线旅游机构(online travel agents,简称“OTA”)拥有较多注册用户,一些消费者为获得更低价格,可能使用OTA检索信息,然后在酒店自有平台上预定。这将威胁平台作为中介服务收取建立在交易基础上服务费用的商业模式,如果平台的存在是符合经济效率的,那么阻止搭便车行为就有正当理由。此时,PMFN条款可解决该问题,保护平台继续投资以提高服务质量。

3. 预防套牢和拖延,减少交易成本。除对竞争秩序的影响外,MFN条款确可实现最初设立的经济动机从而提高效率。一是可以预防“套牢”(hold-up)问题,尤其在买方需要事先投资且投资专用于特定关系的情况下,可避免受到卖方提高价格、违约另行选择接受更低价格的买方或其他机会主义行为的挟持,利于收回沉没成本、鼓励投资;二是在买方预期未来价格变化而选择等待、迟延签订的同时,有利于交易尽快达成;三是可缩略买方用于了解市场状况、研究成本变化、频繁斡旋谈判的时间,减少交易成本及市场变化情况下的重新谈判成本。

(二)MFN条款限制竞争的效果

1. 减少折扣动力,降低价格不确定性。MFN条款实际上减少了市场上卖方给予折扣的动力。因为根据其规定,如果卖方给予一个买方折扣,则该折扣相应扩展至所有签订了条款的其他买方。当不存在MFN条款时,卖方可以给予特定买方一个高于或者低于成本的价格,只要总

①[美]理查德·A. 波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第3页。

②如美国《罗宾逊—帕特曼法》(Robinson-Patman Act)第1条(a)项、《欧盟运行条约》第102条第2款(c)项以及我国《反垄断法》第17条第1款第6项均有相关规定。

③Blue Cross and Blue Shield United of Wis. v. Marshfield Clinic, 65 F. 3d 1406(7th Cir. 1995).

④参见冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,《清华法学》2019年第1期。

体盈利即可;而一旦存在MFN条款,在信息透明和违约惩罚力度大的情况下,卖方不会倾向于给予任何买方折扣,除非降价带来的订单数量增加足以弥补损失。在有些情况下,卖方可能带有反竞争目的与众多买方签订MFN条款,从而锁定交易最低价格,破坏用以对抗寡头垄断定价的价格不确定性。

2. 致使价格一致,促进横向共谋。尽管MFN条款的性质是上下游经营者之间达成的纵向协议,但也有可能促成横向竞争者之间的共谋。不给予折扣的价格预期,为横向垄断协议的形成和维持提供了便利。平台经济中,PMFN条款通过减少卖方的价格多样性、改善竞争者监视彼此价格的能力促成上游销售者或供应商之间的共谋,从而降低了执行横向协议的成本,增加了全行业价格一致性的可能性,尤其是在代理模式下广义的PMFN中。价格一致性所造成的实际影响取决于平台的数量和规模、遵从条款的卖方数量、卖方与平台之间的议价能力以及品牌间竞争的情况等,当品牌间竞争仍旧存在时,即使品牌内存在价格一致性,但对整体竞争秩序造成的影响也是有限的。

3. 封锁市场。市场封锁(market foreclosure)或称纵向封锁(vertical foreclosure)是指当下游买方被拒绝联系上游供应商(上游封锁)或当上游供应商被拒绝联系下游买方(下游封锁)时导致的排除。^①自由竞争的市场中,已占据优势地位的经营者依赖规模经济、品牌效应和用户习惯等赢得大量用户并维持其经济地位,新进入市场的经营者往往通过设置更低价格敲开市场大门、获得竞争机会。但由于MFN条款,其他买方很难从上游卖方处获得折扣,压缩了对下游消费者的降价空间。平台经济中,市场封锁既可能针对在线卖方,也可能发生在平台之间,网络效应和双边市场规模可能会加剧市场封锁效应。

4. 软化竞争。PMFN条款可能会减少平台降低费用的积极性,造成软化平台间竞争(soften competition)的效果。批发分销模式下,双边市场上平台间开展竞争的载体一方面是提供给买者零售价格,另一方面是向卖者收取费用。平台为赢得竞争优势,有动力降低费用,进而促使零售价格降低。然而,在批发分销模式的PMFN条款下,平台即使降低费用,随之而来的零售价格降低都会立刻波及到其他平台,从而不能在价格竞争上产生影响。结果是各平台都不太倾向于减少费用,反而倾向于增加费用。

(三)对消费者福利的意见分歧:降低亦或提高价格水平

至于MFN条款对终端消费者价格的影响,经济学界仍存在争议。有观点认为, MFN条款有利于降低整体价格,因为可能的折扣将会波及所有买方。^②也有观点认为,由于卖方缺乏给予折扣的动力,可以预测MFN将导致平均价格上涨。^③不排除MFN条款促进价格共谋导致价格上涨的可能性。通过建立经济学模型和计算发现, PMFN使平台获得更大利润,同时减损了卖方利润、消费者剩余和社会福利。^④还有中立的观点认为, MFN条款对平均市场价格的总体影响从根本上说是模糊不清的,经济学理论没有提供普适性依据证明它导致价格总是提高或者总

^①See Christodoulos Stefanadis, Downstream Vertical Foreclosure and Upstream Innovation, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 45, No. 4, 1997: 445.

