

【专题】

共同市场支配地位制度 拓展适用于算法默示共谋研究

时建中

【作者简介】时建中,中国政法大学教授,中国政法大学法治经济研究院研究员。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2020.2.89~107

【基金项目】2017年度国家社科基金重大委托项目“创新发展中国特色社会主义法治理论体系研究”(项目批准号:17@ZH014)。

引言

有关算法共谋的问题,正在成为一个全球性话题,备受各国关注。算法的普遍使用,极大地弱化了企业在达成和实施共谋过程中对沟通交流、意思联络、人际互动的依赖。反垄断法如何应对算法默示共谋?理论界和实务界多寄希望于垄断协议制度,但难以逾越认定垄断协议在证明要求及举证责任方面的障碍。有鉴于此,本文首先探究共同市场支配地位的制度定位、规范构成,以及我国《反垄断法》相关规定的不足和完善;在此基础上,揭示数字经济条件下,算法默示共谋助推寡头市场共同市场支配地位的形成机制,解构共同市场支配地位与算法默示共谋之间的显著相关性,进而为共同市场支配地位制度调整算法默示共谋构建适当的路径。

一、共同市场支配地位制度:规范寡头默示共谋的更优路径

(一)寡头垄断问题

所谓寡头垄断问题,是指寡头非合作的默示共谋。古诺模型作为主流的寡头垄断模型,刻画了寡头默示共谋的过程和结果:在寡头博弈的均衡状态下,它们的产量大于垄断产量但小于竞争产量,寡头价格低于垄断价格但高于竞争价格。基于此,反垄断介入寡头垄断具备了理论基础。

(二)垄断协议制度适用于寡头默示共谋的障碍

将寡头默示共谋认定为垄断协议,面临着难以逾越的证明要求及举证责任方面的障碍。主流的理论、立法及执法始终将沟通交流或意思联络作为认定垄断协议的基准。然而,寡头默示共谋不存在任何沟通交流或意思联络,更没有相关的证据,因而不符合垄断协议的认定基准。

(三)规范寡头默示共谋的更优路径:共同市场支配地位制度

反垄断法之所以禁止共谋行为,是为了防止本应相互竞争的企业表现得好像是一个单独的企业。当卡特尔成功压制了内部成员之间的竞争,并建立起稳定的协调机制,它相当于一个“支配企业”。因此,虽然寡头默示共谋很难被认定为垄断协议,但却具有被认定成共同市场支配地位的可能。在1992年的“Flat Glass案”中,欧盟初审法院首次承认《欧盟运行条约》第102条下共同市场支配地位的概念。

(四)我国《反垄断法》有关共同市场支配地位规定的不足

我国《反垄断法》第19条关于推定多个经营者具有市场支配地位的规定,隐含着共同市场支配地位的概念和制度。然而,该规定存在下列不足:第一,忽视了寡头市场的复杂性,过度简化了共同市场支

配地位的成立条件;第二,在举证责任的分配上严重失衡;第三,“不当推定该经营者具有市场支配地位”的表述不够准确。

二、共同市场支配地位的规范构成与《反垄断法》相关规定的改进

(一)寡头市场的复杂性及默示共谋的严格条件

寡头之间的竞争不是静态的。动态寡头垄断理论的主题,就是在没有协议或可察觉交流的情形下,寡头如何达成并维持与明示共谋一样的结果。乔治·斯蒂格勒指出了共谋可维持的三项条件:第一,达成共识方面的协调。第二,对背离共谋均衡的监测。第三,制造可信的报复威胁,以阻止背离行为。后来,经济学文献补充了第四个条件:在协调各方运作的市场中,进入壁垒很高。此外,一些文献分析了影响以上四个条件的几类变量,包括市场结构变量,产品变量,销售变量、需求变量,企业的“个性”,等等。

