

搜索引擎“算法侵权”的归责路径探析

何丽新 彭凯 刘静怡

摘要: 搜索引擎公司作为网络服务提供者,通常只具有在网络用户实施侵权行为时采取必要措施的义务,当不存在特定的第三方侵权主体时,难以对搜索引擎公司就其算法自然排名的搜索结果所造成的损害主张侵权责任。但结合有关案例和法律规定可知,搜索引擎公司对其算法产生的搜索结果不能仅以“技术中立性”为由采取消极放任的态度,其仍负有在接到权利人请求采取必要措施的通知后进行阻止、预防的注意义务,否则应当基于“过错责任”原则承担侵权责任,以实现权利人救济。而权利人向搜索引擎公司发出请求采取必要措施以预防、消除损害的有关通知,既可以基于其一般权利消极抵御的权能,也可以依据个人信息权中包含的积极权能进行主动请求。无论涉及何种权利,在“算法侵权”案件中为搜索引擎公司划定义务边界是利益平衡的关键。

关键词: 搜索引擎算法;侵权责任;技术中立性;义务边界

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1009-2447(2020)02-0090-09

一、问题的提出

2018年12月11日,谷歌CEO桑达尔·皮查伊(Sundar Pichai)出席了美国国会听证会,被要求解释在谷歌搜索“idiot”(白痴)的图片时为什么会出现美国总统特朗普的照片。皮查伊表示,这是算法自动匹配的结果,谷歌会将用户输入的关键词和已经在索引中抓取并存储了的几十亿个页面副本进行匹配,再根据200多个信号(包括相关性、新鲜度、流行度等)对它们进行排名^①。

根据谷歌的算法,当众多的网页链接因使用特定关键词而指向某一个网页时,虽然被链接的网页中不包含这个关键词,内容也与这个关键词无关,却可以在这个特定关键词搜索之下搜索排名急剧上升,甚至排名第一,这个过程也被称为“谷歌轰炸”(Google bombing)。它实际上属于搜索引擎优化(Search Engine Optimization, SEO)的一种方

式,即根据搜索引擎算法排名的各种信号对网页进行优化,大量满足搜索引擎算法的喜好,从而让目标网页获得较高的自然排名。

谷歌公司或许并没有人为操纵搜索结果,但如果其算法自动生成的搜索结果对有关主体造成了实质性的权利损害,谷歌公司是否需要因此承担侵权责任?权利人又该如何寻求救济?

当不存在特定的第三方侵权人,且搜索结果系搜索引擎公司算法自然排名的结果时,该搜索结果可能导致的侵权行为可以作为搜索引擎公司的“算法侵权”行为加以研究。实践中搜索引擎公司往往依据“技术中立”原则进行抗辩,从而排除自身责任,导致用户在权利确实受损的情况下难以对其进行索赔,而陷入一种被技术侵害而救济无门的境地。基于此,本文试对“算法侵权”行为中搜索引擎公司作为网络服务提供者的归责路径(包括归责原则及权利人的救济方式)进行探析。

作者简介: 何丽新,女,福建闽清人,厦门大学党委党校副校长,法学院教授,博士生导师,研究方向为民商法;彭凯,男,江苏江阴人,北京金诚同达(上海)律师事务所高级合伙人,律师,研究方向为金融科技、网络安全与数据合规;刘静怡,女,四川成都人,北京金诚同达(上海)律师事务所律师助理,研究方向为金融科技、网络安全与数据合规。

二、《中华人民共和国侵权责任法》 第三十六条避风港原则的适用障碍

由于搜索引擎只是将互联网上的网页储存起来, 根据用户输入的关键词查找包含该关键词的页面, 再按照一定的排名规则将网页链接反馈给用户, 并非直接生产互联网上的内容, 故而应将搜索引擎公司定位为网络服务提供者。^②一般而言, 涉及网络侵权, 网络服务提供者往往引用《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第三十六条^③中的避风港原则予以免责。

从相关法制的发展历程来看, 美国在1998年的《数字千年版权法案》(DMCA)中率先确立了所谓的避风港原则。在美国DMCA的影响下, 欧盟在《欧盟电子商务指令》中也接受了类似的规则。2006年, 我国在《信息网络传播权保护条例》中正式引入避风港原则。在商标法及其他民事法律对著作权相关法律的碎片化借鉴之后, 《侵权责任法》第三十六条参照《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)的制度经验, 为统一网络服务提供者的民事侵权责任提供了一般性法律基础, 规定了网络服务提供者对于网络用户的直接侵权行为所应承担的间接侵权责任。

