

# 新兴权利的证成与反思

## ——以“被遗忘权”为个例的分析

贾文方

华东政法大学经济法学院, 上海

收稿日期: 2022年10月18日; 录用日期: 2022年12月5日; 发布日期: 2022年12月12日

### 摘要

新兴权利的证成本质上是如何让生活利益上升为规范意义上的权利。因此, 研究新兴权利的证成, 需要回到权利问题的本源, 从“权利是什么”到“新兴权利是什么”再到“新兴权利证成标准”的问题回答中, 寻找新兴权利识别与判断的标准。权利是法律规范保护之利益, 而新兴权利是尚未上升到规范意义上的利益或者法益。新兴权利的证成需要同时符合利益的正当性、法律依据的合法性以及可行性的标准, 不能仅认识到法益保护的可行性而忽视必要性和可行性。

### 关键词

权利, 新兴权利, 法益, 证成, 被遗忘权

# Justification and Reflection of Emerging Rights

## —Analysis of the “Right to be Forgotten” as an Example

Wenfang Jia

School of Economics and Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 18<sup>th</sup>, 2022; accepted: Dec. 5<sup>th</sup>, 2022; published: Dec. 12<sup>th</sup>, 2022

### Abstract

The cost of evidence for emerging rights is how to raise the benefits of life into a right in a normative sense. Therefore, to study the justification of emerging rights, it is necessary to return to the origin of the rights issue, from “what is a right” to “what is an emerging right” and then to the “standards for justification of emerging rights” to find the identification and judgment of emerging

rights standards. Rights are interests protected by legal norms, while emerging rights are interests or legal interests that have not yet risen to the normative sense. The justification of emerging rights needs to comply with the legitimacy of interests, the legitimacy of the legal basis, and the feasibility standards at the same time. We cannot only recognize the desirability of legal interest protection and ignore the necessity and feasibility.

## Keywords

Rights, Emerging Rights, Legal Interest, Justification, Right to Be Forgotten

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

随着法治化进程的加快和公民权利意识的觉醒，中国已经走进了权利的时代。当利益受挫时，人们越来越多地诉诸法律的武器进行抗争，“权利”像口号一样挂在人们的嘴边，似乎借助法律权利就可以为自己的利益诉求披上一件合法化和正当性的外衣[1]。一时间，“所有人都在用这个词，也喜欢用这个词，乌坎的农民用这个词，被拆迁的钉子户也用这个词”，这在司法实践中带来权利泛化的问题，一系列新兴权利如雨后春笋般涌现，不断冲击着既有的权利体系，让“认真对待权利”，变得不是那么认真。因此，在这个人人皆言权利的时代，如何认真对待权利，就要回到“权利”问题的本源，从权利是什么出发，探究新兴权利的证成路径与标准，让合理的权利得到法律的承认，不合理抑或不可行的“权利”得到清晰的厘定。随着数据时代的到来，互联网技术的迅猛发展与个人信息保护的关系愈加紧张，而权利泛化问题也渗透到了个人信息保护领域，移植于国外的被遗忘权成为个人信息保护领域讨论的热点和前沿阵地。但是学者们对作为新兴权利的被遗忘权的研究停留在本土化的移植和借鉴领域上，并没有在法理上进行有效的分析，本文以“被遗忘权”为个例，试图对新兴权利的生成路径进行探究，希冀对新兴权利的证成有所启发。

## 2. 被遗忘权的缘起与法律属性初探

### 2.1. 被遗忘权的缘起

作为舶来品的“被遗忘权”概念是由欧盟首次提出的，欧洲学者们对此投入了大量的研究。欧盟在1995年的《个人数据保护指令》中就已经有了“被遗忘权”概念的萌芽，《指令》第12条“信息主体都有权要求控制者消除或抑制信息”的规定，可以看做是“被遗忘权”的雏形。2014年判决生效的欧盟被遗忘权第一案“冈萨雷斯诉谷歌案”中被遗忘权得到司法的承认。西班牙公民马里奥·科斯特加·冈萨雷斯(Mario Costeja González)向西班牙数据保护局(AEPD)投诉西班牙当地报社《先锋报》、西班牙谷歌和谷歌总部，要求《先锋报》删除在1999年刊登有关其财产强制拍卖执行的信息，并要求西班牙谷歌和谷歌总部删除上述信息的相关链接，认为该执行已经终结多年，继续存在将会影响到其本人的声誉。该案一波三折，经过欧盟最高法院的审理，于2014年根据《个人数据保护指令》作出最终裁判，支持了冈萨雷斯的诉求，判决谷歌有义务删除有关信息主体过时的、不恰当的连接。

