

轴辐类算法共谋在反垄断法上的行为定性^[*]

董新凯

(南京理工大学 知识产权学院, 江苏 南京 210094)

[摘要]从维护公平竞争和为算法运用创造良好环境的角度考虑,反垄断法应当加强对算法运用的规制。基于各种算法的特点、限制竞争情况以及境外反垄断实践,轴辐类算法共谋应当成为反垄断法规制的重点,尤其是对于其在反垄断法上行为属性的认定。从各类垄断行为的构成要件和轴辐类算法的特点看,绝大多数限制竞争的轴辐类算法共谋可以归入垄断协议的范围,偶尔也可能构成滥用市场支配地位行为或者经营者集中。在一些特殊情况下,轴辐类算法共谋可能同时触及多种垄断行为,究竟是按照多种行为分别处理还是仅仅按照其中一种行为处理,要考虑当事人是否重合、各种垄断行为涉及的法益、行政处罚的原则要求和轴辐类算法的特点等要素。

[关键词]轴辐类算法;反垄断法;垄断协议;滥用市场支配地位;经营者集中

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2023.11.007

建立在大数据、互联网和人工智能等现代信息技术基础上的算法,可以帮助经营者更加清晰地知悉、预测市场变化情况和消费者行为动态,企业可以通过各种算法对海量数据进行收集、整理和分析,并借以判断消费者偏好和竞争对手状况,从而设计新商品,谋划新流程和新业务,^[1]算法也因此优化了现代经济运行的环境和机制,并使得平台呈现出多样化、系统化的生态性运行特征。^[2]但是,算法的运用也进一步增强了平台企业市场地位,为其限制竞争提供了更有力的技术支撑,算法造成的市场透明度的提高为经营者之间相互协调提供了更好条件。易言之,算法的广

泛运用加大了经营者限制、排除市场竞争的风险,与算法相关的损害市场竞争的现象在近些年也时常发生。^[3]反垄断法是规制算法共谋的主力军,而反垄断法规制作用的有效发挥,有赖于对算法共谋垄断行为属性的准确界定,并在此基础上确定适用于特定算法共谋行为的反垄断法条款。近些年,对于算法共谋反垄断法规制的学术研究日渐增多,而算法共谋究竟属于何种垄断行为的问题则是无法回避的。

一、轴辐类算法共谋垄断行为属性判定的规制价值

算法本身正在呈现多样化发展的趋势,平台

作者简介:董新凯,法学博士,南京理工大学知识产权学院教授、博士生导师,主要研究竞争法、知识产权法。

[*]本文系江苏高校哲学社会科学研究重大项目“竞争法视阈下的知识产权信用治理研究”(2020SJZDA093)的成果之一。

运用或者推荐的算法类型不断丰富,但从当前各种主要算法的特点及其运用状况看,我国反垄断法的关注点应当聚焦于轴辐类算法的运行及其可能涉及的垄断行为。

(一)轴辐类算法共谋透视

共谋是指两个以上经营者的意思联络、默契或者协同,也被称为合谋,经营者之间的共谋或者合谋一旦涉嫌限制、排除竞争,就会成为反垄断法关注的对象。算法共谋是指经营者借助算法实现的共谋。算法本身具有多样性,为了更好地分析算法对于市场运行的影响,人们往往基于一定的标准对算法进行相应的分类。算法的多样性导致了以算法为基础的经营者共谋行为的复杂性,在不同的算法模式下,经营者实现共谋的途径和方式也有差异。基于算法在经营者共谋中所发挥的实际作用,英美学者将算法共谋划分为四类,^[4]即信使类算法共谋(messenger)、轴辐类算法共谋(hub & spoke)、预测类算法共谋(predictable agent)和“电子眼”或者自主类算法共谋。^[5]

轴辐类算法共谋通常是指,多个同行业竞争者分别使用同一经营者许可的相同的计算机算法确定商品价格或者对市场经营活动作出相关反应,在同一时间以同一算法为主题存在着多个纵向协议;虽然竞争者相互之间并未形成明确的协议关系,但由于各个纵向协议的内容及其实施效果相同或近似,相当于在同行业众多竞争者之间达成了协议,实现了各自在价格决策或者类似市场行为方面的协调。由于这些相互协调关系是围绕着同一算法提供者得以实现的,算法提供者实质上是一个轴心,而其与各个下游竞争者的纵向许可相当于是众多的辐条。从现实情况看,提供算法的经营者一般是平台经营者,而使用算法的经营者通常是借助同一平台从事经营活动的经营者,即平台内经营者,^[6]它们之间往往具有一定的竞争关系。同行业众多竞争者同时达成了类似的纵向协议,就可能导致经典的轴辐类算法共谋。^[7]比如,在2016年欧盟“Eturas案”

中,E-TURAS软件是一个立陶宛的Eturas公司研发设计并加以推广的在线预订旅程的系统,下游的旅行社只要与Eturas公司达成该系统使用许可协议,就可以利用这个系统向顾客提供旅程预订折扣,这种折扣算法在事实上为下游经销商相互之间实施“有意识的平行行为”提供了一定帮助,法院因此认定其为共谋。^[8]这也是较为典型的轴辐类算法共谋。在英国的扎拉奇(Ariel Ezrachi)和美国的斯图克(Maurice E. Stucke)看来,中心辐射式场景(hub and spoke scenario)通常指云平台服务商或算法系统服务商向平台内经营者提供电子商务平台算法服务,在众多平台内经营者接受此项算法服务后,这种趋于一致的算法便得以普及,电子商务市场的定价策略和运行模式也就出人意料又符合情理地达成了一致;平台服务商与这些运用其算法服务的平台经营者们达成了数个纵向协议,表面上看各个纵向协议之间似无关联,但它们存在一个实质的连接点——趋于一致的算法,正是在一致算法的作用下,各个商家的定价及其他一些经营策略在多数情况下会趋于一致,这就是中心辐射下的算法共谋。^[9]这种轴辐类算法共谋,在美国也有相应的案例,Meyer v. Uber Technologies, Inc.案就是如此,平台处于轴辐协议的轴心位置,其通过算法组织辐条位置的企业达成垄断协议。^[10]

(二)轴辐类算法共谋作为反垄断法规制重点的缘由

基于互联网、大数据和人工智能等多种资源和技术的叠加,算法在提高经营者效率、增加消费者便利以及优化市场运行机制等方面显示了较强的生命力。但是,以网络平台为代表的诸多经营者往往是从自身的需要出发去研发和使用算法,这就使得算法存在的限制、排除市场竞争的风险不只是停留在理论层面上,而且在现实中也时有发生,越来越多的国家因此加大了对算法运用的反垄断法规制力度。算法在运用过程中限制竞争的行为方式有很多,当前,无论是公众,还是市场监督管理机关,关注的焦点是算法共谋

