

论大数据杀熟中消费者公平交易权保护

贾姚楠

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年4月9日; 录用日期: 2024年5月7日; 发布日期: 2024年8月1日

摘要

现代科学技术快速发展, 电子商务平台提供商品和服务的交易模式日益成熟, 随之也产生了“大数据杀熟”行为, 电子商务平台利用自己的优势地位和对消费者的个人数据的掌握, 通过点击协议、信息不对等等方式利用算法技术在消费者购买商品或者服务时, 进行差别定价, 这给消费者的公平交易权造成损害。“大数据杀熟”行为实质上是一种价格歧视, 电子商务平台通过分析消费者的消费次数、消费习惯、消费时的地理位置以及消费者的消费能力, 从而对消费者进行“大数据杀熟”, 而“大数据杀熟”行为侵害消费者公平交易权又具体表现在点击协议的强制性、隐晦性以及条款的不完善和消费者与电子商务平台之间的信息不对等, “大数据杀熟”行为下的消费者的公平交易权保护迫在眉睫, 通过提出完善点击协议, 矫正信息不对等措施, 规制“大数据杀熟”行为, 从而保护消费者的公平交易权。

关键词

大数据杀熟, 价格歧视, 公平交易权

On the Protection of Consumers' Fair Trading Rights in Big Data Price Discrimination

Yaonan Jia

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Apr. 9th, 2024; accepted: May 7th, 2024; published: Aug. 1st, 2024

Abstract

With the rapid development of modern science and technology, the trading models of e-commerce platforms providing goods and services are becoming increasingly mature, leading to the phenomenon of “big data price discrimination”. E-commerce platforms use their advantageous position

and mastery of consumer personal data to use algorithmic technology to differentiate pricing when consumers purchase goods or services through click protocols, incorrect information, and other methods. This causes harm to consumers' fair trading rights. The act of "big data price discrimination" is essentially a kind of price discrimination. The e-commerce platform conducts "big data price discrimination" on consumers by analyzing their consumption times, consumption habits, geographical location and consumption ability. The act of "big data price discrimination" infringes on consumers' right to fair trade, which is specifically reflected in the mandatory click agreement Ambiguity, imperfect terms, and information inequality between consumers and e-commerce platforms. The protection of consumers' fair trading rights under the "big data price discrimination" behavior is urgent. By proposing measures to improve click agreements, correct information asymmetry, and regulate the "big data price discrimination" behavior, consumers' fair trading rights can be protected.

Keywords

The Big Data Price Discrimination, Price Discrimination, Right of Fair Deals

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

进入 21 世纪以来,世界科技都在飞速发展,技术的不断进步更新了当今社会的消费者的购物方式,消费者可以选择的购物模式日益丰富,为生活提供了便利,但于此同时也不能忽略其中存在的潜在风险,如被人们广泛关注到的“大数据杀熟”现象,通俗来说该现象就是电子商务平台利用算法分析的技术手段,使得不同的消费者在购买同一种商品时会出现不同的价格。根据《消费者权益保护法》第 10 条第 1 款规定:“消费者享有公平交易的权利。”该种现象是明显的侵犯了消费者的公平交易,并且在当今社会还屡见不鲜,例如在使用打车软件时,同样的距离,苹果手机用户往往会比安卓手机用户的消费金额更高。通过对“大数据杀熟”现象的研究,从而提供保护消费者公平交易权的措施,以维护在大数据杀熟情况下的消费者合法权益,促进社会经济秩序的和谐发展。

2. 大数据杀熟概述

2.1. 大数据杀熟的概念

大数据杀熟是指电商平台经营者利用互联网网络平台优势收集消费者日常消费数据如承受能力、选择偏好、家庭成员、信息浏览等,依照一定的算法逻辑,输入推送对象的身份信息,自动生成和输出个性化的销售或服务定价,使不同消费者对相同销售或服务支付不同对价[1]。

“大数据杀熟”一词最早出现于美国著名电商购物平台亚马逊的一次“差别价格试验”。2000 年亚马逊平台为了提高销售利润,在售卖《Titus》的光盘时,做出了差别定价,老用户在购买该光盘时需要比新用户多付近 4 美元,但该行为被发现并导致平台最后出面道歉并且退还了差价。该现象在我国出现于 2018 年,源于某网友发现自己经常使用的某软件给自己的房间定价高于不经常使用该软件的朋友,其先是向该软件平台投诉,但是该平台并没有采取有效的措施,该网友便将此事公布于网络上,从而引发众多网友的讨论,大家均表示自己也有相同经历[2]。可见“大数据杀熟”的问题在中国早已屡见不鲜,用户也普遍认为自身的合法权益遭到了电子商务等网络平台经营者的严重侵害,因此惩治“大数据杀熟”

