

网络法读书会第十一期

王旭

大家好,今天我报告的两篇论文,都是对谷歌西班牙案中所确立的被遗忘权作出的评价。两篇文章都讨论了被遗忘权所涉及的隐私保护与言论自由之间的关系。而且他们都觉得现在的被遗忘权太过宽泛了。第一篇文章是通过借鉴美国隐私法上的做法为被遗忘权的构建提供改良建议,第二篇文章通过欧盟法的解读,区分了数据隐私与尊严隐私背后的不同逻辑,对谷歌等搜索引擎的“公共领域”地位作出了说明,主要目的是揭示深层次的问题,而不是进行制度构建。

在报告论文内容之前,先简单介绍一下谷歌西班牙案。

一、谷歌西班牙案

2010年,一名西班牙人冈萨雷斯,向西班牙数据保护局(AEPD)投诉了一家大型的西班牙每日新闻出版商《先锋报》、谷歌西班牙公司和谷歌公司。理由是,互联网用户在谷歌搜索引擎输入其姓名时,搜索结果能链接到《先锋报》上的一些文章,这些文章含有在十多年前冈萨雷斯无法偿还社会保险债务后进入的扣押程序相关的不动产拍卖公告。他认为这些文章“尽管内容真实,但有损于他的名誉,侵犯了他的隐私”。冈萨雷斯要求西班牙报纸删除这些信息,因为在程序已经结束十余年之后,这些信息不再具有相关性。报纸发行商拒绝删除这些文章,因为这是劳动与社会事务部命令他们发表的,当初为了拍卖,原则上是发布的越多越好。此外,原告要求谷歌删除这些新闻的链接,并进而删除这些新闻与他姓名的任何联系。

西班牙数据保护局的决定是,谷歌作为数据控制者有责任将原告从其搜索引擎的结果中移除。之后,谷歌向西班牙最高法院起诉,再后来案件被已送到欧盟法院。2013年6月25日,法律总顾问尼罗-贾思肯南(Niilo Jaaskinen)¹发表其咨询意见,认为谷歌没有义务基于隐私权请求而删除其搜索引擎上的任何链接。他的理由是,对已经出现在公共领域(public domain)中正当(legitimate)合法(legal)的信息进行限制会干涉表达自由,损害网络信息的客观性。

但欧盟法院反对法律总顾问的论证,依据西班牙对《95/46/EC号指令》的执行认定了一个宽泛的被遗忘权。法院认为,谷歌作为信息的索引者,处理了个人数据,因而负有《指令》中数据控制者的义务。法院从《指令》第12(b)条²和第14(a)条³中推演出谷歌负有从其搜索索引中删除信息的义务。对于谷歌所主张的施加删除个人信息义务违背了比例原则,以及是出版商公开了信息,故而应当由网站出版商进行删除的意见,不予采纳。法院认为,搜索引擎制造了轻松获取信息的途径,因为用户只需输入数据主体的姓名就可以获得其相关信息。鉴于他们在组织数据中的突出地位,像谷歌这样的搜索引擎比原始网络出版商有更大的可能去侵犯数据主体的隐私权。

该案判决之后,谷歌、必应等公司纷纷设置了相应的机制,允许用户提交被遗忘权申请。甚至出现了帮助用户寻找个人信息链接进而进行删除请求的公司。

GDPR吸收了该案的判决成果,在第17条规定了被遗忘权。

二、《重新定义被遗忘权以保护大西洋两岸数据的可流动性》

这篇文章是2015年发表在《哈佛法律与技术杂志》上的。作者是波士顿萨福克法学院

¹ 译者注:欧盟最高法院法律总顾问尼罗-贾思肯南。

² (指出数据主体有权要求控制者“对其处理不符合本指令规定的数据进行修改、擦除或封锁,特别是由于数据的不完整和不准确”。

³ (指出数据主体有权“在任何时间以令人信服的合法理由”拒绝“特定情形下与其相关的数据处理”)。

的一名教授，以及他的一名学生，这篇文章也是在这个学生在瑞典隆德大学读书时的毕业论文的基础上写出来的。

这篇文章的核心观点是：被遗忘权实际上把审查是不是应该删除信息链接的权利交给谷歌等公司，涉及内容审查、审查权利分配、审查标准不明等问题，也可能引发新闻业的“寒蝉效应”。这也引发了美国和欧盟法律上的冲突，两国隐私政策不同，可能阻碍大西洋两岸数据的流动。作者认为，应当从区分信息的来源和区分数据主体类型这两条路径入手，去重新构建一个兼顾言论自由的被遗忘权概念。

这篇文章分为六个部分。我大致介绍下每部分的内容：

第一部分“导论”指出，人类的遗忘能力与记忆力一样重要，这给予人类数据主体一条摆脱过去、重新开始的途径：我们可以原谅，我们可以遗忘。但是互联网具有海量的信息储存能力，这使得数据主体的在线发帖、评论和发布图片会成为一个永久的数字记录。对于那些因网上发布的污名化信息（stigmatizing information）而不得不戴上“数码红字”（digital scarlet letter）的人来说，问题的关键是遗忘，而不是被记住。

