

# 数字时代的身份构建及其法律保障： 以个人信息保护为中心的思考

陆 青\*

---

**内容提要：**个人信息保护的对象并不是个人信息本身，而是个人在各种社会关系中身份建构的自主性和完整性。通过历史梳理可以发现，人格权的发展过程，其实也是个人身份权益不断得到法律彰显的过程。而个人信息保护的规范特质，其实在于将对“作为结果的个人身份保护”转向了“作为生成过程的个人身份保护”。个人身份权益尤其是动态身份权益（也即个人的社会镜像）的保护，并不能为姓名、肖像、名誉、隐私等具体人格权保护所涵盖。在身份建构的视域下，个人信息的一系列制度安排有重新梳理和解释的必要。人类进入到数字时代后，面对个体自我的数字化呈现可能带来的身份危机，以数字身份为中心重新建构人际关系调整秩序，或许是未来法治发展的方向。

**关键词：**身份建构 个人信息 数字身份 隐私权

---

2021年8月20日，个人信息保护法顺利通过，标志着我国的个人信息保护立法又上一个新台阶，具有里程碑式的意义。个人信息保护在近年来也是法学界最为关注的热门话题之一。围绕个人信息的概念、分类、保护理念、保护方式、制度建构、司法实践等等，无论是在公法领域还是私法领域，均有着广泛的讨论，也存在诸多理论争议。总体来说，种种争议归根到底涉及三个核心问题：什么是个人信息，个人信息为什么需要保护，以及法律该如何保护个人信息。这三个问题存在一定的逻辑递进关系，但从根本上决定理论分歧的，显然是第二个问题。从表面上看，在民法总则、民法典和个人信息保护法均已明确规定“个人信息受法律保护”的规范背景下，讨论这一问题颇有“庸人自扰”的味道。但如果我们换一个方式追问：法律在保护个人信息的时候，究竟在保护什么？也许就会发现，这个问题即使在个人信息保护法通过的今天，可能都没有得到充分澄清。甚至可以说，在此问题上的种种争议和分歧，从根本上影响着人们对个人信息保护制度的体系性把握。

---

\* 浙江大学光华法学院副教授。

本文为浙江省社科规划项目“数字身份的法律规范体系研究”（21NDJC031YB）和浙江大学“人工智能与法学”专项资助项目（18DFX009）的阶段成果。

限于篇幅,笔者无意对既有的个人信息保护理论作一个综述式的评价,而是试图从民法典和个人信息保护法的规范体例和条文设计出发,运用解释论的方法,重新审视个人信息保护的规范目的,并通过引入个人身份权益以及数字身份保护的基本理论,解读和评价既有的个人信息保护制度,抛砖引玉,求教于大家。

## 一、个人信息保护的法理基础探析

关于个人信息,民法典和个人信息保护法均有所界定。民法典第1034条第2款规定:“个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。”这个定义颇为宽泛,列举了个人信息的各种类型,同时用“等”字兜底,但其规范重点颇为明显,即个人信息是能够识别特定自然人的各种信息。与之相呼应,民法典第1038条规定,未经自然人同意,信息处理者原则上不得向他人非法提供其个人信息,“但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外”。个人信息保护法第4条第1款将个人信息界定为“以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息,不包括匿名化处理后的信息”。其附则中提到,匿名化是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。虽然两者关于个人信息的定义略有差异,比如前者使用“自然人的个人信息”,而后者使用“自然人有关的个人信息”的表述;前者列举了各种个人信息类型,后者未作列举。但两相结合,似乎个人信息之所以得到保护,均在于其体现了自然人的可识别性。那么,为什么可识别出特定人的信息需要得到法律的保护呢?为什么无法识别出特定人的信息就得不到法律的保护?难道法律要保护的,是一种“不被他人识别”的个人利益?对此,首先需要梳理的,就是个人信息保护与隐私权的关系。

关于这个问题,民法典第四编(人格权编)第六章的标题颇值玩味:“隐私权和个人信息保护”。仅从这一标题出发,可以得出如下解释结论:一是立法者认为,隐私权和个人信息存在一定的关联性,需要放在一起规定;二是隐私权和个人信息保护是两个独立的概念,存在各自独立的规则,不应该有所混淆;三是隐私权是一种法律认可的权利,而个人信息虽然也得到法律的保护,但并不是一种法律明定的权利。与第三点直接相关的,还有民法典第990条。后者明确列举的人格权类型中,依次提到了人格权编中的各种权利,如生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权,唯独没有“个人信息权”的表述。虽然该条中还有一个“等”字兜底,但这只是为了考虑立法周延性的一种表述。从该编后续各章的内容来看,立法者显然无意将个人信息作为一种具体人格权加以规定。<sup>[1]</sup>

再看隐私权和个人信息保护的具体规范。民法典第1032条对隐私作了具体界定:隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。其中,与个人信息直接相关的是不欲人知的私密信息,但两者存在交叉重合的关系。换句话说,隐私中的私密信息,可能是个人信息,也可能不是个人信息;个人信息中包括私密信息,也包括非私密信

[1] “在编纂过程中,对于是否将个人信息作为一种权利加以规定,各方的意见分歧较大……本法最终未明确将个人信息规定为‘个人信息权’而是采用了‘个人信息保护’的表述……”黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编释义》,法律出版社2020年版,第196页。

息。对于两者的重合部分，即个人私密信息的处理，民法典第1034条规定，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。<sup>〔2〕</sup>换句话说，根据隐私权的规定，不愿为他人知晓的私密信息，任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害（第1032条）；除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得处理他人的私密信息（第1033条第5项）。但是，关于“没有规定的，适用有关个人信息保护的规定”，解释上依然会有争议。比如，按第1035条关于个人信息处理的原则和条件，处理个人信息原则上需要征得该自然人或者其监护人同意，但处理他人的私密信息，第1033条表述为“权利人明确同意”。那么，在自然人为无行为能力人的场合，究竟是需要其本人明确同意，还是需要监护人同意，后者属不属于第1033条的“权利人”范畴，就涉及到对第1034条中“没有规定”的解释。又比如，第1036条规定了处理个人信息的三种免责事由，此处的个人信息不包括个人私密信息，也有讨论的空间。<sup>〔3〕</sup>当然，也有一些关于个人信息处理的规定，可以补充隐私权的规定。比如，第1033条提到的“处理”应与第1035条第2款作相同理解，即包括个人私密信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。<sup>〔4〕</sup>

前述讨论仅涉及如何协调隐私权和个人信息保护相关规定之间的关系，但有一点颇为明显，即隐私权要保护的是一种“私人生活安宁”和“不愿为他人知晓”个人情况的人格利益。如果保护个人信息的目的在于保护个人不被他人识别也即一种“不为人所知”的利益，则似乎更应该纳入隐私权而不是个人信息保护的范畴。比如，个人的行踪信息，依照民法典第1034条的界定，自然属于个人信息的范畴，但如果法律要保护个人的行踪信息不为人所知，似乎应该纳入隐私权（不愿为他人知晓的私密活动）的范畴加以调整。所以很显然，如果要赋予保护个人信息以独立于隐私权的规范目的，其并不在于保护一种“不愿为他人所识别”的权益。那么，回到之前的问题：法律在保护个人信息的时候，究竟在保护什么？

也许，我们可以换一个角度思考个人信息的定义，即把个人信息解读为“个人的信息”。之所以强调可识别性，或许原因在于，可识别出某个特定自然人的信息才是这个自然人的个人信息，而不能识别出特定自然人的信息就不是个人信息，因此也就不存在保护的必要。<sup>〔5〕</sup>进一步的问题是，当我们讲“我的个人信息”“你的个人信息”的时候，我们是在何种意义上理解“我的”和“你的”？为什么能够识别出我的信息，就是我的个人信息？对此，可能又有两种解释。一种解释是强调信息的专属性和支配性，即能够识别出我的信息，就专属于我，或为我所支配，所以是“我的个人信息”；另一种解释是强调信息的相关性，即能够识别出我的信息，就与我相关，所以我的个人信息，也可理解为“与我相关的信息”。那么究竟应该采哪一种理解呢？

〔2〕 参见王利明：《和而不同：隐私权与个人信息的规则界分和适用》，《法学评论》2021年第2期，第15页以下。该文主张在隐私权和个人信息重合的情形优先适用隐私权的规则。

〔3〕 依据民法典第1033条，除非法律另有规定或者权利人明确同意，任何组织或者个人不得处理他人的私密信息。这似乎意味着，在法律未另有规定或者权利人未明确同意的情况下，处理他人的私密信息不具有正当性，应该承担相应的责任。但根据第1036条第3项的规定，为维护公共利益或者该自然人合法权益合理实施的其他（处理个人信息的）行为，行为人不承担民事责任。那么，第1036条第3项是否属于第1033条的“法律另有规定”的范畴，理论上存在探讨的空间。

〔4〕 参见前引〔1〕，黄薇主编书，第184页。

〔5〕 至于匿名化后的信息是否具有财产价值，对此又如何调整，或可置于数据、网络虚拟财产保护的语境下加以考虑。

关于第一种理解,我们可否认,“能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息”就是“专属于”该特定自然人的信息?正如我的生命、身体、健康等等归属于我,是否可以认为,我的出生日期、我的身份证件号码、我的生物识别信息等等也都归属于我?有意思的是,在民法典对各种人格权(包括前文提到的隐私权)的规定中,都明确使用了自然人(或民事主体)“享有某某权”的立法表述,而唯独在规定个人信息保护的时候,并未采用“自然人享有个人信息权”的表述,而是表达为“自然人的个人信息受法律保护”。另外,第993条规定“民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用”,而第999条的表述却是“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。须注意的是,人格权是民事主体享有的固有权利,因此不得放弃、转让或者继承(第992条),但法律并不排斥民事主体就其所享有的姓名、名称、肖像等“许可他人使用”,此处的“许可”一词,明确体现了民事主体对这些人格利益在享有上的专属性和行使上的支配力。而针对个人信息,尽管也存在着被他人使用的问题,但立法者并未采用“许可……使用”这样的表述,似乎并不承认民事主体对个人信息本身享有固有的、专属的人格权益。〔6〕

