

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2023.01.009

智能合约背景下差异化定价的反垄断法分析

刘学在, 张文浩, 邓紫珊

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

摘要: 智能合约的应用解决了个体级差异化定价的技术问题。作为平台经济领域的新兴产物, 差异化定价被冠以“大数据杀熟”来粗略概括和全盘否定。对此, 应明确差异化定价的准确内涵, 进行类型化梳理和实际效果分析, 架构立足于平台经济自身特点的审查分析路径。仅凭形式外观符合性和消费者福利的一元价值保护理念否定差异化定价模式的规制逻辑是不足取的, 应回归反垄断法多元价值保护理念, 结合经济学上的价格歧视理论, 重新审视法律意义上的价格歧视认定标准; 应做好市场规制法的综合衔接, 确保法适用的准确性; 结合平台经济发展现状, 反思调整宏观监管理念; 坚持市场化解决途径, 构建数据开放规则, 将竞争机制引入差异化定价模式。

关键词: 智能合约; 差异化定价; 价格歧视; 平台经济; 数据开放

中图分类号: D922.294

文献标志码: A

文章编号: 1674-117X(2023)01-0065-12

引用格式: 刘学在, 张文浩, 邓紫珊. 智能合约背景下差异化定价的反垄断法分析[J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2023, 28(1): 65-76.

Anti-Monopoly Analysis of Differentiated Pricing Under the Background of Smart Contract

LIU Xuezai, ZHANG Wenhao, DENG Zishan

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The application of smart contract solves the technical problem of individual differentiated pricing. Differentiated pricing, a new product in the field of platform economy dubbed as “big data-enabled price discrimination against existing customers”, is roughly summarized and completely denied. In this regard, it is of great necessity to clarify the connotation, sort by type and analyze the actual effect of differentiated pricing. To be specific, it is improper to deny the differentiated pricing model only with the formal appearance of conformity and the single concept about the protection of the value, which is consumer welfare. The protection of multiple value should be reiterated by the antitrust law. It is also needed to combine with the connotation of price discrimination in economics to re-examine the legal sense of price discrimination. The regulation of the differentiated pricing model demands comprehensive coherence of the market regulation law to ensure the

收稿日期: 2022-10-22

基金项目: 国家社科基金资助重大项目“民事司法程序现代化问题研究”(21&ZD205)

作者简介: 刘学在(1971—), 男, 河南光山人, 武汉大学教授, 博士, 博士生导师, 研究方向为诉讼法学、证据法学;
张文浩(1999—), 男, 山东德州人, 武汉大学硕士研究生, 研究方向为诉讼法学;
邓紫珊(1998—), 女, 湖南长沙人, 武汉大学硕士研究生, 研究方向为经济法学。

accuracy of the law applied, and reflection on the concept of platform economy supervision. It is essential to adhere to the market-based solutions, build data opening rules and introduce the competition mechanism into differentiated pricing model.

Keywords: smart contract; differentiated pricing; price discrimination; platform economy; access to the data

传统工业经济时代恪守着统一定价(flat fee)的商业惯例。数字技术发展推动大数据与全产业链的深度融合,基于对规模级消费者数据的分析,经营者可以通过技术手段精准获知每位消费者的价格敏感度、需求偏好等关键信息,并向其提供“私人定制”的合同报价。近年来,智能合约在互联网经济中的普及应用,使得一些原本充分竞争的市场领域出现了以“大数据杀熟”为典型、传统经济学意义上的一级价格歧视。同样,在互联网上下游经营者之间,智能合约融合大数据为双层网络服务打开技术之门,使居于垄断地位的网络运营商通过差异化定价攫取垄断利益成为可能。在现有法律法规和政策指引下,价格歧视和价格策略的边界逐渐模糊,差异化定价所背负的“原罪”属性,需要通过竞争法研究加以厘清。

一、差异化定价的概念厘清

(一)作为差异化定价技术前提的智能合约

智能合约(smart contract)由跨领域法律学者、密码学家尼克·萨博(Nick Szabo)最早提出并定义,系指以数字形式定义、经代码化处理的一套完整承诺(promise),并承载着供当事方执行承诺的协议。质言之,智能合约是一种能够在计算机系统上运行,且当预设条件满足时,可以被自动执行的合约。囿于技术难度大、开发成本高、应用市场有限、安全性和认可度低等因素,智能合约概念自提出以来实际应用有限,得益于区块链技术的成熟和电子商务的快速发展,智能合约近年来得以普及推广。一方面,区块链(Blockchain)作为一种利用已加密保护的链条式区块结构和分布式节点共识算法,其执行数据验证、存储、更新的分布式去中心化的计算范式^[1],具有去中心化、去信任化、难以篡改性等特点,其去中心化和难以篡改的优势解决了智能合约开发难度大、成本

高和安全性低等问题,并随着以太坊(以太坊是开源的公共区块链平台,开发人员可以在以太坊中开发区块链应用,这进一步降低了区块链应用的开发难度)的出现,融合区块链技术的智能合约应用臻于成熟;另一方面,电子商务经营者需要一种通用可靠、全天候自动执行的新型合约取代传统合约,以实现互联网应用场景下的交易便捷化。

关于智能合约的法律属性,学界认识渐趋统一,即肯定智能合约本质上仍是合同^[2-4],是数字化、代码化的合同,由计算机代码表述并自动执行,由区块链技术提供安全性背书。智能合约属于法律意义上的合同,具备相应合同效力。

(二)差异化定价的内涵、特征及辨析

本文所述差异化定价,系指经营者基于一定规模的交易相对方信息,利用大数据分析技术,结合智能合约的算法设计,针对不同交易相对方的价格敏感度、消费剩余、需求偏好、交易依赖、交易惯性、使用习惯等影响交易达成可能性的关键特征,采取对于交易相对方个体级的、有区别的价格确定方案。差异化定价模式具有以下基本特点:以个体为定价基准,以算法为技术支撑,以交易达成为核心,以潜在利润为目标。