避风港原则规定网络服务提供者对第三方内容不承担一般性审查义务, 只要在收到权利人通知后, 采取了删除、屏蔽、断开链接等必要措施, 就不承担侵权的损害赔偿赔偿责任, 所以避风港原则也常被称为“通知—删除”规则。在避风港原则下, 网络服务提供者的侵权责任仍以“过错责任”为原则。而由于网络服务提供者并无对侵权内容的一般性审查义务, 其过错只存在于知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益而未采取必要措施防止权利人损害产生或扩大的情形。因此, 网络服务提供者只对第三人侵权而其未恰当履行“通知—删除”义务所导致的损害部分承担连带侵权责任。

据此, 搜索引擎公司不具有事先主动审查搜索界面所链接的网页内容是否侵权的一般性审查义务, 当用户输入关键词进行查询后, 由搜索引擎根据算法自动匹配相关网页链接, 将用户引导到具有

侵权内容的网页上, 而搜索引擎公司只有在知道其所链接的网页具有侵权内容后, 仍不及时采取措施防止损害扩大的情况下, 承担连带侵权责任。

可见, 《侵权责任法》第三十六条中的避风港原则能够适用的情形为: 特定的第三方行为人实施侵权行为, 搜索引擎公司由于没有适当履行删除义务而承担相应连带责任。即第三方直接侵权, 搜索引擎公司在未采取必要措施的情形下构成间接侵权, 双方构成共同侵权。而本文所探讨的“算法侵权”行为则是搜索引擎公司直接侵权的情形。如上述“特朗普Idiot”事件的发生, 是大量网民的交互行为和媒体推波助澜导致的结果, 并无特定的第三方侵权主体, 如果搜索结果构成对特朗普名誉权的侵犯, 则只有可能追究提供搜索引擎服务的谷歌公司之责任。那么《侵权责任法》第三十六条规定的避风港原则显然不适用于“算法侵权”的情形, 因此也不能据此对搜索引擎公司主张侵权责任和对权利人进行救济。

我国《侵权责任法》第三十六条第1款虽然规定了网络用户、网络服务提供者侵权行为的自己责任规则, 但该款只是一个原则性规定, 其具体行为是否构成侵权, 仍然要结合《侵权责任法》第六条第1款、第二十二条及《著作权法》等法律的相关规定来具体判断和分析。因此, “算法侵权”行为的归责路径只能回归侵权责任的一般构成要件, 适用《侵权责任法》第六条第1款, 即“行为人因过错侵害他人民事权益, 应当承担侵权责任”。但由于不存在明显的第三方侵权行为, 出于“技术中立”的考虑, 权利人往往很难证明搜索引擎公司对其算法自然排名产生的损害结果(即排除各大搜索引擎公司在提供“竞价排名”服务时人工干预的结果)不进行积极干预的行为存在过错, 因而造成了权利人“维权难”的窘境。

三、搜索引擎“算法侵权”国内外司法观点评析

(一) “技术中立”原则的运用

在搜索引擎“算法侵权”案件中, 由于诉争搜索结果系算法自动产生, 且相关算法不受人为干

预,目前我国审判实务中对于搜索引擎公司是否承担侵权责任看法较为一致:作为算法提供者的搜索引擎公司对搜索结果不存在“主观过错”,因此不需要承担侵权责任。

在2009年的金德管业诉百度名誉权案中^④,原告金德管业公司发现,在百度搜索栏内输入“金德”“金德管”“金德管业招聘”等词汇时,下方“相关搜索”处显示有“金德骗子”“金德管业骗子”“金德管业招聘黑幕”等严重影响金德管业公司良好形象的词汇。

一审法院(北京市海淀区人民法院)认为,百度公司对其搜索引擎上出现的内容负有一定的审查义务,该义务并不是指百度公司对数量庞大的信息在其出现前进行逐一审查,而是指百度公司对于已明知的明显含有侮辱、诽谤他人名誉、人格内容的信息,应当主动予以删除或不予登载。本案中,相关搜索词的确对金德管业公司的名誉造成损害,但百度公司在收到金德管业公司发出的律师函并知悉相关情况后,未对相关内容及时删除,因此可以认定百度公司未尽到相应的事后审核义务的行为在主观上存在过错,并且在客观上导致金德管业公司的社会评价降低,已经构成对该公司名誉权的侵害。

