

# 从隐私利益的产生和本质来理解 中国隐私权制度的特殊性

吴伟光\*

内容提要: 隐私利益的产生与竞争有直接的关系,是社会成员在竞争过程中对独占信息利益的追求而产生的利益关切。而人类为了竞争的目的又形成了合作性的社会群体,在某一社会群体中既有竞争关系也有合作关系,隐私权便是对社会成员在某一社会群体中的合法的隐私利益的保护。由于社会群体的形成、发展和竞争环境的不同,美国和欧洲国家形成了明显不同的隐私权观念和制度设计。美国是从下到上的对隐私的弱保护模式,表现为区块立法的功利主义特征。而欧洲是从上到下的对隐私的强保护模式,表现为统一立法的自然权利主义特征。中国的隐私权制度既不同于美国的模式,也不同于欧洲的模式,其目标是为了提高中国社会的整合程度和治理效率,降低社会内生成本以构建公平和谐的社会,尤其是在大数据技术背景下,更应该有自己的特征和价值观。

关键词: 隐私; 隐私权; 大数据

自19世纪末沃伦和布兰代斯在《隐私权》一文中明确要求对隐私利益给予隐私权保护之后,<sup>(1)</sup>有关隐私利益如何认定和保护的研究和判例就不断出现。<sup>(2)</sup>在以互联网和大数据为代表的信息技术飞速发展的今天,对公民隐私利益的关切更引起社会的关切。但在面对如何认定和保护隐私问题时,不同国家、不同文化甚至在一个国家内不同群体之间都有不同的理解和认识。这使得对何为隐私利益这一重要问题的认识十分模糊,往往仅凭直觉便认为隐私保护具有普遍性和一致性。如学者惠特曼所质疑的,“如果隐私是人类需要的普遍性人权,那么为什么却有如此令人困扰的多样形式?对于那些依赖人格价值角度的隐私权支持者来说这是个难题,比他们承认的还要难。之所以是个难题是因为他们通常得出其结论的路径:隐私支持者通常依赖的是伦理哲学家所说的‘直觉主义’主张。”<sup>(3)</sup>我国研究隐私权制度的学者在何为隐私这一关键问题上也经常是模糊的和凭直觉的将西方的概念简单的援引,这使得我国隐私权制度的法理研究和制度构建都没有坚实的基础。因此,本文从隐私利益的产生和本质这一基本问题比较进行研究,分析美国、欧洲和中国对隐私权制度的不同理念、历史背景和发展路径,从而得出中国的隐私权制度特征和应有的价值。

本文认为隐私权制度的产生与其他制度产生是一样的,都是竞争的产物。如庞德所指出的,

\* 清华大学法学院副教授,法学博士。本文为清华大学社会科学学院和数据研究院合作计划支持。

(1) Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, 1890.

(2) 如美国最高法院法官布莱克在 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) 案中所说的,隐私是一个宽泛的,抽象的和模糊的概念。

(3) Whitman, James Q., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, Faculty Scholarship Series. 2004, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/649](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/649), p. 1154.

“各种利益之间之所以产生冲突或竞争，就是由于个人相互间的竞争，由于人们的集团、联合或社团相互间的竞争，以及由于个人和这些集团、联合或社团在竭力满足人类的各种要求、需要和愿望时所发生的竞争。”<sup>(4)</sup> 人与人之间竞争与合作同时存在的复杂关系构成了社会的基本形态，对这种关系的规范也是社会制度的根本目标和价值，即如何形成公正的和有效率的社会群体，而减弱个人自私性所导致的囚徒困境给这个群体的共同利益造成的损害。<sup>(5)</sup> 而由于在特定的社会群体中，该群体的共同利益与个人私利之间既有一致性又有冲突性，这造成了个人的信息利益与该群体的共享信息利益之间的冲突。而隐私权所应该认可和给予保护的隐私利益便是在符合该社会群体共同利益前提下的个人可独占信息利益。由于不同的社会群体的组织方式和存在目的都不同，同一个人不同的社会群体中就存在着不同的独占信息利益，也就意味着有不同的隐私权政策。由于不同的国家和社会有不同的历史发展路径和价值选择，那么对于该社会群体中的成员的隐私利益的认可和保护也就不同，这是形成美国和欧洲大陆国家不同的隐私权价值观和制度的主要原因。这也意味着中国应该有自己的特定的隐私权价值观和制度设计。

## 一、隐私利益的本质和隐私权制度的产生

### (一) 隐私利益的产生与本质

隐私权所保护的隐私利益是什么以及如何确定是一个难题。在我国，学者们经常将西方的相关制度进行简单的移植<sup>(6)</sup> 或者凭直觉将一些价值归属于隐私利益上，而没有仔细分析和研究其产生的价值和制度目的。<sup>(7)</sup> 这使得我国的隐私权制度的根基非常脆弱。因此，我们在这里首先讨论隐私利益的产生和其本质。

#### 1. 隐私利益的产生

隐私利益的产生和发展应该与社会成员的竞争关系有直接的联系。由于人自身的自私性和资源的稀缺性，人与人之间会存在着竞争关系。而又由于竞争的需要，人与人之间也存在着合作关系，形成具有共同利益的社会群体。<sup>(8)</sup> “各种利益之间之所以产生冲突或竞争，就是由于个人相互间的竞争，由于人们的集团、联合或社团相互间的竞争，以及由于个人和这些集团、联合或社

(4) [美] 罗斯科·庞德 《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆 2013 年版，第 40 页。

(5) 如经济学家奥斯特罗姆所说的，“囚徒困境理论让学者们着迷。个人的理性策略却导致集体的非理性结果这一悖论对理性的人类能够获得理性的结果这一信念产生了挑战。”理查蒙德·坎贝尔 (Richmond Campbell) 在《理性和合作的悖论》中也解释了囚徒困境的吸引力 “很简单，鉴于囚徒困境表明理性生物合作的不可能性，这些悖论对我们所理解的理性产生了怀疑。这对伦理和政治哲学造成了直接的问题，并且威胁着社会科学的基础。这些结果的宽泛性可以解释为什么这些悖论引起这么多的注意，以及为什么它们处于哲学的核心地位。” Elinor Ostrom, *Governing the Commons, the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, p. 5.

(6) 王利明、杨立新、姚辉编著 《人格权法》，法律出版社 1997 年版，第 144 - 149 页。

(7) 例如学者张新宝认为“个人隐私又称私人生活秘密或私生活秘密，是指私人生活安宁不受他人非法干扰，私人信息保密不受他人非法搜集、刺探和公开。”张新宝 《从隐私到个人信息：利益在衡量的理论与制度安排》，《中国法学》2015 年第 3 期，第 38 页。这种对隐私的概念描述一方面没有说明隐私利益的本质，只是将其替换为“秘密”一词，而何为秘密又是不清楚的概念，因此只是在做名词之间的转换。另一方面是进行循环定义，因为只有确定了隐私之后才能确定相应的权利内容和边界以及界定非法行为。而这里在界定何为隐私这一前提概念时，却已经将非法性因素考虑进入，使得这一概念的界定没有了逻辑性。

