

电商平台差别化定价的违法性分析与因应

高 阳

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年4月11日; 录用日期: 2024年4月24日; 发布日期: 2024年7月30日

摘 要

电子商务领域个性化推荐算法的普遍应用极大地提高了市场交易效率, 但是这种利好在电商平台野蛮生长下正逐渐异化为侵犯消费者权益、扩大市场恶性逐利的工具。电商平台差别化定价并非技术中立行为, 其具有深层的违法性质, 当坚决予以打击治理。然而, 传统的规制手段收效甚微。法律上存在无法可依、有法难依的情形; 算法治理面临公开与否的悖论和技术层面的难题; 以及司法救济手段的低效能导致消费者维权意愿低下等等。面临的这些现实困境呼吁新的治理手段。有鉴于此, 应以电商平台差别化定价行为的形成过程为锚点, 从定价行为、个人信息处理、算法治理三个方面探求出规制的因应之策。以完善相关法律制度为抓手规制定价行为; 由“赋权”转向“赋能”以实现对个人信息和算法滥用的一体化治理; 最后以强化司法保障为兜底手段进行有效事后救济。

关键词

电商平台, 差别化定价, 算法, 大数据杀熟

Analysis of Illegality and Response of Differentiated Pricing of E-Commerce Platforms

Yang Gao

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Apr. 11th, 2024; accepted: Apr. 24th, 2024; published: Jul. 30th, 2024

Abstract

The widespread application of personalized recommendation algorithm in the field of e-commerce has greatly improved the efficiency of market transactions, but under the wild growth of e-commerce

文章引用: 高阳. 电商平台差别化定价的违法性分析与因应[J]. 电子商务评论, 2024, 13(3): 4450-4456.

DOI: 10.12677/ecl.2024.133543

platforms, this benefit is gradually alienated into a tool to infringe on the rights and interests of consumers and expand the vicious profit of the market. Differentiated pricing of e-commerce platforms is not a technology-neutral behavior, but has a deep illegal nature, which should be resolutely cracked down on. However, the traditional regulations have achieved little effect. At the legal level, there is no law that can be followed or difficult to rely on the law correctly; the algorithm governance faces the paradox of openness and technical problems, and the inefficiency of judicial remedies can lead to the low willingness of consumers to defend their rights and so on. These real dilemmas call for a new means of governance. In view of this, the formation process of differentiated pricing behavior of e-commerce platforms should be taken as the anchor point, and the regulation should be explored from three aspects of pricing behavior, personal information processing and algorithm governance to improve the relevant legal system to regulate the pricing behavior; from “giving rights” to “giving capabilities” to achieve an integrated governance of personal information and algorithm abuse; finally, to strengthen the judicial protection as the bottom of the means to carry out effective after-action relief.

Keywords

E-Commerce Platform, Differentiated Pricing, Algorithm, Big Data-Enabled Price Discrimination

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. 问题的提出

随着移动互联网的普及和技术的进步，平台经济亦搭上时代的快车而获得了长足的发展。电商平台依托大数据和智能算法实现对潜在用户的精准营销，然而，这在提升效率的同时也极易演变成侵犯消费者权益的工具。自 2018 年“大数据杀熟”成为年度消费侵权事件来，各种杀熟案例层出不穷：同一条线路，在不同手机的同一打车平台上的价格显示不同；同一件商品，用不同账户在同一购物平台购买所需要的金额也不一样。

2022 年 3 月北京市消协发布的互联网消费大数据杀熟问题调查结果显示[1]：受访者中有 86.91%认为自己经历过大数据杀熟。其中，网络购物中的大数据杀熟问题最多，占比 82.44%，其次是在线旅游(76.85%)、外卖(66.96%)和网约车(63.00%)。可见，电商平台利用大数据杀熟的问题已经成为民众普遍遭遇和关注的社会问题。大数据杀熟这类差别化定价行为严重违背诚信原则，侵害消费者公平交易权利，不利于公正合理的市场竞争秩序的构建，这需要我们因应施策，运用法律手段加以规制。

