

第三方支付行业竞争的反垄断法规制

杨利华*

摘要:第三方支付作为一个新兴行业,需要有自由公平的市场竞争秩序保障其发展。第三方支付的行业特性形成了特殊的产业链和细分市场,从而导致第三方支付市场中存在着较为复杂的竞争关系,由此也产生了诸多竞争问题。第三方支付市场上存在的竞争问题以及行业创新发展的本质要求选择反垄断法进行规制。该领域内的反垄断法规制应从新的理论视角出发,确立反垄断分析框架,寻求适用于该行业的反垄断法规制路径和规则。对第三方支付行业的反垄断法规制应以谦抑性规制为理念,对合理性原则进行扩大适用,并对纵向一体化模式下的垄断行为采取柔性救济的措施。进一步开放第三方支付清算市场,在法律制度的配套改革上应集中于消除市场进入壁垒,使支付清算机构多元化。在第三方支付行业监管与反垄断法规制的关系上,应实现竞争政策的普遍适用,并形成对金融监管的公平竞争审查。

关键词:第三方支付 反垄断法 行业监管 谦抑性规制 公平竞争审查

所谓第三方支付,^①是指由非银行业金融机构为有资金结算需求的收款方与付款方之间提供在线货币支付、货币资金转移、资金结算的一种电子支付。^②第三方支付行业具有其自身的行业特征和运营机理,形成了商业银行、第三方支付企业、电子商务企业之间的上下游关系,并且存在着线上支付和线下支付不同的行业细分市场,从而在第三方支付行业中产生了复杂的竞争关系。在这些竞争关系和竞争过程中,出现了许多新的竞争问题。第三方支付行业形成了寡头垄断的市场格局,一些第三方支付企业形成了市场中的优势地位,出现了企业排除和限制竞争的行为,从中获取垄断利益。同时,传统支付行业的主力军——银行业——也不断排挤和抵制第三方支付企业,以便维持其原有的市场利益。第三方支付行业现实中的竞争问题对竞争法律制度产生需求,但目前法律规制主要集中于金融监管部门的行业监管,而非市场竞争监管。但是,越来越严格的行业监管不仅会抑制第三方支付行业的创新和发展,而且监管措施本身也会带来一些市场进入、管制等竞争问题。因此,第三方支付行业的发展事实上更需要反垄断法的规制。目前我国现有的反垄断法及其相关配套措施,可以适用于第三方支付行业的一般性竞争问题,但由于第三方支付行业平台经济的属性,用传统的反垄断法理论分析存在着不足,对其行业内的一些竞争问题现有反垄断法规则难于适用。鉴此,笔者以第三方支付行业竞争问题为研究的逻辑起点,从制度供给的角度确立其反垄断法分析框架,从而寻求适用于其行业特点的反垄断法规制路径和规则。

一、第三方支付行业运行及竞争格局分析

从支付的历史发展来看,人类支付经历了商品支付、信用支付、非现金支付、无纸化电子支付的过

* 兰州财经大学中国西北金融研究中心副教授
基金项目:兰州财经大学丝绸之路经济研究院科研项目(JYYY201605)、甘肃省哲学社会科学规划项目(YB068)、国家社会科学基金项目(16XXW007)

① 第三方支付包括互联网支付、移动支付、银行卡收单、预付卡的发行与受理等货币资金转移服务。

② 参见中国人民银行2010年6月出台的《非金融机构支付服务管理办法》第2条的规定。

程。^① 电子支付是单位或个人通过电子支付终端,直接或者间接向银行业金融机构发出支付指令,最终实现货币支付与资金转移的行为。^② 传统电子支付是依靠实体的支付终端完成的,随着互联网通讯技术的应用,在电子支付中出现了与传统利用物理媒介支付不同的互联网支付,被称为线上支付,而传统利用实体支付终端的支付方式被称为线下支付。线上支付与线下支付的划分是以是否存在实体的支付终端为标准的。线下支付主要依托电子支付终端,可以界定为以卡基类实体支付为基础的支付市场,包括销售终端(POS机)收单、电话支付、手机卡支付等。而线上支付则依托互联网技术,利用个人账户和密码进行支付,包括互联网支付、手机 WAP 支付。^③ 事实上,线上支付和线下支付的概念是针对电子支付来划分的,不是针对第三方支付划分的。无论是电子支付的线上支付还是线下支付,第三方支付都已涉足。

(一)第三方支付行业的纵向产业关系和横向市场细分

1.第三方支付行业的纵向产业关系

在第三方支付行业中,包括了发卡机构、银联交换中心、互联网服务提供商、第三方支付企业、电子商务企业、商户和消费者等多个环节,目前已经形成了由基础支付层、服务层和应用层组成的产业链。^④

第三方支付产业的基础支付层本质是传统的电子支付。传统电子支付发生在银行与银行卡组织之间,银行是基础支付服务机构,搭建了基础的支付平台,并且由银行卡组织提供信息交换和资金清算。第三方支付出现后,承接了银行支付服务,是银行支付服务的一个延伸。因而,银行作为一个基础支付层,为第三方支付提供支付服务的接口,是第三方支付产业链中不可缺少的部分。但是,银行除作为第三方支付产业的基础层存在之外,自身也不断推出线上支付服务,直接通过网上银行开展业务,并且开通移动银行业务。在产业链上,银行除了是第三方支付企业的上游合作企业,同时也与第三方支付企业竞争。产业链的核心环节和重要纽带是中间层——第三方支付。第三方支付平台通过与银行支付接口对接,为商户和消费者提供支付接入服务。^⑤ 第三方支付的应用层是处于电子商务平台上的商户和消费者。第三方支付主要应用于电子商务领域,为电子商务平台的交易提供了支付渠道,具体为电子商务平台的商户和消费者所使用,在电子商务交易过程中,完成交易资金的划拨和结转。

第三方支付企业需要在产业链的上下游环节中相互协作,才能最终为用户提供支付服务。在第三方支付纵向产业关系中,依据产业环节来划分,处于上游环节的是银行,中游环节是第三方支付平台,下游环节的是电子商务平台。第三方支付纵向产业关系主要包括银行与第三方支付企业的上下游关系、第三方支付企业与电子商务企业的上下游关系。

银行是从事电子支付服务的主要机构,传统电子支付业务主要由银行来完成,但在出现线上支付业务之后,由于银行以存贷为主营业务,对中小商家的小额电子支付,银行的介入成本较高,因而需要一个支付中介服务机构来合作完成。第三方支付平台恰是与银行合作为其提供统一接口的支付网关,银行也由此成为第三方支付的上游企业。由第三方支付平台负责向银行进行支付结算和信息传递,银行根据第三方支付的信息传递完成最终的资金划转。第三方支付企业在这—支付过程中是中间服务商,联结着银行与用户。^⑥ 第三方支付企业必须与银行合作,才能为用户提供电子支付中介服务。就目前来看,第三方支付企业从事的业务最终都通过银行的支付网络完成。从某种意义上说,第三方支付平台是银行业务的延伸和拓展。

