

# 算法个性化定价的反垄断规制

乔宝杰,张楷文

(上海对外经贸大学法学院,上海 201620)

**摘要:**平台经济中的算法个性化定价问题近年来受到国内外的广泛关注,褒贬不一。个性化定价的经济属性和经济效果较为复杂,但也是研究重点。算法个性化定价本质上是一个中性的定价策略,国内外的主流趋势是原则上允许其存在,除非其具有违法性。个性化定价算法可以通过对消费者支付意愿的预估而产生一系列积极效果,同时,滥用个性化定价的算法技术也可能导致扭曲市场竞争的消极效果或者侵犯消费者权益的情况。另外,由于现阶段反垄断执法机构受限于对算法底层技术逻辑的掌握,缺乏对于算法个性化定价的有力监管与执法手段,平台企业对市场竞争的负面影响和对消费者权益的侵犯难以及时发现。正确的思路应当是采用事前预防和以《中华人民共和国反垄断法》为主要规制手段的事后救济协调配合的规制理念应对算法个性化定价带来的挑战。

**关键词:**平台经济;个性化定价;算法;价格歧视;反垄断法

**中图分类号:**D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-6049(2024)06-0045-11

## 一、引言

随着数字经济时代的到来,数据要素成为经济发展的新引擎,是基础性资源和战略性资源,也是重要的生产力<sup>[1]</sup>。随着经济的发展和科学技术的进步,基于数据分析的算法和定价结合在一起成了必然。平台企业为了追求其利润的最大化和销量的最大化,通过算法技术了解每一个消费者的消费动机和心理,为消费者推荐最有吸引力的产品和最有吸引力的价格从而促成交易。算法个性化定价意味着针对同一种商品或服务对不同的消费者进行差异化定价,包括但不限于酒店预定、线上打车、网络购物等场景。对于一般公众而言,当其发现自己购买的商品或者服务与他人购买的同样的商品服务所花费的金钱不一样的时候,这些消费者往往会认为自己遭到了“大数据杀熟”,认为这是侵犯其知情权或者公平交易权的体现,又或者是对其隐私的侵犯,这种公平感知的缺乏和不信任成为算法个性化定价的主要实施阻力。问题在于,什么样的个性化定价是法律允许的,什么样的个性化定价是违法的价格歧视。对此,需要对每一个个性化定价是否违法进行个案分析,同时考虑算法个性化定价对市场竞争的影响,从而平衡社会总福利与消费者福利之间的关系。

在计算机技术没有出现之前,经营者的定价自由就已是社会通行的商事惯例,同一件商品或者服务,卖给甲的价格未必一定要和卖给乙的价格一致,这也是商事实践所允许的,而统一定价则是随近现代百货公司的诞生才兴起的。传统线下市场上的个性化定价通常是经营者的单个行为,只是碎片

收稿日期:2024-05-30;修回日期:2024-11-20

基金项目:上海市人民政府发展研究中心2023年度上海市人民政府决策咨询研究项目“上海对接国际通行经贸规则路径研究”(2023-Z-B02)

作者简介:乔宝杰(1967—),男,河南宁陵人,法学博士,上海对外经贸大学法学院教授,硕士生导师,研究方向为经济法和公司法;张楷文(1999—),男,江苏南通人,通讯作者,上海对外经贸大学法学院硕士研究生,研究方向为经济法和竞争法。

化的、零散的、不成体系的,对整体市场上的其他经营者造成不了排除或限制竞争的风险,对消费者的利益损害也很有限。但是,基于现代平台经济的网络效应和算法技术的迅速性、系统性、影响范围大等特点,作为经营者的平台企业,其个性化定价可能导致扭曲市场竞争以及产生系统性风险等问题。因此,需要将以《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)为主要规制手段的事后救济和事前预防措施协调配合,系统地规制算法个性化定价。

## 二、算法个性化定价的机理探析

目前,在全球范围内,算法个性化定价的概念并没有一个统一的定义。但无论是英国公平贸易办公室(Office of Fair Trading, OFT)还是经济合作与发展组织(Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD)都认为算法个性化定价具有获取个人信息并实施差异化定价的特征。因此,笔者认为,算法个性化定价是指平台企业利用算法技术,通过对消费者的消费偏好、消费能力、支付意愿等个人特征的数据进行分析,就同一商品或服务面向不同消费者提供不同的价格,从而获得更多消费者剩余的手段。

### (一) 算法个性化定价的本质

探寻算法个性化定价的法律规制手段首先需要厘清算法个性化定价的本质,为研究其本质则不得不先研究其深层次的经济学原理,算法个性化定价本质上是经济学上的价格歧视。

#### 1. 算法个性化定价的实施动力

算法个性化定价的有效实施需要网络效应<sup>①</sup>作为产生基础,而长尾价值的获得是算法个性化定价的目标之一。进入数字经济时代,产品或服务的多样化以及较低的搜索成本极大满足了消费者较小众的需求,从而产生“长尾价值”<sup>[2]</sup>。市场上的商品千千万万,不是所有商品都广受消费者的青睐,基于一些客观原因,必然有一部分的商品销售状况不佳或者需求量较小,在这种情况下,一个企业的成功不仅仅在于扩大消费者的规模和增加热门产品的销售量,更在于获得更多的长尾价值,即销售更多的低需求冷门产品。借助平台经济成本小的优势,平台企业可以在线上针对一些相对需求较小或者冷门的产品进行个性化定价。例如,同样是标价1880元的两款同公司生产的羽毛球拍,两款球拍的定位皆为高端专业羽毛球拍,但由于产品特征、代言人的影响力、上手难度等因素的影响,A球拍的销售情况特别好,而B球拍的销量持续走低,这个时候,如果依然保持两款球拍同一个价格会导致企业在B球拍的销售上难以获得可观的利润。这个时候就需要依靠算法个性化定价和个性化推送:一方面,针对小部分偏爱此款产品但略微嫌贵的消费者基于其最大支付意愿进行个性化定价,获取最大消费者剩余并转化为企业利润;另一方面,针对消费欲望没有那么强烈或者处在犹豫边缘的消费者进行较大幅度的个性化降价、折扣以刺激消费。再例如,很多平台会向消费者推送优惠价格下的餐巾纸或垃圾袋等商品,这些商品可能有很多消费者平时并不在线上或者此平台购买,但是基于算法个性化定价,平台向消费者提供了极具诱惑性的价格,吸引消费者购买,从而获得更多长尾价值。因此,算法个性化定价的目的不仅仅在于扩大平台消费者的规模,还在于获得更多的长尾价值<sup>[3]</sup>。

