

比例原则在雇员个人信息保护中的构造及适用

张耀文*

目次

| | |
|-----------------------|---------------------|
| 一、引言 | 三、比例原则在雇员个人信息保护中的构造 |
| 二、比例原则在雇员个人信息保护中的独特价值 | 四、比例原则在雇员个人信息保护中的适用 |
| | 五、结语 |

摘要 比例原则在雇员个人信息保护中具有独特价值,可为劳雇双方利益衡量提供程序与标准,矫正雇员个人信息保护失衡状态。在构造上,四项分析要素为雇员个人信息权益所受损害、雇主手段成本、雇主经济利益与社会公共利益;审查程序为包含目的正当性、适当性、必要性与均衡性的四阶审查程序;目的正当性程序采用形式而非实质审查标准,适当性程序采用主客观结合的审查标准,必要性和均衡性程序采用客观化审查标准。在适用上,建议借助比例原则检讨《个人信息保护法》第13条第1款第2项“人力资源管理所必需”之合法性基础,并在职场监控等案件中强化劳雇双方利益衡量。

关键词 比例原则 雇员个人信息保护 利益衡量 合法性基础 人力资源管理

一、引言

雇员个人信息保护场景兼具《劳动法》和《个人信息保护法》两个面向,数智技术加持下,雇员个人信息处理导致劳雇双方利益严重失衡。以典型的职场监控为例,^[1]职场监控进入5.0时代,

* 天津大学法学院博士研究生。本文系2021年天津市研究生科研创新项目“比例原则民法适用优化研究——以结构方程模型为视角”(项目编号:2021YJSB165)的阶段性成果。

[1] 美国管理协会(American Management Association, AMA)报告显示,美国在2007年监控雇员邮件、网络、电话的雇主比例已达78%,see Christian Nordqvist, 2019 *Global Employee Monitoring Industry Statistics and Trends*, Market Business News(Nov.9,2019), <https://marketbusinessnews.com/employee-monitoring/219251/>。据高德纳咨询公司(Gartner)统计,到2027年全球员工远程监控软件市场规模预计将达到13亿美元,https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2021-05-03-gartner-hr-research-shows-organizations-are-eroding-employee-performance-and-well-being-with-virtualized-office-centric-design?utm_medium=social&utm_source=linkedin。

雇主借助不断迭代上新的监视设备与软件系统,得以实时、高效、全面地追踪雇员的文件访问记录、电子邮件、行踪轨迹乃至基因信息等敏感信息,在雇员个人工作和生活中布下天罗地网。^{〔2〕}职场监控确有助于提高雇员的工作效率,保障雇员的身体健康与工作安全。然而,职场中雇主先天具备管理权、财产权等权利,占据技术、地位优势,所处理的雇员个人信息类型丰富而性质有别,包括一般信息、私密信息以及敏感信息等,职场监控侵犯雇员个人信息权益的事件亦屡见不鲜,引发社会关注。^{〔3〕}不仅如此,雇主也可能因无意识的非法处理行为承担巨额赔偿,可以说,雇员个人信息处理一定程度上同时挑动着劳雇双方的紧张神经。

《个人信息保护法》第6条规定了目的原则,要求个人信息处理的目的应当明确、合理、相关、均衡和手段影响最小。然而,在雇员个人信息保护场景中贯彻该原则,属实不易。值得发问的是,雇主处理雇员个人信息的合法性与合理性究竟如何确定?这其实并非全有全无的问题,关键在于劳雇双方利益的平衡,这正是比例原则的应有之义。本文以达到劳雇双方个人信息权益平衡为最终目的,试图明确解释论上比例原则如何在雇员个人信息保护场景中发挥作用。首先证明比例原则在雇员个人信息保护场景中的独特价值,其次尝试在雇员个人信息保护场景中重构比例原则的审查程序、分析要素与审查标准,最后阐释比例原则在雇员个人信息保护场景中的适用。

二、比例原则在雇员个人信息保护中的独特价值

比例原则原本发轫于行政法领域,致力于解决国家公权与公民私权的平衡问题。^{〔4〕}后来,比例原则以其工具属性及倾斜保护私人利益之价值,逐渐扩展适用至其他法领域,在个人信息保护领域也日渐受到推崇。^{〔5〕}雇员个人信息保护场景下,比例原则的独特价值体现在两方面,一是比例原则相较于《个人信息保护法》的原则,提供了劳雇双方利益衡量的程序与标准;二是比例原则在雇员个人信息保护这一特殊场景下,有利于矫正雇员个人信息保护失衡状态。

(一) 提供劳雇双方利益衡量的程序与标准

雇员个人信息保护的关键问题是劳雇利益平衡,这种动态平衡无法一蹴而就,在审查雇主信息处理行为时,需要遵循一定的程序与标准。《个人信息保护法》第5—9条确立了个人信息保护的五项原则,分别为:(1)合法、正当、必要与诚信原则;(2)目的原则;(3)公开透明原则;(4)质量原则;(5)安全原则。五项原则指明了个人信息处理活动的基本遵循,对劳雇双方利益平衡具有重要指导意义。^{〔6〕}其中第5条为总体性原则,第6—9条为具体性原则,目的原则紧邻第5条,在体系上不仅是对总体性原则的展开,还是其他具体原则的前提性规定,在数原则中具有承上启下的意义。雇主处理雇员个人信息如违背了目的原则,则无须再向下讨论公开透明等原则。目的原则为劳雇双方利益平衡提供了若干标准,包括目的明确、合理、相关、均衡和手段影响最小。然而,目

〔2〕 随着AI与大数据技术的持续发展,雇主信息处理的软件系统不再局限于单纯的声音、视频等记录系统,而是包含深入挖掘员工数据的行为感知系统、离职预测系统等。

〔3〕 参见田野:《职场智能监控下的劳动者个人信息保护——以目的原则为中心》,载《中国法学》2022年第3期,第102页。

〔4〕 参见蒋红珍:《比例原则适用的规范基础及其路径:行政法视角的观察》,载《法学评论》2021年第1期,第52页。

〔5〕 参见江海洋:《论疫情背景下个人信息保护——以比例原则为视角》,载《中国政法大学学报》2020年第4期,第183页。

〔6〕 参见张新宝:《个人信息处理的基本原则》,载《中国法律评论》2021年第5期,第18页。

的原则并未进一步回答这些标准的具体内涵,审查应当遵循怎样的程序。不难发现,这些标准早被学界概括提炼为比例原则。该原则在构造上相当完善,包括四阶审查程序、分析要素与具体标准。在劳雇个人信息权益动态平衡的过程中,如将比例原则引入,则可为目的原则提供审查程序与标准上的完美注解。细审之,不难发现包含目的限制原则(第1款)和最小化原则(第2款)两大子原则的目的原则,与比例原则的四大子原则多有呼应,具体表现为:其一,第6条第1款第1句规定处理个人信息应当具有明确、合理的目的,这与目的正当性原则契合;其二,第6条第1款第2句规定处理个人信息应当与处理目的相关,对应适当性原则;其三,第6条第1款第3句规定应采取对个人权益影响最小的方式,表明个人信息处理手段应当具有必要性,对应比例原则的必要性原则(最小损害原则);其四,第6条第2款规定收集个人信息,应当限于实现处理目的的最小范围,不得过度收集个人信息,符合目的必要性分析的精神,对应比例原则的均衡性原则。正因如此,《个人信息保护法》虽未明确将比例原则列为基本原则之一,但目的原则集中体现了合比例的要求,有学者认为其表达了比例原则的精神,^[7]实质是比例原则在《个人信息保护法》的延续。^[8]总之,目的原则处处体现着禁止过度处理个人信息的精神,而禁止过度正是比例原则的精髓,^[9]在雇员个人信息保护场景下适用比例原则,其实是动态适用目的原则。

