

侵权责任与隐私权

——责任人和行为人分离情形下的考量

窦海阳*

内容提要：在监护、劳动、教育、安保等关系的侵权责任中，责任人和行为人相分离。在责任的压力下，责任人可能主动采取对行为人隐私权产生消极影响的监控、披露等防范措施。对未成年人、精神障碍者、劳动者、学生、公众场所活动者等行为人的隐私权，套用一般模式进行保护并无实益，而应将其作为责任的设置与解释是否合理的必要条件考虑进去，从而前置性地消除主动的侵害因素。要达到责任的合理性，需从技术的抽象中还原责任人与行为人之间关系的全貌，综合考虑关系的多层内容及价值导向，将隐私权作为反制隶属而体现行为人人格尊严与自主自决等价值的有力工具。针对行为人隐私权在典型意义上的内容及侵害样态，可设置更具体的规则。新技术对行为人隐私权内容及侵害样态的影响应当反映在具体规则上，对新技术的规制不能代替责任的合理设置与解释。

关键词：隐私权 监护人责任 用人单位责任 学校责任 安全保障责任

本文欲讨论的是一类现象：责任人自己没有实施直接的致害行为，但要对他人的致害后果承担责任，这种责任人和行为人分离情形下的侵权责任可能促使责任人出于防止责任发生或者减免责任的考虑，对一定范围内可能的行为人采取监控、披露等防范措施，从而对其隐私权产生消极影响。^{〔1〕}这类现象存在于多种类型的侵权责任中，包括监护人责任、用人单位责任、学校责任、安全保障责任等。尽管在理论上这些责任及其可能涉及的隐私权有具体的规范

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕“责任人和行为人分离”涵盖了实施直接致害行为的主体与承担责任的主体相分离的诸多情况，只要是自己没有实施直接致害行为而承担责任，就可能为避免责任而采取不利于行为人隐私权的措施。至于承担责任的基础在学理解释上是自己的过失还是其他无过错事由，不影响本文的讨论范围。但是本文的研究对象并未涵盖责任人与行为人分离的所有情况，责任人无法针对没有范围限制的行为人采取监控、披露、防范等影响其隐私权的措施。这里的行为人必须是法定关系、合同关系中的特定对象或者在特定时空范围内的不特定对象。只有在这些情形，责任人才可能采取对其隐私权产生消极影响的措施。本文讨论的责任与间接侵害的责任、不作为的责任也不完全一致，虽然有些情况可以涵盖于后两个概念，但这两个概念更多强调开启了危险的行为、原因与结果具有间接性等，而不能完全实现对本文讨论对象的概括。上述各种概念涉及不同法系背景，在使用中多有混乱，而对这些概念的辨析并非本文所需，回避其使用也不影响本文的研究目的。

构成,但不可否认都有很大的弹性,实际情况呈现为侵权责任的扩张与隐私权的压缩,若不对两者作综合考虑,那么至少在这类现象中行为人的隐私权可能在实际上处于频繁被侵害的状态。由于这些情况中所涉的隐私权集中代表了相关主体的人格权,进而体现了该类主体的独立社会地位,因此这类问题能否妥当解决,可能实质地影响到责任人与行为人各自代表群体之间的社会关系。

要解决上述问题,应当在妥当阐释责任人与行为人之间关系的基础上,对责任人和行为人分离情形下的侵权责任与行为人隐私权在规范构成上作出协调一致的设置和解释。以往以“支配、防控、屈从、规训”等学说对这类关系所作单向、抽象的解释,结合我国侵权法的救济倾向,使得对责任人的归责与受害人的保护关注过多,而对作为侵害事件重要参与主体的行为人的隐私权却欠缺考虑。同时,新技术的发展也给此类责任与相关隐私权带来了新问题,对此变化也需作相应的考量。本文以解决这类责任对行为人隐私权的不当影响为目标,通过分析诸种情况中责任人与行为人之间的关系,反思侵权责任设置和解释的合理性,并提出可能的完善路径。

一、重新审视行为人隐私权对责任人与行为人之间关系的影响

(一) 既有研究存在的问题

1. 关于行为人隐私权的研究

对于上述现象,既有研究主要集中于对未成年人、精神障碍者、劳动者、学生、公共场所活动者等特殊主体隐私权的界定,即在一般意义的隐私权的基础上,界定这些主体隐私权的特点及涵盖的范围,从责任人的权力、职责与行为人隐私权的对抗中衡量是否以及如何对特殊主体的隐私权予以保护。^[2]笔者认为,既有研究套用了通常情况下的隐私权保护模式,对本文讨论的问题并不完全适用。

通常情况下的隐私权保护采取的是“立法一般规定+司法事后裁判”模式。按我国民法典第1032条第2款,“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”。定义的抽象性可以使隐私权获得最大范围的保护。在一般规定的基础上,由法院根据个案情况裁判隐私权是否受到了侵害。这种模式的前提是,通常情况下,人与人之间保持一定的社交距离,且法律上的隐私定义与人们朴素的伦理价值认知相距不远,民事主体即使没有法律专业知识,也会根据常识避免作出侵害他人隐私权的行为。将偶发的致害事件存在的争议交由法院事后裁判,社会成本并不高。因此,这种模式借助于预设的前提,实现了隐私权保护的最大范围以及预防、救济的最低成本。

但是,上述前提在本文讨论的现象中并不存在。责任人与行为人之间不是陌生人所保持的普通社交距离,而是具有不同程度的紧密联系,即使是进入公共场所的活动者与场所的管理者之间,也在特定空间、时间上有一定关联。民法典第1033条列举的禁止行为,大多无法直接

[2] 参见李延舜:《论未成年人隐私权》,《法制与社会发展》2015年第6期,第168页以下;费安玲:《精神障碍患者隐私权探析》,《法学论坛》2014年第1期,第20页以下;潘峰:《论劳动者隐私权的法律保护:一个分析框架》,《河北法学》2008年第7期,第108页以下;吴回生:《学校权力与学生权利问题探析》,《教育研究》2012年第5期,第36页以下;胡建森、岑剑梅:《论公共摄像监视——以隐私权为中心》,《法律科学》2008年第4期,第23页以下。

套用到本文讨论的问题上。比如，侵扰私人生活安宁、住宅的私密空间在家庭生活中很难区隔；基于工作需求，工作人员必须向用人单位提供个人信息，其中不乏私密信息；在公共场所中拍摄某些私密活动可能是出于安全保障的需要。在这些情况中，原来朴素的常识无法有效帮助相关主体理解隐私权，甚至还会成为隐私权行使的障碍。〔3〕

由此可见，单纯从隐私权路径出发的解决方法收效甚微，因为复杂的衡量判断只有法官依据具体案情和专业知识才能完成，对于普通人在日常生活中理解这种抽象的界定并避免或防范侵害则没有实益，责任压力的存在仍会促使责任人采取对行为人隐私权产生消极影响的措施。〔4〕

2. 关于责任人与行为人之间关系的研究

对此关系，既有研究主要围绕两类目标：一是寻求责任基础，与本文所讨论的对隐私权产生消极影响相关的学说有“支配或影响关系说”〔5〕和“危险防控关系说”〔6〕；另一类是反思民事主体的抽象平等，主要有“屈从关系说”〔7〕和“规训关系说”〔8〕。这些学说虽然在用词上有差异，但论述的责任人与行为人之间关系的实质内容相差不大，都总结出一方对另一方的支配、监控、管理、指挥等具有相似含义的权力或职责，其特征在于突显关系中一方的主导地位，而另一方只是或隐或现地“被动式”存在。

这些学说对责任人与行为人之间关系的描述并不全面，而是基于特定研究目标作了技术性提取或裁剪：要么是在责任人对行为人致害承担责任的诸类型中提取出作为统一责任基础的关系，而裁剪了这些类型的多样性；要么是在民事平等关系的例外情况中提取出具有同一性质的不平等关系，虽然是对抽象平等的反对，但仍然技术性地裁剪了这些不平等关系中的不同细节。这种“提取公因式”的方法，通过对不同情况进行归纳整合，可以起到概括、突出其共同特征的作用，从而达到适用一致规则的体系化效果。

比较法上，对上述抽象并非没有争议。意大利法上对“为他人行为的侵权责任”（la responsabilità per fatto altrui）的讨论，就典型地体现了理论反思。目前，学说上倾向认为，没有必要对“为他人行为的侵权责任”所囊括的各种类型强行进行所谓的体系化。〔9〕这种表述仅指代一种范畴，即一系列具有共同表征的责任，而不再是具有共同基础或性质的法学概念或种类。〔10〕正如《私法学说汇纂》的词条解释中指出的，“为他人行为的侵权责任”作为一个具备明确内涵的概念，在经历了近一个世纪的繁盛之后，已经失去其重要性，甚至几乎从现代侵权法的概念

〔3〕 有学者指出，家庭成员的近距离接触和长时间共同生活形成的亲密性，使家庭在利益与情感方面呈现出其他形式的集合不具备的一致性。父母往往不认为查看子女日记是侵害其隐私权的行为。参见李拥军：《“家”视野下的法治模式的中国面相》，《环球法律评论》2019年第6期，第93页。

〔4〕 如张某与某公司劳动合同纠纷案中，争议涉及用人单位在工作区域内安装摄像头是否侵害工作人员的隐私权。该案经过了一、二审和再审程序，且判决中运用了复杂的衡量并附有大量的说理。参见广东省深圳前海合作区人民法院（2019）粤0391民初5194号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2020）粤03民终6076号民事判决书；广东省高级人民法院（2020）粤民申8843号民事裁定书。

〔5〕 参见尹飞：《为他人行为侵权责任之归责基础》，《法学研究》2009年第5期，第37页以下。

〔6〕 参见李永军：《论监护人对被监护人侵权行为的“替代责任”》，《当代法学》2013年第3期，第59页；郑晓剑：《组织过错理论与受害人保护》，《法制与社会发展》2013年第6期，第57页以下；张新宝、唐青林：《经营者对服务场所的安全保障义务》，《法学研究》2003年第3期，第79页以下。

〔7〕 参见徐国栋：《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》，《中国法学》2011年第5期，第159页。

〔8〕 参见汪志刚：《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》，《法学研究》2019年第4期，第40页以下。

〔9〕 Cfr. M. Comporti, *Fatti Illeciti; Le Responsabilità Presunte*, Milano, 2002, p. 133.

