



XIN MEI TI HUANJING XIA YINSI BAOHU
FALV WENTI YANJIU

新媒体环境下隐私保护 法律问题研究

陈堂发 著

 华东政法大学出版社

国家社科基金项目结项成果[12BXW051]

新媒体环境下隐私保护 法律问题研究

陈堂发 著

复旦大学出版社

目 录

Contents

绪论	001
第一章 隐私扩散：新媒体突出法律问题	013
第一节 隐私法规范的模糊性	013
一、隐私内涵诠释的不确定性	013
二、法律条款中隐私外延的模糊性	021
第二节 新媒体环境下隐私保护面临新问题	029
一、技术及其运用的向善抑或从恶	029
二、隐私保护策略需要重新检视	047
三、隐私条款设置的价值在于强化执行	065
第三节 隐私保护的认知意识与行动能力	075
一、隐私与个人信息保护行动能力有待提升	075
二、大学生隐私认知意识强于行动能力	080
第二章 有限隐私：价值差分与隐私权益	090
第一节 新媒体社会性与泛化的隐私	090
一、媒介化社会难以庇护个人隐私	090
二、泛化的隐私理念与现实媒介环境	098

第二节 隐私合理范围与所涉价值辨析	109
一、泛隐私的理论主张与司法实践	109
二、隐私人格利益：一定条件限制的绝对性	127
三、隐私人格利益的价值位序辨析	140
第三章 公共属性的隐私权益协调	169
第一节 隐私权益与意思自治适当性	169
一、公开场合以隐私保护为例外	169
二、隐私权意思自治属特定隐私主体	183
第二节 隐私权益与理性甄别角色期待意识	195
一、隐私权益的社会共享性	195
二、理性“公众人物”观的隐私权益	205
第四章 隐私理性保护的法律化原则	218
第一节 法律化隐私应关涉人格尊严	218
一、理解作为人格精神要素的隐私	218
二、个人信息与人格精神要素隐私	226
三、关涉人格尊严的涉私信息应归入隐私	239
第二节 法律化隐私事项以道德属性为限	244
一、隐私权法的内在道德性	244
二、道德过错与违法犯罪涉私区别对待	255
参考文献	280
附录 新媒体环境下隐私问题调查问卷	289

绪 论

人性有天生的欠缺,但它不应该是个体张扬人性恶的遁词。而从人性恶出发的施害方是否应当被允许诉诸媒体舆论,这并不仅仅是受害方有无勇气或愿意公开的个人问题,它事关隐私权理性保护的法律问题与社会问题。

性骚扰、性侵害成为 2017—2018 年网络舆论热度持续升温的话题之一,教育行业、媒体行业被推向舆论旋涡的中心。虽然其他行业领域亦不乏性骚扰、性侵害的现象,而媒体与社会舆论习惯于采取选择性注意。时有发生、陆续发声的受害人所遭遇的侵害如果处在传统媒体时代,则难以产生这种规模的“性”控诉性舆论,主要问题不在于传统媒体缺少担当,而是法律制度没有提供这样的舆论免责机制,司法实践缺少隐私有限保护的理念。

隐私保护的必要性无须赘言,艾伦·弗曼·韦斯廷在《隐私与自由》中就隐私的功能予以了集中概括:“自治”,隐私能够保护个人免受其他人的操纵或控制;“情绪释放”,隐私为个人提供各种情绪释放的方式;“自我评价”,隐私保证个体在各种事件中展示个性;“限制和保护交流”,隐私为共享秘密和亲密关系的维持提供机会。在“自治”功能中,他强调隐私保护了“对社会规范轻微的不顺从”。虽然社会规范遭到破坏不被容忍,但隐私容许社会忽视这些

