

论大数据“杀熟”下对消费者权益的保护

肖攀

贵州民族大学法学院, 贵阳

收稿日期: 2022年9月9日; 录用日期: 2022年10月12日; 发布日期: 2022年10月20日

摘要

随着大数据技术的发展,近年来一些不良商家利用大数据技术和法律漏洞实施了大数据“杀熟”行为。为了保护消费者不被大数据“杀熟”和保障其权利救济的实现,本文首先在引言部分分析了大数据的含义与实现途径,接着从消费者权益保护的角度出发论证了大数据“杀熟”行为严重损害了消费者的知情权、公平交易权和个人信息权,进而从立法、市场监管、权利救济等层面相应提出保护消费者权益的建议。

关键词

大数据“杀熟”, 消费者权益, 保护

On the Protection of Consumers' Rights and Interests under the Big Data "Discrimination"

Pan Xiao

School of Law, Guizhou Minzu University, Guiyang Guizhou

Received: Sep. 9th, 2022; accepted: Oct. 12th, 2022; published: Oct. 20th, 2022

Abstract

With the development of big data technology, in recent years, some unscrupulous businesses have taken advantage of big data technology and legal loopholes to "kill" big data. In order to protect consumers from being killed by big data and ensure the realization of their rights relief, this paper first analyzes the ways to realize big data, and demonstrates that the killing behavior of big data seriously damages consumers' right to know, fair trade and personal information from the perspective of consumer rights protection. Then, in the level of prevention in advance, the law should properly extend consumers' right to know, improve the regulation of algorithm rights by law and

enhance consumers' awareness of rights protection. After the "killing" behavior of big data has occurred, that is, at the level of supervision in the event, this paper puts forward suggestions to improve the market supervision system; on the level of relief after the event, this paper puts forward some suggestions to strengthen the relief of consumers' rights.

Keywords

Big Data "Discrimination", Consumer Rights and Interests, Protection

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

1.1. 大数据“杀熟”的含义

2020年12月15日,《我被美团会员割了韭菜》的文章作者在微博指控美团外卖涉嫌大数据“杀熟”,根据作者出示的证据显示,同样的时间、同一家店铺、同样的配送位置,美团外卖会员的配送费要比普通客户高。事实上,大数据“杀熟”是随着大数据技术日趋成熟而渐渐衍生的一个新兴词汇,近年来在电商行业频繁出现。大数据“杀熟”是指经营者主动或被动收集其平台上消费者的各种数据信息(主要包括消费者对各种价格的接受程度;商品或服务的选择偏好;在其网络平台页面的停留时间或浏览次数、时间等数据信息),利用特定的算法技术将上述数据信息进行分析与深度挖掘后,针对同一商品或服务对不同消费者进行不同的定价,将该定价最大限度的接近于消费者所能接受的最高价格。通过大数据“杀熟”经营者便可以从中获取最大利润,极大限度的榨干消费者剩余。

大数据“杀熟”在某些方面与传统意义上的“杀熟”行为不同,主要表现为大数据“杀熟”有其独特的技术工具和实现途径。大数据“杀熟”的实现必须依赖于大数据技术对经营者所掌握的消费者信息进行分析与深度挖掘,其所“杀熟”的对象不是指经营者所熟识的人,而是经常在其平台上进行消费的老顾客。

