



*Volume 4, Issue 4, September 2007*

## **The Protection of Personally Identifiable Information**

# 论个人信息的财产权保护<sup>[1]</sup>

*LIU DeLiang*

刘德良<sup>[2]</sup>

### **Abstract**

*Personally identifiable information (PII) can be defined as any piece of information that can, directly or indirectly and unrelated to the public interest, be used to identify a natural person. Property rights associated with PII include the right to assign the commercial value of the PII. These are relatively new rights which have emerged only as a result of the rise of commercial exploitation of PII. Currently, laws safeguard personality rights, but not necessarily property rights attaching to PII. However, drawing on philosophical thinking, particularly Hegel's views on private property and the value of individual freedom, there is obviously an interest in protecting*

---

致谢：非常感谢法学所张广兴教授的十分独到、中肯的批评性建议，没有张老师的批评，就没有本文的改进与完善！同时，也非常感谢法学所副教授冉昊博士在百忙之中反复阅读并为本文提出大量合理的修改建议！另外，对外经济贸易大学的马特博士、北京航空航天大学周友军博士、中国人民大学许中缘博士于繁忙之中也为本文提供了宝贵的建议，特此致谢！当然，本文的一切瑕疵应该由作者自己负责。

[<sup>1</sup>]本文分别是作者主持的司法部法制建设与法学理论研究部级课题《信息产权问题研究》（项目批号：04SFB3011）、教育部人文社会科学基金项目《网络时代的民商法问题研究》（项目批号：03JD820006）及国家社科基金项目《网络时代弱势群体的法律保护》（项目批准号：03CFX001）的阶段性成果。

<sup>2</sup>亚太网络法律研究中心主任、研究员

*rights in PII. Unfortunately, existing legal tradition and mechanisms, particularly those in the USA, are inadequate and do not provide coherent mechanisms, particularly as compared to those in Europe. In future, the protection of rights in PII should be based on the value of PII. Thus, if the PII holds value relating to the subject's personality and property interests, then both personality rights and property rights should be protected in association with the PII. Conversely, if the PII contains value relating only to the subject's property interest, then only property rights should be granted and enforceable. Further, in this information age, every single example of PII has a potential commercial value, making it important for property rights to be defended.*

DOI: 10.2966/scrip.040407.389



© LIU DeLiang 2007. This work is licensed under a [Creative Commons Licence](#). Please click on the link to read the terms and conditions.

个人信息是指那些据此能够直接或间接推断出特定自然人身份而又与公共利益没有直接关系的私有信息。个人信息财产权是主体对其个人信息的商业价值进行支配的一种新型财产权，它能且只能存在于对个人信息进行商业性使用的条件下。在既有理论和制度条件下，个人信息都被视为与人格尊严有关而与财产利益无涉的范畴，对个人信息的保护基本上仅限于人格权保护而缺乏应有的财产权保护。在方法论上，对个人信息进行确权应该根据其体现的价值而定，即如果个人信息兼有维护主体人格利益和财产利益的价值，那么，对其就应该给予人格权和财产权的双重保护，如果仅有维护主体财产利益的价值，就应该而给予财产权保护。在信息时代，个人信息都具有潜在的商业价值、故而，都应该受到财产权的保护；黑格尔的财产权理论为承认个人信息财产权提供了依据。

关键词：个人信息、人格利益、财产利益、人格权保护、财产权保护

## 问题的提出

随着信息技术和互联网络的发展，利用网络收集、加工和传播个人信息的成本越来越低，个人信息越来越显示出其商业价值。个人信息不仅被商家用于市场营销而获利，而且，还越来越多地被直接作为许可使用而获得直接经济利益的客体。由于在法律上个人信息可否成为财产权的客体，其权利归属如何等问题各国立法并没有明确的规范，因此，个人信息所蕴涵的财产价值事实上往往是由商家独占。这种现象既不利于个人隐私的保护，也对作为弱者的消费者个人十分不公平，并因此影响个人信息交易市场的健康发展。为此，有必要从理论上探讨个人信息财产权保护的必要性与可行性。

# 一、 个人信息保护的法律现状及其分析

## (一) 个人信息保护的法律现状

目前,关于个人信息保护的立法模式,大体上可以分为三类:一类是狭义的个人信息保护立法,仅仅针对姓名、肖像、隐私等部分个人信息分别进行的立法,该类立法的主要特点是只对那些对于维护人格尊严有直接关系的个人信息给予人格权保护,基本上不承认主体对这些个人信息的财产利益。这类立法是目前我国和大多数国家与地区所采用的模式。另一类是针对计算机和网络技术对个人信息保护的挑战所进行的广义上的个人信息保护立法,其保护范围包括但不限于姓名、肖像、隐私等直接关系到人格尊严的个人信息,还扩大到一般个人信息,它以95年欧盟《指令》为代表。<sup>[3]</sup>这类立法将个人信息分为敏感个人信息与琐碎个人信息,对于前者,除非获得主体的明确同意或基于法定情形,否则,禁止对于个人信息的收集、加工、传播、使用等<sup>4</sup>;对于后者的收集、加工、传播、使用等则相对宽松一些。同时,该类立法规定了数据主体的基本权利包括:知情权、进入权、反对权等。<sup>[5]</sup>不过,无论是其所谓的知情权、进入权,还是所谓的反对权,在内容上并不具有任何财产权的属性。换言之,该类立法给予信息所有人的这些权利本质上仍然属于人格权范畴;<sup>[6]</sup>信息所有人对自己的个人信息并不享有积极性的财产权,不能对自己个人信息的商业价值行使支配

---

<sup>[3]</sup>以欧盟《指令》为代表的所谓新型个人信息保护立法主要是基于应对计算机技术与网络通信技术对个人信息保护的影响而采取的措施。这类立法除了欧盟各成员国外,还包括北欧各国、东欧部分国家及俄罗斯2006年通过的个人数据法、亚洲的日本2003年通过的个人信息保护法、韩国1994年的个人信息保护法等。

<sup>[4]</sup>所谓敏感个人信息包括族或民族出身、政治观点、宗教或哲学信仰、商业组织成员身份、健康或性生活等信息。See EC Directive of the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (以下简称EC Directive), art.8

<sup>[5]</sup>上引[4], art.10、11、12、14、15

<sup>[6]</sup>参见(德)[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第165—170关于这一点,我们也可以从《指令》第一条有关立法目的的规定上得到验证。

权。不仅如此，该类立法也不承认主体对其个人信息商业价值的正当利益。〔7〕

第三类立法的主要代表就是美国。〔8〕在美国，关于个人信息的法律保护问题，缺乏一个综合、统一的立法；〔9〕它主要由宪法、制定法、普通法等内容组成。总体而言，宪法和制定法大部分是针对政府或公共机构滥用个人信息的行为，只有少数是针对诸如金融服务、娱乐、通信服务等私人市场领域内的个人信息利用问题的单独立法。〔10〕除了少数州在基因信息保护立法上承认个人对其基因信息享有财产权外，〔11〕在制定法上，尤其是联邦制定法

---

〔7〕根据欧盟《指令》的规定，任何数据主体有权就一切非法加工个人数据所遭受的损害获得赔偿；除非数据控制者能够证明该损害不是由其引起的或他不应该对此负责。显然，这里所谓的“损失”应该是由于数据收集、加工等行为所造成的间接损失，不包括直接损失---

个人数据本身商业价值的流失。也就是说，以《指令》为代表的该类立法并没有承认数据所有人对其个人数据所蕴涵的商业价值的正当利益要求。参见前引〔4〕，第22、23条之规定。另外，请参见Detlev Zwick, Nikhilesh Dholakia, *Models of Privacy in the Digital Age: Implications for Marketing and E-Commerce*, Available at <http://ritim.cba.uri.edu/Working%20Papers/Privacy-Models-Paper%5B1%5D.pdf>

〔8〕值得注意的是：在美国，“隐私”的概念与我们一般的隐私概念不同，其范围更加广泛，基本上与“个人信息”没有太大的区别。另外，在美国，对应于欧盟所谓的用以表述计算机时代的个人信息范畴---“个人数据”就是所谓的“*Information Privacy*”。

