

个人信息保护中的主观公权利

韩 思 阳^{*}

摘 要:个人信息保护应采用权利模式,引入行政法上的主观公权利。在个人信息保护中引入主观公权利有助于完善权利体系、保障公法救济、提升执法动力,复杂利益平衡将主要交由立法机关负责。信息主体作为相对人时,宪法基本权利条款和我国个人信息保护法部分条款可作为保护规范提供从程序法到实体法的保护。信息主体作为第三人时,辨识保护规范的重心从私人利益变为公共利益。既保护私人利益也保护公共利益的条文证成主观公权利,而仅保护私人利益的条文证成私权利。这样一来,既可明确公法介入与私法自治的边界,也可避免有关司法解释与《中华人民共和国个人信息保护法》第 66、67 条相结合可能导致的公法介入泛化问题。

关键词:个人信息保护 主观公权利 保护规范理论 公私法界限

一、问题的提出

《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个保法》)出台后,相关研究已从立法建构转向解释应用。^① 其中有关个人信息保护法律关系的解释尤其值得关注。《个保法》是领域法,^② 横跨各个法律部门,涉及的法律关系极为复杂。^③ 有关个人信息的宪法保护、民法保护、行政法保护、刑法保护之间的关系问题,从《个保法》制定之初就争议不断,时至今日更呈愈演愈烈之势。合作的前提是分工,《个保法》如果要真正实现其立法目的,那么建立完整的法律体系并清楚界定其中不同性质的法律关系,就势在必行。这当中最关键的就是区分私法关系与公法关系。尽管公私法交叉融合已成为普遍现象,但公私法的区分仍是法律关系分析的起点,也是不同法律部门

^{*} 上海师范大学法政学院副教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(20BFX054)

① 参见蒋红珍:《〈个人信息保护法〉中的行政监管》,《中国法律评论》2021 年第 5 期。

② 参见王利明:《和而不同:隐私权与个人信息的规则界分和适用》,《法学评论》2021 年第 2 期。

③ 笔者在本文中主要讨论存在“持续不平等信息关系”的个人信息,规范对象是“具有专业性或商业性收集能力的主体”持续大规模处理个人信息的行为,这种个人信息兼具个体性与公共性,需要做专门的分析。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。

分工协作的基础。^①个人在行政法上不仅是行政行为的对象,而且是权利主体,这种权利就是请求国家履行义务的主观公权利。运用主观公权利解释《个保法》中的行政法律关系,既可更好地解决公法如何保护个人信息的问题,又可为《个保法》中的公私法保护划出清晰界限。引入主观公权利可窥见现有视角不曾关注的重要领域,补强个人信息权利短板,进而建构起完整的个人信息权利体系。主观公权利在传统行政法中与原告资格纠缠不休,毁誉参半,但在个人信息保护中可能焕发生机,发挥其独特的作用。

在个人信息保护领域讨论主观公权利的前提是该领域应采用权利模式,此处的权利模式是宏观意义上的,超越公私法进入法理学层面。在论证权利模式成立后,进而可讨论引入主观公权利,从而完善个人信息保护的权益体系。个人信息保护领域的利益平衡判断极为复杂,引入主观公权利的作用不仅在于明确原告资格,而且在于强调立法机关所不可替代的职责。《个保法》是领域法,公私法混杂导致公法侵入私域的风险加大,对此主观公权利可以提供一个区分框架。明确作用与意义后,关键问题就是如何判断个人信息保护中的主观公权利。宪法层面的主观公权利立足于基本权利的主观权利性质,具有普遍性。行政法层面的主观公权利立足于保护规范,但在判断方法上与传统保护规范有重要的区别。

二、个人信息保护应采用权利模式

若要讨论个人信息保护中的主观公权利,则前提是个人信息保护采用或应采用权利模式。《中华人民共和国民法典》第 1034 条与《个保法》第 1 条分别使用“个人信息受法律保护”和“个人信息权益”的表述,无法清楚解释立法究竟是采用权利模式^②还是采用非权利模式。^③概括起来,反对采用权利模式的理由包括 3 个方面:一是权利性质方面。有学者认为,如果将个人信息权益界定为权利或信息自决权,那么权利本身将具有绝对性,而实际上信息主体享有的不应是权利,而只是受法律保护的利益。^④二是权利内容方面。有学者认为,如果抽象赋予个体以个人信息权,那么权利内容将会泛化,而这会妨碍个人信息的流通利用。与其采用权利模式,不如采用行为模式,即应以规范个人信息处理行为为重心,^⑤从而针对不同的个人信息处理行为实施不同的规制措施。^⑥三是公私差异方面。有学者认为,个人信息保护存在“权利保护”与“权力保护”两种模式,个人信息侵权民事救济存在缺陷,而行政监管恰可弥补这一缺陷,由此质疑个人信息保护中的权利模式,推崇权力模式。^⑦以上 3 种反对理由并非在同一层面讨论,但都值得商榷。

(一)对有关质疑的回应

1. 人格权或信息自决权可以有边界

任何权利都可以也应当受到一定的限制,人格权也是如此。不管将个人信息权益界定为何

① 参见张勇:《敏感个人信息的公私法一体化保护》,《东方法学》2022 年第 1 期。

② 参见王利明:《论个人信息删除权》,《东方法学》2022 年第 1 期。

③ 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》2021 年第 8 期。

④ 参见程啸:《民法典编纂视野下的个人信息保护》,《中国法学》2019 年第 4 期。

⑤ 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。

⑥ 参见梅夏英:《在分享和控制之间:数据保护的私法局限和公共秩序构建》,《中外法学》2019 年第 4 期。

⑦ 参见王锡铤:《个人信息国家保护义务及展开》,《中国法学》2021 年第 1 期。

种权利,都可对其进行一定的限制。^① 个人信息权利化与信息自由流动并不矛盾,权利化本身就是在个人信息保护与信息自由流动之间确立边界。^② 即使在个人信息保护中对人格权进行限制可能破坏人格权制度体系,^③否定的也只是将个人信息权益界定为人格权,而非否定整个权利模式。信息自决权是由人格权推导得出的,其确实先天带有一定的支配性和排他性,但德国联邦宪法法院在提出信息自决权时已意识到该问题,强调该权利并非没有边界,基于公共利益的考虑,个人在行使该权利时应当受到一定的限制。^④

