

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2023.06.021

平台滥用算法权力的法律规制

陈灿祁

(湘潭大学 法学院,湖南 湘潭 411105)

摘要:平台基于算法技术优势、数据与用户交互基础和资本优势对算法相对人生成具有控制性的新型社会权力,造就平台算法权力。随着算法权力的不断扩张,平台利用算法实施数据滥用、恶意封禁、算法歧视、侵蚀公共权力等现象频发,侵害包括消费者在内的相对人、平台内经营者合法权益与社会公共利益。针对此,在进行法律规制时应将算法承载着的平台的“代理者”角色作为认知基础,重点围绕作为算法权力滥用主体的平台以及平台的滥用行为来进行。具体而言,应赋予个人以新型权利的方式来对抗和制约算法权力,构建平台“守门人”约束制度以强化对“守门人”的权力监督,加强对平台的反垄断监管与执法。

关键词:网络平台;算法权力;平台治理;反垄断监管

中图分类号:DF41 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2023)06-0154-08

随着大数据、人工智能技术的快速发展与广泛应用,以云计算为用、以个人数据为体、以机器学习为魂的算法(Algorithm)决策系统已悄无声息地深入我们的生活^①,其通过收集、分析和评估个人信息和行为数据,预测数据主体的工作表现、发展潜力、偿还能力、需求偏好等特征,并据此画像做出各种决定^②。算法日益成为知识经济社会中最重要的生产要素。人工智能时代,“ABC技术”(算法 Algorithm、大数据 Big Data、云存储 Cloud)成为互联网平台普遍运行方式,而平台作为算法使用者在事实上改变了其与算法相对人之间的平等地位,形成算法权力,极易侵害用户、平台内经营者等算法相对人的权益。平台运用算法在信息推荐场景中造就的“茧房效应”“全景监狱”、自动化决策过程中的不透明与黑箱造成的算法歧视、“大数据杀熟”、算法共谋限制市场竞争等问题正日益引发公众对算法应用的隐忧。而算法决策的不公开、不接受质询和不提供

解释,使得具有“准公权力”性质的算法权力难以被制衡,导致权力与权利之间严重失衡。平台算法权力的扩张引起学界的高度关注,面对滥用算法权力造成的“算法暴政”^③,如何有效规制平台滥用算法权力行为成为亟待深入研究的问题。

一 平台算法权力的属性与生成基础

算法这一概念来源于计算机科学领域,指“一个特定的计算过程来实现某项输入/输出关系”^④,而权力则是哲学与政治学领域的重要概念。但近年来,随着人工智能算法技术与网络平台的不断发展和迭代更新,算法深刻改变着人们的生活和工作方式,并迅速扩张至社会生活的各个领域,已然成为社会运行的重要规则。算法技术的快速发展也推动了其影响范围从私人领域不断向公共领域扩张,进而为算法权力的产生奠定了基础。步入算法主导的时代,“在一个媒体和

收稿日期:2023-03-12

基金项目:国家社会科学基金青年项目(19CFX067)

作者简介:陈灿祁(1986—),女,湖南祁东人,博士,副教授,检察公益诉讼理论研究中心研究员,主要从事反垄断法、大数据与竞争法研究。

①许可:《人工智能算法的黑箱与数据正义》,《社会科学报》2018年3月29日。

②杨成越,罗先觉:《算法歧视的综合治理初探》,《科学与社会》2018年第4期。

③Lepri B, Staiano J, Sangokoya D, et al. “The Tyranny of Data? The Bright and Dark Sides of Data-driven Decision-making for Social Good”, *Transparent Data Mining for Big and Small Data*, 2017, (32): 3-24.

④托马斯·科尔曼,查尔斯·雷瑟尔森:《算法导论》,殷建平等译,机械工业出版社2013年版,第6页。

代码无处不在的社会,权力越来越存在于算法之中”^①。作为一种新型技术,算法的应用能够为人类快速作出决策提供充分的信息保障,并具有代替人类作出决策的潜在优势。利用庞大的数据资源与强大的计算能力推动着人类技术的快速发展,算法技术已覆盖人脸识别、图像识别、机器视觉、海量搜索等领域,广泛应用于金融、零售、安全防护等人类活动场景。在技术权力化的趋势下,算法已成为对智能社会具有全方位决定性意义的超级力量^②,这种巨大的支配和控制力量发挥着“决定性”的作用,已经在隐性或显性地改变着社会各个领域不同主体间的关系,进而重塑社会关系的构成与社会运行形式,构建人类与算法之间的新型关系。

