

精神隐私可以成为新兴权利吗？

陈鲁夏

内容提要：新兴权利识别框架包含实质正当性、承载可能性、法体系协调性三方面要素。以马塞洛·伊恩卡和罗伯特·安多诺为代表的精神隐私权新兴权利论无法得到有效辩护。传统隐私权和精神隐私权都旨在保护个人与尊严和自由相关的隐私感受。引入新的精神隐私权会造成隐私保护上的身心二元论，并对传统隐私权造成不合理限制。既有个人数据保护权已有关于敏感数据的规定，大脑数据并不比这些数据更具隐私敏感性。引入新的精神隐私权无助于在无意识大脑信息解码的情况下恢复个人对自身信息的自主和控制。神经活动并不是精神隐私利益的合理载体，无需为了保护作为大脑数据来源的神经活动引入更宽泛的隐私权。总体上，神经技术情境并没有带来新的值得保护的利益类型，精神隐私的相关权利主张与既有权利分享着相同的权利根据。将精神隐私主张纳入既有权利的保护范围不会造成保护不足或不合理，故而证立精神隐私为新兴权利是不必要之举。

关键词：精神隐私权 新兴权利 大脑数据 精神状态信息

陈鲁夏，北京中医药大学人文学院法律系讲师。

引言

神经技术与人工智能的深度融合正在推动人类社会加速进入神经技术时代。在神经技术时代，人与机器将形成更深层次、更广范围的互嵌格局。就深度而言，神经技术将在人类神经系统与外部机器设备之间搭建直接的信息交互通道。随着深度学习等算法模型效能逐渐提升，通过大脑数据解码出的信息类型将变得越来越丰富，也越来越与人的内心生活、精神状态以及人格特征相关。就广度而言，近年来神经技术逐渐走出临床医疗领域，进入大众日常生活消费领域，有望在康养、工业安全、教育体育、智慧生活等多个领域对人们的生活发挥更深远的影响。

当下，我们正在见证继基因隐私大辩论之后隐私保护议题上的“精神转向”。马塞

洛·伊恩卡(Marcello Ienca)和罗伯特·安多诺(Roberto Andorno)等代表性学者主张,神经技术的发展对人的精神隐私(mental privacy)构成了特殊挑战,既有的隐私和数据保护框架无法为精神隐私提供充分保护,故而需要引入新的精神隐私权(下文将伊恩卡和安多诺的精神隐私权理论简称“伊恩卡精神隐私权理论”)。^[1] 新兴权利论者多认为精神隐私的特殊性在于:首先,大脑数据的性质特殊,直接与个人的内心生活和人格直接相关;其次,神经技术能够解码个体的无意识大脑信息,从而挑战着传统信息隐私的自主性前提;而且,神经技术威胁着作为能力的隐私,即个体凭借其大脑和思想等理性中介识别和过滤关于自身信息流的能力。正是基于这些特殊性,新兴权利论者认为应通过创设新权利的方式保护精神隐私。

解释适用论者则认为没有必要引入新的精神隐私权,主张通过对既有权利进行解释适用,以保护神经技术适用场景下的精神隐私。在解释适用论者看来,在不对既有权利加以解释的情况下就宣布既有权利的无能为力,是对既有权利的不认真对待,这加剧了对既有权利的削弱。^[2] 此外,引入新的精神隐私权可能造成“权利膨胀”,没有必要将所有道德上可取的事物都接纳为法律权利,^[3]且随意引入新的权利增加了平衡不同权利之间关系的复杂性。^[4] 另有学者对精神隐私权的权利资格提出质疑,认为从法理学的视角来看,精神隐私权的保护对象并不明确,且几乎没有任何具体的法律内容。^[5]

目前,我国学者多支持将包含精神隐私在内的神经权利接纳为新兴权利。^[6] 但是,也有学者单独讨论了精神隐私的概念建构和制度建构问题,主张将脑隐私视为高度敏感的个人信息,纳入个人信息保护法的规制范围。^[7] 这一观点可视为是解释适用论的代表。

为回应上述争论,本文将从如下几个方面展开论述。首先,将基于既有新兴权利研究提出一个简单、实用的新兴权利识别框架;其次,介绍新兴权利论者主张引入新的精神隐私权背后的认知科学还原论立场;最后,利用上述新兴权利识别框架对伊恩卡精神隐私权理论的相关主张展开分析,以判别精神隐私权的新兴权利资格。

[1] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology, 5 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 14-15 (2017); Sara Goering et al., Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies, 14 *Neuroethics* 365, 365 (2021); Rafael Yuste, Jared Genser & Stephanie Herrmann, It's Time for Neuro-Rights, 18 *Horizons* 154, 160 (2021).

[2] See Jan C. Bublitz, Novel Neurorights: From Nonsense to Substance, 7 *Neuroethics* 1, 4 (2022).

[3] See Nora Hertz, Neurorights - Do We Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought, 5 *Neuroethics* 1, 11 (2023).

[4] See Philipp Kellmeyer, Neurorights, A Human Rights-Based Approach for Governing Neurotechnologies, in Silja Vooney eds., *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2022, p. 422.

[5] See European Parliamentary Research Service, *The Protection of Mental Privacy in the Area of Neuroscience: Societal, Legal and Ethical Challenges*, European Union, 2024, pp. 41, 44.

[6] 参见杨学科:《神经科技时代的神经权及其保障》,《科技与法律》2019年第2期,第71页;吴俊玥、李筱永:《脑机接口技术视角下神经权利的逻辑生成和规范路径》,《残疾人研究》2022年第2期,第49页;李学尧:《“元宇宙”时代的神经技术与神经权利》,《东方法学》2023年第6期,第83页。

[7] 参见张曼:《脑隐私法律概念建构:路径、特性与贡献》,《东方法学》2022年第5期;张曼:《脑隐私法律保护的制度建构》,《东方法学》2023年第5期。

一 一个关于新兴权利的简单实用主义框架

新兴权利研究本质上处理的问题是,为社会情境中新出现的重要利益、价值、权利主张找到适宜的权利“名牌”,判断应通过既有权利予以保护,还是通过创设新的权利予以保护。目前,学界关于新兴权利的讨论存在不同切入路径,如关于“新兴”的语用分析、^[8]关于新兴权利概念有效性的反思、^[9]对新兴权利立法或司法证成标准的探讨等。^[10]正如雷磊教授所指出的,不是什么权利主张都能够成为法律权利,权利主张要成为权利,必须满足一系列“标准”。^[11]既有研究发现,要确认权利主张成为法律权利,需要同时满足实质的、形式的和方法的等多重要素。^[12]本文结合既有的新兴权利研究,旨在确立一个简单的、实用主义的新兴权利识别框架,以说明伊恩卡所提出的精神隐私权何以不是新兴权利。本文拟采取的认识框架主要结合了既有关于新兴权利概念有效性和司法证成标准的讨论,具体包含以下几个步骤:第一步,新情境下出现的权利主张具有法律保护上的实质正当性;第二步,将该权利主张纳入既有权利的保护范围会造成保护不充分、不合理的情况,因而具有独立存在的必要性;第三步,将该权利主张引入法体系时,不会对既有权利造成不合理限制。

