

# 从PMFN条款视域评析头部主播的低价垄断

宋佳丽

南京林业大学马克思主义学院, 江苏 南京

收稿日期: 2023年11月27日; 录用日期: 2023年12月12日; 发布日期: 2024年2月19日

## 摘要

电商直播模式下, 头部主播话语权大, 通过对PMFN条款的产生动因、内容、影响进行研究, 头部主播与品牌方签订低价协议是一种典型广义PMFN条款。这会限制正向平衡的市场竞争, 损害品牌方自主定价权以及绝大多数消费者的权益, 对其进行法律规制的必要性不言而喻。对其进行规制的评估过程中, 存在头部主播垄断地位和滥用市场支配地位界定模糊的困境; 在对其进行规制处理的过程中, 存在规制的原则在执法部门与司法部门存在分歧的困境。笔者认为应当增加“独立性”判断标准, 从经济因素判断服务主体并且明确以合理原则为主, 本身违法原则为辅的规制格局, 期以保障消费者的购买权和选择权, 促进直播产业的健康发展。

## 关键词

电商直播, PMFN条款, 低价垄断, 头部主播, 法律规制

# Analyzing the Low Price Monopoly of Top Anchors from the Perspective of PMFN Terms

Jiali Song

School of Marxism, Nanjing Forestry University, Nanjing Jiangsu

Received: Nov. 27<sup>th</sup>, 2023; accepted: Dec. 12<sup>th</sup>, 2023; published: Feb. 19<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

In the mode of e-commerce live broadcasting, the head anchor has a big right to speak. Through the research on the cause, content and impact of PMFN terms, the signing of a low-cost agreement between the head anchor and the brand is a typical generalized PMFN term. This will restrict the positive and balanced market competition, damage the independent pricing power of the brand

and the rights and interests of the vast majority of consumers, and the necessity of legal regulation is self-evident. In the process of regulation evaluation, there is a dilemma that the head anchor's monopoly position and the abuse of market dominant position are blurred. In the process of regulating it, there is a dilemma that the principle of regulation is different between the law enforcement department and the judicial department. The author believes that we should increase the "independence" judgment standard, judge the service subject from economic factors, and clarify the regulatory pattern based on the principle of rationality, supplemented by the principle of lawbreaking, in order to protect consumers' purchase right and choice, and promote the healthy development of the live broadcast industry.

## Keywords

E-Commerce Live Streaming, PMFN Terms, Low Price Monopoly, Top Anchor, Legal Regulation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

10月24日早上, 京东采销员工储某与朋友圈直击头部主播李某“二选一”, 该员工称京东收到了海氏烤箱的律师函, 由于京东自营直播店的价格低于头部主播李某的直播间售出价格而触发“底线协议”, 与此同时, “疯狂小杨哥”直播间怒斥头部主播价格垄断, 指出之所以全网价格最低是因为签订“低价协议”, 很多选品只有他可以卖, 只有他能卖低价, 否则便要支付巨额违约金<sup>1</sup>。此类事件中, 关于品牌商与主播合作中要求该商品不得在任何销售渠道低于该主播直播间的价格的行为引发争论。一种观点认为主播方与品牌方经谈判达成一致的最低价是一种市场行为, 双方在双赢的基础上合作, 不涉及垄断问题[1]。另一种观点认为主播方是在实施低价垄断[2]。11月7日, 上海市市场监督管理局发布了《上海市网络直播营销活动合规指引(2023年修订版)》中明确规定不应要求平台内经营者签订“最低价协议”或其他不合理排他性强制条款<sup>2</sup>。本文就上述事件, 基于电商直播框架下对PMFN条款的概述, 以及反垄断中规制的困境和建议展开研究。

## 2. 电商直播模式下 PMFN 条款概述

电商头部主播及其团队与品牌签订低价保障协议进而对其他销售渠道的价格有所限制, 本文认为这属于“平台最惠国条款”(Platform Most Favored Nation Clause, 简称 PMFN 条款)。PMFN 条款的概念源于国际贸易中的“最惠国待遇条款”, 指在平台经济中供应商向平台方承诺不会给予平台商的竞争对手更为优惠的交易条件, 若有更为优惠的交易条件, 将自动惠及该平台[3]。生产力的发展不可避免, 随着我国新媒体产业的发展, 电子商务营销模式的更新迭代, 电商直播成为各平台内品牌商家营销产品, 销售产品的强势阵地。所以 PMFN 条款具有新的表现形式, 下文将从产生动因、内容、影响进行论述。

