

# 本土化语境下的“被遗忘权”： 个人信息权的程序性建构

李立丰

**摘要** 大数据时代,个人信息因具备“不被遗忘”的特殊属性而成为有价值的商品,并引发了一系列权属论争。其中,个人信息主体是否可以凭借所谓的被遗忘权对抗互联网搜索服务提供商的所谓“表达自由权”,已成为世界各国关注的焦点问题之一。结合域外相关立法、司法实践经验与理论,从我国相关立法与基本国情出发,应当肯定被遗忘权的本土存在价值与独立属性。但对于这一新兴权利的合理建构,基于实用主义立场,应当扬弃隐私权或自由权等传统法理的解说进路,以一种程序性权利而非实体性权利的建构思路,平衡个人信息主体与互联网搜索服务业者之间的利益矛盾,缓解大数据时代个人信息主体所面临的现实困境。

**关键词** 大数据;个人信息权;被遗忘权;搜索引擎;人格;隐私;算法;新兴权利

**中图分类号** D913;D90 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2019)03-0145-11

**基金项目** 吉林大学哲学社会科学青年学术骨干支持计划项目(2016FRGG05)

甲得知网络卖家乙将包括自己在内的客户个人信息打包出售,以乙侵犯了自己的信息所有权为由,申请法院判令乙删除相关信息并给予赔偿。乙怀恨在心,恶意捏造甲感染了艾滋病的虚假消息并发表在微博上。甲以匿名发帖者侵害了自己名誉权情节严重且多方联系未果为由,申请法院判令微博运营商删除该微博。乙因实施上述诽谤行为被判刑,此事随即被当地新闻媒体报道,并在网络上被大量转载。出狱数年后,乙以侵犯自己隐私权为由,要求某搜索引擎采取措施屏蔽自己因诽谤获罪判刑的相关在线新闻链接。其间,乙意外去世,其子丙继续向该搜索引擎主张屏蔽与亡父犯罪有关网络信息。市民丁闻讯后表示搜索引擎如果屏蔽链接,就是侵犯自己的知情权。

对此进行讨论之前,我们必须追问,在目前权利谱系中,信息所有权是否存在? 虚假信息的受害人是否可以以名誉权受损为由要求网络信息平台删除涉嫌侵权的信息? 真实信息的相关方是否可以在时过境迁后,以维护自身隐私权为由要求搜索引擎屏蔽相关在线报道的链接? 这种权利是否可以在其死后由子女等利害关系人行使? 普通民众对此是否可以提出知情权抗辩?

## 一、问题的提出

之所以在论文开篇,基于国内外若干真实裁判例拟制出上述供讨论用的背景材料,原因就在于,既有人格权,抑或者被上升到基本权利层面的个人信息控制权,都无法有效应对网络时代独特的信息“记忆”方式所带来的挑战。质言之,在我国目前的立法语境下,只有借鉴域外司法实践的实质内核,承认所谓被遗忘权的独立权属,并将其作为解决上述问题的最终手段,才能相对合理地解决上述问题。

### (一) 数字时代个人信息的异化

大数据时代,人的身份出现异化,从传统意义上的主体沦为和物一样被不间断实时收集个人数据的客体,并因此具备了价值属性。作为个体的自然人,一旦失去主体对自身信息的控制权,就将面对信息在传播过程中遭曲解甚至遭篡改的可能。一方面,实时记录的大数据,通过关联分析等手段,可以十分准确地还原甚至预测社会个体的行为倾向、个人喜好、购买习惯等隐私,而人越透明化就越客体化,私密交谈的某些内容就很可能转化为手机 App 广告的重点投放对象。更为重要的是,互联网与大数据除了让个人信息成为可以被识别、被抓取、被修改、被利用的重要商品之外,还因为其所具有的不可遗忘特质,彻底改变了人与社会的结合方式及其各自属性。在某种意义上,被遗忘意味着行为人过去实施的不足或错误得到了遗忘或宽恕。进入数字化时代,互联网为人们提供了一种无法磨灭的共同记忆功能,信息一旦上网便无法被抹去,人们可以通过互联网搜索引擎近似无限地获得这些信息。好或不好的网络信息,都将像“电子身影”那样,与现实社会中的相关方如影随形<sup>[1]</sup>(P33)。简言之,人是健忘的,但互联网却从不遗忘<sup>[2]</sup>(P1)。低成本、高效率的永久性数字记忆,在削弱个人信息控制能力的同时,也让如何实现“数字遗忘”成为亟待解决的现实命题。

### (二) 既有权利范式的滞后性

面对大数据时代个人信息的异化,既有权利谱系表现出明显的滞后性,无法充分涵盖个人信息相关权利的特殊属性。首先,个人信息权利不属于民法意义上的人格权。虽然大陆法系国家往往从人格权保护的角度理解个人信息权利,例如,在不存在网络实名制的日本,有很多匿名性质的论坛或贴吧,在运营者删帖不力的情况下,司法实践中出现了大量基于人格权的申请删除诉讼<sup>[3]</sup>(P3)。但从中国的立法与司法实践来看,照搬大陆法系人格权法显然面临水土不服的困境。从我国相关立法实际出发,人格权与个人信息权的权利内容、表现方式、行使情况乃至救济方式,都存在明显不同。同样,和典型的隐私权不同,个人信息权具有“对于错误一方提起私力的侵权之诉的救济措施”<sup>[4]</sup>(P133)的本质意涵,与隐私权分属不同的概念,二者虽然在所谓的信息隐私权方面存在重叠之处,但个人信息的范围大于个人数据,个人数据的范围大于个人隐私<sup>[5]</sup>(P80)。

