

算法驱动型差别待遇行为法律规制的 反思与完善

许丹琳*

摘要:数字经济时代下,智能化技术广泛应用于市场交易各类场景中,经营者对存量市场展开激烈争夺,算法驱动型差别待遇即是这一时代的产物。算法自动化决策工具的使用,使差别待遇的基本类型发生改变,须以主体市场地位与行为对象为标准进行重新分类。对行为法律规制现状进行考察与反思,可知现行法律制度存在应对的局限性与不适配等问题,应对行为的法律规制制度进行完善:一是通过反不正当竞争新路径的提出,构建起竞争法规制体系,并基于《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》对行为规范展开分析;二是促进各法律制度之间的有效衔接,统一适用路径,实现协同共治模式下制度的准确选用;三是完善算法驱动型差别待遇行为的反不正当竞争制度。

关键词:数字经济 算法驱动型差别待遇 反不正当竞争法 反垄断法

一、问题的提出

算法作为一种结构化的决策过程,能够根据输入的数据进行自动化、智能化计算,最终生成决策结果。在算法技术的支持下,经营者能够获得并处理更全面的市場信息,网约车平台、外卖平台、网购平台等运营效率不断提升,各种新业态、新模式更是不断形成,对经营者、消费者产生不可忽视的影响。如今,定价算法能够及时捕捉市场变化,帮助经营者以更低的成本、更高的效率作出最优定价;算法推荐能够帮助经营者根据消费者的习惯、偏好等进行精准推送,实现最优经营策略安排;而消费者也能在算法的帮助下,省却部分信息搜索与处理的时间。

毫无疑问,算法的应用产生了一定积极效果,使决策效率与决策质量均有所提升。但是,其应用领域的扩展和延伸导致的危机也层出不穷,^①诸如近年频发的“信息茧房”“大数据杀熟”等现象。尤其是“大数据杀熟”利用算法实施的价格差别待遇行为,对市场秩序已然造成损害,产生

* 贵州财经大学法学院副教授
基金项目:国家社会科学基金资助项目(22CFX007)

① 参见张欣:《算法解释权与算法治理路径研究》,《中外法学》2019年第6期。

竞争秩序失衡、消费者福利减损等不利后果,也给现有法律规制体系带来挑战。首先,利用算法实施的差异化对待是否都应当予以规制? 现有各项法律制度的适用效果如何? 其次,2022年11月22日国家市场监督管理总局公布的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》[以下简称《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》]新增第19条关于算法驱动型差别待遇行为的条款,将该种行为纳入反不正当竞争法的规制范围。但是,新增条款是否能够准确回应算法驱动型差别待遇行为的规制要求、其可适用性如何,还有待观察。最后,在多元化规制背景之下,如何重构系统性法律制度体系、实现制度间的协调与正确选择? 对以上问题的分析与探讨,也许能够为形成算法驱动型差别待遇行为的有效规制路径提供契机。

鉴此,笔者拟从算法驱动型差别待遇行为的内涵与基本类型展开分析,对不同法律制度的规制重点与规制乏力的因由进行考察并予以反思。通过构建反不正当竞争法规制新路径弥补制度阙如,对协同共治模式下的制度适用规则进行统一,可以促进反不正当竞争新制度的构建完善。

二、算法驱动型差别待遇行为的内涵与基本类型

在数字经济时代,市场环境发生改变,差别待遇行为主要表现为将数据收集、数据分析及数据推送等技术模块嵌入差别待遇行为之中,使之呈现出与传统差别待遇行为不同的表征,并赋予差别待遇行为新的内涵。当前,明确算法驱动型差别待遇行为的内涵,重新进行类型划分,能够为行为的正当性认定与规制的制度工具选择提供依据。

(一)算法驱动型差别待遇行为的内涵

算法驱动型差别待遇行为与传统差别待遇行为既存在相通性又具有差异性,其内涵的明确须从行为实施的基础工具和行为本身出发。首先,算法是差别待遇行为实施的基础工具。算法的本质是一种解决问题的计算过程,其计算所依托的是大数据。算法模型作为量化分析工具,能够处理并分析海量信息,使得数据价值急剧放大。^① 数据价值的放大能够促进数据规模、速度与种类的提升,算法技术也随之精进,虽然在一定程度上使决策更加高效、高质,但算法并不是完全价值中立的,隐含的价值立场使其具有可规制性。^② 由此,利用数据、算法实施的差别待遇行为即可能是需要规制的对象。其行为表现为通过对算法量化分析工具の利用,包括分析其他经营者或消费者的支付能力、消费偏好、交易习惯等,对它们进行标签化分组,用以进行个性化定价或个性化交易条件设置。其次,差别待遇行为的厘清。差别待遇行为是一种常见的经营策略,其概念内涵较为宽泛,既包括可能产生负面评价的行为,也包括可能产生正向效果的行为。它源自美国学者罗尔斯的差别原则。该原则往往适用于收入和财富的分配中,用于应对社会的与经济的不平等,以便使每个人都获益。^③ 可以说,经济法追求的社会公共利益目的、对弱者予以保护的价值观,都包含着合理的差别待遇。^④ 可见,差别待遇行为与否定性评价并不具有必然

^① 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23页。

^② 参见丁晓东:《论算法的法律规制》,《中国社会科学》2020年第12期。

^③ 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第5页、第60~62页。

^④ 参见江帆:《经济法实质正义及其实现机制》,《环球法律评论》2007年第6期。

联系,不能脱离行为背景与实施条件来单独讨论。此外,还应当明确差别待遇与价格歧视的关系。由《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第22条规定可知,差别待遇行为的内涵与外延大于价格歧视行为的内涵与外延,价格歧视是差别待遇的典型表现形式之一。

综上所述,可以认为算法驱动型差别待遇行为泛指市场中经营者利用算法工具,通过对条件相同或条件不同的其他经营者或消费者的各项数据进行量化分析,为其推送个性化价格、设置差异化交易条件或交易限制的行为。算法驱动型差别待遇的行为对象既包括经营者也包括消费者,行为目的具有多重性。其表现形式多样化,包括价格歧视与多种非价格歧视。值得注意的是,并非所有利用算法实施的差异化行为都具有违法性,在存量市场竞争激烈的当下,算法个性化推荐、定制搜索等手段的合理应用能够提升用户体验,基于成本、市场供需情况的动态定价能够提升定价效率。因此,为了防止算法的不当利用,有必要对可能造成市场竞争秩序损害、消费者福利降低、交易信任破坏等后果的算法驱动型差别待遇行为进行治理。

