

“大数据与法”专题研究

个人数据权利体系的理论建构*

李勇坚

【提要】随着大数据时代的来临,要求数据权利体系的界定在隐私保护与数据开发之间进行权衡。数据权利体系的建立需要考虑到数据形成的多主体性、数据个体对数据权需求的多样性、数据交易的复杂性,将数据划分为原始数据、信息和隐私三个层次,相应建立起以“防止损害权”为核心的权利体系,综合考虑数据个体、数据控制者、数据处理者、数据使用者等各个主体之间的权利义务平衡,并基于经济发展、社会治理和基本人权三个维度对数据权利体系进行调整。

【关键词】个人数据 权利体系 防止损害权 隐私保护

〔中图分类号〕D916 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2019)05-0095-10

随着以大数据、云计算、移动互联网、人工智能为代表的新一代信息技术在人类社会生活中发挥越来越大的作用,人类日益数据化。每一个人的生活都被手机、汽车、可穿戴设备、摄像头、传感器等记录下来,数字世界和物理世界、在线和离线之间的区别日益模糊。随着社交网络服务(SNS)、用户生成内容(UGC)、基于位置的服务(LBS)等的普遍兴起,个体也在网络上发布越来越多的个性化数据信息,个体正在被数据包围。数据权对数据时代具有十分重要的意义。这是因为数据权不但是—种从隐私权衍生出来的人格权,而且,随着数据成为一种非常重要的生产资料,数据权正在从一种抽象的人格权向综合性权利转换。但从一些已有的立法^①实践来看,当前的重点仍然是站在人格权或者抽象的人权视角来看数据权问题,并未从一个完整的数据权理论基础上来构建数据权,也没有完全解决任何大数据时代的特殊问题。从立法实践看,我国《民法总则》明确了个人对信息的权利。^②2017年开始施行的《网络安全法》借鉴国内外的立法经验,创新性地提出了关于个人信息保护的诸多制度,并允许在法律规定的范围内对数据进行开发利用。从本质上看,数据是一个大概念,从数据中可以分离出个人信息,而个人信息中,又包含了隐私。对数据、信息、隐私的保

* 本文系中国社会科学院创新工程项目“推动互联网、大数据、人工智能与实体经济深度融合”的阶段性成果。本文核心思想曾在“产权变迁与数据权利的未来”学术沙龙上讲述,作者感谢与会专家所提出的宝贵意见。作者也感谢匿名审稿人提出的富有建设性的意见。但是,本文的所有错误与遗漏均由作者本人承担。

① 例如,欧盟的《一般数据保护条例(GDPR)》强调数据权作为一种基本人权。我国的《民法总则》也没有明确数据权利的性质。

② 《民法总则》第111条规定:“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”

护应有着区别。本文旨在从数据开发与隐私保护平衡的视角，基于数据、信息、隐私的区分，以“防止损害权”为核心，构建个人数据权利体系的理论框架。

一、数据化对数据权利体系的挑战

互联网不但是媒体、信息海洋，而且是社交工具，更是自我实现的空间，形成了一个新的生活空间——赛博空间。在这个空间里，每个个体都被数据化，这种数据化的普遍存在，对数据权利体系提出了新的要求，也为设定数据权利体系带来了新的挑战。

（一）对个人信息与隐私保护的挑战

在互联网的演进过程中，无论是微软的浏览器时代、雅虎的内容时代还是谷歌的搜索时代，都只是实现了人与机器的联通，“在网络世界里，没有人知道你是一条狗”。在亚马逊、阿里的电子商务时代，实现了人与商品的联通，这使人们知道了“你是一条有什么偏好的狗”。但在 SNS（社交网络）的时代，则实现了人与人之间的联通，随着大数据的兴起，之前的那句经典的话已经变得没有意义，因为在大数据分析的世界里，“不但人人都知道你是人是狗，还知道你是一条什么狗”。赛博空间是一个信息失重的空间。^① 信息、数据处于失重状态，或者说数据超导性（data superconductivity）；^② 能够迅速被人感知到，而且在极短的时间里会快速地传播，这种传播甚至不受个人控制。^③ 个人信息的数据化，信息、数据的泛在化，数据在赛博空间里的快速流动，数据分析方法的深化，对大数据时代的个人信息与隐私保护带来了巨大的挑战。而随着数据量的扩大、数据价值的显现，保护隐私对个人和社会福利的影响，将取决于很多特定的背景。从整体上看，单纯让消费者就其隐私问题做出决策，无法实现保护隐私的目标，适当的政府规制是必要的，因此必须在考虑各种背景因素的情况下设定个人数据权利体系。^④