〔9〕See Vera Bergelson, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, 37 U.C. Davis L. Rev. Seth Safier, *Between Big Brother and the Bottom Line: Privacy in Cyberspace*, 5 Va. J.L. & Tech. 6 (2000); Susan E. Gindin, *Lost and Found in Cyberspace: Information Privacy in the Age of the Internet*, 34 *San Diego Law Review* 1153 (1997); Duncan A. MacDonald, *Privacy, Self-Regulation, and the Contractual Model: A Report from Citicorp Credit Services, Inc.* PRIVACY AND SELF-REGULATION IN THE INFORMATION AGE, U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, June, 1997

〔10〕上引〔9〕, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*

〔11〕在美国，目前已经有Alaska, Colorado, Florida, Georgia, and Louisiana等州的立法明确承认个人对其基因信息的财产权，See

<http://www.ncsl.org/programs/health/genetics/prt.htm>。另外，Oregon州1995年通过的《基因信息保护法》也承认个人对其基因信息和DNA样本享有财产权。不过，由于制药业的强烈反对和人们对法律本身的含糊不清的批评，在基因研究咨询委员会（GRAC）的建议下，2001年该州第114法案又推翻了该法，代之以用刑法惩罚那些滥用DNA信息的行为。See Rachel Greenstadt and Michael D. Smith, *Protecting Personal Information: Obstacles and Directions*, Proceedings of the Fourth Workshop on the Economics of Information Security(WORM2005),Nov.2005

，对个人信息保护基本上也是实行人格权保护模式。〔12〕

在普通法上，关于个人信息的保护，主要是通过侵权法、〔13〕合同法或财产法〔14〕实现的。在传统侵权法上，与个人信息商业价值有关的侵权情形只有基于商业目的滥用他人名字、形象行为。但是，由于这种基于商业目的滥用他人名字、形象构成侵权必须是以将这些名字或形象展现于公共场所用以暗示原告赞成（endorse）被告的产品或服务，〔15〕因此，商家未经用户同意擅自将其个人信息出售给第三人（如广告商）的行为往往并不能构成普通法上的隐私侵权。〔16〕在合同法上，对个人信息的保护主要是通过诚实信用原则来实现的。由此，信息披露者向收集者披露特定个人信息，作为对价，信息收集者向披露者支付一定报酬。信息收集者只能在合同法为内使用个人信息，不得超出合同约定的范围擅自使用或向第三人透露、许可使用。至于信息收集者之后的再次使用，尤其是向第三人披露或许可使用的情形，信息所有人的正当利益则无法根据合同获得有效的保护。〔17〕可见，尽管有些法院已经确认

---

〔12〕前引〔9〕，*It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*。

〔13〕根据William Prosser的见解，侵犯隐私权的情形主要包括打扰宁静（intrusion upon one's seclusion）、披露私人事情（the public disclosure of private facts）、虚假暴光（false light

privacy）、基于商业目的滥用他人的名字、形象（the misappropriation of one's name and likeness for commercial purposes）等See William Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383, 389 (1960)。

〔14〕在合同法上，根据诚实信用原则，当事人负有“不得滥用和向他人披露对方个人信息”的义务。See Patricia Mell, *Seeking Shade in A Land of Perpetual Sunlight: Privacy As Property in the Electronic Wilderness*, Berkeley Technology Law Journal, Vol.11.1 (1996)

〔15〕See *Heights Community Congress v. Veterans Administration*, 732 F.2d 526 (6th Cir. 1984); Reidenberg, *Setting Standards for Fair Information Practice in the U.S. Private Sector*, 80 IOWA L. REV. 497 (1995), Reidenberg, *Privacy in the Information Economy: A Fortress or Frontier for Individual Rights?* 44 Fed. Comm. L.J. 195 (1992).

〔16〕See *Shibley v. Time Inc.*, 341 N.E. 2d 337, 339 (Oh. App. 1976).

〔17〕前引〔9〕，*Between Big Brother and the Bottom Line: Privacy in*

*Cyberspace*；最近加州发生的一起关于基因信息财产权的案例<sup>17</sup>也为普通法出了个难题，并由此而引起了理论上的广泛争论。地方法院认可原告对自己个人信息的财产权主张，而上诉法院则在极富有争议的情况下作出了推翻地方法院的这种判决。不过，上诉法院并没有否认在理论上承认个人信息财产权的可能性与合理性，认为如果社会公众能够接受，承认个人基因信息财产权是没有理论障碍的，并敦促立法机关尽早对此做出明确的规定。 See *Moore v. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990)

了个人对其医疗信息<sup>[18]</sup>和测谎记录享有财产权，<sup>[19]</sup>但是，总体上讲，普通法对个人信息的保护仍然是遵循人格权的老调，财产权的保护也只是少数情形。

另外，在美国，公开权是一种在普通法和制定法上都得到承认的一种权利，它是以个人名字、形象等个人信息为客体的一种财产权。<sup>[20]</sup>目前，至少有25个州的普通法或制定法承认公开权。<sup>[21]</sup>不过，这种权利一般只存在于将名字、形象等个人信息使用于特定的商品或服务上的情形，以暗示权利人对该商品或服务的支持。<sup>[22]</sup>由此，一般情况下，以商业目的买卖他人的名字、形象等个人信息很难被认为是侵犯公开权的行为。<sup>[23]</sup>

由此可见，与欧洲及其它国家和地区不同的是，在美国，个人信息在某些特定的情形下是可以获得普通法甚至是制定法上财产权保护的，尽管其范围十分有限。

---

[18] See Bishop Clarkson Mem'l Hosp. v. Reserve Life Ins. Co., 350 F.2d 1006 (8th Cir. 1965); Pyramid Life Ins. Co. v. Masonic Hosp. Ass'n of Payne County, 191 F.Supp. 51 (W.D. Okla. 1961); Bennett v. Heidinger, 507 N.E.2d 1162 (Ohio Ct. App. 1986).

[19] See Bennett v. Heidinger, 507 N.E.2d 1162 (Ohio Ct. App. 1986).

[20]在美国，虽然立法、私法和理论上对于公开权的范围是否局限于名人的问题都存在不同的认识。但是，一般认为，它主要保护的主体一般只限于名人，其保护的对象主要是名人的个人名字、形象、声音等少数类型的个人信息。当然，这主要是因为传统条件下信息技术比较落后，对单个的、一般人的个人信息基的商业价值进行开发在经济上是无效的，因此，实际上，公开权保护的是名人的个人信息财产权。前引[14]，*Seeking Shade in A Land of Perpetual Sunlight: Privacy As Property in the Electronic Wilderness*

[21] See Russell J. Frackman and Tammy C. Bloomfield, *The Right Of Publicity: Going to the Dogs?* Available at <http://www.gseis.ucla.edu/iclp/rftb.html>

[22]关于侵害公开权与侵权法上滥用个人名字、形象的侵权行为之间的关系使一个有争议的问题，美国著名学者William L.

Prosser教授认为，如果原告要求被告承担精神损害赔偿责任，就构成后者；如果原告要求被告承担财产责任的话，就构成前者，前引[13]，*Privacy*, at 402

[23] See Heights Community Congress v. Veterans Administration, 732 F.2d 526 (6th Cir. 1984) ; Reidenberg, *Setting Standards for Fair Information Practice in the U.S. Private Sector*, 80 IOWA L. REV. 497 (1995); Reidenberg, *Privacy in the Information Economy: A Fortress or Frontier for Individual Rights?* 44 Fed. Comm. L.J. 195 (1992).

