

# 公序良俗在个人信息保护中的运用

——兼论《民法典人格权编》(草案)对个人信息的规定

蔡 唱

**【摘要】** 公序良俗原则实质上应该是“不违背公序良俗”。民法中采取列反面清单的方式加以运用。《民法典人格权编》(草案)中用专门章的规定彰显了对个人信息权益保护的重视。然而在其不承担责任条款列举中,则规定“为维护公序良俗而实施的必要行为”的实施收集、使用或者公开个人信息等行为不承担责任。该规定不同于关于公序良俗在民法中的运用方法,会产生侵害个人信息的巨大风险,减损个人信息保护内容。民法典中应该正确认识公序良俗的作用,平衡权利的保护与公序良俗的保护。建议删除816条第4项规定,回归不违背公序良俗的科学运用模式,全面保护个人信息。

**【关键词】** 公序良俗;个人信息保护;民法典人格权编

**【基金项目】** 湖南省社会科学规划项目(17YBA072)

**【作者简介】** 蔡唱,海南大学法学院教授,博士生导师(海南海口 570228)。

**【中图分类号】** DF0 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1001-6198(2019)05-0067-05

2018年9月8日发布的《民法典人格权编》(草案)第816条规定:“实施收集、使用或者公开个人信息等行为,有下列情形之一的,行为人不承担民事责任:……(四)为维护公序良俗而实施的必要行为……”该条可以说是将公序良俗原则具体应用到了法律规则中,但是这一规定对公序良俗的运用方式却与民法中其他条款对公序良俗的运用方式存在明显差异。从公序良俗的运用模式看,《民法典人格权编》(草案)第816条第4项是将“维护公序良俗”作为个人信息的免责事由规定的,即“维护公序良俗”是个人信息保护其中的一个边界,在“维护公序良俗”之外的领域,个人信息即可受到法律保护。这一运用方式,

与公序良俗传统的反面列举不同。在私法中公序良俗的正面范围尚不清晰,而以一个范围尚不清晰的事由作为个人信息保护的边界,只会导致个人信息保护的范围被无限制地压缩,法律对个人信息的保护将会形同虚设。《民法典人格权编》(草案)的这一规定,为侵害个人信息开了个很大的缺口,不利于权益的保护。因此,需要重新斟酌公序良俗在个人信息保护中应该如何运用的问题。

## 一、公序良俗在民法中的运用范式

### (一)《民法总则》中公序良俗的运用

《民法总则》中对公序良俗的运用体现以下条



款。

《民法总则》第8条规定“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”学者认为这是规定的“禁止违反法律和公序良俗原则”<sup>[1]</sup>。在此原则的指引下，第153条规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”此外关于法律适用方面，公序良俗对于习惯的适用也起到了一定的限制作用，如第10条规定。除了对公序良俗的直接规定，《民法总则》还规定了属于“公序良俗”范畴中的“公共利益”。

此外，《民法总则》第147条规定，因重大误解导致的民事法律行为可以被撤销，第148条、第149条规定因欺诈而实施的民事法律行为可以被撤销，第150条规定因胁迫而实施的民事法律行为可以被撤销，以上都属于对主观暴力行为的规制；第151条规定的显失公平条款属于对客观暴力行为的规制。二者均属于对公序良俗原则的具体化规定。

纵观《民法总则》对于公序良俗的规定，多是以列反面清单的方式来运用公序良俗。《民法总则》第117条属于从列正面清单的方式，但是117条为公法规范，征收、征用属于行政行为，从正面规定公共利益的维护也无可厚非。且公共利益和公共秩序不是同一概念。《民法典人格权编》（草案）第816条第4项却采取了列正面清单的形式来运用公序良俗，其第816条的其他4项中，除了第5项属于引致条款外，其他3项均属于私法规范，因此将816条第4项理解为私法规范更符合该条的体系逻辑。