雇员个人信息保护场景相较于其他个人信息保护场景,特殊点在于,其处在《劳动法》与《个人信息保护法》的交叉地带,雇主管辖权与雇员个人信息权益强烈碰撞,劳雇利益平衡成为难题。正因如此,比例原则与雇员个人信息保护可谓“天作之合”。比较法上,比例原则被引入到雇员个人信息保护场景中,发挥着为劳雇双方利益平衡提供审查程序与标准的独特价值。第一,2001年通过的欧盟第29条数据保护工作组(Article 29 - Data Protection Working Party, WP29)《雇佣场景下处理个人信息的意见》(Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context)执行摘要部分将比例原则作为指导原则,同时正文部分指出,在寻找侵入性最小的方法时,应考虑不同的因素,如所涉风险、所涉及的数据量、处理的目的等,以符合比例限制。^[10]该意见还配有若干示例,如:由于雇主可能需要知道某些职位的申请人是否有汽车和驾驶执照,潜在雇主有权要求提供此类信息,但若要求申请人提供汽车的型号或颜色则将违反比例限制。第二,2002年通过的WP29《工作场所电子通信监测工作文件》(Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace)指出,平衡不同的权益需要考虑到一些原则,特别是比例原则,在工作场所实施的任何监测措施必须通过该文件所列的测试清单。^[11]文件认为,当监控邮件流量信息已经足以缓解雇主焦虑时,则雇主不应再查看邮件内容,否则将违反比例原则。^[12]第三,2017年通过的WP29《关于工作中数据处理的意见》(Opinion 2/2017 on data processing at work)(以下简称Opinion 2/2017)以比例原则为核心原则,规定了招聘、考核以及工作场所内外等各种工作场景中比例原则在程序与标准上的相应应用。^[13]

[7] 参见刘权:《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》,载《法学家》2021年第5期,第1页。

[8] 参见龙卫球:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,中国法制出版社2021年版,第25页。

[9] 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期,第143页。

[10] See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, 2001, at 21.

[11] See Article 29 Data Protection Working Party, Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace, 2002, at 4.

[12] Ibid., at 17.

[13] See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, 2017.

比例原则在雇员个人信息保护场景中提供审查程序与标准的独特价值,为各国学者肯认。德国学者认为,不仅劳动立法应当遵循比例原则,雇主对雇员隐私的干预也必须遵守比例原则。^[14] 美国学者认为,雇主收集雇员信息的开始就应当遵守比例原则,在披露信息时也应当尽量模糊化雇员信息。^[15] 以色列学者认为,以色列法律框架下,即使雇主得到雇员同意而处理信息,也应当遵守比例原则,以最小化的侵害手段处理信息。比例原则对于在工作场所何处设置摄像头、划分公共与隐私空间还具有决定作用。^[16] 更有学者认为,应将个人信息权利确立为基本权利,旋即可发挥基本权利的主观防御功能,并辐射一切法领域的客观价值秩序。^[17] 循此,雇员个人信息保护场景下,雇主限制雇员个人信息权这种基本权利的行为理应受比例原则之限制。其实,将比例原则引入宪法、行政法外的民法、刑法等部门法中,司法实践的案例颇丰。^[18] 比例原则传统上虽是限制国家权力恣意、维护公民合法权益的工具,但公认的比例原则核心是“禁止主体过度行权”。故有学者提出,比例原则不仅是一项规范国家权力限制公民权利的公法原则,还同样可以适用于私法,一方面是作为划定公民权利边界的基本准则,另一方面是约束大型私权利组织。^[19] 可见,将比例原则引入雇员个人信息保护场景,具有比较法和其他部门法上的依据,有助于贯彻目的原则,规制雇主等小型自然人数据处理者和信息业者的信息处理行为,平衡劳雇双方利益。

(二) 矫正雇员个人信息保护失衡状态

比例原则所谓“限制之限制(Schranken-Schranke)”,意即政府限制公民基本权利的行为应当受到限制,故从本质上说,比例原则是倾斜保护私人权利的,这对于平衡雇员个人信息保护状态具有重要价值。由于科技黑箱、力量对比悬殊等原因,个人信息保护法律关系中双方利益失衡已是不争的事实。其中消费和劳动场景的利益失衡尤其突出,而又以劳动场景为最,体现在:一方面,雇员个人意志更不自由。雇员对雇主具有强烈的时空依赖性,导致二者有不小的意志自由差异。时间上,长期的劳动合同约束下,雇员不得随意离职,通常只能选择隐忍雇主不合理甚至违法的信息处理行为;空间上,雇员办公常仰赖雇主提供的场所,甚至居住等生活需求也与办公地点密切相关,消费者对商家则不存在这种时空上强烈的依赖性。另一方面,雇员个人信息保护矫正方式的要求更高。消费者个人信息保护一般以补强知情同意规则作为矫正方式,^[20]而由于雇员意志更不自由,劳雇双方力量严重失衡,知情同意规则的适用效果欠佳,需特别考虑其他矫正方式。对

[14] Vgl. Joachim Holthausen, Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen-Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, RdA 2021, S.27 f.

[15] See David J. Oberly, *How Employers Can Maintain Workplace Privacy Compliance during the COVID-19 Pandemic*, 34 Ohio Lawyer 26, 28(2020).

[16] See Arianne Renan Barzilay, *Data Analytics at Work: A View from Israel on Employee Privacy and Equality in the Age of Data-Driven Employment Management*, 40 Comparative Labor Law & Policy Journal 421, 438(2019).

