

互联网经济背景下对大数据“杀熟”行为的 规制路径分析

梅丹琳

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年3月11日; 录用日期: 2024年3月25日; 发布日期: 2024年5月27日

摘要

互联网技术的发展改变了传统经济发展模式, 带给无数人便捷。然而互联网经济的发展也带来了负面问题, 大数据“杀熟”就是其中的典型, 大数据“杀熟”通过分析消费者的数据信息, 实施价格差异的歧视, 将消费者置于不公平交易的同时, 造成市场恶性竞争, 对市场经济的发展也是大为不利的。目前, 理论界和实务界对大数据“杀熟”的规制也尚未达成共识, 我国有部分法律可以对此行为进行一定的规制, 但也存在较大局限性。大数据杀熟行为构成价格歧视, 违反了反垄断法的相关规定, 大数据杀熟的规制和反垄断法自身的价值目标相吻合, 所以反垄断法理应进行规制。因此文章对大数据“杀熟”这一行为进行分析, 并对如何解决这一问题提出相关对策。

关键词

大数据杀熟, 电子商务, 互联网经济, 规制

Analysis on the Regulatory Path of Big Data Discriminatory Pricing in the Context of the Internet Economy

Danlin Mei

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 11th, 2024; accepted: Mar. 25th, 2024; published: May 27th, 2024

Abstract

The development of Internet technology has changed the traditional mode of economic develop-

ment, bringing convenience to countless people. However, the development of the Internet economy has also brought about negative problems, of which big data discriminatory pricing, big data discriminatory pricing through the analysis of consumer data information, the implementation of price discrimination, putting consumers at a Square Deal and creating vicious competition in the market is also very bad for the development of the market through this. At present, the theory and practice of big data discriminatory pricing regulation has not reached a consensus, some laws in our country can regulate this behavior, but there are limitations. The practice of big data discriminatory pricing constitutes price discrimination, which violates the relevant provisions of the anti-monopoly law. The regulation of big data discriminatory pricing is consistent with the value objective of the anti-monopoly law itself. Therefore, it is necessary to consider the legal issues related to the “ripeness” of big data from the perspective of anti-monopoly law.

Keywords

Big Data Discriminatory Pricing, E-Commerce, Internet Economy, Regulation

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

随着互联网技术的快速发展，大数据、云计算以及人工智能等新兴技术相继出现，数字经济井喷式爆发。网络上打车，买菜，订餐，订酒店早已融入我们的生活之中。互联网经济为我们带来便利的同时，也引发了诸多问题，大数据“杀熟”也由此产生。“杀熟”一词人们并不陌生，简言之“宰客”，大数据“杀熟”则是近年才出现的词汇，最早出现在2018年，中国日报刊登的2018年十大网络热词。携程、滴滴、美团等各大平台都有“杀熟”行为，各种侵权案件层出，如何对大数据杀熟进行规制是实务界和理论界面临的共同问题。理论界的学者们对于大数据杀熟也展开了热烈讨论，但是对于大数据“杀熟”的法律性质始终没有一个确切的定论，是价格欺诈或者价格歧视？对大数据“杀熟”的规制也尚未达成共识，《电子商务法》《消费者权益保护法》《个人信息保护法》都可以对此行为进行一定的规制，但也存在局限性。大数据杀熟的规制和反垄断法自身的价值目标相吻合，因此，从反垄断法的角度思考大数据“杀熟”的相关法律问题确有必要。

2. 大数据杀熟概述

2.1. 典型案例

大数据杀熟行为较为常见，检索中裁判文书网，有相关案例如浙江绍兴大数据“杀熟”成功维权一案。¹胡女士为携程APP的钻石贵宾客户。依携程公司宣传内容，钻石贵宾客户享有酒店会员价8.5折起等特权。2020年7月18日，胡女士通过携程APP代理渠道预定酒店，订金为2889元，但退房时，酒店发票显示房价仅为1377.63元。据此，胡女士致电携程客服，经查询后，携程客服仅同意退还胡女士1268元。由此胡女士认为携程利用其个人信息，根据其“高净值客户”的标签向其报出高价，构成欺诈，遂对携程提起诉讼。