行为乱象已刻不容缓。

2.2. “大数据杀熟”行为的实质

“大数据杀熟”实际上不属于法律意义上的专有名词,只是老用户发现自己在与新用户购买同一商品,该商品价格高于新用户认为自己的合法权益受到损害的戏谑称呼。关于“大数据杀熟”行为的定性在司法实践中是不明确的,也无适当的法律规范,同时在学界,对于“大数据杀熟”行为的定性在学界与实践中存在争议,主要有差别定价说、价格歧视说和价格欺诈说三种观点[3]。

2.2.1. 差别定价说

差别定价,通常是指经营者在销售商品或服务时根据消费者的支付意愿和对消费者的经济条件的判断在销售时对消费者制定不同的价格定价法。例如,化妆品店店员会根据消费者的穿着、消费意愿等特征向其推荐不同样式和价位的化妆品,或者给予其不同的价格与折扣。“大数据杀熟”行为就是电子商务平台根据其能采集到的消费者个人信息对于消费者进行了精准画像,从而对其进行差别定价,这实际上就是一种产品或服务经营的价格策略,符合市场规律,而且“法无禁止即自由”,实际上是没有必要对其进行规制的。

2.2.2. 价格歧视说

价格歧视是经济学中的概念,意味着同一经营者在销售相同的商品或服务时,为相同或不同的消费者制定不同的价格,或者为不同数量的商品购买制定不同的价格。其主要包括三类:第一种价格歧视是“初级价格歧视”,即根据每个消费者愿意为购买商品或服务支付的最高价格制定不同的销售价格;第二种是“次级价格歧视”,即根据消费者购买或消费的多少制定不同的价格。第三种是“终极价格歧视”,根据年龄和身体状况等因素进行价格区分,例如给学生和老人提供某些优惠。一些研究者认为,电子商务平台上的商家依靠基于大数据和用户数据的算法,根据不同消费者的消费模式和偏好建立精确的档案,最终得出“一人一价”,这更像是初级的价格歧视。

2.2.3. 价格欺诈说

根据《价格法》第十四条第四项规定,经营者不得利用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易。这种价格欺诈,通常也被称为误导性定价,是指经营者使用具有虚假或误导性的定价条款,诱使消费者或其他交易者与经营者进行交易[4]。

笔者认为“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五方面进行分析。

(1) 主体要件的多元化

相比于常规的线下交易,在线上进行交易的过程中,当事人不仅仅局限于商家与消费者,往往还包括该线上交易进行时所依靠的网络平台的运营者,该主体呈现出多元化的特征。

(2) 电商经营者存在主观故意

电子商务平台行使的“大数据杀熟”行为,实际上就是电子商务平台对消费者的个人数据进行分析处理,从而对消费者进行差别定价,目的是利用消费者在错误意思表示下支付价款从而达到赚取额外利润的目的,存在主观故意。

(3) 电商经营者存在客观上的积极欺诈行为

电商经营者在定价的过程中,通过数据信息分析技术可以向不同的用户隐瞒其区别定价的行为[5]。探究其本质,“大数据杀熟”的行为是电商经营者的一种主动的行为,构成采用积极的方式欺诈消费者,从而使得消费者陷入一种错误认识。

(4) “大数据杀熟”行为造成消费者实际损害

因为不同的定价，在面对同样的商品或者服务时，不同的消费者支付的对价是不相同的，这使得某些消费者支付了额外的财产，造成了实际的损失。经营者是在对消费者的个人数据进行收集和利用的基础上实行的“大数据杀熟”行为，这不仅仅是侵犯了消费者的公平交易权，同时对消费者的个人信息的过度使用也侵犯了用户的个人信息保护权。

(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消费者个人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。

3. “大数据杀熟”行为侵害公平交易权的问题表现

3.1. 点击协议

点击协议是在进行电子商务交易活动的过程中所主要使用的一种格式条款合同，电子商务平台向消费者发出要约，消费者通过点击勾选接受与否，消费者面对点击协议时，只能选择接受或拒绝协议全文，这也是电子商务平台收集消费者大的个人数据的主要方式，而点击协议对消费者的公平交易权的侵犯也主要是由于点击协议的内在缺陷及其条款的不完善。