### 2.2. 被遗忘权的法律属性初探

目前，通说认为被遗忘权是指信息主体对已被发布在网络上的，有关自身的不恰当的、过时的、继

续保留会导致其社会评价降低的信息，要求信息控制者予以删除的权利[2]。被遗忘权承载着人格利益和人格尊严，属于人格权的范畴，对此学界基本已经形成共识。但作为人格权范畴的被遗忘权，究竟是一项新兴的独立人格权，抑或是已有的具体人格权的内容，还是尚未上升为权利的法益，国内外学者对此争论不休、各持己见。国内对于该争论主要有独立人格权说和非独立人格权说两类，其中非独立人格权说包括隐私权依附说和个人信息权依附说。

“隐私权依附说”认为，被遗忘权是隐私权在互联网时代的发展和新的形式，首先，两者所体现的个人对自身私领域的支配和维护个人尊严的人格利益相似；其次，两者中的个人信息具有较大部分的交叉重合。最后，两者都存在与自由的冲突和权利保护限制的相似性。在现行法律未规定被遗忘权的情况下，归入到隐私权的保护范围是一种最佳选择。“个人信息权依附说”则认为，被遗忘权的实质是对个人相关信息的删除，是大数据时代的个人信息权在网络中的特殊表现形式，是个人信息权的权能之一。“该权利所保护的人格利益，不能成为一个具体的、具有类型化的人格利益，只是某一种具有独立性的人格利益的组成部分”，被遗忘权的权利内涵和客体都可以被个人信息权所涵括，在理论上，应当将被遗忘权作为个人信息权的内容[2]。而“独立人格权说”则认为被遗忘权是一种具体的独立人格权。一是被遗忘权是人类固有的、具有不可替代性的人格权利。被遗忘权并非网络时代的新产物，其所保护的社会利益和人格利益，是人类社会长久以来获得社会谅解、构建及维持人格特质以及保护人格尊严的价值；二是被遗忘权能够与我国的法律体系相契合，现行法律对权益保护的开放性使得被遗忘权成为可能，应当承认和规定被遗忘权[3]。被遗忘权是网络时代为保护个人信息安全和隐私权，由自然人享有的一项新颖的独立的权利。在互联网高度发达的背景下，信息泄露源和恰当的诉讼对象是极难确定的，被遗忘权应当作为独立的权利[4]。

无论是独立人格权说还是作为非独立人格权说的隐私权依附说和个人信息权依附说，都只是在描述的层面上探究被遗忘权的法律属性。独立人格权说将被遗忘权在信息时代的重要性和合理性，以及如何实现被遗忘权的本土化移植作为研究重点，而没有在最基本的法理层面进行分析，忽视了新兴权利法律依据以及权利可行性的研究。即使是非独立人格权说，也只是认为该“权利”与隐私权或者个人信息(权)有许多相似之处，存在共通性，而没有回答为什么具有共通性就不能成为独立的权利类型。在这个权利泛化的时代，遇事必言及权利的浪潮中，对于权利理论和何为新兴权利的研究就显得尤为重要。因此，解决被遗忘权的法律属性之争必须探讨何为权利、法益与新兴权利有何联系与区别。这些问题不解决，被遗忘权的法律属性就无从谈起。所以，我们需要回到权利问题研究的本源，从“权利是什么”、“新兴权利是什么”到“新兴权利证成标准”的问题回答中寻找新兴权利证成与判断的依据。

