

# 个人信息保护视角下的刑事 被遗忘权对应义务研究

郑曦

(北京外国语大学法学院,北京 100089)

**摘要:**信息社会催生出被遗忘权,在刑事司法领域延伸产生了刑事被遗忘权。刑事被遗忘权应受严格限制,研究刑事被遗忘权对应的义务对于理解此种权利有重要意义。刑事被遗忘权对应的义务主体包括刑事诉讼专门机关等国家机关、新闻媒体和社会公众。履行相应义务的法定条件为客观、主观和法律特殊保护等方面的原因使得个人数据的使用不合法或不合理。义务类型包括积极义务和消极义务,其中积极义务以封存和删除为主要内容,消极义务以不采集、不存储、不传递为主要内容。相应义务的履行需遵循特定程序,包括权利主体申请、法院审查与裁判、义务主体履行义务等。为保障义务主体履行对应义务,须设置不履行的违法责任,如民事责任、刑事责任、行政机关及其工作人员的法律、国家赔偿责任。

**关键词:**个人信息保护;刑事被遗忘权;义务主体;义务类型;违法责任

**中图分类号:**DF7 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2019)01-0045-10

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2019.01.005

## Research on the Corresponding Obligations of Criminal Right to Be Forgotten from the Perspective of Personal Information Protection

ZHENG Xi

(School of Law, Beijing Foreign Studies University, Beijing 100089)

**Abstract:** The information society has spawned the right to be forgotten, and its extension in criminal justice has produced the criminal right to be forgotten. The criminal right to be forgotten should be strictly restricted. The study of the obligation of the criminal right to be forgotten is of great significance for understanding that right. The subjects of the obligation corresponding to the criminal right to be forgotten include the state organs, the news media and the public. The statutory conditions for fulfilling the corresponding obligations refer to making the uses of personal data illegal or unreasonable out of objective or subjective reasons or with the special protection of the law. The types of obligations include positive and negative obligations, in which positive obligations are mainly sealing and deleting data, and negative obligations include refusing to collect, store or

**收稿日期:**2018-12-08

**基金项目:**北京市社会科学基金项目“刑事司法领域被遗忘权研究”(16FXC034);北京外国语大学中青年卓越人才支持计划“刑事司法中的个人信息权问题研究”(2018QZ007)

**作者简介:**郑曦,男,北京外国语大学法学院副教授,法学博士,主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究。

transmit data. The performance of the corresponding obligations shall be subject to specific procedures, including the application by the subjects of right, the court review and judgment, and the performance by the subjects of obligation. To ensure that the subjects of obligation fulfill their corresponding obligations, liabilities for violation of law shall be set up for refusing to perform obligations, such as civil liability, criminal liability, legal liability of the administrative organ and its staff, and state compensation liability.

**Key words:** personal information protection; criminal right to be forgotten; subjects of obligation; types of obligation; liabilities for violation of law

## 一、刑事被遗忘权及其研究视角

### (一) 被遗忘权概述

在信息爆炸的当代社会,网络技术、“大数据”技术等的迅猛发展使得人们获取信息的方式发生了巨大的变化,给人们的生活带来了诸多便利。然而与此同时,科技的进步也带来了新的问题,其中极其重要的一项即在于个人信息的失控风险:公民的现实和虚拟生活信息随时可能被记录和监控、个人数据可能被任意采集和使用,而人们对此往往毫不知情,或者即便知情也无从得到救济。面对此种个人信息失控危局,各国均通过各种途径加强对个人信息的保护。在此种情形下,作为一项新兴权利的被遗忘权应运而生,成为保障个人信息安全之利器而受到人们的关注。

所谓被遗忘权,是指公民在其个人数据不再有合法之需时要求将其删除或不再使用的权利<sup>[1]</sup>。此种权利以产生某项数据且根据该项数据能确定其身份之个人为权利主体,令其在该数据不再有合法使用之需要时得要求将该数据删除或禁止使用该数据;即便权利主体先前允许该数据的使用,亦可在适当情况下撤回同意要求删除或不再使用该数据。被遗忘权以要求删除或不再使用个人数据的主动方式,改变了“遗忘”这一人类本能的被动特征,使得遗忘从一种生物性行为变成了一种社会性、法律性的行为,表明法律对个人数据使用方式和个人信息失控风险的积极干预态度。

被遗忘权在许多国家和地区已然得到法律的正式认可。在欧洲,早在2012年欧盟就颁布第2012/72号法案,正式承认了被遗忘权;2014年欧盟法院在谷歌诉冈萨雷斯案中作出判决,首次在司法实践的层面认可了被遗忘权;<sup>①</sup>2016年欧洲议会和欧盟委员会通过《一般数据保护条例(GDPR)》,该条例进一步详细规定了被遗忘权并已于2018年5月正式生效。在美国,2013年加州颁布第568号法案,要求网络和其他相关经营商须允许未成年人删除其提供的数据,<sup>②</sup>被视为通往被遗忘权之路。在日本,2014年东京地方法院和2016年琦玉地方法院均曾作出实际肯定被遗忘权的判例。在中国,尽管法律和判例均为正式肯定被遗忘权,但在2015年的任某与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷案中,法院首次将被遗忘权视为人格利益。<sup>③</sup>

