

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2023.02.008

OTA 网络平台的法律地位 ——以“携程杀熟案”为例

邓春梅, 朱 恒

(湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411100)

摘 要: 互联网平台经济领域“大数据杀熟”纠纷频发, 平台规制成为紧迫问题。目前, 我国司法判例对 OTA 网络平台的法律定位主要有两种: 服务中介商或网络服务合同的相对方, “携程杀熟案”即为典型例证。然而, 将 OTA 网络平台仅仅界定为中介人或者合同相对方, 这一判断与网络平台的实际运营特点并不完全匹配; 而且, 这种界定易导致平台的法律义务远轻于其应承担的法律义务与社会责任, 进而造成网络平台“大数据杀熟”现象日益泛滥。“携程杀熟案”反映了消费者通过民事诉讼限制“大数据杀熟”的传统路径, 存在信息不对称、举证困难、赔偿金额过低等基本缺陷。要想有效规制“大数据杀熟”, 必须不断完善以反垄断为主要手段的行政规制路径, 厘清行政执法主体不明、行政责任混乱等问题, 从而弥补传统民事诉讼路径的缺陷与短板。

关键词: OTA; 大数据杀熟; “携程杀熟案”; 委托合同; 合同相对方; 反垄断; 差别待遇

中图分类号: D922.29

文献标志码: A

文章编号: 1674-117X(2023)02-0060-12

引用格式: 邓春梅, 朱 恒. OTA 网络平台的法律地位: 以“携程杀熟案”为例[J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2023, 28(2): 60-71.

On the Legal Status of OTA Network Platform: Taking the “Ctrip Price Discrimination” Case as an Example

DENG Chunmei, ZHU Heng

(Law School, Xiangtan University, Xiangtan 411100, China)

Abstract: For frequent economic disputes over big data-enabled price discrimination against existing customers, making strict platform regulations is now high on the agenda. As exemplified by the “Ctrip price discrimination” case, online platform is currently interpreted in legal precedents as service intermediary or online service contracting party, which, however, is not fully matched by its actual operation. Moreover, such a characterization tends to be light on platform’s legal obligations, thus resulting in increasingly widespread big data-enabled price discrimination. The “Ctrip price discrimination” case clearly reflects the fundamental deficiencies of traditional civil litigation against “big data-enabled price discrimination”, such as information asymmetry, difficulty of

收稿日期: 2022-12-26

基金项目: 湖南省社科基金资助项目“医疗纠纷调解自愿合意概念及其形成模式研究”(18JD68)

作者简介: 邓春梅(1979—), 女, 湖南邵阳人, 湘潭大学教授, 博士, 博士后, 博士生导师, 研究方向为法学理论;
朱 恒(2000—), 男, 湖南永州人, 湘潭大学硕士研究生, 研究方向为法学理论。

proof, and low compensation. To effectively regulate “big data-enabled price discrimination”, it is necessary to continuously improve the administrative regulation that primarily focuses on anti-monopoly measures, and to tackle problems including unknown law enforcement authorities and a chaotic mixture of responsibilities, thus making up for the shortcomings of traditional civil litigation.

Keywords: OTA; big data-enabled price discrimination; “Ctrip Price Discrimination”; contract of authorization; contracting party; anti-monopoly; differential treatment

一、问题、思路和样例选择

OTA, 全称 Online Travel Agency, 即“旅行住宿服务网络平台”, 指提供车船机票、酒店、门票、跟团、自由行等旅行住宿销售服务的网络平台^[1]。国内知名的 OTA 有携程、同程艺龙、飞猪、美团点评等, 其中携程为该行业的龙头。互联网时代, OTA 是一把“双刃剑”, 其一方面为人们的出行、住宿等提供诸多便利, 且数据表明, 2019 年旅游直接相关产业规模为 3.38 万亿元, 而 OTA 渗透率高达 35.8%^[2], 可见 OTA 对互联网平台经济的重要影响, 尤其在经济下行压力增大时期, OTA 无疑是一支促进经济发展的“强心剂”; 另一方面, 由于缺乏有效规制手段, 目前 OTA 领域大有“野蛮生长”的态势, OTA 对消费者实施“大数据杀熟”的案例频发。为保障消费者合法权益、促进互联网平台经济健康发展, 探索 OTA 领域规制“大数据杀熟”的有效模式是互联网平台经济领域法律规制的命题之一, 而明确 OTA 的法律地位, 则是规制“大数据杀熟”应有之义。

目前学界对 OTA 法律地位的研究尚且不足。综观相关研究, 学界对网络平台法律地位的研究大致可分为两类。一类是对所有网络平台法律地位的共性研究, 又可细分为两种类型: 第一, 探讨所有网络平台的公共属性, 即平台实际拥有的超越私主体的公共权力, 并探讨如何规制这种公共权力^[3]; 同时, 深入研究网络平台带来的社会公平问题, 并试图重构规制体制, 实现分享经济下的社会公平^[4]。第二, 探讨所有网络平台一般性的法律特点, 认为网络平台是信息中介服务的提供者、互联网交易的组织者与管理者, 并且具有一定的封闭性和相当的规模性, 并认为网络平台提供者承担附条件不真正连带责任与部分连带

责任^[5-6]。另一类是对个别网络平台法律地位的个性研究, 又分为三种类型: 第一, 对网络交易平台的研究, 主要以淘宝为例。对于网络交易平台的法律地位认定, 目前主要有以下观点: 卖方说^[7]、柜台出租说^[8-10]、居间说^[11-13]、技术服务者说^[14-15]、新型法律关系说(新型法律关系说认为, 完全套用现有的法律对网络交易平台提供商进行定位是不适当的, 应当根据其自身的特点设定其应当承担的法律义务与责任)^[16]、网络交易平台服务合同说^[17]等。第二, 对网约车平台的研究, 主要以滴滴为例。针对网约车中专车、顺风车的不同类型, 网络平台法律地位也有所不同。其中, 专车类型中网络平台的法律地位有信息供应商说、居间说、承运人说^[18]; 顺风车类型中网络平台的法律地位有承运人说、雇主说、实质法律关系说(实质法律关系说认为, 认定网络平台的法律地位不能仅仅依据其提供的格式合同, 而应该考察整个过程的真实运行情况)^[19]。第三, 对 P2P 网络借贷平台的研究。目前有居间说^[20]、出借方代理人说^[21]、复合构造说(复合构造说认为, 对于 P2P 网络借贷平台法律地位的认定, 应当在遵循传统居间合同理论的同时又纳入双方代理民事法律行为)^[22]。可见, 目前学界对个别网络平台法律地位的具体研究, 主要集中在网络交易平台、网约车平台以及 P2P 网络借贷平台上, 而对于 OTA 网络平台的法律地位问题研究较少。

