

# 个人信息保护公益诉讼制度建构路径优化\*

——基于实体法与程序法交互方法

赵 蕾<sup>1</sup> 樊文颖<sup>2</sup>

(1.华南农业大学人文与法学学院, 广东 广州 510642; 2.中国社会科学院大学, 北京 100102)

**[摘要]** 个人信息保护公益诉讼兼具实体法与程序法双重属性, 基于实体法或程序法单一维度的制度建构将会陷入“一元观”困境。实体法与程序法交互为个人信息保护公益诉讼程序建构提供一种实体法关照。通过优化最具交互特征三个支点: 受案范围、责任形式和证明责任, 不仅能够促进个人信息保护公益诉讼制度建构的二元论, 也有利于推动实体法与程序法的一体化衔接, 实现司法程序正义与实质正义。其一, 从实体法维度, 将“不特定多数人”公共利益说作为基础, 增加“规模性”与“无差别性”的标准, 解决受案范围“众多个人权益”的程序判断难题。其二, 从程序法维度, 通过诉讼信托的方式, 允许原告受让惩罚性赔偿请求权, 解决惩罚性赔偿这一责任形式缺乏实体适用空间难题。其三, 从交互维度, 一方面承认法官裁量分配证明责任, 解决“规范说”在新型复杂案件的实体失范难题; 另一方面设定证明责任减轻的请求权基础, 解决裁判失度的程序适用难题。

**[关键词]** 个人信息保护 民事公益诉讼 实体法与程序法交互方法 制度建构 路径优化

**[中图分类号]** D915.2 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2024)02-0102-11

世界上最宝贵的资源不再是石油, 而是数据。<sup>[1]</sup>从2009年谷歌通过分析用户输入词频预测流感, 到2022年OpenAI实验室推出的人工智能自然语言处理聊天机器人“ChatGPT”, 智能化的技术产物背后, 都离不开对数据的收集与使用。当数据成为数字时代的关键生产要素, 数据安全特别是个人信息保护也成为这个时代亟待解决的法学命题。<sup>[2]</sup>但是, 在个人信

息的民法保护过程中, 信息主体难以通过侵权损害赔偿获得有效救济<sup>[2]</sup>。在此背景下, 《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个信法》)第70条首次确立了个人信息保护公益诉讼制度, 既是我国数据保护的最佳实践, 也是个人信息保护救济方式的一次制度创新。对于个人信息保护公益诉讼的研究, 也成为近年来理论与司法界共同关注的重要问题。

收稿日期: 2023-07-04; 修回日期: 2023-12-31

\*基金项目: 广东省社会科学规划2021年度项目“数智社会治理视阈下在线纠纷预防与解决机制研究”(GD21CFX01)

作者简介: 赵蕾, 法学博士, 副教授, 主要从事在线诉源治理与纠纷解决研究; 樊文颖, 硕士研究生, 主要从事数字法学及在线纠纷解决研究。

①国际上, 数据安全事件频发, 根据Ponemon和IBM Security联合发布的《2022年数据泄露成本报告》, 2022年全球数据泄露规模和平均成本均创下历史新高, 数据泄露事件的平均成本高达435万美元; 国内某银行数据泄露案涉案数据高达1679万条; 淘宝数据盗取案涉案数据近12亿条; 小鹏汽车人脸数据泄露案涉案人脸照片431623张。可以说, 在这样高频次、大规模个人信息泄露事件中, 每个人都可能是受害者。

## 一、问题提出

自《个信法》第70条确立了个人信息保护公益诉讼制度的基本依据以来,实体法与程序法学者们聚焦个人信息保护公益诉讼研究,取得了丰硕的成果。其中,实体法研究以张新宝<sup>[3]</sup>、孙莹<sup>[4]</sup>等为代表,围绕个人信息保护公益诉讼的合法性、正当性问题,主要通过对构成要件的法律解释、责任方式的采用以及与其他救济措施(如行政、私权救济)的关系问题进行制度落实的解释论证与理论支持;程序法研究以张陈果<sup>[5]</sup>、薛天涵<sup>[6]</sup>等为代表,围绕个人信息保护公益诉讼具体如何实施进行研究,主要通过细化当事人、诉讼请求、管辖制度、证明责任、行为保全、判决效力与诉讼费用规则细化进行制度完善的进路探讨。

不过,由于《个信法》第70条既包括实体法内容,如“个人信息处理者违反本法规定处理个人信息,侵害众多个人的权益的”,也包括程序法内容,如“人民检察院、法律规定的消费者组织和国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼”<sup>①</sup>。这属于“同一问题上兼有程序与实体的双重品格,仅仅从程序法或者实体法方面进行研究显然是不够的,难以取得令人满意的结果”<sup>[7]</sup>。单一运用实体法或程序法法理建构个人信息保护公益诉讼制度,难以解决实体法与程序法交互性很强的问题,制度建构陷入了一种“一元观”困境。

理论上对于个人信息保护法与民事公益诉讼研究的隔离,导致实体法与程序法的分离与割裂。方法上的共通性与制度上的一体化设计是处理个信法与民事诉讼法关系的理想格局。这主要指实体法与程序法的内在法理上的关联与司法上的相互成就与依赖。实体法与程序法交互方法可以为当前个人信息保护公益诉讼制度的合理构建提供方法上的补足。秉持实体公正和程序正义的动态平衡,追求方法上的相互

支持、制度建构上一体化衔接则是可采取的基本路径。因此,本文首先研究如何破解这一困境的方法问题,追问在个人信息保护公益诉讼制度建构中如何通过方法指引,处理好实体法与程序法交互性问题;之后基于交互方法进行制度建构优化,以期提高个人信息保护公益诉讼制度设计在实体法与程序法上的一体化衔接与促进实体公正与程序公正的统一实现。

