



总第七辑

Renmin University Law Review 2009

人大法律评论

2009年卷

中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会 组编

隐私权的新发展 王利明

刑法知识的转型与刑法理论的演进 陈兴良

人格权保护的课题与展望 王泽鉴

中国人格权法独立成编及其基本内容的立法建议 谢哲胜

论法定型不真正连带责任及其在严格责任领域的扩展适用 王竹

中国古代社会的法理学 马小红

关于我国有组织犯罪的概念及发展形态的再思考 张远煌

律师和法官的思想交流——读《法官决策论》 杨立新



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



总第七辑

Renmin University Law Review 2009

人大法律评论 2009_{年卷}

中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会 组编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2009 年卷 / 《人大法律评论》编辑委员会组编. —北京: 法律出版社, 2009. 4
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9445 - 5

I. 人… II. 人… III. 法律 - 文集 IV. D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 050571 号

人大法律评论 2009 年卷

《人大法律评论》编辑委员会 组编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2009 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 20 字数 321 千

印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9445 - 5

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

学术指导委员会

主 任 王利明

委 员 (以姓氏笔画为序)

王利明	王作富	王 轶	王维嘉	史际春
叶 林	叶秋华	龙翼飞	朱力宇	刘文华
朱文奇	江 伟	孙国华	刘春田	刘明祥
刘俊海	许崇德	汤维建	朱景文	杨大文
陈卫东	杨立新	邵沙平	余劲松	张志铭
何贵才	陈桂明	何家弘	张新宝	张曙光
周 珂	林 嘉	赵中孚	赵秀文	郝志刚
姚 辉	胡锦涛	莫于川	钱卫清	高子程
郭寿康	徐孟洲	高铭暄	韩大元	韩玉胜
曾宪义	程荣斌	谢望原	黎建飞	

编辑委员会

编 委 (以姓氏笔画为序)

王 杨	王晓阳	王 雷	刘宝坤	曲凌刚
吴春岐	何安然	张君周	秦 强	谢永志

执行主编 吴春岐

副 主 编 张君周 王 雷

寄 语

《人大法律评论》初创于2001年,迄今已经发行出版过六辑。在2009年这样一个承载新中国60年辉煌与成就的年份,《人大法律评论》以新的面貌再现于广大读者面前。

自《哈佛法律评论》开风气之先,世界知名法学院先后出版了的风格各异的法律评论,其逐渐成为了著名法学院的重要组成部分和标志。《人大法律评论》作为一份公开出版发行的学生自主创办的学术刊物,使学生能够从编辑的视角,参与法律学术事业的传承与创新。学生自主、自由、独立发刊,更能避免无益的干扰,更能适应最广泛的读者群的需要,是一项有益的探索和尝试。学生作为审稿编辑,也是一个很好的专业学习的方式。结合刊物学术性、前沿性、思想性的要求,学生自办的《人大法律评论》能够很好地体现我们“学生为本”的办学思路,也是一个学生不断积累学习、不断开拓创新的广阔平台。

学生自办法律学术刊物的生命力和影响力,只能系于其优质丰富的稿源。我们希望海内外的专家学者和优秀法学学子能够踊跃投稿,将《人大法律评论》作为一个展现和交流自己学术思想的平台。《人大法律评论》将以其一流的品质展示我们“学术为根”的办学理念,也为中国法学事业的繁荣发展作出自己有益的贡献。

《人大法律评论》依托中国人民大学法学院一流的法学教育科研环境,有着丰厚的学术滋养可以吸纳,其公开出版发行,也能够向国内外学界展现人大法律学子的扎实深厚的学术素养,展现中国人民大学法学院蓬勃发展的法学教育和科研成果。同时,中国人民大学法学院一直秉承国际化的办学理念,《人大法律评论》广泛的稿源和面向国内外的出版发行也是提升学院国际化的一个良好平台。

法学学术是一个薪火相传、代代相继的事业。《人大法律评论》编辑们的严

谨、专业和致力学术的热情,向我们诠释了青年学子昂扬向上的学术态度。我们希望编辑同学们继续发扬人大学子实事求是的优良传统,用心办好《人大法律评论》这一学术刊物,使其成为砥砺学术、交流思想的重要园地。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters, likely '王齐林' (Wang Qilin).

