

《个人信息保护法》背景下告知同意规则的检视与改进

罗陈鑫

(华东政法大学 经济法学院, 上海 200050)

摘要: 告知同意规则虽然是国际通行的个人信息保护规则, 但在实践中面临着多重困境。《个人信息保护法》在坚持采纳告知同意规则的同时也对其采取了一系列修正措施。但从《个人信息保护法》的适用现状来看, 告知同意规则面临的实践困境并没有得到改善, 信息处理者与信息主体之间仍然处于利益失衡的状态。检视《个人信息保护法》所采取的扩张合法性基础、实施信息分类与差异化保护、细化完善同意规则等修正措施, 虽然一定程度上纾解了同意规则难以落地的窘况, 但仍存在诸多疏漏。应采取引入合法利益豁免机制、构建行政监管机制、发扬个人信息保护设计理念等手段作为告知同意规则改进完善的对症之策。

关键词: 告知同意; 《个人信息保护法》; 合法利益豁免; 利益平衡; 个人信息保护设计

中图分类号: D923

文献标识码: A

DOI: 10.19358/j.issn.2097-1788.2023.06.005

引用格式: 罗陈鑫. 《个人信息保护法》背景下告知同意规则的检视与改进 [J]. 网络安全与数据治理, 2023, 42(6): 30-36.

Review and improvement of informed consent rules in the context of the implementation of Personal Information Protection Law

Luo Chenxin

(Law School of Economics, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200050, China)

Abstract: Although the informed consent rule is an internationally accepted personal information protection rule, it faces multiple dilemmas in practice. While adopting the informed consent rule, the Personal Information Protection Law also adopts a series of amendments to it. However, from the current situation of the application of the Personal Information Protection Law, the practical dilemma faced by the informed consent rule has not been resolved, and the interests between the information processor and the information subject are still in a state of imbalance. Examining the amendment measures adopted by the Personal Information Protection Law, such as expanding the legal basis, implementing the classification and differentiated protection of information, and refining the consent rules, although to a certain extent, the dilemma that the consent rules are difficult to be implemented is alleviated, there are still many problems to be solved. It is necessary to introduce the legal interest exemption mechanism, build the administrative supervision mechanism, and carry forward the design concept of personal information protection as the countermeasures to improve the informed consent rule.

Key words: informed consent; Personal Information Protection Law; exemption of legitimate interests; balance of interests; personal information protection design

0 引言

大数据时代个人信息保护极端重要。自《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称“《个保法》”)颁布以来, 我国已经构建起了个人信息保护的基本制度体系。《个保法》在规则构造上继续沿用了告知同意模式, 但这一模式其实在颁布之前就面临着诸多质疑与挑战。美国著名的隐私法学者 Solove 提出的“同意困境”理论总结

了告知同意所面临的种种窘境^[1], 得到了很多学者的认同与引用。有一些学者认为针对“同意困境”, 应当对告知同意规则作出修正; 另外一些观点较为激进的学者则认为不当把同意作为个人信息处理的正当性基础。应当说, 告知同意规则的存与废不是一个简单的是非题, 而是一个复杂的综合题, 这一规则从根本上触及我国的个人信息保护制度, 需要全面审慎地考量。《个保法》在

立法选择上没有直接废除告知同意规则，而是采取了扩张合法性基础、构建信息分类与差异化保护制度、细化完善同意规则等一系列措施对其进行修正，以期避免告知同意规则制度目的的落空。但这些措施是否真正有效纾解了我国信息保护实践中的“同意困境”仍然难以得到肯定。时至今日，告知同意规则在实践上仍然面临告知不到位、同意不真实和救济路径缺失等问题。因此，有必要对《个保法》背景下的告知同意规则进行再检视，探索进一步优化的对症之策。

1 告知同意规则实践的现状

有学者表示，在缺乏来自国家保护和支援的情况下，自主控制的告知同意规则往往沦落为对个人的象征性赋权；在极端意义上，个人“自主控制”甚至造成“个人自主地选择被支配”的困境^[2]。具体而言，告知同意规则在实践中主要面临以下几种困境。

