

立法會

法案委員會

2011年個人資料(私隱)(修訂)條例草案

目的

政制及內地事務局於2011年7月13日向立法會提交《2011年個人資料(私隱)(修訂)條例草案》(下稱「修訂草案」)。本文件向各委員概述個人資料私隱專員(下稱「私隱專員」)對該草案的觀點。

背景

2. 在經過對檢討《個人資料(私隱)條例》(下稱「條例」)的各項建議所進行的兩輪公眾諮詢及多次討論後，政制及內地事務局於2011年4月發出「檢討《個人資料(私隱)條例》的進一步公眾討論報告」(下稱「進一步討論報告」)。進一步討論報告再次確認政制及內地事務局會跟進私隱專員之前提交的大部分建議。政府當局會訂立新規定及罪行，規管在直接促銷活動中收集、使用及售賣個人資料。2011年7月8日，政制及內地事務局將修訂草案刊憲，詳列條例的修訂條文。

私隱專員對修訂草案的主要關注

3. 私隱專員在2011年5月31日提交的文件(立法會文件第CB(2)1949/10-11(01)號)中，已指出他與政府當局對進一步討論報告所提及部分主要建議的主要不同觀點。本文件會集中討論修訂草案的新條文所引發的實際施行問題。

*在直接促銷中收集及使用個人資料*

*延遲通知*

4. 修訂草案的新條文第35H條(第21項之下)規定資料使用者在

使用資料當事人的個人資料作直接促銷前，須以書面資訊通知資料當事人。資料使用者須向資料當事人提供回應設施，讓他們可以行使拒絕服務權利。如資料當事人沒有在訂明的 30 日內回應資料使用者的回應設施，則依據第 35J(2)(b)條，會被視為沒有拒絕服務。這建議機制存在幾項關鍵性的缺點。

5. 條例附表 1 的保障資料第 1(3)原則規定，資料的使用目的(直接促銷或其他用途)須於收集資料之時或之前告知資料當事人。建議的通知安排令資料使用者延遲至收集資料後的任何時間，才通知資料當事人有關資料會用於直接促銷用途的做法合法化。在這個延遲通知的做法之下，資料使用者可以在收集資料後的任何時間通知資料當事人有關資料會被用於直接促銷。此外，在接獲通知後作出特定的拒絕服務要求的責任會落在資料當事人身上，否則「被視為同意」的規則便會適用。因此，資料使用者很可能會更多利用延遲通知的手法，而不是在收集資料之時或之前給予通知。資料使用者或會故意延遲通知，但修訂草案並沒有處理這個可能出現濫用的問題。

#### *行使拒絕服務權利的實際困難*

6. 資料使用者要建立一個公平有效的延遲通知系統，會面對不少困難。儘管修訂草案的新條文第 35H(3)條(第 21 項之下)規定資料使用者向資料當事人提供書面資訊，但並沒有條文規管如何令資料當事人得悉此書面資訊，例如提供書面資訊的方式，及書面資訊是否須寄往資料使用者最後知悉的地址。由於資料使用者無須於收集資料之時或之前給予通知，他們在收集資料後作出通知時，未必有資料當事人的最新聯絡資料。作出通知的方式可能會因不同原因而導致失敗。資料當事人可能會因為收不到資料使用者的通知而未能作出拒絕服務選擇，若因此而被視為同意，會對資料當事人不公平。

7. 如資料當事人在訂明的 30 日回應限期(修訂草案的新條文第 35K 條)後行使其拒絕服務權利，他可能會面對難以解決的困難。在這個較後時期，他可能要面對其個人資料的承轉人，而不是移轉資料的資料使用者。他甚至未必能夠識別資料的源頭，從問題的根源作出解決，反而要在資料承轉人接觸他時，逐一向他們提出拒絕服務要求。

8. 更甚的是，修訂草案的新條文第 35L(2)條(第 21 項之下)加入新規限，資料當事人在資料使用者首次接觸他們時，只可以書面拒絕資料使用者將其個人資料用於直接促銷活動。此項規定會對資料當事人造成障礙，尤其是當資料使用者是以電話接觸他們的情況時。目前，條例第 34 條並沒有規限資料當事人以書面作出拒絕服務要求。

