

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2022.05.011

场域理论下算法消费者个人信息保护的挑战与因应

朱维蕊

(中央财经大学 法学院,北京 100085)

摘要:近年来,算法消费者个人信息保护问题引发学界与实务界的广泛关注。场域理论的引入,可以为算法消费者个人信息保护提供动态、多维的研究视角。算法消费场域内,实然层面出现的博弈格局异化,与应然层面的制度供给不足,共同导致场域内算法消费者个人信息保护陷入困境。算法消费者个人信息保护之纾困,需要通过构建经营者的信息信义义务,提高消费者的认知能力以及探索多方参与保护模式,以矫正算法消费场域内异化的博弈格局;同时,需要厘清现行伞状规范体系的适用逻辑,完善告知-同意规则,转变个人信息控制理念及完善公益诉讼救济制度,以优化算法消费场域内的制度供给。

关键词:场域理论;算法消费者;个人信息

中图分类号:D922.294

文献标志码:A

文章编号:1672-626X(2022)05-0116-11

一、问题的提出

信息技术革命的推进给人类描绘出“未来已来”的壮阔图景^[1],人类迈入了万物互联的新时代。算法不仅作用于个人、组织的生产、生活,还重塑着整个社会的秩序,对传统法律体系下的权利义务关系带来了冲击。进入大数据时代,算法决策以及在此基础上实现的算法控制,都必须依赖于数据信息的共享^[2]。人类的生产、生活时时刻刻都在生成数据信息。因而,在原有的物理世界、精神世界之外,生成了一个新的世界,即独立的数据世界^{[3][7]}。数据世界实现了物理世界和精神世界之间的连接。数据信息共享行为,在算法消费过程中,体现为算法经营者对算法消费者个人信息的收集和利用^[4]。

算法消费者属于消费者的一种新类型,指的是在嵌入了智能算法的消费场域中,为了满足生活消费需求,购买商品或接受服务的消费者^[5]。在消费过程中,算法消费者生成了大量的个人信息,这些个人信息实际上被以互联网头部企业为代表的算法经营者复制或控制,并用于算法模型与决策,最终转化为算法经营者的商业利益。大数据、人工智能和算法等技术的快速迭代和应用,使得个人信息被收集和使用的情况,已经远超出算法消费者个体的认知范围与认知能力。算法技术可以从消费者提供的信息中不断挖掘出新的信息,并以隐蔽的形式对算法消费者实行算法推荐、算法歧视乃至算法限制,形成对人们自由的阻碍。为了提供精准化的服务,算法经营者通常汇集、整理了大量碎片化的算法消费者个人信息。虽然碎片化形式存

收稿日期:2022-07-05

基金项目:中国法学会民法研究会青年课题(2021MFXH013)

作者简介:朱维蕊(1998-),女,广东河源人,中央财经大学法学院硕士研究生,研究方向为经济法学。

储的内容只能传递零星的信息,但如果汇集的碎片化信息足够多,则可以还原算法消费者有关身份、财产等的完整个人信息。当算法经营者的数据系统受到不法侵入,还可能导致消费者个人信息的广泛泄漏⁶¹。

算法消费活动是包括经营者、消费者和监管者在内的,多方主体动态互动的过程。对于消费领域的算法治理,如果仅仅讨论法律应当如何规制经营者的行为,而忽视监管者的调控能力,以及消费者作为理性人的反制能力,并不能完全保障算法消费者个人信息权益。反之,如果仅仅强调市场的自主调节性,认为消费者的理性与反制能力足够应对算法经营者的信息收集、处理行为,从而要求法律恪守审慎、消极的立场也是不现实的。对于算法消费者个人信息保护难题,应当基于动态关系的视角寻求破解之道。通过引入布迪厄(Pierre Bourdieu)的场域理论,构建算法消费场域,从实然和应然两个层面出发,可以深度分析算法价格歧视场域内竞争态势异化的深层原因,并在此基础上提出因应之策。

二、资本与惯习:算法消费场域之解构

(一)场域理论及算法消费场域之形成

1. 场域空间与司法场域

作为布迪厄社会实践理论的一个重要工具概念,场域是与传统的“社会结构”相区别的,由各种位置构成的一系列客观关系所形成的社会空间或网络。场域内各方行动者的惯习以及场域内的资本是场域的两大大构造要素。每个场域都是一个个自主的社会小世界,拥有区别于其他场域的逻辑和运作规则。处在场域内不同位置的社会行动者,在其所处场域的运作逻辑与规则安排下,会在场域空间内展开激烈的争夺,以获取优势地位或者改变自身劣势地位。相应地,场域内行动者之间围绕资本产生的斗争,保持或者改造着特定场域的结构⁷¹³⁶⁻¹³⁷。

通过对形式主义和工具主义法学观点的驳斥,布迪厄提出了“司法场域”的概念,他认为法律并非如形式主义法学者所建构的自主且封闭的体系,也并非如工具主义者所指称的,仅作为统治集团利益的支配工具⁸¹。司法场域与其他场域一样,是一种自主的、完整的实践空间,这一空间相对独立于外在因素和压力。法律的社会实践,本质上是司法场域运行的产物,如果要从应然的角度分析法律及其社会意义,应当将其置于具体的司法场域内进行讨论。布迪厄进一步提出,司法场域内运作的特定逻辑,可以从两个方面展开。一方面是特定的权利关系,而另一方面是场域运作的内在逻辑。二者对于司法场域的运行起着不同的作用,前者安排了场域内的斗争,而后者约束着可能行动的范围,并限制了特定司法解决办法的领域⁸¹。

