

Tianjin Shifan Daxue Faxueyuan Jingpin Wenku
天津师范大学法学院精品文库



郭明龙
◎ 著

个人信息权利的 侵权法保护

The Protection of Right of Personal
Data in Tort Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Tianjin Shifan Daxue Faxueyuan Jingpin Wenku
天津师范大学法学院精品文库



个人信息权利的 侵权法保护

郭明龙
◎ 著

The Protection of Right of Personal
Data in Tort Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

个人信息权利的侵权法保护 / 郭明龙著. —北京:
中国法制出版社, 2012. 8

(天津师范大学法学院精品文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3902 - 2

I. ①个… II. ①郭… III. ①隐私权 - 侵权行为 - 民法
- 研究 - 中国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 167113 号

策划编辑 潘孝莉 (editorwendy@126. com)

封面设计 李 宁

个人信息权利的侵权法保护

GEREN XINXI QUANLI DE QINQUANFA BAOHU

著者 / 郭明龙

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 640 × 960 毫米 16

版次 / 2012 年 9 月第 1 版

印张 / 22.5 字数 / 279 千

2012 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3902 - 2

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 010 - 66022958

市场营销部电话: 010 - 66017726

邮购部电话: 010 - 66017726

本书为天津师范大学人才引进基金项目“个人信息保护法制研究”
(课题编号: 5RW089)的最终成果,特此致谢!

序 言

进入信息时代，计算机和网络技术普及使得个人信息的收集、处理、储存、传输和利用都变得非常容易，给个人的“数字化人格”保护带来了极大挑战，个人信息保护成为有关国际组织和许多国家立法关注的热点问题。以欧盟为代表的个人信息（数据）立法模式和以美国为代表的隐私权政策行业自律模式各具特色，但均结合本国国情较好地实现了个人信息保护与信息合理利用之间的平衡。由于相关立法不足，我国的个人信息保护形势严峻，近几年的央视“3.15”晚会中均有个人信息被滥用的行业内幕报道即为例证。面对肆无忌惮的个人信息侵权，立法做了一些工作，如2009年2月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过的《刑法修正案（七）》中增加了出售、非法提供、窃取个人信息犯罪，2009年12月26日通过的《侵权责任法》也在第2条、第36条对隐私权和网络隐私权的侵权责任作出了规定。但是，以上规定过于粗疏以及缺乏系统性，对于目前一些急需解决的问题并未涉及，如备受争议的“我国应否实行网络实名制”问题，应当抓紧订立一部更为全面的个人信息保护法。我国相关部门几年前即开始着手研究起草个人信息保护法，但是由于多种原因导致这一过程进展缓慢。理论研究方面，虽有学者专攻于此，但研究多集中于域外法的介绍上，理论挖掘尚需深入。从理论上对于个人信息权利、侵权责任构成与责任承担等问题加以研究，对于完善有关制度、提高保护水平，避免将来因为个人信息贸易壁垒而影响本国国际经济和贸易的发展无疑具有重要意义。

本人身兼中国人民大学信息法研究中心主任，虽然由于近年更多精力放在侵权责任法立法上而在信息法方面精力投入相对较少，但始终关注这方面的研究。我的博士研究生郭明龙在读期间，对个人信息权利及保护问题表现出浓厚兴趣，在其博士论文选题时，经我同意确定了“个人信息权利的侵权法保护”题目。为了保证研究的质量，我鼓励明龙争取到了去我国台湾地区“中央研究院”访问研究的机会，获得了对我国另一法域个人信息保护的直观感受，并收集到了较多的比较法资料，对于该研究的开展奠定了良好基础。

关于个人信息权利保护，涉及的法律部门包括了民法、行政法、刑法甚至宪法，本书作者选取了其最为擅长也最为重要的侵权法角度，关注的问题包括个人信息权利私法定性、个人信息侵权责任构成与责任承担、对权利客体的重新解释、个人信息保护与信息自由之平衡，等等。即使比较法上对每一问题都尚无定论，作者却迎难而上结合我国国情做出了较为妥善的回答。面前的书，是在其博士论文基础上做出较大修改完善而成。

概括起来，本书有以下特点：

第一，观点推陈出新。比较法上，个人信息保护不是新问题，但涉及面很广、争议较大。本书作者在分析既有观点基础上，鲜明地提出了自己的观点，并加以论证。如作者提出的“人格权与财产权的过渡性格”、个人信息权利的强制许可与合理使用、个人信息权利商品化不同路径等等。观点取舍既注意到了权利保护，又注意到了合理利用问题，二者之间的平衡保护始终是作者努力把握的立场。