问题。从美国司法部 2015 年查处“拓扑金斯”和“优步”两个案件以后,已经形成全球治理算法共谋风险的趋势,算法共谋问题也已经成为美国和德国等诸多国家与国际组织竞争执法关注的重点。欧盟委员会竞争委员 Margrethe Vestager 在第 18 届德国联邦卡特尔办公室竞争论坛上讲话时强调,需要关注那些借助软件实现的更为有效的卡特尔。经济合作与发展组织(OECD)于 2017 年 6 月发布的《算法与合谋:数字时代的竞争政策》报告,详细论述了算法在促进社会经济发展的同时为垄断提供便利的问题。这些以反垄断法为核心的竞争执法都是在努力减少算法运行的负能量,使算法推广的总效果更有利于经济社会发展和人类福祉。正是基于反垄断法规制算法共谋的重要价值,2021 年 2 月发布的《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《关于平台经济领域的反垄断指南》)将利用“数据和算法实现协调一致行为”纳入规制范围,新修订的《反垄断法》也增加了关于经营者滥用算法限制、排除竞争的规定。

高度重视和合理应对算法共谋的垄断问题,具有重要意义。一方面,对于算法共谋是否构成垄断行为进行准确判断,可以避免对算法的正常运用造成不必要的干扰,保护算法的正当运用,充分发挥算法的积极作用。在数字经济时代,信息流通速度不断加快,互联网纽带作用日益强化,鉴于其对各类数据高效整合与运用的巨大优势,算法技术被经营者在诸多场景加以应用;企业借此快速收集、整理和分析海量数据,据此判断消费者意向和竞争对手动态,并在经营方向和策略上作出相应调整。就此而言,算法的合理运用,无论是对经营者自身,还是对消费者,抑或市场竞争生机的勃发,都有重要意义,而这一价值的实现需要包括高质量反垄断执法在内的良好法治环境。另一方面,准确识别限制竞争的算法共谋,并恰当运用反垄断措施加以规制,可以有效削弱、消除算法运用中的破坏性能量,增加算法运用的社会福祉,从而使算法的研发与运用能

够赢得更多更大的推动力量。

虽然目前的算法共谋有多种类型,但对于反垄断执法机关来说,真正需要重点应对的是其中的轴辐类算法共谋。究其缘由,可以概括为以下两方面:一是解决算法共谋限制竞争问题的现实需要。从近些年的情况看,人们越来越担忧算法共谋对自由竞争的损害;虽然在我国尚未形成此类案件,但在欧美已经出现较多与此相关的垄断案件。尽管人们对于预测型算法共谋和自主类算法共谋(“电子眼”)对市场竞争的损害存在着不少忧虑,但真实案例却极其有限,甚至是空白。而且,即使这两类算法的运行在客观上对竞争产生一定的消极影响,也往往不是由经营者所能把控的,甚至很难找到经营者支配的证据,事实上并非真的存在经营者之间的“共谋”。如果仅仅因为预测型算法或者自主类算法的运行偶尔造成一些损害竞争后果,就要运用反垄断法进行分析并加以禁止,很可能导致因噎废食的窘境,对算法技术的发展构成一定的阻力。真正引发较多现实垄断案例的算法共谋是信使类和轴辐类两种。就欧美而言,从 2015 年到 2019 年,与算法共谋相关的垄断案件,信使类算法共谋占 58.3%,轴辐类算法共谋占 33.3%。^[11]二是破解算法共谋疑难复杂关系的理论需求。就已有较多垄断案例的信使类算法共谋和轴辐类算法共谋而言,虽然信使类算法共谋引发的反垄断案件最多,但信使类算法共谋的反垄断法规制并不存在多少理论难题,因为其与普通的垄断协议并无明显差异,算法仅仅是经营者进行共谋并形成垄断协议的直接工具或手段而已,与经营者通过其他手段达成的垄断协议并无实质上的不同,无论是在行为认定还是在证据获取上都不会有较大的难度。轴辐类算法共谋则不然,由于这种算法的运行往往涉及众多经营者,并且在这些经营者之间可能会形成复杂的关系,在其涉嫌垄断时,无论是其所构成的垄断行为的性质,还是垄断行为的认定,都还存在着较大的争论或者不确定性,需要更多的理论探索去支撑反垄断实践。

(三)对轴辐类算法共谋进行垄断行为定性的现实需要

轴辐类算法共谋行为对反垄断法的实施提出了严峻挑战,原因在于传统的反垄断分析框架与新型技术之间存在的理念及方法冲突,需要在算法产业发展属性与反垄断规则规范之间寻求合理的平衡。^[12]虽然我国修订后的《反垄断法》明确将算法的滥用纳入其规制范围,但算法滥用规制的反垄断实践必将面临着较多的艰辛。^[13]从欧美形成的轴辐类算法共谋案件情况看,反垄断法在对此类共谋活动进行规制过程中存在着一些难题,也有较多争论,这些问题很有可能也是我国未来反垄断法规制轴辐类算法共谋时所要面临的,很有未雨绸缪、深入探讨的必要。从相关文献和案例裁判的情况看,需要着重分析和解决的问题有多方面,其中一个突出的问题、基础性的问题是,如果轴辐类算法共谋存在限制、排除竞争的问题,那么其在反垄断法上的行为属性是什么?考虑到轴辐类算法本身较强的技术性及其运行机制的复杂性,而该算法的实际影响又是多元化的,往往交织着积极作用和消极作用,这使得认定某一轴辐类算法共谋究竟构成什么样的垄断行为变得尤其艰难。《关于平台经济领域的反垄断指南》明确指出,任何形式的默示共谋均是违法的,但其究竟是何种违法行为,即属于反垄断法规定的垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中等违法行为中的哪一种,则是需要深入分析和作出明确回答的,这是反垄断法能否对轴辐类算法共谋进行精准规制的前提。

二、轴辐类算法共谋为新型垄断行为设想的缘起及其否定

由于算法与互联网、大数据、人工智能等近些年最新涌现的技术成果有机结合在一起,其对于市场竞争的影响呈现出传统垄断行为所没有过的现象与特点,是否要将限制竞争的轴辐类算法共谋作为一种新型垄断行为处理的问题也就引起了人们的关注。

(一)传统垄断行为适用于轴辐类算法共谋的困惑

国内外反垄断法规定的垄断行为主要是垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三类。依我国《反垄断法》的规定,垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为,包括具有竞争关系的经营者之间的垄断协议(即横向垄断协议)和经营者与交易相对人之间的垄断协议(即纵向垄断协议)两类;^[14]滥用市场支配地位是指经营者滥用其所具有的市场支配地位而限制或者排除市场竞争的行为,其中包括具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则限制或者排除市场竞争的行为;^[15]经营者集中是指经营者通过合并、取得股权或者资产、合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。^[16]

从反垄断法规定的三类传统垄断行为的特征与构成看,它们适用于轴辐类算法共谋存在着较大难度。首先,就垄断协议而言,其认定需要有明确的协议或决定的存在,或者存在着具有意思联络的协同行为,而轴辐类算法共谋基本上属于默示共谋,经营者之间利用算法进行的默示共谋往往并不明确,没有实际的沟通,并不符合传统垄断协议的特征。^[17]同一平台内的众多经营者并没有以书面或者口头形式达成传统的协议,而是基于算法形成的相互依赖关系,或者纯粹是心照不宣,实施基本相同的行为,以达到限制竞争的目的。这些经营者之间意在协同的主观联络间接而隐晦,甚至仅仅体现为单向信息传递,接收信息的一方在表面上往往不作任何回应,但却随即实施一致行为。另外,轴辐类算法共谋的特殊性使得垄断协议传统的横向纵向二分法很难适用,不太容易在横向协议和纵向协议中确认其归属。其次,就滥用市场支配地位行为而言,其前提是行为主体具有市场支配地位,而参与轴辐类算法共谋的经营者通常并不具有市场支配地位,这种算法共谋因此较难归入滥用市场支配地位行为。最后,就经营者集中而言,其要件之