^②See Arnold Celnicker, A competitive Analysis of Most Favored Nation Clauses in Contracts between Health Care Providers and Insurers, *North Carolina Law Review*, Vol. 69, Issue 3, 1991: 880.

^③See Jonathan B. Baker, Judith A. Chevalier, The Competitive Consequences of Most-Favored-Nations Provisions, *Antitrust*, Vol. 27, No.2, 2013: 22-25; Steven C. Salop, Fiona Scott Morton, Developing an Administrable MFN Enforcement Policy, *Antitrust*, Vol. 27, Issue 2, 2013: 18-19; Fiona Scott Morton, The Strategic Response by Pharmaceutical Firms to the Medicaid Most-Favored-Customer Rules, *The RAND Journal of Economics*, Vol 28, Issue 2, 1997: 282-289.

^④See Masayoshi Maruyama, Yusuke Zenny, Platform Most-Favored-Customer Clauses and Investment Incentives, *Social Science Electronic Publishing*, 2018: 30-31.

是降低。在具体市场上评估MFN条款的竞争影响,更多的是一个实证性而非纯理论性的问题。^①

四、反垄断法律实践中MFN条款界定的差异和共识

自由放任和经济规制是处理政府与市场关系的两种做法。第二次世界大战后,西方发达国家普遍采用了较为中性的“混合经济”体制,我国改革开放后实际上也吸纳了该思想。在倡导自由公平竞争的今天,是否应当规制作为商业惯例的MFN条款,本质上取决于其对公共利益的损害是否逾越了当前法律容忍的限度。事实复杂多变,而法律相对固定,如何结合时代特点与主流理论以实现二者映射,并作出相应法律解释,是困扰规制者的难题。美国和欧盟这两个主要司法辖区的执法经验清晰地体现了不同法律体系理解的差异。

(一) 英美判例法下的界定:法院主导与观点分歧

理念、理论和政治的变化都可能导致经济政策和法律的调整。自1898年美国诉艾德士顿钢管公司案^②后,反托拉斯方面美国联邦法院基本上只适用《谢尔曼法》《克莱顿法》等法上的先例,本质上遵循普通法演进过程,形成目前判例法体系下的反托拉斯法。法院关于MFN条款的法律认定历经了探索过程,同时期行政执法机构的实践也产生重要影响,而判例法的发展还正在进行之中。

1. 观点一:不构成FTCA第5条项下“不公平竞争方法”。美国针对MFN条款的最早案件是1983年“乙基案”^③,案涉条款规定:“在同等商品质量和数量情况下,如果乙基公司销售给一家公司的价格低于给杜邦公司的价格,则杜邦可支付同等的低价。”^④联邦贸易委员会(Federal Trade Commission,简称“FTC”)认为,该条款减少了制造商打折动力,有助于建立价格下限,构成《联邦贸易委员会法案》(Federal Trade Commission Act,简称“FTCA”)第5条禁止的“不公平竞争方法”^⑤。但之后第二巡回法院推翻了FTC的决定,认为MFN条款的使用仅仅是为了确保消费者和标准石油等巨型企业相比不会处于竞争劣势,因而是合法的商业原因。^⑥

2. 观点二:不构成《谢尔曼法》第1条项下“联合、共谋”。接着,美国对医疗行业涉MFN条款展开系列调查。在1980年、1982年密歇根心理健康服务供应商和蓝十字与蓝盾公司的两个平行诉讼^⑦中,密歇根心理健康服务供应商承诺,向蓝十字与蓝盾公司收取覆盖服务的价格不高于向未纳入覆盖服务但享受类似服务病人收取的价格。密歇根东区地方法院认为,反垄断法禁止双方或多方达成固定向第三方收取商品或服务价格的协议,MFN条款并没有固定向第三方收取的价格,因而不构成直接或间接的价格固定。在另一个相关案件中,密歇根州上诉法院得出

^①See William J. Lynk, Some Basics about Most Favored Nation Contracts in Health Care Markets, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 45, Issue 2, 2000: 495-502.

^②*United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1899), affirmed, 175 U. S. 211, 20 S. Ct 96 (1899).

^③该案中,乙基公司向汽油精炼厂销售抗爆化合物,杜邦公司是下游一家石油公司。See *In re Ethyl Corp.*, 101 FTC 425 (1983). 此前,司法部还对电子设备产业的MFN条款展开过调查,并以和解令终止了该项调查。See *U.S. v. General Electric Co.*, 1977-2 Trade Cas. (CCH) 61660 (E. D. Pa. 1977) (consent decree).