第二，分析论证深入。作者牢牢把握侵权法的核心问题——责任构成与责任方式展开论证，在运用法律经济分析对个人信息权利本权与他权、私益与公益、自由与管制三对关系合理配置的基础上，围绕责任构成和责任方式，充分运用比较法资料，对之展开论证，分析比

较深入，具有较强说服力。

第三，研究观点较为全面。个人信息保护问题涉及多种法律，侵权法角度的研究与其他法律具有密切联系。作者在权利冲突与界限问题的论述上，结合了德国法的宪法一般人格权、美国法的宪法隐私权，将私法问题与宪法问题相关联，综合讨论了“比例原则”、“领域理论”、“角色理论”和“三重审查基准”等等，多角度审视有助于指导司法者完成价值衡量。

第四，研究方法多样。作者的研究方法涉及了比较法、法经济学、规范分析；既有立法论的研究，又有解释论的研究；既关注立法又关注判例、学说；既有法律的国际化视野又关注本土化。方法服务于内容，使得研究具有较多的创新点。

本书是明龙的首部学术专著，作为他的导师，我非常欣慰。明龙现在也在从事教学科研工作，我希望他能够坚持认真思考、勤于动手，在学术道路上能够走得更远，为我国法治建设做出更大贡献。

欣然为序。

中国人民大学法学院教授、博士生导师
教育部长江学者之特聘教授
《中国法学》杂志社总编辑
中国法学期刊研究会会长

目 录

绪 论	(1)
第一章 个人信息作为民法保护之客体	(18)
第二章 个人信息权利配置之经济分析	(55)
第三章 个人信息权利二元利益保护模式	(109)
第四章 个人信息权利侵权法保护之构成要件	(188)
第五章 个人信息权利的侵权救济方式	(267)
结语：期待个人信息保护法的出台	(324)
参考文献	(326)
后记	(350)

绪 论

一、个人信息的自动化处理：危机与转机

（一）个人信息处理、利用从传统社会向信息社会的演进

个人信息的收集与处理并非现代社会才出现，其实自有人类社会以来个人信息即在不同层面上被收集、处理、储存及使用。“私人信息的收集同社会本身一样古老。它可能不是最古老的职业，但却是最古老的习惯之一。”^① 个人信息的收集、处理与利用是行政管理和政治统治的重要一环，如民政与户籍管理是封建社会统治者“牧民”包括捐税的主要前提；在民间，个人信息的收集与利用也是人类交往不可或缺的重要途径。但传统社会或者前计算机时代囿于当时的技术条件，并不会在收集与处理中剥夺人的隐私与自我空间而使人成为“透明人”，个人信息的处理基本不称其为问题。

“电脑挟其雷霆万钧、排山倒海般之冲击着社会上每一行业，深入每一个角落”，^② 计算机技术与互联网的快速发展使得工业社会逐步迈入信息社会。由于传播科技的日新月异，以及传播与电脑的密切结合发展，造成了所谓的“第三波”、“信息革命”等浪潮。我们已经

^① [英] 戴恩·罗兰德、伊丽莎白·麦克唐纳著：《信息技术法》，宋连斌等译，武汉大学出版社2004年版，第297页。

^② 许文义著：《个人资料保护法论》，台北三民书局2001年版，第1页。

开始步入网络时代和信息时代。在这个时代里，网络是人们社会生活的重要组成部分，网络和信息技术的发展极大地提高了对个人信息的收集、处理与利用的效率与能力。

1. 信息社会对于个人信息处理方式的改变不仅表现在信息处理的速度和精度上，更重要的是电脑科技的发达可能产生“新”的个人信息，个人基因信息就是明显的例子。借助于现代科技发展与技术手段，加上计算机不可思议的运算能力，个人基因图谱被科学家绘出。这种基因中所透露的信息不仅是个人的，有时甚至是整个家族或者种族的，对现代社会伦理与法律规范提出了新的挑战和课题。此外生物鉴定技术的产生与发展，也会根据个人独一无二的身体特征，如指纹、眼睛、视网膜或者声音，很快识别出信息主体。技术运用失范，可能会对当事人利益产生重大不利影响。

