

个人信息 的私法保护

法学格致文库

穷究法理 探求真知

谢远扬 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHERS

个人信息 的私法保护

法学格致文库

穷究法理 探求真知

谢远扬 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

个人信息的私法保护 / 谢远扬著. — 北京: 中国法制出版社, 2016. 3

(法学格致文库系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7333 - 0

I. ①个… II. ①谢… III. ①隐私权 - 法律保护 - 研究 - 中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 050149 号

责任编辑 罗莎 (sha.luo@live.com)

封面设计 杨泽江

个人信息的私法保护

GERENXINXI DE SIFABAOHU

著者/谢远扬

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/640 毫米 × 960 毫米 16

版次/2016 年 5 月第 1 版

印张/16 字数/200 千

2016 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7333 - 0

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66075800

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

导 言

在当今信息社会的大背景下，个人信息的保护问题日益成为人们关心的焦点，在侵害个人信息的事件日益普遍的情况下，本书试图结合比较法的经验，探讨在我国现有法律制度条件下保护个人信息相关权益的可能性和不足，以及在面对现有制度的不足之处时可能采取的补救措施。本书分为四章，内容上分为三个部分。第一部分是第一章，主要讨论个人信息这个概念本身，以及对个人信息保护的价值所在；第二部分是第二章和第三章，主要从自主价值和使用价值两个方面讨论依照我国现有制度实现个人信息保护的可能性，现实制度中的不足以及造成这种不足的原因；第三部分是第四章，结合上文中现有制度的不足讨论可能的补救措施，即在未来我国人格权法中建立个人信息权制度的必要性和可能性问题。

通过对个人信息内涵和外延的分析，我们可以得出这样的结论：个人信息是一种和已经识别或者可识别的自然人相关的、存在于一定载体之上的可被处理的信息。单个的个人信息可以反映具体个人某一方面的情况，而个人信息的总体则能够将具体个人的各种情况事无巨细地描述出来。

相比之下，隐私这个概念是相对于个人的生活安定而存在的，其所描述的是一个抽象的状态，这和描述具体客观对象的概念——个人

信息，并不相同。因此，由于概念出发点的不一致，导致隐私和个人信息这两个概念在具体保护目的、层面和具体方法上有诸多的不同，很难在两者之间直接画上等号。

保护个人信息的价值，主要就是保护个人信息的自主价值和使用价值。所谓自主价值是指通过对个人信息的自主使用以实现人格自由发展的价值；而使用价值则是指通过对个人信息的使用而获得经济上的利益或者社会上的某种评价、地位。这两者是相互联系的。通过个人信息的自主价值可以维护自己在社会交往中的独立地位，这种独立地位同时可以使得个人信息的使用效果更加显著，另一方面个人信息的恰当使用也能够使个人获得利益，而这种利益也可以用来推动个人在社会中的交往。自主价值和使用价值两者本身则贯穿了个人信息保护人格利益和实现财产价值的整个过程，能够真正使得个人信息物尽其用。

然而在现实环境之下，由于制度的缺失，人们轻视个人信息的保护，各种侵害个人信息权益的行为层出不穷。为了实现对个人人格尊严和人格价值的全面保护，确有检讨我国现有私法中个人信息保护制度的必要，尤其是对于个人信息自主价值和使用价值的保护。所谓保护个人信息的自主价值在具体制度中体现为本人对个人信息扩散的控制，防止个人信息轻易为他人所获得；而个人信息使用价值的保护则体现在防止他人获得错误的信息。笔者也将要分别从这两个方面加以论述，通过对于国际上个人信息保护制度的借鉴，分析我国现行私法制度下个人信息保护的现状以及实现全面保护的可能。

对个人信息自主价值的保护并不是一个全新的概念，但是随着现代化尤其是信息化的逐步发展，民众对个人信息保护的需求也在不断提升。尤其是在当下，个人信息的披露成为了社会必需，大量的个人信息为他人所合法占有的情况下，对个人信息的保护就显得更为迫切。为了实现这一目的，美德两国作为先进发达国家，采取了不同的路径，