在电子商务交易中存在着3个环节,即商品流、信息流和资金流。第三方支付平台在电子商务交易中解决了资金流的传输,为消费者和商家提供资金的支付通道,并且担保交易资金安全。第三方支付平台支

① 参见杨利华:《电子支付对金融法的挑战及应对》,《兰州财经大学学报》2018年第5期。

② 参见周曙东:《电子商务概论》,东南大学出版社2011年版,第139页。

③ WAP是手机网页,实际上是手机网页支付。例如,通过手机上网登录wap.taobao.com或m.taobao.com,在淘宝WAP站点拍下商品后,可以使用支付宝进行付款操作。

④ 参见杨国明:《网络支付产业链分析》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。

⑤ 参见高彩霞、杨国明:《第三方支付价值链及其引发的几点思考》,《时代金融》2006年第5期。

⑥ 参见秦文瑞、苏小琳:《我国第三方支付与银行的关系探析——以支付宝为例》,《技术与市场》2009年第9期。

持我国国内各大银行发行的银行卡和国际信用卡组织发行的信用卡。消费者在第三方支付平台进行支付,不需要和商家在相同的开户银行开设账号,可以直接通过第三方支付平台进行转账;而商户不需要分别和多家银行谈判、合作,通过第三方支付企业实现与多家银行连接,降低了交易成本。^① 没有第三方支付企业提供的支付服务,电子商务企业上的交易就无法完成最终的支付环节。因此,在第三方支付产业纵向关系中,第三方支付企业是电子商务企业的上游企业。

2. 第三方支付行业的横向市场细分

第三方支付在电子支付市场中既可以从事线上支付,也可以从事线下支付。第三方支付起源于线上支付,主要是通过互联网提供网上资金转移服务,以虚拟网络作为支付结算的入口,通过第三方支付机构的账户登录支付网关来实现支付过程。^② 第三方支付的线上支付服务主要依托无线网络、手机网络等虚拟网络作为支付结算入口,包括互联网支付、手机 WAP 等。随着第三方支付不断发展,逐渐由线上支付向线下电子支付扩张,除提供传统线上支付服务外,逐渐深入到如移动支付、预付卡的发行与受理、POS 机 收单等线下支付领域。线下支付市场需要以独立的电子终端作为支付媒介,包括卡基类支付、电话支付、手机卡等;其中,预付卡既可以是发行在线下使用的如百联卡,也可以是发行在线上使用的如支付宝发行的可以在线上直接使用的“支付宝预付卡”。

线上支付市场主体主要包括支付宝、中国银联电子商务、财付通、快钱、通联等第三方支付企业。线下支付市场存在发卡机构、区域性转接网络、终端服务机构。^③ 在发卡市场中主要是各商业银行及其他发卡组织,其中一些商业银行市场势力较强。在区域性转接网络方面,目前虽已有网联清算有限公司,但中国银联作为银行卡支付组织,负责建立和维护跨行信息交换网络,为成员机构提供信息交换、清算和结算等服务,仍具有高度垄断性。^④ 在终端服务机构方面,市场具有政策开放性,主要是商业银行和专业化收单机构,市场竞争较为激烈。线下的第三方支付企业主要有拉卡拉、付费通、易付捷等。随着第三方支付的发展,线上支付与线下支付的市场边界逐渐出现融合的趋势。线下支付产品体系中也逐渐纳入线上支付服务,如支付宝同拉卡拉合作实现“网络代购”业务。

(二) 第三方支付市场的竞争格局

第三方支付市场中主要存在着第三方支付企业之间的竞争以及第三方支付企业与银行之间的竞争。

1. 第三方支付企业之间的竞争

在第三方支付行业中,第三方支付企业之间对上游和下游企业都存在着竞争,这种竞争分别表现为对支付需求方和支付供给方的竞争,具体的竞争表现是对商户和消费者的争夺以及对提供最终支付结算服务的商业银行的争夺。

由于第三方支付产业的“规模经济”效应,扩大客户的规模,建立用户基础才能获得盈利可能。^⑤ 第三方支付企业之间竞争的一个重要内容就是客户基础和用户规模。第三方支付平台提供的支付服务缺少创新空间,运营模式很容易被复制和取代,产品同质化较为严重。但是,竞争中用户规模优势非常突出,所以支付平台往往采取各种方法积极争取客户并且增加客户粘性。此外,第三方支付服务的提供离不开与银行之间的合作,因此,对合作银行的竞争也是第三方支付企业之间竞争的内容。第三方支付企业争取到的合作银行越多,也就能争取到越多的商户和消费者,因为能够为他们提供更为便利的支付服务。

2. 第三方支付企业与银行之间的竞争

传统支付行业是以银行为核心运行的。第三方支付的出现给传统的银行支付业务带来一定的冲击,使得第三方支付企业与银行之间产生了竞争。银行既是第三方支付企业的合作对象,也是其最大的竞争

① 参见王菲菲:《第三方支付产业价值链探析》,《电子支付》2009 年第 1 期。

② 参见盛敏、余寅君、迟飞:《我国中间支付市场发展研究综述》,《中国城市经济》2010 年第 8 期。

③ 参见盛敏、余寅君、迟飞:《我国中间支付市场发展研究综述》,《中国城市经济》2010 年第 8 期。

④ 参见谢凯:《POS 支付和网上支付市场结构分析》,《中国金融》2013 年第 11 期。

⑤ 参见杨国明、侯心媛:《第三方支付营销策略初探》,《沈阳工程学院学报》(社会科学版)2006 年第 3 期。

对手。两者之间的竞争目前主要反映在第三方支付企业对商业银行零售业务以及支付结算类中间业务上的竞争。

在零售电子支付服务领域,银行同第三方支付企业存在竞争。电子支付中的网上支付包括网上银行支付和第三方支付。^① 在零售支付服务领域,商业银行凭借其长期以来形成的网点优势,依托传统客户群体,也服务于网络支付、固定电话支付、移动电话支付、销售终端交易、自动柜员交付中的用户,与第三方支付企业形成竞争。在线上市场中,第三方支付首先采取支付网关模式,在个人与个人之间的电子商务(C2C)市场占据了优势,随后,银行也开始开展与中小商户直接相连的支付业务。在企业与企业之间的电子商务(B2B)或商家与个人之间的电子商务(B2C)领域,一些大型的生产商直接与银行合作。许多银行推出了B2B跨行支付服务,为电子商务企业提供支付服务。第三方支付企业也已开始争取原先属于网上银行直连的大客户。在B2C领域,商家可以采用第三方支付企业的服务,也可以直接连接网上银行支付网关。^② 在线下市场中,两者在银行卡收单、预付卡的发行和受理等领域都存在竞争关系。

