

四川大學

本 科 学 年 论 文



题 目 “大数据杀熟”的法律分析与规制建议

学 院 法学院（吴玉章）


专 业 法 学 年 级 2017 级

学生姓名 王安娜

学 号 2017141502094

论文成绩 98 分

指导教师 王竹 联系电话 13550324804

指导教师签名 

2020 年 6 月

独创性声明

本人郑重声明：所提交的论文是本人在导师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不含其他个人或集体已经发表或撰写过的研究成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中作了明确说明并表示谢意。

论文作者（签名）： 王安娜

日期： 2020.6.15

“大数据杀熟”现象的法律分析与规制建议

专业：法学

学生：王安娜

指导老师：王竹

摘要：“大数据杀熟”生来就有对个人信息、消费习惯信息等“大数据”的不当利用以及依靠“差异化定价”进行“杀熟”两层内容。“大数据杀熟”具有隐蔽性、技术性、普遍性、危害性的特征，现已有其固定类型。就其法律性质而言，价格歧视说不足以完全评价“大数据杀熟”；适用价格欺诈说对其进行规制有优势，但在当前法律架构下并不合适；应当认定“大数据杀熟”构成沉默欺诈，适用消法惩罚性赔偿制度。建议以优化《电子商务法》破除法律竞合乱象，明确市场监督管理部门的管理职能，由各级法院应为遏制“大数据杀熟”提供最终保障。

关键词：大数据杀熟 理论界定 法律性质 规制建议

Legal Analysis and Regulatory Proposal on the Phenomenon of Big Data Price Discrimination

Abstract: "Big data price discrimination" is born with the improper use of "big data" including personal information, consumption habit information, etc., and obtaining a windfall based on differentiated pricing to consumers. "Big data price discrimination" has the characteristics of concealment, technicality, universality and harmfulness, and now has its fixed type. For its legal nature, the theory of price discrimination is not enough to fully evaluate "big data price discrimination"; applying the theory of price fraud to regulate it has its advantages, but it is not suitable under the current legal framework; it should be determined that "big data price discrimination" constitutes a reticent fraud and the punitive compensation system should be applied. It is suggested that we should reform E-commerce Law to break the confusion of competition among laws, and clarify the management functions of market supervision and management departments, let the courts provide the final guarantee to curb the "big data price discrimination".

Key words: Big data price discrimination; theoretical definition; legal nature; regulation proposal

目录

“大数据杀熟”现象的法律分析与规制建议	2
摘要	2
Abstract	2
独创性声明	1
一、 引言	4
二、“大数据杀熟”的理论界定	5
（一）“大数据杀熟”的概念与特征	5
1. 概念	5
2. 特征	5
（二）“大数据杀熟”的类型	6
1. 借助大数据进行“用户画像”实现“杀熟”	7
2. 通过地理位置信息实现“杀熟”	7
3. 通过用户与移动端应用交互的行为细节实现“杀熟”	7
三、“大数据杀熟”的法律性质分析	7
（一）价格歧视说的困境	7
（二）价格欺诈说的利弊	8
1. 价格欺诈说的优势	9
2. 价格欺诈说的障碍	9
（三）沉默欺诈理论的适用	10
1. 沉默欺诈的概念与构成要件	10
2. “大数据杀熟”构成沉默欺诈	11
3. 消灭之沉默欺诈的法律效果	13
4. 处理不同商业模式下的应用障碍	13
四、 构建“大数据杀熟”统一治理的法律制度	15
（一）优化《电子商务法》破除法律竞合乱象	15
（二）明确市场监督管理部门的管理职能	15
（三）各级法院应为遏制“大数据杀熟”提供最终保障	16
五、 结语	17
参考文献	18
致谢	19

一、引言

伴随着“数据为王”时代的到来，电子商务领域内产生了一种新兴现象——“大数据杀熟”，其存在于天猫、京东、美团、携程、滴滴等各大网络消费平台，严重地损害到广大消费者的利益，伤害到大众的消费感情，近年来话题不断、争论不休。因此深入分析并运用法律手段规制此种现象十分必要，这将更好保护消费者权益、维护网络消费市场秩序、推进社会诚信建设。

目前，相关领域内的研究多从“大数据杀熟”现象的产生原因着手分析，进而从法律或技术角度提供此现象的规制路径。

就其产生原因而言，学者们分析的侧重点不尽相同，但观点之间并不矛盾。邹振东认为是技术特权群体所制造的“技术壁垒”导致“大数据杀熟”现象的产生。¹胥雅楠、王倩倩等人的研究认为，“大数据杀熟”现象的产生有法学、经济学、管理学多方面的原因，主要是滥用大数据技术、法律法规不健全、部门监管缺位、商业伦理扭曲。²而李飞翔同样认为，互联网行业的垄断效应、用户对平台的依赖性、国家立法的滞后性是“大数据杀熟”现象产生的主要原因。³

学者们提供的规制路径则五花八门。余敏从实证技术角度出发研究发现，卖家信用与商品评价项目的信息披露与商品的逆向选择现象之间存在一定的负相关性，可以有效消除“大数据杀熟”的风险。⁴周末雨、连顺婷等人则建议建立大数据监控机制，完善保护个人信息的法律法规，健全平台行政监管机制，建构企业信誉机制。⁵除此以外，还有许多学者从完善消费者权益保护法、电子商务法角度提出相关措施。

