

电商平台大数据“杀熟”行为的法律困境与出路

柴方池

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年3月12日; 录用日期: 2024年3月25日; 发布日期: 2024年5月17日

摘要

随着大数据时代的到来, 电商行业呈现欣欣向荣的态势, 大数据的运用给数字经济市场带来巨大生机与活力的同时, 电商经营者为了达到利润最大化的目的, 将掌握的客户数据信息通过差异化定价的方式, 对平台用户实施大数据“杀熟”行为, 给用户的权益和电商行业发展带来极大消极影响。尽管有相关法规可以约束大数据“杀熟”行为, 但在司法实践中存在法律规制的困境。研究发现, 大数据“杀熟”行为的原因是大数据“杀熟”定义含糊不清, 损害用户权益、阻碍长期电商行业发展。欲有效规制大数据“杀熟”行为, 须对平台进行监管并构建脱敏机制, 诉讼中实行举证责任倒置, 完善大数据相关立法, 塑造良好的电商经营环境。

关键词

大数据“杀熟”, 法律规制, 价格歧视

The Legal Dilemma and Solution of Big Data Killing Behavior on E-Commerce Platforms

Fangchi Chai

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 12th, 2024; accepted: Mar. 25th, 2024; published: May 17th, 2024

Abstract

With the advent of the era of big data, the e-commerce industry has shown a thriving trend. The application of big data has brought great vitality and vitality to the digital economy market. At the same time, in order to maximize profits, e-commerce operators will implement big data “kill” behavior for platform users through differentiated pricing. It brings great negative impact on the rights and interests of users and the development of the e-commerce industry. Although there are

relevant laws and regulations that can restrict the behavior of big data killing, there is a dilemma of legal regulation in judicial practice. The study found that the reason for the behavior of big data killing is that the definition of big data killing is vague, damaging the rights and interests of users and hindering the development of the long-term e-commerce industry. In order to effectively regulate the killing behavior of big data, it is necessary to supervise the platform and build a desensitization mechanism, implement the reversal of the burden of proof in litigation, improve the legislation related to big data, and create a good e-commerce business environment.

Keywords

Big Data “Kill Cooking”, Legal Regulation, Price Discrimination

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

随着互联网和大数据技术的飞速发展，大数据浪潮席卷全球，推动经济发展，数字经济成为一项重要的新经济体系，大数据技术在各个领域的应用日益广泛，为经济发展注入了新的活力。然而，大数据技术所带来的负面影响也逐渐显现，其中之一便是大数据“杀熟”行为。大数据“杀熟”杀熟行为是指电商平台利用大数据技术对消费者进行个性化定价，从而实现价格歧视的现象，电商平台进行大数据杀熟的内在动因是实施大数据“杀熟”的收益远高于违法成本，其行为本质是对用户个人信息的过度采集和随意使用，是对用户进行贴标签和价格歧视的行为。电商平台大数据“杀熟”行为不仅损害了消费者的权益，还破坏了市场的公平竞争环境。使用传统法律制度调整大数据“杀熟”行为显得“捉襟见肘”，一方面是因为在电商经济中，电商平台掌握用户海量的数据信息，但是用户对平台操作一无所知，导致双方在交易过程中信息不对称。另一方面，用户意识到自己被侵权时，由于缺乏相关的技术，证据收集困难，加之相关法律不完善，用户维权难上加难。本文拟揭示大数据“杀熟”行为的法律规制困境及动因，并进一步探讨规制大数据“杀熟”行为的出路。