## （二）对目前有关个人信息法律保护现状的分析

总体上，目前，在处理信息所有人与信息收集、加工、使用者之间的私法关系问题上，美国采取基于市场机制的自我规制模式，而第一种模式与欧盟《指令》则法律强制规制方法。<sup>[24]</sup>之所以在处理有关个人信息私法关系的问题上二者之间会存在如此不同的做法，乃在于其理论基础和背景不同。

在政治立场上，欧盟《指令》是建立在将隐私与个人数据保护问题视为一项基本人权与自由问题。<sup>[25]</sup>在此立场下，主体对自己个人信息的控制权被认为是一种基本权利和自由。相应地，在私法理论上，以欧盟《指令》为代表的立法模式仍然坚持传统的隐私（权）观念，并将个人信息视为隐私组成内容。在此理念下，个人信息不是被理解为一种可以由主体所有、可以自由在市场上交易的个人财产；相反，它被认为是一种内在于主体、攸关主体人格尊严、不具有经济属性、不可转让的基本人权---隐私权的重要内容。因此，除了政治意义上，个人信息不能被作为财产或商品而拥有，即使是信息所有人也是如此。可见，以欧盟《指令》为代表的立法模式将个人信息视为一种人格权的客体来规制。<sup>[26]</sup>

在美国的政治立场上，言论自由或信息自由是至关重要的，它被认为是民主和法治的基础。相比之下，隐私虽然也受保护，但从宪法上看，它主要针对政府等公共权力机构的侵权行为，而且，其地位也不如言论自由那么重要<sup>27</sup>。由此，对个人信息的保护并没有像它在欧

---

<sup>[24]</sup> Ann Cavoukian, *Privacy as a Fundamental Human Right vs. an Economic Right: An Attempt at Conciliation*, Information and Privacy Commissioner/Ontario, available at [http://www.ipc.on.ca/images/Resources/up-1pr\\_right.pdf](http://www.ipc.on.ca/images/Resources/up-1pr_right.pdf)

<sup>[25]</sup>前引[4], art.1

<sup>[26]</sup>前引[7], *Models of Privacy in the Digital Age: Implications for Marketing and E-Commerce*

<sup>[27]</sup>

关于这一点，我们也可以从美国宪法对（第一修正案）言论自由和（第四修正案）隐私权的有关规定上得到证明，尤其是宪法并没有明确隐私权，而关于隐私权的宪法保障问题，一般认为是从宪法第四修正案中关于行政

盟那里一样被视为是一种攸关主体人格尊严的基本权利和自由来看待。相反，对个人信息的保护是被放在促进电子商务和信息经济发展的理念之下对待的，而电子商务和信息经济的发展客观上需要将包括个人信息在内的一切有价值的信息作为商品看待，允许其像其他商品一样自由交易。由此，这种立法默认个人是其个人信息的所有者，这种所有者身份可以使消费者将其个人信息作为商品在市场中自由交易，而交易对方当事人则是被认为是合法的市场主体。可鉴，美国模式实际上是以将个人信息视为财产为其基本理论前提，消费者自主决定是否将其个人信息作为商品进行交易。<sup>[28]</sup>

总之，尽管以《指令》为代表的立法模式在保护内容上更加广泛，但是，由于这种立法所仰赖的技术基础与传统隐私权保护立法模式的技术背景之间并没有本质的区别<sup>[29]</sup>。同时，也是更为重要的，就是其并没有反映信息时代个人信息商品化的事实，拒绝承认个人对其个人信息中所蕴涵的商业价值的财产权，<sup>[30]</sup>因此，这种立法模式与第一种立法模式之间并没有本质的区别，即都属于消极性、防御性的人格权保护方式。尽管在美国根据普通法或制定法也可以找到给予个人信息财产权保护的某些依据，但是，由于其适用条件十分严格，保护的范畴也就非常狭窄，而且，传统普通法上对某些个人信息提供保护的做法能否直接适用于网络时代和信息时代，目前在实践中仍然存在不确定性。<sup>[31]</sup>因此，尽管在美国理念上承认个人作为信息所有者应该对其个人信息的商业价值享有财产权，但是，总体而言，由于立法在绝大多数情况下并没有明确承认个人对其信息的财产权，故而，美国个人信息交易市场实际上是建立在信息收集者作为所有者的基础之上，个人信息所蕴涵的商业价值在事实上往往被商家享有，而作为观念上所有者的消费者则仅仅成为利益相关者。<sup>[32]</sup>因此，就保护个

---

机关行使权力的正当程序的有关规定中推演出来的。

[28]前引[7]，*Models of Privacy in the Digital Age: Implications for Marketing and E-Commerce*

[29] See Kenneth C. Laudon, *Market and Privacy*, *Communications of the ACM*, 39(9), 92-104.

[30]上引[29]，*Market and Privacy*

[31] See Jessica Litman, *Information Privacy/Information Property*, 52 *Stan. L. Rev.* 1283

[32] .US. Department of Health, Education and Welfare. *Records, Computers and the Rights of Citizens*. MIT Press,

人对其信息商业价值而言，这种立法在实际效果上与前两种立法并没有太大的区别。

实际上，对于个人信息法律保护之所以会出现目前这种状况，其认识论上的一个根本的前提就是：所有的个人信息都与人格尊严有关而与财产利益无涉，给予主体个人信息财产权保护不仅有悖于人格权理论和公共产品理论，而且还构成对信息自由或言论自由的威胁。

## 二、个人信息财产权保护的障碍及其分析

个人信息财产权保护之所以没有进入立法的视野，一个很重要的原因在于一些看似理论上的障碍成为既有法律因循守旧、抱守残缺的“精神支柱”，其中，主要有法学上的人格权理论、言论自由理论、经济学上的公共产品理论及侵权法保护理论等。

### （一）人格权理论及其评价

在法学上，否认个人信息财产权的最主要的理论就是人格权理论。所谓的人格权，是指以主体对自己的人格要素，如生命、健康、姓名、肖像、隐私等所享有的一种与主体不可分离的非财产性权利。人格权的独特之处在于没有主体本身之外的客体，它针对的是主体人身的姓名、身体、荣誉和名誉、私生活、肖像等要素的权利。<sup>[33]</sup>在传统民法理论上，由于其目的及客体上的特点，因此，一般认为，人格权是主体所固有的、不可剥夺、不可抛弃、不可转让的且没有财产属性的消极性或防御性权利。<sup>[34]</sup>

据此，学者们认为，诸如姓名、肖像、隐私等人格权的客体只能内在于主体，且与主体之间不可分离；一旦承认对这些客体享有财产权，则无异于将这些内在于主体的人格因素财产化，从而导致主体客体化，同时将导致更加广泛的隐私侵权现象，不利于隐

---

Cambridge, Mass., 1973

[33] Philippe Malaurie, *Droit civil, Les personnes, Les incapacities*, Edition Cujas, 1992, P99-100, 转引自王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社2005年版，第9页。

[34] 参见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社2005年版，第13-44页。

私权的保护，因此，是不可以接受的。[<sup>35</sup>]

笔者认为，基于人格权理论并不能得出否认个人信息财产权的结论，理由如下：

实际上，

以人格权理论为基础反对给予个人信息财产权保护观点的基本逻辑是：大前提——

人格权的客体都内在于主体、与主体不可分离；承认人格权的客体可以外在于主体、与主体分离将导致主体成为被支配的对象，从而有损于主体的人格尊严。小前提：个人信息也是人格权客体，故而也内在于主体、与主体不可分离。结论——

承认个人信息财产权将会导致主体成为被支配的对象——客体，从而有损于人格尊严——个人信息只能成为人格权的客体而不能成为财产权支配的对象。但是，通过下文分析可以看出，该逻辑推理的前提是一个假命题，故而，以之为基础所得出的结论也应该是一个假命题。

首先，“人格权的客体都内在于主体、与主体不可分离”是一个假命题。

在主客体严格区分的现代法律理念下，人只能而且永远应该被视为与客体相对应的另一范畴——

主体，他只能支配客体，而不能成为被支配的对象或客体。诚然，作为组成“人”的生命、身体、健康等物质型人格要素只能作为权利人自己（人格权）支配的对象，不能成为任何他人（权利）支配的对象或客体；否则，将会导致主体成为被支配的客体，有损于人格尊严。但是，这并不意味着所有的人格权客体都内在于主体、与主体须臾不可分离。按照现代认识论，世界是由物质、信息和能量三要素组成的，人的身体及其组成部分应该属于“物质”而非“信息”；而作为姓名权、肖像权、隐私权等精神型人格权[<sup>36</sup>]

---

[<sup>35</sup>]前引[31]，*Information Privacy/Information Property*；前引[7] *Models of Privacy in the Digital Age: Implications for Marketing and E-Commerce*；Arthur R. Miller, *Personal Privacy in the Computer Age: The Challenge of a New Technology in an Information-oriented Society*, Michigan Law Review, Vol.67, No.6. (Apr., 1969), pp.1107-1108.

