

# 从传统经济到数字经济:差别待遇反垄断规则的改进

郝俊淇

**摘要:**许多国家和地区滥用支配地位制度包含了禁止差别待遇的规定。在传统经济中,差别待遇规则将价格歧视作为原型进行规范建构,相应的违法性要件反映了价格歧视的经济学内涵,其核心是没有成本依据的价格差异。在数字经济时代,互联网平台“管理者”和“经营者”的双重身份催生出纷繁复杂的差别待遇行为,给传统规则带来新的挑战。对此,亟须建立围绕非价格因素的差别待遇行为的分析范式;将算法和大数据驱动下针对中小微经营者和消费者的剥削性差别待遇行为进行调整;删除《反垄断法》第十七条的相关表述和要求,以全面释放其规制功能。

**关键词:**差别待遇;数字经济;反垄断法;自我优待

在许多国家和地区的反垄断法中,禁止不合理的价格歧视、歧视性待遇或者差别待遇(以下统称差别待遇)的规定往往是其重要内容,且这些规定大多嵌套在规范企业单边行为,即滥用支配地位行为的制度框架中,比如《欧盟运行条约》第102条第2款第(c)项、德国《反限制竞争法》第20条、美国《克莱顿法》第2条以及《罗宾逊—帕特曼法》等。我国《反垄断法》第十七条第一款第六项借鉴了上述立法经验<sup>①</sup>,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”。这些规定产生于传统经济背景下,有着特定的理论基础和构成要件。然而,面对数字经济的兴起及其迥异于传统经济的运行机制和竞争特点,上述规定能否有效规范数字平台实施的纷繁复杂的差别待遇行为,值得思考;如果存在适用和功效上的局限性,应当作出何种改进,同样需要进行探讨。

## 一、传统经济中的差别待遇行为及其反垄断法规则在传统经济时代,市场竞争的核心维度是价格,

因而被纳入反垄断法视野的差别待遇行为主要是价格歧视。

### (一)传统经济中的价格歧视行为及其效果

在传统经济中,企业围绕价格采取各种竞争策略,如共谋定价、掠夺性定价、限制性定价、单一产品折扣(搭售)、多产品折扣(捆绑)、忠诚折扣、价格挤压、最惠价格待遇条款、超高或超低定价、价格歧视等。传统反垄断法的制度规则正是围绕这些行为构建起来的,并且在实施过程中多依赖经济学上的价格理论。<sup>②</sup>在以上策略中,价格歧视是危害性和违法性特征相对模糊的一种行为,也是人们争议最大的一种“垄断行为”。许多经济学家认为,严格意义上的价格歧视,即“企业以不同的价格出售两种具有相同边际成本的近似产品或者服务”,<sup>③</sup>是再正常不过的商业行为,往往是由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。比如,价格歧视有助于提升产出和回收成本、加剧市场竞争、瓦解卡特尔和寡头共谋、增进社会总体福利等。但如果企业具有较大的市场力量,且能够在一定程度上洞悉购买者的支付意愿并防止其套利,价格歧视也可能造成

作者:郝俊淇,中国社会科学院法学研究所。

<sup>①</sup> 全国人大常委会法制工作委员会经济法室:《中华人民共和国反垄断法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第102-109页。

<sup>②</sup> 金善明:《反垄断法解释中经济学分析的限度》,《环球法律评论》,2018年第6期,第102-105页。

<sup>③</sup> OECD(2016),Price Discrimination:Executive Summary of the Roundtable,p2,https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN5/FINAL/en/pdf.

竞争损害。一方面,价格歧视可能造成初级损害/一线损害,即实行价格歧视的企业打压同级竞争对手,损害其所处市场的竞争。例如,支配企业实施选择性降价行为,即区分自己的客户和竞争对手的实际或潜在客户,并向后者提供更优惠的价格乃至掠夺性的价格,对竞争对手形成排挤或驱逐。由于损害发生在企业及横向竞争对手之间,因而也可以把初级损害视作横向竞争损害或反竞争的排他效应。另一方面,价格歧视可能造成次级损害/二线损害,即在某一层级市场开展业务的企业,没有进行一体化整合,但对与其非关联的客户实行价格歧视,扭曲该市场的竞争。例如,某电信运营商对与其非关联但条件相同的两个客户实行不同的接入价格,扭曲二者所在市场的竞争。由于损害发生在跨级市场,因而也可以把次级损害视作纵向竞争损害或反竞争的扭曲效应。

