

# 欧盟的算法歧视规制 及中国应对

梅 傲 陈子文

**摘 要：**随着信息技术的加速迭代，算法技术在全球范围内的应用日益普遍，在社会生活中发挥着重要作用。中国企业在针对欧洲市场制定营销策略、运营产品等多个环节中会广泛应用算法，极易因各种原因产生歧视风险，进而面临经营障碍。明晰欧盟算法规制体系是消除障碍的前置步骤，一方面按照“起源—兴起—发展”的逻辑线索对欧盟反算法歧视的立法沿革予以梳理；另一方面围绕规制主体、算法运行流程和规制创新路径对其有关算法歧视的具体规则予以解读。在欧盟规制框架下，我国企业面临合规意识要求较高、域外法律规则复杂、算法治理难度攀升的现实障碍。在此规制背景下，国家应积极引导并加强外部宏观政策保障，优化算法治理环境；企业也要从自身出发，积极反思并效仿欧盟企业先进经验并加强内部治理。如此，才能有效促进我国企业跨国贸易的正向发展。

**关键词：**算法歧视； 欧盟； 算法治理； 数据赋权； 数据监管

**作者简介：**西南政法大学 争端解决国际竞争力研究中心 副主任 研究员  
重庆 401120

西南政法大学 争端解决国际竞争力研究中心 助理研究员  
重庆 401120

**中图分类号：**D922.16； D99； TP18

**文献标识码：**A

**文章编号：**1005-4871(2024)03-0079-22

信息技术的快速发展,助推全世界迈进数据爆炸的时代。运用算法对海量数据进行收集、分析和处理是当前产业运行的常态。随着算法研发的成熟,具体应用场景中出现了算法歧视等损害个体权利和扰乱社会秩序的实践问题。算法歧视的概念较为模糊,对其内涵的权威界定尚未出现。以欧盟立法为例,其多包含促进算法公平等正面规定,并不涉及对算法歧视的概念解读。同时,现有理论研究或将算法歧视视为一种抽象风险,或仅列举典型案例予以说明,并未形成定义层面的共识。<sup>①</sup>然而,算法歧视作为自动化决策的产物,其本质是一种不合理对待,并具备隐蔽性等区别于传统歧视的公认特征。<sup>②</sup>算法歧视的生成原因具有复杂性,包括算法设计缺陷、数据内在倾向以及技术内在限制等因素。<sup>③</sup>

当前有关算法的法律规制和范式构建已成为热点话题,欧盟则当属投身其中的先行者。基于经济全球化的趋势推动,我国企业正不断扩大其在欧洲市场的生产经营规模。为顺应产业模式发展和技术更新浪潮,中国企业在制定营销策略等多个经营环节中均会广泛应用算法技术,其在欧盟法律体系下自然会面临反算法歧视规则的审视。在大数据时代,如何正确认识算法歧视,并在特定规则框架下化解法律风险、应对竞争难题和促进国际贸易,是中国企业“走进欧洲”的关键命题。<sup>④</sup>因此,本文从欧盟反算法歧视的立法沿革出发,对其有关规则予以系统梳理和详细解读,力求实现对具体障碍的精准分析,助益于应对策略的有效构建,进而为中国企业的国际贸易提供持续的智力支持。

## 一、欧盟算法歧视的立法沿革

欧盟早在1981年便通过《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》规制算法歧视,近年更颁布了《通用数据保护条例》(简称GDPR)等法律加大对算法歧视的治理力度。新近通过的《人工智能法》也涉及消除人工智能系统歧视性的内容。欧盟有关算法歧视的立法起步较早且发展迅速,注重对算法歧视的产生过程进行事前规制,并不断进行立法价值取向的修正,现已逐步形成GDPR及《人工智能法》等多法协同的算法歧视规制体系。

---

① 宁园:《算法歧视的认定标准》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2022年第6期,第154-165页,这里第154页。

② 郭哲:《反思算法权力》,载《法学评论》,2020年第6期,第33-41页,这里第34页。

③ 梅傲:《积极伦理观下算法歧视治理模式的革新》,载《政治与法律》,2024年第2期,第113-126页,这里第114页。

④ 梅傲:《数据跨境传输规则的新发展与中国因应》,载《法商研究》,2023年第4期,第58-71页,这里第66页。

### （一）算法歧视立法的起源

自互联网诞生伊始，因对数据的不当使用而产生的歧视、欺诈等问题便已存在。早在1981年，当时的欧洲委员会就出台了《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》（又名《108公约》）。该公约认为个人数据的滥用会侵害个人自由与平等，主张个人数据处理需要个人意志的参与，不应完全自动化。<sup>①</sup> 该公约首次对自动化决策问题进行了单独规定，是欧洲解决算法歧视问题的初步尝试。1995年10月通过的《有关个人数据处理中的个人保护和所涉数据自由流通的指令》（又名《欧盟数据保护指令》）是欧洲首部个人数据保护法规，为欧盟现行的个人数据保护制度奠定了初步基础。2000年，欧盟又制定了《欧盟电子商务指令》，其中首次出现了网络服务提供者“对信息的接受者不做选择”的规定。然而，该法仍以促进信息流通为价值导向，对消费者的保护则略显不足。早期的欧盟立法与算法时代的“算法公平”等主张一脉相承，是前算法时代保护个人隐私、构建公平市场秩序的重要手段，也是后续算法歧视立法的重要参考。

### （二）算法歧视立法的兴起

2018年GDPR的生效是欧盟对科技快速迭代的一次重要回应，其取代了《欧盟数据保护指令》，对算法歧视治理具有基础性导向意义。该条例采取限制算法适用范围、数据赋权、强化监督机构职权等措施保护数据主体权利，着眼于算法歧视的产生环节，推动算法正义的实现。该条例通过构建数据主体权利体系强化公众的主体地位，为公众对抗算法歧视提供有力武器。此外，该条例也对数据控制者<sup>②</sup>课以义务，引导数据控制者根据数据保护影响评估结果设计算法并对算法进行审查，避免数据歧视的发生，促进算法运行中正义的实现。<sup>③</sup> 同年，欧盟还出台了《机器人民事法律规则》，将非歧视原则视为机器人使用的一项基本原则，规定各个机构要积极对算法进行伦理审查，表明了欧盟对于算法正义的追求及反歧视的坚决态度。该阶段出现了从数据保护视角规制算法歧视的立法路径，该路径通过强化监管主体的职能来防止算法歧视，通过强调数据主体的权利来对抗算法滥用。至此，欧盟数据保护体系已基本成型。算法歧视源自对数据的不当使用，具备适用该规则体系的天然正当性。然而，这些立法通过限制算法应用提高了企业运行的成本，对产业发展与科技进步亦存在消极影响。

<sup>①</sup> 高富平、王苑：《论个人数据保护制度的源流——域外立法的历史分析和启示》，载《河南社会科学》，2019年第11期，第38-49页，这里第41页。

<sup>②</sup> 根据GDPR的规定，“数据控制者”是指单独或与他人共同确定个人数据处理的目的和方式的自然人、法人、公共权力机关、代理机构或其他机构。

<sup>③</sup> 张涛：《自动化系统中算法偏见的法律规制》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》，2020年第4期，第92-102页，这里第98页。

### (三) 算法歧视立法的发展

欧盟先后于2021年、2022年通过了《数字市场法》与《数字服务法》，两部法律虽各有侧重，但都在致力于规范数字经济的同时对算法的监管做出了新安排。《数字市场法》要求大型网络公司作为“守门人”，遵守不得将自己提供的服务进行优先推荐等规范进而确保市场公平。《数字服务法》涉及中介机构的义务及问责规则，规定数字服务主体负有提升算法透明度、遵守监督问责程序等义务。这两部法律旨在防止这两类主体在市场活动中进行算法歧视，为数字市场内的重要主体设定行为规范及违规后果，是对现存立法体系的重要补充。

