

调整个性化定价的公私法 协同体系构造

冯洁语*

内容提要：个性化定价问题的核心是买卖合同中的定价。我国目前的研究侧重从规制角度控制经营者的行为，但这一问题事关当事人间的合同效力，需要通过公法与私法的协同解决。从现行法的安定性和法律适用角度来看，以公法和私法共同的规制目的为连接点构建公私法协同体系更为可取。调整个性化定价的公私法协同体系应以确保合同自由和实现合同正义为共同目标。如果个性化定价不违背私法中的合同形式自由，公法应当尊重私法的目标，不予介入。例外情形在于：一方面，如果个性化定价行为侵害了合同实质自由，则需要通过公法与私法上的算法解释权、缔约过失责任等制度的联动，赋予当事人摆脱合同拘束的权利；另一方面，存在一方当事人具备垄断地位或者滥用支配地位的情形时，反垄断法等对个性化定价行为进行规制自不待言，而私法亦须引入公法的规制目的，通过强制缔约进一步赋予当事人缔结更有利合同的权利。

关键词：个性化定价 大数据“杀熟” 算法解释权 自动化决策拒绝权 缔约过失

一、问题的提出

个性化定价，亦称大数据“杀熟”，〔1〕是近年来随着人工智能与互联网技术的发展，世界各国法学和经济学讨论的热门话题。其含义是指在相同时间内，出卖人虽然提供相同的产品，但是根据买受人的不同设定不同的价格。〔2〕我国在立法和司法层面均已关注到这一问题。立法层面，个人信息保护法第24条第1款明确规定，个人信息处理者不得基于个人信息处理的结果对个人在价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。而在这之前，价格法第14条同样涉及对个性化定价的规制。司法层面，个性化定价的案件已逐步进入司法裁判程序，但法院对于如何认定个性化定价、其法律效果为何，尚无统一见解。在“刘某、北京三快科技有限公司侵权责任纠纷案”〔3〕和“郑育高与上海携程商务有限公司其他侵权责任纠纷案”〔4〕

* 南京大学法学院副教授。

〔1〕“杀熟”一词有一定贬义，因此本文选用中性的“个性化定价”作为术语。

〔2〕 Helga Zander-Hayat, Irina Domurath, Christian Groß, Personalisierte Preise, S. 2.

〔3〕 参见湖南省长沙市中级人民法院（2019）湘01民终9501号民事判决书。

〔4〕 参见上海市长宁区人民法院（2020）沪0105民初9010号民事判决书。

中，法院均认为配送费或机票随时间价格波动是正常现象，原告无法证明存在个性化定价的事实，故而驳回其损害赔偿请求。相反，在“上海携程商务有限公司与胡某侵权责任纠纷案”中，胡某是携程公司的贵宾客户，却被提供了较市场价更高的宾馆价格，二审判决理由虽然是认定携程公司存在欺诈，但在分析中说明携程公司在其《隐私政策》中明确载明其可能将胡某的订单数据用于分析，从而形成用户画像；胡某作为消费者，面对案涉订单存在不合理高价时，产生大数据“杀熟”的怀疑符合常理。〔5〕

就上述立法来看，我国立法试图加强对个性化定价的治理，并且主要采纳公法规制的方法。但个性化定价作为经济生活中的一个新现象，不可避免地涉及私法调整的问题。针对公法和私法如何共同调整个性化定价、立法之间如何协调等问题，立法思路尚不清晰。折射到司法裁判中，对于个性化定价的经营者在何种情况下需要承担何种责任，法院的认定标准亦不明晰。

笔者认为，个性化定价涉及两个方面的问题。其一，个性化定价是否需要法律介入调整。这一问题事关公法规制的限度和民法调整的正当性，以及公法和私法之间如何构建共同的规制目的。其二，如果需要法律介入调整合同效力，应当采取何种理论构成，公法与私法在构成要件和法律效果上有何连接点。以下分述之。

二、公法视角的规制进路及其限度

我国学说对上述两方面问题已有一定的探索。一方面，规制的必要性往往诉诸经济学，以此作为经济法规制的前提；另一方面，个性化定价的理论构成也往往从反垄断法等经济法规制的视角展开。

（一）经济学视角下个性化定价的规制必要性

1. 价格歧视与社会整体福利

经济学上的价格歧视分为三级。一级价格歧视，是指假定垄断者知道每一消费者对任何数量的产品愿意支付的最大货币量并以此决定其价格，定价正好等于消费者对产品的需求价格，垄断者因而获得每个消费者的全部消费剩余。二级价格歧视，是指垄断者按不同的价格出售不同数量的产品，但是购买相同数量产品的每个人都支付相同的价格。三级价格歧视，是指垄断者对不同市场的不同消费者实行不同的价格，在实行高价格的市场获得超额利润，如对老年人、儿童和学生等制定不同的价格。需要指出，经济学上所谓“歧视”仅指差异，不带有价值判断色彩。有观点认为，个性化定价属于一级价格歧视。〔6〕在之前的市场活动中，一级价格歧视非常罕见。事实上，即使是基于大数据和人工智能进行的个性化定价，学界和司法实务界对于目前企业所采取的价格歧视达到何种程度，仍欠缺足够的经验。但是，上述三个典型案例证明个性化定价已经存在，并且未来会越来越多。

从整体社会福利的角度看，价格歧视不一定导致社会福利的下降。经济学有观点认为，一级价格歧视的实质是价格歧视下销售量的最大化导致利润的最大化，从而增加了社会总福利。尽管经营者能够获得全部的消费者剩余，消费者福利下降，但是经营者获得了更多的利润，因

〔5〕 参见浙江省绍兴市中级人民法院（2021）浙06民终3129号民事判决书。

〔6〕 前引〔2〕，Zander-Hayat等书，第2页；朱建海：《“大数据杀熟”的法律规制困境及其破解路径》，《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2021年第1期，第65页，注4。

此整体社会福利反而增加了。根据本杰明·席勒 (Benjamin Shiller) 的研究,网飞公司 (Netflix) 通过一级价格歧视能提升 12.18% 的利润,而消费者剩余下降 7.75%。^[7] 在此种观点下,即使放任个性化定价,也不会导致社会总体福利的下降。但是,不论哪种价格歧视,都会带来消费者剩余被垄断者获得的后果,并且会引发“挤出效应”。也就是说,经营者会尽可能获取消费者剩余,尽可能制定消费者愿意支付的最高价格。在这个过程中,经营者可能失去潜在的交易机会。^[8] 具有更高个人信息保护需求但支付意愿不高的消费者,会被市场排除。^[9] 这样也导致了社会整体福利的下降。

2. 社会公平和竞争秩序

绝大多数消费者认为个性化定价不公平。根据德国消费者政策研究所为德国北威州气候、环境、农业、自然和消费者保护部所做的一份报告,57%的受访者更偏好统一价格。受访者接受个性化定价的程度,取决于所提供的价格是否透明和可理解。^[10]

个性化定价也改变了经营者之间的竞争秩序。采用大数据分析消费者支付意愿并制定差异化价格的经营者盈利更高,而尊重消费者个人信息的经营者在竞争中反而处于劣势地位。这就可能造成“数据垄断”问题。

(二) 经济法规制个性化定价的可能性

在上述经济学理论的支持下,目前我国学说和立法对于个性化定价的研究也往往从经济法视角展开,大致形成了如下观点。

第一,反不正当竞争法规制说。其理由是,2017年修订后的反不正当竞争法将“竞争秩序和公共利益”作为判断是否构成不正当竞争行为的首要考量因素,而个性化定价存在排除自由竞争和损害公平竞争的可能,因此应当适用反不正当竞争法。^[11]

第二,主张通过反垄断法第22条第1款第6项规制个性化定价。^[12] 此种观点的一个佐证是《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发〔2021〕号)第17条。该条在反垄断法第22条的基础上,对个性化定价的认定问题作了进一步细化,提出了三项考量因素。其第1款第1项明确,基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力等实施个性化定价的做法,构成差别待遇。

第三,依价格法规制个性化定价。相较学说上扩张反垄断法第22条第1款第6项的做法,我国市场监管部门倾向于通过价格法第14条规制个性化定价,因为价格法及其相关规定不以“滥用市场支配地位”为前提。国家市场监督管理总局于2021年7月起草的《价格违法行为行政处罚规定(修订征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”)第5条规定,经营者不得违

[7] See Benjamin Reed Shiller, *First-Degree Price Discrimination Using Big Data*, https://www.brandeis.edu/economics/REPEc/brd/doc/Brandeis_WP58R2.pdf, last visited on 2023-11-18.

[8] Vgl. Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen; Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, ZIPW 2019, 220, 226.

