

網路社會的資訊隱私權保護

劉靜怡

一 前言：網路社會的資訊隱私保護圖像

在網路規範 (The regulation of Cyberspace) 的研究範疇中，資訊隱私 (information privacy) 一直是最為深沉幽暗的領域之一。其之所以深沉，在於隱私權所牽動的因素，不但包括哲學、文化和社會結構等因素，更涉及將抽象理念訴諸具體法律制度的高度複雜性；其之所以幽暗，在於絕大多數的人雖然身處數位時代裏，卻可能從未真正理解網路科技在政治控制、經濟利益等力量的驅策下，如何無聲無息地點滴侵蝕我們的資訊隱私。本文嘗試從法律經濟分析 (economic analysis of law) 的角度出發，分析今日網路社會資訊隱私保護問題的困境所在，以及其未來可行的解決模式。

在喧騰一時的白宮誹聞案中，獨立檢察官所公布的調查報告，亦即俗稱的「史塔報告」(the Starr Report) 中，便顯示出獨立檢察官辦公室取得了該案女主角萊溫斯基 (Monica Lewinsky) 數個早已刪除掉的電子郵件。實際上，任何個人在網際網路上所進行的活動點滴，都構成其自己電腦和連網電腦上的記錄。

無可否認，個人資訊隱私的侵犯，最早來自於政府這個老大哥。例如，我們經常提供個人資訊給政府，政府使用、處理我們的個人資訊的同時，是否受到必要的規範，亦即政府的行政，是否能夠一則追趕上電腦時代的腳步，提高行政效率，他方面又能兼顧保護個人資訊隱私的，這是學者討論「老大哥正注視着你」此一課題時最關心的重點。然而，在此同時，由於高度且複雜的私人監視科技研發產業興起，在隱私權保護的領域裏，來自於國家的威脅似乎正快速地黯然失色。今天因為網網相連的結果，使得各類型的資訊蒐集處理業者幾乎得以針對任何特定個人進行資訊蒐集、傳輸和再處理，其結果則是任何有心人只需上網漫遊，便能以極低廉的代價，取得眾多他人資訊這樣一個既廣大又獲利甚豐的資訊市場出現。換言之，除了老大哥的關愛眼神持續不斷之外，背後具

在網路規範研究範疇中，資訊隱私一直是最為深沉幽暗的領域。其之所以深沉，在於隱私權涉及將抽象理念訴諸具體法律制度的高度複雜性；其之所以幽暗，在於絕大多數的人從未真正理解網路科技在政治控制、經濟利益等力量的驅策下，如何無聲無息地點滴侵蝕我們的資訊隱私。

有龐大經濟利益做為推促力量，來自於網路世界各個幽微不明的角落，無孔不入地遂行窺伺工程的各種「小大哥」(Little Brothers)，卻更令洞悉其動靜者驚心。當經濟誘因驅策商業力量進入網路世界，並利用推陳出新的資訊科技極大化其經濟利益的同時，我們想要透過對個人資訊的控制，維護個人在網路社會裏的真正行動自由，藉以保護個人的自主性(autonomy)和身份認同(identity)的理念，顯然被逼退了一大步。這樣的網路社會帶給我們的生活架構，彷彿便是小說《1984》的歐威爾(George Orwell)和《國富論》的亞當·斯密(Adam Smith)兩者在世紀之交相遇後的產物。

二 資訊隱私權保護的目的何在？

1890年，沃倫(Samuel D. Warren)與布蘭代斯(Louis D. Brandeis)兩位法學家合著的文章問世，為隱私權在美國法學界的討論立下里程碑。在這篇文章中，沃倫與布蘭代斯主張的是個人在自己家中的輕聲細語不受公開宣揚的自由，以及所謂「生命的權利即指享受生活的權利，也就是不受干擾的權利」。此一沃倫與布蘭代斯立論於普通法法律觀念的「不受干擾的權利」(the right to be let alone)，雖然遲至1960年代才真正因為科技的急遽變革引起高度重視和嚴肅辯論，可是，在歷經幾十年來的種種傳播通訊科技後，個人隱私權的法律面貌有何種轉變？有哪些個人隱私權保障的核心理念，仍然是活在世紀之交的我們應該珍視不渝的？在個人資訊高度流通的網路社會裏，我們能夠容忍的個人資訊曝光底線究竟何在？在網路這個虛擬世界所帶來的重重迷障下，個人資訊隱私的保護，最後能否找到生路？這些恐怕都依舊是根本問題。

