

已公开个人信息处理规则的构造及适用

——以合法处理事由为中心

赵祖斌*

目次

一、引言	五、对个人权益有重大影响：已公开作为个人信息处理合法事由的例外
二、构造逻辑及整体样态：已公开个人信息处理规则的体系	六、个人明确拒绝：已公开作为个人信息合法处理事由的阻却
三、已公开：个人信息合法处理的事由	七、结语
四、在合理范围内处理：已公开作为个人信息合法处理事由的限度	

摘要 立法规定在合理范围内处理已公开个人信息豁免同意,“已公开”作为豁免同意规则的合法处理事由,但是个人(信息主体)明确拒绝的除外,以及“对个人权益有重大影响的”还需取得个人同意,以此为基点形成了耦合式、层次化但遵循了平衡逻辑的规则体系。一方面,规则体系表达了调和个人信息自决和适当必要保护、个人利益与公共利益、同一保护和差异保护、保护成本与流通收益的期许;另一方面,由于规范构成要件因素具有不确定性,规则体系内部以及与外部关系尚处于“混沌”状态。要解决这个问题,须以“合法处理事由”为切入点,在明确规则体系内部关系及各要件意蕴的基础上厘清“已公开”“在合理范围内处理”“个人明确拒绝”“对个人权益有重大影响”与相关规范构成要件因素之间的关系,进而调适处理规则体系,使之协调统一。

关键词 已公开个人信息 处理规则 法律解释 合法处理事由 个人信息保护

一、引言

随着人类迈入大数据时代,人工智能技术运用于各个领域,国家安全机关、商业机构等组织从

* 中南财经政法大学刑事司法学院讲师、博士后流动站研究人员、法学博士。本文系中国博士后科学基金资助项目“大数据侦查中个人信息保护研究”(项目编号: 2023M733922)、中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“大数据侦查中个人信息保护研究”(项目编号: 2722023BQ034)的阶段性成果。

开源信息(Open Source Information)中获取的情报约占情报总量的90%。^{〔1〕}通过社交媒体、网页获取个人数据的现象日益普遍。《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个保法》)第13条第1款第6项将个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息作为豁免同意的事项,^{〔2〕}第27条对此作了重申、补充,规定信息处理者在信息主体未明确同意的情况下可以在合理范围内处理已公开个人信息。对以第13条和第27条为主干构成的已公开个人信息处理规则体系的理解尚在探索中,法院对已公开个人信息后续处理行为的定性存在争议。“已公开”“在合理范围内处理”“个人明确拒绝”“对个人权益有重大影响”是不确定的法律概念,彼此之间的内在联系,以及规则体系的逻辑尚不清晰,这关涉已公开个人信息处理性质的认定。本文结合典型案例,检视已公开个人信息处理规则与适用,由特殊到普遍地考察个人信息处理规则与适用应该遵循的基本逻辑。合法事由是个人信息处理的根基,本文尝试以其为中心,剖析已公开个人信息处理规则的构造逻辑,在此指引下揭示“已公开”“在合理范围内处理”“个人明确拒绝”“对个人权益有重大影响”的规范意蕴,以及相互之间的联系,以期对已公开个人信息保护的理论研究和司法实践有所裨益。

二、构造逻辑及整体样态:已公开个人信息处理规则的体系

《个保法》第13条、第27条,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1036条对已公开个人信息处理作了例外规定,构成了一个规则体系。该规则体系形成于当下特殊的时代及国情中,就外观形式而言展现了区别于其他国家的独特样态,折射了平衡逻辑。由于相关规则较为抽象概括,规则体系处于混沌状态。

(一) 层次化耦合体系:已公开个人信息处理规则的构造

欧盟《一般数据保护条例》第6条未将个人数据公开作为合法处理事由,第9条将其作为禁止处理特定敏感类型个人数据的例外情形,但处理公开个人数据要遵循个人数据处理基本原则(第5条)和处理合法性基础(第6条)的规定。我国《个保法》第13条创设了个人信息处理以同意为原则、豁免同意为例外的二元合法性基础模式。^{〔3〕}在合理范围内处理已公开个人信息豁免信息主体明示同意,成为已公开个人信息处理规则的显著特征。立法者可能考虑到将“已公开”作为合法处理事由有致已公开信息处理失控的风险,故在第27条对此加以限制:在肯定信息处理者可不经信息主体明示同意而在合理范围内处理已公开个人信息的同时设定了限度——处理已公开个人信息对个人权益产生重大影响时应取得信息主体同意。此外,该条还将个人明确拒绝作为豁免信息主体明示同意的例外情形。

一方面,《个保法》第13条、第27条建构了耦合、递进性的已公开个人信息处理规则体系。首先,处理个人信息无须信息主体明示同意,具备合法处理事由的初始条件之一是个人信息已公开;其次,获得合法处理事由的条件除了个人信息已公开外,还需要满足在合理范围内处理;再次,在合理范围内处理已公开个人信息未对个人权益有重大影响,否则不构成信息主体明示同意的例外;最后,信息主体明确拒绝阻断豁免同意,即使信息处理者在合理范围内处理已公开个人信息且

〔1〕 See Amy B Zegart, “Spytainment”: The Real Influence of Fake Spies, 23 International Journal of Intelligence and CounterIntelligence 599, 616 (2010).

〔2〕 下文如无特别说明,个人自行公开和其他已经合法公开的个人信息统称为“已公开个人信息”。

〔3〕 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115页。

未对个人权益有重大影响,也不具备合法性基础。另一方面,第 13 条和第 27 条并未完全排除适用知情同意规则,兼容了“选择退出”和“选择进入”机制:前者集中体现在在合理范围内处理已公开个人信息无需取得个人明示同意,个人明确拒绝时已公开个人信息免于被处理;后者则集中体现在已公开个人信息处理对个人权益有重大影响时仍需取得个人明示同意。

(二) 动态的多元平衡:已公开个人信息处理规则构造的逻辑

1. 个人信息自决与适当必要保护的调和

“即便对于可以公开且必须公开的个人信息,个人应当也有一定的控制权。”^{〔4〕}《个保法》第 13 条规定已公开个人信息处理豁免同意是尊重个人信息自决权的表现,第 27 条赋予信息主体拒绝权及决定权,通过行使权利体验到“主人翁”的身份以及使人格尊严得到必要关照。“倘若个人信息仅在私人领域内发生影响,则法律缺乏充分理由对信息自主权加以干涉。然而,个人信息同时处于私领域和公领域的交汇处,对公领域的形成和发展发挥着重要影响。”^{〔5〕}基于法律父爱主义,第 27 条通过设定决定权实施条件干预个人信息自决权,同时在“同意”框架下赋予个人明确拒绝权以达到鼓励个人信息利用和保护个人信息权益的双重目的;第 13 条限定豁免同意成立条件以缓和削弱信息自决权带来的个人信息弱保护的冲突,如此的目的是赋予信息处理者较大的自主处理权以突破知情同意规则框架确立的“个人控制模式”,而又赋予信息主体拒绝权以保障个人信息自决权的同时限制信息处理者自主处理权。

