

个别化价格歧视的规制难题及其纾解

——基于“禁止差别待遇”规则的分析

苏新建, 沈运峰

(浙江工商大学法学院, 浙江杭州 310018)

摘要:在互联网相关市场,商品定价模式由统一定价模式和群体化价格歧视模式逐渐转向个别化价格歧视模式,“禁止差别待遇”规则面临个别化价格歧视行为的挑战。首先,个别化价格歧视行为引发了价格歧视型共谋行为。“禁止差别待遇”规则应采用“信息交流”与“知悉规则”的双重标准审查此类特殊的共谋行为。其次,个别化价格歧视行为开始伪装为动态定价行为,“禁止差别待遇”规则应当引入“相当性”规则区分两类行为。最后,个别化价格歧视行为在损害部分消费者利益的同时增加了市场效率,相关经济分析标准难以判断个别化价格歧视行为正当性。“禁止差别待遇”规则应当在损害分析与效率分析的基础上引入正当性综合审查。

关键词:个别化价格歧视;禁止差别待遇;算法共谋;动态定价;正当性审查

中图分类号:D922.29 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-2154(2022)11-0060-11

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2022.11.005

The Regulation Problem of Individual Price Discrimination and Its Solution: Based on the Analysis of the “Prohibition of Differential Treatment” Rule

SU Xinjian, SHEN Yunfeng

(School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: With the change of commodity pricing mode from unified pricing mode and group price discrimination mode to individual price discrimination mode, the regulation of “prohibition of differential treatment” in the industrial age to adjust the individual price discrimination behavior in the Internet age has caused many problems. First of all, the individualized price discrimination behavior leads to a brand-new collusion behavior of price discrimination. The “prohibition of differential treatment” rule should follow the double standards of “information exchange” and “knowledge rule” to examine price discrimination collusion. Secondly, individualized price discrimination leads to the confusion of dynamic pricing behavior and individualized price discrimination behavior. The “prohibition of differential treatment” rule should follow the “equivalence” rule to distinguish the two kinds of behavior. Furthermore, the individualized price discrimination behavior damages the interests of some consumers but increases the market efficiency, which leads to the contradiction of relevant economic analysis standards. The “prohibition of differential treatment” rule should be comprehensively examined on the basis of damage analysis and efficiency analysis.

Key words: individual price discrimination; prohibition of differential treatment; algorithm collusion; dynamic pricing; legitimacy review

收稿日期: 2022-04-01

基金项目: 浙江省软科学研究计划一般项目(2022C35020)

作者简介: 苏新建,男,教授,博士生导师,法学博士,主要从事程序正义、反垄断法研究;沈运峰,男,博士研究生,主要从事反垄断法研究。

随着信息技术的迭代发展,经营者获得了利用算法程序智能化设置商品价格的能力。商品价格开始与消费者个体支付意愿、竞争者行为、市场供求关系等因素绑定。我国消费者在网络购物、网约车、酒店预订等不同商业场景遭遇到了个别化价格歧视行为的困扰。在电子商务平台,会员用户发现其购买商品的价格比普通用户更贵^[1];在网约车市场,定价算法依据消费者特征差异实施差别待遇^[2];在我国互联网价格歧视司法第一案中,消费者使用携程网 APP 支付了高出市场价格一倍的住宿费用。^①可见个别化价格歧视行为已经渗透至社会生活的诸多场景,如何规制个别化价格歧视行为成为反垄断法的热点问题。本文拟结合我国《反垄断法》第17条第1款第6项的“禁止差别待遇”规则与相关经济学理论对个别化价格歧视行为的规制作一个初步的分析。

一、价格歧视变迁及规制难题

垄断行为存在三种定价模式:统一定价模式、群体化定价模式以及个别化定价模式。统一定价模式,是指向所有消费者给出统一的商品价格;群体化定价模式,是指依据消费者群体特征差异化设定商品价格;个别化定价模式,是指依据消费者支付意愿差异个别化设定商品价格。信息技术的快速发展,商品定价模式正由统一定价模式向价格歧视模式转变,群体化价格歧视向个别化价格歧视转变。

(一) 价格歧视变迁

在工业革命之后,如何为工业化大生产制造出的海量商品设定价格成为一个棘手问题。美国商业实践首先发明了统一价格标签,从此开启了一场席卷了整个商业世界的交易技术革命^[3]。统一定价模式为经营者免除了与每一位消费者单独博弈的交易成本,从而为工业社会标准化商品交易提供了基本模型^[4]。因此,最早期的垄断经营者为了节约交易成本,垄断行为常采取统一定价模式将商品价格整体提升至竞争水平以上。但统一定价模式也导致垄断经营者失去了部分收益。由于消费者支付意愿具有个体差异,统一定价模式必然会让商品单价高于或低于部分消费者的支付意愿,垄断经营者无法最大化攫取消费者剩余。^②

经营者为了排除消费者支付意愿对垄断收益的影响,价格歧视成为垄断行为理性定价方式。在理想情况下,收益最大化定价模式是基于消费者支付意愿设定商品价格。这一模式在学理上被称为“一级价格歧视”^[5]。但在很长的历史时期,学者普遍认为一级价格歧视仅具有理论意义。一级价格歧视模型存在两个明显缺陷:垄断经营者无法准确地测度消费者个体支付意愿;即便垄断经营者有能力测度消费者个体支付意愿,也无法承担个别化定价模式的交易费用。因此,在前信息时代,垄断经营者在综合衡量价格歧视行为的实现可能性、所得收益及其所支成本等因素后往往采取群体化定价模式设定商品价格。

随着信息技术在市场交易场景中的广泛应用,垄断经营者基于消费者个体支付意愿设定商品价格的障碍正在逐渐消减。首先,信息技术降低了信息收集成本。商品与数字技术结合的结果是消费者近乎所有行为都被数据化。消费者在使用互联网服务和智能设备时不断留下反映他们需求和偏好的数据。在大数据时代,人类正在走向一个更容易识别个体特征的世界^[6]。其次,信息技术降低了测度支付意愿成本。数据科学通过数据挖掘分析解构事物之间相关性。消费者支付意愿的相关性已经被经营者解码。特别是在高级数据分析与人工智能技术的加持下,互联网企业可以通过掌握的海量数据以极低的成本精确刻画出消费者的画像。最后,算法程序降低了价格歧视行为实施成本。在算法技术未普及前,几乎没有经营者可以承担与每个消费者单独博弈的成本。算法程序解决了这一问题,其通过结构化的决策过程使定价过程自动化,经营者不再需要花费大量的精力为每个消费者单独确定商品价格。

