

大数据时代算法歧视及其法律应对

——以消费者权益保护为例

何泽凯

浙大城市学院 浙江杭州 310015

摘要: 大数据时代的算法歧视在消费者领域有很大影响,并产生了一定的危害,因其行为较为隐蔽,且发展迅速等特征,造成法律领域存在一些漏洞,使得商业平台趁机通过算法歧视在市场中谋取利益,损害消费者合法权益。因此,需要完善消费者对于个人信息收集的知情权,强化算法的可问责性,以及完善算法歧视行为侵权追责条例,从而维护消费者权益。

关键词: 算法歧视;消费者权益保护;大数据

引言

算法歧视对于当今社会普通群众的影响极大,尤其是在消费者权益保护方面,产生了巨大冲击,大量消费者落入算法歧视陷阱,被“大数据杀熟”。由于算法歧视的隐蔽性,消费者自身难以发现事实真相,急需通过法律手段维护正当利益,从而推动社会长治久安。

1. 大数据时代算法歧视的特征和危害

1.1 算法歧视行为的特征

算法歧视通常是由平台运营方根据消费者的个体购物偏好(包括但不限于购物成本、家庭情况、网站或应用的页面停留时间、地理位置等)来采集、探索、阐释并深度分析,通过专业算法技术来“精准描绘”,以实现“多样化”的个性化定价策略。算法歧视行为主要发生在电子商务领域,其实施主体是利用互联网技术为商品或服务的供给侧与需求侧提供聚合化链接机会的经营者——电子商务平台^[1]。算法歧视行为,被许多学者认为是一级价格偏差行为。从其产生的条件来看,一般从两部分进行考虑:第一部分是平台通过非法的手段采集个人私密信息;第二部分则是利用大数据算法来构建数据模型,对不同个人采取不同价格。特别是,不同价格的产生违反了市场规律的公平性。其具有以下两个特征:

第一,算法行为隐蔽。由于大数据时代个人购物行为不再受制于现实空间,导致失去与周围市场的价格比较。简单来说,就是个人消费者在实施购物行为的过程中,缺少了比价行为,只看到了商业平台给出的价格和优惠力度,算法

隐蔽了个人消费者之间的价格差别,使消费者对商品产生“最优惠”的错觉。而个人消费者因为购买行为相对独立,对此毫不知情。同时,该隐蔽性也体现在不同商业平台之间,不同的算法歧视行为相对独立,各商业平台单独的算法歧视行为不被其他商业平台知晓。

第二,追踪能力不断提升。具体来说,算法在遇到个人消费者后,开始收集该个人消费者的相关信息,在个人消费者的不断购买行为中,算法收集到更多的相关信息,在多次累计中使算法对该消费者的消费行为获得更加全面的构建,从而使得“杀熟”行为更加顺利。

1.2 算法歧视行为的危害

在大数据时代,算法歧视带来的危害与日俱增,主要表现在两方面:一是对消费者的利益侵害,让消费者掉入算法陷阱,对消费者倾向的商品采取抬高价格的价格歧视行为,让消费者付出更多的代价来购买商品,严重损害了消费者的利益,并且消费者难以感知到其自身被算法算计。二是对市场秩序的破坏,在大数据时代,网上购物是商业平台与个人消费者之间点对点的行为。消费者一开始偶然的一次两次的购买行为,经过算法对该消费者的购买倾向进行计算,构建模型,使得该购商业平台推荐的商品更加符合消费者的喜好,增加其在该商业平台的消费可能。当消费者陷入该商业平台的消费陷阱后,平台开始提高价格,进行算法歧视行为的操作。而由于算法行为的隐蔽性,商业平台和消费者之间的购买行为不被第三方所获得,由此其他商家和商业平台无法了解这一行为的发生。同时,市场价格和供需之间存在

必然联系，市场需求上升，商品供给上升，价格会相应下调以适应市场供需。而算法歧视下的市场行为，部分商业平台暗地里拔高了市场价格，和实际市场价格存在较大偏差。使得其他商业平台，尤其是实体商家无法了解商品的真实市场需求和市场价格，从而导致市场价格和供需难以平衡。

2. 大数据时代应对算法歧视在法律方面存在的困境

2.1 消费者个人信息保护相关法律较为分散

算法歧视的来源是对个人信息的算法追踪。当消费者观看了有关某商品的短视频，再打开购物软件的时候，大量有关该商品的链接层出不穷，这就是该消费者的日常喜好被算法追踪。这里提到的是，短视频平台将该消费者的喜好共享给商业平台，使得商业平台在软件主页面推出符合消费者喜好的商品。如果仅靠商业平台对个人消费者历史消费记录的算法追踪，很难获得具体的效果。当下算法歧视的“盛行”，更多来源于不同类型平台之间共享消费者信息，比如信息平台、短视频平台和交友平台将个人数据共享给商业平台，忽视对个人消费者的信息保护，致使消费者信息到处流传，促进算法构建。

