

隐私与刑事法

——隐私的政治价值与制度体现

王芳◎著



中国社会科学出版社

隐私与刑事法

——隐私的政治价值与制度体现

王芳◎著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

隐私与刑事法：隐私的政治价值与制度体现 / 王芳著.
北京：中国社会科学出版社，2012.10
ISBN 978 - 7 - 5161 - 1473 - 5

I. ①隐… II. ①王… III. ①隐私权—法律保护—
研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 224199 号

出版人 赵剑英
选题策划 张林
责任编辑 许琳
责任校对 石春梅
责任印制 戴宽

出版 中国社会科学出版社
社址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网址 <http://www.csspw.cn>
中文域名:中国社科网 010 - 64070619
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经销 新华书店及其他书店

印刷装订 三河市君旺印刷厂
版次 2012 年 10 月第 1 版
印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

开本 710 × 1000 1/16
印张 14.5
插页 2
字数 230 千字
定 价 42.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社联系调换
电话:010 - 64009791
版权所有 侵权必究

序

随着法治文明的发展和人权意识的增强，隐私已从纯粹的私人生活领域走上政治舞台，从人们最初对私生活安宁的朴实向往逐渐演化为一项捍卫人格尊严并对抗国家权力滥用的政治理念，继而发展为隐私权利，受到各国宪法、行政法、刑法和刑事诉讼法的普遍关注和保护，隐私权保护的研究确实需要拓展。在这一方面，美国走在世界各国的前列，尤其是该国宪法确认了对隐私权的保护，从限制国家权力滥用的角度通过宪法第四、第五修正案的一系列诉讼界定隐私利益的具体范围。王芳博士在其博士论文的基础上，选定《隐私权的刑事法保护》这一课题，针对我国刑事法对隐私权保护的不足、存在的问题，借鉴美国、欧陆等国家的经验，探讨我国刑事法保护隐私权的完善问题，不仅能填补和丰富隐私权保护的理论，指导刑事立法和司法实践具有重要的理论意义，而且对于发展人权理论，保障人权也有着重要的政治价值。

本书具有以下特点：

一、体系完整，结构合理。本书共分三部分：第一部分以刑事法范畴内的隐私利益为核心开展研究，认为隐私是现代社会中构成个人身份的核心要素，隐私权则是排除对个人身份不合理限制的自由。第二部分就侵害隐私行为的犯罪定型化问题进行研究。采用比较的方法，就侵害隐私权犯罪的立法模式、罪名设置、犯罪形态、犯罪构成等进行分析研究，对我国该方面的立法提出合理性建议。第三部分围绕刑事诉讼法中权利控制与隐私权利的保护，深入研究个人隐私对公权利，特别是对刑

事司法权的限权作用，提出了颇具新意的具体的完善措施。如此安排符合法学研究的思维规律，由基础理论谈起，论证到刑法和刑事诉讼法各自的保护范围、保护措施等制度性完善问题，循序展开便于读者对隐私权刑事法保护有完整的理解。

二、内容丰富，资料翔实。本书作者收集了大量的外文资料，借鉴域外最新的研究成果，以及国内学界的学术观点和立法现状，从隐私的起源说起，论述了隐私利益及隐私权的概念、隐私与个人身份的关系、隐私权受到公共政策关注问题。在比较大陆及欧美法系侵害隐私犯罪构成的基础上，界定隐私保护刑事实体框架。在参照美国宪法修正案的规定和非法证据排除规则，研究隐私保护与刑事司法权力的控制与平衡关系，构建隐私保护刑事程序法框架。全书内容丰富，言之成理，持之有据。阅读该书，能使人对当代社会对隐私权保护现状耳目一新，引发学界对隐私权保护的更深层次的思考。

三、论理充分，观点新颖。作者针对学界关于隐私利益、隐私权的属性及其保护范围问题的诸多争论，采用案例分析、比较分析和价值分析的方法，逐一分析论证，阐明自己的观点，其中许多观点展现作者独到的见解。如，对隐私的界定，认为刑事法领域内的隐私应视为信息时代构成个人身份的关键要素，隐私权就是排除对个人身份构建不合理限制的自由；厘清了私法领域与公法领域隐私权的利益范围与保护机制；基于隐私的政治价值的研究，明确了刑事法领域隐私作为刑事程序权力控制工具的重要意义与制度体现。这些创新见解，均有较高的学术价值。