[9] 前引〔2〕, Zander-Hayat 等书, 第4页。

[10] Vgl. Institut für Verbraucherpolitik ConPolicy, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, S. 9.

[11] 参见周围:《人工智能时代个性化定价算法的反垄断法规制》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第119页。

[12] 参见郝俊洪:《平台经济领域差别待遇行为的反垄断法分析》,《法治研究》2021年第4期,第134页;谭袁:《互联网平台滥用市场支配地位行为规制的困境与出路》,《法治研究》2021年第4期,第122页。

反价格法第 14 条第 5 项，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。第 13 条第 1 项规定，电子商务平台经营者利用大数据分析、算法等技术手段，根据消费者或者其他经营者的偏好、交易习惯等特征，基于成本或正当营销策略之外的因素，对同一商品或服务在同等交易条件下设置不同价格的行为，构成违反价格法第 14 条的行为。第 21 条规定了价格歧视的法律后果，经营者须承担退还多收价款或者被没收该价款的行政责任；消费者或者其他经营者要求退还时，须依法承担民事责任。

第四，主张通过电子商务法第 18 条规制个性化定价。该条规定，如果经营者提供的搜索结果依赖个人信息处理，那么必须同时提供非基于个人信息的搜索结果。该条被认为是电子商务法的一大亮点，目的即在于遏制大数据“杀熟”现象。

第五，主张通过个人信息保护法第 24 条规制个性化定价。该条第 1 款的规范目的与电子商务法第 18 条相近，禁止个人信息处理者利用个人信息作出自动化决策，对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。

综上所述，我国目前的学说和立法均倾向于通过经济法规制个性化定价问题，其着眼点往往是个性化定价行为的不合理性或者个性化定价实施主体的垄断性。但是，此种特点恰恰导致经济法在个性化定价的规制问题上存在一定的局限性。

（三）公法规制的局限性

1. 规制思想的限度

从“征求意见稿”第 5 条到个人信息保护法第 24 条，立法者对个性化定价呈全面规制态势。以个人信息保护法第 24 条为例，^[13] 该条在立法论层面明确将交易价格作为自动化决策的后果，但从比较法来看，此种立法模式则较为特殊。即使是以严格保护个人信息著称的《欧洲通用数据保护条例》（GDPR）第 22 条，也没有涵盖交易价格。GDPR 第 22 条以对数据主体造成法律影响或严重不利为要件，而在个性化定价中，个人信息利用者作出的自动化决策是提供订立合同的要约或者要约邀请，此种自动化决策并没有产生法律影响，没有改变消费者的地位，^[14] 消费者仍可拒绝缔约。只有在极其例外的情况下，如通过畸高的价格将特定主体排除在合同之外，才构成严重不利。^[15] 因此，个性化定价原则上不属于 GDPR 第 22 条的适用范围，^[16] 而是主要通过知情同意制度来调整。这在立法政策上是妥当的。之所以对利用个人信息的自动化决策作更严格规定，是为了避免个人被置于机器决策之下，防止人的尊严和自我决定受到影响。^[17] 为此，需要慎重回答在何种程度上可以在合同关系中接受自动化决策的

[13] 个人信息保护法第 24 条赋予了个人拒绝自动化决策的权利，但是没有进一步规定个人信息处理者的责任。尽管有学者从民法角度构建了该条的法律效果（参见王叶刚：《个人信息处理者算法自动化决策致害的民事责任——以〈个人信息保护法〉第 24 条为中心》，《中国人民大学学报》2022 年第 6 期，第 51 页以下），但是笔者以为该条至少不是纯粹的私法规范，因此在公法规制部分论述该条，理由如下：第一，根据全国人大法工委的释义，该条禁止的是侵害消费者公平交易权的行为。公平交易权不是纯粹的私权。与该条第 2 款类似的电子商务法第 18 条和第 77 条规定的法律效果是行政责任。第二，就该条的文义来看，个人享有拒绝权和算法解释权，但个人拒绝的法律效果，该条未予进一步说明。从体系来看，仍有适用行政责任的可能和必要。第三，我国有力学说指出（参见程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社 2021 年版，第 228 页），个人审查自动化决策并要求处理者说明的意义不大，保证决策的透明度和公平公正只能依赖相关职能部门的监管。

[14] Vgl. BeckOK DatenschutzR/von Lewinski, 36. Ed. 1. 5. 2021, DS-GVO Art. 22 Rn. 35.

[15] Vgl. Hennemann, Die personalisierte Vertragsanbahnung, AcP 219 (2019), 818, 836.

[16] Nur vgl. Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 22 Rn. 27a.

[17] Vgl. BeckOK DatenschutzR/von Lewinski, 36. Ed. 1. 5. 2021, DS-GVO Art. 22 Rn. 2.

问题,而个人信息保护法第24条未能提供明确的答案。

经济法规制始终面临一个核心问题,即经济法在何时介入是合理的。如果单纯从社会福利的角度看,个性化定价没有改变社会总体福利,甚至反而有利于社会总体福利。此种情况下,规制思想能否适用存在疑问。并且,对这一问题的解答,不可避免地需要引入私法的价值。个性化定价是技术进步带来的新问题,但就本质而言,作为经营者的出卖人采取何种定价策略,是当事人之间的合同内容。经济法在规制经营者行为时,也应考虑到合同本身的内容和价值判断。因此,这一问题无法仅依靠公法提供行为规范来解决。

2. 构成要件的局限性

规制思想存在一定的限度,因此,公法在规制个性化定价时采何种构成要件,也需斟酌。这一点尤其体现在反不正当竞争法对个性化定价的规制上。由于个性化定价的行为很难归入目前反不正当竞争法列举的11类不正当竞争行为,因此只能适用反不正当竞争法第2条规定的不正当竞争行为的一般条款,即判断个性化定价行为是否符合“公认商业道德”和“诚实信用原则”。对此,我国法院通过比较消费者利益、经营者利益等,来判断社会公共利益(社会总福利)是否受到不正当的影响。^[18]学界有力说也认为,在适用时,需要把握鼓励竞争并保护创新的竞争政策和竞争行为违法性之间的界限,行为初步构成违法后,还应进一步考虑能否用公共利益作为违法阻却事由。^[19]个性化定价固然引发一定的挤出效应,但一级价格歧视未必导致社会总体福利的下降。事实上,个性化定价技术的运用反而会促进竞争,促使不同经营者采取不同策略吸引消费者。在这个意义上,难以以排除或损害竞争为由,限制个性化定价行为。

在此思路下,单纯个性化定价行为不足以触发经济法规制,还需要其他要件。以反垄断法为切入点的观点暗含的前提是,当个性化定价的经营者构成垄断时,才有规制的必要性。一方面,适用反垄断法第22条第1款第6项的前提是经营者具备市场支配地位,但个性化定价的经营者未必具备市场支配地位。^[20]另一方面,根据消费者的情况差别定价,不仅可能高于普通价格,也可能低于普通价格。因此,很难笼统地说个性化定价行为侵害了消费者利益,构成危害竞争的行为。此外,从比较法来看,反垄断法滥用市场支配地位制度的落脚点在于该行为会排除、限制竞争,^[21]因而反垄断法第22条第1款第6项针对的是其他经营者,而非消费者。^[22]这意味着,在采个性化定价的交易中,消费者无法通过反垄断法获得救济。

尽管如此,我国目前学说仍然存在很强的倾向性,主张通过扩张解释反垄断法第22条第1款第6项规制个性化定价。一方面,将滥用市场支配地位的认定标准放宽,互联网平台如果具备相对优势地位,且其行为侵害了消费者权益,同样构成滥用市场支配地位的行为。另一方面,将该项的交易相对人扩大解释为包括消费者,而限于其他经营者。^[23]该说的问题在于没有给出扩大解释的正当性和边界。我国反垄断法没有采纳此观点,该说在经济法学界也争

[18] 对此的评述,参见杨同宇:《论反不正当竞争法一般条款的适用逻辑》,《中国政法大学学报》2021年第2期,第198页以下。

[19] 参见宋亚辉:《网络干扰行为的竞争法规制——“非公益必要不干扰原则”的检讨与修正》,《法商研究》2017年第4期,第96页,第98页以下。

[20] 参见前引[12],谭袁文,第122页。

[21] 同上文,第122页。

[22] 参见前引[15],Hennemann文,第834页。

[23] 前引[12],谭袁文,第122页。

议颇多。不仅如此，将消费者作为反垄断法的直接保护对象的做法，打破了公法与私法的二分结构，其正当性亦存疑。

3. 法律效果的片面性

通过公法规制个性化定价，在法律效果上也存在一定的不足。此种不足是公法规制所内生的。不论反垄断法还是电子商务法，均是对经营者个性化定价行为的规制，因此更强调经营者承担的行政责任。例如，电子商务法第77条的法律效果仅为对电子商务经营者的行政处罚，未涉及电子商务经营者与消费者之间的合同效力等私法问题。即使满足了经济法规制的构成要件，消费者与经营者之间的合同是否有效、消费者能够获得何种救济等，都存在疑问。个人信息保护法第24条第3款虽然规定了个人对于自动化决策的拒绝权和算法解释权，但是没有规定侵害这些权利会导致何种法律效果。