#### 2. 算法个性化定价——价格歧视

算法个性化定价本质上是经济学上的价格歧视。价格歧视是指针对相同或仅有微小差别的产品或服务向不同消费者设定不同的价格<sup>[4]</sup>。价格歧视可被分为三种,即一级价格歧视、二级价格歧视和三级价格歧视。一级价格歧视是指企业为了实现获取最大化的消费者剩余(消费者至多愿意支付的金钱减去消费者实际支付的金钱),向每一个不同支付意愿的消费者收取其愿意支付的最高价格。当然,企业不可能知晓每一位消费者内心的准确想法,所以一级价格歧视(完全价格歧视)是不可能实现的,但是算法的出现帮助企业经营者尽可能地探求消费者的内心世界,使得算法个性化定价无限趋近于一级价格歧视下的定价。算法个性化定价的目的在于通过算法对消费者个人的数据进行画像以探

<sup>①</sup>网络效应是指平台提供的商品或服务的价值随购买这种商品或服务的消费者数量的增加而升高。

寻消费者愿意对特定商品所支付的最高价格,尽可能地获取最大化的消费者剩余。如果说前述一级价格歧视可能存在对消费者的剥削,具有违法性,那二级价格歧视和三级价格歧视则广为大众所接受。二级价格歧视即批量购买某商品和单个购买某商品的价格差异,二级价格歧视一般只和商品的质量和数量有关,例如高铁的商务座和二等座的价格差异。三级价格歧视主要指在特定场合下给予儿童和老年人以折扣或优惠,且涉及实质公平。简单来说,算法个性化定价就是价格歧视在平台经济领域的一种新形式。

价格歧视本身在经济学中是一个中性词,是一种定价策略,部分正当的价格歧视也不应被一刀切禁止,其也有积极的一面<sup>[5]</sup>。但由于其名字中带有“歧视”二字以及算法的不透明性,“同物不同价”“不患寡而患不均”的观念根深蒂固,人们内心的不公平感和不信任感随之产生。企业对高支付意愿的消费者、天真的消费者、忠诚的消费者收取高价,对低支付意愿的消费者、成熟的消费者、非忠诚的消费者收取低价,自然导致前一类的消费者感觉自己受到了“歧视”,认为是不公平的体现。例如,某品牌咖啡在销售同一款咖啡时,针对高等级用户(忠实消费者)收取高价,而对低等级的用户(非忠实消费者)收取低价。此外,平台的隐私条款往往隐藏在巨大篇幅的告知内容里,消费者在使用平台购买商品的时候一般不会去细看或者难以细看其相关条款便点击“同意”并造成隐私的泄露,消费者担心算法成为“比你自已还了解你自己的人”后任其宰割,内心十分抗拒个性化定价。域外相关数据表明,即使个性化定价的价格低于统一定价的价格,样本中大多数人依旧反对算法个性化定价的实施,宁可选择购买统一定价下相对高价的商品。因此,算法个性化定价的健康发展不仅需要平台企业自觉遵守相关法律与道德规范,也需要公众对其消除偏见,树立正确的认识。

## (二) 算法个性化定价的类型化研究

纵使算法个性化定价存在诸多缺陷,时常使得消费者由于“信息茧房”等原因导致信息不对称而在交易中处于不利地位,但不进行个案分析的一味禁止的规制原则也缺乏灵活性,忽视了算法个性化带来的正面影响。问题在于,哪些算法个性化定价需要依法规制,这是当下讨论的重点问题。

### 1. 超高定价

超高定价是指算法个性化定价的价格明显高于该商品或服务的市场价格。超高定价很有可能在最大程度上破坏交易公平,使得消费者剩余几乎为0,过度剥削消费者剩余使得消费者一方受到了极大的可得利益损失。

### 2. 超低定价

超低定价是指算法个性化定价的价格明显低于该商品或服务的市场价格。在《反垄断法》上很有可能属于占市场支配地位的企业为了防止小企业进入市场采取的掠夺性定价行为,通过超低定价吸引大量消费者,产生消费者黏性,虽然短期来看消费者享受到了大企业商品极低的价格,但也造成了创新企业无法生存的现象,待小企业被排除出相关市场之后,再对其生产的商品进行抬价,从而排除或限制了竞争,扭曲了正常的市场秩序,相关市场的技术水平也难以前进,长期来说对消费者仍是不利的。

