

互联网平台个性化定价行为的违法性界定及事前规制

姚添情

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2024年11月20日; 录用日期: 2024年12月16日; 发布日期: 2024年12月25日

摘要

个性化定价是平台经营者借助数据和算法进行价格歧视的行为, 其本质应当被界定为价格歧视, 在经济学和法学上具有双重效应, 经济学上个性化定价可以使得经营者获得利润最大化, 而从法学视角检视, 个性化定价会对消费者、经营者、社会整体福利产生负面效应, 因此需要对个性化定价的违法性进行界定。个性化定价以消费者作为歧视对象, 算法和数据的使用方式产生的效果、平台的规模大小及是否具有垄断地位是该定价行为是否具有违法性的认定标准。由此可以将个性化定价区分为: 平台-支配、平台-非支配, 非平台-支配, 非平台-非支配四种情况。由于数字经济的特征, 为了规范平台经营者数据收集及算法使用, 除了《反垄断法》对个性化定价的事后规制, 还需要做好与《个人信息保护法》的衔接, 增强算法的透明度, 做好事前规制的构建。

关键词

个性化定价, 反垄断, 《个人信息保护法》

Definition of Illegality and Pre-Event Regulation of Personalized Pricing Practices on Internet Platforms

Tianqing Yao

Law School, Shanghai University, Shanghai

Received: Nov. 20th, 2024; accepted: Dec. 16th, 2024; published: Dec. 25th, 2024

文章引用: 姚添情. 互联网平台个性化定价行为的违法性界定及事前规制[J]. 争议解决, 2024, 10(12): 207-216.

DOI: 10.12677/ds.2024.1012496

Abstract

Personalized pricing refers to price discrimination by platform operators with the help of data and algorithms, and its essence should be defined as price discrimination, which has dual effects in economics and law. In economics, personalized pricing can enable operators to maximize profits, while from the perspective of law, personalized pricing will have negative effects on consumers, operators and the overall welfare of society. Therefore, it is necessary to define the illegality of personalized pricing. Personalized pricing takes consumers as the object of discrimination, the effect of the use of algorithms and data, the scale of the platform and whether it has a monopoly position are the criteria for determining whether the pricing behavior is illegal. It can be said that personalized pricing is divided into four cases: platform-dominated, platform-non-dominated, non-platform-dominated, and non-platform-non-dominated. Due to the characteristics of the digital economy, in order to regulate the data collection and algorithm use of platform operators, in addition to the post-regulation of personalized pricing under the *Anti-Monopoly Law*, it is also necessary to do a good job of connecting with the *Personal Information Protection Law*, enhancing the transparency of algorithms, and building pre-regulation.

Keywords

Personalized Pricing, Anti-Trust Legislation, *Personal Information Protection*

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

随着数字经济的发展,互联网平台、大数据、算法的应用,使得数据在经济的价值创造中发挥着重要的作用,影响着平台的经营模式和经济形态。在中共中央、国务院发布的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》中,¹数据正式被作为一种与劳动、资本、土地、知识、技术等并列的新型生产要素,数据成为互联网平台的核心竞争要素。基于此,数据的运用必然会产生新的问题,互联网平台大量利用数据构成了新型的垄断行为,我国相继出台了《关于平台经济领域的指南》《滥用市场支配地位行为规定》等法律法规,也对《反垄断法》进行了修改,融入了对数字经济时代下垄断行为的界定与规制。

数字经济的一种表现形式即为人们支付方式的转移,通过平台、数据、算法的运用,使得人们从线下支付转移至线上支付,人们的支付偏好、支付习惯、支付对象等信息也更容易被收集,进而平台依托算法这一工具对数据资料进行分析后,对用户做出个性化数字画像,预测其消费意愿,有针对性地为其推送相关服务或商品,甚至有针对性地做出价格设置。这种个性化定价被视为新的商业实践,有学者从经济学的角度对其合理性进行了分析,笼统地对个性化定价行为实施一刀切的禁止似乎未能对其进行充分的利益衡量。但从竞争法的角度而言,个性化定价可能会影响市场公平竞争秩序、损害消费者的利益。在此背景下,理清个性化定价的法律属性,可能对社会产生的影响具有十分重要的意义。因此,本文从个性化定价本身的法律性质出发,对个性化定价对双重效应进行分析,将个性化定价行为按照对象、数

¹ 中共中央、国务院发布《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》:数据作为新型生产要素,是数字化、网络化、智能化的基础,已快速融入生产、分配、流通、消费和社会服务管理等各环节,深刻改变着生产方式、生活方式和社会治理方式。