作为新的权力形态,算法权力不同于传统权力理论中国家、政党或法律所具有的支配性与统治性力量。根据传统的权力理论,学者们大多从国家、政党、法律等政治上层建筑的支配性与统治性力量出发来诠释权力的运作^③,以及权力的基本属性——支配和影响。此后,现代权力理论的代表性学者福柯对现代权力机制进行了解析,拓宽了权力的内涵,更注重权力对个体的规训作用,即社会规训权力。在福柯看来,权力更是社会关系领域中的行为方式与行为力量,弥散的、无处不在的微观权力已然构成现代社会的本质特征^④。作为典型的现代权力类型,算法权力是不同于国家权力的微观权力,其通过网络化和机制化将权力深深地隐藏起来,形成“无所不在却不为所知”的权力形态。算法权力区别于传统权力理论中自上而下的控制与操纵,突破了传统权力理论中“权力具有确定性形态”的观点,造就了智能社会中“残酷而精巧的牢笼式”社会规训权力。互联网平台作为人工智能时代最为基础的数字化组织,普遍引入算法技术,优化算法决策,“大数据+算法”已成为互联网平台的技术标配。互联网平

台在不同层次上展现着大数据智能算法的支配力与控制力,智能算法以其精准的解析能力和控制能力成为互联网平台实现其商业利益的权力代理人,而平台空间则成为规训、控制人们行为的“牢笼”。

网络平台的兴起推动着算法成为一种社会运行规则,而由于规则制定主体的权力正当性、规则运行的透明性等问题,使得这种规则不能如传统法律法规、社会规范一般具有权威性和稳定性,从而形成了一种不完善的新型社会事务运转体系,并在此体系中产生了新的权力运转模式^⑤。从本质上看,平台算法权力(algorithmic power)是一种普遍存在于社会运作和个人生活中的权力关系。作为技术赋权生成的权力形态,平台算法权力来源于平台所拥有的技术优势、数据和用户交互基础资源以及平台经营者的资本优势,具体而言:

首先,平台算法权力的生成有赖于平台所拥有的算法技术优势。技术作为改造天然自然和创造人工自然的力量,本身并无权力属性。但人们对自然事物的这种支配或控制进入社会场景触及他人或其他组织的利益时,即转化为技术权力^⑥。工业革命第一次赋予了技术以权力的属性后,社会演进到智能时代,大数据、云计算、区块链等智能科技的广泛应用与融合发展空前地改变着人类社会的生产、生活、生存、行为等方式。驱动人工智能发展的核心技术——算法正深刻影响着人们认识世界和改变世界的的能力,算法技术能为政治体系巩固权力,为企业获取丰厚利润,为社会公民扩大政治参与,其强大的工具性价值使政府、平台企业以及社会行动者都对算法这一前沿技术表现出强烈的需要,算法技术在国家治理体系中举足轻重^⑦。社会生活中,平台凭借所掌握的算法技术优势和占有的算法系统架构,在各个领域广泛且持续地行使着支配权,比如人们越来越沉溺在“今日头条”“抖音”等算法平台推荐的新闻中,习惯性地

①Lash S. “Power after Hegemony: Cultural Studies in Mutation?”, *Theory, Culture & Society*, 2007, 24(3): 55-78.

②张文显:《构建智能社会的法律秩序》,《东方法学》2020年第5期。

③Foucault M. *Power/ Knowledge*. New York: Pantheon, 1980, p.88.

④福柯:《福柯说权力与话语》,陈怡含编译,华中科技大学出版社2019年版,第252—257页。

⑤许晓东,邝岩:《算法权力的形成与风险治理》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期。

⑥在技术哲学视域中,对技术权力的分析最早可以追溯到马克思对资本主义时期机器权力的论述,他开启了对技术转化为“技术权力”的批判。此后,哈贝马斯探讨了“作为意识形态的技术”与权力特征,马尔库塞论述了“单向度的社会”与科技异化,福柯对权力的合理性进行了解构,等等,这些后现代理论家从不同的理论视野探讨了技术权力问题。参见王伯鲁:《技术权力问题解析》,《科学技术哲学研究》2013年第6期。

⑦谭九生,范晓韵:《“算法权力”的异议与证成》,《北京行政学院学报》2021年第6期。

依赖“淘宝”等电商平台定价算法作出购物选择,使用“滴滴”等网约车平台匹配算法进行网约车。平台在微观层面持续地支配着人们的认知模式和行为方式,平台算法技术权力日渐形成。随着人工智能的发展,人们对智能算法的技术依赖将不断增强,平台算法权力的范围将不断扩张。

