

搜索引擎服务提供者的注意义务

杨 显 滨^{*}

摘 要:与《中华人民共和国侵权责任法》第36条第3款相比,《中华人民共和国民法典》第1197条在“知道”的基础上增加了“应当知道”的表述,课以网络服务提供者注意义务。这似乎为学界关于搜索引擎服务提供者是否负有注意义务的争论画上了句号,但仍有诸多不尽人意之处。应当对搜索引擎服务提供者注意义务的具体内容进行建构,包括通知前的主动防范义务和通知后的危险控制义务。主动防范义务要求搜索引擎服务提供者对网络用户输入的、无网页链接的关键词承担过滤义务,并在用户协议或服务协议中列明拟过滤的关键词。危险控制义务要求搜索引擎服务提供者对权利人的“通知”、网络用户的“声明”等进行审查或履行“转送”“告知”“及时采取必要措施”“及时终止所采取的措施”等义务时,负有防止危险发生或扩大的注意义务,力争达致权利人、网络用户、搜索引擎服务提供者之间的利益衡平。

关键词:搜索引擎服务提供者 注意义务 主动防范义务 危险控制义务

关于下拉提示词侵权涉及的搜索引擎服务提供者的注意义务问题,学界存在争议。搜索引擎服务提供者是网络服务提供者的下位概念,相较于网络接入服务提供者、缓存服务提供者、信息存储空间服务提供者和链接服务提供者,其主要提供的是信息搜索服务,具有搜索量大、传播速度快、影响范围广、可控性弱等特点。网络用户通常利用搜索引擎的搜索框(以下简称“搜索框”)输入具有侵权属性的关键词,并利用搜索引擎的内置算法以下拉提示词的方式出现,从而使权利人的名誉权、姓名权、隐私权等合法权益保护面临挑战。此时,搜索引擎服务提供者的角色定位尤为重要,其作为中立者抑或搜索框的“守门人”,对网络用户的侵权行为是否负有注意义务需要厘清。本文仅以搜索引擎服务提供者的注意义务为切入点,无关注其他网络服务提供者注意义务之意。依据《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第36条第2款设定的“避风港规则”,搜索引擎服务提供者既无审查义务亦无注意义务。权利人在遭受侵害时恐难主张搜索引擎服务提供者存在过错,也无法获知谁是真正的侵权人。《侵权责任法》第36条第3款的“红旗规则”虽然对“避风港规则”的适用进行了适当限制,但是其关于“知道”的表述并不清

^{*} 中国人民大学民商事法律科学研究中心博士后研究人员、上海大学法学院副教授

楚。有学者认为这是一个“明知规则”，否认“应知”的内涵，在一定程度上排除了搜索引擎服务提供者的注意义务。^①《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1197 条关于“知道或者应当知道”的表述也印证了这一点。“避风港规则”和“红旗规则”源于《美国千禧年数据版权法案》（以下简称《美国千禧年法案》）。2013 年 1 月 30 日修订的《信息网络传播权保护条例》（以下简称《信息条例》）第 23 条继受之。《侵权责任法》第 36 条是对《信息条例》的延续和发展，不同的是前者使用的是“知道”，后者使用的是“明知或者应知”。依上述学者所言，“知道”即为“明知”，如此则《民法典》与《信息条例》的表达是一致的。这是否意味着搜索引擎服务提供者负有审查义务抑或注意义务；《民法典》第 1197 条的“红旗规则”与第 1195 条、第 1196 条的“避风港规则”是否存在冲突，前者是对后者的限制或后者仅为前者的一种特殊情形需要厘清；若《民法典》施以搜索引擎服务提供者注意义务，其法理依据是什么，具体内容是什么；搜索框能否视为公共场所，与实体公共场所有何不同；搜索引擎服务提供者是否危险的开启者，皆须进行诠释。因此，研究搜索引擎服务提供者的注意义务，既是一个法律解释问题，也是一个法律适用问题，弄清这些问题意义重大。

一、搜索引擎服务提供者注意义务之规范解释

搜索引擎服务提供者是否负有注意义务，关乎侵权行为的认定和责任的承担。学界通过对相关法条的解释，秉持肯定与否定两种观点。持肯定观点者认为，应侧重权利人姓名权、隐私权、名誉权等的保护，课以搜索引擎服务提供者一定的注意义务。^②持否定观点者主张，肯定搜索引擎服务提供者负有注意义务，意味着对海量关键词进行审查，而这在客观上是不可能的，也不利于互联网产业的发展和网络用户言论自由的保护。^③

（一）“避风港规则”的解释：搜索引擎服务提供者无注意义务

“避风港规则”意指网络服务提供者在收到权利人的通知后，应当采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。一旦采取必要措施，即使网络用户的相关行为构成侵权，网络服务提供者也因此进入“避风港”，无须对网络用户的侵权行为承担责任。“避风港规则”对作为网络服务提供者的搜索引擎服务提供者同样适用，故搜索引擎服务提供者对网络用户在搜索框内所输关键词既没有审查义务，也没有注意义务。在“上海帘邦信息科技有限公司与萨科（深圳）科技有限公司、北京网讯科技有限公司侵害商标权纠纷案”^④中，人民法院认为：“网络搜索服务提供商……对于推广服务用户所选择使用的关键词、推广内容并不负有主动的事先审查义务”。在“重庆菜香源餐饮文化有限公司诉北京搜狗信息服务有限公司、济南瞻哲贸易有限公司侵害商标权纠纷案”^⑤中，人民法院亦持相同的观点。审查义务分为私法上的审查义务与公法上的审查义务两类。学界普遍认为，搜索引擎公司等网络服务提供者无私法上的审查义务，但有公法上的审查义务。有学者