1.1 信息过载无法真正告知

告知同意规则主要通过隐私政策得以实践，但隐私政策并没有有效告知信息主体信息被处理使用的真实情况。首先，隐私政策往往非常冗长，很容易导致信息主体面临“信息过载”的困境。信息过载会使接受者随意浏览、挑选信息甚至放弃阅读^[3]。国外的一项统计显示，如果信息主体要阅读提供给他们的所有隐私政策，那么每年需平均付出 244 h，平均每天需要耗费 40 min。其次，隐私政策的条款专业性极强，对于信息主体而言通常难以理解。隐私政策在某些方面类似于格式合同，涉及大量的法律名词与专业术语，对于不具备充分法律知识的信息主体来说，难以真正了解其内容。此外，从信息处理者的角度来说，存在主动增强隐私政策的专业性、复杂性以人为制造阅读障碍的动机。通过在隐私政策中夹杂排除对方权益、免除己方责任的条款，实现其责任规避之目的。隐私政策的不可读则无法实现真正告知信息主体信息被处理使用的情况。

1.2 信息主体同意缺乏有效性

告知同意规则中同意是信息主体对抗信息处理者的主要工具，也是其主体价值得以实现的主要依托，但在实践中受制于多重因素，同意既缺乏真实性也缺乏有效性。首先，告知不到位使得用户不知情，同意缺乏相应的前提，真实性、有效性自然会落空。其次，即使假设信息主体处于一个相对知情的状态，其同意的真实性仍然难以得到保证。盖因信息主体与信息处理者之间的地位极不平等。一方面，信息处理者在技术、知识等方面相对信息主体具有压倒性的不对称优势，另一方面，信息处理者在经济实力、诉讼能力上

也具有极大的资源优势^[4]。而各平台普遍采用的“不同意即退出”“使用即同意”的模式更是进一步放大了这种不对称性，在该种模式下，信息主体只能做出非此即彼的选择，没有任何的协商空间，同意被形塑成了逼迫式、裹挟式的同意^[5]。当下，对于大多数人而言，在霸王条款面前，告知同意规则可谓形同虚设。从这个角度来看，面对具有垄断性地位、“准公权力机构”性质的社交网络平台等信息处理者，信息主体具有极强的依附性，除了表示“同意”无从选择，而此种“同意”根本难谓真实有效。

1.3 信息主体缺乏救济路径

告知同意规则要真正发挥作用客观上需要有相应的救济路径。但目前，我国对于违反告知同意规则主要救济途径仍然是民事诉讼机制，并非行之有效。首先，对单个个体而言，个人信息侵权行为造成的人格利益损害较小，通常缺乏诉讼的动力来改变侵权状态，不能寄希望于个人积极地展开维权与诉讼。我国尚未建立起个人信息保护领域的集体诉讼机制，也缺乏相应的公益诉讼机制。其次，民事诉讼机制作为一种事后机制与告知同意规则所倡导的事前预防理念是有所龃龉的，在保护个人信息上存在激励不足，既无法预防泄露、滥用个人信息行为的发生，也不能有效惩罚和威慑违法者。最后，在民事赔偿机制中，个人信息缺乏相应的价值评估体系，其个人权、财产权兼有的属性使得用户损害的计算具有复杂性。同时，信息主体在举证能力上又居于弱势，法律所赋予的损害赔偿权极易沦为“纸面上的权利”^[6]。实证研究表明，在我国的司法实践中，真正与个人信息保护相关的案件数量并不多，损害赔偿请求得到支持的则更少^[7]。可以说在缺乏国家有力监管的情形下，个体视角下的同意无法有效防范平台权力所带来的结构性伤害。

2 《个保法》同意规则修正措施的评析与反思

面对前文所述问题，立法者在经过权衡与考量之后采取了扩张合法性基础、构建信息分类与差异化保护制度、细化完善同意规则等一系列修正措施。但从实践来看，告知同意规则的实践困境仍未得到改善，因此，有必要对《个保法》所采取的修正措施进行进一步的评析与反思。

2.1 合法性基础的扩张

在《个保法》出台之前，根据《网络安全法》的规定，同意是个人信息处理使用的唯一合法性基础，这种绝对化的处理方式既不符合国际通行做法，也不利于信息处理和使用的平衡。《个保法》回应理论与实践需要，

