

# 个人数据保护论争中的隐私权： 反思、还原与再定位

齐延平 李旭

**摘要：**隐私权的性质在其与个人数据保护的关系探讨中日渐模糊，背后掩藏的是隐私权认识方法的缺陷及其价值意义的忽略。对于隐私权的认识，要突破传统自由理论和利益法学的视野局限，并进行诠释性还原。作为一种思想价值，隐私权奠基于久远的哲学生活与德性，并受到非理性人文思潮的显著影响。作为一种法律价值，隐私权从诞生之时起便是对传统自由权的超越，是在个人道德自主理念基础上对绝对私人领域的理想追求。在法律体系中，隐私权与人格尊严之间具有必然相互引出的特别亲密关系。这导致隐私权与个人数据保护权在价值目的诉求和规范结构关系上，呈现出质的差异，从而引发两者之间的聚合分离。

**关键词：**个人数据保护；隐私权；价值与利益；私人领域；人格尊严

**DOI：**10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.04.009

## 一、数据保护中隐私权进路的认知偏差

在个人数据保护理论研究的浪潮中，隐私权与个人数据保护之间的关系问题，一直是一个既引人瞩目又令人困惑的理论焦点。法学界对此问题的态度，呈现为两大对立阵营，即“数据保护的隐私权本质固守 VS 个人数据保护独立确权”，不过，两大阵营之内的各论据之间也存在细微差别。在前者中，有学者针对现有主要国家的立法展开实证分析，认为个人数据保护在大部分国家已经成为隐私权的组成部分<sup>①</sup>；也有学者从传统自由理论之价值源头及发展的立场进行解释，认为隐私权由传统的“隐”之消极保护扩展为现代的“私”之积极控制，在此基础上肯认隐私权对于个人数据保护的囊括<sup>②</sup>。在后者中，有学者认为，个人数据保护与隐私权确实存在共同的上位概念即自决权，所以在概念上不可避免地存在竞合关系，但两者彼此之间仍是相互独立的而非相互包含<sup>③</sup>；也有学者以一般人格权为统率，认为隐私权与个人数据权利是两个相互独立且具有平等地位的具体人格权，两者只是在适用中有发生竞合的可能(而非概念竞合)<sup>④</sup>。

面对上述困局，有学者开始寻求“第三条道路”，即对于两者之间是否存在必然联系不进行预设判断，而是先行解构个人数据保护和隐私权，从而划定各自所涵摄的主要法益领域。刘金瑞认为，为了对个人信息本身的权利基础进行分类处理，首先要区分个人信息保护的客体对象和权利客体，不应将

**基金项目：**司法部国家法治与法学理论研究重点课题“大数据与网络安全立法研究”(18SFB1005)。

**作者简介：**齐延平，北京理工大学法学院教授，博士生导师。1987年入读山东大学法律系，1991年毕业留校工作，曾担任山东大学法学院院长、社会科学学部学术委员会主任，现兼任山东大学特聘教授、博士生导师，(北京 100081；6120180088@bit.edu.cn)；李旭，山东大学法学院博士研究生，(青岛 266237；lixulawsdu@126.com)。

① 王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，北京：北京大学出版社，2013年，第177-247页。

② 王秀哲：《我国隐私权的宪法保护研究》，北京：法律出版社，2011年，第20-24、47-53页。

③ 姚岳绒：《宪法视野中的个人信息保护》，北京：法律出版社，2012年，第87页。

④ 王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，《现代法学》2013年第4期。

确权基础立基于权利对象之上,而应将之立基于权利客体之上,并将权利客体分为人格利益和财产利益,在此基础上采取不同的权利保护方式。随后,他结合德国已有的个人生活领域理论,根据是否与人格尊严有直接关系,将个人信息具体分为四类,分别是:有直接关系的个人私密信息和个人特征信息,以及没有直接关系的个人联络信息和个人行为记录。然后,在配置权利的过程中,将隐私权限定在个人私密信息保护的范围之内,同时将生活安宁权排除出个人信息确权的基础范围,认为其客体为消极自由利益,只能作为一种外在的权利与个人信息保护发生关联,并不能作为个人信息本身的确权基础。通过这样的划分,隐私权也限于个人私密信息的范围内,生活安宁权亦被排除出隐私权的范围<sup>①</sup>。

由上可知,在与个人数据保护问题的理论互动中,不仅个人数据保护的性质与定位一直未能获得具有普遍说服力的见解,就连隐私权自身的内容和价值亦呈现出极其强烈的不稳定性,其定位在扩张与限缩间不停地徘徊。潜藏在这种不稳定性背后的,是研究视角与方法的特征与问题:第一,学界大多是从个人数据保护的视角对隐私权的本质进行反向探究,未能对隐私权自身进行类似于“现象学”的诠释性还原。第二,有些研究虽然从隐私权自身出发来进行探讨,但是往往过于简略地以传统自由理论为基点来进行逻辑推演和概括,忽视了隐私权在诞生和发展过程中的复杂性和其内在的多重意涵。第三,选择以利益分析的手段进行理论作业,虽然看似能更好地划清个人数据保护权和隐私权各自的适用场域,但是这样的方法不仅在利益划分方式上难免武断,而且容易导致权利背后所呈现的理念与价值诉求被完全漠视。因此,需要从方法和视角的修正出发来带动内容和见解上的纠偏与更新,需要运用发生学的解释方法来完成隐私权自身的定位与还原工作,并以此为日后分析隐私权与个人数据保护权的关系奠定基础。

对于隐私权界定的第一种传统路径是利益分析,这种方式从隐私权诞生以来就被广泛地认可与采纳,近期采用该方法直面隐私权的代表是苏力。苏力以个案分析为起点,首先确认了在隐私侵权案件中所表现出来的复杂利益格局,认定隐私保护问题的关键就在于寻求利益平衡。而判断一个信息是否应该被隐私保护的关键,不是该信息是否关涉真相,而是该信息是否对他人有害,通过一种信息经济学的加工,隐私变成了一种可以比较衡量的产品。在这些论点的基础上,他否定了传统公众人物的基础区分标准(“公众人物”教义从来不是规则而只是伪装成规则),认为隐私权的法理系统重构和统一的关键就在于利益分析<sup>②</sup>。在微观层面,苏力的分析也基本上是将隐私等同于信息的,这仍然是对隐私之保护范围的独断式限定。同时,该观点忽略了隐私权保护在美国甚至欧洲的新近发展动向。公共性的界分标准已经从人物向行为之性质转变,公共人物的类型进一步被区分对待(突出强调政治人物的公众性)<sup>③</sup>。所谓公众人物的标准实际上已经更新了,在这个方面,对于公共利益的关照没有减弱而只是精细化了。在宏观层面,不论是刘金瑞还是苏力,都忽视了利益法学的本真以及利益法学向评价法学转化的理论动向和内在根据。