本文旨在分析大数据杀熟行为的表现形式、成因及危害，探讨现有法律体系在规制大数据杀熟行为方面的不足，并提出完善我国大数据杀熟行为法律规制的建议。

2. 问题的提出：大数据“杀熟”法律规制困境

2.1. 信息困境：交易双方信息不对称

在大数据“杀熟”中交易双方信息不对称，是指电商平台与客户获得的信息和渠道是不一致的[1]。因为随着算法和大数据的发展，电商平台等网络服务者会根据用户浏览、引擎和消费的等行为，收集用户的性别、经济状况以及消费偏好等规模化的数据信息，通过数据分析、数据挖掘等技术为电商平台数据控制者优化决策以提供强大的技术支持[2]，进而对用户的信息和数据进行筛选、收集、分析和处理，精准描绘消费者画像，制定符合消费者特点的商品或服务，使用户逐渐被贴上习惯性标签，强化用户进入“信息茧房”，最终达到对用户实施差异化定价的大数据“杀熟”模式的目的。在这一过程，电商平台经营者数据垄断，可能未经过平台用户的充分同意就对个人的信息进行收集、处理，平台为了精准营

销、谋取最大利益，甚至滥用数据，对用户的数据安全和个人隐私造成了极大的威胁。平台虽然在用户协议同意的范围内对用户的信息进行收集和利用，但是在处理的过程中通常超出收集范围。

总体来说，电商平台掌握更多用户的市场信息，占据更多的技术资源，导致电商平台在交易的过程中占有明显的优势[3]。此外，电商平台还会通过机器学习技术和算法技术处理数据产生“衍生数据”，再通过多样化的方式隐藏价格，用户难以发现价格差异，加剧交易双方信息显著不对称的态势。

2.2. 举证困境：用户取证难，维权难

囿于电商平台与线下消费平台相比较，具有极强的技术性、隐蔽性、模糊性以及复杂性特点，用户天然处于劣势地位。“算法黑箱”是一种机器学习模型，指人类知道输入内容与结果，但是不了解算法的工作原理和过程。由于存在“算法黑箱”[4]，以及我国采用“谁主张，谁举证”的举证原则，用户需要采用海量数据对市场定价与成本进行横向比对，证明大数据“杀熟”的差别对待、价格歧视等要件。由于用户缺乏大数据和算法技术，对他们而言，举证难度巨大。

在电商平台经济中，电商平台经营者为了达到抢占市场的目的，在数字算法平台普遍采用老用户拉取新用户注册参加可以获得减免优惠、新用户免费等附条件的减免等优惠方式，或者以低价格获取优势，吸引更多的用户参与平台。为了满足用户的多样化需求，电商平台推出功能界限模糊的复合型产品，相关的市场难以界定。尤其是在动态的商业场景里，以大众的网络消费习惯以及缺乏相应的技术条件，用户是几乎难以发现电商平台大数据“杀熟”的秘诀，难以辨别电商平台经营者是否存在杀熟行为，即使是碰巧发现，大部分都处在质疑阶段，难以固定证据，导致用户维权困难。一般利用大数据实施“杀熟”行为的电商平台主要是预定酒店、机票价格频繁变动的平台和打车、电影票销售平台短时效平台，由于这些平台都具有极强的隐蔽性特征，价格波动幅度大，用户很难辨析是平台大数据“杀熟”行为还是正常的价格波动。用户举证难与维权难还与平台隐蔽性具有一定的联系，网络数据变化快，难以获得被平台大数据“杀熟”的证据，用户想要通过自身力量证明被“杀熟”的过程极其复杂，且维权成本高、操作难度大[5]，即便是用户意识到自己被平台“杀熟”，也只能就此罢休。

因此，用户在数字经济中面临着辨别难、举证难、维权难三大困境，电商平台是平台算法的真正实施者，其拥有全部算法信息，还可以掌握平台用户所有的交易数据，与平台用户进行算法博弈占据绝对优势。