比较而言各有利弊。就美国来说, 尽管基于传统上的隐私权, 体系较为成熟, 然而其保护的价值基础和个人信息权益并不完全一致, 虽然只是在较少的情况下, 但也会出现无法充分保护的情况; 德国则是从一般人格权中解释出信息保护的新权能, 本身就是以满足个人信息利益保护为出发点, 因此能够提供较为全面的保护, 但因其仍然是一个较为新颖的概念, 尚处于不断发展的阶段, 所以远不如隐私权成熟, 只是在判例和学说中被承认。但两者相同之处都在于, 强调个人对个人信息的控制性权利, 不仅仅在于防止他人直接从本人处获得信息, 同时也要求信息的实际控制人不能随意将所掌握的信息公开或者提供给第三人。

从我国的角度来看, 在同时承认存在隐私权和一般人格权的法律体系下, 无论是学说还是司法裁判都表明了, 无论是在信息收集阶段还是信息公开阶段, 依照现有的法律制度, 我国存在同时利用德美两国的先进经验, 为我国个人信息提供较为充分保护的可能。然而现实的情况却和理论上大相径庭, 笔者以为这种情况和我国现实的国情有关, 为了适应我国现实国情, 可能单纯依靠现有的制度力有不逮。

在个人信息使用价值的保护方面, 通过和美国相关制度的对比, 依据对名誉权和一般人格权的解释, 两者共同作用在逻辑上可以实现和美国法中诽谤和错误曝光类似的保护个人信息使用价值的目的。然而, 同样由于司法实践和技术上的缘故, 依靠现有的法律制度本身很难实现既有的制度目标。

然而必须注意的是, 和实现个人信息自主价值时一样, 造成制度目的难以实现的原因并非在于法律规范本身并不能够涵盖这些内容, 这些制度价值内涵本身是能够在现有的法律制度中找到规范依据的, 并且也是可以通过合理的法律解释途径来得到的。制度的短板来自于司法实践、社会相关的认识程度, 以及具体法律举证技术手段的不足。因此当我们采取法律技术手段试图解决这些问题时, 实际上也仅仅是

在现有的法律制度框架之内，将原先相对模糊的法律制度加以具体化，并且通过添加特定的技术辅助制度使其完善化的过程，是对现有法律制度内部的调整，而非凭空创造一个全新的制度，强加于现有制度之上。

面对信息在现在社会中日益重要的地位以及现有制度的不足，各个国家纷纷制定关于个人信息保护的专门法律。借助对国际上个人信息综合保护法律制度的简单梳理，笔者认为在未来我国制定独立的人格权法中，确有必要确立单独的个人信息权制度。在一项法律中确定某项具体权利，涉及必要性和可能性两个问题。在我国，对个人信息权益的保护，仅仅依据现有的法律制度，考虑到司法实践的现实问题和法律规范本身的技术不足，确实无法满足现实的需要，而对个人信息的保护在当前的信息社会中却日益重要，这两方面的矛盾构成了个人信息权存在的必要性；而个人信息权的核心，个人对其自身信息的控制权能，为我国法律中的一般人格权制度所包含，所谓规定独立的个人信息权，无非是将一般人格权中的信息控制权能具体化，再结合现实的需要添加适当的法律技术手段而已，因此在一般人格权属于人格权法当然内容的大前提下，个人信息权写入人格权法也就不存在逻辑和法理上的冲突，满足可能性的要求。

目 录

第一章 信息社会下的个人信息	1
第一节 个人信息	1
一、个人信息的定义	1
二、个人信息的特征	11
三、个人信息和隐私	21
第二节 个人信息的保护	31
一、个人信息保护的价值基础	31
二、个人信息的价值类型	43
三、个人信息保护的困境	49
第三节 本章小结	53
第二章 保护个人信息的自主价值	55
第一节 美国的隐私权保护模式	55
一、隐私权在美国的起源及发展	55
二、信息隐私对个人信息自主价值的保护	71
三、评价	89
第二节 德国的一般人格权保护模式	91
一、信息自决权	91

