

价格歧视理论下“大数据杀熟”的立法规制

王轶众

华北理工大学

DOI:10.12238/ej.v7i12.2159

[摘要] 在数字经济时代背景下,互联网平台利用与用户信息、地位的不对等,通过算法收集、分析用户的个人信息进而对用户实施“大数据杀熟”行为,适用反垄断法的单轨规制对用户合法权益维护不足。因此,在反垄断法的价格理论上对互联网平台“杀熟”行为进行定性,通过立法上的算法透明化和扩大反垄断法规制主体范围,规制“杀熟”行为,促进互联网市场良性竞争和维护用户合法权益。

[关键词] 大数据杀熟; 单轨规制; 价格理论

中图分类号: F0 **文献标识码:** A

Legislative regulation of 'big data killing' under the theory of price discrimination

Yizhong Wang

North China University of Science and Technology

[Abstract] In the context of the digital economy era, the Internet platform uses the inequality of user information and status to collect and analyze users' personal information through algorithms and then implement "big data killing" behavior against users. The monorail regulation applicable to the anti-monopoly law is insufficient to protect users' legitimate rights and interests. Therefore, in the price theory of the anti-monopoly law, the Internet platform "kill cooked" behavior is characterized. Through the transparency of the algorithm in the legislation and the expansion of the scope of anti-monopoly law regulation subjects, the "kill cooked" behavior is regulated to promote benign competition in the Internet market and safeguard the legitimate rights and interests of users.

[Key words] big data to kill; Monorail regulation; price theory

引言

在数字经济时代,被称作为“石油原油”的信息数据是利益的基础。互联网早期,数据并未被实际的关注,但在如今对于互联网平台来说,只要有点击量,不论是正向信息还是负面信息,都有可能为其创造丰厚的收益。可以简单的理解为拥有多大的“数据池”,就拥有多大的平台,拥有多大的平台就拥有多大的收益。算法也好,技术也罢,如果是一种运营平台,其一定是以数据加工后进行投放进而产生相应的利益,那么在此信息和收益的逐渐膨胀下,源源不断获取到的信息就会变成一种权利,并且这种权利在增大到一定的程度以后,可能会产生权力的异化。之所以称之为权力的异化,其根本在于其规模大,有可能会产生与其进行交易的另一方主体关系上的不平等,例如:“大数据杀熟事件”。

对此,结合已有理论研究和司法实践中出现的问题确定“大数据杀熟”行为的性质,针对当前其法律规制中存在的不足探索应对策略,具有积极意义。

1 “大数据杀熟”的概念

“大数据杀熟”的概念主要是伴随着数字信息时代的兴起而逐步建立起来的。大数据杀熟”是平台经营者通过算法收集、处理用户的消费习惯、兴趣爱好、浏览痕迹等信息,勾勒出用户的画像特征,针对购买同一商品或服务不同用户提供不合理的差异定价的行为。^[1]

2 “大数据杀熟”法律规制困境

2.1 反垄断法规制主体范围局限

根据传统意义上的反垄断法价格歧视理论可以在一定程度上将“大数据杀熟”行为纳入到反垄断法的规制范围内,但是由于反垄断法除了需要满足价格歧视理论中的用户与互联网企业之间的信息不对称以外,还要满足该互联网企业在市场力量滥用的条件,因此反垄断法的适用门槛过高导致了数字市场上很多小型企业利用其不具备市场支配地位的优势对用户进行“杀熟”行为。《反垄断法》的直接立法目的是维护市场的正常竞争秩序,间接性的目的是为了保障消费者的合法权益。那么从间接性目的角度出发,《反垄断法》仅仅关注于市场的秩序,而对于消费者的保护上却有所偏颇。

2.2 算法壁垒缺乏规制

为了维护市场公平，应进一步考虑大数据算法的透明化。^[2]一方面，从市场规制的角度。《反垄断法》总则中有算法相关规定，但算法如何利用才能符合市场的竞争秩序和不侵害消费者合法权益尚未进行解释说明。在当今数字经济时代下，我们人类在开发算法的同时，也在享受着算法带来的红利。因此，如何规制算法的滥用就成为了在反垄断监管部门以及用户权益因为反垄断行为受到侵害后进行诉讼程序的关键所在。另一方面，从用户的个人信息保护角度。《个人信息保护法》第24条赋予了信息收集主体对收集信息后作出透明和公平决策的义务。同时，经营者决策对用户个人权益有重大影响，例如：若“大数据杀熟”，用户有要求决策者作出解释的权利，如何监督信息收集者履行释明义务在法律上并没有作出相应规定。在实践中，互联网平台都以“系统升级”、“优惠券和折扣券补偿”等措施来避重就轻。

