Daolu zai Shenhou Yanshen

Minfazhu Wenti Yanjiu

道路在身后延伸

——民法诸问题研究

辜明安　等著

西南财经大学出版社
SOUTHWESTERN UNIVERSITY OF FINANCE & ECONOMICS PRESS
中国·成都

Daolu zai Shenhou Yanshen

Minfazhu Wenti Yanjiu

道路在身后延伸

——民法诸问题研究

辜明安　等著

西南财经大学出版社
SOUTHWESTERN UNIVERSITY OF FINANCE & ECONOMICS PRESS
中国·成都

图书在版编目(CIP)数据

道路在身后延伸:民法诸问题研究/辜明安等著. —成都:西南财经大学出版社,2017.9
ISBN 978-7-5504-3216-1

Ⅰ.①道… Ⅱ.①辜… Ⅲ.①民法—研究—中国 Ⅳ.①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 233750 号

道路在身后延伸:民法诸问题研究
辜明安等 著

责任编辑:刘佳庆
封面设计:张姗姗
责任印制:封俊川

出版发行	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网　　址	http://www.bookcj.com
电子邮件	bookcj@foxmail.com
邮政编码	610074
电　　话	028-87353785　87352368
照　　排	四川胜翔数码印务设计有限公司
印　　刷	郫县犀浦印刷厂
成品尺寸	170mm×240mm
印　　张	18.25
字　　数	455 千字
版　　次	2017 年 9 月第 1 版
印　　次	2017 年 9 月第 1 次印刷
书　　号	ISBN 978-7-5504-3216-1
定　　价	98.00 元

前　言

民法理论博大精深。我虽接触民法已有经年，研习和指导学生亦偶有心得，但基于对学术的敬畏和举目所见众多的大作高论，每每望而却步。我本天资愚钝，又非不舍昼夜勤奋耕耘之人，即便时有想法，亦未及时成文，故鲜有学术上的成绩。每念及此便自觉惭愧。与年轻的同学交往，不但教学相长且给了我勇气，尤其不敢辜负学生的热情，故决定将我和同学们的几篇文章汇集出版。收入本书的作品，除一篇是我与王彦博士合著外，其余均为我指导的硕士研究生的学位论文修订而成，在编辑时作了一些修改和必要的技术处理，删减了学位论文的一些形式化内容。

《大数据时代金融数据资源的配置》，是我与王彦博士合作发表的论文。在大数据时代，金融机构安全保障义务已然发生变革，其实现有赖于金融数据在金融机构和金融客户之间的资源配置；在对于个体的客户金融信息坚持“告知与许可”使用原则的同时，对海量客户的金融数据实行“负面清单”制度，在充分保障客户信息权利的基础上承认金融机构的数据挖掘权，可以有效避免传统数据使用“授权制”下巨大的交易成本和监管费用，激发金融机构利用大数据进行金融创新，从而实现与金融安全的良性互动。

“大数据时代金融机构的信息安全保障义务”，系曹秋霞硕士论文的主体内容。作者认为，大数据时代金融机构存在的信息技术短板、第三方机构广泛地介入金融业务、移动支付等新型金融业务模式的兴起以及数据挖掘技术的发展等因素，增加了金融信息被泄露、滥用、过度挖掘的风险。基于信息控制者的特殊地位，金融机构应负保障金融信息安全的义务，具体包括信息保密义务、信息披露义务、第三人的审慎选择义务以及金融客户主要信息权利的保障义务等。对信息安全保障义务的违反可能导致违约和侵权两种责任。基于我国关于信息安全保障方面存在的诸多问题，从制度创新的角度而言，应当着力构建金融信息安全保障的法制基础，并完善民事救济途径。本文与前文均属对大数据背景下金融机构安全保障义务的研究，为本书第一部分。

“手机恶意软件致害的民事责任”由孙志殷硕士论文修改而成。在作者看来，智能手机在主要依靠其内部搭载的各类应用程序给我们带来全新体验的同时，也为一些违法行为打开了方便之门。手机中的恶意软件盗取用户信息、恶意扣除用户电话费、消耗用户流量等，侵犯了用户的合法权利，已成为手机安全运营的重要阻碍。作者从恶意软件入侵手机的两种主要方式入手，确定相关的责任主体，进而对不同主体的民事责任性质进行分析，全面阐释手机恶意软件致害的民事责任这一文章的主旨。

