

法律经济学视阈下“大数据杀熟”的监管困境及纾解

雷 洁

(华东政法大学 刑事法学院, 上海 200042)

摘 要:“大数据杀熟”作为数字经济与人工智能算法发展的负外部性产物,一直存在理论与实践上的争议。在理论层面,学界对“大数据杀熟”的认知与定性观点不一,存在差别定价、价格欺诈、价格歧视多种讨论。在实践层面,“大数据杀熟”是一个综合性问题,在侵犯消费者权益的同时还涉及反垄断、信息安全等多个维度,现行法律规范与监管模式对该行为的回应尚有不足。本文通过法律经济学的分析方法,对“大数据杀熟”进行法理基础的解构,明确“大数据杀熟”的价格歧视本质,着重分析消费者权益减损、市场失灵等法律监管困境,在此基础上得出逆向选择进行反歧视、制度创新完善监管体系,正本清源强化算法权力治理等纾解建议,以期实现提高经济效率与维护消费者权益两大目标的衡平。

关键词:人工智能;平台经济;市场失灵;消费者权益保护

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

DOI: 10.19358/j.issn.2097-1788.2023.07.002

引用格式: 雷洁. 法律经济学视阈下“大数据杀熟”的监管困境及纾解 [J]. 网络安全与数据治理, 2023, 42(7): 5-11.

The regulatory dilemma and relief of Big Data Price Discrimination in the perspective of law and economics

Lei Jie

(School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: As a negative externality product of digital economy and artificial intelligence algorithm development, "Big Data Price Discrimination" has always been controversial in theory and practice. At the theoretical level, there are many doctrinal disputes on the cognition and characterization of "Big Data Price Discrimination", existing various discussions on differential pricing, price fraud and price discrimination. At the practical level, "Big Data Price Discrimination" is a comprehensive problem, which not only infringes on consumer rights but also involves anti-monopoly, information security and other dimensions. The current legal norms and regulatory model still have insufficient responses to this behavior. Through the analysis method of law and economics, this paper deconstructs the legal basis of "Big Data Price Discrimination" and makes clear the essence of price discrimination of "Big Data Price Discrimination", especially focusing on the analysis of legal regulatory dilemmas such as the loss of consumer rights and market failure. On this basis, suggestions such as anti-discrimination by adverse selection, perfecting supervision system by institutional innovation and strengthening power governance by algorithm are put forward to improve the regulatory approach, expecting to achieve the balance between economic efficiency and consumer protection.

Key words: artificial intelligence; E-commerce platform; market failure theory; consumer protection

0 引言

人工智能算法的发展与数据信息的规模增长,在给消费者带来更方便快捷生活体验的同时,也逐渐颠覆着传统的社会认知与商业逻辑。电商平台通过算法技术对大数据作精准分析,窥知消费者的购买能力与支付意愿后,实施个性化定价已经成为较为普遍的现实,“大数

据杀熟”问题也应运而生。法律监管无法有效界定及规制电商平台的逾矩行为,消费者合法权益正面临重重挑战。在《关于平台经济领域的反垄断指南》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等一系列部门规章颁布前,“大数据杀熟”无论在法律定性抑或表现形式上都未能真正达成统一,反而

在探讨中衍生出诸多争议,从法律经济学视阈下对“大数据杀熟”概念的厘清尤有必要。

1 “大数据杀熟”的定性之争与本质探讨

1.1 “差别待遇”表现形式的革新

“杀熟”并非新生词汇,在传统交易习惯中指利用熟人对自己的信任,采取不正当手段赚取其钱财,即相较于“生客”对“熟客”实施更高的定价。事实上,早在2007年《反垄断法》中便已将这一行为方式纳入规制范围,即禁止经营者无正当理由“在交易价格等交易条件上实行差别待遇”。“大数据”作为“杀熟”的词根前缀,可文义解释为通过人工智能算法对数据的分析预测,加强电商平台对用户路径依赖及信息不对称的利用程度,为差异化定价提供便利。2019年1月实施的《电子商务法》较早注意到了这一“根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品”的数字经济领域新行为,并规定电商平台应同时提供不针对消费者个人特征的选项,从中可归纳出“大数据杀熟”至少具备以下特征:其一,利用人工智能算法对用户信息进行收集;其二,通过数据分析在同一商品、不同客户之间实行价格调整;其三,“杀熟”对象大多已形成路径依赖。2021年2月发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》通过“差异性交易价格”“差异性标准”“差异性交易方式”等界定因素将基于大数据和算法的不正当“杀熟”行为再次明确为“差别待遇”。2022年3月修改的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》则将“差别待遇”进一步限缩为“实行不同的交易价格、数量、品种、品质等级”“实行不同的数量折扣等优惠条件”“实行不同的付款条件、交付方式”“实行不同的保修内容和期限、维修内容和时间、零配件供应、技术指导等售后服务条件”四方面内容,基本确定了“大数据杀熟”的概念与表现形式。