(二)算法驱动型差别待遇行为的基本类型

差别待遇行为并非数字经济时代市场所特有的行为,在传统市场中也存在“因人而异”的营销方式。传统差别待遇行为一般基于市场支配地位实施,主要由《反垄断法》第22条“禁止滥用市场支配地位”条款进行规制。但是,在数字经济时代,差别待遇行为也可以由不具有市场支配地位的经营者来实施,经营者利用算法破坏交易双方的自由博弈导致博弈锁定,使交易对手丧失议价空间与议价能力。^①例如,经营者利用数据优势、规则优势、用户黏性优势、流量优势等实施差别待遇行为,但这些因素并不必然等于市场支配力量。尤其是数据优势,当一平台企业拥有的优质数据达到“质”的标准时,即使在数据的“量”上不及其他经营者,也能实施差别待遇行为。因此,过去以主体市场地位作为单一主要标准选择法律制度的方式已然不能满足当下市场健康有序发展的需求,逐渐显现出既有制度的调整乏力等问题。为此,须调整行为分类的基本标准,结合主体市场地位、行为目的、行为表现、行为对象及损害后果等多重要素予以综合考量。具体而言,可以从以下两个主要方面对算法驱动型差别待遇行为进行分类,再辅以行为表现、行为目的、损害后果等要素进行分析,形成统一、简明的新标准:(1)以行为主体的市场地位为基本标准;(2)以行为对象为基本标准。如此,可以为制度重构中的路径选择提供基础支持,避免出现规则错配问题。

第一,以主体市场地位为标准可以将算法驱动型差别待遇行为分为两类:基于市场支配地位实施的行为和非基于市场支配地位实施的行为。在第一种类型中,行为基于经营者市场支配地位作出,算法并不会改变此类行为的性质与可规制性,只是改变了行为实施的方式或增加了可选择的技术工具。但是,在行为表现上,算法的应用使得经营者对交易相对人的排他效应和剥削效应较之以往更加明显。在排他效应方面,经营者滥用市场支配地位更易造成多重损害,即对经营者所在市场的一线竞争及交易对手所在市场的二线竞争都造成损害,产生严重的排除、限制竞争的后果。在剥削效应方面,更易达成对交易对手的利用和剥削,如无节制地对消费者的数据进行追踪和收集,使消费者剩余不断向经营者转移等。^②在第二种类型中,行为不基于经营者市场支配地位作出。算法使差别待遇行为的依据发生改变,各类新型因素都可以被经营者利用。其中,

^① 参见宁园:《算法歧视的认定标准》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2022年第6期。

^② 参见郝俊淇:《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。

用户黏性高、锁定效应强等问题可以通过促进互联互通得以缓解,但优质数据收集、信息不对称、规则优势滥用等问题以法律制度予以调整方能取得更好的效果。以信息不对称为例,过去一个决策的作出可能会面临较大的不确定性,决策者只能尽量增加自身的信息以减少这种不确定性,但效果因人而异。事实上,选中的结果不是不可回避的,其实只是一系列可能性中的一种可能。^①虽然科学技术的发展大幅减少了这种不确定性,但新技术并未能够让市场环境变得足够透明。体现在算法中,经营者可能以商业秘密为由拒绝公开其所掌握的算法技术,或采用极为复杂的方式和语言对算法进行解释。由此,面对掌握海量优质数据与尖端算法技术的经营者,其交易对手尤其是终端消费者通常不易查知其负面影响,^②消费者与经营者之间的信息偏差逐渐增大,陷入不利地位。^③可见,算法过程的不透明、算法技术的隐蔽性和解释困境增加了差别待遇行为治理的难度,使得经营者更易利用算法实施限制竞争或者不正当竞争行为。

第二,以行为对象为标准可以将算法驱动型差别待遇行为分为两类:对经营者实施的行为与对消费者实施的行为。在不同对象类型中,算法的地位与作用不尽相同,行为目的不同,迫使交易对手接受价格或非价格歧视的诱因也因此不同。在第一种类型中涉及多个竞争关系,且经营者类型还须进一步细分,行为实施的目的和后果评价可能具有多重性。在以经营者为对象实施的差别待遇行为中,在行为主体有市场支配力的情况下,算法技术更多地体现为一种实用性工具,帮助经营者更容易达成排除、限制竞争的目的。以大型互联网平台经营者为例,他们利用用户数据与算法等技术优势实施差别待遇,与平台内经营者、其他平台经营者、平台外经营者形成纵横交错的复杂关系,对横向市场与纵向市场的竞争秩序均有破坏。而在产生剥削效应或扭曲效应的情况下,须结合具体个案进行分析。由此,以经营者为对象的行为较为复杂,结合主体市场地位标准,对于不具有市场支配地位的经营者作出的行为进行分析,发现现有法律制度虽然能够规范其中一部分,但对制度工具的选择适用目前尚未形成统一认识。在第二种类型中,以消费者为对象实施的行为以获取消费者剩余为主要目的,算法技术是行为实施的必要性工具。在算法尚未应用时,对消费者实施的差别待遇行为并不必然产生损害后果,因此并非立法关注的重点。在算法应用后,行为表现虽无重大的形式改变,却开始产生实质性损害后果。现有研究既有针对算法规制的探讨,也有针对数字时代下具体权利保护和具体行为规制的完善建议,但尚未充分反映到各项法律制度中来,因而在适用时显现出一定的局限性。

三、算法驱动型差别待遇行为法律规制的现状考察与反思

我国对算法滥用规制的重视程度随着算法日趋频繁的运用与日俱增,自2018年以来,在相

^① 参见[美]肯尼思·J.阿罗:《信息经济学》,何宝玉、姜忠孝、刘永强译,北京经济学院出版社1989年版,第157页。

^② 参见李倩、[荷兰]尼尔斯·J.菲利普森:《人工智能驱动下算法价格歧视的反垄断规制:一个法经济学分析》,《财经法学》2023年第4期。

^③ 参见王先林、曹汇:《数字平台个性化定价的反垄断规制》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2022年第4期。

关法律法规的出台与修订中均有充分体现。^① 算法驱动型差别待遇行为的各类相关条款也在其中,尽管这在一定程度上缓解了经营者与其交易对手之间的失衡,但在适用中也存在问题。通过对法律规制现状进行反思,可知现有制度适用中存在法律规范分散、不匹配、局限性与缺乏协同性等问题,阻碍制度实施。^②