### 2.1. PMFN 条款下“价格垄断”的产生动因

电商头部主播具有非常大的影响力以及非常大体量的粉丝, 并且粉丝黏性高, 购买几率大, 变现快。

<sup>1</sup>《李佳琦遭多方围攻背后: 顶流主播们为你打下的最低价涉嫌垄断吗?》, 载湖南日报, 2023年10月26日,

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1780775845080977223&wfr=spider&for=pc>

<sup>2</sup>《上海市网络直播营销活动合规指引》第6条第1项 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1782159614480588000&wfr=spider&for=pc>

头部主播其影响力与直播效果呈现正相关，能够更加吸引用户的关注以及观看直播间，从而为品牌方和平台提供更多浏览和更高的销售额。头部主播与品牌商家签订“低价协议”旨在通过赋予头部主播最具有竞争力的权益以及品牌商家维护该协议的义务。可以说，电商直播背景下 PMFN 条款是品牌商家定价，而头部主播是对价格垄断的着力点。一方面，有利于产品推广。通过直播的方式头部主播对产品进行“对话式”营销，这能够快速、极大地提高产品销售额。“对话式”营销与强硬的弹出广告，横幅等方式不同，用户抵触较低并且已经具有购买意向，并且对头部主播口碑的信任，达成整个交易环节阻力较小。头部主播直播间浏览人数数量巨大，即使没有达成购买行为，也是一次成功的产品推广行为。另一方面，有利于减少供应链仓储成本。促销期间大部分销量都源于头部主播直播间，电商直播中头部主播拿到的选品库存可以有效对产品生产，储存，运输等环节进行调控。通过对头部主播可以将产品从生产加工的商家直接送到消费者手上。一体化的供应链可以节约运输过程以及仓储的费用。

## 2.2. PMFN 条款下“低价协议”的内容

PMFN 分为广义的和狭义的。广义的 PMFN 要求供应商为签约平台设定的价格不得超过其在任何其他平台上设定的价格，包括供应商自营平台；狭义的 PMFN 仅要求供应商为签约平台提供的价格低于供应商自营平台设定的价格<sup>[4]</sup>。品牌方与头部主播签订的“低价协议”虽然是双方自愿的产物，但却与其它直播渠道息息相关。此类协议直接涉及品牌方，电商平台，消费者。最低价格的设计会直接影响到消费者的购买行为，间接会造成其他电商竞争者价格的制定，甚至线下分销门店价格制定。“低价协议”为广义 PMFN 的典范。

## 2.3. PMFN 条款下“低价协议”的影响

品牌商与头部主播签订“低价协议”会引发企业共谋以及排他效应。签订协议意味着头部主播所处平台获得了价格优势，如果此协议未签订，平台很可能为了吸引品牌商而降低品牌佣金，而品牌商也可以因为减少了成本而降低价格从而获得更高的成交量。所以未签订“低价协议”各电商平台自降佣金争夺较低价的状况，其受益人是消费者。反之，签订协议，平台具有较其它渠道享受低价的权益，无需降低反而可能拔高佣金以谋取利益。对此品牌方只能通过提价而保证自己的收益更胜者会通过提价来谋取利益，会产生一定的共谋效应。对于其他竞争者而言，整个行业被迫提高价格，其他渠道无法通过降低价格来获取用户，这种排他效应只会抬高商品的价格和削弱竞争，强化了对价格的垄断。

## 3. 垄断协议下电商直播模式 PMFN 条款规制的重要性

### 3.1. 限制正向平衡的市场竞争

从整体上讲，PMFN 条款一方面会促进市场竞争。一是保证获得较低的市场价格。这促使主播在直播过程中会更加关注服务的质量，选品创新而不是价格，在保障市场秩序的同时可以有效提高消费者的福利。二是有效减少谈判成本。PMFN 条款可以大大提高品牌方与主播的谈判效率，有利于双方合作的长期稳固。三是预防了“搭便车”相关行动。搭便车是指消费者在达成交易前，基于一个平台获取了有效信息，进而转向另一个平台达成交易行为。PMFN 条款能够有效避免搭便车行为，防止市场失灵。

另一方面 PMFN 条款也会产生一定的反竞争效果。一是降低品牌商之间价格竞争。若签订“低价协议”必然会促进销量的提高，若此种行为同步至各个渠道则会对平台的利润产生影响，由此品牌方的降价倾向减弱。品牌方通过佣金来交换头部主播的营销活动，当平台提高佣金时，品牌方剩余利润相应减少，品牌方倾向于提高商品的价格，把增加的佣金成本转嫁到消费者身上。有研究指出，平台通过 PMFN

