

算法共谋行为的反垄断法规制

尚正茂

【摘要】智能算法在现代生产经营活动中的泛化利用,打破了传统垄断协议场景中行为事实与法律规范间的因应谱系,有必要依循算法的技术性本源,对其行为认定进行要素分离并释明。在主体要件中,“形式标准”下算法共谋的适格主体仍是算法设计者和应用者,二者在技术中立视角下分别适用“功能中立”和“合理距离”的判断标准;在行为要件中,限制竞争的“合意”依然是认定算法共谋型垄断协议的基准要件,需依据算法间“信息交流”的内容识别与场景类型来推定算法共谋的“合意”存在;在效果要件中,应依循消费者福利标准评估定价算法的新型共谋样态,基于经济效果分析考察其能否适用于垄断协议的豁免情形。

【关键词】算法共谋;反垄断法;垄断协议;技术中立;消费者福利

【作者简介】尚正茂,中南财经政法大学法学院博士研究生(武汉 430073)。

【原文出处】《学习与实践》(武汉),2022.3.63~71

【基金项目】国家社会科学基金青年项目“应对数字市场反垄断制度变革的中国方案研究”(项目编号:19CFX075)。

随着智能算法在商业社会中的泛化应用,经营者更倾向于借助算法黑箱的内部代码和沟通过程的隐蔽性达成垄断协议。虽然其反竞争效果与经营者间有明示沟通行为的正式协议并无二致,却因不存在实体化的“协议”载体以及达成协议主体的多方参与性,而难以被依法认定为垄断行为。2021年2月国务院反垄断委员会《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)第6条规定,“利用技术手段进行意思联络”和“数据和算法实现协调一致行为”均能构成横向垄断协议。这在标准指引层面宣告了执法机构无须掣肘于垄断协议的形式障碍,但对算法共谋的内部构成与外部影响的细化解释尚付阙如。对此,学界大多基于回应型规制模式应对算法共谋认定难的问

题,期待在反垄断法开放型的规则结构中探寻规制方案。然而,该规制的前提应是规制对象与法律规范的形式联系足够确定,这与算法技术强调动态关联属性而非静态因果关系存在逻辑冲突。我国反垄断法所规制的一般传统垄断协议的构成,包括协议缔结主体、限制竞争行为以及反竞争效果三大要件,因此,关于算法共谋是否构成我国反垄断法所规制的垄断协议行为的首要问题,或许并非如何设计规制方案,而是系统性剖析算法介入传统垄断协议后的主体判断、行为识别与竞争效果分析。鉴于此,本文拟从算法的技术性本源展开并解决以下问题:算法共谋的适格主体在何种判断标准下才能成为垄断协议的法律关系主体?算法共谋行为认定的核心困境——“合意”是

否存在,若存在应如何识别?以及针对算法共谋效果的个案评估应采取何种评估标准与评估路径。

一、主体要件:算法共谋中适格主体的判断标准

美国《谢尔曼法》规定垄断协议的基本认定要素之一是“至少存在双方当事人”^①,由此确保共谋行为主体能够进入反垄断法的法律关系之中,具备接受法律调整的主体资格。在算法共谋型垄断协议的缔结主体中,算法的开发者和应用者都可能促成共谋,但二者能否纳入违反垄断协议的参与主体,则需要结合算法应用本身的功能与价值,采用不同的判断标准予以认定。

(一)工具祛魅:回归“形式标准”判断算法共谋的适格主体

判断算法共谋的适格主体,首先要对算法本身进行类型化界别。一方面,“信使类”“轴辐类”的辅助型算法作为经营者已达成明示共谋的维持工具,本质上仍是垄断协议在技术层面的工具性延伸,应用算法的经营者作为垄断协议参与主体,并无认定障碍。另一方面,与机器学习深度融合的“预测类”“自主类”的本体化算法,由于具备通过对市场信息的有效筛别与内部试错的自主学习能力,在高频调价中达成的共谋部分或全部脱离了人为沟通与互动因素。加之算法应用者乃至设计者本身对“算法黑箱”中自动决策过程和结果的解释力不足,对算法的控制力和可知性也相应减弱,^②似乎意味着衍生于实验室代码的算法已然通过“算法的面纱”来隔断垄断协议的主体认定链条。对此,有必要在适格主体标准判定上予以廓清。