二、信息自决权的私法效力	112
三、评价	121
第三节 我国现行法下对个人信息自主价值的实现	124
一、隐私权的保护模式	124
二、一般人格权的保护模式	138
三、评价	154
第四节 本章小结	156
第三章 保护个人信息的使用价值	158
第一节 美国的诽谤加隐私权保护模式	158
一、诽谤	158
二、错误曝光	168
三、评价	173
第二节 我国现行法下对个人信息使用价值的实现	174
一、名誉权的保护模式	174
二、一般人格权以及其他人格权利的补充适用	177
三、评价	180
第三节 本章小结	182
第四章 人格权法下的个人信息权益保护	184
第一节 对个人信息保护的单独立法	184
一、世界经合组织 (OECD) 隐私指导纲领	185
二、《欧洲人权公约》	187
三、《欧盟数据保护指令》	189
四、德国《联邦数据保护法》	194
五、评价	202
第二节 人格权法中个人信息权	204

一、个人信息权的学理分析	204
二、人格权法中规定个人信息权的必要性和可能性	213
三、人格权法中个人信息权的构成	220
第三节 本章小结	228
第五章 结论	230
参考文献	233

第一章 信息社会下的个人信息

第一节 个人信息

一、个人信息的定义

中文的“信息”这一词语有着很悠久的历史，早在两千多年前的西汉，即有“信”字的出现。“信”常可作消息来理解。而南唐李中《暮春怀故人》诗：“梦断美人沉信息，目穿长路倚楼台”，宋代陈亮《梅花》诗：“欲传春信息，不怕雪埋藏”中也出现了“信息”同样来指代消息。现在意义上使用的“信息”来自英语的“information”，其源于拉丁语“infomatio”，含义是“以某种形式带来（in Form bringen）”，并且可以转义为“通过指示形成（durch Unterweisung bilden）”或者“告知（unterrichten）”。^①有观点认为，从本质上说，信息是反映现实世界的运动、发展和变化状态及规律的信号与消息。而法律意义上的信息，则是指固定于一定的载体之上的，对事物（包括人自身）的现象和本质的认识的表达。^②然而由于信息概念本身的复杂性，也有观点认为现在并不存在一个公认的概念。^③因此学者们只能从不同的角度对信息这一概念进行描述和理解。

① Karl - Heinz Hillmann, Wörterbuch der Soziologie, Stuttgart 1994, Begriff Information, S. 366.

② 齐爱民：《捍卫信息社会中的财产》，北京大学出版社2009年版，第48页。

③ Jean Nicolas Druey, Information als Gegenstand des Rechts, Baden - Baden 1996, S. 3.

施坦布赫 (Steinbuch) 认为, 信息是通过一系列信号所引起的接收方的结构性改变 (Strukturveränderung)。^① 这种观点强调信息自身是一种信号 (Signal), 并且这种信号是为接收方所收到并且引起一定的改变。^② 瓦茨拉卫克 (Watzlawick) 则将信息和物理学中的“力”相比较, 以凸显信息在信息的发出者和接受者之间产生的作用和反作用的效果, 即信息由发出者到达接受者处时, 会对接受者产生影响, 同样接受者对影响的反应也会对发出者有一定效果。^③ 而彻里 (Cherry) 则将信息理解为对接受者意识的改变 (die Veränderung des Bewusstseins des Empfängers)。^④ 这些定义都暗示着信息的一个特征, 即信息能够积极地影响或者改变信息接受者的意识。而这又表明了对于信息的定义, 不仅仅需要强调信息的表现形式是一种信号, 也要强调信息对接受者的影响。另外, 信息虽然通过信号表现出来, 但是其自身则是一种抽象的存在, 其区别于传递信息的文字、图画或者声音, 这些只是信息的载体, 信息则是在这些文字、图画或者声音中所蕴含的内容。同时这种抽象的内容也并不能够独立存在, 而是信息接受者对外部客观世界的反映。基于信息理论, 有学者建立起一个信息模型系统, 认为在信息的发布者和接受者之间存在一个管道, 信号可以通过这个管道进行传播, 当信息的发布者发出己方的信号, 可以通过管道到达信息接受者。^⑤ 这一过程的效果并不仅仅取决于信号本身, 也取决于信息的接受者, 或者更准确地来说, 是信息接受者的理解感知, 这种感知,

① Karl Steinbuch, Maßlos informiert. Die Enteignung des Denkens, München 1987, S. 55.

