

捍卫权利模式

——个人信息保护中的公共性与权利

朱 振

内容提要:个人信息权和个人信息受保护权是两种相对立的模式,学界通常认为个人信息权赋予个人排他性的支配权,这与个人信息的公共性相矛盾。个人信息的公共性并不必然反对权利模式。一种广义的公共性包含着个人信息所负载的公共利益,个人信息的公开化也是网络时代个人和商业交往的必要前提,但这并不意味着要否定个人信息保护的权力模式。公共利益具有多样性,正是某些公共利益支持了权利。权利所蕴涵的主张权确保了人的尊严和自由,这也是个人信息保护法的立法宗旨;个人信息受保护权做不到这一点,它不具有义务指向性。但在立法模式上,个人信息保护法要以义务性规范或禁止性规范为主,这是由网络空间个人信息的性质决定的。

关键词:个人信息 权利 公共性 共同善

朱振,吉林大学理论法学研究中心教授。

中国法学界在开始关注个人信息问题时,^[1]普遍使用“个人信息权”这个提法;^[2]随着数字经济的兴起以及个人信息在商业上越来越广泛的应用,无论是学术界还是实践界都越来越倾向于“个人信息权益”或“个人信息受保护权”的提法。^[3]个人信息受保护权只是确立了一个间接的权利,即国家或法律有保护的义务,但是采取哪一种保护形式不在这一权利的考虑范围内。在理论解释上,采取该立法模式的主要理由是个人信息具有强大的公共面向,私法保护模式损害了这一公共面向。这就是个人信息保护的两种模式:权利保护模式强调个人对信息的控制力,通过私法上的救济途径来维护自己的权利;而权力

[1] 本文在同等意义上使用个人信息、个人数据、个人资料(个资)等术语,用“信息主体”指被搜集信息的一方,并用数据企业、业者、组织等指搜集和利用数据的一方。

[2] 参见王利明:《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》,《现代法学》2013年第4期。

[3] 王锡铤也称为“权力保护模式”,参见王锡铤:《个人信息国家保护义务及展开》,《中国法学》2021年第1期,第145-148页。

保护模式则是在立法上通过建构体系性的个人信息使用和利用规则,以对信息搜集者施加义务的方式,来维护个人在其信息上的权益不受侵犯。

个人信息是以权利的方式保护还是以权益的方式保护,在学术界引起了巨大的争议。但立法上的态度一直是明确的,即以权益的方式保护。《民法总则》第 111 条以及随后的《民法典》第 111、1034 条都未采用“个人信息权”概念,只是规定“自然人的个人信息受法律保护”;《个人信息保护法》第 1 条也明确规定:“为了保护个人信息权益,规范个人信息处理活动,促进个人信息合理利用,根据宪法,制定本法。”民法和宪法学界多支持这一做法,主要理由是个人信息在比较大的程度上涉及到公共利益,不能以赋予个人权利的方式来保护个人信息。公共利益构成了“个人信息权益保护”的主要理由,大量的论著都指向了这一点。而问题在于:第一,公共利益是否是权利保护的对立面;第二,权利保护模式是否意味着个人对信息的全面控制;第三,私法保护的不足是否构成了权利模式之不足的理由;第四,利益保护模式是否忽视了权利的重要性。现在关于个人信息保护问题的很多研究存在着不少概念上的混乱和误用,本文的目的就是通过澄清这些混乱和误用,来辩护一种受到界定的权利保护模式。既然我们无法采用美国法上的数据信托模式,就只能通过权利保护模式来动态地对数据企业科以更广泛的义务。这是一种更类似于欧盟数据保护的 模式,但具有中国特色。

本文的论述主要不是辩护个人信息应成为一项权利,重点是要指出,采取权利 的立法保护模式更有优势,而学术界和实践界所强调的个人信息公共性都不构成权利模式的反对理由。这种优势更多是规范性上的,而不是保护力度上的。在法律保护的力度上,权利保护模式和非权利保护模式不一定必然存在差异,没有高低之分,甚至非权利的法律保护方式比权利的保护方式力度还大。^[4]另外,权利模式也不等于必然采用私法保护模式,赋予信息主体权利并不等于赋予个人控制权;在互联网时代,私法模式可能是一种低效的且难以实现的模式,不符合现实状况。

一 个人信息的公共性:对一些典型观点的评析

物理世界与网络空间的个人信息在性质上有明显的不同,因为在网络空间匿名化已经不可能,公开以及身份的可识别性成了人的社会化生活的一部分,更不用说大数据时代个人信息已经成为一种重要甚至是核心的经济资源。正如赫姆斯(Thomas Hemnes)所指出的,在当下的互联网时代,没有地方可以隐藏,也没有地方可以匿名化并仍旧进行商业生活,个人身份的公开是进行个人或商业事务所必要的。因为一旦进行社会交往,就要面临相互间的身份认知;而身份是建立在个人信息之上的,二者是内在相关的,因此身份必定不能是私人占有的,除非不进行这样的社会交往。赫姆斯从身份的角度认为,各种互联网公司搜集个人信息的行为是可理解的,因为这是社会交往所要求的公开个人身份的

[4] See Alon Harel, What Demands are Rights? An Investigation into the Relations Between Rights and Reasons, 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 101, 104 (1997).

需要,但要进行适当监管。个人信息是建构身份的基础,这从一个侧面也说明,个人信息不能走向匿名化的道路,要进行公开,我们所需要做的是防止滥用个人信息(尤其是敏感个人信息)、传播虚假和具有误导性的信息。^[5]

显而易见,个人信息既具有个人性的一面,又具有公共性的方面。这一双重性质严重影响了学者们对个人信息法律模式的判断,公共性成为反对权利模式的主要理由。依据公共性在这一判断中的重要性程度,从弱到强我们可以分为三种论证模型:一是认为个人性和公共性同等重要,既要保护个人信息,又要考虑到对信息的利用,实际上就是要同等重视个人信息的经济和社会价值;^[6]二是认为在个人信息保护上要以社会控制论代替个人控制论,以适应个人信息的公共性,并实现信息时代对个人信息的更好保护;三是致力于一种独特的社会形态分析,由此认为个人已没有存在的空间,数据分析是社会运转的基础。^[7]第二种模型比较具有代表性,它不但赋予了公共性以核心的重要性,而且以此为基础创建了一种新的个人信息保护模式,因此下文主要讨论第二种模式所存在的问题。

