“个人信息侵权”方案的反思及其重塑

宁 园

【摘 要】以个人信息自决权为理论基础、抽象风险损害化为构建策略的“个人信息侵权”方案，在司法实践中暴露出冲击侵权责任制度、不当限制行为自由、诱发诉讼泛滥等缺陷，正当性存疑。个人信息权益并非个人信息自决权，而是以控制处理风险为目的的工具性权利，其与私法人格权构成屏障结构而非并列关系。侵害个人信息权益仅造成抽象风险的，个人信息权益本身即可为个人提供控制手段，将抽象风险视为损害的侵权责任方案扩张失度且无必要。侵害个人信息权益的损害赔偿责任，仍应以损害发生为前提。当非法处理活动被主行为吸收时，不成立“个人信息侵权”的竞合形态与替代形态，侵权责任依主行为认定。单独的非法处理活动符合侵权责任的违法性要件，归责原则为过错推定原则。

【关 键 词】“个人信息侵权”；个人信息权益；抽象风险损害化；侵权责任

【作者简介】宁园，武汉大学法学院特聘副研究员，法学博士。

【原文出处】《当代法学》（长春），2024.1.44～56

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“我国政府信息公开到数据开放的理论创新与实践路径研究”(22&ZD329)子课题“我国政府信息公开到数据开放的制度完善”的阶段性研究成果。

在有关个人信息权益的侵权法保护方案中，创设独立的“个人信息侵权”制度有逐渐流行之势。“个人信息侵权”是在个人信息自决权理论基础上。以抽象风险损害化为主要策略构建的侵权责任类型，适用特殊的责任构成要件和损害认定规则。[①]表面上，“个人信息侵权”为个人信息权益提供了与其独立人格权地位相匹配的强保护方案。实际上，“个人信息侵权”在保护体系上与已有人格权侵权制度重叠，在保护效果上有过分扩张侵权责任范畴、引发诉讼泛滥之嫌。面对前述司法困境，本文试图通过揭示个人信息自决权理论与抽象风险损害化的误区，指出构建独立“个人信息侵权”制度的非必要性，并提出既契合现有侵权责任体系，又满足个人信息权益保护需求的侵权责任方案。

一、“个人信息侵权”的司法适用形态及其缺陷

“个人信息侵权”即将个人信息权益视为独立的新型人格权益，并在此基础上构筑专门的、独立于其他具体人格权的侵权责任救济制度。实践中，有关“个人信息侵权”的司法裁判逐渐增多，并暴露诸多缺陷。

(一)“个人信息侵权”的三种司法适用形态

基于与具体人格权侵权类型的关系，“个人信息侵权”在司法适用中主要呈现三种形态。一是竞合形态，即法院在裁判中承认“个人信息侵权”与其他侵权责任存在竞合，如在“申某与支付宝(中国)网络技术有限公司等侵权责任纠纷”中，法院认为“本案中的侵权责任出现了个人信息侵权与安全保障义务责任侵权请求权竞合的问题”。[②]

二是替代形态，即以“个人信息侵权”替代其他已有的侵权责任类型，如司法实践中，不少原来由姓名权侵权调整的冒名顶替行为被判定为“个人信息侵权”。三是独立形态，即不构成其他侵权责任的行为被单独认定为“个人信息侵权”，如在“潘某与贵州仟佰策文化传媒有限公司、袁某个人信息纠纷案”中，被告袁某未经原告同意将载有原告姓名、身份证号码的人事变动函发布于朋友圈，即使被告已经自行删除相关信息，法院仍然判定被告“侵害了原告的个人信息”，须承担侵权责任。[③]为清晰展示“个人信息侵权”的实践形态，本文在下表列出三种形态及相应案例。

(二)“个人信息侵权”司法适用的缺陷

从既有案例来看，“个人信息侵权”三种司法形态并存的现象暴露出以下缺陷：

第一，“个人信息侵权”易冲击现有侵权责任体系。“个人信息侵权”以非法使用个人信息作为侵权调整对象，是将规范视角从特殊退守至一般，在已有侵权责任体系之外建立更具一般性的侵权责任制度。依此认定思路，姓名权侵权、隐私权侵权、财产权侵权(如非法获取他人电话号码并诈骗)、生命权侵权(如非法获取他人地址并跟踪杀害)中，普遍存在的非法使用个人信息行为，均可被纳入“个人信息侵权”中。可见，“个人信息侵权”对侵权行为进行了重复评价，可能引发大量侵权责任竞合，或造成侵权体系的叠床架屋，或架空已有的侵权责任制度，扰乱已经形成的有序侵权责任体系。

第二，“个人信息侵权”的泛化适用易不当限制行为自由，引发诉讼泛滥。基于对个人信息权益乃个人信息自决权的错误认识，“个人信息侵权”在现实中易滥用，对个人的行为自由和信息合理使用造成不当限制。信息控制能力平等的自然人之间因个人信息使用已发生诸多纠纷，如被告快递公司为通知原告客户收快递发送通知短信、[⑭]被告为组建业主群获取原告电话号码并发送好友申请等纠纷中，[⑮]原告均主张个人信息权益受到侵害。可见，若以“个人信息侵权”为所谓个人信息自决权提供保护，则会限制行为自由和信息流通。

总之，基于“个人信息侵权”在司法适用中的种种缺陷，有必要重新审视“个人信息侵权”的正当性。

表一 “个人信息侵权”的三种司法适用形态

“个人信息侵权”的司法形态	法院裁判	案例
竞合形态	“个人信息侵权”与隐私权侵权的竞合	(1)孙某与中国移动通信集团山东有限公司滨州分公司等隐私权纠纷案；[④](2)蔡某与赵某个人信息保护纠纷案。[⑤]
	“个人信息侵权”与姓名权侵权的竞合	(3)洪某与李某姓名权纠纷案；[⑥](4)于某与何某姓名权纠纷案。[⑦]
替代形态	“个人信息侵权”替代姓名权侵权	(5)耿某与杨某等个人信息保护纠纷案；[⑧](6)张某、云南利鲁环境建设有限公司个人信息保护纠纷案。[⑨]
	“个人信息侵权”替代名誉权侵权	(7)陈某与中国农业银行股份有限公司吉安分行个人信息保护纠纷案。[⑩]
独立形态	不构成其他侵权的“个人信息侵权”	(8)潘某与贵州仟佰策文化传媒有限公司、袁某个人信息保护纠纷案；[⑪](9)戴某、李某梅等与敖某月个人信息保护纠纷案；[⑫](10)刘某诉顺丰速运有限公司等个人信息保护纠纷案。[⑬]