2021年12月31日，本案二审法院做出终审判决，认定构成欺诈，同时也论述了携程对个人信息的

¹ 胡某与携程消费欺诈纠纷上诉案——“大数据杀熟第一案”代理随笔：简评胡某诉携程案二审判决 - 北大法宝 V6 官网 (https://www.links law.com/uploadfile/publication/9_1643105020.pdf)。

处理违反了法律的规定。本案中，二审法院维持了一审法院对于携程构成欺诈的认定，虽然没有支持胡女士“不同意《隐私政策》仍可使用 APP”的诉讼请求，但法院充分论述了携程违法处理个人信息的事实，若法院的论述可敦促携程从消费者保护及个人信息保护的角度进行合规整改，这将有利于互联网用户知情消费、有利于互联网平台健康发展。遗憾的是，本案的一审及二审法院对于携程是否构成“大数据杀熟”均没有进行深入的论述，也未要求对携程进行相关证据的调取。究其原因，可能是大数据杀熟本身举证困难，且本案发生于《个人信息保护法》正式生效之前，难以援引《个人信息保护法》的规定维护自己权益。

2.2. 大数据杀熟定义和特征

杀熟一词由来已久，可以追溯到亚马逊利用客户数据杀熟。大数据杀熟，只是新瓶装旧酒，充分利用了数据的特性，当下虽没有法律法规以及相关文件对“大数据杀熟”的概念作出明确界定，但可以根据各学者的研究从以下三个角度进行归纳。从“大数据杀熟”的客观性出发，“大数据杀熟”是通过算法对用户数据分析后，对不同用户进行不同的定价，由此引发的价格歧视[1]。从“大数据杀熟”经营者主观出发，将其定义为侵权行为，指在生产经营中，利用信息不对称进行宰客[2]。再者技术层面出发，对“大数据杀熟”的定义进行论述。在以上几种定义中，有从其客观特征出发，强调其歧视性特点；有的从主体的主观目、还有的技术层面分析。综上，“大数据杀熟”是经营者为了赚取更多的利润，利用自己对掌握的消费者数据进行整理分析，利用“熟人”的路径依赖和信息不对称，在商品或者服务上进行不同定价的价格歧视。

“大数据杀熟”的特点是比较明显的较容易识别的。首先是大数据杀熟是相同商品的定价不同，对“熟客”制定更高的价格以此来达到杀熟的目的；其次是技术性，“大数据杀熟”是基于大量的用户数据分析得出；还有是其隐蔽性，“大数据杀熟”比相较于传统杀熟来说更加难以发觉[3]。消费者对平台具有极强的依赖性，当消费者对某个平台有很强的依附性时，消费者很难从其他渠道获取信息进行比较；最后是地位和信息不平等，尤其是格式条款问题，彼此之间信息的不对称也成了平台经营者实施“杀熟”行为的可利用点[4]。

由此，关于大数据杀熟的分类，主要可以分成两类，一种是合理的差别对待，一种是不合理的差别对待。损害我们消费者权益的，通常是第二种，可以是价格欺诈，表现为价格歧视。

2.3. 垄断法规制大数据杀熟的原因和优势

如前所述，不合理“大数据杀熟”所导致的价格歧视行为导致了消费者支付了超过本应支付的价款，对于消费者来说是不公平的应对其进行规制和约束，但如何约束，有不同的做法。本文站在反垄断法的角度来论证反垄断法对杀熟行为进行规制原因和优势。

2.3.1. 用其他法规来规制的局限性

当提到规制大数据杀熟，首先想到的是《消费者权益保护法》，从“客人”一端出发，从消费者角度进行利益维护，但这只是一种事后补救，且很难补救。我国《消费者权益保护法》在第 8 条规定了消费者的知情权，在第 20 条规定经营者的义务。即使如此，大数据“杀熟”时，其所提供的商品和服务的价格是明确的，已经在平台页面清晰明了地呈现给了消费者，并没有违反经营者应当承担的明码标价的义务。哪怕退货换货也难以有效维护自己的权益。其次，人们会利用新出台的《个人信息保护法》，2021 年 11 月 1 日施行的《个人信息保护法》在第 24 条规定了个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策时不得实行不合理的差别待遇。还规定了针对“有重大影响”的决定，个人信息处理者有说明义务，且个人享有拒绝的权利。大数据“杀熟”行为充分利用大数据和算法工具，在分析个人信息的基础上进行