### (二) 被遗忘权在刑事司法领域的延伸和限制

尽管被遗忘权受到重视和承认,但这种法律认可均出现在民商法领域。事实上,被遗忘权起源于法国刑事司法中允许罪犯被定罪和监禁事实不公开的权利(*le droit à l'oubli*),且其在刑事司法领域中

<sup>①</sup>该案被称为欧洲被遗忘权“第一案”。Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, C-131/12, EU:C:2014:317.

<sup>②</sup>对于该法案是否实现被遗忘权的适用存在争议,该法案内容可见于加利福尼亚州议会信息官方网站 [http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=201320140SB568](http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568),2018年11月22日访问。

<sup>③</sup>参见北京市第一中级人民法院民事判决书(2015)一中民终字第09558号。

大有适用空间。无论已被定罪的罪犯、无辜的被追诉人、被害人、甚至证人和其他诉讼参与人,均有主张被遗忘权之需求<sup>[2]</sup>,从而使自己从刑事诉讼中彻底脱身,避免一次诉讼影响终身。

除了诉讼参与人的权利主张需求之外,刑事被遗忘权也有现实基础。许多国家的刑事法律中均有封存甚至销毁被定罪人犯罪记录的规定,例如新西兰2004年的《犯罪记录法》规定罪犯的犯罪记录在法定情形下可被封存、法国《刑事诉讼法典》第770条规定未成年人犯罪记录可在特定情况下被销毁、我国《刑事诉讼法》第286条也有关于未成年人犯罪记录封存的相关规定。这些规定为在刑事司法领域中确立被遗忘权打下了制度基础,使得刑事被遗忘权不至于横空出世而难以被接受。

根据此种封存和销毁犯罪记录的现有规定,刑事司法领域设置被遗忘权制度只需向前迈一小步即可完成。然而相较于民商法领域的被遗忘权,刑事被遗忘权所牵涉的法律价值更加重大复杂,不但可能违背信息社会的信息开放需求、限制新闻自由和公众知情权,甚至可能削减国家预防和打击犯罪的能力、影响公共安全。因此在刑事司法领域设置被遗忘权制度,应当较之民商法领域更加慎重,合理平衡各项法益和价值。而欲达到此种平衡,在刑事司法领域中确立被遗忘权制度的前提即在于对该项权利作深入的分析与研究,充分理解其制度内涵、外延、行使方式等等,以免立法和司法实践中出现模糊混淆、顾此失彼的现象。

为实现各种法益和价值的平衡,刑事被遗忘权应受到诸多限制。首先是案件类型限制,例如性犯罪,尤其是针对未成年人的性犯罪案件,以及危害国家安全和恐怖主义案件,被定罪罪犯不得行使刑事被遗忘权。其次是权利主体限制,作为被定罪罪犯的公众人物的刑事被遗忘权应做限缩。再次是行使方式和程序限制,应当采取当事人申请+法院审查的模式,经过合法程序行使此项权力。为理解这些方面的限制,有必要从刑事被遗忘权对应义务的视角做一些研究,从而使得对该项权利的认识更为完整透彻。

### (三) 研究刑事被遗忘权对应义务的必要性与其可行性

当前鲜有人关注刑事被遗忘权,而即便在民商法领域的研究,也往往是针对被遗忘权这一权利本身展开的,这些较有影响力的论文均较为重视论述被遗忘权的基本概念、域外制度、权利内容、与其他权利的关系、制度的中国构建等。<sup>①</sup>

这种研究方式,在面对被遗忘权这一新兴权利时是及时而必要的。它帮助我们建立起对被遗忘权的基本认识,为进一步的研究打下了基础。事实上,笔者先前针对刑事被遗忘权的研究,也是沿着这种研究视角进行的。然而随着研究的深入,延续此种研究方式不免使得研究的视野受限,因此有必要转换视角审视被遗忘权。尤其针对刑事被遗忘权,由于其可能与其他法律价值发生如上文所述之冲突,而这些法律价值又是为人所珍视的,因此不能不小心谨慎地作出平衡与抉择;但作出此种审慎之平衡与抉择的前提即在于全面地理解刑事被遗忘权。

