

论隐私侵权法律适用

——以英国隐私法的发展为参考

□ 刘云生 黄 伟

摘 要: 侵权责任法肯定了隐私权的独立性,却没有为隐私权保护提供明确的法律适用指引。隐私权作为自然人享有的对个人信息与个人空间的支配权,其保护需要进行个案的三阶层利益衡量,即通过合理期待规则判断是否存在隐私权,通过冒犯规则判断是否存在过错侵权行为,通过审查合法抗辩事由判断是否可以免责。

关键词: 隐私权 侵权责任 三阶层 利益衡量 合理期待

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-5675(2015)05-074-05

隐私权概念最早确立于美国,后逐渐见采于其他诸国。反观我国,虽然理论上早有对国外相关法律制度的引介,但隐私权在相当长的一段时间里只是作为理论研究的对象,难以影响立法,亦无法给司法实践提供明确的指引。侵权责任法的出台,是隐私权保护真正的开端。然而,仍有许多问题需要理论去总结与回答。本文旨在参考英国隐私法的经验,尝试建立隐私权保护的适用法律框架。

一、研究的基础:隐私权的内涵及性质

隐私权保护的适用法律必须建立在隐私权的基础研究之上,其中隐私权内涵与性质是隐私权法律制度的基础。

(一) 隐私权的内涵

关于隐私权的定义大致有两种表述方式,一种是通过界定隐私的范围定义隐私权;一种是通过界定隐私的范围与列举侵害方式定义隐私权。^[1] 本文认为,定义应该揭示定义对象的核心内涵,无需涵盖定义对象的枝节属性。关于权利侵害方式,不应作为隐私权内涵,因为任何一种试图穷尽权利侵害方式的努力都是徒劳的。隐私的侵害方式层出不穷,且随着社会的发展不断变化。即便在同一法系内部不同

地区,对于何者为隐私权侵害行为都有不同的认识。如在美国,隐私权的侵害有四种类型:侵害他人的幽居独处或私人事务、公开揭露使人困扰的私人事实、公开揭露致使他人遭受公众误解、为自己利益而使用他人的姓名或特征;^[2] 在香港,立法建议则只认为前两种构成隐私权侵害。^[3] 将侵害方式纳入权利内涵,将过度限定隐私权的发展,不利于建立适应我国国情的隐私权制度。

关于隐私的范围,大致有如下几种表述:个人、个人信息、个人生活、生活安宁。^[4] 《中国民法典学者建议稿及立法理由》将私人空间、私人信息和私生活安宁并列作为隐私。王泽鉴先生则认为,隐私权指个人对其私领域的自主权利,其保护范围包括私生活不受干扰及个人信息的自我控制。^[5] 本文认为,隐私权是指自然人享有的对个人信息与个人空间的支配权。隐私权涵盖个人信息和个人空间两个核心支配对象;其他的对象均非隐私权的支配范围,而且可以被上述两个对象概念所涵盖。如“个人生活”可以被“个人空间”概念所涵盖,因为所有的生活事实均需于具体的空间(领域)展开,侵犯个人生活必然表现为侵犯个人空间(领域)。生活安宁亦非隐私权必要内涵,而应该是隐私权侵害

* 作者简介:刘云生,西南政法大学民商法学院教授、博士生导师,法学博士,重庆 401120。
黄 伟,西南政法大学 2011 级民法博士研究生,重庆 401120。

后果之一。但隐私权侵害并不必然伴随着生活安宁的侵扰;侵入他人空间而当事人茫然无知或者完全没有影响生活安宁的情况亦可有之,但仍可以成立侵权行为——权利人得主张停止侵害、排除妨碍等救济。再如,对个人健康信息的获取,即便该个人完全健康,信息的泄露不会影响生活安宁,仍可成立侵权。质言之,个人生活、生活安宁等概念均非隐私权的必要内涵。作为隐私权对象的个人信息,包括身体信息(身高、体重、血型等)、身份信息(家庭情况、工作情况等)、行为信息(消费记录、通讯记录等)等。个人空间则指个人私生活展开的特定空间,包括物理空间和虚拟空间。采用密码等防护措施的不对外开放的QQ空间、博客等均可构成个人空间。

