

关于隐私协议的读书报告

清华法学院阮神裕博士报告

一、隐私自我管理和同意困境

1. 什么是隐私自我管理？

隐私自我管理是指：法律提供人们一系列的权利，允许人们就如何管理个人数据做出决定。这些权利包括基础的知情权、接入权以及关于个人数据的收集、使用和公开的同意权。这些权利的目标是让人们控制自己的个人数据，通过这种控制，人们可以自己决定个人数据被收集、使用和公开的成本与收益。

隐私自我管理起源于 1973 年美国卫生教育福利部 (HEW) 的“信息实践公平原则”(Fair Information Practices Principle) 的报告，该原则包括：(1) 个人数据记录系统的透明化；(2) 被记录系统通知的权利；(3) 在未经同意情况下个人数据不得为新目的而使用的权利；(4) 更正个人数据的权利；(5) 个人数据保存者防止数据被不当利用的义务。

2. 隐私自我管理机制面临着认知问题

隐私自我管理机制的一个预设条件是：人们了解隐私政策或隐私协议的内容，并且他们是理性的，可以对个人数据的收集、使用和公开做出合理的判断，据此决定是否同意隐私协议。但是，实证研究将表明，这一预设在很大程度上是错误的。

隐私自我管理的两大组成部分是：通知和选择。通知是指，个人可以知悉他们的个人数据将被收集和使用。各个机构将提供通知和选择的实践标准化，即提供隐私通知，以及将一些形式的数据收集和使用予以排除的选择权。1886

(1) 就通知来讲，有些个人可能实际上对他们同意的隐私政策并不知情。(1883)也就是人们很少参加隐私自我管理。只要想想我们平常在注册各种手机 APP 时是如何操作的，大概也就可以理解这一现象了。

人们之所以很少参加隐私自我管理，一个可能的原因就是隐私政策常常是非常冗长的。而且人们在日常生活中不仅接受一个企业的服务，阅读一个企业的隐私政策，人们常常是与很多企业的服务打交道。美国的一个研究表明，人们要是仔细阅读他们所遇到的隐私政策，那么每年将花 76 天的时间，而这所产生的经济损失将多达 7810 亿美元。

但另一方面，隐私政策如果过于简化，那么它就无法达到全面地通知用户提供个人数据的所有后果。

除此之外，隐私政策的选择常常是“非是即否”的，人们往往期待更多的选择。最后，有的人常常是对隐私政策存在误解的情况下选择同意提供个人数据的收集、使用和公开的，他们认为只要同意隐私政策了，他们的隐私就会得到妥善的保护。

(2)就选择来讲,人们往往无法对隐私政策的后果做正确的理解,即歪曲决策的问题。

(1886)企业收集个人数据后如何进行使用、公开,对人们将产生何种影响?人们可能没有足够的专业能力对此做出判断。所以人们所做的选择可能是非理性的。而且,最近的心理学的研究成果也表明了人们所做的选择常常就是非理性的:第一,有限理性(bounded rationality),赫伯特·西蒙的研究指出,经济学将人作为理性人来分析问题可能只是一种理想状态,实际中人们处于完全理性与完全非理性之间,也就是有限理性的状态。人们的有限理性限制了人们获取、记忆和处理相关信息的能力,它使人们依赖于简单的感情模式、大概的策略和可得性启发。第二,可得性启发法理论(availability heuristic),即人们进行判断时,常常是依赖最先想到的经验和信息,并以此作为判断的依据。第三,框架效应(framing effects),人们对一个客观上相同问题的不同描述,往往会产生不同的决策判断,所以企业完全可以采取让人们乐意接受同意的表述方式来撰写隐私政策。

因此总结来说:人们在隐私自我管理面前,就如同站在卡夫卡所描述的“法的门前”的状态——(1)人们不阅读隐私政策;(2)如果人们阅读了,他们也无法理解;(3)如果人们阅读了并且理解了,他们也缺乏相应的背景知识做出一个正确的选择;(4)就算人们阅读、理解并作出选择了,这些选择也是受到一些不正当影响的。