需要补充说明的是,民法典在对个人信息的具体列举中,明确提到了自然人的姓名,而所谓的“生物识别信息”,自然也包括人脸、声音等信息。如此就涉及到姓名权、肖像权与个人信息保护的关系问题。从文义上看,似乎姓名、肖像既是姓名权、肖像权的客体,也属于个人信息的范畴。但值得注意的是,关于姓名权,第1012条规定“自然人享有姓名权,有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名”;关于肖像权,第1018条规定“自然人享有肖像权,有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像”。可见,在姓名权、肖像权的语境下理解“我的姓名”“我的肖像”,始终是在强调自然人对其姓名、肖像享有固有的、专属的人格权益。而对这种人格权益的保护,自然也应该放入姓名权(第1017条扩张到对网名的保护)、肖像权(第1023条扩张到对声音的保护)的规范体系。但这也意味着,在个人信息语境下讨论的“我的姓名”“我的肖像”,类似于讨论“我的出生日期”“我的住址”,仅仅是将其作为传递信息的符号媒介来看待,并不强调个人对其姓名、肖像、出生日期、住址等本身的归属性、支配性。在类似意义上,当我们讨论“我的电子邮箱”时,可能是在强调我在财产权语境下对电子邮箱的某种权利,但显然不能认为,我对电子邮箱本身享有固有的、专属的人格权益。进一步需要说明的是,在第1034条列举的各种个人信息中,有些显然并不为个人所独有,比如出生日期、住址等,甚至于姓名,同名同姓也颇为常见。但有些信息则显然指向特定个人,如身份证件号码被认为是“每个公民唯一的、终身不变的身份代码”(居民身份证法第3条)。但指向上的唯一性,同样并不强调我对我的身份证件号码本身享有固有的、可以支配的人格利益。毋宁说,基于身份识别的公法管制需要,我被赋予了“公安机关按照公民身份号码国家标准编制”的一个身份代码。

〔6〕 专属权是指专属于一身的权利,性质上惟权利人得享有。但享有上的专属性与行使上的专属性是两个不同概念。许可他人使用姓名、名称、肖像只是在权利行使层面所作的规定,本身并不能否定主体在享有姓名权、名称权、肖像权上的专属性。在这一逻辑下,似乎也不能以立法者并未采用“许可他人使用”的表述而直接得出个人信息不具有(享有上的)专属性的结论。但此处笔者想强调的是,“许可他人使用”的逻辑前提是主体对该权利在享有上具有专属性,而立法者并未采取这样的表述,在一定程度上弱化了将个人信息理解为主体所享有的专属人格权益的解释空间。

由此可知，尽管通过各种个人信息可以识别出特定个体，但个人信息的“可识别性”本身并不是个人固有的、专属的人格权益。那么能否采取第二种解释，即把个人信息理解为“与个人相关的信息”？值得指出的是，个人信息保护法第4条第1款恰恰也使用了“自然人有关的个人信息”的表述。对此同样需要追问：与个人相关的信息，在何种意义上需要得到法律的保护？或者说，法律在保护“与个人相关的信息”时，究竟是在保护何种利益？对此，有一种观点认为，自然人对个人信息并不享有绝对权和支配权，而只享有防止因个人信息被非法收集、泄漏、买卖或利用，进而导致人身财产权益遭受侵害，或人格尊严、个人自由受到损害的利益。<sup>〔7〕</sup>对于个人信息被非法收集、泄漏、买卖或利用可能导致人身财产权益遭受侵害或人格尊严、个人自由受到损害的事实，笔者并无疑义。但这一理解带来如下困惑：第一，如果是大规模地非法收集、泄漏、买卖或利用个人信息，似乎应由公法加以调整。而如果涉及某个特定自然人的个人信息被非法收集、泄漏、买卖或利用，最终导致其人身财产权益遭受损害，为何不是以具体遭受损害的人身、财产权利主张私法救济？退一步讲，即使强调保护个人信息的目的在于“防止”这些具体的人身、财产权利遭受损害，即具有一定程度的防御性功能，那么为何不直接以这些人身、财产权利寻求防御性救济，比如作为物权保护手段的排除妨碍请求权（民法典第236条），或作为人格权保护手段的排除妨碍、消除危险等（民法典第995条），或在民事主体有证据证明行为人“即将实施侵害其人格权的违法行为”时向法院申请责令停止有关行为（民法典第997条）等，为何要舍近求远寻求个人信息的法律保护，或者给予双重保护？第二，从规范体例上看，个人信息规定在人格权编中。根据民法典第989条，该编调整因人格权的享有和保护而产生的民事关系。正如侵害其他人格权同样可能带来财产上的损害一样，财产权益本身显然不属于个人信息保护所要直接保护的主体。第三，如果说保护个人信息的目的在于防止人格尊严、个人自由受到损害，那么似乎就需要进一步追问，它所要保护的究竟是基于人身自由、人格尊严产生的何种人格权益？如果无法说清楚这一点，就很难理解，为何针对这种人格权益，不能通过一般人格权（民法典第990条第2款）予以个案保护，而需要针对个人信息作出专门规范。对此，一个可能的解释是，这种人格权益指向的是个人对其一切具有可识别性的个人信息的收集、处理和利用享有自我决定和控制的权益，即所谓“个人信息自决权”。严格来说，此种观念来自德国法。<sup>〔8〕</sup>在德国法的理论框架下，个人信息自决权属于一般人格权范畴下发展出来的特定人格权类型，强调个人对与之相关的可识别性信息的控制力和支配力，即“我有权决定何时、何地、以何种方式传递有关我的信息”。<sup>〔9〕</sup>但对此理论，我国学界也不乏批评和质疑。有观点指出，如此广泛的信息自决权观念在很大程度上源自于对德国联邦宪法法院“小普查案”和“人口普查案”的误读。事实上，德国联邦宪法法院之所以发展出“个人信息自决权”的概念，针对的是国家强制的个人信息收集行为，

〔7〕 参见程啸：《民法典编纂视野下的个人信息保护》，《中国法学》2019年第4期，第26页。

〔8〕 在美国法上也有所谓“个人数据信息自主权”的理论，但其个人信息隐私（informational privacy）属于广义的隐私权范畴。具体来说，美国法最初把隐私权消极地理解为“别管我的权利”，随后转变为“个人信息的自我控制权”，后来进一步转变为“自我决定的自主权”这一积极的理解。参见贺栩栩：《比较法上的个人数据信息自决权》，《比较法研究》2013年第2期，第61页以下。基于民法典第1032条对隐私的界定，我国法上并未采取类似的广义隐私权概念，故在此不对美国法上的“个人数据信息自主权”理论作进一步探讨。

〔9〕 参见杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》，《比较法研究》2015年第6期，第22页。

而其认为“没有不重要的个人信息”，也是严格限定在个人信息自动化处理的前提之下。如果忽略了这些判例的生成背景，在一般意义上赋予个体对其个人信息享有自决的权益，实际上是将保护对象确定为外界无法识别的“保密意志”。这种将人格权“去客体化”，将个人信息作为客体排他性地归属于信息主体的做法，无法为他人的行为划定清晰的边界，不可能构成私权意义上的、受侵权法保护的民事权利。<sup>[10]</sup>在笔者看来，个人信息自决权的理论不足在于它并未清晰地揭示出，为何我有权决定如何传递有关我的信息，而这又在何种意义上关涉人身自由和人格尊严。如此，强调个人信息自决与尊重人身自由、人格尊严在论证上往往会变成同义反复：因为与我相关的个人信息关涉人身自由和人格尊严，因此需要赋予或承认我对信息自我决定的人格利益；反过来，因为我有自我决定的人格利益，所以这种利益关涉人身自由和人格尊严。

综上所述，围绕现行法的各种解释方案始终很难说明，法律在保护个人信息的背后，究竟在保护何种人格权益。之所以会产生前述解释困境，归根到底在于以“可识别性”来界定个人信息的根本原因始终未得到澄清。在笔者看来，解决这一问题的关键，其实就蕴藏在这一“可识别性”之中。换言之，保护个人信息的意义，并不在于个人“不欲为他人所知”（否则就纳入到隐私权的保护范围），而是在于个人身份被他人正确、完整地认知。笔者将通过对个人身份保护的历史梳理，以及个人身份权益和其他人格权益的异同比较，从纵向和横向两个维度说明，蕴藏在个人信息背后的个人身份权益及以数字化方式呈现的数字身份权益，或许才是真正需要个人信息法保护的對象。

## 二、个人身份保护的历史梳理

身份一词内涵丰富，具有不同的语义。伴随着“从身份到契约”的历史进程，现代法上的身份主要有两种含义：一是从人身关系（对应于财产关系）角度理解的身份，主要是指人在家庭中的身份。在这个意义上的身份权与人格权相对立，并常常被界定为亲属权。<sup>[11]</sup>二是从身份识别和身份认同层面所理解的身份。这一身份，也常常表述为“个人身份”，比如“个人身份证”。本文所讨论的身份和数字身份，显然针对的是后一种含义，对应的英文分别为“identity”和“digital identity”。在一般意义上，“identity”也常译为“同一性”，强调事物在不同语境下的同一性，或与其他事物的差异性。联系到个人，身份意味着赋予个体某些基本特征，从而将其与其他人区别开来。纵观个人身份保护的历史发展，笔者认为，大致可以分成静态身份保护、动态身份保护和个人信息保护三个阶段。通过下文梳理可以发现，个人身份保护的发展脉络，恰恰与人格权的形成和具体化的发展轨迹存在高度的契合性。

### （一）静态身份保护

个人身份的最初含义，是指个人在户籍登记记载上所呈现的各种结果，包括姓名和其他个人特征的总和。<sup>[12]</sup>这一概念具有浓厚的公法色彩，目的在于对特定个人进行识别和认证。在

[10] 前引[9]，杨芳文，第22页，第29页以下。

[11] “民法上身份云者，谓基于亲属法上相对关系之身份，有一定身份后得享有之权利也。例如家长权为家长对于其家属之身份，夫权为夫对于其妻之身份，亲权为父母对于其子女之身份，是也。亦可谓亲属权。”史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第21页。

[12] G. Resta, *identità personale e identità digitale*, in *Dir. Informatica*, 2007, fasc. 3, p. 512.