面对刑事司法领域被遗忘权转换视角进行研究的现实需求,一个比较直接可行的选择即是研究这一权利所对应的义务。权利与义务的对应性是基本法理,“在法律上,义务是权利的关联词或对应词,有权利即有义务,有义务即有权利,两者相辅相成,既对立又统一。”<sup>[3]</sup>刑事被遗忘权也不例外,权利的行使必然对应义务的履行,有权利主体必有义务主体、有权利内容必有义务内容、有权利之救济必有违背义务之后果。既然如此,以义务之镜映照被遗忘权,分析和研究刑事被遗忘权对应的义务,显然是顺理成章的,也有助于我们对该权利有一个更加全面完整的认识。

<sup>①</sup>这些较有影响力的论文包括但不限于以下:杨立新、韩煦:《被遗忘权的中国本土化及法律适用》,载《法律适用》2015年第2期;万方:《终将被遗忘的权利——我国引入被遗忘权的思考》,载《法学评论》2016年第6期;张恩典:《大数据时代的被遗忘权之争》,载《学习与探索》2016年第4期;段卫利:《论被遗忘权的法律保护——兼谈被遗忘权在人格权谱系中的地位》,载《学习与探索》2016年第4期。

## 二、刑事被遗忘权对应的义务主体

### (一) 国家机关

刑事诉讼本就是一场国家与个人的“战争”，国家机关在其中扮演了无可替代的角色，因此刑事诉讼中的任何制度都不可能与国家机关无涉，刑事被遗忘权也不例外。被遗忘权的内容在于权利主体请求删除或不再使用其个人数据，而刑事司法领域这些个人数据大多为国家机关所存储和使用，另因许多国家（如我国）有以案卷移送主义为核心的案卷移送制度<sup>[4]</sup>，个人数据在各个机关之间被“共享”。因此这些持有个人数据的国家机关便往往成为请求删除和不再使用此数据的对象。按照刑事诉讼的基本程序，可能成为刑事司法领域被遗忘权对应的义务主体的国家机关主要有五大类型。

第一，侦查机关。侦查往往是刑事诉讼的第一个阶段，<sup>①</sup>在侦诉分离的国家，侦查机关主要是警察机关，而在侦诉合一的国家，侦查机关既可以是警察机关、也可以是检察机关、甚至可以是预审法官（例如法国）。但无论侦查机关具体为何者，侦查行为中必然需要调查和收集证据、制作侦查案卷、作出侦查结论，因此必然采集、存储和使用相关公民的个人数据。这些个人数据的采集、存储和使用既是侦查行为的运行方式也是侦查行为的目的，只要依法进行就具有正当性。但是一旦刑事诉讼终结经过一定时间且符合法定条件，这些个人数据采集、存储和使用的合法需求已经被大大稀释甚至不复存在后，权利主体即可以向侦查机关请求删除或不再使用其掌控下的相关个人数据。

第二，起诉机关。起诉机关一般即是检察机关或检察官，但也可能是被害人、警察或大陪审团。但是无论何者作为起诉机关，由于起诉是连接侦查阶段（公诉案件）、启动审判阶段的关键程序，法律要求严格的起诉条件，例如我国要求检察院认为“犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的”，<sup>②</sup>方能起诉。为达到法律规定的起诉条件，起诉机关必然从侦查机关处或自行取得相应的证据和材料，尤其需要制作起诉卷宗，其中必然使用相关公民的个人数据。待到起诉程序结论作出（无论起诉或不起诉）或刑事程序终结后，在符合法律规定的情形下，权利主体可以向其请求删除或不再使用相关个人数据。

第三，审判机关。审判机关即法院。法院在面对权利主体的被遗忘权请求时，需承担双重的义务：一是承担被遗忘权请求的审查义务，二是承担删除和不再使用个人数据的义务。一方面，刑事诉讼涉及法益众多，倘若任由权利主体提出请求即删除或不再使用相关个人数据，则可能导致被遗忘权的滥用而侵害其他法益。因此刑事被遗忘权请求应当通过法院向义务主体提出，由法院进行审查，以实现被遗忘权与其他法律价值（尤其是预防和打击犯罪价值）的平衡。另一方面，法院自身审理刑事案件并依法作出裁判，必然需要审查证据、制作案卷、做出裁判文书，其中当然涉及相关公民的个人数据。若符合法定情况，权利主体也可以请求法院删除或不再使用相关个人数据。

第四，执行机关。通常各个国家刑事裁判的执行机关均十分多元，以我国为例，刑罚的执行机关包括法院、公安机关、监狱、看守所、未成年犯管教所、社区矫正机构等等，分别执行不同的刑罚。然而除了死刑（立即执行）之外，其他各种刑罚的被执行人均有主张被遗忘权的需求，尤其是不公开曾受监禁刑之事实本就构成被遗忘权的渊源。无论身受主刑或附加刑、实刑或缓刑之被定罪罪犯，均可能向相应的执行机关提出其受到刑罚处罚的事实不被公开或者相应数据被删除的要求，如果符合法定情形，应予以许可。除此之外，个人数据为执行机关所采集、存储和使用的其他公民亦有可能向其提出被遗