2. 个人利益与公共利益的兼顾

个人信息已公开使其彻底沦为公共财物,^{〔6〕}不必予以保护,^{〔7〕}此种重视个人信息利用而忽视个人信息保护的立场与《个保法》确立的个人信息利用和保护平衡的理念相悖。为了追逐个人信息使用利益,可以忽略个人信息处理利益的正面积保护,法律应主要保护处于弱势地位的个人利益,^{〔8〕}类似观点过于绝对,过度倾斜保护一方利益会损害信息处理者利益而抑制个人信息流通,或者损害信息主体利益而过于鼓励个人信息流通,二者皆会损害公共利益。^{〔9〕}《个保法》第 13 条和第 27 条设置了信息处理豁免同意的默认规则以实现私人利益与公共利益的良性分配:一方面假定信息主体基于个人信息已公开事实默许处理其个人信息,信息主体惰于行使拒绝权而助推信息处理者处理个人信息;另一方面赋予信息主体拒绝权,能够阻止其个人信息被处理,避免个人信息权益受损。

3. 同一保护与差异保护的协调

《个保法》隐性地将个人信息分为已公开个人信息和非公开个人信息,“对已公开的个人信息采取有侧重的保护,对未公开的个人信息采取较全面的保护”。^{〔10〕}个人信息保护强度与合法处理

〔4〕 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》,载《现代法学》2013 年第 4 期,第 67 页。

〔5〕 衣俊霖:《论个人信息保护中知情同意的边界——以规则与原则的区分为切入点》,载《东方法学》2022 年第 3 期,第 66 页。

〔6〕 参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018 年第 3 期,第 94—95 页。

〔7〕 See James C. Cooper & Joshua Wright, *The Missing Role of Economics in FTC Privacy Policy*, in Evan Selinger, Jules Polonetsky & Omer Tene eds., *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, Cambridge University Press, 2018, p.465.

〔8〕 参见李川、杨胜刚:《法益重塑与模式更新:场景化视域下个人信息刑法保护的动态转向》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 6 期,第 107 页。

〔9〕 参见赵祖斌:《从静态到动态:场景理论下的个人信息保护》,载《科学与社会》2021 年第 4 期,第 99 页。

〔10〕 王冉冉:《已公开的个人信息合理使用及其缩限》,载《现代法学》2023 年第 4 期,第 49 页。

事由获得条件的多寡,以及个人选择退出通道的宽窄正相关,^[11]“对已公开个人信息的保护远弱于对未公开个人信息的保护”。^[12] 尽管相较于美国不保护已公开个人数据而言,我国对已公开个人信息保护的强度不小,^[13]但是对比欧盟而言又较弱:《一般数据保护条例》未严格区分已公开个人数据和非公开个人数据,而是一体化地保护。我国区分个人信息是否已公开而给予差异性的保护,这在一定程度上借鉴了欧盟的做法,但是更倾向于美国的模式:《民法典》将“已公开”视为未经信息主体同意而处理个人信息的免责事由,《个保法》将“已公开”强化为合法处理事由,并根据信息主体容忍他人处理的现状偏好心理设置了默认规则,从而创设了有利于信息处理者,并通过个人明确拒绝阻却个人信息处理,从而实现利益平衡的规范结构。^[14]

4. 保护成本与流通收益的均衡

《个保法》第13条规定在合理范围内处理已公开个人信息豁免同意,是考虑到个人信息作为大数据时代的“黑色石油”因流通而具有价值,设置较为宽松的合法处理事由能够促进个人信息流通获益,同时通过免除征求个人同意而降低个人信息保护成本。第27条在“成本—收益”框架下通过设置个人信息处理默认规则以耗费最小的成本获取最大的收益,一方面规定信息处理者可在合理范围内处理已公开个人信息,另一方面又笼统地赋予信息主体明确拒绝权,通过调和完全理性和有限理性倾向性地保障个人信息利用的同时对信息主体的风险和利益进行有利于社会和市场的配置,依靠个人“现状偏好”“权利表达惰性”及“生活成本控制”原理推测信息主体有限地行使拒绝权,从而降低个人信息保护在内的社会运行成本。^[15]

(三)“内外交困”:已公开个人信息处理规则构造的样态检视

1. 已公开个人信息处理规则体系的内生性问题

《个保法》第13条和第27条对已公开个人信息处理做出了不同于非公开个人信息处理的规定,形成了较为独立的规则体系。虽然概括性法律规定有助于应对个人信息处理场景中的复杂问题,但是可能引发司法裁判的不适。“贝尔塔案”是被告收集转载了已经公开的裁判文书,原告要求删除裁判文书的案件。^[16] 一审法院认为:被告“以营利为目的,转载裁判文书,并未获得中国裁判文书网和人民法院公告网主办单位的授权,亦未征得当事人同意,其行为构成非法使用他人个人信息”。二审法院认为转载的法律文书是基于司法解释的强制性规定而合法公开的,即使被告的转载行为以营利为目的也不构成侵权。一审和二审法院得出不同结论的原因是对个人信息已公开是否为合法处理事由,以及以营利为目的的处理基于非营利目的而公开的个人信息是否合理存在分歧。

“在合理范围内处理”“个人自行公开或者其他合法公开”“个人明确拒绝”“对个人权益有重大影响”的内部逻辑关系有待厘清。比如对于“在合理范围内处理”与“对个人权益有重大影响”的关

[11] 参见萧鑫:《个人信息拒绝权的界定与适用》,载《社会科学研究》2023年第2期,第79页。

[12] 马新彦、刘睿佳:《已公开个人信息弱化保护的解释论矫正》,载《吉林大学社会科学学报》2022年第3期,第63页。

[13] 美国并不重视已公开个人信息的保护,《加州消费者隐私法》和《加州隐私权法》直接将已公开数据排除在个人数据范围之外,《统一个人数据保护法》明确规定不保护已公开个人数据。

[14] 参见张薇薇:《公开个人信息处理的默认规则——基于〈个人信息保护法〉第27条第1分句》,载《法律科学》2023年第3期,第73页。

[15] 同上注,第68页。

[16] 参见江苏省苏州市中级人民法院民事判决书,(2019)苏05民终4745号。

系,有学者认为二者交叉。^{〔17〕}对个人权益有重大影响属于信息处理超过合理范围,个人信息处理在合理范围内不会对个人权益有重大影响。^{〔18〕}司法裁判采取了不同的立场。“汇法正信案”和“贝尔塔案”相似。“贝尔塔案”的二审法院认为,被告转载和再次公开裁判文书对原告就业及生活造成了重大影响,拒绝予以删除违反了合法性、正当性和必要性原则。“汇法正信案”的法院认为:“被诉的行为对其(原告——引者注)生活带来困扰,但并未向法庭阐明其比公共利益更为迫切需要保护的重大利益或合理理由。”^{〔19〕}

2. 已公开个人信息处理规则体系的内外互生性问题

欧盟《一般数据保护条例》规定,已公开个人数据不受第 9 条第 1 款(禁止处理个人敏感数据)的限制可被处理,但是须遵循非公开的个人数据一般处理规则。根据第 86 条之规定,即使处理官方合法公开的个人数据,同样需要遵守《一般数据保护条例》有关权利和义务的规定。我国《个保法》对于个人信息处理规则(第二章),及个人在信息处理活动中的权利规范(第四章)是否适用于已公开个人信息处理未明确规定,导致“特别”规则与“一般”规则之间的适用关系较为模糊。

