

真实叙事的边界

隐私侵权抗辩论纲

叶名怡*

摘要 隐私侵权抗辩是合法侵犯个人隐私的正当理由,包括三项:信息已披露、公共事件和公众人物。信息已披露意味着“再传播”原则上合法,但受“被遗忘权”的限制。公共事件关涉公共利益,公众有知情权;刑案记录构成公共事件,犯罪人原则上无匿名报道权利;采访自由、报道自由等言论自由合法触及隐私利益时亦应有度。公众人物私生活原则上应受保护,例外才不予保护,尤其是图像报道而非文字报道时应更为慎重。公众兴趣和公共利益均非抗辩,但后者是公共事件和公众人物两项抗辩的深层理由和衡量标准,公共利益(信息利益)与隐私利益在个案衡量时应考察信息主题、利害关系人公职身份和知名度、侵害方式、侵害领域等八项因素。

关键词 隐私权 侵权 抗辩 信息已披露 公共事件 公众人物 公共利益

一、问题、论域及现状

2012年初,香港媒体报道特首候选人唐英年违建的一则图片引爆网络,图片显示,香港媒体在无法进入唐宅内部的情况下,纷纷租用吊臂车高空拍摄。^[1]如此“肆无忌惮”窥探私宅

* 西北政法大学副教授。本文系笔者主持的国家社科基金项目“重大过错侵权的救济研究”(项目编号:10xfx0016)的阶段性研究成果,西安市法学会项目“自媒体的法律监管”的最终研究成果。感谢厦门大学魏磊杰博士对本文初稿提出的宝贵意见。

[1] 人民网:“唐英年住宅涉嫌违建,港媒雇大吊车拍摄”,<http://auto.people.com.cn/GB/17140437.html>,最后访问日期:2012年11月1日。

内情并公之于众,却无人质疑其正当性。这里显然存在入侵他人隐私的正当理由,即隐私侵权抗辩。我国现行法虽明确了隐私权的独立权利地位,^{〔2〕}但并未规定相关专门抗辩。同时,在司法实践层面,从笔者收集的28个判决来看,^{〔3〕}援用隐私侵权抗辩的仅为个别。在学理上,专门探讨隐私权侵权抗辩的著述极为罕见。因此,本文拟结合样本案例和比较法之经验,就此问题进行全面深入分析,希求对我国隐私权发展有所助益。

正式讨论之前,宜先界分“隐私权侵权抗辩”与“非隐私”,后者是指相关信息不属于特定自然人的隐私范围;而前者指因具备法定正当事由而可合法入侵他人隐私。实践中,二者常遭混淆,例如“官员财产非隐私”这样的表达。二者区分的最重要实益在于证明责任的不同。受害人须证明行为人披露的相关信息属于隐私。而抗辩的证明责任无疑在行为人一方。

二者的区分,实际上关系到隐私的界定。有观点认为,隐私系包含私人性(与公共利益无关)、非公开性(未经披露)、人格性(非财产利益)的生活安宁和生活秘密。^{〔4〕}亦有观点认为,隐私是指与公共利益无关的自然人的私人信息、私人活动以及私人空间。^{〔5〕}还有学者认为,隐私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、刺探或公开。^{〔6〕}

上述各定义的差别至少有二:第一,是否强调与公共利益无关性;第二,是否强调未经披露。本文认为,二者皆非隐私本质特征。因为隐私权主张者不必证明其隐私与公共利益无关,也无需证明其未经披露;而且,二者不仅存在有无问题,还存在多寡问题,个案中某人隐私最终获得保护,并不意味着相关信息根本不涉及公共利益(毋宁是利益衡量结果),也不意味着其绝对未曾被披露过。亦即,公共利益相涉性与披露范围均有“量度”问题。

因此,隐私即自然人有意隐匿、不欲为外界所接近、获悉的私密。^{〔7〕}其中最关键的要素是个人对自身私密予以管控的主观意愿。在“孙伟国诉上海联通”一案中,浦东新区法院很好地把握了这一本质内涵。^{〔8〕}当然,“发现隐私的内容是一回事,赋予隐私以可强制执行的法律权利则是完全不同的另一回事”。^{〔9〕}前者涉及隐私的界定,后者涉及隐私最终是否受法律

〔2〕 此规定意义不言而喻,因为“个人隐私被侵蚀是我们这个时代正面临的一种根本挑战”。Sec V. Mayer-Schönberger, *Delete, The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009, p. 12.

〔3〕 从北大法宝中搜索2008年及其以后的隐私权相关案例,获得17个案例;另外,2009年及以后的上海市法院系统审结的隐私权相关案例有12起,剔除二者重叠的1个案例,共有28个有效案例。

〔4〕 参见王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2012年版,页504及以下。

〔5〕 参见杨立新:《人格权法》,法律出版社2011年版,页801。

〔6〕 参见张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社2004年版,页7;朱岩:《侵权责任法通论》,法律出版社2011年版,页148。

〔7〕 关于隐私,英美法使用“privacy”一词,范围最广。德国法常使用“Privatsphäre”(私领域)一词,而法国法和欧洲公约、国际公约则使用“la vie privée”(私生活)一词,后两者范围大体相当。

〔8〕 法院认为,“法律、法规保护隐私权的目的是赋予权利主体对他人在何种程度上可以介入自己私生活的控制权,以及对自己是否向他人公开隐私以及公开范围的决定权”。

〔9〕 杨开湘:《宪法隐私权导论》,中国法制出版社2010年版,页19。

保护。隐私侵权诉讼被告若欲免责,既可主张相关信息为“非隐私”,^[10]亦可援引“抗辩”。^[11]本文的论域仅限于后者。

就问题现状而言,首先,立法对隐私抗辩无专门规定。其次,在司法层面,本文收集的28个隐私权案例中,涉及摄像头安装或偷拍的有8起,涉及电信公司泄露用户个人资料的有4起,医院披露患者个人信息的3起,网站披露个人信息的3起,物业公司张贴物业费追缴之胜诉判决书的2起,银行披露个人财务信息的2起,电视台报道常人往事的2起,用人单位获取求职者隐私的1起,个人披露与他人的书信邮件往来的1起,个人披露他人财务信息的1起,其他1起。其中,判决隐私权侵权成立的11起,判决侵权不成立的16起。

表1 隐私权侵权不成立之具体类型

非隐私	无过错	无损害	受害人同意	履行法定职责或义务	信息已披露
4	6	1	1	2	2
①摄像头仅拍摄公共区域2;②公司付费之个人手机号通话记录2	①“乙肝五项”属常规体检2;②无偷拍行为1;③发律师函行为正当1;④仅向仲裁庭披露信息2	行为人仅向电视台披露照片和电话号码	电视台播放采访视频	①编纂号码簿1;②配合公安调查1	张贴判决书

依表1所示,“非隐私”、“无过错”、“无损害”均为构成要件的不符合,而“受害人同意”、“履行法定职责或义务”以及“信息已披露”则为免责的有效抗辩。另外,在“中国新闻媒体侵权案例精选与评析”课题组收集的1985—2009年间800个媒体侵权案中,涉及隐私权的共有28件,其中被告援用抗辩理由为公共利益的5件(法院认可2件),为当事人同意的7件(法院认可2件),“使不可辨认”的4件(法院认可3件)。^[12]这些抗辩中,当事人同意、履行法定职责等为一般抗辩,只有“信息已披露”为隐私权侵权的特有抗辩,而至于公众人物、新闻报道等抗辩,迄今未见。

再次,在理论研究层面,张新宝教授所著《隐私权的法律保护》无疑为迄今本领域最重要的著作,对于知情权、公众人物、新闻报道等均有较详细介绍,^[13]惟体系上似并未从抗辩这一视角阐明它们的内在关系,另在理论和案例选取上,重英美而轻欧陆,同时由于该书成书略久远,故缺乏对最近几年欧洲重要理论和判例的关注。此外,有学者将隐私权侵权抗辩系统性总结

[10] 在“冒凤军诉中国电信集团黄页信息有限公司南通分公司等隐私权纠纷案”中,被告方电信公司的答辩理由第一点即是“(1)私人电话号码本身并不是隐私,因为电话号码是社会的公共资源……”。

[11] 在(2011)徐民一(民)初字第1630号判决书中,涉嫌泄露患者病历资料的上海市精神卫生中心辩称,“被告仅向公安机关出示过原告2003年的病历,而该行为系履行法定义务的行为”。

[12] 参见朱莉、杨慧臻:“中国媒体侵权案件统计报告”,载徐迅主编:《新闻(媒体)侵权研究新论》,法律出版社2009年版,页28、52。

[13] 张新宝,见前注[6],页84及以下。

为如下六项：^{〔14〕}①国家机关行使职权；②公共利益和公共安全；③公民依法行使知情权；④正当行使舆论监督权；⑤当事人的同意；⑥公众人物。^{〔15〕}

上述第一项和第五项，属于侵权责任一般性抗辩，而第二项“公共利益”是公共事件和公众人物抗辩的背后深层正当性基础，而非具体抗辩。至于知情权和舆论监督权均是公共事件（信息价值）在信息受众面的反面表达，它们存在重叠交叉，不宜并列。因此，本文认为，侵犯隐私权的抗辩包括信息已披露、公共事件、公众人物共三项。以下依次阐述这三项抗辩，之后对“公共利益”在隐私侵权中的法律地位予以分析，并提出利益衡量的八项标准，最后是结论。

二、信息已披露、再传播与“被遗忘权”