传统垄断协议中对主体资格的界定一般分为“形式标准”与“实质标准”。其中,“形式标准”依据反垄断法实体法律规范列举的主体类型界定共谋行为主体;^③“实质标准”是在规制非典型(法定)

主体达成传统共谋场景中,比“形式标准”更进一步的周延判断,主张在特定个案中扩张反垄断法的规范对象。^④在判断本体化算法共谋的适格主体时,若以“实质标准”的目的解释路径进行泛化界定,显然与“实质标准”的适用前提存在冲突,即无法满足“实质标准”中已由实体法律认可的行为(责任)主体的界定与适用。为避免司法机关囿于算法决策的自主性而阻滞对涉案行为主体的归责连贯性,对适格主体的确认应回归至“形式标准”的基础判断。其一,从行为表征看,算法共谋首先是市场主体“理性”决策的经济现象,其次是受反垄断调整的垄断行为。本体化算法主导的决策行为具备第一时段的“经济行为”特征,但距离成为第二时段的“法律行为”尚缺现实基础,也即共谋达成与实施的法律效果源自反垄断法律规范,而非算法主导的决策行为。其二,从主体利益看,经营者投入运营的算法编程中一定嵌入了经营者某种最初意志(如利润最大化),类似于经济学中的“激励相容”——“委托人”经营者与“代理人”算法的基本利益一致。因此,算法通过高频互动与精准预测确定的超竞争性价格均衡,与竞争者的共谋效果并无本质区别。其三,从立法技术考察,反垄断法的制度设计与规则设置均以“经济人”的有限理性为预设前提,超出法律可预测范围的“工具理性”至少在现阶段尚无体系化应对方案。^⑤综上,以“形式标准”能有效化解本体化算法决策对共谋主体判断的冲击与偏误,本体化算法带来的由“人”到“决策”的形式分离,并未改变算法本身的工具性质与辅助地位,算法共谋的行为主体仍须以算法设计者、应用者为基本载体。

(二)技术中立:算法设计者和应用者纳入共谋主体的判断标准

作为共谋适格主体的算法设计者和应用者能否被视为违法共谋的参与主体,应考虑以“技术中

立”作为判断标准。结合“合一诉金山案”中二审法院观点，“技术中立”的核心判断在于“区分技术本身和技术使用行为”。^⑥共谋场景中的“技术中立”也应根据算法研发到投入使用的不同阶段而有所侧重，分别以“功能中立”和“合理距离”标准，来判断算法设计者和应用者能否纳入垄断协议的法律关系主体。

1.“功能中立”判断标准下的算法设计者

“功能中立”肇始于美国“索尼案”中为技术服务提供商确定的“实质性非侵权用途”原则，^⑦本意是阻却技术研发与实际运行间产生不合理的责任跨越，为科技创新预留合理的激励空间。推及算法共谋场景，以“功能中立”为限的责任屏障，同样可以成为判断算法设计者是否主动参与共谋的有效标准。广义的“功能中立”，意指算法的研发与效用“遵循自身的功能机制和原理”。^⑧算法设计者在共谋场景中的“功能中立”，通常无涉“效用”的直接侵权目的，更强调算法研发阶段的函数、原理与机制本身的中立性，更多反映于算法设计者在构建算法模型、设置训练样本时的主观偏好所带来的间接性竞争限制。比如，在算法源代码中内嵌着竞争者间“价值共创”取向以及数据位阶的偏见，^⑨或是与算法应用者间协商调整算法以实现共谋的主动引导与改进，都可能属于在设计阶段脱离“功能中立”的共谋促进行为。