(一)对现有法律制度的考察

当前,多部法律法规中均有关于算法驱动型差别待遇行为的相关条款。而在以反垄断法为主的制度体系中,各法律制度间并未体现出较高的配合度,且各制度自身也存在一定的适用障碍。具体而言,我国涉及算法驱动型差别待遇行为的相关规范并不少,但法律位阶不同、可适用性不一,鉴于篇幅限制,在此仅对如下几类主要制度的适用进行考察。

第一,反垄断法律制度。实践中的差别待遇行为多由反垄断法进行规制,主要依据《反垄断法》第6条、第22条第6款及《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》)等。为强化反垄断和防止资本无序扩张,《平台反垄断指南》对《反垄断法》的适用规则进行了补充,在行为的构成要件、“条件相同”的认定以及规则适用除外等内容都进行了更为详细的说明,并在第11条中规定了认定市场支配地位时结合平台经济特点可考虑的相关因素。《平台反垄断指南》拓宽了反垄断规制的行为范畴与解释空间,与《反垄断法》结合适用,使制度效果得以提升。

第二,消费者保护法律制度。近年来,“大数据杀熟”成为互联网高频词汇之一,随着经营者依托大数据和算法对消费者进行个性化定价的能力提升,消费者剩余越来越多转化为经营者盈余。^③ 消费者保护视角下对此类行为的规范,主要适用《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第8—10条、第16条及第55条第1款的规定,以消费者权利、经营者义务及欺诈法律责任条款为主。此外,2024年2月23日通过的《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例》第9条规定了个性化定价的消费者知情权保障,第23条规定了经营者对消费者信息收集的限制。但是,现有相关司法裁判案例数量少,且仅有“胡红芳、上海携程商务有限公司侵权责任纠纷二审案”^④一例消费者方胜诉。虽然其他与“大数据杀熟”相关的案件并未得到有利判决,^⑤但是这种司法裁判的尝试仍然具有重要意义。

第三,个人信息保护法律制度。《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)的出台使个人信息保护问题得到前所未有的重视,其第24条规定了自动化决策的使用透明及拒绝机制(知情同意+选择退出),加强了对个人信息的保护力度。《个人信息保护法》与消费者保护法律制度均从数据收集阶段着手,加强对算法价格歧视的事前预防。同时以“赋权”为核心,强化了消费者的知情权,《个人信息保护法》更赋予消费者选择退出权,以对抗经营者对数

^① 参见殷继国、沈鸿艺、岳子祺:《人工智能时代算法共谋的规制困境及其破解路径》,《华南理工大学学报》(社会科学版)2020年第4期。

^② 参见段宏磊:《数字经济反垄断背景下链接封禁行为的规制路径》,《财会月刊》2021年第12期。

^③ 参见孙晋、王迪:《电商平台个性化定价行为的违法性界定及规制路径——基于动态定价行为和线下交易行为的比较视角》,《西北工业大学学报》(社会科学版)2022年第1期。

^④ 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2021)浙06民终3129号民事判决书。

^⑤ “刘权、北京三快科技有限公司侵权责任纠纷二审案”即是适例。参见湖南省长沙市中级人民法院(2019)湘01民终9501号民事判决书。

据和算法的滥用,其积极作用不言而喻。

第四,价格法律制度。从《中华人民共和国价格法》(以下简称《价格法》)第14条第5款的规范内容来看,《价格法》旨在规制不正当价格行为。禁止经营者对具有相同交易条件的其他经营者实施价格歧视,能够保障价格机制发挥良好作用,促进二线市场竞争的繁荣发展。

第五,电子商务法律制度。2018年颁布的《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)是我国推动互联网治理法治化的重要之举,对我国电子商务发展中的突出矛盾和问题作了较为系统的规定,^①其中即包含了算法推荐与差别待遇相关条款。《电子商务法》第18条的规定对缓解电子商务经营者与消费者之间的信息不对称具有积极意义,能够让消费者知晓商品或服务的推荐是否基于算法进行,赋予消费者自由选择是否采用个性化推荐的权利。

(二)对法律规制现状的反思

通过对相关法律及其配套制度的现实考察可以看出,我国现有法律制度对规范算法驱动型差别待遇行为具有一定的可适用性,并已取得一定实施效果。但是,通过考察法律适用发现,仍有如下问题亟待解决:(1)现行法律制度均存在局限性或不适配问题;(2)未形成完整的竞争法律制度体系;(3)法律制度间欠缺协调性。目前对制度工具的选择倾向于从实用性出发,可能导致适用缺乏统一标准或适用错误,从而影响制度效果。

1. 现有法律制度的适用困境

我国多部法律法规虽然从不同角度对算法驱动型差别待遇进行规定,但不同法律制度各有侧重,也存在各自的问题。《反垄断法》《价格法》《个人信息保护法》等呈现出法律制度适用的局限性,《消费者权益保护法》《电子商务法》等又呈现出规则适配性不足问题。具体而言:

第一,反垄断法律制度适用中存在3个难点。(1)市场支配地位的认定难。在反垄断执法和司法中,尚不能很好排除各项干扰因素,无法充分解决市场支配地位认定受到技术创新、双边市场、跨界营业和用户黏性等多重因素困扰的问题。^②(2)行为构成要件的判定难。适用《反垄断法》需要对各构成要件进行“事实性要素”判定,包括“相同产品”“不同交易价格或条件”与“条件相同”3个主要要素。^③算法增加了对以上要素的判定难度,尤其是对“不同交易价格或条件”的认定。一方面,在“不同交易价格”的认定中,算法动态定价客观上增加了认定难度,需考虑的因素更加复杂。另一方面市场中新商业模式与新规则组合层出不穷,增加了对“不同交易条件”的认定难度。(3)交易相对人的身份确认难。通常认为,交易相对人的身份确认以进行“交易”为前提,但新模式下有着不同的特点。例如,经营者提供免费软件、免费平台以获取增值为主要目的的“免费”模式,其中消费者与经营者、经营者与经营者之间是否建立起交易关系,是否存在交易行为,是否具有条款中“交易相对人”的身份,则成为另一难题。^④此外,对是否将消费者解释为“交易相对人”,目前研究虽更偏向作扩大解释,但也仍不乏质疑之声。综上,前述难点都直接或间接地反映出现行《反垄断法》介入门槛偏高的问题。