1.2 “价格歧视”法律属性的证成

尽管经过立法者与监管者的不懈努力,现行法律规范已将“大数据杀熟”总结概括为“差别待遇”,但值得注意的是“个性化定价”与“差别待遇”之间不能完全画上等号,还需具备“无正当理由”“具有市场支配地位”等诸多前提条件。换言之,搜集消费者个人信息、判断消费者支付意愿、执行差异化价格政策等行为本身不必然违法,仅凭原则性的笼统规定并不能对“精准营销”与“差别待遇”作出明确的界限划分,还需结合“大数据杀熟”的法律属性来综合判断。而在纷繁复杂的学说探讨中,占据主流观点的共四种:差别定价说、价格欺诈说、价格歧视说、算法权力滥用说。

差别定价说认为,电商平台通过对用户信息的收集、

处理和分析,目的在于对老客户实行隐蔽式抬价,以此实现利益最大化的差别化价格策略。事实上,“精准营销”无可厚非,即使在传统市场中导购员也会根据消费者的年龄体貌、个体化需求来推荐不同款式与档次的商品,价格自然也会不同。换言之,“差别定价”本是中性的词汇,因成本、情境不同导致的有正当理由的差异化定价不属于“差别待遇”范畴,如不同时段的外卖配送费、电影票价、酒店房价,为吸引新用户而赠送优惠券、给学生群体以学生价优惠等等,都属于《关于平台经济领域的反垄断指南》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中规定的“正当理由”,因为其客观反映了市场定价机制,这种“精准营销”使电商平台具备了“千人千价”能力,降低交易成本的同时又可以迎合消费喜好,提升消费满意程度,俨然是一种双赢。

支持价格欺诈说的学者大多以民法理论为根基,以《价格法》《明码标价和禁止价格欺诈规定》等法律规范为依据,试图通过“利用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易的行为”等明文规定将“大数据杀熟”定性成欺诈行为,因为其侵犯了消费者知悉商品真实价格信息的权利。然而,何为真实价格还需结合经营者的主客观方面予以判断^[1]。一般情况下,电商平台都会以显著方式对价格进行标示,也不会主动阻拦消费者进行价格比较,主观上不存在欺诈故意,只是客观上利用线上相对封闭的消费环境,隐瞒了不同消费者之间的价格差别。根据2022年7月实施的《明码标价和禁止价格欺诈规定》中第6条、第16条、第19条的相关规定,该行为至多涉嫌侵犯不同消费者间互相知悉实际支付价格的知情权,难以构成《价格法》意义上的价格欺诈。上述理论困境恰恰是平台经济下的新经济模式对传统市场与现行法律规范的冲击,“大数据杀熟”实施的最大前提在于“区隔客户以避免转售套利”。举例而言,在平台经济中人们无论是购物、订房、购票抑或其他消费行为,任何消费者如果不特意去寻找另一消费者进行比价,往往无从知晓显示在自己屏幕上的价格,到底是“一视同仁”的市场价格,还是仅仅针对自己的“私人定制”^[2]。即便货比三家,消费者也无法确定其对比的参照系是否也是电商平台串联后的有意为之。从穿透式监管角度来看,无论“大数据杀熟”的表现形式如何新颖,电商平台经营者实质上的确违背了诚实信用及应尽的价格信息告知原则,但唯独没有违反“明码标价”义务,不存在诱骗及欺诈空间。