据和算法使用情况与平台规模的标准进行违法性界定，提出在现有反垄断法事后规制上增加事前规制的可改善方式。

2. 个性化定价行为的法律属性

2.1. 个性化定价的本质是价格歧视

对于个性化定价的内涵，学界并没有统一的定义，有的文献会将个性化定价、价格歧视等表述作为同义词使用。英国执法当局在 2013 年发布的《线上个性化定价经济分析报告》中给出的官方定义为：个性化定价是经营者通过观察、搜集、推导方式得出消费者个人特征与个人行为信息，以此作为判断消费者购买能力和支付意愿基础，进一步对单个或一组消费者执行区别性、差异化的收费标准或价格政策[1]。我国《反垄断法》第 22 条第 1 款第 6 项认为没有正当理由，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。《平台反垄断指南》第 17 条也对此作出了规定。

对于个性化定价的内涵，经济学界一般将价格歧视分为了三类，第一类价格歧视是指企业对每个消费者单独定价。第二类价格歧视是指企业对每类消费者推出一个特定的组合供消费者自己挑选。第三类价格歧视是企业通过消费者的行为或特征来对其进行分类定价。法学界主要有以下几种观点：首先是价格歧视说，持有该观点的学者认为个性化定价从客观特征出发就是经济学中的第一类价格歧视，是个性化的经营者为追求利益最大化而通过互联网、大数据等手段对用户的数据信息进行收集分析后对依据消费者的可接受程度进行差别定价，形成“同物不同价”的情形。这种差别定价并非基于成本，个性化定价就是价格歧视在数字经济时代的一种新的表现形式，具有垄断性[2]。第二种观点从经营者的主观视角出发，认为个性化定价是一种价格欺诈，是经营者在经营活动中，为了谋取不正当的利益而对消费者实施的侵权行为[3]。

本文认为，个性化定价的本质应当被认为是一种价格歧视，即对条件相同的交易相对人实行的不同的交易价格[4]。从消费者的角度而言，平台通过低价吸引客户又以高价施加给老顾客施行差别待遇，而经营者则认为，不同的消费者具有不同的购买能力和意愿，并非条件相同的交易相对人，这符合价格歧视的含义[5]。在传统的市场中也存在价格歧视的情形，但是相比而言，互联网平台基于其自身的特性，拥有更大的流量与数据，平台经营者相较于消费者占据了更为优势的地位，因此平台经营者在掌握大量用户信息后就很容易通过分析用户偏好进行定价，但是价格歧视并非一味禁止的，作为一种定价策略具有一定的正向意义，且在反垄断法规制中，也只有当价格歧视产生了损害竞争等负面效果时才会进行干预。

2.2. 个性化定价的双重效应

对于个性化定价经济学与法学上均给出了各自的定义，经济学上认为以追求消费者支付意愿为核心的定价方式与一级价格歧视十分接近，价格歧视本身在经济学上具有发展的合理性，符合经营者的经济竞争策略，但是从消费者和竞争秩序而言，个性化定价会带来消极的作用。

首先从经济上应当肯定个性化定价的积极效应。个性化定价有助于提高分配效率，通过特定的算法程序，经营者可以了解消费者的支付意愿，有针对性地给出销售方案，使得不同消费者的意愿可以得到满足，从这一方面来说，有助于分配效率的提高，“满足不同层次的支付意愿”。其次，个性化定价有助于提高社会的总需求。有学者认为如果采用统一定价的手段，购买能力或购买意图较低的消费者的需求可能得不到满足，而经营者也会因为该部分消费者的流失而造成可得利益的减少，而个性化定价就可以很好地解决这一问题，使得社会总需求进一步扩大[6]。各国的竞争政策对于个性化定价的后果并没有给出统一的定论。例如，英国公平贸易办公室认为垄断与竞争条件下个性化定价的结果可能相反[7]。美国

司法部主张“当市场上有不止有一家企业时，个性化定价不必然会损害竞争”[8]。然而，如果要达到上述积极效应，就需要做好个人福利和公共福利、消费者福利与经营者福利等多方面的平衡。个性化定价作为经营者的定价策略，加剧了经营者同消费者之间的不平等差距，可能会对消费者、其他经营者以及市场的竞争秩序都带来消极的影响。

