



算法面临更强监管 禁止“大数据杀熟”立法进程加快

反杀“大数据杀熟”面临认定难举证难等困境

核心阅读

对算法予以更严格的监管,已是势在必行。近期,多部法律规范对违规使用“大数据杀熟”重拳出击,但立法的模糊,认定的困难等依然会成为消费者顺利维权的现实障碍,亟待立法进一步明确监管机制,同时,互联网平台更应当自律自治,主动承担起重点保护和合理使用用户隐私的主体责任。



□ 本报记者 张维

同一时间,同一起点,同一目的地,不同手机使用打车软件跳出的价格却不同;

消费频率越高的老顾客,在网上所看到的相同产品或服务的定价,反而要高于消费频率低或从未消费过的新顾客;

买了外卖平台的会员,看起来点外卖能省不少钱,但实际上所谓的“优惠”比非会员所能享受到的反而要少;

……

“大数据杀熟”让很多人在不知不觉中“割了韭菜”,是近年来社会关注的一个热点。近期,更有多部规范剑指“大数据杀熟”:先是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)》,明确对“大数据杀熟”予以处罚;后有十三届全

国人大常委会第三十次会议表决通过《中华人民共和国个人信息保护法》,明令禁止“大数据杀熟”;还有国家互联网信息办公室发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定(征求意见稿)》,涵盖外卖、出行、资讯、视频、社区、电商在内多个行业,对违规使用“大数据杀熟”重拳出击。

显然,对算法予以更严格的监管,已是势在必行。

以用户画像实现精准杀熟

多个互联网平台都曾深陷“大数据杀熟”的争议泥潭。

据不完全统计,包括亚马逊、搜狐视频、百度、腾讯视频、美团点评、淘宝、优酷、爱奇艺、去哪儿、天猫、猫眼电影、淘票票、当当网、饿了么等多家平台,均被曝疑似存在“杀熟”情况,涵盖了网络购物、交通出行、在线视频、在线差旅、在线票务等多个领域。

前谷歌数据科学家赛思·斯蒂芬斯·达维多维奇曾经这样描述:真正的“大数据杀熟”,是通过数据挖掘,在茫茫人海中找到你的“二重身”。比如亚马逊的推荐,不仅仅是根据你的偏好和历史数据,而是在它的庞大数据库中搜索你的“二重身”,把他们购买的商品推荐给你。

东南大学网络安全学院副教授宋宇波则用“用户画像”来形容大数据实现“精准杀熟”的工具。“用户画像是指人工智能算法通过搜集用户各类相关信息,从而标识用户的各类高度精炼特征。每一种特征描述了用户的一个维度,用户画像即通过对用户进行多个维度的描述,以实现对该用户的精准定位。”其核心在于为用户“打标签”,通过收集用户社会属性、消费习惯、偏好特征等各个维度数据,进而对用户或者产品特征属性的刻画,并对这些特征分析统计挖掘潜在价值信息,从而抽象出一个用户的信息全貌。

也有人将“大数据杀熟”通俗地称为“看人下菜碟”,即部分平台对于特定用户会“格外关照”。例如,

复旦大学教授孙云金的研究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。

密集立法禁止大数据杀熟

“大数据杀熟”一直以来恶名在身,被认为侵害了消费者的知情权、公平交易权等权益。

近年来,对“大数据杀熟”进行“反杀”,也成为立法的趋势。

2019年1月1日实施的电子商务法第十八条规定,“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的,应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项,尊重和平等保护消费者合法权益。”

去年10月1日施行的《在线旅游经营服务管理暂行规定》明确:“在线旅游经营者不得滥用大数据分析等技术手段,基于旅游者消费记录、旅游偏好等设置不公平的交易条件,侵犯旅游者合法权益。”

今年2月2日,国务院反垄断委员会制定发布《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》,规定“大数据杀熟”属于差别待遇,也列举了平台经营者实施差别待遇行为可能具有的正当理由。

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)》,规定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。

