

平台经济领域差别待遇行为的反垄断法分析*

郝俊淇**

摘要:平台经济领域的反垄断已成为全球性热点议题。具有市场支配地位的平台企业实施的滥用行为,大多涉及歧视或差别待遇因素。对差别待遇行为的经济学原理及其经济效果进行考察,以可能导致的反垄断法意义上的损害为基础,可将差别待遇行为分为三种类型:剥削性差别待遇行为、扭曲性差别待遇行为、排他性差别待遇行为。三者的平台经济领域有相应的表现形式,其法律检验标准和分析框架不尽相同。我国《反垄断法》第17条关于禁止差别待遇行为的规定,是调整剥削性差别待遇行为和扭曲性差别待遇行为的适当依据,但却不是调整排他性差别待遇行为的恰当基础。

关键词:平台经济 差别待遇 损害类型 反垄断法

DOI:10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.20210701.005

一、背景与问题

当前,全球正处于新一轮科技革命和产业变革的历史交汇期,以数字化、智能化和网络化为核心特征,人类社会迎来了新的经济组织方式——平台经济。^①平台经济是一种基于数字技术,由数据驱动、平台支撑、网络协同的经济活动单元所构成的经济系统。^②诸如电子商务、社交、搜索、出行、支付、互助等平台业态,不仅是生产要素新的组织方式,也是经济发展新动能,对降低交易成本、优化资源配置、促进跨界融合发展、推动产业升级、拓展消费市场、增加就业,都有重要作用。^③但是,任何美好的事物都有其阴暗面:规模经济、范围经济、网络效应、数据驱动、算法赋能等优势在增进平台企业效率的同时,也可能造成强者愈强的马太效应,导致“赢者通吃”进而“通吃赢者”的平台垄断。^④

事实上,平台经济领域的反垄断,已成为全球性热点议题。不仅算法共谋、轴辐合谋、最惠待遇协议、

* 本文系国家社科基金青年项目“大数据条件下反垄断法遇到的挑战与制度因应研究”(项目编号:20CFX057)、司法部国家法治与法学理论研究项目“中国参与跨境数据流动规则制定的研究与应对”(项目编号:19SFB3046)阶段性成果。

** 作者简介:郝俊淇,中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。

① 事实上,对于这场由数字技术引发的产业革命和经济组织变革,人们基于不同的视角,试图用不同的概念对其加以概括和分析,除了“平台经济”以外,还包括“信息经济”“互联网经济”“共享经济”“零工经济”“算法经济”“数字经济”等概念。由于这些概念所描述的现象具有大致相同的特征,即以信息通信技术为支撑、以数据或数字化的信息和知识为要素、以平台和网络为载体,因而本文不严格区分这些概念。

② 参见徐晋:《平台经济学》,上海交通大学出版社2014年版,第4页。

③ 参见《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号)。

④ 参见吴敬琏:《平台经济与公共政策》,载《比较》2018年第5期。

数据驱动型并购、扼杀性收购等双方或多方行为被广泛关注,^⑤具有垄断势力或市场支配地位^⑥(乃至“守门人”地位)的平台企业实施的单方行为,一直也是反垄断执法和学术争论的焦点。2021年4月9日,阿里巴巴集团因滥用其在中国境内网络零售平台服务市场的支配地位,实施“二选一”的限定交易行为,被市场监管总局处以182.28亿元罚款。^⑦此外,引起广泛反垄断关注的单方行为还包括:谷歌通用搜索比较购物服务的自我优待, Facebook 过度收集、关联用户数据, 亚马逊的掠夺性定价、挪用第三方数据及“跟卖”, 微软将操作系统与视窗浏览器予以捆绑, 苹果对非自有应用程序收取售价30%的交易处理费、在 Apple Store 中优待自有应用程序、将竞争对手的应用程序从 Apple Store 下架, 腾讯 QQ 单方面不兼容奇虎360 安全卫士, 微信封禁抖音、飞书等产品, 以及频频曝出的“大数据杀熟”, 等等。假定所讨论的平台企业具有市场支配地位,^⑧上述潜在的“滥用行为”虽然繁复多样, 却有一个大致共同之处, 即涉及不同程度的歧视或差别待遇因素: 要么表现为价格方面的歧视或非价格方面的歧视; 要么表现为静态歧视或动态歧视; 要么表现为横向歧视或纵向歧视; 要么表现为针对竞争对手的歧视或针对消费者用户的歧视。基于此, 本文的问题是:《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第17条第1款第6项关于差别待遇的禁止性规定,^⑨是否足以覆盖平台经济领域众多涉及歧视因素的行为? 如果不能完全覆盖, 该项规定适合于处理哪些情形? 2021年2月7日出台的《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《平台反垄断指南》), 其中第17条虽然对“条件相同的交易相对人”“差别待遇”“正当理由”等所涉及的考虑因素作了指引,^⑩但却没有对《反垄断法》第17条第1款第6项适用于平台经济领域差别待遇行为的恰当范围或类型作出界定。有鉴于此, 本文拟对差别待遇行为的经济学原理及其经济效果进行考察, 以可能导致的反垄断法意义上的损害为基础, 解构和分析差别待遇行为的三种类型, 以期厘清《反垄断法》第17条第1款第6项的适用范围, 助益《平台反垄断指南》相关内容的理解和完善。

二、差别待遇行为的经济学原理及经济效果

当代反垄断法的解释和适用, 与经济学存在紧密联系。^⑪对差别待遇行为的理解, 不能脱离经济学中的价格歧视理论。因为, 交易上的差别待遇, 最主要的一种表现就是价格歧视。并且, 价格歧视是一个包容性很强的经济学概念, 包含了任何可以转化为价格优势或劣势的不同交易条件, 比如产品的等级和质量差异, 购买数量和购买时间的差异, 运输成本和适销条件的差异, 等等。因而可以说, 差异性价格在任何不