从法学理论分析，个性化定价更多可能给消费者带来了负面的影响。最直接的表现就是，在相同的目标商品下，部分的消费者需要被迫支付更高的价格造成了其直接利益的损失。其次，消费者的信息安全受到威胁，《个人信息保护法》(以下简称：个保法)第44条规定，个人对其个人信息享有知情权，²然而个性化定价会使得这种知情权受到威胁。要实现按消费者的消费欲望对其分别定价的目标，企业必然需要收集大量的数据资源，利用形成的数据集合进行算法分析后得到具有价值的衍生数据进而进行精准推送等服务，但是平台使用何种算法程序分析数据是非透明的，消费者很难了解其个人数据被如何处理分析[9]，再者，一般来说，个人信息被收集需要用户的“知情——同意”，虽然用户如果需要使用各平台开发的软件总会面临“同意”其用户协议等文件的步骤，但是在实践中，该协议确认的步骤往往只能尊崇形式主义，很少能够起到实质作用。大多数的用户在使用某软件时因用户协议过于冗长而繁杂几乎不会仔细阅读，哪怕在仔细阅读后对例如个人信息处理条款存在疑问，也会因为需要使用该软件而让渡这一部分的权利。除了在信息获取与处理阶段，个性化定价对于消费者对商品情况的知情权也受到了损害。我国《消费者权益保护法》第8条规定，³了解商品的性能、用途、价格是消费者知情权所涉范围，也应当是首要内容，互联网平台的一大特征就是网络虚拟性，所有的内容均通过二进制编码存储于网络，这是其与传统的销售方式的本质区别，也正是基于此，以传统市场的差异化定价作为互联网平台个性化定价的抗辩理由无法成立，传统市场的销售方式，消费者可以直接接触到所购买商品，对其材质、性能、价值有一个客观地预估，而且传统销售方式的差别定价具有透明性，即其他消费者可以知道价格差异的原因，例如讨价还价、针对特殊群体的优惠等。最后，个性化定价会对消费者的公平交易权造成负面影响，《消费者权益保护法》第10条规定了消费者享有公平交易权，⁴目前学界对于公平交易权有两层含义的解读，首先就是消费者与经营者的交易行为应当公平，不能强买强卖，第二层即经营者在面对不同消费者时应当公平对待[10]，而不管是哪一层理解，个性化定价都损害这种公平性，互联网平台经营者相较而言本身处于优势地位，由于双方信息的不对称以及供求关系调节机制的失衡[11]，使得部分消费者在不知情的情况下比其他消费者付出更多的成本，由此使得消费者之间也产生不公平的交易环境。

个性化定价也会使得市场竞争秩序受到冲击，该冲击来自不正当竞争风险与垄断风险。首先，如前文所述个性化定价是一种定价策略，这种策略可以使得经营者获得最大程度的收益，在未流失潜在消费者的同时也可以使得收益额达到最高，基于1、这种手段可以为平台带来最大收益。2、该种收益的实现需要依托算法为工具，数据为核心要素。这样两点理由，使得企业对数据的竞争更为强烈，具有优势地位的企业会在算法与数据上对其竞争对手进行打压，可能会形成数据垄断，例如2017年的谷歌，由于利用其搜索引擎等数据优势在产品比价方面形成了不正当竞争，被欧盟处以天价罚款；2020年德国联邦法院判定 Facebook 滥用其市场支配地位不正当收集用户数据；国内旷日持久的“头腾大战”、微博诉“脉脉”案、华为与腾讯的微信用户数据争夺战等案件表明了各大平台对于用户数据争夺的激烈，数据垄断

² 《中华人民共和国个人信息保护法》第44条：个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权，有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理；法律、行政法规另有规定的除外。

³ 《中华人民共和国消费者权益保护法(2013修正)》第8条：消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

⁴ 《中华人民共和国消费者权益保护法(2013修正)》第10条：消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

的问题也愈发突出。这种情况严重损害市场竞争秩序，以定价策略抢占市场，争夺用户数据资源，也使得新兴中小企业的生存环境愈发艰难。

综上所述，虽然在经济学上，个性化定价作为一种定价策略可以使经营者获得利润最大化，同时也有利于总体社会福利的增长，但是从法学视角进行检视，个性化定价的行为不论是对消费者、其他经营者还是整体的社会竞争秩序都可能会产生负面效应，因此需要针对特定的行为从特定标准对其违法性进行认定。

