

雇员基因信息保护的私法进路

田 野*

摘 要:职场基因信息收集对雇员人格尊严构成严重威胁。劳动关系的背景因素和基因信息的敏感性使该议题独具个性。保护雇员基因信息有反歧视和私法救济两条路径,在现实的法治背景下反歧视之路困境重重,私法路径则令人充满希望。雇员人格权不因劳动关系的从属性而丧失,雇主亦是潜在的侵权人。雇员对其基因信息享有个人信息权、隐私权和一般人格权,与雇主管理权形成制衡。鉴于雇员基因信息侵权的特殊性,应对传统侵权法作出反思,对过错作开放性解释,缓和损害要件,认可基因信息的披露本身即为损害。对收集雇员基因信息应采“禁止为原则、许可为例外”之立场,以职场安全健康为中心对合理利用情形从严界定。

关键词:雇员 基因信息 隐私权 个人信息权 人格权 侵权责任

职场基因信息收集正在成为一个突出的社会问题。雇主希望借助基因检测的高科技手段挑选到最健康的优秀雇员。^①然而,在个人信息保护成为焦点的时代,必须追问的是,职场基因信息收集行为是否合法。基因信息属敏感个人信息,劳动关系攸关劳动者的就业与生存权,雇主对雇员基因信息的收集利用引发诸如就业歧视、隐私侵害等一系列法律风险。在2010年广东省佛山市公务员招录中,3名初试成绩优异的考生因在复试体检中被查出携带有地中海贫血基因而被拒绝录用后,3人将佛山市人力资源和社会保障局告上法庭,成为我国基因歧视第一案(以下简称“佛山基因歧视案”)。^②公众和学界对此事件的解读多从劳动法反就业歧视的视角展开。^③于劳动世界里反歧视固然重要,但雇员基因信息保护的意义不止于此,私法上之人格尊严亦是不可忽视的层面。受制于各种复杂因素,反歧视之路困境重重。刺破劳动关系的面纱,以私法规范

* 天津大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家法治与法学理论研究项目(19SFB2045)

① See Brent B. Clarka, Chet E. Barneya & Tyler Reddingtona, The Ethical Implications of Using Genetic Information in Personnel Selection, 26 Ethics & Behavior, 144(2016).

② 参见邓新建:《佛山3考生打响反基因歧视第一案》,《法制日报》(司法版)2010年2月3日第5版。

③ 参见李成:《公务员录用中基因歧视法律问题研究》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

保护雇员基因信息则是充满希望之径。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)将个人信息保护提升到一个新高度,而制定中的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)进一步助推了个人信息保护高潮的到来。职场是个人信息保护的特殊场景,基因信息是敏感个人信息的典型,借由雇员基因信息保护可管窥场景化、类型化在个人信息保护中的意义及运用。

一、生物科技时代雇员基因信息保护的危机

(一)缘起:职场基因检测的兴起

基因检测悄然盛行于职场,其背后有着深刻而复杂的科学背景与社会背景。研究表明,某些与工作环境相关的疾病只在某些特定人群中高发。在20世纪60年代的韩国,一些军队人员患上了急性溶血性贫血症,后来的观察研究表明这些人都有6-磷酸葡萄糖脱氢酶缺乏症。^①1963年,针对6-磷酸葡萄糖脱氢酶缺乏使用基因检测的建议被提出,具有这种基因特征的人不能从事接触特定化学物质的工作。^②这是最早的职场基因检测的雏形。利用基因检测高科技提升职场健康是一个美好的愿景,但由于受科学水平限制,检测结果的权威性不足,职场基因检测预测的只是雇员患病的可能性而非必然性。^③由于受诸多复杂因素的影响,基因检测结果对于雇佣决定的参考价值是极为有限的。^④

(二)议题:雇员基因信息保护的伦理、法律与社会问题

基因检测被应用于职场,引发一系列复杂的伦理、法律与社会问题。雇主可能将检测获得的雇员基因信息作为雇佣决定的参考,对携带“不良”基因的求职者(或雇员)作出区别对待,从而导致一种新型的就业歧视——基因歧视。基因信息是私密等级最高的个人信息,雇主未经同意的获取和利用对雇员的隐私权构成严重威胁。由于基因信息的家族遗传特性,雇员缺陷基因信息的泄露还可能给其家庭乃至更大范围的族群带来污名化风险。大数据和人工智能的兴起使雇员基因信息面临的风险进一步加剧。借助人工智能,人力资源管理者对求职者和雇员信息的收集趋于自动化,使个人自我决定的权利直接被略过。在大数据经济利益的驱动下,雇员基因信息面临被基因检测机构批量出售给生物制药公司等第三方的风险。基因技术、大数据、人工智能这3种前沿科技的叠加共同造就了雇员基因信息保护议题的时代性,而这一微观问题其实是法律面临科技进步挑战的缩影。

雇员基因信息风险引发了一系列的社会矛盾。以基因歧视为例,在世界上许多国家都出现了这方面的案例。在我国,除了前述“佛山基因歧视案”之外,香港特别行政区也发生过类似案

① See Paul W. Brandt—Rauf and Sherry I. Brandt—Rauf, Genetic Testing in The Workplace: Ethical, Legal, and Social Implications, 25 Annual Review of Public Health, 139(2004).

② See Paul W. Brandt—Rauf and Sherry I. Brandt—Rauf, Genetic Testing in The Workplace: Ethical, Legal, and Social Implications, 25 Annual Review of Public Health, 139(2004).

③ See Paul W. Brandt—Rauf and Sherry I. Brandt—Rauf, Genetic Testing in The Workplace: Ethical, Legal, and Social Implications, 25 Annual Review of Public Health, 139(2004).

④ See Amy Foster, Critical Dilemmas in Genetic Testing: Why Regulations to Protect the Confidentiality of Genetic Information Should Be Expanded, 62 Baylor Law Review, 537(2010).

