

信息作为惩罚

——为被遗忘权辩护

翟小波

内容提要:被遗忘权是信息主体要求信息处理者消除信息主体的非私密信息与其个人之间的可识别关系的权利。它的典型形态是删除权。被遗忘权是否具有充分的道德根据,可谓众说纷纭。在证成被遗忘权时,学者几乎都无例外地把被遗忘权作为隐私权的内容之一。然而,被遗忘权的根据是关于正当惩罚的原理。刑法中的前科消灭制度和追诉时效制度所体现的关于正当惩罚的道德根据,在数字时代同样构成了被遗忘权的根据,使被遗忘权成为信息主体的一项基本权利。信息主体希望删除相关信息,就说明信息处理者对这些信息的不作为给信息主体施加了痛苦,构成了对信息主体的惩罚,即便信息处理者并没有惩罚信息主体的明确意图。如果信息处理者拒不删除,就要为信息主体如此被惩罚给出充分的理由。

关键词:信息主体 被遗忘权 删除权 惩罚 前科消灭 追诉时效

翟小波,澳门大学法学院副教授。

如果信息主体关于消除个人信息与他个人间的可识别关系的要求被信息处理者拒绝,这些信息在公共网络中的存在,或者说,信息处理者的这种不作为,就给信息主体施加了痛苦,它们事实上就构成对信息主体的惩罚。消除这种可识别关系的典型手段是删除,其他手段包括屏蔽或匿名化等等;为了表述的简洁,本文将以“删除”统称之。依据关于正当惩罚的原理,信息主体在特定条件下应该拥有要求信息处理者删除他不希望继续公开的个人信息权利。被遗忘权本质上是免受不正当惩罚的权利(要求权)。与被遗忘权对应的,是信息处理者的删除义务。本文首先分析和界定了被遗忘权的概念,进而试图说明前科消灭制度和追诉时效制度的道德根据,并论证这种道德根据要求在信息时代确立被遗忘权,最后会指出,关于被遗忘权的诸多担忧——尤其是它与新闻自由的冲突——要么是不充分的,要么是无价值的。

一 被遗忘权的概念

被遗忘权是比喻性说法,更准确的说法是消除相关的非私密信息与个人之间的可识别关系的权利,其典型形态是删除权(the right of erasure)。它是信息主体要求网络信息控制者或处理者(包括搜索引擎)从其系统中删除这些信息的权利。^[1]关于这个界定,有必要做如下的说明。

第一,信息主体不包括公共人物,尤其是政治人物。若一个人在公共或政治生活中发挥显著的作用或影响,公众对他的信息便有极大的利益,从而应该有知晓权:他的公共影响或作用导致他丧失被遗忘权。对他们的监视是民主政治的基本要件,是“把权力关进笼子里”“使权力在阳光下运行”的应有之义。

第二,义务主体是网络信息控制者或处理者,包括发表者、储存者、转载者(如相关网站或社交媒体)或互联网搜索引擎。被遗忘权的标的是公共网络上的信息,而非线下信息,如纸质媒介、法院判决档案或小范围的内部局域网中的信息等等。这里说的公共网络不限于特定的物理性地域辖区,而是超越地域辖区的整个互联网。在数字时代,对信息的收集、储存和传播及由此而来的伤害首先来自网络媒体。现在,网民对互联网的使用越来越依赖搜索引擎。搜索引擎通过算法与个人信息互动,抓取和挖掘相关信息,可以在瞬间精准地向用户提供相关信息——即便这些信息原本并不是供大众传播的。搜索引擎在性质上不同于传统图书的索引,它几何级数地扩大了相关信息可能对个人造成的伤害;一旦搜索引擎删除了对某类信息的连接,这类信息实际上已很难为网民广泛知晓。搜索引擎已成为被遗忘权最普遍的义务主体。在西班牙 Google 案中,欧盟明确认定搜索引擎是数据控制者;^[2]但在任某某诉百度案中,法院认定,百度搜索并未人为干预对相关词条的搜索结果,所以它对任某某的姓名的输出,并不构成对他的姓名权的侵犯。^[3]

第三,被遗忘权的标的是合法发布的、而且通常是正确的个人信息。首先,个人信息是与已识别出来的、或者直接或间接地可识别出来的自然人有关的各种信息,不包括经过匿名化处理的信息。其次,网络信息处理者本来就有义务纠正或删除违法的、错误的、不完整的、不准确的或私密的信息。违法信息的典型例证有涉及儿童色情的、诽谤性的或侵犯版权的信息;错误信息包括未经权威机关证实的对信息主体的指控。合法发布的信息并不等于经过信息主体同意而发布的信息。它包括信息主体本人发布或同意发布、但后

[1] See House of Lords, European Union Committee; EU Data Protection Law: a Right to Be Forgotten? (June 30, 2014), <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldecom/40/40.pdf>, 最近访问时间[2021-04-12]; Mart Susi “The Right to Be Forgotten”, in Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, and Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020, p. 288. 另外,信息主体(如果他有能力删除的话)自己当然有权从网络上删除关于他的信息,这种权利是霍菲尔德意义上的特权。

[2] 对该案件的简单介绍, see House of Lords; EU Commission, EU Data Protection Law: a “Right to Be Forgotten”? (July 30, 2014), <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldecom/40/40.pdf>, pp. 7-12, 最近访问时间[2021-04-12]。

[3] 参见“中国被遗忘权第一案:任某某诉百度案二审判决书”,北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第 09558 号, https://www.sohu.com/a/289881758_733746, 最近访问时间[2021-04-12]。