### 3. 何为权利、何为新兴权利

#### 3.1. 何为权利

“权利概念无处不在，它在我们的思维习惯中根深蒂固，以至于不能想象没有它会怎么样”[5]。那么在这个人人皆言权利的时代，权利到底是什么？关于权利的研究，西方法学中有着悠久历史并形成了系统化的体系。西方权利理论的研究源自于以康德开创的意志论和以边沁与耶林提出的利益论。康德认为权利是“意志的自由行使”，即权利为善良意志。与此不同的是，边沁与耶林主张权利是“平等的自由”，认为意志自由是一个模糊而无用的概念。法学家耶林提出权利就是受到法律保护的一种利益。耶林虽然也承认意志的因素，但是他认为“意志的目的是意志所体现出的功利的某物，即该主体的利益，并非所有的利益都是权利，只有法律承认并保护的利益才是权利”[6]。在此基础之上，西方法学界关于权利理论的研究形成了“分析理论”和“规范理论”，其中分析理论的集大成者霍菲尔德关于权利内部

结构的描述被人们广为接受。霍菲尔德深刻揭示了权利的内部结构,认为权利分为特权或自由(Privileges or Liberties)、主张(Claims)、权力(Power)和豁免(Immunities)四个基本元素,这四种情形也被称为“霍菲尔德式情形”。霍菲尔德的学生亚瑟·L·科宾对此进行了解释,所谓主张是两人之间的一种法律关系,与义务相关,而与无权利相反,当我们声称一些或一组事实将引发某种特定的法律关系时,我们其实是在表述一项法律规则,其逻辑公式为:A享有B做X的一项要求权,当且仅当B对A负有做X的一项义务[7]。由此我们可以看出,分析理论将权利限定在法律关系内,并且与义务是不可分割的。

而19世纪下半叶,大陆法系许多法学家复兴了传统的罗马法,将权利视为通过法而确立的正当要求,将权利仅限于法律的意义。我国关于权利概念的传统界定也认为,“权利是国家通过法律予以承认和保护的利益,以及权利主体根据法律做出选择以实现其利益的一种能动手段。”没有法律的规定去主张权利或者所谓的特权,或强制他人作某种行为、禁止他人作某种行为,都不能也不应该得到法律的认可[8]。此外,马克思讲到的“没有无权利的义务,也没有无义务的权利”已经成为我们生活中的共识。

杨立新教授简单直接的提出,对于新兴权利的研究,回到传统的权利概念的界定上更为简洁明了:“某种民事利益,法律规定以权利进行保护的,就是权利;某种民事利益法律予以保护,但未规定为权利者,即为法益”[9]。而法益是权利的上位概念,法律的目的是维护人民的合法利益,而对于广义的利益维护有三种途径,一种是上升为权利的强保护,如隐私权关于个人隐私的保护;一种是尚未上升到权利,但是需要法律通过其他途径,例如通过法律条文的概括陈述能够将其纳入到现有的法律规范之中进行保护,如个人信息的保护;另外一种就是当某种法益达到足以通过立法的形式进行保护时,立法机构进行立法上升为权利。所以,并非所有的合法的利益都可以上升到权利保护的层面上。根据以上分析,我们可以得出所谓“被遗忘权”、“亲吻权”、“生育权”等新兴权利只是一种法益,甚至只是一种不受法律保护的生活利益。

