



法治天下

学问古今

FUN YIN SI QUAN DE FA LU BAO HU

论隐私权的法律保护

张莉 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



LUN
YIN
SI
QUAN
DE
FA
LU
BAO
HU

论隐私权的法律保护

张莉 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

论隐私权的法律保护/张莉著. —北京:中国法制出版社,2007.7

ISBN 978 - 7 - 80226 - 254 - 6

I. 论… II. 张… III. 隐私 - 人身权 - 研究 - 中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 106302 号

论隐私权的法律保护

LUN YINSIQUAN DE FALUBAOHU

著者/张莉

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 7 月第 1 版

印张/9 字数/188 千

2007 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 254 - 6

定价:25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66034242

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

摘 要

隐私权作为一项法律权利，它的发端可以追溯到十九世纪。1890年，塞缪尔·沃伦（Samuel Warren）与路易斯·布兰代斯（Louis Brandeis）提出了隐私权的概念。从此，隐私权在美国逐步确立了自己的法律地位。二十世纪中期《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等国际人权文件明确了隐私权是一项基本人权。至此，隐私权成为世界各国法学界备受关注的话题。我国对隐私权的关注和研究起步较晚，在法学理论和司法实践中有许多问题亟需澄清。本书论述的中心即是如何建构隐私权的法律保护，全书共分六个部分。

导论旨在介绍隐私权法律保护的研究背景、研究方法以及研究价值。

第一章的首要内容是确立隐私权的意涵。本章在归纳了隐私权的各种理论的基础上，提出隐私权的定义，即“个人为保护人性尊严而对自己私人领域事务的自我决定权”，并从主体、范围、隐私利益和内容几个方面探讨了隐私权的内涵。通过分析进一步得出，隐私权兼具自由权和人格权的双重特征，具有独特的法律地位。

第二章确定了一个基本的前提：隐私权确有必要作为一种法律权利而被保障。本章通过对隐私权的社会基础和隐私权价值的分析，阐述了隐私权需要法律保护的原因。在西方的理论和实践中，对隐私权的认同来源于自由主义的公私领域划分。在现代社会中，隐私权作为国家领域、市场领域和公共领域的对立面，捍卫着私人领域。对隐私权的价值，德国是建立在人性尊严的基础之上；而美国强调的是自由主义传统下的自主性，两者虽然遵循不同的路径，但是人性尊严和自主性在“人”的基础上统一起来，都反映了现代人本主义的精神。因此，隐私权不仅是一种自然权利，而且是体现客观价值的基本权利。

第三章论述了隐私权保护的法律原则和方法。隐私权作为基本权利，应当恪守权利行使的一般原则和界限，这也是隐私权法律保护的基本内容。本书认为，“同意”原则体现了隐私权的内涵，是隐私权保护和行使的一般原则；“公共利益”和“他人权利”是对隐私权行使进行限制的理由；“合法性”和“非任意性”是对隐私权行使进行限制的条件。隐私权行使的限制实质上是隐私权与其他权利或者权力的冲突，这是隐私权法律保护问题的焦

点。利益衡量是解决权利（力）冲突的基本方法。利益衡量方法首先是以“价值位阶理论”进行基本的权衡；其次是在具体个案的判断中遵循“比例原则”。隐私权的法律保护就是一个权利（力）冲突的利益衡量过程。

在前述讨论的基础上，第四章分析了隐私权与生命权、新闻自由与国家监听等三类基本权利（权力）的冲突，进一步论述了隐私权的性质和法律保护的基本内容，探讨了隐私权和其他权利（力）发生冲突时具体的利益衡量因素，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。在这一过程中，隐私权实现了法律的保护和价值的提升。

最后本书提出了中国隐私权法律保护的基本思路。随着我国加入国际人权公约后带来的国家义务，我国隐私权的法律保护已经迫在眉睫，应该通过吸收发达国家隐私权法律保护的经验，建立起我国隐私权的法律保护体系。

关键词：隐私权 人性尊严 自主 同意 利益衡量

Abstract

As a type of legal right, the incipency of the Right to Privacy may be tracked back to the 19th Century. In 1890, Warren and Brandeis firstly used the concept of the Right to Privacy. The United State thereafter gradually established the legal position of the Right to Privacy. In the middle 20th Century, the "Universal Declaration of Human Rights", "the International Covenant on Civil and Political Rights" and other international human rights documentaries acknowledged the status of a basic human right of the Right to Privacy. Thus, The Right to Privacy became a topic that specially concerned and widely argued by jurisconsults all over the world. The

start of focus on and discussion of the Right to Privacy in China is later than other countries, so there are still many points, either in theory or in practice, urgently need to be clarified. The focus of the thesis is how to establish the legal protection of the Right to Privacy. This thesis is divided into five parts.