价格歧视说是较为主流的观点,该说认为电商平台能够描绘出精准的“用户画像”,实现消费者之间的信息

隔离,因此“大数据杀熟”作为一种一级价格歧视手段被广泛采用^[3]。这体现了法律经济学中的信息不对称原理,价格歧视在经济学中被分为三级,每一级的信息不对称与差别定价程度都不相同。一级价格歧视指对每个消费者都按其保留的价格统一售卖^[4],换言之,消费者将以支付意愿最强烈时的高位价格达成交易,此时消费者剩余被全部剥夺,这在传统市场中绝无实现可能,因为卖方无法完全获悉消费者的具体支付意愿与承受底线,而人工智能算法加剧了该歧视情形的出现频率,使之逐渐成为可能。二级歧视指根据客户购买能力与数量的不同,采用“团购价”“第二份八折”等不同类型的定价营销,其本质正是由于卖方对买方的信息与需求无法足够了解,只能提供大概的销售范围供买方自行挑选。三级价格歧视指在信息更不充分的前提下,笼统地根据消费者类型确定销售范围和价格,如只对用户作男女、老幼区分。由此可见,价格歧视行为本身在经济学中也不完全具有负面属性,或者说仅一级价格歧视才具有一定的负外部性,其他程度的价格歧视或多或少属于正常的商业行为,并未侵犯消费者合法权益,也没有阻碍市场竞争^[5],导致市场失灵。换言之,将“大数据杀熟”的法律属性界定为价格歧视,也应限缩在一级价格歧视的框架内进行探讨,不可一概而论。

算法权力滥用说则结合“大数据杀熟”的现状与成因,指出其实质是电商平台经营者滥用算法权力,消费者权益被侵害只是表象和结果^[6]。这无疑进一步触及了“大数据杀熟”的本质,逐步将问题的研究方向推动至人工智能领域。以人工智能与大数据计算为支撑的算法权力在国外已经得到了较大重视,占据算法优势与数据信息优势的平台、企业不断强化垄断地位,进而影响政府、个人的选择与决策,形成了一股不可忽视的力量^[7],甚至在英国上议院中还产生了“在弱人工智能时代,大型互联网平台的权势凌驾于法律之上”的担忧。事实也的确如此,平台经济作为互联网与算法技术的受益者,在我国已经逐步出现寡头垄断的固化局面,淘宝、京东、拼多多等大型电商平台屈指可数,企业利润最大化的逐利本质势必会推动其将信息捕捉与处理的优势迅速转化为经济价值,“大数据杀熟”只是表现形式的一部分。

从论证上看,上述学说各自从不同的维度逐步还原了“大数据杀熟”的庐山真面目——算法权力提供技术支持,一级价格歧视是本质特征。《价格法》由于制定较早未能预见到平台经济的迅猛发展,虽没有直接对“大数据杀熟”作定性,但从“对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视”等表述中也可推知该行为的价格歧视属性。《关于平台经济领域的反垄断指南》也将“基

于平台无歧视的规则实施的随机性交易”归结为正当理由,由此按体系解释方法可以反推不正当的“差别待遇”理应属于价格歧视。鉴于“大数据杀熟”所侵犯的消费者对于同类产品市场价格信息的知情权并不在现行《价格法》《消费者权益保护法》等法律规范保护范围内,将“大数据杀熟”明确为一级价格歧视的变相实现形式,从而纳入反垄断监管框架,不失为优化平台经济发展的一种监管创新。

2 “大数据杀熟”的成因溯源及理论基础

2.1 平台经济的双重市场优势

平台经济不同于传统单边市场,电商平台连接着具有不同利益倾向的双方主体,且主体之间的需求呈现出对应性^[8],这决定了以电商平台为代表的平台经济存在内部与外部两个市场^[9]。

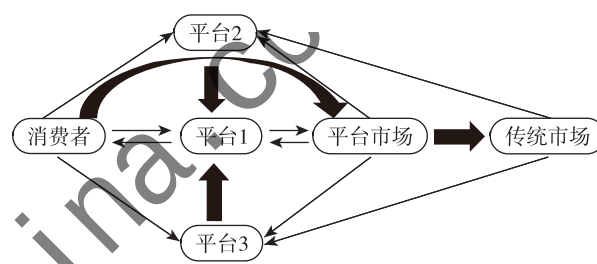


图1 平台市场与传统市场

一方面,电商平台通过与多个参与方的连接,匹配供给与需求形成内部市场,如天猫自营店与其他第三方官方旗舰店。在这一市场中,平台既是管理者也是竞争者,先天具有一定的支配优势。另一方面,平台自身也可以作为独立完整的市场主体参与传统市场的竞争,得益于人工智能算法的技术支持,平台经济将获得显著高于大部分市场主体的竞争优势,更容易获得消费者的青睐。制度设计与技术优势的结合保证了平台经济能够以相对较少的经济成本、时间成本迅速崛起挤占外部市场,同时利用其在内部市场的支配优势,进一步扩充消费者数量以增强规模效应形成循环,逐步实现对内外市场信息资源的配置与掌控达到垄断状态,“大数据杀熟”的实施也多倚仗于上述条件。