高富平把欧洲基于人的尊严的个人数据保护理论和美国基于保护个人自由的隐私理论统称为“个人信息控制权”,旨在实现个人对信息的控制力。高富平认为,欧美的保护模式都是为了实现信息的个人控制以保护个人自治,尽管在欧美法体系中这种控制都不是绝对的。他似乎最终反对欧美的个人控制模式,在这一点上,他从“个人”或“控制”转向了“社会”与“利用”。在其看来,问题的关键不在于“控制”本身,而在于“利用”不侵犯个人的权益,这也应当是保护的基本目的。这一看法主要基于两个理由:一是个人信息保护的最终目的是防止滥用信息而导致对人的尊严和自由的损害,由此个人信息控制权只是保护的手段,根本不会成为一种排他性的个人权利;二是个人信息具有公共性,从性质上就不能为个人所排他性地控制。^[8]他认为个人信息控制论诞生于互联网的初期,已不适应当前的社会发展,需要反思和重构这一制度,反思的最重要的基础就是个人信息的公共性。

高富平强调个人信息公共性的论述大体上从以下四个方面展开:第一,信息一直都是处于公共领域的公共素材,是一种公共资源,它只是与个人有关联而不应受个人的控制,甚至知识产权诸权利也不是赋予对信息的支配权,而是致力于将思想创新成果推向公共领域;第二,个人信息在性质上具有经济学上公共物品的属性,即个人信息的使用不具有排他性,而排除使用的成本很高;第三,数据的开放和流通是产业发展和社会经济转型的需要,也是一个社会创新活力和社会进步的源泉;第四,数据本身具有社会价值,这种价值可能体现在许多方面,比如公开的个人身份是正常社会交往的需要:个人信息主要是人们社会活动和行为的结果,作为社会活动副产品的个人信息一旦被记录就应当成为社会成

[5] See Thomas Hennes, *The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age*, 12 *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 1, 36 (2012).

[6] 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,《中国法学》2015年第3期。

[7] 参见吴伟光:《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》,《政治与法律》2016年第7期。

[8] 参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018年第2期,第92页。

员可以获取和利用的数据资源,他们也享有“识别权”。^[9] 最后的结论是,随着信息技术的发展,个人控制论已经没有实现的技术基础和社会基础,个人力量也不能有效维护个人的尊严和自由,因此社会控制论必须出场。这意味着,个人信息的使用由法律确定,保护的责任主体以社会为主,法律规范的中心转向使用行为。这最终导致个人信息控制权的消失,取而代之的是个人信息保护权,体现在立法上就是以责任规则的形式代替财产规范的形式。^[10] 这意味着,个人信息保护是义务保护模式,而非个人权利模式。真实世界的个人信息搜集、使用的现状决定了个人权利、个人维护的保护模式已不现实。

其实,公共性的这四个方面并不是同一层面上的,不一定都能用来辩护社会控制论。有的只是单纯指出个人信息的性质,即公开性是网络空间的信息本身所特有的性质,由个人控制可能导致的匿名性不仅在技术上不再可能,而且也不利于建立正常的社会交往;而有的是在阐述后果意义上的社会利益,带有比较明显的后果主义色彩,个人控制论有可能对这种后果不利,因此反对赋予个人以信息的控制权。当然推导这一结论的前提是,个人信息控制权是绝对且排他的,权利保护模式几乎完全等于私法保护模式。这一推理的逻辑链条看似清晰明白,但其实存在一些混淆或断裂之处。从这些论述中,也不能必然得出个人信息保护的社会控制论,这是具有误导性的。

二 权利与公共性:对一些概念混淆的澄清

如果说在物理世界个人信息还能够为个人所控制,那么在网络空间,个人信息的存在方式具有经济学上公共物品的性质,即个人资料是一种公共财产。^[11] 这里是说,个人信息具有无体性、虚拟性、无限复制性、使用上的非排他性、易侵害性等特征。从个人救济的角度来说,成本很高,而业者滥用或侵权的成本很低,容易造成经济学所说的外部性。这就需要规制措施,否则将导致“公地悲剧”式的信息主体之隐私、自主和尊严的全面损害。因此对个人信息的保护是非常必要的,但是各国保护模式不同,主要就是欧盟和美国的差异。从美国保护模式看,似乎延续了经济学应对公地悲剧的思路,即把个人信息的交易也视为一个充分竞争的市场,同时把个人信息财产化,明晰产权,赋予信息主体全面的控制权,以纠正市场失灵。^[12] 比如莱斯格(Lawrence Lessig)认为,信息是一种具有重要价值的资产,商业界的利用会制造一种外部性,由那些不使用这种数据的人承担;因此应当建立一个制度,让那些使用数据的人通过向数据主体支付费用,将成本内在化。^[13]

[9] 这四点总结参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018年第2期,第94-96页。很多学者也持有类似的观点,参见梅夏英:《在分享和控制之间——数据保护的私法局限和公共秩序构建》,《中外法学》2019年第4期,第853-860页。

[10] 参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018年第2期,第99-100页。

[11] 参见翁清坤:《赋予当事人个人资料财产权地位之优势与局限:以美国法为中心》,我国台湾地区《台大法学论丛》2018年第3期,第952-954页。

[12] 吴伟光认为信息不具有公地悲剧的特征,它不是稀缺的,在经济学上无需财产化。参见吴伟光:《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》,《政治与法律》2016年第7期,第128页。

[13] See Lawrence Lessig, *The Architecture of Privacy*, 1 *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice* 56, 63 (1999).