件,在2000年,3名分别申请了海关、消防员、驾驶员工作的求职者因在就业体检中被查出有精神分裂症家族史而被拒绝录用。^①在“美国平等就业委员会诉伯灵顿北圣达菲铁路公司案”^②中,被告对患有腕管综合症的雇员进行了基因检测,虽然被告确实对被检测的雇员进行了告知,但因告知的检测目的是查明腕管综合征是否与工作相关并确定可能存在的致病因素,而未告知检测项目中包含基因检测,故最终被告赔偿了雇员220万美元。

(三)挑战:劳动关系下敏感个人信息的私权保护

雇员基因信息保护是个人信息保护场域下的一个子议题,与其他一般的个人信息保护相比尤具特殊意义。该种特殊性起码源于以下两个方面:一是基因信息作为敏感个人信息的突出地位,二是劳动关系的背景因素。在众多个人信息中,基因信息作为生命的密码,与人格尊严有着最为直接的联系,私密等级最高,伦理属性最强。有鉴于此,许多国家的个人信息保护法都将基因信息作为敏感个人信息给予更高层级的保护。劳动关系的存在对基因信息保护的影响也极为重大。一方面,就业权是劳动者的基本人权,雇主对雇员基因信息的收集和利用因威胁到劳动者的该项基本权利而需受到严格限制;另一方面,劳动关系的从属性特征使雇主享有对雇员的指挥、监督和管理权,基因信息收集行为是否违法的判断不能忽略雇主正当利益之有无,其有别于普通民事主体之间的侵权判断。

二、雇员基因信息保护的路径困惑与抉择

(一)雇员基因信息的保护路径:反就业歧视抑或侵权救济

对雇员的基因信息应给予保护当无疑义,而在法律上具体通过何种路径给予保护则值得探讨。雇员基因信息保护牵涉劳动法和民法两个部门法,涉及劳动权和民事权利(所攸关的主要是人格权)两种权利基础,并衍生出反就业歧视与侵权救济两条不同路径。二者的关系设置决定了雇员基因信息保护法律调整的基本范式。

在我国,关于保护雇员基因信息法律路径的探讨很早就展开了。^③学者们习惯上将雇员基因信息保护的路径归纳为两种,即隐私权路径和反歧视路径。^④从民法的角度看,隐私显然是雇员基因信息保护的重要关切点,但仅以隐私权为限看待这一问题则存在疏漏。在雇员基因信息上存在的除了隐私权外还有其他权益类型。即使基因信息不再是隐私,也仍有自我决定等其他人格利益存在。在大数据时代,个人信息权的独立地位日益彰显,从隐私权向个人信息权的演进是当代民法人格权发展的重大趋势。因此,突破传统的隐私权局限,从个人信息保护视角重新审视雇员基因信息保护问题,方是与时俱进之举。再者,肯定雇员享有个人基因信息权是正面赋权式保护,而该权利一旦遭受侵犯将带来损害赔偿问题,进入侵权法损害救济的保护轨道。对雇员基因信息而言,人格权和侵权如同一枚硬币的两面,共同构成了完整的私法保护路径。

① See K. Y. W vs. Secretary for Justice on Behalf of Fire Services Department and Hong Kong and Excise Department, DCE 0000003/1999.

② See EEOC v. Burlington N. & Santa Fe Ry. Co., No. C01-4013-MWB (N.D. Iowa Apr.18, 2001).

③ 邱格屏教授将保护模式划分为4种:(1)禁止使用基因模式;(2)告知后同意模式;(3)反歧视模式;(4)基因保险模式。参见邱格屏:《就业基因歧视与我国未来法制设计》,《法学》2001年第7期。

④ 参见李双元、刘琳:《美国规制职场基因歧视立法研究》,《浙江社会科学》2013年第7期。

劳动法上的反歧视路径和民法上的人格权与侵权救济路径,对雇员基因信息保护的着眼点不同,所采取的方法和效果也有不同。后者注重事前保护,从对信息收集行为本身的规范入手,严格限制雇主对雇员基因信息的索取,旨在维护雇员作为民事主体的人格尊严。前者则注重事后保护,其并不禁止职场基因检测和其他基因信息的获取行为,只是禁止基于这些信息对雇员为不合理的区别对待。^①按照后者,雇主根本就不应该收集雇员基因信息;在前者,则不禁止收集行为,仅以雇员是否受到不公正待遇的结果为判。目前,我国立法对此问题尚无正面规定,司法实践层面事实上以反歧视路径为主。在理论层面,学者们普遍认为,相比反歧视路径,隐私保护路径具有更多优点,特别是将保护时点前置到信息收集阶段。^②有学者建议我国应借鉴域外经验,以隐私权保护作为优选路径。^③

在笔者看来,上述两种关于雇员基因信息的保护路径并非相互对立和排斥的,二者本就是不同部门法上的保护手段,各欲实现不同的法政策目标。从效果看,若反歧视之诉成立,雇员获得的救济将是消除歧视、恢复平等待遇,以使扭曲的劳动关系得到匡正;若侵权之诉成立,雇员则有权获得损害赔偿等救济,以使受损的人格尊严得到修复。二者可以兼容并且理应并存,共同实现对雇员权利的周全保护。应当看到,二者在理论上本无优劣之分,但在一国现实的社会背景和司法惯性下,二者得以贯彻的难易程度则可能是不同的。再者,二者并不是截然分开的,而是相互交错的,在雇主收集雇员基因信息的行为是否侵权的判定中,加害行为违法性的判断、过错的证明、抗辩事由以及是否违反劳动法等都可能影响判断的因素。

(二)反歧视路径的困境

尽管在客观上存在两条保护雇员基因信息的路径可供选择,但是在涉及职场、雇主、雇员的问题时,劳动法路径总是习惯性地被优先考虑,私法路径则常常被遗忘。在司法实践中,雇员起诉雇主侵犯人格权的案件十分鲜见。然而,在选择劳动法反歧视的救济路径后,雇员的诉求想要获得支持并不容易。在多种复杂因素的影响下,就业领域的反歧视之路困境重重。

劳动立法尚未能就基因技术进步提出的挑战作出及时有效的回应,现行法中没有任何条文对就业基因歧视作出专门规定。《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)、《中华人民共和国就业促进法》(以下简称《就业促进法》)等法律关于反就业歧视的原则性规定有一定适用价值。例如,《劳动法》第3条规定:“劳动者有平等就业和选择职业的权利”;《就业促进法》第3条第2款也规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视”,该款中的“等”可解释为包含基因信息的元素。此外,《就业促进法》第30条关于疾病歧视的规定也有一定的借鉴意义。^④以典型的乙肝歧视为例,隐性的携带病原但并未发病者只是有患病的可能,雇主依法不得对其实施差别对待,而风险基因携带者的状况与此非常类似。有学者认为,可通过对该条的扩张解释,弥补基因歧视规范的漏洞。^⑤为填补法律漏洞所做的这些解释性工作具有一定意义,不过