利益法学肇始于耶林,他通过将利益视为法的血脉来反对之前占统治地位的概念法学,试图重获法的活力以及法与生活的亲密性。往往被忽视且尤为重要,耶林在提出了“利益构成了权利的目的与前提”的同时,更指出法的根本性的源头是人类的良知,权利的基础是道德,“权利是个人的道德的生存条件,主张它是对个人道德的自我维护”<sup>④</sup>。基于此,德国法学呈现出两个不同发展方向:一是以黑克(Philipp Heck)为代表的利益精准化脉络,二是以拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)为代表的价值注重化脉络。最后,这两个不同方向在评价法学这里达到了汇合统一,这种汇合兼具本体论与方法

① 刘金瑞:《个人信息与权利配置——个人信息自决权的反思与出路》,北京:法律出版社,2017年,第136、142、216页。

② 苏力:《隐私侵权的法理思考——从李辉质疑文怀沙的事件切入》,《清华法学》2019年第2期。

③ 王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,第383页。

④ 鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,北京:法律出版社,2012年,第22-23页。

论的双重意义。利益法学向评价法学转向的关键一步,便是区分了“评价客体”与“评价标准”<sup>①</sup>,评价客体仍然是指当事人的利益,而评价标准是一种一般性的正义观念。评价法学所有的讨论都是在这样的一个框架下进行,即在区分了概念和利益的基础上进一步区分了利益与价值,“评价法学的追随者都习惯于将实际的利益及权力关系,与……理想的价值或评价标准加以区别”<sup>②</sup>。

认知隐私权的第二种传统路径已经牵涉到价值,即借助传统自由理论对隐私权进行界定与分析,并认为在其关照下的隐私权概念经历了由“隐”到“私”的发展。然而这样的立场并不必然成立,美国学界面对隐私权概念的不确定性问题时,便出现了借助传统自由概念消解隐私权的主张。例如,Griffin 教授就以实现权利概念的确定性为目标,对“过于丰满”的隐私权概念进行了解构和清洗。首先,他将人格保护的规范要求分为“自由”(liberty)与“自主”(autonomy)两个方面,前者更多地关乎外在行为而后者更多地关乎内在决定,通过对自主价值的肯定承认了隐私权存在的必要性;随后,他将现实规范和判例中的隐私权内容梳理为两大类,分别为“私人空间与私生活隐私”和“信息隐私”,前者偏重于防范私人空间和私生活(特别是婚姻和家庭生活)被恣意侵入,而后者侧重保护个人信息不被随意获取;然后,通过对美国隐私权主要判例的反思和评析,他认为,私人空间和私生活的隐私内容应该归结为一般自由的领域之内,隐私权的内容只有信息隐私<sup>③</sup>。这种将私人空间和私人生活划归到一般自由领域的做法,与上文提及的刘金瑞的主张颇为类似,不过区别在于,Griffin 教授主张用隐私权涵盖个人信息保护,而刘金瑞则持相反的观点。

我们通过对两种认识路径问题的揭示,已经将思路引领至隐私权把握的核心地带。一方面,也是最为根本的问题,隐私权自身仅仅是承载着利益,还是也包含着或者在本质上是一种(评价)价值,如果是的话怎么去认识和还原。另一方面,必须澄清隐私权与传统自由权以及传统自由理论有什么样的关系,这牵涉到它的主要思想源头是不是或仅仅局限于传统自由理论,是不是在它出现之后经历了一个由“隐”到“私”的扩张过程,作为创始人的沃伦和布兰代斯意图为何等问题。这些问题,关乎隐私权的正当性根基确证及其在法律体系中的地位核定。

## 二、隐私权的哲学和人文价值

学界一直困扰于如何认识隐私权以及怎样为其提供更为切实的普遍性、正当性根基。Alan Westin 教授就尝试突破传统自由理论的框架,通过经验科学和历史传统为隐私权提供普遍性价值基础。他认为,隐私的普遍性至少体现在三个方面:“来源于动物和人类所共有的生理与心理本性”“在人类独有的社会生活中保持健康交往关系的必然条件”以及“人类社会长期存在的传统”,并指出,该传统发端于古希腊的城邦时期,表现形式便是“免于政府监督的诉求”<sup>④</sup>。但是,经验性的人类本性杂多且并不等于正当性,维护社会健康交往关系的主张显得模糊且未能把握隐私权的核心特质。至于诉诸古希腊城邦时期“免于政府监督的诉求”的传统更是一种失策,这样的方法不仅没有逃脱传统自由理论的窠臼,而且忽略了古代人自由与现代人自由的差异。“在古代人那里,个人在公共事务中几乎永远是主权者,但在所有私人关系中却都是奴隶……在现代人中,个人在其私人生活中是独立的……仅仅是表面上的主权者”<sup>⑤</sup>。事实上,从柏拉图和亚里士多德的著作中都能看出古希腊政治体制与社会结构对于整体主义的崇尚。对于个人主体性的张扬,古希腊的政治文化传统可能尚不及中国

① 舒国滢:《战后德国评价法学的理论面貌》,《比较法研究》2018年第4期。

② 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2004年,第12页。

③ James Griffin, “The Human Right to Privacy”, *San Diego Law Review*, 2007, 4, pp.705-706, 714-717.

④ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1970, pp.7-23.