一是一个经营者对其他经营者的经营决策进行了控制或者具有决定性影响,而在轴辐类算法共谋中,各方当事人一般都具有较强的独立性和自主权,基本上没有一方经营者被另一方经营者在事实上控制的情况,在轴辐类算法共谋身上很难找到经营者集中的特征。

(二)轴辐类算法共谋构成新型垄断行为观念的否定

面对轴辐类算法共谋给垄断行为的定性带来的挑战,^[18]是否意味着此类共谋已经形成了一种新型垄断行为呢?或者说,是否应当在反垄断法中规定第四种经济垄断行为呢?答案应当是否定的,理由可以概括为以下三个方面:

第一,反垄断法已经形成了较为稳定的垄断行为体系,不宜轻易突破。在欧盟竞争委员会专员 Margrethe Vestager 看来,虽然数字世界对国家的竞争执法造成了很大困难,但不管技术怎么发展,竞争法的原则性规定问题是能够适用的。人工智能算法并非“洪水猛兽”,不会、也不应当对反垄断法理论和规制范式产生颠覆性影响。^[19]自美国 1890 年《谢尔曼法》颁布以来,反垄断法律实践已有一百多年的历史,其间虽然经济垄断行为不断出现新情况、新变化,给反垄断法的实施带来了较大压力,但各国基本上都能在垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三种行为模式下进行有效应对。之所以如此,是因为反垄断法提供了足以应对多种不测情况的弹性空间,^[20]这就是反垄断法规则的不确定性;反垄断法的不确定性远远超出了一般的法律,这不仅反映在反垄断法律规则的含糊不清上,还表现为反垄断法适用原则模棱两可。^[21]

第二,轴辐类算法共谋虽然相对于以往的同类垄断行为有其特殊性,但不代表现行反垄断法规定的垄断行为就完全不能适用于它们,只是难度更高、需要做更加深入细致的工作而已。有学者一针见血地指出,对算法默示共谋的规制,是一个较大的难题,主要缘于此种共谋的实际操作更为复杂、更为隐蔽、更难把握,此种算法涉及的

关系也更为复杂。^[22]具体而言,有些轴辐类算法共谋无法纳入现有垄断行为体系加以规制,很有可能是基于它们的特殊经济价值或者运行机制而根本不构成反垄断法所要规制的垄断行为。以算法个性化定价为例,它们主要是指经营者通过自身观察、对方自愿提供等途径收集消费者行为及其特征等信息,据此判断消费者在心理上能够承受的价格,进而针对不同消费者设定差异化价格,它属于经济学意义上的价格歧视,但未必会构成反垄断法所规定的价格歧视。有些轴辐类算法共谋固然有其特殊性,但只要透过现象,就能把握其在实质上与现有垄断行为相同的特征,从而获得现有法定垄断行为适用的合法性。有些轴辐类算法共谋不能轻易纳入现行反垄断法规定的垄断行为框架下进行分析,主要是因为技术因素的介入而增加了此类行为的复杂性,造成了较大的取证难度,这就需要我们优化和改进调查取证和证据认定的工作方法,而不是简单地将这种算法共谋排除在现有垄断行为范围之外而回避难题。另外,我国《反垄断法》对垄断行为有一些兜底规定,^[23]在很多情况下可以通过反垄断执法机关的科学解释将轴辐类算法共谋囊括在这些兜底规定所涵盖的行为中。

第三,轴辐类算法共谋在垄断行为归类上的困惑,较多源于对反垄断执法的机械思维,适当的理论创新、理念更新和工作方法革新可以化解较多的问题。这种大胆求变的反垄断执法思维在美国有很多体现。比如,在美国联邦贸易委员会诉宝洁公司一案中,虽然有传统的针对纵向和横向兼并的严格限制,美国政府加强兼并边缘效应的审查,创新并确立了“堡垒理论”,以此解决对于混合兼并的规制问题。^[24]又如,在 20 世纪 90 年代以来世界经济加速全球化和计算机技术革命助推新兴产业发展的背景下,美国法院为了应对新形势和新问题,广泛地依据新经济学的一些理论来分析滥用市场支配地位、掠夺性定价和竞争者协议等行为。另外,经济政策与反垄断法的融合可以使反垄断执法体现更强的生命力,纵观

美国超过百年的发展历史,反垄断法每一次实施标准的修正,都体现了当时经济政策的现实需要;^[25]大多数国家的反垄断立法都赋予了其政策协调的功能,尤其是竞争政策与产业政策的协调。^[26]反垄断执法对于国家经济政策需求的考量也能增强反垄断法的适应性,从而解决部分像轴辐类算法共谋垄断行为归属困惑这样的难题。

三、轴辐类算法共谋垄断行为属性的多种可能及其认定

在排除轴辐类算法共谋为一种新型垄断行为的臆想后,就只能在现行反垄断法框架下去探寻此类算法共谋的行为属性。从欧美国家对轴辐类算法共谋规制的实践情况看,对此类行为也都是在反垄断法规定的现有垄断行为框架下进行分析的。我国新修订的《反垄断法》增加了关于算法相关垄断行为规制的规定,轴辐类算法共谋当然也属于这一规定所要解决的问题。^[27]对于在事实上限制竞争的轴辐类算法的运用,反垄断执法机构在透过其具有的一些特殊现象以及进行必要的反垄断理念更新和方法改进之后,可以根据现行反垄断法规定的各类垄断行为的要件明确其行为属性。

(一) 垄断协议型轴辐类算法共谋的认定

反垄断法规定的垄断协议包括横向垄断协议和纵向垄断协议两种。从轴辐类算法运用的特征和机制看,它涉及两种关系,一是算法提供者与算法使用者的纵向关系,二是同一算法的不同使用者之间的横向关系。这里的算法提供者和算法使用者通常就是《关于平台经济领域的反垄断指南》所规定的平台经营者和平台内经营者。因此,轴辐类算法的运用存在着构成横向垄断协议和纵向垄断协议这两种可能性,甚至有可能同时构成这两种垄断协议。

从轴辐类算法运行机制看,其基础是平台经营者向平台内经营者通过协议实现特定算法的使用许可,这种许可一般是纵向关系。因此,面对涉嫌限制竞争的轴辐类算法共谋,需要先认定