① 参见杨立新：《侵权责任法——条文背后的故事与难题》，法律出版社 2018 年第 2 版，第 155 页。

② 参见张凌寒：《搜索引擎自动补足算法的损害及规制》，《华东政法大学学报》2019 年第 6 期。

③ 参见杨立新：《网络服务提供者在网络侵权避风港规则中的地位和义务》，《福建师范大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 5 期。

④ 参见上海市普陀区人民法院（2020）沪 0107 民初 3052 号民事判决书。

⑤ 参见重庆市第五中级人民法院（2020）渝 05 民初 2446 号民事判决书。

认为,作为客观中立的网络平台,搜索引擎服务提供者也无注意义务。^① 搜索引擎服务提供者不是下拉提示词的编辑者,即非信息发布者,未对网络用户输入的关键词进行选择、处理和更改。然而,搜索引擎服务提供者展现的下拉提示词是通过其采用或内置的特定算法生成的,不是每一个网络用户输入的关键词都能得以展现的。在“任甲玉诉百度案”^②中,人民法院认为:“任甲玉搜索到的关键词是百度算法整理的结果”。百度作为搜索引擎服务提供者并非客观中立的。搜索引擎服务提供者虽与一般信息发布者有所不同,但至少是“基于算法的信息发布者”,应当负有注意义务。^③

根据“避风港规则”,搜索引擎服务提供者在收到权利人的通知前,由于没有审查义务,因此无须对网络用户输入搜索框内的关键词进行审查。^④ 纵然关键词经由下拉提示词展现出来,侵害了权利人的姓名权、名誉权、隐私权等,服务提供者依然与侵权责任绝缘。^⑤ 《美国通信规范法案》第 230 条秉持相同的立场。但在 2003 年,美国第九巡回法院在审理“巴策尔诉史密斯案”^⑥ 时认为:“第 230 条创设的豁免权有时引发的结果令人感到不安”。免除搜索引擎服务提供者审查义务的理由主要是,网络用户输入搜索框内的关键词是海量的,服务提供者无法做到对所有关键词进行逐一审查。值得注意的是,注意义务包括审查义务,审查义务是高层级的注意义务。搜索引擎服务提供者无审查义务,并不代表无注意义务。审查义务相对于一般注意义务,施加给搜索引擎服务提供者更多的负担:服务提供者需要对网络用户输入搜索框内的关键词进行全面审查,否则通过下拉提示词展现的关键词若对权利人的名誉权、姓名权、隐私权等造成损害,则服务提供者皆应承担侵权责任。一般注意义务的要求则相对宽松:作为一个普通的搜索引擎服务提供者,只要对网络用户输入的可能侵害权利人合法权益的关键词尽到合理的注意义务,即可认定已经达致“理性人”标准,无须对所有关键词进行全面审查。因此,有学者认为,在通知前搜索引擎服务提供者无审查义务,亦无注意义务的说法值得商榷。^⑦ 此外,依据《侵权责任法》第 36 条第 2 款和《民法典》1195 条第 2 款的规定,搜索引擎服务提供者应当“采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施”。不同之处在于,后者多了一项前置程序,即“应当及时将该通知转送相关网络用户”,并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施方可受到“避风港规则”的庇护。此时搜索引擎服务提供者应当对网络用户输入搜索框,并通过下拉提示词展现出的具有侵权可能性的关键词进行全面审查。造成权利人名誉权、姓名权、隐私权等损害而未采取必要措施的,应当就损害扩大部分与网络用户承担连带责任。在“上海玄霆娱乐信息科技有限公司诉北京百度网

① See Du Ying, Secondary Liability for Trademark Infringement Online: Legislation and Judicial Decisions in China, 37 Columbia Journal of Law & the Arts, 541—556(2014).

② 参见北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第 09558 号民事判决书。

③ 参见张凌寒:《搜索引擎自动补足算法的损害及规制》,《华东政法大学学报》2019 年第 6 期。

④ See Weiwei Shen, Online Privacy and Online Speech: The Problem of the Human Flesh Search Engine, 12 University of Pennsylvania Asian Law Review, 268—311(2016).

⑤ 参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》2012 年第 2 期。

⑥ See Batzel v. Smith, 333 F.3d, 1018, 1031(2003).