(二)共同市场支配地位的构成要件

基于对相关理论和制度实践的考察,共同市场支配地位的构成要件具有较大的趋同性,并没有偏离动态寡头垄断理论的经济学基础。本文将共同市场支配地位的核心构成要件归纳为:(1)具有协调的动机,即协调能够带来可观的未来收益;(2)存在反复的相互作用,以便于达成和维持一致的共同策略;(3)存在较高的市场透明度,以便于监测和惩戒背离行为;(4)缺乏充分有效的竞争约束,即能够对抗外部力量。

(三)我国《反垄断法》相关规定的改进

对于我国《反垄断法》第19条关于推定共同市场支配地位相关规定的不足,应进行如下修改:

第一,增加“共同实体”或“整体”的分析概念。推定多个经营者具有共同市场支配地位,不仅要满足共同市场份额的门槛指标,还应对共同市场支配地位的构成要件进行必要的考察和验证。而这些要件可以蕴含在“共同实体”或“整体”的分析概念中。

第二,修改“不当推定该经营者具有市场支配地位”的不准确表述。组成共同市场支配地位的每个经营者,通常不具有单独的市场支配地位,因而《反垄断法》第19条第2款应修改为:“有前款规定的情形,其中有的经营者市场份额不足十分之一的,该经营者不当被列入市场支配地位的认定范围。”

此外,为了夯实共同市场支配地位制度的法律

依据,避免解释上的疑义和分歧,可以借鉴《欧盟运行条约》的相关表述,突出“一个或者多个经营者”的主体情状,即把《反垄断法》第17条第1款修改为:“禁止具有市场支配地位的一个或者多个经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:……”

三、算法默示共谋的解构与共同市场支配地位制度的拓展适用

(一)数字经济的反垄断法关切:以算法默示共谋为核心

数字经济具有支撑技术化、经营平台化、程序刚性化、行为数据化、数据数字化、平台生态化、营销精准化等特征。互联网、大数据、算法等创新技术的运用带来了效率的提升和经济结构的优化,但是,消费者在很多时候却无奈地面临着“买得更多,买得更贵”的窘境。这种情况的出现,或许与消费需求的增长有关,但更可能是“数字化的手”操纵的结果。

一方面,在数字经济背景下,数据、信息井喷,不再匮乏,消费者的身份、行为和关系数据都聚集在经营者。基于强大的数据挖掘、分析、处理能力,经营者与消费者之间存在着数据井喷背景下的信息不对称。数据能力的巨大差异,导致数据信息的强者更强,弱者恒弱,信息的不对称诱使消费者盲信。海量数据和不断优化的算法提升了经营者营销和预测的精准程度。消费者福利因经营者的精准营销或个性化定价而减损。信息的严重不对称和不断优化的算法,致使“大数据杀熟”的现象司空见惯,“完全价格歧视”的理论假设成为现实。

另一方面,在数字经济条件下,经营者之间随着信息对称状态的改善,均可以及时甚至即时调整自身的策略和行为以适应相关市场竞争状况的动态变化。经营者为了获得竞争优势,在竞相采用算法改进定价模型、定制化服务、预测市场趋势和优化业务流程的同时,处于共谋诱因极强的透明环境。算法对共谋的促进和强化作用,不仅拓宽了共谋场景的谱系,进一步挑战了反垄断法对共谋的既有调整范式,而且导致了与传统寡头默示共谋极为相似的问题——算法默示共谋,即经营者能够在没有任何正式协议、沟通交流、意思联络或人际互动的情况下通过算法达成并维持共谋。将共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋具有必要性。

(二)可行性分析:算法影响共同市场支配地位构成要件的方式

在数字经济背景下,算法的普遍运用简化了共同市场支配地位的构成要件,使其容易得到满足。

首先,算法本身就是增强协调动机的有力因素。其原因不仅在于算法的运用可以促进与共谋风险相关的诸多条件的实现,比如价格透明度高,互动频率高,企业能够快速、积极地作出反应和预测等;同时还在于,算法的广泛使用,使企业的决策处于高度相互依赖的状态。