差别定价，属于自动化决策的情况。但该条文并未对“重大影响”的判断适用标准给出明确指引。该法还在第 55 条增设了评估制度，但是缺乏对启动条件的说明，也未明确评估的相应后果以及评估结果是否公布、在何种范围内公布等，在司法实践中难以形成对大数据“杀熟”行为的明确指引。最后，不容易被想起和知悉的法律是《电子商务法》，该法新修后，第 18 条被认为是规制大数据“杀熟”专款专条。但经分析，该条规制不是个性化区别定价行为。根据该条，提供个性化的推荐存在其合法性，也明确经营者应承担的义务，为的是改善信息不对称情况，进而保障消费者的自主选择权，不过均未涉及到对大数据“杀熟”行为中“差别定价”这一关键步骤的规制，难以对其形成有效的规制。

综上所述，现有的其他法律法规难以对大数据杀熟行为进行有效的规制，必须借助《反垄断法》加以配合进行规制。

2.3.2. 利用反垄断法进行规制的优点

首先，利用反垄断法规制大数据杀熟是符合《反垄断法》立法目的。反垄断法的目的就是维护市场秩序，保护消费者利益。一般而言，“大数据杀熟”行为不具有合法性，除了会侵犯消费者合法权益，还会扰乱市场竞争，所以反垄断法规制“大数据杀熟”符合我国立法初衷。其次，利用反垄断法进行规制，更符合市场的规律、具有更强的强制力和执行力、程序上也更能帮助消费者解决难题。

3. 反垄断法视域下规制大数据杀熟行为的困境

虽说用反垄断法来规制大数据杀熟行为具有一定的优势，但是当下也存在诸多困境。

3.1. 消费者举证困难，诉讼成本高

在反垄断法的适用上，要判断是否构成了违法，第一步便是要对相关市场进行界定，这既是起点，也是结果。当平台具有市场支配地位才能被认定构成垄断。但在实践中，实施“杀熟”行为的平台并不全有市场支配地位，在信息发达的今天，获取消费者数据信息相对容易，并非只是具有市场支配地位的平台能够收集到。因此，这样的前置条件是对大数据“杀熟”行为进行反垄断规制关了一扇门。另外，在反垄断的案件中，认定市场支配地位是非常困难和专业的事情，将原本的困难应用到大数据领域新问题中，可以说是难上加难[5]。所以，如果在认定标准时，依旧适用市场支配地位为前置调节，难道不是给反垄断规制大数据杀熟行为设置了过高门槛么[6]？

实践中，反垄断法规制平台经济下大数据“杀熟”行为的困境不仅体现在认定上，还体现在“被杀的消费者”在诉讼时的困难。首先，大数据杀熟是一个非常隐秘的过程，并且是一个动态的过程，想要保留证据，更加困难。其次，地位上的不平等是消费者面临的又一巨大困难。平台经营者在举证能力、专业程度等方面远超普通消费者，因此，消费者难以通过自身的努力在专业性极强的反垄断案件中维护自己的利益。所以，如果按照“谁主张谁举证”的规定，消费者想在大数据“杀熟”行为中走法律程序维护自己的合法权益难以有效实现。哪怕是前述浙江维权案，也不是仅靠个人而实现的。

3.2. 法律法规的滞后性

技术的更迭是比法律快的，法律的滞后性不可避免，对大数据的应用与规制等有相应的法律空白存在。如《反垄断法》第 17 条被作为价格歧视的“正当理由”抗辩事由非常广泛，但是并未对“正当理由”所包含的具体事项做出进一步的明确，也没有法律、官方文件对大数据杀熟进行规定[7]。当涉及到“大数据杀熟”的争议时，经营者会找各种理由进行抗辩，如，系统问题、订单暴涨等借口来作为“正当理由”抗辩。当经营者将这些理由作为正当理由进行抗辩时，由于法律规定的模糊，加大了司法难度，妨害了对大数据杀熟进行有效的规制。

正因如此，在网络技术发展迅速的当下，之前的法律难以有效应对新出的变化，虽说立法时有一定的前瞻性，但是法律终究是对过去做规定，并非对未来做裁判。因此，要应对好当下技术发展迅速带来的负面问题，任重而道远。

