

2015
第3辑

总第73辑

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

本辑要目

【专论】

姚辉 张璇 / 个人信息保护的多元化法律体系构建
——以大数据时代为背景的分析

【法官论坛】

关丽 / 建设工程施工合同的效力认定及处理路径
姜强 / 预告登记制度：实务、规范及其周边
——以2015年高级法院及最高法院的裁判为线索

【法学专论】

黎建飞 李静 / 劳动法中“两个严重”的理解与适用
——兼论立法文字中“概括性用语”的解释规则

【判例评析】

王忠 吴强兵 / “夫妻约定一方财产归对方所有或共有”相关法律问题研究

【调查与研究】

李喜燕 / 二倍工资条款适用类型、期限与时效的司法乱象及厘清

中文社会科学引文索引 (CSSCI)来源集刊

人民法院出版社

2015 年第 3 辑

总第 73 辑

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明·主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2015 年. 第 3 辑: 总第 73 辑/王利明
主编. —北京: 人民法院出版社, 2016. 2
ISBN 978 - 7 - 5109 - 1437 - 9

I. ①判… II. ①王… III. ①判例 - 研究 - 中国 - 丛
刊②法律解释 - 研究 - 中国 - 丛刊 IV. ①D920.5 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 038075 号

判解研究

总第 73 辑 (2015 年第 3 辑)
中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745
电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223667(读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店
开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 250 千字
印 张 15.25
版 次 2016 年 2 月第 1 版 2016 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1437 - 9
定 价 38.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇二年

七月一日

《判解研究》丛书编委会

编委会主任:王利明

编委会副主任:杨立新

编委会成员:(按姓氏笔画排序)

孔祥俊 王 轶 龙翼飞 叶 林

刘春田 张勇健 宋晓明 吴汉东

杨临萍 张益民 郑学林 姚 辉

郭明瑞

主 编:王利明

执行主编:姚 辉 陈建德

编 辑:兰丽专 雷震文 张 璇 焦清扬

目录 CONTENTS

◇ 专论

个人信息保护的多元化法律体系构建

——以大数据时代为背景的分析 姚 辉 张 璇(1)

◇ 法官论坛

建设工程施工合同的效力认定及处理径路 关 丽(21)

预告登记制度:实务、规范及其周边

——以 2015 年高级法院及最高法院的裁判为线索 姜 强(31)

紧急仲裁员程序:域外经验、自我审视及立法构想 陈建华(75)

◇ 法学专论

劳动法中“两个严重”的理解与适用

——兼论立法文字中“概括性用语”的解释规则 ... 黎建飞 李 静(90)

收益权作为信托财产的有效性辨析 刘光祥(112)

机动车强制责任保险中车上人员与第三者身份转化研究

——基于案例类型化的思考 董 彪(131)

◇ 判例评析

“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”相关法律

问题研究 王 忠 吴强兵(146)

论商业秘密的认定与保护 李岸曰(159)

意思自治与公平原则的调和

——以一则执行和解案件为切入点 李光琴(173)

◇ 调查与研究

二倍工资条款适用类型、期限与时效的司法乱象及厘清 李喜燕(183)

论公司越权担保合同的效力及裁判趋势

——基于若干案例的分析 吴玉玺(204)

◇ 域外传真

中韩夫妻财产制比较研究 李仁揆(218)

◇ 编辑后语 (233)

个人信息保护的多元化法律体系构建

——以大数据时代为背景的分析^①

姚 辉* 张 璇**

前 言

大数据时代下,信息传播速度之快、传播范围之广、传播方式之多,使得个人信息保护不能再依赖于某一法律分支。本文在分析个人信息法律保护的价值和法理基础、介绍比较法经验的前提下,系统地梳理了我国个人信息保护的立法和司法现状,提出以全局性和系统性思维构建个人信息保护的多元化法律体系的观点,以期在大数据时代下,在立法和司法两个层面、在公法和私法两个框架下为实现对个人信息的全方位保护提供有益参考。

① 本文系中国法学会部级法学研究课题“大数据时代下的个人信息保护问题研究”项目的阶段性成果,立项编号CLS2014C15。

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

** 中国人民大学民商法学博士生、北京市海淀区人民法院法官。

一、理论概述：个人信息法律保护的价值和法理基础

(一) 讨论前提：本文关于“多元化法律体系”的界定

法律体系，指由一国现行的全部法律规范按照不同的法律部门分类组合而形成的呈体系化的有机联系的统一整体。^① 简单而言，法律体系即部门法体系，而部门法体系又是由公法、私法框架下的各个具体部门法所组成。因此，本文所述的多元化法律体系，将从公法和私法的角度进行论述。

