



武汉大学国际法博士文库

Series of Doctoral Thesis on  
International Law  
of Wuhan University

# 个人资料隐私的 法律保护

孔令杰 / 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS  
武汉大学出版社

武汉大学国际法博士文库

Series of Doctoral Thesis on  
International Law  
of Wuhan University

# 个人资料隐私的法律保护

## Legal Protection of Personal Data Privacy

孔令杰 / 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS  
武汉大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

个人资料隐私的法律保护/孔令杰著. —武汉: 武汉大学出版社, 2009. 4

武汉大学国际法博士文库

ISBN 978-7-307-05997-9

I. 个… II. 孔… III. 隐私—人身权—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 051712 号

责任编辑: 张 琼      责任校对: 刘 欣      版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 通山金地印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16      印张: 26.75      字数: 479 千字      插页: 2

版次: 2009 年 4 月第 1 版      2009 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05997-9/D · 887      定价: 38.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

# 总 序

黄 进

《武汉大学国际法博士文库》终于面世了！这是令人高兴和值得庆贺的事情。作为推动《文库》编辑出版工作的负责人之一，本人有责任也很乐意将我们做这项工作的缘由和初衷告诉读者。

2000年，经过严格的评审，武汉大学国际法研究所被国家教育部确定为“教育部人文社会科学重点研究基地”。随后经过三年的建设，基地又于2004年顺利通过国家教育部组织的合格评估。作为教育部人文社会科学重点研究基地，武汉大学国际法研究所深感任重而道远，自然不须扬鞭自奋蹄，一直在积极探索如何进一步推动我国国际法教学和研究向前发展，勤勉地做了或者正在做一些有益的事情，其中一项举措就是编辑出版《武汉大学国际法博士文库》。

改革开放以来，我国自己培养的国际法专业博士逐年增多。仔细看看他们撰写的博士论文，我们不难发现，博士研究生已经成为我国国际法研究的生力军，他们以博士论文表现出来的许多研究成果或者填补了我国国际法研究的空白，或者开拓了我国国际法研究的新领域，有的甚至还在某些方面代表了我国国际法研究的最高水平。因此，我们感到责无旁贷，有必要精选部分优秀国际法博士论文，以文库的形式编辑之，出版之。这就是我们为什么要编辑出版《文库》的缘由。必须说明的是，我们编辑出版《文库》决不是短期行为，更不是当下时常见到的应景之作，我们是要把《文库》当着法律文化工程和长期经营的品牌来建设的。我们相信，随着《文库》收录的一本本博士论文问世，它们一定会对提升我国国际法研究的学术水平，推进我国国际法学界的学术交流，进而推动我国国际法研究的不断发展，发挥积极的作用。

《文库》的生命力关键在质量。为了保证《文库》的质量，按照我们的设想，《文库》首先要坚持开放性。所谓开放性，一是《文库》收录的博士论文不局限于狭义的国际法或者说国际公法的博士论文，凡是研究国际法律问题、跨国法律问题或者涉外法律问题的博士论文，包括但不限于国际公

法、国际私法和国际经济法的博士论文，均在收录之列；二是《文库》收录的博士论文不局限在武汉大学求学毕业的博士的论文，非武汉大学出产的优秀国际法博士论文也在收录之列。坚持开放性实际上是对《文库》收录的博士论文的范围或者外延的界定，表明它有海纳百川的胸怀。其次，《文库》要实行精品化。所谓精品化，就是《文库》收录的博士论文应该是精品，必须是精品，一定是精品。出精品是《文库》质的要求和内涵的要求。为了保证质量，我们在选择收录武汉大学的国际法博士论文时，通常是每年在国际公法、国际私法和国际经济法三个领域各选一篇校内外评阅和论文答辩均获得全优，并获得论文答辩委员会成员一致推荐收录的论文。

