

侵犯公民个人信息罪的法益属性确证

马永强

内容提要:侵犯公民个人信息罪的保护法益不符合超个人法益的特征,公民个人信息亦不具有超个人属性。本罪的超个人法益解读缺乏根据,属于理论误读,且具有危及罪刑法定原则的风险。基于《宪法》以及《民法典》等前置法准据,公民个人信息具有明确的个人权利属性,其刑法保护意义集中体现为对个人信息自决及个体社会交往利益(如人身、财产及隐私安全)的保护。公民个人信息的公共价值,也应在个体论视角中衍生性地予以定位,具体表现为公民对公共价值的尊重,作为对公民个人信息自决权的限缩。相应地,本罪法益应当完整概括为公民个人信息自决权及相关社会交往利益。该理解既可以解释本罪中被害人同意的限制问题,也为本罪的罪量和法益侵害程度判断提供了进一步的理论根据。

关键词:侵犯公民个人信息罪 超个人法益 信息自决权 社会交往利益
被害人同意

马永强,大连海事大学法学院讲师。

一 问题的提出

近年来,因应数字时代的法益保护需求,我国刑法在公民个人信息保护方面经历了成果丰硕的积极立法阶段,相关立法活动远远走在其他法律之前。《刑法修正案(七)》增设了《刑法》第253条之一的侵犯公民个人信息罪,用以规制“国家机关或金融、电信、交通、教育、医疗”等单位及其工作人员侵犯公民个人信息的行为。《刑法修正案(九)》又进一步将本罪行为主体扩展到一般主体,完成了本罪法益由特殊保护到一般保护的立法演进。^[1]

由于我国《个人信息保护法》尚在起草之中,关于公民个人信息的范围和性质缺乏明

[1] 参见于冲:《侵犯公民个人信息罪中“公民个人信息”的法益属性与人罪边界》,《政治与法律》2018年第4期,第17页。

确的法律规定。^[2] 刑法先行的立法模式,虽为大众的守法动机提供了明确指引,但也为该罪名的理解与适用带来了诸多困扰。在此背景下,如何理解本罪的保护法益成为一个重要问题。近期,正式施行的《民法典》对于公民个人信息的界定,为本罪法益的讨论提供了有力的前置法根据,^[3]与当前的诸国际公约和宪法等人权法规范共同构成了相关讨论的准据。厘定本罪法益的意义在于,通过法益内涵的明确,确定本罪的解释方向,对“公民个人信息”的刑法保护范围予以准确界定。

在当前讨论中,关于侵犯公民个人信息罪法益的理解,出现了隐私权说、公民信息自决权说、信息专有权说、公民个人信息权说、公民信息公共属性说等诸多学说。^[4] 其中,最为鲜明的争议在于本罪是否带有超个人法益的特征。结合司法实务中的问题,争议焦点主要集中于两点:一是如果说本罪法益是公民的个人权利,而不具有超个人属性,那么经同意后出售他人个人信息的相关案件处理就可能出现司法真空。例如,在网上非法买卖身份证、银行卡等身份信息的黑色产业链中,公民个人信息的“叫卖者”寻找愿意出售自己个人信息的公民,并使用其身份信息注册网络店铺账号。出售者往往是身份证件等个人信息的使用频率较低,缺乏个人信息保护意识的农民工或老人等群体。“叫卖者”为防范法律风险,还往往会与他们签订“个人信息转让授权书”,然后将信息转卖给他人用于售假、诈骗等违法犯罪活动。^[5] 此类案件的核心疑问在于,在自愿出售个人信息的场合,经过被害人同意的行为,是否可以阻却此类行为的刑事违法性?应当以何种解释路径对此予以阐释?二是本罪法益属性的界定,也关系到对本罪“情节严重”之认定标准的理解。根据2017年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称“《司法解释》”)第5条的规定,在“情节严重”的认定中,《司法解释》采取的是混合认定的模式,不仅包括公民的财产损失和人身损害,所侵犯公民个人信息的条数也被纳入认定标准之中。^[6] 这是否意味着立法者不仅将本罪定位为与公民个体相关的个人法益,还包含旨在维系社会秩序与安全的超个人法益?或者能否进一步认为,刑法所保护的公民个人信息是作为集合体而存在的公民信息,而特定公民的个人信息则并非刑法保护的對象?

简而言之,侵犯公民个人信息罪的法益之争,充分表明本罪是极为少见的在侵害法益方面意见分歧巨大的犯罪。^[7] 相关争议反映了法益概念在后现代语境下呈现出的冲突

[2] 参见喻海松:《网络犯罪的立法扩张与司法适用》,《法律适用》2016年第9期,第2页。

[3] 参见喻海松:《〈民法典〉视域下侵犯公民个人信息罪的司法适用》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2020年第6期,第1页。

[4] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第921页;刘艳红:《民法编纂背景下侵犯公民个人信息罪的保护法益:信息自决权——以刑民一体化及〈民法总则〉第111条为视角》,《浙江工商大学学报》2019年第6期,第26页;敬力嘉:《大数据环境下侵犯公民个人信息罪法益的应然转向》,《法学评论》2018年第2期,第123页;黎宏著:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第269页;曲新久:《论侵犯公民个人信息犯罪的超个人法益属性》,《人民检察》2015年第11期,第5-6页。

[5] 参见高艳东:《经同意买卖个人信息也属违法犯罪》,《检察日报》2018年8月15日第3版。

[6] 参见周加海、邹涛、喻海松:《〈关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法(应用)》2017年第19期,第34页。

[7] 参见刘艳红:《民法编纂背景下侵犯公民个人信息罪的保护法益:信息自决权——以刑民一体化及〈民法总则〉第111条为视角》,《浙江工商大学学报》2019年第6期,第22页。

和张力,对此做出妥当的理论诠释具有重大实践意义。本文认为,基于教义学原理,超个人法益并非个人法益的集合,在性质上独立于个人法益而存在,本罪保护的法益无法满足超个人法益的判定标准。基于《宪法》及《民法典》等前置法的规定,公民个人信息的本质属性仅为个人属性,其公共价值应当在个体论视角下的社会交往层面予以理解。本罪法益的恰当解释路径是:承认本罪的保护法益是个人法益,并将之明确定义为公民的信息自决权及相关社会交往利益。这将更好地解决上述争议问题,避免理论误读与危及罪刑法定原则的风险。

二 侵犯公民个人信息罪之超个人法益证伪

针对实践中的复杂情形和理解难题,一种流行的解释进路是,将本罪法益解释为包含超个人法益的内涵,进而展开实质性的扩张解释。^[8]但此种解释存在两大无法逾越的前提性障碍:第一,是否在保护对象的理解方面混淆了“数据”与“信息”这两个存在差异的概念?第二,基于刑法教义学原理,本罪的保护法益是否具有超个人法益的属性,相关解读又是否会带来刑事政策上的风险?