第三方支付除了从事支付中介服务之外,也逐步开发了增值服务。这些增值服务与商业银行的零售业务形成了竞争关系。目前,第三方支付影响到的商业银行零售业务主要包括信用卡、个人信贷、代收代付、基金网络销售、应收账款融资中介、保理服务以及与财资管理相关的流动资金管理解决方案等业务。例如,支付宝推出的“余额宝”是一种理财方式,本质上是购买货币基金,为客户提供了新的网上理财渠道。这种新型的理财方式冲击着银行业传统的理财业务。又如,支付宝推出的“虚拟信用卡”以及小微企业信用贷款等。第三方支付的这些增值业务都与银行形成了竞争关系。

二、第三方支付行业竞争的反垄断法回应

第三方支付服务模式较为单一,产品同质化严重,行业内部企业间竞争日趋激烈。由于第三方支付行业具有双边市场和间接网络外部性的特点,因此其行业的市场集中度越来越高,形成了竞争性垄断市场结构。市场中一些具有先发优势的企业已经具备稳定的客户基础并且占据着大部分市场份额,如支付宝、财付通,而其他第三方支付企业在剩余的市场份额中进行着激烈的竞争。第三方支付行业中常出现反竞争行为,亟须反垄断法律制度进行回应。然而,目前我国第三方支付行业的法律规制主要集中于金融行业监管,反垄断法规制较少。

(一)第三方支付行业发展中出现的竞争问题

第三方支付企业采取的竞争策略和竞争性垄断市场结构的特点使得市场中出现了许多新的竞争问题,^③近年来市场上出现了不少涉嫌垄断的行为。例如,支付宝对淘宝以外的商家收取服务费,对其关联公司淘宝账户和非淘宝账户进行价格歧视。支付宝收购安卡支付是第三方支付行业的首次并购行为,第三方支付领域内开始出现收购兼并的行业趋势。打车软件市场上的恶性竞争背后是支付宝钱包与微信支付在移动支付市场上的争夺。此外,传统支付行业中的银行卡组织及银行也对第三方支付企业采取抵制的策略,使得第三方支付市场上的竞争问题进一步复杂化,如银联封杀支付宝线下支付业务的行为在社会上引发广泛的争议,被指违反公平竞争,涉嫌垄断;中国银行、中国农业银行、中国工商银行、中国建设银行四家国有商业银行相继下调支付宝快捷支付额度等。这些事件折射出第三方支付市场上的竞争乱象。

1. 传统银行业对第三方支付企业的联合抵制

银行作为第三方支付企业的上游企业,在支付市场中占据着天然的优势地位,在与第三方支付企业的竞争中常发生联合抵制行为。由于商业银行与第三方支付企业在支付结算业务上存在竞争,特别是第三

① 参见林丹、张睦晗:《第三方支付企业的发展及其与银行关系分析》,《中国市场》2011年第5期。

② 参见高彩霞、杨国明:《第三方支付价值链及其引发的几点思考》,《时代金融》2006年第5期。

③ 第三方支付市场属于典型的双边市场,支付企业在解决双边用户平台参与问题时,采取了不同于单边市场特征企业的定价、投资和竞争策略,其中存在着“免费策略—用户基础—价格歧视”的商业模式,用免费策略吸引用户达到临界规模,形成赖以存在的用户基础,再通过网络外部性增强用户价值,将用户锁定在平台上,然后通过价格歧视来实现最大化利润。

方支付企业增值业务不断创新,在原有的零售业务上形成越来越大的竞争,因此,市场上也出现了商业银行对与其形成竞争的第三方支付企业进行联合抵制的行为,前述四大国有商业银行不约而同地相继下调对支付宝快捷支付的额度,即涉嫌反垄断法中的联合抵制。

同时,中国银联作为银行卡组织,参与银行卡市场的组织与运营,在线下支付市场中与第三方支付机构形成了利益冲突,实践中也不乏对第三方支付企业的抵制行为。银联为实现自身利益最大化,采取以行业组织文件的形式来抵制第三方支付企业。银联利用其优势地位强制其他银行停止与第三方支付企业做线下业务,禁止这些银行与未接入银联的第三方支付机构直联,并对违反相关决议的成员银行进行处罚;同时也要求第三方支付机构对银联卡的互联网支付全面接入银联。这些行为都涉嫌利用垄断地位操控市场,阻碍支付市场的创新发展。^①

2. 第三方支付行业寡头垄断格局的形成

我国第三方支付企业在地域及市场份额方面的发展并不均衡,呈现出高度集中的特点。从地域看,大多数第三方支付企业分布在北京、上海、广州等经济发达的地区;从市场份额看,互联网支付和移动支付呈现寡头垄断格局,其他支付机构的集中度在不断提升。^② 约 80% 的市场份额掌握在 5 家大企业手中,其中超过 60% 的市场份额集中在支付宝、财付通和银联电子商务 3 家行业巨头身上。

艾瑞咨询《2018 中国第三方支付数据发布》报告中显示,2018 年中国第三方互联网支付交易规模达到 29.1 万亿元,同比增长 3.6%。从交易规模市场份额来看,随着 2018 年互联网支付市场支付宝、财付通从电脑(PC)端支付到移动端支付的转移,其他企业的市场份额比 2017 年有所提高,支付宝占比 30.4%,财付通占比 13.9%,银联电子商务占比 18.6%,快钱占比 10%,宝付占比 6.1%,中金支付占比 4.9%,易宝支付占比 4.8%,京东支付占比 4.5%,苏宁支付占比 2.6%,其他占比 4.2%。2018 年中国第三方移动支付交易规模达到 190.5 万亿元,同比增速为 58.4%。从交易规模的市场份额来看,支付宝钱包占据了 54.3% 的份额,财付通以 39.2% 位居第二,其他第三方移动支付品牌的份额则均低于 2%。^③ 支付宝、财付通保持垄断地位。

在第三方支付市场中,存在明显的市场份额集中和利润分布不均的情况,少数几个主导者占据着市场的主要份额,形成了寡头垄断的市场格局。

3. 第三方支付企业的排除、限制竞争行为

第三方支付诞生于电子商务领域,第三方支付企业与电子商务企业多为关联关系,如支付宝与淘宝,京东与网银在线。由于这些具有纵向一体化的企业之间利益关系密切,在电子商务领域中的竞争也会影响到第三方支付市场上的竞争,限制竞争的行为会从电子商务市场传导到第三方支付市场。由于一些电商企业与淘宝存在竞争,因此其拒绝同支付宝合作。例如,京东商城取消支付宝线上支付功能、百联集团旗下联华 OK 卡终止与支付宝的合作。同时,当企业选择支付宝服务时,支付宝会推荐淘宝产品与服务,用户有可能会因此而选择淘宝。这种竞争可以称之为第三方支付的“关联竞争”。^④

