

算法价格歧视行为的反垄断规制

——从“立执司”三方面出发

◆王泓洁

(西南科技大学法学院, 四川 绵阳 621000)

【摘要】在大数据时代兴起的算法技术被越来越多的经营者用于收集消费者信息,从而进行“用户画像”,实施价格歧视行为。随着数字经济的快速发展,算法价格歧视行为也呈现普遍化趋势,但囿于算法价格歧视行为的隐蔽性和复杂性,我国对算法价格歧视行为的反垄断法律规制仍在立法、执法、司法三方面存在着不同困境。鉴于此,本文首先对算法价格歧视的危害进行了系统阐述,然后从立法、执法、司法角度出发,针对性地提出了算法价格歧视法律规制的优化路径,以期回应算法技术所带来的法律挑战。

【关键词】数字经济;算法价格歧视;反垄断

一、算法价格歧视行为的现状

数字经济时代,随着互联网、云计算、区块链等信息技术的快速发展,人们利用大数据的能力和技术也在不断增强,从根本上改变了传统市场经济发展中市场经营主体的营销模式与竞争方式,数据资源的重要性也越来越突出,在社会资源的配置与社会生产力的发展方面,发挥的作用也不容小觑。平台经济作为数字经济时代背景下的新型经济模式,其具有与传统行业明显不同的特征,包括网络效应特征、双边市场特征、规模经济性、数据效应性等。正是由于平台经济与传统经济行业的显著不同,使得平台经济领域内的垄断行为出现了新的表现形式。在垄断行为中,由新兴技术衍生的价格歧视行为逐渐增多,携程大数据杀熟事件、美团杀熟事件等均引起了大众对算法价格歧视行为进行规制的呼吁。这些行为较大地损害了正常的竞争关系、侵害消费者权益、阻碍经济的可持续健康发展。

二、算法价格歧视行为的社会危害

(一)损害市场竞争秩序

竞争是市场经济运行的灵魂,在数字经济时代,拥有数据和算法技术优势的企业可以对用户进行数据采集、处理和分析,并利用其最大限度地实现消费者剩余即经营者利益最大化。在此情况下,企业会产生更强烈的算法价格歧视偏见动机,造成市场机制的失效,破坏正常的市场交易的竞争秩序。滥用市场支配地位的经营者利用算法价格歧视,利用自身优势大幅降低其他经营者的竞争活力,排除,甚至限制自由竞争,损害市场竞争秩序,造成破坏整体社会福利的危害。

(二)侵害消费者合法权益

保护消费者合法权益是《反垄断法》的立法宗旨之一。然而,价格歧视中最难以实现的一级“完美”价格歧视,却

可以通过算法工具高效实现,这无疑加大了对消费者权益的侵害。经营者以消费者所愿意付出的最高价格为定价标准,消费者无法在交易中获得任何优惠。因此,由于算法的价格歧视,消费者剩余会很小,无限接近于零。

(三)伤害数字经济的信任机制

数字经济体系的发展离不开信任机制的保障,数字经济体系的有序开展来源于信用体系的搭建。有报告指出,算法差异化定价会降低消费者对于网络交易市场的信任。算法价格歧视不仅会侵害消费者的利益,还会引发消费者对商家的质疑,形成“诚信危机”。

(四)抑制科学技术的创新发展

过度的算法价格歧视会导致数字经济投资资产较少和抑制创新发展,无法实现促进数字经济发展的政策目标,算法的歧视定价会间接阻碍科技创新发展的进步。已有研究表明,在技术创新困难程度较高的情况下,平台运营商采取的歧视定价行为将会持续对技术创新产生更大制约作用。

三、算法价格歧视行为的规制困境

(一)立法层面

1.相关市场界定困难

根据《反垄断法》的规定,滥用市场支配地位行为的前提是界定相关市场,但是在进行算法价格歧视反垄断法规制时界定相关市场却存在困难。《平台反垄断指南》明确个案分析原则,即反垄断执法机构既可以根据商品特性,分别界定单个或多个相关商品市场,也可以根据平台整体界定相关商品市场,但是指南却没有明确指出不同的情况应该如何适用。算法价格歧视规制问题涉及双边市场甚至是多边市场,如果出现两个交易平台,需要考虑界定相关市场时是否纳入对其他平台的竞争效应。子平台实施算法价格歧视,应当将子平台与母平台作为整体进行相关市场界定,还是将

子平台与母平台分别进行相关市场界定，在实践中如何操作较为模糊。此外，线上市场和实体市场的界线越来越不清晰，使得相关市场的界定产生争议。比如，消费者可以通过线上平台购买虚拟礼券在实体市场上使用。那么，线上市场和实体市场是否能界定为同一个市场，还是分开界定，界定的不清晰会对相关市场范围大小和市场支配地位的认定造成较大影响。