[<sup>36</sup>]按照人格权是否与人体有直接关系，具体人格权又可以进一步分为物质性人格权和精神性人格权。参见

客体的姓名、肖像、隐私等则属于“信息”而非“物质”。这就是说，与作为物质型人格权客体的生命、身体、健康等不同的是，姓名、肖像、隐私等精神型人格权客体本身并不是作为“物质实体”的人的直接组成部分，而是对主体自身进行描述和反映的外在符号或信息。由此可鉴，“人格要素都内在于主体、与主体不可分离”的观点是一个假命题。

其次，如果“人格要素都内在于主体、与主体不可分离”的观点是一个真命题的话，那么，法律焉何又承认具有财产权性质的“肖像利用权”？如此，岂不是违反了主体客体区分理念，承认主体可以成为被他人支配的客体？如果“人格要素都内在于主体、与主体不可分离”是一个真命题的话，那么，就应该承认所有的个人信息都应该是人格权的客体。如此以来，又如何解释为何绝大多数国家和地区的法律不对所有的个人信息都进行同样的保护？另外，对于现实社会生活中几乎无时无刻不存在个人信息收集、买卖行为，如果按照这种理论，那么，又如何解释这些信息采集或收集行为呢，尤其是如何解释那些基于个人意志而收集与买卖个人信息的行为？由此，那种建立在对物质型人格权客体属性认识的基础上所得出的“任何人格要素都是内在于主体、与主体不可分离”的观点就是一个假命题。当然，我们还可以抛开上述逻辑命题而重新思考个人信息财产权保护的正当基础。

承认个人信息财产权不仅无损于人格尊严，反而更有利与维护人格尊严。在法律上，权利是与资格或可能性联系在一起，法律权利的性质和功能是由其客体的属性和功能所决定的。同样，在对于个人信息何种权利保护的问题时，我们也应该根据个人信息对主体所具有的价值或功能来决定，即如果个人信息具有维护主体人格尊严的价值或功能时，应该给予其人格权保护；如果个人信息具有维护主体财产利益的价值或功能时，应该给予其财产权保护；如果个人信息同时兼有维护主体人格尊严和财产利益的价值或

功能时，应该给予其人格权和财产权的双重保护。因此，对于是否应该给予个人信息以财产权保护的问题上，我们也应该根据这些个人信息是否具有维护主体财产利益的功能作为判断的准则，即只要个人信息具有维护主体的财产利益之功能的话，我们就应该承认主体对之享有财产权。在传统人格权理论建立的时代背景下，由于受信息技术的限制，个人信息的财产价值没有被发现，由此，法律只给予那些具有维护人格尊严功能的个人信息以人格权保护。但是，这并不意味着法律就可以因此而裹足不前。随着网络时代和信息时代的到来，个人信息已经具有维护主体财产利益的功能。按照上述逻辑，法律和理论要做的应该是承认主体对这些个人信息享有财产权。否则，按照自然法的基本理念，如果作为所有人的个人却不能对其信息的财产价值享有支配权，那么，其人格尊严何在？当然，法律承认个人信息财产权并不意味着否认个人对其信息本应该享有的人格权，而是给其提供了更多的选择自由。由此看来，承认个人信息财产权不仅无损于反而有助于维护主体的人格尊严；相反，拒绝承认个人信息财产权的观点和做法才是真正无视主体的独立人格及应有的人格尊严。可见，那种认为一旦法律认可个人信息财产权，就会导致更加广泛的隐私侵权现象，不利于隐私权保护的观点是难以令人信服的。

## （二）信息自由与言论自由<sup>[37]</sup>理论及其分析

按照这种观点，一旦承认个人对其信息享有财产权，就会威胁言论自由，与宪法规定的言论自由权相抵触，因此，不能承认个人对其信息享有财产权。尤其是在美国，人们在讨论应否承认个人信息财产权的时候，往往以其宪法第一修正案关于言论自由的规定为依据，其结果，很多人认为不能承认个人信息财产权，否则，将有损于宪法关于言论自由的基本原则。<sup>[38]</sup>Jessica

---

<sup>[37]</sup>所谓的言论自由，是指人人有权以各种方式自由表达自己的思想、观点，自由寻求、接受和传递各种消息和思想的权利，不受非法干涉和限制。参见《联合国人权公约》第19条

<sup>[38]</sup> See Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You*, 52 Stan. L. Rev. 1049, 1122 (2000); Eugene Volokh, *Freedom of Speech*

Litman教授认为，由于信息是构成表达、自治政府和知识本身的基础，因此，一旦接受了财产权模式，就意味着信息可以为私人所有，信息的所有者有权对这些信息的利用进行限制。这样，宪法关于言论自由的原则就会受到伤害。〔39〕

笔者认为，以言论自由来否认个人信息财产权的观点既是对言论自由的曲解，也是对个人信息财产权的误解。

首先，否认个人信息财产权的观点实际上是对言论自由的曲解。虽然言论自由是一项基本人权，人人有权通过任何媒介自由发表意见，但是，正如任何其他权利和自由的行使都应受他人或公共利益的制约一样，言论自由也不是一项绝对人权，它的行使带有特殊的义务和责任，即不应在任何情况下都以牺牲其他权利或自由为代价：在行使言论自由时，应尊重他人的权利和名誉，保障国家安全、公共秩序、公共卫生或道德。〔40〕实际上，在世界各国的司法实践中，因为言论自由而侵犯他人隐私权或名誉权的现象并不罕见。正如我们不能以言论自由为借口而否认包括自己在内所应该享有的名誉权、隐私权等人格权一样，我们同样也不能以言论自由为借口而否认自己应该对自己的个人信息的商业性使用价值享有财产权。可见，承认个人信息财产权并不会构成对真正意义上的言论自由构成威胁，那种以言论自由为依据否认个人信息财产权的观点实际上是对言论自由的误解，没有认识到言论自由是一种可以克减的自由，即其行使必须以不能损害他人的权利和公共利益为前提，〔41〕因此，不足以采信。

其次，认为承认个人信息财产权会威胁言论自由的观点可能存在对个人信息财产权的误解。虽然信息是构成表达、自治政府和知识本身的基础，但是，这并不意味着任何

---

*and the Constitutional Tension Method*, 3 U. Chi. L. Sch. Roundtable 223 (1996); 前引〔31〕, *Information Privacy/Information Property*

〔39〕前引〔31〕, *Information Privacy/Information Property*

〔40〕前引〔37〕, 第19条之2、3

〔41〕参见《联合国公民权利和政治权利国际公约》第19条第3款之规定。

信息都不可以私有，或一旦承认信息可以私有就可以不受任何限制。否则，商业秘密何以受到保护？隐私权何以禁止他人刺探自己的隐私（个人信息）？正如任何权利都是有的一样，我们承认个人对其个人信息享有财产权并不意味着这种权利不受任何限制，与其他财产权一样，它也是一种受到限制的权利。

一方面，这种限制体现在其客体范围的限制。个人信息财产权所要保护的并非是单纯的数字或与主体无关的信息，它总是与特定主体身份有关的信息；脱离与特定主体身份关系的信息本来就不是个人信息，不是个人信息财产权的客体。同时，这种限制还体现在个人信息财产权行使条件上。实际上，从人们关注个人信息财产权的时代背景来看，它产生背景和行使的条件是：商家在对消费者个人信息进行再次商业性使用过程中完全剥夺了所有人对其个人信息商业价值的支配权，对于作为消费者的个人极为不公平，即个人信息财产权是在他人对所有人的个人信息进行商业性使用背景下所产生的一种财产权。换言之，个人信息财产权是主体对自己个人信息的商业性使用价值的支配权，它能且只能存在于对个人信息的商业性使用背景下。基于利益平衡的基本法律理念，如果对个人信息的使用不是基于商业目的的话，那么，这种个人信息财产权就应该受到言论自由的限制，或者说，它应该容忍他人的言论自由。此时，以言论自由为基础而对个人信息的使用就应该属于“合理使用”的范围。可见，承认个人信息财产权并不会构成对言论自由的威胁；以言论自由来否认个人信息财产权的观点可能是对个人信息财产权本身存在误解。

