

[文章编号] 1672-7320(2010)02-0296-05

要素视角下的个人信息:双重权利 虚拟载体的保护与立法

杨 干 生

[摘 要] 随着信息技术的发展,个人信息日益成为一种重要的生产要素,利益驱动下的信息资源争夺引发了对个人信息权的严重侵犯。从个人信息的权利性质来看,它是人格权和财产权的双重虚拟权利载体。以要素视角来分析个人信息的价值形式和要素市场,可以发现人格价值、经济价值和市场价格是决定个人信息市场供给的重要因素。由此而形成的关于个人信息保护与立法的观点,可以通过理论、实践与探索得到证实和应用。

[关键词] 个人信息;要素视角;立法

[中图分类号] D923.8 [文献标识码] A

随着信息技术的发展,信息已经成为一种最重要的生产要素,信息要素的占有者将在收入分配中占据有利地位。随着信息价值的深度挖掘,利益驱动下的信息资源争夺引发了对个人信息权的严重侵犯。中国社科院日前发布蓝皮书直言,在中国“非法买卖信息已经形成产业”^[1](第4版)，“人肉搜索”更是将个人信息及所化人格置于刀俎之下。如今的中国,个人信息侵权已经是屡见不鲜。新房刚入伙,业主们就要面对铺天盖地的装修广告,手机和电子邮箱不断遭受广告的轰击,人们不仅要问:“是谁动了我的个人信息?”

一方面市场对个人信息存在大量需求,另一方面个人信息保护严重缺失,个人信息侵权的滋长蔓延就不难理解了。更何况,个人信息侵权同时侵犯了个人的人格利益和经济利益,法律理应对其予以规制。信息要素地位的日益突显,以及愈演愈烈的个人信息侵权,迫切要求研究个人信息的权利性质,并以要素视角研究个人信息的价值、交换与优化配置,最终就个人信息的保护与立法提出对策建议。

一、个人信息的权利性质

从权利性质来看,个人信息表现为人格权和财产权的双重权利载体。随着信息与网络技术的发展,由于个人信息的数字化,其人格权和财产权出现了载体虚拟化的趋势,如何对“虚拟人格”和“虚拟财产”进行有效保护,是法学界面临的难题。

(一)人格权和财产权的双重权利载体

人们对个人信息的权利性质的认识还充满了争议,主要有“所有权客体说”、“隐私权客体说”、“人格权客体说”和“基本人权客体说”几种。“所有权客体说”认为,个人信息是一种财产权利,信息主体对他们的信息拥有产权,并应允许他们对这些拥有产权的信息进行交换,代表人物如波斯纳(Posner)^[2](第45页)。“隐私权客体说”源于美国法,《隐私法》(1974)认为“个人资料”保护的目的在于保护个人隐私^[3](第34页)。“人格权客体说”滥觞于德国法,《个人资料保护法》(1983)认为旨在保护个人人格权在个人

信息处理时免受侵害。“基本人权客体说”多见于国际组织立法,如在欧洲议会《保护自动化处理个人资料公约》(1980)、《欧盟个人数据保护指令》(1995)、联合国《关于自动资料档案中个人资料的指南》(1990)中均有述及,认为个人信息体现的是一种基本人权——关于个人的基本权利与自由的综合权利,特别包括隐私权。

以上对个人信息权的各种认识,都反映了各自不同的认识视角,但同时也有一定的局限性。“所有权客体说”是从财产权角度认识个人信息,“隐私权客体说”之隐私权是人格权的一种典型形式,“基本人权客体说”之基本人权是一个宽泛的概念,可以包容人格权和财产权这两种最基本的民事权利。概括起来,从个人信息的权利性质来看,无非体现为人格权和财产权这两种基本的民事权利,因此它是一种人格权和财产权的双重权利载体。

由于早期人格利益大都依附于一定的有形物,因此将其视为一种财产利益进行保护,具有一定的可行性。但是,随着人格利益对有形物的依附程度下降,甚至与有形物彻底分离,这种通过财产权间接保护人格权的做法就显得相形见绌了,人们开始将人格权作为一种独立于财产权的权利形式进行保护。如前苏联将民事权利分为财产权和人身非财产权,人身非财产权又分为与财产权有关的人身非财产权和与财产权无关的人身非财产权^[4](第181页)。由此看来,人格权属于与财产权无关的人身非财产权,与财产权全面脱钩并形成一种与之对立的权利类型。