② Steinbuch, Maßlos informiert, S. 55 ff.

③ Paul Watzlawick / Janet Beavin / Donald Jackson, Menschliche Kommunikation: Formen, Störungen, Paradoxien, 8. A., Bern 1990, 30f. .

④ Colin Cherry, Kommunikationsforschung - eine neue Wissenschaft, Hamburg 1963, S. 314.

⑤ Thomas Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz, Hamburg 2006, S. 87.

则又是一个解释的过程,^①而这种解释则又被限制在解释者的生活和学习范围之内。^②在这种意义上,信息所产生的影响是基于信息接受者自身特定的生活环境的,因为接受者对信息内容的理解是建立于其自身的前见之上,^③不同的环境和前见可能会导致对相同的信息内容产生完全不同的理解,而接受者具体的生活环境以及个人前见则是客观外部世界的产物。

德鲁埃(Druey)总结了前人的论述,认为信息这一概念含有四个基本元素。^④第一,信息是可分的。信息并非一个单独的个体,而是由很多更小的部分,即所谓的细节所组成的。而这些细节也同样是信息,包括背景、地点、时间等。第二,信息必须存在其内容。信息不可能无意义的存在,如果一些信号被认为是信息,那么其必然是含有一定的内容,而无意义的信号也就只是信号而不能成为信息。当然,这些内容应当如何理解和解释,决定于信息接收者自己的生活和学习经历。因此从这个意义上说,信息的内容可以是不确定、不完整,甚至是不真实的,并且还可以因为解释对象、解释背景和解释时间的不同处于可以变化的状态。第三,信息应当被认为是一个过程(Vorgang)。这里所谓的过程,不仅仅是在描述信息从发出者到接受者的这个传递的过程,也包括了信息到达接受者之后的,接受者对信息进行处理的过程,例如接受者对信息进行的理解、存储和移转等。正如在上文所说的,信息必须有其内容,而内容则是由相关人员对信息进行解释的结果,而这本身就是一种对信息的加工,否则就只是存在于某种载体之上的信号而已。最后,信息可以理解为一种知识状态(Zustand des Wissens)或者是对知识内容的占有(Besitz von Wissensin-

① Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 91.

② Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 4.

③ Martin Heidegger, Sein und Zeit, Tübingen 1967, 152 f.

④ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 10 ff.

halten), 以衡量信息交流的结果。在这种意义上信息一词和“知识 (Kenntnis)”。差别不大。^① 在某种意义上说, 后面两种元素从另一个角度同样表达了信息对接受者个人意识的影响, 因为他们都是在描述当信息的接受者接受信息之后, 信息对于接受者的作用。可见, 当我们提到“信息”一词时, 所指的并不是信息的载体、也不是作为信息表现的信号, 而是信号所表达的内容以及这些内容对信息接受者的影响。这就表明对于信息价值的讨论必须要在动态社会交往的大背景下进行。

在相关的论述中, 对这种指向某个具体个人信息的概念, 主要使用了三种概念表达^②: “个人信息”、“个人数据/资料”和“信息隐私”。在欧盟国家基本上使用“个人数据/资料 (personal data)”这一概念;^③ 我国台湾地区和香港特别行政区也是如此;^④ 而日本、韩国、俄罗斯等国主要使用的是“个人信息 (personal information)”。^⑤ “信息隐私 (information privacy)”的概念主要使用在普通法国家, 如美国、澳大利亚、新西兰、加拿大等, 以及受美国影响较大的 APEC 等国际组织之中。^⑥ 在实际的立法层面看, 在 1970 年联邦德国黑森州首先制定了《个人数据保护法》, 而在国家层面, 最早的个人信息保护立法

① Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 22.