^⑤ 参见王先林:《论反垄断法对平台经济健康发展的保障》,载《江淮论坛》2021年第2期。

^⑥ 对垄断势力和市场支配地位的概念辨析,参见郝俊洪:《市场支配地位与实质性市场势力之辨析——兼及〈反垄断法〉第17条第2款的修改》,载《当代法学》2020年第3期。

^⑦ 参见国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处〔2021〕28号。

^⑧ 由于本文重在解构和分析差别待遇行为(滥用行为)的类型,因而相关阐述建立在经营者(企业)具有市场支配地位的假定前提之下。关于平台市场支配地位的评估,参见郝庆:《优化数字经济营商环境背景下支配地位认定条款之重塑》,载《行政法学研究》2020年第5期。

^⑨ 《反垄断法》第17条第1款规定:“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为……(六)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。”2020年12月底,司法部办公厅就《反垄断法(修订草案送审稿)》征求有关单位意见,其文本未对该条第6项作出修改。

^⑩ 《平台反垄断指南》第17条第1款指出,分析是否构成差别待遇,可以考虑以下因素:(1)基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件;(2)实行差异性标准、规则、算法;(3)实行差异性付款条件和交易方式。第2款指出,条件相同的交易相对人,是指交易相对人之间在交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在实质性影响交易的差别。平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同。第3款指出,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)针对新用户或在合理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。

^⑪ 参见金善明:《反垄断法解释中经济学分析的限度》,载《环球法律评论》2018年第6期。

同交易条件的表征。

(一) 价格歧视的含义、实现条件及分类

在市场经济条件下,价格歧视是一种普遍现象。比如,旅游景点对学生和老人收取半票,而对其他人收取全票。又如,平台企业通过收集消费者移动设备的位置、键入的搜索词、浏览记录、购买的物品、虚拟购物车中的商品以及来自物联网的数据等信息,分析和预测消费者的不同支付意愿,从而对其消费的商品或服务收取不同的价格。

从经济学的角度看,价格歧视是指企业以不同的价格出售两种具有相同边际成本的相似产品或服务。换言之,当产品或服务的价格比率与其边际成本比率不同时,企业就在进行价格歧视。从边际成本的角度对价格歧视作出定义,技术上是正确的,但对于政策制定者来说却不总是有用的。因为,在信息和技术密集产业,固定成本很高,边际成本几近于零。鉴于此,也有学者认为,价格歧视是对实质性相同的产品或服务向不同的买方收取不同的价格。^⑩经济学研究表明,要有效实施价格歧视,须满足三项条件:(1)企业具有一定程度的市场势力。如果企业在一个完全竞争的市场上运作,它是竞争性价格的接受者,不能设置不同的价格。(2)通过一定的方法来估算购买者的支付意愿(保留价格),以及对购买者和潜在市场进行细分的能力。(3)有限的套利空间。套利空间,即那些支付较低价格购买产品的买家将产品转售给那些原本支付意愿较高的买家,从而破坏企业为特定买家设定较高价格的获利能力。

传统上,人们按照经济学家庇古的分类来区分三种类型的价格歧视:(1)一级价格歧视,也称完全价格歧视,是指企业为每一产品或服务设定的价格,与每位买家购买该产品或服务的保留价格恰好吻合。完全价格歧视在传统上被认为是一个理论概念。不过,在数字经济时代,完全价格歧视或许是一个可以利用大数据和算法分析而无限接近的现实概念。(2)二级价格歧视,即企业提供一系列不同的可选“交易”,诱导买家进行自分类或自排序,并选择其中某个“交易”。二级价格歧视通常是根据买家购买的产品数量来设定不同的价格,比如数量折扣、捆绑折扣、两部定价等,体现了非线性定价的特征。二级价格歧视也可以通过创建产品的不同版本来实现,即版本控制,比如区分商务舱和经济舱、片剂药和溶剂药等。(3)三级价格歧视,即根据可观察的不同顾客群体的特征及需求弹性差异,对其收取不同的价格。在这种情况下,追求利润最大化的企业有动力实施针对这些群体的“反向弹性规则”,即对弹性较低的顾客收取较高价格,对弹性较高的顾客收取较低价格,也即所谓的“拉姆齐定价”(Ramsey pricing)。

(二) 价格歧视的经济效果

在很多经济学家看来,价格歧视是十分正常的商业行为,它既可以发生在竞争激烈的市场上,也可以发生在寡头或垄断市场上,且往往是由追求利润最大化的企业相互竞争所驱动,因而其经济效果在很多情况下是正面的,或者至少具有正反两面的经济效果。

价格歧视可能带来的正面经济效果主要包括:(1)增进整体福利。企业针对不同消费者的支付意愿和购买能力打造多层次的产品线,让更多消费者获得产品或服务,促进了交易、扩大了消费市场。在完全价格歧视的情形下,生产者的边际收入等于边际成本,产出最大化,实现了与完全竞争情形同等的配置效率。(2)提升产出和回收成本。价格歧视优化了企业的定价结构,有助于其提升产出和回收固定成本。实际上,如果某个行业不具备固定成本回收的特征,这个行业几乎不可能发生有价值的投资。(3)加剧市场竞争。在统一定价策略下,企业只能就边际消费者展开争夺,但通过价格歧视,企业可以争夺市场中的所有顾客,包括那些对竞争对手有着强烈品牌忠诚度的顾客。(4)瓦解卡特尔和寡头协调。卡特尔和寡头协调的条件之一是价格较为透明且定价机制简单,即不存在复杂的定价结构。如果某个卡特尔成员或寡头企业进行秘密的价格减让(价格歧视),成员间的协调均衡将被打破。

