

“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

宋佳宁,王钰坤

(天津工业大学 法学院,天津 300387)

摘要:“大数据杀熟”行为的本质是电商经营者运用数据信息分析技术进行“一级价格歧视”,以掠夺全部消费者剩余的行为,其严重侵犯了消费者的知情权和公平交易权。《个人信息保护法》《消费者权益保护法》《价格法》等现行法对于“大数据杀熟”行为均有规制,但在法条中存在对“大数据杀熟”行为定性不明、不同法律规范间相互冲突、消费者举证责任难度大以及经营者赔偿力度小等问题,导致该行为在实践中难以得到有效遏制。针对上述法律条文中有关“大数据杀熟”行为具体规定的不足,应该分别从信息收集、用户画像、区别定价三个阶段进行完善。

关键词:大数据杀熟;价格欺诈;《个人信息保护法》;《消费者权益保护法》;《价格法》

OSID:



中图分类号:D922.294 **文献标识码:**A **文章编号:**1003-0964(2023)04-0042-08

随着数字经济的蓬勃发展,互联网在提供数字化便利的同时,也暗藏诸多风险。2022年1月,被称为“大数据杀熟第一案”的“胡红芳诉携程案”(以下简称“胡红芳案”)于绍兴市中级人民法院开庭,法院判决携程公司实施的行为对胡红芳构成价格欺诈并按照差额房价的3倍对其进行赔付。对于胡红芳提出的携程公司实施了“大数据杀熟”行为这一观点,法院认为“胡某疑虑携程公司‘大数据杀熟’存在一定理由,但是携程公司‘大数据杀熟’确证与否,不构成影响本案实体判决的事实基础”^①。因此,法院并未对该行为进行进一步审查确认。这一判决再度引发学界对“大数据杀熟”行为的热烈探讨,也加深了社会大众对该行为的认识。本文以“胡红芳诉携程案”为例,讨论在大数据时代如何减少电商经营者对消费者合法权益的侵害,分析现行立法规制中存在的问题,寻找规范“大数据杀熟”行为的有效法律途径,以期对完善我国“大数据杀熟”行为的法律规范体系具有现实意义。

一、“大数据杀熟”行为概述

(一)“大数据杀熟”行为的产生

“大数据杀熟”一词最早源于亚马逊平台的一次

“差别价格实验”。2000年9月,为提高销售毛利率,亚马逊电商平台在售卖名为《Titus》的DVD光盘时,对老用户的定价相较于新用户的价格高出近4美元,该行为立即被一名亚马逊老用户发现并投诉,同时也引发更多老用户的声讨。最终,亚马逊公司CEO贝佐斯不得不以亲自道歉并退还差价的方式结束这场闹剧。在我国,2018年一网友发现自己作为某软件的老用户所预订房间的价格比偶尔使用该软件的朋友所预定的房价高,投诉无果后将这一情况发布于微博,从此“大数据杀熟”一词开始进入大众视野。在2022年北京市消费者协会公布的互联网“大数据杀熟”问题调查中,七成受访者认为“大数据杀熟”现象频发,六成表示曾被不同平台“大数据杀熟”过^[1]。可见“大数据杀熟”现象屡见不鲜,消费者普遍认为其合法权益受到了电商经营者的侵犯,因此惩治“大数据杀熟”行为乱象已刻不容缓。

(二)“大数据杀熟”行为的定义

“大数据杀熟”一词并不属于法律专有名词,而是当老用户发现自己所购买的商品价格比新用户高时,对这种使自己合法权益受到损害行为的戏谑称呼。实际上,“大数据杀熟”行为背后的根本运作逻辑主要包括三个阶段。

收稿日期:2023-04-26

基金项目:天津市哲学社会科学规划一般项目(TJFX21-004)

作者简介:宋佳宁(1985—),女,天津人,法学博士,副教授,研究方向为经济法。

第一阶段为数据收集阶段,具体表现为用户在注册和使用软件的过程中与电商经营者进行密切业务往来,此时用户会在不经意中暴露大量个人信息,电商经营者则在用户不知情的情况下尽其所能地收集这些信息。除此以外还存在软件之间的信息共享,即用户在使用某一软件时对其他软件进行授权,使不同经营者之间能够进行数据交换从而达到减少电商经营者信息收集成本的目的。第二阶段为用户画像阶段,是指电商经营者利用数据信息分析技术,依据第一阶段所掌握的用户信息以用户的年龄、学历、生活区域、喜好类型、消费水平等为基础对用户进行画像,借此向用户推送个性化商品使其进入“信息茧房”,实现所谓“精准营销”。这也是“杀熟”行为的关键一步,电商经营者对于用户个人信息的收集越精准和全面,越有利于其达到在定价上“千人千价”的目的。在实际上,不少互联网企业内部会设立专门部门对用户进行全方位的信息收集整理并据此对其标签化,再根据用户的行为习惯和消费能力精准投放其更感兴趣的商品,从而提高用户的购买率。第三阶段为区别定价阶段。具体表现为,对于消费水平较高或对平台依赖度较大的用户,电商经营者会给予相对较高的定价,并且还会依据消费者的用户画像确认消费者能够接受的消费上限并将其作为定价依据。

