

数据治理应遵循数字社会基本规律

郑戈

网络数据安全的法律体系是习近平提出的总体国家安全观的重要组成部分。我国立法机关先后制定了《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》等法律。国家互联网信息办公室于11月14日发布的《网络数据安全管理条例（征求意见稿）》（以下简称《数安条例》）则是为执行、细化和补充这些上位法而起草的行政法规。

营造安全的网络数据环境

根据中国互联网信息中心的最新统计报告，我国网民人数已超过 10.11 亿，其中手机网民规模达 10.07 亿。作为一种最常见的可携带智能设备，手机将人接入互联网，使互联网变成“人联网”，即使你把手机揣在背包里，它也在随时将你的 GPS 定位信息等个人信息传送到“云端”，被一套“云计算”系统实时处理和分析。

有时会感觉手机在偷听你在私人场合说的话，比如你刚和家人聊过给孩子买奶粉的事情，很快就在手机 App 里收到奶粉广告推送。这不是错觉，而是你为了使用某个 App 的某项功能而授权它使用你的麦克风，用完之后，这个 App 仍然在手机后台运转，“监听”你的谈话。但这种“监听”不是出于窥私的动机，这些 App 的运营者对你的私生活并不感兴趣，处理个人信息的也不是人，而是运行算法的机器。

机器会对以各种方式获得的海量个人信息进行处理和分析,从这些反映人类点滴行为轨迹的海量数据中找出规律和模式,从而量身定制地向被贴上各种标签的人群投放特定的广告和内容,实现行为预测和行为诱导。因此,我们身处的这个数字化时代又被称为“分布式计算”时代。

每一个智能手机用户都成了一个“量化自我”，一个被设备和网络监控、测量和管理的人。你可能生活在一个智慧城市，声音识别、人脸识别、指纹识别、掌纹识别、虹膜识别、视网膜识别、体形识别、键盘敲击识别、签字识别的生物测定装备和智能水表、智能电表、智能气表、智能保安系统遍布你的居室、小区和城市各处。这些“传感器”采集的海量个人信息被不同的数据处理者进行处理，服务于各种不同的目的，既有

□ 国家互联网信息办公室于 11 月 14 日发布的《网络数据安全条例（征求意见稿）》是为执行、细化和补充《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》等上位法而起草的行政法规。

□ 数据处理中的横向关系是一种无法被吸收进现有法律关系的外部性，需要公权力介入来加以规制，以避免有损公共利益、个人权利和平等、正义等社会基础价值的事情发生。

□ 《数安条例》确立了一些有针对性的规则，但似乎没有考虑到目前主流商业模式普遍的做法。主流互联网企业所利用的是行为数据，而不是身份信息。用保护身份信息的思路规制行为数据的利用，似乎有欠妥当。

防疫、治安等公共服务目的，又有广告、营销等私人盈利目的。在这种现实背景下，营造一个总体上安全的数据采集、处理和流通环境便成为一种基础性的公共服务需求。

立法应关注数据处理的横向关系

数字技术和数字经济的特点使得按照传统主观权利保护模式来保护数据权益一方面文不对题,无法回应数字社会的基本现实,另一方面又会阻碍技术创新和经济发展。无论是用人格权保护模式(《民法典》和《个人信息保护法》均采用这种模式)还是财产权保护模式(《上海市数据条例》和《深圳经济特区数据条例》当中有这方面的尝试),都只涉及数据处理中的纵向关系,即数据处理者与数据主体之间的关系。但数字技术最广泛的使用方式是通过从无数个数据主体那里获取数据来得出适用于一定范围人口的行为规律或模式。

换句话说，数据处理者从甲乙丙丁那里获取数据，并不是为了针对甲乙丙丁做些什么，而是为了找出他们的行为规律，从而针对与他们属于同一群体的一群人量身定制地投放广告，推送内容、商品或服务，这个群体中包括其个人信息未被采集的张三李四。这种横向关系是一种无法被吸收进现有法律关系的外部性，需要公权力介入来加以规制，以避免有损公共利益、个人权利和平等、正义等社会基础价值的事情发生。