不仅学界对 OTA 法律地位研究不足, 从“大数据杀熟第一案”(以下简称“携程杀熟案”)判决结果可以看出, 实务界也同样认识混乱。2020 年 7 月 18 日, 携程“钻石 VIP”客户胡女士, 通过携程 App 预定舟山希尔顿酒店的一间房间, 并通过线上支付 2889 元房费, 退房时酒店前台提供的发票显示房价仅为 1377.63 元, 因此胡女士认

为携程利用其个人信息进行“大数据杀熟”，并将携程起诉至柯桥区法院，要求携程“退一赔三”。柯桥区法院审理后认为，携程作为中介平台，未尽到向消费者如实报告价值的义务，未履行对消费者的优惠承诺，并且存在欺骗消费者的行为，构成虚假宣传、价格欺诈和欺骗行为，支持原告“退一赔三”。携程不服提起上诉，二审绍兴市法院认为，携程未尽到“区分义务”，足以误导消费者相信其为服务合同相对方，且携程侵害消费者的信赖利益、未尽告知义务、怠于监管第三方房源，构成欺诈，维持一审“退一赔三”判决。此案中，一审法院认为携程是“中介平台”^[23]，二审法院认为携程是“合同相对方”^[24]，可见法院对OTA法律地位的认定较为混乱。

针对学术界研究不足和实务界认识混乱的现状，明确OTA的法律地位具有重要意义。笔者认为，分析OTA商业模式中各主体之间的权利义务关系特点，将这些法律特点与现有的法律关系模型匹配，是一种有效的OTA法律地位分析方法。此外，为使本文有的放矢、言之有物，必须在众多OTA平台中找寻一个样本，也必须基于某个真实案例进行分析，因此，本文选择携程作为平台样本，选择“携程杀熟案”作为案例。一方面，携程已成为OTA领域的头部企业，在市场占有率、经济规模、社会影响等方面具有代表性，尤其在运营模式上具有代表性。另一方面，携程因为“携程杀熟案”引发网络热议，知名度高。此外，笔者认为，在“携程杀熟案”中，无论法院认定携程为“中介平台”或是“合同相对方”均有待商榷，而找到目前实务中的症结所在，无疑有助于我们正确认识OTA的法律地位。所以，笔者将首先分析法院对OTA法律地位认识的不足，即携程作为“中介人”或“合同相对方”的可商榷之处。

二、携程作为“中介人”或“合同相对方”之商榷

(一) 携程作为“中介人”之商榷

中介，又称“居间”，指当事人一方为他人报告订约之机会或为订约之媒介，他人给予报酬之契约，具有双务、有偿、诺成、不要式等特点。中介关系中法律主体是“委托人”和“中介人”。其中，中介人的主要义务为“就有关订立合同的

事项向委托人如实报告”；参照《民法典》和学界的一般观点，中介人还应承担如下义务：忠实之义务、尽力之义务、为其过失负责之义务以及不将委托人姓名、商号告知相对人之义务^{[25]468-470}。中介人在促成合同成立的情况下，享有获得报酬的权利。相反，委托人的义务是在中介人促成合同成立的情况下，承担给付报酬的义务。（见《民法典》第961条、第962条、第963条等）相较于中介合同关系的法律特点，法院认定携程属于中介人存在以下可商榷之处。

第一，“委托人”不明确。在“携程杀熟案”中，实际的法律主体有三方，分别为携程、酒店和消费者。而中介关系中，法律主体仅为委托人和中介人两方。如果认为携程是中介人，那么委托人究竟是酒店，还是消费者？换言之，到底是酒店委托携程搜索并报告订约的消费者，还是消费者委托携程搜索并报告订约的酒店？笔者认为，消费者和酒店都不符合委托人的法律特点。首先，中介关系中，委托人在中介人促成合同成立的情况下，需要给付报酬。尽管消费者支付了费用，但这笔费用并非支付给携程，不是中介费，而是支付给实际提供服务的酒店，是服务费。所以，消费者没有给付中介费，不是委托人。其次，携程作为中介人，应当负有不将委托人姓名、商号告知相对人的义务，但在实际运营中，携程会向消费者披露酒店的基本信息。如果酒店是委托人，那么携程将违反自身的义务，理论上不得请求报酬，但携程实际收取酒店的佣金一分不少。所以，酒店也非委托人。

第二，携程承担的义务实际重于中介人的义务。一方面，根据《中华人民共和国个人信息保护法》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等法律、法规和规章，携程作为一个网络平台对其用户应当承担如下义务：保护用户个人信息，合理利用用户个人信息，不得侵害用户个人信息；不得滥用市场支配地位，利用大数据和算法，无正当理由对用户实施差别待遇；在提供算法推荐服务时，不得诱导未成年人沉迷网络，应当保障老年人依法享有的权益，应当保护消费者公平交易的权利，不得实施不合理的差别待遇等。另一方面，携程作为一种新型主体，集制定

规则、解释规则、解决纠纷等多项“权力”于一身,其权力具有一定的公共性^[3]。携程享有公共权力的同时,需要承担相应的义务。在实际运营中,携程的确也履行了诸多管理义务,例如携程需要严格审查与其合作酒店的营业资质、住宿环境,并及时根据用户的反馈评价,相应调整酒店的推送力度等。所以,无论从法律文本的角度还是实际运营的角度看,携程承担的义务都要远重于中介人。

第三,携程享有的权利实际大于中介人的权利。一方面,携程对平台用户享有如下权利:其一,信息权。获取用户及时、详尽及准确的个人资料,并有权向第三方透露用户的基本资料,携程及其关联公司、业务合作伙伴有权无偿使用用户个人信息。其二,广告权。向用户推送广告,并从中获利。其三,管理权。包括但不限于,要求用户对其平台内行为进行解释、删除用户在平台上发布的信息、扣减用户账户积分、限制用户参加营销活动、终止向用户提供部分或全部服务、取消订单、划扣违约金、冻结用户的账户等^[26]。另一方面,携程对平台内酒店享有如下权利:其一,定价权。同一房型,酒店的执行价格不得低于提供给携程的销售价格,执行价格下调,需及时书面通知携程;酒店协议价上涨但未经携程认可,需按原来较低价格提供给携程用户预定;若酒店采取携程“e-booking”系统对携程会员价或携程结算价进行变更或推出特惠价格,需要事先通知携程工作人员按照相关流程调整价格。其二,优先获取服务权。房量紧张时,酒店应当优先接待携程用户;特殊原因,酒店免费为携程用户升级服务;尽量满足携程用户延期退房需求;用户延住的,酒店应当要求用户通过携程平台续订;酒店每天保证提供给携程一定房型数量,供携程用户优先预定。其三,广告权。酒店同意携程进行宣传营销。其四,管理权。酒店需要按照携程规定的“夜审”“日审”“e-booking 审核”其中一种,完成订房审核;酒店需要执行相应的保密条款等^[27]。可见,携程对用户和入住酒店享有的权利远大于中介人“获取报酬”的权利。