2.行为模式是具体化的权利模式

权利模式与行为模式并无本质的区别。抽象的个人信息权可保证权利内容的“生产性”和“动态性”,即起到随着时代发展而与时俱进更新权利内容的作用,且权利模式并不必然具有绝对性与排他性,应受必要合理的限制。^⑤ 所谓针对具体的信息处理行为进行规范的方式其实就是具体化的权利模式,如《欧盟统一数据保护条例》针对信息处理行为的规范实质上已演绎为“权利法”。^⑥ 因此,立法既可以抽象界定个人信息权,同时具体规定行使权利时的限制条件,也可以直接确立具体的个人信息行为规范。

3.权利模式与权力模式可并行不悖

公权力对应着公法权利,权力模式与公法权利是一体两面的关系,因此基于公私差异质疑权利模式的本质是质疑私权利模式或私法模式,并未否定权利模式。^⑦ 诚然,出于信息主体与信息处理者之间实力地位不对等、大数据时代个人信息侵权难以获得有效救济等原因,个人信息保护的私权利模式存在漏洞,需要公法介入予以弥补,但是这并不意味着应当取消个人信息私法权利,或者由公法完全接管个人信息保护,“权力保护”不应排斥“权利保护”,二者可并行不悖。质疑个人信息权并主张个人信息受保护权的本意并非彻底否定私权利,而是担忧私法赋权后可能带来的问题,如权利绝对化阻碍信息流通的问题。但是,首先,私权利未必意味着权利的绝对化,权利可以也应当受到合理限制;其次,私法赋权的弊端是可能阻碍信息的流通,而公法保护的优势则在于应对信息主体与信息处理者间的“非对称权力结构”,^⑧二者并非同一层面的法律机制,并不完全对应;最后,个人信息保护是全新的领域,其权利内涵处于形成发展中,相比“个人信息权”而言,采用“个人信息受保护权”或“个人信息处理权”有助于强调权利的有限性。^⑨ 未来若各界对权利限制达成共识,则名称上的区分就不再重要。

(二)积极层面的理由

① 参见王海洋、郭春镇:《公开的个人信息的确立与处理规则》,《苏州大学学报》(法学版)2021年第4期。

② 参见王成:《个人信息民法保护的模式选择》,《中国社会科学》2019年第6期。

③ 参见王锡锌:《个人信息权益的三层构造及保护机制》,《现代法学》2021年第5期。

④ 参见赵宏:《〈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。

⑤ 参见朱振:《捍卫权利模式——个人信息保护中的公共性与权利》,《环球法律评论》2022年第1期。

⑥ 参见高富平:《论个人信息处理中的个人权益保护》,《学术月刊》2021年第2期。

⑦ 参见周汉华:《个人信息保护的法律定位》,《法商研究》2020年第3期;王锡锌、彭箴:《个人信息保护法律体系的宪法基础》,《清华法学》2021年第3期。

⑧ 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。

⑨ 参见王锡锌、彭箴:《个人信息保护法律体系的宪法基础》,《清华法学》2021年第3期;孔祥稳:《论个人信息保护的行政规制路径》,《行政法学研究》2022年第1期。

以上是从消极层面质疑权利模式否定论,在积极层面上个人信息保护采用权利模式至少有以下几点理由。

1.采用权利模式是法律体系自洽的需要

如果采用权利模式,那么个人信息保护可以更好地嵌入现有的民法、宪法和行政法体系之中。德国民法上的权利原本只是保护利益的工具,^①但在司法实务中,对于那些受法律保护的利益,如果受保护程度低于对权利的保护程度,那么法官会不断地以“打补丁”的方式加以校正,最终使利益受到的保护与权利无本质的区别。^②在宪法上公民基本权利对应的是国家义务,但宪法层面通常不区分权利与利益,二者无本质的差别。^③行政法领域比较特殊。主观公权利与反射利益是源自德国法的一组对应概念,如果不使用前者,那么使用后者也无意义。近年来,保护规范理论对我国公法学界的影响颇深,是否采用主观公权利概念尚存争议,但反射利益概念已被广泛使用,将利害关系与反射利益组合起来解释原告资格的现象屡见不鲜。^④如果个人信息不能权利化,那么落实到行政法上极有可能导致个人信息反射利益化,从而可能阻碍信息主体通过行政诉讼寻求救济。

2.采用权利模式是具体利益平衡的需要

如前所述,德国民法上的权利与利益正在趋同,但即使在我国的语境中二者确有差别,^⑤也不能否定个人信息权利化的意义。个人信息权利化既赋予信息主体权利,也赋予信息处理者(国家除外)权利,由此权利成为不同利益在具体情形中相互沟通比较的平台。权利化既保护信息主体,也保护信息处理者,进而平衡与个人信息相关的各种公共利益。如果直接将《个保法》中某项权利降格为利益,那么权利利益已分,保护先后已明,具体的利益平衡就很难进行。立法者认为,如果赋予信息主体以个人信息权利,那么在此项权利内涵不清的情况下,信息主体在行使权利时可能会阻碍信息的充分利用。^⑥真正的问题是该项权利“内涵不清”,而非“权利化”,即使将该权利全部转换成利益,在内涵不清的情况下也会出现类似的问题。

三、个人信息保护应引入主观公权利

在认可权利模式的学者中,民法学者一般认为个人信息权益属于私法权利。^⑦在认为其属于公法权利的学者中,多数讨论的是宪法基本权利,^⑧也有学者讨论刑法上的权利。^⑨对于行政

