

“大数据杀熟”折射出的法律缺陷

杨宏芹 卢文

近日来，一些知名企业被曝有“大数据杀熟”的行为。有用户发现用同样的 App 购买产品，老客户购买同样产品的价格更贵。一时间有关“大数据杀熟”的讨论不绝于耳，将各大互联网平台推上风口浪尖。所谓“大数据杀熟”，指的是互联网厂商利用自己所拥有的用户数据，对老用户实行价格歧视的行为。这一现象背后，涉及到的不仅是不正当价格行为，更折射出互联网企业在经营活动中对用户数据隐私保护存在普遍缺陷，消费者合法权益易受侵害等深层次问题。

“大数据杀熟”构成不正当价格行为

我国《价格法》第 7 条规定：“经营者定价，应当遵循公平、合法和诚实信用的原则。”第 8 条规定：“经营者定价的基本依据是生产经营成本和市场供求状况。”互联网经营者同样应该遵守《价格法》有关定价原则和依据的规定。

首先，互联网经营者就相同的产品或服务，无正当理由地对具有同等交易条件的消费者制定不同价格的行为，构成价格歧视。虽然我国《价格法》第 14 条第 5 项所列举的“价格歧视”仅限于经营者之间，但这仅是从反垄断或反不正当竞争的角度而言。事实上，反不正当竞争法和价格法在鼓励和保护公平竞争的同时，亦明确有保护经营者和消费者的合法权益。因此，企业的特定行为是否具有不正当性，应从诚实信用标准出发，综合考虑该行为对竞争者、消费者和社会公众的影响。若企业仅以消费者的消费能力、水平、习惯、喜好、对价格的敏感程度等作为定价依据，会使得众多消费者遭受不公平对待，显然具有“歧视”意味。

其次，“大数据杀熟”行为也构成价格欺诈。我国《禁止价格欺诈行为的规定》

□ “大数据杀熟”所涉及到的不仅是不正当价格行为，更折射出互联网企业在经营活动中对用户数据隐私保护存在普遍缺陷，消费者合法权益易受侵害等深层次问题。

□ 互联网经营者就相同的产品或服务，无正当理由地对具有同等交易条件的消费者制定不同价格的行为，构成价格歧视。但我国现行相关立法较为滞后，难以将互联网企业经营活动中存在的各种新型不正当行为纳入其中。

□ 我国缺乏一部专门针对消费者个人信息保护的基础性立法。实践中，用户在平台注册或接受相关服务时，往往只能被动“勾选”，无法对互联网经营者单方制定的协议或隐私政策进行协商或选择。

（以下简称“《规定》”）第 3 条明确“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。”企业前述价格歧视的行为，使得消费者对同一商品或服务所对应的真实价格产生误解，属于《规定》第 8 条所称的“误导性标价行为”。

虽然《规定》中列举的 13 项“价格欺诈”行为中（不包含兜底条款），难以找到与“大数据杀熟”行为相匹配的情形，但从“欺诈”的构成要件来看，如果经营者故意隐瞒了真实的商品或服务价格，或故意标识虚假价格，致使消费者陷入错误认识和判断，进而实施了非基于真实意思表示的行为，即构成“价格欺诈”。

从上述分析可以看出，我国现行相关立法较为滞后，难以将互联网企业经营活动中存在的各种新型不正当行为纳入其中。对此，立法机关应及时完善法律规范，明确“价格歧视”和“价格欺诈”行为的内涵和构成要

件，要求企业“明码实价”，对接“价格欺诈”、“消费欺诈”和“民事欺诈”以适当扩张《消费者权益保护法》中“三倍赔偿”和《食品安全法》中“十倍赔偿”的适用范围。

加强对用户数据隐私权的保护

在“大数据”时代，用户的个人信息已经成为重要的生产要素和商业资源。鉴于此，我国《民法总则》专门将“自然人的个人信息”列为一项重要的民事权利，将其置于法律保护之下。

2018 年 5 月 25 日，欧盟《通用数据保护条例》即将正式生效。这部被称为“史上最严格的数据保护条例”，赋予了数据主体知情权、访问权、纠正权、擦除权（被遗忘权）、数据可携权和拒绝权等多项权利。同时对原则上禁止处理“特殊种类的个人数据”、事先对高风险的数据处理活动进行数据保护影响评估、设立数据保护专员、数据泄露时的及时通知等内容作出了明确规定。

