

应对多层次的“大数据杀熟”规制体系

作者：解石坡 | 段志超 | 鲁学振 | 付业斯 | 蒋海楠

自2020年下半年中国加强平台经济领域的反垄断执法以来，“大数据杀熟”与“二选一”一道，成为了这一领域中备受关注的违法行为。从法律角度来看，“大数据杀熟”是平台经营者通过数据收集和算法分析，对用户的消费习惯、兴趣爱好、使用频率、依赖度等信息进行画像，并据此对购买同一产品的不同用户提供不合理的差异定价的行为。其一般表现为通过数据分析，对使用频率更高、依赖度更强的用户收取更高的价格，因而被称为“大数据杀熟”。在《反垄断法》下，“大数据杀熟”表现为一种差别待遇或歧视行为。

可见，“大数据杀熟”行为可能产生的危害主要有两个层次，直接的危害是使消费者为同样的产品或服务付出了更高的价格，从而损害了消费者的利益，并且在消费者画像的环节也不可避免的存在着对用户信息的不当使用；间接的危害是其存在一定的隐蔽性和误导性，因此使消费者无法选择最有竞争力的产品或服务，从而扭曲了资源的有效配置，对市场竞争产生了不利影响，特别是如果实施“大数据杀熟”的经营者具有市场支配地位，则其对竞争的损害将更为明显。

因此，对于“大数据杀熟”的规制，也主要涉及这两个类别的法律，首先是着眼于消费者权益的《消费者权益保护法》和个人信息保护的《个人信息保护法》，其次是着眼于市场竞争保护的《反垄断法》和《反不正当竞争法》。此外，由于“大数据杀熟”行为最重要的表现是收取不同的价格，其也受到《价格法》及其实施细则的规制。

由于取决于对用户数据的收集和分析能力，一般认为“大数据杀熟”是互联网时代所特有的一种不当行为。因此，虽然中国《消费者权益保护法》、《反不正当竞争法》和《价格法》等法律立法时间较早，但其中并没有针对“大数据杀熟”行为的具体规定。此后，2008年生效的《反垄断法》中包含了针对差别待遇行为的原则性规定。因此，这些立法较早的法规对于“大数据杀熟”行为的具体规制，都要通过其各自的实施细则或配套指南（如《关于平台经济领域的反垄断指南》、《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》、《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》）加以明确。而到前不久《个人信息保护法》推出时，“大数据杀熟”已经成为一种备受关注的行为，因此《个人信息保护法》对其进行了明确的规定和限制。

上述法律法规共同构建了针对“大数据杀熟”行为的多层次监管规制体系。本文将从梳理和分析其制度层面的规定着手，结合国内外相关司法和行政案例，总结“大数据杀熟”面临的多层次规制带给企业合规的挑战，以期对企业加强合规、避免“大数据杀熟”相关的法律风险有所助益。

一、五位一体 — “大数据杀熟” 规制体系

（一）《消费者权益保护法》

从消费者权益角度而言，大数据杀熟可因侵害消费者的知情权、选择权、公平交易权，而受到《消费者权益保护法》的规制。具体而言，企业利用大数据算法对同一产品进行差异定价模糊了产品的真实价值，损害了消费者根据产品或服务不同，获悉其定价模式的知情权，并进而可能侵害消费者基于产品差异做出挑选的选择权。此外，基于用户习惯，对交易条件相同的消费者采用不同收费策略也同样可能侵害消费者享有的公平交易的权利。

长期以来，《消费者权益保护法》是中国消费者面对“大数据杀熟”一类行为（尽管此前可能并没有这一明确术语）时寻求法律救济的主要途径。但是，由于此类行为存在一定的隐蔽性，因此案例数量相对较为有限，直到近期才成为一个热点，例如，北京消费者协会于 2019 年 3 月发布大数据杀熟榜。

（二）《个人信息保护法》

将于 2021 年 11 月生效的《个人信息保护法》从保护个人信息权益角度对个人信息处理者利用大数据进行杀熟的行为予以了规制。

《个人信息保护法》区分了经营者利用个人信息进行的正当自动化决策和个性化营销，并对不正当的差别待遇行为进行了限制。根据《个人信息保护法》第 24 条第 1 款的规定，个人信息处理者可以利用个人信息进行自动化决策，开展个性化营销，但以保证决策过程公开透明，决策结果公平、公正为前提。对应地，《个人信息保护法》禁止个人信息处理者在交易条件（包括交易价格）上对个人实行不合理的差别待遇。“大数据杀熟”即属于此类行为。

