

我国隐私权的 宪法保护研究

WO GUO YIN SI QUAN DE
XIAN FA BAO HU YAN JIU

王秀哲等著




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国隐私权的 法律保护研究

WO GUO YIN SI QUAN DE
XIAN FA BAO HU YAN JIU

王秀哲等著




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国隐私权的宪法保护研究 / 王秀哲等著. —北京:
法律出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2553 - 7

I. ①我… II. ①王… III. ①隐私权—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 191191 号

© 法律出版社·中国

责任编辑 / 杨红飞

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 财税出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 固安华明印刷厂

责任印制 / 吕亚莉

开本 / 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 / 14.75 字数 / 270 千

版本 / 2011 年 11 月第 1 版

印次 / 2011 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782 西安分公司 / 029 - 85388843 重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636 北京分公司 / 010 - 62534456 深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2553 - 7

定价: 43.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

撰写分工

按照章节顺序,张超博士撰写第二章第三部分和第四章第三部分;魏晓阳副教授撰写第三章第二部分;林宗浩博士撰写第三章第三部分;胡忠惠副教授撰写第六章;李升元副教授撰写第九章。本书其余部分由王秀哲副教授撰写,并统筹修改全书内容。

Contents

目 录

导 言	1
一、问题的提出	1
二、研究现状	3
三、本书研究的前期基础	8
四、本书研究的思路和方法	9
五、本书研究的主要内容	11

上 编

第一章 隐私权的含义界定	17
一、隐私权的含义及民法、宪法保护界分	17
二、宪法隐私权的客体内容	26
三、宪法隐私权的权能属性	33
第二章 隐私权宪法保护的价值基础	38
一、人权保护价值基础:人格尊严	38
二、宪政保护价值基础:个人自治	42
三、隐私权的政治哲学辩护:自由的修正	47
第三章 隐私权宪法保护的域外经验	54
一、美国、德国隐私权宪法保护比较	54

二、日本隐私权的宪法保护	64
三、韩国隐私权的宪法保护	72
四、启示与借鉴	82
第四章 隐私权宪法保护的效力	84
一、隐私权宪法保护的立法责任承担	84
二、隐私权宪法保护的监督与救济	88
三、隐私权宪法保护的法益衡量	94
小 结	102

下 编

第五章 隐私权的宪法规范保护比较研究	107
一、国际、区域性人权文件对于隐私权保护的规定	107
二、各国隐私权宪法规范保护比较	110
三、我国隐私权宪法保护依据及其规范设计	122
第六章 秘密监听与个人隐私权保护的平衡	128
一、秘密监听及其隐私权侵害性	129
二、秘密监听与隐私权保护的平衡	134
三、国外秘密监听立法规制概况	138
四、我国秘密监听法律规制的现状和完善	140
第七章 堕胎规制与个人隐私权保护	145
一、问题的提出	146
二、我国现行的堕胎规制模式	147
三、堕胎规制与利益平衡	149
四、堕胎规制与价值选择	151
五、胎儿潜在生命权保护与辐射性政府堕胎规制责任	154
六、以尊重个人私生活自治为前提的政府多样化堕胎规制模式选择	156

第八章 政府信息公开中的个人隐私权保护	160
一、政府信息公开中的个人信息与隐私权保护	160
二、政府信息公开中的知情权与个人隐私权	162
三、政府信息公开中个人隐私权保护的原则	165
四、我国《政府信息公开条例》中的个人隐私权保护	170
五、完善我国政府信息公开中的个人隐私权保护	174
第九章 我国个人信息档案的隐私权保护研究	177
一、我国个人信息档案隐私权保护的现状与主要特点	177
二、个人信息档案隐私权保护的权责关系探讨	183
三、个人信息档案隐私权保护的若干建议	185
第十章 身份证法律规制中的个人隐私权保护	193
一、我国居民身份证法律规制的现状和特点	193
二、信息社会的身份证明及其责权内容	201
三、我国身份证法律规制的缺陷	205
四、以个人信息保护为核心完善我国身份证法律规制	209
小 结	212
参考文献	214
后 记	227

