

## 告知同意在政府履职行为中的适用与限制

赵 宏

**内容提要:**《个人信息保护法》确立了“公私并立”的保护体例,将国家机关和私主体意义上的个人信息处理者处理个人信息的行为共同纳入规范范畴。公法和私法对个人信息的保护在具体展开上存在很多差异,告知同意原则的适用就属于典型。在公法中,国家公权机关不仅在履行法定职责和法定义务时要受到同意的豁免,作为同意前提的告知也被限缩为“有限度的告知”。但上述适用限制本身也要受到限制。对“履行法定职责和法定义务”的判定应从职权而非主体入手,同时须以“履行法定职责或法定义务所必需”作为限定。而政府在履职行为中的同意豁免并不绝对,《个人信息保护法》中仍旧规定了需要同意的情形,尤其涉及对敏感个人信息的处理。又因为在无需征得个人同意的情形下,个人的控制力和支配权被很大程度上剥夺,就更需要对个人信息权和数据公益进行审慎权衡,也更需要合法正当、必要性、目的明确与目的限制等原则来防御公权机关对个人信息的无限度收集和使用。

**关键词:**告知同意 个人信息自决权 政府履职行为 同意豁免 有限度的告知

赵宏,中国政法大学法学院教授。

已经施行的《个人信息保护法》确立了“公私并立”的体例,不仅在总则第11条明确“国家建立健全个人信息保护制度,预防和惩治侵害个人信息权益的行为”,更在第二章第三节单列“国家机关处理个人信息的特别规定”。个人信息的私法保护侧重防御作为私主体的数据处理者对于个人信息的不当收集和违法使用,而公法保护所指向的则是国家公权机关。其目的方面是为了防止现代国家借由对个人信息的过度收集和不当使用而削减个人的自治能力;另一方面同样对国家施加了在个人信息权面对第三人侵害时,积极介入和有效监管的义务。<sup>[1]</sup> 公私法保护的指向对象不同,虽然数据处理的核心原则,例如合法正当、告知同意、目的明确与限制以及比例原则等都同时拘束私主体和公权机

[1] 国家对于个人信息权的双重义务的展开参见王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,《中国法学》2021年第1期,第145-166页;赵宏:《民法典时代个人信息权的国家保护义务》,《经贸法律评论》2021年第1期,第1-20页。

关,但上述原则在分别适用于私主体和国家公权机关时仍会存在差异。

在上述数据处理原则中,告知同意无疑居于核心位置。我国《个人信息保护法》第13条在规范模式上与欧盟《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation)第6条类似,规定信息处理者处理个人信息的首要合法要件就是“取得个人的同意”。但与对私主体的要求不同,从《个人信息保护法》的规定来看,对于公权力机关而言,告知同意尽管重要,但却并非是权衡其信息处理合法与不法的唯一甚至是核心基准。在很大程度上,这一原则与合法正当、目的明确与限制以及比例原则等互相嵌套关联,在公法中共同发挥调控信息控制与信息流动的规范效果。也因此,以《个人信息保护法》为基础,通过教义解释和规范研究,对告知同意原则在政府履职行为中的适用与限制予以讨论,不仅能够进一步挖掘这一原则在提升个人自决能力、防堵现代国家滑向“监控国家”的伦理价值,也可以通过比对和归纳这一原则在公私法中的适用差异,为现有研究提供公法视角的补充。

## 一 个人信息权的公法定位

在论及告知同意原则时,不可避免会涉及作为其伦理基础的个人信息自决权。但也是在此问题上,学界至今都存在巨大分歧。个人信息是否属于权利的争论,最初主要集中于私法领域。个人信息保护可否予以私权化处理的争议尚未平息,受德国法和欧盟法的影响,有意见认为,仅将个人信息权定义为私权,会隔绝个人信息的公法保护,不利于防堵国家对个人信息的过度收集和不当干预;因此,个人信息权不应仅被定位于私权,而应将其上升为同样作用于国家的基本权利,个人信息自决权的概念也由此产生。<sup>[2]</sup>

### (一) 从私权保护到基本权利保护

个人信息权与个人信息自决权的纷争导致《个人信息保护法》在最终颁行时,对于个人信息权的属性规定仍然模糊:该法在第1条承认其制定目的在于“保护个人信息权益”,第四章却以“个人在个人信息处理活动中的权利”作为标题。如此处理,一方面并未彻底澄清个人信息究竟属于“权利”还是“利益”;另一方面在权利前加入“个人在个人信息处理中的”这一前缀,似乎也预示着个人信息权尽管表现为“权利束”,但相关权利却非个人所独断专有,而是国家为同时实现“规范个人信息处理活动”“促进个人信息合理利用”等其他目的,仅在信息处理过程中赋予个人的有限权能。个人信息权究竟应作何理解,如何定位才能有效调控信息保护和信息利用这一矛盾,并同时覆盖私法保护与公法保护,仍需返回相关讨论中再行探究。

在个人信息之上同时附着人格尊严、商业价值、公共管理等多重价值,欲对其进行有效保护,除依赖国家的监管体系外,一种重要的方式就是对其予以赋权处理。按照私权保护逻辑,通常认为应将个人信息确认为可供个人支配处置的权利客体,以在制度上确保个

[2] 参见赵宏:《信息自决权在我国保护现状及立法趋势前瞻》,《中国法律评论》2017年第1期,第147-161页;吴伟光:《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》,《政治与法律》2016年第7期,第116-132页;范为:《大数据时代个人信息保护的路径重构》,《环球法律评论》2016年第5期,第92-115页。

人对数据的产生、存储、转移和使用进行符合自己意志的控制。也因此,无论选择财产权还是隐私权的具体路径,私权处理模式中都包裹了法学者为个人控制其信息寻获正当基础的用心。但财产权和隐私权的处理模式又都引发广泛批评,除因数据的动态性、场景性所导致的边界划分和内容确定困难外,上述两种方式都因为赋予了个人过高的排他性控制权而无法因应数据时代下数据流通和利用的需要,其对信息交流的阻滞以及保护的低效,甚至使“个人信息私有化”的正当性都受到学者质疑。<sup>[3]</sup> 此外,私权保护的目的在于防堵私主体对于个人信息的不当攫取和违法使用,此处仍旧存在无法防御国家无限度搜集以及不当使用个人信息的漏洞。在此背景下,有关个人信息的保护路径开始从私权转向基本权利。

