

文章编号: 1674 - 5205(2021)03-0096-(013)

# 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

葛江虬

(复旦大学法学院,上海 200438)

**摘要** 《电子商务法》第18条第1款(定制搜索结果条款)规定的“个人特征”可划分为设备信息、服务记录、主体身份与行为偏好四类。依文义解释,针对上述特征定制搜索结果的电商均被要求提供自然结果选项,否则即产生法律责任,导致适用范围过宽的后果,有予以限制适用之必要。由目的解释出发,定制搜索结果条款的规范目的应为保护消费者合法权益。结合定制搜索结果的行为性质与特征,“合法权益”应指向消费者知情权与受尊重权。其他消费者权利因法律保护竞争秩序、促进社会整体福利而作用于消费者的反射利益则不应包括在内。若定制行为未侵害前述两种权利,则不应适用定制搜索结果条款。根据对《电子商务法》与我国《消费者权益保护法》的体系解释,定制搜索结果侵害消费者合法权益主要可分为“侵害知情权型”与“侵害受尊重权型”两大类型。前者的判断标准在于经营者是否真实、全面地披露其定制搜索结果之相关情况;后者的判断标准在于经营者定制搜索结果是否存在实质性歧视。

**关键词** 定制搜索结果;电子商务法;消费者权益保护法;行为歧视;大数据杀熟

**Abstract** “Identifiable traits” regulated by Article 18(1) of the E-Commerce Law directs to four categories: device information, service record, user identity and behavioral preference. If according to the literal interpretation, a trader is required to provide “neutral search result” in all circumstances otherwise it should bear the legal liability, the applicable scope will be too broad and needs limitation. On the basis of the teleological interpretation, the legislative purpose of Article 18(1) should be the protection of consumer’s lawful rights and interests. Taking the characteristics and features of providing customized search results into account, “lawful rights and interests” should refer to the consumer’s right to know and the right to dignity. Other rights and interests, including the consumer’s “reflected interests” protected by competition law, should not fall into the scope of protection. That means, if the right to know or the right to dignity is not harmed, customize search results terms should not apply. On the grounds of the systematic interpretation of the E-Commerce Law and the Consumer Protection Law, customized search results that harms consumer’s lawful rights and interests categorized mainly into two types: harming the right to know and harming the right to dignity. The former should be assessed by whether the trader has disclosed the relevant information factually and comprehensively; The latter should be estimated by whether the trader has substantively discriminated the consumer.

**Key Words**: customized search results; E-Commerce Law; Consumer Protection Law; behavioral discrimination; big data discrimination

中图分类号: D922.29 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2021.03.016

## 一、问题的提出

随着计算机技术的发展,海量交易从线下转向线上。越来越多的经营者开始在交易过程中搜集个人信息,建

收稿日期: 2019-11-12

基金项目: 科技部国家重点研发计划项目(2018YFC0830901)“精准公共法律服务支撑技术与装备研究”;上海市浦江人才计划(2019PJC009)“算法价格歧视的法律规制路径研究”

作者简介: 葛江虬,复旦大学法学院讲师。

立用户画像,通过技术手段更为精准地捕捉消费者需求,继而提供个性化搜索结果,实现其与消费者的双赢。比如,“一家在线药店会根据以前的记录,给不同的顾客呈现不同的初始页面,那些过去倾向于购买全国性知名品牌药品的顾客会看到根据品牌分类的页面,而那些经常购买促销药品或者普通品牌的消费者则会看到根据价格和折扣程度分类的页面”。<sup>(1)</sup>对消费者来说,这可以大大减少搜索的时间成本;对平台经营者来说,则可以通过提高达成交易的概率来获取更多商业利益。定制搜索结果带来的不只有便利,也有争议。“算法价格歧视”(俗称“大数据杀熟”)即为典型。它是指通过算法为不同消费者提供不同价格,实现“千人千价”。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,从而精准掌握每一个消费者的最高支付意愿,为他们定制不同的交易价格。早在2000年,有报道称亚马逊为购买相同DVD的美国消费者定制了不同价格。在此之后,出行订票网站Orbitz、CheapTickets、折扣网站Coupon.com、保险公司Allstate等,也相继卷入算法价格歧视争议。<sup>(2)</sup>2018年3月,我国某著名网约车平台陷入大数据杀熟风波。算法价格歧视开始进入公众视野,并引起广泛关注。在此之后,大量电商、出行、外卖平台经营者被曝出存在大数据杀熟现象。<sup>(3)</sup>社会各界人士普遍认为,基于消费者个人特征定制搜索结果的经营行为——尤其是实施差别定价——应受到法律的规制。<sup>(4)</sup>

我国2019年1月1日生效的《电子商务法》(以下简称“《电商法》”)对此给予了直接回应。《电商法》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,尊重和公平保护消费者合法权益(第18条第1款)。若违反本条,市场监督管理部门有权责令电商经营者改正、没收违法所得,或处罚款(《电商法》第77条)。虽然第18条第1款规定的“自然搜索结果提供义务”<sup>(5)</sup>被媒体认为是《电商法》的一大亮点,且可有效遏止大数据杀熟现象,<sup>(6)</sup>但是,这一义务模式与其他法域处理此类行为主要采取拒绝权与免受自动化决策权模式及反对实质性歧视模式不尽相同,<sup>(7)</sup>比较法借鉴意义有限。而且,由于立法较新,我国学界还没有给予足够关注。<sup>(8)</sup>迄今为止,也鲜有市场监管部门依据该条文作出行政处罚。因此,围绕《电商法》第18条第1款,仍有大量解释论工作亟待完成。其中,“如何确定该条款的适用范围”乃最为重要的问题之一——在实践中,“是否所有定制行为均须同时提供自然搜索结果,否则便须承担《电商法》第77条规定的违法后果?”这一问题关涉众多市场主体的日常经营活动,亦为市场监督管理部门执法人员的核心关切。以下,本文将就该问题作解释论分析——通过文义解释指出当前立法表

(1) (美)利昂·希夫曼、(美)约瑟夫·维森布利特《消费者行为学》(第11版),江林、张恩忠等译,中国人民大学出版社2014年版,第14页。

(2) (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。

(3) 徐晶卉《大数据“杀熟”:懂你的“人”伤你最深》,《文汇报》2018年3月31日,第6版。

(4) 见诸公共媒体的相关讨论,可参考陆峰《大数据“杀熟”呼唤行业深度治理》,《中国经济时报》2018年4月24日,第4版;吴学安《大数据“杀熟”需法律规制》,《中国审计报》2018年6月27日,第7版;江德斌《对电商平台“大数据杀熟”就应立法禁止》,《民主与法制时报》2017年7月7日,第2版。

(5) 张凌寒《〈电子商务法〉中的算法责任及其完善》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第17页。

(6) 蕊红《电商法正式实施,这些与你我有关》,《中国审计报》2019年1月7日,第7版。

(7) 欧盟如今是通过《一般数据保护条例》(Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119.) 处理自动化决策问题。比如,该法第21条第2款规定:倘若为市场营销目的处理个人信息,信息主体有权随时拒绝对于此营销相关的个人信息处理,包括与此直接营销有关的用户画像。第22条第1款规定:倘若仅凭自动化处理或用户画像作出之决策会对数据主体产生法律效力,或造成类似的重大影响,数据主体有权不受该决策的约束。

(8) 针对“利用算法定制搜索结果”这一现象,我国既有研究的重心在于立法。比如,有观点认为应当在立法中规定可供消费者行使的算法解释权。参见张凌寒《商业自动化决策的算法解释权研究》,《法律科学》2018年第3期。有观点认为应当设立专门监管算法及自动化决策的政府职能部门,或建立第三方算法伦理委员会,辅助市场监督管理部门监管搜索结果定制行为。参见於兴中《算法社会与人的秉性》,《中国法律评论》2018年第2期,第64-65页。