二、个人信息自决权理论之误区及其纠正

创设独立“个人信息侵权”制度的理论基点为个人信息自决权，当个人信息自决权作为一项独立人格权的法律地位成立时，个人信息自决权的侵权保护就可复刻其他具体人格权的范式，创设“个人信息侵权”。然而，个人信息自决权理论本身存在误区，以此为基础的“个人信息侵权”也面临理论基础的陷落。

(一)个人信息自决权偏离个人信息权益规范内容

个人信息自决权理论以权利背后的价值基础代替权利受保护的正当性基础，[16]此种价值立场先行的赋权方法，导致个人信息自决权理论偏离个人信息权益的规范内容。[17]《民法典》和《个人信息保护法》以授予个人信息主体权利和规定处理者义务两种方式确立了个人信息权益的内容。通过考察这些授权规则和义务规则，可以直观地检验个人信息权益是否为自决权。[18]

就授权规则而言，其集中规定于《个人信息保护法》第四章“个人在个人信息处理活动中的权利”。依据该章规定，个人在个人信息处理活动中享有的权利包括知情权、决定权(第44条)，查阅权、复制权、数据可携带权(第45条)，更正权、补充权(第46条)，删除权(第47条)，解释说明请求权(第48条)，近亲属为自己利益查阅、复制、更正、删除死者个人信息的权利(第49条)，个人主张上述权利的，处理者须履行相应义务，否则个人可以提起诉讼(第50条)。除第四章外，个人还享有撤回同意的权利(第15条)，自动化决策的解释说明请求权和拒绝自动化决策权(第24条)。《民法典》第1037条赋予个人查阅权、复制权、更正权和删除权。

就义务规则而言，《个人信息保护法》和《民法典》中与个人信息权益对应的处理者义务包括以下几项。其一，取得同意义务和告知义务。其二，安全保障义务，处理者应对处理的个人信息采取分类管理、加密、去标识化等必要的安全保障措施。其三，保证个人信息完整、准确的义务。其四，向个人进行算法推荐时，应提供自然选项、便捷拒绝方式的义务。上述法定处理义务对应个人信息主体的请求权，处理者不履行义务的，个人享有请求其履行义务的权利。为论述清晰，本文综合《个人信息保护法》和《民法典》的授权规则和义务规则，将个人信息权益规范内容总结于表二中。

从个人信息权益的规范内容来看，其并非自决权益，并不具有排他性和支配性。

第一，个人信息权益具有典型的场景依赖性，

表二　　个人信息权益内容及其对应的处理者义务

个人信息权益	处理者的义务
知情权(包括知晓必要事项的权利、解释说明请求权)	告知义务、解释说明义务
决定权(同意处理权、拒绝处理权、限制处理权、撤回同意权、拒绝自动化决策权等)	取得同意义务、算法决策中提供自然选项的义务、删除义务
查阅权、复制权	提供个人信息或者个人信息副本的义务
数据可携带权	提供数据转移便利的义务
更正权；补充权；删除权	更正义务；补充义务；删除和停止处理义务
个人信息受到必要保护的权利	安全保障义务
近亲属为自己利益查阅、复制、更正、删除死者个人信息的权利	提供个人信息义务；更正、删除义务；停止处理义务

以存在处理关系为前提。个人信息权益是个人作为信息主体在处理关系中对处理者享有的权益，只有处理者实施处理活动，个人的信息处于或即将处于处理者控制之下时，个人才依法享有个人信息权益，处理者才须向个人承担处理者义务。

第二，能与个人信息主体形成处理关系的处理者，并非任意第三人，因此个人信息权益并不具有对世的排他性。处理关系是发生于信息控制能力不平等主体之间的信息控制关系，不同于一般的个人信息使用关系。[19]信息控制能力平等主体关系中，个人不享有个人信息权益，对应的个人信息使用者亦不承担处理者义务。申言之，个人不对与其信息控制能力平等的他人享有知情权、同意权等《个人信息保护法》第四章与《民法典》第1037条所规定的权利，相应地，他人亦不负担对应的告知义务、取得同意义务、更正删除义务、提供数据转移途径义务以及采取必要安全保障措施的义务。[20]相反，若承认个人对任意第三人均享有个人信息权益，则他人的信息自由、行为自由将遭到不当限制，日常生活中的信息流通秩序也将遭受破坏。这并不意味着信息控制能力平等主体之间的信息使用不受法律约束，非法使用个人信息仍然受到姓名权、隐私权等现有人格权侵权责任制度约束。

第三，个人信息权益不具有支配性，其内容不包含自决利益。依据霍菲尔德的权利分析理论，自决利益的核心内容是个人享有可依其意志创设、改变和解除法律关系的权力(power)，他人亦有承受该种法律关系变动的责任(liability)。[21]而在个人信息处理关系中，个人信息权益并非包含权力(power)要素的自决权。个人对其个人信息的支配力远未达到自决程度，个人无权支配处理关系和处理活动，处理活动的目的、方式均由处理者决定，个人只能接受或者拒绝。事实上，个人信息权益的内容主要为自由(privilege)、请求权(claim)。自由是指一方有权自由选择作为或者不作为，个人信息权益的自由内容表现为，处理活动发生前，个人有同意或者拒绝进入处理关系的自由。请求权是指一方有权请求另一方作为或者不作为，个人信息权益的请求权内容为进入处理关系后，个人有权请求处理者履行法律规定的处理义务。

(二)个人信息权益是控制处理风险的工具性权利

基于个人信息权益的规范构造可知，个人信息权益具有场景性和相对性，并非自决权。

需要继续追问的是，个人信息权益作为一项权益的根本属性，即其不同于其他权利的最独特属性为何?本文认为，权利的功能是权利规范形成的内在决定因素，立法者塑造何种权利，取决于其要解决何种利益冲突、实现何种利益保护目的，[22]因此，功能层面的探察才能正确揭示个人信息权益的根本属性。