所谓“信息已披露”，是指相关私密信息业已经过信息主体或第三人合法披露，信息（至少部分）进入公共领域，故行为人的信息再传播不构成隐私侵权。它与“受害人同意”的一般抗辩不同，后者实际上是对行为人就某项披露行为直接给予披露授权。

（一）信息已披露与再传播

信息已披露包括由作者自己或由他人合法披露。前者典型如自传作品中对相关个人信息的披露。法国最高法院（Cour de cassation）曾驳回中国清朝末代皇帝的遗孀基于其已亡故配偶的私生活权利而提起的诉讼，法院认为，末代皇帝在其自传中曾提及一部分隐秘私生活，行为人在其作品里只不过复述了这些内容而已，且并不缺乏对真相的尊重。^{〔16〕}因此，对于利害关系人自己作品中公开披露过的素材，研究者有权援用。其正当性在于：“若说某人私生活的回忆构成了其个人的精神财富，只有在其许可时才可公开，那么已被其披露过的那部分事实，其实涉及到的是一种历史，可在未获本人特别授权时被历史学家或新闻人复述。”^{〔17〕}欧洲人权法院在2012年卡洛琳案（II）（Von Hannover v. Germany (no. 2)）的判决书中也指出，在对隐私利益与信息利益进行衡量时，也必须考虑利害关系人相关照片或信息是否已出现在早前的出版物中。^{〔18〕}

信息已被他人合法披露分为两种情形：授权第三人披露与第三人合法披露。前者如权利人曾接受媒体专访透露的隐私信息，并由该媒体进行过披露。法国图卢兹（Toulouse）上诉法院亦曾认定，已由利害关系人自己披露的事件被媒体再次发布，无可谴责，因为这些被采访对象自己披露的信息，已“进入公共领域”，“令这种信息成为公共信息的事件叙述，已耗尽了利害

〔14〕 王利明，见前注〔4〕，页557及以下。

〔15〕 另有学者就新闻侵权提出15种完全抗辩和7种不完全抗辩，笔者认为，这种将隐私侵权抗辩与名誉侵权、肖像侵权等侵权之抗辩罗列在一起的做法，意义较为有限。参见杨立新：“论中国新闻侵权抗辩及体系与具体规则”，《河南省政法管理干部学院学报》2008年第5期。

〔16〕 Cass. 1^{re} civ. 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I. no356, JCP 1995. IV. 2528.

〔17〕 CA Paris, 30 juin 1961, *D.* 1962, J. 208.

〔18〕 Von Hannover v. Germany (no. 2), Applications no. 40660 – 61/08, ECHR, 07/02/2012, para. 111.

关系人能够主张的保护,涉讼的再传播内容并未在原始的传播上增加分毫”。〔19〕

后者是指第三人依据法定职权对某些私密信息进行披露,例如法院公布判决书。在“张xx诉上海上房物业管理有限公司”一案中,被告诉请催讨物业费获得法院支持,后将该胜诉判决书通过简单技术处理(隐去姓名和楼号)张贴在小区内,原告诉称被告此举将前者出生日期、住房面积、房间号等公之于众,侵犯了其隐私权。一审法院和二审法院均认定隐私侵权不成立,理由是“被告张贴的民事判决书所涉及的内容,应属于公民须向社会公示的内容范围,并非两原告的隐私内容。且被告在张贴的过程中亦充分注意到公民信息的公开问题并加以修正,公示的内容尚不涉及上诉人的隐私”。〔20〕此言不确,因判决书中所载出生日期、住房面积、室号等信息均为个人隐私,且具可识别性。物业公司张贴判决书的行为之所以不构成侵权,是因为判决书所载内容为第三人(法院)对相关信息的合法披露,物业公司作为讼争一方,在对已公开判决书适当技术处理后进行小范围内的再次披露完全正当。〔21〕同样,法国最高法院2002年在其个案判决中认定:关于某夫妻关系解体之信息的再次披露不构成隐私侵权。〔22〕

这种对第三人合法披露的信息再次披露,即所谓“再传播”(re-divulgate),应注意两点:首先,之前小范围的披露不宜构成广泛性再传播的抗辩。在英国 *Stephens v. Avery* 案中,法院认为,“当信息被告诉世界”,其即丧失私密性,但“若信息先前只是向有限范围的公众披露,则并不必然丧失私密性”。〔23〕简言之,披露范围是法官必须考量的因素之一。其次,先前第三人的披露必须是合法披露。先前未经许可的信息被他人擅自披露,即便权利人表露出对该先前披露的某种容忍,也并不能成为嗣后再次传播的正当理由,再传播行为仍会构成对隐私权的不法侵害。〔24〕某人对于其私生活信息传播的容忍并不意味着其放弃反对一切后续传播的权利。〔25〕法国最高法院曾明确指出,“当事人对新闻媒体的容忍,甚至顺从,并不能推定,其确定地且无限制地许可一切杂志同样的信息披露行为。那样的妥协最多只是具有减少损害范围的性质”。〔26〕欧洲人权法院也表明:利害关系人之前曾与特定媒体合作过,仅此并不能成为剥夺其照片免遭擅自披露之一体保护的理据。〔27〕

〔19〕 CA Toulouse, 10 déc. 2002, *JCP* 2003, IV.2659; Legipresse, juin 2003, no202, III.103.

〔20〕 参见(2009)虹民一(民)初字第1935号、(2009)沪二中民一(民)终字第2743号判决书。

〔21〕 反对者认为,私人自行公开判决书,会产生二次惩罚,侵害当事人隐私或造成困扰,使之陷入长期的耻辱与蒙羞之中。本文认为,在经过适当技术处理(隐去当事人身份证号、家庭住址等个人信息)后,个人资料隐私基本可得到保护,如案件事实涉及个人隐私,当事人完全可以申请不公开审理。而败诉方这种“耻辱”或“蒙羞”不利益(如果有的话),也是法律责任的题中应有之意。所引观点参见张建文:“从判决书的私人公开看公共记录中的隐私权保护”,《甘肃政法学院学报》2012年第5期。

〔22〕 Cass. 1^{er} 3 avr. 2002, CCE, déc. 2002, comm. no158, note Lepage; D. 2002, J. 3164, note Bigot.

〔23〕 See *Stephens v. Avery*, [1988] F.S.R. 510, 518.

〔24〕 TGI Paris, 7 janv. 1998, Jurisdata no040670.

〔25〕 CA Paris, 27 janv. 1989, *JCP* 1989, II. 21325, note Agostini.

〔26〕 Cass. civ. 2^e, 1971, D. 1971, J. 263, note Edelman.

〔27〕 Von Hannover v. Germany (no. 2), *Supra* note 18, para. 111.

(二)再传播与“被遗忘权”

再传播虽原则上不构成隐私侵权,但亦有例外。这涉及到所谓的“被遗忘权”(right to be forgotten),其智识根源是法国法上的忘却权(droit à l'oubli),^[28]后者指已服刑完毕、回归社会的前罪犯有权阻止其曾被定罪和入狱之事被再次公开。^[29]当然,这不适用于重罪罪犯。^[30]英国《犯罪人再生法》(The Rehabilitation of Offenders Act 1974)同样允许(至少是轻罪)犯罪人有权让人们忘记其过去。^[31]

这种最初为前罪犯所享有的忘却权最近在欧盟又有了重大发展。2012年元月底,欧盟执委会负责司法、基本权与公民事务的专员雷丁(Viviane Reding)宣布,欧洲执委会提议创设一项新的范围广泛的私权利——“被遗忘权”。该权利系针对数字时代出现的一个紧迫问题,即网络上每个人都很难逃开自己的过去,过往一切皆会记录在案,而且信息数字化能长久无损保存记忆,这使得有着不堪经历的人很难有重新开始人生的机会。^[32]因而为了确保个人曾披露过的私密信息被人遗忘,有必要赋予个人要求他人删除与己相关数据的权利。^[33]而且,大众传媒对个人过去私生活的兴趣很多时候除了出于轰动效应和逐利之外别无其他。这种情况下,法院有必要对大众传媒的再传播行为予以限制。

被遗忘权的核心内容是:倘若权利人不希望其个人数据继续被数据控制者进行处理或存储,并且维持此种状态不存在任何正当理由,则该数据应从系统中删除。^[34]简言之,它包括后悔权(droit de repentir)与要求删除权(droit à l'effacement)。根据提案,如下情形下数据控制者可拒绝删除:其一,数据保留对于各成员国法律规定之言论自由权的行使是必要的;其二,为了新闻目的或是为了文学或艺术表达而使用或处理个人数据。^[35]尽管如此,被遗忘权仍然给言论自由带来巨大挑战。因为一方面,被遗忘权不仅针对内容的出版方,如 Facebook,而

[28] J-F Henrotte et A. Cassart, *Droit à l'oubli : Une Réponse à l'hypermnésie Numérique*, 56th UIA Conference, 1^{er} novembre 2012, no11, p. 5.

[29] 不过,针对诉讼当事人主张的忘却权,历史学家仍然可以在其研究中再次披露该人的旧事,这种权利被称为历史(叙事)权(droits de l'histoire)。V. N. Mallet-Poujol, *Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire* : Légicom, 1999/4, n° 20, p. 51.

[30] 重罪历史不能仅仅被定性为相关利害关系人的私生活。法国最高法院曾驳回杀害犯家人的以隐私权受侵犯为由提起的诉请。V. Cass. 1^{er} civ. 13 nov. 2003, *JCP* 2004. IV. 1008.