细微过失而不必受到处罚。他们不会因为这些小的过错而影响到自己的声誉^①。隐私具有难以界说的内涵与外延,但作为价值问题,隐私是人类伦理的基本价值之一,隐私不专属于某个具体的个人,它具有普遍的伦理价值。这表明隐私的保护与否既不是单纯的个体愿望,也不是立法主体的单方意志,它比其他人格权的处置更在乎众意与合意。近年来,新媒体使用的环境促进了关于隐私保护专门法律条款的补充,对某些核心隐私事项也有所列举。但由于互联网全方位地高度融入社会生活,特别是人工智能对于信息的深度介入以及大数据的全息化开发与利用,隐私如“公地悲剧”的扩散与适度保护问题变得尤为突出,而狭义或严格意义上对隐私的法理问题进行细致而深入研究的还比较缺乏。

—

同任何一种新型经济的发展一样,互联网经济早期发展需要一定的政策倾斜或政策环境,包括法律化的政策环境。但这种“政策福利”所享受的幅度必须考虑“工具理性”与“价值理性”双重因素。所谓“工具理性”,即通过实践的途径确认工具(手段)的有用性,从而追求事物的最大功效,为达成人的某种功利目的服务。工具理性是通过精确计算功利的方法最有效达至目的的理性,是一种以工具崇拜和技术主义为生存目标的价值观。“工具理性”亦称“功效理性”或“效率理性”。网络内容服务商所推崇的“算法推荐”即为工具理性的典型表现。该理念来自马克斯·韦伯的“合理性”概念,合理性分为价值(合)理性和工具(合)理性。价值理性强调一定行为的无条件的价值,以动机的纯正和选择正确的手段去实

① Alan Furman Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, 1970: 35.

现意欲达到的目的^①。工具理性只追求借助理性计算达到需要的预期最大化效果,漠视以人文精神为核心的社会共享价值。总体上说,只要有一种价值理性的存在,就必须有相应的工具理性来实现这种价值的预设。但是,工具理性只能作为手段而不能自身成为目的并取代目的,价值理性比工具理性更为本质,工具理性是为价值理性服务的。如果两者的关系颠倒,是为“异化”。

就目前隐私权法相关条款所体现的精神来看,互联网服务商在监管责任方面享受了比较多的“政策福利”,未能充分凸显两种理性的统一。网络服务商的监管义务涉及监管的具体内容及监管的技术手段。监管内容分为两类:一类是违反公法的非法内容,如干扰公共秩序、淫秽色情信息、民族分裂及危害主权政权利益等;另一类是违反私法的内容,如侵害名誉、隐私等人格利益及著作权益。对于第一类违法性内容,法律赋予网络服务商的是严格责任,即主动履行监管的责任,承担较为严格的监管义务。理论上学者们也倾向于认为技术手段对网络信息的监管只适用于该类内容,技术手段因素一般只能用在第一类中的某些信息的监管,难以适用于后一类内容的监管。后一类内容的监管一般只能采取事后监管的方法,即在接到受害人或有关主体的维权要求后采取屏蔽、删除等监管措施。正是这种纯粹“技术主义”的政策倾斜占据主导地位,使得网络空间的隐私扩散成为独有的“景观”。相似的观点认为,网络服务商仅仅是一种网络服务,服务行为本身具有中立性,不参与信息交换或内容生产,不应对网络隐私侵权行为承担法律责任。国内有关搜索引擎服务所引发的侵权纠纷案,网络服务

① [德] 马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,马奇炎等译,北京大学出版社2012年版,第203页。

商被判承担侵权责任的案例就比较少见。

网络环境的开放性、虚拟性、交互性及信息的海量、瞬时扩散等一系列特征,使得网络环境下相关主体间的权利、义务配置更为谨慎。一方面,网络运营商应承担善良管理人角色,在技术许可与力所能及的情况下尽到把关人的道义责任与法定义务。另一方面,对监管者施加的责任、义务应满足立法所遵循的公平原则,即“应当意味着能够”^①。网络运营商作为“善良管理人”,并非要求赋予无限道德义务,运营商与用户之间的“利益互惠”应该建立在运用有效手段阻止那些具有明显表征的非法侵害行为的前提下,而非出于“利益合谋”放纵技术本身缺陷而无所作为。