第一，个人信息保护立法是典型的功能型立法，以控制个人信息处理风险为目的。其一，从立法背景来看，前信息时代，信息流通利用所生风险有限，专门的个人信息处理规制并无必要。步入信息时代，个人信息处理几乎成为社会运行的基础性活动，个人信息处理引发权益侵害的情形频繁发生。个人信息保护相关立法正是诞生于个人信息处理风险空前严重的信息时代，以专门控制信息处理风险，防止个人权益、公共利益、国家利益受个人信息处理活动侵害为使命。[23]其二，个人信息保护立法的规范体系也体现出明显的风险控制属性。概念体系上，个人信息必须具有可识别性，而可识别性标准是个人信息处理是否存在风险的指征。此外，个人信息与敏感个人信息的分类，亦是以信息处理的风险程度为区分基准。[24]规制对象上，个人信息处理活动作为风险行为，是个人信息保护立法规制的中心对象。立法者设置处理规则，是为处理者划定风险行为标准：处理活动

符合规则，即使存在客观风险，也为立法所允许；处理活动违反规则，所生处理风险为违法风险，处理者需承担法律责任。其三，规制手段上，立法者设置了自上而下和自下而上两种风险控制模式，前者是由执法机关主动发现并以命令手段矫正风险行为，如相关机构主动履行个人信息保护职责，对处理者进行监督、处罚，[25]是谓风险控制的“巡查模式”；后者则是由私人自下而上自行识别风险，通过行使个人信息权益、主张侵权责任等方式实现，如个人向处理者行使删除权、拒绝权，主张损害赔偿等，是谓风险控制的“报警模式”。[26]两种模式合力实现控制处理风险、维护个人信息安全秩序的目的。其四，个人信息处理的规制力度也依处理活动的风险程度发生变化。立法者对于更易发生权益侵害风险的敏感个人信息处理、算法自动化决策、跨境处理等进行更严格的规制；相反，自然人因个人、家庭事务进行的个人信息处理活动因风险水平较低，无需《个人信息保护法》作特别规制，被排除在《个人信息保护法》适用范围之外。

第二，个人信息权益是立法者为实现风险控制目的设置的工具性权利。[27]从个人信息权益的规范内容来看，对处理者而言，个人信息权益是立法者为其实施处理活动划定的行为基准，处理者在处理活动中必须履行个人信息权益对应的法定义务。对个人信息主体而言，个人信息权益则是个人自主控制处理风险的手段。个人可通过行使同意权或者拒绝权决定是否同意处理活动、是否愿意处于信息处理风险之下；可通过行使知情权、查阅权等知晓处理风险；可通过行使更正权、删除权、撤回同意权等终止处理关系、退出风险状态。因此，个人信息权益作为工具性权利，既发挥划定风险控制标准、确定个人信息处理安全秩序的作用，又实际地为个人进行风险控制提供手段。

综上，考察个人信息权益本质属性，宜从其在法律体系中的整体地位和功能着手。[28]立法者创设个人信息权益、对处理者施加处理义务，是以保障个人信息安全、实现风险控制为目的，个人信息权益是一项控制处理风险的工具性权利。

(三)个人信息权益与私法人格权构成屏障结构

明确个人信息权益的风险控制属性，有利于准确揭示个人信息权益与私法人格权之间的体系关联。应当认为，作为风险控制工具的个人信息权益是超越私权的存在，其为包括私权在内的广泛利益构筑保护屏障，与私法人格权并非并列关系。

个人信息权益作为风险控制工具，提供的是一种全面前置的利益保护机制。保护范畴方面，个人信息处理风险是社会面临的公共风险，其威胁范围波及个人利益、社会利益乃至国家利益。保护个人信息权益，即维护个人信息安全秩序，其不仅可以防止个人信息主体自身权益遭受侵害，还可以防止他人的个人利益以及公共利益、国家利益遭受侵害。[29]保护时机方面，处理者未履行处理义务，即使尚未造成个人权益遭受危险或实际损害，仅产生非法的抽象风险，也需承担相应责任。此时，个人信息权益的风险控制机制先于以危险或损害发生为前提的侵权责任机制启动。因此，个人信息权益确立的信息安全秩序，在私权受保护的法秩序之前，个人信息权益与私法权利构成屏障结构而非并列关系。

需要进一步说明的是，个人信息权益保护与预防型侵权责任并不相同，不能以存在预防型侵权责任而否定个人信息权益作为工具性权利的必要性，[30]二者均有防范私益遭受损害的功能，各司其职、互不替代。其一，在预防保护的范畴上，个人信息权益的风险防范功能不限于个人私权，其所构筑的是超越部门法利益的保护防线，预防型侵权责任则是私权特有的保护机制。其二，在预

防保护的时机上，预防型侵权责任以人身、财产权利遭受危险为前提；个人信息权益的保护时机则进一步前置，仅需产生违法的抽象风险。其三，在规制对象上，预防型侵权责任针对所有造成危险的行为，而个人信息权益则只针对非法处理活动。因此，预防型侵权责任构筑的防御秩序针对特殊风险(私益面临的危险)，但不限制侵权行为类型；个人信息权益构筑的防御秩序则针对特殊行为(非法处理活动)，但不要求风险具有紧迫性。

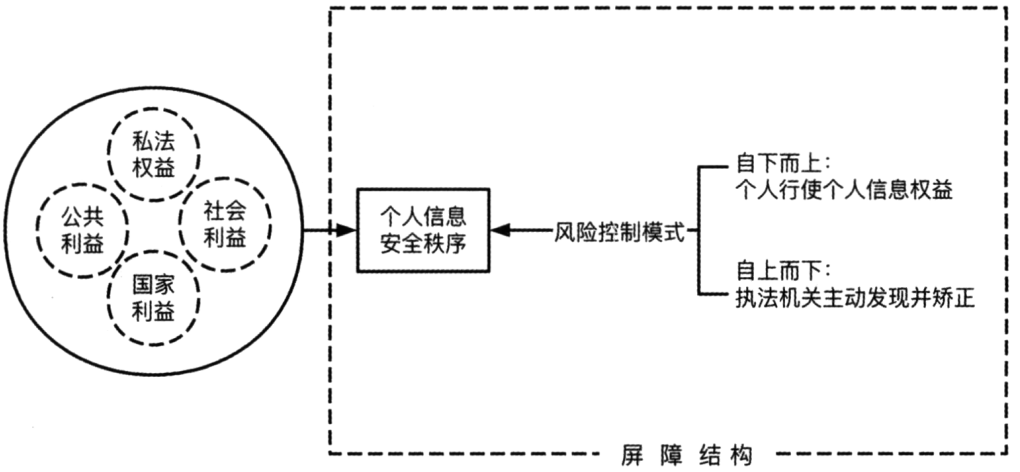
综上，个人信息权益并非确认和保护个人对其个人信息进行支配和控制的利益，而是防范其他权益受到侵害的工具性权利。因此，个人信息权益是私法人格权的防护墙，若强行将个人信息权益压缩至人格权体系内，所谓的个人信息自决权就必然挤压其他人格权的空间，或叠床架屋，或发生混淆。为论述清晰，下图展示了个人信息权益与其他权益之间的关系。