2. 电商平台差别化定价之违法性与危害性

2.1. 违法性分析：个体视角

从经济学角度来看，差别化定价或许是一种市场的中立行为。电商平台利用其获取的用户个人信息整合形成用户画像，基于人工智能算法精准研判掌握消费者能力、价额敏感度等进行差别化定价，由此最大限度地获取“消费者剩余”，最终达成企业利益的最大化目标[2]。从这个意义来看，差别化定价具有现实合理性和经济必然性。虽然，在传统的交易行为中亦存在杀熟等类似行为，但电商平台杀熟的隐蔽性、技术性、精准性、复杂性必然要求对这种差别待遇保有更高的注意义务。如果不能对这种差别待

遇说明正当理由，则属违法。

2.1.1. 法律原则层面

电商平台差异化定价行为违反了平等原则。我国《民法典》第 4 条规定“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”。该原则是民事主体之间从事民事法律活动的基本指导原则。民事主体之间应当平等的协商彼此的权利义务关系。电商平台作为具有优势地位的一方，且通常具有市场支配地位，其应该克俭自身行为，避免对交易相对方的利益造成过度的侵害。在无正当理由的情形下进行差异化定价，即使消费者表面上是一种“自愿”消费行为，在形式上是平等的，但造成了消费者在实质上的不平等。

电商平台差异化定价行为违反了诚实信用原则。民法典所示的诚实信用原则的一个重要内涵在于民事主体实现自身利益增值不能建立在对他人的利益的侵害上。作为差异化定价的典型形式一大数据杀熟行为是基于平台的算法模型，计算出用户价格耐受程度而做出的盘剥最大“消费者剩余”的行为。消费者对同一商品或服务支付了相较于其他人更高的价格，这实际是一种利益损失。故而，电商平台差异化定价行为获益以他人利益受损为基础，是对法律诚实信用原则的严重违背。

2.1.2. 实体权利层面

差异化定价行为对消费者的财产权造成了侵害。差异化定价最常见的状态是以超高价格获取最大收益。电商平台利用算法对消费者消费能力和消费意愿的精准把握，将目标消费者困于“信息茧房”之中，由于消费者对消费路径的依赖，当以过高的价格完成交易后，其财产权利也受到了无形的侵害。

《消费者权益保护法》第八条规定消费者享有知悉商品或服务真实情况的权利，这包括但不限于商品的真实价格。对于商品的价格应作广义理解，并非单指交易过程的价格，而是商品或服务本身的真实价格及其形成过程。电商平台进行差异化定价处于一种高隐蔽状态，消费者很难通过其他途径了解相关真实信息，因而该行为侵犯了消费者的知情权。

差别定价行为诱发或间接导致了对消费者个人信息权益的侵害。电商平台进行差异化定价行为的依据即用户的个人信息。在完成定价之前，平台持续收集用户的信息，包括但不限于浏览偏好、消费习惯、支付能力等等[3]。诚然，消费者在使用平台前已经同意了平台的信息收集和隐私保护规则。但是，对于这类格式条款，用户没有拒绝的余地。为了使用平台，消费者必须被迫让渡个人信息自决权，由此，平台在形式上遵循了“知情 - 同意”的个人信息处理规则。在利益的驱使下，平台容易过度收集、处理用户的个人信息。