2. 算法消费场域之形成

消费场域,可以简单地理解为,由一系列客观关系形成的特殊实践空间,这一空间围绕消费者购买商品或使用服务以满足自身需要的活动,由主动或者被动参与消费活动的各方行动者所处位置构成,其可以被视作一个独立的司法场域。场域并非固定不变的空间,随着场域内资本和惯习的博弈,场域的范围和边界可能产生变化。随着大数据和人工智能融入消费场域,场域内各方行动者拥有的资本和已有的惯习都产生了变化,算法消费场域逐渐形成。算法消费场域,即人工智能、大数据算法重塑了原有消费场域中的客观关系,并在此基础上构建的新的消费场域。算法消费场域涉及多方行动者,不仅包括消费者和经营者,还包括承担规制与保护职能的国家监管部门。通常而言,算法消费场域内的消费者拥有不同程度的反制能力,可以围绕其个人信息资源与经营者展开博弈。但是,当经营者的算法权力远远大于消费者的反制能力,即算法消费场域中的消费者事实上无法与经营者抗衡,出现权利与权力的配置异化现象,则需要法律规范的介入,对算法消费场域内的权利义务关系进行干预与调整。

在布迪厄看来,场域内无时无刻不在进行着斗争,场域内进行着的活动本质上属于一种“赌注游戏”,即

一种冒险性的策略游戏斗争^[775]。在算法消费场域中,消费者的个人信息承载着巨大的商业价值,能够转化为经营者的竞争优势。故而,场域内的经营者会对消费者的个人信息资源展开激烈的争夺。在斗争过程中,可能会跨越合法边界,构成对算法消费者权益的侵害。参与场域内赌注游戏的经营者、消费者和监管部门的资本、惯习和策略及其成功的程度,将决定特定场域内赌注游戏最后的走向。

(二)资本构成:算法经营者强势主导

在算法消费场域内,主导消费者个人信息收集与使用的主体是场域内的经营者,算法消费领域内呈现出一种由算法经营者主导的资本结构。布迪厄的资本概念是对马克思资本概念的借鉴,但与马克思提出的资本概念不同,布迪厄不仅仅从经济的角度理解资本,而是将资本视作一种可以在场域斗争中获得利益的资源,这意味着拥有更多资本的行动者更容易在场域斗争中胜出。

资本包括经济资本、文化资本、社会资本和象征资本。就经济资本而言,算法经营者主导着金钱、技术和各种经济利益因素,算法消费者看似能够主导其个人信息,但是个人信息的收集和利用都需要依托技术。在信息偏差的作用下,算法消费者个人信息产生的商业价值更多地流向了算法经营者,算法消费者不仅未能平等地享有其个人信息流动产生的价值,不当收集与利用算法消费者个人信息的行为,可能还会导致算法消费者个人利益受到侵害。就文化资本而言,与算法消费者相比,算法经营者获取和占有了更多地通过客观化形式存在的文化资本。就社会资本而言,算法经营者群体有能力快速感知和获取市场内与交易相关信息的变化,在共同利益的驱使下,可能会形成经营者联盟,实现其所拥有的消费者信息的互换或交易。相应地,当存在共同利益时,算法消费者群体内部可能也会联合,以增强其在算法消费场域内的话语权。但算法消费者之间联合的紧密程度,并不如算法经营者之间的经营者联盟,因为消费者群体联合的内在动力、能够动员起来的社会成员及其所持有的资本总容量是有限的。就象征资本而言,象征资本的数量取决于行动者所拥有的其他资本数量。换言之,场域内拥有更多其他资本的行动者,也将拥有更多的象征资本。

政治权力的中心任务就是将经济资本、文化资本以及社会资本转化成象征资本,在这个转换过程中获得的剩余价值的总和,就是权力^[7131]。算法消费场域中的行动者都掌握着不同的资本种类和数量,从而影响着场域中的权力关系。而权力关系是复杂和多元的,既包含统治者的统治资本、意图和策略,也包含被统治者反统治者的资本、信念和对策,统治者与被统治者之间的竞争和各种资本的反复交换,驱动着场域的形成及运作^[7148]。总的来说,在技术加持与信息偏差的双重作用下,算法消费场域内呈现出经营者强势主导的资本结构,算法消费者持有的资本难以构成对算法经营者的牵制,在算法消费场域内的博弈格局中处于下风。数量悬殊的资本使得算法消费场域内的博弈格局与竞争态势渐趋异化。

(三)惯习倾向:算法消费者处于劣势

与亚里士多德相似,布迪厄非常重视个人在实践活动中的主动性和积极性。布迪厄曾强调其指的是惯习,而不是习惯,前者深刻地存在于每个社会行动者性情倾向系统中,属于一种“强有力的生成机制”^[7116]。布迪厄所指称的惯习,与马克思实践哲学中的实践概念相当。场域中的消费者所处的社会经济发展状况、生活环境、精神心态、个人经历与积累的经验等因素,都与惯习的产生密切相关。这些因素形塑着惯习,并被内化成算法消费者的性情倾向系统,引导和调节着算法消费者在场域内的行为方式、行动策略以及行为目标,对场域的建构以及场域内的博弈格局施加影响。具体而言,一方面,场域内的算法消费者在惯习系统的引导下,会对自身在算法消费场域中的位置进行判断,根据自身所处的位置以及场域内其他行动者的行动,选择相应的行动方案和行动策略。而另一方面,惯习还具有理解和解释某一场域内各方行动者的行动与策略的重要功能,影响着消费者对待其在算法消费场域中所处位置的基本态度^[7153]。算法消费者的基本态度,影响着其将如何面对场域中呈现出的相互关系网络,把握算法消费场域内的资本流向,从而调动自身拥有的资本,在场域斗争中实现资本的帕累托最优^[7138]。