從歷史沿革來看，國家對個人隱私權的態度歷經轉折，但辯論重心，則不外乎如何劃定國家與個人之間的界限，以及如何保護個人固有的私密領域不受侵犯。

另一方面，個人資訊隱私的關切重心則是以「個人」和其「個人資訊」的緊密結合關係，在社會生活裏究竟應該扮演何種角色，以及應該受到何種程度的尊重與保護為探討主軸。保護個人資訊隱私的理由，基本上乃是要透過隱私權保障的賦予，維護個人自主性(personal autonomy)以及個人的身份認同(personal identity)，達到維護個人尊嚴(personal dignity)的目的。在個人自主性方面，一旦言行舉止無從免於監視時，很自然地我們可能便會主動限縮自己的活動空間，因此哈佛法學院憲法學教授弗里德(Charles Fried)認為，資訊隱私的理念，似乎不應該只局限於不讓他人取得我們的個人資訊，而是應該擴張到由我們自己控制個人資訊的使用與流向。其次，由於資訊科技帶來的是人我之間的界限與壁壘逐漸改變的事實，從這個觀點來看，在目前的資訊社會裏，個人對個人資訊的控制與決定權，決定了個人與他人建立何種社會關係，進而相當程度決定了個人在資訊社會裏的定位，也因此塑造了個人在這個資訊社會裏的身份認

在個人資訊高度流通的網路社會裏，我們能夠容忍的個人資訊曝光底線究竟何在？個人資訊隱私的保護，最後能否找到生路？個人資訊隱私的關切重心則是以「個人」和其「個人資訊」的緊密結合關係，以及應該受到何種程度的尊重與保護。保護個人資訊隱私的理由，乃是要透過隱私權保障的賦予，維護個人自主性以及個人的身份認同，達到維護個人尊嚴的目的。

同。倘若個人的自主性與身份認同無從維護，那麼，在資訊社會中的種種言行舉措時時受制於外界的窺視，個人尊嚴難免岌岌可危。

三 網路科技改變人我關係：資訊隱私保護的當代困境

資訊科技對於隱私權造成的最大衝擊，在於其改變公私領域和人我之間的界限，以及個人資訊的使用為電子商務帶來極高效率之餘，可能對我們造成個人難以掌握控制的形塑或描繪作用。例如類似Cookies之類資訊科技的運用，乃是透過拼湊種種有關網路使用者個人枝微末節的方式，勾勒出網路使用者自己根本無從預見的剖面圖。在面對侵害個人資訊隱私的質疑與挑戰，使用這些資訊科技的廠商總是嘗試描繪出一幅「雙贏」(win-win situation) 圖像，甚至使用網路科技從事行政行為的政府機關，也喜歡以這種雙贏說詞，例如提高行政效率、促進競爭力，甚至便利人民取得資訊等說法，來掩飾其侵犯個人資訊隱私的潛在缺陷。

無論雙贏說詞多麼華麗，在未經網路使用者或消費者同意的情況下蒐集、處理、流通甚至公開其個人資料，置使用者與消費者的個人尊嚴於不顧，本質上便足以成為個人隱私遭到侵犯的主要疑慮來源，幾乎無窮無盡的電子郵件與一般郵件的根源，如此一來，我們所珍惜的「不受干擾的權利」，可能也因此葬送於無形了。換言之，以出於真正自主意志選擇為出發點的不受干擾的權利，可能還必須包括非出於自主意志選擇即不受任何形塑的自由，才比較能夠從權利的觀點妥善說明資訊隱私保護的理論。更進一步言之，歸納網路使用者的網路旅行經驗所呈現出來的結果，很可能是特定的宗教認同、政治偏好，甚至性別傾向等屬於個人極端私密領域的特徵。這些特徵一旦公諸於世，甚而訴諸未經同意的用途，其所造成的不悅或傷害，恐怕不是任何商業利益或行政目的可以輕易彌補或取代的。面對這種潛在的困窘，難道消費者本身無權事先拒絕？難道我們心目中設想的個人網路形象，不應該在這個全面性的個人資訊處理體制中佔一席之地？難道我們不應該至少擁有向資料蒐集者與處理者說「不」的權利？

讓我們簡單回顧歷史：1979年，美國聯邦最高法院在Smith v. Maryland此一判決中指出，只要是個人「自願公諸於世」(voluntarily made public) 的資料，基本上便無個人隱私遭受侵犯的問題可言。但是，身處今日資訊時代，「自願」向政府提供個人資訊，或者透過「自願」撥接網路的動作，進而在網路上所從事的絕大部分活動，或許都可以解釋成是出於「自願」的。例如，在上述Cookies在與網路其他技術(如user authentication) 結合之後，使用Cookies的網站，對於該使用者「出於自願」的網路旅行經驗瞭若指掌：網路使用者在網路上循何種路徑移動、從事哪些網路行為，已在不知不覺中暴露無遺。這種即使是屬於「自願」，但卻根本「不知」自己相關資料正以各種形式被納入不同資料庫的情形，本質上

資訊科技對於隱私權造成的最大衝擊，在於其改變公私領域和人我之間的界限，以及個人資訊的使用為電子商務帶來極高效率之餘，可能對我們造成個人難以掌握控制的形塑或描繪作用。在未經網路使用者或消費者同意的情況下蒐集、處理、流通甚至公開其個人資料，本質上便足以成為個人隱私遭到侵犯的主要疑慮來源。