它们是否构成纵向垄断协议。从我国《反垄断法》、国家市场监督管理总局颁布的《禁止垄断协议暂行规定》和《关于平台经济领域的反垄断指南》等法律、部门规章和指导文件看,轴辐类算法是否促成了纵向垄断协议主要看以下三个方面:(1)平台经营者与平台内经营者之间是否存在协议或者协同行为。在轴辐类算法运行中,平台经营者与平台内经营者一般具有可查证的算法使用许可协议,即便双方当事人没有就算法涉及的价格信息推送、价格幅度限定、价格生成机制等事项进行具体的协商,只要双方就算法的使用达成一致意见,亦可推定双方就算法运行涉及的内容存在知晓和同意的主观状态。^[28](2)协议或协同的内容是否属于价格或者国务院反垄断执法机构认定的其他敏感市场信息。根据《关于平台经济领域的反垄断指南》的规定,如果构成纵向垄断协议,相关算法的内容应当属于“对价格进行自动化设定”或者“对价格进行直接或者间接限定”,或者属于“限定其他交易条件”。^[29]轴辐类算法通常是运用算法手段对商品、服务价格进行某种形式的自动化设定、限定,或者通过相应的信息推送实现这种设定、限定;也有可能涉及“其他交易条件”,比如,通过算法推送的信息使得平台内经营者基于某种同一标准限定各自的销售、服务区域,调整和限定销售、服务数量等。(3)当事人能否证明其行为具有法定的不予禁止的情形。^[30]考虑到轴辐类算法运用对市场竞争、消费者利益、创新发展等方面影响的复杂性,对其是否促成纵向垄断协议的认定,应当特别注重“不予禁止”情形的识别。《反垄断法》规定了“不具有排除、限制竞争效果”这一不予禁止情形,对于这类情形的识别,主要应当考虑当事人达成和实施协议的事实、相关市场竞争状况、当事人在相关市场中的市场份额及其对市场的控制力、协议对商品或者服务核心交易条件的影响、协议对市场进入和技术进步等方面的影响、协议对消费者和其他经营者的影响等。^[31]如果平台经营者、使用其算法的平台内经营者的规

模较小,“其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准”,也属于反垄断法规定的不予禁止的情形。具有上述“不予禁止”情形之一的轴辐类算法的运用,不能认定为纵向垄断协议。

至于轴辐类算法是否导致了横向垄断协议,其关键在于使用平台经营者提供的同一算法的平台内经营者之间是否存在协同行为,因为他们之间在客观上没有反垄断法所规定的协议和决定等垄断协议形式。^[32]对于协同行为的认定,应当考虑经营者的市场行为是否具有一致性,经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流,经营者能否对行为的一致性作出合理解释,以及相关市场的结构、竞争状况和变化等情况,^[33]即从客观行为、主观状态和对市场竞争的影响三个方面加以认定。就轴辐类算法的运行而言,表面上每个经营者一般基于自身的利益最大化来制定经营策略,他们不需要借助书面、口头协议,就能够较为默契地通过协同行为实现排除、限制竞争的目的。^[34]这种有意识的平行行为,虽然没有竞争者协议的形式却能够同样达到限制竞争的效果。也就是说,他们在客观上存在着市场行为的一致性。因此,使用相同算法的多个平台内经营者之间是否通过算法达成了横向垄断协议,主要考察两个方面:(1)经营者之间是否进行过意思联络。由于算法共谋在实践中通常以隐蔽默示的形态实施,参与其中的经营者不会主动暴露,要想认定多个平台内经营者之间存在协同行动的意思联络,就不能局限于意思联络的传统方式,因为算法造成的市场透明度使得传统的联络方式已无必要。反垄断执法机构对于意思联络宜作扩张解释,一般说来,只要平台内经营者相互间进行与其使用的算法相关的信息交流,就可以认定他们之间存在着意思联络。虽然沟通方式有别,但算法仍然是传统信息交换的延续,算法的信息交换暗示经营者之间存在相互依赖关系。^[35]甚至,由于平台内经营者通常在接受算法许可时对于算法的功能及其运行后的结果是知

悉的,他们也应当知道其他平台内经营者也是知悉的,而他们仍然使用该算法并按照算法推送的信息作为经营活动的依据,就可以推定平台内经营者之间对于大家的共同行为心照不宣,在实质上存在着联络。^[36]当然,如果平台内经营者能够对其行为的一致性作出合理解释,便可以不作这样的推定。(2)协同行为是否会限制、排除市场竞争。反垄断法的使命是维护市场竞争,如果算法导致的平台内经营者的协同行为并未对市场竞争造成实质性限制,则不应作为横向垄断协议处理。在考察平台内经营者的协同行为是否限制、排除竞争时,首先是看此种协同是否对市场竞争有消极影响,其次是看其对竞争所产生的消极影响是否足够大。对于消极影响有无的判断,主要是将协同前后相关市场要素进行比较,分析某一方面或者某几方面的竞争是否弱化了。^[37]如果竞争弱化了,则还要考察弱化的程度是否比较大。对于竞争的弱化程度,不仅要考察各市场要素的竞争状况本身发生的变化,还应当考虑协同行为对其他方面的竞争或者某些公共利益可能发挥的促进作用,因为算法的运用可以产生很多积极效果。比如,为本来不会购买的消费者设定更低的价格来提高交易数量从而实现生产的扩大,为争夺那些偏好竞争对手产品的消费者设定更低的价格从而增强对于这些消费者的竞争,创造动态激励从而使企业更加积极投资于有助于他们获得更大利润的事业,^[38]这些积极效果都可以看成其在一定程度上抵销了其弱化竞争的影响。

(二)滥用市场支配地位型轴辐类算法共谋的认定

在轴辐类算法运行中,滥用市场支配地位行为虽然不会如垄断协议那么多,但也绝非不会出现。我国《反垄断法》规定了经营者利用算法从事滥用市场地位的行为,^[39]这足以表明轴辐类算法共谋是可以被认定为滥用市场支配地位行为的。基于轴辐类算法的运行特点,其有两种构成滥用市场支配地位行为的可能性:一是提供算

法的平台经营者滥用市场支配地位的行为,二是提供算法的平台经营者与使用算法的平台内经营者共同滥用市场支配地位的行为。

首先,作为算法提供者的平台经营者,是否构成滥用市场支配地位行为,其认定标准和方法以《反垄断法》的规定为依据,主要涉及相关市场的界定、市场支配地位的判定、滥用行为(限制或者排除市场竞争行为)的认定等几个方面。^[40]但是,对于相关事项的判定,还必须考虑到平台经营者的特点及其所使用的算法的影响。

在界定相关地域市场时,需要综合评估考虑多数用户选择商品的实际区域、用户的语言偏好和消费习惯、相关法律法规的规定、不同区域竞争约束程度、线上线下融合等因素,^[41]根据个案情况和网络跨界特点甚至可以认定为全球市场。

在判定平台经营者的市场支配地位时,必须充分考虑大数据和互联网环境下相关行业的竞争特点、网络效应和锁定效应,特定平台经营者自身的经营模式、用户数量、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素。尤其要考虑算法在经营者市场地位强化中能够发挥的作用,因为“数据+算法”这一平台双轮驱动机制很容易使得平台经营者在两个方面的优势产生相互传导效应,从而使它们获得其中某一领域的其他市场甚至两个领域其他市场的支配力量。由于平台的多维度影响及其与算法结合后复杂性的增加,以及平台市场的网络效应、开放的市场化进程、互联网较强的动态特征等因素,高市场份额对于市场力量的评估具有更小的相关性,对于平台经营者市场支配地位的认定就不能拘泥于传统的市场份额的推定。而且,考虑到算法的介入对于市场支配地位的认定造成的严重困难,应适用更灵活的反垄断分析范式,有效运用反垄断法关于市场支配地位认定的抽象规定,^[42]弱化对相关市场和市场支配地位的举证要求,只要原告或者行政执法机关可以提供证据证明限制竞争的效果已经出现,如价格上涨、产出下降等,则可以推定被