2.2 信息垄断的算法性扩张

“大数据杀熟”与人工智能算法的应用及大数据分析密不可分,在市场竞争中谁拥有更好、更全的数据,谁才能画出更加精准的用户画像^[10]。离开了海量的数据信息与人工智能算法出色的分析、预测、计算能力,电商平台也难以突破传统市场范畴加剧信息不对称地位,通过价格歧视攫取消费者剩余更会成为天方夜谭。算法起初仅指一系列指令,或是解决问题,或是应用程序,只要设计好初始数据与规则,就会自动执行得出答案。随

着人工智能深度学习的成熟,算法已逐步升级成为自主预测、自主调节的更为先进的技术^[11]。在此种情形下,算法的设计或运行者,将在平台经济中成为实质的主导者,甚至在同类市场中也具有举足轻重的支配地位。

人工智能算法作为一项技术本身具有中立性,但一旦与逐利性相结合,便可能会产生利用技术优势对消费者进行价格歧视的情形。就消费者而言,电商平台将营利目的加入到算法中,自然无可避免地会出现“大数据杀熟”,通过对消费者权益侵害以实现自身利益最大化。就市场整体而言,人工智能深度学习后形成的算法共谋,更会排斥弱势市场主体,而与其他实力旗鼓相当的垄断平台形成所谓“良性”“透明”,实则“虚假”的竞争状态。举例而言,在算法共谋的预测类共谋阶段或自主类共谋阶段,所有的寡头平台都不愿意被对方超越,因此彼此的人工智能算法除了对消费者进行价格歧视外,也会密切关注对手的价格行为、价格变动,及时作出分析、预测,随之调整保持相对平衡,防止超竞争状态的出现。这无形中提高了其他主体进入市场的门槛,该种竞争客观上已经不具有资源最优配置的意义,也无法实现降低交易成本的初衷,实质上陷入了反竞争的博弈困境与垄断循环。

3 “大数据杀熟”存在的法律监管困境

新《反垄断法》已于2022年8月正式实施,其中第9条明确提及“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”,继《电子商务法》后正式在法律层面将“大数据杀熟”纳入到反垄断监管框架内。值得注意的是,该条对“大数据杀熟”的规制前提是电商平台滥用市场支配地位涉嫌垄断,如果无法证明电商平台具备市场支配地位,则无法援引该法予以规制。换言之,“大数据杀熟”并不局限于常见的电商平台与消费者两对主体之间,也涉及竞争者、机构用户等其他多方主体^[12]。前者可以理解为狭义的“大数据杀熟”,仅侵犯了消费者的合法权益;后者可以理解为广义的“大数据杀熟”,在侵犯消费者合法权益的同时还存在不正当竞争等诸多弊病,是一个综合性与系统性的问题,包含反垄断、消费者权益保护、个人信息保护等多个维度^[13]。

3.1 狭义的“大数据杀熟”:消费者法益减损

电商平台的规模效应、互联网的传播机制、算法技术的保密系统都对《消费者权益保护法》《电子商务法》《个人信息保护法》等现行法律规范提出了挑战。面对目前尚不透明的算法机制,传统监管模式对消费者知情权与个人信息的保护多少显得有些力不从心。

在知情权层面,《消费者权益保护法》《电子商务法》虽不具备法典意义上的体系性,但二者的规制对象与法益目标基本重合,即保障消费者的知情权与自主选择权,《电子商务法》可以在一定程度上理解为《消费者权益保护法》在平台经济领域的特别规定^[14],两部部门法对消费者受尊重权的重视程度不可谓不高。《消费者权益保护法》第8条规定“消费者享有知悉其购买商品或服务真实情况的权利”,但此处真实情况仅指该商品或服务的真实价格,并没有将消费者对不同价格信息的知悉纳入保护范围。《电子商务法》第17条所强调的“全面、真实、准确、及时地披露商品或服务信息”,也同样旨在防范电商平台经营者欺骗、误导消费者,对于价格歧视这一平台经济领域的新行为仍无法有效约束。即便是2020年10月修订的《侵害消费者权益行为处罚办法》依然没有走出价格欺诈的思维逻辑,关注点仍在“虚假”“引人误解”等方面。在此种情形下,唯有借助体系解释的力量,综合考量《消费者权益保护法》第9条与《电子商务法》第18条,将立法意图理解为:电商平台可以针对不同消费者提供个性化定价,但不得阻碍消费者自发搜集信息进行比价,这是对消费者在交易过程中自主地位的尊重。遗憾的是,由于消费者间信息的互不流通,价格的动态变化也难以甄别与留证,大部分消费者在消费过程中往往是处于被“杀熟”而不自知的状态,即便偶有发现,也往往因直接损失小而不计较、举证难而望而却步。