效仿欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）第六条的有关规定，在第十三条中采用“列举+兜底”的规定方式，在同意之外列举了五种情形作为个人信息处理使用的合法性基础，同时将法律、行政法规规定的其他情形作为兜底规定。该条规定丰富完善了个人信息处理使用的合法性基础，有力地打破了过往完全依赖于“同意”的个人信息处理使用机制，使同意一定程度上摆脱了“形式”困境；同时，信息处理者在具备合法性基础的情况下，可以不经信息主体同意直接收集、利用相关个人信息，极大降低了信息处理者的法律风险，促进了信息的流通使用。

但对于个人信息合法性基础的规定并非尽善尽美。一方面，部分款项的规定仍需进一步细化或解释，部分合法性基础的规定过于宽泛，反而有损信息主体的权益保护。如《个保法》第十三条第一款第二项将“订立、履行合同所必需”规定为个人信息处理使用的合法性基础，在解释上就存在过于宽泛的问题，既不符合《个保法》第五条规定的正当性原则，也不符合第六条处理目的应当明确、合理的要求，忽视了信息主体的主观意志，应当对其进行目的论的限缩^[8]。有学者认为该项的解释可以囊括经济激励机制，使信息主体与信息处理者之间从零和博弈走向合作博弈，但经济激励机制的本质其实是将个人信息交换对价从服务变成金钱，一定程度上可能进一步加剧信息交易的乱象，从信息处理者角度来说，基于长期以来的“免费”换取信息的模式，信息处理者也缺乏足够的动力去支付换取个人信息的价格^[9]。另一方面，第十三条的规定虽然一定程度上缓解了信息主体利益、信息处理者利益与公共利益之间存在的张力，但仍然没有为个人信息的合法处理使用真正松绑，对于如科学研究需要等类型的公共利益并无规定，对于商业利益也没有给予充分的重视。虽然有兜底性规定，但将合法性基础具体列举、事先规定的方式难免失于僵化，同时现有的合法性基础大都也受到了各种严格的限制。比如，第一款第五项规定的为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为所合理处理个人信息的行为系属无需同意的合理使用行为，但受到了目的和行为的双重限制，该种限制较之域外同类规定更加严苛。此外，第十三条仍然没有将信息处理者或者第三方的合法利益确定为个人信息处理使用的合法性基础，在利益衡量之中仍然采纳了“私权优位”的立法倾向，使得除了极个别的情况之外，个人信息的商业利用仍然主要依赖于“同意”的获取，不利于进一步促进信息流通与信息产业发展。

2.2 信息分类与差异化保护

在《个保法》出台之前，有很多学者主张对不同类型

型的个人信息采取不同的同意标准以改进告知同意规则，实践中这一作法也为各国立法采纳^[10]。《个保法》顺应趋势，将个人信息划分为一般个人信息与敏感个人信息。《个保法》第二十八条通过列举的方式，将生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息明确规定为敏感信息，同时以“等外”的方式预留了纳入其他敏感信息的空间，并在第二章单列一节规定敏感个人信息的特殊处理规则。个人信息分类与差异化保护的处理方式具有制度优势，在制度内部能够实现个人信息的多元价值理念与个人信息利用的多维需求，在制度外部能够实现个人信息保护体系的周延性和自足性，明确不同信息之间的根本差异，保证个人信息在市場中的开放性和流动性^[11]。此外，信息分类下同意的区分适用，也在一定程度上使“绝对同意”弱化为了“相对同意”。

但该种处理方式同样存在局限性。主要原因在于所谓敏感信息并非一个清晰的概念。首先，敏感信息与一般信息的划分界限并非泾渭分明，伴随现代技术的发展，即使信息主体从未透露过任何敏感信息，大数据算法也可以通过整合不同数据库中的非敏感信息，或者从一般信息中推断出敏感信息^[12]。其次，信息的敏感性也并非与生俱来，任何信息基于具体的场景都可能具有敏感性。一定场景下敏感的信息也可能在脱离具体场景之后变得不再敏感。最后，敏感的判断本身是非常个性化的，个人对信息的敏感程度会受到文化传统、教育背景、生活经历和法治环境等外部因素的影响，很难得出一个完全一致的确定性结果^[13]。