1.2. 大数据“杀熟”的实现途径

大数据“杀熟”现象往往存在于网络购物、网络购票、网约车、网络外卖等从事新型网络消费的网站或APP,这些网络平台的经营者将定价算法作为大数据“杀熟”的技术工具。定价算法本是在市场经营活动中帮助经营者设定、控制商品或服务价格的运算工具,算法作为一种运算工具,是绝对中立的,但制定算法的人却难以保持中立。目前大数据“杀熟”的实现必须依赖于大数据算法,尽管表现形式会有所区别,但其本质上还是依据消费者对商品的需求不同进行差别定价。大数据“杀熟”的实现途径主要有:1)根据消费者的消费能力给不同消费者贴上其对商品所能接受最高价格的标签,再将这些标签作为变量代入定价算法的公式,这样就能计算出针对每个消费者的最优特定定价,从而最大限度的榨干消费者剩余。2)根据消费者的消费频率确定其对价格的敏感度,因新用户对商品的质量、价格等不了解,其可能会在多个平台进行比较,所以对价格比较敏感,而老用户基于对平台的依赖和已经存在的消费记忆对价格的敏感度较低,对价格敏感度的高低也是算法定价的一种方式。3)根据消费者消费地域进行大数据杀熟,消费地域受到消费地段和消费时其与实体店距离的影响,若消费者在消费时离实体店较远,

电子商务平台便有竞争优势，通过算法对其进行杀熟；若消费者处于学校或商圈附近，电子商务平台为了提高竞争力和知名度，可能会降低价格[1]。

2. 大数据“杀熟”对消费者权益的侵害

2.1. 大数据“杀熟”侵害消费者的知情权

经营者实施大数据“杀熟”行为时侵害消费者的首要权益便是消费者的知情权。《消费者权益保护法》第8条规定消费者享有知情权、第20条规定了经营者具有全面真实告知的义务。因此消费者有权要求经营者就其购买的商品或服务达到双方信息对称的状态，但在现代市场经济中，商品制造者、经营者与消费者之间存在的交叉复杂的契约关系，导致市场交易各方处于信息不对称的状态。大数据时代下，尤其是消费者进行线上购物时，其对于商品的真实信息难以掌握。虽然经营者会在页面上明码标价，但基于大数据“杀熟”行为后所标明的价格并非该商品的一般价格，即经营者针对不特定的消费者而制定的价格，而是依据定价算法为各个消费者制定的特定价格。同时，电商运营的环境和网络设备的使用使单个平台消费者与其他平台消费者相互隔离，如同被封闭在了孤立的“茧房”般[2]，这使得消费者误以为自己页面上显示的商品价格是针对不特定消费者的一般价格。消费者享有知悉商品一般价格的权利，而不是经营者通过大数据“杀熟”后展示的价格。因为商品的价格往往是消费者是否购买的一个重要因素，若价格过高，消费者很可能会选择其他同类商品中价格较低、质量相同的商品。经营者实施大数据“杀熟”的行为严重违背了社会公众对“明码标价”的定义，经营者只在形式意义上的明码标价，严重侵犯了消费者的知情权，在一定程度上无法保障消费者的自主选择权。

2.2. 大数据“杀熟”侵害消费者的公平交易权

经营者实施大数据“杀熟”行为时侵害了消费者的公平交易权，《消费者权益保护法》第10条规定消费者享有公平交易的权利。不论是传统的线下购物模式还是大数据时代下的线上购物模式，消费者在与经营者的交易过程中都处于相对的弱势地位，消费者无法完全真实的掌握关于商品或服务的全部信息，商品或服务的定价也是由经营者决定。对此，法律赋予了消费者公平交易权，从法律层面上进一步促成消费者与经营者交易信息实质对等的状态。但在大数据技术时代，一方面，经营者通过对消费者的个人信息的收集、分析、挖掘，从而给消费者贴上专属标签，这严重恶化了消费者与经营者之间信息不对称的状态，使得消费者公平交易权的形式公平都难以维持。另一方面，消费者在最开始注册使用电子商务网络平台时，总是不得不接受平台经营者所制定的一些免责的格式条款和对消费者个人信息的收集条款，如果不勾选同意的选项，则被强制无法使用该平台，在这种情况下，消费者根本没有与经营者进行谈判的权利[3]。再则，对于经营者所标明的商品或服务价格，消费者无法像线下交易时与经营者进行议价，处于弱势的消费者只能接受经营者制定的价格。而又因线上交易时，消费者之间是互相隔离的，对于经营者针对自己给出的商品报价，消费者一般不知道该报价与商品一般价格是否一致。经营者实行大数据“杀熟”时对不同消费者进行差异化定价违反了交易的实质公平，有违消费者的内心真实意愿，严重侵犯了消费者的公平交易权。