百度公司上诉称,“相关搜索”是搜索引擎的一个智能化附带功能,其相关词组是过去一段时间内广大网民曾经搜索过的、与用户输入关键词关联度高的词,是经算法自动统计生成的,具有动态、中立、客观的特征;出现在“相关搜索”中的词汇没有特指性,不具有完整含义表达,是孤立存在的,网络用户也不会以此作为对事物本质性判断的依据,不会产生名誉侵害的后果;“相关搜索”的词汇具有高度变化性,取决于用户搜索使用的关键词,包括百度公司在内的任何第三方都无权干预网络用户选择何种关键词来搜索。

二审法院(北京市第一中级人民法院)认为,由于相关搜索词是自动生成的,其仅系动态反映过去特定期限内网络用户所使用的搜索词的客观情况,并为当前用户检索信息提供参考和指引,而不含实质性的褒贬含义。本案中,金德管业公司主张的构成侵权的相关搜索词,虽然表面上来看确实带有一定的贬义色彩,但其本质上并非百度公司针对

特定事件或特定主体而主观控制或创造的负面词汇。百度公司对于这些相关搜索词的形成没有实质性的控制力、没有主观过错,且此等相关搜索词本身仍属于供网络信息检索使用之参考词汇,尚不足以构成对金德管业公司的名誉权损害,故百度公司侵犯金德管业公司名誉权的主张不能成立。

无独有偶,2015年任甲玉与百度公司名誉权纠纷案中^⑤,原告任甲玉发现在百度搜索界面输入“任甲玉”时,“相关搜索”一栏中会显示“陶氏教育任甲玉”“无锡陶氏教育任甲玉”等关键词。虽然他之前确实与陶氏教育有过现实的业务合作,但双方的合作已终结,而陶氏教育在外界颇受争议,百度公司拒绝删除“相关搜索”中显示的信息,对其生活、工作造成了负面影响。故任甲玉主张百度公司侵犯其姓名权、名誉权及一般人格权中的“被遗忘权”。

而被告百度公司主张“相关搜索”中的结果是算法自动、实时、动态生成的,当网民利用搜索引擎进行搜索时,搜索引擎会自动显示与其输入的关键词相关联的、搜索频率最高的其他关键词。根据检索词“任甲玉”会出现的相关检索词,是结合了近9个月的数据,同时也综合了6类搜索算法得出的,具有技术中立性和正当合理性。

一审法院(北京市海淀区人民法院)、二审法院(北京市第一中级人民法院)均支持了百度公司的主张,认为百度公司在“相关搜索”中推荐的词汇,既不存在言辞上的侮辱,也并非捏造事实进行诽谤,因此不构成对任甲玉名誉权的侵犯;“任甲玉”这三个字在百度公司算法的收集与处理过程中,仅系一串纯粹的字符组合,并无指代姓名的意义,不存在干涉、盗用、假冒任甲玉姓名的行为,故也不构成对任甲玉姓名权的侵犯;任甲玉所主张的“被遗忘权”不具有正当性和受法律保护的必要性,不应成为侵权保护的正当法益。且在“相关搜索”中推荐有关任甲玉及“陶氏教育”相关的词条,客观反映了网络用户搜索相关检索词的频率,属于及时、客观、中立的技术平台服务,因此百度公司并无侵害任甲玉所主张的三种权益的主观过错。

可以看出,上述两案中百度公司的抗辩和“特

朗普Idiot”事件中谷歌公司的回应如出一辙,均称搜索结果是广大网络用户客观行为“投票”产生的,是“大众的意愿”。而我国法院的判决也支持了这种观点,认为搜索引擎公司对其算法自动产生的搜索结果不存在主观过错、不承担侵权责任。既然搜索引擎算法没有受到人为操纵,那么无论是“谷歌轰炸”中网民对算法的利用,还是“相关搜索”的自动提示功能,都反映了网络空间中的某种客观情况。“技术中立”因此成为搜索引擎公司规避责任的“免死金牌”。

这反映出“技术与人”的某种深层次矛盾。在数据和算法日益成为核心驱动力的信息社会,个人权利受到技术之侵害的风险不容忽视。技术所有者由于其提供服务的公众性,逐渐形成一种控制社会的微观权利。在网络世界当中,每个人的每一次点击、上传的每一条数据都会被记录下来,被收集的数据被算法用来预测、定位和推荐,进而影响用户接下来所获得的知识和做出的行为,形成一种“算法权力”。如果放任这种“算法权力”对于人的权益的侵害,势必造成技术的滥用,对于人的尊严和自由产生极大损害。那么,法律就必须在技术自由和用户权益保护之间取得平衡。