告具有市场支配地位。

在认定平台经营者滥用行为时,判断其行为是否为反垄断法所规定的“不公平”“没有正当理由”,必须关注网络环境的特殊性以及算法这类经营模式和技术创新的发展需求。比如,如果平台经营者所提供的算法的正效应明显超过其可能的负效应,在整体上对市场竞争和消费者福利是有利的,^[43]平台经营者根据是否使用其算法对交易相对人在价格上进行区别对待、将算法的使用作为附带的交易条件、在进行算法许可时附加保证该算法正确使用的一些要求,这些行为就不宜被判定为“不公平”或者“无正当理由”的滥用行为,除非平台经营者还有其他明显不合理的行为。

其次,平台经营者与平台内经营者以算法为纽带结合在一起,是否构成共同滥用市场支配地位的行为,主要涉及共同市场支配地位的认定。关于共同市场支配地位的规定起源于欧盟竞争法,也是欧盟竞争法有效规制市场寡头默示共谋行为的重要举措。由于技术能力和取证障碍,垄断协议规制路径的最大困扰就是寡头垄断问题,即寡头之间的默示共谋或相互依赖的平行行为,欧盟竞争法为此便率先阐释和探索了“共同市场支配地位”(collective dominance)的概念和制度。^[44]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。^[45]共同市场支配地位制度对于轴辐类算法共谋的规制具有很好的借鉴作用,面对算法共谋垄断协议认定时常遭遇的迷局,反垄断法关于共同市场支配地位的规则却能另辟蹊径,达到规制算法滥用的目标。正如时建中教授所言,对算法共谋垄断行为的认定存在困难的情况下,可以利用共同市场支配地位制度调整算法默示共谋。^[46]如果在平台经营者的算法支配下,平台经营者与使用算法的平台内经营者的决定与行动高度一致,本应相互竞争的企业之间的竞争被成功压制,并建立起稳定的协调机制,进而在特定市场上表现得就像一个“共同实体”,那么,这样的轴辐

类算法架构实质上就是一个“支配企业”。^[47]

共同市场支配地位的核心要素有两个,即一是“共同”,二是“支配地位”。轴辐类算法机制的参与者是否构成共同市场支配地位,自然也要考虑这两个方面。首先,算法的提供者与众多使用者是否构成共同体,即全部或者部分经营者是否因算法的使用而结成一体。至于如何认定以算法为纽带的多个经营者已经构成了一个共同体,至少应当考虑两个要件:一是这些经营者从内部关系上看已经在实质上消除了竞争。多个经营者如果在同一领域存在着竞争,显然不能认定它们是一体的。在轴辐类算法运行中很可能出现算法使用者相互间不进行竞争的状况,这主要是因为这些经营者在同一算法使用中通过一段时间的反复相互作用而意识到,算法使自己的决策和行动在其他经营者那里是近乎透明的,自己如果不采用算法推荐的结果与其他经营者保持一致,其他经营者会作出必要的反应,从而使自己并不能获得更多的利益,反而有可能遭受较大的损失。德国学者乌尔里希·施瓦尔贝和丹尼尔·齐默尔认为,构成共同市场支配地位的基本要件包括反复的相互作用、较高的折现因子(可观的未来收益)、可信的惩罚机制和市场透明度高,^[48]这些要件实际上就是在轴辐类算法运行中算法使用者之间消除竞争的原因所在。二是多个经营者在对外行动上的一致性。经营者在相关市场中的地位是在与其他经营者中的比较中显示出来的,如果同一算法的多个使用者在与其他经营者或者消费者的交易中采取了相同策略与一致行动,在其他经营者看来它们就是一个主体,那么就应当将这些算法使用者视为一体。其次,基于算法的经营者共同体是否具有市场支配地位,即结为一体的经营者是否在相关市场具有足够的支配力或者阻碍力。对于经营者共同体支配能力和阻碍能力的认定,与单一经营者并无二致,也是依据反垄断法规定的考量因素及市场份额推定要求,但需要考虑算法的影响。这一认定既要考虑共同体中每个经营者的市场

份额以及相关市场竞争状况、其控制购销两个市场的能力、其财力和技术条件、其他经营者对共同体各个经营者在交易上的依赖程度、其他经营者进入相关市场的难易程度,也要考虑各个经营者联为一体后在上述要素方面可能产生的“一加一大于二”的反应,还要考虑算法可能产生的强化上述要素的影响。

(三)经营者集中型轴辐类算法共谋的认定

就境外算法相关反垄断执法实践看,如果轴辐类算法当事人没有达成改变市场条件的协议,除了通过经营者集中加以控制外,大多数竞争主管机关缺乏其他有效的规制工具。因此,对于轴辐类算法的运行,在一定条件下具有按照经营者集中的分析框架进行处理的必要性。根据反垄断法的规定,经营者集中包括经营者合并、对其他经营者的控制(通过取得股权、财产或者合同等方式)以及对其他经营者的决定性影响(通过合同等方式)等形式。^[49]就轴辐类算法特点及其运行情况看,一般不会涉及经营者合并、一个经营者取得其他经营者的股权或者财产等情形,因此,其是否会构成经营者集中,主要是看该算法是否会导致一个经营者借助合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。从轴辐类算法涉及的各个经营者之间的关系来看,各平台内经营者之间一般没有直接的关系,也不会出现某个平台内经营者对另外一个或者多个平台内经营者具有控制权或者施加决定性影响的情况,但基于算法使用合同以及算法的影响力,平台经营者可能会对一个或者多个平台内经营者具有控制力或者施加决定性影响,从而构成经营者集中。

在确定平台经营者是否对部分或者全部平台内经营者具有控制权或者能够施加决定性影响时,既要依据反垄断法规定的一般考量因素,也要考虑轴辐类算法的特点及其影响力。根据2022年修订后的《经营者集中审查暂行规定》,判断经营者是否取得了对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响,需要考