2.2. 危害性分析：社会视角

2.2.1. 引发信任危机

对于与平台信息不对称的消费者而言，算法始终处于一种“黑箱”状态，消费者很难知晓对于同一商品或服务他人所承受的价格。在算法价格歧视的视角下，消费者进行网络消费倾向地认为：对于同一商品或服务，平台的定价是相同的。而经营者利用消费者的错误假设，导致线下环境中关于价格的社会共识与算法下的价格不统一和不透明[4]。电商平台利用消费者的信任和中立的技术算法套取其最大的价值，实际上也是对此一信任的消耗。一旦“黑箱”破了一个细小裂口—消费者意识到自己被“压榨”，就会产生信任危机，开始怀疑平台定价机制。随着信息流的传播，这种信任危机会无限地被扩大，平台企业终被技术所反噬。自 2018 年大数据杀熟一词流行以来，人们开始普遍怀疑各大平台的定价机制。很大一部分人在确认交易前被迫“货比三家”，由此造成交易效率的低下，信任危机将对平台企业和消费者双方产生不良影响。

2.2.2. 扰乱市场秩序

电商平台进行差别化定价的前提是掌握足量的消费者数据和市场信息，且这类平台通常在相关行业具有支配地位。相较于传统的定价方式，算法场域下的差别化定价更容易导致以低成本达成限制或排除竞争者的效果。当电商平台利用差别化定价对其黏性用户适用高价，对其他用户适用低价以吸纳目标群时，已然达到排除竞争对手的效果。显然，在对算法的运用和控制上，其他微小平台难以与大型电商平台抗衡。强者愈强，弱者愈弱的马太效应将严重扰乱正常的市场竞争，进而催生形成头部垄断。在获得垄断地位之后，平台即可以滥用市场支配力，通过个性化定价更加肆意对用户“杀熟”。此外，差别化定价行为容易助长电子商务行业不良风气。差别化定价的短暂红利可能诱使从业者热衷于对消费者信息获取和对价格算法的精研，忽视了商品或服务本身的质量提升，不利于良好有序的市场秩序的维系。

3. 电商平台差别化定价行为的规制困境

3.1. 制度层面障碍

前文分析了电商平台差别化定价行为的违法性，在法治时代，完备的法律规范回应是治理违法性问题的必要存在。然而现有法律制度有诸多问题，存在无法可依、有法难依之困境。

1) 微观视角：减损消费者法益

在知情权层面，《消费者权益保护法》和《电子商务法》具有趋近的保护要旨。也可以将《电子商务法》理解为《消费者权益保护法》在平台经济领域的特别法规定[5]。《消费者权益保护法》第八条规定了消费者对其购买的商品或服务真实情况的知情权。《电子商务法》第十七条要求电子商务经营者应当及时地披露商品或者服务信息。法律为保障消费者知悉商品或服务的知情权，从一个泛化的角度对经营者提出了真实性要求。究其背后的保护的旨意在于确保不存在价格欺诈的情形。但是，平台经营者提供了一个不同于他人所承受的价格，在形式上确属真实，也不存在剥夺消费者比价选择权的行为，那此种行为能否被认定为价格欺诈？又是否满足了法律的真实性要求？目前理论界对于是否成立价格欺诈存在争议[6]。但至少可以肯定的是：法律在这类价格真实性问题的规范上明显不足，存在模糊性。

在个人信息权益方面，作为电商平台进行差别化定价的依据，法律也对其作出了规范性要求。《消费者权益保护法》第二十九条规定“经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意”。《电子商务法》第二十三条规定“电子商务经营者收集、使用其用户的个人信息，应当遵守法律、行政法规有关个人信息保护的规定”。2021年实施的《个人信息保护法》第14条更进一步明确规定：基于个人同意处理个人信息的，该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出。由此看似法律规范充实详尽，但实质性挑战颇多，能否有效规制平台违法处理个人信息存疑。一方面此类规定比较宏观、模糊，在理解与适用上存在诸多问题。另一方面，这种传统的“知情-同意”规则有不少缺陷。在双方实力地位不平等、信息不对称等情形下，消费者的知情同意权不过是一种真空，反而会成为平台自恃合法的挡箭牌。