实务中与差异化定价关联最紧密的莫过于“大数据杀熟”,这一表述最早由社交媒体提出并经多轮宣传逐渐为公众知晓。“大数据杀熟”被揭露后,针对该行为的监管逐步收紧。国家发改委等九部委在2022年1月18日发布的《平台经济发展若干意见》明确指出,“从严管控非必要采集数据行为,依法依规打击黑市数据交易、大数据杀熟等数据滥用行为。”2022年1月27日,国务院《“十四五”市场监管现代化规划》中认定“大数据杀熟”属于垄断或不正当竞争行为,与之相关的法律规范涉及平台数据的规范收集使

用、消费者权益保护等。

“大数据杀熟”这一表述具有明显否定性倾向,在一定程度上影响了对差异化定价这一新兴定价模式的客观评价;加之部分学者不加区分地将二者予以混用,导致“大数据杀熟”与差异化定价的界限更加模糊。基于上述现实,有必要对差异化定价这一核心概念予以厘清,通过类型化方法,全面认识差异化定价模式,避免陷入“天然有罪论”的误区之中。

根据差异化定价行为所涉及的主体不同,差异化定价可分为具有交易关系经营者之间的差异化定价和经营者与消费者之间的差异化定价。根据消费者身份的不同,经营者与消费者之间的差异化定价可以细分为针对单一消费者的差异化定价和针对新老顾客群体的差异化定价。前者显著特征是“千人千面”,即通过大数据分析可以基于单一用户的消费数据形成仅针对其一人智能合约;后者强调对特定经营者或特定商品具有购买惯性和路径依赖的消费者提出相比于新顾客较高的个性化报价,即一般意义上的“大数据杀熟”。由此,差异化定价与“大数据杀熟”是存在包含关系的两个概念,“大数据杀熟”虽为差异化定价模式在应用层面最普遍、直观的表现形式,但不能涵盖差异化定价的全面意涵。对差异化定价概念予以厘清,是全面认识和分析差异化定价模式的前提。

二、利用智能合约进行差异化定价的应用场景

(一) 平台经济领域经营者与消费者之间的智能合约

智能合约的应用需要两方面的条件,一是复杂的算法设计与一定量级的执行场景,二是规模化的数据分析样本。平台经济作为一种利用互联网信息技术,连接具有交易依赖性的双边市场或多边市场,并使各市场主体在特定规则下进行交互、创造价值的经济形态,一方面有能力设计并执行精密的合约算法,另一方面得益于其双边市场结构和交互连接者的角色,储备有海量消费者数据。平台经济的特殊技术和市场结构优势,契合了智能合约的应用条件。

在该应用场景下,平台经济领域经营者依据

消费者个人消费偏好数据(包括但不限于价格耐受度、支付能力、选择偏好、家庭构成、网站或App页面停留时间等)的收集、检索、分析和挖掘,以获取潜在利润和追求最佳交易机会为目标,就同一商品或服务向不同消费者发送规定以不同售价的智能合约,并且该售价差别不反映成本差别,待消费者选择接受并完成预设交易条件时自动执行智能合约规定内容。

(二) 网络运营商与互联网企业之间的智能合约

1. 行为表现

网络运营商与互联网企业之间的智能合约属于具有交易关系的经营者之间,即上下游企业之间的差异化定价。该应用场景下的智能合约纠纷在我国尚不突出,但通过对美国市场应用实践反馈的观察,服务商与互联网企业之间的矛盾对立已较为突出。

美国双层网络服务模式,网络运营商可以借助智能合约最大化自己的收益。网络运营商可以根据每个互联网企业的网络流量进行评级,根据评级制定不同的收费标准,形成针对于每家互联网企业单独的双层网络服务模式,当互联网企业拒绝为企业的网络流量评级付出额外费用时,服务商将不再为其提供高速网络通道,仅提供低速网络服务,高速网络服务将限于接受差别定价的企业使用。

2. 行为影响

网络运营商这种差异定价行为带来的消极影响是多方面的。第一,对于互联网企业而言,此类智能合约增加了企业成本,尽管企业有形式上的缔约自由,但是低速网络服务会导致企业网站卡顿、服务质量下降,用户将会向享受高速服务的相关市场竞争者转移,用户黏性难以保障,企业在终端层面的竞争力将实质性受损。表面上对网络服务开放选择权,实则构成网络运营商的垄断胁迫。第二,相较于统一网络服务模式,选择高速网络服务的企业所承担的额外成本会向终端消费者转移,消费者并未从双层网络服务中获益。因为双层网络服务模式并非在统一网络服务模式的基础上提高高速网络服务的质量,而是限制低速网络服务;消费者并没有因此享受到更好的网络服务,只是在之前模式的基础上,额外承担了

企业的成本转嫁^[5]。第三,处于初创阶段的中小规模互联网企业无法支付高昂的高速网络服务费用,从而被迫接受网络运营商、服务商的流量限制、付费优先权等差别对待行为。规模以下的互联网企业失去竞争力,可以负担巨额服务费的互联网头部企业垄断相关市场,长期来看将阻碍互联网创新和市场健康发展。

3. 域外实践与新近发展

美国联邦通信委员会(FCC)针对网络运营商借助智能合约技术对互联网企业进行差别定价的行为于2015年2月通过了“网络中立化”提案,该提案明确规定禁止所谓的“付费优先权”。FCC认为,互联网内容提供商不应该只有在向网络运营商缴纳更高使用费用后,才可以享受原本即可享有的更快捷的宽带服务。网络中立法案的出台,标志着美国互联网企业积极推进的“网络中立原则”(Network Neutrality)在法律层面的确立。该原则要求,在法律允许的前提下,所有互联网用户都可以按自己的意愿访问网络内容、运行应用程序、接入拓展设备、选定网络运营商。这项法案有效地限制了网络运营商的差异定价行为,保障了互联网企业、用户的权益。然而,2017年12月29日,美国联邦通信委员会推翻了该法案,2018年6月11日,委员会正式废除网络中立法案。该法案的废除被认为是网络运营商积极游说的结果,标志着对网络运营商借助智能合约进行差异定价行为的法律约束再一次被解除。