^⑩ 参见[美]欧内斯特·盖尔霍恩、[美]威廉姆·科瓦西奇、[美]斯蒂芬·卡尔金斯:《反垄断法与经济学》(第5版),任勇、邓志松、尹建平译,法律出版社2009年版,第506页。

价格歧视可能带来的负面经济效果主要包括:(1)造成一线损害(primary-line injure),即实行价格歧视的企业打压其同级竞争对手,损害其所处市场的有效竞争。由于损害发生在企业及其竞争对手之间,因而一线损害也被称作横向竞争损害。^⑬这种损害往往表现为排挤竞争对手或妨碍潜在竞争对手进入市场,因而可以将其等同于排他效应(exclusionary effects)。实际上,诸如掠夺性定价、拒绝交易、独家交易、搭售等典型的排他行为,都可能涉及价格歧视的因素。在此意义上,价格歧视作为一种笼统的手段,可能有助于支配企业维持或加强其市场支配地位。(2)造成二线损害(secondary-line injure),即在某一层级市场(比如上游市场)开展业务的企业,其本身不出现在其他层级市场(比如下游市场),或者说其业务没有进行一体化整合,但它却对其他层级与之非关联的不同客户实行价格歧视,使某些客户处于不利的竞争地位,进而扭曲该市场的有效竞争。由于二线损害是对非关联客户所在跨级市场的竞争损害,因而也被称为纵向竞争损害——有学者将之概称为扭曲效应(distortionary effects),以区别于排他效应。^⑭(3)减损消费者福利,以及利用和剥削消费者。任何形式的持久的价格歧视,都致力于获取更多的消费者剩余,使福利从消费者向卖方转移。如果防止市场势力的倒退性财富分配,保护消费者利益,使消费者获得公平分配和合理对待是反垄断政策的重要关注,那么价格歧视就很可能引起反垄断法上的问题。^⑮此外,价格歧视依赖于企业对消费者及潜在市场作出细分的能力。如果企业无节制地、不当地对消费者的个人数据进行追踪、收集和处理,甚至故意利用消费者的认知偏差和行为偏差,通过行为定向手段“欺骗”消费者进行消费,那么相较于福利转移所造成的利益减损,这些服务于利润攫取的不当数据收集和处理、行为歧视、分化策略等手段,则具有更加明显的剥削效应(exploitative effects)。

(三)对反垄断政策的启示

以上分析,对差别待遇行为的反垄断政策具有关键启示:(1)差别待遇(价格歧视)是一种常见的商业行为,其经济效果具有复杂性和模糊性。鉴于其在很多情况下有助于强化竞争尤其是寡头竞争(瓦解寡头协调)、提升产出、回收成本、刺激投资、增进社会总体福利,因而不能当然地将各种形式的差别待遇行为视作违反反垄断法。不加鉴别地禁止差别待遇行为,不仅对经济有害,而且与反垄断法保护竞争的初衷背离。(2)差别待遇(价格歧视)行为具有强烈的福利转移效应。广泛的定价选择和差异性的交易方案,一方面刺激了消费需求、扩大了消费市场,另一方面是牺牲消费者特别是支付意愿较高的消费者的福利来增加企业的利润。加之,为了更大程度地实现福利转移,在数字技术的助推下,企业可能更容易利用消费者的认知偏差和行为偏差,夸大消费者的实际需求和支付意愿,扭曲其消费决策。鉴于“维护消费者利益”是我国《反垄断法》的明确目标,确保消费者获得“公平价格”和“合理交易条件”,也是该法的重要关注。因此,即便不涉及竞争损害,针对消费者的剥削性差别待遇行为,也构成我国《反垄断法》必要和适当的关注。^⑯(3)差别待遇(价格歧视)行为虽然通常是由企业利润最大化的动机所驱动,但也可以是基于企业排除、限制竞争的目的而催生。对差别待遇行为的竞争损害效应,不应一概而论,有必要区分不同情形:造成一线损害或横向损害的排他性差别待遇行为;造成二线损害或纵向损害的扭曲性差别待遇行为。

综上所述,差别待遇是一个笼统宽泛的概念,其行为表现多样,经济效果复杂,以可能导致的反垄断法意义上的损害为基础,可分为三种类型:剥削性差别待遇行为、扭曲性差别待遇行为、排他性差别待遇行为。

^⑬ 横向竞争损害的案例在很多时候也涉及“纵向”因素。比如,一个纵向整合的企业,优待自身下游关联产品或服务,而劣待、排挤下游与其竞争的产品或服务。此时,由于损害发生在下游的同一层级,因而仍属于横向竞争损害。

^⑭ See OECD, Price Discrimination, Background Note by the Secretariat, 2016, pp.18–19. Available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf), last visited on January 11, 2021.

^⑮ See Sean F. Ennis, Pedro Gonzaga, Chris Pike, The Effects of Market Power on Inequality, CPI Journal Fall 2017.

^⑯ 参见郝俊洪:《滥用市场支配地位与排除、限制竞争的可分性》,载《中国市场监管研究》2020年第6期。相反的观点认为:竞争法的理念应当是促进并保障市场竞争,而不是维护公平价格或遏制经济强制。参见董笃笃:《竞争法理念的缘起:从公平价格到市场竞争》,载《经贸法律评论》2021年第2期。

三、平台经济领域剥削性差别待遇行为的《反垄断法》分析

剥削——纯粹的剥削,作为《反垄断法》意义上的一种损害,不涉及先前的排除、限制竞争行为,而是对消费者利益的直接侵害。^①剥削性滥用行为,即企业利用支配地位带来的商业机会,通过操纵价格结构或交易条件来榨取消费者利益,获取其在正常和充分有效竞争情形下无法获取的商业利益。传统上,典型的剥削性滥用行为包括不公平高价、不公平低价及附加不合理的交易条件等。在平台经济领域,潜在的剥削性滥用行为尤其还包括针对消费者的算法价格歧视,即所谓的个性化定价——一种剥削性差别待遇行为。