① 参见方新军:《侵权责任利益保护的解释论》,法律出版社2021年版,第88页。

② 参见朱虎:《规制法与侵权法》,中国人民大学出版社2018年版,第62~74页。

③ 参见张翔:《个人信息权的宪法(学)证成——基于对区分保护论和支配权论的反思》,《环球法律评论》2022年第1期。

④ 参见沈岍:《行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度》,《中外法学》2004年第2期。

⑤ 参见于飞:《侵权法中权利与利益的区分方法》,《法学研究》2011年第4期。

⑥ 参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2020年特刊。

⑦ 参见王利明:《论个人信息删除权》,《东方法学》2022年第1期。

⑧ 参见王锡锌:《国家保护视野中的个人信息权利束》,《中国社会科学》2021年第11期。

⑨ 参见欧阳本祺:《侵犯公民个人信息罪的法益重构:从私法权利回归公法权利》,《比较法研究》2021年第3期。

法上的主观公权利,尚缺乏关注。应将主观公权利引入个人信息保护,主要是基于以下4个理由。

(一)完善个人信息保护的权益体系

权利话语是法学通用话语,是连接各个部门法的纽带。民法历史悠久,权利理论实践完备,创设个人信息民事权利存在先天的优势。但仅赋予信息主体民事权利是不够的,信息主体与信息处理者之间存在严重的地位不平等,信息主体在民事权利受损后很难通过民事诉讼维权。^①因此,民法学者也承认,个人信息保护需同时发挥私法与公法的功能,国家规制的介入十分必要。^②这样,公法权利在个人信息保护中出现了。但目前所讨论的公法权利主要是宪法层面的公民基本权利,^③基于我国宪法与司法的关系以及基本权利的基础性,宪法层面的权利很难落实到具体的个人信息保护实践中。目前,行政法学者所讨论的公法保护主要是从国家义务的立场出发,阐述行政主体分别作为信息处理者和监管者所应承担的消极不干预义务和积极保障责任,^④缺少站在公民立场上将信息主体作为权利主体的公法权利分析。这可能会造成个人信息保护权利话语的断层,不利于形成公私法兼备,宪法、民法、行政法相互连接的权益体系。

我国现有的关于主观公权利的讨论主要集中于程序法上的原告资格领域,主观公权利的实体法内涵未得到充分重视和揭示。在实体法上,主观公权利的首要价值在于承认公民在国家中的公法地位。在德国行政法发展的早期,“公权否定说”一度占据主流地位,认为公法面向的是公民全体、公共秩序和公共利益,不承认公民个体在公法中的地位和权利。^⑤对此德国公法学者耶利内克首创“地位理论”,认为公民与国家间存在法律关系,公民在公法中享有法律地位,进而推导出主观公权利。^⑥主观公权利不仅将公法所保护的主体从公共利益扩展至私人利益,而且在公民与国家间建立起以请求权为基础的法律关系。^⑦只有承认公民的公法地位并赋予其权利,公法学才能实现逻辑自治,行政法学才能成为法学。^⑧主观公权利提出后,权利话语“同样成为整序公法的结构单元,公法得以如私法一般被理解为一套公民权利/请求权体系”。^⑨以实体法上的主观公权利为基础,在德国行政诉讼中原告资格制度也得以确立,由此德国公法如同私法一样实现了实体权利与程序权利的相互匹配。^⑩

主观公权利的发展不仅仅停留于理论,而是有其坚实的实证法基础。主观公权利的核心是,在保护公共利益的同时也保护私人利益,其本质在于“个人在法律中的基本位置,以及对于这些

① 参见孔祥稳:《论个人信息保护的行政规制路径》,《行政法学研究》2022年第1期。

② 参见程啸:《我国〈民法典〉个人信息保护制度的创新与发展》,《财经法学》2020年第4期。

③ 参见王锡锌、彭鑫:《个人信息保护法律体系的宪法基础》,《清华法学》2021年第3期。

④ 参见赵宏:《〈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。

⑤ 参见[日]小早川光郎:《行政诉讼的构造分析》,王天华译,中国政法大学出版社2014年版,第14页。

⑥ 参见[德]格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第40~41页。

⑦ 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第153页。

⑧ 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000年)89頁参照。

⑨ 赵宏:《主观公权利的历史嬗变与当代价值》,《中外法学》2019年第3期。

⑩ 参见赵宏:《主观公权利、行政诉权与保护规范理论——基于实体法的思考》,《行政法学研究》2020年第2期。

法律地位的实证法把握”。^① 保护规范为主观公权利提供了实证法基础,主观公权利概念的作用是为提供解释框架。

在我国个人信息保护法律制度中,多个部门法混杂既为部门法相互对话创造了空间,也给区分部门法律关系提出挑战。对话与区分的前提是存在统一的话语体系。运用主观公权利解释信息主体的地位,有助于形成统一的以宪法个人信息基本权利为统摄、以民法个人信息私权利与行政法个人信息主观公权利为“两翼”的个人信息权利体系。

(二)保障个人信息保护的公法救济

虽然主观公权利在实体法上具有重大的价值,但是其在创生之初就与行政诉讼、特别是原告资格紧密联系,因此德国行政法学者毛雷尔才强调,“主观公权利的实践意义在于司法救济”。^② 我国原告资格一直使用“利害关系”概念,由于其内涵高度不确定,因此在实践中其适用依赖于个案分析。^③ 而在个案分析中无论是“直接联系论”还是“实际影响论”,都未能形成确定的内涵,导致原告资格经常出现争议。^④ 主观公权利理论有助于弥补以上不足。该理论将原告资格与主观公权利连接,如此将程序法问题转换为实体法问题后,使实体法层面的主观公权利识别为程序法层面的原告资格判定提供了清晰标准,进而使司法可预期性大幅提升。^⑤

主观公权利不仅在实体法上存在,而且在程序法上也可作为裁判工具。以“刘广明案”^⑥“联立公司案”^⑦为代表的一系列案件说明,司法实践对于原告资格的判定有着稳定化、清晰化的强烈需求,也说明该理论与我国现行行政诉讼制度相容。相容的原因一方面在于人民法院在总体上仍遵循利害关系框架,将主观公权利“作为一个判断利害关系的诸多标准之一”;^⑧另一方面,在于主观公权利的识别过程就是保护规范的解释过程,而这与依法裁判的司法内在需求不谋而合。^⑨