这实际上是以个人信息性质的某种界定为前提的,即个人信息是一种公共产品,就像空气、水、无主草地等一样容易产生外部性,因为侵害成本极低,而这种成本最后由一般不享有经济利益的人承担。这就是个人信息财产化的理论依据,带有较强的经济分析色彩。所以莱斯格认为财产法就是一种将成本内在化的制度:“如果法律赋予个人控制其数据的权利,或者更准确地说,如果希望使用数据的人必须首先确保使用这些数据的权利,那么就应该针对是否应使用数据以及使用多少数据进行谈判。如果在这些权利中可以建立一个市场,市场就可以谈判这些权利。”^[14]个人信息财产化的主要目的是为了解决个人信息利用的外部性问题,使成本内在化,增强信息主体对个人信息的控制权。因此在美国保护模式上,赋予个人信息以财产权是为了加强信息主体对个人的控制权。正如翁清坤所说:“由于财产体制禁止未经事前协商而即搜集、运用个资,财产体制乃赋予当事人‘控制权’而得用以对抗个资无所不在却又常被秘密流通之现象。”^[15]

美国虽然没有采用欧盟个人信息保护法的专门立法模式,但依据财产权模式依然可以非常有效地保障数据主体的控制权,因为财产权的核心就是权利人控制的权力。欧盟立法并未采取财产权模式,而是采取基本权保护模式,在立法上也经历了一个长期的过程。《欧盟数据保护指令》就赋予了数据主体以广泛的权利,比如指令要求搜集数据的各类实体要告知公民其数据的用途、提供公民纠正错误信息的能力等。^[16]欧盟《一般数据保护条例》作了更为详细的规定,第一条规定“本条例保护自然人的基本权利和自由”,第三章又规定了各种具体的权利,比如数据主体的访问权(第15条)、更正权(第16条)、擦除权(第17条)、限制处理权(第18条)、数据携带权(第19条)、反对权(第21条)等。^[17]

欧盟保护模式与美国保护模式差异显著,欧盟模式特色如下:第一,个人对其信息享有基本人权;第二,这一人权以尊严为基础;第三,立法模式以政府管制为主;第四,由此在跨境数据流通上采取非常严格的拉平模式。美国模式特色如下:第一,信息隐私并非基本权利;第二,保护模式以市场、商业、私人部门为主;第三,信息的自由流动更为重要。巴托(Ann Bartow)综合许多学者的论述对欧盟与美国关于个人信息保护的差异及原因做了一个总结,其认为:欧盟指令的前提建立在“我的个人信息不是你的业务”这一基本理念之上,将隐私视为一项基本人权,并保护该权利免遭侵犯;则美国更为关注商业,相信私人部门、市场、技术等能够解决问题,而对政府监管更为谨慎。^[18]关于二者差异的深层次原因,惠特曼(James Q. Whitman)认为欧洲隐私保护的核心是一种尊重或个人尊严的权利,隐私权的核心在于对于一个人的形象、姓名和名誉的权利,德国称之为信

[14] Lawrence Lessig, *The Architecture of Privacy*, 1 *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice* 56, 63 (1999).

[15] 翁清坤:《赋予当事人个人资料财产权地位之优势与局限:以美国法为中心》,我国台湾地区《台大法学论丛》2018年第3期,第967页。

[16] 参见“指令”第11、12、14条。

[17] 参见欧盟《一般数据保护条例》,载丁晓东著《个人信息保护:原理与实践》,法律出版社2021年版,第191-211页。

[18] See Ann Bartow, *Our Date, Ourselves: Privacy, Propertization, and Gender*, 34 *University of San Francisco Law Review* 633, 663-664 (2000).

息自我决定权,也就是控制各类披露自身信息的权利。因此,他对于大西洋两岸的保护隐私的巨大差异有一个总结:欧洲大陆国家不相信市场机制可以充分保护个人尊严,而个人尊严主要受到大众传媒的威胁;而美国对自由感兴趣,认为自由主要是受到政府的威胁。这种核心价值的差异主要根植于不同的社会政治理想,其历史可追溯到 18 世纪晚期的革命时代。^[19]

美国和欧盟的保护模式尽管存在着这些差异,但是都注意到了个人信息或个人资料在数据时代和网络空间中的公共物品属性,在法律保护目的上都是为了实现某种程度的个人信息的自我决定权,以对抗数据企业对个人信息的可能侵害行为。显而易见,关注个人信息的公共性并不意味着必然反对权利保护模式,无论是美国的财产权模式,还是欧洲隐私保护的尊重或个人尊严的权利模式,都是一种广义的权利保护模式。而且这种权利模式也并不必然是一种完全个人控制式的模式,也就是说权利在规范效力上是有限度的,并不是绝对且完全排他的,要受到诸如国家安全、言论自由、经济交易安全等方面的限制,立法或司法也要考虑到个人利益与社会利益的平衡,因此个人资料的绝对转让原则(这是财产权交易的法则)是要加以限制的。^[20]

三 公共利益的多样化与个人信息权保护

从上述论证可知,个人信息的公共性并不必然反对权利模式,欧盟或美国的权利模式都说明了这一点。但这是一种狭义的公共性,我们也可以在后果上做一种广义的界定,即个人信息的使用或再利用具有社会经济利益,甚至代表了未来的一种经济发展模式;不仅是经济后果,在社会生活的意义上也不能完全赋予个人对信息的全面控制,因为这不利于网络时代正常的社会交往。这是否意味着权利模式的失败呢?其实并非必然如此。正如前文所述,社会控制模式超越个人控制模式主要就是基于经济利益和正常社会交往(下文统称为公共利益)的考虑,但是这里对公共利益的理解是比较单一的。而公共利益是多元的,其中某些公共利益的考虑可以支持权利的存在,这体现了一种共同善的权利观。一个合理的个人信息保护法律体系应当是一个动态、可持续更新的信息系统,它依赖于多主体之间的互动,而不是单向的社会控制能够促成的。其中,权利起到了至关重要的作用,也具有多方面的优势,这是下一部分要讨论的问题,本部分主要探究公共利益的多样化与个人信息权保护。

首先我们需要重新思考公共利益(或共同善)的性质及多元性。在个人信息上,我们可以区分三种公共利益:一是和隐私信息相连的公共利益,即一个注重保护隐私的社会、保护每一个人独处的权利是值得追求的,生活在这样一个社会对每个人都是好的,而且我们只能通过保护每一个人的隐私权来达致这样的社会;二是信息的自由流通或社会

[19] See James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, 113 *Yale Law Journal* 1151, 1161, 1219 (2004).

