论个人信息保护中同意规则的弱化适用

郑晓剑, 郑海蓉

(厦门大学法学院, 福建厦门, 361005)

摘要: 同意规则虽在个人信息保护方面具有积极意义, 但不宜将其奉为合法处理个人信息的一般规则。同意乃弱化的意思表示, 是主体参与社会交往、与他人设定法律关系的手段, 隐含个人自由与法秩序的内在张力之价值。同意规则须受到合法、正当、必要原则的约束, 不应阻碍信息的流通利用, 亦不可使弱势的信息主体独立承担同意的法律后果。故而, 有必要弱化同意规则在个人信息处理中的适用价值。以意思表示发生法律效力仅促成法律行为的成立而不决定其效力的“意思表示工具论”为方法, 明确同意仅构成信息处理的正当理由, 而非合法理由, 信息处理是否合法还须由法秩序各要素来检验。由此, 在合法处理信息应满足“同意+符合法秩序要求”的基本构造下, 同意规则即被弱化适用。

关键词: 个人信息; 同意规则; 弱化适用; 意思表示; 法秩序

中图分类号: D913

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2025)03-0070-14

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)和《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》)均规定^①个人信息处理中的同意规则或知情同意规则^②。虽然现行法并未明确将此项规则确立为个人信息处理所应遵循的一般规则^③, 但从个人信息处理须取得同意和无须同意的各种情形之间的逻辑关系来看, 同意规则已然成为个人信息处理的基本规则^④, 被学者誉为个人信息保护的“帝王条款”^⑤。

不过, 关于同意规则能否作为个人信息处理的一般规则, 我国学者看法不一。赞成的学者认为, 如果将同意规则确立为处理个人信息应遵循的一般规则, 那么, 未经信息主体同意而处理其个人信息的行为就构成侵害个人信息权益的不法行为^⑥; 不仅如此, 这种做法也是个人信息主体对抗信息处理者的唯一对话途径, 可对信息处理者形成有效制约^⑦。反对的学者则认为, 将同意规则作为收集个人信息的普遍“合格”抗辩不具有合理性, 同意规则作为个人信息行业者的行为自由或获取财产性权益的方式, “要受通信自由和通信秘密宪法权利的限制, 要受隐私权的限制, 还要受目的原则与必要原则的限制”^⑧; 在多样化的社会生活中, 个人信息收集、使用的合法性基础也应多元化, 而将同意规则确立为处理个人信息的唯一合法依据, 显然过于保守^⑨。

赞成者言之凿凿, 而反对者亦持之有理, 如何权衡和取舍, 实值三思。不可否认, 同意规则在保护个人信息主体、维护其个人自由及尊严等方面具有重要意义和价值, 但是若将其奉为合法处理个人信息的一般规则, 在价值及效果上未必妥当, 由此将对个人信息的流通与利用造成较大阻碍, 并且有可能加剧信息主体所面临的风险。因此, 有必要通过某种途径弱化同意规则在个人信息处理中的适用价值。对此, 我国学者尚未展开专门探讨。有鉴于此, 在我国《民法典》及《个人信息保护法》业已颁行的前提下, 本文尝试运用意思表示工具论对个人信息保护中同意规则的弱化适用进行初步探讨,

收稿日期: 2023-11-20; 修回日期: 2024-04-12

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“比例原则在民法上的适用研究”(21AFX016)

作者简介: 郑晓剑, 男, 安徽金寨人, 法学博士, 厦门大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 民法学; 郑海蓉, 女, 福建德化人, 厦门大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 民法学, 联系邮箱: 397799502@qq.com

提出并论证弱化同意规则适用的具体路径,以期调和同意规则与合法处理个人信息之间的内在张力,实现个人信息保护与利用之间的平衡。

一、本质探究:同意应为弱化的意思表示

探讨同意规则的弱化适用路径,首先须探明同意的本质,以此厘清其在个人信息处理中的功能定位,从而有利于辨析其法律效果。目前,我国学者对同意的本质存在不同的认识和看法。

第一种观点认为,同意在本质上是一种授权委托。按照此种理解,用户与网络平台是不对等的关系,基于用户对网络平台的依赖,网络平台也认同自身更具有专业性和值得信赖,二者之间的关系类似传统的信托关系^[7],而用户的同意即为信托之授权委托^[8]。在数字时代,信息主体基于信赖将相应风险交由平台经营者掌控,平台基于此项授权从事可受信赖的信息处理行为,故此,同意是一种信赖授权与授权信赖辩证统一的同意^[9]。此外,也有观点主张隐私保护条款是信息处理者向信息主体发出的明示邀约合同,而同意则是法律授权行为^[10]。

第二种观点指出,同意的本质属性并非意思表示,而是准法律行为之一种。个人的同意并不具有效果意思,其法律效果的产生系基于法律规定而非当事人的主观意愿,又因信息主体作出同意不需要具备相应的行为能力,故而非为意思表示,而是意思通知,是一种准法律行为^[11]。

第三种观点主张,同意在本质上具有双重属性。具体言之,在合同等交易行为领域,同意构成交易行为的给付内容,因而是一种意思表示,体现权利人积极的权利行使与信息控制。而在排除他人使用、公开个人信息等不法商业化利用层面,同意体现信息主体的消极控制,旨在表达对他人行为违法性的排除^[12]。持类似观点的学者主张,在人格权商业化利用中,许可(同意)是一种阻却侵权行为违法性的要件,使得他人对人格权的商业化利用获得正当性。同时,其亦将主体内在的追求权利利用之法律后果表达于外,因而是一种法律行为^[13]。

上述观点在我国学界颇有代表性,值得仔细辨析。就第一种观点而言,其优势有二:其一,将同意视为信托之授权委托关系,能够促使信息处理者以受托人的身份尽到信息处理的谨慎义务与忠诚义务,减少信息主体的利益受损,有效避免二者间的利益冲突^[8];其二,即使不走信托路径,基于信赖而将同意视为单纯的授权委托关系,亦能使信息主体在同意后以委托人的身份对信息处理行为持续参与,而信息处理者亦得以受托人身份为委托人利益行事,尽到相应义务,减少信息侵害行为。

不过,该种观点也存在难以自圆之处:其一,信息主体的知情同意权利可否上升为一项民事权利,目前理论上尚有较大争论。既然如此,信息主体所授权或许可之“权源”从何而来,势必成为一个问题。其二,即便认可个人信息蕴含有一定的人格权属性,对其处理也应区别于经由许可方式进行商业化利用的姓名权、肖像权等具体人格权。否则,便有可能混淆个人信息与人格权之间的区别,从而引发利益调整的失衡。

第二种观点的合理性亦值得商榷。在我国现行法的框架下,“意思表示真实”与“行为人具有相应的民事行为能力”分别构成法律行为的有效要件^④。因此,在逻辑关系上,作出同意的信息主体是否具有相应的行为能力,与同意的本质属性是否为意思表示,二者间并无直接关涉。换言之,意思能力与行为能力并不必然挂钩,无民事行为能力人、限制民事行为能力人亦可形成有效的意思表示^[14]。因此,不能仅因信息主体作出同意不需要其具备行为能力就认为同意的性质系意思通知,从而构成准法律行为之一种。

此外,持准法律行为说的学者认为,信息主体的同意并不具有形成信息处理关系的意愿,我国《个人信息保护法》关于信息处理的权利义务规则法定,当事人对此并不存在效果意思的表达空间^[15]。笔者以为,此种看法值得商榷。虽然《个人信息保护法》作为一部公私法相融合的部门法^[16],确实包含