⑦ 参见徐伟:《网络服务提供者“知道”认定新论——兼驳网络服务提供者“应知”论》,《法律科学》(西北政法大学学报)2014 年第 2 期。

讯科技有限公司等侵犯著作财产权纠纷案”^①中,人民法院认为,百度公司“未及时删除原告通知的侵权信息或断开链接,构成间接侵权”。

(二)“红旗规则”的解释:搜索引擎服务提供者负有注意义务

《侵权责任法》第36条第3款、《信息条例》第23条、《民法典》第1197条皆对“红旗规则”进行了表述,防止搜索引擎公司等网络服务提供者利用“避风港规则”逃避责任。“红旗规则”大致可以归结为:若网络用户的侵权行为非常明显,就像一面红旗一样在网络服务提供者面前飘扬,则其只要尽到一个合理的网络服务提供者应尽的义务就能感知侵权行为的存在。此时服务提供者未采取必要措施的,应当与网络用户承担连带责任。“红旗规则”的适用主要取决于“知道”“明知”“应知”的立法表述。《侵权责任法》第36条第3款的表述是“知道”。有学者从文义解释的立场出发,认为“知道”包括“明知”和“应知”两种状态。^②也有学者否定“知道”存在“应知”的内涵。^③美国学者金伯里安·普德拉斯认为:“假如服务提供者事实上已经知道或者依据其掌握的专业知识已经知道或者已经注意到相关内容或行为已经构成侵权,未能迅速删除或者断开链接,《美国千禧年法案》不再适用。”^④这其实是间接否认了搜索引擎服务提供者“应知”状态下可能承担的侵权责任。还有学者站在折中主义的立场上对“知道”进行解释,即在一般情况下“知道”仅存在“明知”状态,但在特殊情况下可以呈现“应知”状态。^⑤《信息条例》第23条和《民法典》第1197条皆涵盖“明知”和“应知”两种状态。这不仅为搜索引擎公司等网络服务提供者施加了“明知”状态下的审查义务,而且也课以其在“应知”状态下的一般注意义务。只不过在对“知道”进行解释时采用了“知道”只包括“明知”一种状态的观点。^⑥在“杨仕成与路路达润滑油(无锡)有限公司等著作权权属、侵权纠纷一案”^⑦中,人民法院认为,“本案亦无其他证据证明微梦创科公司知道或者应当知道涉案侵权行为而怠于履行平台责任”,是对《民法典》第1197条的完美诠释。在注意义务语境下,任一网络用户在搜索框内输入可能对权利人姓名权、名誉权、隐私权等造成损害的关键词,搜索引擎服务提供者都有义务对关键词进行筛选,阻止具有侵权属性的关键词以下拉提示词的形式予以展现。不过,此时搜索引擎服务提供者所负担的注意义务,应有别于审查义务,无须对海量关键词进行全面审查。义务的履行只须达到“理性人”标准即可,不宜苛责过多。《民法典》第1197条的“红旗规则”同时使用“知道”和“应当知道”两个术语来框定“红旗规则”的适用,说明“知道”和“应当知道”除表达不同外,程度亦不相同。“知道”应理解为“明知”,搜索引擎服务提供者负担的是审查义务,即高层级的注意义务;“应当知道”要求搜索引擎服务提供者承担的是一般注意义务,即低层级的注意义务。“网络服务提供者对第三方制作的信息、发表的言论只需尽到一般的注意义务……即以一般公众的识别能力,依据常理对信息的表面用语进

① 参见上海市卢湾区人民法院(2010)卢民三(知)初字第61号民事判决书。

② 参见吴汉东:《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,《中国法学》2011年第2期。

③ 参见杨立新:《侵权责任法——条文背后的故事与难题》,法律出版社2018年第2版,第155页。

④ Kimberlianne Podlas, Linking to Liability, When Linking to Leaked Movies, Scripts, and Television Shows Is Copyright Infringement, 6 Harvard Journal of Sports & Entertainment Law, 64—65 (2015).

⑤ 参见徐伟:《网络服务提供者“知道”认定新论——兼驳网络服务提供者“应知”论》,《法律科学》(西北政法大学学报)2014年第2期。

⑥ 参见杨立新:《侵权责任法——条文背后的故事与难题》,法律出版社2018年第2版,第155页。

⑦ 参见北京互联网法院(2021)京0491民初946号民事判决书。

行审查。”^①

二、搜索引擎服务提供者注意义务的证成

在搜索引擎服务提供者是否负有注意义务的问题上,简单地把网络用户的言论自由、互联网的发展需求与权利人的合法权益保护对立起来进行选边站队是武断的。这种对立固然是一个很重要的考量因素,但要真正令人信服,仍须从理论层面予以诠释和说明。需要探讨的问题包括搜索框是否公共场所、搜索引擎服务提供者是否危险的开启者。若答案是肯定的,则需要厘清搜索引擎服务提供者应当负有何种程度的注意义务。在此基础上,需要从交易成本理论和权利义务相一致原则对各方权利义务进行分析,权衡利弊与轻重得失,从而作出最优选择。

(一)搜索框是公共场所:搜索引擎服务提供者负有安全保障义务

《侵权责任法》第37条第1款、《民法典》第1198条第1款皆规定公共场所的管理人或经营者、管理者负有安全保障义务。^②若其未尽到安全保障义务,造成他人损害的,则应当承担侵权责任。有学者认为,安全保障义务是一种谨慎注意义务。^③也有学者认为,安全保障义务是“一定程度的合理注意义务”。^④在大陆法系,注意义务源于德国的“交往安全义务”,法国称之为“安全义务”“保安债务”,日本则谓之“安全关照义务”“安全照顾义务”“安全配慮义务”。在著名的“枯树案”^⑤中,德国法院认为:“负有注意义务的管理人未履行该义务造成损害的,应当承担责任”。该案“对一般注意义务的形成与发展具有重大意义”。^⑥在英美法系,安全保障义务与注意义务相对应,是通过判例确立的,是指行为人应采取合理的注意,避免给他人的人身或财产造成损害的义务。^⑦搜索引擎服务提供者是否应当承担安全保障义务即注意义务,取决于搜索框是否具有公共场所的法律属性。《中华人民共和国公共场所管理条例》第2条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条采取列举的方式对公共场所进行限定,但未对公共场所的内涵进行明确的界定。通常意义上的公共场所“仅仅限于实体的、现实的人类活动空间”,^⑧凸显的是公共场所的物理特性。事实上,除物理性外,公共场所还具有公共性、公开性、参与主体的不特定性等基本特征。有学者把公共场所定义为,“是公众(不特定人或者多数人)可以在其中活动的场地、处所,或者说,是公众可以自由出入的场所”。^⑨依然强调公共场所的物理性,或者说一个“场所”“处所”可否被称为公共场所,物理性是一个必备要素。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第5条第2款规定:“编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信