3. 个性化定价的违法性认定

3.1. 个性化定价的行为对象是终端消费者

个性化定价与传统的价格歧视存在很大差别，其最终所指向的对象都是“消费者”[12]，在个性化定价违法性认定时，“被歧视的对象”应当理解为最终的消费者。

经济学视角下个性化定价只损害了消费者的利益。个性化定价行为是平台在收集到用户的个人数据之后经过处理对消费者给出不同价格，其与动态化定价的区别是，动态化定价所依据的价格变动因素可能包括时间、地域、天气等一些外在因素，如打车平台在早晚高峰的收费与平常时间段收费的差异，而个性化定价只依据消费者自身的消费情况等信息，可能在同一个时间点、同一个平台购买同样的商品，但是因为购买人的不同而产生两个不同的价格。平台中经营者的售价是固定的，如果平台根据消费者不同的消费水平提高价格，会使得销售数量减少而导致经营者受损(因为其定价固定)，但是大数据时代，每个用户可以更精准画像成为可能，这样就可以定位至每个消费者的边际需求，即以消费者可以接受并大概率会购买的最高价格出售给消费者，如此一来销售量并不会减少，经营者在不受到损害的同时，平台还可以赚取多余的例如，最终受到损害的只有支付更高价格获取商品的消费者，无论是基于喜好或是认识错误，他都因为在相同产品上支付了比其他消费者更高的价格而遭受了歧视。

然而我国对《反垄断法》第 22 条中“交易相对人”能否包括终端消费者目前并未形成统一的意见，有学者提出“反垄断法的价格歧视规制应当仅限于经营者之间，并不包括消费者”但是这样一来，该条款的运用就会在价格歧视对象上受到限制，而消费者又是个性化定价的主要实施对象。《〈中华人民共和国反垄断法〉释评》对“差别待遇”做出进一步解释为：如果经营者对经济实力和谈判能力较强的交易相对人收取较低的价格，而对实力较弱的交易相对人收取更高的价格，其反竞争效应就会更明显[4]。虽然《反垄断法》在这个问题上并没有明确终端消费者，但是“经济实力和谈判能力”是界定交易相对人定价的标准，从消费者视角来说，并未将其排除在外。从数据收集处理等信息优势来说，个性化定价的歧视对象通常是支付价款的消费者，并非针对上下游市场相互竞争的客户[12]。无论市场竞争程度如何，每种产品都会出现愿意为其支付更高价格的用户，因此即使因为定价过高使得某一平台的用户黏度减损，但是从整体上来说只是发生了转移，消费者剩余依旧会被攫取。而《反垄断法》第 1 条⁵将消费者利益保护作为社会目的的表述，意味着消费者利益保护本来就被纳入了垄断行为认定的考量之中。

3.2. 个性化定价的手段是数据和算法

个性化定价在私法上是数据算法的低透明度对消费者造成的侵权行为，数据和算法的使用会对个性化定价的违法性造成影响，在判断某一个个性化定价行为是否具有违法性时，需要判断价格产生算法的透明度，算法与数据的运作对消费者福利、竞争秩序等会产生的效果。

算法和数据的特殊性使得互联网平台的个性化定价标准与传统价格歧视行为相区别。首先，数据具

⁵ 《中华人民共和国反垄断法(2022 修正)》第 1 条：为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，鼓励创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。

有非排他性、虚拟性等特征，在大数据时代，各类发达网络技术的应用会使得每天的信息收集量、流量急剧增长，相较于非平台经营者，商品每日浏览量、交易量也是不可同日而语，如果平台基于这些技术采取了个性化定价，则个性化定价会造成的后果远远大于非互联网平台。其次，互联网的存在和技术的运用，从消费者的视角而言其实对其知情权起到了阻碍作用，消费者只能了解自己的账号中某一产品的价格提示，即完全依靠平台算法提供来了解相关信息，而非平台经营者则会基于实物的提供、现场交易了解商品情况与其他消费者购买的价格，进而很大可能避免价格歧视。同时，非互联网平台给予了消费者更多的议价权，可以根据自己对实物的感知和了解同经营者协商价格。

算法和数据的不当使用使得消费者福利降低、市场竞争秩序破坏。正如前文所述，个性化定价具有双重效应，经济学上作为一种定价策略会产生一定的收益，因此并非所有个性化定价的行为都需要进行规制，而需要证明个性化定价产生的不利后果。个性化定价对消费者剩余的影响可能是正向的，例如更多低价支付意愿的消费者需求得到了满足，也可能是负向的，例如对针对消费者设定其愿意购买产品的最高价格，最大程度地榨取消费者剩余。但是有学者认为，实践中的情况非常复杂，企业并无法完全识别消费者的最高价意愿，判断消费者剩余上升还是下降需要根据个案分析^[13]。同时对消费者个人数据的挖掘会损害消费者的知情权、公平交易权、信息和隐私安全等。在“MEO案”⁶中，法院认为“仅存在对运营商收取更多费用的直接不利影响并不意味着竞争被扭曲或能被扭曲。”即不能从售价不同这一直观的表现进行定论，一个企业以相比于其他企业更高的价格购买某产品时，其肯定会处于劣势地位，但是这种劣势不一定最终会导致竞争劣势。因此不能仅以实施了个性化定价行为就认定滥用市场支配地位，如果该个性化定价行为使得消费者福利降低，市场竞争秩序受到破坏，则具有了违法性。

