

大数据杀熟的治理路径——从《消费者权益保护法》角度分析

侯晓梦

山东理工大学

DOI:10.12238/ej.v7i7.1735

[摘要] 大数据“杀熟”侵害了消费者的知情权和公平交易权等。本文从大数据杀熟的概念及路径出发对大数据杀熟现象进行界定,确认其是经营者通过“数据收集—用户画像—区别定价”这三个步骤对消费者实现的一种“价格歧视”行为。细化《消费者权益保护法》规定,明确消费者的同意权、知情权、反悔权、损害赔偿请求权等个人权利体系格外重要。

[关键词] 大数据杀熟; 价格歧视; 路径分析

中图分类号: F063.2 **文献标识码:** A

The Governance Path of Big Data Killing—Analysis from the perspective of the Consumer Rights and Interests Protection Law

Xiaomeng Hou

Shandong University of Technology

[Abstract] Big data "ripening" infringes on consumers' rights to information and fair trade. From the concept and path of big data to kill maturity, the phenomenon of big data to kill maturity is defined, and it is confirmed that it is a kind of "price discrimination" behaviour of the operator to consumers through the three steps of "data collection – user profiling – differential pricing". The Law on the Protection of Consumer Rights and Interests has been refined to define the phenomenon of big data ripening. It is particularly important to refine the provisions of the Law on the Protection of Consumer Rights and Interests, and to clarify the system of individual rights of consumers, such as the right to consent, the right to be informed, the right to renege, and the right to claim compensation for damages.

[Key words] big data kills; price discrimination; path analysis

引言

“大数据杀熟”第一次出现在人们的视野中是在国外。2000年,一用户发现在亚马逊网站上购物时,删除cookie记录前后商品价格不一致。在国内出现是在2018年初,一名网友在微博自曝被大数据“杀熟”。2019年媒体公布“2018年十大消费侵权事件”,以及2020年《我被美团会员割了韭菜》一文的爆火一次次将“大数据杀熟”推上了舆论热点,从而迅速引起了公众对其他消费平台相似遭遇的声讨。其实,“杀熟”行为在传统的经济模式中早已经存在,商家利用熟人的信任来谋取超额的利润,“装修不找熟人”等等言论在老百姓之间广为流传。互联网技术的兴起,使商家利用大数据杀熟更为方便且普遍。虽然我国对该问题的规制研究在《消费者权益保护法》《价格法》《个人信息保护法》及《电子商务法》中有体现,但我国现存法律仍无法很好的应对大数据杀熟的问题,相应的法律法规仍需尽快完善。现本文仅从《消费者权益保护法》的角度分析对于身处在大数据时代的消费者如何免受大数据“杀熟”行为的伤害。

1 大数据杀熟的概念

1.1 大数据杀熟的法律规定

我国的法律法规中暂时还未有对“大数据杀熟”行为是什么的明确规定,但有从侧面对其进行界定的法律法规。如《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》的第17条中规定判断构成差别待遇应当考虑的因素,即经营者根据消费者的消费偏好哪些,支付能力的大小,消费者习惯购买哪些及什么时候购买等来用大数据和算法对商品进行差异性定价。但本指南是一个指导性文件而非法律,它不具有强制性,它的出台是为了将《反垄断法》中的规则进行细化以至于能够更好地执行,它没有改变《反垄断法》的相关要求,也尚未转化为法律义务。

1.2 “大数据杀熟”的学界争论

学界对“大数据杀熟”的界定主要有以下几种观点:一是“侵权责任说”,本观点是从经营者的主观目的出发,认为经营者为了获取更大的商业利益,利用熟客的依赖性和对信息不对称性进行宰客,侵犯了消费者知情权与公平交易权^[1],属于侵权

行为, 需要承担相应的法律责任。二是“算法滥用说”, 本观点认为应该强调“大数据杀熟”的技术路径, 即“大数据杀熟”利用算法这个技术工具。三是“价格歧视说”, 本观点认为“大数据杀熟”属于一级价格歧视^[2], 即企业根据每一个买者对产品的购买意愿(而不是根据产品的成本不同)来制定产品价格的。本文认为, 单纯的一种学说都不能完全地对大数据杀熟行为进行很好的界定, 故认为大数据“杀熟”是指经营者通过滥用算法的方式, 即依据消费者个人偏好对数据进行收集并适用, 判断不同消费者的支付意愿, 以用户信息为基础对相同产品或服务进行差异定价, 从而侵犯消费者知情权与公平交易权的行为。