从现有的研究文献来看，学界对于“大数据杀熟”现象的研究虽然数量不少，且研究角度具有多样性，相关研究也指出了“大数据杀熟”现象产生的部分原因，但很少有文献明确“大数据杀熟”的判断标准与法律性质，亦未有人思考不同商业模式下“大数据杀熟”法律主体的变化。另外，目前有关“大数据杀熟”的研究实际上仍有碎片化、表面化的问题，相关法学建议也不足以形成完整的法律屏障。因此，本文旨在“大数据杀熟”的判断标准、法律性质，由现象及本质，对相关现象进行深入、全面、体系化的分析，明确各主体的法律责任，进而提供现实有效的法律规制建议。

¹ 邹振东：《“一刀切”治理大数据“杀熟”——“机器算计时代”的服务器管理》，载《人民论坛》2019年第36期。

² 胥雅楠、王倩倩、董润、汪辛怡、吴峥：《“大数据杀熟”的现状、问题与对策分析》，载《改革与开放》2019年第1期。

³ 李飞翔：《“大数据杀熟”背后的伦理审思、治理与启示》，载《东北大学学报》（社会科学版）2020年第1期。

⁴ 余敏：《“大数据杀熟”可以避免吗？——电子商务逆向选择风险规避》，载《价格理论与实践》2019年第4期。

⁵ 周末雨、连顺婷：《“大数据杀熟”营销行为的监管和法律治理》，载《经济研究导刊》2019年第15期。

二、“大数据杀熟”的理论界定

（一）“大数据杀熟”的概念与特征

1. 概念

学界普遍认为,“大数据杀熟”是指运营服务平台根据大数据,揣测消费者的消费能力、消费行为、消费偏好,针对熟客的消费特征,给出较高价格的歧视性运营服务。⁶通俗地来说,就是指在提供同样的商品或服务时,网络平台运用大数据技术谋取利益,使得老客户看到的价格反而比新客户要高的现象。

此外,笔者认为“大数据杀熟”生来就有两层内容:一是对个人信息、消费习惯信息等“大数据”的不当利用;二是依靠“差异化定价”进行“杀熟”。后者无需多论,对于前者,是否构成大数据的“不当利用”,具体应当参照《个人信息保护法》或《消费者权益保护法》《电子商务法》所规定的保护边界来判断。目前,我国《个人信息保护法》尚在立法阶段,但是2020年5月28日通过的《中华人民共和国民法典》第1034条至1039条已为其留下立法空间,也体现了目前个人信息保护已经越来越受我国法律重视。而《消费者权益保护法》第29条与《民法典》1035条相互照应,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,明示用途与收集规则,须经消费者同意,遵守法律法规与双方约定。同时,《电子商务法》中已有保护用户个人信息的相关条文,⁷说明经营者不得随意利用用户的个人信息。在消费习惯方面,《电子商务法》第18条规定:“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的,应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项,尊重和平等保护消费者合法权益。”该条受立法时空所限虽未明确“大数据杀熟”为法律所禁止,但已体现了法律保护互联网环境下对用户数据的适度性利用,反对互联网企业利用信息强势地位闭塞消费者耳目。

2. 特征

（1）隐蔽性

隐蔽性是“大数据杀熟”现象最显著的特征,主要体现在“杀熟”行为难以被发现、证据难以被保留、经营者恶意难以被证明上。由于用户常用账号一般只有一个,加上反复比价的成本相对较高,现实中很少有人会主动发现自己被“杀熟”了。往往是有人碰巧发现后,由网络媒体曝光后“一呼百应”。甚至有许多人尚不了解何谓“大数据杀熟”。即便是发现了,消费者也很难举证,因此网络消费平台常常“神不知鬼不觉”地从熟客的口袋

⁶ 高培培:《构筑遏制大数据“杀熟”的法律屏障》,载《人民论坛》2019年第36期。

⁷ 《电子商务法》第23条:“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。”

中获取额外利益，即便事后败露，也可以用各种理由搪塞过去。

(2) 技术性

“大数据杀熟”的技术性主要体现在大型互联网企业对于用户数据的综合利用上，这是其区别于一般“杀熟”行为的重要特征。在互联网经济未发展之前的“杀熟”行为因其不具备成熟的技术，而规模与危害都很小，只能被评价为不道德的行为。但是在信息时代，数据逐渐成为企业生存的重要资源，运用技术分析数据后所采取的大规模不道德行为，危害了许许多多消费者与经营者的权益，应当被纳入法律规制的体系之内。

(3) 普遍性

“大数据杀熟”的普遍性不仅体现在对象的广泛上，也体现在平台的多样上。北京市消费者协会在2019年时曾展开过一次有关“大数据杀熟”问题的调查。结果显示，88.32%的被调查者认为“大数据杀熟”普遍或很普遍，有过半被调查者有过被大数据“杀熟”的经历。此外，天猫、京东、携程、美团、滴滴、淘票票等平台均被曝有明显的“杀熟”的行为，覆盖网络购物、在线旅游、外卖、网约车、电影购票等群众生活的方方面面。

(4) 危害性

“大数据杀熟”的危害性主要体现在对大数据技术的不当利用和对消费者及其他经营者权益的损害上，也体现在对一般民众消费情感的损伤上。一般的价格变动是市场调节的正常现象，是价值规律发挥的作用的体现，因此并不会具有危害性，而“大数据杀熟”却是在同一时空下，由互联网企业利用大数据技术根据顾客的消费习惯和能力等信息谋取超额利益，具有相当的危害性。危害性是“大数据杀熟”区别于合理的差异化定价行为的重要特征。