2009 年 3 月于人大明德法学楼

· 如论讲堂 ·

- 隐私权的新发展 王利明(3)
- 刑法知识的转型与刑法理论的演进 陈兴良(28)

· 主题探讨:人格权法新展望 ·

人格权保护的课题与展望

- 人格权的性质及构造:精神利益与财产利益的保护 王泽鉴(51)
- 中国人格权法独立成编及其基本内容的立法建议 谢哲胜(104)

· 论文 ·

- 律师业的课税问题:法规与现实 杨小强 郭水苗(131)
- 论法定型不真正连带责任及其在严格责任领域的扩展适用 王 竹(163)
- 论应收账款融资中的权利冲突及解决路径 孙 超(173)
- 论物权变动区分原则在无权处分领域之贯彻 钟 维(183)

· 评论 ·

- 中国古代社会的法理学 马小红(195)
- “水中之石”:普通法传统中的美国法典化 李晓辉(207)
- 关于我国有组织犯罪的概念及发展形态的再思考 张远煌(219)
- 婚姻契约之特性分析 刘引玲(230)
- 论赃物善意取得制度的实践需求和具体构建
- 以追赃实践面临的困惑为视角 熊丙万 周院生(242)
- 论《反垄断法》的缺失与完善 高子程(262)

· 译丛 ·

德国刑事法律中的赔偿和犯罪人—被害人和解:

发展历程与理论内涵 [德] Detlev Frehsee 著 陈虎 译(273)

· 书评 ·

律师和法官的思想交流

——读《法官决策论》 杨立新(295)

戴上眼镜读书、摘下眼镜对话

——师生共评汪劲教授的《环境法学》 吕忠梅 刘 超(297)

编者手记 (310)

如论讲堂

隐私权的新发展

王利明*

一、隐私权的产生与发展

隐私权是公民享有的私生活安宁与私人信息依法受到保护,不被他人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开等的人格权。^[1] 简单地说,隐私权就是指个人对其私生活安宁、私生活秘密等享有的权利。在比较法上,各国关于保护隐私权的理念存有较大差异,欧洲以高度关注人格尊严为出发点来保护隐私,美国则基于对行为自由的追求来保护隐私。^[2] 但毫无疑问的是,各国的隐私权规则是组织社会生活的一项基本规则,调整了人与人之间的一类重要关系,其确定了人与人之间的距离和行为的界限。

隐私权是随着社会的发展而提出来的一项人格权。早在古代的蒙昧时期,人类就以兽皮和树叶遮掩身体,这一行为就出于人类的羞耻心理。据考证,古希腊就有公共领域和私人领域区分,^[3] 但古希腊哲学家并没有隐私权的概念。随着社会的发展,一方面,从农业社会向工业社会转型后,隐私的问题日益突出。因为农业社会是一个熟人社会,人们居住在一个特定的环境中,在这个特定的区域内,所有的信息都是公开的,由于受到地域、交通等各方面条件的限

* 中国人民大学书记兼副校长,法学院院长,教授,博士生导师。中国法学会副会长,中国法学会民法学会会长。

[1] 张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社1998年版,第21页。

[2] See James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, Yale Law Journal, April, 2004.

[3] Richard G. Turkington & Anita, L. Allen, *Privacy* (Second Edition), West Group, 2002, p. 9.

制,人与人之间的交往少,甚至“鸡犬之声相闻,老死不相往来”,人们的个人生活不易受到他人的骚扰。而在进入工业社会以后,熟人社会开始向陌生人社会转化,人与人之间需要保持一定的距离,需要有一定的私生活空间。随着城市化的进程和人口的日益集中,都市生活的特点也体现为人们居住密度越来越大,但是相互往来却越来越少,这就需要有一定的隐私保护。另一方面,科技的发展,人类的文明程度提高,人的独立、自由日益受到重视,侵扰个人生活的手段也日益发达,故对隐私的保护更为重要。例如,生物技术、信息技术、网络技术、政府权力等,都时刻对个人的隐私空间构成威胁。因此,隐私权的观念也就应运而生了。在现代社会,隐私已经成为一种公众心理。每个人都希望能够在错综复杂的社会网络中保留一块相对独立,且无损于他人,也无害于社会的安宁环境。^{〔4〕} 因此,尊重他人的隐私实际上就是尊重他人的生活、尊重他人的人身自由和尊严,尊重他人生活的安宁和幸福。保护隐私,维护生活的安宁和自由,也是维护和谐生活秩序的组成部分。