三、反垄断法微观视角下的差异化定价

(一) 分析路径

反垄断法微观视角下,学界主张规制差异化定价行为的法律依据为《反垄断法》第22条中有关经营者滥用市场支配地位实施价格歧视行为的规定。按照认定经营者构成滥用市场支配地位的一般逻辑框架,其分析路径可以分为四步:第一,界定相关市场的范围;第二,经营者在特定相关市场内具有垄断性的市场力量,即市场支配地位;第三,经营者实施了滥用市场支配地位的行为;第四,经营者的滥用行为构成了损害竞争的后果。因此,在对差异化定价行为法律性质认定时,也应依据这一基本分析路径,同时结合智能合约应用场景和应用主体的特殊性,形成一套符合主体

特性的分析路径。

1. 相关市场的界定

根据《反垄断法》第15条和反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》的有关规定,我国反垄断执法机构界定相关市场的基本依据为替代性分析,包括需求替代和供给替代。以平台为枢纽的数字经济呈现出区别于传统工业经济的市场特征。

(1) 双边甚至多边的市场结构

数字经济市场中互联网企业的竞争以多边平台市场的竞争为常态,单边市场结构被由平台经营者、平台内经营者(供需双方)和其他参与平台经济活动的经营者等多方主体组成的双(多)边市场结构取代。市场结构以平台为枢纽展开,双(多)边市场中任一市场的发展变动,都会对其他市场产生影响,产生“牵一发而动全身”的网络效应^{[6]5},并进一步引发垄断效应传导,即具有市场支配地位的某平台经营者借助市场力量来实质性地增强其在另一市场的市场力量,构成垄断杠杆行为(monopoly leveraging)^{[7]66}。

(2) 替代分析中考量因素的独特性

以平台为枢纽的数字经济在进行相关市场界定的过程中,其考量因素也发生了两方面的变化:一方面,在传统相关市场界定的考量因素中,商品功能被认为是重要的考察标准,但数字经济时代的商品,往往是具有多功能的复合性商品,呈现出“跨界竞争”的特点,这一点与传统工业经济时代功能相对单一并容易以此为基准确定相关商品范围的特征有所不同^{[6]4}。另一方面,传统需求替代分析以价格为核心变量,但在以平台为枢纽的数字经济市场中,“动态竞争与跨界竞争、流量(注意力)竞争与(大)数据竞争等成为主要特征”^{[6]4},价格不再是决定用户替代性选择其他商品的核心甚至唯一因素,质量要素以及其他诸如创新、注意力等因素的作用变得更加突出。

针对这一挑战,《平台经济领域的反垄断指南》有针对性地细化了相关规则并引入新的评价标准。一方面,我国反垄断执法机构强调一般情况下在平台经济领域反垄断审查中界定相关市场的必要性;另一方面,《指南》坚持将替代性分析方法作为基本方法,但在此基础上引入多边市场结构评价机制并明确个案分析原则,在遵循反垄断法传统规定的同时结合了平台经济特点实现

创新。

2. 市场支配地位的认定

基于现行法规定, 结合国家市场监督管理总局颁布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》有关内容, 可从交易条件和市场进入两个维度界定平台领域经营者的市场支配地位。也有学者主张, 基于互联网经济的特殊性, 可以不进行市场支配地位的认定而从反垄断法整体价值的维度进行规制^[8]。

(1) 交易条件维度

数字经济时代, 数据成为了平台经济发展必要的新型生产要素。数据对于经营者市场力量的形成发挥了两方面的作用: 一是通过用户数据来针对性地调整完善平台服务内容, 实现用户端反馈循环, 借助服务升级追求营利; 二是平台基于用户端反馈循环获得盈利后, 充实资本、提升能力, 实现平台端反馈循环, 以升级服务反馈用户^[9]。借助两大循环效应, 具有数据优势的经营者一方面提升了用户体验, 增强了用户黏性, 将更多的用户锁定在自身平台, 另一方面服务变现充实了经营者资本, 使经营者有能力扩大自己包括数据占有、处理在内的各方面优势。因此, 数据成为数字经济经营者获取市场力量、确立市场支配地位的重要来源。

数据本身不具有排他性, 加之平台用户具有多归属感, 这使得用户基础信息数据不易为特定平台经营者垄断。对于该部分数据的占有, 无论是对数据变现还是对用户服务提升的作用有限, 不会成为市场力量形成的主要来源。对于平台经营者而言, 影响用户在特定平台交易意愿和需求偏好的核心数据, 才是形成市场力量的关键。

核心数据资源的占有, 前提在于稳定、及时且规模化的获取, 这需要科学复杂的算法设计的帮助。算法是平台经营者获取、分析和利用数据来强化自身市场力量的基础, 并基于分析处理结果, 实现数据间的交互利用。

除了静态的数据资源和动态的算法设计, 算力, 即有限时间内处理和分析数据的能力, 也是衡量经营者数据优势的重要标准。就基于智能合约的差异化定价而言, 海量的用户数据和复杂的合约分发算法设计, 加之数据的价值具有时效性, 如要在有限的时间内最大化地利用数据预测并分

发符合用户最大交易意愿的价格合约, 这些都需要强大的算力支持。

差异化定价模式的应用基础即在于数据分析和算法设计, 而应用目的则在于预测定价对象的交易可能, 并设计价格追求其最大交易意愿。因此, 数据优势, 包括数据资源占有优势、数据算法设计优势、数据处理算力优势, 是对采用差异化定价模式的经营者达成交易具有实质性影响的重要因素, 进而也是衡量经营者市场力量、认定经营者市场支配地位的重要指标, 应该予以特别关注。

(2) 市场进入维度

我国反垄断执法以静态市场结构为起点, 重视市场份额的作用, 但正如前文提到的网络效应、多边市场结构, “互联网环境下的竞争存在高度动态的特征, 相关市场的边界远不如传统领域那样清晰, 在此情况下, 不能高估市场份额的指示作用”^[10]。而且结合所涉及的数据优势, 通过增强企业数据优势来增强市场力量, 短期内并不会直接影响其市场份额变动^[11]。因此, 应坚持动态市场结构分析, 注意平台经济领域特有的网络效应、锁定效应、规模效应等市场特点。

