

公共卫生突发事件中隐私权的宪法保护*

李世豪

摘要 | 在公共突发卫生事件中，隐私权保护面临着公、私双重权力生态和下位规范保护不足的挑战。作为基本权利的隐私权具有主观权利和客观法的双重性质，应区分公、私法领域中的不同主体而界定其效力。以疫情防控为契机，全国人大常委会应将《宪法》第38条解释为原则性概括条款，为隐私权提供根本法上的规范保障；同时，应以司法个案为载体，围绕最高人民法院的合宪性审查提请权构建具体合宪性审查制度；最后在数字化防控的特殊时期，公权力机关对隐私权的限制应于法有据，应符合比例原则与法律保留原则，而公民应将宪法作为生活的一种方式，形成尊重人的尊严和个人隐私的共识。

关键词 | 隐私权；公共卫生突发事件；数字化疫情防控；个人信息；公权力；隐私保护；合宪性审查

作者简介 | 李世豪，武汉大学法学院硕士研究生。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

21 世纪的第二个十年，大数据革命的持续推进正改变着我们生存和思考的方式。而此轮庚子“战役”，是重大突发公共卫生事件中首次如此广泛运用到大数据和人工智能。习近平总书记指出，“要鼓励运用大数据、人工智能、云计算等数字技术，在疫情监测分析、病毒溯源、防控救治、资源调配等方面更好发挥支撑作用”。数字化疫情防控表现为个人信息采集手段的数字化、个人行为轨迹的数字化、疫情溯源数字化、病患医疗数据共享数字化、预警防控信息传播数字化。^[1]我国隐私权常活跃在民事权利语境中，而在宪法的基本权利层面很少被提及。在数字化疫情防控持续升温的背景下，公

共卫生安全和个人隐私的法益冲突加剧，导致公民隐私权受到不同程度的褫夺。在我国，缺乏文本规定的宪法隐私权是否存在？有学者回应：“不能因缺乏宪法救济程序而忘却宪法隐私权的客观价值”。^[2]我国台湾地区“司法院”在释字中指出，隐私权虽非明文规定的基本权利，但为维护人性尊

* 本文原载于《西南交通大学学报（社会科学版）》2021年第2期。

[1] 李亚娟：《数字化疫情防控如何保护个人信息》，《学习时报》2020年3月6日第3版。

[2] 范进学：《我国隐私权立法的审视与完善》，《法学杂志》2017年第5期。

严和人格主体完整,从保障个人生活免受侵扰和个人信息自主控制的目的出发,其具有作为宪法权利的正当性。^[1]宪法隐私权是以人的尊严为核心价值,旨在保障个人私生活不受公权力侵害,其中枢内容是调和公共利益与个人隐私之矛盾,同时可通过其客观价值秩序间接约束私法领域的侵权行为。^[2]本文欲于数字化疫情防控背景下,证成隐私权宪法保护的必要性,进而探索大数据时代隐私权宪法保护的进路。

二、大数据时代隐私权的流变

(一) 隐私权的客体范围扩大

传统理论认为隐私权的客体主要是物理性隐私,即私人空间和私人活动。大数据时代下,信息性隐私的出现导致了隐私权客体的嬗变。为回应大数据时代国家对个人生活侵扰的可能,信息自决权也适时地登上了历史舞台。其后在大陆法系的范围内,以德国为代表的国家将隐私权纳入了“兜底性”一般人格权的保护范畴,并持续强调信息自决权在隐私保护中的重要性,而我国台湾地区业已将个人信息自决权作为隐私权保护的主体。^[3]我国《民法典》将隐私权和个人信息分而治之,但将二者交集部分确认为信息性隐私而归于隐私权保护范畴。信息隐私权作为一种个别隐私权,实为通说隐私权之掾属。现代隐私权作为一种具体人格权,其内容却具有相当的开放性与包容性,不仅覆盖了传统隐私保护内容,而且能够将后信息时代出现的新型信息性隐私法益纳入其中,从而实现个人隐私的动态保护。