2) 宏观视角：扰乱市场秩序性

作为差别化定价的一种，大数据杀熟是电商平台利用信息不对称所造成的外部性产物，即通过对用户个人资料、消费习惯的获取、收集、处理，在此基础上对消费者与其他主体实施价格歧视，逐步形成垄断的过程[7]。在对大数据“杀熟”作法律定性时，学界通常认为其属一级价格歧视[8]，而价格歧视属于《反垄断法》中的差别待遇：在无正当理由的前提下对交易条件相同的相对人要求不同的交易条件达到排除限制竞争的目的。《关于平台经济领域的反垄断指南》第十七条也明确了大数据“杀熟”属于差别待遇。然而，反垄断法所规制的行为主体是具有市场支配地位的经营者，这限缩了规制的范围。并非所有的电商平台都具有市场支配地位，不具有市场支配地位的经营者同样可以通过数据交易、交换的方

式与数据寡头进行数据或算法的共享，进行差别化定价。

前文已明确将电商平台的差别化定价认定为价格歧视，我国《价格法》第十四条对价格歧视进行了相关规定：经营者不得实施“提供相同商品或服务，对具有同等条件的其他经营者实行价格歧视”的不正当价格行为。显然，价格法所保护的是经营者之间的行为，在于对市场弱小的经营主体的庇护。其并未直接保护对于一般消费者的价格歧视行为。虽然价格法对经营者的定价行为做出了比较完备的规定，但在规制差别化定价行为方面尚存不足。

3.2. 算法治理之困：权利异化与公开悖论

算法是电商平台实行差别化定价的工具，也是一种权利。但在人工智能时代，算法权利正逐渐异化为一种算法权力，这种权力体现在算法对目标对象的控制力和影响力。算法已然成为网络世界的“规则”。规范权力运行，阳光是最好的防腐剂。为了破除算法黑箱，通常认为提高算法的透明度是直接路径。然而，这种公开规制的方式会自然面临知识产权保护和算法治理的矛盾。对于电商平台来说，算法是其核心竞争力的重要组成部分，贸然实行算法公开将会打击市场主体的生产积极性，不利于社会生产力的发展。此外，直接公开算法对于消费者来说不具价值性。算法之所以能形成黑箱，在于其技术上的复杂性。在大数据时代，随着算法所要实现目标的复杂程度提高，算法本身亦变得愈发冗长与繁杂，算法是经过大量数据集训练后再经调整优化而产生的，而不仅仅是工程师人为编写的固定代码，其具有自主创造性^[9]。简单的公开并不能弥合电商平台与消费者之间的技术鸿沟，故而不能达到破解黑箱的目的。

3.3. 司法救济之困：低意愿下的权利真空

对于电商平台差别化定价行为的司法规制，在实践中存在诸多难点。司法机关面临的第一个难题是数字经济发展和个体权益平衡的问题。在“大数据杀熟第一案”中(胡红芳诉携程案)，法院并没有认定携程公司的行为属于大数据杀熟行为，只是判定携程公司存在违法处理用户个人信息的行为¹。在现有的司法实践中，法院通常采取谨慎态度，更加尊重平台企业的自主定价权。在这类民事案件中，仍旧遵循“谁主张，谁举证”的责任分配模式。面临双方不对等的实际地位，在算法技术的复杂性面前，普通消费者不具有举证能力。即便消费者保留行为时证据，电商平台仍有多种理由可予抗辩，如：价格动态变化、存在优惠券抵扣等等。此外，在多数情况下，个体偶尔的利益丧失并不足以引起司法救济的选择。智能算法可以根据用户画像将价格差异控制在目标用户的耐受范围之内，尽管消费者蒙受一定利益损失，但其寻求司法救济的期望值较低。综上，司法实践中的种种困境使得消费者寻求司法救济的权利几乎处于一种真空状态。

4. 电商平台差别化定价行为规制之因应策略

上文分析了当下对电商平台差别化定价行为的规制窘境，为更好的规范平台的交易秩序和保护消费者合法权益，应针对性地对现实困境加以回应。下文将在整体上从事前规制和事后规制分析因应策略。