现代行政给公民权利带来高度弥散化的影响,行政行为一旦作出往往会对不特定的个体带来人身、财产、精神等方面的多重影响。“结果,以‘自由与财产’一词为象征的先行于行政秩序规范的个人的法地位,最终是一个‘没有轮廓’的概念。这种‘无轮廓性’在社会关系和行政的作用形式已经复杂多样化的今天,更会因为单纯的附随性不利的大量出现而无限扩散。”^⑩ 个人信息保护领域尤其如此,所涉及的法律关系极为复杂,要面对的利益平衡非常棘手,受潜在影响的主体规模难以预估。一旦产生公法争议,原告资格的判定难度可能进一步增大,现有行政诉讼制度

① [德]格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社 2012 年版,第 118 页。

② [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 153 页。

③ 参见童卫东:《行政诉讼法修改的几个具体问题》,《中国法律评论》2014 年第 4 期。

④ 参见章剑生:《行政诉讼原告资格中“利害关系”的判断结构》,《中国法学》2019 年第 4 期。

⑤ 参见赵宏:《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》,《法学家》2019 年第 2 期。

⑥ 参见最高人民法院(2017)最高法行申 169 号行政裁定书。

⑦ 参见最高人民法院(2019)最高法行申 293 号行政裁定书。

⑧ 参见耿宝建:《主观公权利与原告主体资格——保护规范理论的中国式表述与运用》,《行政法学研究》2020 年第 2 期。

⑨ 参见王天华:《主观公权利的观念与保护规范理论的构造》,《政法论坛》2020 年第 1 期。

⑩ [日]小早川光郎:《行政诉讼的构造分析》,王天华译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 112 页。

在原告资格上的缺陷将被无限放大,^①人民法院在处理复杂的个人信息行政诉讼原告资格问题时,可能会出现混乱的局面。应对这一挑战的方法之一,就是充分发挥主观公权利的优势,通过保护规范明确信息主体的公法权利,进而明确其原告资格,保障个人信息保护的公法救济。

(三)提升个人信息保护的执法动力

保障个人信息保护的公法救济,还有助于提升行政执法的动力。个人信息保护具有特殊性,私法救济往往不能充分发挥作用,公法救济具有独特优势,主要体现为调查取证、强制执行、批量救济等方面。^②但公法救济也有其劣势,主要体现为缺乏私法救济通过诉讼带来的自下而上的动力、行政主体怠于执法或运动式执法等问题。^③在最高人民检察院发布的11个有关个人信息公益诉讼典型案例中,有5个是针对行政主体不履行保护个人信息法定职责提起的行政公益诉讼。最高人民检察院表示这主要是针对部分行政主体监管缺位问题进行监督。^④由于案例数量较少,检察机关通过公益诉讼所能发挥的监督作用有限。如果行政执法缺乏动力,那么再好的监管制度也可能落空。对此,除了设置《个保法》第68条这样的专门条款去监督监管者,还须充分发挥信息主体在公法救济中的主动性,“积极彰显个人的角色与作用,在立法中赋予个人在个人信息处理活动中的权利,从而在公共监管的规制网络中形成国家保护与个人参与的协力”。^⑤具体而言,就是赋予信息主体请求行政主体给予保护的主观公权利,落实到行政诉讼上就是赋予信息主体针对行政主体监管不作为的起诉资格,以督促行政主体积极履行职责,从而实现公私法合力的治理目标。

(四)复杂利益的平衡应主要由立法机关负责

主观公权利具有的完善权利体系、保障公法救济、提升执法动力功能,在现有利害关系框架下也可部分实现。相比利害关系,主观公权利最重要的功能是将复杂利益的平衡主要交由立法机关负责。从表面看,利害关系判断随意,主观公权利内涵清晰;从深层看,利害关系判断通过法律解释得出,决定权主要在司法机关,而主观公权利的辨别虽然也存在法律解释过程,但是在根本上立足于实体法,决定权主要掌握在立法机关手中。在新保护规范理论的代表人物、德国行政法学者阿斯曼看来,传统行政面对行政主体与相对人之间的双边关系,主要涉及公共利益与私人利益的平衡,而“分配行政”处理的是行政主体、相对人与第三人等之间的三边甚至多边关系,行政主体须在公益与私益间以及不同的私益间进行权衡。^⑥因此,在分配行政下,“要给予何种私益以特别保护,又须对何种私益施以必要限制,攸关社会资源的分配和基本权利冲突的调和,属于一项具有高度价值判断的命题。而将价值判断问题交由具有民主正当性的立法者处理,又是

① 参见耿宝建:《主观公权利与原告主体资格——保护规范理论的中国式表述与运用》,《行政法学研究》2020年第2期。

② 参见吴伟光:《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》,《中国法学》2021年第6期。

③ 参见周汉华:《平行还是交叉:个人信息保护与隐私权的关系》,《中外法学》2021年第5期。

④ 参见《最高检发布检察机关个人信息保护公益诉讼典型案例》, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202104/t20210422_516357.shtml#1, 2023-01-25。

⑤ 王锡锌:《个人信息权益的三层构造及保护机制》,《现代法学》2021年第5期。

⑥ 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000年)246—248頁参照。

宪法分配秩序下‘功能最适原则’的具体要求”。^① 由宪法基本权利的客观法性质所衍生出的国家保护义务主要针对立法机关,也是基于这个原因。法官也承认,司法机关应在原告资格问题上持保守态度,而将判断权交还给立法机关。^②