(二) 携程作为“合同相对方”之商榷

需要说明,在特定的运营模式下,携程能够成为酒店客房服务合同的相对方;但是,并非在所

有情况下携程都是合同相对方,后文详述。可商榷之处在于二审法院认定携程为合同相对方的理由,即“未以显著的方式区分标记自营业务和他营业务,未尽到区分义务,足以误导消费者相信其为合同相对方,应当承担经营者责任”^[24]。

第一,法院对携程的业务区分有待商榷。二审法院将携程的业务区分为自营和他营,这种观点存在不足。以服务内容为标准,携程的业务可以区分为酒店预订、票务销售、旅游度假、商旅管理和其他业务^[28]。以营利模式为标准,携程的营利模式可以分为代理模式、批发模式和广告模式,不同的营利模式具有不同的特点。携程的机票预订广泛采用代理模式,酒店及其他预订则代理与批发模式兼有,但代理模式居多。法院认定的“自营业务”和“他营业务”均是代理模式下的细分模式,具体内容后文详述。法院简单地将携程的业务分为自营业务和他营业务,忽视了携程业务的复杂性,存在不足之处。

第二,应当认定携程尽到区分义务。即便按照二审法院对携程业务的区分,也应当认定携程尽到了区分义务。二审法院认定,携程自身无酒店客房,其平台上的酒店有两种来源:一是与携程合作的入驻酒店,携程作为代理人;二是第三方代理商提供的酒店,携程作为信息平台。那么携程存在两种业务,一是“自营”业务,即携程代理的酒店;二是“他营”业务,即第三方代理的酒店。携程在“他营”业务的房源信息旁标注有“代理”两个小字,在“自营”业务中无此标注。笔者认为,根据一般经验和生活常识,携程这种标注行为已经尽到区分义务。首先,一般消费者都清楚携程自身没有酒店客房,而是代理销售客房服务。属于携程的“自营”业务的酒店,并没有“代理”二字,而属于“他营”业务的酒店标有“代理”二字。即便消费者不能认识到“代理”二字是第三方代理商的意思,对比“自营”业务,消费者也能够区分。其次,二审法院认为携程应当在酒店信息处、订单详情中提供第三方代理商的身份、资质、资信等信息或者链接公示^[24],此观点值得商榷。消费者使用携程的根本目的是预定酒店服务,并不在于了解第三方代理商的信息,纷繁复杂的信息只能让消费者无所适从。

第三,即使认定携程未尽到区分义务,消费者

也不存在对合同相对方的误认。首先,携程是否明显区分自营或者他营业务,对消费者的认识并不会产生重大影响。基于消费者视角,在使用携程预定酒店时,无论该酒店属于携程自营或者他营业务,酒店基本信息均载于携程平台。即消费者一般会认为,平台内所有酒店都是由携程提供。所以,即便按照法院认为携程没有尽到区分义务,消费者主观上认为与其形成合同关系的主体是携程,不存在对合同相对方的误认。

通过分析携程作为“中介人”和“合同相对方”认定上的可商榷之处,笔者认为实务界对于OTA法律地位认识混乱的症结在于对OTA的营利模式和经营特点认识不清,因此,需要进一步讨论OTA的营利模式。

三、OTA 网络平台的营利模式

以携程为例,目前OTA网络平台的营利模式可以分为三种,即代理模式(agency)、批发模式(merchant)和广告模式^[2]。

(一) 代理模式

OTA作为代理人,为实际服务的供应商(酒店、航空公司等)及其第三方代理商(线下旅行社)代理销售服务,并按照销售额、参照一定的比例抽取佣金。代理模式下,OTA作为平台连接了消费者与供应商,帮助商家销售旅游单项或套餐产品,按比例抽取佣金。这一模式下OTA的参与度不高,实际交易由商家和消费者进行,其运营逻辑见图1^[2]。

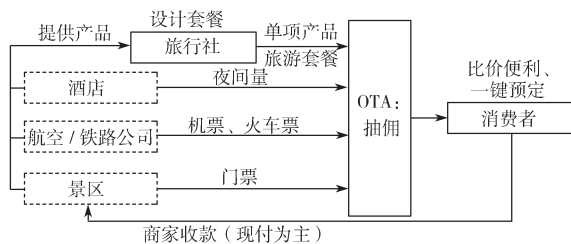


图1 OTA代理模式运营逻辑

根据服务来源不同,代理模式可以细分为“一次代理”和“二次代理”。一次代理模式下,OTA与酒店直接签订协议,无论是佣金还是底价模式,酒店通过OTA系统进行价量状态的管理。二次代理模式下,OTA通过第三方代理商的渠道获取酒店房源,主要由第三方代理商负责酒店价量情况的管理。OTA一次代理和二次代理模式运

营方式见图2^[2]。

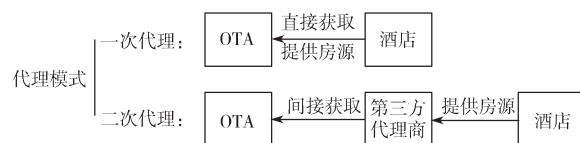


图2 OTA一次代理模式和二次代理模式运营方式

在代理模式下,收款方式有两种,即预付和现付。预付是指消费者预订时与OTA先行结算,退房后OTA与酒店再行结算,OTA赚取佣金。现付是指消费者到店后退房前与酒店结算,之后酒店再向OTA返佣,OTA仅负责预订功能。目前携程超一半酒店产品都是预付模式(55%),其中,一次代理模式中约45%采取预付、55%采取现付,二次代理模式中几乎100%采用预付。

(二) 批发模式

OTA以较低的“批发价格”,先行买断部分服务(如机票/酒店/旅行产品等),再加价卖给消费者,从中赚取差价。这一模式下OTA的参与度很高,实际交易由OTA和消费者进行。OTA提前买断服务并承担经营风险,消费者预付零售价款给OTA,OTA在用户完成服务后将批发价款给商家,这一过程中OTA既赚取价差收入还占用用户资金,一举两得,回报率更高。但由于存货风险更高,一旦需求不达预期则可能产生亏损,其具体运营逻辑如图3^[2]所示。

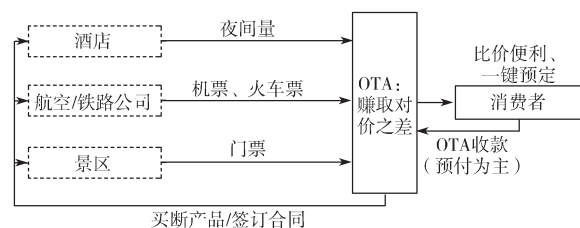


图3 OTA批发模式运营逻辑

(三) 广告模式

OTA为供应商提供展示广告服务并收取广告费用,按收费标准的不同又可细分为CPM(按展示付费)、CPC(按点击付费)、CPS(按销售付费)。针对揽客需求大的商家,OTA为他们提供营销平台,客源压力大的航空公司、酒店、旅行社为了吸引更多有效客户,会选择在OTA网站上做广告,OTA多以效果收取广告费用,赚得广告收入。目前OTA的广告收入占比相对较小。