① 彭玉勇:《论网络服务提供者的权利和义务》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2014年第12期。

② 安全保障义务即作为一种注意义务,对此学界无太大的争议。

③ 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年第2版,第458~462页。

④ 参见杨垠红:《侵权法上作为义务——安全保障义务之研究》,法律出版社2008年版,第38页。

⑤ Vgl. RGZ 52,373.

⑥ 参见廖焕国:《侵权法上注意义务比较研究》,法律出版社2008年版,第33页。

⑦ 参见洪伟、余甬帆、胡哲锋:《安全保障义务论》,光明日报出版社2010年版,第15~21页。

⑧ 参见武诗敏:《“在公共场所当众强奸”的解释逻辑与未来适用》,《法学论坛》2014年第3期。

⑨ 参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,《清华法学》2014年第1期。

息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照刑法第293条第1款第4项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。”而该项的适用前提是“起哄闹事”发生在“公共场所”。可见,《解释》已把“信息网络”纳入“公共场所”的范畴。

司法实践也开始转向,在“董如彬等非法经营、寻衅滋事案”^①中,人民法院认为,被告人“编造损害国家利益和政府形象的虚假信息在网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的行为还构成寻衅滋事罪”,肯定了网络空间的公共场所地位。《中华人民共和国电子商务法》第38条第2款肯定了电子商务平台是一个经营场所、公共场所,类推适用《民法典》第1198条要求电子商务平台经营者承担安全保障义务。搜索框作为网络空间、信息网络的下位概念,属于公共场所,搜索引擎服务提供者对搜索框内所输关键词涉及的权利人负有安全保障义务。搜索引擎服务提供者未尽安全保障义务而造成损害的,应当承担侵权责任。

(二)搜索引擎服务提供者是危险的开启者:负有交往安全义务

有学者认为,按照德国学者埃尔文·多伊奇的观点,交往安全义务分为“法益保护型”和“危险源监控型”两种。前者是保护特定人免遭不特定危险源伤害的义务,后者是指开启危险源的人应当采取必要措施控制危险源、防止对他人造成侵害。^②“法益保护型”义务主要针对特定法益,旨在保护特定人。“危险源监控型”义务是通过对《德国民法典》第823条第1款的解释得出的,意在监控危险源,而不考虑侵害的是何人的何种法益。^③就搜索引擎而言,网络用户在搜索框内输入具有侵权属性的关键词,可能侵害除自身之外的任何一个自然人。若搜索引擎服务提供者是危险的开启者,其负有的交往安全义务应该属于“危险源监控型”义务而非“法益保护型”义务,则搜索引擎服务提供者是否危险的开启者,需要结合搜索引擎的具体操作机理进行探讨。有美国学者认为:“服务提供者从侵权行为中获益,就应当有权利和义务控制此类行为。”^④在网络用户合理使用搜索引擎的情况下,侵权事件罕有发生。一旦网络用户在搜索框内输入的关键词通过算法以下拉提示词的形式展现在网络用户面前,并且关键词对权利人名誉权、姓名权、隐私权等造成损害,搜索引擎服务提供者便成为危险的开启者,理应负担交往安全义务。这与“危险源监控型”交往安全义务相契合。^⑤危险源于服务提供者,没有其创建的搜索框内置算法,网络用户是无法实施侵权行为的。德国学者克雷斯蒂安·冯·巴尔认为:“任何人无论其为危险的制造者还是危险状态的维持者,他都有义务采取一切必要的和适当的措施保护他人和他人的绝对权利。”^⑥故搜索引擎服务提供者作为危险的开启者,应当负有交往安全义务。有学者认为,德国法上的交往安全义务分为“使潜在的受害人以自担风险的方式来接近危险型”的交往安全义务和“直接作用于危险源型”的交往安全义务。前者包括警告义务、禁止义务和指示义务,后者包括选

^① 参见云南省昆明市中级人民法院(2014)昆刑一终字第53号刑事裁定书。

^② Vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Rn.103 f (1996).

^③ 参见班天可:《安全保障义务的边界——以多伊奇教授对交往安全义务的类型论为视角》,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第14辑·下卷),法律出版社2018年版,第168~183页。

^④ Ginsburg & Budiardjo, Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-infringing Content: International and Comparative Law Perspectives, 41 Columbia Journal of Law & the Arts, 204 (2018).