同时, 传统市场进入难度的评价标准在平台经济领域适用中也存在不适应性。特定市场领域在特定时间内几家独大的寡头垄断结构成为了该竞争业态的必然结果, 但这并不必然代表着市场进入因为寡头结构的存在而存在高壁垒, 以创新竞争和注意力竞争为核心的数字经济, 寡头可能随时因为一个新模式或者新技术的出现, 而被新型甚至跨界经营者所取代^[12]。

得益于区块链技术推广, 智能合约的技术门槛大大降低, 而且差异化定价模式本身是一种价格决定机制, 并不会成为阻碍其市场进入的关键影响因素。因此经营者采取智能合约技术进入相关市场不会存在绝对性的障碍, 经营者更需要考虑的是, 在动态性的市场结构和竞争业态面前, 自己的价格决定机制是否足够高效科学, 产品技术、服务营销能否支持其市场存在, 能否抵御寡头的扼杀式收购。

3. 滥用市场支配地位行为的认定

我国反垄断法对市场力量的规制采取行为主义标准, 《反垄断法》第 22 条以列举加兜底的方式规定了典型的滥用行为。但价格歧视作为一个

发端于经济学的概念,对其法律意义的理解有必要结合其经济学含义加以明晰。

(1) 价格歧视的经济学意义与法律意义

经济学中的价格歧视是指企业以不同价格把生产成本相同的同一种物品卖给不同顾客^{[13]334}。其关注点是价格的不同,经营者通过价格差异来获取全部或者部分消费者的消费剩余,从而实现利益最大化。经济学上将价格歧视分为三种类型,而一级价格歧视旨在通过个性化差异定价的方式获取全部消费者的消费剩余,是一种极端的定价方式。

在传统市场价格信息透明度高的条件下,经营者很难实施一级价格歧视(又称完全价格歧视, perfect discrimination, 每一单位产品都有不同的价格,即假定经营者知道每一个消费者对任何数量的产品所要支付的最大货币量,并以此决定其价格,所确定的价格正好等于对产品的需求价格,因而获得每个消费者的全部消费剩余),但借助智能合约技术和大数据分析技术,一级价格歧视在技术上成为可能。以一级价格歧视的基本条件为依托来分析差异化定价的技术路径:最大限度获取客户数据信息以形成数据优势,运用大数据分析对客户精准“画像”并有效区隔客户以免转售套利,形成“私人订制”的智能合约获取每个消费者的消费剩余。

与经济学意义上价格歧视以价格差异为核心、以获取消费者消费剩余为目的的理解不同,法律意义上的价格歧视意在回应《反垄断法》关于规制差别待遇行为的目的,即维护经济生活中的竞争公平和有序健康的市场秩序。

(2) 智能合约技术对传统价格歧视理论的挑战

智能合约与大数据、区块链技术的结合,加之平台经济市场信息的非对称性,使得经济学意义上的一级价格歧视在非垄断市场有了实施的技术可能与市场条件。质言之,基于智能合约的差异化定价作为一种经济学意义上的价格歧视,是以平台为中介,基于供需双边市场的信息反馈和互动而形成的,而传统经济学意义和法律意义上的价格歧视,着眼于供给方即经营者的垄断地位。也正是这一变动,使得基于智能合约的差异化定价这一经济学意义上的价格歧视得以普遍化,突

破垄断市场的前要性约束,造成了规制困境。

4. 损害结果认定与正当理由适用

(1) 损害结果认定

行为主义视角要求滥用行为实质性地限制或排除了竞争,损害了竞争秩序^{[14]162}。差异化定价以交易达成为核心,进而实现利润的最大化。因此,通过价格变量调整追求定价对象的最大交易意愿,是实施差异化定价的初衷,交易可能性和交易效率的提高是其直接的结果。直观来看,经营者并不是以限制、排除竞争为目的实施的差异化定价。

智能合约技术的应用已渐趋成熟并因区块链的底层架构保障了技术的公开性。对于进入相关市场的经营者而言,在适用智能合约技术进行差异化定价并不存在技术上的障碍,在这样的假设下,交易意愿(机会)的竞争就转化为了智能合约技术效果的竞争,而非是否采取差异化定价模式的竞争。

(2) 一般原则的滥用风险

有学者主张从消费者福利的角度出发,对差异化定价予以规制。但是:第一,我国反垄断法对价格歧视行为予以规制的损害后果要求是“排除限制竞争”,而非消费者福利。第二,维护消费者利益仅作为反垄断法多元价值保护的一部分,损害的衡量应当建立在多元价值的综合衡量上。结合来看,主张从消费者福利的角度适用价格歧视条款规制差异化定价行为,涉嫌对一般原则条款的滥用。

(3) 多元保护价值的重申

《反垄断法》第1条规定了包含但不限于消费者权益的多元价值目标。但随着“消费主导型社会”的转向,国内有学者主张建立以消费者利益保护为基石的反垄断法价值目标。反垄断法的出发点与落脚点并非简单的消费者福利保护,而是衡平市场调节与国家调节。域外视角下,对消费者福利的“过分热情”在实践中得到纠正:美国众议院司法委员会的《数字化市场竞争调查报告》以及欧盟在2020年10月发布的相关报告凸显了回归多元价值目标的趋势,“强调经济自由、效率创新与消费者利益同属反垄断法核心价值”^{[17]77}。国家经济调节的背后是包含但不限于消费者福利的社会公共利益,因此维护社会公共利益,实现经济效益与社会效益、经济自由与经济秩序的统

一^{[14]56}, 才是反垄断法的根本价值目标。

当然, 多元价值目标的重申势必会引发适用上的担忧, 因为多元价值的内涵模糊性使其在一定程度上等同于“没有”价值, 因此必须确立一个基准性的价值作为多元价值目标的“参照系”。反垄断法作为市场调节机制的纠正, 保障机制得以建构, 因此反垄断法的基准价值目标应着眼于维护公平、自由竞争秩序。

综上, 对于基于智能合约的差异化定价行为的损害评估, 应坚持竞争秩序与整体性公共利益的综合评价标准, 即是否损害了公平自由的竞争秩序, 是否经多元价值平衡后仍构成社会公共利益的损害, 而不能局限于对消费者福利单一价值的审思。