是否違背個人尊嚴與意願的核心價值，毫無「自願」可言，所謂「自願提供個人資訊」的定義，是否應該重新釐清，在法律論證上不無討論空間。

傳統上隱私權倡者針對資料蒐集行為所做的回應，不外乎要求更為廣泛的立法，例如在美國出現以有系統的方式針對數位時代的隱私權保護進行聯邦立法的呼聲，在台灣主張修改現行電腦處理個人資料保護法者亦不在少數。不過，本文以下要嘗試說明的是，為了達到資訊隱私權保護的目的，如何創造維持一個健全的「隱私權市場」，或許是除了立法之外，可以考慮採行的保護策略。

四 資訊隱私保護的必要性與經濟分析下的 資訊隱私權保護架構

在討論個人資訊的適當規範模式時，經常被提出來的說法是，當個人資訊的使用有利於公共利益所追求的目的時，便應該就資訊隱私的保護做一定程度的讓步，以便合乎經濟效率的需求；換言之，個人資訊的保護，除了從資訊隱私權的角度，尚須由社會整體經濟利益的角度進行探討。然而，本文此處要強調的是，對個人資訊採取必要適當的保護措施，對社會整體經濟利益而言其實反而具有正面影響。因為，過於寬鬆或者不適當的個人資訊保護措施，可能帶來的負面影響往往高過於預期。首先，寬鬆或不當的個人資訊隱私規範架構，將扭曲個人的行為，至於可能產生扭曲效果的個人行為，範圍相當廣泛，包括一般日常生活行為和選擇是否上網進行交易的行為等等。再者，無法充分保障個人資訊隱私，極可能產生扭曲市場的結果。簡言之，寬鬆不當的個人資訊隱私保護機制，會鼓勵私人產業或公司從事選擇性的行為，亦即所謂的cherry picking的行為；矯枉過正的風險分隔 (risk segmentation) 行為，雖然可以使某些廠商得利，但卻會使整體使用者的成本增加，造成扭曲市場的結果。除此之外，我們之所以需要具有相當程度穩定性的資訊隱私規範機制保護個人資訊隱私，另一個原因在於廠商與個人之間沒有任何可以仰賴的資訊倫理規範可言，偏偏有心蒐集資訊的廠商與個人之間，對於個人資訊的掌握，乃是處於權力不平等的狀況。在高度發達的數位科技下，個人沒有太多的選擇以保障其資訊隱私，一般而言，廠商亦無保障個人資訊隱私的誘因可言，於是有效的規範機制或者交易機制，便有其必要。

個人對自身資訊的控制，構成資訊隱私權的根本架構，進而引伸出資訊自我決定 (information self-determination) 論，固然是法學界內普遍受到肯認的說法，但是此一訴諸個人自主性 (individual autonomy) 的論述，在網路社會裏卻仍然有不少困難有待克服。

除了既有的資訊隱私保護立法的主張之外，長久以來佔據資訊隱私保護領域的論述，一直是所謂由下而上 (bottom-up) 的產業「自我規範」 (self-regulation) 或者產業自律，亦即透過產業內部制訂行為規章的方式所進行的自律措施。此

長久以來佔據資訊隱私保護領域的論述，一直是所謂的產業自律。此一主張預設了資訊隱私權能透過市場機制解決的立場，然而，卻忽略了其參與式的民主體制應該息息相關的前提。換言之，當我們容忍對個人進行監視的體制，卻在這個體制內不賦予受監視的個人應有的參與決策和發言機會時，其實與極權體制無異。

一主張似乎認為一旦產業界設定了規則，來自於產業界內其他成員的壓力，或者來自於市場本身的壓力，便可以迫使業界成員持續遵守這些產業內部的行為規章。然而，仔細探究之下，我們不難發現產業自律此一資訊隱私保護模式其實面臨相當多的限制。首先，產業自律模式乃是預設了資訊隱私權保護所追求的所有價值，均能透過市場機制解決立場，然而，此一立場卻忽略了隱私權的保護與參與式的民主體制應該息息相關此一前提；換言之，當我們容忍對個人進行監視的體制，卻在這個體制內不賦予受監視的個人應有的參與決策和發言機會時，其實與極權體制無異。同時，將個人資訊的保護交給市場機制處理時，也必須考慮會不會正巧落入市場失靈的典型裏：一般而言，市場機制必須在公開透明的情況下，方能有效運作，亦即個人至少必須能夠確認誰在蒐集使用其個人資訊，才有公開透明度可言，可是，蒐集、使用和處理個人資訊的廠商，卻反而有意無意地將此一重點予以模糊化，而非透明化，導致個人無從真正自主控制其個人資訊的使用與流向。究其原因，不外乎所謂個人資訊蒐集使用和處理方式的透明化，與廠商藉由隱密方式蒐集使用處理個人資料而獲取鉅額商業利益的經濟邏輯大相逕庭，那麼也就無怪乎研究顯示絕大多數的產業自律措施，都未能滿足資訊隱私保障的基本原則要求了。

