

大数据“杀熟”行为法律规制研究

王文雅

陕西理工大学经济管理与法学学院, 陕西 汉中

收稿日期: 2023年12月12日; 录用日期: 2023年12月28日; 发布日期: 2024年2月29日

摘要

算法和数据的发展为社会的发展带来诸多便利,但是在平台经济中,平台经营者往往滥用数据和算法,对消费者实施大数据杀熟行为,即同物不同价。这一行为侵犯了消费者的知情权、公平交易权等诸多权益,并且扰乱市场经济秩序的稳定和发展,因此需要对大数据杀熟进行规制。平台经营者和消费者是交易的双方主体,法律是社会治理的有效手段,政府是进行社会治理的重要主体,故应从法律、消费者、平台经营者以及政府监管四个方面分析大数据杀熟频发的原因。我国现有的法律规范体系尚不完备、消费者维权难度较大、平台对算法技术的滥用以及监管体系不完善导致大数据杀熟现象频发,故在此基础上提出健全法律规范体系、降低消费者维权难度、平台经营者加强行业自律以及构建完备的监管体系的规制路径。

关键词

大数据杀熟, 平台经营者, 消费者, 个人信息保护

Research on the Legal Regulation of Big Data “Killing” Behavior

Wenya Wang

School of Economic Management and Law, Shaanxi University of Technology, Hanzhong Shaanxi

Received: Dec. 12th, 2023; accepted: Dec. 28th, 2023; published: Feb. 29th, 2024

Abstract

The development of algorithms and data has brought a lot of convenience to the development of society, but in the platform economy, platform operators often abuse data and algorithms to carry out big data killing behavior on consumers, that is, different prices for the same thing. This behavior violates many rights and interests such as consumers' right to know and the right to fair trade, and disrupts the stability and development of the market economic order, therefore, it is necessary to regulate the big data killing. Platform operators and consumers are the main parties

文章引用: 王文雅. 大数据“杀熟”行为法律规制研究[J]. 法学, 2024, 12(2): 1206-1211.

DOI: 10.12677/ojls.2024.122176

to the transaction, the law is an effective means of social governance, and the government is an important subject of social governance. We should analyze the reasons for the frequent occurrence of big data from four aspects: law, consumers, platform operators and government supervision. The existing legal system is not complete, consumer rights protection is difficult, platform abuse of algorithm technology and imperfect regulatory system lead to the frequent occurrence of big data killing. Therefore, on this basis, it is proposed to improve the legal normative system, reduce the difficulty of consumer rights protection, strengthen industry self-discipline of platform operators, and build a complete regulatory system.

Keywords

Big Data Killing, Platform Operators, Consumer, Protection of Personal Information

Copyright © 2024 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

随着大数据和算法技术的发展,平台经营者通过算法技术得出消费者的消费偏好,为其提供个性化的服务和产品,最大限度节省了消费者时间,提高经营者的效率。但是随着大数据时代的到来,部分平台经营者滥用算法技术,对平台用户实施“大数据杀熟”行为,即面对不同的消费者实施不同的定价。对于平台的新用户,倾向于较低的价格和更好的服务体验来引流;而对于平台的老用户,尤其是产生了一定粘性的熟客用户,便以消费者的最大支付意愿和最大支付能力来制定高于一般用户的价格,其常见发生于外卖、在线旅游、网络购物等领域。

2. 大数据杀熟的相关概述

2.1. 概念

“大数据杀熟”这一行为既涉及经济学领域,又涉及法学领域,是近年来引起广泛关注的社会问题。在经济学中,这一行为被认定为“一级价格歧视”,即经营者根据消费者的最大支付意愿和最大支付能力实施定价,从而获得最大的消费者剩余。在法学领域,目前尚未有法律对大数据杀熟进行明确的规定,但在理论学界,学者们对这一行为有不同的见解。其代表性观点有三种:一是价格歧视说,即认为大数据杀熟的本质是同物不同价的价格歧视行为;二是价格欺诈说,即平台实施的高价本质上是诱骗消费者的行为,符合价格欺诈的构成要件;三是算法歧视说,认为大数据杀熟的本质是平台对算法技术的滥用,不同的价格只是其表现形式。笔者认为,“大数据杀熟”就是平台经营者最大限度获取消费者信息,通过算法技术得出消费者的消费偏好,构建用户画像,从而对不同的消费者实施不同的定价,损害消费者权益的行为。其本质属于价格歧视行为,即“同物不同价”。

