责任编辑 徐慧 E-mail:xuadaly@126.com

www.shfzb.com.cr

# 平衡个人信息权益保护与合理利用

### -对《个人信息保护法(草案)》修改的建议

#### 高富平

个人信息保护法 (下称个保法) 产生于 20世纪70年代(前网络时代)。这个时期, 个人信息范围、种类和应用场景是有限的, 个人信息由谁使用通常也是可知晓、可控制 的。今天,人类社会进入万物互联的泛在网 络时代,数字化生存成为基本生活方式,无 所不在的网络和传感器源源不断地产生关于 个人的数据,这些数据成为观察和分析个 人、赋能商业活动、社会治理、科学研究的 资源。在这样背景下,产生于70年代的个 保法基本原则是否可以适用于个人信息(或 个人数据,下同)保护,是值得反思的。尤 其是,2020年 12 月,欧盟推出新数字经济 战略,在更新数据保护制度的情势下,我们 更应当审慎地对待源自于域外的个保法制 度。这里从如何平衡个人信息权益保护与促 进个人信息利用角度, 谈几个观点:

### 个人对个人信息处理不享有 决定权或支配权

2021 年 4 月 30 日全国人大公布的《中华人民共和国个人信息保护法(草案二审稿》》(下称《草案》)第 1 条明确个保法是通过"规范个人信息处理活动"来"保护个人信息权益",实现"促进个人信息合理利用"目的。但问题在于如何保护个人信息权益,且如何在保护的同时又促进个人信息合理利用

笔者认为,个人信息保护是保护个人信息权益,而不是个人信息本身,个人信息不是个人可支配、可决定的对象,也不是保护的对象(参见高富平《个人信息处理中个人权益保护》载《学术月刊》2021年第2期)。从法律性质上,个人信息属于信息范畴,而信息自由是人类文明进步和民主社会默认的基本制度,不能因为信息与个人有关就赋予个人以支配权或决定权。域外个保法的确根源于个人数据自决权理论,但其本身仍然是在宪法或基本权利层面,是个人自治或个人事务自决的一种延伸表达,而不能转化为个人信息处理决定权,更不易理解为绝对权。个人信息处理决定权与个人信息属于

□ 为了更加有效地保护个人,应当将信息处理者的告知(信息主体知情)作为一般原则,而将同意(尤其将同意理解为授权使用)建立在个人自由、自愿甚至有对价基础上,切实地保护个人权益。

- □ 规定了单独同意等于变相地同意了概括式同意,赋予概括式同意法律效力。过渡依赖同意,区分出单独同意和同意,反而使同意被泛化地应用于各种场景,这可能导致同意成为个人信息滥用行为的保护伞。
- □ 匿名化可以作为信息处理者的安全保障措施,而将去标识化规定为去除 个人信息与个人相关联引发的风险,将其作为遵循个保法规定的前提下 进行个人信息分享或流通(对外提供)的安全机制,并规定相应的限制 信息处理者使用行为并再(重)识别的义务,为我国数据要素市场建设 预留合法通道。

社会可用信息是相悖的,与人类文明进步和 民主制度相悖,对社会发展和整体利益维护 具有极大的破坏性。一旦确认个人对个人信 息处理的决定权,那么所有使用个人信息的 主体都需要征得个人的同意,与个人交互或 谈判时便会产生巨大社会交易成本,人为地 制造社会运行成本,不利于社会福祉的改 善。

### 同意不宜作为合法处理个人 信息的一般原则

《草案》第 13 条属于个人信息处理的 合法性基础规定,但是第二款"本法其他有 关条款规定处理个人信息应当取得个人同 意,但有前款第二项至第七项规定的情形 的,不需要取得个人同意"规定的后果使我 们很容易得出同意是个人信息处理合法性的 一般原则。同意的一般化极容易导致同意上 升为一种权利。从 2012 年《关于加强网络 信息保护的决定》之后,所有的法律都规定 个人信息处理应当"明示处理个人信息的目 的、方式和范围,并经被收集者同意",而 没有任何例外规定。这导致同意几乎成为企 业最好用的合规工具,同意清单越来越长、 越来越全,用户点击同意意味着承认企业使 用个人信息的合法性。但是,在同意与交易或服务捆绑的情形下,同意根本起不到保护个人权益的效果。本来,第 13 条第一款是模仿GDPR 合法性基础规定的,但是如果有了第二款规定,那么反而使同意居于优越于其他合法性基础的效果,成为信息处理者可以利用的兜底合法性条款。