第三方支付企业的滥用行为也是市场中最为常见的反竞争行为。电子商务市场中具有寡头垄断地位的企业经常采取捆绑搭售的销售模式,如易贝(eBay)捆绑贝宝(PayPal)的行为。第三方支付企业对关联竞争企业实施的价格歧视行为实际上已经起到排除和限制竞争的作用,如支付宝区别收费事件。垄断协议也是第三方支付市场中的一个重要竞争问题,如第三方支付介入后的交换费协议问题。纵向排他协议也存在于市场中,如支付宝与天弘基金的独家合作协议,排斥了同其他竞争者之间的合作。此外,我国第三方支付行业实施市场准入制度,一些电子商务企业为了实现贸易的便利性,解决资金流的问题,会通过

① 参见赵东东:《第三方支付市场需要公平竞争》,《经济参考报》2013 年 8 月 29 日。

② 参见《2018 年中国第三方支付行业交易规模及市场格局分析(图)》, <http://market.chinabaogao.com/it/02531Y952018.html>, 2018-06-29。

③ 参见艾瑞咨询:《2018 中国第三方支付年度数据发布》, http://www.sohu.com/a/312677720_483389, 2019-06-02。

④ 参见侯继勇:《第三方支付“关联竞争”之虞》,《21 世纪经济报道》2011 年 5 月 10 日。

与第三方支付企业合并的方式进入第三方支付领域,如京东商城收购网银在线。这种纵向一体化经营模式下的合并,是否会产生经营者集中后的反竞争效果,也是需要关注的竞争问题。

(二)第三方支付行业的反垄断法规制需求

第三方支付行业中存在的诸多竞争问题,需要反垄断法进行规制,从而维护市场秩序,促进行业的发展。然而,目前第三方支付的法律规制主要集中在金融监管方面。由于第三方支付不断触及传统银行卡支付利益,原有银联及其成员之间出于对自身既有利益的维护,积极寻求金融监管保护,第三方支付逐步被纳入正式的金融监管框架之中。2005年第三方支付的市场准入问题被提上议程。中国人民银行颁布的《电子支付指引》(第一号)在法律上规范了网上支付的电子签名行为。但是,其仅适用于境内银行业金融机构,而第三方支付企业并未被纳入规范范围之内。^① 2010年6月,中国人民银行出台部门规章《非金融机构支付服务管理办法》,整顿第三方支付市场,并于2010年12月颁布《非金融机构支付服务管理办法实施细则》,在此之后,相继向符合规定的企业颁发支付许可证。第三方支付牌照的发放,标志着第三方支付正式进入我国支付体系的监管阶段,国家开始重视第三支付的监管及制度规范。此后,中国人民银行及相关监管机构又相继颁布了实施细则和一系列规范性文件,第三支付的行业监管日趋严格。^② 2015年,中国人民银行发布《非银行支付机构网络支付业务管理办法》,完善支付机构分类监管措施及客户权益保护机制。2017年12月,中国人民银行发布《条码支付业务规范(试行)》,针对二维码支付可能引发的风险进行预防,填补制度空白。2018年,中国人民银行发布《关于支付机构撤销人民币客户备付金账户有关工作的通知》,将备付金全额转至中国人民银行“集中存管账户”。这些规范性文件形成我国第三方支付行业监管的基本框架。此外,中国人民银行于2011年5月推动成立了中国支付清算行业协会,要求所有的支付机构必须加入,形成了强制监管与行业自律相结合的监管格局。^③

通过对第三方支付行业法律规制的现状分析,可以发现法律措施主要集中于金融行业监管方面,却忽略了竞争法律规制。第三方支付行业金融风险规制中所采取的方式并未强调竞争规制,法律实践中将竞争规则维护置于法律规则之外。^④ 而第三方支付行业日趋严格的金融监管趋势,不仅会抑制第三方支付行业的发展,而且市场准入及其他管制政策本身也会导致一些竞争问题的产生。例如,支付市场准入制度及其他管制政策和措施在一定程度上形成了市场进入壁垒,并且进一步加剧了市场集中程度。因此,目前第三方支付市场中亟须反垄断法律措施,应该运用反垄断法对第三方支付行业中出现的竞争问题予以规制,以确保行业的健康有序发展。

三、第三方支付行业反垄断法的谦抑性规制

(一)秉持谦抑性规制的理念

在以反垄断法律手段对垄断行为进行规制时,要考虑反垄断规制成本问题,包括规制措施自身存在不足所带来的规制成本,要考察是否存在更为有效的其他救济措施。虽然在第三方支付行业中对垄断行为的规制有利于维护行业内的市场竞争秩序,从而产生规制利益;但第三方支付产业与传统经济不同,存在着自身特点,并且目前还处于新兴发展阶段,市场的不断创新和快速发展所带来的变化使得各种竞争问题也存在很大的不确定性,容易发生规制错误的情形。

因此,对第三方支付行业进行反垄断法规制应持审慎的态度,在对市场中的竞争现象没有较为准确认

① 参见容玲:《第三方支付平台竞争策略与产业规制研究》,博士学位论文,复旦大学,2012年,第94页。

② 这些实施细则和规范性文件主要包括:《关于规范商业预付卡管理意见的通知》(2011年5月)、《非金融机构支付服务业务系统检测认证管理规定》(2011年6月)、《支付机构反洗钱和反恐怖融资管理办法》(2012年4月)、《关于建立支付机构监管报告制度的通知》(2012年7月)、《支付机构预付卡业务管理办法》(2012年9月)、《中国人民银行关于进一步加强预付卡业务管理的通知》(2012年9月)、《单用途商业预付卡管理办法(试行)》(2012年9月)、《支付机构客户备付金存管办法》(2013年6月)、《银行卡收单业务管理办法》(2013年7月)、《涉及恐怖活动资产冻结管理办法》(2014年1月)、《中国银监会中国人民银行关于加强商业银行与第三方支付机构合作业务管理的通知》(2014年4月)。

③ 参见蒋先玲、徐晓兰:《第三方支付态势与监管:自互联网金融观察》,《改革》2014年第6期。

④ 参见杨东:《互联网金融风险规制路径》,《中国法学》2015年第3期。

识和判断时,谨慎适用反垄断规则。同时,第三方支付行业具有竞争性垄断市场结构的特点,消灭垄断与行业特征不相符,既不可行也难以实现;并且在该市场结构下,完全垄断与完全竞争都不必然有效率或者无效率。第三方支付行业这些创新发展的特点需要反垄断法做出回应,即对第三方支付行业的反垄断规制的态度应当是谨慎的,规制重点并不是消灭垄断本身,而是消除垄断对创新的消极影响;应当避免行业监管的过度规制而抑制创新,实现市场创新与反垄断法规制之间的平衡;在规制理念上秉承谦抑性规制的理念,具体的规制原则与手段也应当符合具体行为和市场实际需求。运用合理性原则具体分析和衡量垄断行为为限制竞争的效果,并采取柔性救济的措施。