诸多关于个人信息处理的法定权利义务规则,但《个人信息保护法》通过后,《民法典》关于个人信息保护的相关规定不应成为具文^[17],其包含的大量意思自治的内容仍有发挥作用的空间和价值。

何况,主体是否享有意思自治,并不能以主体的权利义务规则是否法定为判断标准。以委托代理为例,《民法典》规定了诸如代理人应在代理权限内以被代理人的名义实施法律行为、代理人不履行或不完全履行职责应承担民事责任等规范,以确保代理行为妥当实施。不过,当事人亦可在法定的权利义务规则界限内,就代理权的范围、代理权的期限等事项自由约定,从而获得符合内心真意的法律效果。因此,即便主体的权利义务规则法定,也不妨碍当事人作出具备效果意思的表示行为。不仅如此,法定的权利义务规则还是当事人意思自治得以实现的必要保障。因为,当事人意欲通过法律行为产生法律效果,除了需要具备意思表示,“法律制度承认法律行为的法律后果也是一项必不可少的条件”^[18]。

反观个人信息领域,虽然《个人信息保护法》包含了诸多法定的权利义务规范,但是这并不能作为否定信息主体的同意具备效果意思的充分理由。同意是主体参与社会交往、与他人设定法律关系的前提,信息主体是否以同意的方式响应与促成他人的提议,实属意志自由的范畴,具备使得信息处理者享有处理信息的正当理由之法效意思。只是仅凭该法效意思尚不足以使信息处理者获得处理信息的合法性基础,信息处理的权利义务规则才是决定信息处理是否合法的主要规范。譬如,若信息处理者违背了告知义务,即便信息主体业已同意,相关的信息处理行为亦存在合法性上的瑕疵。

由是观之,信息主体意欲以“同意”发生一定的私法效果与法律规定主体的权利义务规则并行不悖:前者旨在彰显意思自治,后者旨在检验信息处理行为是否符合法秩序要求,二者共同构成信息处理行为的正当性与合法性基础。因而,信息主体的同意具备法效意思,并非一种准法律行为。

相较而言,上述第三种观点所主张的同意是一种意思表示,更具合理性。但其同时认为同意具备阻却不法行为的性质,则陷入强同意模式之弊,存在一定的不足。从意思表示的主观构成要件来看,信息主体通常是在有意识的状态下作出同意的行为,具备行为意思。例如,个人在服务协议、隐私条款等处勾选“同意”,即便其未全面理解同意的内容,甚至并未阅读就仓促作出决定,但该同意仍是其有意识的自主行为。信息主体作出同意时,通常能够理解其行为系对于信息处理的允诺、许可,具备表示意识。此外,个人同意他人处理其信息,通常系为了换取某项商品、服务或其他,也即该同意实乃指向引发特定法律效果的意志性表达,具备效果意思。因此,信息主体的同意是一种意思表示。

不过,信息主体的同意并不必然具有排除信息处理行为违法性的效果意思。基于同意,信息处理者仅取得处理信息的正当理由,并不能获得进一步的“责任豁免”。原因在于,“虽然作为效力表示的意思表示也指向于使某个法律事实发生效力,但是并非该意思表示,而是客观法为该事实赋予其效力,客观法给意思表示配置了其所指称的法律后果”^[19]。也就是说,同意作为一种意思表示,其仅使得信息处理者取得处理信息的正当理由,信息处理行为若要合法,还须符合信息处理的权利义务规则等法秩序要求。可见,第三种观点的解释力并不十分周延。

将个人信息主体的同意之本质界定为意思表示,可以适用法律行为法的相关规则对其进行理解和解释。当然,个人信息保护法律中信息主体“同意”的意思表示与法律行为法上关于同意的意思表示并不完全相同。总体而言,二者存在以下差别:

其一,二者产生的法律后果不同。在传统民法上,同意的法律后果系经由“同意”这一意思表示而产生,同意与法律后果之间呈线性的逻辑关系。在个人信息领域,信息主体的同意并不当地依线性逻辑产生相应的法律后果。前已述及,虽然信息主体的同意可使信息处理者获得处理信息的正当理由,但仅凭该同意并不能直接决定信息处理行为的合法性,甚至还会出现个人信息处理因违反合法、正当、必要原则或涉及格式条款而导致已经作出的同意无效等情况。

其二,二者对同意的控制力要求不同。在传统民法上,表意人对同意的事项具有较强的支配权与

处分权。例如,在委托代理关系中,代理人需转委托第三人代理的,应当取得被代理人的同意或追认;被代理人对行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后的行为可以追认,使之对己发生效力^⑤。在此等情形下,被代理人对同意与否享有绝对的支配权与处分权,并不受其他因素左右。反观个人信息领域,信息主体对同意的对象往往缺乏绝对的支配权与处分权。例如,信息主体为了获取相应的商品或服务,往往只能对平台的用户条款、服务协议或隐私政策点击同意^[20],甚至信息主体往往因该类协议条款的晦涩难懂、冗长含糊而无法有效阅读,从而难以对信息处理可能产生的风险作出准确预测。如此基于不充分理解所作的宽泛同意,难谓真正的自由决定^[21],而同意规则的例外情形更是表明信息主体对于自身的个人信息无绝对的控制力。

综上,同意是信息主体向外部表明其意欲使信息处理者获得处理其个人信息的正当理由之法律效果的行为,因而其在本质上是一种意思表示。当然,相较于传统民法上的同意行为而言,信息主体对同意的内容并不享有绝对的控制力,有时甚至无法基于同意而产生相应的法律后果,更不能直接决定个人信息处理的合法性,因而其效力相对较弱。

二、内在张力: 同意规则的价值基础与扩张

之所以认为信息主体的同意应为“弱化”的意思表示,不仅在于同意规则的理论基础隐含着个人自由与法秩序的价值考量,也在于同意规则须受制于现行法规定的“合法、正当、必要原则”,还在于信息主体对具备社会属性的个人信息并不享有绝对的自决权,更在于对弱势一方信息主体之“理性人”的假设应得以纠偏。在此语境下,同意规则的价值基础及扩张弱化了信息主体同意的效力,而信息主体弱化的意思表示即为同意规则在信息处理中的弱化适用提供了前提。

(一) 价值基础: 个人信息自决权理论与信息不对称理论

一般认为,个人信息同意规则的理论基础乃个人信息自决权理论与信息不对称理论^[22]。

就个人信息自决权理论而言,据考证,德国学者施泰姆勒(Steinmüller)在1971年最早提出“个人信息自决权”概念,并被德国联邦宪法法院所采纳^[23]。在1983年的“人口普查第二案”中,个人信息自决权被当作一般人格权的一个种类,此后,个人信息自决权理论逐渐得到日本、我国大陆及我国台湾地区一些学者的支持^[23]。在2008年的“网上搜查”案中,德国联邦宪法法院将保障个人信息的私密性和完整性及个人自主决定个人数据的公开和使用扩充为个人信息自决权的内容^[24]。目前,德国通说认为,《德国联邦个人信息保护法》保护的“个人信息权”即个人信息自决权,具体指“个人依照法律控制自己的个人信息并决定是否被收集和利用的权利”^[25]。