由于市场经济本身是动态的、不断变化的,因此要注意区分大数据杀熟行为与精准营销行为。两者之间的区别在于,杀熟行为会侵犯消费者的合法权益,是法律禁止的行为;精准营销行为是正常的商业经营行为,能够促进市场经济的发展。

2.2. 技术路径

平台经营者实施大数据杀熟的基本运作逻辑是“收集信息-加工信息-差异化定价”。平台经营者实施大数据杀熟以获取信息为前提,以算法技术为工具,最终形成差异化定价的结果。具体包括以下步

骤：首先是收集消费者的信息，包括消费者的浏览痕迹、购买记录、消费能力等消费信息以及性别、年龄等基本个人信息。平台收集信息的途径主要有两种：一是通过用户的授权协议，授权平台对用户的信息进行收集、使用、披露等；二是平台之间的数据共享，在使用某一平台时，用户可以使用微信、支付宝等方式一键登录，无形之中便将个人信息授权给第三方。其次是利用算法技术对收集的信息进行分析，从而得出消费者的消费偏好，为消费者制定用户画像，将消费者划分为价格敏感型和价格不敏感型；最后是实施无正当理由的差异化定价行为，即不同的消费者在面对同一产品或者服务时需要支付不同的价格。不难发现，使用美团 APP 订酒店时，苹果手机的用户会比使用安卓手机的用户就同一房型支付更高的价格，即便是同一时间预定。

2.3. 危害性

数据和算法技术本身是中立的，其所呈现的社会效果是使用者意志的体现。平台经营者对其合理使用可以提高经济效率，但若对其加以滥用，必然会对消费者乃至市场经济秩序产生负面影响。

利用大数据进行杀熟即是平台滥用数据和算法技术的表现之一，最直接的受害人是消费者。对于消费者而言，杀熟行为不仅侵犯了消费者的财产权益，也侵犯了消费者的知情权、公平交易权等人身权益。算法技术具有隐蔽性与复杂性，且消费者与平台经营者处于不对等的交易地位，消费者无从得知自己的购买价格是否与他人相同、经营者是否对其实施了杀熟行为，从而侵犯了消费者的知情权。除此之外，消费者的公平交易权也会受到侵犯。具体而言表现在两个方面，一是消费者以较高的价格获得与他人同样的产品以及服务，二是平台的使用功能和同意平台获取其信息的服务协议往往捆绑在一起，消费者若是不同意或者不授权平台给出的协议，则无法对平台进行使用，消费者往往为了取得平台或者 APP 的使用权而被迫同意协议。

从整体来看，杀熟行为不利于市场经济秩序的稳定和发展。北京市消费者协会于 2022 年对大数据杀熟问题进行了社会调查，调查报告结果显示，六成以上的受访者表示有过被杀熟的经历。这说明大数据杀熟是高频发生的现象，影响的是消费者群体的利益而非个别消费者。在侵犯消费者合法权益的基础上，必然会对整个市场经济秩序产生负面影响。虽然杀熟行为不易被察觉，但消费者一旦察觉，不仅会对直接实施杀熟行为的经营者产生排斥，也会对平台内其他经营者产生信任危机，不利于市场经济秩序的稳定发展。