第一步,新情境下出现的权利主张,只有满足一定实质标准,才可能成为受到法律保护的權利。实质标准证成了新兴权利值得保护的价值、理由、正当性。^[13]能够证成权利的标准需要足够重要,因为权利本身就具有强大的规范性力量。^[14]根据霍菲尔德关于权利—义务相关关系的阐述,^[15]法律实践中为某类主体确立一项权利可能同时意味着为其他主体创设了一项与之相关的义务。新兴权利作为主体道德自由在新情境下的扩展,也同时意味着其他相关主体在该领域中的谨慎义务与行为受限。因而,权利的扩张、新兴权

[8] 参见姚建宗:《新兴权利论纲》,《法制与社会发展》2010年第2期,第5-6页。

[9] 参见陈景辉:《权利可能新兴吗?——新兴权利的两个命题及其批判》,《法制与社会发展》2021年第3期;刘叶深:《为新兴权利辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期;张泽健:《权利无法新兴吗?——论既有权利具体化的有限性》,《法制与社会发展》2022年第3期。

[10] 参见雷磊:《新兴(新型)权利的证成标准》,《法学论坛》2019年第3期;王方玉:《新兴权利司法证成的三阶要件:实质论据、形式依据与技术方法》,《法制与社会发展》2021年第1期。

[11] 参见雷磊:《新兴(新型)权利的证成标准》,《法学论坛》2019年第3期。

[12] 不同学者对于司法领域证成新权利的标准要素有不同的界定,如“概念标准下被保护的合理性、法律体系的可容纳性、被实现的可能性”(雷磊)、“实质论据、形式依据、技术方法”(王方玉)、“价值重要性、合法性、利益衡量”(张超)等。参见雷磊:《新兴(新型)权利的证成标准》,《法学论坛》2019年第3期;王方玉:《新兴权利司法证成的三阶要件:实质论据、形式依据与技术方法》,《法制与社会发展》2021年第1期;张超:《新兴权利的利益衡量判定——以侵犯人格利益个案为背景的分析》,《法制与社会发展》2022年第3期。

[13] 参见朱振:《认真对待理由——关于新兴权利之分类、证成与功能的分析》,《求是学刊》2022年第2期;王方玉:《新兴权利司法证成的三阶要件:实质论据、形式依据与技术方法》,《法制与社会发展》2021年第1期。

[14] 正如哈勒尔(Alon Harel)所指出的,“权利具有独特的规范性力量。权利所提供的理由是特别强有力或重大的理由。”[以色列]阿隆·哈勒尔:《何种要求是权利——权利与理由关系的探究》,朱振、瞿郑龙、张梦婉译,载朱振、刘小平、瞿郑龙等编译《权利理论》,上海三联书店2020年版,第40页。

[15] See Wesley Newcomb Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 8 *The Yale Law Journal* 710, 719 (1917).

利的证立需要得到足够重要的价值、理由、正当性的支撑。

第二步,新的权利主张只有无法为既有权利所承载(承载可能性),才有成为独立新权利的必要。这一步需要将新的权利主张与既有权利作比较,一方面考察新的权利主张的根据与既有权利是否相同,另一方面考察既有权利具体化以动态适用于新情境的可能范围。新兴权利概念论者基于权利理论,通过对比新的权利主张与既有权利背后的权利根据是否相同,以辨别新兴权利概念的有效性。^[16] 这种对比是有益的,能够在某种程度上避免可能的权利冗余或重复。但同时,既有权利具体化的过程,反向来看也是尝试将新的权利主张纳入既有权利保护范围的过程。故而,为了提供一个关于“新”“旧”权利边界可操作的实质判断方法,可以认为,如果将新的权利主张纳入既有权利的保护范围会造成不合理或保护不充分的情况,便需要引入独立的新权利;如果纳入既有权利不会造成不合理或保护不充分,便无需设立独立的新权利。

进一步而言,这里的不合理指,既有权利无法满足新情境下所有权利需求,若仍坚持将新的权利需求纳入既有权利之下来保护,会造成保护不充分的情况。^[17] 比如,新的权利需求旨在促进利益 S',而既有权利旨在促进利益 S,通过既有权利保护新的权利需求可能导致 S'无法基于 S 得到充分保护,从而造成不合理。^[18] 例如,个人信息权兼顾人格利益和财产利益、个人利益和社会利益。^[19] 在《民法典》出台前,存在将个人信息纳入隐私权之下予以保护的做法。^[20] 但是,在信息技术社会,个人信息权益背后的权利观念不仅仅是纯粹的人格利益,而是人格利益与财产利益的结合。将之纳入仅以人格利益为权利根据的隐私权之下,将无法充分保护个人信息的权益主张,从而造成不合理。

值得一提的是,对何为保护不充分、不合理的理解,是一个需要结合社会发展情况动态判断的过程。比如,在我国法中,隐私权最初通过名誉权得到保护,后被接纳为独立人格利益,并最终演变为独立人格权。^[21] 在隐私权成为独立新权利的过程中,最初将隐私利益附属于名誉权之下的不合理之处,是随着技术和社会文明观念的不断发展才被认识到的。因而,立法和司法对新兴权利之独立性的识别、理解、反思和接受往往呈现为动态发展的模式。

第三步,在证立新权利主张成为独立的新权利时,应思考与既有权利之间法体系安排的协调性。当一项新兴权利得以被有机地纳入现有法体系时,两者之间能够实现有益的

[16] 如“既有权利本身理应容纳的领域”(陈景辉)、“无论如何动态地适用,都无法满足新情境下的权利需求”(刘叶深)、“这一利益与证成既有权利的利益之间有本质区别”(张泽铭)等论述。参见陈景辉:《权利可能新兴吗?——新兴权利的两个命题及其批判》,《法制与社会发展》2021年第3期,第98页;刘叶深:《为新兴权利辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期,第96页;张泽健:《权利无法新兴吗?——论既有权利具体化的有限性》,《法制与社会发展》2022年第3期,第60页。

[17] 刘叶深教授认为,当既有权利无论如何动态适用都无法满足新情境下所有的权利需求时,引入新兴权利就有其必要性。参见刘叶深:《为新兴权利辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期,第84、96页。