3.3. 部门法规之间的协调机制不健全

如前面所述，大数据杀熟问题，有消费者权益保护法、电商法、个人信息保护法等多个部门法律进行规范。包括新出台的数据安全法、个人信息保护法也都进行了相应的规定。数据安全法 32 条规定了，对数据的收集使用要遵守合法原则，要在法律规定的目的和范围内行使数据收集、使用的权利。² 个人信息保护法 24 条，也规定了经营者收集使用消费者个人信息明确规定不能够利用收集来的数据对同等条件的交易相对人实施差异化定价。³ 但是，虽说法律众多，但是各个部门法之间的侧重点并不相同，例如，消费者权益保护法、个人信息安全法数据安全法都侧重从消费者的个人角度出发对消费者的隐私数据进行保护，反垄断法则是从保护整个市场竞争有序发展的角度出发，同时相互配合起来也很困难。

4. 完善反垄断法规制大数据杀熟的对策建议

4.1. 加强对消费者权益救济的保护，降低消费者的维权成本

对于平台一端，加强监管是有效应对之策。那么，在“被杀”的一端，对于消费者就应当重在保护了。具体而言，第一便是减轻消费者的举证责任，在大数据杀熟的案件中，消费者在诉讼中处于弱势地位的，在现行法律规定下，消费者要证明被告在相关市场具有支配地位是相当有难度的。因此，确立合理的、科学的举证责任分配，将举证负担在双方之间进行合理的分配是很有必要的。为了改善平台和消费者之间的不平衡，可以适当减轻消费者的举证责任，强化平台经营者的举证责任。其次，建立互联网平台大数据杀熟公益诉讼制度也很有必要，因为大数据杀熟，不仅仅只是针对一个人，其受害者是一类群体。建立针对互联网大数据平台的公益诉讼制度有利于节约司法成本，提高保护效能。

4.2. 完善反垄断立法，明确大数据杀熟行为的法律责任

前文述及，法律的滞后性不可避免，同时现代技术的更迭又非常迅速，那么应对之策便是即时更新我们的法律法规。尤其需要健全和完善针对不合理的价格歧视的反垄断立法，2008 年出台的反垄断立法已经落后于当下十几年，大部分条文条款已经跟不上时代，新问题在适用时不免遭遇尴尬。因此，有关立法需要紧跟时代步伐需求，把“大数据杀熟”这一时代产物纳入规制范围，并且制定出可行的便准和依据。

4.3. 健全部门法之间的相互协调配合

在前面谈到，对于数据、对于消费者保护有多个部门法，但其涉及的领域不同，彼此是独立适用的。因此，难以有效应对出现的跨领域的问题。对此，建立一个统一的监管部门，收集、整理和分析，最后进行分流处理，这样可以最大限度节约资源，提高行政执法效能。另外，专业性的问题可以引入第三方评估机构，加强协作方能提高效率。

5. 结语

互联网是一把双刃剑，不可孤立看待其带来的问题。大数据杀熟是时代的产物，基于算法模型对广

²《数据安全法》第 32 条：法律、行政法规对收集、使用数据的目的、范围有规定的，应当在法律、行政法规规定的目的和范围内收集、使用数据。

³《个人信息保护法》第 24 条：个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。

大消费者进行不合理的差别对待。这不仅是技术规范问题，同时也是法律题。本文从反垄断法律的视角出发，对大数据杀熟的原因、困境进行初步分析，并给出自己的建议。虽然对“大数据杀熟”研究得不够透彻，对所涉及的法律问题也需要更进一步的研究。但随着法律的完善，规制的制定，执法上的严明，“大数据杀熟”会得到有效遏制，消费者的权利也会得到更有效保护，市场竞争秩序也会更加公平合理，市场经济也会得到高质量发展。

参考文献

- [1] 高富平, 王苑. 大数据何以“杀熟”? [N]. 上海法治报, 2018-05-16(B05).
- [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] 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.
- [4] 刘璐. 大数据“杀熟”行为的反垄断规制[D]: [硕士学位论文]. 绵阳: 西南科技大学, 2021.
- [5] 陈兵. 平台经济领域相关市场界定方法审视——以《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第4条为中心的解读[J]. 法治研究, 2021(2): 89-101.
- [6] 朱娅静. 互联网平台滥用市场支配地位认定的司法适用研究[D]: [硕士学位论文]. 兰州: 甘肃政法大学, 2021.
- [7] 赵紫含. “大数据杀熟”行为的反垄断法规制研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2022.