算法和数据使用的不透明。平台经营者进行个性化定价，目的是增加自身可获得的利益，该目标的实现可能是以损害消费者福利、产生不公平分配效果、损害市场竞争实现的，消费者在提供了自己的个人数据后，平台如何使用个人数据，采用何种算法，消费者无法直接感知，例如，平台经营者是否告知消费者其数据会被用作个性化定价，或者已经实施了个性化定价，这可能可以成为互联网平台实施个性化定价后的违法免责理由。

3.3. 个性化定价的互联网平台规模

在认定互联网平台实施个性化定价行为具有违法性时，需要对平台的规模进行考量，平台规模的大小会对个性化定价的危害程度有一定的影响，对于在认定个性化定价行为时规制主体规模学界存在两种不同的观点，有学者认为，我国《反垄断法》不论是在条文还是司法实践中均将规制主体限定在“超级平台”之上，但是即使是处于竞争劣势的平台也可能会实施个性化定价行为，如果要求平台具有市场支配地位，会导致很多中小型平台在实施了大数据杀熟的行为之后无法被约束，难免会成为漏网之鱼^[14]。例如饿了么，可能在外卖领域其并不似美团一般具有市场支配地位，但是依然会存在个性化定价的行为。也有学者在分析不同级别平台的定价策略及后果后认为，小平台会跟随着大平台的定价方式，如果需要对个性化定价行为做出规制，可以将监管重点放在占据市场支配地位的大平台，主要针对大平台实施具体的约束可以降低监管成本、提高执法效率^[15]。平台规模会决定对平台用户数据信息的收集分析能力，因此如果需要对海量的数据进行分析并针对消费者做出个性化画像，则需要该互联网平台拥有强大的市场力量^[16]。

虽然经营者没法针对每个用户的支付意愿和消费情况进行个性化定价，实现一级价格歧视，但是数据和算法的运用使得这种情况趋向可能，互联网平台具有支配地位意味着该平台收集了海量的用户数据，

⁶(MEO v. Serviços, Case C-525/16)。转引自周围.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 (01):108-120.

可以更加精确的对用户进行个性化服务的提供,同时用户也会因为其强大的市场力量以及更精准的推送被吸引注册由此形成一种循环,那么价格歧视行为对竞争的危害也会更加严重。其次强大的市场力量意味着更多的资金以及更充沛的技术,数据的垄断增加了竞争者争夺数据的难度,如果形成寡头垄断的局面,即使消费者意识到了平台滥用个人数据进行个性化定价的行为,也会因“别无选择”而沉默。因此具有支配地位的互联网平台滥用其市场支配地位进行个性化定价的行为需要进行规制是维护消费者利益,保护市场竞争秩序的必然结果。我国《反垄断法》第22条规定,要运用反垄断法对“差别待遇”行为进行规制,需要经营者具有市场支配地位。《平台经济领域反垄断指南》第17条“差别待遇”,对此做出了更详细的规定。算法的特殊性使得互联网企业与传统市场主体产生差异,可能轻微的数据变动会对该企业产品带来显著影响,因此如果仅以销售金额、销售数量来确定市场份额无法反映数字市场竞争的某些特性。互联网平台交叉网络效应等特征会使市场产生动态变化,用户在注册时会留下相关的个人信息,用户使用平台时也会留下浏览记录等可供企业算法分析的数据资源,因此在认定互联网平台支配地位时应当改变传统的认定标准,而采用更加科学的方式,可以按照企业的特性与提供服务或商品的特点,将用户注册数量、使用程度、活跃度等因素纳入考量。