2. 信息社会个人信息的自动化处理，使得原来不具有意义的信息片段同样具有了意义。因为不必像以前一样对资料卡及卷宗进行人工处理，通过自动化处理设备的帮助，特定或者可以特定的属人或者属事的个人信息被自动化处理、整合、分析、比对，完成个人的形塑（profile），而且不论距离远近随时可以传输，数秒内加以利用。无论是政府、其他组织以及个人，其在取得个人信息之后通过自动化处理，可以提取出一些提供信息的人不欲人知，而且并未直接在其所提供的信息中显示出来的隐私。^① 计算机技术的利用、自动化处理的实践，使得对间接个人信息的利用成为可能。原来一些在传统条件下几乎不具有价值的间接个人信息片段经过加工处理，照样可以如同直接

^① 参见林子仪：《“资讯取得法”立法政策与法制之研究》，载氏著：《权力分立与宪政发展》，台湾月旦法学出版社1993年版，第185页。

个人信息，完成对特定人的形塑，以至于德国联邦宪法法院在 1983 年“人口普查案”判决中指出，“在综合性资料系统下，可以将个人资料组合成部分或相当完整的人格图像，以致会对于个人人格产生威胁，因此原本无关紧要的一项资料，可以在资料整合之下产生新的价值，所以在此情形下已不再有所谓不重要的资料”。^①当然，这并不能说所有个人信息均具有同样的重要程度，个人信息结合可能性与识别个人身份的可能性并不相同，其保护力度也应有所区别。

3. 信息社会中，个人信息收集与处理的深度大大提高，为大范围的商业利用创造了条件，也给信息主体带来了不利影响。在信息革命前，个人信息一般只保存在传统的档案柜或其他地方，对个人信息的使用一般仅限于保管者，且相对不频繁，其他人或单位要使用同一个人的这类个人信息往往只能靠自己收集。换言之，在传统技术条件下，信息收集、加工和传播的成本很高，个人信息被第三人使用的情形相对较少。计算机和网络通信技术极大地改变了传统的信息存储、传播、加工技术，信息收集、加工、传输和利用的成本极低。数据匹配技术不仅可以通过勾勒出特定人的人格形象完成对该人的形塑（profile），而且还可以把具有相同或类似特征的许多个人信息汇聚起来组成一个“社区”或数据库，由于其具有很高的商业价值，可以被用作市场营销和个性化服务。因此，越来越多的专门从事买卖这些个人信息的中间商开始形成，个人信息数据库作为商品进行交易已经成为信息时代的一个重要产业，同时极大戕害隐私。如 2008、2009 年央视“3.15”晚会分别重点揭露的“分众无线”公司擅自收集、利

^① BVerfGE 65, 1/45ff. 本判决中译可参见萧文生译：《“一九八三年人口普查案”判决》，载《西德联邦宪法法院裁判选集（一）》，我国台湾地区“司法院”印行 1991 年版，第 288 页以下。

用个人信息问题，山东省某些移动通信运营企业擅自出卖用户个人信息和发送广告短信问题。^① 面对日益严重的个人信息非法交易和利用，我国公安部 2012 年专门部署打击侵害公民个人信息犯罪，取得一定效果。^②

（二）个人信息自动化处理给人格发展带来的危机

信息社会一如农业社会及工业社会，各有正反发展可能，通过计算机和互联网，个人信息被更方便地收集、处理和利用，但是如果以上信息被滥用，将会危及到人的安全、宁静和尊严，特别在商业领域该问题更为突出。可以说，一方面个人信息的电子化快捷收集与处理带来了机遇，如可以提升品质与经济效益、加强管理或者工作的针对性；另一方面亦引起危险，例如透明人（指无隐私）、监视、控制与私人空间丧失以及人际关系之扭曲，个人信息被直接运用于商业营销带来个人安全与宁静的困扰等等。我们的相关研究即为面对已经出现和可能要出现的相关问题，预先防治。个人信息的自动化处理给人格发展带来的除了转机，尚有危机和威胁。

有台湾学者指出，以电脑处理个人信息，经常发生四个问题：第一，对于大量之个人资讯不知不觉中迅速地被处理着，使个人处于毫无隐私几近赤裸状态，令人感到不安；第二，被迅速运用的各种个人资料，可能有相互矛盾之处，部分地利用个人资讯，甚至断章取义成假象，以致对资料主体造成错误形象或判断之虞；第三，若输入错误

① 参见《分众无线，垃圾短信大鳄》载《千龙网》，<http://life.qianlong.com/36311/2008/03/17/Zi3402@4353148.htm>，2012 年 1 月 28 日访问；《移动公司出售用户信息十分钟发 1.5 万垃圾短信》，载《搜狐 IT》，<http://it.sohu.com/20090315/n262804573.shtml>，2012 年 3 月 6 日访问。