2024年3月13日，欧洲议会正式批准通过欧盟《人工智能法》，该法对人工智能的应用做了初步分级，针对不同风险级别的人工智能系统制定宽严不一的监管政策，追求安全与发展的平衡。该法明确禁止人工智能系统对特定自然人或群体的歧视待遇，并多次强调人工智能系统的公平性，以保护相关主体的平等权。该法将算法歧视问题视为人工智能发展的重要议题，将其纳入完备的人工智能监管体系中。总之，在该阶段，欧盟有关算法歧视的立法从不同主体、领域切入，结合行业动向对立法的价值取向进行调整，在规制算法歧视的同时引导人工智能产业蓬勃发展。

## 二、欧盟算法歧视的规则梳理

欧盟关于算法歧视的规制主要采取风险预防模式，即立足于算法可能带来的歧视风险制定相关政策法律。<sup>①</sup> 欧盟采取从数据这一基础要素出发的规制路径，结合人工智能系统这一算法歧视重要载体，构建起严格的算法规制体系。欧盟的相关立法较为保守，虽近年来对算法的限制有所松动，但总体仍倾向于对算法应用进行严格限制，并通过在算法运行过程中进行数据赋权以减少算法歧视的发生。

### (一) 算法歧视的规制主体

在欧盟的现行法律体系下，最具代表性的规制主体是欧盟数据保护委员会(European Data Protection Board, 简称EDPB)及数据保护专员(Data Protection Officer, 简称DPO)，二者分别从内外部来监督数据控制者处理数据的行为。

EDPB是具备独立人格的欧盟内设机构，一般由各成员国数据监管机构的负责人组成。受国家主权等因素影响，该机构并非独揽大权的统一数据监管机构，而更多地承担了协调、建议等功能。<sup>②</sup> EDPB虽然并没有直接处罚权，但可以通过向

<sup>①</sup> 郑戈：《算法的法律与法律的算法》，载《中国法律评论》，2018年第2期，第66-85页，这里第72页。

<sup>②</sup> 在GDPR规则中，EDPB主要承担推动GDPR实施、向欧盟委员会提出建议、就个人数据保护情况进行调查报告等职能。

欧盟委员会提出建议的方式影响立法进程,也可以采取发布指南的方式对数据处理及算法应用予以指引,纠正算法中存在的歧视倾向。除此之外,EDPB 还可以直接向各国监管机构提出建议,借助成员国国内行政权力实现对算法的监管。例如,2021年,爱尔兰数据保护监管机构就听取EDPB建议,对“脸书”(Facebook)旗下的WhatsApp处以2.25亿欧元罚款。EDPB在欧盟数据治理体系中占有举足轻重的地位,在欧盟及成员国治理算法的过程中都发挥了重要作用。此外,在《人工智能法》通过后,欧盟委员会也承担起评估审查职能,负责对各类人工智能系统进行评估并及时调整其风险等级,对歧视风险的审查亦是评估的重要内容。

除此以外,GDPR还规定了DPO制度。DPO并非EDPB的成员,而是由数据控制者或处理者在从事特定数据处理行为时指定,主要为了实现对高风险数据处理行为的有效监管。<sup>①</sup> DPO可以下沉至市场主体,对企业数据保护现状进行直观的观察及评估,对内可以向数据控制者提供合规建议,对外能够与监管机构保持密切合作。DPO从数据控制者内部考察其利用算法收集、分析个人数据的行为,并充当数据控制者的专业顾问,在增强企业合规意识的同时可以第一时间发现企业算法运行中的违规现象,在算法歧视的预防及纠正中发挥重要作用。

## (二)算法歧视的规制规则

### 1. 算法运行前的预防规则

首先,风险评估是欧盟规制算法的首要措施,2011年欧盟即针对无线射频识别技术出台了隐私影响评估制度的指导文件,重视算法对隐私权及数据处理的影响,体现出注重风险预防的特点。算法歧视的产生虽然受到各种因素的综合影响,但因算法系按照事先编写的程序运行,故对其进行事前评估具有可能性。欧盟也认为,在事前进行风险评估是将规制时点前移、降低歧视风险的良策,与其借数据规制算法的理念契合。因此,欧盟选择通过对数据收集、处理程序的评估来实现对算法的评价。依据GDPR第35条第1款的规定,数据控制者必须在事前进行风险评估,对处理行为、处理目的进行说明,并准备好应对风险、减轻损害的预防性措施。在风险评估程序中,数据控制者需根据各个成员国法律研判算法对公民权利、公共秩序的影响,并且根据数据处理的实际情况进行复审,这是第一阶段的风险评估。如果上一阶段评估的结果显示存在风险且缺乏应对措施,数据控制者则有义务向监管机构进行事先咨询,由监管机构给出改进建议,这是监管机构介入的算法评估。《人工智能法》也规定了相关主体应就人工智能系统进行合格性评估并建立风险管理系统,防止其产生欧盟法律所禁止的歧视。虽然美国的《算法问责法案》

<sup>①</sup> 王锡锌:《个人信息可携权与数据治理的分配正义》,载《环球法律评论》,2021年第6期,第5-22页,这里第18页。

也规定了算法影响评估制度,但与美国相比,欧盟的算法影响评估体系更加开放,并建立了动态评估体系,还通过数据赋权的方式为个人参与算法影响评估程序提供了空间。<sup>①</sup>就评判标准而言,虽然GDPR与《人工智能法》均将算法歧视作为数据处理与算法应用时应避免的结果,但GDPR对其的认定仅规定了当事人同意等宽泛考量因素,《人工智能法》则仅通过附件七规定了评估程序,在歧视认定标准上呈现出灵活宽泛的特征。美国发布的《人工智能权利法案》抛弃了泛化处理的思路,只将基于种族、肤色等法定特征的不合理待遇认定为算法歧视。欧盟开放反思型算法影响评估制度在算法透明度、公众参与度、程序保障等方面都有较强的优越性,其宽泛的算法歧视认定标准在契合当下理论研究现状的同时也为反算法歧视实践预留了空间。

其次,欧盟的最新立法也对算法的适用范围做出了限定。《人工智能法》依照风险将人工智能系统进行分类,列举了规避人类自由意志的人工智能活动等被禁止的算法应用场景,阻断了该类高危场景下算法歧视的产生。例如,公权力机关在一般情况下利用人工智能系统分析个人的社会行为以对其性格特质进行评估分类的行为就被明令禁止,因为这种行为极有可能导致执法人员产生先入为主的印象,影响相对人在侦查、审判等程序中的基本权利。高风险的系统则主要包括个人信誉评价、招聘决策等,在建立完善的风险管理系统后方可应用。有限风险的系统对个人权利的影响较小,故《人工智能法》对其设立的准入门槛较低,只需提高算法透明度便可投入使用,如聊天机器人等系统。<sup>②</sup>同时,《人工智能法》对于仅具有极小风险的简单系统未加过多干预,仅对该类系统采取事后规制的方法。但需注意的是,该规则并非为了限制算法使用而设立,而是折射出欧盟在算法治理领域价值取向的变化。此前欧盟的GDPR等规则仅通过例外规定的形式对算法的适用范围进行规制,将公共利益等少数情形作为豁免情形,对风险的认定采取保守态度。据相关统计,超限度收集、处理用户信息是GDPR在实践中的第二大处罚事由,仅次于数据泄露。<sup>③</sup>欧盟涉及数据保护的立法以严格著称,虽然为个人信息筑起一道安全的高墙,但也存在算法适用范围过窄、审核标准过高等问题,《人工智能法》的出台有望成为扭转该态势、激发相关行业活力的重要措施。

<sup>①</sup> Binns Reuben, "Data Protection Impact Assessments: A Meta-Regulatory Approach", *International Data Privacy Law*, Vol. 7:1, 2017, pp. 22 - 35, here p. 25.