(二) 隐私权的信息属性凸显

网络3.0时代,数据已然成为公民存在的形式和载体,信息隐私遭遇到的挑战显然也会覆盖到传

统隐私保护的领域。^[4]在此“覆盖者之战”中,传统隐私权的内涵被重塑而增赋了新的信息法益,从而形成了现代意义上的隐私权。隐私权的信息属性具有三个表征,其一是具有“物理—信息”的双重面向,即作为权利主体的自然人由于数据的重塑而在信息意义上“第二次成为人”;^[5]其二是数据信息法益的融入导致隐私权产生“嵌入性”,对信息性隐私的搜集、利用、整合可能导致对其他权利的嵌入性侵犯;其三是隐私权保护逻辑的转向。数据时代下,传统私法侵权救济模式因难以适应个人信息自主控制的要求而滞后于时代。“公共权力信息化”背景下政府巨型数据库的建立需发挥权利对权力的制约作用,大数据时代的隐私权保护需要从传统私法话语体系向公法范畴转变。

(三) 隐私权的积极权能增强

传统人格权理论受“天赋人权”的自然法观念影响而秉持消极义务说,以物质性人格权为蓝本,该理论认为人格权属于消极的初代人权。如拉伦茨指出,人格权其实质是一种受尊重的权利,这种“受尊重权”在后来便被理解为人格权只能纯粹防御。^[6]然而在大数据潮流下,作为精神人格权的隐私权不仅是纯粹的自治,其权能开始不断积极扩张,尤其是“国家积极义务说”的提出让一些国家开始将隐私权视为宪法权利。^[7]权利的本质是实现人们利益的法律上之力,在现代隐私权中,以控制为核心的信息自决权具有更强的积极色彩,不仅有赖于权利主体自主配置有关信息,防御他人无端侵扰,而且从市民社会与政治国家的架构出发,需要国家以更加主动的姿态在立法、司法、执法领域进行全方位保护。尤其是立法上,不仅要在部门法层面对隐私权予以保护,还要在根本法层面给予隐私权宪法保护。

[1] 我国台湾地区“司法院”2004年释字第585号解释。

[2] 王泽鉴:《人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇(上)》,《比较法研究》2008年第6期。

[3] 王泽鉴:《人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇(中)》,《比较法研究》2009年第1期。

[4] 英维克托·迈尔·舍恩伯格、肯尼思·库克耶:《大数据时代》,盛杨燕,周涛译,浙江人民出版社2012年版,第94页。

[5] [英]卢恰诺·弗洛里迪:《信息伦理学》,薛平译,上海译文出版社2018年版,第3页。

[6] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔译,法律出版社2003年版,第282页。

[7] D. Grimm, The Protective Function of the State, in G. Nolte (ed.). European and US. Constitutionalism, Cambridge university press, 2005, p. 137.

三、数字化疫情防控下隐私权宪法保护的必要性

(一) 公、私双重权力生态对隐私权保护的挑战

大数据时代的公、私双重权力生态有两个表征：其一是“公共权力信息化”，即借助数据力量的公权力得到了一定的强化；其二是“社会私权公共化”，即腾讯、阿里巴巴等互联网巨头通过其拥有信息技术和数字资源突破私法空间而迈向公共领域，而且这些平台在某些时段还会与公共权力产生关联。双重权力生态在疫情防控过程中尤为突出，主要分为以下三个方面：

1. 侵权行为普遍化

数字化疫情防控中，侵犯隐私权的现象屡见不鲜。例如，多地政府工作人员毫无隐私意识，在摸排武汉旅居、接触史人员的过程中，将汉返人员未经“脱敏”的手机号、身份证、家庭住址等信息传播至微信群中，导致该群体遭到恐吓和辱骂。而手机在疫情中则成了个人的另一张身份证，通过微信、支付宝等APP记录的防疫数据既可以用来配合执法，也有可能被私营企业进行有意或无意的商业利用。此外，防疫过程中“无向性”和“贯穿性”的全面监控将公权触角伸向了私人私域。协助监控的私营企业虽不直接参与执法过程，但由于政府对其在技术与人力上的依赖性，致使这些企业能够接触到大量的私人信息，其中有多少信息会被传播利用也是未知数。

