

# 大数据“杀熟”的定性及其法律规制

刘佳明

(南京大学 法学院, 南京 210093)

**摘要:** 大数据“杀熟”有违诚实信用原则,是侵害消费者知情权和公平交易权的一种新型价格欺诈行为。在理论层面,我国解释论者将大数据“杀熟”视为价格歧视行为,将经济学上的“价格歧视”概念套用于法学研究中;在实践层面,规制大数据“杀熟”行为的法律规范体系因对价格欺诈行为界定不明确而外延过宽、法条过度竞合而难以适用。明确大数据“杀熟”行为的价格欺诈属性,并对价格欺诈行为的内涵及其构成要件予以立法明确,以消除法条竞合之乱象,是有效规制大数据“杀熟”行为、促进我国数据信息产业健康发展的必由之路。

**关键词:** 大数据“杀熟”;价格歧视;价格欺诈

中图分类号: F572; F724.6

文献标志码: A

文章编号: 1009-2013(2020)01-0056-06

## Definition and legal regulation of big data "affinity"

LIU Jiaming

(Law School, Nanjing University, Nanjing 210093, China)

**Abstract:** Big data "affinity" violates the principle of honesty and credit. It is a new type of price fraud that infringes consumers' right to know and fair trade. On the theoretical level, our country interpreters regard big data "affinity" as a price discrimination behavior, apply the concept of "price discrimination" in economic theory to legal subject and increase academic controversy and problems in practice. On the practical level, the price legal norm system that regulates the "affinity" behavior of big data is too broadly extended because of the unclear definition of price fraud, and it is difficult to apply due to excessive competition. Clarify the price fraud attribute of big data "affinity" behavior, and legislate the connotation of price fraud and its constituent elements to eliminate the chaos of law and competition, which is to effectively regulate big data "affinity" behavior and promote the healthy development of China's data and information industry.

**Keywords:** big data "affinity"; price discrimination; price fraud

大数据技术的发展和自动化程度的提高正在并已经改变传统的交流、交往以及交易的方式,数字经济市场已经逐渐从传统的股票交易拓展到在线商品和服务的购销等商业活动、服务,这些日益自动化的交易可以创建一个更为有效和透明的市场环境,从而实现资源的最优化配置<sup>[1]</sup>。

但是,在以数字算法为基础的市场中,经营者能够通过收集用户信息,凭借大数据算法技术对消费者行为进行“追踪”和定点“突破”,从而开展个性化促销和有针对性地实施差别定价。与传统定价方式相比,大数据“杀熟”在行为方式上趋于技

术化、平台化、数据化和可视化,因而在价格欺诈上表现得更具彻底性、隐秘性和复杂性。其以平台为主要实施路径,通过对用户消费数据轨迹进行定向跟踪,利用算法技术对消费者进行自动化分析并作出决策。我国《电子商务法》虽已明令禁止类似利用搜索结果针对消费者进行区别定价、损害消费者合法权益的行为,但是,该条并未直接区分“搜索”定价和“杀熟”二者之间存在的差别,也未对它们的相关性予以明确说明,由此导致的结果是,实践中的“杀熟”现象难以与《电子商务法》进行有效对接,法律的实效性不强,难以遏制大数据“杀熟”行为的产生。目前,解释论所采用的通说认为,大数据“杀熟”是一种价格歧视行为,其持论依据主要从我国《反垄断法》第17条之规定推演而来<sup>①</sup>,然而,价格歧视理论在法治语境下的认识偏差,是

收稿日期: 2019-12-27

基金项目: 国家法治与法学理论研究课题(17SFB2043)

作者简介: 刘佳明(1993—),男,江西安福人,博士研究生,主要研究方向为法理学,经济法。

导致大数据“杀熟”法律监管缺失的主要障碍。

随着大数据技术运用的普及,利用大数据算法所推行的“千人千面”的定价策略如何定性,有关价格规定的立法体系是否规范,未来立法修改应当如何改进等问题,已然成为当下我国理论界和实务界必须面对的重要议题,亟待学界予以深入研究。