^① 参见金善明:《电商平台自治规制体系的反思与重构——基于〈电子商务法〉第35条规定的分析》,《法商研究》2021年第3期。

^② 参见邹开亮、王霞:《互联网平台市场支配地位的认定障碍与路径优化》,《价格理论与实践》2021年第4期。

^③ 参见许身健、郜庆:《反垄断视阈下的算法价格歧视问题》,《中国法律评论》2022年第3期。

^④ 参见段宏磊:《数字经济反垄断背景下链接封禁行为的规制路径》,《财会月刊》2021年第12期。

第二,消费者保护法律制度在法律适用的过程中面临多重障碍。包括:(1)消费者举证难;(2)缺乏请求权基础;^①(3)法律规范与算法驱动型差别待遇行为实际上不具有高度契合性,法律解释空间较大、难度较高,单独适用效果有限。因此,消费者保护法律制度虽然在一定程度上实现了算法价格歧视中对消费者保护的积极突破,但仍存在不同程度的局限性。

第三,个人信息保护法律制度“赋权”保障的方式并不一定能很好回应算法决策等带来的问题。^②在算法驱动型差别待遇行为中,《个人信息保护法》第24条中虽有规定“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”,但规范重点仍在于提高算法等技术的透明度,其本质仍是“救济法”而非“行为法”,因此对算法驱动型差别待遇行为的调整未达预期效果。

第四,价格法律制度的适用存在两个障碍:(1)《价格法》与《反垄断法》的相关规范具有相似性,都存在模糊性较强等问题。《价格法》出台时间较早且尚未修订,跟不上数字经济时代的发展步伐。(2)是否能够将“其他经营者”解释为“消费者”仍存疑。从《价格法》立法目的及法律文本来看,可能难以将“其他经营者”解释为“消费者”。如不能作此解释,针对消费者的价格歧视行为就难以得到价格法律制度的有效规制。

第五,电子商务法律制度存在两方面的缺陷:(1)《电子商务法》对消费者的选择退出机制规定较为笼统、可操作性不强。实践中经营者既不会主动告知推荐是否基于算法作出,更常将关闭个性化推荐的选项设置在复杂路径中,甚至要寻找“关闭攻略”才能关闭,导致消费者拒绝个性化推荐的通道不畅。(2)《电子商务法》第35条在一定程度上能对算法驱动型差别待遇行为有限制作用,但由于该条规定的构成要件等仍有不清晰之处,未能形成确定的判断标准。实践中,这一条款仅有适用于对平台经营者“二选一”行为进行处罚的相关案例,^③并没有适用于算法驱动型差别待遇行为规制的先例。

2. 未构建起完整的竞争法律制度体系

竞争机制是市场经济发展的关键之一,对市场秩序的维护能够促进竞争机制发挥作用。首先,算法驱动型差别待遇行为首先会对市场竞争秩序造成损害,加剧资源分配不公,破坏竞争的公平与自由。其次,也会对消费者权益与社会公共利益等造成损害,长期得不到有效规制更会导致市场经济发展速度减缓。综合现有制度来看,构建完整的竞争法体系无疑是在所有制度中力度最强、效果最佳的选择。具体来说,目前仅有反垄断法律制度的实施能够直接产生维护市场秩序的效果,而反垄断规制一方面如前述存在一定适用困境,另一方面体现出对时代回应性不足的问题。这是由于,现行《反垄断法》对差别待遇行为的规制以市场支配地位为核心前提,通常认为,因行为人不具有市场支配地位而不予禁止的行为,原则上应属于自由竞争的范畴。^④此前,仅靠《反垄断法》第22条已经能够充分应对。但如今,该条款涵盖的范围有限,虽然能够在一定程度上满足对无序扩张的平台经营者的规制要求,但是未能提供更为全面的竞争法系统性规制。

3. 现有法律制度间缺乏有效衔接

^① 参见赵海乐:《当权利面对市场:算法价格歧视的法律规制研究》,《华中科技大学学报》(社会科学版)2021年第3期。

^② 参见丁晓东:《论算法的法律规制》,《中国社会科学》2020年第12期。

^③ 参见郭亚丽:《深圳发布2022年度十佳典型案例》,《中国市场监管报》2022年12月21日。

^④ 参见孔祥俊:《网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于〈反不正当竞争法〉互联网专条的展开》,《现代法学》2021年第5期。

通过对现有法律制度的考察可知,关于算法驱动型差别待遇行为的相关法律规范存在大量交织重合的部分,行为能为多部法律所调整,依据不同法律制度所达到的效果不尽相同。前述主要法律制度中,属同一法律位阶的制度在适用上并无可遵循的先后顺序,目前也未形成统一的制度工具选择进路,因此可能出现制度选择的随机性与行为评价的不一致等问题。

从市场中频发的算法价格歧视行为来看,近年来实践中的制度选择多以消费者保护为优先考虑,但并未取得预期效果。其原因主要在于:一方面,《消费者权益保护法》《个人信息保护法》《电子商务法》的相关条款均存在一定的模糊性与抽象性,其配套制度补充作用亦有限。对这类条款的适用,在执法或司法过程中较为依赖裁量与解释,因而可能出现实用主义倾向,导致规则错配。因此,前述法律制度在实践中适用较少,且个案正义的实现对其他类案来说未必能够具有普遍的指导意义。另一方面,现有法律制度的选择方式忽略了整体效果的实现。在不同法律制度中,从规则适配性与规制力度来看,反垄断规制明显优于其他规制工具,但在适用中并未确定对《反垄断法》的优先考虑。尤其是在司法裁判中,鲜有涉及《反垄断法》的适用。^①而反不正当竞争路径的提出,更加剧了法律适用的复杂性。因此,要对市场经济发展需求作充分回应,须将各项法律制度进行有效衔接,形成系统性的法律规制路径。同时实现事前、事中、事后的全过程调节,有效进行预防、规制与救济。

四、算法驱动型差别待遇行为法律规制的制度完善

算法驱动型差别待遇行为条款的出台,是立法加速回应数字化发展与转型现实需求的表现。一方面,立法试图打破前述制度的规制困境,尝试形成系统性规定;^②另一方面,也使立法保护的竞争秩序更具时代性与国际性,^③更有利于“多法协同+多元共治”的格局。^④梳理制度适用关系、生成协同共治的具体进路,能够有效指引执法与司法中法律规范竞合时对法律依据的选择。当然,要实现与《反垄断法》的配合,发挥预期作用,差别待遇行为的反不正当竞争规则还须进一步完善。一是要解决行为的正当性判断问题,二是要优化和改进《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》“算法驱动型差别待遇”条款的适用规则。