^④*In re Ethyl Corp.*, 101 F.T.C. 425 (1983); *E.I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC*, 729 F. 2d 128 (2d Cir. 1984), p. 471.

^⑤FTCA第5条a款第1项规定:“商业中或影响商业的不公平的竞争方法是非法的;商业中或影响商业的不公平或欺骗性行为及惯例,是非法的。”15 U.S.C. § 45(a)(1) (1988).

^⑥被告抗辩认为,MFN条款实际上与《罗宾逊—帕特曼法案》(Robinson-Patman Act)一致,均禁止卖方对相同情况下的不同买方进行价格歧视。但委员会反对了该类比,认为法案只禁止不公平价格歧视,而MFN条款禁止任何形式的价格歧视。See *In re Ethyl Corp.*, 101 F.T.C. 425 (1983), at 632.

^⑦See *E.I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).

^⑧该案中,密歇根心理健康服务提供商向包括蓝十字与蓝盾公司在内的医疗保健公司提供心理健康服务。See *Blue Cross & Blue Shield v. Michigan Ass'n of Psychotherapy*, 1980-2 Trade Cas. (CCH) 163, 351 (E.D. Mich. 1980); *Michigan Ass'n of Psychotherapy Clinics v. Blue Cross & Blue Shield*, 118 Mich. App. 505, 325 N.W.2d 471, 1982.

了相似的结论,认为MFN条款的使用“只是良好的商业意识”。^①

3. 观点三:不构成《谢尔曼法》第2条项下“企图垄断”。在1987年基萨医师服务公司诉华盛顿牙科服务公司案^②中,原告诉称被告在牙科保险市场上实施了企图垄断行为。被告与牙医签订的MFN条款规定:“确保华盛顿牙科服务公司支付的价格不高于普通公众或其他供应商在相同服务中支付的价格,一旦发现违约,则允许华盛顿牙科服务将价格降低到同等水平。”^③根据第九巡回上诉法院确定的规则,原告必须证明被告符合以下因素:(1)控制价格或损害竞争的具体意图;(2)旨在实现非法目的的掠夺性或反竞争行为;(3)成功的危险概率;(4)具有因果关系的反竞争损害。^④法院以原告未证明为由驳回了对被告采取预先禁令的动议。

4. 观点四:不构成《谢尔曼法》第2条项下“垄断”。1989年海洋国家医师健康计划诉罗德岛蓝十字与蓝盾公司案^⑤中,被告与医生们签订了一项“谨慎购买者”政策,规定医生向被告收取的费用应不多于向其他医疗保险机构收取的费用。此后,原告与会员医生实施了一项“20%扣缴费用规则”,使实际价格低于报价的20%,被告知晓后也迅速减少支付20%的费用。由于被告在罗德岛涵盖的患者数量很大,大量医生选择与原告解约以恢复收入水平。第一巡回法院认为,《谢尔曼法》第2条禁止垄断行为而不禁止竞争,自由竞争是一场零和博弈,原告需证明被告行为超出了正常商业运作需要和技能范围,并且不必要地排除了医疗保险市场的竞争。法院分析了被告主观目的,认为其不符合“希望获得或者维持”垄断的主观要件。^⑥

5. 观点五:PMFN条款使用构成《谢尔曼法》第1条项下“联合、共谋”。苹果电子书案^⑦展示了美国对PMFN条款的基本规制态度。电子书销售市场上,亚马逊公司早期占据较大份额,并拥有线上销售平台。亚马逊作为零售商与上游出版商达成批发分销协议,即由出版商销售给亚马逊,再由后者销售给消费者,并统一定价为9.99美元。2009年,苹果公司推出iBookstore产品,直接与亚马逊销售平台展开竞争。为获竞争优势,苹果与美国六家主要出版公司谈判,最终与五家约定采取代理分销模式,即由苹果收取30%的佣金代理销售电子书,由出版商确定销售给客户的价格,且“出版商在iBookstore中的客户价格高于或变得高于在其他销售平台的标价时,出版商应对照该更低标价在iBookstore上制定新的低价”^⑧。由于出版商不能承受以9.99美元销售所有电子书,因此不得不与亚马逊终止了批发分销模式。2012年,美国司法部和33个州和地方在纽约南区地方法院提起诉讼,认为苹果公司该行为违反了《谢尔曼法》第1条和州反垄断法。地方法院肯定了该指控,并发布禁令。第二巡回上诉法院2015年维持原判。

6. 观点六:广义PMFN和狭义PMFN在限制竞争效果上的差异。2014年,英国竞争市场管理局(Competition Markets Authority,简称“CMA”)发布了对私人汽车保险市场的调查报告,尤其关

①See Michigan Asso. of Psychotherapy Clinics v. Blue Cross & Blue Shield, 118 Mich. App. 505, 325 N.W.2d 471, 1982.