(二)合理性原则的扩大适用

对第三方支付产业的反垄断法规制应秉持谦抑性规制的理念,综合考虑本身违法原则与合理原则,一定程度上将合理性原则扩大适用。在谦抑性规制理念下,采取反垄断措施规制垄断行为十分必要,但应当把握规制的程度和范围,既要考虑垄断行为带来的效率效果,也应考虑国家产业政策和经济发展的因素。介于对第三方支付产业发展的考量,在对具体垄断行为所带来的竞争效果进行分析时,应采取合理性原则来考察这些因素,考察第三方支付企业实施的垄断行为在获得垄断利润的同时,是否会带来行业的整体效率,是否会为消费者带来福利,是否会使技术不断创新。

在运用合理性原则的过程中,必须分析具体行为反竞争效果的大小及其可能的实现程度,分析市场竞争中其他企业会采取的策略性行为、对企业市场力量及消费者的现实影响,在此基础上再考虑是否需要采取反垄断规制以及规制所采取的手段与措施。在具体的分析中,要以出现严重的反竞争效果为标准来考量垄断行为所导致的反竞争效果与带来的积极效果,结合行业发展以及消费者福利等因素,衡量最终的行为效果。

传统反垄断法对横向垄断协议多适用本身违法原则。竞争者之间达成限制竞争对手的协议通常被认为是违法的。但是,在反垄断法的实践中,这一原则也在不断发展变化。在一些特定情形下,因为价格固定也会产生一定的效率,所以原有的本身违法原则发展为只有当垄断协议产生了明显的限制竞争效果时,才会认定为违法。事实上,许多价格固定协议带来的相互协作更有效率,应该根据这种情况作出判断。^①特别是在第三方支付行业中的横向垄断协议也存在着效率和增加消费者福利的作用,应将合理性原则扩大适用于这些横向垄断协议中。

纵向垄断协议则在一体化商业模式下更容易发生,通常是由上下游企业共同发起并主导实施的。对于纵向一体化模式中产生的垄断行为,考虑到纵向一体化对竞争影响的不确定性以及在效率改进和交易成本节约方面的作用,也应采用合理性原则进行分析,考察其带来的经济效益,并考察是否存在正当理由。此外,还应该注意区分以限制竞争为目的和具有限制竞争效果的垄断行为,对于不以限制竞争为目的的垄断行为,执法中应适用合理性原则,就该具体行为限制竞争的效果做进一步调查。

(三)纵向一体化模式下的反垄断柔性救济

纵向一体化引发的垄断表现之一就是进入壁垒效应。^② 电子商务平台与第三方支付平台之间存在的间接网络外部性是导致第三方支付纵向一体化经营的主要因素。间接网络外部性使得电子商务企业与第三方支付企业之间存在依赖性,无论是哪一方市场中企业力量扩大,都会为另外一方市场带来更大的市场势力与进入壁垒。在纵向一体化模式下,任何一方的用户增加都会强化对方的市场份额,而价格并不会下降甚至会提高;但如果不采取一体化模式,在市场中的竞争较为激烈,产品的价格就会因其互补品的增加而降低。例如,电子商务平台上的客户增加时,在间接网络效应作用下,其第三方支付平台的用户也会增加,从而扩大了在第三方支付市场中的市场份额。反之亦然,企业在第三方支付市场份额的扩大也会导致电子商务市场上的份额增加,这种效果是相同的。两者之间相互加强的效应会使彼此的市场份额相应扩

① See Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Maxwell Macmillan Canada, 1993, pp.263—264.

② 参见宋晶:《纵向一体化反垄断政策研究》,东北财经大学出版社2010年版,第71~74页。

大,从而增加两个市场中的进入壁垒。^①

对纵向一体化的反垄断政策存在不同的观点,20世纪70年代后期开始,受芝加哥学派和交易成本理论的影响,美国反垄断政策对纵向一体化采取了宽松的政策。^②但是,正如美国学者威廉姆森所说:“由于近期交易成本方面的学术成就,对纵向一体化的一种更为宽容的观点被证明是正确的……尽管如此,对纵向一体化可能具有的反竞争后果保持警觉仍然是重要的”。^③第三方支付行业纵向一体化下的反垄断是需要重视的一个问题。我国第三方支付采取纵向一体化的模式,许多反垄断问题发生在纵向一体化的条件下,特别是第三方支付行业的捆绑、价格歧视等滥用行为经常发生在纵向一体化的条件下,包括第三方支付的纵向合并也主要发生在纵向一体化模式下。因此,对第三方支付行业纵向一体化所带来的竞争问题仍应进行反垄断法的规制。

第三方支付行业纵向一体化能够对市场带来经济效率,在对第三方支付行业纵向一体化所带来的竞争问题进行反垄断法规制时需保持谨慎干预和柔性治理,柔性治理方式能最大限度地避免反垄断执法机关的直接干预,提高市场效率。从反垄断法的立法目的来看,反垄断法较为柔性。惩罚实施垄断行为者和救济被侵权者并不是反垄断法的目的,反垄断法的目的是保护竞争,而不是竞争者。第三方支付行业纵向一体化模式下的反垄断法规制更凸显了这一点,对反垄断法有更多的柔性需求。

第三方支付企业与电子商务企业之间存在较强的网络外部效应,但在两者之间没有一体化的模式下,至少不会增加彼此市场中的进入壁垒,潜在进入者就仍具有较强的竞争能力。如果所有电子商务企业与所有第三方支付企业之间的平台接口都是相互开放的,那么在位第三方支付企业的网络外部性就会削弱。这是由于商户和消费者对第三方支付平台的选择取决于电子商务企业对第三方支付平台的选择。因此,只要对第三方支付企业与电子商务企业采取非一体化的策略,使之形成充分的竞争,增加在位企业市场势力的可能性就会减少,从而降低潜在竞争者市场进入的壁垒。

