

“十二五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

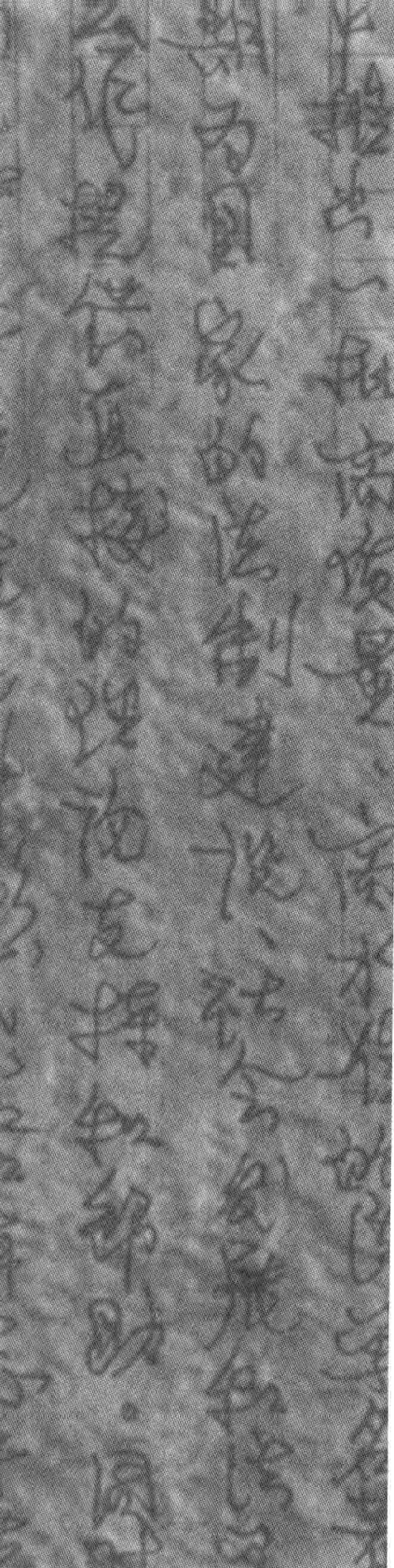
隐私权研究

——以体系构建为中心

马 特 著

Research on the Right of Privacy
Focusing on Systematic Construction

 中国人民大学出版社



国家社会科学基金项目（项目批准号：07CFX040）

隐私权研究—— 以体系构建为中心

马 特 著

Research on the Right of Privacy
—— Focusing on Systematic Construction

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

隐私权研究:以体系构建为中心/马特著. —北京:中国人民大学出版社, 2014. 10

(法律科学文库)

ISBN 978-7-300-20190-0

I. ①隐… II. ①马… III. ①隐私权-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第240775号

“十二五”国家重点图书出版规划

法律科学文库*

总主编 曾宪义

隐私权研究

——以体系构建为中心

马特著

Yinsiquan Yanjiu



出版发行 中国人民大学出版社

社址 北京中关村大街31号

邮政编码 100080

电话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经销 新华书店

印刷 涿州市星河印刷有限公司

规格 170 mm×228 mm 16开本

版次 2014年10月第1版

印张 23插页2

印次 2014年10月第1次印刷

字数 450 000

定价 65.00元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

法律科学文库

编委会

总主编
曾宪义

副总主编

赵秉志（常务） 王利明 史际春 刘 志

编 委

（以姓氏笔画为序）

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	陈松涛	何家弘	郑成思
赵中孚	赵秉志	高铭暄	郭燕红	曾宪义
程荣斌				



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌盛、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简洁明快，也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重

要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是20世纪中叶发生的电子信息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了信息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。唯有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融，故而在19世纪中叶，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话，中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争，道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等，使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说，社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇，但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变，在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以，尽管曾经有过许多的机遇，无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力，中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至20世纪70年代末期，“文化大革命”的宣告结束，中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界，用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路，中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动，