“网络侵权通知规则”则以刘小碧硕士论文修改成稿。在作者看来，尽管《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第2款对网络侵权通知规则进行了原则规定，但在理解与适用方面仍然存在问题。在对网络侵权通知规则解读的基础上，作者分析了现行立法中网络侵权通知规则可能存在的问题，并试图对该制度进行完善，包括规定通知的形式和内容要求，明晰法律条文，明确规定网络服务提供者的一般注意义务；通过立法建立“反通知—恢复”规则、“担保制度”以及虚假错误通知的赔偿制度；规范要求网络服务提供者设置投诉通道等。

“生态损害赔偿责任”是沈弋力硕士论文成果。文章认为，我国环境立法基本上是针对传统环境侵权的救济制度，主要救济受损者的人身和财产权益，未涉及环境利益这一公共利益，环境本身受到的损害很难得到有效救济。要解决“企业污染、群众受害、政府买单”的困局就必须建立以生态损害赔偿责任为核心的生态损害救济制度。生态损害作为一种新型损害，在“环境权”饱受争议之当下，可以考虑将环境利益视作受法律保护的利益，对“形成中的权利”施以救济；并采纳无过错责任为主、过错责任为辅的归责原则，在可以推行环境污染强制责任保险的高污染、高环境风险行业实行无过错责任原则，对除此之外的其他行业适用过错责任原则；责任形式则应采取生态修复与金钱赔偿方式。为保障生态损害赔偿责任的实现，应当建立包括监督机制、评估机制以及保险机制、基金机制等配套保障机制。本文与前面两文均为新型侵权问题，大致可归为一类，作为本书第二部分内容。

“建设用地分层利用制度”乃钟江涛硕士论文的修改稿。作者认为，建设用地分层利用制度作为社会问题的一个研究层面，因其错综复杂的法律关系属性以及学者在研究视野和方法上的差异，对理论焦点问题认识不统一，从而客观上对立法机关起草法规造成了相当大的困扰。《中华人民共和国物权法》第一百三十六条的规定仍然无法有效地弥合学者间的分歧。本文首先阐述建设用地分层利用制度确立的必要性，并在检讨域外法的制度与理论的基础上，阐述建设用地分层利用制度的建构。

“地下综合管廊法律规制”，则是蒋涛硕士论文的修改稿。作者从地下综合管廊法律规制的实践及其当下存在的问题出发，阐释地下综合管廊法律规制的必要性；并从域外经验与规制原则着手论证地下综合管廊法律规制的路径；在此基础上提出了地下综合管廊法律规制的具体制度的基本构架。本文与钟江涛文均系研究我国建设用地分层利用的探讨，是为本书第三部分。

“立案登记制的实践与制度完善”是根据欧贝硕士论文修订而成的。作者在对立案登记制文本解读的基础上，以S省立案登记制实施情况为蓝本，分析立案登记制实施中存在的问题，提出完善立案登记制度的构想。本文与前述文章的不同在于，其非民法问题研究。将其收纳于本书实属对立案登记制实施新问题探讨的不舍，何况还是一篇难得的依据第一手材料而做的研究。本文可视作本书之附编，即本书第四部分。

虽然我将这些文章按照一定顺序编排成书，但个中观点未必妥当，论述可能亦显稚嫩，甚至不免谬误。我不敢奢求本书有多大的学术贡献，但求记录我和同学们一起研习的历程，并期望与同学们在不断前行中眺望远方。有诗人曾经说，“没有比脚更长的路”，“既然目标是地平线，留给世界的只能是背影”①，那么，我们何不把脚印留在身后，把现在留给未来？敝帚尚且自珍，何况这些篇什还凝结了我和同学们的心血，有此书在，当同学们到了追忆“逝去的青春”的年龄，多少还有可供追忆的东西。于是，我想干脆以“道路在身后延伸”② 为书名，意指我们在研习中踏实前行，期望曾经穿行之地日后能成大道。当然，我亦想借此与同学们共勉：我们本不是为结果而来到世间，重要的是过程——不论是学术，还是人生，我们一直都在路上。出版此书倍感惶惶，还望读者诸君不吝赐教，以期日后能有些许长进。