〔10〕 Cfr. F. Galgano, *Trattato di Diritto Civile* (Vol. II), Milano, 2009, p. 979.

体系中消失了。〔11〕

意大利法上的讨论并非个例。在欧洲各国侵权法的比较研究中，各国学者对于这类责任“是采用一般原则还是列举类型”的问题，大多回答没有诸如“对他人享有控制权的人对该他人造成的损害承担责任”的一般原则。〔12〕在《欧洲侵权法原则》中，选择使用“对他人造成的损害承担责任”（liability for others）这一术语，也是因为该术语项下的不同情形不能统一为单一的规则。〔13〕

抽象归纳的方法对于体系建构的作用是巨大的，但其缺点往往体现为与现实脱节。当技术上的抽象没有其他具体的弥补机制而无法反映影响规则细节建构的现实情况，它带来的不良后果就是基于抽象建构的规则在合理性上的欠缺。具体而言，如果对关系的抽象描述仅在于说明对不平等关系的弱势一方提供的保护机制具有正当性，或者仅在于对因他人行为而承担侵权责任提供正当性，那么总结出“支配与被支配”等隶属关系无可厚非。但是，若要基于关系的全面考虑而在责任正当性之上斟酌更细微的规则设置及其适用的合理性，尤其是本文讨论的责任对行为人隐私权的消极影响，那就力有不逮。因为抽象的结果是强调了责任人对行为人的管控，使得行为人变成隶属关系中的“被动者”，遮蔽了人的多维度，无法洞察蕴含于人的社会本性、自然本性以及人的伦理行为中的深刻人性规律，忽略了人的独立意识、角色差异，也忽略了不同关系的需求以及价值目标、政策倾向等因素的差异，从而无法体现不同社会关系的生动特色。

更需注意的是，我国侵权法历来强调受害人保护，侵权法被定位为救济法，其制度和规则“以保护受害人为中心”。〔14〕这促成了许多独特的受害人救济优先规则的出现。比如，在监护人责任的设置上，为救济受害人甚至不惜以扩大责任承担的主体范围和牺牲责任承担的合理性与正当性基础为代价。〔15〕在这种倾向下，责任的设置与适用都偏于严格，“支配与被支配”等隶属关系更为倾斜甚至扭曲，若不重新审视“被动者”的原本地位，那么其隐私权在关系中受到侵害将是必然的。

笔者认为，对此问题更有实际意义的方向，应当是反思过度抽象，贴合具体现实。现实中的责任人与行为人关系包含多层内容，尽管都含有“支配、防控、屈从、规训”等意思，但不可忽略其他内容。多层内容之间互相影响，对人的行为发挥整体指引和约束作用。具体而言，关系中的不同层面内容表现为协作或制约：同质内容在关系中会形成合力，可以相互补强从而更趋近于实现共同的目标，而异质内容在关系中则往往相互背离，从而形成相互制约。这些不同层面内容的相互影响成就了人际关系的最终面向。以法律技术的抽象对其作单一化处理，割裂了关系不同层面的沟通与调和的渠道，放弃了对具体情况的差别化考虑。责任的设置必须还原现实关系，全面考虑人在生活场景中的多元化诉求，思考其所能介入的人的社会生活的深度和广度，避免技术的抽象遮蔽人基于身份和角色所存在的差异。正如有学者指出的，法

〔11〕 Cfr. L. Corsaro, *Voce Responsabilità per Fatto Altrui*, in *Digesto Delle discipline Privatistiche (Sezione Civile)*, XVII, Torino, 1987, p. 383.

〔12〕 参见〔荷〕Jaap Spier主编：《侵权法的统一：对他人造成损害的责任》，梅夏英、高圣平译，法律出版社2009年版，第1页，第388页。

〔13〕 参见欧洲侵权法小组编著：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第161页以下。

〔14〕 参见王利明：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2021年版，第20页。

〔15〕 参见薛军：《走出监护人“补充责任”的误区——论〈侵权责任法〉第32条第2款的理解与适用》，《华东政法大学学报》2010年第3期，第119页以下。

律应当针对人的不同角色设定不同的权利与义务，其基础在于不同关系的伦理诉求的差异性。应将侵权法作为一项社会制度和伦理制度来理解，而不仅仅将其理解为由法律人强行嵌入社会生活并由他们以某种神秘莫测的方式进行操纵的一套技术范畴。^[16]对既有研究抽象出的关系进行更贴合现实的具体化，其功能就是在概括了解为何为他人致害后果承担责任之后，更精细地修正责任，包括立法上的严苛程度调适和司法裁判中的合理性考量等，使其平衡现实中人际关系的多元目标，从而达到责任正当性之上的合理性。

（二）隐私权的重述及其对人际关系的还原

1. 隐私权的价值：关系中人格尊严与自由的细化体现

重新审视行为人的隐私权，应从以下两个层面来考虑：第一，隐私权应当动态体现于人际关系的互动环境中，而非孤立静态的存在。第二，隐私权在人际关系中体现的价值——个人尊严与自由，可以对行为人在隶属关系中的被动式存在进行矫正。

就第一个层面而言，隐私与具体场景息息相关，复杂且可变，因而无法脱离具体场景定义隐私的内涵。^[17]具体场景是由角色及其相互关系在具体活动中结合价值、目标等因素构建起来的结构化社会状况。^[18]隐私规范定义了特定角色的职责、义务、可接受或不可接受的行为，各类角色在不同的场景中被赋予特定的能力、行为准则等，进而影响着隐私在具体场景中的认定，不能脱离实际场景对隐私利益作事先分配。^[19]因此，对隐私作抽象的概念界定并不合适，应基于一种动态的、场景导向的方式进行评价。对行为人隐私权的考虑需要放在围绕责任人与行为人之间关系的具体场景中进行。场景的构建不仅要具体考虑个案中当事人之间的关系，还要延伸至当事人所处的特定社会群体，考虑不同社会群体的组织目的、利益结构等特点，由此斟酌责任人与行为人的特定身份在互动关系中的作用，同时还要考虑技术发展等因素对场景构建的影响。

就第二个层面而言，隐私权从创立之初就被贴上了追求“自由”和“独处”的标签。隐私权之所以值得保护，是因为它体现了个人自决、自我控制、尊重个性和人格发展的价值，而这些最终源于对作为独立主体的人的尊重。^[20]正如学者所言，隐私权的价值在于个人自由和尊严的本质，体现于个人自主，不受他人的操纵及支配。自由的真义在使私人得将若干思想、判断、偏好完全归属于自己，不被强迫与他人分享，即使是最亲密或信赖之人。^[21]

在现有学说将责任人与行为人之间的关系抽象为隶属关系的状况下，这种价值尤为重要。一方对另一方的支配、控制、管理、指挥等权力具有规范行为的作用，责任人向行为人施压和训导，规范其身体行动，从而塑造出具备特定质素的主体。而隐私权所承载的个人尊严与自由价值在隶属关系中有强烈的反制作用，它可以或多或少地减少隶属关系给行为人带来的副作

[16] 参见 [澳] 彼得·凯恩：《侵权法解剖》，汪志刚译，北京大学出版社 2010 年版，第 23 页。

[17] 美国学者尼森鲍姆 (Helen Nissenbaum) 的理论对理解此层面很有助益。她认为，隐私权是与场景有关的信息合理性流动的权利，而不是私密或者自我信息控制的权利。因此，对隐私权的解释应当建立在“场景完整论” (contextual integrity theory) 的基础上。See Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford Law Book, 2010, pp. 129-133, 140-147, 187-188.