在这方面,《数安条例》确立了一些有针对性的规则,但这些规则似乎并没有考虑到目前主流商业模式中普遍的做法,如果严格执行会使数字经济难以继。比如,第四十九条要求“收集个人信息用于个性化推荐时,应当取得个人单独同意”“设置易于理解、便于访问和操作的一键关闭个性化推荐选项,允许用户拒绝接受定向推送信息,允许用户重置、修改、调整针对其个人特征的定向推送参数”以及“个人删除定向推送信息服务收集产生的个人信息,法律、行政法规另有规定或者与用户另有约定的除外”。

行为数据规制不同于身份信息

相关数据显示，百度 2020 年总营收 1070.74 亿人民币，其中广告收入 780.93 亿人民币，占比 72.9%。而百度并不是特例，它的商业模式在互联网企业中是通例，比如刚刚改名为 Meta 的 Facebook 上共有超过 1000 万广告商，它们 2020 年为脸书贡献了 840.169 亿美元的广告收益，脸书当年总营业收入（859.65 亿美元）的 97.9%。相比之下，百度的非广告收入占比还算是高的了。

广告商之所以愿意把钱花在提供搜索引擎和社交媒体等免费服务的网络平台上，是因为这些平台通过免费服务吸引了海量的用户，有用户就有数据，有数据就能做精准的行为分析，就能精准投放个性化广告。为了获取更多数据，平台企业会以各种方式吸引用户注意

力,比如提供丰富多彩、形式多样而且免费
的文字、音频和视频内容。用户花在一个平台上的
时间越多,平台获取的数据就越多,其智能
算法也就能被训练得更精准。

因此，“收集个人信息用于个性化推荐”是大多数互联网企业的生命线。你的每一次百度搜索、每一次百度网盘存储、每一次百度贴吧发言都会成为百度为你提供个性化推荐的数据基础。虽然这些数据从表面上看都不构成“个人信息”，因为它们看起来并不与“识别或可识别的自然人”相关。但通过账户，或者在你未登录账户的情况下通过各种数据的整合，它们很容易和具体的个人关联起来。“单独同意”规则的起草者们所设想的个人信息可能是身份证号码、个人肖像、电话号码、家庭住址等等，但几乎没有哪个互联网企业需要通过获取这些信息来提供个性化推荐。简单地说，主流互联网企业所利用的是行为数据，而不是身份信息。用保护身份信息的思路来规制行为数据的利用，似乎有欠妥当。

同时，如前所述，个性化推荐是数字技术商业化应用所提供的最主要功能，它已经深入到数字化生活的肌理之中，人们已经很难分辨哪些推送是个性化的，哪些是非个性化的。或者说，已经习惯个性化推荐的网民，已经无法接受非个性化的推荐。抖音、快手、今日头条之所以能够吸引为数众多的用户，恰恰是因为其算法设计能够准确捕捉用户偏好，精准推送用户愿意看到的内容。“遍布式计算”一词的发明者马克·韦瑟写道：“最复杂的技术是那些隐而不彰的技术。它们把自己编织进日常生活的纹理之中，直到自己成为其中顺理成章的组成部分”，精准执行个性化推荐任务的人工智能算法正是这样一种技术。法律的目的不是创造正义，而是减少纠纷，对于一种已经被普遍接受并的确带来极大便利的技术，何必通过法律规则来唤醒人们的反对意识？

通过这个例子，我们看到，尽管《数安条例》有许多亮点，但其中的一些关键条款未能考虑数字经济的实际运转方式，因此缺乏针对性。这也正是征求意见程序的必要性所在。相信在社会各界人士提出的各种意见的基础上，《数安条例》能够得到完善，以更加贴近社会需要的面目呈现在我们面前。

(作者系上海交通大学凯原法学院教授、博导)

平台应参与短视频侵权治理

罗建

删除”规则对其保护。随着该规则被引入我国,并不断根据我国实际演进为“通知与必要措施”规则。但“通知与必要措施”规则未对因通知缺失实质性要件,平台对于该类通知应作如何处理、平台收到通知采取制止短视频侵权措施后是否需要把相关信息反馈给发出通知人作具体法律规定,致实践中缺乏可操作性。