(二) “算法侵权”的归责路径

算法作为一种客观、中立的存在,搜索引擎公司对于其算法自动产生的搜索结果不承担侵权责任,这是保障商业自由、促进技术发展的必然要求,但这并不意味着搜索引擎公司在“算法侵权”案件中完全没有承担侵权责任之可能性。本文认为,“技术中立”原则只是对搜索引擎公司事前审查义务的豁免,而非对事后阻止、预防义务的豁免。出于对“算法权力”的规制,法律应当对算法所有者施加更加严格的注意义务,即知道其算法自动化的结果侵害用户权益时,应当采取必要措施阻止、预防损害的扩大,否则就可以被认定为存在过错,而不能再以“技术中立”为由进行抗辩。

例如,2013年德国联邦最高法院在“R.S.案”中就判决谷歌公司应当对其搜索引擎中具有侵犯性的自动提示内容承担侵权责任^⑥。该案中,原告发现谷歌搜索引擎的自动提示功能将其姓名与“科学论派”和“欺诈”相关联,而他本人与此毫不相

干,而谷歌公司在收到他的通知后也没有移除相关内容。德国联邦最高法院认为,虽然自动提示的内容只是搜索引擎算法根据用户行为预测产生的,但正是由于该算法具有预测功能,用户才会得出一个合理预期,认为相关内容具有事实上的关联性。用户获得信息是受自动提示的词汇所影响、引导的,这些词汇向用户传递了可理解的信息,但它们并不是对客观事实的真实描述,且具有内在的侵犯性。即使谷歌公司并不以采取针对特定个人的侵害行动为目的,该行为本质上也不是消极的、自动的和纯粹技术性的。因此,该自动提示内容构成对人格权的侵害。

法院同时指出,谷歌公司作为搜索引擎公司,虽然利用算法提供预测的行为本身不具有可归责性,但在知悉相关内容存在后,谷歌公司仍然没有采取合理的手段去阻止、预防自动提示内容侵害有关主体权利,因此具有可归责性。为了防止责任的无限扩大,搜索引擎公司原则上没有事前审查搜索结果是否侵害第三方权利的一般义务,但当其已经意识到侵权事实并有可能预防将来类似损害时,这种义务就会被施加,而违反这种义务会被认为具有可归责性。

该案中,德国法院的审判思路大致可以分为两个步骤:第一步,判定搜索结果造成了特定主体的权利被损害;第二步,判定搜索引擎公司具有过错。而我国法院的判决之所以和德国法院的判决呈现相反结果,也正是由于在这两个步骤上的判定结果都相反。

一方面,我国法院不认为搜索结果造成了对特定主体权利的损害。在我国的金德管业案和任甲玉案中,终审法院均认为“相关搜索”中出现的词汇不足以构成损害事实。另一方面,我国法院对搜索引擎公司“过错”的判断标准也和德国法院相异。在上述两案中,终审法院均认为由于“相关搜索”中的结果是算法自动、实时、动态生成的,搜索引擎公司对这些相关搜索词的形成没有实质性的控制力,因此不存在主观过错。

本文认为,对搜索结果是否造成权利损害的判断应该考虑两个方面的前提:一是搜索结果能否被认为是搜索引擎的表达,二是相关表达是否指涉

特定自然人。相关内容是否构成搜索引擎的表达应从一个公正的、合理的读者的角度来考察其客观含义, 其与搜索结果在算法处理过程中是否仅为字符组合无关; 而相关表达是否针对特定个人应以作为一般理性人的用户的标准进行判断, 若用户合理地认为搜索结果是引导、暗示关于特定个人的有关事实的, 该搜索结果应构成针对特定个人的表达。例如, 金德管业案中百度公司辩称出现在“相关搜索”中的词汇没有特指性, 不具有完整含义表达, 是孤立存在的, 网络用户不会以此作为对事物本质性判断的依据。但正如德国法院所理解的那样, 用户获得信息是受“相关搜索”的词汇影响和引导的, 这些词汇向用户传递了可理解的信息, 可以构成完整的表达。

至于搜索引擎的表达是否造成权利人的损害, 应当结合具体权利类型的侵权责任构成要件进行分析。例如在金德管业案中, 相关搜索词并非事实的反映, 而纯系网络空间中的不明“误会”, 且表面上看带有明显的贬损性含义。实际上该案一审中, 法院也认为相关搜索词的存在确实会在客观上导致金德管业公司的社会评价降低, 对其名誉造成损害。需要强调的是, 对搜索结果是否造成权利损害的判断标准应当独立。而金德管业案的二审法院由于搜索结果是算法自动生成而非搜索引擎公司主观创造的, 就认为其没有实质性的褒贬含义、不构成对特定主体权利的损害, 这实际上是以“过错”来判断损害, 颠倒了第一步和第二步的顺序。