（二）对数据公平的挑战

大数据的兴起，还带来了数据鸿沟（data divide）、“数据正义”（data justice）^⑤、算法歧视（algorithm discrimination）等方面的问题。当前是一个数据过剩、信息过载的时代。在这个时代里，随着移动互联网的普及，个体之间能否接入互联网所形成的“第一次数字鸿沟”（the first digital divide）已经开始被填平，而取而代之的是“第二次数字鸿沟”（the second digital divide）。也就是说，在数据过剩的现状下，个体之间的数据拥有量差异已变得不重要，而关键的问题是如何在海量的数据中，找到有用的信息。因此，即使所有的个体都有相同的数据，也会带来新的不公平。数据的利用能力、信息的分析能力等各个方面的差异，使各类对数据价值的认知会产生巨大的鸿沟，这形成了“第二次数字鸿沟”，也可以称为数据鸿沟。由于过分地依赖于计算能力，数据正义、算法歧视等成为网络世界的新问题。如果只是简单地界定数据权利，而不考虑到数据利用能力方面的巨大差异，

① 高奇琦：《人工智能：驯服赛维坦》，上海交通大学出版社 2018 年版，第 169~170 页。

② [意] 卢西亚诺·弗洛里迪：《第四次革命》，王文革译，浙江人民出版社 2016 年版，第 47~48 页。

③ 但是，弗洛里迪认为，数据的超导性带来了数据的快速传播，但并不当然会使数据迅速被人感知。当前的信息技术如此发达，很多信息的传递，已脱离人类，人类并不能很好地感知到这些信息。例如，条形码并不是为人类的眼睛而设计的。参见《第四次革命》，第 37 页。

④ Alessandro Acquisti, Curtis Taylor, and Liad Wagman, The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, Vol. 54 (2), 2016, pp. 442-492.

⑤ 例如，在体育比赛中，为了保证公平竞争的比赛环境，禁止使用兴奋剂。但是，在大数据时代，数据的作用大于兴奋剂，如何确保其被公平地使用，仍是一个未被关注的问题。

将带来了新的不公平。

（三）对数据经济价值挖掘的挑战

数据已被公认为一种重要的生产资料，对社会生产效率的提升具有极其重要的意义。^①但是，对于数据的生产效率应如何发挥出来，在现有的数据权利保护架构下，尚存在诸多的障碍。对数据进行开发必然涉及到一个基本的冲突，即自然人的民事权益保护与数据企业的数据活动自由之间的冲突。^②在数据的经济价值挖掘过程中，必然对个人数据进行估值，而在这方面缺乏必要的规则与标准。一个美国联邦法官愿意就隐私数据的保护付出每年 2400 美元的代价，^③而另一群麻省理工学院的学生愿意以 100 美元的价格出让自己的通讯录等私人数据。^④有研究者认为，过度严格的个人数据保护，会给数据本身的价值实现带来影响，更进一步影响投资与增长。例如，欧盟 GDPR 的实施，在短期内即对技术领域的投资带来了不利影响。^⑤

从上面的分析可以看出，在大数据时代，对数据权利的界定，并不是一个简单的民事权利的重构过程，而应该考虑到更多的因素，构建起一个能够协调隐私保护与数据开发利用、数据公平与数据价值的权利体系。其核心要点是在保护或共享个人数据之间进行权衡、在私人与公共领域之间进行权衡，其实质是数据时代人权与发展之间的权衡。

现有理论将数据权视为一种人格权和财产权的复合体，在研究中，又将人格权和财产权进行人为的割裂，这使其无法在现有的框架下完全自治。另一方面，现有的研究混淆了数据权的客体，对“数据”、“信息”、“隐私”之间的关系未能完全厘清，未能对数据、信息在形成过程中各方共同努力的作用与意义进行分析，因此，未对数据权的来源这个基本问题进行研究，导致了现有的研究并没有完全解决数据权利体系的问题。

二、构建个人数据权利体系须考虑的因素

大数据时代带来的数据权利方面的挑战，需要重新构建个人数据权利体系。而这一权利体系必须解决一系列的冲突：个人与政府的冲突、行政与监控的冲突^⑥、垄断与竞争的冲突、默契与立法的冲突^⑦、保护与开发的冲突、开放与流动的冲突、技术与法律的冲突、公平与效率的冲突、救济与成本的冲突。并在数据个体（data agent）、数据控制者（data controller）、数据处理者（data processor）、数据使用者（data user）等诸多主体之间架构权利义务关系。因此，在构建数据权利体系时，需要考虑到以下因素。

① David Court, Getting Big Impact from Big Data, <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/getting-big-impact-from-big-data>, 2019 年 4 月 16 日。

② 程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，《中国社会科学》2018 年第 3 期，第 102~122 页。