《文库》得以顺产是同方方面面的关心、支持或资助分不开的。我们要感谢国家教育部及其社政司、国家社会科学基金，我们要感谢武汉大学社会科学部、研究生院、国际交流部和出版社，我们还要感谢校外参与评阅博士论文和参加博士论文答辩的专家。当然，《文库》的顺产也是我们自己努力的结果。法学院特别是武汉大学国际法研究所的同事们精诚团结，齐心协力，自强不息，追求卓越，每个人特别是担任博士研究生培养和指导工作的教师都为《文库》的编辑出版工作付出了许多心血，尽管《文库》收录的只是部分博士研究生的论文，但大家都把《文库》视为己出，更视为共同的国际法事业的组成部分，对《文库》关爱备至。

一本书也好，一套书也好；“丛书”也罢，“文库”也罢，究竟质量如何，最终还得看读者的评判。所以，我们真诚地希望读者在翻阅了《文库》之后给我们提出真诚的意见或建议，以便我们不断地改进编辑出版工作，将臻臻完善的《文库》奉献给读者。

2004年10月8日于北京大有庄100号

## 序

本书是孔令杰博士在其博士学位论文的基础上修改而成的。作为他博士学习阶段的导师，为本书作序是我的分内之事。应该说，在我们所处的这个信息时代，计算机和互联网等信息技术已经对社会产生了广泛而深刻的影响。其中，作为人们在社会中生存、交往和发展的载体，个人资料不仅成为政府机关管理公共事务所必不可缺的工具，而且成为私人行业拓展业务的重要手段。如何确保个人信息得到合理、合法、适当的收集、使用和散播，保障个人在资料控制和信息流转上的正当权益，已经成为各国必须面对的难题。

本书正是为解答这一难题而作的。它不仅深究了个人资料隐私保护问题产生的内在原因，考察了个人资料保护的法理基础，介绍和评析了欧美的个人资料保护模式，比较研究了个人资料保护法中的重点问题，而且还从跨境和全球的视角讨论了个人资料隐私的法律保护。对处于和平崛起进程中的中国而言，非法资料处理活动的泛滥、个人资料保护所具有的重大个人价值和社会价值及个人资料的跨境流动和保护，都要求我们认真地对待个人资料保护问题，尽快出台一部全面而切实可行的个人资料保护法，在追求个人资料法治化流转的道路上迈出最坚实的第一步。因此，本书对我国决定是否针对个人资料进行立法以及制定什么样的法律，无疑具有重要的参考价值。

概括起来，本书有如下几个特点值得一提：

第一，构思独特。正如作者所言，本书看似一部小说。导言部分以“谁动了张三的个人资料”这篇有趣的故事入手，点明了论题；尾声部分则在书后呼应，总结了书中的主要观点。这种独特的构思与“浅入深出”的论述给本书增添了光彩，也使它显得别具一格。

第二，观点鲜明。在对既有研究成果兼收并蓄的基础之上，作者提出了不少鲜明的观点。譬如，本书从个人资料保护问题产生的表层原因着手，探究其背后蕴藏的政治、经济和科技动因，进而得出个人资料数字化是人类社会全面进步过程中所不可避免的现象，它满足了社会发展的需要，并导致个人资料保护问题产生。又如，对个人资料隐私的法理探讨，本书批判了已有

的独处权说、有限地接近自我说、个人信息控制说，并提出了力量与利益平衡论，即个人资料保护法旨在构建平衡个人与公私机构在资料控制和资料流转上的力量和利益的法律框架。

第三，论证独到。本书综合运用了法学、历史学、经济学和文学等学科的研究方法，为具体问题量身定做了颇佳的论证方法。譬如，对欧美的个人资料保护模式，作者从历史着手，比较两大模式的现状，分析其优缺点，并指出全面高效的个人资料保护体制应兼顾个人资料隐私的政治、经济和科技特性，充分发挥个人资料保护机构、行业自治与科技规则的作用。

第四，资料翔实。本书很值得称道的一点就是作者对已有研究成果和资料的收集和梳理。书后的附录既有国内外的专著、论文，也有国际和国内的立法与立法资料，既总结了个人资料保护的立法情况，也附上了中英文对照版的欧盟《资料保护指令》。可以说，这为人们进一步研究个人资料保护问题铺平了道路。

