

大数据时代人类“零隐私”？

——知识产权法域内的私权博弈

宋青霞^{1,2}

(1. 清华大学 法学院,北京 100084 ;2. 青海民族大学 法学院,青海 西宁 810007)

摘要 :大数据时代人以“数据符号”的模式存在。人的隐私则体现为信息系统处理与特定自然人相关,与其他数据信息结合能够识别特定自然人的计算机数据,一般包括个人敏感(人格)数据信息与个人一般数据信息。应区分数据人格标志的精神利益和经济利益两种性质截然不同的法律权益,并在知识产权框架内寻求利益冲突的解决之道。可将大数据时代“零隐私”的法律调整与保护限定在知识产权法域内,基于平衡原则,激励大数据创新的同时,以财产权与选择权共存的模式保护个人数据信息——“人格权益”。赋予信息公开权与著作权法、专利法一样的目的,使个体能够从产生自己数据信息的“劳动”中获利,形成一种自治自决的私权利,同时增进公共福利。

关键词 :大数据 ;数据人格标志 ;数据信息公开权 ;知识产权法

中图分类号 :DF523 **文献标识码** :A **文章编号** :1004-6917(2017)03-0086-06

一、信息革命 :大数据时代人类“零隐私”

大数据是人类历史上又一次信息革命,使得人类生活与社会模式一改往日传统,发生了翻天覆地的变化。任何人在网上的任何信息都被储存在巨大的后台数据库里,24小时实时监控,世界上任何一个联网的地方都不能躲避大数据的监视。大数据给人类提供了一种以量化科学和客观方法为主的思考社会的模式,促使许多社会空间被量化,在科学研

究、全球反恐、对付气候变化等诸多领域带给人们前所未有的预见性与科学计划性。数据技术让人们没有了空间上的距离感,没有了曾经的边远地区接受信息文化资源传播的漫长等待,给人们足不出户洞察天下的体验。

但是,大数据带给人们利益的同时,也告诉人们,数据社会中的人已经没有任何隐私。植入式芯片,可穿戴设备,间谍软件、广告软件等一切计算机技术都使得个人数据信息成为市场中的商品^[1]。数

网络数据的存在,使得一切网络行为,任何人的一举一动都可通过数据再现,且是精准地再现。网络具有巨大的存储处理功用,给任何人复制和提取的能力。现在是文字,未来就是影像数据记录。法学证据学理论与司法实务研究,让数据说话,强化了人们解决纷争中提交的数据证据的真实性,易于采信。通过收集、整理、分析数据就可预测人们的行为偏好,以此有助于政府与商事主体进行理性决策。大数据加速了学习化社会的到来,并促进了文化资源的低成本传播。互联网上人们留下的社交信息、地理位置信息、行为习惯及偏好信息等各种角度的个人信息以数据化的形式保留,即时处理,可以立体完整地勾勒再现出社会每个个体的各种精神人格与物理身体特征。

收稿日期 :2016-07-06

作者简介 :宋青霞(1970—),女,河北河间人,清华大学法学院2013级博士研究生,青海民族大学法学院副教授。

据技术造成对人们隐私(个人信息)的冲击与威胁,人们对自己的数据信息包括人格标志信息与在线数据信息失去控制力,成为商事主体与政府掌控的材料,或被非法交易,或被窃占。以进步、创新、自由秩序的名义干扰隐私权,将会阻碍我们所珍视的政治、经济、知识文化持续的活力^[2]。大数据带来人类隐私的二次利用。在大数据时代,不管是告知与许可,模糊化和匿名化的技术手段等都宣告隐私保护手段的失效。

基于网络平台对于“隐私”的含义界定与范围划定,应是对一个社会规范的深入理解基础上,结合人的本性,契合人所处社会文化风俗伦理之习惯的综合复杂的建构。传统民法学范畴中,人格标志是人格权的客体,和权利人的尊严是紧密相连的。知识产权法域内,人的“数据符号”信息代表的人格标志的商业价值利用的控制权是其客体,关注的是其上的经济利益。