[18] 参见刘叶深:《为新兴权利辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期,第96页。

[19] 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。

[20] 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,第68-69页。

[21] 参见王利明著:《人格权重大疑难问题研究》,法律出版社2019年版,第610-612页。

互动,即法体系通过容纳新兴权利展现了自身的伸缩性和包容性,从而进一步确证和加强了自身的稳固性,同时,新兴权利也通过这种法体系的承认确立了自己的地位。但是,在某些情况下,引入新兴权利可能会对既有权利造成不合理限制,形成不同权利之间的模糊、交叉关系,从而威胁法体系本身的融贯性。此时,需要运用立法或司法论证方法,以反思和处理新的权利类型与既有权利分类之间的平衡关系。

本文认为,只有同时满足上述三个步骤的权利主张才具有成为新兴权利的资格。这三个步骤具有各自的关切层面:实质性标准证成权利主张成为法律权利的重要理由、价值和正当性;承载性标准旨在识别既有权利对新权利主张的承载力,以及新权利主张作为独立权利存在的必要性;最后,在证立新兴权利时还需考虑新旧权利之间法体系安排上的协调性,界清拟设新权利的范围及与其他既有权利之间的边界。

二 大脑数据与心灵:还原论与非还原论

作为一个坚定的还原论者与技术乐观主义者,伊恩卡关于精神隐私权的诸多论述都建立在其还原论立场之上。因而,对认知科学中还原论与非还原论之争的了解,将有助于我们深入理解伊恩卡精神隐私权理论背后的观念基础和理由,从而帮助我们识别相关主张的原因,并作出有针对性的回应。

还原论者一直在努力探寻我们心灵的神经关联物,而神经影像技术的发展为这种探寻提供了方法上的可能。在某种意义上,神经成像技术是神经科学领域的一座“圣杯”,^[22]它使得对大脑活动的观察和记录成为可能,如包括脑电图(EEG)、脑磁图(MEG)、功能磁共振成像(fMRI)等。当下,人工智能领域的发展大大提高了神经成像技术处理大脑数据的效率。而随着深度学习等算法模型效能逐渐提升,通过大脑数据解码出的信息类型也变得越来越丰富。还原论者试图证明,个人的精神状态及其内容能够被还原为某种物质现象,比如可测量的神经活动过程及数字化的神经数据。还原论者认为,“所有精神或认识状态都直接源于中枢神经系统中神经环路的活动,能够访问这些神经环路的技术,无论是记录这种活动(‘读取’)还是改变这种活动(‘写入’),都有可能记录和改变人类思维的内部运作……原则上,精神隐私可以被解码,并直接受到外部影响。”^[23]对于还原论者而言,读脑就等于读心,因为个体精神内容能够还原为可测量的神经过程。故而,他们总会“从关于大脑数据(直接或间接记录下的关于大脑功能、状态或者结构的数据)的主张跳到对直接访问心灵的担忧”。^[24]

与上述还原论的立场相悖,非还原论者拒绝承认神经数据能够直接揭示个人的精神

[22] 参见[美]鲍勃·加勒特、[美]杰拉尔德·霍夫著:《大脑与行为》,濮阳秦译,北京科学技术出版社2021年版,第93页。

[23] Sara Goering et al., Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies, 3 *Neuroethics* 365, 367-368 (2021).

[24] Daniel Susser & Laura Y. Cabrera, Brain Data in Context: Are New Rights the Way to Mental and Brain Privacy?, 2 *AJOB Neuroscience* 122, 124 (2023).

状态及其内容。在非还原论者看来,精神隐私保护的是一种第一人称视角下的主观经验,即现象学意义上的思想、情感、意志等内心生活体验,这种体验无法被还原为某种神经物质基础或者被固定为数据。^[25] 因而,非还原论者拒绝“读脑=读心”这样的公式。在他们看来,大脑数据能够揭示的不过是关于大脑血流和电信号的实时信息。

本质上,还原论与非还原论之间的争点在于读脑是否等于读心。目前,双方都尚没有拿出足以说服对方的有利证据。在可见的未来,还原论与非还原论之间的争执还会继续下去,以致还原论问题将继续作为形而上学幽灵而存在。

基于上述关于认知科学中还原论与非还原论之间不同立场的介绍,我们可以合理地将伊恩卡鉴别为一个坚定的还原论者。对伊恩卡而言,精神隐私保护的特殊性和必要性就在于大脑数据与个人内心生活的直接相关性。而在神经技术时代,要保护个体心灵空间的隐秘性就需要保护大脑数据,因为个人心灵空间中的精神状态及其内容能够被还原为神经数据,心灵与大脑数据之间具有当然的“类型同一性”,^[26] 可以相互推导和诠释。但是,认知科学还原论意义上大脑数据与个人心灵的直接相关性,是否能够在法律上证成通过大脑数据保护精神隐私的必要性,以及这种必要性到底有多特殊,以至于需要通过引入新兴权利的方式来实现保护? 为了理解并回应这些问题,下文将根据上文提供的新兴权利识别标准,对伊恩卡精神隐私权理论的相关主张作出具体剖析。

三 精神隐私的权利主张不足以证成新兴权利

伊恩卡精神隐私权理论主要从以下三个方面论述精神隐私保护的必要性以及引入新的精神隐私权的必要性:第一,神经技术场景下所获得的大脑数据具有特殊性质,直接与个人的内心生活和人格紧密相关,属个人内在信息。而传统隐私规则通常只能保护人们的外在信息,故而需要通过“正式承认精神隐私权”的方式对大脑数据采取特殊保护;第二,神经技术能够收集并解码个人无意识的信息,个人无法对该信息的收集和使用作出有效知情同意,故而需要承认新的权利,以保护在自愿控制阈值以下产生的信息;第三,大脑数据源于个人的神经活动,数据与其神经活动来源无法分割,故而需要更广泛的隐私权和数据保护权,以保护作为大脑数据来源的个人神经活动。^[27]

(一) 大脑数据的特殊性不足以证成新兴精神隐私权

1. 大脑数据的特殊性:表征个人内心生活和人格的直接性

伊恩卡精神隐私权理论认为,大脑数据性质特殊,直接与个人的内心生活和人格紧密

[25] See Stephen Rainey et al., Brain Recording, Mind-Reading, and Neurotechnology: Ethical Issues from Consumer Devices to Brain-Based Speech Decoding, 4 *Science and Engineering Ethics* 2295, 2296 (2020).

[26] See Raphael v. Riel & Robert v. Gulick, Scientific Reduction, in Edward N. Zalta & Uri Nodelman eds., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, <https://plato.stanford.edu/entries/scientific-reduction/#ModSciRedMin>, 最近访问时间[2024-08-31]。

[27] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology, 13 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 14-15 (2017).