关于公法和私法的诞生，最早可追溯到古罗马法。古罗马法学家乌尔比安最早提出：“公法是关于罗马帝国的法律，私法是关于个人利益的法律。”^② 从理论上讲，“公法”调整公权力之间及公权力与私权利之间的关系，即凡涉及公权力的运行、以公权力为调整对象之一的法为公法。“私法”则调整权利与权利之间的关系，以权利作为调整对象与内容的法为私法。以此为标准对我国现有的法律体系进行审视，“公法”的范畴基本包括宪法、刑法和行政法；“私法”的范畴则基本包括民法和商法。至于经济法，由于其具有部分公权力调整的特点，需要结合具体情况予以分析。

由此，在如下的讨论中，个人信息的公法保护将主要集中于宪法、刑法和行政法领域；私法保护部分，将主要聚集于民法框架之中，包括基本法、特别法和司法解释等不同层级的规范。

(二) 个人信息公法保护的价值和法理基础

1. 个人信息公法保护的价值

(1) 为个人信息提供更为严格的保护

互联网技术的迅猛发展，为个人信息的快速收集、便捷使用、广泛传播提供了技术手段和环境基础。个人信息的收集、处理、利用和分享变得极为容易，个人信息收集后达成的非收集当时所预期目的逐渐显现，二度利用个人信息产生的利益不断增大，由此导致个人信息被侵害的可能性进一步增

① [英] 约瑟夫·拉兹：《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社2003年版，第6页。

② 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1991年版，第9页。

大。而对于单个个体而言,在很多时候无法反抗此种信息的收集。

例一:登录商户的关联网站时,通常会要求共享用户注册的相关信息,否则,就难以进行下一步的操作以获取服务。这种情况下,用户个人无法判断在其提交了个人信息之后,何人、在何种情况下,基于何种目的,可以得知与其有关的资料,事实在沟通过程中已经失去了作为主体参与的可能性,逐渐成为可操纵的资讯客体。

上述促使用户“被动交付个人信息”的行为,实际上构成了对用户个人信息的不当利用,甚至是侵害。但在现有的合同法等民事法律框架之下,用户在此种情形下“交付个人信息”的行为应属资源,商户并不违法,亦即无法通过民法等私法手段对商户获取用户个人信息的做法进行规制,对用户进行救济。此时,对个人信息的保护需要一种更为严格、更有效力的手段介入,而只有根植于公权力的公法才能对有关行业,尤其是信息获取者、信息管理者提出具有法律约束力的要求,使公民个人信息得到应有的保护。

(2) 对公权力进行规制

公权力自诞生之初,即隐含着潜在被滥用的风险。^①而滥用公权力所指的对象往往是“私权利”,包括作为民事权益或权利的个人隐私。而公法本身,具有规范公权力运行程序、限制公权力运行边界的作用。因此,公法对个人隐私进行保护的同时,也在对公权力进行控制,规范其运行,尤其是防范公权力“以保护为名”对个人隐私的侵害。

(3) 促进形成民主宪政秩序

民主社会的建构,依赖于公民对公共事务的参与、思辨以及公民的自主决定能力,这些,都建立在公民个体独立、公民自我意识的养成的基础上。^②个人隐私作为公民个人权利的重要组成部分,在促进个人自我发展和实现个人独立方面起着至关重要的作用。因此,从更深层次上讲,公法对个人隐私的保护,表达的是对个人尊严和价值的尊重,最终将促进由独立个体组成的社会秩序的民主化。

① [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

② [美] 阿丽塔·L. 艾伦、理查德·C. 托克音顿:《美国隐私法——学说、判例与立法》,冯建妹译,中国民主法制出版社2004年版,第51页。

2. 个人信息公法保护的法理基础

(1) 人性尊严与个人信息保护之间的关联

“人性尊严”从人本思想、文化和宗教意义上发展至法律保护的基本权利，源于各国在二战之后对战争残害人性、漠视人性尊严的反思。此后，许多国家陆续在本国最高法律中确立了尊重和保障人性尊严的有关规定。例如，《德国基本法》第1条第1项即开宗明义地宣示：“人性尊严不可侵犯。所有国家权力均负有尊重并保护人性尊严的义务”。^①

学者也尝试从不同角度对人性尊严的法律涵义作出解释，尽管角度不一，但其对人性尊严法律涵义的理解有共同之处，即强调对人的尊重、对人的自主权的尊重，实现人的目的最大化。具体而言，人性尊严直接涵摄的权利，包括正当生存权、人格尊严权、行为自主权和私域控制权。^②其中，私域控制权包括住宅权、隐私权、个人资讯控制权。