③ Matt Sledge, Alex Kozinski, Federal Judge, Would Pay a Maximum of \$2, 400 a Year for Privacy, https://www.huffpost.com/entry/alex-kozinski-privacy_n_2807608, 2019 年 4 月 28 日。

④ Susan Athey, Christian Catalini, Catherine Tucker, *The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Cost, Small Talk*, 2018, Working Paper, No 23488, <http://www.nber.org/papers/w23488>, 2019 年 4 月 28 日。

⑤ Jian Jia, Ginger Zhe Jin, Liad Wagman, *The Short-Run Effects of GDPR on Technology Venture Investment*, 2018, NBER Working Paper, No 25248, <http://www.nber.org/papers/w25248>, 2019 年 4 月 28 日。

⑥ Daniel J. Solove, *Nothing to Hide: The False Trade of between Privacy and Security*, Yale University Press, 2011, pp 21-33.

⑦ 一般认为，消费者与互联网服务提供商之间已形成了一种默契，即互联网平台提供相应的免费服务，而消费者同意这些平台企业收集数据。但是，这种默契从未在法律层面得到承认。参见 If You're Not Paying for It; You're the Product, <https://life-hacker.com/if-youre-not-paying-for-it-youre-the-product-5697167>, 2019 年 4 月 29 日。

（一）数据权的形成是多方努力的结果

个人数据权利问题之所以才开始显现出来，其根本原因在于技术的进步。在进入大数据时代之前，个人数据大部分都是基于个人状态的静态数据，这些数据代表了个人的状态，基本属于个人信息范畴。^①数据的形成主要基于个体的自然状态，对此类数据的商业应用受到传统隐私法的限制。进入大数据时代之后，随着个人行动的数据化，使很多网络平台或其他机构能够收集关于个人的行为数据、动态过程数据。这些平台或机构通过将这些数据打通，并进行深度挖掘，能够使数据体现出巨大的商业价值。

然而，与静态数据的形成主要是基于个体自身不一样的地方是，网络时代动态数据的形成，^②是数据个体、数据控制者、数据处理者等多方面共同努力的结果。如果以静态数据的理念来看待这些动态数据的权益，必然会漠视除了数据个体本身之外其他主体的权益，从而使这些权利主体在数据形成过程中所付出的努力并没有在数据权利体系中得到体现。这样造成了一些不利的后果：一是数据控制者、数据处理者等将处于不利的境地。他们在从事数据活动的一开始，就处于违法或者违规状态，这使数据的合法利用行为与非法利用行为界限难以分清，不利于吸引社会力量将数据的价值更好地发挥出来。二是不能对数据进行社会聚合，实现更大的数据价值。由于数据科学的进步，很多个人数据通过社会聚合，能够带来更为明显的社会价值，这些价值能够被全社会所享有。例如，通过聚合个人的行动轨迹数据，能够对城市规划问题做出更为有利的调整。

数据权利形成过程中有各方的努力，这要求在数据权利体系中体现这些努力，以使数据在社会经济生活中能够持续地积累并发挥相应的作用。

（二）数据个体对数据权的真实需求

在数据权利体系建构过程中，必须考虑到数据个体对数据权的真实需求。在数据权利客体以静态数据为主导的时代，个体对数据权的需求是希望其数据不被泄露而导致滥用。但是，对大数据时代所形成的一些数据，数据个体可能希望有适当的公开规则，以便获得更为精准便捷的服务。在互联网兴起的早期，就有研究者指出，消费者可能理性地希望其他方知道关于他个人的某些信息（例如，消费者可能希望电话推销员知道她的假期偏好，以便接收他们可能真正感兴趣的提议和交易）。对于个体而言，隐私敏感性和态度是主观的和个性化的，因为构成敏感信息的内容因人而异。^③在这种情况下，如果某些私人信息与他人共享或公开，以及他们认为信息实际上可能被公开时，不同个体对此的态度是不同的。^④

理解个体有数据共享的需求这一事实非常重要，如果从这一基础条件出发，则很多关于数据保护的思维就要重新思考。现有的数据立法都基于个体自决权，其背后的理论基础是理性人假设，即：假定个体有能力以最佳方式进行隐私权衡。在大数据时代，数据的传输及开发利用过程，基本

① 当然，也有一些商业机构利用会员制等机制，收集个人购买行为等动态数据。但是，其范围非常有限，而且，各种数据之间并没有完全打通，其价值并没有完全体现出来。

② 动态数据大多是个体的行为数据。包括：（1）个体主动的行为所产生的数据，即行为数据，如通话记录、网购记录、网站浏览痕迹、IP地址、软件使用痕迹及地理位置等；（2）个体被动行为产生的数据，即动态过程数据，如移动轨迹、进行搜索、浏览相关网页、通过分析而产生的数据；（3）个体交互数据，例如社交网络数据。

③ Hal R. Varian, *Economic Aspects of Personal Privacy*. In *Privacy and Self-regulation in the Information Age 1996*, <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/privacy/>, 2019年7月24日。

④ Alessandro Acquisti, Curtis Taylor, and Liad Wagman, *The Economics of Privacy*. *Journal of Economic Literature*, Vol. 54 (2), 2016, pp. 442-492.