不同消费者群体的反制能力存在差异,其差异体现于惯习之中。根据算法经营者实施的与消费者个人信息收集与利用的相关行为来判断,具有较强反制能力的消费者可以称为成熟消费者,反之则为不成熟消费者。两者对于算法消费的了解与运用的程度和水平不相同,其掌握的与算法消费场域斗争的相关信息也存在差异,这种差异通过惯习体现出来。通常而言,成熟的消费者对于算法经营者的经营策略与行动较为了解,并且可能围绕经营者的行动,针对性地改变或者伪装自身的消费习惯,以确保其在算法消费场域中占据有利的位置;而不成熟的消费者对个人信息被收集和使用的具体情况了解甚少,当出现其个人信息被不当收集和使用的情况,通常也难以采取相应的救济措施维护自身的权益。不成熟的消费者在算法消费场域中处于弱势的一方,反制的惯习还需要进一步培养。

三、算法消费场域中消费者个人信息保护面临的挑战

(一) 实然层面:逐渐失序的博弈格局

1. 经营者:最大化收集消费者信息

在算法消费场域中,决定经营者竞争力的重要因素,是企业获取以及利用其所获取的用户信息进行创新和转化的能力。经营者收集的消费者信息可以转化为经济利益和竞争优势,如借助算法模型处理消费者个人信息,并在此基础上形成有针对性的具体用户画像,最大化攫取消费者剩余,实现超额利润的理想目标⁹¹。可以说,场域内的经营者不仅与消费者争夺信息资源,经营者之间也会产生信息资源的争夺,故而,经营者趋向于最大化收集消费者的相关个人信息。但这种行为可能会导致不当收集、使用消费者个人信息的行为产生,例如经营者在未公开信息收集规则,没有明示消费者其信息收集的目的、方式和范围,未经消费者同意或者违反必要原则等情形下收集其信息。

实践中,算法经营者在收集、利用消费者信息的过程中处于优势地位。在提供商品或服务的过程中,可能会收集、存储大量的消费者个人信息,其中包含一些敏感信息。通常在算法交易过程中涉及多主体和多环节,消费者个人信息流转的链条较长,容易导致消费者个人信息的泄露。随着技术融入生活,算法消费者购买的多数电子产品,可能在消费者不知情的前提下,采集消费者的指纹、人脸、语音对话等信息,以提供相应的算法推荐服务,即存在“窃听”现象。在终端信息采集、网络信息传输以及信息的存储方面,电子产品也面临着个人信息泄露风险。随着算法模型不断迭代,其能够越来越精准地挖掘用户的个人信息,算法消费者对个人信息的知情权和控制权越来越难以得到保障⁹²。

2. 消费者:权利意识与反制能力薄弱

我国的竞争文化和消费文化仍处于发展之中,消费者的权利意识还比较薄弱。就消费者的认知能力而言,算法消费场域内的歧视、偏见与限制比以往更加隐蔽,信息偏差和数据鸿沟强化了“区隔”的存在,导致消费者往往难以发现其个人信息权益受到侵害。进入人工智能时代,不同地区的生产力与人工智能的发展水平亦不相同,这进一步加剧了消费者群体认知水平与能力的分化。就算法消费者的维权观念而言,算法技术具有较强的不透明性、专业性和迭代性,并非普通的算法消费者可以轻易解读。发生在算法消费场域中的信息侵权行为的取证亦存在难度。即便算法消费者能够收集诉讼前期的证据与文书材料,面对算法消费者更强大的经济力量、更丰富的法律知识以及更专业的法律人才,也会出现应对乏力的情况。当算法消费者发觉维权成本高于其可能获得的赔偿,则会滋生厌诉心理。

隐私悖论反映出的个人信息保护与数据价值释放之间的冲突,是影响算法消费者反制能力的重要因素。隐私悖论在算法消费场域中的体现,是算法消费者既希望通过让渡部分的个人信息权利给算法经营者,以获得更优的消费体验与服务,同时又担忧算法经营者对其个人信息的不当利用及信息安全保障能力,

即担忧由于个人信息的共享导致个人隐私受威胁,其本质是分享与控制的数字时代算法治理悖论。算法消费场域内,算法消费者的权利意识与反制能力并不理想,使得场域内呈现出经营者强者更强、消费者弱者恒弱的马太效应。培养消费者的惯习,鼓励消费者主动行使、维护自身权利,运用场域内的斗争规则,在自我保护的同时争取相应的利益,对于算法消费场域内竞争态势的矫正十分重要。

3. 监管者:个人信息监管困难

算法消费领域中产生的侵害消费者个人信息的行为,具有较强的复杂性、专业性和技术性,经营者在经济资本上的优势,使得其有能力获取最优的技术与人才,这也为监管部门的监管带来挑战。监管部门依托传统消费领域的执法实践积累的执法经验,已经不足以应对算法时代产生的监管需求。以算法价格歧视现象为例,监管部门不能仅仅考虑价格因素并仅据此生成调控策略,还应考虑算法价格歧视行为在经济效果上的复杂性。虽然算法价格歧视行为可能攫取更多的消费者剩余,但同时也可能会加强市场内的竞争。因为经营者有预测消费者购买欲望的能力,减少消费者向竞争对手购买产品的动力,从而激发市场的活力和创造力,最终生产出更多、更优的产品,提升消费者福祉。同时,消费者的反制能力也不应被忽视。作为算法价格歧视场域的重要行动者,消费者也是场域中的重要力量,能够对场域内的位置、行动施加影响。