将个人信息权作为基本权利的明确表达来自于德国法。德国联邦宪法法院在“第二次人口普查案”中,从《基本法》(Grundgesetz)的一般人格权条款出发,导出了“个人信息自决权”(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)的概念,认为其为个人基于自由的自主决定(freiwillige Selbstbestimmung),“以自行决定何时并在何种限度内披露其个人生活事实”。与私权的立意不同,上升为基本权利的个人信息自决权首先针对的是国家。又因为联邦宪法法院推导此项基本权利时,是以宪法中的一般人格权条款为依据,个人信息自决也因此被认为是人格权保护的延伸。基本权利的保护路径使个人信息保护的意涵直指人性尊严(Menschenwürde)的两个面向:人的主体性(Der Mensch ist Subjekt)<sup>[4]</sup>与人格的自由发展(freie Enthaltung der Persönlichkeit)。这也意味着,在大数据时代下,个人同样不能沦为数据处理的客体,其基于理性的自我确定和自我展开,即使是在自动化的数据时代依旧要获得维护和保障。而要避免个人沦为他人可操控的信息客体,从而失去作为主体的参与可能,就必须赋予个人对其信息的支配权,由此他才能在数据时代下自由发展其人格。<sup>[5]</sup>

## (二) 权利模式及个人信息自决权的误解澄清

但“个人信息自决权”的提法也并非没有争议。一种代表性的认识是,将个人信息权上升为基本权利,将其确定为针对包括国家和私人在内的广泛的自决权,反而会干扰个人信息的私法保护。其理由是:个人信息自决权只能被局限于公法领域,将其直接承认为一项广泛的信息自决权,既非“人口普查案”的判决本意,也非“个人信息自决权”概念本身所能承载。因为无差异地将个人信息自决权扩张至包括私人主体在内的信息收集和处理行为,必然会限制私人的行为自由,并最终导向“信息禁止”的可怕境地。<sup>[6]</sup> 因此,在私法领域仍旧只能主张一种相对模糊的“个人信息权”(Recht am eigenen Datum),<sup>[7]</sup> 这种权利

[3] 在私法领域已经有不少学者指出,个人信息因具有公共性,因此并非由个人所专有,而是公共领域的组成部分。尤其是对于将个人信息作为财产处理的做法,很多学者认为个人对数据信息的产生无任何劳动贡献,赋予其对信息的独占就显得正当性不足。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84-101页;吴伟光:《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》,《政治与法律》2016年第7期,第116-131页。

[4] BVerfGE 30, 1, 26.

[5] Vgl. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, Rn. 48.

[6] 参见杨芳:《个人信息自决权理论及其检讨》,《比较法研究》2015年第6期,第32页。

[7] Vgl. Meister, Datenschutz im Zivilrecht- Das Recht am eigenen Datum, 2. Aufl. 1981, S. 132.

的保护法益只是针对信息自动化处理给个人人格或财产所造成的危险。

吊诡的是,另一种反对个人信息自决权的意见是将其作为私权来认识,认为其仍旧是民法人格权的延伸,代表了信息保护从财产权、隐私权至人格权的保护思路转变。在被作为私权后,个人信息自决权中的个人决定性以及权利排他性被再次放大,而此前有关私权处理与个人信息的公共性、分享性和场景性的冲突抵牾,又被重新引述并作为反对个人信息自决权的理由。<sup>[8]</sup>在此背景下,即使有学者认同个人信息保护应从私法保护的困境中挣脱而转向公法保护,但在论及公法保护的基础时,也或者是将其诉诸于风险防范的国家责任,<sup>[9]</sup>或者干脆抛却权利保护的思考模式,而转换至权力结构模式下,从“个人信息的国家保护义务”概念出发,重新整合个人的信息权益。<sup>[10]</sup>据此,当下要证成作为基本权利的“个人信息自决权”,并以此来说明其构成个人信息法的伦理基础,已非简单地回到宪法的规范文本、从既有条款中读取出宪法具有保护个人信息的意涵就能够完成。<sup>[11]</sup>其作为基本权利的证立,需要回应如下两方面的诘问:首先,个人信息保护是否应采取权利化处理的路径,此种路径的利弊如何衡量;其次,如何理解私权和基本权利的属性差异,确认个人信息自决权的基本权利属性是否会减损个人信息的私法保护。

个人信息保护是否能够被赋权处理的问题其实已被广泛论证。私法学者提出的诸多反驳理由,诸如无形财产本身也可成为权利的客体,立法者赋予个人对数据的专属权利,并不会导致“人格权的去客体化”;<sup>[12]</sup>法律既然可通过赋权模式赋予个人对于信息的控制权,这种控制就完全可被塑造为一种相对控制,而非不受限制的排他性的绝对控制等。以上论证都有效证明个人信息保护能够被赋权处理。

在明晰了赋权模式与个人信息权的复杂属性之间并不存在难以克服的矛盾后,需要回应的就是个人信息自决权究竟属于基本权利还是私权的争议。但这种争议的本质又是将公法权利和私法权利对立起来,极端的意见甚至认为二者是择一的关系,前文引述的公权定位会影响私权保护的结论反映的就是这种观念。

以人格权为例,宪法人格权和民法人格权强调的都是人的主体性免受他人(包括国家)侵蚀贬损的价值和伦理。二者区别的只是法权结构和请求权对象:基本权利作为公法权利(*öffentliches subjektives Recht*),其针对的是国家;而私权指向的只是个人。这种区

[8] “个人信息自决权”的表述在很多学者看来就代表了一个人的支配权,而这种排他性的支配权恰与权利的绝对性是同义语。Vgl. Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, Nachdruck der 1910 erschienenen, 1. Aufl. 1957, S. 158.

[9] 参见丁晓东:《个人信息私法保护的困境与出路》,《法学研究》2018年第6期,第199页。

[10] 参见王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,《中国法学》2021年第1期,第145页。在该文中,作者认为“个人信息自决权”同样是一种排他的、带有人格属性的私权。欧盟《一般数据保护条例》第8条第1款中的“任何人都享有对关乎自身的个人信息的受保护权利”,此处的“受保护权”所表达的并非是对个人的赋权,而是对国家的义务确认。

[11] 在早期我国关于个人信息自决权的讨论中,基本都是借鉴德国法的做法,从《宪法》第33条“国家尊重和保障人权”的概括性条款中推导出个人的信息自决权,由此也使宪法对于人格权的保障塑成如德国法一样的“一般人格权+具体人格权”的保护模式。参见姚岳斌:《论信息自决权作为一项基本权利在我国的证成》,《政治与法律》2012年第4期,第72-83页;赵宏:《信息自决权在我国的保护现状与个人信息保护法的趋势前瞻》,《中国法律评论》2017年第1期,第147-161页。