三、抽象风险损害化策略之误区及其纠正

抽象风险损害化是“个人信息侵权”制度构建的另一核心环节。通过扩展损害的边界，实现“个人信息侵权”对抽象风险的直接介入，可以塑造“个人信息侵权”不同于传统人格权侵权的特有保护范畴，以维系“个人信息侵权”的必要性。[31]然而，个人信息权益作为控制风险的工具性权利，已经为个人提供了控制抽象风险的更优法律手段，将风险视为损害是一种非必要的侵权责任扩张方案。

(一)抽象风险损害化策略过度扩张侵权责任制度

不少学者提出了风险损害化方案，主张将尚未构成危险和损害的抽象风险视为损害，允许遭受非法处理的个人基于抽象风险向处理者主张损害赔偿责任。其主要理由包含两个方面，其一，个人信息处理风险具有潜在性、规模性和很强的破坏性，对非法处理活动的规制应当强化事前预防，为此有必要充分发挥侵权责任制度的预防功能；其二，面对风险社会对权益保护提出的挑战，应当变革损害观念，扩大损害赔偿责任的适用范围，以强化侵权责任制度的预防和威慑功能。对于可推定为损害的抽象风险范畴，则存在不同主张，主要包括实质性风险、处理敏感个人信息的风险、非法处理产生的内心焦虑，风险损害的赔偿范围则涉及防止损害发生的成本、非法处理造成的合理生活成本以及内心焦虑引发的精神损害赔偿。[32]



图一 个人信息权益与其他权益的屏障结构图示

从上述观点整理中可以发现，风险损害化的作用逻辑是，通过将风险纳入损害赔偿范围，实现诉讼激励，提高处理者的违法成本，进而产生威慑效应，达到风险预防效果。然而，本文认为，风险损害化是一种过度扩张侵权责任保护范畴的方案，并不可取。

侵权责任制度通过损害赔偿责任进行风险分配时，始终以损害现实发生为基础，而风险损害化则完全冲破了这一界限，与以往侵权责任介入风险的谦抑克制存在根本区别。不可否认，步入风险社会，传统侵权责任制度应积极介入，强化预防功能、合理分配风险成为现代侵权制度的扩张方向。[33]其中，损害赔偿责任的扩张即是主要形式之一，表现为救济范围明显扩大，覆盖广泛的人身、财产权益，赔偿理念亦从矫正正义延展至分配正义。然而，现代损害赔偿责任仍努力坚守着损害实际发生这一底线，这表现为……其扩张主要是通过增加归责事由、延展法定因果关系等方式，将更多行为纳入可归责的范围内，以将原本不受救济的损害纳入可救济范围内。以机会丧失理论为例，其作为侵权责任扩张的典型例证，仍然以损害发生为前提，并未直接将风险视为损害。机会丧失理论是对因果关系“条件说”的修正，在对机会丧失的救济中，某一行为虽不是损害后果发生的必要条件，但其客观上导致受害人丧失避免损害的机会，此种情形下，仍判定该行为与损害后果之间存在因果关系，要求行为人承担损害赔偿责任。[34]因此，机会丧失理论只改变法定因果关系的范围，但机会丧失的损害赔偿责任仍以损害实际发生为要件，不存在机会最终丧失的这一损害事实，就不存在对机会丧失的侵权救济。

从以上论述可知，扩张后的侵权责任制度仍然以损害填补为首要功能，预防功能和威慑功能则居于次要地位。而风险损害化理论则通过将风险纳入损害赔偿范围，虚置了侵权责任制度的损害填补功能。所谓“损害赔偿责任”实际沦为对侵权行为的单纯“惩罚”。此种过度扩张方案，存在诸多缺陷。一方面，风险损害化不仅冲击了损害的确定性要件，还打乱了侵权责任中危险和损害形成的二元救济秩序，预防型侵权责任与损害赔偿责任的分工体系由此遭到破坏。另一方面，风险损害化将导致侵权责任制度偏离损害救济的基本轨道，出现侵权责任要件单薄化倾向。申言之，抽象风险损害化策略架空了损害要件和因果关系要件，使得处理活动仅具有违法性就可直接触发侵权责任。此种演变易引发侵权责任的行政化趋势，[35]导致行为自由不当受限、“个人信息侵权”诉讼泛滥等后果。[36]

(二)个人信息权益足以发挥抽象风险控制作用

除过度扩张侵权责任保护范畴之外，风险损害化的必要性同样存疑。控制非法处理个人信息造成的抽象风险，并不以侵权责任的介入为必要，个人信息权益本身就是立法者为个人设置的抽象风险控制工具。相较于风险损害化，个人信息权益本身不仅可以为个人进行抽象风险控制提供手段，在风险控制效果方面也更具优势。

第一，个人信息权益本身即为个人实现抽象风险控制的工具性权利，处理者违反法定处理规则，个人可行使个人信息权益，请求处理者履行义务。处理者未履行取得同意义务的，个人可行使撤回同意权、拒绝处理权和删除权，请求处理者停止非法信息处理、删除或销毁信息；处理者未履行告知义务、解释说明义务的，个人可行使知情权，请求处理者充分告知处理事项；处理者未履行安全保障义务的，个人可请求处理者采取必要的安全保障措施；处理者未尽到保证个人信息准确、完整义务的，个人有权行使查阅权、更正权、补充权等。此外，依据《个人信息保护法》第50条的规定，处理者须为个人行使个人信息权益提供便捷