2. 实施主体的市场支配地位认定困难

根据《反垄断法》第17条第1款第6项规定，“没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”构成“滥用市场支配地位的行为”应予以限制。但从现实生活中分析，算法价格歧视行为通常发生在市场影响力越来越大的电商网络平台，并大多体现出“同物不同价”的差别待遇。从表面上看，这一行为显然满足条文中“滥用市场支配地位行为”的构成条件，如此即可应用于《反垄断法》中侵害市场支配条款的法律规制。但在司法实践中对该行为加以定性却是较为困难的。一方面，对电商平台来说，其影响力和拥有市场支配地位完全就是不同的两码事。另一方面，电商平台是否拥有市场支配地位需由司法机关依据一定的标准进行判断，而不是任凭消费者的主观感觉判断。

（二）执法层面

1. 反垄断执法技术阻碍突出

算法隐蔽性、技术性等特点，使得反垄断执法机构难以准确识别其行为，导致执法机构介入较为困难。从当前司法实践的过程中可以发现，监督管理部门经常性地面临有证据证明市场经营者实施了价格歧视行为但是证据不足的尴尬境地。有时消费者保护个人信息意识比较薄弱，从而对经营者实施的价格歧视行为未能及时察觉，甚至即使察觉出经营者实施了价格歧视行为，但常常也因为市场主体之间信息的极度不对称而难以举证。我国反垄断法规起步较晚，从事执法活动的人员法律素质不高、专业知识储备不足。因此，我国还需加强反垄断执法专业人才的培养。

2. 反垄断监管机制存在不足

当前，世界各国已经逐步开始探索对市场经济的规制，但由于网络空间的匿名性及跨区域性，也使得我国现行的反垄断监管机制在执法过程中面临监管主体不明确、监管方式滞后等一系列问题。首先，就监管主体而言，算法价格歧视行为涉及多方面内容，需多部门积极配合，协同监管。但在实际监管过程中，各部门分工不明确、权责不清、重复管理与管理不明确等问题已成为各部门监管效率不高的充分体现。其次，虽然大数据的发展为社会各行各业都带来了变化，但在算法价格歧视行为的主管部门监管方式这一方面，数据发展早已遥遥领先。面对价格歧视，主管部门的监管方式尚处于“摸着石头过河”的探索阶段，还不能有效

予以应对。最后，主管部门反垄断监管力度不够也是经营者肆意妄为实施价格歧视的重要原因。

（三）司法层面反垄断法的规制困境

在算法价格歧视的私人诉讼中，消费者维权困难始终是一个避无可避的话题，究其根本，主要有以下几个方面：首先，经营者与消费用户因掌握信息不对称而带来的举证问题。数据垄断侵权的举证过程较为复杂且专业性较高。消费者利益受到损害的有关材料证据绝大多数都掌握在经营者手里，在势单力薄的消费者和拥有一定地位的经营者之间进行比较时，孰强孰弱便一目了然。其次，电子数据带来的证据保全问题。由于电商平台的数据随着消费群体的不同而处于时刻变化之中，虽然在法律体系的证据分类中赋予了电子数据的具备证据证明力的合法地位，但在实际生活中关于电子数据的收集、存储，以及证据证明力、审查等还是无从下手。最后，当经营者因实施非法的价格歧视行为与消费者走到对峙法庭的这一步时，经营者又往往会利用市场营销机制来为自己开脱。比如逢年过节折扣优惠力度大、首次光顾本店的优惠政策等。

四、算法价格歧视行为的规制对策

（一）立法层面

1. 创新相关市场的界定方法

科学地开展相应市场经济划分，才能更好地保证竞争的公平和市场经济的有序，从而切实地实现反垄断法律规制的目的。因此，为应对算法社会中相关市场的不确定性与复杂性，需要坚持“最小市场”原则进行界定。“最小市场”原则在一定程度上反映了在算法价格歧视视域下细分市场所具有的竞争特征。一方面，由于加入了定价算法技术，出现价格歧视的市场被更精确地划分为更小的市场区域；另一方面，它也能有效地保护交易相对人的利益，在若干相关市场中，选择最小市场界定损害情况，这样不仅可以降低判断过程中的主观性，还可以将复杂的环节简单化。

2. 创新市场支配地位的认定标准

为了对利用算法技术实施价格歧视的现象进行彻底的打击，有必要在市场支配地位的认定标准中考虑大数据平台的自身特性，从而增强该认定标准的时代可行性。

首先，优化市场份额的认定标准。在数字经济领域，市场份额不再是评估市场支配地位的首要 and 关键要素。界定市场支配地位还需要考虑用户的黏性程度、转移成本、产品研发成本、企业科技创新能力、其他经营者进入市场的壁垒、网络外部性等都是数字经济领域判定经营者是否具有市场支配地位的要素。

其次，构建市场支配地位和相对优势地位的双层规制体系。在确定算法价格歧视中实行垄断的企业是否具有一定的市场优势时，还要综合考虑其所具有的数据信息价值。在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中，增加了对经



营者的市场优势判断的考量,提出了“以数据作为判断对市场支配地位具有决定性作用”的观点,要通过对经营者的数据以及对数据库中数据的控制权,判断是否具有数据竞争优势。假如一个企业所具有的数据或对数据的控制权足够在这个领域中将其他企业挤出市场,从而达到了数据垄断水平,那么可以认定这个企业具有市场支配地位。

