



个人信息犯罪研究

马改然 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



个人信息犯罪研究

马改然 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

个人信息犯罪研究 / 马改然著. —北京:法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7206 - 7

I. ①个… II. ①马… III. ①隐私权—研究—中国
IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 269792 号



责任编辑 易明群 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

版本 2015 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 14.25 字数 190 千

印次 2015 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7206 - 7

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

“每一时代的理论思维,我们时代的理论思维,都是一定历史的产物,在不同的时代具有非常不同的形式,并因而具有非常不同的内容。”^{〔1〕}其实,不仅“理论思维”具有历史性,“理论研究”也同样如此,每个时代都有每个时代的学术使命。在历经农业社会、工业社会之后,随着信息社会的到来,我们这个时代的科学研究注定要与信息息息相关。作为信息的一个类别——个人信息,因为其可以征表自然人,透过个人信息可以全面呈现一个自然人的存在,从而使人成为数字化的人,所以个人信息成为信息社会的新宠。自然地,在刑法领域其也成就了一种新型的犯罪——个人信息犯罪。个人信息犯罪不是一个法定概念,而是属于法学或犯罪学概念。本书正是以个人信息犯罪作为研究对象,从法秩序统一的角度对其进行实质解释学上的解读。

本书之所以以个人信息犯罪为研究对象,首先,是因为个人信息的重要性。在信息社会,个人信息是人的信息化的存在方式,网络中的个人信息与现实社会中的物理的人是等同的。所以对于个人信息的犯罪就相当

〔1〕 恩格斯:《马克思恩格斯全集》(第25卷),人民出版社1974年版,第17页。

于是对物理的人的犯罪。其次,是现实中个人信息犯罪的猖獗。在我国,几乎每一个人都有因个人信息被泄露而被骚扰的经历,这严重侵犯了个人安宁。更有甚者,因为个人信息被泄露进而被骗甚者被杀的案例也时有发生,个人信息也扮演着其他犯罪的源头犯罪的角色,其危害性甚大。再次,理论研究薄弱。在理论研究上,因为个人信息犯罪是伴随着信息社会而出现的新型犯罪,并且其犯罪对象个人信息是不同于物质的一种新型存在。我国对其研究刚刚开始,就连一些基本的概念都众说纷纭,所以很有研究的必要。最后,司法实践亟需理论指导。例如,关于“非法散布”行为,司法实践认为不属于“非法提供”而不处罚,其实根据客观解释完全可以把其解释为“非法提供”,从而可以有效惩治这种严重的危害行为。

本书通过考察国内外个人信息犯罪的研究情况,结合我国行政法和民事法对个人信息的研究成果,认为在刑事法中个人信息的概念应与其他法律保持一致;从法秩序统一的角度运用实质解释的方法对我国个人信息犯罪的犯罪构成进行系统、深入的研究,认为个人信息犯罪的法益应为个人信息权,对个人信息犯罪的行为研究应运用类型思维的方法。立足于实质解释,认为应对个人信息犯罪的主体进行扩大解释,并且个人信息犯罪的未遂形态是否存在应以“情节严重”的前提性事实的性质为标准;同时对个人信息犯罪的法律责任也进行了探讨,认为应从行政刑法的角度使个人信息犯罪的行政责任和刑事责任进行衔接,并且应合理运用刑罚对个人信息犯罪进行防治。