导 言

本书是在 2007 年国家社科基金青年项目研究报告“我国隐私权的宪法保护研究”的基础上修改完成的,并获得中国博士后科学基金第三批特别资助。根据项目的基本要求,本书从隐私权宪法保护的基础理论研究入手,结合我国隐私权宪法保护整体缺位的现状和隐私权宪法保护的现实之需,展开隐私权宪法保护的实证研究。目的是在权力和权利关系重组中落实隐私权的宪法保护,并积极促成隐私权宪法保护制度的实现。

一、问题的提出

从世界范围来看,隐私权的法律保护在 19 世纪开始出现,但如今,隐私权的宪法保护已经不是一个新鲜的话题。第二次世界大战后(以下简称“二战”),人权保障的重要性不断提高,人格尊严成为人权保障的核心价值。从尊重个人私生活自由出发,隐私权得到了《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》等国际和区域性人权文件的确认和保护;面对福利国家政府权力的扩张和科技信息带来的对于个人隐私的现实“侵犯”,隐私权以基本人权的面目纷纷进入各国宪法保护的范畴。隐私权已经或者正在成为一种为国际社会和各国宪法广泛承认与保护的公民基本权利。

人权文件和各国宪法是通过规定住宅、通信秘密、个人私生活、家庭生活等客体内容具体保护隐私权的。在网络信息时代,隐私权的基本权利地位又为个人信息保护提供了直接的理论基础,个人信息成为隐私权新的客体内容。在信息

化已经成为所有国家共同的任务和目标的当今社会,个人数据跨国交流的前提是隐私权保护,个人隐私保护由此成为一个全球化的问题。

在我国,受传统集权文化影响,社会大众一直缺乏保护隐私的观念,至今隐私权也不是法律明确保护的公民权利。但是改革开放后,随着社会经济的发展和国家权力行使方式的转变,私人生活逐渐从社会和国家领域中脱离,追求积极的私人生活的观念开始普及。与此同时,现代信息技术的飞速发展带来了社会生活翻天覆地的变化,人们迷恋、依赖和追求信息技术的同时,发现正在付出交出个人隐私的代价,于是隐私权侵权保护的现实主张层出不穷。

通常而言,隐私权在两个领域极易受到侵害,一是民事权利领域;二是国家公权力行使领域。前者是民法权利救济问题,后者是宪法基本权利保护问题。我国学者多从民法人格权角度讨论隐私权的法律保护问题,民法学者已经一致同意在未来民法典的制定中纳入隐私权保护内容。^① 随着2009年年底《侵权责任法》的出台,隐私权被明确列入受保护的民事权益中,自此结束了我国隐私权法律缺位的状态。但是,单纯依靠民法保护隐私权存在明显不足。一方面,我国公权力一向有规制个人私生活的传统。虽然市场经济解放了个人,政府权力正从个人“私”的领域全面退出,但是,权力规制的惯性依然存在。借助于科技信息的帮助,公权力行使随时使个人私生活面临被剥夺和侵犯的危险;另一方面,现代社会的国家权力又表现为权利制约基础上的全面扩张,以公共利益为价值取向的国家权力直接指向了个人私域,而公民个人也越来越依赖国家权力提供全方位的生存照顾,在这一过程中,公民需要交出必要的个人隐私。如何保证公权力尊重、不滥用个人隐私并且能够承担保护个人隐私的社会责任,是隐私权当代宪法保护的核心内容。

我国宪法明确规定了公民的人格尊严不受侵犯,公民的住宅不受侵犯,公民的通信自由与秘密受法律保护,这些都被看成是保护公民隐私权的宪法渊源。由于我国宪法只能通过具体的部门法间接生效,所以,隐私权的宪法保护并没有完全落到实处。但是在具体公权力行使的领域,隐私权寻求宪法保护的现实之需不断上演。以2004年陕西黄碟案引发的“卧室里的宪法权利”的大讨论^②为标志,针对刑事追诉中的秘密侦查、政府信息公开、个人信息档案管理、政府对公共场所的监控以及政府个人数据信息利用等是否侵犯个人隐私,引发了广泛的社会关注。公权力行使对隐私权的侵犯,显然需要借助于宪法基本权利保护来控制,这无疑对我国隐私权究