在个人信息保护法律中,同意规则的确立及适用立基于理性人假设这一前提。也就是说,假设“自然人是一个理性人,会阅读并理解所有的隐私政策声明,并仔细权衡利益得失,最终作出一个自觉的、理性的选择”^[26]。强同意模式即是依此假设赋予信息主体对其个人信息绝对的控制力,以维护信息主体的人格自由和尊严,保护信息主体的私人利益。然而,此种理性人假设在现实生活中往往“失灵”,很多时候信息主体并不具备“理性人”的决策能力,通常存在内部性与外部性的信息决策困境^[27]。因此,信息主体有可能在没有正确理解同意内容的情况下就仓促作出同意之决定。

同意规则的另一理论基础乃信息不对称理论。就市场交易而言,通常情况下,信息的不对称将阻碍交易的平等、互惠进行,信息充裕一方有可能对信息欠缺一方的利益造成侵害,致使市场失灵,最终将阻碍社会最大化效率之追求^[28]。尤其在大数据时代,信息主体对个人信息被处理的种类、收集后的处理情况、被其他信息处理者共享的情况等往往难以知悉,更无法有效参与其中,如此不可感知与不可预测是信息主体与信息处理者之间明显的信息不对称所造成的^[29]。因此,对信息处理者设定告知义务,是公开透明要求的体现,可有效克服因信息不对称所产生的市场失灵现象^[30],缓解信息主体因

信息欠缺而产生的不安情绪与未知状态。

因而,信息不对称理论的实质在于信息主体对自身信息缺乏控制力,为了使弱势一方信息主体充分知情并自行决定是否同意,需要通过“同意”的方式来增强其对信息处理的参与及控制力度,以此平衡信息主体所处的弱势地位,进而维护其人格自由及尊严^[22],同时,亦能促进法秩序的稳定,实现社会最大化效率之追求。在此实质下,同意规则被赋予更深层次的内涵——“从知情同意的本源来看,其根本上是一种主体交往之时设定法律关系的前提与基础行为,无论是政治权威的建立还是对他人的授权,始终具有拓展交往主体能力的功能与作用,同时该行为还具有‘限权与自我义务设定’之效果。”^[9]也就是说,同意规则是主体参与社会交往、与他人设定法律关系并承担相应法律后果的手段,其在保护个人私益的同时,势必不能任性而为,而应有助于维护法秩序的安全与稳定。

由是观之,个人信息自决权理论与信息不对称理论均从不同角度为同意规则提供了理论基础和正当化说明。个人信息自决权理论从正向赋予信息主体同意的权利,这意味着个人有决定自己的信息是否被处理、被如何处理的自由,含有未经同意不得处理的强同意模式之内涵。信息不对称理论则从反向规定信息处理者的告知义务,旨在确保信息主体的充分知情,以此增强其对信息处理的参与力度,缓和其弱势地位,彰显弱者保护、公平正义等法秩序价值。

然而,值得注意的是,当个人同意的权利过于膨胀乃至可能引发权利滥用时,含有利益平衡、弱者保护、公平正义等法秩序价值的信息不对称理论,便衍生出另一层面的隐含之意——在信息处理过程中,同意规则的适用倘若过分强调个人的自决权利,以至于可能阻碍信息流通,威胁公共利益,使得弱者更弱,引发不公等问题,则与信息不对称理论的固有内涵不符。也就是说,违背了信息不对称理论出于利益平衡、缓和主体地位的不平等、促进社会利益及社会效率最大化的初衷。因此,二者在一定程度上也蕴含着个人自由与法秩序的内在张力:个人的自由权利固然应受到保护,但须受到法秩序价值的制约。此处的制约,在一定程度上,即信息不对称理论的法秩序价值对于个人信息自决权理论的个人自由价值的弱化。

(二) 价值基础扩张:个人自由与法秩序之间的张力

如前所述,同意规则除了有个人信息自决权理论与信息不对称理论作为理论基础外,在其运作过程中,往往延伸出更深层次的价值考量:虽然个人可借助同意的方式行使自决权,彰显人格自由和尊严,但是过度放任的自由也有可能导致权利的滥用及违法行为的发生^[31],同意规则所具备的权利实现与利益平衡功能将遭到破坏。因而,强同意模式可能引发的法秩序问题值得深思。

实际上,同意规则不应成为处理个人信息的一般规则,相反,其在适用时应受到合法、正当、必要原则的约束。在现代私法制度已从个人权益本位转向兼顾社会利益本位的背景下^[32],同意规则不应阻碍信息的自由流通。此外,在风险社会中,同意规则也不应由本就处于弱势一方的信息主体独立承担同意的法律后果。总之,在信息社会,同意规则始终隐含着个人自由价值与法秩序价值的内在张力,在其适用过程中,不可忽视此种价值衡量。

1. 同意规则应受制于“合法、正当、必要原则”

我国现行法除了规定同意规则外,亦规定个人信息处理应遵循“合法、正当、必要”原则[®]。那么,二者的关系应如何理解?合法、正当、必要原则为同意规则的补充还是与同意规则各自独立?抑或在同意规则适用困境下只需达到合法、正当、必要原则的要求即可?^[33]对此,有学者认为,《民法典》系意思自治法,目的旨在尊重而非替代当事人对其个人信息的自主决定,若将合法、正当、必要原则确立为个人信息处理的首要原则,将会扩大公权力的裁量权,减损私主体的合理预期^[33]。亦有学者认为,信息处理是否合法,应依次以合法目的、合法基础及合法处理行为作为判断标准,同意系“合法基础”中的一个环节,仅为信息处理行为之合法性评价上的一项前提条件,而非决定性要件^[34]。

本文赞同前述学者的见解。合法、正当、必要原则并非仅为同意规则的补充,二者也非绝对的独

立关系,更非仅达到合法、正当、必要原则的要求即可。相反,同意规则与合法、正当、必要原则均有各自的侧重功能。同意规则并不占据合法处理个人信息的决定性地位,而合法、正当、必要原则亦不能否认某些个人信息处理中信息主体的同意具有重要作用。二者在适用过程中体现出虽相对独立,但又互相补充、制约与统一的辩证关系。申言之,人作为社会性的存在物,自由和秩序是其本质属性,自由总是表现出对现有秩序的否定,秩序则意味着对自由的某种束缚^[35]。尽管信息主体总是以“同意”这一自由意志创设、变更与终止法律关系,但该同意亦须受到法秩序的约束。该法秩序即是信息主体与信息处理者能够在现行法的框架下依照预期作出选择,而合法、正当、必要原则可为当事人提供合理的预期。

因此,信息主体可依据同意规则自由决定是否将其个人信息交由信息处理者处理,但是信息处理者的处理行为须受到合法、正当、必要原则的约束,不可任性而为。也就是说,即便处理者获取了信息主体的同意,倘若相关的信息处理行为与合法、正当、必要原则并不相符,那么信息处理行为的合法性便存在瑕疵。相应地,信息处理行为虽然符合合法、正当、必要原则的要求,但信息主体并没有作出同意的意思表示,那么,通常情况下信息处理者不得处理相关的个人信息,此为同意规则的固有内涵。当然,依《民法典》第1035条、第1036条以及《个人信息保护法》第13条,在某些情形下,即便信息主体没有作出同意的意思表示,也无法阻却信息处理者在符合正当、必要原则下合法且合理地处理个人信息。