3. 隐私自我管理面临着结构问题

(1) 规模问题。有太多机构都在收集、适用和公开个人数据,因此人们无法应付。人们不仅在和他们所知道的机构处理个人数据的问题,也有很多人们所不知道的机构在收集、使用和公开数据。

(2) 结合问题。人们每次单独、分别地分享的个人数据,看起来并不包含什么敏感信息,但是它们结合起来之后就可能包含敏感信息了。这就导致,人们几乎不可能管理隐私。使这个问题更加严重的是,有些个人数据结合后,将可以据此识别个人身份,这就更严重地侵害个人隐私了。

(3) 评估损害的问题。人们总是寻求近期利益,即便长远来看将会产生损害。隐私自我管理的机制要求人们评价个人数据被收集、使用和公开所将产生的损害和收益。但是由于以下理由,很难进行评估:第一,人们在同意隐私被收集时,无法正确认识长期以后的损害;第二,损害是累积性的;第三,隐私自我管理无法让个人考虑到他们对个人数据的决策,可能对社会产生不利的影晌。

4. 家父式规范的可行性?

既然人们在面对隐私政策时,没有办法做出正确的选择。那么是否可以将选择权交给国家和法律?也就是所谓的家长式规范或家父式规范(paternalism)。

支持家父式规范的理由：(1)前面已经提到的隐私自我管理机制的认知问题和结构问题；(2)有的研究表明，人们在网络上暴露自己的信息，并不是因为乐意，而是那些网站的设计就是用来鼓励人们暴露自己的信息的，而且使用者还有很多是未成年人。

反对家父式规范的理由：(1)关于隐私和数据使用的正确选择，并非永远清楚。例如有一人患有暴食症，他乐意在网上分享他如何克服这一症状的经验，虽然暴露了将来可能不利于他求职的个人信息，但是他却愿意如此。此时法律应当强制他不能暴露这些信息吗？(2)个人数据的收集、使用和公布本身能带来巨大的收益，事实上，互联网公司之所以提供免费的网络服务，就是因为人们用个人数据进行交换的，一旦家父式的规范对个人数据的收集予以限制，这个产业将因此遭受打击。(3)虽然人们原则上对危险活动的同意，使得他们可以实施这些有危险的行为，比如踢足球、当矿工或者当消防员等。但是也有一些危险活动，即便人们同意了，也不允许从事，比如卖淫或者吸毒，这是因为伦理道德上的原因。允许个人数据被人收集、使用和公开，这个领域并没有什么伦理道德上的原因限制人们的同意。

5. 自愿加入 (opt-in) 模式的可行性？

自愿退出 (opt-out) 是默认允许企业收集、使用和公开个人数据，需要用户明示“退出”，退出才生效。而自愿加入 (opt-in) 则是默认不允许企业收集、使用和公开个人数据，需要用户明示“同意”，同意才生效。

自愿加入看起来使得人们在同意隐私政策时更加慎重一些，但是作者认为自愿加入模式也是注定失败的。理由有以下几个：第一，企业将想方设法让用户尽可能地勾选，例如企业可以通过在产品、服务或接入上，以选择加入为条件才可以使用。第二，消费者将更倾向于关注付费条款，例如登录账户的费用，而非免费条款，如隐私政策，而且人们为了使用产品，就不得不同意隐私条款，而不能进行协商或者选择。第三，自愿加入的模式让个人数据收集、使用和公开的成本整体地提高了，但是没有区分有些个人数据的收集对社会整体而言是有好处的，还是有害的。所以自愿加入模式整体地提高了社会成本。