[17] 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》,载《环球法律评论》2022年第1期,第66页。

[18] 民法案件中适用比例原则的,例如,莆田市坚强缝制设备有限公司、莆田市鑫派科自动化科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷案,最高人民法院民事判决书(2022)最高法知民终222号;陈某某、曹某某房屋租赁合同纠纷案,湖北省武汉市中级人民法院民事判决书(2021)鄂01民终2750号。刑法案件中适用比例原则的,例如,徐某某等走私国家禁止进出口的货物案,上海市第三中级人民法院刑事判决书(2022)沪03刑初64号;廖某某、王某走私、贩卖、运输、制造毒品案,江西省吉安市中级人民法院刑事裁定书(2021)赣08刑终7号。

[19] 参见刘权:《比例原则适用的争议与反思》,载《比较法研究》2021年第5期,第181页。

[20] 参见罗娟:《消费者个人信息权保护:公私兼济模式向场景风险模式的转型》,法律出版社2021年版,第32页。

此,《个人信息保护法》第13条第1款第2项“人力资源管理所必需”实则设置了新的矫正方式,配合比例原则尽可发挥矫正雇员个人信息保护失衡状态的作用。^[21]

因此,比例原则对于保障劳雇双方的权益具有重要意义。其一,保护雇员的人格尊严和自由。根据气球理论(Balloon Theory),无论在公共场合、网络社交媒体场合抑或劳动场合,均应当保障个人内部的私人空间,确保基本的人格尊严和自由。^[22]基于劳动关系从属性,雇员应当尊重雇主的管理权并让渡自己的部分权益,但雇主仍应尊重雇员的人格尊严和自由。但在雇员个人信息保护场景下,双方力量对比悬殊,二者实际并非平等的私主体关系,雇员的人格尊严和自由屡遭侵犯。学者提出,知情同意规则和比例原则作为两大核心规定,是保障雇员人格尊严和自由的重要遵循。^[23]但是,作为个人信息处理黄金规则的知情同意规则^[24]在实施上面临困境,甚至会形同虚设,^[25]故严格规范雇主出于人力资源管理的信息处理行为,使其符合比例限制,意义不言而喻。其二,指导雇主自我审查信息处理行为,保障雇主合法权益。雇主进行人力资源管理,无可避免地会处理雇员的健康、财务、医疗等敏感信息,适用比例原则可以发挥保障雇主合法权益的作用,指引雇主进行信息处理行为的合法性、合理性分析,将分析由定性带入定量,及时采取合理保护手段、完善信息处理流程。一方面,比例原则有助于雇主判断信息处理的合法性。《个人信息保护法》第13条第1款第2项人力资源管理所必需是雇主处理雇员个人信息重要的合法性基础,但人力资源管理具体场景多样,难以统一规制,例如雇主不仅在招聘、绩效评价过程中收集应聘者个人信息,还在工作、车库等场所布下全面监控,随着远程办公的兴起,雇主也开始对雇员使用的个人终端设备(Bring Your Own Device, BYOD)捆绑监控。通过在职场个人信息保护领域重构比例原则,明确审查程序和标准,可进一步判定雇主信息处理是否具备合法性基础。另一方面,比例原则有助于雇主判断信息处理的合理性。由于劳动关系中雇主具有保护雇员健康、安全的义务,雇主的信息处理行为其实不仅限于保障经营,而是兼有保护雇员的色彩,因此职场信息处理行为的合理性判断就不同于一般的信息处理行为。通过职场可穿戴设备、监控设备等数字智能系统,雇主可以及时获得雇员的身体健康、工作场所安全等信息,更好地履行保护雇员健康、安全的义务。但是,雇主履行保护义务时的越界行为如不符合比例,则丧失合理性。

三、比例原则在雇员个人信息保护中的构造

劳雇双方信息权益的平衡须个案衡量,而比例原则正是良方。为发挥比例原则的独特价值,应根据雇员个人信息保护场景的特点,对比例原则进行类型化构建,^[26]确立个性化的分析要素、审查程序与审查标准。

[21] 参见谢增毅:《劳动者个人信息保护的法律价值、基本原则及立法路径》,载《比较法研究》2021年第3期,第6页。

[22] See Shlomit Yanisky-Ravid, *To Read Or Not to Read: Privacy within Social Networks, the Entitlement of Employees to a Virtual Private Zone, and the Balloon Theory*, 64 *American University Law Review* 53, 54 (2014).

[23] 见前注[21],谢增毅文,第25页。

[24] 参见万方:《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》,载《中国法学》2021年第1期,第167页。

[25] 参见吕炳斌:《个人信息保护的“同意”困境及其出路》,载《法商研究》2021年第2期,第87页。

[26] 参见王丽洁:《个人信息处理中比例原则审查基准体系的建构》,载《法学》2022年第4期。

（一）比例原则在雇员个人信息保护中的分析要素

1. 雇员个人信息权益所受损害

首先应当说明的是,个人信息保护中的损害并非尽是“显像”的,即个人信息中的损害通常具有无形性、潜伏性、未知性,未必能够满足传统损害要件的确定性要求,故有学者质疑个人信息侵权中损害要件的成立问题。^[27]诚然,非法收集、泄露等上游信息侵权行为发生后,尽管受害人面临信息被非法使用、遭受诈骗的风险,但未必会遭受人身和财产的下游损害,且信息损害和后续损害也并不可直接画等号。^[28]然而,循此被侵权人只可申请排除风险而难以获得实质的损害赔偿。对此,有学者主张引入公法上的保护性法律认定违法性,并据此要求信息处理者承担损害赔偿责任。^[29]该观点虽富创见,但《个人信息保护法》未设置相应的保护性法律,第69条仍遵循着传统的侵权责任认定方式。为适应复杂社会需求,学界逐渐承认了风险性损害的概念,认可风险社会中应动态地将风险作为损害的类型之一,^[30]肯定未来被侵权的风险作为损害,从而构成预期侵权。^[31]故,损害应当作为雇员个人信息保护的分析要素之一。

判断雇员个人信息权益所受损害,应当着重分析所涉信息类型。雇主常收集的雇员个人信息包括技能类资质信息,虹膜、指纹类生物识别信息,绩效类管理信息,甚至是蕴含生命密码的基因信息。不同信息承载着不同的民事权益,如基因信息上附着了名誉权、健康权甚至生命权等权益,一旦泄露,可能导致个人遭受基因歧视、就业歧视和家族污名化的损害。又如财务信息,包含个人的银行资料、收支往来、营收情况,反映了个人的盈亏、信用和资产,财务信息一旦泄露,个人可能受到金融诈骗导致财产权受损。一般信息如姓名、年龄、交友信息,如遭泄露,则通常不会导致重大的民事权益损失。在评估损害时,可通过信息分类分级的做法,首先将信息区分为敏感信息、私密信息和一般信息,前两类信息对应的权益损害通常更大;然后根据信息的敏感程度与私密性,将敏感信息和私密信息分类分级,以确定权益损害大小。^[32]此外,在雇佣场景中,不应当仅考虑信息与劳动协议的相关性,还应当着重考虑信息是否与工作密切相关,比如当员工往来邮件并非出于工作原因,则雇主不应当依据劳动协议强制查看雇员的邮件信息。

2. 雇主手段成本

雇主信息处理的手段成本主要是监控成本。人力监控仍然是雇主监控雇员个人信息的常见方式之一,典型形式是设置监控专员,支付人力成本。“王某与唐某名誉权纠纷案”是人力监控的典型案,例,^[33]是一起雇员被同事监控邮箱并导致被迫辞职的案例。王某为某律师事务所的律师,同事唐某在该律所从事IT工作。唐某在操作一体机时设置了一项功能,任何人使用该一体机扫描的文件均通过邮件方式向其发送。唐某在获取王某的邮件信息后,打包发送给了工作小组成

[27] See Benjamin C. West, *No Harm, Still Foul: When an Injury-in-Fact Materialized in a Consumer Data Breach*, 69 *Hastings Law Journal* 701 (2018).