因此,所谓权利就是受法律规范保护的合法利益,及法律通过规定义务的方式赋予人们维护其合法利益的力量,并且权利与义务是不可分割、同时存在的。

### 3.2. 何为“新兴权利”

何为“新”?姚宗建教授是我国较早提出“新兴权利”的概念的学者。他从形式和实质两个方面共同对“新”的标准进行限定。所谓“新”的形式标准,认为以时间和空间为标准,在中国既定的法律文本和法律地域范围中没有规定,而在后来的中国法律中通过相应的具体条文明确地规定或者隐含地规定的法律权利。既存的法律权利类别都无法加以涵盖和纳入其中的那些内容,是“新兴”权利的实质标准[10]。而另外一种观点认为,“新”的标准不以空间为量度,应当是“以时间为维度,以现行法律文本为参照系”,“现行法律文本中并未明确规定或者完全没有规定的利益诉求”才是新兴权利“新”的标准[11]。相反,朱振教授认为新兴权利的“新”既不是一个时间概念,也不是一个地域概念,“新”的界定依赖于对权利规范力量的理解。本文认为,不管是“以时间为维度,以现行法律文本为参照系”,还是朱振教授的既不是时间概念,也不是地域概念的观点,两者的实质是一致的,也是符合上文“权利”的概念的分析,即“新”的标准是以现行法律文本有明确规定为权利,现行法律明确规定为权利的,就不能称之为“新”。

何为“新兴权利”?通过上文我们明确了“权利”的本质是一种受法律文本保护的法益,而法益是一种尚未上升为权利的值法律保护合法利益,以及“新”的标准,就不难理解所谓的新兴权利。其实,新兴权利本身就是一个伪命题,纠正姚宗建教授的表述,准确的表达应当是:新兴权利不是一个规范意义上和严格法律制度层面的表述,它所表征和代表的实际上是一系列不同类型和性质的法益,因此可以说它实际上也就是一个表征“法益束(丛)”的统合概念[10]。

## 4. 具体权利的证成与反思：以“被遗忘权”为例

从新兴权利转化为实在权利，并非自动转化的，二者之间存在一个鸿沟，跨越这一鸿需要形式条件和实质条件具备，缺一不可。那么，具体“新兴权利”向实在权利如何证成呢？这就涉及到新兴权利证成的路径和标准问题。有学者提出新兴权利的生成有两种途径，一种是严格按照传统权利概念的界定，纯化权利概念和净化权利体系，按照当下学术话语体系继续走下去，根据社会客观条件的变化而有所发展；另外一种则是扩大权利的概念，将不断涌现的权利诉求纳入到权利体系的大家庭。毋庸置疑，第一种选择符合法理和逻辑，而第二种选择将颠覆民法学的理论体系。Alon Hare 认为在具体权利的证成上，把一项要求界定为一项权利取决于构成这一要求之基础的理由，提出内在理由与外在理由的理论来解决权利如何生成这一问题。与此相类似的是，我国学者王方玉借鉴美国法学家富勒关于法律内在道德与外在道德的理论提出“权利的内在伦理”的理论[12]。无论是内在理由与外在理由理论，还是“权利的内在伦理”，都无法独立解决创设权利的标准问题，因为其本身就具有较大的模糊性和不确定性，并且将会引发进一步更为疑难的追问，何为“内在理由”和“内在伦理”。基于上文权利是“法律规定之力”的论述，法律规定是权利和法益的根本区别，因此，新兴权利生成的第一种路径也更符合本文的逻辑理念和出发点。在接下来的论证中，本文将将以“被遗忘权”的证成及相关争论为个案，从权利创设的合理性、必要性及可行性三个方面阐明新兴权利证成的逻辑思考。

### 4.1. 权利生成的合理性

毫无疑问的是，合理性是权利生成的前提和基础，只有正当合理的利益或者法益才能被立法者认可并经过法定程序进而上升为规范意义上的权利。非法的利益不能称之为法益自然也不能上升为权利，如赌博取得的财产性受益就不具有合法性，因此不能成为权利；而合法而不合理的利益亦应当排除在外，再如在电梯里抽烟的权利，就是虚假的权利，无法成为规范意义上的权利。此外，合理性涉及到价值判断的问题，因此还必须具有普遍的适用性，达成一定的社会共识。上升为法定的“权利”本身应是合理的、正当的利益或者诉求，是被普遍化的一种主体的自由诉求或者主张，是符合现实的政治体制安排或者法治价值取向，具备一定的物质条件或者经济条件，能够在平等、自由、现代、开明的社会中被普遍认同或者接受的[13]。所以，所谓“合理性”不仅包括利益保护的正当性，还要符合普遍适用性。