### 3. 一般价格

除了超高定价和超低定价之外的价格,都是一般价格<sup>[6]</sup>。对于前述超高定价和超低定价,由于其对消费者剩余和市场竞争的巨大危害性,应当予以禁止,但绝大部分算法个性化定价都是一般价格。算法个性化定价的一般价格围绕商品价值仅存在小幅波动,对于消费者和整体市场竞争并不会造成太大负面影响。有学者提出,如果个性化定价符合合同形式自由、私法自由的目标,便不宜轻易由公法介入干预<sup>[7]</sup>。显然,若算法个性化定价并不导致排除竞争、限制竞争或不公平等后果,反垄断执法机构应防止过度执法,克制公权力对市场的过分干预。一部分观点片面主张算法个性化定价在定价过程中侵犯了消费者的知情权<sup>[8]</sup>,其实是没有理解消费者知情权的真实含义,消费者知情权只是对于购买商品的特征、质量、数量、价格等的了解,并不包括消费者对经营者和其他顾客之间具体价格的知情。同时,消费者剩余也未必减少。另一方面,应尊重受市场调节的价格歧视,市场经济的核心机制

是自由定价。算法个性化定价在自由竞争的市场上是各方经营者互相竞价的体现,市场充分竞争的最终受益者一定是消费者。在此种情况下,不仅不会排除或限制竞争,消费者剩余还会只增不减。另外,算法个性化定价如果使得社会总福利提升但需牺牲少量的消费者剩余,那也是应当支持的,因为社会总福利的提升从长远的角度看一定会正向反馈于消费者。

但一般价格下的个性化定价仍存在一定程度上的危害性。算法的不透明性和高门槛造成的信息不对称直接导致了消费者内心的不信任,这种不信任会降低经济效率,让其不愿意参加到平台商品交易中,消费者即使在面对其有利的个性化定价时也保持思虑再三的态度,采取各种“反个性化定价”手段,在不同平台之间进行比价,在不同消费者之间进行比价,导致购买所花费的时间成本太高。在这种情况下,算法个性化定价本应作为促进经济发展的一种方式,却导致了阻碍社会经济发展的结果。

因此,在一般价格的个性化定价情形下,相关立法不宜做出过多干涉,建立消费者内心的信任才是个性化定价有效实施的关键。而消费者内心的信任源于平台企业,平台企业应主动履行相关保护消费者权益的承诺,消除其偏见。

### (三) 算法个性化定价实施的影响

算法个性化定价的产生对于当今社会产生了巨大影响,人们对于该事物的评价标准存在很大分歧,引发了诸多讨论,尽管各国反垄断法对于个性化定价的实施都密切关注,但对于其实施影响应采用社会总福利标准还是消费者福利标准仍然没有定论。若个性化定价能同时提高社会总福利和消费者福利当然是最好的,但现实中往往存在提升了其中一个就会降低另一个的现象。在此种情况下,法律如何作出价值判断显得尤为重要。

#### 1. 对社会总福利的影响

算法个性化定价与社会总福利的增减之间并没有必然的规律。个性化定价为低支付意愿的消费者提供较低价格的同时向高支付意愿的消费者索取较高价格,获取其消费者剩余并转化为企业利润,在一定程度上可以转化为社会总福利的增加。此外,如果企业能够根据消费者的支付意愿调整价格,有利可图地为每一位愿意支付超过边际生产成本的消费者提供商品或服务,那么就可能使产出最大化,并最大限度地增加社会福利<sup>[9]</sup>。另外,社会总需求的增加也可以增加社会总福利。相较于传统市场,在算法个性化定价的帮助下平台企业可以利用长尾理论为低需求的冷门产品针对低支付意愿的消费者推出低于市场价格但高于成本的个性化价格,从而扩大这一部分的产品需求,最终有利于社会总福利的增加。即便是经营者个性化定价的行为导致消费者剩余大幅减损的情况下,只要经营者的利润增幅能够覆盖并超过其减损的幅度,那么社会总福利仍然被视为提升<sup>[10]</sup>。还有研究<sup>[11]</sup>表明,随着数字经济的发展,企业可以通过算法技术实时分析消费者需求从而提升企业的产能利用率,避免资源错配。当然,算法个性化定价作为一种技术门槛高且容易形成滥用的手段,当相关平台企业具有市场支配地位时,极有可能成为其滥用市场支配地位及实施垄断行为的工具。此时,不仅市场竞争被扭曲,社会总福利也会因此受到减损。

#### 2. 对消费者福利的影响

算法个性化定价的实施对消费者福利的影响较为复杂,单纯考虑具有高支付意愿的消费者的消费者福利或者单纯考虑个体消费者能够获得的消费者福利都是片面的。首先,企业实行算法个性化定价往往使得具有高支付意愿的消费者的消费者剩余很少,对他们而言,消费者福利是减损的;但对于低支付意愿的消费者来说,他们在购买同样商品时享受到更低的价格,获取了更多的消费者福利。因此,不应该仅关注一部分消费者失去了消费者福利,而忽视了另一部分消费者的消费者福利的增加,这也是消费者剩余在不同类群的消费者之间的再分配。其次,在算法个性化定价对消费者整体的可行性伤害中,消费者可能是赢家或输家,社会总福利也可能增加或下降,其中的分水岭就在于个案中价格歧视实现的形式、市场竞争状况、消费者可能的反应等因素<sup>[12]</sup>。再次,从各国反垄断立法来看,反垄断的立法目的是基于社会整体竞争秩序和社会整体福利的保护。当然,社会整体福利包含消费者福利,因此此处的消费者福利要从广义和整体的层面上理解。单纯个人或一小部分消费者的消

