

完善数据保护立法的基本思路

核心阅读

个人信息保护固然是数据保护与利用立法的重中之重，但并非全部，还需要有更加全面、系统和发展的视角，从实际出发，科学地界定相关主体的权利与义务、理性地进行价值权衡。



□ 于雯雯

从世界范围来看，加强数据保护与利用相关立法已成趋势。美国通过修订《儿童在线隐私保护法》为儿童等特殊敏感信息提供更加严格的法律保护；欧盟、新加坡等以专门立法形式，加强对个人信息的法律保护。今年5月25日，《欧盟一般数据保护条例》生效实施，进一步加强了对个人信息的保护力度。与此同时，大数据技术和产业的兴起引发了对数据开放的强烈需求，许多国家或地区通过立法规范和促进包括政府在内的公共部门提供透明、公平的信息再利用服务。

近年来，我国在涉及数据保护与利用相关领域的立法步伐亦明显加快。2012年通过的《关于加强网络信息保护的决定》第1条规定：“国家保护能够识别公民个人身份和涉及公民个人隐私的电子信息，任何组织和个人不得窃取或者以非法方式获取公民个人电子信息，不得出售或者非法向他人提供公民个人电子信息。”2015年通过的《刑法修正案（九）》将“出售、非法提供公民个人信息罪”的犯罪主体扩大为一般主体。2017年最高人民法院和最高人民检察院专门制定了《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》。《民法总则》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”尤其是《网络安全法》的出台，首次从法律层面对网络信息安全

作出系统规定。

可见，我国近年来涉及数据保护与利用的立法活动主要围绕个人信息保护并且是基于个人信息安全而展开的。主要包括：一是区分了个人信息与个人敏感信息，对个人敏感信息给予更强保护。二是个人信息的收集规则，即合法、正当、必要原则。三是个人信息的保存规则，即个人信息的保存需遵循时间最小化以及去标识化处理。个人信息控制者停止运营时应对其所持有的个人信息进行删除或匿名化处理。四是个人信息的使用规则。个人信息控制者需对个人信息采取访问控制措施、设置展示限制和使用限制。五是个人信息的对外提供规则。对个人信息的委托处理、共享、转让、公开披露以及跨境传输均需遵循一定的规范要求。六是安全保障义务与安全事件处置规则。网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。七是相关的民事、行政与刑事责任。

个人信息保护固然是数据保护与利用立法的重中之重，但并非全部，尤其是在大数据与人工智能快速发展的背景下。大数据技术是从海量数据当中快速获取需要信息的能力；人工智能技术旨在使计算机能够模拟人类的思维及大脑来进行类人的智慧行为，如常规的判断、推理和识别等行为。大数据技术与人工智能技术相辅相成，都需要海量数据作为支撑。我国已相继出台了《促进大数据发展行动纲要》《大数据产业发展规划（2016—2020年）》《关于促进云计算创新发展培育信息产业新业态的意见》《新一代

人工智能发展规划》等政策文件。党的十八届五中全会正式将实施国家大数据战略上升到国家政策层面。因此，我国的数据保护与利用立法需要有更加全面、系统和发展的视角。

处理好安全与发展的关系。网络安全和信息化是一体之两翼、驱动之双轮，必须统一谋划、统一部署、统一推进、统一实施。做好网络安全和信息化工作，要处理好安全和发展之间的关系，做到协调一致、齐头并进，以安全保发展、以发展促安全，努力建久安之势、成长治之业。在数据立法方面，就是要处理好数据保护与数据利用之间的关系。一方面，要利用好海量数据资源所蕴含的信息价值，改善我国经济社会各方面的发展方式和效率；另一方面，要规范数据的收集、存储、使用、对外提供等行为，维护数据安全，规制针对数据或者滥用数据而导致的违法犯罪行为。

处理好个人利益与公共利益的关系。数字经济的发展离不开对数据资源的开发与利用，这就需要以合理的制度安排来促进更有效率的数据竞争和市场发展。数据法律关系的构建既要保护个人合法权益，又要促进社会公共利益。首先，需要明确数据的权属关系，这是数据得以流转利用的前提。尽管《民法总则》规定了自然人的个人信息受法律保护，也规定了法律对数据保护有规定的从其规定，但是并未对个人信息和数据的权属关系予以明确。其次，《网络安全法》第42条规定：“未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。”因此，个人信息经由匿名化处理