目 录

前 言 / 001

第一章 个人信息犯罪概述 / 001

第一节 信息和个人信息的概念 / 002

一、信息——法学上的界定 / 002

二、个人信息——规范刑法上的界定 / 008

第二节 个人信息犯罪的概念和罪名体系 / 028

一、个人信息犯罪——规范刑法上的界定 / 028

二、个人信息犯罪的罪名体系 / 033

第二章 个人信息犯罪的对象属性和法益 / 040

第一节 个人信息犯罪的对象属性 / 041

一、个人信息法律属性的争议 / 041

二、个人信息法律属性的辨析及界定 / 046

第二节 个人信息犯罪的法益 / 061

一、个人信息犯罪法益的观点介绍 / 062

二、个人信息犯罪法益的观点评析 / 066

三、个人信息犯罪法益的界定 / 072

第三章 个人信息犯罪的客观方面 / 082

第一节 “交易型”个人信息犯罪的行为 / 084

一、“出售”行为 / 085

二、“收买”行为 / 092

第二节 “刺探型”个人信息犯罪的行为 / 096

一、“窃取”行为 / 097

二、其他非法获取的行为 / 102

第三节 “泄露型”个人信息犯罪的行为 / 107

一、“非法提供”行为 / 108

二、除“非法提供”之外的泄露行为是否构成

本罪 / 111

第四章 个人信息犯罪的主体和主观方面 / 115

第一节 个人信息犯罪的主体 / 116

一、个人信息犯罪的自然人主体的相关争议 / 116

二、个人信息犯罪的自然人主体的辨析 / 119

三、个人信息犯罪的单位主体 / 126

第二节 个人信息犯罪的主观方面 / 129

一、个人信息犯罪的故意 / 129

二、个人信息犯罪是否是目的犯 / 131

三、个人信息犯罪是否可以由过失构成 / 133

第五章 个人信息犯罪的成立界限和犯罪形态 / 136

第一节 个人信息犯罪的成立界限 / 136

一、个人信息犯罪中“情节严重”的相关争议 / 137

二、个人信息犯罪中“情节严重”的辨析 / 139

第二节 个人信息犯罪的停止形态 / 142

一、个人信息犯罪的既遂与未遂 / 143

二、个人信息犯罪未遂的可罚性 / 154

第三节 个人信息犯罪的共犯形态 / 156

一、个人信息犯罪共犯的表现形态 / 156

二、个人信息犯罪身份共犯 / 165

第六章 个人信息犯罪的法律责任 / 173

第一节 侵犯个人信息的行政责任 / 174

一、行政公务人员的行政责任 / 175

二、行政相对人的行政责任 / 176

第二节 个人信息犯罪的刑事责任 / 184

一、个人信息犯罪刑事责任的表现形式 / 185

二、个人信息犯罪刑事责任的不足及补正 / 188

第三节 个人信息犯罪的行政责任与刑事责任的衔接 / 195

一、个人信息犯罪行政责任与刑事责任衔接的不足 / 195

二、个人信息犯罪行政责任与刑事责任衔接的补正 / 199

结 语 / 205

参考文献 / 208

后 记 / 217

第一章 个人信息犯罪概述

随着我国逐步步入信息社会,“个人信息已经成为现代商业和政府运行的基础动力。”^{〔1〕}“木秀于林,风必摧之”,在个人信息被收集利用以提高政府效率,促进市场经济发展的同时,个人信息被不当利用的隐患也逐渐显现。每天的垃圾短信、垃圾邮件、推销电话令我们不堪其扰,严重影响了我们生活的安宁。甚至因为个人信息的泄露而遭受诈骗、绑架、强奸甚至被杀的案件也时有耳闻。为了惩治及预防此类案件的发生,在民法、行政法领域还没有相关统一的法律出台之前,刑法就先士卒,在2009年《刑法修正案(七)》中规定了相关的罪名。在民法和行政法还没有进行具体的规制之前就动用严厉的刑事惩罚,这不符合刑法作为保障法的地位,有损于其在法律体系中的权威和尊严;而且因为其基本概念在法律意义上的内涵和外延以及基本的权利都还没有界定清楚,这也给刑法学人的研究带来了基础理论上的困难。故就不得不先从一般意义上的概念界定着手,然后探讨其在法律意义上的内涵,进而再研究

〔1〕 Perri, The Future of Privacy (Volume 1): Private Life and Public Policy. London: Demos. 1998. 23. 转引自洪海林:《个人信息的民法保护研究》,法律出版社2010年版,第2页。

其在刑法领域中具体含义,而后才能步入对其作为类罪在刑事领域的研究。

第一节 信息和个人信息的概念

个人信息犯罪研究的逻辑起点是个人信息,对个人信息的准确界定是整个研究的基础。作为一晚近的概念,对个人信息众说纷纭没有定论。为了能够探寻到其最本质的含义,故试图对其更基本的构成词“信息”进行解读,寻求隐藏在其中的本质。然而,在学术研究中,对起点的研究固然重要,但它的使命是为目标对象服务的。所以,对于个人信息在刑法意义上的解读,进而界定个人信息犯罪才是目标所在。

一、信息——法学上的界定

作为一种新兴的社会结构性因素,对信息的研究方兴未艾,所以对其的具体含义众说纷纭。据统计,现今信息的定义大约有两百多种,其范围涵盖了自然科学和社会科学等多个领域。在此无力也没有必要面面俱到地去探讨其每一种定义,因研究的是属于社会科学的法学,所以只需在社会科学领域进行多视角的解读,以期能寻求到其本质意义,对界定法学意义上的信息有所裨益。