费者福利因个性化定价受到减损,而整体消费者福利增加,反垄断法通常不会基于此处罚经营者。

### 3. 对市场竞争的影响

算法个性化定价作为一把双刃剑,对市场竞争的影响既有利也有弊。有利之处在于,在自由竞争的市场条件下,算法个性化定价往往会促进竞争,成为经营者之间互相争夺消费者特别是低支付意愿消费者的手段,最终导致相关市场商品价格整体下降,消费者获利。有害之处在于,算法个性化定价也可能排除或限制竞争。一些企业试图通过算法个性化定价排挤竞争对手,为自己占据更多的市场份额或垄断地位创造条件。垄断企业进一步维护其垄断地位,更便捷地滥用市场支配地位排除或限制竞争,从而获得巨大的垄断利益。那么,如何正确运用算法成了维护市场竞争的关键,需要经营者的自觉遵守以及反垄断相关立法的完善和反垄断执法机构的有效监管。

### 三、算法个性化定价的反垄断规制

个性化定价属于经济学意义上的价格歧视,而反垄断法要探讨的个性化定价属于法律意义上的价格歧视,并不是所有个性化定价(价格歧视)都应该被反垄断法所规制。个性化定价是否构成反垄断法意义上的价格歧视,仍需要遵循滥用市场支配地位行为的分析框架<sup>[13]</sup>。值得注意的是,有学者提出不仅具有市场支配地位的经营者实行算法个性化定价导致排除或限制竞争效果的情况需要规制,具有相对市场优势地位的经营者也应被《反垄断法》所规制。但笔者认为,此种情况不符合反垄断法的立法目的,即规制排除或限制竞争的行为。具有相对优势的企业不具有垄断地位且数量实在太多,这类企业实施算法个性化定价只会促进竞争而不会限制竞争。

#### (一) 前提条件——在相关市场具有市场支配地位

##### 1. 相关市场的界定

相关市场的界定通常是反垄断案件中的逻辑起点,但平台经济相比传统市场的相关市场界定存在诸多困难。主要包括双边甚至多边的市场结构及替代分析中考量因素的独特性<sup>[14]</sup>。一方面,随着数字平台经济的产生与发展,越来越多的单边市场逐渐转变为双边或多边市场,平台为经营者和消费者提供了一个成本低、高效率的交易场所,极大促进了经济的发展。但随着平台企业发展到一定的市场规模和影响力,就可能存在垄断杠杆行为,具有市场支配地位的平台通过其在某一市场的市场力量或影响力来增强其在另一市场的市场力量。另一方面,《反垄断法》第15条第2款规定,相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或服务进行竞争的商品范围和地域范围<sup>①</sup>。针对传统市场,我们可以借助商品特征、价格、用途等方面进行需求替代分析,但问题在于平台企业通常不只是销售一种特定商品,其销售商品或特供服务的领域具有“跨界性”和“多样性”。例如,一个电商平台不仅在网络上销售羽毛球拍等运动商品,还销售冰箱、彩电、空调等电器,又或是销售零食、饮料等食品。此外,流量和大数据也成为平台间竞争的核心要素。因此,对平台经营者所在相关市场进行替代性分析具有很大的难度。

为了解决上述问题,2021年国务院反垄断委员会发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)的征求意见稿中的第4条规定:“在特定个案中,如果直接事实证据充足,只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显,准确界定相关市场条件不足或非常困难,可以不界定相关市场,直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。”<sup>②</sup>但考虑到相关市场的界定是禁止滥用市场支配地位制度的逻辑起点,不宜直接跳过,在最终公布的《指南》中删除了上述规定,仍规定一般需要界定相关市场,但提高了灵活性,指出应坚持个案分析的原则,并且规定“当该平台存在的跨平台网络效应能够给平台经营者施加足够的竞争约束时,可以根据该平台整体界定相关商品市场”<sup>③</sup>。还有学者提出,针对双边市场的相关市场界定问题,在具体案件中,对双边市场的两边

①《中华人民共和国反垄断法》第15条第2款。

②《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第4条第3项。

③《关于平台经济领域的反垄断指南》第4条第1项。

不一定都需要界定市场,而是选择其中一边的市场并通过定性分析或 SSNIP 测试的方法判断,但究竟界定哪一边的市场取决于具体案情<sup>[15]</sup>。

## 2. 市场支配地位的认定

只有具有了市场支配地位,才谈得上滥用市场支配地位。所谓市场支配地位,是指经营者的一种市场状态,一般是指经营者在特定市场上所具有的某种程度的支配或者控制力量。但是,由于市场支配地位本身含义的不确定性,因而认定一个企业是否具有支配地位是不容易的。市场份额作为传统经济领域判断经营者是否具有市场支配地位的基本衡量标准,在平台经济领域有其适用局限。要用科学、合理、专业的分析工具,避免过分依赖市场份额和市场结构的分析方法,不能被一些极端的舆论所误导<sup>[16]</sup>。鉴于平台经济及算法个性化定价的特殊性,笔者认为,应重点考虑以下几个方面的因素:

第一,该平台用户数量。在市场份额、销售状况难以判断时,可以从其他的一些角度侧面反映一个平台企业的市场力量。当一个平台拥有庞大的用户数量,特别是活跃用户时,凭借网络效应和算法个性化定价的作用,该平台很有可能具有市场支配地位。

第二,掌握算法和数据的完善程度。在平台经济下,算法和大数据已然成为重要的生产要素,可以说,谁掌握了算法,谁就掌握了市场。通过算法,经营者可以对其他存在竞争的经营者和产品价格进行分析,对消费者的偏好、支付意愿和需求进行分析,完善价格体系,从而实现本公司的利润最大化并限制或排除竞争。越完善且精准的算法越能实现对消费者剩余的获取,规模越大的数据则给算法的升级与完善提供了肥沃的土壤。于是,算法的完善程度和数据的规模大小成了决定平台企业是否具有市场支配地位的关键因素。