来要求删除的信息,也包括他人未经信息主体同意在网络上发布的信息。对本人发布的信息,可以要求本人分担删除之成本。

第四,被遗忘权的内容是消除或切断信息主体与其本人信息之间的可识别关系。它的实现的典型手段是删除。其他手段包括搜索引擎的屏蔽(delink)或匿名化处理。如果某些信息承载一定的公共利益,信息主体的被遗忘权与公共利益的正当平衡或许支持匿名化处理而非删除。因为删除是保护被遗忘权的典型手段,为了行文的简洁,笔者将以“删除”统称被遗忘权的实现手段。

被遗忘权是否具有充分的道德根据、是否应被法律化,可谓众说纷纭,尚未形成共识。^[4]在证成被遗忘权时,当前的主流观点几乎无例外地把被遗忘权作为隐私权的内容之一。这是值得商榷的。广义的隐私通常指涉私密信息、私密空间和私密决定或活动。狭义的隐私仅指涉私密信息。对个人的私密信息的保护,可以也应该诉诸隐私权的概念和制度,而没有必要诉诸被遗忘权。本文讨论的被遗忘权的标的信息不是私密信息。私密信息和非私密信息的区分也是我国《民法典》所承认的,《民法典》称后者为“个人信息”。被遗忘权是信息主体要求个人信息控制者或处理者删除关于他的非私密信息的权利。^[5]

笔者认为,信息主体的被遗忘权的根据是关于正当惩罚的原理。在行使或主张被遗忘权的场景里,信息主体要求删除相关信息,通常是因为他现在认为它们是负面的;这些信息在公共领域中的存在令他觉得痛苦,他不情愿再让这些信 息处于公共领域之中,不情愿使自己——尤其是自己的过去——继续被公众知晓、观察或记忆。这里所说的负面信息是信息主体主观上认为是负面的信息;^[6]导致信息主体认为它们是负面信息的典型原因之一是,这些信息客观上是负面的;其中,最典型的是关于信息主体犯错或违法的信息。本文将以此种典型信息为例来论证被遗忘权的正当性。笔者认为,刑法中的前科消灭制度和追诉时效制度所体现的关于正当惩罚的道德根据或理由,在数字时代同样构成了被遗忘权的根据,使被遗忘权成为信息主体的一项基本权利。但是,笔者并不认为被遗忘权是一项新型权利。被遗忘权是某种传统权利在数字时代的扩展。它本质上是免受不正当惩罚的权利。在内容上,它通常直接涉及个人信息,间接涉及名誉、肖像、甚至是身心健康。它的内容是否具有统一的实质?若有,这种实质是什么?这些并不是本文要回答的问题。接下来,笔者首先说明前科消灭制度和追诉时效制度的道德根据,然后把 这些道德根据扩展适用于数字时代的个人信息,藉此证成被遗忘权。

[4] 例如,英国政府和上议院就坚决反对这项权利。See House of Lords; EU Commission, EU Data Protection Law: a “Right to Be Forgotten”? (July 30, 2014), <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/lddeucom/40/40.pdf>, 最近访问时间[2021-04-12]。

[5] 除了诉诸隐私权外,类似地,还有学者诉诸信息自决权、信息所有权或基础性价值“尊严”来证成被遗忘权。参见王凌晖:《“被遗忘”的权利及其要旨——对“被遗忘权”规范性基础的批判性考察》,《华东政法大学学报》2021年第5期,第45、49-50页。

[6] 我国《个人信息保护法》第47条规定了个人信息处理者的主动删除义务和个人的信息删除权。根据这一条,删除权的标的并不必然是负面信息。该条的规定与本文的界说并不矛盾,因为笔者这里强调的“负面”是信息主体主观认为的负面。一旦信息主体请求删除相关信息,就可以合理地假定,信息主体认为这些信 息是负面的。

二 前科消灭和追诉时效的道德根据

(一) 前科消灭的道德根据

被遗忘权的典型标的是关于信息主体的负面信息,尤其是关于他犯错和违法的信息。关于他犯罪的记录,即前科,更是这种负面信息的典型。关于前科,有一项很普遍的制度叫前科消灭。普遍认为,当下被热议的被遗忘权的前世即前科消灭制度;在传统法国法上,它甚至直接就叫被遗忘权(*le droit à l'oubli*)。^[7] 尽管人们普遍认为,前科消灭权与被遗忘权之间存在历史的或语源学的关联,但很少有人主张说,后者的正当性来自于前者。目前主流的做法是从隐私权或信息自决权的视角论证被遗忘权的正当性。与此不同,笔者认为,被遗忘权是前科消灭制度的道德根据在数字时代的要求,后者的正当性根据也构成前者的正当性根据。

前科消灭是指犯罪人在受到法定惩罚后,^[8] 经过一定期间(根据其所受的法定刑长短不一),就应该被视为已经获得更生(*rehabilitated*),有权机关便有义务消除其前科记录。与此义务对应的,便是犯罪人的前科消灭权,也称为更生权(*the right of rehabilitation*)或被遗忘权(*le droit à l'oubli*)。已经获得更生者,应该被视为从未犯罪,有权不向相关主体报告自己的前科。这是当今世界很普遍的、也是正当的做法。^[9] 在这方面,中国是例外:刑事诉讼法虽然确立了被判处五年有期徒刑以下刑罚的未成年人的犯罪记录的封存制度,但刑法却没有规定有权机关的前科消灭义务。相反,该法第 100 条第 1 款规定了受过刑事处罚者的前科报告义务:“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。”前科消灭权的道德根据可以从以下几个方面来认识。