四、OTA 网络平台法律地位辨析

针对不同的营利模式,应分类确定 OTA、商家和消费者之间的法律关系,以确定其法律地位。

(一) 作为委托合同关系中“受托人”的 OTA——“一次代理”模式

委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同。一般而言,委托关系具有以处理他务为目的,劳务给付,诺成、不要式、双务,以及可有偿、可无偿等特点^{[25]381-387}。委托关系中,受托人主要义务包括处理委托事务义务、报告义务、交付财产义务、转移权利义务以及忠诚勤勉义务^{[25]391-400}。委托人主要义务包括预付费用和偿还费用义务、依约支付报酬义务、清偿债务义务以及赔偿损失义务^{[25]402-407}。笔者认为,在“一次代理”模式下,OTA、消费者、商家间的法律关系模型符合委托合同关系模型,OTA 的法律地位为“受托人”。

首先,在“一次代理”模式下,平台与商家间的法律关系符合委托关系的特点。第一,双方关系以平台代理销售商家提供的服务为目的。销售服务本属于商家处理个人事务,但在平台与商家的关系中,双方约定由平台代商家销售其提供的服务,并以此为目的,且平台销售服务并非处理其个人事务。第二,双方关系以平台给付劳务为基本内容。为达到销售服务的目的,平台必须给付一定的劳务,具体包括提供技术服务、收集并展示商家信息、提供收付款渠道等。第三,双方关系符合诺成、不要式、双务的特点。意思一致,平台和商家之间的法律关系即成立,不以平台实际给付劳务达成销售服务的目的为合同成立的要件;尽管平台和商家之间在实际中都会签订书面协议,但是即便没有采用书面形式,也不会影响平台和商家之间法律关系的效力。同时,平台和商家之间存在对待给付义务,平台需要为达成目的积极付出劳务,商家需要给付平台相应报酬(佣金)。第四,双方约定在平台完成销售服务后商家应当给付报酬,是为有偿。

其次,在“一次代理”模式下,平台的义务内容契合受托人的义务。第一,平台具有处理委托事务的义务。平台应当依照商家的指示,仅在商家授权的范围内,亲自给付劳务,销售商家所提

供的服务。第二,平台具有报告义务。平台应当对相关销售情况制作报表和明细,并定时或者在某一时期向商家报告,以便商家对账并及时结算佣金。第三,平台具有交付财产的义务。在现付模式下,实际收取费用的主体是商家,平台没有收取价款,不存在转移财产的情形;在预付模式下,费用由平台预先收取,服务完成后再转交给商家,此时平台具有转移财产的义务。第四,平台具有转移权利的义务。平台作为一种模式化的“机器”,基本上所有的交易流程和交易行为都是预先设定的,不太可能存在平台为商家获取其他权利的情形;但根据法理,平台履行合同中获取的其他权利应当转移给商家,因为一次代理模式下,平台的权利仅限于请求“佣金”。第五,平台具有忠实勤勉义务。平台销售商家所提供的服务后,有权请求报酬,那么根据诚信原则,作为有偿合同关系的当事人,平台需忠诚勤勉地完成销售事务。

最后,在“一次代理”模式下,商家的义务契合委托人的义务。第一,商家具有偿付处理委托事务必要费用的义务。尽管商家并没有直接向平台预付或偿付该费用,但平台间接向商家转嫁该费用。此时“必要费用”包括了平台的构建和管理费用、网络技术提供和维护费用等。这些费用由平台先期支付,后期商家进驻后,通过商家支付佣金、管理费等,将“必要费用”转嫁给商家。第二,商家具有支付报酬的义务。商家委托平台销售其提供的服务,平台在成功销售商家提供的服务后,商家按照约定的比例支付佣金给平台,平台销售服务越多,佣金也就越多。即商家支付佣金与平台处理委托事务(销售服务)之间形成对待给付义务,商家具有支付报酬的义务。第三,商家是否具有清偿债务和赔偿损失的义务需要进一步讨论,因为目前在实际运营中尚未出现类似情形。况且,从民法的公平原则考虑,让处于弱势一方的商家承担过多的义务也不妥。商家具备委托人最基本的“支付报酬”和“偿付费用”的义务,且与平台的实际义务内容形成对待给付义务,应当将商家视为委托人。

(二) 作为委托合同关系中“次受托人”的 OTA——“二次代理”模式

转委托,又称“复委任”或“复委托”,指受托人经委托人同意或其他特定事由出现时,将委

托人委托的部分或全部事务转由第三人处理,而委托人与第三人之间直接发生委托合同关系的行为。该第三人称为次受托人^[29]。转委托的主要法律效力是在委托人和次受托人之间直接发生委托合同关系,委托人可以就委托事务直接指示次受托人,次受托人直接向委托人负责,受托人仅就次受托人的选任及其对次受托人的指示承担责任。要产生转委托法律效力,需经过委托人的同意或追认;或未经委托人的同意或追认,但符合商业习惯或是在紧急情况下受托人为了维护委托人的利益而进行的。“二次代理”模式中,商家委托第三方代理商帮助销售商家提供的服务,第三方代理商从商家处直接获取服务资源后,再与OTA达成协议,由OTA代理销售商家提供的服务,并从中获取佣金。此时,商家、代理商和平台的关系符合转委托关系的基本特点,发生转委托的法律效力,OTA的法律地位为“次受托人”。

首先,商家和第三方代理商之间形成委托合同关系,商家为委托人、代理商为受托人。其一,商家和代理商之间的法律关系符合委托合同关系的法律特点。商家与代理商之间的法律关系,以销售商家提供的服务为目的,以代理商给付劳务为基本内容,并且符合诺成、不要式、双务及有偿的特点,符合委托合同关系的法律特点。其二,代理商的义务符合受托人的义务。代理商具有代理商家销售服务的义务。销售服务后,代理商具有向商家报告销售情况的义务。完成任务后,代理商具有向商家交付为其所获财产、向商家转移为其所获权利的义务。同样,在代理销售的过程中,代理商具有忠实勤勉义务。其三,商家的义务符合委托人的义务。代理商完成销售任务后,商家将会按照约定支付一定比例的佣金给代理商,这笔佣金中不仅仅包括了代理商处理委托事务的报酬,也包括了代理商为完成委托事务而付出的必要费用。所以事实上商家具有委托人最基本的两项义务,即支付报酬和偿付费用的义务。因此,代理商和商家之间形成委托合同关系。

