

算法共谋的反垄断规制研究

● 赵春梅



[摘要] 随着市场竞争的加剧,算法共谋的问题日渐突出。由于算法本身具有的隐蔽性、智能化,反垄断规制在算法共谋协议认定、主观意思联络判定、责任归责上存在重重障碍,传统的规制手段已难以有效应对这些挑战。通过对比研究美国和欧盟对平台企业进行的反垄断规制,我国在对算法共谋行为进行规制时,应当对共谋中“协议”的概念进行重新界定,充分利用间接证据合理认定算法共谋的主观意图,合理分配算法共谋各方主体的垄断责任。

[关键词] 算法共谋;反垄断规制;责任归责

Q 算法共谋概述

我国对算法共谋的定义,不同的学者有不同的观点。本文所探讨的“共谋”概念,特指在反垄断法语境下,特定市场中的两个及以上经营者间,通过协议、决议或其他手段,共同对产品或服务的价格、数量等进行限定,从而排除、限制竞争的行为。算法共谋可分为明示共谋和默示共谋(或称默契共谋)。明示共谋,即通过书面、口头等明确方式,达成协议形成共谋的反竞争行为。而默示共谋则更为隐蔽,它表现为市场竞争中各方在没有正式协议的情况下,通过实际行动的一致性和有意识的合作来替代竞争。尽管反垄断法主要聚焦于明示共谋的规制,但默示共谋在一定市场环境同样具有显著危害性。此外,由于默示共谋的隐蔽性,其在识别和打击上给反垄断法带来了不小的挑战。因此,对于算法共谋的规制,既要关注明示共谋的显性危害,也要警惕默示共谋的潜在风险。

Q 算法共谋对反垄断法的挑战

近年来,国内外不少利用算法实施共谋的案件频发,如2015年美国的DOJ对Topkins展开反垄断调查,以及2017年欧盟委员会对华硕、飞利浦等公司展开反垄断调查等。如何通过反垄断法规制算法共谋成为亟待解决的问题。总的来说,在实际中认定算法构成反垄断意义上的共谋有以下困境。

(一) 现有框架难以明确共谋的协议性质

在当前我国《反垄断法》的框架下,“协议”这一概念尚未有明确的法律界定,只是将“排除、限制竞争”的协议、决定或其他协同行为统称为“垄断协议”。其核心要素

包括经营者间的合意形成、协商过程以及协议内容具有对竞争的潜在限制。随着算法技术的广泛应用,共谋行为的表现形式变得更为隐蔽和复杂。具体来说,如果两家或多家企业在无明确沟通意图的情况下,先后实施了相同或一致的行为,这样的行为模式并不足以直接认定为达成了垄断协议。然而,这种默契共谋虽然没有明确的沟通,仅有达成共谋的意图,但其实际后果导致了竞争的限制或排除时,应当受到反垄断法的规制。当前,我国《反垄断法》对于默契共谋的规制尚显不足,但《关于平台经济领域的反垄断指南》中已经为此类行为提供了相应的规制机制。针对此现状,相关部门有必要考虑将《关于平台经济领域的反垄断指南》中关于默契共谋的规制条款正式纳入《反垄断法》的框架内。这样的做法不仅有助于完善法律体系,防止某些算法共谋行为逃脱法律监管,更能针对算法共谋的特殊性(包括可能的无协议形态)制定更为精准的规制策略,从而更有效地维护市场竞争的公平与秩序。

(二) 算法共谋中主观意思联络难以认定

我国现行《反垄断法》第二章垄断协议中,只规定了垄断协议的具体表现形式,以及不构成垄断协议的例外情形,并未规定达成垄断协议各方主观意思的相关认定标准。在传统的反垄断审查框架内,由于共谋参与方间的沟通往往呈现隐蔽且复杂的特点,主观意思联络的识别一直是一项挑战。然而,随着算法技术的深入参与,这一挑战变得更加棘手。算法的高度智能化和固有的隐蔽特性,使得共谋参与方无需频繁地进行交流和协商,仅通过算法的实时监测和自动价格调整机制,即可实现各方行为的协调一致。比如,网约车平台经营模式下,网约车平台将算法作为技术手