(一)新路径的提出:作为不正当竞争行为的算法驱动型差别待遇行为规则

《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》增设了算法驱动型差别待遇专条规范。其第19条规定:“经营者不得利用算法,通过分析用户偏好、交易习惯等特征,在交易条件上对交易相对方实施不合理的差别待遇或者进行不合理限制,损害消费者、其他经营者的合法权益和社会公共利益,扰乱市场公平竞争秩序。”一方面,本次修订符合反不正当竞争立法的发展趋势与基本理念,有助于协同共治模式的构建;另一方面,就规范内容来看,在适用性上仍可以进一步提高。

^① 2020年至今,仅有6起涉及算法价格歧视的民事纠纷案件,主要以《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国电子商务法》作为判案的法律依据。

^② 参见孙晋:《数字经济时代反不正当竞争规则的守正与创新——以〈反不正当竞争法〉第三次修订为中心》,《中国法律评论》2023年第3期。

^③ 参见丁晓东:《互联网反不正当竞争的法理思考与制度重构——以合同性与财产性权益保护为中心》,《法学杂志》2021年第2期。

^④ 参见陈兵:《互联网新型不正当竞争行为法律适用疑难问题及完善》,《法治研究》2021年第6期。

就《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》算法驱动型差别待遇行为条款来看,要实现良好适用还须提升其可操作性,解决行为的正当性认定及规则对外泛化、对内失灵的问题。

第一,在行为的正当性认定上,须形成明确的判断标准。一直以来,社会各界对“大数据杀熟”现象不乏讨论与批判。“杀熟”二字带有明显的否定意味,折射出消费者因此产生的对知情权、公平交易权被侵害的感知,^①导致所有与个性化策略相关的行为都被蒙上负面色彩。算法的出现确实排除了传统经济中经营者无法充分获取消费者信息的障碍,改变了“同物同价”的传统定价模式。^②但是,在经济学理论中,即使表述为价格歧视,也并不带有否定色彩。一般认为,二、三级价格歧视能够提高消费者福利和市场效率,增加社会福利。^③算法应用于价格歧视中既可能产生前述积极作用,也可能带来系统性风险,影响个体、群体和社会的发展。^④概言之,利用算法的差异化策略并不总是会带来损害,“一刀切”式的规制方式并不可取。应当首先对差别待遇行为的正当性进行判断,以明确的判断标准为依据,才能正确辨别行为是否正当、是否会产生不利后果,最终得出是否需要规制的结论。

第二,反不正当竞争规则的适用检视。虽然反不正当竞争法的加入能够与既有制度组成更完整的行为规范体系,但是《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》算法驱动型差别待遇条款显然还存在以下适用模糊的地带,须逐一完善。

首先,在《反不正当竞争法》外部,该条款易具有泛化适用的倾向。须厘清《反不正当竞争法》与《反垄断法》之间的关系,在法律适用中审慎选择《反不正当竞争法》。该条款之所以具有泛化倾向,是因为:(1)《反不正当竞争法》易被误读为“兜底法”。实践中,《反不正当竞争法》长期被看作知识产权法、商标法等“兜底法”,其涉猎广且与其他法律交融甚多,为其他法律提供兜底保护。^⑤这种固有印象,容易影响《反垄断法》和《反不正当竞争法》在执法与司法中的正确适用,产生扩张适用结果。(2)《反垄断法》适用门槛高。新增条款的初衷,是为了解决数字时代下《反垄断法》对不基于市场支配地位实施的差别待遇行为的规制局限问题。在数字市场中认定市场支配地位具有一定困难,传统的“市场份额+辅助标准”参考要素不足,目前学术界也尚未提出切实可行的统一标准。结合其他要素认定,则存在自由裁量空间大、对执法者或司法裁判者要求高的问题。而《反垄断法》的适用又是以确切认定为前提。因此,在执法与司法中避开认定难题,泛化适用《反不正当竞争法》的倾向有迹可循,存在《反垄断法》被架空的风险。

其次,在《反不正当竞争法》内部,类型化条款与一般条款适用范围不清,存在算法驱动型差别待遇条款失灵的风险。一般认为,对新型不正当竞争行为进行类型化,有助于行政执法与司法裁判中的法律适用。类型化条款较具体,能为行为规范提供指引,增加适用的准确性与规制的有效性。而一般条款较模糊,具有普遍的包容性,能够免于列举的烦琐,同时增加充分考虑社会情势的空间。^⑥但就如2017年《反不正当竞争法》修订时新增的“互联网专条”一样,此类类型化条

① 参见喻玲:《算法消费者价格歧视反垄断法属性的误读及辨明》,《法学》2020年第9期。

② 参见李丹:《算法歧视消费者:行为机制、损益界定与协同规制》,《上海财经大学学报》2021年第2期。

③ 参见吴志艳、罗继锋:《算法价格歧视和顾客感知背叛》,《上海对外经贸大学学报》2022年第5期。

④ 参见[英]凯伦·杨、[英]马丁·洛奇:《驯服算法:数字歧视与算法规制》,林少伟、唐林焱译,上海人民出版社2020年版,第32~41页。

⑤ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法补充保护知识产权的有限性》,《中国法律评论》2023年第3期。

⑥ 参见宁立志、赵丰:《论反不正当竞争法一般条款的规范演进与司法适用》,《知识产权》2022年第12期。

款极易出现失灵,一旦出现失灵则可能涉及行为正当性判断失准及适用范围扩大等问题。^①事实上,向一般条款逃逸的现象在涉互联网不正当竞争案件中存在已久。在“互联网专条”增加前,新型不正当竞争行为不能与旧法中的类型化条款适配,因而一般条款的适用比例较高;在“互联网专条”增加后,由于法律文本组织技术上的失误,^②“互联网专条”中缺乏术语要素,^③以及基于从原则性规定切入裁判的习惯等原因,^④这一状态未有显著改变。在法律适用依赖一般条款的背景下,新增算法驱动型差别待遇条款也存在文本设置上的问题,因而会产生相同的担忧。

(二)协同共治模式下法律制度的选择进路生成

算法驱动型差别待遇行为源自《反垄断法》第22条中的“禁止滥用市场支配地位实施差别待遇”条款,却又呈现出与之不同的行为构成与法律属性。当经营者利用算法实施差别待遇后,这一行为客观上可被多部法律所调整。在不同法律视阈下,对同一行为可能具有不同的构成解释与属性认定,出现法条竞合。因此,须构建协同共治模式下法律制度的选择进路,厘清法律适用的复杂关系,生成统一适用规则,加强各种法律制度之间的协调性。