个人信息即是其中的隐私权和个人资讯控制权的客体。亦即，每一个人对于涉及自己信息提供、利用的决定过程，皆有积极参与形成自我的可能，并且得以作为抗拒他人恣意干涉的消极自由权。唯有如此，作为主体性的人，其人性尊严才不致受到贬损。从这个意义上来说，个人信息隐私和信息自决是人性尊严必须负载的人的正当权利。

(2) 公共利益、国家安全利益与个人信息权益之间的平衡

任何权利都不是绝对的权利，其必然和其他权利发生冲突并需要在二者之间寻求一种平衡。

① 公共利益对个人信息的适当限制

公共利益关乎社会全体成员的共同利益，如果过度追求个人信息的保护，将可能造成公权力因个人信息隐私利益等的限制而无法履行行政职能，显然不利于实现公共利益。因此，当公权力以增进行政效率为由提出对个人信息加以限制时，个体应对其个人信息控制进行适度的削减与限制，方能追求较大的公益。

反之，如果过多强调公共利益，则可能诱发公权力以公共利益之名而实

① [德] 克里斯托夫·默勒斯：《德国基本法：历史与内容》，赵真译，中国法制出版社2014年版，第13页。

② 胡玉鸿：《“个人”的法哲学叙述》，山东人民出版社2008年版，第193页。

为职权滥用或行政恣意而导致个人信息受到极大的侵害,导致个人信息公法保护制度的建立没有实际意义。因此,要求个体限制其个人信息权利时,需要有足够充分的理由,如建立电子政务系统而需要个体让渡其部分个人信息。

② 国家安全利益对个人信息的适当限制

国家安全利益关系到全社会成员的共同利益,因此,当国家安全与个人信息利益发生冲突时,个人信息利益也要在必要限度内予以克减。如政府为预防犯罪、维护国家安全,可能采取监视、监听、收集敏感性个人信息等对公民的信息隐私权予以限制。或者国家在遭遇重大危及国家安全的紧急状态时,公权力也可以采取限制公民的信息隐私权的紧急措施。

例二:美国在2001年9·11事件后,于2001年10月24日通过《爱国者法案》。在该法案的框架下,政府机关内部、政府机关之间及政府机关与私营部门的信息共享得到了加强;为某一目的收集的个人信息可以为其他目的而使用和共享;FBI和CIA之间的信息共享及联邦执法部门与地方执法部门之间的信息共享将得到加强。^①

综上,大数据时代下,“人性尊严”是公法对个人信息进行保护的法理基础,“权利边界”则是公法对个人信息进行保护时如何掌握边界的法理基础。

(三) 个人信息私法保护的价值和法理基础

1. 个人信息私法保护的价值

(1) 彰显对个体人格利益的保护

上文已述,个人信息属于人性尊严中私域控制权的一部分,对应私域控制权中的隐私权和个人资讯控制权。因此,对个人信息进行私法保护能够保障个体人格利益的实现。

(2) 促进完善民法内容和体系

无论是将个人信息作为一般人格权还是具体人格权加以保护,都将丰富人格利益民法保护之内容,也将可能最终促使人格权在民法典中的独立成编,促进民法体系的进一步完善。

^① 访问网址: <http://www.epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>, 最后访问时间: 2015年10月6日。

(3) 促进公民社会的形成和发展

公民社会的构建,有赖于在其中的每一个个体的自决和自我意识,社会中的每一个个体对他人权利和空间给予充分尊重,也是不可或缺的前提条件之一。个人信息的私法保护,即是在私法框架内,尤其是在现有的民法格局内进行。这种保护,将有助于规范私主体收集、利用他人信息的程序,对在此过程中违法行为的规制,也将起到示范和警示作用,从而引导公民个体在今后保护他人个人信息,充分尊重他人的私领域空间。

2. 个人信息私法保护的法理基础

个人信息私法保护的法理基础,是个人信息收集、处理过程中形成的民事法律关系。

从主体角度看,大数据时代之下,信息成为社会核心的经济资源,社会价值的增长往往是通过知识和信息的生产来实现,由此导致侵害个人信息的行为层出不穷。而对于信息的收集以及处理形成的法律关系,既有上述国家或行政机关等公权力一方参与的纵向法律关系,也有平等民事主体之间形成的横向法律关系。对于个体而言,由于横向法律关系中主体一方往往是商业机构获取利益的需要,在此关系中双方主体是平等的,不存在妥协与让步,因此,对个人信息的私法保护成为必然。

