

论德国法律中对人的权利的各种规定

德国一般人格权中的隐私保护

——信息自由原则下对“自决”观念的限制

杨 芳*

内容摘要:作为个人信息保护法理论基础的个人信息自决权理论滥觞于德国。然而,个人信息自决的观念并非德国法学上的新事物,也并非伴随着个人信息保护法而诞生。早在德国一般人格权的发展历程中,个人信息自决权的观念就屡次出现在经典判决中。这么一种广泛的自决权,一直为德国传统的法秩序所拒绝。由于个人信息不具有典型的社会公开性,在一般人格权案件中,法官们往往通过在个案中具体化其保护领域以及进行利益衡量,来判断是否存在侵害隐私的侵权行为。这一立场贯彻信息自由原则:个人信息的收集、处理和利用原则上是自由的,无需提供理由的,恰恰是对上述行为的禁止才需要特别的理由。新近出台的诸多个人信息保护法奉行的是与此相反的信息禁止原则。

关键词:个人信息自决权 一般人格权 隐私的客体表现形式 领域理论 信息自由

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2016.06.009

一、提出问题

在个人信息被广泛滥用的背景下,个人信息保护立法已经成为一种无法阻挡的国际潮流。据不完全统计,近二十年以来,陆续出台的个人信息保护法大约50部。^[1]已出台的个人信息保护法不断被修订,导向更加强化的个人信息保护。这一立法潮流的理论根源是个人信息自决权理论,它主张个人对其个人信息拥有一种绝对的控制权,非经该个人同意,他人不得收集、处理和利用其个人信息。^[2]该学说成了德国第一部《联邦个人信息保护法》(1977)的理论基础。

防止个人信息免遭他人非法刺探、防止个人信息免遭他人非法传播也恰是隐私权的保护范畴,^[3]

*海南大学法学院讲师,法学博士。

[1]包括:“欧洲议会和欧盟理事会1995年10月24日关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流通的指令”(1995)、我国台湾地区“个人资料保护法”(2010)、德国《联邦个人信息保护法》(2010)、英国《个人信息保护法》(1998)等。

[2]最先使用个人“信息自决权”这一表述的是德国学者施泰姆勒(Steinmüller)。Steinmüller / Lutterbeck/ Mallmann/ Harbort/ Kob/ Schneider: Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, 1972, BT-Drucksache VI 3826, 1. Aufl., S. 85—89.

[3]参见王泽鉴:《人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇(中)》,《比较法研究》2009年第1期;王利明:《隐私权概念的再界定》,《法学家》2012年第1期;王利明:《论个人信息权的法律保护》,《现代法学》2013年第4期。

而滥觞于德国的个人信息自决权理论最早正是体现在一般人格权的经典判决中,那么,如下两个问题自然颇值得研究:第一,德国法在实证法和司法判例中如何保护个人隐私,如何判断何种个人信息获取和披露的行为应当受到法律的禁止;第二,在这些司法判例中,“个人信息自决”的观念究竟起何作用,一种广泛的、不受限制的个人信息上的隐私诉求或者自决权观念是否应该得到支持。

二、承认一般人格权之前的隐私保护

(一)拒绝制定人格保护的一般条款

德国民法典中并没有关于人格保护的一般条款,只有第12条所规定的姓名权这一种特别人格权类型,规范权利侵犯型侵权行为的第823条第1款也只列举了身体、健康、生命与自由等和人格利益相关的保护客体,这些保护对象仅仅涉及个人的物理存在,并不保护个人名誉免遭侵害以及私人空间免遭侵入。^[4]

德国民法典起草时,关于是否应该在民法典中加入人格权保护的一般条款,学者间颇有争议。一方面,当时德国莱茵地区适用的法国法中并没有将人格保护仅限于物理上有形的法律利益的做法;^[5]另一方面,许多著名的学者,例如科勒^[6]和基尔克^[7]纷纷主张,应该制定一个一般的人格保护条款,从而在侵权法上保护个人名誉与私生活。德国民法典第一草案接受了上述见解,在第704条第2款中规定了人格保护的一般条款。但是,这一作法被德国民法第二起草委员会拒绝。拒绝的主要理由是,当时通行的观点认为,人格权的内容和范围无法进行清晰的界定,关于保护人格利益的必要性也未获得广泛认可。^[8]

(二)作为“信息交流自由之海中的个别保护岛屿”的隐私保护

在并未承认一般人格权之前,德国法上传统的信息秩序建立在信息自由的基础之上,亦即,原则上人们可以任意获取、处理和利用他人的信息。在这个法律秩序中,道德和习俗在保护某些个人信息免遭他人窥探和传播上,起了主要作用,立法者和法官秉持着这样的观念,“谁轻率地违反了善良风俗,善良风俗就会惩罚他”,^[9]而无需法律的过多干涉。只有在行为人违反了道德上最基本的要求时,法律才会介入。

因此,隐私权诉求不过只是“信息交流自由之海中的个别保护岛屿”^[10]罢了,这个自由之海中最的岛屿群则与刑法规范有关:通过《德国民法典》第823条第2款的指引,刑法上的个人信息保护具有了私法上的意义。这些保护包括:《德国刑法典》第185条以下的名誉保护、第123条中的对私人住宅领域中的秘密的保护、第299条中的对通信秘密的保护等等。除此之外,法律和司法实践上并没有承认一般性的隐私权保护。

三、一般人格权判决中的“自决观念”及其限制

(一)一般人格权提出的背景

正如自动化个人信息处理技术的发展引发了个人信息保护的新诉求那样,在德国,新型技术的诞生和广泛采用也带来了更为强烈的隐私诉求。在录音机、摄像机与录影机等设备面前,人们的私密空间更容易被刺探,私密的个人信息更容易被获得与存储。而第二次世界大战之后大众媒体的迅速发展

[4]Kötz/ Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl., 2010, S. 148.

[5]前引[4], Kötz/ Wagner书, 第148页。

[6] Kohler, Autorrecht, in JherJb. 18, 129, 251ff.

[7]Gierke, Deutsches Privatrecht I (1895), § 81, S. 702 ff.

[8]Erman-Ehmann, BGB, 10. Aufl., Anh § 12, Rn. 2.

[9]Kohler, Recht an Briefen, Berlin 1893, S. 15.

[10]Horst Ehmann, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP 188(1988), 230, 237.