作为市场利益的主体,法律对于网络运营商的义务应当视不同的情况而给于高度的注意义务、较高的注意义务或合理的注意义务,而非简单划定为“通知—移除”的有限责任,这不符合“责—利”统一的原则。《侵权责任法》第三十六条规定:“网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”这一规定并未完全涵盖“善良管理人”义务,运营商对那些可能含有隐私人格利益侵害的任何形式的信息可以放弃主动把关责任,只须消极地等待被侵权人的告知,它所承担的只是较低的注意义务。罗尔斯所主张的“应当意味着能够”原则对于合理限定网络运营商的隐私侵权责任具有指导价值,也是对“善良管理人”法责界定的

① [美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第109页。

最佳诠释。他认为法治所要求和禁止的行为应该是人们合理的被期望去做或不做的行为,它不能提出一种不可能做到的义务;那些制定法律和执行法律的人的诚意必须得到要服从这些规则的人们的承认。只有人们普遍地相信法律能够被服从和执行时,法律才能被接受;一个法律体系应该把执行的不可能性看成是一种防卫或至少作为一种缓行的情况。如果惩罚的责任不是正常地限制在人们做或不做的能力范围之内,这种责任便成为加于自由之上的不可容忍的重负^①。就隐私披露侵权责任而言,一般情况下,后台管理者对具有侵权内容的文字信息无法具有主动辨别、把关的能力,可适用故意归责原则,即权利人主张或不告知,运营商可以不作为。而视频类涉及隐私信息,其可识别性与文字信息明显不同,侵害后果也较文字信息更为严重。网络服务商作为侵权行为发生的重要环节,法律应该施加运营商过失侵权与故意侵权的双重法定义务,而非笼统地以故意归责原则进行规范,尤其对于具有高识别性的网络视频类隐私披露行为。只有如此,才能体现权、责相当的法律正义精神。

但从目前隐私侵害行为的责任追究整体情况看,网络运营商极少成为民事责任或刑事责任的主体。诸如扩散露骨照片或视频行为就具有比较明显的侵权特征,网络运营商应承担较为严格的责任,主动履行高度的注意义务。如2015年11月,一篇题为“致全体网友的一封公开信——《济宁郑某某艳照门事件》作者”的帖子发表在百度贴吧,作者自称是郑某某艳照门事件的始作俑者、与郑某某交往了近两年的男友马某某。因不满对方提出的分手,马某某将其与郑某某自拍的数张亲密不雅照上传网络,其中包括多

① [美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第112页。

张裸露床照及暧昧不雅照。根据《治安管理处罚法》第四十二条规定,偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私,情节较严重的,处五日以上十日以下拘留,马某某被公安机关处以治安拘留十天,运营商并未承担相应责任。又如2017年3月,绥德县人岳某通过陌陌聊天认识李某,相处两个月后,李某觉得不合适提出分手,岳某不同意并称李某欺骗自己感情。岳某先是索要两人相处时李某花费的2000元,李某未予理睬,继而索要5万元被李某拒绝,岳某便在其手机陌陌动态和群里多次发布李某的裸露照片和身份信息。公诉机关认为,岳某以非法占有为目的,对被害人实施威胁、恐吓的方法,限期让被害人交出数额巨大的财产,其行为侵犯了公私财产的所有权,构成了敲诈勒索罪。2017年7月,岳某以敲诈勒索罪被判处有期徒刑三年六个月,并处罚金人民币一万元,运营商同样未被追究责任。此类情况在网络空间时有发生,作为网络服务商,即使双方当事人未对网络服务商提出责任承担的请求,从净化网络空间的公法调控目标考虑,相关执法主体应当追究网络服务商不作为的行政责任乃至刑事责任。目前的刑法还没有明确网络服务商对显著侵犯隐私权的行为应作为犯罪主体对待的规定,网络服务商对侵犯个人隐私的刑事责任承担问题系法律空白地带,这对个人隐私的保护及网络发展的规范都极为不利。从公平原则出发,将来有必要将网络服务商纳入刑事责任主体,适度加重网络服务商的刑事责任,至少可以考虑对网络服务商设置财产刑。因为网络服务商对于某些显著的隐私侵害行为不加监管,不仅对隐私人格利益构成无法弥补的损失,亦对社会具有明显的危害性,所以亦属于公法调整的范畴。网络环境下的隐私权侵害具有持续性、扩散性和永久的存留性,侵权主体的侵害行为停止并不影响侵害行为在更大范围以更快的速度继续,因此,首发网络平台应当负有更严