第三,该平台的用户黏性。现阶段,诸多企业致力于构建本企业产品之间的生态互联,对于消费者而言,拥有同一家企业的不同产品在日常生活和办公过程中可以享受同一个生态下的高度便捷性以提升效率。倘若消费者更换生态中一个产品的品牌则会打破生态,从而享受不到生态互联带来的便捷且会降低效率。但是,整体更换品牌又需要很大的时间成本(品牌选择成本与适应成本)和金钱成本,导致用户即使想尝试别的品牌也囿于转变成本而选择继续使用该品牌的产品。于是,用户黏性便产生了,这种用户黏性可以促使该企业获得并巩固市场支配地位。

综上所述,在认定平台企业是否具有市场支配地位时,不仅需要考察该企业的市场份额,还需重点考察该平台的用户数量、掌握的算法和数据的完善程度以及该平台的用户黏性等相关因素进行综合判断。

### (二) 滥用市场支配地位

《禁止滥用市场支配地位行为规定》第 21 条规定:“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本规定第十四条至第二十条规定的滥用市场支配地位行为”<sup>①</sup>。《反垄断法》第 22 条第 6 项规定,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<sup>②</sup>,该行为属于滥用市场支配地位的行为。《指南》第 17 条对此在差别待遇的考虑因素、“条件相同”和正当理由上作出了详尽说明。尽管有关法律和《指南》对相关问题已经搭建了制度框架,但是在现实中,仍存在概念不清的问题,即分不清算法个性化定价和其他相关概念的区别和联系,常常混为一谈,这不仅会产生对个性化定价的偏见,也会导致法律适用错误和执法监管不当。应当明确:差别待遇属于滥用市场支配地位的一种行为,而价格歧视则是差别待遇在反垄断领域的主要表现形式,算法个性化定价又称算法价格歧视,是价格歧视在平台经济领域的表现形式,同时违法的算法个性化定价又构成剥削性差别待遇。

数字经济适用反垄断法,不是说大平台凭借高科技而取得的垄断地位是违法的,而是要防范它们为维护其市场势力而不合理地排除和限制竞争<sup>[17]</sup>。具有市场支配地位本身并不会受到反垄断法上

①《禁止滥用市场支配地位行为规定》第 21 条。

②《中华人民共和国反垄断法》第 22 条第 6 项。

述条款的规制,但一旦企业滥用其市场支配地位,就进入到《反垄断法》第22条的规制范围。换句话说,平台企业在利用算法进行个性化定价时,要审慎考虑是否构成差别待遇。个性化定价构成该条禁止差别待遇需要满足四个要件:第一,平台企业在相关市场具有市场支配地位;第二,平台经营者对条件相同的交易相对人实施差别待遇;第三,经营者的行为对市场造成了限制或排除竞争的不利影响;第四,无正当理由。可见,《反垄断法》禁止的是经营者利用其市场支配地位获取垄断利益的行为,对于那些起到促进竞争作用,有益于社会整体利益的个性化定价行为原则上是允许的。同时,《指南》明确具有市场支配地位的经营者利用算法进行差别待遇的主要根据是交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等。针对《指南》关于“条件相同”<sup>①</sup>的规定也可推知,对于一般消费者而言,都可认定为条件相同,从而保护了整体消费者的利益。另外,《指南》采用“列举+兜底”的方式对正当理由作出了规定<sup>②</sup>,本质上仍然是对《反垄断法》第1条中“维护消费者利益和社会公共利益”宗旨的再现。但是,无论是《反垄断法》还是《指南》中均没有对交易相对人这一概念作出明确,到底仅指其他有竞争关系的经营者还是包括消费者?传统反垄断法通常认为,这里的交易相对人仅指其他有竞争关系的经营者,其原理即反垄断法的立法初衷是维护市场的有序竞争,规制排除或限制竞争的垄断行为,至于消费者的利益可以通过规制经营者来间接保护。因而,传统反垄断法更关注对排他性差别待遇的规制<sup>[18]</sup>。但笔者认为,通过观察国内外反垄断法的发展趋势,对消费者利益的直接保护逐渐成为反垄断法的使命之一。另外,《指南》第17条中提到的考量因素包括支付能力、消费偏好、使用习惯等只有保护消费者才会考量的相关因素,正当理由里面也涉及个性化定价针对新用户的优惠,再者,《反垄断法》在第1条就已经明确维护消费者利益,因此这里的“交易相对人”尽管法律没有明确,但可作当然解释和体系解释,应当包括消费者一方,否则该条文只能规制由个性化定价导致的经营者之间的排他性差别待遇和扭曲性差别待遇,却无法规制消费者最关心的剥削性差别待遇。

### (三) 市场支配地位的例外——垄断协议

一般来讲,算法个性化定价的反垄断规制的前提是需要相关经营者具有市场支配地位这样的市场结构性要件,但在一种情况下可以不考虑市场结构性要素,即经营者通过算法达成的垄断协议,也称“算法共谋”。

#### 1. 经营者无须具有市场支配地位

垄断协议是指两个或两个以上的经营者,采取协议、决定或者其他协同一致的行为共同对特定市场的竞争加以排除、限制的行为<sup>[19]</sup>。近年来,随着互联网、大数据、人工智能和算法等的发展,出现了“数字化卡特尔”这一新型的垄断协议形式,并且更加隐蔽。消费者很难知道一个相关市场商品的涨价是真的因为成本的提高还是经营者相互间“算法共谋”的产物。可见,信息网络的发展并没有减轻反垄断的任务。笔者通过观察,分析得出了垄断协议的构成要件有:第一,需要两个或两个以上的经营者;第二,当事人之间存在某种形式的共谋,具体表现为协议、决定或其他协同一致的行为;第三,具有限制竞争的目的或产生限制竞争的效果。可以发现,垄断协议的认定并不要求经营者具有市场支配地位,也体现了《反垄断法》对垄断协议的制裁力度之严厉。通过算法达成的“数字垄断协议”也应遵循这一规制,无须考虑经营者是否具有市场支配地位。