首先,根据对算法驱动型差别待遇行为的治理目的,确认竞争法的适用优先性。实践中,算法驱动型差别待遇行为的可适用条款不少但适用效果不佳,制度设计缺乏统一性。在规范选择时,应充分考虑损害的链式反应效果,并考虑对哪一相关法律制度进行优先适用更能取得最优结果。在多种利益的损害中,市场竞争秩序的破坏更易产生损害的链式反应,因此对竞争法的优先适用更能实现效果最大化。这是由于,价格机制、消费者利益、社会公共利益等利益受损都与行为对市场竞争秩序的破坏有紧密联系。竞争作为市场经济的核心要素之一,竞争秩序遭到破坏易导致市场运行整体受到不利影响。如果优先选择适用消费者保护法律制度,而不率先考虑市场竞争秩序的修复,其最终效果会较为有限,消费者甚至会很快再次陷入利益受损的困局中。

其次,增强与其他法律制度的衔接。(1)算法驱动型差别待遇行为的相关法律制度间存在冲突性竞合与非冲突性竞合,须梳理其中的关系。具体来说,当法律之间出现冲突性竞合时,仅能根据干预需要选择其一;当法律之间出现非冲突性竞合时,其他法律制度能在竞争法无法发挥作用时作为补充规制手段适用。(2)各项制度能够在行为实施的不同阶段发挥作用,通过有效衔接实现全链条治理。在实践中,可以根据不同立法的目的与功能,将法律制度与行为阶段相联系。例如,《个人信息保护法》能够解决源头的信息获取问题,具有事前预防作用。当然,针对行为的法律适用充满复杂性,应当根据不同情况,结合立法目的、功能、价值与市场发展需求等多种要素进行综合考虑,并接受实体公平与实质正义之检验,方能实现对行为的有效治理。

(三)算法驱动型差别待遇行为的反不正当竞争法律制度的改进与完善

反不正当竞争法律制度要发挥其预期作用,须解决以下两个问题:(1)算法驱动型差别待遇行为的正当性认定标准模糊问题。竞争行为的正当性判断是反不正当竞争法的核心要件,也是反不正当竞争规则适用的基础。(2)规则可操作性欠佳问题。应当明确《反不正当竞争法》的适

^① 参见陈耿华:《反不正当竞争法一般条款扩张适用的理论批判及规则改进》,《法学》2023年第1期。

^② 在组织技术上,类型的建构通常借助于例示法,既给出评价标准,又列出其典型的实践样态。参见谢晓尧:《法律文本组织技术的方法危机——反思“互联网专条”》,《交大法学》2021年第3期。

^③ 参见谢晓尧:《法律语词的意义寻绎——以〈反不正当竞争法〉为文本》,《知识产权》2022年第6期。

^④ 参见陈兵、徐文:《优化〈反不正当竞争法〉一般条款与互联网专条的司法适用》,《天津法学》2019年第3期。

用边界,防止制度的泛化适用,并对规范进行准确解读,防止类型化条款失灵。

1.反不正当竞争规制中行为正当性判断的三维基准

一般认为反不正当竞争法源自侵权法,^①各国反不正当竞争法或多或少都有侵权行为法的底色。^②在我国,《反不正当竞争法》也经历了从“私”转向“公”的变化过程。保护法益的增加、价值取向的重述与制度理念的转变,都标志着《反不正当竞争法》在不正当竞争行为规制中的适用转型。综上,《反不正当竞争法》具有独特的架构与灵魂,其对行为正当性的判断应从受保护的法益、价值取向衡量与行为判断范式3个维度来展开,^③并结合《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第21条规定的参考因素考量。

第一,多元利益衡量标准的构建。反不正当竞争法的现代化首先反映在立法所保护的法益的变化中。从2017年《反不正当竞争法》第一次修订到2022年《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》公布,在法益保护上,基本形成“三元叠加”的保护对象,即市场竞争秩序、消费者利益和社会公共利益;在竞争损害上,损害对象也变更为前述三元利益。^④数字经济时代下,判断竞争行为正当性的基本依据初步形成,在认定时需要对不同利益进行衡量。^⑤具体到算法驱动型差别待遇行为的正当性判断中,须对规范中的保护对象进行明确,结合市场竞争秩序、消费者、其他经营者与社会公共利益等多重利益进行平衡考量。实践中,在针对消费者实施的算法驱动型差别待遇行为中,消费者利益要素具有一定的复杂性,使得利益衡量有出现偏差的可能。根据分析,算法推荐能够产生正面效应,如提升经营者推广效率、降低消费者搜索成本等;也能产生负面效应,如增加用户黏性、形成“信息茧房”等。对前述利益进行衡量后可以认为,多数算法推荐总体上不会产生严重实质性损害。同时还可以通过给算法服务者增加积极义务的形式,提高算法透明度,减少负面效应。^⑥因而对算法推荐的正当性认定可以更加包容。

在经营者实施的算法驱动型差别待遇行为中,正当性判断也应遵循前述规则。例如,对经营者自我优待行为的正当性判断同样需要进行充分的利益衡量。在作出判断时,必须对其损益进行分析:在正面效应上,自我优待属于经营者纵向一体化发展的产物,而纵向一体化是经营者扩大自身市场力量的常见方式,^⑦能够促进效率提升。在负面效应上,自我优待会形成对其他经营者的歧视,包括给予不同价格条件、实施阻碍措施、诱导接受不合理条件、强制“搭便车”等,^⑧经营者可以借此获得不正当竞争优势。可见,自我优待易造成对市场竞争秩序、消费者利益与社会公共利益的损害,综合多重利益考量后可被判断为不正当。早期针对自我优待的探讨多集中于反

^① 参见叶明、周珊珊:《互联网领域〈反不正当竞争法〉一般条款司法适用实证研究》,《竞争政策研究》2022年第6期。

^② 参见谢晓尧:《论反不正当竞争法的性质》,《政法论丛》2022年第6期。

^③ 参见孔祥俊:《理念变革与制度演化:〈反不正当竞争法〉30年回望与前瞻》,《知识产权》2023年第7期。

^④ 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法修订的若干问题——评〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案)〉》,《东方法学》2017年第3期。