2. 数字人格导向化

“区分性数字范畴的构建，赋予了人们性格特质，并创造了数字身份和名声”。^[1]当我们对同一主体某类信息进行类型化归置后，其所构成的数字人格便是该物理主体映射于信息社会的真实镜像。在防疫“健康码”的使用中，公民被行政评级为红、黄、绿三种风险等级的数字人格，由居民主动填报，系统自动模拟的数字人格以健康码的形式决定哪些人的哪些行为是可信赖或不可信赖的。此外，大数据对于“湖北人”归类也引发了“算法歧视”的问题，根据交通轨迹、酒店记录、“鄂”字头车牌、湖北户籍等数据模拟出了与“湖北”相关的数字人格，致使部分地区民众对“湖北人”进行歧视，甚至闹出了“湖北”厕位的丑剧。

3. 防疫数据负荷化

数据的负荷化指的是一个数据不单代表它本身，还代表着隐藏在其身后的一系列数据。通过互联网对此类信息的扩散会造成数据的二次利用或多次利用这就导致了隐私权被侵犯的同时还可能对其他权利产生“次生伤害”。在联防联控的大数据系统协调下，将卫健委、网约车公司、工信及交通部门的数据几何拼接起来，就可以锁定患者轨迹而找到相关的密切接触者。然而防疫数据是否会再次被利用，以及再次利用过程中有何负面效应却不得而知。即使有关部门承诺防疫数据可用不可见，但数字化防控中“产业数字化”的出现也是威胁着公民隐私的动因之一。疫情中在线教育、送菜上门等商业行为在给居民带来便利的同时，其对信息的二次利用也威胁着“告知—许可”这一传统协议。更有企业打着赠送防疫爱心奶粉的旗号扫描儿童的出生证明，此类信息若流入黑灰产业，后果让人不寒而栗。

(二) 宪法下位规范对隐私权保护的不足

1. 隐私权公法保护的不足

结合此次疫情来看，《治安管理处罚法》《传染病防治法》《突发事件应对法》《突发公共卫生事件应对条例》构成了我国应对突发公共卫生事件的主要公法性规范依据。例如《传染病防治法》第12条就规定了“疾病预防控制机构、医疗机构不得泄露涉及个人隐私的有关信息、资料”。此外，《刑法》也规定了侵犯公民个人信息罪，从而在事后救济的层面明确了非法侵犯他人隐私所承担的刑事责任。此类公法性规范固然对保护隐私权免遭政府和其他主体的侵犯起到了一定作用，但总的来看，这些法律不仅对特殊时期个人隐私的保护鲜有提及，而且还存在碎片化、无序化的问题。仅凭此类规范无法构建出一种尊崇隐私权的价值秩序，而此种价值秩序的缺乏也导致了防疫工作中普遍侵犯隐私权的现象。这种问题同样出现在正在制定的《个人信息保护法》《数据安全法》中，这些法律虽专门规

[1] Jack M. Balkin, Free speech in the algorithmic society: Big Data, Private Governance, and New School speech Regulation, University of California Davis Law Review, Vol. 51, 2018. p. 1167.

定了信息性隐私的公法保护，但根本法中基本权利条款的阙如不免让这些规范的适宪性大打折扣。

2. 民法典时代隐私权私法保护的不足

在我国，私法关系上自然人的隐私权能不能得到法律保护这个问题，只能也必须由民法来回答。但正如梅库迪斯所言，“法典时代中，民法的人法部分仅是一件未完成的作品”。^[1]首先，我国《民法典》对隐私和个人信息之间关系的判断本身存在缺陷。根据《民法典》第1032条，私密信息属于隐私权的一部分，但《民法典》第1034条又规定，个人信息中的私密信息适用有关隐私权的规定，那么此处的私密信息到底是指信息还是隐私？此类私密信息若一律按照隐私权的判断标准和实质侵害要件去界定，可能会阻碍个人信息权益中所涵盖的自决利益的保护。再者，《民法典》中公法性规定存在的正当性如何论证，又应当如何有效实施，也需要进一步回应。^[2]相关公法性条款并不能替代宪法去保护隐私权。《民法典》第1039条规定了公权力机关对履行职责过程中获悉的自然人隐私和个人信息的保密义务。此条规范能多大程度上起到抑制公权、保障隐私权的效果尚不可知，而且其救济途径上也需打个问号，一旦行政主体违反了上述法定保密义务，此则条文能否单独成为隐私权主体寻求司法救济的规范依据？若可以，能仅依据该条文就要求侵权主体承担行政责任吗？最后，在数据治理的时代中，大规模收集信息的主体是政府部门以及互联网企业。个人信息与隐私的混淆、隐私价值判断的差错正是隐私权“理失而求诸宪”的原因所在。宪法不仅能突破私法范畴，构建起个人隐私对抗国家权力的防御机制，还能够潜移默化地拓展和形塑私法体系内隐私权的权利内涵，进而对私法中隐私权规范的运行进行价值统合。