### (三) 新兴权利的建构必要性

个人信息权的核心,即在于信息主体对自身信息表达的控制,其所针对的是与信息主体相关的元信息,而这种元信息的内容恰恰承载了与信息主体相关的人格权和财产权。对此,依然大体上可以通过对传统人格权或隐私权的实质性扩张解释加以调整。但同时,与互联网搜索功能存在密切关系的个人信息权,与杂糅人格权和财产权的个人信息权存在明显区别,不能相提并论。信息主体对于互联网搜索服务提供商以及其所提供的搜索服务的私力抗制,无法用扩张后的人格权及隐私权加以有效调整,只能通过建构新兴权利的方式加以解决。

首先,互联网搜索功能催生了个人信息世界的一场革命。在互联网时代,由于信息存储、搜索及分析技术的成本降低、效率提高,特别是所谓大数据技术的参与,空间、时间乃至智识的界限都会被包括搜索引擎在内的网络工具一一打通。“网络社会中的信息,就像海底的沉船,如果有强力搜索引擎的帮助,人人都会像优秀的潜水员那样,挖掘到深埋海底的宝贵信息”<sup>[6]</sup>(P46)。正是在这个意义上,搜索引擎成为推动个人信息世界乃至网络信息社会内利益、阶层重新分配洗牌的革命力量。

其次,在司法实践中,很多国家都将与互联网搜索引擎存在密切关系的个人信息权利作为一种新兴权利加以独立考量,以合理区分其与其他类似权利的复杂关系。这种新兴权利所针对的互联网搜索服务这一特殊对象,是为了有效缓解互联网搜索对于“遗忘”这种人类特质的颠覆或冲击,基于实用主义立场创制出来的一种对抗性法律根据。网络时代的人权冲突早已突破了传统社会面对面交流的基础,直观来看固然是情报发送者与情报主体之间的冲突,但实际上却是被围观者与围观者之间的矛盾。在

很大程度上,承认互联网搜索服务提供商在断绝围观方面的巨大作用,要比寄希望于删除网上信息这种“不可能完成的使命”现实得多。必须承认,相对而言,互联网搜索服务提供商相较于网页的管理、运用者乃至信息发布者,在个人隐私和个人数据保护等基本权的保护方面,能够发挥更为显著的影响效果。从世界范围来看,早在2006年的“雅虎法国案”(Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 433 F. 3d 1199)中,一个位于加州的联邦地区法院就曾判定,一些法国团体在法国通过诉讼的方式要求互联网搜索服务提供商雅虎(Yahoo)面向法国用户屏蔽有关美国境内的纳粹信息的做法,违反了保护表达自由权的美国宪法第一修正案。这一观点也得到很多美国学者的支持,在他们看来,包括互联网搜索在内的相关计算机语言设计及适用,都是一种言论表达行为<sup>[7]</sup>(P1445)。2013年,美国加利福尼亚州制定立法,规定少年可以要求网站运营商删除特定的个人信息(Cal. Bus. & Prof. Code § 22580),但目前这一立法并不适用于互联网搜索服务提供商,从而间接证明了美国将提供搜索结果的行为视为相较于隐私权更具上位性的言论自由权。同样,在日本的“儿童买春信息事件”中,二审的东京高等裁判所(下文简称东京高裁)明确指出,“检索结果的提供,具有检索服务提供商从事表现行为的一个侧面”<sup>[8]</sup>(P82)。正是从对抗互联网搜索引擎的特殊的“自由表达行为”的需要出发,赋予信息主体以新兴信息权利才获得了必要性。在这种语境下,欧盟法院通过建构被遗忘权这一概念对于互联网搜索服务提供商施加特殊限制性义务的做法,才显得具有开创性。

## 二、被遗忘权的话语厘定

如果单纯从字面表述来看,所谓被遗忘权,或被忘却权正式进入法学讨论的视野,始于著名的“谷歌西班牙案”(Google Spain SL v. Agencia Espanolade Proteccion de Datos, Case C 131/12)。2010年,西班牙的一位原告以自己多年前就已经偿还了所有债务为由,申请该国数据保护局命令加泰罗尼亚地方新闻社删除其1998年因未交保险费导致自身不动产遭到扣押并投入拍卖的网上新闻记录。同时,原告还要求当局命令互联网搜索引擎谷歌(Google)及其关联法人谷歌西班牙采取措施,删除这一报道在其搜索引擎中的链接。西班牙数据保护局驳回了原告针对新闻社的申请,但命令谷歌公司及谷歌西班牙公司在其提供的检索结果中删除相关新闻链接,进而引发了后续诉讼。在本案审理过程中,2012年初,欧盟修改了《1995年数据保护指令》(1995 Data Protection Directive 95/46/EC),正式赋予民众要求相关机构删除有关他们的个人数据,同时阻止这些个人数据被进一步传播的权利,即被遗忘的权利或被删除的权利。2014年5月,欧盟法院最终判定,被遗忘权不仅适用于保存原始数据的网站,同时还适用于搜索引擎。可以说,从欧盟相关法案中被遗忘权与删除权、个人信息自决权等相关权利的逻辑关系来看,被遗忘权提出之初就是为了限制搜索引擎公司与数据控制公司的,而不是针对所有对数据有控制权的人<sup>[9]</sup>(P43)。

### (一) 被遗忘权的独立属性

通过上述立法及司法实践,似乎至少可以从字面意义上肯定被遗忘权在欧盟范围内的存在。但这种认知面临诸多挑战。有学者认为,“谷歌西班牙案”的判决结果根本无法导致相关网络信息被遗忘,在元信息及其网络副本原封不动、搜索引擎五花八门的前提情况下,通过其他搜索方法检索到相关信息绝非难事。反观被遗忘权这种提法,不仅显得“名不副实”,还有可能危及表达自由等基本权利。与其如此,莫不如将本案理解为赋予个人信息有限模糊化处理的机会或权利<sup>[10]</sup>(P437)。无独有偶,2016年,日本东京高裁在其审理的“儿童买春信息事件”中,也明确否定了地方裁判所提出的所谓被忘却权这一概念,认为其并非日本法律明文规定的权利,构成要件及适用效果皆不明确。即便有必要加以检讨,也没有必要对其加以独立判断,只需将其视为停止侵害人格权的名誉权或隐私权的请求权即可<sup>[2]</sup>(P1)。