4.1. 事前规制：完善法律以规制定价行为

对于定价行为的规制，首先是静态意义的法律规制。应当细化《消费者权益保护法》《电子商务法》等法律规定。其一，要明确差别化定价行为的违反公平交易的侵权属性。是否违反公平交易，当以一般人的正常理性来看待。其二，要进一步明确和延展消费者知情权的内涵。现有法律所示的消费者知情权只是对价格的形式意义上的真实知情，但在平台经济中，实质上的真实价格并不为消费者所知。因而有必要扩充知情权的内涵，将大数据杀熟等差别化定价行为纳入到法律规制中。此外，《价格法》《反垄

¹案号：(2021)浙06民终3129号。判决法院：浙江省绍兴市中级人民法院。

断法》也应紧随时代的步伐，扩大保护的范围，不应仅限于保护经营者之间或者具有支配地位的经营主体的价格行为。

在动态意义上，应当加快完善市场监管体系。“大数据杀熟”作为新业态下的价格违法行为，传统市场监管模式稍显不力，更加需要在传统监管的基础上建构出平衡机制，着力引导平台经营者、用户、行业组织等利益相关者共同参与治理，在互动中寻求监管与发展的平衡点[10]。一方面，监管者要加强数据安全管理体系的建设，并建立平台动态价格监测机制与基准价格体系[11]，在打破执法监管技术劣势的同时为消费者提供价格参考。另一方面，探索‘内外联动’的监管模式。政府监管、行业监管、用户监督三位一体形成外部监督。在平台内部，考虑到技术反噬和信任危机蔓延应自觉开展自我治理，规范自身和经营者的定价行为。

4.2. 事前规制：由赋权转向赋能的信息与算法治理

所谓赋权是指以法律形式确认主体的权利，而赋能则强调以法律手段及相关活动增进弱势群体实现权利的能力。我国《个人信息保护法》《电子商务法》《消费者权益保护法》都对个体信息权利进行确认，但实践效果不佳。传统的“知情－同意”规则、“侵权－救济”规则、遗忘权、删除权等都难以达成良好的规制效果。在此，不妨从强化个体实现权利的能力的角度出发解决问题。

第一，尝试开展算法知识的普及工作，在帮助消费者了解电商平台基于智能算法定价的基本规则的同时，提升其警觉性和维权意识，使其对个人信息的使用、处分更加谨慎，减少个人信息被滥用的可能性。第二，探索将大数据杀熟这类差别化定价违法案件纳入法律援助的受理范围，增加消费者维权的途径选择，提升其积极维权的可能性。第三，当以技术治理协同法律治理，法律手段在平台经济的算法价格歧视下具有一定局限性。政府主管部门要实现监管技术的升级与创新，增强算法歧视行为的风险预防和预警能力。第四，以算法验证请求权替代算法解释权。算法解释在实践中比较模糊，何时解释以及如何解释都不具明确性。对普通消费者进行解释的价值性亦存疑。而算法验证的实施难度较低，可操作性强。欧盟《通用数据保护条例》第42条建立的数据保护合规性认证体系，能为不具备专业知识的用户提供具有权威性的评估结果。以此为参考，可以建立相应的算法验证体系，对平台利用算法处理个人信息的合理合法性进行验证。

4.3. 事后规制：提升司法救济效能

在现有的司法实践中，原告通常以平台侵犯知情权、公平交易权为由要求法院认定平台行为属大数据杀熟的违法行为。然而在满足“知情－同意”规则的形式合法以及平台“明码标价”的条件下，司法认定将囿于算法歧视内部运作机理的“技术行为－结果”探究基础上的因果关系的讨论而陷入困境。在此，可以改变司法救济视角，尝试用民法不当得利的法则实现关系的恢复。首先，电商平台通过差别化定价行为获得财产利益，是为“得利人”，而用户因承受多于一一般人的价格满足了“受损人”的主体身份。其次，电商平台获得的这部分差额利益不具有法律上的根据。再次，获利与受损之间的因果关系是显著的，此时的因果关系的认定能摆脱对复杂算法的纠结，而转向宏观上的双方利得与利失之间的关联[12]。最后，在差别化定价情境下，用户对于过高的“价差”不具有真实给付意愿，属给付目的欠缺。由此可见，基于不当得利的司法救济是一种可行的方案。