(一) 保护对象之厘定:区分“数据”与“信息”

在对既往讨论中广泛存在的超个人法益解读展开教义学证伪之前,有必要对侵犯公民个人信息罪的保护对象予以明确,以澄清超个人法益解读在概念使用上的误区。在早期关于侵犯公民个人信息罪的讨论中,并未区分“个人数据”和“个人信息”这两个在法律评价上存在差异的概念,因此在进一步的论证中产生了偏差。

数据和信息在信息技术领域具有截然不同的含义,在法律评价上亦存在差别。数据是编程语言处理的对象,信息则是利用信息技术呈现的内容。在作用场域方面,信息具有更为深刻的内涵,不仅可以借助数据的形式来呈现,还可以借助印刷术等其他媒介呈现。在概念外延上,个人数据要比个人信息更广泛。^[9]信息数据领域的法律问题可以被区分为纯粹信息问题型、纯粹数据问题型和混合问题型。其中,纯粹信息的问题类型包括网络侵害知识产权和人格权情形、个人信息保护、网络安全中的信息安全以及电子交易等问题,纯粹数据的问题类型则体现为虚拟财产、网络运行安全以及企业数据的法律保护等。^[10]既然个人信息保护主要体现为纯粹信息问题,而刑法中的侵犯公民个人信息罪乃是保护公民个人信息的最后手段,那么,本罪中的个人信息就与个人数据关系甚少。因此,必须明确:侵犯公民个人信息罪的保护对象并非个人数据,而是个人信息。个人数据既包含个人信息,同时又在概念外延上比个人信息更为宽泛,包含用户上传或生成的一切形式存储的内容。进一步地,具有刑法评价意义的公民个人信息,集中体现为“以电子或其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人

[8] 参见王肃之:《被害人教义学核心原则的发展——基于侵犯公民个人信息罪法益的反思》,《政治与法律》2017年第10期,第35页。

[9] 参见劳东燕:《个人数据的刑法保护模式》,《比较法研究》2020年第5期,第36页。

[10] 参见梅夏英:《信息和数据概念区分的法律意义》,《比较法研究》2020年第6期,第156-158页。

活动情况的各种信息,包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等”。^[11]

进而,不难发现主张本罪法益为超个人法益的论者,其实是陷入了大而化之地探讨信息流通及利用问题的窠臼,混淆了数据和信息这两个在讨论层次、内涵以及刑法评价上有显著差异的概念,因而在论证中产生了误解。例如,有论者认为,企业应当对公民的个人信息享有专有权,这是本罪超个人法益属性之体现。如公民在使用导航类 APP 时,其实已经让渡了自己位置信息的权属。^[12] 显然,该理解在概念上混淆了数据和信息。企业仅享有数据的专有权而非公民个人信息的专有权,公民在使用导航类 APP 时,只让渡了对数据的权属,而仍保留对个人信息的权属,科技企业在产品开发过程中必须对这些信息进行数据层面的匿名化处理,而不能以明文形式公之于众。因此,如果科技企业将公民的个人敏感信息泄漏或出售,达到情节严重时,仍成立本罪。

讨论至此,超个人法益理解的立论基础其实已经不攻自破。毫无疑问,作为互联网时代的内容基石,公民的个人数据具有重大的公共价值和商业价值,可以被应用于大数据挖掘和公共安全领域。但可以追溯到特定个体、具有明确可识别性的个人信息,则具有强烈的个人信息自决属性,不容他人干涉和侵犯。立法者之所以将侵犯公民个人信息罪定位为侵犯人身权利和民主权利的犯罪,正是充分考虑了公民个人信息的这一特殊属性。若将二者混为一谈,不仅不利于本罪的认定,也将误导有关公民个人数据的刑法保护及其公共利用的进一步讨论。

(二) 法益侵害之辨别:超个人法益之错误解读证伪

1. 侵犯公民个人信息罪的保护法益不符合超个人法益的特征

判断本罪法益是否属于超个人法益,首先应准确把握超个人法益的内涵及特征。超个人法益又称集体法益,是指服务于社会生活中之全体个人的法益,亦即无法还原为个人法益,但对社会发展具有重要意义,因而需要刑法予以保护的共同利益。^[13] 典型的超个人法益包括环境法益、国家安全法益、经济秩序法益及公共安全法益等。在体系与构造方面,超个人法益可以被进一步区分为社会法益和国家法益。前者系指为个人的自由发展提供空间的法益,后者则是用以维系特定的国家制度的法益。^[14] 虽然超个人法益与个人法益之间存在渊源关系,^[15] 但超个人法益并非个人法益之量的累积,而是在现代刑法的扩张中取得了独立于个人法益的地位,^[16] 其在性质上与个人法益存在泾渭分明的界限。^[17] 超个人法益无法被还原为个人法益,缓解二者之间冲突的方式应当是在承认超个

[11] 喻海松编著:《最高人民法院、最高人民检察院侵犯公民个人信息罪司法解释理解与适用》,中国法制出版社 2018 年版,第 20 页。

[12] 参见敬力嘉:《大数据环境下侵犯公民个人信息罪法益的应然转向》,《法学评论》2018 年第 2 期,119-121 页。

[13] Vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Heymanns, 2002, S. 19; Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl., C. F. Müller, 2017, S. 3.

[14] 参见钟宏斌著:《法益理论的宪法基础》,我国台湾地区元照出版有限公司 2012 年版,第 270 页。

[15] Vgl. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Europaeische Verlagsanstalt, 1980, S. 231-232.

[16] 参见王永茜:《论集体法益的刑法保护》,《环球法律评论》2013 年第 4 期,第 69 页。

[17] Vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, J. C. B. Mohr, 1969, S. 119.

人法益的存在意义的前提下对其成立范围予以明确和适度限缩。因此,从法益二元论立场出发,超个人法益在内涵及特征方面体现为个人法益的不可还原性,具体包括使用上的非排他性、消耗上的非竞争性与不可分配性。^[18]

本罪法益显然与超个人法益的内涵不相符合。其一,本罪的保护对象无法满足超个人法益的非排他性特征。使用上的非排他性是指该利益是所有人利益的集合,所有人均可以对该利益予以利用,任何人都不能被排除于该利益的使用范围之外。虽然公民个人信息具备一定的公共价值,但并非所有的公民个人信息都能满足该特征。例如,涉及公民隐私的个人信息的利用范围,应仅限于该个人。至少就不应被公开的个人信息而言,个体对这些信息的权属是排他性的,他人不可以对这些信息进行支配和利用,否则将侵犯个体的隐私权等民事权利,甚至增加被害风险。其二,本罪的保护对象不符合超个人法益的非竞争性特征。基于该特征,特定的利益应当是全部个体共同享受,互不排斥。A 对于该利益的使用,不会损害也不会妨碍 B 对于该利益的使用。例如,在财产犯罪的场合,A 盗窃了 B 的财物,那么 B 就会受到损失,这意味着财产权具有排他属性,不能同时由全部个体共同占有。公民个人信息也具有同样性质,因而无法被认定为超个人法益。我们很难说 A 的个人信息,均可以无条件地为 B 所使用,所以本罪并不符合超个人法益的非竞争性特征。其三,本罪的保护对象在特征上与超个人法益的不可分配性相矛盾。不可分配性是超个人法益的本质性特征,是指特定的法益为每一社会成员共同享有,在概念上、事实上亦或法律上无法分割,单独分配给特定个人。例如,特定的制度、阳光、空气和水都是一种不可分割的集体利益,因为这些利益为每个公民共同享有而不能归属给个体。但显然,公民个人信息首先就是每个个体所独有的,是由特定个体参与生成且属于特定个体的,因而从根本上无法满足超个人法益不可分配性的特性。