其次,数据与用户交互基础资源是平台算法权力生成的关键因素。在数字经济时代,数据日益成为最为重要的核心资源,而当今社会有能力对数据进行大规模收集、分析和处理的主体则是互联网平台。互联网平台在掌握海量用户数据的基础上,凭借“双边市场”的优势吸附大量行为主体交互作用,通过给不同类型主体提供差异化商品或服务,实现不同群体间的供需匹配与价值创造。从技术层面来看,用户个人信息是平台利用算法程序在实际执行过程中必然要采集的数据对象,数据的采集和利用是算法权力问题的核心^①。以全球最大的网约车平台公司 Uber 为例,在通过 APP 大量采集用户个人数据后,平台通过持续地加工和利用用户数据,对用户个人进行标签化的挖掘和多层次的数据标注、计算,再加以不断迭代的算法开发与运营,平台能够对用户个体形成高度智能化的解析,足以对用户的行为进行引导和实施操纵^②。与此同时,Uber 通过匹配算法、评级算法实现对司机的管理和规制,使司机为用户提供满意的服务,从而实现对平台不同侧司机与用户的双重控制^③。在海量用户数据的加持下,平台^④不仅能够占有这些数据,还可以通过数据处理的技术优势,逐步拥有资源配置、数据垄断、交易控制、社会渗透等能力,攫取价值并获得平台指数级体量增长,甚至实现了对社会资源配置权力的行使。

最后,平台算法权力的生成还依赖于平台经营者本身所具有的强大资本优势。作为资本巨头的互联网平台,无论是国外的 Google、微软、Face-

book,还是国内的互联网企业三巨头 BAT(百度、阿里巴巴与腾讯),都耗费了巨额资金在人工智能技术尤其是深度学习算法的研发、应用方面开展激烈的算法竞赛。资本优势与技术优势的结合造就了这些互联网“超级平台”的崛起与平台权力的形成。拥有算法设计和研发优势的超级平台,通常在数据的存储、提取、分析和处理上也拥有较为明显的优势,算法技术和数据优势的叠加更加强化了资本对政府、公民、社会的控制力和影响力,资本和国家的关系也由此存在重塑的可能^⑤。平台通过算法这种新型权力将用户线上线下社会活动的内容纳入资本增值的逻辑,在获取超额利润后,资本的扩张反过来又不断地强化算法权力的基础,形成强大的正循环和反馈效应,对数十亿用户与平台之间的关系产生更大的影响,从多个维度不断强化平台的算法权力。尤其是近年来崛起的超级平台,在集合了技术权力与数据权力后,再集合了资本权力,充分实现了资本的高速增值与垄断聚合,同时,超级平台的垄断问题反映了数字资本增值逐利的本质^⑥。

综上,平台算法权力是平台基于算法优势、数据与用户交互基础和资本优势对算法相对人生成的具有控制能力的新型社会权力。作为一种新兴的权力,平台算法权力重塑了不同社会权力之间的关系,并且打通了不同领域中的权力关系,不仅连通线下诸多场域,也连通线上和线下世界,“算法统治”的过程对整个社会体系产生重要影响^⑦。首先,平台算法权力重构了社会知识与权力控制。信息和知识一直被视为权力的重要源泉^⑧。在权力/知识的技术结构中,无论监管者还是被监管对象,都是这一技术结构的客体或对象,没有独立自主的主体和主体化行为可言。以数据监控全景透视监狱为代表的规训技术,把知识和权力对身体的控制和对空间的控制整合为一,把权力的制度

①段鹏:《平台经济时代算法权力问题的治理路径探索》,《东岳论丛》2020年第5期。

②平台追踪每一个乘客以不同价格接受和拒绝的乘车行为,估算出单个消费者的需求曲线(individual consumer's demand curve)从而衡量其最高支付意愿。根据用户长期消费记录(数据),判断出某些用户具有较强的消费能力就进行加价,甚至于可以推断出用户在手机残余电量很低时更愿意接受较高的定价,最大程度地剥夺消费者剩余,谋取超额利润。

③刘伟杰,周绍东:《新科技革命背景下的人与技术关系——马克思主义政治经济学视角的解读》,《经济纵横》2020年第9期。

④除 Uber 外,谷歌、亚马逊、脸书、腾讯、阿里、美团等平台也是典型的依靠深度学习算法和数据处理技术优势的数据驱动型平台企业,数据成为这些平台具有竞争优势的关键要素。