當然，我們也不應否認產業內部自律規範本身仍然可能會是有效的規範機制，但是，這種規範機制能夠成功的必要條件，卻在於規範執行者的範圍，至少包括必須承擔受規範行為成本者在內。然而，仔細檢驗之下，我們卻可以發現發展出規範來進行自我規制的產業本身，似乎並不需要負擔個人資訊遭到濫用或誤用的真正成本；真正的資訊隱私成本，最後其實是由個人負擔，而非由廠商負擔，因此產業內部自律規範執行效果不彰，似乎也就不難預想了。

其次，廠商針對其資訊蒐集行為所受到的責難提出的標準回應，是宣稱保障個人「選擇」權——也就是賦予個人選擇其資訊應該如何被使用的權利。目前諸多網路經營者或者廠商所採取的促使個人進行選擇的標準方式，則是透過在網頁上張貼隱私權保護書面的文本 (text) 方式，藉由說明該網站針對隱私權事項所擬定的隱私權政策聲明，以及賦予消費者針對該網站處理隱私權的方式選擇加入 (opt-in) 或者選擇退出 (opt-out) 的權利，達成其保護個人資訊隱私的目的。然而，不可否認的是，此種訴諸書面文本的契約模式，如果要認真執行，處理成本勢必相當高昂，然實質意義卻相當有限。畢竟，很少有人會有充分的時間或者耐心，去詳細完整地閱讀那些描述如何控制個人資訊流向的模糊規則的繁雜文件，我們甚至不難發現，這種契約模式的可議之處，很可能在於其基本上已經假設了網路使用者是在完全「自願」的情況下，提供個人資料的前提。但是，不幸的是，衡諸實際技術狀況，網路使用者很可能並不是真正「自願」提供個人資料的。對於這些制式契約，使用者幾無協商修改的可能性，而一旦拒絕提供個人資料給某一特定網站時，結果通常是無法換取進入該網站 (例如無法閱讀《芝加哥論壇報》[*Chicago Tribune*]) 的權利。在這種片面遊戲規則下，網路使

目前諸多網路經營者或者廠商所採取的促使個人進行選擇的標準方式，是透過在網頁上張貼隱私權保護書面的文本達成其保護個人資訊隱私的目的。這種契約模式的可議之處，在於其基本上已經假設了網路使用者是在完全「自願」的情況下提供個人資料。對於這些制式契約，使用者幾無協商修改的可能性，網路使用者並無真正選擇自由可言。

用者並無真正選擇自由可言。假使未來網路上所出現的主導模式是此種契約規範模式，對於絕大多數網路使用者而言，提供詳細的個人資料很可能成為從事網路活動的「必要之惡」，而不是真正獲得更多的選擇自由。而所謂的「自願」，也很可能是一種「被迫的自願」而已。

換言之，所謂網路使用者的自主同意，本質上即相當難以完全達成。要使得網路使用者能夠在不同的資訊隱私保護可能性之間作出完全自主的選擇，前提是使用者必須對各個可能性的內涵有充分理解，然而，目前的網路現況卻絕非如此，畢竟，網路使用者對於其造訪瀏覽的網站，尤其是這些網站蒐集個人資料的行為，通常缺乏了解。此一資訊不對稱 (information asymmetries) 現象，不但起因於理解網路技術的困難，也和多數網站自我揭示的隱私權保護政策往往不夠明確，亦即未能充分揭露網站如何蒐集和利用網路使用者的個人資料，有極高的關連，而且，對於使用者來說，恐怕也難以細讀或理解這些隱私權保護政策的內容。並且，就算隱私權保護政策的內容相當明確，但是面對網路上所呈現出來的制式化隱私權保護契約用語，在種種主客觀因素限制下，網路使用者除了同意產業界所共同擬定的制式內容之外，似乎別無選擇。換言之，從經濟學的角度來看，消費者在面對預設的契約條款時，通常會顯現出相當強烈而普遍的惰性，因而放棄進一步的協商，就此而論，我們實在很難推導出網路使用者會有真正自主選擇可言。

對於絕大多數網路使用者而言，提供詳細的個人資料很可能成為從事網路活動的「必要之惡」，而不是真正獲得更多的選擇自由。消費者在面對預設的契約條款時，通常會顯現出相當強烈而普遍的惰性，因而放棄進一步的協商。就此而論，我們實在很難推導出網路使用者會有真正自主選擇可言。

再者，網路世界的資訊隱私保護問題，本身還蘊含集體行動 (collective action) 必然出現的典型困境。首先，對網路世界所顯現的資訊隱私權威脅具備必要知識或基本認知的網路使用者，是否已經到達臨界數量點 (critical mass)，即可有可疑之處。即使這群網路使用者的確存在，其他網路使用者也很難利用這些認知較為充分透徹的使用者所擁有的資訊隱私權保護知識，同享搭便車 (free riding) 的好處。就算在市場機制下，訴諸科技保護資訊隱私的解決模式，仍然難以克服此處所討論的集體行動問題。