(一) 个性化定价的运作机理

以数字化、智能化、平台化、网络化为核心特征,人类步入了以大数据引擎为动力的数字经济时代。“在线生存”成了人们的真实写照。在线环境下,个人的身份数据、行为数据、关系数据、偏好数据等海量数据,可以在持续、动态、微粒的基础上被企业追踪、收集和处理,再加上机器学习算法的力量,催生了大规模的个性化定制,从个性化新闻、广告、能量测算、健身管理、约会配对,直至个性化定价,即企业基于大数据和算法,分析、预测不同消费者的支付意愿并为其提供差异性交易价格。企业实施个性化定价,一方面依赖于数据基础,其中包括消费者自愿提供的数据(自愿数据)、通过 cookie 追踪获取的数据(追踪数据)、通过算法分析和机器学习推断得到的数据(推断数据);^②另一方面,需要不断对算法分析模型进行投资和改进,以此提升预测的精准性。消费者的数据信息大量聚集在企业,信息严重不对称,加之不断强化的算法,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。^③

个性化定价作为在线环境中针对消费者的价格歧视行为,不仅可能减损消费者利益,而且可能违背消费者对公平交易的实质性期待,因而会受到《消费者保护法》《个人数据保护法》《个人信息保护法》《反歧视法、电子商务法》乃至《反不正当竞争法》(《不公平商业行为法》)的关注。^④不过,对于同样注重维护消费者利益,关注消费者所获交易价格、交易条件公平合理的我国《反垄断法》,个性化定价行为不是其法外之地。^⑤实际上,《反垄断法》第 17 条第 1 款第 6 项有关“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”的禁止性规定,构成调整个性化定价的基本依据。对此,可以从构成要件符合性和实质违法性两个方面加以解析。

(二) 构成要件符合性

从构成要件符合性上看,初步违反《反垄断法》第 17 条第 1 款第 6 项的滥用行为,有两个基本要件:一是条件相同的交易相对人;二是在交易价格等交易条件上实行差别待遇。个性化定价系对不同消费者采取差异性交易价格,符合第二个要件,自不待言。就第一个要件看,我国《反垄断法》区别了“经营者”和“消费者”概念,因而言及“交易相对人”,不仅包括“经营者”,也包括“消费者”,即为满足生活需要而购买、使用商品或接受服务的个人。^⑥难点在于如何理解和判断“条件相同”的消费者。宽泛而言,由于性别、年龄、身份、收入、性情、偏好等方面的差异,几乎不存在条件完全相同的消费者。对消费者条件相同与否的判断,显然不能采取毫无限定的做法。笔者认为,在线环境下,如果平台企业未在事前披露其基于算法定价的相关信息,比如收集、处理消费者数据的目的、种类、方式和期限,影响算法定价的变量等,那么就可

^① 实际上,任何滥用市场支配地位的行为最终都会对消费者造成损害,因而可以说它们都是宽泛意义上的剥削性滥用行为。但是,在个案分析中,纯粹的剥削性滥用行为不涉及先前的排除限制竞争行为。

^② See OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, Background Note by the Secretariat, 2018, pp.10-11. Available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf), last visited on January 12, 2021.

^③ 参见时建中:《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》,载《中国法学》2020年第2期。

^④ 对这种“多对一”现象的理论分析,参见焦海涛:《经济法典化:从“综合法”走向“整合法”》,载《学术界》2020年第6期。

^⑤ 参见叶明、郭江兰:《数字经济时代算法价格歧视行为的法律规制》,载《价格月刊》2020年第3期。

^⑥ 参见郝俊淇:《反垄断法上的交易相对人及其三重角色》,载《中国价格监管与反垄断》2020年第7期。

以推定平台企业面向的所有消费者都是“条件相同”的。原因在于:其一,市场交易的道德合法性取决于交易各方的知情同意;其二,作为人们长期互动所形成的社会规范或惯例——除非是那些约定俗成的可被社会普遍接受的价格差异(比如针对弱势群体的价格折扣),消费者通常具有一种实质性期待,即自己与他人处于同等地位和条件,价格在同一时段是以统一、普遍、透明的方式提供的。^②或许是基于同样的考虑,《平台反垄断指南》第17条更进一步,明确指出:“平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同。”这实际上是对消费者“条件相同”的普遍推定,而不论消费者的“数字画像”有何差异,彰显了对消费者公平交易权的尊重与捍卫。

(三) 实质违法性

从实质违法性上看,个性化定价可基于剥削效应而受到禁止。这种剥削效应既可以从宏观层面加以证立,即个性化定价减损了消费者整体福利;也可以从微观层面加以证立,即个性化定价违背了消费者个体对获得公平价格和合理交易条件的实质性期待。

就宏观层面的剥削效应而言,个性化定价是否一定会减损消费者整体福利,目前无法得出确切的结论。就像传统的价格歧视一样,平台经济领域的个性化定价也会产生福利转移效应(分配效应),可能对消费者有利,也可能对消费者有害,只不过影响的程度要大得多。经济学研究表明,除了单一企业作为垄断者实施的个性化定价会减少消费者整体福利外,其他情形下消费者整体福利所受影响是模糊的。因此,有必要采取个案分析的方式,对个性化定价的福利效应进行具体评估。大量研究还表明,在不完全竞争条件下,如果企业是利用消费者的品牌偏好或忠诚度进行个性化定价,即存在“最佳反应不对称”(best-response asymmetry),那么个性化定价趋向于加剧企业之间的竞争、使平均价格下降并增加消费者整体福利;相反,如果企业是利用消费者的搜索成本或比较成本(消费者对价格不敏感,或缺乏搜索、比较不同产品和服务的动力或能力)进行个性化定价,即存在“最佳反应对称”(best-response symmetry),那么个性化定价趋向于弱化企业之间的竞争、使平均价格上升并减损消费者整体福利。^③这意味着,个案分析的重点,是识别支撑个性化定价的信息类型,以及导致企业和消费者之间信息不对称的系列因素。

