

网络隐私政策法律调整与个人信息保护： 美国实践及其启示

王叶刚

内容提要：隐私政策是衡量网络服务提供者收集、利用用户个人信息行为合法性的重要方式，其既是企业自治的一种工具，同时又直接关系到用户的个人信息保护。在世界范围内，针对个人信息保护，美国主要采“消费者保护模式”，侧重于维护交易安全与交易秩序，防止企业从事欺诈行为和不公平交易，隐私协议大多情况下并不被认定为合同；欧洲则主要采“数据保护模式”，侧重于强化数据主体对个人数据的控制，同时监管较为严厉，以实现个人信息保护。相比之下，我国立法与实践目前并未体现较为明确的个人信息保护模式取向，欧美两种模式可兼采改造，在调整隐私政策时，应以强化个人信息保护为核心，既尊重企业的自治与自律，同时亦注重发挥合同法在隐私政策方面的调整作用。

关键词：隐私政策 个人信息 隐私权 格式合同

王叶刚，中央财经大学法学院副教授。

近年来，随着互联网和数据技术的发展，个人信息的利用方式也日益多样化，个人信息的经济价值正在逐步凸显。与此同时，企业各种在线非法收集、利用个人信息的现象频发，围绕个人信息而产生的纠纷也日益增多，其中引起普遍关注的一类纠纷就是网络隐私政策纠纷。^[1] 实践中，也存在企业的隐私政策要求用户授权的范围极其广泛等现象，此类隐私政策的合理性也受到普遍质疑。故此，厘清隐私政策的性质与效力，以及法律应如何调整隐私政策等问题，是当下所必须面对的问题。

网络隐私政策亦称隐私政策，是指网络服务提供者以在线文件的方式披露其收集、利

[1] 在被称为“全国首例大数据产品不正当竞争案”的“安徽美景信息科技有限公司与淘宝(中国)软件有限公司不正当竞争纠纷案”中，当事人争议的焦点之一，就是隐私政策的效力，即平台通过服务协议与隐私政策取得收集、利用用户个人信息授权的行为是否正当、合法。参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号民事判决书。

用用户个人信息的目的、范围和方式等内容,并公示其保护用户个人信息的原则和具体措施。^[2] 隐私政策具有多种表现形式与称谓,如“隐私政策”“隐私权政策”“个人信息保护指引”以及“隐私声明”等,就性质与内容而言,这些称谓所指向的法律意义上的文件均可归为隐私政策。从实践来看,绝大多数的网络服务提供者都制定了自己的隐私政策,但法律应当如何调整隐私政策,我国现行立法并没有专门规定。隐私政策起源于美国,对美国法上相关实践进行考察,无疑可以为我国隐私政策的法律调整提供有益借鉴与思考,笔者拟对此展开研究,以求教于大家。

一 美国法上的隐私政策

隐私政策起源于美国,其产生依据可溯源至美国 1973 年《公平信息实践准则》(Fair Information Practice Principles, FIPPs),该准则在个人信息保护方面确立了两项重要规则:一是透明规则(transparency),即在收集个人信息时应当告知个人其个人信息被收集、利用以及共享的范围和方式等;二是个人参与规则(individual participation),即他人在收集与利用个人信息时,应当征得个人同意。在用户隐私、个人信息保护方面,该准则所确立的上述两项规则成为美国法上企业自律的基石,该准则所确立的规则对美国的隐私法以及世界范围内隐私法的发展均产生了重要影响。隐私政策作为一项重要的企业自律规则,其产生也与《公平信息实践准则》所确立的上述两项规则具有直接关联。一是,企业制定隐私政策的目的在于告知用户收集、利用其个人信息的方法、范围等内容,从而满足上述透明规则的要求;二是,隐私政策允许用户就其个人信息收集、利用的相关内容作出选择,在用户作出选择后,即对所选择的内容作出同意,这实际上是为了满足上述个人参与规则的要求。^[3] 可见,隐私政策的产生既有美国隐私保护法律层面的原因,^[4] 也有美国互联网产业发展过程中个人信息与隐私保护的现实需求等原因,具体包括以下方面:

第一,碎片化的个人信息保护法律制度。美国的个人信息保护立法总体上具有碎片化、部门化、行业化等特点,即针对不同的工业和经济部门制定不同的隐私和个人信息保护法律制度,整体而言,这种立法模式能够增强特定领域隐私与个人信息保护的针对性,但单行法的保护范围却相对有限,其仅保护特定领域的个人信息,^[5] 这就导致出现大量空白领域。对于立法尚未直接调整的领域,企业便通过制定隐私政策的方式,公示其收集、利用用户个人信息的方式,这也是隐私政策产生的直接原因。由此也形成了美国法上

[2] 参见高秦伟:《个人信息保护中的企业隐私政策及政府规制》,《法商研究》2019 年第 2 期,第 16 页。

[3] Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, The FTC and the New Common Law of Privacy, *Columbia Law Review*, Vol. 114, Issue 3, 583, 592-593 (2014).

[4] 美国与欧洲在隐私、个人信息保护方面的观念不同,美国称之为隐私法(privacy law),而欧洲称之为个人数据保护法(data protection law),数据比宽泛的隐私概念更为具体。William McGeeveran, *Friending the Privacy Regulators*, *Arizona Law Review*, Vol. 58, Issue 4, 959, 965 (2016).