⑤陈鹏:《算法的权力:应用与规制》,《浙江社会科学》2019年第4期。

⑥兰江华:《平台权力的反垄断法规制》,《江西财经大学学报》2022年第5期。

⑦胡凌:《数字社会权力的来源:评分、算法与规范的再生产》,《交大法学》2019年第1期。

⑧曼纽尔·卡斯特:《网络社会:跨文化的视角》,周凯译,社会科学文献出版社2009年版,第7、46页。

与权力的技术整合为一^①。平台主体通过算法技术与代码架构对数据采集对象进行持续的追踪与监督,在收集、分析、过滤、关联、处理等全过程中对数据采集对象进行“精准画像”,监控甚至操纵被监控对象的行为。其次,平台算法权力影响了国家治理与公共政策的建构。许多国家越来越依赖网络数据平台公司对公民行为数据进行采集,社会知识转移长期所指向的方向因此发生了重大转变,社会权力关系以非既有方式越来越向着数据资本家理想的目标发生新的逆转^②。再者,还应该警惕平台操纵算法权力作出与伦理、道德偏差的决策^③。平台算法权力的这些属性及其影响成为平台诸多问题产生的根源,也使得平台算法权力的治理成为一项复杂的系统性活动。

二 平台滥用算法权力的行为及其危害

随着平台规模的不断扩张,平台在重塑不同社会权力之间关系的同时,也带来诸多“创造性破坏”,如平台垄断、数据滥用、算法歧视、侵蚀公共权力等^④。如上所述,平台算法权力来源于其占有的技术、数据、用户基础、资本等多种优势,平台的算法权力愈强,就愈容易产生滥用算法权力来影响或控制用户的行为,侵害包括消费者在内的相对人、平台内经营者合法权益与社会公共利益。在数字经济中,平台滥用算法权力的行为有多重危害,主要表现为平台对用户、对平台内经营者以及对社会三个不同面向的危害。

(一) 平台滥用算法权力侵害用户合法权益

在平台与用户的关系上,平台滥用算法权力的行为主要表现为平台对用户的剥削型滥用行为,如过度采集用户数据和侵犯用户隐私、利用算法实施个性化定价等严重损害用户权益的行为。其一,平台借助算法权力制定规则,过度采集用户数据,侵犯用户隐私。控制用户数据已成为平台取得控制市场与用户能力的核心要素。算法应用的平台控制者利用自身的技术、资本优势地位,制

定有利于自身的算法规则进行数据采集活动,而算法应用的对象(用户)则几乎不可能超越算法规则的约束^⑤。平台规则中的隐私政策文本内容和执行方面存在诸多问题。2022年,网信办在对App进行检测时,发现多款App存在大量过度搜集、违规使用用户信息以及根据用户使用痕迹形成“精准画像”并定向推送广告等违法行为,这些行为损害了用户的合法权益,扰乱了网络空间的良好秩序,甚至可能对国家网络安全产生潜在危害。其二,平台利用算法技术优势侵害用户的知情权与选择权。在信息极度不对称的互联网时代,基于数据收集“平台—算法—用户”的链式结构,信息主体自身欠缺“知情同意”的能力,因此信息主体的“知情同意”并非真正的“同意”,通常是在平台企业作为数据处理者所拥有的算法优势压力下“不得不”表示的同意。实质上平台此种不当利用算法优势搜集数据的行为是对个人信息权益的不当压制,侵害了用户的知情权与选择权等合法权益。其三,平台利用算法技术进行歧视,并对消费者进行价格剥削。在大数据定价算法下,平台能够准确估算消费者的支付意愿,并据此为个别消费者定制不同的、歧视性的价格,于是出现了平台与消费者之间不公平、不合理交易的难题,社会福利从消费者福利向生产者福利转移,社会总体福利水平减损。

当平台在交易过程中以不公平、不合理的交易条件侵害消费者利益时,不同于传统市场经济中市场具有自我矫正能力,平台的强大市场力量导致市场的自我矫正能力减弱,市场机制难以发挥正常作用。在对平台价格歧视的违法性进行分析时,却发现我国现行《反垄断法》《消费者权益保护法》《价格法》均无法对大数据定价算法下的价格歧视行为进行有效规制。2021年2月发布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第12条对平台运用算法技术、大数据等从事的不公平价格行为进行了规定,此后,尽管

①王辉:《从“权力的技术”到“自我的技术”——福柯晚期“技术-伦理”思想研究》,《浙江社会科学》2014年第9期。

②赵泽林,张建宇:《数据与资本:资本主义的新动向及其批判性分析》,《当代世界与社会主义》2020年第5期。

③例如大学利用机器学习算法来评估入学申请,假如用于训练算法的历史入学数据(有意或无意)反映出之前的录取程序的某些偏差(如性别歧视),那么机器学习可能会在重复的运算过程中强化这些偏差,造成恶性循环。如果没有纠正,偏差会以这种方式在社会中永久存在。