相关,需要得到特殊保护,因为传统的隐私规范只能保护人的“外在信息”。^[28]“人工智能驱动的大脑数据处理可能允许获取精神信息,并将隐私权辩论带入部分未知领域。法律系统有能力保护‘外部位置’(行为、口头言语、书面文本等),但却没有能力保护‘内部位置’(如未言明的信息、下意识的偏好、态度和信念)。”^[29]也就是说,学者们认为,神经技术时代精神隐私面临的特殊风险在于,人工智能赋能的神经技术通过解码个人的大脑数据,能够表征与个人内心生活和人格相关的内在信息,如未言明的信息、下意识的偏好、态度和信念。由于传统隐私规范只能保护人的外在信息,如行为、口头言语、书面文本,而无法保护人的内在信息,故而无法应对神经技术时代精神隐私所面临的特殊挑战。为此,新兴权利论者主张引入新的精神隐私权,以保护个人免受他人未经允许直接通过解码其大脑数据,掌握其尚未通过言行予以外化或表达的内在信息。

伊恩卡认为,神经技术所能够解码的与个人内心生活和人格相关的内在信息,主要涉及个人的“精神状态”以及“精神状态的内容”两方面。对比来看,前者主要表征个人的精神状态是怎样的(how),而后者则需要呈现个人精神状态的具体内容是什么(what)。比如,在神经营销领域,当我看到一个产品广告,我的精神状态可以是感兴趣、兴奋、喜爱,而我的精神内容则是“这个跑鞋设计得真好,穿上它跑步能减少运动损伤”这样的语义内容。伊恩卡是坚定的还原论者,对他来说,读脑就等于读心,个人的内心生活能够被还原为某种物质现象,比如可测量的神经活动过程,甚或数字化的大脑数据。因而他才主张,大脑数据的特殊性就在于与个人内心生活的“直接”相关性。就技术解码个人精神状态的现实性而言,目前人工智能驱动的脑神经技术通过解码大脑数据,的确能够表征个体丰富的精神状态,涉及感知、认知、记忆、意图、偏好等多个层面。比如,利用反向推理技术从大脑激活的模式中推断出个人感知和认知过程、通过颅内脑电图记录并识别与内在言语相关的大脑活动模式、检测人们在记忆特定经历时大脑活动的独特模式从而解码与记忆相关的信息、通过识别隐藏意图预测未来行动、识别大脑功能差异推断政治观点、训练机器学习算法解码神经数据预测性取向等私密偏好等。^[30]

伊恩卡指出,目前技术只能解码和表征人的精神状态信息,还无法解码人的精神内容,即“无法对特定精神过程(如记忆或情感)的神经模式进行全面、细致、实时、命题式或经验式的描述”。^[31]伊恩卡将精神内容分为命题性的和经验性的。命题性的精神内容可以由一个句子来表达,又称为命题态度,其语言表达式是“主语+态度动词+从句”,^[32]比

[28] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology, 13 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 14 (2017).

[29] Marcello Ienca et al., Towards a Governance Framework for Brain Data, 2 *Neuroethics* 1, 5 (2022).

[30] See Marcello Ienca, Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Fields, Council of Europe, 2021, pp. 22–23, <https://www.researchgate.net/publication/356412675>, 最近访问时间[2024-09-12]。

[31] Marcello Ienca, Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Fields, Council of Europe, 2021, p. 22, <https://www.researchgate.net/publication/356412675>, 最近访问时间[2024-09-12]。

[32] See Nelson Michael, Propositional Attitude Reports, in Edward N. Zalta & Uri Nodelman eds., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2024, <https://plato.stanford.edu/entries/prop-attitude-reports/>, 最近访问时间[2024-08-31]。

如“我认为这个跑鞋设计得真好”。可以认为,命题性的精神内容即我们思想、情感、意志状态的语义内容。从最根本的层面来说,神经技术还无法解码人的精神内容,即是说技术还无法解码人的思想。^[33]此外,经验性的精神内容则是个人主观的现象学经验或意识经验,这种具有第一人称视角的质性经验,无法通过概念或命题来予以表达。^[34]比如,当我穿上一款心仪的跑鞋跑步时无以言表的愉悦感。虽然技术还无法解码人的精神内容,但是伊恩卡乐观地相信未来技术解码人类包括思想在内的精神内容的必然性,“目前神经技术在精神解码方面的局限性是偶然的,不是必然的。既然精神状态是由神经元活动产生并建立起来的,那么逻辑上就没有理由可以解释为什么精神内容将永远保持不可解码的状态。”^[35]理解这种坚定的信念将有助于我们更好地诠释伊恩卡精神隐私权理论的相关主张。

2. 大脑数据特殊性证成新兴权利:权利主张合理性判断

伊恩卡精神隐私权理论旨在保护“由神经设备记录并在整个数字生态系统中共享的关于个人的任何一点或一组大脑信息”。^[36]具体而言,其精神隐私权的权利主张有二:其一,保护人们的大脑信息不被非法获取(Mental Privacy 1, MP1);其二,防止大脑数据在整个信息圈中被不加区分地泄露(Mental Privacy 1, MP2)。^[37]

这里,可以结合霍菲尔德权利理论中权利—义务相关关系,为这两个主张建构出可能的法律关系内容。若将 MP1 视为一项请求权,根据 MP1,个人得以主张,其精神状态信息不被非法获取,由此创设一项消极义务,即他人不得通过解码其大脑数据非法获取其相关精神状态信息。而为了更好地保护 MP1,设立 MP2。根据 MP2,个人得以主张,数据收集、处理、使用者不得未经相关处理(比如匿名化)就将其大脑数据共享到整个数字生态系统,从而为相关主体创设了一项义务。上述两项主张都旨在神经技术使用场景下,避免他方通过个人大脑信息(精神状态信息)对其内心生活和人格有所了解。大脑信息的特殊性在于表征个人内心生活和人格的直接性。故而,保护个人大脑信息不被非法获取和不经处理地泄露,一方面是保护个人对其大脑信息的控制,另一方面则是保护大脑信息所能表征的个人内心生活和人格信息的私密状态。

[33] See Marcello Ienca, Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Fields, Council of Europe, 2021, p. 22, <https://www.researchgate.net/publication/356412675>, 最近访问时间[2024-09-12]。

[34] See Marcello Ienca, Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Fields, Council of Europe, 2021, p. 26, <https://www.researchgate.net/publication/356412675>, 最近访问时间[2024-09-12]。

[35] Marcello Ienca, Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Fields, Council of Europe, 2021, p. 29, <https://www.researchgate.net/publication/356412675>, 最近访问时间[2024-09-12]。

[36] Marcello Ienca & Roberto Andorno, Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology, 5 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 15 (2017).

[37] 欧洲法环境未对个人信息与个人数据作出区分,伊恩卡等人也并未有意识地区分大脑数据与大脑信息这两个概念。在他们那里,大脑数据是基于对大脑结构、功能和活动进行直接测量形成的定量数据。这些数据能够反映与个体内心生活和人格相关的精神信息。精神信息包括精神状态信息和精神内容信息,目前技术只能解码前者。See Marcello Ienca & Gianclaudio Malgieri, Mental Data Protection and the GDPR, 1 *Journal of Law and the Biosciences* 1, 7 (2022).