达中存在的问题,并讨论限制适用的必要性;通过目的解释说明定制搜索结果条文本欲达至的规范效果,指出其与当下实然适用范围存在的不一致,并探明限制适用的可能路径;通过体系解释提出由该路径引申出的具体制度安排,为未来行政执法提供可参考、可操作的评价标准。

## 二、文义解释视角下《电商法》第18条第1款限制适用的必要性考察

从《电商法》第18条第1款的文义来看,电商基于“个人特征”定制“搜索结果”的行为是本条的规制对象——若有上述行为,则电商须履行提供自然搜索结果的法定义务。因此,“个人特征”与“搜索结果”是需要进一步解释的两大关键词。所谓“搜索结果”,即消费者在搜索商品或服务过程中所获得的结果反馈——这里不仅包括单个商品或服务的价格、规格、产地等信息,也包括多个商品或服务的呈现方式,比如列表形式的排序、在页面显示的具体位置等。“个人特征”一词则因其涵义的丰富性而在解释时显得较为复杂。在《电商法》之前,我国从未有过使用个人特征一词的立法,无参考其他立法或规范性文件的余地。<sup>(9)</sup>因此,应结合实践中的典型应用场景探知其真意。

### (一) 适用范围的确定:以“个人特征”为中心

个人特征可被归纳为以下四大类:消费者的设备信息、服务记录、主体身份与行为偏好。

(1) 设备信息指向基于消费者使用的设备所能够推知的消费者特征,比如消费者所使用的设备品牌、系统架构、设备所在地、设备语言等。在被媒体广泛报道的、被认为属于“大数据杀熟”的大部分案例中,电商都是基于设备信息来定制搜索结果。比如,手机操作系统为IOS的用户与操作系统为安卓的用户在搜索同一段行程费用时却收到了不同的报价。<sup>(10)</sup>(2) 服务记录指向消费者在电商平台留下的浏览或消费痕迹,比如买过的店铺、品牌、具体商品款式等。(3) 主体身份指向消费者能够为外部所获知的客观个人信息,比如消费者的年龄、性别、职业、民族、籍贯、户口所在地、社会身份,包括消费者的经济状况与社会信用表现等。(4) 行为偏好指向消费行为中的、不易为外部所获知的个性化信息,比如消费者的性格、兴趣爱好、消费习惯等。消费习惯又包括作出决策的时间长短、对价格的敏感度等。<sup>(11)</sup>在上述四种特征中,就客观化程度而言,设备信息最高,行为偏好最低;前者最易于获取,后者最难以得到。在传统消费语境下,消费者的主体身份与行为偏好均有较高的隐秘性,但这些信息在电商大量搜集消费者设备信息、服务记录的语境下已不再难以获知,且已成为定制搜索结果的重要依据。从《电商法》第18条第1款所使用的语词(“兴趣爱好”与“消费习惯”)来看,个人特征似乎主要是指消费者的行为偏好。但由于《电商法》使用了“等”字作为兜底,故设备信息、服务记录和主体身份也应包括在内。<sup>(12)</sup>

总的来说,《电商法》第18条第1款的文义无甚模糊之处,乍看之下并无使用其他解释方法的必要。据此,似乎只要是电商基于上述四种类型的消费者个人特征而给出个性化搜索结果,就必须同时提供去个性化选项,否则,电商就将面临可能的改正要求及罚款。如前所述,如果作为搜索结果的产品价格因消费者使用IOS或安卓系统而有所区别,则电商必须提供一个不区分使用IOS或安卓系统的价格供消费者选择。更加常见的场景是,如果电商根据消费者的服务记录将其“曾经购买过的商品”置于结果排序中的靠前位置,则必须提供“关闭”按钮,允许消费者收取完全随机排序的商品信息。问题是,这样的结论并不合理。

(9) 在其他规范性文件中,1988年《人民检察院法医工作细则(试行)》第13条使用了“个人特征”一词,指向被害人的性别、年龄、血型和其他生理、病理特征,但这显然对解释《电商法》第18条并无太大参考价值;2014年《住房和城乡建设部关于印发城市综合交通体系规划交通调查导则的通知》(建城[2014]141号)附录第3.1.2条将“个人特征”定义为“性别、年龄、户籍、与户主关系、职业、文化程度、有无驾照等信息”,但这也是与规范性文件本身的制定目的关联密切,并不能为解释《电商法》提供更多参考。

(10) 徐晶卉《大数据“杀熟”:懂你的“人”伤你最深》,《文汇报》2018年3月31日,第6版。

(11) 对“个人特征”的解释又见王佳琪《大数据“杀熟”的法律应对》,《人民法院报》2019年6月11日,第2版。该文将特征分为“设备”“消费场所”“消费频率”三类。

(12) 欧盟《一般数据保护条例》第4条第4款在定义作为自动化决策依据的用户画像时列举了工作表现、经济状况、健康状况、个人偏好、兴趣、信誉、行为、位置与行踪(performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements)这几个因素,可资借鉴。

## (二) 限制适用的必要性

首先,“自然搜索结果提供义务”不具有可操作性。正如学者所说,立法者的本意是希望消费者能够在电商平台上搜索到不受干扰的结果,但是,这种“自然”的、不受干预的搜索结果可能并不存在——搜索算法中的个性化搜索总是首先发挥作用,排名高于其他任何因素。用户的互联网协议(IP)地址、搜索引擎所在国家和正在使用的语言等组件就已经构成个性化推荐。<sup>(13)</sup>若依严格的文义解释,电商需要提供一个连IP地址、消费者设备所在地都不考虑的自然结果,这本身就与“搜索”的工作机理相悖。此外,当产品或服务的定价系统已经将个性化因素——比如软件于不同系统架构下的开发成本差异,或商品于不同地域的仓储成本差异——考虑在内,那么不同的消费者势必会因使用不同设备或处于不同地域的缘故,就同一产品搜索到不同的最终价格。可见,指望设备信息提供完全自然的搜索结果在许多场合根本无法实现。

其次,“自然搜索结果提供义务”不具有经济理性。从规范性质来看,《电商法》第18条第1款的文本中没有“当事人另有约定的除外”的表述,即该条款属于强制性规范而非任意性规范——“自然搜索结果提供义务”属于法律课加于经营者的、不得与消费者约定排除的强制性义务。如此一来,企业的经营成本势必增加——只要部署算法搜集消费者信息,无论是前述四种个人特征中的哪一种,如今都必须提供自然搜索结果。这无疑会增加企业的技术成本与合规成本。<sup>(14)</sup>与此同时,这种法律规范对企业的强制性要求促使企业必须在一定程度上放弃原来的精准营销策略,进而增加其宣传成本。上述成本最终都会转换为价格的组成部分,由消费者承担。除显性成本外,在一些交易场景中设置强制性规范还会产生“挤出效应”(crowding-out effect),消解商家原本可能释出的善意,最终使消费者蒙受损失。<sup>(15)</sup>

再次,“自然搜索结果提供义务”与商业传统完全背离。从主体身份的角度说,诸如对学生与高龄老人优惠这种基于消费者身份与年龄特征的价格决定因素(三级价格歧视)古已有之,但从来不被认为属于法律调整的范围,那为何当交易转为线上,这一立场就应改弦更张?即便以“生/熟”衡量,中国消费者所反感的“大数据杀熟”(对熟客收取更高的价格)被认为是对熟人之间信任的背叛,故比一般的价格歧视听上去更加负面,给人一种欺诈、没有人情味的感觉;<sup>(16)</sup>但是,“对熟客收取更高价格”和“给予生客更大优惠”的含义其实是一样的——消费者对“新用户可领取优惠券”的做法向来宽容。从行为偏好的角度说,根据消费者个性需求区分商品价格(需求量越大则价格越低)的做法司空见惯(二级价格歧视);商家给予决策缜密的人更大优惠也是常态——更会讨价还价的人总是能拿到更低的价格。针对这种“个性定制”,法律也从未介入。正如有学者所说“从历史文化的角度来看,根据用户需要来提供商品和服务一直是成为商业典范的关键。没有任何针对性的搜索结果很可能仅仅是一种形式化的存在,而对保护消费者利益并无实际意义。”<sup>(17)</sup>

