



法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第15卷 第1辑 (2016) 苏力 主编 胡凌 执行主编

“虚拟时代的财产权”专号

自愿披露隐私的规制 戴昕

网络账号与财产规则 岳林

虚拟遗产风波 胡凌

法律如何处理数据财产 李谦

在互联网时代回顾版权演化历史 李斯特

失败的知识产权? 余盛峰

因果关系在大数据时代的转变 吴义龙

互联网分层的不正当竞争 杨坚琪

视听网站监管的逻辑变迁 徐斌

网络犯罪的定量评价机制 郭旨龙

对话梁治平: 法律文化论再审视

对话朱晓阳: 法学遇上人类学

附录: 政治人类学的遗产与当代视阈 朱晓阳



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第15卷 第1辑 (2016) 苏力 主编 胡凌 执行主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律和社会科学. 第15卷. 第1辑 / 苏力主编. —
北京: 法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9786 - 2

I. ①法… II. ①苏… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第173884号

法律和社会科学
(第15卷第1辑)

苏力主编

责任编辑 韩满春 班运华
装帧设计 马帅

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 20.75 字数 281千

印次 2016年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 9786 - 2

定价: 66.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

主 编: 苏 力(北京大学法学院)
副 主 编: 侯 猛(北京大学法学院)
贺 欣(香港城市大学法律学院)
本卷执行主编: 胡 凌(上海财经大学法学院)

编辑委员会:

艾佳慧(南京大学法学院)	陈柏峰(中南财经政法大学法学院)
陈若英(北京大学法学院)	成 凡(华中科技大学法学院)
邓 峰(北京大学法学院)	高丙中(北京大学社会学系)
胡 凌(上海财经大学法学院)	李学尧(上海交通大学法学院)
凌 斌(北京大学法学院)	强世功(北京大学法学院)
刘思达(多伦多大学社会学系)	桑本谦(中国海洋大学法政学院)
沈 明(上海财经大学法学院)	唐应茂(北京大学法学院)
汪庆华(中国政法大学法学院)	王启梁(云南大学法学院)
尤陈俊(中国人民大学法学院)	赵晓力(清华大学法学院)
赵旭东(中国人民大学人类学研究所)	张永和(西南政法大学行政法学院)
张芝梅(中国社会科学院社会学研究所)	朱晓阳(北京大学社会学系)
缪因知(中央财经大学法学院)	

学生编辑: 邱遥堃 张嘉伟 肖炜霖

投稿邮箱: lss_2006@yeah.net

本刊微信号: LSS_2014

主办单位: 北京大学比较法和法律社会学研究所

本卷各篇文章中的观点均属于作者个人,
并不必然反映主办单位或其他机构、个人的观点。

目 录

“虚拟时代的财产权”专号

自愿披露隐私的规制 / 戴 昕 / 1

网络账号与财产规则 / 岳 林 / 44

虚拟遗产风波 / 胡 凌 / 62

法律如何处理数据财产

——从数据库到大数据 / 李 谦 / 73

在互联网时代回顾版权演化历史 / 李斯特 / 101

失败的知识产权?

——从中国视频企业的版权原罪说起 / 余盛峰 / 134

评 论

因果关系在大数据时代的转变 / 吴义龙 / 149

互联网分层的不正当竞争 / 杨坚琪 / 178

视听网站监管的逻辑变迁 / 徐 斌 / 211

网络犯罪的定量评价机制 / 郭旨龙 / 230

对 话

对话梁治平:法律文化论再审视 / 陈柏峰 尤陈俊 梁治平
汪雄涛 / 255

对话朱晓阳:法学遇上人类学 / 侯 猛 朱晓阳 孙 超
杨锦程 尤陈俊 / 291

附录:政治人类学的遗产和当代视阈 / 朱晓阳 / 314

编辑手记 / 胡 凌 / 321

LAW AND SOCIAL SCIENCES

Volume 15 Number 1 2016

Contents

Symposium on Property Right in the Virtual Era

Regulations of Voluntary Disclosure of Privacy /
Xin Dai / 1

Internet Account and Property Rule /Lin Yue/ 44

Disturbance Caused by Virtual Heritage /Ling Hu/ 62

How does LawHandle Data Property? —From
Database to Big Data /Qian Li/ 73

The Retrospect of Copyright ' s Evolution in the
Internet Era /Site Li/ 101

Failed Intellectual Property? —Beginning by the
Original Sin of Copyright of Video Enterprises in
China /Shengfeng Yu/ 134