[28] 参见叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期,第90页。

[29] 参见程啸:《民法典编纂视野下的个人信息保护》,载《中国法学》2019年第4期,第39页。

[30] 参见田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期,第32页。

[31] 参见谢鸿飞:《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》,载《国家检察官学院学报》2021年第5期,第21页。

[32] 参见张勇:《敏感个人信息的公私法一体化保护》,载《东方法学》2022年第1期,第66页。另见卢锐恒、许晓耕等:《敏感个人信息分类分级研究》,载《信息安全与通信保密》2023年第4期,第51—54页。

[33] 参见王某与唐某名誉权纠纷案,广东省深圳市福田区人民法院民事判决书(2016)粤0304民初22666号。

员,对其私下接单行为予以披露,导致王某被迫辞职。随着信息技术的发展,雇主得以通过人力监控外的多种方式处理雇员个人信息,但雇主需要部署大规模的监控设备并付出更多的手段成本。数智时代下,为了避免雇员泄露公司核心数据与敏感数据,雇主通常使用防火墙、通信监控技术等各种技术手段收集雇员的行踪轨迹、互联网流量、电子邮件、文件使用记录等信息。随着远程办公的流行,为了避免雇员上班“摸鱼”,针对雇员个人终端设备的监控兴起,但雇主须进一步部署软硬件设备,如独立的终端设备、云端空间、沙箱以及VPN软件等,以确保监控数据在设备和网络之间传输的安全性,相应也须付出更多成本。

3. 雇主经济利益

雇主处理雇员个人信息,主要出于追求经济利益。《个人信息保护法》第13条第1款第2项揭示了雇主所追求的人力资源管理利益,其实雇主经济利益是一种在招聘、用工以及劳动合同解除后持续存在的综合利益。一方面,通过监控雇员的身心健康状况、工作中的状态和效率,雇主可以赖以设岗、调岗乃至辞退风险雇员,保证人力资源充沛和可持续发展。另一方面,通过实时捕获桌面,监控雇员的信息流动、互联网使用情况,雇主可以保障营收财报、企业架构等核心数据的安全,避免知识产权、商业秘密等敏感数据泄漏,维持市场竞争力。

4. 社会公共利益

《劳动法》和《个人信息保护法》兼具公私法的性质决定了雇主处理雇员个人信息的行为,不仅涉及雇主经济利益,还涉及社会公共利益。一方面,信息处理行为兼具公私属性。雇主处理雇员个人信息,不仅影响劳雇双方的私人权益,同时也关系到信息流通与利用的公共利益。例如雇员个人信息不仅可以作为潜在用人单位的人才测评的底层数据,还可以帮助用人单位精准投放招聘广告,促进了整个社会人才资源的高效利用。另一方面,通过限制雇主的信息处理行为,可以保障整个社会的劳动积极性。企业过度处理信息,可能使得雇员自危、盲目配合算法要求而忽略工作本身,也可能导致雇主依据所收集信息任意处罚和解聘雇员,最终损害社会生产力。人应当是目的而不是手段,是各国的普遍共识,^[34]从这个意义上说,保障雇员的个人信息权益其实就是保护社会公共利益。

(二) 比例原则在雇员个人信息保护中的审查程序

比例原则包含数个原则,雇员个人信息保护中,比例原则在审查程序上宜采四阶构造。一方面,二阶和三阶构造的比例原则具有逻辑缺陷,^[35]四阶构造的比例原则是最新理论发展成果,包含目的正当性以及手段的适当性、必要性、均衡性四大子原则。依序逐步检索四原则,对雇主行为的审查将更加全面。另一方面,比例原则本质上是协调目的和手段理性的工具,旨在限制权力和权利过度行使,四阶构造更有助于精细审查雇主的信息处理行为。

1. 目的正当性审查

比例原则最初由1882年的十字架山案判决(Kreuzberg-Urteil)^[36]确立,彼时主要审查手段的必要性,要求警察在没有法律授权的情况下,不得采用不必要的措施追求公共利益,即“不得用大炮打麻雀”(mit Kanonen auf Spatzen schießen)。在雇员个人信息保护中进行目的正当性审查时,考虑到劳动法律关系的存在,雇主基于管理权、财产权等权利,可以对雇员个人信息权益进行一定

^[34] 参见李科政:《康德“人格中的人性”与目的自身——以科斯嘉德式的诠释为切入点的考察》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第117页。

^[35] 见前注[19],刘权文,第172页。

^[36] Vgl. PrOVGE 9, 353 ff.

程度的限制,但雇主限制雇员权益也受到一定的限制,这种限制要求雇主的目的必须是正当的。

因此,在进行目的正当性审查时,应探寻雇主个人信息处理行为的真实目的,而非雇主所宣称的目的。在确定真实目的后,应当判断该目的是否具有正当性。笔者认为,判断目的正当性,应当综合雇主所宣称的目的,雇主的实际行为以及法律、行政法规、规章的具体规定综合做出判断。例如,在面试阶段,雇主可能以了解雇员的个人基本信息为由,过度收集与工作内容无直接关联的婚恋、性取向、基因信息等信息,以此拒绝雇主认为并不适合的雇员。又如,在用工阶段,雇主可能以保护雇员身心健康为由全面监控雇员个人信息,实际目的却是通过算法全程监测雇员工作效率。“亚马逊女工案”正是如此,该女工因罹患肠易激综合征需要一天上六次厕所,算法监控到该信息并认为她不称职,亚马逊公司据此提出解雇。^[37]立法上,《劳动合同法》第8条规定了劳动者的如实说明义务与用人单位的知情权,用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。又如,《职业病防治法》第33条规定了雇主关于工作健康与安全信息的告知义务,第36条规定了雇主应建立职业健康保护档案,实际上赋予了雇主对雇员个人健康信息的处理权限。正因如此,司法进行目的正当性审查时,应当保持适度克制并给予雇主一定程度的专业尊让。此外,目的正当性审查阶段不应对目的的必要性进行审查,因为目的必要性乃均衡性原则的审查内容之一。均衡性审查强调,雇主限制雇员个人信息权益的目的即使是正当的,也可能因过于琐碎、价值不大而被认为是不必要的。在目的正当性审查中,如果雇主的信息处理行为的目的不具有正当性,旋即可认为行为违反比例原则而不必进行手段的审查。

2. 适当性审查

适当性原则又被称为妥当性原则或关联性原则。适当性审查是手段审查的第一阶段,比例原则审查的第二阶段。适当性审查要求雇主限制雇员个人信息权益的手段必须具有适当性,即雇主手段与所欲实现的目的具有实质关联,“手段必须有助于目的实现”,^[38]否则雇主的限制手段为缘木求鱼,不成比例。故适当性的首要问题是,这种关联性的程度是多少。雇主手段如能全然促进目的的实现固然好,但这种程度要求从直觉上来说是过高的。实际上,只要雇主手段能够促进目的的实现即可,比如有学者提出“不能是手段和目的毫不相干”^[39]“如果手段不是全然实现不了目的,那么该手段的选取就是符合适当性原则的”^[40]。德国联邦宪法法院的法官在比例原则的具体实践中也持相同观点。^[41]再者,比例原则内部具有科学的审查体系,如将适当性原则的要求设置过高,将极大限制第三、四阶段的审查功能,难以发挥比例原则限制之限制的整体功能。实际上,立法因适当性的原因而被宣布违宪的情况很少见。^[42]

3. 必要性审查

必要性原则又被称为最小损害原则,“不得用大炮打麻雀”是这一子原则的形象注解。必要性审查要求雇主限制雇员个人信息权益的手段应当是必要的,手段所造成的损害应当最小。为了实

[37] See *Olivero v. Amazon Logistics, Inc. et al.*, No. 1:21-cv-14620 (D. N. J.).