^⑤ 参见[美]约叔华·A.克鲁尔、[美]乔安娜·休伊、[美]索伦·巴洛卡斯等:《可问责的算法》,沈伟伟、薛迪译,《地方立法研究》2019年第4期。

^⑥ [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第145页。

任和监督义务、危险控制义务。其中,危险控制义务指“直接作用于危险源,如降低物的危险性或采取必要的防范措施等”。^①搜索引擎服务提供者是危险的开启者,有义务降低通过下拉提示词展现出的关键词对权利人造成损害,或采取必要措施防止损害的发生,否则应当承担侵权责任。这与《民法典》第1198条的立法宗旨是一致的。

(三)交易成本理论:搜索引擎服务提供者负有注意义务

个人、企业作为交易的当事人,通常会在较大的交易成本与较小的交易成本之间进行选择,成本较小的交易方式或权利义务配置方法通常受到人们的青睐。这意味着较小的交易成本会增加收益,减少损失。因为“只有得大于失的行为才是人们所追求的”,^②所以应当将权利赋予交易成本较大的一方,将义务课以交易成本较小的一方。另外,根据权利义务相一致原则,“在一个社会,无论权利和义务怎样分配,不管每个社会成员具体享有的权利和承担的义务怎样不等,也不管规定权利与规定义务的法条是否相等,在数量关系上,权利与义务总是等值或等额的”。^③据此,在分析搜索引擎服务提供者是否应当负有注意义务时,需要考虑对网络用户输入的、以下拉提示词形式展现的、具有侵权属性的关键词由谁来采取防范措施的成本是较低的,从而决定应当把权利赋予谁,把义务课以谁。当网络用户在搜索框内输入的关键词对权利人的姓名权、名誉权、隐私权等不构成侵权时,搜索引擎服务提供者和权利人无须采取防范措施,成本为零。当具有侵权属性的关键词可能以下拉提示词形式展现,且可能对权利人名誉权、姓名权、隐私权等构成侵权时,对于可能发生的损害,由谁采取事先防范措施付出的交易成本较低呢?根据“工具控制论”和“守门人规则”,搜索引擎服务提供者采用和控制的算法决定着关键词是否出现、何时出现、如何出现,^④进而决定侵权行为是否发生。反观权利人,仅能看到具有侵权属性的下拉提示词,无从知悉侵权人的真实身份信息以及所输关键词以下拉提示词形式得以展现的机理。对比分析不难发现,防范此类侵权行为的发生,相对于要求权利人采取防范措施,由搜索引擎服务提供者采取防范措施更容易、付出的代价更小、交易成本更低。其履行一定程度的合理注意义务即可,而非审查义务(高层级的注意义务)。有学者认为:“在线审核有很多优势,当审核员正确履行职责,他们促进了交流,并为在线社区的合作创造条件。”^⑤从交易成本理论可以推导出,由搜索引擎服务提供者采取防范措施的交成本更低,权利人采取防范措施的交成本更高。故应将权利赋予权利人,义务施以搜索引擎服务提供者,要求其负担一定程度的注意义务。^⑥另外,依据交易成本理论,还需要考虑搜索引擎服务提供者负担注意义务付出的成本是否高于其带来的收益。^⑦在大数据时代,海量关键词的处理已经成为可能,只需服务提供者支付一定的交成本即可。诸如美国的易贝公司采取“通知删除系统”“反假冒引擎”“权利人真假辨别介绍”等各种措

① 参见周友军:《交往安全义务理论研究》,中国人民大学出版社2008年版,第94~101页。

② 参见艾佳慧:《回到“定分”经济学:法律经济学对科斯定理的误读与澄清》,《交大法学》2019年第4期。

③ 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2009年版,第146页。

④ 参见姚鹏斌:《技术从属性:算法时代劳动者的认定基准重构》,《兰州学刊》2022年第2期。

⑤ Moran Yemini, The New Irony of Free Speech, 20 Columbia Science and Technology Law Review, 193 (2018).

⑥ 参见吕世伦、张学超:《权利与义务关系考察》,《法制与社会发展》2002年第3期。

⑦ 参见[美]罗伯特·考特、[美]托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海人民出版社1994年版,第495页。

施防范假货销售成效显著,收益有增无减。^① 搜索引擎服务提供者的注意义务可以通过采取诸如此类的防范措施来履行,无须进行逐一审查。由此带来的是合法权益的有效保障、安全和谐的信息搜索环境、健康有序的网络秩序。同时,也给服务提供者带来良好的商业信誉。伴随而来的是由广告费飙升、市值增加等带来的巨额利润。由于履行注意义务、采取防范措施所付出的交易成本与之相比实为微不足道,因此,遵循交易成本理论施以搜索引擎服务提供者注意义务是恰当的。

三、搜索引擎服务提供者注意义务的内涵

基于各搜索引擎服务提供者提供服务的性质、内容、方式、类型、领域大同小异,彼此在知识结构、能力结构、行动能力、价值实现等方面也存在相似之处,故构建其注意义务的具体内容是可能的。可是,由于搜索引擎服务提供者在收到权利人的通知前与通知后负有的注意义务不同,因此应进行不同的制度设计。

