



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

宪法视野中的 个人信息保护

姚岳绒◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D913.04
1
EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

宪法视野中的 个人信息保护

姚岳绒◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法视野中的个人信息保护 / 姚岳绒著. —北京:
法律出版社, 2012. 4

(华东政法大学校庆六十周年纪念文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3351 - 8

I. ①宪… II. ①姚… III. ①隐私权—研究 IV.
①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 053494 号

华东政法大学校庆
六十周年纪念文丛

宪法视野中的个人信息
保护

姚岳绒 著

责任编辑 高山

装帧设计  ilovee

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 5 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.375 字数 299 千

印次 2012 年 5 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 - 3351 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



编委会主任：杜志淳 何勤华

编委会委员：张智强 顾功耘 刘晓红

林燕萍 应培礼 马长山

王 迁 王立民 朱榄叶

刘宁元 刘宪权 牟道媛

杨正鸣 吴 弘 肖国兴

何 敏 何明升 邱格屏

沈贵明 沈济时 沈福俊

张明军 范玉吉 罗培新

金可可 唐 波 高富平

傅鼎生 童之伟



沉舟侧畔千帆过

——华东政法大学校庆六十周年纪念文丛总序

沧海桑田，情怀依旧。六十年来，在逆境中崛起，在忧患中奋进，在辉煌中卓越，一代又一代华政人，将华政精神传承。从长宁旧居赏月苏州河畔，到松江新校读书玉泊湖旁，今天，华东政法大学迎来了六十周年华诞！六十年，华政为国家、为社会培养了大量优秀的人才，而他们，已经成长为国家的栋梁和母校的骄傲。

忆往昔，桃李不言，自有风雨话沧桑。1952年6月，经华东军政委员会批准，华东政法学院（现华东政法大学）由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系（法律学院）、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因，学校曾于1958年和1972年两度停办，1979年3月经国务院批准复校。2007年3月，经教育部批准，华东政法学院正式更名为华东政法大学，2012年系华东政法大学建校六十华诞。

自1952年从苏州河畔的这一片红墙绿瓦中走出

新中国第一批政法干部开始,六十年来,华政经历了三起两落的命运。昨日的历练成就了今日的辉煌,近十万毕业生勤勉工作,开拓进取,奋发向上,成为共和国法治建设及各项事业的骨干力量。复校以来,尤其是2003年于松江进行“二次创业”以后,华政在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究、服务社会等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市市级建筑保护单位”、“上海市花园单位”。学校现设有16个学院(部),现拥有法学一级学科博士学位、硕士学位授予权,以及政治学、马克思主义理论、公共管理、应用经济学一级学科硕士学位授予权,建有10个博士点、25个硕士点、23个本科专业及法学博士后流动站。2002年、2008年两次教育部本科教学工作水平评估均被评为优秀。目前,学校法律史学科为国家级重点学科,法律史学、经济法学本科教学团队为国家级教学团队,外国法制史、中国法制史、经济法学、司法鉴定概论为国家级精品课程,法学综合实验教学中心为国家级实验教学示范中心,法学、侦查学为教育部高等学校特色专业建设点,“开放型国际法律人才培养模式创新实验区”为教育部建设项目。学校已被社会各界广泛赞誉为“法学教育的东方明珠”。

建校六十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。华政的莘莘学子,肩负着建设法治社会的重任,同时也见证着母校各方面的长足发展。硬件方面,从“帐篷办学”到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美仑美奂;软件方面,从实现华东地区法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白。2009年至2011年,学校国家社科基金法学类课题立项数连续三年名列全国第一,2011年又实现了国

家社科基金重大项目的历史性突破。2007年3月,华政更名大学的成功,标志着学校从此踏上了建设多科性大学的新的征程。

岁月悠悠,薪火相传,六十岁的华政犹如惊鸿一瞥。此番出版校庆六十周年纪念文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之契机。故而,入选本文丛的,绝大多数是尚未获得教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政建校六十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学校庆六十周年纪念文丛编委会