个人信息保护是典型的三边甚至多边关系,国家面对的不仅是公益与私益的关系,而且还要处理平台与个人间的私益关系。为此有很多学者提出借鉴美国学者海伦·尼森鲍姆的场景理论:个人信息赋权应具体问题具体分析。^③ 但问题的关键在于由谁来分析。如果主要由司法机关负责,那么“由于各方对于场景及制度意图的理解不同而引致纠纷,因此使行为规范的确立从立法后移至执法、司法环节,产生不合理的司法负担”。^④ 结果既缺乏可预期性,也缺乏民主正当性,且违反“功能最适原则”。如果引入主观公权利理论,由立法机关针对具体的个人信息保护问题制定具体的保护规范进行利益平衡,那么相关问题可得到更好的解决。现有关于主观公权利的讨论主要集中在法律解释而非立法层面,一部分原因在于传统行政的法律体系已基本完成,缺少立法空间,因此只能从解释层面寻找保护规范;另一部分原因在于,立法者缺乏分配行政下的主观公权利意识,未履行其应尽的利益衡量职责。个人信息保护制度属于新生制度且仍在飞速发展,《个保法》刚刚出台,着力点在短期内只能放在法律解释层面,但相关单行立法尚不完备,《个保法》之后须制定大量的具体监管规范,^⑤对此主观公权利大有可为。立法过程中的利益博弈与平衡当然非常艰难,从短期来看,由司法机关进行个案判断仍有可行性。但从长远来看,如果立法机关一直不积极履行该职责,那么可能带来更多的问题。保护规范理论不仅是确立原告资格或主观公权利的理论,而且对立法权的行使也具有指导意义。立法者应有意识地将利益平衡判断以保护规范形式清晰地呈现于立法中,从而尽量避免相关问题被委诸“凌乱的司法判断”。^⑥

总之,公法学者已提出个人信息保护中的公法权利概念,但主要聚焦于宪法层面,侧重发挥宪法对部门法的辐射作用,与具体权利救济存在距离。在行政法层面引入主观公权利有助于打通宪法、民法与行政法,用统一的权利话语解释个人信息保护。当然,这不意味着公私法权利可以通约或互换,恰恰相反,引入主观公权利并明确其判断方法有助于区分公私法律关系,这点在《个保法》这种公私混同的领域法中尤为重要。

在德国行政法上,公民在分别作为行政行为的相对人和第三人时,其主观公权利的判断方法不同。相对人的主观公权利立足于宪法基本权利条款,应当普遍获得承认;而第三人的主观公权利立足于保护规范,须判断公法规范中是否有保护私人利益的内涵。在个人信息保护领域,行政主体既可能是信息处理者,也可能是监管者;相应的,信息主体既可能是相对人,也可能是第三

① 陈柏霖:《论行政诉讼中之“公法上权利”——从德国法与欧盟法影响下观察》,台湾地区元照出版有限公司2014年版,第152页。

② 参见耿宝建:《主观公权利与原告主体资格——保护规范理论的中国式表述与运用》,《行政法学研究》2020年第2期。

③ See Helen Nissenbaum, Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life, Stanford University Press, 2009, p.140—160.

④ 杨贝:《个人信息保护进路的伦理审视》,《法商研究》2021年第6期。

⑤ 参见蒋红珍:《〈个人信息保护法〉中的行政监管》,《中国法律评论》2021年第5期。

⑥ 参见[日]小早川光郎:《行政诉讼的构造分析》,王天华译,中国政法大学出版社2014年版,第295页。

人。由此,需要进一步讨论:信息主体在分别为相对人和第三人时,主观公权利的依据何在?保护规范如何识别?个人信息保护中的保护规范判断与传统判断方法有何不同?

四、信息主体作为行政相对人的主观公权利

在行政主体是信息处理者的情况下,宪法和保护规范都应作为主观公权利的依据,在本质上宪法也是一种特殊保护规范,^①因此,信息主体作为相对人应当享有主观公权利。

(一)宪法基本权利条款作为保护规范

耶利内克创建主观公权利理论时,认为权利来源于自然法。^②从德国学者布勒开始,权利来源被落到实定法上,即依据保护规范判定。^③这个时期,主观公权利主要被用来排除国家对公民个人生活的介入和对个人自由的违法干预,体现在诉讼上就是撤销干预行政的公法请求权。^④此后,《德国基本法》中基本权利条款所具有的主观权利性质被普遍认可:“在基本权利中,单个国家公民拥有符合宪法的主张权,他要求国家在特定的关系中把他当作自由的个体而不是肢体来对待,基本权利也是实在权利”。^⑤其所对应的正是撤销干预行政的公法请求权,由此撤销诉讼请求权不再需要以保护规范为依据,而可直接诉诸基本权利条款,即“基本权条款本身就是保护规范”。^⑥但行政行为的效果可能高度扩散,从而影响不特定个体的利益,如果一概承认撤销诉讼的公权利基础,那么必然导致撤销诉讼的泛化。“为弥补一般自由权保护的无轮廓,公法教义又在干预或曰侵害概念之上粘合了‘目的性’,即如果公权作用是对个人自由的干预,这种干预又明确以对某人利益的剥夺或限制为目的,此时断定个人的法地位受到侵害就没有任何问题。‘一般自由权+干预目的性’的判定公式最终导出了行政诉讼中相对人理论。”^⑦因此,在干预行政或撤销诉讼中自动享有主观公权利,无须诉诸保护规范的主体就被限制在相对人范围,^⑧保护规范的适用重心也转移至第三人领域。

在我国,宪法层面是否承认基本权利的主观权利性质以及如何落到实处尚可讨论,但从基本权利的内容来看,宪法确实为个人信息基本权利提供了相对周延的保护。《个保法》第1条明确规定“根据宪法”,立法机关在《个保法》草案审议报告中将其具体阐释为根据宪法的人权条款、人格尊严条款和通信自由秘密条款。有学者认为,个人信息基本权利依据主要是我国宪法规定的

^① 在政府信息公开、政府公共数据开放以及政府处理其他信息处理者所掌握的个人信息时,信息主体可能成为第三人。

^② 参见[德]格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第10页。

^③ 参见赵宏:《主观公权利、行政诉权与保护规范理论——基于实体法的思考》,《行政法学研究》2020年第2期。

^④ 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第52页。

^⑤ [德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史:国家法学说和行政学(1800—1914)》,雷勇译,法律出版社2007年版,第500页。