[18] 同上书，第 132 页以下。

[19] 同上书，第 132 页以下，第 140 页以下。

[20] 参见 [美] 理查德·C. 托克音顿、阿丽塔·L. 艾伦：《美国隐私法：学说、判例与立法》，冯建妹译，中国民主法制出版社 2004 年版，第 14 页以下。

[21] 参见王泽鉴：《人格权法》，北京大学出版社 2013 年版，第 179 页以下。

用,并能依据其在人际关系中的不同表达对责任作出精细化的调节。

本文对行为人的考虑集中于隐私权,正是因为它彰显了个人尊严与自由,典型代表了行为人的**人格权。在本文讨论的责任人和行为人分离的情形中,隐私权是最突出也最容易被侵害的权利,而其他人格权则所涉较少。

2. 行为人隐私权与人际关系的还原

对责任人与行为人之间关系的全面认识,不仅要反映两者关系的现实状态,还要在此基础上突显其应然性,以实现蕴含于关系中的目标和价值。

(1) 隐私权与监护关系

关于父母对未成年子女的监护,考虑到亲子关系是家庭监护的基础,又是我国监护制度的主要形式,因此我国法中的监护加入了传统的亲权内容。^[22] 民法典第26条第1款规定了包含亲权内容的监护关系,即父母要对未成年子女承担抚养、教育和保护的义务。这在民法典第34条中体现为监护人职责,即“保护被监护人的人身、财产及其他合法权益”。根据官方解释,该职责包括保护被监护人的身心健康、促进未成年人的健康生活等。^[23] 由此可见,父母与未成年子女之间的监护关系包含了多层内容。在这些内容中,基于父母权威的隶属关系而产生的防止子女致害的内容仅占其中的小部分,更多的是促进子女身心健康成长的内容,其中也蕴含了子女的隐私权因素。

这典型体现在父母对子女的教育上。家庭教育促进法第2条指出,家庭教育是父母为促进未成年人全面健康成长,对其实施的道德品质、身体素质、生活技能、文化修养、行为习惯等方面的培育、引导和影响。理论上也强调父母教育的主要目的在于培养未成年人正常的心理人格,给予未成年人自治空间以使其参与社交活动,这样才能塑造出正常的人格。^[24] 基于此,培养未成年人的独立个性是教育的重要内容,要为子女保留私密空间等,也要根据年龄智力的增长不断引导和扩展未成年人对事务的自主决定。这正是未成年人隐私权在监护关系中的体现。隐私权对个性养成具有重要影响。正如学者指出的,“如果一个人总是要被迫与其他人分享其生活,他的所有需要、思想、欲望、幻想等都受到公众的审视,他的独特个性就被剥夺了。他的看法是公开的,永远不会与众不同;他的愿望,由于已被周知,总为常规接受;他的感情被公开展示,也就失去其独特的个性化的温情,成了与他人没有区别的感情。这样的个体随时可以被替换,因为他不是独立的个体”。^[25]

将监护关系中的教育限定为约束、管教、防止致害的理解,^[26] 有片面之嫌。实际上,安全教育只是未成年人教育的一小部分,应在“促进未成年人全面健康成长”的目的下涵盖全面的内容。父母教育职责包含的防止未成年人致害的隐性约束教育,不能遮蔽教育的主要目的即人格的独立与成长。如果防止未成年子女致害的目的阻碍了教育主要目的的达成,束缚了未成年人独立人格的发展,那就应当反思其合理性。

监护人与精神障碍者之间监护关系的含义相对纯粹,主要在于防止被监护人受害或致害。

[22] 参见石宏主编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第58页。

[23] 同上书,第75页。

[24] 参见前引[9],Comporti书,第259页以下。

[25] See Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 *New York University Law Review* 1003 (1964).

[26] 参见王利明:《民法总则新论》,法律出版社2023年版,第234页以下。

但是，目前的处理模式是隔离看护，即狭义理解“保护被监护人的人身、财产及其他合法权益”，将监护人视为欠缺行为能力成年人的意志替代决定者，过度限制了精神障碍者的自由和权利。^[27]这种处理并非两者关系的应然状态。相反，应当将对精神障碍者的监护转变为尊重并努力促进患者的自我决定，实现精神障碍者的“正常化”并被视为社会生活的参与者。由此，对于精神障碍者的自主、自由的尊重，实际上也蕴含了对其隐私权的重视。

（2）隐私权与教育关系

学校与学生之间的教育关系也包含了多重内容。民法典第 1199 条和第 1200 条规定的“教育、管理职责”，^[28]根据官方解释，教育职责是指应尽的保护学生以及避免其侵害他人的职责，主要强调在安全防范以及不损害他人等方面的教育，管理职责是指对学生的安全事务应尽到的管理职责，包括安保制度、管理场所设施等。^[29]这种理解仅能说明未尽职责而承担责任的正当性，却无法说明或者忽略了教育关系中影响责任的其他内涵以及不同内容之间的协作或制约。有学者指出，学校作为教育实施主体具有强势地位，而学生处于缺乏自我保护能力且作为“受教育者”的弱势地位，在教育管理活动中实际隐藏着压制甚至不当侵犯学生权益的重大风险。^[30]上述狭义理解恰恰增强了这种风险。

教书育人是学校的根本所在，而培养和发展学生个性始终是教育的首要目标。《世界人权宣言》第 26 条指出，教育的目的在于充分发展人的个性并加强对人权和基本自由的尊重。我国未成年人保护法第 25 条也指出，“学校应当全面贯彻国家教育方针，坚持立德树人，实施素质教育，提高教育质量，注重培养未成年学生认知能力、合作能力、创新能力和实践能力，促进未成年学生全面发展”。如果某种具体的履行“教育、管理职责”的措施，阻碍甚至违背了这种主要目的，就应当予以矫正。正如阿德勒所言，如果今天的理想人是独立、自我控制和勇敢的人，那么学校就得作出相应调整，以培养接近这种理想的人。^[31]

在此应然的教育关系之下，学生的隐私权一方面体现在对学生人格尊严的尊重，这种尊重意味着将学生视为拥有独立个人空间的个体，而非受制于学校权力的附庸；另一方面体现在对学生自主决定的尊重，教育在于赋予学生理性判断和自主决定的能力，而不是代替其作出决定。在教育领域，隐私所具有的教育学意义在于能够培养学生的自立、自力（personal power）和自主（autonomy）。^[32]在法学领域，也理应如此。

（3）隐私权与劳动关系（或劳务关系）

与前述两种情况不同，接受劳动的主体和提供劳动的主体原本是陌生人，基于组织劳动的需要才交出部分隐私利益，因此无需从关系的不同层面内容的解释中辨析隐私。这里的主要问题在于考虑不同关系的组织从属性差异对提供劳动主体的隐私权产生的不同影响。

[27] 参见费安玲等：《成年心智障碍者监护制度构建之四议》，《残疾人研究》2019年第4期，第59页以下。

[28] 有观点认为，家长的某些监护职责转移给了学校，学校成为未成年学生在校期间的监护人。实际上，学校的职责由教育法、教师法、未成年人保护法规定，是学校教育教学过程中产生的、以教育和管理为基本内容的一种法定职责。教育部《学生伤害事故处理办法》第7条明确规定，“学校对未成年学生不承担监护职责”。

[29] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第298页以下。

[30] 参见姚建龙：《论学校保护——以未成年人保护法学校保护章为重点》，《东方法学》2020年第5期，第117页以下。

[31] 参见[奥]阿尔弗雷德·阿德勒：《儿童的人格教育》，彭正梅、彭莉莉译，上海人民出版社2011年版，第30页。

[32] 参见[加]马克斯·范梅南、[荷]巴斯·莱维林：《儿童的秘密——秘密、隐私和自我的重新认识》，陈慧黠、曹赛先译，教育科学出版社2014年版，第90页。

民法典第1191条和第1192条分别规定了两种关系：一是用人单位和工作人员之间的劳动关系，二是提供劳务者与接受劳务者之间的劳务关系。根据官方解释，前者是劳动法中的现代劳动关系，后者则是一般的民事雇佣关系。^[33]

就劳动关系而言，指挥权、监督权、惩戒权等权力是用人单位得以对工作人员进行管控并由此产生人格从属性的根源。^[34]原来的劳动关系产生于典型工业时代阶层化的组织与规训式的管理模式，从属性非常明显。^[35]但是现代社会中，科层制劳动组织日益松散，很多情况下提供劳动的主体融入企业组织的程度很低。用人单位通过劳动合同、规章制度对工作任务作出安排从而在履行过程中无须就具体事项进行管控，并不能因此否定劳动关系的存在。^[36]由此，典型的权力表现与管控标准在实践中逐渐被修正，使得用人单位对工作人员的控制表现多元化。目前，学界对于从属性的讨论多在于组织关系的松散化是否排除适用劳动保护规则，试图通过扩大解释从属性肯定劳动关系的存在，从而一并为不同组织形式的劳动者获得劳动法保护提供理论基础。就本文的研究目标而言，劳动关系的紧密程度以及工作人员的从属性程度的意义，一方面在于不同形式的劳动关系中行为人隐私权的表现形式，即不同的组织形式对于工作人员的私密信息获取、自主性干涉等应当有所不同，另一方面在于以隐私权为基础的人格独立对基于劳动关系的不同程度的管控所带来的负面意义的抵消。