^⑤ 参见廖建求、陈锦涛:《网络不当干扰行为的认定标准:学理与裁判的双重视角》,《湖南科技大学学报(社会科学版)》2021年第2期。

^⑥ 参见许可:《算法规制体系的中国建构与理论反思》,《法律科学》(西北政法大学学报)2022年第1期。

^⑦ 参见杨东、李子硕:《监管技术巨头:技术力量作为市场支配地位认定因素之再审视》,《学术月刊》2021年第8期。

^⑧ 参见郝俊淇:《从传统经济到数字经济:差别待遇反垄断规则的改进》,《中国市场监管研究》2022年第3期。

垄断视阈,并非所有的自我优待行为都基于市场支配力实施,^①如不具有市场支配地位的经营者在实施自我优待行为,产生对利益的多重损害,可由反不正当竞争法予以调整。

第二,价值取向衡量的标准重述。商业道德是竞争行为正当性判断的另一重要要素,在《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第21条第3款中作为考虑因素予以确认。但是,由于商业道德这一概念语义内涵较为模糊,不同行业之间对商业道德的解释也可能大相径庭。其抽象性、模糊性加上智能化技术的高度复杂,增加了对商业道德认定的不确定性。^②

对商业道德标准的正确适用,是建立在对其正确解释的基础上的,即商业道德应该与一般伦理道德、日常道德等区分开。具体到“算法驱动型差别待遇”条款,商业道德标准也占据重要地位。在行政执法或司法裁判中对“歧视”“不合理”的认定上,就可能依赖商业道德标准给出判断。例如,算法推荐是经营者采用的新经营策略或新经营模式,符合市场交易中经营者应当具有的商业道德的基本要求,并不能因为有差别对待的行为,就简单认为这种差别对待属于有“歧视”“不合理”范围。而利用算法不基于成本、市场供求状况等要素进行的歧视性定价,虽然形式上类似,实则与前述算法推荐不同。这类行为既违反了“明码实价”的商业道德,也违反了“熟客低价”的商业惯例,^③显然具有不正当性。

第三,行为判断范式的转型。反不正当竞争法是行为法,重在根据行为特征判断正当性,不同于设权性法律以特定权利是否被侵害为主要考量因素。^④基于这一属性,反不正当竞争行为判断范式发生转型,从早期的“权利侵害说”发展到如今的“规范违反说”,^⑤这种转变在制度理念上有直接体现。《反不正当竞争法》在修订中加入消费者利益与社会公共利益作为考量因素,使《反不正当竞争法》逐渐摆脱了原有针对竞争者利益的单一“权利化”考量形式,使竞争行为的正当性判断范式从“保护竞争者”转变为“保护竞争”。^⑥新的行为判断范式既构建起新的利益衡量框架,强调动态的正当性判断;又实现了行为正当性判断中以竞争关系作为起点的突破,并确定损害中性这一认定原则,避免不正当竞争行为的扩大化挫伤市场发展的积极性。首先,在竞争关系上,算法驱动型差别待遇条款已然改变了过去以竞争关系认定为起点的判断方式。事实上,《反不正当竞争法》本身并无预设竞争关系的前提限制,修订恰恰是回归法律规定和立法本意。^⑦当然,竞争关系仍然是一个重要考虑因素,但不再是考虑的起点或必需因素。对算法驱动型差别待遇行为的正当性判断也不以存在竞争关系为基础,应让竞争行为本身得到更多关注。其次,在对损害的认定上,新判断范式以损害中性为原则。在新范式之下,正当性判断不以产生损害为主要标准或者唯一标准。因为市场竞争必然产生损害,这种损害一般认为是中性的,是不带有任何底色与基调的。只有产生特定损害,或结合多元利益与因素考量后方能认定行为的不正当性。^⑧

① 参见侯利阳、贺斯迈:《平台封禁行为的法律定性及解决路径》,《财经法学》2022年第3期。

② 参见蔡琳、吴若雨:《反不正当竞争法视域下平台算法的法律规制》,《科学决策》2022年第12期。

③ 参见雷希:《论算法个性化定价的解构与规制——祛魅大数据杀熟》,《财经法学》2022年第2期。

④ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理·原论》,法律出版社2019年版,第161、226页。

⑤ 参见龙俊:《反不正当竞争法“权利”与“利益”双重客体保护新论》,《中外法学》2022年第1期。

⑥ 参见张占江:《不正当竞争行为认定范式的嬗变——从“保护竞争者”到“保护竞争”》,《中外法学》2019年第1期。

⑦ 参见孔祥俊:《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》,《东方法学》2018年第1期。

⑧ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理·原论》,法律出版社2019年版,第226~227页。

在算法驱动型差别待遇行为的正当性判断中,也须结合新范式进行认定,不能仅凭损害就认定行为不正当。

2.明确《反不正当竞争法》的适用边界

明确《反不正当竞争法》的适用边界,能够解决《反不正当竞争法》适用的外部问题,厘清其与《反垄断法》之间的关系,避免反不正当竞争路径的泛化适用,也能为规则选用提供确定指引。具体而言,应以前述行为对象标准为主,结合实施主体的市场地位条件标准,构建两法的规范适用逻辑。结合行为基本类型与行为目的,可分别确定不同类型下行为的规范制度选择。一方面,对基于市场支配地位实施的差别待遇行为,可以认为行为的构成要件与正当性判断符合《反垄断法》的规范内容。另一方面,对非基于市场支配力量等新型因素实施的差别待遇行为,从行为调整的目的与功能实现来看,《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》更加契合行为规制的需要。

综上,根据对象的不同,将行为实施的对象区分为其他经营者与消费者,其中其他经营者又可进一步细分为平台内经营者、平台外经营者,由此可形成经营者对平台内经营者实施的行为、对平台外经营者实施的行为及对消费者实施的行为3类行为。3类行为的制度选择各有侧重:第1类以平台内经营者为行为对象,应优先考虑《反垄断法》的适用。仅在确认经营者确无市场支配地位,仅利用数据、算法、规则等优势的情况下可以适用《反不正当竞争法》。在经营者既有市场支配地位,又存在利用数据、算法等优势实施行为的情况下,仍应优先适用《反垄断法》。这样能够防止由于《反不正当竞争法》适用门槛低可能导致的《反垄断法》被悬置,也体现对《反不正当竞争法》适用的严格限制,防止制度适用扩大化。在第2类、第3类中,针对平台外经营者与消费者实施的行为也根据经营者是否具有支配力选择适用《反垄断法》与《反不正当竞争法》。以《反垄断法》的优位适用、《反不正当竞争法》的次位适用为原则,根据行为类型进行制度的灵活选择,审慎规制算法驱动型差别待遇行为,既保证有效治理,也避免《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》中的“算法驱动型差别待遇”条款成为“口袋”条款。

