“大数据”何时才会不“杀熟”

法律法规频频“亮剑” 破除“隐蔽性”是难题

近日，浙江省绍兴市柯桥区人民法院开庭审理了胡女士诉上海携程商务有限公司侵权纠纷一案。法院判决携程赔偿胡女士投诉后携程未完全赔付的差价 243.37 元及订房差价 1511.37 元的三倍支付赔偿金共计 4777.48 元。作为 8.5 折优惠价的“钻石会员”，不仅没有享受优惠，反而多支付了一倍的房价，这种价格歧视损害了消费者合法权益。

近期，从国家到地方都出台了针对性举措，剑指“大数据杀熟”，比如，国家市场监管总局发布了《关于对〈价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）〉公开征求意见的公告》，《深圳经济特区数据条例》近日公布，将于明年 1 月 1 日起施行。不过，记者调查发现，在一些领域，平台“杀熟”情况仍然存在。

资料图片

依法治理没有停歇 “杀熟”仍然存在

近期，监管利剑再次指向“大数据杀熟”。7 月初，国家市场监督管理总局公布《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》，其中新增了“新业态中的价格违法行为”内容。意见稿提到，电子商务平台经营者有利用大数据分析、算法等技术手段，根据消费者或者其他经营者的偏好、交易习惯等特征，基于成本或正当营销策略之外的因素，对同一商品或服务在同等交易条件下设置不同价格的情形之一的，给予警告，可以并处上一年度销售总额 1‰以上 5‰以下的罚款，有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，责令停业整顿，或者吊销营业执照；今年 7 月，深圳市公布《深圳经济特区数据条例》，明确提出对“大数据杀熟”给予重罚——情节严重的，可处 5000 万元以下或者上一年度营业额 5%以下罚款。

多位受访专家表示，近年来，已有多部法律、法规、规章针对“大数据杀熟”进行规制，足以看出这一问题的重要性，通过提高违法成本防治“大数据杀熟”是非常必要且务实之举，将对创造优良的法治环境和健康的数据生态起到重要作用。

中国互联网协会法工委副秘书长胡钢表示，在有明确法律依据的情况下，对侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，消费者组织或者检察机关等可以提起公益诉讼，这样就可大大降低普通消费者主张个人权利的门槛和难度，也从一方面大幅提高了诉讼的效率和成功率，实现专业化、系统化、一揽子的解决目标。

虽然依法治理“大数据杀熟”的脚步没有停歇，但记者近日调查发现，“杀熟”行为在一些常用平台仍不同程度存在。

记者在某网约车平台上搜索发现，在同一时间于同一地点出发至北京西站，经常使用该网约车平台的用户手机内显示的快车打车费用预估为 69.03 元。但不经常使用该平台的用户手机上显示，打车费用预计为 51.18 元，其中包含了 17.05 元被抵扣的优惠券。但记者发现，即便不选择使用优惠券抵扣车费，不经常使用该平台的用户打车费用是 68.23 元，比常用用户显示的车费还便宜 0.8 元。

在某在线旅游平台上，四川省某地同一酒店的同等房型的客房，享有 8.5 折优惠的钻石会员手机页面上显示的客房原价为 728 元，优惠后价格为 472 元。但享受 9.5 折优惠的黄金会员手机页面上，该房型的原价为 668 元，折后价格是 400 元。同时，若是铂金会员享有的价格也比黄金会员享有的房价高出几十元。

在某外卖平台上，不同用户在同一家没有点过餐的店家显示的优惠红包价格也不尽相同。一个用户手机页面显示的优惠红包价格为满 33 元可抵扣 11 元，但另一用户显示的优惠红包价格分别为满 31 元抵扣 9 元、满 53 元抵扣 13 元以及满 57 元抵扣 14 元。

强化日常制度制约 让个体免于被算法“算计”

业内专家认为，“大数据杀熟”更深层次的问题在于平台对用户数据的保护和利用不当，除提升监管强度提高相关行为的违法成本外，还要不断强化日常的制度约束。

胡钢认为，“大数据杀熟”侵害了消费者的知情权、选择权、个人信息权等，涉及虚假宣传、价格欺诈、经营欺骗，构成消费欺诈，应当对违法主体进行惩戒性行政处罚，给予受害者惩罚性民事赔偿。未来可对非法获利丰厚，受害者众多的恶劣行为，立法追究刑事责任。“鉴于‘大数据杀熟’的智能化、系统化、批量化、隐蔽性、凶猛性，在个案突破的前提下，更应适时开展进驻式、突击式和拔根式的多部门联合执法治理，并配合消费者组织或检察机关的公益性诉讼活动。”胡钢说。

此外，他建议在此基础上建立举报人奖励制度，提供精准线索。“我们要把民事责任、行政责任和刑事责任结合起来。只有让所有违法主体承担应有的、全部的法律责任，才能坚决遏制这种利用技术手段，建立在压榨普通消费者的个人信息基础之上的，我称为‘隐私驱动’的流氓经济。”胡钢说。

中国人民大学法学院教授、商法研究所所长刘俊海说，公安机关、市场监管部门、网信主管部门等要铸造监管合力，消除监管盲区，提高监管公信，切实用好用够用足法律赋予的市场准入、行政指导、行政调解、行政监管和行政处罚等权限，保护消费者的隐私权、选择权、公平交易权和安全保障权，打击和制裁各种侵害消费者权益的、违法的“大数据杀熟”行为。对情节严重构成犯罪的，要移交司法机关追究刑事责任。

