个人信息保护须解决三大问题

□乔新生

个人信息保护必须抓住重点, 有的放矢。如果对信息所有权问题 避而不谈,或者对电子商务法中有 关信息保护的规定缺乏反思,那 么,个人信息保护法很难达到预期 的效果。

《中华人民共和国民法典》将 个人信息和个人隐私区分开来,全 国人大常委会专门指定个人信息保 护法,这对于保护个人信息,具有 非常重要的法律意义。

个人隐私保护具有绝对性。除非有明确的法律规定,个人隐私保护是无条件的。个人信息保护则具有相对性。网络经济时代和数字经济时代,网络信息保护必须平衡各方面的利益关系。我国制定个人信息保护法必须注意以下五个方面的问题。

信息所有权问题。

信息是一个非常宽泛的概念。 信息所有权是一项民事权利。现实 生活中,消费者购买商品,将自己 的信息交给经营者,经营者是否享 有信息的所有权呢?对此,学术界 有不同的看法。

种观点认为,消费者信息属 干交易重要组成部分, 是交易标 的, 因此、随着交易信息所有权已 经转让给经营者。不过,这种看法 不被普遍接受。还有一种观点认 为,消费者的信息属于消费者,但 是,消费者信息属于私人权利,可 以通过转让的方式, 使经营者获得 信息的所有权。第三种观点则认 为,个人信息记载着个人的基本情 况,与个人须臾不可分离,如果个 人信息被经营者合法掌握,那么 个人信息就已经不再是"属于个 人"的信息。其中的道理非常简 个人信息不是个人隐私, 信息进入市场,就成为交易的对 象,任何人都可以通过合法的方式 获得。消费者讲入市场交易, 将个 人信息交给经营者, 经营者当然有 权获得信息,因为这是交易一部 分。如果不允许获得消费者的信 息,在网络经济和数字经济条件 下,许多交易无法完成。



面上看,信息所有权问题是-个非常简单的问题。但是, 只要分 析人们就会发现,学术界观点存在 巨大的差异。消费者享有信息的所 有权,这一点确凿无疑。可是,当 消费者将自己的信息交给经营者, 经营者是否享有信息所有权呢? 部 分学者认为,消费者将信息交给经 营者,经营者可以通过技术化的处 理(脱敏),淡化消费者信息中个 人隐私部分,从而使消费者信息成 为数据库的组成部分,通过数据库 搜集整理计算、出售数据库的信 息, 获取商业利益。但是, 也有一 部分学者认为, 纳入数据库的消费 者信息仍然是消费者的信息, 只不 过消费者享有所有权, 而经营者占 有、使用、处分并且可以获得一定 的收益。这种把所有权和所有权的 内容区分开来,并且在所有权之上 建立所谓担保或者用益物权的逻辑 思维方式, 体现了大陆法的基本特

笔者的观点是,我国制定个人 信息保护法,首先必须明确,个人 信息所有权属于个人,任何情况下 都不能把个人信息所有权淡化或者 消解。经营者可以获得消费者的信息,因为个人信息权利属于民事权利,可以转让,但前提条件是,必须尊重个人的知情权、公平交易权和自主选择权。如果经营者强迫消费者必须转让自己的信息,那么,侵犯消费者的权利,消费者可以依法主张获得救济。

讨论个人信息所有权问题至关 重要。虽然我国《电子商务法》以及全国人大常委会颁布的有关决 定,对个人信息保护制定了一系列 的规范,但是现在看来,这些法律 规范没有从根本上解决个人信息所 有权保护问题。重申个人信息属于 个人,对于切实保护个人信息具有 至关重要的意义。

其次,个人信息保护是一个系 充性动态工程。

个人信息保护涉及个人信息的 搜集、存储和转让等各个环节。如 果只是从静态的角度保护个人信 息,最终很可能会缘木求鱼。个人 信息的价值在市场交易过程中得以 实现。网络经济时代和数字经济时 代,个人信息本身是重要的财产。 我国史无前例地把数据作为生产要 素,写人官方文件中,究其原因就 在于,数据是推动生产力发展的重 要生产要素。数据作为重要财产, 只有在交换过程中,才能充分体现 其价值。