3.1.1. 利用点击协议的内在缺陷

点击协议的内在缺陷，也就是其强制性和晦涩性。为了推动经营者和消费者之间的交易，在电子商务平台进行交易经常使用“点击协议”，其性质类似于商家协议或确定协议。消费者在通过电子商务平台选择购买的商品或服务之前，往往需要在注册时先同意电子商务平台提供的点击协议，才可以继续购买活动。虽然电子商务平台提供的点击协议是基于消费者在看似平等的实体之间签订的服务合同，但事实上，由于平台的强势地位，消费者无法选择退出，因此具有对外的约束力。这种权利和义务的严重失衡，不仅违反了公平交易的原则，也破坏了合同自由的精神。此外，电子商务平台提供的合同含糊不清，使消费者在遇到复杂和冗长的信息时难以明确自己的权利和义务。大多数消费者缺乏具体的专业法律知识，使得他们在需要快速使用电子商务平台的情况下，没有仔细阅读点击合同从而签署合同。由于消费者的个人数据是在这种情况下而“自愿”收集的，因此在消费者的选择上，他们只能任由主导算法的电子商务平台摆布。根据《消费者权益保护法》的规定，交易的双方应当要遵循平等、意思自治、诚实信用等原则，在电子商务平台与消费者之间也应当遵循这些原则。但点击协议由于其晦涩性，会使得消费者在交易尚未正式开始时就与电子商务平台相比处于劣势状态，消费者的公平交易权也会因此受到了侵害。

3.1.2. 利用点击协议的瑕疵条款

点击协议的条款不完善，主要包括免责条款和隐私条款。消费者在使用电子商品平台时需要签订的用户服务协议中，通常会存在一些免责条款。首先，一些免责条款的含义并不明确。其次，电子商务平台虽然履行了要求使用正式条款的义务，但这一义务的履行不够，所以消费者容易忽视免责条款。免责条款的起草方式可能存在普遍违反消费者的公平交易权的现象。例如，点击协议通常包括涵盖大量消费者个人数据的数据保护条款，以及有关收集、使用、转让、分享和披露个人数据的具体条款。电子商务平台使用消费者个人信息，获得消费者同意的方式就是通过隐私条款的签订。通过隐私条款，电子商务平台有权通过电子邮件、短信、电话、客户咨询等方式查看消费者个人数据并与第三方服务提供商或商业伙伴分享消费者的个人数据。然而，如果认为电子商务平台仅根据消费者的同意就有权分享消费者的个人数据，那是不正确的，因为消费者同意平台收集他们的数据并不意味着他们同意数据共享。作为数据

主体,消费者有权控制他们的个人数据,而数据披露阶段当然属于这一权利。电子商务平台在收集消费者的数据之前只要求其同意,而消费者对其个人数据的收集和使用并不知情。从某种意义上说,这等于消费者自愿放弃了对其个人数据的收集,即默许平台与第三方供应商、商业伙伴等分享其个人数据。因此,这种知情同意制度并不能避免“大数据杀熟”行为,消费者的公平交易权还会受到侵害。

3.2. 信息不对等

在网络交易中,信息不对等往往表现在电子商务平台与消费者之间的信息的过度使用和信息不完善两种情形:

3.2.1. 利用信息不平衡

信息在电子商务平台和消费者之间分配不均,交易的一方有信息优势,另一方有信息劣势。电子商务平台利用其优势传递数量和质量不足的信息,造成信息差距,使消费者无法根据实际价格做出适当的决定,无法做出明智的选择。同时也存在未经消费者同意而使用其个人或其他不相关的数据。数据滥用主要发生在经营者使用数据的深度和范围层面。在数据使用深度层面主要是指电子商务平台已经通过合法的方式取得消费者授权使用的个人数据,但电子商务平台在使用这些数据时,扩展了数据本身的范围、方法、目的和用途。就使用范围而言,电子商务平台会使用许多未经过消费者同意授权的数据,并且还会利用这些数据对消费者进行“大数据杀熟”行为。这些数据主要是指,通过用户使用的客户端等获得的与交易无关的数据,经常被用于识别消费者。消费者作为个人数据的所有者,应有权利决定电子商务平台可以使用哪些数据。然而,电子商务平台经常在没有消费者许可的情况下,在其数据分析过程中使用不相关的数据,导致在数据使用方面过度使用消费者的个人数据。