基于此,采取开放性和兼容性的措施是规制第三方支付纵向一体化模式下垄断行为的有效方法。首先,可采取开放性的救济措施。无论是上游银行对第三方支付平台的对接,还是第三方支付平台对所有下游电子商务平台的接入,都要求在市场上具有开放性。相同的支付服务要对市场中所有企业同等对待,使市场在整体上开放。不应该联合限制、区别对待,只对一部分主体开放,或者只开放一部分服务,或者在开放的一种服务中给予限制。在对价格歧视行为执法的救济中,可采取承诺制度,由第三方支付企业做出消除歧视性定价的行为。其次,要保持支付服务技术或产品的兼容性。在技术方面,第三方支付的标准化应当保留足够的兼容性可供所有支付企业接入,并将接口无条件开放。在产品方面的兼容可以增加用户的选择范围和选择的多样性。这样,就会弱化用户锁定效应带来的进一步垄断。这就需要反垄断执法部门对这些措施进行利益衡量后予以实施,并且持续监管以发挥柔性救济的作用以及有效性。

四、第三方支付清算市场准入壁垒的反垄断法规制

我国支付清算市场长期以来由政策形成了垄断的市场结构,虽然在“WTO 中国银联与 Visa 争端案”^④后从制度上已经开放了电子支付清算市场,特别是网联清算平台建立后,第三方支付清算市场中有中国银联和网联平台两家支付清算机构,但相较于一个竞争性市场结构还需要进一步适用反垄断法进行规制,完善相关的反垄断制度,消除第三方支付清算市场中的准入壁垒。

(一)电子支付清算市场中竞争机制的引入

① 参见曲振涛、周正、周方召:《网络外部性下的电子商务平台竞争与规制——基于双边市场理论的研究》,《中国工业经济》2010年第4期。

② 参见宋晶:《纵向一体化反垄断政策研究》,东北财经大学出版社2010年版,第82页。

③ [美]奥利弗·E.威廉姆森:《反托拉斯经济学——兼并、契约和策略行为》,张群群、黄涛译,经济科学出版社1999年版,第78页。

④ 参见《电子支付信息简报关于世贸组织散发美国诉中国电子支付世贸争端案相关报道》(总第50期),<https://max.book118.com/html/2015/0329/13930360.shtml>, 2019-05-02。

长期以来,中国银联是我国唯一的银行卡清算组织,在银行卡支付清算市场上处于垄断地位。而在美国和欧洲,无论是支付系统还是清算系统都有竞争者。从贸易规则角度来看,银联存在限制竞争的行为。2010年,银联拒绝发行双标卡,而维萨卡(Visa)也发文封堵银联海外清算通道。由此引发了2010年中国银联与美国Visa的贸易争端案件。这一争端最终由世界贸易组织做出裁决,^①虽然驳回了美国有关银联垄断的指控,但支持了要求中国开放电子支付服务市场的主张,认定电子支付服务属于中方在加入世界贸易组织时承诺开放的领域。在此背景下,我国政府采取了一系列开放电子支付市场的举措,目前已放开电子支付清算市场,允许符合条件的内外资企业在中国境内申请设立银行卡清算机构。

我国银行卡支付清算市场对外开放以后,其他外资银行卡支付组织随时都有可能进入,从而面临来自Visa和万事达卡(Master)等国际卡组织的竞争。Visa和Master卡占据了全球七成以上的市场份额,掌握着全球银行卡相关业务、技术标准和清算系统的主导权,^②而我国电子支付清算市场长期以来由政策形成了垄断市场结构,如果不能提前形成一个开放和有序竞争的清算市场,那么当这些外资银行卡组织进入后,激烈的竞争必定会对我国支付清算市场带来巨大冲击。

随着电子支付服务行业的发展,电子支付清算市场中的垄断已经阻碍了第三方支付行业的发展。收单市场违法事件的频发,与电子支付清算市场的垄断不无联系。如果说银行卡产业发展之初,新的支付系统开始运行时存在着障碍,需要一个银行卡组织协调和运营,那么目前我国银行卡的使用和需求已经很普遍或支付系统已经非常成熟,因此打破电子支付清算市场上的垄断地位,在电子支付服务市场中引入竞争机制成为当务之急。

(二)打破第三方支付清算的垄断市场结构

2016年4月,中国支付清算协会代表大会通过“关于建设非银行支付机构网络清算平台的议案”;10月,中国人民银行正式批复了网联筹建的方案。2017年3月31日,网联平台启动试运行,^③定位于处理由非银行支付机构发起的网络支付业务以及为支付机构服务的业务,支撑以电子商务等场景驱动的业务创新。^④网联清算有限公司的成立,标志着在中国银联之外成立了以第三方支付为中心的支付清算机构,打破了原有电子支付市场中独家垄断的市场格局。

事实上,在网联清算有限公司建立之前,市场就已经形成了第三方支付清算机构的现实条件。一些第三方支付机构已绕过银联清算系统与银行进行直连,事实上已经成为重要的转接清算组织。也就是说,第三方支付企业在网络支付银行卡收单方面大多与银行直接发生联系,可以绕开银联,不但理论上已经具备自行与银行进行清算的条件,^⑤而且实践中也存在着支付清算转接的经验。因此,借第三方支付行业发展的契机,引入网联作为新的竞争者,为打破电子支付清算垄断市场迈出了重要的一步。

然而,网联清算有限公司成立以后,线上业务要求统一接入网联,在线上业务仍然存在垄断。2017年8月,中国人民银行发布《关于将非银行支付机构网络支付业务由直连模式迁移至网联平台处理的通知》,规定自2018年6月30日起,支付机构受理的涉及银行账户的网络支付业务全部通过网联平台处理。2018年3月20日,网联清算有限公司发出了《关于非银行支付机构网络支付清算平台渠道接入工作相关事宜的函》,要求第三方支付机构尽快接入网联渠道,明确6月30日前所有第三方支付机构与银行的直连都将被切断。到2019年初,持网络支付牌照的全部115家支付机构以及424家银行都已接入网联平台,99%的市场存量跨机构业务完成了向网联平台的业务迁移。网联清算有限公司要求第三方支付机构统一接入,可能存在统一交换费价格、增加银行及第三方支付机构的交易成本并且将增加的成本转嫁给商户和

① 参见杜娟:《中国银行卡清算市场走向开放》,《中国信用卡》2014年第12期。

② 参见杜娟:《中国银行卡清算市场走向开放》,《中国信用卡》2014年第12期。

③ 网联清算有限公司第一大股东为中国人民银行清算中心(12%),第二大股东梧桐树投资平台(10%)是国家外汇管理局直属机构,支付宝(9.61%)和财付通(9.61%)股份相同位列第三大股东,京东旗下网银在线(4.71%)紧邻其后为第四大股东。

④ 参见《支付协会牵头成立“网联”:各支付机构以后将无需各自接入银行接口》,http://paynews.net/article-32059-1.html, 2019-09-03。

⑤ 参见蔡恩泽:《开放银行卡清算市场有深意》,《金融经济》2014年第12期。

消费者,最终损害消费者利益等竞争问题。因此,虽然目前支付清算市场出现了两家支付清算机构,即中国银联和网联清算有限公司,但这样的支付清算市场格局,仍然是两家企业垄断的市场结构。这一垄断状态是由于我国支付清算市场政策所形成的,要打破支付清算市场中的垄断市场结构,建立竞争性市场结构,就需要破解政策与制度上形成的障碍,在政策上积极引入多元化的市场主体,形成多家支付清算机构并存的竞争格局,从而避免市场中垄断行为的实施。