The Introduction Part is meant to explain the background and research methodology of the Right to Privacy research, and to specify the purpose and research value of this thesis.

The key topic of the Chapter 1 discusses the concept of the Right to Privacy. This thesis gave the concept of the Right to Privacy, by conclusion and summary of various theories, as “the Self – Decision Right on the affairs of private sphere in order to protect the human dignity”. Through the analysis of the relation between the Right to Privacy and the Right of Freedom and the Right of Personality, the conclusion of the Right to Privacy embedding the double characteristics of both the Right of Freedom and the Right of Personality can be drawn, and it will be clearer to establish the independent meaning and legal status of the Right to Privacy.

In the second Chapter I point out the justification of the protection of the Right to Privacy as a legal right. In western theory and practice, the recognizing of the Right to Privacy is derived from the liberalism tradition of the partition of public sphere and private sphere. On the matter of the value of the Right to Privacy, Germany believes the protection of the Right to Privacy is established on the basis of the human dignity; while American emphasizes that the foundation is the individual autono-

my under the thought of liberalism, though Germany and American follow different ways on the value of the Right to Privacy, the substantial nature of the value of the Right to Privacy is the same and “human dignity” and “autonomy” are unified on the common ground of “Human Being”. The value of the Right to Privacy reflects the spirit of the modern Humanism, it is not only a basic inherent natural right, but a fundamental right as objective value order.

Chapter 3 is relating the general measures and principles of establishing the protection of the exercise of the Right to Privacy. The Right to Privacy as a fundamental right shall be subject to the general principles and restriction provisions of the exercise of general rights. This thesis believes that “consent” is the general principle of the protection and exercise of the Right to Privacy; the “public interest” and “other’s rights” are the reasons to restrict the Right to Privacy, and the “lawful” and “non - arbitrary” are the conditions to restrict the Right to Privacy. The nature of the restriction of the Right to Privacy is the conflicts between the Right to Privacy and other rights or powers, while the solution is the “interest balancing test”. The interest balancing test are, first to take basic balancing by using “the Hierarchy of Values”, and secondly, in the event of particular case judging, “the Principle of Proportion” shall be abided by.

Through analysis on the conflict between the Right to Privacy and other three kinds of rights (or power) of the Right to Life, Press Freedom and Surveillance, Chapter 4 is going to explore the detailed interest balancing elements during the conflicts between the Right to Privacy and

other fundamental rights (power), and try to find the general resort to solve the rights conflicts on the Right to Privacy. This Chapter deems the developing process of the Right to Privacy is just the process of gaming and combating between the Right to Privacy and other personal rights, others rights, other entities' rights and state power, and during such process, the Right to Privacy has been receiving more and more concerns, meanwhile, the protection of the Right to Privacy has been gradually strengthened.

The last chapter addresses the protection of the Right to Privacy in China. Along with the development of economy and technology, and the awakening of the humanity dignity, it becomes an urgent issue for China to establish the legal protection system of the Right to Privacy. Through the comparison of the legal protection system of the Right to Privacy among U. S. , Germany and Japan, and the legal protection system with distinct Chinese characteristics shall be established through taking references from the experiences of the developed countries.

Key Words: The Right to Privacy, Human Dignity, Autonomy, Consent, Interest Balancing

导 论

一、隐私权法律保护的发端

在现代社会中，随着国家、市场以及传媒等公共领域力量的出现和扩张，科技资讯高度发达，对私人空间和私人信息的窥探、公布和不当的利用正在严重干扰人类平静的自主生活。人们开始意识到问题的严重性，并积极行动起来捍卫自己的权利。人们开始自觉或不自觉地将一些属于私人的东西隐藏起来避免他人了解，同时他人也形成一种尊重别人的决定，不去打听、了解隐私的习惯。在人们的观念中，那些刺探别人秘密、私生活的人有违社会公德，应该受到道德上的谴责，于是隐私就具有了相当程度的道德因素。“法律是最低限度的伦理，即

社会发展特定阶段必须绝对遵守的道德要求总和”^①，当隐私的道德越来越普遍地为公众所接受、认同时，当隐私的道德日益趋向于“法律化”所要求的最低限度道德标准时，它就必然内在的要求从道德领域中解脱出来，在具有强制力的法律中得到反映。可以看出，从隐私到隐私权是人们的权利由道德引导向法律规范过渡的结果。

