

被遗忘权制度的借鉴与司法探索

——以中欧被遗忘权首案为视角

薛杉*

摘要：谷歌案率先在全球确立了被遗忘权，其后欧盟《一般数据保护条例》进一步在立法上明确了这一权利及其适用规则。中国被遗忘权首案也为该权利在中国的发展开辟了可能性，现阶段应当先借助侵权责任制度探索被遗忘权的保护规则，将义务主体暂限于互联网搜索服务提供者，其在信息主体请求删除链接时，应承担审查信息是否保持完整、可用及最新状态的作为义务。此时，搜索服务提供者可以基于对其他合法权益的保护而拒绝信息主体的请求，但被法院判决确认要求删除后，应以移除索引方式承担广义删除的侵权责任。在这一过程中，侵权责任催生新人身权的功能得以显现。

关键词：被遗忘权 司法保护 搜索引擎 审查义务

以欧洲法院判决的谷歌诉西班牙数据保护局案（以下简称“谷歌案”）为发端，被遗忘权首次在司法上得以确认，其所引发的争论一直持续至今。而次年，我国即出现了任某某诉百度案（以下简称“任某某案”），由此被遗忘权如何在中国情境中适用也在国内学界引发了持续的关注。在我国民法分则和个人信息保护法即将出台之际，审视两份判决，反思比较法的规定，讨论我国被遗忘权制度的展开路径，无论对于我国的人格权制度完善，还是对于未来在全球数据监管制度中话语权的争取都更具现实意义。

一、被遗忘权在欧盟的确立

2014年5月13日欧洲法院在谷歌案中，判决谷歌公司承担移除与原告个人信息相

* 薛杉，国家开放大学政法教学部法学院讲师，北京大学大数据法律研究中心研究员，法学博士。本文系国家开放大学“十三五”规划青年课题“远程教育大数据应用中的利益平衡”（项目批准号：G18A0028Q）阶段性成果。

关链接的义务，首次在欧盟法中用判例确立起被遗忘权制度，引起不小的争议。2018年5月欧盟实施的《一般数据保护条例》（下文简称《条例》），明确在法律上规定了被遗忘权，并将之与删除权合并，规定在《条例》第17条的“删除权‘被遗忘权’”中，试图明确被遗忘权的地位与内容，再次引发全球论战。

（一）谷歌案对被遗忘权的司法确立

谷歌案判决的法律依据虽然是《数据保护指令（95/46/EC）》（下文简称《指令》）所规定的“删除权”与“拒绝权”，但法官实际上借此确认了搜索服务提供者的一种既不同于技术中介，又独立于内容发布网站的新侵权责任。在创造性赋予信息主体这种新的被遗忘权时，法院也非常慎重的试图从多方面划定这一权利的边界。

案件起因于1998年，西班牙《先锋报》刊载了一篇原告冈萨雷斯因拖欠社保债务而被拍卖房屋的公告。2010年原告向西班牙谷歌公司提出申请，要求删除搜索结果中与该公告有关的链接，遭到拒绝。原告诉称鉴于拍卖程序早已在多年前完结，目前这一搜索结果显示是完全不相关的，基于《指令》第12条规定的“删除权”，他要求使其个人信息不再出现于搜索结果。欧洲法院最终支持了冈萨雷斯的请求，要求谷歌公司删除涉及有关冈萨雷斯的过时的、无关紧要的因债务危机而拍卖房产信息的链接，确认了信息主体要求搜索服务提供者移除个人信息的权利。^[1]

根据该案法律顾问的意见，当时生效的《指令》并未赋予个人一种一般性的被遗忘权，使得信息主体有权限制或是终止他认为有害或与他利益相悖的个人信息传播。^[2]然而法官却以《指令》为依据确立了这种广受争议的个人权利，鉴于搜索服务提供者对原信息的聚合、排序、发展、扩大甚至创造行为，网络用户有权要求与其个人相关的问题信息，不再基于对他的姓名搜索，而被搜索结果关联到他的姓名。^[3]根据该案的判决，若信息主体认为搜索结果显示的个人信息不符合欧盟《指令》第6条对信息质量提出的要求，即“信息控制者应当确保个人信息……适当、相关且不过量……准确，如有必要，保持更新……”，^[4]有权在第三方无义务删除或更改信息内容的情况下，要求搜索服务提供者删除搜索结果列表中的链接，包括信息内容为不准确、不恰当或不再相关，以及信息泛滥和未更新的情况。

显而易见，此处关涉信息控制者的经济利益、公众知情权、信息传播效率、提供信息服务的自由、言论自由及信息主体人格权益等诸多利益的平衡，并不能必然认为信息主体的权利是优先的，而赋予其此种权利。虽然法院认为“本案维护与个人私生活密切

[1] See European Commission, Factsheet on the “Right to be forgotten” ruling (C-131/12), http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf.