#### (二)传统反垄断法的差别待遇规则及其构成要件

纵观美国、欧盟及我国等司法辖区的反垄断立法,其中有关差别待遇的规则在很大程度上吸收了价格歧视的经济学原理。

在美国,1914年颁布的《克莱顿法》第2条为规范差别待遇(价格歧视)行为铺垫了基础。1936年的《罗宾逊—帕特曼法》对这一规定进行了修订和扩展。《罗宾逊—帕特曼法》第2条第(a)款规定,“从事商业的人在其商业过程中,直接或间接地对同一等级和质量商品的买者实行价格歧视,如果价格歧视的结果在实质上减少竞争或旨在形成对商业的垄断,或妨害、破坏、阻止同那些准许或故意接受该歧视利益的人之间的竞争,或者是同他们的顾客间的竞争,是非法的”。可见,差别待遇行为构成违法的前提条件包括:一是对不同交易对象采用“不同价格”;二是“不同价格”针对的是“同一等级和质量的商品”;三是对竞争造成损害,既包括对卖方所在市场造成的损害(初级损害),也包括对买方所在市场造成的损害(次级损害)。

在欧盟,差别待遇的法律规范涵盖于《欧盟运行条约》第102条第2款第(c)项的规定中,即“这些滥用行为主要有……(c)对同等交易的其他交易方适用

不同的条件,从而使其处于竞争劣势”。可见,违法的差别待遇行为至少满足以下条件:一是其他交易方之间存在竞争关系;二是属于“同等交易”;三是对交易“适用不同的条件”;四是致某一交易方“处于竞争劣势”。

在我国,根据《反垄断法》第十七条第一款第六项规定,违法的差别待遇行为至少满足以下条件:一是存在“条件相同的交易相对人”;二是支配企业在“交易价格等交易条件上实行差别待遇”;三是“没有正当理由”。

很明显,以上司法辖区的差别待遇规则都反映了经济学上价格歧视的内涵,即企业以不同的价格出售两种实质性相同(具有相同边际成本)的产品或者服务。其中,“实质性相同的产品或者服务”这一关键要义反映在“同一等级和质量的商品”(美国法用语)、“同等交易”(欧盟法用语)、“条件相同的交易相对人”(中国法用语)的要件中。该等要件虽然在称谓上有差别,但其中的构成要件要素是相同的,主要包括:产品或者服务的性质相同或近似;交易的时间相同或接近;企业与它们交易承担的成本相同或接近,这可能需要进一步分析与交易相关的数量规模、安全性、信用状况、所处的交易环节等因素。<sup>④</sup>

#### (三)传统反垄断法差别待遇规则的实施状况

尽管传统反垄断法中的差别待遇规则反映了价格歧视的经济学原理,但推动这些规则实施的更多是经济学原理之外的因素,其实施效果并不理想。

在美国,国会和执法机构担心的是大型连锁商店的发展、独立贸易商的衰落以及小型零售商四面楚歌的命运,希望通过《罗宾逊—帕特曼法》对大型连锁商店的差异性价格予以限制,以保护小企业的竞争和福利。<sup>⑤</sup>因此,在法律适用上,不仅不要求企业具备较高程度的市场力量,也不拘束于“同一等级和质量的商品”等要件。换言之,该法在实践中反对的不是严格意义上的“价格歧视”,而是针对中小微企业遭受的“差异性价格”。以至于有人认为,《罗宾逊—帕特曼法》仅是装扮成了反托拉斯法的样子,在很大程度上阻碍了价格竞争,因而主张将其废除。<sup>⑥</sup>实际上,近二十余年

<sup>④</sup> 兰磊:《非法价格歧视行为的判断标准研究》,《竞争政策研究》,2015年第5期,第58-70页。

<sup>⑤</sup> Hugh C. Hansen, Robinson-Patman Law: A Review and Analysis, 51 Fordham Law Review, 1113-1123 (1983).