都超出了数据个体的想象，他们只能凭直觉对是否共享数据作出选择，而这种直觉是否真正符合其利益，则值得深入研究。

（三）有利于数据权利与数据交易的利益分配机制

数据权利的本质是交易。但是，这个交易市场却有一个无法回避的悖论，数据个体自己无法进入这些市场，他们无法有效地回购他们的数据或者提供他们的数据进行销售。在大数据时代，个体每天都被迫参与涉及其个人数据的交易。通过对搜索引擎的查询，搜索者隐含地出售关于他当前感兴趣的信息以换取查找相关结果。在使用社交网络过程中，使用者通过隐含地出售自己的兴趣、个体特征以及人际关系网络等方面的数据，以换取使用这种新的交互方法的权利。有研究者关注到了数据交易的重要性，并认为数据交易体系的构建是解决数据人格权与数据财产权之间的关系问题的重要基础条件。通过数据权利体系的构建，能够明确个体在交易中的地位。而这不仅考虑到隐私保护，而且也要考虑到促进数据流动与交易，使数据对社会经济发展的作用更为充分地发挥出来。^①但是，一旦涉及到交易，前面的问题仍然会出现，即数据交易的利益如何在各个相关方之间分配？是否存在一个使各方主体都受益的隐私“均衡”？应该如何界定数据权利才能达到这种均衡？现有的隐私保护架构是否使社会利益最大化了？^②抽象的数据人格权安排显然无法解决这些难题。

三、个人数据权利体系之构建

基于前述考虑因素，本文认为，数据权利体系的架构，需要跳出“隐私权保护”的框架，着眼于更多的权利主体、更多的权利保护模式，建立起适应于大数据时代的数据权利体系。其目标是从根本上解决大数据时代个体信息的商业利用和保护之间的悖论，这必须从多客体与多主体的视角来构建个人数据权利体系。

（一）个人数据权利体系中的多维客体

“个人数据”是个人数据权利的客体。然而，长期被研究者所忽略的是，这一客体有着其自身的复杂性。将个人数据单一化，也是产生很多争议的重要原因。例如，欧洲的 GDPR 最核心的问题是将所有个人数据都视为个人的一部分，并进一步将数据权视为基本人权。这种简单化的处理，事实上不能适应大数据时代数据本身的复杂性，并没有完全解决数据保护与开发的冲突问题。

面对复杂的数据权利客体，有研究者开始对数据权利的客体进行分类，并根据其类型差异，赋予不同的权利。有研究者根据数据是否包含个人信息及数据的加工程度，将个人数据分为三种类型，即含有个人信息的底层数据；不含个人信息的匿名化数据；经数据清洗、算法加工后的衍生数据。^③并以此为基础提出，底层数据的所有权属于用户；数据控制者对匿名化数据拥有受限制的所有权；

① 王秀秀：《个人数据保护立法的经济分析与路径选择》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017年第3期，第48~56页。

② 很多经济学家认为，现有的隐私保护制度降低了市场效率，增加了交易成本。例如，Posner指出，在隐私保护的情况下，经济主体之间相互隐瞒信息，这导致了交易成本的增加。例如，在招聘市场中，个人隐私增加了雇主的成本。参见 Richard A. Posner, *The Economics of Privacy*, *The American Economic Review*, Vol 71 (2), 1981, pp. 405-409. 而 Stigler 也认为，在隐私保护制度下，个人将传播对其有利的信息而隐藏对其不利的信息，这样加大了市场的信息不对称，导致社会交易效率的降低。参见 George J. Stigler, *An Introduction to Privacy in Economics and Politics*, *The Journal of Legal Studies*, Vol 9 (4), 1980, pp. 623-644.

③ 单纯以是否匿名来区分数据权利，在理论上具有可行性，但是，在大数据泛滥的今天，这种分类方法仍有较大的问题。有研究指出，根据个人在网上的公开数据，能够推断出其唯一的社会保障号码。参见 Alessandro Acquisti, Ralph Gross, *Predicting Social Security Numbers From Public Data*, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol 106 (27), 2009, pp. 69-75.

