

互联网背景下社区团购的经济法规制

段 蔚^{*}

摘 要:社区团购的实质是线下店铺团购服务的线上化。社区团购在沿袭传统零售模式的基础上,充分发挥自身成本低、效率高等优势,短时间内快速发展并获得了巨额融资。不过,资本的逐利本质导致社区团购的发展存在“低价倾销”、大数据“杀熟”两类主要问题。这就要求我们对社区团购进行经济法规制。对社区团购的经济法规制应当在谦抑规制理念下进行。在经济法规制的体系设计中应注重激励与控制的有效平衡:对社区团购的积极效应予以鼓励促进,对社区团购的消极效应予以限制禁止。在规制过程中,应着重把握平台商品价格、平台责任承担以及平台运行监督,实现平台自身、行业协会和监管部门“三方共治”,构建社区团购健康、有序、高质量发展的法律框架。

关键词:传统电商 社区团购 低价倾销 大数据“杀熟” 谦抑规制

一、问题的提出

当下,社区团购作为一种全新的以数据和技术为驱动的新零售经济模式,不仅创造出强大的创业潜力、就业能力和经济价值,而且给社会、文化等领域带来深刻的改变。社区团购的发展经历了起步、发展和完善3个阶段。2014年,社区团购第一次出现在武汉市、长沙市等地,各地小区团长通过微信、QQ群等社交软件收集住户的蔬菜生鲜等购买需求,搜集完成后集中下单隔日进行统一配送,而团长在这一阶段发挥了不可替代的作用,这便是社区团购的雏形。2016年,兴盛优选开创了“线上预售+门店自提”的社区团购新模式,^①从而迅速发展并占领市场。2020年,社区团购凭借综合成本低、流量入口大的优势,迅速成为风口上的宠儿,其发展模式也日趋完善:

^{*} 中南财经政法大学法学院博士研究生

基金项目:湖北省人大(常委会)省部级课题项目(HBRDYJKT2019121)

^① 参见柳斯:《兴盛优选,一个阿里美团拼多多都在模仿的独角兽》, https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1644752755&ver=3618&signature=5jMpQ2ccb2tZTyWOWTNViQ5-CS0yMI-IQyeonZDIYsy91ExuINrmwWag*rS7iLcemb05Vj2yRIx-1D2yc38sLMvkzIfKcmXJgyZnKTGwpL9ec9uT3kqDmmBBT18udl&new=1, 2022-01-10。

兴盛优选、十荟团等社区团购公司融资金额屡创新高,^①美团、阿里巴巴等互联网巨头也高调入局。在巨额补贴之下,各团购平台实现了迅猛增长。该阶段在团长推广的基础上增加了实体连锁店开展社区团购业务,即“前置仓+零售”成为社区团购的商业新业态。另外,线上微信小程序和各平台手机软件的完善,使商品种类、展示方式更加多样化;线下实体连锁店的开展不仅能够吸引消费者到店消费,而且还为线上下单的消费者提供了“自提服务”,节省了原有的物流配送费用。在“线上流量+线下交付”的双重低成本优势下,经营者也使消费者获得了更多的购物模式选择。^② 不过,人们担心社区团购无规则的发展会加剧互联网巨头的垄断,并对消费者的合法权益和传统市场的稳定秩序造成冲击。于是,2020 年 12 月,江苏省南京市市场监督管理局发布了《电商“菜品社区团购”合规经营告知书》,率先规范社区团购市场,重点强调平台经营者应当“有序竞争”和“诚信经营”。^③ 国家市场监督管理总局也于 2020 年 12 月 22 日联合商务部召开规范社区团购的会议,要求互联网平台遵守“九不得”^④规定,严肃指出当前社区团购存在的低价倾销及由此引起的挤压就业空间等突出问题。

总之,社区团购作为全新的零售经济模式,有序的发展可以降低交易成本、提高社会运行效率;无序的发展则不利于激发全社会的创造活力,也不利于平台经济的创新发展。而经济法作为社会责任的本位法,无论责任内容如何变化,都集中体现了经济法的社会责任本位理念。^⑤ 鉴此,在经济法谦抑性规制理念下,运用经济法对社区团购的规制体系进行设计,使用激励与控制两类规制工具,既要鼓励、促进社区团购社会公益性功能的充分发挥,又要有效遏制、控制其对现有市场经济秩序的冲击和破坏,实现激励与控制的有效平衡,从而更好地促进社区团购健康、有序、高质量的发展。

二、社区团购经济法规制的法理基础

(一)社区团购经济法规制的合理性

经济法是调整具有全局性、社会公共性的需要由国家干预的经济关系,以维护正常的私权市场秩序,建立公权对私权合理介入的以经济法律秩序为内容的规范性法律文件的总和。^⑥ 经济法凭借调整目标和干预手段的特殊性,使得不同群体能够在社会中获得相对公平。不仅如此,随

① 相关资料显示,2021 年上半年兴盛优选获得 31 亿美元融资,十荟团获得 7.5 亿美元融资。参见赵兵辉:《社区团购退潮还是重生?》,《南方日报》2021 年 9 月 24 日。

② 参见王成荣、王春娟:《“后新冠时代”加快智慧型社区商业服务体系建设的思考》,《商业经济研究》2020 年第 12 期。

③ 参见宁市轩:《南京发布电商“菜品社区团购”合规经营告知书》,http://jsmews.jschina.com.cn/nj/a/202012/t20201212_2688120.shtml, 2022-01-10。

④ “九不得”具体为:不得滥用自主定价权、不得违法达成垄断协议、不得滥用市场支配地位、不得违法实施经营者集中、不得进行虚假宣传等不正当竞争、不得利用大数据“杀熟”、不得利用技术手段进行不正当竞争、不得非法收集消费者个人信息、不得销售假冒伪劣产品。参见班娟娟、王文博:《两部门出手规范社区团购 要求互联网平台“九不得”》,《经济参考报》2020 年 12 月 23 日。