[2] Opinion of Advocate General JÄÄSKINEN, delivered on 25 June 2013 (1) Case C131/12, (Reference for a preliminary ruling from the Audiencia Nacional (Spain)). <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddeb6a38da275a4dbb810dfeffb2ee94e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQbh10?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10611>, 2019年7月12日访问。

[3] Paragraph 96 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

[4] Paragraph 72 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

相关的被遗忘权，比保障公众从互联网获取信息的公共利益和互联网搜索引擎运营商的经济利益更重要”，〔5〕但为了平衡其所采取的较为激进的立场，减少对其它基本价值可能的损害，欧洲法院同时试图从限制损害、加害行为、责任主体、责任方式四方面，划定被遗忘权的边界。

首先是损害的证明问题，尽管法院认为“搜索结果列表中的问题信息内容引起信息主体的损害并不是必须的”〔6〕，但很难认为在平衡各项利益的过程中，法院未考虑信息传播的不利影响，或者至少是引发损害性后果的可能性，如果完全没有造成损害的可能，也许并不会到受数字被遗忘权的保护。〔7〕另外，个案利益平衡的损害判断标准也极大的限制了被遗忘权的范围。〔8〕欧洲法院指出“应当根据具体情况，在问题信息性质、对私生活而言的敏感度及公众知情权利益（取决于信息主体在公共生活中的角色）间寻求平衡”。

在加害行为方面，侵害被遗忘权的行为通常表现为不作为。由于上述对损害判断标准个案性和复杂性的认可，欧洲法院实际上允许搜索服务提供者的拒绝网络用户删除的要求，〔9〕因此，判断是否构成不作为只取决于审查与回应的作为义务，而非必须删除链接的结果性义务，〔10〕删除链接作为一种侵权责任，直至监管机关或是司法机关审查确认后方才产生。

在责任主体方面，尽管原告最初的请求是针对《先锋报》原页面和谷歌公司的搜索结果，但法院仅认为提供搜索服务的谷歌公司受到数字被遗忘权的约束。“利益衡量的结果……会因处理主体是搜索引擎还是网页发布者而不同”〔11〕，搜索引擎“在信息传播中扮演一个关键性的角色，较之网页发布者，其有义务针对作为信息主体基本权利的隐私，构建更加显著的干预。”〔12〕法院区分了搜索服务提供者与网页发布者处理信息的合法性基础，及二者处理信息对信息主体的影响程度，足见被遗忘权的保护并不是绝对的，该案所确认的责任主体仅限于搜索服务提供者。鉴于其在控制用户浏览内容方面的垄断性地位，较之其他网络服务提供者对于信息的传播，拥有更大的特殊影响力，因此，信息主体的利益此时应受到更多的保护。

另外在责任方式方面，因在最初意义上的信息传播是合法的，法院并未要求删除原始信息。仅仅要求移除搜索结果列表中问题网页的链接，虽并未说明具体执行方式，但

〔5〕 Paragraph 99 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

〔6〕 Paragraph 96 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

〔7〕 Nathalie Martial-Braz et Judith Rochfeld, Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, Recueil Dalloz 2014 p. 1481.

〔8〕 Paragraph 81 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

〔9〕 如考虑到信息主体在公共生活中的角色、公众的知情权等利益时，see Paragraph 100.4 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

〔10〕 Jean-Michel BRUGUIÈRE, Droit à l'oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement ? Communication Commerce électronique n° 5, Mai 2015.

〔11〕 Paragraph 86 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

〔12〕 Paragraph 87 of the CJEU decision (Case C-131/12) .

显而易见，法院认为若有必要，原始网页的信息依然应是可获取的。

面对新的技术及信息背景下互联网搜索服务为社会带来的新风险，欧洲法院对《指令》进行大胆的解释，几乎完全革新立法原意。通过个案中的利益衡量，使得信息主体有权反对搜索服务提供者索引合法公开的个人信息，以控制问题信息的传播，旨在停止搜索服务对个人概况的建构，加强个人对自己信息的控制，保护信息主体免遭个人信息过度暴露的侵害。