通道，并及时反馈，一旦处理者拒绝个人行使权利，个人可诉至法院，请求处理者依法履行相应义务。可见，当处理者非法处理个人信息、侵害个人信息权益，但未造成危险和损害时，个人信息权益本身就是抽象风险的私人控制工具。个人行使个人信息权益，处理者履行法定义务，或者处理者拒绝履行义务的，个人可再行诉至法院，进而消除抽象风险。此时，即使不将风险视为损害，个人信息权益亦可发挥抽象风险控制功能。

第二，个人信息权益作为抽象风险控制的私人实施手段，相比风险损害化而言具有优势。一方面，个人信息权益作为抽象风险控制手段的效率更优。实践中，未造成现实危险或损害的违法处理活动频繁发生且较为琐碎，若一概鼓励通过侵权诉讼解决，则会因手段与问题不合比例而浪费司法资源。而个人信息权益内置的权益行使程序有效解决了这一问题。依据《个人信息保护法》第50条，在处理者违反法定义务时，个人信息主体应先向个人信息处理者主张对应的个人信息权益，处理者应为个人提供便捷的受理和处理机制，或依法履行义务，或在说明理由后拒绝个人权益主张；只有当个人信息处理者拒绝个人的权利主张时，个人才有权向法院起诉。该条为个人信息权益保护设置了自力救济和司法救济两个递进的手段。这既发挥了个人信息权益作为风险控制工具的便捷性和可操作性优势，引导大量仅产生抽象风险的处理活动纠纷在第一阶段便得到解决，又可保证个人信息权益获得法律强制保护，对处理者具有法律约束力，从而确保以尽量少的司法资源消耗达成更可观的风险控制效果。相反，风险损害化策略将抽象风险直接纳入损害赔偿范畴，易将简单问题引向复杂化，引发讼累，造成不必要的人力、物力消耗。以更正权的行使为例，当处理者错误记录了个人信息，个人信息主体应先向处理者请求更正其个人信息，处理者无正当理由拒绝更改时，个人才可向法院主张其更正权。此时，个人直接向处理者请求更正信息最为有效，个人未向处理者申请即提起诉讼则并非理性高效的权益保护方式。当然，为防止个人信息权益行使的法定程序演变为处理者逃避义务的工具，有必要细化处理者受理申请的义务，如为处理者受理申请、作出回应等设置法定期限。同时，也应简化诉讼程序，减轻当事人的诉讼负担。另一方面，个人信息权益及其行使具有场景依赖性，是《个人信息保护法》在处理关系中专门为个人信息主体设置的风险控制工具，其适用不会波及日常社会交往中的信息流通和利用。相比之下，风险损害化极易造成侵权保护溢出处理关系，对日常的信息流通和利用形成不当引导，从而催生信息能力平等主体之间就信息利用相互对抗。必须承认的是，诉讼激励不足是个人信息权益司法救济所面临的困境，但风险损害化并不能解决这一问题。其原因在于，风险损害化不能改变损害未发生的事实，其激励效果十分有限。一方面，个人未受损害，其诉讼积极性很难有质的突破。另一方面，由于欠缺损害发生的基本事实，主张风险损害化的学者通常也会限制可损害化的风险范畴，以避免过度动摇损害赔偿理论的根基。[50]此种限制又会使抽象风险损害化策略陷入另一种尴尬境地：针对抽象风险的损害赔偿通常只能覆盖维权成本或者微额的精神损害赔偿，无法覆盖个人因诉讼耗费的时间和人力成本，难以产生符合期待的诉讼激励效果。

综上，由于个人信息权益本身已经为个人提供了更优的抽象风险控制手段，自应摒弃风险损害化方案，侵害个人信息权益的侵权责任仍以危险和损害发生为前提。

四、方案重塑：三种“个人信息侵权”形态的安置

基于个人信息权益的非自决性、抽象风险损

害化策略的非必要性，独立的“个人信息侵权”制度亦欠缺正当性基础，探寻侵害个人信息权益的侵权责任路径，仍应立足于已有侵权责任制度，“个人信息侵权”的竞合形态、替代形态和独立形态亦可安置于现有侵权责任体系中。

(一)竞合形态与替代形态的安置：被吸收的“侵害个人信息权益”

依是否存在处理关系，司法实践中的“个人信息侵权”的竞合形态和替代形态又可分为两种情况。第一种是非法使用个人信息与侵权行为同时存在，如冒名顶替行为中同时存在姓名权侵权与非法使用个人信息(姓名)的行为。此时，由于非法使用个人信息发生于信息控制能力平等的个人之间，不存在处理关系，受害人亦不享有个人信息权益，故既不存在侵害个人信息权益的行为，更不存在“个人信息侵权”的竞合形态抑或替代形态。因此，不应就非法使用个人信息进行侵权责任认定。

第二种情况是非法处理活动与其他侵权行为同时存在，行为人与受害人之间存在处理关系，其行为中既包含非法处理活动，又包含其他侵权行为。此时，非法处理活动是行为人实施侵权行为(以下称主行为)的必要手段，非法处理活动本身无单独进行侵权法评价之必要，侵权责任仅依主行为成立。理由在于，在竞合形态与替代形态下，信息处理与其所“服务”的目的(即主行为)紧密结合、难以分割。若将信息处理与主行为进行机械拆分，对于保护受害人利益并无实际意义，只会造成重复评价。因此，当非法处理活动被主行为吸收，直接依主行为成立相应侵权责任，无须对非法处理信息进行侵权法上的评价，并不存在所谓的侵权责任竞合，更不能以“个人信息侵权”替代真正的侵权行为。此时，应当依主行为确定归责原则和构成要件，不适用《个人信息保护法》第69条规定的过错推定责任。

在吸收情形的判定上，主行为吸收非法处理活动须满足以下条件。主行为在行为构成上完全涵盖非法处理。“吸收”描述的是主行为与非法处理信息的关系，即非法处理是主行为的组成部分和必经阶段，其作为主行为发生的工具、手段或要素，不具有独立性。如行为人实施侵害财产权的诈骗行为，未经同意收集个人信息则是诈骗的手段，损害后果由诈骗行为造成，侵权责任对诈骗行为的规制完全涵盖了对非法处理的规制，在侵权责任认定上无需重复评价非法处理信息的行为。此外，吸收情形的成立还要求行为人为同一主体，不存在无意思联络的第三人行为介入。相反，若存在无意思联络的第三人行为介入，则可能发生因果关系的中断抑或多数因果关系，吸收情形不再成立，此时有单独认定处理者是否需就其非法处理活动承担侵权责任的必要。