总之，任何权利和自由都不是绝对而、无条件的。我们虽然承认言论自由，但并没有因此而否认隐私权、肖像权等信息人格权；同样的道理，我们也不能由此而否认个人信息财产权。我们承认的个人信息财产权也是有条件的，由于它并不涉及到个人信息的非商业性使用；因此，它也并不会威胁言论自由。由此可鉴，那种以言论自由为借口来否认个人信息财产权的合理性和正当性，既是对言论自由原则的曲解，也是对个人信息财产权的误解。

### （三）公共产品理论及其评价

在解释私人能够拥有什么或什么资源可以给予财产权保护这一基本问题的时候，人们通常利用经济学上关于公共产品与私人产品之间的区分理论作为依据。对于信息，学者们倾向于将其视为为一种公共产品，或者认为其具有公共产品的某种属性，即个人对信息的消费并不影响他个人同时对该信息的消费，无数个人可以同时共享某一公开的信息资源。[42]

由此，公共产品理论认为个人信息也应该被划入公共产品范畴，相应地，个人信息也就不能成为私人财产权的客体，否则，不利于充分发挥其效益。[43]

笔者认为，个人信息不是经济学上的公共产品，以公共产品理论为依据否认人个人信息财产权的观点是经不起推敲的。

首先，“信息是公共产品”本身就是一个假命题。按照信息的来源和反映对象，信息应该划分为公共信息和私人信息。对于私人信息而言，它是指那些与公共利益关系直接关系、仅仅反映私人身份及其他方面的信息。而公共信息，则是指那些已经处于公共领域、攸关公共利益、反映社会政治、宗教、经济、文化等领域的、与特定的个人没有直接的利益关系的信息。一般来说，由于这些公共信息已经公开、攸关整个社会公共利益而与特定的私人之间没有直接的利益关系，因此，对于这些信息的供给和需求关系是不能通过一般的市场关系来实现的，而只能通过国家立法予以保障。对于私人信息而言

---

[42] See George J. Stigler, *An Introduction to Privacy in Economics and Politics*, *The Journal of Legal Studies*, Vol.9, No.4, *The Law and Economics of Privacy*. (Dec. 1980), P623-

644。另外，请参见吴汉东：《关于知识产权制度的经济学思考》，《法学》2000年第4期；（美）罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第152页。

[43] See Peter P. Swire, *Markets, Self-Regulation, and Government Enforcement in the Protection of Personal Information, on Theory of Markets and Privacy*, Available at <http://www.ntia.doc.gov/reports/privacy/selfreg1.htm>

，其事实上的私有性决定了如果不承认所有人的财产权的话，就会产生供给不足的问题；不仅商业秘密或技术秘密的供给及其保护可以说明了私人信息的这一属性，而且，在目前的个人信息供给市场上所有人基于自身利益的考量也会拒绝提供，从而使个人信息的供给减少。<sup>[44]</sup>因此，只有承认个人对其信息的私有财产权，才能保障个人信息交易市场的供需平衡。由此可见，经济学上公共产品理论中关于“信息是公共产品”的命题中的“信息”只能是指公共信息，或者说，“信息是公共产品”本身就是一个假命题。

其次，个人信息的商业性使用具有竞争性特点，个人信息的商业性使用价值应该被作为私有财产看待。一般所谓的“个人对信息的消费并不影响他个人同时对该信息的消费，……”的说话只有在消费目的的非营利性情况下才具有正确性。商人的营利性及对于个人信息的商业性使用决定了商人势必会采取措施阻止他人对该信息的商业性使用，即就个人信息的商业性使用价值而言，商人盈利的目的性决定了其在自己使用该信息的同时必然具有排他性或竞争性。<sup>[45]</sup>同时，个人信息供给的私人性及其商业性使用价值的财产属性使得个人信息具有私人产品的特点---

稀缺性。因此，在个人信息商业性使用条件下，商人的营利性使得个人信息供给与需求关系必须借助于产权配置才能实现正常的平衡，否则，个人将会基于其自身的利益考量而拒绝提供个人信息，从而导致供需失衡。由此，建立在以“信息是公共产品”这样一个假命题的基础上所得出“不应该给予个人信息以财产权保护”的结论也就没有说服力了。同时，以“信息是公共产品”为依据来否认个人信息财产权也是对个人信息财产权内涵的误解，没有看到个人信息财产权是主体对其个人信息的商业性使用价值的支配权

---

<sup>[44]</sup>

即使不承认个人对其信息的私有性，但事实上个人却是其个人信息的最初提供者，所有人可以根据其对市场的判断决定是否提供及提供多少个人信息。

<sup>[45]</sup>

关于这一点，我们也可以从许多商家对其客户名单等信息的保密及可口可乐公司对其独特配方的保密程度得到证实。

#### （四）侵权法保护观点及其分析

与上述几类观点不同的是，该类观点虽然承认个人信息商业价值应该给予保护，但是，在保护方式上反对给予财产权方法，主张应该采取侵权法的保护方式。这种观点认为，如果我们不打算将某物转让，那么，根本没有必要在其上设立财产权。没有必要仅仅为了保护某种利益免受侵害而给予其财产权保护，侵权法就足以满足这种需要。比如，尽管身体、名誉等不被认为是财产，但是，侵权法同样保护其不受侵犯。因此，对于个人信息中的商业利益保护来说，采取侵权法就已经足够了，没有必要采取财产权保护。而且，一旦承认个人信息财产权，将会鼓励我们在绝大多数情况下都不愿意看到的个人信息交易，可转让性及易于弃权也将使对个人信息的控制权掌握在信息提炼者而非信息主体手中。<sup>[46]</sup>这样，承认个人信息财产权不但不能有效地保护个人隐私，相反，它只能把问题变得更糟；而采取侵权法的保护模式，就可以避免财产权保护模式所预设的陷阱。<sup>[47]</sup>

虽然，侵权法保护的观点在某种意义上具有合理性，但是，选择侵权法的保护方法保护个人信息财产权将会遇到如下问题：

一是侵权法的保护方法过于消极，不利于主体积极行使权利，进而不利于促进信息产业的健康发展。财产权存在的理由在于通过赋予所有人支配客体的权利，明确财产权转让的条件，从而实现促进财产的交易，以实现社会财富的最大化。<sup>[48]</sup>主张采取侵权法保护个人信息的观点实际上忽略了这样一个基本事实，即对于个人来说，并非其所有个人信息都是秘密的、不希望别人知道的事实，其中有些个人信息是可以让他人知悉的，甚至有的还是主体希望他人知悉的信息。因为这些个人信息的公开和转让不仅不会有损于其人格尊严，而且还能够为其带来经济利益；个人信息已经并将继续成为重要的商品，个人信息交易将成为信息产业和信息经济的重要内容。由于侵权法对合法利益的保护具有事后性、被动性或消极性，因此，在确定损害赔偿时，个人信息的商业价值通常往

---

<sup>[46]</sup> See, Rochelle Cooper Dreyfuss, Warren and Brandeis Redux: Finding (More) Privacy Protection In Intellectual Property Lore, \_\_\_STANFORD TECHNOLOGY LAW REVIEW \_\_\_ (forthcoming 1999)

<sup>[47]</sup>前引[31], *Information Privacy/Information Property*

<sup>[48]</sup>前引[31], *Information Privacy/Information Property*

往是由法官而不是由主体和商家事前协商来确定,这样,不利于个人信息主体将其个人信息中蕴含的财产价值最大化。如果承认个人对其信息商业价值的财产权的话,那么,个人信息的价值则取决于当事人双方的协商,理论上其交易价格都不至于使得任何一方当事人的处境因此变得更为不利,主体就可以根据市场和自己的需要主动对自己个人信息商业价值进行积极使用。<sup>[49]</sup>同时,还可以促使商家在个人信息的收集、加工、开发和使用时避免过度投资和浪费。这样,有利于促进信息产业和信息经济的健康发展,实现整个社会财富最大化的价值目标。