辜明安

2017年5月28日

① 参见汪国真：《山高路远》《热爱生命》，载《汪国真精选集》，北京：北京燕山出版社2015年版。

② 我依稀记得在哪里读到过这样的语句，今觉其颇有意蕴，遂借作本书之名。由于我的疏忽，未将相关信息及时记录下来，现已无从查找出处，网络搜索亦未得结果，故请允许我对原作者及相关著作权人郑重致歉，并真诚致谢。

本书作者（以撰写章次为序）：

第一章　辜明安　王　彦

第二章　曹秋霞

第三章　孙志殷

第四章　刘小碧

第五章　沈弋力

第六章　钟江涛

第七章　蒋　涛

第八章　欧　贝

目　录

第一篇
大数据时代金融机构的安全保障义务

第一章　大数据时代金融数据资源的配置[①]

随着信息技术的发展，人类社会已然进入“大数据（Big Data）时代”，海量数据的生产、传播和使用给社会生活带来了颠覆性的变化。“在改变人类基本的生活与思考方式的同时，大数据早已在推动人类信息管理准则的重新定位。”[②]在金融服务领域，伴随着大数据和互联网金融的发展，营业模式不断更新、服务效率极大提高，出现了金融机构和金融客户前所未有的双赢格局。但是，由于数据获取和传播方式的便捷性、互联网技术的开放性和即时性，安全风险亦随之加大。因此，加强大数据时代金融机构的安全保障成为当前的急务。

一、大数据背景下金融机构安全保障义务的转型

安全是人的基本需要，维护安全是法律的重要任务。在现代社会，“金融是经济发展的血液和重要支撑”[③]，因此，维护金融安全意义重大。金融机构是维护金融安全和保障客户利益的主导力量，必须承担安全保障义务。金融机构的安全保障义务包括两个层面：一是为实现自身健康发展和维护金融秩序所担负的安全保障义务，这既是法律对金融机构的基本要求，也是金融机构社会责任的体现；二是为保障客户利益所担负的安全保障义务，包括金融机构按照法律规定、行业规范或合同约定，采取措施保障金融客户的人身、财产、信息

---

① 本文系四川省哲学社会科学重点研究基地——中国金融法研究中心年度规划项目“大数据时代金融机构的安全保障义务”【14CFL027】的研究成果，以《大数据时代金融机构的安全保障义务与金融数据的资源配置》为题原载《社会科学研究》2016年第3期。作者辜明安，西南财经大学法学院教授；王彦，河北政法职业学院副教授，西南财经大学法学院博士。感谢责任编辑何进平先生为本文发表所付出的辛劳。感谢曹秋霞在本文资料收集与文章框架及思路形成过程中的积极参与及做出的贡献。

② 【英】维克托·迈尔·舍恩伯格、肯尼思·库克耶. 大数据时代［M］. 盛杨燕，周涛，译. 杭州：浙江人民出版社，2015：200.

③ 此句为2014年5月22日至23日李克强总理在内蒙古自治区赤峰市调研时的讲话。

及交易活动的安全，防止损害发生或在损害发生后及时采取补救措施的义务等。[①] 前者主要体现为依法经营，遵守宏观调控、金融监管的法律政策和市场竞争秩序；后者主要体现为对客户利益的尊重和维护。本文在后一种意义上讨论金融机构的安全保障义务。在传统金融服务条件下，金融机构的安全保障义务主要集中在保护客户在金融机构营业场所的人身和财产安全、防止客户资金丢失或被盗以及保护客户的金融信息等；在大数据背景下，上述义务开始发生变化，客户的信息安全和资金安全渐成重点，信息安全则是金融机构安全保障义务的核心内容。