Comments

Transitionof Casual Relationship in Big Data Era /
Yilong Wu/ 149

Unfair Competition on Different Levels of the Internet /
Jianqi Yang/ 178

Logic Change in Audio-Visual Website Regulation /
Bin Xu/ 211

Quantitative Assessment Mechanism of Cyber Crimes /
Zhilong Guo / 230

Dialogues

Dialogue with Zhiping Liang: Reflection on Cultural
Interpretation of Law /Baifeng Chen Chenjun You
Zhiping Liang Xiongtao Wang / 255

Dialogue with Xiaoyang Zhu: When Law Meets
Anthropology /Meng Hou Xiaoyang Zhu Chao Sun
Jincheng Yang Chenjun You / 291

Appendix: The Heritage and Contemporary Perspective
of Political Anthropology /Xiaoyang Zhu / 314

Editor's Notes /Ling Hu / 321

自愿披露隐私的规制

戴 昕*

摘要:信息主体对本人信息的自愿披露,可能造成包括隐私损害在内的外部性,而这类问题在由社交网站和大数据技术建构的当代信息环境中,通过间接披露与披露瓦解等机制出现得更加频繁。对于信息隐私规制的发展前景来说,由自愿披露造成的这种“第一方披露外部性”将会进一步打破“选择权模式”与“规制干预模式”之间的僵持。如果制度设计者将保护隐私作为法律规制的侧重点,信息隐私法将不可避免地减少对信息主体选择和控制的依赖,而更多以针对信息收集和使用的实体性干预为内容。这种制度发展前景的社会福利含义是模糊的,其可欲性取决于人们如何看待自愿披露在隐私乃至超出隐私之外的其他后果。这种前景的一个潜在变数是,非正式社会规范或许能为信息隐私法在法律干预之外提供某些替代性规制资源。

* 中国海洋大学法政学院副教授,电子信箱:richarddx2002@gmail.com。本文写作获得中国海洋大学“青年英才工程”科研支持经费项目资助。感谢参与“法律与网络”工作坊(上海财经大学法学院、《法律和社会科学》编辑部合办)的各位学者对本文初稿提供的建议。一切错漏均由本人负责。

“不患人之不己知,患不知人也”

——《论语·学而》

一、导言:信息隐私与自愿披露

人们通常关注的信息隐私(information privacy)^①问题主要涉及第三方对信息主体个人信息的披露或滥用:政客担心婚外情被记者发现;女明星担心艳照被黑客窃取;HIV携带者担心检测结果被医疗机构泄露;消费者担心姓名地址卡号经商家倒卖流出;等等。第三方收集、使用、披露个人信息的行为对信息主体造成的隐私困扰可以理解为经济学意义上的外部成本,或“负外部性”问题(negative externalities)(以下简称第三方外部性)。例如,Warren和Brandeis在《隐私权》一文中就认为,新闻媒体为追求利润,大肆挖掘和报道个人生活隐私,由此制造了包括信息主体遭受的人格和名誉损害在内的外部成本。^②针对第三方外部性问题,Warren和Brandeis提出了“隐私权”的解决方案,^③即通过界定隐私信息的权益并加以财产规则(禁令)和责任规则(赔偿)救济的方式,将外部成本“内在化”,通过调整激励缩减第三方获取、使用、披露他人隐私的规模。基于这一思路处理第三方外部性问题的隐私规范,长期以来构成了信息隐私法的基本内容,而关于“隐私”的社会话语和社会想象也主要以第三方外部性及其规制为基础获得建构。

本文讨论信息隐私领域中存在的另一类负外部性问题,即信息主体自愿披露本人信息时产生的外部成本(以下简称第一方披露外部

① 本文对“信息隐私”概念采取较为常见的宽泛理解即有关个人信息(personal information)在物理和虚拟社会空间流动的规则。例如,Paul Schwartz & Daniel Solove, *Information Privacy Law*, 5 ed., 2014, pp. 2-3; Neil M. Richards & Jonathan H. King, “Big Data Ethics”, *Wake Forest L. Rev.* 49, 2014, pp. 393, 395. 这个宽泛界定包括了一些时候研究者试图做进一步区分的“隐私”和“个人信息保护”两类问题。

② See Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard L. Rev.* 4, 1890, pp. 193, 195-213.