① 参见邱格屏:《就业基因歧视与我国未来法制设计》,《法学》2001年第7期。

② 参见李成:《公务员录用中基因歧视法律问题研究》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

③ 参见李双元、刘琳:《美国规制职场基因歧视立法研究》,《浙江社会科学》2013年第7期。

④ 《中华人民共和国就业促进法》第30条规定:“用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是,经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前,不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”

⑤ 参见李成:《公务员录用中基因歧视法律问题研究》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

总体来看,高度概括性的条款难免失于泛泛,导致法律适用上极大的不确定性。《就业促进法》第30条的扩张解释也有其局限性,基因歧视毕竟不同于疾病歧视。尽管反歧视的立场在我国从未遭遇质疑,但是对基因信息的收集和利用行为是否构成歧视,并没有明确具体的判断标准。

从司法实践来看,雇员基因信息保护的抗歧视之路也步履维艰。在加强个人信息保护呼声日益高涨的社会舆情下,雇员的基因信息保护亦获得普遍的认可。然而,实践中基因信息受到侵害的雇员往往并不能得到有效救济。这一困境在“佛山基因歧视案”中得到淋漓尽致的体现,因携带“缺陷”基因被拒绝录用的3名考生的诉讼请求在一审和二审中均被驳回,尽管舆论一边倒地支持原告。^① 本案有两个焦点问题:一是公务员招录体检中是否能够包含基因检测项目,二是招录机关是否可以基于检测结果揭示的基因状况而拒绝录用。针对这两个问题,法院给出的判决理由是:公务员体检表中不包含基因检测的项目,但是用人单位有权自主决定增设体检项目。同样,在没有法律禁止性规定的情况下,对于是否录用有特定基因状况求职者的自由裁量权被交给录用机关。这一标志性案件的判决反映了我国雇员基因信息保护的法律困境。雇主能否收集雇员的基因信息?基于基因信息作出的拒绝录用决定是否构成歧视?我国现行立法对此没有明确的规定,立场不明。在缺乏规则指引与刚性约束的情况下,在自由裁量权的运用上,法官对雇主采取了高度宽容的态度,将雇员基因信息的收集认定为雇主的自决事项。两审法院均不认为在就业体检中加测常规项目以外的其他项目构成违法,也不认为拒绝录用疾病风险基因携带者的行为构成歧视。^② 法官在对雇主“慷慨”的另一面,则是对雇员人格尊严与平等就业权保护的“吝啬”。一项针对708名受访者进行的问卷调查结果显示,70%的人认为本案的判决结果不公平。^③ 法院也意识到了问题的严重性,作为对舆情的回应,广东省佛山市中级人民法院向佛山市人力资源和社会保障局发出进行相关调研的司法建议书。时至今日,公众对“佛山基因歧视案”的关注热度已经褪去,但该案所暴露出的问题仍旧悬而未决。我国法院对于职场基因信息收集行为采取了法无禁止即默许的裁判逻辑,反歧视之路因此而异常艰难。

(三)私法路径的正当性与优越性

在反歧视路径遇阻的情况下,经由私法为雇员基因信息提供保护是充满希望的。私法路径具有充分的正当性和可行性,并具有特别的优势。

1. 雇员人格权的正当性及其特质

劳动关系的存在对雇员的人格权客观上产生了一定的遮蔽效应,雇员作为人的尊严不应因置身于劳动关系而丧失。在雇主与雇员之间,同时存在两种不同性质的法律关系:在劳动法律关系中,雇员从属于雇主,受雇主指挥和监督,享有劳动权利并履行劳动义务;雇主一方面享有使用劳动力和监督管理的权利,另一方面则需善尽劳动法上对劳动者保护的义务。在民事法律关系中,雇主和雇员均是具有平等独立人格的人,雇员的私权利特别是人格权应得到包括雇主在内的其他民事主体的尊重,并不因劳动关系的存在而消灭。雇主亦是潜在的侵权人,雇主收集和利用雇员基因信息造成侵害的,仍可适用民法上关于人格权保护和侵权责任判定的一般规则。

也要看到,劳动关系的存在确实给雇员人格权带来一些影响,使之有别于普通民事主体的人

① 参见张艳宦、吉娥、李媛媛:《我国就业领域反基因歧视之法治困境》,《青海社会科学》2011年第3期。

② 参见李成:《公务员录用中基因歧视法律问题研究》,《四川大学学报》(社会科学版),2011年第1期。

③ 参见朱姝、胡庆澧、沈铭贤等:《“保护基因隐私,防止基因歧视”调查与分析》,《医学与哲学》2013年第1期。

格权。这可从就业的意义和劳动关系的本质特征来说明。就业是个人赖以生存之根本,雇主收集雇员基因信息的可能结果是将雇员的基因状况与工作机会和待遇挂钩,就业基因检测的结果可能被作为雇佣、解雇、岗位调动与薪酬调整的依据,但这种联系的建立是否正当则值得怀疑。^① 劳动权关系人的生存和发展,具有基本人权的属性。^② 雇员基因信息的收集和利用因对该基本权利构成威胁而需得到特别的关注与规范。与平等自由的民事关系形成对照的是,劳动关系以从属性为本质特征,雇员要接受雇主的管理。^③ 该从属性引申出雇员基因信息保护面临的困局:(1)雇员相对于雇主处于弱者地位,对于雇主获取基因信息的要求很难说不,其个人信息较普通的民事主体更容易遭受侵害。(2)由于雇主经营管理权的存在,加之基于职业安全健康维护等政策考量,不能当然推断所有的基因信息收集和利用行为均为非法,雇员的基因信息权可能要受到一些限制。