最后,优化技术工具对市场支配地位的影响。在众多的数据中提取出有用的信息,需要对提取的数据处理加以分析,这需要优质的算法技术辅助。算法使用者的竞争优势增强需要算法来支撑,平台的优质算法可以吸引用户,通过更多的用户提供更多的数据。如果竞争对手无法获取关键算法,竞争优势就会丧失,经营者就会对竞争对手形成封锁效应。所以,优化技术工具非常有必要。

(二)执法层面

1.引进专业人才推进执法团队建设

专业人才是社会经济发展的核心,反垄断执法团队建设也一样。基础力量建设是一切反垄断活动得以有效开展的根本保证。为反垄断执法效能和服务质量的进一步提高,执法机关首先要做好的就是强化执法团队的基础建设。首先,提高反垄断执法机构的就业门槛;其次,将合适的人用在合适的岗位上;最后,为留住专业人才做好后备保障。

2.加强部门衔接提升监管技术

对利用算法技术实施的价格歧视行为进行有效监管,依赖于反垄断执法机构与行业监督管理部门的密切衔接和监管技术的提升,尤其是执法人员对价格歧视行为合规性和违法性的鉴别能力。但由于《反垄断法》作为一种事后救济的方式所固有的滞后性,使得反垄断执法机关面对不法行为时,往往难以有效、及时地开展行动,此时加强部门衔接提升监管技术就显得尤为重要。而且在规制算法价格歧视行为的相关案件时,结合网络平台算法技术的隐蔽性,应对该行为给消费者造成的损害予以更多的关注。提供分析整理案件卷宗,强化效率观念,为后续反垄断执法提供参考。提升市场监管部门的监管技术,跟随市场经济的发展深入探究当下价格歧视的新特征,从而逐步完善监管体系,提高监管准确度,促进市场有序发展。

(三)司法层面的对策

1.扩大反垄断诉讼的主体范围

在算法价格歧视的具体案件中,被歧视的消费者人数众多,但个人受损金额却相对微少,单人提起反垄断诉讼的话,诉讼成本较高,会打击私人诉讼的积极性,且也无法避免其他被歧视的消费者重复诉讼的可能性,不免会造成司法浪费,因此有必要扩大反垄断诉讼原告的范围。可以建立由检察院或反垄断执法机构牵头的反垄断公益诉讼,检察院或反垄断执法机关替位行使原告权利,搜集经营者实施算法

价格歧视的证据,提起公益诉讼;或者构建反垄断集体诉讼制度,一次性解决多方纠纷,避免了被告囿于信息交涉不及时,出现大量、重复诉讼的案件,让受损方的权益可以得到及时有效的救济,也使经营者能够快速恢复正常经营。此外,明确消费者协会以及算法价格歧视相关行业协会在反垄断案件中的诉讼资格,完善我国的代表人诉讼制度和共同诉讼制度保障实现对消费者个体的赔偿。

2.健全反垄断诉讼举证责任制度

合理的举证责任制度是平衡双方当事人诉讼地位的必要条件。我国滥用市场支配地位的反垄断法诉讼中,仍然沿用的是“谁主张谁举证”的举证责任分配规则。然而在所有的滥用市场支配地位的案件中,都面临着同一个问题,即原告举证困难,举证责任过重。因此,可以考虑在滥用市场支配地位的案件中将部分举证责任分配给被告,从而适当减轻原告的举证责任。原告只需证明损害存在,由被告证明自己没有滥用市场支配地位实施算法价格歧视的证据,以及符合正当理由的合理抗辩,并由被告承担证据不足的不利后果。

3.完善算法价格歧视的追责机制

一方面,严格厘清算法价格歧视主体的担责范围。算法价格歧视可能是由于互联网交易平台、经营者、算法设计者的过错,也存在是算法的自我出错,失控引发的歧视倾向。因此,要完善算法价格歧视的追责机制,就要厘清各个主体责任承担的范围。另一方面,合理确定对消费者的赔偿标准。可以根据上述责任划分来确定对于消费者的赔偿标准问题,当算法价格歧视是由于不可控的因素导致时,根据消费者实际上受到利益的损害进行赔偿,并督促经营者排除不可抗的歧视因素;当经营者或设计者故意实施算法价格歧视的行为时,以价格差额作为赔偿标准显然对消费者是不公平的,也无法起到对故意实施者威慑惩戒的作用,应以惩罚性赔偿为主、补偿性赔偿为辅。

参考文献:

- [1]朱建海.“大数据杀熟”的法律规制困境及其破解路径[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2021,33(01):64-72.
- [2]卞岩岩.数据共享下滥用市场支配地位的反垄断规制[D].上海:华东政法大学,2021.
- [3]周围.人工智能时代个性化定价算法的反垄断法规制[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2021,74(01):108-120.
- [4]杨祖卿.滥用市场支配地位诉讼举证责任研究——基于20份判例的实证分析[J].河南工学院学报,2020,28(05):65-68.

作者简介:

王泓洁(1998—),男,汉族,四川内江人,硕士研究生,研究方向:经济法学。