首先，在采集和利用数据时，互联网企业可能侵犯了消费者的隐私权；其次，在进行网络交易时，互联网企业利用消费者的信息弱势地位，侵犯了消费者的知情权和公平交易权；再者，在长期的经济竞争中，互联网企业借此获得超额利润，侵犯了竞争对手的公平竞争权，特别是扼杀了新兴企业的发展，破坏了良好的网络市场经济秩序；最后，“大数据杀熟”新闻的曝光往往一石激起千层浪，透支了一半民众对于互联网经济的消费信任，严重损害了国民的消费情感，不利于网络消费的长期发展。

(二) “大数据杀熟”的类型

据报道，浙江大学中国跨境电子商务研究院院长马述忠总结了“杀熟”的三种类型，分别是利用“用户画像”、地理位置信息或用户与移动端应用交互的行为细节进行杀熟。⁸

⁸ 《“大数据杀熟”真的存在吗？听听甲方乙方怎么说》，载新华网，<http://www.xinhuanet.com/talking/2018->

此种分类的标准是互联网企业的技术手段，比较全面地概括了常见的“大数据杀熟”类型。

1. 借助大数据进行“用户画像”实现“杀熟”

这是最为常见的杀熟类型。其基本的思路是“收集用户信息——分析形成用户画像——针对性诱导用户消费”。互联网企业往往会采集用户的基本个人信息、消费习惯信息，然后进行建模，形成“用户画像”，接着根据用户的收入水平与消费习惯推送或隐藏商品信息，并在一定程度上抬高价格。常见的表现就是“一客一价”，会员价高于非会员价等。

2. 通过地理位置信息实现“杀熟”

互联网企业会根据用户的地理位置信息判断附近竞争对手的多少，如果竞争对手较少，则会抬高商品价格。用户的住址、常去的消费场所也进一步完善了“用户画像”，帮助其判断用户的消费水平。常见的表现就是“一地一价”。

3. 通过用户与移动端应用交互的行为细节实现“杀熟”

互联网企业可以根据用户浏览次数、频率等信息，分析用户对于商品或服务需求的迫切程度从而进行加价。常见的表现就是“看看就涨价”。

此外，也有人认为，苹果手机充值付费视频软件的价格普遍高于安卓手机也属于“大数据杀熟”的范围。⁹对此，笔者认为不同操作系统所承载的同一软件制作成本本就不尽相同，互联网企业并非是根据是苹果用户还是安卓用户来衡量消费者消费能力，而收取不同价款的。其行为有正当合理的理由，不具危害性，因此不属于“大数据杀熟”的范围。

三、“大数据杀熟”的法律性质分析

（一）价格歧视说的困境

高富平等多数学者认为，“大数据杀熟”构成价格歧视。¹⁰所谓价格歧视（price discrimination），是指在提供相同的商品或服务时，对交易条件相同的相对人采取不同的定价策略，就是所谓“差异化定价”。在经济学上，价格歧视并非是一个贬义词，而是一个中性词，企业实施价格歧视不过是追求利润最大化的合理定价行为。但在法学意义上，“没有

[03/30/c_129841126.htm](http://www.xinhuanet.com/fortune/2018-03/30/c_129841126.htm)。

⁹ 《APP平台存“杀熟”现象 你被套路了吗？》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/fortune/2018-03/27/c_1122599469.htm。

¹⁰ 高富平：《大数据何以“杀熟”？》，载《上海法治报》2018年05月16日，B06版。

正当理由”的价格歧视，却是需要受到法律规制的。

这集中体现在以下法律条文中：（1）《反垄断法》第 17 条第 6 项：“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……（六）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；”（2）《价格法》第 14 条第 5 项：“经营者不得有下列不正当价格行为：……（五）提供相同商品或者服务，对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视；”

上述法律条文目前很难应用于“大数据杀熟”的案例。第一，《反垄断法》所制约的价格歧视行为仅在“经营者滥用市场支配地位”的情况下成立。而目前电子商务市场竞争依然非常激烈，很难说哪一家已经占据了市场支配地位。2017 年京东起诉天猫“二选一”滥用市场支配地位，而目前案件只进展到了对案件管辖权的终审判决，可见之后的诉讼必将耗时弥久。¹¹但从 2013 年奇虎诉腾讯的案例中可以看出，互联网产品的市场边界往往难以确定，法院更倾向于认可行业内的动态竞争状况，而不认为某企业已达占据市场支配地位的水平。¹²加之“大数据杀熟”的主要受害群体依然是消费者，多数大型互联网企业都有过“杀熟”行为，而消费者相对互联网企业处于明显的弱势地位，无论是证据采集还是诉讼能力上都差距巨大，该条的适用几乎没有现实可能。第二，《价格法》所制约的价格歧视行为是针对“其他经营者”而非消费者实施的，故消费者也不能援引该条打击经营者。其上下文均明确将“其他经营者”与“消费者”并列，此处特意不加上“或者消费者”的表述，无论是从文义解释还是体系解释的角度，都难以得出《价格法》支持对消费者不得实施价格歧视的结论。这也基于价格歧视在经济学上的中性性质，故“大数据杀熟”难以由价格法进行管制。

笔者认为，“大数据杀熟”中的“差异化定价”行为就是价格歧视，但仅以该说评价“大数据杀熟”不能体现对利用用户消费习惯等信息进行“杀熟”的大数据手段，抹杀了“大数据杀熟”的技术性，忽略特殊手段带来的个人信息与公民财产的关联性保护问题，同时经济学对其评价的中性性，也阻碍了法律对该现象的介入。因此，价格歧视并不足以完全评价“大数据杀熟”的法律性质。在目前的法律框架下，将其交给《反垄断法》或者《价格法》中有关价格歧视的规定来规制，并不恰当。