我国立法者并非没有意识到这一问题。“征求意见稿”第21条规定的法律效果，不仅包括退还与没收的行政处罚，也包括经营者须承担的民事责任。但存在疑问的是，经营者承担行政责任后，是否还须向消费者退还多收的价款。另外，该法对于经营者民事责任的构成也语焉不详。法律效果的片面性源自这些规范的公法属性。立法者在设置法律效果时，往往仅考虑了罚款或没收违法所得等公法责任，而忽视了当事人之间合同的效力和对消费者的救济等问题。

4. 小结

上述规制进路均受制于公私二分的特点。在公私二分的体系下，公法介入私主体之间的合同需要正当理由，因此，与个性化定价相关的条款在构成要件方面，多以行为具备排除竞争的违法性、实施个性化定价行为的主体具备市场支配地位为限制；在法律效果方面，往往偏向于公法责任，但对合同效力等私法问题语焉不详。而我国司法实践中出现的案例，主要是消费者起诉实施了个性化定价的经营者，要求其承担损害赔偿赔偿责任。在这些案件中，法官往往难以直接适用相关规范作出裁判。

个性化定价行为不仅可能影响竞争秩序，而且可能直接影响消费者利益。试图扩张反垄断法第22条第1款第6项适用范围的学说，也意识到在公私二分的体系下依反垄断法处理个性化定价问题存在一定的不足，但该说提出的方案没有考虑公法与私法如何衔接的问题。公法与私法之间的协同有多种可能的构造，故应思考在我国现行法的体系下应当采取何种构造。其中最为核心的是，既然公法规范存在不足，那么私法规范应当以何种方式协助公法实现其规制目的。

三、领域法范式与公私法协同体系的理论框架选择

（一）领域法范式与公私法协同的思路

个性化定价是随着技术进步而产生的新问题，这一问题不是单纯的公法或者私法问题，而是涉及公法规范与私法规范之间的整合。这一问题也属于典型的“领域法”研究的范围，需要公法与私法协同处理。^{〔24〕}

对此，存在两种协同论观点。第一种观点是维持现有公私法二分结构，寻找公法与私法之间的连接点，在此基础上综合适用公法与私法。此种协同模式尤以德国法为典型。较有代表性

〔24〕 参见刘剑文、胡翔：《“领域法”范式适用：方法提炼与思维模式》，《法学论坛》2018年第4期，第79页以下；侯卓：《领域法思维与国家治理的路径拓补》，《法学论坛》2018年第4期，第100页。

的观点以规制理念作为公法与私法的连接点,认为民法中也存在惩罚思想,此点与公法的理念相合。例如,民法同样预防恶意欺诈行为的出现。在买卖合同中,如果出卖人恶意欺诈买受人,买受人可以直接主张瑕疵担保责任而无须给予出卖人补正的期间。这意味着,由于出卖人的恶意行为,民法剥夺了其“二次供货权”。〔25〕从规制理念看,如此规定不仅是利益衡量的结果,而且是为了惩罚和预防不当行为,这一目的超越了具体的合同关系。因此,规制是公法和私法共同的目标。在民法的适用以及民法教义学的理论构建中,也需要考虑规制的目的。

第二种观点是放弃目前公私法二分的结构,将传统上由公法调整的问题纳入私法调整的范围。此种观点的前提是对公私法二分的反思。尽管公私法二分可以追溯到罗马法时期,但其正式形成于19世纪,是德国潘德克顿法学、自由主义等理念的产物,目的是将政治国家从市民社会中排除出去,为私人留下自由的空间。但是,目前公私法二分的理论基础受到了冲击。〔26〕此种协调模式以日本法为典型。日本有观点认为,市民社会中存在多种秩序,其中最为根本的是财产秩序和人格秩序,这两种秩序均归属于私主体,是私益的体现,侵害这两种秩序自然会导致民法上的责任。但是,市民社会中不仅存在这两种根本秩序,还有所谓的“外围秩序”。〔27〕此种秩序的特点在于具备二重性,一方面确保市民总体的公共利益,另一方面确保私人的个别利益。〔28〕传统公私法二分的体系不承认市民社会中存在外围秩序,而是将其交由公法处理。日本民法理论通过承认外围秩序,将本应通过公法解决的问题纳入民法的调整范围,突破了公私法二分的基本结构。

两种协调论观点的主要区别体现在民法能在多大程度上介入公法规制的领域,为某一公法问题提供私法的规范供给,以更好地解决相关问题。例如,反垄断领域传统上属于经济法规制的范围。假设经营者之间签订横向垄断协议,导致消费者只能与其中一个经营者订立高价的买卖合同,此时公法规范无法解决该买卖合同的效力问题,需要私法介入。如果采第一种协调论观点,在维持公私法二分的体系下,民法可以通过考虑反垄断法的规定是否构成强制性规范或者保护他人的法律以吸收其规制目的,继而考虑民法如何为消费者提供保护。如果采第二种协调论观点认可外围秩序,认为经营者之间的行为造成了消费者利益的减少,即消费者本可以在正常的市场竞争中获得更多的利益,那么该问题也当然在民法的调整范围内。由此,就个性化定价而言,我国之前的研究忽视了私法的作用,有必要引入私法的价值目标和制度工具。

当然,在实际适用上,两种理论的区别不会太大。虽然第二种协调论观点通过承认外围秩序,扩大了民法直接适用的范围,但是外围秩序如何认定、内容为何,需要进一步具体化。并且由于第二种协调论观点直接放弃了公私法二分,能否为我国学理和司法实践接受,存在疑问。因此,本文采第一种观点,以共同的规制目的作为公法与私法协调的连接点。

接下来需要进一步考虑的是,民法在多大程度上需要借鉴公法的规制目的,公法在多大程度上需要考虑私法自治的价值。个性化定价涉及出卖人对不同买受人制定不同价格,那么合同法对于价格能产生何种影响?出卖人是否有义务说明其定价方式?更进一步,借鉴公法的规制目的事关合同法领域的核心价值判断,即采个性化定价的合同是否具备正当性?仅当此种合同不具备正当性时,才有调整的必要。

〔25〕 Vgl. Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, Mohr Siebeck, S. 107 f.

〔26〕 G. Wagner, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht*, AcP 206 (2006), 352, 423.

〔27〕 [日]吉田克己:《総論・競争秩序と民法》,NBL863号(2007),第2页。

〔28〕 [日]長野史寛:《不法行為責任内容論序説》,有斐閣2017年版,第257页。

（二）寻找公私法协同的共同规制目的——价格、合同自由与合同正义之间的关联

现代民法是否需要调整当事人约定的价格的问题，是合同法领域的经典问题，涉及合同自由与合同正义两种理念之间的张力。一方面，价格由当事人自由约定体现了合同自由。有观点认为，价格自治是法律秩序和市场经济的核心要素，〔29〕在没有悖俗等情况下，即使合同约定的价格远超物的客观价值，该合同也属正当。〔30〕另一方面，合同正义的理念也要求当事人约定的价格不能偏离客观价值太多。〔31〕因此，讨论私法对价格的调整方式前，需梳理合同自由与合同正义的关系。

1. 合同自由与合同正义

合同法的正当性源自彰显私法自治的合同自由原则，据此，当事人可以决定法律关系的内容。传统观点认为，私法自治是法律关系生效的唯一正当理由。〔32〕此种观点有实定法基础，法律行为制度中对于行为效力的调整如欺诈制度等，均以保护意思不存在瑕疵和当事人意思决定的自由为目标。〔33〕

上述传统观点认为的合同自由是一种形式自由，但是目前的主流民法学说认为，合同自由不仅体现为形式自由，而且体现为实质自由。〔34〕在此基础上，越来越多的学者开始关注合同正义问题。〔35〕为理解合同正义，学说往往溯源到亚里士多德的正义观，认为合同法中不仅存在交换正义，而且存在分配正义。形式合同自由体现了交换正义，此种正义是一种程序正义，如果当事人的意思决定没有受到不当干涉，那么不论合同内容为何，均符合交换正义。〔36〕实质合同自由可以是交换正义的体现，即从实质角度保护当事人的决定自由，〔37〕如说明义务等维护了当事人之间的实质选择自由，但是学说更倾向于从分配正义的角度理解之。〔38〕以说明义务为例，单纯从交换正义角度无法得出何种情况下一方当事人负有说明义务的结论，因为交换正义不考虑当事人的个体差异性，但针对这一问题的回答必然需要在个案中考量当事人的职业、收入等因素。〔39〕一旦需要考虑个体因素，此种正义就不再是交换正义，而是分配正义。除与实质合同自由有关外，分配正义在合同法中也有独立价值。合同正义的功能不仅体现为合同当事人之间的正义，而且体现为促进社会整体福利。〔40〕此种分配正义在合同法中体现为弱者保护制度（如消费者保护、承租人保护制度等）、禁止不当行为制度（如禁止债务人的不诚

〔29〕 Hübner, „Der gerechte Preis“ Preisfreiheit und rechtliche Instrumente der Preiskontrolle in der sozialen Marktwirtschaft, in: Jürgen F. Baur/Klaus J. Hopt/K. Peter Mailänder (Hg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, De Gruyter 1990, S. 589.