从客体角度看,个人信息能够作为民事法律关系的客体是对个人信息进行私法保护的前提。由于个人信息通常在平等主体之间流转,对于个人信息的收集使用也发生在平等主体之间,同时,个人信息体现的是人格利益,对个人信息的收集使用与公民的人格尊严密切相关,因此,其应当成为民事法律关系的客体。此外,个人信息中也含有一定的财产利益,在一定程度上其能够被公民支配并产生一定的经济效用。尤其在当前社会环境下,个人信息中包含的财产利益已经日益凸显,从这个层面上来说,个人信息也应当成为民事法律关系的客体,从而受到民事法律的保护、被纳入私法保护的范畴。

二、域外启示:个人信息保护的比较法考察

自20世纪60年代,各国已普遍意识到网络环境下保护公民私生活的重要性。1970年最早的有关个人信息保护的国内法《个人信息保护法》在德国黑森州制定。随后,1973年瑞典制定了《资料法》,1974年美国制定了《隐私权法》,1977年德国制定了《联邦个人信息保护法》,欧洲议会也于1981

年出台了《个人数据保护协议》，1984年英国制定了《数据保护法》，1998年《欧盟个人数据保护指令》生效；据不完全统计，世界上制定了个人信息保护法律的国家或地区已经超过50个。

（一）美国

1. 个人信息公法保护的发展历程

美国个人信息公法保护制度的建构以“隐私权——信息隐私权”为关键技术语次第展开，大致遵循了这样一个发展脉络：^①一是依赖于法理学说，首次确立隐私权的概念并作出与时代相回应的扩张解释，使得信息隐私权成为隐私权的重要组成部分；二是依托于实践判例发展，通过判例不断推演着隐私权的时代进程，经历了否定隐私权到承认隐私权、私法意义上的隐私权到对抗政府的宪法隐私权、直到宪法意义上的信息隐私权，隐私权被赋予更全面的保护和更注重人性尊严及内心情感维护的品质；三是基于学说支持、判例推动和信息公开法的法制需要，于1974年制定《隐私权法》，宣示了信息时代个人信息隐私权对政府权力制约方式的实现。

以1974年《隐私权法》为核心的立法体系中，需要提到美国宪法第四和第五修正案，前者规定，个人享有不受无理搜查、扣押的权利；后者规定，个人享有反对自证其罪的权利。这两项规定，通过1995年格鲁斯沃德诉康涅狄格州案，被认定为隐私权的宪法根据。

1974年，美国通过第一个隐私保护法案《隐私权法》，对联邦政府处理及使用个人信息进行详细的规范，同时，建立了“隐私保护观察委员会”，针对该法的个人隐私保护做定期的观察与报告。《隐私权法》主要针对的是政府部门，而私法环节部分则由少数联邦特定立法、州法、普通法、工业自治及公司内部规范多种途径进行规范。此后，通过1980年《隐私保护法》、1986年《电子通讯隐私法》、1991年《电话消费者保护法》《家庭教育及隐私权法》和《财务隐私法》等，建构了保护个人信息隐私的法律体系。

2. 私领域的行业自律模式

在私领域，美国对个人信息保护实行行业自律模式，针对的是收集、处理和利用个人信息的私人机构领域，通过相关的行业制定出行为指引或行为

^① 张娟：《个人信息公法保护历程述评——以美国信息隐私权、德国信息自决权为中心》，载《安徽大学法律评论》2013年第1辑。

规章来规范。^①

美国采取的行业自律,并不是完全依靠民间行业内部规范来解决个人信息保护问题,而是行业本身由政府引领下行业自己内部进行规范,所以这是一种自下而上与政府紧密相关的规范模式,不同于由立法对个人隐私进行统一保护的这种自上而下的规范模式。^②在这种模式下,如果行业内部不能解决相关的个人信息保护问题,可以由政府与相关行业一起合作处理这一部分。

这种模式一是减少了因为立法滞后使信息技术的发展而受到的限制,二是符合各个行业收集和处理个人信息的内容和方式千差万别的实际。当然,该模式也有其缺点,如执行和保障缺乏权威性和效力;企业作为该模式的主要参与者,其更加看重的是个人信息蕴含的财产权益,往往会忽视个人信息中蕴含的人格权益。

(二) 欧盟

欧洲共同体(European Community)的成员国自1970年起,就开始实施各自的个人信息保护法;自1983年德国联邦宪法法院承认“信息自决权(right of informational self-determination)”起,个人数据保护就一直被视为一种基本人权(human right)。^③至1990年,大多数成员国都通过颁布国内法来保护个人信息。^④1995年,为了应对成员国之间频繁的经济活动对个人信息的需求^⑤,欧盟于1995年制定了《关于涉及个人数据处理的个人保护以

① 吕倩:《论个人信息的私法保护路径》,天津师范大学2014年硕士论文集。

② 杨估:《域外个人信息保护立法模式比较研究》,载《图书馆理论与实践》2012年第6期。

③ 林钟千:《欧盟〈个人数据保护条例案〉(2012年)修正之评析》,载《判解研究》2015年第2辑。

④ See Briana N. Godbey, Data Protection in the European Union: Current Status and Future Implications, A journal of Law and Policy for the Information Society Vol. 2. Issue. 3 (2006), p. 803 ~ 804.