② 李朝晖: “个人征信中信息本人权利的保护——以确保信用信息公正准确性为核心”, 《法学评论》2008 年第四期。

③ 欧盟 1995 年的《欧盟个人数据保护指令 (95/46 指令)》以及 2000 年的《共同体机构个人数据处理和流动保护规定》, 1978 年法国《资料保护法》, 1987 年挪威《资料登记法》, 1987 年芬兰《资料保护法》等规范性文件都使用了“个人资料/数据”一词。参见齐爱民: 《拯救信息社会中的人格》, 北京大学出版社 2009 年版, 第 77 页。

④ 香港特别行政区 1996 年《个人资料条例》, 我国台湾地区“资料保护法”。

⑤ 日本 1999 年起草了《个人信息保护法》, 韩国 1999 年《公共机构之个人信息保护法》及俄罗斯 1999 年的《俄罗斯联邦、信息化和信息保护法》都使用了“个人信息”。

⑥ 周汉华: “制定中国个人信息保护法的几个问题”, 《个人信息保护前沿问题研究》2006 年 10 月, 第 220 页。

则是瑞典 1973 年颁布的《资料法》。^①当然,这种概念表述的不同,主要源于不同国家的习惯以及传统,和概念实际指代的具体内涵和外延并没有直接的联系,仅仅从概念用词本身并不能够明显看出它们之间的不同。

就国内的研究来说,对于此概念,有学者称其为“隐私”^②,有学者称为“个人信息”^③,也有学者称为“个人资料(数据)”^④,当然也有观点认为三者差距不大,^⑤但最终还是“个人信息权”的称谓获得了较高的认可。^⑥就个人信息和个人资料这两个概念来看,其区分的关键在于“信息”和“资料”的区别。英国 1998 年《数据保护法(Data Protection Act)》明确区别了这两个概念,其第 1 条指出:“所谓数据(Data)是指处于以下状态的信息,(a)依照一定的目的而被自动的处理;(b)为一定的处理目的而被存储;……”这就是说资料的核心就是信息,是为了一定的目的而被存储或者处理的信息。因此有观点认为,信息是数据反映的内容,而数据是信息的表现形式,^⑦也有观点认为数据是信息的基本单位(informationelle Atom),区别在于

① 刘宝源,刘小春:“论个人信息的法律内涵”,《乐山师范学院学报》2008 年第六期。

② 参见王秀哲:“信息社会个人资讯隐私权的法律保护”,《徐州师范大学学报》2005 年第一期。

③ 参见,刁胜先:“个人信息网络侵权归责原则的比较研究——兼评我国侵权法相关规定”,《河北法学》2011 年第六期;齐爱民;李仪:“论利益平衡视野下的个人信息权制度——在人格利益与信息自由之间”,《法学评论》2011 年第三期;张莉:“个人信息权的法哲学论纲”,《河北法学》2010 年第二期。

④ 参见汤擎:“试论个人数据与相关法律关系”,《华东政法学院学报》2000 年第五期。

⑤ 梅绍祖:“个人信息保护的基础性问题研究”,《苏州大学学报》2005 年第二期。

⑥ 由中国社会科学院法学研究所研究员周汉华主持的专家组起草完成的《个人信息保护法》专家建议稿使用的就是“个人信息”。以及,王利明:“人格权法的发展与完善”,《法学家》2012 年第一期。

⑦ 参见前注,齐爱民:《拯救信息社会中的人格》,第 79 页。

数据可以计量和信息不能计量而已。^①而在比较法层面也存在信息/数据概念之间混用,^②尽管也有认为“个人信息”一词更突出对个人权利关注这样的观点。^③但笔者还是倾向于这两者的区别仅仅在于不同的表述角度,^④个人资料更加强调个人信息的具体表现形式,而个人信息则是强调作为表现内容的信息本身,两者之间并没有本质的区别。在现实中,信息也必须通过某种形式表现出来,因此这种区别的意义也是非常有限的。另一方面,个人信息和隐私两者之间的区别则非常重要,也较为复杂,笔者将在后文中详细论述。

但是在具体的论述中必须要有一个确定的概念,在个人信息和个人资料之间摇摆不定,反而会造成论述的混乱。鉴于越来越多的学者在讨论中使用“个人信息”这一概念,并且为立法建议稿所普遍采纳,^⑤本书在论述笔者自己观点时,将统一使用“个人信息”这样的表述。

个人信息这个概念在法律上的内涵究竟是什么?