(二)独立形态的安置：作为违法性要件的“侵害个人信息权益”

当不存在前述的吸收情形，侵害个人信息权益的行为可能单独或者与第三人行为结合，给受害人造成损害。此时，亦无成立独立的“个人信息侵权”之必要。侵害个人信息权益实质是违法的信息处理活动，将其作为违法性要件纳入侵权责任范畴，既可救济非法处理活动造成的损害，又可避免过度扩张侵权责任。因此，单独的侵害个人信息权益行为造成损害的，侵害个人信息权益行为具有违法性，归责原则适用《个人信息保护法》第69条规定的过错推定原则。依侵害个人信息权益违反的义务类型之不同，侵害个人信息权益造成损害的，分别成立违反安全保障义务的侵权责任和违反保护性法律的侵权责任。

1.侵害个人信息权益违反安全保障义务

违反安全保障义务是我国侵权责任制度上的特殊侵权责任类型。个人信息处理者承担安全保障义务有正当的法理基础和明确的法律依据。首先，个人信息处理者是个人信息处理风险的制造

者、获益者和管领者，相对于信息控制能力孱弱的个人而言，要求处理者承担保障个人信息安全的义务具有正当性。其次，处理者负担安全保障义务有明确的法律依据。《民法典》第1038条第2款规定："信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全。防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，按照规定告知自然人并向有关主管部门报告。"此外，《个人信息保护法》亦对处理者的安全保障义务进行了系统规定，其中第9条就处理者的安全保障义务作了一般规定；第38条第3款专门规定了处理者向境外提供个人信息时的安全保障义务；第51条列举了处理者应采取的安全保障措施；第57条规定了处理者及时采取补救措施的义务等。

非法处理活动违反安全保障义务的侵权损害赔偿责任，应当适用《个人信息保护法》第69条规定的过错推定原则，处理者需证明其尽到安全保障义务。此外，侵权损害赔偿责任以个人遭受损害为前提，不包括抽象风险。未尽到安全保障义务与损害后果的发生之间需具有因果关系。

2.侵害个人信息权益违反保护性法律

除安全保障义务外，个人信息处理者在处理活动中还负有其他法定的处理义务，违反这些义务导致个人遭受损害的，可通过违反保护性法律的侵权责任对受害人进行保护。[38]

从作用机制来看，违反保护性法律的侵权类型是公法注入私法发生侵权法效力的闸口。一方面，违反保护性法律的侵权类型可以将保护他人利益的公法规范纳入侵权责任制度的规范群，从而扩张侵权责任的保护范畴。[39]另一方面，为防止公法规范过度介入私法，不当限制行为自由，有必要对可介入私法的公法规范进行限制，可发生侵权法效力的公法规范仅限于保护性法律。为此，识别保护性法律是该侵权类型适用的关键。

承认违反保护性法律的侵权责任类型，以应对侵权责任可能带来的利益保护不周，在学界已有共识。[40]司法实践中，违反保护性法律的侵权责任也得到广泛适用。本文认为，当处理者侵害个人信息权益的行为违反安全保障义务以外的其他处理义务的，应将其认定为违反保护性法律，进而纳入侵权责任的规制范畴。处理义务规则可作为保护性法律的原因在于，一方面，《个人信息保护法》是全国人大常委会制定的法律，在法律位阶上满足保护性法律的形式要素；另一方面，《个人信息保护法》规定的处理义务，是以保护个人信息主体的具体权益(个人信息权益)而非一般的、概括的利益为目的，义务内容是为处理者设置的具体行为规范而非概括性、原则性的义务，满足保护性法律的实质性要素。[41]

需要说明的是，此处所述的处理义务必须是指向个人信息权益的处理义务，义务内容是处理者在处理关系中应向个人信息主体履行的或为保护个人信息权益而设置的义务，不包括处理者应当承担的非指向性义务。《个人信息保护法》规定的指向性义务，除安全保障义务以外，还包括取得同意义务和告知义务，保障个人信息质量的义务，实施算法推荐时提供自然选项、设置拒绝途径的义务。除指向性的处理义务外，《个人信息保护法》规定的处理者应当履行的其他法定义务，不满足保护性法律的实质要素，处理者违反义务亦不构成侵权法上的违法行为。这些法定义务包括，共同处理、委托处理情形下处理者互负的义务，[42]处理者基于行政管理要求应当履行的获得批准或许可的义务等。[43]

就侵害个人信息权益违反保护性法律时的侵权责任认定而言，同样适用《个人信息保护法》第69条规定的过错推定原则。处理者违反法定的处理义务，即被推定存在过错。当然，此时损害赔偿责任的成立同样需满足损害要件和因果关系

要件。

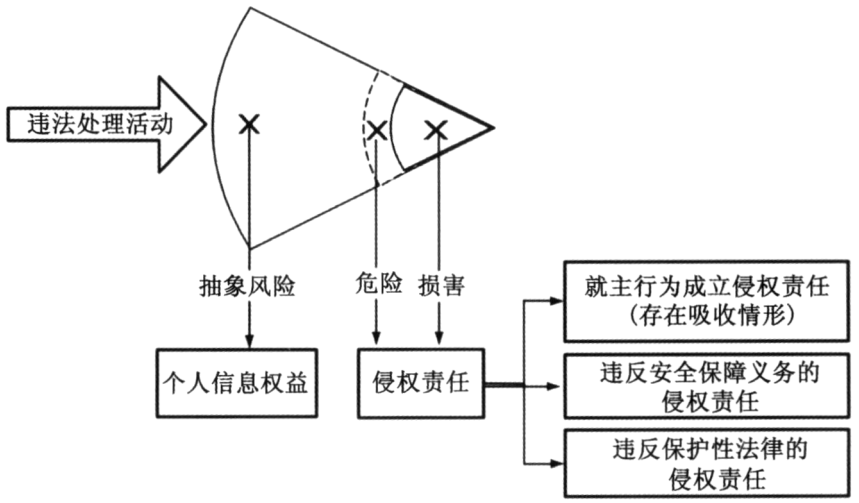
3.第三人介入时的损害赔偿责任认定

当侵害个人信息权益违反安全保障义务抑或违反保护性法律时,均有可能存在第三人行为介入的情形。如处理者未尽到安全保障义务导致信息泄露,第三人由此取得信息并用于实施诈骗、电话骚扰等。此时,处理者违反处理义务与损害后果的发生是否具有因果关系,或者说第三人行为的介入是否造成因果关系中断,乃处理者最终是否承担侵权责任的关键。