3. 大数据杀熟行为频发的原因

3.1. 法律规范体系尚不完备

我国尚未有法律对“大数据杀熟”这一行为进行规定，法律的适用也存在不确定性。实务中往往是利用已有的相关法律对其进行规制，但是不同的法律在适用性方面都存在不足。

“大数据杀熟”属于价格行为，《价格法》是能够有效规制价格行为的法律规范，但是《价格法》自 1997 年制定以来，从未进行过修订，其内容规定比较笼统模糊，难以适用和规制大数据时代背景下平台经济的乱象丛生。《价格法》第十四条规定：“经营者不得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”。这一条文虽然规制了价格歧视行为，但其指向对象却为其他经营者。而在现实生活中，价格歧视的受害者多为消费者，因此，《价格法》这一条文并不能适用于如今频发的大数据杀熟这一现象，其保护对象范围过小。

大数据杀熟在某种程度上也是市场垄断行为，故可以适用《反垄断法》对其进行规制。《反垄断法》第二十二条¹对适用主体进行了限定，仅限于在市场中占有支配地位的经营者，无法对“不具有市场支

¹《反垄断法》第二十二条：禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……(六)没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇。

配地位的相关平台经营者”进行有效管理和规制，而此类经营者恰好是能够实施杀熟行为的主体。在数字经济背景下，只要掌握了数据和算法技术，“不具有市场支配地位”的中小型平台经营者也能够实施大数据杀熟行为。故《反垄断法》的相关规定适用主体的范围过窄，无法对“不具有市场支配地位”但实施大数据杀熟行为的经营主体进行规制。除此之外，国务院发布的《禁止滥用市场支配地位行为规定》第十九条²规定了“允许实施差别待遇的正当情形”，这为经营者提供了抗辩理由，因为其规定的“正当理由”缺乏统一的界定标准，在实务中难以认定[1]。

《个人信息保护法》能够在收集信息方面规制大数据杀熟行为。《个人信息保护法》构建了以“知情-同意”为核心的个人信息保护规则，平台收集个人信息应在事前明确告知其用途、获取范围等内容，并征得用户同意。在实践中，平台在登录使用之前会弹出请求同意“隐私声明”的界面，从形式上看似乎满足了个人信息保护的要求，用户能够选择同意或者不同意，但是平台所设置的同意隐私声明往往与其使用功能捆绑在一起，用户要么同意，要么退出[2]。若用户不愿意将个人信息授权给平台，便无法使用该平台，用户往往会被迫同意来换取平台的使用权。因此，平台只有在形式上遵守了“知情-同意”规则，但这一规则在保护个人信息方面并未发挥实质作用，其法律效力被架空。

3.2. 消费者维权难度较大

大数据杀熟针对的行为对象是消费者，这一行为主要针对于“熟客”即平台或者经营者的老客户，此类消费者倾向于在同一平台或者商家选择商品或者服务，长此以往，易对其选择的平台或者商家产生路径依赖心理，而大数据杀熟又被称为一级价格歧视，其所实施的不同定价行为是恰好是依据算法和技术而得出的消费者能够接受的最高支付价格，虽然支付价格高于其他消费者，在属于杀熟对象的可接受范围内，只要价格不是过分高于正常市场价格，消费者并不倾向通过法律途径来维护自身的合法权益。在中国裁判文书网中检索“大数据杀熟”的案例，显示的文书仅有几例，这足以说明消费者的维权意识不强，忽略了自身利益的维护。

另一方面，算法技术具有极大的隐蔽性，而市场交易本身就是一个动态的过程，价格受到供求关系的影响，在不同的时间、地区出现波动属于正常现象。平台与消费者交易地位不对等，消费者处于弱势地位，消费者无从得知其他消费者的购买价格，不易察觉自己“被杀熟”，若消费者通过诉讼来维护自身权益，基于《民事诉讼法》中“谁主张，谁举证”的证明原则，其难以证明平台对其实施了价格歧视的侵害行为，相关数据被平台所控制和使用，取证难度较大，这也是阻碍消费者积极维权的一个因素。