<sup>①</sup>如中国般在侦查阶段前专门设置立案这一独立程序的国家并不多见。

<sup>②</sup>《中华人民共和国刑事诉讼法》第176条。



忘权的相应申请,例如证人、被害人等。

第五,其他机关。除了刑事诉讼的专门机关之外,其他国家机关也有可能在一定程度上参与刑事诉讼,从而掌握公民相关个人数据。例如行政机关可能在行政执法过程中收集证据,后因案件涉嫌犯罪将其移送公安司法机关,但相应的证据材料仍存在于其行政案卷或相关记录中。我国实施监察体制改革后,监察机关调查程序中可能掌握公民个人数据,一旦发现涉及刑事犯罪则移交刑事起诉。在此种情况下,这些非刑事诉讼专门机关的国家机关也可能因为与刑事诉讼有涉而成为被遗忘权的义务主体被请求删除或不再使用相关个人数据。

## (二) 新闻媒体

可能成为刑事司法领域被遗忘权之义务主体的新闻媒体既包括传统媒体,例如报纸、电视、广播等,也包括新媒体,例如数字媒体、网络媒体等等;既包括相关新闻报道的原创媒体,也包括转载、转发该报道的媒体。

从被遗忘权的发展历史看,此项权利的首要目标即在于禁止媒体的无限制报道侵害公民信息自由和安全。作为被遗忘权的首个判例,在冈萨雷斯案判决中,欧盟法院就在肯认公民被遗忘权的同时判定 Google 西班牙分公司和 Google 公司有义务从其搜索结果中删除相关个人数据并保证日后不会搜索该个人数据,从而明确地将 Google 这样的互联网搜索引擎运营商作为被遗忘权的义务主体。

在刑事诉讼中,新闻媒体同样可以成为被遗忘权的义务主体。新闻媒体对刑事案件的随意无休止报道可能给诉讼参与人的生活带来长期的影响,因此可以通过被遗忘权制度加以限制。新闻媒体的无限制报道最有可能给被害人带来持续的二次伤害,深圳曾发生妻子被强奸、丈夫躲避不敢制止的案件,新闻媒体的持续报道就给被害人及其家庭带来了长期的痛苦<sup>[5]</sup>。另外新闻媒体的报道也可能使得曾被定罪之人永远背负罪犯的标签,妨碍其回归社会,影响刑法矫正功能的实现。有鉴于此,应当将新闻媒体作为刑事被遗忘权的义务主体,允许包括被追诉人、被害人等在内的诉讼参与人及其他相关权利主体请求其删除或不再使用相关的个人数据。

将新闻媒体作为刑事被遗忘权的义务主体,应当注意一个问题,即如何平衡被遗忘权与新闻自由原则的关系。新闻自由原则在许多国家是一项宪法性原则,例如美国宪法第一修正案即严禁国会制定任何限制新闻自由的法律,甚至《世界人权宣言》第19条也明确指出“人人有权享有……通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递消息和思想的自由”。而将新闻媒体作为刑事被遗忘权的义务主体,意味着其报道的自由在刑事领域内被限缩,甚至可能导致公民个人对新闻报道的“审查”。为避免此种情况,在权利主体与作为义务主体的新闻媒体就特定报道产生被遗忘权相关纠纷之时,需请求法院作出裁判,确定该新闻媒体是否应删除或不再使用相关个人数据。

## (三) 社会公众

除了国家机关和新闻媒体之外,社会公众亦可能成为刑事被遗忘权的义务主体。尤其是在自媒体蓬勃发展的当下,Facebook、Twitter、YouTube、微信、微博、博客等社交软件和网站的用户数量呈几何式增长,每一个用户都可以既是新闻的制作者又是新闻的受众。相较于传统媒体,自媒体具有交互性强、传播速度快等特点,例如2009年央视配楼大火发生时一位网友路过用手机拍下照片传到网上,远早于新华社等传统媒体的报道,12小时内这批照片的访问量超过37万次。由于自媒体存在上述特点,个人用户在制作新闻、转发新闻之时又极可能涉及对其他公民个人数据的采集、存储和使用,因此必然有被遗忘权的讨论空间。一旦涉及刑事案件,则相关个人用户也可能成为刑事被遗忘权的义务主体,权利主体得向其请求删除或不再使用与其相关的个人数据。

将社交软件和网站的个人用户为代表的社会公众作为刑事被遗忘权的义务主体,应当注意此权利与言论自由和公民知情权的关系。言论自由是公民最基本的政治权利,也是许多国家宪法所确定的