最后,“自然搜索结果提供义务”不符合现行商业实践。即便在《电子商务法》颁布施行后,各大电商并未放弃将消费者“曾经购买的商品”置于搜索结果靠前位置的做法,也没有提供关闭按钮,而是在售后服务协议中说明“在您使用我们提供的站内搜索服务时,我们也同时提供了不针对您个人特征的选项”。<sup>(18)</sup>事实上,这种将

(13) 张凌寒《〈电子商务法〉中的算法责任及其完善》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第19页。

(14) “被遗忘权”是立法要求电子商务经营者承担对消费者的保护责任会导致经营者人力与资金成本增加的典型例子。“在欧洲树立被遗忘权或擦除权之后的一年多内,谷歌等公司就收到了数十万的请求,要求对一百多万条网页信息进行删除。而在收到这些请求后,谷歌公司又不可以以自动化的方式对所有这些信息一键删除。为了保证公众的知情权和其他权利,谷歌公司必须采取个案式的审查,区分具有正当性基础和不具有正当性基础的信息删除。这为谷歌公司增加了不小的负担。”参见丁晓东:《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,《华东政法大学学报》2018年第4期,第49页。

(15) Jan M. Smits, Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind? Penn State International Law Review, Vol. 29, No. 3, p. 679-683 (2011).

(16) 孙亚程《如何应对“大数据杀熟”?》,新浪网, <http://tech.sina.com.cn/cs/2018-05-31/doc-ihcffhsw0486304.shtml>, 2019年9月17日访问。

(17) 张凌寒《〈电子商务法〉中的算法责任及其完善》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第20页。

(18) 《隐私权政策》淘宝网, [https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/suit\\_bu1\\_taobao/suit\\_bu1\\_taobao201703241622\\_61002.html?spm=a21bo.2017.1997523009.38.5af911d9sAHF02](https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/suit_bu1_taobao/suit_bu1_taobao201703241622_61002.html?spm=a21bo.2017.1997523009.38.5af911d9sAHF02), 2019年11月11日访问。

“曾经购买的商品”置于搜索结果前列,同时呈现其他并未购买过的商品的做法,并不构成“提供去个性化选项”的义务。但是,这种看上去似乎违反《电商法》第18条第1款的行为并没有引起执法部门的注意,各大电商似乎也无意改变这样的做法。

归根结底,本来消费者对于搜索结果就有精准的预期,那么为何要强制商家提供一个“以使任何人来进行搜索都得到相同结果”<sup>(19)</sup>的自然搜索结果呢?因此,若严守文义,认为前文所总结的个人特征均属于法律规制范围,显然将不当扩大法律介入或干预的范围,对企业在正常范围内的合理经营造成负面影响,脱离《电商法》的立法原意。由此,限制《电商法》第18条第1款的适用范围,明确并坚持“并非所有的定制行为均会因未提供自然搜索结果而承担违法责任”这一立场,殊为必要。

### 三、目的解释视角下《电商法》第18条第1款限制适用的路径推演

由于《电商法》第18条第1款的文义过于宽泛,其适用范围在实践中可能被不合理地扩大,因此,为限制该条文的适用,应探求其他可能的解释路径。在现行司法实务与法学理论框架下,对于规范目的的考察至关重要:通过对规范目的的挖掘,不仅可以在文义相对模糊时明确条文的真实含义与应用场景(目的解释、扩大与缩小解释),甚至可以在文义相对清晰的情况下,通过探求规范目的的方法,把本不应属于规制对象的情况排除出适用范围(目的性限缩),反之亦然(目的性扩张)。对于《电商法》第18条第1款来说,规范目的具有同样的功用。在目前文义过于宽泛的语境下,只有识别出那些紧密贴合规范目的的场景,方能确定该条款的适用范围。反过来说,假如适用该条款完全无益于规范目的的实现,那么该场景就不应属于该条款的规制范围。

#### (一) 作为规范目的的“尊重和 equal 保护消费者合法权益”

欲由规范目的推演出限制适用的具体路径,其逻辑起点在于厘清何为规范目的。《电商法》第18条第1款的规范目的在于保护消费者权益。这可以从以下两个方面予以说明:

第一,《电商法》第18条第1款并不只有根据个人特征定制搜索结果者须负担自然搜索结果提供义务的内容——在条文最后还有“尊重和 equal 保护消费者合法权益”这句话。虽然这种表达在一般情况下很容易被认为是倡导性规范,并不影响法律行为的效力,也不产生具体的权力(权利)义务,<sup>(20)</sup>但事实上,《电商法》的这段文字具有宣示规范目的,进而限制适用场景的功能:首先,它旗帜鲜明地表明,《电商法》第18条第1款乃为保护消费者合法权益而设;其次,在本文看来,它也因此为《电商法》第77条所规定的法律责任设置了一项独立于“存在定制行为”与“未履行自然结果提供义务”的构成要件——只有电商实施了侵害消费者合法权益的定制行为,法律才要求其承担不履行自然搜索结果提供义务的法律后果。通过这样的方法,即可实现依规范目的限制适用范围的目标——关于这一点,本文第四部分将进一步论述。

第二,“规范目的在于保护消费者合法权益”的结论亦可由法意解释的路径获得:第18条第1款并非从一开始就被写入了《电商法》;它首次出现于草案三次审议稿第19条第1款。起草者之所以加入该条文,是因为一些参与立法的人士提出,在目前的实践中,存在一些电子商务经营者定向推送商品、服务信息时误导消费者的情况,侵害了消费者权益,故应作出有针对性的规范。<sup>(21)</sup>不难看出,立法者的初衷是为了规制实践中电商在定向推送商品时的误导行为——从本质上说,这是为了保障消费者在消费过程中获得真实、全面信息的权利。

由此可知,我国《电商法》乃为保障消费者合法权益而规定制搜索结果行为。接下来需要讨论的是,《电商法》第18条第1款所尊重和保护的,究竟有哪些“消费者合法权益”?与此同时,又有哪些权益因不属于被保护

(19) 电子商务法起草组编著《中华人民共和国电子商务法解读》,中国法制出版社2018年版,第104页。

(20) 我国立法中的类似表述,可见《税收征收管理法》第9条第2款:税务机关、税务人员必须秉公执法,忠于职守,清正廉洁,礼貌待人,文明服务,尊重和 equal 保护纳税人、扣缴义务人的权利,依法接受监督。《侵权责任法》第84条规定:饲养动物应当遵守法律,尊重社会公德,不得妨害他人生活。

(21) 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉修改情况的汇报(2018年6月19日)》,载郭锋主编《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》,人民法院出版社2018年版,第482页。

对象而应当排除该条款的适用? 值得一提的是, 此处的“权益”应与《消费者权益保护法》以下简称《消法》语境下的“权益”作同等理解, 即对调整对象受保护的权利与利益作一体把握, 而不需要像侵权法领域一样区分权利与利益, 并设置不同的保护程度。<sup>(22)</sup> 此外, 消费者合法权益既包括消费者在交易中直接享有的、由法律赋予的个体或社会性权益, 又包括法律通过调整经营者行为、维护竞争秩序间接提供给消费者的“反射利益”。<sup>(23)</sup> 故本文将区分直接保护与间接保护二重视角, 对应适用第 18 条第 1 款予以保护的具体权益展开分析。