(二) 隐私权的性质

1. 隐私权为基本权利

隐私权作为个人自由、人格尊严的基础,是一种可以排除任何人干涉的基本权利。^[6]在权利位阶上,隐私权高于一般权利。确立隐私权的基本权利属性,对隐私权的保护有着至关重要的作用——对隐私权的限制需要更为充分、审慎的理由。

2. 隐私权为支配权

隐私权人有权支配自己的隐私,即个人信息和个人空间,对其为占有、使用,以自己认为合适的方式进行利用;对于隐私中有财产价值的部分,可以通过出售、授权使用等方式将支配使用权让渡给他人行使。同时,放弃(公开)亦是隐私权行使的方式。隐私权人有权将自己的隐私向公众公开,从而在公开范围内消灭隐私权。但特定的公开不能视为默许新的公开。^[7]公开的方式或目的不得超越隐私权人同意的范围。

3. 隐私权为混合权

隐私权作为保障个人自由、人格尊严的权利,主要是一种具有精神价值的权利,但同时是一种财产权利,因为作为隐私权客体的隐私本身具有财产价值。特别是在当下这个大数据时代,个人的生活(隐私)信息是市场主体看重并积极获取的重要信息,对于市场主体而言具有重要的财产价值。作为混合权,隐私权受侵害的后果既可能表现为精神损害,也可能表现为财产损害——侵权责任后果的认定、侵权损害赔偿的范围亦因此受到影响。

二、隐私权的保护:三阶层利益衡量

侵权责任法第二条规定,侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。至此,隐私权成为

独立的权利类型纳入侵权责任法的保护范围。但侵权责任法并没有提供具体的适用指引。有的观点认为,侵权责任法出台后,可以第2条第2款的规定请求受害人承担侵权责任,即认为该款是独立的请求权基础。^[8]但更加普遍的观点认为,第二条不能作为独立的请求权依据。^[9]本文认为,隐私权侵权责任的具体构成要件仍然可以讨论,但在目前侵权责任法等法律没有特殊规定的情况下,隐私权的保护应适用一般侵权责任条款,即侵权责任法第6条第1款;侵权责任法第2条第2款只是引介条款,并不具有独立适用的功能。侵权责任法第6条第1款规定,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。据此,隐私权侵权一般而言,应符合如下构成要件:1. 权益侵害(以权益存在为前提);2. 过错;3. 因果关系。损害后果并非隐私权侵权责任必要构成要件,因为停止侵害、排除妨害等责任方式恰恰是保护隐私权的更为重要的方式,并不以损害为要件。在此一般框架下,需要对各构成要件进行深入讨论。

本文认为,隐私权的保护须进行三个阶层的利益衡量:第一阶层,就隐私权存在范围进行利益衡量;第二阶层,就隐私权的侵害程度进行利益衡量;第三阶层,就隐私权的合理限制进行利益衡量。

(一) 第一阶层:合理隐私期待

权利的存在及其保护,需要以权利的确定性为前提。但隐私权缺乏明确的权利公示方式,乃至比债权这种相对权更具有私密性,难以为外人察觉。究竟什么信息属于个人信息,什么空间属于个人空间,需要进一步明确,进而确定隐私权的存在边界。

