

侵犯公民个人信息罪行为要件的教义学重释

——从“主体间移转”到“利用能力新增”

黄陈辰

【摘要】受“以传统财物移转标准为参照的惯性思维”的影响,侵犯公民个人信息罪行为要件的当前解释进路以“主体间移转”为核心,认为“提供”与“获取”指的是信息移转,强调公民个人信息在不同主体之间的流动,呈现出一种由此及彼的外部形态。这一解释路径看似准确且合理,实则从产生之初即内嵌着无视法益解释论机能、过分强调信息在不同主体间的移转、忽略个人信息特性及其与传统财物间的区别等固有局限,因此需要进行调整。侵犯公民个人信息罪所保护之法益为信息自决权,对该法益之侵犯在信息流通环节主要表现为未经许可实施信息移转行为,而这一行为必须能够使接收方获得对相关信息的利用能力。以此“利用能力新增”标准对侵犯公民个人信息罪行为要件进行重新解读,“提供”指的是供给方使他人获得对某些个人信息的利用能力,“获取”指的是接收方信息利用能力的增加。

【关键词】侵犯公民个人信息罪;信息自决权;信息利用能力

【作者简介】黄陈辰,中央民族大学法学院讲师、师资博士后,中央民族大学法学院“企业家权益保护研究中心”研究员,法学博士。

【原文出处】《北方法学》(哈尔滨),2023.5.106~115

【基金项目】本文系国家自然科学基金青年项目“个人信息有序共享的刑民一体化保护研究”(20CFX027)的研究成果。

一、问题的提出

大数据时代,公民个人信息的内在价值逐渐显现,随之而来的是对其的侵犯与威胁亦愈演愈烈。为了保障个人信息安全,《刑法修正案(九)》增设了侵犯公民个人信息罪。该罪构成要件的准确理解与合理适用对公民个人信息的刑法保护至关重要,而其中最为关键的即在犯罪论体系中占据核心地位的行为要件。根据《刑法》第253条之一的规定,侵犯公民个人信息罪的行为要件为“出售或者提供”以及“窃取或者获取”。^①由于“出售”“窃取”分别属于“提供”和“获取”的一种常见且典型的特殊类型,前二者只是在后二者的基础上增加了具体方式、行为对价等方面的特殊性,刑法条文之所以将其单独列出,主要

是为了起到强调与提示的作用,因此解释的重点应在后二者之上,只要厘清了“提供”与“获取”的规范意蕴,即能准确把握侵犯公民个人信息罪的行为要件。

无论是“提供”与“获取”,还是“出售”与“窃取”,其所描述的行为方式均处于公民个人信息的流通环节,通常指的是公民个人信息在不同主体之间的流转,强调物理与空间上的变换,区别仅在于具体形式的不同。例如,“提供”侧重于信息供给方,“获取”侧重于信息接收方,“出售”具有牟利目的,“窃取”应以秘密方式。这样的理解符合人们对“提供”“获取”公民个人信息的一般认识,但其无法对某些特殊行为进行合理的刑法评价。例如,行为人并未将某数据

库中的公民个人信息复制或下载至本人计算机,而是通过设立链接的形式,使得其能够直接访问该数据库,从而了解相关个人信息的内容。此时公民个人信息仍存储于原数据库,其物理载体与存在空间并未发生改变,若按照上述理解,则行为人的设链行为不属于“获取”,因此由于行为要件不符而无法构成侵犯公民个人信息罪。但设链行为人通过链接访问数据库,能够掌握公民个人信息的内容并加以利用,在未经信息主体许可的情况下,这种行为已严重侵犯其信息自决权,^②具有刑法规制的必要性。因此,为了确保侵犯公民个人信息罪的合理适用,有必要对该罪之行为要件的理解进行重新思考,进而更加准确地划定入罪边界,实现公民个人信息周全保护与合理利用间的双向平衡。

二、行为要件意蕴阐释的当前进路:以“主体间移转”为核心

要想对侵犯公民个人信息罪行为要件的含义展开应然意义上的思考,就必须对现有观点与解释路径有较为全面的把握。自2015年《刑法修正案(九)》增设侵犯公民个人信息罪以来,该罪的理解与适用即成为刑法学界研究与探讨的热点问题之一,对于该罪的构成要件,尤其是行为要件的解释,也产生并形成了诸多观点。这些观点在具体表述上并不相同,有的甚至存在较大差异,但仍然可以在其中发现共性,从而将其总结为以下几种类型。

其一,明确认为“提供”与“获取”指的是公民个人信息在不同主体间的物理与空间上的变换。例如有学者提出,“无论是非法获取、出售还是提供公民个人信息的行为,其本质上只是公民个人信息自身的物理流转和空间变换,由一方主体转换至另一方主体,由一个空间转移至另一个空间。”^③这种观点认为,公民个人信息应属于某一主体,进而由该主体进行事实上的掌控与支配,相关主体能够将公民个人信息从物理上提供给他人,他人也能从该主体处物理性地获取公民个人信息。需要注意的是,虽然这一观点强调“物理移转”,但毕竟作为内容的公民个人信息难以直观地被他人从物理层面感知,故其所

