

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.08.003

欢迎按以下格式引用:何昊洋.大数据杀熟背后的平台私权力及其法律矫正[J].重庆大学学报(社会科学版),2023(6):220-232. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.08.003.



Citation Format: HE Haoyang. The platform private power behind big data discriminatory pricing and its legal regulation[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2023(6): 220-232. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.08.003.

大数据杀熟背后的平台私权力及其法律矫正

何昊洋

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:民事领域私权力的出现最早可以追溯到市场垄断,然而平台作为商业架构和组织模式的出现意外且快速地拓展了私权力的衍生空间。通过模仿国家提供市场、通信等基础设施或公共服务,互联网商业平台在这一过程中以自我赋权的方式掌握了一种对平台内市场的管理权。随着大数据与云计算技术的日益成熟,这一权力还因互联网商业平台的“市场—政府”属性获得了资源配置与规则制定的内涵。平台经营者不仅可以依靠大数据的实时监控与预测分析克服生产的盲目性,得到平台内市场投资的最优解;亦能利用信息科技实现对平台内市场低成本、高效率的治理。但不能忽略的是,私主体提供公共服务获得管理权的形式难以避免地令此类权力具有了显著的私属性,而互联网技术的进步同时会带来平台私权力侵犯用户权益的便利:平台经营者在或直接或隐蔽地收集大量用户数据后,借助大数据与云计算技术完成对个体用户的画像,最后利用算法模型实现对不同消费者的差异化定价,以此达成蚕食消费者剩余的目的。大数据杀熟的频繁发生,在加剧消费者隐私泄露风险的同时,剥夺了消费者剩余,降低了消费者对网络交易市场的信任,也违背了“共享”的发展理念,最终阻碍了我国数字经济的发展。从现有规制方式来看,《反垄断法》不仅无力遏制中小平台的大数据杀熟行为,也难以通过滥用市场支配地位制度对大型平台的杀熟行为形成有效威慑;而面对掌握大量数据信息且理性程度远超人类个体的平台,《消费者权益保护法》无法再平衡平台内消费者与平台经营者之间的实力差距;同时,价格歧视、价格欺诈等概念亦不能用以解释大数据杀熟行为。鉴此,需从抑制私权力的治理逻辑出发,采用白名单制度明确互联网商业平台的数据收集范围,赋权用户与平台内经营者以对抗平台私权力的行使,同时加强行业自律并引入第三方监督,在遏制平台私权力恣意行使的同时保证我国数字经济稳定、健康发展。

关键词:互联网商业平台;私权力;大数据杀熟;消费者权益;法律矫正

中图分类号:D922.294;D922.16 文献标志码:A 文章编号:1008-5831(2023)06-0220-13

基金项目:国家社会科学基金青年项目“数字经济时代反垄断法实施难点问题研究(21CFX041)”

作者简介:何昊洋,重庆大学法学院,Email:610800731@qq.com。

半个多世纪以来,随着计算机技术全面融入社会生活,信息爆炸已经积累到了一个开始引发变革的程度。“大数据”这一概念就来自最先经历信息爆炸的天文学和基因学两门学科,并在当下正在或即将应用于所有人类致力于发展的领域之中^[1]。无论是在脑力竞技运动中大放异彩的“深蓝”和“Alpha Go”,还是在苹果设备上广泛应用的语音助手“Siri”,都已经证明大数据技术具有广泛的应用前景和实际效益。此外,在金融、医疗、司法等领域,大数据可以帮助人类更好地理解 and 处理各类信息,谋求更为精确和有效的决策。近年来,为了高效处理和分析数据规模以及复杂度不断增加的数据,各国学者们持续深耕数据挖掘、机器学习、人工智能等领域,以期推动人类社会更好地应对信息爆炸的挑战。可见,大数据技术正在把人类推入一个高度数字化和智能化生活的场景之中。

但新生事物往往具有两面性,在大数据技术不断引发行业变革的同时,其与互联网经济的结合却招致了消费者的明显厌恶。无论是平台精准推送的广告还是因人、因时变动不一的价格都会令消费者感受到一种信息被泄露与隐私被刺探的不安。据北京市消协调查,有 86.91% 的受访者认为自己遭遇过大数据杀熟,82.37% 的受访者认为互联网消费领域大数据杀熟问题普遍存在^[2]。从实际测试看,复旦大学孙金云副教授于 2021 年 3 月发布的调研报告以实证的姿态“确诊”了打车软件的个性化定价问题^①,并带动了诸多网友“揭发”其他 APP 同一现象的行为。一时间,“不同用户订购同航班机票价格不一”“不同用户选择同一商品价格不一”的新闻屡见报端,“杀熟”似乎已成为互联网经济特有的商业模式。近年来,“禁止大数据杀熟”虽被频频提起,各类杀熟事件却依然屡禁不止,市场监管部门因此深陷“在互联网领域选择性执法”的诘难之中。然而,杀熟是否天然具备违法性?抑或大数据和杀熟的结合才是法律矫正的充分条件?这些问题既与法律对市场的干预界限密切相关,也构成当下互联网治理中的重要一环。因而,廓清大数据杀熟的行为属性,实现对大数据杀熟的有效规制,从而保障消费者与平台内经营者权益不受侵害,是护航数字经济健康发展的必然选择。

一、大数据杀熟的违法本质

从经济学的视角出发,为不同用户设置不同价格的个性化定价行为属于价格歧视的范畴。市场经济中最早也最典型的个性化定价当属机票和百老汇门票^[3],前者距起飞时间越近,价格就会越高,后者则相反。航空业以消费者购买机票的不同时间点作为票价变动的因素,大数据最先则以用户消费次数的多少作为价格浮动的因素。由于消费者最初发现的互联网商业平台个性化定价模式正是“对新客优惠,对熟客涨价”,这一现象遂被冠以“杀熟”的名号。在数据已成为生产要素的今天,平台经营者的杀熟策略似已成为将其掌控的数据资源进行变现的重要渠道。随着大数据规模效应不断凸显,应用效能日渐提升,“杀熟”已然内嵌于互联网商业平台的盈利模式之中:利用大数据技术实现的精准推送可以降低消费者购物时的搜寻成本,为消费者提供更加符合其需求的商品和服务,提高购物满意度,也能因此使平台获得广告商的青睐,但其在价格上“千人千面”的策略又使得数字经济的发展红利几乎全部为平台企业所攫取,与“共享”的新发展理念截然相悖。具言之,平台经营者滥用大数据技术的行为至少会造成以下三方面的损害。