（一）客户金融信息的安全保障

客户的金融信息安全，是指金融机构对其在交易过程中获得的静态的客户基本信息和动态的交易数据，负有保密和不得非法使用的义务。[②] 任何制度的形成都有其历时性。[③] 对个人信息使用和保护原则的形成，最初源于1890年美国学者沃伦和布伦迪斯在《哈佛法律评论》发表的论文《论隐私权》中提出的隐私权（right to privacy）理论。[④] 1960年美国法学家普罗瑟将隐私侵权划分为包括擅自使用他人姓名、肖像或其他人格特征的隐私在内的四种侵权行为。[⑤] 随着信息技术的发展，“隐私权的内涵由消极的‘不受打扰的权利’向积极的‘得以掌控自我信息的权利’扩充，信息隐私权、金融隐私权、网络隐私权等概念应运而生。”[⑥] 有学者将隐私权分为自治性隐私权、物理性隐私权和信息性隐私权，即所谓的新隐私权的三分法理论。[⑦] 而信息性隐私权，是指权利人对其能够被识别的个人信息的获取、披露和使用予以有效控制的权利。[⑧] 国内学者多将个人金融信息作为信息性隐私权的保护对象。[⑨] 美国也主

---

① 刘力. 金融消费者权益保护理论重述与裁判研究［D］. 上海：华东政法大学博士论文，2012：143.

② 为表述准确，本文将针对具体客户的身份信息和交易数据统称为“金融信息”，而将金融机构掌握的海量客户的金融信息统称为“金融数据”。

③ 苏力. 制度是如何形成的［M］. 北京：北京大学出版社，2007：53-55.

④ SAMUEL D. WARREN&LOUIS D. BRANDEIS. The Right to Privacy［J］. *Harvard Law Review*, 1890（4）：193-220.

⑤ WILLIAM L. PROSSER. Privacy［J］. *California Law Review*, 1960（3）：389.

⑥ 杜珍媛. 金融消费者信息安全制度研究［J］. 商业时代，2011（15）：87.

⑦ 张民安. 信息性隐私权研究——信息性隐私权的产生、发展、适用范围和争议［M］. 广州：中山大学出版社，2014：1-2.

⑧ Jerry Kang, Information Privacy in Cyberspace Transactions［J］. Stanford Law Review, 1998（4）：1205.

⑨ 谈李荣. 金融隐私权与信用开放的博弈［M］. 北京：法律出版社，2008：1；周仲飞. 银行法研究［M］. 上海：上海财经大学出版社，2010：440.

要通过金融隐私权保护来规范个人金融信息的收集、处理和运用。欧盟则建立了隐私权标章认证机制（European Privacy Seal），规定收集、处理、存储和交换一定数量以上的个人资料的相关产品和服务，都应该经过法定的检测流程与验证程序，以确保该产品和服务对个人信息的保护，防止侵害行为的发生。

一般认为，金融隐私权是指金融客户对与其信用或交易相关的信息所享有的控制支配权，它是一种兼具人格性和财产性且财产性日益突出的新型民事权利，包括客户自主支配上述信息的权利、自主决定是否允许第三人知悉并利用该信息的权利以及当上述信息被不当泄露和被非法使用时，寻求司法救济的权利。[①] 需要说明的是，客户的金融信息包括但不限于金融隐私。由于传统的隐私权只有自然人才享有，而金融客户不仅包括自然人，还包括各种企业和其他社会组织。换言之，企业等社会组织对其金融信息同样享有权利，所以，我们认为用“金融信息权”来概括客户对金融信息的支配权是适当的。有研究将金融信息的内容概括为客户的银行卡账号、存取款情况、贷款及还款情况、信用消费及支付情况、所持证券品种及证券交易记录、所投保险及保险缴费情况等。[②] 就信息本身而言，个体孤立的金融信息价值不大，但是大数据和云计算把海量、孤立的数据联系在一起，就使数据具备了重大的商业价值。通过数据挖掘（data mining），不但可以准确把握客户的消费习惯从而“投其所好”地推荐商品和服务，优化定价体系，防止价值“渗漏”，实现差异化定价和精准营销；而且可以实现对贷款客户资信情况的准确判断并有效降低贷款风险；还能及时发现保险赔付中的“异常值”，提前采取措施，预防和减少赔付；并实现对经济发展水平的准确评估而为政府提供决策依据。数据分析在带来上述积极效应的同时，还可能产生窃取客户消费隐私、盗取客户资金等诸多非法目的的负面效应（许多消费者认为对自己消费习惯的分析本身就构成侵权）。所以，非法获取个人金融信息就成为不法之徒侵权甚至犯罪的手段。与非法获取相对应，有关部门不慎泄露相关信息也会带来极大的社会恐慌。最为典型的一是2013年5月美国彭博社授权记者接触到金融客户的机密数据；二是同年2月中国人寿80万名客户的个人保单信息被泄露。鉴于金融信息的重要价值和可能遭受的侵害，我们有理由要求作为经营者和掌握这些重要金融信息的金融机构负担安全保障职责。