① 王利明:“我国民法典中的人格权制度的构建”,载《法学家》2003年第4期。

② 2002年8月18日晚11时许,陕西延安市宝塔公安分局万花山派出所的4名民警,以群众举报有人看“黄碟”为由进入宝塔区毗埝堵村村民张某某家检查。他们没有戴警帽,没有佩戴警号、警徽,与张某某发生冲突。10月21日中午,两名自称是宝塔分局治安大队的警察以“调查案子”为名将张某某带走。

法保护的完善提出了现实挑战。

简单来说,隐私权是对私人生活自由的保护,这种权利不仅要求不受其他公民和组织的侵犯,更要求国家权力不能随意侵犯。在当今世界各国国家权力不断扩张的趋势下,对公民权利威胁最大的是国家权力,对于纯粹以私的内容为保护客体的隐私权而言更是如此。无论各国原来的法律传统和对待隐私权法律保护的态度如何,隐私权作为公民的一项基本权利,理应受到各国宪法的保护。隐私权的宪法保护已经呈现出一种国际一体化的发展趋势,各国宪法应该对隐私权的保护做出积极的回应。这一点在中国公民权利不断成长的今天体现得越来越明显,完善隐私权的宪法保护不仅是顺应国际人权保护的发展潮流,履行中国签署的人权公约义务的要求,也是中国宪法革新的重要内容。

二、研究现状

对隐私权宪法保护的研究,国外相关理论已经很成熟,而国内才刚刚起步。

(一) 国外隐私权宪法保护研究概况

隐私权研究在国外已有很长的历史,大体上经历了从侵权法保护向宪法保护过渡的发展历程,在这一过程中,隐私权宪法保护的出现体现了一种社会发展的必然性。

以1890年学者山姆利·沃伦(Samuel Warren)和路易斯·布伦迪斯(Louis Brandeis)在《哈佛法律评论》第4期上发表《隐私权》(The Right to Privacy)一文为标志,隐私权的法律保护首先在美国发展起来。经过了半个世纪的侵权法保护,20世纪60年代开始进入宪法保护领域。政府权力的扩张和科学技术的发展把隐私权的宪法保护问题推上了前台,在美国和德国表现得最为突出。

在美国,隐私权宪法保护的研究,兴起于20世纪60年代,标志性事件是“格里斯伍德诉康涅狄格州案”(又称“州禁避孕案”)。美国基于尊重和保护个人自由的传统,从“州禁避孕案”开始,学者和法官针对隐私权的宪法保护进行了激烈的讨论和深入的研究,焦点集中在隐私权入宪依据和隐私权保护价值基础之上。其中较为典型的理论包括独处权理论、信息控制理论、人格理论、亲密关系理论、限制接触理论,也出现了针对隐私权的批评理论,主要有隐私权否定论、隐私权的经济批判和女权主义的批评等。^①而在宪法保护的实际操作上,联邦最高法院通过一系列涉及隐私权的违宪审查的判例,^②确立了隐私权宪法基本权利地位,并基本上形成了隐私权

① 张莉著:《论隐私权的法律保护》,中国法制出版社2007年版,第1~14页。

② 典型案例包括:Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973); Bowers v. Hardwick, 478 U. S. 186 (1986); Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health, 497 U. S. 261 (1990)。

是个人自决权的认识。

美国隐私权的宪法保护有直接针对立法权的特色,不仅有针对州立法行为是否违宪的诸多判例,而且联邦国会为防止社会上所普遍关注的隐私权被侵犯,针对日趋严重的电子监听、政府电子化处理个人资料、个人征信及财务资料的保密等问题进行了立法保护与救济。^①如今在资讯科技的推动下,美国有关隐私权宪法保护的研究呈现不断扩展的趋势,一方面,基于道德考量的权利主张多愿意借助隐私权,如同性恋、安乐死等均要求纳入隐私权宪法保护,另一方面,科技的发展不断向隐私权宪法保护提出新的课题,如基因隐私保护的研究等。