虑八个方面的因素。^[50]就轴辐类算法的运行而言,可能涉及其中的三个因素,即交易目的、未来规划、经营者之间是否存在重大商业关系或者合作协议以及其他应当考虑的因素。一是要考察平台经营者设计与推广算法的目的及其未来规划,探究其是否具有通过算法的推广运用而在未来一定时期内控制算法使用者或者对算法使用者的经营活动施加决定性影响的主观意图。考虑到平台内经营者一般很难坦白其真实的不法目的,对于其主观意图的判定要更多地借助其外在行为和客观情况。正如德国著名学者卡尔·拉伦茨所说,意思表示补充性解释的任务就是借助整体行为的脉络关联查明其整体意义。^[51]如果算法本身包含着能够控制使用者的决策和行动向既定方向发展的内在机制,而平台经营者又在竭力向平台内经营者推广这种算法,那么就应当可以推定平台经营者具有上述控制或者施加决定性影响的主观意图、规划。二是要考察平台经营者与平台内经营者除了算法使用合同关系外是否还具有其他商业关系或者合作协议。如果两者之间存在着平台内经营者对平台经营者具有一定依赖性的商业关系或者协议,比如因某一平台的独特性使得平台内经营者在平台的使用上严重依附于平台经营者,或者因平台经营者代为平台内经营者提供一些无法由他人替代的辅助服务而使得后者离不开前者,^[52]那么算法的使用关系就会增强平台经营者对于平台内经营者业已存在的影响力,并因此而巩固、增强前者对后者的控制力或者决定性影响。三是考察其他可能导致平台内经营者依赖平台经营者的因素。这种导致或者增强依赖关系的因素具有多样性和不确定性,主要与平台自身的某些优势或者特点相关。^[53]至于对轴辐类算法本身的特点和影响力的考量,主要是看平台经营者提供的算法是否具有较弱的替代性,是否能够为使用者带来较明显的收益,是否使用算法的时间越长就越容易被它锁定。

四、多种垄断行为特征混合的轴辐类算法共谋的法律适用

我们习惯于从单一垄断行为属性去分析评价轴辐类算法共谋,但无论从理论上,还是在现实中,轴辐类算法共谋并非只能构成某种单一的垄断行为。

(一)垄断属性混合的轴辐类算法共谋的存在

在很多时候,我们从单一行为的角度去对轴辐类算法可能涉嫌的垄断行为进行定性往往是一厢情愿;在轴辐结构中,市场集中的情形特别复杂,位于轴心的经营者着力统一算法规则、推动数据互联互通,处于轮辐层面的经营者则借助统一算法的决策而在事实上形成合谋,垄断协议很容易与经营者集中交织在一起,产生极其复杂的垄断结构,在实力强大的平台推广其轴辐类算法的过程中,还可能同时存在着平台经营者对部分平台内经营者滥用支配地位行为、平台内经营者之间的横向垄断协议、平台经营者与平台内经营者之间的纵向垄断协议。也就是说,基于轴辐类算法的特点,在其运行过程中很可能同时触发多种性质的垄断行为,轴辐类算法共谋存在着多种垄断属性混合的问题。

就轴辐类算法的特点及其运行机制看,轴辐类算法共谋同时涉及两种以上垄断行为的情形有两种:一是轴辐类算法共谋在客观上导致或者促成了两个以上分别具有不同垄断属性的行为,且每个行为的当事人并不相同。最常见的情形是,一个垄断行为为平台经营者对平台内经营者实施的滥用市场支配地位行为或者两者之间的纵向垄断协议;^[54]另一个垄断行为是诸多平台内经营者之间形成的横向垄断协议。^[55]二是轴辐类算法共谋导致或者促成了两个以上具有不同垄断属性的行为,且每个行为的当事人是相同的。比如,平台经营者与平台内经营者可能就固定平台内经营者商品的价格水平或者价格构成的算法的使用进行合谋并达成协议,但平台经营者利用其市场支配地位迫使平台内经营者接受

一些不合理的条件或者为算法支付不公平的使用费,这样在客观上就会产生两个垄断行为,即纵向垄断协议和滥用市场支配地位行为,而这两个行为涉及的双方当事人都是特定的平台经营者和平台内经营者。

(二) 垄断属性混合的轴辐类算法共谋的处理

如果轴辐类算法共谋触及多种垄断行为,而各个垄断行为的当事人并不相同,就应当分别按照多种不同的垄断行为处理。这样的处理主要是基于以下理由:首先,由于所涉及的多种垄断行为并非发生在相同的当事人之间,也就意味着基于这些行为形成了多个不同的法律关系;既然存在着不同的法律关系,就需要分别应对和处理。其次,反垄断法所规定的每一种垄断行为,其构成要件和造成的损害往往差异较大,法律所规定的处理办法并不相同,如果不分别按照其所涉及的垄断行为进行处理,反垄断法所规定的一些救济或者规制措施就难以发挥有效作用,规制目标也无法有效达成。再次,虽然是同一轴辐类算法的运用违反多个法律条文的规定,从而符合多个垄断行为的构成要件,但未必就构成法条竞合。^[56] 同一个违法行为违反多个不同法律规范,但如果多个不同法律规范之间不构成法条竞合,可以由不同的行政机关或者同一行政机关依法作出行政处罚即可,即“双罚”或者“并罚”。^[57] 最后,即便是轴辐类算法共谋违反多个反垄断法条款的情况构成法条竞合,也不是只能适用其中某一个垄断行为条款进行处理。行政处罚适用“一事不两罚”或“一事一罚”原则,即一个行政违法行为只应由一个行政执法机关对之科处一次行政处罚。^[58] 但这一原则仅仅针对罚款这种处罚,我国2021年修订的《行政处罚法》明确确认了这一点。^[59] 也就是说,就同一个违法行为,在同时违反多个法律规范时,可以给予多个行政处罚;但在适用罚款处罚时,只能进行一次罚款,而不能多次罚款。^[60] 在轴辐类算法共谋构成多种垄断行为,而多个行为涉及的双方当事人并不相同时,如果只是按照其中一种行为实施行政处

罚,就很容易使得罚款以外的部分处罚措施没有得到应有的运用,也可能使得部分参与违法行为的经营者没有得到应有的制裁。

但是,在适用多个反垄断法条款进行并罚时,还应当考虑到轴辐类算法共谋的特殊性。毕竟是多个垄断行为因同一算法的推广与运用而形成的,这些垄断行为之间的关联性比较强,它们对于竞争的消极影响也往往具有相当的共通性,如果对于每一种垄断行为完全按照惯常的处理原则和方法进行执法和处罚,就很容易使部分经营者遭受过于苛严的行政处罚,有违行政处罚法的过罚相当原则或者比例原则。基于此,在依据反垄断法对构成某种垄断行为的经营者进行处理和制裁时,还应当考虑到同一经营者在轴辐类算法共谋涉及的另一垄断行为中可能受到的处罚,可以将经营者因其他垄断行为受到的处罚作为从轻处罚的一个重要考量因素。

如果轴辐类算法共谋触及多种垄断行为,但多个垄断行为的当事人是相同的,就应当按照其中某一种垄断行为处理,而不能同时依据多个反垄断法条款进行“并处”或者“并罚”。这种情况应当算是较为典型的法条竞合现象,而且是一种冲突性竞合,即数个法律规范不能同时并用,执法者只能从中择用其一。^[61] 从本质上说,法条竞合是要执法者在被行为人违反的多个不同法律规范中,基于一定的规则选择其中一个法律规范加以适用,目的在于避免对当事人的同一违法行为作出重复评价和重复处理。

问题的关键是,对于轴辐类算法共谋所触及的多种垄断行为,应当选择哪一种垄断行为对经营者的行为进行定性并作出处罚?就我国《反垄断法》的相关规定来看,对于垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三种垄断行为都规定了停止违法行为和罚款的处罚措施,而且罚款的最高限制也是相同的,这样就意味着无论按照哪一种垄断行为处罚,停止违法行为和罚款的处罚及其所追求的效果都可以实现。因此,在确定按照哪一个垄断行为进行处理时,就应当着重考虑反