总结来看,伊恩卡精神隐私权理论旨在保护个人精神状态信息,其特征在于:第一,经由大脑数据解码得到;第二,与个人内心生活和人格相关;第三,个人尚未通过其言行予以外化(内在信息)。个人的隐藏意图、记忆碎片、认知细节、想象语言(想要说出但未说出的话)以及性取向等信息等,属于个人较为私密的领域。个人内心生活中的这些内容拼凑在一起,构成了一个人的完整人格特征。一个人,既属于他所生存的社会,也属于他所感知到的自我心灵。当个人不得不在社会中生活并展开他的交往活动时,他对于专属于自己内心生活的事项具有合理的“隐私期待”。^[38] 在现代社会中,隐私早已成为人们普遍认同的重要价值观念。正如托马斯·内格尔(Thomas Nagel)所指出的,隐私是文明的条件,“我们的内心一直都在发生着许多我们不愿表达的事情,如果我们都能读懂彼此的心思,那么文明将无从谈起”。^[39] 伊恩卡精神隐私权理论旨在保护个人对自身内心生活和人格相关信息的隐蔽能力,这一权利主张足够重要,因而有理由可得到法律权利的保护。

3. 大脑数据特殊性证成新兴权利:既有权利承载可能性判断

判断新兴权利的核心一步需要将新的权利主张与既有权利作比较,一方面考察新的权利主张的根据与既有权利是否相同,另一方面考察既有权利具体化以动态适用于新情境的可能范围。如果将新的权利主张纳入既有权利的保护范围会造成不合理或保护不充分的情况,便需要引入独立的新权利;如果纳入既有权利不会造成不合理或保护不充分,便无需设立独立的新权利。

这里,我们首先需要明确,与精神隐私相关的既有权利是什么。伊恩卡精神隐私权理论对于既有隐私规范的理解主要包括由沃伦和布兰代斯提出的传统隐私权以及后来经由威斯汀发展的信息隐私权。^[40] 伊恩卡自身并未对这两者作出明确的区分,而是将两者一起视为是无法为精神隐私提供充分保护的既有隐私规范框架。在欧盟范围内,基于信息隐私观念发展而来的个人信息(数据)保护,曾被置于传统隐私权之下,但随着《欧洲基本权利宪章》和欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)的出台,人们开始有意识地区分传统隐私权与个人信息(数据)保护。^[41] 由于伊恩卡精神隐私权理论的两项主张既保护个人对其大脑信息的自主性和控制,又保护大脑信息所能表征的个人内心生活和人格信息的私密状态,故而可以认为,其所主张的精神隐私同时涉及传统隐私权和个人信息(数据)权两者。因此,下文将分别从隐私权和个人信息(数据)权这两个既有权利入手,分析精神隐私作为新兴权利存在的必要性。

其一,传统隐私权旨在保护个体与尊严和自由相关的“人格”感受,以避免自然人在

[38] 关于隐私合理期待理论的介绍,参见石佳友:《隐私权与个人信息关系的再思考》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第5期,第88页。

[39] Thomas Nagel, *Concealment and Exposure: and Other Essays*, Oxford University Press, 2004, p. 4.

[40] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, 5 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 13 (2017).

[41] 《欧洲基本权利宪章》分开规定隐私权(第7条)与个人数据保护(第8条)。参见石佳友:《隐私权与个人信息关系的再思考》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第5期,第86、91页。

被外界打扰后的心烦意乱和被围观的精神痛苦。^[42] 在尊严价值方面,传统隐私观念通过强调个人的隔绝和独处来保证其私生活安宁的状态,并通过相应制度在私人空间与公共空间之间设置一道观念的墙门,从而赋予现代人以退出公共空间的能力,专注于对自我人格的塑造。当现代人准备好要走出那扇隐私之门时,就已经选择好了其所想要佩戴或呈现的“面具”或“人格”(Person)。^[43] 如果其他社会主体意图揭下个人选择佩戴的面具,卸下遮挡个人私生活的隐私之门,然后将其所探知的情況公之于众,这将有损个人在维护其公共形象方面的尊严感受。就自由而言,个体自由发展其精神生活的隐私感受在于,其能够在隐私空间中以不被打扰的状态实现其思想的深度、情感的细腻以及意志的坚定。故而,传统隐私权作为一项独立的人格权,本就旨在维护个人的精神利益,即与个人尊严和自由相关的隐私感受。

从权利根据对比来看,精神隐私权的权利根据,即同个人内心生活和人格相关的隐私利益与传统隐私权的权利根据并无不同。传统隐私权完全能够应对神经技术对个人内心生活和人格信息的读取,这种读取可以通过放置在人颅骨表面或插入大脑皮层中的电极来进行。这种新的技术情景虽然突破了人的“颅骨边界”,直接通过解码个人大脑的神经活动,而非通过观察个人外在的言行,获取关于个人的隐私信息,但是该情景下所需要保护的人格利益和价值与传统隐私权并无不同。无论在布兰代斯时代利用柯达相机跟踪拍摄我与某政党人物见面的照片,然后未经我同意就让照片见诸报刊,还是如今利用神经技术收集我的大脑数据,然后未经我同意解码我的政治倾向并公之于众,这两种方式都侵犯的是我相同的人格法益,即与我的尊严和自由相关的隐私感受。即便神经技术解码的是大脑的“内部信息”,即以往隐私保护的“外部信息”的本源,但是个体关于“内部信息”的隐私主张的权利根据并未超出传统隐私权权利根据“理应容纳”的范围。

识别新兴权利必要性的标准在于,新权利主张的权利根据与既有权利的权利根据有所不同,将新的权利主张纳入既有权利之下会造成保护不充分、不合理的情况。精神隐私权对与个人内心生活和人格相关的隐私利益的保护,本就在传统隐私权的权利根据范围之内。神经技术情境并没有带来新的值得保护的利益类型,精神隐私仍然以既有的隐私权的权利根据为自身的权利根据,将精神隐私纳入既有的隐私权范围并不会造成保护不合理和不充分的情况,故而没有理由将精神隐私证成为需要独立存在的新兴权利。

其二,从个人信息(数据)保护的维度分析。^[44] 个人信息(数据)权的权利根据建立在威斯汀的“信息隐私”(informational privacy)观念之上,即赋予个人对自己信息的控制,能够自己决定何时、如何以及在何种程度上将自己的信息传递给他人。^[45] 精神隐私权的

[42] 参见[美]路易斯·D.布兰代斯等著:《隐私权》,宦盛奎译,北京大学出版社2014年版,第3-4页。

[43] Person可追溯到拉丁语的Persona,有戏剧时演员所佩戴的面具之意。参见郑永流:《人格、人格的权利化和人格权的制定法设置》,载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》2005年卷,北京大学出版社2005年版,第145页。

[44] 欧盟法未区分信息与数据这两个概念,但是本质上,个人信息就是个人数据。有学者指出,GDPR对个人数据的保护其实就是对个人信息的保护。Vgl. Oster, Information und „Daten“ als Ordnungsbegriffe des Rechts der Digitalisierung, JZ 2021, 167, 170 f.