实际上，我国有部分法律适用于个人信息保护，但是相关法律之间缺乏连续性。在《个人信息保护法》第六条第二款中表示，“收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息”。虽然该条款明确规定了各类平台在收集用户个人信息时应该限定在一定的范围内，不能过度收集个人信息，需将收集个人信息目的与收集个人信息的范围相适应。但是具体到算法平台上，如何明确算法平台对个人信息的收集范围，如何明确算法平台收集个人信息的目的，是目前存在空缺的地方，需要相应的具体规定。同样，《中华人民共和国民法典》第四编“人格权”中第六章“隐私权与个人信息保护”提出，“处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理”。《中华人民共和国网络安全法》第四十一条也指出，“网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意”。由此可见，相关立法缺乏体系性，导致分配到各个部门的职能较为分散，难以真正实现对于个人数据的保护，而且对于算法歧视的现象没有给予相应的回复，对于直接规制算法歧视的条文少之又少^[2]。

2.2 相关市场界定问题及市场支配地位界定困难

我国在2009年发布的《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》中规定了界定相关市场的一般方法，但在实际生活中，界定相关市场的方法不是唯一的，在反垄断法实践中，根据实际情况，可以使用不同的方法。虽然这使得在实践中执法更加灵活，但也让各类平台有机可乘，通过法律漏洞规避掉其相关市场的界定。同时，我国《反垄断法》对于产生垄断行为的主体，要求其具备市场主体地位，但是鉴于相关市场界定的模糊性，以及互联网经济有着独特的双边或多边市场结构、非对称定价等特征，对市场支配地位的认定有着巨大的挑战。因此，在法律中有关相关市场和市场支配地位的界定存在漏洞。

2.3 算法歧视行为缺少针对性立法条款

虽然我国当下有部分法律涉及价格歧视问题，但缺少针对大数据时代算法歧视问题的相关法条，这使得平台商家在实践中“钻空子”。具体来看，我国《消费者权益保护法》侧重于以消费者的公平交易权、知悉真情权范围为核心，我国《价格法》对不当价格行为作出了说明，但这些法律规定并没有涵盖算法歧视问题，从本质上看都未对算法歧视行为作出相对明确的法律规定，更别提进行有效的反垄断法规制^[3]。所以，要通过立法完善针对性法律条款，使得价格歧视问题有更加适合的法律来判定。

3. 大数据时代算法歧视的法律应对

本文提出了当下国内法律针对算法歧视行为的判定能力弱，从传统法律角度出发具有较大的局限性。所以，完善针对性法条刻不容缓，应从起源制止算法歧视行为，同时带动相关部门完善部门规章制度，加强执法能力来配合完善的立法应对。

3.1 完善消费者对个人信息收集的知情权

在实践中，个人消费者使用各类平台推出的购物软件时，勾选了同意平台提出的相关知情条例，然而如果不勾选该条例，个人消费者将无法使用平台软件。而对于个人信息收集的条例，往往藏在平台商家几十条知情条例中。除了不同意条例无法使用平台软件，条例众多让急于使用平台软件的消费者乏力阅读，直接勾选，使得平台对收集个人消费者的信息有了“合法途径”，也使其在后期追责时拥有更多主动权。

在国外法律中也屡屡提到消费者对个人信息收集的知

情权问题。2018年5月25日正式生效的欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)严格规定在收集及处理个人资料的过程中,需要有合法依据,其中包括得到资料拥有者的明确同意。同时,这份同意必须是具体而清晰的,并且在资料主体完全明白所涉内容的情况下,自愿给出。基于这个原则,日本在2017年颁布的《个人信息保护法》中对用户授权亦作出了更明确的规定,尤其指出在收集包含个人的种族、宗教信仰、社会地位、健康状态、犯罪历史等20多种敏感信息之前,需确保先得到用户的明示同意^[4]。不难看出,多国针对个人信息收集的知情权有较为完善的法律规制。

尽管2021年颁布的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)中第一章第五条指出,处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则,不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息。但在当下,不勾选同意收集个人信息条例仍旧无法使用平台软件这种现象并未得到有效控制,个人消费者为了使用平台软件,不得已勾选该条例。因此,应当完善《个人信息保护法》,将收集个人信息的条例和例行条例分离,通过针对性法条强制各类平台软件改良,使得个人消费者无论是否同意被收集个人信息,都有权使用平台软件。最实际的一个案例,就是近年来IOS系统出现的一个条款,该条款提出是否允许“该软件”跟踪个人消费者在其他公司的APP和网站上的活动,很好地从法律层面上让个人消费者能够决定个人信息是否被收集,并且该选择不会影响个人消费者使用平台软件,即使个人消费者不允许跟踪,也可以使用该平台软件。我国不仅要法律层面强化该条例,各类平台软件也要执行到位,不能因为一时之利而坑害个人消费者。