2012年6月

目 录

绪论 001

- 一、问题的提出：谁动了您的信息？ 001
- 二、国内外研究现状 008
- 三、研究思路与框架 019

第一章 个人信息保护与宪法 023

第一节 个人信息保护之所以重要 023

- 一、信息崇拜与信息失守 024
- 二、个人信息保护的现实需要 028

第二节 个人信息保护的内涵与外延 035

- 一、采用“个人信息”概念的理由 035
- 二、个人信息保护的内涵 039
- 三、个人信息保护的外延 043

第三节 两个案例的启示 047

- 一、德国人口普查案 047
- 二、台湾地区捺指纹换取身份证案 061
- 三、两案的启示——个人信息保护与宪法密切
相关 066

第二章 个人信息保护的宪法基础 071

第一节 个人信息保护的宪法权利 072

一、隐私权到信息自决权的演进 073

二、隐私权与信息自决权彼此独立而又部分包含 080

三、以信息自决权作为个人信息保护的宪法基础 088

第二节 信息自决权形成的三种途径:比较法上的观察 097

一、美国:从隐私权扩展及信息隐私权与自决隐私权 097

二、德国:从人格权扩展及信息自决权 101

三、日本:从隐私权扩展及信息的自我决定权 105

第三节 信息自决权理应也为我国个人信息保护的宪法基础 111

一、方法论上的选择 111

二、形式上的证明 117

三、实质上的证明 131

四、经验上的佐证 149

第三章 我国个人信息保护的现状 159

第一节 我国政府型数据库发展对个人信息的影响 159

一、政府型数据库是信息技术发展的必然 159

二、我国典型的政府型数据库 161

三、政府型数据库时代迫切需要保护公民个人信息 170

第二节 我国个人信息保护的立法现状 173

一、直接以“个人信息”名义保护的法律法规 173

二、以“隐私权”名义保护个人信息的法律法规 175

三、我国个人信息立法保护的得与失 177

第三节 我国公共行政领域内个人信息保护的成就与不足 184

- 一、《户口登记条例》与《居民身份证法》 184
- 二、《统计法》与《人口普查条例》 190
- 三、个人信息保护的典范:三部关于个人信用信息保护的规范 194

第四章 个人信息保护立法途径的域外经验 201

第一节 国际组织文件所确立的个人信息保护理念与框架 203

- 一、经济合作与发展组织(OECD)的个人信息保护 203
- 二、欧盟(EU)的个人信息保护 206
- 三、亚太经合组织(APEC)的个人信息保护 210
- 四、国际组织个人信息保护的经验和 213

第二节 欧、美国家的个人信息立法保护 215

- 一、美国:以隐私权为中心的分散式立法保护 215
- 二、德国:以信息自决权为核心的集中式立法保护 229
- 三、英国:别具一格的英国式个人信息立法保护 243

第三节 亚洲国家与地区的个人信息立法保护 258

- 一、日本:兼容欧美又具自身特色的混合型立法保护 259
- 二、韩国:以隐私权为中心的个人信息立法保护 269
- 三、我国台湾、香港及澳门地区的个人信息立法保护 273

第五章 我国个人信息保护的途径选择 290

第一节 个人信息保护的行为逻辑 291

- 一、逻辑前提:国家有保护公民信息自决权的义务 291
- 二、逻辑基准:以法权衡量为最基本原则 295
- 三、逻辑结构:密不可分的四个层次 299

第二节 我国个人信息保护的途径选择 306

一、宪法审查的途径:必须但难行的选择	307
二、立法保护的途径:必要又可行的选择	310
第三节 我国个人信息立法保护的基础性设想	312
一、两部《个人信息保护法》专家建议稿的评析	312
二、以信息自决权为我国个人信息立法保护的权利基础	315
三、选择分散立法的个人信息保护模式	319
四、确立我国个人信息立法保护的两大基准	323
五、衔接个人信息保护与政府信息公开	345
结语 这是一个最好的时代,也是最坏的时代	355
参考文献	359
后记	382