^①复旦大学管理学院副教授孙金云发布的一项关于网约车定价的调研报告显示,消费者使用的手机越贵,则越容易被“专车”“优享”这类更贵的车型接单,且熟客的打车价普遍高于新用户。参见:央广网“手机越贵打车费越高?复旦教授用 800 多次打车数据掘出真相”(https://baijiahao.baidu.com/s? id=1692563000688500109&wfr=spider&for=pc,引用日期 2023-5-22)。

(一) 侵夺消费者剩余

根据微观经济学理论,产品的价值为消费者愿意支付的最高金额。价值和成本之间的区别是盈余或福利,因此价格是生产者与消费者之间盈余的分水岭^[4]。产品价格越贴近成本,消费者就能获得更多福利,反之则经营者能保有更多盈余。由于供需差异、市场竞争状况与消费者心理等因素都决定了经营者无法仅从利益获取的角度进行产品定价,而过低的价格又会使商家无利可图,因此在竞争充足的市场中,理性的经营者会将商品价格锚定在一个适中的位置,这样既能保证有足够数量的消费者购买此商品,也能防止因低价导致自身盈利水平下降。

但大数据拥有打破这种平衡的能力,通过对单个消费者的“精准画像”可以预测出消费者可接受的价格上限,使平台经营者的定价模式有了更多参酌因素,强化了经营者在信息获取方面的优势地位。以一位时常出差的商务人士为例,大数据通过其多次预订的酒店品牌可以分析出他对于酒店的选择偏好,包括价格区间,地理位置,甚至房型选择等,当大数据将该消费者选择范围内的酒店价格整体上涨且交易依旧完成时,就有一部分消费者剩余为平台所获取。而如果此人拒绝平台的新价格,则要么再增加一部分预算选择更高档的酒店,要么降低自己的要求选择较低档次的酒店,两种选择都会造成自身福利的减损。值得一提的是,市场中讨价还价的现象随处可见,消费者福利与经营者盈余长期处于此消彼长的状态。线下购物中一款标价550元的衣服经讨价还价后店主卖给甲500元,卖给乙480元的行为并不违法,但消费者遭遇大数据杀熟时面对的是一个平台为其“私人订制”的市场。对特定商品或服务的价格操纵会极大挤压消费者选择权的权利空间,在信息茧房中货比三家亦不再有意义,因此这种隐蔽地蚕食熟客权益的获利方式难具正当性。

(二) 破坏消费者对数字经济的信任

消费者信任受损会破坏市场秩序,阻碍网络经济蓬勃发展。行为经济学发现,消费者具有损失厌恶的特征,会避免陷入使他们后悔的交易中,具有损失厌恶特征的消费者在信任受损后将更谨小慎微,更不愿意参与到网络交易中。信任受损之后,消费者将会减少他们的需求,最终会损害消费者剩余^[5]。从理论上讲,信任可以根据不同场景下与同一行动者的经验,获得有关制度环境、成员身份、个人行为的知识,并进而将信任扩展到同一制度环境下、同一团体中未曾与他互动的其他行动者,如某消费者在某购物平台上有着良好的购物体验,这种私人经验会导致消费者产生“平台会惩罚不良商家”的信念,并将信任扩展到同一平台的、未曾与他交易过的其他商家^[6]。反之,如果消费者在某一平台上遭到大数据杀熟,这种“网购会被杀熟”的私人经验同样会让其警惕甚至厌恶在其他互联网商业平台上的交易,消费者信任受损将对数字经济的整体发展产生负面影响。

(三) 损害平台内入驻商家的权益

一般而言,互联网商业平台在业务起步阶段皆以提供中介服务而抢占市场,吸引到一定数量的稳定的顾客群体和入驻商家之后,再推出平台自营业务。而当规模日增的交易需求只有依赖平台中介才能完成时,“中介”的作用就超出了“牵线搭桥”,更接近“操盘控局”^[7]。平台权力的扩张对平台内入驻商家而言,代表着若要获得平台的推荐,要么以交纳广告费的形式提升自己的搜索排名,要么在每一笔成交业务中分出固定比例的金额作为平台的手续费。前者常见于淘宝、京东等网络销售类平台,后者常见于携程、美团等生活服务类平台。由于后者的交易金额与平台盈利直接挂钩,因而平台更热衷于利用此规则实现大数据杀熟。

以携程APP为例,非自营商户展示在消费者终端设备上的价格不仅包含原价,还包括一定的平

台手续费。借此,携程的杀熟模式就可以是将酒店标价 X 的房间在某一消费者的终端设备上展示为 Y($Y>X$)元,且有时 Y 的数值能达到 X 的两倍还多。这样一来,不仅消费者因这种隐蔽的提价而利益受损,酒店的商誉也可能因消费者对被杀熟的厌恶而受损。例如,常年使用携程 APP 的浙江省一胡姓消费者在订购舟山希尔顿酒店时预付了 2 889 元房费,离店时,胡某却发现酒店开具的发票中显示实际价格仅为 1 377.63 元^[8]。此类案件的发生可能使消费者在之后因惧怕被杀熟而不会再选择该酒店,致使酒店损失客源。除此之外,携程在消费者设备终端上自由定价的行为也会影响酒店的经营自主权。作为链接交易双方中介的平台,一旦获得了替代商家制定价格的权力,将对入驻商家的经营自主权带来巨大的威胁。