⑤ 邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,闫克文、刘满贵译,冯克利校,上海:世纪出版集团,2005年,第35页。

的孔孟“心性之学”。

不过,隐私权的内涵价值确实在雅典城邦时期有了显著痕迹,比“免于政府之监督”更为深刻的,是一种对于“哲学生活”和“自然正当”之理念的追求,以及对于“哲学私人生活”高于“政治公共生活”的肯认。施特劳斯正是基于对传统自由理论的批判,主张坚守和恢复“古典的自然权利或自然正当”(nature right)。他明确提出:“要理解自然权利问题,人们不应该从对于政治事务的‘科学’理解出发,而应该从对它们的‘自然’理解出发……自然权利得靠人们去发现,而先于那种发现就已经有了政治生活”<sup>①</sup>,同时,“自然的发现必定先于自然权利的发现。哲学比之政治哲学更为古老”<sup>②</sup>。这里实际上是指自然正当本身是先于政治生活而存在的,但是人们要想去发现和理解自然正当又是晚于也必然要通过政治生活,而且,若想发现自然正当就必须要以哲学对于自然的探寻和发现为前提。进一步,施特劳斯在谈及古典自然权利论的时候指出:“此种对于正义问题的解决显然超出了政治生活的范围之外。它意味着,在城邦中所可能实现的正义,只能是不完美的,或者说,不可能是毋庸置疑的善。仍然有别的理由迫使人们越出政治领域之外来寻求完美的正义,或者更一般地说,寻求真正合于自然的生活”<sup>③</sup>。施特劳斯实际上是想告诉人们,城邦生活是实现正义与完善的必不可少的条件,但是在城邦生活中可能永远都不会实现完美的善。故而,哲学生活在纯粹性和理想性上高于城邦生活,并且能够为后者提供“自然正当”或者是“完善”的检视标准。

同时,“不管这会怎么样,哲学生活对于城邦的明显依赖性,以及人对人尤其是他们的亲属所怀有的自然亲情(而不管那些人是不是具有‘善的天性’或者是不是潜在的哲学家)这两者,都必然使得哲学家再度下降到洞穴中,亦即要以直接的或者迂回的方式来关心城邦事务”<sup>④</sup>。在这里,施特劳斯认为,为了与政治生活相融合,哲学家或者说自然正当的获得者,不得不淡化纯粹的自然正当来与现实的城邦要求相匹配。此外,这里所谓的“哲学生活”并不是或并不主要是哲学领域的认识论范畴或者逻辑论范畴。它的核心不在于通过一定的合法程序建立和获得知识,也不是按照公理与公设来进行推论,而是强调一种“超越人间”的“纯粹思维活动”。这种“纯粹思维活动”能够帮助人们暂时从日常的琐碎中抽离,能够从大众思维与情感中抽离,要求人们有空间去思索平常所接受的习惯、规则与价值,它是追寻意义和价值的反思性活动而结果事关德性。

隐私权可以被理解为是“哲学家”以及“哲学生活”在现实公共生活中保有余地和空间的必然要求,是实现“纯粹思维活动”之存在以及确保“抽离性”和“反思性”之可能的必然条件。由于与德性、真理和自然正当的联系,隐私权似乎与古典共和理论更为亲密而与传统自由理论保持了距离,这就可以理解为何汉娜·阿伦特也力图将隐私权拉入到共和框架之内<sup>⑤</sup>。然而,隐私权可以说既属于两者又是对两者的超越,是对于两者不偏不倚的距离保持,是对不论何者之极端化的抵制。这也体现出了隐私权所具有的强烈的普遍性特质,它应该被视为是在现实中保有理想的阵地,是对于公共生活恣意侵入的防范和在其中保持德性的必要条件。

此外,更少被关注的是浸染在隐私权概念中的非理性思潮,隐私权是它的产物和参与者。一般而言,既有的法学主流论说认为,现代权利思想发端于文艺复兴时期的科学革命和人文主义,两者共同统筹于理性的大旗之下,人们正是凭借这样的理性能力获得了主体地位和现代权利。但是,受困于理性主义的思想预设,权利研究往往未将目光投向非理性思潮,从而导致我们未能以整全的视野审视人文主义发展的脉络与影响。事实上,以叔本华的“生命意志”为显著标志,人文主义在德国古典唯心论

① 列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,北京:生活·读书·新知三联书店,2003年,第82页。

② 列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,第82-83页。

③ 列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,第153页。

④ 列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,第154页。

⑤ Hannah Arendt, *The Life of the Mind*, New York: Harcourt, 1978, pp.297-298.

后期开始与传统理性分道扬镳,并逐渐走向非理性思潮。这样的走向,是由人文主义的核心特质所决定的,即“集焦点于人,以人的经验作为人对自己……对自然了解的出发点”<sup>①</sup>。它将那种“理性的、完美的人”拉入到“感性的、存有各种可能的、非完整的人”的视野之内<sup>②</sup>,人之“个体性”的研究主题得以彰显,最具代表性的学者便是尼采和克尔凯戈尔。

尼采通过“上帝死了”和“重估一切价值”的宣言,发起了对传统理性主义最为彻底的反叛。尼采强烈呼吁“权力意志”,他说:“实体概念是主体概念的一个结果:并不是反过来!如果我们放弃心灵、主体,那就在根本上失去了实体的前提条件……我们的生命感和权力感的程度(被体验者的逻辑和联系)给予我们‘存在’、‘实在性’和非假象的尺度”<sup>③</sup>。实际上,他是想通过“权力意志”来突破叔本华之“生命意志”的族类屏障和附属性,主张人通过强力意志张扬个体、生命力和生成性,完成由“生成”来解释“存在”的这一转向。如果说尼采是对整个世界发起非理性式的攻击,那么克尔凯戈尔则是更多地在个体这一场域之内发掘非理性的要素。他肯定了非理性因素在个人生存活动和主观内心世界的基础性地位,通过考察诸如畏惧、绝望、孤独等复杂的“恶”的情绪体验,来揭露个体在主观性上的无限丰富,强调存在是不能用概念来表述的,这样只会遮蔽存在的丰富性并彻底消灭存在着的人。同时,他明确指出,“个体”不再是一般和个别关系中的个别,人作为一个个体之存在的最大特点就是具有超出种群的部分,“一千个人比一个人更具有价值乃是一种谬论,这无异于把人视为动物”<sup>④</sup>。他所提出的关于个人生活方式之选择的“非此即彼”的“主观质的辩证法”,更是触碰到了自由和选择的灵魂地带。

非理性思潮在美国影响了爱默生,表现为他对于当时美国社会风气的不满以及对于“自立”思想的突出强调。在肯定性上,“自立”思想是一种价值理想,即认为“人身上蕴藏的力量本质上是新的,除了自己,任何人都不知道他能做什么,他自己也只有尽力试过后才知道这些”;在否定性上,“自立”思想反对外在权威和社会舆论,即批判“社会更喜欢的是名不是实,是常规不是创造者”<sup>⑤</sup>的观点。艾默生的思想对隐私权的发明者布兰代斯产生过重要影响<sup>⑥</sup>,而布兰代斯本人也正是美国法律进步主义的代表人物。事实上,美国隐私权所蕴含的时代思潮与非理性思潮相呼应,所蕴含的法律精神与大陆法系的一般人格权与人格尊严大致契合。后者不仅是对“二战”历史的反思,它在法律思维上更体现了财产权向人格权转换的观念预设,即从抽象人格向具体人格的过渡,是具有多样性和自主性人格要素的展现<sup>⑦</sup>,是对个体现实性和可能性的尊重。隐私权所欲求的恰恰不是肯定外在确定性的伦理价值,它对于这种价值是持有保留和防范态度的,它所希望的德性生活依托于每一个个体的自我实现和意志自由,是自觉、责任和启蒙的延伸。同时,它要求对于个体选择应持宽容立场,社会和公共领域要保持一种尊重,既有的主流性和唯一性的价值追求要保持克制。正是凭借着意志自主和人格多样,个体逐渐摆脱经济财富衡量模式的自由,一种财产自由向人格平等以及由梅因“身份—契约”到“身份—契约—人格”的法律理念转向,初露端倪。