2.3. 法律困境：相关法律不完善

近年来，我国出台了保护消费者在大数据时代的合法权益相关的一系列法律法规，但是在实践应用中仍然存在操作难度。根据《民法典》第一百四十三条规定，用户具有相应的民事行为能力，不违反强制性规定以及公序良俗，意思表示真实，即交易双方民事法律行为有效。《民法典》第五百条规定了缔约过失条款。上述两条规定都体现了大数据“杀熟”问题目前是私法问题，体现了民法的自愿原则，即交易双方都有权按照自己的意思从事民事活动，民法的分配正义仅局限特定领域，无法规制大数据“杀熟”。况且大数据“杀熟”是在用户与商家签订同意条款，允许访问，单纯的价格歧视不会导致合同的瑕疵。《民法典》第一千零三十六条规定，处理个人信息，在自然人同意范围内行为人不承担民事责任，世界各国普遍做法也是处理信息需要信息权人同意，用户在适用平台时一般需要同意签订协议才能进入平台，当发生纠纷时，平台可以将用户同意作为抗辩的理由。

《反垄断法》第三条规定了垄断行为，主要包括三种行为，经营者达成垄断协议、滥用市场支配地位以及经营者集中等行为，第十七条第六项规定了大数据“杀熟”的行为，但其前提是要具备市场支配地位，大数据“杀熟”电商经营者，根据消费者的情况定价，可能高于市场价可能低于市场价，难以认

定电商平台经营者滥用市场支配地位或构成垄断。《个人信息保护法》第二十四条规定个人信息处理者不能对个人实施不合理的差别对待，但是该法不足以规范经营者，因为双方的同意规制是阻碍该法的绊脚石。

3. 电商平台大数据“杀熟”规制动因

3.1. 大数据“杀熟”行为的定义含糊不清

在研究电商平台大数据“杀熟”规制出路之前，厘清电商平台大数据“杀熟”的内涵是十分重要的。目前我国大数据“杀熟”行为存在法律性争议，法律法规尚未对大数据“杀熟”概念作出明确的界定，使用算法收集用户数据进行分析，并不是违法行为，但是该行为已经侵犯了用户个人信息，损害了用户的合法权益。大数据“杀熟”在学术界对该概念也各抒己见。有研究认为，大数据“杀熟”是指电商平台经营者，通过数据分析技术，对经常使用该平台的用户个人信息进行收集，在了解用户的一系列信息以后对其进行画像，从而对平台的不同用户进行差异性定价，获取超额利润的行为。大数据“杀熟”主要有三个阶段，分别是数据收集阶段、用户画像阶段和区别定价阶段[6]。有研究认为大数据“杀熟”是指在互联网滥用市场支配地位，打造消费“陷阱”，对相同一商品在同一平台和同一时间会有不同定价[7]，也有研究认为大数据“杀熟”是互联网平台经营者通过算法技术给用户推送个性化服务，使得用户享受相同的服务支付不同的价格[8]。

综上，电商平台大数据“杀熟”行为大致可以概括为，电商平台通过收集用户各方面的信息，利用算法技术等为用户制定精准画像，对同一平台用户的同一商品实施差异定价，赚取更高利润的行为。但目前为止，大数据“杀熟”行为概念仍然没有官方或权威给出明确的界定。

3.2. 平台用户的各项权益严重受损

首先，平台用户隐私权受损。由于使用平台的时候，用户同意电商平台提供的隐私服务，电商平台有理由对用户的个人信息进行处理，利用大数据算法技术进行个性化定价，消费者隐私权处于危险境地。一方面，电商平台在收集信息时，会过度采集信息，对用户的个人信息进行不合理的分析。另一方面，是用户的个人信息泄露问题，很多平台没有储存用户信息的功能，会导致用户大量信息泄露。其次，平台用户的公平交易权受损。电商平台经营者大数据“杀熟”行为差异定价，用户在经营者的精准画像推荐下，每一步都在电商平台的计算之中，用户逐渐失去自主选择商品的权利。其行为是不符合民法的诚实信用原则的，也不符合公平交易原则，会导致平台用户无法享受到公平的交易条件，损害了用户的公平交易权。最后，平台用户消费者知情权受损。电商平台隐瞒价格歧视行为，消费者无法获得真实、完整的商品信息，侵害了消费者的知情权[9]。