对于搜索引擎公司“过错”的判断, 应当聚焦于其事后的阻止、预防义务。在《侵权责任法》上, 一般认为, 如果某个主体负有特定义务, 而其违反该义务就具有主观过错。上述“R.S.案”中, 德国法院认为搜索引擎公司对于具有侵权性质的搜索结果不具有事前审查义务, 但当其收到了权利主体的通知后会产生事后的阻止、预防义务, 当搜索引擎公司对这种义务能为而不为时就具有过错。我国金德管业案的一审法院也坚持了这样的判断标准, 将搜索引擎公司的义务分为事前和事后的, 认为百度公司的事前审查义务可以得到豁免, 但其违反事后的阻止、预防义务却具有相应过错。

本文认为, 对搜索引擎服务提供商的义务做出分类并重点考察其事后义务是极有必要的。与事前审查义务不同, 事后的阻止、预防义务是建立在权利人“通知”的前提之下的, 搜索引擎公司并不需要漫无目的地对海量信息进行全面排查。因此, 这种义务并非对搜索引擎公司的过高要求, 而是平衡搜索引擎公司和权利人之利益的有效途径。例如在金德管业案中, 百度公司辩称其无权干预网民的搜索行为, 但是其完全可以做到在接到金德管业公司的通知后及时采取阻止、预防措施。因此, 百度公司虽然对损害结果的出现不具有控制力, 但对损害结果的扩大却具有控制力且存在主观上的过错。

在“算法侵权”案件中, 搜索引擎公司“过错”的判断对其是否承担侵权责任具有关键意义。当搜索引擎公司提供产品和服务所依赖的算法不受人为干预, 且该商业模式本身具有正当合理性时, 法院虽然不能仅仅因为搜索引擎公司提供算法的行为本身而直接认定其存在过错, 但却可以依据其他情形认定其存在过错。即使算法所承载的利益诉求和价值取向是合理的、非歧视的, “技术中立性”也只能成为搜索引擎公司对搜索结果所造成的初次损害不承担侵权责任的理由, 而不能成为其放任损害扩大的免责事由。在接到权利人通知后, 搜索引擎公司应当尽到善良管理人的注意义务, 及时采取删除、过滤等合理措施阻止、预防将来类似搜索结果, 以减少、消除对权利人造成的损害, 否则就可以对其进行归责。

综上, 对搜索引擎公司“算法侵权”行为的审判应当遵循《侵权责任法》第六条第1款的过错责任原则, “行为人因过错侵害他人民事权益, 应当承担侵权责任”, 适用侵权责任的一般构成要件。其中, 损害结果的有无应结合具体的权益类型加以判断; 过错的判断应立足于搜索引擎公司接到权利人“通知”后的阻止、预防义务; 而侵权行为并非指搜索引擎公司提供算法的行为, 而是指其未采取必要措施防止损害扩大的不作为行为; 同时还应当考虑搜索引擎公司的不作为行为与损害结果扩大之间是否存在因果关系。

四、“被遗忘权”的发展及其对权利人救济的影响

“被遗忘权”(Right to be forgotten)是欧盟法院在“谷歌诉冈萨雷斯案”中正式确立的概念及司法规则^⑦。2010年,冈萨雷斯发现在谷歌的搜索引擎中输入他的名字时,会出现1998年西班牙《先锋报》关于他因无力偿还债务而遭房产拍卖的公告的网页链接,冈萨雷斯认为他早已还清了债务,这条新闻已经失去价值,并严重损害了他的尊严和声誉。西班牙数据保护局支持了冈萨雷斯对谷歌公司的申诉,要求谷歌公司删除有关链接。谷歌公司不服,诉至西班牙高等法院。

该案之所以可以归为“算法侵权”一类案件,是由于个人所主张删除的链接指向的网页内容是第三方合法发布的真实信息,因此不能对信息的发布者主张侵权责任,那么作为网络服务提供者的搜索引擎公司也不可能产生间接侵权责任,传统的“通知—删除”规则无法适用;且该链接在搜索结果中的排名是算法自然排名的结果,故而在传统的“技术中立”原则的指导下,想要主张搜索引擎公司对该搜索结果的直接侵权责任也因缺乏“过错”要件而难以实现。