^⑥ 参见赵宏:《主观公权利、行政诉权与保护规范理论——基于实体法的思考》,《行政法学研究》2020年第2期。

^⑦ 赵宏:《主观公权利、行政诉权与保护规范理论——基于实体法的思考》,《行政法学研究》2020年第2期。

^⑧ 由于给付行政涉及社会资源的公平分配,因此其相对人的主观公权利仍要基于保护规范。

人格尊严条款。^①也有学者认为,人权条款过于抽象,应根据个人信息的具体类型来判断,个人通信信息根据通信自由秘密条款进行保护,其他个人信息根据人格尊严条款进行保护。^②不仅如此,在具体的个人信息处理场景中,其他宪法基本权利条款也可能被作为依据,包括财产权、平等权、隐私权等。除宪法外,涉及个人信息的单行法中有很多保护规范,可看作赋予了作为相对人的信息主体以主观公权利。^③

(二)《个保法》作为保护规范

问题在于,在当下宪法司法化未被普遍认可的情况下,从宪法基本权利推导出主观公权利存在障碍。虽然在单行法中存在保护规范,但是仍然达不到周延保护相对人的水平。《个保法》在一定程度上解决了这个问题,可作为宪法基本权利条款的补充和替代。该法第 2 条不是保护规范,所谓“个人信息权益”需通过具体条文确定,本条文只具有总则意义。该法第 2 章第 3 节属于一般公法规范,当中并无保护特定个体利益的内容,也不是保护规范。保护规范主要来自该法第 2 章中的第 1、2 节以及第 4 章和第 5 章。具体而言,该法第 2 章第 1、2 节以及第 5 章主要赋予信息主体以撤销请求权,而第 4 章主要赋予信息主体以给付请求权。由于《个保法》第 73 条的“个人信息处理者”包括行政主体,因此该法针对个人信息处理者的所有条款在逻辑上都可适用于行政主体,也都可能成为保护规范。这种处理方式的不足在于,具体条文实际上是区分行政主体与其他信息处理者的,^④而在表述上又混为一谈。这就导致在实际适用中需要先区分针对行政主体的公法规范与针对其他信息处理者的私法规范,只有前者才可能成为保护规范。

在我国行政诉讼法上,相对人具有原告资格并无争议,信息主体作为相对人也是如此。但主观公权利的意义不仅在于起诉阶段确认原告资格,而且还在于审理阶段为实体判断提供基础。在“刘广明案”^⑤中,人民法院指出:“如果原告诉请保护的权益,并不是行政机关作出行政行为时需要考虑和保护的法律上的权益,即使法院认可其原告主体资格,但在对行政行为合法性进行实体审查时,仍然不会将行政机关未考虑原告诉请保护权益之情形,作为认定行政行为违法的标准”。以《个保法》第 46 条为例,如果没有这一条文,那么信息主体也可向行政主体申请,在行政主体拒绝后也有权起诉,但人民法院在实体审理中可能不会支持信息主体的诉讼请求。

五、信息主体作为第三人的主观公权利

如果信息处理者不是行政主体,那么行政主体就负有监管职责,信息主体则是监管法律关系

① 参见王锡锌、彭鑫:《个人信息保护法律体系的宪法基础》,《清华法学》2021 年第 3 期。

② 参见张翔:《个人信息权的宪法(学)证成——基于对区分保护论和支配权论的反思》,《环球法律评论》2022 年第 1 期。

③ 例如,《中华人民共和国出口管制法》第 29 条第 3 款规定:“有关国家机关及其工作人员对调查中知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私和个人信息依法负有保密义务”。《中华人民共和国契税法》第 13 条第 2 款规定:“税务机关及其工作人员对税收征收管理过程中知悉的纳税人的个人信息,应当依法予以保密,不得泄露或者非法向他人提供。”

④ 以同意规则为例,《欧盟统一数据保护条例》(EU General Data Protection Regulation)原则上不承认行政主体可依据信息主体的同意处理个人信息,其理由是行政主体与信息主体之间存在天然的不平等关系。

⑤ 参见最高人民法院(2017)最高法行申 169 号行政裁定书。

的第三人。作为第三人的信息主体,其主观公权利取决于保护规范,但《个保法》中保护规范的判断方法具有独特性,即不是判断公法规范中是否有保护私人利益的内涵,而是判断《个保法》保护个人信息的规范中是否有公共利益的内涵。

(一)从私人利益到公共利益

自行政相对人理论提出后,主观公权利讨论的重心就转移到第三人领域。判断第三人是否享有主观公权利的关键在于,是否存在保护规范。从布勒开始,保护规范被界定为保护私人利益的公法规范,或者既保护公共利益也保护私人利益的法律规范,^①其中默认的前提是只要包含保护公共利益的内容就属公法规范,公法规范也必然包含保护公共利益的内容。因为公法规范通常较易辨认,所以保护公共利益的内容往往争议不大,辨识保护规范的关键就在于考察该规范是否也保护私人利益。从布勒到巴霍夫再到阿斯曼,从主观解释方法到客观解释方法,关注点始终聚焦于私人利益的判定。^②按照这一模式,可以找到个人信息保护的某些保护规范。例如,《中华人民共和国政府信息公开条例》第15条和《中华人民共和国电子商务法》第25条均系针对行政主体的公法规范,服务于公共利益,但其中也有保护信息主体权利的内容,因此是典型的保护规范。但以上条文中的行政主体皆是信息处理者,当行政主体作为监管者出现时,保护规范并不容易判断。例如,《中华人民共和国网络安全法》第50条的规定无疑属公法规范,但其是否也有保护私人利益的内容难以遽下定论,有待经过复杂的法律解释论证。