前科保留是一种惩罚。惩罚的本质是施加痛苦,作为和不作为都可以是施加痛苦的方式。^[10] 前科保留会败坏犯罪人的名声,使犯罪人遭遇恶名之苦。^[11] 与对人身、财产的限制或剥夺一样,恶名会给人造成极大的痛苦;不仅如此,恶名之苦而且很可能比人身、财产受限制或被剥夺之苦更大,因为它没有确定的结束时间,有可能是无穷无尽的。首先,

[7] See Jeffrey Rosen, *The Right to be Forgotten*, *Stanford Law Review Online*, https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/#footnote_1, 最近访问时间[2021-04-12]。

[8] 个别国家规定特定犯罪(如性犯罪或危害国安的犯罪)的前科不得消灭;还有国家为前科消灭规定了实质条件,如悔改或没有再次犯罪等等;一些政治犯甚至会以犯罪为荣、反对消灭自己的前科。感谢方泉教授提醒。

[9] 参见房清侠:《前科消灭制度研究》,《法学研究》2001 年第 4 期,第 83-84 页;Elder Haber, *Digital Expungement*, *77 Maryland Law Review* 337, 337-385 (2018); *Rehabilitation of Offenders Act of 1974*, <https://3bx16p38bchi32s0e12di03h-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2014/07/Rehabilitation-of-Offenders-Act-1974-Guide-2019.pdf>, 最近访问时间[2021-04-12]; *The Penal Code of France*, articles 133-12 to 133-17, https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf, 最近访问时间[2021-04-12]。

[10] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, p. 49.

[11] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, p. 47.

恶名直接导致羞辱之苦；其次，恶名会间接带来其他很多痛苦。知晓和在意前科的人很可能不会对有前科的人有好意，接受或帮助他，反而会对他有恶意，嫌弃、避开、防范、猜忌或孤立他。很多职业的准入标准就是名声。这种无确定的边界和时限的民意制裁 (popular sanction) 会加大犯罪人回归更生的难度，甚至把他推上仇恨社会或无奈之下继续犯罪的不归路，彻底摧毁他。它还经常是自杀的原因。民意制裁与政法制裁的性质是一样的，都是惩罚：首先，它是一种痛苦之源；其次，它可以赋予行为规则（包括法律和社会规范）以约束力。^[12]

惩罚是一种恶害。对某行为的惩罚将导致至少四类痛苦。第一，强制或约束之苦：因为恐惧惩罚而不敢、不得去做原本想要做的行为而生的痛苦；第二，忧惧之苦：违法后因担心被发现、受惩罚而生的痛苦；第三，受罚之苦：违法行为被发现后经受惩罚的痛苦；第四，同情之苦：那些与原初的受罚者亲近的人（如子女、配偶、父母、亲朋好友等）因为他受罚而遭受的派生性痛苦。^[13] 痛苦是坏的，所以惩罚是坏的。此外，惩罚也是成本极高的社会实践，耗费惊人的财力和人力。若不得不去惩罚，那必定是为了排除更大的恶害，否则这样的惩罚便是不正当的。^[14] 某行为导致的痛苦大于它带来的快乐，这是“使之成为惩罚之根据的真正的、唯一的、但却是完全充分的理由”。^[15] 在为实现其目的所必要的前提下，惩罚制度的设计应该确保把惩罚最小化。节俭应该成为使用和分配惩罚的一项基本原则。^[16]

惩罚的直接的、主要的目的是个别预防（即控制犯罪人自己的行为）和一般预防（即控制其他人的行为）。个别预防或者是影响犯罪人的物理性能力 (power)、使之不能再犯罪，或者是促使他改过 (reformation)、影响他的意志，惩前毖后，使之不愿再犯罪。一般预防是通常说的“杀一骇百、以儆效尤”，^[17] 是通过惩罚犯罪人的先例来影响其他人的意志。边沁警告说，绝对不可以只是为了满足其他对犯罪人的恶意 (ill-will)、嫌恨或报复心来惩罚他，因为这种惩罚所导致的痛苦远大于它可以带来的快乐。^[18]

前科消灭制度至少服务于两个目的。一方面，促进和帮助犯罪人的改过、更生，有助于个别预防目标的实现。中国古话说，“人非圣贤，孰能无过？”还有说，“过而能改，善莫

[12] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, pp. 34 – 37, 47, 49; Jeremy Bentham, *Principles of Penal Law*, in John Bowring (ed.), Vol. 1, *The Works of Jeremy Bentham*, Russell & Russell Inc., 1962, pp. 453 – 456.

[13] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, p. 163.

[14] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, p. 158.

[15] Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, p. 18.

[16] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, p. 179.

[17] 边沁不会主张杀鸡骇猴，因为杀鸡很可能骇得了鸡，但很可能骇不了猴。

[18] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, pp. 158 – 159.

大焉。”人会犯错,也会改错:人世间没有不曾犯错的人,也没有改不掉的错。法制的安排应该促进犯罪人的悔改,并帮助已悔改的犯罪者,而不是因为“一日为贼”便认定他“终身为贼”,使得“一失足”成为“千古恨”,把他毁掉。首先,为了促进犯罪人悔改,应该废弃那些羞辱人、使人丧失耻感的惩罚:一个备受羞辱、以至于丧失了耻感的犯罪人是不可能悔改的。然而,令人遗憾的是,前科的保留和披露恰是一种耻辱性惩罚。它本质上和游街示众、公审公判、黥墨刑等是一样的。宋人胡致堂曾感叹,涅黥黥面之刑使犯人形同“弃人”。^[19] 既然有理由反对耻辱刑,就有同样的理由反对前科的保留、披露或报告。^[20] 其次,在经受了政法制裁之后,犯罪人已赎了自己的罪,还清了自己的债,有权利回归社会。法律应该帮助和促进这些犯罪人回归社会,而不是在这方面制造障碍。前科消灭正是这样的帮助性和促进性安排:前科消灭,实质上是在宣告,共同体已接纳了犯罪人为更生改过的新人,这将促进他回归共同体,再度融入社会。相反,前科报告或披露,对已服完刑的犯罪人来说,是极不公正的,使他们遭遇大量法定歧视(尤其是在就业方面)和社会性歧视,^[21] 使他们永远处于精神痛苦(如恐惧、自卑和不安)之中,令他们遭遇所谓的“社会性死亡”,在工作和生活中寸步难行。这可能会导致他们为了报复社会而再次犯罪,或者被逼无奈、为了求生而再次犯罪。这将挫败惩罚的个别预防的目的。