2. 私法的涵摄性

民法作为私法,其固有品格之一就在于高度的涵摄性,民事法律规范中存在不少一般条款,有巨大的灵活解释空间。就雇员基因信息而言,即使没有直接针对性的具体条文,也可以依赖对一般条款的弹性解释而做到有法可依。因此,以私法路径保护雇员基因信息遭遇的阻力可能比反歧视路径要小。首先,人格权具有高度包容性。人格权的一个基本特征即在于享有主体的广泛性,为一切自然人所普遍享有。我国现行法律并未将雇员排斥在人格权之外。《民法典》对个人信息保护的规定使雇员也能分享到一丝曙光,在解释上应可以认为“个人信息”当然也包含了雇员的基因信息,因此在涉雇员个人基因信息保护案件的裁判中,法官可以援引《民法典》个人信息保护的相关规定作为法律依据。此外,隐私权、名誉权等人格权类型对雇员基因信息的保护也有适用的空间。即使雇员对基因信息的某些边缘法益不能被具体人格权涵盖,也尚有高度概括的一般人格权可以作为兜底规范。其次,侵权法也具有高度的涵摄性,突出体现在侵权责任的一般条款中。现实中,侵权行为形态各异,难以在法条中全面列举,但是侵权责任的一般条款足以涵盖各种过错侵权行为,包括对雇员基因信息的侵害。《民法典》第1165条规定的过错责任,无须法律的特别规定即可适用。最后,私法路径可提供比反歧视路径更周全的保护。反歧视保护的对象主要是就业平等权,不包括其他权益。在私法路径下,其不仅提供基因平等权的保护,在这里,还提供隐私权、个人信息权等其他各种人格权益的全面保护。

3. 雇员基因信息私法保护的域外经验

以私法保护雇员基因信息并非只是理论构想,一些国家的立法和司法已付诸实践。在大陆法系,最为引人注目的当属《法国民法典》对基因权的规定。1994年和2004年修正的《法国民法典》增加了多个条文对人类遗传特征检查进行限制,并确立了基因权。其中,《法国民法典》第16—10条规定:“对一个人的遗传特征进行检查,仅限于医疗与科学研究目的。实施此种检查之前,应当在按照规定将检查的性质和目的告知当事人之后,采用书面形式征得当事人的明确同

① See Brent B. Clark, Chet E. Barneya & Tyler Reddington, The Ethical Implications of Using Genetic Information in Personnel Selection, 26 Ethics & Behavior, 144 (2016).

② 参见王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,《中国法学》2014年第3期。

③ 劳动关系的从属性具体表现为人格上的从属性和经济上的从属性。参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第94~95页。

意。所表述的同意应当写明检查的目的并可随时不需任何形式撤销之”。该条对遗传检测的范围作出了限制,并且确立了基因自主权。《法国民法典》第16—11条则规定了针对基因信息私密性的人格权,利用基因信息对遗传特征的甄别受到严格的限制。^① 民法典是大陆法系成文法的最高形式,《法国民法典》的上述规定无疑是对基因科技时代最有力的私法回应。2009年颁布的《德国人类基因检测法》则对雇员的基因信息隐私权给予严格保护,其第19条规定:“禁止雇主在雇佣关系前后要求雇员做任何形式的基因检测。禁止雇主要求雇员提供之前所做的基因检测的结果或分析数据”。此外,德国联邦议会调查委员会的报告也指出:“个人基因信息揭示着第三人所无法知晓的涉及个体基本存在基础与未来的信息。这些信息因为其所涉及的不可变更的特征,易于被用来对人作出永久性的分级和划分。因此,独自保留这些信息,甚或根本就不去知晓这些信息的权利,属于个人人格权的核心内容”。^② 雇员也是上述报告所倡导之人格权的享有者。2008年颁布的《美国基因信息反歧视法》主要采用了隐私权保护模式,通过事前阻断信息获取通道达到反歧视的目的。相关判例法也较为丰富,“诺曼布莱德索诉劳伦斯·伯克利实验室案”^③是这一领域早期的经典案例。该案被告是一家由美国州和联邦机构运作的研究组织,在原告申请成为被告职员的强制性检测程序中,被告秘密检测了原告的血液、尿液用于确定其是否携带梅毒、是否患有镰刀型红细胞贫血症以及是否怀孕,但并未将此告知原告。原告认为被告侵犯了美国联邦宪法及州宪法下的隐私权。法院最终支持了原告的诉讼请求。这是一个标志性的案例,正是这一案例将职场基因检测问题带入公众视野。^④ 在《美国基因信息反歧视法》生效之后,美国法院又审理了几起涉雇员基因信息的案例。例如,法布里卡特公司(Fabricut,全球最大的装饰性纺织品经销商)的一名临时工在申请成为该岗位长期正式雇员时,被要求填写健康调查问卷,其中包含大量有关家族医疗史的询问。健康检查引起了该公司对腕管综合征的关注,尽管该员工的个人医生指出其并不患有该病,但公司还是拒绝给予其工作机会。最终,法布里卡特公司最终同意赔偿5万美元,并采取有效措施防止未来可能发生的基因歧视。^⑤

三、雇员基因信息上的人格权

雇员的基因信息为何应当得到私法上的保护? 保护的权利基础是什么? 这种保护具有何种意义和特殊性? 在大陆法系惯常的权利基础思维下,明确雇员基因信息上的人格权是构建雇员基因信息私法保护路径的前提。

(一) 基因信息的人格权属性

基因信息与人格尊严有着紧密的天然联系,个人基因信息受人格权法保护当无疑义。^⑥ 与

① 参见王康:《基因权的私法规范》,中国法制出版社2014年版,第180~181页。

② 参见袁治杰:《基因技术发展背景下的不知情权研究》,《政治与法律》2016年第5期。

③ See Norman—Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Laboratory, 135 F.3d 1260, 1260 (9th Cir.1998).

④ See Paul W. Brandt—Rauf and Sherry I. Brandt—Rauf, Genetic Testing in The Workplace: Ethical, Legal, and Social Implications, 25 Annual Review of Public Health, 139(2004).

⑤ See Chelsea Weiermiller, The Future of Direct—to—Consumer Genetic Testing: Regulation and Innovation, 16 North Carolina Journal of Law & Technology, 137(2015).