[12] 参见程啸:《论大数据时代的个人数据权利》,《中国社会科学》2018年第3期,第105页。

分就像公民法本身的区分一样,只是基于个人的个体生活和集体生活二分的事实,其目标仍具有一致性。因为保护法益具有同质性,也就不会存在很多私法学者所担心的,将宪法上的人格权适用于私法领域会伤及私人自治、且彻底篡改基本权利属性的问题。<sup>[13]</sup>

再回至个人信息自决权。既然对个人信息予以赋权保护并无问题,那么将其确认为宪法上的基本权利,与个人信息自决权同时作为私权就不存在本质冲突。因为即使是私法上的个人信息权,也不能仅被理解为对“隐私、名誉和财产受损”的防御,<sup>[14]</sup>而同样是借由赋予个人对信息收集和处理的自主控制和支配,而确保个人知悉信息为何人、因何事、于何时收集和处理的个人利益。其法益内容除了消极防御性利益外,还有积极控制性的人格利益。<sup>[15]</sup>二者的同质也使个人信息自决权上升为宪法基本权,并不会吞噬和吸收其私权属性。将个人信息自决权确认为宪法基本权利,是将个人对信息的支配性同样辐射至国家,其本质上又是期望借此来实现对个人信息保护的公私整合。个人信息自决权作为基本权利的防御权面向,首先防堵的是国家的过度收集和不当使用;但其还有客观价值的面向,在此面向下,个人信息自决权还可延伸出制度性保障、作为机构和程序的保障以及国家保护义务等多重意涵。这些多重意涵又可具体表现为《个人信息保护法》中有关个人信息的处理机制、信息保护的监管机构及其组织要求与行为手段、个人面对不当信息干预时的救济程序和责任追究机制等内容。<sup>[16]</sup>据此,作为基本权与作为私权的个人信息自决权并非“非此即彼”的关系,二者其实互相对照,共同构建了个人信息保护的制度基石,也塑成了个人信息权在公域私域的全景保护。

### (三) 个人信息自决权作为告知同意的伦理基础

个人信息自决权源于宪法“个人自治”的传统认知,也是个体“实现新型精神自由(信息自由)的基本路径”。<sup>[17]</sup>而以个人信息自决权为伦理基础的告知同意原则所欲克服的,又是在大数据时代下因为信息的不对称所导致的权力势差与不平衡对个人自治的侵蚀与贬损。也因此,告知同意首先被作为法律用以平衡势差和牵制权力的装置。它赋予了信息主体一定的参与权和控制力,并借由“同意”的对话机制使信息主体的意志在信息处理过程中获得体现。此外,因为在传统私法中,同意的功能首先被认为是免责,同意也因此成为法律责任分配的杠杆。<sup>[18]</sup>且告知同意的构造还将初始的数据权利默认分配给数据主体而非数据控制者,由此“使个人在市场上具有更大的议价能力,迫使企业对个人隐私更加敏感和负责”,<sup>[19]</sup>同意也因此克服了数据控制者自身保障个人信息动力不足的问题。<sup>[20]</sup>最后,同意还发挥着风险预防的作用。同意的规范架构对信息主体和信息处理者

[13] 参见张善斌:《民法人格权和宪法人格权的独立与互动》,《法学评论》2016年第6期,第51页。

[14] 此种观点参见杨芳:《个人信息自决权理论及其检讨》,《比较法研究》2015年第6期,第28页。

[15] 例如对于排除他人使用、公开个人信息的不法性层面,个人信息自决权属于消极防御的问题,而在积极授权他人进行商业利用方面,个人信息自决权又会表现为积极的一面。

[16] 参见王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,《中国法学》2021年第1期,第145-166页。

[17] 叶名怡:《论个人信息权的基本范畴》,《清华法学》2018年第5期,第153页。

[18] 徐丽枝:《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》,《图书情报知识》2017年第1期,第108页。

[19] 蔡星月:《数据主体的弱同意及其规范结构》,《比较法研究》2019年第4期,第75页。

[20] 参见周汉华:《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》,《法学研究》2018年第2期,第6页。

都提出了积极保护的要求:信息主体有责任对个人数据进行积极管理,并承担同意后信息处理的风险;而信息处理者则以数据保护的承诺来换取数据使用的权利。个人信息的失控概率也因双方的审慎得以降低。

## 二 告知同意在政府履职行为中的适用限缩

尽管告知同意的目的是赋予个人对于自身数据的控制权,以应对国家和私人对个人数据人格的贬损,但对告知同意的质疑却从未停止过,主要是针对其有效性。告知同意要求信息控制者在进行信息处理前向信息主体告知必要的信息,以供其在风险评估后自由作出同意与否的决定。而现实却是,因为信息控制者与信息主体之间巨大的权力势差,在很多时候,信息主体都只能面临要么屈服信息控制者以交出个人信息,要么无法接受任何服务的两难选择。此外,个人对同意后果的认知能力也同样有限,数据应用场景的增多以及数据处理技术的发展,使信息主体几乎难以对信息收集和使用的后果和风险进行合理预测,并基于理性判断作出正确的决定。

但是,上述批评并未彻底动摇告知同意在个人信息保护法中的基础性地位;在我国《个人信息保护法》中,告知同意规则也仍然居于较为核心的地位。不过,因为政府进行数据处理时,在保护个人信息权时需同时保护公益,告知同意原则在公法中的适用与私法存在明显不同。下文将从《个人信息保护法》有关告知同意的规范出发,描摹这一原则在个人信息保护法中的体系定位和具体展开,并以此为背景分析其在政府履职行为中的适用限缩。

### (一)告知同意在《个人信息保护法》中的具体展开

传统的告知同意模式为“充分告知 + 明示同意 = 合法处理”(或曰“告知 + 同意 = 正当”)。欧盟《一般数据保护条例》《德国联邦数据保护法》(*Bundesdatenschutzgesetz*)等立法皆采取此种模式。在这种同意模式下,信息控制者负有充分告知的义务,信息主体对于其个人信息的收集、处理、利用和传输拥有了解、知悉的权利,也可在知情的前提下对信息控制者的相关行为予以允许或拒绝。《个人信息保护法》第二章“个人信息处理规则”从整体架构来看,都建立在“告知 + 同意”的基础上。据此,该法虽未像此前的《网络安全法》一样,将告知同意作为处理个人信息的唯一合法性基准,但仍旧是以告知同意为核心构建起了个人信息处理规则。从具体展开和规范构造来看,《个人信息保护法》所确立的告知同意模式有如下特点:

#### 1. 告知同意作为信息处理的合法性基准与例外

《个人信息保护法》在第 13 条第 1 项将“同意”列为信息处理行为的首要合法性基准。但与《网络安全法》的处理<sup>[21]</sup>不同,第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项同样列举了无需取得个人同意的情形。同意的例外,又称“法定豁免”,是法律为维护国家利益、公共利益

[21] 《网络安全法》第 22 条第 3 款、第 41 条第 1 款、第 42 条第 1 款分别对同意规则作出了规定。其中第 41 条第 1 款明确了个人信息收集和使用环节应当严格适用同意规则,且未规定任何的例外情形。

和他人合法权益,而在特定情形下允许信息处理者无需征得个人同意就实施个人信息处理行为。在上述法定豁免中,为履行法定职责或法定义务所必需、为应对突发公共卫生事件所必需、紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需以及为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为都与公权机关的数据收集和处理行为相关,这些例外也可被视为立法者为公益考虑,而为信息收集和利用所预留的空间。

## 2. 有效同意的构成要素

何为“有效同意”是告知同意原则的核心。《个人信息保护法》有关同意的构成要素主要在于第 14 条第 1 款第 1 句,“基于个人同意处理个人信息的,该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出”。而第 14 条第 2 款规定的“个人信息处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的,应当重新取得个人同意”,也表明同意必须是具体的,而不可用于同意信息处理者所追求的任何合法目的。具体和明确都旨在防止“功能潜变”,即获取信息的原有目的被悄悄扩大到未获得参与者知情和同意的事项,进而使个人失去了对其数据的控制。在形式上,同意必须以积极、主动、明确的表意行为作出,默示或不作为一般不能被认定为同意。

## 3. 充分告知要求与最低限度告知事项

《个人信息保护法》第 14 条规定,同意应当由个人在充分知情的前提下作出。所谓“充分知情”,是“要求个人信息处理者在取得个人同意前,应当按照法律、行政法规的要求确保个人为作出有效同意而需要知道的东西,全部处于可以获取的状态”。<sup>[22]</sup> 这种充分知情又需通过充分告知来达成。《个人信息保护法》对于告知的要求是“以显著方式、清晰易懂的语言”“真实、准确、完整”地作出。为确保充分告知,《个人信息保护法》第 17 条在《民法典》规定的基础上,增加了信息的保存期限、个人行使权利的方式和程序作为一般性告知事项。

## 4. 特别的同意要求与同意的类型化处理

为区分保护必要的差异,《个人信息保护法》还借鉴域外经验,构建起同意的分层处理机制。对于一般信息,同意只要在充分知情的情形下自愿、明确作出即可。对于包括“生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹”等在内的敏感个人信息,因其一旦泄露或非法使用,就很容易导致“自然人的尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害”,《个人信息保护法》采取了“一般性禁止”的立场,处理此类敏感个人信息需取得个人的单独同意,如法律、行政法规规定需取得书面同意的,还要从其规定。而信息处理者在处理敏感个人信息时,其告知义务亦有增加,除一般的告知事项外,还应向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响。据此,《个人信息保护法》对于同意的类型化处理主要通过“单独同意”和“书面同意”来表现,这两种方式可被视为一般同意的特殊类型,三者共同搭建起保护强度逐步递增的阶层构造。

### (二) 同意在政府履职行为中的豁免

在《个人信息保护法》对告知同意的例外列举中,“为履行法定职责或法定义务所必

[22] 程啸著:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社 2021 年版,第 153 页。

需”的规定,可以说是将公职履行从告知同意原则的适用中整体地予以了豁免。除此之外,从第13条第1款第4项的规定来看,公权机关为应对突发公共卫生事件或紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产权,而在合理范围内处理个人信息,同样会有同意的适用豁免。如此,对于负有应对突发公共卫生事件义务以及紧急情况下保护个人生命健康和财产权义务的公权机关而言,第13条第1款第3项和第4项在适用上就会存在一定交叉。

公职活动中的信息收集和处理并不受告知同意的约束,早在欧盟《一般数据保护条例》中就有相关规定。<sup>[23]</sup>我国在2017年国家标准化委员会颁布的《信息安全技术个人信息安全规范》中,也明确说明公权机关在公职行为中收集和使用个人信息无需征得个人信息主体同意,具体包括:(a)与国家安全、国防安全直接相关的;(b)与公共安全、公共卫生、重大公共利益直接相关的;(c)与犯罪侦查、起诉、审判和判决执行等直接相关的。《民法典》虽未直接规定公职活动对于同意的豁免,但也从侧面说明,为维护公共利益而合理实施的个人信息处理行为,行为人不承担民事责任。

在公职履行过程中排除同意适用的理由,首先在于个人信息保护相对于公共利益的退让。仍旧以人口普查案判决为例,德国联邦宪法法院即使明确将个人信息自决权提升为基本权利,也清楚指出,“信息自决权并非无限,对于自身信息,个人并不具有任何绝对或无限的控制”;“为了迫切的公共利益(Gemeinwohl),个人在原则上必须接受对其信息自决权的某种限制”。<sup>[24]</sup>也因此,对于公权机关在执法过程中合法收集和处理个人信息的行为,个人一般并不具有决定权和删除权,即使是知情权也会受到相当限制。

除相对于公共利益的退让外,豁免适用的理由还在于以下两点:

其一,有效的同意应在自愿、真实和自由的前提下,由信息主体完全自主且不受任何限制地作出。“自由的同意也意味着某个具有同意能力的人在不受任何胁迫(无论是社会的、经济的、心理上的或其他种类的)情况下所作的自愿决定”。<sup>[25]</sup>欧盟《一般数据保护条例》因此确认,如果数据主体和数据控制者的地位严重失衡,那么数据主体的事先同意就不能成为数据处理的合法化基础。上述规定虽然适用于私主体之间,但类比其意涵,公权机关在履行公职时与作为相对方的信息主体间已然属于权力不对等的关系。在权力失衡和权力依赖的情况下,很难确保个人拥有完全的控制力,能够自由且真实表达同意与否的意愿,亦无法确保同意在作出后能被随时撤回,此时再将同意作为数据处理的合法性基准同样不合时宜。

其二,将征得同意同样适用于公职履行领域,还会严重影响乃至破坏国家的执法能力。如果公权机关获取个人信息都需要个人同意,那么个人就有足够时间与机会藏匿或删除执法所需的信息与证据,数据时代下的履职行为也无法继续。也基于这一原因,美国

[23] 与我国《个人信息保护法》第13条第3项的整合性处理不同,欧盟《一般数据保护条例》第6条第1款是通过2项分别规定“(c)处理使控制者履行法律义务之必要”和“(e)处理是为了执行公共利益领域的任务或行使控制者既定的公务职权之必要”,将履行法律义务和行使公务职权作为告知同意之外,信息处理的另外两项合法性事由。

[24] BVerfGE 27, 1.