更刺激了收集信息、传播信息的需求,个人的私事被曝光在大众的视野中并不是什么罕见的事情。另外,1949年德国《基本法》的出台,尤其是其第1条关于人的尊严不可侵犯,以及第2条第1款人格自由发展条款的问世,使得德国民法典中拒绝对人格权提供一般性保护的做法,从法政策上的错误,转变为法律漏洞。^{〔11〕}因此,如何保护个人隐私免遭他人刺探、如何保护个人私事被置于大众眼光之下,是德国战后十几年间法学界的主要话题。^{〔12〕}随后,德国联邦宪法法院和德国联邦最高法院通过一系列的判决,逐渐发展出了一般人格权的概念,从而为隐私保护开启了法律之门。一般人格权被认可为《德国民法典》第823条第1款中规定的“其他权利”,从而针对一般人格权的侵害可依该款主张侵权损害赔偿责任,这被德国学者卡纳里斯视为德国民法典制定以来,德国侵权行为法领域最重要的法律发展。^{〔13〕}

(二)一般人格权判例中的自决观念及其限制

一般人格权从诞生到发展,在德国联邦最高法院和联邦宪法法院的表述中,它的宪法基础总是被表述为德国《基本法》第1条规定的“人格尊严必须受到尊重”以及第2条第1款规定的“每个人有权自由发展人格”。这种回溯《基本法》之规定的“法官造法”,正是当具体部门法缺乏贯彻基本法确立的基本价值的相应规定,从而存在法律漏洞时,创造性地填补法律漏洞和发展法律的一种方式。但是不得不提的是,也正是这种方法,使得德国联邦最高法院和宪法法院在论及一般人格权时,总是将其定位为个人“自行决定与自己的人格密切相关的事务的自由”,也正是这种或许是无意中提及的“自决权的观念”为之后的个人信息自决权的诞生以及德国个人信息保护法的出台埋下了种子。

在如下一般人格权确立之路上最富意义的判决中,法官在谈到这种“新的法律诉求”时,都不约而同地将其正当性建立在了“自决”的基础上。但是,不可忽视的是,这些“自决权”往往都受到一定的限制:并非如同“自决权”一词所展示的那样,在这些判决中受保护的并非纯粹是个人决定其个人信息流向的“自由意志”。

1.读者来信案(BGHZ 13,334):自主决定他人以何种形式展现自己的言论

被告《明镜周刊》(der Spiegel)刊登了一篇关于前帝国银行行长沙赫特的文章。文章的部分内容分析了沙赫特在第三帝国时代所发挥的政治作用。沙赫特的律师为此给被告写了一封信,要求报纸对这篇文章予以更正。被告将这封律师函删改后,发表在了报纸的“读者来信”一栏。这种发表形式有可能使读者产生误解,认为这并不是基于律师职务的信函,而是该律师本人对沙赫特事件的个人意见。因此,该律师起诉该周刊,要求撤回这一不符合实际的言论。

德国联邦最高法院判决原告胜诉,由此,“出于一个相对而言微不足道的契机,联邦最高法院承认了一般人格权”。^{〔14〕}该案的判决主旨可归纳为如下两点:第一,原则上,未经当事人同意,不得擅自公开其私人的信件或者其他手稿,不仅如此,原则上,以何种方式公开该信件或者手稿也必须取决于当事人的意愿;第二,当事人的上述权利源自德国《基本法》第1条和第2条。因此,即使系争的信件或者手稿并没有达到著作权保护的要求,结果亦然。^{〔15〕}

本案判决中,如下的表述涉及了个人自决的观念,“原则上,某个言论是否可以以某种形式为公众所知悉,只有言论者自己有权决定”。^{〔16〕}只是这一自决观念被限制在书信内容的展示和展示方式上,亦即,自决的对象不过是根据社会一般观念也应该受到保护的信件内容。^{〔17〕}

2.骑士案(BGHZ 26,349.):在私人领域中的自由决定权

在本案中,被告是一家制造壮阳药的企业。它在为其名为“Okasa”的壮阳药做广告时,擅自使用了

〔11〕Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 2. Halbband, 1994, S. 492.

〔12〕Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf Informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 39.

〔13〕前引〔11〕,Larenz/Canaris书,第491页。

〔14〕〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第805页。

〔15〕BGH NJW 1954, 1404, 1404.

〔16〕BGHZ 13, 334, 339.

〔17〕Ehmann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. I, 2000, S. 613, 634.

原告着骑士装束的照片。原告请求停止损害,并要求精神损害赔偿。

德国联邦最高法院判决原告胜诉。判决要旨可总结为,既然自由决定人格发展的权利已经被《基本法》第1条与第2条认可为法秩序中的基本价值,那么,如下的推理就是正当的:在本案中,即便原告并没有因自己的肖像被非法公开,而遭受财产上的损失,法院也能类推适用《民法典》第847条的规定判予精神抚慰金。^[18]本案中关于自决权的表述是,“基本法直接保护每个人的内在的个人领域,在这个个人领域中原则上仅由个人自我负责地自我决定”。^[19]这里自决的对象被限制在原本为德国《艺术和摄影作品著作权法》第22条所规定的肖像权上,亦即,即使不承认所谓的“自决权”,非经允许擅自公开他人肖像的行为也是被禁止的。

3.录音案(BGHZ 27, 284.):自主决定自己的谈话是否被他人知晓以及是否被他人录音

本案双方当事人因税捐、房屋经营发生纠纷,在谈判的时候一方当事人私下录音作为证据。德国联邦最高法院的判决主旨表现为如下三点:第一,原则上,未经他人同意,擅自录音其谈话内容,侵害了该当事人的一般人格权;第二,在例外情形下,比如,正当防卫或者存在着其他更加重要的利益,前述侵害一般人格权的行为则不具有违法性;第三,本案中被告仅仅为了保存证据而对私人谈话内容作了录音,这种私人利益并不能正当化对一般人格权的侵犯。^[20]联邦最高法院在本案中,将一般人格权表述为:“个人自主决定其话语是否仅为其对谈话对象,或特定圈子的人,或为公众所知悉的权利;个人更有权自主决定是否允许他人用录音机录下自己的声音。”^[21]本案中当事人自决权所指向的是私人间的秘密谈话,根据一般观念或者习惯,谈话人有理由要求他人对谈话内容予以保密。^[22]相反,法院明确指出,如果谈话发生在类似电话订货等商业场合,那么情况就不同了,谈话人不能主张对此类谈话具有免于录音的权利。^[23]