在具体判断中，一方面，算法设计者在研发阶段具备完全技术能力避免违法共谋的发生，如果能为而不为，则是主观不为，可认定算法设计者存在过错并承担参与垄断协议的相应连带责任。另一方面，如果算法设计阶段已尽可能保持“功能中立”，符合当时的商业道德、市场条件或交易习惯，且与相邻算法的设计并无明显趋同性，但算法在后续应用中仍造成共谋的反竞争效果，司法机关不能将该损害结果当然地归责于算

法设计者，需判断后者是在主观要件上属于故意协助共谋，还是因技术能力缺陷导致无意过失。在美国Grokster案中，法院采用的主观故意标准是，“明知或应知某产品可能被用于侵权仍故意开发并诱导他人使用，据此可认定为帮助侵权”^⑩。同时，执法机构也可通过技术手段介入算法程序样本中的工作记录予以客观审查，以初步判断是否属于偶然性的“过失”。由是，在“功能中立”的形势判断上，反垄断法上的算法设计者应当是消极的“中立者”，而非积极的“参与者”，其技术提供与维护服务需区隔于算法内容的具体用途。而在实际审查中，执法机构对“功能中立”的认定，可以通过算法评估工具来设立算法设计的负面清单，若清单中的算法设计者能够对算法基础逻辑与理念进行合理解释，可予以解禁，但对于经多次模拟实验或市场已充分验证可能排斥竞争的算法程序，则需一应禁止。比如，在算法输入端故意留置敏感商业数据的转码端口，这些明显违背“功能中立”的行为，均能构成算法设计者列入共谋主体的判断依据。

2.“合理距离”判断标准下的算法应用者

结合数字经济实践，算法“功能中立”的应然设计并不必然导向“价值中立”的实然应用。^⑪在算法“功能”本身并无共谋风险的前置性审查下，也会由于算法应用者的商业策略和利益结构，而产生算法预期使用目的之外的违法价值取向。因此，算法应用者若以“技术中立”为抗辩理由对抗算法共谋的调查指控，司法机关需进一步考察其在技术应用阶段是否保持“合理距离”。

“合理距离”是承袭于民法的“社交距离”以及商法的“一臂之距”的抽象化概念。反垄断法上的“合理距离”，是指算法应用者在参与市场竞争的过程中，应遵守避免达成或实施违法共谋的一般性注意义务。结合技术的与境性和规范的相对

性,这种注意义务并不局限于特定主体之间,而在于参与市场竞争的理性经营者对算法技术的过度依赖可能造成的竞争损害,本质是算法技术使用的价值判断。正如欧委会在其报告中指出,“当企业决定借助算法程序进行自主决策时,就应该意识到算法可能带来的后果以及相应的责任”¹²。在此前提下,判断算法应用者能否成为违法共谋的适格主体,可以通过算法应用者与其他经营者以及与算法间互动中是否保持“合理距离”进行判断。

第一,算法应用者与其他经营者间应保持理性竞争的“合理距离”。根据算法应用者的商业模式和信息管理能力,如果算法应用者出于利益最大化、规避同质消耗的目的,将算法的技术理性异化为达成并实施共谋的技术手段,或是利用算法形塑静态利益圈层但对动态市场无益的竞争格局,显然突破了禁止共谋的价值取向的“合理距离”。

第二,算法应用者与算法之间需重视技术改进和数据接触过程中的“合理距离”。算法应用者若存在频繁干涉或过度控制具备自主学习能力的算法决策,比如,在算法决策中人为调整数据输入端口以搜集算法间面向未来的意向信息,抑或植入改进后的超竞争价格模型以保持算法间默许的竞争克制,可能构成对已经确认“功能中立”的算法进行二次改动以实现默示共谋。

二、行为要件:算法共谋“合意”的诱因与识别

传统垄断协议的组织缔结通常需要竞争者间一系列主动协商才能促成,而算法的功能性介入弱化了这些主动行为的意图与风险,使得共谋的达成无法被监管者和消费者轻易察觉。但这并不意味着达成共谋过程中所必需的共同意图就此消失,算法在虚拟空间中的信息传递与经营者的意思联络并无本质区别。因此,有必要阐明算法共