可以转化为非个人数据，而随着大数据技术的发展，公共数据也可能经由数据挖掘分析而转化为个人信息。因此，在个人信息数据转化为非个人数据，以及公共数据转化为个人信息数据时，其数据权属关系如何发生变化也需要法律进行规范。再次，随着数据竞争日益激烈，数据经营者间的竞争规则亦需明确。目前数据竞争引发的诉讼案件已经出现，涉及经营者在经营过程中所收集的数据信息能否被其他经营者自由抓取利用等问题，其实质在于明确数据共享与专享的法律边界。

针对个人信息的保护需要突出受侵害个人的可救济性。个人信息被窃取或者泄露会引发电信网络诈骗、账户被盗等下游犯罪，严重威胁个人的生命财产安全。就数据失控本身而言，受侵害的个人难以知晓且对其可能产生的危害无法预知。因此，包括我国在内的许多国家立法都会规定相应的救济措施。如我国《网络安全法》第42条规定：“在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况下，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。”值得借鉴的是，澳大利亚2018年《重要数据泄露应对方案》不仅明确规定相关组织在意识到可能造成“严重损害”的数据泄露事件发生后，应以最快速度通知在该事件中个人信息受到影响的个人，而且规定各组织应为受害人提供应对建议，告诉他们应该如何行动。

数据安全合规责任的落实要考虑为中小企业提供一定的政策保障。数据安全合规责任的落实需要相应配置的人力、资金和技术，中小企业可能难以达到法定要求，或者成本过高。因此，需要国家提供一定的配套政策，激励和保障中小企业能够现实地具备数据安全合规能力。如欧盟委员会在发布《一般数据保护条例》的同时，还提供一定的资金用于帮助企业特别是鼓励中小企业并推出旨在帮助其实现合规的“实用在线工具”。



法律中的“公摊面积”

□ 黄明辉

公摊面积，是指建筑物内各产权人对共同使用的建筑面积中由各共有人分别分摊的部分。随着市场经济的发达和房地产法律制度的逐步完善，这一概念被引入法律，并在理论和实务中得到广泛应用。近年来，商品房买卖合同纠纷中的房屋面积纠纷呈上升趋势，其中与建筑物公摊面积相关的纠纷是争议的焦点之一。《物权法》第70条规定：业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。这是“公摊”的法律渊源。按照“套内建筑面积+分摊的公用建筑面积”的方式计算房价，为《商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊规则（试行）》第5条所明确规定。

公摊面积的法律特征

与专有部分不可分离。公摊面积和专有部分面积共同构成了房屋建筑总面积，其与专有部分在结构上是一个不可分割的整体，在功能上互相依赖和衔接，因此公摊面积具有与专有部分不可分离的特征。所有权人取得了专有部分的所有权，也就同时取得了公摊面积的所有权，也只有同时取得公摊面积的所有权，才能保证专有部分结构和使用功能的完整性，进而无障碍地实现专有部分的权利功能。公摊面积本身的不可分割性。公摊面积作为建筑物的共有部分，本身具有不可分割性。所有权人对公摊面积享有共有权，但是鉴于公摊面积并不是机械地被分割成一个个单独的所有权，而是以共有共管和共同使用的情形存在，因此所有权人对该部分不得要求予以分割和单独处分，这与一

般的共有形式存在明显不同。

公摊部分的权利归属

公摊面积是建筑物中多个业主共同使用的部分，是建筑物正常使用的保障，其在结构上与建筑物专有部分相互衔接，一般属于建筑物的组成部分或者与建筑物有密切联系，是专有部分发挥正常功能必不可少的，在功能上起着辅助和保证专有部分使用的作用，因此该部分不能由单个业主所有，而应该由全体业主共同所有。《物权法》第71条“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”即是对这一原则的立法确认。《商品房销售管理办法》第18条规定：商品房建筑面积由套内建筑面积和分摊的共有建筑面积组成，套内建筑面积部分为独立产权，分摊的共有建筑面积部分为共有产权，买受人按照法律、法规的规定对其享有权利，承担责任。

当前，围绕公摊面积产生了较多问题，但不宜简单地认为只要废除公摊面积就必然能解决这些问题。首先，公摊面积已经为行业所认同并被规定到相关法律法规中，如《物权法》《商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊规则》《公用建筑面积分摊规则》等都对公摊面积作出了规定，确认了公摊面积的法律地位，盲目取消公摊面积可能会造成法律法规适用上的混乱。其次，建筑物的共有部分是为了保障建筑物功能实现的必要设施，其权利归属关乎业主的切身利益。公摊面积的存在，可以对共有部分的权属界定提供帮助，而取消公摊面积，则意味着业主将不再需要为公用部分支付对价，因此业主对取得共