3 价格歧视理论下“大数据杀熟”问题定性

数字经济时代下，互联网平台“大数据杀熟”的行为存在多法规制，但规定模糊的情形。通过价格理论对“杀熟”行为进行定性。传统意义上的反垄断法主要聚焦价格理论，但在电子信息数据占据主要市场的今天，个人信息不能直接与价格等同，“数据池”中信息会在某种程度上决定产品的好坏，而产品好坏又能在很大程度上促使价格波动，由此根据“连等式”数学逻辑得出“数据—质量—价格”的公式。因而“大数据杀熟”并未超出传统反垄断法的价格理论。

3.1 价格歧视理论

数字经济时代下，在有关“大数据杀熟”的理论研究中，多数学者认为“杀熟”引发的是反垄断法上的价格歧视。在经济学理论中，价格歧视指同一卖家的同一产品对不同消费者或对同一消费者不同购买数量或不同购买顺序，收取不同的价格。^[3]

经济学上的价格歧视分为三种，即：一级、二级和三级。一级，是指经营者如同掌握读心术，可以了解每一个用户的心中所想以及对价格的评价，在数字时代以前这种情况是不太可能的，但在大数据背景下具有可能性；二级价格歧视是指数量的不同价格的不同；三级价格歧视，是指群体的不同所带来的价格不同。

有学者认为，每个消费者对于商品的需求弹性存在差异，由此可对不同消费者给予不同的售卖价格。^[4]从反垄断法的价格歧视角度上来说，虽价格有差异且形成了两个或两个以上的群体，但其中一个条件，那就是无法从高价格转向低价格，而只能将其固定化，才能将其称之为反垄断法上的价格歧视，偶然一次不具稳定性。另外，运用价格歧视理论对杀熟行为进行法律定性时，判定一个行为是否违法不可一概而论，应采取中立的立场且从法律规制的角度上看，^[5]由于其行为本身就具有隐藏性，^[6]且可能自带逃跑机制，例如：在APP上点外卖，相距不足几米范围内的两个买家所点外卖价格不同或配送费不同，向客服反映并投诉后，所得回应不论是“给亲优惠券作为弥补”还是“app程序在

处于更新状态，所以可能会有一定的漏洞”，这种答复对于消费者来说是毫无意义的，若投诉、控告所花费的时间与金钱成本相较于被“大数据杀熟”是九牛一毛，这实际大大降低了平台被处罚的可能性。

3.2 价格欺诈理论

在理论上，有少数学者认为“大数据杀熟”实际上是一种价格欺诈的行为。大数据“杀熟”实质上是由于经营者违反《电子商务法》《价格法》《消费者权益保护法》等法律法规相关规定的“明码标价”义务而实施的不正当价格行为，是经营者主观上所故意实施的，违背消费者内心真实意愿的价格欺诈行为。^[7]大数据杀熟”在现实当中主要表现为价格的波动性，在不同的时间段以及不同的地点显示出不同的价格，而互联网平台并没有“杀熟”的故意，《消费者权益保护法》中消费者的知情权得到了保障的原因是互联网平台所公布的所有价格消费者都是已知的。但在现实当中为什么会很多案件定性为大数据“杀熟”，其主要原因是平台未履行提供真实信息的行为，致使价格出现“因人而异”的情况发生。

4 “大数据杀熟”的立法规制

4.1 建立算法透明制度

算法透明，实为要求算法主体通过将算法黑箱开启，而后公布算法运作原理、算法决策过程相关信息。^[8]若“杀熟”行为导致的价格歧视成为大面积事件，法律规制成为必要手段。平台算法透明化是在制度上为经营者附加一项义务，这意味着在立法层面明确规则。

第一，明确消费者为了维护自身合法权益要求算法透明化与互联网公司以商业秘密为由而不予公开之间的处理规则。数字经济时代下，商业秘密经常被用来保护互联网公司的算法源代码以及相关技术信息。一方面，算法透明化和商业秘密之间的冲突可采取法学理论上价值位阶进行解决，持有算法透明化观点的通常为被侵害消费者权益的用户，其代表着广大受众群体对信息真实性的知情权，也可理解为是社会利益；而商业秘密不愿公开的公司属于是私主体，面对社会公共利益和私人利益之间的冲突，商业秘密不言自明就不能成为拒绝公开的理由。另外一方面，算法透明化可以在小范围内透明化，也就是说在公正专业的第三方机构范围内透明化，通过机构内的技术人员分析整合算法“杀熟”的原理、过程以及结果并向社会进行公示。