[20] 关于这一点的详细论述,参见翁清坤:《赋予当事人个人资料财产权地位之优势与局限:以美国法为中心》,我国台湾地区《台大法学论丛》2018 年第 3 期,第 1007-1012 页。

正常交往的实现,是一个言论自由的社会的基本前提,没有信息的自由流通,也没有一个自由的社会;三是信息的社会化利用,即无数数据的汇集、分析等具有巨大的经济价值,这是数字经济的基础,也可以说是一种重要的公共利益。这些共同善都是具有正当性的,但它们之间可能是冲突的。而且这些不同的共同善都可以支持相应的权利,^[21]比如第一种共同善可支持一种隐私权或更广义的个人信息权的存在,第二种共同善支持言论自由权的存在,第三种共同善可能支持数据企业享有一种对数据分析成果的专有权利。这三种权利背后都有公共利益或共同善的加持,而且这些共同善之间可能还是相冲突的。比如后两种共同善构成了对第一种共同善的限制,但这也只是一种限制,否则不受控制的数据搜集和利用、过度公开个人信息都会构成对人的自由和尊严的一种冒犯,甚至侵犯。因此,在个人信息上并不存在单一的个人控制还是社会控制,毋宁说是在法律控制下的一种平衡。在这一平衡中,个人信息权还有多大的存在空间是一个值得认真对待的问题,下文就以隐私权为例阐述对这个问题的看法,因为隐私可能是个人信息中最隐秘的部分,所以以隐私权为例是比较有说服力的。

上面所说的第一种共同善基本是在物理世界的意义上说的,在网络空间中这种善的辩护力度就弱化了。技术的进步对于传统理论的挑战是根本的,许多新的权利类型或法律规制措施的产生就根源于新技术的产生。沃伦和布兰代斯著名的隐私权概念也是因应摄影技术的革新而提出的,即时拍照技术的出现使当时的合同法和信托法无法实现保护肖像免遭不合理传播的目的。^[22]在社交媒体时代,个人隐私的保护也面临新的难题,“隐私的情景脉络完整性”等各种新理论不断提出。^[23]个人控制权在大数据时代确实已经变得不可能,或者在技术上无法实现,即使实现了也没有效率,或没有经济效益。于是,“从构成性的角度来看,隐私也是一种‘公共品’。信息隐私是一种公共空间,需要一定程度的社会控制来构建和维护。”^[24]此外,其他共同善的考虑也限制了这种隐私保护的绝对性,比如包括隐私在内的个人信息的财产权化将妨碍学术研究和其他产业运用。医学研究社群强烈反对财产权化,因为这将导致医学研究的停滞。即使不赞同财产权论,对个人基因隐私(这也许是隐私中最核心的部分了)的保护也不是绝对的,为了公共性的医学研究目的应进行一定的限制,否则医学研究就无法进步;因为公共健康事业是一种重要的共同善,它是有益于每一个人的。^[25]

除了上述共同善的限制之外,网络空间的基于个人信息财产权进路的个人控制,还面临着一种合理的至善主义的限制。财产权保护模式可能产生一个很大的弊端,即个人控制权有可能产生自反性效果,从而损害人性尊严和人格自由发展的精神利益;另一方面,

[21] 参见朱振:《共同善权利观的力度与限度》,《法学家》2018年第2期。

[22] See Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard Law Review* 193, 211 (1890).

[23] See Helen Nissenbaum, *Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public*, 17 *Law and Philosophy* 559, 582 (1998).

[24] Edward J. Janger, Paul M. Schwartz, *The Gramm-Leach - Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules*, 86 *Minnesota Law Review* 1219, 1254 (2002).

[25] 参见翁清坤:《赋予当事人个人资料财产权地位之优势与局限:以美国法为中心》,我国台湾地区《台大法学论丛》2018年第3期,第1015-1017页。

这种制度反而不利于隐私权的保护,因为可以预见到,个人信息的财产权化能够促进更多的信息交易,相应对隐私提供的保障就更少了。^[26] 这表明,作为一种正面的制度设计,个人信息的财产权化如果要发挥良好作用,就需要一个前提,即每一个信息主体都是注重保护自己隐私的理性人。否则财产权意味着自由交易,不加控制的个人信息的财产权化就意味着交易本身有可能会反向侵害人性尊严和人格自由发展,因为一切都交给了市场的自由交易。因此,完全的个人控制权不仅有可能在结果上损害公共利益,而且有可能反噬人格自由发展的宪法要求。这意味着对个人控制权的双重限制,即公共利益限制和至善主义限制。前者是指公共利益对个人控制权的限制,后者是从至善主义的角度对个人行使信息权的内在限制,即法律有义务帮助一个人形成有价值的个人判断,个人信息的社会化运用不能违背人性尊严和人格自由发展。

尤为需要指出的是,财产权保护模式的失败并不意味着权利模式的失败。即使在数据时代,无论如何我们也有一些个人信息具有比较强的隐私性,需要法律进行特别保护。当然,特别保护不等于赋予完全的排他性权利,这一点上文已经一再指出了。这就需要我们区分两类不同性质的个人信息,尽管它们并没有截然分明的界限,但这种区分在理论上总是可以想象的。一类是一般性的、可公开可利用但要保护的个人信息,另一类就是一般情况下不可能公开和利用的个人隐私性信息。^[27] 即使在赞同个人信息财产化的学者中,雷丁(Margaret Jane Radin)也区分了两类财产,即可替代的财产和个人财产,它们代表了两类事物。前者是外在于人的真正的“物”,可以用其他东西来替代;而后者在某种意义上是内在于人的,与一个人的连续性人格紧密相关。^[28] 这一区分运用到作为财产权的个人信息上可以有两方面的意义:第一,信息主体相对于信息搜集者来说,个人信息对其具有更为重要的人格意义,可以说是个人的财产;第二,单纯就信息主体而言,个人信息本身也有与其人格关联的紧密程度问题,有的信息比如基因隐私、医疗信息等,就具有紧密的人格关联属性,美国有些州已将基因信息作为财产而制定专门的法律,而有的信息经济价值和市场交换性更为明显,属于可替代的财产。