(一)对“信息”的多视角解读

1. 词源学上的“信息”

从古汉语来说,最初只存在单语素的“信”和“息”,可是“信”与“息”两个语素含义相似。前者偏重于指消息、征兆。如汉代杨雄《太玄经·应》云:“阳气极于上,阴信萌乎下。”注:“信,尤声兆也。”后者偏重于指情况、音讯。如《魏书·王肃传》云:“江左有何息耗?”^[1]后直至唐代,“信息”才出现在李中的《暮春怀故人》的诗中:“梦断美人沉信息,目穿长路倚楼台。”此时诗中的“信息”指音讯和消息。后历经时代变迁,信息除了

[1] 罗时进:《信息学概论》,苏州大学出版社1998年版,第3页。

保留最初的含义外,又因为其在社会中角色的变化而有了新的含义。《辞海》(1989年版)解释说,信息有两种含义:一是音讯、消息。这就是古代信息的含义;二是指通信系统传输和处理的对象,泛指信息和信号的具体内容和意义。《现代汉语字典》(2005年版)对于信息也有两种解释:一是音信、消息;二是用符号传送的报道,报道的内容是接受符号者预先不知道的。《简明自然辩证法词典》对信息的解释是:一般是指我们所说的信息、情报、指令、数据、信号等有关周围环境的知识。从以上权威字典的解释来看,现今的信息的含义还是主要保留了古代的意思,即能消除或减少接受者不确定性的具有实质内容的东西。而在西方,“信息”在英文中是“information”,来源于拉丁语“information”,意为“使……接受、感知。”英国《牛津英语辞典》对信息的概念表述为:“通过各种方式可以被传递、传播、传达、感受的,以声音、图像、文字所表达,并与某些特定的事实、主题或事件相联系的消息、情报、知识都可以泛称为信息。”美国《韦伯斯特词典》将信息定义为:“信息是知识和情报的通信和接受,并将信息表述为:①由调查、研究和学习所得到的资料 and 知识;②知识、学问和新闻;③事实、情况和数据;④表示数据的记号、信息和探识。”^[1]

从以上中外的概念表述来看,信息的核心内涵指的是能给接收者带来新内容的东西,是作为一个描述事物和认识客观存在的理论思维工具,而不是对主体具有独立意义的认识对象。这是生活实践中的日常用语的含义,仅是用以描述物理世界的依附性的概念。^[2]而信息学对信息的含义与之不同。

2. 信息学上的“信息”

20世纪40年代,美国数学家申农(C. E. Shannon)发表了《通讯的数学理论》和《在噪声中的通讯》等论文,首次提出了“信息”的科学概念并创立了信息论,奠定了现代信息论和传播学的基础。申农从通信过程的研究出发,将收信人在接收到信息之后被消除的不确定性的的大小表示为接收到的信息量。因此,信息就可以被定义为“两次不确定性之差”。美

[1] 刘青:《信息法新论——平衡信息控制与获取的法律制度》,科学出版社2008年版,第61页。

[2] 李晓辉:《信息权利研究》,知识产权出版社2006年版,第9页。

国著名科学家、控制论的创始人维纳(Norbert Wiener)在1950年发表的《时间序列的内插、外推和平滑性》的论文和著名的《控制论》一书中指出:“信息是人们在适用客观世界,并使这种适应被客观世界感受的过程中与客观世界进行交换的内容”。意大利学者朗格(G. Longo)在1975年出版的《信息论:新的趋势与未决问题》中指出,“信息”是反映事物的形式、关系和差别的东西,它包含在事物的差异之中,而不在事物本身。