(8) 社会群体的概念是社会学家提出的，例如库利在其《社会组织》中提出了初级群体的概念，后来的学者在此基础上又发展出次级群体的概念。社会学家认为人类形成群体是出于两个需要，即工具性需要和表意的需要。工具性需要是指群体帮助其成员去做那些不容易单独完成的工作，因此许多工具性群体是绝对必要的。而表意需要的群体是帮助其成员实现其情感欲望，通常是提供情感支持和自我表达的机会。[美] 戴维·波普诺 《社会学》，李强等译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 195 页。

团在竭力满足人类的各种要求、需要和愿望时所发生的竞争。”<sup>(9)</sup> 人与人之间竞争与合作同时存在的复杂关系构成了社会的基本形态，对这种关系的规范也是社会制度的根本目标和价值，即如何形成公正的和有效率的社会群体，而减弱个人自私性所导致的囚徒困境给这个群体的共同利益造成的损害。<sup>(10)</sup> 出于竞争和合作的双重目的，处在多个社会群体中的社会成员之间各自在判断自己的独占信息利益和共享信息利益的划分。“人们的隐私偏好不是简单地反映为控制和屏蔽信息，而是表现出对分享和控制之间的变化的和精确的调整的倾向。”<sup>(11)</sup> 而现代信息技术被广泛应用之前，社会成员主要的信息工具是自己的器官，那么通过物理措施就可以实现对独占信息利益的保护，例如利用居所或者衣物隔离信息传播渠道，或者对自己表达器官的控制来保护自己的独占信息利益。如 16 世纪西方格言所说的，“不知道如何掩饰的人就不知道如何存活（Nescit vivere quinescit dissimulare）”。<sup>(12)</sup> 库兰指出社会成员在社会生活中经常有公共谎言的偏好。“在每种场合，你都面对着公开与隐藏之间、自我坚持和社会包容之间、坚持自己的品格和保护自己的形象之间的选择。这总有选择不诚实的好理由，其好处要多于从毫不掩饰和明确的诚实中获得的利益。”<sup>(13)</sup> 显然，这种虚假信息偏好的目的是使得社会成员在相应的社会关系中获得他所认为的竞争或者合作利益。“我们个人之所以选择虚假偏好（preference falsification）原因是因为他的公开偏好影响对他的评价和对待。”<sup>(14)</sup>

人与人之间存在着合作关系时，合作主体对于信息交流的偏好是分享与合作有关的信息，从而使得该群体形成信息优势。那么在这种群体中成员对于隐私利益的关切相对较弱。例如市场中的企业是最重要的竞争主体，企业之间存在着竞争关系，而企业内部成员之间则主要是为了企业这一群体的竞争优势而形成的合作关系，那么，在企业内部，成员对于与该企业竞争利益有关的个人信息的隐私关切就较弱，企业管理者掌握着雇员的相关个人信息。<sup>(15)</sup> 而企业之间则以商业秘密为代表的制度设计来保护其信息利益。总之，隐私利益与在某一群体中社会成员对于独占信息利益和共享信息利益之间的划分和控制有直接关系。权利人对这种独占信息利益所产生的情感诉求经常被诸如自由、尊严或者人格自治等概念所描述或者取代。

## 2. 隐私利益的本质

具体说来，在任何一个社会群体中，某一成员与其他成员处于竞争关系时，他便对其信息利益具有独占偏好，当某一成员与其他成员处于合作关系时，他便对其信息利益具有共享偏好。如学者尼森鲍姆所归纳的，“隐私不是与一个维度而是与公/私之分的三个维度相关联：其一，行为人的维度，分为政府和私人行为人。其二，区间维度，包括空间，可以分为公共和私人维度。其三，信息维度，可以分为公共和私人信息。”<sup>(16)</sup> 在不同的维度下，个人独占信息利益和共享信

(9)前引〔4〕，[美] 罗斯科·庞德书，第 40 页。

(10)如经济学家奥斯特罗姆所说的，“囚徒困境理论让学者们着迷。个人的理性策略却导致集体的非理性结果这一悖论对理性的人类能够获得理性的结果这一信念产生了挑战。”理查蒙德·坎贝尔（Richmond Campbell）在《理性和合作的悖论》中也解释了囚徒困境的吸引力。“很简单，鉴于囚徒困境表明理性生物合作的不可能性，这些悖论对我们所理解的理性产生了怀疑。这对伦理和政治哲学造成了直接的问题，并且威胁着社会科学的基础。这些结果的宽泛性可以解释为什么这些悖论引起这么多的注意，以及为什么它们处于哲学的核心地位。”Elinor Ostrom, *Governing the Commons, the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, p. 5.

(11)Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford Law Book, 2010, p. 151.

(12)Timur Kuran, *Private Truth, Public Lies: The Social Consequences of Preference Falsification*, Harvard University Press, 1995, p. 40.

(13)前引〔12〕，Timur Kuran, p. 4.

(14)前引〔12〕，Timur Kuran, p. 26.

(15)例如欧洲人权法院判决认为企业雇主监视雇员在专为工作开设的电子邮件中的通信内容是合法的，并没有侵犯雇员的隐私权。*BA·RBULESCU v. ROMANIA* (Application no. 61496/08), JUDGMENT STRASBOURG 12 January 2016.

(16)前引〔11〕，Helen Nissenbaum, p. 102.

息利益是有变化的，因此必须以不同的维度来单独分析。例如在我国多次发生的男医生与女病人之间有关身体裸露的纠纷中，<sup>(17)</sup> 其争议的焦点是女病人的身体裸露是否为治疗目的的必要，因为如果是治疗目的的必要，那么女病人和男医生之间便是为了应对疾病的合作需要，因而病人需要承担信息共享义务。反之，如果不是治疗目的的必要，那么这种裸露便是医生出于对性的竞争这一动机而实施的，那么病人和医生之间便是围绕着性的竞争关系而不是合作关系，这时病人便享有对这一信息利益的独占性。

因此隐私利益的本质是社会成员在某一特定社会群体中应当享有的独占信息利益，是个人独占信息利益与该社会群体所需要的共享信息利益之间的恰当分配。由于不同社会群体的性质和功能不同，以及面临的公共利益也会发生变化，那么相同的信息在一个群体中是隐私，在另一个群体中可能就不是。如美国法院在 *IRSG, Inc. v FCT* 案中所说的“是信息所公开的场合，而不是信息本身的内在性质决定了该信息是否受《瓜姆-林奇-比利法》(Gramm-Leach-Bliley Act) 的保护。”<sup>(18)</sup> 同样我们可以推论出，当像国家这样的社会群体面临着战争或者国防安全这种重要利益时，公民的信息独占利益便会相对变小，而让位于为此目的的信息共享利益。如学者里根所说的，“隐私是一种自私的价值，其为了安全这一集体利益而需要牺牲。”<sup>(19)</sup> 因此，隐私利益是具有较强功利选择特征的法益。

## (二) 隐私权的产生与隐私利益的判断

隐私利益伴随着竞争关系在人类社会中很早就存在了，就如同财产利益一样。但是隐私权却是近现代的制度产物，因为以私权来对隐私利益给予保护是信息技术的发展与私权利社会形成后的双重结果。