也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说,自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年,是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的20年。在过去20年中,中国人民高举邓小平理论伟大旗帜,摆脱了“左”的思想的束缚,在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革,并取得了令世人瞩目的成就,使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设,也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期,长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除,“加强社会主义民主,健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力,到90年代中期,中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看,我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看,一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立,并在不断完善之中。更为可喜的是,经过近二十年的潜移默化,中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强,党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略,已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变,为中国当前法制建设进一步完善和依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知,法律的进步和法制的完善,一方面取决于社会的客观条件和客观需要,另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强,同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升,有赖于法学研究水平的提高,有赖于一批法律专家,包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升,也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之,社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中,随着国家和社会的进步,中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力,中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响,迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设,并适应国家建设和社会发展的需要,针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究,为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时,新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学

教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去20年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近二十年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良法美制”的建立,更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制,当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果,在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列,并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来,中国人民大学法学院的

法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域中辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。这套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

1999年9月



序

人格权制度的勃兴是现代民法的重要发展趋势。人格权制度经历了一个从无到有、从不重要到重要、从边缘到核心的发展历程。在人格权体系中，隐私权居于十分重要的地位，其不仅属于一项重要的民事权利，而且逐渐成为一项重要的宪法性权利。自从美国学者萨缪尔·D·沃伦（Samule D. Warren）和路易斯·D·布兰代斯（Louis D. Brandeis）于1890年提出隐私权的概念以后，该概念在世界范围内被广泛采用，遂发展为一项重要的人格权利。在现代社会，保护隐私权的必要性日益凸显。美国迈阿密大学福禄姆金（Fromkin）教授撰写了《隐私之死》（The Death of Privacy）一文，他在该文中说，日常的信息资料的搜集、在公共场所的自动监视的增加、对面部特征的技术辨认、电话窃听、汽车跟踪、卫星定位监视、工作场所的监控、互联网上的跟踪、在电脑硬件上装置监控设施、红

外线扫描、远距离拍照、透过身体的扫描等，这些现代技术的发展已经使得人们无处藏身，他感叹“隐私已经死亡”。巴西总统罗塞夫在联大的发言中，甚至提出了“隐私主权”的概念。随着社会进步，特别是随着互联网的迅速发展，隐私权在现代社会中的意义和作用日益彰显，其保护范围将进一步扩张。

基于对“文化大革命”中大规模践踏人权教训的反思，1986年我国《民法通则》专章规定了生命健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权等人格权，可谓民事立法的一大创举。但受当时经济社会发展水平的限制，其忽略了对隐私权的保护，并没有对隐私权作出规定。最高人民法院1988年颁行的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》并没有承认隐私权，而是借助名誉权对隐私权提供间接保护。2001年3月8日，最高人民法院颁布了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》，其第1条第2款确认了“隐私或者其他人格利益”的保护，规定在“违反社会公共利益、社会公德”而为加害行为时，可以对个人的隐私利益进行救济。随后，我国相关立法虽然提及保护个人“隐私”，但并没有确认隐私权，隐私权的正式确立始于2009年12月26日颁布的《侵权责任法》。该法第2条第2款规定了独立的隐私权。至此，隐私权始在民事权利体系中获得了一席之地。

强化隐私的保护，已经成为社会的共识，随着我国改革开放的发展和人民生活水平的提高，人们在物质生活条件得到极大改善的同时，对精神生活的要求也日益提高。隐私是一个人自由的重要领域，可以说，没有隐私就没有真正的自由。人们都有追求幸福生活的权利，但个人的生活安宁和自由是个人追求幸福生活的重要组成部分。个人生活越安宁，社会才越有秩序，也才有可能促成人与人之间和睦共处的状态。隐私权要求尊重每一个人私人生活的安宁，私生活不受到他人的非法打扰，而个人享有安宁的私生活，不仅是个人幸福生活的重要内容，也是人与人之间和睦相处秩序的当然要求。尊重和保护他人的隐私，其实就是要尊重他人的生活方式，尊重他人的人格尊严，不打扰他人的私人生活，以形成和睦友好的人际关系。此外，保护隐私权有利于确定国家公权力和私人生活之间的界限。因此，在民法典编纂过程中，应当重点关注包括隐私权在内的人格权法的制定。