当然，本书在实证材料与国内外案例分析上还存在一定的不足，尚需进一步完善。

作为王芳同志的博士生导师，看到其潜心研究的学术成果，感到由衷的欣慰，望其再接再厉，继续努力，不断开拓创新，力争更多的学术成果问世，为繁荣法学理论作出贡献！

是为序。

冯殿美

于山东大学法学院

2012年10月16日

自序

隐私的政治价值，特别是其在刑事法领域的价值体现与制度设计是本书研究的核心。

一 刑事法范畴内隐私问题的提出

法治文明的发展使人们习惯于将各种道德与社会问题转换为政治与法律问题，个人隐私保护即为是例。近一个世纪以来，与隐私相关的诉讼及立法数量不断增加且涵盖范围不断扩大，吸引了空前的政治关注。随着公共权力逐渐介入私人领域，公共领域私人化的趋势愈加明显，隐私在多数典型诉讼中作为一项具有代表性的政治理想而频繁出现，在与国家权力的不断平衡中争取着个人价值的最大实现，并现实地解答着隐私法律保护中存在的各种困惑。学术界也在努力地设想并论证各种方案，试图勾画隐私政治理想的完美蓝图。虽然作为自由的隐私与其他自由与权利的关系在实践上一直存在着模糊的边界，但也正是这种模糊性引起了更多的诉讼与立法，使其轮廓在不断修正中越来越清楚。

在世界范围内反恐斗争不断深入以及以风险社会为特征的现代背景下，隐私成为公法特别是刑事法关注的焦点。当今世界各国都在维护国家与公共安全的宗旨下竭尽全力完善其刑事司法体系与国家安全

防卫体系。但颇具反讽意义的是，国家对安全的防卫本身却成为公民自由与权利的最大威胁。以反恐为“合法”理由而进行的普遍监听监视，以国家安全为借口的无证搜查与远程监控，以犯罪控制为目标的逼取口供，以获取犯罪证据为目的的强制采样，诸如此类种种行为在维护安全与公共利益的“正当”理由下堂而皇之侵入公民私生活的各个方面。因此，即使出于良善的目的，刑事程序权力的行使亦应受到严格控制。除依靠司法权力机关的自我监督之外，此种权力控制更需要通过外部力量实现。而公民的隐私权利正具有这样一种能力。在隐私控权的过程中，法院作为平衡公民隐私权利与国家刑事司法权力的中介力量，通过违宪审查与司法审查令状主义在控权过程中发挥重要作用。隐私控权是一种思路，一种以权利控制权力的政治思路。这种权力控制的思路在刑事诉讼法中相当清晰，在美国，隐私权是作为刑事诉讼法核心条款的“不被非法搜查与扣押的权利”及“不自证己罪的特权”的充分抗辩事由。隐私控权的思路已成为宪政国家中民主制度的核心。

隐私作为一种政治理想，其价值通过对国家权力的防范与对隐私利益的保障两方面实现。如果说反恐斗争的阴影使得国家权力成为隐私权防范的主要对象，那么风险社会的到来则使个人隐私不得不对抗来自其他个人、组织、社会、权力机构等各方面的威胁。面对风险社会中无处不在的隐私威胁，刑事实体法发挥着尤其重要的作用。抽象危险犯的设置明显扩大了侵害隐私犯罪的刑罚范围，对非法窃听与监视行为的严厉态度反映出立法者对监控技术附带的隐私威胁的充分关注。随着国家权力向市民社会的不断深入，刑事实体法也表现出对国家权力滥用的关注，对特殊主体的身份犯、国家公务人员侵害隐私的行为给予特别严厉的否定性评价，以犯罪与刑罚方式捍卫着公民个体的独立性与自主权，捍卫着宪政民主国家的政治基础。