第一,当处理者违反安全保障义务导致第三人有可乘之机时,不发生因果关系中断,处理者仍需依其原因力大小承担相应责任。处理者负担法定的安全保障义务,意味着其具有保护个人不因信息处理风险而受到第三人侵害的法定义务,此时处理者当然应对第三人行为造成的损害承担相应责任,因果关系不中断。因此,处理者未尽到前述的安全保障义务,导致第三人获取、利用信息实施侵权行为造成损害的,处理者应承担相应责任。

第二,当处理者违反保护性法律,则需区分具体情况。若处理者的违法处理活动造成了损害可能发生的在先危险,即造成第三人介入并实施侵权行为的可能性明显升高,则第三人行为介入不发生因果关系的中断,处理者需承担相应责任。例如,处理者未经同意公开个人信息、向其他处理者提供信息,明显增加了个人信息主体遭受损害的可能性,第三人因此获取个人信息并侵害个人权益的,处理者需就损害承担责任。反之,当处理者违反处理义务但并未增加第三人侵权行为发生的可能性,如处理者虽未经同意收集、储存个人信息,但采取了安全保障措施,并未造成第三人实施侵权行为的风险显著升高,则处理者无须向受害者承担损害赔偿责任。由于处理者未履行取得同意义务、告知义务,个人信息主体可向其主张删除权等个人信息权益,处理者也面临非法处理信息的其他法律责任。

综上,侵害个人信息权益的侵权法保护,应当采取"有限的扩张方案"。其有限性表现在侵害个人信息权益的侵权责任仍以危险和损害存在为要件;扩张性则表现在,违反安全保障义务的侵权责任和违反保护性法律的侵权责任,本质上是通过扩展侵权法的规范群,延伸应受规制的行为范畴、因果关系链条的方式,将造成损害的侵害个人信息权益行为纳入侵权责任的规制范畴。为清晰呈现侵害个人信息权益的责任体系及其侵权责任的体系地位,下图总结了侵害个人信息权益产生抽



图二 侵害个人信息权益的不同后果及其规制路径

象风险、危险和损害的不同规制路径。

结语

法律手段的科学性取决于其解决现实问题的能力而非其他，[49]构建独立的“个人信息侵权”制度，不仅冲击现有侵权责任体系，且保护效果有限。事实上，只有跳出个人信息保护的部门法优位观，正视个人信息权益作为抽象风险控制工具的功能属性以及其他风险控制手段的有效性，才能科学认识侵权责任法在个人信息风险控制体系中的应然角色，并确立最恰当的个人信息侵权保护方案。

注释：

①主张构建独立“个人信息侵权”制度的观点参见李昊：《个人信息侵权责任的规范构造》，载《广东社会科学》2022年第1期，第250-254页；张建文、时诚：《个人信息的新型侵权形态及其救济》，载《法学杂志》2021年第4期，第39-41页。

②北京市朝阳区人民法院民事判决书(2018)京0105民初36658号。

③参见贵州省贵阳市观山湖区人民法院民事判决书(2020)黔0115民初11201号。

④参见山东省滨州市(地区)中级人民法院民事判决书(2021)鲁16民终2594号。本案中，被告未经原告同意，且在原告多次拒绝的情况下，向原告持续推销，侵扰原告生活安宁，法院认定存在个人信息侵权和隐私权侵权的竞合。

⑤参见湖南省益阳市中级人民法院民事判决书(2021)湘09民终1585号。本案中，被告擅自将原告姓名、身份证号码等信息张贴于公共空间，法院认定存在个人信息侵权和隐私权侵权的竞合。

⑥参见北京市西城区人民法院民事判决书(2021)京0102民初15833号。本案中，被告冒用原告姓名和身份信息注册公司，法院裁判认定成立个人信息侵权和姓名权侵权的竞合。

⑦参见北京市西城区人民法院民事判决书(2021)京0102民初27592号。本案中，被告冒名注册公司的行为被认定为姓名权侵权与个人信息侵权竞合。

⑧参见北京市丰台区人民法院民事判决书(2021)京0106民初22229号。本案中被告未经原告同意，使用原告姓名和身份信息冒名注册公司，法院依未经同意非法收集、使用个人信息认定成立个人信息侵权。

⑨参见云南省昆明市五华区人民法院民事判决书(2021)云0102民初21563号。本案中被告擅自以原告名义开具增值税发票，法院判定被告未经同意非法使用原告个人信息，认定成立个人信息侵权。类似判决还可参见湖南省长沙市中级人民法院民事判决书(2021)湘01民终11420号。

⑩参见江西省吉安市吉州区人民法院民事判决书(2021)赣0802民初5054号。本案中，他人冒充原告与被告签署贷款合同且未按时还款，导致原告有不良征信记录，被告拒绝更正征信记录，致使原告因信用受损无法贷款。法院判决被告构成个人信息侵权。

⑪同前注③。

⑫参见四川省攀枝花市仁和区人民法院民事判决书(2021)川0411民初717号。本案中，原告仅因被告向他人提供其电话号码致其收到好友申请，向法院主张被告承担个人信息侵权责任，法院认为原告对其个人信息“享有进行支配并排除他人干涉的权利”，支持了原告的主张。

⑬参见北京市顺义区人民法院民事判决书(2020)京0113民初16062号。本案中，顺丰公司在原告明确提出拒绝后，仍将原告电话号码与其身份证号码在系统中进行关联储存，法院认定被告侵害了原告“对其个人信息的控制权”。

⑭参见辽宁省锦州市中级人民法院民事判决书(2021)辽07民终3638号。

⑮同前注⑫。

⑯参见吕炳斌：《个人信息权作为民事权利之证成——以知识产权为参照》，载《中国法学》2019年第4期，第45-46页。

⑰参见于柏华：《权利的证立论：超越意志论和利益论》，载《法制与社会发展》2021年第5期，第107-108页。

⑱在《个人信息保护法》中，并非所有授权规则和义务规则都是个人信息权益的规范依据，还须排除规定非个人信息主体权利的规则、规定非处理者义务的规则、处理关系之外的其他权利和义务规则(前者如个人享有的举报权，后者如处理者应设置个人信息保护负责人、进行安全评估的义务)等。

⑲参见丁晓东：《个人信息权利的反思与重塑——论个人信息保护的适用前提与法益基础》，载《中外法学》2020年第2

期，第339页；王苑：《个人信息保护在民法中的表达——兼论民法与个人信息保护法之关系》，载《华东政法大学学报》2021年第2期，第72页。

⑳参见周汉华：《个人信息保护的法律定位》，载《法商研究》2020年第3期，第50页。

㉑See Wesley Newcomb Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, The Yale Law Journal, 1917, p, 30.