（二）价格欺诈说的利弊

¹¹ 2019 年 10 月最高法院终审判决该案管辖权归北京市高级人民法院所有，驳回了天猫认为的应由浙江省高级人民法院审理的管辖权异议。

¹² 参见奇虎公司诉腾讯公司滥用市场支配地位纠纷案，2013 年中华人民共和国最高人民法院（2013）民三终字第 4 号民事判决书。

1. 价格欺诈说的优势

目前,已有小部分学者认为“大数据杀熟”属于价格欺诈。价格欺诈(price fraud),即经营者利用虚假的或者使人误解的标价形式或者价格手段,欺骗、诱导消费者或者其他经营者与其进行交易的行为。

价格欺诈偏重经济法理论,旨在以反垄断法、价格法规制“大数据杀熟”。“大数据杀熟”这一现象的兴起是在2018年,其产生的原因复杂多样,但其中关键的一点便是互联网企业的迅猛发展与壮大。正如学者李飞翔所言“移动互联网的发展已逐渐从江湖混战进入巨头主导和统治的聚合时代”,垄断效应已经越来越明显,¹³能够进行“大数据杀熟”的往往是有数据、有技术、有资本的互联网巨头,并且相互之间还可能存在数据共享的利益勾连。实际上,以填补性责任为主的民事赔偿责任,根本不足以起到对巨型互联网企业的威慑作用,即便是用同为经济法的消法所规定的三倍惩罚性赔偿,依然不足以使其停下利用大数据“杀熟”的脚步。当违法收益远高于违法成本,并且违法行为被发现的概率极低时,企业可能更倾向于选择违法。因此,以民法或消费者权益保护法而非其他经济法手段规制“大数据杀熟”并不是长久之计,本文之后讨论消法之沉默欺诈适用的主要收益在于在当前阶段利用现行法律法规为消费者提供民事法律救济,为以后的立法奠定理论基础。针对普遍存在的“大数据杀熟”现象,国家应出台强有力的经济法律、法规对其进行规制。

2. 价格欺诈说的障碍

刘佳明认为,现行法律规范体系中民事欺诈——消费欺诈——价格欺诈三层内涵与要件不尽相同,法条过度竞合,反倒增加了法律的实施难度。¹⁴笔者深有同感。

“大数据杀熟”不仅满足消法之沉默欺诈,同时也满足《价格法》第14条第4项和《禁止价格欺诈行为规定》所规定的价格欺诈之情形。但后者对于欺诈行为要件的要求是更加宽松,惩罚力度却更加严格,反倒造成了适用法律的困难。构成价格欺诈,甚至不需要有经营者与消费者之间的交易结果,只要经营者有通过标价形式或者价格手段虚构事实、隐瞒真实情况,欺骗、诱导消费者或者其他经营者与其进行交易的行为即可成立。¹⁵民事欺诈以合同的撤销和变更为结果,消费欺诈以三倍惩罚性赔偿为结果,价格欺诈以退还价款、赔偿损失的民事责任以及处违法所得五倍以下的罚款、责令停业整顿、吊销营业执照等行政处罚为结果。从民法到消法,尚能以特别法优先的规则优先适用消法规定;但消法与价格法的法条竞合状态却是难以辩白的。笔者认为,单以现行的消法或价格法不足以规制“大

¹³ 李飞翔:《“大数据杀熟”背后的伦理审思、治理与启示》,载《东北大学学报》(社会科学版),2020年第1期。

¹⁴ 刘佳明:《大数据“杀熟”的定性及其法律规制》,载《湖南农业大学学报》(社会科学版),2020年第1期。

¹⁵ 参见《国家发展改革委关于<禁止价格欺诈行为的规定>有关条款解释的通知》,发改价监[2015]1382号,2015年发布,第一条。

数据杀熟”行为，前者惩罚力度不足，后者难以落实。如果贸然更改二法，反而会将情况变得更加混乱复杂。因此价格欺诈理论也有其瓶颈，也并非日后杜绝“大数据杀熟”现象的最佳路径。

（三）沉默欺诈理论的适用

目前，尚未有学者指出“大数据杀熟”的法律性质为消法之沉默欺诈，但笔者认为以沉默欺诈定性“大数据杀熟”是目前解决实践困难的最佳方式，但其适用理论仍需完善。

1. 沉默欺诈的概念与构成要件

（1）沉默欺诈的概念

沉默欺诈（reticent fraud），又称消极欺诈，学界对于其概念莫衷一是，笔者比较赞同学者陈本林在吸收、改进张淳、徐国栋、吴克难、张素琴等人的观点之后形成的定义：“所谓沉默欺诈，是指在双方法律行为中，于缔结法律行为时，一方当事人依法律规定、合同约定、交易习惯以及诚实信用原则，负有对可能影响对方当事人通常情况下的缔约意思形成的重要事实的告知义务而消极不告知，即保持沉默所构成的欺诈。”¹⁶理由是定义较好地说明了沉默欺诈含义的核心“对告知义务的不作为”中告知义务的来源，并且强调了行为人所隐瞒的重要事实对于缔结法律行为的影响，体现了相对人的错误认识与行为人的欺诈行为之间的因果关系。