我国学界与司法从业者一直以来习惯于在私法范畴内研究隐私问题，或多或少地忽略了隐私理念对民主宪政制度的深刻价值，恰恰缺乏上述理论基础与制度实践。

目前国内对隐私与刑事法问题进行专门研究的著作主要有王立志博士的《隐私权刑法保护》、杨开湘博士的《刑事诉讼法与隐私权保护的

关系研究》，以及向燕博士的《刑事侦查中隐私权领域的界定》。另外陈光中教授的《刑事诉讼法实施问题研究》及《21世纪域外刑事诉讼法最新发展》，卞建林教授的《刑事诉讼的现代化》，左为民、周长军教授合著的《刑事诉讼的理念》，王秀哲博士的《我国隐私权的宪法保护研究》，张军教授的《宪法隐私权》等著作也对隐私与刑事法所涉部分问题有着深入的研究。一些公开发表的论文也涉及该问题并产生相当的影响，如陈光中教授发表于《现代法学》第27卷第5期的“强制采样与人权保障之冲突与平衡”，陈瑞华教授2002年发表于《法学》的“法治视野下的证人保护”等。

事实上，如果说隐私的道德价值在于对个人行为的规范，那么它的政治价值则在于其对国家权力行为的防范与规制，对隐私的尊重与保护在公法范畴内具有更加珍贵的价值和更加深刻的意义。公法范畴内隐私保护体现在宪法、刑事法与行政法律规范三个层面。宪法赋予隐私权基本权利的重要地位；刑事法通过积极保护与消极不干涉两种姿态勾画出个人隐私利益保障的轮廓，在实体法与程序法两个系统内表达着对隐私的尊重；包括部分行政法律规范在内的公共政策对宪法与刑事法保护的不足进行灵活补充；三者互为体现、相互补充，形成隐私利益公法保护的基本框架。其中，刑事法不仅使宪法性隐私权得以具体化，并且以最严厉、最严谨的方式捍卫着公民不可侵犯的个人领地。我国公民隐私保护制度在我国法律体系中仍处于起始阶段，宪法隐私权地位暧昧不清，民事与行政领域隐私权的地位始终未得确立。在刑事法领域，刑事实体法对具体隐私利益的保护相对完整，但刑事程序相关领域与域外经验存在较大差距，刑事程序权力的运行仍未得到根本控制。隐私权从未成为我国刑事诉讼基本权利体系中的一员，也几乎从未有过以隐私保护为基础的重要刑事程序性制度设计。关注隐私的政治价值，对完善我国的刑事法律体系、规范刑事司法权力的运行，乃至整个国家政治法律体系都有着不可忽视的重要意义。

隐私，基于其在个人主体性与独立性构建过程中的重要作用及深刻政治价值，在公法特别是刑事法领域通过对公民人格的尊重与保护和对国家权力的监督与控制表现出独特的政治深意。放眼人类政治文明发展的历史长河，这是一次伟大的理念与制度的双重进步，值得我们全力以

赴认真探究。

二 域外经验的启示

个人隐私似乎在美国人眼中具有特别的魅力，促使美国人的隐私权利实践自 20 世纪初现端倪便一发而不可收。在宪法隐私权得以确立的漫长过程中，侵权法对隐私利益的认可与保护起到了重要的先导作用。伴随着大量的隐私侵权判例出现，1939 年出版的第一部美国《侵权法重述》最后一册，被普遍认为是成文法律对隐私权的肯定。虽然这种法律认可仅限于侵权法领域，但开启了隐私法律保护的先例。1965 年，美国联邦最高法院通过 *Griswold v. Connecticut* 案^①的判决确立了独立的宪法性隐私权（同时也是世界范围内最早的宪法性隐私权）。道格拉斯大法官（Justice Douglas）在判决中以“阴影地带”理论（a penumbra theory）为依据，对隐私利益及权利做出了第一次正式表达，并明确指出了隐私与部分宪法修正案之间的关联：“（上述）案件表明权利法案所开列的保证书有自己的阴影地带，它的形成来自支撑权利法案存在与主旨的保证条款的发散……不同的保障创建了隐私的不同区域。隐私主张以既反对又补充的方式贯穿于整个宪法第一修正案的自由之中，一方面公民个人有保护其隐私利益不被其他公民的言论自由或宗教与政治信仰表达自由侵害的权利，同时又有通过言论自由与和平集会主张权利的自由，也拥有反对公共披露和出版关于私人事务的合理期待。第三修正案禁止任何士兵在和平时期未经所有权人允许进入私人住宅，这是隐私的另一个方面。第四修正案明确肯定‘人们享有个人、住宅、文件以及个人财产安全的权利，禁止任何不合理的检查和逮捕’。第五修正案的禁止自我归罪条款创制了隐私的另一个领域，即政府不能强迫公民对他所造成的损害承担证明责任。第九修正案规定：‘宪法中列举的特定权