谓物理流转和空间变换必须依赖于纸张、磁带、光盘、数据等物质载体,只有此类载体才具有物理与空间上的存在形态,因此该观点实则要求“提供”与“获取”在形式上应表现为公民个人信息的内容与载体在不同主体间的同步迁移,将二者视为一个整体,且相对而言更聚焦于后者。例如,某学校招生负责人甲将记载有学生信息的纸质花名册提供给课外辅导机构。再如,黑客乙非法侵入某银行数据库下载相关数据以获取该银行的客户信息。载体是作为内容的公民个人信息的表现形式,这种观点本质上就是希望通过载体的移转来反映并实现公民个人信息的移转,否则单从内容层面来看,难以与其所提出的物理与空间上的变换相自治。部分观点虽未明确提出“获取”与“提供”指的是公民个人信息在不同主体间的物理与空间上的变换,但从其论述的字里行间能够看出,其仍然倾向于对侵犯公民个人信息罪的行为要件进行如此理解。例如有学者认为,“窃取”是指秘密获得公民个人信息的行为,但同时其又主张,单纯的窃取行为本身并非侵犯公民个人信息罪的行为要件,其后必须兼具持有行为,否则定盗窃罪即可,因而在该学者看来,“窃取”是一个复合概念。^④上述学者对“窃取”的定义落脚于对公民个人信息的获得,看似并未明确提出物理流转与空间变换的限制,但从该学者要求窃取行为之后必须兼具持有行为的主张来看,其本质上仍然认为公民个人信息的流转应体现为内容与载体的同步迁移,若不按此理解,则不可能存在持有的问题。与之相类似,部分学者认为“提供”可以涵盖非交易性的数据共享或移转行为,^⑤数据共享与移转即为典型的个人信息的物理与空间变换。

其二,认为“获取”与“提供”指的是公民个人信息的流动,不要求原信息载体同步移转,但接收方必须将信息内容落实到另一载体之上。例如有学者提出,“非法提供与非法获取行为的本质为信息的流动,信息从一方物质载体传输至另一方”。^⑥这种观点注意到公民个人信息内容与载体的区别,并将这种区别贯彻到对“获取”与“提供”的理解当中,其强

调侵犯公民个人信息罪之行为要件指的是信息在不同主体之间的流动,而这一流动的实质在于信息内容的移转,与载体并无绝对关联。需要注意的是,此种观点并未止步于此,而是进一步提出,在信息内容流转至接收方后,若原载体未同步迁移,则接收方必须将其落实到新的载体之上,以实现接收方对该公民个人信息的掌控与支配。例如,某房地产项目销售顾问甲将其所掌握的纸质版顾客信息汇总表拿给某装修公司业务员乙,乙采取誊抄的方式获取大量潜在购房者的个人信息。此例中甲并未将作为顾客信息原始载体的纸质版汇总表转让给乙,但乙已接触到相关顾客的个人信息内容并将其誊抄于新的载体,实现了公民个人信息的移转,因此甲、乙的行为分别构成侵犯公民个人信息罪中的“提供”与“获取”。

其三,认为“获取”与“提供”指的是告知与获知,强调公民个人信息之内容在不同主体间的移转,且不要求原载体同步迁移或接收方必须将信息内容记录于新的载体。例如有学者提出,“凡是使他人可以知悉公民个人信息的行为,均属于提供……非法获得公民个人信息的行为,均属于‘以其他方法非法获取’”。^⑦这种观点将公民个人信息之内容与载体区分开来,承认信息内容具有相对的独立性,其作为一种知识、一种讯息,在主体间的流转侧重于对于内容的知悉,不仅传递过程不必然依赖于载体的移转,并且能够独立存在,即使接收方未将个人信息记录于新的载体,也仍然可以获知其具体内容。例如,甲为了报复仇人乙,雇佣丙跟踪调查乙的行踪轨迹,某日丙在跟踪时发现乙独自一人前往某人迹罕至的水库野钓,遂打电话给甲告知其乙的具体位置,甲根据丙提供的位置信息,持刀将乙杀害。此例中丙电话告知甲其所获知的乙的位置信息,并未有任何形式的载体移转,且甲在知悉相关信息后也未将其记录于任何载体,但该信息的内容已由丙传递至甲,甲完全了解信息内容并据此实施犯罪行为。这种观点符合信息的本质,完全将其内容与载体区分开来,与前述两种观点均有不

同。还有部分学者注意到信息与物的差别,并在此基础上将刑法分则中的提供型犯罪分为两类,即“将作为犯罪对象的物提供给他人的犯罪”与“将信息告知没有权限知晓的主体的犯罪”,对于信息的提供侧重于内容上的知悉。^⑧