〔30〕 Vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Springer, 1975, § 1 6a; [德] 弗卢梅:《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 1 节六，第 8 页以下。

〔31〕 Vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Mohr Siebeck, 2019, S. 128.

〔32〕 参见前引〔30〕，Flume 书，第 1 节五；前引〔30〕，弗卢梅书，第 1 节五，第 7 页。

〔33〕 Vgl. Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, Sitzungsberichte der bayerischen Akademie der Wissenschaften, in Jahrgang 1997 Heft 7, München 1997, S. 47.

〔34〕 参见前引〔31〕，Wendland 书，第 97 页。

〔35〕 此种理念的转变，参见许德风:《合同自由与分配正义》，《中外法学》2020 年第 4 期，第 984 页以下。

〔36〕 参见前引〔33〕，Canaris 文，第 46 页。

〔37〕 Vgl. Arnold, Vertrag und Verteilung, Mohr Siebeck, 2014, S. 240 f.

〔38〕 参见前引〔35〕，许德风文，第 996 页。

〔39〕 参见前引〔37〕，Arnold 书，第 243 页。

〔40〕 前引〔31〕，Wendland 书，第 140 页以下。

信履行行为、禁止缔约中的歧视行为)等。〔41〕

引入合同正义后,学说进一步探讨了合同自由与合同正义之间的关系。第一,合同自由体现了交换正义,可以说合同自由是合同正义的一部分。〔42〕第二,二者在功能上紧密相联。分配正义的部分功能在于保障合同自由,即分配正义调整当事人之间的利益,建立平等的交涉能力。内容不正义的合同通常意味着合同的实质自由受到了侵害。并且,立法对合同实质自由进行限制通常是为了确保合同的内容符合分配正义。〔43〕第三,现代民法越来越重视合同正义,早期学说往往认为合同自由优位于合同正义,〔44〕而新近学说则认为合同正义对合同自由有一定的限制功能。分配正义在合同中引入了超越当事人的第三人利益,进而可能限制当事人的自由。因此,合同正义与合同自由至少是同一位阶的合同法原理。该学说认为,合同制度的目的有两点:一是发展当事人人格,二是保证双方当事人进行利益交换时不至失衡。前者的实现工具是自我决定,后者的实现工具是利益分配。一般认为,自我决定是合同形式自由的体现,而利益分配是合同实质自由或合同正义的体现。但是,为了实现当事人的自我决定,必须从实质层面理解合同自由,换言之,自我决定同样体现的是合同实质自由,因为就人格发展而言,确保当事人能行使自我决定权的关键不在于赋予当事人平等地位,而在于确保当事人能实际利用其法律地位缔结合同,这就涉及实质理解合同自由及合同正义的问题。传统学说认为合同形式自由优先,是因为其更多地考虑到法律的安定性,并且其考量借鉴了拉德布鲁赫公式,认为应当维护实证法的有效性。但在合同法中,法律安定性体现为合同的拘束力,不能简单套用拉德布鲁赫公式。在当事人地位存在结构性不平等的情况,合同拘束力需要让位于合同正义。在合同正义直接保护合同实质自由的情况下尤其如此。〔45〕

综上所述,合同自由与合同正义均属现代合同法的基本原则,合同自由不仅是单纯的形式自由,而且是实质自由。实质意义上的合同自由与分配正义之间关联紧密,可以说分配正义的主要功能就是维护合同实质自由。在个案中究竟是更偏向合同形式自由还是合同正义,取决于个案中合同正义是直接还是间接与合同自由相关。例如,出卖人未说明标的物的性质,导致买受人与其签订了高价合同,判断出卖人是否有说明义务时,必须考虑出卖人的个人情况,此时合同正义与合同当事人的自我决定直接相关,因而合同正义优先于当事人间的合同形式自由。

2. 价格在合同自由与合同正义中的定位

上述合同自由和合同正义之关系的讨论,同样体现在买卖合同的价格方面,其核心问题是价格公正是否为买卖合同的生效要件之一。该问题自罗马法以来就存在争议。古典罗马法认为,价格的高低由竞争决定,如彭波尼(Pomponius)认为,基于缔约的本质,应当允许当事人之间彼此获利。〔46〕换言之,如何定价是出卖人的自由,不能认为买卖价格高于标的物的实际价值就不公正。当然,此种古典时期的观点在公元3世纪时也受到了非常损失制度(*laesio enormis*)的限制,即如果售价低于标的物价值的一半,出卖人可以主张废止该合同,返还价

〔41〕 参见前引〔37〕, Arnold书,第243页。

〔42〕 同上书,第261页。

〔43〕 参见前引〔31〕, Wendland书,第180页。

〔44〕 典型如弗卢梅、卡纳里斯等学者的观点。参见前引〔30〕, Flume书,第1节六;前引〔30〕, 弗卢梅书,第1节六,第8页;前引〔33〕, Canaris文,第35页。

〔45〕 参见前引〔31〕, Wendland书,第261页以下。

〔46〕 Kaser/Knützel/Lohsse, Römische Privatrecht, 21 Aufl., C. H. Beck, 2017, S. 254 f.

款并要求买受人返还标的物。〔47〕随后，中世纪的经院学家和之后的自然法学派的法学家从基督教和亚里士多德的正义观出发，认为不仅出卖人，而且买受人同样可以因为价格不公正而废止合同。然而，自然法学派对于何为公正价格观点不一。随后的受到自然法学派思想影响的立法同样规定各异。〔48〕最为典型的是奥地利普通民法典第 934 条和第 1060 条的规定，如果买卖合同的价款不足标的物实际价值的 50%，则出卖人或买受人得对买卖合同提出异议。对于该条的适用而言，关键在于给付与对待给付之间的客观价值存在差异，该差异因何而生则在所不论。〔49〕但与之相反，德国民法典受 19 世纪学说尤其是康德哲学和自由主义经济学的影响，放弃了对非常损失的立法，〔50〕与之最为类似的条款则是德国民法典第 138 条第 2 款规定的“暴利行为无效”。但该款与非常损失有明显不同，是以保护弱者能够作出自我决定为目标。

由此可见，对于价格是否需要私法控制，法史展示出相关立法一直处于摇摆状态，最终形成了两种不同的模式，即客观价格控制的非常损失模式和保护弱者免于盘剥的悖俗暴利行为模式，前者更偏向合同正义，后者则更偏向合同自由。从比较法和法史演进来看，后者是目前欧陆各国立法的主流，但在特殊领域如消费者保护领域，由于存在特殊的价值判断，存在向客观的非常损失模式转变的倾向。〔51〕当然，任何一国的立法不会完全偏执一端，即使是偏向合同自由的德国民法典，也存在客观控制价格的诸多痕迹。例如，德国联邦法院通过准暴利行为制度，使非常损失制度变相回到了悖俗暴利行为模式之中。〔52〕

综上，一国的整体法秩序对于价格是否控制、如何控制，受到合同自由和合同正义两种理念的影响。我国法秩序亦然。我国之前的学说尤其是经济法学说，往往忽略了合同自由和合同正义在价格规制中的意义。以合同自由和合同正义为出发点，可以更好地理解我国现行法中关于价格控制的规范体系，以此也能更好地找到公私法对于个性化定价的共同规制目的。

（三）我国公私法中的价格控制体系

1. 私法中的三层价格控制体系

我国民法典对于价格的控制同样体现了合同自由与合同正义的相互关联。从现行法的条文设置来看，民法典仍然以保护当事人的合同自由为主。一方面，合同的形式自由允许当事人合意决定价格，另一方面，法律以欺诈、缔约过失等制度保护当事人的实质合同自由，避免其因实质交涉力不足而无法真正自我决定合同内容。此外，在涉及第三人利益的情况下，合同自由可能受到合同正义的限制。由此，民法典规定了三层的价格控制体系。〔53〕

首先，合同形式自由优先，因此原则上当事人合意达成的价格均属正当。〔54〕对此的论据有二。其一，错误制度原则上不调整当事人对标的物价值（价格）的错误认识。传统错误二

〔47〕 前引〔46〕，Kaser 等书，第 255 页。

〔48〕 Vgl. Finkenauer, *laesio enormis*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II, 2009, 999.