## (二) 直接保护视角下的合法权益界定

首先, 《电商法》第 18 条第 1 款旨在保护消费者的知情权。<sup>(24)</sup> 在消费者权利概念被提出时, “有权获得正确资料”即为其中重要一项。<sup>(25)</sup> 时至今日, 知情权被认为是消费者正确判断和选择商品或服务的前提。消费者若要作出明智的选择, 不仅需要获得真实信息, 而且要拥有充分或足量的信息。<sup>(26)</sup> 在电子商务场合, 由于每一块屏幕均构成消费者之间的天然区隔, 消费者能看到什么样的内容几乎完全由算法决定,<sup>(27)</sup> 故定制搜索结果的提供往往在消费者不知情的情况下完成。换言之, 搜索结果被呈现在某个消费者面前时, 作为其内容的商品种类、选项数量与单品价格其实与其他消费者并不相同, 但出于电子商务的特殊性, 这名消费者完全不知道这一点, 只能被动接受。且不说商品种类与选项数量, 价格毫无疑问是最基本、最重要的交易信息, 有关价格的信息历来是消费者知情权保障的对象。若如前例, 电商对消费者实施差别定价, 又故意将消费者蒙在鼓中、诱使其在意思表示不真实的情况下接受要约、作出承诺, 这毫无疑问属于立法者要求《电商法》予以回应的“经营者定向推送商品、服务信息存在误导”之范畴, 亦构成对消费者知情权的侵害。<sup>(28)</sup> 此外, 定制的搜索结果乃因电商所搜集的个人数据产生, 而针对数据的知情权也被认为是数据权利中非常重要的组成部分。<sup>(29)</sup> 因此, 无论针对交易信息还是数据使用的知情权, 均应属第 18 条第 1 款的保护对象——若有侵害, 应适用该条款。

其次, 《电商法》第 18 条第 1 款旨在保护消费者的人格尊严——在我国消费者权利语境下则被表述为“受尊重权”。申言之, 即便消费者完全知晓商家针对其个人特征定制搜索结果, 这种定制行为也可能因其依据的特征类型——尤其是前文提及的主体身份信息, 如种族、民族、性别等——输出带有侮辱或歧视意味的搜索结果, 从而损害消费者的人格尊严。有学者指出, 由于“偏见进, 则偏见出”“大小样本的地位悬殊”“无处可藏的敏感属性”等原因, 无论从文化、技术哲学, 还是心理学角度, 都会得出“大数据算法并不是中性的, 而是具有歧视性本质”的结论。<sup>(30)</sup> 算法黑箱中所包含的社会偏见将不可避免地作用于消费者,<sup>(31)</sup> 加剧针对被保护人群的实质性歧

(22) 程啸《侵权责任法》(第 2 版), 法律出版社 2015 年版, 第 113 - 117 页。

(23) “反射利益”多见于行政诉讼, 指不特定多数受益人中的某一个, 经由权利的反射而非自己的权利而受益。如, “为防止出现民众诉讼, 法律并不认可作为公众之一部分、仅具有反射利益的个人具有诉权”。参见李百勤诉郑州市二七区人民政府不履行法定职责案, 最高人民法院(2018)最高法行申 2975 号行政裁定书。在法律调整竞争关系的场合, 消费者无疑也会经由经营者公平竞争权的反射而受有利益。关于竞争法的目标之一在于保护消费者福祉的论述, 参见 Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, Eighth Edition, Oxford University Press, 2015, p. 19 - 21.

(24) 郭锋主编《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》, 人民法院出版社 2018 年版, 第 345 - 347 页。

(25) 陈燕红《论消费者知情权的权利实现》, 《暨南学报(哲学社会科学版)》2013 年第 11 期, 第 71 页。

(26) 李昌麟、许明月《消费者保护法》(第 3 版), 法律出版社 2012 年版, 第 69 页。

(27) 朱巍《网络直播推荐分发算法应纳入法治轨道》, 《检察日报》2018 年 1 月 24 日, 第 7 版。

(28) 邹开亮、刘佳明《大数据“杀熟”的法律规制困境与出路——仅从〈消费者权益保护法〉的角度考量》, 《价格理论与实践》2018 年第 8 期, 第 49 页。

(29) 程啸《论大数据时代的个人数据权利》, 《中国社会科学》2018 年第 3 期, 第 116 页。

(30) 张玉宏、秦志光、肖乐《大数据算法的歧视本质》, 《自然辩证法研究》2017 年第 5 期, 第 81 - 86 页。

(31) 於兴中《算法社会与人的秉性》, 《中国法律评论》2018 年第 2 期, 第 58 - 59 页。

视。<sup>(32)</sup>这也是国外与自动化决策有关的案例主要集中在该领域,<sup>(33)</sup>学者普遍认为应在这一领域设置处理禁区<sup>(34)</sup>的原因。正因消费者受尊重权在定制搜索结果场合的易受侵害性,此种权利亦应属《电商法》第18条第1款的保护对象。

在知情权与受尊重权之外,还有观点认为定制搜索结果可能侵害消费者的选择权<sup>(35)</sup>与公平交易权。<sup>(36)</sup>然而,消费者选择权的真意在于自由选择交易对象与商品,倘若电商不具有强迫消费者交易的市场地位(如出国旅行的导游、行业垄断者等),<sup>(37)</sup>选择权一说似乎无从谈起——即便消费者因经营者部署的算法使某些交易选项排序靠后或不可见,其失去选择的本质原因还是没有掌握足够信息,而非强迫交易;公平交易权亦然——既然提供个性化搜索结果的行为本身无可厚非,针对不同用户提供差异化价格与商品/服务内容原则上并不为法律秩序所禁止,那其真意最终只会落实到知悉真情与反对歧视上。

### (三) 间接保护视角下的合法权益界定

经由法律保护竞争秩序而作用于消费者的反射利益,是否也属于《电商法》第18条第1款保护的“消费者合法权益”?申言之,通过损害竞争造成社会整体福利下降而导致消费者利益受损的定制搜索结果行为,是否属于本条的适用对象?回答应当是否定的。理由可从如下两个方面予以说明。

#### 1. 定制行为不一定具有反竞争性或损害社会整体福利

倘若消费者合法权益因定制行为害及竞争秩序或社会整体福利,那么其前提须为定制行为侵害上述两种法益,因此需要考察定制行为的竞争性与反竞争性意涵,以及对社会整体福利的影响。

对此,既有讨论主要是围绕其中最具有争议的一种类型——算法价格歧视行为——展开的。从市场竞争的角度说,有观点认为,这种行为具有排挤或消灭竞争对手的反竞争性。<sup>(38)</sup>就对社会整体福利的影响而言,学者指出,消费者在决策受到个性化定制引导的情况下,更容易做出盲目的消费选择,导致不能把手中的资金投入真正能够提高社会生活水平的项目(比如养老、储蓄、慈善、保险)上去,<sup>(39)</sup>导致社会整体福利下降。还有学者认为,那些主张一级价格歧视在经济上具有效率性的观点往往忽略了企业在实施歧视的过程中所需要负担的包括细分客户、识别需求弹性、防止转售在内的种种开支,而这些开支的存在可能导致歧视行为的不效率。<sup>(40)</sup>当交易信息愈加庞杂,定制行为也有助于实现对那些警惕性较弱的消费者的欺诈。此外,价格歧视被认为与消费者所追求的社会公平相悖,也会间接导致商家与消费者之间信任的丧失;<sup>(41)</sup>消费者其实并不愿意在实施价格歧视的商家处

(32) Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *The Rise of Behavioural Discrimination*, *European Competition Law Review*, Vol. 37, No. 12, p. 491 (2016).