算法消费领域行为的多面性和变动性,向监管者的监管能力提出了更高的要求,要求监管部门适应快速发展的算法与人工智能技术,更新监管理念和执法标准。在不压抑市场创新活力的前提下进行监管,同时改变过去家长式保护的理念,更重视对消费者惯习的培养,为消费者行使知情权、选择权等权利营造明朗的市场环境,“让”消费者选择而不是“帮”消费者选择。

(二) 应然层面:个人信息保护制度供给不足

1. 现行个人信息保护规范分散

算法消费者与经营者之间的交易,发生于算法消费场域中,融入了算法与人工智能等要素,呈现出与传统行业领域消费所不同的特点,面临着个人信息保护新的难题。但并非算法消费者个人信息保护面临的所有问题,都是实践中未出现过的新问题,其中部分问题是传统行业消费者个人信息保护问题在互联网领域的延伸。作为消费者群体中的一种新类型,现行与消费者个人信息保护相关的一般性规则,也可以为算法消费者提供相应的法律救济。为了应对快速发展的互联网技术对消费者个人信息保护带来的挑战,与消费者个人信息保护相关的规范陆续出台,总体上呈现出分散保护的特点。本文以实施年份先后及效力位阶为序,对个人信息保护的相关规范加以梳理并形成表1。

通过表1可以明晰,现行与算法消费者个人信息保护相关规范的具体内容散见于法律、行政法规、部门规章以及规范性文件中。在法律层面,《消费者权益保护法》第29条、《网络安全法》第41条规定经营者应当遵循合法、正当、必要的原则,在消费者同意的基础上,才能收集消费者个人信息,而且在处理、使用消费者个人信息的过程中,应当遵守法律、法规以及其与消费者之间的约定。《电子商务法》第23条要求电子商务经营者收集、使用用户个人信息同样应当遵循上述有关个人信息保护的规定。《民法典》第1035条吸收了《消费者权益保护法》《网络安全法》《电子商务法》中关于消费者个人信息收集和使用的规则,明确了个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。同年实施的《数据安全法》和《个人信息保护法》中也有关于个人信息保护的规定。《数据安全法》中规定国家机关是其在履责过程中收集的数据的诚信主体,就收集到的个人隐私、个人信息应当予以保密。而《个人信息保护法》作为个人信息保护的特别法,对个人信息保护作出了更为细致的规定。在行政法规层面,《互联网信息服务管理办法》第6条要求经营性互联网信息服务提供者应当有包括用户信息安全管理、信息安全保密管理相关制度在内的健全的网络与信息安全保障措施。《征信业管理条例》第13条也要求在采集消费者个人信息的过程中,除非采集的信息属于法定公开的范畴,否则未经消费者同意,不得对其个人信息加以采集。在部门规章层面,《侵害消费者权益行为

表1 个人信息保护相关规范体系结构

实施年份	效力级别	规范名称	与个人信息收集、使用直接相关的法条条款
2013	法律	《消费者权益保护法》	第29条
2016	法律	《网络安全法》	第41条
2018	法律	《电子商务法》	第23条
2021	法律	《民法典》	第1035条
2021	法律	《数据安全法》	第38条
2021	法律	《个人信息保护法》	第14条
2011	行政法规	《互联网信息服务管理办法》	第6条
2013	行政法规	《征信业管理条例》	第13条
2013	部门规章	《电信和互联网用户个人信息保护规定》	第5条
2015	部门规章	《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》	第6条
2015	部门规章	《侵害消费者权益行为处罚办法》	第11条
2020	部门规章	《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》	第29条
2021	部门规章	《网络交易监督管理办法》	第13条
2021	部门规章	《互联网信息服务算法推荐管理规定》	第7条
2012	规范性文件	《关于加强网络信息保护的決定》	第2条
2013	规范性文件	《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》	第5条

处罚办法》第11条规定了经营者不得未经消费者同意,收集、使用其个人信息或向其发送商业性信息,不得泄露、出售或非法向他人提供其所收集的个人信息。《网络交易监督管理办法》第13条进一步明确了在网络交易活动中,经营者收集、处理个人信息的禁止性行为。《电信和互联网用户个人信息保护规定》《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》则从行业角度出发作出了具体规定,要求对于消费者个人信息的收集应当遵循“合法、正当、必要”原则。此外,《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》第6条明确要求网络零售第三方平台经营者,涉及保护消费者个人信息及交易记录相关规则的制定、修改、实施,都应当予以公示并备案。可以看出,立法层面对于算法消费者个人信息的保护给予了充分的重视与探索,形成了个人信息保护规范体系。然而,分散的个人信息保护规范体系弱化了其对算法消费场域内各方行动者的行为指引作用,法律规范之间的适用逻辑亟待进一步厘清。

2. 告知-同意规则存在适用困境

告知-同意规则系属个人信息保护领域的核心规则,其安排着信息主体与信息处理者之间的权利义务关系。告知-同意规则苛以经营者告知消费者其个人信息被处理并征得其同意的义务^[11],这一规则的法理基础是尊重与保障信息主体的人格自由。《民法典》第1035条在体例安排上,将告知-同意规则与个人信息处理原则并列,意味着告知-同意规则取得了原则性的地位^[12],体现出告知-同意规则对于消费者个人信息保护的重要性,同时也能看出告知-同意规则的理论抽象性,对其进一步解释、优化以实现其消费者个人信息保护的应然功能具有必要性。