四. 数字化疫情防控下隐私权宪法效力的法理支点及逻辑诠释

以一纸公文宣布应有权利的存在并非难事，不易之处是如何见诸实行。^[3]我国隐私权宪法保护的最大症结在于，因宪政价值而被赋予基本权利属性的隐私权，既未被明确对抗公权的基本权利效力，又未在司法程序中构建侵犯隐私权的一般性民事规则。^[4]作为基本权利的宪法隐私权，具有“一体两面”的主观权利（Recht im Subjektives Sinn）和客

观法（Recht im Objektives Sinn）的双重性质。此种双重性质落实到隐私权的主观层面，不仅要求国家公权力不得侵犯公民生活安宁和信息自决，更要求国家为公民的基本权利提供主观性保障。在客观法的面向上，宪法对隐私权的保护需要具有实效性，要避免公民隐私权受到第三方私主体和社会权力的侵犯。

（一）宪法隐私权在公法中的全面效力

“隐私权直到从侵权法移居到公法领域后，才真正显示出它的全面力量”。^[5]这种力量便是由隐私权兼具主观权利和客观法的双重性质延伸而来。一方面，作为主观权利的隐私权，其主要属性是“请求”，而核心功能是“防御”。申言之，在“权力—权利”二元结构中，若公民的隐私权遭到侵害，个人不仅可以要求国家停止侵犯，而且还可以请求对该权力的司法审查。防御权能固然是隐私权最为原始和基本的功能，然而在大数据时代的隐私权中，更为突出的是其积极权能，即基本权利的社会权功能。隐私权主体可以请求国家积极给付，从而获得主观受益。另一方面，宪法隐私权作为一种客观价值秩序，要求将具备“高级法”身份的宪法作为其他下位法的形式逻辑前提。如凯尔森指出，作为基础规范的宪法“既是构建理论体系的逻辑起点，也是实在法律体系的效力终点”。^[6]这就意味着，在现代宪政秩序下，包括公法在内的整个法律体系都要贯彻宪法隐私权所蕴含的基本价值。

[1] [德]蒂特利·梅库迪斯：《德国民法通论（上）》，邵建东译，法律出版社2000年版，第77页。

[2] 秦前红、周航：民法典实施中的宪法问题，《法学》2020年第11期。

[3] [英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第262页。

[4] 任喜荣：《“支撑”“互释”与“回应”——民法典编纂中的宪法观与问题意识》，《法学评论》2016年第5期。

[5] [英]玛丽·安·格伦顿：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社2006年版，第7页。