## 一、大数据“杀熟”的定性之争

以“大数据杀熟”为关键词检索中国学术期刊可以发现,学界普遍将大数据杀熟定性为一种(一级)价格歧视行为,而直接将其定性为价格欺诈行为的讨论少之又少<sup>②</sup>。

### 1. 价格歧视理论说

价格歧视是指经营者在提供同一产品和服务之时,针对交易条件相同的消费者采取不同的定价模式,从而实现销售利润的最大化。其基本原理在于,经营者通过提供无差别商品或服务,并采取区别定价模式,以此达到消费者剩余最小化<sup>③</sup>的交易效果。在经济学中,价格歧视通常分为三种:一级价格歧视,即经营者对消费者收取的价格恰好处于消费者的最高支付意愿临界点,这一模式将导致消费者剩余最小化,而经营者将实现销售利润的最大化;二级价格歧视,即针对消费者购买产品的数量进行区别定价,在实践中主要表现为,经营者根据消费者购买商品的数量来给予其相应的优惠,以此达到薄利多销的目的,其典型的销售模式为“第二杯半价”;三级价格歧视,即针对不同的消费群体而实施的有区别的定价行为,这种经营模式主要根据年龄、身体状况、社会身份等外在特征对消费群体进行类型化区分,比如老人免费、学生半价等。一级价格歧视和二、三级价格歧视的差别在于,经营者能否完全并清晰地区分消费群体,从而实现精准化的用户画像。在一级价格歧视理论的情况下,经营者能够对消费者的外在行为表现和内在心理特征达到全方位的了解,消费者在经营者面前丝毫没有“讨价还价”的能力。显然,随着算法技术的发展,一级价格歧视正在慢慢变得可能且逐渐可以实现。经营者通过收集消费者的数据信息并借助于算法能够精确地区分消费者的经济地位、支付意愿等特征,从而为经营者在产品推销和定价上提供便利。

遵从上述有关价格歧视理论的分析路径,结合大数据个性化定价模式的技术特征,传统解释论认

为:大数据“杀熟”是一种价格歧视行为,并且是一种典型的一级价格歧视行为<sup>[2]</sup>。就此观点及其理由,学界仍有疑义。一方面,从经济学角度分析,一级价格歧视的实现必须具备以下基本条件:(1)实施价格歧视的主体必须具有一定的市场力量,即具备能够将价格提高到边际成本之上的能力,或者能够在同一产品相关市场中提供具有竞争性的价格水平;(2)实施价格歧视的主体能够对相同产品的不同需求强度进行有效区分,从而对潜在的购买者和购买群体进行分门别类;(3)实施价格歧视的利润增量高于用需求差别来区分购买者所需的交易成本,并且能够对不同类别需求的消费群体进行有效识别和区分,进而根据彼此不同的支付意愿制定不同的价格;(4)购买者相互之间被有效“区隔”,不存在转售套利现象<sup>[3]</sup>。通常情况下,维系价格歧视的核心要件,尤其针对一级价格歧视而言,主要是能够了解消费者的最大支付意愿以此来获取最大利润,以及能够对消费者实现有效“区隔”从而限制相互之间转售套利的行为。但是,在大数据背景下,能否将消费者真正实现有效“区隔”还未确定。因为,尽管数字产品的属性让经营者可以对产品再使用进行限制,使消费者之间的套利<sup>④</sup>行为更为困难,但是,数字平台的发展也创造了让转售产品更为有效的市场。换言之,数字平台的多样性为消费者转售产品提供了更多的渠道,消费者能够随时随地将产品的信息进行分享,从而使套利更为容易。并且随着技术更新换代的速度不断加快,数字产品在短期内被破译的可能性也在不断加大,单纯依靠技术壁垒对产品实施垄断的难度系数也在不断加大<sup>[4]</sup>。其次,在传统领域中,依照《反垄断法》的规定,实施价格歧视的主体必须具有市场竞争优势,能够具备排除同类产品经营者的竞争效果<sup>[5]</sup>。然而,依赖大数据技术所实施的价格“杀熟”行为早已突破该项条件的限制,普通经营者可以直接通过购买算法技术的方式来实施价格“杀熟”。针对普通消费者而言,基于消费者个人偏好而采取的差异化定价模式,即使被“杀熟”也难以察觉。