但是告知-同意规则的实践运用并不理想,在算法消费场域中,运用告知-同意规则并不能为算法消费者提供充分的保护。具言之,即便算法经营者通过电子材料告知算法消费者与交易相关的隐私、个人信息保护等政策,消费者通过在线点击了“同意”选项,未必能代表消费者同意的真实意思。一方面,算法消费场域中的告知内容,即算法经营者向消费者提供的,与个人信息收集和使用相关的电子材料,通常安排较为复杂,而不同的消费群体的认知能力以及政策解读能力存在差异,为了能接受算法经营者提供的服务,其可能在不了解的情况下选择“同意”。另一方面,即便算法消费者充分了解经营者提供的与个人信息收集和使用

相关的电子材料,其可能实质上并无选择余地而只能“同意”,例如当经营者所提供的产品在场域中占据较大的市场地位,消费者难以寻找到其他替代品,或者寻找替代品的成本过高,可能会导致消费者的选择权被变相剥夺,其不得不同意算法经营者收集其个人信息,以使用相关产品来满足生活或工作上的基本需求。换言之,算法消费者在实践中存在“同意”困境。此外,消费者在使用经营者提供的产品或者服务的过程中,在一次授权算法经营者收集自身信息之后,便失去了对个人信息的控制权,无从得知个人信息的流向和用途。“同意”机制作为实践中个人信息保护最重要的制度之一逐渐被扭曲。

3. 个人信息保护理念需予转变

目前的个人信息保护理念,以个人信息控制理论为主流学说。个人信息控制理论的核心观点是,个人对其自身信息享有控制权。在这一理论的基础上,我国构建了告知-同意规则,以期实现对个人信息的保护^[13]。现行个人信息保护相关规范对于告知-同意规则均有所体现,如《消费者权益保护法》第29条和《网络安全法》第41条规定,网络经营者必须经过消费者同意,才能对其个人信息予以收集和使用。值得商榷的是,告知-同意规则之同意,并未区分消费者个人信息使用场景的差异。其中暗含着消费者对其个人信息绝对控制的理念。进入大数据时代后,信息的收集和处理通过算法模型和人工智能实现,消费者实际上难以实现对个人信息的完全控制。其原因在于,一方面,信息通过流动才能产生商业价值,从而释放数字经济的创新活力。也就是说,信息的流动是社会实践发展的需求,过分强调消费者对除其敏感信息之外的所有个人信息的绝对控制并非主流。另一方面,在互联网领域,个人信息的内涵与外延已经有所变化,目前个人信息的范围仍在发展,且不同消费者对于个人信息的敏感程度与识别能力均不相同,实践中构建的告知-同意规则流于形式,难以真正实现对消费者个人信息权益的实质保障^[14]。

4. 消费者公益诉讼救济有待完善

消费者是算法消费过程中的关键主体,但由于其认知能力与获取信息的范围有限,算法经营者为了追求利润最大化,可能会不正当收集消费者的个人信息,侵害消费者的合法权益。而消费者联盟呈现出分散的状态,采取集体行动的难度较高。当经营者违法收集和使用其个人信息,需要诉诸法律寻求救济时,在现行的法律框架下,消费者需要较高的维权成本。因此,完善消费者公益诉讼救济制度具有现实意义。公益诉讼制度可以形成监管部门对经营者行为监督的补充,通过司法的介入,惩戒违法的算法经营者,预防类似的行为再次发生,填平算法消费者受到的损害^[15]。当发生侵害多数消费者权益的案件时,通过公益诉讼制度,可以一次性对大量的小额诉讼请求进行处理,也能实现诉讼经济。

现行消费者公益诉讼制度仍存在诸多可以完善之处。《民事诉讼法》第58条规定,当发生侵害众多消费者合法权益的行为,“法律规定的机关和有关组织”可以作为原告提起诉讼。《消费者权益保护法》第47条进一步明确,省级以上的消费者协会可以作为消费者公益诉讼的原告。这意味着省级以上的消费者协会之外的其他组织,以及消费者个人都不在消费者公益诉讼的原告范围内。然而,消费纠纷具有标的小、数量大的属性,加之消费者数量庞大,现行消费者公益诉讼的原告范围太窄,一旦出现消费者协会怠于履职或者不能履职的情况,消费者的权益将难以通过消费者公益诉讼制度得到保障。此外,与消费者公益诉讼制度相关的具体程序以及配套制度的缺失,也使得消费者公益诉讼制度难以充分实现其法律目标^[16]。

综上,算法消费场域内消费者个人信息保护面临困境的原因,在实然层面是由于经营者过度收集消费者信息,而消费者的权利意识与反制能力不足,以及算法消费领域监管困难导致的博弈格局失序。在应然层面,则是由于现行个人信息保护规范太过分散,作为个人信息保护核心规则的告知-同意规则存在适用困境,加之目前已有的个人信息保护理念已经不能完全适应实践需求,以及消费者公益诉讼制度不够完善,致使算法消费场域中的个人信息保护制度呈现出供给不足的情况。算法消费者个人信息保护之纾困,需要从实然层面和应然层面予以调整和优化。