〔49〕 Vgl. Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht*, Bd. II, 12. Aufl., Manz, 2001, S. 93.

〔50〕 参见前引〔48〕，*laesio enormis* 词条，第 999 页。

〔51〕 同上引词条，第 1000 页。

〔52〕 参见前引〔31〕，Wendland 书，第 148 页。准暴利行为中给付与对待给付严重失衡，德国联邦法院认为此时可以推定满足悖俗暴利行为的主观要件。

〔53〕 与我国民法典类似，德国民法典对于价格的控制同样体现了合同自由与合同正义之间的张力。与本文类似，德国学界亦有将德国民法典的价格控制体系区分为三个层次的观点，如 Linderkamp, *Personalisierte Preise im Vertragsverhältnis*, Nomos, 2023, S. 100。

〔54〕 Vgl. Staudinger/Beckmann (Neubearbeitung 2014), § 433 Rn. 80.

元论将价格错误建立在物的性质错误上，物的性质是指影响标的物价值的一切因素，而非标的物的价值本身。^[55]换言之，如果当事人对标的物的性质有正确认识，但是错估了标的物的价值，致使价格高于其实际价值，仍不得撤销合同。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6号）第19条虽然将当事人对价格的错误认识作为可撤销的重大误解，但其适用范围是表示错误，即当事人标价错误，^[56]而非对标的物本身价值的认识错误。因为错误制度保护的是表意人意思表示形成过程的无瑕疵，表意人基于自由意志作出了错误估价，该自由意志本身没有受到外界的干涉。其二，格式条款规制不适用于作为核心给付条款的价格约定，理由在于价格应当由市场决定，依靠自由竞争调节。^[57]价格条款也是当事人合意的最低要求，通常必须经双方磋商，因此符合合同形式自由的要求。^[58]

其次，民法对于价格也并非不予控制，但是控制的前提是当事人的自我决定权受到了侵害或者自我决定权无法行使，即合同的实质自由受到影响。就前者而言，具体制度有二：第一，如果当事人之间的给付严重失衡，价格畸高或者畸低，则法律往往推定当事人的自我决定权受到侵害，继而调整合同效力。典型如所谓的“准暴利行为”中，基于给付严重失衡推定当事人的自我决定权受到了侵害。^[59]第二，缔约过失制度同样起到了维护公正价格的作用，如果一方当事人违反了价格方面的信息提供义务，那么另一方当事人的自我决定权将受到侵害，其得基于缔约过失主张解除合同或者损害赔偿。^[60]就后者而言，如果当事人的自我决定权无法行使或者出现了当事人在行使自我决定权时无法预见也不应负责的情势变更，致使合同给付失衡，则同样得基于民法典第533条规定的情势变更制度调整合同价格或者解除合同。

最后，如果合同涉及第三人利益，民法典通过转介条款引入其他法律的价值判断，以实现合同正义。例如，反垄断法或价格法等公法规范可以通过强制缔约制度影响合同价格。^[61]

2. 公法中的价格规制体系

目前，我国公法规范提供的均是行为控制规范。私法中的合同自由和合同正义的理念同样体现在公法规制手段中，由此可以对我国公法规范进行体系化整理，形成两个层次的价格规制体系。相比民法的价格控制体系，公法的价格规制体系更侧重合同正义。

第一层次，在合同实质自由理念的影响下，电子商务法第18条和个人信息保护法第24条规制出卖人行为的目的在于维护合同实质自由，规制的是出卖人不正当地处理个人信息的行为。电子商务法第18条适用于电子商务经营者通过个人特征提供搜索结果，从而取得更优越的合同地位，致使合同实质自由被破坏的情况。具体而言，经营者应“尊重和保护消费者的合法权益”，不得侵害消费者的知情权和受尊重权。^[62]个人信息保护法第24条的规范目的同样是保护买受人的地位不因个人信息自动化处理而恶化，从而避免合同实质自由被破坏。一方面，根据该法第14条，消费者对于个人信息处理的同意必须是自愿和明确的。另一方面，第

[55] Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., C. H. Beck, 2020, S. 486.

[56] 参见贺荣主编：《最高人民法院民法典总则编司法解释理解与适用》，人民法院出版社2022年版，第300页。

[57] 参见解亘：《格式条款内容规制的规范体系》，《法学研究》2013年第2期，第117页。

[58] 参见贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，《法学家》2018年第6期，第180页。

[59] Vgl. Staudinger/Beckmann (Neubearbeitung 2014), § 433 Rn. 86.

[60] 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第82页。

[61] Vgl. Staudinger/Beckmann (Neubearbeitung 2014), § 433 Rn. 19.

[62] 参见葛江虬：《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》，《法律科学》2021年第3期，第98页以下。

24 条提供了额外保护，其第 1 款明确禁止不合理的差别歧视，第 3 款赋予了消费者算法解释权 and 完全自动化决策拒绝权。

第二层次，合同正义一直都是公法规范追求的目的。反垄断法第 22 条第 1 款第 6 项禁止经营者对不同的交易对象采取不同的定价。在经营者具备支配地位的情况下，即使消费者基于自由意志作出了自我决定，但是考虑到经营者的垄断地位，公法仍有必要介入，以维护合同正义。此种情况下，固然消费者的自由意志可能受到影响，但消费者能否行使自我决定权不是决定性因素，更为关键的是，由于经营者垄断地位的存在，不论交易相对人是否自愿达成交易，均需以分配正义为基础规制其行为。例如，即使垄断企业给予交易相对人更低的交易价格，也仍然违反反垄断法第 22 条第 1 款第 6 项的规定。

3. 小结

合同自由和合同正义是我国公私法体系规制价格的共同出发点，但是合同自由和合同正义在公私法体系中又有不同的体现。私法体系更强调合同自由，当事人经过合意达成的价格原则上符合合同形式自由，因而法律没有干预的必要。只有在当事人无法行使自我决定权即合同实质自由受到干涉时，私法才有干预合同效力、救济当事人的必要。此外，从我国私法体系内部很难找到根据合同正义调整合同价格的规范。相反，我国公法体系对于价格的规制更侧重于合同实质自由和合同正义。由此，在构建调整个性化定价的公私法协同体系时，进一步引发的问题有三：其一，公法体系如何尊重私法中的合同形式自由；其二，在公私法都规制的合同实质自由受侵害的情况下，公法与私法如何实现共同的规制目的；其三，私法体系如何引入公法的规制目的，实现对合同正义的追求。

四、个性化定价问题中公私法协同的具体构造

公法与私法在个性化定价这一问题上的连接点，正源自合同自由和合同正义这两种价值取向。兹举三例说明，分别属于形式自由、实质自由和分配正义三种取向下的案型。

例一：香蕉商贩根据商品的出售时间、买受人的还价能力和支付意愿等，与每个买受人协商后签订的买卖合同中的价格各不相同。

例二：香蕉商贩搜集并分析每个买受人的个人信息，随后根据买受人的不同情况分别定价。

例三：垄断企业搜集并分析每个买受人的个人信息，随后根据买受人的不同情况分别定价，而买受人很难在市场上获得替代产品。

（一）合同形式自由作为共同规制目的——公法介入的边界

我国现行法的立法体系仍然大体上遵从公私二分的结构。在公私法协同的视角下，公私法二分的意义不在于形式上的区分，而在于功能上的区分，不论公法还是私法均是法律实现目的的手段。^[63]真正需要考虑的是，什么情况下公法可以介入私法领域。私法的功能在于分散式地实现社会总体福利，个人以自我负责的方式承担实现社会福利的任务。个人以何种方式实现此种福利，法律在所不问，而是交由当事人自我决定，这一点也是私法区别于公法之所在。^[64]如果任由公法介入私法领域，可能导致私法变成彻底的规制法，但行为规制只是私法的任务之