以上可见，不违背公序良俗原则在民法中主要体现在：否定法律行为效力、悖俗型侵权行为等都是否定的方式，在法律适用中是列反面清单的方式。

## （二）理论上公序良俗的运用

在“公序良俗”规定之初，民法强调个人本位，因此仅将公共秩序理解为政治的公序，即“防止无限制的契约自由损害国家和家庭秩序”。此时公序良俗规则对于意思自治的限制范围是极小的，更注重对形式正义的维护。此时的公序良俗是阻却债成立的不法原因和契约标的的消极要件，因此一般表现为禁止性规范，若当事人违反公序良俗，则会导致其行为受到否定性评价。<sup>[2]</sup>

但是随着经济的发展以及“社会本位”概念的提出，学者们意识到公序仅维护国家、家庭的秩序并不能满足社会生活的需要，因此公共秩序又发展为包括政治的公序和经济的公序，从而使国家能够干预个人的经济生活。

另外，不论是政治的公序还是经济的公序，即便是人们的观念从个人本位过渡到社会本位，公序良俗的运用都是对法律行为违背国家利益、经济政策、社会道德的限制，其本质上是对强行性、禁止性规范尚未规制的法律关系进行兜底性的规定，以弥补两种规范因滞后性、不周延性而造成的法律漏洞。而此种对意思自治的限制，只能通过反面清单的方式来为意思自治划定边界，这也符合私法中“法不禁止即自由”的理念。换言之，公序良俗的作用在于对法律行为的评价，其目的“不在于以法律对公民进行道德强制，而在于使行为、尤其是法律行为不成为违背社会一般道德的工具”<sup>[3]</sup>。而当事人的行为是否违反或违背了一般道德，只能通过列反面清单的方式来表述。

并且，公序良俗作为一般条款，其高度抽象性同时会导致裁判的不确定性，对于法的安定性也造成了严重的威胁，人们就难以预测法律对其行为的评价态度。而“法律的确信是法治和自由经济成为可能的前提。”<sup>[4]</sup>要让法律的确信让位于公序良俗这一一般条款，则需要在其不确定的概念中寻找相对确定的边界。因此，学者们在适用公序良俗时，常常要求对其的适用条件进行约束。

## 二、《民法典人格权编》（草案）个人信息部分运用公序良俗模式的弊端

《民法典人格权编》（草案）第816条第4项并未沿袭民法以往运用公序良俗的方式，而是采取了列正面清单的方式对个人信息保护进行了限制，这样的运用方式并不符合公序良俗在民法中对意思自治规制的作用，由于公序良俗的运用往往产生法律行为无效或者非法律行为被认定为侵权的极为严重的结果，所以在对公序良俗进行运用时必须谨慎，不宜将其大量纳入民法的方方面面。因此，只要民事主体在行使权利时并未造成对公序良俗的违反，就不应该对其进行限制。

另外,通过列正面清单对公序良俗进行运用的方式大量存在于公法规范中,一方面是公法的立法目的使然;另一方面,列正面清单的方式也是法律赋予国家机关公权力的途径,对于国家机关而言,其所有的权利都依赖于法律的正面规定,在法律的正面清单以外的领域,国家机关不得行使权力。而私法规范却恰恰相反,私法主体在原则上可以根据自己的意志行使权利,法律通过列反面清单的方式来规定私法主体行使权力的边界,从而防止私法主体对权利的行使造成对公共利益或者他人利益的侵害。从内容上看,第816条第4项是对个人信息侵权的免责事由的规定,应属于典型的私法规范,因此不宜采取列正面清单的方式来对公序良俗加以运用。