商品定价模式的选择受到定价模式交易费用的影响。在信息时代,由于数字技术与算法程序的快速发展,个别化定价行为交易费用支出显著降低,个别化价格歧视行为所得收益超越了所支成本,因此,基于算

^①胡某某诉上海某商务有限公司纠纷案,浙江省绍兴市柯桥区人民法院(2021)浙法0603民初790号一审民事判决书。

^②当商品价格低于消费者支付意愿时,经营者无法攫取最大化的消费者剩余。当商品价格高于消费者的支付意愿时,消费者会失去交易意愿,经营者失去全部交易收益。

法程序实施的个别化价格歧视行为成为信息时代垄断行为定价模式的全新选择。

（二）法律规制难题

实践中,价格歧视行为可由《反垄断法》第17条第1款第6项所规定的“禁止差别待遇”规则调整。“禁止差别待遇”规则由三个构成要件组成:经营者具有市场支配地位或达成垄断协议、经营者实施了差别待遇行为、差别待遇行为无正当理由。但以上构成要件的解释论主要针对的是工业时代的群体化价格歧视行为,其衍生的标准能否适当地调整信息时代的个别化价格歧视行为存在较大的讨论空间。

在信息时代,垄断经营者在采用定价算法程序设定商品价格时,不但会依据消费者支付意愿设定商品价格,还会将商品价格与市场竞争状态、市场行情波动绑定。首先,市场竞争会导致消费者向竞争者提供的低价商品逃逸,从而影响价格歧视行为的有效性。其次,市场行情波动会导致消费者支付意愿随之变动,从而影响价格歧视行为的准确性。一般而言,算法程序会综合市场竞争、市场行情、消费者支付意愿等因素形成商品价格。因此,个别化价格歧视实质上是指通过数字技术、算法程序将商品价格与消费者支付意愿、竞争者行为、市场供求关系等因素绑定,从而向消费者个体智能化给出商品价格的差异化定价行为。个别化价格歧视行为内在包含三种类型的算法:监控竞争行为的价格监控算法、随着市场行情波动改变商品价格的动态定价算法、将商品价格与消费者支付意愿相绑定的价格歧视算法。正是这些算法程序的广泛使用对“禁止差别待遇”规则的适用构成了重大挑战。

首先,价格监控算法为共谋行为创造了便利条件。随着价格监控算法在商品定价环节的大范围使用,经营者不再处于价格竞争的“囚徒困境”当中,算法程序促进了经营者缔结共谋关系,并通过价格歧视行为最大化地分享垄断利益^[4]。价格歧视行为与算法共谋行为在信息时代具备了一定的共生性。如何认定共同实施价格歧视行为的经营者之间存在共谋关系将成为适用“禁止差别待遇”规则的衍生问题。

其次,动态定价算法对于市场供需关系的监控引发了“动态定价”行为与价格歧视行为的混淆。商品价格与市场行情波动的高度绑定使得细微市场行情波动都会导致商品价格的变动。此时,经营者可主张由消费者支付意愿导致的价格差异属于动态定价行为,从而摆脱“禁止差别待遇”规则的规制。如何区分“动态定价”行为与个别化价格歧视行为成为适用“禁止差别待遇”规则的重要问题。

最后,价格歧视算法使得商品定价机制由群体定价转向个别化定价,价格歧视行为渗透至消费者个体层面。我国“禁止差别待遇”规则明确要求对价格歧视行为展开正当性审查,以确定行为的实质违法性。但现有审查标准指向的是群体化价格歧视行为,如何审查个别化价格歧视行为违法性缺乏相应标准。如何展开个别化价格歧视行为的正当性审查成为适用“禁止差别待遇”规则的疑难问题。

二、价格歧视型共谋认定

在数字相关市场中,随着越来越多的商业模式与互联网、智能手机应用程序相绑定,价格歧视行为与共谋行为之间的交互性越来越强,共谋行为不再拘泥于共同提升商品价格或限定交易条件的固有形式,个别化价格歧视行为成为共谋行为的重要子类型。对此,世界经合组织就发出警告:个别化价格歧视行为会显著增加共谋行为的风险与危害^[7]。

（一）价格歧视型共谋发生机制

“共谋行为”(Collusion),通常是指相互竞争的公司之间缔结的反竞争协议或实施的协同行为^[8]。在信息时代,算法程序商业化应用使得共谋行为的达成不再困难,由此产生了算法共谋现象。算法共谋,是指经营者通过算法程序形成反竞争的共谋关系^[9]。随着算法程序越来越智能化,其又促进了个别化价格歧视行为与算法共谋现象相互作用,进而产生了价格歧视型共谋现象。价格歧视型共谋,是指共谋参与者通过价格歧视行为分享垄断利益。

在理论上,参与市场竞争的经营者既有可能形成竞争性均衡,也有可能形成共谋性均衡^[10]。但在寡头垄断市场中,算法程序的广泛适用使得市场均衡的天平倒向共谋性均衡。首先,算法程序的商业应用大幅

增加了市场博弈的频率,经营者通过算法程序可以在几毫秒内知晓竞争者的行为并进行反制^[11]。市场博弈方式由短期博弈转向长期博弈,经营者定价策略由短期价格竞争转变为长期共谋关系维持。其次,算法程序增强了市场的静态透明度与动态透明度。在静态透明度层面,算法程序的应用使得相关市场内的经营者能以最快的速度了解竞争对手的商品定价、销售方式以及利润水平^[7]。在动态透明度层面,价格监控算法使得经营者具备了预测竞争者行为的能力^[12]。市场透明度的提高不仅意味着数据更容易获取,还意味着经营者具备了基于竞争者行为模式决定自身行为的能力,从而帮助经营者基于共同利益形成反竞争行为的协调。市场透明度的提高为共谋行为的达成与执行提供了良好的信息条件。