以当事人为中心：谋划破解执行难的治本之策

谢国儿 闻志强

“用两到三年时间基本解决执行难问题”，是当前人民法院工作的重中之重。为早日实现基本解决执行难总体目标，各级各地法院在司法实践中勇于探索，大胆创新，积极推进执行体制机制与模式改革，不断增加人力、物力与财力投入，完善执行规范系统及各项执行配套措施，夯实执行基础，补齐执行短板，取得了可喜的成绩；2017 年全国各级法院向执行难全面宣战，共受理执行案件 614.9 万件，执结 507.9 万件，同比分别上升 31.6%和 33.1%，执行到位金额 1.5 万亿元，同比上升 54%，基本解决执行难问题取得实质进展。

但是这也同样昭示着一个不争的事实：当前执行案件总量越来越多，增幅越来越大，人少案多的矛盾越来越突出。为何大幅增加了人力、物力与财力，执行案件却如“割韭菜”般越办越多、没完没了？从终极的实质意义上考量，进入执行的案件总量下降率才应当是评价解决执行难的重要标志和核心指标之一。

毋庸置疑，破解执行难是一项社会系统工程。既要立足现实，着力解决当前工作推进中突出的基础性问题；也要着眼长远，从影响执行难的根本性问题入手，谋划解决执行难的长效性治本之策。

我们以为，如果说“标”是指“以人民法院为中心”，构建强制执行的基础性保障工程，那么“本”就是“以当事人为中心”，构建由债权人、债务人为本位的自治性清理系统。基本解决执行难需要强“基”更亟待固“本”，治标不治本如“扬汤止沸”，长远下去会深陷“执行难怪圈”，并形成“越执行越多、越执行越难”的恶性循环。病灶不除病理反应不期而至，只有“釜底抽薪”、标本兼治，方能“药到病除”、断根灭源。而培树“以当事人为中心”的基本理念，积极构造“债权人不需申请执行也能实现债权、债务人不想也不愿被执行

及有履行能力的被执行人不能也不敢规避或抗拒执行、执行不能的被执行人不再‘下落不明’而是主动响应、积极配合执行”的生动图景，培育源自人民内心拥护和真诚信仰的良好法治环境，最大限度地释放广大当事人在解决执行难问题上的“生产力”，才能最终解决执行难这一社会痼疾和法治“拦路虎”。具体而言，我们认为应当从以下几个方面着手改进、突破和完善：

一是让债权人不需申请执行也能实现债权，从源头上降低进入执行尤其是主动申请法院执行的案件基数。

如果说司法是守护社会公平正义的最后一道防线，那么法院的执行程序就是这道防线的最后一个环节，但执行不应是诉讼终结的必经程序。

为从根本上降低进入执行的案件总量，我们建议：

一方面，要着力探索执前催收前置制度，引导债权人在立案执行前自行送达催债文书，既能督促债务人按期自动履行，又能有效了解债务人的实际状况，便于立案执行后强制执行工作的有效展开；

另一方面，从当事人的角度来说，立案、审理均是执行的辅助部门，都是为了最终实现债权债务公平而有效的清理。这就要求强化立、审、执实体化配合机制，加大立案、审理程序中的诉讼指导、风险告知和法律释明工作。立案阶段加强执行风险提示，让当事人对诉讼后果有合理预期；审理阶段加强法律释明，引导当事人进行财产保全，设置调解履行保障条款，加大当事人逾期或违约履行成本，防范“二次不诚信”的发生；在文书生效后增加执行释明程序，切实提升生效文书的服判息诉率和自动履行率。

二是让债务人不想也不愿被强制执行及

有履行能力的被执行人不能也不敢规避或抗拒执行，而是选择自动履行或主动和解。

这就要求法院在传统的“查人、找物”等直接强制执行措施之外，转变强制执行理念，创新执行举措。具体来说：

其一，强化严格执法、规范执行，不轻易让申请执行人的胜诉权益打折，确保社会主体的失信成本远高于失信收益，让没有进入执行程序的债务人对执行后果有理性而明确的预期，让进入执行程序的被执行人无法通过各种渠道取得不当、不法利益，从而使其不想也不愿被强制执行。

其二，加强全媒体执行威慑宣传。做到传统媒体与新媒体同步运用，纸质媒体与视听媒体同步宣传，专题化报道与常态化宣传同步推进，拒执罪典型案例与强制执行精品案例同步公开。让失信被执行人感受到全方位、多元化的执行威慑，使其不能也不敢规避或抗拒执行。