[31] S. Deakin, A. Johnston, B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th ed., Oxford University Press, p. 706.

[32] 数字记忆的永恒性也使得个体身份的再塑造变得更难,个人曾经的立场和言论,即便时过境迁,甚至已完全转变,但旁人仍认为其持旧有看法,这将导致对其个人认知的混乱。See Mayer-Schönberger, *supra* note 2, pp. 13, 103.

[33] J. Rosen, *The Right to Be Forgotten*, 64 *Stanford Law Review*, ONLINE 88, February 13, 2012.

[34] Viviane Reding, Vice President, Eur. Comm'n, *The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age 5* (Jan. 22, 2012), available at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>.

[35] Proposed Data Protection Regulation, Art. 17(3), 80.

且也针对链接到该内容的搜索引擎；^[36]而另一方面，上述免责的证明责任均由媒体或搜索引擎承担。

与被遗忘权紧密相关的是裁判文书网上公开的问题。激进者认为，裁判文书网上公开具有外部必要性（有利于普法、法学研究、裁判质量提升等）和内在正当性（审判公开原则的本质体现和内在要求），因而不公开审理之案件的判决书亦可上网。^[37]保守者认为，法庭公开审理与网络传播对当事人利益影响不同；公开审判是当事人的权利，而非法院的权力；民事纠纷为当事人私事，因而裁判文书全文上网应得到当事人同意。^[38]实际上，这两种立场的尖锐对立可定性为再传播与被遗忘权的冲突，因为裁判文书上网可被视为再传播，^[39]而数据的网络存储恰恰涉及被遗忘权的内容。

对上述争议，本文认为，第一，公开审理之民事案件的判决书原则上无需当事人同意均可上网，因为公开审理并公开宣判的判决书已对相关信息进行了首次披露，判决书上网不过是再传播，其正当性是“信息已披露”作为隐私侵权抗辩的必然后果。更何况，公开审理绝不能被定性为单纯的当事人的权利，因为对于公开审理或不公开审理，当事人的选择权极其有限，毋宁说，公开审理是强行法规定，当事人无可置喙。第二，判决书上网前应作相应的技术处理，对当事人相关隐私信息作必要遮蔽，这是当事人被遗忘权的要求。具体而言，当事人的名（不包括姓）、身份证号码、家庭住址、电话号码、财务信息等个人信息均应遮蔽。^[40]不过，技术处理应保证文书内容的连续性和完整性，以免影响对事实认定和法律适用的理解。第三，不公开审理案件的判决书原则上不应上网，尤其是涉及未成年人、性犯罪受害人的案件，以免对其造成二次伤害。第四，对于判处有期徒刑以上刑罚的被告，上网判决书原则上应原样照登，因此类重罪案件涉及明显的公益，再传播对公众的信息传递价值要比犯罪人的被遗忘权更值得维护。

三、公共事件、新闻报道及其边界

隐私侵权的第二个抗辩是公共事件，它是指涉及公共利益、民众对其有知情权的事件。因其常通过传媒以新闻形式获得传播，故该抗辩亦被称为新闻报道。公共事件传播关乎言论自由基本价值，在与隐私权冲突时，利益衡量必不可少。

[36] 例如，西班牙数据保护机构起诉谷歌，要求它删除令人难堪的报纸文章，尽管该文章在西班牙法律下是完全合法的。See P. Fleischer, *The Right to Be Forgotten, or How to Edit Your History*, *PRIVACY*...? (Jan. 29, 2012), <http://pctrfleischer.blogspot.com/2012/01/right-to-be-forgotten-orhow-to-edit.html>.

[37] 参见李友根：“裁判文书公开与当事人隐私保护”，《法学》2010年第5期。

[38] 参见黄忠：“隐私权视野下的网上公开裁判文书之限”，《北方法学》2012年第6期。

[39] 裁判文书上网或是法院将其自己制作的判决书上网，抑或是上级法院将下级法院的判决书上网。

[40] 在“杨邦德诉渣打银行(中国)有限公司隐私侵权”一案判决书(2011)沪一中民一(民)终字第957号中，清晰可见原告的姓名、出生年月日、住址、护照号码以及原告在被告任职期间的月收入 and 奖金数额。这种完全无遮蔽的网络公开，将使得当事人的相关信息永存于网络，从而违背被遗忘权的宗旨。

(一)公共事件与新闻报道

公众对公共事件享有知情权或信息利益,因而,公共事件作为隐私权侵权抗辩在各国均获肯定。美国法通常称之为具有“新闻价值”(newsworthiness)的事件。新闻价值是一个略称,而非精确描述;其重点不在相关人物先前的地位,而在于事件本身;它被宽泛地界定为“包括许多涉及公益但绝非新闻的事件,如教育和娱乐事件,涉及出生、死亡、个人英雄事件以及不幸遭遇”。^[41] 例如,刺杀福特总统未遂的西普尔(Oliver Sipple)被曝是同性恋,其隐私权主张被法院驳回,法院认定其性偏好具有新闻价值。^[42]

在法国,判例常以“新闻事件”(événement d'actualité)作为构成“公众知情权(droit à l'information)的正当理由”。^[43] 例如,媒体对亲王夫妇关于女儿宗教信仰选择的歧见予以披露,即可被新闻事件这项抗辩所支持,因为此问题涉及到利害关系人及其后代的公共宗教身份。^[44]

德国法上的相应术语是“当代历史事件”(zeitgeschichtlichen Ereignisses)或“当代事件”(Zeitgeschehen)。早期,联邦最高法院(BGH)使用前者作为图像报道的免责抗辩,要求所涉事件具有当代历史重要意义,^[45]此标准显然过严。联邦宪法法院(BverfG)在2008年2月26日夏洛琳公主案(II)的判决中对此予以澄清:公众的信息利益(Informationsinteresse)可能本身并不指向轰动事件,而是指向“当代典型状况和生活处境(zeittypischen Zuständen und Lebenslagen)”。^[46] 据此,德国联邦最高法院在2008年6月24日的“海德·西蒙尼斯(Heide-Simonis)”案判决中确认,当代历史范围不仅包括具有历史政治重要意义的进程(Vorgänge),也包括一般性的当代事件,亦即攸关一般性社会利益的一切问题,因此,海德·西蒙尼斯在参加2005年州长连任竞选失利后上街购物,被媒体拍摄并报道,此图像报道亦可援引当代历史事件的抗辩。^[47] 在稍晚的摩纳哥王孙案件中,王孙(王储继承人)日常私生活行程——参加其祖父的葬礼,被新闻媒体拍摄并报道,此报道同样被认定为指向当代历史事件,因而不构成侵权。^[48]

公共事件抗辩的焦点当然是其认定标准,其中热点议题之一是,媒体从公共记录(public record)中获取信息(主要是刑事案件)而进行的新闻报道,^[49]是否侵害他人隐私。在美国,新

[41] Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, WestGroup, 2000, p. 1296.

[42] *Sipple v. Chronicle Publ'g Co.*, 154 Cal. App. 3d 1040, 1049, 201 Cal.Rptr. 665, 670 (1984).

[43] Ch. Bigot, *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information*, *D.* 1998, Chron. 235, no17.

[44] CA Versailles, 27 juin 2002, *Legipresse dec.* 2002, no 197, III. 211, note Chupin.

[45] BGHZ 171, 275.

[46] BverfG 120, 180; NJW 2008, 1793 Tz. 86.

[47] BGHZ 177, 119, *VersR* 2008, 1268.

[48] BGHZ 180, 114, *VersR* 2009, 843.

[49] 公共记录内容和类型繁多,包括案件档案、出生、死亡、婚姻状况等记录、不动产登记以及执业许可记录等。

闻媒体报道刑事案件尺度极其宽松,哪怕新闻报道中披露强奸案件受害人姓名。^[50]至于犯罪人姓名被报道,则更无限制。^[51]而在英国,1976年《性犯罪法》(Sexual Offences Act)规定,仅仅对强奸犯罪的受害人使用匿名,而其他性犯罪如乱伦、鸡奸等不法性关系的受害人 not 享受此等保护,1991年《性犯罪法案》(Sexual Offences Act)则将这种匿名要求扩展到一切性犯罪的受害人。^[52]另外,英国的重罪罪犯不享有被遗忘权。

在法国,刑事案件被认为涉及公益,媒体原则上可如实报道。在最高法院2003年3月13日审结的一起案件中,一篇文章提出因杀婴被判死刑之罪犯可能无辜的问题,最高法院驳回了其家属隐私权受侵犯的诉求,因为利害关系人的罪责性问题是公众讨论的焦点,报道既未虚构,也无伤害其家人的故意,加之重罪历史不属于利害关系人的私生活。^[53]

在德国,公众的信息利益原则上优先于犯罪行为人的的人格保障,但报道时仍然要顾及后者最核心隐私及符合比例原则,应考虑前罪犯的再社会化以及二次报道的时间间隔。^[54]在汉堡高院2006年审理的(Sachen Springer Verlag)案件中,某位在电视剧中饰演警局局长的演员,在慕尼黑啤酒节上被拍到吸食和携带可卡因,媒体对其指名道姓地进行了图文报道,并指其曾有携带麻醉品之违法行为的前科,并报道其受审情况,汉堡法院以涉及人格权侵权为由禁止该期报纸出版。^[55]此案最终提交到欧洲人权法院,后者于2012年2月7日对此案作出判决,判定该禁令不应适用,因为在该演员的拘捕和审判一事上存在公众的信息利益,媒体获取信息的方式与渠道完全合法。^[56]

在我国,刑事侦查阶段的犯罪新闻报道,一方面严重受制于侦查机关的单方意志,另一方面并不注重对犯罪嫌疑人的人格权保护。^[57]而在法院作出有罪判决后,媒体仍采用匿名报道形式的情形却并不少见。^[58]基于比较法上的一般经验,我国应确立如下一般原则,刑事案件涉及公益,故刑事案件被告原则上不享有被匿名报道的隐私权,但侦查阶段犯罪嫌疑人应享有报道匿名的权利,另外,性犯罪的受害人享有此权利。

最后需强调,公共事件以传统媒介(纸媒、电媒)传播为主,但该抗辩同样适用于更原始的传播方式(传单、布告等),也适用于更现代的传媒如网媒及自媒体(微博、微信等),因为该抗辩最具决定性的是相关信息的公益相关性,而非传播载体或方式。

[50] 美国最高法院认为,各州不得通过限制媒体传播其合法取得的、真实但令人不快的信息(诸如强奸案件受害人的姓名)的法律。See *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989).