从以上的定义中可以看出,这些信息论的奠基人都把信息看作一种抽象的数学量,是对上述词源学上的信息的分解,信息从对人们有意义的内容转变为对人们没有意义的符号。但这从有形到无形的认识却真正唤醒了“信息”这头“沉睡的雄狮”。以此认识为基础,伴随计算机和网络的飞速发展,人们日益认识到“在信息以及各种信息传输工具的支撑下,不仅人们之间的社会互动、社会群体的形成和消解、社会组织分化及重组、人们的社会分层与社会流动乃至社区的成长和变迁等,均要在很大程度上依赖于信息符号和由相关的信息知识系统所构建出来的抽象王国,而且社会制度和规范的创新与演化、社会结构和社会关系的分化与整合、社会价值观念的变革与重塑等,也同样要在很大程度上受到这种以信息为中心内容的抽象符合和专家系统的引导和控制。换言之,现代社会在本质上是一种在信息的支撑下时空高度延伸的社会系统,是一种技术现代化的功能后果不断加深和加速展开的过程。”^[1]此时,信息已经从一名默默无闻的“奴仆”一跃而成为社会的“主人”,“信息是社会的结构性要素,其渗透于现代以来的政治、经济、文化各个方面,是社会结构中不可缺少的构成性要素。”^[2]

信息从“音讯、消息”发展为“两次不确定性之差”。从一个描述世界的依附性概念成为世界的结构性要素,这足以表明信息的复杂性、多层次性,就像“普罗透斯的脸”一样扑朔迷离。要想透视这张脸,不得不借助于哲学研究了。

[1] 冯鹏志:《延伸的世界:网络化及其限制》,北京大学出版社1999年版,第19页。

[2] John Chair, Understanding Information Laws: A Sociological Approach, The Journal of Information, Law and Technology (JILT) 2002(3). 转引自李晓辉:《信息权利研究》,知识产权出版社2006年版,第14页。

3. 哲学上的“信息”

对“信息”开展哲学研究发生于21世纪后半叶,但是对于具体时间以及创始人却存在两种观点:一种认为信息哲学是由牛津大学哲学家佛罗里迪(Luciano Floridi)创立的,其标志是1996年提出“信息哲学”的概念,并且在2002年西方权威性期刊《元哲学》上发表了论文《什么是信息哲学》。这篇论文是哲学界第一篇系统分析信息哲学性质的纲领性文章;另一种观点认为信息哲学是由中国哲学家邬焜创立的,其标志是1982年提交的学位论文《哲学信息论导论》和1985年发表的论文《哲学信息论要略》以及1987年出版的《哲学信息论导论》。此争论在目前没有定论,谁为创始人以及何时创立与本主题相去甚远,故不予讨论。只是从这个争论中我们得知信息在现代的无与伦比的重要性,其已经开创了新的哲学领域。在信息哲学中,自从维纳论断,“信息就是信息,既不是物质也不是能量”之后,对于“信息”的概念就一直争论不休。目前有三种代表性的观点:第一种是认为“信息”是物质的普遍属性,它表达它所属的物质系统,在同任何其他物质系统全面相互的过程中,以质、能、波动的形式所呈现的结构、状态和历史;^[1]第二种是认为“信息”是标志间接存在的哲学范畴,它是物质(直接存在)存在方式和状态的自身显示;^[2]第三种是认为信息只是认识论上的范畴,具有生成性、建构性与属人性的特征。笔者赞同第三种观点。因为信息本身是神经中枢对载体所形成的刺激加以“意义”性的“理解”,这种“理解”中存在的意义是我们用任何仪器都不能直接观察到的,即不具有广延性,所以信息不是物质,它是物质与主体相互作用所形成的意义。信息是“我们”看出来、听出来和想出来的东西,而不是“本来就有”的东西,对信息只能做认识论的解读而不能做本体论的解读。^[3]

从上述的论述得知,“信息”本来是一个日常用语,源于人们的生活经验,用于理性选择和情感交流,后来经过科学家的提升而成为一个科学概念。例如,上述申农认为信息是“两次不确定性之差”,而阿希贝则认为信