④赖丽华:《数字平台滥用市场支配地位反垄断法律规制》,《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2022年第5期。

⑤典型的事件如早前支付宝在公布用户的“个人账单”时,默认勾选“我同意《芝麻信用协议》”,允许芝麻信用收集用户的信息,包括个人信息、行为信息、交易信息、资产信息、设备信息等等,这一过分收集用户信息的举动导致公众对其产生极大愤怒。

《个人信息保护法》第24条对“在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇”进行了相应的规范,但规制效果欠佳。究其原因,数据只是平台分析个人信息的样本与载体,而如何使用信息则取决于平台所运用的算法技术,其本质仍是互联网平台滥用算法权力实施的歧视行为。因此,亟需对平台滥用算法权力的行为采取针对性的规制措施。

(二) 平台滥用算法权力损害平台内经营者利益

在平台与平台内经营者的关系上,平台滥用算法权力的行为主要表现为自我优待、封禁行为、附加强制平台内经营者“二选一”等不合理条件,损害平台内经营者的经营自主权等合法权益。其一,为扩展平台势力和获取更多利益,平台经营者运用算法“私权力”和数据优势实施自我优待行为。借助平台自身的“私权力”,平台作为规则制定者在排名算法的设计中或在数据访问时优待自己的产品和服务,如在消费者搜索商品时将自身位于前列,屏蔽可能具有竞争威胁的其他经营者,使之无法与自营业务竞争。在数字领域,平台自我优待行为发生频次高、问题突出,还可能涉及捆绑搭售、价格挤压,造成过高的市场进入壁垒,影响平台经济领域的动态竞争。其二,由于无法完全消除下游市场所有有效竞争,平台实施禁止外部链接直连、禁止接入平台业务等封禁行为,通过干扰下游竞争对手正常的竞争过程,差异化地对竞争对手与自营业务施加不同的竞争条件,从而间接导致竞争对手退出市场^①。在封禁行为中,创新型中小企业往往成为平台减少市场竞争的牺牲者,市场竞争被进一步削弱。其三,滥用算法优势,强迫平台内经营者“二选一”以排斥、限制竞争者。平台通过算法技术手段,以降低交易机会、减少广告显示、降低流量、提高佣金以及影响金融支付等方式胁迫平台内经营者退出其他竞争性平台,或要求其不能在其他竞争性平台开展业务或者进行促销活动。这些行为既损害了平台经营者的经营自主权,不当地剥夺了经营者在多

个平台经营的机会,也损害了平台经营者的合法权益。

(三) 平台滥用算法权力危害数字经济市场竞争秩序

当平台滥用算法权力获取超越市场能力的垄断利益,就出现了平台垄断。在以数字化算法为基础的市场中,算法权力易被滥用于实施传统的各类垄断行为,典型的如平台凭借其在算法与数据方面的交互优势,将算法作为其定价和调价的代理人,排除和限制市场竞争。平台能够通过制定有利于实现共谋的算法规则,有效地降低沟通成本,识别企业的背叛行为并自动给予该企业惩罚,实现共谋的长期稳定。平台滥用算法规则达成的新型共谋形式,给市场竞争秩序带来更大的损害,即在信息透明的表象下掩盖着有意识的平行行为,实现对资源的不公平分配^②。平台经营者为了获得竞争优势,在竞相采用算法改进定价模型、定制化服务、预测价格趋势和优化业务流程的同时,也处于共谋诱因极强的透明环境中^③。数字经济背景下,算法不再仅仅是人与人之间沟通的工具,算法会因为实施无意识的平行行为或是基于分析后算法之间的自主决策,在人为意识缺位的情形下达成事实上的垄断协议,并难以被察觉^④。如在票务在线预订平台等信息透明度较高的市场,自主学习型算法能够在缺乏明确意思联络的情况下通过价格信号、惩罚背离行为等方法维持共谋,设置更高的销售价格。由于平台具有非常强的交叉网络效应,在平台竞争中,交叉网络效应会放大封锁效应与竞争损害^⑤,对前端市场和后端替代市场形成牢固的锁定效应,使市场上出现高准入壁垒、用户锁定、市场力量集中等竞争风险,市场生态系统失灵的风险明显增大。平台借助算法实施排除限制竞争行为,进一步攫取垄断利润,占领数字市场的利益空间。

三 平台滥用算法权力行为的具体规制

在技术权力化的趋势下,平台企业依靠技术

①周国:《规制平台封禁行为的反垄断法分析》,《法学》2022年第7期。

②戚聿东,刘欢欢:《数字平台的数据风险及其规制》,《东北财经大学学报》2021年第6期。

③时建中:《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》,《中国法学》2020年第2期。

④Ariel E, Maurice E S. “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, *University of Illinois Law Review*, 2017(5): 1781-1795.