<sup>②</sup> Don Tapscott/Alex Tapscott, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*, New York: Portfolio, 2016, p. 47.

<sup>③</sup> 中国信息通信研究院:《数字经济治理白皮书 2019》,2019 - 12, <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/201912/P020191226515354707683.pdf>, 访问日期:2024 - 04 - 14.

最后,除了对算法本身进行风险评估,欧盟还规定一些算法的使用必须得到数据主体的认可,以数据主体的意思自治限制数据控制人的恣意妄为。GDPR 的第 6 条将数据主体的同意作为判定数据处理合法性的条件之一,并在“定义”部分阐明数据主体同意的概念,<sup>①</sup>还在第 7 条规定了关于“同意”这一要件的证明责任、撤销权等事项,这足以证明欧盟对数据主体个人意志的高度重视以及对其主体地位的充分尊重。在这些规定下,除了必要处理、公共利益等豁免理由,未经数据主体明确认可的数据处理行为均具有违法性,应受到法律的制裁。对数据处理知情是数据主体识别算法歧视的必然要求,其必须先意识到自己将面临自动化决策才可以对自己即将遭遇的风险进行理性评估。<sup>②</sup> 因此,欧盟通过在事前征求同意的方式实现数据主体本人对歧视风险的初步排除,也是尊重数据主体权利及主体地位的重要体现。

## 2. 算法运行中的规制规则

首先是数据清洗规则,算法在经过评估投入使用后,需要大量数据的输入与输出,算法程序所输入数据的数量及质量直接决定了算法运行结果的质量。GDPR 在第 9 条第 1 款中将健康数据、种族、基因等信息严格保护起来,禁止对以上敏感信息进行处理,意在缩小算法获取用户信息的范围,从源头上减少算法歧视。但该规定也具有一定灵活性,考虑到公共卫生、法律法规等特殊原因,该类数据可以在确保安全的前提下被处理。该类数据是当今歧视产生的重要根源,将这些数据排除在算法运行之外,可以在保护公众隐私权的同时避免算法歧视。这种做法可以避免根据种族信息分类发布广告和依据宗教信仰区别待遇等算法歧视现象。欧盟法律在算法运行环节也坚持从数据入手,认清数据和算法一体两面的关系,将规制时点前移至算法的信息输入环节,避免上述敏感信息对算法产生影响,造成难以弥补的损失。

其次是对算法透明度的要求,即将算法以公众可理解的方式进行适度公开,促进公众的理解及监督。由于算法本身具有复杂性及专业性,在其接受输入数据到输出决策结果之间存在一个无法知晓的“黑箱”,算法的本质就是在这一黑箱中进行自动化的数据分类、分析及处理,最终根据不同情况做出不同决策。<sup>③</sup> GDPR 对于算法透明的要求主要分为两个方面,即事先告知与事后留存。一方面,GDPR 的

<sup>①</sup> 根据 GDPR 的规定,数据主体的同意是指数据主体依据其个人意愿,自由、明确、知情并清楚地通过陈述或积极行为表示对其个人数据进行处理的同意。

<sup>②</sup> 梅傲、苏建维:《数据治理中“打包式”知情同意模式的再检视》,载《情报杂志》,2021 年第 2 期,第 154-160 页,这里第 156 页。

<sup>③</sup> 崔靖梓:《算法歧视挑战下平等权保护的危机与应对》,载《法律科学(西北政法大学学报)》,2019 年第 3 期,第 29-42 页,这里第 37 页。

第13、14条涉及算法透明的相关内容,数据控制者应当向数据主体提供包括数据控制者的信息、处理数据的目的等在内的基础信息,以及为确保数据处理公平透明所需的必要信息。针对自动化决策情形,数据控制者更要透露决策所运用的逻辑及对数据主体可能产生的影响。不仅如此,2020年出台的《数字服务法》抓住大型在线平台这一关键主体,为它们设立了更高的透明度标准,为市场运作及企业经营建立起一个现代化的透明框架。《人工智能法》更用专章规定了人工智能系统提供者承担的透明度义务。另一方面,GDPR第30条还要求数据控制者保留对个人信息处理的记录,包括处理者名称、处理目的等。虽然这些信息在算法正常运行中并不对外公开,相关规定也有待细化,但在事后问责过程中可以作为有力的证据使用,这有助于对算法歧视的产生进行溯源,是算法透明化的一次有益尝试。欧盟将算法运行置于大众视野下,减少了算法的专业性、虚拟性带来的信息不对称问题。<sup>①</sup> 算法透明度的提高会大幅提升公众对于歧视性风险的识别能力,进而减少算法歧视现象。

最后,欧盟还通过为数据控制者设定具体义务以规范算法的使用,将个人数据处理的原则细化为具体可行的规则,引导数据控制者采取合法合规的方法处理个人数据。GDPR先是向数据控制者提出了原则性要求,包括合法、公平及透明的数据处理原则、最小范围原则、完整性原则等,这些原则为数据的处理指明了方向。GDPR也规定了事前提供信息、报告个人数据泄露等具体义务。数据控制者还应当承担数据系统保护及默认保护的义务,在保证数据系统安全的前提下将算法对个人权利的影响降到最低。GDPR还规定了联合控制者制度,针对共同数据控制者之间的责任义务分担问题,要求联合控制者具有清晰划分职责并告知数据主体的义务。此外,GDPR还确立了代表人制度以便对身处欧盟境外的数据控制者、数据处理者进行管理,强化对公民数据的保护。<sup>②</sup> 除此之外,其他法律文件对于数据控制者的责任也有零散规定,针对特定主体及行为进行规制,如被称为“第二个GDPR”的《数字服务法》就确立了“通知删除”规则以及数字服务平台的注意义务。欧盟认为数据控制者、处理者是享受数据利益并带来算法歧视等一系列风险的主体,应当承担起对风险的控制义务,即要求数据控制者、处理者在处理数据时恪守公平原则,避免算法歧视的发生,进而达到对算法歧视的事前规制目的。

<sup>①</sup> 刘权:《数据安全认证:个人信息保护的第三方规制》,载《法学评论》,2022年第1期,第118-130页,这里第121页。

<sup>②</sup> 根据GDPR的规定,“数据处理者”是指代表数据控制者处理个人数据的自然人、法人、公共权力机关、代理机构或其他机构。



### 3. 算法运行后的问责规则

虽然欧盟立法采取多种方式预防算法歧视的产生,但是受“算法黑箱”及其他复杂因素的影响,算法歧视的产生机理十分复杂,这也导致算法歧视等侵权现象仍屡禁不止,故欧盟也规定了有关算法的事后问责制度,以便在事前手段失灵时减轻算法歧视对市场秩序及公民权利的影响。欧盟对算法歧视的事后监督以两种方式展开,其一是对数据控制者进行处罚,其二则是为遭遇算法歧视的主体提供救济途径。

在对数据控制者的问责方面,欧盟的立法规定非常严苛,一旦发现算法滥用现象,就会采取警告、罚款等措施纠正算法歧视等错误。<sup>①</sup> 由于欧盟各成员国的发展水平仍有差距,GDPR 并未就具体的处罚标准做出统一规定,而是在第 8 章中集中规定相关主体的责任,如第 83 条第 2 款规定了各国的监管机构对违法主体施加处罚时要考虑到违法行为的性质、违法者的主观心理状态等因素。第 4、5 款则分别规定数据控制者及处理者在违反留存处理记录等次要义务时应对其处以高达 1000 万欧元或其上一财政年度全球营业总额 2% 数额的行政罚款;在其违反数据处理基本原则、严重危害数据主体权利等情况下,监管机构应当对其处以高达 2000 万欧元或其上一财政年度全球营业总额 4% 数额的行政罚款,GDPR 也因此被称为“史上最严数据保护法”。在实践中,仅在 GDPR 生效后的半年内,欧盟区域内的相关数据保护机构就已实施了 785 次行政罚款,处罚的行为涵盖违规处理数据、数据泄露等。《数字市场法》中也明确规定了对违规主体施加罚款、警告、重组乃至退出市场等处罚。欧盟将算法歧视的产生归结为数据处理过程中的权利滥用,以个人数据保护为逻辑起点,同时秉持保守严谨的立法态度,通过严格的处罚措施达到预防、惩治及救济等社会效果。<sup>②</sup>