<sup>⑥</sup> [美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第312页。

来,联邦执法机构对该法的实施并不积极。<sup>⑦</sup>

在欧盟,《欧盟运行条约》第102条第2款第(c)项至今仍存在很大的解释争议。<sup>⑧</sup>实践中,该项规定更多被用来谴责国有垄断企业或受政府管制的企业在提供产品或服务时直接或间接依凭客户国籍或住所地施以价格等交易条件上的差别待遇,即所谓的“国籍歧视”或“分割市场的歧视”。对此,有人提出:这些滥用行为不是企业独立做出的,为该等行为承担责任的应当是控制这些企业的成员国(政府),因而运用《欧盟运行条约》第106条关于公共企业的规定来解决这类问题更加妥当。<sup>⑨</sup>

在我国,执法机构和法院依据《反垄断法》第十七条第一款第六项处理的案件屈指可数,因而,在规范或教义方面的探索、阐释和积累十分有限。一方面,原地方工商部门查处的几个案件大多都涉及烟草、盐业、港口航运等政府高度管制的行业<sup>⑩</sup>;另一方面,法院受理的几个案件,原告都是消费者,且都败诉,原因是无法证明被告具有支配地位或被告举证了“正当理由”的存在。<sup>⑪</sup>

## 二、数字经济中的差别待遇行为及其对传统规则的挑战

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,数字经济方兴未艾、加速演进,其运行机制和竞争特点,不仅放大了企业滥用支配地位的风险,而且给传统滥用支配地位制度带来了一系列挑战。<sup>⑫</sup>实际上,相较于传统经济领域的价格歧视行为,数字经济领域的差别待遇行为更加纷繁复杂,沿用传统的差别待遇规则对其进行调整,难免存在局限性。

### (一)数字经济领域的差别待遇行为

电子商务、社交、搜索、出行、支付、短视频等,是数字经济的典型表现形式。互联网平台作为平台经济的主要载体,是通过网络信息技术,使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互,以此共同创造价值的商业组织形态。事实上,集团化、生态化、整合化经营是我国平台经济的重要特点。<sup>⑬</sup>也就是说,现实中的平台经营者并不局限在单一业务领域,而是围绕核心平台业务,叠加汇聚众多子平台业务。比如,以社交为核心的平台业务,在此基础上衍生出支付、购物、出行、短视频娱乐等业务,最终形成融汇业务、数据、流量、技术、资本、规则等于一体的闭环生态。在这样的生态体系中,经营者一方面掌控着具有“关键通道”甚至“瓶颈设施”属性的核心平台业务,制定平台运营的管理规范和业务规则;另一方面又在衍生领域与其关联子平台内的其他经营者展开竞争。

鉴于上述双重角色,大型互联网平台往往具有很强的动机和能力来实施各种差别待遇行为,包括但不限于下列情形:(1)对自家产品、服务、应用、内容、外链等予以自我优待,而对竞争对手的产品、服务、应用、内容、外链等施加歧视性待遇,即采取屏蔽内容、不予直链、关闭接口、阻塞通道、产品不兼容等封禁或阻碍措施;(2)诱导或胁迫商户接受独家入驻义务,即所谓的强制平台“二选一”,以获得折扣、优惠、流量等资源优待,否则遭到屏蔽店铺、商品下架、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金、提高服务费、缩小配送范围等不利待遇;<sup>⑭</sup>(3)强制搭便车行为,即擅自挪用平台上第三方卖家的经营数据,复制及“跟卖”其

⑦ [美]欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦西奇、斯蒂芬·卡尔金斯:《反垄断法与经济学》(第五版),任勇、邓志松、尹建平译,法律出版社2009年版,第419页。

⑧ 争议的核心在于:通说认为,条约第102条第2款第(a)项的规定是剥削性滥用的法律基础,第(b)项的规定是排他性滥用的法律基础,那么,第(c)项的规定有无独立的意义? R. O' Donoghue & J. Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006, pp.195-201.

⑨ Damien Gerard, Price Discrimination under Article 82(2)(C) EC: Clearing up the Ambiguities, <https://ssrn.com/abstract=1113354>.

⑩ 时建中、焦海涛、戴龙:《反垄断行政执法典型案例分析与解读》,中国政法大学出版社2018年版,第24-330页。

⑪ 同前注⑩,第325-331页。

⑫ OECD (2020), Abuse of Dominance in Digital Markets: Background Note, pp.18-19, [www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf).