同样在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。

近期,全国人大常委会表决通过了《个人信息保护法》,国家网信办发布《互联网信息服务算法推荐管理规定(征求意见稿)》,均明确互联网平台和商家不得过度收集个人信息,不得滥用算法权力,不得利用算法对消费者进行“大数据杀熟”。

明确大数据杀熟判定标准

一个值得注意的现象是,“大数据杀熟”仍然存在判定难的问题。从目前已经生效的相关法律规定来看,对“大数据杀熟”的明确界定和表现形式及交易对方的相关权益还存在模糊之处。

南京邮电大学计算机学院、软件学院、网络空间安全学院教授李云说,线上平台所制定的异常复杂的销售策略,通过多达上百种的价格组合使得普通消费者无法厘清实际的价格。

宋宇波说,商品价格的波动通常会包含很多因素,以线上打车平台为例,每个行程的定价是根据乘客定位、实时路况、预估行驶里程、时长计算以及优惠券抵扣金额等进行预估,在如此复杂的价格计算体系中,即使出现针对不同人群的价格变动,也很少有人会在完全一样的场景来进行对比验证。

这一方面意味着相对彼此独立的交易模式容易让精于计算的“平台”钻了空子,消费者难以举证;另一方面也意味着平台与杀熟无关的行为或被误伤,“大数据杀熟”在事实上成为了什么都能往里装的“大箩筐”。

上海金融与法律研究院研究员傅蔚冈就提出了

一种值得警惕的倾向:平台被课以义务。傅蔚冈以在线旅游平台为例,“同样的商品或者服务,因为提供者不同和时间不同,它的价格并不一致,酒店价格在淡季和旺季,不同房型价格的差别都很大。在很多平台上,我们都会看到同样一家酒店同样的房型有着不同的价格。其中原因未必就是‘大数据杀熟’,供应商不尽相同也可能是原因”。

傅蔚冈认为,平台不可能也没有必要去控制价格。根据电子商务法的规定,平台经营者的各项义务大致包括四类:一是为了维护市场交易秩序而需要履行的义务;二是为了维护平台正常运行所经营者法律关系的义务;三是为了调整平台经营者和平台内经营者法律关系的义务;四是调整平台经营者和消费者之间的关系。“如果平台的监督价格义务成立,那么电子商务法所确认的平台经营者和平台内经营者的法律义务也将会打破,而平台内经营者也将失去定价的自由。”

立法的模糊,认定的困难,也让消费者的维权容易遭遇障碍。有业内专家指出,消费者的自行搜索和投诉往往是发现“大数据杀熟”的线索之一,但最终要证明平台用了大数据手段并不容易,而执法机构也需要证明技术手段与价格差异化的因果关系,差异化的标准本身也需要明确。

网经社电子商务研究中心生活服务电商分析师陈礼腾说,“大数据杀熟”等违规行为的证据收集和判定仍存在一定难度,需尽快理顺监管机制,让相关规定顺利落地。

消费者也应提升自我防范意识,及时保存证据,与平台沟通了解情况,确认权益受损后发起维权。

各互联网平台更应当自律自治,主动担负起重点保护和合理使用用户隐私的主体责任,毕竟如技术史专家克兰兹伯格所说:“技术既无好坏,亦非中立。”互联网公司义务去预判一项新技术到底会带来什么样的影响,确保科技向善。

在个人信息保护法实施中须引入问责制

学术谏言

□ 王珏

近日,十三届全国人大常委会第三十次会议表决通过《中华人民共和国个人信息保护法》,该法规定了个人信息处理与跨境的基本规则,个人信息处理活动中相关主体的权利义务以及个人信息保护监督管理等个人信息保护基本制度,为我国的个人信息保护工作搭建了基本框架,标志着我国个人信息保护法治建设进入了新阶段。

放眼全球,近期多个国家和地区的个人信保护立法和修订活动频繁,不断加强对个人信息的保护,但是值得注意的是,大规模数据泄露等侵害个人信息的行为还呈现大幅增长的趋势。根据Kroll公司2021年发布的数据,从2019年到2020年,全球范围内数据泄露事件增幅达到140%,且伴随着新冠疫情带来的远程办公的增加,不断由互联网等新兴领域向其他传统领域扩散。而波耐蒙研究所发布的报告则显示,在数据泄露中,个人可识别信息是最常受到破坏的记录类型,其损害也最高。另据统计,在我国,仅2020年公安机关就侦办侵犯公民个人信息类案件6524起,抓获犯罪嫌疑人1.3万名。