德国则是在“二战”后尊重人格尊严的基本法价值基础上来讨论和研究隐私权问题的。德国人民在“二战”中亲历了灭绝人性的侵犯人权行为,所以,战后制定的基本法首先把“人格尊严条款”放在开篇,以确立整个基本法人权保障的价值基础。后来学者和实务界在“人格尊严条款”基础上结合基本法第2条“人格自由发展条款”发展出了宪法一般人格权保护理论,在该理论的具体展开中通过案例确认了对隐私权的基本法保护。

德国一向重视公法、私法的划分,重视法律位阶和逻辑论证,“二战”后,面对不断出现的基本权利保护的新问题,德国学术界和实务界开展了关于宪法基本权利功能的大讨论。在基本权利客观功能方面,引起广泛关注并在司法实践中取得实效的是基本权利第三人效力理论,即基本权利效力及于私法领域的理论。从基本权利的第三人效力理论出发,隐私权的宪法保护既针对国家公权力生效也是私法保护的依据。

关于隐私权保护范围的研究,德国学者主要提出了“领域理论”、“角色理论”、“自我表现理论”和“沟通理论”。^②在隐私权基本法保护的完善过程中,学术界和实务界的互动一直存在。德国目前的隐私权宪法保护研究的热点集中在个人资讯自决权的保护问题上。

总的来看,德国和美国对隐私权宪法保护的理解并不相同,但双方共同的特点是学术研究与法律实务的紧密结合,法官往往就是学者,使得学者的研究能与实际结合并有助于及时发挥指导实践的作用。美国和德国隐私权宪法保护理论对一些国家直接产生了影响。各国或者通过扩大解释原有宪法相关条款内容,或者通过修宪列举隐私权的客体内容。在世界范围内,隐私权的基本权利地位得以确立。

(二)我国隐私权宪法保护研究概况

在我国,由于隐私权法律保护的不足,隐私权的宪法保护尚停留在学术研究和

^① 张莉著:《论隐私权的法律保护》,中国法制出版社2007年版,导论第4页。

^② 张永明著:《新闻传播之自由与界限》,台湾永然文化出版股份有限公司2002年版,第115~116页。

理论论证的阶段,既有分散于各部门的法尤其是民法学科中的研究,也有少量的专门研究。

1. 隐私权宪法保护的分散研究

在我国,对于隐私权法律保护的关注是从民法开始的。张新宝教授1990年在《法学研究》第3期上发表的《隐私权研究》一文是我国学者对隐私权问题进行专门研究的标志性成果。^①民法学者在民法人格权研究过程中对隐私权的基本理论和特有领域的隐私权民法保护问题进行了研究,对隐私权与其他权利如知情权、新闻自由权的矛盾冲突也有涉及,并提出了隐私权民法保护的诸多建议。隐私权民法保护的代表性研究成果是张新宝教授1997年出版的专著《隐私权的法律保护》。该著作的特点是以民法保护为基础但又不局限于民法保护,从人权保护的更广阔视角,作者研究了国际人权保护中的隐私权问题,尤其对于刑事司法程序中的隐私权保护研究明显超出了民法的范围。作者是在承认隐私权基本权利的基础上展开民法保护的。^②

有学者直接着眼于隐私权整体法律制度的建构展开研究,张莉博士的专著《论隐私权的法律保护》是典型的代表。该书在研究了隐私权的含义、保护原则的基础上,分析了隐私权与生命权、新闻自由、国家监听三类基本权利(力)的冲突,证实了隐私权法律保护的过程是一个隐私权与个人其他权利、他人权利、其他组织权利和国家权力不断“博弈”、斗争的过程,由此,提出了从宪法到民法、刑法等基本法层面完善隐私权法律保护的建议。^③也有学者对专门领域的隐私权法律保护展开研究,已出版多部专著^④和译著^⑤。

在隐私权的法律保护研究中,学者们通常需要寻找隐私权宪法保护的依据并在此基础上展开研究。张新宝指出:“宪法是规定国家基本政治制度、公民的基本权利和义务以及国家机构设置的根本大法。公民的基本权利和义务当然包括公民的重

① 通过中国期刊全文数据库搜索,我国最早发表的有关隐私权的论文是:陈啸平:“论公民隐私权的法律保护”,载《法学评论》1985年第5期。但是该文并没有产生相应的影响,时隔5年后,1990年才出现有关隐私权研究的相关论文。