除上述三种观点外,还有为数不少的现有研究文献并未明确界定何为“提供”与“获取”,而只是从单纯字面含义对其进行理解,其所关注的重心在于对特殊行为类型的阐释,例如“出售”是否需要有所对价、“窃取”是必须采取秘密方法还是可以公开、“收受”是否包含被动接收等。^⑨之所以会出现这种本末倒置的现象,主要原因在于相关学者对待“提供”与“获取”的解释态度,其下意识地认为二者属于最基本的概念,指的就是公民个人信息在不同主体间的移转,无须再刻意对其含义进行解读。因此在相关文献中,或完全忽略其二者的意蕴阐释,直接将其作为已知概念进行使用,或象征性地进行循环解释,实质上却并未厘清“提供”与“获取”的真正内涵。除上述文献之外,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《侵犯个人信息案件解释》)也体现了这一倾向,《侵犯个人信息案件解释》第3、4条对侵犯公民个人信息罪的行为要件进行了解读,但其关注的重点并非在于“提供”与“获取”的含义,而是集中于对特殊行为类型的列举与介绍。

无论是上述三种对“提供”与“获取”含义进行解读的观点,还是忽略其规范意蕴的相当数量的文献,抑或是仅关注特殊行为类型的《侵犯个人信息案件解释》,其所反映出来的本质相同,即均认为侵犯公民个人信息罪中的“提供”与“获取”指的是信息移转,强调公民个人信息在不同主体之间的流动,呈现出一种由此及彼的外部形态。甚至有学者提出,该罪所保护之法益应为公民个人信息的流动安全。^⑩因此总结而言,侵犯公民个人信息罪行为要件意蕴阐释的当前进路表现为:以“主体间移转”为核心。

三、当前进路的解释逻辑与固有限制

(一)解释逻辑:以传统财物移转标准为参照的惯性思维

“提供”与“获取”作为两种典型的行为类型,通常出现在与传统财物相关,尤其是以传统财物作为行为对象的犯罪当中,例如,盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪、提供假药罪、提供虚假证明文件罪、提供伪造、变造的出入境证件罪等。根据现代汉语的解释,“提供”指的是供给、给予,“获取”指的是取得、得到,^⑩二者作为动词,用法多样,但其通常所搭配的宾语均是物,例如食品、书本、工具等。因此对上述犯罪而言,“提供”与“获取”指的就是传统财物从一个主体流动到另一个主体,强调不同主体之间的移转,例如盗窃罪中行为人非法获取公私财物,提供假药罪中行为人明知是假药而拿给他人使用,财物与假药均从原主体处迁移到了新的主体。上文所述侵犯公民个人信息罪行为要件的当前解释进路之所以以“主体间移转”为核心,认为其指的是公民个人信息从一个主体到另一个主体,进而呈现出一种由此及彼的外部形态的流转过程,最主要的原因在于,相关学者在对侵犯公民个人信息罪之行为要件进行意蕴阐释的过程中,并未摆脱传统财物及与之密切相关的占有观念的影响,^⑪提到“提供”与“获取”即下意识地将其与刑法分则中以传统财物作为行为对象的犯罪相联系,直接按照此部分犯罪中行为要件的含义对应解释侵犯公民个人信息罪中的“提供”与“获取”,忽略了公民个人信息的特性及其与传统财物的区别,从而得出与前述犯罪中行为要件相同的理解。尤其是上述第一种观点,之所以明确要求“提供”与“获取”在形式上应表现为公民个人信息的内容与载体在不同主体间的同步迁移,且相对而言更聚焦于后者,就是因为其完全从传统财物移转的角度出发对侵犯公民个人信息罪的行为要件进行理解,进而无形中提升了作为财物的纸张、磁带、光盘等载体在公民个人信息移转过程中的地位与作用。这种以传统财物移转标准为参照的惯性思维是侵犯公民个人信息罪行为要件当前解释进路产生的基础动因,其也恰当地

解释了为何《侵犯个人信息案件解释》以及相当数量的文献并不专门针对“提供”与“获取”的规范意蕴进行详细解读,而将关注的重心仅仅放在对特殊行为类型的阐释之上。因为在传统涉财物类犯罪中,“提供”与“获取”作为典型的行为类型,其内涵明确、外延清晰,并没有太多理解上的争议,因此《侵犯个人信息案件解释》及相关文献自然而然地将侵犯公民个人信息罪中的“提供”与“获取”亦作此理解,认为其只是含义已知的基础概念,无须再刻意对其进行解读,反而是出售、窃取、收受等特殊的提供行为或获取行为才需要予以重点关注,由此呈现出一种舍本逐末的异常现象。

(二)固有局限:内嵌于当前进路的瑕疵与弊端

以“主体间移转”为核心是当前学界在对侵犯公民个人信息罪行为要件进行意蕴阐释时,最主要、最典型的认定标准,也是最容易想到、最便于理解的解释进路,其看似准确且合理,实则从产生之初即内嵌着固有的局限。第一,仅以“主体间移转”为标准,无视法益的解释论机能,导致入罪边界划定不当。“对构成要件的解释必须以法益的侵害与威胁为核心”,^⑫而当前解释进路在判定某行为是否属于侵犯公民个人信息罪之行为要件时,仅以是否符合“主体间移转”这一外部表现形式为标准,并未考虑法益对构成要件解释的指导作用,因而导致犯罪圈划定的不合理。一方面,对于单纯的公民个人信息展示行为而言,行为人向他人展示其所掌握的公民个人信息,例如读给他人听或拿给他人看,但并不向其提供原始信息载体,也不允许其复制或记录,若按照当前解释路径,由于该行为实现了公民个人信息从展示者到“读者”或“听者”的流动,因此符合“主体间移转”的标准,应被认定为侵犯公民个人信息罪中的“提供”,而相应“读者”或“听者”的行为则应被认定为“获取”。但在行为人展示速度快、所涉信息数量规模大的情况下,所谓“读者”或“听者”根本无法实际掌握其所看到或听到的公民个人信息,更无法对其实施公开、修改、删除、利用等处理行为,因而此部分公民个人信息展示行为不会侵犯信息主体的自决