3.3. 平台信誉受损，妨碍电商平台行业发展

电商平台大数据“杀熟”行为不仅损害了用户的合法权益，还不利于电商平台行业健康发展。大数据“杀熟”违反了民法典的诚实信用原则，侵犯了消费者保护权益法第十条规定的消费者享有公平交易的权力，消费者有权利获得价格合理等公平交易条件，有权拒绝经营者强制交易行为。通过研究发现，电商平台大数据“杀熟”行为，使得企业与用户认知与规范合法性背离，打破用户对企业的信任，用户对平台的忠诚度均产生十分显著的负面影响。大数据“杀熟”的核心危害在于对互联网对平台信任的侵蚀，从短期来看，平台杀熟从熟客获得更多的利益空间，严重侵害消费者的权益，从长期来看，企业这种行为其实是对自身品牌和信任的消耗，不利于企业长期发展，是企业自我掉入一种竭泽而渔的陷阱之中[10]。

4. 电商平台大数据“杀熟”行为的规制的出路

4.1. 引入第三方监管，构建信息脱敏机制

为了电商平台由于发展需要，可以在合理的范围内对用户的个人信息进行收集，以合理的方式进行处理，同时也可以允许平台对合法收集到消费者的信息进行合理使用，但相应应当引入第三方评估机构进行严格监管，组建大数据和算法技术的专家和团队等专门监管机构。对于用户的个人信息的维护，也可以采用该专门监管机构技术进行规制，从而解决交易双方信息不对称的问题。

信息脱敏机制指的是电商平台利用用户的个人的身份信息、网页引擎浏览记录信息、交易信息等敏感信息，评估用户的消费偏好、消费水平进行自动化决策，因用户在使用平台前必须同意服务协议、隐私协议才可以进行使用，会导致用户内容会进入概括授权同意模式，产生用户知情权与电商平台经营者告知义务断层。因此，必须征求用户逐项同意，当用户拒绝访问时，电商经营者采用技术手段脱去敏感，成为非敏感信息。电商平台经营者在向客户展示的商品和服务应当利用脱敏后的非敏感信息作出决策，同时进行价格公示，使得不同消费者看到价格一样的商品，交易完成后对交易记录进行去标识化和脱敏处理[11]。该技术的目的就是解决平台与用户信息不对称的困境，有利于对电商平台经营者进行规制和消费者的保护。

4.2. 对消费者实施倾斜保护

因为网络数据瞬息万变，遇到电商平台进到大数据“杀熟”的行为，对于大多数用户而言，其维权意识低、维权的成本高、缺乏大数据技术以及获取证据困难等原因，使平台用户面临较少行使个人的数据权利，其合法权益难以得到维护的现实问题。为此，可以通过以下两个措施对平台用户这一弱势群体进行保护。首先，应当增加平台用户的维权渠道，使用户不仅可以到行政部门和消费者协会进行维权，也可以通过专门设立的部门和媒体进行维权。应当由被动转为主动，设立专门的部门，定期向消费者调查询问遇到“大数据杀熟”的情况。同时针对“杀熟”健全公益诉讼救济机制，这也符合《民事诉讼法》中所规定，若侵权行为损害公共利益，可以进行公益诉讼。“大数据杀熟”扰乱了市场经济秩序，侵害了许多消费者的权益，因此可以进行民事公益诉讼，降低消费者的维权成本。其次，对于“大数据杀熟”行为进行举证责任倒置。电商平台经营者应当对用户的个人信息使用情况的合法性进行举证，加强举证责任[12]，承担更多举证不能的不利后果，降低消费者的获取证据的难度，增加经营者违法的成本，从而来规制“杀熟”的现象。

4.3. 立法规制推进算法工具遏制大数据“杀熟”