就微观层面的剥削效应而言,企业针对消费者个体或某个群体实施的个性化定价,要证立其违法性,关键在于评估相关行为是否违背了消费者对获得公平价格和合理交易条件的实质性期待。实际上,对于那些支付意愿较高的消费者来讲,他们是个性化定价最直接和主要的“受害者”,因为购买同样的商品,却因与成本完全无关的原因支付了更高的价格。当商品实际发生的成本与收取的价格存在过高差额,或者与其他类似交易相比价格明显不合理,就可以成立《反垄断法》禁止的不公平高价行为。^④即个性化定价还可能构成不公平的高价行为。回到差别待遇行为的视角,心理学研究表明,人们对公平的情绪反应是与生俱来的:如果消费者知道卖方在同一时段以较低的价格向他人出售完全相同的商品,就不会溢价购买此商品,其与卖方的交易合同赖以存在的双方同意基础也就被破坏了。^⑤质言之,市场交易的道德合法性取决于交易各方的知情同意。因此,企业是否在事前披露个性化定价的运作计划,使相关信息透明公开,确保消费者知情和自愿同意,构成了违法评估的关键所在。实际上,支付意愿较高的消费者,在受教育程度、个人素养、经济状况等方面通常更为良好,可能更加注重个人数据和信息保护,即属于“隐私敏感型”消费者;^⑥企业在未经其知情和同意的情况下,追踪、收集、处理其个人数据,建立个性化定价赖以运行的个人“数字

^② 参见[美]莎拉·马克斯韦尔:《如何正确定价》,陈汝燕等译,电子工业出版社2009年版,第51-60页。

^③ See Christopher Townley, Eric Morrison, Karen Yeung, Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. Available at <https://ssrn.com/abstract=3048688>, last visited on January 13, 2021.

^④ See R. O' Donoghue & J. Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006, p.609.

^⑤ 同前注^③,第10-11页。

^⑥ 相反,那些支付意愿较低的消费者,在受教育程度、个人素养、经济状况等方面通常相对落后,可能不太注重个人数据和信息保护,也即对隐私不敏感,他们或许愿意以个人信息的泄露来换取更敏捷、更精确、更定制化的商品和服务。

画像”,严重背离了消费者对获得合理交易条件和公平交易价格的实质性期待。这即是说,相较于“过高价格”和“差异性价格”的表面症状,这些服务于财富攫取的不当数据追踪、收集、处理行为,以及针对消费者的行为歧视和分化策略,具有更为显著的剥削效应。^②基于类似的考虑,德国联邦卡特尔局和最高法院认定,Facebook滥用其在德国社交网络市场的支配地位,未经用户“自愿同意”(违背用户的合理期待),从第三方网站和应用程序收集用户数据,并与用户Facebook账户中的其他数据关联融合,构成了剥削性滥用行为。^③不过,有必要说明的是,上述行为也可能违反个人数据(信息)保护法上的知情同意、公平透明、目的限制、数据最小化、数据完整性和保密性等原则,因而构成违法的数据处理行为。这就带来了《个人数据保护法》与《反垄断法》的关系问题,以及如何在反垄断执法机构与数据保护机构之间建立协调合作机制的问题。^④

四、平台经济领域扭曲性差别待遇行为的《反垄断法》分析

在理论和实务中,相较于剥削性滥用和排他性滥用,扭曲效应以及扭曲性滥用似乎一直没有得到足够的重视。这要么是因为扭曲性滥用被认为包含于排他性滥用,要么是因为人们认为,支配企业缺乏可信的动机去损害与其非关联的处于另一层级市场的竞争对手之间的竞争。然而,现实中确实存在扭曲性滥用的案例。例如,发生于信息通信产业的“华为公司诉IDC公司滥用市场支配地位案”,IDC公司作为专利主张实体,并不进行任何实质性生产,仅以专利许可作为其经营模式,IDC公司对华为公司就涉案标准必要专利许可费前后多次报价均明显高于其对苹果公司、三星公司、RIM公司、HTC公司的专利许可费。我国法院认为,IDC公司的差异性许可费,“将导致华为公司要么放弃相关终端市场的竞争,要么不得不接受不公平的定价条件,从而使华为公司在相关终端市场竞争中成本增加、利润减少,直接制约其竞争能力”。^⑤这清楚地表露了对造成扭曲效应的差别待遇行为的《反垄断法》关注。实际上,《反垄断法》第17条第1款第6项有关“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”的禁止性规定,为扭曲性差别待遇行为的规制,提供了坚实的分析框架。

(一)对差别待遇行为的判断

首先要明确,扭曲性差别待遇行为的对象是具有竞争关系的交易相对人。由于消费者之间不存在《反垄断法》意义上的“竞争关系”,因而这里的交易相对人特指经营者,即从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。其次要明确,扭曲性差别待遇案件中,平台企业与交易相对人不存在竞争关系,否则相关的《反垄断法》关注就不是扭曲效应,而可能是排他效应。为了便于说明如何对差别待遇行为进行事实认定,假设如下例子:在某电商平台入驻的两家品牌保健品企业A和B,二者的产品和目标消费群体高度相似,存在激烈竞争;由于电商平台暂不从事自营保健品销售,与A和B不存在任何竞争;电商平台对A和B的每笔销售可能收取相同比例或不同比例的佣金。

1.A和B构成条件相同的交易相对人

对“条件相同的交易相对人”的判断,不能仅着眼于A和B的自身情况,比如A刚刚创立而B已经成立多年,或A是国内品牌而B是国外品牌,而应综合考虑电商平台与其交易(A和B的产品在电商平

^② 参见[英]阿里尔·扎拉奇、[美]莫里斯·E.斯图克:《算法的陷阱:超级平台、算法垄断与场景欺骗》,余潇译,中信出版社2018年版,第134-153页。

^③ See Thomas Höppner, Data Exploiting As an Abuse of Dominance: The German Facebook Decision. Available at <https://ssrn.com/abstract=3345575>, last visited on January 14, 2021.