另一方面,经济学理论上的价格歧视只是经营者实行的一种差异化定价策略,目的在于使消费者剩余最小化,自己获取利润最大化。根据商人的本性和市场经济的一般规则,追求利润最大化的行为本身并不受到排斥。基于不同学科之间的对象认识偏差,有关价格歧视的判断也会不尽一致。即在经

经济学语境下,“价格歧视”一词其实本不含任何价值褒贬内涵之判断,它是经营者营销的一种正常策略。而在法治语境下,“价格歧视”却受制于“歧视”二字的影响,将“价格歧视”视为一种与“价格平等”观念相对立的概念,人为地造成经济学与法学之间的隔膜,由此导致价格歧视概念在不同学科之间的认识有所不同,甚至出现偏差。主要在于,在法治语境下,大数据“杀熟”是在违背消费者内心真实意愿的基础下所做的定价策略,它首先侵害的是消费者的知情权,是消费者基于错误的认识而作出的与内心真正意愿不一致的选择结果。如果将经济学理论上的“价格歧视”概念适用于《反垄断法》当中,无论在规范的客体上,还是规范的风险识别上,均难免挂一漏万,漏洞百出,徒增学术上的争议和实务中的困扰。

## 2. 价格欺诈理论说

根据上述所言,“价格歧视”是经营者实施的营销策略,其本身并没有任何道德褒贬之本意,也不包含法律价值判断之内涵,而《反垄断法》所规制的价格歧视主要是垄断定价行为,如果将大数据“杀熟”界定为价格歧视行为,确有不尽人意之处。与之不同的是,大数据“杀熟”实质上是由于经营者违反《电子商务法》《价格法》《消费者权益保护法》等法律法规相关规定的“明码标价”义务而实施的不正当价格行为,是经营者主观上所故意实施的,违背消费者内心真实意愿的价格欺诈行为<sup>[6]</sup>。具体表现为:

其一,大数据“杀熟”违背消费者内心的真实意愿,有违公平交易原则。在交易过程中,交易双方主体必须诚实互信,不得通过欺诈或者其它不合理的手段导致另一方利益受到损害。然而,大数据“杀熟”却是对这一原则的明显违背。一方面,通过大数据算法技术对消费者进行区别定价的行为不符合消费者内心的真实意愿。在大数据背景下,消费者的真实意愿遭到算法技术的挑战,被“杀熟”者在购买同一产品之时要付出更高的成本,“老用户”在购买同一产品所支付的价格要高于“新用户”。另一方面,大数据“杀熟”的经营方式也颠覆了人们的传统认知,不符合正常的交易习惯。因为利用大数据技术所“杀熟”的对象通常是频繁购买的用户(老用户),老用户购买同一产品的价格要高于新用户。大数据“杀熟”所采取的对“熟客”高售价的定价策略与人们的传统认知相违背。此

外,大数据所“杀”之“熟”与我们习惯意义上的认识也有所偏差,前者对消费者而言处于一种“熟而不识”的处境。概言之,大数据“杀熟”表象上是经营者针对不同用户所实施的差别定价行为,其质是消费者在不知情的情况下所达成的交易违背其真实意愿,不符合交易公平原则。在现实生活中,基于商品促销、讨价还价等因素所形成的差别定价行为也客观存在,然而,大数据“杀熟”以用户的身份差别作为区别定价的依据,与人们的传统认知相违背,其交易缺乏公平性。