首先,《个保法》第 13 条、第 27 条与其他规则之间的关系较为含糊。比如第 27 条规定的个人明确拒绝权与《个保法》第 44 条、第 24 条规定的个人信息拒绝权,以及与《个保法》第 47 条规定的个人信息删除权是何关系有待明确。又如“贝尔塔案”和“汇法正信案”的原告皆要求删除包含个人信息的裁判文书。原告是在行使个人拒绝权,还是个人信息删除权?看似毫无差别,实则有天壤之别。依据第 47 条的规定,个人信息删除权行使必须满足相应的条件。第 27 条对个人明确拒绝权的行使未设置限制条件,即只要个人明确拒绝,信息处理者应该停止处理已公开的个人信息。

其次,《个保法》第 27 条与《民法典》第 1036 条的关系尚不明晰。第 1036 条将“信息已公开+合理(范围)处理+个人未明确拒绝+处理该信息未侵害信息主体重大利益”作为不承担民事责任的条件,但是未将其如同第 13 条一般列为个人信息处理的合法性基础取得要件。这意味着《民法典》为已公开个人信息处理设定了“个人拒绝”及“信息处理行为侵害个人重大利益”时不得处理,否则信息处理者承担民事责任的例外规定。该条款与第 27 条如何一起适用?比如依据第 13 条和第 27 条,已公开个人信息处理即使对个人权益有重大影响也可依据信息主体同意而获得合法性,但是是否需要依据第 1036 条承担民事责任?

三、已公开:个人信息合法处理的事由

解决上述问题,需要对已公开个人信息处理规则依据其构造逻辑进行层次性的解读。“已公开”于第一层级决定了个人信息处理具有合法性基础,其充当合法处理事由的主要根据是个人信息自决权。对“已公开”的内涵和外延之界定决定着个人信息可被处理的限度,以及个人信息保护的强度。这是解读已公开个人信息处理规则及适用必须解决的前提性核心命题。

(一) 个人信息自决权:已公开作为个人信息合法处理事由的根据

“已公开”作为豁免于同意规则的合法处理事由之根据是个人信息自决权:个人自行公开的个

〔17〕 参见刘晓春:《已公开个人信息保护和利用的规则建构》,载《环球法律评论》2022 年第 2 期,第 63 页。

〔18〕 参见张新宝:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉释义》,人民出版社 2021 年版,第 222 页。

〔19〕 北京市第四中级人民法院民事判决书,(2021)京 04 民终 71 号。

个人信息处理合法性基础主要源于信息主体公开个人信息的行为表明其同意他人处理其个人信息,并非因为自行公开个人信息的行为导致个人丧失了信息权益,^[20]客观公开的状态致使个人信息成为他人可处理的公共资源,^[21]但并不代表个人放弃了信息权益,仅意味着个人基于信息自决权而决定自己信息被公开,并预见、容忍他人再次处理个人信息。同意规则奠定了个人信息保护体系,也是个人信息自决权实现的基础,他人处理其个人信息具有合法性基础的根源是宽泛同意中的推定同意和动态同意,^[22]即根据个人公开信息的行为假定信息主体已经同意或拟制同意处理其个人信息。正因如此,《个保法》第 27 条规定信息处理对个人权益有重大影响时需信息主体同意,并且个人可拒绝处理其个人信息。

在其他已合法公开的个人信息处理中,“已公开”作为豁免适用同意规则的合法处理事由的法理多认为是“基于一致利益保护目的的豁免”^[23],即强制公开个人信息再处理基于二次处理目的与初次公开目的一致而豁免同意。这种观点存在自相矛盾的嫌疑:既然不存在同意的基础,为何是豁免同意?豁免同意只意味着获取同意负担的减免,不代表此负担不存在。恰恰相反,仍然是因为个人信息“已公开”而被允许处理,只不过在诸如公开裁判文书、企业登记注册信息等法律强制公开场景中,是基于开放同意而允许他人处理已公开个人信息,即这些个人信息存储在开放的数据库平台中,大众可自由获取;^[24]在基于公共利益需要公开个人信息场景中,比如疫情流调,不排除个人自愿公开,此时可能回归到推定同意视阈中。

(二)“扩充”合法处理事由:已公开的误解

在“chinaren 校友录案”中,孙某将其姓名、个人证件照上传至 chinaren 校友录网站。2012—2013 年间,该网站对外停止访问。2018 年,孙某通过百度检索自己的姓名,发现个人证件照置于百度图片搜索结果中,认为其合法权益受到侵害,遂要求百度公司删除证件照及其姓名的关联关系,百度未予理会。法院认为:“校友录网站主要用于实现校内社群社交功能,用户在此网站内上传头像,一般系为寻找同学、好友等,在部分熟知人群范围内开展社会交往,而非进行陌生人交友,或基于言论传播、宣传推广等目的进行全网公开信息发布,故原告主张的事实具有一定合理性。”由于孙某只在一定权限范围内公开个人信息,百度客观上导致该信息在原告授权范围之外被公开,属于超范围使用涉案信息,在孙某要求删除后仍然不删除,故构成侵权。^[25]

法院认为构成侵权的理由不是被告处理了在特定范围内公开的个人信息,而是被告超过范围使用后未依照孙某的主张删除。法院认为在一定范围内公开也是公开,而不是一定要向不特定的人公开。否则完全可以以未获得孙某同意为由认定个人信息处理不具备合法事由。法院做出裁判的理由值得商榷:“chinaren 校友录”早已不对外开放,表明其运营商北京搜狐互联网信息服务有限公司拒绝处理其服务器内的数据;孙某将其个人信息上传至“chinaren 校友录”用于寻找同学,其

^[20] 参见张忆然:《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》,载《政治与法律》2020 年第 6 期,第 59 页。

^[21] 见前注[6],高富平文,第 94 页。

^[22] “所谓宽泛同意是一个框架性、描述性概念,泛指对信息披露和同意标准的要求较低的高度概括的知情同意模式”,具体形式包括推定同意、空白同意、开放同意、概括同意。参见田野:《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》,载《法制与社会发展》2018 年第 6 期,第 134 页。

^[23] 宁园:《“个人信息已公开”作为合法处理事由的法理基础和规则适用》,载《环球法律评论》2022 年第 2 期,第 72 页。

^[24] 见前注[22],田野文,第 134 页。

^[25] 参见北京互联网法院民事判决书,(2019)京 0491 民初 10989 号。

他人必须注册会员才能看到,因此这种状态不应视为个人信息已公开。对此,下文再予以详述。

(三) 限缩合法处理事由: 已公开的界定

“已公开”首先决定了个人信息处理是否具有合法性基础,对其的界定决定着合法性基础获得口径的大小,关乎已公开个人信息保护强度及利用的广度。对此应如何判断? 欧盟数据保护委员会在《关于定位社交媒体用户的指南》(Guidelines 8/2020 on the Targeting of Social Media Users)中提出必须结合多个元素认定“已公开”,主要包括: ① 社交媒体平台的隐私设置(是否从默认状态调整为公开可见);② 社交媒体平台的性质(平台是供熟人或亲密关系联络,还是用于创建广泛的人际关系);③ 发布敏感信息页面的可访问性(该信息被访问是公开的,还是需要创建信息);④ 数据主体是否被告知其发布的信息被公开(是否存在通知数据主体其信息被公开的机制,如发布按钮);⑤ 该信息是数据主体自行公开,或者第三方公开。总结而言,在判断个人信息是否已公开时,主要考量个人信息发布平台的性质、平台的隐私设置情况、发布信息页面的可访问性、信息主体是否知悉其个人信息被公开,以及知悉后的选择。一言以蔽之,个人信息已公开是指不特定多数人从社交网站等公开渠道可接触到的可识别个人身份的资料。具体言之如下。