以上所述,是从惩罚目的之一即个别预防之实现的角度来理解前科消灭。那么,一般预防是否要求前科报告或披露呢? 答案似乎是否定的。一般预防应该通过犯罪的确定和法定刑的执行而实现;若它没能这样实现,它就很难再通过前科报告或披露义务而实现。已有扎实的经验研究表明,惩罚的一般预防功能是难以通过加重惩罚实现的。对一般预防来说,犯罪在短期内被发现或被追诉比加大惩罚力度更有效。^[22] 总之,前科报告或披露是在制造无益的痛苦。

另一方面,前科消灭制度会使惩罚和由此导致的痛苦最小化。前科消灭之后,犯罪人及与他亲近的人便不会再经受民意制裁或恶名之苦。上文已经说明,前科保留本质上是一种惩罚。让已接受了政法制裁所确定的刑罚的人继续生活于前科报告或披露义务之下,严格说来,是不公正的,违反罪刑法定、罪刑相适应和一事不再罚原则。

(二) 追诉时效的道德根据

涉及前科消灭、与之类似的另一项制度,是追诉时效制度,即犯罪经过特定期限便不再追诉。^[23] 如果不再追诉,事实上犯过罪的人便无前科可言。对于被遗忘权来说,追诉时效的理据是完全适用的,是可以用来证成它的正当性的。追诉时效与前科消灭的差别

[19] 转引自范依畴:《羞辱性刑罚:传统价值及其现代复兴》,《政法论坛》2016年第2期,第138页。

[20] 关于公众对前科封存或消灭制度的支持及理由, see Alexander L. Burton, Francis T. Cullen, Justin T. Pickett, Velmer S. Burton, Jr., Angela J. Thielo, Beyond the eternal Criminal Record: Public Support for Expungement, 20 *Criminology & Public Policy* 123, 123-151 (2021)。

[21] 具体例证参见房清侠:《前科消灭制度研究》,《法学研究》2001年第4期,第82页。

[22] 参见王皇玉著:《刑罚与社会规则——台湾刑事制裁新旧思维的冲突与转变》,我国台湾地区元照出版有限公司2009年版,第44页;薛智仁:《刑事追诉时效之理论根据、法律性质及法律效果》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》2013年第12期,第288页。

[23] 除了追诉时效外,刑法中还有刑罚时效。二者的道德理据是一样的,本文不再单独讨论刑罚时效。参见张明楷著:《外国刑罚纲要》,清华大学出版社1999年版,第438页。

之一在于,犯罪人之犯罪并不曾被追诉,犯罪人并不曾被定罪、被执行刑罚。它与前科消灭的类似之处在于,犯罪人在犯罪之后很长时期内没有再犯罪。人们认为,追诉时效制度有不少好处。^[24] 追诉时效制度可能的好处并不都是它的正当性的根据:本文关心的是后者。追诉时效制度标榜“历史从宽,现行从严”。与前科消灭制度类似,追诉时效制度正当性的主要根据也在于,特定时间经过之后,如果犯罪人没有再犯罪,追诉和惩罚便已不再符合惩罚的目的。

第一,犯罪人在犯罪后长期内未曾再犯罪,由此可以推定,犯罪人已真诚悔罪、改过迁善,不再具有人身危险性;也表明他当初的犯罪只是偶发犯、机会犯或激情犯;他当前的人格与多年前的犯罪所表现的人格已经不再相同,或者说,他的人格已与他多年前的犯罪一刀两断,他多年前的犯罪已不再真实反映他当前的道德品质。总之,追诉和惩罚他已不再必要,没有意义。^[25] 对遥远过去的犯罪的惩罚起不到特殊预防的作用,也很难起到一般预防的作用。^[26]

第二,犯罪人在犯罪后到经过追诉期限的漫长时间里,通常都经历了漫长的痛苦煎熬,包括对被抓获的忧惧、逃亡流窜的折磨等等;那些在此期间真诚悔改的人还要经良心的谴责。惩罚是犯罪人因为犯罪所得的痛苦,犯罪人因为犯罪而该得的惩罚也受他为此所得的痛苦的影响。如果有理由认为,犯罪人已经因为该犯罪而经受了很大的或足够的痛苦,就没有理由继续惩罚他。^[27] 当然,对上述的理由,也存在一些例外。^[28] 笔者在这里只是提出理解追诉时效制度的正当性的典型的、常规的视角。

(三) 权利问题

前科消灭和追诉时效,都是在特定条件下赋予犯罪人不再受惩罚的权利。这些特定条件主要是,犯罪人已受惩罚或长期没有再犯罪,从而使得惩罚他不再符合惩罚的目的、缺乏正当的根据。有人认为,这两种制度允许在特定条件下不再追究犯罪人过去的犯罪,实质上达到了让人们(即关注相关犯罪的人)在特定条件下谅解犯罪人、接纳他们为共