为平衡个人在自动化决策和个性化营销中的被动地位，《个人信息保护法》第 24 条第 2 款和第 3 款进一步规定了个人对自动化决策享有知情权和拒绝权，企业需在提供产品和服务的同时保障个人的前述权利。具体而言，企业在依据自动化决策进行营销时，需同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。如若自动化决策对个人权利有重大影响，企业需配合个人知情要求，对处理情况予以说明。

因此，《个人信息保护法》并非绝对禁止企业利用用户画像进行差异化定价（例如对一些新客、不活跃客户提供更便宜价格或作出优惠补贴），而是强调该等技术的应用不应导致不公平的结果。但差异化的销售策略与侵害个人权益的“大数据杀熟”二者之间的界限究竟在哪里，则需要进一步探讨。

2021 年 8 月 27 日，国家网信办就《互联网信息服务算法推荐管理规定（征求意见稿）》公开征求意见。该征求意见稿进一步明确了对自动决策和个性化营销的数据信息监管路径。

此外，《个人信息保护法》要求企业履行事前个人信息保护影响评估义务。为确实防范自动化决策对个人信息权益的不利影响，《个人信息保护法》通过第 55 条规定为企业引入事前评价风险机制设定义务。受该条款约束，企业在利用个人信息进行自动化决策之前应进行个人信息保护影响评估，并对处理结果记录。

（三）《反垄断法》

如上文所述，大数据杀熟属于《反垄断法》第 17 条禁止的“差别待遇”行为。《反垄断法》第 17 条第 6 款规定，“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为……没有正当理

由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”。

《关于平台经济领域的反垄断指南》进一步细化了“大数据杀熟”这一行为的认定要件，规定可以考虑“基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件”，并认定上述差异性交易条件主要考虑实质性差别。

在反垄断理论中，“大数据杀熟”被视为一种“一级价格歧视”。企业通过对熟客卖高价、对生客卖低价的方式，既可以利用价格优势迅速扩大用户群，又可以让老用户分担新客优惠的差价，维持企业利润收益。同时，利用低价吸引新用户，也增加了新的经营者进入相关市场的难度。而这一行为的隐蔽性和信息差，又使得消费者无法作出最符合经济效率的选择，损害消费者利益和社会公共利益。

但是，与其他滥用行为类似，在《反垄断法》下，要构成该项违法行为，需要按照以下步骤依次认定分析：首先，界定相关市场；其次，判断经营者在市场中是否具有市场支配地位；再次，认定滥用行为；最后，判断上述行为是否造成了排除、限制竞争的效果，或者是否存在正当理由。

在实践中，相关市场界定和市场支配地位的认定都需要大量的证据，以满足严格的证明标准，在互联网这一快速发展、不断创新的领域更是如此。并且，对于价格歧视和差别待遇行为的认定又涉及到成本和价格的比较、以及不同的用户和消费者是否处于同等条件等考量因素。因此，使用《反垄断法》规制“大数据杀熟”存在着明显的困难。

（四）《反不正当竞争法》

从《反不正当竞争法》的角度，“大数据杀熟”行为除了违背总体的“自愿、平等、公平、诚信”原则，属于“扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为”之外，还可以通过“虚假或引人误解的商业宣传”和“利用技术手段，通过影响用户选择”加以规制。

此外，今年8月出台的《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》进一步明确禁止了通过算法进行不合理差别定价，扰乱市场公平交易秩序的行为。

与《反垄断法》相比，通过《反不正当竞争法》规制“大数据杀熟”，不需要进行相关市场界定和证明经营者存在市场支配地位。但是，《反不正当竞争法》的罚则有限，最高为300万人民币，因此威慑力不足。可以看出，针对“大数据杀熟”行为，《反垄断法》与《反不正当竞争法》规制之间，存在着较大的空白，这一空白可以由《个人信息保护法》和《价格法》的规制来填补。

（五）《价格法》

如上文所述，由于“大数据杀熟”行为最重要的表现是收取不同的价格，其也受到《价格法》及其实施细则的规制。《价格法》第14条禁止经营者“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”。

此外，今年7月，市场监督管理总局出台了《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》，其中第13条明确规定，对于包括“大数据杀熟”在内的新业态价格违法行为，应给予警告，并且可以处以上一年度销售总额1%以上5%以下的罚款，没收违法所得，情节严重的，可以责令停业整顿或吊销营业执照。

因此，《价格法》提供了一种执法难度和威慑力度处于《反垄断法》和《反不正当竞争法》之间的对“大数据杀熟”行为的规制方式。

二、多管齐下 — 三方共治促市场健康发展

（一）政府“亮剑”遏止“大数据杀熟”