可是,数据交换是一个非常复 杂的过程。如果不了解现代数据搜 集、存储和交换规律,那么,制定 个人信息保护规则的时候, 就会顾 此失彼。正如一些专家所指出的那 样,利用别人已经公开的信息从事 商业经营活动,这本身是不道德的 行为,同时也是在许多国家严厉禁 止的行为。如果不采取坚决有力的 措施,坚决制止这种行为,那么, 个人信息随时都可能会成为他人经 营的资产。只有切断利用他人信息 非法从事经营活动的链条,禁止那 种未经许可搜集他人的信息从事商 业经营的活动,中国在个人信息保 护方面才能突出重围, 走出困境。

已经公开的个人信息可以非商业化应用。但是,任何搜集他人公开信息,从事商业活动的行为,都应该遭到严厉谴责。我国已经修改了肖像权保护原则,不再把"营利为目的"作为构成要件。希望在个

人信息保护法中,把"不得以营利为目的"作为构成要件,要求信息经营者包括一些电子商务经营者,不得以营利为目的,使用他人公开的信息。如果不能彻底转变观念,调整立法指导思想,那么,我国在个人信息保护制度方面,很可能会留下更多的遗憾。

第三,人工智能技术给个人信息 保护提出了新挑战。

杭州一位消费者因为野生动物园 搜集其面部信息,而将野生动物园告 上法庭。法院作出判决,要求野生动 物园删除有关信息。这是我国人工智 能技术条件下个人信息保护第一个典 型案例。

这个案例的价值就在于,对人工智能技术特别是面部识别技术作出明确规定刻不容缓。如果大面积推广面部识别技术,而没有采取切实有效的措施保护个人信息特别是独一无二的个人信息,那么,侵权行为将无处不在

中央电视台 3·15 晚会已经向人们展示人工智能技术条件下,面部识别系统的脆弱性。犯罪嫌疑人可以通过技术手段,利用人们的照片,破解面部识别系统,侵犯消费者合法权益。如果对这种技术手段的使用不采取切实有效的控制措施,允许经营者利用面部识别系统对消费者实施控制,那么,消费者利益将荡然无存。

事实上,一些房屋销售机构安装面部识别系统,并且根据收集到的信息,对消费者和潜在消费者实施跟踪调查,以便销售商品房。这是一种极度危险的现象。它标志着"信息霸权"时代可能会到来。如果不尽快控制经营者的面部识别系统应用范围,允许经营者利用人工智能技术,损害消费者的合法权益,那么,每个公民都可能会处在"被监视"状态下,他们的一举一动,都将被经营者用于商业目的或者其他目的。

议全国人大常委会审议个人信息 保护法过程中,认真研究人工智能技术存在的问题,制定科学的法律规范,严格控制人工智能的使用范围, 提高人工智能等面部识别技术的标准,确保消费者的信息不会被滥用。

(作者系中南财经政法大学教授)

以电竞竞猜方式开设赌场的构罪分析

□ K‡∓III

2021年3月1日正式施行的 《刑法修正案 (ナー)》 调整了我国 刑法第三百零三条开设赌场罪的基 础刑幅度,自由刑从原来的有期徒 刑三年以下调高到有期徒刑五年以 到从源头治理社会顽疾。司法实践 中,赌场的形式也从传统的实体赌 场演变为线上网络赌场。在网络游 戏日新月异的今天,不法行为人抓 住国家出台扶持电子竞技业发展政 策的风口,将犯罪之手伸向了电子 竞技类游戏竞猜领域。赌客通过电 竞比赛的赔率投注,以竞猜电竞比赛 输赢等内容获得盈亏。单纯的电竞竞 猜具有合法性, 可以提升游戏赛事 的关注度, 但若是将电竞竞猜与赌 博关联就进入了刑法规制的范畴。