[24] 参见黄河、覃剑峰、刘涛:《核准追诉案件办理疑难问题探析》,《人民检察》2019年第23期,第13页;“杨菊云(故意杀人)不核准追诉案”(最高人民检察院检察委员会决定,2015年7月3日发布);“蔡某星、陈某辉等(抢劫)不核准追诉案”(最高人民检察院检察委员会决定,2015年7月3日发布);张丽卿:《新刑法时效规定之沿革与评析》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2006年第128期,第4页;薛智仁:《刑事追诉时效之理论根据、法律性质及法律效果》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》2013年第12期,第270-279页。

[25] 具体例证参见史兆琨:《四级检察院检察官携手“把工作做到家”真正做到案事了》, https://www.spp.gov.cn/zd gz/202008/t20200818_476990.shtml,最近访问时间[2021-04-12];史兆琨:《跨省联合司法救助多方努力达成谅解——最高检对一起21年后自首的案件依法不予核准追诉》, https://www.spp.gov.cn/zd gz/202008/t20200802_474546.shtml,最近访问时间[2021-04-12];于潇:《最高检依法对一起27年前故意伤害案不予核准追诉》, http://www.sn.jcy.gov.cn/xtfyjcy/jcwh/202008/t20200829_187586.html,最近访问时间[2021-04-12];张丽卿:《新刑法时效规定之沿革与评析》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2006年第128期,第4页;薛智仁:《刑事追诉时效之理论根据、法律性质及法律效果》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》2013年第12期,第282-283页。

[26] 参见薛智仁:《刑事追诉时效之理论根据、法律性质及法律效果》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》2013年第12期,第288页。

[27] See Jeffrie G. Murphy, *Getting Even: Forgiveness and Its Limits*, Oxford University Press, 2004, p. 51.

[28] 参见薛智仁:《刑事追诉时效之理论根据、法律性质及法律效果》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》2013年第12期,第271-288页。

同体中正常的一员的效果；^[29]他们还认为，这两项制度要求，在谅解的效果达到了之后，人们或公权机关应该宽恕犯罪人；^[30]他们或许还认为，原谅和宽恕不仅是可贵的，而且是艰难的；在数字时代，更是加倍地艰难。前科消灭和追诉时效是在意识到谅解和宽恕虽可贵但艰难的前提下，通过确立强迫性遗忘的制度，来实现谅解和宽恕之效果的安排。

笔者反对这些说法。谅解和宽恕虽然是不一样的，但二者都是慈悲或怜悯的表达：谅解与否，宽恕与否，都取决于谅解者或宽恕者单方面的施予，犯罪人在这里是无权的。前科消灭制度和追诉时效制度给相应的公权力机关设定了在特定条件下不得惩罚相关犯罪人的义务，从而赋予了相关犯罪人要求前者在这些条件下不得惩罚他的权利。这里的“不受惩罚”，形式上，是通过“被遗忘”来实现的。但这里的“遗忘”本质上是一种“义务”，而不是“谅解”或“宽恕”。也许，受害人或相关社群在这些条件下对犯罪人的谅解是立法者在设计惩罚制度时的考量之一。但是，依照前科消灭和追诉时效这两项制度，犯罪人拥有的是不被惩罚的权利，不论受害人或相关社群谅解他与否。值得说明的是，在中国的语境下，这样的说法也许有些难解，但这很可能是因为中国并没有前科消灭制度。对于我国为什么没有确立前科消灭制度，本文无意深究。笔者在此讨论的是这两种普遍被采用的制度背后的道德或法理根据及其要求。

三 被遗忘权：前科消灭和追诉时效之理据在数字时代的扩展

前科消灭和追诉时效涉及的信息的性质是一样的，都是关于信息主体犯罪的信息：只不过，前者涉及犯罪人在服完刑之后对其犯罪前科的被遗忘权，后者涉及犯罪人即使不曾受到政法制裁、但在较长期限过后未曾再犯罪的条件下对其犯罪信息的被遗忘权。被遗忘权是前科消灭权或（追诉期限过后）不被追诉权在信息时代的扩展。这种扩展是双重的。

第一重扩展是信息范围的扩展，即从犯罪信息扩展到一切违法或犯错（违反实在道德）的信息。这种扩展是自然的：违法或犯错与犯罪的差别不是性质上的，而只是程度上的，适用于后者的道理自然也适用于前者。对这些信息拥有被遗忘权的条件是，或者信息主体已经依照法律或社会规范（即实在道德）接受了该得的惩罚，或者是信息主体的这些犯罪、违法或犯错的行为发生在很久远的过去。同样的逻辑还可以再进一步扩展，以至于把信息主体希望删除的一切关于他的信息都包括在内：信息主体希望删除，就表明这些信息在公共领域的存在令信息主体觉得痛苦，或者说，信息处理者或控制者对这些信息的不作为给信息主体施加了痛苦，从而构成了对信息主体的惩罚——这是笔者所说的“信息

[29] 倾向于持有类似观点的，see Michael Douglas, Do We Have the Right to Be Forgotten?, TEDx Talsk (January 31, 2015), <https://www.youtube.com/watch?v=Y00lbdhF30g>, 最近访问时间[2021-04-12]; This talk was given at a TEDx event using the TED conference format but independently organized by a local community; 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》，《法制与社会发展》2018年第2期，第203页；薛彬：《被遗忘权制度的借鉴与司法探索》，《法律适用》2020年第8期，第91页。

[30] 关于谅解与遗忘的微妙区别，see Lucy Allais, Wiping the Slate Clean: The Heart of Forgiveness, 36 *Philosophy and Public Affairs* 33, 43 (2008)。关于它们何以是美德，see Jeffrie G. Murphy, Forgiveness and Mercy, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/forgiveness-and-mercy/v-1>, 最近访问时间[2021-04-21]。