(33) 对美国有关算法歧视相关案例的介绍,可见郑智航、徐昭曦《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》,《比较法研究》2019年第4期;刘友华《算法偏见及其规制路径研究》,《法学杂志》2019年第6期,第56-58页。

(34) 学者认为,个人信息有敏感信息与一般信息之分,前者与人们隐私关系重大,理当予以特别保护,应设置自动化决策处理禁区。例如,1981年欧洲理事会《有关个人数据自动化处理之个人保护公约》第6条就明确规定,禁止对泄露种族血缘、政治见解、宗教或其他信仰、健康或性生活、犯罪记录等个人信息进行自动化处理。此外,欧盟、加拿大以及我国澳门、台湾地区也存在类似的规则。参见郑志峰《人工智能时代的隐私保护》,《法律科学》2019年第2期,第56页。

(35) 电子商务法起草组编著《中华人民共和国电子商务法解读》,中国法制出版社2018年版,第104页。

(36) 姚佳《消费者法理念与技术的重构》,法律出版社2019年版,第92页。

(37) 李适时主编《中华人民共和国消费者权益保护法释义》,法律出版社2013年版,第34-37页。

(38) 施春风《定价算法在网络交易中的反垄断法律规制》,《河北法学》2018年第11期,第113页。

(39) Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *The Rise of Behavioural Discrimination*, *European Competition Law Review*, Vol. 37, No. 12, p. 490 (2016).

(40) Peter T. Leeson & R. Sobel, *Costly Price Discrimination*, *Economic Letters*, Vol. 99, Issue 1, p. 206-208 (2008).

(41) 问卷调查显示,英美等国消费者对基于消费者个人特征的区别定价态度十分负面。See Office of Fair Trading, *Online targeting of advertising and prices: A market study*, [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared\\_of/business\\_leaflets/659703/OFT1231.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/659703/OFT1231.pdf), p. 40-41, last visited: 2019/11/19.

消费。<sup>(42)</sup>从这个意义上说,价格歧视还有潜在的抑制交易的后果。

如果上述与“额外开支”“欺诈”“抑制交易”有关的论述成立,那通过定制搜索结果方式实现的价格歧视显然具有反竞争性,且惠及社会整体福利,从而需要法律规制。但实际上,规制定制行为——哪怕是争议最大的算法价格歧视——的正当性并不能在理论上得到证实。

与前述立场针锋相对的是,不少学者认为算法价格歧视的负面影响被夸大了——在他们看来,利用消费者基本个人信息和网页浏览记录提供不同价格并不必然损害竞争。<sup>(43)</sup>从事实上看,价格歧视广泛存在且一定程度上被市场接受——例如批发价格低于零售价格、给予学生群体以学生价优惠都是常见的价格歧视,但消费者却并不排斥此类价格歧视,法律通常也并不会对其进行规制。从理论上讲,经济学家认为一定程度的价格歧视有利于有效率地配置市场资源,增加社会整体福利。比如,一级价格歧视的实现“与完全竞争一样具有资源配置效率”,此时,生产者通过侵占消费者剩余使“生产者剩余达到最大,消费者剩余等于零,社会福利净损失也下降为零”,<sup>(44)</sup>从而实现了社会福利的增加。而且,价格歧视具有相当的收入转移效应,通过对价格敏感度较低的消费者收取更高的价格,对价格敏感度较高的消费者收取更低的价格,满足了多层次消费者的需求,这反而会促进社会公平。对企业来说,通过精准定位提供更好的价格可以促进企业的发展壮大,从而使整个社会受惠。<sup>(45)</sup>

事实上,在大数据算法出现之前,社会上很少出现一级价格歧视的情形。在经济学领域,这种价格歧视对社会整体福利的影响还存有争论。<sup>(46)</sup>其中认为一级价格歧视有利于社会总体福利提高的观点并不能被忽略。从竞争性与整体福利的角度出发,得出“消费者利益因算法价格歧视害及竞争与社会福利而受损”的结论略显仓促,更遑论一般意义上的定制搜索结果。即便从朴素法感情的角度出发,恐怕也很难认为把“您浏览过的商品”放在搜索结果前列,就会损害竞争秩序、带来整体福利的下降。

## 2. 竞争法可以提供充足的执法依据

虽然一般意义上的定制行为不一定具有反竞争性或损害社会整体福利,但从理论与域外实践来看,那些具有强大市场地位乃至市场支配地位的经营者若实施定制行为,还是会引起执法者的特别关注。比如,美国多个州针对谷歌的广告与搜索业务曾发起反垄断调查,其中一项重要原因即为,谷歌搜集并占有大量有关广告主、广告公司与消费者的个性化数据,从而能更好地利用用户的搜索发布广告,为其自身谋求利润。<sup>(47)</sup>那么,当具有强大市场地位的经营者实施定制行为时,消费者合法权益是否应当受到反射性保护,从而推出定制行为应属于《电商法》第18条第1款的适用范围,结论呢?本文对此持否定立场。从域外实践来看,法律介入的根本原因并不是经营者实施了定制行为,而是这些互联网巨头占据着重要的市场地位。与传统企业不同,数据一方面是由这些巨头提供的产品,另一方面又构成他们享有的核心资源。当网站规模达到一定程度时,数据会天然地向他们汇集,并

(42) Ellen Garbarino & Sarah Maxwell, Consumer Response to Norm – Breaking Pricing Events in E – Commerce, *Journal of Business Research*, Vol. 63, Issues 9 – 10, p. 1066 – 1072 (2010).

(43) Christopher Townley, Eric Morrison, & Karen Yeung, Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law, King's College London Law School Research Paper No. 2017 – 38, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3048688> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3048688>, last visited: 2019/11/15.

(44) 何娟、李映东《价格歧视对社会福利影响的探讨》,《价格理论与实践》2003年第10期,第47页。

(45) 假设销量不变的情况下,一般价格上涨1%的话,相应的营业利润会增加8.7%,而每年成千上万的定价决策公司中,有30%的企业未能提供最好的价格,这是一笔很大的损失。差异化定价策略利用海量数据帮助企业洞察到会影响价格的因素,可以找到客户更愿意支付的最优价格。参见(美)沃尔特·L·贝克、迈克尔·V·马恩、克雷格A·C·扎瓦达《麦肯锡定价》,赵银德译,机械工业出版社2017年版,第4页。

(46) 一方面,一级价格歧视有可能同时使商家与消费者受惠,并将之前未获有效服务的消费者纳入服务范围,从而增强市场力量(market power)、增加社会整体福利;另一方面,它也可能将福利由消费者转移至商家,并导致整体社会福利的下降——尤其是那些支付意愿较高的消费者,情况将越来越糟。See Frederik Zuiderveen Borgesius & Joost Poort, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 40, Issue 3, p. 353 – 355 (2017).

(47) Christopher Varga, Tech Giant Google Faces Additional Antitrust Probe, <https://news.yahoo.com/tech-giant-google-google-faces-170605978.html>, last visited: 2019/9/17.



