

# 个人信息权作为民事权利之证成： 以知识产权为参照

吕炳斌\*

---

**内容提要** 个人信息有别于数据,也不同于隐私。它以个人敏感隐私信息为内核,往外扩散,其边界处于相对确定的状态。以知识产权为参照,相对确定的边界并不影响个人信息权利化保护。以尊重人格尊严和自由为理念,以个人信息的自我决定或自我控制为理论基础,个人信息权宜定性为人格权。无形的人格特征具有财产利益,在原理上亦接近于以知识产权为代表的无形财产权。个人信息与知识产权的客体类似,均是特定的信息,其权利不能架构在占有的基础上,不是对客体的圆满状态的控制。可借鉴知识产权的“行为规制权利化”的构建路径,以同意、访问、查阅、抄录、复制、更正、删除等具体行为为支点,形成包含个人信息利用的知情权、个人信息利用的决定权以及保护个人信息完整准确权这三方面内容的个人信息权。个人信息权可以满足绝对权的特征,融入民事权利体系中的绝对权大家庭。

**关键词** 个人信息 知识产权 行为规制权利化 民事权利体系

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.04.003

## 引言

人类已经进入高度信息化时代,个人信息的法律保护需求凸显,成为一个重大问题。其中,个人信息的法律性质和法律地位属于基础性问题。只有理清基础性问题,才能合理地设计出个人信息的法律保护机制。

我国学界对在个人信息上是否可以成立权利尚存在争议。在学理研究上,不乏学者赞同对个人信息(个人数据)赋予权利。<sup>①</sup>在实践中,使用“个人信息权”“个人信息隐私权”或“个人信息控制权”术语的判决也不断出现。<sup>②</sup>然而,也有学者否定个人信息权

---

\* 南京大学法学院教授,法学博士。

① 参见程啸《论大数据时代的个人数据权利》,载《中国社会科学》2018年第3期;杨立新《个人信息:法益抑或民事权利》,载《法学论坛》2018年第1期;等等。

② 根据北大法宝案例库检索,使用“个人信息权”“个人信息控制权”等用语的判决书已逾百篇,有些由当事人提出,也不乏有法官在分析和判决中使用,参见河南省平顶山市中级人民法院(2018)豫04民终727号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2017)浙02民终1527号民事判决书等。

利。否定的理由除了我国立法上未明确使用“个人信息权”的术语外,在理论上主要有:个人信息无法被个人占有;<sup>③</sup>边界不易确定;<sup>④</sup>以及个人信息要用于社会交往之中,具有公共属性<sup>⑤</sup>。实际上,这些反对的理由都可套用于知识产权之上——知识产权的客体也是无法占有的,边界亦不易确定,并且可被无数多个人同时使用,具有公共产品属性。既然知识产权能够克服这些障碍,其权利特征和权利化路径或许可为个人信息权的构建提供启示,而这正是本文研究的宗旨所在。<sup>⑥</sup>

个人信息权利化有其必要性:第一,在信息网络时代和大数据时代,个人和网络服务商或数据处理者之间的谈判力量悬殊,个人信息保护问题凸显。个人与网络企业进行谈判本就遥不可及,加之手中没有筹码,往往处于弱势地位,而互联网企业的迅猛发展更加剧了企业和个人之间的强弱对比,导致双方的谈判能力更加不平等。在纯粹的利益保护和权利化之间选择较强的权利化保护模式,对弱势一方在制度安排中予以倾斜性保护,可纠正这一失衡状态。第二,只将个人信息作为一种利益进行保护,存在模糊性的弊端,会影响各方主体的行为预期。而在权利化的保护模式下,个人信息权可具备确定的权利内容,其确定性可更好地保障各方的行为预期。第三,利益和权利虽均可在侵权法下获得保护,但相比利益而言,权利被侵害时,在加害行为的违法性认定和过错判断上对信息主体更为有利,所提供的保护力度更大,更有利于限制企业的不当利用。第四,在信息网络时代,对个人信息的侵害具有易发性、损害后果的易扩散性和不可逆性,故应强化法律对侵害个人信息损害后果的预防功能。<sup>⑦</sup>个人信息权利化之后,作为绝对权的个人信息权将具有积极主张和行使的一面,在损害发生之前,权利人即可行使更正、删除等请求权。因而,权利保护的损害预防功能更强,可更好地预防和应对信息网络上个人信息的侵权问题。第五,个人信息的利用行为复杂多样,加之利益保护的模糊性,使得信息主体在维权上面临着较高的证明成本和论证负担,因此往往对维权望而却步。个人信息的权利化,可为自然人提供明确的维权依据,减轻个人的论证负担,同时,法官的论证亦可以依赖于权利分析的成熟路径和经验,因而也可减轻法官的论证和说理负担,降低裁判成本,提高裁判效率,最终在整体上提高制度效率。第六,基于个人尊严和自由的基本理念,可以推导出个人信息的自决理论,个人对信息的自决蕴含着权利,这也是比较法上个人信息自决权的理论依据。总之,在权利本位理念下,赋予个人信息权利,在认识论上是一种权利宣示,在实践中也将更为有效地达到个人信息保护的目。就企业角度而言,也需要通过权利化模式,确定个人和企业之间的权利和义务

<sup>③</sup> 参见吴伟光《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》,载《政治与法律》2016年第7期。

<sup>④</sup> 参见杨芳《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》,载《比较法研究》2015年第6期。

<sup>⑤</sup> 参见高富平《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期。

<sup>⑥</sup> 我国已有民法学者意识到个人信息权(权益)与知识产权在某些方面存在类似之处,参见张新宝《〈民法总则〉个人信息保护条文研究》,载《中外法学》2019年第1期。

<sup>⑦</sup> 参见王利明《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》,载《中国法学》2019年第1期。

关系,为科技发展、大数据产业发展提供明确的价值评判标准和指引。

我国《民法总则》已将个人信息写入“民事权利章”,但未明确使用“个人信息权”一词,因而留下了探讨空间。我国相关立法已经基本确立了以个人同意为前提的个人信息收集和使用原则。<sup>⑧</sup>“同意”蕴含着授权的意味。正如学者指出,建立在同意基础上的使用规则实际上已经达到了赋权的效果。<sup>⑨</sup>基于此,笔者认为,不如明确承认个人信息权。

在承认个人信息权之后,个人信息权的性质、个人信息权能否成为绝对权意义上的民事权利均成为理论上的待决问题。个人信息上承载的利益在性质上属于基本人权抑或财产利益的争论被美国学者称为“准宗教战争”,<sup>⑩</sup>可见争议之激烈。虽然我国有学者提出可回避个人信息权利性质的讨论,<sup>⑪</sup>但实际上,这却是一个难以回避的问题。个人信息利益内容的复杂性,导致了学界对个人信息权利的性质存在不同认识,甚至出现偏差。比如,有学者认为个人信息是主体的外在符号或信息,属于精神型人格权的客体,并非内在于主体,而是可以与主体相分离,因而可以给予其财产权和人身权的双重保护。<sup>⑫</sup>这种双重保护说实质上是模糊不清的。“既是财产权,又是人身权”的观点在一定程度上会造成实践中的混乱。也有学者采取更为模糊的态度,认为个人信息权利旨在保护其对个人信息的“自主决定的利益”,但同时又认为个人信息权有别于人格权,“不是作为绝对权而享受如人格权、所有权那样的保护强度”。<sup>⑬</sup>将个人信息权利保护的利益定位为“自主决定的利益”本质上是沿袭了人格权的思路,但该论说又将个人信息权利区别于人格权和绝对权,此亦存在探讨空间。

选择权利化的保护模式,尚需进一步分析和论证个人信息权到底能不能成为一项民事权利,这不仅关涉个人信息权在民事权利体系中能否真正地立足,也可用于反证权利化保护模式是否可行,因而至关重要。具体而言,这一问题又可分解如下:在信息这种非物质化的客体上能否构建民事权利?个人信息权能否在民事权利体系中找到恰当的定位?个人信息权能否成为绝对权意义上的民事权利并产生符合绝对权特征的权利内容?若答案是否定的,个人信息权就很难成立,即使在立法上硬塞一个“个人信息权”的称谓;若答案是肯定的,个人信息权便可证成,即使在立法上缺乏明确的称谓。本文将致力于论证个人信息权可以成为民事权利,进而融于既有的民事权利体系。

⑧ 参见《中华人民共和国消费者权益保护法》第29条和《中华人民共和国网络安全法》第41条。我国《民法典人格权编(草案二次审议稿)》亦沿袭同意原则,参见《中华人民共和国民法典人格权编(草案二次审议稿)》(2019年4月)第814条。

⑨ 参见前引⑤,高富平文。

⑩ See Pamela Samuelson, *Privacy as Intellectual Property?*, 52 Stan. L. Rev. 1125, 1157-1158 (2000).