二、大数据杀熟的根本成因:平台私权力的演绎

技术本应是中性的,但由于算法体现的是设计者与运行者的意志与利益,互联网经营者既可以运用算法权力为消费者提供更好的商品与服务,也可能用来侵害消费者的权利^[9]。“大数据杀熟”即是电子商务经营者滥用算法权力,谋取不正当利益的典型表现。诚然,“大数据+资本”的模式在部分场景下的确可以克服生产的盲目性,进而促进交易并且提高资源利用率;但另一方面,这种结合会赋予平台经营者一种凌驾于交易、资本甚至市场之上的权力,并对人类社会的经济生活产生举足轻重的影响^[10]。

(一) 大数据杀熟背后平台私权力的展现逻辑

平台权力的产生与互联网形态的变迁息息相关。以信息传播的视角观之,早期的互联网只是将各个终端连接起来,以“端对端”的形式实现信息共享。这一设计本身即蕴含着去中心化的理念,正如约翰·巴洛(John Perry Barlow)在《赛博空间独立宣言》中所言,赛博空间将会是一个不存在政府主权的纯粹的公共空间。20 世纪 80 年代后,门户网站的兴起使信息传播的方式转变为“点对点”,一些访问量高的网站成为互联网的中心,门户网站可同时与多个用户产生联结;待到平台模式兴起之后,个体在互联网空间内被赋予了更多权利(如“人人都有麦克风”),互联网的传播模式也因用户的高度参与而变更为“点对点”与“点对点”并存的局面。

在“互联网民”的概念逐渐为“平台用户”替代的同时,平台惊人的市场力量开始将互联网引向了“再中心化”之路:社交平台作为用户发表言论与自由分享的场域,在对传播权进行“去门槛化”之后掌握了传统媒体议程设置的权力;商业平台也直接化身为市场的提供者与管理者,在连接每一对卖家和买家之时获得了制定交易规则的能力。在提供公共服务的过程中,互联网平台随之掌握了一种类似国家的权力。因此有学者指出,虽然互联网在不断赋权用户,但互联网在其发展历程中也同时在赋权经营者,且赋予后者的权力显然远大于赋予前者的权利^[11]。此外,互联网终端设备的变化也对平台权力起到了增幅作用。移动互联网时代之前,人们接入互联网的主要设备还是电脑,这一阶段的互联网公司仍与传统市场中的大型企业无甚分别,二者都只是在某个领域居于领先地位,而并未获得针对全社会的影响力和掌控力^[12]。手机智能化程度的逐步提升完美契合了城市居民时间碎片化的特征,电脑不再成为进入互联网的主要接口,与人们朝夕相伴的手机开始将大众拉入一个强联结社会。对平台企业而言,这一转变意味着收集更多数据的可能,手机型号、位置信息、活动轨迹等都能让平台从中分析出更多信息。

基于互联网商业平台提供准市场服务的这一事实,已有不少学者提出了其“企业—市场”的双

重特性。相比于线下市场,平台市场具有更多的限制条件。正如生产商对自身产品拥有法律许可范围内自由设计的权利一般,平台市场也会被其经营者打上或明或暗的私人烙印。通过数字技术的应用,平台经营者可以将自身意志高效、彻底地实施。当平台经营者出台各项规则成为平台用户必须遵循的准则时,“代码即法律”的判断就在这一事件中得到了完美的展现,企业的内部决策同时成为对公共空间有举足轻重之影响的社会政策。

(二) 大数据杀熟背后平台私权力的表现

与“限制二选一”和“自我优待”相同,大数据杀熟也是平台私权力运行的一种结果,概括而言,其中的私权力主要表现为以下两种。

1. 资源配置

从互联网商业平台的市场属性出发,由于平台经营者掌握了平台内所有交易中的资金和信息,因而平台在扩大为一个巨大的网络卖场时拥有了难以估量的资金流动,更获得了难以计量的信息与数据^[13]。通过这些数据,平台经营者可以轻易得知在传统市场中需要耗费大量成本才能获取的信息;如通过全体消费者搜索某一商品的平均次数可以精确量化该商品的需求度;某类商品在当季的销量同比或环比提升了多少个百分点。且这些数据有着极高的可信度,完全超越了传统市场中的市场调研。

大数据和资本的结合为“数字资本主义”的攻城略地吹响了号角。消费者被“萃取”成为算法模型中的一个数字,平台市场中的大数据可以和市场机制完美融合,成为“看不见的手”的一部分甚至是另一只“看不见的手”,经营者只需根据大数据的实时监控和分析就能得到向何处投资的最优解。理论上,掌握大数据技术的平台经营者可克服生产的盲目性;大数据可以记录并计算平台内留存的各种信息,相当于平台市场内全知的“上帝”,其计算结果自然就是最为理性的投资结论,平台经营者既可以将这些数据当作自身投资的指针,也可将其出售给其他经营者,而这一过程实际上就是大数据主导资源配置的过程。而在这一环节中,消费者始终处于被宰制的地位,其主体地位被大数据所抹杀,成为大数据不断自我更新与优化的养料。而不断进化的大数据又会为消费者提供更具针对性的产品与价格,消费者根本无力与之对抗。

2. 规则制定

从互联网商业平台的政府属性出发,平台经营者对平台市场强大的控制力体现在其制定之后可以被低成本、高效率执行的平台规则之上。以电商平台为例,在交易之前,平台内经营者与消费者就必须先与平台达成一种服务协议,如登录并接受其服务条款,从而成为平台用户、客户或会员,才能在平台上进行交易。质言之,真正交易的双方必须在交易之前分别与平台之间形成一种提供并接受平台服务的法律关系,才能在之后达成交易双方之间的交易关系^[14]。进入平台后,消费者虽然只需提供联系方式、运送地址、支付信息就能付款完成一笔交易,但电商平台获取的远远不止于此。通讯录访问权限、录音权限、相机使用权限,甚至设备信息、个人定位都要提供才能完成交易,“要么同意,要么离开”就是平台规则最生动的写照。因此,与其说平台服务规则是一份合同,毋宁说这就是平台权力的施展表现。