作为惩罚”所要表达的主要理念,即便公众或信息处理者并没有惩罚信息主体的明确意图,即便信息主体并没有犯应予惩罚的错误:如果信息处理者拒不删除,它就必须要为信息主体如此被惩罚给出充分的理由。这种扩展还涉及删除义务主体的扩展:消除前科和不得追诉的义务主体是公权力机关,信息删除义务的主体还包括私主体:这里的关键不在于它的身份是公是私,而在于它是否拥有处理信息的权力。

第二重扩展是信息媒介的扩展:从传统媒介扩展到互联网。以互联网的诞生为标志,人类从遗忘时代进入了完美记忆时代。^[31] 包括前科消灭制度和追诉时效制度在内的刑法和刑罚制度,都是在遗忘时代发展起来的:在那时,对犯罪人来说,由政法制裁实施的、确定的惩罚构成他为自己的犯罪所承受之痛苦的主要部分。传统的纸质媒体也会报道这些犯罪,但这些报道的影响力就范围和时间来说都有限,这些信息很快就淡出了公众视野,人们很快就会忘掉这些犯罪,犯罪人所遭受的民意制裁之苦是很次要的。此外,如果还有前科消灭制度,一旦犯罪人服完刑,大概只有个别专门工作者通过勤奋的档案研究才可以重新发掘出他犯罪的信息;即便是被发掘出来了,因为前科消灭制度的限制,他们也必须对这些信息做匿名化处理,匿名化的信息也只是在很小范围内流传。在这些情形下,犯罪人摆脱耻辱的过去、获得更生,并非难事:或者通过换个环境,重新开始;或者他的犯罪信息被大家遗忘,他被大家当成根本不曾犯罪的人来接受。

现在,我们生活在信息或数字时代,这是完美记忆时代。一方面,规模惊人的信息被完美和永久地储存和记忆;另一方面,因为有超强的搜索引擎,在任何时间、任何地点,只要简单敲一下键盘,人们便可以瞬间获得关于自己感兴趣的人的各种信息,包括他们犯错的信息,也可以轻易地被复制、储存、分析和传播,还不会暴露自己的身份。对那些不愿要他人关注(观察、窥视)的信息主体来说,这些关注便直接或间接地构成一种痛苦或伤害。可以说,相对于遗忘时代,惩罚的情境(尤其是民意制裁)发生了根本的变化。

在完美记忆时代,前科消灭与追诉时效制度的理据至少提出了下列要求之一。第一,应当全面重塑我们的惩罚制度。如果一个人的犯错和他所受的惩罚之间应该有一个正当的比例关系,如果刑法规定的惩罚符合这样的正当比例,那么,在边沁式全景监狱(panopticonic)的信息时代,惩罚实践已完全打破了这种比例。犯错信息不被遗忘给犯错人带来的惩罚的量已被千百倍地放大了,^[32] 法律为犯错行为所定的政法制裁就得相应地随之减少。惩罚制度的设计要考虑不同制裁方式之间的协调配合,以免制造不必要的痛苦。^[33] 如果民意制裁的惩罚量过大,就应调整政法制裁的惩罚量。

但是,根据信息技术所导致的惩罚情境的变化来重塑政法制裁体制,首先不具有现实的可行性,其次也无助于惩罚目的(尤其是个别预防)的实现。前面说过,在已经受了应得惩罚或犯错时过境迁之后,相关的犯错信息的保留无助于一般预防目的之实现,也无助于个别预防目的之实现。如果全面重塑惩罚制度是不得不放弃的选择,那么正确的做法

[31] See VM-Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009, pp. 4 - 5.

[32] See Jon Rosen, When Online Shaming Goes Too Far (June 2015), *TED Global London*, https://www.ted.com/talks/jon_rosson_when_online_shaming_goes_too_far?language=en, 最近访问时间[2021 - 04 - 12]。

[33] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), Clarendon Press, 1996, p. 172.

是确立被遗忘权,使信息主体免于不公正、不必要的民意制裁之苦,使前科消灭和追诉时效制度之宗旨在信息时代也可以实现。如果信息主体已经为他的错误或不慎行为受了应得的惩罚,或者即使没有受到这样的惩罚,但其错误或不慎行为早已过去,他就应该拥有对关于这些错误或不慎行为的信息的被遗忘权。我国信用体系建设中的失信曝光和惩戒制度,也是对“信息作为惩罚”之理念的运用。笔者并不反对通过对相关信息的曝光、披露或共享来惩罚相关信息主体,不反对我国的失信曝光和惩戒制度。笔者的主张是,既然某些信息的公开可以构成对信息主体的惩罚,那么,关于正当惩罚的原理在此就是适用的——它要求公开某些信息,但也同样要求删除某些信息。

四 不值得或不必要的担忧

(一)被遗忘权与舆论监督

被遗忘权首先似乎会与网络媒体(包括自媒体)的舆论监督相冲突。与舆论监督并存的,是公众知晓相关信息的权利,即公众知晓权。所谓的与舆论监督、公众的知晓权的冲突经常被用来反对被遗忘权。常见的指控是被遗忘权会限制和妨碍信息的自由流动,对自由而开放的互联网构成威胁。但是,这种冲突,很多时候是被夸大的,有时是虚假的。