### (一) 与个人控制论矛盾

从《民法典人格权编》(草案)第814条的规定来看,收集、使用自然人的个人信息必须经过被收集者的同意,该条很明显地表达了我国对个人信息的保护采用的是信息的个人控制理论;并且立法者将个人信息的保护放在“人格权编”中,也表明了个人信息保护的支配效力,而第816条第4项却表达了社会控制理论的思想,而这两种理论是不能互相融合的。按照社会控制论的观点,“个人信息具有公共属性,关涉他人和社会利益,个人信息的适用不应当由个人决定”<sup>[6]</sup>。该理论还进一步认为个人信息具有社会价值,对民主体制具有价值,而这种属性使得个人信息的收集、使用不应该由个人来决定,应该由社会的共同价值观决定。<sup>[7]</sup>而第816条第4项表面上是个人信息保护的免责事由,实际上,按照法条的表述,只要是为了维护公序良俗而收集、使用个人信息,均无需个人信息主体的同意,而在正面适用公序良俗的情况下,公序良俗几乎无所不包,经营者擅自收集犯罪嫌疑人的犯罪信息,也可以解释为维护公序良俗。由于公序良俗的外延过大,大大压缩了个人可以决定个人信息的范围,导致个人信息的评价标准更多地取决于社会的共同价值观,而非个人的意志。而个人控制论强调个人信息主体在行为上的排他性和控制性,该理论赋予了信息主体正面授予他人对信息进行收集、处理的权利,也从反面赋予了信息主体限制他人超越其必要的

目的而使用个人信息的行为。而我国一直以来都采用的是告知—同意的框架,这一框架正是个人控制论的核心。因此个人控制论更符合我国一贯对个人信息保护所持的理念。而将维护公序良俗作为个人信息保护的免责事由则与这一理论相冲突,不符合个人信息保护体系的和谐性。

### (二) 与个人信息保护的立法目的相悖

纵观个人信息保护的发展背景,个人信息保护立法的起因为两个事件:一是纳粹德国利用人口普查的信息寻找犹太人,进而实现纳粹的种族灭绝计划;二是在二战时期美国政府通过户籍资料的收集和利用来跟踪和调查美籍日裔,以上两个原因促进了欧洲与美国开始进行个人信息保护的立法。<sup>[8]</sup>相比较而言,政府机构比非政府机构对个人信息的危害更大。政府机构获取个人信息的障碍相对较少,并且获取个人信息的种类更加全面,一旦政府机构掌握了大量的个人信息,并且对于个人信息不加限制地利用,则会导致个人的人格被无限地限制和剥夺。而通过列正面清单的方式来利用公序良俗,正好为政府机构在其必要目的之外收集、使用个人信息提供了很好的借口,其结果可能是以控制政府滥用个人信息为目的的个人信息保护法反而成为了政府滥用个人信息的合法性理由。

对于非政府机关而言,为了维护公序良俗而收集、处理他人的个人信息的情形较少,主要涉及舆论监督。一审稿在“人格权的一般规定”的第779条第2款中规定:“行为人为维护公序良俗实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以在必要范围内合理使用民事主体的姓名、名称……个人信息等。”在新闻报道中,在必要的范围内使用个人信息在新闻界的必要目的范围之内,新闻的主要价值在于报道事件的真相以及推动公众关注某类社会问题,维护公序良俗新闻报道导致的积极结果中的一种。对于在必要范围之内的合理使用情况,新闻报道的规制应当与对学术研究、课堂教学等的规制类似,而对于学术研究、课堂教学的情况,一审稿在第816条第3项中规定只要是在合理范围内实施的行为均不承担责任,类似地新闻报道也需将其规制在合理适用范围内即可,无需考察新闻媒体的主观目的是否是为了维护公序



良俗。在比较法上,《日本个人信息保护法》也规定了新闻报道可以成为个人信息保护的免责事由,但并未将免责条件限定于“为了维护公序良俗”的主观目的中,而是规定广播机关、报社、通讯社以及其他报道机关(包括从事报道业务的个人)在为了必要的报道而使用个人信息的情况下,可以不向个人信息主体告知其利用的目的。