正如莱斯格在《代码及法律》一书中指出的那样,代码是互联网体系的基石,它有能力通过技术手段规范个人行为^[15]。任何社会情境只要持续存在一段时间,制度化就会出现^[16]。大数据技术能够完美地贯彻经营者的意志,并以近乎无限的“执法能力”保障平台规则能得到无死角的实施。这

固然使平台管理高效便捷,但缺乏权力制衡且天然具有寻租倾向的平台权力随时有脱序的风险,成为平台经营者谋取私利的工具。例如许多平台都会告知消费者,达成一定交易频次就可升级为更高级别的用户,从而解锁更多权限等,但在这种给资深用户的福利背后往往隐藏着杀熟行为。当平台发现用户已经被自身“深度绑定”之后,就会利用这类用户的信任暗中提升商品价格,2022年淘宝“双十一”活动中,不少消费者在社交媒体发布视频,通过展示不同账号的价格显示,质疑淘宝“88VIP会员”杀熟。平台以规则制定的权力获取了大量用户提供的数据,再筛选并培养平台依赖度高、转移成本大、对平台信任感强的消费者群体,最后对此类消费者实施杀熟行为。在这一过程中,大数据引导平台制定出让用户暴露更多个人信息的规则,从而实现精准杀熟,也因此,消费者需要在平台提供与交易无关的个人信息,进一步加剧了隐私被侵犯的风险。

三、大数据杀熟的法律应对与不逮

相较于欧美国家,我国对大数据技术的法律规制研究起步较晚,学界普遍从“消费者法益受损—禁止平台实施某类行为”的逻辑出发,通过反垄断等规制方式遏制大数据技术带来的部分负面效应,但此类规制路径一方面无法在根源上遏制大数据杀熟,另一方面也会因“一事一法”的模式无法对互联网商业平台引发的诸种问题形成周延性和体系性的规制。

(一) 竞争法规制进路

由于大数据杀熟现象最早出现在大型互联网商业平台之上,因此以竞争法,尤其是反垄断法加以规制就成为学界一个较为“热门”的选择。但无论是国内不久前修订完善的《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)还是国外学界提出针对平台反垄断的新理论,都无法实现大数据杀熟的妥善规制。首先,从规制主体看,我国《反垄断法》的条文和司法实践均将规制主体限定在“超级平台”之上,这就导致反垄断规制方式面对中小型平台(如电商平台中的“唯品会”、网约车平台中的“高德打车”)的大数据杀熟行为时依旧乏力。如前所述,平台私权力即私人资本在互联网技术支撑下因提供公共服务而产生的平台内管理权,这一权力的获取并不依赖高市场份额的占有。而《反垄断法》的启动通常与市场份额、市场占有率等概念高度相关。因此,以反垄断为主的规制措施只能对部分平台的私权力施加影响,多数中小平台都会成为“漏网之鱼”。

其次,从我国《反垄断法》的条文看,立法者尚未明晰大数据杀熟与禁止滥用市场支配地位制度的适配度。总则部分第9条规定,“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”。该条文实际上落实在第三章“滥用市场支配地位”部分第22条第2款,“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”。不难发现,相较于其他条款,该条款只停留在简单宣示的层面,既未规定行为构成,也无违反行为的法律后果设置,这对反垄断执法和司法的指导意义究竟怎样,不容乐观。此外,虽然《禁止滥用市场支配地位行为规定》第14条至第20条对《反垄断法》滥用市场支配地位部分做出了细化解释,但关于数字平台企业利用“数据、算法、技术、平台规则”实施滥用市场支配地位行为的解释依然是对《反垄断法》第22条的简单重复。可见立法者对这一问题也尚未形成统一、清晰的共识,只能以此方式作出宣示性的法律条款,因而参考价值有限。且根据《反垄断法》,执法机构在司法实践中必须面对的另一个障碍是,要证明平台经营者在新老客户价格上存在的差别待遇“没有正当理由”,对此,平台经营者不难用供求关系变化或商品自身特性等理由予以抗辩。

最后,依靠反垄断法遏制平台私权力反而会使传统的反垄断分析框架在互联网领域中被架空。面对平台日益扩张的私权力,国内外开始重视事前监管,同时有向行业规制转变的趋势。例如,欧盟在《数字市场法案》中规定了“守门人(Gate-keeper)制度”,要求符合规定的平台经营者承担包括非歧视开放义务、不得自我优待、不得拒绝数据共享等在内的守门人义务。美国通过《终止平台垄断法案》《美国选择与创新在线法案》《平台竞争和机会法案》《通过启用服务交换增强兼容性和竞争性法案》四项反垄断法案确立了“涵盖平台”(covered platforms)标准,并针对“涵盖平台”设定了相关义务。与美国模式类似,我国于2021年出台的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》事实上也是通过用户数量、营业额或市值、市场地位稳固性三个方面对平台进行分类,从而对“超级平台”施加特殊义务^[17]。不同于反垄断传统的事后规制方式,此种管制方式并不以竞争损害为前提,而是认为集中于必要设施上的私人权力对社会福利产生了更严重的威胁,因此需要接受更严格的规制^[18]。这一规制方式固然可以遏制平台私权力的蔓延,但以欧盟为例,将事前监管制度引入反垄断体系带来的问题在于,尽管《数字市场法》将守门人制度视为对欧盟和成员国竞争法的补充,但该法正式生效以后,对于符合条件的“超级平台”必然具有优先适用的效果。不难想象,对个案进行经济分析的传统反垄断思维模式在平台经济领域将逐渐式微,传统反垄断法甚至可能面临被规避或被架空的局面^[17]。综上,反垄断规制方式在实践中难以直接且全面地规制“大数据杀熟”。