首先，进入数据化时代，遗忘成为一种例外和困难，信息主体对于过时的、不适当的、影响个人评价的信息予以删除似乎显得尤为重要。通过信息衰退（“遗忘”）获得谅解、维持和改变人格特质以及维持人格尊严是人类社会发展长期以来的利益需求，追求此种机制的复原则成为创设被遗忘权的动因[4]。被遗忘权体现着人的尊严和人格利益，“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”[14]。因此，被遗忘权符合人格利益和尊严，具有正当性。其次，合理性不仅要具有正当性，即符合“善”的标准，还要具有普遍的需求并达成一定的社会共识。我国互联网信息正处于初级发展阶段，公民要求被遗忘的法益尚未成为社会的普遍需求。在中国裁判文书网检索“被遗忘权”除了中国被遗忘权第一案任某某案外，并无其他的相关案例，这也说明在司法实践中被遗忘尚不是一种普遍的需求。因此，在合理性这一层次上，被遗忘权符合正当性的要求，但是不符合普遍适用性这一标准。

### 4.2. 权利生成的必要性

法律不是万能的，并非所有的社会生活关系都需要法律的介入，也并非所有的合法利益都需要以设定绝对权利的方式予以强保护。比如，在公交车上为老弱病残孕让座是正当并且具有合理性，但是并不能代表着法律需要介入到道德领域。探究新兴权利的证成，不仅要考虑该项法益是否重要，还要考虑

创设新的权利是否为必要，因为正当不是应当，从正当到应当还有很远的路要走。其一是该项利益是否能够容纳到现行的法律规范中予以保护，如果能，那么就没有必要以创设新的权利类型。其二是新兴法益的创设，应以义务配置的必要性为推导前提。权利与义务是相伴而生的，有权利必然有义务存在。“先有义务成立而后才能判断对应着何种法益。新兴法益的研究不能止步于表态，堆砌辞藻论证所欲保护利益诉求的正当性，更要着力于制度构建，使理念具化为现实，而所有一切都要从义务的设置开始”[11]。因此，分析被遗忘权的证成首先要探究其保护的利益能否被现行法律规范所容纳。在现行阶段，被遗忘还不是社会公众普遍的需求的情况下，被遗忘权的权利内涵和客体都可以被个人信息权所涵括，隐私权和个人信息权的保护能够将遗忘权纳入其中。其次，在互联网时代，信息数据传播速度极快，信息一旦发布，删除的难度不可想象。赋予权利主体这样的权利，就要对互联网搜索引擎等企业课以繁重的删除义务。如果信息发布者并非互联网删除主体抑或是权利主体本人，其删除义务的合理性来自什么，对互联网主体是否公平，这样的质疑就难免会存在。因此，对被遗忘的保护并非以创设新的权利为必要。

### 4.3. 权利生成的可行性

姚建宗教授曾指出，我国的学术研究存在重视权利可欲性，而忽视可行性的倾向。研究新兴权利不以创设权利的必要性及可行性为推导前提，必然导致权利的泛化，不仅使权利话语之间的强烈冲突和法律体系的颠覆，甚至将会使公众对法律丧失信心[12]。如果创设一项权利，在司法实践中无法得到有效的实施和执行，那么法律将会成为一纸空文。权利并非存在于真空之中，如果现实条件无法实现这种义务或对抗，那么将一项新出现的利益承认为新兴(新型)权利就将失去现实意义[15]。我国学者普遍认为，实现的可行性一般包括成本的考量和政策制度的考量。例如，我国农村地区有土葬的习惯，由此有人提出土葬权，且不论土葬权是否具有合理性，以可行性为前提进行推导，就可以轻而易举的发现，土葬权不仅破坏大量的耕地，社会成本较高，而且也与我国耕地总数目至少要保持18亿亩的政策相违背。