⑤ 参见张继恒:《从“规范教义”到“法理守则”:经济法学研究之转型》,《法商研究》2015 年第 5 期。

⑥ 参见李昌麒主编:《经济法学》,法律出版社 2018 年第 3 版,第 53~56 页。

随着社会情势的不断变化,社会期盼经济法能够提供行之有效的应对策略,^①实现经济法以“整体主义”思考社会利益的具体举措。^②而在经济法对社区团购的规制中,就规制逻辑而言,经济法规制贯穿于社区团购的全过程,包括事先、事中与事后规制,并非只着眼于对行为后果的处罚;就规制手段而言,市场调节与政府适当进行干预两者相结合,可填补社区团购规制的模糊与空白地带;就规制所保护的对象而言,对社区团购所涉及的主体的规制可进行无差别全覆盖。面对社区团购的蓬勃发展,互联网巨头都争先在该领域布局。但在高速发展的同时,团购市场也出现了诸多问题。有学者指出,市场的运行就像没有大脑和心脏的主体,难免会迷失方向。而经济法可以凭借自身的制度设计,为市场安装“大脑”和“心脏”,弥补其缺憾。^③

经济法之所以能够规制社区团购,主要是因为:第一,经济法作为多元主体之法,调整主体涉及政府、社会中间层主体和市场主体。^④相较于民法和行政法,经济法涉及的主体既包括民法中的法人和自然人,又包括行政法中的行政机关,这种多元主体之法契合社区团购的法律规制。第二,经济法作为克服市场失灵之法,是国家运用公权力对市场失灵进行干预之法,其优势直接源于国家对公权力的运用。而民法、行政法在克服市场失灵的过程中具有自身不可逾越的局限性,因此经济法是克服市场失灵的最佳选择。^⑤在克服社区团购的市场失灵方面,经济法的谦抑性规制理念与激励和控制两类规制工具可以发挥重要的作用。第三,经济法作为社会本位之法,所追求的价值目标是增进社会的整体利益。这与社区团购的社会职能即保障人们生活需求和提供大量就业机会相契合。

(二)社区团购经济法规制的谦抑性

在我国,谦抑性理念最早由刑法学界从日本引入,后被行政法学界接受。但谦抑性不是仅适用于刑法和行政法的理念,作为公法属性较强的经济法,学界对其理论早有研究,只是冠以“适度”“适当”和“有限理性”之名予以研究,认为“市场一般能够自我消化、自我解决市场失灵问题,政府干预理应秉承克制态度,至少在合法性、合理性和竞争性三个维度上规范约束政府干预”。^⑥易言之,谦抑性干预理念与经济法有限理性具有异曲同工之妙。

经济法谦抑性干预理念的基本内涵在于,将国家干预以一种克制和谦逊的方式嵌入市场失灵的边界划定当中。^⑦其从正面回答了政府与市场之间的关系,明确了市场在资源配置过程中的决定性作用。具体而言,谦抑干预分为4种情况:(1)市场尚未失灵,不应当进行国家干预;(2)市场发生失灵,国家干预也要依附于市场机制发挥作用;(3)市场失灵程度降低或停止失灵,国家干预应缩小强度或及时退出;(4)在既有经验和理性无法判断某一领域是否出现市场失灵时,应

① 参见刘大洪、郑文丽:《政府权力市场化的经济法规制》,《现代法学》2013年第2期。

② 参见刘大洪:《经济法学》,中国法制出版社2007年版,第29页。

③ 参见李昌麒主编:《经济法学》,法律出版社2018年第3版,第28页。

④ 参见李友根:《论经济法主体》,《当代法学》2004年第1期。

⑤ 参见李昌麒、应飞虎:《论经济法的独立性——基于对市场失灵最佳克服的视角》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)2001年第3期。

⑥ 参见孙晋:《经济法视角下政府经济权力边界的审读——以政府职能转变为考察中心》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2014年第2期。

⑦ 参见刘大洪、段宏磊:《谦抑性视野中经济法理论体系的重构》,《法商研究》2014年第6期。

当提前对市场未发生失灵进行假设,而暂不进行国家干预。^①

伴随社区团购的发展,人们的需求也呈现出多样化、便利化等特点,人们的需求通过“线上线下”相结合的动态方式得以实现是社区团购的主要特征。“任何社会的法,总意味着某种理性和秩序。”^②根据经济法的谦抑干预理念,在社区团购的经济法规制中,首先要尊重社区团购的发展规律,强调市场自身的调节作用。当社区团购模式处于低效的非理想状态时,就需要外部力量即政府的介入,且政府的介入与干预须坚持正当、适度与适时原则,避免越位、错位和缺位。应在加强对市场的多元治理下,保证政府的有效监管。

因而,处理好政府与市场两者之间的关系是经济法规制社区团购的必然要求,也是在市场的自发调节与国家的干预中间寻求一种平衡,让“看不见的手”与“看得见的手”在社区团购的经济法规制中有效结合和运用,从而发挥各自的优势,避免“干预”与“自由”两者走向极端。这恰切地阐释了社区团购之经济法规制的谦抑性要旨。

(三)社区团购经济法规制的理念:激励与控制的有效平衡

古典经济学理论认为,市场机制完全可以解决市场中的任何问题,政府应当市场中扮演“守夜人”角色。^③然而,实践表明市场在资源配置中也会“失灵”,因此,如何使国家正当、适度干预经济,克服市场失灵,是当下经济法学研究的主题。当代中国经济法学的制度设计是“双手并用”机制,“一只手”是围绕市场的“无形之手”,“另一只手”是围绕政府的“有形之手”,对未来政府和市场可能存在的“两个失灵”将发挥各自的作用。^④当各类不同的市场经济法律关系存在于现实社会当中时,市场失灵若未发生或者发生程度较低,则应当遵循市场机制,对国家干预应当谨慎使用;否则,贸然使用刚性的“有形之手”来干预经济将会适得其反,可能诱发“泛干预主义”,最终导致政府失灵。简言之,只有当政府干预与市场运行相匹配时,才能实现两者的良性运转。