由此可见,超个人法益与个人法益之间存在互斥性和功能上的紧张关系。正因如此,超个人属性优先的主张,极易成为压制个体利益的重要理由。^[19] 据此,理论上已经形成的共识是:超个人法益学说为立法者扩张性立法、增加刑法的保护范围提供了过于宽松的理论根据。^[20] 在此背景下,若随意对法益的内涵和类型进行扩张解读,不仅可能导致特定罪名的解释失当,还可能危及法益理论本身,使之丧失对于刑法的限制性意义。

2. 侵犯公民个人信息罪在性质上并非与超个人法益相关联的法定犯

辨别侵犯公民个人信息罪的性质是法定犯还是自然犯的意义在于,本罪的犯罪性质直接影响本罪法益的确定。自然犯一般侵害的是个人法益,法定犯往往侵害的是超个人法益。本罪法益属性的解读分歧,也与学界关于该罪的犯罪性质存在无意识却完全对立的分歧有关。将本罪法益解读为个人法益的论者,往往是本罪理解为自然犯;而将本罪法益解读为超个人法益的论者,往往是本罪理解为法定犯。^[21] 在法定犯时代的立法实

[18] Vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Heymanns, 2002, S. 111 ff.

[19] 参见冀洋:《法益自决权与侵犯公民个人信息罪的司法边界》,《中国法学》2019 年第 4 期,第 68-70 页。

[20] Vgl. Greco, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, in: FS-Roxin, 2011, S. 200.

[21] 参见刘艳红:《侵犯公民个人信息罪法益:个人法益及新型权利之确证——以〈个人信息保护法(草案)〉为视角之分析》,《中国刑事法杂志》2019 年第 5 期,第 22 页。

践中,法定犯与抽象危险犯、超个人法益之间常常存在关联关系,是预防性立法语境下增设新罪、创设新型法益的重要途径。^[22] 超个人法益论者可能由于对本罪条文表述的误读,误将本罪理解为法定犯,而事实上,本罪的犯罪性质应当被理解为自然犯。由于我国刑法在立法体例上没有区分刑法典和附属刑法,法定犯和自然犯均被规定在刑法典中,这为二者的区分带来了困扰。^[23] 虽然二者在界限上具有相对性,但一般认为,前者的本质特征体现为侵犯人类自然权利,与社会伦理密切关联,而后者则体现为国家为实现某种行政目的而加以禁止的行为。二者在法益侵害的严重程度、处罚必要性以及违法性认识等方面均存在差异。^[24]

显然,侵犯公民个人信息的行为禁令,其根据并不在于某种行政目的,而在于公民个人信息本身天然带有的公民权利属性,关乎公民的人格尊严与人身安全,具有社会伦理上的责难意义,属于与公民的自然权利相关的自然犯。有论者可能认为,《刑法》第 253 条之一中有“违反国家有关规定”这一表述,似乎表明本罪具有保护行政法规范秩序或行政利益的目的,这是应将本罪法益理解为信息安全或信息领域的社会管理秩序等超个人法益的重要原因。^[25] 但该结论可能过于武断。虽然本罪的成立要求“违反国家有关规定”这一构成要件要素,但这一构成要件要素所指称的国家规定,并不仅限于行政法的规定,而是同时包含了民事法律的有关规定,因而不能作为本罪属于法定犯的优势论据。即便“违反国家有关规定”仅指行政法规定,也不能证明该罪属于法定犯,而是必须从自然权利违反这一本质性特征来判断。如《刑法》第 244 条之一雇用童工从事危重劳动罪的规定,就包含前置的行政法规定,但仍然应被理解为自然犯。

总之,尚无明确证据可以证明本罪属于法定犯。充其量只能说,该罪带有法定犯的气质,在某种程度上体现了“自然犯的法定犯化”,^[26] 但这并不意味着否认本罪的自然犯性质。不能以原始社会中人类不享有个人信息保护的自然权利而拒绝将本罪理解为自然犯,基于当下的生活情境,法定犯与自然犯的区分及其转化,应当置于现代文明的语境中来理解。在个人信息保护日益重要且急迫的现代文明社会,将公民个人信息保护理解为公民的基本人权和自然权利,符合宪法的精神和人类文明演进的规律。

3. 对侵犯公民个人信息罪法益的错误解读可能危及罪刑法定原则

综合以上讨论,既无法找到侵犯公民个人信息罪所保护的法益与超个人法益特征之间的相符之处,也无法找到本罪的超个人法益解读在犯罪性质方面的根据,因而应当将本罪的保护法益理解为个人法益。本罪的超个人法益解读缺乏理论根据,属于理论曲解;不仅如此,将本罪的保护法益解读为超个人法益,还会因为理论滥用带来危及罪刑法定原则

[22] 参见王俊:《法定犯时代下违法性认识的立场转换》,《现代法学》2020年第6期,第180页。

[23] 参见张明楷:《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》,《法商研究》2013年第4期,第47页。

[24] 参见黎宏著:《刑法学总论》,法律出版社2016年第2版,第52页;车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期,第25页。

[25] 参见凌萍萍、焦冶:《侵犯公民个人信息罪的刑法法益重析》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第71页。

[26] 参见刘艳红:《侵犯公民个人信息罪法益:个人法益及新型权利之确证——以〈个人信息保护法(草案)〉为视角之分析》,《中国刑事法杂志》2019年第5期,第27页。

的风险。

一方面,基于超个人法益的理论定性和本罪罪量的解释需要,可能有论者将本罪进一步理解为累积犯等刑法保护早期化的产物,这将导致对本罪定性的严重误读。近来,为增加对超个人法益的保护力度,刑事立法“明显地转向预防与安全,国家在犯罪发生之前、在针对某个行为人特定犯罪的嫌疑具体化之前就已经开始介入”。^[27] 在刑法介入早期化的诸多犯罪形态中,本罪似与累积犯最为近似。在累积犯中,单独的危险行为一般不具有法益侵害危险,但如果类似行为大量实施,则会导致法益侵害,其判断重点在于是否形成了“真实的累积效应”。^[28] 然而,本罪并不符合该特征。本罪的罪量要求,并不意味着针对单一主体或单次的犯罪行为不构成犯罪,而是出于谦抑原则对入罪范围的限缩。司法解释规定,如果单次出售或者提供行踪轨迹信息,被他人用于犯罪的,构成情节严重。可见,本罪的成立并不要求累积效应的形成,不能将之误读为累积犯,否则会曲解本罪的入罪标准。

另一方面,将本罪误读为超个人法益不仅无法限缩本罪的入罪范围,影响严肃定罪的效果,反而会因为理论滥用带来危及罪刑法定原则的风险。原因有二:一是超个人法益为扩张刑法处罚范围提供了名义上的理由,诸如抽象危险犯、累积犯等刑法提前介入的新方式,都是在超个人法益语境下的讨论结果。^[29] 因此,过分强调集体至上的理念,对超个人法益予以扩张,存在过分干涉公民个人自由的风险。二是相较于个人法益,超个人法益往往缺乏足够的明确性,可能对刑法明确性原则带来冲击。基于罪刑法定原则,罪状的确定应尽可能明确。但由于超个人法益所针对的利益是集体性的,往往语焉不详,内涵过于抽象和模糊,会极大弱化法益概念的划界功能,^[30] 这将给法律解释和司法适用带来困难,使行为人沦为纯粹宣示规范效力的规制对象。不仅如此,由于超个人法益所具有的空洞性特征,其盲目扩充也会给法益概念本身带来危机,^[31] 使其丧失对罪刑法定原则的保障和维护功能。