此外，对敏感信息的严格保护会导致信息处理者的逆向选择。如《个保法》第二十八条将不满十四周岁未成年人的个人信息一律规定为敏感信息，或可提高对未成年人个人信息的保护水平，但反过来也可能不当地限制了未成年人在信息网络时代的生活自由，为未成年用户提供服务的较高门槛可能导致信息处理者对于未成年用户的“隐性歧视”。

总的来说，通过信息分类与差异化的同意机制，对敏感信息提供强化保护对个人信息保护具有一定的正面效应，但鉴于敏感信息内涵与外延的模糊不清，该改进措施并不足以真正解决告知同意规则所面对的困境。

2.3 同意规则的细化完善

《个保法》通过数个条文对告知同意规则的具体操作作出了全面细致的规定。其中在第十七条要求“以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整”的方式告知并以“列举+兜底”的方式规定了告知事项。第十八条规定了紧急情况下告知的例外。同时还在第十五条规定

了同意的撤回制度、第十六条规定了不得以未同意或撤回同意为由拒绝服务。总的来说,《个保法》对“告知”与“同意”都作出了明确具体的要求,明晰了信息处理者的行为义务,极大增强了告知同意规则的可操作性,为告知同意纠纷的司法提供了裁判基础。然而《个保法》对于告知同意规则的细化完善仍然面临理论与实践的双重困境。

就理论而言,主要问题在于无论是“同意”还是“同意撤回”的法律性质都存有争议。“同意”作为个人信息处理使用的合法性基础,在侵权法上可以构成处理使用个人信息的违法阻却事由。但“同意”是否构成私法意义上法律行为?答案莫衷一是。有的学者提出可以类比肖像权等权利的商业利用,通过人格权商品化对“同意”加以诠释^[14]。但“同意”在多数情境中没有对价或对价极小,商品化事实上难以实现。也有学者认为“同意”是信息主体为了获得商品或服务而必须作出的权利处分,系以合同方式作出的处分^[15]。该种理解仍然落入了“同意”对价化的窠臼。有的学者则从法律后果的角度论证了“同意”是一种可撤回的单方法律行为,信息主体通过“同意”授予了信息处理者处理个人信息的正当性基础^[16]。但这仍然没有解释个人信息处理的正当性基础在私法语境中究竟意指何物,是债权性让渡?还是个人信息权的权利转移?究其根本,在于个人信息保护制度中的告知同意与传统私法上的同意并不相同,是一种植根于公法规范的个人信息处理规则。“同意”与“意思表示”既有联系也有区别,不宜用传统民法理论严格推演。而“同意撤回”同样面临在传统民法理论中找到合适栖身之处的困境。理论上,“同意撤回”是取消“同意”的行为,如果将“同意”严格地理解为意思表示,则“同意撤回”构成意思表示的撤销。但根据《个保法》第十五条第二款的规定,“同意撤回”不影响撤回前基于个人同意已进行的个人信息处理活动的效力。“同意撤回”并不具有撤销行为溯及既往的效力,同时不适用撤销行为除斥期间的规定。总之不宜以传统民法理论剪裁告知同意规则,这样既会冲击原有的民法规范体系与逻辑,也无法妥适地诠释“同意”的多重内涵。

就实践而言,《个保法》对于“告知”与“同意”的要求并没有得到有效落实。《个保法》第十七条对告知方式提出了以显著方式、清晰易懂等要求,但并没有规定不满足此种要求会造成何种法律后果,会承担何种法律责任。实践中,信息处理者的隐私政策仍然普遍存在晦涩、冗长的问题。《个保法》第十六条旨在矫正实践中普遍存在的“不同意即退出”的模式,规定“信息处理者不得以个人不同意处理其个人信息或者撤回同意为由,

拒绝提供产品或者服务”。但市面上绝大多数 APP 仍然存在不签署隐私协议就无法继续使用的问题。这很大程度上归咎于第十六条的后半部分规定了“处理个人信息属于提供产品或者服务所必需”作为可以拒不提供服务的例外情形。然而,对于信息主体而言根本难以判断信息处理者索取的信息是否为提供产品或者服务所必需的,法律对于何为提供产品或服务所必需并未作出列举式的规定,也缺乏相应的行业规范作为指引,这使得信息处理者具有极大的解释空间。此外,“不同意即退出”模式因为造成的损害难以估量,对单个信息主体而言提起公益诉讼的动力不足,在缺乏相应的公益诉讼、集体诉讼机制的情况下难以寄希望于司法解决,加之专门行政执法机构、行政执法规则的缺失,最终形成了法律存在规定但监管存在空白的尴尬局面。