1. 信息可被不特定对象获得

“已公开”意味着公之于众,仅特定对象可接触不视为已公开。“公开”要求信息主体未设置足以阻止他人获取信息的壁垒,比如个人将 QQ 空间设置为非好友须回答问题可见,这种通过技术加密限定于一定对象范围内的公开不视为“已公开”,即使可获得范围内的对象将个人信息分发出去也不视为公开,因为这种再公开非个人追求的客观状态。但是“获取限制壁垒”不包括简单登记、少量付费等措施。德国《联邦数据保护法》第 10 条将已公开数据视为一般可访问性数据,任何人通过简单登记或者少量付费皆可获取的数据是已公开数据。简单登记、少量付费等措施并未完全阻止他人获取信息,他人可以付出较少成本,轻易地突破限制获取信息。少量付费需分情况而论,直接支付给信息主体以获取的未公开的个人信息不视为已公开个人信息,但付费获取数据存储介质除外。从此角度而言,已公开的个人信息主要是指不特定对象不经过特殊限制,无需付出较大成本便可接触到的个人信息。

2. 信息获取渠道开放

从信息来源角度而言,“已公开”意味着获取信息的渠道是开放的。格拉斯曼(Glassman)和康(Kang)认为,从互联网、报刊、电视、广播、政府报告等公开渠道中获取的信息为开源信息。^[26] 开源信息必须是来自不特定多数人可接触的报纸、杂志、电话簿、广告牌、包装纸、社交网站、视频分享网站、博客等媒介。^[27] 美国《统一个人数据保护法》将从各级政府记录、公开媒体中,以及基于公开可访问的职位观察获得的个人数据视为已公开的个人信息。这些已公开个人信息获取渠道的共同点在于所载信息的介质及内容是开源的(内部资料或者涉密资料除外),不特定人可随意地获得。付费方可获得报纸、杂志等媒介资料不影响个人信息的开源性,因为其承载的信息可被不特定人获得。因为这些媒介是开放的,获取媒介总要耗费一定成本,只要付费非为直接获取个人信息即可。

3. 信息以正当方式公开

个人信息处于客观已公开状态不等于其实质性地“已公开”,真正的“已公开”是建立在个人意

[26] See Michael Glassman & Min Ju Kang, *Intelligence in the Internet Age: The Emergence and Evolution of Open Source Intelligence (OSINT)*, 28 *Computers in Human Behavior* 673, 674 (2012).

[27] See Mark M. Lowenthal, *Intelligence: From Secrets to Policy*, CQ Press, 2003, p.79.

志、法律规定等基础之上,可分别称之为“意定公开个人信息”和“法定公开个人信息”。^{〔28〕} 法定公开个人信息是指依据法律规定而公开的个人信息,意定公开个人信息主要指个人出于一定目的自行公开个人信息,包括自行公开个人信息及同意他人公开个人信息。存在个人信息非因个人意愿而公开的情况,即个人信息无意或者基于不良目的被他人公开,前者主要指被他人无意识、非基于不法目的公开个人信息,即“无意入境”型公开个人信息。基于不良目的被他人公开个人信息是指个人为了诋毁某人,或者为获取非法利益等不良目的而公开他人信息。总之,即使个人信息处于不特定多数人可接触的范围,但是未经过信息主体允许或依法处于客观公开状态也不能视为已公开。

回归到“chinaren 校友录案”,法院认为个人信息处理超过范围表明其将个人信息上传至“校友录”网站视为公开个人信息。孙某将个人信息上传至“校友录”网站是在一定范围内公开个人信息,平台所载个人信息不是已公开的个人信息,个人信息处理因未获得孙某同意而不具有合法性基础,无所谓超过范围,即无须进入“在合理范围内处理”的效力“射程”内。

四、在合理范围内处理:已公开作为个人信息合法处理事由的限度

当个人信息处理满足个人信息已公开,具备初始合法事由时仍应受到“在合理范围内”的限制。“已公开”作为个人信息合法处理事由过于宽泛,对信息处理者限制过小。基于赋予权利的同时设置义务的原理,虽然信息处理者处理已公开个人信息豁免同意,但是须受到限制,即在合理范围内处理,此谓“限制干预权利的权利(力)”。

(一) 作为限度的逻辑:具备合法处理事由的必要条件

非公开个人信息合法处理以知情同意为基础,信息主体在一定程度上享有较强的个人信息控制权,但是对已公开个人信息控制较弱。立法者企图通过设定“在合理范围内处理”来防止将“已公开”作为合法处理事由而引致个人信息处理失控,其法理在于要求信息处理者在合理范围内处理已公开个人信息,从而增加豁免同意的条件,以此提高个人信息合法处理事由具备的难度。同时,将“在合理范围内处理”作为侵权免责事由,保障个人信息处理合法性基础富有弹性,实现利益平衡。换言之,就是通过“在合理范围内处理”限定处理范围、处理目的,防止违规违法处理个人信息,保护信息主体权益。

形式上,“在合理范围内处理”表明个人信息处理符合规范要求,具备形式意义上的正当性。在合理范围内处理个人信息要求信息处理者遵守相应义务,其中包括遵循必要、正当、诚信、合法等原则,依法收集个人信息等积极义务,不非法收集、使用、加工、传输、买卖、提供个人信息,不以胁迫、威胁、欺骗等违背法律及社会伦理道德的方式处理个人信息,以及不利用个人信息从事危害公共安全、国家安全等公共利益的活动的消极义务。信息处理者没有遵守上述义务将导致个人信息处理超过合理范围,比如犯罪分子利用已公开个人信息实施诈骗等。此等情形意味着信息处理行为突破了个人信息“已公开”的限制,使得信息处理合法性基础瓦解。“已公开”区别于“客观公开”,个人信息处理符合规范要求,否则处理的个人信息属于未公开的个人信息,个人信息处理合法性基础自然无法获得。

实质上,“在合理范围内处理”意味着对个人信息自决权等权益的尊重。在合理范围内处理已

〔28〕 参见齐英程:《已公开个人信息处理规则的类型化阐释》,载《法制与社会发展》2022年第5期,第214页。

公开个人信息,符合信息主体的心理预期而不会对其人格权、自决权等权益构成挑战。从信息主体角度而言,在自行公开个人信息处理场景中,其关心的核心内容除了确保个人权益不会因信息处理不当而受到威胁之外,就是再处理能够给自己公开个人信息的初始目的带来增益;再处理的最低限度是不损害自己的合理期待。在其他合法已公开的信息处理场景中,信息主体同样持有个人权益免受个人信息不当处理威胁、个人信息被用于实现法定利益的合理期待。一旦合理期待得不到满足就意味着个人信息处理超过合理范围,比如将因防疫流调而公开的个人信息用于“大数据杀熟”。