(二)双重权利载体的虚拟化

将人格权与财产权完全独立开来,表达了人们对人格权的日益重视和加强保护的愿望。但是,随着信息技术的发展,个人信息的价值得到前所未有的挖掘,它不仅呈现为表达人格权的所谓“数字化人格”(或称为“信息人格”),而且作为一种日益重要的生产要素,越来越多地显现出表达财产权的“经济价值”。在网络空间,人类终于摆脱了“肉身”实现了“数字化生存”,拥有了“数字化人格”。所谓“数字化人格”就是通过个人信息的收集和处理勾画一个在网络空间的个人形象,简单说就是凭藉数字化信息——个人信息而建立起来的人格^[5](第31页)。个人信息的“经济价值”所表达的财产权,不同于传统的财产权表现形式,它不再表现为“有形物”而是表现为“无形物”,或者说表现为一种“无形资产”。

因此,随着个人信息的数字化和网络化,个人信息作为人格权和财产权的一种双重权利载体,表现出了虚拟化的趋势,它摆脱了原来的“有形物”依赖性,其人格权不再表现为“肉身人格”,其财产权也不再表现为“有形财产”。随着个人信息的数字化,最终实现了其人格权和肉身的分离,财产权和有形物的分离。由于人格权和财产权的载体虚拟化,个人信息表现为“虚拟人格”和“虚拟财产”。如何对“虚拟人格”和“虚拟财产”进行保护,是值得法学界研究的重大课题,因为其虚拟性而造成取证的困难,是研究这一命题的最大难点。

二、个人信息的要素视角

个人信息的要素视角,就是将个人信息作为一种重要的生产要素,来研究个人信息的要素价值和要素配置。

(一)个人信息的要素价值

对个人信息的要素价值,可以从个人信息要素的需求者和供给者两个方面来讨论。从个人信息要素的需求者来看,个人信息的要素价值主要表现为个人信息的边际生产力(或边际产量),也就是需求者额外增加(减少)一单位个人信息要素购买能增加(减少)的总产量。从个人信息要素的供给者来看,个人信息的要素价值主要表现为个人信息的边际效用,也就是供给者额外增加(减少)一单位个人信息要素供给能增加(减少)的总效用。

我们可以根据个人信息要素需求者的不同,将个人信息的要素价值分为公共价值和私人价值。个人信息要素的公共价值,是指政府或其他公共利益单位利用个人信息要素所带来的边际生产力或边际公共利益。个人信息要素的私人价值,是指企业或其他私人利益单位利用个人信息要素所带来的边际

生产力。

另外,我们也可以根据供给者增加或减少个人信息要素供给对供给者总效用的影响,将个人信息的要素价值分为经济价值和人格价值。所谓个人信息要素的经济价值,是指增加个人信息要素供给所带来的边际效用,它表现为出场个人信息的经济收入所带来效用增量。所谓个人信息要素的人格价值,是指减少个人信息要素供给,保持人格利益所带来的效用增量。

(二)个人信息的要素配置

个人信息的交换,是指个人信息使用权在需求者与供给者之间的交换。前述个人信息的要素价值,已经分别从需求者与供给者角度,讨论了个人信息所表现出来的公共价值和私人价值、经济价值和人格价值。既然个人信息在供求双方都体现出不同的价值,当然就可以进入要素市场进行交换。根据供求双方对个人信息价值的理解,可以得出个人信息的供给函数和需求函数,而由供求函数决定的要素价格,则成为供求双方共同接受的市场价格。

根据一般均衡理论,在要素市场符合完全竞争的条件时,市场价格信号就可以自动引导,使要素配置达到最优。

从要素供给者的角度来说,个人信息的价值主要表现为个人信息的边际效用。在要素市场完全竞争的条件下,如果要素需求者也能满足成本最小化(或利润最大化)的条件,则个人信息要素的配置就能达到最优。因此,我们可以得出以下结论:当要素市场完全竞争时,实现个人信息要素优化配置条件,是个人信息的人格价值等于个人信息的经济价值乘以个人信息的市场价格。

这一结论揭示了一个重大规律,即个人信息市场供给量的大小取决于个人信息的人格价值、经济价值和市场价格。当个人信息的市场价格愈高,经济价值愈大,则个人信息市场供给量愈大;当个人信息的人格价值愈大,则个人信息市场供给量愈小。

