

# 论搜索引擎的侵权责任问题

——以意大利 google 视频侵权案为视角

陆青\* 余洁\*\*

**【摘要】**“谷歌 (google)”在意大利遭遇的诉讼,说明搜索引擎的侵权问题正日益引起世界各国的广泛关注。搜索引擎是否需要为实际侵权者“埋单”,现行法律是否存在空白,如何对其加以规制,这些问题都有待进一步探讨。意大利的司法实践及其演变,对中国侵权责任立法和司法实践有一定借鉴意义。

**【关键词】**搜索引擎 侵权责任 法律机制

## 一、案情简介

2006年5月底,“You Tube”网站播放了意大利都灵一群高中学生耍弄一个明显存在智力障碍的男生的视频。从同年9月8日到11月7日,该视频被“Google Vedeo”列入“最有趣的视频 (video più divertenti)”播放了近两个月。因该视频中提及相关疾病保护协会,经后者举报,Google网站驻米兰的相关机构因涉嫌诽谤罪接受调查。2009年11月25日,米兰检察官向米兰法院提交最后起诉书,起诉Google的4位相关责任人,并认为后者放任该视频的传播而没有立即进行删除的行为触犯了意大利的相关法律,构成诽谤罪和侵犯隐私罪的共犯,要求对其判处6个月到1年的徒刑。另外,相关部门依据残疾人保护方面的相关规定,在该案的民事程序中提出了近30万欧元的财产损

害和精神损害赔偿请求。本案至今尚在审理过程中。

本案在意大利引起了公众和法学界的极大关注,究其原因,一是涉及搜索引擎产业的巨头Google,二是首次将搜索引擎服务商的责任问题的讨论扩展到了刑事犯罪层面。但实际上,本案带来的影响是多方面的:搜索引擎是否需要为实际侵权者“埋单”,传统法律是否存在空白,如何对其加以规制,这些问题都有待进一步思考,并将最终影响网络搜索服务行业的未来发展。限于篇幅,本文主要对搜索引擎的侵权责任问题作一分析。

## 二、搜索引擎的定义和功能

搜索引擎是一种电子合作程序,利用它来搜索某数据库内部的一种或多种信息。其操作方式可以概括为一旦用户在程序输入接口中输

\* 意大利维罗纳大学欧洲民法博士研究生。

\*\* 浙江省杭州市财政地税局征收管理处干部。

对该案的相关介绍,可参见意大利主要报刊如《晚邮报》(Corriere della Sera)和《信使报》(La Stampa)等2009年11月25日的相关报道。

入关键词并发送该命令, 搜索引擎将覆盖式浏览数据库中的内容, 以找到包含有输入词汇的相关具体信息。因此, 从本质上讲, 搜索引擎与搜索到的信息源本身是互相独立区别的实体。这也决定了在具体法律规则适用上两者可能存在差别。

在网络环境下, 搜索引擎可以在浩瀚无际的信息内容中即时直接向网民提供其所需要的信息, 但同时由于网络数据的大量无序存在, 搜索引擎也渐渐从简单的合作程序, 通过大量的软硬件设施演化成综合的信息系统, 以使用户准确找到需要的信息。在软件方面, 除了传统的搜索软件外, 还有一种独立于用户搜索之外的代理软件, 通过所谓的爬行抓取技术 (crawling), 在网络数据中持续储存、更新、抓取信息并进行分类。应用这种技术, 即使特定信息的发布者删除相关信息, 用户照样可以通过搜索引擎, 利用其本身的储存记忆, 获取同样的信息资源。正因如此, 该类搜索代理软件或智能软件具有一定的独立性, 脱离外界包括用户的介入。很显然, 只有搜索引擎技术的发展才能有效解决无序网络信息空间中的“迷航”问题。但同时, 不能忽视的是技术发展也为法律规制带来了新的难题。

### 三、意大利法中搜索引擎的侵权责任认定

随着网络技术的广泛应用, 网上侵权的现象时有发生。那么, 由于借助于搜索引擎的特定功能, 客观上“助长”了网络不法行为的蔓延, 搜索引擎提供商是否需要同样承担相应的侵权责任呢?

在意大利法对上述 Google 案件的讨论中, 一种观点认为, 搜索引擎仅仅具有“运输管道”的作用, 本身并不参与相关侵权行为, 搜索引擎的提供商不能与一般的网络服务提供商同等对待。Google 的抗辩中就提到, 认定搜索引擎的行为构成犯罪, 就如同认定寄送恐吓信的邮递员同样犯了胁迫罪一样荒唐。搜索引擎本身不可能对网络上传的内容一一进行审查。同时, 由于 Google 在接到警察局的警告后, 及时删除了相关视频, 因此, 显然不应该承担任何法律责任。另外, 依据现行的网络技术, 完全意义上的隐私权在网络世界中几乎是不存在; 相反的观点则认为搜索引擎提供商同样应该承担侵权责任, 甚至应当承担刑事上的责任。对此, 米兰检察官的诉讼书中就认为, 网络外构成犯罪的行为在网络空间中同样构成犯罪, 对人的基本权利的保护不应该受到特定企业经济利益发展的影响。检察官认为, Google 在追求企业盈利的同时需要承担相应的服务责任, 而不能“践踏”宪法保护的一些基本权利。因此, 本案并不涉及所谓的“网络自由”问题, 而是直接针对 Google 的责任问题。

那么, Google 究竟是否需要为第三人发布的不法视频承担责任呢?