⑬ 侯利阳:《互联网平台反垄断的局限与突破:由“腾讯封禁抖音案”引发的思考》,《商业经济与管理》,2021年第4期,第94页。

⑭ 卢均晓:《论类型化的不正当限制交易行为——以“二选一”行为规制为视角》,《价格理论与实践》,2020年第8期,第25页。



热销品类,推出类似自营产品,并操纵搜索结果以偏袒自家产品;(4)区分自己的顾客和竞争对手的实际或潜在顾客,通过定向“烧钱”和精准补贴,向后者提供更优惠的价格乃至掠夺性的价格,意图抢占竞争对手的顾客并侵蚀其用户规模和网络效应,使其经营变得不经济甚至被迫退出市场;(5)基于大数据和算法,分析、预测消费者的消费偏好、使用习惯、支付意愿等特征,并对其采取差异性的交易价格或其他条件,即所谓的“大数据杀熟”或个性化定价。

## (二)传统差别待遇规则面临的挑战及因应

首先,传统规则是以价格为中心,将价格歧视作为原型进行规范建构,所援用的理论基础是经济学上的价格歧视理论,因而所谓差别待遇行为,很大程度上是没有成本依据的价格差异。在这种范式下,考察产品的价格、成本以及比率等技术细节是规则运用的关键。但在数字经济中,价格已经不是市场竞争最重要的维度,很多数字产品或服务的价格是“零”,并且提供这些产品或服务的边际成本也几近于“零”,所以价格歧视的经济学理论在这里很难运用,甚至是无效的。实际上,数字经济中的竞争行为通常以实现和巩固多边架构、规模效应、范围经济、网络效应、平台生态为导向,诸如数据、隐私、质量、算法、算力、流量、用户注意力等非价格维度的竞争,对于数字平台的生存和成功具有更加显著的重要性。因此,如何从定性和定量的角度,对主要涉及非价格因素的差别待遇行为作出经济合理性以及违法性方面的判断,是数字经济时代完善差别待遇反垄断规则的重要问题。显然,解决该问题,离不开经济学对差别待遇理论范式的革新。

其次,传统的差别待遇规则主要关注造成一级损害(横向竞争损害)和二级损害(纵向竞争损害)的情形。这一点在美国反托拉斯法上表现得最明显。通过《罗宾逊-帕特曼法》保护中小微企业的竞争和福利的执法努力,被诟病为“装扮成了反托拉斯法的样子”。<sup>⑮</sup>然而,需要反思的是,中小微企业、消费者等交易相对人的利益是否真的不能通过差别待遇规则来直接保

护。鉴于任何形式的持久的差别待遇都致力于获取更多的交易相对人(包括中间层的中小微企业和终端消费者)的剩余,使福利从交易相对人向卖方转移,因而差别待遇可能是企业剥削交易相对人的策略,造成交易相对人的利益减损。<sup>⑯</sup>考虑到数字经济时代,大型互联网平台一方面掌握着平台内中小微经营者的大量数据,在算法等数字技术的加持下,能够从价格或非价格交易条件上对其进行精准盘剥,甚至轻易地榨取其专业化收益以及创新收益;另一方面,可以借助算法和各种渠道的数据对消费者进行精准画像和营销,实施行为定向歧视以及算法价格歧视(大数据杀熟)。<sup>⑰</sup>因此,如果互联网巨头利用市场势力转移或榨取交易相对人的福利是有害的,那么就应当拓宽差别待遇的损害理论,将剥削性的差别待遇行为纳入调整范围。可喜的是,我国出台的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十七条的规定回应并承认了这一点,即“分析是否构成差别待遇,可以考虑以下因素:(一)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)实行差异性标准、规则、算法……。”

再次,传统差别待遇规则中“条件相同的交易相对人”之要件,是对“具有相同边际成本的产品或者服务”这一价格歧视的经济学要义的反映,即需要在技术层面验证价格比率与企业提供产品或服务的边际成本比率是否相同。但正如前文所述,数字时代的差别待遇行为更多涉及非价格因素,且数字产品的价格和边际成本通常为“零”,因而聚焦成本-价格的技术路径很难适用。在数字经济时代,该要件的必要性已经动摇,其相关性也大大减弱。保留该要件,有可能严重制约差别待遇规则的损害理论的扩展,并阻碍对大型数字平台实施的各种差别待遇行为特别是自我优待行为的有效规范。自我优待有许多表现形式,在传统经济中主要表现为价格挤压,而在数字经济中主要表现为非价格维度的各种挤压。比如,谷歌基于自己

<sup>⑮</sup> 无独有偶,德国《反限制竞争法》第20条关于“禁止歧视、禁止不公平阻碍”的专门规定,不仅适用于具有支配地位的企业,也适用于具有相对优势地位的企业。后者很大程度上也是对交易相对人的竞争和福利的保护。

<sup>⑯</sup> OECD (2016), Price Discrimination: Background Note by the Secretariat, p.17, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).