个人之间的劳务关系并无严密的企业组织形式，提供劳务者的从属性较弱，行为人隐私权的表现形式理应不同于上述劳动关系中的情况。

(4) 隐私权与安保关系

最高人民法院指导案例141号指出，安全保障义务须考虑安全保障的对象与安全保障义务人之间的“紧密关系”。^[37]民法典第1198条的官方解释则含糊地指出，对象与义务人之间存在“某种关系”，这需要根据具体情况而定。^[38]相较于前述几种情况，这种关系并非家庭生活内部的关系，也非组织内部的关系，其所谓的“紧密”实际上是相对宽松的。最高人民法院民事审判第一庭也曾指出，“以具有特定时空范围的相对关系”为必要。^[39]也就是说，场所管理者与活动者之间只是因为特定时空而结合起来的陌生人，这种关系目标单一，仅在于防止危险的发生。这种安保关系对活动者隐私权的影响，受制于安全保障义务的差异和不同情境下的危险状况，而隐私权在此关系中的功能，则在于对与危险状况不相当的安保措施的矫正。

二、侵权责任的设置和解释中对行为人隐私权的考量

责任人和行为人分离情形下的侵权责任是一种促使责任人采取可能侵犯行为人隐私权措施

[33] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第113页以下；前引〔29〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第236页，第247页以下。

[34] 参见郑晓珊：《〈民法典〉时代下雇佣劳动法律体系之重整》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2022年第3期，第99页以下。

[35] 参见肖竹：《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》，《法学》2021年第2期，第161页以下。

[36] 参见王倩：《德国法中劳动关系的认定》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2017年第6期，第39页以下。

[37] 参见支某1等诉北京市永定河管理处生命权、健康权、身体权纠纷案，最高人民法院审判委员会讨论通过，2020年10月9日发布，<https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/263581.html>，2024年3月17日最后访问。

[38] 参见前引〔33〕，黄薇主编书，第139页。

[39] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2004年版，第113页以下。

的主动因素。解决本文提出的问题，应先将对行为人隐私权的考量融入这类侵权责任的设置和解释中，从而影响责任的细节。更进一步说，隐私权在此问题上的价值更在于将其作为责任的设置与解释是否合理的一个必要条件考虑进去，从而降低侵害因素的主动性。仅将隐私权作为一种静态享有的权利用于外部对抗，会因抽象权利的外延模糊且需事后裁判认定而欠缺解决问题的实际价值。

（一）行为人隐私权融入侵权责任的设置

在侵权责任的设置中考虑行为人隐私权，应从三个方面展开：

1. 立法目的的考虑和权衡

立法目的可作为条文起草的指导及解释的依据，也可根据条文的适用情况作出修正，继而为条文解释的创新提供依据。侵权责任的立法设置要对各方的利益作全面考虑，并通过权衡确立责任的规范目的。行为人作为侵权事件的主要参与者，其隐私权对人际关系的样态有重大影响，因此在立法的价值考量上应将其作为必要的因素。对于行为人隐私权的考虑，并不在于说明责任人为何要承担责任，而在于责任规则是否合理，更进一步说是检验相关规则能否全面体现人际关系和妥当平衡各方利益，最终实现法律与社会规范的整体价值目标。

从价值立场来看，充分救济受害人应成为侵权责任调整的主要出发点，但对于侵权责任的设置需兼顾行为人。如果以受害人遭到的损害更多是生命健康等权利为由，简单地运用权利位阶的方法得出受害人利益高于行为人隐私权的结论，从而一概以保护受害人为由加重侵权责任，就会产生本文所提出的问题。行为人隐私权并非必须得到保护，可以在某些情况下为了保护受害人而对行为人作更多的监视、管控，但这并不意味着在所有情况下都要以完全牺牲其隐私权为代价。对于两者的保护并非全有全无式的选择，不同场景下受害人保护的需求程度不同，行为人隐私权的范围大小也不尽一致，在立法目的的权衡中，需要斟酌行为人隐私权在最终确立的规范目的中的份量。

在受害人保护之外对行为人隐私权的考虑，首要是其实际状态，即行为人的隐私利益在不同场景下基于行为人及其变化、行为人与责任人之间关系的紧密程度等因素而存在的实际状态。对此，下文将具体展开。这里需注意的是，实际状态与应然状态可能存在一定差别，立法为实现其规范目的应当对实际状态作一定矫正而使社会关系向应然状态发展。在本文讨论的情形中，隐私权受社会传统的影响尤为深刻。比如，我国未成年人的隐私权、工作人员的隐私权往往更容易受到来自父母、用人单位的不当压制。因此，在立法目的的权衡上，应当对这种传统可能导致的不良后果进行矫正。

另外，在特别法对某类主体作出特殊保护的情况下，立法目的需进行协调，以保持法律体系目标的一致。比如，未成年人保护法规定了“未成年人特殊、优先保护”原则，劳动法确立了劳动者保护的目的是。此类特殊保护当然涵盖了对这些主体隐私权的保护。这与责任人与行为人分离情形下的侵权责任设置，并非上位法与下位法的关系，也不是不同法域调整范围的区别，而是法律体系中不同法律部门对同一类主体的保护，需要协调一致。如果监护人的侵权责任、用人单位的侵权责任设置过于严苛，单行法对未成年人、劳动者隐私权的保护效果就可能在法律体系的矛盾中被抵消。

2. 场景化考虑下的构成要件设置

（1）场景化考虑的主要因素

侵权责任规范目的的权衡应体现行为人隐私权在不同场景下的差别，因而侵害隐私权的构

成要件在不同场景下就不能完全相同。在侵权责任各要件中,具有弹性的要件更能对场景化需求作出反应。过错要件具有弹性特征,侵权责任的严苛程度也主要体现于此。民法典设置了三种责任类型,即过错责任、过错推定责任以及无过错责任,其严苛程度的排列是过错责任最轻,过错推定责任次之,无过错责任最严苛。因为过错是否为侵权责任的构成要件以及由谁来举证,直接影响了责任人为避免损害而采取的对行为人管控措施的方式和力度。对过错的评判能在司法适用中灵活地调控责任人的压力,可以对责任人与行为人之间的关系根据具体场景作不同程度的调节,这在无过错责任中是无法实现的。较之过错责任,无过错责任的设置需要更为有力的理由,这主要在于受害人保护的目标是否可以完全牺牲行为人的隐私权。行为人隐私权的场景化,其利益内涵与外延的不同,主要受到行为人本身及其与责任人之间关系的影响,由此在是否需要以及如何设置过错要件上应作出层次化区分。

第一,行为人及其变化。隐私权的内涵与外延以权利主体为基础确认,权利主体随着自身的成长会对隐私权产生更多期待。随着未成年人年龄的增长、精神障碍者精神状态的好转,其隐私意识会不断增强。同时,其自控能力的增强,也使得监护人、学校的防控压力减小。特别法对于行为人的变化也有强调,如未成年人保护法第4条第4项要求,处理涉及未成年人事项,应当适应未成年人身心发展的规律和特点。

因行为人变化而产生的隐私权差异,应当体现在过错要件的差别上。民法典第1199条和第1200条分别规定了限制民事行为能力人致害和无民事行为能力人致害的学校责任,前者是一般的过错责任,后者是过错推定责任。这种对过错要件的不同设置,是根据未成年学生年龄的增长而作出的区分,可以合理反映行为人隐私权随其自身变化产生的差异。

这也应当体现在监护人对被监护人的侵权责任上。从应然角度来看,监护人责任要根据被监护人的年龄、智力发展状况作出不同的调整。这在荷兰民法典上体现得较为明显,其第6:169条分为三个层次:子女满14周岁前,父母承担严格责任;子女在14-15周岁之间,父母承担的是可以反证的推定疏于监督之责任;此后,让父母承担监督责任必须证明其疏于监督的过失。^[40]德国民法典、日本民法上虽然没有如此细致的分层,但通过过错推定的司法适用,也可以体现出隐私权随被监护人变化而存在的差异。

第二,行为人与责任人之间关系的紧密程度。对隐私的期待程度与人际关系的紧密性有关,关系越紧密,权利人的隐私期待越低。这种趋势根据责任人与行为人之间关系是否为同一种类,分为两种情况:

一是不同种类的关系,例如未成年子女对其监护人的隐私期待通常不会大于公共场所活动者对于管理者的隐私期待,因为前者生活在一起、共用活动空间、分享日常生活事务等,而后者仅限于特定时空的交集。由此,后者的责任设置通常不应严于前者。但是,责任设置的严苛程度不一定与不同种类关系的紧密程度完全一致,因为立法者对不同种类关系是否作保护或限制的考虑不尽一致。

二是同一种类的关系,例如提供劳动者的隐私权在不同从属程度中体现出差异,在接受劳动者承担侵权责任的设置上应有所体现。民法典第1191条第1款和第1192条第1款中责任人与行为人之间的关系存在区别,尤其是在作为民事雇佣的劳务关系中,提供劳务者的从属性较弱,而用人单位对工作人员的控制力远强于接受劳务者对提供劳务者的控制力。有观点将二者