(一)通知前:搜索引擎服务提供者负有主动防范义务

《民法典》第 1197 条使用了“知道或者应当知道”的措辞,课以搜索引擎公司等网络服务提供者注意义务。“应当知道”通常采用推定方式进行个案考量。“应当知道”意味着搜索引擎服务提供者对网络用户利用搜索框内置算法侵害他人民事权益的行为负有注意义务。权利人是通知前抑或通知后负有注意义务,法条没有区分,应当是通知前后皆可适用。网络用户每天输入搜索框内的关键词多达几十亿之多,因此在通知前不宜课以过多的注意义务,搜索引擎服务提供者采取相关措施,履行主动防范义务即可。从《互联网信息服务管理办法》第 15 条的具体实施来看,禁止互联网信息服务提供者制作、复制、发布、传播含有 9 种相关内容的信息的成效显著。搜索引擎服务提供者鲜见以下拉提示词的形式展示“九不准”禁止出现的关键词,服务提供者对关键词的过滤技术已经成熟,无须支付过高的交易成本就可适当履行主动防范义务。具体而言,为减轻搜索引擎服务提供者的主动防范义务,其无须对存在网页链接的关键词进行过滤。仅须对依据算法达到所设置的搜索量、搜索频率,并可能以下拉提示词形式展现的关键词进行过滤即可。存在网页链接的关键词,可以作为《民法典》第 1196 条第 1 款提及的“初步证据”,推定网络用户输入的关键词未侵害权利人的合法权益。侵权人可能是某一网站或网络用户,权利人可以要求其承担侵权责任。具体过滤哪些关键词,可以在用户协议或服务协议中列明类别即可。有学者认为:“实践业已证明,借助网络的技术规则、自治规则、服务协议、服务公约等,能在一定程度上较好地调整相关事项。”^② 列入用户协议或服务协议中的属于某一类别的关键词对网络用户起到警示作用——即使其输入具有侵权属性的关键词,也可能被过滤掉,主动防范义务的法律效果和社会效果得以彰显。经过反复实践,具有侵权属性的关键词以下拉提示词形式展现的几率会降低,权利人合法权益遭受损害的可能性也会随之减少。若相关网络用户以所输入的关键词已满足搜索引擎以下拉提示词展现的条件而没有出现为由要求保护其言论自由时,则搜索引擎服务提供

^① 参见申屠彩芳:《网络交易平台提供商辅助侵权责任的过错认定——以 C2C 交易平台中商标权侵权为视角》,《浙江学刊》2014 年第 4 期。

^② 王利明:《论互联网立法的重点问题》,《法律科学》(西北政法大学学报)2016 年第 5 期。

者可以参照《民法典》第1196条第1款的规定,要求网络用户提供不构成侵权的初步证据及真实身份信息,进而决定是否采取必要措施,如将相关关键词以下拉提示词的形式予以展现等。若搜索引擎服务提供者认为,网络用户在搜索框内输入的关键词可能构成侵权,则可以拒绝以下拉提示词的形式予以展现。网络用户对此不服,称侵犯其言论自由的,搜索引擎服务提供者可以参照《民法典》第1196条第2款的规定,告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼。需要强调的是,搜索引擎服务提供者此时负担的注意义务不是通知前的主动防范义务,而是通知后的另一种注意义务——审查义务。此外,搜索引擎服务提供者的主动防范义务还体现在,对采取过滤措施的相关证据予以保存,以备权利人查验。毕竟,百度、谷歌等搜索引擎服务提供者是一个思想市场的“守门人”,为自己和其他市场参与主体对普通大众实施控制提供了便利。^①尤其是在采取过滤措施后,仍有侵权属性的关键词以下拉提示词的形式展现,搜索引擎服务提供者仅须向权利人提供采取过滤措施的相关证据即视为履行了注意义务。搜索引擎服务提供者不能提供已采取过滤措施的相关证据的,可以适用过错推定原则,推定其存在过错,除非其证明自己没有过错。《中华人民共和国网络安全法》第47条规定,网络经营者发现用户发布的信息违反法律、行政法规的,应“保存有关记录”。可见,作为网络经营者,搜索引擎服务提供者是有保存相关证据的能力的,否则法律不会强人所难。采取过滤措施后,权利人对仍出现的具有侵权属性的下拉提示词主张权利的,依照《民法典》第1195条的“通知—取下规则”和第1196条“反通知—投诉或诉讼”的程序进行即可。此时搜索引擎服务提供者履行的是审查义务而非主动防范义务。除非未采取必要措施、没有将通知转送相关网络用户、未将声明转送权利人或不履行告知义务,否则不应课以其侵权责任。因此,搜索引擎服务提供者在权利人通知前负有主动防范义务,是了一定程度的合理注意义务,即低层级的注意义务。

(二)通知后:搜索引擎服务提供者负有危险控制义务

搜索引擎服务提供者在收到权利人的通知后,应视为“明知”。依据《民法典》第1197条的规定,对网络用户利用搜索引擎侵害权利人民事权益的行为未采取必要措施的,应当与侵权人承担连带责任。接到通知后,即意味着搜索引擎服务提供者负有高层级的注意义务——审查义务。《民法典》第1195条第2款关于“根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施”的措辞对此给予肯定。“明知”境遇下的审查义务在程度上必然高于主动防范义务,因为主动防范义务源于“应当知道”的表达。《民法典》第1195条、第1196条规定的“转送”“告知”“及时采取必要措施”“及时终止所采取的措施”等义务皆为“明知”语境下高层级的注意义务,但不限于审查义务。审查义务旨在对权利人的“通知”、网络用户的“声明”等进行审查。搜索引擎服务提供者作为搜索框内置算法危险源的开启者,负有控制危险的注意义务,即“危险控制主义”,服务提供者承担的义务相应地谓之危险控制义务。^②依照“危险控制主义”,搜索引擎服务提供者未对“通知”“声明”等进行审查,或者未履行“转送”“告知”“及时采取必要措施”“及时终止所采取的措施”等义务

^① See Julia K. Brotman, Access, Transparency and Control: A Proposal to Restore the Marketplace of Ideas by Regulating Search Engine Algorithms, 39 Whittier Law Review, 33—63 (2018).