^① *Griswold v. Connecticut*, 482 U. S. (1965). 在本案中，最高法院认为属于私权的行为仅仅涉及私人之间的利害关系而并不侵害社会利益，因此不应当被犯罪化，据此决定使一个把传播避孕工具消息定为犯罪的州法律失去效力。

利，不能用来否定或贬低其他公民的特定权利’。”^①自此，独立于宪法第四修正案、第五修正案之外的一般性宪法隐私权地位得以确立。而在此之前，最高法院明确承认的宪法隐私权仅限于对宪法第四修正案（公民不被非法搜查与逮捕的权利）与第五修正案（公民不被强迫自供其罪的特权）的判例解释，并在宪法第一修正案关于言论自由、新闻自由和集会自由的司法判例中对隐私利益进行间接保护。Griswold 案之后，隐私权获得独立的宪法地位，并在 1974 年的《隐私权法》中得以最终确认。隐私权逐渐发展成为一种以人格尊严与个人自主为价值基础的基本权利，而摆脱了其固有的以私有财产权或人身安全为基础的附带价值的命运。

文化与法治传统的差异使得各国立法者对个人隐私价值的认可程度不尽相同。美国人对隐私的突出重视及其在立法、司法制度上及政策层面的特别设计，是对自由主义、法治原则，以及反抗政府侵扰公民私人事务的自由原则的实践，体现了美国人所特有的生活认知及其对自由主义的向往。欧陆各国或许不像美国人那样特别突出隐私价值，或者说不是在美国人所认为的那种“独处权利”的广泛意义上理解隐私。但如果说美国人在本体隐私权的发展历程中做出了里程碑式的贡献，那么，欧陆法系各国对隐私利益保护的贡献则可以被评价为奠基式式的，至少在公法领域如此。《德国刑法典》颁行于 1871 年，《法国刑法典》颁行于 1810 年（而 Right of Privacy 这一隐私权概念出现是在十九世纪末的美国），其时，美国人所推崇的隐私权远未成长

^① “Cases suggest that specific guarantees in the Bill of Right have penumbras formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment in its prohibition against the quartering of soldiers ‘in any house’ in time of peace without the consent of the owner is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the ‘right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searcher and seizures.’ The Fifth Amendment in its Self-Incrimination clause enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: ‘The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.’” *Griswold v. Connecticut*, 482 U. S. 479 (1965) .

为一项独立的宪法性权利，甚至并未引起学术上的关注。当轰轰烈烈的隐私权运动在美国展开时，大陆法系各国的刑法典已经颁布并实施了数十年，在事实上捍卫着公民个人尊严的边界。追求自由与民主精神的美国人为实现“隐私权”的政治理想作出了不可磨灭的历史贡献，而欧陆各国立法者则用一部部成文法典含蓄却实际地保护着公民的隐私利益。从某种意义上讲，这种对公民基本权利与自由的先见值得世界尊重并称赞。