2.3. 大数据“杀熟”侵害消费者个人信息权

大数据“杀熟”是以获取消费者的个人信息为前提，经营者在实施大数据“杀熟”的过程中对消费者个人信息权的侵害难以避免。《消费者权益保护法》第29条明确规定经营者收集消费者个人信息，使用信息的目的、范围、方式等应征得消费者的同意，并规定经营者对消费者个人信息具有保密义务；第50条规定经营者侵害消费者个人信息应承担一定的法律责任。但在实践中，电商平台经营者对消费者个

人信息的收集与倒卖的现象却屡出不鲜，监管者对此也难以防范。一方面，互联网平台本身具有对数据收集与储存的优势，在互联网快速发展的环境下，电商平台对消费者个人信息收集的成本也越来越低，收集的方式也不再局限于通过用户主动注册与使用，通过数据众包等其他途径同样也可以获得用户数据。有些商家通过提供赠送服务或以个性化定制等噱头收集用户信息，用户为了免费得到服务一般不会拒绝信息的收集[4]。另一方面，电商平台获得消费者的个人信息后，其对信息的分析深度与真正用途并不会告知消费者。对于使用目的，平台只会告知消费者这是平台使用所需，若消费者不同意，则无法继续使用该平台。在这个信息时代，掌握用户信息便是优势所在，所以电商平台并不会主动将其收集到的信息删除，而是经过多次反复挖掘加以利用，帮助其掌控交易主动权。再则，法律并没有明确赋予消费者对于其数据的主体地位，对消费者个人信息的保护范围及内容也未做出明确规定，以至于经营者侵害消费者的个人信息权后，消费者无法利用其主体身份对该部分信息主张权利。

3. 大数据“杀熟”下多层面保护消费者权益

3.1. 适当外延消费者的知情权

知情权是《消费者权益保护法》规定消费者享有的基本权利之一，知情权的关键所在便是知悉商品或服务的价格。传统的线下销售模式中，消费者与经营者之间存在严重的信息不对称现象，故《消费者权益保护法》中明确规定了消费者知情权与知情权的范围；为了适应科技的迅速发展与消费者消费模式、观念的改变，2013年我国对《消费者权益保护法》的修订中，新增了特定领域经营者的信息披露义务以便更好的保障消费者在网络购物环境下的知情权；2019年实施的《电子商务法》进一步扩展了消费者知情权的范围。法律虽然具有滞后于社会发展的特征，但从不会缺席。随着大数据技术的发展，人们的消费模式与消费习惯已经发生了很大的变化，这种变化极大的便利了我们的生活，但为消费者知情权的实现设立了重重障碍，使得保障权利的呼声愈加强烈。经营者依据定价算法对其收集到的消费者个人信息进行分析以实现各个消费者特定定价，甚至实现营销定价的“千人千面”模式。尽管平台页面存在形式意义上的“明码标价”，但是依据算法所报价的过程严重损害了消费者的知情权，而目前我国的法律对此没有专门的规制条款，因此可以考虑将《消费者权益保护法》规定的知情权范围适当外延，如将经营者相关数据的来源、收集消费者信息的真正用途、实行差异化定价的考量因素等纳入消费者知情权的范围[5]。当经营者通过对消费者数据进行分析后决定实行差异化定价时，应当先就此向消费者进行合理的说明，之后的交易选择权由消费者自主决定；经营者在消费者注册时就应以书面的形式明确其数据信息是否是定价的考量因素，并对此征得消费者的同意。