(二) 消费者权益保护进路

作为对合同法的补足,消费者权益保护法致力于平衡经营者与消费者在信息占有和经济地位等方面的差距^[9],其本身就具有遏制经营者私权力的功能。具言之,消费者权益保护法通过赋予消费者知情权、选择权、受教育权等权利,提升消费者的理性程度,保障消费者在消费过程中不被前述劣势所影响,使古典自由市场的模型得以运作。但上述权利在面对平台私权力之时,仍无法保障消费者权益不受侵害。究其原因,个体的理性能力和理性程度存在上限,面对掌握大量数据信息、理性程度远超人类个体的平台,消费者必然且始终处于弱势地位,信息鸿沟和算力的差别难以通过消费者权益保护法予以平衡。不难发现,消费者权益保护法侧重于在微观的、具体的消费过程中保障消费者权益,而诸如作为整体的消费者的自由选择权往往为《反垄断法》等其他法律予以保障,例如《反垄断法》通过对市场竞争秩序的调整,遏制垄断性质的私权力,从而保障消费者在事实上拥有选择的自由。因此,当消费者在平台内再度面临准垄断性质的私权力,但《反垄断法》的规制方式又存在诸多困境之时,消费者权益保护法亦难以实现有效保护。

从现行法律规范看,虽然已有部分规定尝试从消费者权益保护的角度对大数据杀熟进行限制,但其条文内容也无法被消费者权益保护法的体系逻辑所包含。例如《互联网信息服务算法推荐管理规定》第21条称:“……应当保护消费者公平交易的权利,不得根据消费者的偏好、交易习惯等特征,利用算法在交易价格等交易条件上实施不合理的差别待遇等违法行为。”这即是认为大数据杀熟实际上是对消费者公平交易权的侵害。但所谓“合理的价格”从来都是一个区间范围,而不是某个特定的数值,产品出现价格波动本就是正常的市场现象。因此在法律并不禁止经营者差别定价的经营策略时,仅凭商家给熟客的价格更高就认为后者的公平交易权受到侵害的理由实际上难以成立。

此外,虽然《中华人民共和国消费者权益保护法》(简称《消费者权益保护法》)第29条旨在维护消费者的信息安全,却也并未涉及对大数据杀熟的规制。该条文只规定了经营者侵害消费者个人信息权利的三种情形:未经消费者同意擅自收集、使用消费者的个人信息;泄露、出售或者非法向他人提供消费者的个人信息;未经消费者同意或者请求,或者消费者明确表示拒绝,向其发送商业信息。在大数据杀熟中,经营者收集、使用消费者个人信息通常已取得了后者的同意,不存在泄露、出售或者非法向他人提供消费者个人信息的行为,也并非向消费者发送商业信息。可见,《消费者权益保护法》的个人信息保护条款亦无法适用于大数据杀熟。

(三) 价格法规制进路

以价格波动与个性化为表象的大数据杀熟使部分研究者将目光转向了《中华人民共和国价格法》(简称《价格法》),试图以价格歧视或价格欺诈等方式对其实现规制。但选择《价格法》的规制方式首先要面对的问题就是,虽然大数据杀熟符合经济学上“价格歧视”的定义,但其并非《价格法》意义上的价格歧视,该法第14条规定,经营者不得提供相同商品或者服务,对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视。可见,《价格法》将价格歧视行为限定在经营者之间,并不能规制发生在经营者与消费者之间的大数据杀熟。而在传统市场中,经营者的杀熟行为一般由声誉机制进行调节,实施杀熟行为的商家会因舆论中的负面评价而利益受损。有研究指出,不良声誉是一个极其严厉的市场惩罚机制,经由信息传播,知情后的消费者将“用脚投票”,以中止交易,甚至经常是永久性退出与企业的交易博弈对之予以惩罚。借助消费者的决策选择,声誉机制在惩罚的严厉、深入程度上甚至超过了法律体系的强力规制^[20]。然而,互联网商业平台的用户锁定效应与分层式垄断竞争的市场结构使声誉机制的威慑作用极其有限,因此,纵然大数据杀熟的新闻屡见报端,消费群体也难以“用脚投票”,对平台经营者的违法行为形成有效制衡。

从《价格法》的立法背景看,20世纪90年代,《价格法》与一系列市场规制法、财税金融法等先后出台,为我国社会主义市场经济体制的建立提供了充分的法治保障。从立法目的与条文内容看,《价格法》意在赋予一般市场主体定价自主权,同时对政府的价格管理进行限权,其核心即“除涉及公共利益的行业外,企业对自身产品或服务拥有定价自主权”,这也成为我国实行市场经济的标志之一。近30年的司法实践中,涉及公共利益和需要以《价格法》代表的价格调控制度实施干预的大致有以下几种情形:一是在国民经济命脉和关系国家安全的产业中;二是涉及市场竞争利益的情形中(如对低价倾销、抽奖式有奖销售等扰乱市场竞争秩序的行为加以矫正);三是税收领域中(如涉税交易对象的定价明显无理由偏低)^[21]。显然,平台的零售业务不属于上述需要《价格法》进行调整的涉及公共利益的产业范围,遏制大数据杀熟不宜以价格规制的方式进行。不仅如此,互联网商业平台还可以援引《价格法》第8条“经营者定价的基本依据是生产经营成本和市场供求状况”之规定,说明依据市场供求状况达成的“千人千价”合法合规。

同时,以“价格欺诈”来解释大数据杀熟亦有不妥之处。根据国家发展改革委发布的《禁止价格欺诈行为的规定》第3条之规定,价格欺诈行为“是指经营者利用虚假的或者使人误解的标价形式或者价格手段,欺骗、诱导消费者或者其他经营者与其进行交易的行为”。可见,经营者标价形式的非真实性是构成价格欺诈的核心要件。2015年,国家发展和改革委员会又通过《关于〈禁止价格欺诈行为的规定〉有关条款解释的通知》(简称《通知》)对价格欺诈进行了进一步说明,根据该《通