在法律上,隐私权概念的提出始于美国。1890 年美国著名学者沃伦(Warren)和布兰代斯(Brandeis)在《哈佛法律评论》上发表了一篇题为《论隐私权》(The Right to Privacy)的论文,提出隐私是一种独处的权利,以及保持自己个性的权利。该文章对美国隐私法的发展产生了深远影响。^{〔5〕} 1960 年,美国的普洛塞教授(Prosser)在总结以往二百多个判例的基础上将隐私权概括为四种类型,^{〔6〕}《美国侵权法重述》(第 2 版)采纳普洛塞教授关于隐私权的定义,并从四个方面作出了较为全面、系统的规定。该《重述》确认隐私权为一种独立的权利,并规定了侵害隐私权的四种类型:一是不合理地侵入他人的隐私(Intrusion upon seclusion);二是窃用他人的姓名或肖像(Appropriation of name or likeness);三是不合理地公开他人的私生活(Publicity Given to private life);四是公开他人的不实形象(Publicity Given to unreal image)。^{〔7〕} 但在当时隐私权仍然是一种普通法上的权利,直到 20 世纪 60 年代,隐私才逐渐成为一种宪法上的

〔4〕 参见王利明主编:《人格权法新论》,吉林人民出版社 1994 年版,第 469 页。

〔5〕 [美]阿丽塔 L. 艾伦:《美国隐私法:学说、判例与立法》,冯建妹译,中国民主法制出版社 2004 年版,第 14 ~ 15 页。

〔6〕 William L. Prosser, Privacy, 48, Cal. L. Rev. pp. 383 - 389, 1960.

〔7〕 Restatement of the Law, Second, Torts, art. 652

权利。

在传统大陆法上,并没有隐私权的概念。法国法院最初援引法国《民法典》第1382条(即侵权责任一般条款)为隐私权提供保护。巴黎上诉法院曾在1970年5月15日作出的一份判决中指出,下述问题“必须得到特别保护,以免受到侵害:对个人姓名、肖像、声音、隐私、名誉以及荣誉所享有的权利,被忘却的权利以及对个人自身经历所享有的权利”。因此,即便被公开的著名女星的罗曼史细节是广为人知的,该公开行为仍然是非法的。后来,法国于1970年7月17日颁布法令,在《民法典》第9条中规定:“任何人均享有私生活受到尊重的权利”。该条同时规定:“在不危及对所受损害进行赔偿的前提下,法官能够责令采取诸如扣押、查封及其他一切适合于防止或促成停止侵害隐私权的措施。在情况紧急时,可以通过简易程序命令采取这些措施。”自此,隐私权在法国《民法典》中正式确立,公民隐私权受法律保护成为一项一般原则。后来,法国立法机构又根据该一般原则发展出了许多特别法,为隐私权提供更为具体和周密的保护。法国判例认为,该条可以广泛适用于私生活信息和肖像权的保护。例如,即便杂志社擅自披露的私生活信息并不涉及私密性问题,该行为也可以构成对受害人私生活的侵犯。^{〔8〕}

德国法最早形成了人格权的理论。早在1907年的德国《艺术与摄影著作权法》中,隐私权就在一定程度上被提出来并得以保护。在德国《民法典》颁布之初,关于该法第823条第1款保护的权利是否包括隐私权,在学理上存在不同的认识。1959年,德国联邦最高法院根据宪法作出判例,确认德国《民法典》第823条第1款中的“人身权”包括名誉权、隐私权等一般人格权。^{〔9〕}但是,隐私权还未能成为一项独立的民事权利,其只是一般人格权的不可分割的组成部分。一般人格权既作为立法渊源存在,也是一项个人权利,它是由德国《基本法》(宪法)所规定的。《基本法》第2条及第1条赋予每个人人格自由和发展的权利,但该个人不得侵犯其他人的权利,也不得违反宪法秩序和道德准则。宪法还进一步保证人格尊严不受侵犯,并且政府负有尊重和保护这种人格尊严

〔8〕 Civ. 1re, 13 avr. 1988, Bull. I, n. 97.

〔9〕 转引自张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社1998年版,第48页。

的义务。^[10] 一般人格权包括保护人格和自我决定自由的个人领域,还包括私生活领域(intimate sphere),该领域涵盖个人思想和感情及其不同表达方式、根据自然的性质需要保密的领域,如健康和性生活信息。^[11] 有学者认为,在德国,隐私权的概念是包含在一般人格权之中的,^[12] 这意味着,私生活领域绝对受到保护,不能公之于众。^[13] 另外,1976 年的《联邦资料保护法》也对个人资料隐私权的保护作出了规定。

二、隐私权的发展趋势

隐私权是现代社会意义日益彰显、作用日益突出的民事权利,也是人权的一项重要内容,保护隐私权是现代社会文明的重要标志。许多学者认为,现代社会的特点就是,政府的行为越来越要求公开透明,而个人的隐私越来越要求受到法律保护。