在对搜索引擎服务商是否需要承担相应的责任问题进行分析之前, 有必要介绍一下意大利现行司法实践中对网络服务提供商的责任认定的具体做法。

客观地讲, 与欧洲其他国家相比, 意大利

[意] 桑姆玛克 (Sammarco): 《搜索引擎, 信息社会的新财产: 功能、责任和个人保护》(Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità tutela della persona), in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 4 - 5, 2006, p. 621 - 634.

对爬行抓取技术, 可参见郑依华: 《应用已有的开源搜索引擎》, 载《计算机世界报》2006年12月04日第47期 B34 的相关介绍。

对另一种个性化导航技术, 即语义信息 (Semantic Web) 导航技术的介绍, 可参见刘柏嵩: 《基于知识的语义网: 概念、技术及挑战》, 载《中国图书馆学报》2003年第2期。

法对网络服务侵权责任问题的回应是相对缓慢的。对网络世界中存在的纠纷,传统法中的救济是否充分和合理,有无改进的必要,在这些问题上,意大利法长期保持着相对谨慎的态度。

早期的一些学者认为,民事责任的现代演变意味着“没有过错就没有责任”的传统理念将慢慢被超越,并将形成各种归责标准并存的局面。在这样的背景下,部分学者认为对网络服务商的责任问题可类推适用关于“物主责任”(意大利民法典第 2051 条)和危险作业致人损害赔偿(第 2050 条)的规定。但实际上,即使将这两者归入客观责任的范畴,并不意味着当事人需要对完全超出自己控制能力范围的行为承担责任,这一点从两个法律条文的规定本身就能够看出。而网络服务商对他人侵权行为很难或者根本无法进行技术控制。因此,这种类推适用的合理性受到很大质疑。更为主要的是,现代网络法的国际惯例,包括随后将提到的欧洲指令中,网络服务商的侵权责任规定都采取主观而不是客观归责标准。

在责任认定上,司法实践则一度将网络服务商的侵权责任等同于报刊杂志的编辑责任(意大利刑法典第 57 条)来看待。意大利那不勒斯法院 1996 年 8 月 8 日作出的认定网络服务商构成不正当竞争共同侵权一案被认为是这种做法的首例而备受关注。该案法官认为网络服务商从事的行为类似于报刊编辑者,因为“对公共读者构建沟通交流渠道的所有人,类似于一个网站的信息发布机构,有义务监督通过公共信息发布而进行的不正当竞争行为,审查消息的真实性等,如果不这样做的话,就需要承

担不正当竞争不法行为的民事侵权责任。”随后的许多案例同样遵循了这种观点,认为尽管从技术层面上讲,网络服务和报刊编辑存在着许多区别,但还是可以将其看成是一种特殊的电子期刊服务的提供者。但这种观点同样引起极大的争议。首先,根据相关法律规定,很难将网络服务纳入严格意义上的出版物的概念范畴;其次,出版商承担责任的前提是其对他人作品具有审查可能,因为传统意义上的出版物是相对固定的“静态”作品。而众所周知,网络服务中,这种发表传播的作品根本不具有稳定性。让网络服务者审查他人的侵权行为,实际上等于在“追捕幽灵”一样不切实际。

2000 年颁布的欧盟 2000/31/EC 指令,即“内部市场特殊电子商业的信息社会服务的某些法律问题(有关电子商业)”的指令,对随后的意大利司法实践产生了重要的影响。该指令第 12 条到第 15 条对电子商业服务商的侵权责任问题作了明确的规定,并特别免除了电子商业服务商的一般审查义务。鉴于欧盟法的相关规定,意大利于 2003 年 4 月 9 日颁布了第 70 号法令,即“贯彻实施欧盟 2000/31/CE 指令涉及市场特殊电子商业的信息社会服务的某些法律问题(有关电子商业的指令)的法令”。在内容上,基本照搬了欧盟指令的相关规定,在第 14 条到第 17 条中对电子商业服务商的侵权责任作了规定。具体来说,将电子商务类型区分为“连线服务者”(第 14 条)、“为储存服务者”(第 15 条)及“虚拟主机服务者”(第 16 条)。针对“连线服务者”,由于资讯由第三

意大利民法典第 2051 条规定:任何人都须对其负责保管的物造成的损害承担赔偿责任,除非能证明损害是意外事件引起的。

意大利民法典第 2050 条规定:任何人都须对在危险作业过程中造成的他人损害,根据作业的性质和采取的作业工具的性质,承担赔偿责任,除非能够证明已经采取所有合理的方式来避免损害的发生。

