

大数据杀熟及个人信息保护机制的法律探析

范馨月 丁利明

(大连民族大学文法学院, 辽宁 大连 116000)

【摘要】网络信息时代的到来和大数据的发展,人们在互联网上的交流与交易日益频繁,在其带来便利的同时,也产生了许多弊端。由于平台经济的兴盛,日益增多的互联网平台运营商,以获得大量的消费者经济为依据,利用大数据、算法等技术进行差异化定价和决策,也伴随着个人信息泄露,大数据“杀熟”等问题,此外还存在着为占用市场优势地位、滥用个人信息等法律问题,进而得出当前的法律在应对大数据“杀熟”时,仍存在一定的缺陷和问题。本文通过对大数据杀熟的概念及运行机制进行分析、并列相关案例解释,来找到最优的解决对策及对个人信息的保护机制进行法律探析,从厘清“大数据杀熟”概念、优化举证和维权措施、强化联合执法等方面进行改善以探求最优的方式来保护个人权益。

【关键词】大数据杀熟; 对策; 个人信息保护; 法律规制; 法律问题

一、大数据“杀熟”的概念和界定

大数据“杀熟”主要是指相关经营者借助平台经济兴起的优势,利用在大数据收集的隐藏信息、决策和定价通过算法等技术进行,从侧面则显示出公众的个人隐私及信息遭遇泄露,并因此由于大数据杀熟而遭遇众多危害。互联网大数据时代,消费者在网上的每一次浏览、搜索、消费和交易,都会被记录、储存下来,成为大数据的一部分。^[1]其以获取大量消费者信息为基础,消费者的隐私权很有可能受到侵害,消费者在网上的每一个行为都可能被分析出来,成为平台店家进行差别定价和分析市场形势的重要依据。网络电商平台采集终端消费者的信息后,得出一些立体化的消费结论,例如价格敏感程度、商品购买力、消费黏性等,然后根据相同的产品或者所得到的服务,对不同的消费者进行差异化的定价,在经济学上趋近化于价格歧视。

其次,如果商家通过大数据进行“杀熟”,那么将会破坏市场公平竞争秩序,甚至会让人产生网络诈骗、个人信息泄露等社会问题。

二、大数据“杀熟”的实现路径

电商网络平台主要利用的工具为定价算法,其本质就是一种方式用来解决问题,在网络交易过程中,借助输入一定的指令和公式可以实现定价算法,商家通过输入一系列能够影响价格因素的代码,来自动控制价格的变化,并且借助网络平台秘密记录的消费者浏览网页的时间、点赞的商品、以及所在不同的地理位置,并差异化地将这些信息作为变量带入到定价算法的公式中,从而得出商品和服务的最佳搭配,来

面对不同用户进行差异化地定价销售,而不同的定价算法可以最大程度地让电商平台赚取消费者的利益。商家通过运用 COOKIES、客户端程序等终端系统全面地搜集客户的信息,以此能够精准地掌握不同用户的支付能力等,在不同的企业间,还会相互共享其所收集的用户信息,对撞彼此拥有的数据,以此能够更准确地掌握所挖掘、收集的用户信息。

电商平台经营者大数据“杀熟”行为主要遵循“收集-分析-定价”的技术路线,实现了对电商平台经营者、平台经营者和终端消费者的大数据“杀熟”,电商平台大数据“杀熟”之所以能够长久地生存,是因为电商时间和空间的超时空性和信息的需要,大数据高超的运算技术,电商平台的“理性经济人”身份,以及不对称信息、隔断效应、网络外部性和“锁定效应”。四个主要的动因即为信息基础、技术支持、自然动因和保护要素。

三、大数据“杀熟”的违法性分析

(一) 侵犯了公众的信息安全与知情权

首先,大数据“杀熟”对最基本、最重要的用户权益造成损害,也是最应该受到保护的一种好处,知情权。这就要求网络购物平台对其所购产品或提供相应的服务均具有如实说明的权利。同时,由于网络电商平台将不同消费者按照喜好、页面浏览、停留时间等标准进行分类,利用价格计算技术对客户所购买的各种产品和服务进行差异化的价格,在无形中对客户的个人信息进行了侵害。从民事法律的角度看,将公民的个人资料视为一项人格性权利,并以法律形式将其上升为“隐私权”;从用户的视角来分析,我国《消