### 1. 隐私权的产生

当信息传播主要还是依赖人的自然器官时，社会成员可以依赖自己的物理措施来基本上实现对隐私利益的保护，这种隐私利益被称为物理性隐私 (physical privacy)。保护物理性隐私是通过禁止他人未经许可对本人的身体、住所或者私人物理空间的侵入来实现的。<sup>(20)</sup> 由于对自己居所和身体自由的保护就可以达到保护其利益的目的，所以这一时期并没有明确意义上的隐私权制度，而是以对物理性空间的保护来间接保护个人的隐私利益，即所谓的侵入原理 (trespass doctrine)。在美国历史上这一时期则表现为侵犯隐私利益和侵犯其他人权的违宪行为往往是重叠的，是对宪法保护领域的实际和物理性的侵入。这包括“个人，[包括] 其身体和个人的服装；房屋，[包括] 公寓、宾馆房间、车库、办公室、商店以及仓库；纸张，像书信；以及其他财产，像汽车。”<sup>(21)</sup>

而当信息技术的发展使得社会成员发现已经无法通过居所、衣物等物理设施甚至是表情管理保护自己的独占信息利益时，就开始诉求公力对这种利益加以救济，隐私权观念开始出现了。沃伦和布兰代斯的《隐私权》一文的出现便是这种背景的表现。19 世纪后半叶是美国社会变革激烈的时期，工人大众都可以买得起的“便士报”开始出现并流行，报纸内容上也开始通俗化，甚至是庸俗化。而沃伦和布兰代斯写这篇论文的背景便是有这种类型的报纸将沃伦侄儿的婚事情

(17)《做检查女患者被要求脱衣 女病人权益谁来维护》，《北京青年报》2001 年 3 月 6 日，第 7 版。

(18) *Individual Reference Services Group, Inc. v. FCT, et al.* Civil Action No.: 00-1828 (ESH) .

(19) Priscilla Regan, *Legislating Privacy*, 转引自前引 [11], p. 108.

(20) Terence Craig and Mary E. Ludloff, *Privacy and Big Data*, O'Reilly, 2011, p. 14.

(21) Donohue, Laura, *Anglo-American Privacy and Surveillance*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 96, 2006, p1059, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2020411>, p. 1070.

况进行了照片报道。<sup>(22)</sup> 当被报道者无法通过私利保护来限制这种行为时，便对隐私权有了诉求。如沃伦和布兰代斯所描述的，“摄影技术是这样一种状态，对于画像来说，一个人如果不是为此目的有意识地端坐在那里，这样的画像很难完成，那么合同法或者信托法就能够足以赋予一个谨慎的人来防止对其肖像不当使用的能力；但是由于摄影技术的最新发展已经能够即时地拍摄照片，合同或者信托原理已经无法满足这样保护的需要了。”<sup>(23)</sup>

因此，隐私权主要保护的是信息性隐私 (information privacy)。所谓信息性隐私是指当本人的信息被以数字或者其他信息技术收集、存储以及分享时，本人因此而产生的对隐私的期望。美国历史上的表现便是像窃听以及红外线等技术开始被侦查机关使用时，不需要发生传统意义的侵入便可以获得公民的居所或者电话中的信息，这时依赖宪法第四修正案对物理空间的保护来保护个人隐私利益已经开始力不从心了。美国最高法院便开始以“对隐私的合理期望 (reasonable expectation of privacy)”来代替侵入理论对隐私利益加以重新确认和保护。如沃伦和布兰代斯所主张的，“隐私是个人决定在多大程度上将自己的思想、感情和情绪传播给其他者的权利”。<sup>(24)</sup> 中国对隐私利益的关注和保护也是从针对通信服务开始的，1982年《宪法》中没有隐私权概念的出现，而是对通信自由和通信秘密给予宪法上的保护。直到2009年的《侵权责任法》才在一般意义上明确规定了隐私权。

## 2. 隐私利益的判断

隐私权制度的本质功能是通过对社会群体成员的信息利益与该社会群体之间的共享信息利益之间所产生的冲突进行协调来实现这一社会群体的共同利益和个人利益之间的合理存在。因此，确定隐私利益应该以特定的社会群体来衡量。如尼森鲍姆所说的，“如果隐私权是与场合有关的恰当信息流动的权利，而不是秘密或者对与自己有关的信息控制的权利，那么只要对信息的分享和持有与该场合的规范所确定的原则性条件相一致，就不会有关于对隐私的关切和渴望分享信息之间的悖论。”<sup>(25)</sup> 确定隐私利益应该遵循以下步骤。

第一，作为一般原则，在判断隐私利益是否存在时，应该基于权利人与相对人在特定社会群体中的关系来确定。不同的社会群体有不同的组织目的，那么其中的成员之间的关系也就不同。<sup>(26)</sup> 通过该特定社会群体存在的目的和功能来确定其所应该享有的共同利益，并根据该共同利益来确定所涉及的信息是应该属于权利人所独占的信息利益还是属于共享信息利益。例如雇员是否是乙肝病毒携带者这一信息在不同类型的企业中就可能属于不同的信息类别。<sup>(27)</sup> 如尼森鲍姆所指出的，“隐私权既不是针对秘密的权利也不是针对控制的权利，而是针对个人信息的恰当传播的权利。”<sup>(28)</sup> 尼森鲍姆认为这里的恰当性是基于场合的完整性 (contextual integrity) 决定的，笔者认为她所说的场合完整性就是我们这里的某特定社会群体的存在目的和共同利益。<sup>(29)</sup> 需要注意的是现代社会的发展历程表明人类之间越来越倾向于合作，因此也就意味着越来越倾向于

(22) Barbas, Samantha, *The Death of the Public Disclosure Tort: A Historical Perspective*, Yale Journal of Law & The Humanities, Vol. 22, 2010, p171, <http://ssrn.com/abstract=1604302>, pp. 177 - 178.

(23) 前引 [1], Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, p. 211.

(24) 前引 [1], Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, p. 198.

(25) 前引 [11], Helen Nissenbaum, p. 187.

(26) 例如高某某与中国政法大学关于在某国际会议中将高某某的个人联系信息印发的行为是否侵犯其隐私权的争议中，特定社会群体是高等学校中国绕着这个国际会议所形成的临时性社会群体。参见北京市昌平区人民法院 (2015) 昌民初字第 3682 号民事判决书。

(27) “郭某某与常德市职业技术学院附属第一医院暨常德市第三人民医院隐私权纠纷上诉案判决书”，常德市中级人民法院 (2012) 常民四终字第 166 号民事判决书。

(28) 前引 [11], Helen Nissenbaum, p. 127.

(29) “场合 (context) 是构建起来的社会存在，其特征由规范性的活动、角色、关系、权力结构、规则以及内在的价值所决定。”前引 [11], Helen Nissenbaum, p. 132.