^④ 对这些问题的初步研究,参见[比]保罗·尼豪尔、[比]彼得·范·克莱恩布吕格主编:《创新在竞争法分析中的角色》,韩伟等译,法律出版社2020年版,第71页。

^⑤ 广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第306号民事判决书。

台上分销)所承担的成本,以及交易标的的性质、发生时间等因素。其核心在于电商平台与A和B进行交易的对等性。需要考虑的因素主要包括:(1)与A和B进行交易,电商平台承担的成本近似。严格按照经济学的理解,价格歧视是指没有任何成本依据的价格差异。这即是说,在跟A和B交易时,如果其销售数量、受众群体、信用状况、独家分销/多家分销等适销条件上不存在明显差异,那么该电商平台承担的交易成本就是相同或相似的,因而不能据此实行价格歧视或差别待遇。换言之,对任何一项扭曲性差别待遇行为的指控,都应当首先考虑该差别待遇给卖方带来了何种成本节省或回报率差异。(2)A和B的性质相似。这涉及对A和B的保健品销售价格、用途功能、受众群体等因素的评估,即确认A和B的保健品是否具有充分的替代性。(3)与A和B进行交易的时间相同或接近。满足交易对等性,还要求店商平台与A和B的交易在发生时间上相同或接近。因为,一旦交易发生的时间不同,市场需求变化、技术改进、产品升级等因素,可能造成二者适销条件的根本差异。

2. 对A和B在交易价格等交易条件上实行差别待遇

在市场经济中,效率首先是由竞争驱动的,包括对最佳销售条件的竞争。不同客户面临不同交易条件实属常态。《反垄断法》第17条第1款第6项对差别待遇的表述相当广泛——交易价格等交易条件的差别。如果纯粹从事实层面看,交易价格等交易条件的差别不仅包括名义价格的差异,也包括以折扣、返点、津贴等可以直接以金额计算的减让,同时还包括不直接体现为一定金额但实际代表一定好处的交易条件的差异,比如一次性付款还是分期付款,是否提供某些服务或配套设备等。^②但若从差别待遇行为的法律构成上看,对“交易价格等交易条件上的差别待遇”之恰当界定,必须以“条件相同的交易相对人”作为参照,否则《反垄断法》谴责的行为就太宽泛了。沿用上述例子,交易价格等交易条件上的差别待遇,存在以下两种情况:(1)A和B属于条件相同的交易相对人,但电商平台对二者收取不同的交易佣金,比如对A的每笔销售收取3%的交易佣金,对B的每笔销售则收取5%的交易佣金。(2)A和B不属于条件相同的交易相对人,但电商平台对二者的每笔销售却收取5%的同等交易佣金。由此可见,《反垄断法》第17条第1款第6项的规定也可以被解释为:对条件不同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行相同待遇。很明显,《平台反垄断指南》第17条的指引,遗漏了这一重要的变式情形。

(二)差别待遇行为导致扭曲效应

在上述例子中,假设A和B属于条件相同的交易相对人,电商平台对A的每笔销售收取3%的交易佣金,对B的每笔销售收取5%的交易佣金。此际,差别待遇行为导致B相较于A处于竞争劣势,但这一事实本身并不等同于竞争损害,也不应由此推定竞争损害的存在。一般而言,证立扭曲性差别待遇行为,除了表明某个交易相对人受到劣待因而处于不利的竞争地位以外,还应当证明差别待遇行为导致了扭曲效应。

一方面,需要对扭曲效应的发生机理,建立一种可信的解说。一般而言,扭曲效应主要有两种发生机理:(1)基于效率差异的扭曲效应。不同客户的内部效率可能存在差异,与效率较低的客户相比,效率较高的客户可能对投入品或关键平台的需求弹性较低——高效率是建立在高产出运营的基础上,在不降低效率的情况下无法减少产出。根据“反向弹性规则”,支配企业具有对高效率客户收取更高价格,而对低效率客户收取更低价格的激励。这意味着,低效率客户支付较低的价格,实际产出比应然产出多;高效率客户支付较高的价格,实际产出比应然产出少。整体上看,竞争过程被扭曲,相关市场的价格高出应有水平,消费者将支付更高的价格。(2)防御纵向整合的扭曲效应。具有一定市场势力的客户,在与支配企业谈判以图获取较低的投入、许可或接入价格时,一旦支配企业不予允诺,该客户可能会威胁向支配企业所在的市场进行一体化整合。但是,如果这种整合是冒进的、低效的,随之而来的可能是,支配企业对其收取更高的投入、许可或接入价格。客户进行一体化整合的可信度和可行性意味着,支配企业设定价格的策略是,对市场势力较弱的客户收取较低的价格,对市场势力较强的客户收取相对较高的价格,同时确保后者获得

^② 参见兰磊:《非法价格歧视行为的判断标准研究》,载《竞争政策研究》2015年第2期。

足以使一体化整合策略丧失吸引力的利润。在这种情况下,可以预期竞争过程依然被扭曲,消费者最终会付出更高的价格。^③

另一方面,还需要揭示扭曲效应的严重程度,即表明:(1)支配企业几乎是涉案客户不可避免的交易对象;(2)差别待遇必须是显著的,即不受优待的客户所支付的费用必须远超受优待客户所支付的费用;(3)支配企业所提供的产品或服务应当占据客户总成本的较大比例,否则差别待遇很难对客户的活动和竞争过程产生实质性影响;(4)差别待遇不是短暂的,须持续较长时间。^④