⑤ See Paul M. Schwartz, The EU - U. S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures, Harvard Law Review Vol. 126, Issue. 7 (2013), p. 1972.

及此类数据自由流动的指令》(以下简称《欧盟个人数据保护指令(1995年)》)。^①该指令对“可识别性”“处理”“同意”等关键用语和概念的定义作出巨大的贡献。

《欧盟个人数据保护指令(1995年)》虽是欧盟个人数据保护史上的里程碑,但是,随着技术的迅速发展,个人数据面临着新的挑战,指令的适用性限制也更加凸显。因此,2012年,欧盟对上述指令进行了修改。^②随后,2014年3月12日欧洲议会(European Parliament)通过了《欧盟个人数据保护条例案(2012年)》修正案。(以下简称“修正案”)^③修正案的如下几个方面值得关注:

1. 在“个人数据”的范围方面,修正案新增了匿名数据(pseudonymous data)和加密数据(encrypted data)。匿名数据指的是只有具备“附加信息(additional information)”的情况下才能够识别数据主体的信息;^④加密数据指的是通过技术上的保护措施不允许无权利人利用的数据。^⑤

2. 在“强化同意的要件”方面,修正案新增条款如下:“同意与否的举证责任在于数据处理控制人”;由此增加数据处理控制人的举证责任,破解了在私法保护框架下被侵权人举证难度大的问题。

另外,修正案强化了删除权(right to erasure)。根据该条文,数据处理控制人在没有任何合理理由保存数据主体有关数据的情况下,数据主体可以要求删除与他们相关的数据或者有关第三人的链接和复制。另外,数据处理

① See Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal of the European Communities No L 281, p. 31 ~ 50.

② See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) COM (2012) 11 final, Brussels, 25. 1. 2012.

③ See Progress on EU data protection[®] reform now irreversible following European Parliament vote, EUROPEAN COMMISSION MEMO/14/186 (12 March 2014), p1. available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm.

④ See Amendment 001 - 207 Article 4 (2a).

⑤ See Amendment 001 - 207 Article 4 (2b).

控制人在不具合理性的情况下,公开个人数据者,数据处理控制人应该采取所有合理的措施来删除数据,包括第三人保有的数据,并且通知数据主体有关第三人所采取的措施。^①

该项规定有助于破解当搜索引擎快照保留存在侵权可能性的链接网站上有关个人信息的内容时,数据主体难以要求该第三方搜索引擎删除相关信息的实务难题。

3. 在“加强数据处理控制人与数据处理者的责任”方面,修正案强调在个人数据主体的权利实现过程中,规定了共同数据处理者之间的责任安排。因此,在其之间的责任范围不明确的情况下,共同数据处理者个别(severally)并连带(jointly)负责。^②

(三) 日本

1. 个人信息保护法制化历程

1996年6月,日本高度信息通信网络社会推进战略本部正式提出了隐私保护以后,在1998年11月制定的“向高度信息化通信社会推进的基本方针”中,又具体规定了保护个人隐私的条款;同年12月政府制定了《有关行政机关电子计算机自动化处理个人信息保护法》,1999年4月又制定了含23个都道府县和12个政府指定城市、全国1529个团体的《个人信息条例》。^③但这些规定中,尚未考虑到民间企业在利用个人信息时对个人信息的侵害。

随着近年来民间企业对个人信息的不适当应用造成的个人信息的外泄事件频发,将民间企业纳入到个人信息保护的调整范围内,并对相对类型化的个人信息的采集、存储、使用和信息交换、共享等加以规制开始纳入政府的视野。因此,1999年的《居民基本注册改正法》,特别针对民间企业对个人信息保护的必要性加强了认识。2001年,《个人信息保护法》被提交国会审议,2003年获得通过。至此,日本有关个人信息保护法制化的框架基本完成。

《个人信息保护法》在“个人信息”范围的界定上,具有借鉴意义。该

① See Amendment 001-207 Article17 (2).

② See Amendment 001-207 Article 24.

③ 谢青:《日本的个人信息保护法制及启示》,载《政治与法律》2006年第6期。