第二部分，作者通过考察欧洲被遗忘权发展的历史，追溯了被遗忘权的概念。

欧洲隐私的早期发展，包括《里斯本条约》、《经济合作与发展组织的隐私原则》、《欧盟基本权利宪章》等。其中，《宪章》第7条规定了个人的一般隐私保护，第8条规定了个人数据保护的基本权利，并统一了全欧盟的数据保护标准。在欧盟，隐私是一项重要价值，但必须始终与言论自由相平衡。

之后，作者考察了1995年数据保护指令，该指令是在互联网出现前起草的，没有明确包含被遗忘权。作为一项基本原则，《指令》赋予数据主体控制个人信息收集、传播和使用的权利。根据《指令》，只有个人明确作出同意或者符合某些例外情形，数据处理才是合法的。数据主体也有权获取所收集信息的副本，有权更正和删除个人数据。公司在使用协议分享个人可识别信息之前，必须获取数据主体的同意。公司可能因非法处理个人数据而被追究法律责任。《指令》对美国公司也有域外效力。它禁止个人信息的跨境传输，除非数据接受国已经实施了足够程度的保护，这项规则迫使欧洲个人可识别信息向美国的传输终止。2008年，在谷歌承诺将个人可识别数据的保存期降低到18个月之后，第29条工作组仍然认为谷歌不符合《指令》规定。欧盟一致认为“美国缺少足够程度的保护”。GDPR所扩张的被遗忘权引发了进一步阻碍从欧盟国家到美国的数据流通并危及电子商务的可能性。

之后，作者介绍了欧盟法院在谷歌西班牙诉AEPD案中的判决。作者认为，该案判决的缺陷是：（1）在谷歌西班牙诉AEPD案以后，欧洲的数据主体获得了要求谷歌对搜索其姓名时出现的网站链接进行删除的权利，除非有正当理由方能不去删除，⁴即使原始网站没有删除内容且数据是真实或合法的。然而，冈萨雷斯的原始信息并非是从网络上擦除，而是仅从谷歌搜索引擎中删除掉与其姓名的关联。因此，要求搜索引擎保证网络用户的被遗忘权并不是删除或遗忘其内容，而是使其更加难以被定位。⁵进而，谷歌并不需要在技术上删除数据主体与公开信息之间的关联，因为被删除的链接仍然能在谷歌备份文件中获取到。事实上，谷歌从欧盟搜索结果中删除的链接还会在非欧盟域名中的搜索中出现。删除那些像病毒一样扩散的社交媒体信息，就好像试图用一把扫帚挡住海洋一样。（2）在关于被遗忘权的辩论中，由于存在许多其他搜索引擎，只聚焦在谷歌身上的关注点其实也是错位的。英国国会上议院的批评者们强调CJEU没有考虑到对那些较小的搜索引擎产生的影响，他们“不太可能具有处理数千个删除请求的资源”。此外，他们也认为“让搜索引擎根据‘模糊的、有歧义的和没什么帮助的’标准去决定是否要删除信息是‘原则性错误’”。