(4) 一元价值损害的或然性

依据外观主义和形式逻辑的简单推理即推出基于智能合约的差异化定价这一经济学意义上的价格歧视会对消费者造成损害的结论是值得反思的。国内经济学界的研究成果已经表明, 一旦引入竞争, 消费者总剩余和社会总福利在无个人信息保护和完全一级价格歧视时达到最大, 而禁止价格歧视则带来产品的无效分配^[15]。

法学与经济学交叉研究成果也进一步表明: 第一, 差异化定价模式本身确实挖掘了消费者的支付意愿, 但不必然减少消费者剩余, 因为差异化定价模式在追求最大支付意愿的过程中, 可能采取双边市场补偿的方法, 即通过对供给方市场利润的压缩, 补偿需求方市场利润的亏损, 进而通过低于统一定价模式下标准价格的方式达成交易, 留存用户, 在这样的情况下, 消费者剩余并没有减少; 第二, 消费者剩余实质上本身可能并没有变化, 而是在不同的消费者之间实现了转移, 这也正是为什么要从消费者整体的角度考察消费者剩余; 第三, 对差异化定价模式的持续性误导解读和情绪化的否定评价, 很有可能会动摇消费者的消费信心, 选择非理性地减少甚至拒绝交易, 最后导致消费端的整体萎靡, 减少社会整体福利^[16]。

(5) 正当理由的适用

相较于垄断协议, 滥用市场支配地位是垄断的更高阶段, 在对“大数据杀熟”高压打击的法政策指引下, “正当理由”条款成为了采取智能合

约技术进行差异化定价的经营者唯一的反垄断法救济途径。因此, 在对采取差异化定价模式的经营者进行关于正当理由抗辩的审查时, 应当从以维护公平自由的竞争秩序为基准的多元价值目标出发, 结合《暂行规定》和《指南》的具体内容判断正当理由的成立性。

(二) 不同应用场景下差异化定价的认定结果

前述讨论确定了针对基于智能合约进行差异化定价行为之法律性质的分析路径, 以下就智能合约在差异化定价中不同应用场景的认定进行简要分析。

1. 平台经济领域经营者与消费者之间的差异化定价

(1) 不宜启动反垄断法规制

是否启动反垄断法规制差异化定价行为, 需要以认定经营者在相关市场是否具有市场支配地位为前提。如果经营者不具有市场支配地位, 则不应被规制; 相反, 则进入滥用行为违法性、损害结果以及正当理由抗辩等后续审查。质言之, 实行个体级差异化定价的互联网企业不一定具有市场支配地位。区块链作为去中心化的平台, 降低了底层开发者的进入门槛, 互联网经营者利用智能合约技术进行差异定价并不存在技术问题, 不具有市场支配地位的互联网企业同样可以实施行为意义上以“大数据杀熟”为典型的差异化定价。反垄断法对此规制的目的在于限制具有市场支配地位的经营者通过价格歧视获取垄断利益, 保护竞争, 不具有市场支配地位但实行“大数据杀熟”的互联网企业, 不存在所谓的垄断利益, 互联网相关市场的竞争并未因大数据杀熟行为而受到限制, 差异定价未对竞争秩序产生实质影响。此外, 实施行为意义上以“大数据杀熟”为典型的差异化定价不存在对市场力量的要求。概言之, 经营者的直接目的在于追求消费者的最大支付意愿, 获取交易机会, 进而获取消费者的消费剩余而非获取垄断利益, 行为结果也未产生排除限制竞争的垄断效果。

(2) 做好市场规制法衔接

关于价格歧视, 曼昆曾提出“定价寓言”^{[13]334}, 其系指跨国出版商通常在两个相对封闭的市场中通过差异定价的方式避免统一定价模式下产生的“无谓损失”, 谋求利润最大化。价格歧视是垄

断者的一种理性策略,同时“价格歧视可以增进经济福利”^{[13]335},质言之,经济学意义上的价格歧视是一个中性概念。作为价格歧视具体行为表现形式的差异化定价被认为是一种经营策略,在一定程度内是被允许存在的。实际上,在我们生活中不乏经济学意义的价格歧视:针对老年人、成年人、儿童不同的门票价格;学校针对贫困学生给予学费优惠和减免等。

回归“大数据杀熟”问题,如果针对新老顾客的差异化定价,其目的在于招徕新顾客,扩大用户群体,说明其本质上并非利用价格信息不对称获取消费剩余,同时尽到了必要的信息披露义务,那么对此行为应理解为商业策略并审视其合理性与适法性,无需触发反垄断法级别的规制工具。笔者认为,行为意义上的“大数据杀熟”可能构成对消费者知情权的侵犯。信息不对称,尤其是价格信息不对称,是大数据杀熟产生的主要原因。

《消费者权益保护法》第8条明确规定了消费者的知情权,即知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利,其中“真实情况”即包括价格信息,如果经营者没有事先告知消费者差异定价等有关价格信息的真实情况,涉嫌违背必要的价格信息披露义务,消费者出于路径依赖和对交易相对方的信任,相信商品服务定价的真实性从而支付了额外的费用。建构消费者知情权的目的即在于平衡市场中经营者和消费者信息不对称情况以保证消费者的权益,大数据杀熟存在利用信息不对称获取不正当利益的可能,涉嫌对消费者知情权的侵犯。此外,消费者在购买商品或接受服务时,有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件。前述假设基础上,如果不同消费者之间的定价差距畸高,则应考虑依据《消费者权益保护法》第10条有关消费者公平交易权的规定予以规制,但应注意,消费者公平交易权关注的是定价合理性而非绝对意义上的定价均等,合理区间内针对不同消费者的定价差异,不宜纳入该条款的规制范畴。

2. 网络运营商与互联网企业之间的差异化定价

与互联网企业对消费者的差异定价不同,网络运营商对互联网企业的差异定价对消费者的影响是间接的。对于此行为的认定应区别于互联网企业与消费者之间的智能合约,应认定为《反垄断法》