4.索拉雅案(BGH NJW 1965, 685):自主决定他人是否以及如何发表自己的言论

原告索拉雅是波斯国王的前妻,被告出版社及其编辑在其刊物上刊载了一篇有关她的访问稿,但事后却发现该访问稿纯属捏造。该报社发现后立即以一篇新报道及索拉雅的更正启事并列刊登的方式作了更正。索拉雅认为此举侵犯了其人格权。

德国联邦最高法院同意了原告的诉求,认为将一个杜撰的、内容涉及他人私事的访问稿公之于众,侵犯了他人的一般人格权,并且加害人须承担精神损害赔偿责任。^[24]与上述案件一样,德国联邦最高法院再次将本案意义上的一般人格权定义为“自己决定是否向公众发表有关其私人领域的言论,以及如果她有此意愿,以何种形式发表”。^[25]实际上,本案涉及的是并不是隐私被披露,而是捏造虚假的谈话内容(“将其并未说过的话塞到他的嘴里”)是否侵害他人人格权的问题,法院无需讨论这一虚假的言论到底是私人领域的言论,还是公共场合的言论。^[26]所以,即使法院论及自决的观念,也并非承认了一种控制和支配自己言论的流向的自决权。

四、一般人格权的理论困境及其解决方式

(一)理论困境

私法领域的禁令必须清晰,每个人都必须明了自己的行为范围与行为禁区,唯有如此,才“能够

[18]BGH NJW 1958, 827, 827.

[19]BGHZ 26 349, 349.

[20]BGH NJW 1958, 1344, 1344.

[21]BGHZ 27, 284.

[22]前引[17],Ehmann书,第634页。

[23]BGH NJW 1958, 1344, 1344.

[24]BGH NJW 1965, 685, 685.

[25]BGH NJW 1965, 685, 686.

[26]前引[17],Ehmann书,第634页。

使一个人的意志选择的自由与任何人的自由同时并存”。〔27〕这一禁区可以表现为仅仅约束相对人的契约,而那些针对不特定人的禁令往往来自于法律的规定或者客观权利。〔28〕《德国民法典》第823条第1款规定:“故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的,应当赔偿该他人因此发生的损害。”一般人格权缺少“社会典型公示性”(sozialtypische Offenkundigkeit),而这正是德国民法典第823条第1款明确列举的所有权、生命、健康等权利和法益的特征,也是界定该款中所称的“其他权利”这个概念的决定性因素;〔29〕人们无法象看到人的身体或物这些客体那样,看到一般人格权的赖以存在的基础,而且,在社会生活中,一般人格权的客体也不具有如同德国民法典第12条规定的姓名权那样的具有公示性的表现形式。〔30〕也正是因为如此,德国帝国法院在判决中,一直拒绝将一般人格权确认为《德国民法典》第823条第1款所规定的“其他权利”。〔31〕一言以蔽之,一般人格权缺乏具体的和外在不识别的客体,其保护范围无法确定。也正是由于其保护范围上的开放性,一般人格权在德国被认为是一项“框架性权利”;〔32〕这意味着,从单纯侵害一般人格权的事实中,不能推定出行为违法性,而是必须经由个案中的利益衡量来确定其违法性。〔33〕

(二)一般人格权具体表现方式与利益衡量

正如上文所述,在许多案件中,德国联邦最高法院往往将一般人格权表述为与个人尊严和人格自由发展密切相关的、从而要求所有人予以尊重的一项权利。这一宽泛式的论断,无异于什么都没说。对此,德国学者拉伦茨批评道:一般人格权的一般条款式的特征导致《德国民法典》第823条的体系崩溃,并将一般人格权导向了一项没有边界的权利。〔34〕

德国联邦最高法院在随后的一些判决中承认了上述危险,并努力澄清并不允许存在一项没有边界的一般人格权,其理由在于:“每个人的自由都必须以他人法律上获得承认的自由为必要的界限,因为,否则这么一项自由将不受限制地限制了他人的自由”。〔35〕这一观念清晰地体现在该法院的“医疗保险公司文件案(BGHZ, 24, 72.)”判决中。该案的重要意义在于,德国联邦最高法院明确强调了必须通过利益衡量才能为一般人格权的保护范围划定界限。由于该判决对于如何确定一般人格权保护范围的论证颇为重要,兹详细摘引如下:

“必须承认的是,由于一般人格权具有一般条款的特征,因此具有不确定性。正如人格本身具有开放性一样,一般人格权的内容也不可能被终局性地确定。一般人格权并没有开启这么一种可能性:个人的利益可以不受限制地获得实现。情况也不可能如此:只要人们觉得自己的诉求和期望被他人妨碍时,就一定存在损害赔偿请求权和停止侵害请求权……一个人的一般人格权和他人的一个人格权具有同样的位阶,人格的自由发展正是意味着超出自身领域而行事,这两点都表明存在冲突的可能性,此时需要划定界限,对于划定界限而言,利益衡量起着决定性作用。”〔36〕

在判决中,德国联邦最高法院明确表示,一般人格权的内容和界限不可能完全取决于当事人的感受。只有在这些感受具有外界可识别的具体表现形式时,才可能被法律所承认;在此,一种“人民内心对行为正当性的感受”〔37〕并不可靠。实际上,在德国联邦最高法院看来,在涉及到保护个人信息免

〔27〕[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第40页,注⑤。

〔28〕前引〔10〕,Ehmann书,第248页。

〔29〕前引〔11〕,Larenz/Canaris书,第491页。

〔30〕同上书,第491页。

〔31〕这方面的典型判决是德国帝国法院的“尼采书信案”(RGZ 69, 401, 403f.)。参见前引〔11〕,Larenz/Canaris书,第491页。

〔32〕Fikentscher, das Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin 1997. § 103, Rn. 1216; Brox/Walker, Schuldrecht, Besonderer Teil, 33. Aufl., 2008, § 41, Rn. 52; Medicus, Schuldrecht, II, Besonderer Teil, 14. Aufl., 2007, Rn. 814; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., 2010, Rn. 1238.

〔33〕Fikentscher, das Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006. § 107, Rn. 1571; Fuchs, Deliktsrecht, 7. Aufl., 2009, S. 43.

〔34〕Karl Larenz, Das “allgemeine Persönlichkeitsrecht” im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, 521.

〔35〕Josef Brossette, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 1991, S.119.

〔36〕BGH, NJW 1957, 1146, 1147.