衍生数据的所有权属于数据控制者。^① 另外也有研究者认为,大数据、数据、个人信息的权利属性是不一样的,大数据的权利属性应该是一种物权,具有财产权的属性。^② 从大数据视角看,大数据的主体主要是互联网平台企业,这些平台企业的数 据,也应该进行分类并相应地赋予权利。有研究者指出,平台数据可区分为机密数据和公共数据、个人数据和非个人数据、原始数据和处理数据,并相应地采取特定的保护方式和手段,允许对部分数据进行开发和应用。^③ 这也相当于将大数据视为一种物权的观点。

本文的观点是,不同数据对个人具体特征的表达有着重大区别,也就是说,不同的数据能够指向特定个体的水平并不一样。在数据权利体系中,首先就将数据按照指向性,划分为三个层次,即原始数据、信息和隐私。数据权利体系相应分为三个层次,即数据权、信息权与隐私权。

构成数据权客体的“数据”应该具有以下几个方面的特征:第一,数据的非指向性。^④ 这些数据没有特定的指向性,不指向特定个人。有研究者认为,原始数据包含了最多的个人信息。^⑤ 本文认为,这是对数据的一种误解。数据与信息最大的区别就在于指向性问题。信息与个体直接相联系,具有较强的指向性。很多数据,可以直接剥离指向性,就不构成信息。而数据的特点,决定了其可以将指向性剥离出来,形成具有价值的原始数据。这实际上相当于“匿名化数据”,但其将指向性剥离的过程,比形成信息之后再匿名化处理,将有更大的优势。第二,绝大部分都是动态数据。也就是说,这些数据是基于个体的行动而形成的。数据的动态性,决定了数据的形成过程虽然是基于个体行为,但形成可用的数据集,需要数据控制者等多个方面的共同努力。从已有的研究看,已有的研究对数据形成(生产)过程中各方主体所付出的努力并没有进行全面考虑。例如,大量的交通数据,只看到原子式的个人的交通行为,但不知道具体某个个体的交通行为。这些数据是由个人的行动所生产出来的,而数据控制者参与了收集、存储等活动。第三,数据在剥离了指向性之后,其财产权的属性较为明显。数据具有财产权属性这一观点与前述周林彬和马恩斯的观点有类似之处。^⑥ 但是,他们的研究忽略了数据的共同生产特性,因而对数据财产权的归属问题并没有完全明确。本文的观点是,根据数据的三个特征,其数据权利应属于共同参与数据生产的各个方面。个人的权利在于,他对数据用途、数据的分析方式、数据交易方向等有知情权,并有防止他人利用数据损害本人及相关方利益的权利(防止损害权)。防止损害权是数据权中最重要的一种权利,这一权利应贯穿于数据收集、数据加工、数据使用的各个阶段与各个方面。个人及相关方可以依据这一权利,获得相应的救济。而防止损害的具体内容与方式,则需要法律中作出具体的规定。在确保个人数据权的情况下,数据控制者可以利用数据进行开发,并获得相应的收益。以“防止损害权”作为数据权利的核心,在现有的一些研究中也得到了呼应。如程啸认为,自然人对个人数据的权利旨在保护其对个人数据的自主决定利益,从而防御因个人数据被非法收集和利用而侵害既有的人格权与财产权。

① 武长海、常铮:《论我国数据权法律制度的构建与完善》,《河北法学》2018年第2期,第37~46页。

② 周林彬、马恩斯:《大数据确权法律经济学分析》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第30~37页。

③ Teresa Scass, *Information Law in the Platform Economy: Ownership, Control, and Reuse of Platform Data*, in Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms*, University of Ottawa Press, 2018, Chapter V, pp. 149-194. 程啸也认为,数据企业对其所收集的数据,在尊重个人隐私的情况下,享有开发的权利。参见程啸:《论大数据时代的个人数据权利》,《中国社会科学》2018年第3期,第102~122页。

④ 在欧盟立法中,“可识别性”是判断“个人数据”的最重要标准。

⑤ 武长海、常铮:《论我国数据权法律制度的构建与完善》,《河北法学》2018年第2期,第37~46页。

⑥ 周林彬、马恩斯:《大数据确权的法律经济学分析》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第30~37页。

自然人对个人数据的权利并非物权等可以积极利用的绝对权，只有在该权利被侵害而导致其他民事权利被侵害时，才能得到侵权法的保护。^① 这一观点与本文的观点有着相似之处。但是，他的研究未能将数据、信息与隐私进行完全的区分。