但笔者认为,即便不考虑欧盟立法与司法中被遗忘权这一概念的形式确立,也应从实质上承认这一概念的独立属性。

首先,虽然被遗忘的概念本身并不新鲜,然而,数据存储的最大问题恰恰在于网络彻底否定了人的遗忘特质。这一本质转变,为被遗忘的嬗变提供了现实需要,更为其提供了权利化的前提。这也是为什么虽然联合国教科文组织一方面承认国际人权法中并未规定被遗忘权,另一方面又明确承认在数字时代,是否需要被遗忘权这一人权已经成为一个“问题”<sup>[8]</sup>(P83)的原因。

其次,“谷歌西班牙案”所产生的溢出效应,也间接证明被遗忘权的独立存在。网络无国界,该案确立的被遗忘权虽然形式上仅仅局限在欧洲,但事实上已经开始影响世界各国的相关法学理论和司法实践。以前文提到的日本“儿童买春信息事件”为例,虽然日本最高裁判所并未从正面承认被遗忘权,但同样做出了类似于“谷歌西班牙案”的判决。

再次,“谷歌西班牙案”审理之后相关利益方的反弹有限。以对被遗忘权持强烈批判态度的“国际图书馆联盟”(IFLA)为例,其在“谷歌西班牙案”后发表的相关声明中并未直接否认被遗忘权,而是在承认其独立权属的基础上,认为应当对其加以相对限制,例如,基于历史、统计、研究以及公益等目的进行的检索,不受被遗忘权的限制;对于公众人物的检索结果不得消除;保存、管理、研究历史公文所必需的个人数据,应被规定在被遗忘权之外,等等<sup>[11]</sup>(P32)。

## (二) 被遗忘权的核心特质

首先,笔者主张被遗忘权与个人信息权之间的实质性联系,仅仅是指被遗忘权是确保个人信息权的三项权能之一,即信息自决权的程序性救济手段。被遗忘权作为一项程序性请求权,不同于个人信息自决权或删除权。有学者认为,《一般数据保护条例》最终文本第17条中,被遗忘权与删除权虽然以括号内和括号外的形式出现,其实在内容上完全重合,被遗忘是权利行使的目的,而删除则是实现权利的手段<sup>[12]</sup>(P25)。这种观点显然颠倒了二者的关系。事实上,对于违反信息主体未收集、处理的个人信息以及错误、过时或者非必要之个人信息的删除权,总体而言已经形成了较为成熟的规则,并不会因为出现了互联网这一介质而出现任何实质性变化。在这个意义上,针对被遗忘权的补充责任说是值得肯定的,也就是说,作为个人信息自主权权能的删除权和超越个人信息自主权范畴的被遗忘权必须截然分开。在这个意义上的被遗忘权,似乎可以直接等同于“删除数据链接权”<sup>[13]</sup>(P281)。其与个人信息主体享有信息删除权最本质的区别,即在于前者针对互联网搜索引擎通过输入关键词等检索方法得出的数据链接,而后者则针对的是相关元信息。这也是为什么2013年加州参议院第568号议案赋予未成年人删除之前自行上传的某些个人信息权利,“总体上不属于被忘却权”<sup>[14]</sup>(P311)的原因。

其次,笔者认为,互联网搜索引擎提供的检索服务并非某种中性无色的程序运行结果,而是一种体现搜索引擎服务商利益与意志的表达行为。谷歌对于个人信息搜索所采用的主观评价系统,即通常意义上的网页排名,显然不能摆脱作为特定利益主体的人的参与。对此,日本最高裁在“儿童买春信息事件”中,虽然并未明确互联网搜索服务提供商是否像媒体机构所享有的编辑自由那样,享有对于检索结果加以排序等所谓表现自由权,但同时还是承认了互联网搜索的表现行为属性<sup>[15]</sup>(P4)。的确,互联网的存在,因为搜索引擎有能力将个人的信息碎片统合一起,从而建构起一种相较于其他方式更为鲜活丰满的个人画像,其在功能上所具备的特殊性,必须在法律上赋予处于弱势地位的自然人信息主体一种要求互联网搜索服务提供商不得从事特定检索行为的请求权,而这种请求不作为的行为便是被遗忘权的核心特质。

## (三) 被遗忘权的确权理念

一般认为,被遗忘权的权利主体应当被限制在自然人的范围内,也就是说,被遗忘权是专属于自然人信息主体的一项请求权,且行权人一般不应具有公众人物的特殊身份。与之相对应,笔者认为,被遗忘权所保护的乃是自然人在网络社会对于自身隐私及信息安全等个人权利的一种安心感,被遗忘权的存在会削弱甚至消除自然人信息主体因网络永不遗忘所产生的危机感。在日本,很早之前就出现过将私

生活的自由作为一种主观安心的问题加以看待的高等级裁判例(最大判昭和44年12月24日[刑集23卷12号1625页])。反观我国《网络安全法》第43条,虽然规定了个人信息主体要求网络运营者在特定情况下删除或更正其个人信息的内容,但该法区分了网络运营者与网络产品、服务提供者,而后者才是被遗忘权应关注的权利对象,即互联网搜索服务提供商。这是因为,被遗忘权概念的发端即“谷歌西班牙案”,就已经认识到传统媒体与网络媒体的差异性,承认了互联网搜索服务提供商的特殊身份。而网络搜索服务是指互联网服务提供者运用特定的计算机程序,向用户提供的通过关键词等检索方法进行网上信息查询的服务,而这种服务反过来赋予了互联网搜索服务提供商以法律上的独立地位,使之成为被遗忘权的适用对象。