[40] 参见 [德] 冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷,张新宝译,法律出版社2001年版,第121页。

以“用工”统称以涵盖现代社会中的各种情况，并设置统一的责任规则，而将以两个法条规定的原因解释为二者在工伤保险补偿上的差别。^[41]笔者认为，这种解释以抽象的方式统合各类劳动关系以及劳务关系，无法在责任规则上作出区分，而且两个法条区分规定的根本应解释在责任人与行为人之间关系的差别上。

（2）既有规则的检讨及相关理论的选择

如果设置无过错责任，除非侵权责任之外还有其他救济机制，否则行为人隐私权难以从构成要件中得到解释。应在可能的规则和理论下增加对行为人隐私权因素的考量，在不同的学理观点中选择更为合适的解释。

民法典第 1188 条的监护人责任被官方解释为无过错责任，监护人即使尽到监护职责，也仅能减轻其侵权责任。减轻责任实质上是适用无过错责任的组成部分。^[42]通说认为，采无过错责任的理由包括强化对受害人的保护、保护未成年人和精神障碍者、加强监护人对被监护人的监管。^[43]但是这些理由并不有力。第一，强化对受害人的保护可以作为立法者的倾向，但关键在于有无机制弥补无过错责任带来的不利，至少应当设置相应的制度减轻严苛责任的不良影响。比较法上有相关经验。例如，法国法要求父母对未成年子女的不当行为承担严格的赔偿责任，同时法国责任保险制度使得几乎百分之百的家庭投了责任保险。由此，父母即使须承担无过错责任，也不会因责任的严苛而过度监管子女。^[44]从既有资料来看，我国立法者对此欠缺考虑，而仅以强化受害人保护为由设置无过错责任，只能导致监护人加强对被监护人监管的效果，往往造成对被监护人的过度监管、防控，损及其隐私权。第二，对未成年人和精神障碍者的保护，并不能简单等同于防止被监护人受到伤害或者伤害别人，以及由监护人对被监护人的事务作出替代决定，更不能等同于牺牲被监护人的独立地位换取监护人财产责任承担的管控式保护。全面、积极的理解应当是维护被监护人的人格尊严、尊重其自主决定。监护人对被监护人的监管只是监护关系的一部分，需要更多考虑其他层面的内容及其对监管力度和方式的影响，如父母对子女促成人格独立与成长的教育应当优先于单纯防止损害的监管，如果监管的力度和方式影响了前者，就应否定其合理性。

要在既有的监护人责任中实现对被监护人隐私权的考虑和保护，只能充分运用民法典第 1188 条第 1 款中“尽到监护职责”的减轻责任规则。比较法上，这种表述一般是监护过错的形式。因此，不少观点认为应将监护人责任作为过错推定责任，并试图通过立法或者极端形式的解释论来实现。^[45]但是，从民法典第 1188 条的历史及现状来看，上述观点并未被采纳，立法者的原意并未改变，对规则的解释也不能与之相悖。在此前提下，通过解释论将其解释为过错推定责任，超越了立法的传统和现实。而且，意图在司法上无限扩大减轻责任的幅度，从我国司法实务的多年经验来看也没有实现的可能，所以这种解释并无实效。

尽管如此，以弹性规则减轻监护人的责任，以实现了对行为人隐私权的考量，“尽到监护职

[41] 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社 2021 年版，第 444 页以下。

[42] 参见前引〔29〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第 220 页以下。

[43] 同上书，第 220 页以下；王利明主编：《民法学精论》下册，中国检察出版社 2022 年版，第 1986 页以下。

[44] See Cees Van Dame, *European Tort Law*, 2d ed., Oxford University Press, 2013, p. 495.

[45] 参见朱广新：《被监护人致人损害的侵权责任配置——〈侵权责任法〉第 32 条的体系解释》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 6 期，第 18 页；金可可、胡坚明：《不完全行为能力人侵权责任构成之检讨》，《法学研究》2012 年第 5 期，第 117 页；冯德淦：《被监护人致人损害侵权解释论研究》，《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 1 期，第 110 页。

责”的减轻规则是可以胜任的。这无需将无过错责任改造成过错推定责任，只需将降低对行为人隐私权的不当影响作为规则适用的目的之一，根据被监护人年龄、精神状态等个案情况，具体认定监护人是否尽到监护职责，从而达到减轻监护人责任严苛程度的实际效果。

民法典第1191条的用人单位责任和第1192条的接受劳务者责任，官方解释认为都是无过错的替代责任。^[46]但是，该解释亦受到质疑。对无过错替代责任批评有力的学说是组织过错理论，即经营者对企业的监管、安排要能够保证其处于井然有序的运行状态，如未达到这种要求，就存在组织过错，经营者需要为因此造成的损害承担赔偿责任。^[47]

从既有研究看，组织过错理论大多用于论证接受劳动者一方承担责任的正当性。实际上，对责任人的归责正当性已有充分讨论，以企业组织的复杂性与受害人保护的需要，辅之以赔偿、“深口袋”等事由，足以让责任人承担责任有正当化基础。就当前讨论而言，更关键的是能否达到规则的合理性，能否全面反映现实的基础关系。替代责任立基于企业的组织运行机制，但没有体现组织形式的多样化，也没有反映出劳动关系的紧密程度以及工作人员从属性程度的差异给责任人与行为人带来的不同影响。而组织过错理论立基于组织系统的过错，恰好可以在解释上作更细致的区分，即不同的组织系统体现了提供劳动者对接受劳动者不同程度的从属性，这可以影响过错的判断，从而实现在责任认定中对行为人隐私权的考虑。比如，在从属性低的组织系统中，不易认定接受劳动者存在组织过错，由此责任人无须对提供劳动者采取过度的管控措施，也就不会对提供劳动者的隐私权作过多干涉。相反，在从属性高的组织系统中，责任人为避免很容易认定的组织过错，则会加大对行为人隐私权的干涉。

3. 减免规则的目的与效果

减免规则可以在一定程度上为责任人减轻责任的压力，由此可能产生减少责任人干涉行为人隐私权动因的效果。但能否真正起作用，还需对具体规则进行检验，考察减免规则的目的和实际效果。民法典第1188条第1款中尽到监护职责的责任减轻规则，可以起到缓解监护人干涉被监护人隐私权的作用。但是，一些特殊的减免规则却未必达到目的和效果的一致：

第一，行为人支付规则。民法典第1188条第2款规定：“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。”虽然该款在学理上存在很大争议，^[48]但都不否认被监护人的支付减轻了监护人的负担。尽管如此，该规则的规范目的是为加强对受害人和监护人的保护。对受害人而言，监护人的减责可能造成受害人得不到完全赔偿，受害人可要求有财产的被监护人就监护人减轻的部分承担独立的责任。^[49]对监护人而言，因我国监护制度的无偿性、帮助性，为避免在监护中得不到任何利益的监护人倾家荡产、而直接造成损害的有财产的被监护人却毫发未损的不公状态，故允许从被监护人的财产中支付本来应由监护人承担的赔偿费用。由此可见，限于其规范目的，该规则无法对行为人隐私权产生积极的实质影响。

第二，对行为人的追偿规则。民法典第1191条规定用人单位承担侵权责任后，可以向有

[46] 参见前引〔33〕，黄薇主编书，第110页；前引〔29〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第236页以下，第248页以下。

[47] 参见朱岩：《论企业组织责任——企业责任的一个核心类型》，《法学家》2008年第3期，第50页；班天可：《雇主责任的归责原则与劳动者解放》，《法学研究》2012年第3期，第105页；前引〔6〕，郑晓剑文，第60页。

[48] 参见朱广新：《未成年人保护的民法问题研究》，中国人民大学出版社2021年版，第215页以下。

[49] 同上书，第228页。

故意或者重大过失的工作人员追偿。该规则可以减轻责任人的责任，但其仅适用于工作人员有故意或重大过失的情形，其目的在于避免工作人员无论如何都无须承担任何责任而产生完全不尽合理注意义务的道德困境。限制这种追偿权对工作人员的轻过失情形的行使，是因为这些过失引发的损害最终应作为一个整体归责于用人单位在组织上的瑕疵，并无道德风险。有学者借用比较法的理论，认为轻过失的免于追偿可以使劳动者从赔偿责任中解放出来。^[50] 尽管如此，这种解放仅在于使劳动者免于赔偿责任，而用人单位在此情况下会加强组织运行机制、强化监管，以尽量减少工作人员的过失，这必然对工作人员的隐私权产生消极影响。

（二）行为人隐私权融入侵权责任的解释

过错是最具弹性的构成要件，为法官提供了个案裁量的空间。法官应基于对责任人与行为人之间关系的全面考虑，将行为人隐私权作为必要因素纳入过错的评价与认定之中，从而保持对侵权责任判断的谦抑。