二、无形财产权:知识产权VS信息公开权

(一)法视角下的大数据:知识产权

就科学角度言,大数据是以巨量数据为基础的密集型科学研究。而在知识产权法域内来说,大数据是具有财产价值的排他性权利而产生的一系列的法律关系。围绕大数据的产生、取得、运用、维护过程,充分发挥知识产权制度明确创新权属、协调大

数据创新成果各主体利益分配机制和促进大数据创新成果与产业结合的具有逻辑自治的部门法律体系。大数据是有关人的数据,是生成和制造的数据矿^[3]。

法视角下的大数据,基于良性社会秩序的需求关注的是围绕大数据的研发分析与商业利用而产生的人与人之间的社会关系,解释法律原则制定新的法律规则修改原有的法律规范调整这类社会关系。法视角下的大数据是规范因大数据这个财产权客体的搜集整合、研发分析与商业利用而产生的一系列财产法律关系。法学角度如何理解大数据?法律调整哪些围绕大数据而产生的社会关系?大数据的研发分析阶段有哪些主体?这些主体之间的法律关系应当是何样?谁有权享有大数据创新成果?研发分析数据信息的人享有大数据知识产权?该权利与其他的民事权利会产生怎样的权利冲突?大数据研发分析成功后进入商业利用阶段各主体如何主张法律权利,这种法律权利的性质如何认识?谁有权进入大数据,以何样的目的进入,在何种情况下进入,进入的限制是什么?这些问题都需要法律给出答案。“进入权”,即大数据所有者对数据信息享有的控制权。以上问题是法视角下对大数据的理解。大数据法律问题,其实质是一个复杂的法律综合体系,知识产权,合同与规则构成是大数据法律的基础框架。

数据技术横扫法治移植中逐渐兴起并被国人重视的诸如家、日记、硬盘等个人生活的私人领地。生活中处处布满了窥视的“眼线与耳朵”般的技术。中国人对“零隐私”虽感同身受,但中国社会环境,个人生活,政治活动和市场行为,甚至处处存在的八卦文化起到的心理上的道德感的认同与行为上的自律与他律的认同。网络化数据化的现代人喜欢自我曝光,事实已然如此。只知以福柯的圆形监狱比喻凝视的规训权力,拿《1984》影射秘密监视的专制,却罔顾我们当下生活的实情:人们内心到底是怕被观看呢,还是唯恐被忽视?互联网时代,微博、微信、脸书、推特营营扰扰,一天不被关注,便魂失魄落。曝光率、人气、粉丝量成为炙手可热的市场资源。隐私的被窥被曝光被公开,每个人的感受并非相同。社会模式的变化,带给人们交往体验的变化,以及人们认识事物的变化。参见王炎《慕尼黑的一个秋日》,载《读书》2014年第八期,第20页。

大数据创新成果价值的三大主体:大数据掌控公司(可能不是第一手收集数据的人,能接触到数据,有权使用数据或者将数据授权给渴望挖掘数据价值的人,大数据拥有者)、大数据技术公司(拥有技术和专业技能的公司,依靠数据科学家来挖掘数据价值,在大数据中淘金)、大数据思维公司和个人(大数据思维是指一种意识,认为公开的数据一旦处理得当,就能为急需解决的问题提供答案)。

大数据包括六个层面的法律问题:由软件操作系统、数据库、商业智力与分析运用,硬件收集储存和链接构成的基础平台法律问题;由数据体系、设计、计划、模式,数据实体、分工与互动构成的信息结构法律问题;专利、商标、商业秘密、著作权等与数据相关的知识产权法律问题;数据合同法律问题;数据规范法律问题;信息管理和安全法律问题。See Richard Kemp, “Legal Aspects of Managing Big Data”, in *Computer Law & Security Review* 30(2014), p482-491.