## 二、方法纾困:实体法与程序法交互方法

“一切研究之要务在于找到与其研究对象相适应的方法。”<sup>[8](P8)</sup>缺乏科学的方法,个人信息保护公益诉讼理论不仅缺少科学解释的功能,而且缺乏解释的独特性,极大地限制了其解释力。<sup>[9]</sup>只有找对了方法,才能提高个人信息保护公益诉讼制度设计在实体法与程序法上的一体化衔接,让整个制度体系“具有更灵活的解释维度和更强的解释力”。<sup>[10]</sup>

第一,实体法与程序法交互方法是对两者在体系上的分离以及具体问题上存在交叉所产生的“割裂”进行“弥合”与“解决”的“二元论”方法。<sup>[11](P9)</sup>该方法源于实体法与程序法的分离。随着继承罗马法传统的德国普通法在末期的诉权分解,法律体系分裂为私法体系(实体法)和诉讼法体系,因而诉讼法学也就形成了独立于实体法学外的学术体系。<sup>[11](P7)</sup>现代社会实体法与程序法在不同的轨道上发展,已经各自形成自身统一性。实体法与程序法各自成体系的发展方式有利于各自内部的复杂性增加,从而更加有利于回应日益增长的社会复杂性。<sup>[12]</sup>此时如何解释实体法、程序法问题,以及如何认识实体法与程序法之间的相互关系,也成为实体法学和程序法学的“各自课题”。<sup>[11](P7)</sup>将程序法上的问题视为实体法性质,并运用实体法原理加以解释说明的方法,可称为实体法

<sup>①</sup>《中华人民共和国个人信息保护法》第70条规定:“个人信息处理者违反本法规定处理个人信息,侵害众多个人的权益的,人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼。”

一元观；将程序法上的问题视为程序法性质，并运用程序法原理加以解释说明的方法，可称为程序法一元观。<sup>[13](P81)</sup>

交互方法通过将实体法与程序法“弥合”在同一法律问题的解决中的“二元论”方法，破解了一元观下从单一维度建构无法形成“体系化”的理论阐释又无法进行“行之有效”的实践操作的问题。随着实体法与程序法体系的不断发展，两者在法律上的交叉与司法上的交叉不可避免”。前者是因为实现实体法内容的方式根本上由程序法规定的诉讼过程所决定。实际上，程序法对这个过程所做的调整结果总是会归结到实体法上。用一句话来表达这些现象就是：“使诉讼和法律获得生命的应该是同一种精神，因为诉讼只不过是法律的生命形式，因而也是法律的内部生命的表现。”<sup>[14](P287)</sup>后者是因为实体法与程序法同属私法体系，两者法律领域之界限常有交叉<sup>[15](P368)</sup>，因此必须整体把握实体法与程序法之间的关系，关注两者之间的衔接配合。<sup>[16]</sup>

第二，实体法与程序法交互方法与个人信息保护公益诉讼制度建构存在天然的契合性。其“二元论”能够为制度建构提供指引，提高个人信息保护公益诉讼制度设计在实体法与程序法上的一体化衔接与促进实体公正与程序公正的统一实现。交互方法对个人信息保护公益诉讼制度建构的方法论意义之一在于它能够促进个人信息保护公益诉讼制度设计在实体法与程序法上的一体化衔接。交互方法实质上是实体法与程序法高度的融合和深度的交叉，在具体命题的建构中实现实体法与程序法之间的衔接与联动。在法院与当事人之间以及当事人相互之间的法律行为与诉讼行为相互交错、互动的场域中，实体法与程序法之间的协同作用至关重要。一场成功的民事审判需要来自民法与民事诉讼法的双重源动力。只有实体法与程序法相辅相成，才能经过审判使抽象的权利义务关系成为拘束当事人的具体权利义务关系，从而保护当事人的权利并维持私法秩序。<sup>[13](P38)</sup>通过

交互方法，实体法中的权利能借助程序法得以正确判定和有效实现；程序法能够有效承接、判定和实现实体法中规定的实体权利，<sup>[17]</sup>从而达成实体法与程序法之间的联动。

方法论意义之二在于它能够促进司法中实体公正与程序公正的统一实现。广义上的司法公正涉及司法权威、司法活动等司法程序的各方面，<sup>[18]</sup>狭义的司法公正主要涉及司法裁判活动，包括两种类型：司法结果具有公正价值和司法程序具有公正价值，分别对应实体公正作为根本目标，以及程序公正作为重要保障，共同组成了司法公正这一动态价值追求。司法公正并非实体公正和程序公正的简单相加，而是司法领域的一种统合性价值诉求。<sup>[19]</sup>交互方法能够衔接起个人信息保护公益诉讼中实体法与程序法规范，填充了原先的“真空”，使规范与规范之间、价值与价值之间互相形成串联。它可以将注重诉讼过程的公平、强调程序自治和当事人获得同等对待的程序公正，与强调裁判结果体现主流价值观或社会公正观的实体公正两者在个案中通融无碍。这也表明，法学关心的不仅是法律规定的明确性和法律体系的稳定性，还注重在具体案例的细节层面通过逐步的工作来实现“更多的正义”。<sup>[20](P253)</sup>