谋中“合意”的促成机理,以及算法间信息交流的内容本貌。

(一)形成机制:算法共谋“合意”的诱因释明

在域内外现行反垄断法规则体系下,经营者间排除、限制竞争的“合意(mutual assent)”始终是垄断协议性质判定的基准要素。在“Bell Atlantic Corp. v. Twombly案”中,美国联邦最高法院认为“考察合法的平行行为与违法的协同行为的边界,判断重点在于是否事先存在共谋的意思一致”¹³。在“孟山都案”中,虽然法院要求原告的举证需达到“排除被告独立行为的所有可能性”的高标准,但诉讼程序的核心始终未偏离涉案企业之间是否就“共同方案”达成有意识的承诺。¹⁴相较于竞争者间外观的行为协调,“意思一致”才能揭示“实际合作”(practical cooperation)代替竞争风险的本质。¹⁵结合技术供给主义角度考察,算法共谋的合意诱因可以归结于行为基础、内部意图和外部环境。¹⁶

第一,“行为一致”是算法是否达成共谋的基础判断。2019年6月国家市场监督管理总局《禁止垄断协议暂行规定》(以下简称《暂行规定》)第6条,明确了经营者的行为一致性是协同行为认定的前置程序。从协同特征看,对“行为一致”的适用,不应局限于行为外观完全同频同步的狭义理解。一方面,寡头结构市场中的一致行为,往往存在“要约-跟随”的先后序列,若市场引领者利用定价算法将单边要约定于超竞争的价格水平,而其他竞争者均采用相似或相同算法的定价机制进行跟随,这种定价行为一致虽然存在时序错位,在特定情形下也能成为竞争者间意思一致的佐证。另一方面,算法的运算逻辑是单体运行中与多条线路的算法发生交叉、识别进而协同决策,不同的成本结构、风险测算以及个性化定价算法的兴起,导致算法主导的定价涨幅并不完全相同,需结合一定期限内相关市场的价格浮动予以整体评估。除

此之外,波斯纳认为“行为一致”的构成,取决于一系列间接的“促成机制”(facilitating practices),执法机构还可以依据寡头市场中的“经济因素”判断共谋可能性。但该观点在美国司法实务中并未得到认可,原因在于过度依赖间接证据可能沦入“脱离行为而惩罚行为”的假阳性错误。^⑩

第二,“意思一致”是将算法共谋区隔于合法平行行为的核心要件。区别于合同法中对于“要约与承诺”要求的真实、精确、清晰的“意思表示”,反垄断法在“意思一致”中更强调交流、沟通、协同中的“意思联络”,而算法介入后的“意思联络”更多表现为技术传递的“信息交流”。在此意义上,反垄断法并不禁止经营者根据相同的经济情势做出的平行行为或跟随行为,经由“信息交流”后转化为行动上的协调一致,才能被视作违法协同行为。而“意思一致”的实现,有赖于经营者间存在以控制市场为动机的“互惠性联络”,在算法共谋中表现为意图通过信息互换、数据共通等来确定“共益”的超竞争价格水平。就实现方式来看,虽然算法共谋决策过程的可解释性与可还原性,往往受制于“黑箱”状态而难以被准确识别,但算法共谋链条的两端,即信息输入端的内容筛选和输出端的预测性结论,并非无法分析和解释。尤其是算法在数据端口所接入的市场信息或交易数据的质量或敏感度,往往直接影响经营者定价策略的独立性和确定性,加之算法的高频互动和数据抓取能力,算法已然能够通过公开或非公开的“信息交流”达成共谋合意。此时,算法共谋的合意就不再是“协议”形式下“意思一致”的“全有或全无”(all or nothing),而是“信息交流”过程中所达成合意的程度强弱之别。^⑪