3 告知同意规则改进的对症之策

《个保法》对告知同意规则所作的一系列修正固然提高了规则的可操作性,但仍未挣脱理论与实践的双重桎梏。面对这些问题,直接废除告知同意规则并非良策,首先,同意规则仍然具有其制度功能,对于主体权利的保护具有深层意义;其次,适用效果的不理想不足以否定同意规则本身的正当性;最后,现行《个保法》已经明确将同意规则纳入,全文共 13 条出现了 27 处“同意”,主张废除的观点制度成本过高,已不可取。因此,仍需结合我国个人信息保护的实践需要,从制度本身的完善与制度之外的补充两个方面,继续探寻告知同意规则改进的对症之策。

3.1 合法利益豁免机制的引入

《个保法》第十三条效仿欧盟立法对同意的合法性基础进行了扩张,但并未引入欧盟数据保护立法中的合法利益豁免机制,使得当下《个保法》对个人信息处理的合法性基础虽然作了开放式列举,但仍然过于僵化,动态平衡机制缺乏解释空间。

合法利益豁免机制是指当个人信息处理为实现信息处理者或第三方的合法利益所必需时,信息处理者可通过一个平衡测试证明其使用利益高于信息主体利益,使其无需取得数据主体同意也可对数据主体个人信息进行处理^[17]。这一机制的引入在个人信息保护领域具有多个层次的重要意义。首先,合法利益豁免机制与告知同意机制的并行运用能够进一步表明信息流通利用与信息保护具有同等重要性,强调了个人信息上承载的信息处理者利益,有助于逐步实现立法理念的转型。其次,合法利益豁免机制的平衡测试理念与场景化理论、风险评估理论具有内在一致性,都避免了不区分场景的僵化判断,

也都强调多方利益的平衡。在平衡测试的过程中会充分结合场景、风险等因素，分析对信息主体的影响、信息处理者采取的保障措施，客观上已经纳入了场景化评估与风险评估。因此，合法利益豁免机制的引入能够与场景化理论、风险评估机制形成合力，共同促进我国个人信息保护与利用的更好平衡。最后，合法利益豁免机制并非无源之水，而是对既有规定的整合吸收与提取完善。它更像是一种以提取公因式的方式抽象出的更加灵活且覆盖面更广的原则性规定，以《个保法》第十三条第一款第四项规定的“为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需”可以不经信息主体同意而处理使用个人信息为例，实际上就已经暗含了利益优位逻辑下的平衡测试——公共卫生事件中的公共利益和自然人生命权、财产安全都要高于信息主体的信息权益。合法利益豁免机制与此类列举式规定背后的法理并无分别，而作为更为抽象的总结性规定，无疑更具灵活性与开放性。

合法利益豁免机制引入的具体落实，一方面需要对《个保法》作出调整，可以在第十三条中将合法利益豁免也作为可以不经信息主体同意的情形，作为告知同意的并列机制，并辅之以相应的规则对动态平衡测试的方式作出基本规范，确立制度基础。另一方面，监督主管部门或行业自律机构可以出台相应的《平衡测试操作指引》对动态平衡测试提出具体要求，确立动态平衡测试的监管与问责机构。图 1 为本文给出的合法利益豁免机制流程图。