[45] See Alan F. Westin, Privacy and Freedom, 25 *Washington and Lee Law Review* 166, 166-170 (1968).

两项主张,保护人们的大脑信息不被非法获取(MP1)以及防止大脑数据在整个信息圈中被不加区分地泄露(MP2),本质上也是在确证数据主体的信息自决利益,从而没有超出既有个人数据权的权利根据。但是,由于伊恩卡认为大脑数据与个人的内心生活和人格直接相关,从而赋予了这两项权利主张更多的特殊性或隐私敏感性,以证成引入新的精神隐私的必要。值得考虑的是,即便大脑数据可能较之于一般个人数据有更多的隐私敏感性,但是既有法律已有关于敏感数据的特殊规定,那么,大脑数据是否会较之于既有的敏感数据更为特殊,从而需要引入更具特殊保护性的精神隐私权?根据欧盟《通用数据保护条例》的前身欧洲《数据保护指令》(*Data Protection Directive*, 1995)第8条,^[46]敏感数据被定义为涉及个人种族或民族出身、政治见解、宗教或哲学信仰、工会会员资格的个人数据以及有关健康或性生活的数据。正如前文所述,通过解码大脑数据可获取的精神状态信息包含政治见解、性取向等方面,这些信息本就在敏感数据保护之列。因此,没有理由认为,通过大脑数据解码得出的政治见解、性取向信息与法律已经规定保护的这类敏感数据有何不同。也就是说,精神隐私的两项主张没有带来不同于信息自决利益的新的值得保护的利益,大脑数据的特殊性也没有超出既有法律已经提供的保护强度,因此,将大脑数据纳入既有个人数据权(敏感数据类别)的保护范围不会造成保护不足或不合理。故而,在既有的个人数据权之外引入新的精神隐私权是不必要之举。

4. 大脑数据特殊性证成新兴权利:法体系协调性判断

从与既有权利的法体系协调性来看,引入独立的精神隐私权反而会对传统隐私权的保护范围造成不合理的限制。伊恩卡强调,传统隐私规范只能保护外在信息,而无法保护内在信息。外在信息如作出的行为、说出的话、写下的东西,这些似乎是需要由我们身体去执行。神经技术能够解码人的内在信息,如存在于脑海中但没有说出的话、下意识的偏好、态度、信念等,这些似乎属于我们的内心生活领域。如果我们引入独立的精神隐私,这似乎是在作出如下界定,传统隐私权只保护我们身体相关的隐私,即私生活不受打扰只涉及由我们身体构建出的私生活,私生活秘密只涉及保护身体活动留下的信息以及身体所在的空间。似乎只有通过这样的划分,伊恩卡的论述才能成立,即传统隐私权只保护人的外在信息,以为精神隐私留出空间,去保护人的内在信息。

但是问题在于,传统隐私权所保护的外在信息是否无法反映个人内心生活和人格特征,以至于,对我的外在信息的保护并不能保护我内心生活和人格特征的私密性。比如,我写在日记上的文字表达,难道不也是在反映我的内心生活和人格特征吗?传统隐私权对个人私生活的保护涵盖的是个人作为整体的人的私生活。这个整体的人的外在言行是其内心生活的外化和表达,因此传统隐私权所保护的外在信息也能够反映出个人的内心生活和人格。如果将个体身体上的言行与其内在的心灵叙事强行区分开来,创设单独保

[46] 由于本文主要的分析文本为伊恩卡和安多诺 2017 发表的文章,是时 GDPR 尚未正式颁布,因而使用作者写作当时生效的法律规范对其主张进行批判不会显得过于苛责。当下,GDPR 第 9 条亦有关于特殊类别敏感数据保护的规定,如揭示政治观点、宗教信仰、生物识别、健康、性取向等数据。但是,伊恩卡等人最近的研究仍指出,GDPR 规定的敏感数据制度对于精神数据的保护仍存在规范性空白。See Marcello Ienca & Gianclaudio Malgieri, *Mental Data Protection and the GDPR*, 1 *Journal of Law and the Biosciences* 1, 10 (2022).

护内心生活的隐私权,与既有隐私权形成对照,这不仅在立法层面引入了关于人的身—心二元论观点,同时也为既有隐私权设置了不合理的边界。故而,不应证成精神隐私为一项新兴权利,独立于既有隐私权之外存在。

(二) 无意识大脑信息解码不足以证成新兴精神隐私权

1. 无意识大脑信息解码:权利主张的合理性

伊恩卡精神隐私权理论指出,神经技术能够收集并解码个人无意识的大脑信息,如无意识认知或潜意识情感状态等。个人无法对这类信息的收集和使用作出有效知情同意,故而需要新的权利,以保护个人意识阈值以下生成的信息。^[47]

随着神经技术的发展,人们越来越关注技术解码个人无意识大脑信息所带来的隐私风险。有科学家设计了一种模拟攻击实验,旨在探明通过滥用消费级脑机接口技术提取用户敏感信息的可行性。该研究通过给予被试潜意识刺激,令其大脑形成一系列低于意识阈值的神经过程,然后利用事件相关电位的“P300 波”,在用户不知情或未经其同意的情况下,解码其无意识形成的神经过程信息,进而推断出个人相关金融账户信息。这一著名的恶意攻击实验已被诸多学者和政策监管者所注意到。^[48]

伊恩卡认为,神经技术解码个人无意识大脑信息会对个人的隐私能力造成威胁,这是精神隐私保护的特殊之处,“隐私既是一项权利,也是一种能力。正因如此,它依赖于个人有意识地过滤数据流、有意隔离私人信息的能力”。^[49] 在无意识大脑信息解码的情况下,隐私不仅作为一种权利,而且作为一种能力被否定了。前文指出,现代个人信息保护制度是建立在威斯汀的“信息隐私”观念之上,即赋予个人对自己信息的自主决定和控制能力。信息隐私在制度上要求引入知情同意的设计,但是,信息主体能够自主决定、自主控制自己信息的前提是知道自己有哪些信息正在被或将要被处理,对此有意识便有相应的隐私能力,对此无意识则缺乏隐私能力行使的前提。神经技术对无意识大脑信息的解码让我们意识到,用户可能无法掌控自身无意识大脑信息的形成过程,并对此类信息的存在不知情,以致无法针对这些信息作出隐私决策,也就是说,对无意识大脑信息的解码,打破了信息隐私主体的能力前提和自主链条,从而对个人隐私保护构成了独特的挑战。

引入精神隐私权旨在保护在个人意识阈值以下与其精神状态相关的大脑信息,其核心利益主张仍是保护与个人内心生活和人格相关的隐私利益。在更根本的层面,保护无意识大脑信息需要保护个人识别和过滤信息的“内部工具”,即有意识的大脑、思想等理

[47] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology, 13 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 14 (2017).