接下来，作者讨论了当时还处于被提案状态的GDPR。从权利角度来说，GDPR规定的

⁴ 根据判决，谷歌应当对这些请求进行法律审查，迄今为止不能运用算法或自动化程序处理前述请求。

⁵ 就好像一本书能被放在图书馆里，但是你通过卡片索引无法找到它。

被遗忘权平等适用于私人、公务员和名人等公共人物。被遗忘权不是绝对的，正如第 17 条第 3 款规定的，该权利应让步于网络言论自由，以及数据控制者出于历史、统计、公共健康和科学研究等目的而保存个人数据的权利。但是，欧盟委员会没有指出数据控制者如何判断主体所请求擦除的数据不再具有必要性或者保存它不再具有何种法律基础，因此确定这些因素的负担落到了数据控制者的身上。欧盟被遗忘权提案没有区分真实或错误的信息，因此数据主体将能够限制真实信息，只要数据不属于法定除外情形。这使得数据控制者处于实际上重写历史的艰难位置。此外，数据控制者必须在真空中作出决定。从义务角度来说，欧盟委员会的解释性备忘录作出了以政策为基础的决定（policy-based decision），要求数据控制者而非数据主体必须通知第三方网站该数据主体已经请求其“擦除……个人数据的链接、复制（copy）或自动化复制（replication）”。备忘录将数据控制者视为最初发布争议的个人数据的第三方网站与数据主体之间的调解人。《数据保护条例》规定了数据控制者采取所有方式（包括采用技术措施）向第三方通知数据删除请求的不确定的合理性标准。如果数据控制者“没有遵守被遗忘权或擦除权规定”，他们将面临着“毁灭性的经济处罚”，即“最高 100 万欧元或最高 Facebook 全球年收入 2% 的罚金”。恢复数据主体和数据控制者间的平衡“在欧洲经历了长久的讨论”也是被遗忘权背后的推动力。作者认为，GDPR 中被遗忘权的消极后果有二：第一，这涉及内容审查。谷歌西班牙案使得数据控制者移除了大量有新闻价值的事件的链接。一些删除链接的例子已经具有公共色彩，因为谷歌在从搜索结果中删除相应新闻时，通知了 BBC、《卫报》等媒体渠道。一项过分扩张的被遗忘权会导致互联网审查，因为数据主体可以强制搜索引擎或网站擦除个人数据，这或将改写历史。有评论家认为如果内容变得更难以在网上搜索到，会“损害辩论（counterspeech）⁶的作用”并“损害交流的自然过程”。被遗忘权不应高于表达自由，因为自由开放的公共渠道使得公民能够讨论和分享关于社会的信息。被遗忘权将“使得潜在的发言者不能决定说什么、想什么，也使得潜在的听众无法获取信息以形成其观点和思想”。第二，这可能引发新闻工作者的“寒蝉效应”。（1）新闻工作者担心由于搜索引擎删除了必要的信息，被遗忘权会耽误调查并在新闻报道中引发歧义（gaps）。《指令》第 9 条将“新闻报道目的或文学艺术创作目的”作为删除的例外。而现在，关于应当如何理解该条款，以及它能否有效保护新闻工作者和他们在线发布的信息变得并不确定。法院在谷歌西班牙诉 AEPD 案中的判决认为，《数据保护指令》包括被遗忘权，尽管它没有明确规定被遗忘权的条款。欧盟法院的判决没有要求搜索引擎从网络上删除帖子本身。在谷歌同意删除请求后，请求人的姓名和其他个人信息仍将在其他网页上存在，这其实并不会导致对此类信息的任何“遗忘”。然而，在 GDPR 制定后，数据主体或许会尝试把底线推得更远，在要求搜索引擎删除链接的同时也要求网站删除信息本身。在德国有个案例，有两个人杀害了一名演员，在服刑结束后，他们援引德国的“改过自新权”要求删除报道中自己的姓名，也成功了。（2）受法律保护的适格的新闻工作者进行定义。尽管诸如报纸、杂志和传统新闻机构等传统媒体被包含在内，但博主和其他互联网评论者是否也会落入新闻工作者免责的适用范围还尚不明确。在全球互联网时代，人人都使用博客、推特和微博，每个人都可以用新闻的形式，至少是文学艺术形式进行自我表达。（3）既然每个公开披露都是在传播信息、观点或思想，也存在法院过度扩张适用新闻工作者免责规则的风险。对于新闻工作者免责规则如此宽泛的解释将淹没被遗忘权。倘若欧洲委员会以 119 页之篇幅创设了种种权利，却在第 17（3）条中仅用两个自然段的新闻工作者免责规则就把这些权利推翻了，那简直是太不可思议了。（4）另一个担忧是，被遗忘权或许会因为成员国的不同而不尽相同，

⁶ 译者注：Facebook's latest anti-extremist initiative, called "counter speech," means that the company encourages its users to post the exact opposite of hate-speech. 源自：
<http://www.techtimes.com/articles/133697/20160215/free-facebook-ads-serve-as-incentive-for-counter-speech-in-fight-against-extremism.htm>

可能取决于数据主体键盘碰巧放在哪个国家这样随意的因素。在一个国家应该被删除的评论，在另一个国家却不应该被删除了，这对欧盟一体化是有害的。这也使得达成国际条约变得困难。

第三部分，介绍了美国的观念，也考察了美国法没有发展被遗忘权的原因。用作者的话说，“当谈到数据隐私和被遗忘权时，美国人来自火星，欧洲人来自金星。”

首先，美国对用户隐私进行了分领域保护。美国的隐私法是由立法、条例和自律共同构成的。《联邦 1974 年隐私条令》仅适用于联邦政府机构的信息处理，美国现在认为对于联邦政府领域之外的信息不存在统一的信息隐私权。美国没有综合性的隐私框架，而是通过诸如《医疗保险可携性和责任法案》（HIPAA）、《为经济和临床健康的健康信息技术法案》（the Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act, HITECH）以及《金融服务现代化法》（Gramm-Leach-Bliley Act, GLBA）之类分领域（sector）立法对隐私权进行规定。

在欧洲委员会发布 GDPR 提案后不久，奥巴马政府也发布了它雄心巨大的提案——《消费者隐私权法案》。与 GDPR 一样，它的目的也是加强对在线用户的隐私保护，以创造对网络环境的信任，进而刺激经济增长与创新。它很大程度上借鉴了 OECD 准则，制定了一系列核心原则。如果国会通过这项提案，它将成为美国隐私法与欧洲“相互认可的隐私保护”协同的温和的第一步。奥巴马政府也鼓励国会向联邦贸易委员会（FTC）授予强大的权力以确保在线公司遵守它们与隐私相关的公开承诺。然而，奥巴马总统的《消费者隐私权法案》没有包含明确的或可推知的被遗忘权。