宪法性原则,例如我国《宪法》第35条规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”。在许可公民行使刑事被遗忘权而要求其他社会公众尊重此种权利、履行相关删除和不再使用数据之义务时,应当防范政府利用作为权利主体的个人干涉或侵害公民言论自由的风险。另外将社会公众作为刑事被遗忘权的义务主体,亦有可能影响公众的知情权,例如美国许多州均有“梅根法案”,将包含性犯罪者尤其是儿童性犯罪者个人信息的数据库向公众公开并允许公众转发,倘若因被遗忘权的行使公众被迫删除或不再使用相关信息,难免影响公众知情权。因此在将社会公众纳入刑事被遗忘权的义务主体时必须十分谨慎,尤其应开放相应的纠纷解决途径,允许就相关争议以诉讼形式解决。

### 三、刑事被遗忘权对应义务的履行方式

#### (一) 义务履行的法定条件

上文多次谈到,在刑事司法领域,只有当满足法定条件时义务主体方需履行相应义务以成就权利主体的被遗忘权。具体而言,此法定情形主要有以下三大类型。

第一,客观方面的原因导致刑事诉讼所涉的个人数据使用不合法或不合理。此种客观原因可能包括两种情形,一种是个人数据的使用违反法律规定,另一种是随着情势变迁当初合法使用个人数据的需求不复存在。在第一种情形下,对个人数据的使用自始违法,因此无论如何均不存在使用该个人数据的正当性。例如我国《刑事诉讼法》第152条规定对采取技术侦查措施获取的与案件无关的材料必须及时销毁,倘若侦查机关存储使用这些无关材料,本身即是违法。在第二种情形下,尽管当初对个人数据的使用是合法的,但如今继续存储和使用该个人数据的必要性已经丧失,例如刑事程序终结、被定罪之人完成改造、其他诉讼参与人完成诉讼任务等达到一定期限,亦可以使得义务主体履行刑事被遗忘权对应义务成为必要。

第二,主观方面的原因导致对个人数据的使用缺乏合理化基础。此种主观方面的原因,是指在对某些个人数据的使用必须经过权利主体许可的情形下,未能取得此种使用之许可,从而使得对该个人数据的使用缺乏正当性。例如根据我国《刑事诉讼法》第132条的规定,对被害人的人身检查需经其同意而不得强制进行,则采集被害人生物样本相关个人数据即需要其同意。此种主观方面原因导致对个人数据的使用无正当性的情形,具体而言包括两种场景:一是权利主体自始拒绝其个人数据被采集、存储和使用;二是权利主体起初虽然同意对其个人数据的采集、存储和使用,但后来撤回了此种同意。但无论在何种场景下,均可能导致义务主体不得不履行刑事被遗忘权对应的义务。

第三,基于法律特殊保护性规定而需履行被遗忘权相应义务。刑事诉讼中存在一些特殊诉讼参与人,他们由于自身生理或社会因素等的原因,需要法律对其提供特殊保护,例如未成年人(包括未成年被追诉人和未成年被害人等)、精神病患者、性犯罪被害人等等。针对这些特殊人群,法律可能设置特别规定,要求义务主体在一定情况下履行刑事被遗忘权的对应义务。例如我国《刑事诉讼法》第286条即规定未成年人犯罪且刑期不满五年的,有关机关需主动封存其犯罪记录。

#### (二) 义务的类型和内容

根据义务的履行方式,义务可以分为积极义务和消极义务,其中需要积极作出行为为履行方式的义务即是积极义务,反之以不作为为履行方式的义务为消极义务。与刑事被遗忘权相对应的义务也可以依此标准加以二分:义务主体需要作出某种行为方能成就权利主体刑事被遗忘权行使的即是刑事被遗忘权对应的积极义务,反之即为该权利对应的消极义务。

1. 积极义务之内容。在刑事司法领域,被遗忘权对应积极义务之第一项内容即为封存相关个人数

据。所谓封存,涉及两个动作,一是“封”,二是“存”。所谓“封”,是指将刑事诉讼所涉的个人数据在法定条件成就之时封锁起来,严格限制甚至禁止查询此个人数据。例如我国《刑事诉讼法》第286条针对未成年人犯罪规定:“犯罪记录被封存的,不得向任何单位和个人提供,但司法机关为办案需要或者有关单位根据国家规定进行查询的除外。依法进行查询的单位,应当对被封存的犯罪记录的情况予以保密。”新西兰2004年的《犯罪记录法》也规定封存后的犯罪记录不得向外界披露。而所谓“存”,既是“封”的前提,也是“封”后的状态:一方面只有个人数据被义务主体所存储掌控,才有被封锁而不被披露的可能;另一方面,该个人数据被封锁,并不影响义务主体继续存储该数据,被封锁后的个人数据仍处在义务主体的掌握范围之内。封存个人数据是刑事被遗忘权的原始样态,由于此种义务履行方式对义务主体的要求较低,不会导致对犯罪记录、监禁信息等个人数据掌控的彻底丧失,较为容易为人所接受,因此在许多国家的刑事诉讼法中已有规定。