③ Ibid., pp. 213, 219-20.

性)。基于个体主义和消极自由的指导思想,信息隐私法及其理论传统上主要从信息主体自身福利的角度考虑自愿披露行为的规范意义:当自愿披露导致信息主体本人遭受隐私损害时,法律是否或在多大程度上应提供救济?一些时候,受“风险自担”(assumption of risks)理念的影响,法律可能将自愿披露作为拒绝隐私损害救济的理由,而这意味着信息主体被要求承担其本人未能妥善控制、保护个人信息的损失后果。^①更多时候,法律通过某种“合理隐私预期”(reasonable expectation of privacy)的概念,在不同程度上将个体已自愿对外披露的信息也纳入受保护的隐私范围之内。^②虽然后一种隐私概念相比于前一种在隐私利益保护方面更具弹性,但不难看出信息隐私法对自愿披露行为的关注,以其对信息主体本人福利可能或应当产生的影响为侧重。

因自愿披露本人信息而对他人利益产生影响的情形,在信息隐私法上虽不是全新问题,但并非重点。这类纠纷中人们最耳熟能详的大概是所谓“我和某某某不得不说的故事”:^③由于生活语境的社会性,每个人值得一讲的私密故事通常都不是独角戏;所谓“个人”信息,不只涉及本人,因此信息主体的自愿披露有时难免造成他人隐私信息的非自愿曝光。在这类情形中,表达自由与隐私之间的冲突非常直观,外部性的存在毫不令人意外。各国的信息隐私法对此类最基本的第一方披

① 最典型的例子是美国侵权法和刑事诉讼法上的“第三方披露规则”(third party disclosure doctrine):该规则适用的情形中,信息主体一旦自愿对他人披露个人信息,该信息此后的进一步传播和使用便不再受法律保护。See e. g. *Nader v. Gen. Motors Corp.*, 255 N. E. 2d 765, 568 - 69 (N. Y. 1970); *Smith v. Maryland*, 442 U. S. 735, 743 - 44 (1979); *United States v. Miller*, 425 U. S. 435, 443 (1976)。需要注意的是,侵权法上第三方披露规则并非美国普通法院普遍采纳的进路。参见 *Y. G. v. Jewish Hospital*, 795 S. W. 2d 488 (Mo. Ct. App. 1990); *Multimedia WMAZ, Inc. v. Kubach*, 443 S. E. 2d 491 (Ga. 1994)。又参见 Lior Jacob Strahilevitz, “A Social Networks Theory of Privacy”, *U. Chi. L. Rev.* 72, 2005, p. 919。刑事诉讼法上,第三方披露规则也已经出现松动甚至被推翻的迹象。参见 *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012); *Riley v. California*, 573 U. S. _ (2014)。

② 参见上注中引用的 *Jewish Hospital*, *Kubach*, *Jones* 和 *Riley* 等案例。

③ 例如,陈国军:《我和刘晓庆不得不说的故事》,广东人民出版社1997年版。英语中通常用“kiss-and-tell”描述类似的以情爱关系当事人主动爆料为内容的文字作品及其引发的纠纷。

露外部性问题的处理虽思路迥异,^①但总的来说各有其明确立场。

“不得不说的故事”之外,第一方披露外部性问题的出现还可能借助一些不那么直观的机制,而后者是本文讨论的重点。不妨先考虑以下两个2015年的媒体报道:

自拍的极端分子:近年来在伊拉克、叙利亚及其他相关区域攻城略地的极端宗教武装组织“伊拉克和黎凡特伊斯兰国”(以下简称为“伊斯兰国”),被认为十分善于利用社交网络等新媒体手段进行极端宣传。美国空军一位将领在2015年6月初的一次讲话中透露,一名极端分子之前在社交媒体上发布了一张自己站在其所属“伊斯兰国”部队指挥部附近炫耀战功、战力的照片。该照片被千里之外的美军情报人员注意到,后者利用数据分析手段在24小时内对照片中的指挥部做出准确定位,随后实施空袭予以摧毁。^②