文化与法治传统的差异在制度上则表现为各国隐私保护制度设计迥异的特色。欧陆各国倾向于依靠成文法典，站在人格尊严的立场，对隐私利益进行由点及面的广泛保护，对抗来自任何个人、团体、组织等社会力量及国家权力的侵扰；美国则以判例为基础，站在权力控制的立场，对隐私利益进行抗辩式的保护，防范国家权力特别是刑事程序权力的滥用。欧陆各国在隐私保护问题上的基本思路是：对具体的隐私利益给予基本认可，通过成文法典对各具体利益进行保护，但并不突出隐私权本身的重要性，或者说并未赋予隐私权本身相当的独立地位和广泛价值；隐私或隐私权受到相当的保护，但却不是公民所享有的权利，特别是刑事程序权利的理论基础，或分析逻辑核心。美国的基本思路是：对宪法隐私权给予基本认可，从限制国家权力滥用的角度通过宪法第四、第五修正案的一系列诉讼确立隐私利益的具体范围，形成公法隐私权的自有范畴；隐私权是公民在刑事程序中所享有权利的理论基础与逻辑核心。两种思路下的制度设计都不否认公共政策在隐私利益保护问题上的重要作用，强调通过行政性立法与规范调节个人隐私与国家权力、社会公共权力之间的利益平衡，以弥补宪法性隐私权及成文法的不足。

基于上述特点，本书第一篇对隐私权与隐私利益的概括分析将在美国法律制度的基础上进行，借助“身份构建”的概念重新定义隐私，明确刑事法领域内隐私的独立价值与概念范畴。第二、第三篇关于刑事实体法与刑事程序法中隐私利益保护的研究，也将依据上述不同思路下制度设计之长而有所侧重：刑事实体法部分以具体隐私利益为着眼点，在分析比较大陆及欧美法系侵害隐私刑事犯罪构成的基础上，界定隐私保护刑事实体法框架；刑事程序法部分则以美国宪法第四、第五修正案

及非法证据排除规则为核心，研究隐私保护与刑事司法权力的控制与平衡关系，界定隐私保护刑事程序法框架。

三 主要研究方法

域外制度与经验是完善我国隐私保护刑事法律制度的重要资源。美国宪法第四修正案“不被非法搜查与扣押的权利”、第五修正案“不自证己罪的特权”及非法证据排除规则形成了隐私刑事程序法保护的基本框架，并通过刑事实体法中侵害隐私的犯罪对隐私利益进行直接保护。欧陆各国通过刑法典与刑事诉讼法典对具体隐私利益进行保护，通过严格的程序规则控制国家刑事司法权力的运行。两种路径各有所长。本书通过对域外制度与经验的比较研究，寻找不同国家间隐私保护制度的共同点与差异，从中获取适合我国法治传统与社会现实的有益经验。

具体研究方法包括：

（一）案例分析

美国隐私权刑事保护的理论与制度框架是经由一系列宪法判例形成的，论文参考了大量经典判例，并引用其中作为点睛之笔的判决理由，借此对美国隐私保护刑事法律制度进行深入研究。

（二）比较研究

隐私权作为一项权利被提出至今已有百余年，其理论与制度实践的经验积淀大都在域外法治国家有所体现。英美法国家注重权利建构，欧陆各国则注重具体利益保护，路径虽有不同，但都体现了各自的政治智慧。对域外经验的比较研究是找出差距，完善制度的重要前提。

（三）价值分析

隐私成为公法领域特别是刑事法领域的一项重要制度，其原因主要在于隐私独特的政治价值与传统的道德价值。论文正是从价值分析入手，展开隐私在刑事司法领域的制度研究。

四 预期的突破

1. 从身份建构的角度对隐私进行重新认识，把刑事法领域内的隐私视为信息时代构成个人身份的关键要素，隐私权就是排除对个人身份构建不合理限制的自由。

2. 厘清刑事法领域隐私利益的保护范畴，借以区分私法领域隐私权与公法领域隐私权的利益范围与保护机制。

3. 基于隐私的政治价值及其在个人身份建构过程中的推动作用，明确刑事法领域内隐私作为刑事程序权力控制工具的重要意义与制度体现。

4. 以隐私保护与刑事程序权力控制为主线，尝试构建我国隐私保护刑事法律制度。对刑事实体法中隐私犯罪体系的个罪设置、立法模式、立法思路，以及侵害隐私个罪的犯罪构成、犯罪形态、起诉方式等相关问题提出立法设想。对刑事程序法中与隐私相关的刑事司法行为，如搜查、扣押、强制采样、监听监视等提出制度完善构想，借此形成我国完整的隐私保护刑事法律制度。