在遵循经济法的本土性^⑤与经济法的回应性^⑥的过程中,采用两种基本工具对经济法进行规制:一是激励性规制,依靠国家干预的形式推动某一经济法律关系的发展;二是控制性规制,依靠国家干预的形式规范和限制甚至完全禁止某一经济法律关系的存续。^⑦

激励与控制两类规制工具,根据所处市场环境的不同,其适用的情形也各不相同。具体而言:(1)如果市场机制能够有效调节某类市场经济法律关系,那么就不存在市场失灵,此时并不需要这两类规制工具,经济法也应当持“放任”的理性态度。(2)如果某类市场经济法律关系的运行

① 参见刘大洪:《论经济法上的市场优先原则:内涵与适用》,《法商研究》2017年第2期。

② 沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第46页。

③ 参见李昌麒、王怀勇:《政府干预市场的边界——以和谐产业发展的法律要求为例》,《政治与法律》2006年第4期。

④ 参见张守文:《经济法原理》,北京大学出版社2013年版,第10~13页。

⑤ 所谓经济法的本土性,是指当代社会只有根据本土市场的经济运作状况,才能设计出符合社会实践需求的制度,体现当代社会经济运作的区域性与阶段性差别。参见刘大洪:《网约顺风车服务的经济法规制》,《法商研究》2020年第1期。

⑥ 所谓经济法的回应性,是指随着互联网技术、人工智能与数字经济的迅速发展,经济法必须对出现的新交易方式作出回应,以便及时加以调整,适应时效性的要求。参见刘大洪:《网约顺风车服务的经济法规制》,《法商研究》2020年第1期。

⑦ 参见王首杰:《激励性规制:市场准入的策略?——对“专车”规制的一种理论回应》,《法学评论》2017年第3期。

符合实践需要、能够增进社会公共利益,且依靠市场机制的自身运转无法保障未来经济的健康发展,那么就需要激励性规制参与到市场经济的运行当中。(3)如果社会风险(如侵犯人身财产、违背公序良俗或造成经济秩序的混乱等)广泛存在于某类市场经济法律关系当中,那么就需要控制性规制参与到市场经济的运行当中。若规制达不到预期的效果,则在必要时甚至可以完全予以禁止。(4)当今社会新型经济模式具有成长性(尤其是以社区团购为代表,在未来的发展潜力巨大,能够推动国家的产业转型升级)、创新性(新兴经济是产学研相结合的产业,而创新则是新型经济发展的共同需求)、时代性(对于新兴经济,具有新产品、新技术以及新需求,体现了新兴经济发展的时代需求)以及带动性(新兴经济的发展可以对传统行业进行改造,提高效率,持续不断支撑经济的增长)的特点,但是仍须面对在未来的发展过程中存在的潜在社会风险。

对社区团购的经济法规制,应当有效平衡激励与控制两类规制工具,前者需要经济法作出积极的制度安排,后者则涉及社区团购所存在的低价倾销、大数据“杀熟”以及由此产生的风险并且如何适用经济法消除上述负面影响。实践表明,社区团购一方面对便利市场主体、提高效率以及刺激经济具有巨大的潜力;另一方面,也存在诸如“替代排挤效应”“功能异化效应”的风险,这就要求构建更加科学有效的社区团购新模式。

三、社区团购存在的问题及其经济法分析

(一)社区团购中的低价倾销及其经济法分析

从目前看,新零售业务在市场竞争方面有了许多新的探索:例如,天猫超市、京东超市等利用集中仓储和快速物流形成“线上大型超市”;盒马生鲜、七鲜等则主打中高消费端客户的生鲜领域。社区团购凭借自身先天具有的便利店细网格布局,优化的物流距离和配送距离,以商品高效率运转、商业模式成熟和用户消费习惯养成,迅速打开市场,成为互联网巨头新一轮“烧钱大战”的主战场。低价竞争则是互联网巨头为打开市场而迫不得已作出的选择。“1分钱一盒蚊香、1.9元一瓶醋”,只要随便打开一个社区团购平台,就能看到以上类似信息。不仅如此,而且各大平台发放大量种类不同的优惠券(新人补贴、满减优惠等),以交叉补贴形式进一步实施低于成本价销售的策略。社区团购平台之所以如此,是因为要依靠前期投入大量资本培养用户的消费习惯,从而在占据市场后进行提价销售,这样不仅能够赚回前期的“损失”,而且还能够在未来争夺更大流量的消费入口,占据主动地位。人们担心,长期低于市场价甚至低于成本价进行销售势必会导致价格体系崩溃,走向行业垄断;而社区团购背后的互联网巨头,为了抢占团购的端口,恶性竞争,从而破坏行业的正常运营机制。这不仅会损害消费者和小商贩的利益,而且会破坏社区团购这一新型行业的发展前景。为了规制包括社区团购在内的平台经济发展,国务院反垄断委员会于2021年2月7日发布了《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《指南》),其第13条对是否构成低于成本价销售、计算成本和正当理由作出了详细的规定。

所谓“低价倾销”,是指“拥有市场支配地位的企业为了排挤竞争对手,故意以明显不合理的低价格或低于成本的价格销售商品的行为”。^①一般认为,认定低价倾销需要满足两个条件:一是在主观上为了排挤竞争对手或独占市场,二是在客观上存在以低于成本价销售商品的行为。