烦恼的家长:微信应用如今已成为中小学教师与学生家长联系沟通的一种主要媒介。《北京晚报》在2015年年初的一个报道中描述了“家长微信群”给家长带来的一些“烦恼”。其中一则烦恼是有些老师时常在微信群中就学校即将组织的活动询问哪些家长能够予以相关协助。每个群里总有些自告奋勇、积极响应、出钱出力的家长,但那些境况并不宽裕的家长却因此倍感压力,担心帮不上忙,自己的孩子可能在学校被另眼看待。^③

这两个例子并不是狭义的隐私问题,但它们形象地例示了本文讨论的造成第一方披露外部性的两种信息机制。个别极端分子对其本人图像信息的披露,为美军数据集成和分析技术的应用提供了基本素材,由此导致他人空间位置信息曝光;虽然无法确认该名极端分子本人是

① 见下文第二部分第三小节中的举例。

② Brian Everstine, “Carlisle: Air Force Intel Uses ISIS ‘Moron’s’ Social Media Posts to Target Airstrikes”, Air Force Times, Jun. 4, 2015, available at <http://www.airforcetimes.com/story/military/tech/2015/06/04/air-force-isis-social-media-target/28473723/> (last visited 2015/07/23).

③ 《北京晚报》:“无形的攀比压力大,家长微信群该不该立‘规矩’?”,载网易亲子频道,2015年1月8日,<http://baby.163.com/15/0108/22/AFFK2M5K00362USS.html>,访问时间:2015年7月10日。

否为此付出了“血的代价”,但至少所属组织中会有其他同伙蒙受惨重损失。^① 而尽管学校老师在微信群中的问话似乎本就不妥,但家长中的“积极分子”对个人财力和社会资本的主动披露,使得其他家长在这一特定互动语境中,如果采取沉默态度,这种态度就有可能被推定具有某种负面社会含义(social meaning),由此成为家长之间攀比压力和内心焦虑的来源。本文将“自拍的极端分子”一例中第一方披露外部性的产生机制简称为“间接披露”(indirect disclosure),也就是第一方自愿披露的本人信息为信息收集者借助数据分析间接获取他人尚未直接披露的个人信息提供条件。而“烦恼的家长”例示的是下文简称为“披露瓦解”(disclosure unraveling)的机制,也就是在某种评价规范适用的语境中,第一方信息主体对有关本人可欲属性的信息所做的主动披露对他人形成压力,导致后者或者被迫就其相关属性做同类披露,或者因拒绝披露而面临不利后果。这两种机制造成的第一方披露外部性同样并非全新现象,但在由数字化、社交网站和大数据建构的当代信息环境中,相关信息隐私问题正变得日益显著。^②

下文第二部分将首先交代本文讨论所参照的理论背景,特别是回顾信息隐私研究此前针对以第三方外部性为内容的信息隐私问题及其规制所提出的一些基本分析思路。第三部分将对间接披露和披露瓦解这两种机制做进一步描述。第四部分将考虑第一方披露外部性对信息隐私规制的基本意义,而本文的预测是,第一方披露外部性问题在信息隐私领域中的出现和显著化将进一步打破选择权模式与规制干预模式在信息隐私规制争论中的僵持——以保护隐私为目标的法律规范在未来将更少关注信息主体的选择和控制在信息收集和使用使用的实体性干预为内容。本文有限的分析中并不包含对这一制度前景的社会福利意义做出的任何确定判断,而读者可能担心更强干预而更少

① 美军因此称该名极端分子为“脑残”(moron),见上页注②。

② See Scott R. Peppet, “Unraveling Privacy: The Personal Prospectus and the Threat of A Full-Disclosure Future”, *Nw. U. L. Rev.* 105, 2011, p. 1153; Mark MacCarthy, “New Directions in Privacy: Disclosure, Unfairness and Externalities”, *ISJLP* 6, 2010 - 2011, p. 425.