〔37〕前引〔33〕,Fuchs书,第37页。

遭他人窥探和传播的案件时,只有在如下两个条件均成立时,当事人对于自己个人信息的“自决权”才可能受到法律的保护:该自决权建立在外界可识别的具体表现形式上;该自决权具有应该受到法律保护的利益。其实,当上述两个条件充分时,一般人格权的保护对象也不再是当事人的自决权,而是温德夏德所称的“受法律保护的意志力”。〔38〕

此外,就一般人格权中的隐私保护而言,其对立利益恰是个人信息交流自由。个人信息交流自由的正当性在很大程度上源自人的社会性。获取信息、交流思想是人们能做出正确判断和了解新知识的必要前提。真相是生活的必要空气。保护隐私,从而防止他人获取和传播个人信息的法律秩序当然并非排斥其他对立利益的“信息交流上的单行道”,由此,隐私保护不仅仰赖于足以使受保护领域和不受保护领域之间泾渭分明的内容清晰的禁令,隐私利益和对立利益之间孰优孰劣恐怕也是一个无法绕开的推理步骤。此项任务绝不是广泛的“自治权”这一法律工具所能完成的。

五、寻找隐私的客体表现形式

在隐私保护上,禁令的清晰程度和其他的行为自由有着根本上的不同:它不可能具有绝对清晰的界限。〔39〕这是因为,个人信息并没有建立在有体物上,外界无法通过有形客体来识别其保护范围;另外,在多元化的价值面前,“正当性的感受”也无迹可寻——人们对哪些个人信息的获取、传播或者利用行为会遭致法律的干涉,无法达成广泛的共识。但是,无论如何,这并不能构成放弃寻求保护界限,从而承认一项广泛的、漫无边际的“自决权”的理由。寻找隐私的客体表现形式这种法律手段,解决的是哪种隐私利益应该受到保护,哪些侵害应该得到容忍的问题。隐私诉求缺少客体上的表现形式〔40〕以及“社会典型公示性”,人们无法藉以判断出哪些行为可能侵害他人的隐私诉求。所以,如何判断当事人已经将自己的隐私诉求以一种外界可识别的方式公之于众,〔41〕如何判断特定隐私诉求受到了法秩序的肯认,是问题的核心。当然,并不是只有明确表示出来的保持隐秘的意愿才能获得法律的保护。〔42〕毋宁,道德、习俗、日常生活中的习惯以及法律本身对于判断是否存在保持隐秘的意愿都具有重要的意义。〔43〕如果该个人信息处于个人生活的私密领域,那么根据事物之性质,即可推知出当事人不愿他人刺探和传播的意愿。例如,健康信息、性生活〔44〕等则属于这样的信息。〔45〕如果该个人信息的公开或者传播将对个人的声望造成重大影响,我们也能从中推知出当事人的保密意志,例如,犯罪前科〔46〕这样的信息。如果那些旨在保护隐私的法律规则规定了某些明显具有私密性质的生活事实或情形,那么,从中也能推知出当事人对于这些领域的保密意志。例如,德国《基本法》第4条关于信仰秘密、第6条关于婚姻家庭秘密、第10条关于通讯秘密以及第13条关于住宅领域〔47〕不受侵害的保护规定。如果个人的保持私密的意愿并不能从上述情形中推知,为了获得法律上的隐私保护,个人就必须就要让其保密意愿具有外在的可识别性,因为,相对人只有义务尊重那些外在清晰可见的保密意愿。〔48〕

〔38〕Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., 1891, § 37.

〔39〕有观点认为,正是隐私权“概念的宽泛性及其吸收自由概念的趋势本身导致无法对隐私权下定义,这削弱了其在道德和政治演说上的力量”。Feldman, *Secrecy, Dignity, or Autonomy? Views of Privacy as a Civil Liberty*, in: Freeman with R. Halson (Ed), *Current Legal Problems Volume 47 Part II*, 1994 (Oxford University Press), pp. 41—71, p. 41.

〔40〕RG 58, 30.

〔41〕BGH, NJW 1996, 1128, 1129.

〔42〕Baston-Vogt, *Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, 1997, S. 405.

〔43〕Giesker, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre—ein Beitrag zu der Lehre von den individualrechten*, 1905, S. 4.

〔44〕EuGH, NJW 1994, 3005, 3006; BVerfG 89, 69, 82ff; BGHZ 116, 268, 373.

〔45〕BVerfG, 27, 1, 7.

〔46〕BVerfG, NJW 1993, 1463, 1464; BGH, NJW 1994, 1950, 1951.

〔47〕BGH JZ 1990, 754, 754.

〔48〕前引〔42〕, Baston-Vogt书, 第406页。

下面笔者将结合个人信息收集和传播领域的隐私保护,详细说明。

(一)个人信息获取与收集领域中隐私的客体表现形式

原则上,违法的个人信息获取或者收集行为总是突破了某种“保护墙”:那些想要远离好奇的眼光的人已经以恰当的方式向公众宣称:这是我的私密空间,请勿打扰,从而使自己的保密意识在客观上具有可识别性。^[49]惟有如此,对私人领域的保护(保护个人秘密免遭他人探知)才不会沦为对纯粹的个人意志或者个人偏好的保护。不仅如此,阻止他人获取信息的意志还必须得到法秩序的认可,其要么被明确规定于法律中,要么被约定于契约中,要么被社会一般观念所接受。

1.私人领域的判断

私人领域可以分为空间意义上的私人领域和非空间意义上的私人领域。

(1)空间上的私人领域

典型的空间意义上的私人领域系存在于个人家居的范围内。在“自家的四壁之内”,每个人都有权自由决定自己的行为是否以及在多大程度上被他人知晓。^[50]所以,对于家居内的一切活动,当事人原则上得要求免遭刺探。无论是在他人的家居中安装秘密摄像头,^[51]或者仅仅是隔墙偷听,^[52]都侵犯了他人的隐私。

个人的私人空间不仅限于个人家居范围,一定情形下的具有私人特点的场所,即使处于家居之外,也可视作私人空间,人们在此领域中的活动也应免于外界好奇的眼光干扰。^[53]问题是,在特定案件中如何判断是否存在此种类型的私人空间。具有决定性意义的仍然是当事人是否将“免遭打扰”的意志以一种恰当的方式公之于众,亦即,当事人是否营造出了某种气氛,这种气氛使得当事人能够合理的认为自己已经避开了他人的眼光——通常是将行动的范围和公共领域隔离开来——而且,他人能够识别出这种气氛。^[54]其实,在这里,重要判断因素毋宁是社会的一般观念:特定场合的性质根据一般的社会观念是否具有私人性质;或者,根据一般的社会观念,当事人的行为是否足以使该场合具有私人空间的性质。社会观念的变动与系争案件的特定情形都足以影响判断结果。因此,某种情形下的工作场合也可以被当作私人空间,其中的谈话内容未经同意不得被录制;^[55]大学讲堂上的教学活动(包括授课内容、学生提问与教师回答)也不得未经参与者的同意被录制;^[56]公园小角落里的活动得免于窥探。