---

① 谈李荣. 金融隐私权与信息披露的冲突与制衡［M］. 北京：中国金融出版社，2004：55，64.

② 李朝辉. 个人金融信息共享与隐私权的保护［J］. 特区实践与理论，2008（5）：88-91.

（二）客户资金的安全保障

客户的资金安全是指金融机构有义务保障客户资金不受金融机构及第三方的侵害。近年来，银行储户存款失踪或被盗取的案件屡屡发生。2015 年 2 月 15 日《芝加哥论坛报》报道，俄罗斯网络安全公司卡巴斯基实验室（Kaspersky Lab）发布报告称，自 2013 年年底开始的一年多时间里，一黑客团伙已从世界至少 30 个国家的 100 家银行窃取多达 10 亿美元资金。[①] 国内媒体报道，2014 年年初，浙江杭州 42 位储户的 9 505 万元存款“不翼而飞”，该案涉及多家商业银行；2014 年 10 月，上市酒业公司泸州老窖在中国农业银行长沙迎新支行的 1.5 亿元存款失踪；2015 年 5 月，多名市民存在中国工商银行石家庄建南支行的数百万元存款失踪。[②] 从国内案件侦破结果来看，多是不法分子以高息揽存诱使受害人将钱存入银行，在为受害人办理存款及网上银行业务的过程中与银行“内鬼”配合，窃取受害人存款信息，包括最为关键的印鉴、密码、U 盾等信息，然后将受害人的存款转走。与上述案件每笔多涉及大额款项不同的是，还有不法分子乘消费者刷卡消费时拷贝银行卡信息制造伪卡异地盗取卡内存款，个案金额从几百到几千不等，由于数额不大且多涉及外地，侦破难度相对较大。此类案件频频发生，不仅导致大量的财产损失和纠纷发生，还损害了公众与金融机构的信赖关系，延缓了现代交易技术的使用。另外，还有银行工作人员与保险代理人串通，以高息诱骗客户购买保险或理财产品，产生纠纷。诸如此类，一方面说明了金融客户对自己的金融信息或资金没有尽到妥善保管的注意义务；另一方面更说明现行金融系统及其内部管理对客户资金安全保障存有不可忽视的漏洞。

二、大数据时代金融数据的资源配置

毋庸置疑，客户对其金融信息享有显而易见的正当权利，但是绝不能因此否定金融机构使用客户信息的权利。金融机构为金融交易和保护客户利益当然可以使用客户信息，但是金融机构为自身利益或社会公益而挖掘使用金融数据亦成为无法回避的现实问题。海量的客户信息掌握在金融机构手中，简单粗暴的禁令只能起到阻止金融机构公开使用挖掘结论的效果，无法从根本上杜绝其

① Tribune wire reports. Hackers' $ 1 billion bank theft may still impact consumers [EB/OL]. http://www.chicagotribune.com/business/chi-hackers-bank-heist-20150215-story.html.

② 杜放，方列，罗政. 42 名储户 9500 万元存款是怎样丢失的？——多地银行存款屡现“失踪”调查 [N/OL]. 新华网，2015-01-15；崔涛，王天译，肖光明. 河北石家庄一储户 300 万存款“失踪”银行称无责任 [N/OL]. 中国新闻网，2015-05-15.