美国法律下也存在受到限制的被遗忘权。与欧盟不同，美国的被遗忘权没有得到发展，这很大程度上是由于《第一修正案》的领导地位。然而，有几个州已经向被遗忘权迈出了温和的第一步。第一种是青少年犯罪记录删除权。美国各州通常都赋予青少年罪犯请求法院消除其有罪判决的权利。个人犯罪记录的封存使得罪犯可以告诉未来的雇主、财产所有人或者许可机构他们从来没有被逮捕或定罪过。例如，佛罗里达立法机关的法律规定，在 1996 年 7 月 1 日之前青少年的轻罪（misdemeanors）历史记录会被密封或删除，不过审判时已经成年的人不能享受这项选择权。尽管典型的删除法仅适用于青少年罪犯，但有些州将法庭记录的密封扩展适用到年轻的成年人。第二种是加利福尼亚的儿童被遗忘权。2013 年 9 月，加利福尼亚通过了《参议院第 568 号法案》，承认了一项比 GDPR 第 17 条狭窄得多的被遗忘权。2015 年 1 月 1 日生效的这部法案赋予儿童可以删除他们在 Facebook 等社交网站上发布的帖子的权利。然而，这项狭窄的删除权仅仅适用于儿童发布的关于自身的帖子，不包括他们写下的关于其他数据主体的内容。

在第四部分，作者建议使用一些非立法手段去补充被缩减的被遗忘权。这些措施是补充性的，但不能替代我们基础性的法定的被遗忘权。这些手段包括：

1、用户社群发起形成的新规范。用非正式的社会制裁而非法律救济实施社会规范。如果网络用户能一致认可被遗忘权是一种社会规范（social norms），被遗忘权诉讼可能会减少。

2、以市场为基础的方法。快速制定规范的一种方法是通过要求处理个人可识别数据的公司尊重被遗忘权，进而重塑消费者的期待。这种方法面临的一个问题是，社交媒体网站等公司依赖于个人数据商品化。这些公司的经济动力是收集和传播信息，而不是限制或审查信息。但是，如果社会规范发展起来，公众控制个人信息的需求会促使哪怕是最强大的社交媒体服务商调整其政策或扩张一项包括被遗忘权在内的服务。为了让被遗忘权进一步发展，全世界的 Facebook 用户需要寻求更强的私人数据保护。社会规范的变化将逐渐转化为自愿协议和合作，这将赋予数据主体运用法律之外的方法去删除发帖和图片。

3、个人可识别数据的到期日制度。数据主体会设置状态或数据的保质期，经过指定时间后，发布的帖子/状态（postings）、评论和其他信息自动消失，第三方将无法保存或复制

信息。【旭仔：有点像微信朋友圈三天内、半年内可见】与被遗忘权在人类决策中扮演的角色相比，到期日制度是让数据主体“及时行动”，而不是减少整体的（comprehensive）数字记忆。此外，它们关乎“意识和人类行动，是让人类去思考——只要花一点儿时间——他们想让信息在多长时间保持价值和有用性。”到期日制度的优点是决定数据到期日的是数据主体，缺点是数据在到期日来临后仍因公众知情权而享有持续的生命力。【旭仔：就好像特朗普的推特假如设置三天可见，但仍然会被大家讨论。生活中，有很多八卦号会挂出明星们秒删的微博截图。假如有被遗忘权，这些行为如何定性？】为此，谷歌、脸书等公司需要设置让用户能轻松地设置到期日的途径。到期日制度最重要的变量是时间和权力。数据主体必须对可能危险的信息进行预见并精确设置到期日。当数据主体对源数据设置到期日时，往往无法预见未来信息是否相关。一种可能的解决办法是允许数据主体在发帖后延长保存期。另一个有待决定的因素是谁有权决定对数据施加时间限制。在欧盟隐私模式下决定权归属于被访问者（surveyed）而不是访问者（surveyors）。当发布的内容涉及公众知情权时，数据主体预估的“保质期”能否被公权力延长还尚不清楚。

4、语境化：通过语境化的方法，数据主体将能够提供细节去更新或解释一则脱离语境或过时的帖子。与删除信息不同，语境化使用户可以添加更多信息。“评价我的教授”网站通过给予教授回应负面学生评价的权利实施语境化制度。【旭仔：高校性侵丑闻的好方法，兼顾灵活性与透明度】公务员和公众人物有经济和人力资源将使用语境化方法作为声誉管理计划的一部分。如果信息错误地曝光了公共人物，数据主体可以回应和解释具体的语境。一个风险是，公众人物数据主体可能通过过度发布正面信息和评价以压制负面评价。语境化方法最可能用于处理第三方对数据主体的叙述。但是，它的效果实际上取决于数据主体持续监管和处理与其相关的现有网络内容的意愿和能力。语境化最成功的适用场合可能是在搜索引擎上搜索。2007年，谷歌在这个领域做了试验，它允许那些被谷歌新闻索引的文章所提及的人在文章旁边添加评论。这个评论可以对文章涉及信息进行解释、道歉或者论证读者应当忽略这个内容。然而，稍后谷歌废除了这个功能，这个废除决定在谷歌西班牙案判决之后受到批评，因为这样的语境化功能可以让数据主体更好地控制他们的个人信息而不是“让[数据主体]有权审查”。

5、认知调整：【一种比较虚幻的方法】他认为人类、人类的行为和观点可能会变化。解决办法不是对抗记忆的蔓延，而是适应它。他认为没有什么结构性的发明能打败思想上的改变：“人类，特别是年轻人，将会想办法对付机器。那才是变革之道，而不是任何政府或技术团体的介入。”这种认知调整的想法很简单，因为它并不要求通过新的法律或技术构建引发社会的任何变化。这种改变只发生在我们大脑中。但问题是，这种改变还要多久才会发生啊？