[6] [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2013年版，第181页。

（二）宪法隐私权在私法中的辐射效力

基本权利对于私法关系是否具有效力对此问题的回答存在直接效力说、间接效力说和无效力说三种解答。直接效力说认为侵犯基本权利将引发与侵犯民事权利相同的后果。间接效力说认为作为客观法的基本权利，其效力会波及至公、私法全域，而表现为通过立法将宪法规范落实于私法规范中，以及通过司法途径对私法条款进行合宪性解读，此现象被称为“基本权的辐射效力”（Ausstrahlungswirkung）。^[1]新兴的无效力说则认为“宪法是将超实定法的道德理论实证化的规程说明”，故宪法权利实质上是一种道德权利，宪法对私法上的第三人无约束力。^[2]在民法典颁布的这一历史结点，以上三种学说在我国已经引发了一场关于“基本权利民事化”的论战。“齐玉苓案”后，民事裁判援引宪法条款的直接效力路径似乎已被否决，但最高人民法院在其规范性文件中指出“可以将宪法规范作为民事裁判说理的理由”，看似又默许了间接效力的合宪性路径。无效力说虽然将道德效力解释为实定法的操作规程，但其无法解决的问题是：不管基本权利的表现形式是法或是道德，其最终都会对民事权利产生相应的价值提示，那么此种提示作用岂能以应然层面的无效力而概括之？故置身于我国当前的法治进程，间接效力说似乎最为合适。宪法不是德尔菲神庙，尤其是在大数据时代的背景下，我国这种“向后看”的确认式宪法模式并不能灵活地预见层见叠出的隐私权侵权种类和样态。宪法并不妨碍民法对于私主体间侵犯隐私权行为的规制，而是通过在立法技术、司法理念上对民法的校准，从而弥补民法隐私权保护中校正自身异化、缺乏价值判断、抵御公权力干扰等功能缺项，最终实现隐私权的宪政价值。

（三）宪法隐私权对社会权力的穿透效力

社会权力系具有相当的社会资源和社会影响的私主体。^[3]德国法学家卡纳里斯指出，由于私主体间并不存在如国家和公民那般权力差距，所以宪法对由私主体转化而来的社会权力并不能发挥相应效力。^[4]然而，在公、私双重权力生态下，一方面，政府的介入导致社会权力吸纳了公权力所独具的“权力差距”和“不可逃避性”；另一方面，当本为事实概念的社会权力产生出“权力—权利”的

法律指向时，宪法将其纳入效力范围并不会贬抑私法自治和市场经济的灵活性。因此，为保障公民隐私权，渐染公共属性的社会权力理应为基本权利的双重性质所笼罩，而做出主观权利和客观法的二维区分。按照主观权利的逻辑，公民隐私权在受到公权侵害时可以寻求司法救济，那么这是否当然意味着社会权力应承担相应的违宪后果呢？此时需要引入经济学领域的“穿透”概念来解释之。穿透，即不囿于事物之表象，而对其内部的、深层的主要矛盾进行剖析。穿透效力意味着，对于侵犯隐私权的社会权力，如果其为公权所主导，那么侵权的法律责任自然可以依宪法和公法性规范而判断；反之，如果主导性力量是社会主体本身，那么救济途径则应回到民法当中。而按照客观法，无论社会权力最终是存在于公、私双重权力的哪一系统中，身为“高级法”的宪法都理应对其发挥穿透作用。

五、以数字化疫情防控为契机建构我国隐私权的宪法保护制度

（一）解释人格尊严条款，制定隐私权宪法解释案

在历次修宪的权衡中，作为政治上层建筑的宪法不断回应着社会中种种疾呼，1982年宪法第一次以人格尊严的形式表示了隐私权的价值内涵，但仍未将其作为一项基本权利而单列于文本中。因此有学者提出，为修补本就不甚完善的基本权利谱系，应在宪法层面增设隐私权。^[5]但隐私权入宪也存在一定的问题。首先，若隐私权成为宪法权利，那么同为具体人格权的生命权、名誉权等权利是否需要入宪？不设门槛地放任具体人格权上升至基本权

[1] 许育典：《宪法》，元照出版社2008年版，第113页。

[2] 黄宇晓：《论宪法基本权利对第三人无效力》，《清华法学》2018年第3期。

[3] 郭道晖：《社会权力：法治新模式与新动力》，《学习与探索》2009年第5期。

[4] 德克劳斯·威尔海姆·卡纳里斯：《基本权利和私法》，曾涛等译，《比较法研究》2015年第1期。

[5] 徐显明：《应以宪法固定化的十种权利》，《领导决策信息》2002年第1期。

利的后果是基本权利谱系的紊乱,导致权力和权利行为动辄得咎,有损宪法权威。其二,宪法向来注重以抽象写意的方式提炼基本权利,在根本法层面对隐私权的阐述稍有不慎就会影响民法等下位法对隐私权的保护,有碍法制统一。最后,短期内宪法的再次变动既不符合政治周期规律也不利于宪法秩序的稳定。