刑事被遗忘权对应积极义务之第二项内容为删除相关个人数据。删除是指义务主体在法定情形下需彻底删去刑事诉讼所涉的个人数据。例如法国《刑事诉讼法》第770条规定:“对未满18岁的未成年人做出的裁判决定,在此种决定做出后3年期限届满,如该未成年人已经得到再教育,即使其已经达到成年年龄,少年法庭得应其本人的申请或检察机关申请或者依职权,决定从犯罪记录中撤销与前项裁判相关的登记卡;少年法庭做出终审裁判,仅宣告撤销登记卡时,有关原决定的记述不得保留在少年犯罪记录中;与此裁判相关的登记卡应予销毁。”<sup>[6]</sup> 在规定删除个人数据时,需注意一个问题:删除意味着对该个人数据的永远丧失,即删除需具有彻底性,绝不得以任何形式还原或恢复被删除的个人数据。在现代科技条件下,欲还原或恢复被删除的数据并非难事,但倘若允许对被删除的个人数据进行还原或恢复,则作为刑事被遗忘权对应积极义务内容的删除制度则毫无意义,因此必须严格禁止。由此可见,相较于封存,删除在对个人数据的保护力度上显然向前大大迈进了一步,但也正因为如此,考虑到其可能对其他法律价值的影响较大,各国对于刑事司法领域中删除个人数据的制度态度都较为审慎。

无论封存还是删除,作为刑事司法领域被遗忘权的对应积极义务内容,主要是由国家机关这一类义务主体履行的。国家机关,尤其是刑事诉讼中的专门机关,在进行刑事诉讼的过程中必然会采集、存储、使用相关公民的个人数据,这是其履行法定职责实施诉讼行为的当然结果。当法定条件成就时,即可以要求这些国家机关封存甚至删除相关的个人数据,以恢复该公民的信息自由。当然在少数情形下,新闻媒体和社会公众这两类义务主体也可能应权利主体的请求履行此种封存和删除的积极义务。

2. 消极义务之内容。如上文所述,若义务主体不需要作出某种行为,即能满足权利主体行使刑事被遗忘权,其履行之不作为义务即为刑事被遗忘权所对应的消极义务。消极义务的主要内容在于不再使用相应的个人数据,无论国家机关、新闻媒体还是社会公众,都可能被请求履行此种不作为的消极义务。具体而言包括以下几种情况。

第一,不采集相关个人数据。这要求在上文所述的法定情形下,义务主体不主动获取刑事案件相关的个人数据,针对该个人数据不做从不掌握到掌握的努力。例如国家公安司法机关不主动收集与此类个人数据相关的证据材料、新闻媒体不主动采访调查、社会公众不主动取得刑事案件相关信息等。

第二,不存储相关个人数据。这要求在法定情形下,义务主体对相关个人数据“视若无睹”“充耳不闻”,任其通过面前而不加以保存。例如国家公安司法机关不存储相关记录、新闻媒体不保存相关采访资料、社会公众不下载相关文字图片等等。

第三,不传递相关个人数据。这要求在法定情形下,义务主体不将相关个人数据加以传播,实际上即为防止此个人数据的进一步扩散。例如国家公安司法机关不将其掌握的个人数据与其他机关或个人分享、新闻媒体不转载刊登或播放相关报道、社会公众不转发相关信息或文件等等。



### (三) 义务履行的程序

刑事被遗忘权相应义务的履行,需遵循特定程序,不得任意为之。一般而言,此种义务履行的程序需经历权利主体申请、法院审查与裁判、义务主体履行义务三个阶段。

第一阶段为权利主体申请。由于被遗忘权的内容即在于权利主体请求义务主体删除或不再使用个人数据,因此权利主体的申请是义务主体履行被遗忘权相应义务的基本前提,义务主体不必主动履行义务。涉及刑事司法亦不例外,即便针对刑事被遗忘权,义务的履行也同样以权利主体申请为前置条件,此种申请方可能启动相应义务的履行。

权利主体固然可以直接向义务主体提出请求,倘若义务主体认可此种请求而立即履行义务,实现“申请—履行”的无缝对接,自然是最简单便捷的。然而如上文所述,刑事被遗忘权行使涉及诸多法律价值的平衡,极易出现法益冲突,因此权利主体和义务主体就此问题很可能存在不同认识,则权利主体应向法院提出申请,由法院作出裁定是否要求义务主体履行相应义务。在程序上,这就导致法院审查与裁判的第二阶段。

在第二阶段中,法院接受权利主体申请后,应对被遗忘权请求进行审查。由于各个国家法律制度不同,可以选择令状审查、民事诉讼等程序审查此种请求,也可以专门设置相应程序进行审查。但无论采取何种程序,审查的重点在于刑事被遗忘权的行使是否符合法定条件、是否会对其他法律价值造成过度和不必要的侵害,即审查其合法性与合理性。倘若任何权利主体的请求合法且合理,则应作出裁判支持此种请求,否则需以裁判驳回请求。