在举证责任分配上，应打破传统举证责任模式——实行举证责任倒置。与普通消费者相比，电商平台在法律资源、政策解读、技术应用等方面都占据绝对优势。在此情况下，对电商平台施以更重的举证责任具有一定的公平合理性。诚然，为了避免给平台主体造成过多司法讼累影响经济活动，亦应将倒置责任限定在消费者能够提供初步证据的条件下。此外，这类定价行为下的消费者受损利益分散，故而私

益诉讼难成气候。消费者保护组织、检察机关及其他法定主体应当在日常工作中主动发现线索、及时调查取证,对有关群众呼声较大、严重损害社会公益的差别化定价行为提起公益诉讼,以公益诉讼弥补私益诉讼的现实窘境。

5. 结语

当下,数字经济、平台经济发展趋势方兴未艾,但各种问题也愈演愈烈。电商平台方便人们生活、促进经济发展的同时,其利用算法歧视进行差别化定价的行为也在反噬着这个行业。算法固然可以作为定价的工具,但不应该成为大数据“杀熟”行为的帮凶,一切交易都应该遵循公平、诚信原则^[13]。遗憾的是,传统的规制手段并不能恰当保护消费者的合法权益和维护行业的健康发展。因此,当以电商平台差别化定价行为的各过程要素为锚点,探究出因应之策。除在法律层面细化规则、技术层面提升监管能力、事后提供扎实的司法保障外,日后还要持续在提升算法治理能力、营造平台公平交易秩序方面努力。

参考文献

- [1] 北京市消费者协会. 北京市消协发布互联网消费大数据“杀熟”问题调查结果[EB/OL]. http://www.bj315.org/xfdc/202203/t20220301_32335.shtml, 2024-04-05
- [2] 范雪飞, 田翔宇. 平台大数据“杀熟”的反垄断规制困境与路径优化[J]. 竞争政策研究, 2024(1): 61-72.
- [3] 许身健, 郅庆. 反垄断视阈下的算法价格歧视问题[J]. 中国法律评论, 2022, 45(3): 105-116.
- [4] 叶明, 郭江兰. 数字经济时代算法价格歧视行为的法律规制[J]. 价格月刊, 2020(3): 33-40.
- [5] 葛江虬. 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[J]. 法律科学, 2021, 39(3): 108.
- [6] 刘佳明. 大数据“杀熟”的定性及其法律规制[J]. 湖南农业大学学报(社会科学版), 2020, 21(1): 56-61, 68.
- [7] 吴立兰. 平台经济下大数据“杀熟”的法律规制[J]. 上海法学研究, 2020, 3(1): 47.
- [8] 王先林, 曹汇. 数字平台个性化定价的反垄断规制[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2022(4): 136-149.
- [9] 丁晓东. 论算法的法律规制[J]. 中国社会科学, 2020(12): 138-159, 203.
- [10] 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, 2021(2): 8-14.
- [11] 潘定, 谢菡. 数字经济下政府监管与电商企业“杀熟”行为的演化博弈[J]. 经济与管理, 2021, 35(1): 77-84.
- [12] 王鹏飞. 电商平台算法歧视法律救济的困境与出路[J]. 科学决策, 2023(5): 213-223.
- [13] 朱长根, 陈烨琪. 大数据背景下电商平台差异化定价行为规制研究[J]. 价格月刊, 2021(12): 89-94.