⑪ 参见前引⑤,高富平文。文中提出,“为了避免权利性质的讨论(人格权、财产权或其他性质的权利)……”。

⑫ 参见刘德良《个人信息的财产权保护》,载《法学研究》2007年第3期。

⑬ 前引①,程啸文。

## 一、个人信息权的客体界定及其与知识产权客体的共性

个人信息权的客体指向的是个人信息。作为一种非物质化的客体,个人信息需要通过法律上的概念界定明确其范围。法律体系构建在概念基础之上,个人信息的概念界定将直接影响个人信息的边界以及个人信息保护规则的适用。我国《民法典人格权编(草案二次审议稿)》基本沿袭《网络安全法》对个人信息的定义,将个人信息定义为“以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息”,并进行了举例说明。<sup>⑭</sup>此定义的前半部分体现了信息的“载体依附性”,这其实是所有信息的共性;后半部分揭示了个人信息的特性,即“可识别性”。这一立法上的定义也基本反映着我国学界的共识。在这个概念基础上,可进一步探讨个人信息的边界。这首先需要辨明两对关系:个人信息和数据;个人信息和隐私。

### (一) 数据与信息之界分及意义

现有文献中,个人信息和个人数据这两个术语常被混杂使用。有学者更是直接使用“个人数据信息”一词,<sup>⑮</sup>将个人数据和信息合为一体。我国学者混杂使用这两个术语,一定程度上是受比较法上不同术语的影响。美国、欧盟两大法域分别使用个人信息(personal information)、个人数据(personal data)两个术语。除了将数据等同于信息的观点之外,学界还存在“数据>信息”“数据<信息”等主要观点。<sup>⑯</sup>上述三种主要观点体现了数据和信息之间存在关联。然而,这些观点将数据和信息视为同一层面的比较对象,造成了数据和信息的纠缠不清,导致的后果是个人信息性质界定上的困惑。个人信息权利的财产权和人身权之争,在很大程度上即源于数据和信息的混淆。

笔者认为,数据和信息分属于两个不同的层面,应当予以区分,对两者也不应在范围大小上进行比较。这首先需要民法意义上的数据概念予以界定。我国《民法总则》第127条引入数据保护问题,其背景是大数据技术的发展。在此背景下,数据应当被理解为符号意义上的电子数据。<sup>⑰</sup>这种观点符合人们的通常理解,是一种容易被人接受的观点。在数字化时代,承载着信息的文本、图像等皆可转换为数据,而数据以计算机可以处理和分析的比特形式存在。<sup>⑱</sup>数据是电子形式的电磁记录,记录的可以是个人信息,也可以是文字作品等其他内容。一般而言,并不需要将非电子形式的信息载体作为数

<sup>⑭</sup> 参见《中华人民共和国民法典人格权编(草案二次审议稿)》(2019年4月)第813条。需要注意的是,该条将识别的对象表述为“特定自然人”,而《中华人民共和国网络安全法》第76条规定的“个人信息”定义将识别的对象表述为“自然人个人身份”,两者应无本质区别。

<sup>⑮</sup> 前引③,吴伟光文。

<sup>⑯</sup> 参见许可《数据安全法:定位、立场与制度构造》,载《经贸法律评论》2019年第3期。

<sup>⑰</sup> 参见吕炳斌《论网络用户对“数据”的权利——兼论网络法中的产业政策和利益衡量》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第6期。

<sup>⑱</sup> 参见[英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,盛杨燕、周涛等译,浙江人民出版社2013年版,第110页。

据予以保护。比如,一封书信可能承载着大量的个人信息,书信是有体物,自有其物权保护方式,无需将其视为数据加以保护;又如,一块石头上可能刻有一些传递信息的文字,撇开其内容而言,这块石头也是有体物,属于物权的客体范畴。在法律上具有特殊性,因而需要专门研究的是以电磁记录形式呈现的电子数据。同样是信息的载体,电子数据并不存在原件和复制件,或者说很难区分其原件和复制件,其保护模式与物权存在一定的区别,要采取无形财产权的保护模式。

由上可知,《民法总则》中引入的数据概念所指的应当是电子数据。根据计算机科学中的通常理解,“数据是信息的载体”,<sup>①</sup>因而,数据和信息属于不同层面。在“电子数据说”之下,数据就是个人信息的一种电子载体。进一步举例而言,姓名和身份证号码都是个人信息,是一种具有含义的信息,分别通过文字和数字予以表达,它们可以被记录于传统的纸张上,也可以被记录于电子数据之中。无论是纸张的灭失,还是电子数据的灭失,都不会导致这些个人信息的灭失。可见,个人信息有别于个人数据。

现有文献中使用的“个人数据”指的应该是“负载个人信息的数据”。如果是经过匿名化处理的数据,其上负载的信息不再具有可识别性,不是个人信息,而是其他信息。但笔者不提倡使用“个人数据”的术语,原因如下:第一,“个人数据”会将信息和数据这两个不同层面的客体予以混淆。第二,“个人数据”容易与“企业数据”产生联想和对比,可能造成企业数据由企业享有和控制、个人数据相应地由个人享有和控制的认知,进一步可能推导出企业对企业数据享有权利、个人相应地对个人数据享有权利的结果,并认为两个权利具有类似性,而其实不然。企业数据可能是财产权客体,如果因此就将个人数据等同地作为一种财产权客体,这会误导整个个人信息保护制度的设计。如果将企业数据作为财产权的客体,而将个人数据作为非财产权的客体,又会造成数据保护上的不一致。

基于上述考虑,我国在构建个人信息法律保护的规则体系时,有必要统一术语,并明确术语的内涵。笔者认为,我国以使用“个人信息”这一术语为佳,<sup>②</sup>并且,在理念上应当将内容层面上的“个人信息”和载体意义上的“数据”加以区分。《民法总则》分别在两个不同的条款规定了个人信息和数据保护,也有将两者加以区分之意。秉承《民法总则》的倾向,“数据信息区分说”有利于正确识别个人信息的本质。剥离出数据层面,才能将个人信息这一概念还本清源,从而进一步识别出个人信息上承载的利益。

数据可能属于无形财产权的保护客体,而个人信息则可能属于人身权的保护客体,这正是区分数据和信息的意义所在。

<sup>①</sup> “数据是信息的载体”是一个广为接受的表述。在读秀数据库(duxiu.com)中对其收录的电子书进行内容检索,有1776条检索结果使用这一表述(检索日期:2019年6月19日)。另参见胡元义主编《数据结构教程》,西安电子科技大学出版社2012年版,第2页;甘利杰、孔令信、马亚军主编《大学计算机基础教程》,重庆大学出版社2017年版,第8页;等等。

<sup>②</sup> 笔者主张使用“个人信息”术语,但在引用使用“个人数据”一词的现有文献或域外立法时,为尊重原文,仍将保留和使用“个人数据”一词。

## (二) 个人信息和隐私的关系

在明确了“个人信息”有别于个人数据之后,则可进一步明确个人信息的内涵和外延。与数据相比,个人信息的界定更为复杂。首先涉及的便是个人信息和隐私的关系。

个人信息和隐私是两个不同的概念。如前提及,个人信息指的是可以识别出特定自然人的各种信息,其特征在于“可识别性”。而根据通说,隐私指的是他人不得非法干涉的私生活安宁以及他人不得非法公开的私生活秘密,<sup>①</sup>其特征在于私人性和隐秘性。

对隐私和个人信息进行区分,同时认识到两者之间的交叉关系,已逐渐成为学界主流观点。<sup>②</sup>隐私权的对象包括物理性的私密空间和无形的隐私信息。由是观之,个人信息和隐私之间的正确定位是交叉关系,“有关私生活秘密构成二者的交集。”<sup>③</sup>从原理上而言,越是具有私密性的信息,也越具有可识别性,从而成为个人信息。<sup>④</sup>因此,个人信息包括隐私信息,后者是前者的重要组成部分。隐私信息又可进一步分为个人敏感隐私信息和非敏感隐私信息。<sup>⑤</sup>可以说,个人信息以“个人敏感隐私信息”为内核。一个相关的概念是“个人敏感信息”。“个人敏感信息”的范围略大于“个人敏感隐私信息”,可以包括政治意见等与个人人格尊严并无直接关联的信息,在其使用中还需要考虑信息处理的情景和目的,<sup>⑥</sup>其边界也非完全固定。然而,个人敏感隐私信息由于有着敏感、隐私两个条件的双重限制,其边界较易确定。基本清晰的排他边界也可以构成对个人敏感隐私信息强化保护的一个理由。