将同意规则与合法、正当、必要原则理解为相互补充、制约与统一的辩证关系,也有助于为纠纷的妥善解决提供必要指引。例如,在“王某诉某银行股份有限公司个人信息保护纠纷案”中^⑦,原告王某发现其个人征信报告中有若干笔由被告某银行放款的记录,对其个人征信造成不良影响,遂以其对相关放款不知情且未与该银行签订过借款合同为由,将该银行诉至法院。法院经审理认为,该银行通过在线双录视频的方式核实原告的行为能力、贷款意愿真实性等内容,符合合法、正当、必要原则,属于合理使用^⑧。

由此可见,将同意规则作为信息处理的一般规则,将会掏空合法、正当、必要原则的规范意旨。弱化同意规则的适用,不仅可以在一定程度上缓解同意规则的适用困境,还能有效发挥合法、正当、必要原则对个人自由的制约作用,“弥补数字时代意思自治与契约自由的缺陷,矫正个人信息处理者同个人之间日益严重失衡的不平等态势”^[36]。

2. 同意规则不应成为信息流通和利用的阻碍

强同意模式下,同意规则作为信息处理的一般规则,决定着信息处理的合法性界限。据此,只有经信息主体同意的个人信息,才能合法地被利用和流通,而未经同意的个人信息原则上不能被处理。追根溯源,强同意模式的逻辑起点为个人信息权益系专属于信息主体的个人绝对权利。有学者认为,个人信息即为个人信息权,本质上是一项具体人格权^[37],应对其进行独立保护^[38]。因个人信息的效用性、稀缺性、可控性及流通性特征^[39],且绝大多数个人信息可与他人共享大数据、用于商业分析和商业规划等^[40],故而有些学者主张将个人信息权定位为财产权。于是,在个人信息权利化观点的逻辑指引下,同意规则的强化适用即成为可能。

然而,通过赋予信息主体对其个人信息以绝对的控制权,不仅无法达到实质上的控制目的,还忽视了个人信息同时具有的社会属性,在一定程度上阻碍了个人信息的自由流通。

其一,强同意模式下,信息主体的同意被奉为信息处理合法与否的决定性要素,一经信息主体同意的个人信息即可合法处理;反之,即为非法处理。可见,强同意模式的规范重心在于信息主体对其个人信息的绝对控制权,而对个人信息本身并不给予严格保护^[41]。不过,就同意规则的规范对象而言,其核心价值并非赋予信息主体对自身个人信息以绝对的控制权,而在于确保信息主体的尊严和自由不因此受到侵犯^[42]。也即同意规则的遵守并不能有效防范信息处理者在同意后的不当处理,从而可能对

信息主体的人格自由和尊严造成侵害。同理,违反同意规则本身也并不必然对信息主体权利造成损害或产生损害风险^[42],甚至可能符合信息主体的利益。因而,同意规则不应仅以赋予信息主体对其个人信息的绝对控制权为规范目的,更不能以此严格限制个人信息的流通。相反,同意规则应通过“个人信息”这一抓手,对其所承载的相关利益进行保护^[43]。

其二,从实际产生的法律效果来看,同意规则往往无法实质性地发挥作用。强同意模式下,信息主体成为信息处理的“掌舵人”,一般情况下,只有经其同意的个人信息处理方具备合法性。然而,随着现代科学技术的不断升级,算法和算力的提升使得个人信息处理方式和目的有无限可能性^[44]。加之往往存在个人信息的二次利用,信息主体对信息处理可能带来的风险更加难以预测与把控,让其对此一一同意,不仅不现实,也使其因对专业晦涩的信息处理的不理解而产生挫败感,降低信息主体的同意意愿^[21]。如此一来,信息流通反而遭受阻碍。是故,囿于理性人假设的现实困境,信息主体往往并不具备对信息处理作出完全同意的可能性和相应能力,而让其担任“掌舵人”角色的强同意模式对此却未有充分认知。

其三,个人信息虽然具有可识别特定主体的功能,但是个人只有置于社会环境中才有被识别的必要。尤其在大数据时代,数据的价值主要产生于万物互联的大数据流通与人工智能分析,个人很难从单次的数据使用中获得较大的经济对价^[45]。然而,强同意模式与个人信息权利化观点却将个人信息严格控制在“个人”一侧,阻碍了其向“社会”一侧的自由流通,不仅限制了个人信息识别功能的发挥,也导致依个人信息的识别功能而生的信息处理价值大为降低。

其四,从个人信息的特征来看,其具备共享性与公共性特征,无法成为一项绝对权的客体。因为,个人信息的内涵与外延并不清晰,“难以达到权利客体所应具备的具体特定且界限分明的品质要求”^[46]。况且,在信息化社会,某一信息看似专属于某一特定主体,实际上可能还有其他主体与之共享该信息。例如,一套住宅为数个承租人合租,那么该房屋的住址不仅是租户甲的个人信息,也是租户乙的个人信息,还是房东丙的个人信息。因此,根据该房屋的地址信息,可以识别出上述三位特定的主体,其中任何一方不得以其对个人信息具有绝对的控制权为由而排除他方合理利用该信息。然而,强同意模式并没有顾及个人信息的此项特征。

其五,从个人与社会的关系角度而言,个人信息不仅关涉信息主体的个人利益,也关涉他人利益和社会利益,故而具备社会性与公共性特征^[47]。个人信息蕴含社会公共利益,主要体现在两个面向:一方面,在私人利益与公共利益存在张力时,出于维护社会公共利益的需要,可排除个人对其信息的控制权,即排除个人的同意权益。例如,在前述“王某诉某银行股份有限公司个人信息保护纠纷案”中,法院认为,为了维护诚实守信的社会信用体系,应否定个人对其征信信息的绝对控制。为此,信息主体“控制个人信息传播”的利益让位于处理者的处理行为所追求的利益^[48]。另一方面,当信息处理行为违法或侵害众多个人权益时,个人信息可能成为公法保护的对象或引发公益诉讼。在此语境下,个人信息构成社会整体利益的一部分。在“田某个人信息保护民事公益诉讼案”中^⑨,法院认为,田某非法收集、买卖自然人的个人信息,使不特定自然人的个人信息安全处于潜在的风险中,对不特定多数自然人的精神造成损害,亦使得社会公共利益受损。

综上,同意规则旨在保护信息主体自决权益的无障碍行使,而非严格保护个人信息本身。将同意规则奉为信息处理的一般规则,大大阻碍了个人信息的流通利用。事实上,基于个人信息的社会属性而在立法上确定诸多无须同意的情形,正是表明不应将同意规则视为信息处理的一般规则。原因在于,在信息化社会,个人信息的类型与内容将会不断增加,届时可能出现更多无须同意的例外情形。例外情形一旦增长至某一程度,将与一般情形无实质性差异。从立法成本来看,与其到时新增更多的例外规定,不如基于当下立法,从解释层面弱化同意规则在个人信息处理中的功能定位,明确信息主体的同意不对信息处理的合法性起决定性作用,由此可以弱化其对信息利用与流通的控制作用。

3. 同意规则不应成为信息主体的责任枷锁

在大数据时代, 个人信息的种类愈发庞杂多样, 信息处理渐趋技术化、专业化、复杂化, 个人信息的二次加工、自动化处理、深度算法等愈发深不可测。相较于信息处理者, 信息主体无论是在专业能力方面, 还是在风险掌控能力方面, 始终处于弱势地位。信息主体在作出同意时, 往往无法理解和预见其中可能存在的风险与责任, 作出同意之后也可能无力预测与控制后续信息被处理的情况, 从而难以有效地参与个人信息的处理活动。