（二）欧盟对被遗忘权的立法确立与反思

谷歌案对被遗忘权的确立并非空穴来风，欧盟立法文件对被遗忘权的规定最早可以追溯至2012年1月25日欧盟委员会提交的《一般信息保护条例（草案）》的第17条“被遗忘与删除权”，2014年3月12日欧洲议会通过的草案，又将“被遗忘与删除权”的名称变更为“删除权”，但它与《指令》中原有的删除权并不相同，而是施加给信息控制者更广泛的义务，实际上包括了被遗忘权的适用情形。其后2015年6月欧盟理事会经多次磋商通过的草案，又将“删除权”变更为“删除与被遗忘权”，在最后公布的《条例》中，则将之规定为“删除权‘被遗忘权’”。从立法层面看，欧盟的《条例》是迄今为止对被遗忘权规定最明确、最具体的立法例，其第17条规定的“删除权‘被遗忘权’”为数据主体享有要求控制者删除其个人数据的权利，并明确了在6种情形下，数据主体可以行使该权利。这一规定首次从立法上确认了长期以来饱受争议的被遗忘权，值得思考的是欧盟一直将之与删除权并行规定，且在适用情形上进行了混合，这是否意味删除权可以而且应当涵盖被遗忘权？

“被遗忘权”起源于法国法中的 *droit à l'oubli*，与意大利法律中的 *diritto all'oblio*，英国法中 *right to oblivion* 指同一权利，略有区别的是英语中该术语直译为湮灭权更为准确，都属于民事法律体系中人格权的一部分。^[13] 这种权利在欧洲国家的法律体系中已得到较为普遍的认可，最初可以追溯到古希腊内战时期的“*amnēstia*”制度，^[14] 意指在法定条件下，当事人可以隐去自己刑罚（特赦、时效等制度）或定罪（大赦、复权等制度）记录的一系列机制^[15]，通常规定在反歧视法、刑事诉讼法或者单行法中^[16]。信息时代的数字“被遗忘权”渊源于此，其试图借鉴传统被遗忘权的思路，通过确保信息主体控制已合法公开的个人信息的保存或访问状况，来实现已过时、不相关、不准确的个人信息被人遗忘的目的。被遗忘权源于自然人获得谅解、维持人格特质，以及保护人格尊严与个人生活的需求，回应的是网络社会信息去中心化、存储永久化和获取便利化的挑

[13] Gert Brüggemeier, Aurelia ColombiCiacchi, Patrick O'Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010, p.193.

[14] Muriel Gaspard, *L'oubli, Un droit en repli*, Memoire de Université paris2 sous la direction de Professeur Yves Mayaud, 2014, p3.

[15] Marguerite Arnaud, *Le droit à l'oubli numérique*, Memoire de Université paris2 sous la direction de Professeur Pierre-Yves Gautier, 2011, p7.

[16] The Law Reform Commission of Ireland, *Report on Spent Convictions LRC 84-2007 (2007)*, p10. https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rSpentConvictions.pdf.

战。^[17]因此,被遗忘权的适用应当满足经过一定期间,及公众获取两个条件。^[18]而删除权则主要是解决缺乏法律基础的情形下,个人信息的删除问题,以排除对信息的不法收集和处理为目的。^[19]

因此,就欧盟《条例》第17条的规定而言,被遗忘权的适用情形应当限定在第1项“个人数据对于实现其被收集或处理的相关目的不再必要”,因为其与信息处理目的的存在期限联系在一起,^[20]其主要是针对已经合法公开的信息,特别是可能被永久访问的个人信息所进行的限制。对被遗忘权的侵害,往往是合法行为的衰变过程导致的,随着时间的流逝,合法的信息公开行为会变得不适当。^[21]这意味着,被遗忘权并非赋予主体一种重写历史和消除主体过往生活痕迹的权利,^[22]而是使个人免遭自己过往不当影响的权利。

另外,与删除权相比,被遗忘权虽然在义务内容上也可以表现为删除,但技术背景的差异,决定了二者的重要区别。删除权确立于互联网发展初期,旨在确保个人信息储存与占有符合约定或法定要求,因此主要的义务内容为删除。而被遗忘权则意在解决web2.0时代,轻易就可以在线访问与获取的长期海量累积的个人信息问题,因此其主要义务应是确保公众获取便利性降低,实现方式多样,包括令其访问受限、移除索引、匿名化、删除等。删除既非主要措施,还应当慎重运用。过去,信息的流转与传播方式有限,通过传统的删除权已经可以较好地确保个人信息处理的合法性与适当性。但在互联网深度发展的今天,信息转载的门槛降低,传播速度极快,加上跨国网络服务器运行普遍,任何一条信息几乎都不可能从互联网上彻底删除。^[23]被遗忘权则更有针对性的增强信息主体的控制权利,^[24]对抗拥有无限搜索和记忆能力的网络之余,也兼顾利益衡量的个案性,以更好适应今天持续在线的环境。当记忆取代遗忘成为常态,单纯的删除权无法为个人信息提供充分的保护,也难以维护个人信息使用与保护间的动态平衡,被遗

[17] 满洪杰:《被遗忘权的解析与构建:作为网络时代信息价值纠偏机制的研究》,载《法制与社会发展》2018年第2期。

[18] Cécile de Terwangne, Droit à l'oubli ou droit à l'autodétermination informationnelle, Rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de Recherche Droit et Justice (Convention No212-02.02.26), 2014, p13.