(二) 限度实现的方式: 已公开个人信息处理丧失合法性

实践中有依据信息处理未在合理范围内而认定已公开个人信息处理不具备合法性的案例。小李律师在 W 公司的法律咨询平台注册了账号,将肖像照、执业年限、专长等信息(这些信息在全国律师执业诚信信息公示平台、广州市律师协会网站上可查询到)上传至 W 公司;D 公司运营律师平台,为网络用户提供在线法律咨询服务,其关联企业 d 技术与 W 公司签订合作协议,约定 W 公司通过线上 API 接口方式将 W 公司律师及相关信息推送给 d 技术公司,W 公司向 d 技术公司支付技术服务费。小李认为其未注册 D 律师平台,D 律师平台展示的其执业机构有误(未更新),属于违法处理个人信息,并以律师咨询服务形式获利,该行为极易使司法行政机关认为其违法执业,损害了其律师执业权益。遂起诉请求判令 D 律师平台删除其个人信息。一审、二审法院认为,即使 D 公司处理了小李已公开的个人信息,但是 D 公司绕过小李与 W 公司签订协议,使用小李存于 W 公司数据库中的个人信息为用户提供法律咨询服务以获取利益;小李并非必须通过 D 律师平台推广,有权选择网络服务提供者,亦有权知晓接受其法律服务的用户情况。故不属于《个保法》第 13 条第 1 款第 6 项规定的“在合理范围内处理”。相反,个人信息处理活动还可能对小李的名誉、财产权益带来不合理风险,故属于《个保法》第 27 条规定的“对个人权益有重大影响”的情形,应当取得小李同意。^[29] 在另一起与此相似的案例中,法院做出了不同的裁判。王某某也是律师,其有关信息在全国律师执业诚信信息公示平台可查。北京某科技有限公司开发运营的互联网服务产品“XX 搜索”中可以检索到王某某的基本信息、职业照和“擅长领域”“案件数量趋势”“最新案例”等资料。王某某以执业单位和案件数量有误,导致受众不当评价、构成侵权为由要求被告停止侵权、赔礼道歉和赔偿损失。法院认为,被告所实施的涉案行为系处理已合法公开的个人信息,处理目的和方式在合理范围内,故该行为合法。^[30] “小李诉律师平台案”与此案不同之处在于 D 公司系通过 W 公司获取小李个人信息。但是,小李的个人信息在网上处于已公开状态,事实上从 W 公司处取得个人信息不足以说明其个人信息非属于已公开状态,进而以此主张个人信息处理未在合理范围内并不恰当。“王某某诉北京某科技公司案”的法院认为科技公司构成侵权的理由是展示的部分信息不准确、不完整,且非属于涉案信息不同步及合理时间差和现有技术制约所致,故被告应承担未尽到注意义务的过错责任。

两案对于“在合理范围内处理”的认定存在一定误区。在“小李诉律师平台案”中,已公开个人信息不一定必须从公共数据平台收集,通过支付费用获取也并非一定不符合“已公开”的特征。至于 D 公司以小李的个人信息营利,这虽与小李推广自己的目的相悖,但是并未直接侵害小李的实

^[29] 《【法脉准绳】网络服务提供者处理已公开个人信息,是否构成侵权?》,载微信公众号“广州互联网法院”,2023 年 8 月 21 日。

^[30] 参见《北京互联网法院发布个人信息保护典型案例》,载北大法宝 2023 年 11 月 1 日, <https://www.pkulaw.com/CLI.14.7243117>。

质利益,反而在某种程度上有助于小李获利。D公司处理小李个人信息的行为具有合法性,构成侵权的关键点在于展示的个人信息有误,D公司未尽到注意义务而可能对其个人权益有重大影响,故而需要小李同意处理其个人信息,但是小李要求删除个人信息,从而触发了个人拒绝权的“开关”。“王某某诉北京某科技公司案”的法院认为科技公司的个人信息处理行为具有合法性,但是同样因其未尽到注意义务而触发个人拒绝权的“开关”。两者的逻辑具有本质区别,相比较而言,“王某某诉北京某科技公司案”的判决更有说服力,因为其注意到了“在合理范围内处理”是两阶层:第一层是满足客观要件,即已公开个人信息处理适法(即为法律所允许);第二层是在任何具有合法性基础的个人信息处理场景中信息处理者必须遵循在合理范围内处理的义务。

(三) 限度的范围:已公开个人信息合理处理的厘定

法院对已公开个人信息处理未在合理范围内持较为宽松的立场,多数原告的诉求皆获得了支持的做法未遵循立法平衡逻辑,这使得信息处理者如履薄冰。“合理处理”的认定较为宽松,对个人信息处理行为的约束就小,“已公开”构成个人信息处理合法处理事由的可能性就大。合理处理的界定应遵循动态平衡理念,持较为适中的立场,以免过于宽松则拔高“已公开”作为个人信息处理合法事由的概率,或者过于严格则阻碍“已公开”作为个人信息处理合法事由。立法者曾试图用“用途一致”来检验个人信息处理是否在合理范围内,《个保法》草案一审稿和二审稿第28条规定,信息处理者在处理已公开个人信息时应当符合该个人信息被公开时的用途,超出与该用途相关的合理范围的,应取得个人同意;当个人信息被公开时的用途不明确的,个人信息处理者应合理、谨慎地处理已公开个人信息。后《个保法》删除了“用途一致”,以“合理范围”代之。实践中仍然不免依据“用途一致”判断个人信息处理是否在“合理范围内”,这种认定方法存在不足:一是初始公开用途判断存在或然性和随意性,第13条将“已公开”作为合法处理事由意味着不太考虑个人信息初始公开的具体用途;二是已公开个人信息处理目的与初始公开的用途不一致时,处理行为是否合规不能一概而论,既存在超出初始公开用途但处理合规,也存在用途一致但处理不合规的情况。处理目的仅是认定合理处理的一个因素,具体认定时还需考量处理方式、个人信息类型、传播范围,^[31]以及后果等因素。^[32]考量复合性因素预示着对合理处理的认定持更为审慎、严格的态度,“已公开”构成个人信息处理合法事由的要求更高了。可从主观和客观两个维度设定“合理范围”的标准,具体认定时从“在合理范围内处理”的两个阶层入手,即“适法—义务情形两步法”。

第一步,主要考察个人信息处理情形是否为法律所规定,这对应第一阶“适法”情形。满足《个保法》第13条规定的情形,个人信息处理具备合法性基础,而“已公开”便是合法事由之一,因此涉及已公开个人信息处理是否在合理范围内,首先应考察处理的个人信息是否是已公开的。在“小李诉律师平台案”中,法院便遵循了此思路,支持原告诉求的理由之一便是D公司处理的个人信息不具有公开性。只要处理的是已公开个人信息,至少在形式上满足了“在合理范围内处理”的先决条件。

第二步,主要考察怎么处理属于在合理范围内,这其实对应第二阶“注意义务”情形。在“小李诉律师平台案”和“王某某诉北京某科技公司案”中,法院从此层面进行了论证。具体判断主要考察信息处理者是否遵守了处理规则和原则。形式合法并不等同于实质合理,已公开个人信息处理是否在合理范围内还需要在形式合法的基础上根据个案进行利益衡量,运用比例原则加以检验,

[31] 参见张新宝、昌雨莎:《已公开裁判文书中个人信息的保护与合理利用》,载《华东政法大学学报》2022年第3期,第8页。

[32] 参见程啸:《论公开的个人信息处理的法律规制》,载《中国法学》2022年第3期,第88页。

将信息处理的目的、手段、方式等与比例原则的子原则——适当性、必要性、均衡性原则进行适配。从简化角度而言,在具体判断时可反向考察是否存在一些明显违背义务的情形,主要包括信息处理者是否存在非法收集、使用、加工、传输、买卖、提供个人信息,以及从事危害国家安全、公共利益等行为。