然而，目前学界仍缺乏对隐私权内涵系统、深入的探讨。马特副教授

的这部专著以隐私权的体系建构为中心，讨论了隐私权这种新型权利兴起对传统民法的冲击及其实现民法上的体系化的可能性。本书探究了隐私权、人格权与现代民法之间的互动关系，通过对大陆法系和英美法系的比较法的考察，解决了隐私权的概念和定位、隐私权的正当性、隐私权的体系化建构三个重要理论问题。这些问题的提出和解决，体现了作者鲜明的“问题意识”，也使得本书成为一部具有前沿性、系统性、理论性的隐私权研究专著。可以说，这本著作也在一定程度上弥补了我国隐私权理论研究的不足，我对本书的出版感到由衷的高兴。

本书最后结合民法典的制定提出了关于隐私权设计的立法建议，对于人格权立法具有重要的参考价值。人格权法在民法典中独立成编，符合时代的需要，将会是中国民法对世界民法的一大贡献。中国民法典将是一部承前启后、继往开来的新民法典，中国民法学界也面临着全新的挑战和机遇。我衷心希望马特博士能进一步展开对人格权法理论的深入研究，并取得更大的成绩。

是为序。

中国民法学研究会会长、中国人民大学常务副校长

王利明

2014年7月6日



目 录

导论 无隐私即无自由·····	(1)
一、隐私权的价值底蕴及现代困境·····	(3)
二、本书的基本架构和研究方法·····	(10)
第一章 隐私与隐私权·····	(16)
第一节 隐私是什么·····	(16)
一、隐私语义考·····	(16)
二、隐私的本质是私生活：公与私的领域界分·····	(20)
三、隐私的特征：兼论隐私的合法性要件·····	(22)
第二节 隐私权诸学说评介·····	(26)
一、独处权说 (right to be let alone)·····	(27)
二、信息秘密说 (secrecy)·····	(28)
三、信息控制说 (control of personal information)·····	(29)
四、接触说 (access)·····	(30)
五、私密关系自治说 (Spharentheorie, intimacy)·····	(31)
六、集合说·····	(33)

七、一般人格权说 (right of personhood)	(34)
第三节 隐私权的利益构造：自决隐私权之存废	(35)
一、利益构造与隐私权概念之争	(35)
二、自决隐私权乃隐私权题中应有之义	(37)
三、对否定自决隐私权理由的辩驳	(42)
第四节 隐私权概念之厘清	(48)
一、隐私权概念之定义	(48)
二、隐私权与其他人格权之区别	(52)
第五节 隐私权与个人资料保护	(57)
一、Data 之辩：个人信息还是个人资料	(57)
二、个人资料财产权说之辩	(61)
三、个人资料人格权说之辩	(66)
四、我国个人资料保护制度的构建	(72)
第二章 隐私权性质辨	(78)
第一节 隐私权性质概述	(78)
第二节 隐私权与财产权	(82)
一、从混同到分离：人格权独立于财产权的历程	(82)
二、从分离到融合：由隐私权看人格权的异化	(86)
三、隐私权是一种财产性人格权	(91)
第三节 隐私权与一般人格权	(92)
一、隐私权与一般人格权的趋同性	(92)
二、一般人格权与具体人格权的再认识	(96)
三、我国背景下的隐私权与一般人格权关系构造	(103)
第四节 隐私权与宪法基本权	(106)
一、罗马法上的人格不等于现代公民人格	(106)
二、人格权宪法化不等于去私法化	(110)
三、隐私权兼具宪法性和私法性	(113)
第三章 隐私权与现代民法转型	(117)
第一节 从意思自治到人格权保护：从隐私权看现代民法的范式转移	(117)
第二节 现代情景下的民法：范式移转之动因	(124)
一、规范基础的重构：从行为本位到资源本位	(124)