对于个人信息,尤其是第一类个人信息,法律还是需要进行特别保护,因为信息从业者或政府都有天然的利益或动机无限地搜集或利用个人信息。借用信息经济学的概念,公共性的背后可能意味着信息的不对称,^[29] 数据企业处于强势的地位,而信息主体侵权救济的成本可能很高。赫姆斯认为,“使朋友们关系密切的同样的个人信息,要是控制在能够对个人行使巨大权力的匿名公司或匿名政府机构手中,就变得更加危险。”^[30] 因

[26] 参见翁清坤:《赋予当事人个人资料财产权地位之优势与局限:以美国法为中心》,我国台湾地区《台大法学论丛》2018年第3期,第1002-1007、1018-1021页。

[27] 这是学术研究和立法实践中比较常见的一个区分,参见张新宝:《个人信息收集:告知同意原则适用的限制》,《比较法研究》2019年第6期;另参见《民法典》第1034条的规定。

[28] See Margaret Jane Radin, Market-Inalienability, 100 *Harvard Law Review* 1849, 1880 (1987).

[29] See Joseph E. Stiglitz, The Contributions of The Economics of Information to Twentieth Century Economics, 115 *The Quarterly Journal of Economics* 1441, 1441-1478 (2000).

[30] Thomas Hemmes, The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age, 12 *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 1, 35 (2012).

此,对它们搜集信息的行为进行监管是合适且必要的。这必然要求在立法上采取某种特定的保护模式,也有可能导向一种权利的保护模式。毕竟个人信息和一个人的身份、认同、行动自由和人格尊严紧密相关,这应成为立法的首要目的。公共利益只是对权利保护的范围和力度的限制,而不是对权利保护模式的根本否定。在个人信息保护法中明确个人信息权概念,并以此为基础建构个人信息权名义之下的个人信息权利群是可欲的,并且是可行的,就像欧盟《一般数据保护条例》那样。

因此,个人信息保护的个人控制和社会控制模式都是不可取的,真实世界的状况要复杂得多。这里借鉴埃莉诺·奥斯特罗姆(E. Ostrom)提出的“公共池塘资源”理论,以及普丽西拉·丽甘(Priscilla Regan)对这一理论的运用,来全面平衡各种公共利益之间的关系,并指出权利模式在这一平衡中的重要地位。“公共池塘资源”这一概念指的是“一个自然的或人造的资源系统,其规模足够大,致使排除潜在受益人使用该系统而获益变得成本高昂(但并非不可能)”。^[31]后来她又进一步确认了这一模糊概念的三个特征:不止一个人可以获得;难以排除使用者;过度使用会导致退化。^[32]丽甘认为个人信息也符合这三个特征,于是她把个人信息也界定为一种“公共池塘资源”。物理世界和数字世界的信息流产生了一个巨大的资源系统,各类组织与个人都可以使用。联合使用就导致难以排除其他的使用者,这不是因为法律或政策的限制,而是因为事物的性质本就如此。就像空气、世界和平等一样,信息也属于公共物品,可以被许多人同时使用,而排除的成本又很高昂。这两个特征导致必须要注意到公共池塘资源的退化问题,因为必须要有不断的信息输入,这个系统才能维持更新,以保持信息流的价值;而多方的使用、再使用、操纵个人信息,会导致资源系统的退化。过度使用就意味着成本,人们也会对这一信息市场产生反感和不信任。^[33]

于是丽甘指出:“信息对一位信息占有者的价值可能会因另一位占有者的使用而受到损害。同时,信息占有者的利益远超信息主体所拥有的利益。主体甚至不是随后信息操纵和交换的一方。一旦个人身份信息流开始移动,主体就被剥夺了任何角色。物理空间的技术进步开始了这一趋势;网络空间的技术进步加剧了它。”^[34]对于信息从业者来说,其逻辑就是:搜集尽可能多的信息、在可能的情况下重复使用该信息、在有利的情况下交易该信息。那么如何防止资源系统的退化并实现对个人信息的保护呢?这就是要解决的问题。丽甘主要介绍了两种保护路径,它们都是根植于自由主义政治哲学的。一种就是个人善的隐私观,即根据个人权利(尤其是个人控制信息的权利)来界定隐私。在此基

[31] E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, p. 30.

[32] See E. Ostrom, T. Dietz, N. Dolsak, P. Stern, S. Stonich and E. Weber, *The Drama of the Commons*, National Academy Press, 2002.

[33] See Priscilla M. Regan, Privacy as a Common Good in the Digital World, 5 *Information, Communication and Society* 382, 392-393 (2002).

[34] Priscilla M. Regan, Privacy as a Common Good in the Digital World, 5 *Information, Communication and Society* 382, 393 (2002).

础上法律致力于确认一个信息的市场,以财产权来界定个人信息。对信息的个人控制意味着人们可以选择性地披露自己,从而增加社会合作的成本。于是波斯纳以一种夸张的方式指出,很少有人想独处,而是想选择性地披露自身的事实去操纵世界,其他人就有正当利益去揭露这种不实陈述。^[35] 在丽甘看来,这其实只是事情的一个方面,而另一方面是,隐私更容易受到组织的滥用,隐私滥用一样会增加成本,导致信息失真从而失去已搜集信息的价值。^[36]

丽甘区分了物理空间和网络空间的隐私,并讨论了网络空间隐私的性质问题。在此她引入了一个关键概念“共同善”,以区别于“私人善”。丽甘曾讨论了隐私的社会价值,她总结为三点:“隐私是一种共同价值,因为所有个体都重视某种程度的隐私,并对隐私有一些共同的看法。隐私也是一种公共价值,因为它不仅对个体或对一般意义上的所有人都有价值,而且对一个民主的政治体制也有价值。最后,隐私正在迅速成为一种集体价值,因为技术和市场力量使得任何一个人都很难拥有隐私,要是所有人都无法拥有一种类似的最低水平隐私的话。”^[37] 个人信息的公共性也奠基于此。具体言之,隐私的共同价值很大程度上来自于一种道德观,即隐私作为人的尊严和自主性的一部分是内在地有价值的;网络空间对民主意义重大,比在物理空间行使民主权利更为便利,因此保护网络空间的隐私便构成了一种公共价值。