算法程序智能化程度不断提高的另一个副产品是共谋行为开始与价格歧视行为相结合,从而导致了价格歧视型共谋行为。价格歧视型共谋可以使参与者获取更多垄断利益的同时让共谋关系保持稳定。共谋的本质是经营者共同操纵商品价格使得消费者成为价格接受者,从而让参与共谋的经营者分享垄断利益。相比统一定价模式,价格歧视可以避免无谓损失与最大化攫取消费者剩余,共谋参与者获取更多垄断收益。因此,共谋行为与价格歧视行为的结合符合参与者的共同利益。

此外,价格歧视型共谋还能补正统一定价模式的稳定性缺陷。当共谋参与者共同将商品价格提升至竞争水平之上时,所有参与者也获得了降低商品价格攫取更多收益的机会。脱离共谋的降价行为能够让经营者迅速扩大市场份额。虽然,经营者损失了单体交易的收益,但交易数量的增加仍可放大经营者的总收益。背叛者从脱离共谋的降价行为中获益的可能性越大,背离共谋的动机与可能性就越大^[11]。但当共谋参与者采取价格歧视行为分享垄断利益时,商品价格近似于消费者支付意愿,参与者分享的消费者剩余近乎于最大值。此时,经营者的降价行为虽然能增加交易机会,但未必能扩大总收益^[4]。因此,在价格歧视型共谋关系中,参与者背离共谋关系所获取的利益未必能超过维持共谋行为所获取的利益。除非经营者有能力彻底打垮所有竞争者,否则共谋参与者从自身利益衡量的角度不会轻易脱离共谋关系。价格歧视型共谋使得经营者之间的共谋关系更为稳固。

过去实施价格歧视行为的主体一般是具有市场支配地位的经营者,如今实施价格歧视行为的主体可能是多个具有一定市场势力的共谋参与者。价格歧视行为与共谋行为的结合对“禁止差别待遇”规则提出了挑战,如何认定价格歧视型共谋行为将成为适用“禁止差别待遇”规则的衍生问题。

(二) 价格歧视型共谋规制

监管者规制价格歧视型共谋存在两个问题,即如何认定经营者共同实施了价格歧视行为以及如何证明经营者之间缔结了垄断协议或形成了协同关系。价格歧视型共谋缺乏明显的行为外观,经营者之间的平行行为难以被监管者发现。更为棘手的问题是,共谋关系的缔结往往基于算法程序智能化决策,难以直接证明经营者之间存在垄断协议或协同关系。

1. 平行行为审查。规制共谋行为的首要问题是证明反竞争平行行为的存在。所谓平行行为,一般是指数个经营者同时实施了相似的反竞争行为。平行行为的一般行为模式,是指经营者共同将商品价格提升至竞争水平之上。因此,经营者同时非基于成本原因大幅提升商品价格可视为平行行为的明显信号。但价格歧视型平行行为表现为经营者共同基于消费者支付意愿设定商品价格的行为。当经营者共同实施价格歧视行为时,经营者并没有大幅地提升商品价格,甚至表现为经营者共同向部分低支付意愿的消费者提供了价格优惠。监管者难以判断经营者是否实施了反竞争的平行行为。可见,价格歧视行为使得共谋行为更具有欺骗性,监管者无法通过对经营者商品价格变动的直接观察确定数个经营者实施了平行行为。

事实上,价格歧视型共谋行为难以发现的原因是,价格歧视行为并不是依靠经营者人力去实现共谋关系,而是通过算法程序实现彼此之间的协同,这就导致相互平行的价格歧视将难以被察觉。一般而言,审查算法驱动的价格歧视行为是否属于平行行为有三种方法:算法验证、零知识证明以及算法公开。

算法验证是通过设计具有专门的共谋监测算法程序来审查相关市场中的平行行为^[13]。监管者通过设计算法程序来监测相关市场中经营者的行为是否符合价格歧视型平行行为的特征。算法验证是测度平行行为最有效率的武器,可以帮助监管者快速、准确地监管相关市场内的反竞争行为。零知识证明是一种密码工具,它允许决策者证明实际使用的决策策略或在特定情况下达成的特定决策具有特定属性,但不必知

晓该决策机制的具体内容是什么^[14]。例如,监管者通过不同支付意愿的消费者测试经营者是否实施了价格歧视行为以及行为是否平行。零知识证明是审查平行行为最简便有效的测度方法。算法公开,是指通过公开算法程序获知算法程序的运行原理^[15],具体是指监管者通过公开审查经营者所使用的算法程序来判断经营者是否实施了价格歧视行为以及行为是否平行。算法公开是证明平行行为最有力的方式。以上方法各有其优势,算法验证可作为平行行为审查的常规方法,零知识证明可作为平行行为初步性验证方法,而算法公开则可作为认定平行行为最有证明力的审查方法。

2. 共谋行为认定。即便经营者共同实施了价格歧视行为,监管者要认定经营者之间存在共谋关系也需要证明平行行为源自经营者之间的垄断协议或协同关系^[16]。一般情况下,监管者难以直接证明垄断协议的存在,因此反垄断法创设“协同行为”概念作为垄断协议的替代类型。主流的反垄断法理论始终将经营者之间的“沟通、交流”或“意思联络”作为定义协同行为的基准。换言之,共谋行为认定常常取决于共谋参与者之间是否存在沟通交流或意思联络。