权,不具有严重的法益侵害性,当前进路将其纳入刑法规制范围并不合理。另一方面,对于前文所述设立链接访问数据库的行为而言,由于公民个人信息仍存储于原数据库,其物理载体与存在空间并未发生改变,不符合从一方主体移转到另一方主体的判断标准,因此在当前解释路径下其不属于侵犯公民个人信息罪中的“获取”。但行为人通过链接访问数据库,能够掌握公民个人信息的内容并加以利用,在未经信息主体许可的情况下,严重侵犯其信息自决权,具有刑法规制的必要性,当前进路对该行为入罪边界的划定不当。

第二,过于强调公民个人信息在不同主体间的流动,无法涵盖仅具有单一主体的特殊情形。当前解释进路以“主体间移转”为核心,要求侵犯公民个人信息罪中的“提供”和“获取”必须在外部表现形式上呈现出公民个人信息从一方主体流动到另一方主体的移转样态,因此其具体包含流出方与流入方两个主体,以及信息移转这一动态过程。在司法实践中,存在部分仅具有单一主体的特殊行为类型,其在未经信息主体许可的情况下,严重侵犯作为侵犯公民个人信息罪所保护之法益的信息自决权,但由于其不符合当前解释进路中关于主体数量或移转过程的要求,因此无法被认定为该罪之行为要件。其一,行为人将其所掌握的公民个人信息公开发布于互联网,他人均可通过付费下载的方式获取该信息。例如,2022年底有黑客破解了上百万条蔚来汽车内部员工数据、车主身份认证数据、用户地址数据等信息并将其泄露于互联网。^⑩针对泄露行为而言,虽然其已严重侵害蔚来汽车员工及车主的信息权益,但由于黑客仅将相关信息公开发布于网络,并未直接使其流转至某一特定主体,因此从表现形式上来看,不符合当前解释进路对信息流出方与流入方二元主体的要求,进而无法被认定为侵犯公民个人信息罪中的“提供”。其二,行为人在某一公民个人信息产生之初就获取了该原始信息,而并非从其他主体处获得,即所谓一种从无到有的信息生成行为。^⑪例如,房地产售楼部违规使用人脸识别设备,采取无感抓

拍的形式非法收集看房者的人脸识别信息,导致部分顾客甚至选择戴头盔去看房。^⑫自然人的面容并非信息本身,其必须经过相关设备数字化处理之后方可形成人脸识别信息,因此在被装配有人脸识别系统的摄像头扫描并提取前,人脸识别信息并不存在,售楼部的无感抓拍行为是对公民个人信息的初始收集。此例中仅涉及房地产售楼部这一信息流入方,不存在信息流出方,亦没有所谓信息移转的动态过程,因此按照当前解释进路,这种严重侵犯信息自决权的行为不应被认定为侵犯公民个人信息罪中的“获取”。

第三,忽略公民个人信息的特性及其与传统财物的区别,难以揭示侵犯公民个人信息罪中“提供”与“获取”的行为本质。根据《侵犯个人信息案件解释》第1条的规定,侵犯公民个人信息罪中的“公民个人信息”指的是“以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息”,其最终的落脚点为“信息”一词,因此可以说“公民个人信息”的本质是一种信息。国际标准化组织将信息定义为“在特定语境下具有特定意义的关于对象的知识,这里的对象包括事实、事件、事物、过程或思想”。^⑬简而言之,信息就是具有一定意义的知识与内容。信息往往具有载体依附性,刑法中的公民个人信息更是如此,但信息本身与其载体并不相同,载体可以表现为纸张、磁带、光盘等,而信息则只是其上所蕴含的内容,二者相互区别,不可混淆。既然公民个人信息的本质是信息,而信息强调的又是具有一定意义的知识与内容,那么可以说公民个人信息也应当与载体相区别,其本身不具有有体性,更不存在物理或空间上的表现形态。另外,刑法上的财物应同时具备管理可能性、移转可能性与价值性等三方面的特征,但由于公民个人信息的占有并不排他、移转不影响权利人的控制、单一信息价值极其轻微,因此其不属于财产犯罪中的财物。^⑭当前进路以传统财物的移转标准作为解释侵犯公民个人信息罪中“提供”与“获取”的参照,很明显是将公民个人信息与财物混

淆,忽视了前者所特有的可复制性、非独占性等特点,因而导致解释结论并不恰当。例如,前述观点中有的要求信息内容与载体必须同时移转,有的强调信息内容移转至接收方后必须即时附着于新的载体之上,这些观点均不适当地将信息内容与其载体“捆绑”,过于强调公民个人信息外化的表现形式,试图从传统财物的视角出发解释与之并不相同的公民个人信息的移转,必然难以准确揭示侵犯公民个人信息罪中“提供”与“获取”的行为本质。