五、对个人权益有重大影响:已公开作为个人信息处理合法事由的例外

《个保法》第 27 条规定了豁免同意的例外情形,个人信息处理对个人权益有重大影响时需要获得信息主体同意,即此情形下个人信息已公开便不再作为合法处理事由,未获得信息主体同意不得处理个人信息。

(一) 取得个人同意:对个人权益有重大影响的效力

“个人信息已公开”+“在合理范围内处理”构成知情同意的例外,个人信息处理便获得合法性基础,信息处理者被赋予的信息合理使用权过大,极易诱导其不当地处理个人信息,侵犯个人信息权益,并巧妙地通过合理使用条款逃避责任,阻却信息主体救济权的实现。出于此考虑,《个保法》第 27 条规定个人信息处理对个人权益有重大影响的,需要取得信息主体同意(此处应为明示同意)。因此,“对个人权益有重大影响”具有限制上述情形出现的功能。

其一,个人权益免受重大影响的位阶高于个人信息利用价值。尽管基于保障多元利益的需要,个人容忍他人处理已公开个人信息并承担一定的风险,但是须兼顾个人信息利用和保护,信息主体的人格权益不可弃,涉及其他财产等权益亦应加以保护,这些个人信息权益的克减一般以不影响信息主体重大利益为限。随意超过此限会损害个人人格尊严、自由、财产等重大利益,这与个人信息保护立场相悖,甚至与宪法层面的精神相抵牾。因此,此情形下处理已公开个人信息需要个人同意。

其二,从“已公开”的角度而言,信息主体持有的个人信息被不特定第三人处理、可获取性增强、处理目的及方式不可控等风险预期以不对个人权益有重大影响为限。^[33] 作为理性的人一般不会戕害自己的利益,因此信息主体风险预期中不包括个人权益受到重大影响。一旦个人信息处理对个人权益有重大影响,那么推定同意成立的基础便瓦解,个人信息处理的合法性基础丧失。所以《个保法》第 27 条将是否“对个人权益有重大影响”作为适用选择退出或选择进入机制的指征,如果个人信息处理对个人权益有重大影响便适用选择进入机制,由信息主体行使自决权决定是否可处理其个人信息。

其三,从“在合理范围内处理”的角度而言,个人信息处理超过合理范围一般会对个人权益有重大影响,这也导致个人信息处理具备合法性基础丧失必要条件。信息主体持有在合理范围内处理其个人信息,个人权益免受重大影响的合理期待,所以基于处理目的正当性要求也应对个人信息处理合法性获得设定条件。在合理范围内处理个人信息一般不会对个人权益有重大影响,也存在基于公共利益需要而构成“对个人权益有重大影响”的例外,比如社区转发公安机关发布的通缉令,足以影响犯罪嫌疑人的社会评价,但是不能认为此行为超过合理范围。个人合理期待要与公共利益进行适配,从而减少对个人信息处理合法性基础获得的限制。

(二) 由预防性同意到事后性救济:对个人权益有重大影响的“漂移”

依据《个保法》第 27 条的逻辑,对个人权益有重大影响仅是“已公开”作为个人信息处理合法

^[33] 见前注[31],张新宝、昌雨莎文,第 15 页。

事由的例外,并非承担民事责任的情形;《民法典》第1036条将其作为免于承担民事责任的例外情形。两者实际上在不同范畴规定此要件:第27条将其归属于阻却违法事由层面,第1036条将其列为免于承担责任例外层面。两者存在一定交叉,但并未重合。依据第27条的逻辑,个人信息处理对个人权益可能造成重大影响时需依据《个保法》第55条进行个人信息保护影响评估,因此“对个人权益有重大影响”的重点并非事后救济。然而,在实践中其却多发挥事后救济功能,几乎没有触发同意规则的适用。“贝尔塔案”的法院认为被告处理个人信息的行为侵害了原告就业等权益,故支持原告删除裁判文书的诉求。如果信息主体基于“对个人权益有重大影响”要件要求停止处理其个人信息,那么信息处理者依据《民法典》第1036条承担民事责任。如果信息主体忽视“对个人权益有重大影响”的情形而默认或同意处理其个人信息,此时信息处理者违反处理规则侵害个人重大利益时仍承担民事责任。“对个人权益有重大影响”并不必然说明个人信息处理会超过合理范围,信息主体的默认或同意行为可赋予信息处理者处理权,但是其负有合规处理的义务。有学者认为第27条(即《个保法》草案一、二审稿第28条)和《民法典》第1036条存在冲突之处:^[34]第1036条的逻辑是个人信息处理对个人权益有重大影响的,不得处理已公开的个人信息;第27条的逻辑是个人信息处理对个人权益有重大影响的,取得个人同意后仍可进行。^[35]但是,第27条和第1036条的规范目的不同,“我国《民法典》《个人信息保护法》分别从民事责任与处理规则、事先预防与事后救济等不同的角度对公开的个人信息处理作出了规范”。^[36]第1036条使用“侵害”术语表明个人信息处理已开始,与第27条并行不悖,同时适用:第27条作为事前预防性规范要求个人信息处理必须具有合法事由;第1036条要求信息处理者基于比例原则承担侵害信息主体重大权益的责任。^[37]

值得注意的是,在涉及维护公共利益的场景中,即使个人信息处理对个人权益有重大影响,仍然可能会免于或者仅承担部分责任,比如上述列举的社区转发通缉令行为免于承担民事责任。再如在“汇法正信案”中,即使法院附加了说明——原告“并未向法庭阐明其比公共利益更为迫切需保护的公共利益或合理理由”,即未支持原告删除裁判文书诉求的理由是公共利益优于原告的利益,这种情况下被告免于承担民事责任。但是法院的裁判不尽完美,即使无须被告删除裁判文书,但是其也应承担对个人信息做匿名化处理的责任。

(三) 谨慎地适用同意规则:个人权益有重大影响的缩限

“汇法正信案”的法院基于维护公共利益而对“对个人权益有重大影响”的认定持较为严格的立场,“贝尔塔案”“chinaren校友录案”“小李诉律师平台案”的法院未实质性地审查个人信息处理是否侵害了个人权益。不过,“贝尔塔案”的法院指出裁判的事实依据是被告侵犯了原告就业等权益,“小李诉律师平台案”的法院认为个人信息处理活动侵犯了小李的名誉、财产权益。上述裁决表明“对个人权益有重大影响”不一定系确已发生的事实,个人权益可能受影响也包含在内,而且个人权益是否受到影响的评判以原告主张为准,而不作实质性判断,或者认为这是不言而喻、显而易见的。无论是将“处理已公开个人信息对个人权益有重大影响时应当依照本法规定取得个人同意”定位为预防性手段还是事后救济手段,皆会加重信息处理者的义务,这可能架空已公开个人信息处理豁免同意的机制。“对个人权益有重大影响”会左右法律责任的承担,以及权利义务的分配

[34] 参见石佳友:《个人信息保护法与民法典如何衔接协调》,载《人民论坛》2021年第2期,第93页。

[35] 参见周汉华:《个人信息保护法条文精解与适用指引》,法律出版社2022年版,第203页。

[36] 见前注[32],程啸文,第88页。

[37] 参见程啸:《论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》,载《法律科学》2022年第3期,第27页。