在个人信息保护层面,《电子商务法》第23条同样规定“电子商务经营者收集、使用其用户的个人信息,应当遵守法律、行政法规有关个人信息保护的规定”。《消费者权益保护法》第29条则规定“经营者收集、使用消费者个人信息,应当遵循合法、正当、必要的原则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围,并经消费者同意”。2021年11月实施的《个人信息保护法》第14条更直截了当规定“基于个人同意处理个人信息的,该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出”,与该法第24条对自动化决策透明度的要求遥相呼应。由此可推知现有法律规范并不禁止电商平台收集个人信息,但信息的收集应当保持在一定限度,即至少在理论层面电商平台获取消费者的个人信息需经本人同意。2022年3月生效的《互联网信息服务算法推荐管理规定》为进一步防范电商平台对消费者实行差别待遇,已将“提供不针对其个人特征的选项”作为强制要求,并赋予了消费者选择关闭算法推荐服务的权利。可惜的是,这一交易习惯与防范意识尚未深入人心,消费者在使用电商平台时往往轻松点击便同意了格式条款,对自身授权内容并不充分知悉,电商平台也自恃具有信息获取及隐藏优势,

通过各种算法暗箱,使得消费者的信息同意权形同虚设。

3.2 广义的“大数据杀熟”:市场失灵

考虑到电商平台作为市场主体的一部分,追求利润最大化是其本职与使命,其他市场主体不应对电商平台会主动放弃信息优势存在预期,电商平台自身也缺乏足够激励去消弭信息不对称差距。“大数据杀熟”恰恰是电商平台利用信息不对称所造成的负外部性产物,即通过对用户个人资料、消费习惯的攫取、收集、分析^[15],在此基础上对消费者与其他竞争主体实施价格歧视,逐步在不完全竞争的市场状态中形成垄断。这是平台经济野蛮生长的必然结果,也意味着资源长期无法得到最佳配置,长此以往必将降低市场交易效率。而在信息不对称的市场中普遍存在逆向选择风险^[16],电商平台虽然能在一定程度上实现商品价格的公开透明,但部分商品的价格却可以通过大数据分析,针对不同类型的用户进行不同的设定,客户对此并不自知,长期的谎言泡沫一旦刺破,轻则动摇消费者对平台经济的信任,重则产生道德风险、市场崩溃等更糟糕的市场失灵结局。

市场监管作为矫正市场失灵的重要手段,本应发挥着不可替代的作用。遗憾的是,由于人工智能算法具有一定的隐蔽性,使得传统监管模式在规制“大数据杀熟”等滥用支配地位行为时的成本十分高昂。以算法共谋为例,电商平台各自利用独立研发的人工智能算法,彼此不具有意思联络,也未签订垄断协议,在现行监管框架下根本无法有效对其限制市场竞争、扩大信息不对称等行为进行规制,大大降低了电商平台的违法成本。即便《关于平台经济领域的反垄断指南》第7条、第11条及《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第14条通过“利用技术手段对价格进行自动化设定”“网络规模效应”等标准对市场支配地位进行认定,但碍于电商平台双重市场与双重身份,市场份额的挤占多少并不直接等同于市场支配地位,而电商平台通过人工智能算法的技术支持,在证明责任分配上又可以利用信息优势,如通过实时供求关系、季节性变化以及商品自身特性等理由予以抗辩,轻松规避举证责任逃避制裁。如果无法或以较高的代价才能在反垄断监管框架内将电商平台认定为具有市场支配地位,对滥用市场支配地位形成处罚上的威慑或许将更不切实际^[17]。不仅如此,传统监管模式目前对“大数据杀熟”的行为主体范围限定也偏窄,不具备市场支配地位的平台经营者、网络机构、中介机构同样可以在信息爆炸的网络社会中掌握足够多的用户信息,进而对用户进行精准画像以实施差别待遇,数据优势是否能够成为判断拥有市场支配地位的重要依据^[18]、该以何种标准界定数据优势等技术层面的问题亟待进一

