

电子商务中大数据杀熟行为的法律规制问题研究

华海娟

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年3月15日; 录用日期: 2024年4月16日; 发布日期: 2024年5月31日

摘要

随着中国经济与科技的飞速发展,电子商务开始进入大众视线,并且成为当今民众不可缺少的生活工具。然而,随着这种新兴产业的兴起,问题也不断涌现,比如依靠算法手段的大数据“杀熟”行为开始出现,商家利用优势地位侵害消费者的权益。大数据“杀熟”一般具有技术依赖性、信息隐蔽性、法律规制难度大等特征,且相关立法不完善,消费者面对侵害维权困难,司法机关对电商平台惩罚力度不够等问题让大数据“杀熟”现象屡禁不止,要解决“杀熟”现象,必须完善相关法律规范,降低消费者维权难度,加大对电商平台的惩罚力度,以打造健康的电子商务环境,保护消费者权益。

关键词

电子商务, 算法, 大数据“杀熟”, 司法适用

Research on the Legal Regulation Issues of Big Data's "Killing Familiarity" Behavior in Electronic Commerce

Haijuan Hua

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 15th, 2024; accepted: Apr. 16th, 2024; published: May 31st, 2024

Abstract

With the rapid development of China's economy and technology, e-commerce has begun to enter the public eye and become an indispensable tool for people's daily lives today. However, with the

rise of this emerging industry, problems continue to emerge, such as the emergence of big data “killing off” behavior relying on algorithmic means, and businesses using their advantageous positions to infringe on the rights and interests of consumers. Big data “killing off” generally has characteristics such as technological dependence, information concealment, and difficulty in legal regulation. In addition, incomplete legislation makes it difficult for consumers to protect their rights in the face of infringement, and insufficient punishment by judicial authorities for e-commerce platforms. This phenomenon of big data “killing off” continues to occur. To solve this problem, it is necessary to improve relevant legal norms, reduce the difficulty of consumer rights protection, and increase the punishment on e-commerce platforms to create a healthy e-commerce environment and protect consumer rights.

Keywords

Electronic Commerce, Algorithm, Big Data “Killing Ripe”, Judicial Application

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

伴随着经济社会的飞速发展,作为新型交易模式的电子商务应运而生,已经与我们的生活密不可分,小到民众的衣食住行,大到国家的民生建设,无一不利用着电子商务。然而,在电商平台发挥着巨大作用的同时,消费者的权益也时有被侵犯,如“杀熟”行为。由于这种电子商务这种新型事物的出现与其本身所存在的特殊性,以及法律天生存在的滞后性,电子商务平台利用各种算法以及相关的信息建构模型来侵犯消费者的公平交易权与价格知情权,基于电子商务已融入我们生活的方方面面,亟需对电子商务中大数据杀熟行为中的法律问题规制,以保障消费者的权益。

2. 大数据“杀熟”行为概述

2.1. 大数据“杀熟”行为的概念

大数据“杀熟”是网络经营者在互联网上利用大数据科学技术来搜索和收集整理网络用户的信息、构造线上消费用户“画像”,并以企业自身获取利益为目标,根据线上消费用户群体“画像”向其提供特定的商品或服务从而严重地损害消费者权益的一种行为[1]。在传统实体交易过程中,商家与消费者大多是面对面交易,且为了保证客源和利润的稳定,价格大多在一个浮动区间,价格的起伏取决于人工、政策、淡旺季等多个因素,此外,就信息的收集而言,人类大脑难以储存并且长期记忆消费者的特征和其他与商品定价相关的因素,故难以实现千人千面,因人定价。在大数据时代,信息收集、处理十分便捷,为大数据“杀熟”现象提供了极大的便利,即通过信息收集、算法分析、固定标签三个流程,经营者便可建立画像用以自动化决策最终实现大数据“杀熟”[2]。“杀熟”现象主要存在于电商平台,它通过大数据收集、整理和建模消费者在平台上的消费信息,了解其购买力、价格敏感性等,从而为消费者制定不同的价格策略,销售相同类型的商品时,卖家会基于前述的各种参考因素而给予老顾客比新顾客更高的价格。

《消费者保护法》并没有对“杀熟”行为进行明确的定义,所以从本质上来说,很难将该行为认定为“消费欺诈”,只能将其定义为“价格歧视”,即商家平台利用获得的消费者个人信息而对老用户进

行不公平的定价，对老用户进行“价格歧视”[3]。法律法规的空白，导致没有明确的法律条款规制相应的“杀熟”行为。而新用户也无法避免这种陷阱，只要在前期进行过消费，频繁购买商品后便会被平台的算法归结为老用户，从而被“杀熟”。