《反垄断法》立法的宗旨和规制，适用于“大数据杀熟”行为规制，如平台收集用户信息，通过算法确定用户的习惯、支付意愿与能力，最后对消费能力强的用户进行提价。这种行为严重损害了消费者权益，破坏了市场的公平性。部分经营者会根据《反垄断法》的第十七条，正当理由来对大数据杀熟的行为进行抗辩，模糊的规则成为部分经营者逃避法律制裁的理由。因此应当完善《反垄断法》明确市场支配地位的认定标准，明确正当理由的判定标准，构建综合管理机制[13]。可将《价格法》第14条价格歧视，适用范围扩大到消费者，以及第7条所规定的“公平与诚实信用”加以合理的立法或司法解释，遏制“大数据杀熟”的乱象。只是事后的惩罚，没有追溯到“大数据杀熟”的源头。“大数据杀熟”体现出我国现阶段在这个大数据来临的时代对于个人信息的泄露严重，部分经营者为了牟利不择手段，严重侵犯了个人隐私，对于个人信息数据的保护不足，且对于个人信息过度采集和随意使用，正是“大数据杀熟”这一乱象的源头。因此应该制定《个人信息保护法》，明确在大数据时代对个人信息的保护，

禁止对于个人信息的过度采集,以及利用收集来的信息,处理和使用过程中的一切不合理做法[14]。遵循《消费者权益保护法》严格处罚损害消费者正当利益的经营者,强化执法机构的证据收集权,鼓励消费者举证不法经营者。以及强调《消费者权益保护法》第10条所规定的“价格合理”扩大司法解释范围,规范不公平,无诚信的“大数据杀熟”的现象。完善《电子商务法》《互联网信息服务法》和《网络安全法》明确规定其在大数据时代下的适用范围和对数据安全的保护,解决现阶段“大数据杀熟”的现实问题。

5. 结论

电商平台大数据“杀熟”行为作为一种新型价格歧视现象,在电商平台中日益普遍。本文通过对大数据“杀熟”行为面临的三大法律规制困境进行分析,指出现有法律体系在规制大数据杀熟行为方面的不足,关于大数据“杀熟”行为概念,官方或权威有必要给出明确定义,为了用户的各项权益保障以及电商平台行业长远发展,提出完善电商平台大数据“杀熟”行为的规制出路。希望本文的研究能为电商平台大数据“杀熟”行为的法律治理提供参考,促进电子商务市场的健康发展。

参考文献

- [1] 朱昱潼. “大数据杀熟”现象的成因与对策[J]. 中国经贸导刊, 2021(19): 62-63.
- [2] 李晶晶. 我国数据要素交易制度的构建与完善[J]. 湖北社会科学, 2023(8): 139-147.
- [3] 田蕾, 洪晟. “大数据杀熟”的法律规制研究[J]. 网络安全与数据治理, 2022, 41(7): 41-46.
- [4] 曹文文. 大数据“杀熟”下消费者受尊重权保护研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2022(10): 34-37.
- [5] 刘新慧, 韦炎尧. 基于消费者权益保护下大数据杀熟的法律规制[C]//重庆市鼎耘文化传播有限公司. 2022 社会发展理论研讨会论文集(二). 上海: 上海政法学院, 2022: 36-39.
- [6] 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.
- [7] 郭煌, 阮子琪. 消费者权益保护视角下的“大数据杀熟”探究[J]. 中国市场, 2022(23): 182-184.
- [8] 孟勤国. 治理算法歧视侵害消费者权益的关键问题——以大数据杀熟为视角[J]. 法律适用, 2023(3): 37-47.
- [9] 董静雅. 基于消费者权益下大数据“杀熟”的法律思考[J]. 武汉冶金管理干部学院学报, 2021, 31(3): 23-25.
- [10] 王美云, 苏永华. 大数据杀熟对顾客忠诚度的影响机制研究[J/OL]. 价格理论与实践, 1-5. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/11.1010.F.20231227.1635.004.html>, 2024-03-06.
- [11] 王渭博. 大数据杀熟的诱因、困境与治理[J]. 中国物价, 2021(7): 57-61.
- [12] 丁文莉. “大数据杀熟”背景下消费者权益保护研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2023(11): 46-48+51.
- [13] 宋骊洁, 路凡, 杨双宇, 等. “大数据杀熟”反垄断法规制路径研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2023(12): 37-39.
- [14] 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.