②Kitsap Physician Service v. Washington Dental Service, 671 F. Supp. 1267(W.D. Wash. 1987).

③Kitsap Physician Service v. Washington Dental Service, 671 F. Supp. 1267(W.D. Wash. 1987).

④See Wiluam. Holms, Antitrust Law Handbook, 1992, § 2.04; Movie 1 & 2 v. United Artists Communications, Inc., 1990-1 Trade Cas. (CCH)169,029(9th Cir. 1990).

⑤该案中,原告海洋国家医师健康计划是一家医疗保险组织,被告罗德岛蓝十字与蓝盾公司是一家医疗保险公司。See Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of Rhode Island, 883 F.2d 1101(1st Cir. 1989), cert. denied, 494 U.S. 1027(1990).

⑥See Ocean State, 883 F.2d at 1110; Barry Wright Corp. v. ITr Grinnell Corp., 724 F.2d 227, 230(1st Cir. 1983); citing Greyhound Computer Corp. v. International Business Machines Corp., 559 F.2d 488, 498(9th Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1040(1978).

⑦United States v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d 638(S.D.N.Y. 2013), aff'd, 791 F. 3d 290(2d Cir. 2015).

⑧United States v. Apple, Inc., 791 F.3d 290(2d Cir. 2015).

注汽车保险比价网站与保险提供商签订的MFN条款之竞争问题。CMA认为,狭义的MFN条款是合法手段,可以建立消费者信任、提高服务质量、增加品牌间竞争;而广义的MFN条款削弱了价格竞争,导致新竞争者进入市场困难、减少创新、提高佣金费用、造成高额的保险费用。^①

(二) 欧陆成文法下的界定: 纷繁调查与近似观点

欧盟通过条例、指南等形式对《欧盟运行条约》(the Treaty on the Functioning of the European Union, 简称“TFEU”)第101、第102条的竞争法规定进行补充,有更为详细化的趋势,特定行为类型化数量攀升。但目前尚未对MFN条款做类型化规定,实践中主要通过援引适用和解释既有规范性文件的方式处理。

1. 观点一: 是否构成TFEU第101条第1款第1项下“垄断协议”。2002年5月,欧委会调查了好莱坞电影制片厂和欧洲付费电视服务提供商之间的“输出条款”。制片厂借助“输出条款”,要求付费电视服务提供商向其购买电影制品所支付的价格不得低于其向其他工作室支付的价格。委员会认为这些条款导致了一个反竞争的联盟。不过,在六个工作室决定撤销“输出条款”之后,委员会于2004年中止了调查。^②

2. 观点二: PMFN是否违反TFEU第102条“滥用市场支配地位”。2010年开始,澳、法、德、意、英等至少10个国家的竞争主管部门(National Competition Authorities, 简称“NCAs”)已对在线酒店预订市场中的MFN条款展开了系列调查。欧委会也调查了一些OTA、比价网站(price comparison websites, 简称“PCWs”)、旅馆预定服务(Hotel Reservation Service, 简称“HRS”)等平台的MFN条款,但大部分都终止了调查。大部分NCAs将PMFN视为潜在地违反TFEU第101条或成员国竞争法的类似规定,具有市场支配地位的公司实施的PMFN也可能视为违反第102条。2013年德国联邦卡特尔局对酒店在线预订服务商HRS公司与合作酒店的MFN条款展开调查,认定其违反德国反限制竞争法案第1条及TFEU第101条第1款且不能适用第3款的豁免。^③

2015年,欧委员对亚马逊公司在电子书市场的MFN条款展开调查。^④亚马逊与出版商签订了包括价格平价条款、折扣池规定、零售价格通知等在内的MFN条款,要求出版商在价格和非价格等多方面给予亚马逊最惠待遇。委员会认为亚马逊滥用了市场支配地位,这些条款削弱了出版商支持其他竞争者的动力,减少了差异化从而阻碍新的市场进入和市场拓展,使平台不再有动力开发新的商业模式,减少了消费者选择并提高消费者价格,并在2017年发布了正式承诺决定。^⑤

(三) 经验比较: 跨大西洋两大司法辖区对MFN条款的差异与共识

总而言之, MFN条款作为全球普遍使用的商业条款,在不同司法辖区受到的规制呈现不同特点。例如,从规制时间看,美国早期对基础MFN条款开展了大量实践,而欧盟对数字经济的敏锐性使PMFN条款规制实践最早发生于欧洲;从法律依据来看,美欧分属两大法系,法律依据和适用条款争议存在区别;从规制内容看,增添了平台经济特有色彩的PMFN是基础MFN的

^①See Private Motor Insurance Market Investigation, March 18, 2015, GOV.UK, <https://www.gov.uk/cma-cases/private-motor-insurance-market-investigation>, accessed on August 21, 2019.