(2)非空间意义上的私人领域

受到法律承认的私人领域不仅限于空间意义的私人场所,某些个人信息,即使并非来自于私人场所,他人也不得任意获取或者收集。至于哪些个人信息属于此列,则是价值判断的问题。^[57]在价值判断中,社会一般观念起了至为重要的作用。而且,当事人是否为该信息建立了外界可识别的保护墙,将该信息的秘密性公之于众,以致于他人能够知晓自己行为的禁区,也是该信息是否受法律保护的重要因素。此类信息中,较为常见的是,密封的信件^[58]、被锁起来或者藏起来的日记^[59]、不欲为他人所知晓的秘密谈话^[60]、私人性质的电话谈话^[61]。如果当事人并没有将自己免遭干扰、免遭窥探、免

[49]Zöller, Informationsordnung und Recht, 1990, S. 25.

[50]BGH, NJW 1981, 1366.

[51]BGH 24, 200, 208.

[52]BVerfG, NJW 2004, 999.

[53]BVerfG NJW 2000, 1021; BGHZ 131, 332.

[54]BVerfG NJW 2000, 1021, 1023; BGHZ 131, 332, 339f.

[55]BVerfG 66, 116.

[56]前引[8], Erman-Ehmann书, 边码124。

[57]前引[33], Fuchs书, 第40页。

[58]NJW-RR 1990, 764.

[59]NJW 1990, 563.

[60]BGH NJW 1991, 1180.

[61]BGH NJW 1988, 1066.

遭倾听的意愿明确地表示出来,而根据周遭的情势,也无法推知当事人是否有此意愿,则当事人的隐私利益不受保护。在某些案件中,电话通话对象为了保全证据,在通话的过程中按了免提键,或者允许其他人同时接收电话通话内容,德国联邦最高法院认为,此类行为没有侵犯通话者的一般人格权,因为,一般情形下,通话者应该预料到自己的通话内容有可能被第三人获知,因此第三人参与接收通话内容的行为并不是什么耍了小伎俩的无耻之举,不具有违法性,^[62]除非,这些谈话内容具有了“秘密的性质”。^[63]

2.对客观的“保护墙”的逾越

只有以不正当的方式,违背了他人客观的、同时也为特定法秩序承认的“保持信息隐秘”、“排除干扰”的意志,获取他人的秘密,亦即逾越了客观上的“保护墙”才构成违法行为。“信息自由当然不意味着,对信息的获取也是完全自由的”。^[64]不当的方式包括,欺骗、暴力以及胁迫等等。^[65]只要在一般的道德观念中,逾越保护墙的行为是不地道的、令人反感的或者令人感到恐惧的,都可能构成对他人一般人格权的侵犯。例如,未经同意开启信封^[66]、未经同意开启他人加锁的日记^[67]、使用电子设备窃听他人房间中的谈话。^[68]

即使是对某种个人信息享有“告知请求权”者,也不得擅自逾越保护墙,仍然需要以提起诉讼的方式获取该个人信息:在一般人格权面前,法律禁止私力救济。“毋宁说,为了跨越另一个人的保密意思,突破这个人设置的事实上的障碍,[好奇者]必须提起要求告知的诉讼,并在必要时请求法院采取罚款或强制执行措施(《民事诉讼法》第888条)。”^[69]

(二)个人信息传播领域中隐私的客体表现形式

在该领域的隐私保护上,德国法奉行的仍然是“真相是自由的”这样的原则。^[70]原则上,传播他人的个人信息并不属于侵权法意义上的违法行为。^[71]当事人要么应该和特定的人约定不得传播自己的个人信息,要么应该谨慎地选取谈话伙伴,在一般情形下,保护个人免于上当并不是一般人格权以及《德国民法典》第826条所提及的善良风俗的任务。^[72]和前述获取个人信息行为的违法性取决于“打破保护墙”类似,传播个人信息的行为的违法性的前提也在于开启了“保持缄默的印章”,亦即,阻止他人传播自己的个人信息的意志必须以一种外界可识别的方式体现出来,这些方式较为常见的是,通过契约约定他人保守秘密的义务,但不限于此,略述如下:

1.契约中的保密义务

在违反保密义务的案件中,明确约定保密义务,以及如何惩罚违反保密义务的合同是比较少见的,^[73]较为常见的保密义务来自合同双方默示的附随义务。例如,医生对于患者病情负有保密义务^[74];牧师对于忏悔者的保密义务^[75];律师对于客户负有保密义务^[76];等等。违反这些保密义务自然构成

[62]BGH WM 1985, 1481; NJW 1982, 1397; NJW 1964, 165.

[63]BGH WM 1985 1482, NJW 1982, 1398.

[64]前引[11],Larenz/Canaris书,第504页。

[65]同上书,第504—507页。

[66]BGH NJW-RR 1990, 764.

[67]NJW 1990, 563.

[68]BGH NJW 1991, 1180.

[69][德]霍尔斯特·埃曼:《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》,邵建东、常青、虞蓉、邹海蓉译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第23卷),法律出版社2002年版,第444页。

[70]Erman-Ehmann, BGB, 12. Aufl., Anh § 12. Rn. 200.

[71]BGH NJW 1999, 2894; NJW 1987, 2668; BGH 80, 25, 31; NJW 1980, 881.

[72]BGH NJW 1987, 2668.

[73]LG Hamburg NJW-RR 1994, 1012.

[74]BGH NJW 1993, 803.

[75]BVerfG NJW 2007, 1865; BGH NJW 2007, 307.

[76]Henssler NJW 1994, 1817.