五、平台经济领域排他性差别待遇行为的反垄断法分析

排他效应,是各司法辖区反垄断法的核心关注。排他性滥用,即支配企业采取排他性策略行为,限制竞争对手的商业机会或打压竞争对手的竞争反应,进而损害竞争过程,以此维持或加强其市场支配地位,却未合乎比例地带来补偿性利益尤其是消费者利益。对于排他性差别待遇行为的违法认定,具有决定性意义的因素不在于歧视或差别待遇本身,而在于行为是否导致了反竞争的排他效应。为了避免双重标准和防范操纵规则,我国《反垄断法》第17条第1款第6项有关差别待遇的禁止性规定,不应盲目扩张适用,它不是规制和分析排他性滥用行为的适合框架。

(一) 平台经济领域排他性滥用行为的歧视因素

近年来,平台企业实施的许多行为,受到了排他性滥用的质疑或指控。这些行为通常包含一定的歧视或差别待遇因素,在描述而非规范的意义上,可将它们概称为“排他性差别待遇行为”。因为,其中的歧视或差别待遇因素对滥用行为的违法认定来讲,至多是相关或重要因素,但不具有决定性意义。具有决定性意义的因素在于行为是否导致了反竞争的排他效应,其论证依赖于多元细致的损害理论和检验标准。

典型的例子包括:(1)亚马逊的掠夺性定价,即亚马逊区分自己的顾客和竞争对手的实际或潜在顾客,通过选择性降价向后者提供更优惠的价格,锁定竞争对手的顾客,以此建立、维持和加强其市场支配地位。不过,仅仅观察到区分顾客和选择性降价的事实,不足以说明这种行为的违法性。根本性的问题在于,较低的价格是否具有掠夺性,即价格是否低于某种成本标准,以至于这种降价除了服务于排除、限制竞争,别无任何经济意义。其实,歧视因素在这当中也非毫不相关。运用价格歧视,亚马逊在掠夺期间承受的损失不会像全面降价时那么大,即有助于分摊损失。(2)苹果的自我优待,表现为一种价格挤压,即苹果涉嫌滥用其应用内购买系统的支配地位,对竞争对手的应用程序抽取售价30%的交易处理费,而对自有的应用程序免收交易处理费。同样,仅仅表明存在差异性的交易处理费,不足以说明行为的违法性。核心的关注在于,这种差异性的交易处理费,对竞争对手的成本提升,是否使有效率的竞争对手的经营变得不经济,从而造成反竞争的封锁效应。(3)谷歌的自我优待,表现为一种质量挤压,即谷歌滥用其在通用搜索引擎市场上的支配地位,在搜索结果中偏袒自己的比较购物服务,加大对自身比较购物服务的引流和曝光,同时劣待竞争对手的比较购物服务,限制其流量和展示位置。与苹果的自我优待类似,仅仅表明相互竞争的比较购物服务在所获流量、排序位置等方面的差异,不足以确立行为的违法性。关键在于,这种差异性的流量支持,是否严重削弱了竞争对手的比较购物服务质量,使其无法达到最低有效的点击量或浏览量(活跃用户规模),进而造成反竞争的封锁效应。(4)微软的搭售,即微软滥用其Windows操作系统的支配地位搭售IE浏览器,排挤竞争对手的浏览器。在经济学中,搭售与数量折扣、忠诚折扣等,通常被视为二级价格歧视的方式。由于这种价格歧视的福利效应是模糊的,因而证明搭售行为的违法性,需要建立可信的损害机理:比如依据“杠杆理论”表明,微软通过搭售将Windows的垄断势力传导至IE浏览器,

^③ See Supra note 14, p.19.

^④ See Supra note 25, p.577.

从而排除、限制了浏览器市场的竞争；又如依据“提升竞争对手成本的封锁理论”，微软通过搭售提升了竞争对手的成本，阻碍竞争对手在浏览器市场或操作系统市场的扩张或进入。(5) 阿里巴巴的独家交易，即阿里巴巴滥用其在网络零售平台服务市场的支配地位实施“二选一”行为。所谓“二选一”，即阿里巴巴寻求或迫使商户退出竞争对手的网络零售平台，将天猫作为独家入驻平台。“二选一”可以基于独家交易协议，也可以基于相关惩罚或激励措施形成的约束，甚至还可以基于协议、激励、惩罚等叠加措施来强化约束。实际上，无论“二选一”基于何种手段，其都体现出对不同商户在交易条件上的差别待遇——接受或服从独家义务的商户可以获得折扣、优惠、流量等资源优待，不接受不服从独家义务的商户则可能受到屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等不利待遇。不过，仅仅表明针对商户的差别待遇，同样不足以确立“二选一”行为之排他性滥用的定性，而需要在“阿里巴巴锁定商户→竞争性平台受损(遭到客户封锁)→反竞争的排他效应”的逻辑层面，建立可靠的竞争损害机理。(6) Apple Store、Google Play、微信等“必需设施”的拒绝交易，即该等“必需设施”拒绝竞争对手的应用程序上架，或拒绝将应用程序编程接口(API)分享给竞争性产品或服务。这实际上是优待自有产品或服务、劣待竞争性产品或服务的一种较为极端的变式。仅仅表明这种差别待遇，显然也不足以证立排他性滥用，而需要十分严格的论证。比如，需证明据称的“必需设施”对竞争是客观必要的，且不能复制、自建或只能以极不经济的代价复制、自建，拒绝行为将严重限制或消除相关市场的竞争，等等。