[38] 蒋红珍:《论适当性原则——引入立法事实的类型化审查强度理论》,载《中国法学》2010年第3期,第100页。

[39] 崔梦豪:《比例原则在行政诉讼中的适用——以28个典型案例为分析对象》,载《财经法学》2019年第2期,第130页。

[40] 刘权:《适当性原则的适用困境与出路》,载《政治与法律》2016年第7期,第100页。

[41] BVerfGE 77, 84 (108); BVerfGE 81, 156 (192).

[42] See Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 22 *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* [iv] 51, 53 (2014).

现一定的目的,雇主只有使用必要的手段才能干涉雇员个人信息权益。到底何为必要?1931年颁布的《普鲁士警察行政法》(Das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz)第41条第1款首先规定,“除非根据警察条例或特别法律发布警察命令,否则只有在必要的情况下才有效”,第2款明确规定应“选择最小的损害手段”,^[43]自此手段必要性的内涵逐渐发展为要求政府手段所造成的损害为最小。因此判断手段是否必要需要考虑:(1)手段种类;(2)最小损害。前者的判断无须太费思量,后者的规定由于过于空洞而缺乏可操作性,成为必要性原则适用的阿喀琉斯之踵,因此必要性原则的判断重点正是何为最小损害。

所谓最小损害,应当是同等有效性下的最小损害,这导致最小损害手段的判断难度不同。其一,造成不同损害的手段的有效性相同时,最小损害手段较容易判断。“熊某与武汉汇生伟业贸易有限公司劳动合同纠纷案”中,原告熊某入职公司后被安排至长沙市出差,其工作及住宿地均为该公司长沙办事处。该办事处设立于民宅之中,客厅位置安装了全天运行的摄像头。熊某认为个人隐私受到严重侵犯,遂通过微信提出离职,引发纠纷。两审法院均认为公司安装摄像头的行为并未侵犯熊某的隐私权,主要理由是:一方面,由于该办事处位于民宅,结构为一室一厅及厨卫仓库,虽然工作与休息区有所混同,但该公司在客厅安装摄像头的主要目的是工作监督;另一方面,该办事处存有大量货物并频繁有人员往来,安装摄像头可避免货物丢失,亦存在必要性。^[44]法院的判决清晰地概括出公司安装摄像头的目的,即手段的有效性:一是监督工作,二是避免货物丢失。不过,在同样的有效性下,是否存在最小损害的手段呢?答案是显而易见的,比如在时间上公司可将摄像头调整为工作时间运行,或者在空间上划分出工作区与免受监控的休息区。因此,公司在相同有效性下并未采用最小损害手段,法院这段必要性的分析也就略显不足。其二,造成不同损害的手段的有效性不同时,较难判断最小损害手段。例如手段A的有效性和损害均大于手段B时,并不容易得知哪种手段更具必要性。在损害和收益可量化的前提下,可引入数学模型,计算单位的有效性。此处应当注意,一方面,单位的有效性只能作为最小损害的考量要素之一,因为雇员个人信息保护还具有促进公共利益的功能,如果有效性过低则无意义,因此应当考虑到手段的最低有效性。另一方面,最小损害也并非绝对最小损害,而是相对最小损害,因为单纯追求最小损害,很可能导致雇主放弃处理信息,反而不利于雇员保护和信息的流通利用。

4. 均衡性审查

均衡性原则要求公权力手段所欲促进的公共利益,应当与所造成的损害成比例,又被称为狭义比例原则。前一阶段的必要性审查只要求遴选出最小损害手段,至于最小损害手段下所欲实现的公共利益是否与公民所受权利损害成比例,则在所不问。^[45]而均衡性原则关注损害与收益的比例,最小损害手段如果对雇员个人信息权益造成过度损害,则仍然不能通过审查。雇员个人信息保护场景中,均衡性审查将雇主利益、雇员个人信息权益所受损害、雇主手段成本、公共利益全面纳入考量,体现了对公平正义的价值追求。如何判断合理的比例?解决这个问题可以考虑均衡性原则的本质,如前述,均衡性原则实际包含目的必要性的审查,即雇主信息处理行为所欲追求的社会公共利益与雇主经济利益的目的是否是必要的。如果最小损害手段下所能实现的公共利益与雇主利益占比很大,则利益与损害大概率是成比例的,反之则是不成比例的。

[43] § 41 Das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz.

[44] 参见熊某与武汉汇生伟业贸易有限公司劳动合同纠纷案,湖北省武汉市东西湖区人民法院民事判决书(2019)鄂0112民初3653号;湖北省武汉市中级人民法院民事判决书(2020)鄂01民终3509号。

[45] Vgl. Hendrik Kornbichler u.a., Verfassungsrecht: Schnell erfaßt, 2. Aufl., 2001, S.142.

（三）比例原则在雇员个人信息保护中的审查标准

确定审查程序后应考虑各阶段相应的审查标准,如进行适当性审查时,应选择判断手段与目的是否具有关联的标准为何。确立标准则需要考虑到若干要素,在倾斜保护雇员的基本考量下,还应当考虑到:(1)劳动关系的性质。特定的劳动环境与劳动关系中,雇主对于现代高度分工的事务具有预测或评估上的专业性,存有“经验上的认识余地”,因此也不应当过度限制雇主权益。(2)不同的信息类型。涉及雇员基因信息、生物识别信息的雇主处理行为的审查标准,应当较姓名、行踪信息等一般信息更为严格。综上,笔者认为,在不同审查程序中应当采用不同的审查标准。

1. 目的正当性的形式审查标准

目的正当性审查通常要求进行形式审查而不进行实质审查。^[46]雇主的信息处理手段只要在形式上符合既有法律的规定,就不必深刻检讨该目的是否在职场个人信息处理的全过程中实质性地违反了正当性。即使进行实质性审查,也应当把握一定的审查力度,给予雇主适度的尊让。