[51] 美国不存在被遗忘权一说。公开某人的犯罪历史受到宪法第一修正案的保护。例如,两德国人曾被法院判定谋杀了一著名演员,维基百科收录此事,前者要求后者删除但遭拒绝。See John Schwartz, *Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent*, N.Y. TIMES, Nov. 12, 2009, at A13.

[52] S. Deakin, A. Johnston, B. Markesinis, *Supra* note 31, p. 707.

[53] Cass. 1^{er} civ. 13 nov. 2003, *JCP* 2004. IV. 1008.

[54] 王泽鉴:《人格权法》,北京大学出版社2013年版,页369。

[55] OLG Hamburg vom 21.3.2006, 7 U 131 / 05, Beck RS 2010, 21732.

[56] EGMR vom 7. 2. 2012 zur Beschwerde Nr. 39954 / 08.

[57] 周长军:“刑事侦查阶段的犯罪新闻报道及其限制”,《中外法学》2005年第6期。

[58] 虞继光、倪承英:“报纸犯罪报道匿名状况的法理思考”,《新闻界》2012年第12期。

(二) 言论自由的边界

以公共事件为基点,可展现出如下言论自由权:采访自由——→新闻报道自由(表达自由)——→信息传播自由——→信息获取自由(信息利益)——→(个体意见)表达自由——→公共意见的形塑。不当抑制任一环节,均会损害言论自由,^[59]但它们也可能侵害个人隐私。

首先,新闻采访若采用跟踪、追拍等方式多半会侵犯他人私生活。尤其是在英国王妃戴安娜 1997 年因狗仔队跟拍而在巴黎因车祸罹难后,即存在一个国际趋势,对于抵近、跟拍拍摄行为,倾向于严厉制裁。^[60] 一如英美法对骚扰(harassment)的防治。

同样,我国台湾地区“社会秩序维护法”第 89 条第 2 款规定,无正当理由,跟追他人,经劝阻不听者,处新台币三千元以下罚鍰或申诫。“司法院”释字第 689 号解释对该规定的“合宪性”予以确认,但同时指出,“新闻采访者于有事实足以认为特定事件属大众所关切并具一定公益性之事务,而具有新闻价值,如须以跟追方式进行采访,其跟追倘依社会通念认为非不能容忍者,即具有正当理由”。本文认为,此解释明确如下立场:仅对公共事件相关人物可跟追采访,而对于下文所述公众人物日常生活无权跟追,简言之,须因“事”,而非因“人”。据此,系争人员系企业高管及其曾为演艺人员之新婚夫人,虽均为公众人物,但并无涉公共事件,故媒体不得对其抵近跟拍拍摄。反例则是文首所提,香港特首候选人违建风波,由于事关政治领域公共事件,^[61]关涉重大公益,故无论蹲点守候,抑或高空远距拍摄,均非不法。

其次,新闻报道纵使涉及公共事件,亦有范围不当可能。法国最高法院在 2003 年 4 月 23 日审结的一起案件中,维持了上诉法院的如下判定,“若说配偶一方(亲王)的出轨构成一个新闻事件、周刊可正当报道的话,则周刊封面标题《受到羞辱的王妃:决裂还是原谅》,以及内文中王妃受冒犯后大吵大闹等表达,则构成了对读者知情而言不必要的推演,偏离了新闻目标”。^[62]

再次,艺术自由(Kunstfreiheit)亦属广义上言论自由,但相对于新闻报道,其受限更多。德国联邦最高法院 2008 年审结的一起案件中,判决作家马克西姆(Maxim Biller)创作的小说《Esra》侵犯到他人(其同居前女友及其母亲)人格权,并禁止其出版发行。^[63] 该小说通过展现极私密的可信细节对女原告进行了塑造,外人也能识别出她,从而丧失了小说固有的虚构性。联邦宪法法院就此还提出两条著名标准:“塑造的形象与原型越吻合,对人格权的侵犯就

[59] 采访自由是新闻自由的重要内容。张新宝,见前注[6],页 120。另,2011 年 7 月 29 日我国台湾地区“司法院”释字第 689 号解释首次将新闻自由列入“宪法”第 11 条言论自由保护范围,并扩及新闻采访行为。王泽鉴,见前注[54],页 369。

[60] *Juergen von Gerlach*, Die neuere Entwicklung des Persönlichkeitsrechts, *VersR* 2012, S. 283.

[61] 我国香港地区《个人资料(私隐)保护条例》第 61 条第(1)、(2)款规定,为新闻目的而搜集和披露个人资料享有侵权豁免;第(3)款还对“新闻活动”进行了极其宽泛的界定。

[62] *Cass. 1^{re}*, 23 avr. 2003, *D nov.* 2003, J. 1854, note Bigot.

[63] *BGH VersR* 2005, 1403, *NJW* 2005, 2844.

越严重,艺术家的描述越是触及人格权受保护的领域,则虚构性须越强。”〔64〕

法国立场与之相仿。在法国最高法院2003年7月9日审结的一起案件中,X先生与其两个孩子神秘失踪,《费加罗文学》(Le Figaro littéraire)拟分四期刊登连载小说,名为《X博士的真实小说》。法国最高法院指出,以连载小说的形式侵犯F和L私生活的信息传播,不属于新闻权或作家对公开调查事务的评论权,“小说作品的作者相对于新闻工作者,须对他人私生活保持更大的尊重”。〔65〕

我国也有类似争议,电影《秋菊打官司》在影片拍摄时,将现场卖棉花糖的公民贾桂花(脸上有麻子)摄入并播出,造成后者困扰。〔66〕对于此类艺术作品涉及他人隐私的情形,理应适用与德法相同的处理原则,即艺术作品形象应与生活原型保持适当距离,不得借艺术之名影射或披露他人隐私。

另外,讽刺作品亦可纳入言论自由范畴。在德国,讽刺表达(satirische Einkleidung)比思想内核(Aussagekern)受到更大的保护,因为讽刺固有地要运用异化手段对人物进行扭曲和夸张,达到引人发笑的目的。〔67〕在索默(Ron Sommer)案中,〔68〕德国联邦宪法法院指出,肖像应独立于其配文单独评价,联邦最高法院应审查此种图像扭曲是技术处理之必需,还是“恶意操纵(manipuliert)”。〔69〕同样,欧洲人权法院对于讽刺作品也持较宽容立场。在其2009年审结的Bodroziet Vujan c. Serbia案中,它在重申了表达自由的重要性后指出:文章只是借助反讽批评塞尔维亚内国法院的判决,而后者本身涉及公共事件。〔70〕

最后,相比文字报道,图像报道更易侵犯他人隐私,故所受限制更大。在德国,图像报道原则上需要肖像本人同意(《艺术品著作权法》(KunstUrhG)第22条),而文字报道并无此规定。2010年德国联邦宪法法院在一个判决中宣告,在利害关系人的文字报道场合,人格权的保护比在图像报道场合小得多。〔71〕联邦最高法院不久之后在两个判决中也追随这一立场。〔72〕同样,在法国2004年的一起案件中,《巴黎竞赛》(Paris-Match)在一篇探讨道路事故的文章中,配发了一张血污斑斑的年轻人的尸体照片,并指出其死于轻便摩托驾驶途中。最高法院判定该杂志侵犯隐私时强调,“知情权行使应尊重个人权利,该杂志发布图片时未采取匿名预防措施,被告不能援引切题图示必要性的抗辩”。〔73〕

在我国也有类似争议。2010年冬季,《无锡日报》头条《今冬第一场雪》报道该市今冬第一场

〔64〕 BverGE 30, 173 (188 ff.).

〔65〕 Cass. civ. 1^{re}, 9 juill. 2003, CCE nov. 2003, comm. n°115, note Lepage; JCP 2003, II. 10139, note Ravanas.

〔66〕 张新宝,见前注〔6〕,页132。

〔67〕 Gerda Müller, Der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht, VersR 2008, S. 1144.

〔68〕 BGHZ 156, 206, VersR 2004, 205.

〔69〕 BverfG VersR 2006, 850, NJW 2005, 3271.

〔70〕 Bodrozit et Vujan c. Serbia, CEDH, 23 juin 2009, par N. HERVIEU.

〔71〕 BverfG NJW 2011, 740.

〔72〕 BGHZ 187, 200; VersR 2011, 130; NJW 2011, 744 und VersR 2011, 127; NJW 2011, 746.