违约,同时也可能构成一般人格权侵权行为。

2. 契约之外的保密义务

如果不存在契约中的保密义务,那么如何判断特定情形下是否存在上文所说的“保持缄默的印章”则成为此类隐私保护案件中的关键点。如果涉及的是当事人的私密领域,倾听者明确地意识到对话伙伴所透露的个人信息具有私密性,这些信息“仅限于某个特定的圈子中的人所知道,并且根据客观上应承认的利益和相关当事人真实的或可推知的意思,对这些知识不应做进一步的传播”,^[77]则可认为存在了“保持缄默的印章”。例如,如果起诉书的内容包含了他人的生活细节,则接收者不得向第三人公开该起诉书;^[78]未经同意,报道他人家庭生活的细节,则构成违法。^[79]如果信息的传播可能给当事人造成毁灭性的后果,则可以推定当事人已经为这些信息加上了保持缄默的印章,传播行为具有违法性。^[80]

六、隐私保护中的利益衡量

如果系争的隐私利益具有客体式的外在表现形式,亦即,在个人信息收集领域,当事人已经为自己的信息筑起了可为外界可识别的“保护墙”,在个人信息传播领域,该个人信息是如此的隐秘或者关系重大,以至于可推知出当事人已经为其加上了“保持缄默的印章”,那么,突破保护墙的行为以及打破缄默的印章的行为也就被推定为具有违法性。^[81]但是,系争的侵害行为是否最终被确定为违法行为,仍须取决于该行为本身具有的利益(下文简称“对立利益”)与当事人的隐私诉求之间利益衡量的结果。而在实务中,和确定隐私的保护范围相比,在个案中描述和评价那些可能正当化隐私侵害行为的对立利益,则是更为棘手的问题。

(一) 确定行为违法性的“领域理论”及其相对化

在德国司法实践中,如何进行利益衡量,受侵害的隐私利益具体属于哪个受保护的人格领域,至为重要。德国司法实践将受保护的人格领域分为个人领域、隐私领域和私密领域,这三个领域的受保护强度不同,依次增强。^[82]个人领域保护的是个人能够在社会生活和工作中展现自我,这个领域的隐私保护被最大程度地限制,有时候并不受保护。私密领域涉及的是个人内在思想或者内在感受的外在表现以及根据事物本质应该处于保密状态的行为或者信息,例如,私人信件、日记、健康信息、性生活,这个领域受到法律的绝对保护,^[83]是“绝对不得触及的核心领域”,^[84]对之的任何侵犯行为都当然具有违法性,无需进行利益衡量。^[85]人格保护涉及的多数情形是处于个人领域和私密领域之间的隐私领域。这个领域涉及的是根据社会一般观念,只有得到当事人的同意,第三人或者公众才能进入的生活领域,特别是个人在家居范围内、家庭生活中的行为。隐私领域的受保护强度居于上述两个领域之间,^[86]对其的侵害行为本身不能推导出违法性,因此利益衡量是确定违法性的必要途径。^[87]上述根据个人事务所处的不同领域来确定受其保护程度的主张被称为领域理论。^[88]

[77]前引[69],[德]霍尔斯特·埃曼书,第453页。

[78]LG Postdam NJW-RR 2004, 530.

[79]Ffm NJW-RR 2000, 474.

[80]BGH NJW 1987, 2667.

[81]前引[70],Erman-Ehmann书,边码7。

[82]BGH 36, 77, 80; BGH NJW 1987, 2667; NJW 1991, 1553; BVerfG 54, 148, 154; BVerfG NJW 1991, 2340.

[83]BGH NJW 1988, 1984.

[84]BVerfG 35, 35, 39; BVerfG 80, 367, 373.

[85]Palandt/Sprau, (2009), § 823, Rn. 87.

[86]BGH NJW 1981, 1366.

[87]BGH NJW 1964,1471; Cell NJW-RR 1999, 1477.

[88]前引[8],Erman-Ehmann书,边码30;前引[85],Palandt/Sprau书,边码87。

领域理论的观念最先出现在Hubmann那篇极具启发价值的教授资格论文^[89]中,在首次承认一般人格权的“读者来信案”^[90]中德国联邦最高法院也做了如下类似的表述:我们所保护的是“个人私人领域的不可侵犯性”以及“每个人都具有的隐私领域(Geheimspähre)”^[91]。随后大量涉及一般人格权保护的判决中也都出现了“人格领域”的字眼。这在理论上引发的结果则是,保护一般人格权并非意味着承认一项新型的权利,不过是对个人发展自我人格的不同领域提供保护罢了。领域理论的出发点在于:人格的具体展开依其和人格尊严相联系程度的不同,可以划分为不同的领域,因此,不同领域的受保护程度也不同;通过将人格领域类型化,依据公认的观念将其分别归入领域理论中的三个领域,尤其是,通过对司法判例的积累、梳理和研究来完善此项工作,领域理论对于人格保护的司法实务将具有很大的参考价值。

隐私利益作为人格利益之一种,当然可以适用领域理论。领域理论正确地指出了并非所有的隐私诉求都能获得法律的支持,并非所有的侵害行为都应该受到同等程度的禁止,对他人私人领域的侵犯程度越深,需要的正当化理由在程度上也就更高,偷听“小酒馆内邻桌的谈话”和“在别人家中安装窃听设备”的侵害行为在违法性上不可能被同等对待。^[92]领域理论也有助于阻止隐私保护的范围无所不包。^[93]

但是,领域理论容易导向这样的主张:侵害行为的违法性仅仅或者首先取决于对人格领域的侵害程度。^[94]由此,判断系争的隐私诉求属于上述的哪一个领域就是必要的前提。只是,恰当地作出这样判断首先是困难和不无争议的。其次,是否存在受到绝对保护的私密领域,也是不无疑问的。德国法院对个人日记的不同保护态度即可说明,通常被归属于领域理论中的“私密领域”的个人信息,对其的侵害行为并非一定具有违法性,在某些情形下,利益衡量仍是不可避免的。德国联邦最高法院在1964年所作的判决中,否定私人日记可作为刑事诉讼中的证据,理由在于,调查和惩戒犯罪的利益没有高于日记本身蕴含的人格利益,即使在该案中,日记作者曾经让第三人阅读自己的日记,从而引发了日记内容被继续传播的危险。^[95]与这个案件的处理结果完全相反的是德国联邦宪法法院在1989年所作的判决。在该判决中,法院认为本案中的日记可以作为刑事诉讼的证据。^[96]理由是,每个人作为社会的一员,即使是人格的核心领域,也仍具有社会关联性。所以在判断哪些生活事件可被归入该核心领域,不能仅仅通过是否具有社会关联性而为判断,毋宁应该考虑该生活事件的性质,以及在多大程度上和公共利益相关。这并不是可以抽象地给予回答的问题,而是需要结合个案考察。本案的日记在内容和被指控的罪行之间具有密切关系,这就已经证明了该日记不应被归入核心领域,因此本案的日记并不具有绝对不可侵犯的性质。此案的重大意义在于将领域理论中绝对不可侵犯的核心领域相对化了,强调并没有绝对受保护的人格核心领域。^[97]

将人格领域划分出不同位阶程度的领域理论只有在如下前提下才合乎目的性,才有助于判断侵害行为的违法性:人格领域的划分适用于任何情形,受保护领域和不受保护领域泾渭分明,从而人格保护的范围和内容具有可预见性。然而,令人遗憾的是,这一前提从未存在。因此,对领域理论的理解和适用不能绝对化,而是应当结合个案的特殊情况,必要时予以相对化。对领域理论的正确理解毋宁为,并不是对人格领域的所有侵害行为都具有违法性;^[98]并不存在绝对受到保护的、无需利益衡量即

[89]Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 1. Aufl., 1953.S.268ff.