综上,“大数据杀熟”行为的概念可归纳为电商经营者通过数据信息分析技术对经常使用该软件的用户进行数据收集,在了解用户的消费上限后对用户进行画像,从而给不同的用户设定不同的价格以掠夺全部消费者剩余的行为。此种行为导致的结果是,商家为获取超额利润,凭借忠实用户对软件的高信任度和高依赖度对用户信息进行极致收集,以掠夺全部消费者剩余,极大地侵害了消费者的合法权益。

二、“大数据杀熟”行为的定性

当前“大数据杀熟”行为饱受诟病,但在实践中却难以遏制,主要原因是在司法实践中对该行为定性不明,无适当法律进行规范。而在学界,对于“大数据杀熟”行为的定性主要存在价格歧视与价格欺诈两种争议。

(一) 价格歧视

多数学者认为“大数据杀熟”行为的实质为价格歧视^[2]。价格歧视也称差别定价,最初被用于经济学研究中,一般是指经营者销售同一商品时对同一用户或不同用户索取不同价格^[3]。价格歧视主要包

括三个级别。一是一级价格歧视,又称为完全价格歧视,即经营者以每个消费者所愿意为商品或服务支付的最高价格定价,其目的是掠夺全部消费者剩余。二是二级价格歧视,主要是指经营者可以依据消费者购买的商品或服务的数量不同而自由地确定商品或服务的定价。其与一级价格歧视的区别在于在一级价格歧视中,商家清楚不同消费者愿意购买商品或服务的临界值,并将该临界值作为定价依据,而在二级价格歧视中,商家则依据消费者购买商品或服务的数量不同进行分段定价。相较于一级价格歧视来说,二级价格歧视对于消费者剩余的剥削程度有所降低。三是三级价格歧视,即经营者对于特定的消费者群体给予相较于其他消费者的价格让步,例如学生优惠价、老人优惠价等。而“大数据杀熟”行为被多数学者定性为一级价格歧视。

我国法律目前对于价格歧视并未给出明确定义。“价格歧视”一词首次出现于《中华人民共和国价格法》(以下简称《价格法》)第14条第5项,同时《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第22条第6项也从滥用市场支配地位的角度对价格歧视进行规定。因此,如果将“大数据杀熟”行为定性为价格歧视,则意味着该行为属于《反垄断法》的规制范畴。但如将“大数据杀熟”行为适用《反垄断法》,将出现以下障碍。

1. 行为主体身份不当

根据《反垄断法》第9条规定,具有市场支配地位的电商经营者不得利用市场支配地位运用算法技术侵害消费者和其他电商经营者的合法权益,即满足该条款规制的前提是电商经营者具有市场支配地位。然而如何界定市场支配地位目前尚存争议。即使能够确定其具有市场支配地位,此时该电商经营者也可以通过业务的拆分方式达到使自身不具有市场支配地位的效果,从而避免适用该条款。除此以外,随着大数据的进一步发展,不具有市场支配地位的电商经营者也能够更加容易地掌握“大数据杀熟”技术并实施“大数据杀熟”行为。所以,将电商经营者只限定为“具有市场支配地位”这一条件,缩小了“大数据杀熟”行为的规制范围,无法切实保障消费者的合法权益。

2. 规制对象存在误差

《反垄断法》第22条第6项中“差别待遇”条款和“大数据杀熟”中“区别定价”内容相似,但该条款除主体要件为具有市场支配地位的电商经营者外,行为要件也要求具有从事滥用市场支配地位的行为,这无疑进一步缩小了规制对象^[4]。除此以外,

《禁止滥用市场支配地位暂行规定》基于对市场经营主体自主权的尊重,允许电商经营者“针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动”等内容作为合理理由进行抗辩,该条款一度成为电商经营者实施“大数据杀熟”行为的“避风港”,进一步加大了消费者证明自身权益受到侵犯的举证难度。综上,如果将“大数据杀熟”行为定性为价格歧视,对于不具有市场支配地位或者未从事滥用市场支配地位行为的电商经营者而言,实施“大数据杀熟”行为时《反垄断法》无法规制。