^① 游钰:《论反垄断法对掠夺性定价的规制》,《法学评论》2004年第6期。

由于认定“排挤竞争对手或独占市场”的目的没有客观标准,因此在实践中往往会依据《中华人民共和国价格法》将“低于成本销售商品”认定为低价倾销的基本构成要件。^①

社区团购平台一方面给社会带来巨大的福利,另一方面,也会产生如排除、限制竞争等问题。但在市场经济体制下,竞争是一种不可缺少的机制。只有竞争才能使社会资源得到优化配置,企业才能有创新和发展的动力,消费者才能得到较大的社会福利。^② 不过,对社区团购而言,一旦市场垄断形成,消费者就会失去自由选择权,资源配置也就不可能得到优化,这样的经济制度并不是真正的市场经济。^③ 其消极影响具体体现在以下两个方面:(1)破坏了市场的公平竞争秩序。低价倾销之所以能够获得成功,就是因为“低于成本价”,依靠自身的资金优势以低价竞争达到市场垄断。近年来,数字经济迅速发展,由于对风险资金的运营缺乏有效的监督和管理,经营者不正当地利用资金优势进行低价倾销最终导致企业亏损甚至破产而损害消费者合法权益的案例比比皆是。如果企业不是通过加强企业管理、提升技术创新能力来降低运营成本,而是通过低价倾销来排挤竞争对手从而形成市场垄断获取利润,那么这种低价倾销行为就极有可能涉嫌不正当竞争。(2)破坏了利益平衡机制。价格竞争是市场竞争机制中的主要形式,往往受多种因素的影响,蕴含法律、道德和商业等各种社会关系。根据纳什均衡理论,任何一方利益的变化必然会对其他利益相关方中至少一方的利益造成影响。对企业而言,其利润来自消费者的支付,如果想要在低价倾销中达到利益平衡从短期看就依靠资本“烧钱”,一旦资本枯竭,想要在未来的低价竞争中维持平衡关系,那么就需要牺牲产品和服务的质量来达到利益的平衡。

一般认为,以低于成本价销售商品不利于社区团购平台的发展。^④ 社区团购平台为了抢占市场而进行“疯狂补贴”式的低价销售,导致价格体系被打破,供应商渠道管控混乱,假货流入市场、顾客投诉增多。巨头们在用价格补贴战将实体商铺或小商小贩挤出市场后,就自然走向垄断,届时将极大地损害线下商业生态。也有人认为,社区团购在本质上不是做了销售“增量”,而是做“存量”。^⑤ 无论如何,低价倾销行为已经对传统农贸市场、小商贩等经营活动造成冲击,严重破坏了市场环境。但对消费者而言,其选择永远倾向于优质低价;对平台而言,其前期低价销售的本质类似于“广告宣传”,只是广告的形式发生了改变。^⑥ 无论前期“圈地”多少,“引流”多少,真正的比拼还在于后期的商品和服务。总而言之,平台应通过技术升级降低生产成本,改变商业模式获取其他盈利方式,从而让渡一部分利润使其他竞争者无力跟进以达到占据市场更多份额的目的。^⑦

(二)社区团购中大数据“杀熟”及其经济法分析

① 例如,2021年3月3日,国家市场监督管理总局对5家社区团购企业不正当价格行为作出行政处罚,其中4家社区团购企业均存在以低于成本价销售商品的行为,违反了《中华人民共和国价格法》第14条第2款的规定。参见《市场监管总局对五家社区团购企业不正当价格行为作出行政处罚答记者问》, https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202103/t20210303_326445.html, 2021-06-05。

② 参见王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第4页。

③ 参见王晓晔:《浅论数字经济的反垄断监管》,《中国市场监管研究》2021年第2期。

④ 参见赵述评、刘俊群:《社区团购接连崩盘 三大雷区难除》,《北京商报》2021年7月30日。

⑤ 参见刘旺、蒋政:《社区团购遭遇多家品牌商抵抗 经销商左右摇摆》,《中国经营报》2020年12月21日。

⑥ 广告的形式发生改变是指由传统的报纸、电视或网络宣传的广告费用转变成为在社区团购中商品价格补贴的费用。

⑦ 参见余颖:《社区团购应以优质服务换口碑》,《经济日报》2021年1月3日。

大数据“杀熟”,亦称算法消费者价格歧视,是指经营者在销售同样的商品或提供同样的服务时,以大数据为“原料”,利用算法对不同的消费者索取不同价格的做法。这些商品可能是完全相同,也可能是仅在质量和性能上略有差异。其本质是经营者通过大数据技术追踪消费者的线上行为、搜集历史交易记录等个人信息,并根据消费者的特征和类型对其加以区分,从而精准掌握每一位消费者的最高支付意愿。早在2000年,算法消费者价格歧视便已出现在国外市场,^①而到2018年年初,其在国内市场被媒体以大数据“杀熟”之名曝光后,公众对其批评之声不绝于耳。^②至2020年年末,随着社区团购的迅速发展,其可能存在的低价倾销和大数据“杀熟”再次进入公众的视野,引发了广泛的讨论。2020年10月1日正式实施的《在线旅游经营服务管理暂行规定》将重点整治在线旅游平台包含大数据“杀熟”在内等不良行为。根据这一规定,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,侵犯旅游者的合法权益。“九不得”规定第6条明确规定,不得利用大数据“杀熟”,损害消费者合法权益。《指南》第17条再一次规定,经营者不得基于大数据和算法对消费者实施差别对待。