然而, 强同意模式下, 信息主体的同意却决定着信息处理的合法与否, 信息主体一旦作出同意, 信息处理者即可合法地处理该信息。但通常来说, 信息主体对在同意范围内出现的信息侵害行为也很难寻求必要的法律救济。是故, 强同意模式使得本处于弱势地位的信息主体承担了更大的信息风险和法律责任, 而风险分散与承受能力更强的信息处理者在遵循程序性规定并取得信息主体的同意后便可免责^[27]。由此使得对信息主体的“赋权”变成“赋责”^[49], 加剧信息主体与信息处理者之间的不平等地位, 使得强者更强、弱者更弱。

事实上, 即便认为“同意”是信息主体响应与促成信息处理者提议的一种合意, 也不代表信息处理者可据此合意取得“责任豁免”。在现代社会, 契约与身份处于交叉与互补的状态, 契约亦可产生契约性的身份(即“从契约到身份”), 而契约性的身份要求强者不得依赖其强大的经济力量或掌握更强大的情报而获利; 相反, 契约性身份可构成弱者的保护伞, 使得弱小的个人依附强大的团体来抵御强大的力量, 以此减轻自由的代价, 使得自由更有保障^[50]。因此, 在现代信息社会, 契约性身份要求作为强者一方的信息处理者不得依其强大力量获取不对等的优势, 而作为弱者一方的信息主体则可依其契约性身份来弥补此种“落差”, 以获得倾斜保护。为弱势方提供倾斜保护, 即为法秩序的内容之一, 系法秩序对个人自由在一定程度上的“容忍”与“兜底”, 含有矫正正义之内涵: 一方面允许个人彰显自由意志, 另一方面又为个人自由意志所造成的法律后果倾向性地“容忍”, 从而避免个人因自由而承担较重的责任。

因此, 笔者以为, 参考立法上针对消费者与劳动者所作的倾斜性保护, 也应在理论及制度层面面对处于弱势地位的信息主体给予类似的倾斜保护, 从而避免个人因同意而承担较大的风险与责任。衡诸理论和实际, 对信息主体作出倾斜保护的一条可行路径, 便是弱化信息主体所作的同意之效力, 使之不对信息处理的合法与否起决定性作用。这样, 即便信息主体作出了同意, 信息处理者仍然需要为其不当的信息处理行为承担相应的法律责任, 而不应以信息主体已作出同意为由豁免其责任。通过这样一种机制, 信息主体在作出同意时, 可能产生的风险便得以降低, 而信息主体与信息处理者之间的不平等地位亦得以有效矫正。

三、另辟蹊径: 意思表示工具论下同意规则的弱化适用

前已述及, 个人信息自决权理论与信息不对称理论作为同意规则的基础理论, 隐含着个人自由与法秩序的内在张力之价值。同意的本质属性乃弱化的意思表示, 将同意规则确立为个人信息处理的一般规则, 既有可能阻碍个人信息的自由流通和利用, 又有可能加剧信息主体所面临的风险, 与弱者保护的现代私法理念难谓相符。为此, 不宜过高估计同意规则在个人信息处理中的适用价值, 有必要通过某种合适的方式和途径对同意规则的适用进行弱化处理。

(一) 以“整体性”思维及同意所生效果为弱化方法

目前, 我国已有不少学者认识到不宜将同意规则确立为个人信息处理的一般规则, 从而从不同角度提出了弱化同意规则适用的方法与路径。只不过, 既有方法和路径均有一定的不足之处, 无法为同意规则的弱化适用提供具有整体性、体系性的方法指引。

其一,“区分路径说”。这种观点主张,应通过某种标准或策略对同意规则的具体适用进行必要区分,从而更为弹性地适用此项规则。例如,有的学者认为,应根据个人信息处理主体是国家机关还是非国家机关、个人信息敏感度的差异及个人信息处理的收集阶段和使用阶段来区分同意要求和同意方式^[20]。有的学者建议,在信息收集阶段应采取较为宽松的规制策略,以促进信息流通进而发挥个人信息的公共利益价值^[43]。有的学者则提出“行为区分说”,主张以信息处理行为是否涉及信息主体的人格自由和尊严为标准,区分适用明示同意和默示同意^[26]。

总体上看,“区分路径说”通过划分不同信息主体、不同信息处理行为或信息处理阶段等方法来区分同意规则的不同适用要求,在一定程度上确实可以达到弱化同意规则适用之功效。不过,此种区分方法局限于对部分信息主体、部分信息处理行为或部分信息处理阶段的弱化,而没有被弱化处理的部分仍然无法避免强同意模式之适用。此外,此种观点主张将个人信息的敏感度差异作为区分适用的标准,看似明确、具体且可适用性较强,但实际上对于何为“敏感”及其程度差异的认定,难免陷入依情境或场景细分、风险、目的、手段等因素的综合判断中,由此导致该标准本身具有较强的主观色彩,过于弹性^[51]。同时,个人信息本身含有一定的人格属性,体现了个人的人格自由和尊严,将信息处理行为是否涉及人格自由和尊严作为区分标准,存在一定的逻辑悖论。

其二,“情境、场景或风险管理路径说”。这种观点主张,应当更为灵活、动态地理解和适用同意规则,反对将其进行抽象理解和僵化适用。例如,有的学者主张在明示同意之外增加拟制同意,在情境合理的情形下,以法律拟制的同意达到信息处理的合法效果,由此形成“情境合理+拟制同意=合法处理”的弱同意规范结构^[52]。有的学者在情境脉络完整性理论的基础之上主张场景细分,“以信息实体、信息属性、信息传播原则作为场景细分的主要判断基准,在区分个人信息类型、个人信息处理环节、个人信息处理者性质的基础上,形成同意规则‘分级—分段—分类’的弱化适用的动态判断基准,以要件动态化实现同意规则适用的弹性化”^[53]。还有学者提出了基于场景的风险管理为核心的路径,以信息处理中的动态风险管理取代处理前的静态合规遵循,也即在信息处理中若未超出原来的风险及用户的合理预期,也为合理使用,而不需要再次取得用户同意^[54]。

情境合理下的拟制同意路径虽有一定的说服力,但是该弱化路径指的是信息主体明示同意之外的拟制同意也能达到使信息处理合法的效果,因而其并未对“明示”同意本身进行弱化,而此正为本文探讨的核心。基于情境脉络完整性上的场景细分路径及风险管理路径,尽管对同意规则的弱化适用提供了十分细致的、动态化的操作方案,但是其并未在整体上提供一套具有普适性和可操作性的弱化路径,由此难免出现具体细分上的缺漏,使得强同意模式在缺漏的情形中仍有适用的空间和余地。同时,基于场景或风险等因素的考量,看似可操作性较强,但因其过于弹性化,使得判断标准捉摸不定,难以以为各方提供明确的指引^[26]。

其三,“控制权转移路径说”。这种观点认为,依据个人信息的公共性、社会性等属性,应以社会控制取代信息主体对其个人信息的单边控制。“在个人信息的收集和使用环节,建立‘以一般允许为原则,以个人控制(同意决定)为例外’的个人信息使用规则。”^[47]