在第五部分，作者提出了协调欧美被遗忘权的建议，在保护表达自由的同时，使得大西洋两岸的数据能够流动。作者建议在这方面可以吸收美国平衡言论自由与隐私的司法经验。具体而言，作者提出了两条进路。

第一条进路是：通过区分数据来源，划分出三种程度的删除。

| 删除的程度 | 描述 | 例子 |
|----------|--------------------------------|---|
| 第一种程度的删除 | 数据主体自己在线发布的帖子和照片。 | 数据主体在 Facebook 上发布了自己令人尴尬的照片，想删掉它。 |
| 第二种程度的删除 | 数据主体发布了内容，第三方在自己的网站上对此进行复制并转载。 | 数据主体在 Twitter 上发布内容，第三方在自己的网站上转载（retweets）。数据主体想删掉转载。 |
| 第三种程度的删除 | 删除其他人发布的关于数据主体的数据 | 第三方在 Facebook 上发布了关于数据主体的图片或数据。数据主体要求 |

| | | |
|--|--|------|
| | | 删掉它。 |
|--|--|------|

在很大程度上，数据主体已经有权在 Facebook 等社交网站上删除其自己的帖子了。【在中国，一般也都允许进行这种删除，除了知乎不允许删除已经被很多人回答的问题】近年来，美国政治家已经实施了第一种程度的删除。州参议员 Jeanne Shaheen 出席资金募集者讨论《平价医疗法》对新罕布什尔州医疗系统影响集会的推特被删除。参议员约翰·麦凯恩 John McCain 在弗拉基米尔·普京赢得总统大选后，也删除了下述推特：“亲爱的弗拉基米尔，惊喜吧！惊喜吧！你赢了。#俄罗斯的人民要哭瞎了。”诸如参议员 Shaheen 和 McCain 等公务员删除自己发布的帖子可能会改写历史，特别是当帖子内容与有争议的公共议题或一般公共政策有关时。公务员只有权删除与他们公共角色（public role）无关的帖子。

第二种程度的删除可以保护数据主体免受来自朋友、家人和转载或标注数据主体的第三方的因潜在牵连内容（potentially incriminating content）的伤害。在实施第二种程度的删除时，不可能完全删除由数据主体发布但随后被第三方标注或转载的帖子或图片的所有数字足迹。例如，一张被转载的照片可能被复制到闪存驱动器中，无需上网就能被个人电脑访问。实施第二种程度的删除最可行的方法是，让数据主体有义务识别令他不快的链接。

对于第三种程度的删除，作者提到了一种现象，就是“销售耻辱型”网站。它们以展示数据主体的羞耻堕落作为商业模式。他举了两种典型的例子，一个是面部照片（Mugshots）网站发布从公共执法网站上获取的照片和逮捕（book）信息，并提供免费号码，让照片中描绘的人可以付费请求删除；另一个是报复性色情作品网站，他们以损害“未来关系和职业生涯”的黄色亲密照片为特色，一位女高中生被前男友传播裸照后，因同学的骚扰而自杀。但美国法院通常不愿意判决网站删除，哪怕是发帖构成了侵犯隐私等正在进行的侵权，这也是因为 CAD、《数字千年版权法案》等没有规定这种义务。我们的改良建议目标是赶走贩卖耻辱的商家，只有主体付费时他们才删除色情或侮辱性内容。作者建议，如果第三方上传目的只是为了羞辱或勒索付费，私人有权请求删除这些信息解除链接。作者也指出，第三种程度的删除最容易与表达自由冲突，但主要是限制隐私权以使对言论的“寒蝉效应”降到最低。

作者指出，谷歌西班牙案要求删除的请求是第三种程度的删除。

第二条进路是，区分数据主体的类型，这里介绍了大名鼎鼎的《纽约时报》诉莎莉文案和之后一系列案例所确定的规则。

| 原告类型 | 定义 | 诽谤的证明标准 | 范例 |
|------|--|---------------------------|--|
| 私人 | 无法归类为公务员或公众人物的人。 | 疏忽大意（negligence） | Mary Firestone，一位社会名流，在自由权诉讼中是私人，因为她因离婚而参加记者招待会的行为“不是推动自己走向任何特定社会争议的前线”。 |
| 公务员 | “那些有重大责任实施政府事务或控制政府事务运作，或令公众相信如此的政府机构雇员”以及职位“如此显然重要以致于公众对任职者的资质和表现有独立利益，超越了所有政府雇员在资质 | “清晰、有说服力地”证明陈述的作出具有“真实恶意” | 批评公务员的健康不适合工作不用负诽谤责任。 |

| | | | |
|-----------|--|-------|-------------------------------|
| | 和表现方面的通常公共利益……” | | |
| 全面意义的公众人物 | 原告是名人或者声名卓著，“也有些人……臭名昭著使得他们在任何意义上都成为公众人物。” | 同公务员。 | “一个知名运动员或者，嗯，……全面意义上的公众人物典型。” |
| 有限意义的公众人物 | | 同公务员。 | 代理异教徒摩托车帮派的律师是有限意义的公众人物。 |