第三，实体法与程序法交互方法通过将交互性问题本身作为联系实体法和程序法关系的纽带，进行实体与程序一体化制度建构。交互方法是一种基于特定视角、立场的认识方法。这种方法并非在非特定背景、环境中审视实体法与程序法的相互关系，而是将交互性问题视为一个场域空间，通过限定在这一场域的视角来观察实体法和程序法之间的交互。<sup>[21]</sup>近年来，在人格权行为禁令、遗产管理人等兼具实体法与程序法的制度建构研究中都可见这种方法的运用。个人信息保护公益诉讼同样具有双重属性，存在着大量的交互性问题。交互方法并非针对整体性制度进行建构，而是主要关注制度建构中交互性较强的重点问题，这样便可针对性地破解个人信息保护公益诉讼制度建构

的交互性难题。

交互方法通过两个方面进行实体与程序一体化制度建构。对于无法通过程序法单一维度解决的问题,运用实体法原理进行补充说明,通过实体法分析进行关照。程序法中的许多问题,实体法都可做出关照性规定,以便实现实体规范与程序规范的衔接。对于无法通过实体法单一维度解决的问题,将程序的思维方法运用于对实体法的考察,通过程序法分析进行突破。程序法不仅可以通过在诉讼过程中的动态调整弥补实体法的不足,还可以创制实体法,通过程序运作创设新的权利类型。<sup>[22]</sup>

### 三、路径优化:交互方法下个人信息保护公益诉讼制度建构

交互方法通过实体法与程序法交互的“二元论”,不仅将程序法纳入实体法的视野、将实体法纳入程序法视野,而且还通过交互方法提供个人信息保护公益诉讼制度建构的“第三条道路”——为个人信息保护公益诉讼程序建构提供实体法关照,为个人信息保护公益诉讼实体建构提供程序法突破。该方法有助于提高个人信息保护公益诉讼制度设计在实体法与程序法上的一体化衔接与促进实体公正与程序公正的统一实现。个人信息保护公益诉讼受案范围、责任形式与证明责任三个问题,既具有较强的实体法与程序法交互性,也是公益诉讼制度能否运行的关键。其中,受案范围作为程序建构的实体法关照,责任形式作为实体建构的程序法突破,证明责任作为制度建构的双向度对接,以此为例对制度建构路径予以优化。

#### (一) 个人信息保护公益诉讼受案范围的实体法关照

个人信息保护公益诉讼受案范围具有较强的实体法与程序法交互性,理论与实践往往归入程序法范畴。以下在对问题进行定性分析的基础上,通过运用实体法与程序法交互方法,结合个人信息保护案件的特点,提出实体法上

的解决方案,为当前制度建构面临的难题提供实体法依据。

从程序法维度来看,个人信息保护公益诉讼受案范围主要包括《个信法》所规定违法处理个人信息,并且造成侵害众多个人权益的行为。根据法律规定,人民检察院、法律规定的消费者组织以及国家网信部门确定的组织都有资格依法向人民法院提起诉讼。笔者赞同部分学者提出的观点:由于个人信息保护公益诉讼不同于传统公益诉讼,具有规模性、隐蔽性与技术性,因此在立法设计中可不遵循检察机关“谦抑性”原则(即在法律规定的其他组织无法提起公益诉讼时,为维护公共利益的目的提起公益诉讼),应当以检察机关为适格原告的第一顺位,后两类原告为并列关系。<sup>[5]</sup>

对于受案范围中的诉之利益问题,学界对于个人信息保护公益诉讼中所保护的法益为公共利益并无争议,但是对于何谓“众多个人权益”则未形成统一意见。程序法缺少理论阐释的基础与实质性判断标准,容易导致司法实践的混乱。具体而言,现有研究大多从传统公益诉讼原理出发,采取传统公益诉讼理论中的“不特定多数人”公共利益说,<sup>[23]</sup>认为在个人信息保护公益诉讼中,公共利益主要指的是侵害众多不特定多数人的个人信息权益。<sup>[3]</sup>但是,单纯“不特定多数人说”并不能满足个人信息保护公益诉讼目的的要求,既没有体现个人信息保护案件的特点也不具备可操作性。对于这个问题,单一通过程序法维度难以得到合理的解决。如果将之置于实体法与程序法交互视角,可通过实体法维度,提炼个人信息公共利益的特殊属性,从而破解这一难题。

第一,提炼公共利益的“规模性”。以个人信息侵权案件为例,在大数据时代,几乎不存在单条个人信息侵权,个人信息侵权往往以规模性侵权的形态存在。在这些案件中,受损个人信息合法权益的规模性主要体现为以下方面。一是技术加持下侵权范围大、涉及的侵权主体多。根据中国互联网络信息中心(CNNIC)发布的最新

统计报告,截至2023年6月,我国网民规模已达10.79亿人,其中手机网民规模达10.44亿人,互联网普及率达76.4%。<sup>[24]</sup>在手机等移动智能终端普及率显著提高的同时,大量用户成为潜在的个人信息泄露受害者。二是侵权行为人往往利用技术优势,侵权事实较隐蔽,主观恶性较强。在日常生活中,我们经常发现一些App存在未经同意收集、超过范围收集等侵害个人信息的行为。<sup>[25]</sup>由于信息处理者拥有技术优势甚至垄断地位,再加上个体认知能力的局限,在信息的收集和处理过程中,个人信息常常受到侵害。信息主体往往为了保证正常使用而失去选择的余地,导致自主权难以获得充分的保障。此外,受到技术壁垒制约,个人很难全面了解信息处理者侵害个人信息可能带来的后果。三是大规模的信息侵权下产生的社会附随效应规模性强,能产生广泛的社会影响,同时损害了个人权益和社会公益。<sup>[26]</sup>这与个人信息经济属性与场景属性有关。从经济属性看,个人信息在广泛社会互动中形成,是企业、社会与政府运行的重要资源;从场景属性看,出于社会交往的必要,各信息处理者收集、使用个人信息,这是应用个人信息的基本场景。<sup>[27](P223-757)</sup>这说明了个人信息不是封闭状态,而是公共领域的活跃部分。