为了解决隐私权的边界问题,英美侵权法司法实践总结出了合理隐私期待规则(reasonable expectation of privacy)^[10],认为若依照一般理性人的认识,个人得对一定空间、信息具有私密的期待,信赖在该等空间可以自由作为,认为该等信息不应被他人所知,则对该等空间及信息得成立隐私权。日本法上也有判决认为,隐私权的成立,须被公开之私事的内容为私生活事实或有被误为私生活之事实,尚未为一般人所知,依一般人的通常感受,居于该私人的立场,不欲被公开,因公开将致该私人感觉不愉快或不安。^[11]具有合理隐私期待,是保护的前提,也是进一步利益衡量的基础。^[12]是否具有合理隐私期待,应以客观标准进行判断,并综合考量当事人身份、发生地点、行为态样、相关题材、事务等因素。^[13]

1. 当事人身份

根据一般法律原则,民事主体享有的权利不应因其身份受到限制。但对于隐私权而言,身份因素将起重要影响。不同身份的主体可能享有不同范围的隐私权。其中,最常被讨论的是公众人物身份对隐私权边界的影响问题。Prosser

将公众人物界定为“因他的成就、声望或生活方式,或因他所选择的行业或职业使公众有充分理由关注他的活动、事务及品格而成为社会重要人物的人”。^[14] 欧洲议会提供了类似的定义:公众人物指担任公职及(或)使用公共资源的人,及(更广泛而言)所有在公共领域(不论是在政治、经济、艺术、社会、体育还是在其他范畴)扮演某个角色的人。^[15] 英国判例认为,“求名”行为(seek publicity or court publicity)是认定公众人物身份的一个重要考量。当一个人以自己的行为表明其追求公开、寻求关注,如曾经主动将自己的信息提供给媒体、通过媒体进行公开的争论等,则可能被认定为公众人物。^[16] 一般而言,公众人物因政治、社会的需要,或者因其自身的获利行为,自愿使自己接受更大程度的“窥视”,其隐私权范围自然受到限制。如普通人一天的行踪可构成隐私,而公众人物一天的行程安排却往往不构成隐私。故美国的丹尼尔大法官认为,公职候选人私生活对选民公开,乃为公共利益所必需,此种情况下隐私权并不存在。献身公共事务,其私人社会生活殆无法与所从事之职业完全分开者,则隐私权不存在。^[17]

2. 自主公开行为

作为隐私权客体的隐私,必须保有其私密的属性。若个人自愿选择将自己的隐私公开,则可能对该隐私不再成立隐私权。但隐私亦有外在和公开的一面,不局限在亲密的生活圈子,而可具有一定的公开程度,除非当事人接受或容忍这样做,否则其他人不应进一步公开这些活动。^[18] 隐私权的边界受自主公开行为影响而发生动态变化。“当事人可以放弃所有或部分的隐私权;亦可以为某一目的放弃隐私权但同时为另一目的声称享有隐私权,亦可以就某一个人、某一类人或某次发布而言放弃隐私权,但就所有其他人、其他类别的人或其他发布而言仍然保有隐私权。”^[19] 具体而言,合理隐私期待与公开的强度及范围、公开是否可控等因素直接相关。如在 *Rocknroll v News Group Newspaper Ltd* 一案中,法院就认定私密照片在朋友之间的公开与分享并不等于同意在全国范围内公开,对有限度公开的信息在更广泛范围内的私密性仍享有合理期待。^[20]

3. 公共空间

公共空间是与私人空间相对的概念,指不特定的第三人可以随意进入的空间。通常而言,一个人选择置身于公共空间,则在一定程度上自愿让渡自己的隐私信息:开放街道上的消费行为、与朋友的大声交谈、不经意的摆弄身姿等等均暴露在不特定的第三人的观察之下,对此,很难说还有合理隐私期待。当然,个人的隐私行为亦需要在特定的空间内展开,而该特定空间可能与公共空间构成重叠。如一个人可以在一家对所有人开放的餐厅就餐,但为了保有其私密性,可以选择一间封闭的不对他人开放的房间。此时,公共空间