虽然“控制权转移路径说”关注到了个人信息具有一定的社会属性,认为信息主体对其个人信息并不享有绝对的控制权,主张通过规范信息处理者的行为实现对个人信息权益的保护,具有一定的说服力,但是,此种观点主张在收集和使用环节原则上无须征得信息主体的同意,仅在例外时须经信息主体的同意,恰恰忽视了同意的自决权益之内涵,过分地偏向于个人信息的流通与利用,不利于保护信息主体的人格自由与尊严。

总而言之,无论是“区分路径说”,还是“情境、场景或风险管理路径说”,均主张区分不同的情形,部分地弱化同意规则的适用。依此方法和路径,在个别情形中,未被弱化适用的同意规则仍无法避免前述的强同意模式之弊。不仅如此,以“区分”的思维来弱化同意规则的适用,势必造成划分的

标准、方法和内容庞杂多样,而这在数字时代恐将愈发复杂和繁难,最终操作起来也更加困难。“控制权转移路径说”主张在信息收集和使用环节,以一般允许为原则,以个人同意为例外,又过度地弱化了同意规则的适用,以至于与同意规则的理论基础脱钩,难以为个人自由和尊严提供必要保障。

因此,与其以繁杂的区分标准、方法来差别地适用同意规则,不如以同意的本质属性为逻辑起点,从“整体”上找寻一条具有普适性的弱化路径,以此降低同意规则的适用价值。所谓“整体”,即不区分具体的信息主体、信息处理行为、信息的敏感程度、情境、场景或风险等,而是仅立足于“同意”本身,在个人作出同意后,从同意产生的效果及其对信息处理行为的作用力层面,弱化其在信息处理中的适用价值。也就是说,在一般情形下,信息处理仍须取得个人同意,只不过个人的同意能否产生相应的法律效果,信息处理行为能否取得合法性基础,则另当别论。如此方法不仅操作较为简便,还能够在文义上与现行法关于一般情形下处理个人信息须“征得该自然人或者其监护人同意”或“取得个人的同意”的规定相符。这样一来,关于同意规则弱化适用的解释,不仅不会超出法律条文用语可能具有的含义范围,也能有效避免前述的强同意模式之弊。

(二) 意思表示工具论下弱化同意规则适用的基本构造

具体而言,基于同意乃弱化的意思表示及“整体性”思维,笔者认为,在解释论上可以通过以下方式实现同意规则的弱化处理:信息处理行为的合法性评价除了须考量个人真实有效的同意之外,还应重点考量该行为是否符合法秩序的要求。这种做法不仅能够有效发挥同意规则在维护个人自由与尊严方面的功能,也能够与合法、正当、必要原则保持协调,同时又不对个人信息的自由流通造成阻碍,并可为处于弱势一方的信息主体提供倾斜保护。

上述构想的关键在于厘清意思表示与法律行为之间的关系。传统民法理论认为,意思表示乃法律行为的核心要素:表意人将其内心意思以一定方式表示于外并产生相应的法律效果^[55-57];若意思表示真实,则法律行为有效;若意思表示存在瑕疵,则法律行为的效力亦存在瑕疵。然而,新近的一种有力观点则认为,意思表示并非法律行为的核心要素,而是创设法律行为的一个工具^[58];意思表示与法律行为之间构成“双层六阶”之关系^[59]。

具体言之,按照上述新近观点,意思表示与法律行为各处一层:在意思表示这一层里,分为“成立—生效—效果发生”三个阶段;在法律行为这一层里,亦有“成立—生效—效果发生”三个阶段。据此,意思表示与法律行为之间的逻辑联系可被理解为:一旦意思表示“效果发生”,即触发法律行为的“成立”,而法律行为是否生效及效果是否发生,则是法律行为层面的评价问题。在此语境下,意思表示有效与法律行为有效实属两个不同领域的判断对象,意思表示并不对法律行为的效力产生决定性影响,仅为法律行为的成立提供工具性手段。正是借助于意思表示工具理论,意思表示开始走下神坛^[60]。

在个人信息保护中,若依意思表示“核心要素论”,那么信息主体的同意作为意思表示之一种,将成为信息处理行为合法、有效的决定性要素,此为强同意模式可能的内在逻辑。但如前述,同意规则隐含个人自由与法秩序的内在张力之价值,须受制于合法、正当、必要原则,不应阻碍信息的流通和利用,还应对弱势方提供倾斜保护。因此,笔者认为,基于同意的本质属性为一种弱化的意思表示,可依循意思表示工具理论的逻辑思路,将同意的法律效力局限在意思表示层面,使之成为个人信息处理的一道弱化环节,与信息处理的合法性评价各处一层,分别予以判断。

在此种模式下,即便信息主体作出了同意的意思表示,信息处理者也不可任性而为。如果信息主体所作的同意不真实或者存在其他瑕疵,那么同意的效力将停留在意思表示层面,或者虽成立但不生效,或者虽生效但不发生法律效果,从而不涉及法律行为层面的评价,信息处理者无法因同意而获得处理信息的正当理由。倘若该同意的意思表示真实且无效力瑕疵,则表明信息主体的意思自治获得了保障,且使得信息处理者享有处理信息的正当理由,也即同意触发了信息处理行为的成立(即信息处

理具备可实行性)。不过,该同意本身并不能直接决定信息处理行为的合法性,信息处理行为是否合法,还须经过信息处理行为各阶段、诸要素的检验。例如,该处理行为是否遵循信息处理的权利义务规则;是否符合合法、正当、必要原则;是否与诚实信用原则或公序良俗原则相违背;是否涉及其他未同意的信息主体的个人信息;是否侵害社会公共利益;等等。上述诸种要素可以用“法秩序”概念统称之。法秩序的内容较为广泛,在不同背景与语境下将以不同的关键词出现,如交易安全、利益平衡、弱势方保护、公共利益、禁止权利滥用^[59]、权利义务相一致、诚实信用、公平正义、公序良俗等。若信息处理行为有悖于法秩序的要求,那么将无法发生合法的法律效果,信息处理者应承担相应的责任。这样一来,依意思表示工具论,信息主体的同意不能直接决定信息处理行为是否合法,信息处理行为要取得合法性,还须符合法秩序的要求。

值得一提的是,虽然意思表示是法律行为成立的“工具”,但此处的“工具”并非掏空或者否认意思表示的伦理价值。原因在于,作为效力表示(Geltungserklärung)的意思表示,法律为其“‘配置’了与其相适应的法律后果”,只不过,“这种配置是独立于当事人的意思的”^[19]。也就是说,“法律后果并非由意思表示所‘造成’(verursacht),而是随着意思表示进入效力之中(tritt in Geltung),因为法秩序为意思表示赋予了效力,且只需法秩序赋予效力”^[19]。因而,虽然意思表示无法成为法律后果的效力基础,但其作为“引起”法律行为之法律效果的必要条件,在贯彻私法自治方面仍具有重要地位。

在我国民法中,意思表示非为法律行为的效力基础,制定法才能赋予法律行为以效果的观点早已被广泛接受,在传统法律教义学上,乃以“构成要件”为特定法律效果的前提^[61]。就我国现行法而言,《民法典》第143条规定民事法律行为以“行为人具有相应的民事行为能力”“意思表示真实”“不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗”为生效要件,正是表明:个人的意思表示即使真实有效,也无法直接成为法律行为的效力基础。