第二,提炼公共利益的“无差别性”。无差别性包含两方面含义。一是尽管《个信法》对不同类型的信息进行了差别化保护,但是对其的救济是无差别的。二是违法行为对于个人信息的侵犯是无差别的。从这个角度而言,无差别性实际上是“不特定多数人”在个人信息保护领域的映射,两者之间的区别在于无差别性重视对途径、手段进行评价。个人信息侵权行为往往呈现出“无差别性”打击的特征,在同等情况下,无差别性打击比针对性打击的主观恶性更强,为社会造成的信赖利益损失更为严重,相比单纯“不特定多数人”,使用“无差别性”进行公共利益属性界定更具有实践意义。在最高人民法院公布的“《民法典》公布后首例个人信息保护公益诉讼案件”中,也暗含了这一观

点。杭州互联网法院认为被告孙某非法出售个人信息的行为,通过侵害不特定社会主体的个人信息,本质上侵害了公共信息安全利益。<sup>[28]</sup>

简言之,针对个人信息保护公益诉讼受案范围中难以判断何谓“众多个人权益”难题,可以通过实体法与程序法交互方法,提出实体法解决方案,以“不特定多数人”公共利益作为判断基础,增加“规模性”“无差别性”作为受案范围判断标准。

## (二) 个人信息保护公益诉讼责任形式的程序法突破

个人信息保护公益诉讼责任形式问题具有较强的实体法与程序法交互性质,理论上一般归入实体法研究范畴。不过从实体法上难以解决其合法性依据问题,运用实体法与程序法交互方法,从程序法进行突破,找到合适的解决办法,从而消解制度建构的困境,提升个人信息保护公益诉讼制度效能。

《个信法》第70条中,并未对个人信息保护公益诉讼的责任形式做出规定。实体法研究学者一般认为,可根据《民法典》第179条确定民事责任。责任形式根据案件类型(侵权、违约等)的差异会有所不同,在个人信息保护公益诉讼中主要包括停止侵害、赔偿损失与赔礼道歉。对于能否在个人信息保护公益诉讼中适用惩罚性赔偿,实体法研究学者争论不休。根据《民法典》第179条规定,只有在法律明确规定的情况下,才可以适用惩罚性赔偿,但《个信法》及《民法典》都未对个人信息保护公益诉讼能否适用惩罚性赔偿做出规定。同时,我国现有法律对于惩罚性赔偿的规定是在私益诉讼的法理基础下提出,本意是为鼓励私益诉讼,贸然突破不仅缺乏规范与学理依据,也可能导致同一主体重复受罚,产生过于严厉的责任,有违法的谦抑性。<sup>[3]</sup>

笔者认为,在个人信息保护公益诉讼中引入惩罚性赔偿有其必要性。第一,惩罚性赔偿不仅在于补偿受害人损失,也在于惩罚和抑制不法行为。在个人信息保护公益诉讼中引入惩

罚性赔偿可以扭转目前个人信息司法保护中经济性较低的状况,提高维权积极性。第二,在个人信息保护公益诉讼中引入惩罚性赔偿有制度经验参考。目前在消费者保护、食品安全、知识产权保护、环境保护等领域也在探索推行这种制度。第三,实践中也有多起适用惩罚性赔偿的先例。比如在河北省无极县人民检察院诉李某某侵犯公民个人信息刑事附带民事公益诉讼案中,检察机关提出了惩罚性赔偿金35340元的请求,并最终得到法院的支持。<sup>①</sup>但是现行立法之下缺乏合法性依据,即通过实体法无法为惩罚性赔偿提供合法性依据。按照实体法与程序法交互方法,在程序法上通过诉讼实施权配置理论的厘清,就能解决这一难题。

根据诉讼实施权配置理论,个人信息保护公益诉讼原告诉讼实施权的配置方式主要包括四种:法定诉讼担当、意定诉讼担当、创设形式性实体请求权与诉讼信托。其中,诉讼信托理论最适合成为个人信息保护公益诉讼中原告以自己名义提起惩罚性赔偿的正当性基础。一方面,诉讼信托以外的赋权方式均以法律的明确规定或授权为适用条件。我国现行法律和司法解释并没有对个人信息保护公益诉讼中惩罚性赔偿请求权的移转做出相应的明确规定,其他赋权方式均不能适用。另一方面,诉讼信托运用在个人信息保护公益诉讼中有规范依据。《中华人民共和国信托法》第61条规定,国家鼓励支持公益信托,个人信息保护公益诉讼中的公益性质也可以排除该法第11条第4款对诉讼目的信托的禁止。

诉讼信托理论对于在个人信息保护公益诉讼中适用惩罚性赔偿的程序法创制,是团体在具备不作为请求权、撤销请求权等固有公益性独立请求权的情况下,通过受让直接利害关系人的损害赔偿请求权,融合不作为之诉和损害赔偿之诉。这一方案的实质是,既要存在委托人与受托人,也要存在就请求权转让达成意思表示一致,方可形成诉讼信托关系。个人信息