步研究。

4 “大数据杀熟”法律监管的纾解建议

4.1 逆向选择:消费者的“反歧视”路径

《反垄断法》的立法宗旨便是实现提高经济运行效率与维护消费者利益和社会公共利益的平衡,而社会总福利与消费者福利的比重无论在法学领域抑或经济学领域一直都存在争议^[19]。在经济学中,差异化定价并非贬义词汇,垄断行为往往也不会造成损失,为何在“大数据杀熟”这一法律问题中竟成为不可调和的矛盾?根源在于经济学中“差异化定价能够提高效率”这一结论的前提是产量增加。换言之,差异化定价能够增加市场中自愿达成的交易数量,能够增加社会总体福祉以实现帕累托最优,即在没有使任何人境况变坏的前提下,使得至少一个人变得更好。而电商平台“杀熟”的目的是通过挤占效应对价值链条进行挤压,通过对消费者剩余的剥夺来扩大自身利益,这既损害了消费者合法权益,所形成的“虚假竞争”状态也最终不利于社会总体交易成本的降低,即便实现了卡尔多-希克斯效率,但对消费者而言合法权益已所剩无几。因此,在“大数据杀熟”的法律监管中,消费者权益保护应以消费者剩余为判准,同时发挥消费者的主观能动性,通过逆向选择对电商平台实施“反歧视”应对,使其失去价格违法空间。

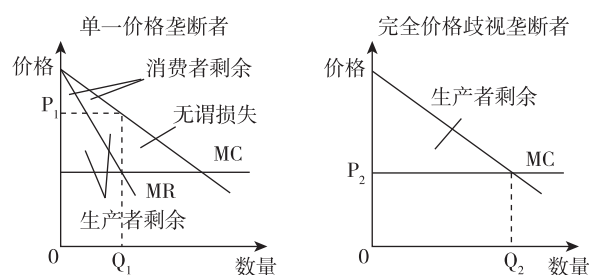


图2 消费者剩余对比

在知情权层面,消费者自身应加强权益保护意识,如若遭遇电商平台明显的违法定价行为应及时取证。为解决维权成本与举证困难问题,我国可以借鉴日本与欧盟采取的“举证责任倒置”原则,即出于电商平台在信息搜集和举证能力上处于优势地位的考量,应由平台来证明其不存在过错,减轻个人主体的举证责任^[20]。就司法救济问题而言,通过完善消费者公益诉讼机制,由专门机构代表数量符合法定条件的消费者发起反垄断公益诉讼,与平台巨头形成势均力敌的诉讼对抗局面,不仅能提升广大消费者的诉讼意愿,更能起到足够的价格执法威慑,改变消费者的不利地位。

在个人信息保护层面,严格贯彻落实《个人信息保

护法》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等法律规范的相关规定。对平台经营者而言,强化其对消费者的明确告知义务,并在获取用户同意时严格区分敏感个人信息和非敏感个人信息,对于敏感特殊人群甚至可以进行“明示同意”“单独同意”的探索。对监管者而言,可以由网信办等部门牵头制定告知格式标准,即将“告知同意”规则标准化,从而减少电商平台间不同格式条款的参差与法律规避的空间。对消费者而言,落实用户撤回同意权,将对自己已经作出“同意信息处理者对其个人信息进行处理”的授权予以取消的意思表示^[21]落到实处,充分保障消费者自主选择的权利。

4.2 制度创新:加快完善市场监管体系

2022年1月27日,《“十四五”市场监管现代化规划》正式公布,围绕“大市场、大质量、大监管”一体推进市场监管体系完善和效能提升,提出了大监管概念。“大数据杀熟”作为新业态中的价格违法行为,仅凭传统市场监管模式已很难应对涉及人工智能算法等高度复杂性的问题,更需要在传统市场监管思路的基础上构建互动平衡机制,引导平台经营者、用户、行业组织等利益相关者一同参与平台经济治理,在互动中寻求监管与发展的平衡^[22]。