综上所述,网络刑法的理论演进固然需要反映时代趋势,然而,这并不意味着无限度地标新立异。基于刑法教义学原理,既无法找到侵犯公民个人信息罪法益与超个人法益的相符之处,也无法找到超个人法益解读在犯罪性质方面的根据,本罪的超个人法益解读存在理论曲解;不仅如此,该解读还可能危及罪刑法定原则。因此,有充分的证据和理由对本罪的超个人法益解读予以证伪。

三 前置法准据及侵犯公民个人信息罪法益的确定

从公民个人信息的特征出发,有充分理由得出结论:对公民个人信息进行刑法保护的

[27] [德] 乌里希·齐白著:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社 2012 年版,第 167 页。

[28] 参见张志钢:《论累积犯的法理——以污染环境罪为中心》,《环球法律评论》2017 年第 2 期,第 162 - 163 页。

[29] 参见高巍:《刑法教义学视野下法益原则的畛域》,《法学》2018 年第 4 期,第 37 页。

[30] 参见张勇:《公民个人信息刑法保护的碎片化与体系解释》,《社会科学辑刊》2018 年第 2 期,第 90 页。

[31] 参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018 年第 6 期,第 46 页。

意义,就在于侵犯公民个人信息罪鲜明的个人法益特征。基于个体论视角,完全可以得出合宜的刑法保护理由,对相关争议予以妥当解释,而不必诉诸于存在风险的超个人法益解读。在讨论中,有必要区分公民个人信息的属性与侵犯公民个人信息罪法益的确定这两个不同层面的问题。公民个人信息的属性,解决的问题是在现行法秩序下对公民个人信息的属性确认,涉及相关前置法的理解和阐释;而本罪法益的确定,则既要考虑公民个人信息的属性,还要考虑本罪背后的刑法目的与定位。

(一)公民个人信息的个人属性之人权保护法及《民法典》根据

在公民个人信息保护的前置法中,最重要且直接的法规范当属《个人信息保护法》。然而,由于我国的《个人信息保护法》尚在制定中,当前讨论产生了核心法规范缺位的问题。^[32] 但无论《个人信息保护法》在法体系的定位中属于保护新型权利的公法,还是民法的特别法,^[33] 我们都可以通过现行法体系中关于公民个人信息的规定,明确公民个人信息的属性。因此,挖掘当前已经存在的人权保护法及民法根据,对理解公民个人信息的个人属性具有重要意义,也是本罪法益判断的重要参考。特别是近期施行的《民法典》,为公民个人信息的个人权属确定提供了举足轻重的前置法根据。

其一,纵观国内外关于公民个人信息的个人权属的讨论,其最为重要的规范根据集中体现于国际人权法和宪法视域下基于公民基本权利的讨论。公民个人信息权属的宪法基础,与公民个人信息的个人权属密切相连,确定了这一个人属性相较于公民个人信息之公共价值的优势地位。在国际人权法层面,《世界人权宣言》第12条的规定,一般被认为是隐私权保护及个人信息保护的重要法律渊源。^[34] 由于各国的宪法传统与实践的不同,在美国,一般从隐私权的角度来探讨公民个人信息的理论定位;^[35] 以德国为代表的欧陆国家,则借助《欧洲人权公约》《欧洲联盟基本权利宪章》等国际公约、超国家法规及国内法规范,形成了以信息自决权为核心的数据保护的规范根据。^[36] 这些规范根据均明确表明公民个人信息保护的首要宪法意义在于公民个人信息的个人权属。在关于信息自决权与隐私权关系的讨论中,形成的进一步认识是:信息自决权是公民按照宪法原则所享有的宪法权利,与隐私权之间既有明显区别,又存在交叉。其不仅体现为一种隐私权,还是一种独立于隐私权而存在的个人权属。^[37]

质言之,在人权保护法与宪法层面,公民个人信息保护的基本目的,就在于保护人的

[32] 《个人信息保护法(草案)》完整确认了公民个人信息处理过程中的告知同意规则(第13条至第19条),呼应和验证了本文对公民个人信息权属的理解。但由于该法尚未正式颁行,本文主要以当前已经生效的前置法来展开分析。

[33] 参见周汉华:《个人信息保护的法定位》,《法商研究》2020年第3期,第54页。

[34] 《世界人权宣言》第12条明确规定:“任何人的隐私、家庭、住宅和通信不受任意干涉,对他的荣誉和名誉不得加以攻击。人人有权享受法律保护,以免受这种干涉或攻击。”《欧洲人权公约》第8条也有类似规定。

[35] 参见谢远扬:《信息论视角下个人信息的价值——兼对隐私权保护模式的检讨》,《清华法学》2015年第3期,第99页。

[36] Vgl. Petric/Sorge, Datenschutz: Einführung in technischen Datenschutz, Datenschutzrecht und angewandte Kryptographie, Springer, 2017, S. 140 - 142.

[37] 参见姚岳绒著:《宪法视野中的个人信息保护》,法律出版社2012年版,第86-87页。关于我国宪法中个人信息保护的基本权利定位,该书中亦有详尽讨论,故本文不再论及。

基本权利和自由。公民个人信息是公民个人权利的征表,而非个人数据之公共价值的象征。欧洲理事会发布最新修订的《关于个人数据自动化处理的个人保护公约》(108 号公约)以及欧洲议会于 2016 年通过的《通用数据保护条例》(GDPR)均明确指出,公民个人信息保护的目的在于尊重缔约方管辖范围内的每一个体的个人数据,从而促进个体的权利和基本自由得到尊重。^[38]由此可见,个人信息主要对应个人数据的个体意义,体现于不同层次的规范共同构成了公民信息自决权说的规范基础,揭示了个人信息保护的根本价值在于其与公民个人的自由和人格尊严密切相连。

其二,值得注意的是,上述人权保护法及宪法中关于公民个人信息权的定位,已经在我国最新的民事立法实践中得到积极回应。《民法典》在人格权编第六章“隐私权和个人信息保护”中对公民个人信息的权属做出了专章规定。其中,第 1034 条第 1 款明确指出,“自然人的个人信息受法律保护”,这表明,公民个人信息的法律意义,其重点不在于对公民个人信息公共价值的挖掘和利用,而在于保障公民个人信息的自然人之人格权益。^[39]这也在该法第 1034 条第 2 款的概念界定中得到明确,公民个人信息是指“以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等”。因此,公民个人信息在特征上必须具有可识别性,与特定个体相联系,反映个体利益。《民法典》还进一步回应和明确了隐私权与公民个人信息保护之间的关系:“个人信息中的私密信息,适用有关隐私权的规定。没有规定的,适用有关个人信息保护的规定。”《民法典》在人格权编对于公民个人信息和隐私权双轨并行又有所交叉的处理方式,足以表明公民个人信息是与个人基本权利相关的一项独立的重要权利。^[40]至于促进信息自由流通和信息网络经济发展的目标,^[41]则是在肯定公民个人信息个人权属特性的基础之上,对相关衍生利益的再平衡。

总之,关于公民个人信息的属性,在不同层面均正在形成相对一致的见解:公民个人信息保护是一项独立于隐私权而存在的与公民基本权利相关的重要权利,其法律保护价值的首要性在于其之于个体的意义,公民个人信息的公共利用必须符合基本权利的限制性要求。这从根本上标示了公民个人信息的个人属性,更明确揭示了为何我国刑法将侵犯公民个人信息罪规定于“侵犯公民人身权利、民主权利罪”中,为本罪法益的确定提供了举足轻重的规范根据,回答了为何本罪的法益不可能也不应当是超个人法益。^[42]

(二) 公民个人信息刑法保护目的之规范性诠释

刑法中法益内涵的确定,不仅要参考前置法的规定,还必须体现出刑法保护的必要性

[38] *Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data*, 2012, Article 1; *General Data Protection Regulation*, 2016, Article 1.