② 《公安部刑事侦查局副局长廖进荣谈打击侵害公民个人信息犯罪》，载《人民网》，<http://society.people.com.cn/GB/223276/51656/242872/index.html>。

资料，不仅不易发现，且该资料的利用尚有对资料主体形成错误认识之虞；第四，随着电脑网络之发展，在终端机可能藉电脑操作，使个人资料在系统安全管理不周延下，遭无正当理由者对资料有利用、修改、加工等机会。^① 笔者认为以上描述基本勾勒出了存在的问题，但视野似乎过于狭窄，应当跳出电脑处理本身，将对危机或者威胁的判断放到一个更加广阔的社会生活背景之下再审视：

1. 公权力可能对私人领域形成挤压。现代多数国家已经历经警察国、法治国发展到福利国，国家对于人们生活的方方面面均要负起责任，有关个人资料的收集与大量处理势不可免。为了因应新的任务，国家需要建立大量而详细的信息储存体系，来对于社会团体及个人的各种资料加以收集、调查、分析与利用。^② 例如美国“9.11”事件后，举国上下风声鹤唳，公共权力以“反恐”之名急剧膨胀。2001年《美国爱国法案》（USA Patriot Act）授予司法部使用窃听器和其他监视技术等手段追踪可疑恐怖分子和间谍的权力，可以秘密搜查民宅、窃听人们的电话交谈、监测民众使用互联网。批评者认为，“9.11”之后的美国已经由宪政国家堕落为一个警察国家。正如美国公民自由联盟纽约州的负责人塞尔吉所言：“面对一个越来越庞大，而且是处于无序状态的监视网，美国人应该受一次当头棒喝才能意识到问题的严重性。美国人在充分享受现代社会的同时，付出的却是失去隐私的代价。”^③

2. 商业组织可能对个人信息自决权造成侵害。某些不良商业组织

① 许文义著：《个人资料保护论》，台北三民书局2001年版，第3页。

② 参见李鸿禧：《资讯、宪法、隐私权》，载氏著：《宪法与人权》，1991年版，第484页。

③ 天颖：“美国人生活在监视器下”，载《北京青年报》2001年4月26日。

擅自将名人姓名、肖像或者声音、隐私等等用于商业目的以谋取利益，而且还不加告知地收集个人其他信息以形成自己的商业秘密。现代市场经济发展，“信息就是财富”，企业不仅自己多方收集客户资料，形成所谓“商业秘密”，还产生了许多新兴的服务项目，其中便包括将个人信息予以收集加工，在其附加值大大提高后再予以出售的新兴行业。信息技术的研发和创造，更增加了私人取得他人信息的可能性，互联网络上的 cookies、黑客程序、木马病毒等技术使得对计算机使用者的网上行踪的监控和数据隐私的窃取易如反掌，由此形成庞大而具有无限利益的目标群体资料库。

3. 现代大众传播媒介对个人信息构成威胁。大众传媒在西方国家被称作三权分立之外的“第四种权力”，其存在有利于政治民主、实现人民的言论自由、有利于发现事实。但在对公权力监督之外其对于私生活的侵入也可谓无孔不入、神通广大，这使得个人想要免除公共关注愈来愈难。从报纸到电视再到互联网络，大众传媒在现代社会发生了三次革命性的进步，从而也催生出日益严重的隐私权问题。当然，这其中大量的言论自由、新闻自由的因素，但在现代社会消费主义的大众文化中，隐私成为消费的对象，成为一种特殊的商品，为了迎合消费需要，狗仔队伺机而动对公众关注的名人的窥探无处不在。有时甚至揭出传媒“窃听”丑闻。2011年英国《世界新闻报》即陷入窃听丑闻，窃听受害者多为英国名人，包括政界人士、影视演员、体育明星等。^①同时网络时代搜索引擎的出现，几乎让每个人都成为了无所不知的“智多星”，随着搜索引擎功能的智能化发展，一

^① 参见《英国世界新闻报窃听丑闻升级 干扰调查或遭起诉》，载新浪新闻，<http://news.sina.com.cn/w/sd/2011-07-07/041522770233.shtml>，2011年12月17日访问。