(三)消除第三方支付清算市场准入壁垒的反垄断制度考量

我国虽已从政策上开放支付清算市场,并成立非银行支付机构网络清算平台,在理论上中国银联已经不再是唯一的清算组织,但事实上其长期以来在市场中的垄断地位而形成的市场优势地位仍然存在。中国银联拥有庞大的存量卡基础,短期内其仍具有优势地位。国务院于2015年发布《关于实施银行卡清算机构准入管理的决定》,从银行卡清算品牌等方面提出要求,再次明确“谁的品牌谁转接”原则。根据该规定,除非获得授权,否则第三方支付直连行为将被禁止。银行卡清算机构不得为发卡机构和收单机构提供非其品牌银行卡的机构间交易处理服务。^①而事实上,目前市场上发行的银行卡标识都是属于银联品牌,还不存在非银联品牌的银行卡。从本质上说,第三方支付仍无法绕开银联。因此,这样的一些规范条款在当前一段时间里仍会造成市场壁垒,阻碍第三方支付企业进入电子支付清算市场。

目前第三方支付清算市场中反垄断法律制度的完善应当集中于消除新进入支付企业和新支付方式的进入壁垒。在电子支付清算市场准入制度上,应消除第三方支付机构的进入壁垒,允许一定数量的第三方支付机构申请清算组织牌照,增设第三家支付清算机构。在立法时需要考虑银联长期垄断地位已经带来的一些市场反竞争效应,国家在制定相关行业制度时,应避免这些制度和措施造成一些支付产品和支付方式的实质性进入壁垒,从而制定符合现阶段第三方支付行业发展需要的制度。同时,在目前只有中国银联和网联清算有限公司两家清算机构的垄断市场格局下,应加强对两家清算机构所制定的一些行业规则的反垄断制度审查,防止其市场支配地位的滥用,避免其实施反竞争行为。

五、第三方支付行业反垄断执法中的公平竞争审查

为确保行业法的实施,各行业监管机构会采取一些限制竞争的手段。因此会与反垄断法之间产生一定的冲突。^②自进入21世纪以来,金融业的市场化日益加深,该领域的产业监管和反垄断监管的关系比较复杂,金融业监管机关与反垄断执法机关在处理产业发展与反垄断之间关系上既存在冲突,也存在协调性。^③第三方支付行业监管基于金融安全理念设置市场准入及其他管制政策,而竞争规制则强调竞争秩序而保护市场竞争,两者之间存在着不可避免的冲突。因此,还存在行业监管与反垄断法规制相协调的问题。就互联网金融风险规制而言,有学者提出“促进竞争”范式,即应契合与金融市场内生的交易形态,通过提高市场透明度和降低准入壁垒来促进竞争。^④“促进竞争”范式的理念恰恰强调了对金融风险的规制应当以竞争为主导,由竞争法来保护,实现竞争法的普遍适用,在反垄断执法中对行业监管进行公平竞争审查。

(一)第三方支付行业竞争政策的普遍适用

在法理学上,广义的法包括政策。反垄断法是法,也是政策,且反垄断法具有鲜明的政策特质。^⑤反垄断法与行业监管法的关系实质上是竞争政策与产业政策之间的关系。竞争政策与产业政策之间存在着一定的冲突,要化解这种冲突,就要确定两者之间的优先性问题。在目前市场经济不断完善的过程中,由于两者处于基础和补充的不同地位,因此竞争政策应当处于核心地位,被优先考虑,产业政策应在坚持竞

① 参见胡冰心:《清算变局,支付宝们的机遇和宿命》,《金卡工程》2015年第5期。

② 参见王仁富:《中国竞争法律体系及其协调性研究》,中国检察出版社2012年版,第124页。

③ 参见王斐民:《反垄断法视野中的中国产业政策》,法律出版社2013年版,第240页。

④ 参见杨东:《互联网金融风险规制路径》,《中国法学》2015年第3期。

⑤ 参见刘继峰:《反垄断法》,中国政法大学出版社2012年版,第52页。

争政策基础性作用的前提下得以实施。^① 第三方支付涉及金融、互联网、电子商务,其法律规制涉及金融行业监管,在市场竞争中又存在着竞争法的规制。但是,两者的规制存在不同的路径,产生的效果也有所不同。在我国金融严格监管的背景下,第三方支付行业纳入金融监管后会对行业的创新发展带来抑制作用。相反,竞争法是市场经济中普遍适用的法律规则,对行业的创新和发展起到保护和促进作用。

在我国,第三方支付行业在短短的时间内迅速发展,甚至超过了互联网发展最为迅速的美国,一个主要原因就是在发展之初政府对第三方支付行业的管制较少。在第三方支付行业发展初期,并没有相关机构监督,其得以迅速发展是由于“监管缺失”。到2010年中国人民银行颁布《非金融机构支付服务管理办法》,第三方支付企业遂被纳入正式的金融监管制度,且日趋严格。2011年开始发放第三方支付企业牌照,设置了较高的准入门槛。^② 支付牌照发放制度的施行以及较高的市场准入条件,意味着对第三方支付行业实施了较为严格的行业监管制度。严格的金融监管,一方面,产生了金融抑制作用;另一方面,所采取的监管措施本身也会带来一些竞争问题。从第三方支付行业的市场竞争来看,较高的市场准入条件阻碍了第三方支付市场潜在竞争者的进入,加剧了垄断市场结构的形成。同时,支付牌照的控制也使得市场中企业并购趋势加强,第三方支付行业内部的市场集中化趋势更加明显。许多潜在进入者申请牌照进入市场的难度较大,于是转而通过并购拥有牌照的在位第三方支付企业来进入市场,由此使行业集中度进一步提高。在市场集中度较高的市场中,企业更容易实施垄断行为,产生限制竞争的效果。

金融规制的衡量标准更多的是审慎监管而非市场竞争,对第三方支付行业进行金融监管非但解决不了行业发展中的竞争问题,反而还在一定程度上限制市场的竞争,抑制行业的创新和发展。相反,各国在反垄断法律和政策领域中的经验表明,反垄断法的执行是强化竞争、消除进入障碍、提高经济效率和保护消费者权益的有效手段。^③ 在对第三方支付市场进行规制时主要应采取竞争规制,在行业监管的领域也普遍实施竞争政策,从而推动第三方支付行业的创新发展。例如,在《银行卡收单业务管理办法》中的规定,^④ 虽没有禁止第三方支付机构(收单机构)直联银行,但仍要遵守相关协议。这一规定是出于对行业的监管,但其中如果涉及利用垄断协议来限制市场新进企业的竞争,就应该受到反垄断法的规制。