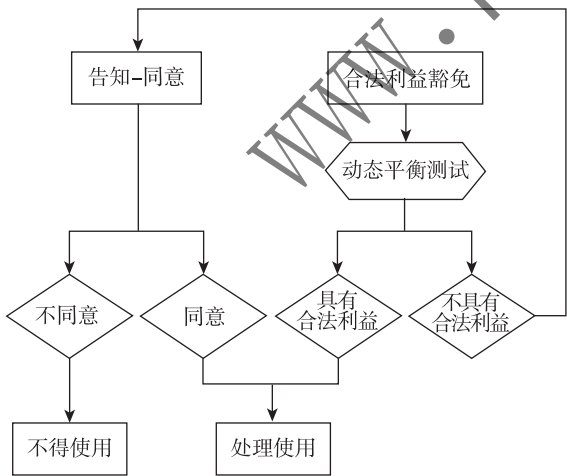


图 1 合法利益豁免机制流程图

3.2 行政监管机制的构建

告知同意规则救济机制的缺位客观上要求建立相应的行政监管机制。参考域外的监管经验，在欧盟，维护个人信息权益的最主要机制亦是国家主导下的行政监管，GDPR 颁布仅一年，欧盟各国监管机构处理的投诉、数据

泄露通知等行政案件总数就已突破 28 万件。一方面，行政机关有义务有责任对个人信息采取保护措施，尤其对于同意规则而言，信息主体不假思索地“同意”，很多情况下也是出于对行政监管执法的信赖，脱离开行政机关的有效监管，个体视角下的同意极易沦为“免费通行证”。另一方面，行政机关在确保同意规则落实上具有多重优势，较信息处理者公正中立，较第三方机构权威有效，较司法机关则迅速快捷，同时具有专业和信息上的知识优势、预防系统性侵权的效率优势与形塑一般性规则的功能优势^[18]。

我国《个保法》第六十条明确规定了履行个人信息保护职责的部门，但没有建立起统一的行政监管体系，实践中仍呈现出多层级、多部门、分散监管的状态^[19]。在没有规定监管主体的个人信息保护职责的领域则又会在监管空白的问题。同时，在《个保法》没有规定统一投诉与纠纷处理机制的情况下，增加了信息主体维权投诉的成本。因此，有必要建立集中统一的个人信息监管规制机制，明确监管职责与监管范围，提高执法水平，避免“九龙治水”与“政出多门”。具体而言，一方面，《个保法》第六十条与第六十二条有必要将“统筹协调”的措辞改为“统一负责”，贯彻落实行政负责制。另一方面，有必要进一步明确网信部门的地位与职责，增强其综合执法能力，或者在网信部门之外另设专门的个人信息保护监管机构专项负责（如图 2 所示）。一方面，该机构可以建立直接针对同意规则合理性的投诉举报与程序响应机制，起到“替代性司法”作用，缓解诉讼激励不足或裁判压力过大的困境。另一方面，该机构能够进一步解释细化《个保法》中大量的原则性规定，对何为“提供产品或者服务所必需”等事项作出指引性规定，使相关实践不再仅仅依赖于非强制性的技术标准。但行政监管机制对于私法机制并非全面替代的关系。以行政监管为中心的告知同意规则保障机制并不排斥其他辅助性、补充性的保障机制，无论是作为“社会执行”机制的民事公益诉讼，还是作为“私人执行”机制的普通民事诉讼都仍然具有其制度价值^[20]。

3.3 个人信息保护设计理念的发扬

受制于传统思维的影响与法学研究的立场，相关研究拘泥于传统的监管、执法、司法等法律保护手段，而较少考虑个人信息保护设计等技术化的手段。事实上，个人信息保护设计相较传统手段具有独特的优势。比如，苹果公司在其 iOS 系统中要求所有 APP 必须使用 App Track Transparency 框架征得用户的许可之后，才能对用户进行跟踪或访问其设备的广告标识符，通过技术手段确保了告知同意的实现。操作系统的提供者是独立于信