[39] 参见程啸:《论我国民法典中个人信息权益的性质》,《政治与法律》2020 年第 8 期,第 7-8 页。

[40] 参见郑维炜:《个人信息权的权利属性、法理基础与保护路径》,《法制与社会发展》2020 年第 6 期,第 132 页。

[41] 参见喻海松:《〈民法典〉视域下侵犯公民个人信息罪的司法适用》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2020 年第 6 期,第 3 页。

[42] 参见刘艳红:《民法编纂背景下侵犯公民个人信息罪的保护法益:信息自决权——以刑民一体化及〈民法总则〉第 111 条为视角》,《浙江工商大学学报》2019 年第 6 期,第 24 页。

与紧迫性。因此,为进一步明确侵犯公民个人信息罪的真实法益属性,还需要准确理解对公民个人信息进行刑法保护的目。从刑法功能角度出发,本罪集中体现为对公民的个人信息自决权及其衍生的公民个体社会交往利益的保护,公民个人信息的公共价值则应该在个体论的视角下,被诠释为个体对公共价值的尊重,并作为对公民个人信息自决权的限制。

1. 刑法关注和保护公民个人信息自决权

在现行法秩序中,公民个人信息保护的首要意义在于公民个人信息自决权,因此,公民个人信息自决权也是刑法关注和保护的。基于宪法原则,人本身就是目的,个人信息是人的延伸,因而公民个人信息的人格属性不容侵犯。相应地,作为宪法秩序下的公法,刑法的优先保护目标不是挖掘公民个人信息的利用潜力,而是防止各信息利用主体在信息利用过程中侵犯公民个人信息自决这一具有基本权利特征的权益。论及信息自决权时,倍受争议的问题是:过于强势的信息自决权是否会危及对个人信息的公共利用?^[43]基于此,有论者认为本罪法益是包括信息利用专属权益在内的超个人法益。然而,该理解不仅混淆了前述信息与数据的区别,混淆了企业的数据利用权属与公民的个人信息权属这两个不同层次的问题;更是对公民信息自决这项基本权利内涵的误读。虽然个人信息具有商业价值与社会治理价值,但信息利用不能凌驾于信息自决这一价值理性原则之上,否则会产生目的理性构想侵蚀价值理性基石的危险结果。本文认为,信息自决与公共价值保护并非简单的二元对立,信息自决权的明确存在,是信息得到合理利用、确保各方利益得到合理分配的绝对前提。在信息利用过程中,必须明确权利的源头在于公民本人的授权。原因在于,防止个人信息权滥用的途径并不在于废弃公民个人信息自决权,而应基于社会沟通的要求明确权属,进而妥当地施加限制。如果缺乏基于信息自决的信息权属分配过程,关于信息利用的法律保护就会混乱无序。其结果必然是,在涉及司法适用时,无法准确地对信息归属进行确权,无法找到明确的侵权者和被侵权者。若公民对个人信息的掌控缺乏足够保障,会反向阻碍信息的利用。因此,刑法同其他前置法一样,均以保护公民的信息自决为基础和前提,这是合乎法治之社会沟通的应有之义。当然,个人的信息自决权并非僵化的和绝对的。出于公共利益平衡的需要,可以根据宪法原则判断能否获得拟制的公民授权。例如,在新冠肺炎疫情期间,出于防疫必要,基于比例原则,政府可以收集公布感染者的相关行程信息;^[44]还可以在符合宪法原则的前提下,引入强制性的法律法规,作为公民个人信息自决权的外部限制。但不能以信息自决权的相对性来否定公民个人信息权在个人信息保护中的核心地位,如果个体的基本权利和正当利益无法得到保证,信息的确权和利用就无从谈起了。

2. 刑法亦保护由信息自决衍生的公民个体社会交往利益

刑法不仅保护公民的个人信息自决权,还保护由信息自决衍生的公民个体社会交往利益。个体的社会交往离不开个人信息的流通和控制,其他社会成员也据此形成印象感

[43] 参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018年第3期,第98页。

[44] 参见江海洋:《论疫情背景下个人信息保护——以比例原则为视角》,《中国政法大学学报》2020年第4期,第188页。

知,开展人际互动。^[45] 个人信息的失控,将会打破社会交往过程的“防火墙”,威胁与个人信息自决权相关的人身安全、财产安全及隐私安全等公民个体社会交往利益。《司法解释》第 5 条中涉及的人身、财产安全危险及实害后果的特别罪量规定,正是充分体现了对信息失控后的公民个体社会交往利益威胁的附随保护,以防止其对公民个体人格发展的危害,将该规定理解为社会风险的防控,显然是一个过于夸大的解读。^[46] 公民个体社会交往利益的刑法保护,既具有实践理性基础,也符合刑法保护公民个人信息的侧重点。一是在互联网时代,判定是否成立侵犯公民个人信息罪,必须关注个人信息的非法流通是否会带来与之具有因果联系的个体社会交往利益损害。原因在于,公民个人信息在未经个人同意和不受控制的情形下进入流通环节,其法益侵害不仅体现为对信息自决权的侵犯,还体现于相关信息不受控制地进入各类网络黑灰产业链,通过各类难以预期,甚至以不同形态多次发生的针对个人信息的犯罪,使公民轻易陷入犯罪人设计的有针对性的圈套,致使其人身安全和财产安全等与个体社会交往相关的利益受到损害或威胁。二是不同法领域对个人信息的保护具有不同的侧重点。就刑法而言,其任务主要在于防止公民信息自决权以及与之相关的个体社会交往利益受到侵害。侵犯公民个人信息罪包含三种行为方式,即获取、出售和提供,而并未将使用公民个人信息的行为单独纳入规制范围。^[47] 原因在于,刑法必须从源头上对信息获取、买卖和泄漏等行为予以打击。至于从合法途径获取公民个人信息的个体或组织,在法律允许的范围内,如何利用这些得到同意后流通的信息,则无需刑法关注。

3. 个人信息的公共价值在个人属性中的衍生定位

上述讨论充分表明,公民个人信息的刑法保护意义集中体现于对个体权益的保护。如果国家尊重和保护公民的个人权益,在需要基于公共价值考量对个人信息自决权作出限制时,公民也应给予理解和尊重。从这一思路出发,公民个人信息的公共价值,可以在基于沟通理性的个体论框架中衍生性地予以理解。^[48] 一方面,对公民个人信息的权属施加合理限制的前提是,国家尊重公民的个人信息自决权及个体社会交往利益。国家权力来自人民授权,个人信息的公共价值挖掘不能逾越个体权利,这是现代法治国家的基本常识,也是现代性权力之非总体性特征的要求。^[49] 另一方面,在得到国家的尊重和保护后,公民相关权利的运用,也应体现出尊重公共价值的面向。其超出个人得失部分的同意,可以基于公共利益平衡而受到限制。由于本罪主要旨在防范公民个人信息的不当利用对公民个人社会交往利益带来的风险,公民个人信息的公共价值仅具有特殊性和衍生性的意义,且区别于个人数据的公共利用。基于信息与数据的区分,后者需要探索新的保护路径和框架,在今后的相关立法中予以完善,而非不当扩张本罪的保护法益。此种解释路径迥异于利

[45] See Erving Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, University of Edinburgh Press, 1956, pp. 4-5.