② 张新宝著:《隐私权的法律保护》,群众出版社1997年版。结合互联网上隐私权保护的发展等内容,该书在2004年修订。

③ 张莉著:《论隐私权的法律保护》,中国法制出版社2007年版。

④ 谈李荣著:《金融隐私权与信用开放的博弈》,法律出版社2008年版;谈李荣著:《金融隐私权与信息披露的冲突与制衡》,中国金融出版社2004年版;李德成著:《网络隐私权保护制度初论》,中国方正出版社2001年版;张秀兰著:《网络隐私权保护研究》,北京图书馆出版社2006年版;秦珂等主编:《数字图书馆建设中的版权和隐私权保护研究》,气象出版社2004年版。

⑤ [日]小此木启吾著:《隐私》,周顺连等译,国际文化出版公司1990年版;[美]爱伦·艾德曼等著:《隐私的权利》,吴懿婷译,当代世界出版社2003年版;[美]阿丽塔·L.艾伦、理查德·C.托克音顿著:《美国隐私法:学说判例与立法》,冯建妹等编译,中国民主法制出版社2004年版。

要人身权利,这也就有可能在宪法中对公民的隐私权保护作出直接或间接的规定。”^①张莉认为:“在隐私权的法律设置模式上,以宪法人权一般条款+法律设置为宜。”^②由此可见,我国隐私权法律保护的研究不能脱离宪法基本权利保护的支持,隐私权民法等部门法保护研究是以宪法保护为依托,包含有对隐私权宪法基本权利地位认识的研究。

总的来看,隐私权的法律保护研究是我国隐私权法律保护不足的直接反映。通过学者的努力有两个突出贡献:一是对隐私权民法人格权的界定;二是对隐私权法律保护的整体框架的建构。在隐私权法律保护研究中,有关宪法保护的研究主要涉及隐私权的基本权利地位和以宪法为统领的隐私权法律保护的制度建构。这种研究并不集中,是在隐私权法律保护中分散存在的宪法保护研究,这说明宪法保护是隐私权法律保护无法回避的基本问题。而在公权力行使的领域,有必要进行隐私权宪法保护的专门研究。

2. 隐私权宪法保护的专门研究

隐私权的宪法保护主要是从基本人权的角度,针对公权力发挥效力方面展开研究。国内隐私权宪法保护的研究起步要晚于隐私权的民法保护和法律保护研究。最近几年才引起学者的重视,相关研究成果比较少,在中国知网中检索题名“隐私权的宪法保护”,只有10篇文献。但是与热闹的隐私权法律保护研究相比,^③学者对隐私权宪法保护的研究虽然时间很短却具有社会适应性,发展很快。

突出展现隐私权宪法保护研究成果的是近两年集中出版的三本专著,由三位青年学者在各自博士论文的基础上修改完成。专著《宪法隐私权研究》,从宪法基本权利的角度研究了隐私权何以成为宪法权利,宪法隐私权含义界定、功能、限制,隐私权与新闻自由的冲突与平衡,隐私权的宪法保障等问题,是比较全面的隐私权宪法保护论著;^④专著《宪法隐私权研究——一项未列举基本权利的理论论证》,则试图解决隐私权的宪法基本权利地位问题。围绕着隐私权何以为宪法基本权利这一核心命题,该书从隐私权在宪法领域展开的现象出发,结合国外的宪政实践,论证了“隐私权是一项基本权利”。^⑤主要从事刑事诉讼法研究的杨开湘博士在2010年出

① 张新宝著:《隐私权的法律保护》(第2版),群众出版社2004年版,第64页。

② 张莉著:《论隐私权的法律保护》,中国法制出版社2007年版,第230页。

③ 就国内隐私权的法律保护研究而言,学者的研究还多局限在学术论文的层面,而且论文高质量的并不多,同样的观点被大家说来说去,针对社会热点问题赶时髦的研究居多,对隐私权研究的深入探讨并没有真正展开,隐私权问题依然是一个看起来热闹实际上并没有人花大力气去研究的课题。参见王秀哲著:《隐私权的宪法保护》,社会科学文献出版社2007年版,第5~14页。