第四,部分观点侧重于接收方对信息内容的获知,不当限缩刑法规制范围。上文所述当前解释进路中有一种观点提出信息内容具有完全的独立性,认为其可以脱离于信息载体而单独在主体间进行移转,并不必须要附着于新的载体之上,进而最终将公民个人信息罪中的“提供”与“获取”解释为告知与获知。这一解释结论将公民个人信息与传统财物相区别,充分考虑了前者的自身特性,相较于前两种观点而言更具有合理性,但其将“获取”解释为获知,容易侧重于强调接收方对信息内容的知晓,进而不当地限缩刑法规制范围。例如,行为人侵入某银行数据库窃取数十万条该银行客户信息,但其仅将信息存储于个人电脑,并未实际阅读相关信息的具体内容。在此情况下,由于行为人已经掌握上述信息,因此其能够实施公开、修改、删除、利用等处理行为,其行为已严重侵犯信息主体的自决权,但若按照当前解释进路,则由于行为人并未获知信息内容而无法被认定为侵犯公民个人信息罪中的“获取”,进而由于行为类型不符而无法构成该罪。

四、路径新探:“利用能力新增”标准的提出与运用

如前所述,侵犯公民个人信息罪行为要件意蕴阐释的当前进路以“主体间移转”为核心,这一解释路径陷入以传统财物移转标准为参照之惯性思维的窠臼,自产生之初即具有不可弥合的固有缺陷。科学合理的论证路径与解释标准是得出正确结论的前提,因此要想准确阐释侵犯公民个人信息罪中“提供”与“获取”的规范意蕴,必须在现有观点之外探索

新的出路。

(一)“利用能力新增”标准的提出

犯罪的本质是侵害法益,刑法的目的是保护法益。可以说法益是刑法理论中最为核心的概念,其对刑法分则中个罪构成要件的理解与适用具有重要意义,是个罪研究无法绕开且必须首要解决的前提性问题。正如有学者所言,“法益是构成要件形成的出发点和指导思想。”^⑩对于侵犯公民个人信息罪而言亦是如此,要想合理阐释该犯罪行为要件的准确内涵,必须将其与该罪所保护之法益结合起来,否则任何解释都犹如无源之水、无本之木,必然不具有合理性。

如前所述,侵犯公民个人信息罪的法益为信息自决权,其是指权利人对其自身信息所享有的积极控制与排除他人侵害的权利,包括消极防御与积极利用两个层面,具体而言乃指个人决定其信息是否被处理,以及在何时、何地、以何种方式、在何种范围内被处理的权利。^⑪根据《个人信息保护法》第4条第2款的规定,个人信息处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等,因此在个人信息保护法上,信息自决权指的是权利人自行决定其信息是否以及如何被实施上述行为的权利。需要注意的是,单纯的信息移转行为并不具有直接的社会危害性,公民个人信息在不同主体之间的流动仅仅只是使得掌握该信息的主体变换或者增加,只有信息利用行为才真正侵害权利人的信息权益及其背后所关联的人身、财产安全,且这种侵害与信息移转行为相比具有更高程度的严重性、直接性和精准性。^⑫因此,虽然个人信息处理涵盖公民个人信息的移转阶段(收集、存储、传输、提供、公开)与利用阶段(使用、加工、删除),但侵犯公民个人信息罪对信息自决权保护的重点主要聚焦于禁止未经许可的信息利用行为,而移转阶段的行为类型则必须体现出对信息利用阶段行为的加功,否则不应被涵盖于信息自决权的意蕴范围之内。例如,对于快速读给他人听或拿给他人看等单纯的公民个人信息展示行为而言,即使所谓“读者”或“听者”能够在当时读到或

听到某一信息的具体内容,但由于不能复制或记录,因此从根本上仍然无法对相关信息实施使用、加工等具有实质性影响的行为,故而与信息利用阶段无关,不应被认定为对公民个人信息的处理,也即未经许可实施该行为并不侵犯权利人的信息自决权。前述结论还可以从另一方面得到验证,刑法的谦抑性本质与“最后法”地位决定了其只在必要时刻发挥作用,保护最为重大的法益。^②因此信息利用阶段的行为必然属于信息自决权中所强调的对于公民个人信息的处理,但无法加功于信息利用阶段行为的信息移转行为则不应在此列。无论是信息利用阶段的行为,还是能够对其进行加功的信息移转行为,二者均体现出权利人对公民个人信息的实质性掌控,而这也是当前在个人信息保护领域占据主流地位的个人控制理论的题中之义,即认为个人信息是个人的延伸,因而个人对信息处理具有一定程度的控制权和决定权。^③