[46] 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018 年第 2 期,第 65 页。

[47] 参见刘仁文:《论非法使用公民个人信息行为的入罪》,《法学论坛》2019 年第 6 期,第 120-121 页。

[48] See Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, Volume 1: Reason and the Rationalization of Society*, Beacon Press, 1984, p. 86.

[49] 参见苏国勋、刘小枫主编:《社会理论的诸理论》,上海三联出版社 2005 年版,第 151 页。

用公共价值的名义,吞噬公民个人对自己信息所享有的权益。在资本和权力裹挟的现实条件下,对公民个人信息过度私权化的担心明显是个伪问题。^[50] 实践表明,本罪的核心问题并非过度保护带来私权膨胀,而在于私权保护极为不足。围绕本罪的黑灰产业链衍生的下游犯罪,往往是针对个体公民的违法犯罪,如电信诈骗、金融诈骗、敲诈勒索、非法拘禁、绑架甚至故意杀人等,较少涉及公共利益保护问题。^[51] 在公安部 2020 年公布的十起典型案例中,有八起案件公民个人信息被盗取后放在“暗网”上售卖或用于网络诈骗、暴力催收等与个体相关的违法犯罪;仅两起案件因疫情而涉及公共价值,且入罪理由仍可在私权侵害的逻辑框架下解释。^[52] 显然,本罪的最大受害者是特定公民,这也是犯罪人主要瞄准的对象。在个人信息被无限制地流转于“暗网”等犯罪平台的情境下,刑法对公民个人的私权保护尚且“杯水车薪”,相较而言,公共价值保护仅具有并不急迫的衍生性意义。

(三)法秩序统一性视野下侵犯公民个人信息罪法益的确定

以上讨论不仅明确了公民个人信息的个人权利属性,也明确了刑法保护公民个人信息的任务和目标,在此基础上,即可对侵犯公民个人信息罪法益的具体内涵做出可靠确证。

首先,侵犯公民个人信息罪的法益当然地包含公民的信息自决权,而不包括企业等主体的信息专有权。有论者认为,公民个人信息并非“属于个人的信息”,而是“关于个人的信息”,当公民的个人信息进入网络空间之后,就意味着特定公民丧失了对于这些信息的占有权和处分权,刑法保护的是企业等主体对于这些信息的专有权。^[53] 该论证不仅无视前述“数据”和“信息”的关键区分,误读了超个人法益的相关理论,还存在如下重大纰漏。第一,认为公民个人信息的保护法益在于保护信息的专有权,缺乏法律依据。我国《网络安全法》第 40 条明确了网络运营者的用户信息保密义务,第 41 条、第 42 条确立了个人信息收集、使用的同意原则,网络运营者不得超出约定范围收集、保存和处理用户信息,泄露、篡改、毁损个人信息,或未经同意向他人提供个人信息。第 43 条进一步强调,个人发现网络运营者违反约定收集使用其个人信息时,有权要求删除。这都证明了法律保护的是公民对于个人信息的自决权。《司法解释》第 3 条更明确指出,如果未经被收集者同意,即便是合法收集公民个人信息也属于本罪规制的“提供公民个人信息”。因此,互联网企业对用户个人信息的收集必须经过用户的知情同意,互联网企业并不享有对于这些信息的专有权,信息的专有权仍然属于用户。刑法是第二次法,与前置法存在相对的从属性,并不独立创设保护对象,而是对前置法所确认的保护对象进行再确认和再保护。^[54] 所以,并不存在脱离现行法规定而存在的所谓信息专有权,^[55] 不宜生搬硬套地曲解公民

[50] 美国政府的大规模监控计划表明,与其担心个人信息保护阻碍社会进程,倒不如担心个人信息将被永久记录。参见[美]爱德华·斯诺登著:《永久记录:美国政府监控全世界网络信息的真相》,萧美惠、郑胜得译,民主与建设出版社 2019 年版。

[51] 参见尹振国:《侵犯公民个人信息罪司法适用疑难问题探析》,《人民检察》2018 年第 18 期,第 30 页。

[52] 参见《公安部公布十起侵犯公民个人信息违法犯罪典型案例》,《中国防伪报道》2020 年第 5 期,第 56-57 页。

[53] 参见敬力嘉:《大数据环境下侵犯公民个人信息罪法益的应然转向》,《法学评论》2018 年第 2 期,第 118-120 页。

[54] Vgl. Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil; Personale Straftatlehre, Springer, 2019, S. 21-22.

[55] 这是一种基于法秩序统一性视角的理解,相关学说在德国和日本存在分野。本文采纳德国通说。相关讨论可进一步参见[日]京藤哲久:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,《苏州大学学报(法学版)》2020 年第 1 期,第 159-160 页。

个人信息的法律性质。第二,以当前互联网实践中用户很难控制自己信息的乱象为由,否定公民对于个人信息之权属的论证理由,^[56]亦缺乏理论根据。刑法规制的意义不在于对既有事实的承认,而在于反事实的建构。被害人的保护可能性缺失,恰恰证明了法益保护的必要,而非不需要给予保护。在大数据时代,用户很难控制自己的信息,更凸显出保护公民个人信息的紧迫,而非信息自决权不重要,否则本罪也就无需存在了。在当前个人信息安全面临诸多风险挑战的背景下,刑法学者的工作不是合理化非法收集个人信息的乱象,而是捍卫实定法和刑法理论所揭示的公民个人信息的个人属性特征,进而在解释论层面明确这一私权属性的法益内涵。不宜生硬造法,或盲目跟风将私权保护过度解读为公共风险。刑法并不能盲目回应安全感的丧失,否则不仅无法带来安全,还将丧失刑法的行为指引价值,带来逃避自由的后果。^[57]第三,侵犯公民个人信息罪的立法沿革意味着,超个人法益解读的需要已经时过境迁。在《刑法修正案(七)》的语境下,将本罪的保护法益界定为“公权(益)关联主体”对公民个人信息的保有,具有刑法教义学上的依据。^[58]此前的解释均是立足于对该规定的合理化。^[59]但在《刑法修正案(九)》将本罪主体明确界定为一般主体的背景下,本罪的解释就不应再局限于信息专有权,而应径直与国际实践相接轨,将本罪法益明确理解为公民的个人信息自决权。