保护公益诉讼中的原告作为受托人,能与受害人也即委托人之间达成的合意,受让潜在的实体请求权。原告以自己的名义提起个人信息保护公益诉讼之时,实际上是提起私益诉讼的集合。通过程序法上的这一创制,可合并因相同事件或相同原因产生的大量同类请求权,原告由此获得应在私益性损害赔偿之诉中才能使用的惩罚性赔偿请求权。具体实施上,原告需要在形式上获得受害人的授权,并在胜诉后将法院判决的赔偿金分配给相关受害人。若是建立了惩罚性赔偿制度,那么胜诉后的赔偿资金的管理问题,特别是如何确保其有效地用于受害人救济与不法行为预防,成为亟待解决的问题。起诉费用管理方面,鉴于进行诉讼会带来较高的成本,而最终的收益需要分配给受害人,为鼓励检察机关以外的原告根据诉讼信托积极受让惩罚性赔偿请求权,可借鉴德国在消费者权益保护公益诉讼中的做法,允许受害人与原告签订从赔偿金中扣除诉讼费用的契约。赔偿金分配方面,可借鉴的做法主要有我国环境公益诉讼探索建立的环境公益诉讼专项基金制度以及集体诉讼援助基金。

概括而言,针对个人信息保护公益诉讼惩罚性赔偿在实体法上缺乏适用空间的难题,通过实体法与程序法交互方法,提出程序法解决方案。根据程序法维度分析,发现仅有诉讼信托理论能够成为引入惩罚性赔偿的正当性基础。根据诉讼信托理论,在起诉前,公益诉讼原告与受害人之间可以签订信托协议,约定由原告受让惩罚性赔偿请求权;在获取生效判决、取得惩罚性赔偿金之后,原告需要将赔偿金分配给受害人。为更好地管理惩罚性赔偿金,提高个人信息保护公益诉讼惩罚性赔偿制度的活力,可通过制定诉讼费用扣除规则、资金管理规则等激励原告提起惩罚性赔偿请求。

### (三) 个人信息保护公益诉讼证明责任的双向度对接

个人信息保护公益诉讼证明责任中,证明责

<sup>①</sup>参见(2018)冀0130刑初134号刑事判决书。

任分配与证明责任减轻不仅交互性明显,也是制度建构的难点,因此是下文论证的重点。我国证明责任理论研究一般将证明责任分配归入实体法范畴,不过程序法对此也多有研究;一般将证明责任减轻归入程序法范畴,不过实体法认为这个问题的实体法性质也很明显。简言之,这种定性具有明显的相对性,是实体法与程序法交互性的一种体现。根据前文所述,对于这类交互性很强的问题,采用单一维度无法解决实体与程序一体化衔接问题,通过交互方法进行双向度对接,即从证明责任分配的程序法突破以及证明责任减轻的实体法关照,才能消解证据制度建构困境,提升个人信息保护公益诉讼整体效能。

### 1. 证明责任分配的程序法突破

“规范说”是分配证明责任各种学说中最为成熟的理论,绝大多数学者认为规范说是我国民事诉讼中分配证明责任的原则。具体到个人信息保护公益诉讼证明责任分配上也是按照实体法要件进行,“排斥法官对证明责任分配的自由裁量”<sup>[29]</sup>。不过个人信息保护公益诉讼的证明责任分配的“绝对实体化”可能导致司法适用上的困难。因为个人信息保护公益诉讼作为新型案件,又涉及公共利益的保护,所以证明责任的分配很复杂,在立法上很难通过一般的构成要件进行概括。也就是说,《个信法》作为个人信息保护首部法律,很难通过这部法律完成证明责任分配的实体法规范,这样一来司法实践就会面临实体法没有完全解决证明责任分配,程序法又完全排斥法官证明责任裁量的困境。对于这一问题,可以从程序法进行突破,以法官裁量分配证明责任作为实体法规定的补充。原因如下。

首先,个人信息保护公益诉讼证明责任应以实体法分配为基础,以法官裁量分配证明责任为例外。“规范说”为实体法分配证明责任作为一般性分配原则毋庸置疑,不过对于是否能够程序法赋予法官裁量分配证明责任,则存在很大争议。笔者对此表示赞同,主要基于理论

与实践双重考虑。在理论基础方面,利益衡量理论的提出与发展成为法官裁量分配证明责任的主要理论支持。在进行法律解释或法的判断时,应该避开法规、法的构成和法律原则,而是基于具体事实中从属于特定利益的情况,进行利益衡量或价值判断,此种判断并非从法律专业人士的角度,而是从一般人的立场出发,且在此过程中不能违反常识。在实践应用方面,法官裁量分配证明责任能够解决实体法要件分配的两大问题。实体法要件分配过多强调法规定的外在形式,容易忽略双方当事人之间的实质公平和正义。对此,法官裁量分配证明责任能够平衡个案中当事人诉讼力量的差距,实现实体公正与程序公正的统一。针对实体法要件分配无法包容个人信息保护公益诉讼这一新型案件的问题,法官可以运用自由裁量权对于法律规定的疏漏进行必要弥补,通过程序创制证明责任分配规范。<sup>[22]</sup>在大陆法系国家,即便是在奉行法律要件说的德国,法官在审理案件时,如果实体法没有明确规定,证明责任的分配也由法官自由裁量;日本学者也大多支持法官通过判例创造新的证明责任分配规则。<sup>[30](P207)</sup>

其次,个人信息保护公益诉讼法官裁量分配证明责任应是补充性、限制性的。第一,条件限制主要包括三点。一是法官裁量分配证明责任需以实体法无明文规定为适用条件。二是法官裁量分配证明责任需以个案中显失公平公正为适用条件。在实体法无明文规定的前提下,证明责任分配在达到“显失公平”的程度时,方可行使自由裁量权进行纠正。<sup>[31](P178)</sup>三是法官裁量分配证明责任需遵循公平原则。例如,个人信息处理者对危险领域的控制主要体现在对内部信息数据的使用、管理控制、技术控制等事实控制上。基于公平原则,处于弱势地位的原告无法承担个人信息处理者违法处理个人信息的举证责任;处于控制强势地位的个人信息处理者承担举证责任。<sup>[32]</sup>程序限制主要包括释明与核准。法官应当在裁量分配证明责任前对此进行充分释明,并给予当事人适当的举证期限,