更進一步言之，所謂的同意，當然必須蘊含「拒絕」的可能性在內。然而，從網路世界的現狀來觀察，我們可以發現網站經營者可以從所謂的「產業自律」制訂的標準化隱私權保護政策中獲益；而一旦產業內部「鎖定」隱私權保護程度較低的標準化內容，使用者便難以更改。加上網路使用者之間普遍的集體行動困境，使得此類表面上看來訴諸自主選擇的資訊隱私保護架構，其實無異於一場take-it-or-leave-it的遊戲。如果我們不承認這類隱私權政策在法律制度內「創造出擬制的同意」 (create a legal fiction of consent)，或者構成默示的同意 (implied consent)，那麼，除了離開網路世界之外，對於珍惜資訊隱私權者來說，別無選擇。

或許，我們需要的是一種機器對機器的技術標準 (machine-to-machine protocol)，為我們協商隱私權保護事宜。一旦使用者設定了自己的隱私權保護偏好——也就是將使用者個人願意以何種方式進行隱私權保護協商，以及其願意放棄哪些保護的選擇予以特定化——使用者個人一旦進入某一網站，該網站和

使用者所使用的機器本身便開始進行磋商，唯有在使用者的機器和該網站取得協商合意的結果時，該網站才能取得使用者的個人資料。

此一構想的核心，來自於一個美國麻省理工學院的萬維網聯盟 (World Wide Web Consortium) 所資助的P3P (隱私權偏好等級計劃平台，即 the Platform for Privacy Preference Project) 計劃。這是一種可以讓使用者和資訊蒐集者之間透過類似上述等級一到五的模式，協商出隱私權保護方式的通訊協定。其目的在於促成一個使用者可以表達其隱私權保護偏好，並且針對其個人資料的使用進行協商的架構。當然，P3P仍然面臨各種技術、政策和法律障礙，克服這些問題之後，方有落實機會，但是P3P的出現，卻的確可以引導我們在網際網路的科技基礎上想像並規劃出類似的資訊生活架構。這個以科技大幅降低我們在資訊生活中所面對的交易成本的架構，應該與某個市場互相結合，以現實世界裏的任何機制都無法企及的方式，以隨時尊重自主選擇的方式保護我們的資訊隱私權。不過，這種資訊生活架構不會無中生有，還需要法律制度做適度的催生。

這種架構既然是訴諸協商與交換，那麼法律的催生功能，應該是在讓資訊隱私權具有「財產權」性質方面着力發揮。財產權規則的目的，乃是要有財產權者，必須在取得財產權之前先進行談判協商，P3P正是促成此種談判協商的架構，而法律便是規定當事人雙方必須進行談判協商的規則。簡言之，在網路時代裏，此種財產權模式乃是將個人資料視為可以分配給和該等資訊有關的個人予以控制的資源，或者分配給該個人以外的商業經營者控制的使用的資源。將資訊隱私權理解為具有財產權性質一般的控制權能，其來有自，例如，美國聯邦最高法院在一個資訊隱私權保護領域中相當著名的判決中，即直陳無論是從普通法或一般性的理解來看隱私權的內涵，都是環繞在個人對於有關自己的資訊應該有個人的控制這個概念上。

此種財產權體制到底能夠為數位時代的隱私權保護帶來哪些優點？何以財產權體制會比單純執行既有的規則來得優越？首先，將財產權體制和現行透過「責任」規則 (liability rules) 對隱私權提供保護的制度相比較，財產權體制要求取得權利之前必須先進行協商，但是責任體制則是准許先取得標的，再進行支付或補償行為。財產權體制乃賦予擁有財產權的個人能夠取得控制和權力，而責任體制則是在保護此一權利的同時，也促成某些財產能夠在不同的個人之間自由移轉。在財產權體制之下，可能會出現無法移轉的狀況 (因為某些人可能拒絕同意移轉財產權)，在責任體制之下，則不會出現無法移轉的情形。在財產權體制之下，有個人控制和自主性可言，在責任體制下，便沒有這種可能性。簡言之，財產權體制保護的是「選擇」，而責任體制則是保護「移轉」。更重要的是，在責任體制下，某一資訊隱私對個人來說到底價值有多高，通常僅僅是以合理的一般人 (reasonable person) 可能受到的傷害為基準而來的。財產權體制的運作則是相當不同。當你具有財產權時，在任何人取得你的財產之前，都必須針對該財產具有多高的價值，和你進行談判協商。因此，財產權體制既保護那些比

麻省理工學院萬維網聯盟的P3P計劃，是一種可以讓使用者和資訊蒐集者之間協商出隱私權保護方式的通訊協定。雖然，這個計劃仍然面臨各種技術、政策和法律障礙，但可以引導我們想像並規劃出在網際網路的資訊生活架構。這種架構既然是訴諸協商與交換，那麼法律的催生功能，應該是在讓資訊隱私權具有「財產權」性質方面着力發揮。