为了更加有效地保护个人,笔者认为应当将信息处理者的告知(信息主体知情)作为一般原则,而将同意(尤其将同意理解为授权使用)建立在个人自由、自愿甚至有对价基础上,切实地保护个人权益。

### 严格限定同意要件,但建议删除"单独同意"

关于同意,世界各国的总体趋势是限缩同意适用范围或场景,而将个人权益保护的重点放在个人信息使用(处理)行为规制上,而不是形式上的同意。因此,GDPR规定了非常严格的同意要件:同意必须是明确、积极的行为,必须是基于数据主体的自由意志作出的;当处理行为存在多个目的时,数据主体须对每一个目的均表示同意。但是,GDPR并不崇尚同意,甚至对于敏感信息(特殊数据)也并非都要求强制同意,有些是不得公开、不得识

别,只有健康数据、性生活、性取向才是以同意前提条件(GDPR 第9条)。但是,《草案》提出了单独同意,且将敏感信息规定为需要单独同意。

在笔者看来,同意本来就是针对特定范围和特定目的,本身就属于"单独"。规定了单独同意等于变相地同意了概括式同意,赋予概括式同意法律效力。过渡依赖同意,区分出单独同意和同意,反而使同意被泛化地应用于各种场景,这可能导致同意成为个人信息滥用行为的保护伞。

### 废除匿名化信息不属于个人信息规定,建立单一的去标识制度

从现有技术和行业实践来看,真正做到匿名化后的数据(经过处理无法识别特定自然人且不能复原)需要达到将个人信息转化为抽象信息或知识,而这样的信息就不再具有识别个人的分析价值,不再属于数据资源。问题在于在大数据环境下匿名化的数据具有可再(重)识别可能性,只要允许获得匿名数据的主体继续收集数据,那么再(重)识别就不是一个问题。因此,将匿名化信息视为不受个保法调整将不利于个人信息权益保护。

实际上,国际社会更多地将匿名化、假名 化看作是去标识技术处理的不同技术而已,且 将去标识理解为"以减少数据集中与特定个人相关联信息的风险"的一种措施,即防范个人 信息处理对隐私的侵害,尤其减少处理中的信 息泄露对个人安全的危害风险。因此, 匿名化 可以作为信息处理者的安全保障措施, 比如需 要删除个人信息时,可以作匿名化处理而不彻 底清除信息,而将去标识化规定为去除个人信 息与个人相关联引发的风险,将其作为遵循个 保法规定的前提下进行个人信息分享或流通 (对外提供)的安全机制,并规定相应的限制 信息处理者使用行为并再(重)识别的义务, 为我国数据要素市场建设预留合法通道。在笔 者看来,确立个人信息去标识化路径可以实现 个人信息分享或流通利用,是我国《个保法》 唯一能够超越 GDPR, 促进数据经济发展的 现实出路。 (作者系华东政法大学教授)

## 抵押物转让规则的三点变化

睢晓鹏

抵押物转让纠纷是一类比较常见的案件。民法典对抵押期间抵押财产的转让规则 进行了修正,有三点变化值得注意,试分析 之。

### 规定抵押权的追及效力

民法理论上,抵押权是一种不转移占有的担保物权,抵押人对抵押物仍享有使用、收益以及处分的权利,但抵押权对抵押物有 追及效力。通俗而言,即抵押人对抵押物的使用、收益和处分不影响抵押权人所享有的以该物担保其债权的权利,不论抵押物仍由抵押人所有或者转让给他人,也不论该抵押物仍为原来的形态或者因性质变化而产生了替代物,抵押权人均可根据其抵押权以该物或该物的替代物拍卖、变卖所得价款优先受