3.细化规则提升类型化条款的可适用性

《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》在对原有规则进行完善的基础上,又新增3类新型类型化条款,旨在解决类型化条款失灵与一般条款泛化的问题。要实现此目的,必须基于对竞争行为构成要件与反不正当竞争法的功能定位及法律属性进行客观理性解读。

首先,须阐明算法驱动型差别待遇条款的适用条件,细化解释规则。类型化条款的有效适用应当满足如下几个条件:(1)保证条款的灵活性。算法驱动型差别待遇条款应具有一定的涵摄性,采取“概括+列举+兜底”的方式对算法技术的使用进行规定,基本可以涵盖算法的主要用途,并留有一定的解释空间,能较好应对由于技术进步产生的新情况。(2)条款的解释应当包容审慎。在交易对象的条件上,新增条款未设“条件相同”这一前提性要件,与《反垄断法》对差别待遇的规范描述存在不同。虽然摆脱“条件相同”的认定限制能够降低规范解释的难度;但也降低了制度适用门槛,且对条件不同的交易相对人实施行为的判断不确定性会提高,须秉承包容审慎的解释与适用原则。(3)适用相关条款时应当对行为构成要件作必要说明。实践中存在将类型化条款与一般条款内在分析体系进行混合适用的情况,忽视类型化条款的构成要件说明,可能导致条款的片面适用。^①因此,在“算法驱动型差别待遇”条款适用时,应当加入对构成要件的一般

^① 参见杨同宇:《论反不正当竞争法一般条款的适用逻辑》,《中国政法大学学报》2021年第2期。

性说明要求,防止在法律适用中与一般条款进行随意嫁接,确保条款的准确适用。

具体来说,算法驱动型差别待遇行为是否能够由反不正当竞争法有效调整,条款是否具有较高可适用性,都是建立在对法律规范中行为构成要件的正确解释这一基础之上的。基于《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第19条的规范内容,算法驱动型差别待遇行为的基本构成要件包括:(1)主体上需满足“经营者”主体要件;(2)行为上需满足“利用算法”“实施不合理的差别待遇或者进行不合理限制”等行为要件;(3)后果上需满足“损害消费者、其他经营者的合法权益和社会公共利益,扰乱市场公平竞争秩序”等后果要件。对以上要件分别分析可知:(1)主体要件中“经营者”的判断相对简单,其内涵宽泛,不涉及市场地位认定也不存在对象限缩,市场上的经营者几乎都可满足这一要件。(2)后果要件的判断有一定难度。判断涉及对损害的评估及对不同价值的衡量,如果行为造成多种利益严重受损,即使在一定程度上提升经济效率,仍须加以禁止。值得注意的是,多重损害并非必然同时出现,可能以不同组合形式出现或单独出现,在对规范进行解释时须具有灵活性。(3)行为构成要件的判断最为复杂。行为构成要件可进一步细分为两个部分,即算法工具的使用与实施差别对待。在“利用算法”方面,判断通常较为简单、直观。在“实施不合理的差别待遇或者进行不合理限制”方面,难点主要集中于对“不合理”的解释,结合实践经验,立法修订过程中可进一步明确“不合理”的认定条件,即在既有的商业道德、商业惯例等条件基础上,加入行为限度与行为效果条件。综合以上认定条件,结合个案进行分析,并对举证责任进行合理分配,降低对“不合理”的解释难度。

其次,进一步厘清类型化条款与一般条款的适用关系,进行规则适用排序。在司法裁判中,将类型化条款与一般条款并列适用或优先适用一般条款的情况并不鲜见。但事实上,当类型化条款可以用作相关行为的规制依据时,即不再需要一般条款的重复性适用。^①为解决这一问题,在对算法驱动型差别待遇行为的反不正当竞争法律适用中,应厘清类型化条款与一般条款的关系,按照类型化条款的优位顺序进行适用。这是因为,在两者关系上,应当认为类型化条款与一般条款是特殊与一般或规则与原则的关系。在执法与司法中,对具体行为进行规范,应当遵循穷尽规则方能适用原则的规定,探寻算法驱动型差别待遇专条的可适用性,仅当类型化条款不能准确适用时,方可选择适用一般条款。^②

五、结 语

大数据与智能化技术已经深度融入我们的社会经济生活,成为不可分割的一部分,技术的迭代变革也时刻影响着市场经济发展对政策与制度的需求。在技术进步的推动下市场中不断形成新业态、新模式,随之也会产生新问题。将算法技术应用于市场交易中,虽然在一定程度上具有提升效率的正面效果,但是也会有妨碍市场竞争秩序、损害消费者与其他经营者合法权益的负面风险。算法驱动型差别待遇即是如此。算法的利用使经营者实施的差别待遇行为发生显著变

^① 参见黄武双、谭宇航:《电子商务平台“二选一”行为的反不正当竞争法规制》,《电子知识产权》2021年第5期。

^② 参见叶明、张洁:《反不正当竞争法视角下互联网平台屏蔽行为的违法性认定研究》,《中国应用法学》2020年第4期。

化,现有法律规制显现出局限性。《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》展现出对市场竞争秩序之外其他利益的充分关注,算法驱动型差别待遇行为条款的增加,既是对市场发展需求的回应,又是突破规制局限的切入点。针对这一规则是否具有可行性,是否能够与《反垄断法》及其他法律制度相协调构建起系统性规制路径,本文进行了初步探讨。但是,《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》中的行为条款现在仅初具雏形,要促进条款的落实,实现对多元法益的保护与有效应对市场的动态变化,还须在未来展开更为详细审慎的分析。

Abstract: In the era of digital economy, intelligent technologies are widely used in various market transaction scenarios, with operators constantly vying for the existing market, making algorithm-driven differential treatment a product of this era. The use of algorithmic automated decision-making tools has changed the basic types of differential treatment, necessitating a reclassification based on the market position of the subject and the object of the action. An examination and reflection on the current legal regulation reveal that existing legal systems. Have limitations and issues of incompatibility. To address these challenges, the legal regulation system should be improved: firstly, by proposing new paths against unfair competition, a regulatory system under competition law can be established, and an analysis of behavioral norms can be conducted based on the Regulation of Anti-Unfair Competition (Revised Draft for Comments); secondly, by promoting effective linkage between various legal systems, unifying the application path, and realizing the accurate selection of systems under a coordinated governance model; thirdly, by improving the system against unfair competition driven by algorithmic differential treatment.

Key Words: digital economy, algorithm-driven differential treatment, anti-unfair competition law, anti-monopoly law

责任编辑 翟中鞠