知》,价格欺诈是指经营者通过标价形式或者价格手段虚构事实、隐瞒真实情况,欺骗、诱导消费者或者其他经营者与其进行交易的行为。但在平台交易中,入驻商家很少不标明产品的生产日期、产地、保质期、性能、规格等信息。因此,当经营者既未以低价诱骗消费者,也未采用欺骗性或诱导性的语言、图片等标示时,只通过价格显示不一的现象判定其向消费者“隐瞒了真实情况”于法无据。

四、私权抑制视角下大数据杀熟法律规制的完善

互联网商业平台的“市场—政府”属性在引发了一系列新问题的同时也为释法和适法的工作带来了诸多挑战。一方面,平台市场的价格机制会因大数据和算法的扭曲导致消费者剩余被平台侵夺,传统市场中消费者相对于经营者的信息不对称问题在平台市场中也会因大数据的加入而更为明显;另一方面,平台经营者掌握的管理权天然具有寻租的倾向,其本身更有干预平台市场的强烈意愿。为维护数字经济得以长期稳定的发展,遏制平台行使私权力的恣意,就不仅要求学界提出有解释力度的私权力理论,同时也要在不挫伤平台企业创新积极性的前提下确保其掌握的私权力不至于侵害其他相关主体的合法权益。目前,在竞争法规制、价格法规制等方式尚不能完全应对上述难题之时,以行业规制的方式为平台私权力的行使划定边界,应为当下最适宜的选择。

(一) 明确平台用户数据的收集规则

从权力行使的角度看,平台私权力得以高效实施离不开代码作为技术规则的支撑。申言之,平台内经营者与消费者之间的互动必须遵从平台经营者制定的规则,这些规则表面上是具体的协议文本,但实质上是以代码作为技术规则来实现和控制。大数据杀熟的前置条件即平台利用管理权或直接或隐蔽地大规模收集用户个人数据,从各类平台的数据收集行为看,其并非一直遵循“最小必要原则”,反而往往在用户协议中尽可能多地要求用户提供或自身主动记录一切有价值的数据信息。这些并非为用户使用平台所必需的数据通常具有较高的身份识别度,例如“淘宝APP”除收集用户与交易相关的信息外,还希望用户授权它访问通讯录信息,并且会在后台自动记录位置信息、设备信息等,这就是技术带来的权力准则。利用这些数据,平台资源配置的权力得以施展。从现行法看,虽然我国在《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国电信条例》《电信和互联网用户个人信息保护规定》等法律法规中明确了用户被收集个人信息时的“知情—同意”规则;但以知情同意权的三要素“同意能力”“同意形式”“同意范围”进行考察便不难发现,“要么接受,要么离开”的平台规则大幅削弱了用户的同意能力,冗长的条款和一般消费者存在理解障碍的合同表述又模糊了用户允诺的可以被收集的信息范围。对此,全国信息安全标准化技术委员会于2022年发布了《信息安全技术 移动互联网应用程序(App)收集个人信息基本要求(GB/T 41391-2022)》,进一步细化了App收集个人信息的要求,但该文件仍有不少模糊之处,例如其条文中存在不少“宜……”,“原则上……”等表述,也缺乏与上述法律法规在具体责任承担方面的衔接,因此能发挥的作用十分有限。

数据作为能给互联网企业带来盈利的资源,如果将收集范围和处理方式在事实上交由平台自决,则无异于否定了用户的个人数据权益。平台收集数据虽然得到了用户的授权,但用户实际上并不存在与平台商定合同内容的权利,因而确定不同类型的平台可以收集哪些数据只能由政府为之。如个人资料、用户照片等,其不仅与自然人尊严密切相关,且数据产生的原因主要是自然人的“劳

动”,因此用户有权行使。而平台上的足迹数据、点名数据等用户和平台共同创设的数据,其权属划分首先依据平台协议的约定,如果没有约定或者约定显失公平的,法院应当根据各自的贡献大小确定其权利范围^[22]。在此基础上,以数据收集白名单制度制止平台权力的触角四处延伸就势在必行:明晰各类平台可收集用户信息的范围,对于超出白名单之外的信息,平台不得擅自收集。如确有必要,应当根据平台规模报国家/省/市市场监管局批准,并在工信部备案。制定数据收集白名单制度可以在平台与用户之间升起一面“无知之幕”,在一定程度上消弭算法对敏感信息的捕捉,保障消费者的个人信息不会被过分刺探,从而被“精准杀熟”。

(二) 赋权用户与平台经营者对抗平台私权力

从“限制二选一”到“自我优待”再到“大数据杀熟”,平台私权力随着数字经济飞速发展的同时引发了一系列有损消费者权益与平台内经营者竞争性利益的问题。对此,不少研究已指出,制止大数据杀熟要对平台权力或算法权力进行合理限制。但如何限制,该把平台权力运行的红线划在何处不能总是以一种“平台侵害相关主体的利益——制止平台某类行为”的模式进行。与其在平台一次次的权力施展中为其划定行为界限,毋宁通过对平台内经营者与消费者赋权的方式间接确认平台权力不能侵犯的领域。如此也能保证不会挫伤平台经营者的创新积极性,为平台的创新发展提供合规指引。

在“要么同意,要么离开”的现实图景下,面对在平台内拥有近乎无限权能的平台经营者,平台用户与之相较处于明显的弱势地位。鉴此,应当参照《消费者权益保护法》的立法逻辑,以赋权弱势方、限权强势方的形式平衡平台内经营者、消费者与平台经营者之间的实力差距,避免平台私权力对用户权益的过分侵蚀。具体对消费者而言,法律在确定平台可收集数据的范围之外,还应当确认个人享有的可支配的数据权利,使个人得以获得与平台博弈的资本。如此,数据收集者需要与个人协商方能获取算法决策所需要的数据。算法的使用者需要支付一定对价,而这种对价的形式并不一定是金钱^[23]。对平台内经营者而言,重点在于其经营自主权在平台内的真正实现。因此,首先要确保平台内经营者对自身商品或服务的定价权,如果展示在消费者终端设备上的价格包含有平台中介费,则这一费用必须对平台内经营者公开透明,若平台决定调整非自营产品或服务的价格,必须征得对应入驻商家的同意,否则视为对后者经营自主权的侵犯。其次,需要保证平台内经营者具有拒绝平台要求的权利:平台不得强迫入驻商家参加平台活动,不得因入驻商家的拒绝而对其采取“数据限流”的手段。为平台用户和入驻商家赋权,同时规定平台负有协助两类主体权利实现的义务,这样的制度设计不仅可以避免入驻商家成为大数据杀熟的附庸,还能激发入驻商家对平台的监督意识,确保平台权力运行规范。同时,还应当通过落实算法解释权、个人数据修改权、退出算法决策权等权利为平台用户与平台内入驻商家提供救济途径,让“以权利制约权力”的理念在平台经济领域落地生根。