综上所述，作者的建议是，私人、公务员和公众人物享有前两种程度的被遗忘权：源自数据主体的数据链接，以及被第三方转载的源自数据主体的数据链接。对于仅以引发精神痛苦或勒索删除费用为目的的网站，私人享有要求网站对链接进行第三种程度删除的被遗忘权。公务员和公众人物无权删除第三方发布的与他们相关的数据，除非这些数据的发表具有真实恶意且无涉公共利益。所有的请求权都应让位于公众知情权的概括例外。

| 数据主体类型 | 第一种程度的删除 | 第二种程度的删除 | 第三种程度的删除 |
|-----------|-----------------------|-----------------------|---|
| 私人 | 有权删除，除非信息涉及令人信服的公共利益。 | 有权删除，除非信息涉及令人信服的公共利益。 | 无权删除，除非有证据证明所发布的信息除了引发精神痛苦和敲诈勒索之外没有其他目的，或者信息不涉及令人信服的公共利益。 |
| 公务员 | 有权删除，除非信息涉及令人信服的公共利益。 | 有权删除，除非信息涉及令人信服的公共利益。 | 无权删除，除非发布者的行为具有真实恶意，且信息不具有合法的公共目的。 |
| 全面意义的公众人物 | 同公务员。 | 同公务员。 | 同公务员。 |
| 有限意义的公众人物 | 同公务员。 | 同公务员。 | 同公务员。 |

作者还讨论了“被遗忘权”的申请程序，主要有两条观点——第一，数据主体提交申请是要说明自己的身份是私人、公务员还是公共人物，选择前述三种程度删除的哪一种？还要说明请求删除的链接地址；第二，搜索引擎在判断是否同意删除时需要模板，目前法律供给不足，随着搜索引擎处理这些请求经验的增长，他们会打磨出模板。也就是说，把这项工作交给实践。

三、《数据隐私和尊严隐私：谷歌西班牙案、被遗忘权与公共领域的构建》

第二篇文章发表在《杜克法律评论》上，作者是耶鲁法学院的前任院长，也是耶鲁的一名公法教授。

作者的结论是：在审理谷歌西班牙案时，欧盟法院既没有正确地适用工具逻辑的数据隐私规则，也没有正确适用规范逻辑的尊严隐私规则。这造成了判决思路的混乱。作者指出了数据隐私的不合理之处，认为其既不符合日常生活需要，也倾轧了言论自由形成的公共领域。作者借助对美国报纸行业发展历史的回顾，指出“公共领域”的本质是人们共享同样的文本

信息，这样才能形成公共舆论，因此，谷歌搜索引擎发挥了报纸对于言论自由一样的作用，具有“公共性”。

这篇文章共有四个部分，分别提出了对谷歌西班牙案的批判、经由美国报纸行业的发展史讨论了谷歌与公共领域的关系，最后探讨了谷歌与《指令》、GDPR 中被遗忘权的关系。作者主要讨论的也是如何平衡隐私保护与言论自由。作者实际上分别从这两个方面讨论了谷歌西班牙案。

第一个方面是言论自由。作者回顾了“新闻化的世界”出现的历程，并论证谷歌搜索引擎发挥了公共领域的作用。

在谷歌西班牙案中，欧盟法院认为谷歌只是一家追求利润最大化的商业机构。尽管它意识到接收信息的公共利益可能要高于《指令》所保护的隐私权，欧盟法院却没能指出这种利益是什么。正如欧盟法院看上去已经想到的那样，这种利益不仅在于接受特定类型的信息，也在于保持为了“公共空间”（public）而七嘴八舌讨论的前提。

作者认为，如果民主是“公共讨论经过组织后的决定”，民主必须要以存在一个能够获得“讨论”的“公共空间”。一个“公共空间”是社会组织特定类型的，通过让陌生人共同接触同样的信息而出现的“公共领域”。一个公共空间不是“由空间和时间界定的”。它的定义取决于“其成员能够通过书面文字接触到这种公共性的事实”。公共空间出现于“由于陌生人们通过自己传播言论而成为一个社会实体（social entity）所形成的文本环境”。

在谷歌西班牙案中，当欧盟法院说“占优势的公共利益是有关……接触”特定种类的信息时，就是在精确地下概念。公众是通过被他们定义为“公共的”而行使民主特权的。某种程度上正如 Habermas 所假设的那样，公共空间（the public）不需要特别理性。但它在人民的想象中必须存在。构成公众的人们并非在公共街道或者公共广场相遇，而是“分散在巨大的疆域内，坐在他们自己家里浏览同样的报纸。”尽管“公众可能在 16 世纪印刷术发明时的第一次巨大发展后就出现了……但公众的真正出现”是伴随着 18 世纪新闻业的出现而发生的。在过去的几个世纪中，报纸一直都是“公共领域的杰出机制（preeminent institution）。”因此，托马斯·杰弗逊在 1787 年说到：民众的言论是构成我们政府的基础，最首要的目标是保持这种权利；如果让我来决定是不要报纸而要政府，或者是不要政府而要报纸，我毫不犹豫地会选择后者。