避免遭受判决突袭。<sup>[33]</sup>还应当在判决中对为何适用裁量分配进行论证说理。此外,证明责任分配可能对当事人的实体权利造成显著影响,因此需要避免法官滥用自由裁量权而侵犯当事人的合法权益,应根据《最高人民法院关于健全完善人民法院审判委员会工作机制的意见》(2019)第8条提交审委会处理。

最后,还要驳斥一种错误的观点。有学者指出法官裁量分配证明责任在大陆法系证明责任一般分配理论中是没有存在地位的:我国在民事证明责任分配上既应当采取,事实上也已经采取了规范说,因此不宜赋予法官实质上分配证明责任的权力;而且实践中法官分配证明责任的做法可能造成滥用自由裁量权。<sup>[34]</sup>笔者认为前提上,在民事公益诉讼中对案件事实的查明采用法院职权探知主义,是国家干预公益诉讼的必然结果。这种结果一定程度上限制了双方当事人各自主观证明责任在事实认定中的功能与作用,从而导致客观证明责任的基础性原因和前提事实也不同于一般的民事诉讼。<sup>[35]</sup>过程上,法官裁量证明责任确实应该在合理限度内,这点通过严格的条件限制与程序限制就能实现,而不是因担心滥用就不采纳。

## 2. 证明责任减轻的实体法关照

证明责任减轻,实际上是诉讼过程中根据具体证明情境,通过一定的证明技术规则来替代认定无充分证据情况下的案件事实判断,从而降低了负证明责任当事人的败诉风险的制度方案。这一制度内容主要包括表见证明、证明妨碍、事案阐明义务与降低证明标准,往往归入程序法研究范畴,实体法对此并无规范。不过,个人信息保护公益诉讼证明责任减轻主要依靠法官通过自由心证采取具体的证明责任减轻程序如文书提出义务等减轻当事人的证明负担,具有一定的裁量性、不稳定性。这样一来,实体法

上因缺乏相应的规范,无法提供与程序设置相配合的适用依据与原则,可能导致个人信息保护公益诉讼在具体案件中证明责任减轻缺乏实体法依据以及程序裁判可能失度。对于这一问题,可以通过实体法与程序法交互方法,在实体法上增加请求权基础、规定适用条件和基本原则三个方面予以回应。论证如下。

首先,在实体法上增加证明责任减轻的请求权基础。通过在实体法上设定请求权,形成证明责任减轻的实体法基础。个人信息保护公益诉讼证明责任减轻会涉及权利发生、消灭及排除的事实,对这些事实的规范属于实体法的范畴。如果没有在实体法中对法条要件的证明责任进行明确规定,可能会导致难以确保绝大多数案件得到公平处置与正义实现。在这一意义上,证明责任减轻的实体法依据具备一般性与普适性,程序法依据具备特定性和补充性,两者缺一不可,共同作用于证明责任减轻制度目的实现。为此,有必要通过在实体法上进行初步的规范或者授权性的规定,形成证明责任减轻的实体法依据。此外,从证明责任减轻的特点看,它属于对实体权利的临时救济,是实体诉讼规范。<sup>①</sup>这种实体性使在实体法上设定证明责任减轻请求权具有正当性。如果没有实体法基础,整个证明责任减轻制度是不完整的。在比较法上,大陆法系代表国家德国亦有通过设定资讯请求权形成实体法基础的先例。<sup>[36](P52)</sup>

其次,在实体法上增加证明责任减轻启动条件、适用方式与减轻后果的明确规定,为个人信息保护公益诉讼证明减轻提供解释论依据。一是启动条件,主要包括两个方面。一方面,案件事实本身造成证明困难,这并非因当事人自身原因所致。另一方面,证明困难导致待证事实的存在与否无法证明,使负证明责任的一方当事人承受不利后果,结果上明显有失公正。<sup>[37]</sup>

<sup>①</sup>陈刚教授称民事诉讼法为“实质诉讼法”,认为实质诉讼规范是调整争讼法律关系的诉讼规范之总称,同时也是有关民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范。现在被我们视作民事诉讼法固有组成部分的诉讼制度,如当事人适格、诉讼标的、诉讼攻击防御方法(主张责任、证明责任)、判决的法律效力(既判力)等都属于实质诉讼规范,而诉讼程序规范则是服务实质诉讼规范的。



二是适用方式,证明责任减轻包括多种具体程序如证明标准降低、证明妨碍等,可以通过设定引致条款将这些具体程序涵摄到个人信息保护公益诉讼证明责任减轻规则体系中来。三是减轻后果,明确证明责任减轻只涉及主观证明责任在一定条件下的调整,并不涉及客观证明责任的分配。

最后,“法律原则是规则和价值观念的汇合点”<sup>[38](P90)</sup>,有必要在实体法上增加比例原则和武器对等原则。在个人信息保护公益诉讼进行中,需要平衡互相重叠或冲突的利益的同时,为确定证明责任减轻的适用条件寻找合适的解决办法,而法律原则在这一过程中具有十分重要的作用。基于个人信息保护公益诉讼原被告之间证明能力的悬殊,有必要分别从证明难度和证明手段两个方面,通过比例原则与武器对等原则,统一证明责任减轻裁判标准。