[48] 2024 年 2 月,我国科技部发布了由国家科技伦理委员会人工智能伦理分委员会研究编制的《脑机接口研究伦理指引》,其中相关“隐私保护和个人信息保护”事项亦涉及对基于神经数据或实验样本反映被试财产信息的隐私关注。参见国家科技伦理委员会人工智能伦理分委员会编:《脑机接口研究伦理指引》,中华人民共和国科学技术部(2024 年 2 月 2 日),https://www.most.gov.cn/kjbgz/202402/t20240202_189582.html,最近访问时间[2024-08-31]。

[49] Marcello Ienca, Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Fields, Council of Europe, 2021, p. 29, <https://www.researchgate.net/publication/356412675>,最近访问时间[2024-09-12]。

性中介。^[50] 强调隐私是一种能力,主张个人在面对神经技术等外部工具时仍应保有对自身信息的自主性,这的确是一项在现代信息社会值得保护的实质利益。

2. 无意识大脑信息解码:既有权利可承载性判断

虽然保护低于个人意识阈值的大脑信息、维护个体有意识过滤信息流的能力是值得保护的权利要求,但是是否需要通过引入新的精神隐私权来保护上述主张仍然是值得商榷的。本文认为,为了保护个体识别和过滤自身信息的隐私能力,不必引入新的精神隐私权。

新的精神隐私在权利根据上旨在确认个体对自身信息的自主性。伊恩卡精神隐私权理论指出,隐私作为能力,在于个人能够有意识地过滤信息流,合理地识别出必须保密的信息片段,从而有选择地表达自己。^[51] 伊恩卡反复强调隐私不只是权利而是能力,似乎是在表达,传统信息隐私权的制度设计者并未看到隐私的能力维度,而只有引入精神隐私才可以彰显隐私主体自主控制自身信息的能力。但是,传统信息隐私本身就建立在威斯汀关于信息自主控制、自主决定的基础上,传统的信息隐私权在权利根据上本身就旨在确证信息主体的自主能力,以能够自我决定自身信息的流动和使用。精神隐私虽然让我们看到了保护无意识信息的必要性,但是精神隐私旨在强调的信息自主意义上的隐私能力与传统信息隐私的自主性权利根据是一致的,引入精神隐私并没有带来值得保护的利益类型。

此外,如果说神经技术解码个体无意识信息,绕过并消解了个体对自身信息控制的能力,仅通过引入新的权利无助于恢复或增强个人对其无意识信息的控制能力。从认知科学或者从常识来看,个人的无意识神经过程本就在个人意识控制范围之外,即便我们强调隐私的能力维度,也改变不了个体无法有意识地控制自身无意识信息的事实。无论是作为权利,还是作为能力,隐私的作用对象都只能是个体有意识地知道其存在的信息,所以,引入精神隐私并不会帮助我们拥有控制自身无意识信息的能力。基于神经技术的无意识大脑信息解码能够绕过并消解传统信息隐私权的自主性前提,也同样可以绕过并消解精神隐私权的自主性前提。这使得通过引入新权利来强调权利自主性前提的努力成为徒劳。

因此,我们可以认为,无意识大脑信息解码只是呈现了技术侵犯个人信息自主的新的方式,在此情景下,需要保护的利益仍然是个人的信息自主权,精神隐私权的提出只是再次确证了信息隐私的自主性前提。但是,我们不需要通过引入新权利的方式,去再次强调既有权利观念的重要性。以生命权为例,虽然可能有多种剥夺生命的方式,但不是针对每一种新的侵害手段,就必须设立一种新的保护生命利益的权利,以强调个体生命利益的重要性。面对无意识大脑信息解码这类新情境,精神隐私权相关主张背后的权利根据与既有权利的权利根据实属相同,都是旨在保护信息主体对自身信息的自主控制能力。由于没有出现新的值得保护的利益类型,证立精神隐私之为独立的新权利并无必要。

从引入的效果来看,新权利既无法恢复或强化个体对自身无意识信息的控制或过滤能力,也无法提供比传统信息隐私权更有效的保护。比起引入新的权利,要真正有效保护

[50] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, 5 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 15 (2017).

[51] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, 5 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 14 (2017).

个体的信息自主能力不被技术削弱,可能更有效的措施是加强对神经技术的监管,通过技术手段消解隐私风险、确保数据处理的透明性以及提升公众对这些技术的合理认知和使用能力。在信息社会,隐私保护模式可以实现从权利到责任的重心转移,毕竟,“数据使用者比任何人都明白他们想要如何利用数据。”^[52]

(三) 大脑数据来源保护不足以证成新兴精神隐私权

伊恩卡精神隐私权理论描述了一种大脑数据保护中的“起始问题”(inception problem),即大脑数据源自个人的神经活动,两者无法分割。神经技术的未来不仅要求我们保护记录和分享的大脑数据,还要求保护数据的来源,这需要更广泛的隐私权和数据保护权,以保护作为大脑数据来源的个人神经活动,^[53]也就是说,伊恩卡将个人的神经活动同样视为了精神隐私需要保护的主体。但是,个人的神经活动是不是一个值得法律保护的主体和值得隐私权保护的主体呢?

首先需要明确的是,通过精神隐私保护神经活动存在何种实质的理由、利益或价值。本质上,对神经活动予以保护的精神隐私仍然旨在对与个人内心生活和人格相关的隐私利益予以保护。当下,人工智能赋能的神经技术的解码能力正在不断增强,未来可能从个人大脑数据中获取更多、更隐秘的内心生活和人格特征信息,故而,保护这类隐私利益具有实质合理的价值。但是,即便神经活动是大脑数据的来源,这对于保护个人精神隐私又意味着什么?实际情况是,我们只能通过保护大脑数据来保护上述精神隐私利益,而无法也无需通过保护个人的神经活动来保护这种隐私利益。就逻辑上而言,如果将神经活动视为某种值得保护的隐私,那么,保护神经活动隐私要求保护大脑数据,因为大脑数据是我们了解个人神经活动的唯一通道;与之相反,保护大脑隐私(与个人内心生活和人格相关的信息)无需保护神经活动,因为在神经技术场景下,对于大脑隐私的可能侵犯方式是基于对大脑数据的解码。因此,我们可以认为,伊恩卡所识别的“初始问题”对于其所主张的精神隐私本身来说不具备法律上值得探讨的意义,因为神经活动不是其精神隐私利益的合理载体。