3.2.2. 利用信息不完善

不披露进行交易非必要的数据并不影响交易的公平性,但进行交易所必要的数据需要披露,不然会影响交易的公平性。在实践中,电子商务平台往往只披露商品的价格,而不披露用户数据被分析、提取和处理后用于其他商业目的的信息,导致信息失衡的现象越来越严重[6]。缺乏量化披露反映了信息披露的不完整和不充分,是对自由和公平市场监管的严重挑战。同时,电子商务平台在网上交易中提供的信息的真实性与否也影响消费者的消费决定,平台可以利用其拥有的商品或服务的真实信息动态地改变价格。他们往往利用这种能力来给商品或服务定价,从而给消费者“量身定价”。法律要求商家披露价格,也就是明码标价,不仅仅是为了让消费者在购物之时能看到一个确切的价格,而且也有利于消费者了解市场的需求和供应关系,并且能促进交易价格的制定。提供内容不全、质量不高的信息不仅影响消费者的决策,还可能导致侵犯消费者的公平交易权。

4. 保护消费者公平交易权的基本对策

4.1. 完善点击协议

4.1.1. 规范点击协议的内在缺陷

首先,通过允许消费者有权选择不接受某些条款和条件来减轻点击协议的强制性。点击协议的强制性侵犯了消费者的公平交易权,当消费者的个人数据在网上交易中被过度收集时,就更难保护消费者的权利。电子商务平台使用的合同通常是由平台直接起草的,旨在保护平台的利益,削弱消费者的权利。由于现有的链接协议只有两个选项,即选择加入和选择退出,因此应增加第三个选项,以削弱链接协议的约束力。即消费者可以拒绝同意点击协议中包含消费者个人数据的部分,并可以选择以选择加入或选择退出的方式控制电子商务平台的行为,如可以拒绝电子商务平台对消费者使用的客户端进行识别、拒绝

电子商务平台推送与交易相关的信息等,同时消费者的选择不影响对该电子商务平台的正常使用。其次,为了廓清点击协议的隐晦性,澄清点击协议中不明确的内容,对点击协议中不明确的地方进行规范。点击合同内容的不明确,使得很多对点击协议只有一知半解的消费者无法完全理解。这个问题需要从三个方面加以解决。(1) 应努力规范点击协议的内容,避免不明确、冗长和含糊的措辞,用描述性的简单语言表达条款和条件。(2) 点击协议的主体应该是消费者组织,在编制电子商务平台点击协议的示范文件时,应该征求资深法律专家和学者、消费者代表和平台代表的意见。该范本在起草时应当要依照法律程序,同时考虑双方的合法权益,贯彻公平合理原则,并应禁止电子商务平台利用其市场支配地位起草损害消费者公平交易权的条款。(3) 强化点击协议制定者的解释说明义务,示范文件应明确电子商务平台的条款和条件中关于消费者权益的关键条款。该解释说明也应以便于、有效的方式进行。

4.1.2. 规范点击协议的瑕疵条款

首先,需要从两个方面对瑕疵条款进行规范:(1) 加强对免责条款的事前审查,建立专门的审查机制,由于点击协议是虚拟的、电子化的,而免责条款的设立主要是为了减少平台责任,因此需要重视对点击协议中的免责条款进行事前审查,以减少条款措辞的模糊性,并修改条款中不应有的规定。(2) 强化免责条款的提示义务。为有效避免现有电子商务平台对重要条款的认定方式不严谨,应在示范文本中通过突出的文字表现形式强调有关消费者权益的免责条款。

4.2. 矫正信息不对等

根据前段的分析,在消费者与电子商务平台进行交易的过程中,由于电子商务平台的优势地位往往会产生信息不对等现象,而该现象又具体表现在信息过度和信息不完善两个方面,要保护消费者公平交易权不被“大数据杀熟”行为侵犯,需要对这两个方面进行矫正。