〔73〕 Cass. civ. 2^e, 4 nov. 2004, Le Dalloz, 2005-03-10, n° 10, p. 696, observations I. CORPART.

雪,配图是一对男女在雪地挽手前行,不料引发两人婚外恋关系曝光,该男欲行起诉维护隐私。^[74] 本案结论并非一目了然。首先,应然意义上,未经本人允许不得对其摄像和发布照片;其次,本地首场雪可算是新闻事件,但婚外情事以及二人肖像亦属个人隐私;再次,若某人肖像为风景的一部分,则可辩称为合理使用,但本案中二人肖像过于突出,形同特写,已非风景之一部分可以解释;最后,常人相比公众人物,其肖像隐私保护更强,因此并非身在公共场所,他人即可随意拍摄并公布照片。假设被拍者是合法情侣,他们同样可就肖像隐私权被侵犯而维权。

总之,公共事件(新闻事件)作为隐私侵权抗辩系国际通例,公共记录中刑事案件原则上无须被匿名报道,但性犯罪受害人及未成年人应受特殊保护。同时应注意:在无涉公共事件时不得采取跟拍方式采访拍摄,新闻事件注意报道范围,毋肆意引申推演,艺术作品不得影射或披露他人隐私,讽刺作品应分析夸张和扭曲是否为技术上所必需。一言以蔽之,新闻报道作为抗辩应严肃认真地、有针对性地讨论涉及公益之事,有助于有关此事的公共讨论。

四、公众人物与图像报道

在公共事件阙如的场合,还可能存在公众人物抗辩。公众人物的私生活兼具私人性和公共性,因此,即便其日常私生活构不成公共事件,亦可被媒体合法报道。不过,媒体报道可介入私生活的范围及程度是问题的焦点,尤其在图像报道时,其合法边界更难确定。

(一)公众人物私生活的二重性及其界分

公众人物,泛指具有社会知名度、在公共生活中发挥作用的一切个人,^[75]既包括政治人物,也包括经济、科学、文化、艺术等社会各行业菁英。^[76] 公众人物作为隐私权侵权抗辩,系比较法上之常见立法例。在美国,“公众人物(public figure)”,初为诽谤侵权之抗辩,^[77]后在理论上被认为亦可运用于隐私侵权案件,^[78]实践中,公众人物因具有更低的合理隐私期待等原因,^[79]其受保护的隐私范围比常人狭窄。^[80]

[74] 张建波:“记者拍雪景意外曝光市民地下情,当事人欲告侵权”,载《扬子晚报》2010年12月21日第27版。

[75] A. v. B. plc., EWCA Civ 337 (2002).

[76] 公众人物广义上还包括因突发新闻事件而出名的非自愿公众人物,由于其本质上与前文公共事件相连,故本节讨论不包括此类人。

[77] 对于公众人物的诽谤侵权仅在行为人对虚假陈述有“真实恶意”时方成立。See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 283 (1964).

[78] See Mark A. Franklin & David A. Anderson, *Mass Media Law*, 5th ed. West, 1995, p. 357.

[79] 合理的隐私期待(reasonable expectation of privacy),原系美国法上的术语。早在1969年 *Pearson v. Dodd*, 410 F.2d 701, 705 (D.C. Cir. 1969)一案中,法院就开始使用此种表达。英国是从 *Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd.*(UKHL 22(2004))案开始运用它。欧洲人权法院则是在新世纪初多个判决中予以运用。

[80] See Jamie E. Nordhaus, *Celebrities' Rights to Privacy: How Far Should the Paparazzi Be Allowed to Go?*, Vol.18:2, *The Review of Litigation*, 289 (1999).

在法国,同样存在“公众人物(personnage public)”或“名人(célébrité)”的概念,大量的事实判决依据当事人的知名度(notoriété)而缩小了其私生活核心范围。〔81〕公共活动或公众人物的概念,使得某些个体的私人信息具有了公共性。〔82〕

德国联邦最高法院起初采用“当代历史绝对人物”和“当代历史相对人物”(absolute/relative Personen der Zeitgeschichte)的概念,但此二分法遭到欧洲人权法院否决,〔83〕不得不退出历史舞台,〔84〕如今前者沿袭后者做法,采用“公众人物(Person des öffentlichen Lebens)”的概念。对于公众人物,“相对于其他人,可在更大的范围内被报道”。〔85〕

欧洲人权法院同样重视公众人物的概念,在其2012年审结的“夏洛琳诉德国案(II)”中,原告滑雪度假时与丈夫散步的照片被八卦媒体拍摄和公开,欧洲人权法院指出:即便不考虑夏洛琳是否以及多大程度上承担代表摩纳哥公国这个问题,也不能说大众熟悉的夏洛琳是一个普通私个体;相反,她必须被视为公众人物。〔86〕

而在我国,出现“公众人物”抗辩的隐私权案仅有两例,分别是张学忠诉杨景华侵犯名誉权、隐私权案,以及刘艳诉南方都市报案。〔87〕在前一案中,被告撰文《张作霖有九儿子吗》,质疑原告自称为张作霖第九子的说辞,致后者成讼。法院指出,公众人物的某些个人信息已经成为历史的一部分,不受隐私权保护,张作霖作为一个历史上的知名人物,其家史不应限制他人研究、评论及质疑。〔88〕

在后一案中,南方都市报记者汪万里在该报上发表一篇“‘人造美女’想嫁整容医生”的文章,并配有原告照片,原告指称该文存在虚构,且不当泄露其个人隐私,还侵犯其肖像权。二审法院指出,“新闻媒体有权发表、出版有新闻价值的信息,但不得侵犯他人的合法权益,其中包括名誉权、隐私权、肖像权。刘艳是一名普通公民,而非公众人物,故对其名誉权、隐私权、肖像权的保护应当从严。”〔89〕

上述两例表明,我国司法实践对于公众人物抗辩已有所了解,但也存在如下不足:第一,数量少,迄今为止仅有2例;第二,缺乏被告主动提起的案例,上述两例均由法院主动提及公众人物;第三,判决阐述不足,未说明公众人物认定标准,未解释公众人物作为抗辩的理由,更未厘清公众人物私生活的纯粹私人性与公共性的界限。

公众人物作为隐私侵权抗辩的正当性基础在于:第一,公众人物中的公职人员是公权力的

〔81〕 Ch. Bigot, Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, D. 1998, Chron. 235, no16 et 17.

〔82〕 Cass. civ. 1^{re}, 20 oct. 1993, Bull. civ. I, no295.

〔83〕 EGMR NJW 2004, 2647.

〔84〕 Steffen, in Greiner u. a. (Hrsg.), Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag 2009, S. 575.

〔85〕 Juergen von Gerlach, a.a.O., S. 281.

〔86〕 Von Hannover v. Germany (no. 2), Supra note 18, para. 120.

〔87〕 参见魏永征、张鸿霞:“考察‘公众人物’在中国大众媒介诽谤案件中的应用”,载徐迅主编:《新闻(媒体)侵权研究新论》,法律出版社2009年版,页232—234。

〔88〕 王野蛟:“沈阳再审‘张作霖第九子’案”,载《北京日报》2004年2月25日,第11版。

〔89〕 参见(2005)中法民一终字第1003号判决书。

行使者,关涉公众福祉,因而要接受公众的“围观”和监督,充分的信息披露自不可或缺。第二,公众人物是公众关注的受益者。^[90] 受益和被关注的“负担”,二者共相依存。第三,公众人物是公众注意力的主动招揽者,当然应降低隐私保护期待。第四,公众人物常作为榜样和典范,其相关信息的披露有益于公共议题的讨论和社会正确价值观的形塑。

但是,公众人物私生活并非一概不予保护,毋宁说例外才不保护,是否保护关键要看其私生活涉及纯粹私益还是也兼涉公益。例如,在卡洛琳诉德国案(I)中,卡洛琳公主及其家人散步、泛舟等照片被德国八卦杂志偷拍并发表,欧洲人权法院认为:有关其家庭生活的各类照片属于其私生活的范畴,其时她并未履行官方职能,大众对其私生活中的地点轨迹(即使是公众场所)或者她通常如何行事,并无任何正当知情利益,这里决定性的因素是,相关信息对于引发总体利益的讨论无任何促进作用。^[91]

而对于政治人物的私生活而言,其纯粹私人性和公共性的界分标准具体化为:相关信息与其履行公职的能力和操守是否有关。例如,在2009年“《标准报》诉奥地利案”(Standard Verlags GmbH v. Austria)一案中,《标准报》发表总统妻子移情别恋的传闻,并配发总统夫妇背向而视的照片,奥地利法院认为,即便是散播传言,若给人以些许真实的印象,则也可能违反《奥地利媒体法》(Mediengesetz)第7条。^[92] 欧洲人权法院在其判决中指出:政治人物私生活应否披露,取决于该信息对于与其履行公职的相关讨论是否有助益,在本案中该问题结论为否。^[93] 可见,公众人物并非绝对抗辩,当其私生活为纯粹私人性时,法律应予保护。

(二)文字报道与图像报道

对公众人物的报道常以图像报道形式出现,因为名人照片对受众的吸引力绝非文字报道可比拟。^[94] 我国法将肖像权独立于隐私权,但大多数国家都将肖像纳入隐私保护,而且往往提供更强的保护。

在美国,肖像(likeness)同属隐私权和公开权(right of publicity)的内容。《侵权法第二次重述》承认,认可肖像隐私的首要原因是个人感觉和情感痛苦。^[95] 在英国2008年具有里程碑意义的案件“莫斯利案(Mosley case)”中,^[96]伊迪(Eady)法官特别讨论了视觉影像在隐私案件中的意义:即使某些案件中不法事实的披露有正当性,但并不必然意味着,相关细节照片

[90] 张新宝,见前注[6],页99。

[91] Von Hannover v. Germany (no. 1), Application no. 59320/00, ECHR, 24/6/2004, para. 61-63, 74-76.