信息权的客体是个人信息。个人信息是指与特定个人相联系的、反应个体特征的具有识别性的符号系统，如个人姓名、工作、联系方式等，具有强烈的指向性。这些信息只有在个人明示同意的情况下，才能够由数据控制者获得并存储；如果要对这类信息进行商业化开发，则需要另外的同意。这里需要解决的问题包括，如果信息是由数据控制者通过挖掘的方式获得，是否可以用于数据控制者自身的商业化运作，^② 也就是个人信息保护过程中的商业利益问题。有研究者对这一问题给予了关注。^③ 本文认为，必须对数据控制者的这一行为进行限定，在数据控制者为了自身向个人提供更便捷的服务情况下，可以使用这些个人信息，但仍需征得个人的事先同意，且个人拥有随时否决的权利（即在任何时间内要求停止使用个人信息）。对个人信息的交易应进行严格限定，其限定条件包括：一是需要取得个人事先的明示同意。二是关于个人信息进行交易的条款不能与服务条款混同，也不得与是否提供服务相捆绑。三是要明确交易所获得的收益分享机制。四是要赋予消费者终止同意的权利。五是除非在个人明确知道损害后果仍表示同意的情形，否则数据控制者及其他相关方不能使用个人信息损害个人及相关方的合法权益。

隐私是个人不希望他人得知的信息。一般意义上是指私人生活不受他人干扰，私人信息保密不受他人非法搜索、刺探与公开。隐私主要包括私生活安宁和私生活秘密两个方面。隐私是一个窄的概念，具有强指向性，而且这种指向性具有给所指向的个体带来一定的损害的能力或可能。对于隐私，可以按照传统隐私法架构予以保护，但要尊重个人的自主选择。在 Web2.0 时代，个人开始将各种信息主动发布在网络空间，这些信息在前数据时代可能属于隐私范畴。对个人主动发布的这些信息，有一部分可按照现有的知识产权法律予以保护。例如，个人发布的文字作品、图片等；还有一部分可以按照人格权的架构予以保护，例如个人发布到网络空间的肖像等。隐私权的核心也应该是防止损害权。弗洛里迪认为隐私权的核心是让个人身份免于遭受未知的、不合意的、无意识的变化。^④ 根据对隐私权的这一理解，对于个人自愿发布的其他相关的数据、信息，应允许数据控制者及相关方在确保防止损害权的情况下有限度地进行开发利用。

综上所述，建立以“防止损害权”为核心的数据权利体系，能够在数据流动及开发与个人权利保障之间建立一个权衡。通过对防止损害权的解释，可以对数据权利体系进行动态的修正。

（二）个人数据权利体系中的多元主体

在数据权利体系中，涉及到数据个体（data agent）、数据控制者（data controller）、数据处理者

① 程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，《中国社会科学》2018年第3期，第102~122页。

② 例如，电商平台根据消费者的消费记录，获得消费者的邮箱等资料，那么，电商平台自身能否就此向消费者发送具有广告性质的电子邮件？2019年，美国政府问责局（GAO）建议立法就将个人信息用于企业自身的营销活动纳入到规范之中。

③ 例如，李延舜认为，对个人信息侵权的司法保护，如采用人格权中的隐私权保护路径，则无法保护到个人信息的商业利益。因此，要引入经济学的分析方法，对个人信息权的保护模式进行反思。参见李延舜：《个人信息权保护的法经济学分析及其限制》，《法学论坛》2015年第3期，第43~53页。

④ 他写道：隐私权是一种信息实体，“从主动和被动两个角度来说都是如此。从主动角度来说，由于收集、存储、复制和篡改等行为，爱丽丝的信息量已经达到了可以被用于窃取或克隆其个人身份的地步。从被动角度来说，侵犯爱丽丝的隐私现在可能涉及强制她接受自己不需要的数据，并因此未经她的同意而改变其作为信息实体的本质。洗脑对隐私的侵犯程度就像读脑术一样”。参见《第四次革命》，第102~103页。

(data processor)、数据使用者 (data user) 等多个主体, 这些主体在整个数据权利体系中都占有一定的地位。如何将权利与义务在这些主体之间进行平衡, 是数据权利体系的一个重要内容。

数据个体是数据的生产者, 也是数据的指向者, 数据涉及到他的诸多利益。当前的立法倾向都强调如何保障个体的数据权利, 而核心的框架是“知情—同意”。但是这一框架面临着很多问题。首先, 个体的诉求是多元的。在很多情况下, 个体可能想将部分数据、信息让渡出去, 以获得更好的服务。很多研究也表明, 战略性地共享某些数据同时保护其他数据的潜在好处是非常明显的。^① 有的个体则希望能够对自己的数据信息有一个基本的定价,^② 以获得相应的利益。还有的个体希望自己的数据能够完全保密, 为此, 他可以为所获得的服务付出一定的代价。这种多元化的诉求, 很难在传统的“知情—同意”框架下获得满足。其次, “知情—同意”需要个体具有极强的能力, 但事实上这种能力并不存在。大量的互联网平台兴起, 他们收集信息日益隐蔽化, 在信息收集完成之后的加工与流通过程又高度复杂, 这使个体无法理解“知情—同意”背后的真正含义, 无法就“同意”的后果做出准确的判断。再次, 个体无法就“知情—同意”作出拒绝。当前的网络服务模式, 个体除了同意平台收集信息并加以利用之外, 只有选择不同意接受服务一条途径。在平台高度垄断的情形下, 消费者几乎没有别的选择。因此, 在数据权利体系中, 应建立起“知情—同意—否决”框架。在这个框架里, 数据个体的权利核心是“防止损害权”。当个体意识到其合法权益受到损害时, 可以否决之前已作出的“同意”表示。这意味着个体的数据权利不但存在于数据收集阶段, 也存在于数据加工阶段, 还存在于数据使用阶段。