在数据主体的权利救济方面,欧盟也为数据主体提供了较为合理的救济路径,为其主动维护自己的权益创造便利。GDPR 中有关权利救济的内容主要集中于第 77—82 条,规定了数据主体针对不同来源侵害的救济权。数据主体可以向监管机构投诉,并可以进一步针对监管机构的行为寻求司法救济,也可以选择直接通过司法途径获取救济。除了笼统地规定权利主体的救济权,GDPR 还就权利行使中的一些程序性事项做出了规定。首先,为提高行政救济的效率,数据监管机构应当及时受理数据主体的请求并尽快反馈处理情况,以防止程序拖延造成进一步损害。其次,GDPR 将相关诉讼案件的司法管辖权规定得十分明确,针对数据控制者或处理者的诉讼由被告经常居住地或主营业地的法院管辖,针对监管机构的诉讼则由

<sup>①</sup> 陈越峰:《超越数据边界:数据处理的双重公法构造》,载《华东政法大学学报》,2022 年第 1 期,第 18—31 页,这里第 19 页。

<sup>②</sup> 彭辉:《数据权属的逻辑结构与赋权边界——基于“公地悲剧”和“反公地悲剧”的视角》,载《比较法研究》,2022 年第 1 期,第 101—115 页,这里第 105 页。

监管机构所在地的法院管辖,避免各个法院之间相互推诿,影响权利救济效果。最后,GDPR也规定了诉讼中止的情形,以保持各国司法的一致性,维护欧盟法域内的司法权威。此外,考虑到数据控制者具有技术及信息优势,故数据主体需在维权过程中采取举证责任倒置的方式,由数据控制者或处理者证明自己不应负责,这在很大程度上削减了数据主体的维权成本,提高了对数据权利的保护水平。欧盟从私人权利救济角度出发的立法集中于GDPR中,通过对大量程序性事项的规定指引被侵权人寻找正确的救济途径,并通过统一的程序规范整合各国的司法行政资源,以共同处理数据滥用引发的算法歧视等问题。

### (三)数据赋权的创新路径

欧盟关于算法歧视的治理模式最突出的特点就是重视个人数据权利体系的构建,即在立法文件中通过赋予相关主体数据权利的方式强化数据主体对数据的控制能力,降低算法歧视的风险。个人数据赋权为数据控制者及处理者设定了相应的义务,要求其在算法运行的全过程中尊重数据主体的权利并承担保护数据安全等责任。<sup>①</sup>该做法一方面可以增强数据主体的权利意识,另一方面也可以弥补监管机构事后规制的缺陷。欧盟关于数据主体权利的规定也主要体现在GDPR中,以赋予数据主体知情权、拒绝权等权利应对算法给传统权利保护模式带来的风险与挑战。

首先,针对算法专业化、不透明的特征,欧盟主张受到算法影响的人应当享有知情权,对自己的数据去向、用途应当有初步的了解,否则会对算法处理结果缺乏预期,甚至无法准确识别算法歧视。GDPR第12条便涉及对相关信息的透明化处理措施,要求数据控制者对有关数据处理的信息进行实质公开,即以清晰易懂的方式公开,以确保对方可以理解。此外,GDPR还规定了提供信息的期限、行使知情权受阻后的救济措施等,将知情权保障落到实处。不仅如此,GDPR也设定了事前同意制度等配套措施,这既是对数据控制者施加的义务,也是对数据主体知情权的尊重。知情权的行使是数据主体参与算法治理、化解“算法黑箱”难题的开端,也初步决定了算法运行的走向,对算法歧视起到了初步规制作用。

其次,欧盟还规定了数据主体对自动化决策的拒绝权,从根本上解决了算法歧视问题。GDPR第21条就规定了数据主体享有完全的拒绝权,除非对方有能力证明其对数据的处理具有法律上的优先性,否则不得再处理个人数据。算法歧视难以规制的原因之一就是其产生机制的复杂性,算法结果产生于精密的计算及分析过程中,<sup>②</sup>在此过程中难以对其进行外部干涉,而拒绝权的行使则可以阻止个人数

<sup>①</sup> 丁晓东:《论算法的法律规制》,载《中国社会科学》,2020年第12期,第138-159页,这里第145页。

<sup>②</sup> 赵一丁、陈亮:《算法权力异化及法律规制》,载《云南社会科学》,2021年第5期,第123-132页,这里第128页。

据进入算法程序,进而避免输出歧视性结果。但考虑到自动决策系统是提高经济效率的重要手段,GDPR 仅将该制度运用于对数据主体产生法律效力或重大影响的情形中,并且规定了合同实施的必要条件、法律授权及个人同意等例外情形。这些规定是立法者在权衡公平与效率后做出的选择,力图在公正价值与科技发展之间寻求平衡。

最后,在算法运行结果出现后,公众也可依据欧盟法律规定享有解释权。解释权是指要求获得对算法处理结果的解释的权利。算法解释权是数据主体及算法监管主体逃脱算法控制、重获主导权的关键所在。<sup>①</sup> GDPR 并未就算法解释权做出有针对性的规定,但可以从其他规范中推导出算法解释权。依据 GDPR 的序言第 71 条,自动化决策应当配备的保护措施包括“在事后获得对决策的解释”,且正文第 22 条又规定,数据控制者应当为数据主体提供最低限度的保护,而这种保护也应当包含对算法的解释。不仅如此,欧盟法院颁布的解释指南中也承认该项权利,认为数据控制者至少应当以简单的方式告知数据主体决策背后的基本逻辑或标准。解释权与知情权具有共通之处,可视为知情权在损害发生后的延伸。解释权是受到算法歧视的主体与数据控制者直接沟通的工具,也是识别算法歧视并对其加以纠正的权利基础。

总而言之,欧盟关于算法歧视的专项规定较少,主要从数据入手实现对算法的源头治理。欧盟首先将算法歧视定性为对数据的不当处理,随后依据内外部综合监管的理念进行监管体系架构,而后针对数据保护规定了覆盖数据处理全过程的管理措施。其中,欧盟特别注重对算法应用的事前审查,对算法的使用采取严格审慎的态度。数据赋权也是欧盟算法歧视规制的一大亮点,各个数据权利形成了一个完善的个人数据保护体系以抵御不法侵害。欧盟通过对数据赋权的方式对算法运行的底层逻辑进行解构,以法定权利倒逼数据处理者按规范行事,最终达到规制算法歧视的目的。尽管如此,欧盟对于算法歧视的规定仍存在缺陷,如缺乏针对性、过于严格等。

### 三、欧盟规制框架下中国企业的困境分析

在经济全球化趋势的推动下,各国企业均不断抢占海外市场以追求巨大经济利益,欧洲也是中国企业开展对外合作的重要区域。虽然受国内外复杂因素影响,近年中国企业对外投资增速有所放缓,但考虑到欧洲在科研环境、人才储备方面的优势,中国企业在欧洲市场开疆拓土的局面仍将持续。欧盟中国商会发布的《2022