当然，作为孔令杰博士的第一本专著，本书难免存在一些或大或小的问题。值本书出版之际，特作此序，向读者推介。我也希望此书的出版能成为作者在科研的道路上继续踏踏实实地向前迈步的动力。

黄 进

2008年12月于珞珈山

用：法律大綱官具并本，主用對的排資第，題證，財部，支助資費排資，  
文書參的并對丁主則已并，事端主需本無排資證，教育其書費照前項并排資，  
“法律大綱”的排資由事天，指資些照前項主并資的并本，第

## 本书的创新点

创新乃学术之本。一般而言，创新多指，提出新的问题，开拓新的思路，运用新的材料，分析新的问题，创立新的理论，或指出和论证新的解决问题之道。如若仍将本书研究的课题看做新问题，不免太井底之蛙，要贻笑大方了。放眼世界，资料隐私的法律保护已是个老问题，只不过由于争议较大，它略显“朝气蓬勃”了点罢了。但，本书仍不乏创新之处。

### （一）思路别具匠心

思路贵在求同存异。乍看起来，本书好似一部长篇“小说”，而文中却有着严谨的法律思维，流淌着理性的法律血液。导言和尾声部分诙谐兼自嘲性的故事交代了小说涉及的人物、冲突和情节，实际上，它点明了本书的论题。可以说，下面三个理念统领了全书，它们也使本书的构思显得别具匠心。个人资料的数字化是人类社会全面进步中所不可避免的现象，它引发了资料隐私的法律保护问题。资料隐私牵涉政治、经济、社会、科技等多重因素，且具有与生俱来的国际性，这导致资料隐私权具有多重价值，资料保护问题兼具多重属性。资料隐私旨在平衡个人同资料使用人和社会在个人资料控制及信息流转参与上的力量失衡和利益冲突。资料隐私的国内和国际法律保护任重道远。

### （二）理论推陈出新

理论的演进贵在承前启后。笔者拿着“力量和利益平衡论”的尺子，衡量传统的隐私权理论，评价个人资料财产化理论，并力荐注重资料隐私社会价值的“个人信息自决权理论”。当然，画龙需点睛，在对既有的理论评头论足后，本书还应点明“力量和利益平衡论”。

### （三）方法务实求新

研究方法贵在恰如其分。本书广泛采用了法学、历史学、经济学和社会学的研究方法。针对特定的问题，笔者为它们量身定做了较佳的研究和论证方法。譬如，为揭示资料隐私的本质，书中借用了两篇小说，并审视了个人信息的整个流转过程。为剖析欧美资料隐私保护模式的差异，本书从现实着眼，由历史入手，比较差异，分析原因，指明出路。

#### (四) 资料梳故纳新

资料贵在翔实、贴切、新颖。在资料的使用上，本书具有两大特点：旧资料争取梳理得井井有条，新资料追求锦上添花。书后附上了长长的参考文献，本书的写作正是对那些杂乱无章的资料的“梳故纳新”。

## 中文摘要

人类社会已迈入信息时代。在计算机和通信等信息技术的推动下,个人信息由面对面的直接传递经纸面的转移走向间接的数字化流转,个人资料的管理价值和商业价值与日俱增。人们享受了个人资料数字化带来的种种便利,也初尝其所招致的众多社会问题,资料保护就是其中之一。资料保护和资料隐私权正是平衡个人同资料使用人、其他相关利益方及社会之间在资料和信息流转上利害关系的法律工具。

科技并非招致资料隐私问题的始作俑者,人类社会全面进步中的政治、经济和科技等多重因素齐力所致也。个人资料记录、保存、处理和传递的数字化加剧了个人同公私机构之间在现实管理和业务关系中的力量悬殊。政府机关和私人行业完全掌控了个人资料及信息流转的整个过程。个人对资料丧失了必要的控制,对信息流过程缺乏适当的参与,不得不将同自己命运密切相关的资料置于他人之手。既然资料隐私问题源于斯,解决问题之道亦需以此为起点,对症下药。