[63] 参见前引 [25]，Hellgardt 书，第 549 页。

[64] 同上书，第 561 页。

一。如果私法领域中没有行为规制的必要，则公法并无介入的正当性。

具体到个性化定价中，合同形式自由划定了公法介入的边界。如果当事人作出的意思表示无效力瑕疵，且当事人地位平等，公法就没有必要介入。价格法第14条第5项或“征求意见稿”第13条第1项没有限定经营者的范围，存在被滥用的可能，有必要限缩之。这种限缩符合价格法的规范目的。价格法是我国经济体制改革时期的特殊产物，从其第14条的性质来看，该条是竞争法和反垄断法在价格领域的特殊规定。价格法于1997年制定，当时我国法律体系中只有反不正当竞争法，尚无反垄断法。因此，价格法第14条没有以“滥用市场支配地位”为前提。但是，在法解释上，应当实现反垄断法与价格法的统一。价格法第14条规定的价格违法行为并不涵盖单纯的差别定价。例一中，虽然出卖人根据每位顾客的支持意愿、还价能力等因素分别定价，但此种情况下无须适用价格法。

明确此点后，就会发现“征求意见稿”第13条第1项对价格法第14条作了不合理的突破，扩大了其适用范围。第一，“征求意见稿”第13条第1项突破了将差别定价限定在经营者之间的交易的既有规定（价格法第14条第5项），认为在电商平台经营者与消费者之间也可以适用之。第二，“征求意见稿”第13条第1项不合理地禁止一切基于大数据的个性化定价行为。从上文分析可知，价格法与反垄断法应当保持适用上的一致性，价格法第14条第5项应仅针对影响竞争的差别对待行为，但如果最终买受人是消费者，则差别定价行为没有影响竞争。^[65] 将一切基于大数据的个性化定价都作为规制的对象，并不妥当。通过算法确定价格是否实际影响竞争，并不确定。^[66] 因此，对于“征求意见稿”第13条第1项的适用，也需进行目的性限缩。

（二）合同实质自由作为共同规制目的——以自我决定权为工具

公法与私法的第二个连接点在于合同实质自由。如果合同当事人之间存在地位的不对等，买受人实质上欠缺决定自由，那么法律有介入的必要。具体而言，从私法影响公法的角度看，由于公法介入的前提是合同实质自由受到影响，所以对于经营者的行为义务应当予以限定，考虑何种情形下合同实质自由受到了影响；从公法影响民法的角度看，则需要考虑民法如何引入公法的规制目的。正如前文所述，对于实质自由，民法的调整工具是缔约过失制度，而公法的规制工具是对经营者的行为规制，最为典型的是个人信息保护法第24条和电子商务法第18条。

1. 自我决定理念对电子商务法和个人信息保护法的影响

需要进一步考虑如何将合同实质自由受影响的标准纳入公法规制的考量之中。就电子商务法第18条而言，我国学界有力说对该条持审慎态度，认为其规范目的在于“尊重和保护消费者的合法权益”，其适用必须满足“个人特征定制搜索结果”“违反自然结果提供义务”“侵害消费者合法权益”三个要件。侵害权益的行为包括提供不真实、不全面的商品信息和提供损害消费者内部名誉（即歧视某一消费群体的性别、民族、种族、职业、健康状况等）的搜索结果。前者是指提供的信息误导消费者决策。例如，提供虚假的最高价选项作为对比，以诱使消费者作出以次高价购买的决策。后者是指提供的搜索结果存在歧视，即对特定群体形成差别性负面影响。^[67] 经过学说的改造，电子商务法第18条仅适用于欺诈消费者或者侵害消费者内部名誉的情况。由此，合同实质自由的思想也进入公法之中，由于经营者的欺诈行为破坏

[65] LMRKM/Huttenlauch, 4. Aufl. 2020, AEUV Art. 102 Rn. 203, 209.

[66] Rützel, Rechtsfragen algorithmischer Preisdiskriminierung, Mohr Siebeck, 2023, S. 260.

[67] 参见前引[62]，葛江虬文，第98页以下。

了当事人之间的平等，消费者无法真正行使其自我决定权，所以需要公法与私法共同规制。如果电子商务经营者没有欺诈，只是单纯地提供了根据消费者个人特征的差异化定价，则不会导致电子商务法第 77 条规定的法律效果。

与之类似，个人信息保护法第 24 条同样面临适用范围过宽的问题。该条是对自动化决策行为的规制，第 1 款禁止自动化决策导致不合理的差别待遇；第 2 款规定通过自动化决策进行信息推送、商业营销时，应当提供不针对个人特征的选项或者赋予相对人拒绝的权利；第 3 款规定自动化决策对个人权益造成重大影响时，个人享有解释权和拒绝权。我国学说同样倾向于限缩该条的适用范围。第一，就实质理由而言，这涉及公法规制目的的体系解释。第 24 条第 2 款规定的是利用自动化决策进行信息推送、商业营销，从表述来看，本款规定与电子商务法第 18 条的表述类似。学说将电子商务法第 18 条的适用限于侵害消费者知情权和受尊重权的情况，因而第 24 条第 2 款的实质适用范围应当与之保持一致。二者的区别仅应在于个人信息保护法第 24 条可适用于非消费者领域。第二，就理论构成而言，第 24 条第 1 款要求自动化决策的“透明性和结果公平、公正”，并且保证不存在“不合理的”交易条件。决策透明性与结果公正性分别体现了合同实质自由与合同正义的思想。就前者而言，我国学说认为，在所有自动化决策的情况下均赋予个人审查权，并不可行。因此，决策的透明性主要通过行政机关的监督管理来实现。^[68] 只有在第 24 条第 3 款规定的情形，个人才能要求处理者说明。就后者而言，我国学说认为，自动化决策不能侵害个人的公平交易权，^[69] 个性化定价只有达到不合理的程度，才违反第 24 条第 1 款。单纯的金额差别并不违反第 24 条第 1 款，而是必须达到侵犯人格或尊严的程度。^[70] 由此，学说在解释个人信息保护法第 24 条时引入了私法的价值判断，考虑个人自我决定权受侵害和合同正义受影响的程度。

正如前文所述，合同正义主要体现为合同中给付与对待给付的均衡，这一点较易判断。但有疑问的是，何种场合下可以认定个人自我决定权受到侵害。在合同法的理念逐渐从合同形式自由转向实质自由后，私法对于个人自我决定的保护呈扩张趋势，这一点尤其反映在缔约过失责任的扩张上。合同形式自由的观念下，私法对个人自我决定权的保护往往局限于确保意思表示无瑕疵，主要通过法律行为制度解决这一问题。随着合同实质自由观念的兴起，私法对个人自我决定的保护扩张到了作出意思表示的基础，也即确保当事人作出意思表示时依据的信息等没有实质差别。^[71] 在此种背景下，民法缔约过失学说对于当事人在何种场合负有信息提供义务有相对完善的讨论，可为个人信息保护法所借鉴（详见下文）。

综上所述，在适用电子商务法第 18 条和个人信息保护法第 24 条时，需考虑消费者的自我决定是否受到不当影响。在这点上，这两部法可与民法典中的当事人意思瑕疵制度、缔约过失制度相衔接。要言之，在个性化定价的场合，如果买受人的意思表示受到了个性化定价的影响，或者基于私法的理念需要对经营者课以说明义务，才有适用这两个条文的可能。

2. 缔约过失、知情同意规则与算法解释权

在明确了电子商务法、个人信息保护法介入的边界后，需进一步追问的是，民法典与个人信息保护法、电子商务法等应如何协同，以保证个人的自我决定不受影响。

[68] 参见前引 [13]，程啸书，第 228 页。

[69] 同上。

[70] 参见王苑：《完全自动化决策拒绝权之正当性及其实现路径——以〈个人信息保护法〉第 24 条第 3 款为中心》，《法学家》2022 年第 5 期，第 82 页以下。

[71] 参见 [日] 潮見佳男：《不法行為法 I》，信山社 2009 年版，第 148 页以下。

民法中的缔约过失制度作为保护当事人自我决定权的一般规则，又进一步类型化为两种情况：其一，直接侵害当事人的自我决定权；其二，违反信息提供义务。就前者而言，争议较小，如果经营者通过个性化定价利用了消费者的理性不足，自然应承担缔约过失责任。就后者而言，民法原则上对一方当事人享有的信息优势持中立态度，〔72〕需要考虑何种情况下利用信息优势属不合法。对此，我国学界有力说认为，应在个案中根据信息重要性、披露可能性、期待合理性以及信赖紧密度四项要素的强度，构建判断是否存在信息说明义务的动态体系。〔73〕四要素中最为关键的是信息重要性，当事人之间的信息差必须涉及对于当事人作出是否订立合同、订立怎样条件的合同的决定有重要意义的事实。〔74〕不同要素之间在一定程度上可以强弱互补。此外，信息优势一方如何取得信息优势同样重要，如果通过自身成本取得信息优势，那么利用此种信息优势的利益也值得保护。相反，如果通过相对人的成本取得信息优势，造成对方处于信息劣势，甚至通过违法方式取得信息优势，就不值得保护。〔75〕