第一,为矫正证明难度失衡问题,在实体法增加比例原则。比例原则要求目的和手段之间具有客观的对称性。通过增加比例原则,可以帮助法官识别出什么情况下可以适用证明责任减轻,从而建立程序法上的保护措施。具体而言,尽管待证事实并非“不能证明”,但考虑到证明所需的成本和司法资源占用,远超过其主张或证明成功后可能获得的支持金额,法官可以违反比例原则为由适用证明责任减轻。第二,为矫正证明手段失衡问题,在实体法增加武器平等原则。武器平等原则强调双方当事人应享有相等的法律地位、平等的诉讼机会,以及面对法律风险时的平等对待。通过增加武器平等原则,可以帮助法官判断如何适用证明减轻。具体而言,若承担证明责任一方当事人明显难以获取证据或事实信息,导致其举证能力相对不足,而被告拥有更强的举证能力时,法官应审慎考虑,可以违反武器平等原则为由适用证明责任减轻,并根据个案情形判断采用何种证明责任程序最符合武器平等原则。<sup>[39]</sup>

本部分主要通过实体法与程序法交互方法,解决个人信息保护公益诉讼证明责任的两大问题。

针对个人信息保护公益诉讼证明责任分配的“绝对实体化”导致司法上证明责任分配困难的问题,提出程序法解决方案,以法官裁量分配证明责任为实体法要件分配的例外,并通过条件限制和程序限制严格限定法官裁量分配证明责任的行使。针对个人信息保护公益诉讼证明责任减轻在具体案件中缺乏实体法依据以及程序裁判可能失度的问题,提出实体法解决方案,增加证明责任减轻的请求权基础,明确规定证明责任减轻启动条件、适用方式与减轻后果,确立比例原则与武器对等基本原则。

#### 四、结论

在个人信息保护公益诉讼制度实施两周年之际,其理论研究 with 司法实践都取得了巨大的进步。不过,在个人信息保护公益诉讼制度建构中基于实体法或程序法单一维度却没有参考实体法与程序法交互方法,其制度建构陷入“一元观”困境。因此,本文基于实体法与程序法交互方法,对个人信息保护公益诉讼制度建构的方法论进行某种程度的完善,从实体法与程序法二元论的角度,全面提升其制度建构在实体法与程序法上的一体化衔接与促进实体公正与程序公正的统一实现。

个人信息保护公益诉讼受案范围、责任形式与证明责任三个问题既是制度建构中的重要问题,也体现了实体法与程序法的高度融合、深度交叉。其中,受案范围作为程序建构的实体法关照,责任形式作为实体建构的程序法突破,证明责任作为制度建构的双向度对接,通过实体法与程序法交互方法进行制度建构的路径优化。第一,针对个人信息保护公益诉讼受案范围中难以判断何谓“众多个人权益”难题,结合个人信息保护的公益属性,笔者提出以“不特定多数人”公共利益作为判断基础,增加“规模性”与“无差别性”的受案范围判断标准,以完善受案范围规定的实体法依据、提高程序法可操作性。第二,针对个人信息保护公益诉讼制

度建构惩罚性赔偿在实体法上缺乏适用合法性依据的难题,按照诉讼信托作为诉讼实施权配置的理论基础,提出由原告通过信托协议受让惩罚性赔偿请求权的程序法创制,并明确惩罚性赔偿金的资金管理规则,从而形成在个人信息保护公益诉讼中惩罚性赔偿制度的程序法依据,并提供基础性制度设计。第三,针对个人信息保护公益诉讼证明责任分配的“绝对实体化”导致司法上证明责任分配困难的问题,以法官裁量分配证明责任为实体法要件分配的例外,并通过条件和程序两个方面进行严格限制。针对个人信息保护公益诉讼证明责任减轻在具体案件中证明责任减轻缺乏实体法依据以及程序裁判可能失度的问题,增加证明责任减轻的请求权基础,明确规定证明责任减轻启动条件、适用方式与减轻后果,确立比例原则与武器对等基本原则。

实体法与程序法交互方法应用在个人信息保护公益诉讼制度建构具有天然的契合性,是其他方法无法比拟的。但是,由于受案范围与责任形式问题具有较为典型的交互特性,在交互方法下的论证较为直接清楚、更具有可操作性,限于篇幅,本文对个人信息保护公益诉讼制度建构其他交互性问题没有展开,如诉前程序的设置、调解的适用等等。需要指出的是,虽然交互方法为个人信息保护公益诉讼制度建构提供了新的方法与“第三条”路径,但是,无论是方法上可能的贡献还是制度建构更深层次的研讨,许多具体工作有待展开,本文的研究仅仅是一个开始。