[5] William McGeeveran, *Friending the Privacy Regulators*, *Arizona Law Review*, Vol. 58, Issue 4, 959, 973 (2016).

隐私与个人信息保护的两种主要路径:一是针对特定领域隐私与个人信息保护的制定法调整模式;二是制定法调整领域之外的企业自律模式。^[6]从实践来看,由于单行法的调整范围有限,企业自律模式则是最为重要的隐私与个人信息调整方式。

第二,企业隐私政策的公示。企业通过隐私政策公示用户个人信息收集、利用的范围和方式等内容,消除网络用户的隐私、个人信息保护顾虑,以吸引更多的网络用户。互联网是一把双刃剑,其在给人们的交往活动带来便利的同时,也给人们的隐私、个人信息保护带来巨大挑战。例如,借助 cookie 等技术手段,网络服务提供者可以全面了解用户如何使用其网站,可以在用户不知情的情况下收集其个人信息,甚至是用户最为私密的隐私信息,并将用户个人信息多次共享给他人。^[7]这不仅构成对用户隐私与个人信息权利的侵害,也会破坏人们对网络环境的信任感,损害互联网经济。^[8]因此,企业通过制定隐私政策,公示其收集、利用用户个人信息的方式、范围等内容,可以在一定程度上降低用户对隐私、个人信息安全的顾虑,从而增强企业的市场竞争力,吸引更多的网络用户。

第三,对隐私政策的规制,以企业自律为主。在用户隐私与个人信息保护方面,企业十分青睐自律模式,此种模式主要以“告知—选择”机制为基础,在“告知”环节,企业会在网站公布自己的隐私政策,告知用户网站收集、利用以及共享用户个人信息的各种方式,当然也包括有关个人信息保护措施。在“选择”环节,企业会给予用户一些选择权,用户可以选择其个人数据如何被收集和利用。^[9]隐私政策对美国法上的网络隐私保护的“告知—选择”模式而言是必不可少的,其甚至被认为是网络用户与网络服务提供者之间法律关系的基础。^[10]借助于隐私政策,企业一方面可以介绍自己的隐私实践,从而吸引网络用户;另一方面,企业通过制定隐私政策也可以使行政机关确信,企业自律可以发挥作用,因此不再需要额外的行政干预。^[11]

虽然大多数网络服务提供者都制定了自己的隐私政策,但关于隐私政策的性质,自其产生之日起就始终争议不断,主要有如下两种不同主张。

一是合同说。此种观点认为,隐私政策在网络服务提供者与用户之间成立合同关系。例如,基林斯沃思(Scott Killingsworth)认为,可以将网络服务提供者发布隐私政策的行为

[6] 当然,这两种保护路径对隐私的保护并不周延,在许多重要领域,个人隐私、个人信息的保护既欠缺法律的调整,企业也没有制定自己的隐私政策。See Kenneth A. Bamberger & Deirdre K. Mulligan, Privacy in Europe: Initial Data on Governance Choices and Corporate Practices, *George Washington Law Review*, Vol. 81, Issue 5, 1529, 1545 (2013).

[7] Robert Slattery, Marilyn Krawitz & Mark Zuckerberg, The Cookie Monster-Australian Privacy Law and Internet Cookies, *Flinders Law Journal*, Vol. 16, Issue 1, 1, 8 (2014).

[8] Dennis D. Hirsch, The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?, *Seattle University Law Review*, Vol. 34, Issue 2, 439, 439 (2011).

[9] Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, The FTC and the New Common Law of Privacy, *Columbia Law Review*, Vol. 114, Issue 3, 583, 592 (2014).

[10] Ari Ezra Waldman, A Statistical Analysis of Privacy Policy Design, *Notre Dame Law Review Online*, Vol. 93, Issue 1, 159, 159 (2018).

[11] Siona Listokin, Industry Self-Regulation of Consumer Data Privacy and Security, *John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law*, Vol. 32, Issue 1, 15, 17-18 (2016).

看作是要约,用户对隐私政策的同意则构成承诺,因此,应当在当事人之间成立合同关系,用户有权依据合同向网络服务提供者主张隐私政策的内容。^[12]

二是企业自律规则说。此种观点认为,隐私政策在性质上属于市场自律规则,无法在当事人之间成立合同关系。网络服务提供者违反其隐私政策的,可能需要承担行政法上的责任。^[13]同时,网络服务提供者通常就网络服务的提供与用户订立网络服务协议,隐私政策所涵盖的事项较为广泛,不宜认定其在网络服务提供者与用户之间成立合同关系。^[14]

严格地说,企业自律规则说与合同说之间并不存在根本性的冲突,二者只是从不同角度观察隐私政策,因为即便将隐私政策视为企业自律规则,也并不排斥隐私政策能够在当事人之间成立合同关系。但对隐私政策性质的认识不同,相应法律调整方式也会存在差别:如果将隐私政策界定为企业自律规则,则可能主要依靠行政手段对隐私政策进行调整;反之,如果将隐私政策界定为网络服务提供者与用户之间的合同关系,则行政机关既可以对隐私政策的内容及其执行进行一定的干预,同时用户也可以基于合同向网络服务提供者提出请求。与上述对隐私政策性质的不同认识相对应,美国法上隐私政策的法律调整也主要有两种方式:一是联邦贸易委员会(Federal Trade Commission, FTC)对隐私政策的调整;二是以合同法的方式进行调整。当然,总体上看,联邦贸易委员会对隐私政策的调整占据主导地位,合同法在调整隐私政策方面的作用相对较小。