从办案实践来看,不法行为人 往往通过增加交易环节欲盖弥彰、 假借游戏娱乐回避主观明知,使经 营模式的始末端呈现双开放形态, 无法构成资金链闭环,企图逃避法 律制裁。不法行为人将原先在同一平台与赌客结算资金进出升级为资金进出分别在不同平台之间,形成赌博资金结算模式为"资金兑换积分—积分兑换物品—物品回收变现",上述每一个交易环节由一家公司独立完成,至少三家以上公司参与到交易链条之中,打成一套组合拳。从全链条来看,能架构出了一个完整的资金链闭环,但分开看彼此之间却毫无勾联,给司法机图,对击此类犯罪行为造成了巨大困难。对上述迭代升级后的经营模式,司法实践中存在不同观点:第一种观点认为,上述链条中

第一种观点认为,上述链条中的前中后端行为均不能认定为开设赌场罪。电竞竞猜是一种娱乐性活动被法律所允许,上述三家公司均是独立存在并运作的,互相之间没有关联性,对涉嫌赌博的进场资金没有抽水。

第二种观点认为,前端公司对链条下游公司变现行为具有的主导、支持、纵容、默许,均体现了主观明知或者概括明知,能对链条

中的前端行为认定为开设赌场罪。 后端公司对上游公司涉赌性质具备 主观明知,则应以帮助信息网络犯 罪活动罪定罪处罚。

第三种观点认为,上述链条中的前中后端行为均能认定为开设赌场罪。各公司的分工不同但是却均是开设赌场环节中不可或缺的一部分,能形成稳固的交易链条,系共同犯罪。

笔者赞同第三种观点。无论是 对体育赛事的押注还是在新型电子 竞技竞猜,均以现金经过射幸行为 后再以现金为结算,应该全链条打 击,认定为开设赌场罪。上述不同 观点的争议焦点主要集中在资金链 情况、主观明知、各环节勾联的紧 密度等方面。

首先,资金链是否形成闭环是 判断开设赌场案的重要标准。赌客 的趋利性使得他们对到手的资金具 有天然的偏好,闭环的要求是始末 端都必须是以资金为结算形式,即 以现金或财产性利益进入具有博 弈、能获取输赢的平台后,通过射 幸行为,最后以现金或者财产性利益输出,这样的行为就是赌博行为。此类平台的建立者以及接受投注和资金结算方就被认定为涉嫌开设赌场。电竞竞猜投入和赢得的即使是游戏装备、皮肤、道具、点数均可以在一定范围内流通,有财产性价值,可以以现金论。

其次,主观明知程度见之客观行为表现。网络开设赌场涉及两个主要环节,除了资金流环节就是信息流环节。在高度信息化的时代,基于信息的通畅性与交互性,前中后端公司之间对各自业务范围具有高度概括明知。前端公司对末端是否采取实际行动定期通过各种形式对竞猜玩家的私下交易行为进行封号处理,末端公司是否提供了稳定的回兑价格、长期的物品回收方式。各公司应履行各自的注意义务,未尽到责任方就是一种放任行为,应推定为主观明知。

最后,各个公司之间的关联、 作用应从整体、宏观上把握。多家 公司之间相互协作,形成了"接受投 注""随机事件""退分退币" 这一赌场 经营模式。虽然各公司看似彼此独立, 没有利益的分配。前端公司的盈亏与 中后端公司没有直接的利害关系,中 后端公司对赌资也没有支配权。前端 公司以赔率保障盈利,中端公司在"退 币"环节中赚取物品差价,后端公司以 回购物品收取手续费或者服务费为名 盈利,前中后端均没有对赌资的抽 水。但开设赌场本就呈现出高度公司 化的组织性, 从电竞竞猜的流程设计 来看,赌客投注、竞猜、提现的一系 列行为可以在同一个页面的不同模块 的跳转间完成; 从回购物品的实操来 看,末端公司也俗称为银商,建立了成 规模、有规则的变现渠道,完成了游戏 道具等物品的资金结算回兑。赌客能 够很容易的在游戏聊天群、交流群内 找到银商代理讲行一对一回购变现, 相关物品无论虚实均有相对明确、稳 定的现金对价。从整体来看,符合刑 法总则关于共同犯罪的规定, 应以开 设赌场罪定罪处罚。

(作者单位:上海市人民检察院 第一分院)