[19] 同前注[17]。

[20] 欧盟委员会的通讯指出,被遗忘权可解释为个人有权使自己的信息不再被处理,并有权在合法目的不再存在时删除自己的信息。Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee And the Committee of the Regions, A comprehensive approach on personal data protection in the European Union, 4.11.2010 COM (2010) 609 final. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/EN/1-2010-609-EN-F1-1.Pdf>.

[21] 段卫利:《被遗忘权的概念分析—以分析法学的权利理论为工具》,载《河南大学学报(社会科学版)》2018年第5期。

[22] Viviane Reding, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm, 2019年7月6日访问。

[23] 于浩:《被遗忘权:制度构造与中国本土化研究》,载《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期。

[24] See Reding, supra note 22.

忘权应运而生。在这个意义上，被遗忘权可以理解为人们在现在某一时刻，能令自己过往的信息不再出现于公众视野的权利。

可见，被遗忘权还是与删除权分开规定较为妥当。《条例》最终保留了被遗忘权的名称，亦能显示出欧盟立法者认为其无法被删除权完全囊括和取代的立场。因此，被遗忘权应是当个人信息对于实现其被收集或处理的相关目的不再必要时，信息主体享有要求信息控制者对已经合法公开的个人信息，采取令其访问受限、移除索引、匿名化、删除等降低公众获取性措施的权利。就其性质而言，被遗忘权并不局限于过往记录与现在生活的联系，更涉及到网民对个人信息存储与访问的控制力大小和范围问题，是对个人信息自决权理论的承袭。因此，属于个人信息权的重要内容之一，是一种民事权利。另外，从义务主体来看，虽然《条例》并未进行限制，包括一切信息控制者。但考虑到可能对其他利益的影响及目前的技术条件，可以认为主要是针对社交网络、互联网搜索或再次发布信息的第三方，特别是搜索服务提供者，基于搜索行为的独立性及日益增大的影响，应当成为目前规制的重点。

二、中国法院对被遗忘权的态度

中国的被遗忘权首案任某某案，虽然从审判结果看与谷歌案截然相反，原告保护被遗忘权的请求在两审法院都未获支持，但鉴于两个案件具体情形的不同，被遗忘权在中国的司法展开与规则建构还是颇值得思考的。

原告任某某于2014年7月至2014年11月在无锡陶氏生物科技有限公司从事过管理学教育工作，2015年2月开始，原告陆续在百度搜索结果中发现“陶氏教育任某某”等字样的内容及链接，原告认为陶氏教育不具良好商誉，因此主张百度公司搜索页面中显示的关键词给其造成了经济损失和精神痛苦，侵犯了其姓名权、名誉权和一般人格权中的被遗忘权，请求百度公司赔礼道歉、消除影响，在搜索结果中不得出现上述关键词，并请求百度公司赔偿其损失。一审、二审法院均基于原告要求保护的利益不具有正当性及保护的必要性为由，未支持其请求。

该案一审和二审的判决书均指出我国现行法律中并无“被遗忘权”的权利类型，原告依据一般人格权主张的被遗忘权应属一种人格利益，该人格利益若想获得保护，原告需要证明其在本案中的正当性和应予保护的必要性。主审法官首先肯定了百度搜索结果的链接与任某某具有直接的利益相关性，并指出这种利益的确不能归入我国现有的人格权类型。接着，从信息的时效性和公共属性角度论证了公众了解相关信息的正当性。^[25]判决指出，由于原告主张的应被遗忘的工作经历信息是其最近发生的情况，其目前仍在管理教育行业工作，该信息正是其行业经历的组成部分，与其目前的个人行业资信具有直接的相关性及时效性。包含其工作经历在内的个人简历信息是客户或学生藉以判断的

[25] 刘文杰：《被遗忘权：传统元素、新语境与利益衡量》，载《法学研究》2018年第2期。

重要信息依据，也是作为教师诚实信用的体现，这些信息的保留对于包括原告所谓潜在客户或学生在内的公众知悉原告相关情况具有客观的必要性。^[26]因此，任某某在本案中主张的应“被遗忘”信息的利益不具有正当性和受法律保护的必要性，不应成为侵权法保护的正当法益。