丽甘并不是认为网络时代隐私不再具有意义了,而是通过指出网络空间隐私的特征提出了新的保护措施,以与网络时代产生的社会价值相适应。组织并无动力减少对隐私的侵犯,因此在线隐私的保护水准低于社会规范和人们偏好的要求。组织和个人之间存在一个“不信任的螺旋”,^[38] 通过个人的隐私保护只会造成更少的隐私和更少的信任。丽甘认为,在网络时代根据个人来界定隐私并通过个人选择来保护隐私都不会取得好的效果,一个不同的可行进路是通过公共池塘资源的角度来理解和界定隐私,并以此为基础探寻不同的隐私保护路径。隐私是一种共同善,其目标是保护个人信息作为公共池塘资源;在这一目标下,就需要同时规范个人和组织的行为,综合考虑社会效益和社会成本。因为个人信息资源系统是一个更为广大、复杂且具有全球性的商业和服务体系的一部分,因此相互联系和共享规范很少,指望形成自治规范是不现实的,需要设计一些规则和制度以产生可欲的结果。^[39]

需要说明的是,基于美国隐私保护实践的特殊性,丽甘所理解的隐私属于大隐私概念,范围广泛,更类似于一般意义上的个人信息,她确实也是在相同的意义上来使用这两

[35] See Richard A. Posner, An Economic Theory of Privacy, in Ferdinand David Schoeman ed., *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge University Press, 1984, pp.338, 335.

[36] See Priscilla M. Regan, Privacy as a Common Good in the Digital World, 5 *Information, Communication and Society* 382, 396-399 (2002).

[37] Priscilla M. Regan, Privacy as a Common Good in the Digital World, 5 *Information, Communication and Society* 382, 399 (2002).

[38] R. Samarajiva, Interactivity as Though Privacy Mattered, in P. Agre and M. Rotenberg eds., *Technology and Privacy: The New Landscape*, The MIT Press, 1997, p. 284.

[39] See Priscilla M. Regan, Privacy as a Common Good in the Digital World, 5 *Information, Communication and Society* 382, 399-402 (2002).

个概念的。在这个基础上,所谓共同善意义上的隐私实际上是隐私的社会化和公共化,但还有一部分隐私是没法公共化的,构成了大陆法系常说的个人隐私权的一部分,而我们所讲的隐私基本属于这一狭义上的隐私概念,这部分隐私本身是不能社会化的。在网络空间中,隐私的存在性质发生了变化,但是这种变化应当说并未根本改变隐私的性质,个人独处的权利还是个人完全支配的领域,属于私法保护的范畴。根据程金华的区分,排他性的个人信息权利就是个人的隐私权。^[40] 丽甘所讲的隐私的公共价值就类似于排他性的个人信息权,因为其价值在很大程度上来自于隐私作为人的尊严和自主性的一部分,这一点是广为接受的。由此可以说,丽甘共同善的隐私观只是试图揭示出网络空间中隐私的特性,而不是去否认隐私权存在的可能性。

总而言之,“公共池塘资源”理论对个人信息的解析是有说服力的,也能让我们看到各种力量需要一种平衡,以保护整个资源系统能够保持自我更新的活力而不至于退化。在这一过程中,权利模式尤为重要,它的重要性不在于能够建构起一个围绕个人信息权的权利体系,更不在于可以直接指导个人信息保护法规范体系的具体制度设计。它的重要性在于:第一,它是宣示性的,宣示立法的目的在于保护人格尊严和自由,义务性条款的设计都属于手段,权利构成了个人信息保护法中数据企业所负担的各种义务的正当性基础;第二,个人信息权最重要的功能在于它建立了一种“主张”的重要性,权利最重要的功能体现就在于主张,主张确立了人的尊严,也能够没有法律义务的情况下创造出新的义务;第三,这也从另一个侧面体现了权利的生产性和权利的动态性,从而为新兴的个人信息权创造出新的具体权利类型。当然,一如上文所述,这里的“个人信息权”是一般意义上的基本权利,并不局限于私法或公法;赋予权利并不阻碍个人信息本身的流通、利用以及经济发展,而赋予多大的个人控制力还需要背后的各种相冲突的公共利益的协调与衡量。个人信息权的最终目的是重建个人、组织和政府之间的信任螺旋,使得这一至关重要的信息资源系统保持更新的活力。一个衰败的信息资源系统既不符合各方利益,又不利于数字经济的发展。

四 权利模式的优点

权利模式的优点主要在于:第一,权力保护模式忽视了权利的重要性,这一重要性是通过“主张”体现出来的,而“个人信息受保护权”是一种间接的“权利”,无法主张;第二,权利保护模式的另一个重要功能是权利的生产性,即生产出新的义务;第三,权利的动态性构成了新义务的基础,个人信息权是一个抽象的、概括的、类型化的权利,在这一权利之下包含许多具体的权利,比如欧盟在这一基本人权之下创造出了访问权、更正权等具体权利,随着时代的发展我们还可以在此基础上创造出新型的权利。下文就具体阐述这三点。

范伯格(Joel Feinberg)通过思想实验提出了一个著名的问题,一个没有权利的世界的

[40] 参见程金华:《利益平衡:“三位一体”的个人信息法律治理架构》,《探索与争鸣》2020年第11期,第19页。

缺陷是什么？他认为这个世界将缺乏个人提出主张的能力，而这一点却是自尊的基础。^[41] 这就是权利对于价值的重要性。在概念分析的意义上，范伯格赋予“主张 (claiming)”在解释权利中以核心重要性。范伯格认为，一个有权利的世界和无权利的世界最重大的差别就是应得和主张的有无：在一个无权利的世界，人们没有应得的概念，也不会提出主张。多数情形下，范伯格都是使用作为动名词形式的“主张”，强调提出或作出一项主张这一活动本身，而不是单纯拥有一项主张 (claim)。他试图在主张与个人权利之间建构一种概念性关联，在这一方面，他似乎改造了霍菲尔德的理论。范伯格认为，这一概念性关联反映在如下标准用法中：“主张权”要与纯粹的自由、豁免与权力区分开来，后三者有时也被称为“权利”，“主张权”易于与此相混淆。主张权的基础在于自由，它在定义上的特征就是其在逻辑上蕴涵了其他人的义务。^[42]