被遗忘权的证成自然需要以可行性为推导的前提。也有学者提出，决定一项新兴法益是否能够上升为权利的，不是利益受到保护的重要程度，而在于是否有实行的可行性。现代互联网从“中心模式”向“去中心模式”转变，个人传播、分享网络信息的能力极大增强，使得任何信息几乎可以在瞬间传遍全球每个角落。因此，互联网的存在方式决定了在网络世界中实质“遗忘”、删除特定信息其实是不可能实现的[16]。此外，结合在当下我国互联网信息产业发展阶段，信息“被遗忘”不仅难以实现，并且将会给互联网搜索引擎企业的运营产生巨大的成本，消解我国信息产业的后发优势，阻碍技术创新，妨碍国家的信息发展战略和信息产业政策的实施，阻碍信息产业的发展，也不利于我国刚刚发展起来的新闻舆论监督[17]。所以，现阶段盲目移植国外的法律制度，只会成为一种“无效的负担”，不具有可行性。

## 5. 结论

探讨“被遗忘权”的法律属性，回答被遗忘权是否是一种独立的新兴权利，需要回到问题的本源，认清权利的本质以及权利和法益、利益的区别与不同。权利是规范意义上的表述，乃享受特定利益的法律之力，而法益只是一种值得法律保护的利益，并非所有的法益都能上升为法律文本上的权利，有的法益能够被现行的法律规范所涵括，能够通过现有的法律进行有效的保护，则不需要创设为“权利”；而有的法益虽然值得法律保护，但是不具有创设为“权利”的可行性。至此，我们可以得出被遗忘权这个概念本身就是个伪命题，其只是一种值得保护的、尚未上升到“权利”的法益，并且在我国现阶段的法律实践中也不具有上升为权利的可行性。因此，新兴权利的证成需要从问题本源出发，加强基础性理论研究，遵循传统的权利证成标准，即合理性、必要性和可行性的三标准，净化权利理论体系和纯化权利概念，不能仅停留在问题描述的层面，只认识到法益保护的可行性而忽视必要性和可行性。

## 参考文献

- [1] 张浩. “被遗忘”能否成为一项法律权利?——兼与杨立新、韩煦教授商榷[J]. 社会科学文摘, 2016(9): 38-40.
- [2] 杨立新, 韩煦. 被遗忘权的中国本土化及法律适用[J]. 法律适用, 2015(2): 24-34.
- [3] 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[J]. 法制与社会发展, 2018, 24(2): 199-217.
- [4] 彭支援. 被遗忘权初探[J]. 中北大学学报(社会科学版), 2014, 30(1): 36-40.
- [5] 特伦斯·鲍尔, 詹姆斯·法尔, 拉塞尔·L·汉森. 政治创新与概念变革[M]. 朱进东, 译. 南京: 译林出版社, 2013: 313-315.
- [6] 程燎原, 王人博. 权利论[M]. 第三版. 桂林: 广西师范大学出版社, 2014: 13-17.
- [7] 亚瑟·L·科宾, 牛犇. 法律分析与术语[J]. 研究生法学, 2015(3): 146-152.
- [8] 蔡宏伟, 何志鹏. 中西方权利理论之比较研究及其前提批判[J]. 人权研究, 2019, 21(1): 53-71.
- [9] 杨立新. 个人信息: 法益抑或民事权利——对《民法总则》第111条规定的“个人信息”之解读[J]. 法学论坛, 2018, 33(1): 34-45.
- [10] 姚建宗. 新兴权利论纲[J]. 法制与社会发展, 2010, 16(2): 3-15.
- [11] 孙山. 从新兴权利到新兴法益——新兴权利研究的理论原点变换[J]. 学习与探索, 2019(6): 80-88.
- [12] 王方玉. 权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思[J]. 法商研究, 2018, 35(4): 82-92.
- [13] 陈红岩, 尹奎杰. 论权利法定化[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版), 2014(3): 77-81.
- [14] 薛杉. 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[J]. 法律适用, 2020(8): 88-99.
- [15] 雷磊. 新兴(新型)权利的证成标准[J]. 法学论坛, 2019, 34(3): 20-29.
- [16] 杨乐, 曹建峰. 从欧盟“被遗忘权”看网络治理规则的选择[J]. 北京邮电大学学报(社会科学版), 2016, 18(4): 58-62.
- [17] 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[J]. 法治研究, 2018(4): 27-39.