与私人空间的边界变得模糊,需要借助其他因素来判断何者属于公共空间,何者已经从公共空间转变为私人空间。其中,以下两个因素需要给予重点考量:(1)空间的相对独立性。一个空间能够成其为私人空间,必须具备相对独立性,可与其他空间相对隔离。这种相对独立性可以是物理隔断造成的,也可以是临时行为所促成的。如一个酒店大厅,原本可以是一个公共空间,但若一人预定了整个大厅作私密使用,大厅便成为了相对独立的私人空间。^[21] (2)保密措施。保密措施的采取有利于增强个人信息及个人空间的私密性,同时具有一定的对外公示作用。一旦当事人采取了慎重的保密措施,对隐私的合理期待随之增强。换言之,采取屏蔽、警戒等保密措施,客观上彰显了独处的期待。

(二) 第二阶层:高度冒犯的侵害

即使通过前述的合理隐私期待规则对隐私信息和空间进行筛选,可以想象对于个人而言,仍有许多隐私事实得成立隐私权。然而,隐私本性排斥他人参与,同时在自己与他人之间划清界限。若任何触碰隐私的行为均构成侵权,则隐私诉讼将泛滥无边,个人行为自由亦会受到掣肘。因此,在确定了个人得享有具有合理期待的隐私权之后,需要考察何种行为构成对隐私权的侵害,为侵害行为划定边界。根据过错客观化理论,行为人的行为不符合特定环境下理性人的行为标准即具有过错,故意或者过失均可以通过行为人在行为予以考察。在此过程中,需要考虑的不是被受害人的期待值——因为这是被受害人是否享有隐私权所需要解决的问题,而是应该考虑行为是否达到社会意义的侵害程度。从行为人的角度看,是评判行为是否合理;从权利人的角度看,则是考虑侵害是否应该容忍。这里需要借助的分析工具仍然是合理人标准:一个具备正常感知能力的人在特定情境下是否认为该行为是高度冒犯(highly offensive)的行为。若是,则行为人具有过错,侵害行为成立;若不是,则行为人没有过错,侵害行为不成立。

是否高度冒犯应该以受害人(权利主张者)的立场而非普通的第三人的立场进行考察,即假设一个具有正常感知能力的人置身于受害人的处境下,会否感到冒犯。^[22] 具体而言,仍需要考虑权利人身份、侵害对象、侵害行为态样、行为空间等因素。对于性生活、疾病信息、个人住宅等个人最隐秘的部分,轻微的窥探、传播可能已经构成侵害;而在公共空间,一般而言则需要忍受更多的关注和接触。

(三) 第三阶层:免责抗辩事由

在德国、日本、我国台湾地区等大陆法系地区,违法性是侵权责任构成要件之一,发挥着利益衡量的重要功能。在侵权责任法立法过程中,我国应否采纳违法性作为侵权责任构成要件是讨论的重点议题。最终的结果是,侵权责任法没有采纳违法性作为侵权责任构成要件,而采用了抗辩事由

的法律框架,对受害人故意、不可抗力、正当防卫、紧急避险等一般不承担责任或减轻责任的情形作了具体规定。就隐私权的保护而言,往往涉及复杂利益冲突,需要建立取舍的标准。现有的抗辩事由规定并未能满足隐私权保护的需要,受害人故意、不可抗力、正当防卫、紧急避险等均非典型的隐私权侵权抗辩事由,未能反映隐私权保护中的典型利益冲突,故可认为法律规定存在漏洞,须通过立法、法解释的方法予以填补。下文围绕常见的隐私权侵权抗辩事由(典型利益冲突)进行讨论,以供参考。

1. 符合法律规定

侵权责任法作为法律体系的一部分,可能与其他法律发生冲突。当侵权责任法保护隐私权时,其他法律可能授权对隐私权为一定程度的限制。若行为人能够举证证明其行为符合其他法律规定,得成立免责抗辩。