捎带提及,鉴于隐私权和非理性思潮之间的密切关系,隐私或者隐私权的法律化具有了特别的意义。一方面,非理性思潮所提倡的个体自主与多样是伴随虚无风险的,克服它的根本方式是个人自主和道德抉择,法律系统要为个人的克服留出权利空间。另一方面,法律系统通过将隐私纳入其中,使

① 阿伦·布洛克:《西方人文主义传统》,董乐山译,北京:生活·读书·新知三联书店,1997年,第12页。

② 孟建伟:《科学与人文主义——论西方人文主义的三种形式》,《自然辩证法通讯》2005年第3期。

③ 尼采:《权力意志》,孙周兴译,北京:商务印书馆,2007年,第531页。

④ 索伦·克尔凯戈尔:《克尔凯戈尔日记选》,晏可德、姚蓓琴译,上海:上海社会科学院出版社,2002年,第137页。

⑤ Emerson, *Selections from Ralph Waldo Emerson*, ed. by Stephen E. Whicher, Boston: Houghton Mifflin & Co., 1957, pp.148-149.

⑥ A. Mason, Brandeis, *A Free Man's Life*, New York: William s Hein & Co., 2007, p.39.

⑦ 马特:《隐私权研究——以体系构建为中心》,北京:中国人民大学出版社,2014年,第139页。

其与公共安全、社会秩序和其他权利相勾连,从而为其提供底线指引并防止其带来的无序与伤害。

### 三、法律上隐私权对传统自由权的超越

隐私权内含的思想价值追求包裹于隐私权的法律定型化之中。通过诠释布兰代斯和沃伦所发明的隐私权,不仅能够展现上述思想要素在发明过程中的作用,也有助于澄清隐私权与传统自由权之间的关系。这里的诠释是指对传统人文主义法学方法的运用,在精神上等同于现象学的还原,强调的是在结合个人理解和历史精神基础上的解读。“人文主义者应用历史学方法研究古代法律文献,旨在理解法律规则的社会语境……这些研究使人文主义者能够揭露前人(尤其是注释法学派和评注法学派因为缺乏历史学和语言学专业知识而犯下的)错误的或错置时代的解释”<sup>①</sup>。

不可否认,布兰代斯和沃伦确实寻求了大量传统自由权因素作为证成法律隐私权的价值基础,例如普通法悠久的人身保护传统和既有判例中的隐私保护痕迹。他们也确实以库利(Cooley)法官的独处权(the right to be let along)作为重要的论证支持,并提到:“一个人不会被强迫进行此类关涉思想和情感等的表达(除了站在证人席上)”<sup>②</sup>。正是因此,许多学者才将他们二人所开创的隐私权仍然放置在传统自由权框架之内:或是将其简单地等同于独处权,或是将其局限于传统的“有限政府”理念中,或是将其安置在一直存在的各种诉讼类型之中,甚至认为沃伦和布兰代斯并没有创造任何新的权利<sup>③</sup>。但是,布兰代斯和沃伦所面临的法律时代问题,已不再仅仅是权力恣意使用所引发的个人权利损害,他们所继受的法律思想也不同于以往的自由权理念(特别是美国传统的自由权理念),通过结合历史背景的文本诠释能够发现,隐私权的创生意图与内容远远超出这些传统要素。虽然尚未具有清晰明确的规范内容,但是可以肯定他们力图提出一种新的法律价值,这种价值既与上文提及的思想具有密切关联,又具备新的法律规范意义。

第一,布兰代斯和沃伦的隐私权(简称“布氏隐私权”)是以利益为外衣的价值宣誓,并以此为基础修补法律体系漏洞与推动权利内容革新。虽然个人的人身与财产保护有着悠久的普通法传统,但是在很长一段时间之内,法律仅仅对生命和财产的实际侵害提供救济,即一种对有形物的有形伤害的规制。而当时的制定法和判例法越来越强调对人们精神世界、感情及心智的保障,这不仅仅催生了新的法益类型,而且也令妨害或危险这样的侵害行为得到了法律的确证,比较显著的表现便是合同中的信赖利益、无形财产保护、妨害法(law of nuisance)和诽谤法(law of slander and libel)的出现与发展<sup>④</sup>。沃伦和布兰代斯力图继续推动法律对于精神和情感的重视,“作品中所体现的价值不再是通过公开所获取的利润或价值,而是通过禁止公开所能带来的心灵安静与释然”,以此为基础,他们进一步阐释了隐私权与私有财产权、版权、商业秘密和契约或特殊信赖关系之间在对公开行为规制上的区别<sup>⑤</sup>。进一步,他们强调隐私权与当时已有的诽谤之诉所存在的根本性差别。美国在1890年左右见证了诽谤之诉的蜕变,虽然名誉的损害结果仍然是诽谤之诉的构成要件,但是对于他人真实信息的公开却可以成为被诉方的抗辩事由<sup>⑥</sup>。相应地,这里出现了一个法律保护的真空地带,即是否需要规制真实信息的公开行为(甚至它并没有造成明显伤害)。布兰代斯和沃伦希望通过创立隐私权来填补这一法律漏

① 舒国滢:《欧洲人文主义法学的方法论与知识谱系》,《清华法学》2014年第1期。

② Warren, Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, 5, pp.195-198-199.

③ Note, “The Right to Privacy in Nineteenth Century America”, *Harvard Law Review*, 1981, 8, pp.1892-1894.

④ Richard A. Epstein, “A Not Quite Contemporary View of Privacy”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2018, 1, pp.106-115.

⑤ Warren, Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, 5, pp.200-214.

⑥ Franklin, “The Origins and Constitutionality of Limitations on Truth as a Defense in Tort Law”, *Stanford Law Review*, 1964, 4, pp.789-805.