[90]BGHZ 13, 334.

[91]BGHZ 13, 334,338.

[92]前引[8],Erman-Ehmann书,边码32。

[93]Hubmann, Persönlichkeitsschutz ohne Grenzen?, Ufita 70 (1974), 75, 85.

[94]前引[8],Erman-Ehmann书,边码33。

[95]BGH NJW 1964, 1139.

[96]BVerfG, NJW 1990, 563.

[97]BVerfG, NJW 1990, 563, 564—565.

[98]BVerfG 80, 367, 374.

可推定出侵害行为违法性的核心领域(即“私密领域”),在隐私保护中进行利益衡量对于判断侵害行为的违法性是不可或缺步骤。

(二)利益衡量

在利益衡量中,侵害行为的目的或动机及其与侵害行为本身是否具有恰当的关系具有决定性作用。^[99]至于侵害行为必须具有怎样的目的才足以正当化对隐私利益的侵犯,无法概而言之。德国联邦宪法法院认为,原则上,源自人格保护的隐私保护和宪法上的其他基本权之间并没有位阶上的高低之分,对隐私的侵害行为是否受到禁止,毋宁必须结合个案的具体情形而为判断。^[100]如果侵害行为的目的是追求公共利益、满足公众的知情权、讨论公共事务等,那么可能因符合德国《基本法》第5条中所规定的言论自由、新闻自由、艺术自由、科学自由、研究自由与教学自由而获得正当化。^[101]如果侵害行为仅仅为了追求经济上的利益,例如,传播一些能够吸引公众眼光的新闻噱头,则不能获得正当化;^[102]保全民事诉讼证据的目的并不能正当化秘密录制电话通话行为;^[103]在网络论坛上对老师进行客观评价的行为在价值上高于被评价人的隐私利益。^[104]即使系争侵害行为服务于合理的目的,侵害行为的性质和方式也必须和该目的之间具有恰当的关系才能获得正当化,亦即,侵害行为对于目的的达成是合适的及合理的。^[105]例如,在新闻报道中提及罪犯的名字不具有违法性,只要对该名字作了处理,以致于被提及人的曝光程度只限制在那些无论如何都能识别出他的人们中间。^[106]在判断公众知情权和隐私利益何者优先时,德国司法实践中区分“绝对的历史人物”和“相对的历史人物”,绝对的历史人物是那些主动将自己置于公众的目光中,主要靠公众的关注而实现人生价值的公众人物,相对的历史人物只是由于偶然的原因和某个公共事务产生关系,前者对侵害行为的忍受程度往往高于后者。^[107]对于后者隐私利益的侵犯只能限制在和该公共事务相关的范围内,^[108]例如,将某个名人的保镖的肖像作为文章的插图,而该肖像和公共事务并不相关,则该行为具有违法性。^[109]

七、结论:对个人信息保护法“信息禁止”原则的反思

在对个人信息的保护上,德国一般人格权理论奉行的是信息自由原则,系争个人信息上可能存在的一般人格权保护才构成对信息处理行为的限制。因为,个人信息是社会现实的反映,所以并不能作为客体排他性地归属于当事人,毋宁,在个人信息的保护上必须考虑到个体的社会关联性。^[110]在系争的案件中,特定的信息收集、处理以及利用行为是否应当受到禁止,需要考察的是,当事人是否已经将保持隐秘的意愿以一种外界可识别的方式表示出来,而且该意愿根据一般的社会观念是否值得保护,这一隐私利益和对立利益之间利益衡量的结果如何。利益衡量时的考虑因素具体包括:信息的获取方式^[111]、当事人是否公开了该信息或者当事人是否对该信息的公开起了一定作用^[112]、具体的

[99]BGH 31, 308, 313; BGH 36, 77, 82.

[100]BVerfG NJW 1973, 1226.

[101]前引[85], Palandt/Sprau书, 边码99。

[102]BGH 39, 124.

[103]BGH NJW 1988, 1016.

[104]BGH NJW 1988, 1016.

[105]前引[85], Palandt/Sprau书, 边码100。

[106]BVerfG NJW 2000, 1859.

[107]前引[85], Palandt/Sprau书, 边码112。

[108]NJW-RR 2004, 619, 622; BGH NJW 2005, 56.

[109]BGH NJW 2004, 1795.

[110]BGH, NJW 2004, 762, 765.

[111]BVerfG, NJW 2008, 1793, 1797.

[112]BGH NJW 2005, 594; BVerfG NJW 2006, 3406.

侵害行为涉及的私人领域^[113]、行为人获取或者传播该信息的目的^[114]、侵害行为所代表的利益是否具有更高的价值位阶、受害人是否属于公众人物^[115]等等。因此,并不是所有的个人信息都受到保护或者受到同等程度的保护,侵害行为本身并非必然隐含着违法性。毋宁,结合个案的具体情形而做出的利益衡量,在判断行为违法性上具有重要意义。