第三,算法共谋的达成有赖于透明的市场环境和互信机制。一方面,传统协同行为受限于市场主体间的信息能力不对称,串通共谋的一致意

图只在寡头相互依赖的市场结构中产生。算法的规模化应用破除了市场信息的壁垒,在降低市场整体交易成本的同时,公共信息普及后的透明市场环境也排斥风险交易的可能。根据不对称激励理论,消费者和监管者通常不会对透明的市场环境主动关注,但市场参与者则具备调整定价策略以适应彼此行为的内在激励,即市场的高度透明为经营者间天然的竞争克制提供环境便利。另一方面,传统市场中威胁垄断协议稳定性的因素之一,在于约束机制不足以及短期利益激励引发的信任危机。算法基于底层互信的建构逻辑形成的高频回馈机制和“监督-惩罚”机制,近似于协同行为中寡头间重复非合作博弈形成的完美纳什均衡,都指向了无须沟通即可协同行动的“互信机制”。^⑫互信意味着排除本应由市场未知性带来的相互约束力,在降低算法应用者达成事前明示协议的客观需要的同时,强化利用算法隐秘达成“意思一致”,以规避反垄断调查的主观动机。

(二)核心环节:识别算法间“信息交流”的内容与性质

在算法共谋合意形成的系统性因素中,“信息交流”无疑是执法机构推定共谋合意的核心环节。《指南》第9条关于协同行为的认定,规定了竞争者间关于“相关信息”的掌握状况是构成间接证据的主要考察对象,但并未明确“相关信息”指涉的类型与范畴。对此可作两种理解:一是数字市场中公开可获取的显性信息;二是潜在共谋者的敏感经营信息或单边公告信号。前者通过机器算法对市场显性信息(如价格广告)进行内部分类并高效决策,^⑬在现行反垄断法体系下不具备共谋意义上的可责性;后者则是借由智能算法对单向度、非公开、较敏感的交易数据进行高频读取、相互转码并协同固定,这种数据交互呈现的协同效果与竞争者间意欲共谋的沟通交流无异。^⑭基于此,围

绕算法间“信息交流”的内容与程度来认定共谋合意十分必要。

第一,考察算法间“信息交流”中的数据来源与类型是否处于合理范围内。相较于算法研发阶段的模型建构,算法技术的元逻辑是数据输入与结果输出,也即算法运行阶段中“数据投喂”的个性化与敏感度越高,算法决策结果的共谋诱因就越明显。比如,关于成本架构、区域配额、未来计划等商业信息的互相转码,就显然有悖于经营者独立决策中“互相防备”的市场逻辑。^②在 Dole Banana 案中,欧洲法院依据《关于欧盟运行条例第 101 条适用于横向合作协议的指南》,认为竞争者仅基于历史信息的主观预测是正常的商业行为,但若存在关于未来意向的沟通接触,则可能构成对“策略不确定性”的降低或消除,相应限制了展开有效竞争所必需的市场条件,因而不排除这种信息交换具有排除、限制竞争的目的。从敏感信息的接收与发布看,在算法对市场中的数据流进行捕捉、截停进而实时分析的过程中,除非算法设计者在初始指令中植入禁止或限制某些敏感信息的获取与转码,或者算法应用者在使用算法期间升级代码程式,否则智能算法并不具备对敏感信息进行法律意义上“协同信号”的理性筛选能力。即算法本身未经授权不能主动共享核心数据,但并不排斥其对市场上其他算法发布敏感信息的获取。由此,反垄断执法机构介入算法间“信息交流”的主动调查,无须纠结于解释“算法黑箱”的决策参数和运行机制,在网络空间多重结构的多元共治秩序下,^③应以算法在数据输入端口摄取的信息敏感度为考察基础,并要求市场主体保留投入运营的算法在前期市场调查阶段的训练样本,在符合存储条件的特定情形下还可以要求经营者对某一时间段内待澄清数据进行披露,以便执法机构围绕数据性质和交流痕迹展