2.2. 大数据“杀熟”行为的特征

2.2.1. 技术依赖性

大数据的“杀熟”离不开对大数据的处理能力、对算法模式、对使用者的数据都有极大的依赖性。通过采集消费者的消费行为，对消费者的合理价位及商品种类进行预估，并利用线上平台精准推送时段与品类，从而达到降低成本、自动化、规模化的“定制化”目的。在差异化价格模式下，大数据“杀熟”行为受一套不同的计算模式所影响，而大数据差异化定价则源于不对称的信息[4]。

2.2.2. 信息隐蔽性

消费者们在进行线上消费时，往往是一个人单独进行，没有与人同时购买的习惯，信息交换较少，在面对各种各样的产品时，他们难以察觉和分辨。电商平台的优势便是省事便捷，故消费者们不会花过多的时间与精力来对产品进行比价，被推荐的商品恰恰就是商家想要让消费者看到的商品，而且消费者选择的商品都有不同的价位，这也加剧了“杀熟”行为的发生。另外，各大电商平台的节假日，也为大数据“杀熟”提供了一个良好的借口。以每年的618和双十一为例，不同平台有不同的消费券和其他各种活动，导致消费者根本无法进行比价。此外，消费者通常会在自己信任的平台上进行消费，有些用户在明知自己被大数据“杀熟”之后，还是会继续购买，认为其它平台可能也会出现类似的情况；且假如再到其它的平台，商品的品质将无法得到保障等理由，使得顾客们停止抗争，消极地选择在这个平台上继续消费。

2.2.3. 法律规制难度大

电商平台利用强大的算法工具，通过APP对消费者进行分析，掌握消费者的个人信息，作为差别定价的基础，此外，电商平台还对消费者的历史消费信息、购买偏好信息、网页搜索信息、社交平台聊天内容等进行收集处理，以此展开进行差异化定价，进行“杀熟”行为[5]。但该部分被收集的信息是否属于隐私尚具有较大争议，性质难以界定的情况下，法律规范的适用难以确定，故对该行为的规制较难。此外，在现有的法律法规中，关于“大数据杀熟”行为的认定以及对此类问题进行处罚的依据尚不够清晰，尚未有一套较为清晰、能够得到各方认可与执行的法律法规。

2.3. 大数据“杀熟”行为的危害

2.3.1. 损害消费者剩余

在大数据“杀熟”的价格歧视中，经营者通过分析消费者的消费偏好形成了消费者用户画像，通过算法分析从而掌握消费者内心的最高保留价格。为了寻求经营利益的最大化，经营者一定试图对每个消费者进行最贴合保留价格的个性化定价，例如小众画家A创作的一幅画作在线上交易的过程中，出于对艺术鉴赏水平的不同和愿意为艺术作品支付价格的差异，热爱艺术并尊重艺术家创作价值的B愿意为该画作支付1000元，对艺术不甚了解只是想买一幅插画挂在家中的C愿意为该画作支付200元，在线上交易中每一块屏幕都是天然的消费者“间隔”，B和C之间不主动发问便无从得知对方被出示的价格。线上交易平台利用算法分析B和C的个人信息了解到双方对艺术的热爱程度有差异，再通过分析B和C的消费偏好了解到双方愿意为画作支付的最高内心保留价格的差异，于是就为B设定了1000元交易价格，为C设定了200元交易价格，随后双方均达成了交易。在此次交易中，平台对B设定了较高的交易价格

攫取了 B 的全部消费者剩余,平台获利;对 C 设定较低的交易价格在未来拓宽了低消费人群的交易市场,平台也获利;而 B 和 C,甚至 DEFG 等消费者在价格歧视下只得到了消费者剩余为零的结局。

2.3.2. 侵害消费者的知情权

从理论上说,交易意愿的真实性建立在经营者对商品和服务相关信息真实公开与告知的基础上,而价格则是决定消费者达成交易决定最重要的因素之一。“货比三家”是消费者的一种理性选择,也是为了在产品质量趋近一致的情况下,选择价格最优的商品。因此经营者需要告知消费者商品的真实价格,同时在定价的时候根据《价格法》的相关规定围绕产品的成本与市场供需关系,让产品价格真实反映产品的质量。而在大数据“杀熟”中,算法的动态分析能力让价格的显示背离了成本与收益的定价规则,相同成本与质量的产品面对价格敏感度不同的消费者在数量一致的情况下呈现出了不同的价格,价格高低更多取决于消费者内心的保留价格,这违背了消费者内心对于产品价格与价值的期待性,颠覆了消费者对相同交易条件下价格一致的传统认知,违背了消费者内心真实的交易意愿[6]。价格的告知属于消费者知情权的一部分,价格的真实性决定了消费者的选择,大数据“杀熟”中经营者负有告知差异性定价的义务,故意不告知涉及侵犯消费者的知情权,影响了消费者的选择权,最终侵犯公平交易中的真实交易意愿[7]。