且排斥后来的竞争者——“只要网络巨头公司的数据优势不断加强,就不会有新产品可以替代他们”。<sup>(48)</sup>正是这种排斥竞争的天然属性,决定了法律规制的工具箱应由竞争法——尤其是反垄断法——提供。

值得注意的是,这种竞争法规制不能推导出对象行为在一般意义上具有违法性,故不应在非竞争法语境下予以禁止。我国法律对搭售行为的处理即属此类。《反垄断法》第17条第1款禁止具有市场支配地位的经营者“没有正当理由搭售商品”,而《电商法》第19条却并不禁止搭售行为,只是要求电商“应当以显著方式提请消费者注意,不得将搭售商品或者服务作为默认同意的选项”。同样的逻辑亦可类推适用于定制搜索结果:假如定制行为因其实施者具有市场支配地位而产生反竞争性,应交由《反垄断法》第17条处理,且此种处置不能证明定制行为存在一般意义上的反竞争性,亦不能证成其他立法予以一般性规制的必要性。总之,竞争法在相关领域已提供足够的制度性资源,并不需要《电商法》的额外介入——这种场合的消费者利益就算值得保护,其规范目的的实现也并不依托于《电商法》,它并不属于第18条第1款的适用范围。<sup>(49)</sup>

#### (四) 小结

从解释论出发,我国《电商法》规制定制搜索结果行为的目的在于保护消费者合法权益。故可通过界定“合法权益”的方式明确《电商法》第18条第1款的保护对象,从而确定该条款真正的适用范围。从定制行为的本质特征出发,完全自由生长的定制行为会导致消费者知情权与受尊重权遭受损害,因此应适用第18条第1款对其予以规制。然而,它未必损及市场竞争与社会整体福利,故此种语境下衍生之反射性保护的消费者合法权益,不受第18条第1款的保护。即便实施者具有市场支配地位,《反垄断法》之执法工具箱已提供足够制度资源,无须借助《电商法》的力量。由此,只有知情权与受尊重权才是《电商法》第18条第1款中规定的合法权益——只有侵害这两种权利的定制行为才需要《电商法》的规制。除此之外的定制行为,《电商法》不应干涉。

### 四、体系解释视角下限制适用的具体制度安排

#### (一) 作为责任构成要件的“侵害消费者合法权益”

本文认为,条文中“尊重和平等保护消费者合法权益”的表述不仅仅具有宣示立法目的的功能,同时也提供了电商是否需要承担法律责任的评价依据。申言之,侵害本条所意图保护的合法权益是违反自然搜索结果提供义务之法律责任的构成要件之一:须同时满足《电商法》第18条第1款规定的“电商经营者根据个人特征定制搜索结果”“违反自然结果提供义务”及“侵害消费者合法权益”三项要件,方能适用《电商法》第77条规定的法律责任。<sup>(50)</sup>也就是说,只有那些侵害消费者知情权、受尊重权的定制行为,才有法律介入的必要性、才会引起法律责任。<sup>(51)</sup>

申言之,欲理解条文中的“消费者合法权益”一词,应当立足于与我国《消法》相关条文的体系解释——正如学者所说,“平台算法责任的标准与后果直接链接了《消费者权益保护法》与其他法律法规”。<sup>(52)</sup>

值得说明的是,虽然《电商法》与《消法》不具有法典意义上的体系性,但上述体系解释并非不可行:从规制对象上说,《电商法》与《消法》在为电商经营者设定法定义务、针对电商消费者合同作出特别规定等方面存在重合——《消法》提供了适用于消费者与经营者这一组对象关系的一般规范,而《电商法》提供了这组对象关系在电

(48) (美)弗兰克·帕斯奎尔《黑箱社会:控制金钱和信息的数据法则》,赵亚男译,中信出版集团2015年版,第120页。

(49) 我国学者认为处理算法歧视问题可从反垄断法视角入手,在一定程度上突破对其是否具有市场支配地位之考察的,可见施春风《定价算法在网络交易中的反垄断法律规制》,《河北法学》2018年第11期,第116页。

(50) 事实上,在法条中设置相对抽象的、体现规范目的的构成要件在我国立法中并不罕见。比如,在格式条款规制领域,我国《消法》第26条列举了三种典型的无效条款,同时设置了“不公平、不合理”限定性要件:并不是所有的免责或限责条款都是无效的,只有其中不公平、不合理的条款才是。无论“公平”抑或“合理”均属于价值意义上的抽象标准,需要适用者在实践中予以具体化。

(51) 有学者认为,第18条第1款写明的“尊重和平等保护消费者合法权益”是法律在自然搜索结果提供义务之外,为个性化算法设置的一条底线。参见张凌寒《〈电子商务法〉中的算法责任及其完善》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第17页。从与《消法》第26条的对比中可以看出,这里“底线”的意义和《消法》限制适用范围的“不公平、不合理”是一样的。

(52) 张凌寒《〈电子商务法〉中的算法责任及其完善》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第18页。

子商务领域的特别规定。<sup>(53)</sup> 在电商领域,《电商法》有特别规定的,应适用《电商法》;《电商法》没有规定或规定不明确的,应从《消法》的一般规范出发,理解《电商法》相关条文。

从性质上说,《电商法》包含了相当一部分与民事责任有关的规定,比如《电商法》第38条有对电商平台经营者资质审核义务及安全保障义务的规定。但是,这部立法无疑也具有经济法的性质,规定了国家介入经济生活与市场交易的场景与手段,具有公法与私法的二重性。正如学者所说,平台责任其实是民事、行政、刑事责任——甚至还包括社会责任——叠加在一起的一种责任,因此将《电商法》归入任何一个传统意义上的法律部门可能都是不准确的。<sup>(54)</sup> 这种性质其实和《消法》十分相似:后者虽然一般被认为是政策型特别民法,<sup>(55)</sup>但在我国的语境下,《消法》的公法色彩较之其他法律更为浓重。申言之,它并非从民法体系中析出,而是“遵循一条独特的产生路径”。<sup>(56)</sup> 它不仅在立法技术上和民事基本法存在差异——法律责任单设一章,且十分倚重以责令改正、没收违法所得与罚款为中心的行政处罚。从实证的角度说,法律的实现(enforcement)在很大程度上更加依靠以市场监督管理机构干预为代表的公力实现(public enforcement),而非以普通消费者诉讼行为为代表的私力实现(private enforcement)——旧《消法》在普通消费者(而非职业打假人)中几乎处于无用状态的惩罚性赔偿条款就是极好的例子。<sup>(57)</sup>

由我国《消法》出发,结合本文第三部分总结的规范目的,实践中侵害消费者权益的定制行为可分为“侵害知情权型”与“侵害受尊重权型”两大类。

## (二) 侵害消费者知情权的搜索结果定制行为

我国《消法》保护消费者知情权的核心机制是课加于经营者的信息提供义务。<sup>(58)</sup> 根据我国《消法》第20条第1款规定,经营者在向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息时,应当满足“真实”与“全面”的要求。<sup>(59)</sup> 若比较两者,真实性要求的解释空间相对较小,即经营者不得作虚假或引人误解的陈述。否则,不仅消费者享有基于民事基本法规范的撤销合同的权利(《合同法》第54条)、基于《消法》主张惩罚性赔偿的权利(《消法》第55条),市场监管部门亦可对经营者作出行政处罚(《消法》第56条)。全面性要求则相对复杂——这一要求乃为救济信息不对称而提出,但消费者所获信息在何种情况下可谓“全面、充分”这一问题却并不好回答。<sup>(60)</sup> 从《消法》第28条来看,全面性要求与商品或服务本身的复杂程度和对消费者人身财产利益的影响程度成正比关系:越是复杂的,或是对消费者财产和人身利益影响越大的商品或服务,法律对经营者提供信息的全面性要求就越高。

落实到搜索结果定制行为,根据真实性要求,经营者须在为消费者定制搜索结果时提供真实无误的信息,不得有误导消费者决策、使消费者违背真实意愿作出意思表示的情形,否则即构成对消费者知情权的侵害。这样的立场与《消法》《反不正当竞争法》《广告法》对虚假宣传、欺诈消费者的规制完全一致,在判断上也可参考上述情

(53) 由比较法的角度观察,欧盟针对电子商务作出专门规定的指令,如《远程交易指令》(97/7/EQ)、《消费者权益指令》(2011/83/EU),均属于消费者保护法领域。