消费者权益保护法》在对个人信息进行法律保护方面,不仅具有普通民事法律所特有的特征,同时也具有一定的特殊性。为了防止用户的信息被滥用,网络电商平台必须遵循合法的、正当的原则,不能将用户的信息非法泄露、提供或出售给他人。如姓名、联系方式、消费记录等与消费者本人及相关家属有密切联系的资料,都属于用户的个人隐私,不得被非法收集、利用、披露、出售和转让。再者,在网络的环境下,大数据得到了迅速的发展,企业可以利用大数据技术,精确地发掘出可以体现消费者个体的看法和偏好的信息,进而利用这一点为消费者提供具有个性化和差异化的服务,这是理所当然的。然而,如果来实现“千人千面”的价格,给顾客做一个精确的肖像,那就超过了采集的必要范围,违背了合法、正当和必要的原则,对顾客的隐私造成了很大的损害。但是,由于网络的广泛使用以及资讯科技的持续进步,使得个体资讯变成了一种非常有价值的战略性设备与生产性因素,因此,企业可以借助了解顾客可能拥有的资讯,来设定自己的经营策略,而同时为了索取更多利益,用户个人信息泄露事件也频发,个人信息泄露不仅可能导致公民财产和人身安全受到损害,还可能对社会安定和谐产生威胁。

（二）相关法律规制

在经营者与消费者的交易关系中,个人信息主体为消费者,收集、处置和使用这些资料,都涉及到了用户的人身权益。为了防止对消费者个人信息造成危害,《消费者权益保护法》对经营者进行了法律上的规范,并对经营者进行了合法的收集和使用。它的具体内涵有:经营者对消费者个人信息的收集、使用,应该遵守法定,正当,必要的原则,在用户同意的前提下,明确收集个人信息的目的、方式和范围,经营者在收集、使用个人信息时,应当向消费者公开其收集、使用的规则。因此,从三个角度对互联网电商平台收集和使用消费者信息的行为进行分析。第一,要遵循合法、必要、合理的原则,合法性要求在不损害用户权益的前提下,经营者搜集、使用用户隐私的行为,应当具有合法的动机;必要的原则是指,在一定程度上,为了更好地保护用户的隐私,需要对用户的隐私进行有效的保护。第二,在取得顾客认可后,应当明确其目的、方式和范围。这是对“知情告知”这一法律依据在法律上的运用的一种体现。是指,在利用消费者个人信息时,经营者应该明确告知消费者个人信息的目的、方式和范围,而后得到消费者的许可和授权。第三,在平台公开收集、使用消费者信息时,应当向消费者公开。

《中华人民共和国个人信息保护法》第四十四条“公民有知情权,有权决定是否允许他人处理自己的信息。”此项法律规定说明了,当电子商务平台对其个人信息进行采集和利用时,消费者可以享有同意或拒绝其使用、收集其个人信息的权利,而不仅仅只是一种默认的同意。在实践中,有许多电子商务平台的商家在没有得到消费者同意的情况下,就超越了他们的权限范围,对消费者的个人信息和知情权进行了严重的侵害。例如,在电商平台经营者实施“杀熟”进行差别化定价时,并没有明确告知其所收集和使用的信息(至少是通过 COOKIES 等技术方法获得的平台之外的行为)的目的、方式、范围和规则,这一点从 COOKIES 等技术方法和“杀熟”的隐蔽程度就可以看出。

（三）相关案例展示

浙江消费者协会日前发布了一份关于美团外卖、滴滴出行和携程“杀熟”的调查报告,其中,消费者在订购酒店和机票时,被大数据“杀熟”的概率最大,差异化定价的情况明显,美团外卖被指出“不同的会员定价不一样”的问题,携程也出现“同一订单购票,新旧旅客票价不一样”等问题。针对相同的产品和服务运用定价算法,将消费者分成不同群体进行差异化定价,这严重违反了信息使用承诺,价格优惠承诺,并且制造假象引诱消费者支付不合理的溢价。

四、我国在个人信息保护中存在漏洞的原因

（一）法律规制有不确定性

首先,基于网络信息科技与大数据的迅速发展,个人信息保护机制应运而生,而侵犯个人信息提高了会对主体的个人信息和财产产生双重损害的可能性。而刚才提到的用户的个人信息具有财产性和非财产性的特点,所以《民法典》中人格权编旨在保护的是人身权的非财产性的特点,二者不能归属于同一领域。例如,当消费者在网络电商平台接受服务后,被平台窃取了私人信息,而后平台就非法出售其信息以赚取更多利益,有很大可能性会导致该消费者的财产受到侵害。由于可识别性定义的局限性,在大数据高速发展的背景下,个人信息仍存在大范围的过度收集,但是法律规制具有不确定性。^[2]

（二）“可识别性”存在司法的适用困境

所谓“可识别性”,就是要根据个人的身份来判断,可以划分为“间接识别”与“独立识别”。就个人身份而言,能够与特定个人的身份相一致,比如,个人的 DNA 都是独特的;至于“间接身份”,它不可能与某个特定的人进行准确的联系,而是与某个特定的群体进行联系。其在法律上的运用,最大的两个问题在于“间接认定”的不确定。在网络这个大数据