笔者认为,中国不能像欧盟那样将被遗忘的权利条款模糊化,更不能无限制扩大被遗忘权的义务主体范围,独特的国情与经济发达的状况决定了现阶段不能将被遗忘的权利范围无限放大。一方面,被遗忘权仅仅属于一种程序性的请求权,而非实体权利,也就是说,被遗忘权本身不具有自执行性,请求未果的时候,只能寄希望于诉讼;另一方面,被遗忘权需要面临诸多限制性规定,也就是说,需要严格限缩这一请求权发起条件。在这个意义上,某些学者提出的所谓“宽进严出+删除权”的思路<sup>[16]</sup>(P133),具有一定合理性。这一确权思路的正确之处在于,如果肯定互联网搜索服务提供商的法律主体地位,承认其对于互联网搜索结果的所有权,承认互联网搜索行为的表达行为属性,那么其在处理作为检索材料的元信息时就无需事先取得个人信息主体的同意或授权。但作为一种制度上的对抗措施,应当通过立法赋予个人信息主体的请求权内容,并不是要求网络搜索服务提供商从事特定的作为(如删除),而是请求其放弃继续行使表达权,即主张其从事特定不作为,也就是说,放弃以特定关键词为检索内容提供相关检索结果的请求权。

### 三、被遗忘权的本土建构

以“谷歌西班牙案”这一具有极强特殊性的被遗忘权判例为发端,包括中国在内的世界各国开始重新反思,面对掌握网络信息是否被遗忘决定权的互联网搜索服务提供商,应如何从自身特定的文化、历史乃至法治现状出发,通过制度建构重新平衡网络世界中的遗忘与被遗忘。笔者认为,中国也应承认被遗忘权的存在空间与独立权属,同时为其建构起不同于传统人格权或所谓信息自决权的中国式程序性解读进路。

#### (一) 被遗忘权的本土语境

作为网络时代自然人信息主体所应享有的对抗互联网搜索服务提供商的一种新兴权利,被遗忘权概念在欧洲的提出,与其特定时空、法制乃至文化背景存在密切关系。同样,这也可以解释为什么在日本,虽然司法机关做出了与欧洲实际类似的判例,但在缺乏立法明文规定的情况下,只能将其建立在人格权的基础上。从中国目前的情况来看,司法机关在处理被遗忘权的诉求时,因为缺乏明确的立法根据,往往混淆了被遗忘权与个人信息权在适用对象等方面的实质区别,或者对其采取回避态度。如前所述,笔者认为,重构网络时代人的遗忘属性需要承认被遗忘权的独立权属,但从我国具体情况出发,不宜将其上升为一种根本权利,也不宜将其上升为一种实体权利或绝对权利,而是应当通过专门立法,将其规定为一种专门针对互联网搜索服务行为设置的程序性质的请求权。

首先,被遗忘权的建构应考虑到中国不存在违宪审查这一制度现实。欧盟以全面立法的方式对个人信息进行严格保护的做法,很可能会阻碍个人信息的正常自由流通,束缚企业乃至个人的自由发展。相对而言,美国为维护信息的自由流通,采取放任的企业自律模式,但也可能会导致部分企业不择手段地规避个人信息保护的政策,侵害信息所有者的基本人权<sup>[17]</sup>(P107)。对此,有日本学者提出,对于亚洲而言,必须要决定是像欧洲那样将隐私权作为一项基本人权,还是像美国那样将其作为一项现实利益给予高度尊重<sup>[18]</sup>(P65)。但这一论断的默认前提却在于,美国、日本或欧洲的宪法性文件都可以直接作

为法源加以引用,并且都存在违宪审查机制。正因如此,被规定为宪法基本权利的到底是隐私权还是表达自由权,建立在这一权利位阶基础上的违宪审查和相关裁判例,将在很大程度上决定了欧美日等国家被遗忘权的最终性质与命运。反观我国,虽然我国于2018年根据中共中央关于《深化党和国家机构改革的方案》相关部署,由更名后的全国人大宪法和法律委员会负责立法层面的“合宪性审查”,但这与司法语境下的“违宪性审查”存在实质不同,因此不能简单地效仿英美司法审查范式。

其次,被遗忘权的建构应考虑到中国对于互联网搜索服务提供商提供搜索服务的法律定位不明确这一法律现实。在这一立法空白的现状长期存在的语境下,如果将被遗忘权的义务主体范围扩展至个人信息数据收集者,显然忽视了与网络信息搜索相关的所谓被遗忘权,实际用意在于防止信息扩散,因此体现出与其在日常用语中截然不同的含义。欧盟所承认的被遗忘权就是针对搜索引擎而言的,这就和针对元消息的根本性删除权存在差别。后者,基本上可以认定为是一项基于隐私权的救济权利<sup>[2]</sup>(P1)。即便非要用隐私权来形容被遗忘权,那么针对搜索引擎的隐私权,也绝非普通意义上的个人隐私,而是所谓信息隐私。在这个意义上,互联网搜索引擎对于网络信息的收集、整理以及提供,是高度自动化程序设计的结果,但上述程序设计显然基于搜索服务提供商的既定方针<sup>①</sup>,因此属于搜索服务提供商自身的表现行为<sup>[6]</sup>(P49)。当然,如果无限制扩大这一权利,甚至将其扩展至网站内设的搜索功能,不仅会导致删除信息的成本增加,还可能会进一步危及公众的知情权。但对此,从目前我国相关立法来看,虽然国内有20余项法律法规涉及个人信息,却尚无任何相关法律对于网络搜索服务提供商提供的搜索服务的法律属性做出明确界定。