隐私权最初主要指一种独处的权利,后来逐渐扩张到私人的生活秘密。而现在,其已经逐渐扩张到对个人资料、个人生理信息、身体、健康、财产、基因等的保护,甚至私人谈话(如使用电子监视器)也成为一种隐私。隐私权的内容之所以不断扩张,原因在于:一是现代社会人们的精神生活越来越丰富人格独立和自主的意识也日益增强,对于保持私人空间的需求更加强烈。二是随着信息网络的发展,也使隐私权具有了许多新型特点和内容。隐私权从强调个人属性与人身结合的概念,转化为强化保护个人资料的资讯隐私。特别在网络环境下,个人生活情报的收集和泄露、对个人身体隐私的窥探、对于生命信息和遗传基因的公开,都成为现代法律需要重点解决的问题。三是高速发展的现代科技也促进了隐私权内涵的扩张。诸如高倍望远镜、窃听器等高科技产品在给人类带来便利的同时,也对个人的身体隐私和生活隐私构成了威胁。例如,美国国

[10] Michael Henry, *International Privacy, Publicity and Personality laws*, London: Butterworths, 2001, p. 157.

[11] Court of Appeal Hamburg, *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 2314.

[12] Marksini, *Protecting Privacy*, Oxford University, Press, 1999, p. 34.

[13] Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, 1984.

防部于 20 世纪 70 年代初成功研制并使用的全球定位系统 (GPS), 初衷在于定位追踪军队及军事设备的位置, 后来该产品又被广泛运用于汽车导航、矿产及资源的勘探等领域。目前, 其也开始被运用于对个人的跟踪定位和监控, 但如果其被滥用, 则可能对个人隐私权将造成极大的伤害。^[14] 这些都导致了隐私权逐渐成为现代社会意义日益彰显、作用日益突出的民事权利。四是随着个人资料利用价值的增加, 隐私权的内涵, 由独处的权利演变成为“自己支配自己资讯资料之作成、贮存与利用”的权利。^[15] 随着社会的发展, 新型隐私权也将随之不断产生, 因此, 隐私权的内容必然是开放的, 其将随着社会的发展, 而日益丰富。现代隐私权的发展出现了如下几个趋势:

(一) 从纯粹私权利上升为宪法性权利

两大法系关于隐私权的发展经验表明, 隐私权不仅得到了民事基本法律的承认, 而且逐渐从民事领域逐渐上升到宪政领域, 演变为宪法性权利。例如, 美国《侵权法重述》规定, 隐私是侵权法的保护对象, 隐私权是普通法上的一项重要权利。但时至 20 世纪 60 年代, 法官通过在案例中解释宪法 (最初的如美国《宪法第四修正案》), 将隐私上升为一种宪法上的权利。此外, 美国的一些成文法也确认了隐私权。从 1968 年到 1978 年间, 美国国会曾颁布了 6 部法律来保护个人的信息隐私, 一些州议会也制定了相应的隐私保护规范。目前, 至少有 10 个州的宪法明确提出了要保护隐私权。^[16] 将隐私权上升为宪法权利, 提升了隐私权的地位, 尤其是能够使其对抗国家的不当干预。在美国法中, 隐私权的外延具有较大的弹性, 其发挥着类似于德国法上一般人格权的作用。^[17] 在大陆法系国家尤其是欧洲, 《欧洲人权公约》第 8 条规定了隐私权, 2000 年通过的

[14] 刘含强译:“论个人定位装置对隐私权的挑战”,载《财经法学译丛》2004 年第 1 期。

[15] 林欣苑:《网路上隐私权保护途径之分析》,东吴大学法学院 2003 年硕士论文,第 36 页。

[16] 加利福尼亚州、佛罗里达州、路易斯安娜州、阿拉斯加州、亚利桑那州、夏威夷州、伊利诺伊州、蒙大拿州南卡罗来纳州、华盛顿州。

[17] 林欣苑:《网路上隐私权保护途径之分析》,东吴大学法学院 2003 年硕士论文,第 35 页。

《欧盟基本权利宪章》第 7 条也规定了隐私权。^[18] 因此,许多学者认为隐私权已经具有基本权利的性质。虽然迄今为止,欧洲各国的宪法大多尚未确认该权利,但其在实践中的发展趋势表明,其地位已经超越了一般民事权利,俨然成为宪法性权利。