⑥ 参见张莉:《论人类个体基因的人格权属性》,《政法论坛》2012年第4期。

一般的个人信息相比,基因信息有着更加独特的个性:(1)生物识别性。基因作为生命的密码决定生物性状,通过基因信息可以识别自然人的身份及其生物特征,描绘形成个人的生物学图像,其对于个人尊严影响甚巨。(2)高度私密性和敏感性。因基因常常引发生命优劣的评判,故潜在的伦理和法律风险更加令人生畏。在纷繁复杂的个人信息中,基因信息是私密等级和敏感系数最高的类型。(3)遗传性。基因是生物性征代际相传的决定因素,基因信息揭示的不仅是个人的生物特征,也是整个家族的生物特征。(4)不可变性。与银行账号、密码等个人信息在泄露后可以更改以自保不同,基因信息是无法改变的。(5)价值性。基因信息存在潜在的巨大利用价值,被侵害的风险极高。由此,基因信息理应受到比普通个人信息更高层级的保护。在大数据时代,如何协调个人信息保护与大数据开发利用的关系成为一个重大问题。对此,有学者提出了“两头强化”的策略,即敏感信息强化保护、一般信息强化利用。^① 鉴于基因信息作为典型敏感信息攸关人的根本尊严,对其应当强化保护而非利用。

(二)雇员基因信息上的人格权构造

雇员对其基因信息究竟享有何种人格权,尚待更细致地讨论。首先,基因信息作为个人信息的类型之一,其针对的具体人格权类型,最直接的是个人信息权。与《中华人民共和国民法总则》相比,《民法典》用了更多的条文强化了对个人信息的保护。不过,《民法典》仍旧没有使用“个人信息权”的概念,而只是表述为“个人信息”。对此,学者们有不同的解读:有学者认为不用纠结于一个“权”字,《民法典》事实上已确立了个人信息权的具体人格权地位。^② 也有学者认为,在《民法典》下个人信息仍旧只是作为利益被保护的。^③ 抛开权利术语的争论,个人信息受保护的独立地位是毫无疑义的。《民法典》第1034条对个人信息的概念作出了界定,并列举了常见的个人信息类型。遗憾的是,该条并没有明确列举“基因信息”。^④ 基因信息与《民法典》第1034条第2款列举的“生物识别信息”和“健康信息”的关系有待探讨。基因信息的科学含义是组成脱氧核糖核酸(DNA)的碱基对的排列顺序,显然具有生物属性,并能够据此识别到特定自然人,在这个意义上似乎可认为,基因信息是生物识别信息的子类型。然而,二者的关系并非如此简单。从域外法来看,有部分国家或地区的个人信息保护法同时规定了基因信息和生物识别信息,如《欧盟通用数据保护条例》(以下简称《欧盟条例》)即是如此。在《欧盟条例》第4条中,生物识别信息是采狭义概念,主要包含指纹、虹膜、声纹、人脸信息等。基因信息与健康信息的关系同样错综复杂,有些国家将基因信息作为健康信息的下位概念对其给予一般保护;但也有些国家考虑到基因信息比一般健康信息更高的敏感性和重要性,对其予以特别保护,典型的如《美国基因信息反歧视法》。《民法典》并未进一步对个人信息基于敏感程度作出区分,这一任务留待个人信息保护法来完成。《个人信息保护法(草案)》设专节对敏感个人信息保护作出了规定,其第29条第2款规定:“敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用,可能导致个人受到歧视或者人身、财产安全受到严重威胁的个人信息,包括民族、种族、宗教信仰、个人生物特征、医疗健康、金融账户、个人行踪等

① 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,《中国法学》2015年第3期。

② 参见杨立新:《我国民法典人格权立法的创新发展》,《法商研究》2020年第4期。

③ 参见王利明:《民法典人格权的亮点与创新》,《中国法学》2020年第4期。

④ 2017年底全国人大法工委民法室草拟的《民法人格权编(草案)(室内稿)》第42条列举的个人信息范围中,曾明确包含了“基因信息”。不过该方案最终未被采纳。

信息”。这一定义采取了描述加列举的方式,基因信息虽然不在特别列举之列,但是显然符合实质性描述的标准,毫无疑问是敏感个人信息。美中不足的是,上述规范都未能进一步细化到就业领域的基因信息保护。早前由中国法学会民法学研究会草拟的《中华人民共和国民法典人格权法编专家建议稿(征求意见稿)》第70条曾特别规定了职场基因信息的保护,即“禁止任何人非法检测、获取、存储、公开自然人的生命信息和基因图谱信息。用人单位、保险公司等不得根据自然人的基因信息采取歧视性待遇”。遗憾的是,其最终未能被纳入《民法典》中。

其次,雇员对其基因信息可享有隐私权。隐私与个人信息具有各自独立的地位,同时又在一定范围内发生重叠,即私密信息。根据《民法典》第1034条第3款的规定——“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”,雇员的基因信息若未公开,则属于私密信息,优先适用隐私权的规定。值得关注的是,《民法典》将个人信息作一般信息与私密信息的区分,而《个人信息保护法(草案)》则作敏感个人信息与一般个人信息的区分。关于敏感个人信息与私密信息的关系,目前学术界的认识比较混乱。有学者认为敏感个人信息也就是私密信息,只是表述不同而已。^①也有学者认为,二者是不同的类型划分,不可混淆。^②笔者认为,二者均旨在为信息主体提供比一般个人信息更高层次的保护,不过保护的侧重点有所不同:私密信息规则重在保护信息不为人知的隐秘状态,而敏感个人信息规则侧重维护个人自决和避免信息的过度处理。尽管如此,在具体的范围上二者大概率发生重叠,私密信息通常也是敏感个人信息。这种重叠意味着双重保护的可能性。雇员基因信息作为敏感个人信息,若符合私密信息标准,则可同时适用《民法典》关于私密信息保护的规定和《个人信息保护法》关于敏感个人信息保护的规定。由于敏感个人信息保护的规则在《民法典》隐私权部分是不存在的,因此可解释为《民法典》第1034条第3款所称的隐私权“没有规定”的部分,应适用《个人信息保护法》的相关规定。

最后,雇员就其基因信息享有的不能纳入具体人格权保护的其他人格利益,可归入一般人格权。所谓其他人格利益,典型的例子就是基因平等。基因平等是人格平等的具体表现,而人格平等是人格尊严的重要层面。平等的对立面就是歧视,当雇主将收集得到的基因信息作为雇佣决定中区别对待的依据时,就侵犯了雇员的基因平等权。^③《民法典》并未特别规定基因平等权,其不是一种类型化的具体人格权。不过,基因平等是人格尊严的题中应有之义,完全可以适用《民法典》第990条第2款关于一般人格权的规定。这就通过私法路径迂回解决了劳动法上就业基因歧视的难题。