其次,代理商向平台转托销售事务,符合转委托的生效要件。一方面,代理商将销售事务转委托给平台,取得了商家(委托人)同意或追认。“二次代理”模式中,为了防止“跑单”,平台几乎100%采用预付模式,即平台先行收取消费者

支付的服务价款,待服务结束后扣除应收佣金,再将剩余价款支付给商家。在预付模式下,商家清楚代理销售服务和收取服务对价的主体是OTA平台,而非与其形成委托合同关系的代理商,并未对此表示异议。可见,商家、代理商和平台之间早已签订协议,或者虽未签订协议,但是商家认可代理商将销售事务转委托给平台,即转委托取得了商家(委托人)的同意或追认。另一方面,即便认为转委托未取得商家的同意或追认,也应当认定这种未经委托人认可的转委托符合商业习惯。经营中,商家一般是大型连锁公司,例如“携程杀熟案”中的希尔顿酒店;代理商一般也是专业的代理机构;OTA平台,如携程、同程艺龙等,更是大型的互联网企业。即商家、代理商和平台实际上是商事主体,并非普通的民事主体。“效率优先”应当是商事主体从事商业活动所遵循的基本原则,效率也是商事法律制度追求的基本价值^[30]。可见,即便认为转委托未经商家同意或追认,也应当看到代理商为经济效益最大化,将销售事务转委托给平台,符合效率优先原则,符合商事习惯。

最后,符合转委托的法律效果。“二次代理”模式中,商家与平台之间实际成立委托合同关系。一方面,平台实际向商家履行受托人义务。“委任系以他人之事务之处理为目的之契约”^{[25][38]},委托合同关系的核心在于处理委托事务,此时实际销售服务的主体并非代理商,而是OTA,即平台实际履行处理委托事务的核心义务。销售服务完成后,提前收取的预付价款,平台在抽取一定比例佣金后交付给商家,所得权利一并转移至商家。同时,销售服务的全过程中,平台也会履行报告义务和忠诚勤勉义务。另一方面,商家实际向平台履行委托人义务。二次代理模式下,商家收取价款后不需要再给予平台报酬,也无需偿付平台销售服务的必要费用,因为平台已经在消费者预付的价款中获取佣金,该佣金已经包括报酬和必要费用。实际上,商家已经向平台履行了作为委托人的义务。另外,关于商家是否向代理商支付报酬和偿付必要费用,需要具体根据三方的协议确定。所以,“二次代理”模式下,商家可就销售事务直接指示平台,平台就销售事务直接对商家负责,双方直接形成委托合同关系。故商家、

代理商和平台之间关系的法律效果与转委托的法律效果一致。

(三) 作为服务合同中“合同相对方”的 OTA——批发模式

合同, 又称契约, 是以两个以上意思表示一致为要素的法律行为^[31]。笔者认为, 要从合同成立、生效、履行、终止的全过程来确定合同当事人的法律特点。在合同订立时, 合同当事人互为意思表示, 并就合同内容达成合意; 合同生效后, 合同当事人受生效合同约束, 互相享有请求权和抗辩权; 合同履行时, 合同当事人具有对待给付义务, 并实际履行义务; 合同目的实现后, 合同当事人享有合同终止权。笔者认为, 批发模式中, 消费者和 OTA 满足服务合同当事人的法律特征, 互为合同当事人, 从消费者的视角出发, 批发模式下 OTA 的法律地位为服务合同中的“合同相对方”。

首先, 预订服务时, OTA 与消费者是相对立的意思表示作出者。契约以相对立当事人之意思表示一致而成立。其对立之一方之意思表示, 谓之要约; 他方之意思表示, 谓之承诺^[31]。第一, 消费者的法律地位固定为“要约人”。以携程的酒店预定服务为例, 由于携程平台上展示的酒店服务, 是向不特定的多数人发出的, 等同于商品橱窗展示, 只是为了吸引消费者预定酒店, 可以看作是要约邀请^[32]。那么, 消费者提交各种信息进行酒店预定就是发出要约。第二, 消费者发出要约的对象是平台而非商家。尽管所有的服务都由商家具体提供, 但是消费者直观的意思表示对象是平台。例如, 消费者使用携程预定酒店时, 酒店信息(名称、房型、价格等)均由携程提供; 进行一系列预定操作也均未离开携程平台; 预付款的对象是携程; 预订成功后, 由携程向消费者发送预定成功的信息。第三, 向消费者作出承诺的主体是 OTA。在批发模式下, OTA 先行买断了商家的服务资源, 此时 OTA 有权处分各种服务资源, OTA 向消费者作出承诺属于有权处分。并且 OTA 实施了承诺行为, 例如在消费者提交酒店预订, 携程如接受预订, 会发送短信至消费者, 通知预订成功。这一行为属于携程接受消费者要约后向消费者作出的承诺。

其次, 预订完成后, OTA 与消费者受到法律约束并实际履行对待给付义务。一方面, OTA 与

消费者受到法律约束。例如消费者完成酒店预定后, 携程和消费者受到法律约束, 即在携程和消费者之间产生请求权和抗辩权。携程有权请求消费者支付价款。批发模式下, 消费者付款模式以预付为主, 即意味着携程对消费者享有先履行抗辩权, 消费者不提前支付价款, 携程有权不提供服务。事实上, 消费者预订成功后一段时间内未预付款, 订单自动取消, 可见携程拥有先履行抗辩权。同时, 消费者支付价款后有权请求携程提供酒店服务, 若携程不能为消费者提供酒店服务, 消费者有权请求退款并主张合理赔偿。若携程不能提供消费者所预定的房型, 应当负责免费为消费者升级房型, 不能提供升级服务或者消费者不接受升级服务的, 消费者有权请求退款并主张合理赔偿。另一方面, OTA 与消费者实际履行对待给付义务。在批发模式下, OTA 已经先行买断商家提供的各种服务, 实际履行合同义务向消费者提供服务的主体是 OTA, 而非商家。尽管实现合同目的仍然需要商家帮助, 例如仍需要酒店帮助消费者登记入住、提供门卡等, 但是批发模式下的商家是合同履行的辅助人, 而非合同的当事人, 实际履行合同义务的主体是 OTA。同时, 消费者支付的价款, 由 OTA 收取并所有。