6. 结论及未来怎么办

结论：尽管隐私自我管理存在着一些缺陷，但是就目前来看，隐私自我管理机制是不容放弃的。

未来的方向：(1) 关于同意 (consent) 的调整。同意在合同法、侵权法和隐私法里，可能具有不同的内涵，现在对同意的构成要件与法律效果的研究还并不是很多。尤其是随着心理学和其他社会科学的发展，人们在何种情况下做出的同意才是有效的，似乎还要进一步研究。有学者提出将同意与家父主义相结合的方法，也就是 Thaler 和 Sunstein 所主张的“自由的家父主义” (libertarian paternalism) 或 “nudge”，这种观点认为，由于人们的选择不可避免地受到默认规则 (default rule)、框架效应 (framing effects) 和出发点 (starting points) 等的影响，所以在很多领域，一定的家父式规范是不可避免的，因此自由的家父主义应当致力

于让人们的选择朝向“福利提升的方向”，但是又不剥夺人们的选择权，Thaler 和 Sunstein 在储蓄行为、劳动法以及消费者保护的领域中讨论了自由的家父主义。

(2) 发展部分的隐私自我管理机制。既然人们想要一定的隐私自我管理，但是不想要太多。隐私法必须找出一种提供部分隐私自我管理的方法。有一种可能的方法，是提供给人们一次性进行隐私管理的可能，而非分别独立地针对不同机构进行管理。但是这面临的障碍是，不同的机构所收集、使用和公开的个人数据是不同的，因此隐私管理也就有所不同。

(3) 调整同意的时间点：隐私自我管理的时点主要是个人数据首次被收集的时间，以及在个人数据被交易的时点。但是在个人数据被收集时，对于用户来讲，他很难做出合理的判断，因为将来个人数据将如何发挥作用还不清楚。因此，关注点应当放在后续的使用上（downstream uses）而非个人数据被初次收集的时候。但是要求在每次做新的使用的情形都要求新的同意的规则，可能成本过于高昂，而且事实上将禁止新的使用。这种结果可能并不是社会所期待的

(4) 走向实质性立法而非保持中立。隐私自我管理尝试对各种个人数据的收集、使用和公开保持中立的态度，而将问题交给同意与否。只要存在同意，那么任何形式的收集、使用和公开都是允许的。但是将来的立法应当对此予以调整，采取更加实质性的立法。具体来讲，可以规定一些更加实质性的规则，他们包含绝对的边界（类似于强制性规定），用以限制可能严重侵害用户隐私的行为；也可以包括相对的规则（类似于任意性规定），它们是可以协商的，当事人可以对此做出选择。

二、签订隐私协议

1. 市场或者合同能否解决隐私保护的问题？

市场机制对隐私保护所提供的方案是：企业和消费者之间自己签订关于隐私规制的合同，这种合同的内容常常是：消费者放弃一些隐私，换取对他们有价值的东西，比如折扣。在我们这里常常就是免费使用。

但是合同方法可能面临以下几个问题：

(1) 当有一些消极的外部事物存在时，可能会干扰合同方法的效用。比如企业受到一些利益驱使，将使得他们与消费者签订隐私协议时，并没有打算保护消费者的隐私。

(2) 签订合同是需要交易成本的。通常来讲，法律会为隐私保护规定一些任意性规则（default rule），但这些规则的效力可能是很弱的，企业可以取得消费者的同意而修改这些任意性规则。事实上，很多隐私协议都是企业实现草拟好的格式合同，这些合同可能就已经规避了法律所规定的任意性规范。

(3) 签订合同的有效性也面临着信息和行为方面的障碍，尤其是双方知识、智力和筹码的不对称性，使得消费者在签订合同时可能是迫不得已的。

(4) 由于企业对以前收集的数据进行新的、消费者未曾预料到的使用，这对于消费者来讲，是他在签订隐私协议时无法想象到的。而且隐私协议总是在不断地变化（企业常常在隐私通知中加入一个修订条款，这个条款允许他们单方修订隐私政策）。