<sup>⑰</sup> 焦海涛:《数字市场中的行为歧视及其法律规制》,《中国市场监管研究》,2021年第3期,第11-15页。

在通用搜索引擎市场的支配地位,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。再如,有的大型社交平台对自己的外链内容毫无延迟地予以高质量呈现,而对竞争对手以及潜在竞争对手的外链内容虽然并不彻底屏蔽,但是通过附加跳转操作、延误时间、增加成本、降低用户体验等歧视性手段,打压其竞争能力。从行为外观和事实构成上看,上述自我优待行为难以放到《反垄断法》第十七条所列不公平定价、掠夺性定价、拒绝交易、限定交易、搭售等行为的规范框架进行处理,唯独第六项所列差别待遇行为的规范框架较为适合。然而,在上述平台自我优待的情形中,“条件相同的交易相对人”的要件几乎无法满足。因为平台面对的两个交易相对人是完全不同的,一个是平台的关联方,本身就嵌入在平台一体化整合的生态中,很大程度上实现了外部效应内部化;而另一个是平台的非关联方,不可避免地涉及更多的交易成本。因此,强行要求满足“条件相同的交易相对人”的要件,使得反垄断法的差别待遇规则无法处理自我优待等排他性滥用行为,人为地限缩了其所能关注到的排他性损害(排他性差别待遇)的诸多情形。<sup>⑮</sup>实际上,即便在剥削性差别待遇的案件中,“条件相同的交易相对人”之要件也是多余的。以算法价格歧视为例,其违法性依赖于两种判断:一是行为造成宏观意义上的消费者总福利受损;二是行为在个体意义上违背消费者对公平合理交易的实质性期待。<sup>⑯</sup>换言之,消费者条件是否相同,并非分析判断的关键。为了化解这种窘境,《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十七条强调,“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”。同样作为算法价格歧视的潜在法律依据,我国《个人信息保护法》没有强调“条件相同的交易相对人”,而是规定“个人信息处理

者利用个人信息进行自动化决策,应当保证决策的透明度和结果公平、公正,不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇”。这里,“不合理的差别待遇”涵盖了违法性判定的诸多要素,同时又不失灵活性。实际上,“条件相同的交易相对人”之要件,仅对造成二级损害即扭曲竞争效果的差别待遇行为(扭曲性差别待遇行为)具有必要性,但在字面上删除以上表述,对其违法分析并无实质影响,因为《反垄断法》第十七条第一款第六项设置了“没有正当理由”的限定条件,完全可以将交易相对人条件是否相同的判断放在其中进行考虑。

### 三、对《反垄断法》差别待遇条款的修改建议

基于上述考量和分析,笔者建议将《反垄断法》第十七条第一款第六项修改为,“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,对交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”。<sup>⑰</sup>

修改的核心理由在于,删除“条件相同的(交易相对人)”的表述和要求,可以充分释放差别待遇条款的规制功能,通过“小切口”修法解决现实“大问题”,有效地把数字平台巨头实施的各种不合理差别待遇行为,特别是自我优待行为关进反垄断法的笼子里。与此同时,要着力探索建立涉及非价格因素的差别待遇行为的分析范式,将算法和大数据驱动下针对中小微经营者和消费者的剥削性差别待遇行为纳入调整范围。

责任编辑:张 维、王 琳

<sup>⑮</sup> 换言之,设置“条件相同的交易相对人”的要件,限制了该项对排他性差别待遇行为的全面调整,使该项只适合处理支配企业针对竞争对手顾客(条件相同的顾客)的选择性降价行为——排他性的选择性降价行为。

<sup>⑯</sup> 郝俊淇:《平台经济领域差别待遇行为的反垄断法分析》,《法治研究》,2021年第4期,第128-130页。

<sup>⑰</sup> 类似的建议,参见时建中主编:《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿及详细说明》,中国政法大学出版社2020年版,第80-81页。