在当今个人信息保护立法越来越完备的背景下,个人信息保护仍显不足,主要是由于两方面原因:

一方面,个人信息内涵范围广,种类多,以同一个原则或措施针对一类个人信息进行保护可能很合适,但处理另一类个人信息则不然。以敏感个人信息中的生物识别信息为例,尽管人脸和指纹信息都能较好地服务于身份识别的功能,但两者在收集利用方式上存在明显区别:指纹信息的收集和识别需要专业设备和个人的主动配合,个人能够比较明显地感知到指纹信息的被获取和利用。相反,在目

前高清视频设备普及的状况下,人脸信息则每天都在被披露,再配合已经在网络上公开的照片、视频等,其被获取和利用都不容易被个人感知。因此,传统的以个人知情同意为基础的个人信息保护措施,在指纹信息的场景下相对而言能够起到保护作用,个人对自己指纹信息的获取和使用还有较好的控制权;而在人脸信息的场景下,对人脸信息获取的控制则不太容易通过知情同意方式来实现,因此,对两者采用同一套措施来保护,就难以实现人脸信息的有效保护。

另一方面,个人信息利用场景差异化,同种个人信息在不同场景下面临的风险也可能极为不同。例如,个人基因信息在医疗场景下的主要风险是患者的个人信息安全和隐私,而个人基因信息一旦被应用在保险、教育等场景,其主要风险则是歧视等问题,可能被侵害的对象也会从个人扩展到其近亲属,由此产生的风险无法被传统的个人信息保护措施所消解。

因此,在个人信息保护法已经对我国个人信息处理规则和各方主体权利义务搭建好基本框架的基础上,想要实现较好的保护效果,立法的实施应着力于将个人信息处理者从被动应对转变为主动应对的状态。只有负有个人信息保护义务的机构结合自身的信息收集和使用,实际积极主动地履行自身义务,承担对个人信息保护实践方面的责任,才能有效扭转个人信息保护中不断产生的法定义务加重而保护效果欠佳的被动状态,达到最大程度地消解个人信息利用过程中的个人可能造成的消极影响,切实保护个人信息相关权益的目的。这就需要个人信息保护法的实施中引入问责制。

问责制要求主体对其自身遵守法律法规的情况能够作出具体的、可追溯的记录和回应,并能够为这些行为承担责任。在个人信息保护的语境下,问责制的核心在于个人信息处理者有义务向监管机构报告并证明对个人信息的收集利用的合理性,且有义务减

轻个人信息利用可能带来的负面影响或者潜在危害。

问责制的具体机制包含如下几个层次:第一,处理者向内落实主动履责。个人信息保护问责制要求个人信息处理者在个人信息处理活动前和活动中为实现个人信息保护目的而主动构建机制,确保自己遵循了相关法律法规,即机构内履责。按照我国个人信息保护法的要求,这些措施大体包括以下几种类型:一是建立透明的内部个人信息保护和隐私政策,由组织的管理层通过并积极推动执行。二是为落实上述政策采取适当且有效的内部程序和机制,其可用于确保对个人信息保护原则和义务的遵守,个人免受个人信息处理活动所产生的风险影响。三是就如何落实上述政策为组织中的所有成员提供相关信息和培训。四是监督和评估上述措施落实的责任应该是最高级别。五是落实到正个人信息保护违规和其他不合规问题的程序。目前,我国社会面临各行各业数字化转型,这意味着个人信息保护法也要落实到各传统行业。问责制鼓励个人信息处理者在监管机构对个人信处理合规清单的基础上,根据自己的业务模式对个人信息保护措施进行创新,以适应不同的个人信息保护场景和技术的快速发展,这也有利于保持个人信息保护法的弹性和活力。同时,也要求监管机构的合规清单不能过细,避免带来创新天花板和合规僵化。