(三)雇员基因信息权与雇主管理权的冲突与平衡

在私法层面,雇员对其基因信息享有人格权;在劳动法层面,雇主则享有劳动指挥和监督管理权。当两种不同部门法上的权利跨界交锋,应当如何取舍就成为一个棘手的问题。

雇员基因信息保护区别于一般个人信息保护的特质在于,前者受到劳动关系的影响。在雇主与雇员之间存在两种不同性质的法律关系,即劳动关系和普通民事关系。前者是积极显性的,以劳动给付为中心;后者则是消极性、防御性的,即雇主不得侵害雇员之人格尊严。雇主也因此

① 参见袁泉、王思庆:《个人信息分类保护制度及其体系研究》,《江西社会科学》2020年第7期。

② 参见陈吉栋:《个人信息的侵权救济》,《交大法学》2019年第4期。

③ 参见王康:《基因平等权:应对基因歧视的私法政策》,《东方法学》2013年第6期。

存在两种不同身份,即劳动管理者和潜在的侵权人。这两种性质的法律关系并非平行的而是相交的,于交点处劳动关系会现实地影响侵权责任的判定。一方面,如果劳动法上对于收集雇员基因信息有明确的规定,违反这些规定可能为侵权责任的认定提供佐证,特别是作为认定过错的依据。另一方面,雇主管辖权对雇员基因信息权产生一定的阻抑效应,对基于维护职场健康等目的而开展的基因检测,雇员负有容忍义务。

雇主收集雇员基因信息并非一律侵权,也并非都不侵权,关键在于找准雇主与雇员利益的平衡点。为此,借鉴解决传统工作场所隐私问题的重要法律原则特别是比例原则是必要的。事实上,职场的私权保护问题不是今天才被提出来的,工作场所隐私在几十年前就开始受到关注,而雇员的基因信息保护可以说是职场隐私议题在大数据时代的延续和版本升级。^① 早期讨论主要针对雇主在工作场所对雇员实施监视,摄像头监控一度成为关注焦点,后来发展成对雇员使用电子邮件、腾讯(QQ)等网络化社交媒体的监视。及至生物科技时代,就业基因检测问题日渐突出。^② 在确定雇主行为是否侵犯雇员隐私权时,比例原则是一个重要的判断标准。^③ 按照比例原则,雇主实施的对雇员隐私的限制行为,应当是为经营管理所必要的,在衡量各种利益和风险之后被认为是适度的。一定范围的监视被许可,但监视不得毫无限制、无处不在。即使是在工作场所、工作时间,雇员的隐私利益也应得到尊重。在法国最高法院审理的一起案件中,雇主未经雇员同意查看了其办公电脑上的私人邮件,最终被认定为侵犯了雇员隐私权。^④ 这是比例原则在工作场所隐私保护领域适用的一个标志性案例。就雇员基因信息保护问题来说,解决工作场所隐私问题的比例原则同样具有重大的适用价值,只是在确定什么是合理的比例时,应当将特殊的因素纳入考量。雇主收集雇员的基因信息,利益与风险应当成比例,雇主与雇员的利益应当成比例。鉴于基因信息比传统工作场所隐私更强烈的尊严属性和风险性,在确定比例和配置权利时应当更加倾斜于雇员一方。

通过私法路径保护雇员基因信息有坚实的权利基础,雇员对其基因信息享有丰富的人格权,其与劳动法上的雇主权发生微妙的制衡关系。在劳动法与民法的交错下,对雇主收集雇员基因信息行为的定性大概可能产生以下3种结果:(1)既违反劳动法又违反民法,如雇主基于收集到的雇员基因信息实施了不合理的差别对待,既构成就业歧视,也构成对基因信息平等权的侵权;(2)违反劳动法,但不构成侵权;(3)不违反劳动法,但违反民法而构成侵权。至于侵权成立与否的具体判定,则需进入侵权法之轨道。

四、侵害雇员基因信息侵权责任的判定

在侵权法场域下,对雇主收集雇员基因信息行为是否构成侵权的判断亦应从归责原则、构成

① See Kevin J. Conlon, Privacy in the Workplace, 72 Chicago—Kent Law Review, 285(1996).

② 参见潘峰:《论劳动者隐私权的法律保护:一个分析框架》,《河北法学》2008年第7期。

③ 参见邱静:《论比例性原则在私法关系中的运用——以英国和欧洲人权法院案例为视角》,《当代法学》2016年第1期。

④ See Michael L. Rustad & Sandra R. Paulsson, Monitoring Employee E-Mail and Internet Usage: Avoiding the Omniscient Electronic Sweatshop: Insights from Europe, 7 University of Pennsylvania Journal of Labor & Employment Law, 829(2005).

要件等传统路径展开。需进一步探讨的是:在侵权的判定中如何于一般化分析架构下充分考虑雇员基因信息侵权的特殊性。大数据时代背景下,个人信息侵权呈现出许多个性化特征,传统侵权法暴露出不适应性,为此从归责原则到构成要件皆须作出调整。^①对雇员基因信息的侵害更加特别,由于基因信息的敏感性,加之就业作为社会生活的敏感领域,对侵权责任的认定更加需要探索个性化规则。

(一)雇员基因信息的界定

何谓“基因信息”?雇员的哪些信息属于基因信息?这一前提性问题关系侵权对象的确定。基因信息的含义比较模糊,并不存在一个被普遍接受的统一定义。《欧盟条例》序言第34条将基因信息定义为:“自然人先天或后天的遗传性特征相关的个人信息,其来源于自然人的生物样本分析,特别是染色体、脱氧核糖核酸(DNA)或核糖核酸分析,或来源于其他可获得同等信息的要素分析”。《德国人类基因检测法》第32条将基因信息界定为“通过基因检测获得的,或者通过基于基因检测的分析而获得的有关遗传特征的一切信息”。《美国基因信息反歧视法》第2编第201部分第4条对基因信息的定义则十分宽泛,既包括雇员个人也包括其家庭成员接受基因检测获得的信息,还包括雇员及其家庭成员接收或请求基因服务、参与科学研究而获得的信息,乃至上述人员的胎儿、胚胎的基因信息。值得注意的是,该法将家族医疗史也纳入基因信息范畴。该法所称“家庭成员”的范围十分宽泛,包括:(1)受抚养的家属;(2)任何四代以内的亲属,包括通过婚姻、生育、收养等各种方式形成的亲属关系。其中,四代亲属意味着高祖父(玄孙)的基因信息也属于该法适用对象。不仅如此,即使是没有血缘关系的亲属也被纳入其中。既然没有血缘关系也就意味着没有基因信息的关联,这样的规定有些令人费解。对此,有解释认为:雇主可能基于雇员配偶或收养子女的基因信息对雇员加以歧视。^②基因信息概念界定的宽窄纯粹是法律政策考量的问题,基于对处于弱势地位的雇员加强保护的立场,应采适度从宽的解釋,除了通过基因检测直接获得的雇员的遗传信息,对三代以内直系血亲进行基因检测或者通过其他手段获得的基因信息(包括医疗史)也应纳入保护范围。不过,无血缘关系的亲属(如配偶)的基因信息不应被包括在内。而所谓“雇员”,既包括在职劳动者,也包括求职者,还包括劳动关系已终止的前雇员。