数据控制者一般负责收集数据, 并储存数据。在现实中, 数据控制者一般还会为个体提供其他服务, 而数据收集可能是在其服务过程中的一个附属功能。在很多情况下, 数据控制者收集数据被认为是一种交换, 即这些控制者通过提供免费服务, 来获得消费者的数据。进一步说, 相当于数据控制者为了使用个人的数据, 付出了一定的代价。例如, 有人指出, 谷歌给每个消费者带来的利益高达 2600 美元。^③ 这种观点的主要问题在于, 即使存在着这种交换, 那么也是建立在消费者无法选择的情况下达成的, 这对于数据个体而言是不公平的。从另一方面看, 如果认为数据控制者对数据没有任何权利, 那么会导致现有的互联网服务模式的崩塌, 没有任何企业会有意愿收集数据, 社会交易成本将大幅度上升, 数据价值无法真正发挥出来。因此, 在数据权利体系中, 必须承认数据控制者的权利。数据控制者的核心权利在于可以对非指向性数据进行开发和利用, 乃至于交易。但是, 其权利的行使, 应在“防止损害权”的限制下进行。在数据处理过程中, 涉及到个人信息的, 应该履行特别的“通知—同意”程序, 并保障个体对其已经进行同意事项的否决权。数据控制者在数据交易、委托处理等过程中, 就个人数据不被滥用有注意义务。

数据处理者和数据使用者通过受委托或交易获得对数据的相应权利。例如, 数据处理者接受数据控制者或数据使用者的委托处理数据。在处理数据过程中, 有对数据进行加工处理的权力, 但负有对数据进行保密的义务。在很多情况下, 数据处理者与数据控制者同一, 有时数据处理者与数据

① Neil M. Richards, Jonathan H. King, Big Data and the Future for Privacy (October 19, 2014). *Handbook of Research on Digital Transformations* (Elgar 2016). <https://ssrn.com/abstract=2512069>, 2019年3月19日访问。

② 费德里科·扎内尔 (Federico Zannier) 在 Kickstarter 网站上发起了一个有趣的众筹项目, 将自己的隐私数据进行出让, 共有 213 名支持者认缴了 2733 美元。参见 A bite of Me by Federico Zannier — Kickstarter, <https://www.kickstarter.com/projects/1461902402/a-bit-e-of-me>, 2019年5月2日。

③ Joe Mullin, How Much Do Google and Facebook Profit from Your Data? <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/10/how-much-do-google-and-facebook-profit-from-your-data/>, 2019年5月3日。

使用者同一。数据处理者与数据使用者同样受到“防止损害权”的限制。在涉及到个人信息时，数据处理者与数据使用者同样应充分保障个体的权利。

（三）个人数据权利体系的社会维度

随着数据记录越来越广泛，数据粒度越来越细，数据已出现了大量冗余。数据冗余是相对数据处理能力而言，数据量已超出了处理能力。对很多个体而言，由于缺乏足够的数据处理能力，无法在大量的数据中区分出有用数据与无用数据。这种状况，就产生了前面说的“第二次数字鸿沟”。因此，在对数据权利界定时，必须要考虑到社会公平或者说“数据正义”的问题。数据权利体系的构建还应从经济发展、社会公共秩序和个人利益保护层面进行权衡与完善。