一般而言,实施大数据“杀熟”具有一定的经济学理论基础。价格歧视最先被用于经济学研究之中。英国经济学家庇古将价格歧视分为3类:一级价格歧视,也被称为完全价格歧视,是指厂商对相同商品根据不同的消费群体制定不同的价格,且每一类型消费群体的最高定价为这类消费者愿意支付的最高价格;二级价格歧视,是指厂商根据销售量设定销售价格;三级价格歧视,是指厂商根据不同的消费群体分别进行定价。^③从外观上看,以保留价格定价为核心的个性化定价属于一级价格歧视。^④而社区团购平台凭借其所收集的海量数据资料,通过价格算法推测出消费者的最大支付意愿,因此属于效率极高的一级价格歧视。大数据“杀熟”具体路径主要有3条:(1)数据收集。数据的积累构成大数据“杀熟”的前提,数据要素不仅成为新的经济增长点,而且促进了当今商业模式的不断创新和变革。^⑤相较于传统企业,数据不仅是互联网企业提供的产品,而且构成它们所享有的核心资源;对外通过获取数据并加以统计分析以了解市场信息,对内通过积累和挖掘消费者市场数据以更好地为消费者提供服务并发展忠诚客户。一旦平台体量达到一定的规模,数据就天然向它们汇集。^⑥而平台的优势地位则为大数据“杀熟”提供了可行性。具而言之,消费者往往对数据的管理和保护不当,即平台使用消费者让渡的部分数据以获得其消费习惯、议价能力以及价格敏感度等关键信息,通过大数据分析,将消费者细分为不同消费能力、不同消费偏好等,精准计算出该阶层消费者的消费弹性后,将这部分消费者单独归类。^⑦

① 参见[美]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120~126页。

② 例如,2018年,携程、飞猪等平台在机票、酒店价格上对用户进行区别定价。参见胡蓉:《携程的辩解能洗白“杀熟”嫌疑吗?》,《深圳商报》2018年5月29日。

③ 参见唐要家:《三级价格歧视竞争效应与反垄断政策》,经济科学出版社2016年版,第3~4页。

④ 参见喻玲、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。

⑤ 参见李文莲、夏健明:《基于“大数据”的商业模式创新》,《中国工业经济》2013年第5期。

⑥ 参见葛江虹:《解释论视角下〈电子商务法〉定制搜索结果条款的规范目的及限制适用》,《法律科学》(西北政法大学学报)2021年第3期。

⑦ 参见高培培:《构筑遏制大数据“杀熟”的法律屏障》,《人民论坛》2019年第36期。

(2)价格算法。算法权力来自算法的机器优势、架构优势和嵌入优势。^①它能够降低市场的进入门槛、提高商业竞争能力;然而算法一旦被滥用,就极有可能演变成一种给个体和社会带来广泛伤害的“数学杀伤性武器”。^②其实,早在20世纪70年代,就存在商业公司通过收集消费者的个人资料、发送系统邮件的方式投放商业广告以提高企业利润的案例。^③进入人工智能时代后,算法借由机器对海量数据予以分析,借此“杀熟”消费者。消费者购买商品的时间、地点、价格等因素不再是“数据废气”,而是成为经营者极为重要的商业价值资源。以“用户画像”为例,社区团购平台利用算法的机器优势,通过分析、收集的大数据信息(包括性别、年龄、位置、消费能力、消费偏好等信息)对不同消费群体进行区分并分别构建消费类别标签,从而针对不同类别的消费者设计浏览界面的商品展示,并量身定制其愿意支付的价格,最终达到实施“千人千价”的价格歧视。(3)完成算法消费者价格歧视。以前述两步为基础,制定价格歧视机制,确保不同的消费者支付不同的产品或享受不同服务的价格(优惠)。

不过,大数据“杀熟”所产生的影响较为复杂,很难作出统一的判断。因此,接下来将集中讨论大数据算法价格歧视对经营者、消费者和社会总体福利的影响。(1)对经营者的影响。从逻辑上讲,经营者凭借大数据优势可对不同的消费者制定不同的价格,能够实现传统市场价格所无法比拟的利润最大化,因此大数据“杀熟”有利于经营者。并且,数据也无须交付专门的数据公司进行处理,很好地解决了社区团购经营者的数据收集和处理能力较低的问题。^④(2)对消费者的影响。首先,大数据“杀熟”是对消费者不公平的表现。社区团购经营者利用消费者的信任进行“杀熟”,符合我们对欺诈的认知,破坏了社会诚信。美国学者克鲁格曼认为:“部分人仅仅因为他们是谁而支付价格最多,显然个性化定价是不公平的。”^⑤其次,具有影响力的社区团购平台实施大数据“杀熟”,至少在短期内将会损害消费者的个人利益,可能会重新分配消费者或其相关者的消费者剩余。如果理性消费者尤其是具有行为偏见的此类群体反复因为个人属性而遭受不公平的对待,那么在未来可能会形成一个扭曲的市场:一类消费者获得最好的产品与服务,另一类则习惯性地被忽视、服务不足和收费过高。^⑥从长远看,很有可能造成更为广泛的不公。(3)对社会总体福利的影响。传统的完全价格歧视实现的是收益转移,并不影响社会总体福利,而大数据“杀熟”则主要依靠数据分析挖掘消费者的消费潜力,引导经营者提供个性化定价的产品和服务,

① 参见张凌寒:《算法权力的兴起、异化及法律规制》,《法商研究》2019年第4期。

② See Lustig and B. Nardi, Algorithmic Authority: The Case of Bitcoin, 48 Hawaii International Conference on System Sciences, 743—752(2015).

③ See Lyon, David, The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society, University of Minnesota Press, 1994, p.12.

④ 消费者在使用社区团购应用程序之前,需要注册账户,还需要同意平台的个人隐私政策,否则无法注册账号使用。这给经营者收集用户个人资料提供了“可能性”和“便利性”。例如,《十荟团隐私政策》第6条第1款规定:“我们可能会收集您的订单信息、位置信息等……进行综合统计、分析以形成用户画像,通过系统向您展示个性化的第三方推广信息……”第3款规定:“我们可能将业务中收集的个人信息用于统计分析和改进运营,将已经去标识化无法识别您身份且不能复原的信息用于建立数据库并进行商业化利用……”参见 <https://shtimgcdn.youhaodongxi.com/miniprogram/weapp-shihuituan/staticPage/privacy-policy.pdf>, 2021-05-25。

⑤ Paul Krugman, Reckonings: What Price Fairness?, <https://www.nytimes.com/2000/10/04/opinion/reckonings-what-price-fairness.html>, 2019-10-10.