大数据是产权,是知识产权。与大数据相关的主要知识产权是著作权、数据库权利和商业秘密。操控分析数据的软件与商业模式可以申请专利权,数据产品则可以申请商标权。产权是助长交易发展、保障市场存在和提高经济效益的强有力工具。一套好的产权制度扮演的不可或缺的角色是:提高稀缺资源的配置效率和社会福利^[4]。大数据即可交易数据信息,人通过智慧劳动研发分析创造,并可控制无形的具有利益价值的民法上的物,合法享有后,即能够自由处分,是知识产权的一种类型。大数据保护中的一个重要问题是,个人数据信息挖掘中如何赋予权利,承担义务,个人数据信息所有人与大数据的形成与结果的关系。经济学理论认为,应当首先将信息的所有权分配给承担更高成本的信息相关人。

(二)知识产权法域内的人格标志权益保护:信息公开权

大数据时代人们所说的“隐私”,本文认为主要为信息系统处理,与特定自然人相关,与其他数据信息结合识别特定自然人的计算机数据,一般包括个人敏感数据信息与个人一般数据信息。

1.自然人人格标志数据信息公开权:具有人格利益的财产权。传统民法学范畴中,人格标志是人格权的客体,和权利人的人格尊严紧密相连。知识产权法体系中关注的是人格标志所蕴含的经济价值,强调其遭受的是经济损失,而非心理痛苦。人格,其指所有确定特定人的符号或者标志。这些符号包括姓名、肖像、声音、特征、声誉等区别于其他人的标志状态。人如果是“产品”,人格就是此种“产品”的区别于其他“产品”的具有显著性特征的标识性商标,当然,这种标识性商标本质上就是每个人的资产。对这种资产的商业开发和利用以及控制,就形成了公开权。公开权一个简单的核心理念是,个人控制其人格标志商业利用的相关权利^[5]。大数据时代人格标志数据信息,则体现了以人类尊

严的名义来保护的存在于网络系统中的个人区别于其他人的以姓名、肖像、声音、签字、特征、倾向、声誉等的计算机数据符号和标识,属于个人敏感数据信息。数据人格标志是含有人之为人的尊严的一种“产品”的标识性符号,本质已成为大数据时代人的社会资产,一种个人心力与身力的努力而获得他人的尊重与社会的认可的结果。未经允许而公开商业利用或者其他使用的行为侵犯了人之为独立民事权利能力的人的自主决定的自由和人格活动的自由。自然人拥有自己的身体、劳动、身份、人格标志,是否享有自然人对于物一样的绝对所有权,自由处分权,学界从伦理、法律体系等多角度虽存在争议,肯定权利的存在亦为共识。

生命是有价的,经济学家曼昆在其作品中的论证是有说服力的^[6]。人格标志数据信息可以理解为非货币属性的可交易的财产权,是合理的,亦可使用市场估值的方式对人格数据信息的价值进行评估。人格标志具有商业价值是因为个人多年的劳作获得的声望,享有声望带来的经济利益,是正当的权利。人们在自己的创造中投入了时间、努力、技能与金钱,当然有权享受这一切所带来的果^[7]。显而易见的事理,人格标志就是每个人自己的劳动果实,赋予其公开权实际上就是对一个人劳动果实提供财产权上的保护,正如作品之上形成著作权,发明之上形成专利权。公开权的目的和著作权以及专利法一样,使个人能够从自己的辛劳中获利,这是一种激励机制,是增进公共福利的最好方式^[8]。

在人格标志权益上可以设立具有准物权效力的使用权,可以转让给他人。该使用权受到原权利人的限制,以此保障人格权利人不可放弃的人格利益。对其人格标志的经济利用进行特定干涉的权能。对姓名、肖像等人格标志的经济利益的认可和保护,不可避免地带来以此种经济利益的权利构造的问题以及对冲突意义上的人格权的重新法律解释。数据

科学文献中的传统理论将知识产权定性为鼓励创造发明的手段。知识产权是财产权,私权,是一个人与所有其他人关于智慧财产的关系。TRIPS协议的前言阐明该公约的宗旨,“承认知识产权是私有权利”。私权,特定个人的人身和财产权利,法律确定并保护人享有自由支配自己的精神与物质的排他性权利。参见张新锋《专利权的财产权属性—技术私权化路径研究》,华中科技大学出版社2011年版,第26页。