其二,大数据“杀熟”侵犯消费者的知情权。经营者基于大数据而在营销定价中的“千人千面”行为,尽管对每个消费者而言,在形式上符合“明码标价”的要求,但这与传统经济模式下消费者对“明码标价”的常识性认知存在质的差异,是对“明码标价”要求的实质违背,实则是对消费者“知情权”的侵害。在一般的交易活动中,经营者对商品和服务的“明码标价”可以视为对所有消费者的要价表示,且基于内心的确信,如果不存在议价的情况,针对同一商品和服务,所有消费者所支付的价款应该是无差别的。明码标价主要针对商品或者服务的价格水平和收费标准必须以明确的方式予以标示<sup>[1·7]</sup>,可以从以下几方面进行理解:其一,所标示的对象必须是所提供的商品或者服务,且商品与之标示之间是一一对应关系,具体表现为一码一价;其二,标示所表示的方式必须是代表与价格有关的指标、数据或者数字;其三,在标示价格之时必须采取明示的方式,价格必须向所有的消费者公开,而不能隐藏价格信息或者只向特定消费群体公开;其四,经营者在明码标价之时,必须使用的是“实价”而不是“虚价”,即经营者所标示的价格必须是真实的,否则难逃价格欺诈之嫌。明码标价的意义在于能够克服经营者和消费者之间信息不对称之积弊,提高市场透明度促使消费者准确估价和比价,进而理性、自愿地作出交易选择<sup>[2·7]</sup>。综上,大数据“杀熟”是一种价格欺诈行为,是对消费者交易意愿的实质违背。

其三,大数据“杀熟”是通过滥用信息优势而实施的价格欺诈行为。大数据“杀熟”的本质在于,经营者基于自身与用户之间的信息不对称及不透明,通过对用户个人资料、流量轨迹、购买习惯等数据的收集和分析而实现的在交易定价上的“千人千面”<sup>[8]</sup>。信息不对称<sup>⑤</sup>是经营者能够实现“杀熟”

的关键因素,极易诱发机会主义风险,会促使经营者不断提高信息优势来吸引消费对象,由此导致每一个消费者都将成为机会主义的潜在受害者。信息不对称还会导致市场严重失灵,导致一种逆向选择风险,或者诱发道德风险。而根据我国《价格法》第 14 条第 1 款第 4 项和《禁止价格欺诈行为的规定》第 3 条之规定,经营者在从事交易活动中采用虚假或者使人误解的价格行为,从而诱使他人与之交易的,为价格欺诈。按照价格欺诈的方式是否单纯以价格为手段进行划分,价格欺诈行为可以分为广义的价格欺诈和狭义的价格欺诈,前者涉及范围较广,涵盖对所有价格因素的欺诈手段,例如数量上的“缺斤少两”“以次充好”等,从而获取额外利润。后者是指以纯价格形式出现的欺诈行为,主要包括经营者提供虚假或者引人误解的价格,诱导消费者与之进行交易的行为。因此,大数据“杀熟”是一种利用信息优势,在违背消费者内心真实意愿下实施的一种不正当交易行为,是一种“价格欺诈”行为<sup>[2,6]</sup>。

## 二、大数据“杀熟”的法律规制困境

大数据“杀熟”是一种违背商业伦理的价格欺诈行为,必须受到法律的严格规制。而目前我国《消费者权益保护法》以及价格法律体系关于“欺诈”内涵之界定,无论是在构成要件上还是在判断标准上,均有所不同,就法律实施而言,这种由民事欺诈——消费欺诈——价格欺诈的简约内涵的修正路径,必然导致外延无限扩大,进而加大对大数据“杀熟”规制路径的难度。而且我国《价格法》《禁止价格欺诈行为的规定》以及其它法律法规、部门规章对“欺诈”的界定在实施层面也存在明显漏洞。

其一,价格欺诈内涵过于简约。从语义上进行分析,价格欺诈属于欺诈行为的一种,在形式上主要表现为采用价格的方式。有关欺诈行为的规定最早来源于最高人民法院于《贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通知〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第 68 条之规定,当事人在从事交易活动时,故意隐瞒真实情况或者告知对方虚假信息,从而使他人基于错误认识而做出意思表示的,为欺诈。从该规定来看,构成欺诈的形式要件主要包括:(1)一方告知虚假情况或者隐瞒真实情况;(2)行为人基于欺诈而陷入错误认识;(3)行为人作出的行为违背其真实意愿<sup>[9]</sup>。显然,在民法