⑤陈灿祁,顾男飞:《电商平台相关商品市场界定困境及方法优化》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期。

优势实现对大数据信息生产、消费的控制,导致信息技术的异化与算法“权力越位”,引发规制难题。目前,许多学者从不同维度针对平台治理和算法权力的规制问题展开了讨论,但就滥用算法权力的法律规制问题仍存在较大争议。基于前文分析,本文认为,在平台滥用算法权力的规制问题上,应将算法承载着的平台“代理者”的角色作为法律规制的认知基础,这是因为在数字经济时代,智能算法作为平台重要的基础架构,凭借其精准的解析和控制用户行为的能力已实际成为平台的权力代理人^①。平台滥用算法权力规制的重点是作为算法权力滥用主体的平台及其滥用行为,加强对平台算法权力的监管。

(一) 规制的前提:算法所承载的平台“代理者”角色认定

目前国内学界关于算法与算法歧视、算法偏见的研究已有不少成果,有些学者关注基于大数据利用的自动化决策可能产生的结果不公正的算法歧视^②,有些学者对作为算法救济途径的算法解释权这一新兴权利的内在构造及应用展开研究^③,也有学者系统性地研究架构算法规制谱系^④,等等,这些成果反映了现实中算法应用的多种潜在风险与日俱增,并日益受到学界的关注与重视。但以算法的法律规制替代对算法权力的法律规制是否恰当,这一问题本身就值得讨论。学界对“算法本身是一种技术”这一基础已基本达成共识,但技术从产生之始即具有两种属性:自然属性与社会属性。如前所述,人类社会之所以从工业社会步入智能社会得益于技术的发展,这体现的是技术作为客观物质形态的自然属性,技术在人类制度中所起的作用及其表现出来的价值,则是在制度的层面(社会属性)上才能得以解决的问题。技术在本质上是中性的,在技术成为制度或组织调控的对象时才具备价值的倾向性。如果说技术会产生什么特殊的政治或伦理问题的

话,那么责任并不在于自然属性的技术自身,而恰恰在于技术运行的制度和组织过程之中^⑤。当我们在探讨算法的规制这个话题时,意味着算法已经不再是“技术”自身,它已经成为人类的“手段”。算法承载着人们的价值负荷而非中立,而算法运行所控制的行动不论是前置性行动还是目的性行动,起到的都是“代理角色”的作用。平台将主观决策和价值判断嵌入代码之中,通过高度复杂的算法模型和算法决策作用于用户、消费者等利益相关方和社会,进而对用户或消费者的行为进行影响和控制。

因此,本文主张穿透算法“技术中立”面纱^⑥,反思平台“技术中立”观点,加强对平台算法行为的监管,避免平台利用算法自动化决策的理由逃脱监管。算法运营商创造出迷惑公众和弱化自身责任的技术黑箱,将错综复杂的伦理判断和法律关系藏于其后,普通公众和监管者均难以理解算法背后近乎匪夷所思的原理和互动机制,如果监管者无法察觉到算法背后的权力滥用与潜在风险,就会导致外部监管失灵^⑦。所以,现实是我们对算法规制的讨论越多,反而陷入技术控制的科林格里奇困境越深,即监管者对人工智能技术异化风险的规制存在明显的迟滞与缺陷。因此,化解算法黑箱与构建公共信任的有效途径是通过法律手段遏制平台算法权力的滥用而非仅单纯规制算法的应用。

(二) 规制的基础:从算法技术规制转向平台权力制约

传统法律层面以公私二元属性作为规制基础,但在人工智能时代,算法权力的崛起改变了传统的公权力—私人权利的三元治理模式,形成了公权力—算法权力—私人权利的三元博弈新格局。法律规制的有效性在于对算法权力已嵌入并影响社会这一实践的承认、共识和规范化,这是我们讨论