(二) 价格欺诈

2022年出台的《明码标价和禁止价格欺诈规定》第2条对价格欺诈做出明确定义,“大数据杀熟”行为符合价格欺诈的条件,可以从主体要件、主观要件、客观要件、法律后果要件以及因果关系要件5个方面进行分析^[5]。

1. 主体要件的多元化

在线下交易过程中,合同双方当事人为法律关系简单的商家和用户。而线上交易通常包含多重法律关系。在“胡红芳案”中,胡红芳于携程平台下单预订酒店,后携程平台向该酒店电话预约,胡红芳与平台经营者以及平台内经营者均确立合同关系,其合同主体具有多元化的特征。所以在实践中需先确定欺诈行为呈现的法律关系,进而确定侵权主体的身份。

2. 电商经营者存在主观故意

在“大数据杀熟”行为中,电商经营者使用数据分析技术针对不同消费者制定不同价格的本质,是利用消费者在错误意思表示下支付价款,从而达到赚取超额利润的目的,存在主观故意。在“胡红芳案”中,携程平台提供给用户的房价相较于正常房价高出一倍,该平台经营者不仅知情,而且存在刻意隐瞒酒店真实价格以骗取最大利润的情况。

3. 电商经营者存在客观上的积极欺诈行为

有学者认为“大数据杀熟”行为属于消极价格欺诈,其理由为电商经营者通过数据信息分析技术隐瞒对不同用户进行的区别定价的行为。但积极欺诈与消极欺诈的本质区别在于是否采用积极作为的方式使消费者陷入错误意思表示。而“大数据杀熟”行为的实施手段是电商经营者提高对于消费能力较强,或对商品价格不敏感的老用户所购买的商品价格,这满足积极欺诈的内涵。在“胡红芳案”中,电商经营者基于用户画像确定胡红芳满足被“杀熟”条件,并为其提供远高于正常房价的虚假价格,已然构成积极欺诈。

4. “大数据杀熟”行为造成用户实际损害

“大数据杀熟”行为是电商经营者通过牺牲消费者剩余来满足自己获取超额利润的行为,一方面造成消费者财产利益的损失;另一方面商家在对用户进行“杀熟”的过程中过度收集用户的个人信息,侵害了用户的个人信息保护权^[6]。并且商家通过制定虚假的价格,侵犯了用户的知情权和公平交易权。在“胡红芳案”中,携程平台运用信息分析技术过度收集胡红芳的个人信息,确定胡红芳能够成为被“杀熟”对象后对其进行欺诈,使胡红芳的人身权益和财产权益均遭受损害。

5. 损害和欺诈行为之间存在直接因果关系

从因果关系看,消费者受到的损害和欺诈之间存在直接的因果关系。显而易见,正是由于电商经营者在对用户信息进行收集并且对其进行画像后实施的欺诈才使得用户的个人利益受到损害。在“胡红芳案”中,携程公司通过将胡红芳所定的酒店价格提高到市场价的两倍有余,从而对当事人造成财产损失,因此存在直接的因果关系。

除此以外,价格歧视和价格欺诈的立法目的也存在不同。价格歧视是垄断的一种形式,受到《反垄断法》的制裁,而该法属于竞争法,根据其第1条的规定可知,保护市场公平竞争为该法的第一要义,但“大数据杀熟”行为的直接侵害对象为消费者,理应将消费者的权益保护放在首位。可见《反垄断法》的保护显然有些舍近求远。相反将“大数据杀熟”行为定性为价格欺诈,一方面符合《价格法》的立法目的,另一方面也满足了价格欺诈的实质要件。所以“大数据杀熟”行为应被定性为一种新型的价格欺诈行为。

三、“大数据杀熟”行为的法律规制现状

当前《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)、《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)、《价格法》以及《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)分别在信息收集、用户画像和区别定价阶段对“大数据杀熟”行为进行间接限制,但由于所保护法益不同以及当前立法存在着对关键概念定性不明等情况,导致不同法律之间存在相互冲突、条文重复等问题。下文以“大数据杀熟”行为的三个阶段为视角,比较重合部分法律条文的优劣,概括总结现行法对“大数据杀熟”行为的规制现状。