例如,在 *United States V. Topkins* 案中,美国司法部就采用了“信息交流说”对电子商务中的共谋现象提起刑事诉讼。检察官针对 *United States V. Topkins* 案展开了如下论证:(1)被告人参与了经营者之间的对话与接触;(2)被告人设计了具有反竞争性质的算法程序;(3)经营者使用了具有反竞争性质的算法程序;(4)被告人设计了价格监控算法来监督所有参与者,并时常进行信息交换;(5)客观上算法程序导致了反竞争的行为一致。^①最终法官认可了检察官的诉请,认定被告人参与了共谋行为,并判处其有罪。在 *US V. Topkins* 案中信息交流行为成为被告人承担刑事责任的主要违法事实。但信息交流标准难以调整所有算法共谋行为。在理论上,共谋行为属于典型的相互依赖行为(*Interdependent Behavior*),共谋行为可由两种形式达成:(1)基于经营者之间的信息交流达成的反竞争行为一致;(2)基于经营者对竞争行为预测达成的反竞争行为一致^[17]。信息交流说显然无法调整经营者通过对竞争者行为预测达成的反竞争行为一致,而后者恰恰是算法共谋行为的常见形态。事实上,在互联网相关市场中,经营者有可能在缺乏信息交流的情况下达成共谋关系。

为了整全地调整算法共谋行为,监管者还需引入全新的认定标准。对此,欧盟法院在对 *E-turas* 案的审理过程中创制了“知悉规则”作为认定共谋行为的全新标准。*E-turas* 是一款旅社预订程序,*E-turas* 公司在未征得所有使用 *E-turas* 程序经营者同意的情况下,在算法系统中将对消费者的优惠折扣限制在3%以下。虽然这一技术限制并不妨碍旅行社给予顾客以更大的折扣,但要做到这一点,它们必须经过技术处理。调查表明,之前采用3%以上折扣率的大多数旅行社,在这些措施实施之后,实际上将折扣率降至3%。立陶宛竞争理事会随后对 *E-turas* 公司及使用 *E-turas* 程序的经营者进行了反垄断处罚。案件后被诉至欧盟法院,法官在该案中作出了如下推理。^②首先,法官认为 *E-turas* 系统发出降低折扣的通知可以推定收件人应当知道算法程序会限制折扣,并知道限制折扣将导致消费者利益受损。其次,法官认为使用 *E-turas* 的经营者在客观上遵循算法程序的技术限制导致了消费者利益受损。再次,法官结合经营者主观认识与客观行为推定使用算法程序的经营者之间存在共谋关系。最后,法官认为,旅行社可以通过拒绝使用算法程序、向行政当局报告该行为以及提供其他证据来反驳其参与反竞争一致行为的推定。可以发现,在 *E-turas* 案中使用算法程序的经营者之间并不存在实质性信息交流或接触。但法官创造性地通过经营者知道或应该知道算法程序可能导致的反竞争后果推定经营者达成反竞争意思一致。这一推论确立了全新的共谋行为推定标准:算法或平台可以作为经营者实施反竞争一致行为的载体,前提是需证明经营者知道或应当知道行为具有反竞争效果^[18]。

事实上,“知悉规则”已然出现在我国新出台的《平台经济领域的反垄断指南》之中。^③现阶段我国认定

① *United States v. Topkins*, No. CR15-00201. N. D. Cal. 2015.

② *Eturas and others*, 2016 ECLI-42 Case C-74/14.

③ 《平台经济领域的反垄断指南》第9条规定:“认定平台经济领域协同行为,可以通过直接证据判定是否存在协同行为的事实。如果直接证据较难获取,可以根据《禁止垄断协议暂行规定》第6条的规定,按照逻辑一致的间接证据,认定经营者对相关信息的知悉状况,判定经营者之间是否存在协同行为。经营者可以提供相反证据证明其不存在协同行为。”

互联网领域共谋行为的规范采用了“信息交流”加“知悉规则”的双重标准。但是如何解释我国语境中的“知悉规则”还有待实践与理论进一步探索与研究。原因是,即便算法使用者知道算法会导致反竞争的效果,他们也未必真的愿意参与共谋行为,直接以此推定经营者参与共谋行为似乎过于严厉。特别是在使用算法程序的经营者相对于平台经营者而言处于弱势地位的情况下,这些中小经营者似乎没有反抗平台经营者的能力。换言之,“知悉规则”似乎难以作为一个独立的共谋行为认定标准。算法共谋行为的认定应当在综合考虑经营者信息交流状况与相关事实知悉程度的情况下,衡量不同经营者之间的从属关系、力量对比、市场势力来确定相关经营者是否在主观上愿意参与共谋行为。

三、差别待遇行为的识别

个别化价格歧视行为还与动态定价算法高度相关。算法程序使得经营者抵御市场行情波动的能力有了巨大的提升。例如,亚马逊网站动态定价系统每天数百次改变数十万种商品的价格以适应市场供需关系的变动^[19]。但动态定价算法也带来了动态定价行为与价格歧视行为交叉的副作用,从而引发了价格歧视与动态定价行为的识别问题。

(一) 动态定价行为

消费者支付意愿会随着市场行情的变化而波动,因此,经营者为了谋取最大化利益需要引入动态定价算法以契合消费者支付意愿的变化。动态定价,是指经营者根据消费者需求和商品供应的变化调整价格定价机制。单纯的动态定价行为并不意味着经营者对消费者有任何歧视,动态定价功能更多的是通过价格机制调整市场供需失序状态。在前信息时代,由于缺乏快速、准确的动态定价算法程序,经营者无法在第一时间纠正市场失序状态。例如,一旦在商品上贴上价格标签,商品价格就难以马上改变,除非花费很长时间去寻找商品并覆盖价格标签。商品价格无法随着市场行情同时变动。但随着商品交易的电子化,经营者可以轻易地改变商品价格,从而将市场行情波动快速地传递给消费者。

单纯动态定价行为实际上是一种合理的价格调整机制。经营者在供求关系失衡时使用价格机制来调整市场失序状态,从而将商品更有效率地分配给消费者^[20]。商品供给与需求发生不平衡时,有两种工具进行平衡:调整供给或变动价格。但供给增减往往具有滞后性,经营者无法立即减少商品库存,也难以立即扩大生产。因此,当供给与需求不平衡时,经营者总是先通过价格机制引导供给关系走向平衡。例如,当消费者需求突然出现了大幅增加、商品供给无法满足所有消费者需求之时,动态定价机制就会通过提高商品价格来让出价更高的消费者获得商品。由于商品单价上涨,单笔交易的盈利空间上升,市场中的经营者就会扩大产能以平衡供给关系。如果消费者需求出现大幅减少,消费者需求无法消化商品供给,动态定价机制就会降低商品价格刺激消费者购买商品。由于商品单价下降,单次交易的盈利空间下降,经营者就会减少产能以平衡供给关系^[22]。可见,合理的动态定价机制有利于市场供需关系恢复至均衡状态。

