

TO PROTECT
OUR
PERSONAL INFORMATION

“信息人”时代

网络安全下的个人信息权宪法保护

孙平◎著

安全？谁的安全？

权利？哪种权利？

立法？如何立法？

为什么要保护个人信息？



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

TO PROTECT
OUR
PERSONAL INFORMATION

“信息人”时代

网络安全下的个人信息权宪法保护

孙平◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

“信息人”时代：网络安全下的个人信息权宪法保护 / 孙平著. —北京：北京大学出版社，2018.7

ISBN 978-7-301-27413-2

I . ①信… II . ①孙… III . ①法律—基本知识—中国 IV . ① D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 194218 号

书 名	“信息人”时代：网络安全下的个人信息权宪法保护 “XINXI REN” SHIDAI
著作责任者	孙 平 著
责任编辑	朱梅全
标准书号	ISBN 978-7-301-27413-2
出版发行	北京大学出版社
地 址	北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址	http://www.pup.cn 新浪微博：@ 北京大学出版社
电子信箱	sdyy_2005@126.com
电 话	邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998
印 刷 者	北京大学印刷厂
经 销 者	新华书店
	730 毫米 × 980 毫米 16 开本 20.75 印张 298 千字
	2018 年 7 月第 1 版 2018 年 7 月第 1 次印刷
定 价	58.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

作者简介
孙平

法学博士，华东政法大学科学研究院副研究员；中国宪法学研究会理事，上海市法学会宪法学研究会副秘书长。长期从事宪法学和比较法学研究，主要研究方向包括隐私权与个人信息保护、人格权、言论自由等。在《法学》《法律科学》《环球法律评论》等核心期刊发表论文十余篇，出版专著一部，主持国家和省部级课题三项。入选2018—2019年中美富布赖特访问学者项目，至纽约大学法学院亚美法研究所访学。

基金资助

教育部人文社会科学研究青年基金项目
“网络安全危机背景下的个人信息权宪法保护研究”（16YJC820031）

目 录

引 言 “信息人”时代 //001

第一章 不谋而合 //011

第一节 个人信息保护法源起 //014

第二节 什么是“个人信息权” //019

第三节 成为基本权利 //023

第二章 共识基础 //039

第一节 基本权利模式 //041

第二节 欧洲:世界标杆 //051

第三节 美国:形散神不散 //064

第三章 艰难起步 //093

第一节 政府巨型数据库 //96

第二节 前信息时代的权利基础 //106

第三节 初次尝试无疾而终 //124

第四章 立法转向 //137

第一节 安全思维的形成 //139

第二节 安全思维主导下的立法 //150

第三节 民法思维异军突起 //181

第五章 以小见大 //205

第一节 个人健康信息保护相关案例与事例 //208

第二节 网络预约诊疗服务 //218

第三节 面临的主要问题 //237

第六章 波及效应 //253

第一节 如何论证 //255

第二节 个人信息权的波及效应 //260

第七章 系统构筑 //305

第一节 回看立法转向 //307

第二节 法权平衡 //310

第三节 路径展开 //317

后 记 //327

引 言

“信息人”时代

个人信息权需要受到宪法的保护吗？在其他国家和地区，这本来不是个难题，但在我国，要回答这个问题并不容易。在我国，一提到个人信息保护，大家第一时间想到的可能是安全。不知哪个无良商家泄露了我的个人信息，没完没了的推销电话和垃圾短信便汹涌而来；不知哪个骗子从哪儿获得了我的个人信息，各式各样的诈骗电话和短信便随之而来；或者再惨一点，不知骗子从哪儿弄到了我的银行卡号和密码，辛苦了十几年的积蓄不翼而飞。的确，个人信息保护与生活的安宁、与人身和财产的安全密切相关，但是在信息时代，个人信息保护绝不仅仅只是为了保障安全。要回答这些问题，我们还得从一个非常抽象的概念说起——“信息人”。