2. 手段适当性的主客观审查标准

适当性审查虽然要求手段与目的具有实质关联性,手段必须有助于目的实现,但并不要求手段能够完全实现所欲追求的目的。因为在很多雇主收集和处理信息的情形下,并不存在能够完全实现所欲追求目的的手段,即使存在这样的手段,能够完全实现所欲追求目的的手段通常会造成严重的损害。适当性原则下雇主采取的信息监控手段无须与目的完全有关,这也与适当限制雇主责任的基本理念暗合。适当性审查还有主观适当性和客观适当性审查之分,在认定手段与目的关联的结果可能有所不同。主观适当性审查以雇主据以做出手段的预测事实为审查对象,会给予雇主在专业性和威严性上较多的尊让,雇主的判断空间更大。客观适当性审查则以手段的事后实施效果为审查对象,司法者审查的空间更大,对雇主的要求也更高,更有利于人权保障。在手段适当性审查中,应当采用主客观结合的审查标准。一方面,应当尊重雇主基本的判断空间,避免在审查程序中过早和过度限制雇主。另一方面,出于倾斜保护雇员的需要,也应重视对雇主信息处理行为的实施效果的客观适当性审查。

3. 手段必要性的客观审查标准

必要性审查要求在相同有效性的前提下,手段造成的损害最小。进入必要性审查阶段,雇主手段合理性的要求升高,对雇主手段应当采用客观化审查标准,避免仅凭借法官的主观感受进行主观化审查。在可计量的情况下,可以雇员个人信息权益所受损害除以雇主经济利益与社会公共利益之和,商越靠近0,一般表明手段越具有必要性;商越靠近1,手段则越难通过必要性审查;商如大于1,则手段明显不具备必要性。在“汪某与某公司劳动争议案”中,该公司《员工手册》规定如员工多次拒绝药物检测,则该公司有权立即与劳动者解除劳动合同。^[47]解雇将造成汪某工作机会丧失、收入减少等损害,而汪某作为该公司模具工程师,其忠诚履职与使用何种药物的关联性极弱,拒绝公司获取药物使用信息的行为很难直接威胁到雇主利益,也不会涉及相当的社会公共利益,故按照客观审查标准,该规定很难通过必要性原则的审查。假设采取替代性措施,如将汪某调离工程师岗位,则可以减少汪某所受损害,该规定将更易于通过必要性审查。

4. 手段均衡性的客观审查标准

均衡性审查也应当采用客观化审查标准,判断相对最小损害手段所追求的雇主利益及社会公共利益是否具有均衡性。在可计量的情况下,可以用雇员个人信息权益损害成本和雇主投入手段

[46] 参见刘权:《比例原则审查基准的构建与适用》,载《现代法学》2021年第1期,第150页。

[47] 参见汪某与某公司劳动争议案,上海市第一中级人民法院民事判决书(2011)沪一中民三(民)终787号。

成本之和,除以雇主经济利益与社会公共利益之和。商越靠近0,表明手段耗费的总成本与总收益具有均衡性,该手段越容易通过均衡性审查;商越靠近1,表明手段越难通过均衡性审查;商如大于1,则手段明显不具有均衡性。^[48]科堡保险集团(HUK-COBURG)案^[49]是德国联邦最高劳工法院判决的一起雇员个人信息保护典型案例。科堡为了监控和分析雇员行为,斥资布置了严密的电子监控系统,用于处理雇员的索赔数量、接听电话数、电话使用时间等若干信息,并规定了相应的定义及方差阈值,凡是低于相关值的雇员应向公司解释。法院认为,虽然企业可在一定程度上限制雇员权利,但雇主的监控行为如不受时间限制并完全依赖该设备收集雇员信息,则过分压制了雇员的个性发展和行动自由,构成对雇员一般人格权的严重损害,故科堡使用电子监控系统收集和分析雇员数据的手段,所耗费的成本与损害和产生的利益是不均衡的。

四、比例原则在雇员个人信息保护中的适用

(一) 检讨“人力资源管理所必需”之合法性基础

《个人信息保护法》第13条第1款第2项规定:“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需,或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需。”该项新规,是雇主处理雇员个人信息的新型合法性基础,作为雇员个人信息保护法理上的最新发展格外亮眼。从现实需求看,当下企业处理雇员个人信息的场景越来越多,从求职阶段的身份、健康信息调取,到入职后支付劳动报酬、绩效考核、职业培训、工作场所的监控、向第三方的信息转移等等,通常都涉及信息处理,如果这些场景雇主均需向雇员一一取得同意,企业的人力资源管理与正常经营活动将受阻乃至停滞;从合法性基础的实效性看,职场中同意规则陷入困境更是不争的事实,该项乃是对失灵的知情同意规则的替代与补强。不过问题正在于,何为“人力资源管理所必需”,其焦点当属“必需”。

1. “必需”的场景规定

“必需”是语境依赖型概念,^[50]“人力资源管理”是界定“必需”的场景基础。通过反面解释可得,如雇主的信息处理行为脱离了“人力资源管理”场景,也就不再需要判定行为是否必需。所谓人力资源管理,其经典定义是“对人力这一特殊资源的有效开发、合理利用和科学管理”。^[51]

人力资源管理不同场景涉及的主体和利益不尽相同。根据第2项的立法安排,笔者认为在类别上可以将人力资源管理划分为微观、中观和宏观三层场景,帮助明确何为“必需”。其一,“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”。法条虽并未明示此情形属何种人力资源管理场景,但由于主要针对单个雇员个人信息处理行为,因此可归为微观人力资源管理场景。例如,对于正在签订劳动合同或者已经签订劳动合同的雇员,雇主需要处理雇员个人身份证号、电话号码、学历背景等基本信息,此时“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”可以作为雇主处理雇员信息的合法性基础。其二,“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资

[48] 此处应说明的是,必要性与均衡性计算公式与追求帕累托最优的成本收益分析方法有所区别。比例原则的初衷是保障人格尊严和自由,是在价值理性下追求收益,故存在相对最小损害、最低有效性的限制,而成本收益分析方法属于单纯的工具理性,以效率为目的,故以比例原则而非成本收益分析方法规制雇员个人信息保护,更符合人权保障的需要。

[49] BAG NZA 2017, 1205.

[50] 参见王倩:《作为劳动基准的个人信息保护》,载《中外法学》2022年第1期,第183页。

[51] 赵曙明:《人力资源管理研究》,中国人民大学出版社2001年版,第12—13页。

源管理”。雇主并非通过一对一的单独同意或订立、履行劳动合同的形式处理雇员个人信息,而是通过在企业内部制定统一标准的形式处理个人信息,故该情形属于中观人力资源管理场景。其三,以劳动基准法为标准的宏观场景中,适用对象并非单个雇员或某个企业的雇员,而是全社会的雇员。《个人信息保护法》第13条通过强调第1款第2项“依法”、第3项“法定”、第7项“法律、行政法规”,实际上做了引致规定,要求微观、中观场景的保护标准必须高于劳动基准法的标准。总之,在解释“必需”时,应当充分考虑不同层次人力资源管理场景的特殊性,特别是各自不同的保护标准。