在存在交集的同时,个人信息与隐私也存在不同。首先,两者不同的根源在于其特征不同。个人信息的特征在于可识别性,而隐私的特征在于私密性。其次,具体而言,在两者交集横轴之外,一侧为动态的私人活动过程以及物理性的隐私空间,另一侧是不具备隐秘性的个人信息。换言之,很多个人信息并不构成隐私,例如,姓名、处于公开状态的电话号码和电子邮箱地址、可供公众查阅的个人信用信息、社交网络上的公开账号和好友列表等均属于个人信息,却不是隐私。又如,个人的宗教信仰、政治主张、犯罪记录等属于个人敏感信息,通常却不是隐私。再如,澳大利亚联邦法院曾判决认为,个人使用的IP地址不属于隐私信息。<sup>⑦</sup>的确,个人在访问各种网站时,网站站长或管理员都可以得知来访者的IP地址,用户很难主张IP地址构成隐私。

认识个人信息和隐私的交叉关系,意义之一在于识别出个人信息的内核即“个人敏感隐私信息”,从而认识到个人信息上的核心利益为\*\*人格利益\*\*;意义之二在于正确认识两者保护上的关系。

<sup>①</sup> 参见张新宝《隐私权的法律保护》(第2版),群众出版社2004年版,第7页;王利明《隐私权概念的再界定》,载《法学家》2012年第1期。

<sup>②</sup> 参见前引⑥,张新宝文。

<sup>③</sup> 张新宝《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期。

<sup>④</sup> 参见高富平《个人信息使用的合法性基础——数据上利益分析视角》,载《比较法研究》2019年2期。

<sup>⑤</sup> 参见前引②,张新宝文。

<sup>⑥</sup> 参见胡文涛《我国个人敏感信息界定之构想》,载《中国法学》2018年第5期。

<sup>⑦</sup> See *Privacy Commissioner v. Telstra Corporation Limited* [2017] FCAFC 4, paras. 44-72.

个人信息保护应与隐私保护相区别,但也会产生交叉:第一,两者保护的重心和规范的行为对象不同。隐私信息由于具有私密性的特征,法律要保护这种客体,势必要维护这一特征,因而规范的对象是对隐私的公开或泄露行为。个人信息则不然,其重点在于信息可以识别出个人,与特定主体相关,因而法律所需保护的是信息主体对其信息使用的自我决定或控制,法律所要规范的是不当或违法收集、加工和使用个人信息的行为。第二,两者在保护效果上可以存在区别。如果一条信息已经属于个人隐私,则采取隐私权的较强保护模式,维护信息的私密状态,给予较为完整的利益保护。如果一条信息没有达到个人隐私的程度,则可以采取个人信息的保护模式,采取后文所述的“行为规制权利化”模式,通过权利化的方式保护特定行为上附着的利益。换言之,隐私权类似于所有权,是一种较为圆满状态的权利,而个人信息权类似于知识产权,虽仍可以是一种绝对权、具有绝对排他效力,但属于在特定行为上架构起的利益专属空间。第三,两者的保护上会存在交叉。个人信息的范围大于隐私信息的范围,隐私信息也是个人信息的核心部分,因而,已经享有隐私权保护的信息仍然可以获得个人信息的重叠保护。这在法律制度上也不存在障碍:权利之间的重叠保护在法律上经常存在,比如,在知识产权法中,著作权和专利权的交叉保护、著作权和商标法的交叉保护、专利权和商标权的交叉保护都会产生。当一条信息同时符合个人隐私和个人信息的定义时,则可获得两方面的重叠保护,在本质上,此时的隐私权是在一般信息保护基础上,对特殊信息提供一种强化保护。

### (三) 相对确定的个人信息边界

个人信息以个人敏感隐私信息为内核,往外扩散,其边界何在?这似乎是界定个人信息时最为困难的问题。否定个人信息权的一个主要理由也是认为个人信息无法形成确定的边界,因而不能成为专有权、排他权。其实,个人信息作为一种非物质化的客体,亦可被界定,其边界也处于一种相对确定的状态。在实证法上,欧盟、美国和我国立法对个人信息界定的努力也是在探寻个人信息的边界。

就全球范围而言,关于个人信息保护的示范性立法是欧盟《一般数据保护条例》(GDPR),该条例第4条承袭了1995年《数据保护指令》(欧盟第95/46/EC号指令)的定义,使用“个人数据”一词,并将之定义为“与已识别或可识别的自然人(‘数据主体’)相关的任何信息”,而可识别的自然人是“可以直接或间接识别的人”。<sup>②</sup>可见,欧盟明确将“可识别的”信息也纳入保护范围,并且在保护力度上并没有与“已识别的”个人信息进行差异化对待。此外,从这一规范的表达来看,“相关的”“任何”“间接”等词在解释上都可以得出较为宽泛的结果。总而言之,欧盟的个人数据概念较为宽泛,导致的结果是个人信息的边界处于一种相对确定的状态。

<sup>②</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) OJ L 119/1 4 May 2016, art. 4(1).

与欧盟不同的是,美国法律中并不存在关于个人信息的统一定义。美国通常将个人信息置于隐私权下进行保护。传统上,美国各州隐私法规中最为常见的是“特定类型”界定法。<sup>29</sup>比如《加利福尼亚民法典》对个人信息的类型进行了明确的列举,第一类是社保号码等五种明列的信息要素与自然人姓名的结合,第二类是网络用户名和电子邮箱账户。<sup>30</sup>相比欧盟,这一界定法就非常严格,不仅限制了类型,实际上也将个人信息限为已经识别出个人主体的信息。<sup>31</sup>

从比较法和原理上而言,为了给个人信息一个明确的边界,可以采取特定类型的列举法,也可以采取已识别标准,但两者都存在问题,非可取之道。特定类型的列举法为个人信息提供了一个非常明确的边界,但存在保护全面性上的不足,也难以应对新情况。将个人信息限为已经识别出主体的信息,确定性有所增加,但会导致个人信息保护力度的下降。也正是基于此,美国的立法趋向也是将个人信息的定义灵活化。比如,同样是前述举例的加利福尼亚州,其最新立法中已经明确对个人信息的列举是非穷尽的,并且在定义中加入了信息可与特定主体“直接或间接的相关联”“能够与之相关联”“合理的相关联”这样相对开放的表述。<sup>32</sup>

前已提及,我国《民法典人格权编(草案二次审议稿)》征求意见稿和《网络安全法》都使用了“能够识别”的表述,即采用“可识别性”标准。在“可识别性”标准之下,个人信息当然也可以包括已经识别出特定自然人的信息。在个人信息的界定上,我国法律也在朝着欧盟模式前行,在个人信息概念之下包括“已识别”和“可识别”的信息。这可为各种个人信息提供尽可能完整的保护,具有合理性。

在“可识别性”标准之下,个人信息的类型是开放的,不存在一个穷尽的列表,不存在完全确定的边界。个人信息虽不能像有体物那样具有直观的物理边界,但其也并非漫无边际,它的边界可以通过法律上的判断方法予以确定。个人信息认定的“可识别性”标准,个人信息具有“个人”这个关联点和焦点,这些都服务于对个人信息进行划界。已识别的个人信息范围相对清晰,而可识别的个人信息范围虽相对模糊,但实际上,其边界仍处于相对确定的状态。

#### (四) 个人信息和知识产权客体的共性

个人信息和知识产权客体存在诸多共性,具体表现在:

<sup>29</sup> See Paul M. Schwartz & Daniel J. Solove, *Reconciling Personal Information in the United States and European Union*, 102 Calif. L. Rev. 877, 890-891 (2014); Kevin F. Cahill, David J. Harris, Mark Browne, Hilary Bonaccorsi & Colleen Hespeler, *California Consumer Privacy Act: Potential Impact and Key Takeaways*, 12 Intell. Prop. & Tech. L. J. 11, 12 (2018).

<sup>30</sup> See California Civil Code § 1798.81.5(d)(1) (2016). 根据英文文献中的归纳分析,美国很多州的隐私法规中的个人信息定义也与之类似。See Bruce Radke & Michael Waters, *Selected State Laws Governing the Safeguarding and Disposing of Personal Information*, 31 J. Marshall J. Info. Tech. & Privacy L. 487, 487-503 (2015).

<sup>31</sup> See Paul M. Schwartz & Daniel J. Solove, *supra* note 29, 891.

<sup>32</sup> See The California Consumer Privacy Act of 2018, § 1798.140.(o).