当行政主体作为监管者时,《个保法》保护个人信息的总体定位使得许多条文都有私人利益指向,但由于该法具有领域法特点,公私法混杂,因此其很多条文无法判断究竟是属于公法规范还是属于私法规范。如果条文有私人利益指向,但属于私法规范,那么就不是保护规范,不属于公法关系,行政主体不应介入;如果条文有私人利益指向,同时又是公法规范,那么就是保护规范,信息主体除主张私法权利外,还享有请求行政主体保护的主观公权利。因此,问题的关键就归结为判断条文的规范性质,即判断条文是否包含保护公共利益的内容。比如,《个保法》第45条第3款的规定私人利益指向明显,但是否属公法规范尚值得讨论。如果该条文目的仅是调整信息主体与信息处理者间的私法关系,那么信息主体诉诸私法救济即可,行政主体无权介入;如果该条文目的中还包含保护公共利益的内容(如数据反垄断),^③那么除了私法救济,信息主体还有权请求行政主体介入,该条文也可作为行政主体介入的行为法依据。^④因此,在《个保法》中寻找保护规范的关键就变成在具有明显私益指向的条文中锁定公益,辨识主观公权利的重点也就从传统的私人利益解释转为公共利益解释。

(二)个人信息保护中的公共利益

个人信息保护所涉及的利益除较明显的信息主体私人利益、信息处理者私人利益外,学界讨论较多的是信息处理蕴含的公共利益。其主要包括4个方面:一是个人信息处于公共领域,二是个人信息属于公共物品,三是个人信息流通具有经济价值,四是个人信息开放具有社会价值。^⑤

① 参见赵宏:《主观公权利的历史嬗变与当代价值》,《中外法学》2019年第3期。

② 参见赵宏:《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》,《法学家》2019年第2期。

③ 参见王锡铤:《个人信息可携权与数据治理的分配正义》,《环球法律评论》2021年第6期。

④ 根据《中华人民共和国行政处罚法》第28条第1款的规定,在没有其他行为法依据的情况下,行政主体至少可责令当事人改正或限期改正违法行为。

⑤ 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。

也可概括为认证功能、连接功能和声誉功能。^① 这些信息处理的公共利益都是与信息处理者私人利益相一致的,但并非保护规范所指向的公共利益。主观公权利赋予信息主体以请求行政主体依据保护规范作出行政行为的权利,意味着信息主体的私人利益与保护规范的公共利益应是一致的。

与信息主体私人利益相一致的公共利益至少有 4 种表现:一是国家数据安全,如《个保法》规定的个人信息跨境流动制度。^② 二是数据反垄断。如《个保法》规定的个人信息可携带权,该权利直接影响平台间的数据竞争,对整个互联网产业发展影响巨大。^③ 三是公众自由决策。大数据级别的个人信息收集与人工智能结合可能侵蚀个人决策基础,进而影响社会结构。^④ 四是与隐私信息相连的公共利益。个人隐私不仅影响个体利益,当侵犯隐私的行为达到一定规模和程度时,整个社会秩序都会受到冲击。^⑤ 以上公共利益都值得保护,但是否成为特定国家、特定法律制度所保护的公共利益需具体分析。^⑥ 立法者需根据国情在信息主体私人利益、信息处理者私人利益、信息保护的公共利益以及信息处理的公共利益这四种利益之间进行权衡。

从我国个人信息保护的实际情况来看,容易被认可的是前三种公共利益。从国家数据安全来看,《个保法》第 41 条的规定有私人利益指向,同时也包含明显的公共利益内容,因此属保护规范。从数据反垄断来看,前述《个保法》第 45 条第 3 款的规定应属保护规范。从公众自由决策来看,《个保法》第 24 条第 1、2 款的规定应看作主要出于保护私人利益目的,而第 3 款规定中的“对个人权益有重大影响的决定”则可看作同时保护公共利益。第四项公共利益争议最大,个人隐私通常应属纯私法问题,行政主体无需介入。^⑦ 传统公域与私域的区分是基于物理区隔,而大数据时代这种物理区隔已经崩塌,取而代之的是匿名化,实行匿名化的就是私域,反之则属于公域问题。^⑧ 从公权力的审慎性出发,应当对行政主体介入私人生活进行一定的限制,只有在较大规模侵犯个人隐私或者达到严重程度时才应上升到公共利益进行保护;否则,信息主体只需诉诸私法救济即可。换言之,在通常情况下涉及个人隐私的条文不是保护规范。^⑨

从《个保法》的条文来看,部分条文中的公共利益内容并不凸显,主观公权利的判定尚须基于复杂的法律解释。这与传统判定过程类似,但没有发挥主观公权利的独特优势,即在新兴领域通过立法权而非司法权进行利益平衡。在配套《个保法》制定的个人信息保护单行法(如果仍是领

① 参见胡凌:《功能视角下个人信息的公共性及其实现》,《法制与社会发展》2021 年第 5 期。

② 参见张凌寒:《个人信息跨境流动制度的三重维度》,《中国法律评论》2021 年第 5 期。

③ 参见汪庆华:《个人信息权的体系化解释——兼论〈个人信息保护法〉的公法属性》,《环球法律评论》2022 年第 1 期。

④ 参见宋宗宇、林传琳:《个人信息保护的公法应对:引入预防原则的构想证成》,《社会科学研究》2021 年第 5 期。

⑤ 参见朱振:《捍卫权利模式——个人信息保护中的公共性与权利》,《环球法律评论》2022 年第 1 期。

⑥ 一个辅助判断方法是公益诉讼分析,即如果某类型争议可依据《中华人民共和国个人信息保护法》第 70 条的规定触发公益诉讼,那么也就佐证了该类型争议的公共利益指向。参见张陈果:《个人信息保护救济机制的比较法分析与解释论展开》,《苏州大学学报(法学版)》2021 年第 4 期。

⑦ 参见张梦蝶:《论行政监管在个人信息保护中的功能转型》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2021 年第 3 期;王爽:《二元责任主体架构下国家机关处理个人信息的规则建构》,《内蒙古社会科学》2021 年第 4 期。