[1] 黎鸣:“论信息”,载《中国社会科学》1984年第4期。

[2] 邬焜:《信息哲学——理论、体系、方法》,商务印书馆2005年版,第538页。

[3] 肖峰:“重勘信息的哲学含义”,载《中国社会科学》2010年第4期。

息的本性在于事物本身具有的变异度等。他们赋予这个词以数学精确性即“科学性”的同时,渐渐地使这个词与人的日常生活相脱节。这些专注于对信息的“科学解释”或“技术性说明”的努力,形成了一种“祛魅化”地理解信息的进路,使信息成为一个脱离人的“纠缠”的客观可度量现象。这就使“信息”最终仍然脱离了人。这种观点就是信息的客观主义或科学主义。^{〔1〕}但这种纯客观的信息并不能直接适用于哲学领域,在哲学领域中信息具有生成性和建构性,更主要的是具有属人性。在三个不同的领域中“信息”具有三种不同的含义,所以“不能指望一个单一的关于信息的概念能够令人满意地对一般领域的各种可能的应用负责”。^{〔2〕}虽然信息难以定义,但是以上的探讨仍然具有很大的意义。首先就是信息在不同的领域具有不同的含义,那么我们法学领域也应该根据法学的目的而对信息作出自己的界定而不能套用其他领域中的概念。其次哲学是对其他具体领域知识的一般规律性的总结,所以其他具体领域中的研究要以哲学为尺度。所以,在法学领域,信息也应该具有生成性、建构性和属人性,这是“信息”所不能逾越的藩篱,它限制了信息的内涵和外延,如果不符合这三个本质属性,那就不是法学领域中的信息。

(二)对“信息”的法学界定

在法学领域,对信息的研究更为迟缓,到目前为止,也不存在一个权威的界定,众说纷纭,甚至同一学者对信息进行了不同的界定。^{〔3〕}其中有代表性的观点有以下几种:第一种,信息是能反映事物存在和运动差异、反映客观事物特征并能消除事物不确定性的与物质、能量相并列的要素,是消息、数据、情报、知识、资料等的统称;^{〔4〕}第二种,法律上的信息是指固定于一定的载体之上的,对人或事物(的现象或本质)的认识的表

〔1〕 肖峰:“重勘信息的哲学含义”,载《中国社会科学》2010年第4期。

〔2〕 [英]L. 弗洛里迪:“信息哲学的若干问题”,刘刚译,载《世界哲学》2004年第5期。

〔3〕 齐爱民教授在《中国信息立法研究》和《信息法原理——信息法的产生与体系化》这两本书中对信息的界定就不一样,而这两本书的出版才相隔一年。

〔4〕 刘青:《信息法新论——平衡信息控制与获取的法律制度》,科学出版社2008年版,第61页。

达;^[1]第三种,法律领域的信息必须是可以控制和支配的,这就要求信息必须依附于一定的载体,包括物质载体和电子载体;^[2]第四种,法律上的信息是满足可编码性、可传播性、社会性、应受规范性等特定条件的符号系统。^[3]其实这四种观点各有优劣,第一种观点与信息学中关于信息的定义没有什么差别,并没有体现法学属性。第二、三种观点不是失之过宽就是失之过窄,而第四种观点也只认同部分属性,如可编码性和可传播性,而对另外两个并不认同。“虽然自法律概念或由其所组成之法律规定亦可探知该概念所存在之政治、经济、社会背景,但通常认为法律概念只具有规范价值,而不具有叙事价值。”^[4]所以,笔者认同下述观点:^[5]界定法律意义上的信息概念必须遵循以下几个原则:第一,法律意义上的信息必须与人相关联。从法律干涉的角度来看,法律所处理的总是人与人之间的关系和人与事物之间的关系,如果信息不与人类发生关联,则该信息就无论如何不能成为法所保护的客体,新康德主义也认为,在对现实世界产生认识之前,现实世界是一种混沌状态,是没有现实意义状态,所以信息必须与人相关联才具有法律意义。第二,法律意义上的信息必须能够满足一定人群的需要。法律意义上的信息必须具有一定的效用,能够满足人们的某种需求,没有任何利用价值的信息不是法律意义上的信息。第三,法律意义上的信息还必须以哲学和自然意义上的信息概念为基础,不得超越自然的信息概念的范围。故法律意义上的“信息”是指能为人所感知的和支配的,能够满足人们生产和生活需要的事实描述。

总而言之,在词源学上,“信息”是指我们日常生活中所使用的含义,具有理性选择和感情交流的作用,是信息的原初含义;而在信息学上,信息与物质、能量相并列,成为现今社会的结构性要素;在哲学上,信息具有

[1] 齐爱民:《信息法原论——信息法的产生与体系化》,武汉大学出版社2010年版,第50页。

[2] 齐爱民:《中国信息立法研究》,武汉大学出版社2009年版,第13页。

[3] 李晓辉:《信息权利研究》,知识产权出版社2006年版,第20~27页。

[4] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第45~46页。

[5] 皮勇、黄琰:“试论信息法益的刑法保护”,载《广西大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

生成性、建构性和属人性;在法学上,信息是指能为人所感知的和支配的,能够满足人们生产和生活需要的事实的描述。那么“个人信息”作为信息的一种,其可管理性和具有价值是其所不可逾越的藩篱,它限定了“个人信息”的内涵和外延。下文即在此基础上对“个人信息”进行界定。

