

法律视角看“大数据杀熟”

□北京中闻
律师事务所
赵虎 李海霞

大数据杀熟不是一个法律上的概念，是商业当中出现的一种现象，指的是网络商家通过大数据对商家自身积累或第三方的用户信息进行分类处理，然后通过进一步分析，找出对某平台使用次数较多的客户（所谓的“熟客”），进而实行“隐蔽式”抬价，商家可以借机达到利益最大化的差别化价格策略。

“杀熟”现象在商业中一直都存在，虽然以前没有大数据、没有网络，但是同样也存在杀熟的现象。

大数据杀熟之所以能作为一个话题，其原因是：就目前来看，大数据杀熟已经不是一个罕见的现象了。当朋友们聚在一起拿出手机都打开同样的APP，比对价格是否相同时，有的时候价格是相同的，有的时候价格是不相同的，普通人都开始感受到了“大数据杀熟”。

从法律角度来看，首先，无论《民法总则》、《民法通则》还是《消费者权益保护法》、《反不正当竞争法》、《电子商务法》等法律都规定了“诚实信用原则”，大数据杀熟违反了法律的第一个点就是诚实信用原则。

其次，大数据杀熟背后还隐含着价格欺诈。

《禁止价格欺诈行为的规定》第三条规定，“价格欺诈行为是指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。”

可见，商家利用大数据对熟客的这种所谓的“调整价格”行为，本质上就是一种价格欺诈。

最后，大数据杀熟是对消费者权益的侵害，其涉嫌侵犯的权益包括：

1、隐私权。《消费者权益保护法》第二十九条规定，“经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得

泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。”

2、知情权。《消费者权益保护法》第八条规定，“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、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。”

3、公平交易权。《消费者权益保护法》第十条规定，“消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为”。

大数据杀熟是商业上的手腕，其中一些大数据杀熟的行为已经击穿了法律的底线，违反了法律的规定，需要受到法律的制裁。

实践中，大数据杀熟往往面临举证困难。

首先，这是举证能力的问题。消费者在进行消费之前是没有想到要去投诉的，因此，也没有保全证据的意识。

消费者在遇到大数据杀熟时，很难去与别的客户进行比对而保存证据。

而当真正出现问题的时候，平台总有各种各样的解释。

另外一个方面，作为电子数据来讲，其可以被人为改变的可能性非常大。

对于大数据杀熟，有什么破解的方法呢？

我们认为，大致有以下这些途径：

一是向消费者协会投诉，使消费者协会掌握越来越多的情况。

二是对于大数据杀熟比较多的情况，可能会涉及到侵犯消费者权益或价格欺诈的情形的，由市场监督管理部门介入调查，因为由公权力调查比消费者个人去调查的权限更大一些。

三是要加强互联网用户个人信息相关的法律法规的立法和执行。

何为施工合同的“实质性内容”

□上海江三角
律师事务所
周蒋锋

建设工程施工合同由于造价高、周期长、涉及广、责任大等原因，在签订和履行过程中，往往会遇到很多复杂的问题。

目前，建筑行业仍然存在“黑白合同”现象，即存在多份建设工程施工合同，各份合同的主要条款可能差距极大。

争议发生后，各份合同的法律效力认定和应当适用哪份合同，就会成争议焦点。

最高人民法院曾于2004年公布《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》，规定“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据”。

但是，对于司法解释中“实质性内容”的理解和适用，在实务中仍然争议不止。

为此，《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》于2018年由最高人民法院公布，自2019年2月1日起施行。本司法解释对“实质性内容”进行了不完全例举，明确规定“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。”

因此，“实质性内容”至少包含“工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等”内容。

当然，在个案中具体认定“实质性内容”，仍然需要结合建设工程施工合同的当事人、招投标背景、勘察设计施工具体情况、合同变更的原因等内容综合考虑。

判断两份合同在内容上是否构成“实质性内容不一致”，

需要从三个层面综合考虑。

首先，要看两份合同中不一致的内容是否属于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等影响当事人基本权利义务条款，当事人经协商对上述条款以外的合同内容的变更，不构成“实质性内容不一致”。

其次，要准确区分该条所称“实质性不一致”与依法进行的正常合同变更的界限。

要衡量内容不一致达到的程度，只有达到足以变更当事人基本权利义务关系的程度，才能认定构成“实质性内容不一致”。

第三，结合导致合同重大变更的原因。

如果在合同履行工程中，因设计变更导致工程量明显增加或减少等影响中标合同的实际履行，承包人和发包人经协商对中标合同的内容进行了相应变更，或是一方在合同履行过程中发生违约而导致不得不变更合同以达到继续履行的目的，则即使两份合同在工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面存在重大变更，也应认定属于正常的合同变更，而不构成“实质性内容不一致”。

此外，即便建设工程施工合同由于“实质性内容不一致”而被认定为无效，只要建设工程竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。

由此可见，建设工程施工合同纠纷处理中，体现出工程质量优先于合同效力的精神，毕竟质量是建设工程的灵魂，“百年大计，质量第一”。

无论合同是否有效或者是否被解除，只要工程质量合格就应该支付工程价款；

如果工程质量不合格，无论合同无效还是被解除，适用的原则是相同的。

劳动者应有保密意识

□上海通乾
律师事务所
朱慧 陈慧颖

商业秘密作为企业知识产权的重要组成部分之一，在市场竞争中起着越来越重要的作用，而劳动者是企业中最接近商业秘密的人。

一般来说，有意无意泄露企业商业秘密的人也往往是本单位的员工。

企业在日常经营中要加强商业秘密的保护和防范，劳动者也应当加强商业秘密的保密意识，否则不仅可能对企业造成重大损害，而且可能对自己造成不良后果。

我们来看一个案例：

黄小姐任某大型外资汽车零部件制造企业研发部的总监秘书，某日，该公司研发部开会讨论汽车零部件项目研发的最新进展及存在的问题。与会者是研发工程师，由于有不少外籍人士，因此全程使用英语。

黄小姐觉得在开会时某研发工程师英语说得比较蹩脚，将其发言的内容发到朋友圈，嘲笑其英语口语。

公司认为黄小姐泄露了公司的核心机密，严重损害了公司的利益，如果被竞争对手知晓将产生不可预料的后果。于是公司以黄小姐泄露商业秘密严重违反公司规章制度为由解除了劳动合同。

黄小姐认为公司小题大做，借机打击报复，不服该决定，要求继续履行劳动合同。

本案在仲裁阶段经过调解，黄小姐也认识到自己问题的严重性，考虑到黄小姐在公司多年，也没有犯过其他错误，公司同意与其协商结束劳动关系，黄小姐撤回其全部请求。

本案虽然经过劳动争议仲裁委员会的调解结案，但仍值得我们思考。

本案充分体现了公司对商业秘密的重视，也提醒劳动者要提高保密意识，意识到商业秘密对于公司的重要性，不要稀里糊涂地泄露了公司的商业秘密，进而丢了工作，甚至还可能承担赔偿责任。



资料图片

劳动者要提高保密意识，意识到商业秘密对于公司的重要性，不要稀里糊涂地泄露了公司的商业秘密，进而丢了工作，甚至还可能承担赔偿责任。