一个相对封闭的熟人社会中，人们依靠人脸就可以进行彼此身份的确认。随着社会生活、社交人群的日益复杂以及人口流动的日渐频繁，对个人身份的识别和认证逐渐成为政府运行和国家治理的重要工作。尤其是18世纪中后期以来，伴随着人体生物识别技术（如“贝蒂荣人体测量法”）的发展和“身份证”的诞生，个人身份管理已发展成为一种政府主导的常态化、一般化的社会控制手段。<sup>[13]</sup>与此同时，私法也开始关注个人身份的保护问题。其中，最为重要的就是对姓名权的保护。姓名被认为是“表征个人身份特征的首要的和最直接的区分标识”。<sup>[14]</sup>姓名权的立法化，最早见于1900年德国民法典（第12条），随后在瑞士民法典（第29条）、意大利民法典（第6—9条，扩大到笔名的保护）均有体现。对于姓名权受到侵害的救济，德国民法典第12条规定：“他人对权利人使用姓名的权利有争议的，或权利人的利益因他人无权使用同一姓名而受到侵害的，权利人可以请求他人除去侵害。可能会继续受到侵害的，权利人可以提起不作为之诉。”<sup>[15]</sup>至于与个人身份相关的另一个重要权利即肖像权的立法，最早见于德国1907年艺术及摄影作品著作权法。<sup>[16]</sup>意大利民法典第10条紧跟在姓名权规范之后，对侵犯肖像权的救济作出了规定。

值得一提的是，对个人身份（姓名、肖像）的保护，恰恰是人格权保护立法化、法典化的规范起点。甚至有学者敏锐地发现，在最初触及人格权主题的一些文献中，使用的常常是“个人识别权”（Individualrechte）而非“人格权”（Persönlichkeitsrechte）的表述。而这一概念的提出，目的是让从事特定行为或活动（包括企业活动或创造智力成果）的主体身份得以明确。<sup>[17]</sup>因此，早期人格权的保护模式，强调的并非人格的自由发展和公权力的积极介入，而是通过赋予主体以姓名权、肖像权等主观权利的方式，实现主体对其身份标识的控制，从而避免他人的不当侵害。因为个人的身份标识具有专属性、固有性、唯一性的特点，一般不会随着时间的改变而直接发生动态的变化，后来的学者为了将其与作为个人社会镜像的动态身份区别开来，将其称为“静态意义上的身份”。<sup>[18]</sup>

## （二）动态身份保护

“二战”后，保护人的尊严和人格自由在世界范围内得到了普遍认可，人格权的保护范围也随之不断扩大。特别是到了20世纪70年代，意大利的司法实务中发展出一种所谓“个人身份权”（diritto all'identità）的具体人格权类型。在1974年罗马上诉法院审理的一个案件中，未经本人许可，一对情侣的肖像被印在某个反对离婚法令的民调宣传单中。当事人认为不仅其肖像权受到了侵犯，更为重要的是，他们的身份权遭到了侵犯，即背离了他们的政治立场。法院支持了他们的观点，并认为个人享有“自我人格不受歪曲的权利”。<sup>[19]</sup>随后，在1985年的“Veronesi”案中，意大利最高法院确立了个人身份权。<sup>[20]</sup>该案中，一位肿瘤专家在某次采访

[13] 前引〔12〕，Resta文，第517页。

[14] M. Tampieri, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Europa e diritto privato*, 2019, fasc. 4, p. 1196.

[15] 参见《德国民法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社1999年版，第4页。

[16] 参见王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，北京大学出版社2013年版，第135页以下。

[17] 例如，K. Gareis, *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*, in *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen und Deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1988, p. 185 ss, 转引自前引〔12〕，Resta文，第518页，注30。

[18] I. Tardia, *L'identità digitale tra memoria ed oblio*, Napoli, 2017, p. 27 ss.

[19] 同上书，第19页以下。

[20] 同上书，第21页。

中关于吸烟与肿瘤关系的一段论述,被断章取义地用于某烟草广告中。意大利最高法院认为,个人身份权是指“主体享有在人际关系中呈现自我真实身份的利益,这种利益应该得到法律的一般保护。无论是在一般还是特殊领域,个人在社会生活中呈现的真实身份是他人遵循勤勉义务和主观诚信标准下所知悉的或者能被知悉的”。“个人在智力、政治、社会、宗教、意识形态、职业等方面的自我特征,是其在特定的、明确的情境下将自我表露于外部社会下的产物,不应该受到外部的改变、歪曲、侵犯、抵制。”由此可见,该个人身份权的规范涵义颇为宽泛。并且,与静态意义上的身份标识不同,此处的“个人身份”是一个动态的概念,强调的是个人在社会关系中形成的社会镜像,也即身份认同(对此,后文第三部分会作进一步分析)。对于个人身份权的救济,该院认为,可以类推适用意大利民法典第7条关于姓名权的保护规则,即当事人可以主张颁发禁令、损害赔偿、公告法院判决等。如涉及公开传播带来的伤害,还可结合相关法令要求登报更正。<sup>[21]</sup>该案后,个人身份权作为一种具体人格权得到了意大利学理和实务的普遍认可。<sup>[22]</sup>司法实践进一步认为,只有触及个人身份核心的权益才能得到个人身份权的保护,而那些次要的、附属性的因素不在保护范围内。<sup>[23]</sup>

需要说明的是,在意大利法上,个人身份权并非民法典上明确规定的权利。其之所以能够得到学理和实践的认可,与欧洲法上盛行的“人格保护宪法化”观念密不可分。在前述“Veronesi”案中,意大利最高法院正是以该国宪法第2条为基础,肯定了个人身份权益作为固有人格权益在保障人权不受侵犯上的重要意义。<sup>[24]</sup>与意大利法不同,德国法并未采取具体人格权的保护路径,而是以德国基本法第1条和第2条关于人格尊严及人格发展的规定为依据,通过“一般人格权”对个人身份权益给予类似的保护。<sup>[25]</sup>

### (三) 个人信息保护

伴随着网络社会的到来,个人信息保护问题引起了各国法的重视。在欧洲,随着《欧盟数据保护指令》(95/46/EC)的通过,欧盟各成员国陆续推进了个人数据保护的立法完善。在此基础上,欧盟于2018年生效的《一般数据保护条例》(GDPR)进一步加大了个人信息保护的力度。在美国,个人信息保护主要纳入隐私权的范畴加以调整,但也有一些关于个人信息保护的专门立法。在我国,个人信息保护法已经通过,并将于2021年11月1日正式实施。总体来说,个人信息保护反映了数字时代的发展需求,关注网络空间中人的生存状态和人格的自由发展,拓展了人格权保护的规范视域,也引起了全球范围内对一些新兴权益如被遗忘权、数据携带权等的激烈讨论。

个人信息保护从根本上改变了之前关于个人身份保护的规范路径,实现了从“身份结果”

[21] 前引[18], Tardia书,第21页以下。

[22] 前引[14], Tampieri文,第1195页以下。

[23] 比如,意大利米兰法院曾作出判决,认为在一个公开的文件中提及的某人家庭故居地址信息虽然存在错误,但不能得到个人身份权的保护。V. Trib. Milano, 7 ottobre 1993, in *Dir. Informatica.*, 1994, p. 791.

[24] 意大利也有一些观点从其宪法第21条关于言论自由的保护,或第3条第2款关于“人格充分发展”的规定中,寻找个人身份权的宪法基础。参见前引[14], Tampieri文,第1208页以下。

[25] 在德国法上,在一般人格权的类型中也存在身份权(Recht auf Identität)的概念。而这种“身份权”得到保护需要满足两个条件,一是积极条件,即将某些事实不准确地或者错误地赋予权利主体;二是消极条件,即这种赋予并未导致名誉贬损,否则就应纳入名誉权的保护范围。实践中,此类身份权益的保护范围也颇为宽泛,包括个人政治身份、性别身份和少数人文化身份等。参见前引[18], Tardia书,第114页。

保护到“身份生成过程”保护的规范模式转变。<sup>[26]</sup>换言之，无论是静态身份保护还是动态身份保护，均以已形成的个人身份（特征）为保护对象，避免个人身份的不当歪曲和利用；而个人信息保护关注的是个人的身份建构过程，不仅保护后者在不同社会情境下的正确呈现，还关注个人身份的自主性和完整性，避免身份的碎片化呈现，以及通过机器算法的自动化呈现给个人发展（尤其是在网络世界中的人际交往）带来不利影响。有学者归纳出后者在救济方式上与前者存在的三点核心差异：一是更关注预防性和恢复原状（*tutela in forma specifica*）的救济方式；二是赋予个人信息保护以团体性价值，超越了仅能由个人提起诉讼的救济面向；三是需要整合公私法的多元救济手段。<sup>[27]</sup>

正如王泽鉴所言，“人格权的开展系建立在个人的人格自觉之上，即个人的自我认同与自主决定，此乃长期社会发展（包括思想、政治、经济）的产物，使个人得从各种身份、阶级的束缚解放出来，并因经历各种政治变动更深切体认人格尊严及人格自由的重要性”。<sup>[28]</sup>通过前述梳理可以发现，现代社会的发展，慢慢充实了“个人身份”背后的内容。如何定义一个人的“真实身份”，不仅包括要与他人加以区别，还包括个人在社会生活中的定位不被扭曲、虚化。随着数字时代的到来和人工智能的发展，如何保障个人身份建构自由，从深层次上反映了个人在社会交往中实践人格自由的演化发展需要。这也就意味着，法律对个人身份的保护不应该停留在形式意义上的静态保护，而应更多地关注这种身份背后区别于他人身份的实质性内容。