## 1. 边界都相对确定

个人信息的边界处于一种相对确定的状态,这与知识产权的客体尤为类似。

知识产权的客体作为一种非物质化客体,尽管有着专利权利要求书等外在表达形式的界定,但其边界还是无法达到如有体物边界般的清晰状态。在知识产权的保护范围中,存在着相对清晰的相同侵权以及相对模糊的近似侵权(商标权)、实质性相似(著作权)和等同侵权(专利权)。尽管知识产权客体的边界也具有模糊性,但知识产权的保护范围仍处于一种相对确定的状态。

个人信息作为非物质化的客体,在原理上与知识产权的客体类似,其边界也只能处于一个相对确定的状态。实际上,这也是两者的信息本质决定的——信息不可能存在物理边界。

## 2. 都具信息本质

关于知识产权的客体,学界存在智力成果说、知识说、信息说和符号说等不同观点。<sup>③</sup>这些学说为理解知识产权提供了不同的视角。然而,智力成果说难以囊括商标、地理标志等标识类客体。知识说也存在类似问题,将商标和地理标志等作为知识,在理解上较为牵强。符号说对商标、作品等客体的解释力较强,而对专利法所保护的技术发明的解释力较弱。信息说则面临着信息的定义问题。相同的是,这些学说都认为知识产权保护的是非物质客体,知识产权客体的非物质性也是不容置疑的。

本文采用知识产权客体的“信息说”。“信息说”为分析知识产权客体的非物质性提供了一个理论工具,便于将无法被占有的无形客体与可被占有的物权客体相区别,说服力较强,也得到国内外众多学者的提倡和呼应。<sup>④</sup>按照“信息说”进行理解,知识产权所保护的是一种特定的信息。具体而言,专利权保护的是一种处于公开状态的技术信息,著作权保护的是文学艺术或科学领域的表达信息,商标权保护的是指示来源的特定信息。这些信息可统称为“非物质形态的知识信息”。<sup>⑤</sup>当然,受知识产权保护的知识信息尚需满足创造性、创新性或显著性等方面的条件,尽管各不相同,但本质上均为信息。可以说,“信息说”为理解知识产权的客体提供了一个独到的视角,揭示了其本质。

知识产权和个人信息权本质上都是对信息的权利。信息的含义多种多样,有语义信息(作为含义的信息)、信号信息(作为信号的信息)等不同的理解和用法。<sup>⑥</sup>与知识信息和个人信息最为贴近的概念是“语义信息”。信息要有一定的含义或内容。笔者认

<sup>③</sup> 参见刘春田《知识产权解析》,载《中国社会科学》2003年第4期(知识说);李明德主编《知识产权法》,北京师范大学出版社2011年版,第2页(智力成果说);李琛《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第124-129页(符号说);信息说将在下文展开,文献见下。

<sup>④</sup> 参见朱谢群编《郑成思知识产权文集:基本理论卷》,知识产权出版社2017年版,第134页;Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 Yale L.J. 1742-1822 (2007); [日]中山信弘《多媒体与著作权》,张玉瑞译,专利文献出版社1997年版,第3页。

<sup>⑤</sup> 吴汉东《知识产权法》(第5版),法律出版社2014年版,第6页。

<sup>⑥</sup> 参见[美]马克·布尔金《信息论——本质·多样性·统一》,王恒君、嵇立安、王宏勇译,知识产权出版社2015年版,第6页。

为,信息由内容和表达构成,<sup>③7</sup>信息要表达出来才能被人感知,也才有可能得到法律的保护。知识产权所保护的信息都可以有外在的表达,但“表达”仍然属于信息的范畴。以著作权为例,著作权法保护的作品是一种表达,这种表达进一步地还需要依附于一定的载体,并且可以有不同的载体,比如传统的纸张或者电子数据文档。信息有别于载体,信息的表达层面也有别于载体。作品载体的灭失并不等于作品(表达)的灭失,即在作品载体灭失后,受著作权保护的作品或表达依然可以存在。个人信息与之类似,也需要以一定的形式记录在载体上,但有别于载体。个人信息也由内容和表达构成,其内容需要加以表达,这一表达离开内容也会丧失意义。概言之,知识信息和个人信息都可被理解为是表达特定内容的信息,这是两者在本质上的相同之处。

### 3. 均具有“公共产品”属性,通常无法被人独占

信息进一步可分为处于私密状态的信息以及具有公共属性的信息。大多数个人信息兼具社会性和公共性,社会公众需借此识别特定主体。<sup>③8</sup>知识产品也具有“公共产品”属性,一旦生产,它可以在不损害原件的情况下产生无数多个复制件,非竞争性地为人所用。<sup>③9</sup>这其实是非保密状态的信息的共性,因此有知识产权学者直接表述为“信息具有‘公共产品’的特性”。<sup>④0</sup>

由上可知,从一般意义上而言,个人信息和知识信息在本质上均具有公共属性。这种“公共产品”或具有公共性的信息在理论上可被无数多个人同时使用,无法被个人独占,这与有体物形成了鲜明的对比。有体物的所有权可以建立在占有基础上,而对知识信息和个人信息的权利却不能以占有为支点,其权利化路径需要寻求另外的支点。知识产权法经过数百年的发展,已相对成熟。“个人信息”的权利化路径可以从“知识信息”的权利化路径中得到启示。

总之,个人信息和知识产权的客体在本质上都是一种特定的信息,两者都不具有物理边界,其边界都处于相对确定的状态。以知识产权为参照,相对确定的边界并不影响将个人信息作为绝对权、排他权进行保护。两者的共性也构成了在权利结构、权利化路径上将个人信息权与知识产权进行类比的基础。

## 二、个人信息权在民事权利体系中的定位

个人信息权到底是一种什么性质的权利?它能否在民事权利体系中找到合适的定位?对此,学界存在着财产权论和人格权论等不同观点,需加以辨析。

<sup>③7</sup> 郑成思教授认为“作为知识产权保护客体的信息,既有形式又有内容”。如果把形式理解为表达形式,这一论述与笔者的观点就大致相同。参见郑成思《信息、知识产权与中国知识产权战略若干问题》,载《法律适用》2004年第7期。

<sup>③8</sup> 参见高富平《论个人信息保护的目的一—以个人信息保护法益区分为核心》,载《法商研究》2019年第1期。

<sup>③9</sup> See Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 Emory L. J. 965, 970 (1990).

<sup>④0</sup> Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, And Free Riding*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1054 (2005).

### (一) 财产权论辨析

个人信息权利的财产权论,本质上秉承的是从“商品化”到“财产权化”的论证思路,即以个人信息交易的客观需求来论证个人信息财产权保护的必要性。在实践中,个人信息已然商品化。个人信息交易的地下市场或“黑市”客观存在,个人信息也已经与产业或经济挂钩,大数据开发企业亦依赖于个人信息的收集和利用,这些都反映出个人信息的市场价值。基于这一现状,许多学者认为,信息的商品化和财产化不可避免,进而呼吁建立新的信息财产权。<sup>①</sup>但是,将个人信息作为商品,作为一种可供交易的财产,是基于使用者甚至侵权者的立场,而非权利人视角。这导致权利论证中的“角色错位”,从错位的主体角度得到的客体认知也是错乱的。从权利人角度而言,个人信息并不是“身外之物”。通常情况下,信息主体也不希望将之作为商品进行交易。因此,财产权论在逻辑起点上就存在问题。此外,采财产权论说还将使信息财产权在法律技术上和设立宗旨上都面临困境。

就法技术而言,信息通常并不能为某个特定主体排他性地占有,而所有权的首要权能是占有,信息就很难满足这一前提基础。因此,有学者退而求其次,认为个人信息财产权“能且只能存在于对个人信息的商业性利用环境之中”。<sup>②</sup>换言之,个人信息财产权只是一种有限的财产权,并且是一种非常特殊的财产权。但无论是物权还是无形的知识产权,权利都是在一般意义和广泛意义上存在的,并不限于商业性利用环境。财产权论者主张个人信息财产权是一种特殊的、有限的财产权,似乎是要创设一种新的权利类型,其正当性和必要性值得拷问。

如果要将个人信息作为一种无形财产进行法律保护,则需要较强的正当性理由。知识产权是一种无形财产权,其正当性在于激励创造性成果的产出。个人信息财产权化的目的何在?是激励信息的产出?还是激励信息的交易?抑或是,通过赋予财产权达到加强个人信息保护的目的?下文将对这三个可能的正当性理由进行辨析。

首先,个人信息的产出并不需要权利的激励。因为,即使没有个人信息财产权或其他类型的权利,海量的个人信息照样会产出。对此,无需赘言。

其次,个人信息之交易亦无需财产权的激励。在经济社会,设立财产权的一个功能性目的是便利和促进交易。然而,这并不能成为在个人信息上配置财产权的理由。在网络经济时代,企业收集和加工个人信息的市场激励居高不下。在经济激励之下,企业具有强大的动机收集信息,包括通过交易的方式获得信息。并且,对于掌握个人信息的企业而言,通过披露和出售等方式利用个人信息,并不会因此承担任何经济上的损失。“从经济角度来看,公司将使用信息的收益内部化,但可以将部分损失外部化,因此有过

<sup>①</sup> See Jacqueline Lipton, *Information Property: Rights and Responsibilities*, 56 Fla. L. Rev. 135, 167-168 (2004); Vera Bergelson, *It's Personal but is it Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, 37 U. C. Davis L. Rev. 379 (2003); Pamela Samuelson, *Information As Property: Do Ruckelshaus and Carpenter Signal a Changing Direction in Intellectual Property Law?*, 38 Cath. U. L. Rev. 365, 366-368 (1989).