差不多在五十多年前，当计算机技术开始能够实际应用的时候，欧美国家的政府便迫不及待地使用这些技术来处理政务。对于身处于信息时代的现代人来说，笨拙的台式机差不多都快要被淘汰了。但在半个世纪之前，一台可以当桌子用的电子计算机却是当时名副其实的“黑科技”。在千载难逢的历史机遇面前，政客们自然是摩拳擦掌。

但出乎大家意料的是，政客们的美好设想却遭到了来自民众和国会的当头棒喝。1966年，围绕着争议中的“联邦数据中心”项目，美国国会展开了激烈的辩论。当时，无论是国会的议员们，还是在国会之外的普通民众，他们大多认为将政府部门掌握的所有个人信息集中到一起是一个疯狂的想法。最终这一看似美好无比的计划被否决了。众议院议员科尼利厄

斯·加拉格尔(Cornelius Gallagher)在听证会上发出了这样的警告:

“电脑化的人”,在我看来,就是指被剥夺了独立性和隐私的人。仰仗着科技进步所带来的标准化,这种人的社会地位将依靠电脑来衡量,并且会失去他的个人特质。他的生活、他的天赋甚至他赚钱的本事都会被降格为一块磁盘,一块单调乏味、失去那原本充满了丰富多彩的可能性的磁盘。^①

“电脑化的人”,这既是一个警示,又是一个预言。十年不到,加拉格尔议员的预言就几乎变成了现实。1973年,美国卫生、教育及福利部(the U. S. Department of Health, Education, and Welfare)^②发布了一份名为《记录、电脑与公民权利》的报告,其不无忧伤地描述道:

曾几何时,我们总是面对面地将我们的个人信息托付给我们信任的人或机构,这种托付可以说包含了某种对称与对等。而现如今,个人不得不越来越多地把自己的个人信息交给大量不知名的机构,供它们处理和使用。至于究竟是些什么人在使用我们的个人信息,我们无从得知,既看不见也摸不着,而且即使我们知道是谁,也常常得不到任何回应。甚至有时我们根本就不知道某个机构还持有一条关于自己的信息记录。大多数情况下,我们都被蒙在了鼓里,更不用说,还能追问那些信息是否准确,控制那些信息不会被乱传播,阻止别人随意地使用那些信息了。

又过了差不多三十年,法律虽然一次次地阻挡住了一批又一批野心勃勃的疯狂政客,但最终还是无法阻挡互联网和现代信息技术的狂飙突进。2004年美国著名的隐私权专家丹尼尔·沙勒夫(Daniel Solove)教授出版了一部专著,书名就叫《数字人:信息时代的技术与隐私》。开篇,沙勒夫教

^① Priscilla M. Regan, *Legislating Privacy: Technology, Social Values, and Public Policy*, Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1995, p. 72.

^② 该部是美国卫生和公众服务部(United States Department of Health and Human Services)的前身。

授就直截了当地描述了身处于信息时代的人们所面临的危机：

我们正身处于一场信息革命之中，但我们对其复杂性的了解才刚刚开始。过去几十年见证了我们购物、存钱、取钱以及日常生活所发生的巨大变化，但随之而来的是不断扩张的个人记录与信息。那些以往仅仅留存于模糊记忆或断纸余墨之中的小细节，如今却在数字化的电脑记忆中、在包含着大量个人信息的巨型数据库中得以永久保存。我们的钱包塞满了各种卡，银行卡、电话卡、购物卡和信用卡——所有这些都可用来记录我们去了哪儿、做了些什么。每一天，这些信息就如同涓涓细流，汇聚到那些电子大脑当中。然后，这些电子大脑再通过千百种方式对这些信息进行传输、分类、重新编排、合并重组。数字技术使得保存我们日常生活的琐碎细节成为可能，我们的来来往往、我们的喜怒好恶、我们是谁、我们拥有什么，无所不包。还不止于此，这些技术完全可以绘制出一张电子拼图，涵盖一个人的大部分生活——从无数记录中捕获出来的一个人的生活，从集成电脑网络世界中编制出来的一个数字人。^①