对于如何在法律中对个人信息进行定义,理论界一直争论不断。就笔者现在所掌握的资料来看,关于个人信息内涵的定义方式主要有隐私型定义和识别型定义两种:

所谓隐私型定义,是通过隐私的概念来表述个人信息,强调个人信息的个人性和私密性,主要表现为个人信息不应为他人所知以及和公共利益无关的特征。例如,美国帕伦特(Parent)教授认为,个人信

① Vgl. Thomas Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 92; Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 23.

② 例如英国《数据保护法》的序言中,就指出了本法的目的在于“规范和个人相关信息的处理活动(the processing of information relating to individuals)”。而《95/46指令》中对个人数据的定义也最终落在信息上。

③ 齐爱民:《拯救信息社会中的人格》,第80页。

④ Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmung, Baden - Baden 2005, S. 89.

⑤ 周汉华主编:《中华人民共和国个人信息保护法(专家建议稿)及立法研究报告》,法律出版社2006年版;齐爱民:“中华人民共和国个人信息保护法示范法草案学者建议稿”,《河北法学》2006年第六期。

息就是“社会中多数所不愿向外透露者（除了对朋友、家人等之外）；或是个人极敏感而不愿他人知道者（如多数人不在意他人知道自己的身高，但有人则对其身高极为敏感，不欲外人知道）”。^①

从立法的层面看，这种定义方式主要是在通过隐私制度保护个人信息的国家和地区中使用，以普通法国家为主。例如：美国 1974 年《隐私权法》、1986 年《电子通信隐私法》，2000 年《儿童在线隐私保护规则》；加拿大 1982 年《联邦隐私法》和 2001 年《个人信息和电子档案法》，^② 澳大利亚 1988 年《隐私法》，新西兰 1993 年《隐私法》，以及亚太经济合作论坛 APEC 提出的电子商务隐私权保护原则等，都是通过这种方式加以定义的。

所谓识别型定义，是通过个人信息对某个具体个人的识别性来对个人信息加以界定的，这种识别性是指该信息是与某个具体个人相联系，或者可以指向某个具体的个人，可以通过信息将信息主体直接或者间接的识别出来，加以确定。采取这种定义的典型立法主要是欧盟国家，如欧盟的《欧洲议会公约》^③、德国《联邦数据保护法》^④ 等。此外这种定义方式也得到了我国很多学者的支持。^⑤

① 转引自陈起行：“资讯隐私权法理探讨——以美国法为中心”，台湾《政大法律评论》第六十四期。

② 刘宝源，刘小春：“论个人信息的法律内涵”，《乐山师范学院学报》2008 年第六期。

③ 其第 2 条 a 款规定：“个人资料”是指任何可识别或可得识别自然人（本人）的信息。

④ 其第 3 条规定：“个人数据”是指与个人或者已经识别的或者可以识别的个体（数据主体）具体材料相关的信息。

⑤ 比如我国学者吕艳滨提出，个人信息，即识别出或者可以识别出特定个人的所有信息，该信息可以以文字、图表、图像等任何形式存在，并可以附载于纸张、电子媒体等任何媒介之上。参见吕艳滨：“个人信息保护法制管窥”，《行政法学研究》，2006 年第一期。周汉华主持编写的《中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）》第 9 条适用范围中，将个人信息定义为“个人姓名、住址、出生日期、身份证号码、医疗记录、人事记录、照片等单独或与其他信息对照可识别特定的个人的信息”。周汉华：《个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告》，法律出版社 2006 年版，第 3 页。