3.2. 完善对算法权力的法律规制

算法权力简单来说就是智能算法基于其调配资源的优势而形成的一种事实上的技术权力，就本文而言，大数据“杀熟”中所运用的独特技术工具——定价算法，便属于一种算法权力。现阶段，算法技术因人工智能的快速发展而有了进一步的提升，在社会的发展过程中扮演中举足轻重的角色，但目前我国的法律对算法规制却处于相对空白的状态或呈现偏向于保护数据的态势。大数据“杀熟”行为中所涉及的定价算法，其作为一种算法工具是绝对中立的，但是对于设计此算法的人而言，便难以保持中立，因此很容易出现算法歧视的现象，如大数据“杀熟”中给不同消费者制定特定价格。为了防范对算法技术的滥用而损害消费者的诸多权益，我们应该转变思路，即重心从偏向于个人数据保护向偏向于算法规制转移。首先，为了防止他人滥用算法技术损害消费者的权益，相关部门可以依据程序正当原则设计算法利用过程中的相关制度[6]。其次，应注重数据来源的正当性、正确性和算法设计人员保持客观。数据是算法的基石，技术人员是算法的构建者，如果这两者中的任何一个出现问题，那算法必定是错误的，对

此我们还应建立算法的道德伦理评价机制和问责机制。最后，将现有法律中关于算法规制的条款落实到位。虽然法律具有滞后性，但对于算法规制，具体到本文的大数据“杀熟”行为并非真的无法可依，若将《电子商务法》、《消费者权益保护法》中相关条款再进行细化、完善便可以使其具有可操作性。

3.3. 完善市场的监管制度

大数据技术的发展催生了电商平台跨行业、跨领域的经营模式，大数据“杀熟”行为可能会同时触发多个部门的监管，而因相关立法不够明确、缺乏统一的监管制度与模式，当涉及到多个部门的监管时，各部门之间可能会相互推诿监管责任，将商家的违法行为置于无人监管的境地，助长商家侵害消费者权益的不良之风，不利于对电商网络环境的法治治理。完善市场监管制度，使各个部门职能分明，将有效的保障消费者的权益，遏止不良商家对消费者权益的侵害。完善市场监管制度可以考虑从以下几个方面进行：1) 明确监管主体，将相关部门或机构的职能、权限一一明确，防止出现各相关部门之间出现推诿责任的情况。各部门内部之间应加强沟通，有效协调各方来保障消费者的利益，打击不良商家的违法行为。目前立法尚不明确大数据“杀熟”等行为的监管主体，根据大数据“杀熟”的自身性质建议由市场监督管理总局担起牵头责任，统筹协调管理。2) 实施事前事后并重监管的模式，相关部门对算法在制定过程与使用过程的监管应同样重视。相关部门可以采用大数据技术监管电商平台的大数据行为，利用大数据技术实时监测，对可疑的交易进行严查，一旦发现“杀熟”行为便严惩不贷^[7]。必要时可以通过引入其他方式的法律制裁，加大惩罚力度。3) 各相关部门应开通消费者的举报渠道且随时保持畅通。处于弱势地位的消费者，很可能因被“杀熟”后损失的金额较小和维权成本高而选择沉默，若相关部门在其微信公众号和官方微博的平台上开通举报通道，在本部门的职能范围内对消费者提供相关的证据进行核实调查，涉及其他部门职权范围的便进行移交，同时反馈给消费者。该举措不仅可以帮助消费者维权，对于企业之间的相互监督也有一定的积极作用。