### 三、个人身份权益的规范涵义

前述讨论，是从纵向说明个人身份权益保护的发展轨迹，凸显个人信息保护在人格权发展和个人身份权益保障视角下的规范功能。此处将通过横向比较，进一步澄清个人身份权益的规范涵义，并说明它与传统人格权益的根本差异。这一部分的分析，旨在说明在人格权规范体系中以个人信息保护来保障个人身份权益的现实必要性。

在关于个人身份保护的历史梳理中，我们已经初步提到了静态身份和动态身份的概念区分，也正是在后者意义上延展出对身份生成过程的保护问题。事实上，意大利法之所以会将个人身份权理解为一种具体人格权，与这一动态身份观念的确立密不可分。动态身份强调身份是一个动态的建构过程。究其本质，是在追问“我是谁”。对此，千百年来，人们给出了不同的答案。在现代西方社会，影响颇广的是笛卡尔的名言“我思故我在”。<sup>[29]</sup>而从20世纪以来，尤其是随着大众传媒的发展，社会学、心理学、哲学等各个领域都对身份问题进行了深入研究，并逐渐接受了身份是一种自我呈现的社会镜像的理论。<sup>[30]</sup>换言之，身份的形成离不开社

[26] 前引〔12〕，Resta文，第521页以下。

[27] 同上文，第523页。

[28] 前引〔16〕，王泽鉴书，第4页。

[29] 笛卡尔强调“身心二元论”，在此“思想”与“自我”被视为一种与周遭物质世界也包括身体的固有分离。因为思想的存在，一件事在偶然的物质世界能够被计算。这一观点暗含的假设是，无实体的自我必须是持续的、稳定的、理性的实体。直到19世纪80年代以后，实在说的思维模式才遭到后建构主义和后现代理论的挑战。参见〔英〕文森特·米勒：《数字文化精粹》，晏青等编译，清华大学出版社2017年版，第141页以下。

[30] 对此相关的梳理，参见A. Roosendaal, *Digital Personae and Profiles in Law. Protecting Individuals' Rights in Online Contexts*, Wolf Legal Publishers, 2013, p. 20 s, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2313576](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313576), 2021年9月3日最后访问。

会关系中的人际互动,自我的呈现其实是一个主体个人认同与社会认同交织的互动过程。<sup>[31]</sup>因此,身份并不是真实的我本身,而是各种人际关系的“镜子”中映射出的我的社会形象。<sup>[32]</sup>某种意义上,我们也可以把这种身份理解为一个人的“人设”。因此,与静态身份强调特定人的身份表征不同,动态身份强调人的身份认同。对于个人来说,他的静态身份不存在单复数之分,个人只有唯一的姓名,唯一的肖像,唯一的身份,而个人的动态身份恰恰是多元的、情境化的。人可以在不同的社会情境下表达不同的自我。这个镜像中的自我并不完全为我所左右,它依赖于社会对我的认同,而这种认同又必须有我的个人认同和参与。试想,缺少了我的存在,又如何可能存在镜子中的我,而我采取何种行动,自然也会在镜子中呈现出不同的形象。

网络世界拓展了人的身份建构的空间,每个人都可以在虚拟世界中重塑自我,甚至可以选择与物理世界完全不同的自我呈现,从而形成各种各样的“数字身份”。当然,对数字身份的理解同样存在静态和动态之分。与前网络时代的静态身份和动态身份相对应,静态数字身份又称“可信身份”,<sup>[33]</sup>同样强调身份的验证和识别,以明确网络环境下的行为主体就是物理世界的本人;动态数字身份是指以数字化方式呈现的我的社会镜像。<sup>[34]</sup>但需要特别注意的是,网络世界也是现实世界的组成部分。数字身份上承载的个人权益,或者说数字身份权益,本质上仍属于个人身份权益的范畴。<sup>[35]</sup>因此,不论是对静态数字身份还是动态数字身份的保护,实际上都是对个人身份权益在网络化、数字化语境下的延展保护。但是,个人身份权益包括数字化的个人身份权益,是否必须通过个人信息保护法加以保护,抑或可以通过保护其他人格权益(如姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等)或者后者的扩张保护来加以解决,还需要作进一步的分析说明。

关于姓名权。前文提到,个人身份的保护,最早即始于姓名权的保护。民法典第1014条规定,任何组织和个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权和名称权。根据民法典第1017条,姓名权的保护范围也拓展到了“具有一定社会知名度,被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等”。依学理观点,同一性及个别化系姓名的两种主要功能,保护姓名权的目的在于使权利人使用其姓名的权利不受他人争

[31] 社会心理学的研究认为,自我的描述时刻随着我们在“个体与社会认同连续体”中所处的位置而变化:站在个体认同的一端,我们主要将自己看作一个独立的个体;站在社会认同的一端,则把自己看作某一特定群体的一员。自我概念的突出点将随着社交情境的变化而变化,因此每个人可以有多种社会身份,而每种社会身份对行为的影响取决于激活该身份的特定情境。参见[美]尼拉·R.布兰斯科姆、罗伯特·A.巴隆、唐·R.伯恩:《社会心理学》,邹智敏等译,机械工业出版社2019年版,第85页以下。

[32] “镜像”这一术语的确立与现代心理学关于镜像神经元(mirror neurons)的研究密不可分。“如果你朝宝宝做鬼脸,那么他很有可能会模仿你。这就是近年来发现的我们大脑中的镜像神经元所致,它能让我们模仿做鬼脸这一行为,或者更广义地说,模仿他人的思想。”这个儿童最初的模仿过程,对个人身份的形成具有重要意义。参见[比]保罗·沃黑赫:《身份》,张朝霞译,花城出版社2018年版,第6页以下。

[33] 国内目前关于数字身份的研究,主要是从静态意义上理解可信身份的保护问题。例如,阮晨欣:《法益衡量视角下互联网可信身份认证的法律限度》,《东方法学》2020年第5期,第45页以下;胡凌:《刷脸:身份制度、个人信息与法律规制》,《法学家》2021年第2期,第41页以下。

[34] 前引[18],Tardia书,第27页以下。

[35] 在虚拟世界中,个体可能通过匿名化的方式扮演不同的身份角色,这些角色甚至可能是冲突的。但研究表明,随着20世纪90年代后期数字环境的变化,人们越来越习惯于将更多的线下生活融入到线上身份之中。网络用户即使是在线上空间,一般也会拥有维持一贯自我的欲望,而不是假装扮演一个脱离中心的、碎片化的、无实体的自我。比如,个人主页就是典型的通过向他人展示什么对自己是重要的,而尝试达到身份的融合。参见前引[29],米勒书,第146页以下(关于数字身份匿名化问题的讨论)。

执、否认及不因被冒用而发生同一性及归属上的混淆。<sup>[36]</sup>有学者甚至进一步认为，姓名权所要保护的就是“身份一致性利益”，“其实质是通过区分‘你我’而实现个人独立人格的建构”。<sup>[37]</sup>若如此理解，似乎个人身份权益就被纳入姓名权的保护范畴。但在笔者看来，姓名权的保护方式依然具有局限性。尽管姓名权的保护对象也是一种身份识别符号，但其核心功能在于识别主体的物质性存在（*esistenza materiale*），<sup>[38]</sup>而且这种物质性存在始终限定在姓名、网名等具有识别性功能的身标识层面。<sup>[39]</sup>至于在混淆身份之外，以（干涉、盗用、假冒等方式）侵犯姓名权为手段而损害受害人的其他权益，是否均应纳入姓名权的保护范围，学理和实务依然存在争议。<sup>[40]</sup>但无论如何，姓名权保护显然无法涵盖动态身份，也即人的社会镜像的保护问题。

关于肖像权，根据民法典的规定，肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上反映的特定自然人可以被识别的外部形象。肖像并不限于人的面部特征，还包括面部以外的人体外貌。<sup>[41]</sup>民法典还明确自然人的声音可以参照适用肖像权的规定得到保护。随着人工智能和大数据等新技术的快速发展，实践中利用“深度伪造”技术侵害肖像权的情况越来越普遍，因此民法典在第1019条专门规定，任何组织或者个人不得“利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权”。但肖像权所针对的人的“外部形象”，始终是指自然人的外观视觉形象，即保护识别性的人格标识，这种人格权的产生不具有直接的意志性因素。<sup>[42]</sup>换言之，肖像权并不能涵盖对个人的“社会形象”即个人动态身份的保护。

关于名誉权，根据民法典的规定，名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。信用涉及对个人的经济能力的社会评价，因此立法者将其纳入名誉权加以规范。民法典第1024条规定“任何组织或者个人不得以侮辱、毁谤等方式侵害他人的名誉权”，目的在于保护民事主体的名誉不受他人贬损，社会评价不被降低。前文提到，动态身份是指一个人的社会镜像、社会形象，而这种社会形象的形成，常常也涉及信息流动过程中他人的参与和评价。但是，名誉涉及的是他人对“我”的外部社会评价，而身份认同涉及的却是主体个人认同与社会认同的交织互动。正如在前述“Veronesi”案中所反映的那样，一个人的身份（认同）受到外部的干扰和歪曲，未必会带来其社会评价的降低即名誉的贬损，但却同样可能带来身份权益上的困扰。换言之，判断个人身份权益是否被侵犯，并不取决于公众对其是否有负面评价，

[36] 前引〔16〕，王泽鉴书，第116页。

[37] 于柏华：《处理个人信息行为的合法性判断——从〈民法典〉第111条的规范目的出发》，《华东政法大学学报》2020年第3期，第87页。

[38] 前引〔18〕，Tardia书，第38页。

[39] 司法实践中还将姓名权的保护拓展到游戏ID，如韩某诉郭某姓名权、肖像权案，北京市朝阳区人民法院（2017）京0105民初1832号民事判决书。参见国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院编：《中国法院2020年度案例·人格权纠纷》，中国法制出版社2020年版，第209页。