条款可以获得更大经济收益，并损害经营者利润、消费者福利以及社会公共利益<sup>3</sup>。二是产生横向共谋。主播与品牌商签订的协议可能会造成协同效应，统一市场的价格，阻碍市场竞争。签订“低价协议”对主播和品牌方双方都具有好处，并且违约金数额较大，通常不会违约，就此造成了品牌方遵守低价的承诺，不利于其它渠道的市场竞争。三是加大新进入市场的进入成本。对于新进入经营者而言，通过低价策略而扩大市场是有强有力的措施。但头部主播可以利用 PMFN 条款进行产品的价格垄断，获得相对价格优势，其他体量的主播很难与其抗衡。只能将目光放在成本较高的营销、品牌影响力、目标顾客的获取上，这会使得本就不具备什么竞争力的新进入者更难进入市场。四是强化寡头垄断格局。与传统实体业不同，数字经济市场先发优势难以超越，一旦获得了较大的市场份额以及忠实的客户基础其市场地位往往难以动摇。在双十一这种大体量的活动中，头部主播话语权相对较大，能够通过相对低价吸引观看直播，又以本身所吸引的观看量与品牌方谈判，不断巩固其头部地位。加剧了“一个人干倒一个平台”的超级大主播市场封锁。头部主播所在平台可以利用优势积累消费者，在多边市场中获得比较优势。

正是因为 PMFN 条款具有一定的促进竞争的作用，这常常是其抗辩的理由对于特定场景下的 PMFN 条款产生的市场竞争效果需要进行综合的考量。

### 3.2. 损害品牌方自主定价权

PMFN 条款在一定程度上会影响品牌方的自主定价权，从理论上讲，品牌方可以自主决定各个渠道的优惠力度，这是他享有的权益。目前直播大促已经成为品牌方营销的主要阵地，品牌方不得不以让渡定价权的方式与头部主播签订 PMFN 条款，否则很有可能会丢失掉现有市场以及潜在市场。此外，若与拒绝品牌方的 PMFN 条款也会导致区别对待，比如价格差异，库存量的大小，链接上架时间与展示方式，讲述商品信息差异等等，无形中加大了垄断效果。

### 3.3. 损害大多数消费者的权益

从表面看，PMFN 是为消费者争取的低价和优惠，事实上却伤害了消费者的权益，一是电商直播模式下，低价优惠的范围较小。只有签订 PMFN 条款的平台享有低价优惠权益，惠及的仅仅是直播间特定时间段内下单的少数消费者，而损害了绝大多数消费者的权益。二是签订 PMFN 条款会导致商家丧失降价的经济动机。品牌方与主播签订后，价格敏感型消费者都会直接选择签订协议的主播进行购买，此类人群不可能再去官方自营店或者分销店铺进行购买，所以品牌方丧失降价的动机，也就限制了消费者在其它渠道买到价格低的产品可能。三是消耗消费者花费大量时间成本。数字经济时代，注意力也是一种“劳动力”，由于电商直播模式的顺序性，一元性以及促销秒杀和库存等限制，而为了吸引观看者的注意力，主播常常采取定时抽奖和发放优惠价卷等策略留住观看者和促进消费。若想以最优惠的价格购买到心仪的产品需要长时间关注直播间的动态。

## 4. 头部主播低价垄断条款的规制困境

### 4.1. 头部主播垄断界定模糊

电商直播模式与品牌方之间的商业模式为“代理商业模式”，这是指电商直播平台不具有产品的所有权，也无法决定其定价，仅仅是作为为品牌方进行销售活动的代理并向品牌方收取一定量的佣金。其中佣金包括一次性付清的代理费用以及后续的销售分成。但是电商直播模式下的代理与传统意义上的代

<sup>3</sup>Masayoshi Maruyama, Yusuke Zenryo, Platform Most-Favored-Customer Clauses and Investment Incentives, at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3099305](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099305), last visited on December 18, 2021.