<sup>①</sup> 张欣:《算法解释权与算法治理路径研究》,载《中外法学》,2019年第6期,第1425-1445页,这里第1430页。

年中国企业在欧盟发展报告》显示,截至2020年底,中国通过直接投资在欧盟设立的企业已近2800家,遍布欧盟27个成员国,2021年中国对欧直接投资持续逆势增长。中国企业在经营过程中会广泛应用算法技术开展宣传、研发等工作,易受技术等方面因素影响而产生算法歧视问题。欧盟以GDPR为主体构建了对算法歧视的严密监管体系,GDPR以其监管措施的严格程度及“长臂管辖”条款闻名于世,中国企业无论是对欧投资还是开展其他经济合作,都要面对严格合规审查等现实问题,动辄上亿欧元的罚款更是让中小企业望而却步。欧盟在算法歧视方面的严格规定暴露出我国企业在处理算法歧视问题中的诸多不足,我国企业须做到中欧双方法律框架下的双重合规,双方规则间的现实差异乃至冲突则给中国企业在欧发展带来了一定障碍。

### (一) 合规意识要求较高

应对算法歧视的前提和基础是正确认识算法歧视,相关主体对算法歧视的认识程度决定了其治理歧视的态度和决心,也影响着其治理手段的选择。欧盟的规定虽然只涉及对企业外在行为的规制,但实质上 also 对企业提出了意识层面的要求,例如其数据赋权的创新治理路径就要求企业树立尊重公民权利的意识。欧盟法律与各成员国的立法共同发挥作用,对算法歧视的规定密如凝脂,我国企业稍有不慎就会产生算法歧视,相关企业必须保持对算法歧视风险的高度敏感性,否则便可能面临巨额罚款。<sup>①</sup> 例如,GDPR规定数据处理者应当提供详细的数据处理流程及目的信息,在算法运行过程中承担数据痕迹可查义务。我国虽无相关规定,但我国企业仍须培养出适合欧盟标准的合规意识。欧盟规定给我国企业带来的风险主要缘于社会传统及市场现状的不同,也正是这种差异让我国企业在面对严密完善的欧盟规则时无所适从。欧盟地区具有浓厚的私权保护传统,公民也具有较强的权利意识与维权习惯,且欧盟较早展开对人工智能算法领域的治理,欧盟本土企业也积累了大量算法合规经验,在这种社会环境下发展起来,很容易培养出较强的算法合规意识。进入欧盟法域内的外国企业只有树立较强的算法合规意识方可达到欧盟要求,这就从意识层面上对我国企业提出了较高要求。

虽然我国大数据“杀熟”的新闻屡见报端,但民众对于算法歧视的认识仍停留在较低水平,国家也较少从规范层面进行回应,企业的算法合规意识普遍较弱。以算法的区别定价为例,艾媒网于2018年发布的《2018中国大数据“杀熟”网民态度行为调查报告》显示,爱奇艺与抖音等热门网络平台内均存在差异定价问题,但

---

<sup>①</sup> 梅傲、侯之帅:《互联网企业跨境数据合规的困境及中国应对》,载《中国行政管理》,2021年第6期,第56-62页,这里第56页。

73.9%的受访网民对此种情况毫不知情。2019年北京市消协发布的报告则发现大数据“杀熟”具有极强的隐蔽性,后续举证维权极为困难,且仅有11.71%的受访者在遭遇算法歧视后会选择求偿。国家层面则是在2018年的《电子商务法》中才涉及电子商务经营者不应提供歧视性搜索结果,2021年才出台了《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)及《互联网信息服务算法推荐管理规定》等规则以针对性地反对各类算法歧视行为。由此可见,我国对算法歧视的关注整体不足,公民即使发现算法歧视也往往因各种原因放弃追责。国家对算法歧视的监管亦起步较晚,企业难以形成较强的算法合规意识,更易因盲目追求经济效益而忽视公民的合法权利,一旦将这种习惯带入欧洲市场,便会和欧盟重视数据权利的习惯产生冲突。总之,我国企业在从事欧盟法律管辖范围内的经营行为时往往忽视对算法的审查及监督从而纵容算法歧视的产生,合规意识的欠缺无疑会阻碍我国企业的长远发展。

## (二)域外法律规则复杂

欧盟法域内生效的法律数目繁多、更新较快,法律规定的內容也各不相同,这就给外国企业理解并遵守相关法律带来了挑战。由于欧盟内部权力结构较为特殊,欧盟法域内生效的反算法歧视的法律规则由欧盟法律及各个国家的国内法组成,具有层级上的多样性,且经过较长时间的发展,欧盟反算法歧视立法已经在内容上有所突破,在不断细化的同时也体现出欧洲独特的法律文化及价值观,这种复杂的法律规则为中国企业在欧发展带来了巨大挑战,也潜藏着违法违规的巨大风险。

首先,欧盟关于算法歧视的立法更新较快、内容丰富,中方企业在学习掌握相关法律并针对法律规定调整经营策略的过程中极易产生误解及考虑不周之处。欧盟反算法歧视相关的法律规定肇始于1981年,经过四十余年的社会实践及科技发展,欧盟诞生了多部涉及反算法歧视的立法,这就在形式上为中国企业规避法律风险造成了障碍。不仅形式上如此,欧盟关于算法歧视的立法贯穿事前算法设计到事后责任承担的全过程,既选取了数据赋权的创新性规制路径,又涉及诸多程序性规定。我国对算法歧视的规定数量较少,虽在《个人信息保护法》第二十四条及《指南》第十七条中有所体现,但多以简单禁止性规定呈现,程序等配套规定粗糙。我国企业在适应该种规则生态的前提下进军欧盟,除了需要了解法律规定的具体内容,还要对欧盟及其成员国的机构设置、运作流程有一定的了解,这也对我国企业实现算法合规提出了更高要求。例如,《人工智能法》的通过便会引发新一轮的人工智能治理方式变革,其中规定的建立质量评估系统等内容便需要我国企业积极响应跟进。

其次,欧盟域内生效的法律规范层次多样。欧盟并非一个纯粹的主权国家,而

是由各成员国让渡主权而产生的区域性政治经济组织。<sup>①</sup>在这种背景下,欧盟立法与各个成员国之间的国内法并驾齐驱,都是中国企业应当遵守的法律规范。作为欧盟反算法歧视制度的中流砥柱,GDPR是反算法歧视的主要依据,不仅适用于在欧盟设立机构的数据控制者、处理者,更扩张适用于处理欧盟公民个人数据的所有情形,且GDPR规则直接在欧盟成员国内生效,这就决定了GDPR适用范围的广泛性。GDPR在要求各成员国将其规定融入国内立法的同时也允许各成员国在多个领域进行国内立法,如针对敏感个人信息的处理等。欧盟各成员国的反垄断法律制度、人工智能法律制度也或多或少涉及有关算法歧视的立法,如《德国反不正当竞争法》就对不公平的定价进行了规定,与算法歧视概念项下的区别定价行为存在重合。我国《指南》等规范亦有明确的适用范围,各类规则间的效力位阶较为明确,而欧盟独特复杂的立法体制可能会产生法律的冲突与矛盾,这就加大了中国企业掌握相关法律的难度。

最后,欧盟立法中暗含的独特社会文化也是中国企业在用算法过程中容易忽视的重要因素,欧盟现有的27个成员国的社会状况不一,造就了比较多元的文化氛围。性别、收入、种族等信息在中国远不如在欧盟那般敏感,我国企业也缺乏数据分级保护的习惯与意识,而欧盟的法律规定却将这类数据严加保护,这种由文化差异产生的法律差异可能导致我国企业因其习以为常的行为被视为违规而遭受处罚。<sup>②</sup>总之,欧盟独特的立法体制及法律规定本身就存在理解及应用门槛,中国企业要完全做到遵纪守法、避免算法歧视风险具有一定难度。