^②See Commission closes investigation into contracts of six Hollywood Studios with European Pau-TVs, October 26, 2004, European Commission, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-0401314_en.htm, accessed on May 22, 2019.

^③See Narrow “Best Price” Clauses of Booking Also Anticompetitive, December 23, 2015, Bundeskartellamt, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html, accessed on August 21, 2019.

^④See Antitrust: Commission opens formal investigation into Amazon’s ebook distribution arrangements, 11 June 2015, European Commission, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5166, accessed on August 21, 2019.

^⑤See Benno Buehler, Daniel Coublucq, Cyril Hariton, et al, Recent Development at DG Competition: 2016/2017, Review of Industrial Organization, 2017: 420.

复杂形式,近年来均成为欧美的规制重点;从形式程序来看,均出现了行政执法和司法审判并行现象且两种主体意见存在分歧;从规制结果来看,模糊不清的经济学理论、匮乏的实证调查、理论预测下经验性证据的运用,都致使最终结论仍是令人困惑的。

现有实践均采取事实基础上的个案分析方式,事先不判定MFN条款本身违法,而是结合案件行业特征分析经济影响,逐案解决问题。正如莱昂纳多·达芬奇所言,“智慧是经验的产儿”,学术研究的目的即是提炼普适性意义,凝聚理论共识,并指导立法作出专门规定,从而更直接地指导法律实践,节约法律成本。从上述实践来看,评估框架正在逐渐形成,两大司法辖区至少在以下四方面存在共识:其一,注重分析MFN条款的经济效果;其二,法律界定集中于纵向限制,部分涉及横向限制和滥用市场支配地位行为;其三,区分对待代理分销模式和批发分销模式下的MFN条款;其四,关注数字经济下平台监管的特殊问题。

五、互联网平台经济下我国对MFN条款的规制思路与建议

中共十九大报告指出,创新是引领发展的第一动力,是建设现代化经济体系的战略支撑,应加强研究,为建设科技强国、网络强国、数字中国提供有力支撑。^①经济学竞争悖论表明,自由竞争造成垄断,垄断反过来会限制竞争。为更好地促进自由公平的竞争,在互联网市场上应进行经济法规制,克服市场失灵问题。从我国互联网市场目前的经济动态和规制状况来看,尽管已出现众多需要规制的行为,并已然对竞争造成了不合理的限制,但执法机关基于审慎监管原则,还未主动对该市场的垄断现象展开调查。法院受理了部分与网络经济有关的反垄断案件,^②但在网络经济规律认识、经济分析方法运用等方面仍须进一步加强。执法和司法实践都亟需理论界对互联网经济下的反垄断政策作出充分阐释。

就互联网平台经济下的MFN条款规制而言,我国既无执法实践又无司法实践,既无对基础MFN条款的规制又无对PMFN条款的规制,但现实中大量存在相关问题。尤其在全球竞争、扩大对外开放背景下,为贯彻落实创新发展理念,助力维护互联网经济秩序,加快建设现代化国家,前瞻性研究需要对规制路径开展具体探讨。

(一) 现行法下MFN条款可能构成的垄断行为

借鉴欧美实践经验,尽管美国早期对MFN条款的法律界定涉及“不公平竞争方法”“企图垄断”“垄断”,但近年判例有逐渐集中于纵向限制界定的趋势。MFN条款签订双方处于产业链的上下游,主要涉及纵向限制,包括转售价格维持(resale price maintenance,简称“RPM”)和纵向划分市场、客户限制等非价格限制。但有两个界定为横向限制的例外案件,一是美国的苹果电子书案,法院认为苹果公司参与并促使了一项横向价格固定的共谋;二是德国对亚马逊的调查,执法机关认为,由于亚马逊同时是平台供应商和平台,因而与其他平台供应商的协议同时也是横向协议。^③此外,欧委会对亚马逊电子书案的调查后认为其构成滥用市场支配地位。作为纵向限制最典型的形式,RPM是指生产商或供应商要求下游经销商只能以其规定的价格进行转售,美国《谢尔曼法》第1条、欧盟《纵向限制指南》第六部分第2.10条分别作出了相关规定。从行为要件看,RPM和MFN存在较大区别:前者限制的是产业链不同环节经销商给下游零售商或消费者的价格,后者限制的是经销商与上游其他生产商或供应商的价格;前者限制的是转售价

^①参见习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,《人民日报》2017年10月28日第1版。

^②如奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案、杨志勇诉中国移动等超高价及协同行为案等,参见广东省高级人民法院(2011)粤高法民三初字第2号民事判决、上海市高级人民法院(2015)沪高民三(知)终字第23号民事判决。

^③See Bundeskartellamt, Case B6-46/12, 9 December 2013.