选择的隐私制度未必可欲。第四部分第二节尝试性地提出,直接以一方自愿披露行为为调整对象的社会规范,如果能够在相应语境中出现并发挥作用,或许能够为隐私保护在日益强化的法律干预之外提供另一种可能。第五部分将结合声誉评价与披露竞争,进一步考虑第一方披露外部性对信息隐私的理论启示。作为引子,以下再描述一个晚近的(虚构)例子:

消失的爱人:2012年出版的美国畅销小说《消失的爱人》(*Gone Girl*)中,女主人公 Amy 为报复出轨的丈夫 Nick,在结婚五周年当日伪装失踪。为了让公众、警方和法庭误认为自己被 Nick 杀害,Amy 在出走前留下了诸多将嫌疑指向 Nick 的虚假信息,其中尤其令人叹为观止的是其精心炮制的跨越数年时长的日记,详尽描述自己成长、婚恋的“心路历程”。借助日记及其他支持日记中记叙的“人证物证”,^①Amy 向其所处的社会语境中输入大量个人信息,借此在媒体和公众心目中成功地塑造了一个纯真、无助、易受伤害、身陷险境的妻子形象,将丈夫几乎置于万劫不复之境。Nick 为自救聘请了明星律师,后者给他设计的自救策略的核心也是通过公关和宣传渠道向社会舆论中注入对 Nick 有利的正面个人信息,以削弱未来陪审团成员对 Nick 形成“有罪推定”的倾向。^②

对这个故事的可能解读当然很多,^③而本文关注的是男女主人公为塑造公众形象、影响社会认知展开的个人信息披露竞赛。相较于 Nick, Amy 对公众舆论处理社会声誉信息的“算法”理解准确、运用巧妙,其策略性披露操作因此更为成功。而夫妻对决的杀伤力则无疑溢

① 如与社区邻人的友好交往(营造善良无辜的公众印象);出现在流浪者群体出没区域并向其购买枪支(证明事发前对丈夫的主观恐惧);用虚假尿样从医院获取的怀孕诊断(解释出轨丈夫杀人的直接动机并加重其主观恶性)等。See Gillian Flynn, *Gone Girl* (2012).

② 同上注。

③ See Joshua Rothman, “What ‘Gone Girl’ Is Really About”, *The New Yorker*, Oct. 8, 2014, available at <http://www.newyorker.com/books/joshua-rothman/gone-girl-really> (last visited 2015/07/23); Zoë Heller, “The Hard Work of Marriage”, Dec. 4, 2014, available at <http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/dec/04/gone-girl-hard-work-marriage/> (last visited 2015/07/23).

出了二人世界,被误导的警方和被愚弄的公众均为这一出闹剧埋单。尽管本文前四部分对第一方披露外部性的社会福利意义并未提出明确的规范立场,但结合不完美的个人声誉评价系统在现实中被日益广泛应用这一背景。第五部分试图指出,第一方披露外部性可能因诱发或加剧披露竞争而产生认知损失和资源浪费等社会成本。这一尝试性讨论的落脚点进一步提示隐私研究如何从自愿披露切入以重新理解信息隐私的社会意义。第六部分对全文做简短总结。

二、信息隐私领域的外部性

(一) 作为第三方外部性的隐私损害

Warren 和 Brandeis 以及之后的 Prosser 在早期建构隐私权的工作中着力将由媒体侵入私人生活空间造成的私人和社会损害归入侵权法应予救济的范畴。^① 由此,隐私侵害与其他领域中的侵权损害一样,在经济分析的意义上可以被理解为因交易成本等原因而未能被行为主体纳入自身效用算计的外部成本。^② 在更为现代的信息社会语境中,作为大规模个人信息收集、存储和使用主体的政府和企业被视为个人信息市场中外部性问题的主要来源。一些论者将这类问题与工业生产造成的环境污染类比:政府与企业在收集、处理、使用个人信息的过程中,制造了包括个人信息泄露、滥用在内的风险和损害,如同废气废水,而相关成本至少部分由交易之外的公民和消费者承受。^③ 这类讨论中常

① See Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard L. Rev.* 4, 1890, pp. 193, 195-213; William L. Prosser, "Privacy", *Cal. L. Rev.* 48, 1960, p. 338.

② Robert D. Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, 5 ed., p. 325.