[92] 该法第7条规定:如果以很可能损害到他人的方式谈论或描述“绝对私人生活范围(höchstpersönliche Lebensbereich)”时,受害人有权求偿权。

[93] Standard Verlags GmbH v. Austria (no. 2), Applications nos. 21277/05, ECHR, 04/06/2009, para. 52.

[94] “公众人物”最早进入中国法律文书便是肖像权案件,且在全部20例提及公众人物概念的判决书中,有9起涉及肖像权案件。魏永征、张鸿霞,见前注[87],页235。

[95] Dan B. Dobbs, *Supra* note 41, p. 1198.

[96] 该案中,莫斯利与5名妓女在其寓所举行性派对,被其中1名妓女偷拍,视频后来由世界新闻集团网站披露。

都有必要公开。^[97]此原则为英国判例法所公认。^[98]

在法国,肖像权(droit à l'image)由判例创设,其背景是公众人物常遭到媒体人蹲守拍摄。^[99]判例确认:“每个人对其肖像及其利用都有排他权,未经同意不得传播。”^[100]同时,同意拍摄不等于同意发布照片,对授权同意的范围采严格解释。^[101]法国最高法院一再强调:不尊重“利害关系人给予授权之目的”的摄影照片的发布,是对他人私生活的不尊重。^[102]在德国,肖像权(Rchte am eigenen Bild)主要受《艺术品著作权法》保护,肖像发布始终需要特殊的正当事由,而文字报道并非如此,决定性因素是文字报道的内容。^[103]

两大法系对于文字报道和图像报道给予普遍性的差异对待,其理由在于:肖像系个人最主要特质之一,并藉此区别于他人,故保护肖像是人格发展的本质内容,个人原则上有权拒绝他人擅自发布其肖像。^[104]

事实上,肖像之上寄托多重权利,既有作为人格权的肖像权,又有作为知识产权的肖像著作权。^[105]同时,肖像之公开或使用,还可能侵犯其他人格权,例如被公开之肖像中包含个人隐私利益时,即侵犯隐私权;肖像用于色情广告时则侵犯他人名誉权。^[106]当然,二者还是有区别的,在侵犯肖像隐私时,^[107]隐私为该肖像所固有的内容和属性,隐私和肖像不可分割;而在使用肖像侵犯名誉权时,大多数属于使用场合或方式不当。此时,“侵权性”源于更外围的情势。

还有学者主张肖像之上存在一种介于人格权和知识产权之间的、独立的形象权。^[108]从形象权的英文“right of publicity”来源看,此形象权与前述公开权实为同一术语的不同翻译,只不过我国有学者将其外延扩张从而将“虚构角色形象”也纳入其内。^[109]按《布莱克法律词典》之释义,所谓公开权,是指“个人对其姓名、图片或肖像之使用加以控制、并阻止他人未经同

[97] Mosley v. News Group, [2008] EWHC 1777 (QB); [2008] E.M.L.R. 20 at [16].

[98] Angus McLean, Claire Mackey, Mosley v. News Group Newspapers Ltd; how sadomasochism changed the face of privacy law, *E.I.P.R.*, 2010, 32(2), p. 79.

[99] N. Mallet-Poujol, *Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire*, thèse préc., n° 20, p. 10.

[100] CA Paris, 14 mai 1975, D. 1976, J. 291, note Lindon.

[101] N. Mallet-Poujol, *Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire*, thèse préc., n° 23, p. 11.

[102] Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Bull. civ.*, I, no167.

[103] *Juergen von Gerlach*, a.a.O., S. 284.

[104] *Von Hannover v. Germany* (no. 2), *Supra* note 18, para. 96.

[105] 参见程啸、杨明宇:“肖像权与肖像作品著作权冲突的研究”,《四川大学学报》2000年第3期。

[106] 王泽鉴,见前注[54],页140。其实,不仅是商业广告,未经同意使用他人肖像用于公益广告(如艾滋病防治宣传等),以及恶意使用他人照片(如将他人照片倒悬于厕所)的行为,也可能侵犯他人名誉权。

[107] 肖像权和隐私权的关系非常清晰:肖像未必包含隐私,隐私未必体现为肖像。因此,侵权肖像权未必会侵犯隐私权,同时侵犯隐私权也未必会侵犯肖像权。但二者存在交叉、竞合的可能。

[108] 参见董炳和:“论形象权”,《法律科学》1998年第4期。

[109] 参见吴汉东:“形象的商品化与商品化的形象权”,《法学》2004年第10期。

意而为商业利用的权利”。^[110] 如此,很容易将狭义的肖像权(肖像公开权、形象权)与(肖像)隐私权区分开来,前者重在禁止他人擅用肖像并牟利,后者则仍具有隐私权的本质共性,即肖像本人有意隐匿、不愿公之于众的私人肖像。

在《侵权责任法》颁布实施前的二十年间,关于肖像权的最主要法律规定是《民法通则》第100条的规定:公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。长期的司法实践几乎也一致要求,肖像权侵权须以营利为目的。对照上文分析可知,《民法通则》的这条规定实际上将肖像权窄化为“肖像公开权”,而未将肖像隐私权纳入到该条保护,明显对肖像隐私保护极为不利。学界主张取消“以营利为目的”这一限定条件的呼声始终存在。^[111]

由于《侵权责任法》第2条只是重申了肖像权作为一项独立民事权利的立场,并未对肖像权的侵权构成作新规定,因而《民法通则》第100条(“以营利为目的”之限定)仍然有效。然而,我们完全可以通过法律解释,将现行法上的“肖像权”限缩为肖像公开权。同时,利用《侵权责任法》第2条将隐私权确立为一项独立民事权利的契机,将那些涉及私密信息的肖像纳入隐私权保护的范畴,这在解释学的层面并无任何困难和障碍。因为如前所述,隐私的范围本身就将文字、信息、图像、视频以及私生活安宁等极其广泛的内容囊括在内。因此,在涉及他人肖像使用时,一方面要判定是否存在以营利为目的、侵犯肖像公开权的行为,另一方面,也要判定是否存在不以营利为目的、但非法获取或使用了他人不愿为公众所知悉的私人影像从而侵犯其肖像隐私权的行为。

值得强调的是,在对侵犯肖像隐私权作评判时,应采取严厉的标准,因为我们应推定,每个人都不愿自己的肖像被他人任意接近、获取、公开和/或使用,这既是肖像作为本人最重要特质之体现的必然要求,也是自我人格发展和私生活安宁的固有内涵。因此,应借鉴比较法上的共同经验,确立如下原则:一切传布他人肖像的行为原则上均需肖像本人的授权,除非有法定抗辩。主要抗辩如下所述:

首先,肖像图片本身表现了公共事件。例如,德国《艺术品著作权法》第23条第1款第3项规定的“参与集会游行及其他类似活动之人的肖像”,公布该照片可不经本人同意。法国亦有类似抗辩,当然,此时不应有特写镜头,肖像本人不应被轻易识别。^[112] 我国也有相关案例。2004年,刘翔因《精品购物指南》封面采用自己跨栏镜头的图片,以侵犯肖像权为由将后者告上法庭。一审法院认为,刘翔跨栏图片属于重要新闻事件范畴,被告在回顾性新闻报道中使用刘翔在公共领域中肖像的行为,不构成侵权。^[113] 本案虽属于肖像公开权(非肖像隐私权)之争,但新闻事件作为抗辩的意义并无二致。另外,在王海洋诉广东《希望》杂志社一案中,法院指出,“法律规定了在一些特殊情况下可以不经肖像权人同意而使用他人肖像,如公众人物、新

[110] Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, seventh Edition, WestGroup, 1999, p.1325.

[111] 参见张红:“‘以营利为目的’与肖像权侵权责任认定”,《比较法研究》2012年第3期。

[112] TGI Nanterre, 5 octobre 1999.