自由意味着可以做任何不损害他人的事情。行使一个人的权利的界线,就是保证社会其他成员享有同等的权利,而这个界线只能由法律来确定。参见哈贝马斯《在事实与规范之间——关于法律和民主法治的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第104页。

信息公开权,人格权与财产权的混合,有限制有期限不可继承,一定条件下可转让的具有人格权益性质的财产权。保护人格标志数据信息,赋予个体信息公开权的基础是阻止通过“盗窃”他人的良好声誉而不当得利。公开权的基础是阻止通过“盗窃”他人的人格标志而不当得利。公开权保护的是人格标志的经济利益免遭他人未经许可的商业利用。

2.自然人一般数据信息公开权:选择权。大数据时代,WEB2.0技术塑造了分享文化、共享理念。社交网络和移动APP促使各种“晒”成为流行。我们对隐私的认知在不断变化。网络文件分享就意味着某种程度上,你通过支付获得有用信息。但支付的不是金钱,而是你的隐私^[9]。以分享和互动为主旨的网络平台成了个人偏好的信息集散地。大数据掌控所有数据信息,通过技术挖掘分析梳理出各种有价值的信息为各种主体所使用。用个人一般数据信息来支付以数据为支撑的网络商业服务平台的费用,已成为默认自动生成的网络数据规则。

数据是个人的,但通过技术手段挖掘并分析利用成为有价值的资源为他人所有,道理浅显而自明。这就好比传统民法添附物的归属问题,是合理的,是对原物创造增值价值的创新能力的法律保护,物的经济效用维护大于个人数据财产权保护的强制规定的意义。个人完全可以选择将自己的网络在线行为数据信息与网络服务商进行交易,此种交易并非一般意义上的买卖,而是接受优质的互联网冲浪服务的成本的支付,即“隐私”的放弃。这里应当体现的是,这部分的数据信息所有权的归属则以双方当事人的合意的方式解决的。数据公司投入大量资金用于发展数据挖掘与二次利用的技术。这些技术同时讨好网络用户的各种偏好,使得网络用户使用互联网更加便捷实惠。

根据功利主义理论,市场交易反映了人们偏好的表达和满足,市场交易便捷了人们的生活,法律理所当然创造和谐秩序促成个人在线行为数据信息的

交易客体完满。在线行为数据信息规定为选择权,解决了控制权能否真正实现的问题,否则即使给予用户控制权,没有网络服务商数据公司的接受,技术上就无法保障其实现控制。一方违约,用户大可以选择其他网络服务提供商,这就会促使数据公司的信誉保障以此保障其市场份额。通过合意,则表达了个人在技术丛林中对产生于自身行为的数据信息的真实的意思表示,这也从不同的层面基本设定了权利的具体落实而非落空。

三、知识产权法的角色:大数据时代权利博弈的解决之道

当前大数据技术实践与商业模式的存在,的确无法给个人提供强有力可实施的法律保护,而大数据系统给人类带来诸多益处。知识产权法如何在此种情境下,以市场选择与非市场选择的最佳结合,基于法自身的价值追求扮演社会规范的角色,实现知识产权法律制度之平衡之职,是一个非常重要的问题。

(一)制度借鉴与水土相服

各国人格权益标志与数据信息在大数据时代呈现多元化的特点。美国式的隐私权,德国式的信息自决权,或者是日本式的信息自我决定权,权利表述和形成过程千差万别各有特色,有其共同点,新的技术信息时代的到来,技术发展的突飞猛进,使得各国立法都注重创新的经济成果保护与个人权利保护的配合与平衡。20世纪70年代法国就起草个人数据保护方面的法律草案,规定了个人信息主体的知悉权、修正权、删除权、控制权等一系列权利。德国一个州则在1970年制定了世界上第一部个人信息保护法,该法涉及该州公共机构对个人信息的处理。后德国联邦议会通过了联邦数据保护法,该法调整联邦公共机构和私人企业为一般的商业目的使用个人数据的行为^[10]。1995年欧盟制定了个人数据保护指令,提出被遗忘权。