#### 2. 算法共谋的表现形式

《反垄断法》第17条规定了具体的横向垄断协议,2023年2月20日市场监管总局第2次局务会议通过的《禁止垄断协议规定》第8条至第12条分别作出了进一步细化,并在第13条规定:“具有竞

<sup>①</sup>条件相同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。

<sup>②</sup>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。

争关系的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等,通过意思联络、交换敏感信息、行为协调一致等方式,达成本规定第八条至第十二条规定的垄断协议。”显然,利用算法作为一种手段或工具订立垄断协议是不被法律所允许的。

问题的关键在于如何认定算法垄断协议下的算法个性化定价。《禁止垄断协议规定》明确规定,协议或决定可以是书面或口头形式,也就是说平台企业之间可以通过书面或口头形式来实施算法个性化定价,并且基于算法的不透明性,垄断协议的当事人之间无须进行任何交流就可以实现共谋。再者,垄断协议的达成有明示和默示两种,经营者以行为的方式采取的其他协同行为应属于默示达成垄断协议的范畴。总之,无论是明示的协议或决定,还是默示的其他协同行为,都具有很强的隐蔽性,直接导致反垄断执法机构的监管难度大及监管成本高。

### 3. 算法共谋的反垄断路径探索

算法共谋作为算法个性化定价的技术支撑之一,为其提供了强大动力,进而引发的反垄断危机防范是当下讨论的热点问题。良法是善治的前提,对于算法共谋的反垄断规制仍需构建成熟确定的反垄断法分析框架。我国反垄断法不仅强调经济效率,还着眼于非经济效率。非经济效率的纳入意味着,可以基于此直接认定相关算法共谋行为违法,避免在考量经济效率目标下的举证障碍和逻辑困境,但要尽可能详尽说理<sup>[20]</sup>。针对算法共谋的隐蔽性导致的监管难和成本高的问题,应改变原有思路,由事后监管向事前预防转变。以算法备案为基准,以交易资源分类和价值属性为内容,以交易后评估为必要开展<sup>[21]</sup>,制定算法应用的负面清单制度,仅需对那些明显违反竞争效果的行为进行干预或规制<sup>[22]</sup>,并作为算法备案制度的枢纽。同时构建经营者定期报告制度以方便监管人员抓取、分析经营者排除或限制竞争的证据<sup>[23]</sup>。此外,针对算法高技术门槛导致的监管执法难度大的问题,可以对获取的算法代码进行能被普通公众理解的自然语言转译,再将之归类为不同的算法共谋类型判定其违法性<sup>[24]</sup>。最后,规制垄断协议的法律制度还需要在意思联络的认定、算法共谋的识别和举证以及法律责任分配等方面作出相应的调适<sup>[25]</sup>。因此,合理高效的体系化反垄断分析思路应是规制算法共谋的必然要求和有力手段。

#### (四) 渐进原则下监管缺位的填补

《在线旅游经营服务管理暂行规定》第15条规定:“在线旅游经营者不得滥用大数据分析等技术手段,基于旅游者消费记录、旅游偏好等设置不公平的交易条件,侵犯旅游者合法权益。”此项规定看似给予算法个性化定价规制的空间,但其实质上仍然是一刀切的做法,该条仅侧重行为的规制,忽略了对行为主体的界定,对市场力量较小的经营者的管制显然过于苛刻。此外,该规定中的“不公平的交易条件”也没有明确说明,过于模糊,尽管本质上是为了保护消费者权益,但适用机会很小。如果这种一刀切禁止的做法适用于所有算法个性化定价行为,那么《反垄断法》对差别待遇所规定的种种条件将形同虚设。

因此,很多人提出应采用“渐进原则”的方式,即当算法价格歧视的经营者实施相关行为时,监管机关首先应采取柔性的监管行为予以规制,在效果不佳或经营者不予整改的情况下,再决定实施刚性的监管<sup>[26]</sup>。甚至避免反垄断法的直接适用,大量采用行政指导和约谈,直接要求相关企业进行承诺和整改。这种理念存在一定合理性,同时也是比例原则的体现,但笔者认为,同样也存在巨大漏洞。算法个性化定价凭借其迅速性、隐蔽性、强技术性的特点,使得消费者即使受到了平台经营者的价格歧视也难以察觉,监管机关面对大大小小的平台企业也很难及时发现法律意义上应规制的算法个性化定价问题。一方面监管机关难以及时发现,另一方面消费者即使发现自己遭到损失也可能囿于举证困难<sup>①</sup>或者诉讼成本太高而放弃救济。因此,当反垄断意义上的剥削性差别待遇被监管机关发现时,实施该滥用行为的经营者可能早已获取大量利益,此时,如果再机械的适用“渐进原则”,先予以柔

<sup>①</sup>目前,国内外对于平台经营者利用算法进行违法个性化定价的直接证据尚难以获取。



性的行政处罚或行政指导,将会导致该平台经营者的违法成本非常之低,监管起不到应有的作用。还会因为滥用行政指导而导致其适用边界模糊不清、程序非正当化和不适格主体越位实施的后果<sup>[27]</sup>。