二 联邦贸易委员会对隐私政策的调整

联邦贸易委员会成立于 1914 年,其最初功能是在于保障市场交易的公平竞争,自 20 世纪 90 年代起,其开始调整企业的隐私政策,从实践来看,联邦贸易委员会对隐私政策的调整已经成为适用范围最广、影响最大的一种调整方式,隐私政策也因此成为该委员会保护个人隐私与个人信息的核心,其在调整隐私政策过程中所形成的规则也成为美国隐私法律制度的重要组成部分。^[15]

(一) 联邦贸易委员会调整隐私政策的法律依据

联邦贸易委员会保护个人隐私与个人信息的法律依据主要包括以下两种形式:

一是单行法的规定。个别单行法对特定主体或者特定行业内的隐私与个人信息保护作出规定,这些规定也为联邦贸易委员会调整企业隐私政策、保护该领域的用户隐私与个

[12] Scott Killingsworth, *Minding Your own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice*, *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 7, Issue 1, 57, 91 (1999).

[13] Joel R. Reidenberg et al., *Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework*, *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 11, Issue 2, 485, 486-487 (2015).

[14] Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, *The FTC and the New Common Law of Privacy*, *Columbia Law Review*, Vol. 114, Issue 3, 583, 595 (2014).

[15] Ari Ezra Waldman, *A Statistical Analysis of Privacy Policy Design*, *Notre Dame Law Review Online*, Vol. 93, Issue 1, 159, 159 (2018).

人信息提供了依据。例如,《儿童网上隐私保护法》(*Children's Online Privacy Protection Act, COPPA*)对收集儿童个人信息的行为作出限制;《格雷姆-里奇-比利雷法》(*Gramm-Leach-Bliley Act, GLB Act*)要求金融机构应当制定隐私政策,并经常告知用户其个人信息收集、利用等情况。^[16]在企业违反隐私政策时,该委员会可以依据这些法律规定对企业行为进行规制。当然,此类单行法涉及的领域较为特定分散,并不是联邦贸易委员会调整隐私政策的主要法律依据。

二是《联邦贸易委员会法》(*The Federal Trade Commission Act, FTC Act*)。依据该法,联邦贸易委员会的职责在于保护消费者,防止不公平交易和欺诈交易行为影响市场。^[17]这种功能定位也严重限制了该法在保护隐私与个人信息方面的作用。虽然其职权不断扩张,但在网络隐私与个人信息保护方面,除上述个别单行法规定以外,调整隐私政策只能依靠该法第5节的规定,从该节规定来看,联邦贸易委员会调整隐私政策的基础主要有两个:

第一,欺诈交易行为。对于欺诈交易行为,该法将其界定为:通常情况下可能误导消费者,并给消费者造成损害的行为。如果企业背离了其事先所作出的书面陈述(包括隐私政策),会给消费者造成损害,该行为就可能被认定为欺诈交易行为,联邦贸易委员会有权对其进行规制。不过,按照该欺诈交易的定义,在没有造成用户损害的情形下,企业可以不告知用户其如何收集、利用用户的个人信息,这可能产生一个奇怪的后果,即同样是侵害用户隐私的行为,没有隐私政策的企业比有隐私政策的企业更容易逃脱惩罚。^[18]

第二,不公平交易行为。对于不公平交易行为,该法将其界定为:造成或者可能造成用户损害,且用户自己无法合理避免,而且给用户和竞争带来的好处不能抵消此种损害的行为。与欺诈交易行为不同,不公平交易行为的成立并不需要行为人违反事先的承诺或者行为。在调整不公平交易行为方面,联邦贸易委员会的职权范围十分广泛,不论企业的行为是否违反,只要其符合不公平交易的特征,都可以被认定构成不公平交易行为。^[19]

联邦贸易委员会调整隐私政策的依据限于上述单行法规定以及《联邦贸易委员会法》第5节关于欺诈交易与不公平交易的规定,也就是说,如果某企业既不受相关单行法的调整,也没有制定自己的隐私政策,则联邦贸易委员会将没有相关的执法权限。因此,总体上看,虽然联邦贸易委员会对隐私政策的调整是适用范围最为广泛的一种方式,但其在调整企业行为、保护用户个人信息方面的权限仍然十分有限。

[16] Joel R. Reidenberg et al., Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework, *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 11, Issue 2, 485, 511 (2015).

[17] Susan E. Gindin, Nobody Reads Your Privacy Policy or Online Contract? Lessons Learned and Questions Raised by the FTC's Action Against Sears, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 8, Issue 1, 1, 2 (2009).

[18] Joel R. Reidenberg et al., Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework, *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 11, Issue 2, 485, 509-510 (2015).

[19] William McGeeveran, Friending the Privacy Regulators, *Arizona Law Review*, Vol. 58, Issue 4, 959, 978 (2016).