⑥ 参见喻玲、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。

最终引起社会总体福利的变化。^① 在这个过程中可能存在过度消费并产生资源浪费,对社会总体福利带来不利影响。总之,数据在社会生产过程中体现的作用日益重要,很可能对现有的经济社会体制带来颠覆性的变革,一旦被滥用成为资本的逐利工具,就会异化变质。

(三)小结

2020年9月21日,国务院办公厅印发《关于以新业态新模式引领新型消费加快发展的意见》,要求“坚持创新驱动、融合发展……推动互联网和各类消费业态紧密融合,加快线上线下消费双向深度融合,促进新型消费蓬勃发展”。而社区团购作为平台经济,是以一套技术模块为基础,其他许多公司从中开发出相应、互补的产品、技术与服务的新型消费业态。^② 它的多主体特性不仅带来新的发展模式,而且给原有的经济社会环境带来了复杂性与不可预期性。随着社区团购新模式的进一步发展,整个电商将会覆盖全社会、商品领域。但是,在高速发展的过程中,低价倾销、大数据“杀熟”等市场乱象势必会阻碍社区团购的良性发展。当然,社区团购对传统行业的冲击不可避免,一旦处理不当,就会造成不可挽回的损失。

从“美团大战饿了么”到“网约车补贴大战”,再到“共享单车大战”,在资本的强势助力下,上述行业都曾出现过短暂的虚假繁荣,产业规模在短时间内呈现出爆发式增长,但繁荣背后难以掩饰巨大泡沫。如今,社区团购如出一辙,虽然消费者在短期内可以获得满足感,但是可预见未来这类巨额补贴将很难继续,从而造成平台过度竞争,以致破坏正常的经营秩序,损害经营者与消费者的长远利益。至于团购平台在经营者与消费者两者之间“吸血”,必定会受到来自社会各方的谴责。同时,对社区团购的监管也应当辩证看待。监管不是限制发展,而是为了更健康可持续的发展。^③ 就对社区团购平台的监管而言,应当树立底线思维,包容与审慎并举,只有这样才能明确面向新业态新模式的监管定位。^④

四、我国社区团购经济法规制的路径

(一)社区团购经济法规制的基本思路

1.对社区团购积极效应的鼓励与支持

社区团购在短短几年的时间内从开始出现到蓬勃发展,显示出巨大的潜力,其所带来的效率、便利以及社会福祉都日益显现。从经济法的角度看,社区团购不仅能够推动社会经济的发展,而且有助于发挥政府在社会主义市场经济体制中的作用。要使社区团购健康、积极地发展,就必须发挥社区团购的积极效应。

第一,加速推动上游农业产业重塑,减少市场经济盲目性、风险性。从位于中上游生产端群体的角度看,社区团购平台凭借其所掌握的丰富数据资源,可以有效调控生产,减少市场经济的盲目性、风险性带给农民群体的不利影响。第二,降低市场供应成本,提高商品配送效率。社区

^① 参见乔榛、刘瑞峰:《大数据算法的价格歧视问题》,《社会科学研究》2020年第5期。

^② See Annabelle Gawer, Rebecca Henderson, Platform Owner Entry and Innovation in Complementary Markets: Evidence from Intel, 16 Journal of Economics & Management Strategy, 1—34(2007).

^③ 参见张璁:《以良法善治保障新业态新模式健康发展》,《人民日报》2020年12月15日。

^④ 参见《李克强详解为何对新业态实施“包容审慎”监管?》, http://www.gov.cn/xinwen/2018-09/12/content_5321209.htm?_t=2021-04-20。

团购平台通过大数据计算等先进手段,整合社区供应链基础,减少中间不必要环节,从而降低整个市场供应成本。第三,满足消费者的消费需求,增进社会公共福祉。社区团购给快节奏的都市生活带来了便利,也在特殊时期承担了社会责任,并成为消费者常态化生活购物的选择之一。

2.对社区团购消极效应的限制与禁止

在肯定社区团购对经营者、消费者和社会带来的积极效应之余,亦不能否认其潜在的风险,需要经济法对其消极效应进行有效的规制,具体体现在以下两个方面。

首先,是社区团购经营的“替代排挤效应”。社区团购在蓬勃发展的同时,可能会对相关市场主体产生“替代排挤效应”,导致失业增加、社会结构发生改变。例如,社区团购长期以低于成本价销售可能挤压菜市场摊位和线下便利店等的利益,导致社区团购对传统行业的替代和排挤。加之各大社区团购平台凭借自身资金和流量优势进行交叉补贴,以低于成本价销售更是严重侵害了其他非平台经营者的正当利益,损害了公平竞争的市场环境,严重破坏了正常的市场价格秩序。其次,是社区团购的“功能异化效应”。社区团购的本质是“预约+自提”的购物新模式,但社区团购平台急需下沉市场获取更多流量,利用“蔬菜、生鲜”等高频和刚性需求订单,提高市场渗透率,最终达到抢占市场流量的目的。社区团购的功能异化效应,不利于构建统一开放、竞争有序的大市场格局。另外,社区团购平台通过低价倾销、利用大数据“杀熟”等手段占据市场主导地位后,可能形成垄断,不论是在产品质量上还是在产品价格上都不利于市场的良性发展。