一般人更珍惜自己隱私的人，也保護那些比一般人不珍視自己隱私的人，其方法便是透過協商談判為之。將資訊隱私納入財產權體制，可以讓我們對於某一交易發生時，理論上其交易價格都不至於使得任何一方當事人的處境因此變得更為不利 (worse off)。簡言之，資訊隱私的財產權模式所追求的，乃是賦予消費者對自己的個人資訊擁有某種財產權，此一作法和「你的個人資料和私人領域是屬於你自己的，只有在你做自主選擇時，你才會出賣個人資訊」的主張不但若合符節，而且，至少在理論上，這種架構賦予個人「可以選擇要讓誰知道自己是誰」的控制力。這種模式似乎比目前絕大多數的資訊隱私規範模式訴諸個人資訊免費，而僅有的少數法律規定不但模糊，而且執行成果不彰的狀況要來得好。

美國聯邦最高法院在一個資訊隱私權保護領域中相當著名的判決中，即直陳無論是從普通法或一般性的理解來看，隱私權的內涵都是環繞在個人對於有關自己的資訊應該有個人控制的概念上。資訊隱私的財產權模式所追求的，乃是賦予消費者對自己的個人資訊擁有某種財產權，這種架構賦予個人「可以選擇要讓誰知道自己是誰」的控制力。

五 資訊隱私財產權化的檢討：經濟分析的界限所在？

將數位時代資訊隱私權保護的任務，透過財產權模式完全交給個人來處理，終究仍然有其問題，不見得會如本文上述般地合乎經濟效率。本文此處先歸納出數個根本問題，作為讀者的思考起點。

首先，如前所述，此一財產權模式的基本想法，乃是認為個人會和不同的資訊販售者談判協調出獨特的資訊蒐集協定。然而，期待個人在沒有政府協助的情況下，便能夠以有效率的方式保護自己的隱私，本質上便可能是危險的天真想法。上述模式所假設的，其實是個人善加利用科技和市場機制，達成即使到目前為止，都仍然讓絕大部分的政府感到困惑棘手的複雜使命，遑論個人是否具有運用自如的能力。再者，雖然如本文前述，將此一談判過程轉為自動化的嘗試正在不斷地進行實驗當中。這些作法卻可能不見得可以解釋適用在每一種資訊交易情況下，我們針對每一種隱私權保護的安排進行討價還價時，可能會耗費掉的時間和精力，仍然可能累積成非常高的交易成本。簡言之，和政府單純地執行統一化的資訊蒐集規定的作法相較之下，這種耗費精力的協商模式，反而可能意味着個人在疏懶之際，導致擁有更少隱私權保障的結果出現。再者，隱私權市場可能也會製造出一種舒適的假象，使我們對於在個人資訊的交換關係裏可能出現的某些無法預測的結果，視若無睹。在市場交易可及之處，資訊蒐集者和販售者事實上並沒有任何誘因敦促消費者個人去思考這些危險，而是一切訴諸交易機制，因此個人自主意志是否能夠在「充分告知」的前提下獲得保障，其實相當可疑。

除了以目前網路世界實況來說，在上述資訊隱私財產權模式下，即使在P3P之類科技的輔助下，個人自主選擇可能仍然受到相當程度的限制此一問題外，資訊不對稱問題和集體行動問題等因素，更使得隱私權市場失靈的危機仍然潛藏不去，致使資訊隱私財產權模式，未來或許仍有待某程度的修正。畢竟，要使隱私權市場能夠順利運作，必須讓蒐集個人資訊的廠商具有從事價格差別待

遇 (price discrimination) 行為的誘因。也就是使這些廠商願意就具有不同程度資訊隱私保護偏好的網路使用者，採取資訊隱私價格差別待遇的措施，如針對比較關心自己的資訊隱私，亦即資訊隱私保護偏好程度較高的網路使用者，賦予較高的資訊蒐集價格。不過，在目前的情形下，在個人資訊市場上，任何網路使用者，無論其對自己的資訊隱私保護偏好程度有多高，基本上既無真正足夠的能力得以降低其個人資訊的供應，也無從提高其個人資訊的價格。相對地，對於蒐集網路使用者個人資訊的廠商來說，卻可以用極為低廉的代價取得任何網路使用者的個人資訊。這幾乎等於取得個人資訊的真正成本均不為廠商所負擔，這種現象最可能導致的市場後果，乃是過度取得個人資訊的浪費行為。因此，如何讓蒐集個人資訊的廠商將網路使用者的資訊隱私保護偏好程度加以內化，應該是資訊社會隱私權保護這個領域裏相當重要的課題。