自20世纪40年代起,关于隐私权和资料隐私权的理论探讨就时刻未曾停息。独处权说、有限地接近自我说、个人信息控制权理论与个人信息自决权理论等层出不穷。它们在相互激荡中为资料保护奠定了更加成熟和务实的法理基础。资料隐私问题产生原因的多重性,决定了资料隐私自身属性和价值的多元性。具体而言,资料隐私关涉政治、经济、科技等国内和国际因素,它既对个人人格的自由健全发展不可或缺,还对民主政治体制的运作、信息经济的发展以及和谐社会的构建至关重要。此外,个人资料作为一种非稀缺性的公共资源,导致资料隐私问题具有更强的共同性、公共性和集体性。

历史是一面镜子。虽然个人资料的法律保护仅走过了近半个世纪的历程,但欧美对此已经经验和教训参半。当今,欧美不仅在理论上大相径庭,它们在资料保护模式上更是南辕北辙。其中,欧盟强调资料隐私的政治属性,突出其社会价值,将它视为人权的重要组成部分,采取了全面、统一的立法模式,并构建起以公权力为中心、自上而下的资料保护执行机制。美国则更

注重信息隐私的经济特性，突出其私人价值，将它认定为一个个人或消费者权益保护问题，采取了分散的立法模式，并建立起以资料使用人自律、个人自力救济与市场调节和行业自治为主导、自下而上的执行机制。

欧盟《资料保护指令》的制定过程及其内容都深深地刻下了融合成员国既有国内立法和传统的烙印。它在很大程度上统一了成员国内法，但各国的立法和实践仍存在不少差异和冲突。然而，盘古论今，个人资料保护当唯欧洲尤其是欧盟的现行立法和实践是瞻。作为资料保护的发源地和创新中心，它们的经验对我国的借鉴价值不言自明。

资料隐私亦非纯粹的国内问题，它关涉资料的跨境流动，且具有与生俱来的国际性。为扫清资料在欧盟内部流动的障碍，保护跨境转移中的个人资料，欧盟为成员国划定了资料保护水平的底线，并禁止和限制向不具备适当资料保护水平的第三国转移资料。即使两国的个人资料保护水平相当，涉外资料处理中与资料保护关系的法律适用问题也不可回避。此外，资料隐私的跨境法律保护尤需双边、区域和国际性的互助与合作。

如今，我国也面临着西方发达国家曾经和正在经历的个人资料数字化及其招致的种种社会问题。鉴于我国隐私保护传统的缺失，已有立法和经验的不足，尤其是考虑到资料隐私对民主政治、经济发展与和谐社会的重要性，我们应立足我国的国情和需要，考察个人资料法律保护的历史和现状，取长补短，并坚持立法先行、执行机制并重，构建全面、高效的资料隐私法律保护体制。

**关键词：**个人资料、数字化、资料处理、资料隐私、跨境资料转移

## ABSTRACT

Mankind has stepped into the information age. Information technology transformed direct face-to-face message transmissions into faceless digitalized information flows. Increasing managerial and commercial values of personal data turned public and private entities into hungry data collectors, processors, sellers and buyers. We enjoy the sweetness of digitalized information flow and just taste its bitterness. Data Protection and Data Privacy are tools created to balance power and interests on personal data and data flows between individuals, data users, relevant third parties and the society as a whole.

Computer was not the key that opened the "Pandora Box" of Data Privacy. The irresistible joint political, economic and technical forces made it happen. Digitalized recording, keeping, processing and transfer of personal data broke the balance of power between individuals and authorities in their managerial and transactional relations. Public and private organizations manipulate personal data and the entire data flow process. Individuals lose adequate control over their data and lack proper participation into the data flow process. We have no choice, but just leave our data, closely related to our own destinies, to the hands of faceless strangers. Since this is where the pain originates, we shall search for painkiller from here.

Since 1940's, mankind has never stopped paving theoretical ground for data privacy. "Right to be let alone", "limited access to the self", "personal information control", "right of personal information determination" and other theories were proposed one after another. Continuous debates between them set more sound and practical theoretical foundation for data protection. Actually, the fact that multiple factors give birth to the data protection issue explains why data privacy has multiple characteristics and values. Data privacy touches political, economical, technical and international concerns. Free, healthy and full development of individual personality depends on it. Meanwhile, the democracy system, the information economy and a society in harmony cannot run without it. Further, personal

data is not a scarce resource that faces the “tragedy of the commons”, making data privacy a common, public and collective social problem.