共享信息而不是独占信息。如上个世纪前叶庞德就指出的，“合作的观念远比自由的个人自我主张的传统观念更接近于工业的现实情况。不管怎么说，在大企业中雇主和被雇人是进行着合作的。那种认为他们，并引导他们自己认为，他们彼此之间必然要而且无论如何要从事相互斗争的看法，完全是徒劳的。”<sup>(30)</sup>

第二，根据该社会群体的主要目的来确定该社会群体的共同利益，并以此来作为确定其成员隐私利益的基础，这类似于尼森鲍姆所主张的“场合的完整性”。“场合的完整性为隐私提供了基石，产生评价侵犯隐私的共同情感和路径。”<sup>(31)</sup> 例如国家作为最重要的社会群体有其重要的存在目的、功能和国民的共同利益的诉求。企业作为私权利社会中最基本的社会群体，有其存在的目的、功能和共同利益的追求。那么同一个社会成员在这两个社会群体中的隐私利益便也会不同。不同的国家或者地区，由于不同的政治经济或者文化制度，对于国家和其中的特定社会组织所竞争的共同利益的理解和主张是不同的。这种不同性可能导致在这种国家以及其中的特定社会组织中的社会成员对于信息利益是应该独占还是应该共享的选择上而不同，那么也就导致了隐私利益的不同理解。例如当我国的《反家庭暴力法》将反家庭暴力视为国家、社会和家庭共同利益时，<sup>(32)</sup> 那么家庭内部发生的与家庭暴力有关的信息便不再是家庭这个群体内某些成员的隐私利益而是属于国家和社会这个群体中一定程度的共享信息了。<sup>(33)</sup>

第三，在确定该社会群体的目的、功能和共同利益之后，再对其中成员的独占信息利益和共享信息利益进行区分和确定。这类似于尼森鲍姆所说的传播原则，“传播原则是在某一场合中对信息流动的限制。以信息规则形式表现的传播原则是这些传播应该或者不应该发生的条件。”<sup>(34)</sup> 被广泛应用的“对隐私的合理期望”这一在司法实践中判断隐私利益的做法也只能在确定群体的共同利益和其成员的个人利益之间的关系后才能正确适用。如尼森鲍姆所说的“应该清楚的是，在无数的司法裁决和政策制定中很有用的‘对隐私的合理期望’原理是与场合的完整性在概念上有紧密的联系。像其他的‘合理人’标准一样，它有一个植入性的但是又不是明确的规则要求，因为它要求法官或者其他裁判者进行事实上的裁判，这不仅仅有一个期望而且还是一个合理的期望。因为我们无法想象裁判者在面对某一具体的案例或者裁决时会立即进行大规模的调研或者观察来确定什么是合理的，所以我们认为他是通过对良知和自由裁量的适用来确定什么是合理。”<sup>(35)</sup>

第四，信息技术的不断发展，社会成员主动地或者被动地形成各种新的社会群体，在这些新的社会群体中，社会成员的独占信息利益与该社会群体的共享信息利益将产生冲突，那么在判断是否赋予社会成员以隐私权来保护其独占信息利益的问题上，需要首先对该社会群体的发展趋势进行价值判断。如美国最高法院在 *Kyllo* 案中所说的，“认为美国宪法第四修正案所保护的隐私程度丝毫不受技术进步的影响是愚蠢的……我们今天所面临的问题是技术力量对所保护的隐私领域的界限在哪里？”<sup>(36)</sup> 人类在信息技术的帮助下越来越群体化，那么也就越来越倾向于信息的分享。因此，对于隐私利益的判断，我们不是担心社会成员之间共享信息利益是否过多，而是担心信息分享的不均衡所造成的该社会群体中内部成员竞争力之间的不均衡而产生的内生成本问题。因此，总的来说，人类在信息技术的帮助下越来越群体化，那么也就越来越倾向于信息的分享。

(30)前引〔4〕，[美] 罗斯科·庞德书，第78页。

(31)前引〔11〕，Helen Nissenbaum，p. 150.

(32)《反家庭暴力法》第3条。

(33)《反家庭暴力法》第13条。

(34)前引〔11〕，Helen Nissenbaum，p. 145.

(35)前引〔11〕，Helen Nissenbaum，p. 233.

(36)*Kyllo v. United States*, 533 U. S. 27 (2001).

如学者奈格雷所说的，隐私是一个“明显的时代性的”概念。<sup>(37)</sup>例如在大数据技术应用中，对个人隐私的关切是一个突出的问题。但是如果我们承认大数据技术将进一步整合社会资源，增强社会成员之间的合作关系，那么就应该降低对个人隐私利益的期望。<sup>(38)</sup>

## 二、美国和欧洲隐私权制度的发展路径及其特征

当我们以社会群体中的个人独占信息与共享信息的分配来确定隐私利益时，通过对美国和欧洲这两个社会群体对隐私利益的不同态度和做法的比较，可以帮助我们理解隐私利益与社会群体的目的和价值观之间的关系。社会群体的政治形态和历史发展路径都可能影响其对隐私权制度的选择。因此同样都对隐私利益给予保护的国家，美国和欧洲国家的差距就较为明显，前者对隐私的保护相对较弱，而后者相对较强。

### (一) 美国的隐私权制度的发展路径和制度特征

与欧盟相比，美国是隐私利益的弱保护模式，是从下到上的制度构建并表现出功利主义特征。

第一，美国法认为隐私权是公民作为对抗政府的制度工具，被自由权所涵盖。在历史上主要通过住所或者身体的保护来保护这种自由。<sup>(39)</sup>美国宪法中的基本权利只是保护个人来防范国家的权利。在德国法律术语中，美国的权利是“防御权”或者保护性的权利，只是用来对抗政府行为。”<sup>(40)</sup>因此在美国，隐私权保护是以住所为核心的，当事人距离他的住所越远，对他的隐私保护也逐渐变弱。一个人对其隐私合理期望的主要场所显然是家里，而在家之外便相应地很少有隐私保护了。<sup>(41)</sup>布兰代斯与沃伦在《隐私权》一文中认为隐私权是一种人格权利，但是有学者认为这种抽象意义上隐私权在美国法中是找不到法律根据的，由于布兰代斯的德国移民和文化背景才形成了他的这种观点。<sup>(42)</sup>因而隐私权在美国社会中并不是作为一个根本权利而单独存在的。如有美国学者所指出的，“当我们考虑对隐私的侵犯时，我们首先要问的是损害是什么？这里的损害必须是有形的。而对于欧洲人或者其他国家和地区的人，隐私是与其他自由相提并论的基本人权。当以尊重和尊严的角度来看时，它是不定形的，当他们考虑对隐私的侵害时，他们首先要问的是如何对个人造成损害。但是对他们来说，这里的损害是无形的，基于是否是令人尴尬的或者羞辱性的信息。”<sup>(43)</sup>对于损害的要求，使得美国对隐私利益的判断自然地置于不同的社会群体之中来考量。直到60年代学者普洛斯才将美国的隐私权这一抽象意义上的权利化解为四种具体的侵权行为。<sup>(44)</sup>

第二，在市民社会这一群体中，美国的突出特征便是言论自由要高于对公民的隐私利益的保护。如在 *Time, Inc. v. Hill* 案中布伦南法官所说的，“保障言论与出版自由不得禁止对公共事务

(37) Glenn Negley, *Philosophical Views on the Value of Privacy*, 转引自 Patrick O'Callaghan, *Refining Privacy in Tort Law*, Springer, 2012, p. 3.

(38) 关于个人信息是应该属于隐私权还是财产权有过很多争论，见吴伟光《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》，《政治与法律》2016年第7期，第122-129页。

(39) 前引〔3〕，Whitman, James Q, p. 1161.

(40) Schwartz, Paul M. and Peifer, Karl - Nikolaus, *Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?* California Law Review, Vol. 98, 2010, p. 1925, <http://ssrn.com/abstract=1816885> p. 1953.

(41) 前引〔3〕，Whitman, James Q, pp. 1194 - 1195.

(42) 前引〔40〕，Schwartz, Paul M. and Peifer, Karl - Nikolaus, p. 1943.

(43) Terrence Craig and Mary E. Ludloff, *Privacy and Big Data*, O'Reilly, 2011, p. 69.