垄断法针对哪一种垄断行为所规定的救济措施或者处罚是其他垄断行为所没有的,^[62]这样就可以将反垄断法规定的救济措施尽可能地运用起来,使得每一种救济措施的应有目标不至于落空,从而实现最佳规制效果。

虽然在当事人重合的情况下对于轴辐类算法共谋触及的多种垄断行为以“择一重”处理为原则,但是,毕竟一个行为违反了多个反垄断法条款,该行为很有可能损害多个反垄断法条款所关注的利益。即使其损害的是多个反垄断法条款所关注的同一种利益,其对该种利益的损害程度也很可能大于违反单一反垄断法条款的损害后果。因此,在依据“一事不两罚”原则适用某一反垄断法条款对轴辐类算法共谋当事人进行罚款处罚时,如果仅仅按照惯常的标准确定罚款的数额,很可能难以较好地保护竞争或者震慑违法者。有研究表明,反垄断法实施十多年来,罚款已经成为反垄断执法最常见、最重要的手段。^[63]运用好罚款这种责任形式,是提高反垄断法规制轴辐类算法共谋效果的基本路径。虽然在罚款的适用上要适用“一事不两罚”原则,但完全可以在现有规则中将“一罚”用好,达到与“多罚”相同的规制目标。如何在确定罚款数额时既能体现“一事不两罚”的要求,又能兼顾多个反垄断法条款所关注的法益目标的实现,也是选择适用于轴辐类算法共谋的反垄断法条款所要考虑的因素。基于此种考虑,在当事人重合的轴辐类算法共谋同时违反多个反垄断法条款时,应当选择处罚类型较全且对罚款的规定具有更多灵活性的条款作为处罚的依据。在确定哪一个条款规定的罚款更合适时,对于有幅度的罚款,应当“就高”先比较罚款上限,适用罚款上限高的规定;如果罚款上限一致的,适用罚款下限高的规定。^[64]

五、结 语

算法的广泛运用既体现了技术发展对于经济社会发展的巨大促进作用,同时,其不当运用

也产生了不少负面影响。近些年,基于算法在生产经营中运用后所出现的限制竞争问题及境外的一些相关反垄断案例,算法共谋也引起了我国反垄断法立法与执法的关注。基于四种常见算法的特点,从其对市场竞争的限制性影响以及规制难度等因素综合考虑,轴辐类算法共谋应当成为反垄断法关注的重点。对于涉嫌限制竞争的轴辐类算法共谋,准确界定其垄断行为属性,是提高反垄断法规制效果的前提。考虑到反垄断法较强的张力以及一百多年来的反垄断实践情况,轴辐类算法共谋虽有一些特殊情况,但不宜作为一种新型垄断行为对待,而是应当在现行反垄断法框架下分析其垄断属性。就现行反垄断法规定的三类垄断行为的特征和要件看,绝大多数限制竞争的轴辐类算法共谋可以归入垄断协议的范围,但在少量情况下也可能构成滥用市场支配地位行为或者经营者集中。尤其值得注意的是,在一些特殊情况下,轴辐类算法共谋可能同时触及多种垄断行为。对于此种情形,要考虑多种垄断行为涉及的当事人是否相同,相同者按照其中的某一种垄断行为处理,不相同者则分别按照多种垄断行为处理。在垄断行为属性的认定过程中,既要考虑到反垄断法关于各种垄断行为的一般性规定,也要考虑到轴辐类算法共谋的特殊情况。

注释:

[1] D. D. Sokol, R. Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data”, *George Mason Law Review*, Vol. 23, No. 5, 2016, pp. 1129, 1134.

[2] 陈兵、林思宇:《“数据+算法”双轮驱动下互联网平台生态型垄断的规制》,《知识产权》2021年第8期。

[3] 近些年,市场上出现了诸多与算法相关的损害竞争的现象,受到社会的广泛关注,有些已经受到了反垄断执法机关的调查或者处理,如阿里巴巴“二选一”行为受到了我国市场监督管理机关的行政处罚,谷歌的数据使用行为受到了德国竞争监管机构的行政调查,亚马逊公司的价格条款被指控抑制创新,脸书也面临来自欧盟的反垄断调查。而谷歌平台的自我优待、苹果应用商店限制 Spotify、腾讯屏蔽抖音等事件都在社会上引起了较大的反响。

[4] [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,北京:中信出版社,2018年,第52页。

[5] 信使类算法共谋指计算机被用来执行人类共谋限制竞争的意愿,算法是经营者表达意愿和实现合谋的直接工具,其身份类似人类的信使,其作用与人们联络所使用的电话、微信在实质上并无差异,只是形式不同而已。预测类算法共谋指不同的经营者各自独立研发并使用其计算机算法,但由于各个经营者算法的设计相似,在其被用于监督市场活动时,能够理性地实施定价等经营活动的跟随行为;每个经营者都清楚其竞争对手也在研发并使用类似的机器算法,但一般缺乏足够的证据证明经营者之间存在意思联络或者合意。自主类算法共谋指竞争者独立开发和使用计算机算法去实现既定的目标如利润最大化。计算机通过自主学习和试验,能独立地决定优化利润的方式;根据自我学习和从市场上收集数据的反馈,计算机能执行其所认为的最佳的策略。算法的运行及不同经营者算法运行结果的对接都是算法研发和使用者所不能预测、不能控制的。

[6] 关于平台经营者和平台内经营者的界定可参见《关于平台经济领域的反垄断指南》第2条。

[7] 李振利、李毅:《论算法共谋的反垄断规制路径》,《学术交流》2018年第7期。

[8] Eturas, C - 74/14, ECLI:EU:C:2016:42.

[9] Ariel Ezrachi and Maurice E. Stucke, "Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition", *University of Illinois Law Review*, Vol. 1, No. 5, 2017, pp. 1775 - 1810.

[10] 刺森:《算法共谋中经营者责任的认定:基于意思联络的解读与分析》,《现代财经(天津财经大学学报)》2022年第3期。

[11] 李丹:《算法共谋:边界的确定及其反垄断法规制》,《广东财经大学学报》2020年第2期。

[12] 柴始青:《算法合谋反垄断规制路径探索——基于算法合谋规制取向的分析》,《价格理论与实践》2022年第1期。

[13] 刘学:《人工智能时代算法合谋反垄断的适法困境与逻辑依归》,《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期。

[14] 参见我国《反垄断法》第16条、第17条和第18条。

[15] 参见我国《反垄断法》第22条第2款之规定。

[16] 参见我国《反垄断法》第25条之规定。

[17] 韩伟:《算法合谋反垄断初探——OECD〈算法与合谋〉报告介评(下)》,《竞争政策研究》2017年第6期。

[18] 这个挑战就是,传统的三种经济垄断行为很难与轴辐类算法共谋形成对应关系,无法将轴辐类算法共谋定位为某一种传统的垄断行为。

[19] 刘佳:《人工智能算法共谋的反垄断法规制》,《河南大学学报(社会科学版)》2020年第4期。

[20] 如我国《反垄断法》第16条规定:“本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”这种规定就提供了较大的弹性空间。

[21] 刘进:《法律不确定性视角下的反垄断法实施机制选择》,《竞争政策研究》2016年第3期。

[22] 施春风:《定价算法在网络交易中的反垄断法律规制》,《河北法学》2018年第11期。

[23] 这些兜底规定包括:《反垄断法》第17条第6项和第18条第1款第3项规定的“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”;《反垄断法》第22条第1款第7项规定的“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”;《反垄断法》第25条第3项规定的“经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响”。

[24] See *F. T. C. v. Procter & Gamble Co.*, 386 U. S. 568, 1967.