(一) 信息收集阶段

首先,《个人信息保护法》第17条明确规定了电

商经营者在新用户注册时的告知义务,但是用户对于电商经营者所告知的内容是否能够选择不同意,法条并没有给予明确解释。因此在实践中,即使电商经营者通过制定《隐私条款》和《服务协议》履行其告知义务,仍存在过度收集个人信息并且拒绝用户对以上格式条款进行修改的情况,一旦用户选择拒绝同意《隐私条款》或《服务协议》,软件将会自动退出。表面上用户被赋予了信息自决权,但实际上为达到使用该软件的目的,用户只能选择“同意”以上条款。此外,还存在《隐私条款》及《服务协议》的条款冗余、内容晦涩难懂等问题,这大大提高了消费者的阅读门槛,最终导致相关条款名存实亡。

为防止滥用用户个人信息,《个人信息保护法》第15条赋予了用户对个人信息的撤回权。撤回权是指用户可以随时撤销电商经营者已经取得的用户的个人信息,这是一种对于个人信息被滥用的事后补救措施。但该救济方式却使电商经营者陷入较为尴尬的境地:电商经营者在获得用户同意的情况下投入大量成本对用户信息进行整合与加工,以期供自己使用创造新的价值,但是在信息使用期间,用户若选择撤回个人信息,则电商经营者只能被动接受用户的撤回申请并归还其个人信息,导致电商经营者对该用户的加工整合成本被大大浪费,从而倒逼电商经营者为减少合规成本寻找规避途径,使该条款成为一纸空文。

同时,《消费者权益保护法》第29条规定了经营者收集消费者个人信息的使用原则、使用规则以及需承担的后果,但在实践中该条款的规制效果并不明显。虽然前述条款明确电商经营者对于个人信息的收集和使用要经过消费者的同意,但是由于在现实生活中电商经营者通过格式条款收集用户个人信息,即使该格式条款对消费者的个人信息进行过度收集,消费者仍难以拒绝。同时该条规定也并未正面列明消费者应当被保护的个人信息的具体内容,以致消费者在维权时既没有明确法条作为依托,也无法有效监督电商经营者对个人信息的使用行为,更难以主张对电商经营者非法使用的个人信息进行修改与删除。

(二) 用户画像阶段

涉及在“大数据杀熟”行为中针对用户画像阶段的立法规制主要包括《个人信息保护法》的第24条和《电子商务法》第18条,二者皆赋予用户去个性化的权利。相较于《电子商务法》第18条,《个人信息保护法》第24条对于“大数据杀熟”行为的规制范围更广。然而《个人信息保护法》第24条对于“个人权

益有重大影响”的概念界定不清,以及《电子商务法》第18条对“搜索结果”所包含的内容界定不明,导致这两部法律在实践中缺乏可操作性。

《个人信息保护法》第24条明确禁止个人信息处理者对用户在与交易价格等条件上实行不合理的差别待遇。但消费者维权需以“对个人权益有重大影响的决定”为前提,否则无法要求个人信息处理者对其进行说明。并且如何界定“对个人权益造成重大影响”目前主要依靠法官的主观心证,未有法律条文对其进行界定,这将进一步导致消费者在实践中难以承担具有“重大影响”的举证责任。例如,在刘某诉美团案^②中,刘某与同事外卖价格存在差异,是否造成“对个人权益有重大影响”不得而知,因此即使该条文对“大数据杀熟”进行一定的限制,但该条款的内涵仍存在着极大的不确定性。

《个人信息保护法》第24条赋予用户反自动化决策的权利,而《电子商务法》第18条则仅从电商经营者提供“搜索结果”这一方面赋予用户去个性化的权利。《电子商务法》第18条第1款规定用户有权决定是否同意电商经营者利用数据信息分析技术对用户进行个性化搜索,强调了用户享有电商经营者对其个人信息数据收集的知情权和自主选择权。该条款虽然确定了用户可以通过取消个性化推荐,来切断电商经营者对用户个人信息的收集和画像,然而在实践中仍存在大量不合理之处。首先对于消费者而言很难知晓去个性化选项的具体位置。其次该条款中去个性化规定主要是指“搜索结果”,但“搜索结果”究竟包含哪些内容仍未可知,并且除可以通过用户检索这一手段收集个人信息外,还可以通过用户在页面的停留时长以及对个性化推送商品的点击率来搜集用户的信息,从而完成用户画像。显然该条款的适用范围较窄,不能对“大数据杀熟”行为进行有效限制^[7]。

(三) 区别定价阶段

区别定价阶段是用户最易察觉自己合法权益受到损害的阶段。对于区别定价阶段的法律规制主要包括《消费者权益保护法》和《价格法》。然而《消费者权益保护法》的立法困境在于实践中对消费者知情权、公平交易权的保护难以落实,而《价格法》的实施难度在于“大数据杀熟”行为的定性尚不明确。