绪 论

一、问题的提出：谁动了您的信息？

2010年11月1日零时启动了新中国历史上的第六次全国人口普查，相较于前几次，这次普查活动从舆论到宣传都做足了工夫。首部有关人口普查的行政法规，即《全国人口普查条例》于第六次全国人口普查开始前生效实施。^① 央视各类新闻与访谈节目对此展开深入的采访与探讨。其中有两个热点常被提及，一是人口普查所采集的信息如果泄露了怎么办？二是超生人口的登记问题。害怕信息被泄露体现着公民对自己个人信息的珍视，而超生人口的登记是怕登记了是不是将会面临计划生育部门的处罚。虽然，国务院副总理李克强在普查前通过广播发布总动员，强调了统计部门保密工作以及对于超生人口登记不作为处罚依据等都作出了解释以及承诺，但民间对此问题的担忧情绪依然蔓延。^②

① 新中国成立后的前五次全国人口普查活动，都是采用颁布临时性的人口普查办法，一次有效。

② 若计生部门共享着人口普查的信息，并依此信息对超生家庭进行检查并作出处罚，对于计生部门而言完全可以认为自己的处罚依据不是来源于人口普查的信息，而被处罚的超生家庭几乎没有证据可以证明计生部门得知其超生的信息是源自于人口普查数据。

2011年9月,《求是》杂志发表《加强和创新社会管理,建立健全中国特色社会主义社会管理体系》一文,其中指出“我们要从我国实际出发,修改居民身份证法,完善居民身份证使用、查验制度,以公安人口信息为基础,整合人口和计划生育、人力资源和社会保障、住房和城乡建设、民政、教育、交通、工商、税务、统计等部门和金融系统的相关信息资源,建立以公民身份证号码为唯一代码的国家人口基础信息库,实现对所有人口底数清、情况明、管得住、服务好”。^①可以预想一下,如果这样一个国家型人口基础信息库建立的话,那可说是我国政府信息库中的航母。而这样航母型国家信息库建立的目的是“管得住、服务好”,不难理解其中最重要的核心任务是“管得住”而不是“服务好”。虽然该文紧接着提及要“依法保护公民信息,维护公民合法权益”,但对于这样庞大的国家信息库,若一旦真的建立起来,^②保护公民信息谈何容易,这怎么不让人担忧自己信息被泄露,怎么不让人担忧自己合法权益受侵害。

30多年前,托夫勒就已指出人类历史已处于信息社会时期,即著名的第三次浪潮。21世纪的信息社会继续往深处与广处发展,而个人信息则被誉为21世纪最有价值的资源,但是,个人信息价值被认识的开始,也可能是其被侵害与掠夺的开端。计算机技术与互联网之间的联动引发着最新的一场革命,大量的个人信息在一个国家甚至世界范围内可以不受空间与时间地进行收集、存储、利用乃至破坏,它改变了我们对待个人信息的方式。西方国家,计算机早已于20世纪的四五十年代时使用于政府,当人们不知道计算机这个神秘的机器到底能做些什

① 周永康:“加强和创新社会管理,建立健全中国特色社会主义社会管理体系”,载《求是》2011年第9期。

② 实际上,2002年由中共中央办公厅、国务院办公厅共同发布的国家信息化领导小组《关于电子政务的指导意见》已将国家人口基础信息库列为国家电子政务重点建设的信息库之一,而且2006年年底前已结束第一期工程的建设,2007年则开始整合政府各部门的人口信息资源。王长胜:《中国电子政务报告》(No.3),社会科学文献出版社2006年版,第147页。

么的时候,但当“国家和较大的组织要收集、加工、存储比以往更多的信息时,人们就开始担忧这场计算机革命。虽然对个人信息的使用旨在使个人和社会受益,但是也有可能对公民造成伤害。”^①

英国政府部门在1973年起就开始利用计算机汇总地方记录,并创建了国家数据库。^②早在20世纪90年代,就有美国学者揭示美国联邦政府各机构已有2000多个数据库,其中记录着数以百万计的公民个人信息,而许多机构之间相当自由地共享着这些信息,或利用这些信息来寻找诸如偷税等可疑的行为不轨者。^③有学者一针见血地指出国家数据库意味着隐私的死亡。^④英国2006年《身份证法》开始实施后,就有学者担忧认为不必要地公布关于个人的机密信息或私人信息的问题,其中一些问题涉及登记保存的个人信息的潜在运用和滥用。^⑤2010年,英国新一届政府成立后就欲打算废除身份证制度,其最直接的理由是可以节约开支,而更深层次的原因却是担忧公民权利被侵犯的危险。英国在“一战”与“二战”期间都实施过身份证,但最终都以取消告终。^⑥我国台湾地区围绕着捺指纹换取身份证事件的争论中有一个有趣的现象。事件本身的焦点及“释宪”申请书的争议标的都是围绕