格的注意义务。

隐私权法完善的主要内容之一在于网络服务商应承担不同程度的注意义务,其作为服务监管者的义务是居于服务管理而产生的附随义务,包括预防性的检查义务或发现侵权及时采取补救措施以及侵权后的补救义务。预防性检查义务强调网络服务商应主动对自己平台上的内容进行审查,如果发现有可能会对他人隐私权益造成侵害的,有权进行事先警告。《侵权责任法》第三十六条就体现出网络服务商应当具有预防性检查义务。对于“知道”的理解,可以分三种情况:一是尤为明显的隐私事项(视觉类)扩散,应当以一般道德水准的人可以识别为判断标准,施以运营商高度的注意义务,即瞬时主动发现并屏蔽。二是可以推断为隐私(文字类)的事项扩散,“知道”方式采取合理时段的定期检查而主动发现,运营商应承担较高的注意义务。三是不明显的隐私事项的扩散,运营商应承担合理的注意义务,即采取侵权后“通知”的补救义务。合理的注意义务条款仍有待补充,如网络服务商面临判断时,向其监督机构提出申请,如果判定确有侵权可能性,再采取必要措施。由于法律审查具有较高的专业性,完全让网络服务商进行内容审查和判断不太切合实际。该监督机构可以在基层法院专门设立,人员由法官和网络技术专业人员组成。

二

个人信息与严格意义上的隐私密切关联,通过制定个人信息保护法弥补隐私权保护的不足,导致隐私权法的条款相对粗疏,是各国隐私保护立法的普遍现象。不少国家网络隐私保护法律体系呈现以个人信息利益保护为主、隐私权保护为辅的趋势。目前我

国的立法也同样体现出这一特征,从民事责任、行政责任到刑事责任,法律对个人信息保护的立法更为周延。由于政治理念、传统文化与社会习俗等方面的诸多差异,我国的隐私有效保护问题是否可以采取与西方国家相同的立法思路,还值得探讨,因为具有伦理价值色彩、强调人格尊严的隐私与以识别性、指向性为特征、更多地具有财产属性的个人信息毕竟不是完全重合的两种范畴。作为网络时代的立法趋势,这种个人信息保护为主、隐私保护为辅的法律制度有其合理性,因为个人信息已经成为直接的社会财富与资源,公私领域对于其利用的需求日益迫切。而过分强调隐私保护对网络的经济性、政治性与发展性不利,也使得过于宽泛的个人隐私权益主张实际上难以落实,在司法资源有限的环境下难获得有效救济,并最终影响法律威严。

作为隐私权理论发源地的美国,1974年颁布《隐私权法》首次明确“信息控制权”,强调个人信息权利。随后,针对特定行业领域内个人信息收集与利用问题的隐私问题法律相继出台,如《金融隐私权法案》《家庭教育权和隐私法案》《个人隐私与安全法案》等。近些年来,隐私的分散立法趋势更加凸显。如2012年《消费者隐私权法案》正式颁布,对消费者的个人数据权利予以具体规定:一是个人控制,可收集哪些个人数据,如何使用这些数据,消费者拥有控制权。对于消费者和他人共享的个人数据,以及企业如何收集、使用、披露这些个人数据,必须向消费者提供适当的控制手段。为便于消费者做出选择,企业需提供能够反映企业收集、使用、披露个人数据的规模、范围、敏感性并可由消费者进行访问且易于使用的操作性路径。企业还必须提供同样手段,使得消费者能够撤销曾经承诺的许可,或者对承诺的范围进行限定。二是透明度,企业所收集的个人信息及其必要性、使用目的、预计删除日期、是否