1. 行为人隐私权因素对理性人标准的具象化

过错判断的核心在于违反了对受害人应负的注意义务。如何确定合理注意义务，依靠的是理性人标准。根据比较法以及通说的观点，理性人是由当代社会各行各业积累的知识、经验、能力和勤勉而形成的虚拟人。^[51] 通过设定这样的人在具体场景下会尽到的注意，来完成对过错的评价。与一般情况不同的是，本文中的注意义务是责任人防止行为人实施直接的致害行为，因而理性人标准要从对自己行为致害可能性的评估，转化为妥当处理责任人与行为人之之间的关系，由此行为人隐私权也就作为必要因素纳入考虑范围。

理性人是一个兼具理性认知与感性评价的综合体。根据学者的研究，理性人标准的内在结构包括认知要素和非认知要素，前者是由主体的知识结构、能力结构及其相互关系构成，后者则是由主体需要及其满足状况等构成的动力系统，包括情绪、情感、意志、信念等。认知要素和非认知要素密不可分，相互协调、相辅相成地完成认识活动。^[52] 以如此构造的理性人观察责任人与行为人之之间的关系，就必须作出全面的而非单一化、形式化的考虑，能够认识到人际关系具有的容纳丰富感情因素在内的复杂内容。

理性人是一个抽象概念，需要根据具体情况进行填充。场景主要由行为发生的特定时空信息组成，应在价值指引下对相关信息进行筛选。理性人依据具体领域所要实现的价值选择构建的材料，由此形成的人格形象也将肩负起实现其背后价值的使命。不同领域中理性人标准所要实现的价值有所不同，因此理性人标准背后的价值基础不可能是统一的，而只能是具体分立的，必须结合其所要解决的问题及其现身的场域具体地加以确定。因此，尽管我国侵权责任制度的价值倾向于对受害人的保护，但并非在所有规范判断中都要依此而行，依理性人标准对责任人和行为人分离情形下侵权责任中过错要素的判断，能够在综合责任人与行为人关系中的多元化价值的基础上兼顾行为人的尊严与自主自决等价值，并结合具体情况作出妥当判断。

以学校的教育管理过错为例。达到理性人标准的学校能够全面理解学校与学生之间关系的各层内容及多元价值，并能根据具体情况选择要实现的价值。在教学中，除了传授学生知识

[50] 参见前引〔47〕，班天可文，第122页以下。

[51] 参见〔美〕肯尼斯·S.亚伯拉罕等选编：《美国侵权法重述——纲要》，许传玺、石宏等译，法律出版社2006年版，第9页以下；前引〔33〕，黄薇主编书，第110页；刘文杰：《过错概念的内涵》，《中外法学》2009年第5期，第737页以下。

[52] 参见叶金强：《私法中理性人标准之构建》，《法学研究》2015年第1期，第106页以下。

外,还有丰富的情感交流,从而在教育活动中实现学生个性的培养、人格尊严的认知等促进学生全面发展的目标。由此,学校与其他组织体不同,其理性人标准的设定并非仅为组织老师管理学生以达到同类机构的安全程度,而应设定在培养未成年学生认知、情感等完整人格的教育关系上。这是一个多层面的关系,如果以理性人标准要求学校,就应当理解其完整性。多层内容体现着多元价值,理性人还肩负着合理解决主体间利益冲突的任务,学校要达到理性人标准,就应妥当平衡安全防护与学生个性发展的关系。当社会对某一类特殊群体作出明确的价值引导,在确定理性人标准时就应优先予以考虑,比如教育法、未成年人保护法中促进学生独立人格发展的价值取向,在衡量学校是否尽到教育、管理职责时就应优先考虑,具体的教育、管理措施不得妨碍这类价值的实现。

2. 行为人隐私权因素对可预见性的具体解释

理性人的核心能力在于可以对致害可能性作出妥当预见。判断可预见与否,关键在于有关侵害可能性的信息是否可得,这实际上是要求承担责任的主体对相关风险进行积极的调查了解。^[53]以学校的教育管理过错为例,《中小学幼儿园安全管理办法》对调查学生致害风险作了明确规定,学校的“可预见”在具体标准上也高于一般的个人乃至组织机构,因为作为专业的教育管理机构,学校在查明危险方面的能力优于他人。由此可见,在个案中对“可预见”作具体化,对行为人隐私权的关涉甚大,需要将学生的隐私权作为一个必要因素考虑进去,以此对“可预见”可能出现的扩张作出约束。

具体而言,一是应当根据学生的年龄智力发展情况、活动的目标与危险系数等具体情况作出针对性调查,避免对学生隐私权产生不良影响,不应为了绝对安全“一刀切”地全面调查和监控学生。二是调查并不意味着要了解学生的一切情况。可预见性不要求对损害预见到极为具体的程度,只要能够一般性地预见到损害的现实可能即为足够。^[54]因此,没有必要对学生及其活动的细节作细致入微的调查。同时,调查的时间仅限于合理的时间段,没有必要调查过于久远的背景。三是学校作为专业机构的意义不仅在于查明危险方面的能力优于一般人,更在于其理解教育关系的目标以及协调具体措施之间冲突的能力也优于一般人,因此调查中应妥当把握查明危险的目的、限度,避免损及学生的隐私权,否则不能谓之符合理性人标准。

除了对可预见内容的具体化之外,对行为人隐私权的考虑还可以对成本问题作出具体修正。这典型体现在安保义务的过错判断中。是否尽到安全保障义务,除规制性规范的规定外,仍需根据理性人标准在具体情景中作出判断。在一般意义上,理性人标准在具体情景中取决于受保护利益、危险性等诸多因素,但对于未尽安全保障义务的过错而言,需特别考虑的是公共场所或群体活动的特殊危险性、现代监控技术的发达程度以及公共场所隐私权有限保护之间的权衡。具体而言,当安全保障的相对人由单个或极少数人扩大为群体时,非理性行为的发生概率大大提高,个体的多样性和精神状态的参差不齐已经成为当代社会的经验性知识,达到理性人标准的安保义务人能够预见这类超出一般情况的危险性,由此产生的调查了解义务就更重,对场所活动者的隐私权就影响更大。同时,监控技术的发展使得安保变得更为容易,且成本越来越低,可以每时每刻进行有效监管。既有研究将义务限制在对风险能够预测或者控制的限度

[53] 参见刘文杰:《论侵权法上过失认定中的“可预见性”》,《环球法律评论》2013年第3期,第73页。

[54] 参见[美]格瑞尔德·J.波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,北京大学出版社2005年版,第128页。

内，^[55]但这无法与监控技术的发达程度相适应。在能够实时高清监控的技术背景下，对场所内的各类风险预测乃至控制对于安保义务人而言越来越不能称为苛刻。如果没有利用摄像头进行全程监控，反而往往被视为没有尽到安全保障义务。^[56]

对于这些方面的权衡，基本要符合预防成本小于事故成本的要求。^[57]群体活动或公共场所的危险程度要求预防措施的安全级别更高，而技术的发达程度使得预防措施的成本降低，这是一般的思考路径，但却忽视了行为人隐私权作为一项预防成本，也就是它作为一项对抗高级别预防措施以及高度发达的监控技术的成本。理性人标准并不排斥技术的发展，相反它支持这样的创新，即不断依靠技术进步来减少预防措施的成本。同时，理性人标准也应当在评估某一预防措施时，对其中涉及的行为人隐私权构成预防成本的必要方面有敏感的认知。^[58]当把行为人隐私权作为成本予以考虑时，判断避免行为人致害的安保措施是否合理，就要考虑监控、披露等手段所要避免的损害、损害发生的概率、是否存在对于预防措施的有效替代等，而非简单地以是否全方位覆盖摄像监控来应对安保义务合理性的复杂权衡。

三、明确行为人隐私权内容及侵害样态的具体规则

（一）行为人隐私权具体规则的作用

如前所述，对于本文所提问题的解决，隐私权概念及其一般规定的实际意义有限。在运用这些抽象规则时，要以合理期待标准作个案评判，这都需要事后作出判断。^[59]对于本文涉及的各种情况，事前引导更为重要。

美国学者沃洛克在论及侵权法与隐私权的关系时，强调为隐私权设置明晰规则的重要性，并主张明确规定不得为预防致害而采取涉及隐私的措施。^[60]一是因为欲作出对于家庭关系等关涉社会稳定与发展的重大领域产生深刻影响的决定，只能在全面调查研究所有相关因素的基础上，包括典型情况、社会大众的态度、预防措施的成本和效果等，这远不同于司法在个案中的权衡裁量。法官能够基于既有规则解决当前案件的问题，却没有广阔的视野应对影响如此深远的问题。二是因为模糊抽象的规定对隐私权的保护往往没有实际意义，其会与其他行为规范

[55] 参见前引〔43〕，王利明主编书，第2013页以下。

[56] 比如，有法院认为，娱乐中心不仅要安装多个监控设备，还应当在监控台配备专人查看以预防损害的发生，但损害发生时娱乐中心并未及时发现，由此娱乐中心对原告手机被盗存在过错。参见广东省中山市中级人民法院（2014）中一法张民二初字第226号民事判决书。有法院认为，网吧未对进入场所的人员采取安检措施，也未在洗手间附近安装专门的监控，因此网吧未充分履行安保义务。参见广东省东莞市中级人民法院（2012）东中法民一终字第1305号民事判决书。

[57] 在汉德公式中，如果损害发生的盖然性是P，可能发生的损害的严重程度为L，行为人避免损害的负担为B，那么当 $B < PL$ 而行为人未能采取避险措施时，行为人未尽到合理注意，行为有过失。参见〔美〕威廉·M·兰德斯、理查德·A·波斯纳：《侵权法与经济结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社2005年版，第94页以下。该公式虽然指明了衡量的重要性，表明了判断行为是否合理时需要考量的因素，却没有具体说明如何进行衡量，这有待理性人标准的补充。

[58] 相比前述我国司法裁判中对持续监控的要求，美国有法院对持续监控的副作用有所顾虑：原告因在宾馆中被另一住户抢劫，起诉宾馆未承担对宾客的合理注意义务。法院驳回其诉求，其中一项理由是连续不断的监管可能会对宾客的隐私造成过度侵扰。See *Shaddy v. Omni Hotels Management Corp.*, 477 F.3d 511 (7th Cir. 2007); Eugene Volokh, *Tort Law vs. Privacy*, 114 (4) *Columbia Law Review* 930-933 (2014).