宪法解释是探求宪法规范内涵的方法,“但凡立法者考虑不周,所涉规范便需在基本权之光照耀下被解释之”。^[1]由全国人大常委会对有关宪法条款进行的抽象解释具有规范创设之功能,借数字化疫情防控为契机激活宪法解释制度,续造已有条款从而形成隐私权的“权利伴影”,有利于柔性化解疫情中“公共卫生安全”和“公民权利保护”的价值矛盾。纵观大陆法系隐私权宪法保护之进程,德、日两国以及我国台湾地区均是以解释宪法人的尊严或概括性基本权条款的形式演绎出宪法隐私权。此种寄生保护的柔性容纳方式最初源于德国,在1954年的“读者来信案”中,德联邦宪法法院将《基本法》第1条第1款中“人之尊严不可侵犯”和第2条第1款中“人人有自由发展其人格之权利”结合解释出了一般人格权的概念,在此基础上发展出具备明晰内涵的隐私权。^[2]日本也采用了这种从抽象到具体的方法,高桥和之教授指出,《日本国宪法》第13条规定的“追求幸福权”实为“个人之尊严”的价值体现,由幸福追求权作为母胎权利可以派生出新的人格权。^[3]此种解释路径被日最高法院在“京都府学联案”中所采纳,从而承认了私生活自由的具体权利属性。^[4]我国台湾地区也是经大法官将“宪法”第22条解释为新型权利创设的权源,从而在1992年“银行客户案”中推衍出了隐私权。^[5]

“他山之石,可以攻玉”,效法于上述路径或许可将我国《宪法》第38条的人格尊严条款理解为与一般人格权相仿的价值规范,由此可以解释出作为基本权利的隐私权。^[6]参照德意志之手法,首先应承认“人的尊严”在宪法体系中的崇高地位,通过宪法解释,赋予第38条人格尊严条款客观宪法之最高规范地位,^[7]从而提供向下续造隐私权的空间。林来梵教授取经德国宪法一般人格权的推衍经验,提出了“人格尊严双重规范意义说”的解释路径,他认为第38条前部分可以拔擢为基础性的价值规范,而通过对后部分禁止性规定的补充展开,即可塑造出包括隐私权在内的个别性未列举人权。^[8]但此种路径存在的问题是,其一,人格尊严条款是否能理解为宪法上一般人格权?其二,在民法规定了一般人格权和隐私权的内容后,宪法为保护隐私等系列权利而创造性解释人格尊严条款是否多此一举?首先,人的尊严的范围虽较一般人格权来说更为抽象概括,但二者保护领域显然在隐私权区域能形成交集,无论是否承认人的尊严与一般人格权的链接,都不碍将宪法第38条解释为人权保障的原则性概括条款。另外,《民法典》第774条虽也宜解释为一般人格权,但其不具有对抗大数据时代下“数据利维坦”的功能,当遇到公权或公权化的社会权力的侵害而求助无门时,最终仍需要具有双重效力的宪法人格权之降临。人的尊严是公民隐私的终极价值来源,不管独处、自主权抑或是信息自决权的成立都需要人的尊严作为支撑基础。故亟须尽快解释宪法人格尊严条款,从而赋予宪法隐私权规范依据。

(二) 构建具体合宪性审查制度救济隐私权

隐私权宪法解释之展开有赖于合宪性审查制度

[1] [德] 康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007版,第288页。

[2] BGHZ 13, S. 334f.