[25] 王进:《论个人信息保护中告知同意原则之完善:以〈欧盟一般数据保护条例〉为例》,《广西政法管理干部学院学报》2018年第1期,第63页。



法上将公权机关在执法过程中收集的个人信息归入“执法隐私”的范畴。执法隐私背后的个人与国家并非是一种持续性的信息关系,而更近于传统隐私侵权框架下的个人与侵入者之间的关系,即侵入者对个人隐私空间的侵入只是一次或多次,而并非持续的。也因此,法律一般是根据侵入的合法性理由而非是否获得个人同意来鉴别其是否合法,为其所配置的规制方式也是一种责任规制而非财产化的规制。<sup>[26]</sup>

### (三)告知同意原则的构造缩减:从“告知+同意”到“有限度的告知”

除因法定豁免而得以排除“同意”的适用外,“告知”在适用于国家公权机关时,其构造也与适用于私主体时有所不同。

在比对告知要件在公私法中的适用差异前,首先需要澄清的是,在《个人信息保护法》第 13 条所列的法定豁免情形下,信息处理者虽然无需征得信息主体的同意,却并不意味着其同样无需履行告知义务。这一点可从《个人信息保护法》第 18 条的规范方式中读取:“个人信息处理者处理个人信息,有法律、行政法规规定应当保密或者不需要告知的情形的,可以不向个人告知前条第一款规定的事项”。据此,公权机关的告知义务被免除的前提在于“有法律、行政法规规定应当保密或不需要告知的情形”,这一点与第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项的列举并不相同,免除告知义务的情形相较豁免同意的情形也明显少得多。公权机关在履职过程中处理个人信息,即使不用征得信息主体同意,也仍须履行告知义务,这在《个人信息保护法》第 35 条中也被特别强调:“国家机关为履行法定职责处理个人信息,应当依照本法规定履行告知义务”。

对告知义务的强调,体现的仍是对个人信息自决权的尊重。在法定豁免情形下,基于对其他法益的维护,法律将信息处理的合法性基准从个人同意转换为“履行法定职责或法定义务”等其他要件。但合法基准的转变,并不意味着个人的知情权也要被彻底收回,并彻底被降格为数据处理的客体。据此,认为个人在面对公权机关在履职时的信息收集和处理行为时,已完全不再具有知情权、决定权、查阅权、复制权、更正权和删除权的论断并不准确。事实上,除为了维护当事人基本的知情权外,同意豁免与告知免除并不一致的原因还在于,无需征得个人同意在很大程度上是为了信息流通和数据利用的考虑,但信息处理者向信息主体履行告知义务,却不会如征得其同意一样对信息流通和数据利用产生明显阻滞。

但相比私法规范中信息处理者普遍和充分的告知义务,公权机关履职时在告知义务上确有免除和缩减。免除的依据之一是《个人信息保护法》第 18 条规定的当法律、行政法规规定应当保密或是不需要告知时,信息处理者的告知义务就会被免除。这一条可说是告知义务免除的一般性条款,其不仅适用于公权机关,同样适用于作为信息处理者的私主体。该条规定的“法律、行政法规规定应当保密”的情形,大多是在侦查犯罪、反恐怖主义等行为中,基于对公共安全、国家安全等公益考虑,而由法律、行政法规确定信息处理者具有保密义务。<sup>[27]</sup>除应当保密的情形外,告知义务免除的情形还包括“不需要告知的”。不需要告知的情形至少包括:信息主体已经知悉了相关内容或是信息处理者处理的是已

[26] 参见丁晓东:《个人信息权利的反思与重塑:论个人信息保护的适用前提与法益基础》,《中外法学》2020 年第 2 期,第 345 页。

[27] 例如《保守国家秘密法》第 9 条第 1 款第 6 项的规定。

经合法公开的个人信息。<sup>[28]</sup>除适用第18条的规定外,《个人信息保护法》第35条还特别规定,如果“告知将妨碍国家机关履行法定职责的”,则此告知义务同样可免除。例如《税务征收管理法》第54条规定,税务机关有权检查纳税人、扣缴义务人的相关记录和资料,此时如果事先告知,相关主体就有可能转移、篡改甚至是销毁相关资料,导致税务机关无法履行其法定职责。但值得关注的是,所谓“告知妨碍国家机关履行法定职责的除外”,在法律效果上是是否告知交由公权机关予以裁量。公权机关在裁量时虽然要遵守裁量的一般规则,但《个人信息保护法》对其的法律控制却是相当松弛的。

综上,不仅公权机关在履职中的信息收集和处理不再以信息主体的同意为前提,而且“充分告知+明确同意”的告知同意构造,也在此缩减为“有限度的告知”。这种有限度的告知虽然没有排除所有履职行为中公权机关的告知义务,却规定了广泛的例外。这些都使告知同意的适用和构造在个人信息保护的公法规范中发生了重要变化。

### 三 同意豁免在政府履职行为中的例外与矫正

将信息处理的合法性基础从个人同意转换至履行法定职责和法定义务,体现的是公私领域的差异处理;但削弱甚至否认信息主体的自决权利,虽然在公法领域可化解因过高的个人控制所导致的信息流通低效、数据价值减损以及执法能力阻滞,却又会因为约束松弛而引发公权机关无限度收集和不当使用个人信息的问题。因此,即使公权机关享有一定程度的“同意豁免”,其信息收集和处理行为也同样受到限制。这种限制首先来自规范内部,即对“履行法定职责和法定义务”的严格解释和框定;其次还来自于《个人信息保护法》的例外规定和其他原则的辅助与矫正。

#### (一) 履行法定职责和法定义务的范围框定

《个人信息保护法》第13条将“为履行法定职责或者法定义务所必需”作为公权机关收集和处理个人信息的合法性基准,由此也排除了意定同意的适用。但何为“为履行法定职责或者法定义务所必需”,却需要严格的教义解释,由此才能避免因范围扩张而导致的个人控制力的削弱和减损。《个人信息保护法》第34条规定,“国家机关为履行法定职责处理个人信息,应当依照法律、行政法规规定的权限、程序进行,不得超出履行法定职责所必需的范围和限度”,这里同样包含对履职行为权限合法与程序合法的要求。