理有所不同。传统的代理不承担任何风险或只承担可忽略的风险<sup>4</sup>。而在电商直播中头部主播早已超越了传统代理人的义务，不仅会对消费者负责而且会对产品的售后问题做出相应的赔偿和补救措施。尽管头部主播参与售前的议价活动影响定价以及售后服务，但主播只是参与而价格的实际控制权还属于品牌方。

根据欧美反垄断法中垄断协议条款——《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, 简称 TFEU)第 101 条以及《谢尔曼法案》第 1 节的规定，“真正的代理人”与卖家签订的代理协议不属于垄断协议管辖的范围，而是构成了一种垄断协议豁免例外<sup>[4]</sup>。此种代理模式会混淆头部主播是否构成垄断的界定。

## 4.2. 滥用市场支配地位界定模糊

从需求主体上看，平台具有双边甚至多边市场的特征<sup>[5]</sup>。主播面对不同的需求方提供不同类型的服务，头部主播不仅服务供应商而且服务消费者，二者之间存在一定的交互作用，从不同的主体来看，对与相关产品市场支配地位的界定便会有所不同。从需求内容来看，电商直播模式供给的服务具有平台化的特点，各种复杂多样的增值服务汇集于一体，并且具有动态性。一是头部主播提供给品牌的服务主要包含产品推广和诱导购买。品牌需要依赖头部主播促成成交，达成交易。二是头部主播提供给消费者的主要服务包含对产品信息整理介绍以及优惠权益的谈判。直播间以用户视角贴近实际使用场景对商品进行描述，并且通过双向、主动式交流对消费者提出的信息需求给予及时反馈，缓解电商购物模式天然存在着的信息不对称<sup>[6]</sup>。头部主播以专属价格和优惠赠品赋予特定直播链接品牌和消费者达成交易。

在直播电商模式中，不同的服务内容也会产生不同的市场支配地位的界定，若以不同的需求主体和内容为基础去界定不同的市场滥用支配地位，结果会大相径庭。因此对于滥用市场支配地位界定存在困难。

## 4.3. 规制原则具有分歧

PMFN 条款涉及限制竞争行为的评估具有合理和本身违法两种原则。合理原则是指根据具体情况对市场主体的限制竞争行为进行认定，若竞争行为在降低技术成本、改观经济效益、提升消费者福利等方面具有明显推动作用，该限制竞争行为被认为具有合法性<sup>[7]</sup>。本身违法原则是指吻合特定的构成要素具有垄断的行为，而此行为又具有严重的限制竞争的效果，所以判定其为非法行为并制裁。对于 PMFN 条款的规制，我国执法机关与司法机关规制思路不同。在法律执行方面，我国的执法机关以本身违法原则为标准，而司法机关则是倾向合理原则。取缔原则的不同，会对 PMFN 条款取缔过程前期的举证、诉讼以及执法的过程、市场导向、市场行为、社会价值观等各个方面造成影响。不仅会影响到对法律对平台、品牌商、主播的法律导向的效果，而且会使涉及案件审判复杂化，损害中小企业以及消费者的权益，最重要的是会降低对反垄断相关法条的震慑效果。

## 5. 头部主播低价垄断条款的规制建议

### 5.1. 增加“独立性”判断标准

传统的代理模式是作为辅助交易的机构而存在，具有不承担任何风险或者可以忽略的风险未特征，据此可以推导出是否丧失了经济独立性的问题。在电商直播模式下头部主播不是作为“分销”的代理人而存在，而是能独立的对销售活动施加影响。头部主播对产品销售过程中产生的影响并非来自品牌方，而是头部主播自身具有的影响力。经济独立性是判断是否构成纵向垄断的关键因素。头部主播不仅不束

<sup>4</sup>《欧委会关于纵向限制指南的通知》II. 通常不适用第 101 条第(1)款的纵向协议。参见中华人民共和国商务部反垄断局主编：《世界主要国家和地区反垄断法律汇编》(上册)，中国商务出版社 2013 年版，第 417 页。

缚于代理人身份，而且并未丧失独立性。作为具有独立性特质的主播与品牌方签订具有限制其它渠道的协议即为纵向垄断协议。笔者认为应当增加影响力因素，作为网络直播时代下衡量垄断的标准。

## 5.2. 从经济因素判断服务主体

即使是电商直播这种新兴模式，依然是符合市场经济规律，经济动力是产生行为的主要驱动。从需求主体上看，品牌方通过佣金交换头部主播的营销活动，而头部主播似乎免费为消费者提供商品讲解服务，但实质上赚得的是具有市场价值的注意力，而其产生的流量不仅服务于头部主播更服务于品牌方的营销活动。