③ Dennis Hirsch, "Protecting the Inner Environment: What Privacy Regulation Can Learn From Environmental Law", *Ga. L. Rev.* 41, 2006, pp. 1, 23; James P. Nehf, "Recognizing the Societal Value in Information Privacy", *Wash. L. Rev.* 78, 2003, pp. 1, 74-81. 此外,从第三方外部性的角度对政府行为(如刑事侦查)造成的隐私侵害所做的分析, See Orin S. Kerr, "An Economic Understanding of Search and Seizure Law", *U. Pa. L. Rev.* 164 (forthcoming 2016), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2633841>.

见或论者常用的直观例子是商家在经营活动中对消费者个人信息(如姓名、地址、生日、性别等)进行的收集、使用和出售:^①商家A在其与消费者C的交易中收集了后者的个人信息,并将其出售给商家B,A和B之后均利用该信息向C投放定向广告和推销要约,并可能借助该信息对C实行价格歧视。商家A的收集行为、A与B的交易行为以及A与B使用信息的行为,增加了消费者C个人信息遭泄露、滥用的风险,在特定条件下价格歧视也会增加C获取产品和服务的成本,而投放定向广告的行为本身也可能构成违背C本人独处(seclusion)意愿的骚扰——C负担的这些有形和无形成本均可视为A与B的行为制造的负外部性,也即前文定义的信息隐私领域中的第三方外部性。

扩展来说,信息经济学文献有时也将第三方外部性问题更细致地区分为直接外部性和间接外部性。^②直接外部性通常指信息主体因第三方侵入其私人生活空间或披露其私密信息而承受的损害——既包括隐私学者经常讨论的尊严(dignity)、自主(autonomy)、独处(seclusion)等主观性较强的价值或道德情感受到的伤害,^③也可能包括为消除名誉损害、清除垃圾邮件而产生的机会成本。间接外部性则出现在第三方收集并利用个人信息对不同信息主体基于某些属性加以区别对待(discrimination),从而造成一些信息主体福利受损的情形中。^④例如,在其个人信息被收集和使用之后,信息主体可能相比之前需要为相同产品或服务支付更高价格,或干脆被拒绝提供相关产品或服务,在就业市场

① See Hal Varian, "Economic Aspects of Personal Privacy", in William H. Lehr & Lorenzo Maria Pupillo eds., *Internet Policy and Economics* 101, 2009, pp. 101-3.

② Kai-Lung Hui & I. P. L. Png, "Economics of Privacy", in T. Hendershott ed., *Economics and Information Systems* 471, 2006, pp. 476-85.

③ 一张包含许多此类价值的长得夸张的清单, See Daniel Solove, *Understanding Privacy*, 2010, p. 98.

④ 当这类区别待遇包含对特定人群拒绝提供服务时,在互联网语境中就被称为“依网划线”(weblining),其词源是20世纪60年代美国民权运动时代对消费和服务类企业自动将城市中心黑人社区划在服务区域范围以外的做法,后者被称为“划红线”(redlining)。See "Redlining", Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Redlining> (last visited 2015/07/23).

中被压低薪酬或失去机会,在婚姻市场上降低吸引力,等等。^① 基于这一视角,可以看到与第三方外部性相联系的隐私损害涉及意义较为宽泛的各类个体效用损失,而“隐私”因此被理解为一种中介性概念,隐私侵害和隐私保护最终指向的是支撑隐私概念的诸多实体性物质或精神价值。^②

(二) 隐私损害的规制

如果可以将信息隐私问题理解为外部性,那么对隐私损害的法律规制思考也可以在一定程度上参照环境法语境中对“规制”“责任”和“产权”等治理进路的讨论:制度设计者可以选择直接限制制造外部性的行为、就相关行为征收庇古税、通过设定侵权责任寻求外部成本的内在化、借助明确产权、降低交易成本的方式促使利益相关方寻求协议安排,等等。^③ 现实中尽管有不同侧重,但各国的信息隐私保护制度通常会对规制外部性的多种制度工具做综合运用:第一,在私法层面,侵权法一般都会提供隐私侵权救济;第二,在政府规制的广泛领域中,信息主体就其个人信息常被赋予选择权,据此其本人可以在不同程度上控制个人信息是否以及如何被他人收集、使用和披露;第三,在涉及敏感个人信息的领域,法律法规对他人个人信息的收集、使用和披露行为则有可能做出更加严格的限制,甚

① See Kai-Lung Hui & I. P. L. Png, “Economics of Privacy”, in T. Hendershott ed., *Economics and Information Systems* 471, 2006, pp. 476–80.