(54) 薛军《电子商务法平台责任的初步解读》,《中国市场监管研究》2019年第1期,第21页。

(55) 谢鸿飞《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013年第2期,第98-116页。

(56) 姚佳《消费者法理念与技术的重构》,法律出版社2019年版,第72页。

(57) 应飞虎《知假买假行为适用惩罚性赔偿的思考——基于法经济学和法社会学的视角》,《中国法学》2004年第6期,第115-118页。

(58) 出于保护消费者知情权的特别要求,《消法》规定的信息提供义务比《合同法》中作为附随义务的告知义务适用范围更大、内容更丰富。在一些场合,哪怕经营者提供的信息已经达到了国家或行业标准,仍有可能因不能全面实现消费者的知情权而被认定为违反《消法》上的信息提供义务。针对这种知情权与信息提供义务互动关系的讨论,可见李友根《论经济法权利的生成——以知情权为例》,《法制与社会发展》2008年第6期,第56-60页;万方《我国〈消费者权益保护法〉经营者告知义务之法律适用》,《政治与法律》2017年第5期,第157-159页。对《消法》知情权与信息提供义务相关条文的梳理,及与《合同法》中未履行义务之法律效果相关条文的体系整合,可见陆青《论消费者保护法上的告知义务——兼评最高人民法院第17号指导性案例》,《清华法学》2014年第4期,第155-164页。

(59) 有学者认为我国《消法》对于信息提供义务的规定缺少“及时”的要求。参见王宏《消费者知情权研究》,山东人民出版社2015年版,第186页。

(60) 姚佳《消费者法理念与技术的重构》,法律出版社2019年版,第87页。

形。比如,电商平台不得在定制搜索结果中为支付能力更强的消费者虚构一个根本不存在的最高价选项作为对比,诱使他们选择远高于市场价格的次高价选项( use of decoys)。(61) 不过,在此类情形中要求经营者提供去个性化选项实属多余,直接依据虚假宣传、欺诈消费者等规则处理即可。

根据全面性要求,经营者不仅需要保证自己提供的信息全然无误,还需要确保消费者知晓自己所获得的搜索结果乃基于个性化定制产生。(62) 这样的思路还可确保其与《电商法》第18条第2款的规制目的保持一致:在四次审议稿公布之后,一些参与立法的人士认为对电商向消费者发布广告的行为应作出相应规定,故如今的第2款取代了原先搭售条款的位置——这本质上也是为了向消费者提供更加全面的信息。(63)

参考《消法》对于信息提供全面性的规定,个性化定制的程度愈高,消费者愈不容易发现自己的决策会受到潜在影响,作为搜索结果的商品与服务对消费者决策、财产与人身利益的影响愈大,经营者提供信息的方式应愈显著,需要提供的信息内容应愈详实。比如说,如果经营者只是根据设备信息和服务记录,将消费者曾经消费过的店铺放在搜索结果的较前位置,并标记“您购买过的店铺”字样,那么就可以认定经营者已经履行了信息提供义务——即便经营者未提供随机排序,也因未侵害消费者合法权益而不承担法律责任。如果是根据设备信息、主体身份或消费习惯实施差别定价,或给予某些支付意愿低、保留价格低的消费者以更大优惠( imperfect willpower, 包括取消那些支付意愿高、保留价格高的消费者的优惠券等), (64) 或根据自动化决策对某些价值较大的商品或服务作出某种结论性意见(比如只对一部分消费者可见),前述一般性的标记就不够了。在这些场合,就披露方式来说,经营者惯用的在隐私政策中利用格式条款告知的方式并不足以满足全面性要求,因为绝大多数消费者根本不会阅读隐私政策。正如有学者所说“网站的隐私政策往往非常专业,即使是专业性的学者,要想完全理解可能都需要花费很大精力,就更不用说一般读者了。一般读者在面对此类隐私政策时,往往一头雾水,难以对其进行准确判断。”(65) 因此,经营者必须根据不同交易类型,充分利用其电子化平台,利用互动式文本或弹窗等方式进行披露。比如,针对在智能投顾过程中可能产生的算法歧视问题,学者提出,对算法在特定情形下可能产生的利益偏离风险、算法中所暗含的可能引起智能投顾运营者与投资者之间利益冲突的信息等内容的披露,必须以合理的方式作出,必须以投资者易于获取和理解的方式进行。(66)

就披露内容来说,在与消费者决策、人身与财产利益密切相关的领域,经营者不仅需要告知消费者个性化定制的事实,还需要就具体算法中的考量因素——例如本文第一部分所归纳的四种“个人特征”中究竟哪几种被列入考量范围,以及对消费者可能产生的影响及风险等信息向消费者说明。与此同时,倘若消费者要求经营者解释定制结果,基于全面性要求,经营者亦有义务向消费者开示定制理由,否则即不得以该结果约束消费者。这样的立场与涉及消费者知情权的指导案例64号一致,(67) 也与学者们主张的算法解释权内涵一致。(68) 需要说明的

(61) Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *The Rise of Behavioural Discrimination*, *European Competition Law Review*, Vol. 37, No. 12, p. 487-488 (2016).

(62) Frederik Zuiderveen Borgesius & Joost Poort, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 40, Issue 3, p. 356 (2017).

(63) 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案四次审议稿)〉修改情况的汇报(2018年8月31日)》,载郭锋主编《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》,人民法院出版社2018年版,第474页。

(64) Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *The Rise of Behavioural Discrimination*, *European Competition Law Review*, Vol. 37, No. 12, p. 488 (2016).

(65) 丁晓东《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,《华东政法大学学报》2018年第4期,第50页。

(66) 郑佳宁《论智能投顾运营者民事责任——以信义义务为中心的展开》,《法学杂志》2018年第10期,第68-69页。

(67) 指导案例第64号:刘超捷诉中国移动通信集团江苏有限公司徐州分公司电信服务合同纠纷案。该案裁判要点为:经营者在格式合同中未明确规定对某项商品或服务的限制条件,且未能证明在订立合同时已将该限制条件明确告知消费者并获得消费者同意的,该限制条件对消费者不产生效力。

(68) 根据学者对于算法解释权的论述,消费者有权了解自动化决策的规则和因素,这既可以排查具体决策适用的规则是否包含歧视性、非法性问题,又可以相对人知晓具体不利决策作出的原因。参见张凌寒《商业自动化决策的算法解释权研究》,《法律科学》2018年第3期,第72页。

是,披露内容应聚焦于影响商品或服务价格的考量因素而非技术层面的算法。这是因为,一方面,算法本身可能属于经营者的商业秘密,被牺牲以换取消费者的知悉收益不大,也不符合“规范性期待”的要求;<sup>(69)</sup>另一方面,算法有时是极难解释的:当算法的自动学习向深层架构发展时,其规则和运作方式可能连开发者都无法理解,其内部机制和决策过程甚至对其开发者和使用者都不再完全透明,更遑论消费者。<sup>(70)</sup>

除经营者须依真实与全面标准向消费者提供信息外,《消法》对于消费者知情权的保障还体现在经营者不得对消费者自发搜集信息设置障碍——根据《消法》第9条规定,消费者有权对商品进行比较。<sup>(71)</sup>具体到本文语境,如果经营者根据消费者个人特征定制搜索结果,且该定制涉及价格等交易核心要素,或对消费者决策影响较大,则不得以技术手段限制消费者使用比价软件,也不得使用其他手段在实质上限制消费者的比较机会——比如对某一笔交易设置极短的承诺期限(向所有消费者开放的秒杀当然不在此限),或是营造极具压迫感的竞争购买关系(如“只剩一间空房,其他二十五人正在看”之表述)——正如前述,行为歧视在传统上需要强大的行业控制甚至垄断能力才能维持,但数字经济时代的新技术已经改变了这样的状态。因此,倘若经营者存在上述限制行为,又没有提供去个性化选项,则需要承担《电商法》第77条规定的法律责任。

