

## 数字时代隐私权的社会理论重构

### 前沿聚焦

□ 余成峰

个人信息保护在当代遭遇挑战，核心根源在于数字时代背景下隐私权面临的规范性危机。现代隐私的个人本位与数字社会的运行逻辑存在矛盾，隐私侵权的机理和法律救济的个体机制发生错位。为应对技术与社会变革带来的系统性问题，隐私权的社会理论基础需要重构。

#### 个人本位的现代隐私法

现代隐私法立足于个人主义、个人-社会二分以及个人信息概念三个方面的理论预设，形成个人本位的隐私传统。

基于上述三个方面的理论预设，最终汇聚形成控制隐私和访问隐私两种核心范式。两大范式从经验和规范两个维度，为个人本位的隐私法理论提供了正当性说明。无论控制范式还是访问范式，都采取了将社会分解为由孤立个人构成的意象。隐私的首要目标，即是在个人与社会之间确立起严格的分界。

#### 个人本位隐私传统的困境

在数字技术和平台商业模式的共同驱动下，微观的行动者、沟通模式与信息类型正在悄然发生变化，宏观社会结构经历剧烈的转型，个人主义、个人-社会二分和个人信息概念作为现代隐私权的社会理论预设受到挑战，现代隐私的个人本位传统面临深刻困境。

数字时代的行动者囿于不完全信息和有限的认知能力，无法在决策当下知晓所有相关因素，严重的认知问题削弱了“隐私的自我管理”。行动者不仅面临有限理性的约束，也陷入通过理性自主放弃隐私的悖论。旨在增强个人自主的隐私控制，反而可能进一步导向隐私的自我披露。

新的数据处理环境和其他影响与限制隐私选择的架构，正在不断消除隐私个人控制的可能性。数字网络正转型为感应网络，围绕始终在线的移动设备，以高度颗粒化的信息流方式进行持续收集和传输。与工业时代的分类经济不同，数字时代正迈向新的“信号经济”。

许多研究者都注意到大数据技术正使个人信息与非个人信息的二元区分失去意义。新的数字技术可以利用“智能”环境中的任何信息，所有信息都可能在主观预期影响或客观结果影响的层面与个人相关联。

传统隐私立法的个人主义、个人-社会二分与个人信息概念的理论预设遭遇深刻挑战，需从社会理论视角出发，进一步深化对数字时代隐私权本位保护的正当性证明。运用社会理论分析工具，则可以从功能视角揭示隐私权和个人信息概念的社会建构性。

#### 社会本位隐私保护的正当性

数字时代背景下，隐私的社会本位保护具有应对社会结构转型的必要性，而从隐私权的本体论和价值论视角考察，同样也可以提供隐私社会本位保护的正当性证明。运用社会理论分析工具，则可以从功能视角揭示隐私权和个人信息概念的社会建构性。

大数据本质上是社会化的信息关系：关于某人的信息，同时也是关于他人的信息。隐私保护不再仅仅关乎个人，同时也与整个社会的技术、商业模式以及权力运行机制相关联。

隐私的重要功能是通过人际边界的调整，反向促进社会互动。隐私保护的不仅是个人身心，而是通过对个人身心系统私密性与敏感性的保护，反向促进社会互动机制的繁育。在社会功能视角下，隐私不只是个人议题，同时也涉及社会信息控制与信息系统的的设计特性。

隐私不只保护个人价值，也保护外在于个人的社会语境价值。而当代数字技术之所以具有破坏性，不只是因为它们侵犯了个人隐私，也是因

为它们使偏离各种根深蒂固的社会语境价值成为可能。作为社会构成性价值的隐私，应当由所有社会行动者共享并共同保护。隐私保护牵涉极为复杂的个人、社会与国家多元维度的法益分配和价值权衡。因此，必须从社会正义的高度，从公平公正的价值维度重新审视隐私保护。

隐私权的含义并非固定不变，而是具有鲜明的社会建构性特征。隐私概念隐含了社会结构、伦理规范和法律义务的复杂内涵，这些社会因素共同塑造了隐私权的丰富含义。

#### 构建六位一体的隐私权保护体系

数字社会的高度复杂特征，要求我们超越个人与社会、私人与共的二元论，深入探索隐私保护的新模式。笔者尝试搭建一个涵括市场、国家、风险、语境、网络、权利维度的六位一体社会本位保护模式，构建一套相互竞争、内在制衡、嵌合互补的隐私保护体系。