对于舆论监督而言,其确实是宪法权利中言论自由的一部分,对政府官员、公众人物、社会事件起到了很好的监督作用,但是在无限制的言论自由的条件下也对个人的权利造成了侵害。在信息时代到来之前,舆论监督就与隐私权、名誉权等产生了矛盾,法律对此的做法是采用利益衡量与比例原则来确定哪种权利应该受到优先保护,同样作为人格权的个人信息可以不考虑利益衡量,而是直接优先保护公共秩序?并且舆论所探讨的事件可能并非仅涉及公众人物,还有可能涉及这些公众人物的亲人或者其他无辜的民众,一般而言,对于这些民众的隐私权、个人信息的保护应当比公众人物的保护程度更深,而不应该被笼统概括在舆论监督的范围中。况且,个人信息保护的目的在于保护信息主体的人格尊严以及信息的自由流通,从目前各国的立法趋势上看,法律对个人信息的保护越来越严格,并非仅偏重于对公序良俗的保护。

个人信息主体对个人信息所享有的权利是一种个人控制权,它不同于其他的人格权。作为控制权的个人信息除了赋予个人信息主体自主决定自己的个人信息是否被收集、处理之外,还包括对信息持有人的管理和支配,这种支配属于对人的支配而不仅仅是对其物的支配,因此法律对个人信息的保护除了消极保护外,还有积极控制。<sup>[9]</sup>主要体现在《民法典各分编》(一审稿)第815条规定的信息主体对信息持有人所占有的个人信息查阅、抄录、更正、删除的权利。个人信息保护的重点不在于对个人信息的收集,而是对个人信息的收集后的利用。我国对个人信息保护采取的是当事人事先同意才能收集其个人信息的模式,个人信息主体同意内容不仅包括信息处理者能够使用其个人信息,还包括信息处理者只能在其允许的目的范围内使用,也就相当于告知了个人信息

主体其收集的行为与目的,因此一审稿并没有规定信息处理者的告知义务。而适用免责条款之后则无需征得信息主体的同意,这一免责的同时也免除了信息处理者告知的义务,则会导致信息处理者收集信息之后所采取的一切行为个人信息主体都不能进行后续的控制和监督。若信息处理者在后续的处理行为中采取了不当、不必要的处理方式,个人信息主体也可能无法在事先控制,只能在对其个人尊严造成影响之后才知晓信息处理者行为的违法性,这就大大减损了个人信息在同意权之外的其他权能,使得个人信息的保护机制不能发挥应有的作用。即便是从利益衡量的角度考虑,可以不经个人信息主体的同意而收集、处理个人信息,但是也不应该剥夺个人信息主体的知情权。

个人信息中的人格权利益与隐私权相似,已经造成的损害将难以恢复。因个人信息的泄露导致的严重后果已经不仅仅在于对信息主体的个人尊严的威胁,某些情况下已经上升到了对信息主体的身体健康以及生命的威胁。而法律设立个人信息的保护的事前同意模式,可以在一定程度上预防其他主体对个人信息的获知,从而避免损害结果的发生。但是以列正面清单的方式运用公序良俗来排除信息收集者的责任,因其概念外延的不确定性,将会使得这一权利受到极大的限制,甚至形同虚设。

### 三、个人信息保护中公序良俗运用之完善

#### (一) 正确认识公序良俗在民法中的作用

立法者将公领域的公序良俗纳入司法规范的目的旨在填补法律漏洞,并对意思自治的范围进行限制。因此,我国在对公序良俗进行运用时,一般指涉及法律行为领域,在非法律行为领域中尚未发现我国法律对公序良俗的运用;我国学者在对公序良俗原则进行类型化研究时,主要关注点也在于对法律行为的规制,一般将违背公序良俗的结果概括为违反公序良俗的法律行为无效。但是在比较法上,一些国家或地区并非仅将公序良俗适用于法律行为。在非法律行为中,公序良俗也有适用的余地。在德国法上,侵权法保护的