法律的目标,就是引导人类社会交往行为的正

在各国的立法规定和我国的通说中,以价值大小为标准,从经济角度判定新物的归属。参见郑冠宇《物权法之理论与变革》,科学出版社2009年版,第104-114页。

被遗忘权是指用户有权要求网络服务商删除用户在网络服务平台上的部分或者全部行为记录。这些记录归属于用户,用户享有支配权,修改权。目前,国际上对被遗忘权的定性和保护范围还存在一定的争议。被遗忘权的法律性质是相对权还是绝对权?信息生产者是大数据所有者。我国工信部《电信和互联网用户个人信息保护规定》,电信和互联网企业在用户终止使用电信服务或者互联网服务后,应当停止对用户个人信息的收集和使用,并为用户提供注销号码或者账号的服务。

确发展,促进人们以低的社会成本解决交往行为中的各种纷争,鼓励并保障人们公平地获取社会文化与经济资源。人类社会创造新技术,不断产生新的发展,亦会引发新问题。应当形成更符合人之自然性的制度系统规范社会秩序,以此形成良好互动关系。借鉴先进的法科学价值理念,与本土文化精神理念要相融合,形成一些解决特定时间和特定空间中产生的权利纠纷等社会问题的法律规范的新认识。

大数据时代,与隐私相关的个人数据符号信息保护,分为自然人人格标志相关的敏感数据信息和一般数据信息,赋予现实可行的救济性权利。知识产权法域内个体对其人格标志主张财产权是自我控制与自我占有,排除他人干涉与利用的基本权利^[11]。可控性的体现,数据采集、共享、发布,数据生命周期,隐私数据信息可信销毁,自然人网络用户可以决定,最起码被告知自己的信息何时以何种形式披露,何时被销毁。一般数据信息应被告知,与人格标志相关数据信息则由自然人网络用户自己决定。网络用户个体大多数情况下,会处于选择的劣势,无法拒绝数据公司提供网络服务的条款,且并不知道自己的数据信息流向何处用于什么。法律还可以选择作为“看门人”以市场为主导,加大规范网络服务商间的竞争。

基于以上原则性的认识笔者提出以下基础性建议:一是制定法律或者国家标准,对知识产权法域内的个人数据符号信息进行界定,制定数据符号信息包括个人人格标志数据信息与一般数据信息泄露的标准。二是将数据符号信息保护条款作为互联网服务的必备法律。三是商事主体的基本法律和伦理责任,保护用户数据符号信息。四是制定实施细则切实将《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》八大原则(目的明确、最少够用、公开告知、质量保证、安全保障、诚信履行、责任明确)落实到位。

(二)技术创新激励与个人权利保护

技术创新激励与个人权利保护的协调与平衡,为知识产权法之本旨。

知识产权是一种法律壁垒,它的存在使得技术信息的研发者可以获得补偿。这是一种提供公共用品的曲线解决方案。知识产权保护的第二个优势在于,研发成本会由使用技术信息的主体承担,而

不是由纳税人负担^[12]。个人权利为归属于特定主体以便其自主实现合理利益的能力。大数据时代的每个人作为财产的所有者都拥有自身的人格标志数据信息,并且有权控制与选择与该数据信息有关的行为。抽象物的财产权为其持有人提供了在市场中的策略性机会,这些机会给行为人拉响了警报,使其思考对这些权利的利用和重新设计以适应其自身需要^[13]。知识产权法始终试图寻求权利与限制之间的平衡,从而实现促进知识产品生产与扩大公共分配范围的双重目标^[14]。