虽然中国两审法院都未支持保护被遗忘权的请求，但此案反映出了一个非常重要的趋势，法院并未绝对地、一概地仅仅因为被遗忘权并非法定权利类型而不予保护。也没有因为难以证明百度公司的过错，或难以证明关键词与原告损失之间的因果关系，而按照一般侵权责任的构成要件直接判决驳回原告的诉求。两审法院的判决对于被遗忘权都进行了适度回应，判决论证选择从个案保护的正当性和必要性出发，这一司法考量主要立足于我国现有民事法律体系中对自然人人格权保护的类型范围，以及我国社会发展对被遗忘权进行司法保护的可接受程度。^[27]不难看出中国司法者对被遗忘权持逐步接纳与探索的开放态度，为被遗忘权在中国的司法展开提供了可能性。

侵权责任不仅保护已由现行法认可的权利，其往往被忽视的功能是使尚未被公认的权利显现出来。谷歌案中欧洲法院在立法上确立被遗忘权之前，就试图通过确认索引行为的界限，勾勒被遗忘权的最初图景。这是一种与原网站信息发布者和网络中介服务提供者完全不同的责任，旨在控制搜索引擎索引行为对个人信息的风险。而在任某某一案中，中国法院虽未支持原告的主张，却并未否定被遗忘权得到法律保护的可能性，不仅区分了被遗忘权所代表的权益与传统具体人格权保护范围的不同，更指出了其可能获得保护的途径，实际上为一种新的人格权的成长埋下了种子。虽然与欧盟相比，我国的个人信息保护制度尚未充分发展，立法上言之过早，但面对现实需求，回避这一问题并不明智。现阶段不妨先从直面网络用户诉讼的司法实践开始尝试，利用侵权责任逐步探索建构适合中国的被遗忘权制度。

三、中国被遗忘权制度的司法探索

（一）侵权责任的起点

权利或者利益的考察是侵权法思考和判断的起点。^[28]既然被遗忘权并不是现行法上的一项法定权利，其内涵也难以以为现有权利所涵盖，有必要讨论能否将之纳入《侵权责任法》第2条第2款所规定的其他人格权益，即《民法典（草案）》第1164条所规定的“民事权益”的范畴。

被遗忘权的提出并非突发奇想，而是拥有深刻的制度渊源和现实基础。历史地看，我国现行法中的犯罪记录封存制度，为被遗忘权的确立奠定了制度基础。在网络社会

[26] 参见北京市海淀区人民法院（2015）海民初字第17417号。

[27] 丁宇翔：《被遗忘权的中国情境及司法展开——从国内首例“被遗忘权案”切入》，载《法治研究》2018年第4期。

[28] 王成：《侵权责任法（第二版）》，北京大学出版社2014年，第16页。

中,被遗忘权是实现记忆的必要性和遗忘的社会安抚作用间平衡的重要制度。遗忘机制源于人类自然的天性,是帮助我们重获自由的重要途径,实现遗忘可以说是民主社会的要义。当信息技术挑战人类自然的遗忘规律,导致原本自然形成的客观信息控制能力消失时,有必要用法律重新确立信息主体的控制力,设置与新技术条件相适应的规则,确保人为遗忘的实现。当互联网以数字的形式将霍桑小说中的红字带回来,使得人们过去的的生活痕迹将被永远记忆而无法磨灭时,防止个人信息不适当的无限扩散,保护人们免遭由于随时可访问的大量在线个人信息,而引发的一种个人内心的不安全感,一种被物化的恐惧,已然成为法律的应有之意。

虽然现行法律规则并无关于被遗忘权的明确规范,但是确认“被遗忘权具有法律保护必要性”或“被遗忘权属于一种民事权益”能与现行法律规范保持一致性当属无疑。^[29]《民法总则》、《网络安全法》、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》等法律法规都明确规定公民个人信息应受法律保护。如前所述,作为个人信息保护制度重要内容的被遗忘权,代表着公民对自己个人信息支配和自主决定的法益,^[30]因此,利用侵权责任保护此种权益有充分的立法基础。

而在司法实践中也已然出现了相关的诉求,但目前全球最大的中文搜索服务提供者百度的删除规则显然不能令人满意,信息主体若希望在关于其姓名的百度搜索结果列表中,删除某条过时、给其造成困扰,但公布时却并不违法的信息链接,却诉诸无门,这正是被遗忘权所弥补的法律空白。面对立法上制度的缺失,法院却无法逃避现实中日益增多的纠纷,在任某某一案中,法官也肯定了通过《侵权责任法》第2条第2款,将被遗忘权代表的法益纳入我国现行法律框架保护的可能性,未来完全可以通过《民法典(草案)》第1164条的规定实现。《民法总则》第111条关于个人信息保护的规定为被遗忘权的保护提供了更确实的依据和更大的可能性。鉴于这一新生制度正在发展之中,对其内容尚存诸多争论,我们不妨从搜索服务提供者的侵权责任入手,通过对其行为边界的划定,也许可以先从司法中窥见被遗忘权的初景。