目前，监管机构应对“大数据杀熟”主要是从两方面入手，一方面是在互联网平台企业自查整改和执法调查的专项行为中，将“大数据杀熟”作为调查对象之一，进行督察；另一方面是从国家和地方层面，自上而下地完善“大数据杀熟”的法律法规，为执法提供可适用的依据，同时不断加强执法工作。

2021年4月13日，市场监管总局会同中央网信办、税务总局召开互联网平台企业行政指导会。会议指出平台经济发展中出现的风险和隐患，依法规范刻不容缓，点名指出必须严肃整治包括**实施“大数据杀熟”**在内的违法行为。

地方政府层面，各地政府也将“大数据杀熟”监管纳入其行政区划内的立法和执法计划。今年，广东省和重庆市市场监督管理局、上海市人民政府和深圳市人民代表大会分别发布了工作指南或地方条例，将规制“大数据杀熟”现象作为重点的监管对象。其中，深圳市人民代表大会常务委员会发布《深圳经济特区数据条例》（将于2022年1月1日施行），对情节严重的杀熟行为，将处以最高五千万的罚款。

除了制度层面，各地政府也在加强在互联网平台经济监管领域的执法能力。例如，浙江省在今年2月26日上线了全国首个平台经济数字化监管系统“浙江公平在线”，对“二选一”、“大数据杀熟”、“低于成本价销售”、“纵向垄断协议”和“违法实施经营者集中”等5种垄断及不正当竞争行为进行靶向监管，并采取不同的数据抓取规则和识别模型。可见，无论是在规则还是执法层面，监管机构已经做好了规制“大数据杀熟”的准备。

（二）个人诉讼和公益诉讼司法协同

与政府监管同步，司法机关正通过个案裁判参与“大数据杀熟”的协同治理，规范市场秩序。近日，浙江省绍兴市柯桥区法院做出“某出行服务公司大数据杀熟案”一审判决，该判决认定该公司对用户数据的采集和使用不当构成消费欺诈，并适用了三倍罚则。据悉该公司已向上一级法院上诉。作为我国“大数据杀熟”原告胜诉第一案，该案后续进展值得关注。

因“大数据杀熟”涉及侵害多重法益，司法救济路径存在多样性。例如，对于消费者，根据具体案情，可基于《民法典》、《个人信息保护法》（生效后）、《消费者权益保护法》提起民事侵权之诉、合同违约之诉，基于《反垄断法》提起滥用市场支配地位之诉等。

值得注意的是《个人信息保护法》第69条规定了个人信息处理者的侵权责任采用过错推定原则，在减轻原告举证责任的同时也为司法机关的自由裁量留下更大的空间，便于法官在个案审理中切实维护个人权益，为“大数据杀熟”纠纷设定司法红线。另外，“大数据杀熟”涉及损害消费者群体性利益，众多个人信息权益所聚集的公共利益，消费者组织和检察院可基于相关法律规定提起民事侵权公益诉讼，推进司法机关的协同治理。

（三）经营者加强自主合规

去年下半年以来，对于平台经济的监管规制成为市场中的一个热门话题。目前来看，这种互联网强监管的趋势仍将持续，并成为一个常态。

顺应这一背景，平台企业内部也将逐渐形成更为完善有效的合规制度和体系，对自身的经营行为进行自查整改，并对未来的合规作出公开的承诺。例如，今年4月，十余家互联网企业发布的《平台企业

维护公平竞争市场秩序承诺书》中均承诺“不非法收集、使用消费者个人信息，不利用数据优势‘杀熟’”。

因此，随着法律法规的进一步完善、政府监管能力和执法力度的加强、社会公众和消费认识的明确化，互联网企业将持续面临来自内部合规需求和外部监管的双重压力，及时完善合规体系、避免利用数据进行差别待遇是明智之选。

三、结语

随着《个人信息保护法》、《关于平台经济领域的反垄断指南》、《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》和《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》等一批新的法规和指南的推出，我国已经建立起了针对“大数据杀熟”行为比较严密的多层次监管和规制体系，并且不断强化监管机关执法能力，推动消费者维权认识和意识的提高。这对企业合规、特别是互联网企业的合规提出了更高的挑战，也使得“大数据杀熟”成为违法风险突出的一个重要领域。

面对这一趋势，企业应当不断加强自主合规，提高对针对“大数据杀熟”行为的、由《消费者权益保护法》、《个人信息保护法》、《反垄断法》、《反不正当竞争法》和《价格法》为主要组成部分的多层次监管体系的认识和理解，自行识别和整改相关行为，以避免由此带来的行政处罚和诉讼风险。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: angus.xie@hankunlaw.com

段志超

电话： +86 10 8516 4123

Email: kevin.duan@hankunlaw.com