④ 张军著:《宪法隐私权研究》,中国社会科学出版社2007年版。

⑤ 屠振宇著:《宪法隐私权研究——一项未列举基本权利的理论论证》,法律出版社2008年版。

版了专著《宪法隐私权导论》，该书主要从公共领域与私人领域相互界分的角度研究隐私权宪法保护的理论基础、基本价值、法律性质、权利界限等问题，并以美国和德国为研究的参照模式，提出我国宪法隐私权保护的相关建议。^①另外，本书作者王秀哲在2007年出版了专著《隐私权的宪法保护》，该著作是本书的研究基础。

除了上述隐私权宪法保护的专门研究外，在具体的公权力领域学者们也展开了研究。有学者研究了隐私权的刑法保护问题，提出了建议在刑法中设立侵犯公民隐私权罪和加强在刑事诉讼中对犯罪嫌疑人隐私权保护的问题；^②有学者研究了隐私权的司法保护问题，涉及证据的收集、证人作证、司法程序中当事人的隐私权问题，尤其是探讨了搜查、侦查这些涉及国家权力行使中保护公民隐私权的问题。^③直接针对公权力的隐私权保护研究已有相关专著出版。^④

通过学者的努力，隐私权何以成为一项基本人权、隐私权宪法保护的必要性、隐私权宪法保护的基础、隐私权针对公权力发挥效力等问题的研究已经全面展开。我国隐私权的宪法保护研究已经起步并必将随着我国宪政制度的发展而完善。但是不可否认的是，目前的研究理论色彩过于浓厚，对于国外的介绍偏多，在结合我国的具体情况解决问题方面没有足够的应对力。随着网络信息技术的发展，权力的扩张力不断增强，具体的公权力行使中出现了大量与个人私生活自由权相冲突的问题。例如，刑事侦查能否侵入个人隐私，行政规制是否能够直接剥夺个人私人生活决定的自由，政府信息公开和档案管理中如何尊重和保护环境个人隐私，政府如何在保护个人隐私的基础上规制网络信息交流和传播行为等问题都直接和隐私权的宪法保护相关。如果不能关注现实社会中隐私权宪法保护的现实需求，不能针对公权力的实际运行寻找隐私权宪法保护的完善路径，隐私权宪法保护的研究就会沦为空泛。所以，从隐私权宪法保护的现实国情出发，我国隐私权的宪法保护必须走下理论探讨的形而上神坛，回归形而下的具体问题研究。

① 杨开湘著：《宪法隐私权导论》，中国法制出版社2010年版。

② 梁晓明：“建议设立侵犯公民隐私权罪”，载《法学》1995年第5期；钱晓峰、顾文：“我国刑事诉讼中的隐私权保护”，载《上海市政法管理干部学院学报》2002年第5期；高升、王翔：“隐私权及其刑法保护”，载《河南公安高等专科学校学报》2002年第1期。

③ 周建新、郑享华：“浅谈公民隐私权的司法保护”，载《河北法学》1997年第3期；梁旭红：“民事司法程序中当事人的隐私权保护”，载《当代法学》1999年第3期；彭勃：“论监听作为侦察手段的法律问题”，载《法商研究》2002年第6期；刘方权：“论搜查的正当程序”，载《山东公安专科学校学报》2002年第6期；谢佑平、万毅：“在惩罚犯罪与保障人权之间：关于监听的法律思考”，载《南京师范大学学报》（社科版）2003年第2期；孙付、高德道：“论体液证据的收集与隐私权保护”，载《中国刑事法杂志》2001年第6期；宋石：“试谈‘偷拍偷录’视听证据的认定”，载《河北法学》2002年第4期；胡常龙：“证人拒绝作证制度研究”，载《政法论坛》2001年第3期。

④ 杨开湘著：《刑事诉讼与隐私权保护的关系研究》，中国法制出版社2006年版；余凌云、王洪芳、许晴主编：《摄像头下的隐私权》，中国人民公安大学出版社2008年版。