配,所以对个人权益的轻微影响不产生限缩合法处理事由的效果,而应是“重大影响”。对“重大影响”宜从两个层面认定。

第一个层面,受影响的权益必须是足够“重要”的。《信息安全技术 个人信息安全影响评估指南》在“5.5.1 个人权益维度”中将自主决定权、差别性待遇、个人名誉、精神状态、人身财产视为个人权益,认为限制个人自主决定权(如无法选择性地被动接受个性化广告推荐、影响个人价值观判断的资讯等)、引发差别性待遇(如因疾病、婚史、学籍等信息泄露对个人权利造成歧视,个人消费习惯等信息的滥用引发“大数据杀熟”等)、个人名誉受损或遭受精神压力(被他人冒用身份,公开不愿为人知晓的习惯、经历,被频繁骚扰、监视跟踪等)、人身财产受损(引发人身伤害、资金账户被盗、遭受诈骗、勒索等)即构成对个人权益有影响。《信息安全技术 个人信息安全规范》将个人征信及贷款额度、就业视为个人权益,自动化决策对这些权益产生影响便构成显著影响。总结而言,《信息安全技术 个人信息安全影响评估指南》和《信息安全技术 个人信息安全规范》从两个方面描述了“对个人权益有重大影响”:① 权益的类型必须足够重要;② 权益受损将给个人带来难以挽回的损失。

第二个层面,“重大”是对个人足够重要的权益产生“根本性”影响。欧盟《一般数据保护条例》规定自动化处理个人数据,对个人产生法律影响或类似严重影响的决策即为重大影响。欧盟《关于自动化个人决策目的和识别分析目的准则》将“产生法律影响”界定为对个人的法律地位或合法权利产生影响,“类似严重影响”是指影响个人对环境、行为或选择等的决定。在我国民事立法中,“重大影响”指征利益衡量发生。^{〔38〕} 因此,“重大影响”是足以撼动个人权益安定的影响,否则极易因过于保护私益而忽视其他利益。

同时,个人信息处理带来的影响还会因信息处理方式、信息处理目的、信息主体等的不同而有所差异。比如,同样的信息处理活动对儿童、老人等弱势群体产生“重大”影响的标准要低于正常人;不同的信息处理方式,涉及跨境个人信息流动及利用个人信息自动化决策的影响更为“重大”;不同的信息类型,处理公开个人敏感信息带来的影响相较而言“更大”。总之,需在具体场景中从两个层面出发认定“对个人权益有重大影响”。

六、个人明确拒绝:已公开作为个人信息合法处理事由的阻却

《个保法》第 27 条规定,信息处理者可以在合理范围内处理已公开个人信息,个人明确拒绝的除外。“个人明确拒绝”与“对个人权益有重大影响”一样是豁免同意规则适用的例外,即“个人明确拒绝”阻却“已公开”作为个人信息处理合法事由。

(一) 不得处理个人信息:个人明确拒绝的效力

上述案例的原告主张禁止处理其个人信息便旋即进入“个人拒绝”的效力范围内。“个人明确拒绝”是不考虑个人信息处理是否在合理范围内、是否对个人权益有重大影响,直接独立适用的阻却个人信息处理的措施。个人明确拒绝具有兜底性,其是超过合理范围处理个人信息、对个人信息权益有重大影响的重要补充。在实践中信息主体多在事后(个人信息处理已经开始)基于个人信息处理未在合理范围内、对个人权益有重大影响而依附性地行使该项权利。在“小李诉律师平台案”“贝尔塔案”“汇法正信案”中皆是如此。信息主体行使的是《个保法》第 44 条的个人拒绝权,还是第 27 条的个人明确拒绝权? 第 44 条可视为第 27 条设定个人明确拒绝权的依据;个人明确拒

〔38〕 见前注〔23〕,宁园文,第 83 页。

绝权是第 44 条规定的一般个人拒绝权的下位概念,是一种特别拒绝权,其仅适用于已公开个人信息处理场景。既然信息主体可无条件地行使个人明确拒绝权,那么其在特定条件下行使该项权利并无不妥。两者的本质效力皆是“禁止处理个人信息”。^{〔39〕}信息主体的“明确拒绝”能够阻却个人信息处理合法性的法理在于个人享有的同意(或者拒绝)权不会因个人信息已公开而丧失。立法在个人信息利用和个人信息保护之间选择了后者优先,肯定了个人信息自决权,个人明确拒绝处理其个人信息是在反向行使同意权,推定和开放同意因此被推翻。

在合法强制性公开的个人信息处理中,个人拒绝权是否具有效力存在争议。“贝尔塔案”的一审法院认为转载裁判文书的行为未获得裁判文书网持有方和信息主体同意,故支持原告删除裁判文书的诉求,等同于支持原告拒绝处理其个人信息。而“汇法正信案”的二审法院认为相较于原告个人权益而言,保护司法公开制度,保障公众知情权和监督权等公共利益,以及维系司法数据公开、共享等更具有优先性,故未支持原告删除裁判文书的诉求,即基于维护公共利益压缩个人拒绝权的效力空间。从个人拒绝权的效力来自个人信息自决权角度而言,基于维护公共利益限制个人拒绝权具有合理性。现今,个人信息自决权的意蕴及功能已经发生了嬗变,其提出之目的主要是应对使用自动化处理个人信息对人格权的威胁,后在“小普查案”中将其用于应对国家收集涉众的个人信息及秘密信息的行为,“人口普查案”进一步明确其是對抗过度收集个人信息行为的工具,并确立了个人信息自决权非绝对权,其行使受制于公共利益的需要。^{〔40〕}

(二) 删除个人信息:个人明确拒绝的附随效果

从以往的实践来看,个人明确拒绝处理其个人信息直接表达为请求从平台上删除能够识别个人的资料,“chinaren 校友录案”“贝尔塔案”和“汇法正信案”的原告皆要求删除平台上的个人信息。法院将不删除个人信息作为构成侵权的事由,“贝尔塔案”的二审法院认为原告提出删除裁判文书之前,被告转载的裁判文书系已被合法公开的法律文书,原告负有容忍义务,即使被告用于营利,也不构成侵权;但是原告提出删除裁判文书后,被告却未予以删除,不仅对原告就业等权益造成影响,而且忽略了原告要求不再传播其已公开个人信息的意思表示,故构成侵权。法院默认个人明确拒绝处理其信息时删除个人信息的效果附随而至,此时个人明确拒绝权和删除权是何关系?有观点认为:“当原告联系贝尔塔公司要求删除案涉文书时,行使的是《个人信息保护法》第 27 条的

〔39〕《个保法》第 24 条和第 27 条在信息处理者利用已公开个人信息进行自动化决策场景中存在竞合的可能。依据第 24 条的规定,信息主体在满足如下三个条件时可行使拒绝权:一是利用个人信息进行自动化决策;二是自动化决策做出的决定对个人权益有重大影响;三是决定仅通过自动化决策而无人工干预的方式做出(即完全自动化决策)。如果信息处理者在利用已公开个人信息做出对个人权益有重大影响的完全自动化决策决定前或过程中对个人信息处理知情,那么信息主体可依据《个保法》第 27 条拒绝处理个人信息,或者依据第 24 条拒绝做出自动化决策决定以阻止信息处理者利用个人信息。虽然二者在此情况皆可成为请求权成立的基础,但是法律效果不同:第 27 条的拒绝权是拒绝对已公开个人信息做任何处理行为,第 24 条则是通过拒绝完全自动化决策决定做出以达到禁止利用已公开个人信息的效果。因为个人信息处理既包括信息利用,还包括信息收集、存储、加工、传输、提供、公开、删除等,第 24 条的拒绝权是第 27 条拒绝权在利用已公开个人信息做自动化决策决定情形中的具体体现。如果信息处理者在利用已公开个人信息做出对个人权益有重大影响的完全自动化决策决定后知悉个人信息处理行为,那么此时第 24 条的拒绝权行使只会阻却完全自动化决策决定失去法律效力,仅会在重新做出混合决策决定(有人工干预的自动化决策)中再涉及利用个人信息;而第 27 条在此情形下因信息处理完成而适用空间有限。