无论权利主体直接向义务主体请求而获其认可,还是向法院申请而获得裁判支持,都将导致义务履行程序的第三个阶段,即义务主体实际地履行义务,无论封存和删除等积极义务还是不采集、不存储、不传递等消极义务。及至义务主体履行完毕,整个程序乃告完成。

综上,刑事被遗忘权对应义务的履行程序可图(1)表示:

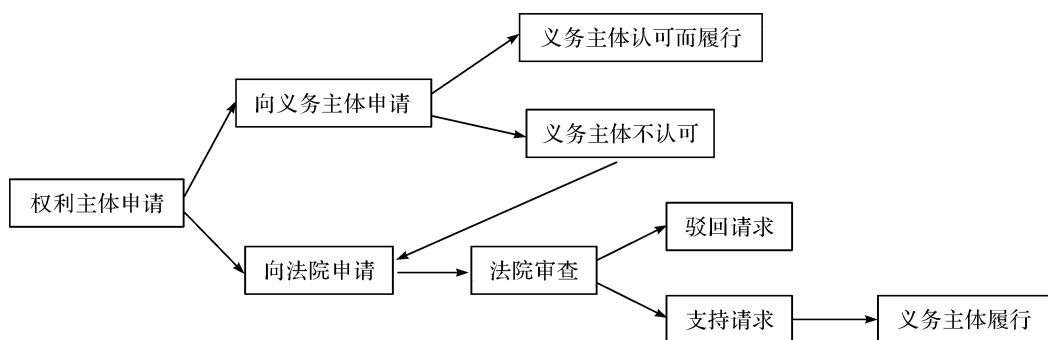


图1 刑事被遗忘权对应义务履行程序示意图

## 四、不履行义务的法律责任

法谚有云,无救济则无权利,没有救济途径的权利就是井中月镜中花。反之,为保障义务主体履行刑事被遗忘权对应的义务,必须规定义务主体在不履行相应义务时应承担的法律责任,以免此种义务履行成为“文本上的法律”而已。

### (一) 民事责任

针对义务主体不履行刑事被遗忘权相应义务,导致权利主体遭受损失的,权利主体可以对其提起



民事诉讼要求其承担民事责任,但需注意以下四点:

首先,原告需适格。根据民事诉讼的基本原理,有权提起诉讼的原告应是享有实体权利并与他人产生纠纷之人。具体到此类案件中,原告应是有权享有刑事被遗忘权之人,即产生该个人数据并且通过该数据能够被确定其身份、且就义务主体不履行刑事被遗忘权相应义务而发生纠纷之人,其他任何人无权提起民事诉讼。

其次,被告限于新闻媒体和公民。尽管上文所述的义务主体包括国家机关、新闻媒体和社会公众三者,但由于国家机关是否履行刑事被遗忘权相应义务,系其职权行为,由此产生的纠纷应当通过其他途径解决,不宜以民事诉讼的程序要求国家机关承担民事责任。因此,应将民事诉讼的被告限于新闻媒体和公民。

再次,诉因是被告不履行刑事被遗忘权相应义务而给原告造成损失。根据民事诉讼的证明责任分配方式,原告需证明其受到的损失与被告不履行刑事被遗忘权相应义务之间存在因果关系。但是此种损失既可以是物质损失,也可以是精神损失。

最后,被告既可能承担违约责任,也可能承担侵权责任。倘若原被告之间先前就该个人数据的使用已有相关约定,则一旦履行条件成就而被告不履行刑事被遗忘权相应义务即可能导致违约责任。但如若原被告之间没有相关约定,原告仍可以提起侵权之诉请求被告承担侵权责任而获得权利救济。

## (二) 刑事责任

除了民事责任之外,倘若义务主体在法院就权利主体的刑事被遗忘权申请作出生效裁判后仍不按照裁判履行相应义务,则可能导致其将承担刑事责任。当然刑事责任的承担应受到严格限制,仅在严重违法构成犯罪时方可施行,以避免国家刑罚权的滥用。

尊重法院裁判、确保裁判的执行,是保障司法权威的基本要求。拒不执行法院生效裁判如若情节严重,在许多国家都将受到刑法的制裁。例如美国加州《民事诉讼法》第1209条即规定:“(a)下列涉及法院或相关程序的行为或疏忽构成藐视法庭罪:……(5)不服从法院的任何合法判决、命令或程序。……”<sup>①[7]</sup>我国也有拒不执行判决、裁定罪的设置,《刑法》第313条规定:“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。”

由此可见,如果义务主体拒绝执行法院关于刑事被遗忘权的相关裁判,若情节特别严重亦有可能需承担刑事责任。可能承担此种刑事责任的行为主体涵盖所有刑事被遗忘权的义务主体,既包括公民个人,也包括国家机关或新闻媒体及其工作人员。