(二) 联邦贸易委员会调整隐私政策的方式

1. 提起诉讼

在企业违反其隐私政策时,联邦贸易委员会可以依据《联邦贸易委员会法》第 5 节的规定对其提起诉讼。虽然学者对联邦贸易委员会针对隐私政策提起诉讼的类型的认识存在一定差异,但委员会在提起诉讼时并没有严格拘泥于该法第 5 节关于欺诈交易与不公平交易的字面含义,而是放宽了其适用条件,扩张了调整范围,并发展出更为具体的规则。例如,关于欺诈交易的认定标准,联邦贸易委员会在实践中不再将其限定为企业违反已经做出的隐私政策的行为,而将企业未对用户尽到充分提示说明而收集用户个人信息的行为也纳入其中。再如,不公平交易的认定标准也逐步具体化、类型化。在有的案件中,按照交易习惯,如果消费者一般认为这些网络服务提供者应当制定隐私政策,如果企业没有制定隐私政策,委员会甚至可以直接认定该企业的行为构成欺诈交易或者不公平交易。^[20]当然,也有观点认为,委员会在实践中扩张适用该法第 5 节的做法无法为企业行为提供明确的指引,不公平交易认定标准的模糊性和不确定性可能会给企业的经营活动带来潜在的威胁。^[21]

2. 达成和解协议

在企业违反隐私政策后,联邦贸易委员会还可以与企业达成和解协议,由企业按照和解协议的要求完善其用户隐私、个人信息保护方式。在达成和解协议后,委员会将对企业执行协议的行为进行持续、长期的监督,从委员会规制企业隐私政策的实践来看,几乎所有的案件最终都是通过协议解决的,很少有纠纷最终以诉讼的方式解决。^[22]委员会与企业所达成的和解协议通常包括专门的隐私保护措施、完善隐私政策的方式、定期的外部审计以及委员会对企业遵守该协议的持续监管等内容;和解协议的期限通常较长,20 年的履行期间较为常见,这有利于委员会对企业隐私政策进行持续监管;同时,和解协议生效后,如果企业违反了和解协议,委员会可能会对其处以罚款。^[23]例如,在 2011 年,委员会曾指控 Facebook 违法共享和公开用户的个人信息,后其与 Facebook 达成和解协议,依据该协议,Facebook 应当依据特定法保护消费者的隐私;但在 2019 年,Facebook 违反了和解协议,造成了 8700 万用户的个人信息泄漏,委员会对 Facebook 处以高达 50 亿美元的罚款,并与 Facebook 重新达成为期 20 年的和解协议,以有效保护用户的隐私与个人信息。^[24]

3. 细化法律规则、确立隐私政策标准

在消费者隐私保护方面,联邦贸易委员会最初鼓励企业自律,其中很重要的原因在于,其担心行政管制会扼杀互联网的发展,在其 1999 年提交给国会的一份报告中,委员会

[20] Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, *The FTC and the New Common Law of Privacy*, *Columbia Law Review*, Vol. 114, Issue 3, 583, 674 (2014).

[21] Gerard M. Stegmaier & Wendell Bartnick, *Psychics, Russian Roulette, and Data Security: The FTC's Hidden Data-Security Requirements*, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol. 20, Issue 3, 673, 687-694 (2013).

[22] William McGeveran, *Friendship the Privacy Regulators*, *Arizona Law Review*, Vol. 58, Issue 4, 959, 998 (2016).

[23] William McGeveran, *Friendship the Privacy Regulators*, *Arizona Law Review*, Vol. 58, Issue 4, 959, 998-999 (2016).

[24] 参见“FTC 对 Facebook 处以 50 亿美元罚款 并提出新的隐私保护要求(附通告译文)”,http://www.sohu.com/a/329314600_744278,最近访问时间[2019-09-15]。

甚至宣称,“考虑到网络的快速发展和计算机技术的进步,企业自律方式在保护个人信息方面是负面影响最小而效率最高的一种方式”。^[25] 随着联邦贸易委员会调整隐私政策实践的发展,其也逐步细化了相关法律规则,并确立了隐私政策的标准,这也是其调整企业隐私政策的重要方式。具体而言:一方面,委员会在适用法律的一般规则时发展出了一些具体的规则。例如,《联邦贸易委员会法》第5节只是使用了“欺诈交易”“不公平交易”这些概括性的表述,而没有规定欺诈交易与不公平交易的认定标准,有的企业便制定了内容冗长或者内容模糊的隐私政策,以防止表述过于具体而对企业不利。委员会经过调查后认为,如果企业在其隐私政策中使用一些自相矛盾的表述,或者使用模棱两可的语言,甚至保留未经通知用户而单方变更隐私政策的权利,委员会将直接认定企业构成欺诈交易或者不公平交易。^[26] 另一方面,为强化对用户个人信息的保护,委员会还要求企业的隐私政策中必须包含特定的条款,将一些内容如用户个人信息的收集、信息共享、信息安全等相关规则加入隐私政策之中,或者推动行业采用统一的、标准化的隐私政策。^[27]

当然,从联邦贸易委员会调整隐私政策的实践来看,其也存在一些不足,尤其是对用户的个人信息权利关注不够。事实上,委员会调整隐私政策过程中所保护的用户个人信息的范围有限,除特别法另有规定外,只有企业违反隐私政策的行为构成不公平交易与欺诈交易时,其才能进行调整,否则,即便企业侵害了用户的个人信息,其也无法对其进行调整,保护用户个人信息只是一种辅助性目的。委员会规制企业隐私政策的目的在于保障企业的行为与其隐私政策相一致,在企业的做法与其隐私政策不一致时,个人也无法以其私人权利遭受侵害为由而依据《联邦贸易委员会法》提起诉讼。^[28]