本案中,西班牙高等法院将涉及1995年《数据保护指令》(Directive 95/46/EC)的几个解释问题提交欧盟法院。2014年5月13日,欧盟法院作出裁决,认为:作为搜索引擎服务提供者的谷歌公司应当被视为1995年《数据保护指令》中界定的“数据控制者”,对其处理的第三方发布的含有个人数据的网页信息负有责任;相关信息是否可以“被遗忘”是一个利益平衡问题,在本案中个人享有的尊重其隐私和保护其个人信息的基本人权,不仅优先于搜索引擎公司的商业利益,还优先于公众对于该信息的知情权;在搜索结果中出现有关个人“不恰当的、不相关的、超出其最初处理目的或过时的”信息和链接时,搜索引擎服务提供者有义务进行删除,而不论这些内容是否构成对个人的损害。

根据欧盟法院的裁决,搜索引擎公司对于个人信息相关链接的删除义务,并非基于第三方或者算法对个人权利的侵犯而产生,而是基于人权保护这

一价值取向而产生。欧盟法院认为,如果有关个人信息属于被遗忘权的保护范围,即使搜索结果所链接的网页内容是真实的、合法的,个人信息权的主体也有权要求搜索引擎公司删除有关链接。

从“被遗忘权”在欧盟的发展历程来看,个人信息权应当作为其上位概念。早在1995年,欧盟在其《数据保护指令》中的“个人信息访问权”条款就有规定“数据主体可以在其个人数据不完整或不准确时提出删除要求”,这可以看作是被遗忘权的最初形态。2012年11月,欧盟制定了《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR),其中第17条增设了“被遗忘和删除的权利”;2014年3月该条例修订,将原第17条“被遗忘和删除的权利”精简为“删除权”。

个人信息权是本人依法对其个人信息所享有的支配、控制并排除他人侵害的人格权。个人信息权的基础是个人的自决权,就是其自主决定其事务的权利。个人信息权所指向的对个人信息的控制和支配,表现在信息收集、保存、使用、删除、转让的各个方面。故而被遗忘权本质上属于个人信息权的一部分,体现的是权利人对其个人信息的自决权。

与传统人格权不同,个人信息权除了具备消极抵御的权能,还具备查询、更正、补充、封锁、删除等积极权能,这些积极权能的行使不以个人信息权受到损害或面临侵害为条件。所以就个人信息权的积极权能而言,可以认为其拥有“两次救济”。第一次救济是积极权能的固有属性,是个人信息主体请求个人信息控制者按照自己的意愿对其个人信息进行处理的权利。第二次救济是在第一次救济无法得到满足,即在个人信息权的积极权能受损害的情况下,按照传统侵权责任法的思路,认定个人信息控制者应承担侵权责任后,适用的侵权责任承担方式。

如前文所述,搜索引擎公司对于其算法自动产生的搜索结果不承担侵权责任,并不意味着其在“算法侵权”案件中完全没有承担侵权责任之可能性。在判断搜索引擎公司侵权责任时,需要对其注意义务作合理界定。搜索引擎公司面对海量搜索结果,虽然不具有事前的一般性审查义务,但具有接到权利人通知后的事后审查义务。而权利人发出通知,除了可以基于搜索结果对其一般权利消极权能

的侵害,如前述金德管业案中对名誉权的侵害,在搜索结果包含个人信息时,也可以依据被遗忘权中的积极权能(包括查询、更正、补充、封锁、删除等)进行主动请求,而无须以损害的存在为前提。如果搜索结果确系对特定主体的权利造成损害,或者有关信息确属信息主体被遗忘权的保护范围,那么搜索引擎公司的事后审查义务就会进一步升级为删除义务。

被遗忘权的确立对于“算法侵权”问题的影响就在于,以积极权能的主动“请求”代替了传统人格权消极权能的被动“防御”,从而避免了对搜索结果是否造成权利损害的复杂判断过程,降低了权利主体获得救济的成本。这种从消极保护到积极确权的人格权制度的发展趋势,适应了高科技和信息社会发展的需要,回应了网络时代的现实问题。

“算法侵权”问题的症结在于个人权利保护与技术中立性之间的利益平衡。而算法不公开、不接受质询、不提供解释、不进行救济,“算法暴政”由此产生。显然,秉持“技术中立”和“技术无罪”的观念所产生的强大惯性已经开始与公民的权利发生抵牾,如果任凭“技术中立”思想的引导而最终指向“技术为王”,对于人格的健全和人权的保护是非常可怕的事情。因此,应当强化人在技术面前的主体地位,在“人与技术”的矛盾中,将利益天平偏向人这一方。