① [英]查尔斯·蓝伯著:“信息政策研究:隐私保护与信息自由”,徐越倩、郁建兴译,载《浙江省委学校学报》2006年第1期。

② Colin J. Bennett, *Regulating Privacy*, 1992, pp. 47-48, 转引自孔令杰:《个人资料隐私的法律保护》,武汉大学出版社2009年版,第118页。

③ See Jeffreg Rothfeder, *Privacy for Sale*, New York, Simon and Schuster, 1992, pp. 124-152.

④ Simson Garfinkel's, *Database Nation: The Death of Privacy in the 21st Century*, O'Reilly Media, 2001.

⑤ [英]A. W. 布拉德利、K. D. 尤因著:《宪法与行政法》第14版(下),刘刚、江菁等译,商务印书馆2008年版,第222页。

⑥ “英国身份证制度第三度面临夭折”(废除身份证制度为卡梅伦政府上台后提交议会第一案内容),载 http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2010-06/08/content_2164840.htm?node=20739, 2011年6月7日访问。

着公民身份证制度及强捺指纹的问题,但在公共辩论过程中却把大量的篇幅与精力都用在论辩强制建立全民指纹资料库是否“合宪性”这个问题上。^① 这从侧面反映出人们对建立政府型数据库的担忧并非是莫须有的。

也许你会说这是杞人忧天,或许你更会觉得有这么恐怖吗,或许你会说待事情发生了再研究吧。我要说,现在最怕的问题是,就怕大家觉得人口普查或建立国家人口基础信息库这事不严重。那么,如果一旦感受到事情的严重性时就怕已深受其害了。这是信息化的时代,随着我国社会、经济的深入发展,可以预见的是必然将继续加大对信息技术设施的投入,进而依赖信息技术以便更好地为社会、经济等诸多方面服务。其实早已有美国学者以外围者的眼光预测这个可能的局面。“社会和道德方面通常很难跟上技术革命的迅猛发展,而像中国这样的发展中国家在抓住信息时代机遇的同时,却并不总是能意识到和密切关注各种风险,以及为迅猛的技术进步所付出的日益增长的社会代价。”^②也正如此,一个完全被信息技术所支配的社会则可能意味着让全体人们困于韦伯所谓的“铁笼”之中。^③

如果说上述的担忧仅仅是想象中的担忧,那不可怕,但事实上,这些想象中的担忧确实发生过。德国在魏玛宪法时期,尚未有公民身份证制度。1927年时,普鲁士内政部长规定所有吉普赛人皆须领取身份证,除贴照片还需捺指纹。此项措施于1938年时扩及所有犹太人。而