2. “必需”的解释论

按照文义解释,“必需”规定了雇主处理雇员个人信息的限度,然而其界定仍颇为困难。一是由外部体系导致的。第13条第1款第2项与其余各项具有密切联系,“必需”的界定受到其他合法性基础的影响。按照第13条的文义规定,雇员个人信息处理的合法性基础大致可分为几类情形:(1)第1项告知同意类;(2)第2项人力资源管理所必需类;(3)第3、4、5项涉公共利益类;(4)第6项已公开类;(5)第7项其他类。其中,第1款第2—7项也可称为法定许可类,区别于第1项告知同意类。不过,在具体场景中,各类合法性基础其实可能存在交叉适用的问题。例如,第1项和第2项与雇员个人信息保护的关系最密切,根据文义解释,在雇主处理雇员个人信息的微观、中观和宏观场景中,如果这种信息处理是人力资源管理所必需,则无需取得雇员个人同意。但是,《个人信息保护法》第29条规定处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意,在法律、行政法规规定的个别情形下还需要取得书面同意。实践中,雇主由于人力资源管理所必需而处理雇员敏感个人信息的情况相当常见。例如,出于考勤管理而采集的雇员指纹和人脸信息,属于第28条规定的敏感信息中的生物识别信息;又如,安排雇员健康体检涉及雇员的健康信息,出于病假需要管理员工的就医资料等,都是员工的医疗健康信息,同时也是敏感信息。个人健康信息蕴含其他信息无法比拟的人格要素,^[52]雇员如拒绝此类信息的处理,又将会导致人力资源管理难以为继。当前雇主处理雇员此类信息是否还需要取得雇员个人同意,并不清楚。除第13条第1款第1项外,其余各项与第2项亦可能具有交叉适用的问题。比如,在宏观人力资源管理场景中,雇主是否可以基于人力资源管理处理雇员个人信息,需要考虑到倾斜保护雇员以维护整个社会劳动者的人格尊严,这涉及第5项所规定的公共利益。二是由内部体系导致的。《个人信息保护法》内部也并未明确提供审查是否“必需”的法律原则。第13条多处“必需”的规定表明,立法采用了利益平衡的视角,“必需”其实是一个动态利益平衡的概念,需要配套一定的解释原则、程序和标准。至于通过何种原则进行利益平衡,立法未进一步说明。司法实践常常引入公法的比例原则,作为利益平衡的分析工具(见表1),^[53]比例原则限制过度的核心思想正契合“必需”所追求的利益平衡。^[54]雇主以“人力资源管理所必需”作为信息处理合法性基础时,需要考虑是否存在对雇员个人信息权益侵入性更小的方式,^[55]其限制行为的

[52] 参见田野、张宇轩:《〈民法典〉时代的个人健康信息保护》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2021年第6期,第47页。

[53] 见前注[21],谢增毅文,第25页。

[54] 关于比例原则在劳动法领域的适用,国外已有研究多分析比例原则适用的正当性与重要性,核心目的是协调雇主、工会管理权与雇员人格利益。See Pnina Alon-Shenker & Guy Davidov, *Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts*, 59 McGill Law Journal 375 (2013); Samboan Cristina, *Considerations on the Principle of Proportionality in the Context of Employment Law*, 18 Studii Juridice și Administrative 79(2018).

[55] See Christopher Kuner et al., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford University Press, 2020, p.331.

合法性将取决于是否符合比例原则。^[56]

表1 雇员个人信息保护典型案例关于比例原则的分析

| 案例名称 | 判决理由 | 对应子原则 | 判决结果 |
|--|------------------------------|-------|-------------------|
| 张某某、深圳市领达小额贷款有限公司小额借款合同纠纷案 ^[57] | L公司安装监控摄像头是用人单位行使管理权的合理行为 | 目的正当性 | 被告胜诉,未侵犯原告个人信息权益 |
| | 安装监控摄像头加强了工作区域的安全性,承担了安全义务 | 手段适当性 | |
| | 监控的时空范围必须有严格内控 | 手段必要性 | |
| 吴某某、深圳市腾瑞丰科技有限公司劳动合同纠纷案 ^[58] | 《员工手册》关于办公桌资料堆砌不得遮挡监控的规定合法 | 目的正当性 | 被告胜诉,未侵犯原告个人信息权益 |
| 熊某与武汉汇生伟业贸易有限公司劳动合同纠纷案 ^[59] | 汇生伟业公司在客厅安装摄像头可对工作区域进行监督 | 目的正当性 | 被告胜诉,未侵犯原告个人信息权益 |
| | 公司安装摄像头正对大门,可避免货物缺损的情况,存在必要性 | 手段适当性 | |
| 阴某与铁某(无锡)轴承有限公司劳动合同纠纷案 ^[60] | 公司到更衣室拍摄阴某吸烟照片为合理行使管理权 | 目的正当性 | 被告胜诉,未侵犯原告个人信息权益 |
| Bărbulescu v. Romania ^[61] | 如果没有事先告知员工设备将受监视,员工就有合理隐私的期待 | 目的正当性 | 原告胜诉,被告侵犯原告个人信息权益 |
| Corte di Cassazione ^[62] | 雇员聊天不顾高危压力机情况 | 目的正当性 | 被告胜诉,未侵犯原告个人信息权益 |

(二) 强化职场监控等雇员个人信息保护案件的利益衡量

雇员个人信息保护场景兼具《劳动法》和《个人信息保护法》两个面向,劳雇双方利益衡量尤其困难。一是具体场景众多。数智时代,雇主为处理雇员个人信息布下天罗地网,信息处理不仅从工作间接续到居家时间,职家界限也被打破,所涉信息类型更是多样。二是职场各阶段信息处理具有不同特点。有学者将雇员个人信息处理划分为招聘、劳动关系存续以及劳动关系终止后三大阶段,^[63]各阶段具有不同的规制重点。如在招聘阶段,雇主通常只能处理雇员的一般个人信息

[56] 参见程啸:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第126页。

[57] 参见张某某、深圳市领达小额贷款有限公司小额借款合同纠纷案,广东省深圳市中级人民法院民事判决书(2020)粤03民终6076号;广东省高级人民法院再审审查与审判监督民事裁定书(2020)粤民申8843号。

[58] 参见吴某某、深圳市腾瑞丰科技有限公司劳动合同纠纷案,广东省深圳市中级人民法院民事判决书(2018)粤03民终26105号。

[59] 见前注[44]。

[60] 参见阴某与铁某(无锡)轴承有限公司劳动合同纠纷案,江苏省无锡市新吴区人民法院民事判决书(2019)苏0214民初894号;江苏省无锡市中级人民法院民事判决书(2019)苏02民终3728号。

[61] See Bărbulescu v. Romania, Application No.61496/08, paras.6-7.

[62] See Adriana Topo & Orsola Razzolini, *The Boundaries of the Employer's Power to Control Employees in the ICTs Age*, 39 Comparative Labor Law & Policy Journal 389(2018).