三、本书研究的前期基础

本书著者在2002年开始关注隐私权的宪法保护问题,2005年完成《隐私权的宪法保护》博士论文,2007年在博士论文的基础上经修改出版了专著。本书是在著者前期研究成果的基础上的继续深入研究。

著者在前期研究中主要探讨了作为基本人权的隐私权宪法保护问题。主要从比较的视野以美国和德国为例研究了国外隐私权宪法保护的理论和实践;从隐私权宪法保护的发展历史、基础、宪法保护的效力几个方面阐述了普遍人权意义上的隐私权宪法保护问题;在比较和借鉴中为我国隐私权宪法保护的研究和制度建构提供了初步理论论证。

著者前期研究主要包括五个方面的内容:第一,作为基本人权的隐私权的含义界定和权利属性;第二,隐私权宪法保护的历史发展;第三,隐私权宪法保护的基础;第四,隐私权宪法保护的实效;第五,对我国隐私权宪法保护的思考。前期研究主要是从人权保护国际一体化的发展趋势着眼,探讨了隐私权宪法保护的基础、隐私权之所以是新兴基本人权的社會原因和现代宪法保护隐私权的意义,论证了隐私权是现代个人具有的基础自由权,并寻求隐私权宪法保护的具体功效发挥。创造性研究成果包括:一是立足于西方隐私权宪法保护的法制实践,对美国和德国两个目前世界上隐私权保护发达国家的隐私权宪法保护理论和实践进行了比较全面的介绍和对照分析,为后发国家隐私权宪法保护提供参照系;二是挖掘了隐私权宪法保护的基础,指出隐私权不是凭空产生的,必有深厚的重视个体主义的哲学伦理学价值积淀,个人主义价值对个体的强调,落实在法律上就是一般人格权的宪法保护的确立;三是从人权保护的普遍意义上,从市民社会与政治国家二元结构的政治架构中,对于隐私权是私人生活自由权的界定。

对于隐私权宪法保护一般理论研究的基本结论是:隐私权必然是一国宪法保护的公民的基本权利,隐私权宪法保护的实现借助于宪法基本权利的多重效力的发挥,不仅防御公权力而且从基本人权的客观价值出发对部门法隐私权保护具有指导意义,而直接对抗公权力的效力是隐私权宪法保护最重要的内容。

著者的前期研究是从一般人权保护的视角,以国外相关理论研究为基础,提出了隐私权宪法保护的一般性理论,解决的是隐私权何以成为宪法基本权利以及隐私权的含义和权利属性等基本理论问题。但是显然研究成果比较抽象,与我国的现实国情结合不够。从解决隐私权宪法保护的现实需要出发,从解决社会现实问题的角度继续深入研究非常重要。本书承继了著者前期研究的基本理论观点,主要结合我国的现实国情,对隐私权宪法保护的理論进行了可操作层面的修正,重点选取了有代表性的具体公权力行使领域,进行了我国隐私权宪法保护的实证研究。

四、本书研究的思路和方法

(一) 研究的基本思路

本书是在我国现实语境下针对具体公权力的行使展开的隐私权宪法保护研究。基本思路如下:

首先,隐私权是在西方法律传统中成长起来的基本权利,有深刻的个体主义价值基础。“二战”后,随着国家公权力的扩张和人权保障的发展,在许多国家宪法和国际人权公约中确立了隐私权的基本人权地位,各国并结合具体的宪法实施制度,促成隐私权的宪法保护效力的发挥。只有站在基本人权保护的视角,认真探寻隐私权宪法保护的历史渊源和价值基础,才能正确认识隐私权的宪法地位,准确把握隐私权的含义和权利属性。本书将在个体性价值确立的历史背景和当代社会的现实场景下,探寻隐私权宪法保护的基础理论问题,包括隐私权的含义、保护客体、权利属性、价值基础、宪法保护效力等内容。

其次,隐私权宪法保护实效发挥的前提是解决隐私权入宪保护的问题。在我国宪法已有相关条款保护隐私权客体内容的情况下,如何结合隐私权的含义和宪法人权保护的价值基础,通过解释或修改宪法完善隐私权的宪法规范保护至关重要。本书将在考察世界各国隐私权宪法规范保护模式的基础上,提出我国隐私权入宪的具体建议。