其三，继续夯实执行信息化查控、执行管理、执行指挥及执行信用惩戒等基础平台。不断健全执行体制机制及各种执行配套措施，不断丰富间接执行措施和手段，切实解决执行工作中突出的基础性问题，加快实现执行能力和执行体系的现代化，从而倒逼债务人和进入执行程序的被执行人自主、自动地清理债务、配合执行。

三是让执行不能的被执行人不再“下落不明”，而是主动响应、积极配合法院执行。

从某种意义上说，即使已经基本解决了执行难，那也是解决了“半个执行难”。如果说当前基本解决执行难是压在人民法院工作案头上的“一座大山”，那么从根本上消解大量因执行不能而积压的终本案件是今后一段时期人民法院执行工作背负的“另一座大山”。如何有效消解“滚雪球式”增长的执行不能终本案

目前，我国涉及个人信息保护的法律规定散见于各部门法、行政法规和部门规章之中，缺乏一部专门针对消费者个人信息保护的基础性立法。实践中，互联网经营者自行制定的《用户协议》和《隐私协议》，其内容和表述往往存在晦涩难懂、模糊不清等问题，默认同意或授权、霸王条款、隐蔽提示等现象也屡见不鲜。用户在平台注册或接受相关服务时，往往只能被动“勾选”，无法对互联网经营者单方制定的协议或隐私政策进行协商或选择。

大数据时代，保护用户即消费者的信息数据安全和个人隐私是互联网经营者应当承担的法律责任和社会责任。对此，应着重明确数据收集和使用的三大原则：

首先，互联网经营者应当事先以通俗易懂的语言，明确告知用户其收集、使用个人信息的目的、范围、方法、用途等内容，确保用户充分理解。在此基础上，企业应当获得用户自愿、详细、明示给出的同意或授权，同时用户有权选择同意的内容、范围并可以撤销授权，即“用户明示同意原则”。

其次，互联网经营者只得收集为了履行合同、提供服务所必要的用户信息，即必要性原则或最少够用原则。同时，企业在后续处理相关信息时，必须严格按照之前告知用户的数据收集目的和用途。

最后，互联网经营者应当恪守诚实信用原则和商业道德。互联网背景下，消费者和企业之间信息不对称的情况依然存在。因此，处于优势地位的互联网企业应当诚信经营，承担更高的注意和管理义务，提高自身对于用户信息保护的责任意识和技术水平，切实保障用户的隐私权、知情权和选择权。

（杨宏芹系上海对外经贸大学法学院副教授；卢文系上海对外经贸大学法学院法律硕士研究生。）

件？我们认为只有让执行不能的被执行人积极配合法院执行，而不是外出避债、一跑了之，从此“隐姓埋名”、“遁天入地”。这就必须构建一整套针对被执行人的有效激励机制，这既是法治文明发展的应有之义，也是市场经济发展的大势所趋。理由如下：

其一，对于善意、诚信而不幸或不慎陷入债务困境的被执行人而言，以制度化保障其赖以生存的生活资料，以及附条件地实行债务减免等各类激励性机制，必将极大地弘扬善意、鼓励诚信、倡导文明，增强被执行人配合法院执行的积极性，从而早日摆脱深陷债务的困境，重新回归正常的经济社会生活，重获做人的尊严。

其二，从规制经济学角度来看，要从构建最优的激励性制度出发，为当事人创造和培育更多有效率的“执行市场”，优化执行资源配置，释放激励制度红利，从而最大限度地实现“多方共赢”，达到执行工作的“帕累托最优”状态。

当前，全国各级各地法院正借中央全面推进司法改革之东风，推进“治标”措施，努力实现“基本解决执行难”的近景目标；但同时，也要积极引导当事人广泛参与，谋划解决执行难的长效“治本”之策，助力实现“根本解决执行难”的远期图景。这就要求：既要倾力消减在执行中的案件总量，更要从源头上减少进入执行的案件基数；既要有直接强制性机制，更要有间接激励性机制；既要有“抗拒从严式”刚性倒逼思维，更要有“坦白从宽式”柔性诱导思维。只有这样，才能最终从根本上破解执行难，从而早日真正“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。

（谢国儿系江苏省扬州市市邗江区人民法院法官、华东政法大学博士研究生；闻志强系广州大学法学院讲师、法学博士）