的年代，人们可以通过各种各样的方法，通过技术的发展，以前不能识别的信息，通过技术的方法，也可以被识别。我们可以看到，在这一领域中，“非直接识别性”的范围正在逐渐扩展。另外，能否确定“间接”也与被确定人之间的联系有很大关系，熟悉的人可以把一些没有显著特征的消息和具体的人联系起来，而有些信息虽然具有可辨认性，但是因为其自身的特性，只能被具体的人辨认。

（三）信息处理者的行为缺乏规制

在大数据环境下，个体信息表现出了巨大的商业价值。信息处理者收集个人信息后，而后分析和处理从中发掘出了市场的潜在价值，从而开发出了更多的产品和服务，从而提升了市场的竞争能力，并获得了更多的经济收入。不过，也正是这一点，使得收集个人信息的活动愈演愈烈。商业机构使用了多种诱惑性手段来搜集信息，如：优惠链接，免费分享影片的网页等。这并不只是一个特定的公司在做，而在这个产业中却是一个很大的趋势。即是本文中提到的大数据“杀熟”，现阶段算法技术日益精确，有必要对信息处理者设置的算法技术进行评估。

五、个人信息保护的法律法规措施

（一）个人信息司法认定采用场景化思维

情境性则是在第一次搜集个体资讯时，要依据一定的情境进行，而且对于个体资讯的后续传达与使用，不得超出原有的情境性。“场景导向”是指，在对个体的资讯加工是否合理进行分析的时候，必须要与特定的情境相联系，将多种情景与因素相融合，才能做出正确的预测。^[3]而现在，随着大数据的不断丰富和丰富，人们想要对个人信息进行精确的判断，只能在一些特殊的情况下进行。要挣脱出仅靠“识别性”来判断的思维范围，要明确精确的定义对于个人信息的准确判断以及合理使用不发挥决定性作用，而在于利用场景化的思维进行具体的分析。

（二）强化对信息处理者行为的规制

法律应该对信息处理者的行为进行严格的法律规制来保护用户的隐私权。合理的隐私政策应该包括两个方面：其一，要有读取的“合理性”。在实际生活中，有很多APP超过了对个人信息进行采集的权限，拍照软件的功能主要局限于拍照，而它还要读取录音、通话记录等信息就严重地侵犯了用户的个人信息权。其二，双方责任义务设置的“公平性”。^[4]隐私政策消费者和平台商家的权利、义务关系应该是对等的，而信息的处理者制定了明显有倾斜性的条款，使得双方的权利义务不对等。所以我国应该完善相关的法律规制，在信息处理者处理信息时，应该局限在

可以处理的最小范围内，并且出台一定的惩治手段，对非法超越权限处理信息的平台进行惩治。

（三）增强国家机关对于信息处理的责任、完善相关配套设施

对此，我国可以设立专门的保护个人信息数据的行政部门，来增强保护权威性，也为用户的个人信息提供了制度保障，并且可以促进《个人信息保护法》的推进、实施。在机构内部引进数据保护官和数据保护制度部门，要建立一个科学、合理的组织架构，这样才能充分激发信息处理者的积极性，这将有助于转变传统的个人信息保护理念与方法，并促进将个人信息保护转化为一种内在的机制。

六、总结

在网络大数据环境下，信息控制者利用网络优势收集和使用个人信息，既为信息主体提供了方便，又给自己提供了巨大的经济、社会效益。在此过程中，经常会出现网络平台对用户个人信息、隐私权进行侵害的情况，信息主体无法像掌控传统的民事权利那样，自如地使用个人信息自决权，这就导致了个人信息遭受泄露、篡改、毁损以及出售或者非法向他人提供的情况时有发生。在此情况下，要加强网络法治基础规制框架研究，构建嵌入风险控制的制度机制，同时严格落实执法，动态提升网络法治的科学性，更好的保障用户的个人信息。

参考文献：

- [1] 彭聚贤. 论大数据时代个人信息自决权的司法规制 [D]. 重庆：西南政法大学出版社，2021:34-36
- [2] 王磊. 大数据视域下个人信息民法保护研究 [D]. 哈尔滨：黑龙江大学出版社，2022：25-26
- [3] 施明宏.“大数据杀熟”若干法律问题研究 [J]. 合作经济与科技，2021.9.14（1）
- [4] 毕思琪. 大数据“杀熟”的法律规制路径研究 [D]. 上海：华东理工大学出版社，2021：8-10

基金项目：大连民族大学大学生创新创业计划（202212026029）资助。

作者简介：

范馨月，出生年月：2002年7月，性别：女，民族：汉族，籍贯：吉林省吉林市，大连民族大学文法学院法学专业，本科；

丁利明，出生年月：1971年12月，性别：男，民族：回族，籍贯：内蒙古赤峰市，职称：教授，学位：博士，研究方向：国际法。