除此之外，在財產權體制下依然存在不平等的談判力量的問題。以信用評公司等為例，消費者個人資訊對於其業務來說，重要性可觀。不過我們同時必須注意的是，信用評公司等本質上就是一種寡佔廠商，同時意味着消費者在這個市場上的選擇十分有限。如果你不喜歡他們所提供的條件，你也無處可去，亦即你沒有其他信用評等機構可以選擇，去取得具有信譽的信用評等報告，以便讓你能夠在銀行開立支票帳戶，或者獲得貸款。諸如此類的問題，在財產權體制下應該如何解決，同樣也有待進一步澄清。其次，經濟能力的高低也會對財產權體制下的談判能力問題發揮影響力，經濟能力差者恆常處於劣勢。在市場和財產權體制下，由於廠商極為可能就比較高的隱私保護措施收取越來越高的費用，經濟情況較差，無力負擔這些費用的消費者，便會因為經濟劣勢這個單純的原因，暴露在比較差的隱私保護狀態下。即使其間差距甚微，對於那些全部收入中可以任意揮霍的比例甚低的人來說，付出代價來換取些微的隱私保護，可能仍然是不值得追求的目標。在這種情況下，區分第一流隱私權和第二流隱私權的系統可能因之出現，直接衝擊隱私權保護所強調的「人」和「尊嚴」的價值的問題。

最後，對隱私權商品化所提出的批評，也有其道理可言。簡言之，的確有些人對於財產權體制是否果真能夠達到保護隱私的目的，抱持着相當懷疑的態度，尤其是持左派立場者，更是如此。他們認為，財產權體制是將那些我們在日常生活中所珍惜的關係予以商品化、市場化、錢幣化的途徑。這些懷疑論者認為我們最不需要去做的事情，便是讓我們生活當中的另外一個領域再受到市場的管轄。此一批評立場所提出的主張，基本上乃是認為隱私權如果被當作一般財產看待，並且受制於市場壓力，那麼品質便可能會降低。這類主張適用在已經獲得眾所周知的公認地位的隱私權類型，例如美國憲法修正條款第四條所保障的免於不合理搜索扣押的權利，以及針對自己的私密事項如避孕和墮胎等做決定的正當程序 (due process) 權利，應該比較沒有問題。我們固然希望這些憲法上所保障的權利，不能夠以販售給出價最高者的模式處理，然而，當對象是個人資訊時，究竟是否應該做同樣的處理，則似乎仍有討論空間。本文以上所

在財產權體制下依然存在不平等的談判力量的問題，經濟能力的高低也會對財產權體制下的談判能力問題發揮影響力，經濟能力差者恆常處於劣勢。在這種情況下，區分第一流隱私權和第二流隱私權的系統可能因之出現，也直接衝擊隱私權保護所強調的「人」和「尊嚴」的價值問題。

身處二十一世紀初，我們現在不是在辯論應否進入一個資料被蒐集、使用和出售的世界問題，我們早就已經生活在這樣一個世界裏。如何能夠確保至少將某些控制力賦予和這些資料有關的個人，恐怕才是最緊要的關鍵。本文強調，當隱私權市場顯然無法讓消費者在和資源豐富的資訊蒐集者互相抗衡、取得任何優勢時，法律和政府的適度介入，仍有其必要性。

指出的市場失靈問題，的確有待解決。然而，這是否便意味着我不能用我的個人資訊，去交換金錢利益或者其他服務？社會上對某些類型的談判協商，採取預防禁止措施的模式，例如，法律上規定房東必須將出租公寓保持在可以居住的狀態，房東不得以降低房租為手段，要求房客放棄此一權利。同樣地，任何公司也不得以降價五元為代價，將烤麵包機賣給一個事先同意如果產品瑕疵導致受傷也不提出任何控訴的消費者。這些規定是否也同樣適用於數位時代的資訊隱私權保護的財產權體制，可能還必須另外耗費一番類比和分析工夫，才能有初步的結論可言。

本文認為政府至少應該從幾方面介入，保障人民的資訊隱私。首先，政府應該「賦予個人資訊以財產權」，並且「透過誘因的建立，建構出適於促進個人資訊使用同意權行使的網路架構與法律架構」，以協助建立隱私權市場，並且為此一隱私權市場的正常運作創造與維持必要的條件。諸如Trusted Third Parties這種資訊仲介機制，具有降低網路使用者和資訊蒐集者兩者間交易成本的功能，像P3P這類網路技術標準具有協助網路使用者確認其交易對方隱私權保護偏好的功能。至於目前的產業自律走向，其實反而容易導致廠商協力制定出不利於資訊隱私權保護的標準，發揮鎖定(lock in)網路使用者，對於網路社會的資訊隱私保護前景來說，長遠來看很難說是具有正面意義。在此一論述邏輯下，科技和技術架構，對於資訊隱私權的保護來說具有關鍵地位；而政府所扮演的角色，顯然則是透過法律的作用，塑造科技的發展形式與趨勢。電腦軟體和網際網路基礎架構中的各種技術要素，可以為我們創造出資訊隱私權保護的各種條件，而由於科技和技術本身具有相當高的可塑性，所以這些條件也可以視需要隨時修改。本文認為：正因為任何科技本身，都不應該是人類的宿命，所以在理論上網路社會應該可以有各種不同的架構模式，至於政府與法律的功能，則是可以為各種網路架構模式提供誘因。然而，弔詭的是，在傳統的隱私權保護論述裏，政府一直是最不受歡迎的角色，甚至被列為隱私權的首號公敵。尤其是當政府扮演指定科技架構或者網路架構的角色時，更無異於將福柯(Michel Foucault)所形容的「圓形監獄」(panopticon)私有化，令人產生人民似乎更加無所逃於天地之間的疑慮：除了政府將他們自己的圓形監獄私有化之外，私領域裏的各種商業力量，也紛紛建立起他們自己的圓形監獄。