#### 1. 履职标准从主体到职权的转变

若从主体要件来看,《个人信息保护法》所指的“履行法定职责或法定义务”首先是指包括立法机关、行政机关以及司法机关等在内的国家公权机关依照法律授权所进行的履职行为。上述机关的职权一般有宪法、组织法和特别授权法的明确授予,因此其行为是否属于履行法定职责和法定义务,也有较为清晰的识别依据。而伴随着公共行政的拓展,履行公职的主体早已不限于国家机关,同样包含社会公权力组织。现代公法也已将公法适用和约束覆盖至这些主体。公法既然将这些组织与公权机关等同视之,其在履职过程中

[28] 参见程啸著:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第187页。

的信息收集和处理行为也一样会受到同意的豁免。《个人信息保护法》第二章第三节依此逻辑,在第 37 条规定,“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织为履行法定职责处理个人信息,适用本法关于国家机关处理个人信息的规定”。

除明确的公职机关和社会公权力组织外,《个人信息保护法》将“履行法定职责”和“法定义务”并列,另一层含义还在于,即使某些组织和个人并非国家公权力机关或是社会公权力组织,但其行为如在客观上仍旧属于“履行法定职责”或“法定义务”,也会有此条的适用。例如根据《反洗钱法(修订草案)》第 3 条的规定,除反洗钱行政主管部门外,金融机构和按照规定应当履行反洗钱义务的特定非金融机构,同样负有反洗钱义务,同样须采取相应的预防、监控措施,采取客户尽职调查、客户身份资料和交易记录保存、大额交易和可疑交易报告等反洗钱特别预防措施,这些措施中也包含对个人信息的收集和使用。上述机构虽非国家公权力机关,但因为法定义务的履行,同样会豁免于同意的适用。与上述金融机构一样因承担法定义务的还有经营接待旅客住宿的旅馆业和某些网络运营商。<sup>[29]</sup>上述私人组织因为法律特定义务的授予,也得以在信息收集时豁免同意的适用。

据此,真正决定是否适用《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 3 项的并非主体标准,而是职权标准。私人也有可能基于法律规范的授权,<sup>[30]</sup>或是行政机关的委托,甚至是作为行政助手<sup>[31]</sup>履行公职。只要私人收集和和处理个人信息的行为是属于履行公共义务所必需,就可适用该条的告知同意豁免。从主体到职权的判断标准的转换,其实也颇符合现代公法判断公务活动时从形式到实质的标准转换。

## 2. 何谓“履行法定职责所必需”?

把目光聚焦到“履行法定职责和法定义务”这一职权要素后,又会引出如下问题:是否所有的执法信息都要在同意原则下豁免?是否公权力机关在履行公职行为中的信息处理行为都无需再接受同意的合法检验,而仅依赖法律的概括性授权即可获得正当性基础?其实判断“履行法定职责或者法定义务”的标准从主体转换至职权,也必然会引出范围可能外溢的问题。

但从《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 3 项的表述来看,即使是为履行法定职责或法定义务而进行的信息收集和处理,也还是要受到“所必需”的限制,即要受到“必要性原则”(或曰比例原则)的掣肘和约束。第 34 条也强调,“国家机关为履行法定职责处理个人信息……不得超出履行法定职责所必需的范围和限度”。由此,要判断公权力机关的信息收集和处理行为是否无需征得当事人同意,除要看该行为是否属于履行法定职责和法定义务的范畴外,还要检验该信息收集和处理对于履职是否是必需的。

有些法律规范在授予公权力机关法定职责时,明确赋予其涵括信息收集和处理在内的履职手段。例如《刑事诉讼法》第 132 条第 1 款规定,“为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特

[29] 参见《旅馆业治安管理办法》第 6 条、《网络安全法》第 28 条的规定。

[30] 例如《民用航空法》第 46 条的规定。

[31] 所谓“行政助手”是在行政机关执行特定任务是为其提供协助的人。行政助手所进行的并非独立的行政活动,而是根据行政机关的委托或是指令从事某种辅助性工作,其活动也归属于行政机关。参见[德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 587 页。

征、伤害情况或者生理状态,可以对人身进行检查,可以提取指纹信息,采集血液、尿液等生物样本”;《全国人口普查条例》第24条规定,“人口普查对象应当按时提供人口普查所需的资料,如实回答相关问题,不得隐瞒有关情况,不得提供虚假信息”;《居民身份证法》第3条规定,“公民申请领取、换领、补领居民身份证,应当登记指纹信息”。因具有法律的明确授权,在此就不再存在鉴别处理个人信息是否为“履行法定职责或法定义务所必需”的困难。

另有一些法律虽未明确规定公权机关在履职过程中可采取信息收集和处理行为,但此类职权的履行却与作为履职手段的信息收集和处理存在实质关联,因此也属于履职所必需。例如《人民警察法》第9条规定,“为维护社会治安秩序,公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员,经出示相应证件,可以当场盘问、检查”,如存在特定情形,还可将其带至公安机关继续盘问。《治安管理处罚法》也规定了公安机关的传唤、询问权,但上述权力的行使显然以个人信息的收集和处理为必要。据此,如果在履职中,对个人信息的收集和处理是履职的核心手段,若无此手段履职活动就无法展开,那么职权授予规范就可被理解为是一种一体性授权,这种授权中当然包括了信息的收集和处理。

较难判断的是,如果个人信息的收集和处理仅是公权机关履职时可供选择的一种行为手段,或公权机关系统与私人主体合作进行数据治理,此时还应否有同意的豁免。前者例如近年来不断引起争议的人脸识别技术;后者的典型则是在此次新冠疫情防控过程中,政府基本上是联合企业共同研发推广健康码,并将其作为采取某些举措的标准。上述两种情形下,是否可适用同意的豁免,就需要结合合法正当、符合比例、目的限制、禁止不当联结等其他原则来一并考虑,同时也需参酌信息使用的具体场景予以判断。

## (二) 同意豁免的例外

公权机关在履行法定职责和法定义务时,对个人信息的处理可无需征得个人同意,但这种同意的豁免并不绝对,《个人信息保护法》中仍旧规定了需要同意的形态。

需要获得个人同意的首先在于《个人信息保护法》第26条规定的情形。根据该条,如果公权机关在公共场所安装图像采集和个人身份识别设备,其收集的个人信息只能用于维护公共安全;如果将这些个人图像和身份识别信息用于其他目的,就必须获得个人的单独同意。所谓“维护公共安全”,主要限定为预防和制止恐怖袭击、暴力违法犯罪活动为目的。<sup>[32]</sup> 如果公权机关将上述个人图像和身份识别信息用于描绘个人图像和行踪轨迹以服务其他目的,就必须征得信息主体的单独同意。而该条中的“设置显著提示标识”其实也是一种特殊的告知方式,提示个人已进入摄像监控区域。