而对于不具有市场支配地位的中小型平台实行的该类行为,其个性化定价行为如何评价,《价格法》第14条⁷规定了经营者不得进行的不正当价格行为,涉及哄抬价格、串通操纵市场价格、价格歧视等行为,互联网平台运用算法进行个性化定价可能成为其不正当竞争的一种手段,首先,经营者对其产品的了解程度远高于消费者,在产品信息严重不对称的情况下,经营者可能会不当的利用这种信息优势对消费者进行价格欺诈、价格歧视等行为。但是《价格法》并没有办法将不具有支配地位的中小型平台实施的价格歧视一起涵盖,其14条第5款所指向的对象是“其他经营者”,而并非个性化定价的最终消费者,因此《价格法》无法从根本上以普遍性的方式适用。有学者提出应当以平台规模作为区分经济意义上的价格歧视和竞争法意义上的价格歧视,即非垄断平台不会受到竞争法上的制裁但是可能会被纳入其他法律的规制范围^[6]。但笔者认为,个性化定价侵害的不是具体某一个消费者的权益而是整体上的消费者福利被剥削,这种剥削是通过市场机制完成的,或许非垄断平台经营者可能会因为其不透明算法定价行为违背了商业道德而纳入《反不正当竞争法》的规制中。

通过上文分析,将个性化定价针对的对象:消费者、算法和数据的使用方式产生的效果以及平台的规模是否具有垄断地位这三点作为违法性认定标准。在不存在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第19条规定的“正当理由”的情形下,⁸可以将个性化定价行为区分为四种情况:平台——支配、平台——非支配、非平台——支配、非平台——非支配。对于支配地位平台实施的个性化定价行为,因其交易量、平台话语权等因素,必然纳入《反垄断法》的规制中,对于非支配地位平台,基于平台本身的特性,即使不具有支配地位,但是实施个性化定价会对一定规模消费者整体福利产生影响,需要对该行为效果进行进一步评估之后,以经济上的个性化定价规制手段进行调整。对于非支配非平台经营者,需要具体问题具体分析,笔者认为由于消费者会具有更高的议价权、消费者信息攫取的不足,对消费者的整

⁷《中华人民共和国价格法》第14条:经营者不得有下列不正当价格行为:(一)相互串通,操纵市场价格,损害其他经营者或者消费者的合法权益;(二)在依法降价处理鲜活商品、季节性商品、积压商品等商品外,为了排挤竞争对手或者独占市场,以低于成本的价格倾销,扰乱正常的生产经营秩序,损害国家利益或者其他经营者的合法权益;(三)捏造、散布涨价信息,哄抬价格,推动商品价格过高上涨的;(四)利用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易;(五)提供相同商品或者业务,对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视;(六)采取抬高等级或者压低等级等手段收购、销售商品或者提供服务,变相提高或者压低价格;(七)违反法律、法规的规定牟取暴利;(八)法律、行政法规禁止的其他不正当价格行为。

⁸《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第19条:本条所称“正当理由”包括:(一)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;(二)针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动;(三)能够证明行为具有正当性的其他理由。

体福利影响较小，且因商业习惯等理由成为违法性阻却事由。

4. 个性化定价行为的事前规制

人的数据被平台大量收集并运用算法分析，数据收集和算法分析的不合理，以及平台规模的影响，会使经济上的个性化定价逐渐偏向负效应，目前我国平台垄断相关法律法规并未涉及事前规制的方式，因此为了规范平台经营者数据收集及算法使用，需要与其他法律做好衔接，建立起事前规制措施。

4.1. 从制度层面做好与《个人信息保护法》的衔接

个性化定价行为是平台经营者利用其收集到的海量的个人信息进行算法分析后对消费者做出的个性化画像，其中最重要的两个工具就是：算法和数据。欧盟的《通用数据保护条例》(以下简称：GDPR)将个人数据定义为“已识别或者可识别的自然人数据”，⁹指可以通过名字、身份编码、位置信息、在线标识等或与其身体、生理、遗传、精神、经济、文化或社会身份相关的因素，¹⁰但个人信息并不完全等同于个人数据。¹¹如果平台要做到对不同消费者进行个性化定价，那么其所用于分析的数据必然是“可识别的”，即使《个保法》规定平台收集用户个人信息时需要依照“知情——同意”的规则适用，¹²但是该条规则在平台领域基本上形同摆设，这种消费者让渡一定的信息、隐私以换取平台服务的情形会使得其最终可能因个人数据被平台分析后进行个性化定价而受到损害。但是《个保法》从私法层面规制了个人信息处理规则，增强个人对数据控制可以反过来迫使企业运用数据时受到一定的规制，进而对个性化定价行为产生正面影响，因此在完善例如“知情——同意”规则的同时，需要更进一步做好与《个保法》的衔接。