新闻提供了持续的、最新的、引起广泛兴趣的信息与观点的潮流，进而塑造了不断扩张的共享文本的领域。当可能形成政治舆论（opinion）的政治讨论被组织起来时，就是民主。其整体发展……直接依赖于电报、报纸和快件（fast mail），因为如果人们不能及时知道问题并能够对其交换观点的话，在广泛的地域内就不会就此问题形成主流舆论。

但两个世纪前，大多数美国报纸都是“政党的喉舌”。“政党报纸……变成了我们所说的‘舆论刊物’”，编辑和观点（opinion）页面是最突出的特色。但是在 19 世纪 30 年代，“一种新的城市报纸，即所谓的‘一分钱报纸’”认识到可以在报纸上印刷国家政治新闻和地区新闻，通过沿街叫卖……并把一份复制品的价格从六美分降到一或二美分来赚钱。”为了获取读者和广告主，激烈的竞争就此展开。这“标志着美国报业的革命”，“导致了‘新闻’胜过编辑，‘事实’胜过观点，这是民主扩大和市场的塑造的变化。”

一分钱报纸增加了报纸的发行量。这是通过发明“现代的‘新闻’概念”实现的：

- 1、它的重点不再是政论，而是新闻。它雇佣大量的记者，报道各种事件，哪怕看上去微不足道；在托克维尔所描述的热闹的平等主义的美国民主制度下，早期控制与服从结构的崩溃在新闻概念的扩展中找到了恰当的表达方式。

- 2、为了吸引读者，然后赚广告费，它报道的范围很广，而且形式多样。报纸开始在“商品”方面竞争，也就是“新闻，即关于公众感兴趣或能引起公众兴趣的信息。”一分钱报纸把记者们委派到“警署、法院、商业区、教堂、上流社会和体育场。这是报纸第一次除了反

映商业或政治之外，还反映了社会生活。更准确地说，从 19 世纪 30 年代开始，报纸不仅反映了小型贸易社会中的精英阶层，还反映了拥有贸易、运输业和制造业的日益多元化、城市化和中产化的社会。一分钱报纸不仅使‘人们感兴趣的新闻’成为日报的重要部分，也成为其最典型的特征。报纸的力量开始从政论和编辑转向“新闻和记者”。

但是，许多美国精英都指责报纸是丢人的、粗俗的哗众取宠。曝光城市生活中犯罪这个薄弱地带、或是上流社会的舞会和聚会，被认为是不得体、不恰当的。从根本上讲，这些谴责是“阶级冲突的掩饰”。老牌精英对为了满足新贵平民的好奇心而设计的社交性媒介感到愤怒。随着 19 世纪国内和国外的移民涌入美国城市，这种冲突加剧了。这些新居民对壮观、语言和城市生活的复杂模式感到困惑。

从民主的视角来看，报纸的商业成功都是好事。它让民众进入了公共阅读，并产生了一种怎么强调都不为过的归属感。“是报纸，把每个人连接到了人类的共同生活，使其成为整体中的一部分；因此我们几乎可以说，那些既没读过报纸，也没跟读过报纸的人交谈过的人，不是人类家庭的一部分……”这是对新闻“和更多新闻”的渴望。在纽约有几天没有发行报纸，人们变得非常忧郁“在某种程度上，我们觉得自己就像远离妻儿的丈夫一样，颤抖着对自己说：“有什么事儿可能已经发生了，但我却不知道！”什么也不能完全驱散这种忧郁，除了晚报——被热切地攥住——以让我们确知刚才没发生什么特别的事儿。”

阅读报纸使得公众进入对话圈子，这能产生公共观点进而在更广泛、更民主的基础上形成公共舆论。反过来，通过重塑新闻商品以迎合民众兴趣，报纸也扩大了发行量。新闻促进了社会团结的这些形式，是因为它使读者可以将“自己的经历”理解成“他觉得自己所属群体的共同经历。”“以小的、独立的、能够被轻松快速理解的交流形式”包裹起来，新闻开始对公众发挥，与知觉之于个体同样的功能；也就是说，它并不需要向公众中每个和所有个人通知发生了什么事。至今为止，记者不需要解释他所报道的事件，只需要让它们容易理解和富有趣味，就可以达成上述效果。

由于“公共舆论依赖于对现实事件即新闻的解读”，可以说“新闻在……政治社会中传播的程度，决定了社会成员可能……在政治行为中参与的程度。”到 1920 年，有人断言说“如果缺少可靠的、相关的新闻的稳定供给……公共舆论就是闭锁的”，“民主就是失效的”。远离新闻的人们无法充分参与形成“作为民主国家里政府的最终资源的公共舆论。”

要是没有新闻胜利所引起的美国社会和政治生活的深刻变化，我们就不会与现代性的到来产生联系。新闻业和新闻成为“现代性意义建构的实践……传统社会闻所未闻的……现代生活的产品和发起者。”在谷歌西班牙案的语境中，有必要强调四点，以说明新闻业促进了我们觉得理所当然的特别的现代公共领域的产生。