上构成欺诈行为必须要求一方主观上存在故意,即故意告知虚假情况或者隐瞒真实情况,另一方基于误信所作出的意思表示并非出于真实意愿,二者共同构成了民法上关于欺诈行为认定的核心要件。随着欺诈行为种类的不断拓展,有关欺诈行为的规定不断延伸到其它部门法当中,比较典型的主要是《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)《价格法》。但是,这两部法并未完全引入民法上关于欺诈的概念,其内涵和《民通意见》中关于欺诈概念的规定不尽一致。例如根据《消法》第 55 条之规定,经营者对消费者存在欺诈行为的,应当按照消费者的要求进行赔偿,数额为消费者费用的三倍,不足 500 元的,按 500 元计算。据此分析,尽管《消法》对欺诈行为偶有涉及,却并未明确“欺诈”的具体内涵,尽管经营者欺诈要求其主观上存在隐瞒真相和提供虚假信息的故意,但是消费者主观上是否基于错误认识作出消费决定并不影响对欺诈行为的认定,对经营者而言,这极为不公平<sup>[9]</sup>。

事实上,我国立法中对欺诈行为之内涵的简约化在价格法律体系中表现得尤为明显。《价格法》第 14 条和《禁止价格欺诈行为的规定》第 3 条进一步弱化了对价格欺诈行为主观构成要件的适用。根据该两条文,价格欺诈行为的构成要件包括:(1)实施主体为市场经营者;(2)经营者使用虚假或者引人误解的价格手段。因此,在《价格法》及其相关规定中,经营者主观上是否存在故意在所不论,即经营者作出虚假或者引人误解的价格手段是否是故意还是过失并不重要,只要在表述上与实质存在差别或者能够引起一般社会公众的认识偏差,即可认定为价格欺诈行为,这无疑大大拓展了欺诈内涵的外延。《价格法》上的欺诈行为与一般的欺诈概念存在明显差别,这不仅仅局限于以价格为手段的外观表现形式,其实质内涵早已截然不同,俨然成为披着“欺诈”外衣的另一个概念。

其二,价格法律体系的过度竞合。大数据“杀熟”的规制问题,与价格欺诈内涵之界定及其立法架构息息相关。上文已经分析了我国立法中关于“欺诈”内涵的简约化界定及其潜在危害,下面将着重讨论价格法律规范的竞合问题。在价格法律体系中,除《价格法》之外,还包括《价格违法行为行政处罚规定》《禁止价格欺诈行为的规定》等法规、规章,它们对价格欺诈行为都偶有涉及。由于价格在市场经济活动中的突出地位,对价格欺诈行

为的规定广泛分布于各类市场监管法和普通商事法之中。除了《合同法》《民通意见》等一些调整民事关系的基本法律、司法解释对价格欺诈行为有一些原则性的规定之外,其他市场规制法也对此作了专门规定。《消费者权益保护法》以及配套实施的《侵害消费者权益处罚办法》都明确规定了经营者应当遵守明码标价,不得以次充好,作虚假、引人误解的宣传等义务,并规定了相应的处罚办法。而《反不正当竞争法》《广告法》也针对虚假价格宣传、虚假价格广告等行为作了明确的规定。此外,2006年商务部联合国家工商总局、发改委等五个部门共同颁布的《零售商促销管理办法》对零售商的促销降价活动进行了专门规范,禁止其以促销为名实施价格欺诈。最新公布实施的《电子商务法》有专门针对大数据“杀熟”行为的法律规定,根据该法第18条之规定,经营者通过根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征来提供商品或者服务的,应当提供不针对特定消费者特征的选项,尊重和公平保护消费者的合法权益。但是该法并未明确界定大数据“杀熟”的行为性质,针对大数据“杀熟”与普通的价格欺诈行为有何区别也未予以明确区分。

此外,由于涉及价格欺诈行为的立法及规范性文件法律文件过多,执法中对价格欺诈行为的概念和构成要件有不同的理解,其争议主要体现在:一是实施价格欺诈是否要求经营者必须主观上存在故意;二是其它经营者是否能够成为价格欺诈行为的损害对象;三是构成价格欺诈是否以遭受到直接损害为前提。就第一点而言,《民通意见》关于欺诈行为的界定要求一方当事人必须存在主观故意,而《消法》《价格法》则没有体现这一要求;但是,国家发改委于2014年《关于对价格欺诈行为定性有关问题的复函》又规定,个别商品价格高于本次活动前7日在该交易场所的最低交易价格,并且不存在欺诈消费者主观故意的,可以对经营者的促销行为不认定为价格欺诈行为。这个规定表明构成价格欺诈行为的要件包括经营者的主观动机。就第二点而言,上述法律、法规及其他规范性文件的规定也不尽相同。根据《禁止价格欺诈行为的规定》第3条,价格欺诈行为的直接客体明确包含了经营者,《反不正当竞争法》《广告法》等也作了类似规定。但是,《消法》却未将经营者纳入到其保护之内,一些地方性立法文件也只将价格欺诈的对象限