三 隐私政策合同法调整的理论障碍与现实困境

(一) 美国法上通过合同法调整隐私政策的理论障碍

在美国,虽然有一些法院认为,隐私政策可以使网络服务提供者负担一定合同上的义务,通过合同调整隐私政策是可行的,但在大多数案件中,用户的合同诉讼均以失败而告终。合同法在调整隐私政策方面所面临的困境与美国法上合同成立标准存在直接关联。大陆法系将合同视为一种协议,即在当事人就合同内容达成合意时,合同即可以成立,而美国法上的合同则以允诺为核心。^[29] 按照传统观点,一方的允诺要具有可执行性,要求应当具备一定的对价,如承诺者事先已经对允诺者做了某事。事实上,这种宽泛的对价概

[25] Dennis D. Hirsch, The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?, *Seattle University Law Review*, Vol. 34, Issue 2, 439, 459 (2011).

[26] Dennis D. Hirsch, The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?, *Seattle University Law Review*, Vol. 34, Issue 2, 439, 456-457 (2011).

[27] Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, The FTC and the New Common Law of Privacy, *Columbia Law Review*, Vol. 114, Issue 3, 583, 674 (2014).

[28] Scott Killingsworth, Minding Your own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice, *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 7, Issue 1, 57, 73 (1999).

[29] [美]罗伯特·A. 希尔曼著:《合同法的丰富性》,郑云瑞译,北京大学出版社2005年版,第23页。

念受到了霍姆斯法官的批判,霍姆斯提出了交易性对价理论,即根据协议的内容,承诺方的对价必须是允诺方作出允诺的动机或者诱因,当事人在形式上应当具备允诺的交换,否则将无法成立合同关系。^[30]严格的交易性对价理论虽然在理论界获得了广泛支持,但在实践中,法官并没有严格遵守这一要求,也承认一些没有对价的允诺具有可执行性。后来受科宾等人的影响,美国法上合同的成立并不必然需要对价,而只要一方的允诺使对方产生了合理的信赖,该允诺就具有可执行性。对此,《美国合同法重述(第二版)》[*Restatement (Second) of Contracts*]第 90 条第 1 项规定:“允诺者应合理期待其允诺会引诱承诺者或第三人的行为或不行为,并且其允诺行为确实引诱了这种行为或不行为;如果只有强制执行该允诺,不公平才得以避免,该允诺具有约束力。因违反允诺而批准的救济可限制在维护正义的需要内。”依据该条规定,一方的允诺必须使对方产生合理的信赖,否则该允诺就不具有可强制执行性。这一规定虽然放宽了合同成立的条件,但可见现实中很难将网络服务提供者所发布的隐私政策认定为当事人之间的合同,主要理由在于:

一方面,网络服务提供者所发布的隐私政策通常不会使用户产生合理的信赖。虽然一些网络服务提供者在公布其隐私政策时会使用一些合同术语,如“使用本网站意味着同意我们的隐私政策”,“我们有权在任何时候变更我们的隐私政策,您应当经常查询我们的隐私政策,您继续使用本网站意味着同意了我们的新的隐私政策”等等,但网络服务提供者公示其隐私政策往往是出于经营合规的需要,而没有要求用户必须同意其隐私政策。在很多情形下,很难认定用户对隐私政策的内容产生了合理信赖。

另一方面,隐私政策的内容往往较为宽泛,甚至使用一些专业术语,很难认定用户基于对隐私政策的信赖而实施了相关行为。从实践来看,隐私政策的内容往往较为冗长,所涵盖的事项较为广泛,其既包括与用户个人信息收集、利用有关的事项,也包括企业采取的隐私、个人信息保护措施,还包括特殊主体(一般是儿童)隐私与个人信息保护的规则,用户在接受网络服务时,很少会详细阅读隐私政策的内容。^[31]即使用户阅读了隐私政策,其也可能无法真正理解隐私政策的含义,因为隐私政策可能会包含一些难以理解的术语,如与个人信息收集、利用相关的一些技术术语,用户往往难以理解这些术语的内涵,即便是相关领域的专家,也很难准确理解相关术语的含义,^[32]甚至使用一些模糊性的表述,如“XX 可能会自行决定出于其他目的收集、使用、处理、转移或披露非识别性数据”等等。此时,很难认定用户基于对隐私政策的信赖而实施了相关行为。因此,学理上一般认为,隐私政策在性质上并不是可强制执行的一组允诺,因而无法在当事人之间成立合同关系。^[33]

[30] 参见朱广新:《美国法上的允诺禁反悔制度研究》,《环球法律评论》2006 年第 2 期,第 175-176 页。

[31] Susan E. Gindin, Nobody Reads Your Privacy Policy or Online Contract? Lessons Learned and Questions Raised by the FTC's Action Against Sears, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 8, Issue 1, 1, 4 (2009).

[32] Ari Ezra Waldman, A Statistical Analysis of Privacy Policy Design, *Notre Dame Law Review Online*, Vol. 93, Issue 1, 159, 160 (2018).

[33] Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, The FTC and the New Common Law of Privacy, *Columbia Law Review*, Vol. 114, Issue 3, 583, 590 (2014).