规制的价格歧视,即法律意义上的价格歧视。

(1) 主体符合性:网络运营商的市场力量判断

市场力量是认定经营者是否具有市场支配地位的关键。市场力量被认为是一种能将价格提高至竞争性水平以上且不至于导致产量减少的能力。网络运营商与其他互联网企业最大的不同在于,网络运营商控制着互联网经济领域的关键基础设施,相关互联网经营者对其依赖度高;另外,由于网络服务基础设施前期建设成本高、投资回收周期长、综合技术要求高等特点,网络运营商通常是国家出资设立,具备一定控制市场的能力。除此之外,出于国家安全考虑,网络运营商多为本国市场提供服务,缺乏全球市场范围内的竞争,外国运营商进入本国市场门槛高。因此,网络运营相关市场竞争不充分,既有网络运营商通常具备一定的市场力量,并且具备获得、保持、扩大、使用市场力量的能力,应该认定其具有市场支配地位。

(2) 行为符合性:垄断利益的获取及下游互联网企业竞争秩序的损害

双层网络服务的目的并非网络运营商所称的提供优质高速网络服务,促进互联网的整体发展,而是利用其市场支配地位,迫使互联网企业为原本的网络服务承担额外成本,其实质在于攫取垄断利益。根据有二:

第一,双层网络服务是对网络中立原则的违背。原则提出者吴修铭针对双层网络服务直接指出:“互联网服务提供商(Internet service providers)必须同等对待来自各方的所有内容”,网络中立原则旨在维护互联网的共享性、平等性和中立性,平等、共享是互联网精神的重要内容,在互联网日益普及的背景下,平等地享有互联网服务是应有之义。

第二,双层网络服务是对实质正义和整体利益要求的违背。互联网普及背景下,互联网的定位也发生了转变,现代互联网被认为是一项公共事业。互联网公共事业的定位催生了网络运营商的转型。美国《1934年通讯法案》确立了通讯服务领域的公共承运人(common carrier)概念:为“公众和公共利益”提供通讯服务的运营商。双层网络服务显然违背了公共承运人需要为用户提供无

差别服务的要求, 是对公众和公共利益的侵犯, 不仅损害了互联网企业的利益, 也间接增加了消费者使用互联网的成本, 并形成了不平等的互联网关系。

从上述两点, 我们可以看出双层网络服务并未带来社会整体福利的提升, 反而破坏了互联网的中立属性, 处于市场支配地位的网络运营商, 也没有尽到作为公共承运人相应的义务。同时差异化的定价使得不同互联网企业的运维成本产生不合理的差别, 并实质性地影响了下游互联网企业的竞争秩序。

四、反垄断法宏观视阈下的差异化定价

反垄断法对于差异化定价行为的调整是事后规制。对于一种新业态的调整, 不仅要求事后规制, 更要求在事前调整和事中规范。因此, 有必要对基于智能合约的差异化定价这一新兴定价模式做进一步的展望: 从国家调节视角来看, 监管理念, 作为监管机制架构的原则指引, 是调整差异化定价行为的根本方针, 有必要反思广泛适用差异化定价的平台经济领域所遵循的监管理念; 从国家调节与市场调节关系来看, 社会主义市场经济体制坚持发挥市场在资源配置中的决定性作用, 对于差异化定价之类新业态的调整, 应该充分发挥市场调节机制的作用, 让市场中产生的问题, 争取在市场中解决。

(一) 平台经济领域监管理念的反思

1. 监管理念的内涵与实践

长期以来, 包容审慎一直作为我国对于平台经济监管所奉行的核心理念。该理念表述初见於2017年《政府工作报告》, 此后李克强总理在不同场合对其内涵作出阐释: “探索既有必要的‘安全阀’和‘红线’、又能包容创新发展的审慎监管体制机制, 使新动能健康成长。”^[17] 包容审慎监管理念从包容创新和审慎监管两个维度展开, 一方面强调监管部门对平台经济经营者探索新发展模式和新业态释放合理制度空间, 尊重自我调节的市场机制运行规律, 保护并支持平台经济的创新发展; 另一方面要求反垄断执法机构恪守专业性, 谨慎选择规制工具, 明晰反垄断法规制界限, 实现适时、适度监管。

包容审慎监管理念以实现平台经济创新发展

为依归, 但在竞争执法层面出现过限效应, 削弱了反垄断法作为经济宪法的威慑力, 平台经济领域一度出现反垄断监管空白, 互联网巨头应运而生并逐渐实现跨界垄断。实践层面的问题一方面反映出反垄断执法机构在包容审慎监管理念下的执法惰性, 认为包容审慎即少监管、不监管, 忽视包容审慎理念中实现创新发展的指向, 对于平台经营者损害竞争秩序、阻碍创新发展的行为, 执法机构缺乏应有处置; 另一方面可以看到监管机构面对平台经济领域层出不穷的新业态和复杂多变的市场竞争结构时表现出专业性不足、适用性不足、灵活性不足的规制困境, 执法经验不足, 治理工具未能及时更新^[18]。

2. 监管理念的分析与修正

(1) 现状分析

反垄断法作为市场经济的基本法, 必须对以平台为枢纽的数字经济作出回应, 学界均认可反垄断法对平台经济的适应性。具体到监管理念层面, 存在一定争议。包容审慎监管理念基于特定的发展背景提出, 对于监管理念的反思, 也应当立足于平台经济发展的实际情况。

第一, 强化对平台经济的反垄断监管, 成为了各国的执法共识。回顾近年平台经济全球反垄断执法动态, 各国监管机构对于平台经济领域的监管呈现出常态化、严厉化的趋势, 例如: 欧盟于2020年12月以亚马逊不当扩张其市场地位和竞争优势为由对其提起反垄断诉讼; 俄罗斯于2021年4月以苹果滥用其在应用程序市场的主导地位, 妨碍研发人员研发家长监控应用程序, 应用商店准入规则不透明为由对其作出9.06亿卢布的罚款决定等^[19]。高强度、密集化的执法活动背后, 酝酿着监管机构积极主动强化监管的倾向。

第二, 我国平台经济正逐渐进入一个新的发展阶段。从反垄断法的视角审视这一新的发展阶段, 有着两方面的显著特点: 一方面, 平台经济总体发展水平较高, 在全球范围内处于领先地位。在宽松监管的环境下, 孕育出巨型平台经营者, 平台经济市场逐步呈现出寡头垄断的市场结构。另一方面, 平台经营者的发展性与创新性褪去。随着平台用户数量增速放缓, 竞争重心由增量竞争转向存量竞争, 进入市场并取得优势地位的经营者倾向于巩固并扩大自身具备的市场地位, 通过