二是侵权法保护模式不能为个人信息保护提供一套明确、清晰、连贯如一和可靠的保护机制。由于侵权法模式是通过司法针对个案进行事后的、消极的救济方法,因此,它不能为社会公众和商家提供一套明确、清晰、连贯如一的行为规范,不利于实现规范和引导人们的行为。尤其是在网络环境和电子商务条件下,如果采取侵权法的保护方式,由于跨国交易中的法律适用问题,特别是各国侵权法的规定及司法对侵权行为的认定存在着很大的差别,其结果更将无法为个人信息的保护提供清晰、明确、连贯如一的规范,从而不利于预防和减少侵权行为的发生。<sup>[50]</sup>而如果采取财产权保护方法的话,那么,财产权规则的明确性、普适性、连贯性和不可侵犯性使得它可以作为一种行为规范被遵守,从而可以避免这些缺陷,更有利于对个人信息商业性使用价值的保护。

三是从制度经济学上讲,采取财产权保护模式更有效。对于个人信息商业价值的保护是应该采取侵权法还是应该采取财产权的保护模式问题,制度经济学的方法为我们提供了一种方法和依据。根据科斯定理,在交易成本为零且双方都愿意交易的情况下,采

---

<sup>[49]</sup> See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View from the Cathedral, 85 Harv.L.Rev.1089 (1972).

<sup>[50]</sup> See Stipulation and Order, In re Toysmart.com (No. 00-13995)

<sup>[50]</sup> See Edward J. Jange, Privacy Property, Information Costs, and the Anticommons, 54 Hastings L.J.

取任何规则都是无关紧要的。〔<sup>51</sup>〕交易成本越高，适用侵权法保护个人信息越有效，反之，则适用财产权保护的方法越有效。〔<sup>52</sup>〕根据这种原理，在个人信息初级市场上，个人自愿向商家披露个人信息以换取某种利益而订立合同。理论上讲，商家可以使用信息收集技术清楚地说明需要收集的信息及信息将要使用的方式；而消费者也可以使用诸如P3P技术〔<sup>53</sup>〕等接受或拒绝商家的信息收集和使用承诺；一旦选择拒绝后也可以很容易地浏览其他网站。在个人信息二级市场上，根据股票交易市场模式建立“国家个人信息交易市场”〔<sup>54</sup>〕不失为一种可行的选择方法，如此，与现行的股票交易一样，个人信息交易成本并不能成为设立个人信息财产权制度的障碍。反之，在网络时代，对于个人信息的商业价值如果采取侵权法的保护模式的话，那么，一方面由于会遇到不同法域的法律适用问题而增加了消费者利益保护成本，尤其是各国对不同侵权行为及其司法认定方面存在着很大差别，这就更增加了法律适用上的成本。〔<sup>55</sup>〕另一方面，也会由于这种法律适用的不确定性而导致商家对自己行为的放纵，从而造成更严重的信息侵权局面，如果采取财产权保护模式，则可以避免这些缺点。〔<sup>56</sup>〕由此，有学者认为，利用财产权保护方法取代侵权法来保护个人对其个人信息商业价值的合法利益的做法正在成为一种趋势。〔<sup>57</sup>〕

---

〔<sup>51</sup>〕 See generally RONALD COASE, *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW* (1990).

〔<sup>52</sup>〕 前引〔49〕, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*

〔<sup>53</sup>〕 所谓P3P (Platform for Privacy

Preferences), 其工作原理是: 一旦用户在自己的终端上安装、运行该软件并选择自己的信息偏好后, 该软件就会与浏览器链接起来。这样, 当用户在浏览网页时, 每一个网站都可以向用户的终端设备发出一个可以被机器读取的P3P协议。如果网站的信息保护政策与用户的信息偏好一致, 那么, 就可以自动达成信息许可协议, 而用户的浏览器就可以不间断地进入该网站访问; 反之, 如果网站的信息保护政策与用户的信息偏好不一致的话, 就会获得提示并询问是否不顾这种与其要求不一致的信息保护政策而希望继续访问该网站。See Joseph Reagle & Lorrie Faith Cranor, *The Platform for Privacy Preferences*, available at <http://www.w3.org/TR/1998/NOTE-P3P-CACM/> (visited Jan. 20, 2007)

〔<sup>54</sup>〕 前引〔29〕, *Markets and Privacy*.

〔<sup>55</sup>〕 前引〔9〕, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*

〔<sup>56</sup>〕 前引〔9〕, *Between Big Brother and the Bottom Line: Privacy in Cyberspace*

〔<sup>57</sup>〕 前引〔9〕, *Between Big Brother and the Bottom Line: Privacy in Cyberspace*

### 三、个人信息财产权保护的必要性与合理性

#### (一) 个人信息财产权保护的必要性

鉴于个人信息交易已经并将继续成为重要的商业形式及立法缺失和不敷适用的实际情况，因此，有必要从理论上探讨个人信息财产权保护的必要性，从而为立法和理论研究提供依据。具体来说，保护个人信息财产权具有以下必要性：

##### 1、公平正义与保护弱者理念的要求

一方面，公平正义的法律理念要求承认个人对其自身信息的财产权。在私法上，围绕着个人信息财产利益所涉及的主体来看，主要是信息所有人和使用个人信息的商家。如果我们假设个人信息所蕴涵的商业价值应该归属于商家的话，那么，这将不仅与民法有关隐私权、姓名权、肖像权等人格权保护制度相矛盾，而且，也可能导致个人信息人格权名存实亡或与之产生严重的冲突。<sup>[58]</sup>同时也不符合人们关于财产分配的一般观念，严重违背法律追求的公平、正义价值理念。<sup>[59]</sup>

反观目前的法律制度，由于不承认个人对其自身信息的财产权，个人信息市场则实际上是建立在信息收集者作为信息的所有人而个人则最多是利益相关者而非所有者的观念之上，<sup>[60]</sup>因此，商家可以擅自收集、使用或买卖消费者的个人信息，只要这种信息不属于个人隐私，那么，就很难从法律上对商家的这些行为作出评价，更不用说作为消费者的个人可以根据法律向商家主张对价或要求其赔偿经济损失了。即使商家擅自收集、加工、使用或买卖个人隐私，那么，对于作为隐私权主体的个人而言，充其量也只可能获得数量有限的“精神损害抚慰金”而已。其结果是商家不仅享有个人信息的使用价值，而且还几乎完全占有对个人信息的交换价值，而作为信息的真正所有者的个人，则基本上一无所获。而一旦承认个人信

---

<sup>[58]</sup>

即使不从抽象意义上考虑人格与财产的关系，如果将个人信息的商业性使用价值视为商家而不是个人所有的话，那么如何协调基于个人对其个人信息的人格权与商家对他人个人信息商业价值的财产权之间的关系将是一个无法逾越的难题。这是因为：商家行使其对那些攸关他人人格尊严的个人信息的财产权时则往往会对他人的人格尊严造成损害，此时，如果法律以人格权优先的话，则这种财产权将名存实亡。

<sup>[59]</sup>如果将个人信息所蕴涵的财产价值赋予商家，那么，就无异于承认任何人都有权占有那些本来被认为应该属于他人的财产。其实，按照（与客体关系）最密切关联的原则，个人信息财产权应该赋予作为其所有人的个人而不应该是商家。

<sup>[60]</sup>前引[29]，*Market and Privacy*

息财产权，就可以使消费者与商家之间就个人信息的商业价值问题进行公平的谈判，从而使消费者获得适当的补偿。<sup>[61]</sup>显然，这种局面对于个人所有人而言，是极为不公平的，有悖于法律追求公平、正义的价值理念。因此，立法应该承认个人对其自身信息的私有财产权，以矫正既已存在的、对信息所有人不公平的个人信息市场。