(二)社区团购经济法规制的具体路径

1.规范平台在公平原则下实施个性化定价

市场经济是信用经济、道德经济,信用的使用可以减少交易成本,提高经济效益。在社区团购的经营过程中,少数平台利用补贴进行低价倾销、利用大数据算法进行“杀熟”,既有悖于道德,也有违法律,甚至可能扰乱正常的市场经济秩序。其原因在于:一是企业利用对消费者的忠诚度索要不同售价以达到排挤竞争对手的目的;二是消费者被迫支付高于商品平均价格的费用获得低质量商品或同等质量商品,消费者的实际利益被损害。近年来大数据“杀熟”事件频发,个性化定价也可能导致消费者的选择疑虑和商业信任危机。尽管就消费者的直观感受而言,个性化定价是一种不公平的商业模式,但从实际消费场景看,盲目认为个性化定价行为在道德上不可取或不公平并不构成法律强制干预的理由。^①

就社区团购平台而言,在公平原则下实施个性化定价是必要的选择。此处的公平是指对包括平台、平台经营者和消费者等多方主体而言对商品的定价具有合理依据。具体须满足以下要求:第一,经营者在公平原则下实施个性化定价应提高个性化定价算法的透明度。消费者对大数据“杀熟”的排斥主要来自消费者的不公平感知,这种不公恰恰源自经营者实施的价格歧视。一旦消费者察觉自身遭受不公平的待遇,将导致经营者产生更多无谓的损失。^②因此,社区团购经营者应当提高算法透明度,向消费者说明其消费商品最终价格的决定因素以及制定价格的必要

^① See Christopher Townley, Eric Morrison & Karen Yeung, Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series; Paper No. 2017-38, p.31.

^② See Cindy Yoonjung Heo & Seoki Leeb, Influences of Consumer Characteristics on Fairness Perceptions of Revenue Management Pricing in the Hotel Industry, 30 International Journal of Hospitality Management, 243-251 (2011).

性与合理性,消解消费者对其价格算法的消极情绪。具而言之,社区团购平台经营者在通过数据收集与分析将消费者支付意愿标签化后,精准推送其所需商品或服务,实现了消费者在不同标签框架下基于不同消费场景而获得不同优惠的目标,达到了“消费视角公平”的目的,经营者也获得了利润最大化。易言之,每位消费者都在属于自己的领域里获得优惠,虽然可能存在对其他消费群体的不公,但是就整体消费市场而言,其他消费群体的“损失”也能够在此领域内获得弥补,以取得消费者视角下的平衡。不仅如此,而且经营者将每件商品和服务都能尽快出售给支付意愿高的消费群体,从而能够减少库存管理和其他经营成本,最终也可以达到利润最大化的目标。第二,经营者应当规范数据的收集和利用,赋予消费者退出的选择权。一方面,由于平台拥有功能极强且成本极低的数据收集和分析工具,既可以收集消费者的个人信息,又能基于此分析消费者的购物习惯,因此,需要对平台收集和利用数据的行为进行规范。例如,平台可以匿名创建消费者个人资料而不否认标签化,从而达到对个人信息的保护。另一方面,为了使消费者在购物过程中作出较为明智的选择,经营者还应赋予消费者一定的“接受数据收集与分析”的退出选择权。不过,这可能会对消费者产生不利的影响,不足以确保其作出正确的选择,但相较于透明义务,设置退出选择权更具有监管效率。^① 当消费者知晓此不利决策时,可自由选择两种方式予以处理:若发现不利决策是由错误算法引起的,则可要求经营者予以修正;若发现不利决策是由数据造成的,则可要求提供正确数据或删除错误数据以达到重新处理决策的目的,否则选择自动退出机制。^②

2. 规范平台在经济范围内承担社会责任

社区团购平台想要获得稳定与可持续的发展,仅仅依靠“价格战”是无法取得预期效果的,因此,社区团购平台在发展的同时不能以损害消费者利益和社会福祉为代价,即社区团购平台须在明确经济边界的前提下,积极承担社会责任。

社区团购平台的经济边界在于:自身并不参与到本应由市场决定的市场定价、物流配送以及实质交易的全过程当中,其要做的是促成经营者与消费者的交易(如收集、匹配和分发信息)。一旦平台介入交易当中,就不可避免地会损害其他相关方(如小商贩、传统电商、农贸市场等)的利益,也就无法发挥社区团购平台对商品资源进行整合的优势。当前,社区团购平台提供了一个以生态为标准的闭环式服务,主打生鲜产品,其商品多来源于传统线下农贸市场的批发商,包括一级批发商和二级批发商。^③ 未来社区团购平台有可能只存在于一级批发市场或产地直采,这将导致二级和三级市场在价格上无法与社区团购平台展开正面竞争,从而面临被淘汰的风险。因此,经营者与消费者双方的信任能够促进市场合作,对提高利润起着关键作用。相反,传统的电商、农贸市场的经营结构接近完全竞争市场,无数的经营者灵活加入与退出机制导致产品质量无法保障,责任的承担相较于团购平台困难重重。

社区团购平台如何承担应尽的社会责任,笔者认为要从以下4个方面入手:第一,社区团购

^① See M. Botta, K. Wiedemann, To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance, 50 European Journal of Law and Economics, 18(2019).