[113] 范静:“奥运冠军刘翔诉北京媒体侵犯肖像权案败诉”,载“中国法院网”:<http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=162863>,最后访问日期:2013年5月3日。

闻报道、涉及公共利益或司法等有关的情形,但本案所涉肖像并不存在上述情形。”^[114]此例从反面表明,法院对因新闻事件而使用他人肖像的抗辩有所体认。

其次,本身无涉公共事件的肖像作为文字报道的配图。该抗辩适用最常见情形是“公众人物私生活照片+相关文字报道”(图文报道)。它包含两项要求:第一,文字报道含重要信息价值。先看两个反面例证。在2008年德国克里斯蒂杨森(Sabine Christiansen)案中,系争照片显示电视女主持人在马略卡岛(Mallorca)上购物,配文是:“德国电视一台女主持人与其女佣在渔村购物……那里有她的庄园。”德国联邦最高法院认为,该文字消息内容极其寒酸,作为开启涉公益论题的资格并不足够,故禁止该照片被发布。^[115]

同样,在2006年于震环诉嘉年华一案中,于震环作为我国发现的第一个毛孩,在嘉年华游乐园游玩时,被园方拍照并上传至后者网站上,引发肖像权争议;嘉年华主张前者“从出生开始就是名人”,故可公开其照片;而法院认定,嘉年华照片使用具有营利性,故肖像侵权成立。^[116]本案中,公众人物度假游玩显属个人私生活范畴,相关照片本身并无任何重要信息,同时,配文仅出于商业宣传目的,并无信息价值,故抗辩不成立。

正面例证则是著名的夏洛琳案(II)。《明镜女性周刊》(Frau im Spiegel)刊登原告的第一张照片是她与其丈夫滑雪度假时的散步照片,照片配文提到其父亲雷尼尔三世(Ranier)亲王健康不佳。德国法院以亲王健康变化属当代历史事件,而系争照片与该事件具有相关性而认定抗辩成立。^[117]此案后来由夏洛琳提交到欧洲人权法院,后者在驳回原告诉请时指出,报纸所刊登的照片,在配文背景下,至少某种程度上对于公共利益的讨论是有意义的。^[118]比较夏洛琳案(I)和(II)可知,同样是私生活照片,但(II)中配有其父王健康的几句评论,结果两样。另外,法国判例亦表明,肖像配文的信息价值亦具有决定性意义。^[119]

其次,肖像和文字报道之间存在关联性和相符性。《明镜女性周刊》发布的第三张夏洛琳照片,是其在奥地利祖尔斯(Zürs)的架空滑车上的游玩照片,配文主题是玫瑰舞会(rose ball)即将在摩纳哥举行。德国联邦最高法院指出,玫瑰舞会的举办或被视为当代历史事件,但该照片和此事无相关性,故抗辩不成立。^[120]显然,若配文报道只是为了给发布名人肖像提供一个由头(Anlass),而未展现出其对公众意见形塑的助益,则肖像发布利益不得优先于人格保护。^[121]不仅图文之间要有联系,而且这种联系应是自然的、直接的联系,配文不得曲解图片

[114] 参见(2001)深中法民终字第2513号判决书。

[115] BGH vom 1.7.2008, VI ZR 243/06.

[116] 新华网:“毛孩‘于震环状告嘉年华侵犯肖像权案终审宣判”,网址:http://news.xinhuanet.com/legal/2006-11/07/content_5300971.htm,最后访问日期:2013年5月4日。

[117] BGHZ 171, 275, VersR 2007, 957.

[118] Von Hannover v. Germany (no. 2)判决书, *Supra* note 18, para. 118.

[119] 某政党网站上刊载某孩童照片,并配文:“作为仇恨之人质的孩童”;巴黎上诉法院认为,公众知情权和选战的游戏规则,并未授权政党为文宣目的就可未经他人同意使用其肖像,尤其是文字说明极其无价值时。V. CA Paris, 6 nov. 2002, CCE mars 2003, comm. no32, note Lepage.

[120] Von Hannover v. Germany (no. 2), *Supra* note 18, para. 37.

[121] Gerda Müller, a.a.O., S. 1147.

主题。^[122] 例如,几个年轻人参加同性恋集会游行的照片,不得用于论证民事紧密关系(PACS)的文章中,虽二者多少有点联系,但并无直接相关性。^[123]

同样,在刘翔诉《精品购物指南》案中,二审法院改判后者败诉,理由是“精品报社在千期专刊的整体封面设计中,使刘翔肖像与购物节广告产生一定的广告性质的关联性,从而使社会公众产生‘刘翔为中友公司购物节做广告’之有合理根据的误解”。^[124] 换言之,刘翔肖像与被告诉称的文字新闻报道之间的关联性并不明确,相反,与广告节活动的关联性却非常显著,故被告关于肖像系新闻报道配图的抗辩不能成立。

综上所述,在无公共事件场合,公众人物亦有资格作为隐私侵权抗辩,^[125] 公众人物私生活的公开究竟有无正当性,端看此种公开是否有助于公共议题的讨论,实际上就是其内含的公共利益多寡程度;若公众人物与公共事件交织时(现实情况往往如此),行为人可同时主张这两项抗辩,法院应分别予以检视,此时公共利益的量自然会叠加而升高。另外,图像报道要求比文字报道更为严格,在图文综合报道场合,若图像本身并不包含涉公共利益的信息,则文字报道的信息价值至关重要,此时,判断标准仍然是公共利益的多寡程度。

五、公共利益的定位及利益衡量标准

无论是公共事件还是公众人物,实际上都是公共利益的具象和载体。但公共利益本身却不宜作为隐私侵权的具体抗辩,因为一方面,它具有基础性和普遍性,与公共事件和公众人物的位阶关系不同,将这三者并列明显逻辑错位;另一方面,公共利益具有抽象性和不确定性,若无负载于某一具体的抗辩之上,则适用时将太过空泛和随意,也会架空其他抗辩。退一步说,即便要将公共利益与公共事件、公共人物并列作为抗辩,也应当表述成“其他涉及公共利益的情形”,即将其定位为兜底条款。

公共利益不是抗辩,但却是真实叙事合法入侵他人隐私的深层理由,是具体抗辩在个案中是否成立的内在标准和尺度。须附带一提的是,有学者将公众兴趣和公共利益并列,^[126] 或者提出“正当的公众兴趣”的表达。^[127] 本文认为,无论是公众兴趣还是正当的公众兴趣,均非合法触及私益的真正理由。首先,正当的公众兴趣,应该是对“legitimate public interest”的译译,该英文表达常与“legitimate public concern”混用,故译为“公众的合理关切”更妥当,公众

[122] CA Paris, 27 sept. 2001, CCE janv. 2002, comm. no15, note Lepage.

[123] CA Versailles, 31 janv. 2002.

[124] 王文波:“刘翔肖像权案终审改判,《精品购物指南》败诉”,载“中国法院网”,网址:<http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=189240>,最后访问日期:2013年5月3日。

[125] 就此而言,公众人物的概念只是承担公共利益的收纳功能(Auffangfunktion)。Vgl., Juergen von Gerlach, a.a.O., S. 281.

[126] “抗辩事由主要是公众人物和公众兴趣”。王利明,见前注[4],页508。

[127] 杨立新:《中国人格权立法报告》,知识产权出版社2005年版,页525。

关切(利害关系)体现社会利益,公众兴趣则重在对象有趣。^[128]若说公众兴趣能够使得隐私利益被合法侵犯,实际上归根到底还是因为这种兴趣蕴含了公共利益。其次,“合理的公众兴趣”即便存在,也完全可被“新闻价值”或“公共利益”所吸收。“若某个私人的行为与公众的合理关切(legitimate public interest)存在‘逻辑关联’时,公共利益抗辩就会被认定。”^[129]最后,公共事件和公众人物都着眼于信息客体,而公众兴趣着眼于信息受体(知情权亦如是),它们若并列,则分类标准不统一,逻辑关系重叠混乱。总之,“正当的公众兴趣”不应与公共利益并立,它无论是作为具体抗辩,还是作为抗辩的深层理由,都难谓适格。

进言之,“公共利益”是政治国家和市民社会、管制与自由的分水岭,是公权力介入私权利的唯一正当性基础,它存在于一切部门法中。具体到隐私侵权领域,对任何个体隐私权的干涉,只有当它有利于更开放的社会或是获得更大的善时,才是正当的;换言之,只有当私人信息的公开包含公共利益,且这种公益超过了个人隐私权之私益时,这种公开方谓正当。而且,两种利益之间是一种动态比较关系。一则报道对公众的信息价值越大,利害关系人的隐私保护利益即须退让越多,反之亦然。究竟谁占上风,只能诉诸个案利益衡量。尽管利益衡量并无一般性结论,但以下考量因素值得重视。

第一,信息主题。“总体利益不仅存在于政治议题或犯罪议题,也存在于有关体育议题或艺术展示等议题。”^[130]当然,这些不同主题所蕴含的总体利益在“量”上理应不同。

第二,利害关系人的职务承担及知名程度。首先,公职人员尤其是政治人物,其相关活动通常有最高信息利益。“报道牺牲者(Berichtsofper)担任何职,具有重要意义。”^[131]其次,公众人物还包括名人,如明星或运动员。卡洛琳即被欧洲人权法院归入到这个中间群体(mittlere Gruppe),这意味着其日常生活也可能有信息利益。名人的私下行止也应受到公众的监督审查。^[132]而且,不同知名度决定了不同的公共利益之“量”。德国联邦最高法院认为,即便是当代历史人物,在利益衡量时,也必须考虑其知名程度。^[133]

第三,侵害方式。例如,照片是否在本人不知情或被欺骗、或者其他不法方式(如骚扰式跟踪)下被拍摄。法官通常会禁止偷拍照片的传布,如远距摄像机拍摄的照片。^[134]在自家房门或墙壁上私自安装摄像头,若“拍摄区域与他人日常生活密切相关”,则也构成隐私侵权。^[135]

[128] 欧洲人权法院一直强调在公共利益(public interest)和公众兴趣(what the public are interested in)之间进行区分,后者不可成为入侵公众人物私生活的正当理由。See S. Foster, The public interest in the private lives of public figures and the European Court of Human Rights, *Coventry Law Journal*, 109 (2012).

[129] See *Campbell v. Seabury Press*, 614 F.2d 395 (5th Cir. 1980); see also *Gilbert v. Medical Economics Co.*, 665 F.2d 305 (10th Cir. 1981).

[130] *Von Hannover v. Germany* (no. 2), *Supra* note 18, para. 109.

[131] *Juergen von Gerlach*, a.a.O., S. 282.

[132] *Gerda Müller*, a.a.O., S. 1146.