《消费者权益保护法》第8条、第9条规定了消费者拥有知情权和公平交易权。而在互联网交易过程中,由于电商经营者的趋利性,在充分掌握消费者画像后,电商平台对消费者进行商品的个性化推送,对于低于用户消费水平的商品,平台将不再进行推

送,这实质上限制了消费者以更低价格购买商品的自由,侵害了消费者的知情权。除此以外,商家对不同消费者购买同一商品收取不同费用的行为也侵害了消费者的公平交易权。然而,在实践中消费者却因难以收集到足够的证据证明其知情权和公平交易权受到侵犯而无法维护自身合法权益,因此如何降低消费者的举证难度成为实现该条文的关键所在。

同时,《消费者权益保护法》第20条要求经营者对商品进行明码标价。然而对于“大数据杀熟”行为而言,其并不满足该条款的规制条件,因为电商经营者实际上在购物页面进行了明码标价,即消费者能够在购物页面中清晰地看到商品的价格,但不同于线下的明码标价,由于算法具有隐蔽性的特征,商家在事实上对不同消费者制定了不同的价格,这虽然在实质上造成了对消费者公平交易权的侵犯,但是由于“大数据杀熟”行为满足了该条款的形式要件,所以该条款难以适用。

除此以外,《价格法》第14条第4款和第5款规制对象与“大数据杀熟”行为存在相似之处,然而如前所述,由于目前学界对“大数据杀熟”行为的定性不明,所以是否能够适用《价格法》第14条第4款尚存争议。退一步讲,即使能够适用该条款,在实践中也可能存在较大问题。如基于大数据算法隐蔽性的特征以及电商经营者的交易价格属于商业秘密无从得知等原因,认定商家存在“利用虚假的或者使人误解的价格手段”的难度较大,这就导致消费者举证责任门槛较高。而《价格法》第14条第5款的规制对象为其他电商经营者而非消费者,因此该条款并不存在适用空间。

四、“大数据杀熟”行为法律规制的完善建议

面对“大数据杀熟”行为,当前立法不仅应解决“大数据杀熟”行为的定性问题,而且应提供规范“大数据杀熟”行为的法律途径。

(一)信息收集阶段

“大数据杀熟”行为的信息收集阶段是通过信息注册和信息使用两种途径完成的,该阶段应当注重保护个人信息权益以及规范个人信息处理行为,这与《个人信息保护法》保护的法益不谋而合,因此在该阶段可以参考适用《个人信息保护法》。然而尽管《个人信息保护法》对于信息注册和使用均进行限制,但是该法中仍存在注册阶段用户选择空间有限以及使用阶段用户撤回困难等不足,可通过以下路径进行完善。

1.注册阶段引入个人信息分级同意制度

注册阶段的信息收集是“大数据杀熟”行为的起点,也是最基本的一步,能否进行用户画像以及区别定价,在很大程度上取决于注册阶段的信息搜集是否达到电商经营者的要求。然而用户在阅读《服务合同》《隐私条款》时,只能被迫选择完全同意来换取软件的使用权,且存在《服务合同》《隐私条款》内容晦涩难懂、无法修改等情况,这些都造成用户“告知同意”的权利流于形式,并进一步影响问责机制的实施。因此,应当引入个人信息分级同意制度,采用用户选择权与拒绝权相分离的模式,减少格式条款中的强制性同意的内容。同时《个人信息保护法》第29条规定,敏感个人信息应取得个人的单独同意,严禁电商经营者通过格式条款将个人敏感信息与一般信息混淆^[8]。因此,为减少电商经营者利用算法对个人信息进行过度收集的情况发生,应当对个人敏感信息设置多个“同意”或“拒绝”按钮^[9],而且还需电商经营者利用显著方式以及清晰易懂的语言列明^[10]。同时,为提高用户的权利意识,应当强制性要求用户阅读隐私政策文本,即注册时弹出隐私政策文本,并要求经过一定时间后才可勾选关闭。增强《隐私条款》文本的可读性,除显著标志个人敏感信息的收集外,可创新文本表达方式,比如通过漫画或者图表等方式提醒用户对重要隐私信息进行慎重勾选。