(5) 消费者在日常生活中可能要同时与很多企业的隐私协议打交道，对消费者来讲，他们根本就没有能力仔细阅读所有的隐私协议。这刚刚已经讲过了。

(6) 隐私协议的复杂性其实并非致命伤，因为我们在购买笔记本电脑时，可能对笔记本电脑的内部构造和运行原理根本一无所知，但是我们仍然可以买到用的称心如意的电脑。因为我们信赖苹果或者联想的品牌，根据品牌排名与评分来签订合同，我们的权益可以获得保护。但是隐私协议却没有广泛运用的工具，现在有一个 PrivacyGrade.org 的网站和 TRUSTe 的隐私承诺证书，可以用来评价不同网站的隐私保护措施。但是这些工具却没有得到广泛运用。PrivacyGrade.org 网站的运行原理：

(7) 实证调查表明，人们也许并不是十分关心他们的隐私。当要求消费者为软件付费，而不是用提供个人数据来换取免费使用时，消费者往往显得十分吝啬。

2. 隐私通知与同意的性质为何？

用户在选择同意隐私通知时，这种行为如何评价？可能存在两种观点：一种观点认为，同意是修正的知情同意原则（在大陆法系可能会被叫做受害人同意）；另一种观点认为，同意是指用户与企业之间达成关于隐私的合同。

从美国司法实践的统计来看，涉及到认定隐私通知性质的案例中（51 个），只有 5 个案例将隐私通知认定为“非合同”，而其余案件均认定为合同。

作者的观点倾向于将隐私通知认定为合同的观点。因为它有**两方面的功能**：**第一**，隐私通知将成为企业使用消费者的数据隐私的保护伞，如果没有消费者的同意的话，其行为将违反隐私法。**第二个功能**是，**隐私通知将为消费者提供保证，其不会对数据采取特定的使用，换言之，通过隐私协议，企业可以提高自己对隐私的保护程度，来吸引消费者使用他们的产品，而这种承诺将对企业产生合同上的约束力。**例如，企业和网站可以记录消费者的活动，但是他们可以承诺他们不会这样做。如果隐私通知是合同的话，那么这样的承诺就具有约束力，他们的违反将是可诉的。企业清楚、明确地承诺不会将消费者浏览敏感信息（比如成人网站）的隐私分享给第三人；而云计算网站则明确地承诺将采取更严格的数据安全标准。

如果将隐私通知认定为合同，那么立法者在设计如何保护隐私时，就应当做如下考虑：

(1) **第一，审慎地设计任意性规范（default rule）和强制性规范（mandatory rule），**如果法定的隐私权保护都只是任意性规范的话，那么企业很容易通过格式合同的方式来排除这些规范。所谓的“自愿加入”虽然让消费者更加慎重地勾选自己的哪些个人数据被收集、使用和公开，但是企业为了逐利，还是会用各种方式来迫使消费者最终“加入”。

理想的任意性规范应当考虑以下几个因素：**第一**，必须承认有的消费者将十分关注任意性规范，并且有选择地进行排除，例如他们认为任意性规范的保护程度不够，因此将自己约

定保护措施；他们也可以任意性规范的保护程度太高了，因此排除特定的保护。对于这些消费者而言，关键的是如何削减交易成本（transactions costs），即被告知任意性规范和与此相关的合同的成本，而一个设计良好的任意性规范应当尽可能避免这样的交易成本。同时也必须承认有的消费者根本不关注任意性规范，对于这个群体来讲，任意性规范应当发挥着保护消费者的最大效力。

（2）**第二是披露义务。**像其他合同一样，隐私合同也是非常冗长的。问题在于，法律能否要求企业提供简单的、容易读懂的隐私通知？这个问题是许多领域的消费者保护法所面临的问题。在隐私法领域，人们广泛提议应当利用隐私通知的最佳手段，更激进的建议是使用“营养提示”的方法，也有人建议类型警示框的方式。但这些方法似乎是没有效果的。