〔40〕参见杨芳:《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》,载《比较法研究》2015 年第 6 期,第 27 页。

拒绝权。”^{〔41〕}宜分情况确定二者的关系：如果信息主体仅要求信息处理者不再继续处理其个人信息但维持现状，那么可视为其仅行使拒绝权；如果信息主体明确要求删除个人信息则同时行使了拒绝权和删除权。在满足《个保法》第 47 条情形的情况下，拒绝权之行使自然带来删除个人信息的效果，倘若不满足第 47 条的情形，则只能是拒绝继续处理个人信息。“汇法正信案”的法院未支持原告删除裁判文书的诉求是因为保持裁判文书公开状态有利于保障司法公正等法益，不符合第 47 条规定的“处理目的已实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要”的删除个人信息的情形。而且基于维护公共利益，个人明确拒绝权的效力受限。

（三）助推个人信息处理：个人明确拒绝的限定

根据“同意”是以默示或默认方式完成的，“明确”的涵义是信息主体清晰明了地告知信息处理者不得处理其个人信息。一是拒绝指向的内容相对具象；二是拒绝做出的方式较为正式。换言之，个人就较为具体事项通过书面文件及线上线下视频语言传达拒绝处理其个人信息的意图。立法采“明确”一词意味着对“个人拒绝权”之提出设定了“门槛”，这背后的法理在于适当限制个人行使该项权利，以促进已公开个人信息流动。在实践中，信息主体多在与信息处理者就停止处理个人信息交涉无果后通过诉讼的方式要求删除个人信息以达到拒绝效果。“chinaren 校友录案”“贝尔塔案”和“汇法正信案”的原告皆先正式告知被告删除平台上的个人信息，被告拒绝后原告又以诉讼的形式再次告知，强化了“明确”，且都属于事后拒绝。这里值得思考个人明确拒绝权能否在个人信息处理开始前行使？此问题关涉已公开个人信息保护强度及利益衡量：如果在个人信息处理开始前行使该权利，那么能够尊重个人信息自决权，但同时也会抑制个人信息利用；个人信息处理开始后行使该权利，既尊重了个人信息自决权，也确保了个人信息利用。此外，信息主体在个人信息开始处理前行使拒绝权存在难以自洽、颇为尴尬的问题。

《个保法》第 17 条和第 18 条规定信息主体在非法律、行政法规规定应当保密或者不需要告知情形中享有知情权。如果在个人信息处理前告知个人其信息将被处理，因涉众过多，以及信息处理链条过长而难以实施，又因成本耗费之巨而不切实际。“知情权是一个贯穿全程、保证后续个人信息处理行为和活动具有正义价值的基础权利”，^{〔42〕}不保障信息主体事前知情权似乎于理不容。《个保法》一审稿要求处理已公开个人信息时“向个人告知并取其同意”，而二审稿仅要求“取得个人同意”，最终稿删除了此要求。立法者基于实现负担和权益的平衡分配、不同利益的调和，以及不干涉个人自由，且优先考虑个人信息利用的目标在逐步弱化信息主体的知情权。避免信息处理者“戴着镣铐跳舞”，默认已公开个人信息处理前不需要告知信息主体，信息主体享有被动的事后（个人信息处理已经开始）知情权，个人仅在合法权益受到负面影响或者主动发现已公开个人信息被处理后才可能做出明确拒绝的意思表示，即个人明确拒绝权是“事后特别排除处理者处理已公开个人信息这一法定权限、选择退出的终止形成权”。^{〔43〕} 综上，应从行使方式及节点两个层面限定个人明确拒绝权的行使，运用选择退出机制助推信息处理者合理处理个人信息以发挥其价值。

七、结 语

个人信息保护规范体系以知情同意规则为基础，围绕“已公开”构建的个人信息处理合法性基

〔41〕 彭诚信、刘海安主编：《个人信息保护法》，上海交通大学出版社 2024 年版，第 239 页。

〔42〕 姚佳：《论个人信息处理者的民事责任》，载《清华法学》2021 年第 3 期，第 53 页。

〔43〕 见前注〔11〕，萧鑫文，第 77 页。

基础规则体系给知情同意规则的法域地位带来一定冲击,于是立法者基于平衡逻辑在“已公开”的基础上设置多重条件限缩个人信息合法处理事由成立。由合法处理事由构成的规则体系内部呈现出耦合、层次递进的样态,每个规范构成要件因素的解释涉及价值判断,因而致使其局部和整体充满了弹性和张力,其结构稳定性依赖于精准地挖掘和概括其蕴含的逻辑。解读《个保法》第13条和第27条可以发现立法者在“放松”对已公开个人信息保护的同时“小心翼翼”“想方设法”地规制其处理,已公开个人信息处理具有合法性必须满足个人信息已公开+在合理范围内处理+未对个人信息权益有重大影响+个人未明确拒绝等条件,从而在消解负面影响的基础上实现个人信息利益分配、保护成本等因素的均衡。

已公开个人信息处理适用个人信息处理其他规则,独特的合法处理事由规则体系造就的“特别”规则与“一般”规则之间的衔接依赖于回溯第13条和第27条的立法旨趣,遵循规则映射的逻辑,对于竞合、冲突的情况做出选择。当解释“特别”规则时要以“一般”规则为参照系,否则规则体系无法自洽。司法实践与立法旨趣存在一定背离,前者过于追求“社会效果”,未注重法律效果和社会效果的统一。在加强保护个人信息安全的话语下过于倾斜保护信息主体权益,忽视了个人信息“已公开”的特性,导致立法目的落空,信息主体动辄维权,信息处理者“戴着镣铐跳舞”,可谓个人信息保护有余而合理使用不足。在适用已公开个人信息处理规则时应遵循规范旨趣,依循内在逻辑促使法律效果和社会效果相统一。

Abstract The legislation directly stipulates the exemption of consent to the processing of publicly available personal information within a reasonable range. “Publicity” is the legitimate reason for the exemption of consent rules, except for the explicit refusal of the individual, and “having a significant impact on personal rights and interests” also requires personal consent. Based on this, a coupled and hierarchical rule system has been formed, but it follows a balanced logic. On the one hand, the rule system expresses the expectation of reconciling personal information self-determination and appropriate necessary protection, personal interests and public interests, equal protection and differential protection, protection costs and circulation benefits; on the other hand, due to the uncertainty of the constituent elements of norms, the internal and external relationships of the rule system are still in a “chaotic” state. To solve this problem, it is necessary to take “legitimate reasons for handling” as the starting point, clarify the relationship between “already disclosed”, “handled within a reasonable range”, “explicitly rejected by individuals”, “has a significant impact on personal rights” and the constituent elements of relevant norms on the basis of clarifying the internal relationships and meanings of each element in the rule system, and then adjust the handling rule system to make it coordinated and unified.

Keywords Publicly Disclosed Personal Information, Processing Rules, Legal Interpretation, Legal Application, Personal Information Protection

(责任编辑:曹博)