三、个人信息的保护与立法

虽然信息技术的发展使人们认识到个人信息的多种价值,并且对个人信息的生产与利用也达到了空前的程度,但是由于个人信息的权利性质的复杂性和权利载体的虚拟性,人们在保护个人信息的权利上还显得非常稚嫩,在立法上也有一个不断完善的漫长过程。在个人信息的保护与立法问题上,我们可以得出如下有指导性的观点:(1)要廓清个人信息的双重权利边界;(2)要探索虚拟权利载体的取证难题;(3)要坚持公共利益优先原则;(4)要有利于形成完全竞争的个人信息要素市场;(5)要根据个人信息的人格价值、经济价值和市场价格,对不同的个人信息设计不同的保护机制与立法条文。

(一)个人信息的双重权利边界

在个人信息的双重权利边界上,主要有以下几种观点或做法:(1)扩张人格权,如德国法院提出对人格的“公开价值”(publicity values)进行特殊救济的“恢复原状请求权”(restitutionary claim)^[6](第 41 页),有德国学者提出“作为财产权的人格权”^[7](第 35 页),德国《联邦个人资料保护法》(1990)更是以信息自决权作为宪法基础,以一般人格权作为民法基础。(2)将人格权纳入知识产权,如有学者主张将姓名权、肖像权及美国法中的公开权发展为一种“人格上的新型的知识产权”(a new intellectual property right in personal)^[8](第 425 页),还有学者主张将自然人的的人格标识以及智力成果中虚拟的人格形象统揽归纳为“形象权”^[9](第 32-33 页)。(3)扩张财产权,如英国法通过保护商誉(Goodwill)不被“仿冒”与“盗用”以防止对名人身份的不法侵犯并从中谋取商业价值^[10](第 31 页),美国提出隐私公开权(right of publicity),保护个人决定其隐私是否公开及商业化使用的权利^[11](第 648-649)。

对于我国而言,由于历史上没有隐私权立法保护,因此没有必要借助隐私权来保护人格权,不如直接提出个人信息的人格权和财产权,并对这种双重权利进行保护。在我国的《个人信息保护法(专家意见稿)》中,个人信息权利被当作一项宪法上的基本权利对待^[12](第 51 页),其直接立法依据即宪法的第 38 条规定公民的人格尊严不受侵犯,第 39 条规定公民的住宅不受侵犯,第 40 条规定公民的通信自由

和通信秘密受法律的保护,从中可以看出试图从人格权、财产权或隐私权来保护个人信息权。因此,笔者建议在个人信息保护法中,明确规定保护个人信息的人格权和财产权,并以此作为我国个人信息保护法的立法宗旨。

(二)虚拟权利载体的举证

由于个人信息是一种虚拟权利载体,导致侵权举证的困难,除发展取证技术外,应根据不同侵权主体采用不同的归责原则或举证责任。如我国台湾《电脑处理个人资料保护法》对个人信息侵权归责原则采取了区别对待:公务机关侵害个人信息适用无过错责任原则,非公务机关个人信息侵权行为适用过错推定责任原则。笔者认为这是有道理的,因为这有利于减少受害人的举证责任,防止因虚拟权利载体的举证困难而不利受害人维权。公务机关侵权大多因为公共利益,具备侵权行为的法定性和免责事由的法定性,行为人不必要过错,无需受害人对行为人具有过错提供证据,行为人也无需对自己没有过错提供证据,即使提供出自己没有过错的证据也应承担责任,这有利于保护个人信息不受公务机关侵权。而在过错推定责任认定中,实行举证责任倒置,受害人无须证明侵权行为人主观上存在过错,由被告就自己没有过错承担举证责任,有利于保护个人信息不受非公务机关侵权。因此,笔者建议我国个人信息保护立法中,采取与之相同或相似的归责原则或举证责任,以切实保护个人信息权利。

(三)公共利益优先原则

这里公共利益优先原则,具体是指政府信息公共过程中涉及到的个人信息,应坚持基于公共利益的个人信息优先开放的原则。从已有信息公开立法的国家看,一般都在其政府信息公开立法中将个人信息或个人隐私列为例外信息不予公开,如《中华人民共和国政府信息公开条例》(2007)第十四条规定,行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。但是,例外信息可以分为强制例外和自由裁量例外两种类型,因此,在强调一般不予公开个人例外信息的前提下,也可以由其控制机关根据具体情况自由裁量公开。如上述第十四条同时规定,经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息,可以予以公开。当然,如何界定公共利益是立法者不可回避的难题,一旦对公共利益的界定模糊或自由裁量过度,势必造成或不能保证公共利益优先原则,或假借公共利益优先原则侵犯个人信息权利。