对比《个人信息保护法》第4条第2款的规定,侵犯公民个人信息罪之行为要件符合个人信息处理中的提供、公开、收集,但如前所述,不能简单地参照传统财物的移转标准,以“主体间移转”为核心对其解释,也不能单纯从语义出发进行考察,而应当结合该罪所保护之法益,探讨“提供”与“获取”的规范意蕴。刑法的目的是保护法益,刑法所规制的行为必须确实是属于严重侵害法益的行为,因此符合犯罪构成要件的“提供”与“获取”行为必然是侵犯作为法益的信息自决权的行为。根据上文对信息自决权的解读,实施“提供”与“获取”行为的主体,未经权利人许可,擅自处理其个人信息中的“处理”行为应聚焦于信息移转阶段,且必须对信息利用行为加功,只有这样其才具有真正的法益侵害性。所谓对信息利用行为加功,指的是信息移转行为对信息利用行为产生正向的实质性影响,使信息接收方具有利用相关信息的能力。例如,将记载有看房顾客个人信息的纸质版花名册出卖给装修公司,后者即可以使用该信息给顾客拨打骚扰电话或发送骚扰短信,推销其装修业务;再如,黑客侵入学校招生系统窃取学生入

学信息后,能够通过该信息实施电信诈骗等违法犯罪行为。综上所述,“提供”与“获取”属于对公民个人信息的处理,对其的解释不能浮于表面的以“主体间移转”为核心,而应将判断标准聚焦于接收方信息利用能力的增加,若相关行为使接收方从无到有地获得了对公民个人信息的利用能力,即可认定其为“提供”或者“获取”,若相关行为只是存在信息在不同主体间流动的形式,而与接收方的信息利用能力毫不相关,则不能做此认定。这种以信息接收方信息利用能力是否增加为判断依据的标准,笔者将其称为“利用能力新增”标准。^④

(二)“利用能力新增”标准的运用

“利用能力新增”标准将侵犯公民个人信息罪行为要件的解释路径聚焦于接收方个人信息利用能力的增加,依循这一标准,笔者对该罪中“提供”与“获取”的规范意蕴进行了教义学层面的重新解读。“提供”指的是供给方使接收方增加对某些公民个人信息的利用能力。例如,妇产科护士将记载有孕产妇信息的优盘出售给月子中心,后者拿到优盘后即掌握相关个人信息并能通过其向信息主体实施拨打骚扰电话、发送推销短信等行为,因此妇产科护士使月子中心获得或增加了对孕产妇信息的利用能力,其行为应被认定为侵犯公民个人信息罪中的“提供”。若供给方仅仅将记载公民个人信息的物质载体移转给接收方,或仅仅存在向接收方传达相关信息的外在表现形式,而接收方并未增加对公民个人信息的利用能力,实质上也不可能利用该信息,则供给方的行为不属于侵犯公民个人信息罪中的“提供”。例如上例中,若妇产科护士所出售给月子中心的优盘设置了访问密码而其并未将密码告知月子中心,则虽然月子中心获得该信息载体,但无法获知其中记载的孕产妇信息的具体内容,更不可能对其加以利用,此时妇产科护士的行为并未使月子中心增加信息利用能力,无法被认定为“获取”,只能在其他要件符合的情况下,按照诈骗罪追究其刑事责任。需要注意的特殊情形是,供给方通过互联网公开发布其所掌握的公民个人信息,此时不存在特定的信息接收方,

是否能认定供给方的行为属于侵犯公民个人信息罪中的“提供”?笔者认为,此时供给方并没有明确的信息供给目标,而是向所有可能注意到相关信息的主体进行无差别的公开,其具有一种概括的故意,直到有人通过下载、记录、复制等形式实质性地接收该信息,信息接收方才得以固定下来,此时供给方的行为属于“提供”,接收方的行为属于“获取”,但根据《个人信息保护法》等前置法的规定以及学界主流观点,单纯收集已公开个人信息的行为不具有违法性,不应以侵犯公民个人信息罪追究其刑事责任。^⑤《侵犯个人信息案件解释》第3条也作了类似规定,“……通过信息网络或者其他途径发布公民个人信息的,应当认定为刑法第二百五十三条之一规定的‘提供公民个人信息’。”另外,即使供给方通过互联网公开发布公民个人信息后,并未有人实质性地接收该信息,但供给方的行为已使相关信息处于随时可能被他人获知并加以利用的危险境地,因此对信息主体的自决权产生威胁,具有法益侵害性,应当被认定为“提供”,只是在具体量刑时可以考虑其是否属于未遂的情况。这一结论在司法实践中也得到了印证。例如,在2022年12月7日最高人民检察院发布的“李某侵犯公民个人信息案”中,李某在暗网购买包含户籍信息、车主信息等内容的“社工库资料”,并在将其转存至网盘后将网盘链接共享到某具有150名成员的“QQ群”,涉案信息数量高达8100余万条,截至李某被抓获时,未查到有人下载使用。法院审理后以侵犯公民个人信息罪判处李某有期徒刑三年,缓刑三年,并处罚金,在具体量刑时考虑了“客观上未造成信息传播、扩散”的情节。^⑥

“获取”指的是接收方增加对某些公民个人信息的利用能力。例如,前述妇产科护士出售孕产妇信息的案例中,月子中心拿到储存有相关信息的优盘后即可获知其具体内容并对该信息加以利用,此时可以说月子中心获得或增加了对孕产妇信息的利用能力,因此其购买行为属于侵犯公民个人信息罪中的“获取”。需要注意的是,“利用能力新增”标准仅强调获得或增加信息利用的能力,而非必须对相关