第一，从观点刊物到新闻报纸的转变暗中削弱了文化精英的影响力，他们之前通过对编辑页面的控制施加了重要的文化影响。

第二，新闻的胜利创造了一个有着巨大的不可抵抗的社会意义和诉求的公共领域。

第三，规模不断扩张的巨大的公共领域产生了这样的经验：与日常生活中在更小范围内实施的日常交互活动中，它要更具影响力、更重要、更真实。新闻的胜利不仅暗中削弱了传统精英的规矩，也让公众关注到那些记者报道的“不重要的人”并赋予它们意义，进而打破了传统的价值标准。

第四，新闻的胜利不仅产生了通过成为报纸焦点目标而被看见的急切需要，也创造了看见和感受到可能引起公众好奇的“宣传白光”的不可阻挡的热望。

对“个人细节”的追寻是非常重要的，因为人们越来越相信，公共行为和职业掩饰了真实性格，只有在脱离“不自然的、矫情的自我保护”的公共领域后的私人场合中才会显示出来。因此，公众的好奇心更加集中于以前被视为私人的领域。记者开发了暴露这些领域的技术。一个很好的例子是新闻界的“采访”，它最初被谴责为一种无礼的侵扰，但被驳斥为“公

众可以去了解某些事情的唯一手段，公众对这些事情明显具有知情权，涉及人们刻意隐瞒的利益。”摄影新闻业的快速发展是另一种帮助公众获取可见真实信息的技术，若非如此公众就看不到。

20 世纪中叶，很明显，作为这种发展的结果，除了在极端恶劣地侵犯隐私的情形中，“一个人的生活属于民众（Demos）。民众想知道他长什么样、怎样生活、如何去爱，以及其他记者和摄影师关注去采集的细节。”

作者认为，乍一看，很难将谷歌归类为“新闻媒体”。但是，谷歌使得人们可以搜索他们感兴趣的新闻报道，这使得人们拥有了作为公共舆论发生基础的共同文本资料，因此产生了“公共领域”。它与报纸的不同之处就是，报纸需要记者东跑西奔，去猜测和迎合人们的兴趣点，但谷歌搜索引擎无需如此，反而是用户告诉他对什么感兴趣。谷歌西班牙案没有识别出谷歌搜索所涉及的公共利益。尽管谷歌是一家盈利性公司，但在维持公共领域方面的作用不会差于 19 世纪的营利性报纸。

第二个方面是隐私保护。

作者主张，应该对数据隐私和尊严隐私进行区分，《欧盟基本权利宪章》第 7 条确立的是尊严隐私，规定禁止那些可能会降低、羞辱或诋毁他们的不恰当言论来保护个人尊严，反映了旨在防止违反文明规则而导致人格损害的规范性逻辑，重视社会形成的风俗习惯规范，这与美国公开披露隐私事实的侵权法所保护的价值相同。在世界各地，法院通过平衡讨论可能导致的人格损害与讨论中的合法公共利益之间的平衡来保护尊严隐私。以此为基础，GDPR 是以此为基础确定的被遗忘权；而《宪章》第 8 条确立的是数据隐私，反映了工具逻辑，重视个人对信息的控制，数据主体在主张侵犯数据隐私时不需要证明损害，以此为基础，《指令》规定了“公平信息实践”，制定了一系列控制信息的规则，以确保控制者仅将这些信息用于指定的合法用途。欧盟法院从中推演出了被遗忘权。数据隐私的提法没有考虑到日常生活经验，比如，我们上传与朋友聚会照片的行为，已经构成了《指令》所称的个人数据处理行为，但是根据日常生活经验，并不存在一个所谓的“数据处理目的”，所以没法落实“目的不存在、超越目的则应当删除数据”的规则。

作者认为，数据隐私的工具逻辑不适用于公共言论（public discourse），这也是《指令》规定了新闻活动免责条款的原因。公共领域中的讨论行为是由主体间的对话组成的，这与数据隐私的工具理性以及确保个人对个人信息的控制的愿望是相反的。作者批判了谷歌西班牙案的判决逻辑。作者认为，因为谷歌搜索引擎承载了产生公共言论的公共领域职能，谷歌西班牙案不应该对谷歌搜索适用公平信息实践规则。但谷歌西班牙案的观点也援引了第 7 条，最终该判决创造了与用于保护尊严隐私的规则大致相似的教义规则。因此，Google 西班牙案的观点希望保护何种类型的隐私是令人深感困惑的。无法确定判决是想要保护数据隐私还是尊严隐私。谷歌西班牙案最终被推向了尊严隐私的方向，因为数据隐私与公共言论不相容，而尊严隐私可能与公共言论的要求相一致。表达自由因其促进了民主自治而受到重视，如果公共言论没有一点文明性，就不能作为有效的自决工具。然而，谷歌西班牙案的判决仅仅以初级的和不令人满意的方式承认了尊严隐私。如果它更清楚地关注尊严隐私的要求，那么 Google 西班牙案就不会将 Google 链接与他们所涉及的基础网站如此鲜明地区分开来。谷歌西班牙案也不会轻率地将被遗忘权的执行外包给 Google 这样的私营公司。