洞,进而维护比传统精神利益“更为纯粹的利益”,声称“诽谤法所维护的名誉在本质上仍然是一种物质性的利益”<sup>①</sup>。隐私权所维护的这种利益是更加无形和无法被量化的精神与情感利益,这里更像是借助利益话语来表达一种价值,它提出了更为新颖的规范要求。

一方面,“更为纯粹利益”的提法实际上是在功利主义框架内的自身修正。它在保有、肯认人的情感和精神利益的前提下,尝试克服功利的冰冷计算,想要突出一种无法被计算的价值领域。另一方面,它尝试完成对原有的“独处权”之消极权能的超越,“即使选择表达,也往往保有确定公开限度的权利……个人有权决定是否将自己的东西公开”<sup>②</sup>。其一,对心灵或精神的保护不同于对有形物体和物质利益的保护,前者不具有广延性和可转移性;其二,这种精神性的损害又多来源于对个人信息未经同意的恣意收集与公开。故而,必须给予隐私权一种“积极自由”的功能,令个人有能力来控制私生活信息,进而实现对自己生活和人格的把握。由此看出,隐私权并非是一种由后人所主观臆想的“从开始的独处到后来的信息”抑或“由最初的隐到新近的私”的进化过程。从布兰代斯和沃伦的隐私权提出伊始,它就已经是具有控制性功能的现代性权利。故有学者指出,被誉为“信息隐私”创始人的 Alan Westin 教授实际上并没有自己创制这个术语,他只是进行了隐私权的再发现<sup>③</sup>。

第二,“布氏隐私权”潜藏着个体平等诉求,是对于当时传统放任自由思潮的修正。在美国新政以前,放任自由思潮奠基于斯密的放任经济学和洛克的财产自由权理论,是美国各个领域的主流箴言。在司法领域最为著名的表现是两个判例,即德雷德·斯科特诉桑弗德案以及洛克纳诉纽约州案,前者将美国黑人排除出美国公民范围,后者令规定最高工时的法律被美国联邦最高法院宣布违宪<sup>④</sup>。放任自由思潮与有限政府理念和社会达尔文主义紧密相连,也在历史上影响过美国隐私权的形塑。例如,美国《民族》杂志的创建人 E.L.戈德金亦提出了隐私权的概念(与沃伦和布兰代斯的主张几乎同时)。但是,他所提出的隐私权是一种“精英化”或“物质性”导向的隐私权,认为“隐私”对于不同类别的人有不同的意义,并指出隐私的(阶层)专属性特质可能会遭到一般大众的忽视和抵制。“隐私的重要性因人而异……对于那些在道德和智力增长上具有更重要地位的人而言,隐私的曝光更具有情感伤害力”<sup>⑤</sup>。与此相比,沃伦和布兰代斯在论证隐私权时,不仅没有提及身份差异所带来的不同隐私需求,而且常以“个体”“邻居”“社区”等语词进行权利主体的描述,明确提出“法律的设计必须力图保护每一个人免受违背其意志的恣意公开其私人事务的行为”<sup>⑥</sup>。

平等诉求也体现在布氏隐私权所设想的规制对象之中,并具有修正、细化传统公私二分理念的意图。在近代公私之分的发展进程中,率先实现法律实体化的是公共领域,这与主权概念的出现紧密相连;后来,为了防范不受限制的君权和议会权力,私领域作为一个回应式的理念不断被实体化,体现在财产法、土地法、税法等领域;最后,市场经济作为一个成熟的制度形态为公私二分提供了基本框架<sup>⑦</sup>。虽然市场令私领域获得了更为强大稳固的支撑,但是个人相较于企业等其他市场主体而言并没有获得更为突出的基础性地位。伴随着商业巨头的出现以及科学技术与资本的融合,个人的地位在市场领域内受到了现代型企业的威胁。沃伦和布兰代斯的隐私权为了弥补这一不足,突破了传统的有限政府理念,创造性地将传媒企业和科技应用视为隐私权的主要侵害主体(而库利的独处权主要

① Warren, Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, 5, pp.197.

② Warren, Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, 5, pp.198-199.

③ Gloria González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Basel: Springer International Publishing, 2014, p.59.

④ 布鲁斯·阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,北京:中国政法大学出版社,2013年,第65-68页。

⑤ E. L. Godkin, “The Rights of Citizen: To His Own Reputation”, *Scribner's Magazine*, No.7, 1890, pp.65-66.

⑥ Warren, Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, 5, pp.214-215.

⑦ Morton J. Horwitz, “The History of The Public/Private Distinction”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, 6, pp.1423-1424.

面对的是公权力机关)<sup>①</sup>。“近期的发明创造和商业模式必须引起我们对于个人保护的关心……立拍即现的照相技术和报刊侵入了私人与家庭的神圣领域。不计其数的机器装置使密室私语的公开成为现实”<sup>②</sup>。这里强调对于现代性传媒企业之权利保障义务的课予,期许政府进一步介入传统市场活动领域以为个人权利提供保护,重点防范对象不再是公权力的恣意。

第三,“布氏隐私权”提出了道德向善的要求,暗含着由“洛克式的经济个人理念”向“卢梭式的道德个人理念”的范式转化。将洛克的个人理念称为是经济式的,源于他对于财产权之天赋地位与伦理地位的给予。它的天赋性来源于人类天生所有之人身的劳动,“每人对他自己的人身享有一种所有权……他的身体所从事的劳动和他的双手所进行的工作,我们可以说,是正当地属于他的”<sup>③</sup>。它的伦理性来源于其对个人理性与勤劳品性的体现以及对公共福利的促进,“(上帝)他是把世界给予勤劳和有理性的人们利用的……一个人基于他的劳动把土地划归私用,并不减少而是增加了人类的公共积累”<sup>④</sup>。相比之下,将卢梭的个人理念称为是道德式的,源于他对社会德性的强烈呼吁和对个人自由的独特认识。卢梭对社会德性的张扬,是从批判科学和艺术的发展开始的,这是对于启蒙运动所推动之社会进步的警惕,是对于财富吞噬政治乃至整个社会生活的抵触,“随着科学与艺术的光芒在地平线上升起,德性消失了……古代政治家永无休止地讲究风尚与德行,而我们的政治家却只讲究生意和金钱”<sup>⑤</sup>。卢梭笔下的个人自由是以批判社会不平等现象为基点的,不平等导致了个人自然自由的丧失,这种不平等又恰恰由私有财产权催生。财产不平等导致个人对于其他私人意志的依赖与服从,为此卢梭才创建了“公共意志”(general will)概念。同时,卢梭为了维护个人平等与道德自由,针对个体生活与教育也有自己的建言。他十分重视个人空间和判断力的维护,主张摆脱他人而实现对自己的真切感知,提出“一个孤独的人才是幸福的人……想做什么,只需要问问自己。我觉得好就是好”<sup>⑥</sup>。