再次,被遗忘权的建构应当考虑到其他相关主体的利益及更为宏大的政策背景。赋予自然人信息主体以被遗忘权,不仅牵扯其与信息的处理者、管理者以及最终救济机关之间的关系,更涉及信息主体的基本权,如人格权、隐私权或信息权,与第三方的基本权即表现自由及知情权之间的复杂关系<sup>[19]</sup>(P133)。搜索服务提供商提供的关联语句检索等功能以及特定的付费搜索排名等服务,更在很大程度上将问题变得愈发复杂化。正因如此,被遗忘权不是绝对的,而是应与其他重要利益加以平衡。而这种平衡或限制必将受到特定国家政策的导引。例如,日本十分强调灵活运用个人信息,以兹实现新兴产业的创设、经济社会的充沛活力以及国民生活的丰富。而这种规定,与欧洲的相关理念存在融合的空间<sup>[18]</sup>(P66)。我国则有学者根据我国国情,提出了所谓“两头强化,三方平衡”的立法理念<sup>[20]</sup>(P51)。也就是说,在为公民权利赋值的过程中,必须考虑到如果任由义务主体的范围超越网络搜索服务提供商这一数量较少、实力较强的有限范围,严苛的法律就很有可能对刚刚起步的互联网企业发展造成负担,影响企业竞争力。

## (二) 被遗忘权的存在空间

“谷歌西班牙案”之后,谷歌遵循欧盟法院的判决,发布了申请删除链接的申请表格。正式适用当天,欧洲境内就提供了超过12000份申请。截至2017年5月,欧盟内部提交的申请超过715000份,涉及的“统一资源定位符”(URLs)<sup>②</sup>超过200万个,其中遭到谷歌屏蔽的占比高达43%<sup>[21]</sup>(P165)。这不仅让人联想,如果中国的法官在“任甲玉与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷一案”(北京市第一中级人民法院[2015]一中民终字第09558号)审理过程中,使用了和日本“儿童买春信息事件”类似的司法立场与进路,同样得出了针对互联网搜索引擎的限制性结论,那么现在国内是否也会掀起类似于欧洲的网络信息屏蔽浪潮?历史不可假设,但同样不可否认类似事件的重复可能性。

事实上,在当今中国,作为自然人的信息主体,需要也只能通过被精确定义的被遗忘权,才能有效对抗以互联网搜索服务提供商为典型的“遗忘终结者”,恢复自然人信息主体在互联网中作为“人”的主

<sup>①</sup> 在我国,《互联网搜索引擎服务自律公约》以及《搜索引擎服务商抵制违法和不良信息自律规范》也对于搜索引擎删除、屏蔽特定类型信息等经营方针作出了规定。

<sup>②</sup> 所谓统一资源定位符,是指网络资源的标准地址,是对该资源网络位置和访问方法的表示方式,互联网文件的统一资源定位符具有唯一性。

体性。

首先,被遗忘权调整的仅仅是互联网搜索服务这一特殊信息供给方式。早在“谷歌西班牙案”之前,包括中国在内的世界各国基于隐私权或其他人格权,都做出过经常被人误读为被遗忘权的“删帖判决”。例如,早在2004年8月,国内就有法院基于隐私权的保护,判令某医院在其网站上删除得到其免费救助的未成年人病情介绍以及相关救助文字资料、照片和录像,并支付精神抚慰金,在网站上登载致歉声明<sup>[22]</sup>(P255)。但如果情况真的如此,且不说我们对被遗忘权的讨论时间应当大幅度提前,从实际运用效果来看,如果忽视网络时代被遗忘权的概念嬗变,或者忽视被遗忘权与互联网搜索之间的密接关系,自然会陷入一个概念泛化后出现的问题陷阱。由于这种误读,才会出现“被遗忘权是本世纪对言论自由的最大威胁”<sup>[23]</sup>(P88)这种强调被遗忘权与言论自由等基本权利存在本质性对抗或冲突的论调,也才会出现很多人所担心的被遗忘权所具有的示范效应,即在未来被遗忘权的内容很可能会拓展至微博、微信等自媒体客户端。

其次,在我国将被遗忘权与互联网搜索引擎提供的搜索服务实质联结的做法没有立法障碍。互联网搜索服务提供的是按照一定顺序排序后的检索结果,即包含符合特定检索条件内容的网页链接。笔者认为,从目前我国法律规定的现状来看,提供链接的行为应当区别于提供特定信息的行为,对于前者的国内法律规定,基本上处于空白状态。虽然国外有判例(大阪高判平成21年10月23日[判時2166号142页])将转载网络链接实质等同于自行表达网络联结乃至网络信息内容本身,如认定将其他人在网页上注明儿童色情链接的消息在其他网页转载的行为,具有新的侵犯法益的危险,仅从行为样态的类似性这一点,与自行在网页上刊载儿童色情的链接实质类似,因此该当“儿童色情公然陈列罪”<sup>[24]</sup>(P32)。但这种认定显然与我国的立法及司法实践存在差距。一方面,现行《中华人民共和国网络安全法》《最高人民法院与最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》《信息安全技术、公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》《消费者权益保护法》《电信和互联网用户个人信息保护规定》《网络交易管理办法》及《关于加强网络信息保护的決定》等相关法律法规当中都未对于提供网络链接的行为给予确定性。目前也没有证据显示,根据《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》按照“非法经营罪”处理的“有偿删帖”行为,包括删除作为网络检索结果或对特定信息加以屏蔽的情况。更何况即便将屏蔽特定信息理解为删帖,刑法打击的也仅仅是进行从事上述行为牟利的具体行为类型,并且还将其纳入市场经济秩序而非人身权利的保护客体范畴。总之,因为缺乏相关立法的针对性规制,以屏蔽互联网检索结果为内核的被遗忘权之创设,目前在国内还不存在法律上的限制性或否定性障碍。