[40] 比如，针对“齐玉苓案”，最高人民法院曾发布《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》（法释〔2001〕25号，已失效），除了引发关于宪法基本权利的第三人效力问题的讨论外，也引起了关于姓名权的保护边界问题的讨论。有观点认为，该案中陈某以侵犯姓名权的手段侵犯齐玉苓的受教育权，真正侵害的其实并非姓名权，而是齐玉苓的一般人格权，即影响了其人格的自由发展。参见王冠玺：《宪法权利的民法效力》，载周江洪等主编：《民法判例百选》，法律出版社2020年版，第12页以下。但也有观点认为该案涉及姓名权而非受教育权的侵害问题，参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第148页。

[41] 参见隋彭生：《论肖像权的客体》，《中国法学》2005年第1期，第50页。

[42] 同上文，第48页。

而是关注个人在社会交往中形成的社会镜像能否得到自主、完整的呈现,因此个人身份权益并不是名誉权所保护的主体。<sup>[43]</sup>

关于隐私权与个人身份权益的关系,各国法的确存在不同的理解。在某种意义上,个人如何呈现自我,自然也涉及到在人际交往中保留哪些部分不欲为人所知,哪些愿意呈现给他人。但从现行法规范和权利(益)所指向的内容来看,隐私权和个人身份权益之间的概念区分依然是清晰的,即隐私权关注的是个人身份、个人特征不欲为他人所知的利益,而个人身份权益的保护涉及的是个人身份(包括静态身份和动态身份)如何为他人正确认知的利益。虽然个人信息的处理既可能影响到个人的隐私权,也可能涉及个人身份权益的侵犯,但这涉及的是私密信息的保护上隐私权规则和个人信息保护规则的协调整合问题。对此,前文第一部分已作分析,此处不再赘述。

最后需要补充的是关于个人信息自决权的理解。个人信息自决权理论的核心,在于认为个人对与其相关的信息具有某种程度的控制力,可以自主地决定个人信息的传递,从而实现个人的人格自由和人的尊严。前文对此的批判,聚焦在这一理论并不能清晰地说明个人信息与人格自由、人的尊严的关系。但如果本文认为个人信息保护的主体是指个人身份权益,即个人身份建构的自主性和完整性,进而以此来论证个人信息与人格自由、人的尊严之间的关系,强调的实质上同样是人的自主性。如此,也许会有读者认为,提出个人身份权益的理论观点,无非是将个人信息自决权“替换了一个新的名词”,其实并无多少现实意义。但在笔者看来,主张个人享有信息自决权的观点事实上并未看到信息在个人身份建构过程中的真正作用。在身份认同理论看来,个人信息本身并不具有固有的人格利益,盖身份的建构过程,本质上是人际互动关系中自我的呈现过程。在这个过程中,“获得个体的信息,有助于定义情境,能使他人预先知道该个体对他们寄予什么期望,以及他们或许可以对该个体寄予什么期望。获悉了这些方面的情况,他人自会明晓,为了唤起期望的回应,如何行动最为恰当”。<sup>[44]</sup>因此,个人(动态)身份的确立并不单纯取决于个人本身,也不在于其提供的信息本身,而是个人在各种社会交往中通过个人认同与社会认同综合形成的自身社会形象(人设)。换言之,保护个人信息,其实在于保护建立在个人信息基础上所呈现的“个人自我形象”,使个人身份在自主性、完整性层面都能得到正确的定位,从而保障个体参与社会生活(包括网络生活)的自由和其人格尊严。由此说明,随着个人身份内涵的不断丰富,不仅传统的人格权保护体系并不能涵盖个人身份权益的动态保障,而且个人信息保护同样需要走出保护“个人信息自决权”的误区,在个人身份建构的视域下进行体系性的制度解释甚至重构。

#### 四、身份建构视域下的个人信息保护

个人信息保护涉及的面向颇为宽广,限于篇幅,本文仅针对目前个人信息保护中的核心争议问题,在身份建构的视域下进行重新解读,提出一些不成熟的观点供同仁思考。

##### (一) 个人信息的定义和分类

前文提到,民法典第1034条和个人信息保护法第4条均对个人信息作了界定,此处将重

[43] 前引[18], Tardia书,第48页。

[44] 参见[美]欧文·戈夫曼:《日常生活中的自我呈现》,冯钢译,北京大学出版社2008年版,第1页。

点说明二者在规范路径上的差异。民法典强调身份识别方式的差异，将个人信息作了直接识别和间接识别的区分；<sup>[45]</sup> 个人信息保护法则区分已识别和可识别的个人信息，强调对个人识别程度的差异。但无论是直接与间接还是识别与可识别的分类，其在规范上的差异都尚未有更清晰的体现。<sup>[46]</sup> 而在身份建构的视域下，个人信息所反映的恰恰是个人身份的各种呈现方式。无论是静态身份（身份标识）还是动态身份（社会镜像），在某种意义上均可用于识别特定个体。但正如前文所述，个人信息保护的规范模式重点不在于对作为结果的身份的保护，而是在于对身份生成过程的行为规范。这就意味着，一方面，只要会影响个人身份建构的任何信息，不论是直接的还是间接的，已识别的还是可识别的，均应纳入个人身份（信息）的保护范畴。换言之，针对个人“身体、生理、遗传、心理、经济、文化或社会身份”的信息，<sup>[47]</sup> 包括对个人的评价信息（不限于信用评价）、<sup>[48]</sup> 去标识化的信息<sup>[49]</sup> 等，理论上均属于个人信息的范畴。另一方面，个人信息保护的关键并不在于静态地判断某个信息属于或不属于个人信息，而是要聚焦于不同语境下个人身份的生成方式进行更有针对性的行为规范。

需补充的是，随着数字技术的发展，身份识别方式越来越多元。除姓名、肖像等固有的人格特质外，人的基因排列、肤色、虹膜、声音、步行姿势、静脉形状、指纹、掌纹等身体特征，均可作为识别特定人的身份识别符号，甚至国家机关或特定事业团体基于公共管理或用户管理的需要赋予特定人的编号（如居民身份证号、护照号码、健康码、社保卡号、手机号码、驾驶证号等），网络上的行为轨迹、位置信息等，均可被用于身份的验证和识别。对于这些个人信息存在不同的规范路径。如将其理解为类似姓名、肖像等表征个人身份的固有的人格要素，则存在扩张姓名权、肖像权保护的解释空间。但如此就必须划定究竟哪些信息更接近姓名权、肖像权等传统人格权，哪些又应该排除在外。而从个人身份建构的视域出发，前述各类信息在一定程度上均蕴含着特定人的“身份代码”，但其中哪些属于可以直接识别出特定个体的“唯一身份代码”，而哪些却只具有间接识别性，只能借助与前者的组合、比对等才能识别出

[45] 所谓直接识别，是指通过该信息可以直接确定某一自然人的身份，不需要其他信息的辅助，如某人的身份证号、基因信息等；所谓间接识别，是指通过该信息虽不能直接确定某人的身份，但可以借助其他信息确定某人的身份。参见前引〔1〕，黄薇主编书，第192页。关于个人信息的身份识别标准的研究，参见苏宇、高文英：《个人信息的身份识别标准：源流、实践与反思》，《交大法学》2019年第4期，第54页以下。

[46] 在比较法上，区分直接识别和间接识别涉及有无识别性的判断标准差异，盖直接识别性个人信息可依一般人的认知、技能进行判断，而间接识别性个人信息却需要与其他资料进行组合、比对等才能识别出特定自然人，因此间接识别性的判断应以何人为对象、采何种标准，会有较大争议。对此，“日本法上对于判断对象采提供人基准说，而判断基准则依一人或一般事业应有的能力和技术”。参见范姜真嫒：《匿名加工资料制度之创设——因应大数据时代日本个人资料保护法之新进展》，《东海大学法学研究》第59期（2020年），第13页以下。至于已识别和可识别的区别，重点在于如何判断可识别性，这就涉及个人信息保护的规范边界问题。个人信息保护法仅在第51条提到去标识化的安全处理措施，但去标识化的信息并非匿名信息，如何规制对此类信息的处理，缺乏进一步的规范设计。

[47] 此为欧盟《一般数据保护条例》第4条所明确列举的个人身份要素。参见京东法律研究院：《欧盟数据宪章：〈一般数据保护条例〉GDPR评述及实务指引》，法律出版社2018年版，第227页。

[48] 前引〔12〕，Resta文，第525页。该文作者认为，在意大利法上承认评价信息属于个人信息的范畴，具有极为深远的意义。评价信息在生成来源上恰恰不是个体本人，而是来自第三人对其的评价。但评价信息同样影响着个人身份的建构，因此也应纳入个人信息保护。同时评价信息具有主观性，因此本人不能主张更改或补全，而只能寻求其他保护手段的救济。

[49] 这一点似乎可以从个人信息保护法第4条的定义中推导出来。该条关于个人信息的定义，仅排除了匿名化处理后的信息，而该法在附则部分，明确区分了去标识化和匿名化的概念。去标识化的信息只是“不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人”，因此显然不属于匿名信息的范畴。