[59] 参见杜红原：《隐私权的判定——“合理隐私期待标准”的确立与适用》，《北方法学》2015年第6期，第22页。

[60] 参见前引〔58〕，Volokh文，第942页以下。

不断产生冲突。隐私权缺乏明确的界限，以至于在当事人之间反复争讼而浪费大量社会资源。在侵权责任的设置未考虑行为人隐私权而趋于严苛的情况下，责任人会为避免责任而倾向于侵害行为人的隐私权，而清楚明确的规定则可以有力地应对此问题。

笔者赞同此观点。实际上，从隐私权界定的角度可以做的更具实际意义的工作，是对特殊主体隐私权的外延以及侵害形态作出具体规定。这一做法的最大作用是使相关主体在日常生活中明确了解权利和行为的界限，避免依靠司法个案裁判指引的滞后，对于防范侵害以及权利救济都有实际意义。在明确的具体规则的指引下，即使相关主体不具备法律专业知识，未成年人、精神障碍者、劳动者、学生等行为人也可以了解自己隐私权的边界，以对抗来自家人、管理者的不当防控、监管；父母等监护人、雇主、学校等责任人即使面对责任压力，也知道对行为人隐私权的干涉限度。对隐私权作更为具体的规定并非不可能，在单行法、地方法规、单行条例中已有一些先例，如劳动法中有禁止侵犯劳动者隐私权的更为具体的规定，《深圳经济特区实施〈中华人民共和国未成年人保护法〉办法》（2019年修正）有对未成年人隐私权更为明确的规定，这些零散的规定值得进一步整合。

另外，对行为人隐私权作具体规定，与在侵权责任的设置和解释中考虑行为人隐私权存在一定差别。后者并不能直接保护隐私权，其旨在消除侵权责任对行为人隐私权的主动侵害因素，而对隐私权的直接保护，仍需诉诸隐私权本身。虽然具体规定行为人隐私权受制于规则制定本身的繁琐，对程序、内容等方面都有非常严格的要求，且无法满足权利的开放性、变动性需求，但这种方法仍有其独特价值，应与在侵权责任设置和解释中融入隐私权考量的方法一并使用，才能协同解决本文提出的问题。

（二）行为人隐私权具体规则的设置

笔者认为，应以民法典第1032、1033条为基础，结合既有的具体规范，在行为人隐私权的特殊内容和禁止行为上展开规则设置。既有规范对未成年人、精神障碍者、劳动者、学生等特殊主体作了特别规定，如未成年人保护法、精神卫生法、劳动法、义务教育法以及相关的细化条例、办法等，下文也主要对未成年人等被监护人、劳动者以及学生的隐私权作具体展开。民法典第1033条列举了五项不得实施的行为：（1）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁；（2）进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间；（3）拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动；（4）拍摄、窥视他人身体的私密部位；（5）处理他人的私密信息。对于本文讨论的情况，责任人为防止行为人致害，对其实施的大多是监控、披露等行为，一般不涉及侵扰私人生活安宁的行为。就私密部位而言，没有就医诊疗等特殊目的，不得拍摄、窥视被监护人的私密部位，在任何情况下都应列入禁止事项。因此，下文对禁止行为的展开主要针对其他三种行为。

1. 禁止侵犯私密空间的具体规定

未成年人等被监护人通常与监护人共同生活，很难通过住宅乃至个人房间等一般意义上的私密空间作出区隔，因此住宅、房间之类的私密空间对于被监护人而言无典型意义，不应将进入、翻查住宅、房间列入禁止事项。

与此不同，工作场所、学校在很大程度上属于公共空间，但其中存在个人私密空间是毫无争议的。例如，劳动法第96条第2项规定，禁止非法搜查劳动者，从侵权法角度包括了搜查劳动者的私密空间，进入、拍摄、窥视这些私密空间应列入禁止事项。至于此种情形中私密空

间的范围，有必要作详细列举。从典型意义来说，洗手间、更衣室、宿舍等可以列为私密空间。而对于权利人所处工作场所、学校的具体位置（如工位、学生座位等），在有些情况下可以归属于私密空间，但不具有典型意义，在立法上作明确列举容易在理解和适用中产生争议，这类非典型情况宜交由司法作个案评判。

私密空间应当包括个人的抽屉、储物箱等，以及现代社会常用的虚拟空间——私人的电子邮箱、社交软件账号等，这对于被监护人、劳动者、学生等主体都是一样的，进入、翻看这些私密空间应当列为禁止事项。

2. 禁止侵犯私密活动的具体规定

个人的通信秘密、私密谈话等，无论在家庭生活、职场工作还是学校生活中，都属于典型的私密活动。《深圳经济特区实施〈中华人民共和国未成年人保护法〉办法》第10条第2款规定，“父母或者其他监护人应当尊重未成年人的隐私权和人格尊严，不得隐匿、拆阅或者废弃未成年人的信件，不得擅自查阅未成年人的日记”。这里所列的禁止事项就是对不得窥视私密活动的具体化。与此类似，不分年龄、精神状态地擅自查阅网络聊天记录、电子邮件，以手机、智能穿戴设备监听等行为，也应列入禁止事项。

在实务中产生较大争议的是用人单位在工作场所安装监控设备。现代监控设备可以听取、监视劳动者在工作场所的私人谈话内容、手机上的聊天信息，并重点关注所谓“问题员工”的动向。这种现象也发生于学校对所谓“问题学生”的监控。比较法上，美国康涅狄格州的法律对工作场所的监控作出了明确规定：雇主若在工作场所装有电子监控设备，应当书面告知其雇员。电子监控设备包括计算机、电话、无线电、照相机、电磁光电系统等。雇主不得在工作场所公共区域非以安全目的进行录音、录像等形式的监控。对员工的谈话进行录音或窃听，不论内容是否与工作有关，都是该州劳动法和刑法所禁止的。^[61]我国可借鉴比较法经验，对在学校、工作场所的非私密空间中使用监控设备拍摄、窥视、窃听学生、劳动者私密活动等行为作出具体的禁止性规定。

另外，如果有特别法为责任人设置了特殊义务，可以在特殊场景下作例外规定。例如，民法典第1010条第2款对单位的反性骚扰义务作了规定，“机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰”。在事前预防阶段，单位应当尽到的作为义务包括布置公开透明的工作（或学习）场所并合理安装监控设备等。^[62]

3. 禁止侵犯私密信息的具体规定

就私密信息而言，通常意义上的个人身份、家庭住址、婚姻家庭、健康、财务等信息在家庭成员之间不具有私密性。但是有些特别情况需要斟酌，如监护人为了起到预防作用，将精神障碍者的精神状态这一私密信息披露给可能的受害者。虽然精神卫生法以及《严重精神障碍发病报告管理办法（试行）》（国卫疾控发〔2013〕8号）确立了严重精神障碍发病报告制度，但并不适用于此。这种披露行为属于侵犯被监护人隐私权的行为，应列入禁止事项。

对于劳动者、学生而言，上述信息都属于私密信息，但是基于法律法规或合同约定，用人单位、学校可以收集此类信息。但对于一些特殊私密信息，应当明确规定禁止处理。比如，对

[61] Cfr. Connecticut General Statutes Annotated Title 31. Labor (C. G. S. A. § 31-48d).