最后,隐私权宪法保护直接针对公权力发生效力。现实生活中具体公权力的行使正在不断提出隐私权宪法保护的主张。关注具体公权力领域的隐私权保护,是适应社会现实的务实之举,通过具体制度的设计可以起到自下而上推动隐私权宪法保护实现的效用。本书选择目前我国社会公民关注度大、社会影响强烈的几个公权力领域展开隐私权宪法保护的实证研究。

(二) 研究的主要方法

本书从公权力行使的多个角度展开隐私权的宪法保护研究,采取的研究方法。主要有:

1. 概念分析的方法

理论体系的建构有赖于相互关联的概念的有机组合与合理展开,概念分析的方法是本书基础理论研究的基本方法。本书的研究以界定隐私权的概念为起点,隐私权的客体内容和价值基础的展开也借助概念分析的方法。通过运用概念分析的方法,明确本书研究的基本范畴,为全书内容体系的建构奠定基础。

2. 比较研究的方法

隐私权作为产生于西方文化传统的法律现象,自然需要考察和比较国外隐私权宪法保护的具体做法,但是比较研究的主要目的在于借鉴。因此,本书选择了西方

宪政传统体制下隐私权保护比较完善的美国和德国,对其具体制度进行了比较;从共同文化传统的角度,本书还选择了具有同源文化的我国的近邻日本和韩国,对两国的隐私权宪法保护情况作了介绍。建立在合目的性研究基础上的比较分析,可以帮助我们学习别国的经验和教训,为我国隐私权宪法保护的制度建构服务。

3. 利益衡量的方法

私人生活自由意义上的隐私权,在当今社会并不具有绝对性,隐私权的主张时刻面临与其他基本权利、与公共利益的冲突和矛盾。现代社会的隐私权保护就是在不同的利益衡量中实现的。本书在隐私权自由权修正的基本理念下,引入了法益衡量的法律方法,并作为本书的基本方法,贯穿研究的始终。在隐私权宪法基本权利位阶、政府权力行使与隐私权限制、政府权力对隐私权的保护、隐私权与知情权冲突解决等基本理论问题上都采用了利益衡量的方法;在课题的实证研究部分,在权力和权利博弈中,也坚持用利益衡量的方法解决隐私权宪法保护的具体问题。

4. 法律解释的方法

法律解释是对于现行法律条款内容的解释,就法律的具体适用而言,法律解释是最重要和最常用的方法。本书在研究具体公权力领域的隐私权保护时,不仅在法律位阶关系中探究法条的含义,更注意直接探究法律规范本身的意义,以其找出我国相关法律制度的弊端并提出完善意见。例如对堕胎规制、身份证法律规制、个人档案信息立法等问题的研究,均从我国现有的各种法律规范的规定入手,运用法律解释的方法探究制度层面的法律保护问题。研究隐私权的宪法保护自然也需要对宪法规范性文件进行解释,本书力争在推进宪法实施的层面进行隐私权宪法规范相关条款的内容解释并提出完善建议。

5. 宪法事例分析的方法

宪法事例,通常是指在宪政法治实践中发生的与宪政法治有关的各类社会事件。事例分析是相对于案例分析而言的。由于我国宪法不能直接适用,在我国并不存在宪法案例。但是,公民基本权利保护的事例并不缺乏。就我国隐私权的宪法保护而言,在公权力行使的具体领域,隐私权保护的主张非常明确,针对具体公权力行使的保护与制度设计也具有各自独有的重要性与特殊性,如秘密监听、堕胎规制、政府信息公开、身份证法律规制、个人档案管理等。以上领域可以看作是宪法限制公权力的具体事例展开,当然,各个公权力行使也都由具体事例组成。本书坚持事例分析的方法展开隐私权宪法保护的实证研究。

6. 统计分析的方法

统计分析是社会学定量研究的基本方法。著者在研究中进行了定量统计分析的尝试。就隐私权宪法保护的规范性特征,著者抽取了世界各国宪法文本或宪法人权文件中的相关内容,进行了归类统计分析,并通过图表展现,试图用数据说明隐私