二、个人信息——规范刑法上的界定

根据笔者对《中国期刊全文数据库》的检索,“个人信息”作为篇名第一次出现于田静华在1991年发表于《天然气工业》第2期上的《个人信息系统与数据库》这篇论文。但该论文的内容与题目并不相符,论文中没有提及何为个人信息。此后也有多篇论文以个人信息为题,但都是从计算机技术角度来研究的而且也没有界定何为个人信息。一直到2001年周健在《情报科学》第6期发表了《美国〈隐私权法〉与公民个人信息保护》,第一次从法律角度开始探讨个人信息问题,但该文几乎用全文介绍了美国《隐私权法》的内容,只是在末尾蜻蜓点水地提出我国应该借鉴美国建立个人信息保护制度和制定相关的法律,仍然没有对个人信息进行界定。而对个人信息真正展开学术研究是基于2003年年初,国务院信息办委托中国社会科学院法学研究所个人数据保护法研究课题组承担《个人数据保护法》比较研究课题,该课题由周汉华教授担任课题组负责人。自此以后,关于个人信息的研究在民法和行政法领域就如火如荼地开展起来,但遗憾的是,经过近十年的研究,对于个人信息的概念仍然没有形成定论,而且《个人信息保护法》至今也没有出台。而令人吊诡的是,对于个人信息的立法保护却出现在2009年的《刑法修正案》中。作为法定犯,与之相关的基础法律没有颁布,基本的概念和范畴没有界定,这对于作为保障法的刑法的研究带来了难题。故不得不先对基本概念“个人信息”进行界定,而后再探讨其在刑法视域中应有的含义,然后再根据混合犯罪概念的理论对个人信息犯罪进行形式和实质意义上的界定。

(一) 个人信息的界定

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有精确界定的专门概念,我们便不能清楚而理性地思考法律问题,也无法将我们对法律的思考转变为语言,同时也无法以一种可理解的方法将这些思想传

递给他人。如果我们试图完全抛弃概念,那么整个法律大厦将化为灰烬。”^[1]所以为了有效地研究个人信息犯罪,就应对个人信息进行界定,但是在界定的过程中,笔者也一直铭记着英国哲学家莱布尼茨所说的,“对一些单纯的观念,我们是不能给它们定义的”^[2],所以也只能是诚惶诚恐地尽力给出一个定义。

1. “个人信息”的选用

作为具有复制性法治特质的我国,^[3]几乎对于任何法学问题的研究都不具有原创性,而都是从介评国外相关问题开始的,笔者也难逃其宿命。根据笔者所搜集到的资料,对于此部分的研究大都遵循此一模式,即先介绍世界各国立法上对于该术语的不同称谓,而后给出选用具体某一术语的原因。在此除了增加一些新的资料和遵守不能逾越上述得出的信息的本质属性外,在分析路径上也沿用上述模式。

根据学者们近十年的研究,比较一致的看法是:个人信息的概念滥觞于1968年联合国“国际人权会议”中提出的“资料保护”(data protection),随后世界上超过五十个国家或地区制定了相关的法律。从立法层面上看,所使用的法律名称主要有三个,即“个人数据”、“隐私”和“个人信息”。其中,大陆法系国家一般使用“个人数据”,包括欧洲理事会、欧盟、欧盟成员国以及其他受欧盟1995年指令影响的国家,比如像突尼斯这样的非洲国家。如欧盟1995年的《个人数据保护指令》,2000年的《共同体机构个人数据处理和流动保护规定》;德国、法国和意大利的《数据保护法》以及突尼斯、乌拉圭的《数据保护法》等。而在普通法系国家,如美国、澳大利亚、新西兰、加拿大等国以及APEC地区,一般使用“隐私”的概念。如美国国会于1974年通过的《隐私权法》(Privacy Act),2000年4月美国联邦贸易法委员会制定的《儿童在线隐私保护规则》,1986年美国国会重新修订的《电子通信隐私法》等。加拿大制定的1982

[1] [美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

[2] 北京大学哲学系编译:《十六~十八世纪西欧各国哲学》,商务印书馆1980年版,第297页。

[3] 参见劳东燕:《罪刑法定本土化的法治叙事》,北京大学出版社2010年版,第1页。