## (三) 行政机关及其工作人员的法律責任

如上文所述,作为刑事被遗忘权对应之义务主体的国家机关,除了刑事诉讼专门机关外还有其他国家机关,其中行政机关及其工作人员可能因为其不履行相应义务而承担行政法层面上的法律责任。

就行政机关而言,其不履行刑事被遗忘权相应的义务,可能被提起行政复议或行政诉讼。一旦行政复议中上级机关认可权利主体的复议申请、或行政诉讼中法院支持权利主体的诉讼请求,则该行政机关可能承担相应的责任。具体而言,如果行政机关不履行封存、删除相关个人数据等积极义务,可能因行政复议或行政诉讼而被责令履责;如果行政机关不履行不采集、不存储、不传递相关个人数据等消极义务,则可能因行政复议或行政诉讼而被撤销行政决定。

<sup>①</sup>美国加州《民事诉讼法》可见于美国加州立法信息网 [http://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=CCP&division=&title=5.&part=3.&chapter=&article=](http://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CCP&division=&title=5.&part=3.&chapter=&article=),2018年11月22日访问。

就行政机关工作人员个人而言,如果其对行政机关不履行刑事被遗忘权相应义务负有责任,可能需要承担行政纪律方面的责任。例如行政机关领导可能被行政问责、一般工作人员可能受到行政处分。但此种个人责任的前提有两点:一是行政机关不履行义务导致严重后果,二是该工作人员对行政机关不履行义务有直接责任或主要责任。

#### (四) 国家赔偿责任

国家赔偿是指国家机关及其工作人员因行使职权的行为给公民的合法权益造成损害所应承担的赔偿责任。国家赔偿的意义在于通过赔偿制度增加国家机关的违法成本,促使其依法行使职权。但是囿于国家责任有限的观念或政府财政成本的考虑,国家赔偿的范围往往较为狭窄,且常有案件启动困难、起诉渠道不畅、纠纷解决不易、胜诉步履维艰等问题<sup>[7]</sup>。例如我国《国家赔偿法》规定无论是行政赔偿还是刑事赔偿,其赔偿范围均为国家机关或工作人员侵犯公民人身权或财产权的情况,其中对人身权的赔偿主要针对公民自由受违法限制或身体受伤害的情形。

刑事被遗忘权作为一项新兴权利,很难将其归类于传统的人身权或财产权范畴,但其若受到侵犯,却有寻求国家赔偿的需求。英国曾发生犯罪记录管理局错误登记犯罪记录之事,将许多无辜之人误登记为罪犯,而当这些无辜之人要求犯罪纪律管理局删除错误信息时,该局懈怠拖延,以致对这些人的生活造成严重影响,尤其导致许多人在求职时遇到困难<sup>[8]</sup>。遭遇此种损害,倘若不允许受害之人向国家提出赔偿,显然有失公平。

面对国家赔偿范围有限、但不允许权利主体在国家机关及其工作人员不履行刑事被遗忘权对应义务时申请国家赔偿又不妥的困境,可以考虑通过赔偿不履行义务导致的财产损失的方式,令国家机关有限承担不履行刑事被遗忘权对应义务的国家赔偿责任。事实上此种方式已有先例,我国最高人民法院在《关于限制出境是否属于国家赔偿范围的复函》中就批复:“对于因违法采取限制出境措施造成当事人财产权的直接损失,可以给予赔偿。”沿着这一思路,可以将因国家机关违法不履行刑事被遗忘权对应义务给当事人造成的直接财产损失,纳入国家赔偿的范围。

#### 参考文献:

- [1] 郑曦. 大数据时代下刑事领域被遗忘权研究[J]. 求是学刊, 2018(1): 97-104.
- [2] 郑曦. “被遗忘”的权利: 刑事司法视野下被遗忘权的适用[J]. 学习与探索, 2016(4): 60-66.
- [3] 沈宗灵. 法理学[M]. 4版. 北京: 北京大学出版社, 2014: 66.
- [4] 孔祥承. 诉讼模式下案卷移送制度研究[J]. 当代法学, 2018(5): 112-123.
- [5] 叶铁桥. “最残忍的采访”有违新闻伦理[N]. 中国青年报, 2011-11-12(1).
- [6] 法国刑事诉讼法典[M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国法制出版社, 2006: 612.
- [7] 杜仪方. 新《国家赔偿法》下刑事赔偿的司法实践研究[J]. 当代法学, 2018(2): 45-54.
- [8] HOPE C. Criminal Records Bureau Errors Lead to Hundreds Being Branded Criminals[EB/OL]. (2009-08-02) [2018-11-22]. <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/5962174/Criminal-Records-Bureau-errors-lead-to-hundreds-being-branded-criminals.html>.