其一是市场模式。社会本位的一个基本思路，是将社会理解为由市场机制自我整合的契约结构，以此构筑隐私保护的内在动机、自主激励和自发动力机制。面对数字时代形成的复杂的共生网络关系，必须充分利用商业模式作为技术与法律规范演化的力量，必须为隐私保护设计合理的市场激励机制，通过重塑市场规则，不断提升个人防止隐私侵害的能力。

其二是国家组织-监管模式。社会本位的另一基本思路是让社会在强制整合的意义上，实现一种强制隐私的保护状态。区别于自发的市场机制，国家组织-监管模式可以构筑不同的具有法律责任承担能力的集体资源池，与此同时，它也特别突出了具有控制能力的中心枢纽的角色，尤其是国家在隐私保护中所具有的协调能力。

其三是风险治理模式。市场模式是将社会理解为自发的多中心机制，国家组织-监管模式是为社会创设特定的控制中心，而风险视野的社会本位，则是一种适应当代高度不确定和复杂状态

的社会表征化机制。基于风险的隐私治理主要针对当代数字系统的互联性特征，这就需要通过风险社会化的方式应对，无论是通过强制性保险（国家组织）实现完全的社会化，还是通过从互联系统中获得经济利益的行业部门实现部分的社会化，其核心逻辑都是“建立一个充足的资金池来弥补损失并分散风险”。

其四是语境-场景-系统模式。市场、组织和风险模式都在一种整体性的意义上把握社会，而语境模式并不寻求涵盖整个社会的综合隐私解决方案，它试图在适当规模的社会领域处理隐私问题，通过特定的语境锚点来建立相应的隐私规制框架。

其五是网络-社会数字制度模式。与去中心的市场和中心化的组织监管不同，网络是动态演化的社会机制，它立足于市场的多边合同与组织的等级科层之间来理解社会的结构，因此同时具备了市场取向的自发性与组织取向的强制性。网络模式下可以根据不同节点的强度和影响，根据相应的网络份额、利益与控制能力，对法律责任进行比例化的分配。作为不同技术和社会系统之间的结构耦合机制，社会数字制度与社会网络共同演化，将成为隐私保护的新型单元。

其六是基于权利的公共商谈模式。作为权利的隐私不只是个人自决和同意权，也不只是私人自主的概念，它还可以成为社会契约论意义上的公共自主概念。隐私权利的实现需要同步激活公共自主和商谈对话过程。公共自主与私人自主互为前提和条件，从而构成隐私权利的一体两面。

隐私保护的新模式不以替代旧模式为前提，个人本位与社会本位不是互相取代和排斥，而是相互依赖与交叠的关系。在法理基础上，可以探索个人本位保护与社会本位保护的融合，综合不同法律技术和监管工具，通过兼容并包、内在制衡、协调统一的制度构建，最终形成商业市场、组织监管、风险治理、语境场景、网络制度、公共商谈模式在内的系统化隐私法律保护生态。

(原文刊载于《中国法学》2023年第2期)

### 法界动态

#### “2023年法律、商业和经济”国际研讨会举行



本报讯 记者黄洁 日前，“2023年法律、商业和经济”国际研讨会在中国政法大学举行。本次会议汇聚了来自中国、德国、意大利、荷兰、新加坡等国内外一流高校知名专家学者共70余人与会，共同探讨“法律—商业—经济”的最新研究成果。

本次研讨会设有四个单元，分别为“法与经济学圆桌论坛”“公司法与破产法”“法律、规制与治理理论”“实证法律与金融”与会学者围绕法经济学学科定位、部门法的法经济学最新理论、跨境破产制度管辖权与路径比较、全球经济治理与可持续发展、金融实证研究、金融市场商业模式与技术创新等热点议题进行深入探讨。

中国政法大学副校长常保国表示，中国政法大学高度重视法与经济学新兴交叉学科的发展。法律经济学有助于科学改善立法、执法和司法的质量，对于指导规制新兴产业具有较强的比较优势。法律体系对商业模式与经济发展施加愈来愈重要的作用。法律经济学评估不同法律规则与实施模式的影响，实现完善法律体系的目标。

#### “部门宪法与财政宪法”学术论坛举行



本报讯 记者张国强 近日，由大连海事大学法学院主办的“部门宪法与财政宪法”学术论坛举行，论坛线上线下相结合的方式举行，来自国内数十所高校的专家学者及法学期刊主编参加论坛。与会学者围绕部门宪法、财政宪法以及其他相关宪法研究话题展开学术研讨和交流。

大连海事大学副校长、法学院院长初北平向与会学者介绍了大连海事大学的发展情况和法学院学科建设情况。他表示，中国的现代化发展离不开宪法，包括海洋法治在内的各法治领域都需要遵循宪法规定，期待宪法学界能够有更多的研究成果。