沉默欺诈的典型案件就是杭州“凶宅案”，出卖人未告知买受人所售房屋之前有人遭凶杀死亡的事实而以正常市场价出售房屋，最终二审法院判决出卖人的行为构成沉默欺诈，支持原告的诉讼请求，撤销当事人之间的房屋买卖合同，由被告承担相应的赔偿责任。¹⁷另外还有买新车但车辆竟有维修记录等等情况。现在沉默欺诈案例常见于对于商品不易被人发现的缺陷的隐瞒，侵犯了消费者的知情权。

（2）沉默欺诈的构成要件

a. 法律依据与构成要件通说

虽然我国已有向判例法国家学习的趋势，但目前仍为典型的大陆法系国家，我国的法律传统以及崇尚诚信品格的民族精神也不支持我们学习英国法中的“买者自慎”原则。沉默欺诈理论不仅得到了学界的肯定，也得到了我国法律、司法解释的肯定。其直接法律依据为《民通意见》第68条的规定，该条指出，一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故

¹⁶ 参见陈本林：《沉默欺诈研究》，南京大学2013年硕士学位论文。

¹⁷ 参见洪某某诉王某甲、金某某、王某乙房屋买卖合同纠纷案，浙江省杭州市中级人民法院(2012)浙杭民终字第360号判决书。

意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。虽然法国、日本、台湾等地对于沉默欺诈构成要件的标准不一,但是依据上述条文,我国通说认为,成立民法之沉默欺诈必须要有以下要件:欺诈故意;欺诈行为;因果关系。

b. 理论关注

实践中,若出现沉默欺诈的案例,欺诈行为与因果关系往往比较好证明,只需证明行为人没有告知相对人相关信息,隐瞒了真实情况并且以“一般理性人”的标准,知晓该情况后不会与前者缔约即可。而由于沉默欺诈的受欺诈人本就处于信息弱势地位,存在举证困难的正是“欺诈故意”这一要件。

因此在讨论沉默欺诈的构成要件时,以牟宪魁为代表的学界理论特别强调关注当事人是否违反告知义务,原理是沉默欺诈的本质为对法定或约定告知义务的不作为,是对诚实信用原则的违背。¹⁸其好处在于将行为人是否有欺诈故意的证明具体化为对行为人是否未履行其应当履行的告知义务的证明,使得沉默欺诈理论更具实践操作的可能性,有利于保护信息弱势地位方的权益。

2. “大数据杀熟”构成沉默欺诈

在“大数据杀熟”的事件中,经营者隐瞒了其利用顾客消费习惯、消费能力而做出差异化定价行为的真相,满足有欺诈行为的要件;正是因为经营者的这一欺诈行为而让消费者陷入“这个商品就是这个价格”的错误认识之中,而作出了“自愿比别人高价购买”的不真实意思表示,如果经营者公开自己的“杀熟”行为,消费者往往不会购买相关产品,一般理性人也不愿意自己因为信息被人利用而出更高的价格购买商品和服务,满足消费者的错误认识与欺诈行为之间有因果关系的要件。

三个要件中比较难证明的是经营者有欺诈故意的主观要件。由于互联网企业内部的软件算法属于商业机密,不会向社会大众公开,公众很难从技术角度证明其算法带有恶意“杀熟”的倾向,其他客观证据也同样难以直接证明互联网企业的欺诈故意。所以,人们只能从官方口中获得相关证据,但往往官方会以各种理由矢口否认“杀熟”的故意。例如2020年3月所发生的天猫88VIP杀熟事件,官方所给出的答复是不存在“大数据杀熟”,只是“新人专享价”标识未正常显示,但网友纷纷表示同样不是新人价格依旧不一样,天猫超市将相关商品下架后事件不了了之。¹⁹

与民法不同,《消费者权益保护法》第55条对惩罚性赔偿的规定仅要求经营者提供商品或者服务有欺诈行为即可,并未明确要求经营者有欺诈的故意,也未明确要求证明欺诈

¹⁸ 参见牟宪魁:《说明义务违反与沉默的民事诈欺构成——以“信息上的弱者”之保护为中心》,载《法律科学—西北政法学院学报》,2007第4期。

¹⁹ 《88VIP买东西更贵了?天猫超市称商品标识有误,绝非大数据杀熟》,载腾讯网,
<https://new.qq.com/omn/20200308/20200308A0K0Y600.html>.

行为与消费者陷入错误认识之间有因果关系。这意味着消费者权益保护法中的沉默欺诈不同于民法上一般的沉默欺诈，非常强调对消费者权益的保护。这在一段时间内曾对经营者十分不利。然而，根据 2018 年“宾利退一赔三案”最高人民法院的改判结果和说理，在适用该条时，依然看重依据客观证据判断经营者的主观状态是否为故意。该案更加合理地平衡了经营者与消费者之间权益，强调对消费者知情权的合理保护而非绝对保护，同时也使得消法之沉默欺诈与民法之沉默欺诈拉近了距离：消法之沉默欺诈也开始更加关注经营者的主观故意要件。