(二)侵害雇员基因信息的归责原则

鉴于个人信息侵权的特殊性,也应对以过错为基石的侵权责任归责原则作出反思。例如,有学者认为,应根据信息处理自动化的程度实行三元归责原则体系:公务机关通过自动化处理侵害个人信息的适用无过错责任原则,非公务机关自动化处理信息侵权适用过错推定原则,而非自动化的信息处理侵权则采取过错责任原则。^③另有学者认为,对侵害隐私信息应适用过错推定原则。^④还有学者主张,基于个人信息的分类实行差别化的归责原则,由于基因信息的高度敏感

① 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,《中国法学》2018年第4期。

② See Thomas H. Christopher, Louis W. Doherty & David C. Lindsay, EEOC Issues Final Regulations on Genetic Discrimination in the Workplace, 36 Employee Relations Law Journal, 45(2011).

③ 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,《中国法学》2018年第4期。

④ 参见徐明:《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》,《中国法学》2017年第1期。

性,对基因信息侵权应实行比一般个人信息侵权更加严厉的严格责任原则。^① 上述主张具有一定合理性,表达出对雇员敏感信息给予倾斜保护的理想。不过,从解释论来看,《民法典》并未将个人信息侵权类型化,更未对侵害雇员个人基因信息这一微观问题规定特殊的归责原则。如此,对雇员基因信息的侵害只能落入侵权责任的一般条款即《民法典》第1165条第1款规定的过错责任原则,而这显然不及无过错责任的保护力度大,没有体现出与一般个人信息保护相区别的层次性。在笔者看来,民法典时代对雇员基因信息实现倾斜保护的一条可能出路是对过错作灵活解释,违反保护敏感个人信息的法律即可认定为成立过错。值得关注的是,《个人信息保护法(草案)》对敏感个人信息规定了更高层级的保护,其第29条第1款规定:“个人信息处理者具有特定的目的和充分必要性,方可处理敏感个人信息”。对处理敏感个人信息采“禁止为原则、许可为例外”,实际上是借鉴了《欧盟条例》的做法。此外,《个人信息保护法(草案)》第30条规定处理敏感个人信息必须满足更严格的知情同意要求——一个人的单独同意。因敏感个人信息原则上是不能被处理的,侵权与否的判定就简化为对是否存在合理利用之除外情形进行审查,故雇主没有正当事由收集雇员基因信息的行为本身就足以自证过错的成立,这在效果上与无过错原则异曲同工。当然,如果雇主收集雇员基因信息确实有正当合法目的,则表明其不存在过错。

(三)加害行为的认定

雇主必须实际实施了危害雇员基因信息的行为。实践中,雇主对雇员基因信息的获取,或者是通过在就业体检中加入基因检测产生新信息,或者是通过询问调查获得原本已经存在的旧信息。从时间节点来看,加害行为既可能发生在信息的收集阶段,也可能发生在后续的利用阶段。在雇员基因信息上存在的是一个权利束,对不同权利的侵权责任所对应的加害行为要求是不同的。例如,对基因信息隐私权的侵犯仅以收集行为存在为必要,只要有收集行为即构成加害行为。对基因信息平等权的侵犯则除了要有收集行为,还要有基于已获取信息的不合理区别对待行为,如拒绝录用或同工不同酬。需特别讨论的是加害行为还可能例外地表现为不作为,通常有两种情况:一是雇主对收集到的雇员基因信息疏于保密,二是应当进行基因检测而未进行。实践中职场基因检测通常是雇主方发起的,不过,雇员亦可主动向雇主提出对自己进行基因检测的要求,而雇主怠于提供适当的基因检测服务可能构成不作为侵权。在一起案件中,美国陶氏化学公司的一名已去世雇员的妻子起诉公司,声称公司没有对其丈夫进行基因检测以及及时发现其在工作中接触苯物质而可能患白血病的风险。^②

(四)损害认定的困境与出路

无损害即无侵权,对雇员基因信息侵权概莫能外。然而,在这一构成要件的认定上,存在不小的困境。侵害个人信息造成的损害呈现出许多新特征,如多环节性、无形性、隐蔽性、风险性等。根据经典的损害理论,损害必须是真实发生的,其细化标准包括损害必须是具体的、特别的、实际的或迫近的,而不能是抽象的、集合性的或推测性的。若要运用上述传统标准对个人信息的损害作出认定,则存在着种种障碍。在大数据时代背景下,于海量信息的高频次处理中,个人信

^① See Benjamin Sundholm, Strict Liability for Genetic Privacy Violations in the Age of Big Data, 49 The University of Memphis Law Review, 759(2019).

^② See Gary E. Marchant, Genetic Susceptibility and Biomarkers in Toxic Injury Litigation, 41 Jurimetrics, 67 (2000).

息可能在什么环节、被何者侵害、将产生何种损害,往往具有很大程度的不确定性。个人信息损害常常表现为一种可能被侵害的风险,如身份信息窃取、未被授权的潜在第三方使用。实践中的典型场景就是信用卡信息泄露可能引发的金融欺诈风险。信息主体所担忧的信息窃取是否会现实地发生,难以预先确定,那么信息被窃取的风险本身是否足以构成损害呢?美国法院对于是否认可推测性的未来损害存在严重的分歧。部分法院对损害作宽松的扩张解释,如在“雷米亚斯诉内曼·马库斯集团案”^①中,美国第七巡回法院认为,如果各种事实形成的链条表明信息在未来遭受损害的风险是实质性的和客观的,则即使信息的误用尚未真实发生,也可以成立损害。不过,也有不少法院持否定立场,如在“赖利诉塞利蒂安公司案”^②中,美国第三巡回法院认为,可能来自不特定第三方的未来损害的不确定风险不成其为损害。在“贝克诉麦克唐纳案”^③中,美国第四巡回法院也认为,对身份偷窃的担忧充其量是一种臆测。具体到雇主收集雇员基因信息的场景,如果基因歧视、基因信息买卖或者污名化等已经现实发生,则损害要件成立当无疑义。但如果雇主没有针对雇员基因信息实施歧视行为或者用于其他非法目的,则雇员看上去什么也没有失去,没有受到什么伤害,此时损害何在?