①肖红军:《算法责任:理论证成、全景画像与治理范式》,《管理世界》2022年第4期。

②丁晓东:《算法与歧视:从美国教育平权案看算法伦理与法律解释》,《中外法学》2017年第6期。

③张凌寒:《商业自动化决策的算法解释权研究》,《法律与科学》2018年第3期。

④苏宇:《算法规制的谱系》,《中国法学》2020年第3期。

⑤陆江兵:《中立的技术及其在制度下的价值偏向》,《科学技术与辩证法》2000年第5期。

⑥以引发人们普遍担忧的算法黑箱为例,算法黑箱涉及的人工智能技术已极大超越了普通大众的认知和理解程度,据研究,造成算法黑箱的根源不透明性有三种形式,包括:(1)算法不透明是公司或机构有意为之的自我保护或隐瞒,即商业秘密或国家秘密;(2)不透明是技术盲区所导致,基于编写代码的专业性;(3)不透明源于机器学习的特性,即固有的不透明。在这三种形式中,只有第三种情形是人类发展到强人工智能时代机器学习算法本身固有的缺陷和可计算技术的局限。我们现在面临的算法黑箱问题基本源于前两种不透明形式,其本质是人工智能技术背后的操控者将滥用算法权力行为正当化而释放的“烟雾弹”。

⑦唐林垚:《人工智能时代的算法规制:责任分层与义务合规》,《现代法学》2020年第1期。

算法权力的规制问题时应当坚持的逻辑基础。从这一逻辑出发,对平台算法权力的规制问题形成一些基本共识,将其作为平台算法权力规制的基础。在讨论算法权力问题时,我们应超越算法的技术特性,聚焦于涉及算法已嵌入社会发展的功能性方面,而不应局限于对算法的技术规制。

目前我国法律法规对算法的规制沿循以增设私人权利对抗算法侵害的路径,遵循的逻辑基础是“私人权利—算法规制”,即以增设个人新型权利作为算法规制的基础。我国新出台的《个人信息保护法》沿用了欧盟 GDPR 下的个人信息保护框架,其第四章引入了“个人的数据权利”,明确规定了个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权、查阅复制权、可携带权、更正补充权、删除权与解释说明权,通过赋予数据主体多种权利的方式,搭建起了个人信息保护的基本框架,也筑建起我国算法规制的起点。同时,《个人信息保护法》第 24 条专门规定了算法的自动化决策,赋予个人对商业推荐或信息推送算法的选择权或拒绝权,以及自动决策对个人权益造成影响时的解释权与拒绝权。但有学者认为,GDPR 与我国现有的个人信息保护立法中的个人数据规制思维及个人赋权解决方案无法彻底解决算法侵害防治与算法规制问题,例如数据保护框架会因从隐私与侵害的个人化而非集体化的理解出发而发生偏差,无法应对算法贻害无穷的应用^①。因此,有学者主张设置算法防御性权利束,包含算法解释权、脱离算法自动化决策权、技术性正当程序权利、关闭算法的权利等权利,以规范算法权力行使、防御算法权力滥用风险,而算法权利束的束点则在于对算法权力的规制^②。从对算法的技术规制,转向对算法权力的制约,针对平台滥用算法权力对用户、平台内经营者以及社会造成的损害,首先,应赋予个人以新型权利的方式来对抗和制约算法权力,通过私权对抗实现两者之间的平衡,防止平台算法权力膨胀和权力滥用。其次,应构建平台“守门人”的约束制度,强化对“守门人”的权力监督,遏制平台自我优待、恶意封禁、“二选一”等损害平台内经营者权益的行为。再次,应着重发挥《反

垄断法》与《反不正当竞争法》在平台治理方面的作用,遏制平台利用算法、数据、技术等方式排除、限制市场竞争的行为。

(三) 规制的具体路径:以平台滥用市场力量为核心展开

数字平台以算法为核心制定平台的运行规则,依托网络效应与规模效应,在其营造的生态系统内形成强大的市场力量。凭借算法权力和数据权力,数字平台为实现利润最大化可以最大限度地剥削消费者福利,从而影响市场秩序与社会公平。针对平台滥用算法权力的不当行为,欧盟《数字市场法案》要求大型数字平台承担“守门人”义务,在数据共享、算法开发等方面承担更多的义务,禁止平台滥用市场力量的行为。欧盟委员会在谷歌比较购物案^③中,认定谷歌凭借其在搜索引擎市场的支配地位,通过数据、算法占据明显的竞争优势,针对欧洲范围内的竞争性比较购物服务进行专用算法降级,已构成算法滥用行为。谷歌的自我优待行为剥夺了竞争对手竞争与创新的机会,损害了竞争者、消费者的福利,欧盟委员会对谷歌处以 24.2 亿欧元的罚款,并要求停止滥用算法权力的行为。而美国针对数字平台的规制工具主要为反垄断法,尤其是在美国采用去监管化的产业政策之后,将反垄断作为规制平台几乎唯一可用的工具。美国政府对四大超级数字平台(Google、Amazon、Facebook 与 Apple)相继展开反垄断调查,对平台涉嫌利用大数据和算法技术牟取对平台内经营者不正当竞争优势、损害竞争和侵害消费者利益的行为予以规制。