3. 大数据杀熟行为法律规制存在的问题

3.1. 大数据背景下相关法律缺位

通过对现有的立法、制度进行梳理与研究,我们可以看出,虽然目前关于经营者“杀熟问题”的立法很多,但大部分都是针对传统的商务模式,无法将其与现有的网络环境下的差异化价格有机地融合起来。若仅凭现有的法规对其进行规制,将面临巨大的困难。鉴于“大数据杀熟”现象多发生在“网络”环境下,而现有的《消费者权益保护法》《价格法》等规范了“大数据”的定价机制,难以对“大数据”下的“杀熟”进行有效监管。虽然《电子商务法》已经对其作出了相关规范,但对于“大数据杀熟”这一问题却缺乏清晰的界定[8]。所以,从总体上讲,我国现有的立法、规章还不足以对“大数据”的杀生进行全方位的监管。在网络购物中,如果用户的权利遭到侵犯,例如在大数据的杀熟面前,却得不到相应的法律保障,那么,消费者维权的积极性就会大打折扣。

3.2. 消费者维权困难

面对大数据“杀熟”,一大半的消费者会选择消极接受,仅少数人愿意拿起法律的武器维护自己的权利,不是因为他们愿意吃这个亏,而是比起维权所耗费的成本远大于被“杀熟”的损失,主要原因是消费者举证责任困难,维权成本过高,维权程序复杂。

首先,如前文所述,大数据“杀熟”具有隐蔽性,导致消费者取证困难。在电商平台的消费过程并不像线下消费一样,并不具有可视化过程,消费者只按照既定的程序进行付费使用,且平台在节假日为进行促销活动往往会进行发放优惠券、满减等活动,这些行为都导致了消费者对“杀熟”行为识别困难,且难以进行对比。由于平台对用户信息资源的掌握,基于大数据、云计算等算法工具,消费者难以获得可以证明平台大数据“杀熟”的有力证据,导致维权难以推进。此外,由于电商平台频繁地对产品进行定价,所以即使用户通过拍照保存了自己的杀熟记录,平台也会以“后台数据没有及时更新”为由,认定这是一种普通的交易,这也给大数据杀熟案件的取证增添了难度。

其次,大数据“杀熟”赔偿数额低,消费者维权成本高。电商平台之所以热衷于“杀熟”顾客,究其原因之一便是收益远远高于违法成本,而消费者维权是进行利益衡量后的结果,除了少数维权意愿强烈的消费者,大多数会因为维权会投入大量时间、物力、人力等成本而选择放弃维权,“杀熟”行为源

于电商平台的趋利性,消费者被迫无奈可能会选择忍受损失,但电商平台带给消费者的伤害是不可逆的,会破坏消费者对数字经济的信任。

最后,消费者的维权困难体现在维权程序复杂上。大数据“杀熟”已成为频发的侵权行为,平台前期会搜集海量的用户信息,在后台只需要进行算法操控,便能实现“千人千价”。消费者如果要寻求司法救济,便需要经历一审、二审甚至再审等诉讼程序,相较于冗长的司法程序,消费者更倾向于寻求监管部门的监督。

3.3. 对平台惩罚力度不够

一般来说,在收集到用户的个人信息时,软件或平台会对其信息收集类型、收集方式、信息用途等进行解释,并取得使用者的允许,才能收集有关信息。以上规定之本意,在于使用者清楚地了解特定的个体资讯导向。但在大数据环境下,虽然传统的交易方式仍以第一次登录的方式呈现给消费者,但商家通常会对其进行较为繁琐的条款设定,以保证其在遵循规则的前提下进行。然而,在现实中,大部分的使用者都会选择按一下“同意”键。如果你不答应,你就不能使用这个软件,也不能使用这个平台。换言之,运营商所发布的“隐私条款”变成了与使用者的“装饰品”,无法履行对使用者的个人资料的保障。尤其是在大数据环境下,企业并没有将用户的个人资料进行简单地采集和使用,而是将其进行了深度的挖掘,建立了一张“大数据图”,通过对用户的经济状况、喜好、信用、健康等多个维度进行了分析和预测,从而达到了对用户进行准确的市场营销[9]。