布氏隐私权与卢梭道德式个人理念存有显著共鸣。在证成隐私权的必要性时,布兰代斯和沃伦特别强调维护社会道德的立场,主张人性向善的幸福生活。“文明的前行使人们的生活日渐紧张,适时地远离世事纷扰极有必要……每一批有失体面的流言,收获之后就成为更多流言滋生的种子,并且与其流传的范围成正比,这导致了社会标准和道德准则的下降……在其毁灭性的影响力下,不会有激情能够蓬勃发展,也不会有慷慨的冲动能得以幸存……新闻报刊已经从各个方向越过礼仪与得体的边界,传播流言蜚语成为一种行业,被人们孜孜不倦又厚颜无耻地追求着”<sup>⑦</sup>。对于德性的追求使隐私权更加具有不同于传统自由权的内涵与面向,相应地,私人领域划定和私生活保护有了更为坚实的正当基础,即为德性生活与道德自主的实现创造必要条件。同时,隐私权被提升到道德价值的高度并借此提出规范要求。首先,它将恣意公开和任意侵入行为本身界定为一种极具道德危害风险的行为类型,并降低了实体损害的证明要求;其次,它将不属于公共领域和他人进行道德评价的领域划分给个人进行自主决定,要求外界(包括法律和司法)对私人领域的道德评价保持审慎克制态度,合法与正当的干涉也须经受隐私权价值检验;最后,通过这样的划分方式保证个体在道德自主和道德责任上的主体性地位,进而将人格要素注入权利理念中并完成立足于人格的自由与平等统合。

隐私权独具的法律价值在日后美国联邦最高法院的关键性司法判例中得到例证,其超越传统自由权和利益衡量思路的面向得到突出体现。在1965年的格里斯伍德诉康涅狄格州案中,美国联邦最

① T.Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations: Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston: Little, Brown & Company, 1871, p.210.

② Warren, Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, 5, pp.195-196.

③ 洛克:《政府论》(下篇),叶启芳,翟菊农译,北京:商务印书馆,2011年,第18页。

④ 洛克:《政府论》(下篇),叶启芳,翟菊农译,第21、24页。

⑤ 卢梭:《论科学与艺术》,何兆武译,上海:上海人民出版社,2007年,第23、41页。

⑥ 卢梭:《爱弥儿》,李平沅译,北京:商务印书馆,1996年,第410页。

⑦ Warren, Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, 5, p.196.



最高法院第一次通过法律解释承认了宪法隐私权的存在,并以此为依据支持了格里斯伍德的主张。它宣布由康涅狄格州颁布的包含“禁止任何人使用任何避孕、有助流产的用品”之内容的《考姆斯托克法》(Comstock Law)违宪,由此创立了具体的“婚姻(关系)隐私权”(the right to marital privacy)。美国的传统自由权在进步主义法学和新政变革的洗礼下全面溃败,洛克纳时代所强调的对于契约自由的绝对性保护被放弃,对于个人权利的保护需要新的根基作为补充。面对困局,道格拉斯(Douglas)大法官借助隐私权区分了经济关系中的私人安排(经济领域的契约自由)和更为私密的婚姻生活(人格领域的私人生活)。在此基础上,他声称:“(婚姻)它是一种(两个人之间)双向的忠诚,而不是一种商业或社会性的工程。它是这样一种结合,和我们一生中最神圣的那些决定具有同等的高贵”<sup>①</sup>。权利保护的根据和要求发生了显著变化,摆脱了对于“经济式个人理念”的单纯依赖,尊重婚姻生活中的私人决定得到强调,公权在道德评定中的谨慎姿态得以明确。在1973年的罗伊诉韦德案中,美国联邦最高法院以隐私权为名裁定得克萨斯州禁止妇女堕胎的刑法规定违宪。布莱克蒙(Blackmun)大法官指出:“个人隐私权已经扩张至婚姻、生殖、避孕、家庭关系、子女抚养与教育等相关活动的领域”<sup>②</sup>。隐私权的范围突破了原有的“神圣婚姻关系”范畴,自主决定的范围进一步扩大。值得注意的是,法官在案件判决中对于利益衡量的“回避”态度更加体现了隐私权的价值面向。该案牵涉“胎儿是不是人”“胎儿生命利益与孕妇生活利益之间的比较”等问题,然而法官并没有(或许也无法)最终在这些问题上给出一个明确的答案,密尔式的以伤害为准则来判断自由之界限的方式在这里失效了。法官将判决依据从利益衡量的尴尬中转换到道德自决的阵地中,通过隐私权自足完成宪法判决。

需要声明,将隐私权作为一种法律价值并强调其在案例判决中的自足作用,并不是对于利益分析与衡量方法的绝对排斥与否定,两者在个人行为指导和法律实践判决中需要通力合作。作为法律价值的隐私权存在内容空洞性,判断一个道德是私人的还是公共的(受时代和文化影响)亦存在显著变化性,这些问题在美国关于同性恋问题的司法判决中得到充分体现。利益分析与衡量的方法能够弥补这一不足。例如,利益衡量下的密尔式“伤害原则”就往往能够弥补这一缺陷,它一方面能够为个人行为自由提供明确的指引和底线,另一方面能够帮助法官在判决中抵制权力的恣意干预与道德的任意绑架。同时,利益分析的方法能够帮助我们完成权利内容的类型化,这有助于权利内容的界定和法律体系的建立,普罗塞教授的隐私权四类型划分(“非法侵入住所与私人事务”“窃用他人的姓名或肖像”“公开令人困扰的私人事实”和“扭曲他人形象的公之于众”)<sup>③</sup>便立足于此。本文对于隐私权作为一种法律价值的强调,更多的是针对当下学界分析中存在的问题和不足。第一,隐私权自诞生之日起就不是传统意义上的消极自由权或者是单纯对“隐”的诉求。它所实现的正是对库利“独处权”的超越,从发端处便不应将隐私权与独处权等同,以Griffin教授为代表的运用独处权来拆分隐私权的做法不能成立。同样地,认为隐私权在美国诞生之时等于独处权并经历了从“隐”到“私”的逻辑路径,也并不符合隐私权的本意。第二,隐私权自身并不是实体利益和传统诉型的简单堆砌,它具有新的价值指向与法律意义。它既是在精神上对于契约自由和财产保护的突破,也是在效果上基于后者绝对效力瓦解后对于权利保护的弥合。同时,它在道德自主理念的基础上进一步划分出私人自治的领域并将人格要素注入权利体系之中。故而不能简单地以利益来对其进行解构,利益分析与衡量的方法也不能展现隐私权的全部面貌和本真。“尽管隐私权总是会与其他的权利概念发生竞合或重叠,但是它已体现出的经验维度证明它不能以完全相同于其他权利的方式被理解把握。”<sup>④</sup>

需要强调,隐私权与传统自由特别是消极自由的关系,不论是在理论上还是在实务中很难是泾渭

① Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 486 (1965).

② Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

③ William L. Prosser, “Privacy”, *California Law Review*, 1960, 3, pp.383.

④ Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp.38.

分明的。如若区分,只能进行一种类型概括与历史演进上的大致划分并结合个案进行界定,两者的关系更类似于一种“代际综合”。所谓的现代隐私权至少具有两个面向:第一个面向是传统的消极自由之内容,主要是立足于传统消极自由理念,所防范的是权力的恣意干扰;第二个面向是积极的自我决定的内容,它所立足的是人格尊严的独立与被尊重,所倡导的是立足于人格的平等与自由,所防范的对象不仅仅是公权力,还包括社会的主流意见与道德之强制。前者在法律规范的内容上主要体现为传统既有的住宅、通信不受侵犯,后者在规范上更多地朝向人格尊严与一般人格权的构成和适用。但是,作为隐私权规范结构本有的一体两面,两者并不存在时间上的发展顺序之别,也不能将二者割裂开来。没有前者的内容支撑,后者就无法得到实际的保证,而没有后者的理念与价值支撑就不是严格意义上的隐私权,其人格尊严的色彩便会消弭殆尽。

#### 四、隐私权与个人数据权利的聚合分离

在揭示了隐私权的独特价值后,需要以此为基础审视隐私权在法律体系中的地位。隐私权对于美国的宪法和侵权法体系具有重要意义。无论是美国的宪法还是侵权法,都没有采用以德国为代表的大陆法系国家的体系化立法方式,这使得美国的法律与权利没有明晰的价值与逻辑体系位阶。同时,在事关权利保护内容的美国宪法修正案中,实际上也并不存在人格尊严或者是人格权的明文规定。故而,隐私权在美国权利体系特别是宪法权利体系中,所扮演的角色正是去填补人格尊严及一般人格权的空缺。所以,尽管支撑隐私权之成立的“晕影理论”在说理上无法自足,但是对于它的理解应该超越传统的司法视角,将其视为法官因应新的时代精神和法律价值而采取的法外续造,就本质而言是一种立法行为。

不过,隐私权虽然在美国法律体系中弥补了人格尊严及一般人格权的缺位,但是不能将其等同于其他国家宪法中人格尊严条款的地位。以德国为例,德国的人格尊严条款的基本定位是至高的宪法价值,在法律权利体系中具有统合包括自由和平等原则及其下属各种权利的作用,在新型权利生成和伦理价值注入上具有“法源”地位。相比之下,美国的隐私权尽管囊括了诸多其他类型的具体人格权,但是其不具有“那般”的“法源”地位。从美国的宪法实践上来说,充当这一角色的更像是“正当程序条款”,特别是其所囊括的实质正当程序意涵。正当程序条款是美国在判例中生成新型权利和社会价值的主要渠道,可以分为三种不同的类型,即“保卫传统价值型”“哲学及政治道德推理型”和“国家社会价值发展型”<sup>①</sup>。与此同时,上文对隐私权的诠释主要集中在美国这一场域之中,故而不能认为其他国家的隐私权都具有相同的内容性质与法律意义。特别是在采用以一般人格权为引领的大陆法系国家中,隐私权只能被理解为一般人格权之下的一个具体人格权,在内容上往往不像美国隐私权那样丰富。以普罗塞(Prosser)教授的隐私权内容四分为例,美国侵权法上的隐私权几乎全部或部分地包含了姓名权、肖像权等其他典型的具体人格权,经由宪法判例的确认它又包括了生育自主等内容。

但是,隐私权自身所具有的内涵价值面向,即对于德性生活和非理性人文线路的呼应,以及其立基于个人道德自主理念上的人格要素注入,使它具有了别具一格的普遍性特质。具体而言,就算是在大陆法系的法律体例中,隐私权相较于其他具体人格权也具有更为特殊的地位——它与一般人格权和人格尊严的保护更具有亲密性和关联性。一方面,隐私权所独具的内涵价值和法律价值与现代人格权的意义基本吻合。后者在建构发展过程中亦趋向于实现更大强度的对人个体性的关注与宽容,强调实质正义,并试图以确定个体道德自主的地位为基础对自由和平等进行统合,以及纠正片面地强调契约自由和私有财产权所引发的问题。另一方面,隐私权可以说是实现人格尊严和一般人格权的必然规范要求,这种必然性在很大程度上是超越立法意志和自由裁量的,即在逻辑规范结构和法

<sup>①</sup> Conkle, “Three Theories of Substantive Due Process”, *North Carolina Law Review*, 2006, 53, p.63.

律现实运用上两者存在必然的引出关系。隐私权的确立必然要求承认个体道德自主地位并以此为基础构建自决、自由和被尊重的私人空间,这就一定会诉求和带来人格尊严的保护,该面向在美国隐私权的创立与应用过程中得到了充分体现。

同样地,人格尊严和一般人格权的确立也一定会引发隐私权的内容和规范要求。以德国为例,严格地讲,它并没有明确设立现代意义上的隐私权(甚至有学者通过从词源学角度的分析认为,主要的传统欧陆国家都没有现代意义上的隐私权)<sup>①</sup>。但是,为了落实人格尊严之价值条款和一般人格权之概括规范,在立法或司法中必然需要确定理论上受到绝对保护的自决空间,德国的“领域理论”便应运而生。正是源自其与人格尊严和一般人格权条款的特殊亲密性,隐私权既获得了在具体人格权之中的特殊地位,也引发了其自身内容的不确定性。各国隐私权在已有规范、一般学理和《世界人权宣言》的指导下,经过教义学的建构确立了住宅、通信等共识性的规范框架。但是,在随后的法律实践过程中却展现出不同的具体内容。这种不同的具体内容不仅源自文化习俗上的影响,而且源自隐私权与人格尊严和一般人格权条款之间的特别亲缘关系。所以,在隐私权的具体内容设置上,一定会具有相当程度的自由裁量空间,而且,许多新兴的权利内容与类型也一定趋向于在隐私权之中找到依靠。同样地,也正是基于不同于其他具体人格权的特殊性,导致隐私权的运用必然催生显著的“场景化”要求。这既表现在“合理隐私期待标准”的发明(合理强调的是社会一般性,而期待强调的是个体特殊性),又表现在私人领域划分的灵活性与精细化(例如公共人物向公共行为的转变,以及隐私空间不等于物理空间)。这实际上都源自人格自身所蕴含的特殊性面向及其与物理经验的背离,隐私权凭借其与人格尊严的特别亲密性而显著地承袭了这一特质。