^② 参见王思源:《论网络运营者的安全保障义务》,《当代法学》2017年第1期。

的,可以视为服务提供者放任了危险的发生,应当承担侵权责任。^①以著名的“撒盐案”^②为例,德国法院即依据“危险控制主义”作出判决,认为“任何将一块土地开放给公共交通的人都要对缺乏维护或未能消除危险而造成的损害负责”。不过,搜索引擎服务提供者需要承担什么样的危险控制义务值得追问。具体而言,可分以下两种情况进行差异化制度构建。

一是搜索引擎服务提供者对“通知”“声明”等进行审查时,应全面适当履行危险控制义务,防止损害的发生或扩大。在著名的“炭疽案”^③中,德国法院认为:“任何必然会带来一些危险的职业,必须在其服务的领域内承担适当的注意义务”。这在一定程度上佐证了搜索引擎服务提供者应当全面适当履行危险控制义务。此时危险控制义务内容的设置,可从审查义务主体和审查范围两个维度来考虑。从审查义务主体看,搜索引擎服务提供者对“通知”“声明”进行审查的主要方式是由用户服务中心或投诉平台客服作出最终“裁决”,而这有失公允。基于对权利人合法权益的尊重及面对网络侵权严重的现状,搜索引擎服务提供者应引起高度重视,全面适当履行危险控制义务。搜索引擎服务提供者应当聘任专业的法务人员对“通知”所包含的构成侵权的初步证据、权利人的身份信息等进行全面审查,从法律专业方面对关键词是否侵害权利人合法权益作出判断。在“天下商机(北京)网络技术有限公司等与成都马路边餐饮管理有限公司侵害商标权纠纷二审案”^④中,人民法院认为,天下商机公司作为该网站经营者,应当“尽到相应的管理和审核等注意义务”。在构成侵权或可能构成侵权的场合下,应当依照《民法典》第1195条第2款的规定将“通知”转送相关网络用户,采取必要措施。在收到网络用户具有反通知属性的“声明”后,应以“通知”同等对待之,在此不再赘述。因此,搜索引擎服务提供者才完成对“通知”“声明”的审查义务即危险控制义务。从审查范围看,《民法典》第1195条第1款对“通知”及第1196条第1款对“声明”作了原则性规定:“通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人真实身份信息……声明应当包括不存在侵权行为的初步证据及网络用户的真实身份信息”。有学者认为,“通知”应当包括权利人的“真实身份信息”(被侵权人的姓名或名称、联系方式及地址)、构成侵权的“初步证据”、要求采取的必要措施和权利人应当对通知书的真实性负责。^⑤搜索引擎服务提供者在审查权利人的“通知”时,可以参考上述各项以决定“通知”是否有效,亦可作为衡量服务提供者是否全面适当履行危险控制义务的一个标准。但基于搜索引擎的固有属性,对“初步证据”的要求不宜过高。权利人能提供具有侵权属性的关键词以下拉提示词形式予以展现即可,如含有下拉提示词的网页截图,搜索引擎服务提供者应当对此予以认可。“声明”的具体内容可以参照上述学者对“通知”的界定,^⑥在《民法典》第1196条第1款第2句的基础上,增加第3项(要求采取的必要措施,其具体内容通常包括终止已经采取的删除等必要措施)和第4项(网络用户应当对声明的真实性负责)。《民法典》第1196条第1款第2句中的“初步证据”应“足以与通知中构成侵权的

① Vgl. Kay Matthiessen, Die zivildeliktische Haftung aus Verletzung der Verkehrspflichten, Diss. Berlin, S.109 (1974).

② Vgl. RGZ 54,53.

③ Vgl. RGZ 102,372.