(三) 提高行业自律与第三方监管水平

目前,已有部分平台经营者为保障自身权力的规范行使迈出了行业自律的第一步,如2021年,京东、美团、携程等10家互联网平台企业代表共同签署承诺书,承诺不非法收集、使用消费者个人信息,不利用数据优势“杀熟”,不销售假冒伪劣商品等^[24]。这份承诺书的签署固然意味着平台企业在行业自律方面的一大进步,但签署后依旧频繁出现的杀熟事件却令此承诺书的公信力大打折扣。

诚然,法律对行业协会授权不足、互联网平台企业自律机制不完善都可看作是导致承诺书未能真正起效的原因,但缺乏理论指引、自律公约责任不明也是行业自律一直无法发挥其作用的根源。在我国尚未建立针对平台私权力的有效规制体系之时,平台企业以行业自律的方式实行自我监督、履行社会责任就可成为法律规范的有效补足,为使行业自律能更具实效,可以考虑以企业社会责任理论作为理论支撑。虽然歧义颇多,争议不断,但企业社会责任理论的主旨依然大致明了,即对企业在利润最大化目标之外所负义务之概括或表达^[25]。由于这一理论的浓厚道德色彩和广阔的外延范围,自其诞生至今也难以在法律条文中被清晰阐明,例如我国《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第86条虽然规定“营利法人从事经营活动,应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任”,却并未明晰企业应当如何承担此责任。站在立法者的角度,由于法律不可能穷尽企业的各种具体义务,且随着企业的发展和时代的变迁,社会责任的内容也是动态变化的,仅依靠法定义务来约束公司明显不足,应当通过社会责任这种不确定概念和空白条款赋予法官干预企业的权力^[26]。因此,这一规定可以被看作是一条“兜底性条款”,其具体内涵可伴随社会经济条件的变化而不断丰富。对互联网商业平台而言,政府的监管固不可少,引导行业自律,丰富平台企业社会责任的时代内涵,也应当成为平台私权力治理工作的一环。不同于传统企业社会责任对环保、慈善等领域的关注,平台经济领域的企业社会责任表达应该更倾向于对公民隐私的维护,对共同富裕的落实,对互联网空间健康秩序的建立等。以企业社会责任理论引导互联网平台行业自律,既能使平台自律获得《民法典》的背书,增强自律公约的威慑力和约束力,也能丰富平台企业社会责任的时代内涵,促成平台经济领域商业道德的形成。

此外,受限于技术能力和时间成本,监管部门现阶段无法做到长期有效监管,在加强行业自律之外,还可以引入社会力量进行共同治理。这其中既可包括个人,也可包括开展数据收集、利用、加工、传输活动的数据业者;既可包括算法的设计者,也可包括具有算法审查能力和评估资质的第三方组织;既包括本国政府,也包括其他主权国家和国际组织^[23]。以个人为例,2021年10月,“澎湃新闻”利用一部更新了iOS15系统,拥有“记录APP活动”功能的苹果手机做了三天实验,发现“淘宝”“百度网盘”等APP存在自行读取用户隐私行为。且实验结果表明,APP大多数读取隐私的行为,都和当下正在使用的功能无关^[27]。这一实验一方面揭示了目前各类APP违规收集用户信息的现象依然存在,另一方面也证明了只要终端设备提供技术支持,每一个移动互联网用户都可以成为平台规范运营的监督者。因此,法律应当激励个人、终端生产商、第三方组织等形成有效的社会监督力量,促进社会范围内权利意识和守法意识的提升,实现私权力的自我监督与社会监督。

五、结语

有学者指出,财产在现代社会有了型塑社会秩序的功能^[28]。互联网商业平台作为一种深刻影响人类行为方式的新兴商业模式,在其掌握了足以动摇公共福祉的力量之时,有必要构建以私权力这一概念为核心的规制范式,确保平台私权力的审慎行使,纾解平台营利性追求与社会公共利益之间的矛盾。可以预见的是,随着互联网、大数据、人工智能、虚拟现实等技术的持续发展,未来将会涌现出更具技术性且更深度改变人类生活方式的平台企业,在提供多样化公共服务的同时带给公众丰富多彩的线上体验。相应地,政府的互联网空间治理工作也将更具挑战。未来已来,在“元宇

宙”开始建设的当下,为避免其走向一条赛博朋克化的道路,以前瞻性和创新性的规制方略应对在未来更具能量的平台企业就显得势在必行。

参考文献:

- [1] 维克托·迈尔-舍恩伯格,肯尼思·库克耶. 大数据时代生活、工作与思维的大变革[M]. 盛杨燕,周涛,译. 杭州:浙江人民出版社,2013:8.
- [2] 人民资讯. 北京市消协:八成受访者认为大数据“杀熟”[EB/OL]. (2022-03-02)[2023-01-22]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1726152442032393562&wfr=spider&for=pc>.
- [3] 罗伯特·弗兰克. 牛奶可乐经济学[M]. 阎佳,译. 北京:中国人民大学出版社,2008:96.
- [4] 刘晶. 电商经营者大数据“杀熟”行为的违法性分析及规制路径探讨[J]. 私法,2020(1):226-245.
- [5] 雷希. 论算法个性化定价的解构与规制:祛魅大数据杀熟[J]. 财经法学,2022(2):146-162.
- [6] 刘梦岳. 信任何以实现:人际互动中的风险渐进与信息积累[J]. 社会学评论,2023(1):192-213.
- [7] 戴昕. 平台责任与社会信任[J]. 法律科学,2023(2):82-97.
- [8] 南方都市报. 会员订酒店贵一倍,用户告赢携程!这是大数据杀熟第一案吗?[EB/OL]. (2021-07-16)[2023-02-20]. https://www.sohu.com/a/477895822_161795.
- [9] 廖建凯. “大数据杀熟”法律规制的困境与出路:从消费者的权利保护到经营者算法权力治理[J]. 西南政法大学学报,2020(1):70-82.
- [10] 蓝江. 数字异化与一般数据:数字资本主义批判序曲[J]. 山东社会科学,2017(8):5-13.
- [11] 易前良. 平台中心化:网络传播形态变迁中的权力聚集:兼论互联网赋权研究的“平台”视角[J]. 现代传播,2021(9):6-12.
- [12] 刘晗. 平台权力的发生学:网络社会的再中心化机制[J]. 文化纵横,2021(1):31-39,158.
- [13] 蓝江. 数字资本、一般数据与数字异化:数字资本的政治经济学批判导引[J]. 华中科技大学学报(社会科学版),2018(4):37-44.
- [14] 胡光志,何昊洋. 电商平台私权力的经济法规制[J]. 西南民族大学学报(社会科学版),2023(7):77-84.
- [15] 劳伦斯·莱斯格. 代码2.0:网络空间中的法律[M]. 修订版. 李旭,沈伟伟,译. 北京:清华大学出版社,2018:57.
- [16] 彼得·伯格,托马斯·卢克曼. 现实的社会建构:知识社会学论纲[M]. 吴肃然,译. 北京:北京大学出版社,2019:73.
- [17] 朱战威. 反垄断视域下守门人制度的立法表达及其反思[J]. 地方立法研究,2023(1):51-63.
- [18] SABEL K R. Infrastructural regulation and the new utilities[J]. Yale Journal on Regulation,2018,35:911-939.
- [19] 刘俊海,徐海燕. 论消费者权益保护理念的升华与制度创新[J]. 法学杂志,2013(5):27-38.
- [20] 吴元元. 食品安全治理中的声誉异化及其法律规制[J]. 法律科学,2016(2):127-136.
- [21] 张守文. 《价格法》修订:发展需要与改进方向[J]. 法学杂志,2022(4):1-15.
- [22] 包晓丽. 二阶序列式数据确权规则[J]. 清华法学,2022(3):60-75.
- [23] 张凌寒. 算法权力的兴起、异化及法律规制[J]. 法商研究,2019(4):63-75.
- [24] 红星新闻. 10平台承诺不用“大数据杀熟”,说到更要做到[EB/OL]. (2021-04-09)[2023-05-30]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1696550777388518656&wfr=spider&for=pc>.
- [25] 卢代富. 国外企业社会责任界说述评[J]. 现代法学,2001年(3):137-144.
- [26] 王利明. 中国民法典释评·总则篇[M]. 北京:中国人民大学出版社,2020:207.
- [27] 中国青年网. 3天App调取177次权限,有多少隐私被取走?[EB/OL]. (2021-10-26)[2023-05-30]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1714693342165770294&wfr=spider&for=pc>.
- [28] 张翔. 财产权的社会义务[J]. 中国社会科学,2012(9):100-119,207.

The platform private power behind big data discriminatory pricing and its legal regulation

HE Haoyang

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: The emergence of private power in the civil field can be traced back to market monopoly at the earliest, but the emergence of platform as a business structure and organizational model has unexpectedly and rapidly expanded the derivative space of private power. By imitating the state to provide market, communication and other infrastructure or public services, internet business platforms in this process in a self-empowering way master a kind of management of the market within the platform. With the increasing maturity of big data and cloud computing technology, this power has also gained the connotation of resource allocation and rule-making due to the market-government attribute of the internet business platform. Platform operators can not only rely on the real-time monitoring and analysis of big data to overcome the blindness of production, but also obtain the optimal solution of market investment within the platform. It can also use information technology to achieve low-cost and efficient governance of the market within the platform. However, it cannot be ignored that the form in which private entities provide public services and obtain management rights inevitably makes such rights have significant private attributes, and the progress of internet technology will also make it convenient for platform private power to infringe users' rights and interests: After directly or secretly collecting a large amount of user data, platform operators use big data and cloud computing technology to complete the portrait of individual users, and finally use the algorithm model to achieve differentiated pricing for different consumers, so as to achieve the purpose of eating the surplus of consumers. The frequent occurrence of big data discriminatory pricing, while increasing the risk of consumer privacy disclosure, deprives consumers of surplus, reduces consumers' trust in the network trading market, also goes against the development concept of sharing, and ultimately hinders the development of China's digital economy. From the perspective of existing regulatory methods, the Anti-Monopoly Law is not only unable to curb big data discriminatory pricing of small and medium-sized platforms, but also difficult to effectively deter big data discriminatory pricing of large platforms through the abuse of market dominance system. However, in the face of platforms that possess a large amount of data and are far more rational than individuals, the Consumer Rights Protection Law cannot balance the strength gap between consumers and platform operators within the platform. At the same time, concepts such as price discrimination and price fraud cannot be used to explain big data discriminatory pricing. Therefore, it is necessary to define the scope of data collection of internet commercial platforms by adopting white list system from the governance logic of restraining private power, and empower the users and operators within the platform to oppose the exercise of private power of the platform, strengthen industry self-discipline and introduce third-party supervision, so as to ensure the stable and healthy development of the digital economy of China while curbing the exercise of private power of the platform.

Key words: internet business platform; private power; big data discriminatory pricing; consumer rights; legal regulation

(责任编辑 胡志平)