[62] 参见张新宝：《单位的反性骚扰义务与相关侵权责任研究》，《中国法学》2022年第3期，第60页以下。

于有刑事、行政处罚记录的信息,用人单位、学校不能为了防止此类主体实施侵害行为而公开披露。关于有歧视可能的健康信息,比如罹患乙肝,根据人力资源部《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》(人社部发〔2010〕12号),通常不得公开甚至采集,入学、就业体检中的乙肝病毒血清学检查已被取消,应当明确禁止责任人为避免责任而公开此类信息。

(三) 新技术的影响与对新技术的规制

1. 新技术对行为人隐私权的影响

隐私之所以得到保护,主要原因之一在于19世纪末通讯技术的发展,使得对个人生活的干涉变得容易。^[63]这种趋势在高清摄像、数据分析等现代技术的高速发展下更为明显,从而使得隐私权的内容以及侵害样态有了新的表现。具体包括以下两个方面:

一是视频监控与定位技术的发展。视频监控技术原来大多用于公共场所,随着摄像自动化程度的提高以及智能摄像头的全域式场景化记录,管理者对进入公共场所活动者的监控变得越来越清晰和容易。更显著的变化是,原来不常见且昂贵的视频监控设备已经普及,广泛应用于智能摄像头、智能手机、智能穿戴设备等,它们具有高清的录音、录像以及定位等功能,监护人、用人单位、学校在家庭生活、职场工作、学校学习等环境中普遍使用这些设备监控、定位被监护人、劳动者、学生。传统对被监护人、劳动者、学生的行为、精神状态进行跟踪、搜身、搜包乃至派专人监督等方式,已经转变成以高清摄像头、智能穿戴设备等便捷地进行录像、录音和定位。原来的私密空间、私密活动内容也逐渐虚拟化,即日记、信件、谈话等内容更多变成聊天记录、语音、视频通话等,相应地,侵害方式也多表现为运用视频监控与定位技术的监控。

二是整合信息与识别技术的发展。现代信息整合分析技术的发展,使得零碎的信息变得完整。原来需要判断何种信息适合在何时公开、对何人公开以及可能在何种情形中被记录下来。而数据挖掘、分析和整合技术的应用,使得几乎所有个人信息都与隐私相关,因为可以低成本地对碎片化信息进行归纳分析进而获知相关人的隐私。信息整合行为会使当初原始的、零碎的信息产生协同作用,其结果可能揭示出信息主体基于单个信息所无法预料的新信息。与此相关的是对主体的具体识别,通过强大的计算能力和大数据预测,视频监控已从简单地矗立于场所中的独立镜头,发展成为运用数字及移动技术的复杂集成操作系统,监控镜头已不再仅仅被动地用于记录和存储,而是主动地用于识别人的身份和记录人们活动的细节,识别出可疑人物及可疑行为并进行重点监控。这种技术通常由具有技术能力的公共场所管理者、用人单位以及学校使用,为防控侵害事件,根据信息整合分析的结果对学生、工作人员、场所活动者作出分类,对可疑的人提高监控程度。这种技术的发展使得私密信息的内容得以扩展,不再限于隐私状态下不为他人所知的秘密,而是也可以涵盖公开化的信息,侵害方式则转变为结合整合信息与识别技术的监控。

2. 对新技术的规制及其限度

新技术对行为人隐私权的影响是巨大的,提高了隐私权被侵犯的频率和力度,事后救济的应对方式难以达到效果。对此,目前主要的应对方式是对新技术的运用进行法律规制。

[63] 参见[英]彼得·斯坦·约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第225页以下。

从既有规范来看,对新技术的法律规制仍在不断探索完善中。除个人信息保护法、数据安全法中零散、间接涉及对信息整合处理以及定位技术的规制外,比较集中的是关于视频监控的规定。以公安部《公共安全视频图像信息系统管理条例(征求意见稿)》为例,^[64]该征求意见稿明确以维护公共安全为目的,对视频图像信息系统的主管、建设、运行、管理、监督等事项作了规定,并明确不得违法强制要求企事业单位、其他组织和个人建设公共安全视频图像信息系统。公法层面对新技术的规制可以对私法层面的隐私权以及侵权责任产生一定影响。与本文讨论问题相关的,如对视频图像设备安装场所的限制、信息保护措施等规定,能够对行为人隐私权的内容、侵权过错判断中的注意义务等方面产生具体化效果。

那么,新技术的发展以及公法对其的规制,是否影响本文提出的问题以及解决思路?

首先,对于行为人隐私权具体规则的设置应当作出创新,也就是应当增加私密空间、私密活动、私密信息的新表现样态以及新侵害形式。比如前述《深圳经济特区实施〈中华人民共和国未成年人保护法〉办法》中除列举拆阅信件、日记这类传统侵害私密活动的禁止事项外,也应当与时俱进地增加更多在新技术发展下监护人侵害被监护人隐私的禁止事项。另一方面,尽管新技术使得私密活动、私密信息更容易受到侵害,并且出现了一些新的表现样态,但是行为人隐私权的核心仍未发生本质变化,原有定义仍能涵盖。

其次,新技术的发展使得责任人对行为人的管控更为方便、全面。在无过错责任下,更容易使得责任人采取干涉行为人隐私权的措施。在过错责任下,原本对司法实务中注意义务扩张、过度严苛等现象的责难,在新技术运用、防控成本降低的情况下得以缓和。比如,对学校尽到教育、管理职责要求在程度上达到“充分”“完全”,在时间上要“及时”发现致害隐患;^[65]要求安保义务人“检索顾客身边的一切危险源”。^[66]这些要求已不如从前那么苛刻,可以便捷地转化为是否装有摄像头、是否当面或从视频监控中观察相关人员的神态等。^[67]在实时高清监控的技术背景下,对学校、公共场所内的各类风险预测乃至控制,对于学校、安保义务人而言越来越不能称为苛刻。在这种情况下,将行为人隐私权融入侵权责任规则的解释与适用,显得更为重要,即增加对关系的全面考虑、兼顾行为人的尊严与自主自决等价值、将行为人隐私权作为对抗高级别预防措施的必要成本等,也就是说行为人隐私权更能矫正新技术背景下侵权责任可能产生的不良影响。

最后,新技术的影响并未改变原有的价值判断。一方面,对受害人的保护不应较之以前变弱;另一方面,以构成要件和减免规则的弹性来维护不同关系中不同内容的隐私权,这一点同样不应受到削弱。尽管新技术使得在责任人和行为人分离情形下侵权责任的合理化以及行为人隐私权的保护更为紧迫,但这些都是本文提出的解决方案下对新出现细节的修正,解决思路仍是一致的。对新技术的公法规制只能解决在公共利益目的下使用新技术的权限与责任,并不能从根本上解决本文提出的问题。

[64] 征求意见稿和建议截至2016年12月27日,但迄今未出正式条例。

[65] 参见陈劲松:《教育机构侵权责任实证研究》,《复旦教育论坛》2020年第3期,第39页以下。

[66] 参见班天可:《安全保障义务的边界——以多伊奇教授对交往安全义务的类型论为视角》,载方小敏主编:《中德法学论坛》第14辑下卷,法律出版社2018年版,第179页以下。

[67] 参见广东省东莞市中级人民法院(2013)东中法民一终字第742号民事判决书;广州市中级人民法院(2014)穗中法民一终字第1104号民事判决书。

结语：改善人际关系的侵权法努力

隐私权原本是现代社会维持良好人际关系的有效工具，但对于家庭中的监护关系、职场中的劳动关系、教育中的教育关系以及公共场所、活动中的安保关系等非完全陌生人之间的关系，本身模糊的权利无法起到区隔人际距离、保持个人尊严与自由的作用。反倒是在侵权责任的压力下，这些关系中的行为人隐私权不断受到威胁甚至侵害。这种压力具有惊人的直接效果，从长远看还会改变甚至缩小人们惯常理解的隐私权边界。由此，侵权责任对于未成年人、精神障碍者、劳动者、学生以及每一个在公共场所的人都有或多或少的消极影响。消除这种不当压力，要基于对责任人与行为人之间关系的全面细致思考，还原为了归责而抽象出的“支配、防控、屈从、规训”等隶属关系，在这类关系中发挥隐私权彰显人格尊严、个人自决的价值，形塑未成年人、精神障碍者、劳动者、学生乃至社会公众的独立人格。若能以对侵权责任与隐私权关系的重新思考为起点重塑或引导理想的人际关系，实有超越法律规则本身的重大意义。

Abstract: In torts liability in guardianship, labor, education, security and other similar relationships, the responsible person and the perpetrator are separated. Under the pressure of liability, the responsible person may take the initiative to adopt precautionary measures such as monitoring and disclosure that negatively affect the perpetrator's right to privacy. It is not useful to apply a general model to protect the privacy right of such perpetrators as minors, the mentally impaired, laborers, students, and those who are active in public places. Instead, the privacy right should be taken into account as a necessary condition for the reasonableness of the establishment and interpretation of liability, so as to eliminate proactive factors of infringement in the first place. To achieve the reasonableness of liability, it is necessary to restore the whole picture of the relationship between the responsible person and the perpetrator from the technical abstraction, to consider the multi-layered meaning of the relationship and the value orientation, and to use the privacy right as a powerful tool to counteract the subordination and to embody the perpetrator's values of human dignity and autonomy and self-determination. More specific rules can be set for the content and infringement patterns of the perpetrator's privacy right in the typical sense to match with tort liability. The impact of new technologies on the content and infringement patterns of the perpetrator's privacy right should be reflected in specific rules, but the regulation of new technologies cannot replace the reasonable setting and interpretation of tort liability.

Key Words: privacy right, guardian's liability, employer's liability, school's liability, liability for safety