2 “大数据杀熟”的路径分析

2.1 运用技术收集大量用户信息

随着网络技术的快速发展, 网络平台收集用户数据也变得越来越容易。手机应用后台实时收集人们手机上的各种个人数据, 然后在服务器上存储和使用。人们在生活中常用“互联网时代, 人人都是透明人”来调侃这一现象。网络平台从消费者获得的个人信息主要有两类: 一是注册信息和使用信息。^[3]在网上注册软件时, 用户有时需要提供更敏感的个人信息, 如银行卡号、身份证号和真实姓名, 如支付宝。二是软件的信息共享, 电子商务平台不仅自己收集用户数据, 而且还相互交换数据。注册软件允许用户用其他公司软件的账户登录, 允许信息在软件之间通过合法的账户联系进行交换和联系。例如, 如果我们在浏览器中搜索某种成分, 然后下载一个烹饪软件, 便会自动推荐相应的食谱, 只为搜索食谱而设计的软件便可能会侵犯我们的隐私。

2.2 运用算法量化分析数据以为用户画像

大数据和人工智能迅猛发展, 通过画像对用户信息进行标签化展示。^[4]商家平台在积累了大量用户数据的基础上进行操控, 算法利用消费者信息的不对称性和平台依赖性, 准确地对用户进行描述, 分析用户的消费水平和购买偏好, 从而制度有针对性的市场策略, 对同一产品对不同消费者展现不同价格。

2.3 动态差异化定价

根据用户画像, 在线平台调整价格来实现“精准营销”和“千人千价”, 以达到“杀熟”的目的。大数据杀熟通过收集和给用户画像向不同消费者展示不同的价格的方法有很多, 如对消费水平高或者是对价格相对不敏感的一部分消费者提高价格, 或将商品卖高于市场正常水平很多的价格。就像是我们平常滴滴打车有时会发现去同一地点同一时间, 苹果手机所呈现的价格要比其他手机的花费价格高。平台通过对用户信息的综合分析, 得出结论, 苹果手机用户比普通用户更有经济实力, 对价格的敏感性相对较低, 更容易接受更高的价格。因此, 平台向苹果手机用户显示较高的出租车价格; 或是对价格敏感的消费发放大定期的优惠券来鼓励消费者消费并最终完成交易; 也可以用户搜索某个关键词的次数为基础推断其购买此商品的紧迫性, 然后依此进行价格调整。

3 “大数据杀熟”的治理困境

3.1 性质难以界定。

一些学者认为“大数据杀熟”是价格欺诈, 我国法律明确强调经营者对所有消费者具有“明码标价”的义务, 即应该在收购、销售商品和提供服务时要公开标示价格, 而“大数据杀熟”是针对消费者个人的差异化定价, 在互联网平台购买商品时每个消费者只能知道经营者给自己的定价, 而不能知道除自己以外的消费者购买此商品时的价格是什么样的, 这显然违背了“明码标价”的要求, 侵犯消费者知情权和公平交易权, 故认定其是价格欺诈。而另有一些学者认为“大数据杀熟”是价格歧视。他们认为“大数据杀熟”不是通过使消费者对商品或服务价格产生误解的方式来达到诱骗其消费的结果, 不符合价格欺诈情形。实际“大数据杀熟”是广义上的价格歧视, 通常表现为差异化定价, 其对象为消费者。

3.2 交易双方信息不对称

注册协议的捆绑, 信息收集标准的模糊, 数据算法的隐蔽性, 造成了交易双方信息的严重不对称。在平台休闲交易的情况下, 平台从消费者那里收集更多的市场信息, 利用计算机技术的优势, 商家可以轻松地通过平台知道消费者在网上平台的消费记录, 并整合这些信息, 对每个消费者制定专属的画像。

3.3 缺少监管部门的监管。

传统的市场管理办法难以应对大数据“杀熟”的强变化性、高隐蔽性, 很多商家利用这些钻法律的空子, 损害消费者的权益。目前, 中国的价格监管机构有市场监管局、物价局共18个网络监管机构。然而我国没有针对这一行为的专门监管部门, 不能针对大数据“杀熟”行为设置配套管理模式。这导致消费者发现自己被杀熟后, 不清楚该向部门举报。各机构在执行各自的监管任务时, 往往会将责任推给对方, 这无疑会导致这类非法行为的增加。