(二)“差别待遇”条款不应适用于排他性滥用行为

几乎所有的排他性滥用行为都需要进行严密的效果分析，如何证立排他性滥用行为，是世界各司法辖区的共同难题。^⑤在学术研究和执法实践的不断探索下，人们相继提出了一些较为可靠的损害理论和检验标准，用以结合个案事实，证立排他性滥用行为。例如，利润牺牲检验、无经济意义检验、传导或杠杆检验、提升竞争对手成本的封锁检验(同等效率竞争者检验)、消费者损害检验、相称性检验，等等。我国《反垄断法》第17条第1款诸项所禁止的掠夺性定价、拒绝交易、限定交易(独家交易)、搭售等行为，一般被认为是典型的排他性滥用行为。这些“排他性滥用”条款的适用，不能仅凭形式化的判断，而需要依托适当的损害理论和检验标准，用以涵摄涉案行为和事实。

这即是说，《反垄断法》第17条第1款第6项的“差别待遇”条款与其他诸项“排他性滥用”条款，所依托的损害理论、检验标准和分析框架是不同的，“差别待遇”条款不应适用于排他性滥用行为。事实上，泛化“差别待遇”条款，对其采取扩张解释和适用，无疑会使《反垄断法》列举的掠夺性定价、拒绝交易、限定交易、搭售等滥用行为，仅仅根据其是否涉及歧视或差别待遇因素的人为区分，而在违法认定上陷入双重标准。比如，尽管《反垄断法》第17条第1款第2项有关掠夺性定价的规定，明确了以低于成本的价格销售商品的检验要求(利润牺牲或无经济意义检验标准)，但是，如果按照第6项“条件相同的交易相对人”“交易价格等交易条件上的差别待遇”的要求，检验所谓的“歧视性掠夺定价行为”，不仅有操纵规则之嫌，还可能导致对某些行为的不合理禁止，比如禁止“歧视性的高于成本的定价”。概言之，没有理由根据歧视性做法和非歧视性做法的人为区分，对掠夺性定价等排他性滥用行为采取双重标准。

需要说明的是，对“差别待遇”条款适用范围的限缩，并不妨碍涉案有关行为同时触发多个条款，同时成立不同类型的滥用行为。例如，如果某电商平台的“流量/服务政策”，具有强烈的商户诱导效应和锁定效应，造成对竞争性平台的封锁和排挤，就可能成立排他性的限定交易行为；同时，如果这种“流量/服务政策”对条件相同的平台内经营者(与平台非关联的商户)具有歧视性，也可能成立扭曲性的差别待遇行为；再者，如果这种“流量/服务政策”包含对平台内经营者的数据、信息收集处理的不合理条款，还可能成立剥削性的不合理交易条件。概言之，不同性质或类别的滥用行为，可以共存于同一案件，但它们所依据的法律条款、损害理论、分析框架、检验标准可能存在差异。

^⑤ 参见钟刚：《平台经济领域滥用市场支配地位认定的证据规则思考》，载《法治研究》2021年第2期。

六、结语:《平台反垄断指南》第 17 条的简评

差别待遇是一个笼统宽泛的概念,其行为表现多样,经济效果复杂。在平台经济领域,具有市场支配地位的平台企业实施的滥用行为,大多包含歧视或差别待遇因素。《反垄断法》第 17 条第 1 款第 6 项有关“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”的禁止性规定,有其适用边界,不应扩张适用于所有涉及歧视或差别待遇因素的滥用行为。该项规定是调整剥削性差别待遇行为(个性化定价)和扭曲性差别待遇行为的适当依据,但却不是调整排他性滥用行为的恰当基础。

由此来看《平台反垄断指南》第 17 条关于差别待遇行为的指引,可谓亮点和不足并存。其亮点在于:一是明确了“大数据杀熟”可能构成滥用市场支配地位的差别待遇行为,并且提出了相关考虑因素,其中包括“平台经济领域经营者基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件”。二是对判断“条件相同”的消费者(交易相对人)提供指引,明确了“平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同”。这实际上是对消费者“条件相同”的普遍推定,而不论消费者的“数字画像”有何差异,彰显了对消费者公平交易权的尊重与捍卫。三是非穷尽地列举了平台经济领域经营者实施差别待遇行为可能具有的正当理由,为经营者的抗辩提供了指引。不过,该条也存在以下不足:一是缺乏清晰的分类思维,未能从反垄断法所关注的实质性损害的层面,提炼不同类型的差别待遇行为,界定《反垄断法》第 17 条“差别待遇”条款的适用范围和情形。二是偏重事实描述,疏于规范解析。例如,该条虽然突出了对“大数据杀熟”(个性化定价)的关注,但似乎只是对其作了事实层面的描述,缺乏充分的规范解析和判断标准的建构,因而其指引和规范功能较为有限,难以使经营者获得稳定的合法预期。^③三是对基本构成要件的解释不尽充分。“条件相同的交易相对人”和“交易价格等交易条件上的差别待遇”是《反垄断法》第 17 条第 1 款第 6 项的基本构成要件,然而指南对上述要件涉及的“要件要素”缺乏较全面的分析和解释,对两个要件之间的关系也缺少辨析,以致遗漏了“对条件不同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行相同待遇”的变式情形。

Abstract: Anti-monopoly in the field of platform economy has become a global hot topic. Most abuses committed by dominant platform undertakings involve discriminatory factors. To investigate the economic principles and economic effects of discriminatory conducts, and on the basis of damages in the sense of anti-monopoly law, discriminatory conducts can be divided into three types: discriminatory conduct of exploitation, discriminatory conduct of distortion, discriminatory conduct of exclusivity. The three have corresponding external forms in the field of platform economy, and their legal testing standards and analytical frameworks are not the same. The provisions of Article 17 of *China's Anti-Monopoly Law* on the prohibition of discriminatory conducts are the appropriate basis for adjusting the discriminatory conduct of exploitation and distortion, but not the appropriate basis for adjusting the discriminatory conduct of exclusivity.

^③ 参见郝俊淇、刘维俊:《反垄断指南的功能探讨》,载《中国价格监管与反垄断》2015 年第 9 期。