北京市消协曾建议，采取技术手段和技术设备，建立相应的大数据网上监管平台，针对网络信息平台进行全天候的在线监管，提高对各种隐性大数据利用违法行为的查处能力。同时，可建立诚信激励和失信黑名单制度，一旦发现企业存在通过“大数据杀熟”损害消费者知情权、选择权和公平交易权的行为，不仅要对其给予行政处罚，还要将其纳入诚信黑名单。

发现难、举证难、认定难 根治“大数据杀熟”困难重重

北京市消协调查显示，超八成被调查者认为，“大数据杀熟”现象如今相当普遍，且有超五成被调查者表示有过被“大数据杀熟”的经历。今年年初，中消协表示，有些经营者利用算法进行价格歧视。一是对新老用户制定不同价格，会员用户反而比普通用户价格更贵。二是对不同地区的消费者制定不同价格。三是多次浏览页面的用户可能面临价格上涨。四是利用繁复促销规则和算法，实行价格混淆设置，吸引计算真实价格困难的消费者。受访专家表示，“大数据杀熟”具有智能化、系统化、批量化、隐蔽性等特点，想要根治仍然困难重重。

难以察觉，隐蔽性强。中国政法大学传播法研究中心副主任朱巍认为，“大数据杀熟”问题频繁出现、屡禁不止，很大程度在于其有一定的隐蔽性，一方面，消费者不经多部手机或者多人同时比对，很难察觉这一情况。另一方面，消费者即便发现价格歧视也难以固定证据，因为消费者并不知道价格 A 和 B 之间的差距是怎么形成的，在某些情况下“素人补贴”等情况都会造成单价的不同，消费者很难仅凭借价格的差异来判断平台是否在“杀熟”，同时也给平台留下了解释的空间，导致消费者举证不易、维权困难。

“看人下菜碟”，区分用户。部分平台对于苹果手机用户也会“格外关照”。复旦大学孙云金教授的团队在针对网约车平台的调查中发现，苹果手机用户在打车的过程当中更有可能被舒适型车辆，即优享、专车等价格相对较高的车型接单，且这一比例是非苹果手机用户的 3 倍。此外，苹果手机用户所能享受到的打车优惠也更少。数据统计发现，苹果手机用户所能获得的平均优惠约为非苹果手机用户的一半，优惠金额占据每订单原价的比例，即折扣比，依旧支持上述结论。

“精准投放”，诱导消费。专家表示，比如基于算法的推荐广告，似乎总能“猜中”消费者的喜好，从电线杆上的“牛皮癣”变成朋友圈里的“精准投放”，时刻诱导、干扰消费者。专家表示，一些平台会分析消费者的消费习惯和喜好，推荐消费者搜索价格区间的商品或服务，多次浏览页面的用户可能面临价格上涨。

发现难、举证难、认定难。“新用户的合理期限如何界定？平台的随机性交易如何界定？”复旦大学数字与移动治理实验室主任郑磊说，“消费者通过不同用户之间的横向比较，很容易发现互联网平台‘杀熟’，但达到政策认定‘杀熟’的条件，既需要获取互联网平台的核心算法，又需要较强的技术能力去分析算法。”

“大数据杀熟”毁的是互联网经济的未来

这些年，互联网经济的蓬勃发展给人们的衣食住行带来诸多便利，但与此同时，广大消费者也苦“大数据杀熟”久矣。到目前为止，“大数据杀熟”并没有明确的法律界定，还停留在学术研究和大众口口相传的商业概念里。不过，即便当前还无法从维护社会整体利益的角度，对“大数据杀熟”进行普适性解决，但并不影响在现有法律框架下对此类案件做出公平的判决。

现今所说的“大数据杀熟”，一般是指互联网商家利用大数据技术，通过算法分析处理收集到的用户信息并做出数据画像，对价格不敏感者特别是熟客施行同物不同价的“价格歧视”政策，以此实现自身利益最大化。需要承认的是，不同消费者对相同的商品和服务有着不同的需求弹性，不过如果商家在主观上具有欺诈的直接故意，在客观上也造成了消费者的财产损失，两者具有因果关系。那么，依据民法典相关条款，这就是明确的欺诈行为，侵犯了消费者的知情权、公平交易权等一系列合法权益。

跳出法律维度，还应该看到“大数据杀熟”行为对互联网经济长远发展造成的伤害。我们生活的时代并非一个真正意义上的“陌生人社会”，互联网的出现正在逐步降低互不信任造成的高昂社会运行成本。回顾近年来的“大数据杀熟”新闻，无不在舆论场上迅速传播发酵，引发消费者群体对涉事企业的信任危机，还降低了整个社会对线上经济以及企业家群体的信任。这种为追求利润而不择手段的个别企业文化，导致了市场上所有主体陷入“劣币驱逐良币”的困境，使其不再关注产品和服务的改进创新，而是依赖于资本优势、市场地位去利用制度欠缺和规则漏洞以攫取超额利润。这种伤害，会严重影响市场经济效率，导致社会资源浪费，也让技术本身的进步发展蒙上阴影。

“大数据杀熟”的治理，也带给人们对于科技进步与社会发展关系的思考。技术本身是中立的工具，但技术的应用则承载着价值，因此不能让“技术的解放力量——物的工具化——转而成了解放的桎梏，成了人的工具化”。“大数据杀熟”是一个很明显的技术与规则角力的例子，大众在享受技术带来便利的同时，发现技术应用与生活愿景之间出现了偏差。这种偏差，要求治理者除了保持对技术的敏感与关注，及时做好事后治理、补齐事前预防和事中监督的机制体系外，还要努力培养好的商业文化和商业伦理，去对抗不合规的逐利冲动。

（据《经济参考报》《光明日报》）