其次,以公民个人信息自决权为基础,侵犯公民个人信息罪的保护范围还包括个人信息侵害对个体社会交往利益的影响,即由于公民个人信息的“失控”带来的人身、财产及隐私安全等权益的可能威胁。基于本罪中“情节严重”的成立条件,本罪法益应当包括公民个人信息权中的人身和财产安全风险。^[60]公民的社会交往利益,与实践中由本罪衍生的针对个体公民犯罪的产业链密切相关,标识了公民个人信息自决权侵害的刑法介入限度。若不存在对公民人身和财产安全等重要个体社会交往利益的可能威胁,则作为最后手段的刑法介入空间将有所减少。除了人身、财产安全,还可能存在其他公民个体社会交往利益,如公民的隐私权可能受到侵犯。由于公民个体社会交往利益的侵害衍生自信息自决权的侵害,其在位阶上从属于个人信息自决权。如果相关信息的获取及其用途得到公民个人的同意,即便被用于针对个体公民的人身犯罪或财产犯罪活动,基于被害人同意的原则,仍不能认为行为人成立本罪。相反,若相关信息的后续利用没有获得同意或超出了同意范围,则可能成立本罪。

最后,如果国家对公民的个人信息自决权及个体社会交往利益体现出尊重,则公民的相关社会交往利益也应体现出主体间性的面向——个体应当尊重公共价值。在特殊情形下,公共利益构成对公民个人信息自决权的限缩,防止公民个人信息自决权不受限制带来过犹不及的后果,但是,侵犯公民个人信息罪并不专门保护公民个人信息的公共价值,更

[56] 参见敬力嘉:《大数据环境下侵犯公民个人信息罪法益的应然转向》,《法学评论》2018年第2期,第118-120页。

[57] 参见[美]埃里希·弗罗姆著:《逃避自由》,刘林海译,上海译文出版社2015年版,第88-89页。

[58] 参见赵军:《侵犯公民个人信息犯罪法益研究——兼析〈刑法修正案(七)〉的相关争议问题》,《江西财经大学学报》2011年第2期,第111页。

[59] 参见曲新久:《论侵犯公民个人信息犯罪的超个人法益属性》,《人民检察》2015年第11期,第5页。

[60] 参见于冲:《侵犯公民个人信息罪中“公民个人信息”的法益属性与入罪边界》,《政治与法律》2018年第4期,第21页。

不保护数据利用及其公共价值。为保护公民的社会交往利益的公共面向,在发生公共卫生事件等紧急状态下,可以根据宪法原则,例外性地利用和限制公民的个人信息自决权,形成拟制性的同意;在涉及被害人同意的场合,基于对社会交往利益之公共面向的阐释,还可以就同意的效果进行限缩。关于侵犯公民个人信息罪保护法益的完整表达可参见下表。(见表1)

表1 侵犯公民个人信息罪的保护法益

本罪法益	权益属性	具体内涵	利益衡量
公民个人信息自决权及相关交往利益	信息自决权	作为基本权利的公民个人信息自决权	个人信息自决
	相关社会交往利益	主体性面向:个体社会交往利益(衍生于公民个人信息自决权)	个人信息自决+人身、财产安全等个体社会交往利益
		主体间性面向:个体对公共价值的尊重(衍生自个体论视角,不包括个人数据的公共利用)	个人信息自决的公共利益限制(必须符合宪法原则)

总之,对侵犯公民个人信息罪法益的完整表达应当是公民个人信息自决权及相关社会交往利益。如表1所示,公民个人信息自决权是本罪的主要保护对象,相关社会交往利益则进一步被区分为个体社会交往利益和个体对公共价值的尊重,需在具体场景下根据规范目的进行利益衡量。

(四)侵犯公民个人信息罪法益确定对相关争议问题解决的意义

法益属性的确证不仅可以明确特定罪名的刑法保护重点,还将使法益概念在个案解释和法律适用中更好地发挥其方法论功能。上文关于侵犯公民个人信息罪法益的确定,对本罪争议问题的解决有如下关键意义。

1. 侵犯公民个人信息罪中被害人同意问题之认定

对侵犯公民个人信息犯罪发生争议的问题之一是,在经被害人同意的情形下,贩卖个人信息的情形是否具有刑事违法性,应当以何种解释路径对此予以阐释^[61]。显然,由于公民个人信息权是一项新兴权利,传统教义学缺乏足够的理论阐释:若肯定本罪法益是个人享有处分权限的个人法益,在既有讨论框架下,除了特定的诸如生命和身体完整性的处分受到限制以外,个人的同意往往会被认为是有效的。^[62]此时可能就要排除此类行为的刑事违法性。结合以上讨论,既不损害刑法教义学基本原理,又可以规制此类行为的妥当解释路径是,不仅在主体性的框架内来理解被害人同意,还同时以主体间性的社会交往过程为考虑视角,以本罪法益亦保护个体对公共价值的尊重为理据,将个人身份的不可替代性与不可转让性纳入被害人同意的限制范围。(见表2)

[61] 在本罪中,公民对个人信息的同意属于构成要件层面的被害人同意问题。关于被害人同意与承诺之区别,参见林钰雄著:《新刑法总则》,我国台湾地区元照出版有限公司2014年版,第283页。

[62] Vgl. Kindhaeuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Nomos, 2017, S. 112-113.

表 2 基于侵犯公民个人信息罪法益的同意效力限缩

被害人同意的讨论路径	基于规范保护目的的同意限制	利益衡量
信息自决权及个体社会交往利益	基于主体性考量,同意有效	个人信息自决权
同时考虑个体应当尊重公共价值	基于主体间性考量,同意效力受限	个人信息自决的公共利益限制

质言之,虽然公民对于如何处分自己的信息享有自决权,但基于交往利益层面的主体间性考量,关于公民个人身份(人格构成)的信息应被理解为社会交往层面不可替代和同意效果受限的。例如,在“淘宝商铺信息转让案”中,被告人宋某某、黄某将得到公民个人同意、已开好了淘宝店铺的公民信息(包含上千名公民的个人身份信息、支付宝账号、支付宝账号密码和绑定的银行卡等)出售给被告人邓某某,邓某某随后在网络上搜寻买家,将整套公民信息出售牟利。^[63] 基于信息自决权,公民可以选择将与个人身份有关的信息处分给信息的倒卖者,因此,信息所有人将自己的个人信息予以处分,不成立侵犯公民个人信息罪。但在判断宋某某等信息倒卖者是否成立侵犯公民个人信息罪时,则不仅需要被害人同意的有无,还需要判断这一同意是否在社会交往层面有效。由于该被害人对于涉及个人身份信息的同意,违背了“公民个人身份不可替代”这一社会交往利益的保护需求,^[64] 因而基于公民对公共价值的应然尊重,此情形下的被害人同意应受到进一步的规范性限制,认定为同意无效。因此,倒卖身份信息的行为人成立本罪,不能在不法层面获得违法阻却。

2. 侵犯公民个人信息罪的罪量问题与保护法益之间的关系

针对侵犯公民个人信息罪的另一争议问题是,司法解释不仅把财产损失和人身损害作为定罪依据,还将侵犯信息的数量作为定罪标准,应当如何理解这一情节犯的规定? 基于本罪法益的确证,该问题可以在公民个人信息权的个人权属视角下得到妥当解释。