[63] 参见谢增毅:《职场个人信息处理的规制重点——基于劳动关系的不同阶段》,载《法学》2021年第10期,第167页。

而不得涉及敏感或私密信息；又如在劳动关系存续期间，虽然该阶段雇主享有对雇员的管理权，但雇主处理雇员个人敏感或私密信息时仍然受到一定限制，应限于重大、利益密切的场景，当雇主为了人力资源管理而收集雇员敏感个人信息时，仍然需要获得同意，否则不易通过比例原则的审查；再如，在劳动关系终止后的阶段，雇主向第三方披露和转移雇员信息时，应当遵守比例原则的限制。三是劳雇双方各有合法利益。雇主具有管理权、知情权、财产权等合法权利，雇员则享有隐私权、个人信息知情权、个人信息决定权、言论自由权、一般人格权等个体利益，二者利益均无法偏废。总之，对于场景多样、阶段各异、利益复杂的雇员个人信息保护场景，比例原则是利益衡量的最优工具。比较法上，Opinion 2/2017 不仅将比例原则应用到各阶段，还按照地点、内容等标准区分了比例原则在雇员个人信息处理中的适用。如按照监控的地点标准，分为工作场所内和工作场所外；按照监控的内容，分为场所、桌面、车辆、时间和轨迹监控等等。

在运用比例原则对雇员个人信息保护案件进行利益衡量方面，欧洲法院走在前列，产生了一些标志性案例。2001年10月2日宣判的 *Nikon France v. Frederic Onof* 案^[64] 是一起较早运用比例原则进行利益衡量的典型案例。尼康法国公司规定禁止雇员在工作场所出于个人目的使用公司电脑。为此，尼康检查了雇员个人邮箱的内容，发现了违规员工，据此解雇了该雇员。法国最高法院根据比例原则裁定，即使是在工作时间、工作场所内，以及雇主在雇佣合同中明确禁止将办公电脑挪作私用的情况下，雇主获取雇员电子邮件的行为也并非不受限制，因为雇员偶尔使用私人邮件是不可避免和可接受的，否则将违反尊重私生活的权利这一基本原则。^[65] 新近的 *Bărbulescu v. Romania* 案，是法院在雇员个人信息保护场景中运用比例原则进行利益衡量的标志性案例，在欧洲法院具有风向标意义。原告 *Bărbulescu* 为罗马尼亚国内一家私企的雇员，应公司要求注册了 Yahoo Messenger 社交账号用于工作交流。在未经原告知情和同意的情况下，雇主对原告使用账号的行为进行监控，发现并收集了大量原告在工作时间利用账号与家人和未婚妻聊天等与工作无关的信息，据此解雇了原告。原告的国内维权之路异常曲折，各级法院认为雇主基于管理权，为避免雇员在工作时间内做无关的事并采用监视雇员社交账号的手段是合法的。在穷尽国内救济后，原告求助于欧洲人权法院，迎来转折。判决认为：一方面，雇佣关系亦受《欧洲人权公约》第8条规制，作为信息控制者的雇主实施监控必须经过雇员的同意，并且控制程度应遵循相应的比例；另一方面，雇员对其自身私人信息享有合理隐私期待，因为雇员认为将工作技术设备用做私人目的是应当被允许的，或者至少是可以被容忍的，即如果没有事先警告员工工作设备会受到监视，那么员工就有这种合理隐私的期待。以上两案例展示了在雇员个人信息保护场景下，如何通过比例原则全面衡量劳雇双方利益。

相比之下，国内法院在利益衡量上则保守得多。张某某、深圳市领达小额贷款有限公司小额借款合同纠纷案，是一起经过了劳动仲裁、一审、二审和再审法院层层审理的代表性案例，反映了国内法院对雇员个人信息保护案件的普遍立场。张某某认为公司设置在工位上方的摄像头能够拍摄到个人隐私信息，遂用两把雨伞遮挡摄像头。公司发现并在两次书面警告无果后，以其违反公司劳动纪律和规章制度为由解除了劳动合同。本案各裁判结果出奇一致：张某某打伞遮蔽监控的行为经公司多次劝阻无效，且持续时间长达十几个工作日，影响了公司正常的经营管理秩序，属于严重违纪行为。不过，各裁判就是否侵犯张某某隐私信息的推理在利益衡量部分明显不足。一审法院认为，虽然公司可以安装摄像头，但监控应当限定在一定时空范围，具有明确的规程，不得违反法律、行政法规的有关规

[64] See Decision of the French Court of Cassation, the Social Division, 2 October 2001, no. 9 - 42942.

[65] See Evisa Kambellari, *Employee Email Monitoring and Workplace Privacy in the European Perspective*, 5 *Iustinianus Primus Law Review* 1 (2014).

定。二审法院认为,张某某主张的摄像头侵犯其隐私问题,因摄像头监控的是整个工作区域而非针对个人,视频监控行为属于公司普遍行使监管权的合理行为。^[66] 这样的推理过程过于简陋,说理力度自然也欠佳。比例原则的引入值得重视,公司监控确实可以保障企业财产安全、雇员人身和财产利益,具有目的正当性和手段适当性,但职场监控应限制在雇主具有重大、明显利益的场景之中,^[67]全程监控雇员是否符合必要性和均衡性原则是存疑的,这类案件值得更详细的利益衡量。

五、结 语

雇员个人信息保护的理论焦点是如何进行劳雇双方利益衡量,平衡二者权益。比例原则正当其道,为双方利益衡量提供了程序与标准,并可以矫正雇员个人信息保护失衡状态。有必要将比例原则在雇员个人信息保护场景下重构,分析要素为雇员个人信息权益所受损害、雇主的手段成本、雇主经济利益与社会公共利益;审查顺序为目的正当性、适当性、必要性与均衡性;审查标准上,目的正当性常进行形式审查,适当性审查采用主客观结合的审查标准,必要性审查和均衡性审查则采客观化审查标准。在雇员人性被全面数位化的当下,^[68]为强化论证逻辑与说理力度,可以比例原则审查《个人信息保护法》第13条第1款第2项之合法性基础,对职场监控等具体案件进行利益衡量。

Abstract The principle of proportionality has a unique value in the protection of employees' personal information, providing procedures and standards for balancing the interests of both employees and employers, and correcting the imbalance in the protection of employees' personal information. In terms of structure, the four elements of analysis are the damage to the employees' personal information benefits, the cost of employers' means, the economic interests of employers, and the social and public interests; the review process is a four stage review process that includes the legitimate purpose, appropriateness, necessity, and proportionality in the narrower sense; legitimate purpose uses formal rather than substantive review criteria, appropriateness uses subjective and objective review criteria, and necessity and proportionality in the narrower sense use objective review criteria. In terms of application, it is recommended that the principle of proportionality be used to review the legal basis of Article 13, paragraph 1, subparagraph 2, of the Personal Information Protection Law, which is "necessary for human resources management", and to strengthen the balance between the interests of both employees and employers in workplace monitoring and other cases.

Keywords Principle of Proportionality, Protection of Employees' Personal Information, Balance of Interest, Legitimacy Basis, Human Resource Management

(责任编辑:曹 博)

[66] 见前注[57]。

[67] 见前注[63],谢增毅文,第167页。

[68] 参见[美]肖莎娜·祖博夫:《监控资本主义时代》,温泽元、林怡婷、陈思颖译,时报文化出版企业股份有限公司2020年版,第2页。