格,后者限制的是交易价格。因此,二者分属于不同行为。但二者同作为纵向限制的类型,具有部分相似的经济效果:其一,减少搭便车行为;其二,封锁市场;其三,提高市场价格透明度,促进横向共谋。我国语境下,私权利“法无禁止即可为”,根据经济法调制法定原则,目前法律尚未对MFN条款作出禁止规定,因而规制须审慎。在现行《反垄断法》下,MFN条款可能构成的垄断行为包括纵向垄断协议、横向垄断协议和滥用市场支配地位。

首先,基础的MFN条款、批发分销模式下的MFN条款均是由产业链上下游经营者签订的,因而一般情况下二者达成的协议构成纵向协议。MFN与RPM存在较大区别,在现行法下可依《反垄断法》第14条第3款“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”处理。

其次,特殊情况下,当行业内大多数供应商和经销商均签订基础的MFN条款、批发分销模式下的PMFN条款时,在不考虑价格以外其他条件的情况下,特定供应商不得不对所有的经销商收取同样的价格,这构成了具有竞争关系的经销商之间的横向垄断协议,而证明经销商之间的意思联络是重点。此外,代理分销模式下的PMFN条款更可能构成横向垄断协议。卖方与作为代理人的平台之间不是纵向关系,不可能构成纵向协议。平台上的价格信息高度透明,当几个平台经营者均与上游供应商签订代理分销模式的PMFN条款时,特定经销商在这几个平台上提供的商品必须采取同样的价格,平台之间的价格竞争被削弱了,转而以服务竞争吸引消费者,此情形构成平台之间的横向垄断协议。可按照最新实施的《禁止垄断协议暂行规定》第7条第3款“禁止具有竞争关系的经营者就商品或者服务价格达成限制参与协议经营者的自主定价权的垄断协议”界定。

最后,当MFN条款中的买者或者PMFN条款中的平台占有市场支配地位时,可能构成滥用市场支配地位行为。卖者不倾向于主动使用MFN,但当交易方具有市场支配地位的情况下,不得不接受条款。此时该交易方构成《反垄断法》第17条第1款第7项“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”。尤其是在互联网行业,平台占据市场支配地位的情况比较常见,因而PMFN条款更容易被认定为滥用市场支配地位。

(二)注重经济分析,考察个案中MFN条款的竞争效果

对MFN条款适用合理原则,是美国法院的惯常做法。合理原则是1911年美国最高法院首席大法官爱德华·道格拉斯·怀特(Edward Douglass White)在审理标准石油公司诉美国案^①中提出的,经过后续判例的补充,渐与本身违法原则一同构成反托拉斯法的重要原则。目前,本身违法原则主要适用于价格固定和分割市场协议,一部分联合抵制行为、协同拒绝交易以及一些搭售安排;而由于纵向限制在目的和效果方面存在争议,因而主要适用合理原则。欧盟做了大致相似的区分,将竞争限制评估原则分为“依目的”(by object)和“依效果”(by effect)。《欧盟运行条约》第101条第1款即禁止具有阻止、限制或扭曲共同市场内竞争的目的或者效果的协议、决定或协同行为。“依目的限制”和“依效果限制”的区别在于,前者禁止的合谋对竞争造成了严重损害以至于没有必要去检验其实际或潜在的效果。欧委会认为最主要的三种依目的限制行为是价格固定、产量限制和分割市场协议,相当于核心限制,无法适用安全港和豁免规定。^②尽管MFN条款更多涉及纵向限制,因而美欧分别适用了合理原则和依效果方式进行审查,除非该条款主要涉及横向市场竞争。竞争主管机关集中分析MFN条款两方面的影响,即减少价格竞争和制造进入壁垒。在PMFN条款的竞争效果审查方面,执法机构提出了“损害理论”(theories of

^①Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619(1911).

^②See Commission Staff Working Document: Guidance on Restriction of Competition “by Object” for the Purpose of Defining which Agreements may Benefit from the De Minimis Notice, June 3, 2015, European Commission, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf, accessed on August 22, 2019.