本文认为,我们不必为了保护作为大脑数据来源的神经活动而引入新的更宽泛的权利。虽然神经数据及其来源神经活动在技术或事实因果层面不可分割,但是这种事实层面的因果性似乎无法证成法律保护上的必要,或者说,保护神经活动对于保护精神隐私利益来说并没有法律上的直接相关性。就法律与技术的关系而言,很多时候“法律的分类并非直接对应着技术的功能”。^[54]具体到权利话语方面,我们可以认为,不是所有技术或事实层面的因果关联都需要体现在法律权利的内容上,也不是任何新的技术特征都能够或者需要证成一项新的法律权利。既然神经活动不是精神隐私利益的合理载体,那么伊

[52] [英]维克托·迈尔·舍恩伯格著:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,周涛译,浙江人民出版社2012年版,第220-221页。

[53] See Marcello Ienca & Roberto Andorno, Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology, 5 *Life Sciences, Society and Policy* 1, 14-15 (2017).

[54] [美]格雷戈理·N.曼德尔:《回应技术变革的法律演进》,张欣译,载[英]罗杰·布朗斯沃德等主编《牛津法律、规制和技术手册》,周辉等译,中国社会科学出版社2021年版,第189页。

恩卡所提出的“起始问题”对于精神隐私法律保护而言就是个无效的问题,保护作为大脑数据来源的神经活动无法证成引入新兴精神隐私权的必要性。

结 语

本文基于既有新兴权利研究,提供了一个可操作的新兴权利判断框架,并据此分析伊恩卡版本的精神隐私权是否能被视为新兴权利。本文采取的识别框架包含以下几个步骤:第一步,新情境下出现的权利主张具有法律保护上的实质正当性;第二步,将该权利主张纳入既有权利的保护范围会造成保护不充分、不合理的情况,因而具有独立存在的必要性;第三步,证立新兴权利时应思考与既有权利之间法体系安排的协调性。

结合上述新兴权利识别标准分析伊恩卡精神隐私权理论的各项主张,可以发现:首先,通过大脑数据解码获悉与个人精神状态相关的信息,对个人的精神隐私构成了特殊的挑战。保护与个人内心生活、人格特征相关的隐私利益具有法律保护上的实质正当性。但是,从权利根据对比来看,精神隐私权主张的与个人内心生活和人格相关的隐私利益与传统隐私权的权利根据并无不同。新的技术情境并没有带来新的值得保护的利益类型,精神隐私仍然以既有的隐私权的权利根据为自身的权利根据,将精神隐私纳入既有的隐私权范围并不会造成保护不合理和不充分的情况,故而没有理由将精神隐私证成为需要独立存在的新兴权利。此外,从与既有权利之间法体系安排的协调性来看,引入独立的精神隐私权反而会对传统隐私权的保护范围造成不合理的限制,在立法层面将对整体的人的隐私保护分为了身一心对立的两方面。故而,不应证成精神隐私为一项独立于既有隐私权之外存在的新权利。此外,保护大脑数据的主张分享着与既有个人数据权相同的权利根据,即数据主体的信息自决。大脑数据的特殊性也没有超出既有法律已经提供的保护强度,将大脑数据纳入既有个人数据权(敏感数据类别)的保护范围不会造成保护不足或不合理。故而,在既有的个人数据权之外引入新的精神隐私权是不必要之举。其次,神经技术对无意识大脑信息的解码,挑战着传统信息隐私所依赖的自主性和知情同意基础,从而对个人隐私保护构成了独特的挑战。保护低于个人意识阈值的大脑信息、维护个体有意识地过滤信息流的隐私能力,是值得保护的权利要求。但是,伊恩卡精神隐私权理论并没有提出新的值得保护的利益,而只是再次确证了信息隐私的自主性前提。引入新的权利既无法恢复或强化个体对自身无意识信息的控制或过滤能力,也无法提供比传统信息隐私权更有效的保护。因而,通过引入新权利来强调既有信息隐私权已经确立,但为神经技术所绕过的自主性前提,既无必要,也无实效。最后,神经活动并非伊恩卡所主张的精神隐私利益的合理载体,我们不必为了保护作为大脑数据来源的神经活动,引入新的更宽泛的隐私权。综合上述分析,本文认为,神经技术时代大脑数据及其获取方式的特殊性不足以证立新的精神隐私权。

[本文为作者主持的2023年度中国博士后科学基金面上项目(第74批)“神经权利实质及其法理框架研究”(E31ZK61131)的研究成果。]

Can Mental Privacy Become an Emerging Right?

[**Abstract**] To address the privacy challenges posed by neurotechnology, it is necessary to consider whether to introduce new rights or adapt established rights. Focusing on the right to mental privacy proposed by Marcello Ienca and Roberto Andorno, this paper develops a framework to assess the need to introduce emerging rights, which unfolds in three steps: (i) confirm the substantial legitimacy of new claims to determine if they warrant legal protection; (ii) evaluate whether incorporating new claims into existing rights would lead to inadequate protection, thus necessitating a new right; and (iii) ensure that introducing a new right does not unduly restrict existing rights, so as to preserve legal coherence. First, decoding mental states poses unique challenges to one's mental privacy. An individual's inner life and personality traits are of substantive value to be protected by law. However, the right to mental privacy and the traditional privacy right share the same basis, both protecting people's feelings of privacy related to dignity and freedom. The neurotechnological scenario does not introduce new interest claims that warrant distinct legal protection beyond the existing privacy framework. Including mental privacy in the established right to privacy offers sufficient protection, thus eliminating the need for it to stand alone. Establishing a separate right could result in a mind-body dichotomy in the legal protection of privacy. Furthermore, the special nature of brain data does not exceed the protective scope and strength of the existing data protection right. The application of the provisions on sensitive data to the protection of brain data does not result in inadequate protection. Second, the decoding of unconscious brain data by neurotechnology challenges the premise of autonomy and informed consent in information privacy. Protecting unconscious brain data and the individual's ability to consciously control the flow of personal information is important. However, introducing a separate right to mental privacy merely reaffirms the autonomy principle already confirmed by informational privacy. It neither restores individuals' control over their unconscious brain data nor offers stronger protection than current privacy rights. Therefore, there is no need to recognize a new right to emphasize the existing right basis circumvented by technology. Finally, this paper contends that neural activity is not a viable holder for safeguarding mental privacy interests and there is no need to introduce a wider privacy right to cover neural activity as the source of brain data. In summary, this article argues that the unique nature of brain data, along with the way such data are obtained, does not justify introducing a new right to mental privacy. New claims share the same rights basis with established rights and emerging concerns can be addressed within the existing privacy protection framework.

(责任编辑:田 夫)