范伯格区分了三种主张，在法律上有意义的就是“对……作出主张”，这是一种“施为性主张”，即在行动上会产生一定的后果，这对于权利的观念来说是根本性的。与之相对，主张某人拥有一项权利，这是一种“命题性主张”，即断定某人拥有权利，这一陈述是真的。^[43] 正是从 claiming 这一解释性概念出发，范伯格赋予了权利对于价值的重要意义。他指出：“当然，拥有权利使主张成为可能；但是，正是主张赋予权利以特殊的道德重要性。……确实，尊重人（这是一个引人入胜的理念）也许只是尊重他们的权利，因而一个人不能离开其他人而存在；因此，所谓‘人的尊严’也许只是那一被承认的作出主张的能力。于是，尊重一个人或视其为拥有人的尊严，只是把他视为一位潜在的作出主张者。并非上述所有的论证都能够被塞进权利的定义中；但是这些是关于拥有权利的一些事实，它们很好地表明了权利的至高无上的道德重要性。”^[44] 可见权利意味着作出主张，而人的尊严就在于作出主张的能力，这就是权利重要性的核心所在。

这里详细引证范伯格的论述，是想着重指出，权利或权利实践自身所蕴涵的内在性质

[41] 从现实世界出发很容易理解这一点。但实际上，不能主张权利的世界不一定是缺乏自尊的世界。伊哈拉 (Craig Ihara) 就从儒家伦理学的角度指出，儒家思想没有权利，但其关于人之价值的观念一样可以产生尊重人的结果；只要个人“具备一种基本的合作和诚实，或者……有可靠和公正的权威或机制”，那么个人权利对于人的自尊也就不显得那么重要了。See Craig Ihara, Are Claim Rights Necessary? A Confucian Perspective, in Kwong-Loi Shun, David B. Wong eds., *Confucian Ethics: A Comparative Study of Self, Autonomy, and Community*, Cambridge University Press, 2004, p. 27. 另参见[美]安靖如著：《人权与中国思想：一种跨文化的探索》，黄金荣、黄斌译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 247 页；Joseph Chan, *Confucian Perfectionism: A Political Philosophy for Modern Times*, Princeton University Press, 2014, pp. 120 - 126.

[42] See Joel Feinberg, The Nature and Value of Rights, 4 *The Journal of Value Inquiry* 243, 249 (1970).

[43] “施为性主张” (performative claiming) 这一用法参见奥斯汀 (J. L. Austin) 在语言哲学上的一个著名区分。奥斯汀并不是一开始就发展出了其著名的言语行为理论的，该理论经过了一个长期的探索过程。他先是认识到语言承担着不同的功能，有描述性的，也有施事性的。于是，他区分了施事话语/记述话语 (performative utterance/constative utterance)，前者是使用语言的一种特定类型，即使用语言来实施许诺、命名、祝贺等特定社会行为，这就与语言的记述方式区别开来了。后来，奥斯汀又进一步提出了言语行为三分说，即“话语行为” (locutionary act)、“话语施事行为” (illocutionary act) 和“话语施效行为” (perlocutionary act)。参见杨玉成著：《奥斯汀：语言现象学与哲学》，商务印书馆 2002 年版，第 65 - 104 页。这一区分被范伯格赋予了浓重的行动哲学的意味，即施为性主张是关于行动的，作出一个主张在实践的意义马上就要产生法律后果，用实践哲学的术语来说就是要制造实践差异；而命题性主张只是陈述一个具有真假判断的命题，其本身是不指向行动的。一个是实践性的，另一个是描述性的，这是二者最重要的区分。

[44] Joel Feinberg, The Nature and Value of Rights, 4 *The Journal of Value Inquiry* 243, 252 (1970).

(即 claiming)证明了权利的道德重要性。这再一次说明,价值并不是无所依附的,权利提供了保护价值的重要概念和制度设置。^[45] 范伯格赋予了主张非常重要的道德地位,权利的核心在于主张,而主张内涵了平等、尊重、尊严这些价值。用范伯格的话总结就是:“主张这一活动,和任何其他事物一样,促成了自尊和尊重他人,赋予人之尊严的观念以意义,并把这一在其他方面有道德缺陷的世界与甚至更坏的乌有之乡的世界区别开来。”^[46] 范伯格的这种推理在权利思想史的语境下还是比较容易理解的,他遵循的还是康德主义的传统。我们这里所讨论的个人信息保护立法当然面对着不一样的语境,它是发生在一个有权利的世界中的立法。但是单就该立法而言,我们也可以区分有权利的法律和无权利的法律,关于主张与尊严的推理一样适用于该法律。因此,如果说个人信息保护法的立法宗旨是保护人性尊严和自由,那么权利就是必不可少的。因为在现在的法律世界中,除了权利,我们没有其他的手段或范畴来更好实现尊严和自由的价值。

除此之外,相对于义务模式来说,权利模式还有一个独特的优势,即权利具有生产性,在必要时可以推导出有实在法上没有明确规定的义务。在埃德蒙森(William A. Edmundson)看来,权利有很多功能,而不只是有保护的功能;除此之外,权利还有应急备用功能,即生产性功能:“权利不仅表明存在一系列的保护性义务,而且指出了考虑是否存在进一步的义务的线索,这些义务超越了单纯逻辑蕴涵的义务。(赔偿的义务就是一个例子)换言之,权利能够拥有一个生产性的功能或能力。权利也能够创造强制与赔偿的诸多可能性,‘独立的’侵权行为就无法做到这一点。”^[47] 这一点主要体现在司法推理中,在遇到新情况时,我们就可以从个人信息权这个抽象性权利推导出一个义务。因此,权利超过了实在法上已规定的直接义务的总和;权利一旦确立,就能够生产出在实在法上以往并不存在的义务。^[48] 从某种意义上说,这种生产性也构成了主张的一个结果;正是因为权利意味着主张,创造新义务构成了主张的重要内容。

与生产性紧密相关的是权利的动态性特点。说二者相关,是因为权利的动态性也构成了创造新义务的基础。权利动态性是拉兹提出的一个概念,他认为环境的改变也许导致新义务的创设,而这正是基于旧权利的。这就是权利的动态性方面,也就是创设新义务的能力,拉兹认为这一点对于实践思想中权利的性质和功能的任何理解来说都是根本性的。^[49] 在拉兹的理解中,新义务可能也对应着新权利;对此,拉兹区分了核心权利和派生权利,根植于另一个权利的就是派生权利,而非派生性权利就是核心权利。他进一步认为二者的关系是一种证成性关系,核心权利的存在证成了派生性权利。^[50] 这就使得以权利

[45] See Alon Harel, *Why Law Matters*, Oxford University Press, 2014, pp. 38 - 42.