于消费者,如南京、厦门等地。针对第三点争议,根据国家发改委2006年颁布的《关于〈禁止价格欺诈行为的规定〉有关条款解释意见的通知》之规定,价格欺诈行为不以具有交易结果为构成要件,这意味着在某些情况下,即使不存在具体受到损害的经营者或者消费者,只要符合价格欺诈的构成要件,在客观上也构成违法。而《反不正当竞争法》《合同法》等则明确了应该有直接的损害作为认定欺诈的构成要件之一<sup>[10]</sup>。

其三,职能冲突加剧执法困难。法条竞合也给行政执法中的多头管理埋下了重重危机,加剧了规制“杀熟”行为的难度。根据我国目前的行政部门的职能划分,《价格法》的主要执法部门是各级价格管理部门,《反不正当竞争法》《广告法》《消法》等的主要行政执法机关是各级工商管理部门,而《零售商促销行为管理办法》的执法机关则是各地商务部门,最新出台的《电子商务法》规定的执法机关则是市场监督管理部门。这有可能造成针对同一个价格欺诈行为各部门多头执法或竞相回避的尴尬。例如,《价格法》第40条规定,其它法律对本法第14条所列行为的处罚及处罚机关另有规定的,依照有关法律的规定执行;而《侵害消费者权益行为处罚办法》又规定,经营者有本办法第5条至第11条规定的情形之一,其他法律、法规有专门规定的,依照其规定执行;未作规定的,由工商行政管理部门依照《消费者权益保护法》第56条予以处罚。而根据《电子商务法》第77条的规定,电子商务经营者违法本法第18条关于提供搜索结果的,由市场监督管理部门责令限期改正,没收违法所得,可以并处罚款。由于各部门执法依据不同,可能导致针对同一种价格欺诈行为的处罚手段和力度千差万别。这也是导致当前面对大数据“杀熟”行为带来的危害之时,消费者束手无策,执法部门消极懈怠的重要原因。

### 三、大数据“杀熟”的规制路径

大数据“杀熟”侵害消费者权益,并危害市场交易秩序,其规制方式关键在于:建立、健全相关价格法律规范体系,统一价格欺诈行为的概念及其构成要件,在此基础上,完善《电子商务法》第18条之规定,以明确大数据“杀熟”的价格欺诈属性,强化《电子商务法》的专门规范,并打通消费者权益的救济渠道,具体而言:

首先,统一价格欺诈性行为概念及构成要件的立法规定。《价格法》并未对价格欺诈的内涵作出确切的规定,虽然《禁止价格欺诈行为的规定》弥补了这一缺陷,但是,由于后者立法层级低,难以涵盖所有价格欺诈行为的类型。因此,应该通过对《价格法》作出修改来统一界定价格欺诈行为的内涵,并明确其构成要件。首先,从维护整个法律体系的统一性出发,将主观故意作为价格欺诈行为的构成要件<sup>[11]</sup>。为了能够与《消法》倾斜保护弱者的原则相一致,应当在一些特殊的商品销售环节推定经营者具有直接故意或者实行举证责任的倒置。其次,除《消法》《食品安全法》等特殊法律之外,应当将经营者作为价格欺诈行为的损害客体,一则能够协调好《价格法》与其他部门法之间的关系,二则能够在实践中减少因不能区分经营者的生产行为和消费行为所带来的困扰<sup>[12]</sup>。最后,将具有重大社会影响,损害或者可能损害社会公共利益作为价格欺诈行为的客观构成要件,避免依各个部门法认定价格欺诈行为时的困扰<sup>[13]</sup>。针对《电子商务法》第 17 条规定不明确的情形,以及与其它有关价格规定不一致的情形,立法可以通过规定参照或者适用《价格法》《消法》以及相应的民事法律规范等针对价格违法行为方面的规定,实现有关价格立法上的统一。