开回溯性的共谋审查。

第二,借助同一算法为媒介进行间接“信息交流”的情形。该场景中的竞争者共同使用同一技术供应商提供的自主型算法,算法实际上处于轴辐结构的中心。多方竞争者基于共用算法更易于达成价格固定与超额收益的信赖预期,通过许可算法对其核心经营数据的整合、发布,来与其他竞争者间接进行信息交换,直至由算法确定的“共识价格”逐渐被视为市场中的真实价格。协同所需的“信息交流”已经内化于“轴心”算法的常规运行之中,已然呈现出协同行为的基本样貌。对此,以下三种情形在无正当理由的情况下,可以引起反垄断执法机构的合理怀疑:其一,存在更丰富的数据源可供替代或兼容,算法应用者仍默认共用同一数据池或开源数据库来“训练”算法;其二,存在更先进算法或者多种算法可利用的情况下,特定市场中的相关竞争者仍有意识地使用相同或旧版的算法,可能构成《暂行规定》第 10 条中竞争主体间联合“拒绝使用新技术、新工艺、新设备、新产品”;其三,基于相同的代码制式对算法进行优化(参数化),则可能构成《暂行规定》第 7 条中禁止竞争主体间“约定采用据以计算价格的标准公式”。由于这些客观情形更多情况下可能是无涉主观共谋的自主经营行为,执法机构需审慎结合更为充分的间接证据,才能发起主动调查。

三、效果要件:基于消费者福利标准的算法共谋竞争效果评估

对于已查证存在隐秘交流乃至形成确定性“合意”的算法共谋,还需在我国反垄断协议制度中“禁止+豁免”框架下进行“合理分析”的效果评估。^④《反垄断法》第 15 条规定了垄断协议豁免的附加条件:“不会严重限制相关市场的竞争”和“能够使消费者分享由此产生的利益”。仅从分

析难度看,算法存在的数字市场中交易形式和信息流动趋于复杂,“严重限制竞争”事实上存在较大的模糊空间而难以有效评估,且无论何种“限制竞争”最终都以消费者可承担的范围为限。因此,对“限制竞争”的豁免并不意味着其产生剩余利益能够自动转移至终端消费者。^⑤由是,在算法共谋的竞争效果分析中,消费者福利标准不仅可以作为相对外在的、可有效衡量的评估基准,也能构成“判断竞争机制是否受损的替代标准(表现)”^⑥。

(一)新型样态:个性化定价算法达成的共谋

从数据、算法驱动的真实市场的整体特征看,个性化定价算法是与消费者利益关联最为密切的算法模式。倚赖算法技术对用户的偏好与行为习惯进行挖掘与分析,大数据算法自主推介、定价系统为消费者带来效率提升以及定制化服务的同时,也造成消费者剩余利益与“消费自由”的减损。^⑦但这种局限于经营者与消费者之间的纵向价格歧视,只是表象的消费者“福利转移”,一般不会引发横向竞争者间实施算法共谋后实质上的“限制竞争”。原因在于,个性化定价中“喂养”算法的,通常是交易相对人以及消费者的行为数据,而算法共谋更重视竞争者间未来公告或经营信息的数据摄取与预测,二者理论上并无交涉。然而,如果原本独立的个性化定价算法存在横向的关键信息传递或数据共享,或者特定的市场结构便于算法获取并预测其他竞争者的定价水平。此时的个性化定价算法能够促成竞争者间“更高级”的默示共谋,^⑧并由此突破原本平行的竞争效果,形成算法定价歧视基础上的协同性定价,导致消费者福利中的价格剩余与选择空间受到双重限制。