2.使用阶段完善用户同意撤回权

在信息使用阶段,用户享有个人信息的撤回权,即对于电商经营者已经收集的个人信息,用户享有使用全过程的处分权。然而,目前面临的情况是,一方面用户难以得知自己享有撤回权^[11];另一方面,如果国家立法中引入同意撤回机制,电商经营者的合规成本将大大增加,这样势必会导致电商经营者为降低合规成本而寻找规避途径,架空该条款的实际效用。因此为避免同意撤回制度沦为一纸空文,首先应加强对信息主体的告知义务。信息处理者应当于一定时间内向消费者出具其通过对于用户的消费习惯或者与其他软件进行信息共享获得的潜在的个人信息报告。其次完善同意撤回权的撤回流程。经营者应当明确告知消费者撤回个人信息的途径并设立专门部门及反馈机制,实现信息保护和信息利用之间的动态平衡^[12]。除此之外,用户的信息撤回权也应受到一定的限制,既保证用户行使撤销权,又不影响数据信息的留存。另需注意,为保障政府有关部门检索等需要,用户对于撤回前信息的收集并无行使撤销权的空间,也即用户无法要求彻底删除

平台对于撤回前信息的收集。

(二) 用户画像阶段

用户画像阶段在《电子商务法》第 18 条和《个人信息保护法》第 24 条中存在法条内容的交叉重合的情况,其实质均为用户有权禁止电商经营者的用户画像行为。然而《电子商务法》第 18 条“电商经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或服务的搜索结果”中“搜索结果”一词过于泛化,相较于《个人信息保护法》第 24 条中“不得对个人在交易价格等交易条件上实施不合理的差别待遇”之规制,该条对于“大数据杀熟”行为的限制更加间接,因此在用户画像阶段更宜使用《个人信息保护法》第 24 条的规定,不过对于该条款中的“对个人利益有重大影响”的概念可做进一步解释。除此以外,《个人信息保护法》第 54 条对内算法审计制度也对用户画像阶段的立法监管进行创新,然而该制度规定过于原则化,对用户画像阶段的监管制度还需进一步完善。

1. 进一步解释“重大影响”的判断标准

《个人信息保护法》在新一轮的立法中引入了自动化决策的概念,为大数据信息的快速发展做好了应对之策。然而正如上文所说,《个人信息保护法》第 24 条因“对个人利益有重大影响”的这一重要概念模糊不清而难以实现其立法目的,同时容易造成滥用的风险。现阶段对于“重大影响”的判断,只能依据法官的主观心证,结合具体案件予以判断,这将极易出现“同案不同判”的情况。因此立法机关应当进一步明确“重大影响”的内涵,限制法官的自由裁量权,以维护司法公平。根据该条款可知个人行使自动化决策拒绝权的前提条件在于:一是自动化决策做出的决定影响了个人权益,该权益既包括人身权又包括财产权。二是自动化决策对个人权益造成了“重大影响”。因此对于“重大影响”可从人身和财产两方面进行界定。首先对于财产方面的规定可借鉴刑法中经济犯罪中“数额巨大”“数额特别巨大”的量刑标准,各地方法院依据地方经济状况确定价格区间作为“重大影响”的标准,为用户行使拒绝权及法院行使审判权提供便利。同时对人身方面造成的损害由于存在很难量化的情况,法官可依职权裁量,结合具体案件事实予以分析^[13]。

2. 建立“审计员制度与企业杀熟黑名单”的监管制度

《个人信息保护法》第 54 条确立了对内算法审计制度,即规定个人信息处理者要定期对个人信息进行审计。这样就可以确保监管部门将监管对象从

外部“穿透”至平台内部的算法运行层面^[14]。该条款对于用户画像的负面影响能够起到很好的抑制作用,即如果个人信息处理者能够定期做好审计,对于被滥用的个人信息及时停止使用,就可以大量减少“大数据杀熟”行为,但该制度也存在规定过于原则化的问题。可借鉴个人信息审计员制度进一步完善内部算法监管制度,。具体而言,规定在满足一定规模的企业内部设立个人信息审计员岗位,确定审计员的职能、审计内容等,并要求审计员定期向监管部门进行工作汇报。个人审计员制度可以在加强企业自我监督的同时,解决政府因对大数据不熟悉而导致的监管不到位等问题。

此外,可对滥用用户个人信息的企业设立行业黑名单制度,一旦企业行为被确定为“大数据杀熟”行为,即可比照失信人黑名单,将其列入“大数据杀熟”黑名单并进行公示。同时为确保“黑名单”的效果,也应在该黑名单企业平台提示顾客该企业存在“大数据杀熟”行为,为消费者合法权益不受侵害提供“双保险”。除此以外,为提升企业杀熟黑名单的威慑作用,达到通过消费者用脚投票倒逼企业对“大数据杀熟”行为进行整改的目的,也可对其进行分级管理。若某一企业“大数据杀熟”行为被认定为达到黑名单最高等级即可要求其停业整顿,企业只有经整改并被审查无问题后方可被移出黑名单。