正是由于隐私权与个人尊严和一般人格权所具有的特别亲密性,它也成为个人数据保护在寻求确权基础时的倾向性选择,而且数据保护问题受到关注的开端,也往往是因为个人隐私类信息受到侵害所引起的。但是,伴随着数据技术的发展以及相关保护原则和规定的出台,个人数据保护对于隐私权的脱离趋势日渐明显,这在具有更广泛内容之隐私权的美国也已经显露端倪。这不仅仅源自个人数据之范围远远超过隐私类信息的范畴,抑或隐私权的内容具有超过个人数据的可能性,更源自两者在价值诉求上的分道扬镳。首先,两者虽然都具有关涉人格尊严与一般人格权的面向,但是本原的规范目的不同。现代隐私权的目的始终是要确立一个理论上的个人绝对自主空间,而现代个人数据保护寻求的是权利保护与数据运用之间的平衡而非绝对性的自主空间,这也导致个人数据保护所关联的权利范畴并不局限于隐私权与一般人格权。其次,尽管二者在表面上都在寻求加强个人控制和自决,但内在的手段与目的不同。前者是为了维护个人在道德价值判断上的独立地位,后者在很大程度上是为了修复数据技术面前个人天然的无力状态。再次,在面对现代科技侵扰的问题方面,隐私权与个人数据保护也并不在一个维度层次上。隐私权在个人信息保护方向上主要关涉的仍然是一种相对传统的人格法益,个人数据保护所关涉的范围具有更为强烈的科技伦理面向,它面临数据技术发展所引发的人的异化、量化和去生命化问题<sup>②</sup>。不论是强行将数据保护纳入隐私权的范畴,还是为了个人数据保护来调整隐私权,均会引发双方定位的迷失和理念的失调,在结果上要么会导致隐私权在理念上所追求的绝对自主空间的崩塌,要么会导致个人数据在运用上的困难以及与现实的背离,并且导致两者在内容上的互相侵害与恣意解构。正如本文所尝试展示与实现的,个人数据保护的权基础理论也需要从自身出发,进行系统性与时代性的建构与解释。

价值诉求上的差异导致两者在规范关系结构上的不同。第一,尽管都关注人格尊严的保护,但是二者与人格尊严在价值和概念上的亲密度不同,相较而言,隐私权的亲密度更高。而且,这可能令个

<sup>①</sup> Gloria González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Basel: Springer International Publishing, pp.21-55.

<sup>②</sup> 蓝江:《从物化到数字化:数字资本主义时代的异化理论》,《社会科学》2018年第11期。

人数据保护权的建构未必直接出自人格尊严条款。虽然尚需要进一步的理论确证,但是当下对于个人数据保护权的理解,已经出现了向正当程序法律原则的转向<sup>①</sup>。第二,就算认为两者与人格尊严的联系程度相当,它们与人格尊严的联系方式也不一样。具言之,隐私权与人格尊严是内在的、直接的、质的联结,个人数据保护权与人格尊严是外在的、间接的和量的联结。后两者之间的联结以现有人格权为中介,并因此根据不同的具体人格权有不同的联结方式,所谓的数据保护场景化也是立足于这个联结方式上的区分。第三,故而,个人数据保护权的目的,不是单单为了加强保护以隐私为主要建构依据的敏感数据,也不是所谓的“两头强化”(“强化个人敏感隐私信息的保护”和“强化个人一般信息的利用”)<sup>②</sup>。它最为根本的目的和内容,是为所有类型数据的使用提供规范指南。第四,由于是在肯定了数据使用的前提下通过权利设置来规定规范底线,故而,个人数据保护权的规范逻辑前提恰恰提高了数据的公共价值,所以数据保护权利与隐私权甚至还会有冲突的可能,这一点在个人负面信用信息(如个人社会信用信息)的使用上已经得到体现。第五,此种区分也导致了两者在与其他权利的关系上出现差异,例如知情权。在传统理论中,知情权一直被视为是隐私权的重点冲突和平衡对象,而个人数据保护权恰恰包括了知情权的内容,如目的知情、算法逻辑知情、一般数据处理政策知情等。对于个人数据保护权的认识,也需要进行一种立足于自身的诠释性还原,进而把握其自身的理念。笔者对此将另文展开。

## The Right of Privacy in the Debate on Personal Data Protection: Reflection, Restoration and Re-position

Qi Yanping Li Xu

(Law School, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081, P.R.China;  
Law School, Shandong University, Qingdao 266237, P.R.China)

**Abstract:** The nature of the right of privacy has become increasingly blurred in the discussion of its relationship with the right of personal data protection. What lies behind it is the ignorance of the flaws in the understanding of the right of privacy and its value. The understanding of the right of privacy must break through the limitations of traditional freedom theory and interest law to perform an interpretive restoration. As a kind of ideological value, the right of privacy is based on long-standing philosophical life and virtue, and is significantly influenced by the irrational humanism. As a legal value, the right of privacy has transcended traditional liberalism since its birth, and is an ideal pursuit of the absolute private realm based on the concept of moral autonomy. In the legal system, the right of privacy and human dignity have a particularly intimate relationship which inevitably elicits each other. These have led to the qualitative difference between the right of privacy and the right to protect personal data in terms of the value and purpose appeals and normative structural relations.

**Keywords:** Personal data protection; Right of privacy; Value and interest; Private sector; Personal dignity

[责任编辑:李春明]

<sup>①</sup> Margot E. Kaminski, “Binary Governance: Lessons from the GDPR’s Approach to Algorithmic Accountability”, *Southern California Law Review*, 2019, 6, pp.1529-1616.

<sup>②</sup> 张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,《中国法学》2015年第3期。