关于个人信息的人格权保护,正如德国学者埃曼所概括的,德国法在个人信息交流领域奉行的是如下原则,即应当允许人们获知、刺探、收集、说出以及传播事实;对这一原则的限制则表现为隐私保护:在一定情形下,应当阻止人们获知和传播他人的个人信息;但是,当收集和传播事实的行为被更高的利益所正当化时,这一例外又被进一步限制了。^[116]其中的法律推理可归纳为如下五点。第一,并不是所有的个人信息都受到民法保护,是否受到保护取决于当事人的保密意志是否可为外界识别,且为法律秩序所认可。第二,并不是所有的个人信息都受到同等程度的保护,一些和人格利益关系较为疏远的个人信息受到的保护较弱,或者不受保护。第三,并不是所有的同类信息都能获得同等的保护,例如,名人的和非名人的家居生活在受保护程度上有所不同。第四,违反当事人外界可识别的保密意愿获取或者传播个人信息的行为,并不当然具有违法性,对于违法性判断而言,对立利益和隐私利益之间的衡量必不可少。第五,系争的个人信息是否受到保护,并不是一个能抽象地回答的问题,毋宁只能结合个案中的具体情形通过利益衡量予以判断。上述基本立场被认为是贯彻了个人信息保护上的信息自由原则,^[117]亦即,个人信息的收集、处理和利用在原则上是自由的,无需提供理由的,恰恰是对上述行为的禁止才需要特别的理由。该原则后来被德国学者所主张的“信息自决权”理论和以此为理念基础的1977年德国《联邦个人信息保护法》及其后续不断强化个人信息保护的修订版本所打破,导向一种以“信息禁止”^[118]为出发点的个人信息保护法律秩序:个人信息的收集、传播或者利用在原则上受到禁止,除非获得信息主体的同意、个人信息处理者符合法律规定的事由或者个人信息处理者对于信息处理本身具有正当的利益;个人信息的收集目的必须明确,而且个人信息收集者日后的信息处理行为受到该目的的限制,任何超出收集目的的信息处理行为都侵害了信息自决权。^[119]

在个人信息保护上,个人信息自决权^[120]和个人信息保护立法,都试图重构以隐私保护为核心的个人信息保护法律制度。在这个新的法律秩序中,价值序列的最高层不再是以个人行为自由为基础的信息收集、处理和利用自由,而是当事人对于自己的个人信息的控制。

这一法律制度的核心建立在一种对自己信息的权利之上,其内容是控制个人信息的流向。在这一信息自决权的要求下,所有的个人信息处理行为都被推定为违法,推定为侵犯了信息主体的隐私权或者信息权,从而必须提供正当化的理由才能得到豁免,即使在特定的个人信息处理过程中,该处理行为和当事人的隐私利益之间并没有冲突。这些正当化理由可以是法律上的明文许可、当事人的同意或者对处理行为具有合法的利益。不仅如此,先前信息收集时所明示的目的拘束了日后的信息处理行为,个人信息收集者不得超出这一目的擅自整合或者传递个人信息。

个人信息自决权和个人信息保护法中确立的当事人权利,可以对抗国家行为,也可以使私人机构俯首听命。经历一系列的修改后,德国《联邦个人信息保护法》之适用范围不再局限于自动化个人信息处理,而已经扩及至传统方式下的个人信息处理。根据这一新规则,传统的隐私保护被认为从消极走向了积极,个人在其个人信息处理的过程中对其个人信息享有支配权,享有针对信息处理者的

[113]BGH NJW-RR 2007, 619.

[114]BGH NJW 2007, 689.

[115]BGH NJW 2004, 1795; NJW 2005, 594.

[116]前引[8], Erman-Ehmann书, 边码39.

[117]参见前引[10], Horst Ehmann书, 第258页.

[118]同上书, 第259页以下.

[119]前引[35], Josef Brossette书, 第149页.

[120]对个人信息自决权理论的检讨, 详可参见, 杨芳:《个人信息自决权理论史略及其理论检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》,《比较法研究》2015年第6期.

请求权,有权获知自己的信息被如何处理,有权修改错误的信息,有权删除该信息。不仅如此,违反特定的信息处理行为规则者,其行为当然具有了足以引发民法上损害赔偿责任的违法性。总之,根据个人信息保护法的规则以及个人信息自决权的理论主张,如下的行为都可被列为违法行为,系争个人信息和人格(尤其是隐私)之间是否存在关联以及这些行为是否会直接导致人格权受侵害则在所不问:不合法获取信息;超出收集目的的信息处理或利用;对不正确的信息的存储或处理;向没有充足的个人信息保护机制的外国传递个人信息;对于存储的个人信息没有采取足够的安全保护措施;违背个人信息主体的意志的个人信息处理。所有的个人信息都值得保护,所有的个人信息处理行为都被预先推定为违法行为。以这样的观念为出发点,只会将个人信息保护的法秩序从信息自由导向严格的信息限制甚至是信息禁止。^[121]如此严格的个人信息保护规则,倘若不限制在一定范围内,在法技术上无异于对隐私保护釜底抽薪,在价值上乃对私人自由构成无端干涉。

重温德国传统民法(这里特指1977年德国《联邦个人信息保护法》出台之前的德国民法)以一般人格权对个人信息提供的“筛选性”、“有限制”的隐私保护背后的法律思想及其精细的保护机制之后,如何评价1977年德国《联邦个人信息保护法》颁行以来国际上“跟风式”般出现的以“个人信息自决权”思想为基础的日益强大、存在“过度保护”趋向的个人信息保护法立法浪潮,如何摆正一般人格权(或隐私权)与新兴的个人信息保护法二者在个人信息保护上的定位、界分及其法律适用上的相互协作关系,如何定位近十年来我国理论界和立法机构酝酿之中的个人信息保护法立法的正当化基础、适用范围和具体规则设计,在这些问题上,我们或许应当谨慎,再谨慎。

德国个人信息立法的历史分析及最新发展

李欣倩*

内容摘要:随着大数据时代的到来,个人信息已经突破传统人格权的范畴,成为具有商业价值可供流通的标的。目前,我国个人信息大范围泄露事件时有发生,黑色产业链已经形成。面对如此严峻的形势,立法方面仍然进展缓慢,现存立法的碎片状况加剧了信息保护实施的不确定性。作为大陆法系的典型国家,德国《联邦信息保护法》已经走过了40年的历程,先后经历过3次大规模改革。在其发展过程中,计算机技术的进步和联邦宪法法院的判决呈现出良性互动,成为推动德国个人信息保护发展的重要力量。以3次立法改革为视角,研究德国个人信息立法的发展历程,以期为我国个人信息保护立法提供域外经验。

关键词:个人信息 信息自决 信息安全 个人信息立法

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2016.06.010

近年来,随着互联网技术的快速发展,信息逐渐打破地域的限制在全球范围内实现集中。2012年,《纽约时报》惊呼“大数据”时代已经降临,信息将成为未来商业、经济及其他领域决策的重要工

[121]参见杨芳:《我国个人信息保护法适用范围之思考——隐私权救济困境下的个人信息保护法》,《社会科学家》2016年第10期。

*中国社会科学院研究生院法学系博士研究生,德国马克斯·普朗克学会比较私法与国际私法研究所联合培养博士。

本文受《国家建设高水平大学公派研究生项目》(项目编号:留金发[2015]3022)资助。