不过在商业实践中,动态定价功能发挥往往会受到经营者逐利性的影响。当市场供大于求时,经营者出于利益考虑会降低商品价格以尽可能地减少损失,此时动态定价机制确实能发挥作用。但当市场求大于供时,经营者出于利益考量,在提高价格的同时还会谋求尽可能维持市场供需关系失衡的局面,以获取更多的溢价收益,此时动态定价机制功能发挥存疑^[20]。这就导致了在市场求大于供的情况下,动态定价行为反而成为实施个别化价格歧视行为的“温床”。

动态定价机制与价格歧视行为相互混淆最为著名的例子是优步公司在网约车市场采用的“激增定价”(Surge Pricing)算法。“激增定价”意味着在市场需求旺盛的时候增加商品价格,有时会高达正常车费的3—4倍^[22]。优步对这一行为的解释是,提高价格是为了吸引更多司机加入网约车市场以平衡市场供求失衡。但这一定价机制的最终结果是,价格随着市场行情变化出现了大幅波动。“服务”价格在高峰时段与非高峰时段出现了明显的价格差异。优步以供求关系差异为理由对消费者实施了显著的差别待遇。对于过大的价格差异,合理的解释是激增定价机制还包含了对消费者支付意愿的考量^[23]。

优步公司的“激增定价”机制在表面上属于动态定价行为,但在动态定价行为背后隐藏着价格歧视行

为。“激增定价”行为存在两个层次的考量:第一层次是市场行情对于商品价格的影响;第二层次是市场行情对于消费者支付意愿的影响。商品价格形成同时包含以上两种算法机制,但消费者支付意愿与商品价格之间的相关性隐藏在动态定价背后。在求大于供的情况下,价格歧视行为借助于消费者支付意愿的增长获得超额利润回报。随着动态定价算法的普及,如何规制躲在动态定价“掩体”背后的个别化价格歧视行为成为适用“禁止差别待遇”规则的疑难问题。

(二) 区分标准:相当性规则

“禁止差别待遇”规则的规范表述是:“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。”规范中“差别待遇”措辞受到“对条件相同交易人”“在交易价格等交易条件”措辞的修饰。同时,“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”整句话又受到“没有正当理由”措辞的限制。

“对条件相同交易人”,是指相同商品出售给消费者的成本相同。“在交易价格等交易条件”,是指商品价格不存在直接差异与间接差异。直接价格差异,是指单纯的商品价格差异。间接价格差异,是指运输方式、交货方式、付款方式等特殊价格差异。因此,“差别待遇”是指商品存在实质性价格差异。商品价格实质差异需要考虑两个因素:商品真实成本与商品真实价格。“差别待遇”实际是指真实商品价格减去真实商品成本后经营者所得收益的差异^[24]。由于“差别待遇”整个短句又受到“没有正当理由”的限制,价格歧视行为实际是指:没有正当理由,经营者非基于成本原因对消费者实施差别待遇。

可见,我国“禁止差别待遇”规则有三个逻辑层次。价格歧视行为底层逻辑是指经营者实施了形式上差别待遇行为,表现为直观的价格差异。第二层次的逻辑是指经营者实施了非基于成本原因的差别待遇行为,表现为商品价格减去商品成本的收益差异。第三层次的逻辑是指经营者非基于成本原因的差别待遇行为不具有正当理由,表现为对差别待遇行为的原因审查。

依据我国“禁止差别待遇”规则的规范性意旨,“动态定价行为”因市场行情波动导致了销售给相同交易条件消费者的相同类型商品出现了明显价格差异,其属于典型的基于非成本原因的差别待遇行为。此时对于动态定价行为与价格歧视行为的区分就依赖于“正当性分析”^[25]。在商品供大于求的情况下,动态定价行为降低商品价格行为虽然导致商品价格出现了非基于成本原因差别待遇,但降价行为刺激消费者购买更多商品,同时抑制了经营者生产意愿,有利于纠正供需关系的失衡状态。此时,动态定价行为具有正当性。但这一正当性分析模型在商品求大于供的情况下能否适用就需要更深入地讨论。

在理论上,在商品求大于供的情况下,涨价行为确实可以刺激经营者扩大产能,抑制消费者购买意愿以修复市场供求关系的失衡状态。但当涨价行为包含消费者支付意愿波动因素时,消费者近乎以消费者支付意愿完成交易,消费者购买意愿并不会消退。包含价格歧视行为的“动态定价行为”反而让经营者获得超额利润,经营者未必会有扩大产能的意愿,他们更愿意维持市场供求失衡的状态以持续获得超额利润。因此,在市场求大于供的情况下,能够纠正市场失衡状态的动态定价行为才具有正当性。此时,价格歧视行为与动态定价行为区分界限在于价格变动的“相当性”。“相当性”,是指商品价格差异应当与市场行情波动的真实情况相适应。一旦价格差异超越了市场行情波动的合理范围,特别是“动态定价行为”与消费者支付意愿波动相一致,行为就不具有正当性。

一般而言,价格差异的相当性审查可从如下几个方面入手:(1)市场供需关系,在商品求大于供的情况下,商品价格差异应当与市场行情相适应;(2)动态定价机制的整体性,在相同市场行情下出售给相同成本消费者的商品价格应保持一致;(3)动态定价机制与消费者支付意愿的相关性,动态定价机制应禁止涨价行为与消费者支付意愿绑定。

四、行为正当性审查

反垄断制度对价格歧视行为规制要求行为结果具有违法性^[26]。例如,《平台经济领域的反垄断指南》确定了价格歧视行为三种正当性审查豁免情形:交易习惯或行业惯例、针对新用户的优惠措施以及随机交