(三) 区别定价阶段

如上所述,本文将“大数据杀熟”行为定性为价格欺诈行为,应当适用《价格法》第 14 条第 4 款的规定,然而在实践中存在消费者在区别定价阶段举证责任过重的情况。同时,《价格法》第 40 条并未规定价格欺诈行为对消费者的赔偿责任。基于此,可设立电商经营者举证责任倒置制度以及公益诉讼前调解机制,减少消费者举证压力。同时将《价格法》第 40 条与《消费者权益保护法》第 55 条的惩罚性赔偿相衔接,较好地实现对“大数据杀熟”行为中消费者权益的倾斜性保护。

1. 设立电商经营者举证责任倒置制度

在大数据算法迅速发展的时代,电商经营者在信息获取能力、经济能力以及市场支配力中拥有优势地位,使得原本就处于弱势地位的消费者地位进一步被弱化,加剧了电商经营者与消费者之间的不平等,除此以外电商经营者也会以促销、优惠等手段进行抗辩,使得消费者维权道路举步维艰。因此为保障消费者的实质正义,进一步落实对消费者的“倾斜保护原则”,在“大数据杀熟”案件中应当适用举证责任倒置制度。要求电商经营者有义务对商品或服

务涉及定价部分的相关信息保留,并在义务保存期内由商家对其收集、分析消费者的个人信息以及最终对消费者进行区别定价的合法性进行举证。在发生纠纷时,消费者仅需证明其遭受“大数据杀熟”行为的侵害,而电商经营者要举证证明其利用消费者信息进行定价的合法性,减轻个人信息主体的举证责任,提高消费者的胜诉率,增强消费者的维权信心。

2. 扩大公益诉讼主体范围并建立诉前调解程序

根据《消费者权益保护法》第47条规定,当前对于消费公益诉讼的适格原告仅包括中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会。然而消费者被“杀熟”的现象极其普遍,仅以省级及以上消费者协会作为适格原告范围过窄,因此可借鉴《个人信息保护法》第70条规定,增加各级检察院作为适格原告,同时应当将消费者协会的主体范围扩大到设区的市级行政区划及以上,以此更好地维护被侵权的消费者合法权益。同时由于部分消费者受损害金额相对较小,为减少消费者及法院的诉讼成本,可建立诉前调解制度,双方当事人在不损害社会公共利益的前提下,达成调解协议后公示无异议可解决纠纷^[15]。若双方争议太大难以解决争议,可再将案件移送至审判庭进行审判。同时法院也应当在适用调解前进行审查,原告需提供自己受到的损害与电商经营者实施“杀熟”行为存在必要联系的相关证据,法院方可进行调解。

3. 严格电商经营者的损害赔偿赔偿责任

“大数据杀熟”行为属于价格欺诈行为,在法律定性上依据《价格法》第14条第4项进行认定,在法律责任上则依据《价格法》第40条进行处罚。然而该处罚仅为行政处罚,消费者被“杀熟”后难以获得相应赔偿。依据“倾斜保护弱者”原则,应当扩展《价格法》中对于价格欺诈的处罚范围。将其与《消费者权益保护法》中关于消费者受到欺诈行为的处罚规定进行衔接,当司法机关将电商经营者的行为定性为“大数据杀熟”行为时,可依据《消费者权益保护法》第55条规定对消费者进行赔偿。同时由于电商经营者对于不同消费者定价不同,存在难以统计用户被“杀熟”的具体金额的问题,所以应当进一步提高惩罚性赔偿金额或按照平台商家实际收益的倍数进行处罚^[16]。

此外,“大数据杀熟”行为在本质上是电商经营者利用我国当前对数据信息分析技术治理监管的立法缺位,肆意侵害消费者的合法权益的行为。当前《个人信息保护法》对于自动化决策已建立初步的算

法问责制度,但仅确立了算法问责制的基本框架,缺乏可实施性,因此对于数据信息分析技术应当进一步完善算法问责制^[17]。首先,在信息收集阶段可建立算法备案制度,即在算法投入市场进行应用前应将这方面的数据、程序及代码等信息向监管部门进行备案并经审核后方可使用。同时可设立数据实时监测数据库,即监管部门可建立商品价格对比数据库,该数据库可将用户规模较大的平台价格进行对比,增加商品或服务价格透明度^[18]。其次,在用户画像阶段加强对算法运营的审查,可通过对不同行业的算法运营抽检,警示电商经营者在使用算法的过程中禁止对算法的滥用,以保证消费者的知情权、公平交易权以及个人信息保护权。再次,在区别定价阶段应落实被追责主体的法律责任,加大对被追责主体的处罚力度,从而做出公正的裁判。进一步完善算法问责制,加强对算法滥用行为的预防作用,减轻算法失当行为所带来的危害及负面影响。