在面对作为客观价值秩序的基本权利时,国家不仅应该承担不予侵害的消极义务,还应该通过设立完善的制度、组织、程序等肩负起保护义务,而国家实现基本权利保护的主要方式就是“立法”。通过法律确权的方式对某项利益加以认可,是各类利益平衡的最有效机制,也是该项利益获得保护最为有效的手段。那么,通过立法直接赋予个人对其人格利益的控制、支配和救济的权利,是实现利益保护的最好方式。对此,我国的立法已经在逐步回应网络时代个人权利保护的需求,在更广泛的层面上对网络服务提供者的事后删除义务进行规定,而不仅限于《侵权责任法》第三十六条避风港原则的适用。

以前述“任甲玉诉百度案”为例,该案也被称为我国被遗忘权第一案,法院认为任甲玉所主张的

应该“被遗忘”(删除)的信息所涉及的人格利益不具有正当性和受法律保护的必要性,这一论断虽然正确,但是将被遗忘权归入一般人格权的审判思路却存在着向一般条款逃逸的不足之处,这是受当时法律规定的不明确和社会对个人信息权认识不深入所致。2017年《中华人民共和国民法总则》的出台正式确立了个人信息权,同年生效的《中华人民共和国网络安全法》第四十三条也规定个人信息主体“有权要求网络运营者删除其个人信息”,故将被遗忘权纳入个人信息权的范围,在我国已经有充分、正当、明确的法律依据。在“算法侵权”事件中,如果相关信息属于被遗忘权的保护范围,信息主体便可以直接向搜索引擎公司请求删除,而不以遭受损害为前提。

总之,无论涉及何种权利,在“算法侵权”案件中为搜索引擎公司划定义务边界是利益平衡的关键。首先应当明确的是,搜索引擎公司在提供正当合理的产品和服务时,对于其算法自动产生的搜索结果不承担事前的一般性审查义务,故而也不在这一步存在过错和承担侵权责任;搜索引擎公司的义务在于接到了权利主体请求删除的通知后,对符合法定条件的应当删除的搜索结果进行删除,而这种事后删除义务的不当履行,就权利的消极权能而言,会导致损害的扩大,就权利的积极权能而言,会导致损害的产生,搜索引擎公司就会存在过错,也需要对此承担侵权责任。

这种规则和《侵权责任法》第三十六条的“通知—删除”规则如出一辙,传承了避风港原则对于技术中立性和个人权利保护之间的平衡的价值追求。可以理解为在“算法侵权”的案例中,不是某一特定的第三方网络用户侵权,而是众多的网络用户通过算法共同造成了权利损害,或者国家立法赋予权利人可以依据自身权利主动请求救济,那么搜索引擎公司在知悉有关情况后,同样应当采取“删除、屏蔽、断开链接”等必要措施,否则就可以对其进行归责。

五、结语

搜索引擎“算法侵权”问题之所以面临尴尬的局面,最主要的原因在于损害结果发生时,没有人

有过错。如果为了保护权利人的利益,让搜索引擎公司承担侵权责任,可能损害商业自由、阻碍技术发展,有矫枉过正之嫌。但这并不意味着“技术中立性”可以成为这些掌握着算法技术的搜索引擎公司的“免死金牌”,也不意味着网络用户在权利受到损害后只能“自认倒霉”。

当算法的负面效应产生,法律的秩序价值走上前台,技术的自由价值退居幕后。即使承认算法在设计之初并无侵权意图,搜索引擎公司在接到权利人的有效通知后也具有事后进行阻止、预防的注意义务,不能以“技术中立性”为由切断其与损害的产生或扩大之间的因果关系或者排除其主观过错。对于“算法侵权”问题,现有的侵权责任法体系并非完全失灵,而是需要在司法过程中区分搜索引擎公司在不同阶段的义务,既防止搜索引擎公司对侵权责任的规避,也防止为其施加超出正常商业逻辑的注意义务。更重要的是,要从立法方面对网络时代的新型人格利益进行确权,为权利人直接向对方请求非司法程序的救济提供法律渊源。毕竟,对搜索引擎公司进行归责只是手段而非目的,实现网络时代的权利保护才是最终目的。

注释

- ① See Sundar Pichai had to explain to Congress why Googling ‘idiot’ turns up pictures of Trump, <https://www.theverge.com/2018/12/11/18136114/trump-idiot-image-search-result-sundar-pichai-google-congress-testimony>, last visit on April 6, 2020.
- ② 参见《信息网络传播权保护条例》第十四条:对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者,权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品,侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的,可以向该网络服务提供者提交书面通知,要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。通知书应当包含下列内容:(一)权利人的姓名(名称)、联系方式和地址;(二)要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址;(三)构成侵权的初步证明材料。权利人应当对通知书的真实性负