首先，平台收集的数据可能包括个人信息，甚至是敏感个人信息，如姓名、家庭住址、联系方式，也有非个人信息，例如与网店的交谈记录，是否所有的信息都需要受到保护？域外并没有区分个人与非个人信息保护的差别，即只要这些数据形成了数据产品，就需要承认数据来源者的这些数据都应该获得财产权的保护，然而，笔者认为，非个人信息取得全部财产权地位的观点有待商榷，如果对所有数据都给予保护，则数据流通会非常困难。有学者提出在数字经济时代，数据就像“石油”，但是笔者认为这一比喻并不准确，数据本身并没有更多的价值，因为其中包含了个人信息，所以才具有价值，而个性化定价这个是基于对个人信息处理后产生价值的一种示例，如果要从信息保护的角度去解决这个问题，可以参考以下思路：消费者可以选择要求将个人信息进行匿名化处理，在匿名化的情况下，个人信息不再具有可识别性，可以抑制企业分析后个性化定价的情形，但是随之产生的是数据价值的降低，因此，如果不进行匿名化处理，企业经过用户知情同意运用数据进行合理增值行为自然无可厚非，但如果因此使得消费者利益受损，那么这种信息授权需要可以被撤回。这种撤销权在法律上应被解释为任意撤销权，一旦消费者行使这种撤销权，则数据处理者不能够拒绝。我国《个保法》第24条，即赋予了个人在自动化决策推送后拥有拒绝权和要求信息处理者做出相应说明。个人信息权益人有权要求原来的平台删除其个人

⁹See General Data Protection Regulation, Art. 4 (1): “‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’);”

¹⁰See General Data Protection Regulation, Art. 4 (1): “an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;”

¹¹有学者认为个人数据强调的是客观存储在计算机系统的事物，而隐私和个人信息则是数据或者其他载体所揭示的人格内容。参见申卫星. 论数据用益权[J]. 中国社会科学, 2020(11): 110-137+207.

¹²《中华人民共和国个人信息保护法》第13条：符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：(一) 取得个人的同意；(二) 为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；(三) 履行法定职责或者法定义务所必需；(四) 为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；(五) 为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；(六) 依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；(七) 法律、行政法规规定的其他情形。依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。

数据，正是因为数据产品中包含了个人信息甚至是敏感个人信息，因此民法在价值选择上基于了个人信息权益人优先的保护地位，数据处理者无法用删除会破坏数据完整性等理由进行抗辩，如果不愿意删除则需要对信息匿名化处理。

其次引入数据携带权。我国《个保法》第 45 条规定了数据主体对个人数据享有查阅、复制、转移的权利。¹³ 数据携带权在很大程度上可以增加数据的流通、增强个人对数据的控制，从流通性与保护性上对数据垄断有一定的规制效用，也可能减缓具有垄断地位的平台拥有大量数据后可能的滥用后果。有学者基于霍特林模型对个性化定价不同平台类型、不同规则情形对消费者福利影响和市场竞争效果进行了分析，最后得出的结论是在引入数据携带权的情形下，有助于改善个性化定价下的消费者福利水平^[15]。

当然，大数据市场的发展是基于数据建立起来的，个人信息的存在使得数据可以创造出更大的社会价值，如果对这些数据设置过高的保护门槛则会阻碍大数据市场的发展，也未能平衡个性化定价的双重效应。因此个人信息在《民法典》上还没有被认为是一种权利而是以权益进行表述，这也是在一定程度降低了个人数据的保护门槛。对于个人提供的信息可以通过上述规则减弱个性化定价效果，但是如果是个人已公开的数据平台是否可以自由使用？在 LinkedIn 一案中，¹⁴ 美国第九巡回法院认可了 hiQ 爬取 LinkedIn 用户公开个人档案数据是合法的，我国《个保法》第 27 条也有类似规定，¹⁵ 如果个人不拒绝，在合理范围之内是可以自由分析处理的，王利明教授认为，如果进行小规模数据处理，个人还无法拒绝。其所体现的价值是，《个保法》并非完全不保护公开个人数据，而是在寻求两者之间的平衡，对于数据画像等行为虽然 GDPR 做了禁止性规定，但是我国《个保法》并没有禁止。但是这个合理范围之内如何去界定，如何更好规制个性化定价等行为，就需要明确不同种类的平台对用户信息的收集范围，或者可以设立类似“白名单”，并做好与《个保法》中相关保护措施的监管衔接。

4.2. 从技术层面提高数据与算法的透明度

数据侵权不同于传统的其他侵权行为，传统侵权法主要是针对有形财产的侵权，但是数字时代，这种无形财产引发的侵权一旦产生，极易快速扩张并造成大规模侵害，因此，数字时代需要解决的一个问题就是，如何制止损害的蔓延和扩大，这并不意味着事后规制和赔偿不重要，《反垄断法》针对平台滥用市场支配地位实施个性化定价行为已经做出了认定，但是数字时代更应该去做好事前防御。