<sup>②</sup> 前引<sup>①</sup>刘德良文。

度使用信息的系统性激励。”<sup>⑬</sup>基于上述考虑,从企业角度而言,并不需要,也没有必要,在法律上获得个人信息交易的额外激励。就个人而言,个人信息的原始主体通常并不希望将自己的信息卖给别人。因而,在个人信息上建立一般意义上的财产权似无必要。即便有人想通过出售自己的个人信息获利,也可通过利益的交换来实现,未必只有财产权的让与这样一条制度化路径。

最后,笔者认为,在个人信息上设置权利,其宗旨不是激励个人信息的产出和交易,而应当是加强个人信息保护。在实践中,个人信息泄露事件不断发生,个人信息被滥用已经成为民众日常生活中的一部分,不断收到的垃圾短信和骚扰电话即是例证。在这样的背景下,我国有必要加强对个人信息的保护。个人对信息控制的基本理论依据可追溯至个人自治、个人尊严和个人自由等,这些都是非经济方面的理由。个人自治、个人尊严和个人自由指向的其实是私法上的人格权保护,如果是基于此来论证个人信息权,其目的在于保护个人信息,而不在于激励个人信息的交易。而个人信息的财产权论者,基于功利主义的立场,采取从商品化到财产权化的论证思路,忽视了个人信息问题在理论上的复杂性。在个人信息上设置财产权,只会加速个人信息的交易和流转,在个人和数据网络服务商关系处于结构失衡的背景下,这并不能实现强化个人信息保护的目。正如学者指出,如果基于隐私保护的目来论证个人信息的保护,财产权奉行的自由转让原则并不会促进隐私的保护,反而可能会破坏这一目标的实现。<sup>⑭</sup>将财产权设置于个人信息上,可能存在基本导向上的背离。总而言之,财产权制度很大程度上关注的是财产交易的激励和效率问题,人格权制度则更适合用于实现个人对信息的控制,从而防止和制止个人信息的不当利用和交易,最终实现加强个人信息保护的宗旨和目的。

## (二) 人格权论之提倡

### 1. 个人信息权应作为一种人格权

首先,个人信息可以成为人格权的保护对象。人格权旨在保护人格,人格内在于主体,并专属于主体。然而,人格权不仅保护抽象意义上的人格,还保护人格的各种具体要素和外在特征,从而架构起人格利益的完整保护空间。个人信息本质上与人格紧密相连,依附于人格主体,是体现人格利益的人格要素和特征,应属于人格权的保护对象。

其次,就个人信息权利的主体即自然人而言,个人信息保护的主要目的在于保护其中的人格利益。个人信息保护问题凸显于信息网络时代。随着信息技术的发展,自动化处理技术可以勾勒出自然人的人格画像,使人成为分析的对象,这会令人在精神上感到不安,也会有损人的尊严。加之被处理的信息可能存在片面和错误,个人信息也可能被不当或不合理地使用,这些都会对个人的精神造成压力,对人的尊严和自由发展造成影响。人的尊严和自由发展是一种基本的、最为重要的人格利益,个人信息保护本质即

<sup>⑬</sup> Peter P. Swire & Robert E. Litan, *None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive*, at 8 (Brookings Institution Press, 1998).

<sup>⑭</sup> See Pamela Samuelson, *supra* note 10, 1125.

在维护这种人格利益。

最后,为了保护个人信息中的人格利益,个人应当对个人信息的利用享有自我决定或自我控制的权利。从理论上而言,个人信息是人格的要素和特征,是人这一主体的外在延伸,基于人的自主和自治,个人信息的收集、加工和利用也应当由其主体即自然人来决定和控制。就比较法上而言,德国在1982年人口普查法案之后,确立了信息自决权理论。<sup>⑤</sup>德国通说和司法实践认为,个人信息自决权属于一般人格权。<sup>⑥</sup>欧盟《一般数据保护条例》秉承尊重人格尊严的基本理念,将个人信息保护建立在个人基本权利和自由基础上,<sup>⑦</sup>赋予个人对信息的自决权,实际上是将个人信息权作为一种人格权加以保护。可见,个人基于基本人权而享有对个人信息利用的自决权,成为德国乃至欧盟对个人信息保护的理论基础。除德国和欧盟外,其他典型法域对个人信息的保护也是建立在自然人对个人信息的自我决定或自我控制的理论上。比如,随着个人信息的电子化和数据化,美国逐步确立了以个人信息控制权为核心的隐私权理论。<sup>⑧</sup>美国的个人信息控制权理论与德国的信息自决权理论一样,本质上强调的都是个人对信息的自我决定或控制。尽管美国并不存在类似于大陆法系的人格权概念和制度,但美国将个人信息置于隐私权下进行保护,而隐私权在本质上正是一种保护人格利益的权利。

综上所述,以尊重人格尊严和自由为理念,以个人对信息的自我决定或自我控制为理论基础,成为了个人信息保护的核心理论和主导理论。依照该理论,在个人信息上应当设立一种人格权。人格权论以尊重人的尊严为导向,可以将个人信息权扎根于基本人权。人格权作为自然人的一种基本权利,与企业的商业利益相比,具有更高的位阶。因此,个人信息权的人格权定位有利于加强个人信息保护目的的实现。

## 2. 人格权理论可以解决个人信息上的财产利益保护问题

个人信息并不具有直接的财产内容,故宜将个人信息权定性为人格权。然而,人格权论仍需进一步解决一个问题,即在法律上如何面对个人信息商业化利用产生的财产利益。

根据传统理论,人格权属于人身权,不涉及财产利益。然而,随着姓名、肖像等外在人格特征的商业化利用,人格权理论也在不断地被修正。人格权理论的发展已经承认人格权的财产利益。肯定人格权财产价值的一个重要的理由是,在人格权强制商业化面前,由权利人对人格权的财产利益加以控制,有利于彰显个人的经济自主,维护人格的自由发展。<sup>⑨</sup>在这样的理论背景下,个人信息作为一种人格权,与个人信息可以进行商

<sup>⑤</sup> 参见孔令杰《个人资料隐私的法律保护》,武汉大学出版社2009年版,第93页以下。

<sup>⑥</sup> 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》,载《现代法学》2013年第4期。

<sup>⑦</sup> See General Data Protection Regulation, *supra* note 28, art. 1(2); EU Directive 95/46/EC, OJL 281/31, 23 November 1995, Recital 10.

<sup>⑧</sup> 参见前引<sup>⑤</sup>孔令杰书,第70页。

<sup>⑨</sup> 参见王泽鉴《人格权保护的课题与展望——人格权的性质及构造:精神利益与财产利益的保护》,载《人大法律评论》编辑委员会组编《人大法律评论》(2009年卷),法律出版社2009年版,第96页。

业化利用、产生财产利益并不矛盾。

在理解人格权的财产利益时,一个关键点是将“人格”和“人格外在特征的利用”加以区分。人格权的商业化并不是将人格本身作为商业利用的对象,而是将人格的外在特征或外在标志作为商业利用的对象。个人信息是直接或间接地表达个人身份的各种信息,具有外在的表达形式。个人信息可以识别出自然人主体,形成个人的人格形象,从这个意义上讲,它也是自然人人格的外在标志。<sup>⑩</sup>个人信息作为人格的外在标志,可以被利用并产生财产价值,这和姓名、肖像等人格外在特征具有财产价值在原理上是相通的。个人信息上的财产利益应当得到承认和保护。

究其根本,对个人信息的财产利益的保护具有工具性质,仍是为了保护人格利益。正如学者指出,对个人信息中积极使用的价值和利益进行保护的目的是为了维护人格发展的自由。<sup>⑪</sup>基于人格自由发展的理念,人格权的财产利益是人格权所固有的,没必要作为一项独立的权利。<sup>⑫</sup>个人信息的财产价值是附属性的,完全可以统一于人格权的大旗之下。在体系化思维之下,人格权的某些权项或权利内容具有财产性质,并不影响在体系上将之归入人格权。这正如著作权中也有精神权利的内容,但在体系上仍可归入财产权。

### (三) 个人信息中财产利益的保护可借鉴知识产权的权利结构

基于设权正当性上的理由,以保护的主要利益和根本利益为区分标准,个人信息权在性质上和权利体系上都应当定位为人格权,这与知识产权存在区别。然而,由于个人信息同样可以产生财产价值,对其中财产利益的保护亦可借鉴知识产权的权利结构。