而平台基于大数据算法和平台隐私政策的相关规定,躲避法律规制,将用户个人信息巧妙地进行收集、分析处理,消费者对隐私政策缺乏充分了解阅读的内生动力。不同于大宗商品交易的买卖关系中消费者需要进行金钱给付,个人信息的让渡通常是为了换取免费的平台服务,金钱上给付义务的差距让消费者天然对隐私政策的阅读不报以相当高的注意程度。行政机关碍于没有相关法律的明确规定,再加之平台其实已经在收集信息前已经有了相当程度的通知条款,导致行政机关收集证据困难,对平台的处罚力度大多是以罚款的方式进行,但对于平台所获得的信息利益相比,惩罚可谓是九牛一毛,所以相关电商平台违规收集信息并不会停止。

4. 完善大数据杀熟行为法律规制的建议

4.1. 健全大数据杀熟的法律规制体系

在大数据背景基础上,建立相关的个人信息保障体系,需要注重将个人信息的处理与基本原则向融合。目前,在我国,对个人信息处理的一般规则是以“目的明确原则”和“最少够用原则”为基础,而在实际操作中却常常被忽略。《网络安全法》要求企业按照“目的明确原则”和“最少够用原则”等方式对其进行处理,但是,在互联网时代,由于大数据应用,商家对其个人信息的处理方式也越来越多样化,这两条规则已无法实现对其进行理性的管控。因此,在“目的明确”的理论框架下,应当将“场景”的理念融入其中,即“目的明确性”,即经营者在用户的个人信息处理活动中发挥的功能,要符合用户在相应情景下的具体使用行为。当一个经营者的行为被视为一个明确的目的时,他的行为就被定义为一个明确的目的。除了“最小有效信息”之外,还提出了“风险管控”的理念,即在保障用户信息的同时,尽量减少对其个人信息的侵害[10]。

此外,基于上述情况,笔者建议对我国《电子商务法》进行一系列的完善,大数据“杀熟”行为在电子商务中层出不穷,消费者的权益难以得到保护,究其根本是法律的缺失,在过去,《消费者保护法》对部分行为进行了规制,在一定程度上减轻了电商平台对消费者的侵害,但随着《电子商务法》的实施,应当就该部分行为纳入规制的范围,以更明确的法律规范电商企业的违规行为,对于大数据杀熟现象的

存在,大数据公司采用算法技术等手段来实现,而算法技术等手段又是一把双刃剑,必须明确大数据“杀熟”的认定标准,最大程度地维护消费者在电商平台中消费的权利,为网络经济的迅速发展和消费者的“安心消费”奠定坚实的基础。当出现《电子商务法》无法规制的问题时,《消费者权益保护法》作为保护消费者权益的基本法律,必须发挥其基本作用,保障消费者的基本权益[11]。

4.2. 优化消费者救济制度

消费者面对“杀熟”行为自我救济力度较低,为了优化救济制度,可以从下入手。

1) 减轻消费者举证力度。举证责任倒置有助于缓解消费者与平台经营者之间信息不对称。《个人信息保护法》第69条规定¹,侵害个人信息权益的举证责任由个人信息处理者承担。在举证责任倒置的情况下,消费者只需初步举证平台经营者存在大数据“杀熟”的行为,即举证自己购买同一商品或服务价格高于其他消费者,则举证责任就将自动从消费者一方转移至平台经营者一方。占据信息优势的平台经营者需要证明其对用户信息的收集、使用是在最小限度的范围内,若无法证明,则构成对用户信息的滥用,平台经营者将承担诉讼不利的后果。此外,平台还须证明老顾客的价格高于其他消费者具有正当理由。由于电子数据容易被篡改的属性,有必要明确平台伪造或者篡改数据的法律责任。

2) 降低维权成本,消费者可以通过“公益诉讼”的方式来应对“杀熟”行为。与一般消费者相比,消费者在搜集杀熟证据方面具有更多的便利。首先,与个人消费者相比,消费者在取证过程中往往不了解电商平台的运行机制,从而造成了不完整和不及时的举证问题。其次,相对于个人消费者而言,消费者可以在出现问题之后,对平台进行申诉或者起诉。第三,与个人消费者相比,消费者在遇到问题时,可以通过各种途径将问题举报给相关机关。但是,目前国内消费公益诉讼的原告只是全国、省两个级别,而没有延伸到市、区、县,消费的主体也比较局限。另一方面,鉴于我国当前电子商务消费的实际情况,应当考虑将消费主体的诉讼范围扩展至村庄,为消费者针对大数据杀熟诉讼提供相应的维权服务。在此基础上,还应当考虑设立不同级别的消费者协会,为消费者针对大数据杀熟诉讼提供相应的维权服务,降低维权成本,提升消费者的维权意识。