### *在直接促銷中售賣個人資料*

9. 政府當局建議以拒絕服務機制來徵詢資料當事人對售賣其個人資料的同意。如資料使用者在給予資料當事人書面通知，提供可以反對售賣其個人資料的選擇（透過回應設施）後，在 30 日的訂明回應期限內沒有收到拒絕服務要求，資料使用者可視資料當事人已同意售賣其個人資料。在某程度上，這個「被視為同意」的規則會令資料使用者售賣個人資料的做法合法化，而這個做法在目前的法律下是不容許的。理由是，在大多數關於資料當事人在收集資料之前或之時並沒有獲告知其資料會被售賣的個案中，售賣資料作為資料的用途是超越資料當事人的合理期望，因此與資料的原本使用目的並不一致或直接有關。在這情況下，條例附表 1 的保障資料第 3 原則規定，資料使用者在售賣資料前須取得資料當事人的訂明同意。因此，在目前機制下，除非資料使用者取得資料當事人的正面指示，否則資料使用者不能售賣資料當事人的個人資料。總的來說，目前的建議與公眾在八達通事件後所表達的強烈期望有落差，而在加強管制資料使用者未經授權售賣個人資料方面，則是一個退步。

10. 此外，由於規管作出通知及拒絕服務的相關條文與規管在直接促銷中收集及使用個人資料的條文類似，上述第 4 至 7 段的意見適用於此。

### *規管資料處理者及分判活動*

11. 為對資料使用者施加間接責任，以合約或其他方式規定資料處理者依從條例附表 1 的保障資料第 2(2)原則(保留)、第 3 原則(使用)及第 4 原則(保安)，修訂草案已於第 39(19)及(26)項加入相應修訂。

12. 條例附表 1 的每項保障資料原則規管資料周期的不同範疇。

尤其是，保障資料第 3 原則是規管個人資料的使用(包括披露或移轉)，而保障資料第 4 原則是規管個人資料的保安。各項保障資料原則與其他國際標準相同，例如《保障私隱及個人資料跨境流動》的經合組織指引，該指引廣為海外資料保障法律(如歐盟、澳洲及新西蘭)採用。不過，在修訂草案第 39(26)項，間接規管資料處理者使用個人資料的修訂是放在保障資料第 4 原則下。為與國際標準一致，較適合的做法是把這條文放在與使用個人資料有關的保障資料第 3 原則下。

### 執行通知

13. 私隱專員向資料使用者送達執行通知以補救違規情況的權力在修訂草案第 50 條(第 27 項之下)獲得修改。私隱專員在送達執行通知前，不再需要符合「違規情況在有關情況下將持續或重複發生是相當可能」這個條件。此外，私隱專員將獲賦權指明資料使用者必須採取的步驟(包括停止任何作為或行為)，以補救違規情況(新條文第 50(1A)(c)條)。但不完全清晰的是，有關步驟的範圍是否只限於根據第 50(1A)(b)(ii)條補救造成資料使用者的違規情況的作為或不作為。違規情況發生很多時是因為資料使用者的政策、措施或程序不足夠(而不是欠缺)。根據現時第 50(iii)條，私隱專員獲賦予廣泛權力，可指令資料使用者採取步驟，處理有關的不足之處，以補救違規情況或導致違規情況的事宜。重要的是，私隱專員的權力不會因法例修訂而削弱。

### 導致自己入罪

14. 修訂草案的新條文第 60A(2)條(第 33 項之下)在實際執法時會出現困難及異常情況。第 60A(1)條的目的是為資料使用者訂立新的豁免，以「導致自己入罪」為豁免依從查閱資料要求的理據，這與普通法的權利一致。建議的第 60A(2)條規定，資料使用者在遵守保障資料第 6 原則或第 18(1)(b)條而提供的資訊，不會獲接納為就條例所訂的罪行對該資料使用者不利的證據。不過，資料使用者不依從查閱資料要求是可以有很多原因的，不只限基於「導致自己入罪」的理由。例如，很多不依從要求的個案是涉及違反條例第 19(1)條，當中資料使用者聲稱根據保障資料第 6 原則或第 18(1)(b)條提供文件副本，依從查閱資料要求，但卻故意隱藏或刪除文件內一些個人資料，而有關資料卻是應該提供予資料要求者的。如所提供的資料不得獲接納為對資料使用者不利的證據，對

成功檢控會造成非常困難(如非不可能的話)。在這情況下，新條文第 60A(2)條會窒礙對涉嫌違反條例第 19(1)條的執法及檢控工作。

## 結語

15. 私隱專員促請政府當局及立法會法案委員會細心考慮上述觀點，以符合公眾對保障個人資料私隱的上升期望。儘管私隱專員與政府當局對上述事宜持有不同觀點，但私隱專員歡迎政府當局決定推行原本由私隱專員提出的大部分建議，以提高香港的個人資料保障。

個人資料私隱專員公署

2011 年 11 月