肯定个人信息权中附属的财产价值的存在,实际上是肯定无形的个人信息具有财产价值,这在原理上已接近于旨在保护财产性信息的知识产权。王泽鉴先生曾指出,对于人格权财产价值的保护,“虽不能脱离人格权而成为一个独立的权利,但实已逐渐接近于无体财产权(智慧财产权)”。<sup>⑬</sup>“接近于”这一定位可谓恰如其分。个人信息权虽尚未“转变为”财产权,但“接近于”无体财产权,也非常类似于无体财产权。个人信息权是一种具有财产价值的精神型人格权,需要对其中的财产利益加以保护,赋予相应的权能,这与知识产权产生类似之处。

与知识产权类似,个人信息权的规制焦点应当是对客体的利用行为,并在这些利用行为上设置排他性的权利。个人信息权是具有可商业利用性的人格权,但其本质并不在于权利人对客体的自我所有或自我利用,而在于排除他人未经许可利用权利客体的行为。更明确地说,正如知识产权的本质并不在于保障权利人对发明、作品等客体的“自用权”,而在于对特定使用行为的“排他”控制,人格权的本质也不在于保障或鼓励权利人对人格的自我所有或自我利用,而在于排除他人未经许可的不当利用。在这一

<sup>⑩</sup> 参见前引<sup>⑫</sup>张新宝文。

<sup>⑪</sup> 参见张新宝《“普遍免费+个别付费”:个人信息保护的一个新思维》,载《比较法研究》2018年第5期。

<sup>⑫</sup> 参见韩强《人格权确认与构造的法律依据》,载《中国法学》2015年第3期。

<sup>⑬</sup> 前引<sup>⑩</sup>王泽鉴文。

点上,个人信息权与知识产权在权利结构上具有相似性,都是在特定客体的利用行为上架构排他的利益空间。

概言之,个人信息权和知识产权虽然在权利性质上存在差异,但由于个人信息和知识信息都具有可商业利用性,两者的权利结构是可以相似的。个人信息权和知识产权都需要对非物质化客体的利用行为进行规制,因而,个人信息的权利化路径也可从知识产权法中得到启示。

### 三、个人信息权作为绝对权的构建路径

将个人信息权定位为人格权,意味着在个人信息上构建一种绝对权。绝对权是民事权利理论中的一个重要概念,也是民事权利分类中的一种重要类型。我国民法深受德国法影响。在德国民法学说中,绝对权和相对权的二分法是“最基本的民事权利的划分”,<sup>⑤4</sup>也是“具有根本意义的划分”<sup>⑤5</sup>。显而易见,相对权不足以保护个人信息上的利益,也没有学者主张个人信息权是一种类似于债权的相对权。在“绝对权—相对权”二分法下,个人信息权利化只能是融入绝对权的大家庭。绝对权最为典型的形态是所有权,但随着权利类型的发展,绝对权已然成为一个大家庭,包含着诸如知识产权、人格权等内容各异的权利。前文已经多次分析个人信息和知识信息存在相似之处,个人信息权的构建路径也可从知识产权的构建路径中得到启示。

#### (一)“行为规制权利化”:知识产权的结构特征

在私法上,利益保护的手段包括行为规制和权利化。<sup>⑤6</sup>权利常和利益相对而言,但权利其实是保护利益的一种手段。对权利的释义存在着意志理论和利益理论的分歧,但目前的通常释义是将两者进行结合。<sup>⑤7</sup>比如,一种定义是“权利指法律规范所授予人的、旨在满足其利益的意思力”。<sup>⑤8</sup>在此观点之下,权利是一种具有决定权的意思力,其功能在于满足和保护利益。权利化和行为规制一样,都是旨在保护利益,只不过其保护程度有所差别——比起行为规制,权利化将利益保护提高到一个新的级别。这一私利益保护理论在知识产权法中的体现尤为明显:法律对专利权、著作权和商标权采取的是权利化的保护模式;而商业秘密被置于反不正当竞争法下,法律仅对窃取商业秘密等不正当行为进行规制,属于行为规制模式。

<sup>⑤4</sup> 孙宪忠《权利体系与科学规范:民法典立法笔记》,社会科学文献出版社2018年版,第365页。

<sup>⑤5</sup> [德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第181页。

<sup>⑤6</sup> 参见[日]田村善之《知识产权法的理论》,李道进译,载吴汉东主编《知识产权年刊》(创刊号),北京大学出版社2005年版,第31页以下;叶金强《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,载《中外法学》2017年第3期;解亘《驱逐搅乱著作权法的概念——“剽窃”》,载《华东政法大学学报》2012年第1期。

<sup>⑤7</sup> 参见朱庆育《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第503页;前引<sup>⑤5</sup>,[德]迪特尔·施瓦布书,第134页。

<sup>⑤8</sup> [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法总论》(第33版),张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第373页。

专利权、著作权和商标权等典型的知识产权经过权利化构造,成为民事权利体系下的绝对权。绝对权的典型是所有权,知识产权、人格权等都是历史发展到一定阶段才产生的权利,其权利构造深受所有权这一已经存在的典型形态之影响。然而,知识产权在权利结构上并不完全拘泥于所有权的构造,而是有着特殊的权利结构,也由此提供了一种新的权利化路径。

审视知识产权的权利结构,为我们提供了重新审视私权体系的机会,也为我们提供了深化理解绝对权的概念和体系的机会。所谓的绝对权,绝不限于所有权。所有权是一种对物的绝对控制、圆满状态的控制。而知识产权纳入私权体系,采取的是“绝对权化”的路径,汲取了绝对权的精髓,却设计出一种有别于所有权的权利。如前所述,知识产权的客体与个人信息一样,是无形的信息,无法进行独占,无法为权利人任意支配和使用,无法在其上构建一种所有权。换言之,知识产权无法架构在对客体的占有基础上。知识信息一旦产生和公开,即具有公共产品属性,可同时被无数多个人消费,因此,知识产权不可能是一种达到所有权水平的圆满状态的控制。退而求其次,知识产权并不强调对客体的圆满控制,而是在对客体的特定使用行为上架构利益空间。正如日本著名知识产权学者田村善之所言“知识产权是规制人们行为模式的一种权利”,<sup>59</sup>它采取的是“将行为规制物权化的方法”<sup>60</sup>。这已经较为清晰地表述了知识产权的结构特征。只不过,“行为规制物权化”并不意味着将知识产权构造成物权,而是在实际上汲取物权的绝对权精髓,“行为规制权利化”“行为规制绝对权化”可能是更恰当的表述。具体而言,著作权的本质并不在于对作品这一客体的占有或圆满支配,而在于对复制、发行、表演、信息网络传播等利用行为的排他性控制,其权利结构以这些行为为支点。专利权也是如此,并不是对技术发明的圆满状态的控制。实际上,发明一旦通过专利申请程序公开,技术方案本身已经公之于众,再也无法被一人私自独占了。专利法也是退而求其次,通过对制造、销售、许诺销售、进口等特定的利用行为的排他性控制,为专利权人架构起利益的排他性保护空间。商标权亦复如是,权利人并不是、也不可能对作为商标客体的标志符号享有圆满状态的所有权,而是对识别来源意义上的商标性使用享有排他的权利。总而言之,知识产权并不追求对客体的圆满控制,而是采取一种“行为规制权利化”的技术路径,在对客体的特定利用行为上架构利益的保护空间。

经由“行为规制权利化”的路径,知识产权成为一种绝对权。虽同属绝对权,但知识产权的结构特征有别于所有权,其区别源于两者客体的差异。所有权的客体为有体物,其权利行使建立在对有体物这唯一客体的占有、使用、处分的基础之上,因此,所有权通过以有体物为规制焦点即可实现对物上利益的保护。而知识产权不同,因为知识信息具有公共属性,其规制的焦点无法建立在无体物或信息之上,只能将规制的焦点或支点建立在对这种无体物或信息的具体利用行为上。权利化后的知识产权仍然留有行为规

<sup>59</sup> [日]田村善之编《日本现代知识产权法理论》李扬等译,法律出版社2010年版,第7页。

<sup>60</sup> 前引<sup>59</sup>,[日]田村善之文。



制的痕迹,但其已享有权利化的好处,保护力度已高于行为规制模式,虽仍弱于所有权模式,但处于一种适中的状态,这有利于平衡权利人和使用者之间的利益。

进一步地,在知识产权内部,尽管专利权、商标权、著作权等权利都属于民事权利体系中的绝对权,但其在权利排他性上的强弱程度仍有差别。其中,发明专利权的强度无疑处于金字塔的顶端,在权利保护期内,权利人获得了一种达到了技术垄断程度的排他权。著作权的排他性则弱于专利权,主要表现在于“独立创作例外”,即对同一作品而言,有可能有两个主体基于独立创作而分别享有权利。因此,著作权并不是一种达到垄断程度的排他权。商标权的排他性则有另样的特殊性。一般意义上的商标权的排他性只针对同类或类似商品而言,这在观念上完全有别于所有权的绝对、全面的控制。尽管商标权有着商品或服务类别的限制,但仍不影响将其归为绝对权,因为,就某类商品而言,商标权的确能达到绝对排他的法律效力。