(二) 侵权责任的认定

在讨论责任构成要件之前,有必要先关注被遗忘权的责任方式,因为它将影响责任构成要件。如前所述,谷歌所承担的移除链接的责任,实质上是我国《侵权责任法》第21条所规定的停止侵害的责任承担方式,属于预防性侵权责任的一种。《民法典(草案)》第1167条也对此种侵权责任方式进行了确认。因此,可以认为根据承担责任方式的不同,侵害被遗忘权侵权责任的认定适用多元归责原则。首先,当搜索服务提供者的索引行为侵犯他人的被遗忘权时,应当承担从搜索结果列表中移除侵权信息链接的责任,这是停止侵害责任的一种措施,适用无过错责任原则,且不以现实损害为要件。其

[29] 余煜刚:《司法视域下“被遗忘权”的逻辑推演与论证建构—以我国首例“被遗忘权”案的分析为切入点》,载《北方法学》2018年第2期。

[30] 王利明:《论个人信息权的法律保护—以个人信息权与隐私权的界分为中心》,载《现代法学》2013年7月。

次,如果侵犯被遗忘权造成了现实损害,承担损害赔偿时,则适用过错责任原则。下文主要讨论较为特殊的适用停止侵害责任的三项要件,侵害行为在持续中,民事权益受到侵害或有受侵害的可能性,以及无须证明过错。

1. 持续性侵害行为

首先,需要讨论的是侵害行为的实施者。如前所述,考虑到互联网搜索行为的独立性与影响力,以及我国法律对搜索服务提供者的规制现状^[31]与现实需求,首先在司法实践中展开对搜索服务提供者侵害被遗忘权责任的探索可能更为稳妥,也能够将被遗忘权对其它利益的威胁限制在最小范围内。

其次,侵害行为表现为索引不符合法定质量要求的个人信息的行为。就广义的立法来看,工业和信息化部2012年发布的国家标准《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》(GB/Z28828-2012)(以下简称“指南”)作为行业规范,可看做是搜索引擎作为信息控制者确保信息质量达标的义务来源。其第5部分将信息处理具体划分为收集、加工、转移、删除四个环节,规定了不同环节信息控制者停止、关闭、删除的义务,并强调应使个人信息保持完整、可用及最新状态。据此,搜索引擎负有审查信息质量及删除的义务。根据《指南》的规定“删除指使个人信息在信息系统中不再可用”,由于在不同“信息系统”中的“不可用”可以通过多种方式实现,因此这里的删除应当理解为广义的删除,还包括其他限制公众可获取性的措施。另外,依《指南》规定因侵犯个人信息权益而承担删除义务的信息控制者,一般而言对于其所控制的信息承担主动、全面的审查义务,需要事先确保相关信息并未侵犯他人权益。但显而易见,搜索服务由于涉及海量信息,又难以为自动或半自动处理的信息设置抽象的删除规则,因此只有基于个别权利人的请求才能落实这一审查义务。因此搜索引擎并不负担主动的、一般性的审查义务,而是基于权利人请求的、被动的、个别的审查和回复义务。这就导致在权利人未为请求的情形下,搜索服务提供者不对搜索结果列表中的链接承担被遗忘权意义上的义务与侵权责任。但一旦信息主体提出删除申请,其必须审查链接所涉及的个人信息是否不符合法定信息质量要求,并应当对是否删除链接作出回应,这一作为义务与信息主体的请求是同时产生的。如前所述,由于涉及到较为复杂的人格权益与其他价值的平衡,信息主体的人格权益并不必然具有优先性,因此搜索引擎的义务仅限于审查与回复,最终是否删除,属于搜索引擎自我决定的范畴,并不是作为义务层面判断过错的标准,而是在侵权责任层面进行考虑。

在这一过程中,拒绝审查与回复的行为将导致对义务的违反,构成过错,权利人因此可以请求司法机关对删除请求权予以确认,存在损害的情形,可能导致赔偿责任。如果搜索服务提供者审查后拒绝了相关请求,权利人也有权质疑搜索引擎所进行的审查是否合理,请求司法机关确认个人信息权的原权请求权,若获得司法确认,则产生删除的

[31] 李立丰:《本土化语境下的“被遗忘权”:个人信息权的程序性建构》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