㉒参见[美]诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社1994年版，第7页。

㉓参见何松威：《论领域法的私法研究范式——以〈个人信息保护法〉研究为例》，载《当代法学》2022年第4期，第99页。

㉔参见宁园：《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第28条第1款为中心》，载《比较法研究》2021年第5期，第38-39页。

㉕参见《个人信息保护法》第61条。

㉖See Mathew D. McCubbins & Thomas Schwartz, Congressional Oversight Over-looked: Police Patrols versus Fire Alarms, American Journal of Political Sciencel, 1984, p. 165.

㉗参见王锡锌：《重思个人信息权利束的保障机制：行政监管还是民事诉讼》，载《法学研究》2022年第5期，第9页。

㉘参见梅夏英：《民法权利思维的局限与社会公共维度的解释展开》，载《法学家》2019年第1期，第30-31页。

㉙参见丁晓东：《法律如何调整不平等关系？——论倾斜保护型法的法理基础与制度框架》，载《中外法学》2022年第2期，第449页。

㉚参见陆青：《数字时代的身份构建及其法律保障：以个人信息保护为中心的思考》，载《法学研究》2021年第5期，第7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31-34页；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30-33页。

㉜相关观点参见叶名怡：《个人信息的侵权法保护》，载《法学研究》2018年第4期，第90页；刘云：《论个人信息非物质性损害的认定规则》，载《经贸法律评论》2021年第1期，第67-69页。

㉝参见张铁薇：《侵权责任法与社会法关系研究》，载《中国法学》2011年第2期，第49页。

㉞参见冯德淦：《侵权法中机会丧失理论之构建》，载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期，第135页。

㉟参见[英]卡罗尔·哈洛：《国家责任——以侵权法为中心展开》，涂永前、马佳昌译，北京大学出版社2009年版，第83页。

㊱参见张铁薇：《侵权法的自负与贫困》，载《比较法研究》2009年第6期，第45页。

㊲如有的学者主张，可视为损害的风险仅限于客观的、实质的风险而非捕风捉影的风险，上述标准只能表明主张者限制可损害化的风险范围的意图，尚不具有可操作性。同前注㉛，田野文，第33页。

㊳违反保护性法律的侵权类型借鉴自《德国民法典》第823条第2款。参见《德国民法典(第5版)》，陈卫佐译，法律出版社2020年版，第381-382页。

㊴参见苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第30页。

㊵参见朱岩：《违反保护他人法律的过错责任》，载《法学研究》2011年第2期，第97-99页；汪君：《论公法作为"保护他人的法律"》，载《西部法学评论》2020年第5期，第14-16页；方新军：《利益保护的解释论问题——〈侵权责任法〉第6条第1款的规范漏洞及其填补方法》，载《华东政法大学学报》2013年第6期，108-112页。

㊶参见朱虎：《规制性规范与侵权法保护客体的界定》，载《清华法学》2013年第1期，第159-166页。

㊷参见《个人信息保护法》第20条、第21条。

㊸参见《个人信息保护法》第40条、第41条。

㊹参见[美]威廉·詹姆士：《实用主义——某些旧思想方法的新名称》，李步楼译，商务印书馆2022年版，第47页。

Reshaping the Tort Liability for Infringement of the Personal Information Right

Ning Yuan

Abstract: Creating a separate type of tort liability called "personal information infringement" is gaining popularity among tort law programs for protecting personal information right."Personal information infringement" is based on the theory which asserts the personal information right as the self-determination right and the strategy viewing abstract risk as actual damage. Unfortunately, many prolems will arise once a separate personal information infringement program is established. From the perspective of the relation with the specific personality right,"personal information infringement" in judicial practice presents competing pattern, alternative pattern and independent pattern. Competing pattern is that the judge ruled that both personal information infringement and other personality were established. Alternative pattern is that the judge ruled that personal information infringement was established, even though it established other infringements (such as infringement of the right to the name). Independent pattern is that the judge ruled that the personal information infringement was established, even though the activity doesn't establish any king of other infringement. However, form the perspective of judical practice, creating an independent tort ability for the personal information right infringement is nont a wise choice. Its legitimacy is doubtful for exposing flaws that undermine the existing system of tort liability, unduly restrict freedom of action, and induce a proliferation of litigation. As for the theoretical basis, the personal information right is a scenario-based and relative right, not a self-determining right. The fundamental characteristic of the personal information right lies in its risk control function, which is an instrumental right given to individuals to control the risk of processing personal information. It builds a protective barrier for a wide range of rights and interests, including private rights, and constitutes a barrier structure with the right of personality. There is no juxtaposed relation between the personal information right and personality right. In terms of construction strategy, where infringement of the personal information right only creates an abstract risk, the personal information right itself provides individuals with a more efficient means of controlling the risk, and the expansion of the tort liability, which treats the abstract risk as damage, is disproportionate and unnecessary. Tort liability for infringement of the personal information right needs to be based on that the damage has actually occurred, and the three judicial patterns can be connected to the existing tort liability system through the following arrangements. Firstly, if illegal use of personal information and other infringements are involved between subjects who have equal the capacity to controll information, since there is no relation of processing personal information, the victim does not own the personal information right. Thus, there is no infringement of the personal information right, neither competing pattern nor substitute pattern of "personal information infringement". Secondly, in the relation of processing personal information, when the illegal processing activity is absorbed by the main behavior, constituting a component or necessary means of the main infringement, it is unnecessary to apply the competing pattern or alternative pattern of "personal information infringement", and infringement liability should be determined in accordance with the main behavior. Principle of attribution of tort fallibility should be determined by the main behavior. Thirdly, if the damage is caused by separate illegal processing activities, it shall be recognized as a violation of safety and security obligations or protective laws, satisfying the illegality element of tort liability, and the principle of attribution shall apply to the presumption of fault.