### (三) 侵害消费者受尊重权的搜索结果定制行为

即便经营者就定制搜索结果履行了法律要求的信息告知义务,未损及消费者知情权,其仍有可能因定制行为侵害消费者的人格尊严而需要承担额外的法律后果,甚至包括罚款等行政处罚。根据我国《消法》第14条规定,消费者在购买、使用商品和接受服务时,其“人格尊严”和“民族风俗习惯”理应得到商家尊重——《消法》对于消费者人格尊严的保护,乃通过此所谓“受尊重权”之路径。与侵权法或人格权法保护人格尊严一致,《消法》规定的人格尊严受保护同样源于我国《宪法》第37条的规定。落实到消费场景,则不仅包括由民事基本法保护的、可能引发权利主体损害赔偿请求权的情形——比如经营者侮辱消费者,也包括经营者通过格式条款赋予自身强行搜查消费者身体、行李之权利等较难引起损害赔偿请求权,或是损害赔偿数额较低的情形。对于民族风俗习惯的特别强调则是因为国情——我国是一个统一的多民族国家,各民族的风土人情、饮食习惯、居住方式、衣着服饰、婚丧嫁娶、礼节禁忌等存在诸多不同,而这些都与消费行为密切相关。

不难看出,我国《消法》对于消费者受尊重权的规定主要着眼于消费者的内部名誉。其中,少数民族消费者的风俗、习惯尤其需要经营者予以尊重。对于此种法益的保护,民事基本法提供了“人格尊严权——侵权损害赔偿”的路径。但在《消法》语境下,公力救济并不以消费者的民事权利受到侵害为前提。比如,针对群体或不特定人的歧视在民事基本法语境下一般不会引起损害赔偿请求权,但市场监督管理部门却有权基于《消法》第56条第1款第9项规定要求其改正。比如,某健身会所销售总监在公开平台发表地域歧视言论,当地市场监管部门即责令涉事企业停业整顿,并协助对需要办理退卡的会员进行登记。<sup>(72)</sup>

落实到定制搜索结果の場合,本文认为亦应持相同立场:倘若定制搜索结果损害消费者内部名誉,则可认定为未尊重消费者合法权益。由于定制搜索结果所依据的特征中涉及内部名誉的大多是主体身份特征,即性别、民族、种族、职业、健康状况等,故引起内部名誉损害的主要是歧视行为。针对此类歧视,既有研究主要集中于讨论“问题是如何产生的”<sup>(73)</sup>“在哪个环节处理”“可使用何种手段处理”等相关问题,<sup>(74)</sup>而对于究竟何种歧视构成侵害消费者受尊重权的讨论较少。棘手的是,与知情权意识日益觉醒不同,我国消费者的歧视敏感度素来较低——何谓《消法》意义上的“歧视”或侵害受尊重权在实践中往往较难判断。本文认为,对此问题可参考比较法

(69) 林涸民《自动决策算法的法律规制:以数据活动顾问为核心的二元监管路径》,《法律科学》2019年第3期,第43页。

(70) 张凌寒《风险防范下算法的监管路径研究》,《交大法学》2018年第4期,第54页。

(71) 此处,虽然有权比较被置于“自主选择权”项下,但其实质仍然是保障消费者能在选择过程中获取更多信息、作出更理性的决策,与自主选择权通过反对指定消费场所、反对强制交易所保护的法益并不一致。

(72) 雷燕超、张熙廷《发布涉地域歧视不当言论,河南一健身会所被停业整顿》,新京报网, <http://www.bjnews.com.cn/news/2019/03/15/556495.html> 2019年11月5日访问。

(73) 崔靖梓《算法歧视挑战下平等权保护的危机与应对》,《法律科学》2019年第3期,第29-38页。

(74) 刘友华《算法偏见及其规制路径研究》,《法学杂志》2019年第6期,第56-58页。

上的“差别性影响标准”,<sup>(75)</sup>即通过对行为与决策是否构成对特定群体的差别性负面影响的考察,判断是否存在歧视。<sup>(76)</sup>申言之,应从客观角度观察是否存在不合理的区别待遇,区别待遇的类型和理由是否为法律所禁止,以及客观上是否由于区别待遇造成了不公平、不公正的不良后果。<sup>(77)</sup>

综上,如果定制搜索结果的考量因素中包括性别、民族、种族、职业、健康状况等主体身份特征中较为敏感的内容,则因其涉嫌歧视、有侵害受尊重权之虞而需要额外评价。倘若该考量因素在实质意义上存在歧视,则经营者必须提供去个性化选项。<sup>(78)</sup>比如,求职平台若因使用者为女性便在搜索结果中主动筛选、尽力呈现以女性为主体从业人员的岗位,应允许使用者清除这种“个性定制”,从而使得平台不优先呈现以性别为筛选依据的岗位,否则就需要承担《电商法》第77条规定的法律责任。

#### (四) 小结

由解释论出发,《电商法》第18条第1款“尊重和平等保护消费者合法权益”的表述应理解为定制搜索结果法律责任的构成要件,即只有同时满足“根据个人特征提供搜索结果”“未履行自然搜索结果提供义务”“侵害消费者合法权益”三项要件,方可适用《电商法》第77条所规定的法律责任。满足构成要件的行为主要可区分为侵害消费者知情权、侵害消费者受尊重权两大类。前者应以“真实”“全面”为标准评价定制搜索结果的经营者是否履行了信息义务——对消费者决策、人身与财产权益的影响越大,提供信息的方式越显著、内容应越详实;与此同时,经营者不得使用技术手段妨碍消费者自行搜集信息,比如使用比价软件。后者主要指向实质性歧视结果,包括是否有基于性别、民族、种族、职业和健康状况等因素的歧视。

#### 五、结语

对《电商法》第18条第1款的理解应采如下立场:针对消费者个性特征提供差异化搜索结果本身无可厚非,真正值得保障的法益,是消费者对于真实、全面信息的知悉,以及在磋商、交易过程中所获得的尊重。只有将条文中具有宣示规范目的意义的“尊重和平等保护消费者合法权益”具体化理解,以该规范目的作为限制适用的路径起点,继而结合《消法》对于知情权与受尊重权保护的规定,方能准确定位该条款的应用场景——在有效回应实践痛点的同时,不至于打击面过大,使经营者乃至整个社会避免承受不必要的合规成本。除《电商法》之外,文化和旅游部向社会公布的《在线旅游经营服务管理暂行规定(征求意见稿)》也涉及对定制搜索结果的规制。该征求意见稿第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。在信息透明、竞争充分的市场条件下,消费者对于不公对待与弄虚作假的厌恶自然会把无良的经营者赶出去。因此,只有那些蒙蔽甚至欺骗消费者、在实质上歧视甚至侮辱消费者的定制行为,才值得法律评价。总的来说,定制搜索结果大行其道有其内在的经济理性,相关制度资源在实践中亦有不能发挥太大作用之虞。因此,研究者需要反思规范定制搜索结果的必要性与具体场景,以弥合既有规制路径与实践存在的割裂,在保障消费者合法权益与技术创新、企业正常生产经营之间求得平衡。

(本文责任编辑 焦和平 肖新喜)

(75) 郑智航、徐昭曦《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》,《比较法研究》2019年第4期,第119-120页。

(76) 卜素《人工智能中的“算法歧视问题”及其审查标准》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期,第130页。

(77) 徐琳《人工智能推算技术中的平等权问题之探讨》,《法学评论》2019年第3期,第155页。

(78) 施春风《定价算法在网络交易中的反垄断法律规制》,《河北法学》2018年第11期,第118页。