有部分的所有权缺乏依据，这不利于业主利益的保护。再次，有人认为取消公摊面积，以套内面积计价，可以增加房价的透明度，降低房屋价格，达到遏制房价过快增长的目的。这种观点并不合理。对于现代城市中的多层住宅楼而言，公共区域必不可少，因此房地产的开发成本必然包括公摊面积的建设成本。如果取消公摊面积，只不过是公摊面积从房屋售价计算中排除。但一栋住宅楼的成本预算和预期利润不会因为按照套内面积还是按照建筑面积计算而有所变化，即使取消公摊面积，也不会改变消费者购房的总价。《商品房买卖合同示范文本》（2014）第7条就列出了包含公摊面积与不包含公摊面积的不同计算方式。因此，现阶段，最重要的是在现有基础上对相关制度进行完善，对其范围进行进一步明确，对其计算方法和操作程序进行细化。

涉及公摊面积的制度完善

坚持有利于购房者的基本原则。在房地产市场中，开发商往往处于优势地位，购房者也因为认知能力和财力的限制很难对公摊面积的计算有一个全面的掌握，因此在公摊面积计算和相关纠纷的解决中应当将利益的天平向购房者适当倾斜，尽量采用有利于购房者的计算依据和方法，同时，应当将公摊的项目和面积在售房宣传资料和购房合同中详细列明，以保护购房者的知情权。充分保障购房者的知情权，从而保障购房者利益。

进一步明确公摊面积的范围。在涉及公摊面积的争议中，许多案例是因为公摊面积计算不合理造成的，例如将部分公共面积重复计算、将单幢



公摊的面积计入多幢公摊、采用有利于开发商的计算公式等，使得购房者承担的公摊面积远远超过了合理的水平，从而酿成纠纷。在进行公摊面积计算时，首要的应当是确定哪些面积应当公摊，哪些面积不应公摊。这就要求在计算中严格遵守相关法律法规，对法律中严禁公摊的项目逐一扣除，例如对层高小于2.2米的建筑物就不应当计算其面积。应当结合建筑物实际情况，对有争议的公摊建筑按照其功能和用途进行具体分类，严格按照“谁使用谁公摊”的原则，将属于业主和开发商专有的部分从公摊面积中扣除，特别是对一些新结构、新设施作出相应的规定，使得公摊面积的范围清晰合理。

重视法律法规的衔接与协调。建筑物公摊面积涉及物权法、房地产法、建筑法等领域的多项法律法规，其范围划分和权属界定情况复杂，在现实中，依据单一的法律规范很难作出准确的判断，且公摊面积纠纷涉及范围广、类型多、情形多变，因此有必要建立相关法律法规的协调调节机制，综合考虑法律规定，在解决纠纷时进行系统考量。

议政论法

8月20日，全国首家金融法院——上海金融法院正式挂牌成立，而在8月7日，最高人民法院发布了《关于上海金融法院案件管辖的规定》，确定了金融法院的相关具体规则。这家法院的成立，是完善金融法治体系的重要举措，也是司法体制改革的重要成果。

从金融市场发展的形势来看，金融案件审理的专业化程度对一个国家和地区金融发展所需的法治环境而言，显得极为重要。例如，英国于2015年10月设立了金融案件审讯表，并强调“确保那些案件会因受到拥有金融市场专业知识的法官的审理而受益……从而为金融市场的相关案件提供迅速、高效而高质量的争端解决”。在许多国家和地区，对审理金融案件的法官往往有着特殊的专业能力与经验要求，有的在金融案件相对集中的地区设立金融审判庭。这些都说明，审判组织和队伍的专业化，是推进金融审判专业化的前提。

在我国，过去，金融案件因分散管辖而致使司法保障渠道不畅、诉讼无门、判决失当及执行不力的现象时有发生。针对这些问题，应该说，上海金融法院的建立是一个良好的开始。但评价金融司法改革成败得失不能简单地以一个新的司法组织是否被建立起来为标准，金融法院能否凭借集中裁判来对金融市场进行规则指引与价值引领，取决于其能否充分发挥争端解决、规则创新、司法监督三方面的功能。