与第三方共享以及共享的目的,企业必须向消费者进行明确的说明,消费者拥有知情、访问的权利。企业还必须以在消费者实际使用的终端上以容易阅读的形式提供关于隐私政策的告知,强调有效的告知,即对于移动终端,应采取改变显示尺寸、重点提示移动平台特有的隐私风险等方式,对最重要的信息予以显示。三是尊重背景,消费者有权要求企业按照与消费者提供数据时的背景相符的形式对个人信息进行收集、使用和披露,即企业在收集个人数据时必须要有特定的目的,对个人数据的使用必须仅限于该特定目的的范畴。如果在某些情况下企业对个人数据的使用和披露可能与当初收集数据时所设想的目的不同,企业必须用比最开始收集数据时更加透明、醒目的方式来将新的目的告知消费者,并由消费者来选择是允许还是拒绝。四是可访问性、准确性,由于数据的敏感性因素,或者数据不准确可能存在对消费者不良影响的风险时,消费者有权以适当的方式对数据进行访问,以及提出修正、删除、限制使用等要求。在其他相关行业,同样有相应的个人数据信息保护政策法律。美国并没有一部全面的隐私保护专门法律,它们分散在用于保护资产数据、医疗数据等特定隐私信息的法律条款中。

“遗忘变成了例外,记住成了常态。”“谷歌对我们的了解比我们自己能够记住的还要多”^①，“被遗忘权”成为网络时代个人隐私保护的特有现象,也是偏重个人信息或数据保护立法的内在逻辑。1995年,欧盟委员会通过《个人数据保护指令》,首次涉及“公民可以在其个人数据不再需要时提出删除要求,以保护个人数据信息”。个人数据的收集、处理、更正以及保存等都应当坚持准确性

① [英] 维克托·迈尔-舍恩伯格:《删除:大数据取舍之道》,袁杰译,浙江人民出版社2013年版,第6页。

和完整性,数据控制者有义务删除缺乏准确性和完整性的数据。2012年,欧盟《通用数据保护条例》草案正式规定“被遗忘和删除的权利”。同年,欧盟委员会公布的《欧洲议会和理事会关于制定有关个人数据处理中个人数据保护和自由流动条例的立法提案(第2012/72、73号指令)》第十七条规定了“数字遗忘权”:数据主体有要求数据控制者删去和拒绝传播关于他们数据的权利,尤其涉及当数据主体是儿童时所发布的个人数据:(1)基于收集和处理目的,数据已经没有存在的必要;(2)数据主体依法撤回同意或者数据存储日期已经终止并且已无处理此数据的法定理由;(3)数据主体依法反对个人数据的处理;(4)个人数据处理基于其他原因和条款不相符合。2016年,欧盟理事会、欧洲议会先后投票通过《一般数据保护条例》,下列情形下用户有权要求企业及时删除其个人数据:(1)该数据之于其收集、处理目的不再必要;(2)用户撤回其同意,并且没有其他正当理由支持继续处理该数据;(3)用户反对处理其个人数据,并且没有其他正当理由支持继续处理该数据,或者出于直接营销目的处理个人数据,遭到用户反对的;(4)非法处理个人数据的;(5)为了遵守企业在欧盟或者成员国法律之下的义务,必须删除该数据;(6)为提供信息社会服务,经其监护人同意而处理儿童个人数据的。这些规定适用于已经公开的个人数据,企业应当采取合理措施,删除个人数据的链接、复制件等。欧盟法院2014年5月对“被遗忘权”诉讼予以认可裁决,作为被告的谷歌公司从同年5月宣布尊重欧洲居民被遗忘的权利,个人可以申请谷歌删除“不适当、不相关或不再相关以及随着时间流逝过度相关的数据”。对于通过Cookie等方式收集用户行为记录的定向广告行为,欧盟通过2009年修订的《电子隐私指令》进行监管,由修订前的“主动退出”政策(只要向用户提供其