由上可知,知识产权作为一种绝对权,已经有别于绝对权的典范即所有权,即并不是基于对客体的占有、支配的圆满控制,而是对特定利用行为的排他控制;此外,知识产权的强度各异。这足以显示,绝对权大家庭具有包容性,可以容纳各种不同的权利。绝对权大家庭的大门是敞开的,但门槛还是存在的。这一门槛即德国学者归纳的“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”三个特征。<sup>①</sup>专利权、商标权、著作权等知识产权都可归属于特定的权利人,具备归属效能。当然,知识产权的归属效能并不是对客体的完整支配,而是在特定利用行为上架构利益归属的空间。此外,知识产权的本质在于排他,这也足以说明它完全符合排除效能。典型的知识产权也通过专利申请程序、商标注册程序和作品上的署名等方式达到社会典型公开性的要求,将权利的边界通过一定的方式加以确定和公开,从而划定私权的空间,同时也保障他人的行为自由。

## (二) 个人信息权利构建的“行为规制权利化”路径

在个人信息上构建绝对权意义上的权利,同样需要首先满足绝对权的“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”三个特征。前文在探讨个人信息权的客体时已经指出,个人信息包括已经识别和可以识别出主体的信息。识别出个人信息的主体,实际上是寻找其主人、寻求其归属,故个人信息权可以具备归属效能。就排除效能而言,为了使个人信息权具有明确而具体的排他效力,个人信息权不宜成为一种宽泛的、笼统的控制权或使用权,而需要进行具体化。就具体化之后的个人信息权而言,诸如个人信息利用的知情权、决定权、访问权等权项可以成为权利人的专有权利,均可具有排他性,可以满足绝对权的根本特征,即排除效能。至于社会典型公开性,其本质在于要求权利保护存在边界,不影响他人行为自由。前文已经论述,尽管个人信息的“可识别性”标准导致其边界不能处于百分之百确定的状态,但仍处于一个相对确定的状态。这也与知识产权类似——知识产权的边界也具有扩张性,保护范围延及近似或实质性相似的技术方

<sup>①</sup> Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II · Halbband 2: Besonderer Teil, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1994, S. 373f.

案、作品表达或标识符号。据此,个人信息保护边界的相对确定性并不影响个人信息权达到“社会典型公开性”的要求。毕竟,个人信息权需要架构在具体的利用行为之上,未经权利人同意或许可,第三人不得利用处于权利保护状态的个人信息,这基本上不会影响社会公众的行为自由。综上所述,个人信息权可以满足绝对权的特征,成为绝对权。

个人信息权融入绝对权的大家庭,并不意味着在个人信息上要设立一种类似于所有权的权利。如前所述,所有权是一种最为圆满状态的控制。赋予个人对其个人信息的圆满状态的绝对控制,将面临其正当性和必要性问题。<sup>②</sup>实际上,“个人信息所有权”的术语也是经不起推敲的,根本的原因在于自然人无法对其个人信息进行排他性的占有,而所有权要以占有作为权利基础。承认个人信息(个人数据)权利同时又否定其绝对权地位的学者,是在原始意义上理解绝对权,将绝对权理解为狭义的、原始的所有权。<sup>③</sup>其实,个人信息的权利化,并非只有所有权一条路径,更为合适的是借鉴知识产权,采取“行为规制权利化”的模式,构建一种保护强度适中的绝对权、排他权。

实际上,国外立法中明文规定的各项个人信息具体权利已经潜意识地走上了这条道路。欧盟《一般数据保护条例》扎根于个人数据(个人信息)保护的基本权利理念,对个人数据采取了权利化路径,赋予个人对数据的访问权、更正权、删除权等不同的具体权利,但并未赋予个人对数据客体的圆满的、全面的控制权或支配权,也即未赋予数据所有权。与知识产权类似,这些权利实际上是采取了“行为规制权利化”路径,在访问、更正、删除等行为上架构利益空间,对个人信息进行保护。在“行为规制权利化”之下,权利的立足点在于行为,评价的是关于个人信息利用行为的恰当与否。与纯粹的行为规制模式相比,权利化的方式提升了对法益的保护力度。

在性质上,个人信息权仍然属于人格权,人格权又属于绝对权。但是,人格权与绝对权的典型形态(即所有权)在权利结构上已经存在差别。在大陆法系国家,姓名权是立法上最先确立的具体人格权。《德国民法典》第12条最先引入姓名权,旨在对姓名的干涉、争夺以及擅自使用行为加以禁止。究其本质,姓名权并不是对其客体“姓名”的全面和圆满的支配,其本质在于对他人干涉、冒用和盗用姓名等不当使用行为的排他性控制。姓名毕竟是一种文字符号,除了自己使用之外,也需为他人呼叫、使用,权利人也不能随意进行抛弃或转让,因此,个人不可能对其姓名拥有类似于物权所有权的圆满状态的支配。又如,肖像权的本质在于“权利人对自身肖像的自主权”,<sup>④</sup>肖像权的内容则在于排除他人未经同意使用自己肖像的行为,并不强调自己对肖像的占有或支配。实际上,自己对肖像的支配、使用并不需要法律保障,需要法律保障的是排除他人未经许可的使用行为。再举一例,名誉权的客体也是无形、无体的,我国立法上除了从正面确立

<sup>②</sup> 有欧洲学者提倡个人数据(个人信息)的所有权化,同时也坦言在理论上无法解释为什么要完整的控制。See Vaclav Janecek, *Ownership of personal data in the Internet of Things*, 34 *Computer Law & Security Review* 1039, 1039-1050 (2018).

<sup>③</sup> 如程啸教授提出,“自然人对个人数据的权利并非作为绝对权的所有权”。参见前引①程啸文。

<sup>④</sup> 王泽鉴《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第138页。

这一权利之外,在具体规定上也是从行为切入,规制的是侮辱、诽谤名誉的行为。<sup>⑤</sup>可见,姓名权、肖像权、名誉权等人格权实际上采取的也是将特定行为上附着的利益,通过权利化的方式,划归某一主体,并由其较为稳定地享有。在人格权体系内部,这些权利的设计已经潜意识地走上了“行为规制权利化”的道路,这进一步确认了这条个人信息权利化之路的可行性。个人信息权作为一种人格权,完全也可以沿袭这条道路,并不需要将其设计为一种对“个人信息”的全面的、圆满状态的支配权,而可以将其作为针对特定行为的排他性控制权,在特定行为上架构利益保护空间。

概言之,个人信息权和知识产权在性质上虽分属于人身权和财产权,但由于其客体的信息本质,其权利结构和权利化路径是可以相似的。由于客体的非物质性,两者都不能也无须架构在占有、所有的基础上,而可以采取“行为规制权利化”的绝对权化路径,以特定的利用行为为支点进行权利架构。审视知识产权和个人信息权的构建路径,也是对传统私法理论的更新和发展。

### (三) 个人信息权的具体内容

国内外都存在将个人信息权利化的倾向和趋势。然而,对国内外立法中呈现的个人信息权的各项具体内容还有必要加以一一审视和辨析。

2016年,欧盟通过《一般数据保护条例》,先是确定个人数据(个人信息)的基本权利的理念和定位,然后通过一系列具体权利加以保护。该条例设置了数据主体的访问权(第15条)、信息更正权(第16条)、删除权(或称被遗忘权,第17条)、限制数据处理的权利(第18条)、数据可携带权(第20条)、对数据利用的反对权(第21条)等权项。2018年,美国加州通过《消费者隐私法》,将于2020年1月1日起实施。该法赋予消费者对个人信息的知情权(要求披露权)、访问权、可携带权、删除权和转售个人信息的拒绝权等权利。<sup>⑥</sup>与欧盟法律类似的是,美国加州《消费者隐私法》也规定了知情权、访问权、可携带权和删除权。尽管具体的表述和内容上可能存在差异,但这几个权项正在被主要法域接受。不同的是,欧盟条例另外规定了信息更正权,以及特定条件限制数据处理或反对数据利用的权利;美国加州法律专门规定了转售个人信息的拒绝权。

我国立法中虽未明确采用“个人信息权”的表述,但如前所述,以个人同意为前提的个人信息收集和使用原则实际上已经达到了赋权的效果。就我国立法中的个人信息权具体内容而言,《网络安全法》第43条确立了信息更正权和删除权,《侵权责任法》第36条也可作为信息删除权的法律依据。我国《民法典人格权编(草案二次审议稿)》第815条进一步确立了信息更正权和删除权,<sup>⑦</sup>并且明确了自然人对其个人信息的查阅、抄录

<sup>⑤</sup> 参见《中华人民共和国民法通则》(1986年通过)第101条《中华人民共和国民法典人格权编(草案二次审议稿)》(2019年4月)第804条。

<sup>⑥</sup> The California Consumer Privacy Act of 2018, § 1798.110.(a),100.(d),105.(a),120.(a).