四、算法消费场域中消费者个人信息保护的因应之策

(一)矫正场域内异化的博弈格局

1. 经营者:构建信息信义义务

算法消费场域中,需要重新配置消费者与经营者之间的权利义务关系,构建经营者的信息信义义务。信义义务发源于信托法领域,是指当交易双方关系处于不对等的位置,即委托人与受托人之间力量悬殊,委托人处于交易中的劣势地位,受托人对委托人的控制程度较高,则受托人应当在交易过程中承担关照、保密和忠诚的义务。在信义义务的基础上,耶鲁大学的巴尔金(Balkin)教授认为,互联网经营者应将顾客和用户视为信息受托人并承担相应的信息信义义务^[17]。

在算法消费场域中,算法消费者与经营者处于信息极不对称的地位,算法经营者在消费者个人信息收集与使用的过程中处于强势主导的地位,基于对算法经营者的合理信任,算法消费者将其个人信息委托给算法经营者。这种信任关系应当受到算法经营者的尊重和保护,这是算法消费的前提和基础,也是算法经营者应当承担的基本信息信义义务^[18]。一旦双方的信任关系崩坏,算法消费者陷入经营者无法保障其个人信息的疑虑中,将不利于互联网市场的良性持续发展。实践中,算法经营者具备承担信息信义义务的能力,其制定的平台内部规则较法律规范更具备执行力。监管部门如若需要修订相关的法律规范,需要遵循一系列的法律程序,而算法经营者只需通过修改其代码系统,便可以实现对算法消费者的保护^[19]。

在现行消费者个人信息保护规范体系中,《个人信息保护法》第5条、《数据安全法》第8条、《网络安全法》第9条以及《互联网信息服务算法推荐管理规定》第4条,都对互联网经营者的信息信义义务有所体现^[5]。除了要求算法经营者在算法消费场域中履行信息信义义务,第三方消费者个人信息处理机构也应当受到信息信义义务的约束。在算法消费场域中,无论是算法经营者,抑或是第三方信息处理机构,都是算法消费者个人信息的使用者,都应当承担相应的保障责任^[20]。经营者信息信义义务的充分履行,需要监管部门积极主动对算法经营者及相关第三方机构的履行情况进行监督,亦需要社会舆论对监管部门由于信息不足导致的监管不充分进行补充,由此形成多主体、全方位的监管保障体制^[19]。

2. 消费者:提高消费认知能力

消费者消费认知能力的提高,能够增强其在算法消费场域内与算法经营者谈判的能力,助力其作出理性的消费决策,营造良性可持续发展的算法消费环境,降低监管部门的执法压力。而算法消费者认知能力的提高,需要在知识储备提升的基础上实现。这要求国家构建消费者教育制度,完善消费者教育体系,普及与消费相关的知识。算法消费者教育作为基本公共产品,由国家来承担基础性和主导性的责任具有合理性。国家在承担主导责任的同时,也应最大化调动和协调包括行业组织在内的各方主体积极参与。

作为较早关注消费者教育的国家,日本构建的消费者教育制度能够为我国提供有益的借鉴。在制度层面,日本通过《消费者保护基本法》第17条消费者的组织化,明确了国家普及消费生活知识、推进消费者自立的义务。此外,日本在2012年通过的《消费者教育促进法》中,对消费者教育的相关制度作出了详尽的规定。而在实践层面,日本消费者厅(Consumer Affairs Agency,以下简称CAA)曾发起“社会之门”教育计划^[21],该计划致力于增强年轻人的消费教育知识储备^[22],在实践中也取得了良好的效果。不仅如此,通过长期的发展,日本已逐渐形成较为完善的中小学消费者教育体系^[23]。

未来我国的消费者教育制度构建可以从教育方式与教育内容两个方面展开。在教育方式层面,考虑不同消费者群体的需求差异,采取相应的消费者教育模式。坚持与时俱进,为消费者提供持续性的消费知识普及^[24]。在教育内容层面,与消费者权利相关的现行规定,应作为消费者教育的首要内容。因为消费者对于其拥有何种权利、其权利受到侵害时有何种救济途径等相关内容的了解具有必要性。与此同时,应引导算

法消费者从其个人需求出发获取相关的教育内容。实践中,消费者往往并不清楚消费者保护执法机构与相关的行业组织,也并不了解如何获取有关机构提供的消费者教育内容,应对消费者如何通过网络检索、分类查找等途径获取消费者教育内容予以指导。

3. 监管者:探索多方参与保护

随着信息革命的不断发展,算法与人工智能逐渐成为个人、组织的工作和生活的重要要素。现代社会的治理诉求要求改变以往基于传统物理空间的法治逻辑,探索共建共享的制度安排,形成多中心协同治理的互联网治理模式^[1]。具体到算法消费场域,国家在充当场域内秩序治理主导者的同时,也应当鼓励场域内的多方行动者,参与到算法消费者个人信息保护之中。鉴于场域内处于不同位置的社会行动者,有着自身独特的利益诉求,可以考虑通过不同的激励措施安排,提高各方的参与度与积极性。

在监管部门层面,可以通过对其开展的相关政策制定与执法实践情况、消费者教育开展情况、消费者救济渠道建设情况等与算法消费者个人信息保护相关的工作成果进行评估,并要求其定期披露相关的工作内容以接受舆论监督,同时适当制定相关的激励措施;在媒体组织层面,可以鼓励媒体、社会组织对侵害消费者个人信息的情形予以披露,对做出重大贡献的媒体组织予以表彰;在消费者层面,鼓励消费者积极举报侵害其个人信息权益的现象,并可根据个案具体情形予以经济上的奖励;在经营者层面,可以要求经营者定期公开其收集与处理算法消费者个人信息的数据以及相关的政策措施。对于符合相应条件的算法经营者,可以给予荣誉激励,日本CAA于2016年发起的消费者导向管理计划就属类似举措^[21]。同时,对于能够为算法消费者个人信息收集与处理提供创新性保护的算法经营者,可以适当给予税收上的激励,从而引导其形成保护算法消费者个人信息的惯习。