### (三) 算法治理难度攀升

在欧盟反算法歧视法律规定本身较为复杂的前提下,我国企业反算法歧视经验的匮乏及技术的落后极易招致经营障碍。规则的复杂性要求企业在面对算法歧视风险时采取有效的应对措施,这也是对企业经营方式及合规能力的重大考验。具体而言,欧盟要求相关企业进行数据清洗以规避算法歧视风险,同时提升算法透明度以加强公众监督,还以征求事前同意等方式提高算法准入门槛。我国企业在面对这类陌生要求时往往经验不足,难以准确把握这些新型制度在实际操作中的界限,若对规则把握过严则会限制企业对算法的应用及自身发展,反之则会面临违法风险乃至遭受严厉惩罚,企业经营处于两难境地。

首先,我国法律尚未规定数据清洗规则,相关行业也并未形成数据清洗传统。数据清洗涉及对数据质量的判断分析以及对数据的全面审查,具体审查指标包括

<sup>①</sup> 刘文秀:《界定欧盟政体性质的几个因素》,载《欧洲研究》,2004年第1期,第80-92页,这里第80页。

<sup>②</sup> 许可:《算法规制体系的中国建构与理论反思》,载《法律科学(西北政法大学学报)》,2022年第1期,第124-132页,这里第126页。

数据形式的一致性、内容的准确性等。我国企业在实际经营中考虑到合规成本及法律风险的平衡问题,数据筛选过程也以追求经济利润为价值导向,数据清洗的效果难以达到欧盟立法者的预期,算法治理的难度因此大大增加。

其次,我国企业在算法透明度方面也存在较大提升空间,一旦与欧盟对算法透明度制定的高标准发生碰撞,便可能会产生一系列连锁反应。我国企业目前存在的主要问题是算法透明度低,且我国企业算法运行的全过程都由企业自己主导,公众只能从算法运行结果中获取算法信息,存在时间上的滞后性及内容上的模糊性。虽然《个人信息保护法》等规则已初步涉及数据处理者的公开义务,但具体运作机制不明,实际效果不甚突出。欧盟规则要求将算法运行的基础逻辑以可理解的方式提供给数据主体,这是对我国企业算法公开意愿及能力的双重考验。此外,我国企业还要严格把握公开程度,在合法的前提下严守商业秘密,保持企业的市场竞争力,这也是欧盟规则对我国企业的内在要求。

最后,我国企业在欧盟地区发展所面临的是一套完善的反算法歧视规则,但我国企业内部并未建立与其接轨的算法治理体系。GDPR中规定了大型企业必须内设DPO,对一系列数据收集运用过程进行监督,并承担提供专业建议、与监管机关交涉等责任,这就保证了企业自身对算法歧视风险的有效排查,能够防算法歧视风险于未然。我国对相关内容的规定集中于网络安全相关法规中,但规定较模糊。<sup>①</sup>企业的传统内部结构中也缺少对算法的监管机构,通常将包括算法歧视在内的多数法律问题纳入法务部门的监管范畴,这种监管模式有两点不足:一是法务部门对算法的认识不够深入,容易产生认知偏差而纵容算法歧视;二是这种方式往往存在滞后性,难以彻底移除算法歧视的消极影响。这种传统的监管模式在欧盟规则体系中也难以发挥作用。总之,欧盟法语境下的企业在反算法歧视方面承担了较多的义务,我国企业在面对欧盟严格要求时暴露出的诸多不足也意味我国企业将面临较大的法律风险。

#### 四、欧盟规制现状下中国对策的路径构建

我国企业在与欧盟进行经济往来时面临着较大障碍,但经济全球化的趋势和企业追求商业利益的本质决定了我国企业即便面对诸多障碍也必须迎难而上,不可因噎废食。我国在技术及规范层面与欧盟尚有一定差距,反算法歧视的社会观念尚未成型,但也逐渐重视起对个人数据权益的保护及对技术伦理的审查。在现实商业需求的驱动下,我国需要在提高自身治理水平的基础上采取多元措施推动

---

<sup>①</sup> 相丽玲、王秀清:《中外数据保护官制度分析及启示》,载《情报杂志》,2021年第6期,第137-142页,这里第142页。

企业赴欧稳健发展。

### (一)国家层面:积极推进宏观保障

目前我国对算法歧视采取的措施远不如欧盟严格,社会整体对算法歧视的危害性也知之甚少,故不少国内企业也会忽视算法歧视问题的严重性,可以说,国内对算法歧视治理的不足是企业面临障碍的重要原因。我国一贯重视科学技术的核心竞争力地位,在算法歧视治理方面也需不断转变思维。在我国大力推动企业“走出去”战略的背景下,只有将我国建设成反算法歧视的法治高地才能与国际接轨,实现我国企业算法应用在欧盟法律框架内的合规,进而促进技术进步与经济繁荣。

#### 1. 优化算法治理环境

我国企业在欧面临合规障碍的重要成因之一就是我国整体对算法歧视缺乏重视,无论是从社会文化还是法律制度上都对算法歧视认识不足,这就为算法歧视的滋生创造了适宜的环境。在欧盟反算法歧视法律制度不断健全、违规惩罚不断加码的现状下,我国企业应努力杜绝算法歧视的发生,为此需要转变观念,改善我国国内的算法应用环境,具体可从以下三个方面入手。

首先,立法机关及行政机关要加大对算法歧视的关注度,以适应社会发展为导向积极推动治理理念及方式的转型升级。目前,我国对算法歧视的关注较少,应在立法、行政及司法过程中结合算法本身的特点对算法歧视进行治理,引导企业在应用算法时讲求伦理价值,倡导企业在商业行为中履行社会责任,避免算法滥用对公民权利的侵害。<sup>①</sup>其次,我国应推动相关行业在业内达成反算法歧视共识,发挥行业协会及各行业带头作用。以算法歧视高发的互联网行业为例,2001年5月,我国就成立了中国互联网协会,该协会的会员是与互联网相关的企事业单位及社会团体,该协会承担着制定互联网行业自律规范等重要职能。虽然该行业大数据“杀熟”现象屡见不鲜,但该行业协会尚未就算法歧视做出规定,由此可见我国行业协会对算法歧视的治理存在严重滞后性。国家应当充分发挥行业协会的技术优势,依靠行业协会凝聚行业共识,从而推动形成算法合规的内生动力。最后,算法歧视事关公民个人利益,营造良好的算法治理环境也需依赖大众的共同努力。然而,我国民众目前对算法歧视的认识还比较浅显,媒体对相关热点事件的报道也多集中于“区别定价”等网络购物领域,且重点在于对特定平台的批判,并未有效引导公众反思其背后存在的算法歧视问题。我国应重视社会力量的作用,通过多种形式提高公众对算法歧视的敏感度,以便进行后续治理。

<sup>①</sup> 张锐智、李柏萱:《网络服务提供者权力异化及法律规制》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》,2022年第1期,第96-104页,这里第104页。



## 2. 完善算法歧视立法

仅依靠营造良好的反算法歧视氛围并不能确保企业有效治理算法歧视,达到这一目标还需要详尽的法律制度作为支撑。我国应从国内法入手提高反算法歧视水平,帮助企业增强适应相关法律的能力,推动企业完善自身的算法歧视治理机制。我国在很长一段时间内未在立法方面对算法歧视进行治理,直到最近才出台部门规章专门规制算法推荐领域的问题。这仅是我国反算法歧视法律制度构建的开端,其中还存在诸多缺陷亟待弥补。