2. 使侵害合理化的合法权益

隐私权并非至高无上的权利。有些权利可能被认为在权利位阶上高于隐私权,因而为了保护该等权益,对于侵害隐私权的行为无需负侵权责任。一般而言,国家安全、人身安全等利益可认为位阶高于隐私利益;对犯罪行为、违法行为的纠正行为即使有害隐私,亦得不负侵权责任。《欧洲人权公约》第8条第2款规定,对私生活受尊重的权利所施加的限制,必须是为了维护国家安全、公共安全或国家经济的健康发展,防止骚乱或罪行的发生,保护卫生或道德,或保障他人的权利和自由。香港法律改革委员会隐私小组的咨询文件更是建议,任何人如被起诉侵犯另一个人的隐私,应以保护另一人的人身或财产为免责抗辩。^[23]公众认知的纠正亦可能成为一种限制隐私权的公共利益。英国法院在 *Campbell v MGN* 一案中就提及了对社会公众认知予以纠正的必要性,并将其作为限制隐私权的考量因素。该案中,报纸公开了明星 Campbell 女士的吸毒、治疗信息,包括其有吸毒史、正在接受治疗、治疗的周期、地点等信息,并配以图片。虽然绝大多数法官认为这些信息都是隐私,但一致认为报纸公开其吸毒经历、正在接受治疗的信息不构成对隐私权的侵害,理由是 Campbell 一直以来标榜自己没有吸毒,误导公众并从中获利(包括获取好的名声及其他经济利益),对此,有必要消除其误导,引导形成正确的公众认知。^[24]

3. 符合公共利益的信息公开

为了非难某种不道德的行为,能否公开他人的隐私?这是目前浩浩荡荡的人肉搜索所需要明确回答的问题。仔细观察,常见的人肉搜索案件又可区分为两种类型:道德与法律混合型、纯道德型。前者存在道德与法律的重叠,如杀人抢劫、以受贿之资进行包养,既触犯了刑法,亦违反了普遍的道德。对于此类案件,因其公开的隐私可能与公共利益有关,具有免责的可能。但仍然有一些隐私只与道德有关,而

与法律无涉。在 *Mosley v News Group* 一案中,英国法院就明确表示与犯罪无关的道德堕落并不能成为公开、侵害隐私的合理抗辩。判决中很重要的一点是确保不因某个新闻人或法官认为该行为令人讨厌或者违反道德或宗教训导而拒绝提供救济……某特定关系是通奸,或者某人的品味是非传统的或“变态的”,这些都不能成为给予媒体(可随意披露该关系细节的)空白授权委托。^[25]诚然,道德监督是社会监督体系重要的一环,但道德与法律两分的进步仍然应该坚守。若每个人均可以高举道德的旗帜践踏隐私的领域,则隐私将荡然无存。若从这个角度看,同居、炫富、私生活糜烂等可能受到道德非难的行为,仍未足以成为侵害隐私的合法理据。相反,个人的与违法无关的性生活等信息反而构成典型的隐私,应该得到尊重,毕竟隐私权的根本目的在于确保个人自由的生活,确保个人不受社会、他人目光注视,从而在这自由的空间中发展和享有其尊严。值得一提的是,并非只有违法行为才能合法地予以公开,是否可以合法公开的关键在于能否有助于形成真正的公共讨论。^[26]信息的公开可能会引起公众的兴趣,丰富公众的生活,也可能为发布者带来经济利益、名声等收获,但这些都不足以成为侵害隐私权的合法抗辩。只有符合公共利益的信息公开才是合法的抗辩,而符合公共利益的公开与公众感兴趣的公开不同。欧洲人权法院认为,判定信息公开是否具备公共利益,应考虑信息公开是否有助于促成有关总体利益的讨论。^[27]英国司法实践亦采取了相同的判断规则。在 *Rocknroll v News Group Newspaper Ltd* 一案中,法院强调必须结合案件的具体情况,考虑被公开的信息是否有助于真正的公共讨论,若只是为了满足读者对名人和富人的猎奇心理,则信息公开不具有公共利益,不能免责。^[28]