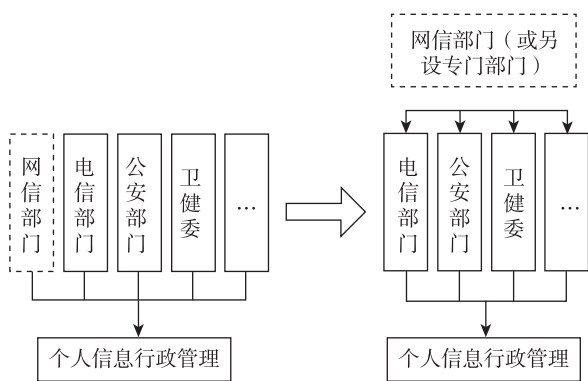


图2 个人信息保护行政监管完善示意图

息主体与信息处理者的第三方主体，具有中立性，对客户所作的提示相对于信息处理者通常更加直观、清晰。同时，系统还可以对个人信息处理使用情况加以记录，为信息主体维权举证提供协助。除了第三方主体外，个人信息保护设计同样适用于信息处理者，亚太经合组织、欧盟、美国等均在立法中对信息管理者施加了通过设计保护隐私的义务，要求其在信息生命周期的最开始就去思考个人信息和隐私保护的问题，而不是在事件发生之后。比如，信息处理者可以在产品设计之初就融入目的明确和最小化处理原则，避免过度索权，还可以不断提高匿名化技术防止信息泄露，采用隐私计算的方式解决数据使用问题等。个人信息保护设计可以将个人信息保护从被动变为主动，从补偿变为预防，使信息保护成为产品设计的中心，对现有的个人信息保护体系起到良好的补充作用。

目前，我国《个保法》并没有确立鼓励个人信息保护设计的理念，更缺乏相应的具体规范。有必要在我国个人信息保护领域中发扬个人信息保护设计理念。首先，《个保法》可以效仿 GDPR 第二十五条的规定，在原则性条款中确立个人信息保护设计理念，引导技术设计实现从信息攫取到信息保护的发展变道。其次，《个保法》可以对信息处理者施加个人信息保护设计的义务，通过具体规则明令禁止具有欺骗性或危险性的设计，对于怠于设计或设计不符合标准的信息处理者要求其承担相应的法律责任，由此强化信息处理者的自我管理意识。再次，《个保法》可以对操作系统提供商等第三方主体施加信息保护设计义务，要求其为用户提供保护援助与救济支持，矫正信息主体与信息处理者之间显著的不平等关系。最后，除了立法调整之外，政府部门可以出台促进个人信息保护设计发展的激励政策，为个人信息保护设计方面取得成就的企业提供政策奖励或专项资金支持。还可以通过行业协会等机构组织个人信息保护设计理念的宣传与教育活动，共同引导信息处理者在个人信息保

护领域的合规创新与创新合规。

反对者可能会认为，技术性的解决方案未必是法学关注的重点议题，但科技发展与法律规范形成之间的互动是值得关注的，或许这种互动会为构建个人信息保护的实体性规范作出贡献^[21]。告知同意规则的完善优化不能局限于规范本身，作为新兴领域的规范，应当充分考虑大数据时代的各种独特因素，在制度改革中既要警惕技术带来的风险，也应当学会运用技术来防范乃至消弭风险。个人信息的威胁发端于技术的进步，而对个人信息的保护同样可以取材于技术的进步。

4 结论

《个保法》对告知同意规则的落地实施具有重要的意义，一定程度上缓解了“同意困境”。而通过检视与反思可以发现，有关告知同意的诉讼依然寥寥无几，因告知同意不合规受惩处的企业屈指可数，“不同意即退出”的二选一模式随处可见，信息被非法获取、隐私被非法让渡的感受普遍存在，而企业获取同意的合规成本依然高企不下，同意规则下信息保护与利用之间的恰当平衡仍没有实现。应当说，告知同意规则所面临的多重困境并没有因为《个保法》的出台而得到完满解决，还有很多方面需要去改进完善。在理论上，要克服传统法律理论与权利本位观念的桎梏，正视告知同意规则的理论问题。在制度上，要双脚走路，一方面要继续细化完善《个保法》，制定配套实施细则，另一方面要重视行政监管、行业自律的构建，打造多元共治体系。此外，“徒法不足以自行”，要立足于信息时代，充分重视技术的发展，鼓励科学技术与法律规范之间的良性互动，努力走出一条适应时代发展要求的个人信息保护道路。

参考文献

- [1] SOLOVE D J. Privacy self-management and the consent dilemma introduction [J]. Harvard Law Review, 2013, 126 (7): 1880 - 1903.
- [2] 王锡锌. 国家保护视野中的个人信息权利束 [J]. 中国社会科学, 2021 (11): 115 - 134, 206 - 207.
- [3] BEN-SHAHAR O. The failure of mandated disclosure [J]. University of Pennsylvania Law Review, 2011, 159 (3): 647 - 749.
- [4] 王怀勇, 常宇豪. 个人信息保护的理念嬗变与制度变革 [J]. 法制与社会发展, 2020, 26 (6): 140 - 159.
- [5] 范海潮, 顾理平. 探寻平衡之道: 隐私保护中知情同意原则的实践困境与修正 [J]. 新闻与传播研究, 2021, 28 (2): 70 - 85, 127 - 128.