History is a mirror. Data privacy is not a problem with a long history, but American and European experiences and failures are abundant. Today, the E. U and the U. S. A not only hold to different theories, but also adopt divergent legislative models and enforcement mechanisms. The Europeans emphasize its political characteristic and societal value, deem data privacy part of basic human rights, adopt a comprehensive and unified legislative model, and build up a top-down enforcement mechanism, taking data protection agency as the core means. The Americans prioritize its economical characteristic and personal value, treat it as a private and consumer protection issue, and establish a bottom-up enforcement mechanism, taking data users’ self rule and individuals’ self-policing as core means, with market regulation and sectoral self-regulation as supplemental measures.

The E. U Data Protection Directive is a hotspot, full of divergent national data protection legislations and traditions. To a great extent, it unified national data protection laws, but differences and conflicts still exist. As the birthplace and innovation center of data protection, Europe has invaluable experiences for China to draw from.

Exerting impact on cross-border data flows, data privacy is not a pure domestic issue either. It was, still is and will be a global concern. To remove barriers to trans-border data flows and to protect data transferred to third countries, the E. U creates a bottom-line for its member states, prohibits and restricts transfer of personal data to third countries without an adequate level of data protection. Even if two states do have an equivalent data protection level, the conflicts law of data protection in cross-border data processing has to be resolved. Further, cross-border protection of data privacy cannot be guaranteed without effective bilateral, regional and international cooperation.

China is now facing various social problems brought up by digitalized data processing, which developed countries were and are still troubled with. Bearing in mind that China lacks of privacy protection tradition, particularly its laws and experiences are inadequate, we shall shape our policies based on our current conditions, study relevant legislations and practices, and create a proper and effective data privacy legal framework.

**Key Words;** Personal Data; Digitalization; Data Processing; Data Privacy; Cross-border Data Transfer

# 目 录

|                        |    |
|------------------------|----|
| 导言——谁动了你的个人资料          | 1  |
| 第一章 个人资料的数字化与资料隐私      | 14 |
| 第一节 个人资料的数字化与资料隐私问题的产生 | 14 |
| 一、面对面的信息传递至数字化的信息流转    | 15 |
| 二、公共领域与个人资料的管理价值       | 18 |
| 三、私人行业与个人资料的商业价值       | 22 |
| 四、互联网与个人资料             | 30 |
| 第二节 个人资料的数字化与资料隐私的本质   | 33 |
| 一、《一九八四》与资料隐私          | 35 |
| 二、《审判》与资料隐私            | 41 |
| 三、信息流转上的力量失衡与个人参控的缺失   | 44 |
| 第三节 个人资料的数字化流转与资料隐私风险  | 46 |
| 一、微观动态视角下的信息流转过程       | 46 |
| 二、资料收集                 | 48 |
| 三、资料处理                 | 50 |
| 四、资料散播                 | 55 |
| 五、以资料为依据作出对个人产生影响的决定   | 57 |
| 第二章 隐私权理论的演进与资料隐私的法理探讨 | 60 |
| 第一节 传统隐私权理论与资料隐私       | 60 |
| 一、模糊变幻的隐私权理论           | 62 |
| 二、独处权说                 | 63 |
| 三、有限地接近自我说             | 65 |
| 四、个人信息控制权理论            | 69 |
| 第二节 财产法与合同法视野下的资料隐私    | 74 |
| 一、个人资料财产化理论的产生与发展      | 75 |