^② 参见周围:《人工智能时代个性化定价算法的反垄断法规制》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2021年第1期。

^③ 参见李剑锋:《2020年,正在被社区团购改变的传统批发市场人》, <https://www.163.com/dy/article/FV4GONG6053908Q6.html>, 2022-01-10。

平台应当树立边界意识。平台在追求高利润的同时,应当坚持应有的底线,关注社会中不同利益相关者的合理诉求,对自身进行准确定位。如果仅关注眼前的可得利益或投入大量资金进行“跑马圈地”,那么不仅会使互联网平台失去创新的动力,而且会给社会发展带来负面效应。因此,在厘清自身定位的前提下,一方面应提高服务效率与质量,建立与相关利益者互利共赢的局面;另一方面,应发挥自身在科技领域的优势,围绕关键核心技术协同创新,聚焦关键核心技术的突破。^① 第二,尽快建设社区团购生态圈。社区团购平台并不是独立的存在,而是与传统电商、农贸市场等并存。从微观层面讲,两类经营方式存在差别,是竞争的关系;但是从宏观层面讲,两者又是相互补充的关系。因此,团购平台可以将资源进行整合,从而形成完善的平台生态圈,发挥平台在资源、技术、管理等方面的优势,积极承担建设平台生态圈的社会职责,而不是通过“烧钱”占领市场甚至形成垄断这种恶性竞争的营销方式。第三,协调社区团购平台与市场的关系。社区团购平台的核心作用在于提高撮合效率,而其他诸如交易价格、数量控制等环节可以交由市场进行调节。第四,打开社区团购“闭环”,参与到一级、二级市场中开展合作。未来社区团购不仅能够拓展传统零售行业的新业态,而且能够破解生鲜产品销售新难题。

3. 规范平台自治、行业自律与监管部门“三方共治”

社区团购平台在电商领域扮演两种不同的角色:一是竞争主体,二是市场秩序的维护者。从经济法的角度看,虽然当下对社区团购的不正当竞争已经作出多项规定,但是大多数规范内容属于《中华人民共和国反垄断法》的已有范畴。因此,笔者认为,对社区团购的监管,应当推进平台自治、行业自律和监管部门“三方共治”,实施精准监管,完善跨部门协同监管体系。

首先,社区团购平台应当履行对平台上经营者的监督管理职责。平台监管到位与否直接影响平台的声誉、消费者的利益甚至平台自身的利益。同时,对经营者的有效监督也是平台规避法律风险、减少经济损失的必然要求。其次,成立社区团购行业协会,建立行业自律机制。行业协会作为政府、企业与市场之间的纽带和桥梁,不仅在维护企业权益方面发挥重要作用,而且是维护市场经济秩序的必要保障。针对当下社区团购存在的问题,行业自律应从规制价格、食品安全、个人信息保护以及防止不正当竞争4个方面加强风险防范。最后,发挥监管部门的作用,创新监管制度。例如,2021年7月1日,重庆市市场监督管理局发布全国首个社区团购合规经营指南(即《重庆市网络社区团购合规经营指南》),就社区团购的经营模式和市场准入要求、产品质量和责任分担要求、商品信息展示、大数据“杀熟”、消费者合法权益保护等方面作出了具体的规定,既有利于促进市场主体合规经营,也有利于保障消费者的合法权益。^②

当前,社区团购的发展与监管之所以备受争议,主要是因为没有解决好如何平衡社区团购的创新与规范之间关系的问题。对此,有学者认为应从以下3个方面着手进行:一是全国各地可以借鉴《重庆市网络社区团购合规经营指南》,因地制宜,制定适合本地区发展的社区团购经营指南。另外,各地应加快制定适合本地区的监管规则,规范经营环境。二是强调监管部门应跨部门、跨区域协同联动。由于社区团购涉及平台、平台经营者、供应商和消费者等市场主体,它们之间的关系错综复杂,因此,市场监管部门应当联合相关部门协同监管,切实提升监管效能。三是政府应当转变监管理念,提高监管能力,运用大数据、人工智能等手段采集相关的信息,实施网络

^① 参见舒云:《努力实现更多从0到1的突破》,《经济日报》2021年3月2日。

^② 参见秦洁、张祎:《重庆出台社区团购合规经营指南》,《人民日报》2021年7月8日。

化监管,减少对社区团购平台正常运行的不必要干预。^①

五、结 语

社区团购的快速发展,给经济、社会和法律等领域带来诸多挑战。而从“适度干预”走向“谨慎干预”是经济法的现代化必然,也是经济法对市场化、法治化、全球化、信息化要求的回应。^②社区团购在保障人们生活、带动经济复苏等方面发挥了不可替代的作用,因此经济法不应多加干涉,但对社区团购自身暴露出的问题,也需要经济法来予以解决。针对实践中存在的问题,以激励与控制的有效平衡为目标导向,包容与审慎并举,设计出一套具有充分现实回应性的经济法规制体系,^③是我们努力的方向。希望这一规制体系的应用有助于消除社区团购的乱象,从而更好地规范社区团购的市场秩序,切实维护经营者的正当利益和消费者的合法权益,营造公平有序的市场环境,保护与促进平台经济的良性发展。

Abstract: The essence of community group purchase is the online group purchase service of offline stores. On the basis of following the traditional retail model, the community group purchase gives full play to its advantages of low cost and high efficiency and develops rapidly in a short time and obtains huge financing. However, the profit-seeking nature of capital leads to two main problems in the development of community group purchase: dumping at low price and differential pricing by big data technology. This requires us to regulate the community group purchase by economic law. The economic law regulation of community group purchase should be carried out under the concept of modest regulation. In the system design of economic law regulation, we should pay attention to the effective balance between incentive and control: encourage and promote the positive effects of community group purchase, and restrict and prohibit the negative effects of community group purchase. In the process of regulation, we should focus on the platform commodity price, platform responsibility and platform operation supervision, realize the “tripartite governance” of the platform itself, industry associations and regulatory authorities, and build a legal framework for the healthy, orderly and high-quality development of community group purchase.

Key Words: traditional e-commerce, community group purchase, dumping at low price, differential pricing by big data technology, modest regulation

责任编辑 翟中鞠

① 参见马亮:《规范社区团购须创新监管制度》,《法治日报》2021年7月14日。

② 参见陈云良:《谨慎干预——经济法的现代新理念》,《法商研究》2001年第3期。

③ 参见刘大洪:《网约顺风车服务的经济法规制》,《法商研究》2020年第1期。