3.4 定价标准难以解释

电商平台没有一个详细可清楚分析的定价标准, 它的定价一般是基于算法或者特殊的规律来确定的而用户在购买产品的时候处于被动的一方, 无法去左右价格的制定, 也无法去使整个行业的商品的价格水平发生改变。例如, 美团外卖的配送费不是固定的, 虽然平台称其与距离的长短、天气的好坏等有着密切的联系, 但是在同一时间在相邻的店面购买外卖配送费却不是完全一样的, 一家免收配送费但另一家的配送费是3元。这就可以在大数据的控制下平台属于有控制权和决定权的一方, 定价完全由其来决定, 用户没有话语权。

4 《消费者权益保护法》规制大数据杀熟问题的完善路径

《消费者权益保护法》涉及了大数据“杀熟”的一些相关内容, 但其明确性和可操作性比较差, 对大数据“杀熟”陷入了监管困境。因此, 在“大数据杀熟”的大背景下, 完善和细化《消费者权益保护法》的相关规则是有效规范大数据“杀熟”的重要途径。

4.1 落实消费者同意权制度, 明确消费者的个人信息权利体系

《消费者权益保护法》规定了消费者的同意权, 将其“消费者对其个人信息有充分的控制权”作为法理基础, 但在实践中消费者同意权的行使形式化严重。建议立法以“相对控制”的理念为指导原则, 明确消费者的个人信息权利体系, 对其个人数据进行环境控制和披露控制。一是立法明确消费者可以自由控制选择交易环境权, 赋予消费者控制侵扰交易环境自由和消费者安宁权的行为的出现, 如手机监控减少垃圾短信的收取; 二是立法禁止收集者未经明确允许向第三方披露数据, 明确并将收集用途告知消费者, 禁止垃圾广告定向投放。

4.2 拓展消费者知情权的外延, 增设经营者义务规则

经营者收集并使用消费者的个人信息来进行“杀熟”营销, 以及未经消费者同意向第三方披露其收集的个人信息, 侵害了消费者的知情权。一方面, 经营者分析和使用消费者的个人信息, 以实现经济中第一阶段的价格歧视, 必须在处理开始前告知消费者相关信息。另一方面, 企业基于大数据分析的营销和定价, 不符合消费者和社会大众的常识。这严重违反了“明码标价”的要求, 与消费者和整个社会的常识有质的区别。因此, 在大数据背景下, 《消费者权益保护法》应该增设如下经营者义务规则: 其一, 经营者为营销、定价等经营目的分析处理消费者的个人信息, 必须在处理开始前向消费者进行告知; 其二, 经营者告知消费者其基于对消费者个人信息的分析而进行区别性定价。

4.3 弥补消费者反悔权制度的适用局限

《消费者权益保护法》规定在七天内, 消费者享有无理由退货权, 无需说明退货理由。在大数据杀熟行为中, 要严格设置消费者反悔权制度, 平衡买卖双方的利益。一是立法明确价格欺诈的概念及其构成, 细化消费者反悔权的适用范围。二是规范市场主体的促销行为和价格欺诈行为, 对其不法促销的行为确立相关规定并依此予以调查和处罚。

4.4 严格经营者的损害赔偿赔偿责任

规范“大数据杀熟”行为, 运用“倾斜保护”原则来严格经

营者的损害赔偿赔偿责任, 保护消费者的权利尤为重要。它是指对弱者进行倾斜性保护来达到一定程度的平等状态, 它通过矫正不平等的现象, 恢复失衡的社会关系。其一, 应加重经营者的举证责任。经营者处于一种强势地位, 其获得信息较消费者更为简单, 适用举证责任倒置, 如举证不能, 则认定其收集消费者信息并使用的行为是违法的; 其二, 明确消费者计算自身遭受损失的方法。将消费者购买商品支付的价格与其他消费者支付的最低价的差额视作消费者的损失, 保护被害消费者的权益。

5 结语

“大数据杀熟”现象越来越严重, 不仅影响互联网经济的发展, 而且使消费者和经营者之间的关系越来越恶劣。我们必须采取有效的法律手段来防治“大数据杀熟”行为。大数据有利有弊, 是一把双刃剑, 其在给我们生活带来便利的同时也使消费者几乎成了一个透明人。我们要用正确的方式去运用它, 分析规制“大数据杀熟”行为面对的困难, 采取立法、执法、司法对公民的权利进行保障。

[参考文献]

[1]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(06):693-701.

[2]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(01):64-72.

[3]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(03):52-57.

[4]欧乃瑜.从大数据“杀熟”现象透视电子商务平台算法权力滥用的规制路径[J].上海法学研究,2021,6(02):189-204.

作者简介:

侯晓梦(1998--),女,汉族,山东德州人,山东理工大学在读硕士研究生,研究方向:民商法学、经济法学。