3.3. 平台经营者基于追逐效益而对算法技术的滥用

平台经营者是实施大数据杀熟的主体，其承担了不可推卸的责任。平台之所以肆意滥用数据和算法实施杀熟行为，是各方面综合因素产生的结果，包括自身追逐利益和外部监管不足等多种因素，但最根本还是在于平台经营者滥用算法技术。在利益的驱使下，加之杀熟行为具有隐蔽性和即时性，杀熟行为不易被察觉，不仅是普通的消费者难以察觉，市场监督管理部门也很难将某一行为认定为“杀熟行为”从而进行监管和处罚。这使得平台经营者更加肆意妄为，对用户实施杀熟行为。平台经营者作为互联网经济中的重要组成部分，一味的追逐经济利益而不顾社会公共利益，这种行为应当被谴责。

3.4. 行政监管体系不完善

大数据杀熟涉及市场监督管理部门、国家互联网信息办公室等多个行政部门，多部门共同监管一方

²《禁止滥用市场支配地位行为规定》第十九条：禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易条件上实行下列差别待遇。本条所称“正当理由”包括：（一）根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例，实行不同交易条件；（二）针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动；（三）基于公平、合理、无歧视的平台规则实施的随机性交易；（四）能够证明行为具有正当性的其他理由。

面可以实现对大数据杀熟行为的全方面监管，但是也容易造成各部门之间相互推诿，发生监管空缺的局面。这是因为我国法律并没有明确规定具体的职能部门来监管大数据杀熟行为，所以各个部门之间存在职能交错或者空缺的问题。除此之外，我国对于大数据杀熟的监管方式过于单一。行政机关倾向于事后惩罚的监管方式，对于实施大数据杀熟的平台进行罚款等行政处罚，但是大数据杀熟具有极强的隐蔽性和复杂性，仅靠事后监管的方式难以对其进行监督和管理，其监管方式存在一定的滞后性，应发挥行政机关事前监管的作用。

4. 大数据杀熟的规制路径

4.1. 建立完备的法律规范体系

法律存在局限性和滞后性，因此需要对其完善进而提高法律法规的适用性。但并非一旦出现新的社会问题就需要出台新的法律法规，立法需要一定的时间周期，但频发的社会问题亟需治理。因此，可以通过修正案或者司法解释的途径完善法律规范体系。

从现有的规制大数据杀熟的相关法律来看，在《个人信息保护法》层面，应构建实质上的“知情-同意”规则。在知情方面，应进一步扩大用户的知情权范围，不仅包括其用途、使用目的、使用方法等内容，该应将“平台是否对消费者实施个性化推荐、是否对用户制定了与其他消费者不同的价格”情况纳入知情权的范围，使消费者在充分知晓情况后再自行决定是否与其进行交易^[3]。在同意层面，根据平台获取以及处理消费者信息的风险等级不同，构建不同等级的同意制度。在一般场景下，只需要获得消费者的个人同意即可，但是对于行踪轨迹、人脸识别等重要且敏感的信息，平台需要获得消费者的双重同意。

《价格法》与《反垄断法》在大数据杀熟问题的适用上存在类似的问题。在《价格法》层面，应对第二十二条规定中的“其他经营者”进行修改，扩大其适用范围，将消费者群体纳入保护范围。同时可以出台司法解释对过于笼统模糊的法律条文进行补充说明，使其能够适用于实践中复杂而具体的社会问题。在《反垄断法》层面，应修改“具有市场支配地位的经营者”这一限定主体，将不具备市场支配地位但能够实施大数据杀熟的中小型平台企业纳入规制范围^[4]。也可以对大数据杀熟的实施主体作为特殊规定，通过司法解释进行详细的说明和列举。

4.2. 降低消费者的维权难度

在消费者与平台的双方交易中，消费者处于弱势地位。平台利用大数据以消费者偏好为依据推送相关信息以及产品时，为消费者制造了信息茧房，消费者不易察觉自己是否被平台杀熟。即便意识到自己被杀熟，消费者并不倾向于采取法律途径救济自己的利益。因此，一方面要增强消费者的维权意识，要积极行权；另一方面要降低消费者的举证难度，降低消费者的维权成本。在维权意识方面，可以通过官方的号召来引导消费者增加维权意识。2018年，大数据杀熟随着官方媒体报道进入了大众视野。同样，最高院可以将大数据杀熟的成功维权案例作为指导性案例发布，官方的公众号媒体可以将消费者通过诉讼成功维权的司法案例进行报道和宣传，让消费者了解大数据杀熟行为属于侵权行为，是可以通过诉讼手段进行维权的，提高消费者的维权意识。