此外,即使在公权机关的履职行为中,也须注意区分其处理的是一般信息还是敏感个人信息。对于敏感个人信息,因其与个人隐私以及人格尊严密切相关,在与国家利益、社会利益的平衡上,就应当享有更高的权重。2014年最高人民法院曾在《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》中规定,可未经个人同意,公开包括自然人基因信息、病历资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等包括个人隐私在内

[32] 例如《反恐怖主义法》第27条、《国务院办公厅关于加强中小学幼儿园安全风险防控体系建设的意见》第(十一)点的相关规定。

的敏感个人信息。此处其实忽视了不同信息的保护必要性与强度。但《个人信息保护法》已对敏感个人信息提供了更高层次的保护,且规定了特殊的同意要件,这一点并不能因为公权机关的履职行为而有所区别。鉴于敏感个人信息的特殊保护必要性,即使政府履职行为与敏感个人信息的“单独同意”之间存有冲突,履职行为在此处的“同意豁免”也必须满足《个人信息保护法》第 28 条第 2 款的规定,即“只有在具有特定的目的和充分的必要性,并采取严格保护措施的情形下,个人信息处理者方可处理敏感个人信息”。可见,“特定目的”“充分的必要性”“严格保护措施”是处理敏感个人信息的三项要件。

### (三) 其他原则的补充与矫正

除告知同意外,《个人信息保护法》同样规定了信息收集和处理的其他原则,包括合法正当、必要以及目的明确与目的限制。这些原则在信息收集和处理须获得个人同意的场景下会发生适用;在无需征得个人同意的情形下,因为个人的控制力和支配权在很大程度上被剥夺,就更要求对利益进行审慎权衡,也更需要这些原则来防御公权机关对个人信息的无限度收集和使用。

#### 1. 合法正当原则

所谓合法、正当不仅指向信息收集和处理的過程,同样涵盖其目的。大部分学者将二者作一体化理解,但也有学者指出“合法”属于形式合法性范畴,即个人信息处理符合法律的明确规定,而“正当”则涉及实质合法,其约束的是个人信息收集和處理目的上的实质正义。<sup>[33]</sup> 这种区分有助于对公权机关的信息收集和處理行为采取分阶的合法性判断。相对于是否符合法律明确规定的形式化判断,对于填充告知同意的缺失更具意义的是目的正当。

对于公权机关履职中的信息收集和處理而言,正当目的首先是公益维护。上文所列举的“为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全”等规定,都可被列入这一范畴。但从个人信息保护实践来看,如果仅是概观的、抽象的公益,并不能正当化公权机关所有的数据收集行为,因其几乎无法为限制公权机关不当收集和适用个人信息划定任何界限。克服公益目的空洞化的第一种方法是在法律中明确列举公益的类型。欧盟《一般数据保护条例》就是为数不多的明确列举“公共利益”事项的立法。依照其第 23 条第 1 款规定,所谓“公共利益”包括:国家安全;防卫;公共安全;刑事犯罪的预防、侦查、起诉或者刑事处罚的执行,包括对公共安全威胁的防范和预防;欧盟或成员国一般公共利益的其他重要目标,特别是欧盟或成员国的重要经济或财政利益,包括货币、预算和税收等事项、公共卫生和社会保障;司法独立与司法程序的保护;违反职业道德规范的预防、调查、侦查和起诉;监督、检查或相关的监管职能。另一种限定方式则在于要求国家公权机关承担对“公共利益”的具体框定和理由说明义务。说明理由义务的赋予,除方便信息主体对信息处理的合法性进行有效评价、限制公权机关的后续处理偏离最初目的外,还有利于形成信息主体对后续处理行为的可预见性期待。

#### 2. 必要性原则

合法正当作为单项原则对于防堵公权机关无限度收集和不当使用个人信息其实作用有限,此时就必须辅以其他原则,尤其是必要性原则。因此,即使《个人信息保护法》将

[33] 参见刘权:《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》,《法学家》2021 年第 5 期,第 2 页。

“履行法定职责或者法定义务”“为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全”等列举为收集个人信息的正当目的,但在规范表达上都会附加“所必需”作为限定。《个人信息保护法》第26条对于“在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备”的行为,也同样要求其必须是“为维护公共安全所必需”。

“所必需”对应的正是公法中的比例原则。不经个人同意即收集和处理个人信息,当然会限制和削减个人对于信息的自决和控制权,但这种权利限制必须遵守限度、合乎比例,否则就会造成对此权利的彻底否定和排除。对于比例原则在个人信息权保护中的具体适用,《个人信息保护法》第6条将其总结为两个方面:第一,收集个人信息,应当限于实现处理目的的最小范围,不得过度收集。这一条又可被总结为“无必要不收集”,即公权机关对个人信息的收集对实现其公益目的而言须为必要且必需。这一规定意在遏制作数据控制者的公权机关过度收集信息的天然倾向,进而避免过度收集所导致的数据监控和操纵。对最小范围的核定应以“最少够用”为限,即一旦缺少就将导致无法正常进行履职。<sup>[34]</sup> 第二,对个人信息的后续处理应与处理目的直接相关,并采取对个人权益影响最小的方式。这一要求的前半句其实可归属于“目的限制”范围,而后半句则是对公权机关施以相应的权衡义务,即应比较不同的信息处理对于个人权益的影响,且在此范围内选择“为实现该目的而可以采取的最缓和的方式”。<sup>[35]</sup> 前文所提及的人脸识别技术,就因其“呈现敏感度高、采集方式多样、隐蔽和灵活的特性,不当使用将会给公民的人身、财产带来不可预测的风险”,而在此前的民事纠纷判决中被认为是“超出了必要原则的要求”。<sup>[36]</sup>

### 3. 目的明确与目的限制原则

欧盟《一般数据保护条例》将目的明确与目的限制单独作为数据处理的核心法则,而《个人信息保护法》第6条的表述“处理个人信息应当具有明确、合理的目的,并应当与处理目的直接相关”,则是将这一原则嵌套在必要性原则当中。相对于合法正当与必要性原则,目的明确与目的限制其实具有独立的意涵。在欧盟立法项下,这一原则首先要求数据控制者明确收集使用个人信息的目的,禁止为未来不特定目的而收集和使用个人信息;其次是将信息控制者对信息的使用约束于所明示的目的,而不得将所搜集的信息作法定目的外的使用。<sup>[37]</sup>