第二,监管机构问责时处理者应向外自证尽取。个人信息处理者对自己采取的个人信保护措施和过程进行记录,并在必要的情形下向监管机构公开,证明相关措施的落实情况,接受监管机构的外部问责。一旦发生个人信息侵害事件,个人信息保护监管机构需要对个人信息处理者违反法律法规规定行为进行深入调查取证,证明其没有履行法律法规所规定的个人信息保护义务,进而作出执法决定。数字经济时代,一旦发生数据泄露等严重侵害个人信息的事件,监管机构的调查工作会涉及对于个人信息处理

者各项个人信息保护义务的具体调查。由于个人信息处理者所采用的内部个人信息保护措施,收集利用个人信息的技术手段、机构内的组织结构等都存在重大差异,调查取证本身的技术难度较高且工作量巨大。此外,相当部分的个人信息处理者所提供的服务涉及关键基础设施领域,一旦停止服务会影响社会的正常运转,如通信、金融、电子商务等,不能够停止服务接受长时间的调查取证。自证尽取这一措施能够有效缓解个人信息保护监管机构的执法压力,这样的自证尽取,也可以通过政府引入第三方认证、企业主动参与认证来实现。

第三,监管机构酌定尽职免责激励。通过上述机制的主动落实和记录公开,当发生个人信息侵害事件时,负有义务的个人信息处理者自证尽取合规,一旦监管机构确认个人信息处理者已经根据相关法规履行了法律义务,尽管出现个人信息保护被侵害的情况,但个人信息处理者可以证明其积极考虑了相应活动的个人信息侵害风险,并采取了相应措施,则应当通过减轻责任,从轻处罚,适用简易程序等措施,达成激励个人信息处理者尽可能地主动履行其个人信息保护措施的目标,减轻可能面临的严重违法责任和声誉受损的负面影响。

综上,在我国个人信息保护法即将实施的当下,在具体监管执法实践中引入个人信息保护问责制,能够让个人信息处理者更加关注个人信息能否得到有效保护这一结果,而不是具体的个人信息保护要求,更有利于引导和鼓励个人信息处理者制定超越法律义务的个人信保护措施,由此能够为个人信息处理者提供探索降低个人信息利用风险和负面影响措施的制度激励,最大程度地激发个人信息处理者主动进行个人信息保护具体机制建设与创新探索的积极性,为个人信息提供更为有效的保护,切实提升人民群众数字生活的幸福感、获得感。(作者系西安交通大学法学院副教授)

《互联网领域知识产权司法保护数据分析报告》发布 各地法院裁判尺度均衡统一没有明显地域保护

□ 法制网记者 王婧

近日,中国政法大学数据法治研究院发布《互联网领域知识产权司法保护数据分析报告》(以下简称《报告》)。

《报告》显示,我国法院在处理互联网企业知识产权案件中整体裁判尺度均衡统一,坚持司法中立性,并不因互联网企业的住所地不同而存在明显差异,也从侧面说明我国法院在处理互联网企业案件时不存在所谓的“主客场”,坚持以事实为根据,以法律为准绳,不存在特殊地域、企业或产业类型的保护现象。

随着我国知识产权司法审判专业化水平逐步提高,诉讼程序不断完善,审判标准日益统一,侵权赔偿标准稳步提升,包括互联网企业在内的知识产权人越来越积极地选择司法渠道进行知识产权维权。《报告》选取了阿里巴巴(含优酷)、腾讯、字节跳动、百度(含爱奇艺)、网易、华为、中兴7家代表性企业进行分析,进一步观察互联网企业的知识产权司法维权情况和特点。尽管华为、中兴不属于互联网企业的范畴,但考虑其在考察知识产权司法保护时具有较高的参考价值,《报告》亦将它们作为研究对象。

《报告》主要选择分析这7家代表性企业一审诉讼案件(即作为原告提起的知识产权诉讼)的胜诉

率来观察中国知识产权司法保护情况。其中,为了观察知识产权司法改革的成效,《报告》选取上述主体在北京、上海、广州三家知识产权法院和北京、杭州、广州三家互联网法院的主诉案件的胜诉率;同时为了分析地域差别,基于企业所在地的分布情况,即杭州市(阿里巴巴所在地)、深圳市(华为、中兴、腾讯所在地)、北京市(百度和字节跳动所在地)、广州市(网易所在地),以及样本数量情况。