二、意识形态的转向：从自由主义到多元主义·····	(127)
三、现代福利国家中的自由危机：干预主义与多元主义的 张力·····	(132)
第三节 主体预设的变迁：现代民法中“人”的再发现·····	(135)
第四章 隐私权的正当性·····	(140)
第一节 隐私何以成为权利·····	(140)
一、隐私权的生成·····	(140)
二、隐私权的正当性论证·····	(142)
第二节 隐私权的人性基础·····	(146)
第三节 隐私权的经济分析：来自法经济学的质疑·····	(153)
第四节 隐私权的自然法渊源：一个关于隐私的神话·····	(158)
第五节 隐私权的文化之根：本土传统中的正当性资源及 障碍·····	(163)
第五章 隐私权的谱系·····	(169)
第一节 隐私权的发展源流·····	(169)
一、隐私权的思想史·····	(169)
二、隐私权的法律化·····	(172)
第二节 隐私权的比较法考察之一：英美法系·····	(175)
一、美国·····	(175)
二、英国·····	(179)
三、加拿大·····	(183)
第三节 隐私权的比较法考察之二：大陆法系·····	(186)
一、德国·····	(186)
二、法国·····	(190)
三、日本·····	(191)
第六章 隐私权法律关系的建构·····	(194)
第一节 隐私权的体系化与法律关系·····	(194)
一、隐私权体系化之必要·····	(194)
二、隐私权法律关系之有无·····	(200)
第二节 隐私权的主体·····	(201)
一、自然人·····	(201)
二、法人·····	(202)

三、死者·····	(203)
四、胎儿·····	(206)
五、特殊群体的特殊保护·····	(208)
六、公众人物及历史人物·····	(208)
第三节 隐私权的客体·····	(209)
一、信息隐私·····	(209)
二、空间隐私·····	(211)
三、自决隐私·····	(212)
第四节 隐私权的效力·····	(214)
一、隐私保有权·····	(214)
二、隐私利用权·····	(214)
三、隐私处分权·····	(215)
四、隐私权的排他效力·····	(215)
第五节 隐私权的变动·····	(216)
一、隐私权的发生·····	(216)
二、隐私权的消灭·····	(217)
三、隐私权能否移转·····	(217)
第六节 隐私权的行使·····	(218)
第七章 隐私权侵害与救济的整合·····	(221)
第一节 侵权行为法视野中的隐私权·····	(221)
一、隐私权能否由侵权行为法建构·····	(221)
二、隐私权的保护模式：英美法的类型化与大陆法的 一般化·····	(223)
三、从隐私权看两大法系的体系冲突和融合·····	(226)
第二节 侵犯隐私权责任的一般化与行为的类型化·····	(229)
一、侵害隐私权责任的一般化·····	(229)
二、侵害隐私权行为的类型化·····	(246)
第三节 侵犯隐私权的救济体系·····	(250)
一、隐私权的私力救济·····	(250)
二、隐私权的公力救济·····	(252)
第四节 隐私权侵害与救济的个案考察——“人肉搜索”·····	(263)
一、“人肉搜索”的是与非·····	(264)

二、网络暴力的罪与罚·····	(270)
三、个人资料保护——信息时代的隐私权·····	(275)
四、“人肉搜索第一案”——私法上的一个救济途径·····	(279)
第八章 隐私权的冲突及其限制·····	(283)
第一节 隐私权与权利冲突·····	(283)
一、隐私权是在权利冲突中建构的·····	(283)
二、隐私权与相关权利的冲突·····	(286)
第二节 权利冲突与利益衡量·····	(290)
一、权利冲突的解决之道·····	(290)
二、利益衡量论的兴起及运用·····	(296)
三、以“反恐”为例——机场“人体扫描”事件的 利益衡量·····	(300)
第三节 隐私权限制的一般规则·····	(302)
一、公共利益·····	(304)
二、法律保留·····	(305)
三、比例原则·····	(305)
四、轻微损害的容忍义务·····	(307)
五、关于限制的限缩·····	(308)
六、隐私权的克减·····	(309)
第九章 结语：中国民法典中的隐私权·····	(311)
一、我国隐私权制度的沿革及现状·····	(311)
二、隐私权法典化的不同方案·····	(317)
三、中国民法典中隐私权设计的立法建议·····	(321)
参考文献·····	(326)
后 记·····	(348)