#### 参考文献:

- [1]The world's most valuable resource is no longer oil, but data, the world's most valuable resource is no longer oil, but data[EB/OL]// (2017-05-06) [2023-12-31]. <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.
- [2]张新宝.《民法总则》个人信息保护条文研究[J].中外法学,2019(1):54-75.
- [3]张新宝,赖成宇.个人信息保护公益诉讼制度的理解与适用[J].国家检察官学院学报,2021,29(5):55-74.
- [4]孙莹.大规模侵害个人信息高额罚款研究[J].中国法学,2020(5):106-126.
- [5]张陈果.个人信息保护民事公益诉讼的程序逻辑与规范解释——兼论个人信息保护的“消费者化”[J].国家检察官学院学报,2021(6):72-84.
- [6]薛天涵.个人信息保护公益诉讼制度的法理展开[J].法律适用,2021(8):155-164.
- [7]李浩.走向与实体法紧密联系的民事诉讼法学研究[J].法学研究,2012,34(5):28-32.
- [8][奥地利]欧根·埃利希.法社会学原理[M].舒国滢,译.北京:中国大百科全书出版社,2009.
- [9]岳彩申.理论的解释力来自哪里:中国经济法研究的反思[J].政法论坛,2005(6):17-31.
- [10]刘法杞,陈柏峰.技术平台对科层体制的重塑及其治理效应[J].河南大学学报(社会科学版),2020,60(6):12-17.
- [11][日]中村宗雄、中村英郎.诉讼法学方法论:中村民事诉讼理论精要[M].陈刚,段文波,译.北京:中国法制出版社,2009.
- [12]陆宇峰.论现代社会中实体法与程序法分离[J].云南大学学报(法学版),2011(1):102-106.
- [13]陈荣宗,林庆苗.民事诉讼法(上)[M].台北:三民书局,2009.
- [14]中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局.马克思恩格斯全集:第1卷[M].北京:人民出版社,1995.
- [15]王利民.民法的精神构造:民法哲学的思考[M].北京:法律出版社,2010.
- [16]崔建远.实体法与程序法相辅相成——法释[2016]5号之解读、评论与升华[J].现代法学,2016(6):176-183.
- [17]任重.民法典与民事诉讼法的协同实施:回眸与展望[J].当代法学,2023(1):44-57.
- [18]姚莉.司法公正要素分析[J].法学研究,2003(5):3-23.
- [19]雷磊.司法人工智能能否实现司法公正?[J].政法论丛,2022(4):72-82.
- [20][德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].黄家镇,译.北京:商务印书馆,2020.
- [21]张卫平.民法典的诉讼分析[J].云南社会科学,2023(1):81-92.
- [22]万毅.程序法与实体法关系考辨——兼论程序优先理论[J].政法论坛,2003(6):102-111.
- [23]胡鸿高.论公共利益的法律界定——从要素解释的路径[J].中国法学,2008(4):56-67.
- [24]中央网络安全和信息化委员会办公室.中国

- 互连网络发展状况统计报告[R/OL]. (2023-08-29) [2023-12-30]. [http://www.cac.gov.cn/2023-08/29/c\\_1694965940144802.htm](http://www.cac.gov.cn/2023-08/29/c_1694965940144802.htm).
- [25]中央网络安全和信息化委员会办公室. 关于抖音等105款App违法违规收集使用个人信息情况的通报-中共中央网络安全和信息化委员会办公室[R/OL]. (2021-05-21) [2023-12-31]. [http://www.cac.gov.cn/2021-05/20/c\\_1623091083320667.htm](http://www.cac.gov.cn/2021-05/20/c_1623091083320667.htm).
- [26]高富平. 个人信息保护: 从个人控制到社会控制[J]. 法学研究, 2018(3): 84-101.
- [27]PRINS C. Property and privacy: European perspectives and the commodification of our identity [M]// GUIBAULT L, HUGENHOLTZ P B. The future of the public domain, identifying the commons in information law. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006: 223-257.
- [28]最高人民法院. 民法典颁布后人格权司法保护典型民事案例[EB/OL]. (2022-04-11) [2023-12-31]. <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/354261.html>.
- [29]胡学军. 我国民事证明责任分配理论重述[J]. 法学, 2016(5): 38-50.
- [30]陈刚. 证明责任法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000.
- [31]肖建华. 民事证据法理念与实践[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [32]袁翠微. 浅论信息时代背景下个人信息权侵权举证责任的分配——以庞理鹏诉趣拿公司、东航公司案为例[J]. 广西警察学院学报, 2018(2): 18-22.
- [33]王杏飞, 陈娟. 个人信息检察公益诉讼重大理论与实务问题研究[J]. 广西社会科学, 2022(2): 21-33.
- [34]胡学军. 法官分配证明责任: 一个法学迷思概念的分析[J]. 清华法学, 2010(4): 82-103.
- [35]毕玉谦. 民事公益诉讼中的证明责任问题[J]. 法律适用, 2013(10): 11-17.
- [36]吴如巧. 民事诉讼证据收集制度的构建[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2011.
- [37]王刚. 证明责任减轻制度研究[J]. 比较法研究, 2021(6): 183-198.
- [38]尼尔·麦考密克, 奥塔·魏因贝格尔. 制度法论[M]. 周叶谦, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [39]刘鹏飞. 修正辩论主义与武器平等的证明责任[J]. 证据科学, 2014(6): 733-749.

【责任编辑 邱佛梅】

## Optimization of the Construction Path of the Public Interest Litigation on Protection of Personal Information under the Interactive Approach of Substantive and Procedural Law

ZHAO Lei & FAN Wenyang

**Abstract:** Substantive and procedural law interact in the public interest litigation on protection of personal information. System construction based on a single dimension will fall into the trap of “monism”. An interactive perspective of substantive and procedural law provides a substantive law solution. Optimizing three key points with strong interaction - case scope, liability form, and burden of proof - can advance a dualistic system construction and integrate substantive and procedural law. This ensures justice is achieved in both realms. First, the substantive law dimension solves the procedural problem of judgment of “the rights and interests of many individuals”. It introduces a solution based on the public interest of the “unspecified majority” and incorporates criteria such as “scale” and “non-discrimination” within the case scope. Second, the procedural law dimension solves the problem of the lack of substantive application space of the punitive damages. It allows the plaintiff in public interest litigation to claim punitive damages through a trust agreement with the victim. Third, the interactive dimension solves two problems: substantive problem of entity anomaly of “normative theory” in complex cases by recognizing judicial discretion in assigning the burden of proof, and procedural problem of trial limit by establishing the basis for claiming a reduced burden of proof.

**Keywords:** protection of personal information; civil public interest litigation; interactive perspective of substantive and procedural law; system construction; path optimization