4.2.1. 规范信息不平衡

首先,电子商务平台和消费者之间的信息不对等导致了信息掌握的不平衡,让电子商务平台能够从信息的内容上对用户的个人信息随意使用,侵犯了消费者个人信息保护权利。尽管我国《个人信息保护法》中规定的有关信息删除权条款可以对侵犯消费者的个人信息的行为进行一定的规制,但是该条款的规定并不能用于商业网站在披露个人用户信息后所产生的链接、复制、转载等,不能有效避免因此而产生的风险隐患,从根本上来看,就需要规范电子商务平台对消费者个人数据的过度使用。从使用深度的层面上来看,对数据使用的限制进行规定,在关于删除权的规定中增加了在使用数据时有义务通知数据控制者,电子商务平台对于个人数据的使用必须严格遵守法律的基本原则。

其次,从使用广度层面对非必要使用的数据行为进行规制。(1) 优化获取消费者授权同意的程序与规范。对于能直接反映消费者真实身份的信息,电子商务平台的任何使用该信息的行为应当都需要获得消费者同意,没有取得消费者同意的情况下,平台不得擅自使用。但是相反的,对于不能直接反映消费者真实身份的信息,电子商务平台不需要寻求许可,因为它不能识别特定的个人,但电子商务平台在使用时不得损害消费者的合法利益。(2) 我国《个人信息保护法》第 17 条¹中的“告知同意”原则强化了消费者数据控制者通知消费者的义务,但通知义务只赋予消费者被通知的权利,而不是拒绝的权利。因此,用户应该有权知道他们的哪些数据可以被电子商务平台使用。消费者有权拒绝平台使用不影响交易的无关数据,消费者行使拒绝权时,有权利继续正常使用电子商务平台。消费者未经授权平台使用的个人信息受到侵犯时,应当有相关的主管部门对消费者个人信息的保护负责。(3) 提高存储消费者个人数据的数

¹ 《中华人民共和国个人信息保护法》第十七条: 个人信息处理者在处理个人信息前,应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知下列事项: ……

据库的加密程度,使得消费者的个人数据不容易获得,以此来避免电子商务平台未经消费者同意使用不相关数据。

4.2.2. 规范信息不完善

第一,扩大信息公开的范围,并对电子商务平台根据授权提供信息的义务进行补充规定。为了实现与《消费者权益保护法》第二十条²的必要互补,建议在《消费者权益保护法》中设立一般条款,同时在《消费者权益保护法》第二十条中设立特别条款,即扩大信息披露的范围,防止商家利用信息不平衡,消费者因认知偏差而作出不利的选择,具体如下,电子商务平台的商家必须披露消费者在消费时所必须掌握的商品、服务或利益等信息。其次是提高披露信息的确切性,信息的真实准确不仅能填补消费者和电子商务平台之间的信息不平衡,而且还能提高对消费者个人数据的开发和利用并进行保护,实现交易的公平性。扩大信息披露的范围同时准确披露商品或服务的价格,是解决电子商务平台和消费者之间信息缺失的必要条件。

5. 结语

在各种信息技术的快速发展的过程中,电子商务平台利用其算法技术和在交易中的优势地位,对消费者数据进行分析,从而根据消费者的差异在销售商品或服务时对消费者进行价格欺诈,也就是常说的“大数据杀熟”行为。这对在平台上开展的电子商务交易秩序形成一个巨大的冲击。“大数据杀熟”行为的实质是一个价格欺诈,而从更深的含义上,体现出对消费者的个人数据保护的法律缺位。针对“大数据杀熟”行为带来的歧视现象,一方面要规范电子商务平台的行为,另外一方面对于消费者的个人数据的保护也要加强。对消费者的个人数据的收集与利用,电子商务平台要遵循与消费者事先约定的合理必要的方式,必须通过规范点击协议和消除信息不平衡来加强消费者个人数据保护,从而尽可能规制“大数据杀熟”行为,保护消费者的公平交易权。在对消费者个人数据的保护和对价格欺诈的监管时,也应同时关注电子商务平台的正常运行和消费者的个人权利的平衡,以维护合理与有序运行的市场经济秩序。

参考文献

- [1] 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.
- [2] 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.
- [3] 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.
- [4] 苑晨. 价格欺诈知识要点的梳理和解析[J]. 中国价格监管与反垄断, 2021(11): 57-62.
- [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] 崔盼盼. 大数据杀熟行为中的消费者权益保护——以司法判例为切入点[J]. 安徽农业大学学报(社会科学版), 2023, 32(3): 88-94.

² 《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十条: 经营者向消费者提供……信息时, 应当真实、全面, 不得作虚假或者引人误解的宣传。……