最后, 服务结束后, OTA 与消费者以默示的方式终止双方的权利义务关系。终止亦称告知, 谓以使契约关系或因契约所生之法律关系终止, 而使契约之效力向将来消灭为内容之一方的意思表示。有终止权者, 为契约当事人之一方或双方及其继承人^[31]。一般而言, 债务已经履行的, 债权债务终止。以酒店服务为例, 消费者退房之后, 即可认为债务已经履行、合同目的已经实现, 消费者和 OTA 之间的合同关系自行终止。然而, 仔细观察 OTA 和消费者之间的服务合同并非自行终止, 而是由消费者作出意思表示而终止。例如携程与商家约定, 在中午 12 点之前消费者需要退房, 消费者续住的, 酒店需要告知消费者通过携程平台再次预定, 携程将优先保障消费者再次入住。此时, 消费者再次预定则是作出延续合同的意思表示。消费者退房则是以默示的方式作出终止合同的意思表示。事实上消费者只要到了退房的时间没有再次预定, 就是作出终止合同的意思表示, 合同效力面向将来消灭。故 OTA 与消费者以默示

的方式终止合同效力。

(四) 作为“互联网广告发布者”的OTA——广告模式

互联网广告发布者,是指为广告主或者广告经营者推送或者展示互联网广告,并能够核对广告内容、决定广告发布的自然人、法人或者其他组织。(见《中华人民共和国广告法》第2条第4款和《互联网广告管理暂行办法》第11条等内容)充当互联网广告发布者应当具备三个条件:第一,实施了推送或展示互联网广告内容的行为;第二,在推送或展示互联网广告之前,有能力和条件核对广告内容;第三,有权利和条件决定是否向互联网媒介呈送广告^{[33][42]}。在广告模式下,客源压力大的商家(航空公司、酒店、旅行社)为了吸引更多有效客户,会选择在OTA平台投放广告,OTA多以效果收取广告费用,赚得广告收入。此模式下,OTA符合互联网广告发布者的法律特征,OTA的法律地位为互联网广告发布者。

首先,OTA实施了推送和展示互联网广告内容的行为。一方面,OTA平台既会向消费者推送互联网广告内容,又会依托平台展示互联网广告内容。以携程的酒店服务为例,消费者在携程平台内检索酒店服务时,与携程签订广告合同的商家所提供的酒店服务,将会前列优先展示在检索结果的首页。消费者在携程平台内进行非检索性的浏览行为时,携程也会优先推送与其有广告合作的服务内容,这种推送是基于对消费者个人消费特征把握后的精准推送。另一方面,OTA平台向消费者推送和展示的内容,符合互联网广告内容的一般特征。平台推送和展示的内容,是直接或间接以推销商品或服务为目的的商业广告,并且这种商业广告以互联网为媒介进行传播,具有文字、图片、音频、视频等多样化形式。所以,在广告模式下,OTA实施了推送和展示互联网广告内容的行为。

其次,OTA有能力和条件核对广告内容。核对广告内容主要包括以下方面:一是审核查验广告主资格材料的真实性、合法性、有效性;二是审核广告内容是否真实、合法;三是审核广告的表现形式和使用的语言文字是否符合规定;四是审核广告是否具有引起消费者误解的效果;五是向广告主提出同意、不同意或修改广告内容的意

见等^[34]。OTA完全具备能力和条件核对上述广告内容。一方面,OTA平台内部设有针对广告营销的职能部门或专业职位,这些部门或工作人员的职责之一就包括对商家投放的广告进行审核。例如携程设有专门的“商拓经理”,其日常工作就包括对PC端和App内广告位的维护、独立拓展携程全球购国内外品牌广告营销合作^[35-36]。另一方面,OTA开发并运营针对广告内容进行审核的算法系统。例如携程有专门的“推荐算法工程师”,负责携程酒店搜索、排序、广告、Feed流等场景下个性化推荐算法和机制研发^[37],这种算法系统的作用包括对广告内容进行初步审核。所以,OTA具备核对广告内容的能力和条件。

最后,OTA有权利和条件决定是否向互联网媒介呈送广告。一方面,OTA有权利决定是否呈送广告。法律规定,互联网广告主、广告经营者、广告发布者之间在互联网广告活动中应当依法订立书面合同。订立合同前,OTA有权决定是否与其他互联网广告法律主体订立合同;订立合同后,OTA有权拒绝发布违法广告;发布广告后,OTA享有保护自己发布的广告不受非法行为侵害的权利^{[33][43-44]}。另一方面,OTA有条件决定是否向互联网媒介呈送广告。常见的互联网广告媒介包括网站、网页、应用程序(移动端和PC端)等,所有OTA平台都开发运营一个或多个互联网广告媒介。例如携程早在1999年公司成立之初,就开发了“携程旅行网”(www.ctrip.com),并通过呼叫中心提供预订服务,该网站沿用至今。2010年起,携程上线手机客户端,随后不断完善应用程序设计。携程自身既拥有网站也拥有应用程序,而无论网站还是应用程序都是携程推送和展示互联网广告的媒介。可见,OTA平台有权利也有条件向互联网媒介呈送广告。

五、余论:探索规制“大数据杀熟”的中国模式

总而言之,OTA在不同的运营模式下民法地位各不相同。代理模式中,与消费者形成实质性服务合同关系的主体是平台内的商家,此时OTA的民法地位为“受托人”或“次受托人”;批发模式中,OTA直接与消费者形成实质性的服务合同关系,此时OTA的民法地位为服务合同相对方;

广告模式下, OTA 通过向消费者推广和展示平台内商家的产品或服务而获取利益, 此时 OTA 的民法地位为互联网广告发布者。分析 OTA 的民法地位后, 需要重新审视“携程杀熟案”中携程的法律地位。该案中, 捷锐公司(第三方代理商)从舟山希尔顿酒店获取房源, 并将该房源挂放至携程销售, 胡女士通过携程 App 预订并入住酒店^[24]。可见, 携程在本案中为“二次代理”运营模式, 此时携程的法律地位为“次受托人”, 理论上仅应承担“次受托人”的义务和责任。然而仅仅让携程承担“次受托人”的义务, 势必会造成“大数据杀熟”的责任无人承担, 消费者的权益无法得到有效保障。遗憾的是, 本案一审及二审法院未对携程是否构成“大数据杀熟”进行深入论述, 不免令人质疑“携程杀熟案”只不过徒有其名。不过, 本案为规制“大数据杀熟”勾勒出一条较为清晰的民事诉讼路径, 即消费者向法院提起民事诉讼, 胜诉并获得赔偿, 而赔偿本身就是对“大数据杀熟”的规制。