笔者认为，消法之沉默欺诈与民法之沉默欺诈的成立要件仍然不能完全等同，民法所保护的乃平等主体之间的民事法律关系，而消法是一部特别保护法，强调对消费者这一弱势群体的倾斜保护，二者立法目的、理念并不相同。²⁰“宾利退一赔三案”有汽车市场的特殊语境，并且案中经营者所“隐瞒”的信息并非来源于法律的明文规定，而应作为一种“物的精神瑕疵”，²¹该案也是最高人民法院综合考虑标的物的价值量过大而作出的均衡裁决。因此，在消法环境下，弱化欺诈故意的证明要求才是具有普遍意义的有效平衡消费者与经营者利益的办法。否则经营者将肆意解释自己主观意思，消费者的消费权利将得不到切实维护。笔者认为，应当充分参考理论界普遍强调的观点：在消费关系中，只要经营者负有告知义务而不告知消费者有关重要信息即可推定其具有沉默欺诈的故意。相关诉讼应当参考《消费者权益保护法》第 23 条的规定，采取举证责任倒置的方式，由互联网企业负担证明自己的算法不存在“大数据杀熟”的可能的举证责任。

还需要讨论的是“大数据杀熟”中经营者的告知义务来源，其源自法律的直接规定。

《消费者权益保护法》第 8 条规定：“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……（中略）等有关情况。”知情权是我国《消费者权益保护法》赋予消费者的重要权利，而其中首要的权利就是商品或服务的真实价格的知情权，与之相对应的就是经营者告知消费者商品与服务真实价格的义务。经营者的告知义务被规定在该法第 20 条，要求经营者提供的信息全面、真实，不得作虚假或者引人误解的宣传。

显然，在“大数据杀熟”的行为链中，经营者隐瞒了其一般所售的商品或服务的真实价格，违反了法定的告知义务，处于信息弱势地位的消费者知晓该信息的难度和成本都极高，但其有权知晓该商品或服务普遍的真实价格，而不是仅仅得到一个由大数据所反馈的自己消费能力、接受范围上限的价格，让商家赚取超额利润。与一般的“杀熟”行为不同，“大数据杀熟”因其技术性、广泛危害性，更应当为市场经济法律所禁止。随着互联网经济的发展，近年来广大网民对网路消费的信任度不断提升，逐渐实现了从原先的“网上多

²⁰ 参见朱娟：《C2C 微商经营者沉默欺诈的认定与规制》，载《南通大学学报》（社会科学版），2015 第 6 期。

²¹ 刘宏志：《论沉默欺诈在〈消费者权益保护法〉中的适用——以车辆买卖交易欺诈消费者为例》，载杨遂全主编：《民商法争鸣》第 15 辑，经济科学出版社 2019 版，第 305-306 页。

假货”到“网络购物物美价廉”的认知转变，如今网络消费者应当享有网络平台与商家诚信经营的合理期待。平台与商家违背诚实信用原则而做出的“杀熟”行为，让消费者作为待宰的羔羊乖乖被杀，这是法律所必须反对的。

综上所述，“大数据杀熟”的经营者负有告知消费者商品与服务真实价格的法定义务，但并未履行该义务，具有欺诈的主观故意；实施了利用大数据广泛分析消费者消费习惯从而对特定消费者隐瞒商品和服务一般真实价格的欺诈行为；如果经营者如实告知消费者真实价格，以一般理性人的标准，消费者将不会愿意以针对自己的高价购买相关商品或服务，所以经营者的欺诈行为与消费者的错误认识之间存在因果关系。因此，“大数据杀熟”满足沉默欺诈的构成要件，应当认定其法律性质为沉默欺诈。

3. 消法之沉默欺诈的法律效果

(1) 消费者有权请求撤销、变更合同

《合同法》第 54 条规定因受欺诈而订立的合同为可撤销合同，当事人也可以申请变更合同，《民法总则》与新出台的《民法典》亦有类似规定。

沉默欺诈是欺诈的一种，“大数据杀熟”构成沉默欺诈，则其自然产生使当受欺诈方（消费者）获得请求人民法院或仲裁机构撤销、变更合同的权利。

(2) 消费者有权要求惩罚性赔偿

《合同法》第 42 条第 2 项规定，当事人在订立合同过程中有故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况的情形，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。此种损害赔偿为填补性责任，且通常适用于缔约过失之情形。而《消费者权益保护法》第 55 条第 1 款规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。”无论从“大数据杀熟”的法律性质还是消法之立法目的来说，消费者都有权要求经营者支付该条规定的惩罚性赔偿

4. 处理不同商业模式下的应用障碍

直接涉及商品交易的电子商务的运行模式主要有 B2B、B2C、C2C 及 B2G 模式。网络消费属于电子商务的下位概念，一般采用有 Consumer（消费者）的 B2C 和 C2C 模式，“大数据杀熟”的案例诞生其中。

(1) B2C 模式：企业对个人

B2C（Business to Consumer），即企业（经营者）自主经营门户网站与消费者之间进行

交易的消费模式，又称“虚拟化商店”，典型的代表为京东商城、天猫超市等。²²

《电子商务法》第 37 条规定，电子商务平台经营者在其平台上开展自营业务的，应当以显著方式区分标记自营业务和平台内经营者开展的业务，不得误导消费者。此处的“自营业务”一般采取的就是指 B2C 模式。

该种情况下平台与经营者是同一的，较消费者有着明显的经济优势、信息优势。证明其行为存在沉默欺诈的主要障碍仍是证明其主观故意，如前所述宜采取推定故意，举证责任倒置的办法，均衡消费者的弱势地位。

此外，由于该模式下诉讼中的被告比较统一，而原告往往广泛而零散，单个诉讼成本较高且会造成司法资源的浪费，宜采取公益诉讼的形式。具体应遵守《民事诉讼法》第 58 条及《消费者权益保护法》第 37 条的规定，由省级以上消费者协会承担作为消费者公益诉讼原告的职责。