在这个意义上，第一，从信息优势的取得途径角度来看，出卖人无须负担信息提供义务，因为出卖人取得信息优势是基于自己成本加工个人信息，并且根据个人信息保护法第13条第1项，获得信息时必须取得消费者的明确同意，这一点已经确保了自动化处理的透明性。有观点进一步指出，从必要性角度看，消费者也可以自行获得救济。具体而言，买受人可以拒绝同意将自己的个人信息交给出卖人处理。买受人也得使用匿名程序或者比价程序，减少出卖人个性化定价的影响。〔76〕第二，从期待可能性角度和信赖关系看，基于合同自由，出卖人也有针对不同顾客的需求采取不同定价的自由。

但是，上述观点存疑，因为个性化定价与之前信息提供义务的案型有所不同，其特殊性造成了新型的信息不对等，即出卖人比买受人更了解自己的需求。〔77〕新近学说从信息重要性和信息取得途径的视角出发，认为出卖人取得的信息优势使其能够单方面实现自身利益：第一，出卖人基于大数据所增加的信息优势，可以使其决定消费者的保留价格，而消费者的自行救济往往是不足的；第二，出卖人虽然通过自己的成本获得信息，但取得买受人的个人信息时未支付对价，而个人信息本身有其价值，因此不能认为出卖人仅通过自己的成本取得了买受人的个人信息。〔78〕

我国立法者并非没有意识到上述问题。相比个人信息保护法第13条第1项，第24条第3项额外增加了算法解释权，以弥补知情同意规则的不足。由此，针对个性化定价中的自我决定，形成了个人信息保护法中的知情同意规则和算法解释权与民法中的信息提供义务并存的局面。这三个规则之间存在诸多关联，都旨在保护自我决定。因此，如果经营者没有取得个人同意就利用其个人信息，或者没有尽到算法解释义务，则需要承担民法中的缔约过失责任。

但是，三者也存在不同。就知情同意规则与缔约过失中的信息说明义务而言，在个人信息处理者的说明义务之外，采用个性化定价的出卖人仍须尽到民法上的信息提供义务。二者的规范目的不同，前者保护的是权利人让渡个人信息权时的自我决定，后者作为民法上的缔约过失

〔72〕 Dominik Schäfers, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz, AcP 221 (2021) 32, 46.

〔73〕 参见尚连杰：《缔约过程中说明义务的动态体系论》，《法学研究》2016年第3期，第113页以下。

〔74〕 Vgl. Spindler/Seiler NJW 2018, 2153, 2155.

〔75〕 前引〔72〕，Schäfers文，第47页以下。

〔76〕 参见前引〔15〕，Hennemann文，第851页以下。

〔77〕 参见前引〔8〕，Wagner等文，第221页。

〔78〕 参见前引〔72〕，Schäfers文，第51页。

制度则保护当事人在具体缔约过程中作出法律行为的自我决定。^[79] 个人信息处理人和出卖人也未必同一。因此，在订立具体合同时，出卖人应当向买受人说明其定价是基于个人信息的个性化定价，或者在取得个人信息处理的同意时说明具体后果。

就算法解释权与缔约过失中的信息说明义务而言，二者在适用范围和是否需要主动说明等方面存在差异，对此有协调的必要。我国个人信息保护法第 24 条第 3 款规定的算法解释权的适用范围较之 GDPR 更宽，不仅适用于“仅”由算法作出的决策，而且包括决策受到算法实质影响的场合，^[80] 并且数据解释权是个人享有的请求权，需要权利人主张。缔约过失中的信息说明义务的适用范围则更宽，不限于自动化决策的场合，且负有说明义务的一方须主动说明。个人信息保护法第 24 条第 3 款的规定体现了个人与企业之间的利益平衡。如果对每家采自动化决策的企业都苛加信息说明义务，则可能架空第 24 条第 3 款。笔者以为，可以通过类型化的方式处理这种矛盾。出卖人通过自动化决策实现个性化定价的情形可能有三种：第一，仅基于自动化决策定价；第二，自动化决策具有重要影响；第三，自动化决策起到辅助作用。一方面，虽然个人信息保护法第 24 条第 3 款在文义上没有限定自动化决策的类型，但是从信息提供义务出发，可以限定该条款的适用。从期待合理性和信息重要性两个考量因素看，仅在完全自动化决策和自动化决策具有重要影响这两种情况下，出卖人才负有说明义务。另一方面，如果个性化定价仅基于自动化决策作出，那么该企业负有民法上的信息提供义务，需要主动告知消费者相关信息；如果个性化定价受到自动化决策重大影响，那么买受人可以主张算法解释权。此外，民法中的信息说明义务的内容应当与算法解释权保持一致，采取个性化定价的出卖人应当说明具体的不利后果。^[81]

如果采个性化定价的出卖人未能尽到算法解释义务，就需要承担缔约过失责任。违反说明义务的缔约过失责任的法律效果有二。^[82] 第一，损害赔偿。在个性化定价中，如果买受人能够证明出卖人履行了说明义务的情况下，买受人可以订立对其更为有利的合同，那么买受人可以主张该部分的损害赔偿。第二，撤销合同或者通过主张恢复原状消灭合同的效力。我国新近学说认可所谓“不利合同”作为损害，^[83] 例如，因出卖人未尽到瑕疵告知义务而导致买受人签订了高价合同。个性化定价的情况与之类似，如果买受人因出卖人未尽到相应的义务而订立了高价合同，可以主张恢复原状以消灭该合同的效力。如果买受人主张部分消灭合同的效力，也可准用一部撤销的法理。^[84] 当然，即使不认可“不利合同”作为损害，我国也有学说认为，此时买受人构成重大误解，可以撤销合同，即由于出卖人未尽到说明义务，导致买受人对合同内容产生了错误认识，^[85] 其法律效果与承认“不利合同”作为损害基本无异。

[79] 参见前引 [72]，Schäfers 文，第 55 页以下。

[80] 参见林涸民：《〈个人信息保护法〉中的算法解释权：兼顾公私场景的区分规范策略》，《法治研究》2022 年第 5 期，第 49 页；张凌寒：《商业自动化决策算法解释权的功能定位与实现路径》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 58 页。

[81] 参见上引林涸民文，第 49 页。

[82] 参见王洪亮：《缔约过失构成与类型》，法律出版社 2023 年版，第 264 页以下。该书认为，违反说明义务的缔约过失的法律效果有三，但其中变更合同的效果与部分废止合同类似，且变更合同的效果在我国法上欠缺实证法依据，因此本文仅采损害赔偿和废止合同作为缔约过失的法律效果。

[83] 参见孙维飞：《〈合同法〉第 42 条（缔约过失责任）评注》，《法学家》2018 年第 1 期，第 190 页。

[84] 参见前引 [60]，王洪亮书，第 82 页。

[85] 参见尚连杰：《缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线》，《法学家》2017 年第 4 期，第 142 页。

（三）合同正义作为共同规制目的——从完全自动化决策拒绝权到强制缔约

缔约过失制度保障的是个性化定价中买受人的自我决定权不受实质影响。在此之外，基于分配正义也可以对合同自由加以限制，调整合同价格。首先需指出，分配正义是根据交易相对人的特质确定如何分配，但这并不意味着采分配正义的合同价格必然存在差异。分配正义既可以不平等对待，也可以平等对待。^{〔86〕} 否则，会得出个性化定价是基于买受人的个人属性定价，反而符合分配正义的荒谬结论。个性化定价未必符合分配正义，因为分配正义考虑的是给付正义、需求正义、机会正义和程序正义四项原则，^{〔87〕} 而个性化定价的目的在于获取消费者的全部剩余，也就是说，个性化定价只符合给付正义，因为出卖人与能够提供最多价款的人订立了合同，但这不符合需求正义、机会正义和程序正义的要求，尤其是违反了程序正义的要求，因为出卖人没有平等对待所有买受人。

其次，明确个性化定价未必符合分配正义后，需进一步回答的是，基于分配正义的价格控制在公私法的教义学体系中采何种建构。从行为规制角度回答这一问题较为容易。分配正义有两处体现：其一，在经营者存在垄断等地位时，直接规制其行为；其二，完全自动化决策的拒绝权（个人信息保护法第24条第3款）。前者自然是分配正义最直接的体现。后者则是在完全自动化决策的特殊情况下，赋予个人拒绝的可能。此种情况下，法律介入当事人的法律关系，考虑的是需要规制自动化决策行为本身，而非矫正决定导致的不利后果。^{〔88〕}