种更依赖于人工的搜索方式出乎意料的流行起来，这就是“人肉搜索”。就我国迄今引起社会关注的几起“人肉搜索”的事件来看，虽然被搜索当事人往往具有一定道德可谴责性，但通过“人肉搜索”众多网友协力将当事人的身份信息几乎完全暴露，姓名、年龄、所在单位、家庭住址、生活照片甚至是配偶与孩子的姓名、照片都暴露出来。公众在谴责当事人的不道德行为的同时，亦将其家庭成员包含进去，给其本人及家人生活带来极大的不利影响，对不道德事件的谴责几乎演变成为极强烈的人身攻击，甚至带到现实生活当中。这样的结果发生后，网络上的搜索者往往处在一种高昂的情绪之中，认为以“正义”的方式揭露了黑暗，为受委屈者“报了仇”，是一件大快人心之事。而搜索者却忽略了这一行为本身对当事人甚至其家人隐私权和个人信息权利造成了极大侵害，“人肉搜索”具有的正义的一面由此丧失殆尽。^①

（三）我国法对个人信息的现有保护及不足

1. 宪法保护的不足

从规范层面看，我国1982年宪法不仅很好地继承了1954年宪法关注公民权利的传统，而且对我国公民的基本权利义务作出了更为完善的规定：不仅在结构顺序上把公民的基本权利义务由第三章提前到第二章，而且内容涵盖了我国公民的平等权、人身自由权、政治权利和自由、社会经济文化权利和特殊群体人的权利，其内容与联合国人权宣言的标准基本一致。我国宪法第38条规定人格尊严保护条款，第39条、40条规定了住宅不受侵犯和通信自由和通信秘密权，这几

^① 对“人肉搜索”事件的收集与简单描述，参见梁冰：《“人肉搜索”引发的法律思考》，载《法制与社会》2008年第10期（中）。

条被学者们认为是我国隐私权法律保护的宪法依据。^① 以上规定，另加上 2004 年修宪新增的第 33 条第 3 款“国家尊重和保障人权”的规定，共同构成隐私或个人信息权利保护的宪法依据，但由于我国宪法本身的非适用性，写入宪法规范的权利都是没有直接宪法效力的，只能通过部门法落实，缺乏部门立法即会在一定程度上弱化宪法权利保护条款的功效。权利之保护必须按照宪法规定在部门法中落实，主要是在行政法和民法中落实。民事权利保护的对象针对私法主体之间而不针对国家权力，国家通过权力对于公民权利的保护，带有国家权力赋予和恩赐的意味，权利没有能力抵御公权力的侵害。隐私权和个人信息权利的保护首先在民法层面引起重视，也是受这样的观念和认识的影响。

2. 行政法保护的不足

行政法设定的行为规则，同时为个人信息的私法保护提供了违法性判断的标准和界限。我国行政立法中已经涉及个人信息保护问题，但比较分散，不成系统，甚至部分法律法规存在冲突。如《统计法》第 15 条规定：“属于私人、家庭的单项调查资料，非经本人同意，不得泄露。”《银行管理暂行条例》规定：“国家保护个人储蓄存款，实行为储户保密的原则。”1991 年通过、2006 年修订的《未成年人保护法》第 39 条规定：“任何组织或者个人不得披露未成年人的个人隐私。对未成年人的信件、日记、电子邮件，任何组织或者个人不得隐匿、毁弃；除因追查犯罪的需要，由公安机关或者人民检察院依法进行检查，或者对无行为能力的未成年人的信件、日记、电子邮件由其父母或者其他监护人代为开拆、查阅外，任何组织或者个人不得

^① 参见张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社 2004 年第 2 版，第 64～65 页。

开拆、查阅”。在网络个人资料信息安全方面，我国1994年国务院制定的《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》第7条曾有原则性规定：“任何组织或个人，不得利用计算机信息系统从事危害国家利益、集体利益和公民利益的活动，不得危害计算机系统的安全。”但无疑这些法律规定以其非明确性、零散性，尚不能发挥对隐私权与个人信息的法律保护功能。

2007年4月5日国务院发布《政府信息公开条例》，于2008年5月1日正式实施。条例的立法目的在于“保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息，提高政府工作的透明度，促进依法行政，充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用”，条例的公布迈出了我国信息公开化、政治民主化的重要一步。该条例确立了“以公开为原则、以不公开为例外”的规定，“行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息（条例第2条）”一般应当公开，例外是“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息”、“经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开（第14条第4款）”。信息公开条例对于公开豁免的规定仅仅涉及到对有关个人信息不得公开，但对于此类个人信息的保护却非该条例功能，个人信息保护法有制定之必要性。据报道，自2003年起国务院就开始委托有关专家起草《个人信息保护法》，2005年专家建议稿已经完成，并提交国务院审议，启动了保护个人信息的立法程序，但迄今尚未给出立法进程的明确时间表。^①

^① 向楠：《公民信息泄露猖獗 个人信息保护法出台已拖8年》，载《中国青年报》2011年12月1日，第2版。