一方面,充分发挥现有监管体系的应有功效。监管者既不能对价格歧视进行“一刀切”式禁止,也不能将个性化定价与欺诈定价、合谋定价等其他算法危害行为混淆^[23],还需结合《关于平台经济领域的反垄断指南》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》等有关规定,根据危害差异对算法个性化定价的高低予以甄别。这极大考验着监管者的执法水平。为提高大数据监管成功率,更精准地对“行业竞争与市场力量”“用户数量与锁定效应”“掌握和处理相关数据的能力”等判断是否具备市场支配地位的核心标准进行分析。监管者还需加强数据信息系统建设,加大数据安全装备的投入,同时建立价格监测机制与基准价格体系^[24],不仅可以给消费者提供基本价格参考,还能利用人工智能算法减少执法过程中的技术劣势。

另一方面,探索内外并举的新型监管模式。就外部监管主体而言,可以政府监管、行业监管、第三方监管多管齐下予以规制,并明确不同执法部门的权责分配,同时充分发挥行业协会的自律管理职能,发动社会力量建立电商平台价格追踪网站进行社会监督及舆论监督,最终形成平台经营者、消费者、监管者、自律组织等多重主体一同参与的局面,通过全方位监督形成更为显著的违法威慑与守法激励。就内部治理而言,电商平台自身也明知“大数据杀熟”一旦使用不慎,负外部性与网

络规模效应带来的负面影响会将其反噬。电商平台作为技术优势的一方,全方位、多层次的外部监管同样也将激励其主动完善内部治理机制,甚至更有效率地解决大量内部问题。

4.3 正本清源:强化算法权力治理

“大数据杀熟”的形成与垄断的强化,离不开人工智能算法的支持。从根源上看,“大数据杀熟”并非单纯的法律监管问题,还需依靠技术配合,升级算法治理手段,解决算法权力问题。

治理算法权力也应遵循技术发展与权利保护相平衡、内部监督与外部监管相结合的原则^[25]。具体而言,一方面可以通过加强第三方验证,强制算法合法化,分别从内外两重维度验证算法合法性,以保证算法的运用不会违反现行法律法规或侵犯消费者权益乃至社会总体福利,甚至可以借鉴算法监督员制度以防止权力寻租与监管俘获。另一方面可以通过提升算法透明度,如在不泄露核心技术与商业秘密的前提下,要求平台经营者对算法的运营过程进行透明化的公开、公示,其内容可以包括但不限于数据痕迹、数据标记^[26]等等,在一定程度上对算法权力进行限制。不仅如此,监管部门还可以建立算法数据备案监督机制,要求平台经营者定期就算法数据与代码进行报送,以备当有法律纠纷或执法需求时,监管者可以直接通过访问平时备案的算法数据来更精确地厘清其运行逻辑,做出更有效的监管。值得注意的是,算法数据备案需要电商平台的高度配合,这同样需要考虑对电商平台的激励问题与政府干预的限度问题。

参考文献

- [1] 朱建海. “大数据杀熟”反垄断规制的理论证成与路径优化[J]. 西北民族大学学报(哲学社会科学版), 2021(5): 113.
- [2] 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): 53.
- [3] 郑智航, 徐昭曦. 大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例[J]. 比较法研究, 2019(4): 112.
- [4] 蔡建刚. 价格歧视及其在电力工业的应用与评价——兼谈价格歧视与电力普遍服务的对立性[J]. 价格月刊, 2014(2): 25.
- [5] 刘佳明. 大数据“杀熟”的定性及其法律规制[J]. 湖南农业大学学报(社会科学版), 2020, 21(1): 57.
- [6] 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, 22(1): 70.