易。^①但以上审查标准并没给出价格歧视行为正当性审查的实质性标准。交易习惯、行业惯例、新用户优惠措施、随机交易必须通过经济分析证明行为具有经济上的合理性。以上行为导致市场效率降低、市场竞争秩序与消费者利益受到损害仍具有违法性。

反垄断法对经济秩序的规制具有强烈的工具主义色彩,以实现特定经济目的为追求。价格歧视行为正当性审查的实质标准来自经济审查分析。经济审查分析可分为效率分析和损害分析。效率分析关注价格歧视行为是否能提升社会总产出,损害分析关注价格歧视行为对竞争者或消费者造成的实际损害。价格歧视行为正当性审查的实质标准是:当价格歧视行为导致的损害小于效率提升时,价格歧视行为就具有正当性,反之则具有违法性^[27]。

(一) 损害分析

反垄断法经济分析的首要标准是损害分析。垄断行为的损害分析包含对市场竞争损害的分析和对消费者福利损害的分析。市场竞争损害主要是指对竞争者产生的排斥效果。例如,具有市场支配地位企业通过与经销商签订独家交易合同,封锁竞争对手从该等经销商获得有效率的投入品或者分销渠道,导致后者的投入品成本或分销成本提高,市场竞争受到损害^[28]。消费者福利损害主要是指对消费者造成的剥削效应。例如,经营者通过三级价格歧视攫取消费者剩余损害消费者利益。我国《反垄断法》第17条采用了“交易相对人”的措辞,价格歧视行为对象包含了经销商与消费者,因此,价格歧视的损害分析包含了针对竞争者的排斥效应与针对消费者的剥削效应。由于个别化价格歧视直接面向终端消费者,在行为模式上更接近于三级价格歧视,损害分析的重点是针对消费者的剥削效应。只有个别化价格歧视行为向消费者提供显著低于生产成本的价格优惠与补贴,损害分析的重点才会转向针对竞争者的损害分析^[29]。

个别化价格歧视行为对消费者的损害以经营者具有市场支配地位为前提,损害一般发生在完全垄断市场与垄断竞争市场,因此,损害分析可基于市场类型的不同分别展开。

1. 完全垄断市场损害分析。在完全垄断市场,经营者具有单独市场支配地位,市场竞争仅在有限范围存在。但完全垄断市场也不能完全排除市场竞争。静态意义上市场竞争虽然受到抑制,但动态意义上的市场竞争仍有可能限制价格歧视行为。当市场外的经营者进入到相关市场,新一轮市场竞争就会开启^[30]。因此,潜在竞争者可能会对垄断经营者形成竞争限制。理性经营者为了阻止潜在经营者进入市场会构建一定程度的市场进入壁垒,而限制竞争者进入相关市场最简单有效的方式是将商品价格维持在竞争水平,通过价格机制构筑市场进入壁垒。这一现象在互联网市场尤为明显,相关市场具有高市场集中度、低市场壁垒的特征^[31]。因此,互联网市场中的垄断经营者常常会因潜在竞争者威慑效应将商品价格维持在竞争水平。在完全垄断市场,监管者需要特别关注动态市场竞争效应对消费者福利的影响。

监管者审查个别化价格歧视对完全垄断市场消费者福利影响的关键是考察潜在竞争者威慑效应。潜在竞争者威慑效应的存在使得经营者不得不通过价格机制维持市场进入壁垒,从而削弱了价格歧视行为的剥削效应。潜在竞争者威慑效应越弱,竞争行为烈度越低,经营者通过价格机制构筑市场进入壁垒的必要性就越低,消费者福利就越容易受到个别化价格歧视行为的侵害。

2. 垄断竞争市场损害分析。垄断竞争市场由多个具有一定市场势力的经营者组成,市场中的经营者在决定商品价格时会通过监控算法监测竞争者的行为。算法定价使得经营者存在达成共谋关系的可能性。但经营者达成共谋关系并不等于消费者福利必然会受到侵害。原因是消费者对不同经营者提供的同类商品可能存在偏好,而消费者偏好会严重影响价格歧视行为的剥削效应^[32]。

消费者支付意愿可以区分为“对称”与“非对称”两种情况^[33]。所谓“对称”,是指消费者的支付意愿不存在“偏好”,消费者对不同经营者生产的同类商品的支付意愿相同。所谓“非对称”,是指消费者支付意愿存在“偏好”,消费者对不同经营者生产的同类商品存在支付意愿的差异。例如,消费者a对A经营者提供

^①《平台经济领域的反垄断指南》第17条规定:“……平台经济领域经营者实施差别待遇行为可能具有以下正当理由:(1)根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例,实行不同交易条件;(2)针对新用户在一定期限内开展的优惠活动;(3)基于平台公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易;(4)能够证明行为具有正当性的其他理由。”

的商品持高支付意愿,而对B经营者提供的商品仅持低支付意愿;而消费者b对A经营者提供的商品持低支付意愿,但对B经营者提供的商品持高支付意愿。

以市场内主体消费者是否具有“偏好”,垄断竞争市场可区分为“对称型”垄断竞争市场与“非对称型”垄断竞争市场。在“对称型”垄断竞争市场中,不同经营者对消费者个体支付意愿评估是大致相同的。因此,当经营者在此类市场达成共谋关系时,价格歧视行为针对相同消费者定价趋同。经营者针对同一消费者给出的商品价格不存在竞争关系^[34]。由于价格不存在显著差异,消费者福利将会受到价格歧视行为的直接损害。

在“非对称型”垄断竞争市场中,经营者对相同消费者支付意愿评估存在差异。当经营者达成共谋关系时,经营者针对相同消费者的定价将始终存在价格竞争。例如,经营者A向其偏好消费者a给出高价,经营者B则向其非偏好消费者a给出低价;同时,经营者A向其非偏好消费者b给出低价,经营者B则向其偏好消费者b给出高价。个别化价格歧视使得消费者收到竞争性的报价,价格竞争可能会诱使消费者向低价的非偏好商品逃逸,从而导致经营者针对偏好消费者的高价无法维持^[35]。价格歧视行为导致了价格竞争,抑制了对消费者的剥削效应。