此外,同意规则的弱化适用在我国司法裁判中亦有体现。在杭州互联网法院发布的十大典型案例之“吴某某诉上海某信息服务有限公司等违规提供用户个人信息保护纠纷案”中^⑥,法院认为,尽管吴某某以同意的方式披露了其个人信息,但某购物平台并未明示信息处理的目的、方式及范围,因而吴某某的同意是在未充分知情的情况下所作的同意。当信息处理者在信息处理过程中有超越原有的处理目的、方式或范围等情形时,信息主体所作的同意并不能阻却信息处理行为的违法性^⑥。可见,在司法实务中,信息主体的同意亦未作为个人信息处理的唯一合法基础而发挥作用。

总之,“一方面,意思表示包含着法律后果,并意味着法律后果;另一方面,意思表示自身又不是法律后果的效力基础,后者在制定法中才能找到”^[19]。在个人信息领域,基于我国现行法关于同意规则的一般化适用规定,可以在解释论上以整体性思维及运用意思表示工具理论,对同意的法律效果进行“弱化”——个人虽作出同意的意思表示,但该意思表示仅指向信息处理者享有处理其信息的正当理由;信息处理行为若要取得合法性基础,还须受到法秩序各要素的检验。只有符合法秩序要求的信息处理行为,才具备合法的法律效果。如此一来,信息主体的同意行为与信息处理行为的合法性之内在关系可被概括为“同意+符合法秩序要求=信息处理行为合法”。在此构造下,同意规则的弱化适用即找到了合适路径。

四、结语

我国现行法将同意规则置于个人信息处理的一般规则地位,存在过度强化同意规则作用的不妥之处。同意规则应受到合法、正当、必要原则的约束,不应成为个人信息的流通及利用的阻碍,也不可由信息主体独立承担同意的法律后果。考量个人信息的双重属性及弱者保护的价值理念,同意规则在

适用中的作用应当予以弱化。这样, 才能有效实现同意规则的价值, 实现私人利益与公共利益之间的平衡。

因此, 基于同意的意思表示属性, 可运用意思表示工具理论, 将信息处理的合法性构造归纳为“同意+符合法秩序要求”, 即只有在满足信息主体作出有效同意以及信息处理行为符合法秩序要求的前提下, 相关的信息处理行为方具有合法性。如此构造可对信息主体近乎“盲目”的概括同意、形式同意起到兜底作用, 使得信息主体的同意效力只停留在为信息处理者提供可干涉个人信息的正当理由层面, 而不对信息处理行为的合法性起到决定性作用, 信息处理行为是否合法, 还须受到法秩序要求的检验。由此, 同意规则既能与合法、正当、必要原则保持协调, 也可有效缓解信息主体决策能力不足的现实困境, 亦有助于矫正信息主体与信息处理者之间的不平等地位, 切实减轻信息主体参与信息处理时面临的风险负担。

注释:

- ① 此外, 我国《消费者权益保护法》和《网络安全法》均将消费者或信息被收集者的同意作为经营者或网络运营者信息处理活动的必要条件。
- ② 为了叙述方便, 本文将其统一称为“同意规则”。
- ③ 为了叙述方便, 后文将奉同意规则为个人信息处理的一般规则的立法模式, 称为“强同意模式”。
- ④ 我国《民法典》第 143 条规定: “具备下列条件的民事法律行为有效: (一) 行为人具有相应的民事行为能力; (二) 意思表示真实; (三) 不违反法律、行政法规的强制性规定, 不违背公序良俗。”
- ⑤ 详见我国《民法典》第 169 条第 1 款和第 171 条第 1 款。
- ⑥ 例如, 我国《民法典》第 1035 条、《个人信息保护法》第 5 条以及《网络安全法》第 41 条对此均作出了明确规定。
- ⑦ 参见杭州互联网法院(2021)浙 0192 民初 5426 号民事判决书。
- ⑧ 参见《杭州互联网法院发布个人信息保护十大典型案例之四: 王某诉某银行股份有限公司个人信息保护纠纷案——银行处理个人征信信息是否侵害个人信息权益》, <https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fce16ac3d390619edc08395250f0b8a29e76bdfb.html?keyword=0192%E6%B0%91%E5%88%9D5426%E5%8F%B7&way=listView#anchor-documentno,2023年2月17日访问。>
- ⑨ 参见《江苏省常州市中级人民法院发布 2021 年度十大典型案例之二: 田某个人信息保护民事公益诉讼案》, <https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fce19acd39ccdacf451470ec97dee6aca6ffbdfb.html?way=listView>, 2023 年 2 月 17 日访问。
- ⑩ 参见杭州中院(2021)浙 01 民终 12780 号民事判决书。在该案中, 原告吴某某在下载某电商购物 APP 时, 按照该 APP 界面的要求, 以姓名、身份证号码等个人信息开通了“某钱包”, 而某电商购物平台与“某钱包”系属不同的经营主体, 在“某钱包”获取个人信息后, 又将该个人信息提供给合作银行。原告吴某某遂以其个人信息受侵害为由向法院提起诉讼。
- ⑪ 参见《杭州互联网法院发布个人信息保护十大典型案例之七: 吴某某诉上海某信息服务有限公司等违规提供用户个人信息保护纠纷案——网购平台向内嵌支付机构提供用户个人信息的合法性认定》, <https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fce1d88d107d6c435fe487532cb19fc59513bdfb.html?keyword=%E4%B8%AA%E4%BA%BA%E4%BF%A1%E6%81%AF%20%E5%90%8C%E6%84%8F%20&way=listViewT>, 2023 年 5 月 12 日访问。

参考文献:

- [1] 李炳辉. 《个人信息保护法》中同意的规则建构[J]. 湖北社会科学, 2022(8): 129-138.
- [2] 陈峰, 王利荣. 个人信息“知情同意权”的功能检视与完善进路[J]. 广西社会科学, 2021(8): 106-111.
- [3] 孙鹏, 杨在会. 个人信息侵权中过错的认定及对侵权责任的影响[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2024, 30(1): 76-86.
- [4] 徐丽枝. 个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路[J]. 图书情报知识, 2017(1): 106-113.
- [5] 张新宝. 个人信息收集: 告知同意原则适用的限制[J]. 比较法研究, 2019(6): 1-20.
- [6] 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[J]. 现代法学, 2019, 41(6): 133-148.