1890年塞缪尔·沃伦（Samuel Warren）不满当时报纸对其家庭生活的报道，与路易斯·布兰代斯（Louis Brandeis）共同执笔写了《隐私权》（The Right to Privacy）这篇文章，发表在当年十二月的《哈佛法律评论》上。这篇文章对隐私权的法律学说和司法实务至今仍有巨大的影响。沃伦与布兰代斯认为个人的人身与财产要受到完全的保护，这是一个基本原则，在普通法中也有其悠久历史。不过我们需要时时重新定义其正确性质及保护范围。政治、社会与经济的变迁伴随着新的权利的承认，而只有永远年轻的普通法才能适应社会的需要。最近的发明与商业上的做法促使我们探讨如何保护个人“独处而不受干涉”（to be let alone）的权利。新闻界从很多方面来看，已明显地超越其正当范围。闲话不再是游手好闲与品性不端的人的消遣，而是已经成为一种商业，并厚颜无耻的去追逐。为了满足好色者的口味，性行为的细节在每日报纸里大登特登。为了满足懒惰的人，专栏一再充满无聊闲话，而其来源则是侵入他人家庭圈内获得的。伴随着先进文明，生活越来越激烈、越来越复杂，使得个人有时候要从世界中退却。

^① [美] 本杰明·N·卡多佐著，董炯、彭冰译：《法律的成长——法律科学的悖论》，中国法制出版社，2002年，第115页。

而个人在文化巧妙的影响下，对公开更具敏感，因此孤独及隐私对个人来说更为必要。在我们国家的体制里，个人从来不被强迫表达自己（除非站在证人席），甚至当他想要表示出来时，他仍有权决定要表达至何等程度，此种权利不因采取某种特别的表现方法而有所不同。此种对文学或艺术所表现的思想、情绪与感情的保护，不过只是个人独处不受干扰的权利（the right of individual to be let alone）罢了。归根到底，这种应受保护的利益不是私人财产，而是不可侵犯的人格。这种人格权是对抗世人的权利，也就是隐私权。^① 该论文发表以后，隐私权在法律理论和司法实务上才逐渐发展起来，真正走向了法律保护的历程。

二、隐私权法律保护的现状

（一）美国隐私权法律保护的现状

隐私权的概念来源于美国，并通过制度化的过程成为一项基本权利。美国的隐私权及其保护的理论研究十分繁荣。自从沃伦与布兰代斯发表《隐私权》一文后，对隐私权的保护逐渐形成了共识。学者们先后形成了独处权理论、信息控制理论、人格理论、亲密关系理论、限制接触理论等隐私权的理论，这些观点对于我们深刻的认识隐私权的本质具有重要的意义，为隐私权的制度化打下了良好的基础。美国隐私权的制度化十分发达，至1993年止，在49个州以及哥伦比亚特区，隐私权要么在普通法上、要么

^① Samuel Warren and Louis Brandeis, "The Right to Privacy", Harvard Law Review, 1890, p. 193-220.

在法规上得到认可，或者两者都予以承认。^① 隐私权在美国法律上包括三个层面，一为习惯法上的隐私权；二为宪法上的隐私权；三为联邦法律上的隐私权。习惯法上的隐私权自从沃伦及布兰代斯在1890年提出，经过众多法院判例的支持，1960年经威廉·普雷瑟（William L. Prosser）加以归纳为四项隐私侵权行为：（1）侵犯他人私生活的安宁；（2）宣扬他人的私生活秘密；（3）置人于遭公众误解的境地；（4）利用他人特点作商业广告。^② 宪法上的隐私权主要保护个人免受来自政府机构的侵扰。联邦法律上的隐私权是指美国国会为防止社会上所普遍关切的隐私权被侵犯，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立法保护与救济。

（二）德国隐私权法律保护的现状

由于社会文明演进和互动而造成的基本人权需求，隐私权在其他国家也逐渐得到传播和重视。德国学术界最初在理论上采用领域理论（Sphärentheorie）论述隐私权的保护。该理论指出，在整体个人的行为空间中，可以明确划分出一个值得保护的“秘密区域”，而这个区域是相对于不受保护、具有公共性质的行为空间而区分开来的。学术界还有一种“角色理论”（Rollen-theorie），这一学说认为每个人在社会上都有一定的职务与功能，即社会角色。个人资料因其社会角色的不同，就具有不同的隐私性。除了上述领域理论及角色理论之外，还有“自我表

① [美] T. 巴顿·卡特等著，黄列译：《大众传播法概要》，中国社会科学出版社，1997年，第75页。

② Prosser, W., "Privacy", California law review 48, 1960, p. 383 - 389.