3.4. 加强消费者的权利救济

在大数据时代下，消费者的弱势地位甚至比过去还要低，为了消费者更好的加强对自身权利的救济，可以参考适用社会法部门的基本原则——倾斜保护原则。对处于弱势地位的消费者给予一定的倾斜，使消费者与经营者之间达到相应对等状态，进而保障消费者的权益。以该原则作为指导，具体可以采取以下做法：1) 适当加重平台经营者的举证责任。数据保留在平台经营者手中，当消费者通过诉讼的方式来保障自身的权利时，消费者需要证明经营者利用大数据“杀熟”自己的事实，可谓是难于登天。因此，法律可以规定将大数据“杀熟”相关纠纷列入举证责任倒置的范围，由经营者对其分析消费者个人信息的合法性进行举证证明。2) 完善公益诉讼制度。公益诉讼制度是为了保障不特定消费者的公共利益而设立的一个诉讼制度，当消费者权益受到侵害时特定组织可以作为诉讼的主体代表消费者提起诉讼。但实践中存在公益诉讼主体少、消费者在公益诉讼中请求损害赔偿的难度大等问题，因此完善公益诉讼制度对维护消费者权益至关重要。一方面，可以扩大适格的主体范围，在电子商务盛行的今天，网络侵权案件频发，诉讼主体的严格限定使公益诉讼的起诉、取证等其他诉讼阶段难以取得较好的效果。因此可以考虑将各级人民检察院、县以上的消协、相关的职能部门等纳入公益诉讼适格主体范围^[8]。另一方面，允许提起损害赔偿的诉讼请求，对大数据“杀熟”的相关纠纷，允许一定的赔偿可以有效的震慑那些平台经营者，保障消费者的权益，改善网络销售的法治环境。

3.5. 增强消费者的维权意识

大数据“杀熟”损害了消费者的诸多权益，仅靠国家设立制度来规制该行为是不够的，作为市场主

体的消费者更应该提高自身的安全意识,防止权利不受侵害。具体可以采取如下措施:1) 不要随意忽视商家的有关声明。现实生活中许多消费者不注意阅读商家的有关声明,随意让渡自己的权利,最后导致自身的权益受损。所以注册为电商平台新用户时,对于平台所展示的相关使用协议应认真阅读,尤其是平台将对自己的哪些个人信息进行收集与利用、平台的免责条款等内容高度重视。对于平台发布的一些隐私声明也要注意阅读,并了解。2) 提高自身对商品价格的敏感度,不让无良商家有机可乘。进行网上购物时,可以将各个平台的出售的同一商品的价格进行比较,再做出最佳的选择。3) 建立理性的消费观念,不要盲目的追求低价,以防被无良商家利用。4) 提高自身的维权意识,当自己的权利受到侵害时不应保持沉默,而要坚决捍卫自己的权利,不助长商家的不良之风。5) 养成保存相关证据的习惯,当意识到自己的权利受到侵害时,应保存好交易记录、带有时间戳的截图以及其他相关的证据材料,便于维权。

4. 结语

平台经营者通过收集消费者的信息,利用定价算法对消费者实施大数据“杀熟”行为,这严重侵犯了消费者的知情权、公平交易权和个人信息权。在此之下,需要从完善立法、完善市场监管、增强消费者权利救济等层面完善对大数据杀熟的规制,并联合各个部门共同发力来保护消费者的权益。

参考文献

- [1] 胡元聪,冯一帆. 大数据杀熟中消费者公平交易权保护探究[J]. 陕西师范大学学报(哲学社会科学版), 2022, 51(1): 161-176.
- [2] 陈佳楠. 电商平台经营者大数据“杀熟”的法律规制[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2020.
- [3] 程啸. 论大数据时代的个人数据权利[J]. 中国社会科学, 2018(3): 102-122+207-208.
- [4] 金幼芳,王凯莉,张汀菡. 《个人信息保护法》视角下“大数据杀熟”的法律规制[J]. 浙江理工大学学报(社会科学版), 2021, 46(6): 693-701.
- [5] 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[J]. 价格理论与实践, 2018(8): 47-50.
- [6] 张凌寒. 算法权力的兴起、异化及法律规制[J]. 法商研究, 2019, 36(4): 63-75.
- [7] 许明月,陈小维. “大数据杀熟”行为的法律规制——以消费者权益保护为视角[J]. 西南石油大学学报(社会科学版), 2021, 23(6): 72-80.
- [8] 朱建海. “大数据杀熟”的法律规制困境及其破解路径[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2021, 33(1): 64-72.