总之,第三方支付行业的发展要求更多地注重市场的开放性和竞争性,虽然基于行业的安全性角度可以实施一定的产业政策,进行行业监管,但在对其进行行业监管时要优先考虑和普遍适用竞争政策。

(二)第三方支付行业监管的公平竞争审查

产业政策的竞争审查是指如果政府计划采用某项产业政策对特定的市场进行干预,则该产业政策应当接受最低限度的竞争评估,只有在没有实质性限制、排斥市场竞争或者能够明显提高经济运行效率、维护消费者权益和社会公共利益的情况下才可以实施或者继续实施。^⑤ 违背竞争机制的法律法规对竞争秩序的破坏最为严重,^⑥ 只有在行业监管部门监管过程中充分吸收竞争理念和竞争思路,对第三方支付行业监管政策进行竞争法审查,才能使反垄断法与行业监管法协调一致,共同推进第三方支付行业的发展。

2016年,国务院印发《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》,全面部署开展公平竞争审查工作。2017年10月23日,国家发展和改革委员会、财政部、商务部、国家工商行政管理总局、国务院法制办公室联合印发《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》,从审查机制和程序、审查标准、例外规定、社会监督、责任追究等方面对公平竞争审查制度进行了规范。在第三方支付行业的金融监管中,应大力推进公平竞争审查,严格按照法定审查机制和程序,对金融监管部门所制定和实施的政策与法律进行公平竞争审查。此外,在出现具体的限制竞争案件中,也需要评估相关金融监管政策的实施对第三方支付企业竞争

① 参见黄勇:《中国反垄断法:一部注重整体协调的法律》,《中国发展观察》2006年第6期。

② 参见蒋先玲、徐晓兰:《第三方支付态势与监管:自互联网金融观察》,《改革》2014年第6期。

③ 参见[英]马赫·M.达芭:《反垄断政策国际化研究》,肖兴志、丁宁等译,东北财经大学出版社2008年版,第53页。

④ 2013年,中国人民银行发布的《银行卡收单业务管理办法》第26条规定:“收单机构将交易信息直接发送发卡银行的,应当在发卡银行遵守与相关银行卡清算机构的协议约定下,与其签订合作协议”。

⑤ 参见王仁富:《中国竞争法律体系及其协调性研究》,中国检察出版社2012年版,第128页。

⑥ 参见徐士英:《竞争政策研究——国际比较与中国选择》,法律出版社2013年版,第229页。

的影响,以决定反垄断法是否适用。^①对于跨越法定权力分工的法治总体状况的宏观考察,评估后果应当是非强制性和指向性的,它不能直接要求特定机关的特定反馈,但能为特定机关决策提供有效的参考。^②

在对第三方支付行业监管措施的具体审查过程中,确定受到制度影响的市场现状是竞争审查的起点。要对受到管制直接影响的市场结构、行为要素进行评价。此外,也要分析各要素之间的相互影响。例如,市场准入的审批属于市场结构要素中的进入障碍,它通过对市场结构的影响进而影响企业的竞争行为。实践中,如果第三方支付企业在市场中形成市场力量,就存在着实施反竞争行为的可能。而企业行为的变化又反作用于市场结构。一旦在位大企业将其他小企业驱逐出市场,在存在市场进入壁垒的情况下,在位大企业就可能持续垄断整个市场。总之,支付市场准入导致的市场集中程度越高,由此产生的竞争被削弱程度就越大。在厘清市场结构、行为、制度要素的相互影响后,进一步评估可能带来的市场绩效的变化。

任何法律体系都需要在逻辑上自洽,如果内在冲突无法协调,则必定会带来适用上的混乱。^③由于支付产业的金融抑制,市场管制过度,竞争法长期以来被“空置化”,没有发挥作用的空间。竞争规则在第三方支付行业中不但被空置,而且政府推行的金融监管措施本身也为市场竞争带来诸多问题,特别是维护金融安全、市场准入压制了市场竞争。当前在第三方支付行业的金融监管与反垄断法规制两方面存在着制度的不均衡供给和潜在的供给冲突,金融行业监管与竞争规制之间的冲突关系导致支付产业内的法律呈现出不确定性,支付企业面临着这种不确定性所带来的法律风险,而且也导致金融监管政策的制定、实施背离了促进市场竞争的理念。竞争规制产生作用不仅取决于自身实践,而且取决于与其相互制约的行业监管实施。这就需要关注系统的秩序,在第三方支付行业金融监管和反垄断法规制之间,需要互动并产生有效回应。在这一互动过程中,应坚持竞争政策在第三方支付行业中的普遍适用,并在此基础上对金融监管进行竞争评估和审查。

综上,第三方支付行业反垄断法规制要考虑行业创新发展的特点和要求,执法实践中更要重视创新与效率因素,应秉承审慎态度,以谦抑性规制为理念,在技术创新与反垄断认定中找到平衡。在谦抑性规制理念下,应扩大合理性原则在第三方支付行业反垄断中的适用范围。第三方支付多采取纵向一体化的模式,虽然在杠杆作用下会发生市场力量的传导和关联竞争问题,但纵向一体化存在很强的效率特征,在反垄断分析中应考察其效率,将合理化原则扩大适用于第三方支付横向垄断协议中。第三方支付行业中出现的横向垄断协议并不必然会损害社会福利,如交换费协议,不能简单地对其加以规制,全面考虑其对市场效率的影响,需要用合理原则进行灵活的分析。在第三方支付行业反垄断的救济上采取柔性救济机制较为合理,可以通过第三方支付市场的开放性和支付服务的兼容性来维护市场中的竞争秩序。特别是对传统电子支付产业中银行卡组织及成员银行对第三方支付的对接和开放,可以促进第三方支付行业的发展。面对银行卡支付清算服务市场开放的要求,在支付清算市场开放进程中需要打破垄断,相关法律制度的完善应集中于消除新进入支付企业和新支付方式的进入壁垒。反垄断法规制产生作用不仅取决于自身实践,而且取决于与其相互制约的行业监管实施。因此,在第三方支付金融监管和反垄断法规制之间,需要互动并产生有效回应。在这一互动过程中,应坚持竞争政策在第三方支付行业中的普遍性适用,并在此基础上,对金融监管进行公平竞争审查。

责任编辑 翟中鞠

① 参见张占江:《中国法律竞争评估制度的建构》,《法学》2015年第4期。

② 参见钱弘道、杜维超:《法治评估模式辨析》,《法学研究》2012年第6期。

③ 参见李剑:《论结构性要素在我国〈反垄断法〉中的基础地位——相对优势地位滥用理论之否定》,《政治与法律》2009年第10期。