现理论”和“沟通理论”。^①德国在隐私权的法律保护上，没有广泛采用“隐私权”的用语。大体而言，德国法对应于美国法在宪法层次上的隐私权，由基本法第1条人性尊严的规定与第2条人格的自由发展权的保护，再加上第10条对通讯自由、第13条对居住自由等基本权利的保护构成。民事侵权行为法层次上的隐私权由其民法体系中的“一般人格权”（*Personlichkeitsrecht*）的概念予以保护。因而建构出类似美国法上隐私权所指涉之生活利益之保护，在结果上产生了与美国宪法上隐私权在概念及效力上皆相当接近的权利保护内容。^②为了适应科技的发展，德国制定了《联邦个人资料保护法》、《1996年远程通讯载波数据保护法案》、《信息与通讯服务法》等重要法律，防止通过个人资料侵犯个人隐私权利。

（三）日本隐私权法律保护的现状

日本最初对隐私权的探讨，是由研究英美法的学者开始的。例如，1935年末延三次博士在法学协会杂志上发表了《英美法中秘密的保护》一文，根据美国的具体案例，探讨了隐私权的生成及原因。1955年开始，戒能通孝博士、伊藤正己教授、三岛宗彦教授也接连发表有关隐私权的论文。^③日本对隐私权保障的完善经

^① W. Schmitt Glaeser, “Schutz der Privatsphäre”, in J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, S. 50ff. 转引自陈宏达：《个人资料保护之研究》，台湾辅仁大学硕士论文，民国81年；张永明：《新闻传播之自由与界限》，永然文化出版股份有限公司，民国90年，第115-116页。

^② 简荣宗：《网络上信息隐私权保护问题之研究》，东吴大学法律学系研究所硕士论文，民国88年。

^③ 简荣宗：《网络上信息隐私权保护问题之研究》，东吴大学法律学系研究所硕士论文，民国88年。

历了从承认私法上的隐私权到承认宪法上的隐私权的过程，以及在概念上从消极被动、要求他人放任自己独处而不被打扰的隐私权到积极主动的、控制个人信息的隐私权的发展过程。在日本，隐私权作为私法上的权利得到确认的标志是1964年的“宴之后案”，隐私权作为侵权的理论。而在1969年的“京都府学联案”中，日本最高法院指出：根据宪法第13条（公民个人尊严和追求幸福的权利）的规定，即便在行使警察权等国家权力时，也应当保护公民私生活上的自由，而且，作为个人私生活上的自由之一，任何人都有未经其许可而不被拍摄其容貌、姿态的自由。从该案开始，隐私权不仅是作为平等主体的私法上的权利，同时还是针对国家的公民基本权利，开始在法院的判例中得到了确认。^①在司法实践之外，日本也不断通过立法手段完善对隐私权的相关保障，先后通过了《个人信息保护法》、《关于保护行政机关所持有之个人信息的法律》、《关于保护独立行政法人等所持有之个人信息的法律》、《信息公开与个人信息保护审查会设置法》。

（四）我国隐私权法律保护的现状

目前，隐私权问题已经日益受到国内学术界的重视。法学、社会学、新闻学等方面的学者从各自的角度对隐私权问题进行了不同的探讨。根据现有资料，国内对隐私权的研究，新闻学界要早于法学界。在80年代出版的几部有影响的法学工具书，如《中国大百科全书·法学》（中国大百科全书编辑委员会，1984）、《法学辞典》（上海辞书出版社，1985）等，都没有对名誉权、肖

^① 吕艳滨：《日本的隐私权保障机制研究》，《广西政法管理干部学院学报》，2005年第4期。

像权、隐私权、诽谤等概念做出解释。在许多民法教科书中也只是很简单地提到。而在《新闻法通讯》中，1984年至1985年相继发表了李祖兴的《论报纸批评与诽谤》和钟声的《新闻诽谤的法律规范和界限》等关于诽谤和名誉权的论文，1986年初发表了陈力丹的《马克思恩格斯的隐私权观念》和廖晓英的《新闻报道与个人隐私》等关于隐私权的论文。陈力丹的论文对马克思、恩格斯关于隐私权的见解作了详细的论述，阐述了他们在19世纪40年代就已提出报刊不应揭发个人的私事，但如果这项私事涉及社会生活，则应成为新闻报道的对象，并且反对任意扩大私生活的范围等观点。这些观点同现代隐私权保护的原则相吻合。

法学界对隐私权的讨论要晚一些，发生在80年代至90年代之交，如：庞战秋的《新闻媒介侵害隐私权若干司法问题探究》、刘国林的《论公民隐私权的法律保护》、张新宝的《隐私权研究》。^① 这些有关隐私权的论述，皆以1890年美国学者沃伦和布兰代斯发表的《隐私权》为起点，从法律的角度探讨了隐私权的保护。1997年出版的张新宝《隐私权的法律保护》一书是国内法学界系统研究隐私权问题的开始，该书是关于隐私权的理论、制度安排和司法保护的一项综合思考，对个人数据的隐私、互联网上的隐私权、共同隐私等问题进行了探讨。^② 对于作为人权的隐私权，国内的研究尚属起步阶段，有学者从人权的高度出发，认为

^① 庞战秋：《新闻媒介侵害隐私权若干司法问题探究》，《政法丛刊》，1989年第3期；刘国林：《论公民隐私权的法律保护》，《社会科学》，1990年第1期；张新宝：《隐私权研究》，《法学研究》，1990年第3期。

^② 张新宝：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004年。