显然,广泛采用行政指导或约谈的方式,反映了执法机关对平台经济治理的强烈意愿,但有限的治理手段和高技术门槛是当前主要的障碍。因而问题在于,应该如何有效平衡一刀切禁止和“渐进原则”下带来的监管乏力和滞后性问题?第一,提升相关监管人员的技术水平,必要时聘请相关专业人员以减少算法技术上的阻碍。第二,及时发现异常的价格歧视,需要事前预防,例如价格预警和经营者算法信息披露。第三,灵活执法,处罚力度应与恢复正常的市场竞争所花费的成本以及消费者损失程度相当,切忌机械地适用“渐进原则”,但也要防止灵活执法带来的行政权力滥用。

#### 四、算法个性化定价的反垄断事前预防

尽管我国在网络信息发展的速度、规模以及产生的经济效益方面已处于世界领先水平,但对于算法个性化定价的研究和规制还不是很完善,也出现了监管乏力等现象。我们不仅要支持对消费者有利的个性化定价,也要禁止那些对竞争环境、消费者福利有害的个性化定价。解决算法个性化定价的复杂问题需要体系化的措施,如果说个性化定价的反垄断法规制属于事后救济,那么事前预防措施更加必不可少。

##### (一) 超高定价和超低定价的预警机制

由于超高定价和超低定价的危害性较大,目前对于这两种个性化定价的态度基本达成共识,即严格禁止。问题在于,什么样的个性化定价属于超高定价或超低定价,什么是明显高的价格,明显程度如何认定。笔者认为此时应当借鉴域外经验,例如欧盟在2018年调研报告中指出,现实中算法个性化定价的平均价差基本不超过1%,最大不超过4%。我国也可以在相关指南中规定,经营者在依据算法制定个性化价格时不得超过一定的比例范围,遵循合理适度理念。这样做一方面可以稳定消费者内心预期,消除不公平感;另一方面也维护了市场有效竞争,防止出现可能产生排除或限制竞争的个性化定价。

##### (二) 平台经营者算法信息披露义务

算法个性化定价的核心在于算法,算法技术的不透明性以及难以监管问题是当下诸多问题的源头,事后救济中无论是对垄断协议的规制还是对滥用市场支配地位的规制,都属于经营者利用算法进行的滥用行为。如何有效减少这类行为,很多学者只是简单提出要加大执法部门的监管力度,而忽视了监管的阻力,这种阻力不仅来自瞬息万变的市场动向,还来自执法人员对算法技术领域专业知识的不了解,很难做到迅速、及时、有效的监管。对此,应当倡导拥有算法技术的经营者对所掌握的算法向反垄断执法机关进行一定程度上的信息披露,并给予一定税收优惠,同时为防止其他企业盗用其算法,信息披露之后有关部门应当予以登记,给予类似专利法的知识产权保护。这种信息披露制度可以在很大程度上减少算法滥用,同时也会减少消费者内心的不信任,促进互联网平台交易数量的增多。

##### (三) 严格规范数据信息获取和利用

用户在使用平台时,平台不可避免地会去获取一定的用户信息来优化平台服务的提供与升级,其本质上是对交易双方都有利的行为,但使用信息的方式和潜在的问题让消费者产生怀疑,即隐私悖论<sup>[28]</sup>。消费者既想获得更大利益,又担心个人信息的泄露对其产生不利影响。超级平台极有可能通过算法价格歧视将大量用户数据截留在其平台内部,借用算法达到市场要素的绝对支配,从“算法权力”扩张至“平台权力”,进而疯狂攫取消费者剩余<sup>[29]</sup>。因此《中华人民共和国网络安全法》第41条规定,数据收集和个人信息使用都应事先经过用户授权,但是实践中存在经营者将隐私条款隐藏在很长的说明告知中,并且只有“同意并继续”和“取消”两种选择,而如果用户点击“取消”则直接自动退出应用,又或是用户在一开始使用该应用时点击了“禁止”,但在使用过程中发现该应用仍然可以获取到个人信息的现象。因此,首先,对于平台经营者数据信息获取和利用还需严格规范,加大制裁力度,同时《中华人民共和国个人信息保护法》也应给予回应。其次,平台在获取用户信息和数据时应遵循比例原则,克制不合理地扩大获取信息的范围和内容。最后,应重视培养平台企业员工的法律意识,使

他们对过度获取信息导致的垄断行为更加敏感,指导他们识别和避免违法行为,从源头上降低垄断行为发生的可能性<sup>[30]</sup>。

#### (四) 消费者正确观念的树立和选择权的享有

##### 1. 树立正确的观念

由于算法个性化定价获取信息的不规范,算法的不透明性以及传统观念中“不患寡而患不均”的理念根深蒂固,加上个性化定价的结果是差别定价,消费者对于个性化定价往往存在偏见,产生不公平感和不信任,进而不敢在平台上交易。虽然这是可以理解的,但也是片面的。算法个性化定价虽然也存在剥削消费者剩余和限制竞争的可能,但大多数正当的个性化定价往往是有益于消费者和市场竞争的,消费者通常可以用比固定价格下更低的价格购买同款商品。因此,树立消费者内心的正确观念,辩证地看待个性化定价问题显得尤为重要。

另外,消费者自身还需提高防范意识和识别能力。消费者在购买商品时,不要局限于同一平台,还需观察其他平台以及线下实体店的价格,进行多方面的比价,当大多数消费者都成了成熟消费者,也是对平台经营者的一种制约,致使其不敢随意使用算法进行显著不公平的个性化定价,从而稳定了市场秩序。

##### 2. 给予消费者价格的选择权

对于算法个性化定价的合理性不再过多赘述,但是应当给予不愿支付个性化定价的消费者和高支付意愿的消费者选择固定价格的选择权。平台经营者可以在用户提交订单时设置一个“按钮”开启或关闭个性化定价,当关闭该“按钮”时,订单显示的价格即为统一定价,以供消费者选择,这也是公平交易权的体现。