[3] [日] 高桥和之:《立宪主義と日本国憲法》,有斐阁2005年版,第119页。

[4] 魏晓阳:《日本隐私权宪法保护及其对中国的启示》,《浙江学刊》2012年第1期。

[5] 台湾地区“司法院”1992年释字第293号解释。

[6] 我国宪法上的“人格尊严”应与“人的尊严”“人性尊严”作出区分,前者并不能笼统地代表后者,但三者意义上的相仿之处为宪法解释提供了余地。

[7] 李震山:《人性尊严与人权保障》,台湾元照出版有限公司2001年版,第18-19页。

[8] 林来梵:《人的尊严与人格尊严——兼论我国宪法第38条的解释方案》,《浙江社会科学》2008年第3期。

的构建,对限制公民隐私权的公权力进行的合宪性审查,主要有抽象审查和具体审查两种路径。2018年宪法修改标志着我国进入合宪性审查的新时代,宪法和法律委员会成为推进宪法实施的关键一环,其主要职能在于统一审议法律草案、对规范性文件进行备案审查、协助全国人大常委会进行执法监督以及宪法解释。^[1]这种以人大专委会为“牛鼻子”的合宪性审查模式,其主要目的是维护宪法秩序而非权利救济,主要面向是事前的抽象审查而非事后的具体审查。疫情防控中,固然全国人大常委会和地方各级人大常委会加强了对现有法律、法规、规章及其他规范性文件中各类紧急状态规定的审查,进而从立法层面为阻却对包含隐私权在内的基本权利的侵犯做出了努力。但对于作为宪法权利的隐私权来说,不论是其双重性质内涵、权利边界还是侵权阻却事由等问题的明晰,最终都需要建立在司法个案的基础上。

以具体诉讼为载体的合宪性审查不仅能贯彻实体请求权的主观性质,还能有效发挥链接宪法实体规范和程序功能的效果。我国《立法法》第99条赋予了最高人民法院合宪性审查的提请权,围绕最高人民法院建构具体性合宪性审查启动机制,无疑是现阶段我具体审查的最优解。具体来说,各级人民法院在审理隐私权案件过程中,若对其所适用规范存在“合宪性疑虑”,可以层报至最高人民法院,由其决定是否向全国人大常委会提请合宪性审查。最高人民法院享有初核权包括判断此项权利是否属于宪法所规定的隐私权、该隐私权是否真正受到公权干预、干预是否具有合宪性理由。全国人大常委会掌握对隐私权保护领域的最终认定权,而随着大数据革命的不断深入,此间极大可能产生一系列的宪法扩张解释。而借镜于德国宪法诉愿制度,我国的宪法诉权还需要具备一定的适法性前提,即当事人自身的基本权利应受到直接的、现实的损害。^[2]申述之,针对隐私权的宪法诉讼之提起,其适格当事人必须是自身隐私直接受到国家权力的侵害,而非公权措施中“第三人”或“利害关系人”。此外,公权行为还应给当事人的隐私造成了当时紧要而非未来可能的直接限制。

(三) 营造尊崇隐私权的宪法共识

在对隐私现象进行宪法分析时,一般有两种思

路:要么从宪法看隐私,要么从隐私看宪法,而宪法现象又由宪法规范、宪法制度、宪法意识、宪法秩序四要素组成,鉴于上文已给出了规范和制度路径,故此处主要强调社会共同体中隐私权的宪法共识之建立的必要性,以寻求个体自由与整体秩序的统一。我国封建社会的价值本位是围绕儒氏经典建立起的三纲五常和仁义礼智信,故当时将隐私理解为“阴私”而埋没于宗法礼乐之下也不足为奇,而近现代隐私保护不力的主要原因是集体主义的高调下个体价值的缺失。千禧年后随着改革的持续深入,在单一阶级观向多元共治观的转型、价值一元论向自由主义多元论的转向、不同主体的无涉式离散向交互式共进的渐递渗透下,^[3]现代社会的核心价值呈现出空心化、虚无化的趋势,尊重人的尊严和个人隐私的社会共识也未曾很好地建立起来。大数据时代中,独一无二的个体数据映射着个体价值的瑰丽,却反衬出核心价值的流散。而疫情作为转型社会的一面镜子,数字化防控中不论是公权部门滥用收集的隐私信息还是个体对自身隐私惜之如桂璞,对他人信息与公共利益却视之如草芥就都是当今社会缺乏隐私共识的例证。

那么,在信息社会中应如何化解这种价值困境而营造当代核心价值,从而更好地保护宪法隐私权呢?循迹于比较政治哲学的脉络可以发现,无论是罗尔斯的“重叠共识论”、蒂利的“协商民主”论,抑或哈贝马斯“公共领域”论,其大抵都是在理性主义下提炼出一套绝对对多数的道德范式和行为规则。^[4]宪法共识是在政治程序下单一个体取得社会共识的最大公约数,具象化的法律程式可以为不同价值提供公共辩台,个体通过在宪法实施和宪法监督的过程中的思辨与论争,能够有效平衡个体自由和公共利益的冲突,进而营造出统一的社会秩序。