个人信息侵权中损害的认定是一个国际性的难题,要解决这一难题必须对传统的损害概念进行检视。针对个人信息侵权的特点适度缓和损害要件的要求,承认新型信息损害,已成为一种发展趋势。^④此外还应当看到:在信息分类框架下,对各类个人信息侵权的损害要件认定标准不应等量齐观,对于敏感信息的损害应持更加开放的解释立场。就基因信息而言,因其承载的人格尊严,重要性远超一般个人信息,其被非法处理后可能造成的损害后果更加严重,故有更充分的理由对损害作特别的灵活解释。雇主通过基因检测获取雇员的基因信息,使基因信息以数据的形式产生和被存储,从私密状态转而处于暴露状态。由于职场基因检测大多是通过商业化渠道进行的,基因检测公司实际掌握着这些敏感信息,这就超出了雇主的控制能力。鉴于这些基因信息的巨大利用价值,特别是对于生物医药品研发,黑客窃取、未经本人授权的出售都是客观存在的风险,相关的事例并不鲜见。^⑤基因信息特别是携带致病基因的信息被披露打破了雇员内心的宁静,基因信息隐私暴露引发的种种社会风险使雇员陷入惴惴不安之中,宁静的打破、精神压力和痛苦也是一种隐形的损害。有学者主张,考虑到基因信息的突出重要性和传统侵权法对保护基因信息的局限性,应建立一种新的侵权类型:未经许可的基因信息披露侵权。^⑥笔者对此深表赞同,对雇员基因信息的收集使高度敏感的个人信息失去私密状态而处于危险之中,仅仅是该危险本身即足以构成损害,即使没有基因歧视等现实损害发生。

(五)侵权阻却事由:雇员基因信息的合理利用

① See *Remijas v. Neiman Marcus Grp., LLC*, 794 F.3d 688, 693 (7th Cir. 2015).

② See *Reilly v. Ceridian Corp.*, 664 F.3d 38, 42 (3d Cir. 2011).

③ See *Beck v. McDonald*, 848 F.3d 262, 274 (4th Cir. 2017).

④ See Leon Trakman, Robert Walters & Bruno Zeller, *Tort and Data Protection Law: Are There Any Lessons to Be Learnt?* 5 *European Data Protection Law Review*, 500(2019).

⑤ See Terry Wong, *Characterizing the Harms of Compromised Genetic Information for Article III Standing in Data Breach Litigation*, 53 *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 461 (2020).

⑥ See Ifeoma Ajunwa, *Genetic Testing Meets Big Data: Tort and Contract Law Issues*, 75 *Ohio State Law Journal*, 1225(2014).

以禁止为原则、以少数情形下的特别许可为例外,是国际上对待职场基因信息收集的主流立场。这些例外情形产生侵权阻却效果,本质上属个人信息处理的合法利益豁免。^① 根据《德国人类基因检测法》第20条的规定,雇主对雇员实施基因检测原则上被禁止,不过如果基因检测是为了开展职业健康检查或者与工作相关的筛查,该基因检测对于确定某种基因特性必不可少,且该基因特性与特定工作场所经常发生的严重疾病密切相关,则雇主可以对雇员实施基因检测。《美国基因信息反歧视法》第2编第202部分第2条规定的合法收集情形包括:(1)雇主不经意获得的基因信息;(2)根据《家庭医疗法案》的规定,雇员请假时雇主对其家庭医疗史的询问;(3)雇主从购买的公众可自由获得的文献上获取的家庭医疗史;(4)对工作场所的有害物质及其生物效果的基因监视中涉及的基因信息;(5)雇主为雇员提供健康服务,如职工健康计划。2017年3月美国众议院教育与劳动力委员会通过了一项法案,允许雇主在职业健康保险计划中对雇员进行基因检测,并且可对拒绝接受检测的雇员施加金钱性惩罚,理由是这可能影响到保费。综观各国立法,对雇员基因信息收集合理范围的界定,核心考量因素是维护职场安全与健康之必要,我国亦可借鉴这一经验。《民法典》第1036规定了个人信息的侵权责任豁免情形——“为维护公共利益或者该自然人合法权益,合理实施的其他行为”,这一豁免情形可为雇员基因信息合理利用范围的界定提供解释空间。不过该规定过于抽象概括,可操作性差。《个人信息保护法(草案)》虽然树立了敏感个人信息处理“禁止为原则、许可为例外”的立场,但是对于合理处理的情形没有作出具体规定。与德国、美国相比,对于何谓正当目的,究竟在哪些情形下雇主可以收集雇员基因信息,我国法律上缺乏明确具体的规定。建议未来立法加强对雇员基因信息保护的针对性,以职场安全健康为中心,兼采实质性描述标准与典型情形列举的做法清晰界定合法收集的范围。

五、结 语

在信息与生物技术叠加飞速发展的时代,对个人基因信息的处理无处不在,职场亦未能幸免。保护雇员基因信息有反就业歧视与侵权救济两条路径,前者异常艰难,而私法进路则柳暗花明。雇员对其基因信息上享有的丰富人格权不因劳动关系而丧失,而私法的高度涵摄性足以荫蔽雇员基因信息保护。雇主收集雇员基因信息是否构成侵权的判断仍应遵循传统的侵权法框架,但在归责原则、加害行为识别、损害认定等方面应充分考虑基因信息的特点,并加入对劳动关系因素的特别考量。并非所有的职场基因信息收集均为非法,合理的收集行为应被严格限制在为职场安全健康目的范围内。在《民法典》时代,雇员基因信息保护对于如何运用类型化与场景化方法保护个人信息具有重要的启示意义。

责任编辑 张家勇

^① 参见谢琳:《大数据时代个人信息使用的合法利益豁免》,《政法论坛》2019年第1期。