④ 参见北京知识产权法院(2021)京73民终973号民事判决书。

⑤ 参见于志强:《中国网络法律规则的完善思路·民商法卷》,中国法制出版社2016年版,第119~120页。

⑥ 参见于志强:《中国网络法律规则的完善思路·民商法卷》,中国法制出版社2016年版,第119~120页。

初步证明材料相对抗”。^① 若下拉提示词描述的情况源于某一网站、新闻报道、法院判决、期刊杂志等的,则原则上应对“初步证据”进行肯定。

二是搜索引擎服务提供者履行“转送”“告知”“及时采取必要措施”“及时终止所采取的措施”等义务,应以防止危险发生或扩大为限,不宜课以过多的注意义务。搜索引擎服务提供者将“通知”及时转送相关网络用户的义务、将“声明”转送给发出“通知”的权利人的义务及“告知”权利人向有关部门投诉或向人民法院起诉的义务,应当适用同一个标准来考察其是否全面适当地履行危险控制义务。可以权利人、网络用户收到为标准来衡量搜索引擎服务提供者是否完成“转送”“告知”义务,无须以权利人、网络用户实际查看、确认收到为时间节点。依照《民法典》第 137 条规定灵活把握即可,有特别约定的从其约定,学界谓之到达主义。服务提供者“转送”给网络用户时,可以通过电话、邮箱、微信等能够获知的联系方式进行沟通。属于“未指定特定系统”情形的,进入网络用户的任何系统都视为到达。此外,搜索引擎服务提供者“及时采取必要措施”的义务、“及时终止所采取的措施”的义务等需要进行“理性人”标准设置,督促其全面适当履行危险控制义务。遗憾的是,《民法典》第 1195 条第 2 款、第 1196 条第 2 款未对“必要措施”作出合理的界定。《民法典》第 1195 条第 1 款使用了“删除、屏蔽、断开链接等必要措施”的表述。放眼搜索引擎侵权行为,通常是网络用户输入的关键词以下拉提示词形式展示所致,“删除”下拉提示词即可,不存在“屏蔽、断开链接”问题。“屏蔽、断开连接”主要针对的是存在相关网页的情形。只要搜索引擎服务提供者“删除”具有侵权属性的下拉提示词,就可以控制对权利人合法权益继续造成侵害的危险。在“赵春青与北京微梦创科网络技术有限公司等著作权权属、侵权纠纷案”^②中,微梦创科公司作为网络服务提供者,“负有对涉案作品接到通知后及时进行删除的责任”而没有删除涉案作品,应当对损失扩大部分承担相应的侵权责任。“及时采取必要措施”和“及时终止所采取的措施”中的“及时”达到何种“速度”视为全面适当履行了危险控制义务,法条也未阐明。“及时采取必要措施”义务和“及时终止所采取的措施”义务中的“及时”与《民法典》第 1195 条第 2 款规定的“及时”的理解应当相同。有学者把“及时”限定在 24 小时之内,^③以防止具有侵权属性的关键词继续给权利人带来损害的观点,应予以肯定。也有学者主张:“当数据主体要求删除或反对处理个人信息时,‘通知—删除’规则便开始了。”^④ 综上,搜索引擎服务提供者在收到权利人通知后 24 小时内“采取必要措施(删除相关下拉提示词)”或“终止所采取的措施(恢复相关下拉提示词)”,可以认为其全面适当履行了危险控制义务,符合“理性人”标准,无须承担侵权责任。

四、结 语

持注意义务“否定论”者称,搜索引擎是中立的网络服务平台,搜索引擎服务提供者不对网络用户输入的关键词进行任何的更改、编辑和处理,课以其注意义务是不恰当的,“避风港规则”便

① 参见杨立新、李佳伦:《论网络侵权责任中的反通知及效果》,《法律科学》(西北政法大学学报)2012 年第 2 期。

② 参见北京互联网法院(2020)京 0491 民初 31072 号民事判决书。

③ 参见杨立新:《民法典侵权责任编草案规定的网络侵权责任规则检视》,《法学论坛》2019 年第 3 期。

④ Daphne Keller, The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation, 33 Berkeley Technology Law Journal, 329 (2018).

是一个很好的例证。同时,搜索引擎服务提供者负有注意义务也会限制互联网的发展,侵犯网络用户的言论自由。^①持注意义务“肯定论”者则针锋相对,认为《信息条例》第23条、《民法典》第1197条“红旗规则”中“应当知道”的措辞表明,搜索引擎服务提供者负有注意义务。下拉提示词一旦分割权利人的名誉权、隐私权等合法权益并造成损害的,搜索引擎服务提供者就应当承担侵权责任。^②事实上,注意义务“肯定论”者和“否定论”者的主张皆有一定的道理,但从搜索框具有公共场所的法律属性、搜索引擎服务提供者作为危险的开启者及交易成本理论看,搜索引擎服务提供者理应负有注意义务。值得思考的是,搜索引擎服务提供者应当承担什么样的注意义务,需要结合搜索引擎的运行机制及服务提供者的具体情况进行具体构建,即应区分通知前的主动防范义务和通知后的危险控制义务。

Abstract: Compared to Article 36(3) of Tort Law of the P.R.C., Article 1197 of Civil Code of P.R.C. increases the expression of “should have known” on the basis of “knows” and imposes the duty of care on the network service providers, which seems to make the debate from the academia on whether the search engine service providers should shoulder the duty of care draw to a conclusion, but there are still many unsatisfactory conditions. We should establish the search engine service providers’ specific contents of the duty of care, including the active precautionary obligation before receiving the notification and the danger—controlled obligation after receiving the notification. The active precautionary obligation requires the search engine service providers undertake the filtering obligation for the keywords without web page links that are entered by the network users, and have the obligation to list the keywords to be filtered in the user agreements or the service agreements. The danger—controlled obligation requires when the search engine service providers review “notice” from the right holders and “statement” from the network users, and so on, or perform the obligations of “forward”, “inform”, “take necessary measures in time” and “timely terminate the measures taken”, etc. the search engine service providers should bear the duty of care to prevent the occurrence or expansion of danger so as to strive to achieve the interest balance among the right holders, the network users and the search engine service providers.

Key Words: the search engine service providers, duty of care, the active precautionary obligation, the danger—controlled obligation

责任编辑 何 艳

① 参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》2012年第2期。

② 参见杨显滨、郭红伟:《搜索引擎侵权责任主体认定——以下拉提示词为视角》,《学习与实践》2019年第8期。