目 录

第一篇 刑事法范畴内的隐私

——以隐私的政治价值为核心

第一章 隐私的政治价值	(3)
第一节 隐私政治价值的历史评判	(3)
第二节 对隐私政治价值的客观认识	(7)
第二章 以政治价值为核心的隐私定义	(9)
第一节 隐私范畴的不确定性与隐私概念之争	(9)
第二节 隐私与身份建构(Identity-Building) ——以政治价值为核心的隐私定义	(13)
第三章 法律与政策共同构建的隐私政治理想	(20)
第一节 隐私作为公共政策议题	(20)
第二节 风险社会中隐私与国家权力的对峙与平衡	(26)
第三节 法律规制与政策引导共同构建的隐私保护框架	(30)

第四章 隐私与刑事法的基本关系	(35)
第一节 刑事法保护的隐私利益	(36)
第二节 隐私在刑事法范畴内的制度体现	(37)

第二篇 隐私的刑事实体法保护制度

——以隐私利益保障为核心

第五章 侵害隐私犯罪立法特点	(45)
第一节 刑事实体法隐私保护制度的发展历史	(45)
第二节 刑事实体法所关注的隐私利益	(47)
第三节 侵害隐私犯罪的立法思路	(48)

第六章 侵害隐私犯罪立法模式	(53)
第一节 各国刑法典隐私犯罪的罪名设置	(53)
第二节 以直接复杂模式为主的立法模式	(56)

第七章 侵害隐私犯罪构成特征	(62)
第一节 体现风险刑法特质的犯罪构成构造	(62)
第二节 侵害隐私犯罪行为的特定性与限制性	(69)
第三节 侵害隐私犯罪保护法益范围的有限性	(75)
第四节 以身份犯限制侵害隐私犯罪圈的过分扩张	(84)

第八章 侵害隐私犯罪的刑罚特征	(89)
第一节 以短期自由刑及罚金刑为主的法定刑	(89)
第二节 社区矫正制度的运用	(92)

第九章 侵害隐私犯罪起诉方式特征	(94)
第一节 域外各国起诉方式概况	(94)
第二节 告诉乃论制度在侵害隐私犯罪中的运用	(96)

第十章 我国侵害隐私犯罪的现状与立法构想	(98)
第一节 我国刑法中侵害隐私犯罪的立法司法概况	(98)
第二节 完善我国刑法中侵害隐私犯罪的立法设想	(105)

第三篇 隐私的刑事程序法保护制度

——以刑事程序权力控制为核心

第十一章 隐私的刑事程序权力控制功能	(117)
第一节 两个互补的权力控制法律工具 ——个人的私密度与权力的透明度	(117)
第二节 隐私的刑事程序权力控制功能实现的司法逻辑	(122)
第三节 刑事程序法保护的隐私利益的特殊性	(124)
第十二章 隐私的刑事程序权力控制功能的实现途径	(132)
第一节 “不被不合理搜查与扣押的权利”	(134)
第二节 “不自证己罪特权”	(151)
第三节 非法证据排除规则——权利救济途径	(166)
第四节 隐私权刑事程序法保护的制度性结论与基本评判	(171)
第十三章 风险社会与反恐斗争情势下隐私的刑事程序法 保护新发展	(175)
第一节 隐私成为强制处分措施的判断标准	(175)
第二节 涉及隐私备存资讯的保护	(181)
第三节 证人隐私的保护	(183)
第四节 被害人隐私保护	(185)
第十四章 我国刑事程序法对隐私保护的现状与立法完善	(186)
第一节 我国宪法对公民隐私利益的原则性保护	(186)
第二节 我国刑事程序法对公民隐私的保护现状	(187)
第三节 我国刑事程序法中隐私保护制度的完善	(193)

4 目 录

结 语 (203)

参考文献 (207)

致 谢 (217)