### (三) 被遗忘权的应然建构

笔者认为,我国应当通过专门法律规制搜索服务提供商的相关活动,并在其中明确个人信息主体的被遗忘权。

首先,目前我国对于互联网搜索引擎的法律规制堪称空白。笔者认为,不能将希望寄托于互联网搜索服务提供商的自律。事实上,国外网站的隐私政策十分强调自律,但如果让谷歌等私营互联网搜索服务提供商掌握网络信息的删除权,实际上是赋予了私人机构以一种准立法权、准司法权以及准执法权,从而使其在全球范围内扮演一种准政府的角色。搜索服务提供商在其隐私声明中往往对信息主体的权利鲜有涉及或语焉不详,或设立大量免责条款,个人信息主体靠一己之力对其主张被遗忘权难度极大。如此过分强调互联网搜索服务提供商的表达自由权,“让私营部门继续在博弈中占据主导地位”<sup>[25]</sup>(P253),绝对不是明智的做法,因此必须通过国家立法的形式,对互联网搜索引擎的表达自由权加以限制,而且需要注意在立法的过程中采取措施,防止互联网搜索服务提供商或其相关利益团体不当影响立法进程,避免其争取规则制定过程中的话语权。从比较法的视角来看,即便在“儿童买春信息事件”中,

东京高裁否定了被遗忘权的独立权属,但同时也表示有必要从当前的现实出发,对于被遗忘权的要件及效果加以检讨<sup>[2]</sup>(P253)。但根据日本最高裁判所在“儿童买春信息事件”中的判决,所谓被遗忘权,与其说是对相关信息的消除权,莫不如说是对于互联网所特有的检索机能的限制<sup>[15]</sup>(P5)。日本学者普遍承认,缺乏相关的明确立法是造成相关司法困局的关键要因<sup>[5]</sup>(P79)。类似的情况在我国同样存在,但笔者认为,在大数据时代,借由立法保护个人信息已成为一个必然的选择。虽然在民法规范中设立个人信息权具有一定现实意义,但如前所述,被遗忘权与个人信息权之间存在本质区别,这也是为什么欧盟同时承认其公民享有被遗忘权及信息消除权的原因<sup>[26]</sup>(P165)。因此,应当考虑将被遗忘权独立出来,规定在专门针对搜索引擎服务商权利义务的单行法中,以明确其权利内涵与外延,实现各方利益之间的最大平衡。

其次,被遗忘权的行使需要被链接的网络信息具备权利主体的可识别性。欧盟《1995年数据保护指令》特别强调个人数据的“可识别性”<sup>①</sup>问题<sup>[18]</sup>(P66)。之所以需要在被遗忘权的语境下强调信息的可识别性,是因为唯有如此,才能够建构起此项请求权的权利基础,才能够让信息主体具备对于不直接掌握与自身相关的信息但却为其他人获得此类信息提供至关重要的检索服务的网络搜索服务提供商的对抗权。被遗忘权主张屏蔽的链接信息不属于应当被记忆的法定情况。在这个意义上,主张并未直接涉及具体个人信息的互联网搜索服务提供商不得行使特定表达行为的被遗忘权,自然更需要受到明确限制。对此,存在正反两种限制方法。所谓反向限制方法,便是像美国法院在“帕克诉谷歌案”(Parker v. Google, Inc. 422, f. supp. 2d. 492)当中那样,认定互联网搜索服务提供商具备通信法当中的双向交流服务事业者的地位,即作为新闻机构享受颇为广泛的免责权。欧洲的做法却与此截然相对,虽然欧洲隐私法中同样存在所谓新闻报道目的的例外规定,但欧盟依旧认定,搜索引擎依然需要对为此类信息提供索引承担责任<sup>[27]</sup>(P809)。对此,虽然存在多种解释,但是笔者认为,在我国讨论新闻媒体的免责权,抑或是论证搜索服务提供商具备新闻媒体的主体身份都缺乏法律基础与现实意义。因此,应当放弃这种限制进路,主要通过直接限制方法,即通过限定被遗忘权请求基础的方式得以实现。更为具体来说,就是要通过明确互联网搜索引擎的表达自由权的范围,来对被遗忘权的权利范围加以限制。在这个意义上,不能再继续坚持类似《个人信息保护法》那样区分个人敏感信息与非敏感信息的传统进路<sup>[20]</sup>(P51),毕竟对于互联网搜索服务提供商来说,其无法也没有义务审查其通过特定程序设计抓取的网页链接中是否包括针对特定人的所谓敏感信息。相反,在个人数据已经成为有价值硬通货的时代,作为网络经济的主要技术提供者,互联网搜索服务提供商除了不得提供涉及公共安全、防卫、国家保障安全或刑法领域涉及的个人数据链接之外,基本上都还是依靠自律机制抵制违法和不良信息<sup>②</sup>,没有也根本不可能主动屏蔽上述情况之外的所谓个人数据链接。

再次,被遗忘权的成立需要做出具有倾斜性的综合判断。在之前侵犯隐私权的判断过程中,日本最高裁判所一般坚持表现自由与隐私保护等价保护的前提,强调个案具体判断。但是在涉及互联网搜索引擎的类似案件中,却明确了倾向于保护互联网搜索引擎的司法倾向。其背后的原因不言自明,这样做显然认识到了搜索引擎在互联网信息传播过程中所占据的重要作用,因此为其设置了所谓的双重检验标准,藉此杜绝针对网络搜索服务提供商随意提起诉讼的“滥诉”情况发生<sup>[8]</sup>(P83)。同时,谷歌与维基百科等互联网业者强烈批判被遗忘权,认为历史也是人权,如果确立这种被遗忘权,势必给历史留下诸多空洞。虽然谷歌等搜索引擎并不实际提供在线的内容,但其希望对世界范围内的信息加以组织,同时让其在全球内都能可用,因此,只能在例外情况下删除特定内容网页的链接<sup>[27]</sup>(P609)。实际上,谷歌

① 所谓识别可能,是指通过参考姓名、识别编号、所在地数据、线上识别符号的识别手段,或者通过参考相关人身体、生理、遗传、精神、经济、文化或社会的识别的固有的一个或者数个要素。上述理念,不仅得到欧盟成员国的采纳,其他国家和地区也基本仿效了这一界定方法。稍有不同的是,从美国的立场来看,欧洲对于识别可能的定义过广,对于欧洲来说,美国的定义采取列举法,存在包括遗传基因违法利用的可能。