[133] *Von Hannover v. Germany* (no. 2), *Supra* note 18, para. 33.

[134] Cass. civ 1^{re}, 23 avr. 2003, Bull. civ. I, no 98; D. 2003, J. 1854, note Bigot.

[135] 参见(2011)沪一中民一(民)终字第288号判决书。

当然,影像是在申请人不知情时拍摄并不必然意味着是不利于申请人的偷拍。^[136]

第四,侵害领域。若闯入某人的私生活,例如闯入度假场所或侵入家庭私密范围(häuslichen Intimbereich)而拍摄的照片,则法院会立即认定存在侵害。^[137]如前所述,奥地利法有“绝对私人生活领域”的概念。德国法则将私领域划分为三级:其一,一般私人领域(Privatsphäre, Individualsphäre),涉及住宅、通信秘密等;^[138]其二,秘密领域(Geheimsphäre),涉及书信、电话以及个人数据等,不得擅自阅读、窃听、录制、复制等;^[139]其三,隐秘领域(Intimsphäre),涉及个人内心思想和感情世界,以及性领域。^[140]越是触及核心隐私,隐私保护利益越强,合法入侵的正当性亦须越足。

第五,信息的载体与形式。一方面,肖像报道通常比文字报道更实质性地介入私生活,尤其对于一个公众不熟悉的私个体来说,更是如此。^[141]另一方面,视频报道则比肖像报道更具有入侵性。英国莫斯利案对于影像资料的特别意义有专门论述。

第六,利害关系人被呈现的方式。若某人是在一个不快的甚至是难堪的情势下被展示,那么就会存在额外的侵害,尤其是带有某种确定的恶意,如德意志帝国总统艾伯特(Friedrich Ebert)1919年在波罗的海海滨穿着游泳裤被拍。^[142]而在前揭刘艳诉南方都市报案中,被告将原告整容前后两张照片进行对比呈现,但原告显然不愿意让其整容前的照片被公开展示。另外,照片即使是对新闻主题的图解,但若侵犯人格尊严,其拍摄也可能是非法的。^[143]

第七,利害关系人的先前行为以及信息已披露情况。利害关系人事先对被信息可能被曝光的态度,以及系争照片或信息先前是否已在小范围内披露等情形,也是考量因素。^[144]因为这反映了相关信息利益值得保护的必要性和迫切程度。

第八,传播媒介类型及信息传播范围。首先,应区分传统纸媒、电媒和网媒。如前所述,网络具有信息永存的特点,因此有被遗忘权问题。其次,应区分传媒的定位及传播范围。例如,报纸是全国性报纸还是地方性报纸、其发行量有多大等都是考量因素。例如前揭小区物业张贴法院判决书案中,法院特别指出张贴判决书仅限于小区范围内,传播范围有限;而前揭刘艳

[136] Von Hannover v. Germany (no. 2), *Supra* note 18, para. 123.

[137] Juergen von Gerlach, a.a.O., S. 282.

[138] 1994年联邦宪法法院判例指出,私领域保护范围内的私密表达,并不会因为基于《刑罚执行法》(StVG)第29条3款、第31条进行的书信审查而丧失其私密性。Vgl., BVerfG, Beschluss vom 26/04/1994, Az. 90, 255.

[139] 关于在博客上非法披露电子邮件案,参见 Landgericht Köln, Urteil vom 28/05/2008 — 28 O 157/08.

[140] 2009年联邦宪法法院判例指出,对被拘留者隐秘领域的调查只有在有具体可疑证据时才是合宪的。Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4/2/2009, Az. 2 BvR 455/08.

[141] Von Hannover v. Germany (no. 2), *Supra* note 18, para. 113.

[142] Juergen von Gerlach, a.a.O., S. 283.

[143] N. Mallet-Poujol, *Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire*, thèse préc., n° 44, p. 16.

[144] Von Hannover v. Germany (no. 2), *Supra* note 18, para. 111.

诉南方都市报案中,法院特别指出,“《南方都市报》作为国内有影响的发行媒体,其发行量大、地域广”。

最后,对公众人物的纯娱乐报道也可能包含公益。因为公众人物对于很多人来说具有榜样功能(Leitbildfunktion),公共利益在于让公众获悉,那样的人是否以及如何“将其功能性行为与个人的行为令人信服地保持一致”。^[145] 甚至娱乐性报道比单纯的事实信息更能刺激或影响意见形塑。^[146] 德国宪法法院在2008年卡洛琳案(II)中对此予以重申。^[147]

总之,公共利益是公共事件和公众人物之所以成为抗辩的内在理由,在援用其中任一抗辩时,必须在公共利益(信息价值)与个人隐私利益之间进行个案下的利益衡量,这种利益衡量必须全面考察信息主题、报道利害关系人担任公职情况及知名度等八项因素,方可得出妥当结论。

六、结 论

身处自媒体时代,人人得为信息传布者,隐私遭侵蚀的风险也陡增。因之,隐私保护愈受重视,言论自由与隐私权两种基本权之间的张力关系亦愈发敏感和微妙。真实叙事的边界何在?除了相关信息“非隐私”外,存在隐私侵权抗辩也是理由。此二者虽常遭混淆,但它们有质的差异。

本文认为,隐私权侵权抗辩有三项:信息已披露、公共事件及公众人物;后二者基于价值逻辑,前者基于事实逻辑。先前由利害关系人自己或第三人合法披露的信息,事实上已成为一种“历史”,故应允许他人复述(“再传播”)。不过,在信息数字化时代,上网信息或将永存,遗忘开始变得不可能,这对拥有难堪过往的人不啻是持久的精神压迫,因而,再传播应受到被遗忘权的限制。据此,民事案件判决书上网前,应作必要的技术处理。

公共事件事关公共利益,公众对此事有知情权,而新闻媒体对此有权利和“义务”予以报道和传播。公共事件未必是当代历史大事件,凡是涉及社会公共利益的一切事件均够格。据此,刑事犯罪人原则上不享有匿名报道的权利,但性犯罪受害人理应受匿名保护。以公共事件为基点,可展现出采访自由、新闻报道自由、意见和思想表达自由等一系列言论自由权。行使言论自由权应注意适度,如媒体原则上不得采取跟拍方式采访拍摄,新闻报道毋肆意引申和发挥,艺术作品形象塑造不得影射或披露生活原型之隐私,讽刺作品亦须掌控夸张和扭曲的艺术必要性。另外,相比文字报道,新闻事件的图像报道应更为谨慎。

当不存在公共事件时,公众人物也有资格成为抗辩,因为它其实是公共利益的另外一个“收纳器”。就政治人物而言,公共利益范围与相关私人信息对政治人物履行其公职的德才评价影响程度相匹配;就社会名流来说,公共利益范围与其在多大程度上作为民众行为模范有

[145] BverfG VersR 2000, 773, NJW 2000, 1021 [1023].

[146] Von Hannover v. Germany (no. 2), *Supra* note 18, para. 31.

[147] BverfGc 120, 180, NJW 2008, 1793 Tz. 60 ff.

关,二者共同的标准是,相关私生活的披露是否有助于事关公益之事的讨论和公众意见的形塑。相对于文字报道,图像报道应受限更多。我国应修改现行法侵犯肖像权须有“以营利为目的”之要件,或者在不修法的前提下,通过法解释将现有肖像权解释成“肖像公开权”。同时,将肖像隐私纳入到隐私权的保护之下。无论如何,原则上一切图像报道均须本人同意,除非有法定抗辩。典型抗辩之一是图像本身包含重要信息,典型抗辩之二是图像报道配文含重要信息,此时还要求图文之间有关联性和相符性。

公众兴趣和公共利益均非抗辩,但后者却是抗辩之深层理由,因为公共事件和公众人物悉为公共利益的具象和载体。无论适用哪一种抗辩,均须对公共利益(信息利益)与个人隐私利益进行个案衡量。利益衡量须考察如下因素:信息主题、利害关系人的职务承担及知名程度、侵害方式、侵害领域、利害关系人被呈现的方式、信息载体和形式、利害关系人的先前行为以及信息已披露情况,传播媒介类型及信息传播范围等。纯娱乐报道的公共利益也不可一概否认,因为它有时也会影响公众意见形塑。

我国《侵权责任法》对于隐私侵权的特有抗辩无任何规定,而从收集的案例来看,相关法官法也几乎是空白,而且隐私权案例总量少,涉及新闻传媒的少,涉及公众人物的少,涉及言论自由与隐私保护二者之间典型冲突的更少。究其原因,一方面,个体隐私权观念不彰,公众人物维权意识不强,缺少类似于英国法上莫斯利、德国法上卡洛琳那样积极捍卫自己隐私权的公众人物。另外一方面,由于种种原因,新闻媒体作为公众“看门狗”的角色远未扮演到位,对公共事件及公职人员的监督还有很大的进步空间;^[148]同时中国大陆也缺乏典型意义上的八卦报刊,对社会名流的隐私挖掘和追逐并不用力。一言以蔽之,隐私观念与言论自由观念均处于襁褓阶段。反观国外,隐私权保护在欧洲的发展可谓一日千里,几乎每隔一两年就会出现重要判例,不断修正和完善隐私保护法理论和规则。于我们而言,在人格权立法紧锣密鼓之际,借鉴他国成熟经验,突出后发优势,建构我国隐私权法理论体系,无疑是当前必要而迫切之举。

(责任编辑:薛 军)

[148] 据总结,迄今无一例含“公众人物”的判决书指向政府官员。魏永征、张鸿霞,见前注[87],页234。