技术手段实施数据封锁、市场封锁以及垄断杠杆行为,平台经营者开发技术的发展性、创新性不足。科技巨头不再依靠创新互联网工具维持盈利,而是立足于存量市场,利用其生态链强制留存现有用户并获取现有用户的全部消费者剩余。

(2) 理念修正

针对监管放任主义,应明确积极监管的执法态度;同时回归包容审慎的初心要旨,继续维护创新并坚持创新驱动发展,为创新预留合理空间,实现适度监管。基于平台经济发展阶段的新特征,一方面需要反垄断执法机构对平台巨头垄断行为实现科学监管;另一方面,数字经济与现实生活的深度融合以及企业组织的平台化,使平台经营者发展与社会各方面息息相关,需要社会参与,实现协同监管。

包容审慎监管理念以实现创新发展为根本要旨,站在平台经济新的发展阶段,这一目标仍然应当恪守。因此,对于包容审慎监管理念不应全盘否定,应当针对其实践中的问题以及现实的变化,坚持创新驱动发展的要义,旨在实现对平台经济积极、适度、科学与协同监管。

聚焦于差异化定价行为的规制,监管机构一方面应认识到差异化定价作为一种新型定价模式的创新意义以及其对定价机制和整体社会福利潜在的积极影响,贯彻适度、科学的监管理念;另一方面也应认识到中立意义的差异化定价存在损害竞争秩序、降低社会整体福利的可能,例如网络运营商与互联网企业之间的差异化定价,针对此类差异化定价行为采取积极、有效措施,贯彻积极监管理念;此外,结合前述分析,对于大数据杀熟现象,宜在消费者权益保护法的框架下进行规制,遵循多法协同监管理念。

(二) 市场调节机制作用的发挥

《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》强调要充分发挥市场在资源配置中的决定性作用^[20]。二元经济调节机制下,政府干预应秉持谦抑、控权理念,充分尊重市场规律,充分保障市场调节作用的正常发挥。

1. 制度视角:数据开放与竞争机制的引入

(1) 引入竞争机制的意义

差异化定价模式下的价格结果并不必然高于

统一定价模式下的标准价格,差异化定价追求的是用户最大交易意愿。平台经济领域内,用户和数据具有多归属性,通过平台间差异化定价算法的充分竞争,可以使平台经营者在追求用户最大交易意愿的过程中,形成新的价格竞争机制,在达成交易的基础上,为消费者提供更精准、更优惠的报价。

(2) 数据开放的必要性

由于算法设计本身的复杂性以及算法运行的自动化,通过算法获取用户数据的行为具有隐蔽性,在监管层面要求平台经营者减少数据获取并不现实^[21]。核心数据在差异化定价中的关键性作用以及其多归属性的褪去,加之算法端监管的规制困境,呼吁监管层在数据端给经营者施加以更多的义务性规定。

中共中央、国务院发布的《关于加快建设全国统一大市场的意见》第13项明确指出,要加快培育统一的技术和数据市场,建立健全数据交易流通、开放共享等基础制度和标准规范。数据开放,成为引入竞争机制的必然要求。通过数据开放,恢复核心数据的多归属性,可以消除特定平台经营者对用户的锁定效应,进而充分发挥竞争机制的作用。

(3) 数据的反垄断法属性

如何在反垄断法领域内赋予数据开放以正当性,关键在于将数据纳入到反垄断法分析逻辑中。数据作为一种新型生产要素,在垄断力量的形成、垄断行为的实施以及垄断影响的评估中发挥着日益重要的作用。此外,平台经济以“零价服务”为重要特征,“数字时代的免费服务因无可比较的价格,消费者自然会关心各种非价格因素”^{[22][114]}。数据作为一种非价格因素,正日益脱离于价格因素,成为消费者在平台经济特有的零价市场的“新通货”^{[22][116]},对反垄断法发挥着独立价值。另一方面,数据并非完全独立于价格而存在,相反,基于智能合约的差异化定价模式,恰恰体现了数据在价格决定机制中的重要作用,因此数据还有可能以价格关联因素的身份出现在反垄断法领域。

数据开放的重点在于恢复核心数据的多归属性与非专有性,围绕此目标,数据开放需要坚持以下基本原则:第一,非歧视原则。数据开放,尤其是核心数据的开放与共享需要向所有平台经

济领域内的经营者非歧视性地进行。第二, 标准化原则。核心数据的开放, 需要有统一的标准去认定, 数据的接入与使用, 也需要统一的标准去规定。数据只有在统一的标准下进行开放、分发、接入、使用, 才能保证竞争机制作用的有效发挥。第三, 有效数据原则。数据开放需要保证开放的数据是真实、原始和可读取的, 保证数据的质量, 才能将数据应用于定价模式的竞争机制中。第四, 补偿原则。数据尤其是核心数据的形成, 需要平台经营者付出一定的算法设计成本和算力建设成本, 数据开放不能强制经营者公开这部分核心数据, 而是要在明确开放义务性规定的同时, 补偿其在核心数据获取中的合理成本, 维护经营者的正当利益。

(4) 数据开放的困境

以所有权转移或者强行公有化的方式实现数据开放, 势必会招致平台巨头在数据权利上的抗辩, 而且平台巨头确实为数据的获取负担了不菲的成本。因此要结合数据本身特性, 探索构建多样化数据流通模式^[23]。另外, 需要注意的是, 数据开放致力于实现核心数据在平台经济经营者之间的信息共享, 由于个人信息与隐私权具有重合性, 这势必会引发用户个人信息的使用与隐私权的冲突。

2. 主体视角: 平台经营者自治性约束

(1) 主观动因

基于智能合约的差异化定价是平台经营者的一项自主行为, 不仅需要外部层面的监管规制, 也需要内部平台经营者的自治约束。一般而言, 自治性约束的有效实施依赖于自治主体具备自我约束的充分主观动因。具体分析差异化定价模式, 可以发现, 平台经营者自治性约束可能出于两方面的考虑。