(44) 即 (1) 对隔离生活的侵犯; (2) 对令人窘迫的私人事实的公开发布; (3) 错误性的宣传; 以及 (4) 对姓名以及类似内容的不当使用。William L. Prosser, *Privacy*, 48 Cal. L. Rev. 383, 1960, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol48/iss3/1>, p. 389.

的政治表达或者评价，这一切对于健全政府来说是至关重要的。一个人只要随意拿起一份报纸或者一本杂志，便可以了解到呈现在公众面前的各种人事，既有关于政府官员的，也有涉及公民个人的。不同程度的曝光自己，是文明共同体中个人生活的必然产物。在一个特别注重言论与出版自由价值的社会中，被曝光的风险成了生活中必然的一部分。”<sup>(45)</sup> 也就是说，以通过大众传媒所形成的社会群体中，美国将群体的共享信息利益高高置于个人独占信息利益至上。而更早的 *Sidis v. FR Publishing Corp.* 案中，法院对媒体重新报道原告几十年前有关其神童的事情，使得原告重新陷入公众的关注和难堪之中的行为给予了支持。<sup>(46)</sup> 这更是与欧洲的为保护隐私目的而产生“被遗忘权”制度 (*droit à l'oubli*) 形成了鲜明的对比。*Sidis* 上诉案中的克拉克法官认为原告试图以个人隐私方面的利益抗衡社会在自由评论方面的利益，“他认为后者的分量更为重要，因为我们所生活的社会乃是一个言论自由的社会。一旦某人成为了公众人物，那么不管是否情愿，他便永远地成为了媒体所追逐的对象。”<sup>(47)</sup> 显然美国的这种有关隐私保护和言论自由之间的关系有利于美国社会的整合性和一体化，统一社会的价值观以及减少社会不同群体之间的隔阂。

第三，美国对于隐私利益的确认和保护主要采取了针对不同的社会群体而单独立法的模式，表现出立法的功利性特征，而不是像欧洲那样更倾向于统一保护模式。从 1782 年开始的针对保护邮件隐私的立法到 2002 年的《国土安全法》，以及 2004 年的《信息改革和防止恐怖法》等，在两个多世纪中美国颁布了近 30 部与隐私有关的法律。<sup>(48)</sup> 美国的这种部门性立法实际上是以不同的社会群体来认识和划分成员的隐私利益的，并针对不同的社会群体中的特定隐私利益采取了不同的立法。例如在有关个人信息的保护上，美国没有像欧盟那样通过一个普遍性的保护指令，而是针对不同的隐私问题颁布了一系列法律。<sup>(49)</sup> 如尼森鲍姆所总结的，“相比较，美国针对信息隐私的立法方式是部门性的 (*sectoral*)，因为在美国宪法中没有明确的隐私权规定，立法机构有意采取不同部门的独立立法形式。这样，特定社会组织有特定的法律，包括健康关怀、金融、商业、通信和执法部门。”<sup>(50)</sup>

第四，当将整个国家放在国际社会这个更大的群体时，由于竞争形态发生了变化，国家的安全性便成为最重要的共同利益。在这种共同利益的要求下，该群体成员的隐私利益相对于共享信息利益便会减弱，这在美国隐私权制度历史上表现得非常明显。例如美国在上个世纪 30 年代通过了《1934 年通信法》，将对信息截获和窃听所取得的证据排除在联邦刑事裁决之外，并在 *Nardone v. United States* 308 U. S. 338 (1939) 和 *Nardone v. United States* 302 U. S. 379 (1937) 案中，美国最高法院确认联邦官员都要遵守这一法律。但是在 1940 年 5 月 21 日的一份备忘录中表明，美国总统罗斯福认为美国最高法院的判决没有意图将这种政策适用到有关国防安全的这类重大关切上，他指示联邦调查局为了国家安全可以继续使用窃听技术。在 1946 年，杜鲁门总统确认窃听技术可以使用到所有与国家安全有极重要关系的情形中。<sup>(51)</sup> 又例如在 2001 年“911 恐怖事件”之后，美国迅速通过了《美国爱国法》，其赋予了美国政府很大的侦查权力，公众的隐私权

(45) *Time, Inc. v. Hill*, 385 U. S. 374 (1967).

(46) *Sidis v. FR Publishing Corp.*, 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940), cert. denied. 311 U. S. 711 (1940).

(47) [美] 安东尼·刘易斯 《言论的边界：美国宪法第一修正案简史》，徐爽译，法律出版社 2009 年版，第 65 页。

(48) 具体的法律名称以及主要内容可见 Solove, Daniel J., *A Brief History of Information Privacy Law*, <http://ssrn.com/abstract=914271>, 2006.

(49) Solove, Daniel J., *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*. *Stanford Law Review*, Vol. 53, p. 1393, July 2001, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=248300>, p. 1141

(50) 前引 [11], Helen Nissenbaum, p. 238.

(51) Donohue, Laura, *Anglo-American Privacy and Surveillance*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 96, p. 1059, 2006, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2020411>, pp. 1067-1068.



受到了很大限缩，尤其是外国人的隐私权更是受到限制。<sup>(52)</sup>

## (二) 欧洲国家的隐私权制度

与美国相比，欧洲尤其是欧盟的隐私权保护可以称为是强保护模式并表现出明显的自然权利主义特征。英国资产阶级革命之后所形成的以市场经济为特征的私权利社会推动了整个欧洲的变革。但是这种变革是以克服专制统治这种公权力社会的阻力为前提的，因此需要一种变革的力量和共识来实现这种目的。这种特征使得欧洲大陆国家的私权利社会的制度要求都需要以成文法的方式明示，而不同于普通法国家是在历史发展中逐渐成长起来的。<sup>(53)</sup> 这使得欧洲大陆国家形成了与普通法国家相反的“从上到下”的法律制度模式，欧洲国家的隐私权制度构建因此也具有这种特征。

第一，欧洲国家认为隐私利益属于公民的尊严而需要保护，因而不论是在住所内还是在住所之外，不论是政府还是企业都不能侵犯。“对人格利益的保护是为了防止将人降低为仅仅是客体，或者按照德国法所主张的，防止对其主体性的否定。在没有得到前女友的同意情况下将有关个人关系的细节加以出版，作者将当事人降格为自我实现的客体而已。”<sup>(54)</sup> 很明显这种观点可以回溯到康德思想，即人作为理性的存在不能成为他人的客体。在德国基本法的制定过程中，起草者之一的斯密德（Carlo Schmid）将这一原则总结为，“国家是为了个人而存在，个人不是为了国家而存在。”<sup>(55)</sup> “欧洲人对于为什么尊严在他们的法律中如此重要总是给出了戏剧性的解释：他们断言当今欧洲大陆国家的尊严是反抗法西斯尤其是纳粹的产物。经历了上个世纪30、40年代可怕的没有尊严的时代，欧洲人认为欧洲大陆社会对此改过自新。欧洲今天强调尊严是因为70年前的创伤。”<sup>(56)</sup> 由于欧洲历史上不断的纷争给各个国家的国民造成的深重灾难，尤其是两次世界大战所带来的深刻教训，人权思想便开始被欧洲人所接受，并且是通过政府的意志来不断落实的。例如“德国法认为隐私权是对基于人格尊严中的利益的保护。在这种法律体系中，每个人都有不可侵犯的尊严权利是基本原则。这一概念影响着整个《基本法》——德国的宪法——并且为人格权提供了一般基础，它是为其他法益提供丰富资源的‘渊源权利’。”<sup>(57)</sup>

第二，通过《欧洲人权公约》的实施，使得欧洲人权保护包括隐私权的保护要高于主权利益。<sup>(58)</sup> 在欧洲国家，包括隐私权在内的人权承担着约束和限制国家机器的重要制度任务。在欧洲国家，对于隐私权给予保护是政府的政治责任，也就是说政府具有保护个人隐私利益的积极义务，而不仅仅是公民对抗政府的消极权利。“我们今天看到的欧洲大陆国家的法律是几个世纪的反抗身份社会的慢慢演进过程……今天每个人都应该像以几个世纪之前对待高级身份和富裕的人

(52)2001年的《美国爱国法》对1978年的《外国信息监控法》进行了重要修改，使得美国政府可以更容易监控和获得外国人的信息。前引[48]，Solove, Daniel J, p. 41.