对象分为三个层面：一是民法典中规定的权利；二是被特定法律所保护的个体利益；三是以违反善良风俗的方式故意损害他人之一般利益。<sup>[10]</sup>由此可见，德国将公序良俗作为了侵权法保护范围的限定条件。侵权法将保护范围从权利扩张到利益后，由于利益在法律上没有明确的界定，侵权法一旦对利益的范围保护过广将会造成实质上的不公正，所以有必要对其进行限制，于是德国立法者通过行为是否违背善良风俗来判断一般利益是否应受到保护。因此公序良俗在非法律行为上的作用也是对权利范围的限制，而这种限制只能通过列负面清单的形式来表现。

对于个人信息的保护而言，若不加限制地允许个人信息主体完全在各种情况下控制其个人信息，可能会对公共管理的效率以及交易效率产生影响，因此为了防止个人信息的保护范围过大而影响到信息的流通从而影响到公共利益，也需要对个人信息的保护范围进行限制。公序良俗就是对个人信息保护范围的限制工具。但是这种限制也只能通过对个人信息的过分保护是否违反公序良俗来判断，因为归根到底，公序良俗这种具有公性质的利益进入到私领域不能过于宽泛，它只能对私领域起到限制作用，而不能使私领域达到完全牺牲自己来促进公领域发展的高度。

## （二）利益冲突下以利益衡量为冲突解决机制

一审稿第816条规定的在为了维护公序良俗的情形下，信息处理者可以不经个人信息主体的同意而收集、使用个人信息，其实质是对个人信息主体意思自治的限制，其限制了信息主体依照自己的意思控制其个人信息的权利。而当这两种利益发生冲突时，利益衡量、价值取舍才是个人信息保护立法中关注的重点。我国《民法总则》第8条已经规定了：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”第816条作为民法典分编的内容，受到民法总则的统领，其权利的行使也要受到民法总则中规定的原则的约束。而第816条第4项中规定的“为维护公序良俗而实施的必要行为”与第8条的规定的原则同样抽象，甚至由于其用列正面清单的方式运用公序良俗，更加难以把握其范围。因此第816条第4项中规定的内容完全可以通过《民法总则》第8条中规

定的公序良俗原则以及《民法典各分编》（一审稿）第814条规定的收集、使用个人信息的必要原则来替代，这样既避免了在私法规范中使用列正面清单的方式来运用公序良俗，又避免了立法资源的浪费。

公序良俗的作用在于对意思自治的限制，不在于要求权利人达到某种道德上的高度，因此不宜通过列正面清单的方式规定；并且运用此种方式也不符合个人信息保护对人格尊严与信息自由流通的恒平的立法目的。防止个人信息的保护范围过广而限制信息的自由流通与经济的发展，应该通过利益衡量来判断。而对于意思自治与公序良俗之间的利益衡量，只能通过具体个案来判断，不能给出一个确定的标准，因此需要运用具有一定抽象性的法律原则来作为填补法律漏洞的参考依据。但是由于一审稿第816条第4项在对公序良俗运用上的差异，导致不但不能作为一种确定性高于法律原则的规则运用，反倒在一定程度上干涉了既有的个人信息保护的法律法规。并且第816条的规定并未显现出个人信息保护与公序良俗之间的冲突和其他利益冲突的区别，且与公序良俗原则的规定同样抽象，为避免立法资源的浪费，在利益冲突时，利用公序良俗原则的规定即可，无需在人格权编中另行规定。

## 【参考文献】

- [1]陈甦：《民法总则评注》，北京：法律出版社，2017年，第56页。
- [2]杨德群：《公序良俗原则比较研究》，北京：中国社会科学出版社，2017年，第94-96页。
- [3][4][9]于飞：《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》，北京：北京大学出版社，2006年，第110、6、224页。
- [5][6]高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，《法学研究》2018年第3期。
- [7]齐爱民：《拯救信息社会中的人格》，北京：北京大学出版社，2009年，第19页。
- [8]刁胜先：《个人信息网络侵权问题研究》，上海：上海三联书店，2013年，第33页。

【责任编辑：姝 畅】