第一, 法律风险的防控。鉴于差异化定价在消费者权益保护法和反垄断法上的敏感性与模糊性, 平台经营者需要切实做好差异化定价模式所带来的消费者权益诉讼与反垄断调查等法律风险的防控, 由企业内部法务部门组织进行定价模式与算法处理的自我审查, 在不侵害消费者权益、不损害市场竞争秩序的合理范围内采用差异化定价模式, 最大程度地获取交易机会。

第二, 市场秩序的维护。差异化定价模式的兴

起, 对平台经济的市场价格秩序造成了一定的冲击, 作为相关市场内的共同成员, 其他经营者不会容忍个别经营者通过差异化定价行为扰乱市场秩序, 释放负外部性。同时, 行业协会作为市场调节机制的重要协调组织, 也可以通过制定行业自律规范的方式维护正常稳定的价格秩序。

(2) 客观实践

全球化背景下, 我国快速发展的平台经济正深度融入国际市场, 平台经营者在参与国际竞争的过程中, 也面临着来自不同反垄断执法辖区监管机构的审查与挑战。不同于国内包容审慎的监管理念保护, 域外反垄断监管理念因其夹杂着政治考量与执法传统等因素而变得复杂。近年来国内科技企业屡遭到国外监管机构的发难, 这一方面需要从政治外交的层面予以斡旋和谈判, 另一方面, 也需要企业自身强化法律应对能力, 由此推动国内企业合规业务的快速发展, 为平台经营者的自治性约束提供丰富的实践经验和制度借鉴。

在智能合约技术的加持下, 差异化定价成为了经营者一种可供选择的、效率高且门槛低的价格方案。非理性地对这一新兴定价模式进行否定性评价, 存在执法层面的困境; 相比于全盘否定, 纠正偏见、全面认识差异化定价模式, 立足多元价值目标对其予以规范和调整, 坚持个案分析、综合评价, 才是尊重市场、尊重创新的科学态度。

5G技术为智能硬件的大规模部署奠定了基础, 基于万物互联理念的智能硬件将深刻影响数据收集的底层逻辑: 大数据的数据来源由用户授权软件采集个人信息的被动数据模式转变为智能硬件对于用户信息的全天候主动采集(即主动数据), 用户由数据的授权提供方转变为被动采集方。主动数据模式将带来数据资源的指数级增长, 大数据对于用户的个性化分析将进一步优化, 为基于智能合约的差异化定价提供更为广阔的应用前景。

得益于包容监管和审慎监管的理念, 我国数字经济实现跨越式发展, 促进中国在新一轮科技革命和产业变革中处于引领者的地位, 数字经济发展水平保持在国际领先水平。但随着以平台为枢纽的数字经济市场由增量竞争逐步转向存量竞争, 系统性的风险和规模性的问题不断突出, 监管理念也应当相时而变, 实现以平台为枢纽的数字经

济的高质量发展。

参考文献:

- [1] 赵丰, 周 围. 基于区块链技术保护数字版权问题探析[J]. 科技与法律, 2017(1): 59-70.
- [2] 陈吉栋. 智能合约的法律构造[J]. 东方法学, 2019(3): 18-29.
- [3] 刘 琴, 王德军, 王潇潇, 等. 法律合约与智能合约的一致性综述[J]. 计算机应用研究, 2021, 38(1): 1-8.
- [4] 郑 戈. 区块链与未来法治[J]. 东方法学, 2018(3): 75-86.
- [5] 吴 亮. 网络中立管制的法律困境及其出路: 以美国实践为视角[J]. 环球法律评论, 2015(3): 127-139.
- [6] 陈 兵. 数字经济下相关市场界定面临的挑战及方法改进[J]. 中国流通经济, 2021, 35(2): 3-12.
- [7] 王 健, 吴宗泽. 反垄断迈入新纪元: 评美国众议院司法委员会《数字化市场竞争调查报告》[J]. 竞争政策研究, 2020(4): 63-83.
- [8] 施春风. 定价算法在网络交易中的反垄断法律规制[J]. 河北法学, 2018(11): 111-119.
- [9] 杨 东, 臧俊恒. 数字平台的反垄断规制[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2021, 74(2): 160-171.
- [10] 王先林. 反垄断法与创新发展: 兼论反垄断与保护知识产权的协调发展[J]. 法学, 2016(12): 55-57.
- [11] 陈 兵, 赵秉元. 数据要素市场高质量发展的竞争法治推进[J]. 上海财经大学学报, 2021, 23(2): 3-16, 33.
- [12] 郇 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[J]. 行政法学研究, 2020(5): 77-90.
- [13] N·格里高利·曼昆. 经济学原理: 微观经济学分册[M]. 梁小民, 梁 砾, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [14] 孙 晋. 现代经济法学[M]. 北京: 法律出版社, 2020.
- [15] 李三希, 武巧璠, 鲍仁杰. 大数据、个人信息保护和价格歧视: 基于垂直差异化双寡头模型的分析[J]. 经济研究, 2021(1): 43-57.
- [16] 喻 玲. 算法消费者价格歧视反垄断法属性的误读及辨析[J]. 法学, 2020(9): 83-99.
- [17] 李克强主持召开“贯彻新发展理念培育发展新动能”座谈会[EB/OL]. [2022-05-12]. http://www.gov.cn/guowuyuan/2017-04/18/content_5186934.htm.
- [18] 时建中, 马 栋. 双重身份视角下平台自治与反垄断监管的界限[J]. 竞争政策研究, 2020(4): 41-53.
- [19] 王先林, 方 翔. 平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2021(2): 87-97.
- [20] 中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议[EB/OL]. [2022-05-12]. http://www.gov.cn/zhengce/2020-11/03/content_5556991.htm.
- [21] 周 围. 人工智能时代个性化定价算法的反垄断法规制[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2021, 74(1): 108-120.
- [22] 焦海涛. 人信息的反垄断法保护: 从附属保护到独立保护[J]. 法学, 2021(4): 108-124.
- [23] 王 健, 吴宗泽. 论数据作为反垄断法中的必要设施[J]. 法治研究, 2021(2): 102-114.

责任编辑: 徐海燕