舆论监督和公众知晓权的标的并不是无限定的;相反,它们受到公共福祉的限定。舆论监督的宗旨是当好公众的看门狗(public watchdog),制约公权力,防止掌权者以权谋私;通过报道和讨论公共话题,来矫正体系性不正义,促成或培育民主的生活方式、民主的文化和政治。它的目的不应该是伤害或惩罚具体的有名有姓的个体。就此目的来说,信息技术应该塑造以公权力行使者为对象的“全景监狱”,让公权力机器对公众来说更透明,把权力关进笼子里,不是塑造以个人为对象的“全景监狱”,不是让个人对公权力持有者彻底开放和透明,也不是让人们相互之间彻底开放和透明。如果接受舆论监督的这种宗旨,便可以认识到,信息主体的被遗忘权与舆论监督是否冲突,在很大程度上取决于信息主体的角色、相关信息本身的性质和内容、这些信息所承载的公共利益的大小等等。关于这个问题,虽然难以划定绝对明确的标准,但提出几条大体的指导原则,还是可能的。

第一,对于公共人物的舆论监督和公众知晓权,是民主价值和公共福祉所要求的;他们没有被遗忘权,这是笔者在一开始就明确了。

第二,对已经因为自己的犯错(包括违法和犯罪)而受了应得之惩罚的信息主体的信息,信息主体在受惩罚前是无被遗忘权的。有权机关和公众处理这些错误的方式,实际上承载了公共利益,应当受到舆论的监督。至于在新闻报道中,是否要对这些信息作匿名化处理,也许要根据相关错误的严重性、轰动性而定,尽管匿名化处理是通行的原则。一旦信息主体(例如失信被执行人)依照法律或相关社会规范接受了应得之惩罚,他便对相关信息拥有被遗忘权。在此情此境下,舆论监督已经发生过了,已经发挥了其价值、起到了其效果,已没有再行发动的必要了。否则的话,就是在无益地、不必要地、不正当地制造痛苦。

第三,对于久远过去的犯错的信息,即使信息主体不曾受过政法制裁的惩罚,他也应当拥有被遗忘权。这里的被遗忘权可以压倒舆论监督。新闻的基本属性之一是时效性,

也就是说,它应该是关于时事、当下的事件的报道;然而,任何时事都会随时间的经过而变质,丧失意义或价值;关于久远过去之犯错的信息,因为是关于久远的过去的错误,所以已不再是新闻,不再具有新闻价值,与舆论监督的宗旨已不再相关,从而也不应该再成为公众知晓权的对象。在任某某诉百度案中,法院正确地认为,任某某在陶氏公司的工作是他近期的经历,相关公众对关于这些工作经历的信息依然是有利益的。

第四,除了关于信息主体所犯错误的信息之外,被遗忘权的海量的标的信息,是信息主体自己发布的,关于自己的身心状况、遭遇或经历,但后来觉得遗憾和后悔、想要删除的信息。此类信息,并不服务于公共福祉的目的。公众里的某些人对诸如此类的信息的兴趣,更多是源于低级趣味、猎奇、虐待狂、精神变态、幸灾乐祸或损人不利己的心理。信息主体对这些信息的被遗忘权,并不抵触舆论监督。

对相关个人信息的知晓权会直接或间接地给公众带来快乐。但是,在平衡信息主体的被遗忘权和公众的知晓权时,值得强调的是,公众知晓这些信息的偏好实乃外在偏好,即对关于他人该被如何对待的偏好,而信息主体对自己的信息被遗忘的偏好却是内在偏好,即关于该被如何对待的偏好。内在偏好通常要比外在偏好强烈,就单个人来说,张三的错误不被遗忘给张三带来的痛苦显然要大于李四知晓该错误给李四带来的快乐,所以,这两种偏好本来就不该等量齐观,前者应该优先。

被遗忘权固然构成了对舆论监督的限制。但与此同时,还应该看到,被遗忘权也有保护和促进言论自由的功能。试想一下,如果一个人的任何表达,他都难以撤回和删除,都将会被永恒地储存和流通,而他个人将被永久地惦记——由此而来的舆论暴政或社会性强制将对言论自由产生极大的寒蝉效应:^[34]言论自由空间受到极大限制,自我审查将成为常态;不幸的是,这种自我审查已经发生了。^[35]所以,被遗忘权虽然可能会限制特定的个别言论的自由或人们知晓特定信息的权利,但却可以为言论者提供安全而友好的社会环境,从而制度性地促进而非限制言论自由。

(二)其他担忧

除了舆论监督之外,人们对被遗忘权还有其他的顾虑或担忧。有人说,有些信息是特定的无辜群体保护自己关键利益(如安全)免受侵犯的手段;对这些信息,信息主体不拥有被遗忘权。笔者认为,关于某些特殊类型的犯罪或罪犯或病态者,如恋童癖、家暴、性犯罪、惯犯等等,或许要综合多种因素,对信息主体的前科消灭权在特定范围内予以限制:一个基本的考量是最后一次犯罪迄今所经过的时间,他坐牢或服刑的时间当然要被扣除。同样,关于这些信息的被遗忘权也要根据这些因素在特定范围内予以限制。这些限制的典型方式是给他们设定向其所居住的社区报告前科的义务。举例来说,如韩国的强奸犯赵斗淳在刑满释放后,还须佩戴电子脚铐7年、公开肖像等个人信息5年;警察在其住所

[34] 关于舆论暴政或社会性强制与言论自由, see JS Mill, *On Liberty*, in John M. Robson ed., *The Collected Works of John Stuart Mill - Essays on Politics and Society Part I*, University of Toronto Press, 1977, p. 220; Gideon Elford, *Freedom of Expression and Social Coercion*, 27 *Legal Theory* 149, 149-175 (2021)。

[35] 类似的例证, see Rebecca Jones, Sir Kazuo Ishiguro warns of young authors self-censoring out of “fear” (March 1, 2021), <https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-56208347>, 最近访问时间[2021-04-12]。

附近安装了 35 个摄像头。^[36]