(53)例如墨克（Mokyr）认为英法之间的竞争是法国大革命期间及其后法国制度激进转轨的一个重要推动力量。法国大革命为向以拿破仑法典和法律面前人人平等为基础的新宪政规则转轨清扫了道路。杨小凯《发展经济学》，社会科学文献出版社2003年版，第440页。

(54)前引[40]，Schwartz, Paul M. and Peifer, Karl - Nikolaus, p. 1929.

(55)前引[40]，Schwartz, Paul M. and Peifer, Karl - Nikolaus, p. 1948.

(56)前引[3]，Whitman, James Q, p. 1165.

(57)前引[40]，Schwartz, Paul M. and Peifer, Karl - Nikolaus, p. 1928.

(58)以瑞士为例，其一，瑞士宪法明确规定《欧洲人权公约》作为国际条约，效力高于联邦法，联邦法院认为其高于国内法。其二，瑞士宪法只有在保护人权上比《欧洲人权公约》的要求更宽时才有自治性。其三，对这些基本权利的保护不仅仅针对国家，而且这针对个人和公司。随着这种所谓的“积极义务”的被认可，使得法院和政府有义务保证这些传统仅仅是针对政府的权利也适用于针对私人主体。Werro, Franz, *The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash*, Liability in The Third Millennium, Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Leslie Jane Smith, eds., 2009, <http://ssrn.com/abstract=1401357>, pp. 288 - 289.

的方式来被对待。”<sup>(59)</sup> 由于大陆法系国家的私权利社会秩序不是由企业家自发形成的，而是政府作为公权力组织根据自己的意志来实现的，那么这种社会的竞争秩序便无法像普通法国家那样更多地依赖企业的自律行为，而是需要政府更多地予以干预。也就是说，在大陆法国家中，政府在社会竞争秩序的塑造和规范上扮演着更为重要的角色，而不是完全依赖企业家的自律性。如有学者指出的，“可以从信任文化上来理解这种隔阂。欧洲人相信政府而不相信市场，美国人则正好持相反的观点。总体上，美国人认为将信息向政府流动将导致其滥用而不是得到明显的好处，而欧洲人则对于市场持有相似的观念。因此保护隐私就意味着向不信任的机构切断信息。结果便是欧洲人更能接受政府对其监视以及进入他们的居所，而美国人则更能接受对他们信用历史的市场披露和买卖。”<sup>(60)</sup> 例如在有关 1996 年欧盟《个人数据保护指令》的立法背景上，瑞登伯格 (Joel Reidenberg) 解释为“欧盟这一指令的背景与哲学基础上与美国有很大的区别……最近几年，美国将对个人隐私的保护交给了市场而不是法律。相反，欧洲将隐私保护视为根植于基本人权之中的政治使命。”<sup>(61)</sup>

第三，就欧洲整个社会群体而言，人权也是高于财产权和市场自由竞争的。欧洲国家这种制度选择的具体表现便是在这些国家的民法典中都将人身权作为最重要的内容加以明示和保护，并且是不可剥夺和不可放弃的。也就是说这些权利所保护的利益是不得以任何竞争方式所剥夺的，既包括强迫的方式，例如政府公权力的剥夺，也包括自愿的方式，即市场交易。“对于欧洲人来说，隐私的主要敌人是媒体，他们总是有以损害我们在公众面前的尊严的方式报道令我们不快的信息的危险。……在欧洲，对个人尊严的保护是很多代人的关切。”<sup>(62)</sup> “特别是回溯到 19 世纪，欧洲大陆国家一直将隐私视为被过度的言论自由和过度的自由市场所侵害的价值……确实，欧洲大陆隐私法律的历史本质上是以‘荣誉’的名义对美国自由主义中的两个根本价值的抵抗：自由言论的价值和通过市场私产交易的价值。”<sup>(63)</sup> 与欧洲相反，美国社会认为言论自由本身便是这个社会的公共利益，保护言论自由是原则，而保护个人隐私是例外。因此，在美国因为个人隐私利益而限制媒体的言论自由是非常罕见的。<sup>(64)</sup> 如有美国学者指出的“有关隐私的核心问题是，隐私是一种可以被买卖的商品还是一种超越商业化的基本人权？在美国的历史脉络中，隐私是一种由侵权法所规制的财产权，与自由相比是第二级别的权利。“自从上个世纪 60 年代，在对隐私权的保护上，美国的新闻价值的例外原则适用范围上越来越大。言论自由在美国是宪法意义上的价值而对个人荣誉的保护却不是，这意味着言论自由几乎总是胜出。”<sup>(65)</sup>

欧洲的这种来自于自然权利主义的隐私权主张由于其抽象性和虚幻性而被批评为是一种直觉主义的表现。“这些主张假想人类具有某些能够针对对错的直接和直觉的掌握能力——一种能够在通常的伦理道德判断中指导我们的直觉能力……既然侵犯隐私对每个人来说看起来都是很可怕的事情，对隐私的保护便一定是法律的首要责任，就像对财产和合约的保护一样重要。如此，隐私对我们如此重要，那么法律对其保护一定是属于基本人权。”<sup>(66)</sup> 这种凭借直觉而对隐私权保护

(59)前引 [3]，Whitman, James Q, p. 1166.

(60)前引 [58]，Werro, Franz, p. 299.

(61)Joel R. Reidenberg, *E - Commerce and Trans - Atlantic Privacy*, 38 Hous. L. Rev. 717, 2001, [http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=faculty\\_scholarship](http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=faculty_scholarship), pp. 730 - 731.

(62)前引 [3]，Whitman, James Q, p. 1161.

(63)前引 [3]，Whitman, James Q, p. 1171.

(64)“在美国，媒体被寄希望于发现真实并且报道它，不仅仅是有关政府和公共事务的而且也包括民众的。法律保护这些期望。而当这些期望与对隐私的期望相冲撞时，隐私总是让路。”Walker, Robert Kirk, *The Right to be Forgotten*, 64 Hastings Law Journal 257, December 2012, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2017967>, p. 274.

(65)前引 [3]，Whitman, James Q, p. 1196.

(66)前引 [3]，Whitman, James Q, p. 1154.