(二)优化场域内不足的制度供给

1. 伞状规范体系适用逻辑之厘清

伞状的个人信息保护规范体系下,并存着不同的个人信息保护规范,分散的规范弱化了其对算法消费场域内各方行动者的指引作用,应从法律适用逻辑出发,对现行消费者个人信息保护规范的适用逻辑进行厘清。《民法典》中与个人信息保护相关的内容,属于一般性规定,适用于所有的消费者,可以为算法消费者维权提供依据。《消费者权益保护法》关涉与消费者权益相关的问题,其中包括算法消费者个人信息保护问题,属于算法消费者个人信息保护的特别规范。由于算法消费通常发生在电子商务场景下,故而《电子商务法》中也有与算法消费者个人信息保护相关的规定。此外,《个人信息保护法》作为个人信息保护的特别法,调整在算法消费场域中发生的,围绕算法消费者个人信息收集与处理产生的权利义务关系。基于法律适用逻辑,《个人信息保护法》应优先于《民法典》《消费者权益保护法》以及《电子商务法》适用。从法律实施的时间来看,《个人信息保护法》较其他三部法律实施的时间更晚,既承继了在先法律关于消费者个人信息保护的内容,也对技术发展的实践进行了回应,具备较强的适应性与合理性。

2. 告知-同意规则适用困境之突破

在传统的个人信息保护路径下,告知-同意规则面临适用困境,需引入场景与风险导向理念,平衡保护算法消费者权益与释放数据价值二者的关系。场景与风险导向理念首先考虑的是,具体的场景下算法消费者的个人信息被如何使用,以及是否符合在该场景下,消费者可能产生的合理期待。这一理念并不强调算法消费者个人信息的范围,以及是否满足告知-同意规则,而是将重心放在信息利用阶段,不同场景下可能存在的消费者隐私风险。其次,算法经营者在收集、利用消费者个人信息时,应具体评估算法经营者的信息处理行为产生的风险,是否超出了其在原始收集信息时产生的风险,尽量通过匿名化处理等技术手段,降低消费者个人信息的处理可能产生的隐私风险,并将可能导致的风险控制符合特定使用目的之最低水平。此外,还需建立风险评估机制,评估信息处理场景可能存在的风险,当评估的结果超出了可预期的范围,应

当要求算法经营者以合理显著的方式,提示算法消费者具体的风险内容,并获取算法消费者的明确同意。最后,应淡化数据控制者和数据处理者之间的区分,要求在具体场景下使用算法消费者个人信息的主体,均应当承担算法消费者个人信息保障义务,并且对算法消费者个人信息的保护应当秉持同一标准^[20]。

3. 相对控制保护理念之转向

传统的个人信息绝对控制理念已滞后于社会实践的发展,算法消费者个人信息的保护理念应当转向相对控制理念,在此基础上实现算法消费者个人信息保护规则与实践的调适。采取算法消费者个人信息相对控制的保护理念,意味着对告知-同意规则之适用进行限缩。《民法典》第111条规定,任何组织与个人如若需要处理他人个人信息,需要依法取得并承担相应的保障责任。换言之,《民法典》并未明确要求,在信息处理过程中应当完全遵循告知-同意规则,当满足特定的场景和使用目的,即构成合法使用的前提下,算法经营者原则上可以不经消费者同意,对消费者信息进行利用。具言之,算法消费者个人信息相对控制的保护理念,要求特定场景下的信息处理行为,需要征得算法消费者的明确同意。例如,对于收集与消费者切身利益直接相关的信息,包括算法消费者的健康状况、财产收入、生物特征等信息,允许第三方机构处理信息,以及在原先约定用途之外使用信息。除此之外的信息处理场景下,算法经营者可依法获取和使用相应的信息,无需征得算法消费者同意^[4]。相对控制保护理念下,淡化对算法消费者形式上的“同意”,将重心转移至具体的信息利用场景中,更契合实践发展的需求。

4. 公益诉讼救济制度之完善

为了充分发挥公益诉讼制度对算法消费者权益的保障作用,一方面可以扩大消费者公益诉讼的原告范围,以避免公益诉讼的原告怠于履职,导致消费者陷于被动的境地。具体而言,可以考虑将行政机关、省级以下(不包括省级)的消费者协会、互联网经营者以及公民个人纳入适格原告范围,以形成多方参与的算法消费者个人信息保障体系。另一方面,还需要进一步细化与消费者公益诉讼相关的具体程序和配套制度。在举证责任的承担方面,在算法消费场域中,坚持民事诉讼“谁主张,谁举证”的举证责任分配原则,可能会对算法消费者造成较大的举证障碍,导致算法消费者难以自行收集其个人信息权益受到侵害的证据,高额的诉讼成本也令算法消费者难以承担,在算法消费场域中产生的纠纷,实行举证责任倒置更具合理性^[16]。