苏州大学王健法学院教授曹雪阳总结时表示，本次论坛形成了三点研究共识：首先，随着时代的变迁，宪法出现了形式宪法与实质宪法的分离。在此背景下，部门宪法的研究对象是特定领域的宪法规范。其次，部门宪法应当着眼于规范背后的历史背景和社会变迁，将规范变迁与社会实践相结合，融合法学知识与其他专门领域知识。最后，如何处理宪法研究与其他部门法研究，整合法学知识和专业领域知识值得学界进一步思考。他强调，本次论坛进一步加深了部门宪法与财政宪法相关研究的深度和广度，推动了宪法学研究的发展，具有重要的理论价值和现实意义。

#### 新时代法学青年学者写作能力提升交流会举行



本报讯 记者余东明 日前，第十届“新兴权利与法治中国”论坛预备会暨新时代法学青年学者写作能力提升交流会在上海政法学院举行。上海政法学院副院长郑少华主持开幕式。

上海政法学院院长刘晓明介绍了学校的学科建设、科研发展、人才培养，中国-上合基地以及《上海政法学院学报》的基本情况。她高度赞赏“新兴权利学术共同体”在推进我国数字法治研究、培养青年学者及提升合作期刊质量等方面所发挥的重要作用。她表示，一流学科建设离不开一流期刊的支撑，期望借助“新兴权利学术共同体”这一平台的发展，培养出更多更优秀的青年才俊，不断深化该领域的研究，推进一流学科建设，繁荣法学学术发展，为国家法治建设贡献智慧和力量。

#### 西南政法大学2023年暑期社会实践活动出征仪式举行



本报讯 记者战海峰 西南政法大学以“学习二十大 永远跟党走 奋进新征程”为主题，共组建21支国家级、校级“三下乡”重点团队，3000余名学生奔赴西藏、安徽等十余个省、自治区、直辖市开展专题调研、政策宣讲和社会观察等实践活动。7月12日，西南政法大学2023年暑期社会实践活动出征仪式举行。西南政法大学党委副书记吴钰鸿出席并为重点项目代表授旗。

吴钰鸿指出，西南政法大学高度重视社会实践活动，始终把实践育人作为培养有理想、有本领、有担当的时代新人的重要抓手，并希望学生筑牢思想根基，坚定理想信念；投身伟大实践，磨炼意志品质；发挥专业优势，提高自身素质；严守组织纪律，守牢安全底线。艰难困苦，玉汝于成。他强调，要坚定历史自信，激发历史主动，努力做有理想、敢担当、能吃苦、肯奋斗的新时代好青年，让青春在全面建设社会主义现代化国家的火热实践中绽放绚丽之花。

## 浅议中国古代盗窃罪

### 法学洞见

□ 郝铁川（河南大学法学院教授）

概而言之，中国古代盗窃罪的规定主要有如下五点：

第一，从盗窃罪的客观方面来说，盗窃罪没有入罪的数额标准。换句话说，盗窃罪不必以窃得财物为犯罪的构成要件，只要主观上有盗窃行为，无论是否窃得财物，均可以盗窃罪论处。例如，《唐律·贼盗律》规定，“窃盗，不得财笞五十”。

第二，从盗窃罪的客体上来说，盗窃罪有特别盗窃罪和一般盗窃罪的区分。特别盗窃罪是指盗窃皇帝用品、官家用品的行为，前者如《唐律·贼盗律》“盗大祀神御物”“盗御宝及乘服御物”等，后者如“盗官文书印”“盗制书及官文书”“盗符节门钥”“盗禁兵器”等。古代对特别盗窃罪的量刑重于一般盗窃罪。《大清律例》把“盗大祀神御物”归于“十恶”之一，为“大不敬”，不论金额多少，皆斩。如果所盗窃的神物属于“未进神御，及营造未成”（皇帝还没来得及使用或为皇帝祭祀所用但未完工）等情况，则是杖一百，徒三年。若计赃重于本罪者，各加盗罪一等，并刺字。一般盗窃罪是指盗窃普通民众财物的行为，唐律称之为“凡盗”，量刑较前者轻，而且一般没有死刑，如《唐律·贼盗律》规定，“窃盗，不得财笞五十；得财，一尺杖六十，一匹加一等；五匹徒一年，五匹加一等，五十匹加役流”，即普通盗窃罪无死刑。