3) 简化相关程序。基于现有的诉讼程序,如果要利用法律手段解决大数据“杀熟”问题,必须按照相关的诉讼程序推进,程序法是为了保障实体法而存在的法律,程序正义辅助实体正义。消费者可以利用简易程序、小额诉讼程序等方式加快维权,同时,司法机关必须将“杀熟”行为的案件重视起来,只有多方面进行合作,才能对该行为进行打击。

4.3. 加大平台惩罚力度

基于大数据杀熟现象层出不穷,笔者建议应当在“杀熟”案件中引入惩罚性赔偿制度,消费者可以获得相应的惩罚性赔偿金,以刺激消费者的维权动机,更积极地追究相关平台的违规责任。此外,还应确立大数据“杀熟”侵权损害的最低赔偿标准,在电商平台游离于法律之外时,以最基本的损害标准规制平台,让平台心有所畏。借鉴《消费者权益保护法》中有关价格欺诈的处罚调查结果:消费者信心稳步提升,消费升级态势显著,以商品或服务价款的三倍作为惩罚性赔偿;也可参照《食品安全法》中有关生产经营不符合安全标准的食品、药品,以商品价款的十倍确定惩罚性赔偿金。对平台侵权行为进行追究,使经营者受到相应的惩罚,将司法规制大数据“杀熟”的功能落到实处。

5. 结语

伴随着我国科技的飞速发展,给法律适用带来了不同层面的难题,法律天生的滞后性在科技面前无

¹《个人信息保护法》第六十九条:处理个人信息侵害个人信息权益造成损害,个人信息处理者不能证明自己没有过错的,应当承担损害赔偿等侵权责任。

所遁形，但法治建设的脚步不能停下，司法适用中必须将现实与科技前沿结合起来，解决新兴领域出现的问题。同时，企业家也应该有自己的职业信仰，一个成功的企业，不能只考虑自己的利益，也要积极承担社会的义务，既要为企业创造价值，又要对员工承担法律义务，还要积极地对消费者、社会和环境负责，在企业的生产和运营中，要重视自己的价值观，重视对社会的影响力和做出的贡献。“杀熟”行为不仅会让老顾客感受到被欺诈和不公平，还会让新顾客望而生畏。对于商家来说，不被眼前的小利益迷失方向，才能走得更远。因此，企业应当在合理使用大数据技术的基础上，政府有关部门应进一步完善和加强对大数据时代的治理体系建设，同时，消费者也应增强自身的维权意识。三方协同发力，共同营造和谐稳定的商业环境，构建良好的社会秩序。

参考文献

- [1] 北京市消费者协会. 大数据“杀熟”问题调查报告[R]. 2022-03-01.
- [2] 黄毅, 宋子寅. 大数据背景下“算法杀熟”的法律规制[J]. 中州学刊, 2022(4): 50-54.
- [3] 邹开亮, 彭榕杰. 大数据“杀熟”的法律定性及其规制——基于“算法”规制与消费者权益保护的二维视角[J]. 金融经济, 2020(7): 51-57.
- [4] 文铭, 莫殷. 大数据“杀熟”定价算法的法律规制[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2021(9): 1-8.
- [5] 朱程程. 大数据杀熟的违法性分析与法律规制探究——基于消费者权益保护视角的分析[J]. 南方金融, 2020(4): 92-99.
- [6] 王恒睿. 大数据杀熟背景下的消费者公平交易权保护[J]. 大数据时代, 2018(11): 20-24.
- [7] 胡元聪, 冯一帆. 大数据“杀熟”中消费者公平交易权保护探究[J]. 陕西师范大学学报(哲学社会科学版), 2022(1): 161-176.
- [8] 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.
- [9] 冯莉, 陈明添. 困境与出路: 大数据“杀熟”的法律规制[J]. 海峡法学, 2020, 22(3): 88-94.
- [10] 万方. 隐私政策中的告知同意原则及其异化[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2019(2): 61-68.
- [11] 胥雅楠, 王倩倩, 董润, 等. “大数据杀熟”的现状、问题与对策分析[J]. 改革与开放, 2019(1): 15-20.