- [7] 郑戈. 算法的法律与法律的算法 [J]. 中国法律评论, 2018 (2): 68.
- [8] 吴汉洪, 孟剑. 双边市场理论与应用述评 [J]. 中国人民大学学报, 2014, 28 (2): 150.
- [9] 李振利, 李毅. 数字市场中平台限制竞争行为规制的研究——以我国颁布的〈电子商务法〉为背景 [J]. 河北法学, 2019, 37 (3): 92.
- [10] 沈亮亮. 算法在市场竞争中的应用与法律难题——从大数据杀熟谈起 [J]. 太原学院学报 (社会科学版), 2019, 20 (3): 28.
- [11] 吴汉洪, 刘雅甜. 中国反垄断领域的成就和挑战——纪念中国〈反垄断法〉实施十周年 [J]. 东北财经大学学报, 2018 (5): 32.
- [12] 王潺. “大数据杀熟”该如何规制? ——以新制度经济学和博弈论为视角的分析 [J]. 暨南学报 (哲学社会科学版), 2021, 43 (6): 54.
- [13] 施耀恬, 翟巍. 平台经济领域“大数据杀熟”行为的反垄断规制路径 [J]. 竞争政策研究, 2022 (1): 57.
- [14] 葛江虬. 解释论视角下〈电子商务法〉定制搜索结果条款的规范目的及限制适用 [J]. 法律科学, 2021, 39 (3): 108.
- [15] 吴立兰. 平台经济下大数据“杀熟”的法律规制 [J]. 上海法学研究, 2020, 3 (1): 47.
- [16] 余敏. “大数据杀熟”可以避免吗? ——电子商务逆向选择风险规避 [J]. 价格理论与实践, 2019 (4): 141.
- [17] 曾迪. 大数据背景下互联网平台反垄断法适用难题及对策研究 [J]. 重庆邮电大学学报 (社会科学版), 2019, 31 (3): 38.
- [18] 冒纯纯. “大数据杀熟”的监管规制路径探讨 [J]. 中国市场监管研究, 2021 (7): 53.
- [19] 时建中, 马栋. 双重身份视角下平台自治与反垄断监管的界限 [J]. 竞争政策研究, 2020 (4): 48.
- [20] 金幼芳, 王凯莉, 张汀菡. 〈个人信息保护法〉视角下“大数据杀熟”的法律规制 [J]. 浙江理工大学学报, 2021, 46 (6): 698.
- [21] 万方. 个人信息处理中的“同意”与“同意撤回” [J]. 中国法学, 2021 (1): 174.
- [22] 梁正, 曾雄. “大数据杀熟”的政策应对: 行为定性、监管困境与治理出路 [J]. 科技与法律, 2021 (2): 13.
- [23] 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): 147.
- [24] 潘定, 谢茵. 数字经济下政府监管与电商企业“杀熟”行为的演化博弈 [J]. 经济与管理, 2021, 35 (1): 83.
- [25] 周毅. 全球平台经济的发展、问题与建议 [J]. 发展研究, 2019 (10): 7.
- [26] 汪庆华. 算法透明的多重维度和算法问责 [J]. 比较法研究, 2020 (6): 163.
- (收稿日期: 2023-05-05)

作者简介:

雷洁 (1997-), 女, 硕士研究生, 主要研究方向: 刑法。
E-mail: LeiJie9733@163.com。

(上接第4页)

参考文献

- [1] 王拓, 李俊, 张威. 欧盟数据治理经验及其对我国的启示 [J]. 国际贸易, 2021 (9): 15.
- [2] 王磊, 郭璉. 欧美数字经济立法最新动态, 基本特征及对我国启示 [J]. 中国经贸导刊, 2022 (3): 3.
- [3] 王冰. 2017 年日本互联网发展报告 [R]. 2018.
- [4] 国家市场监督管理总局网络交易监督管理局网站. 韩国制定出台《数据产业振兴和利用促进基本法》 [EB/OL]. (2022-02-XX) [2022-03-08]. https://www.samr.gov.cn/wljys/ptjjyj/202203/t20220308_340252.html.
- [5] 熊鸿儒, 田杰棠. 突出重围: 数据跨境流动规则的“中国方案” [J]. 学术前沿, 2021 (9): 54.
- [6] 宋远骏. 数据泄露事件背后的现代政治战嬗变 [J]. 中国信息安全, 2018 (4): 4.
- [7] 范佳佳. 中国政府数据开放许可协议 (CLOD) 研究 [J]. 中国行政管理, 2019 (1): 7.
- [8] 中国信通院, 中国网络空间研究院. 国家数据资源调查报告 (2020) [R]. 2021.
- [9] 中国互联网络信息中心. 中国互联网络发展状况统计报告 [R]. 2021.
- [10] 中国互联网络信息中心. 中国互联网络发展状况统计报告 [R]. 2022.
- [11] 陈舟, 郑强, 吴智崧. 我国数据交易平台建设的现实困境与破解之道 [J]. 改革, 2022 (2): 12.
- (收稿日期: 2023-04-14)

作者简介:

宋姝媛 (1992-), 女, 硕士, 工程师, 主要研究方向: 数据要素、数字城市、企业数字化转型。

范国浩 (1991-), 通信作者, 男, 硕士, 工程师, 主要研究方向: 数字城市、数字经济、数据要素化。

谭天怡 (1992-), 女, 博士, 工程师, 主要研究方向: 数据要素、数字经济、数字产业。