争端解决功能。金融法院的出现，主要是解决众多投资者权益遭受损害时，法律保障渠道不够通畅、判决不当、惩处不力等问题。由于金融产品本身的复杂性，一般法院在金融纠纷解决方面显得供给不足。而有了专业的金融法院，对金融案件进行集中管辖，配备专业金融审判法官，相关争端将有望更有效解决。《关于上海金融法院案件管辖的规定》明确指出，上海金融法院所管辖的金融民商事案件范围包括：证券、期货交易、信托、保险、票据、信用证、金融借款合同、银行卡、融资租赁合同、委托理财合同、典当等纠纷；独立保函、保理、私募基金、非银行支付机构网络支付、网络借贷、互联网金融权众筹等新型金融民商事纠纷；以金融机构为债务人的破产纠纷；金融民商事纠纷的仲裁司法审查案件；申请承认和执行外国法院金融民商事纠纷的判决、裁定案件。同时，当事人对上海市基层人民法院作出的第一审金融民商事案件和涉金融行政案件判决、裁定提起的上诉案件，均由上海金融法院审理。

也就是说，按照现在的定位，上海金融法院既是一个上诉法院，也是一个初审法院。就现阶段而言，这样的制度安排能合理配合司法机关职能调整的前后衔接。但也必须清醒地看到，初审法院和上诉法院的功能和运作方式在实践中有显著区别，处理一审案件和上诉案件对法官的要求也是有差异的，同时，基于金融法院案件的全国性定位，如果兼具了两级审判职能，是否会造成过重的司法成本，分散办案法官的精力，削弱其解决突出金融矛盾、化解特殊金融纠纷的设立目标，还有待在实践中观察。

规则创新功能。随着金融改革创新和互联网金融发展，金融产品不断推陈出新，金融纠纷案件类型更加新颖、丰富，私募基金、融资租赁等新型金融纠纷案件不断进入诉讼领域，而这些法律争议并不是立法者在事前可以充分预期到的。设立上海金融法院，对金融案件进行集中管辖，其意义不仅在于提升金融审判的专业化水平，更长远的意义在于，要在国内发挥司法对金融市场的规则指引功能，为市场主体提供明确的指引和预期。特别是，对于创新类型的案件，法官要本着“服务实体经济、防控金融风险、深化金融改革”的立场，以理性的价值判断和周密的规范分析作出裁判。而这种裁判，往往具有规则创新的功能。

当前，社会各界期待上海金融法院成为我国参与国际金融市场治理的“试验田”、制定国际

金融法院的三项功能

□ 林珊珊

金融规则的“孵化器”，但规则创新的功能能否得到充分发挥，我们必须保持一个清醒、发展的态度，成文法的刚性和金融争议案件处理的弹性法律适用要求之间，存在着天然的矛盾，这是客观现实。在我国的现有法律制度下，要让金融法院较好发挥规则创新功能，那么在实际的运作中，就需要给予法官在个案裁判过程中以更大的法律解释和规则创制权限。金融法院的运行，能否在金融案件审理的灵活性和能动性上有所突破，能否造就一批价值判断与专业能力兼具的优秀法官，更值得我们期待。

司法监督功能。国家司法机关在依法履行审判和执行职责的过程中，对金融机构及其从业人员、金融监管机关及其工作人员、金融机构经营管理行为和金融监管行为进行依法监督，是司法的应有职责。积极推进金融监管和金融司法建设的良性互动，为金融监管发挥补充作用，也是本轮司法改革的任务之一。一方面，金融法院通过集约管辖，更有效地定纷止争，对金融违法违规者构成强大威慑，加大对金融消费者和投资者的保护。另一方面，最高人民法院的司法解释给上海金融法院规定的管辖范围，不仅包括民商事案件，还包括行政诉讼案件，这就意味着，上海金融法院要对金融监管部门在内的行政主体所实施的各项行政行为，依法进行司法审查和监督，这也是与以往一般法院内设的金融法庭所不同的。由于金融市场监管行为与公共利益密切相关，过去我国各级法院在处理金融行政诉讼案件过程中，有时可能会受到非法律因素的干扰，上海金融法院被赋予了审判涉金融行政案件的功能，它能否扮演好一个公正的、中立的司法监督者角色，积极、有效地发挥监督金融监管机构依法行政的作用，进而提升司法服务金融良性发展的能力，实现公平与效率、监督与支持的有机统一，会是我们评判其运行实效的重要标准之一。

司法改革