harm, 简称“TOH”)归纳PMFN可能对竞争造成的三类损害:共谋、封锁、软化竞争。^①

以此为鉴,我国对MFN条款进行审查应重视运用经济学方法考察其竞争效果。虽然我国反垄断法未明确规定适用合理原则或依效果审查,但无论执法机构还是司法机构都采取了类似做法:反垄断执法方面,从行政处罚决定书来看,对垄断协议的认定大致采取了“行为+对应法条+效果+豁免”^②或“行为+效果+对应法条”^③的认定思路,适用“禁止+豁免”原则,考虑违法性和合理性两个方面,注重使用经济分析方法具体分析其对市场竞争产生的损害、对消费者福利的减损等,论证违法行为的性质、严重程度,作为处罚的主要考量因素。最新实施的《禁止垄断协议暂行规定》第13条第1款规定:“不属于本规定第七条至第十二条所列情形的其他协议、决定或者协同行为,有证据证明排除、限制竞争的,应当认定为垄断协议并予以禁止。”《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第11条专门规定了互联网等新业态经营者具有市场支配地位的情形,认为可以考虑相关行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素。此外,反垄断司法方面,从民事诉讼判决书来看,法院裁判垄断协议案件采取了侵权行为认定路径,需符合三个要件,即存在垄断协议、当事人利益受损、垄断协议与当事人利益受损之间存在因果关系。其中第一项要件之构成要素包括存在排除、限制竞争的影响。^④滥用市场支配地位案件的裁判,大致符合“相关市场界定+市场支配地位认定+滥用市场支配地位行为认定”的逻辑,过程也均考虑了经济因素。^⑤由于MFN条款兼具积极和消极效果,因而应充分重视个案经济分析。

(三)革新数字经济下的平台监管

随着数字经济的发展,在线多边平台正处于一波又一波的创造性毁灭浪潮之中。互联网的双边市场、网络效应、创新竞争、用户粘性、动态竞争等特性在带来商业模式变革的同时也考验着法律规制的创新。为应对监管环境变化,世界各国已然开启探索进程。美国自1998年微软案后将新的执法方法应用于高科技市场、创新产业和创新实践。欧盟及成员国也积极倡导在线平台事前监管、平台中立义务、竞争执法的全面改进等。我国过去10年在互联网市场上开展的反垄断司法实践已初具规模,引发了学术界和实务界对互联网经济理论与反垄断政策的热烈探讨。面对平台经济与传统经济的差异,美国反垄断现代化委员会依靠现代反垄断法的灵活性以确保在线市场竞争性的做法值得借鉴。法律的发展与革新并不是放弃原有的标准和方法,这只会导致陷入主观主义的泥淖,而应在既有的制度体系基础上转换视角、调整方法。以基础的相关市场界定为例,互联网产业上双边市场特性导致市场选定困难,创新竞争导致价格导向方法的使用存在困境,用户粘性导致虚假的需求替代,软件功能替代性导致可替代范围划定的困难,地域市场无国界导致界定标准模糊化。对此,可对传统相关市场界定方法进行适当调整:

^①See Justina Sim, Lip Hang Poh, Calvin Tay, Do Retail MFN Clauses Lead to Softening of Competition? *Asian Journal of Law and Economics*, Vol. 7, Issue. 1, 2016: 102.

^②参见《国家发展和改革委员会行政处罚决定书》(发改办价监处罚(2013)1-6号)、《国家发展和改革委员会免除行政处罚决定书》(发改办价监免(2013)1-3号)。

^③参见贵州省物价局《行政处罚决定书》(黔价处(2013)1号)、四川省发改委《行政处罚决定书》(川发改价监处(2013)1号)。

^④参见《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民事判决书》((2012)沪高民三(知)终字第63号)、《东莞市横沥国昌电器商店与东莞市晟世欣兴格力贸易有限公司、东莞市合时电器有限公司纵向垄断协议纠纷二审民事裁定书》((2012)粤民辖终273号)。

^⑤参见《北京奇虎科技有限公司与腾讯科技(深圳)有限公司等滥用市场支配地位纠纷上诉案》((2013)民三终字第4号)、《华为技术有限公司与IDC公司滥用市场支配地位纠纷上诉案》((2013)粤高法民三终字第306号)。

首先,选择多边市场中的优先变化市场作为分析对象;其次,运用需求替代、供给替代、SSNIP等方法对相关产品市场进行分析,注意价格因素在互联网市场中地位的弱化,区分不同产品特性,对综合性产品与单一性产品的替代性特殊考量;最后,运用SSNIP方法对相关地域市场进行界定的同时注重互联网管制对相关地域市场界定的影响。在互联网市场支配地位认定、新型市场支配地位行为认定、新型垄断协议界定等方面,均可遵守在差异基础上逐一调整传统标准的方法。

六、结 论

商业世界变动不居,以“促进自由公平竞争、维护市场秩序”为宗旨的竞争法采取了行为主义的负向规制范式,摘损对市场竞争和消费者福利具有较大危害的特定行为予以禁止。基础MFN条款及互联网平台经济下衍生的PMFN条款在现代商业实践中广泛存在,并以其复杂性引发了理论和实践的困惑,其规制已为急务。把握MFN条款的法律形式和经济实质,并对近半个世纪以来的执法司法实践总结剖析,可对我国即将开展的实践活动提供参考:针对MFN条款在不同情况下可能构成纵向垄断协议、横向垄断协议和滥用市场支配地位行为,应采用合理原则和依效果分析的方法,结合经济学评估方法解析其经济效果,PMFN和基础MFN存在较大差别,前者的监管应在数字经济背景下开启思维和方法的创新。