在个人利益与公共需求之间寻求合理平衡的做法,一般都包含具体情况下的价值判断和利益衡量。法律对自然人数据信息的挖掘与商业利用应作出限制,减少利益之间的不对等。作为大数据时代的数据模式的自然人,享有知情的权利,了解与自己有关的数据信息是如何收集与使用的。此外,还应该被赋予控制自己人格标志数据信息的权利,参与修正数据信息的权利,要求数据信息安全的权利。加强信息保护力度会给普通消费者参与的交易增加许多不合理的成本,而这些成本最终也将落到消费者身上。即便假设强大的隐私保护有利于人们的人格尊严,实际情况是隐私权利的扩张而导致具体无法落实而流于形式徒增立法等社会成本,加深法治可有可无的观念。

大数据与作为原材料的个人数据信息是不一样的,“知识”在二者间构建了一座桥。知识具有技术的功能,被用于处理数据信息的科学工具与认知工具。这就是知识财产权形成的正当性理由创新,劳动理论是大数据形成知识产权的正当性理由。产权是一个法学范畴,指的就是财产权,所有人以符合法律规定的方式自由处分其依法控制的有形物和无形物的权利束。个体的人生活在社会之中。在人的无意识的深层结构中,往往包含着一个文化传统长久以来渗透其中的东西,对人的选择产生持久、深入的影响。文化和政治传统以及社会生活现实情况生成每个个体具象的生存空间(公共空间和私人空间),构成对自己个人事务个人数据信息状态控制的物质基础。每个人都生活在与他人的接触和交往之中,数据网络给人们提供了更加便捷的接触和交往。每个人都会且必须会为自己作为社会的成员所获得的利益付出某些代价。以“数据符号”模式展现的自然人的个人标志权益问题,存在

源自社会的、经济和人种心理的能够影响对其的认识与界定的力量和因素,甚至在逻辑自洽的统一的法律体系内部不同部门法,对其的调整与保护也是各具特色。

法律不是万能的。解决本文提出的问题需要人的自律、行业的自律、技术手段等与法律的强制效力结合。

参考文献：

[1]Paul M Schwartz.Property,Privacy,and Personal Data[J].Harvard Law Review,1 May,2004,117(7):2056-2128.

[2]Julie E Cohen.What Privacy is For[J].Harvard Law Review,May,2013,126(7):1904.

[3]Andrew J McClurg.A Thousand Words are Worth a Picture:a Privacy Tort Response to Consumer Data Profiling[J].Northwestern University Law Review,Fall,2003,98(1):63-143.

[4]Anne Flanagan,Maria LillaMontagnani.Intellectual Property Law—Economic and Social Justice Perspectives,Cheltenham,UK·Northampton,MA,USA:Edward Elgar,2010:1.

[5]Andrew T Coyle.Finding a Better Analogy for the Right of Publicity[J].Brooklyn Law Review,Spring,2012,77(3):1133-1178.

[6]曼昆.经济学原理[M].梁小民,译.北京:三联书店、北京大学出版社,2001:155.

[7]Melville B Nimmer.The Right of Publicity[J].Law and Contemporary Problems,Vol. 19, No. 2,Literary and Artistic Products and Copyright Problems(Spring,1954):203-223.

[8]Harry Kalven,Jr. Privacy in Tort Law:were Warren and Brandeis Wrong? [J].Law and Contemporary Problems,Vol. 31, No. 2,Privacy(Spring,1966):326-341.

[9]Paul M Schwartz.Property,Privacy,and Personal Data[J].Harvard Law Review,1 May,2004,117(7):2056-2128.

[10]Christopher Millard,Mark Ford.Data Protection Laws of the World[M].Sweet&Maxwell,1998:France/1-24.

[11][12]Margaret Davies,NgairéNaffine.Are Persons Property?—Legal Debates about Property and Personality[M].Aldershot,England:Ashgate& Dartmouth,2001:6.

[13]彼得·德霍斯.知识财产法哲学[M].周林,译.北京:商务印书馆,2008:120.

[14]Julie E Cohen.Examined Lives:Informational Privacy and the Subject as Object[M].52 Stan. L. Rev. 1373,1999-2000.

责任编辑:邓双霜