短视频平台究竟是否兼具内容提供者属性存在争议,尤其是平台流量之争日益白热化,短视频平台的治理动力存疑。当权利人向平台发出通知,要求平台对侵权短视频采取相应措施,因平台有利益损失,很难让平台“心甘情愿”采取行动,制止侵权行为主动性不强。“通知与必要措施”规则未有效对平台既是短视频侵权获得利益者又是制止短视频侵权执行者这一矛盾予以解决。

平台参与治理短视频侵权的 理论基础

我国传统文化强调“家长制”，具体在社会管理中就是要突出政府的主导作用，运用政府部门行政管理机制和服从与被服从的管理手段管理社会事务。单向性的管理模式，忽视社会民众的需求和想法，面对繁杂的社会事务，政府会显得“力不从心”，容

易造成管理失灵。实际上仅依靠政府单方面的管理、权利人遭遇侵权后再被动去维护权益,最终的社会效果是不尽如人意的。最近三年以来,仅仅爱奇艺、优酷、腾讯视频、芒果TV四家长视频平台被侵权盗版的作品就超过5600部,出现460余万条未经授权短视频,《人民的名义》短视频侵权量达到26.93万条。视频权利的获得所花成本高,例如欧美《加勒比海盜》系列作品、国产《唐人街探案3》《李焕英》等影片投入均是几亿人民币。据资料显示,2014年冬奥会和2016年奥运会的转播权费合计为20亿美元,2018年冬奥会和2020年奥运会的转播权费合计为23.8亿美元。如果权利人大额投入获得的相关权利,被侵权人任意制作成短视频吸引观众,分食权利人的利益,显然是不公平的。因网络空间相对隐蔽容易诱使部分网民萌生不劳而获的邪念,加上便捷的侵权手段、高额的非法收益、艰辛的维权过程使得短视频侵权乱象屡禁不止。

善治是可以充分发动社会组织、公民参与到社会治理中的一种理想治理模式，可能克服仅靠政府治理，缺乏可搞作性的弊端。善治的主要特征是三种组织（行政性政府组织、营利性企业组织、非政府非营利组织）对社会生活的合作管理，是政治国家与公民社会的一种新颖伙伴关系，是三种调整方式的最佳运用状态。在互联网经济中，平台作为营利机构，面

对平台经济不断崛起,为更好地治理平台出现的短视频侵权,平台应和政府机关、权利人一起参与到短视频侵权治理中来。

平台在视频传播过程中,无论仅是为视频上传者提供通道,还是平台就是实际短视频制作、上传者,因短视频所博得流量等产生的各种利益,平台与短视频制作者和上传者紧紧捆绑在了一起。短视频产业链中,平台、MCN机构、短视频制作和上传者之间,往往通过契约就短视频的制作、上传、平台服务等进行明确分工协作且按照比例分享收益。

平台经济中,提供服务方和消费者之间的活动都通过平台进行的。随着互联网经济的不断繁荣,平台的社会经济功能不断彰显,已经具备民事法律主体资格特征。平台作为组织管理方,已经在互联网经济关系中直接或间接得到了相关的利益,如果平台只想得利,而不承担相应的义务,任由平台成为藏污纳垢法外之地,明显和权利义务对等的基本法律原则不符。平台作为互联网经济的重要组成部分,对其经营范围内进行的各种活动,应当尽到一个善良管理者的义务,维持好正常秩序。

由获益者电商平台承担责任符合公平原则,由运营者承担责任符合效率原则,平台作为市场组织者的法律属性决定了其负有知识产权法律责任。

(作者单位：四川省犍为县人民法院)

“通知-删除”在短视频治理中存在的问题

平台收到权利人通知后对不符合条件通知的处理, 不论是根据我国法律还是美国的《新千年数字著作权法》, 对未能提供具体侵权内容或足以定位到具体侵权信息的通知, 都会因实质性要件的缺失而不发生法律效力。《新千年数字著作权法》中对网络服务提供商者的责任给以确定, 并通过“通知一