首先,我国应当提升反算法歧视法律的效力层级,对比欧盟在 GDPR 与《人工智能法》中展现出的重视态度,算法歧视在我国立法中一般作为附属性治理对象出现,且我国目前高度依赖规章等规则,内容亦多为重复的原则性规定,部门规章在司法实践中的作用有限。我国应在适用规章的同时将算法歧视纳入经济法等法律的范畴内,此举既可以彰显出国家对算法歧视的重视,又可以加大对算法歧视的规制力度。其次,我国应当对反算法歧视规则进行细化,包括对算法歧视的认定以及处罚措施等内容。欧盟法律在算法歧视方面的规定十分细致,以《人工智能法》为例,该法不仅规定了合格性评估等配套制度,更借助权利义务规范、程序规范、纠纷解决规范等构造了歧视风险消除体系。我国《互联网信息服务算法推荐管理规定》已经规定了算法推荐服务提供者应当遵守的行为准则以及违反规范的法律责任,但这些规定整体上仍较为粗糙。对于新型算法歧视的规定,可以采取出台规范性文件等方式进行细化,协助执法者认定算法歧视现象并给予适当处罚。最后,目前我国针对算法歧视采取的多部门联合立法的方式可能在实践中引发一系列问题,需要进一步明确算法歧视的主管机关,负责算法歧视的事前预防及事后追责工作。具体而言,我国可借鉴欧盟做法,在公私主体层面均设置专门机构负责算法歧视及相关工作,形成反算法歧视的统一体系。目前各个部门容易产生部门权限冲突及利益协调问题,影响彼此间的协调与配合,各个部门对于法律的解释不同也会带来规范适用时的矛盾。<sup>①</sup> 确定反算法歧视工作的主管部门,有利于保证规范的一致性并提高问题的解决效率。

## 3. 加大支持保障力度

我国企业在开展涉欧业务时面临欧盟规则的辖制,仅靠自身作为经营主体的权利难以与强大的监管力抗衡,故我国应采取多元的保障与支持措施,优化我国企业的出口环境并为我国企业提供经营助力。具体而言,我国应提升自身在算法治理领域内的影响力,着眼于国际视野并善用国际规则,在强化我国企业合规风险应

<sup>①</sup> 封丽霞:《部门联合立法的规范化问题研究》,载《政治与法律》,2021年第3期,第2-15页,这里第14页。

对水平的同时促进国际规则的调整更新。

首先,我国应加大对算法治理基本理论及技术水平的研究投入,增强我国在算法歧视治理方面的影响力。欧盟利用“布鲁塞尔效应”,凭借自身在市场规模等方面的优势将自身规则的影响扩大至全球范围,意在掌握数据领域的规则话语权。<sup>①</sup>我国也应加速攻克算法透明度难题,通过制度创新夺取国际规则制定话语权,布局独立自主的算法歧视治理体系,破解我国企业应对高标准规则的适应难题。其次,我国应积极开展国际合作,加强与欧方的交流沟通,积极促成相关国际条约的签订与落地,在愈演愈烈的数据治理权纷争中寻求平衡。具体而言,我国可依据算法在不同领域应用的歧视风险程度与欧方开展协商,逐步提高企业跨境经营过程中算法应用规则的协调性,以技术发展的趋势与算法应用的需求为工具弥合制度鸿沟。再次,我国应加强域外法治建设,在遵守国际法的前提下补齐涉外法律体系建设的短板。我国应当积极促进国内法律的必要域外适用,在我国企业遭遇程序或实体上的不公正对待时采取相应措施予以反制,间接增强我国企业应对欧盟规则的能力。最后,我国还应针对算法歧视高风险行业企业进行专项培训指导,由商务部等部门牵头,利用国家机关对企业对欧经营状况等信息的强大整合能力,在制定合规指导指南的基础上对法律风险点进行提示,督促相关企业提高合规水平。

## (二)企业层面:全面筑造自治生态

目前,我国企业对算法歧视的认知水平不足,治理成效较差,较难满足时代发展趋势与欧盟高标准的反算法歧视要求。反算法歧视工作的推进是大势所趋,亦是企业长远发展的重要保障,我国企业只有积极主动提升算法歧视治理水平,才能在适应欧盟规则的同时实现内部自治。外部措施仅能为算法歧视创造基础条件,企业自身积极防范算法歧视的发生才是治本之策。

### 1. 理念之维:端正自身态度

我国企业容易产生算法歧视的重要原因之一就是对待算法歧视的态度不够端正,或将算法歧视合理化为一种正当经营策略,或将算法歧视视为算法应用过程中不可避免的产物,并未意识到算法歧视对公民权利的严重危害。也正是受这种态度的影响,我国企业在被指责其经营过程中存在算法歧视时总会回避问题。美团、携程等网络平台曾相继陷入算法歧视风波,对不同群体采取不同的定价,如美团外卖于2020年12月17日就发文对“会员和非会员配送费差异”问题进行解释,声称该现象是由于“定位缓存”问题引起,试图否认算法歧视现象的存在。这种态度表

<sup>①</sup> 刘业:《美欧数据跨境流动博弈中的欧盟技术主权战略及其实现》,载《国际法研究》,2023年第6期,第64-85页,这里第73页。

明企业的经营理念出现了偏差,需要进行纠正。企业不仅在国内经营时应注意算法歧视问题,更应认识到反算法歧视运动在全球范围内的普及。

首先,企业应当尊重公民权利,不能一味追求经济利益而肆意践踏公民隐私权、平等权等宪法权利。企业在使用算法时应遵循技术伦理,算法系统的设计和采用应当顺应世界范围内重视技术伦理与算法正义的基本趋势。欧盟维护数据主体权利的制度架构与企业追求商业利益的价值取向之间存在天然矛盾,企业必须适时调整自己的经营策略,树立底线思维,才能避免侵犯公民权利以及给自己的生产经营带来法律风险。其次,企业应当重新审视算法歧视,不能仅注重其带来的短期经济利益,更要重视其对公民权利、社会秩序的影响。在面对歧视性算法时,企业应当考虑到使用该算法对自己市场信誉、发展前景的长期影响。<sup>①</sup>倘若我国企业面对欧盟规则时仍鼠目寸光,无疑会因巨额罚款遭受巨大打击。最后,除了重新审视算法歧视本身,涉欧企业也要严肃对待紧随其后的法律问题,结合各国司法实践对欧盟反算法歧视规则进行研判,在欧盟法语境下做到算法合规。总之,企业只有从理念层面做出改变,才能更好地适应欧盟法律规定,在面对我国及其他国家日益完备的反算法歧视规则时也可从容应对。

## 2. 制度之维:掌握法律规则

我国企业在面临欧盟法律规则时往往因中欧法律差异问题面临许多挑战,如因对欧盟法律认知不够而错误决策,最终可能导致自身行为触犯欧盟法律。我国企业应对欧盟复杂的反算法歧视规则进行全面把握,知己知彼方能百战不殆。虽然欧盟反算法歧视法律规则的复杂性及中欧文化差异都给企业理解相关法律规范造成了阻碍,但企业仍然可以通过对法律文本及司法实践的分析把握要领,逐步向欧盟法律规则要求靠拢,避免产生法律风险。除此之外,美国等主要经济体也先后形成了独特的反算法歧视规则,企业对欧盟规则的理解及应用模式也可扩张适用于我国企业的其他域外经营实践。

一方面,企业要从宏观上把握欧盟反算法歧视规则,理解立法者的立法意图。任何法律规则都是以一定价值取向为主线制定的,我国企业若要理解欧盟反算法歧视法律制度,不仅要掌握具体规则,还要把握欧盟立法的发展趋势及总体特征。欧盟相关立法脱胎于其人权保护的立场,也与欧盟在信息时代话语权争夺中面临的挑战息息相关,对其进行充分解读是我国企业认清定位差异、适应外部环境的重要途径。例如,法律原则被认为具有补充、修正及解释法律规

---

<sup>①</sup> Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey, *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*, Massachusetts: MIT Press, 2012, p. 18.