特定个体，还需要有更明确的规范界定。区分不同的身份识别符号在个人身份生成中的意义，同时在信息处理上施加不同程度的行为规范要求，或许可以更好地平衡个人信息保护与数据开发利用的关系。<sup>[50]</sup>无论是区分直接或间接识别，还是区分已识别或可识别，关注的焦点始终只是能否纳入个人信息的保护范围。而在个人信息的范畴内，哪些信息的处理以及何种处理方式可能影响到对个人身份的“正确认知”，是否还需要作类型化规范，还有进一步探讨的空间。比如，对个人的各种评价信息是否需要重点规制以及区分规制，尚缺乏清晰的思路。另外，关于敏感个人信息和一般个人信息的分类，个人信息保护法第28条作了专门规定，理论上却存有争议。敏感一词，从本义上讲，似乎更强调个人的主观感受或者对个人会造成相对严重的影响。但现行法对于敏感信息的界定，更关注此类信息一旦泄露或非法使用后对个人造成损害、危害的容易程度，<sup>[51]</sup>从而对信息处理者提出更高的规范要求。<sup>[52]</sup>这就意味着，对于敏感信息的理解，并不强调特定个人的自我体验，而是一般化地将“个人生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹以及不满14周岁未成年人的个人信息等”特定类型的信息作为重点规制的对象。但从身份建构的角度上看，此处实际上涉及两种类型的敏感信息，一类与特定领域的身份建构相关（比如宗教信仰、特定身份等，但金融账户似乎更关注对个人财产利益的影响），另一类则关注特定人群，即未成年人的身份建构问题。对这两类敏感信息都需要进行重点保护，本身无可厚非。但值得说明的是，因其所涉及的身份建构方向上的差异，在保护方式上可能还需要作进一步的思考。比如，个人信息保护法第31条第1款特别提到，个人信息处理者处理不满14周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的同意。而从未成年人自我成长的角度，如何规范其父母或其他监护人处理其个人信息的行为，还缺乏清晰的规范指引。

## （二）同意规则

就同意规则，民法典规定在第1035条、第1036条和第1038条。个人信息保护法第13条也规定，除该条第1款第2项至第7项规定的情形外，处理个人信息应当取得个人的同意。但就将同意作为处理个人信息的正当性基础，理论上颇有争议。肯定说强调个人信息具有人格属性，原则上需要本人同意才能处理。否定说的核心理由则在于，一则个人信息并非固有的人格利益，因此个人并不享有对个人信息的支配权或“信息自决权”；二则同意规则在现实中难以操作，且常为“使用即同意”条款轻易排除；三则同意规则一定程度上阻碍了数据开发利用；四则个人信息保护重点在于对处理者的行为规制，而非单纯私益保障，故应纳入社会控制和公

[50] 比如，日本的个人信息保护法专门明确个人信息分为记述型个人信息和符号类个人信息。在符号类个人信息中，又将个人识别符号区分为两类，其一，“供电子计算机利用而将个人身体或生理一部分特征经数字化变换成之符号、编码、记号等”，如指纹识别符号或面部特征识别符号；其二，“提供个人服务或贩卖给个人之商品上所分配或发给个人用以确认本人的卡片、其他书类上所记载或依电磁记录的文字、编号、记号等，例如护照号码、身分编号、保险证号码、信用卡号码等”。“如此修法，主要可解决现今资讯通讯社会广泛利用确认个人身分之识别符号，常被争议是否具有特定个人识别性之问题，缩减所谓个资灰色地位范围，让个资之范围更明确。”参见前引[46]，范姜真嫩文，第15页以下。

[51] 个人信息保护法将敏感信息界定为“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害”的信息。

[52] 如个人信息保护法第28条第2款规定，个人信息处理者具有特定的目的和充分的必要性方可处理敏感信息；第29条提出，敏感信息处理以取得个人的单独同意为原则；第30条提出，对处理敏感信息必须尽到特定的告知义务要求等。

法管制的范畴。<sup>[53]</sup> 在身份建构的视域下，否定说的观点具有商榷的余地。盖身份的形成和发展，均为社会关系中人际关系互动之结果。因此，同意处理各种个人信息，与其说是在许可他人处分其人格要素（这一观点仅在许可他人使用其姓名、肖像等固有人格利益或允许公开其不欲人知的隐私等场景下有一定的说服力），毋宁是想表明，通过个人信息处理所确立的个人身份，原则上必须有本人的参与。也就是说，呈现在镜子中的我，始终需要依托于特定场景下我的存在。<sup>[54]</sup> 需要特别说明的是，在传统社会，个人遭受他人的种种误解，可以通过自身的关系构建而逐渐得到澄清，因此很难将这种自我真实呈现的利益发展为独立的权利诉求。但进入到网络社会，人际交往的地域界限被打破，身份的扭曲和不真实不仅难以得到有效的救济，而且会给个人身份的自主建构带来巨大妨碍。因此，强调个人信息处理以本人同意为原则，明确信息处理应具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式（个人信息保护法第6条），信息处理应该公开、透明（个人信息保护法第7条），以及一旦处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更必须重新取得个人同意（个人信息保护法第14条），甚至允许当事人自主撤回其同意（个人信息保护法第15条），本质上在于强调个人对其不同语境下身份建构的自主参与。盖个人参与社会生活而呈现的自我镜像，必然是一个场景化的建构过程，因此在不同的社会关系语境下，个人可以通过有意识的活动形成多元的社会身份，从而充分表达自我和发展人格。比如，对微信朋友圈设置三日可见、半年可见、对特定人可见等，不仅在于保障隐私，更在于个人愿意以不同的身份设定（人设）参与社会交往。这就意味着，在对同意规则的理解与适用上，始终需要结合个人信息的处理场景及其对主体身份建构的影响来加以评判。这也意味着，不仅否定说的立场不能得到支持，而且同意规则在解释适用上还有进一步完善的空间。比如，个人信息处理者的告知义务，不仅在于明示处理的目的和方式等（个人信息保护法第17条），或许还应结合格式条款规制的相关规定（如民法典第496条），在信息不对等的情况下，要求处理者就信息处理可能影响个人身份建构的风险进行必要的提示。<sup>[55]</sup>

### （三）数字画像

“数字画像”（profile）是建立在大数据技术上自动生成的数据组合，并被用于作出某种决策。数字画像又分为团体画像和个人画像。团体画像是通过数据挖掘技术生成的某类人群基本特征的数据组合；个人画像是特定个体的某种特征或某些特征的数据组合。<sup>[56]</sup> 关于数字画

[53] 对同意规则的批判，参见高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，《法学研究》2018年第3期，第99页以下；吕炳斌：《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，《法商研究》2021年第2期，第87页以下。

[54] 比如，未经本人同意，杜撰出一个对我的新闻采访稿，即使并未导致我的名誉贬损，甚至相反使我赢得好评，也依然可能影响我的身份设定（如会让公众对我产生误解）。换言之，此处影响到身份建构的并不是新闻采访中所述的内容本身，而是未经我同意塑造（捏造）了一个特定场景下关于我的社会镜像。

[55] 个人信息保护法在第30条明确个人信息处理者处理敏感信息时原则上需要向个人告知处理此类信息的必要性以及对个人权益的影响。第48条还规定个人有权要求信息处理者对其个人信息处理规则进行解释说明。该法第16条、第17条、第30条、第48条与民法典第496条、第497条之间的关系如何协调，尤其是如何规范实践中盛行的“使用即同意”条款，还有待理论和实践作进一步探讨和澄清。

[56] 根据团体中的个体是否均具有该团体特征，团体画像又可分为分布式（distributive）的团体画像和非分布式（non-distributive）的团体画像两类。比如，如果某吸烟群体被归入“未婚人群”的团体，那么这种团体画像就是分布式团体画像，意味着其中每个成员均符合未婚人士的基本特征。但如果某吸烟群体被归入“肺癌高风险人群”的团体，此时这种高风险未必适用于每个成员，因为这种高风险还可能受酗酒等其他因素的影响。相关分析参见前引[30]，Roosendaal书，第30页。

像,民法典并未涉及,但个人信息保护法第24条针对自动化决策作了专门规定。在身份建构的视域下,数字画像涉及人的动态身份保护问题。盖个人自我的表达大致包括两种符号活动:他给予(gives)的表达和他流露(gives off)的表达。<sup>[57]</sup>前者涉及个体的主动参与(在此意义上引入同意规则);而后者涉及个体的某种行为征兆:它预示着个人所表现出来的行为是由某些原因导致的,而这些原因会导致行为人采取后续的行动。因此,数字画像所呈现的,正是通过对当事人的行为监控所形成的团体或个人数字身份。<sup>[58]</sup>它最大的风险在于:基于自动化决策形成的数字身份完全可能脱离当事人的事先认知,但它依然会对个人隐私和身份的自主建构造成困扰。<sup>[59]</sup>对于团体画像,最大的争议在于将个人归入某个团体是否会带来算法歧视的问题;对于个人画像,理论上可以根据其应用场景区分为个性化推荐和自动化决策两个层面。对于前者,个人信息保护法第24条第2款规定,个人信息处理者还须提供不针对其个人特征的选项,或者向个人提供便捷的拒绝方式;对于后者,该法第24条第3款规定,个人有权要求个人信息处理者予以说明,并有权拒绝仅通过自动化决策方式作出的决定。根据对个人身份建构的影响进行区别规范,颇有现实意义。但考虑到自动化决策下的决定“对个人权益有重大影响”,是否应允许该个人获得对数据控制者部分的人为干预权,或将特定类型的个人数据排除在自动化决策的应用场景之外,理论上还有探讨余地。<sup>[60]</sup>

#### (四) 数字化身

“数字化身”(avatar),又称“替身”,是指现实世界中的个人在虚拟世界中所扮演的角色,最早应用于游戏场景。比如,在一款“第二人生”(second life)的游戏中,玩家可以在“虚拟社区”中尝试不同于现实生活的虚拟生活,并根据自己的意愿赋予其不同的角色特征,从而展示自身在虚拟空间中的社会形象。随着网络技术和人工智能的发展,数字化身也被广泛应用于各种生活实践。通过深度学习的技术手段,可以在数字化身与客户或玩家之间形成动态的交互关系。<sup>[61]</sup>与前述数字画像不同,数字化身代替了文本性的自我描述,个人可以在网络中通过替身的建构来获得身份,即在既定环境中形成他们的视觉形象、技能和态度以及他们的社会互动。因此,数字化身也被定义为一种用户交互式的社会表征。<sup>[62]</sup>但在身份建构的视角下,数字化身能否代表自我或者实现自我的认同,需要作类型化的具体考量。有观点认为,在个人与其数字化身之间存在三种类型的身份关系。一是对数字化身的认同,在这里,二者之间