注释:

- ① 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。
- ② 刘某与其同事在美团外卖平台订购了相同套餐,但其配送费却贵了几元,故刘某以三快科技公司利用“大数据杀熟”的技术手段为由提起诉讼,后败诉。参见(2019)湘01民终9501号。

参考文献

- [1] 王婧.北京市消协发布调查报告:六成多受访者有被大数据“杀熟”经历[EB/OL].(2022-09-09)[2023-02-22].<https://finance.sina.com.cn/jjxw/2022-09-09/doc-imqqsmrn8412126.shtml>.
- [2] 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.
- [3] 邹开亮,彭榕杰.大数据“杀熟”的法律定性及其规制:基于“算法”规制与消费者权益保护的二维视角[J].金融经济,2020(7):51-57.
- [4] 黄伟川.大数据杀熟的定性及违法性分析[J].中国价格监管与反垄断,2022(8):45-49.
- [5] 郑翔,魏书缘.算法定价模式下的消费者权利保护[J].东北师大学报(哲学社会科学版),2022(4):83-90.
- [6] 张淑芳.我国个人信息保护规范供需现状述评[J].信阳师范学院学报(哲学社会科学版),2023,43(2):33-39.
- [7] 陈奕欣,王志祥.“大数据杀熟”的法律规制现状及路径研究:从《中华人民共和国电子商务法》角度进行分析[J].郑州航空工业管理学院学报(社会科学版),2022,

- 41(3):52-57.
- [8] 王利明. 敏感个人信息保护的基本问题:以《民法典》和《个人信息保护法》的解释为背景[J]. 当代法学, 2022, 36(1):3-14.
- [9] 李晓磊, 邓丹. 网络平台企业隐私协议存在的主要缺陷及完善对策:以隐私协议知情同意条款为中心展开实证研究[J]. 辽宁师范大学学报(社会科学版), 2022, 45(5):59-66.
- [10] 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.
- [11] 万方. 个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”[J]. 中国法学, 2021(1):167-188.
- [12] 叶敏, 玛丽亚木·艾斯凯尔. 论个人信息同意撤回权的现实困境与完善建议[J]. 财贸研究, 2021, 32(11): 62-71.
- [13] 杨立新, 赵鑫. 利用个人信息自动化决策的知情同意规则及保障:以个性化广告为视角解读《个人信息保护法》第24条规定[J]. 法律适用, 2021(10):22-37.
- [14] 张凌寒. 《个人信息保护法(草案)》中的平台算法问责制及其完善[J]. 经贸法律评论, 2021(1):36-46.
- [15] 秦传熙, 丁鑫. 环境民事公益诉讼诉前调解机制之制度价值和体系架构[J]. 人民司法, 2020(22):46-51.
- [16] 聂洪涛, 韩欣悦. 互联网平台数据垄断法律规制的困境与出路[J]. 长白学刊, 2021(4):93-100.
- [17] 冒纯纯. “大数据杀熟”的监管规制路径探讨[J]. 中国市场监管研究, 2021(7):49-53.
- [18] 张惠彬, 王思宇. 数字经济时代算法价格歧视的监管难题与出路研究[J]. 价格月刊, 2022(8):9-16.

An Exploration of the Legal Regulation of “Big Data Killing” Behavior

— in the Case of HU Hongfang vs. Ctrip

SONG Jianing, WANG Yukun

(School of Law, Tiangong University, Tianjin 300387, China)

Abstract: The essence of the “big data killing” behavior is that the e-commerce operators use data information analysis technology to carry out the “first-level price discrimination” to plunder all consumers’ surplus, which seriously violates consumers’ right to know and fair trade. Existing laws such as The Personal Information Protection Act, The Consumer Rights and Interests Protection Law and The Price Law all regulate the behavior of “big data killing”, but there are problems in the law such as unclear characterization of “big data killing”, conflicts between different legal norms, difficulty in the burden of proof for consumers, and small compensation for operators, which makes it difficult to effectively curb this behavior in practice. By analyzing the specific provisions of the “big data killing” behavior in the above legal provisions, in view of the above deficiencies, this paper puts forward suggestions to improve the three stages of information collection, user portrait and differential pricing.

Key words: big data killing; price gouging; The Personal Information Protection Act; The Consumer Rights and Interests Protection Law; The Price Law

(责任编辑:吉家友)