然而, 从民事诉讼角度分析, 消费者“反杀熟”维权存在较大难度。意思自治是民法基本原则之一, 法院的审判权受制于当事人“不告不理”。并非每一位“被杀熟”的消费者都会选择到法院起诉, 像胡女士这样受损金额达到几千元人民币的情况仍属少数, 大多数消费者受损的金额很小, 往往选择“忍气吞声”。同时考虑到诉讼成本、诉讼程序“麻烦”、“厌讼文化”等因素, 到法院提起诉讼的消费者几乎是个例。即使消费者不畏辛劳、不计得失向法院提起诉讼, 照样面临重重困难。首先消费者需要解决“告谁”的问题, 不仅 OTA 有能力进行“杀熟”, 商家也有能力和机会单独或者与 OTA 联合对消费者进行“杀熟”, 消费者很难分辨“杀熟”的主体。即使明确“杀熟”主体后, 消费者也需要承担繁重的证明责任, 需要证明平台或者商家进行“大数据杀熟”的事实, 包括证明平台的算法具有价格歧视性、平台非法处理消费者个人信息数据、平台利用算法进行差别对待等一系列事实。而消费者与平台和商家之间存在信息不对称、地位不对等问题, 让弱势方承担繁重的证明责任, 无疑会加重消费者败诉的风险。即便消费者历经千辛万苦后, 胜诉并获得赔偿, 甚至获得《消费者权益保护法》规定的“惩

罚性赔偿”, 在赔偿金额上差强人意, 甚至不足以平衡消费者的诉讼成本。换言之, 民法对 OTA 等“杀熟”主体的规制力度畸轻, 无异于隔靴搔痒。另外, 尽管在法律层面上消费者有提起公益诉讼的可能性, 但是“大数据杀熟”的受害者众多, 牵扯的利益面广, 又涉及平台经济发展与消费者权益保护的价值冲突。同时, 目前国内尚未出现在该领域提起公益诉讼的先例, 具体制度的探索缺乏关键进展。

跳出民法视域, 从行政法角度分析, “杀熟”的有效规制也面临着许多难题。行政法领域目前形成了以“反垄断为主, 综合个人信息保护、算法推荐管理”的规制模式, 将“大数据杀熟”的本质解释为: “平台利用算法、大数据等技术, 实行差异性标准、规则、算法, 通过分析消费者的支付能力、偏好、交易习惯等非实质影响交易的特征, 无正当理由对交易条件相同的交易相对人实施价格差别待遇, 排除、限制市场竞争。”看似这种解释观点和规制模式十分周到, 实则不然。首先一个根本性的法理问题是如何界定这种差别待遇? 消费者在线下购物, 也会时常碰到“差别待遇”, 例如同一件衣服, 商家卖给张三要一百元, 下一秒卖给李四就要一百五十元。包括李四在内, 所有人都不会觉得这是侵犯了李四的“公平交易权”, 大家只会觉得张三会砍价、李四不会砍价, 或者张三是商家的熟人、李四只是偶然路过的陌生人, 没人会觉得这种“差别待遇”是不公正的、是违法的, 毕竟“意思自治”, 没人强迫李四交易, 李四觉得价格太贵大可径自离去。事实上这种交易中的“差别待遇”一直从商品社会伊始延续至今, 历史上也没有某个政府、某部法律要对其进行规制, 为何互联网平台经济时代这种“差别待遇”就突然需要被法律规制? 平台经济的差别待遇与传统的差别待遇之间的根本区别何在? 换言之, 法律规制这种差别待遇的正当性何在?

除上述法理问题外, 目前的行政法规制路径还存在一些具体的难题。例如, 执法主体不明确。根据目前的法律规范, 反垄断执法机构、省级以上履行个人信息保护职责的部门, 网信部门和电信、公安、市场监管等主体, 都有对“大数据杀熟”的执法权, 在具体的执法过程中很难保证相关部门不会出现“推诿”“扯皮”等现象。又如,

难以认定相关平台经营者滥用市场支配地位。构成“差别待遇”需要认定平台“滥用市场支配地位”，然而认定过程不仅需要大量的事实调查，也会涉及复杂的经济分析^[38]。再如，法律体系混乱导致法律责任冲突。举例而言，根据《反垄断法》第57条、《个人信息保护法》第66条的规定，对于相关责任人员是否进行处罚、对于哪些行为应当处罚存在较大冲突，对于互联网平台进行何种处罚、处罚的数额也存在冲突。另外，相关法律法规出台至今，仍未见一例针对“大数据杀熟”行政执法的具体案例，这从侧面反映目前行政法规制路径缺乏有效性。

可见，我国规制“大数据杀熟”的两种路径都存在着较大问题。作为“法治后发国家”，我们能否有效借鉴世界先进经验？有效规制“大数据杀熟”已成为世界性难题，欧美各国进行了相关立法、出台了相应政策^[39]。如欧盟主要实行个人赋权的规制路径，具体来说，由于算法歧视建立在数据收集、处理基础之上，欧盟将规制视野从传统的反歧视法扩展到数据保护法，试图通过新型数据权利的赋予，使个人获得对自动化决策施加影响的能力；美国实行以外部问责为核心的规制路径，即成立专业性的行政机构或监管主体，并赋予算法控制者报告算法合理性与避害措施的义务，前者对后者具有审查权力。然而，算法、大数据等技术作为“新事物”尚未被人们完全把握。这些新技术本身具有复杂性、模糊性、不可控性的特点，“算法黑箱”^[40]的形成便很好地反映出这些特点，与之相关的法律也含糊不清、意义不明。这导致目前欧美各国的立法和政策大多停留在原则层面，具体到规则层面并未取得关键进展。此外，在世界数字化浪潮中，行业先行企业在中国呈现出“快速响应”“精准触达”“精准定制”“产品创新”“服务出新”“业务革新”几大亮点，中国互联网平台发展模式呈现出“高效的供需资源聚合”“流动的数据应用价值”“本土化创新驱动的技术赋能”以及“全价值链的深度运营赋能”四大特色^[41]。这些亮点和特色迥异于世界各国的平台经济发展模式。另外，中国特色社会主义法治道路根植于中国五千多年的优秀法文化，并植根于深化全面依法治国的伟大实践，因此“大数据杀熟”的规制模式也必然具有深刻的“中国

烙印”。这些因素都决定了我们不能盲目借鉴欧美的经验。

所以，面对“大数据杀熟”，我们必须探索一条符合新时代中国互联网平台经济特色、符合中国特色社会主义法治特点的规制之路。首先，应当坚持探索“行政为主，结合司法”的规制模式。一方面，平台与用户之间初步形成了完整的“权力”架构与运行体系，平台一定程度上具备了公权力机构的特点^{[3][44]}。由消费者单纯依靠自己的“私权”去对抗“准公权”无疑是“以卵击石”，而以本就是公权力的行政权去规制平台事实上形成的“准公权”既有条件又具合理性。另一方面，善于利用行政权是我国法治模式的优良传统，历史上我国有运用行政权力规制新技术的丰富经验；而且随着改革开放进入深水区，社会正处于急速转型时期，有效发挥行政权力优势在国家综合治理中的重要地位得以凸显。此外，消费者通过民事诉讼维权本质上是以司法权力规制“大数据杀熟”，具有不可替代的作用，能够使消费者在具体的司法案件中切实感受到公平正义，所以不仅要以“行政为主”，也要“结合司法”。其次，既然选择“行政为主”的模式，我们应当重新审视目前反垄断规制模式的正当性。笔者并非认为将“大数据杀熟”认定为“（平台）滥用市场支配地位，进行不正当的差别待遇”完全缺乏正当性，而是我们必须回答互联网平台经济下的“差别待遇”与传统的、历史上的“差别待遇”有何本质区别，必须证成法律规制“差别待遇”的正当性。除此之外，我们应当着力解决目前行政规制模式中的具体难题。上文提到的执法主体不明确、法律体系混乱、行政责任冲突等问题亟待解决，这些问题一定程度上反映了目前政府对“大数据杀熟”本质认识不清，需要在后续的行政立法、执法中进一步解决。最后，我们应当完善民法请求权规定、民事诉讼制度，为消费者维权创造良好的法治环境。例如适当增加“惩罚性赔偿”金额，实行举证责任倒置，完善在该领域的公益诉讼制度等。