总而言之,审查个别化价格歧视行为对垄断竞争市场消费者福利的损害关键在于市场内消费者偏好。消费者偏好对价格歧视行为有很强的抑制作用,偏好消费者比例越高,偏好越强烈,价格歧视行为引发的价格竞争就越显著,消费者福利受到的侵害越小。

(二) 效率分析

即便垄断行为导致消费者福利受到了损害也不能认定垄断行为具有违法性,还需展开效率分析。效率分析主要审查垄断行为是否能提升资源配置效率、增加社会总产出^[36]。反垄断法一般把“导致社会总产出减少”作为审查行为违法性的重要标准。垄断行为对于市场效率的损害主要来自无谓损失,其导致社会总产出减少。所谓“无谓损失”,是指统一定价型垄断行为在追求超额利润的过程中会让商品价格高于部分消费者的支付意愿,市场资源配置秩序出现了扭曲,虽然经营者获得更多消费者剩余,但商品交易数量与社会总产出同时下降。当经营者实施价格歧视行为时,商品价格高于消费者支付意愿的情况将大幅减少。从社会总产出角度观察,商品交易数量上升,社会总产出也因此增加。

在理想状态下,价格歧视行为越精确,无谓损失发生概率越低,商品交易数量越多,社会总产出越高。例如,三级价格歧视行为相比统一定价型垄断行为减少了无谓损失的发生概率。但三级价格歧视对消费者支付意愿测度仍不够精确,无谓损失现象总是难以避免,社会总产出无法实现最大化。当经营者采取个别化价格歧视行为时,由于消费者支付意愿测度相比三级价格歧视更为精确,无谓损失现象将进一步减少,社会总产出将获得更大提升。

个别化价格歧视使得部分低支付意愿消费者在竞争水平价格以下获得商品,因此,个别化价格歧视行为拓展了消费者群体的范围。当更多消费者参与分担商品的固定成本,商品的边际成本会因消费者规模扩大而缩小,而商品边际成本的降低使得个别化价格歧视行为可以为更多的消费者提供低于市场竞争价格的商品。个别化价格歧视行为带动了扩大消费者群体基数、降低商品边际成本、增加社会总产出的良性循环^[37]。可见,个别化价格歧视行为在效率分析层面上并不具有违法性。

(三) 正当性综合分析

当价格歧视行为既对消费者福利造成了损害又提升了社会总产出的时候,个别化价格歧视行为的正当性取决于两者的比较。社会总产出增量与低支付意愿消费者群体高度相关;个别化价格歧视使得部分消费者以低于市场竞争水平的价格获得商品,社会总产出因这一群体低价获得商品而增加。消费者福利损害则与高支付意愿消费者群体密切相关;个别化价格歧视使得部分消费者以高于市场竞争水平的价格获得商品,消费者福利因这一群体高价购买商品而受到明显损害。

价格歧视行为指向的对象直接决定了行为的正当性。当个别化价格歧视行为仅指向低支付意愿消费者时,社会总产出将明显提升。同时,经营者从此类消费者处获取的消费者剩余极为有限。社会总产出的提

升可以覆盖消费者福利受到的损害。当个别化价格歧视行为仅指向高支付意愿消费者时,消费者福利受到明显损失;同时,经营者在此类消费者处增加的社会总产出相当有限,社会总产出的提升难以覆盖消费者福利受到的损失。

当个别化价格歧视行为同时指向两类消费者时,问题则相对复杂。价格歧视行为的正当性取决于价格歧视行为的“分配效应”——经营者基于个别化价格歧视将消费者剩余由高支付意愿群体向低支付意愿群体转移^[38]。但并不是所有个别化价格歧视行为都具备“分配效应”,分配效应主要取决于价格歧视行为的实施方式。

当个别化价格歧视行为具有“分配效应”时,高支付意愿消费者群体的消费者福利将受到损害,但“分配效应”使得经营者利用从高支付意愿消费者攫取的利润来扩大低支付意愿消费者群体数量,社会总产出达到了峰值。消费者福利损害实质性地转化为社会总产出的增量,社会总产出的增量可以覆盖消费者福利受到的损失,个别化价格歧视行为具有了经济上的正当性。当个别化价格歧视行为不具有“分配效应”时,高支付意愿消费者群体受到的损害不会转化为社会总产出的增量,低支付意愿消费者群体的增量与消费者福利受到的损害难以相互抵消。此时,社会总产出的提升不足以覆盖消费者福利受到的损害,个别化价格歧视行为不具有经济上的正当性。当价格歧视行为指向所有消费者时,行为正当性取决于消费者福利损失能否转换为社会总产出的提升。

五、结 语

个别化价格歧视行为在表面上是一种基于消费者支付意愿设定商品价格的行为,但在实质上其属于典型的“算法定价行为”。经营者应用信息技术将商品价格与各种相关因素相绑定以获取最大化的利益。因此,“禁止差别待遇”规则对于个别化价格歧视行为的规制实质是对“算法定价行为”的规制。当算法技术应用于对竞争行为的监控,其极大地削弱了消费者个体的自主性^[39]，“禁止差别待遇”规则不得不面对“算法共谋”的挑战;当算法技术应用于监测市场行情波动,“禁止差别待遇”规则不得不面对“动态定价”的挑战;当算法技术应用于价格歧视行为,“禁止差别待遇”规制不得不面对“行为正当性”的挑战。

可以预见的是,随着信息技术的迭代发展,商品价格将与越来越多的“变量”相绑定,“禁止差别待遇”规则将面临更多未知的新挑战。“禁止差别待遇”规则将成为反垄断法领域内极为活跃的规范条文。这一趋势形成的原因是商品定价机制正随着信息技术的飞速进步而裂变^[40],工业时代遗留给人类的“统一定价模式”在信息时代未必具有“天然”的正当性。同时,信息时代“野蛮生长”的定价算法的正当性证成仍有待“禁止差别待遇”规则检验。身处旧时代黄昏、新时代黎明的“禁止差别待遇”规则或成为技术进步引导社会变迁的“守门人”规则。是维持统一定价模式的正当性,还是放宽对算法定价行为的限制,有待于我国法律人结合本土实际情况展开长久、深入的研究。

参考文献:

- [1] 陈永伟. 人工智能中的三个经济伦理问题[J]. 人工智能, 2019(4): 20-31.
- [2] 蒋传海. 网络效应、转移成本和竞争性价格歧视[J]. 经济研究, 2010(9): 55-66.
- [3] HAZELDINE T. Price discrimination, merger policy, and the competitive constraint of law-value customers in airline markets [J]. Journal of Competition Law and Economics, 2015, 11(4): 975-998.
- [4] MEHRA S K. Price discrimination-driven algorithmic collusion: platforms for durable cartels [J]. Stanford Journal of Law, Business & Finance, 2021, 26(1): 171-221.
- [5] 龚雅娴. 数字经济下的消费行为: 述评与展望[J]. 消费经济, 2021(2): 89-96.
- [6] JEROME J. Big data: catalyst for a privacy conversation [J]. Indiana Law Review, 2014, 48(1): 213-242.
- [7] OECD. Algorithms and collusion: competition policy in the digital age [R]. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2017.
- [8] GREEN E J, MARSHALL R C, MARX M L. Tacit collusion in oligopoly [C] // BLAIR R D, SOKOL D D. The Oxford handbook

- of international antitrust economics. New York: Oxford University Press, 2013: 464-497.
- [9] DENG A. What do we know about algorithmic tacit collusion? [J]. SSRN Electronic Journal, 2018, 33(1): 88-95.
- [10] GUNNAR N. Collective dominance: more than just oligopolistic interdependence [J]. European Competition Law Review, 2001, 22(5): 168-172.
- [11] HWANG S B, KIM S. Dynamic pricing algorithm for E-commerce [C]// ELLEITHY K, SOBH T. Advances in systems, computing sciences and software engineering. Dordrecht: Springer, 2006: 149-155.
- [12] GAL M S, ELKIN-KOREN N. Algorithmic consumers [J]. Harvard Journal of Law & Technology, 2017, 30(2): 309-354.
- [13] VOLKER N, KRAMER B J. Automated verification of function block-based industrial control systems [J]. Science Computer Programming, 2002, 42(1): 101-113.
- [14] GOLDBREICH O. Foundations of cryptography: a primer [M]. Hanover: Now Publishers Inc, 2005: 16.
- [15] 沈伟伟. 算法透明原则的迷思——算法规制理论的批判 [J]. 环球法律评论, 2019(6): 20-39.
- [16] 张晨颖. 共同市场支配地位的理论基础与规则构造 [J]. 中国法学, 2020(2): 108-128.
- [17] KAPLOW L. On the meaning of horizontal agreements in competition law [J]. Harvard Law and Economics Discussion Paper, 2011, 99(3): 683-818.
- [18] DE-PIERRE P, PROBST J. Proving concentration in the text of online platforms: a comment on the E-turas case [J]. European Competition and Regulatory Law Review, 2017, 1(1): 74-79.
- [19] KRISTOF K. How amazon uses surge pricing just like uber [EB/OL]. (2017-07-16) [2022-08-27]. <https://www.cbsnews.com/news/amazon-surge-pricing-are-you-getting-ripped-off-small-business/>. htm.
- [20] WOODCOCK R A. The efficient queue and the case against dynamic pricing [J]. Iowa Law Review, 2020, 105(4): 1759-1798.
- [21] CROSS R G, HIGBIE J A, CROSS Z N. Milestones in the application of analytical pricing and revenue management [J]. Journal of Revenue and Pricing Management, 2011, 10(1): 8-18.
- [22] HALL J, KENDRICK C, NOSKO C. The Effects of uber's surge pricing: a case study [R]. Chicago: The University of Chicago Booth School of Business Working Paper, 2015.
- [23] GRIFFITH K. The Uber loophole that protects surge pricing [J]. Virginia Journal of Social Policy & the Law, 2019, 26(1): 34-64.
- [24] OECD. Price discrimination and competition [R]. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2016.
- [25] 时建中. 反垄断法——法典释评与学理探源 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 214.
- [26] 赖源河. 公平交易法新论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 36.
- [27] 肖伟志. 价格歧视行为的反垄断法规制 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 286-288.
- [28] 兰磊. 涨价型竞争损害的误读与澄清——以转售价格维持为视角 [J]. 交大法学, 2021(4): 36-58.
- [29] 雷希. 论算法个性化定价的解构与规制——祛魅大数据杀熟 [J]. 财经法学, 2022(2): 146-162.
- [30] 傅瑜. 中国互联网平台企业竞争策略与市场结构研究 [D]. 广州: 暨南大学经济学院, 2013.
- [31] 苏治, 荆文君, 孙宝文. 分层式垄断竞争: 互联网行业市场结构特征研究——基于互联网平台类企业的分析 [J]. 管理世界, 2018(4): 80-100.
- [32] 严玉珊. 电商异质性与线上价格离散 [J]. 商业经济与管理, 2022(2): 17-28.
- [33] ARMSTRONG M. Recent developments in the economics of price discrimination [C]// BLUNDELL R, NEWEY W K, PERSSON T. Advances in economics and econometrics: theory and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2005: 110-115.
- [34] THISSE J, VIVES X. On the strategic choice of spatial price policy [J]. American Economic Review, 1988, 78(1): 122-137.
- [35] CHEN Z, CHOE C, MATSUSHIMA N. Competitive personalized pricing [J]. Management Science, 2020, 66(9): 1-21.
- [36] 许光耀. 价格歧视行为的反垄断法分析 [J]. 法学杂志, 2011(11): 21-24.
- [37] BAR-GILL O. Algorithmic price discrimination when demand is a function of both preferences and (mis) perceptions [J]. University of Chicago Law Review, 2019, 86(2): 217-254.
- [38] CHAPDELAINE P. Algorithmic personalized pricing [J]. New York University Journal of Law and Business, 2020, 17(1): 1-48.
- [39] 张涛. 自动化系统中算法偏见的法律规制 [J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2020(4): 92-102.
- [40] 闫境华, 石先梅. 数据生产要素化与数据确权的政治经济学分析 [J]. 内蒙古社会科学, 2021(5): 113-120.