[25] 刘彤:《美国竞争法的政策实施功能研究》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2015年第1期。

[26] 徐士英:《反垄断法实施面临功能性挑战 兼论竞争政策与产业政策的协调》,《竞争政策研究》2015年第1期。

[27] 我国现行《反垄断法》第9条规定:“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为。”

[28] 即使有些平台内经营者在接受算法许可时对于算法的具体内容并不是很清晰,但在其使用一段时间后一般也会知晓这些内容,如果他们并没有拒绝算法的使用,显然就属于知情同意。

[29] 参见《关于平台经济领域的反垄断指南》第7条第1款之规定。

[30] 我国现行《反垄断法》第18条第2款和第3款之规定,对于经营者与交易相对人达成的纵向协议,“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止”。“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准,并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的,不予禁止”。

[31] 参见《禁止垄断协议暂行规定》第13条第2款之规定。

[32] 时建中等学者认为“轴辐”类算法只是执行企业共谋限制竞争意图的工具,基于这些算法实施的共谋在性质上属于以正式协议、意思联络或一致意志为基础的“明示共谋”,这一观点值得商榷,与平台内经营者之间的实际行为状况并不相符。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》,《中国法学》2020年第2期。

[33] 参见《禁止垄断协议暂行规定》第6条之规定。

[34] 高婧怡:《互联网平台经济下算法共谋的反垄断规制》,《互联网天地》2021年第11期。

[35] 杨文明:《算法时代的垄断协议规制:挑战与应对》,《比较法研究》2022年第1期。

[36] 我国《禁止垄断协议暂行规定》第6条和《关于平台经济领域的反垄断指南》第9条的规定实际上体现了这种精神。

[37] 在协同以后,如果各平台内经营者的价格变动减少或者价格下降情形减少,则说明竞争弱化了;如果各平台内经营者经营地域不再像以前那样变动较大,而是稳定在特定的地域范围内,则说明竞争弱化了;如果各平台内经营者的销售数量较以

前更为稳定或者相互之间销售数量的比例较为稳定,则说明竞争弱化了;如果各平台内经营者的客户类型减少且稳定于某类或者某几类客户,则说明竞争弱化了。

[38]喻玲、兰江华:《算法个性化定价的反垄断法规制:基于消费者细分的视角》,《社会科学》2021年第1期。

[39]我国新修订的《反垄断法》第22条第2款明确规定:“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为。”

[40]三者分别参见《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》的相关规定,我国现行《反垄断法》第22条第3款、第23条和第24条之规定,以及《反垄断法》第22条第1款、第2款之规定。

[41]参见《关于平台经济领域的反垄断指南》第4条(二)之规定。

[42]主要指我国《反垄断法》第22条第3款和第23条第6项这样的规定。

[43]比如,通过其算法的使用可以鼓励经营者努力寻找有竞争力的较低价格,或者使经营者能够发现更多的交易机会、更大的交易范围,或者使消费者能够更容易找到自己期待的商品,或者使经营者更快发现其在管理、服务、技术能力等方面的不足等。

[44]R. O' Donoghue & J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p. 137.

[45]C. Scott Hemphill & Tim Wu, "Parallel Exclusion", *Yale Law Journal*, Vol. 22, No. 5, 2013, pp. 1182 - 1253.

[46]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》,《中国法学》2020年第2期。

[47]Randal D. Heeb, William E. Kovacic, Robert C. Marshall & Leslie M. Marx, "Cartels as Two - staged Mechanisms: Implications for the Analysis of Dominant - firm Conduct", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 2009, pp. 216 - 217.

[48][德]乌尔里希·施瓦贝尔、丹尼尔·齐默尔:《卡特尔法与经济学》,顾一泉等译,北京:法律出版社,2014年,第369页。

[49]参见我国《反垄断法》第25条之规定。

[50]这八个方面的因素包括:交易的目的和未来的计划;交易前后其他经营者的股权结构及其变化;其他经营者股东大会的表决事项及其表决机制,以及其历史出席率和表决情况;其他经营者董事会或者监事会的组成及其表决机制;其他经营者高级管理人员的任免等;其他经营者股东、董事之间的关系,是否存在委托行使投票权、一致行动人等;该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等;其他应当考虑的因素。

[51][德]卡尔·拉伦茨:《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》,范雪飞、吴训祥译,北京:法律出版社,2018年,第93-99页。

[52]比如,为平台内经营者提供法律允许的一些融资服务、数据存储服务(特别是那些不宜“搬迁”的数据的存储)、整体宣传推介服务、独特性较强的辅助技术服务等。

[53]比如,如果某平台相对于其他平台在市场上具有超大影响力,现有平台内经营者就会具有依赖性,因为它们如果转向其他平台就可能使其业务受到关注的程度明显削弱;再如,如果某个平台在境外业务拓展方面具有较大的优势,那些业务向境外延伸的平台内经营者就不会愿意轻易转向其他平台。

[54]滥用市场支配地位行为主要是指具有市场支配地位的平台将算法的使用强加给平台内经营者,或者对于其算法的使用收取不公平的费用、附加其他不合理的条件、对不同平台内经营者实行差别待遇等等;纵向垄断协议主要是指对于能够削弱平台内经营者在价格方面进行竞争的算法的使用,平台与平台内经营者形成了明确的合意或者默契。

[55]甚至,除了这两种垄断行为并存外,还有可能因此而形成以平台(经营者)为中心、以算法为纽带的经营者集中,从而出现三种垄断行为同时并存的局面。

[56]行政法律规范竞合是指某一行为或事件,符合两个以上行政法规范规定的要件,导致数个法条均有适用可能性。参见胡斌:《行政法律规范竞合理论与适用规则建构——基于123件裁判文书分析》,《行政法学研究》2022年第2期。

[57]章剑生:《行政处罚适用规则的体系性解释——基于〈行政处罚法〉第29条展开的分析》,《政法论坛》2022年第4期。

[58]姜明安:《行政违法行为与行政处罚》,《中国法学》1992年第6期。

[59]2021年修改的《行政处罚法》第29条规定:“对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚。同一个违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的,按照罚款数额高的规定处罚。”

[60]马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,《华东政法大学学报》2020年第4期。

[61]陈庆安:《从规范关系试论法条竞合》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期。

[62]如果有两种垄断行为,反垄断法对于每一种垄断行为所规定的救济措施都存在在其他垄断行为上未规定的情况,那么就就看哪一种垄断行为涉及的救济措施最多,就按照该种垄断行为处理。

[63]冯博:《反垄断法中罚款数额的影响因素与实证检验——基于我国反垄断法实施十年的数据》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

[64]黄海华:《新行政处罚法的若干制度发展》,《中国法律评论》2021年第3期。

[责任编辑:邹秋淑]