(2) C2C 模式：个人对个人

C2C (Consumer to Consumer)，即购物网站中人们通常所认知的“卖家”与消费者之间进行交易消费的模式，在这种消费模式下，一般会有三方主体参与，即网络运营平台、卖家（经营者）和买家（消费者），网络平台不直接参与买卖双方的交易，仅提供交易过程中的虚拟场所、充当信息传递的角色，如淘宝网、微商等。²³

此种情况下的“大数据杀熟”行为则相对复杂，因为平台并非是经营者而仅仅是信息提供者，二者责任需要厘清。

a. 商家利用平台提供的信息进行“杀熟”

《电子商务法》第 38 条规定：“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任。”由此可见，如若要平台承担连带责任，则需知道或应当知道经营者利用平台所提供的信息进行“大数据杀熟”。多数情况下，C2C 模式的经营者不会具备成熟的技术和充分的数据进行“大数据杀熟”，但也排除相关可能性。可以认为，除非平台为商家提供了用以“杀熟”的技术算法等提示性信息，否则不应当认为平台负有责任，商家应当负有独立责任。

b. 平台利用商家与用户信息进行“杀熟”

此种情况一般是平台对用户收取额外的手续费、配送费等杂费，而商家获利不变，对“大数据杀熟”并不知情。此时应当认为平台并非单纯的中立第三方，而是另一方经营者，交易标的并非商家和用户之间买卖的商品，而是平台所提供的中介服务，其处理方式应与 B2C 模式相同。

²² 洪友红主编：《中华人民共和国电子商务法适用指南》，法律出版社 2019 版，第 147 页。

²³ 同上注。

四、构建“大数据杀熟”统一治理的法律制度

（一）优化《电子商务法》破除法律竞合乱象

《消费者权益保护法》与《价格法》不足以遏制“大数据杀熟”的原因主要还是此二法依然不够“特殊”，面对“大数据杀熟”这一类法律难以提前预料的新兴状况，难免有些力不从心。因此，交给“特法”予以规制才是阻止“大数据杀熟”现象蔓延的正道。

2019年10月文化和旅游部发布的《在线旅游经营服务管理暂行规定（征求意见稿）》第16条规定：“在线旅游经营者不得利用大数据等技术手段，针对不同消费特征的旅游者，对同一产品或服务在相同条件下设置差异化的价格。”这是特法对于“大数据杀熟”作否定评价的典型代表，但目前尚未通过。其作为部门规范性文件，法律层级效力较低，且由各部分别对“大数据杀熟”进行行政规制并非持久之策，仍应由《电子商务法》作为该领域的专门法律对其进行统一规制。

2018年8月31日通过的《电子商务法》第17条规定：“电子商务经营者应当全面、真实、准确、及时地披露商品或者服务信息，保障消费者的知情权和选择权。电子商务经营者不得以虚构交易、编造用户评价等方式进行虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。”说明全国人大常委会已经认识到在电子商务领域内保护消费者基本权利的重要性，也举出了虚构交易、变造用户评价的例子予以阐释。但是由于立法时空所限，“大数据杀熟”一类的事件并未被明文禁止。

事实上，《电子商务法》第18条第1项规定的“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的，应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项，尊重和平等保护消费者合法权益”体现了《电子商务法》已经意识到互联网企业可能利用用户数据谋取不正当利益，并且坚决抵制此种行为。但是该条所重点保护的，仍然是消费者的自由选择权，该条立法所要杜绝的现象是互联网企业利用用户数据进行“精准推送”使得用户无法全面了解产品市场而选择权受损的情形，并不涉及互联网企业也利用大数据将用户的消费习惯、消费能力分门别类，以同样的商品显示不同的价格的形式进行“杀熟”的行为。

因此，笔者建议仿照第18条规定，在《电子商务法》中新增一条对于保障消费者的知情权的特殊规定，明文禁止互联网企业使用大数据手段形成“用户画像”对不同用户进行差异化定价的行为，明确其为沉默欺诈的实质。同时，还应当对现行《电子商务法》第六章“法律责任”中的相关内容进行同步更新，明确“大数据杀熟”行为的行政责任。只有这样才能从更好地发挥法律的预防作用，遏制“大数据杀熟”现象的蔓延。

（二）明确市场监督管理部门的管理职能

习近平总书记曾言，法律的生命力的在于实施，法律的权威也在于实施。在中国特色社会主义新时代法治建设的道路上，执法的重要性一再被强调。制定具体法律条文，使得遏制“大数据杀熟”有法可依；而明确主管部门，则是实现对“大数据杀熟”执法必严的第一步。

所适用法律的不同将会导致主管部门的变化，比如《价格法》的实施主要就由各地物价局负责监督，而《消费者权益保护法》的实施就由原工商管理局负责监督。目前，“大数据杀熟”法律性质与适用法律都不明晰的情况下，监管部门之间易形成相互推诿的情况。

如今，在行政体制改革的背景下，地方将工商行政部门、食品药品监督管理局、质量监督局“三合一”为“市场监督管理局”，国家层面也建立了市场监督管理总局。现在《电子商务法》主要就是由市场监督管理部门负责监督落实的，在应由《电子商务法》牵头规制“大数据杀熟”的背景下，交由市场监督管理部门具体实施有关规定，可谓水到渠成。

（三）各级法院应为遏制“大数据杀熟”提供最终保障

司法是保障法治的最后一道防线，守好遏制“大数据杀熟”的司法防线势在必行。目前，尚未听闻有关于“大数据杀熟”诉讼成功的案件，这与绝大多数消费者认为维权程序繁琐、维权难度大不愿意维权有关，也与相关理论屏障尚未突破、法院难以判决胜诉有关。