[46] Joel Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, 4 *The Journal of Value Inquiry* 243, 257 (1970). “乌有之乡”(Nowheresville)是为了进行某种思想实验而虚构出来的一个世界,是范伯格所设想的一个与有权利的世界相对应的无权利的世界。这个世界除了没有权利,非常类似于我们的世界。

[47] William A. Edmundson, *Do Animals Need Rights?*, 23 *The Journal of Political Philosophy* 345, 349 (2015).

[48] See Jeremy Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights*, in his *Liberal Rights: Collected Papers 1981 - 1991*, Cambridge University Press, 1993, pp. 370 - 391; William A. Edmundson, *Do Animals Need Rights?*, 23 *The Journal of Political Philosophy* 345, 358 (2015).

[49] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 171.

[50] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 168.

为基础的立法构成了一个动态的、不断更新的权利保护体系,这一点是其他保护模式所具备的。这也就为根据社会变迁需要而创造新兴的个人信息权利开放出了空间,因为在现实生活中,创造出一个从未存在的权利是困难的,大多数权利类型都是依据一个更为基础和抽象的基本权利扩张而来的结果。^[51] 个人信息保护法尤其具有这个特点,因为网络世界的技术变迁以及奠定在这一基础之上的社会关系的变迁比传统的物理世界更快,权利保护模式能够更为迅捷地实现个人信息保护法保护人性尊严和自由的立法目的。

最后需要指出的是,即使本文主张在法律文本中明确规定个人信息权概念来构造制度体系,但这也不意味着它是一部规范意义上的权利法,也许在规范体系上它更像是一部义务性规范法。尽管个人信息保护法更多是管理性规范,但是权利机制是备用的。采取这一规范形式主要和数据时代个人信息的保护特性有关,但这并不削减权利保护的特色:一方面,义务本身具有弥补权利的功能;另一方面,权利作为备用机制,信息主体依然可以据此作出主张,而“个人信息受保护权”却做不到这一点,它没有义务指向性,类似于一种道德权利,只是构成了“个人信息”立法的一个观念背景,即个人信息应该受到保护。在权利理论中,主张权最重要的功能就是具有指向性,这一点和权利的意志论相连,用一个公式来表示就是:“假设 X 有义务做 φ 。仅当 Y 对 X 的义务具有某种控制手段时, X 才对 Y 负有做的义务。”^[52] 这是真正的主张权才有的规范功能,而“个人信息受保护权”不具有这样的规范功能,因为它不拥有控制义务的各种手段。它只是一个间接权利,只能被动等待法律的义务性规定,以及政府各执法机构的执法效能和力度。如果没有相关法律的明确规定,数据主体就无法有效保护自己的利益。

五 结 语

公共性是个人信息的基本属性,个人信息的公开化也是网络时代个人和商业交往的必要前提。个人信息的权利保护模式并不违背个人信息的公共性,同时公共性也并不必然反对权利模式。个人信息的公共性与个人信息所负载的社会或集体价值是两个不同的概念,赋予个人信息权也不必然等于赋予个人排他性权利。社会控制论只是看到了个人信息与公共利益之关系的一个方面,且是一种单一的公共利益观。一种全面的理解会支持权利保护模式。公共利益具有多元性,正是某些共同利益支持了权利。权利保护模式的优势在于权利的指向性、生产性以及对自主性和尊严的维护,而个人信息受保护权没有这些优势。

[本文为作者主持的 2020 年度吉林大学“学科交叉融合创新”培育项目“人类基因编辑的伦理与法律规制”(JLUXKJC2020304)的研究成果。]

[51] See Alon Harel, What Demands are Rights? An Investigation into the Relations Between Rights and Reasons, 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 101, 102 (1997).

[52] Gopal Sreenivasan, Duties and Their Direction, 120 *Ethics* 465, 482 (2010).

[**Abstract**] The rights model and power model of personal information protection are two opposite models. Scholars generally believe that specifying the right to personal information is equal to giving individuals exclusive control, but this belief contradicts the publicity of personal information. Therefore, personal information cannot become a right, but can only become an object of legal protection. Even if it can be recognized as a right, it is only a right to legal protection of personal information. In the era of big data, the existence of personal information is indeed public, but this does not mean that social control should replace personal control, because publicity in this sense does not necessarily oppose the right model. This has been illustrated by the legislative practices of the dignity-based basic human rights protection model in the EU and the property protection model in the US. Indeed, the publicity in a broad sense includes the public interests borne by personal information and the publicity of personal information is also a prerequisite for personal and commercial communication in the network era. However, this does not mean to deny the right protection mode of personal information. Public interests (or common goods) are diversified, and some of them can support individuals to enjoy the right of information. An effective protection model is the result of the balance of various public interests, rather than one-way social control. Therefore, there is no single individual control or social control in personal information, rather a balance under the control of law. In this balance, the right to personal information still has independent value. The rights model has many advantages. It is conducive not only to establishing an open system of right protection, but also to balancing the rights and powers among various subjects, so as to have continuous information input, form a constantly updated information resources system, maintain the value of information and prevent it from degradation. The claim contained in the right ultimately guarantees human dignity and freedom, which is also the fundamental purpose of the personal information protection law. The “right to the protection of personal information” is unable do this. It does not have the direction of obligations and only constitutes a conceptual background of “personal information” legislation, that is, personal information should be protected. In the normative model of legislation, the personal information protection law is still dominated by obligatory norms or prohibitive norms, which is determined by the nature of personal information in cyberspace. It is of no practical significance for individuals to claim rights and remedies in the network era, but this does not contradict the rights protection law attribute of the personal information protection law.

(责任编辑:田 夫)