第三，从量刑轻重的原则上来说，窃盗数额

决定刑刑轻重。例如，《大清律例》“窃盗”一条规定，“凡窃盗已行，而不得财，笞五十，免刺。但得财者，以一主为重，并赃论罪。为从者，各减一等”。《大明律》规定，“一贯以下，杖六十；一贯之上，至一十贯，杖七十……一百二十贯，罪止杖一百，流三千里”。“监守自盗仓库钱粮”一条规定，“凡监临主守，自盗仓库钱粮等物，不分首从，并赃论罪……一贯以下，杖八十；一贯之上，至二贯五百文，杖九十……四十贯，斩”。

第四，从盗窃罪的主体来说，对监临官的盗窃行为的处罚重于普通人的盗窃行为。例如，《唐律·贼盗律》规定，有统辖主管责任的官吏，盗窃自己负责保管官有财产或在自己的辖区内盗窃，“加凡盗二等”，即比普通人的盗窃罪加重二等处罚，赃满三十四匹则以绞刑。

第五，从偶犯和惯犯的区别上来说，惯盗加重处罚，直至死刑。例如，《唐律》第299条的疏文规定，盗犯“前后三入刑科，便是怙终其事，峻之以法，用惩其罪”。具体办法是，“盗经断后，仍更行盗，前后三犯徒者，流二千里；三犯流者，绞”。疏文说，无论强盗、窃盗，断后又犯盗罪，三次犯徒刑的，加重处流刑，三次犯流刑的，加重处绞刑。由徒到流，由流到绞，是刑种的升级加重。

与当今关于盗窃罪的立法相比，古代盗窃罪主要有如下两大特点：

一是没有入罪的数额标准。只要有盗窃行为，无论是否窃得财物，均可以盗窃罪论处。而当今刑法关于盗窃罪的入罪是有数额标准。2013年，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定：盗窃公私财物价值一千元至三千元以上、三

万元至十万元以上、三十万元至五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百六十四条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院可以根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在前款规定的数额幅度内，确定本地区执行的具体数额标准，报最高人民法院、最高人民检察院批准。

二是区分盗窃罪的客体，对盗窃公家财物（皇帝财物和官家特定财物）的处罚要重于非公家财物。而当今刑法没有明确规定盗窃公、私财物量刑的不同。例如，我国刑法第二百六十四条规定，盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。第二百六十五条规定，以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电话号码或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。

由于古代盗窃罪缺乏入罪的数额标准，所以，对于数额不大的罪犯，法官往往采取教育和轻刑、法外刑相结合的办法加以处理。例如，清朝循吏陆稼书，每凡是审理普通小盗窃罪案件，就先问小偷说：“人之初，性本善。我相信你也是如此，可为何做出这样的事？”小偷说：“小人实是被贫困所逼迫。”陆稼书说：“这个不难改变，现在最挣钱的话儿莫过于纺纱织布了，并且这活儿人人都会。”接着，他命令衙役送来一斤棉花，私

小偷坐在大堂上，教他纺纱，对他说：“如果你学会了纺纱，就放你回家。学不会就说明你是因懒惰才去当小偷，处罚要加重。”小偷们都盼望快点释放回家，没有一个不用心学习的，几天就学会了。陆稼书说，这纺纱所需本钱不过才100多钱，现在几天之内循环流转，你们已经赚了许多钱，除去你们吃饭之外，还剩下几百钱，你们回去靠干这个活儿过日子吧。如果再行盗窃，就不饶恕你们了。小偷们都感恩戴德地回去了。其中大多数人能够悔过自新，重新做人，但也有些人再次因盗窃被抓。陆稼书则先对他们处以杖刑，再命他们在堂上纺纱一个月，换成钱给他们：“看到了吗？不劳不得，多劳多得，你们今后多多劳作吧。”若是第三次盗窃被抓，陆稼书则说：“有再一再二，没有再三再四。既然你不肯改悔了，休怪我手下无情。”于是就派两个衙役挟着他，疾走千步，然后用一碗热醋灌他，等他喝到一半时，让一人猛拍他的背，他从此就会患上咳嗽的毛病，而且这种毛病终生不会治愈。这样在他偷东西的时候，会忍不住咳嗽，惊动别人，被人捉住，因而他便不敢再偷。

中国古代为什么不规定盗窃罪的入罪数额标准呢？我认为其主要原因有二：一是法律和道德不分，认为盗窃就是违背道德，违背道德就是犯罪，“出入刑”“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”（《唐律疏议》）；二是中国古代各地经济发展水平非常不平衡，难以规定一个适宜于全国各地的统一标准，因此，就交由法官自由裁量了。

中国古代为什么对盗窃公家财物的量刑重于非公家财物呢？这是因为当时践行“官贵民贱”的法家理念，而非儒家孟子的“民为贵，社稷次之，君为轻”。