3.2 强化算法可问责性

如果平台软件要求用户必须同意个人信息收集条例才能使用平台软件,需要从平台软件方向入手,破解算法歧视行为。算法歧视行为,归根到底是算法计算的产物,是商家构建算法体系再对个人消费者进行追踪。各平台软件的算法属于其商业机密,要求平台软件公开其算法模型很难成功。但是,算法模型在实际的商业过程中产生了“大数据杀熟”行为,损害了公众的利益,因此可以从算法的问责角度出发,定期对平台软件算法进行检查、评估。

该方案在国外已有先例,2017年,美国计算机协会发布的《算法透明性和可问责性声明》,规定了规制算法的七

项基本原则,其中也对算法的公开、检测和验证进行了规定。^[4]其中第三点明确表示,机构应对算法作出的决策负责,即使无法详细解释算法如何产生其结果,就是指平台软件要对其算法作出解释,无论算法如何产生。同时第六点“可审计性”中提出,模型、算法、数据和决策应被记录下来,以便进行审计。这种定期审查可以最大程度降低算法歧视的可能性,减少“大数据杀熟”的风险,也保护了平台软件的商业秘密。

而我国目前缺少直接针对算法本身的问责机制,商业平台在发现算法歧视所带来的巨大利益后,千方百计绕过当下不完善的法律体系,暗地里继续使用算法谋取利益。所以,应强化算法问责机制,以法律的刚性强化对算法的法治监管。

3.3 完善算法歧视行为侵权追责条例

伴随着大数据时代的深入推进,政府在数据驱动的算法应用领域的监管效能显得不足,亟须纳入更多社会力量,共同打造一个社会监督的新架构。这些监管主体主要由购买者大众与独立第三方机构构成。消费者作为“算法歧视”的直接受害者,在矫正偏差的意愿上超过其他参与者。然而,受限于平台经济中对消费者的区隔、算法定价的快速变动以及“算法歧视”行为的不易察觉特性,个人消费者在具体的交易情境中往往无法发现此类歧视行为。若是能够参与学术机构和新闻媒体等独立第三方资源,将可能补足消费者自行辨识算法偏见的不足之处。

为算法歧视承担法律责任的主要是那些注入歧视因子或有义务却未能及时排除歧视因子的主体。其一,开发者在开发算法模型时,有意加入歧视因子,且后期运营人员未发现该歧视因子,则开发者需承担主要责任,后期运营者承担疏于检查的补充责任。其二,开发者有意加入歧视因子,而后期运营人员发现但不排除歧视因子,即设计者和运营者在歧视因子的排除过程中都起到了消极作用,则两者应对损害结果承担连带责任^[5]。其三,开发者所开发的算法模型无歧视因子,而后期运营人员有意修改并加入歧视因子,则后期运营人员需承担主要责任,开发者承担补充责任。如此,明确对于算法歧视承担法律责任的追责条例,可以更好地在法律层面针对算法歧视行为进行司法审判,在个人社会层面警示平台商家不要触及法律底线,及时停止算法歧视行为,更加公开地进行商业活动^[6]。

4. 结语

随着时代的不断发展,法律也在不断适应人们的生活,不断进行修改和完善。大数据时代,势必要影响当下法律的状况。只有继续推进立法,才能使法律更好地服务于人民、服务于社会。随着时代的进步推动法律的发展,科学立法正是本文的核心理念。同时,本文提出的算法问题主要集中在消费者领域,而回归到宏观的算法问题,都需要兼顾利益与社会道德,既不错过算法带来的巨大效益,也不让算法破坏当下秩序,在其中找到平衡点,推动国家和社会更好地发展。

参考文献:

- [1] 黄毅,宋子寅.大数据背景下“算法杀熟”的法律规制[J].中州学刊,2022(4):50-54.
- [2] 田茂.算法歧视的法律规制研究[D].贵阳:贵州大

学,2023.

- [3] 程雪军.超级平台算法价格歧视的反垄断规制[J].法治研究,2023(1):99-111.
- [4] 陈沁瑶.大数据“杀熟”的法律规制研究[J].安徽行政学院学报,2021(1):86-92.
- [5] 张莉莉,朱子升.算法歧视的法律规制:动因、路径和制度完善[J].科技与法律(中英文),2021(2):15-21.
- [6] 曹博.算法歧视的类型界分与规制范式重构[J].现代法学,2021,43(4):115-126.

作者简介:

何泽凯(2005.04-),男,汉族,浙江嘉兴人,本科在读,研究方向:经济法、消费者权益保护