② 隐私理论界早期曾有学者提出过较彻底的还原论(reductionism),认为“隐私”(privacy)概念本身并无太多有意义的实质内容,因此在法律应尽可能避免使用这一概念,直接讨论相关的其他实体权利。See Judith Jarvis Thompson, “The Right to Privacy”, *Phil. & Pub. Affs.* 4, 1975, p. 295. 还原论在晚近据说影响力日减,但流行的隐私多元论(pluralistic privacy)在笔者来与还原论的差别不大,多元论者同样承认隐私的实质是一系列围绕个人信息发生的利益和价值关系,只是他们并不认为应该摒弃隐私这一包容性很强又约定俗成的概念本身而已。See Daniel Solove, *Understanding Privacy*, 2010, p. 98, 以及 Neil Richards, *Intellectual Privacy: Rethinking Civil Liberties in the Digital Age*, 2015, p. 9.

③ See Dennis Hirsch, “Protecting the Inner Environment: What Privacy Regulation Can Learn From Environmental Law”, *Ga. L. Rev.* 41, 2006, pp. 30–48. 有关这些基本的规制机制设计的一个综述性介绍, see Jonathan B. Wiener & Barak D. Richman, “Mechanism Choice”, in Daniel A. Farber & Anne Joseph O’Connell eds., *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, 2010, pp. 363–396.

至在立法上予以禁止。^① 侵权法上的救济旨在通过责任将外部成本内在化,保护选择权的规制本质上相当于赋予信息主体以产权作为交易的起点,而针对收集者和使用者更直接的限制和指令则是规制干预的进路。

不同国家信息隐私规制模式之间的结构性区别,也可以从隐私侵权救济的力度、信息主体个人选择/控制权的强弱以及选择权之外的实体性限制的多少等方面进行考察。以研究者关注较多的美国模式和欧洲模式之间的比较为例,通说认为,美国的隐私侵权救济力度有限,强调信息主体本人采取措施保护信息、承担自愿披露风险,隐私利益在纠纷中经常被认为重要性次于包括信息流通效率在内的其他社会利益;除了分散、有限的规制领域中制定较为严格的实体性信息隐私规范外,在更多的领域主要以通知和默示同意等程序性个人选择机制作为主要规制手段,并信任行业自律能够为随着市场和技术发展不断演变的信息隐私问题找到最优解决方案。相比之下,欧洲的侵权法救济力度较强,隐私利益被视为基本人权,其法律地位至少不亚于言论自由;而个人信息保护规制中,信息主体被赋予的控制权范围更广,力度更强,信息处理者为收集、使用信息而需要获得的“同意”门槛通常更高,需要信息主体积极、明确地做出意思表示,并且在个人选择之外,权威规制当局也更倾向于根据立法中包含的实体标准和规范对个人信息收集、使用和披露的行为加以直接干预。^②

在信息隐私领域的许多比较研究中,美国模式因对隐私利益的保护不足而一直遭到不少欧美隐私学者诟病。后者认为过度依赖个人选

① 如基因信息[典型的禁止收集和使用基因信息的立法如美国2008年通过的《基因信息反歧视法案》(Genetic Information Nondisclosure Act)]。

② 比较法方面的讨论,参见 Joel Reidenberg, “Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace”, *Stan. L. Rev.* 52, 2000, p. 1315; Joel Reidenberg, “E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy”, *Hous. L. Rev.* 38, 2001, p. 717; James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, *Yale L. J.* 113, 2004, p. 1151; Paul M. Schwartz & Daniel J. Solove, “Reconciling Personal Information in the United States and European Union”, *Cal. L. Rev.* 102, 2014, pp. 877, 880. 有研究者指出欧洲的个人信保护立法最早其实受美国官方提出的《公平信息实践准则》思路的影响,但欧洲更全面地推动了实体规范和集中监管。See Francesca Bignami, “European Versus American Liberty: A Comparative Analysis of Anti-terrorism Data-Mining”, *B. C. L. Rev.* 48, 2007, pp. 609, 682-86.