《报告》显示,2013年互联网企业总体的知识产权案件胜诉率为56.67%,2020年增长至87.33%,且自2017年起均保持在80%以上,胜诉率呈现出整体上升趋势,自2017年开始,胜诉率整体趋于稳定,波动

性较小。这一变化体现出国家不断强化互联网企业知识产权保护力度。

《报告》还选取了上述主体在北京地区、杭州地区、深圳地区所有法院的胜诉率,据此分析国内不同地区对于互联网企业的司法裁判是否存在地域差别。

为了增加数据参照,提高分析结论的可信度,《报告》还将持有著作权数量较多、维权意识及能力较强的集体管理组织和公司纳入到考察范围内,包括中国音像著作权集体管理协会(音集协)、中国音乐著作权协会(音著协)和视觉中国。整体来看,各互联网企业、著作权集体组织在北京地区知识产权案件胜诉率大体持平,且处于80%至100%这一区间内,胜诉率较高。其中,华为、中兴、音集协在北京地区胜诉率为100%。字节跳动、腾讯、百度、网易、华为、音著协、视觉中国在杭州地区胜诉率均为100%。各互联网企业、著作权集体组织在深圳地区知识产权案件胜诉率同样处于80%至100%这一区间,胜诉率均较高。

□ 本报记者 张维

“互联网+医疗”的力量,近年来在古老的中医药领域也开始发力。近日,互联网医疗行业头部公司阿里健康宣布与小鹿中医联手,让互联网与中医的结合成为社会关注热点。

在抗击新冠肺炎疫情中表现出色的中医药行业,“出镜”频率日益增多。记者梳理发现,今年以来,中央各部门有关中医药发展的政策文件便有十余份之多。中医药行业更是搭上了“互联网+”的快车,有望更好地实现振兴和传承。

国家中医药管理局早在2017年底发布的《关于推进中医药健康服务与互联网融合发展的指导意见》,就对中医药深度“触网”作出了明确的规划。今年6月30日发布的《关于进一步加强综合医院中医药工作推动中西医协同发展的意见》也明确提出,鼓励提供互联网中医药诊疗服务。

业内人士分析指出,中医药与互联网的结合有其天然的优势,互联网中医也特别适合做健康管理。这是因为,首先,中医往往诊疗过程更长,医患之间能够建立更紧密、稳固的关系,相比于西医、中医的“圈粉”能力更强;其次,中医“治未病”,在预防保健、慢病调理等方面优势更明显,诊疗的频次也更高。线下难以完成的健康管理,在线上变得便捷。

90岁高龄的王奶奶就是“互联网+中医”的受益者。她身患脑梗、冠心病等慢性病,突如其来的疫情一度让她的诊疗发生困难。经人推荐,王奶奶的家属在小鹿中医平台上找到了此前为她诊治过的北京同仁堂的郭医生。郭医生通过平台在线为老人进行了中医健康管理,一段时间后,王奶奶的病情明显好转,老人亲手给小鹿中医写来感谢信。

家住西藏自治区林芝县派镇雅鲁藏布大峡谷的一位患者,则是由于地处偏远山区,就医困难而与阿里健康小鹿中医平台结缘。“医生对我进行了线上诊治并开药,整个配送时长只花了4天。”这位患者说。这也意味着在“互联网+中医”的新模式下,偏远地区的居民也能享受到与大城市居民一样优质的中医药服务,有效帮助了优质医疗资源下沉到基层地区。“互联网+中医”也让医生体验更好。北京中医药大学东直门医院主任医师李海松说,自从使用了小鹿中医平台后,大大方便了老患者的持续就诊,同时也提高了服务患者的效率,平均每天可以多服务5位至10位患者。

当古老的中医遇上新生代的互联网 『中医药+互联网』加速推动城乡医疗服务均等化