⑧ 参见劳东燕:《个人信息法律保护体系的基本目标与归责机制》,《政法论坛》2021 年第 6 期。

⑨ 此处针对个人隐私的论证逻辑在一定的条件下也可拓展至敏感个人信息甚至一般个人信息。

域法)中,保护规范的公共利益内容应以更明确的表述体现在条文中。

(三)《个保法》中的公法介入不应泛化

在个人信息保护中既保护私人利益也保护公共利益的条文可被看作保护规范,据此信息主体享有主观公权利,而仅保护私人利益的条文只是私法规范,信息主体享有的也只是私权利。因此,信息主体的公权利与私权利就被区分开来,公法介入与私法自治的边界也得以确立。以上是运用主观公权利解释实体法所得出的理想结果。当下,由于《个保法》的部分条文的含义模糊,因此在没有恰当运用主观公权利的情况下,《个保法》中的公法介入可能会泛化。我国的行政诉讼实践虽已开始接受主观公权利,将其与诉讼制度进行整合,^①但仍局限在原告资格层面,未真正打通程序法与实体法。^②目前的行政诉讼对原告资格的判定方法,除了部分引入主观公权利作为辅助解释工具外,主要仍是基于利害关系框架。而在利害关系判定中,为降低论证难度和稳固司法预期,行政诉讼制度将某些情形固化为法定利害关系,主要体现在2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼法解释》)第12条的规定上。其中第3、5项规定“要求追究加害人责任”和“为维护自身权益投诉”情形属于“有利害关系”。与此同时,《个保法》第66、67条的规定为行政主体行使监管权力提供了行为法依据,但其所针对的违法情形极为宽泛,这就为行政主体广泛介入个人信息争议打开了大门。即使行政主体并未实际介入个人信息争议,信息主体也可援引《个保法》第12条第3项和第5项的规定,请求行政主体“追究加害人责任”或“处理投诉”,并在行政主体不予答复或拒绝时提起行政诉讼。^③

以上基于法律解释的推论并非杞人忧天,从现有的学理与实践已可看出端倪。《个保法》第66条的规定被解读为,“只要违反本法规定处理个人信息或者处理个人信息未按照规定采取必要安全措施的,就可能产生特殊行政责任”。^④相应的,该条文所设定的行政处罚被认为适用于平台违反《个保法》的所有情形。^⑤问题在于,“这本质上并不利于凸显《个人信息保护法》对不同权利义务配置类型的差别度,对处罚机制设定的过度宽泛也将使个人信息处理者缺乏预见性从而承担更大的合规成本”。^⑥在实践方面,《个保法》生效不久,目前尚未发现该问题的相关案例,但在涉及隐私的公法案件中已可发现类似的问题。《中华人民共和国治安管理处罚法》第42条第6项规定对“散布他人隐私的”违法行为进行行政处罚。其中“散布”的含义较为模糊,相关的裁量基准也未明确其内涵。^⑦这导致难以判断行政主体介入的边界。在实践中如果受害人向公

① 参见[日]小早川光郎:《行政诉讼的构造分析》,王天华译,中国政法大学出版社2014年版,第65页。

② 参见赵宏:《保护规范理论的误解澄清与本土适用》,《中国法学》2020年第4期。

③ 在司法实践中,符合《中华人民共和国民事诉讼法》第12条第3、5项规定的情形,人民法院未必都认可原告资格,但仅是模糊地带的存在就足以构成公法介入的潜在风险。参见赵宏:《保护规范理论在举报投诉人原告资格中的适用》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2018年第5期。

④ 龙卫球:《〈个人信息保护法〉的基本法定位与保护功能——基于新法体系形成及其展开的分析》,《现代法学》2021年第5期。

⑤ 参见彭铮:《论个人信息保护行政处罚制度——以〈个人信息保护法〉第66条为中心》,《行政法学研究》2022年第4期。

⑥ 蒋红珍:《〈个人信息保护法〉中的行政监管》,《中国法律评论》2021年第5期。

⑦ 参见《公安机关对部分违反治安管理行为实施处罚的裁量指导意见》第39条。

安机关举报,那么公安机关一般都会介入。^① 在有的案件中,人民法院明确指出,公安机关不应以保护隐私的名义不当介入民事争议。^②

个人信息保护的理想模式应当是公私法各安其位,在公法介入与私法自治之间确立合理的边界,保持动态平衡。而《行政诉讼法解释》与《个保法》相结合所可能导致的公法介入泛化无疑将打破这种平衡。^③ 解决问题的方案是在个人信息保护中引入主观公权利,在信息主体的诉权与实体权利间建立联系,在公权利与私权利间确立边界。在公私权利确立边界后,在实体法层面,可以排除公权力对于个人信息私法领域的不当干预;在程序法层面,针对某些涉及公共利益的侵权案件,信息主体除了可提起民事诉讼,还可以主观公权利受损为由提起行政诉讼。后者看似是已解决的问题,但由于《个保法》具有公私法混杂的领域法性质,因此针对特定条文是否属公法规范并进而是保护规范,尚需专门加以分析。

Abstract: The protection of personal information should adopt a rights model and include subjective public rights in administrative law. The subjective public rights help to improve the rights system, realize public law remedy, enhance the motivation of law enforcement, and hand over the complex balance of interest to the legislature. When the information subject is the opposite party, the basic rights of constitution and some provisions of personal information protection law can be used as protection norms. When the information subject is the third party, the focus of protection norms changes from private interest to public interest. Provisions that protect both private interest and public interest equal subjective public rights, while provisions that only protect private interest equal private rights. Thus, boundary between public intervention and private autonomy can be established, and the problem of generalization of public law intervention that may be caused by the combination of relevant judicial interpretations and Articles 66 and 67 of the personal Information Protection Law of the People's Republic of China can also be avoided.

Key Words: personal information protection, subjective public rights, protection norms, boundary between public and private Law

责任编辑 田国宝

① 参见北京市第二中级人民法院(2019)京02行终668号行政判决书、天津市高级人民法院(2019)津行申358号行政裁定书等。

② 参见广东省中山市人民法院(2021)粤20行终223号行政判决书。

③ 若信息主体享有请求行政主体介入的主观公权利,则会引发公法介入;若无主观公权利,则公法也可能介入个人信息保护,此时只是基于公共利益而无保护特定个体利益的考虑。