侵权责任。在明显未尽合理审查义务的情形,也存在承担赔偿责任的可能性。另外,如果法院判决确认了删除的责任,而搜索服务提供者怠于或拒绝执行则构成过错,应当对因此引发的损害,承担损害赔偿赔偿责任。

再次,关于持续性,如前所述,为平衡索引的行为自由,侵害状态需要达到严重程度,因此,考察持续性的时间起点,应是权利人向搜索引擎提出合规的请求,经过合理回复期间后,该侵害状态仍然持续,才能视为符合侵害持续状态的要求,持续性应是针对严重侵害而言。因此,请求权人不仅要证明存在侵害,还要证明已经依法向搜索引擎提出删除请求,但侵害仍处于持续状态。

2. 损害的可能性

其次,需要讨论损害的可能性。虽然根据我国《侵权责任法》第21条的规定“侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人可以请求侵权人停止侵害”(《民法典(草案)》第1167条也进行了同样的规定),停止侵害责任的承担不需证明存在实际上的损害,但法官尚需考虑加害行为造成损害的可能性。也就是说,信息主体并不能广泛的禁止搜索服务提供者索引关于其姓名的信息,除非索引行为对个人信息的影响力或是个人形象塑造已造成了潜在威胁,如不停止,将令信息主体的个人信息权益遭受损害。

3. 侵害的民事权益

此处颇有疑问的是损害危及的民事权益。无论中外,都有学者提出应从广义上理解被遗忘权的保护范围,“包括链接的信息内容为虚假或非法的情况”,^[32]“被遗忘权的保护范围与有限的几项核心权利相关,本案中,通过个人信息保护权建立起的被遗忘权,是建立在尊重隐私权的基础上的,目前看来荣誉权和名誉权也可以包括在内”,^[33]阿姆斯特丹法院在判决中也指出谷歌案的意图是保护个人反抗长时间被“不相关”、“过量”及“不必要诽谤”的表达所纠缠,^[34]而谷歌一案的判决也同时援引了《欧盟基本权利公约》第7、8两条关于隐私权与个人信息保护权的规定。可以看出,关于个人信息权的基本属性和内容,尤其是其与隐私权的界分,仍然是欧盟未能从法律层面予以解决的一个难题。^[35]应予明确的是,隐私权、名誉权和个人信息权应当是三种范围不同的权利,名誉权针对的是虚假的诽谤性信息,隐私权对抗的是错误的侵入私密性信息的行为,而个人信息权旨在控制关于个人的信息的占有、使用与传播扩散,此处的信息可能是私密的,也可能不是私密的,对于被遗忘权而言,所涉信息应当是在过去某一时间内公开的,只是现在不再允许第三方接触的信息。^[36]因此,当链接的内容为虚假、私密等非法情况,

[32] 郑文明:《新媒体时代个人信息保护的里程碑》,载《新闻界》2014年23期。

[33] Nathalie Martial-Braz et Judith Rochfeld, Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, Recueil Dalloz 2014, p1481.

[34] See Case C/13/569654 / KG ZA 14-960 of Rechtbank Amsterdam (18-09-2014), <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2014:6118>, 2019年12月12日访问。

[35] 同前注[30]。

[36] Weber, Rolf H, The right to be forgotten, More than a Pandora's Box 2 (2011), pp.122-123.

即基于隐私权等其他权利时，用现存法律制度即可实现保护，不必扩大被遗忘权的适用范围，也不应该扩大，否则被遗忘权，甚至个人信息权的概念都将陷入一片混乱。因此，被遗忘权所涉及的潜在性损害应限于原信息合法的情况，即信息主体无法通过请求第三方删除或修改原信息以维护自己权益的情况。

4. 因果关系

另外，值得一提的是此处因果关系的单一性。被遗忘权制度的目标并非判定原网页是否有权公布传播某一信息，而是明确索引这一行为是否会引发潜在的损害，而这种损害是与原网页信息传播可能造成的损害相互独立的。因此，就因果关系而言，应当是单一的行为所引发的独立后果。具体而言，搜索服务提供者的索引行为介入到既存的信息传播状态，对网络上分散的个人信息进行整理归纳，再形成搜索结果列表，一则扩大了信息的影响力；二则对个人信息整理归纳形成了个人形象。较之原本信息传播方式而言，增加了信息主体受侵犯的危险程度，使得信息主体暴露于与原状态不同的危险之中，这种行为与潜在的损害后果之间存在相当因果关系。

综上所述，通过回归到侵权责任的一般条款，解释现行法也可以在司法中实现个案利益的调整。当停止索引行为即可令信息主体满意时，采用更简单的证明标准和维权方法，对于妥当和精细化维持网络用户信息权益和其他价值间的平衡也是较优的路径。此时，规则主要的目标应该是传递一种责任感，损害赔偿并非必要。^{〔37〕}