民法典颁布之前的我国民事立法,未完全采纳上述理论。以设定有抵押的房屋买卖合同纠纷为例,对这类案件的处理,民法典施行前,法院通常认定买卖合同有效,但除买受人愿意代为清偿债务以涤除抵押权的情形外,买受人要求出卖人协助办理变更登记手续的,不予支持。不过,民法典改变了上述规则。民法典第四百零六条第一款规定:"抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当

事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。"该条规定基本遵循了传统民法抵押权转让理论,承认抵押人对抵押物享有处分权,同时承认抵押权的追及效力。但应当注意的是,民法典第四百零六条第一款设定有当事人合意排除的例外,该例外在理论上有无其必要,实践中又会不会因抵押权人的强制地位而导致例外成为原则,有待时间去检验。

#### 明确抵押权人的异议范围

抵押权的实质内容是抵押权人对抵押物的交换价值的支配,亦即在抵押人未履行到期债权时,抵押权人可通过实现抵押物的交换价值以使其债权受到清偿。因此,当抵押人的行为导致抵押物交换价值减少时,抵押权人有权提出异议。什么情况可以认定为减损了抵押物的交换价值呢?举例而言,新闻曾报道,有些特大城市,由于墓地价格高企,一些市民将其在偏远地区购置低价房屋用以供奉去世亲人的遗像等,作为"墓地"使用。按照人们一般的社会风俗,上述使用方式通常会影响房屋的交易价格,使之贬值(炙换价值减少)。

抵押人存在上述行为时,抵押权人有权 提出异议。民法典第八百零八条规定:"抵 押人的行为足以使抵押财产价值减少的,抵押权人有权请求抵押人停止其行为;抵押财产价值减少的,抵押权人有权请求恢复抵押财产的价值,或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值,也不提供担保的,抵押权人有权请求债务人提前清偿债务。"

同样,抵押人将抵押物转让或赠与他人时,若买受人或受赠人的目的也是为了作诸如上述"墓地"使用,一样会导致房屋交易价值的下降,抵押权人也有权对该买卖或赠与行为提出异议。在此情形下,民法典不但赋予抵押权人提出异议的权利,还特别规定了抵押人的通知义务。民法典第四百零六条第二款规定:"抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得价款向抵押权人提前清偿或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。"

#### 赋予受让人更多的选择

民法典之前的关于抵押物流转的规定,非常充分地保护了受让人的利益,确保了受让人所取得的物是无负担的,即受让人不用担心其受让的抵押物被基于追及效力而拍卖或变卖。但其存在的缺陷也是明显的,即限制了抵押物

的流转,抵押人所享有的占有、使用、处分等 权能无法充分发挥作用,达不到物尽其用的效 果。民法典规定抵押物的追及效力,并对抵押 权人异议范围的限定,对于物尽其用、促进社 会经济发展无疑具有极大的现实意义。同时, 抵押物流转新规则充分体现了对市场主体的尊

重,给予受让人更多的选择。 依笔者浅显的理解,受让人至少可以有以下三种选择:其一,受让人基于抵押权的存在可以享有更多的与抵押人谈判空间,从而以更低的价格受让,但同时承担债务人不履行债务的风险;其二,受让人可以与抵押人约定,将抵押物担保的债务所对应的价款附以债务人清偿债务的支付条件,以保障自己的权利;其三,受让人可以与抵押人约定将价款先行清偿债务以涤除抵押权,从而取得无负担的标的物。

更多的选择,亦意味着更多的责任,它要求受让人对其所受让的标的物进行审慎合理的审查,对交易风险进行理性的评估,对自己的权利进行妥当的安排。我们已经走过了民法通则这样的民法初创时代,民法典的颁布施行标志着我国民法理论和民事审判已经进入成熟时期。尊重和相信每一个民事主体对其权利义务在不违反法律、行政法规的强制性规定下的自由安排,是成熟法治社会的应有之意。

(作者单位:浙江省杭州市中级人民法院)