② 中国的相关情况可参见《搜索引擎服务商抵制违法和不良信息自律规范》及《互联网搜索引擎服务自律公约》。

将被遗忘权解读为解除链接权(the Right to Delist),从英文字义的角度,也是互联网搜索引擎在被动接受相关请求后,基于特定标准判断后进行清除链接之意。在此基础上,日本最高裁判所在“儿童买春信息事件”以及美国“告知—撤销告知解决法案”<sup>[28]</sup>(P41)中提出的综合判断标准,显得颇具借鉴意义。结合其判决中所列综合判断标准,考虑到我国目前的立法与司法现状,笔者认为,应当对我国被遗忘权的成立标准采用类似的综合判断,具体来说就是由申请者向互联网搜索引擎提出证据,证明不提供或删除、屏蔽特定个人信息相关链接所产生的利益,与提供信息检索结果的各种理由进行比较衡量并加以判断。通过考察被遗忘信息的性质、内容和存在相关链接导致相关个人信息的扩散范围,申请者因此遭受的受害程度,申请者的年龄、社会地位及影响力,相关信息上传时的社会状况及其之后的变化,相关刑事政策或公共福祉的考量以及保留上述信息的“必要性、关联性、适当性”,同时明确,只有在行使被遗忘权的利益明显优越于提供信息检索结果的理由的时候,此项请求权才能成立。当然,此种综合判断或衡量只能进行个案判断。

最后,本文将被遗忘权理解为:自然人信息主体享有的向互联网搜索服务提供商提出的限制后者行使提供特定信息检索结果的表达权的一项对抗性质的特殊请求权。如前所述,因为被遗忘权在权利属性方面并非一项宪法性的基本权利,在权利配置方面对于搜索引擎服务商做出了立法倾斜,且在权利行使方面严重依赖互联网搜索服务提供商的专业判断,如果再考虑到目前我国互联网搜索引擎行业的高度垄断、互联网企业通过并购等合法方式进行个人信息数据交易活动的特殊经营方式,以及从2014年开始中关村大数据产业联盟等经营主体开展的所谓脱敏数据自由流通<sup>[29]</sup>(P121),被遗忘权在我国的权利行使势必面临诸多障碍。这一点,通过“任甲玉与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷一案”的判决已经初见端倪。笔者认为,我国在目前的情况下,还不具备动用刑事法律作为被遗忘权救济措施的话语背景与实践可能,这主要是因为被遗忘权作为一项新兴的相对性请求权,其所保护的并非个人信息,或对个人信息的绝对支配权。被遗忘权本身尚不属于我国刑法的保护法益,自然也无法像很多个人信息权那样,“以自诉为主,公诉为辅”的告诉方式满足犯罪圈划定的“谦抑性”要求<sup>[30]</sup>(P111)。另外,笔者认为,被遗忘权作为一种程序性的请求权,无法像个人信息权等绝对性实体权利那样通过提起侵权之诉,主张损害赔偿。被遗忘权的行使,无法也不需要以删除特定信息为前置条件,作为一项针对网络搜索服务提供商表达自由权的程序性抗辩权利,被遗忘权的主体在向网络搜索服务提供商行权未果的情况下,只能通过提请互联网监管部门加强监管,或通过提起诉讼申请法院判令特定搜索服务提供商必须限制其表达权利,从而通过特定不作为的办法来寻求救济。可以想见,即便承认自然人信息主体所享有的被遗忘权,在相当长的时间内,在我国都不会出现像“谷歌西班牙案”那样,判决后三个月内谷歌就删除了数以万计侵权链接申请中的68%<sup>[31]</sup>(P287)的结果。但考虑到互联网搜索服务提供商具有全球化属性,必须预见这一权利在其他国家取得进展可能产生的示范效应和连锁反应,认为互联网搜索服务提供商可以简单地通过技术性措施规避被遗忘权的观点,显得过于狭隘或过于天真了。

#### 四、结论

根据本文对于被遗忘权的程序性建构,可以较好解决本文开篇部分所拟制的事实背景材料中看似无解的若干难题。具体来说,通过确立个人信息权,特别是信息所有权,甲要求删除相关信息并给予赔偿的请求应该得到支持。通过对于人格权的实质扩张解释,甲要求微博运营商删除不实微博的请求也应得到支持。至于乙请求网络搜索服务提供商屏蔽相关新闻链接未果后提出的行使被遗忘权的诉求,应由第三方判断机构结合本文建议的相关要件进行利益平衡,而在这个过程中,作为社会公众的丁有权利参与进来,主张自己的知情权。最后,因为被遗忘权仅仅是一种程序性请求权而不属于人格权范畴,因此即便乙已去世,其子女丙依然可以行使此类权利。

总之,“如果所有权利都是一个个的碉堡,既保障人们已经拥有的,又给他们保留好他们不如此就拥

有不了的,那么,可以预言,随着时间的推移和人们眼界的开阔,社会注定要有越来越多的碉堡,碉堡后面,我们会有越来越多的特定的利益得到庇护<sup>[32]</sup>(P55)。随着技术的进步,经济模式与社会理念变革,企业使用“数据吸尘器”<sup>[33]</sup>(P1)吸纳个人信息并变现的时代已然到来。在一个数据泄露不可避免的时代,树立被遗忘权概念这座“碉堡”,不仅可以有效减少如此个人信息被不当滥用的现实,更可以让信息时代的人重新找回被遗忘这一主体性权利,面对来势汹汹的技术浪潮,回归尊重人性的伦理起点。