从2004年到2015年，又过去了十年，相信沙勒夫教授的这段话让大多数中国人也感同身受。现如今，无论是政府主导的电子政务，还是市场主导的互联网经济与电子商务，我们与西方国家的差距已经不大了，在某些领域甚至已经超过了西方国家。现在，我们对信息技术给生活带来的改变可以看得更清楚、更全面、更深入。这时，我们也不得不直面五十多年来美国人民所担心的“电脑化的人”和“数字人”问题。

2015年，有一位中国学者感叹道：“进入信息社会，每一个人都是‘信息人’，个人既是信息的生产者也是信息的消费者，任何人都不可能离开信息而生存。与此相适应，人类社会中的每一种社会关系都直接或间接打上了

^① Daniel Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York and London: New York University Press, 2006, p. 1.

‘信息化’的烙印，调整这些社会关系的法律也都应成为‘信息化’的法律。”^①

“信息人”的横空出世，同时也就意味着自然人越来越无足轻重。你会发现，在现代信息社会，我们的真身似乎越来越不重要了。在其他人眼里，我们既可以是一个名字、一个电话号码、一个身份证号码、一张照片、一张借书卡、一张驾驶执照，也可以是一个指纹、一张基因图谱、一份电子病历、一个位置信息、一堆 cookies、一串代码，也可能是一张电子表格、一张图片、一段视频、一个号码、一串编码、一块磁盘。轻敲键盘，与我们相关的权益处理、社会关系、交易营生、活动往来便在不知不觉之中完成了。我们不需要知道这些过程是怎么发生的，甚至不到万不得已，我们的真身也根本不需要出场。一切都只依赖于电脑和各种互联互通的信息系统中储存的个人信息。

这就是“信息人”的生存状态。在我国，“信息人”并不仅仅是指那些足不出户、以互联网为生的“宅男”“宅女”。“信息人”这样的存在方式也确实实实在在地发生在我们每一位公民身上，不论你生活在城市还是生活在乡村，也不论你会不会用电脑，会不会上网。得益于我国电子政务的快速发展和巨大投入，如今全国各级各类政府机关掌控着数以千计的各类信息系统，每天都会有巨量的公民个人信息牵涉其中。这些个人信息不仅成为公权力机构处理个人事务和利益的基础和重要依据，而且个人信息的收集、处理和使用本身就常常构成了公权力运行的全部。户籍管理、治安维护、交通出行、出国出境、打击犯罪、人口普查、计划生育、医疗卫生、社会保障、工商管理、个人信用、教育行政等，概莫如是。除了少数一些非得要真人出面办理和严重的违法犯罪，在政府机关的日常工作中，我们并不是有血有肉的人，而真的就只是作为一堆信息存在的。随着电子政务和网络社会的发展，这样的趋势只会越来越明显。

以往，在法律的世界中有两种最基本的“人”，即自然之人与法律之

^① 张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015年第3期。

人。自然之人就是我们本尊，法律之人则是法律规定当中的那些“人”。法律总是假定法律之人与自然之人之间是一一对应的关系。我是一个人，同时我也是中国人（中华人民共和国公民）、一个成年人、一个男人（丈夫）、一个完全民事行为能力人、一个孩子的监护人等；找到了工作，我就是劳动人（者）；买了保险，就可能成为被保险人或受益人；赚了钱，到银行存钱，就是存款人；去买东西，就是消费人（者）；把工作给丢了，就成了下岗失业人（员）；不管下没下岗，总得和政府打交道，我就成了行政相对人；要是触犯了刑律，就可能成为犯罪嫌疑人；法院判我有罪，那我就是罪人（罪犯）；等到我刑满释放，看破红尘，打算离开这片伤心欲绝之地，办好移民，那我就不再是中华人民共和国公民，我就成了外国人；或者，我根本就没钱没关系没人品，出了狱，就只能背着前科，郁郁一生，最后的归宿就是死人。