(四)完善个人信息要素市场

既然个人信息具有经济价值,而且成为日益重要的生产要素,当然应该进入要素市场交易。为提高要素配置效率,完善个人信息要素市场,使其保持充分的竞争性是非常重要的。在立法保护时,除保护个人信息的财产权外,还应对个人信息的市场交易作出规定,允许要素供给者根据个人信息的人格价值、经济价值和市场价格决定是否交易。在个人信息得到严格保护的条件下,由于个人信息是独一无二的,个人信息要素市场具有一定程度的卖方垄断性,这将导致个人信息市场供给短缺和价格高涨。因此,在保护个人信息权利的同时,也应该考虑如何促进个人信息的市场供给。如何在保护个人信息权利和促进个人信息的市场供给之间取得一种平衡,是立法者应该考虑的问题。

(五)人格价值、经济价值和市场价格的考量

由于人格价值、经济价值和市场价格,是个人信息供给者决定是否交易的主要依据,因此在个人信息保护立法中,应该对此进行考量。对人格价值较高的个人信息,特别是涉及到人格尊严的个人隐私,立法保护的重点应放在保护其人格权上,并对其市场交易作出更加严格的规定;对人格价值不太高的个人信息,则可放宽其市场交易的限制,使其经济价值得到充分发挥。因此,立法时根据人格价值和经济价值上的不同,对个人信息区别对待和分类保护是十分必要的。

四、结 论

从个人信息的权利性质,可以看出它是一种人格权和财产权的双重权利载体,而且,这种双重权利载体表现出虚拟化的趋势。随后,指出个人信息日益成为一种重要的生产要素,以要素视角分析个人信

息的价值形式和个人信息要素市场,可以发现人格价值、经济价值和市场价格是决定个人信息市场供给的重要因素。在以上基础上提出了关于个人信息保护与立法的一系列观点,结合国际、国内在个人信息的保护与立法上的理论、实践与探索展开分析。从目前国内外立法实践来看,综合考虑个人信息的双重权利保护的不多,在如何保护这种双重权利的虚拟载体上也显得捉襟见肘,本文所作的论述和探讨仅仅是一种粗浅的尝试,还留下许多具体的问题需要进一步研究,例如本文提出的个人信息保护与立法的一系列观点,尚需进一步研究保护的具体方式和立法的具体条文。笔者真诚地期待本文的论述与所提观点能有益于我国个人信息保护的立法,也真诚地期待在加强我国个人信息保护的同时,个人信息要素市场也能实现真正的繁荣。

[参 考 文 献]

- [1] 丘勋锐等:《出台“个人信息保护法”刻不容缓》,载《人民公安报》2009年03月13日。
- [2] 汤 擎:《试论个人资料与相关法律关系》,载《华东政法学院学报》2000年第5期。
- [3] 王郁琦:《NII与个人数据保护》,载《信息法务透析》1996年第5期。
- [4] [前苏联]格里巴诺夫、科尔涅耶夫:《苏联民法》上,中国社会科学院法学研究所民法经济法教研室译,北京:法律出版社1984年版。
- [5] 齐爱民:《拯救信息社会中的人格—个人信息保护法总论》,北京:北京大学出版社2009年版。
- [6] Markesinis, Basil S. 1999. *Protecting Privacy: The Clifford Chance Lectures Vol 4*. New York: Oxford University Press.
- [7] 程合红:《商事人格权论》,北京:中国人民大学出版社2002年版。
- [8] Pinckaers, Julius CS. 1996. *From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona*. Hague: Kluwer Law International.
- [9] 郑成思:《知识产权法》,北京:法律出版社1997年版。
- [10] [英]F. H. 劳森、B. 拉登:《财产法》,施天涛、梅慎实、孔祥俊译,北京:中国大百科全书出版社1998年版。
- [11] Turkington, Richard G. & Anita L. Allen. 2002. *Privacy Law: Cases and Materials*. St. Paul: West Group.
- [12] 周汉华:《中华人民共和国个人信息保护法(专家意见稿)及立法研究报告》,北京:法律出版社2006年版。

(责任编辑 车 英)

Personal Information in Perspective of Production Factors: Protection and Legislation of a Virtual Double-right Carrier

Yang Gansheng

(Dept. of Law & Politics, South China Normal University, Foshan 528225, Guangdong, China)

Abstract: Personal information is becoming a more and more important production factor with development of information technology, and serious infringement of personal information right is initiated by struggle for information resources. Judging from attributes of personal information right, it's a virtual double-right carrier of personality right and property right. By analyzing the value forms and market of personal information in perspective of production factor, it can be found that the most important factors deciding market supply of personal information are personality value, property value and market price. Based above, our opinions on protection and legislation of personal information can be approved and applied by theory, practice and exploration.

Key words: personal information; production factor; legislation