则的重要作用,<sup>①</sup>企业可以通过对欧盟反算法歧视法律原则的阐释或对立法发展史的关注,认识到欧盟法律对特定问题的基本态度及其变化,据此选择算法及相关经营策略,唯有如此才能在法律调整或法律规定尚不完善的情况下避免与立法本意相冲突,造成不必要的损失。

另一方面,企业更要关注算法运行中的具体规则,这也是其消除欧盟反算法歧视法律障碍的主体工作。欧盟对算法治理的规定独树一帜,其借助个人数据保护实现源头治理,又通过严格的事前规制及惩罚措施保障数据安全。这种复杂严格的法律规则对我国企业来讲无疑是一块“硬骨头”,如果我国企业不能针对其特征进行解读,其涉欧业务的开展便会有受阻之虞。第一,我国企业应当注意欧盟法律规则的更新及时效问题,关注欧盟最新的立法动向。数据保护及人工智能等关键领域内的立法都可能对企业行为起到约束作用,企业必须提高对立法机关活动的关注度,才能掌握合法经营的主动权。第二,我国企业应当注重各类法律之间的联系,将欧盟法律与其成员国国内法都纳入学习范畴,只有同时对世界前沿的反算法歧视立法保持关注并预测其他经济体的反应,才能正确处理国内法的一些变通规定。这既可以在各国法律框架内最大限度地发挥算法的作用,又可以精准避免违反相关法律。第三,我国企业在学习欧盟法律规则时应当注意体现欧洲社会特色的法律条文,将表达其独特价值取向的条文提炼出来。例如,种族问题在国内的敏感程度远不如欧洲,我国企业也要注意这些法律规定中的特殊问题,以免因社会文化不同而产生对法律理解的偏差。总之,企业必须从规则本身出发,理解欧盟反算法歧视法律对于企业的要求并向其靠拢,避免违法风险。

### 3. 管理之维:加强内部控制

企业对算法歧视风险的把控不能仅停留在认识层面,还必须采取实际行动完善企业内部的风险控制机制,以实现算法歧视风险的内部控制。在对欧盟法律的要求有一定的了解后,企业就必须采取相应的措施以达到域外法律对算法合规的要求,实现各个环节中的风险控制。企业对算法的治理需要统一的领导核心及完善的配套制度,我国也需要从组织架构等方面进一步完善企业内部风险控制体系,扫清算法治理的制度障碍,提升自身算法歧视治理水平,以便在域外经营时不困于规则差异。

内部控制理论是企业管理领域内的传统概念,主要包括会计控制、业务控制及法规执行控制等内容,目的是避免企业的经营风险。内部控制制度的构建以防范

---

<sup>①</sup> 韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,载《吉林大学社会科学学报》,2017年第6期,第5-16页,这里第5页。

风险及实现监督为目的,有助于提升经济效益、提高企业应对风险的能力。现代企业在算法歧视治理过程中也可以引入内部控制理论,通过完善内部控制系统以实现风险治理。<sup>①</sup> 各国反算法歧视规则的根本是规制算法使用行为,企业内部控制水准的提高是满足各国法律需求的通用对策。

首先,企业要改变分割化的算法监管权力配置体系,实现算法监管权力的整合以提高治理效益。大型企业内部组织机构复杂,研发部门、营销部门及法务部门都与算法歧视有关,单凭任何一个部门无法完全避免算法歧视的产生,而是需要各个部门的合作,发挥各自在信息技术、法律等领域的优势。同时,企业应当确立算法歧视工作的主管部门以避免权力分散带来的诸多弊端。

其次,企业应当完善算法的事前审查机制并制定科学的审查标准。欧盟法律规定中对算法的评估是应用算法的前提,一旦评估显示算法具有产生歧视的重大风险,企业的原定经营计划就会受到影响。企业拥有对算法的主动选择权,也具备与算法开发者直接沟通的条件。企业应注重观察算法的应用范围、收集数据的范围及处理数据的程序,及时发现算法中潜藏的歧视风险并予以纠正,使算法顺利通过欧盟评估。

最后,在事前预防措施失效时,企业还必须建立完善的应急机制,以减弱算法歧视的影响。企业在应用算法时会无可避免地产生外部效应,积极接纳外部反馈并适时调整算法是应对算法歧视的重要措施。企业应当在发生算法歧视后迅速进行排查,找出算法设计运行中的歧视性因素,采用数据清洗等技术实现对算法的优化。只有改变合规与流程设计相分离的传统做法,从结构上构筑驱使企业主动作为的组织体系,才可以避免观念与实践的脱节。<sup>②</sup> 总之,企业必须着手建立算法歧视的内部控制体系,以算法运行为主线采取针对性措施,才能实现对算法歧视直接有效的监管。

#### 4. 技术之维:改进治理手段

算法具备鲜明的技术性特征,仅仅依靠传统的治理手段无法实现对这一新技术的有效监管,企业如果要解决算法歧视问题,就必须采取技术性手段,比照欧盟法律的要求推动算法公正的实现。GDPR 是在算法等技术兴起之后出台的法律,其立法内容已经带有较强的科技色彩,并不拘泥于传统的法律关系,而是从具体的数据处理技术出发,对算法的公开、数据的筛选过程等具体问题做出规定。当今企业对数据的处理高度依赖算法的运作,算法歧视也正是起源于算法的运作。我国

<sup>①</sup> 王伟:《平台扼杀式并购的反垄断法规制》,载《中外法学》,2022年第1期,第84-103页,这里第84页。

<sup>②</sup> 周汉华:《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》,载《法学研究》,2018年第2期,第3-23页,这里第9页。

企业在面临 GDPR 规则时也要对这些规则做出回应,解决算法治理中的技术问题。

首先,依靠企业自身探索算法治理的技术路径并不现实,从研发成本及效率来看,这均非解决算法问题的最优解。虽然算法通过个性化推荐等方式弱化了受众的共同体意识,降低了受众对于公共议题的关注度,但法律规定又将企业纳入一个新的共同体中,企业必须加强与相关主体的交流与合作,形成反算法歧视的共同体,共同促进创新反算法歧视技术的改良。中国互联网协会等主体可以为这种交流搭建平台,以实现其促进行业交流合作的宗旨。

其次,我国企业要把握算法透明的程度,采取合理的方式向公众解释其算法的运行逻辑,既要遵守 GDPR 的相关规则,又要尽可能实现企业自身权利。算法透明只是通向算法可知的阶梯,仅仅是一种事前规制手段,对透明度的要求不宜太高,否则可能与国家安全、私主体权益等相冲突。企业可以采取技术手段,对算法的具体运行过程及关键数据进行保护,同时避免算法歧视及商业秘密泄露的风险。

最后,企业应当改进数据清洗技术,细化筛选数据的颗粒度。实践中的数据清洗方法通常被视为发明专利予以保护,这虽然增加了企业应用数据清洗技术的成本,但也促进了清洗技术的不断发展。企业应当选择较为准确的数据清洗方法,精准排除种族等敏感数据以实现数据脱敏,同时又能最大限度地保留有用数据以促进企业发展。总之,企业必须与其他主体合作精进治理技术,在算法歧视成因复杂化、表现隐秘化的背景下采取高科技手段优化算法治理路径。

我国涉欧企业应用算法所面临的障碍成因复杂,除了欧盟法律本身的规制特征,还受我国算法歧视立法现状、企业内部管理机制等因素的影响,因此,障碍的克服也需依赖各方主体的综合治理。国家应当从社会环境与制度支撑两方面为企业治理算法歧视提供条件。企业也应当端正态度,积极适应欧盟规制环境,从结构与技术层面着手治理算法歧视。只有实现多方主体的良好配合,才能帮助企业消除算法歧视风险,在欧盟法律规制背景下实现合规经营。欧盟以严格的反算法歧视规则处于全球技术治理高地,我国企业可将欧盟作为合规政策的对照组,借此实现商业版图在其他国家的扩张,在合规与盈利之间寻求平衡,培养适应国内外多种反算法歧视规则的较强弹性与活力。

责任编辑:江语林