首先,侵犯公民个人信息罪的情节犯设置充分体现了本罪对公民个人信息自决权及其社会交往利益的保护。虽然《司法解释》第 5 条的规定带有行为人刑法的色彩,可能在相关司法实践认定中带来“避易就难”的风险,^[65] 但在解释上,却完全没有必要将之比附为风险刑法的产物。不难发现,《司法解释》第 5 条中提及的个人信息被用于实施的犯罪,与公民个人信息自决权的侵犯具有因果联系,并集中体现为针对个体公民的违法犯罪。例如,在涉及诈骗、敲诈勒索或绑架的场合,行为人通过各种渠道,充分掌握被害人本人及其主要社会交往对象的个人信息,是“知己知彼”地有计划实施相关犯罪的必要前提。因此,想要从源头上切断这些犯罪产生的条件,有必要将相关社会交往利益(如人身及财产安全)纳入本罪的保护对象,这将使相关法益的保护更为周延和有的放矢。从该理解出发,司法解释对本罪的“情节严重”乃至“情节特别严重”的阐释,充分考量了公民

[63] 参见广东省开平市人民法院(2018)粤 0783 刑初 215 号一审刑事判决书。

[64] 这一保护需求也在既有法律法规中得到体现。《网络安全法》第 24 条关于网络实名制的规定以及《电子商务法》第 10 条关于市场主体登记制度的规定均构成了同意效力限制的规范依据。

[65] 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018 年第 2 期,第 66 页。

个人信息自决权的侵犯对于公民个体社会交往利益的威胁或实害情况,体现了刑法适用的实践理性。

其次,司法解释将数量作为衡量本罪情节的标准,亦旨在为行为的法益侵害程度提供判断依据,该依据需要结合相关行为对本罪法益的侵害程度问题来考察。本罪中侵犯公民个人信息条数及违法所得等罪量条件的设置,既与刑法的最后手段性和互联网场域下犯罪的特殊性有关,属于互联网时代对定罪标准的升维,^[66]也与侵犯公民个人信息的法益侵害后果之滞后性和不确定性特点有关。并非仅仅侵犯一位公民的个人信息,就不值得本罪予以保护,而是在多数场景中,仅仅是少量的非关键的个人信息泄露,不足以对个人信息安全造成严重法益侵害的后果;同时,某一公民当下被非法出售的个人信息,并不必然引起近期内被相关犯罪侵害的危险。但大量相关信息不断流通,或有高额的违法所得这一犯罪激励加速了相关信息的流通,则不仅会导致大量公民的个人信息自决权被侵犯,也会造成更多公民的人身、财产安全等社会交往利益受到威胁的概率和频率升高,因而具有更高的法益侵害危险。

最后,在侵犯公民个人信息罪情节的理解中,还需结合信息被利用的可能场景,判断是否有足够的法益侵害。基于场景理论,对于公民个人信息的保护,应根据场景的不同,遵循不同的判断规则,以适应不同场合中的情况。^[67]因此,对于本罪法益侵害程度的判断,必须充分考虑信息的具体类型、具体场景下信息的重要程度、信息处理和使用的具体途径,在此过程中所产生的实际风险,以及当事人对该信息处理的容忍义务和控制力等内容,展开具体判断。例如,敏感信息和一般信息、私密信息和公开信息等不同信息类型,分别对应不同的场景,具有不同意义。敏感信息的流通,对公民个体的社会交往利益具有较高的侵害危险,应设置更低的入罪门槛,这在《司法解释》第5条中也得到充分体现。私密信息侵害的危险判断,应当结合本罪法益以及信息时代犯罪定量标准的特征在个案中具体衡量。^[68]经过公民个人同意后公开、通过合法途径收集且用于非犯罪场景的信息,原则上不应认定为本罪。例如,将收集的企业法定代表人信息用于从事商业联络活动,^[69]实务中也有判例将此类信息解读为企业信息予以排除。^[70]但如有证据证明收集的具有可识别性的法定代表人信息系用来从事违法犯罪活动,则仍应成立本罪。^[71]

四 结 论

综上,本文不赞成以风险社会的宏观背景为前提,将本罪的保护法益误读为超个人法

[66] 参见刘艳红:《Web3.0时代网络犯罪的代际特征及刑法应对》,《环球法律评论》2020年第5期,第113-114页。

[67] 参见谢远扬:《〈民法典人格权编(草案)〉中“个人信息自决”的规范建构及其反思》,《现代法学》2019年第6期,第143页。

[68] 参见于志刚、郭旨龙:《信息时代犯罪定量标准的体系化构建》,《法律科学》2014年第3期,第128-130页。

[69] 实务中的相关讨论,参见吴心斌、温锦资:《公民个人信息刑法保护的例外》,《人民法院报》2018年6月21日第7版。

[70] 参见广东省深圳市龙华区人民法院(2020)粤0309刑初727号一审刑事判决书。

[71] 参见广西壮族自治区宾阳县人民法院(2020)桂0126刑初104号一审刑事判决书。

益的理论倾向,而是基于对“数据”和“信息”的准确区分,运用功能主义的解释方法,将本罪的保护法益解读为信息自决权及相关社会交往利益,进而重新检讨本罪争议问题的解释进路。从中可见,在传统刑法与网络刑法的沟通和对接过程中,必须防止“为赋新词强说愁”的研究倾向,以各种缺乏妥当性名义设置前置性的超个人法益属于理论乱想。正如有论者正确指出的,“一个刑法规范保护的是个人法益,对于理解某一刑法条文具有重要意义”,^[72] 过分夸大公民个人信息的社会特征,以所谓的趋势或风险来绑架刑法规定,很难说是一种理性的举措。这将使诸多经过严谨推敲且在互联网时代仍足够堪用的教义学原理被打入另册,对网络空间语境下的新兴刑法问题的任意解释,更会加剧理论虚无和适用风险,最终伤害刑法的精细化、科学化适用。为严守刑法教义学的科学性和严肃性,作为研究者,有责任对相关错误解读予以批驳,并对更为妥当的思路认真诠释和确证。

[本文为作者主持的 2020 年度辽宁省社会科学规划基金项目“基因科技犯罪的法益侵害与规制体系研究”(L20CFX004)的研究成果。]

[**Abstract**] The legal interest protected in the crime of infringement upon citizens' personal information does not meet the qualifications for a supra-personal legal interest, nor does the personal information of citizens have a supra-personal attribute. Interpreting the legal interest in this crime on the ground that it presupposes the protection of legal interest may lead to the risk of undermining the principle of legally prescribed punishment for a specified crime. The understanding that citizens' personal information has supra-personal attribute also lacks a basis in pre-existing laws. According to human rights law, including the Constitution, the Civil Code and other prescriptive laws, the personal information of citizens has clear individual right attributes. The significance of personal information protection in criminal law is embodied in the protection of personal information self-determination and the personal interests of social interaction (such as personal and property security). The public value of citizens' personal information should also be positioned derivatively in the personal attributes of citizens' personal information, which is specifically manifested in citizens' respect for public values as a restriction on citizens' right to personal information self-determination. Accordingly, the legal interest protected in this crime should be summarized as citizens' right to personal information self-determination and the related interest in social interaction. This understanding can not only explain the limitation of the victim's consent in this crime, but also provide a further theoretical basis for judging the amount of the crime and the degree of infringement upon legal interests in this crime.

(责任编辑:王雪梅)

[72] 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018 年第 6 期,第 49 页。