#### 五、结语

不得不承认,算法个性化定价蕴含巨大的经济价值,但同时算法个性化定价也是一把双刃剑,关键看经营者如何使用。恰当使用可以增加消费者福利或社会总福利,同时增加企业利润。恶意使用则很有可能受到法律的禁止,特别是滥用市场支配地位时的算法个性化定价会受到《反垄断法》的规制。此外,还需重视事前预防与事后救济的协同配合,建立个性化定价价格预警机制,规定经营者算法披露义务,规范数据的获取与利用,树立消费者正确的观念和允许消费者价格选择权的享有,全方位及全过程地规制算法个性化定价这一新事物。

#### 参考文献:

- [1]戴双兴.数据要素市场为经济发展注入新动能[N].光明日报,2020-05-12(16).
- [2]陈晓红,李杨扬,宋丽洁,等.数字经济理论体系与研究展望[J].管理世界,2022,38(2):208-224+13-16.
- [3]孙宇.算法个性化定价:经济原理、实施风险与法律规制[J].南方金融,2023(7):56-68.
- [4]熊浩,赵晓岚,鄢慧丽,等.垄断势力视角下平台大数据杀熟的价格歧视机理[J].海南大学学报(人文社会科学版),2025,43(1):227-235.
- [5]梁正,曾雄.“大数据杀熟”的政策应对:行为定性、监管困境与治理出路[J].科技与法律(中英文),2021(2):8-14.
- [6]雷希.论算法个性化定价的解构与规制——祛魅大数据杀熟[J].财经法学,2022(2):146-162.
- [7]冯洁语.调整个性化定价的公私法协动体系构造[J].法学研究,2023,45(6):116-134.
- [8]喻玲,胡晓琪.定价算法权力异化、消费者损害与反垄断法规制的政策补强[J].华中科技大学学报(社会科学版),2021,35(6):97-107.
- [9]王锋.数字经济中个性化定价的法律规制[J].北京航空航天大学学报(社会科学版),2023,36(5):199-207.
- [10]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.
- [11]郑雪梅,邹粉菊,徐伟呈.数字经济、要素资源错配与企业产能利用率[J].南京财经大学学报,2023(6):90-98.
- [12]喻玲.算法消费者价格歧视反垄断法属性的误读及辨明[J].法学,2020,466(9):83-99.

- [13] 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[J]. 社会科学, 2021(1): 77-88.
- [14] 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.
- [15] 王晓晔. 论相关市场界定在滥用行为案件中的地位和作用[J]. 现代法学, 2018, 40(3): 57-69.
- [16] 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.
- [17] 王晓晔. 数字经济反垄断监管的几点思考[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(4): 49-62.
- [18] 承上. 数字平台剥削性滥用的反垄断规制[J]. 电子政务, 2022(4): 41-50.
- [19] 王先林. 竞争法学(第四版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2023.
- [20] 李剑. 平台经济领域的反垄断法实施 以经济效率目标为出发点[J]. 中外法学, 2022, 34(1): 44-63.
- [21] 马宇菲. 针对算法推荐的反垄断规制路径[J]. 中国政法大学学报, 2023(5): 170-185.
- [22] 周围. 算法共谋的反垄断法规制[J]. 法学, 2020, 458(1): 40-59.
- [23] 秦勇, 韩世鹏. 论算法共谋的认定标准与责任分配[J]. 上海金融, 2022(3): 59-67.
- [24] 王先林, 曹汇. 平台经济领域反垄断的三个关键问题[J]. 探索与争鸣, 2021(9): 54-65+178.
- [25] 殷继国. 人工智能时代算法垄断行为的反垄断法规制[J]. 比较法研究, 2022(5): 185-200.
- [26] BRAITHWAITE J. Restorative justice and responsive regulation[M]. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- [27] 王炳. 反垄断法实施中的行政指导滥用及其矫正[J]. 中国行政管理, 2019(3): 73-79.
- [28] KOKOLAKIS S. Privacy attitudes and privacy behaviour: a review of current research on the privacy paradox phenomenon [J]. Computers and security, 2017, 64: 122-134.
- [29] 程雪军. 超级平台算法价格歧视的反垄断规制[J]. 法治研究, 2023(1): 99-111.
- [30] 王先林. 平台企业的反垄断合规及其标准化建设[J]. 中国市场监管研究, 2022(8): 5-8.

(责任编辑: 刘淑浩; 英文校对: 谈书墨)

## Anti-monopoly Regulation of Algorithmic Personalized Pricing

QIAO Baojie, ZHANG Kaiwen

(School of Law, Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 201620, China)

**Abstract:** Algorithmic personalized pricing in the platform economy has attracted widespread attention both domestically and internationally in recent years, with mixed reviews. The economic attributes and effects of personalized pricing are quite complex and the primary focus of research. Algorithmic personalized pricing is a neutral pricing strategy, and the prevailing trend, both domestically and internationally, is to allow its existence, unless it is deemed illegal. Personalized pricing algorithms can produce a series of positive effects by estimating consumers' willingness to pay. However, the misuse of personalized pricing algorithms can lead to negative effects that distort market competition or infringe upon consumer interests. Additionally, antitrust enforcement agencies' limited understanding of the underlying logic of algorithms has led to a lack of effective regulatory and enforcement measures for algorithmic personalized pricing. This makes it difficult to quickly detect the negative impact of platform enterprises on market competition and the infringement of consumer interests. Enforcement agencies should adopt a regulatory philosophy that coordinates preemptive strategies with post-incident action primarily through Anti-monopoly Law of the People's Republic of China to address the challenges brought by algorithmic personalized pricing.

**Key words:** platform economy; personalized pricing; algorithm; price discrimination; anti-monopoly law