## 参考文献

- [1] A. Messenger. What Would A “Right to Be Forgotten” Mean for Media in The United States? *Communications Lawyer*, 2012, 29(1).
- [2] 宮下紘. 忘れられる権利について考える——平成28年7月12日東京高裁決定を受けて. 法学セミナー, 2016, 61(10).
- [3] 曾我部真裕. 日本における忘れられる権利に関する裁判例および議論の状況. 江原法學, 2016, 49(1).
- [4] R. L. Bolton III. The Right to be Forgotten: Forced Amnesia in A Technological Age. *John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 2014, 31(2).
- [5] 千手崇史. 情報セキュリティ上の瑕疵による個人情報等の漏洩と個人情報保護法——東京地裁平成26年1月23日判決の検討. 福岡工業大学研究論集, 2016, 49(2).
- [6] 棟居快行. 検索エンジンと忘れられる権利の攻防——最高裁平成29年1月31日第三小法廷決定を契機. 法学教室, 2017, 28(10).
- [7] S. M. Benjamin. Algorithms and Speech. *University of Pennsylvania Law Review*, 2013, 161(2).
- [8] 宮下紘. Google 検索結果削除請求をめぐる最高裁決定——判断枠組みと忘れられる権利の動向. ビジネス法務, 2016, 17(6).
- [9] 邱玉枚, 彭伟谦. 论被遗忘权的构建. 时代法学, 2017, (5).
- [10] D. Hoffman, Paula Bruening, Sophia Carter. The Right to Obscurity: How We Can Implement the Google Spain Decision. *North Carolina Journal of Law & Technology*, 2016, 17(1).
- [11] 井上靖代. 忘れられる権利と図書館. みんな図書館, 2015, 38(10).
- [12] 刘文杰. 被遗忘权: 传统元素、新语境与利益衡量. 法学研究, 2018, (2).
- [13] W. G. Voss, C. C. Renard. Proposal for An International Taxonomy on the Various Forms of the “Right to be Forgotten”: A Study on the Convergence of Norms. *Colorado Technology Law Journal*, 2016, 14(2).
- [14] L. Siry. Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two Different Paradigms of the Right to be Forgotten. *Kentucky Law Journal*, 2015, 103(3).
- [15] 宮下紘. 忘れられる権利. 判例時報, 2017, 64(3).
- [16] 任龙龙. 论同意不是个人信息处理的正当性基础. 政治与法律, 2016, (1).
- [17] 陈树艳. 个人信息的权利属性及立法价值取向的民法解析. 政治与法律, 2011, (5).
- [18] 藤原静雄. 個人情報保護に関する国際的ハーモナイゼーション. 論究ジュリスト, 2016, 4(2).
- [19] 中村民雄. 忘れられる権利. 法律時報, 2015, 87(5).
- [20] 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, (3).
- [21] M. Cunningham. Privacy Law that Does not Protect Privacy, Forgetting the Right to be Forgotten. *Buffalo Law Review*, 2017, 61(2).
- [22] 陈志华. 医疗损害责任深度解释与实务指南. 北京: 法律出版社, 2010.
- [23] Jeffrey Rosen. The Right to Be Forgotten. *Stanford Law Review Online*, 2012, 64(1).
- [24] 宇賀克也. 忘れられる権利について検索サービス事業者の削除義務に焦点を当たって. 論究ジュリスト, 2016, 4(4).
- [25] S. W. Royston. The Right to be Forgotten Comparing U.S. and European Approaches. *Saint Mary's Law Journal*, 2016, 48(2).
- [26] S. Singleton. Balancing A Right to be Forgotten with A Right to Freedom of Expression in the Wake. *Georgia Journal of*

*International and Comparative Law*, 2016, 44(1).

- [27] L. E. Minora. U.S. Courts Should Not Let Europe's "Right to be Forgotten" Force the World to Forget. *Temple Law Review*, 2017, 89(3).
- [28] Demi Marks. The Internet Doesn't Forget: Redefining Privacy Through an American Right to be Forgotten. *UCLA Entertainment Law Review*, 2016, 23(1).
- [29] 金耀. 个人信息去身份的法理基础与规范重塑. *法学评论*, 2017, (3).
- [30] 蔡军. 侵犯个人信息犯罪立法的理性分析——兼论对该罪立法的反思与展望. *现代法学*, 2010, (4).
- [31] E. L. Carter, Karen Connell. Chile and the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress by Controlling One's Online Identity. *Communication Law and Policy*, 2015, 20(4).
- [32] 安东尼·德·雅赛. 重申自由主义: 选择、契约、协议. 陈茅, 徐力源, 刘春瑞等译. 北京: 中国社会科学出版社, 1997.
- [33] M. J. Kelly, D. Satola. The Right to Be Forgotten. *University of Illinois Law Review*, 2017, (1).

## The Right to be Forgotten in the Local Context: A Procedural Construction of Personal Information Right

*Li Lifeng* (Jilin University)

**Abstract** In the era of big data, personal information has become a valuable commodity because of its special attribute of “can't be forgotten”, which has triggered a series of legal disputes. Among them, whether the subject of personal information can rely on the so-called “right to be forgotten” against the so-called “right for free expression” of Internet search service providers has become one of the key issues around the world. By combining the experience and facts of foreign legislation and judicial practice, and proceeding from the relevant Chinese legislation and national conditions, we should confirm the value and independent attribute of the right to be forgotten. However, for the rational construction of this new right, based on the pragmatism standpoint, we should abandon the traditional legal understanding of “privacy” or “freedom” and adopt a standpoint of procedural right rather than a substantial right, so as to balance the interests contradiction between the subject of personal information and Internet search service providers, and effectively alleviate the realistic dilemma faced by the subject of personal information in the era of big data.

**Key words** big data; personal information; the right to be forgotten; search engine; legal entity; privacy; algorithm; new rights

---

■ 收稿日期 2018-04-24

■ 作者简介 李立丰,法学博士,吉林大学法学理论研究中心、法学院教授、博士生导师;吉林 长春 130012。

■ 责任编辑 李 媛