[1] 于文豪:《宪法和法律委员会合宪性审查职责的展开》,《中国法学》2018年第6期。

[2] 赵宏:《宪法诉愿的基本构造与核心问题——从德国经验谈起》,《中国法律评论》2020年第1期。

[3] 高成军:《宪法共识:价值多元社会的共同认识》,《甘肃政法学院学报》2018年第4期。

[4] 秦小建:《价值困境、核心价值与宪法价值共识——宪法回应价值困境的一个视角》,《法律科学》2014年第5期。

这样一种核心价值和社会共识落实至权利层面，在德国是《基本法》第一条人的尊严条款，在日本是《日本国宪法》第十三条的尊重个人和追求幸福权，私以为，在我国也应将这种共识归位至宪法人格尊严条款当中。只有每个公民真正理解人的尊严对于自我和他人的意义，将尊重他人隐私铭记于心，同时协调好个人权利和公共利益，凝聚保护隐私权的宪法共识，才能共同应对数据时代隐私权保护的挑战。

（四）特殊时期限制隐私权的宪法界限

“枪炮作响法无声”，新冠疫情使居民生活转入到特殊的紧急状态，在此次史无前例的数字化防控中，每一次重大公共卫生决策的做出背后都是公共利益和公民权利的权衡博弈。宪法规定了国家尊重和保障人权的基本原则，在宪法内对基本权利限制要件的限定是应急性行政权介入隐私领域的合宪性需要。所以，公权力对隐私权的限制应坚持宪法底线，符合宪法原则。

其一是合法性原则。普通公民自愿让渡隐私权以推动“战疫”进程的加快固然令人钦佩，但公权力机关也应按照法律规定依法行使职权，而不能以应急状态为名，任意克减公民隐私。习近平总书记指出：“疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控，在法治轨道上统筹推进各项防控工作，保障疫情防控工作顺利开展。”^[1]在疫情防控中执法机关任何可能损害公民隐私权的行为必须具有现行法律依据，必须依照法律的规定来进行。

其二是比例原则。为维护公共利益而对公民隐私的克减需接受比例原则的检视。首先，对公民隐私信息的使用需满足正当性原则，不仅目的要正当，而且信息收集的手段也要正当。其次，从适当性原

则来看，行政机关收集和使用公民的家庭住址、出行信息等数据需与疫情防控具有适当因果关系。最后，数据收集主体应在最小限度内尽可能次数少、体量少地收集个人信息，以求给公民隐私权带来最低程度的损害。

其三是法律保留原则。若宪法对隐私权的保障仅止步于政治宣示和权利列举而忽略规范本身的理性设计，那么当公权跨越必要的法律界限时，公民隐私便岌岌可危。提高对基本权利限制的立法层级，是保障隐私权的必要举措。根据全国人大常委会2020年立法计划，包括《国境卫生检疫法》《传染病防治法》《突发事件应对法》在内的公共卫生领域相关法律修改都被提上了日程。在制定和修改此类法律的过程中，应将法律保留原则与比例原则相衔接，明确此类法律规制隐私的权限，而且在有必要对此类规范进行解释时，应采取最有利于保障公民隐私权的方式。^[2]

六、结语

规范上的文字演绎和逻辑论证固然可以在应然意义上证成作为基本权利的隐私权的正当性和必要性，但苦恼却在于如何找寻隐私权宪法保护的事实前提和逻辑依据而摆脱循环论证的“明希豪森”困境。此次突发重大公共卫生事件，既是对我国治理能力的考验，又是中国法治成长的契机。后疫情时代，如果我们能够认真审视和反思前疫情时代隐私权保护的种种弊端，将宪法作为生活的一种方式，可以期待的是随着宪法实施的加强，宪法共识的积累，隐私权宪法保护的推进将会极大地助力于我国在法治轨道上推进治理体系和治理能力现代化。

[1] 《习近平：疫情防控越到最吃劲时候，越要坚持依法防控》，新华社，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1657706827938244760&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间2021年5月21日。

[2] 赵莹莹：《应急行政视阈下公民基本权利限制分析》，《广州大学学报（社会科学版）》2020年第4期。