科技进步推动历史年轮向前迈进,新时代、新技术给经济、社会、法律带来了新的冲击和挑战。在纷繁复杂的新兴事物中,我们期冀提炼共通性的规律,继往开来,解决当前难题,这是理论的价值和意义所在。互联网平台经济给法律带来的革新在于,法律要调整自我以解决新环境下的传统问题。对于专注市场竞争秩序的竞争法而言,熟悉了解新环境的特性,并对既往的垄断行为和不正当竞争行为认定标准按照审慎原则进行扩张解释,以至设立新的禁止性行为范式,是新时代下法律体系内部的发展方向。《反垄断法》修订中专家建议稿增加“网络平台经营者不得组织或者协调平台内的经营者达成本章禁止的垄断协议”条款的提议体现了该趋势。展望未来以PMFN条款为代表的互联网平台竞争法规制,尚有三个方向值得进一步努力:一是将互联网平台经济的理解从经济学落实到经济法。近年来已有不少经济学研究对数字经济、平台经济、网络经济、共享经济等概念达成一定共识,但这些成果在我国法律适用上的融入并不突出。可以参照假定垄断者测试在《关于相关市场界的指南》中的规定,将受到广泛认可的经济学方法落实到行政法规等规范性文件中。二是强调竞争法和竞争政策的灵活性。从《谢尔曼法》颁布以来,市场竞争不断变化,竞争法适用标准的探索也不曾停歇,实践一直是推动法律进步的动力。为更具体地指导实践,有必要以制定《反垄断指南》的方式对互联网行业的竞争政策适用标准作出详细规定。三是投入国际竞争潮流,加强国际合作。为进一步扩大对外开放,放松管制的互联网产业国际竞争已是大势所趋。只有完善立法,才能从容开展和应对国际反垄断调查;只有加强合作,才能推动国际市场在新时代走向繁荣。

主要参考文献:

- [1] 时建中,张艳华. 互联网产业的反垄断法与经济学[M]. 北京:法律出版社,2018.
- [2] 吴汉洪. 互联网经济的理论与反垄断政策探讨[J]. 财经问题研究,2018,(9).
- [3] 肖江平. 新反不正当竞争法的主要进步[J]. 中国市场监管研究,2017,(12).
- [4] 熊鸿儒. 数字经济时代反垄断规制的主要挑战与国际经验[J]. 经济纵横,2019,(7).
- [5] 张守文. 当代中国经济法理论的新视域[M]. 北京:中国人民大学出版社,2018.
- [6] 范冠峰. 法制视野下的社会治理困境与解决路径研究[J]. 齐鲁学刊,2019,(4).

Antitrust Regulation against MFN Clauses in the Internet Platform Economy

Tan Chen

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Summary: Signing most-favored-nation clauses on prices between private entities on Internet platforms is a commercial practice that has emerged in recent years. It is also an essential concern of Draft Anti-Monopoly Law (expert opinion) which proposes an innovative provision regarding monopoly agreements between Internet platform operators. Looking beyond the borders, both the United States and the European Union have made the regulation of Platform MFN clauses an important issue. In this new era, when regulatory innovation in the new economy has become a trend of law development, in view of the reality that problems are widespread but solutions are lacking, it is necessary to explore the regulatory path of MFN clauses in an innovative way. From the perspectives of basic structure and economic motivation, there are big differences between basic MFN clauses in the traditional market and PMFN clauses in the Internet market. Although both contain “most-favored-nation” treatment requirements, the latter involves a wider range of subjects and more complicated legal relations, and may have commissions, in addition, platforms become contracting parties in PMFN, all of which make economic analyses in specific cases very different. Through economic analysis, it can be found that the rationality of MFN clauses is reflected in their effects of promoting competition, including prevention of price discrimination, reduction of free-riding problem on the platform, prevention of hold-up question and delay, and reduction of transaction costs. At the same time, their effects of restricting competition, such as reduction of price uncertainty, promotion of horizontal collusion, market foreclosure and softening of competition, will increase the risks in market competition. Making a comprehensive survey and review on relevant regulatory practices in the United States and the European Union over the past half century, it can be concluded that although the two jurisdictions have their own characteristics in aspects of legal basis, regulatory content, procedure, and final result, they have a consensus on at least four sides: both focus on analyzing economic effects, both tend to define these behaviors as vertical restrictions, both distinguish between agent distribution and wholesale distribution models, and both pay close attention to platform supervision in the digital economy. Following regulatory recommendations can be summarized: First, it is advisable to define types of monopolistic behaviors MFN clauses may constitute under current law. Second, the competition effects in a case should be examined through economic analysis. Last but not least, platform supervision must be reformed in the Internet platform economy.

Key words: platform economy; MFN clauses; PMFN clauses; antitrust law; regulatory innovation

(责任编辑: 倪建文)