责。以及第二十三条:网络服务提供者或服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。

- ③ 参见《侵权责任法》第三十六条:网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的,应当承担侵权责任。网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。
- ④ 详见一审判决书:北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第27913号民事判决书;二审判决书:北京市第一中级人民法院(2009)一中民终字第17680号民事判决书。
- ⑤ 详见一审判决书:北京市海淀区人民法院(2015)海民初字第17417号民事判决书;二审判决书:北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第09558号民事判决书。
- ⑥ See Case No. VI ZR 269/12, German Federal Court of Justice, 14 May 2013.
- ⑦ See Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, Court of Justice of the European Union, 13 May 2014.

参考文献

- [1] 高薇. 互联网时代的公共承运人规制[J]. 政法论坛, 2016(4):89.
- [2] 崔国斌. 网络服务商共同侵权制度之重塑[J]. 法学研究, 2013(4):138-139.
- [3] 冯木杰. 论网络服务提供者间接侵权责任的过错形态[J]. 中国法学, 2016(4):179.
- [4] 姚志伟. 公法阴影下的避风港——以网络服务提供者的审查义务为中心[J]. 环球法律评论, 2018(1):101.
- [5] 张新宝,任鸿雁. 互联网上的侵权责任:《侵权责任法》第36条解读[J]. 中国人民大学学报, 2010(4):20-21.
- [6] 张凌寒. 算法规制的迭代与革新[J]. 法学论坛, 2019(2):22.

- [7] 韩旭至. 搜索引擎对侵扰性自动提示内容的责任——兼评北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第09558号民事判决[J]. 私法研究, 2016(2):261-263.
- [8] 齐爱民. 论个人信息的法律保护[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2005(2):35.
- [9] 王利明. 论个人信息权在人格权法中的地位[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2012(6):71.
- [10] 任晓红. 数据隐私权[G]//杨立新. 侵权法热点问题法律应用. 北京:人民法院出版社, 2000:419.
- [11] 王利明. 人格权:从消极保护到积极确权[J]. 甘肃社会科学, 2018(1):40-46.
- [12] David Beer, Power through the Algorithm? Participatory Web Cultures and the Technological Unconscious[J]. New Media & Society, 2009(6): 997.
- [13] Lepri B, Staiano J, Sangokoya D, et al. The Tyranny of Data? The Bright and Dark Sides of Data-Driven Decision-Making for Social Good[A]// Transparent Data Mining for Big and Small Data. New York:Springer International Publishing, 2017:3-24.
- [14] 姜野. 算法的规训与规训的算法:人工智能时代算法的法律规制[J]. 河北法学, 2018(12):152.
- [15] 谢鸿飞. 中国民法典的宪法功能——超越宪法施行法与民法帝国主义[J]. 国家检察官学院学报, 2016(6):42.
- [16] 郝思洋. 个人信息权确立的双重价值——兼评《民法总则》第111条[J]. 河北法学, 2017(10):138.
- [17] 杨立新, 杜泽夏. 被遗忘权的权利归属与保护标准——任甲玉诉百度公司被遗忘权案裁判理由评述[J]. 法律适用(司法案例), 2017(16):35.
- [18] 吴梓源, 游钟豪. AI侵权的理论逻辑与解决路径——基于对“技术中立”的廓清[J]. 福建师范大学学报(哲学社会科学版), 2018(5):75.

Analysis on the Attribution Path of Search Engine "Algorithm Infringement"

HE Lixin PENG Kai LIU Jingyi

Abstract: As Internet service providers, search engine companies are usually only obliged to take necessary measures when Internet users commit infringement. When there is no specific third-party infringer, it is difficult to claim the tort liability of search engine companies for the damage caused by the search results naturally ranked by their algorithms. But in combination with relevant cases and legal norms, search engine companies shall not take a laissez-faire approach to the search results generated by their algorithms only on grounds of “technology neutrality”. They still have the obligation of taking necessary measures after receiving notification from the right holder requesting to prevent or eliminate the damage, otherwise they shall bear tort liability based on the principle of “fault liability”, in order to realize the relief of the right. And the right holder’s notifying search engine companies can be based on not only the function of its general rights to passively defend damage, but also the function of the right to protect personal information to make active requests. No matter what rights are involved, it is pivotal to define the boundary of the liability of search engine companies in the case of “algorithmic infringement” in order to balance the interests.

Key words: search engine algorithm; tort liability; technology neutrality; obligation