“地下”挖掘，而转入“地下”活动的危害可能更为巨大。同时，在大数据时代，禁止金融机构对金融数据进行挖掘利用无疑是巨大的资源浪费，所以，面对信息技术浪潮对金融服务的冲击，我们应该以积极的态度，与时俱进地进行制度设计，在金融数据的挖掘使用问题上合理配置资源，划清金融机构和客户双方信息权利的界限。

（一）金融机构数据挖掘权的现实依据

从信息来源看，除客户基本身份信息外，金融数据是金融机构和客户在金融交易过程中产生，是交易进行不可或缺的载体，所以，将金融数据单纯归结为客户一方的金融隐私或金融信息并进而将数据权利上升为客户的金融隐私权或金融信息权，则有失偏颇。因为，除客户的基本信息外，金融数据的生产是双方协作的结果，并非单方固有的。对自身的金融信息，客户有权查询、复制、核对并更正错误信息，有权要求金融机构保密。与此同时，金融机构对每个客户的金融信息，也有权维护、查询、复制、审核、监督，以便及时发现数据异常情况，保障双方的金融利益和交易安全。在此过程中，金融机构对客户的数据自然享有一定的权利，是最基本的数据使用权，其法理依据是双方的金融合同，无论合同是否约定，金融机构当然应该拥有上述权利，否则金融交易将不可进行。由此可见，个体的金融信息是金融机构和客户在金融交易过程中产生，双方分别并共同对数据享有一定的权利、承担一定的义务。但是，对由海量客户的金融信息构成的金融数据，其维护的职责却在金融机构，单个客户难以承担。在现实生活和理论研究中，存在过分强调客户的信息权利而忽视金融机构数据利益的倾向。因此，我们认为，在保护客户金融信息的前提下，承认和尊重金融机构的数据权利同样重要。

事实上，金融客户能够享受到大数据所带来的诸多便利，离不开金融机构的数据挖掘。大数据以海量数据为基础，以互联网为纽带，形成交易成本低廉、运算速度快捷、存储容量巨大、服务类型多样的现代交易平台。金融服务也借助大数据和互联网发生了翻天覆地的变化，交易费用大幅下降，信息不对称问题显著缓解，交易安全不断加强，金融客户在此过程中充分享受到大数据和信息技术所带来的便捷服务和经济效益。这些进步一方面得益于信息技术的发展，另一方面也离不开对客户金融信息的掌握和利用。只有建立在体量巨大的金融数据之上，上述成就才能实现。对金融数据的统计、汇总和分析，并非大数据时代才有，在传统金融服务时期，为经济发展的需要，政府和金融机构也会对金融数据进行使用，但是并未引发金融数据的权利归属问题，其原因主要在于金融数据的使用受到诸多技术限制，数据的社会效益和经济效益有限。

在大数据时代，技术进步使金融数据的挖掘和利用具有了重大的经济和社会价值，金融数据已经成为重要的生产要素和资源。通过数据的二次乃至多次挖掘，一方面，可以实现以充分的历史数据来生成供需双方的风险定价与动态违约概率，有效降低由于信息不对称所导致的道德风险和逆向选择；另一方面，及时发现交易规律和安全隐患，为金融机构的经营决策甚至为国民经济和社会发展提供参考依据。如果禁止金融机构进行数据挖掘，则无异于对历史潮流的反动，所以，赋予金融机构数据挖掘权甚为必要。

（二）“告知与许可”原则对数据挖掘的适用限制与“负面清单”原则的确立

承认金融机构的数据挖掘权并不意味着金融机构就当然享有该项权利。权利的来源不外乎两种形式，一是权利人的授权，二是法律的规定。在传统法上，对个人信息的使用权源于权利人的授权，即采取“授权制”，实行“告知与许可”原则，[①] 欧盟和美国均坚持这一制度。但是，随着大数据技术的发展，欧盟和美国却采取了近乎相反的法律对策。

从立法层面看，欧盟坚持大陆法系传统采取授权制原则，将个人数据视为基本人权，[②] 个人金融信息是个人数据的组成部分，未经权利人许可，他人无权收集并使用个人数据。为加强人权保障，欧盟还专设独立机构进行个人数据保护。1995 年欧盟通过了《个人数据保护指令》，规定个人数据的处理者收集和处理个人数据要遵循合法原则（Legitimacy）、适当原则（Proportionality）、透明原则（Transparency）、终极原则（Finality）、保密和安全原则（Confidentiality and Security）及监控原则（Control）等六个原则，强调数据处理者收集和处理个人数据需预先设定目的且仅为此目的，并应当告知数据主体有关数据的处理情况，不得过度收集、处理个人数据。2006 年 3 月，在马德里和伦敦公交系统遭遇恐怖袭击后，欧盟颁布了《数据保留指令》，要求电信公司将欧盟公民的通信数据保留 6 个月到两年，但是，2014 年 4 月欧洲法院裁定《数据保留指令》无效，理由是该项指令允许电信公司对使用者日常生活习惯进行跟踪，侵犯了公民人权。[③] 欧盟法院判决的理论依据依然是告知与使用原