参考文献：

- [1] 郑红. 大数据背景下北京旅游电商营销模式创新研究[M]. 北京：旅游教育出版社，2017：39.
- [2] 携程(TCOM)[EB/OL]. [2022-09-01]. <https://pdf.dfcfw>.

- com/pdf/H3_AP202010151421550024_1.pdf.
- [3] 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, 42(2): 42-56.
- [4] 刘 晗. 分享经济平台的社会公平问题与规制重构[J]. 行政法学研究, 2020(1): 55-65.
- [5] 侯利阳. 论互联网平台的法律主体地位[J]. 中外法学, 2022(2): 346-365.
- [6] 杨立新. 网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015, 33(1): 166-177.
- [7] 张雨林. 网络拍卖的法律问题分析[J/OL]. [2022-09-01]. http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=4866.
- [8] 吴仙贵. 网络交易平台的法律定位[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2008(2): 48.
- [9] 宋寒亮. 网络交易平台提供商法律地位的重新界定[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2015, 28(6): 69.
- [10] 杨立新. 电子商务侵权法[M]. 北京: 知识产权出版社, 2005: 236.
- [11] 周江洪. 民法典中介合同的变革与理解: 以委托合同与中介合同的参照适用关系为切入点[J]. 比较法研究, 2021(2): 54.
- [12] 杨立新, 韩 煦. 网络交易平台提供者的法律地位与民事责任[J]. 江汉论坛, 2014(5): 85.
- [13] 柴振国, 赵晨光, 王 晶. 互联网立法背景下网络交易平台提供者注意义务探讨[J]. 河北经贸大学学报, 2017, 38(3): 106.
- [14] 章惠萍. 网络经济行为的法律规制研究[M]. 杭州: 浙江工商大学出版社, 2020: 132.
- [15] 杨坚争. 电子商务法教程[M]. 北京: 高等教育出版社, 2001: 64.
- [16] 韩洪今. 网络交易平台提供商的法律定位[J]. 当代法学, 2009, 23(2): 99-103.
- [17] 杨立新. 网络交易法律关系构造[J]. 中国社会科学, 2016(2): 114-137, 206.
- [18] 侯登华. 共享经济下网络平台的法律地位: 以网约车为研究对象[J]. 政法论坛, 2017, 35(1): 157-164.
- [19] 张新宝. 顺风车网络平台的安全保障义务与侵权责任[J]. 法律适用, 2018(12): 98-104.
- [20] 常淑静. 浅议P2P网络借贷平台的法律责任[J]. 山东行政学院学报, 2016(2): 54-57, 78.
- [21] 赖丽华. P2P网络借贷平台的复合民事法律地位[J]. 法学论坛, 2016, 31(3): 130-137.
- [22] 杨平平, 焦叙成. P2P网络借贷平台民事法律地位的破与立[J]. 镇江高专学报, 2018, 31(3): 72-77.
- [23] 余建华. 浙江一女子以携程采集非必要信息“杀熟”诉请退一赔三获支持[N/OL]. 人民法院报, 2021-07-13[2022-09-01]. http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2021-07/13/content_207319.htm.
- [24] 潘永建, 朱晓阳, 王雪莹, 等. “大数据杀熟第一案”代理随笔: 简评胡某诉携程案二审判决[EB/OL]. [2022-09-01]. http://www.llinkslaw.com/uploadfile/publication/9_1643105020.pdf.
- [25] 史尚宽. 债法各论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [26] 携程旅行网服务协议、隐私政策[EB/OL]. [2022-09-01]. <http://pages.ctrip.com/Public/serve%20guideline.htm>.
- [27] 合同书[EB/OL]. [2022-09-01]. <https://max.book118.com/html/2018/0123/150165944.shtml>.
- [28] 携程发布2021年四季报及年报: 全年扭亏为盈, 四季度营收下滑[EB/OL]. [2022-09-01]. <https://caifuha.eastmoney.com/news/20220324122529909327950>.
- [29] 信春鹰. 中国社会科学院法学研究所法律辞典编委会. 法律辞典[Z]. 北京: 法律出版社, 2003: 1973.
- [30] 张民安, 刘兴桂. 商事法学[M]. 广州: 中山大学出版社, 2002: 19-20.
- [31] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [32] 朱遂斌, 陈源源. 电子商务合同成立的法律问题[J]. 政法论坛, 1999(4): 51-52.
- [33] 刘双舟. 互联网广告法律制度理解与应用[M]. 北京: 中国工商出版社, 2016.
- [34] 徐卫华. 广告法规教程[M]. 杭州: 浙江工商大学出版社, 2018: 191.
- [35] 携程集团招聘公告: 产品运营助理实习生(J24134)[EB/OL]. [2022-09-01]. <https://job.ctrip.com/index.html#/job-detail/760049032>.
- [36] 携程集团招聘公告: 商户拓展经理(J24213)[EB/OL]. [2022-09-01]. <https://job.ctrip.com/index.html#/job-detail/760049396>.
- [37] 携程集团招聘公告: 资深推荐算法工程师(J24224)[EB/OL]. [2022-09-01]. <https://job.ctrip.com/index.html#/job-detail/760049302>.
- [38] 钟 刚. 平台经济领域滥用市场支配地位认定的证据规则思考[J]. 法治研究, 2021(2): 127-137.
- [39] 邹 举. 算法歧视法律规制的路径探析[J/OL]. [2022-09-01]. http://news.cssn.cn/zx/bwyc/202011/t20201111_5215090.shtml.
- [40] 李良雄. 浅析欧盟人工智能算法歧视的法律规制[J/OL]. [2022-09-01]. http://www.cssn.cn/zx/bwyc/202106/t20210628_5342791.shtml.
- [41] 阿里研究院, 百度发展研究中心, 贝恩公司. 中国数字经济互联网之中国特色发展模式[EB/OL]. [2022-09-01]. <https://www.bain.cn/pdfs/202103300523402103.pdf>.

责任编辑: 徐海燕