有疑问的是，以合同自由为原则的传统民法中是否存在实现分配正义的制度工具。传统的合同成立理论采合意模式这一最能体现合同自由的模式，与之相对，强制缔约则体现了分配正义。“强制缔约是根据法律秩序中的规范，为了受益人的合法权益，在无权利主体意思拘束的情况下，使一个权利主体负担与该受益人签订具有特定内容或者应由中立方制定内容的合同的义务。”^{〔89〕} 就该定义来看，强制缔约的特点在于形成了所谓的法定之债（*obligatio ex lege*），即权利主体负有缔约的义务，此种义务与其意思无关。强制缔约制度旨在个人利益平衡之外，补正市场功能的不足和实现社会国家的原则，^{〔90〕} 因为如果在一个市场中存在垄断或者不平等的市场地位，那么出卖人之间就不存在竞争，买受人选择不同出卖人的可能性就受到了限制，并且如果出卖人提供的给付对于买受人而言为生活所必需，此种情况下合同自由无法起到实现意思自治的作用，需要强制缔约予以纠正。^{〔91〕}

在此基础上，进一步考虑行为规制的思想如何影响强制缔约的理论构成，尤其是完全自动化决策拒绝权在个性化定价中对强制缔约的影响。本部分开头提出的例三也是目前个性化定价中最常见的情况。实践中，互联网平台利用其垄断地位搜集个人信息后，针对用户的个人特殊情况采取不同的定价策略，而用户除了该平台以外，很难有其他选择空间。

第一，表面来看，个性化定价不涉及强制缔约的问题。个性化定价时，出卖人没有拒绝缔

〔86〕 参见前引〔33〕，Canaris文，第13页。

〔87〕 同上文，第21页。

〔88〕 参见前引〔70〕，王苑文，第76页，第81页以下。

〔89〕 Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, 15. Aufl., J. C. B. Mohr, 1960, § 162, Fn. 40. 另参见崔建远：《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期，第214页；Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Mohr Siebeck, 1999, S. 110.

〔90〕 Vgl. Wolfgang Kilian, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980) 47, 76.

〔91〕 Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., C. H. Beck, 1987, S. 43.

约，而是提供了差异化的价格，因此有观点认为此时不能强制其缔约。^[92]此种观点并不妥当。尽管强制缔约制度首先针对的是缔约自由而非合同内容，但间接强制缔约不仅涉及缔约自由，而且涉及内容的形成自由，否则，当事人可以通过提出苛刻的合同内容规避缔约义务，强制缔约会因此失去意义。^[93]据此，强制缔约制度同样可以使出卖人负有以合理价格或者非个性化定价的内容与买受人订立合同的义务。

第二，个人信息保护法第24条第3款规定的拒绝权具有规制个人信息处理者行为的效果。但在个性化定价中，仅赋予买受人拒绝权是不够的。^[94]如果欠缺其他选择，其必然被迫接受该个性化定价的合同。强制缔约更进一步，不仅赋予当事人拒绝权，而且直接调整合同内容，更为明显地体现出分配正义。

第三，既然强制缔约比个人信息保护法第24条第3款的法律效果更强，那么其构成要件也应当更为严格。对此，民法本身无法提供价值支撑，必须引入公法的规制目的。^[95]可以进一步细分两种情况：其一，个性化定价侵害了个人的人格尊严；其二，采个性化定价的出卖人具有垄断地位。就前者而言，如果出卖人所采个性化定价的决策因素中包含了性别等歧视性因素，那么买受人有权请求强制缔约。此种情况下，无须要求出卖人具备垄断地位等剥夺了买受人其他交易机会的要件。就后者而言，如果存在市场垄断，则构成公法介入的理由，民法也应当吸收这一规制目的，并且垄断企业采个性化定价须达到悖俗的程度。^[96]具体考量因素如：（1）出卖人是否具备垄断地位或者支配地位，以至于买受人无法从市场获得替代产品或服务；（2）该产品或服务是否为买受人所必需；（3）出卖人提供的价格是否有违平等对待原则；（4）有无新用户优惠等正当理由。

第四，如果个性化定价违反了强制缔约义务，买受人有权请求出卖人订立不以个性化定价为基础的买卖合同。具体而言，如果出卖人和买受人之间尚未订立以个性化定价为内容的合同，买受人可以直接与出卖人订立不以个性化定价为内容的合同，出卖人负有强制承诺的义务。^[97]此时，合同价款应当根据民法典第511条第2项确定。如果出卖人和买受人之间已经订立了以个性化定价为内容的合同，买受人行使强制缔约权一方面使得原买卖合同消灭，这是强制缔约作为悖俗侵权特殊形态导致的效果，当事人基于侵权损害赔偿请求权，主张原合同构成对其的损害，因此主张消灭原合同的效力；另一方面使得出卖人负有缔结新合同的义务。此外，如果当事人已经履行完毕基于个性化定价的合同，在买受人主张强制缔约后，原合同消灭，出卖人取得的、基于个性化定价的价款欠缺法律上之原因，须依不当得利返还给买受人。但买受人和出卖人之间缔结了新的买卖合同，出卖人取得了对应市场价的价款请求权，因此可主张抵销。

[92] 参见前引〔66〕，Rützel书，第149页以下。

[93] Vgl. BeckOGK/Möslein, 1. 5. 2019, BGB § 145 Rn. 51.

[94] 相反观点，参见前引〔66〕，Rützel书，第150页。

[95] 类似观点，参见上引Rützel书，第260页。

[96] 民法传统观点认为，强制缔约的本质是悖俗侵权，但对于如何认定悖俗，学说呈现宽松化趋势。对此的介绍，参见F. Bydlinski, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1, 29 ff; 朱岩：《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期，第75页。新近学说则类推不以过错为前提的物权防御请求权。Vgl. MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2018, BGB Vor § 145, Rn. 21. 理论构成虽然不同，但二者的考量因素类似，因而本文不在理论构成方面着墨过多。

[97] 参见上引朱岩文，第80页。

结语

尽管个性化定价是人工智能时代的一个新兴现象，但对其规制的本质仍是合同自由（交换正义）与合同分配正义之间的平衡。罗马法以来，定价自由一直是合同形式自由的重要组成部分，但合同实质自由、分配正义等理念也在不断影响合同的效力。个性化定价将这一问题推演到了极致：出卖人是否有权根据买受人的特征实现完全的差别定价？这一问题不是单纯私法或者公法能够解决的问题，而是需要私法和公法协调，以实现消费者的救济和对不当个性化定价行为的遏制。公私法协调体系的构建，需要考虑公法与私法共同的规制目的。在调整个性化定价时，当事人通过合意达成的价格符合私法中的合同形式自由，公法规范应当尊重私法彰显的价值。因此，单纯的个性化定价无须公法加以调整，价格法不应过度干预当事人之间的合同。例外情形在于：一方面，如果个性化定价侵害了一方当事人的自我决定权，影响到合同实质自由，那么公私法均应介入以调整合同效力，赋予当事人摆脱合同拘束的权利。另一方面，即使当事人的合意符合合同自由，但是根据出卖人的地位、双方之间的利益衡量、滥用支配地位等因素，反垄断法等公法规范须对该个性化定价行为予以规制时，私法应当引入此种规制目的，通过私法中实现分配正义的制度工具进一步救济当事人。由此，针对个性化定价问题的规制，既形成了三个层次的公私法协调体系，也实现了我国整体法秩序的统一。

Abstract: The core issue of personalized pricing lies in the pricing in sale contracts. Current research in China focuses on controlling the behavior of operators from a regulatory perspective. However, this issue concerns the validity of contracts between parties, requiring a solution through the coordination of public and private laws. From the perspective of the stability of the current law and the application of law, it is more advisable to construct a coordinative public-private legal system with a common regulatory purpose as the connecting point. The coordinative public-private legal system for regulating personalized pricing should aim to ensure contractual freedom and achieve contractual justice. If personalized pricing does not violate the formal freedom of contract in private law, public law should respect the goals of private law and refrain from interference. But there are still two exceptions. On the one hand, if personalized pricing infringes on the actual freedom of contract, the parties should be empowered to free themselves from contractual constraints through the coordination between such public and private law systems as the right to algorithm interpretation and *culpa in contrahendo*. On the other hand, when one party has a monopoly status or abuses a dominant position, the Antitrust Law and other relevant laws need of course to be applied to regulate personalized pricing, and private law must also introduce the regulatory purposes of public law and further empower the parties to conclude a contract more advantageous to themselves through mandatory contracting.

Key Words: personalized pricing, big data-enabled price discrimination against existing customers, right to algorithm interpretation, right to refuse automatic decision-making, *culpa in contrahendo*