① 侯富强. 大数据时代个人信息保护问题与法律对策［M］. 西南民族大学学报（人文社科版），2015（6）：106-110；刘斌. 大数据时代金融信息保护的法律制度建构［M］. 中州学刊，2015（3）：54-59.

② 2000 年《欧盟基本权利宪章》第八条规定：人人均有权享有个人数据的保护。个人数据只能为特定目的，基于当事人同意或其他法律依据而被公正地处理。个人有权了解和修正其被收集的个人数据。2004 年《欧盟宪法条约》也对该数据保护权利进行了确认。

③ 文娟. 网络安全立法各国面面观［N］. 人民邮电报，2015-07-13.

则。此前的2010年德国宪法法院就否决了一项要求电信公司将所有数据保留6个月的法案。2015年10月6日，欧洲法院判决认定欧美2000年签署的关于自动交换数据的《安全港协议》无效。根据该判决，今后美国脸书、谷歌、亚马逊等网络科技公司将收集到的欧洲公民数据送往美国将受到法律限制。由此可见，欧盟对包括金融数据在内的个人信息，继续采取更加严格的授权制度，未经许可，任何机构均无权进行收集、存储、传输、挖掘等使用。研究显示，虽然欧盟在个人信息保护方面的立法堪称典范，但是其实施效果并不理想，[①]并对数据挖掘限制过多。欧盟严格的信息保护及其相关的知识产权制度，使得欧洲国家在数据挖掘研究方面落后于其他国家和地区。[②]

美国历来重视隐私权的保护，在传统法上也坚持告知与许可原则，将包括隐私在内的个人数据视为一项财产权。[③] 1970年公布的《联邦公平信用报告法》被认为是美国个人数据保护的开端，旨在保护消费者免受不准确或武断的信用报告的不利影响；1994年的《金融隐私权利法》规定了披露金融信息时的具体程序；同年的《电子转账法》要求转账机构与客户通过合同约定信息透露的情形；而1999年的《金融服务现代化法》则是确立了信息透露时的同意原则。随着大数据技术的发展，传统告知与许可原则受到挑战。为充分利用大数据促进社会经济发展的优势，保持美国在相关领域的国际领先地位，美国政府更倾向于以改良的法律规则和政策框架保护隐私权的同时，鼓励和推广大数据技术的运用，尽力使二者协调一致。正如2014年5月美国总统执行办公室发布的全球“大数据”白皮书《大数据：把握机遇，守护价值》（Big Data：Seize Opportunities，Preserving Values）所说，“大数据正改变世界，但它并没有改变美国人对于保护个人隐私、确保公平或是防止歧视的坚定信仰。”作为判例法国家，美国没有制定统一的个人数据保护法，而是针对个人数据滥用危险比较大、个人利益特别需要保护的特殊部门进行特别立法，如前述《金融隐私权利法》《金融服务现代化法》等。美国虽无独立的数据保护机构，但行业自律机构发挥了数据保护的重要作用。[④] 总之，美国是在事前加强个人隐私保护的前提下赋予金融机构等数据拥有者数据挖掘权，同时采取事后对侵

① 刘德良. 个人信息及法律保护［EB/OL］. 中国民商法律网，http：//old. civillaw. com. cn/article/default. asp? id=42444.

② 王悠然. 欧洲知识产权法限制数据挖掘［N］. 中国社会科学报，2015-09-15.

③ 马特. 人格权与财产权关系考——以隐私权为线索//王利明. 民法典·人格权法重大疑难问题研究. 北京：中国法制出版社，2007：180.

④ 郭瑜. 个人数据保护法研究［M］. 北京：北京大学出版社，2012：47-53.