与之相反，电商与比价插件提供者之间的纠纷却屡屡发生。此类案件法院的态度或可为遏制“大数据杀熟”提供一些思路。在“阿里诉帮我淘”案件中，法院采纳“技术中立原则”进行判决，认为购物助手解决了网购信息不对称的问题，能够提升消费者的福祉，提高竞争的充分性，购物网站对购物助手有一定的容忍义务，但购物助手的行为必须中立适度，不能过分介入交易。²⁴这充分体现了在反不正当竞争案件中，法院已经看到网络消费领域消费者的信息弱势地位，并且愿意综合考虑社会效益、消费者权益进行审判的特点。

与力量差距不那么悬殊的经营竞争者相比，消费者的诉讼弱势地位依然非常明显，在“大数据杀熟”案件中采取举证责任倒置、消费者公益诉讼等制度十分必要。诉前，法院应当为消费者集体诉讼扫清障碍，简化相关手续；诉中，法院应当强调经营者对自己未实施“大数据杀熟”行为提供相应证据的审查，弱化消费者的举证责任；诉后，法院应当依据法律规定，判决“大数据杀熟”构成沉默欺诈，适用惩罚性赔偿制度，并要求经营者停止侵害，不再进行“大数据杀熟”行为。法院贯彻“倾斜保护原则”，严格审理“大数据杀熟”有关案件，是在实践中杜绝“大数据杀熟”行为，还人民一个可信可靠可持续的网络消费环境的最终保障。

²⁴ 参见腾讯研究院：《网络法律论丛》第3卷，中国政法大学出版社2019版，第427页。

五、结语

“大数据杀熟”诞生于日新月异的网络消费环境，是电子商务市场自由竞争、充分发展的结果，但其背后的数据应用伦理并不支持这一新兴产物的诞生，其规模化效益严重侵害了消费者的知情权与公平交易权，损害了其他竞争者的利益。虽然目前立法与司法实践并未对其进行有效规制，但在不久的将来此种行为一定会为我国诚实守信的市场经济环境所不容。遏制“大数据杀熟”，需要《电子商务法》的立法跟进，需要市场监管部门的有效管理，需要法院的秉公办案，需要互联网企业自觉承担社会责任，也需要消费者擦亮眼睛积极维权，是全社会所应共同回应的数字化世界的法律问题。

参考文献

一、期刊

- [1]高培培. 构筑遏制大数据“杀熟”的法律屏障[J]. 人民论坛, 2019, (36): 130-131.
- [2]李侠. 基于大数据的算法杀熟现象的政策应对措施[J]. 中国科技论坛, 2019, (1): 3-5.
- [3]李飞翔. “大数据杀熟”背后的伦理审思、治理与启示[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2020, 22(1): 7-15.
- [4]刘宏志. 论沉默欺诈在《消保法》中的适用——以车辆买卖交易欺诈消费者为例[J]. 民商法争鸣, 2019(01): 182-187.
- [5]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.
- [6]牟宪魁. 说明义务违反与沉默的民事诈欺构成——以“信息上的弱者”之保护为中心[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2007(04): 78-85.
- [7]王敏丽. 欺诈性沉默与信息告知义务的关联[J]. 民商法争鸣, 2015(00): 131-137.
- [8]余敏. “大数据杀熟”可以避免吗?——电子商务逆向选择风险规避[J]. 价格理论与实践, 2019, (4): 141-144.
- [9]张淳. 浅议对告知义务不履行与沉默欺诈[J]. 南京大学法律评论, 2001(02): 221-225.
- [10]朱娟. C2C 微商经营者沉默欺诈的认定与规制[J]. 南通大学学报(社会科学版), 2015, 31(06): 48-52.
- [11]周末雨, 连顺婷. “大数据杀熟”营销行为的监管和法律治理[J]. 经济研究导刊, 2019, (15): 197-199.
- [12]邹振东. “一刀切”治理大数据“杀熟”——“机器算计时代”的服务器管理[J]. 人民论坛, 2019, (36): 127-129.

二、专著

- [1]王利明. 民法(第七版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 430-433.
- [2]崔建远. 合同法(第六版)[M]北京: 法律出版社, 2016: 63-71.
- [3]我妻荣著, 于敏译. 新订民法总则[M]. 北京: 中国法制出版社, 2008: 290.
- [4]腾讯研究院. 网络法论丛. 第三卷[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2019: 426-433.
- [5]洪友红. 中华人民共和国电子商务法适用指南[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 147-151, 206-209.

三、学位论文

- [1]陈本林. 沉默欺诈研究[D]. 南京大学, 2013.
- [2]廖敬. 沉默欺诈法律问题研究[D]. 湖南大学, 2017.
- [3]周玉霞. 电商平台差异化定价行为法律规制路径研究[D]. 东北师范大学, 2019.

致谢

本论文是在我的导师王竹教授的指导下完成的。特别感谢王竹老师在忙碌的教学、科研工作之余挤出时间来审查、修改我的论文。王竹老师对于前沿问题的深刻钻研、对于国家与个人命运的深入理解、对待学生认真负责的态度都是我终身学习的榜样。王竹老师严谨的治学精神、高尚的师德都对我产生了深远的影响。在此，谨向王竹老师致以我最诚挚的谢意！

此外，本论文能够顺利完成，也离不开其他老师、同学、家人的帮助，借此向他们表示衷心的感谢！