[57] 参见前引〔44〕,戈夫曼书,第2页。

[58] 值得注意的是,通过数字画像本身未必能识别出特定的个体,但一旦在数字画像中加入了具有可识别性的身份符号(如个人姓名或者身份证号等),数字背后的个人就能得到准确识别。参见前引〔30〕,Roosendaal书,第32页。

[59] 自动化决策也会对个人的财产权益造成影响,故个人信息保护法第24条第1款相比之前的草案,增加了禁止“大数据杀熟”的规定。但这也产生进一步的问题,即在对该法第69条“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害”的理解上,是否也应包括处理个人信息直接侵害个人财产权益的情形。对此,后文在分析“不法处理个人信息的民事责任”时作进一步分析。

[60] 欧盟《一般数据保护条例》第22条第3款规定,针对涉及合同订立和履行所必要的,或者基于数据主体明确同意作出的决策,数据控制者应当实施适当的措施保护数据主体的权利、自由和合法利益,数据主体至少获得对控制者部分的人为干预权,表达数据主体的观点和同意决策的权利;第4款规定,涉及该条例第9条第1款所规定的特殊类型的个人数据所作出的自动化决策,数据主体有权不受决策限制,除非采取适当措施维护数据主体的权利、自由和合法利益。参见前引〔47〕,京东法律研究院书,第242页。

[61] 有学者就人工智能虚拟偶像进行了深入研究,根据是否经偶像本人同意,区分为偶像主动虚拟化和被动虚拟化两种情形。参见李晶:《论人工智能虚拟偶像的法律性质》,《浙江社会科学》2020年第9期,第57页以下。

[62] 前引〔29〕,米勒书,第156页。

形成一个整体性的表达；二是个人与数字化身之间彼此独立，后者仅仅被视为一种游戏工具；三是将数字化身作为补偿物，即数字化身被视为个人某些品质的理想投射。<sup>[63]</sup>由此可知，数字化身是否应纳入个人（动态）身份的范畴，需要结合具体场景进行判断。需要特别指出的是，数字化身同样具有可识别性，甚至相比于数字画像，通过数字化身可以更直接地关联到现实的个体。在这个意义上，数字化身背后涉及大量个人信息的处理，同样可能存在个人信息保护问题。<sup>[64]</sup>但个人信息保护的规范路径并不足以解决数字化身可能带来的诸种法律问题。<sup>[65]</sup>比如，利用他人的姓名、肖像等身份信息形成的数字化身，可能涉及他人姓名权、肖像权的保护问题；数字化身作为商品，可能涉及财产权的保护问题；数字身份所扮演的角色，可能涉及著作权相关的保护问题等。理论上还需要反思的是，对数字化身生成的个人动态身份形象，或者因利用他人身份要素生成的数字化身可能对他人动态身份造成的干扰和侵害，法律该如何救济。对此，个人信息保护法仍然“力所不逮”。<sup>[66]</sup>

#### （五）被遗忘权

被遗忘权是一个学理上和实践中普遍存在争议的概念。从文义上看，被遗忘权是指信息主体有要求他人遗忘自己信息内容的权利。但在法律适用上的意义，主要是指当个人信息随着时间流逝变得不准确、不充分、不相关或者超越信息处理目的时，个人要求信息处理者（尤其是搜索引擎服务商）对此予以删除的权利。<sup>[67]</sup>欧盟《一般数据保护条例》第17条对此作了明确规定，并对删除的例外情形作了类型化规定。<sup>[68]</sup>在我国法上，被遗忘权是否应纳入个人信息保护的范畴，理论和实务颇有争议。<sup>[69]</sup>民法典和个人信息保护法并未有明确的规定，但理论上存在一定的解释空间。<sup>[70]</sup>在笔者看来，被遗忘权实为网络时代个人身份权益保护上产

[63] 前引〔29〕，米勒书，第158页。

[64] 比如，个人信息保护法第44条规定“个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权”，第46条规定“个人发现其个人信息不准确或者不完整的，有权请求个人信息处理者更正、补充”。这些规则设计对于解决数字化身后个人信息处理引发的纠纷，有一定的规范意义。

[65] 有观点认为，数字化身（虚拟偶像）在特定条件下可取得权利主体地位。参见前引〔61〕，李晶文，第62页以下。笔者对此持否定意见。盖数字化身本身只是一种社交或游戏工具，显然不能被赋予主体地位。

[66] 2021年4月，欧盟发布《关于人工智能的统一规则（人工智能法）并修正某些联合立法行为的提案》（2021/0106（COD）），试图在个人信息保护、数据保护之外，就人工智能的规范问题进行专门立法。这为解决人工智能应用场景下个人身份的动态保护提供了新的规范思路。

[67] 参见丁宇翔：《被遗忘权的中国情境及司法展开——从国内首例“被遗忘权案”切入》，《法治研究》2018年第4期，第30页。

[68] 参见前引〔47〕，京东法律研究院书，第239页以下。

[69] 支持被遗忘权应得到立法明确保护的，参见杨立新、韩煦：《被遗忘权的中国本土化及法律适用》，《法律适用》2015年第2期，第24页以下；薛丽：《GDPR生效背景下我国被遗忘权确立研究》，《法学论坛》2019年第2期，第100页以下。认为中国法上不应移植被遗忘权，而可以通过其他制度安排有限度地保障被遗忘权所涉及利益的，参见前引〔67〕，丁宇翔文，第34页以下；高富平、王苑：《被遗忘权在我国移植的法律障碍——以任甲玉与百度公司被遗忘权案为例》，《法律适用》2017年第16期，第40页以下。

[70] 民法典第1037条就个人信息删除权作了规定，但相关释义书中提到：“本条规定的个人信息删除权并非《欧盟一般数据保护条例》所规定的‘个人信息被遗忘权’。目前各方对欧盟版的‘个人信息被遗忘权’争议极大，对这一问题宜继续研究，因此，本法对此未作规定。”前引〔1〕，黄薇主编书，第207页。而在此前的民法典各分编草案（2018年9月）中，曾规定根据收集或者使用的特定目的，在信息持有人持有信息已经没有必要等情形，自然人可以请求信息持有人及时删除其个人信息。但这一规定在随后的二审稿中被删除。参见石冠彬主编：《中华人民共和国民法典立法演进与新旧法对照》，法律出版社2020年版，第388页。个人信息保护法第47条也有关于删除权的规则，其中第1项为处理目的已实现或者为实现处理目的不再必要，但这一规定与被遗忘权所要处理的问题并不完全对应。正如本文提到的，被遗忘权要解决的是过去的个人信息影响对“现在的我”的认知从而造成的损害，这并不以信息处理目的是否实现为前提。

生的新问题。在纸质档案时期,文件夹或文件柜使得任何个人信息记录都自动拥有“社会遗忘”(文件夹或文件柜很容易被填满,进而不得不最终销毁或封存入档案馆),但到了数字时代,基于数据存储和记忆的特质,个人电子信息可以永久保存并可能无限期地轻易获得。由此,一旦发展出动态身份的观念,“过去的我”就可能与“现在的我”并不完全一致,而一旦“过去的我”的相关信息可以脱离时空限制为社会公众所认知,就可能对“现在的我”的身份建构成严重困扰。“在网络化和电子化的监控社会,一个人所犯的错误可能跟随其一生并持续不断地影响其财务和社会福利。”<sup>[71]</sup>因此,在网络语境下,赋予个人以被遗忘权,具有保障个人正常参与社会生活进而维护其人身自由和人格尊严的重要意义。并且这种身份权益并不能为隐私权所完全覆盖:问题并不仅仅在于“过去的我”能否为人所知(它可能已经公之于众),而在于“过去的我”的片段化、持续性存在影响了人们对“现在的我”的正确、完整认知。在笔者看来,被遗忘权真正要讨论的问题,毋宁在于如何平衡个人身份建构和公众的历史记忆之间的利益冲突。对此,在意大利实务中专门对“报道权”(diritto di cronaca)和“历史追忆权”(diritto alla rievocazione storica)进行了区分。前者是指通过印刷等传播工具收集和报道特定时间的相关事实;后者是指回顾反映集体生活的某些事件或事实。对于后者,公众并不一定需要了解完成该事件或事实的特定个人的身份。只要不存在新的因素导致需要重现历史,此类追忆历史的活动并不能享有与宪法上所赋予的“报道权”同等的保护。换言之,除非个人在该历史事件中具有显著知名度或者扮演着某种公共角色,否则提及该个人(身份)并不具有当然的合法性。<sup>[72]</sup>不过,在对被遗忘权的救济上是否应赋予当事人删除权,还是结合个人信息保护法第46条关于“个人信息不准确、不完整”的解释,进而通过更正、补充(比如在相关信息上附录新的个人记录,以便公众更全面地了解个人的发展)的方式加以救济,抑或结合不同情况进行区别对待,有进一步探讨的空间。

#### (六) 死者个人信息

关于死者个人信息,民法典并未明确提及。个人信息保护法第49条规定:“自然人死亡的,其近亲属为了自身的合法、正当利益,可以对死者的相关个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等权利;死者生前另有安排的除外。”该项立法设计具有一定的理论和实践价值。处理死者个人信息,必然涉及两大类问题,一是谁有权获得死者相关的个人信息(比如获取相关账号密码,登录相关邮箱等),二是谁有权管理相关个人信息(比如维持、更新、删除相关博客、网页等)。<sup>[73]</sup>而因为死者个人信息的范围颇为宽泛(包括个人邮箱、社交账号、个人云盘等一系列信息的总和),故其所承载或反映的内容,可能既有财产性的面向,也有非财产性的面向。对于此类问题,早期常在“虚拟财产继承”的视角下加以讨论。<sup>[74]</sup>但在继承语境下讨论死者个人信息的保护和处理,始终无法脱离其财产性的规范面向。因此,个人信息保护法规定近亲属可以在死者相关个人信息处理活动中享有一定的权利,实际上是跳出了

[71] 前引[29],米勒书,第113页。

[72] 前引[14],Tampieri文,第1201页。

[73] S. Delle Monache, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in NGCC, 2020, fasc. 2, p. 460.