段，通过复杂的程序运行，把共谋主体的意图深深隐藏在代码之下，认定司机的主观意图和意思联络存在困难。这种主观意图的隐蔽化或者缺位，导致由算法所实施的一致行为难以被发现和认定为垄断协议。特别是在人工智能算法自主形成的共谋中，共谋的实施并非由经营者或开发者直接操控，而是算法自主进行。这种情况下，经营者并未下达明确的共谋指令，甚至可能主观上排斥共谋的形成。因此，在主观层面的认定上，反垄断实践面临两大核心难题：一是算法的隐蔽性使得经营者之间存在意思联络很难认定；二是随着人工智能的发展，如何证明算法自主形成的共谋行为确实存在人的意志。

（三）算法共谋中垄断主体法律责任难以分配

在探讨算法规制的核心时，关键在于确立合适的责任主体以接受法律问责。随着人工智能技术的飞速进步，算法共谋现象愈发复杂，其责任主体不仅限于经营者与算法开发者，还可能涵盖算法本身。当前，算法共谋责任主体认定困境在于现行法律体系尚未明确规定计算机算法的法律地位与行为能力。且可能存在情况是，算法虽为人类所开发，但开发者可能并无垄断或共谋的初衷。因此，若要将责任归咎于算法的设计者或使用者，必须充分证明他们具有共谋的意图，并且该共谋已实际达成。然而，在二者责任分配的问题上，仍需深入探讨进行合理划分。当共谋是人工智能算法自主形成时，若共谋行为由算法自身实施，那么法律责任是否应让计算机算法承担？若如此，开发者和使用者可能因此免责。但在此之前，必须明确计算机算法是否具备成为反垄断法责任主体的资格。算法共谋所引发的法律责任承担问题，亟待根据具体情境进行深入探讨和合理分配。

□ 算法时代反垄断法共谋规制的制度构思

在深入剖析算法共谋在反垄断规制中所面临的困境后，可以识别出当前反垄断法框架内存在的几个关键局限性问题。首先，关于默示共谋是否能被明确界定为垄断协议的问题，其界定标准尚不明晰，成为一大挑战。其次，即便默示共谋被认定为垄断协议，其在主观层面上的归责原则亦存在显著的争议与分歧。这些局限性凸显了现行反垄断法在应对算法共谋这一新型现象时的不足。对于算法共谋问题，反垄断法也应当与时俱进，促进法治化的发展。

（一）共谋中“协议”概念的重新界定

在探讨算法共谋的范畴时，不仅要关注显性的共谋形式，还需深入剖析更为复杂的情况。首先，是有合意、有协商的算法共谋。动态定价算法根据市场经营者的意图自动调整市场价格，使其成为一种一致的“共享算法”，在此情境下，直接将其界定为垄断协议具有难度，因为“协议”

的传统定义需得到重新审视。当经营者出于排除或限制竞争的目的进行合意协商，且这种“共同算法”直接导致了价格一致或协同现象时，该共谋行为应被视作垄断协议。此外，还存在一种虽基于合意但无直接协商的算法共谋。这种情况下，经营者并未直接进行协商，而是借助计算机算法或相互间的依赖关系，以达到价格调整的一致性。由于行为缺乏明确的协商过程，即使产生反竞争效果并造成了严重损害，依据现行反垄断法也难以直接认定为垄断协议。《关于平台经济领域的反垄断指南》中，特别是第五条，对现行反垄断法的不足进行了补充。因此，需要对“协议达成”的传统理解进行拓展，将经营者间这种默契的共谋行为也视为达成了垄断协议。这样的认定才能适应当前数字经济背景下反垄断法的实际需求。

（二）算法共谋主观合意的认定

算法共谋中，规制存在的问题是经营者间的意思联络，被算法程序间的信号交流替代，且算法间的信号交流无法直接证明经营者间存在意思交流。欧美国家在认定默契共谋时，采取间接证据与事实推定的方法，我国反垄断实践在识别共谋意图时可借鉴这样的做法。一般而言，用以证明默契共谋的间接证据可分为沟通证据、行为证据和经济证据。沟通证据指经营者间的商讨、讨论或任何形式的交流痕迹，如磋商会议、会面等。行为证据则指在经营者对产品价格的操作行为，如价格的有序跟随或趋同的涨幅。而经济证据指借助经济手段分析市场条件的变动，如贸易壁垒。

算法共谋中经营者间的交流证据很难被反垄断执法机构察觉，反垄断实践在缺乏直接证据的情况下，更多地依赖于经济证据来判定经营者间是否存在共谋意图。通过经济学方法研究市场条件的变化，反垄断执法机构可以评估经营者行为的合理性，并辅以合理原则进行分析。因此，当经营者无法对价格趋同行为给出合理解释时，执法机构有理由推断其存在共谋的意图。