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 二、个人资料的商品化与资料交易的勃兴·····        | 78  |
| 三、个人资料财产权的归属·····              | 80  |
| 四、资料交易的候补性合同规则·····            | 82  |
| 五、个人资料财产化理论的缺陷·····            | 83  |
| 第三节  个人信息自决权理论与资料隐私的社会性·····   | 88  |
| 一、人格权与隐私权·····                 | 88  |
| 二、个人信息自决权·····                 | 90  |
| 三、资料隐私的社会性·····                | 96  |
| <br>第三章  美欧资料隐私的法律保护体制·····    | 102 |
| 第一节  美国信息隐私法的发展历程·····         | 102 |
| 一、隐私理念的萌芽与隐私权的确立·····          | 103 |
| 二、个人信息隐私问题的产生与早期联邦立法·····      | 106 |
| 三、特定私人行业中的个人信息隐私联邦立法·····      | 108 |
| 第二节  欧洲资料保护立法的发展历程·····        | 111 |
| 一、资料保护问题的产生与欧洲诸国的早期立法·····     | 112 |
| 二、早期的欧洲资料保护统一立法活动·····         | 124 |
| 三、欧盟《资料保护指令》与欧洲各国资料保护法的统一····· | 132 |
| 第三节  美欧资料隐私法律保护体制的不足与完善·····   | 144 |
| 一、美国分散的信息隐私法及其执行机制·····        | 145 |
| 二、美国的市场调节与行业自治机制·····          | 160 |
| 三、欧洲资料保护体制面临的挑战·····           | 167 |
| 四、政府、市场、科技与资料隐私保护·····         | 169 |
| <br>第四章  资料隐私保护法中的几个重点问题·····  | 176 |
| 第一节  资料隐私的性质、目的与地位·····        | 176 |
| 一、资料隐私在欧盟法上的性质、目的与地位·····      | 177 |
| 二、资料隐私在国内法中的地位·····            | 178 |
| 三、资料隐私的性质与目的·····              | 181 |
| 四、资料保护的性质、目的与地位的影响·····        | 181 |
| 第二节  非自然人资料的法律保护·····          | 182 |
| 一、国际和国内立法考察·····               | 183 |
| 二、自然人资料法律保护的思辨·····            | 189 |
| 三、资料保护法不宜全面保护非自然人的资料·····      | 193 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 第三节 非敏感个人资料的处理依据             | 194 |
| 一、资料处理的法律依据与欧盟法              | 195 |
| 二、资料当事人明确表示同意                | 197 |
| 三、资料处理为保护公共利益所必需             | 201 |
| 四、资料当事人同控制者和第三人之间的利益权衡       | 202 |
| 第四节 敏感个人资料的法律保护              | 203 |
| 一、敏感资料的特殊地位在资料保护法上的确立        | 203 |
| 二、敏感资料的内涵和认定                 | 205 |
| 三、禁止处理敏感资料的原则及其例外情形          | 209 |
| 第五节 个人的资料权利                  | 216 |
| 一、资料查阅权                      | 217 |
| 二、资料的更正、删除与封存权               | 224 |
| 三、资料处理的反对权                   | 228 |
| 四、反对以直接营销为目的处理资料             | 230 |
| 五、免受完全自动化决定的约束权              | 232 |
| 第六节 资料保护机构与个人资料的法律保护         | 235 |
| 一、资料保护机构——个人资料的卫兵            | 235 |
| 二、资料保护法与资料保护机构的历史和现状         | 236 |
| 三、资料保护机构的性质、地位、设立与运作         | 244 |
| 四、资料保护机构的职权与责任               | 248 |
| 五、由个人资料的卫兵至资料保护的调控者          | 254 |
| 第七节 资料处理的通报和预先审查制度           | 257 |
| 一、资料处理通报制度                   | 258 |
| 二、预先审查制度                     | 261 |
| 三、内部资料保护专员制度                 | 263 |
| 第五章 跨境资料转移与资料隐私的法律保护         | 267 |
| 第一节 跨境资料流动与资料保护              | 268 |
| 一、跨境资料流动与资料保护的法律框架           | 268 |
| 二、适当资料保护制度与跨境资料转移            | 271 |
| 三、跨境资料转移中资料保护的前进之路           | 276 |
| 四、中国与资料保护和跨境资料流动             | 293 |
| 第二节 资料保护法的适用范围与涉外资料隐私保护的法律适用 | 295 |
| 一、资料保护法适用范围规则的立法历程           | 296 |