个人信息加以利用,例如,即使月子中心在拿到优盘后并未实施进一步的利用行为,或者在利用该信息前即被抓获,但其自获得优盘之时起即已经增加了利用孕产妇信息的能力,因此仍应当被认定为侵犯公民个人信息罪中的“获取”。如上所述,司法实践中存在一种从无到有的信息生成行为,例如房地产售楼部采用“无感抓拍”的方式收集看房者的人脸识别信息等,此时虽然接收方并非从某一供给方处得到公民个人信息,而是通过相关智能设备自始生成并掌握该信息,但接收路径的不同不会对其获得相关信息利用能力的实质产生影响,其仍然可以对看房者的人脸识别信息加以利用,因此即使仅存在一方主体,接收方的信息生成行为仍应被认定为侵犯公民个人信息罪中的“获取”。

(三)特殊行为类型的具体判断

根据本文所提出的“利用能力新增”标准,侵犯公民个人信息罪中的“提供”指的是供给方使接收方增加对某些公民个人信息的利用能力,而与之相对应的“获取”指的是接收方增加对某些公民个人信息的利用能力。在明确了侵犯公民个人信息罪行为要件的规范意蕴之后,就能够对前文中所提到的当前解释进路无法准确评价的特殊行为类型进行合理判断。

1. 个人信息展示行为。个人信息展示行为是指供给方并不将公民个人信息的载体移转给接收方,而只是向其展示相关信息的具体内容,例如通过文字、图片、视频等形式展示给接收方看,或通过声音等方式播放给接收方听。个人信息展示行为是否属于侵犯公民个人信息罪中的“提供”不可一概而论,应根据不同情况具体分析,着重考察接收方是否由于该行为从而增加对相关信息的利用能力。若接收方在个人信息被展示的过程中,能够通过下载、记录、拍照、截屏、录音等方式固定住公民个人信息,进而获得利用该信息的能力,那么此时的个人信息展示行为应被认定为“提供”,相应的固定信息的行为应被认定为“获取”。最典型的例子即行为人爬取个人信息后提供有偿查询服务,例如在丁某某侵犯公

民个人信息案中,被告人丁某某在互联网上非法下载包括宾馆住宿信息在内的公民个人信息近2000万条,之后其将这些个人信息上传至自己创办的“嗅密码”网站,用户付费注册成为会员之后即可查询他人相关信息,截止到案发,会员用户在“嗅密码”网站上实际查询信息49698条,丁某某在此期间共收取会员费用191440.92元。^②该案中,虽然会员用户只能查询他人信息而不能下载,且“嗅密码”网站并不将相关信息传输给用户,但查询结果显示页面没有时间限制,用户完全可以通过记录、拍照、截屏等方式固定住该信息,进而获得对该信息的利用能力,因此该展示行为属于侵犯公民个人信息罪中的“提供”。该案的审理结果也表明,法院在认定“提供”行为时,实质上依循了“利用能力新增”标准。若接收方在个人信息被展示的过程中无法固定住该信息,因而未获得利用该信息的能力,那么此时的个人信息展示行为不应被认定为“提供”。例如前文所述,提供方将公民个人信息快速读给他人听、拿给他人看或将信息发送给他人但设置了“阅后即焚”功能,^③这种情形在时间上具有短时性或瞬时性,即使所谓“读者”或“听者”能够在当时读到或听到某一信息的具体内容,但由于不能复制或记录,因此从根本上仍然无法对相关信息加以利用。此时虽外部表现形式上呈现出一种公民个人信息从一方主体转移至另一方主体的“假象”,但从根本上而言,接收方并未实质性掌控该信息,这种个人信息展示行为不属于侵犯公民个人信息罪中的“提供”。

2. 设置访问链接行为。电子数据信息以数据作为公民个人信息的载体,其一般存储于计算机或优盘、光盘等移动设备当中,但随着大数据、云计算时代的到来,其存储方式也进一步发展变化,越来越多的数据开始存储于“云端”,即网络服务提供者的服务器中。设置访问链接行为是指行为人并未将某服务器中的公民个人信息复制或下载至本人计算机,而是通过设立链接的形式,使得其能够直接访问该服务器,从而了解相关个人信息的内容。此时公民个人信息仍存储于原服务器,其物理载体与存在空

间并未发生改变,但设链行为人通过访问链接能够掌握公民个人信息的内容并加以利用,在未经信息主体许可的情况下,严重侵犯其信息自决权。因此,设置访问链接使行为人获得利用被访问服务器中公民个人信息的能力的行为,应当被认定为侵犯公民个人信息罪中的“获取”。随着云计算、云储存等前沿科技的发展,当前绝大多数的电子数据信息均存储于“云端”,甚至有可能是同一服务器,因此所谓公民个人信息的流转基本上体现为向某一主体开放数据库访问权限与端口,并不存在从一方主体移转到另一方主体的外部表现形式,但这丝毫不影响接收方信息利用能力的获得与增加。

注释:

①《刑法》第253条之一第3款规定:“窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的,依照第一款的规定处罚。”根据当前主流观点以及司法解释的规定,其中的“非法”与该条第1、2款中的“违反国家有关规定”含义相同,属于构成犯罪的前提要件,因此不应被囊括在行为要件当中。参见喻海松:《〈民法典〉视域下侵犯公民个人信息罪的司法适用》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2020年第6期,第4页;冀洋:《法益自决权与侵犯公民个人信息罪的司法边界》,载《中国法学》2019年第4期,第78页;刘宪权、房慧颖:《侵犯公民个人信息定罪量刑标准再析》,载《华东政法大学学报》2017年第6期,第112页。

②刑法理论界对于侵犯公民个人信息罪所保护之法益存在较大的争议,目前主流观点倾向于信息自决权,本文亦赞同这一观点。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57-59页;刘艳红:《民法编纂背景下侵犯公民个人信息罪的保护法益:信息自决权——以刑民一体化及〈民法总则〉第111条为视角》,载《浙江工商大学学报》2019年第6期,第24-30页;曾粤兴、高正旭:《侵犯公民个人信息罪之法益研究》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第55卷),法律出版社2019年版,第217-220页。

③刘仁文:《论非法使用公民个人信息行为的入罪》,载《法学论坛》2019年第6期,第119页。

④参见陈伟、熊波:《侵犯公民个人信息罪“行为类型”的教义分析——以“泛云端化”的信息现象为研究视角》,载《宁夏社会科学》2018年第2期,第65页。

⑤参见高富平、王文祥:《出售或提供公民个人信息入罪的边界——以侵犯公民个人信息罪所保护的法益为视角》,载《政治与法律》2017年第2期,第51页。

⑥刘宪权、宋子莹:《非法使用个人信息行为刑法规制论》,载《青少年犯罪问题》2022年第4期,第68页。

⑦张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第922页。

⑧参见童德华、彭勉:《侵犯公民个人信息罪的行为构造》,载《湖北警官学院学报》2022年第2期,第130页。

⑨参见骆群:《对侵犯公民个人信息罪客观行为的解读》,载李江萍主编:《法治论坛》(第66辑),中国法制出版社2022年版,第289-294页;陈建清、王祯:《侵犯公民个人信息罪行为与情节之认定》,载《政法学刊》2021年第4期,第42-45页;罗世龙、张成东:《侵犯公民个人信息罪相关行为的认定》,载卢晓珊主编:《法治论坛》(第49辑),中国法制出版社2018年版,第10-11页。

⑩参见陈小彪:《侵犯公民个人信息之法益厘定及其司法展开——以个人信息数量认定为视角》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2022年第2期,第77-78页。

⑪参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第596、1285页。

⑫参见劳东燕:《个人数据的刑法保护模式》,载《比较法研究》2020年第5期,第41-42页。

⑬张明楷:《法益初论》,商务印书馆2021年版,第4页。

⑭参见《百万条用户信息泄露蔚来该承担什么法律责任?》,资料来源于凤凰网: <http://ah.ifeng.com/c/8Lz5c4E0SGs>, 最后访问时间:2023年4月27日。

⑮参见黄陈辰:《无感抓拍行为的刑法规制研究——兼论设备生产者的刑事责任》,载《天府新论》2021年第4期,第131页。

⑯参见余明辉:《“戴头盔看房”是一种无声举报》,载《河南日报》2020年11月27日第10版。

⑰See ISO/IEC 2382: 2015(en) Information technology—Vocabulary, On line Browsing Platform (17 July 2023), <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v2:en>.

⑱参见黄陈辰:《抢劫公民个人信息行为刑法规制的困境与疏解——以樊某等抢劫微信账号密码案为切入》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2023年第2期。

⑲[德]汉斯·海因里希·耶赛克·托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第11页。

⑳参见前引②曾粤兴、高正旭文,第219-220页。

㉑参见刘仁文:《应将非法使用公民个人信息行为入罪》,载《经济参考报》2019年12月4日第A06版。

㉒参见田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,载《中国法学》2020年第1期,第180页。

㉓参见高富平:《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86-92页。

㉔个人信息与传统财物的一个重要区别即在于前者具有可复制性,在部分情况下,其从一个主体移转至另一个主体后,前者仍保留有原个人信息,接收方信息利用能力的获取并不影响供给方对相关能力的掌握,因此本文将判断标准称为“利用能力新增”而非“利用能力移转”,仅聚焦于接收方新获取该能力,而无所谓供给方是否由此导致能力丧失。

㉕参见宋卫卫:《处理已公开个人信息的刑法边界》,载《吉林大学社会科学学报》2022年第6期,第80-81页。

㉖参见张昊:《依法从严惩治侵犯公民个人信息犯罪——最高检发布依法惩治侵犯公民个人信息犯罪典型案例》,载《法治日报》2022年12月8日第3版。

㉗参见浙江省乐清市人民法院(2016)浙0382刑初2332号刑事判决书。

㉘某些社交软件带有“阅后即焚”功能,若设置该功能,某人发送消息给他人,该消息会在他人读取后几秒钟内自动被删除,通常消息被删除的时间是由系统设置的,且具体时长不同,部分软件能够由用户自行设置。