（三）算法共谋的法律责任分配

在反垄断法的框架下，合理配置算法共谋的法律责任是确保其规制效力的关键所在。唯有通过明确的责任划分和归责机制，反垄断法方能发挥其应有的威慑效应。

1. 算法使用者的法律责任

当前，我国《反垄断法》对于垄断行为的制裁主要聚焦于法人层面，尚未涵盖经营者的董事、监事、高级管理人员等个体。然而，在算法共谋不断扰乱市场竞争的背景下，除了经营者本身需承担法律责任外，其主要负责人亦应成为责任主体。这一责任配置在国际上已有先例，如美国《谢尔曼法》规定违反其第一条的个体可能面临高额罚款，而欧盟、英国、澳大利亚等国亦有类似规定。因此，笔者认为，算法共谋中经营者的主要负责人应承担相应的行政责任。

2. 算法开发者的法律责任

算法开发者在算法共谋中的责任配置，可参照算法使用者的责任模式。国家市场监督管理总局发布的《〈反垄断法〉修正草案》中，已将算法开发者纳入反垄断法的责任主体，可以更好地促进反垄断法对算法共谋的规制。

3. 算法本身不承担法律责任

随着人工智能的飞速发展，算法因其自主学习能力而难以与其开发者或经营者始终保持一致的意图，在此情况下追究开发者或经营者的法律责任不公平。基于此，国外学者对于算法共谋的法律责任进行了深入分析，提出了三个评价维度：算法获益结构、算法控制力以及算法对消费者的潜在损害。基于这些维度，笔者认为算法共谋的法律责任应由算法使用者和开发者承担。首先，经营者作为算法的使用者，其使用算法达成共谋的行为应自主承担责任。其次，当算法开发者明知或应知算法具有自主实施共谋的能力而未采取合理措施阻止时，亦应承担相应的法律责任。最后，由于机器作为责任主体尚不明确正当可行，虽然算法本身可能表现为共谋的“表面”主体，其真正的责任应由背后的使用者和开发者来承担。

Q 结束语

在数据驱动的背景下，算法在市场竞争中所展现出的独特优势越来越得到重视，经营者们不断深入探索和应用算法技术。诚然，算法在提高运营效率、强化竞争优势等方面具有显著作用，然而，人们也必须正视算法共谋可能给市场竞争带来的潜在威胁。正如前文对算法共谋的分析，其相较于传统垄断协议呈现出了新的特点，传统的反垄断法规制框架在应对算法共谋这类新业态领域出现的新问题的时候，很难做到面面俱到。现行反垄断法对算法及垄断协议规制相关条款，应与时俱进，积累实践经验，参考各国的规制经

验，探索创新制度体系，在研究中以算法共谋带来的实际竞争问题为立足点，顺应数字经济的发展趋势，不断摸索算法共谋的规制方法。算法共谋是各国都面临的重要问题，也是理论界研究的热点论题。有些问题在理论界还存在较大的争议，本文浅略地对算法共谋的反垄断规制进行了分析，研究还存在着许多的不足。算法所涉及的垄断问题依然很多，需要进一步进行探讨与研究。

参考文献

- [1] 蒋慧, 蔡尚轩. 网约车平台轴辐型算法共谋规制研究[J]. 社会科学家, 2023(07): 90-95.
- [2] 殷继国. 人工智能时代算法垄断行为的反垄断法规制[J]. 比较法研究, 2022(05): 185-200.
- [3] 陈爱飞. 区块链共谋的反垄断监管[J]. 现代法学, 2022, 44(04): 145-157.
- [4] 尚正茂. 算法共谋行为的反垄断法规制[J]. 学习与实践, 2022(03): 63-71.
- [5] 刺森. 算法共谋中经营者责任的认定: 基于意思联络的解读与分析[J]. 现代财经(天津财经大学学报), 2022, 42(03): 101-113.
- [6] 王先林, 曹汇. 平台经济领域反垄断的三个关键问题[J]. 探索与争鸣, 2021(09): 54-65, 178.
- [7] 殷继国, 沈鸿艺, 岳子祺. 人工智能时代算法共谋的规制困境及其破解路径[J]. 华南理工大学学报(社会科学版), 2020, 22(04): 33-41.
- [8] 刘佳. 人工智能算法共谋的反垄断法规制[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2020, 60(04): 80-87.

作者简介:

赵春梅(1998—), 女, 汉族, 重庆人, 硕士研究生, 扬州大学法学院, 研究方向: 刑法。