如果没有“信息人”的存在，我本可以顺顺当当地做好这些“人”。但信息时代一来临，我要做好各种“人”就得首先成为一个“信息人”。我要做一个中国人（中华人民共和国公民），我得到派出所去登记，拿到中华人民共和国居民身份证；我要做一个成年人、一个完全民事行为能力人、一个孩子的监护人，我就得到户籍所在地派出所去登记，拿到户口簿；要做一位丈夫，那得到民政局去登记，拿到结婚证；要好好工作，就得在单位或某个主管的“有关部门”登记在册；要好好存款，就得提供自己的身份证，在银行开户登记；要好好消费，花最少的钱买到最称心如意的东西，就得在各大电商网站登记注册；要好好失业，就得在社保部门登记在册；要好好地和政府打交道，就得时时确保林林总总的政府应用系统里记录在案的就是本人；要好好地犯罪、被抓获、被判刑，也得保证留下的蛛丝马迹都是自己的；出狱了，最后无论是办了移民还是寿终正寝，都得注销户籍和身份证。

大家可以大胆地想象一下，这中间要是哪个环节出了问题，将会是一幅什么样的情景？我明明是中国人，但派出所却说查不到我的身份证信息，说我是“黑户”；我明明是一个成年人、一个完全民事行为能力人、一个孩子的监护人，但警察却说根据他们所掌握的户籍信息，我是一个未成年人、一个限制民事行为能力人；我明明是一个男人，但民政局却说我是一个

女人，不能和女人登记结婚；我明明有一份工作，但某个单位或主管的“有关部门”说，查不到我签订过劳动合同；我明明在银行存了一笔钱，银行却说我用的是假身份，钱不是我的；我明明是在某电商那里买到了假货，但是某电商说，没有查到我的消费记录；我明明是被某政府机关侵犯了权益的行政相对人，但某政府机关却说，我得证明我是我；我明明犯了罪，但警察却把一个名字和我一样、身份证号码和我一样的无辜者抓了起来；我明明有犯罪记录，但法院和监狱却把这条记录记在了另一个名字和我一样、身份证号码和我一样的无辜者名下；我好不容易办好移民了，但我既不注销户籍也不注销身份证，那我就是双重国籍人；最后，我终于死了，但我还是

不注销户籍、不注销身份证，那我就还得“活”在这个世界上。

这还不算完，如果有那么一个人，他既不劫财也不劫色，而是专“劫”人生，他根本不用和我的肉身打照面，只要劫了我的身份信息、户籍信息、婚姻登记信息、学历信息、工作信息、消费信息等等，他就可以成功“劫”走我的人生。于是，“劫”了我的信息，他就成了我，而我就只能去做别人。

既然别人可以偷我的人生，那我何不再造一个人生，告别我灰暗的前半生？无论我犯了多么大的错误，哪怕是杀人放火，我都不用亡命天涯了。或者，我也可以有多样的人生。一生只做一个人多没意思，为什么不多活多精彩？当然，这和长命百岁没有关系，我们说的还是个人信息。比如，我是公务人员，如果一个人名下的房子太多了，肯定不方便，何不多弄几个身份？

如果有人居心叵测，收集了我们的个人信息，但是该用在这里的个人信息，他们偏要用在那里，或者干脆把所有的信息放一起。最后，要是我们犯了错，他们就可以轻轻松松地治住我们。关于这些，《鹰眼》《虎胆龙威》等好莱坞大片已经为我们做了大量细致入微的描述。不过，这些还是有些浅薄。真正深刻的隐喻是宫崎骏的动画片《千与千寻》，其中的大反派——主管着神秘世界的汤婆婆，她的统治秘诀就是偷走你的名字。当你忘记自己的名字时，你也就忘记了自己是谁，忘记了自己的灵魂。就像千寻的父母，最后变成了两头什么也不知道的猪。

是的，“信息人”时代会给我们带来巨大的挑战，但话说回来，“信息人”

时代的到来并不是什么灾难。因为信息技术与电子政务为我们带来的更多的还是便利、效率与福利。对此,我们理应有清醒的认识。这是实实在在的社会进步,我们应当迎接它、拥抱它,去享受社会发展带来的成果,而不是像刚开始接触这类新生事物的人们那样,一味地恐惧、拒绝和限制。