(二) 合同法调整隐私政策的现实困境:以 Dyer 案为例

虽然隐私政策看似是合同,但司法实践中很少通过合同解决隐私政策纠纷,在有些案件中,有些当事人的确依据合同提起了诉讼,主张隐私政策旨在调整网站收集、使用用户个人信息的行为,实际上是在网站与网络用户之间形成了合同关系。^[34] 2004 年 Dyer v. Northwest Airlines Corporations 案就是比较典型的案件,该案大致如下:美国“911 事件”后,美国国家航空航天局(NASA)要求被告美国西北航空公司提供其系统范围内三个月以内的乘客数据,以用于航空安全研究。西北航空公司遵守了这一要求,在未通知乘客的情形下,将 2001 年 7 月至 12 月之间乘客的姓名、住址、信用卡账号以及行程记录等信息共享给国家航空航天局。原告 Dyer 起诉了美国西北航空公司,其认为,西北航空公司未经许可公开用户个人信息的行为违反了《电子通信隐私法案》(*Electronic Communications Privacy Act, ECPA*),同时,该行为违反了其航空公司网站上所公布的隐私政策的相关规定,应当构成违约。法院认为,依据相关法律规定,原告主张被告构成违约的主张难以成立,主要理由在于:第一,内容宽泛的隐私政策声明无法在当事人之间成立合同关系,因此,即便被告违反了其隐私政策,原告也无法提出合同上的请求;第二,原告无法证明其曾经登录过被告的网站查看其隐私政策,在原告没有阅读和理解被告网页中的隐私政策之时,对其并不存在合理的信赖;第三,即便原告事先阅读了被告的隐私政策,但原告无法证明其因为被告违反隐私政策而遭受了何种损失,其将无法获得救济。因此,法院最终驳回了原告的请求。^[35] 事实上,这一立场不仅适用于航空公司网站的隐私政策,也适用于其他企业的网络隐私政策,尤其是在企业并未要求用户必须同意隐私政策、甚至并未提示用户阅读隐私政策的情形。整体而言,隐私政策在美国主要是一种企业自律规则,合同法在调整隐私政策方面所发挥的作用很小,Dyer 案就是这一现状的一个缩影。

四 美国隐私政策调整实践的启示

自 20 世纪 90 年代至今,美国逐渐形成以行政手段调整方式为主、以消费者保护为核心的独特的企业隐私政策调整方式。在我国,立法并没有要求网络服务企业必须制定隐私政策,更没有对隐私政策的内容作出规定,但依据相关法律规定,网络服务提供者在收集、利用用户的个人信息时,负有相应的披露义务。例如,依据《网络安全法》第 41 条的规定,网络服务提供者在收集、使用用户个人信息时,应当明确公示其收集、使用用户个人信息的目的、方式和范围。至于企业以何种方式履行其披露义务,则由企业自主选择。从实践来看,许多网络服务提供者都制定了自己的隐私政策,通过隐私政策公示其收集、利用用户个人信息的范围、方式等内容,这一行为已成为网络服务提供者经营“合规”的重要途径。由于现行立法并没有对隐私政策的调整做出明确、系统的规定,立法如何调整隐

[34] Joel R. Reidenberg et al., Privacy Harms and the Effectiveness of the Notice and Choice Framework, *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 11, Issue 2, 485, 505 (2015).

[35] Dyer v. Nw. Airlines Corps., 334 F. Supp. 2d 1196, 1199-200 (D. N. D. 2004).

私政策,则值得探讨,美国法上的相关实践经验可以为我国提供有益借鉴与启发。

(一) 注重个人信息保护兼顾维护交易安全与交易秩序

在用户隐私与个人信息保护方面,联邦贸易委员会侧重于规范交易过程中的隐私与个人信息保护问题,也正是因为这一原因,有学者将美国的网络隐私保护模式称为消费者保护模式(consumer protection model)。^[36]此种保护模式侧重于维护交易秩序,防止企业从事欺诈交易和不公平交易,保护用户个人信息只是其所产生的附带性结果。例如,在企业违反隐私政策时,用户虽然可以向联邦贸易委员会投诉,但委员会并不负有解决用户投诉的法定义务。有些立法虽然允许个人提起诉讼,但也设置了许多限制性条件,如个人应当证明其遭受了特定损害,而在企业违反隐私政策的情形下,用户的损害通常较小,所能获得的赔偿较少,这也意味着可能只有通过集团诉讼的方式才能实现其目的。^[37]

鉴此,我国在调整隐私政策时,应当明确调整企业隐私政策的主要目的在于保护用户个人信息,而不宜采用美国法上的消费者保护模式。同时,应当扩大调整隐私政策的范围,不再将其限定于欺诈交易与不公平交易的情形,即在对企业违反隐私政策的行为进行调整时,也不需要证明企业的行为构成欺诈交易或不公平交易。此外,鉴于我国民事立法已经对个人信息保护作出相关规定,因此在企业违反隐私政策、侵害用户个人信息权利时,不宜对个人就隐私政策提起私法上的诉讼进行额外限制。