[74] 对此,又存在两种不同的解释路径。一种是将个人网络账号、密码等信息、数据理解为个人所享有的类似于“物”的合法财产,从而探讨可否以遗产继承的方式处理相关纠纷;另一种从给付的角度,考虑继承人能否继受个人与网络平台之间的服务合同关系,从而取得死者生前的合同地位。

“财产继承”的规范逻辑，以便更好地保护死者的人格利益。不过，站在个人身份建构的角度，个人信息保护法的制度设计依然有完善的空间。死者个人信息，尤其是在网络语境下，其实也代表着其生前所呈现的种种数字身份。而与物理世界的身份建构活动不同，理论上，数字身份可以脱离个体的物理存在而在网络空间中得到无限延续。在此意义上，死者个人信息的处理，同样关涉着个人的身份建构问题。由近亲属行使查阅、复制、更正、删除等权利，实际上是赋予近亲属对此等数字身份的控制权，由其获取和管理相关的个人信息。<sup>[75]</sup>这种控制权一旦超出了维系和保护死者生前的身份建构的边界，其正当性显然值得质疑。比如，死者生前发布的社交信息，可能恰恰对近亲属进行了屏蔽，目的在于维持其在家庭关系中的“人设”。又比如，近亲属所作出的查阅、复制、更正、删除死者相关个人信息的行为，可能恰恰歪曲或混淆了死者生前呈现的自我形象。尽管个人信息保护法第49条将近亲属的权利限定在“为了自身的合法、正当利益”，并且明确“死者生前另有安排的除外”（比如生前指定或委托特定近亲属或者近亲属之外的其他主体，在其死后管理甚至直接删除其个人信息），但在笔者看来，无论是从虚拟财产继承还是死者个人信息保护的角度，近亲属行使相关权利的活动以及对其“自身的合法、正当利益”的解释，始终不能对死者人格利益造成妨碍，即使死者在生前并未有明确的其他安排。<sup>[76]</sup>另外，个人身份建构是一个与他人互动的过程，因此个人信息上同样可能承载着他人（静态或动态意义上）的身份信息。在特定情况下，死者个人信息的处理可能还涉及第三人行使相关权利的问题，因此笼统地赋予近亲属对死者个人信息的种种处理权，显然值得商榷。

#### （七）不法处理个人信息的民事责任

民法典在“隐私权和个人信息保护”章节并未明确不法处理个人信息的责任承担问题，仅在第1036条就免除民事责任的事由进行了规定。理论上需要解释民法典第995条至第1000条关于人格权受侵害的救济手段，是否可以适用于不法处理个人信息的场景。对此可能有两种不同的解释方案。一种是将个人信息处理的相关规定理解为对个人具体人格权或财产权进行预防保护的事先救济手段，也即如前述部分学者所言，避免个人信息被非法收集、泄漏、买卖或利用可能导致人身财产权利遭受侵害或人格尊严、个人自由受到损害。在逻辑上，受害人似乎依然须以不当处理个人信息最终所导致的或可能导致的各种具体人格权益受到侵害为由，寻求第995条至第1000条的救济。比如，行为人不当公开受害人的个人信息，最终导致后者的名誉受损，如此则行为人所承担的实际上并非不当处理个人信息的民事责任，而是侵害名誉权的民事责任。另一种解释方案是宽泛解释第995条至第1000条的“人格权”，使其包含“个人信息权益”，如此，则当事人可以不法处理个人信息导致其“个人信息权益”受损或可能受损为由，直接主张第995条至第1000条的救济。在笔者看来，两种解释方案均有商榷的余地。前一种解释方案最大的问题在于，姓名、肖像、名誉等具体人格权始终无法对个人身份权益尤

[75] 实践中，一些社交平台常常以平台自治规则或用户协议等方式声明：一旦用户死亡，其在平台上的个人信息将会被删除，或者直接转为纪念版面。在笔者看来，此类声明始终需要作为格式条款受到规制。换言之，除非死者生前存在自愿、明确的同意，此类条款不能直接拘束死者的近亲属。

[76] 个人信息保护法第49条还存在与民法典第994条的衔接问题。后者规定在死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害时，其配偶、子女、父母或例外情况下其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任，显然并未赋予近亲属积极处置死者人格要素的权利。

其是动态身份权益提供周延的保护，而第二种解释方案容易将个人信息本身理解为一种归属于个人的固有的人格权益。在笔者看来，个人信息上所承载的个人身份（自主完整建构的）权益，才属于民法典第990条第2款所称的“自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”的范畴。因此，即使将“个人身份权益”等同理解为“个人信息权益”，对于行为人不当处理个人信息的行为，如果无法以其他具体人格权、财产权受侵害为由主张救济，则始终需要通过评价相关个人信息处理行为对个人身份建构自由造成的影响来确定民事责任。

就侵害个人信息的损害赔偿，个人信息保护法第69条作了专门规定。该条规定考虑到个人信息处理中的信息不对称问题，明确了在个人信息处理者的过错认定上实行举证责任倒置规则，理论上颇值赞赏。但第69条实际上沿用了民法典第1182条的规范逻辑，而后者关注“侵害他人人身权益造成财产损失”的损害赔偿问题，由此带来三个问题：一是对于处理个人信息直接侵害他人财产权利的情况，比如“大数据杀熟”，是否也适用本条加以规范；二是个人身份权益受损，比如个人动态身份被不当歪曲（但不涉及名誉贬损），个人身份信息被不当公开、删除、篡改等，是否可以进行财产意义上的损失评价；三是侵害个人身份权益是否同样存在精神损害赔偿的问题（民法典第996条和第1183条）。对于第一个问题，笔者认为并不符合该条的规范逻辑，而应纳入民法典第1184条的规范逻辑（“侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算”）。对于后两个问题，笔者原则上均持肯定立场，盖身份建构不仅关涉个人的行动自由和人格尊严，同时还可能存在被他人予以商业化利用的财产价值。比如，个人在微博中的“流量”大小反映了个人特定身份形象（人设）在网络交往中的受关注程度。这种身份形象未必与个人名誉、姓名本身存在直接的关联，却可能给个人带来极大的财产利用价值。至于严重侵害个人身份权益所带来的精神损害，自然也存在于予以精神抚慰的空间。但无论是财产损失还是精神损害，均需要结合身份建构的具体场景进行审慎判断。

## 五、展望：从个人信息到数字身份

希腊德尔菲阿波罗神庙入口处上方镌刻着一句箴言：“认识你自己”（Gnothi Seauton）。在漫长的历史长河里，人们从未停止过对内心深处自我的探寻。但只是近百年来，人们才渐渐认识到，我们的身份，也即“我是谁”，其实并非隐匿于自我存在深处的一个不可改变的内核，而是外界铭刻于我们身体之上的思想的汇集。易言之，身份是一个动态建构的过程。<sup>[77]</sup>令人惊讶的是，这一颇具现代意义的身份观念，却在一定意义上印合了“人格”一词的本来面貌。人格，“*persona*”这一拉丁文最初的含义，指的恰恰是演戏时使用的面具，进而引申出“角色”的含义。直到中世纪法学开始，这一术语才被用来特指作为权利主体的人或人格。<sup>[78]</sup>如果说“面具”在某种意义上代表着我们自己已经形成的自我概念，也即我们不断努力去表现的社会角色，那么这种面具所呈现的恰恰是我们的身份。换言之，对自我的真实定义已成为我们人格中不可分离的一部分。在此意义上，如果我们重新梳理人格权保护的历史（这一历史

[77] 前引[32]，沃黑赫书，第4页以下。

[78] 参见黄风编著：《罗马法词典》，法律出版社2002年版，第199页。

远没有想象的那么长远)，也许会得出更为惊讶的结论：人格权的保护从未偏离个人身份权益保护的主线，而这种保护随着社会变迁不断拓展的背后，本质上反映的正是人们对自我、对身份、对人身自由和人格尊严的越来越深刻的认知和反思。进入到数字时代，面对个人自我的数字化呈现所形成的种种数字身份，面对身份的多元化、碎片化、情境化所引发的种种新问题，人该如何定位自己，又该何去何从，这或许才是今天我们讨论人格权问题时真正需要思考的现实语境。因此，如果我们在身份建构的语境下重新理解个人信息保护的规范意义，就能发现，个人信息保护的从来不是个人信息本身，而恰恰是个人在数字时代身份建构的自主性和完整性。行文至此，我们甚至可以进一步反思，面对数字技术和人工智能的不断发展，既有的个人信息保护是否足以应对数字时代的身份危机？在笔者看来，个人信息之上所承载的数字身份，才是真正连接着人类物理世界和虚拟世界的唯一沟通桥梁。也许，以数字身份为中心重新建构数字时代人际关系调整的新秩序，已经离我们并不遥远了。

---

**Abstract:** The object of personal information protection is not the personal information itself, but the autonomy and integrity of the individual's identity construction in various social relations. A historical review shows that the development of personality rights is a process in which personal identity rights and interests are continuously manifested by law. The characteristic of personal information protection rules lies in the shift from "protection of personal identity as a result" to "protection of personal identity as a process of generation". The protection of personal identity rights, especially dynamic identity rights (i. e., the social mirror image of individuals), cannot be covered by the protection of specific personality rights such as name, portrait, reputation and privacy. From the perspective of identity construction, a series of institutional arrangements for personal information need to be reorganized and explained. In the digital age, faced with the identity crisis that may be brought about by the digital presentation of the individual self, rebuilding a new order of interpersonal relationship adjustment with digital identity rather than personal information as the center may be the direction of the future development of the rule of law.

**Key Words:** identity construction, personal information, digital identity, right of privacy

---