其次,强化《电子商务法》的专门规范,应对价格法律体系的竞合难题。目前,关于经营者标识义务的规定主要集中在《关于食品和服务实行明码标价的规定》中,对经营者各种降价促销行为的规定则在《零售商促销行为管理办法》《禁止价格欺诈行为的规定》等有关条款中。现行法律规范对经营者促销行为的立法规定过于竞合加剧了监管部门的执法困难,对此,应该对其进行有效规范和整理。关于经营者是否存在价格欺诈的认定,可以结合大数据“杀熟”的行为特征,通过以横向与纵向比较的方式来确定经营者是否存在价格欺诈行为,从而增加其可操作性<sup>[14]</sup>。《电子商务法》旨在调整 and 解决网络交易过程中经营者与消费者之间的权利和义务冲突,维护市场交易公平和安全。在大数据时代,基于个性化、交互性的网络交易形式十分便利,其侵权方式也显得更为隐蔽和复杂,消费者权利一旦遭受损害,想要维权尤为困难。从维护消费者利益和倾斜保护弱者的原则出发,针对经营者不符合明码标价义务规定,侵害消费者知情权和公平选择权的价格“杀熟”行为,或者其它以网络交

易形式侵害到消费者权利的价格欺诈行为,《电子商务法》应当作出统一的规定,明令禁止。

最后,完善消费者权益救济途径以应对价格“杀熟”之乱象。执法部门应根据《电子商务法》的最新规定,由市场监督管理部门针对价格欺诈行为进行统一监管,以有效解决因职能冲突而引起的执法难题。我国《消法》明确赋予了消费者协会提起消费公益诉讼的权利,在公共事件中,消费者协会可以代表消费者全体向经营者进行索赔,解决消费者个体对小额维权积极性不高的问题,对经营者实行的价格欺诈行为形成有效的制约。当然,消费者要理性面对经营者的“让利”行为,自觉维护个人隐私安全,以防个人信息泄露而被经营者不当利用<sup>[15]</sup>。此外,行业协会也需加强对本行业内市场经营主体的定价行为的监管,通过制定行业定价浮动标准、规范大数据分析技术的运算规则以及建立相应的失信惩戒制度等措施来对经营者的定价行为形成有效制约,从而营造一个合法、有序的经营环境。

#### 注释:

- ① 有关“价格歧视”这一概念的规定主要体现在《反垄断法》以及《价格法》当中,而根据我国《价格法》第 14 条之规定,经营者提供相同商品或者服务,不得针对同等交易条件的其它经营者实施价格歧视。通过分析可以发现,《价格法》虽也有关于关于“价格歧视”概念的规定,但是其针对的对象是经营者,而大数据“杀熟”在实践中主要针对的是单个的普通消费者,基于此,本文认为目前学界目前关于“价格歧视说”的主要持论依据是《反垄断法》中第 17 条之相关规定。
- ② 关于大数据杀熟的定性,通说认为是一种价格歧视行为,其中,以高福平、王苑为代表的学者认为,大数据杀熟是一种价格歧视行为,但不宜纳入现行法律体系进行规制:《大数据何以“杀熟”?关于差异化定价的法律思考》载《上海法治报》。在此基础上,郑智航、徐昭曦认为它是一种一级价格歧视行为。另外,以王雪婷、孙晓雅为代表的学者通过对顾客忠诚度的分析而将其定性为价格欺骗行为:《大数据“杀熟”对顾客忠诚度的影响实证研究》,载《电子商务》。而通过检索可以发现,目前直接将大数据“杀熟”定性为一种价格欺诈行为的讨论少之又少。
- ③ 在经济学中,消费者剩余是指消费者为了得到产品愿意所支付的最高价格与实际支付价格之差。在信息对称的情况下,消费者购买产品支付的价格与其最高支付价格之差较少,则意味着消费者剩余越大,而在算法技术条件下,经营者能够识破消费者的最高支付意愿价格,导致消费者剩余逐渐变小甚至为零。

(下转第 68 页)