然而，本文要強調的是，上述立場固然有其可取之處，但是倘若堅持上述理論，是否明智，卻是另一個層次的問題。畢竟，身處二十一世紀初的網路架構下，我們現在不是在辯論應否進入一個資料被蒐集、使用和出售的世界這個問題，我們早就已經生活在這樣的一個世界裏。既然我們已經走到這個地步，我們如何能夠確保至少將某些控制力賦予和這些資料有關的個人，恐怕才是最緊要的關鍵。財產權體制在保護資訊隱私權方面的可取之處，可能不在於財產權具有神聖至上的性質，而是在於其所能夠發揮的作用，可以透過比較有效率的方式，為我們達成的保護個人資訊自主控制的理想。同時，本文要再度強調的是，資訊隱私的財產權體制和隱私權市場，並不會使法律保護規定和政府監督變得可

有可無、無關緊要。當隱私權市場顯然無法讓消費者在和資源豐富的資訊蒐集者互相抗衡，取得任何優勢時，法律和政府的適度介入，仍有其必要性。

六 結 論

網路科技的盛行對於個人資訊隱私的保護形成莫大挑戰的現象，所涉及的根本問題，或許不僅僅是「誰擁有資訊」(Who Owns Information?) 這樣單純的爭議而已，而是在於數位科技的運用，相當程度改變了個人自我實現與自我定位的方式，也深刻地影響到個人與個人之間，以及個人與群體之間的互動關係。歸根究柢，要解開數位科技與個人資訊隱私之間的重重糾葛，關鍵在於我們對「個人」與「社會」兩者採取何種觀點。具體地說，有關個人資訊隱私保護的解答，所牽涉到的是對於以數位科技為主幹建構起來的資訊社會，我們應當賦予何種意義，以及抱持何種態度的問題，其終究不是一個容易回答的問題。然而，當我們來到網路世界，至少希望在傳統的現實世界裏所享有的個人資訊隱私保障程度，不至於降低，甚或期待落空。

網路時代的個人資訊隱私保護的問題，究竟應該透過何種方式獲得解答方屬適切，本質上並非全屬「對」與「錯」的爭論，而是人類社會整體考量數位科技涉及各種糾結甚深的利益之後，必須面對的「歷史抉擇」。本文自經濟分析的觀點，描繪網路時代資訊隱私保護問題的面貌，希望透過資訊隱私財產權模式的建構，勾勒出個人控制自己資訊應該如何被處理與使用的資訊自我控制(local control) 權利。當然，這雖然僅是初步嘗試，而且此一財產權模式仍有不少困難亟待克服，但是本文強調我們應該嘗試以不同的角度，觀察法律在網路社會裏可能面臨的角色變遷問題，也藉此說明法律制度在網路時代裏應該將他類規範機制(例如科技)所發揮的規範作用，嚴肅納入考量的問題。在資訊隱私保護的討論中，我們尤其應該體認到的是：網路科技的發展一方面降低人類進行互動的交易成本，但是從規範的角度來看，卻同時可以用歷史上前所未見的效率，提高網路活動的交易成本，讓我們的活動範圍與形態，受到一定的預設和拘束。當「科技的指定和使用」在網路時代裏成為法律的規範對象時，如何使此種具有高度專業性質的規範模式受到權責相符的規制，可能是網路時代裏法律與政策論述中最為終極的議題。此處所涉及者，乃是民主憲政傳統下的政府，採取和過去截然不同的立法模式，滿足其行政管制或執法需求時，應該處理的界限與控制問題，同時也是私部門的科技使用者是否應該受到某種程度規範的問題。在這個辯論裏，我們看到了個人、政府與市場三者之間的恆久拔河競賽，也看到了更多人類社會數位化未來的危機與轉機。

網路時代的個人資訊隱私保護的問題，究竟應該透過何種方式獲得解答方屬適切，本質上並非全屬「對」與「錯」的爭論，而是人類社會整體考量數位科技涉及各種糾結甚深的利益之後，必須面對的「歷史抉擇」。在這個辯論裏，我們看到了個人、政府與市場三者之間的恆久拔河競賽，也看到了更多人類社會數位化未來的危機與轉機。