将目的明确与限制适用于个人信息保护的公法规范,就首先要求公权机关在收集个人信息时,尽可能避免使用模糊、宽泛的语词表述其目的,以为其未来的功能潜变预留可能。欧盟《一般数据保护条例》为目的明确专门设定了三项判定基准,可资借鉴:第一,特定(specified),即目的应当在不迟于收集个人信息时确定下来,而且对目的的描述必须具

[34] 在新浪微博诉脉脉案中,法院将“关于获取的用户信息应坚持最少够用原则”总结为“限于为了应用程序运行及功能实现目的而必要的用户数据”,而不得收集与其提供的服务无关的个人信息;参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。这一标准同样可准用于公权机关履职行为的信息收集过程。

[35] 程啸:《论我国民法典中的个人信息合理使用制度》,《中外法学》2020年第4期,第1008页。

[36] 参见杭州市富阳区人民法院(2019)浙0111民初6971号民事判决书;杭州市中级人民法院(2020)浙01民终10940号民事判决书。

[37] Vgl. Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398, 401.

备足够的细节,使之具有辨识度;第二,明确(explicit),即目的特定化后,还应当明白无误地展现出来,应尽力确保信息主体、信息控制主体以及利用个人信息的第三方都能够对该目的具有一致理解;第三,合法(legitimate),即公权机关对个人信息的处理必须公平且依法进行,不得以非法目的收集个人信息。<sup>[38]</sup>

目的限制约束数据处理者嗣后的信息处理和数据利用行为不得背离最初的目的设定。但对此问题其实存在弹性处理的空间。其原因就在于,个人信息的场景化和动态化特征,使信息主体和信息处理者在信息收集之初,并不能预见信息在未来的可能价值。此外,个人信息的市场价值具有低密度和非直接性,即单项信息几无价值,唯有信息聚合和数据利用价值才会增长。此时如果僵化地禁止信息用于其他目的,势必会造成资源浪费。也因此,欧盟《一般数据保护条例》虽然规定了目的限制原则,却也允许基于其他额外目的而对个人信息进行适当性使用。“适当性使用”的判断依据在于:第一,信息收集目的与预期进一步处理目的之间的关联;第二,个人信息被收集时的情形,尤其是信息主体与控制者之间的关系;第三,个人信息的性质;第四,预期进一步处理给信息主体可能造成的后果;第五,加密或匿名化保障措施的存在。<sup>[39]</sup>但从目前《个人信息保护法》的规定来看,其并未允许个人信息被用于收集目的之外的其他目的。无论是公权机关还是私人主体,如果其嗣后欲突破目的限制,都必须重新获得信息主体的同意。这种严格立场仍旧是为了防止因为额外目的的允许可能导致的功能潜变。

#### 四 结语

《个人信息保护法》对国家公权机关的数据收集和处理行为予以规范,也由此搭建起个人信息保护“公私并立”的架构。个人信息保护的公法规范与私法规范虽共享维护个人信息权、促进信息流通和数据利用的价值目标,却在一些具体制度的适用上表现出很大差异,典型的就是告知同意原则。与其在私法规范中的核心地位不同,因为对于履职行为的同意豁免及告知义务的限缩,告知同意在公法规范中从原则降格为例外。但植根于个人信息自决权的告知同意,本质是对个人在大数据时代下人格尊严与精神自治的维护。这一原则对于个人对其信息的控制力和支配性的维护和强调,使其即使在公法规范中受到适用限制,却不能被彻底排除。基于这一考虑,《个人信息保护法》规定了同意豁免的限制和例外,也尝试通过合法正当、必要性以及目的明确和目的限制等来填补和矫正因告知同意的缺位所带来的法律约束的削弱。而从个人信息保护实践来看,鉴于“公共利益”“履行法定职责和法定义务”等规定的模糊性以及公权机关裁量的广泛性,对于维护个人信息权而言,尽量征得个人同意依旧是最安全稳妥的做法。

[本文为作者主持的 2021 年度司法部一般课题“重大突发公共卫生事件下的数据治理问题研究”(21SFB2009)的研究成果。]

[38] 参见梁泽宇:《个人信息保护中目的限制原则的解释与适用》,《比较法研究》2018 年第 5 期,第 22 页。

[39] 参见梁泽宇:《个人信息保护中目的限制原则的解释与适用》,《比较法研究》2018 年第 5 期,第 24 页。

---

---

[ **Abstract** ] The Chinese Personal Information Protection Law establishes the protection model of “public-private coexistence”, which also brings the behavior of state organs in dealing with personal information into the scope of regulation by legal norms. Although public data law and private data law share the value goal of protecting personal information and promoting information circulation and data utilization, they differ from each other in many ways in specific development. The application of the principle of notification and consent is a typical example of this difference. The ethical basis of informed consent is the right to personal information self-determination. As a basic right, the right to personal information self-determination directly refers to the two core aspects of human dignity: “human subjectivity” and “free development of personality”. Its purpose is to prevent individuals from becoming a pure object of data processing in the era of big data. Recognizing the right of self-determination of personal information as a basic right not only has no contradiction with this right being a private right at the same time, but also helps to shape the panoramic protection of the right of information in public and private domains. Different from private data law, in which informed consent occupy a dominant position, in public law, not only public authorities should be exempted from consent when performing their statutory duties and obligations, but also the notification as the premise of consent is reduced to “limited notification”. The reasons for the reduction of informed consent from a principle to an exception in public data law include the concession of individual rights to data public welfare, and the possible weakening of public law enforcement ability caused by the application of this principle to the field of public law. However, informed consent is also rooted in the right to personal information self-determination as a basic right. Its essence is to uphold and emphasize the subjectivity and self-determination of will of the individual in the data age. Therefore, the above application restrictions do not mean complete exclusion. The limitation on exemption from informed consent lies not only in the interpretation frame of “performance of legal duties and obligations”, but also in the correction of the lack of informed consent by other principles. The judgment of “performance of legal duties and obligations” should start from the authority rather than the subject, but this will lead to the problem of scope overflow, which must be corrected by the condition of “being necessary for the performance of legal duties or obligations”. The government’s consent exemption in the performance of duties is not absolute. The Personal Information Protection Law still stipulates the circumstances under which consent is required, especially with respect to the processing of sensitive personal information. And because the individual’s control and domination of his or her personal information are deprived to a large extent without his or her consent, it is more necessary to strike a careful balance between the right to personal information and the public interest of data, and to prevent the unlimited collection and use of personal information by public authorities through the principles of legitimacy, necessity, clarity of purpose and restriction of purpose .

---

---

(责任编辑:余佳楠)