针对数字平台滥用市场力量,破坏市场竞争秩序、影响数字经济发展的行为,2022 年 8 月 1 日生效的我国新《反垄断法》新增了第九条:“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。”通过该新增条款可以看出,平台算法权力的滥用问题已成为立法者密切关注的数字经济发展面临的新兴法律问题,平台算法、数据的规制已体现在最新的立法条文中。从《反垄断法》适用的角度进行探讨,网络平台通过大数据和算法达成的隐性或显性合

①王莹:《算法侵害类型化研究与法律应对——以〈个人信息保护法〉为基点的算法规制扩展构想》,《法制与社会发展》2021 年第 6 期。

②温昱:《算法权利的本质与出路——基于算法权利与个人信息权的理论分疏与功能暗合》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2022 年第 1 期。

③Case AT.39740 Google Search (Shopping), Decision of June 27, 2017, published on Dec. 18, 2017, Appeal Pending in Case T-612/17, Google and Alphabet v Commission.

谋,有构成垄断协议的风险,但实践中法律适用面临的难题在于如何对算法技术造成的竞争损害隐患进行准确识别与判定。具有强大市场力量的网络平台利用算法技术优势设置不公平的交易条件,造成“营销歧视”或“价格歧视”,可能构成《反垄断法》中的滥用市场支配地位行为。首先,对拥有高额用户数量与用户时间比的网络平台经营者利用算法作为获得、维持市场力量的工具而从事的限制竞争行为^①,应纳入反垄断法规制的视野。其次,在认定平台经营者的市场支配地位时,平台经营者对用户的支配力、活跃的用户数量与用户时间占比、用户对平台经营者的依赖程度等,可以作为认定平台经营者市场支配地位的重要因素。再次,平台利用算法形成的支配力和制定规则、实施规则的能力侵害用户权益的行为,典型的如平台“二选一”、大数据杀熟、自我优待等,可以认定为滥用市场支配地位的行为。最后,还应强化对平台滥用算法权力的监管与执法,加强对数字平台滥用市场支配地位行为的规制:一方面,拓宽监管手段,创新监管方式,加强对大型平台经营者的算法源代码和算法训练数据集的审查;另一方面,加强对互联网平台滥用市场支配地位行为的执法

力度,强化平台经济这一重点领域的反垄断执法,完善平台反垄断监管的体制机制,探索适应我国数字经济实际的平台规制路径。

结语

算法权力已成为平台市场力量来源的核心权力,而平台滥用“算法霸权”排除、限制竞争的行为应当受到法律的规制。我国新《反垄断法》增加第九条规定“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垄断行为”,禁止平台通过算法实施垄断行为,对破坏大数据市场竞争秩序的违法行为予以法律规制。为加强对数字平台行为的监管,我国对平台的监管理念经历了从“包容审慎”到“科学高效监管”的转变,这种转变也与我国政府“强化反垄断与防止资本无序扩张”的重大决策部署相符合,而且对规范数字经济健康有序、高质量发展有着极为重要的意义。但目前我国尚未有一个单一的监管框架来解决平台算法权力导致的相关问题,针对平台滥用算法权力行为,我国应结合自身实践,探索算法权力规制的多元化路径,构建完善的算法权力规制体系,保障社会的公平正义。

Legal Regulation of the Abuse of Algorithmic Power by Platforms

CHEN Canqi

(School of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: The platform generates a new type of social power with control over the algorithm counterpart based on the algorithm advantage, data and user interaction basis and capital advantage, creating platform algorithm power. With the continuous expansion of algorithm power, the platform uses algorithms to implement data abuse, malicious blockade, algorithm discrimination, and erosion of public power, which infringes on the legitimate rights and interests of counterparts, including consumers, operators within the platform, and social public interests. Aiming at this, when carrying out legal regulation, the agent role of the algorithm carrying the platform should be taken as the cognitive basis, and the regulation should emphasize the platform as the main subject of the abuse of algorithmic power and the abuse of the platform. Specifically, algorithmic power should be countered and restricted by giving individuals new rights, build a platform gatekeeper restraint system, and strengthen the power supervision of gatekeeper. In addition, we should also strengthen the anti-monopoly supervision and law enforcement of the platform.

Key words: network platform; algorithmic power; platform governance; anti-monopoly supervision

(责任校对 唐尧)

^①万为众:《平台垄断的经济影响路径与竞争政策规制》,《电子科技大学学报(社科版)》2021年第6期。