有人说,承认被遗忘权将导致改写历史。这种指控是夸大其词的骇人听闻。因为,对有意义的历史书写来说具有实质意义的信息,并不会因为被遗忘权而受到实质性影响。第一,如笔者所主张的,公共人物——通常是历史的主角——并不拥有被遗忘权。第二,被遗忘权要求在公共网络或搜索引擎上删除信息主体反对继续公开的关于他犯错、犯罪或违法的信息,这并不影响这些信息依照相关法律和程序在特定电子或纸质载体上的保存;有写作历史之欲望的人自有法定渠道来查阅这些信息。为了兼顾历史写作的需求,关于被遗忘权保护的制度设计,也许可以借鉴档案管理制度的相关安排(如档案开放制度等等)。第三,在很多情况下,被遗忘权的要求并非删除,而是匿名化处理;匿名化处理并不影响历史书写:非公共人物的遭遇若有历史意义,自然也可以被书写,但这并不要求历史的书写来指名道姓。第四,作为被遗忘权的对象的大量信息,对有意义的历史书写来说或许是毫无意义的。第五,历史书写本身的价值也从来都不是绝对的:如果它要给作为其对象的非公共人物造成超过应得限度的痛苦,这样的历史本就不值得书写。

还有人说,被遗忘权给网络数据公司或处理网络信息的公司造成了极大的成本。杰弗里·罗森(Jeffrey Rosen)在一篇影响很大的文章中说:“如果 Facebook 和 Google 不删除人们自己发布但后悔的照片——即使这些照片已广为流传,被遗忘权将导致他们丧失约百分之二的全球收入。”^[37]笔者认为,这样的理由可以被提出来,作为反对被遗忘权的理由,是很可笑的。本来,这些公司通过个人信息来谋取巨额利润的做法就是不道德的,是一种盗窃。个人的信息不应该成为这些公司的资本。他们的本来就不道德的经济利润,根本不可以作为对抗被遗忘权这种基本权利的理由。这也是欧盟法院在西班牙 Google 案中的明确观点。^[38]

另外一个对被遗忘权的常见反驳是:你在犯错(包括犯法和犯罪)或上传相关事后追悔的信息时,就已知道了这些错行或信息会被媒体或网络报道和传播;既然你在此情境下依然选择犯错或上传信息,那就表明你已经选择了放弃被遗忘权。这种反驳是不成立的。第一,很多人犯错或上传信息时,并不知道或不曾考虑这些错误或相关信息会在何种程度上被传播,会带来什么样的影响,或者是否可以要求删除这些信息。第二,即便他们对这些方面都充分知情,这种知情并不表明他放弃了被遗忘权——这种反驳所谓的放弃只是形而上学的假定,不是真实的。第三,即使假定他真知道那些后果,即使假定他真放弃了被遗忘权,这种知道和放弃并不表明他就不能反悔,并不表明我们的法制就要让他为自己的错误或不慎承担超出应得比例的痛苦。

[曾彬彬整理了本文的脚注。特此致谢。]

[36] 参见刘强、胡敏:《韩国“素媛案”罪犯赵斗淳出狱曾称要见受害者》, <https://wap.peopleapp.com/article/6065619/5977798>, 最近访问时间[2021-04-12]; South Korea: Child rapist's release sparks demand for change (January 5, 2021), *BBC News*, <https://www.bbc.com/news/world-asia-55465099>, 最近访问时间[2021-04-12]。

[37] Jeffrey Rosen, *The Right to be Forgotten*, *Stanford Law Review Online*, https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/#footnote_1, 最近访问时间[2021-04-12]。

[38] See Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja Gonzalez* (May 13, 2014), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN,paras.81,91,97>, 最近访问时间[2021-04-12]。

[**Abstract**] The right to be forgotten (RTBF) is the right to demand the elimination of the relationship of identifiability between non-private information and an individual , a typical example of which is the right of erasure. Its subjects do not include public figures , its duty-bearers are those who control or process online information , its object is lawfully disclosed and usually correct information , and its content is the elimination or severance of the relationship of identifiability between the information subject and the information. The dominant approach to justifying RTBF is to consider it as part of the right to privacy. This approach is questionable. The private information of an individual can and ought to be protected by means of the concept and institution of the right to privacy , rather than by resorting to RTBF , which does not take private information as its object. An information subject normally exercises his or her RTBF and requests the deletion or de-identification of some information because he or she thinks that the information is negative ; and the main reason that he or she thinks so is that the information is indeed negative. A typical example of this kind of information is the information about the crimes or violations of law that the information subject has committed. The moral ground of RTBF is the principles of just punishment. In the digital era , the moral ground of just punishment embodied in the system of criminal record elimination and the system of the period for prosecution in the criminal law also constitutes the ground of RTBF , and requires that RTBF be established as a basic right of the information subject. However , this paper does not think that RTBF represents a new type of right. RTBF is essentially the extension in the digital era of the right not to be punished unjustly that is protected by the system of criminal record elimination and the system of the period for prosecution. Such extension mainly refers to the extension of the scope of information ; it first extends from information about crimes to information about all violations of law and morality , and then further extends to all the information that the information subject hopes to be deleted or de-identified. The fact that the information subject hopes to delete or de-identify certain information shows that the existence of the information in public domain has caused pain to him or her , or that the inaction of the information processor or controller has inflicted pain to the information subject , and thereby constitutes punishment for the latter , even if the former shows no such explicit intention. If the former refuses to delete or de-identify the information , it must justify its infliction of punishment upon the information subject by giving sufficient moral reasons. The extension also applies to the duty-bearers of RTBF : the duty-bearers in the system of criminal record elimination and the system of the period for prosecution are public authorities , whereas the duty-bearers of RTBF include private subjects. The key issue here is not whether they are public or private subjects , but whether they have the power of processing or controlling the information.