第二，互联网平台经营者对用户信息收集算法进行解释并给予用户具有数据抹除选择权。平台经济领域，消费者已不再单纯扮演位于生产消费最终环节被动接受商品或者服务的角色，消费者在大数据和人工智能技术应用的裹挟下已经深度参与到商品和服务的生产提供过程中，从而拥有了一种“产消合一者（Prosumer）”身份。^[9]从消费者层面，其希望通过互联网公司提供优质服务或者高质量产品；从商品层面，互联网公司通过多种手段吸纳用户并获得用户信息，利用用户对该公司经营平台的“粘性”获利。因此，从互联网平台经营者角度，用户呈现在“眼

前”几乎是透明的,而从消费者角度,面对互联网平台就像是面对着黑洞。若平台能对信息收集的相关算法释明,同时用户就享有知情权以及同意权,释明+同意助推了信息数据收集信息的民主化。^[10]用户仅对信息收集的知情权和同意权依然存在风险,若用户因某些原因而不使用该平台,而原有个人信息依然在“数据池”中成为算法分析社会大众喜好的分母,在无形中助推了平台在数字经济市场的垄断。因此,信息抹除选择权是用户当有之权利,即:选择或者不选择抹除信息,若不允许信息主体撤回其同意,将造成对个人信息自决权和知情同意原则的侵蚀。^[11]

第三,主动公示算法定价方式。比如:在下雨天,网约车与平时相比会贵,用户可选择坐或者不坐车。用户知情权、选择权就得到保障。《消费者权益保护法》和《个人信息保护法》上,被杀熟是因为我们对法律或侵害事实不清楚,当我们真正了解后,用户就不会“被杀了”。

4. 2扩大适用主体范围

《反垄断法》除了维护市场竞争以外,还兼具保护消费者合法权益的作用。数字经济时代下,将反垄断法规制主体扩大到没有市场支配地位而利用信息进行“杀熟”的互联网平台,这样并不违背《反垄断法》立法原则和初衷,恰恰保证反垄断法的完整性。

扩大反垄断法规制主体,一方面可有效对没有市场支配地位的互联网平台进行有效的管理,将未来可能会导致垄断后果及时予以制止,另一方面则是对被侵权行为救济。合法收集意味着用户对于平台信息收集是知情+同意的,在此情形下出现“杀熟”,则用户无法进行救济。因此,应将反垄断法规制主体扩大到没有市场支配地位的互联网平台。

5 结语

数字经济时代下,互联网平台通过算法对汇聚的信息学习分析后,向消费者进行有针对性商品广告的精准投放,一方面为互联网平台带来了极大的收益;而一方面提升了消费者生活的效率。在利益诱惑下,使得互联网平台需要收集更多的用户信息和对算法进一步的完善,随之出现了不同账号之间价格上的“千人千面”,即:“大数据杀熟”。互联网平台利用信息地位的不对

等,侵害了用户的合法权益,但现实中,对“大数据杀熟”行为进行维权出现了“救济少,成本高,举证难”的情形,因此可从反垄断法价格歧视理论出发,在立法层面分析“大数据杀熟”行为,进而对算法滥用而导致用户合法权益被侵害行为做到事前预防,更能做到事后配套的司法救济。

[参考文献]

- [1]周元,钱龙.“大数据杀熟”的成因体系、现实困境和治理路径探讨[J].河南牧业经济学院学报,2022,35(06):61-69.
- [2]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.
- [3]李安.算法透明与商业秘密的冲突及协调[J].电子知识产权,2021,No.353(04):26-39.
- [4]杨洁芮.大数据时代下“算法杀熟”的法律规制研究[J].经济研究导刊,2023,No.537(07):159-161.
- [5]王雅伦,维辛芄.经济法视阈下大数据杀熟的法律规制研究[J].中国集体经济,2023,No.744(16):85-88.
- [6]贺桂华,尚玉萌.“大数据杀熟”视野下消费者权益保护研究[J].经济研究导刊,2021(28):157-160.
- [7]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.
- [8]陈兵.人工智能场景下消费者保护理路反思与重构[J].上海财经大学学报,2019,21(04):140-152.
- [9]郑智航,徐昭曦.大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例[J].比较法研究,2019,No.164(4):111-122.
- [10]Tinnefeld u.a.,Einführung in das Datenschutzrecht, 2020,S.431-439.
- [11]汤维建.论民事诉讼中的举证责任倒置[J].法律适用(国家法官学院学报),2002(6):4-11.

作者简介:

王轶众(1993--),男,汉族,天津市津南区人,华北理工大学在读硕士研究生,研究方向:行政法。