(二) 对隐私政策内容的必要控制

美国法上个人信息保护具有很强的企业自律色彩,除少数单行立法对特定领域的个人信息保护作出规定外,大多数个人信息保护都交由企业自律实现。通过企业自律的方式保护用户个人信息虽然具有一定的合理性,但不宜完全将用户个人信息保护交由企业自律,因为与用户相比,网络服务提供者在经济能力、技术支撑等方面具有明显的缔约优势,其可能利用此种缔约优势地位,在隐私政策中设置不合理条款,扩张其在收集、利用用户个人信息方面的权利,影响用户个人信息保护。例如,有的APP应用程序要求用户必须授权网络服务提供者访问其设备信息、复制其通讯录以及通话记录、短信记录等权限,否则将无法使用该APP应用。^[38]此类授权显然已经超出了网络服务提供者提供网络服务所需要的权限范围,并不属于合理收集、利用用户个人信息的行为,但由于用户并不具有对等的议价能力,除非用户拒绝使用该APP应用,否则其必须接受该隐私政策条款。同时,完全由企业确定隐私政策的内容,也无法为企业制定隐私政策提供明确的参照标准,企业有时可能难以把握隐私政策合理与不合理的界限,这既不利于保护用户的个人信息,也可能会使企业经营面临一定的不确定性。因此,虽然美国在隐私与个人信息保护方

[36] 与此相对应,欧洲的个人信息保护模式被称为数据保护的模式(data protection model),其保护范围和强度显然高于美国法。William McGeeveran, *Friending the Privacy Regulators*, *Arizona Law Review*, Vol. 58, Issue 4, 959, 965 (2016).

[37] William McGeeveran, *Friending the Privacy Regulators*, *Arizona Law Review*, Vol. 58, Issue 4, 959, 979 (2016).

[38] 参见《App专项治理工作组:10款App存在无隐私政策等问题》, http://www.cqn.com.cn/pp/content/2019-07-11/content_7305807.htm,最近访问时间[2020-02-10]。

面十分重视企业自律,但也有学者主张,来自政府以外的组织、企业对个人隐私与个人信息的威胁也在与日俱增,有必要加强政府干预。^[39] 因此,隐私政策的内容不应完全交由企业自律,而应当对隐私政策的内容进行必要的控制。

整体而言,我国现行立法关于个人信息保护的规则主要是从基本民事权利的角度作出规定,此种粗线条的规则可能无法为特定场景下个人信息权利的保护确定具体规则。例如,在隐私政策中,企业在通过隐私政策取得收集、利用用户个人信息的授权时,此种取得用户授权的行为是否妥当,能否产生取得授权的效力等等,民事基本法无法提供具体的判断标准,相关立法有必要明确用户个人信息保护的最低标准。需要指出的是,美国联邦贸易委员会在执法过程中也扩张了其职权范围,在用户个人信息保护方面不再仅仅担任消极守门人的角色,而是通过灵活解释《联邦贸易委员会法》的相关条款、发展用户个人信息保护的具体规则以及对企业隐私政策的内容进行控制等方式,实现对用户个人信息的积极保护,此种经验值得借鉴。

(三) 注重个人信息权利侵害的合同法救济

我国立法在调整隐私政策时,应当注重发挥合同法在调整隐私政策中的作用,同时,由于我国合同法并没有采纳英美法的允诺理论,而采纳的是大陆法系的协议说,这也使得合同法在调整隐私政策方面能够发挥重要作用,具体而言:

一方面,通过合同法调整隐私政策,符合用户与网络服务提供者之间关系的本质特征。虽然网络服务涉及不特定多数用户利益的保护,而且与用户相比,网络服务提供者在经济能力、技术能力、订约能力等方面具有明显的优势,需要公权力机关的介入,以平衡双方当事人之间的关系。^[40] 但就单个用户与网络服务提供者之间基于网络服务协议、隐私政策而产生的法律关系而言,其主要是平等主体之间的私人事务,通过合同这一私法手段调整当事人之间的权利义务关系,更符合此种法律关系的特点。同时,依据我国法律规定,网络服务提供者收集、利用用户个人信息原则上需要取得用户同意,从实践来看,虽然当事人之间会订立网络服务协议,但该协议并不当然涉及用户个人信息收集、利用问题,其主要规定在隐私政策之中,因此,将隐私政策在某些情形下界定为网络服务提供者与用户之间的合同关系,使其成为用户授权的一种方式,与我国个人信息保护制度也更相契合。

另一方面,通过合同法调整隐私政策,在我国法律上并不存在制度障碍。如前所述,美国法否定隐私政策合同属性的重要原因在于,一方当事人所作出的允诺必须使对方当事人产生合理信赖,否则无法成立合同,而隐私政策的内容较为宽泛,用户很多情况下也不会阅读,难以对其产生合理信赖,因此无法成立合同。而在我国,只要当事人通过要约、承诺的方式就合同主要条款达成合意,就可以成立合同,合同的成立既不需要所谓的对价,也不需要一方的允诺必须使对方产生合理信赖,只要当事人就隐私政策的内容达成合

[39] Richard Warner, Surveillance and the Self: Privacy, Identity, and Technology, *DePaul Law Review*, Vol. 54, Issue 3, 847, 848 (2005).