在促进经济发展层面，其核心问题是反数据垄断。作为财产的数据，由互联网平台企业通过提供免费服务的模式交换到手里，再使用这些数据打造竞争优势，形成了互联网行业的寡头垄断。因此，如何反数据垄断是数据权利体系构建过程中必须考虑的一个新课题。从研究的视角来看，有学者认为一开始就应该界定数据为公共财产，并提出了将数据作为公共资源的替代方案，认为平台合作主义是解决数据问题的一个重要解决方案，将平台的所有权进行解析，并最终成立“平台合作社”。这样，数据从私人财产变成了数字公共资源（commons）。^①还有学者认为应在数据应用阶段强调公平使用，通过成立“中央大数据银行”的方式，解决数据公平使用问题。^②本文认为，在现有的互联网经济发展背景下，将数据变成数字公共资源尚存在较多的难题，这既涉及到如何解决数据控制者的激励问题，又涉及到如何对数据资源进行定价的问题。尽管数据公共资源化有很多诱人的前景，但其一个基本问题就是，政府以什么代价从私人手中获得相应的数据。当前，大数据产业仍充满了不确定性，这使数据资源的价格难以确定。通过政府收购数据建立公共数据库的方式，在现实中仍难以实施。平台合作主义更会涉及到平台的治理等方面的难题，也难以普遍实现。本文的观点是，反垄断不是数据公开，也不是数据的公共资源化，而是创造条件使所有人都可以公平地获得相关数据（非指向性数据）。在这个过程中，应探索建立基于数据控制者、数据处理者等各个方面所付出的成本的数据资源定价机制。

在公共秩序层面，核心问题是如何加强对作为公共秩序构成元素的数据的治理。也就是说，在数据权利体系层面需要建立反数据暴力机制。数据在公共秩序的构建过程中，是一个底层的元素。而数据平台企业通过对数据的挖掘，甚至可以达到控制个体的目标。^③因此，需要在数据权利之外，建立数据使用的治理基线，通过数据维护公共秩序。同时，还应关注因数据差异所带来的巨大社会鸿沟，并以此为依据对数据权利体系做出调整。与公共秩序相关的另一个问题是数据主权问题。本文的观点是，数据主权在数据权利谱系中应与个人数据权利体系平行，^④是属于国家之间的博弈问题。

在个人利益保护层面，有两方面的问题应该受到关注，一方面要注意到数据、信息、隐私之间的关系，避免将数据权完全财产化；另一方面，不能将数据权单纯作为一种基本人权，而应该考

^① Carballa Smichowski, Data as a Common in the Sharing Economy; a General Policy Proposal, https://vecam.org/IMG/pdf/carballa_smichowski_bruno_2016_-_data_as_a_common_in_the_sharing_economy_a_general_policy_proposal_cepn_wp_.pdf, 2019年5月3日。

^② 武长海、常铮：《论我国数据权法律制度的构建与完善》，《河北法学》2018年第2期，第37~46页。

^③ 例如，精准营销能够使消费者无法关注到一般品牌，尽管这些品牌可能更适合该消费者。而精准的信息推送，也将局限读者的视野。

^④ 肖冬梅、文禹衡：《数据权谱系论纲》，《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期，第69~75页。

虑到数据权的多元性。数据权利体系，在本质上就是在数据作为财产权和人权之间的一个权衡。这实质上就是本文前面所研究的数据权利主体多元化的问题。

四、结论及讨论

随着技术的进步，数据维度的持续增加，在庞大的计算能力支撑下，将数据转换成信息，信息转换成隐私的能力越来越强。另一方面，数据在经济发展的作用也日益显现。个人数据权利体系的构建，永远面临着两难选择：过度的权利保护将导致数据利用度的下降；而放弃权利保护则将导致个人隐私受到侵犯。现有的关于数据权利的研究及相关政策实践，其主要问题是混淆了数据、信息和隐私的概念。

本文的核心观点是，个人数据权利体系的建构，需要将权利客体划分为数据、信息与隐私，以“防止损害权”为核心，对数据权、信息权和隐私权进行重新架构，从而建立起个人数据、信息与隐私的使用规则。这样，能够在隐私保护、平台治理和经济发展之间找到一个平衡，从而建立起个人数据权利体系。本文仅仅建立了一个个人数据权利体系的理论架构，对于数据权利的实践问题并没有深入研究。在实践中，数据权利体系极其复杂。例如，个人自愿共享的数据，受到深度挖掘时如何保护？个人的信息自决权在数据权利体系中如何实现？在个人数据权利受到侵犯时，如何通过行政、民事司法的方式获得救济？这些问题，是值得进一步深入探讨的。

本文作者：经济学博士，中国社会科学院财经战略研究院研究员、博士生导师

责任编辑：龚赛红

The Theoretical Construction of the Personal Data Right System

Li Yongjian

Abstract: The advent of the era of big data requires the data right system to achieve a balance between privacy protection and data mining. The following factors must be taken into consideration for the building of the personal data right system: multiple efforts required by the formation of data, various needs of individuals for data rights and the complexity of data transaction. Therefore, personal data should be divided into three levels of original data, information and privacy, and a right system with the core of “right of preventing damage” should be established accordingly. This system should seek for a comprehensive balance between the rights and obligations of individuals, data controllers, data processors and data users. Besides, an adjustment based on three dimensions of economic development, social governance and basic human right should be made to the system.

Keywords: personal data; right system; right of preventing damage; privacy protection