<sup>⑦</sup> 《网络安全法》仅仅规定了针对网络运营者的删除权,适用范围还不够全面。《民法典人格权编(草案二次审议稿)》将删除权的请求对象扩展到“信息持有者”,适用范围将更广。

或者复制的权利,<sup>⑧</sup>这实际上是通过以查阅、抄录或者复制等具体行为为切入点确认了学理上所谓的访问权和知情权。由上可知,我国立法基本已经确立个人信息的更正权、删除权、访问权、知情权等基本权项。

可见,国内外立法都在尽可能地将个人信息权的内容具体化,这是因为,在无形客体上不宜建立过于抽象、过于笼统的控制权或使用权,否则将难以对相对人提供具体的行为指南。此外,国内外立法也已潜意识地上走了与知识产权类似的“行为规制权利化”的路径,以知情、访问、查阅、抄录、复制、更正、删除等具体行为为切入点架构个人信息的权利保护空间。这一方向是正确的。

然而,一一辨别以上各项具体权利内容,亦可发现:有的权利的客体可能是电子数据,不是个人信息,不能构成个人信息权;有些所谓的权利未必具有绝对性和排他性,未必构成绝对权。

首先,就欧美立法中出现的可携带权而言,其实质内容是权利人有权将承载着个人信息的电子数据从一个服务器转移到另一个服务器,这一权利的客体实际上是无形的电子数据。根据我国《民法总则》区别规定个人信息和数据的立场,笔者认为,可携带权并不是个人信息权的子权项,而属于网络用户就电子数据可能享有的数据权利。因此,我国没有必要在个人信息权的具体内容中引入可携带权。<sup>⑨</sup>

其次,就我国立法中已经引入的信息更正权和删除权而言,这些权利很难成为绝对权。原因在于,对错误信息或不当信息加以更正或删除并不是信息主体的专有权利,信息处理人或信息控制人也可以对这些信息加以更正和删除。信息删除权和更正权实际上是权利的行使方式,是一种保护请求权,并不是“本权”。这犹如著作权人有权请求网络服务商删除侵权作品或断开链接一样,此为著作权的行使方式,而不是著作权的内容。笔者认为,信息删除权和更正权的“本权”在于“保护个人信息完整准确权”。对不完整、不准确的信息请求更正或删除,实际是权利人在行使保护个人信息完整准确权,维护个人信息的正确性和完整性,避免个人信息被歪曲,形成错误的个人画像或数字轨迹,影响个人的人格自由发展。这是信息主体应当享有的绝对、排他的权利。这一权利借鉴的是著作权中的“保护作品完整权”这一精神权利,在性质上成为绝对权毫无障碍。

上述分析暴露出个人信息保护立法中的一个重要问题:在构造个人信息权时,国内外立法似乎并未有意识地从绝对权、排他权的角度去设计其具体内容,信息更正权和删除权即体现了这一点。为了使得个人信息权真正地成为权利,从而融于民事权利体系,有必要识别出个人信息权能够构成绝对权的内容。

笔者认为,个人信息权利需要从民法中的意思自治原则和尊重人格尊严原则出发,围绕个人信息的自决或控制理论展开,大致可以包括三方面的权利:(1)个人信息利用

<sup>⑧</sup> 《中华人民共和国民法典人格权编(草案二次审议稿)》(2019年4月)第815条。

<sup>⑨</sup> 我国有学者主张将可携带权作为个人信息权的内容,参见叶名怡《论个人信息权的范畴》,载《清华法学》2018年第5期。

的知情权; (2) 个人信息利用的决定权; (3) 保护个人信息完整准确权。经由这三方面的权利, 可以架构起个人信息的利益保护空间。当然, 这三个权利只是概称, 还有点抽象, 具体的权利内容需要遵循“行为规制权利化”的基本思路, 进一步建立在具体的行为之上。比如, 信息利用的知情权包括事前的知情, 事中的访问、查阅、抄录和复制等行为, 这可以构成信息主体的绝对权、排他权, 任何人不得妨碍或侵害。信息利用的决定权有着民法中意思自治的扎实根基, 体现在我国立法的同意原则之中, 具体也可落实到对信息收集、处理、利用等的同意或授权行为上。这也是信息主体的绝对权和排他权, 他人不得擅自剥夺信息主体的决定权。此外, 信息利用的决定权不仅包括事前决定; 如果信息处理者取得授权之后, 超出授权, 对信息进行不当处理或利用, 这实际上也是违反了信息利用的决定权。由是观之, 针对不当处理的限制权和反对权也可包括在信息利用的决定权之下, 无需专门设置。保护个人信息完整准确权则具体落实到针对不完整信息、不准确信息的更正、删除的请求权。权利人有权通过更正或删除的请求来保障其个人信息的完整、准确, 这也是不容侵害和贬损的绝对权。

个人信息权有消极抵御的一面, 主要包括: 除法律法规另有规定外, 他人未经同意不得进行个人信息的收集、加工和处理; 不得隐藏个人信息处理的真正目的, 不得破坏个人信息的完整性和准确性等。但与重在消极权能、以排除他人干涉为主要内容的隐私权相比, 个人信息权还具有明确的积极权能, 其权利行使不以个人信息权受到侵害或面临侵害为条件。<sup>⑩</sup>个人信息权兼具积极权能和消极权能, 这进一步印证了个人信息权可以构成绝对权。

## 结 语

人格权与知识产权一样, 是权利概念和权利体系发展到一定阶段的产物。实际上, 法学家最初对人格权的思考, 源于著作权中出现的“精神权利”概念。<sup>⑪</sup>宜将个人信息权作为人格权加以保护。个人信息权和知识产权类似, 并不是以占有为权利的基点, 而是以特定信息的利用行为为支点的权利。

审视个人信息权的性质和权利化路径, 是对人格权理论的发展, 也是对私权理论的更新和发展。“行为规制权利化”的路径经由知识产权法的检验, 是成功的, 也是可行的。个人信息保护也可经由这一路径, 通过在特定行为上架构起个人信息的利益专属保护空间, 融入民事权利体系, 而无须在权利性质、权利类型上另起炉灶。民事权利体系中的绝对权, 早已不限于其典型形态即所有权, 而是一个容纳着物权、人格权、知识产权等内容各异、排他性程度上亦存在差别的诸多权利的大家庭。个人信息权利可以成为绝对权大家庭的一员。

<sup>⑩</sup> 参见王利明《人格权法研究》(第3版), 中国人民大学出版社2018年版, 第623页。

<sup>⑪</sup> 参见前引<sup>⑩</sup>, 王利明书, 第54页。

个人信息权可以成为一种绝对权,却有别于绝对权的典型即“所有权”。无论是基于理论上还是实践上的考虑,个人信息权利都不能达到所有权的圆满状态的保护水平。个人信息权在保护力度上弱于所有权但强于纯粹的利益保护模式,可谓正处于一个适当的位置。这一制度安排的背后也体现了个人信息利用和保护之间的平衡。确立个人信息利用的知情权、个人信息利用的决定权、保护个人信息完整准确权是为了事先防范个人信息的滥用,基本不会影响个人信息的正常使用,却可为信息利用者提供如何利用的明确指南。

---

**Abstract:** Personal information is different from data and privacy. It diffuses by taking personal sensitive information as the core, and its boundary is in a relatively certain state. By taking intellectual property as the reference, relatively certain boundary does not affect the right protection of personal information. With the idea of respecting personal dignity and freedom, personal information right should be classified as personality right on the basis of self-determination or self-control of personal information. Intangible personality characteristics have property interests and are in principle close to intangible property right represented by intellectual property. Personal information is similar to the object of intellectual property, it is specific information and its right cannot be structured on the basis of possession, and it does not control completely over the object. On the contrary, it adopts the absolute right path of making behavioral regulation as the right to form three types of rights including the right to know the utilization of personal information, the right to decide the use of personal information, and the right to ensure the integrity and accuracy of personal information by taking the specific acts such as consent, access, reference, transcribing, copying, correcting and deleting as the fulcrums. The right to personal information can satisfy the characteristics of absolute right and integrate into the absolute right family in the civil right system.

---

(责任编辑:任彦)