① 颜厥安:“户籍法第八条全民指纹建档合宪性问题之鉴定意见”,载《台湾本土法学》2006年总第79期。

② [美]理查德·A. 斯皮内洛:《世纪道德:信息技术的伦理方面》,刘钢译,中央编译出版社1999年中文版序言。

③ 理查德·A. 斯皮内洛提出“铁笼”担忧后又曾撰写著作《铁笼,还是乌托邦——网络空间的道德与法律》(第2版),李伦等译,北京大学出版社2007年版。

随后这些吉普赛人与犹太人陆续得以成批地送往集中营。^①同一时期，在大洋彼岸的美国政府则是非法利用户籍资料跟踪与调查美籍日裔，剥夺他们财产并移送到类似于集中营的“重新安置中心”。^②2001年2月11日出版的英国《星期日泰晤士报》披露了由美国作家所曝的惊人消息，即20世纪30年代时，赫赫有名的美国IBM公司为德国纳粹提供其特有的穿孔卡技术，借此通过人口普查所获得的大量信息，才使得纳粹能系统、集中地对犹太人进行迫害。^③而著名的德国1983年人口普查案正是因为人们担忧人口普查所收集的信息有可能被泄露或被滥用而引起的。20世纪50年代，美国亚拉巴马州的法律要求任何企业或协会向州政府申请并获得批准后才能在该州内合法活动。全美有色人种协会未获批准进行活动的行为遭到州政府的起诉。当州法院要求协会提供有关信息以及成员名单时，协会拒绝提供普通成员名单。原因就在协会以前类似的信息披露曾给黑人成员带来人身威胁与经济制裁。^④此案一般作为结社自由的经典案例，但其中有一个被忽视的问题恰恰是成员个人信息是否应该提供的问题。协会之所以拒绝提供普通成员个人信息的理由就在于当政府收集了这些信息后可能会利用这些信息威胁或制裁协会成员，而且这种威胁与制裁确实发生过，而不是凭空捏造的。我国历史上，滥用政府收集的个人信息对公民合法权益进行剥夺的案例时有发生。20世纪六七十年代，那一份份自己本人无法查看

① 李建良：“‘户籍法第八条捺指纹规定’释宪鉴定意见书”，载《台湾本土法学》2005年总第73期，注释20。

② 1946年，类似于集中营的“重新安置中心”被全部关闭，1983年美国承认“二战”期间强制拘留日裔是个错误；1988年里根总统签署100-383号法案，代表美国政府向所有受害人道歉并赔偿，载 http://news.ifeng.com/history/1/tianxia/200809/0928_2669_810368.shtml，2011年6月5日访问。

③ “美作家披露惊人内幕：IBM曾是纳粹帮凶”，载 <http://www.zaobao.com/special/newspapers/2001/02/eastday120201.html>，2011年6月17日访问。

④ 该案即著名的黑人协会名单案（NACCP v. Alabama, 657 U. S. 449）。

的档案成了控制公民生活的重要工具,更是制造了一系列荒诞的冤假错案。

我们在担忧什么?是担忧谁动了您的信息!既有可能来自各领域的私权利主体,也有可能来自国家领域的公权力主体。常见的私权利主体侵犯现象可谓已屡见不鲜,而将个人信息视为商品进行交易的行為在近些年已是屡见不怪。当个人信息被买卖、被泄露、被散布时,人们担忧着自己财产权受损了,也有担忧自己的隐私被偷窥了,也有担忧自己的人格受辱了,也有担忧自己的宁静被打扰了。如百度文库本是一个供网友在线分享文档的开放平台,却成了一个保存大量个人信息的资料库。通过搜索则可以看到动辄过万份的各类个人信息,有的信息还极详细,除电话号码外还包括身份证号、银行账号、车辆信息等。2010年年末,数十个住宅区的8000名业主的个人信息通过百度文库渠道被泄露。^①刑法修正案已将窃取、泄露、买卖个人信息的行为纳入刑罚的制裁,一些侵犯公民个人信息的刑事案件审理工作也正进行着。^②而某一公民在一房产中介登记了自己手机号,但此信息很快被传至该公司的所有中介,最终因不堪房产中介的短信骚扰而将公司起诉,公司被判赔礼道歉。^③

诸如此类的个人信息被侵权的事件都足以引起人们对自己财产权、隐私权、人格权等的担忧,但这些担忧可能不是最为担忧的。无论是刑事案件,还是民事案件,虽然不能说目前我国个人信息保护的政策与制度是完善的,但至少有些地方去维护自己的权利并也能取得权利救

① “深圳数十个住宅区8000名业主资料遭泄露”,载 <http://news.sina.com.cn/s/p/2010-12-06/120521589574.shtml>, 2011年6月12日访问。

② 如“上海首例特大非法获取公民个人信息案开审”,载 <http://news.21cn.com/domestic/difang/2010/08/06/7718004.shtml>, 2011年6月12日访问。

③ “上海一房产中介短信骚扰客户,被判赔礼道歉”,载 <http://www.chinanews.com/estate/2011/05-25/3064414.shtml>, 2011年6月5日访问。