- [7] BALKIN J M. Information fiduciaries and the first amendment[J]. U.C. Davis Law Review, 2016, 49(4): 1183-1234.
- [8] 丁晓东. 个人信息保护原理与实践[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 99-101.
- [9] 姚佳. 知情同意原则抑或信赖授权原则: 兼论数字时代的信用重建[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2020, 42(2): 48-55.
- [10] 王雪乔. 论欧盟 GDPR 中个人数据保护与“同意”细分[J]. 政法论丛, 2019(4): 136-146.
- [11] 林洹民. 个人数据交易的双重法律构造[J]. 法学研究, 2022, 44(5): 37-53.
- [12] 陆青. 个人信息保护中“同意”规则的规范构造[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2019, 72(5): 119-129.
- [13] 刘召成. 人格商业化利用权的教义学构造[J]. 清华法学, 2014, 8(3): 118-136.
- [14] 常鹏翱. 意思能力、行为能力与意思自治[J]. 法学, 2019(3): 106-117.
- [15] 王琳琳. 个人信息处理“同意”行为解析及规则完善[J]. 南京社会科学, 2022(2): 80-91.
- [16] 周汉华. 个人信息保护的定位[J]. 法商研究, 2020, 37(3): 44-56.
- [17] 郑晓剑. 论《个人信息保护法》与《民法典》之关系定位及规范协调[J]. 苏州大学学报(法学版), 2021, 8(4): 555-63.
- [18] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论: 下册[M]. 王晓晔, 邵建东, 等译. 北京: 法律出版社, 2013: 426.
- [19] 卡尔·拉伦茨. 法律行为解释之方法: 兼论意思表示理论[M]. 范雪飞, 吴训祥, 译. 北京: 法律出版社, 2018.
- [20] 翟相娟. 个人信息保护立法中“同意规则”之检视[J]. 科技与法律, 2019(3): 58-65.
- [21] 田野. 大数据时代知情同意原则的困境与出路: 以生物资料库的个人信息保护为例[J]. 法制与社会发展, 2018, 24(6): 111-136.
- [22] 汤敏. 论同意在个人信息处理中的作用: 基于个人敏感信息和个人一般信息二维视角[J]. 天府新论, 2018(2): 76-82.
- [23] 杨芳. 个人信息自决权理论及其检讨: 兼论个人信息保护法之保护客体[J]. 比较法研究, 2015(6): 22-33.
- [24] 贺栩栩. 比较法上的个人数据信息自决权[J]. 比较法研究, 2013(2): 61-76.
- [25] 张忆然. 大数据时代“个人信息”的权利变迁与刑法保护的教义学限缩: 以“数据财产权”与“信息自决权”的二分为视角[J]. 政治与法律, 2020(6): 53-67.
- [26] 吕炳斌. 个人信息保护的“同意”困境及其出路[J]. 法商研究, 2021, 38(2): 87-101.
- [27] 吴泓. 信赖理念下的个人信息使用与保护[J]. 华东政法大学学报, 2018, 21(1): 22-36.
- [28] 李勇. 论消费者个人信息之保护: 以告知后同意为中心[J]. 理论月刊, 2014(8): 124-128.
- [29] 阮神裕. 民法典视角下个人信息的侵权法保护: 以事实不确定性及其解决为中心[J]. 法学家, 2020(4): 29-39, 192.
- [30] 高秦伟. 个人信息保护中的企业隐私政策及政府规制[J]. 法商研究, 2019, 36(2): 16-27.
- [31] 李美燕, 卢卫. 数据时代用户知情同意规则的实践运用[J]. 传媒, 2018(16): 93-96.
- [32] 朱广新. 信赖保护原则及其在民法中的构造[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 45.
- [33] 关嘉文, 苏诺. 论《民法典》个人信息转让中的“同意”[J]. 法治论坛, 2020(4): 57-68.
- [34] 高富平. 同意≠授权: 个人信息处理的核心问题辨析[J]. 探索与争鸣, 2021(4): 87-94, 178.
- [35] 陈福胜. 法治的实质: 自由与秩序的动态平衡[J]. 求是学刊, 2004, 31(5): 75-80.
- [36] 刘权. 论个人信息处理的合法、正当、必要原则[J]. 法学家, 2021(5): 1-15, 191.
- [37] 王利明. 论个人信息权的法律保护: 以个人信息权与隐私权的界分为中心[J]. 现代法学, 2013, 35(4): 62-72.
- [38] 杨立新. 个人信息: 法益抑或民事权利: 对《民法总则》第 111 条规定的“个人信息”之解读[J]. 法学论坛, 2018, 33(1): 34-45.
- [39] 彭诚信. 论个人信息的双重法律属性[J]. 清华法学, 2021, 15(6): 78-97.
- [40] 王利明, 程啸. 中国民法典释评·人格权编[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 59.
- [41] 任龙龙. 论同意不是个人信息处理的正当性基础[J]. 政治与法律, 2016(1): 126-134.
- [42] 高富平. 论个人信息处理中的个人权益保护: “个保法”立法定位[J]. 学术月刊, 2021, 53(2): 107-124.
- [43] 丁晓东. 个人信息的双重属性与行为主义规制[J]. 法学家, 2020(1): 64-76, 193.
- [44] 程啸. 论个人信息处理中的个人同意[J]. 环球法律评论, 2021, 43(6): 40-55.
- [45] 王洪亮, 李依怡. 个人信息处理中“同意规则”的法教义学构造[J]. 江苏社会科学, 2022(3): 102-112, 243.
- [46] 郑晓剑. 个人信息的民法定位及保护模式[J]. 法学, 2021(3): 116-130.
- [47] 高富平. 个人信息保护: 从个人控制到社会控制[J]. 法学研究, 2018, 40(3): 84-101.
- [48] 于柏华. 处理个人信息行为的合法性判断: 从《民法典》第 111 条的规范目的出发[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(3): 81-93.

- [49] 贺小石. 互联网时代个人信息自决权研究[J]. 编辑学刊, 2020(3): 42-47.
- [50] 徐国栋. 民法哲学[M]. 2版. 北京: 中国法制出版社, 2015: 603, 620-621, 625.
- [51] 胡文涛. 我国个人敏感信息界定之构想[J]. 中国法学, 2018(5): 235-254.
- [52] 蔡星月. 数据主体的“弱同意”及其规范结构[J]. 比较法研究, 2019(4): 71-86.
- [53] 廖丽环. 个人信息处理中同意规则弱化适用的路径优化: 基于情境脉络完整性理论的场景细分[J]. 法制与社会发展, 2022, 28(6): 156-180.
- [54] 范为. 大数据时代个人信息保护的路径重构[J]. 环球法律评论, 2016, 38(5): 92-115.
- [55] 维尔纳·弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 26.
- [56] 芮沐. 民法法律行为理论之全部: 民法债合编[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 71-72.
- [57] 吴汉东, 陈小君. 民法学[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 144-145.
- [58] LEENEN D. BGB allgemeiner teil: Rechtsgeschäftslehre[M]. Berlin, München, Boston: De Gruyter, 2015.
- [59] 王琦. 德国法上意思表示和法律行为理论的新发展: 兼论对中国民法总则立法的启示[J]. 清华法学, 2016, 10(6): 42-62.
- [60] 纪海龙. 走下神坛的“意思”: 论意思表示与风险归责[J]. 中外法学, 2016, 28(3): 662-683.
- [61] 朱庆育. 民法总论[M]. 2版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 114, 115.

On the weakening application of consent rule in personal information protection

ZHENG Xiaojian, ZHENG Hairong

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: The consent rule has positive significance in protecting personal information, but should not be regarded as a general rule of legally processing personal information. Consent is a weakened declaration of will, a means for the people to participate in social communication and to establish legal relations with others, which implies the value of personal freedom and the internal tension of legal order. Consent rules should be bound by the principles of legality, legitimacy and necessity, and should not hinder the circulation and utilization of information, nor make people who are vulnerable to independently bear the legal consequences of consent. Therefore, it is necessary to weaken the application value of the consent rule in the processing of personal information. By means of “the instrumental theory of declaration of will”, which means that the legal effect of declaration of will only contributes to the establishment of legal act but does not determine its validity, it is clear that consent only constitutes a legitimate reason for information processing, rather than a legal reason, and the legality of information processing must be tested by various elements of legal order. Therefore, under the basic structure of “consent + compliance with legal order requirements”, the consent rule is weakened.

Key words: personal information; consent rule; weakened application; declaration of will; legal order

[编辑: 苏慧]