在诉讼中，应降低消费者的举证难度。《民事诉讼法》确定了“谁主张，谁举证”的证明原则，这意味者平台实施的侵权行为均需要消费者承担证明责任，如非法获取和利用数据信息、异常价格波动等侵权行为。由于平台是数据的控制者和实际使用者，消费者无从获取这些数据和相关证据，便无法成功维权。因此大数据杀熟可以适用“举证责任倒置”原则，由平台承担证明自己没有实施不合理的定价行为，若不能证明，则需要承担侵权责任。这样可以降低消费者的维权难度，使消费者与平台的博弈过程

中处于均衡状态。

4.3. 平台经营者加强行业自律

平台是数据的使用者，享有了相应的权利即对数据进行支配从而扩大经济效益。基于权利与义务相一致的原则，也应尽到应有的义务[5]。平台在获取信息前应尽到告知和说明义务；在使用信息中应坚持必要和适当的原则，同时对于获取的信息要尽到保密义务，不能滥用甚至转手进行二次倒卖；使用后根据消费者的要求及时删除。坚持经济效益与社会效益的统一，营造良好的市场经济秩序，维护企业形象。2021年，广州市市场监管局发布消息称，在联合市商务局召开的有关“大数据杀熟”的行政指导会上，京东、美团等10家互联网平台企业签署《平台企业维护公平竞争市场秩序承诺书》，承诺不会对消费者实施大数据杀熟行为。其他互联网平台经营者都应向他们学习，加强行业自律，共同维护良好的市场经济秩序和社会环境。对于提供重要互联网平台服务，用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系，成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督。

4.4. 构建更加完善的行政监管体系

在监管主体方面，应由法律明确规定大数据杀熟的监管主体，对其权力职责进行明确说明，避免出现无人监管的局面。若涉及到多个部门，应对具体各个部门之间的权限进行明确分工，保证行政监管体系内部是统一协调的，避免出现部门之间相互推诿或者职责重合的局面。在监管方式方面，仍要发挥事后处罚的警示作用，但应坚持事前监管与事后处罚并举的监管方式，对大数据杀熟实施一定的预防措施。比如为平台增设一定的义务，平台利用算法实施个性化决策前应当进行备案，由相关部门进行审查。此外，监管部门也可利用大数据建立在线网监测系统，对平台动态达成实时监测的效果。

5. 结语

大数据和算法技术提高社会生产力，推动经济快速发展，为人类生活带来极大的便利，但同时也带来了大数据杀熟等社会问题。治理大数据杀熟这一社会问题，要发挥法律、消费者、平台以及政府等多方主体的作用，单一的法律监管发挥的作用有限，只有各方主体协同治理，才能有效规制大数据杀熟行为。

基金项目

本论文为陕西理工大学2023年度校级研究生创新基金项目“智慧养老中老年人个人信息的法律保护研究”成果(项目编号: SLGYCX2326)。

参考文献

- [1] 宋佳宁, 王钰坤. “大数据杀熟”行为法律规制问题探究——以胡红芳诉携程案为例[J]. 信阳师范学院学报(哲学社会科学版), 2023, 43(4): 42-49.
- [2] 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): 136-151.
- [3] 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.
- [4] 李琳. 平台经济中“大数据杀熟”的理论阐释与治理对策[J]. 商业经济研究, 2022(18): 90-93.
- [5] 纪如雪, 闫国东, 刘玉因. 大数据“杀熟”现象及对策研究——基于价格歧视视角[J]. 经营与管理, 2022(11): 33-38.