明确的使用目的及完整的信息,就允许使用用户终端上存储的信息,但必须对用户可提供拒绝使用的权利)改变为“主动许可”政策(只有在向用户提供其明确的使用目的及完整的信息,并事先获得用户许可的情况下,才允许使用用户终端上存储的信息)。俄罗斯2016年生效的《信息、信息技术和信息保护法》赋予该国公民互联网空间的“被忘却权”,搜索引擎有能力执行屏蔽“不实信息”的义务,俄任何公民有权请求在俄运行的搜索引擎删除涉及自己的不实信息。对这一要求搜索引擎可以满足,也可以拒绝。如果被拒绝,公民可向法院起诉涉事的搜索引擎。该法同时规定,国家公职人员不能要求在网上屏蔽其不动产或收入信息。公民也无权要求隐匿其曾经入狱等信息。

对于个人数据的定义,欧盟的相关法律将其界定为与数据主体相关的信息,其中数据主体中包含了位置数据、IP地址、Cookie等网络上的识别符。而日本的个人信息保护法律则将关于生存个人的信息,以及这些信息中所包含的姓名、出生日期及其他一些能够识别特定个人身份的描述(能够容易地与其他信息进行对照,并据此识别特定个人身份的信息也包括在内)确定为保护对象,而位置数据、IP地址、Cookie记录、商品搜索记录、浏览记录、购买记录等行为数据只要无法通过姓名等识别特定的个人,就不在个人数据之列。日本的隐私保护立法也侧重于各行业的个人信息保护立法与指导方针,构成比较复杂的个人信息保护的相关法律体系。企业对个人相关数据的商业利用必须满足个人信息保护法的要求,信息通信、医疗、金融等业务领域中所涉及的个人信息的内容、性质、使用方法等应根据各业务领域的实际情况制定相应的指导方针。企业在遵照个人信息保护法同时,还受各业务领域的指导方针约束。据有关资料,这类指导方针已出台

27 个领域的 40 项^①。总体而言,日本个人信息的保护、使用条件与限制,同其他国家这方面立法所遵循基本原则是一致的,只是法定的个人信息内涵有所不同。

^① [日] 城田真琴:《大数据的冲击》,周自恒译,人民邮电出版社 2013 年版,第 55 页。

第一章

隐私扩散：新媒体突出法律问题

第一节 隐私法规范的模糊性

一、隐私内涵诠释的不确定性

互联网对社会生活及个人生活领域的全方位渗透,导致“隐私不保”的社会性焦虑。而个体生活的内容已无可回避地置身于互联网所建构的具有强大穿透力与覆盖性的全民传播环境,“用户中心—弱把关”的分享性传播模式已经使得新媒体成为一种不可缺少的“结构性装置”,即社会结构的功能性要素。由此,个体所获得的自由传播权利也达到了一个临界点。一种权利与另一种权利之间的“价值协调”成为全社会的公共话题:个体隐私的人格利益保护应处在何种程度,技术赋权的新媒体才能符合工具理性要求并最大限度地发挥其社会分享功能。然而,无论对于浸入新媒体环境的媒介使用者而言,还是对施以规制的监管主体或司法裁决者而言,“隐私”的确定内涵或边界并不十分清晰。这种模糊性不仅最直观地体现在社会舆论对待媒介隐私事件的态度上经常存在争议,也体现为隐私概念的法理阐释存在延展性以及隐私法条款的