在公益诉讼救济方式的选择上,除了通过消费民事诉讼实现对消费者个人信息权益受侵害的救济,还可以考虑通过信息公益诉讼实现对算法消费者的保护。《个人信息保护法》第70条规定了信息公益诉讼制度,消费者信息公益诉讼具备与消费者公益诉讼不同的功能,可以作为消费者公益诉讼的有效补充。通过个人信息保护公益诉讼,可以实现算法消费场域消费者的删除权与更正权^[25]。信息公益诉讼制度的适格原告,包括人民检察院、符合法律要求的消费者组织以及由国家网信部门确定的组织。当算法消费者的个人信息受到侵害时,由于人民检察院在公益诉讼中应保持谦抑性,应首先考虑由消费者组织或者国家网信部门确定的组织作为信息公益诉讼的原告提起诉讼,而二者孰先,法律并未明确规定。在算法消费领域,从案件经济效率的角度出发,国家网信部门具备技术上的优势与能力,或可考虑由其指定的组织作为第一顺位信息公益诉讼适格原告。

五、结语

场域理论为算法消费者个人信息保护问题的研究提供了动态、多维的研究视角。通过构建算法消费场域,可以从实然与应然层面,深入剖析算法消费者个人信息保护存在困境的内在原因,即算法消费场域内博弈格局失序与个人信息保护制度供给不足。算法消费场域内博弈格局失序的原因在于经营者、消费者以及监管者之间关系的失衡。而算法消费场域内个人信息保护制度供给不足体现在,首先,现行个人信息保护

规范过于分散,导致对各方行动者指引作用的弱化;其次,作为算法消费者个人信息保护核心规则的告知-同意机制存在适用困境;再者,进入大数据时代,算法消费者已难以完全控制其个人信息,个人信息绝对控制理念已不合时宜;最后,公益诉讼救济相关制度仍有待完善。对此,一方面,应通过构建算法经营者的信息信义义务,要求其对算法消费者个人信息承担相应的保障责任,同时借鉴域外的消费者教育制度,普及与消费相关的知识以提高消费者的认知能力,探索多中心协同治理的治理模式,以矫正场域内异化的博弈格局。另一方面,应厘清现行伞状规范体系的适用逻辑,通过引入场景与风险导向理念完善告知-同意规则,建立个人信息相对控制理念及完善公益诉讼救济制度,以优化算法消费场域内的制度供给。算法消费场域内权利义务关系的重新配置,将促使场域内新的博弈格局产生,以破解算法消费者个人信息保护难题。

参考文献:

- [1] 马长山.数字社会的治理逻辑及其法治化展开[J].法律科学(西北政法大学学报),2020,38(5):3-16.
- [2] 马长山.算法治理的正义尺度[J].人民论坛·学术前沿,2022(10):68-76.
- [3] 董春雨,薛永红.大数据哲学——从机器崛起到认识论方法的变革[M].北京:中国社会科学出版社,2021.
- [4] 王利明.数据共享与个人信息保护[J].现代法学,2019,41(1):45-57.
- [5] 刘颖.数字社会中算法消费者的个人信息保护体系构建[J].广东社会科学,2022(1):261-271.
- [6] 郭哲.反思算法权力[J].法学评论,2020,38(6):33-41.
- [7] 高宣扬.布迪厄的社会理论[M].上海:同济大学出版社,2004.
- [8] 布迪厄,强世功.法律的力量——迈向司法场域的社会学[J].北大法律评论,1999(2):496-545.
- [9] 喻玲,胡晓琪.定价算法权力异化、消费者损害与反垄断法规制的政策补强[J].华中科技大学学报(社会科学版),2021,35(6):97-107.
- [10] 中国信息通信研究院.“互联网+行业”个人信息保护研究报告[R/OL]. [2020-03-01].<http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202003/P020200302576687898634.pdf>.
- [11] 程啸.论个人信息处理者的告知义务[J].上海政法学院学报(法治论丛),2021,36(5):67-80.
- [12] 赵婧薇,尹伟民.个人信息保护中告知同意规则的立法纾困[J].内蒙古社会科学,2022,43(2):85-93.
- [13] 张茂月.大数据时代公民个人信息数据面临的风险及应对[J].情报理论与实践,2015,38(6):57-61+70.
- [14] 金耀.消费者个人信息保护规则之检讨与重塑——以隐私控制理论为基础[J].浙江社会科学,2017(11):61-69+157.
- [15] 谢甜甜.构建我国消费者公益诉讼制度[J].法学论坛,2015,30(2):138-144.
- [16] 王莉,朱玉玲.我国消费者公益诉讼存在的问题与对策[J].长春理工大学学报(社会科学版),2015,28(5):40-47.
- [17] Balkin J M. Information Fiduciaries and the First Amendment[M]. Social Science Electronic Publishing, 2016.
- [18] 刘颖.论算法与法律行为的关系:制度影响与法律回应[J/OL].重庆大学学报(社会科学版),2021-12-03.
- [19] 吴伟光.平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务[J].中国法学,2021(6):45-60.
- [20] 范为.大数据时代个人信息保护的路径重构[J].环球法律评论,2016,38(5):92-115.
- [21] Consumer Affairs Agency. White Paper on Consumer Affairs 2019[R/OL]. [2022-05-20]. https://www.caa.go.jp/en/publication/annual_report/2019/.
- [22] 曹丹丹,刘清芝,张小丹,等.日本促进可持续消费经验的启示[J].中国环境管理,2020,12(1):66-70.
- [23] 吴璇,王宏方.关注生存力培养与可持续发展:日本中小学消费者教育探析[J].比较教育研究,2020,42(10):82-90.
- [24] 应飞虎.我国食品消费者教育制度的构建[J].现代法学,2016,38(4):36-48.
- [25] 蒋都都,杨解君.大数据时代的信息公益诉讼探讨——以公众的个人信息保护为聚焦[J].广西社会科学,2019(5):107-115.

(责任编辑:何 飞)