余论

本文希望通过对英国判例的参考借鉴,建立我国隐私侵权的法律适用框架,但主要参考了关于公开宣扬他人隐私这一侵害类型的判例,盖媒体公开宣扬隐私已经成为现代隐私权侵害的最主要类型。但本文认为,其他侵害类型亦可以在本文分析框架内展开,即循隐私权是否存在——侵害行为是否严重——是否存在合法抗辩的思路进行法律适用和分析。特别值得再次强调的是,隐私权的保护涉及个案的利益衡量,需要在分析框架中纳入个案的具体细节,对个案具体情况给予重点关注,以找到隐私权与其他权益的平衡点。

参考文献:

- [1] 王利明《隐私权概念的再界定》,《法学家》2012年第1期。
[2][5][11][13] 王泽鉴《人格权法——法释义学、

比较法、案例研究》,北京大学出版社,2013 年版,第 183、229、240、230 页。

[3][23] 香港法律改革委员会《侵犯隐私的民事责任》,载 www.hkreform.gov.hk.

[4] 张新宝《隐私权的法律保护》(第二版),群众出版社 2005 年版,第 12 页。

[6] 杨帆《从比较法的视野分析现代隐私权及其权利位阶》,《私法》2006 年第 2 期。这一基本观点在英国的许多案例中被一再强调,如 Campbell v MGN Limited [2004] UKHL 22. Murray v Big Pictures Limited [2008] EWCA Civ 446. Hutcherson v News Group Newspaper Ltd [2011] EWCA Civ 808.

[7] B Marquesinis, "Concerns and Ideas about our Developing Law of Privacy" (Institute of Global Law, University College London, 2003), pp 42-43.

[8] 刘智慧主编《中国侵权责任法解释与应用》,人民法院出版社 2010 年版,第 20 页。

[9] 王利明、周友军、高圣平《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社 2010 年版,第 65 页。陈现杰主编《中华人民共和国侵权责任法条文精义与案例解析》,中国法制出版社 2010 年版,第 6-11 页;葛云松《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,《中国法学》2010 年第 3 期。

[10] Rocknroll v News Group Newspaper Ltd [2013] EWHC 24 (CH).

[12] A v B plc. at para 11. Campbell v MGN Limited [2004] UKHL 22. at para 137.

[14] W L Prosser, "Privacy" (1960) 48 Cal L Rev 383, 410.

[15] Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolu-

tion 1165(1998), at para7.

[16][20][28] Rocknroll v News Group Newspaper Ltd [2013] EWHC 24(CH).

[17] 甄树青《论表达自由》,社会科学文献出版社,2004 年版,第 196 页。

[18] E Patton - Simpson, "Private Circles and Public Squares: Invasion of Privacy by the Publication of Private Facts", (1998) 61 MLR 318 at 328.

[19] 61A AM Jur2d, Privacy, p183.

[21] Caroline von Hannover v Germany (2005) 40 EHRR 1.

[22] P v D [2000]2 NZLR 591. p601. at para 39. Campbell v MGN Limited [2004] UKHL 22. at para 99.

[24] Campbell v MGN Limited [2004] UKHL 22.

[25] Mosley v News Group, EMLR20 (2008), at para. 127 and 128.

[26] Terry (previously LNS) v Persons Unknown [2010] EWHC 119. at para 101 and 104. Tugendhat and Christie, The Law of Privacy and the Media (2nd ed), at paras 12. 208-12. 216.

[27] Caroline von Hannover v Germany (2005) 40 EHRR 1. 在 Leempoel v Belgium 一案中,欧洲人权法院再次重申了该评判标准,认为若信息公开的唯一目的是为了满足不同公众对他人(无论是否为名人)私生活细节的好奇心,那么这种公开不应被视为对社会总体利益的任何讨论有所增益。

责任编辑:刘峰