从需求内容来看，头部主播提供给品牌方和消费者的服务是一体交互的行为，不可分割开来讨论。头部主播能够诱导消费者达成交易少不了品牌方前期的推广铺垫，而这正是电商直播模式的优势所在，可以在直播交流过程中完成产品推广和促成交易。笔者以为电商带货模式应当以交互式营销为市场定位，不拘泥于某单一方为判断标准。

## 5.3. 明确平衡和谐的规制形式

在我国 PMFN 条款是在法律允许的范围内的，所以主要采取合理原则进行规制。监管部门和法院根据案件具体的分析其对市场竞争的促进作用与反竞争作用，并且给予其一定的抗辩空间，对其是否造成垄断进行认定。但是对于具有强烈的排除和限制竞争行为的 PMFN 条款，应当使用本身违法原则进行规制。

在合理原则评估时，应当明确判断垄断行为的因素。比如平台的市场地位、市场份额的大小、签订后的产品价格或者服务的质量，对创新行为的阻碍等。若满足市场支配地位、市场份额较大、签订后服务质量降低和阻碍创新等因素，则认定为反竞争，反之则是促进竞争。同时有关因素不宜设定的过分细致，对涉 PMFN 条款的工作适用制定指南以及行政指导来完成。

合理原则虽然适用于大部分案件，但也不排除必要时使用本身违法原则，否则会削弱反垄断的震慑效果。如果经营者分析成本后认定垄断行为所带来的利润更高，具有相对可观的先发优势且风险较低可能会铤而走险。据此必须利用本身违法原则进行明确禁止。

综上，针对 PMFN 条款应当主要以合理原则为基础分析各要素，以本身违法原则为基础分析排除和限制竞争的相关行为为辅助，就能够在规制原则上解决取缔评原则模糊的问题。

## 6. 结论

近年来线上购物的洪流势不可挡，目前电商直播已经发展成为主要且必要的销售手段，如若不想被时代的洪流所淹没就必须发展新媒体营销方法。在刺激消费的同时也应当警惕电商直播模式下的垄断行为。品牌方给予签约平台全渠道的最低价是广义 PMFN 条款，这会带来促进竞争和限制竞争不同的效果。PMFN 条款反竞争效应主要表现在降低品牌商之间价格竞争、产生横向共谋、加大新进入市场的进入成本、强化寡头垄断格局，同时还会损害品牌方自主定价权以及绝大多数消费者的权益，必须对其进行合法规制。在对头部主播低价垄断条款的规制中存在头部主播垄断界定模糊、滥用市场支配地位界定模糊、规制原则具有分歧的困境。执法机关可以具体产生的效果为指标，增加“独立性”来判断头部主播的代理模式，从经济因素判断服务主体，并且建立以合理原则为主，本身违法原则为辅的规制原则。囿于篇幅，本文未从具体实践角度谈论 PMFN 条款的规制经验，只探讨了电商直播模式下的规制的必要性以及评估和处理中存在的规制困境与建议。对 PMFN 条款的规制旨在激活正向健康的市场竞争，促进中小型企业的发展，激发经济活力，保护消费者的权益。目前我国已经有相关条款规制，但还没有具体的执法与司法实战经验，在具体的案件中应当结合我国国情与相关行业发展现状，提出具有中国风格的

解决方案,在数字经济下更应当发挥低成本,多元化为特点的服务,保障消费者的购买权和选择权,保障电商直播行业的健康发展。

## 参考文献

- [1] 杨召奎. 全网最低价,到底谁说了算? [N]. 工人日报, 2021-11-23(004).
- [2] 邵冰燕, 范佳来. 最低价争议中的直播间: 李佳琦们手握超级定价权, 厂商转战店播[EB/OL]. [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_15596300](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_15596300), 2023-11-20.
- [3] 吴太轩, 张梦. 直播带货模式下 PMFN 条款的反垄断法规制困境及对策[J]. 重庆理工大学学报(社会科学), 2023, 37(9): 114-124.
- [4] 李鑫. 电商直播平台“全网最低价”条款的反垄断法规制路径探究——从头部主播与欧莱雅的“差价争议”切入[J]. 甘肃政法大学学报, 2022(5): 112-113, 116-117.
- [5] 王圣达. 直播带货营销模式及运营风险研究[J]. 现代商业, 2022(28): 54-56.
- [6] 韩新远. 直播带货的学理审视与治理研究[J]. 科技与法律(中英文), 2022(1): 62-68, 117.
- [7] 何伟佳. 涉平台最惠待遇条款行为的反垄断法律问题研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 上海财经大学, 2022. <https://doi.org/10.27296/d.cnki.gshcu.2022.000296>