[40] 参见彭玉勇:《论网络服务提供者的权利和义务》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第12期,第68页。

意,就可以在当事人之间成立合同关系。

当然,隐私政策在用户与网络服务提供者之间成立合同的前提,是用户已经同意隐私政策的内容,否则,即便用户已经阅读隐私政策,也不宜认定隐私政策在当事人之间成立合同关系。例如,有的网络服务提供者要求用户在阅读隐私政策后必须点击“我同意”“同意并继续”,否则无法获得网络服务;有的网络服务提供者则在网络服务协议中单列条款,将隐私政策纳入网络服务协议之中,并明确规定,用户对网络服务协议的同意,即视为对其隐私政策的接受。此时,应当视为在当事人之间成立合同关系。但如果网络服务提供者只是要求用户阅读隐私政策,用户在阅读隐私政策之后,也仅需要点击“我已阅读”或“我已了解隐私政策的内容”等,此种情形下,只是表明用户已经阅读并知晓了隐私政策的内容,但不能当然认定用户已经同意了隐私政策的内容,此时,不宜认定隐私政策在当事人之间成立合同关系。

(四) 注重对隐私政策进行长期、持续监管

在美国,企业违反隐私政策时,虽然少数纠纷也是通过诉讼方式解决的,但大多数隐私政策纠纷是通过联邦贸易委员会与企业达成和解协议的方式予以解决的,此类和解协议的履行期限通常较长,这也使得委员会可以对隐私政策进行长期、持续的监管,此种经验值得我国借鉴。

从我国实践来看,相关部门成立了 APP 专项治理工作组,对有关 APP 隐私政策以及收集、利用用户个人信息的情况进行评估,对一些 APP 缺乏隐私政策以及违规收集、利用用户个人信息的行为进行了通报,并要求有关网络服务提供者在 30 日内完成整改。^[41]通过成立专门工作组的方式对企业隐私政策进行调整,虽然有利于及时纠正企业违反隐私政策、侵害用户个人信息的行为,但此种方式也具有一定的缺陷:一方面,专门工作组的成立具有临时性,只能在特定期限内实施调查、监管行为,无法实现调整隐私政策的长效机制;另一方面,专门工作组所实施的整改措施期限也较短,与美国法上联邦贸易委员会与企业所达成的长期和解协议相比,限期整改措施只能在短期内发挥作用,显然无法实现对企业遵守隐私政策、保护用户个人信息进行长期、持续、动态的监管。因此,我国在调整隐私政策时,既应重视及时纠正违反隐私政策、侵害用户个人信息的行为,也应重视对隐私政策的长期、持续监管。

五 结 语

在互联网与数据时代,随着个人信息法律保护制度的不断完善,制定隐私政策已经成为网络服务提供者应对个人信息保护现实需求的重要方式之一。从美国法上调整隐私政策的实践历程来看,其主要将隐私政策界定为一种企业自律规则,侧重于通过行政手段对

[41] 参见“监管动态 工信部点名 30 款 APP:无隐私政策、违规收集个人信息”,http://www.sohu.com/a/327034874_99921185,最近访问时间[2019-09-05]。

市场交易中的欺诈交易行为与不公平交易行为进行规制,以“消费者保护模式”对用户个人信息提供保护,这与其个人信息保护观念存在直接关联,同时也与美国法本身的特色相关。就美国的法律体系而言,欺诈与反欺诈,是其整个法律体系的主要立足点,刑法、合同、消费者保护、证券等等,都是以反欺诈为主要问题出发点,这一点也似乎延续影响至网络时代的个人信息保护。

对于我国而言,个人对其个人信息所享有的权益已经得到《民法总则》这一民事基本法的确认和保护,因此对隐私政策的法律调整也应当以此为基础而展开。尤其是对比美国与欧盟,中国目前尚未形成明确的个人信息保护模式,同时,互联网时代受固有法或传统观念的影响也并不明显,这恰是一种机遇。因此,在参酌域外法律经验的基础上,中国对隐私政策调整,宜采用一种公、私法律手段相结合的方式。即,一方面注重通过行政手段对企业自律行为进行调整与规制,以弥补私法方式在调整隐私政策方面的不足;另一方面,也应当重视发挥私法(尤其是合同法),在调整隐私政策方面的作用,以弥补行政手段在调整隐私政策方面的不足,并充分发挥用户在隐私政策调整方面的作用。故此,全面审视世界各国在调整隐私政策方面的立法传统与实践经验,对下一步确立中国的相关规则大有裨益,极具启发性。

[本文为作者主持的2019年度司法部国家法治与法学理论研究项目“网络隐私政策的民法调整研究”(19SFB3031)的研究成果。]

[Abstract] Privacy policy is an important means to guarantee the lawfulness of internet service providers' collection and utilization of users' personal information. It is a tool of enterprise autonomy that is also directly related to the protection of users' personal information. In the US, personal information is mainly protected through the “consumer protection mode”, which emphasizes transactional safety and order and the prevention of fraud and unfair transaction by enterprises. As a result, privacy agreement is not recognized as contract under most circumstances. The European countries have mainly adopted the “data protection mode”, which emphasizes the control over personal data by data subjects and strict regulation. In comparison, the relevant Chinese legislations and practices show no clear mode-orientation. When adjusting privacy policies, China should respect the autonomy and self-discipline of enterprises while at the same time giving full play to the role of the contract law in the adjusting privacy policies, so as to strengthen the protection of privacy and ensure the long-term and sustained supervision over the privacy policies of enterprises.

(责任编辑:姚 佳)