的主张无法解释为什么隐私权这一根本权利所保护的隐私利益却在不同时期、不同群体或者不同政治与文化中有如此之多的变化和差异。如惠特曼所说的“这些不是我们假设人类对于隐私享有相同的原始直觉就能回答的问题。对于不止在一个国家居住过的人都应该知道，我们有不同的直觉。我们所拥有的恰恰是其他的东西：我们的直觉是被我们所居住的社会中已经存在的法律和社会价值所塑造过的……是反应我们对我们的文化中的基本法律价值所了解和尊重的直觉。”<sup>(67)</sup>

### 三、中国隐私权制度的发展路径和特征

我国采取何种隐私权制度是合适的？这既需要理解中国的目前状态，又需要明确中国的发展目标，只有这两个方面的结合才能发展出中国的隐私权制度。如学者惠特曼在评价欧美隐私法律制度时所指出的，“隐私不是逻辑的产物。但也不是‘经验’或者想象出来的现代社会都‘感觉需要’的产物，而是当地的社会忧虑和理想的产物。在美国，这些忧虑和理想主要是关于警察和政府官员的，围绕着‘确保自由事业’这一雄心。而在欧洲大陆则是关注于社会中每个人的位置以及每个人的‘荣誉’。”<sup>(68)</sup>中国社会由于有着自己独特的历史发展路径和中国自己的制度价值，那么隐私权制度建设也应该有自己的特点和要求，即中国社会的忧虑和理想的产物。

#### （一）中国隐私权制度的发展路径

自新中国成立到改革开放政策实施之前这30年的时间内，中国并没有隐私权制度，但是这并不意味着中国人的隐私利益完全不受保护，而是体现出当时的制度特征和信息技术的背景。改革开放之前的30年，中国社会在政治上强调集体主义，在经济上施行国有和计划经济制度。这一时期政治制度的特征之一是强化中国社会的组织性，以便解决中国社会两千年来上形成的上层专制，下层粗率的社会组织状态这一问题。<sup>(69)</sup>因此，相对于社会成员来说，作为公权力渊源的政府机构应该具有信息优势，否则将损害社会群体的紧密性和效率性。因此在当时的社会制度中，公民相对于国家所享有的独占信息利益较弱，而共享信息利益较强，国家相对于公民具有制度规范上的信息优势。在市民社会层面，公民参与的主要社会群体是家庭以及国有或者集体性经济单位。家庭中的隐私利益主要是物理性隐私，因而可以主要依赖居所这一物理空间来保护。而在国有或者集体性经济组织中的公民相对于组织的隐私利益以及公民相对于国家的隐私利益则相对较弱，因为需要赋予公权力组织较高的信息优势来实现组织或者社会的有效治理，那么在這些社会群体中，公民的隐私利益较弱，而且也不是以私权利的方式给予保护。在以大众传媒为信息传播媒介的社会这一群体中，由于这一时期的中国采取的是严格的媒体国家控制主义，除了政府以及准政府机构之外的社会组织或者公民个人并没有媒体资源，那么公民之间便几乎不存在信息性隐私利益的冲突。而公民与这些媒体产业主体之间的有关信息利益的冲突又以保障公权力的信息优势为价值取向，因此也不会产生对信息性隐私利益的保护需要。

自1979年开始的改革开放标志着中国逐步开始从制度层面构建私权利社会，即以市场经济为基础的民主法治社会。社会成员的竞争秩序开始从公权力为主要渊源向私权利为主要渊源的转变，而公民的隐私利益开始突出并向私权利保护转变。但是隐私利益成为中国社会的主要关切还是互联网络发展之后，由于市场化媒体产业的逐利性和互联网络的自媒体特征使得大量网络用户都提高了自己获得和披露他人信息的能力，这对公民的信息性隐私利益有很大挑战，也相继出现

(67)前引〔3〕，Whitman, James Q, p. 1160.

(68)前引〔3〕，Whitman, James Q, p. 1220.

(69)黄仁宇等所描述的“概括言之，中国政治体系的早熟在当日不失为一种成就，可是中国人也必须为此付出代价。从外表形式看来，在基督之前有了这些设施，国家的机构便形成流线型，可是其下端粗率而无从成长发展，以日后标准看来尤其如此。”黄仁宇《中国大历史》，三联书店2007年版，第37页。

了有关隐私权保护的法律法规和案例。<sup>(70)</sup> 我们应该注意到改革开放之前的30年和之后的30年并不是相互排斥和否定的关系，而是继承和发展的关系。改革开放政策是采纳市场经济制度来进一步强化中国社会成员之间的合作性、团结性和认同性，这与改革之前的政治目标是一致的。而对于隐私利益的确认和隐私权的保护也需要为中国社会群体的这一大目标服务，这便是中国社会对隐私利益的忧虑和理想。

## (二) 中国隐私权制度构建的价值取向和特征

中国既不需要像欧洲国家那样将隐私权神圣化地视为整个国家和社会成员之间竞争秩序的基石之一，也不需要像美国人那样将隐私权主要视为保护私权利而对抗国家公权力的制度工具。概况起来，中国的隐私权制度应该有两方面的价值取向：一是促进社会成员之间信息利益的共享，提高社会治理的效率性和公平性，从而增强中国社会的整合性和一体化以及公民的认同感和归属感，进一步解决中国社会下端粗率这一历史问题。二是平衡各个社会群体中成员之间对信息利益的竞争能力，通过隐私权制度来保护处于弱势一方的社会成员的信息利益，从而构建合作型的和有道德的社会关系。

第一，中国近现代制度变迁的重要使命之一便是努力实现国家主权的完整和独立，并认为国家主权的完整和独立是中国人权的基础和保障。因此，中国并不需要像欧洲那样超越国家主权的隐私权观念。中国隐私权制度的目的和形成条件与美国更加不同。这是因为政府在中国社会中的政治地位和功能与美国有很大区别。在以政府主导的社会治理过程中，公民与政府之间有关信息利益的分配上就应该倾向于政府，而政府具有利用这些信息优势来促进社会改革和提高组织效率的制度责任。例如有关银行服务的实名制、移动通信的实名制以及微博账号中的实名制等措施中都有有关公民隐私权保护的争议和关切，但是这些实名制制度可以大幅度降低政府对社会的治理成本，提高社会组织效率性和公民行为的自律性。“隐私价值是与其他价值相互竞争的。个人隐私利益的增加意味着法律执行效力的下降或者是信息不足的社会。认识到这些加强隐私权的主张所产生的后果，绝不是完全反对这些主张，而是建议应该仔细分析它们所带来的价值以及因此失去的价值。”<sup>(71)</sup> 因此，中国的隐私权制度应该是倾向与政府共享信息利益的制度设计。

第二，在市民社会群体中，在隐私权制度上要倾向于促进社会信息的交流和沟通，一方面，为了促进社会的沟通、整合和同质性而弱化对个人独占信息利益的保护，另一方面，防止具有信息优势的一方出于私利而通过媒体手段对其他公众的独占信息利益的过度挤压，构建合作型的社会道德秩序。我们知道美国社会在这一社会组织层面上是向社会群体共享信息利益倾斜的，当公民隐私利益和言论自由冲突时，言论自由享有优先性的，也就是说美国社会注重通过媒体传播来形成更为紧密的和一致性的社会群体。而欧洲国家在这一点上与美国社会有较大区别，欧洲国家刻意保护公民的独立性和自主性，对被动加入或者扩大社会群体的行为持负面态度。与美国和欧洲社会不同的是，作为一个单一制国家，中国社会两千余年的组织形式是上端集权下端粗率的中央集权和自然经济模式，没有形成紧密的和高度一致性的市民社会，而这种缺失正是中国近现代形成现代国家的障碍之一。因此，目前中国的重要任务之一就是利用媒体传播特别是新媒体技术强化中国社会成员之间广泛的联系性，减弱不同地区或者不同人群之间的隔阂，增强整个社会的认识的共识性和利益共同性。这一目的的达成必然要加强媒体的传播和组织功能，减弱像隐私权这样的私权利对信息传播的阻碍和隔离。例如有学者所批判的，隐私的保护是一种从社会中的倒退：人是社会性的，人从社会中汲取营养，隐私的保护应该是使得公民能够更好地参与社会而

(70)张新宝 《我国隐私权保护法律制度的发展》，《国家检察官学院学报》2010年第2期，第11-16页。

(71)William H. Rehnquist, *Is an Expanded Right of Privacy Consistent With Fair and Effective Law Enforcement?* 23 U. Kan. L. Rev. 1 1974-1975, p. 3.