平台经营者可以从多种途径获取数据资源，一是数据需要保证其来源的可查，包括来源、内容、处理结果的可查，二是数据提供者可以查阅自己提供的数据内容、用途，这些数据不会被随意篡改，同时可查阅的范围需要做出限制，例如他人的个人数据无法查阅。因此数据收集者需要做好记录工作，以及对原始数据做好备份。有学者提出“区块链”的分布记账和去中心化是一个很好的利用方式^[1]。其次平台经营者需要对算法作出解释，算法的复杂性使得普通公众无法自行理解数据被如何处理，因此需要算法设计者用易懂的语言对经过该算法数据的走向性作出解释，也有学者提出可以设立专门的算法监管委员会，使政府站在中立角度，对企业算法进行审计，同时也可以成为消费者的维权渠道^[9]。

5. 总结

平台经营者实施的个性化定价行为的本质是一种价格歧视，但是该行为并非都具有负面效应而一味

¹³ 《中华人民共和国个人信息保护法》第 45 条：个人有权向个人信息处理者查阅、复制其个人信息；有本法第十八条第一款、第三十五条规定情形的除外。个人请求查阅、复制其个人信息的，个人信息处理者应当及时提供。个人请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者，符合国家网信部门规定条件的，个人信息处理者应当提供转移的途径。

¹⁴ HIQ LABS, INC. V. LINKEDIN CORPORATION.

¹⁵ 《中华人民共和国个人信息保护法》第 27 条：个人信息处理者可以在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；个人明确拒绝的除外。个人信息处理者处理已公开的个人信息，对个人权益有重大影响的，应当依照本法规定取得个人同意。

禁止,从经济学和法学等不同视角分析,可见个性化定价作为一种定价策略在一定程度上可以增加社会总体福利,提高分配效率,但是也因对消费者知情权、公平交易权、信息安全的损害使得消费者福利下降,消费者剩余被攫取,对市场的竞争秩序也带来负面的影响。因此需要从价格歧视对象、数据和算法的使用方式、平台是否具有垄断地位三个角度对平台经营者实施的个性化定价行为进行界定,具有支配地位的平台经营者和平台经营者的垄断行为具有违法性、非支配地位的平台和非平台经营者的个性化定价行为应该根据具体情况具体分析。基于数据和算法的不合理使用,应当加强个性化定价的事前规制,通过与《个保法》的衔接与加强算法的透明度降低平台个性化定价的可行性。

参考文献

- [1] 陈群峰,周恩惠.数字经济时代算法价格歧视的反垄断规制[J].中国政法大学学报,2023(3):207-219.
- [2] 施春风.定价算法在网络交易中的反垄断法律规制[J].河北法学,2018,36(11):111-119.
- [3] 朱程程.大数据杀熟的违法性分析与法律规制探究——基于消费者权益保护视角的分析[J].南方金融,2020(4):92-99.
- [4] 宁立志.《中华人民共和国反垄断法》释评[M].北京:法律出版社,2023:127.
- [5] 承上.人工智能时代个性化定价行为的反垄断规制——从大数据杀熟展开[J].中国流通济,2020(5):121-128.
- [6] 朱建海.数字经济时代个性化定价的法律规制——以利益平衡为视角[J].金融法苑,2022(1):68-83.
- [7] Office of Fair Trading (2013) The Economics of Online Personalized Pricing.
- [8] US Department of Justice and Federal Trade Commission (2016) Roundtable on “Price Discrimination”.
- [9] 唐芬,闵赟.信息化时代“大数据杀熟”法律规制的困境与出路[J].河南科技大学学报(社会科学版),2023,41(5):81-86.
- [10] 郑瑞平.网络团购模式下消费者公平交易权的法律保护[J].商业经济研究,2017(15):43-45.
- [11] 詹馥静.大数据领域滥用市场支配地位的反垄断规制——基于路径检视的逻辑展开[J].上海财经大学学报,2020(4):138-152.
- [12] 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.
- [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] 何昊洋.大数据杀熟背后的平台私权力及其法律矫正[J].重庆大学学报(社会科学版),2023,29(6):1-13.
- [15] 王夕琛,曲创.市场支配地位、用户规模差异与平台个性化定价研究[J].经济与管理研究,2023,44(4):39-55.
- [16] 刘权.网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角[J].法学研究,2020(2):42-56.