另一方面，保护弱者的现代法律理念也要求承认个人信息财产权。保护弱者是现代法律的基本理念。显然，在商家与消费者之间，由于经济实力和信息优势之间的巨大差异，消费者往往处于弱者地位。如果不承认个人信息财产权，不仅会使本来已经处于弱势地位的消费者个人在经济实力强大的商家面前变得更加弱小，而且使得自工业社会以降法律所奉行的“保护弱者——消费者”的价值理念变得荡然无存。由此，无论是从实现公平正义的基本法律价值理念还是从保护弱者的现代法律价值目标的意义上讲，承认个人对其个人信息财产价值的支配权都是非常必要的。

## 2、法律体系内在价值追求的逻辑统一性要求

法律体系内在价值追求的逻辑统一性要求承认个人信息财产权。如果不承认个人对其私有信息的财产权，那么，就将会面临两个方面的逻辑问题：一方面，无法解释为何既有法律承认商业秘密或技术秘密的财产权属性，而不承认个人信息的财产权属性问题。既然同样属于私有的信息，为何法律要在二者之间采取截然不同的态度，承认前者的财产权属性而拒绝后者？<sup>[62]</sup>另一方面，也无法解释这样的逻辑问题：既然法律奉行“私有财产或所有权神圣不可侵犯”的原则，却为何却又拒绝承认个人对其信息的财产权？为何法律要对以有形物为

---

<sup>[61]</sup>前引[29]，*Markets and Privacy*；Carl Shapiro and Hal Varian, *US Government Information Policy*, May 28, 1997, Available at <http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/policy.pdf>.

<sup>[62]</sup>

一个似乎合理的解释就是：技术秘密或商业秘密包含有主体的创造性劳动，故而应该承认其财产权要求。但是，这种解释很难成立：一方面，创造性劳动并非取得财产权的唯一要件，物权、债权等诸多权利的取得即可证明这一点。另一方面，商业秘密中所包含的并非都是创造性劳动的因素，客户名单等事实信息作为商业秘密而获得法律的保护更使这种解释无法成立。

客体的“所有权”进行保护，而不对以无形的个人信息为客体的“类所有权”进行保护？在现行民法理论上，“所有权神圣”被认为是近现代民法乃至整个法律的基本原则，其合理性和正当性被认为是无庸置疑的。既然如此，为何就不能承认个人对其信息的财产权？为何同样属于“私有”，法律在承认以有形物为客体的所有权的同时却拒绝承认以无形物——信息为客体的财产权？另外，既然法律对于个人信息中体现的人格利益给予保护，却又为何对将个人信息中的财产利益不予理睬或让与他人？同样是个人信息，难道其中所体现的人格利益和财产利益应该分别属于不同的主体？由此看来，不承认个人信息财产权不仅导致法律内在价值体系的崩裂，而且在逻辑上也将难以自圆其说。<sup>[63]</sup>如此，法律体系内在价值追求的逻辑统一性要求承认个人对其自身个人的财产价值享有支配权。

### 3、预防、减少人格侵权行为和社会利益最大化的制度要求

法律经济学的研究表明，在侵权法上，要想有效地制止侵权行为的发生，加大侵权行为的成本便是极其有效的办法之一。而在民事立法技术上加大侵权行为成本的方式主要是令加害人承担由此而引起的民事财产责任。对于商人而言，经济利益的驱动是其一切行为的主要动因，因此，如果让侵权者承担相应的经济赔偿责任，以剥夺其因为侵权而获得的全部不正当经济利益的话，那么，侵权者将会放弃或减少侵权行为的发生。这样，就可以预防和减少侵权行为的发生。实际上，个人信息侵权在很多时候就是为了营利，因此，对个人信息的保护应该在制度配置上配置财产责任，从而增加人格侵权的成本。而要配置财产责任，其基本理论前提就是承认个人信息具有财产价值，属于个人财产。这样，未经许可擅自对个人信息进行商业性使用，不仅可能构成人格侵权，而且还可以构成财产侵权。这样，就可以为受害人要求获得相应经济赔偿提供法律依据，并使

---

<sup>[63]</sup>在现代民法哲学上，人格（权）并不是一个空洞的概念，没有任何财产的主体其人格很难独立。因此，承认主体的人格独立，不仅需要承认其人格权，也需要承认（按照自然法理念）其本应该享有的财产权。这也是所谓的“无财产则无（独立）人格”。显然，从财产与人格之间的关系来看，承认个人对其自身信息的财产权对于维护其人格尊严是非常必要的。

侵权人遇见其侵权行为可能的成本及后果，最终达到预防和减少侵权行为的发生。〔64〕

然而，由于目前的法律不承认个人信息的财产权属性，因此，在个人信息人格权侵权案件中，加害人一般不需要承担财产责任，即使有时承担一定的赔偿责任，也只是精神损害赔偿，而且其数额往往有限，尤其是与侵权人获得的财产利益相比往往是微不足道的。换言之，在不承认个人信息财产权的私法制度下，针对人格权的侵害成本一般都是很低的，而加害人的收益却因此很大；这样，在客观上就会助长或纵容人格侵权行为的发生。由此，从减少人格侵权行为发生的角度上讲，应该承认个人对其个人信息的财产价值享有支配权。

另外，从经济学上讲，承认个人信息财产权也可以迫使商家在收集、加工和使用个人信息的过程中避免浪费，从而可以将目前转嫁给消费者的成本内化。这样，不仅可以减少隐私侵权行为的发生，而且，也符合整个社会利益最大化的价值追求。〔65〕

#### 4、信息时代社会发展的客观要求

无庸质疑，我们已经开始并将继续面临信息时代。在信息时代里，信息技术的发展为使个人信息的财产价值获得前所未有的提升，〔66〕以至于有学者惊呼，个人信息就是在线电子商务中的新货币、网络经济的血液。〔67〕尽管目前法律上不承认个人信息可以成为财产权的客体，但个人信息交易或许可使用的现象却时有发生。<sup>68</sup>

如果由此而产生纠纷的话，也将因为法律的缺失而不能获得有效的解决。

---

〔64〕 See Alan F. Westin: *Privacy and Freedom*, 324-25 (1967), Bodley Head (January 1 1970)

〔65〕前引〔9〕, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*

〔66〕 See Pamela Samuelson, *Privacy As Intellectual Property?* 52 *Stan. L. Rev.* 1125 (2000); Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 *Stan. L. Rev.* 1193, 1198-99 (1998)

〔67〕 See Paul Sholtz, *Economics of Personal Information Exchange*, *First Monday*, volume 5, number 9 (September 2000),

<sup>68</sup>比如，在我国，2005年末发生在网络上的“Uc1oo”网站公开叫卖个人信息案件具体案情报道，请参见<http://tech.sina.com.cn/i/2005-12-24/1706801765.shtml>；在美国和澳大利亚也都存在由商家通过给予消费者报酬而获得使用其个人信息的交易方式。See Roger Clarke, *Beyond the OECD Guidelines: Privacy Protection for the 21st Century*, available at: <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/PP21C.html>

法律的使命是促进和保障社会的健康发展。信息时代客观上使得一切有价值的、可以为私人拥有或所有的信息都可以成为商品，并可以进行交换。而商品交换真正能够获得实现的前提就是买卖双方彼此对交易标的都享有所有权或处分权，即承认交易双方彼此对其标的物享有财产权。显然，既有的立法和司法实践不承认个人对其个人信息的财产权的做法有碍与个人信息的合法交易和纠纷的妥当解决，有悖于信息社会发展的客观需要。因此，法律应该做的就是承认个人信息的财产权属性，从而为合法的个人信息交易和有关的纠纷提供相应的法律规范，以规范和促进信息产业的健康发展。

## （二）黑格尔的财产权理论与个人信息财产权保护的合理性

黑格尔的《权利哲学》[69]集中体现了财产、人格与自由之间的关系。在黑格尔看来，以个体的人为中心，世界可以分为内部世界和外部世界。相对于外部世界来说，人是具有自由意志、个体特征（如精神）及规范特征（具有不得被侵犯的人格尊严）并可以将其自由意志体现于任何外在之物并使之成为财产的行为者。而客体之物则是外在于人、被人支配、不具有自由意志、不能享有权利的客观存在，因此，物是可以被转让的<sup>70</sup>。黑格尔进一步认为，作为理念意义上的人是具有独立自由意志的抽象人，只有当其意志作用于外在世界，即通过与外在物建立财产权关系，才能成为真正的、实在的自我。人有权通过努力超越和克服各种外在限制，将其意志体现在某个物中并且使之成为其财产，这样，才能赋予自己以现实性，并以此作为其实体性目的，这就是人格的体现及其完善和提升的过程。由此，对于特定的