事实上,个性化定价算法可能实现的共谋已在实践中有迹可循。在印度打车平台 Uber 和 Ola

涉嫌价格算法合谋案件中,原告指控两个平台上的司机遵循相同的收费条件和动态费率,这种相同的定价模式存在默示共谋的反竞争效应,作为受益人的 Uber 和 Ola 之间构成“纯粹的卡特尔”。而印度国家公司法上诉法庭(简称“NCLAT”)则将该案所涉行为纳入滥用市场支配地位中的价格歧视进行判断,认为乘客利益“并没有受到 Uber 和 Ola 的实质损害”。^⑨虽然该案尚未形成既判力,但至少表明个性化定价算法存在转化为算法共谋的可能性。结合前文假设,若 NCLAT 经过尽职调查或内部举报,能够掌握 Uber 和 Ola 利用算法传递在线客运服务中的敏感信息(如高峰时段的定价水平),且这种信息交流除了降低“策略不确定性”之外并无其他合理目的解释,则可以推定 Uber 和 Ola 在个性化定价算法的外观下达成了反竞争的算法共谋。由此进一步假设,在后续诉讼中, Uber 和 Ola 能够以彼此间算法设定的量化规则以及所获取的数据规模有所差异,且各自平台对单体乘客设定的差异化计价费率能够促进配置效率,作为抗辩事由。此时,法院应以实质性与持久性的衡量标准,考察平台间通过信息传递所达成的共谋效果:其是否能够将具备共同消费特征的群体性乘客的价格费率实质性地限制在特定范围内,且乘客在该定价范围内长期不存在有效选择和获取低价的机会。尤其对于高支付意愿的“忠诚客户”群体,平台间经由“信息交流”可能将“预测”价格共同维持在乘客支付意愿的临界水平,这导致消费者利益毫无保留地向平台间转移的同时,个性化定价可能创造的价格配置效率也在算法促成的协同定价中趋于殆尽。

(二)豁免分析:个性化定价算法共谋的竞争效果评估

结合前述案例,追求消费者剩余的个性化定

价算法也能产生共谋性质的限制竞争效果,其构成的是“价格竞争之限制”,而非“价格水平之限制”。^③后者仅需对个性化定价产生的纵向效果进行单向度评估,即对消费者价格剩余转移的经济分析,无涉共谋判断。“价格竞争之限制”则需证明竞争者间在算法共谋合意下双向度的竞争克制,即便行为外观上仅是侵害消费者利益的纵向价格损害,但结合信息交流证据以及市场终端弹性较小甚至固化的定价一致,并不影响司法机关对其作出横向限制竞争的事实判断。从法益分析角度看,“价格竞争之限制”认定思路能够兼顾消费者利益与客观公益,^④有利于避免将共谋行为简单归入非竞争规范予以认定的假阴性判断。比如在AT&T诉Sprint案中,被告的格式化单边公告涉嫌协同行为的所有怀疑尚未被合理排除,法院即认为“原告的核心担忧并非该条款具有反竞争性,而是该条款显失公平,故不违反反垄断法”^⑤,其认定思路与Uber案相似,仅侧重于单个消费者的价格转移,而忽略群体消费者乃至整体市场的竞争影响。故此,在法院对“价格竞争之限制”的效果定性中,若被告能证明算法共谋行为并未产生“价格竞争之限制”,或证明该限制方式促成的整体竞争效率已让消费者显著受益,而这种利益是必不可少且无其他“限制性更小的方法或途径”,则法院能够依据《反垄断法》第15条对涉案共谋行为予以豁免。反之,则确认其违法性。

从消费者自身角度出发,算法共谋的另一种豁免理由在于算法的负面影响可以通过市场化机制予以识别并化解。类似比价网站、用户点评类APP、算法管家等数字比较工具(Digital Comparison Tools, DCTs)的兴起,不仅有利于消费者克服在价格市场上的信息弱势地位,还能更多维地比对不同产品或服务在非价格层面的质量、售后、隐私保护等,在增加买方势力的同时激发经营者的竞争

动机。需注意的是,在DCTs提升需求侧的信息获取能力的同时,公开的比价方式也可能形成“透明悖论”:DCTs在提升透明度、降低消费者搜索成本的同时,也可能为定价算法共谋在虚拟空间设置中立的价格坐标,为经营者实现共同利润最大化或最优决策提供“助力”。因此,若经营者以消费者能够充分掌握商品或服务比价能力为抗辩事由,作为利用算法达成共谋的豁免依据,法院应进一步考察DCTs等数字化测价能否真正化解或抵消企业算法自动化设定的协同价格所带来的剩余利益减损,以此考察该抗辩因素是否应纳入豁免考量。

注释:

①①(美)基斯·希尔顿:《反垄断法:经济学原理和普通法演进》,赵玲译,北京,北京大学出版社,2009年,第22~23页,第62~63页。

②丁晓东:《论算法的法律规制》,《中国社会科学》,2020年第12期。

③我国《反垄断法》第12条和第16条的规定即是关于共谋主体资格认定的“形式标准”。其中第12条列举了“经营者”的构成,第16条虽然并未明确将行业协会列为达成垄断协议的主体,但行业协会本身作为经营者自愿维持的组织架构,具备垄断行为主体的合理外观。

④焦海涛:《论〈反垄断法〉中经营者的认定标准》,《东方法学》,2008年第5期。

⑤张陶、王锋:《大数据时代智慧社会治理中的人机合作》,《学海》,2019年第3期。

⑥北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第13155号民事判决书。

⑦王迁:《“索尼案”二十年祭——回顾、反思与启示》,《科技与法律》,2004年第4期。

⑧郑玉双:《破解技术中立难题——法律与科技之关系的法理学再思》,《华东政法大学学报》,2018年第1期。

⑨余义勇、杨忠:《价值共创的内涵及其内在作用机理研究述评》,《学海》,2019年第2期。

⑩TROPERL, POWER M. The lessons of MGM v. Grokste. Spectrum Ieee.(2006), p. 57 ~ 60.

⑪翟巍:《数据、算法驱动型不正当竞争行为的规制路径》,《法治研究》,2021年第6期。

⑫European Commission. Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy Brussels. 10. 1. 2017 SWD(2017)2 Final, at 43.

⑬See Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550U. S. 544, 557 (2007).

⑭See Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp. 465 U. S. 752, 764(1984).

⑮Case C-48/69[ICI v Commission] ECLI: EU: C: 1972: 70.

⑯江山:《反垄断法上协同行为的规范认定》,《法商研究》,2021年第5期。

⑰孙炜:《论欧盟竞争法中的企业信息交流规制》,《价格理论与实践》,2014年第9期。

⑱“互信机制”即通过奖励维持超竞争价格的竞争者,以及惩罚偏离超竞争结果的竞争者来达成并维持共谋。参见 Harrington, J.. Developing competition law for collusion by autonomous artificial agents. Journal of Competition Law & Economics. (2018), p. 331 ~ 363.

⑲顾丽敏、李嘉:《人工智能对企业知识管理的影响研究》,《学海》,2020年第6期。

⑳周围:《算法共谋的反垄断法规制》,《法学》,2020年第1期。

㉑阿里尔·扎拉奇等:《人工智能与共谋:当电脑抑制了竞争》,《竞争政策研究》,2021年第4期。

㉒那朝英、薛力:《网络空间协同治理:多元主体及其路径选择》,《河南师范大学学报》(哲学社会科学版),2021年第6期。

㉓叶卫平:《反垄断法分析模式的中国选择》,《中国社会科学》,2017年第3期;孙晋,徐则林:《平台经济中最惠待遇条款的反垄断法规制》,《当代法学》,2019年第5期。

㉔张永忠:《反垄断法中的消费者福利标准:理论确证与法律适用》,《政法论坛》,2013年第3期。

㉕兰磊:《反垄断法上消费者利益的误用批判》(上),《竞争政策研究》,2016年第5期。

㉖马会端:《大数据系统推介下的网络消费异化:表征、溯因及消解》,《河南师范大学学报》(哲学社会科学版),2021年第3期。

㉗李丹:《算法歧视消费者:行为机制、损益界定与协同规制》,《上海财经大学学报》,2021年第2期。

㉘Global Competition Review, Cartel Claim Against Uber Goes to India's Supreme Court, October 19, 2020, <https://global-competitionreview.com/digital-markets/cartel-claim-against-ubergoes-indias-supreme-court>.

㉙王侯璇:《格式条款标准化的垄断协议认定》,《法学论坛》,2020年第2期。

㉚刘继峰:《反垄断法益分析方法的建构及其运用》,《中国法学》,2013年第6期。

㉛Universal Service Fund Telephone Billing Practices Litigation, 2003 WL 21254765, 2003-1 Trade Cases p74, 051, 3(2003).