其次,算法简化了反复相互作用的要件。第一,算法在收集、组织、分析数据方面的速度和精准度,使企业能够迅速找到正确的协调“焦点”。第二,算法不仅作为一组指令,也作为一个文件以供其他程序读取或解码,因而协调可能在“一杆比赛”中完成。第三,算法可以快速识别市场环境的变化,进而缩短达致新协调均衡的时滞。第四,算法使企业的互动变得频繁,背离行为会迅速遭到报复和惩戒。第五,算法克服了人所固有的自我、偏见等非理性因素,降低了协调的难度。

再次,算法使市场透明度与共谋风险具备了更大的相关性。市场透明度的提高,不仅是因为有更多的数据可用,还因为算法有能力作出预测,从而减少策略的不确定性。拥有强大数据挖掘能力的复杂算法,能够准确区分对共谋的故意背离和应对市场状况变化的自然反应,因而可以避免不必要的报复或价格战。

(三)优越性分析:共同市场支配地位的制度优势

1. 预防共同市场支配地位的形成

在反垄断法中明确引入共同市场支配地位这一概念并予以周延的制度设计,不仅可以有机地嵌入作为事后制止措施的滥用市场支配地位制度,而且与作为事前预防措施的经营集中控制制度有效互补。欧盟委员会发布的《横向合并评估指南》,对协同效应(共同市场支配地位)的检验设置了四项累积要件:一是形成了协调机制;二是能够监测背离行为;三是具备惩戒机制;四是能够对抗外部力量。

2. 破解认定垄断协议在证明要求上的障碍

本文并不否认算法共谋构成垄断协议的可能性,但是对于算法默示共谋,则不宜纳入垄断协议的制度框架处理。沟通交流或意思联络始终是垄断协议的认定基准。完全放弃对沟通交流或意思联络的

行为证据要求,或者过度依赖间接证据来推断协议、沟通交流、意思联络的存在,都很可能陷入“脱离行为而惩罚行为”的危险境地。“共同市场支配地位”的法律概念与经济学中“共谋”的概念更为贴近,它描述的正是一种结果、均衡或状态。从制止垄断行为的角度讲,共同市场支配地位并不违法,反垄断法谴责的是滥用共同市场支配地位的行为。

3. 制止卡特尔的“第二阶段行为”

共同市场支配地位在一定意义上就是协调良好的卡特尔。协调良好的卡特尔会从事“支配企业行为”。垄断协议制度通常把关注的重心置于卡特尔压制内部成员的竞争上,但这种关注并不全面,因为卡特尔存在两阶段的运作机制。第一阶段包括就限制产出或遏制内部竞争的计划达成共识。在第二阶段,协调良好的卡特尔从事滥用市场支配地位案件中经常出现的排他行为、剥削行为。第二阶段的卡特尔行为可以构成滥用共同市场支配地位,只要这些行为旨在攫取超额垄断利润,或者旨在排斥竞争对手并维持、加强共同市场支配地位,进而损害有效的竞争过程和消费者利益。

结语

共谋,无论是明示还是默示,无论是基于寡头情境还是算法情境,都应关进反垄断法的笼子里。算法共谋,无论是发生在何种市场结构,如果严重损害相关市场的竞争,均不能被反垄断法豁免。垄断协议制度与滥用市场支配地位制度,既不是非此即彼的对立,也不是毫无关联,相反,它们应当形成功能互补。发生在寡头市场并在不同功能算法助力下实施的明示共谋和默示共谋,可以分别适用垄断协议制度和滥用共同市场支配地位制度。在数字经济背景下,一方面,对寡头市场的算法默示共谋进行规范的必要性、迫切性显而易见;另一方面,共同市场支配地位制度对寡头市场的算法默示共谋进行规范的优势得以显现:不仅可以在事前对经营者集中控制中预防共同市场支配地位(协同效应)的形成或强化,而且可以弥补我国现行禁止垄断协议和滥用市场支配地位两大制度的刚性要件导致的不足,为这两大制度建立起并行不悖、呼应交集的机制,从而使反垄断法律制度可以周延地适用于寡头之间基于算法的默示共谋乃至更一般意义上的默示共谋滥用其市场优势的排除、限制竞争的行为。