（三）免责事由

原则上，权利人要求移除链接的权利，较之搜索服务提供者的经济利益和公众知情的利益更具有优先性，但当具体案件所涉的公共利益，相对于权利人个人利益而言更为重要时，则不得行使。其中关键的考量因素，是信息主体面临的风险与获益、信息控制者的经营成本以及公共利益之间的权衡。因此，要免除搜索服务提供者因被遗忘权产生的删除义务，需要对可能损害的公共利益和保护的个人利益的重要性进行权衡，评估可以从三方面展开：一是信息主体的情况，包括主体在具体社会中的公共角色、强势或弱势地位等。二是信息内容的情况，包括信息的敏感性、公开的原因与背景或是否涉及某类犯罪等方面。三是信息来源的情况，包括自己发布的个人信息、他人发布的涉及到个人的信息，以及他人转发的个人信息，其中被遗忘权受保护的可能性逐渐降低。^{〔38〕}例如在任某某一案中，法院就基于公众知情权驳回了原告的诉求。结合目前的立法情况，受到普遍认可的情形大致涉及特定类型的犯罪记录、言论与信息自由、公共利益、统计与科研、提起法律性主张的需要，以及履行法定义务或授权等。

因此，搜索服务提供者应当在表面看似合理的删除要求中，依据各案利益平衡的具体情形，进一步考察是否存在链接不应当被删除的特别原因。

〔37〕 丹尼尔·沙勒夫：《隐私不保的年代》，江苏人民出版社2011年版，第134页。

〔38〕 丁晓东：《被遗忘权的基本原理与场景化界定》，载《清华法学》2018年第6期。

（四）责任的实现方式

现行法所规定的停止侵害的责任方式，对被遗忘权而言体现为包括降低公众获取便利性在内的广义删除措施，具体如何实现可以视案情而定。中国市场最大的搜索引擎百度搜索的工作原理从最终端开始分别为收录页面、过滤页面、建立索引及显示信息四项内容。^[39] 移除索引意味着在建立索引阶段，百度的索引信息库系统中某一关键字不会与问题网页关联起来，因而不会显示在最后的搜索结果列表中。而移除收录则意味着在过滤页面阶段，问题页面将被过滤掉，其 URL 就不会再收录于百度的信息系统中，俗称被百度 K 站。正如“被遗忘权”的主要倡导者维克托在解释被遗忘权的技术难题时所说：“从谷歌的信息库中被删除，意思是你在网上搜索一下自己，没有相关的信息出现。哪怕这时候相关信息可能还保存在谷歌的备份库中，只是 99% 的人都看不见，这时候你就已经被删除的干净了。”^[40] 可见，移除索引的方式与维克多所指相同，主要是控制传播意义上的个人信息，而移除收录的方式则将控制力延伸到持有意义上的个人信息，前者在被遗忘权意义上足以停止危及信息主体权益的状态，这与欧洲法院判决后，谷歌公司所采取的措施类似。

四、结语

借助于法院不拘泥于现行法的回应与创造，侵权责任常常可以发挥创设、催生新人身权的作用。人身权类型和内容的丰富和发展在很大程度上依赖于侵权法的发展，而法院的判决促进了侵权法的发展，在案件的处理过程中，许多具体的人格权诞生了，或者其边界更加清晰了。^[41] 虽然中国尚无被遗忘权的立法，但司法实践中不乏法院对此领域侵权责任的探索。考虑到新时期搜索服务的行为特点及我国的规制现状，可将被遗忘权的责任主体暂限于互联网搜索服务提供者，在信息主体请求删除链接时，其应承担审查信息是否保持完整、可用及最新状态的作为义务。此时，搜索服务提供者可以基于对其他合法权益的保护而拒绝信息主体的请求，但在法院判决确认要求删除后，应以移除索引的方式承担广义的删除责任。至于日后如何逐步扩大被遗忘权的适用，还需要结合技术与社会的发展讨论。另外，鉴于信息流通全球化的特点，中国尚需关注这一权利在其他国家的发展，尽早在规则层面做出应对与协调。

（责任编辑：吴婷芳）

[39] 参见百度百科“搜索引擎算法”词条，<https://baike.baidu.com/item/%E6%90%9C%E7%B4%A2%E5%BC%95%E6%93%8E%E7%AE%97%E6%B3%95>。2019年6月12日访问。

[40] 夏燕：《被遗忘权之争——基于欧盟个人，信息保护立法改革的考察》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2015年第2期。

[41] 同前注〔28〕，第6页。