(二) 空间隐私权的发展——从物权的保护到人格权的保护

空间隐私权是一类新型的隐私权,其是指当事人就特定私密空间不受他人窥伺、侵入、干扰的权利。空间隐私所涉及的空间包括两种意义上的空间,一是物理学上的空间概念,指以一定的长、宽、高来界定的三维空间。房屋内的空间就是典型的空间隐私,这正如法谚所云:“住宅是个人的城堡”(A man's house is his castle)。空间的另一个含义是指私密空间,此种空间不是物理意义上的空间,而是指个人所生活的隐秘范围,如旅行行李、学生的书包、口袋、日记、通信等,均为私人空间。一般认为,隐私权中的空间隐私主要是从第一种意义上说的,主要局限于不动产范围内的空间,其中最为典型的是私人住宅,即公民享有住宅不受侵扰的权利。但私密空间也是隐私的重要内容。可以说,空间隐私权的产生及发展代表了人格权发展的新的趋势,因此,我国正在制定的民法典应当承认空间隐私权。具体来说,空间隐私权的发展主要表现在如下几个方面:

第一,它主要是指自然人的住宅不受打扰的权利。一般认为,空间隐私主要局限于不动产范围内的空间,其中最为典型的是私人住宅,即公民享有住宅不受侵扰的权利。住宅是个人所享有的隐私的重要组成部分,即便是公众人物,对其纯粹的私人空间也享有隐私权,任何人未经其许可,不得擅自闯入公众人物的私人所有的、合法占有的房屋以及其他空间,不得非法对个人空间进行搜索、搜查、窃听,否则构成对个人空间隐私权的侵害。例如,某地发生的民警闯入他人房间干涉夫妻观黄碟一案,^[19]就构成对个人空间隐私权的侵害。传统观点认为,对住宅自由的保护是物权法的范畴,但在现代民法上,私人的住宅本

[18] Thierry Garé, *Le droit des personnes*, 2e édition, *Collection Connaissance du droit*, Dalloz, 2003, p. 88.

[19] 2002 年 8 月 18 日晚,延安市公安局某派出所接到举报,称其辖区内一居民张某在家庭诊所中播放黄色录像。派出所出动民警来到举报所称播放黄碟的房屋,发现张某两夫妻在观看黄碟。当民警欲扣押收缴黄碟和电视机时,双方发生肢体冲突,民警将其制服。事后张某遂起诉请求国家赔偿。

身形成了个人生活空间,私人对空间所享有的权利就成为了隐私的范畴,其转而应受人格权法的保护。我认为,对住宅的自由从财产权的保护到人格权的保护本身就体现了法律文明的一个重要的发展,也体现了对个人的尊重。因为单纯的从财产权的角度来对侵害住宅自由的行为提供救济是不足够的。例如,未经许可而闯入受害人的房间,受害人最多只能要求侵入者离开,而不可能请求精神损害赔偿。将其定位为物权,最多只能请求财产损害的赔偿,甚至有时也不能证明财产损害的存在。但若纳入人格权法保护的范畴,受害人就有可能请求精神损害赔偿,可救济的范围和方式就不断增加。此外,空间隐私权扩大了隐私的内容,这还可以为构建政府和个人之间合理的关系确立了一个规则,即除非符合法定的条件和程序,公权力机关也不能随意侵入私人住宅。自然人的住宅自由,不仅仅限于个人所有的房屋,还应当包括个人租用的房屋,因为个人享有合法使用权的房屋,也形成一个合理的空间,应受法律保护。

第二,空间隐私从私人住宅扩及公共空间。传统观点认为“隐私止于屋门之前”。现代人格权的发展,不仅使隐私扩张到了空间隐私,而且使空间隐私的适用范围从私人住宅扩及公共空间。一些国家的判例表明,私人住宅和公共空间的区分,并不能作为私领域和公共领域的绝对界限,私领域也可能及于住宅之外的公共空间。例如,1999年德国联邦最高法院关于摩洛哥卡罗琳公主案的判决表明,隐私也存在于公共场合。^[20] 通常来说,公民进入公众场所可以视为某些隐私已经公开,例如拍摄他人在公众集会中的照片,就不能认定为侵害了被拍照者的隐私权。但公民此时并没有完全抛弃其隐私权,即便在公共场所,私人活动也不能受到骚扰或跟踪,身体隐私也不得侵害。传统隐私权法中有观点认为,公共场所中的隐私权视为自愿抛弃,但是在现代社会,许多国家的判例表明,公共场所内的个人隐私不同于个人的私人住宅,因为个人暴露于公共场所,其隐私已经受到了一定的限制,但此种限制并不意味着在公共领域公民的隐私权完全丧失,对于公共场所也有保护隐私的必要。^[21] 例如,人们在公共电

[20] Michael. Henry, *International Privacy, Publicity and Personality Laws*, Butterworths press, pp. 157, 169.

[21] Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, p. 1128; 在1999年12月5日联邦宪法法院的具有里程碑意义的判决中,联邦最高法院关于这方面的判例被推翻。