[6] 张新宝. 我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨 [J]. 吉林大学社会科学学报, 2018, 58 (5): 45 - 56, 204 - 205.

[7] 王秀哲. 大数据时代个人信息法律保护制度之重构 [J]. 法学论坛, 2018, 33 (6): 115 - 125.

[8] 申卫星, 杨旭. 论订立合同作为个人信息处理合法性基础的限缩适用 [J]. 南京社会科学, 2022 (4): 76 - 86.

[9] 蔡培如, 王锡铎. 论个人信息保护中的人格保护与经济激励机制 [J]. 比较法研究, 2020 (1): 106 - 119.

[10] 程啸. 论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则 [J]. 清华法学, 2021, 15 (3): 55 - 73.

[11] 袁泉. 个人信息分类保护制度的理论基础 [J]. 上海政法学院学报: 法治论丛, 2018, 33 (3): 29 - 37.

[12] BAROCAS S, NISSENBAUM H. Big data's end run around procedural privacy protections [J]. Communications of the ACM, 2014, 57 (11): 31 - 33.

[13] 程啸. 个人信息保护法理解与适用 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2021.

[14] 刘召成. 人格商业化利用权的教义学构造 [J]. 清华法学, 2014, 8 (3): 118 - 136.

[15] 万方. 个人信息处理中的“同意”与“同意撤回” [J]. 中国法学, 2021 (1): 167 - 188.

[16] 王洪亮, 李依怡. 个人信息处理中“同意规则”的法教义学构造 [J]. 江苏社会科学, 2022 (3): 102 - 112, 243.

[17] 谢琳. 大数据时代个人信息使用的合法利益豁免 [J]. 政法论坛, 2019, 37 (1): 74 - 84.

[18] 孔祥稳. 论个人信息保护的行政规制路径 [J]. 行政法学研究, 2022 (1): 131 - 145.

[19] 邓辉. 我国个人信息保护行政监管的立法选择 [J]. 交大法学, 2020 (2): 140 - 152.

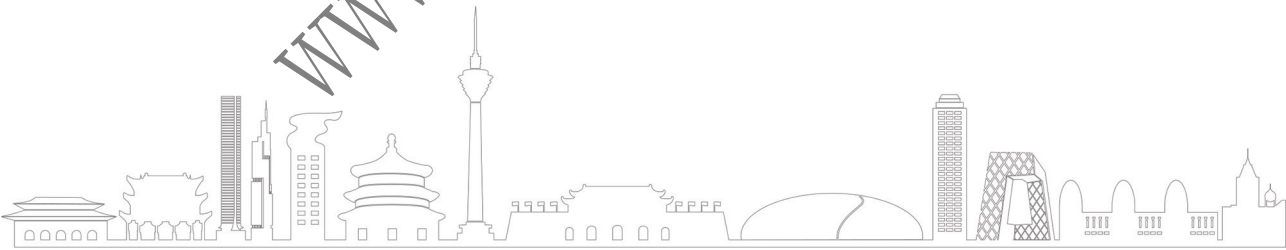
[20] 王锡铎. 重思个人信息权利束的保障机制: 行政监管还是民事诉讼 [J]. 法学研究, 2022, 44 (5): 3 - 18.

[21] NISSENBAUM H. Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life [M]. Stanford, Calif: Stanford Law Books, 2009.

(收稿日期: 2023 - 02 - 26)

作者简介:

罗陈鑫 (1999 -), 男, 硕士研究生, 主要研究方向: 个保法、经济法。



版权声明

凡《网络安全与数据治理》录用的文章，如作者没有关于汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权等版权的特殊声明，即视作该文章署名作者同意将该文章的汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权授予本刊，本刊有权授权本刊合作数据库、合作媒体等合作伙伴使用。同时，本刊支付的稿酬已包含上述使用的费用，特此声明。

《网络安全与数据治理》编辑部

www.pcachina.com