---

[69] See G. W. F. Hegel, *Hegel's Philosophy of Right*, Translated by S. W. Dyde Batoche Books

Kitchener 2001, also available at: <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/hegel/right.pdf>

[70]黑格尔认为，一般的物或财产指自然的东西以及动物，它们区别于人之处就在于它们缺乏自由意志，并且没有享受权利的能力。这种物的世界实际上是对现实的制度和人为自然的一个抽象。而个人的自身、身体及精神虽然也可以被视为其自己的“物”或“财产”，但是，由于人的身体和精神很直接地与人身联系在一起，内在于主体、与主体须臾不可分离，即属于人的内在之物，是构成其自身人格和自我意识的普遍本质，因此，这种“物”能且只能由主体个人所有和支配。与一般意义上的无或财产不同，个人对其自身、身体和精神的“财产权”是不可以出售、放弃或转让的，否则，个人将沦为奴隶。前引[69], *Hegel's Philosophy of Right*, Para. 42、66

个人而言，一份财产就是包含着其个人意志的物；该意志就是财产的本质。〔71〕

黑格尔并没有将其自由意志和财产之间的关系仅仅停留在抽象的论述上，而是根据这种思想确立了其财产权规则：一是关于对财产权的静态规则。在这里，黑格尔将财产的“私有”与占有紧密联系起来。为了能够让他人识别出某物属于某人，该人必须通过“身体把握”、“给物以定形”或“给物做标记”来“占有”其财产。〔72〕二是关于财产权的动态规则。黑格尔认为，人可以充分自由地使用和转让其财产。在合同关系中，彼此承认对方对物的财产权，根据其自由意志，自由交换“个别外在物”。〔73〕

三是关于财产权的排他性规则。在黑格尔看来，由于财产是个人意志体现，对财产的权利正是个人对生命和对自由的权利的来源，〔74〕因此，财产权应该得到尊重，违背所有人的意志对其财产进行占有或控制就是违法或犯罪的。〔75〕

可见，在黑格尔的抽象世界里，意志、自由、人格和私有财产是同一体的。其中，人格是自由和意志的载体；自由意志是根本，人有了自由意志，他就当然地享有权利；自由意志主要是通过私有财产的所有权来表现。在黑格尔眼里，财产是被主体意志赋予了某种目的的客体物；这种能够赋予客体物以某种目的的权利是其作为人所应该享有的权利——人格权。由此，黑格尔的这些思想对于承认个人信息财产权具有重要意义：

首先，黑格尔关于人与客体、外在物和内在物的区分为确立个人信息财产权扫清了理论上的障碍。按照黑格尔的见解，作为反映主体个人身份特征的个人信息，由于它本身并不是主体的身体、精神、意志等内在于主体的内在物，因此，应该属于一般客体与外在物的范畴；由此，主体不仅完全可以通过将自己的意志体现在其个人信息之中而主张财产权，而且还可以根据其意志对其个人信息的商业性使用价值进行充分地使用和转让。

---

〔71〕前引〔69〕，Hegel's *Philosophy of Right*, Para. 44、45

〔72〕前引〔69〕，Hegel's *Philosophy of Right*, Para. 44, 39, 51

〔73〕前引〔69〕，Hegel's *Philosophy of Right*, Para. 65、67、75、76、77

〔74〕See Peter G. Stillman, "Hegel's Analysis of Property in the *Philosophy of Right*," *Cardozo Law Review* 10, nos. 5-6 (March April 1989), pp. 1031-72

〔75〕参见〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第48-55页。

其次，黑格尔关于财产属于个人自由、是主体自由意志的外在表现形式的观点为个人对其信息的商业性使用价值享有财产权提供了正当性依据。由于个人信息是以主体个人自身的特征为表征内容的，因此，与有形的物或财产相比，它与主体的关系应该更加密切。这样，按照黑格尔的见解，如果主体对其自身之外的东西——物可以享有财产权的话，那么，他/她自然也就可以对以其自身特征为表征对象的个人信息所蕴涵的财产价值享有类似于有形物的所有权；否则，其个人意志将是不自由的，其个人自由也将因此而受到很大的限制。个人对其个人信息的商业价值享有财产权实际上是其个人意志和自由的反映与体现；承认个人信息财产权不仅仅是一个简单的物与财产的问题，更重要的是一个对个人自由意志和人格的承认与尊重问题。如果我们不能对自己的个人信息的商业使用价值具有支配的自由，那么，我们作为一个人的实体就不能存在。黑格尔关于意志体现在物中的这种观念提醒我们：个人与其个人信息之间存在着一种持续的关系，这种关系远比个人与外在有形物之间的关系更加密切，以至于它非常接近一个人的心智。无疑，这种关系可以为拥有自己个人信息的财产价值提供了正当化依据。

最后，黑格尔关于财产权的动态规则为个人信息财产权的实现提供了理论上的借鉴。

按照黑格尔的见解，自由意志并非是一种孤立的存在，个人的自由意志必须建立在与他人的自由意志的关系之上才有意义。个人并非是孤立的私有财产所有者，而是与同样作为私有财产所有者之间保持着联系：这种联系可以通过交换、赠予、商品买卖等合同形式实现。就个人信息财产权问题而言，它也是一种协调权利人的自由意志和其他人自由意志相冲突的工具，它是一种属于主体个人而非他人的“私”权，在本质上也是一种自由权，是一种积极权，个人可以通过合同放弃或转让对自己的个人信息商业性使用价值的使用权。当我们通过合同许可或放弃自己的个人信息使用权时，就意味着我按照自己的意志处分了它，实现了我们的自由意志。据此，在商家和消费者之间，如果商家是通过自由、合法的合同关系从消费者那里取得对其个人信息的商业性使用权，那么，这种权利也应该得到保障，消费者个人也

应该遵守自己意志选择的这种结果，即这是消费者对自己个人信息商业性使用价值的放弃或转让。因此，从这种意义上讲，个人信息不再仅仅是一种抽象的人（格）权客体，而是一种可以由我们自由使用和处分的财产。将个人信息视为私人财产意味着个人信息不是仅仅基于市场效率而产生，相反，从根本意义上讲，它是市场存在的前提。因为，市场关系就是一种交换关系，而交换的前提就是有私有财产（权）的存在。归根结底，个人信息财产权是个人基于其意志和自由而应该享有的财产权[76]。

## 余论

个人信息财产权是指个人对其个人信息中所蕴涵的商业性使用价值而非人格利益的支配权，它能且只能存在于对个人信息的商业性利用环境之中。随着信息技术和互联网络的发展，个人信息的商业价值日渐突显。个人信息不仅被商家用于市场营销而获利，而且，还越来越多地被直接作为许可使用而获得直接经济利益的客体。然而，从我国正在起草的个人信息保护法的内容来看[77]，基本上是以欧盟《指令》为范本的，即没有区分地对所有个人信息均给与人格保护，而对个人信息的商业价值缺乏应有的财产权保护。这种建立在传统技术背景和理论基础上的消极、单纯的人格权保护模式无法适应信息时代社会生活的实际需要。因此，欧盟拒绝承认个人信息财产权的做法不值得我们借鉴，我国未来的个人信息保护立法必须考虑到个人对其个人信息商业性使用价值财产权的正当诉求。

---

[76] See Marco De Boni. Martyn Prigmore, A Hegelian Basis For Privacy As An Economic Right, [http://www-users.cs.york.ac.uk/~mdeboni/papers/Hegelian\\_Basis\\_For\\_E-privacy.pdf](http://www-users.cs.york.ac.uk/~mdeboni/papers/Hegelian_Basis_For_E-privacy.pdf)

[77] 参见周汉华著《中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告》，法律出版社2006年版