不是相反。<sup>(72)</sup> 也有女权主义者认为对隐私的过度保护不利于防止妇女免受家庭暴力的威胁。<sup>(73)</sup> 因此,在这一社会组织层面上,中国公民的隐私利益应该相对弱化,为了社会共同利益可以减弱隐私权对媒体组织传播信息的阻碍。

例如在对待中国是否采纳类似欧洲的“被遗忘权”制度这样的问题时,我们可以发现中国的价值观与欧洲在这一点上有明显区别。欧洲人认为被遗忘权的正当性是基于“遗忘与原谅(forget and forgive)”这样的理念上,而中国人则持有“前事不忘后事之师”以及“明鉴历史开辟未来”的理念。由于媒体的稀缺性,人类历史似乎总是重要人物的历史,而历史是每个人的,我们每个人都有权利也有义务成为历史记录中的一份子,这样才能为未来的社会群体成员提供更多的历史信息和人类智慧。让社会进步的力量应该不是利用遗忘权或者隐私权的躲避而是通过积极的担当来改变社会成员观念。<sup>(74)</sup> 英国思想家罗素在近100年前便批评中国人的三个缺点:冷漠、贪婪和懦弱,<sup>(75)</sup> 中国共产党用了几十年的时间来改变中国人的这些弱点,今天不能以隐私保护为理由而退步。因此欧洲的被遗忘权制度不一定适合于中国。

第四,在市场经济中,公民基本上处于两种类型的社会群体中,一是企业法人这种社会群体的雇员,二是消费者,与提供这些商品或者服务的企业成为社会群体。在第一种社会群体中,关系到企业雇员在企业群体中的个人独占信息利益与企业共享信息之间的冲突问题。由于企业本身是市场竞争主体,获得竞争优势是企业的共同利益,为了这一共同利益而形成企业管理者与雇员之间的一揽子雇佣协议,雇员接受雇主的指令,雇主通过对企业的管理来提供其竞争力,雇主也拥有对企业的剩余控制权。企业中雇员的隐私利益往往与企业自治权之间存在着冲突,因为对于企业组织成员的隐私利益保护越大,企业管理者对企业的治理能力越被限制,企业雇员也就越有利用信息优势而产生消极劳动的机会主义和道德风险。在美国,企业主具有相对较高的自治权,因此雇员在企业中的隐私利益较弱。而在欧洲,作为人权的隐私权限制着企业主对雇员的管理,因此能够获得更多的隐私保护。由于中国市场经济伦理道德正在构建之中,企业主还没有较高的伦理道德基础,而雇员的市场谈判能力也较弱,对于隐私保护问题,如果赋予企业主较高的自治权,那么可能会对雇员隐私利益产生不合理的剥夺。<sup>(76)</sup> 因此,在中国,通过公力救济来对企业中的雇员隐私利益给予适当保护是必要的,以纠正雇员在公司的不利竞争地位,促进企业管理者与雇员之间形成良性的合作关系,而不是相互防范的敌对关系。

消费者和商家之间的有关隐私利益的冲突上,应该采取的隐私政策是减弱消费者和商家之间有关隐私利益的冲突性,而增加其合作性,从而减弱市场的内生成本,提高市场的交易效率和企业的竞争力。<sup>(77)</sup> 因此在商业活动中,尤其大数据技术时代,对于个人信息的收集和使用上,不应该过于注重抽象意义上的隐私利益的保护而应注重其使用的目的和结果,是否有利于市场交易的准确性和效率性,从而有利于提高中国社会资源配置的效率性和公平性。大数据技术下“计

(72) Daniel J Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008, p. 80.

(73) 前引〔72〕, Daniel J Solove, p. 81.

(74) 例如对于同性恋者,在历史的很长时间内都是依赖隐藏来保护自己,而随着社会对此越来越宽容的态度,同性恋者也越来越公开化。

(75) Bertrand Russel, *The Problem of China*, 中国编译出版社2011年版,第173页。

(76) 例如我国一些企业有员工上班期间上厕所次数不得超过两次,每次不得超过5分钟的规定以及限制结交男女朋友的奇怪的规定等等都是企业管理者在利用管理权侵害雇员的隐私利益。《“上厕所不超2次”规定底气何来》, <http://opinion.people.com.cn/GB/363551/372702/index.html>。

(77) 例如在百度与朱烨有关利用网络用户的使用信息推送定向广告是否侵犯网络用户隐私权的争议中,百度公司的涉案行为并没有直接损害网络用户在接受服务过程中与百度之间的竞价能力,因此百度的行为不应该被认为侵犯网络用户的隐私权。“上诉人北京百度网讯科技有限公司与被上诉人朱烨隐私权纠纷案”,江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第5028号民事判决书。

算能力使得大海捞针不但是可能的而且是可行的……但是为了找到针得先有大海。为了获得某种洞察力，得先有足够的数据量。”<sup>(78)</sup>

## 结 论

隐私权制度实施的难点是对恰当的隐私利益的确定。对隐私利益的理解应该根据特定的社会群体中成员之间的竞争与合作关系来进行。不同的社会群体有其特定目的和共同利益，根据这种特定的目的和共同利益来确定其成员之间的独占信息利益和共享信息利益之间的恰当划分，从而决定其作为隐私利益的独占信息利益的内容和程度。

在国家、市民社会和市场三个大的社会群体中，社会成员的隐私利益会因为这些群体的制度需要而发生变化。由于社会群体的形成与竞争环境和历史发展路径有直接的关系，那么这三种社会群体在不同的社会中的政治目的、组织形式和社会价值都不同，也决定了他们有不同的隐私价值观和制度选择，这在美国和欧洲国家的对比中有明显的呈现。中国社会的形成和发展有自己的历史路径、背景和目标，这决定了中国有自己的隐私价值判断和制度选择。总体来说，中国既不选择美国那种将政府和公民视为对立和不信任的隐私价值观和制度模式，也不选择欧洲国家那种将公民的隐私权作为基本人权而超越国家主权保护的价值观和制度模式。中国应该是基于努力实现可信任的政府、有道德和担当的公民和有效率的市场这样的目标来设定其隐私权价值观和制度设计，从而构建有中国特色的和谐社会，实现制度上的创新和对西方私权利社会的超越。

责任编辑：李国强

---

(78) *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*, Executive Office of the President, MAY 2014, [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big\\_data\\_privacy\\_report\\_may\\_1\\_2014.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf), p. 6.