1948 年第 47 号法令关于出版物的法律第 1 条和随后的 2001 年第 62 号法令关于出版商和出版物的规定第 1 条。

人提供,网络服务商仅提供使用者连线服务,只要资讯之传输非由其发起,不选择、修改传输内容,不决定传输与接收者,此类服务商对于内容就不必负责;针对“为储存服务者”,只要对于内容没有修正,遵守接入信息的规定,依产业规定更新资讯内容,且一旦知悉该信息已被原来源处删除或阻绝,也能立刻予以删除或阻绝等,此类服务商对于内容也不必负责;对于“虚拟主机服务者”,只要不实际知道是违法的信息或活动,或是从表面上无法知悉是违法的信息或活动,而在知悉是违法的信息或活动后,根据相关职权部门的提醒,也能立刻予以删除或阻绝等,此类服务商对于内容也不必负责。另外,该法令第 14 条第 3 款、第 15 条第 2 款以及第 16 条第 3 款分别赋予司法机构或者行政机构在紧急情况下的司法介入权力,阻止不法行为的蔓延。另外,依据该法令第 17 条第 1 款的规定,在服务提供者所提供之服务已被前三个条文涵盖时,网络服务提供者不承担监控其所传输或储存之信息的一般性义务,亦不须承担主动寻求指出违法行为之事实或状况的一般性义务。但网络服务提供者一旦知道存在与其服务接收者有关的违法行为时,有义务立即告知主管当局,或依主管当局的要求,提供其所拥有的、能辨识的服务接受者的信息。

分析完意大利法中的相关规定,我们再来看 Google 的行为在意大利法上究竟是否构成侵权。

首先,Google 在本案中的行为是否可以适用前述意大利 2003 年的第 70 号法令呢?问题的难点不仅在于该不法视频涉及的网络代理商在美国,而不是意大利,更在于判定 Google 提供的视频共享服务究竟属于网络出版者的服务还是具体的电子商业服务。如果是前者的话,则应该适用相关出版者法的规定。

其次,假如将这种服务认定为电子商业服务的话,还需要区分究竟 Google 的行为构成那种类型的服务。实践中,一种观点认为其行为构成简单的“连线服务”,因为 Google 本身只是为他人的非法视频提供了传导途径,本身并没有任何参与活动,既没有选择发送对象,也没有对视频的内容进行任何意义上的修改;更多的观点则认为 Google 实际扮演了“虚拟主机服务者”的角色,客观上也通过搜索引擎的相关软件储存了该非法视频的相关数据。即使发布源遭到删除,用户照样可以通过 Google 视频收看到相同内容。根据上文分析,两种观点可能带来的具体法律适用也是不同的:根据前一种观点则适用 2003 年第 70 号法令第 14 条的规定,而根据后一种观点则适用该法第 16 条的规定。

本案中的另一个细节同样不能忽视,即该不法视频被 Google 归类到“最有趣的视频”一栏这一事实本身是否会影响对侵权行为的认定呢?在技术层面上,当然还需要看是否这种归类属于搜索软件本身的智能操作,还是包括了相关人员的人为干预。如果仅仅是智能操作或者这种归类本身取决于上传视频的第三方的话,或许本案中认定为“连线服务”还是“虚拟主机”的实际意义就不大了。因为无论归属那种类型的服务,根据该法令第 17 条的规定,电子服务商都不应该承担一般审查义务。考虑到 Google 在接到相关通知后及时删除了该不法视频,似乎就不应该再承担任何责任了。

本案虽然尚未正式审判,但显然,支持适用根据欧盟指令制定的意大利相关法令的话,对搜索引擎服务商 Google 将十分有利。

#### 四、国内法分析

通过对意大利 Google 案的分析,联系我国目前对网络服务商,包括搜索引擎侵权问题的

规制的种种争论,笔者认为至少可以得出如下观点:

(一)赞成对网络服务商侵权问题进行专门立法。对网络服务商侵权问题是否需要专门立法,理论界存在两种观点。一种认为尽管网络侵权在传播速度、影响和后果方面都与现实世界的侵权存在不同,但是规范侵权行为的大多数法律规定对两者都是可以适用的,因此不必再对此设计一套独立的制度;相反的观点则认为网络侵权具有很多的特殊性,因此有必要进行专门立法,涵盖更多的范围。笔者更支持后者。实际上,意大利同样经历了从依据传统民法相关规定进行调整(包括上文提到的客观归责和出版商责任的类推适用)到根据欧盟指令进行专门立法的规定的过程,而司法实践证明由于网络服务的种种特殊性,传统的救济和规制方式往往显得不尽合理。责任不明确的结果会使得我国的网络服务业者在经营上仍旧承受了不可测的风险,并因此而对资讯的流通造成不利的影 响。从这一点上看,2009年12月26日通过的《中华人民共和国侵权责任法》第36条明确对网络服务提供者的侵权责任进行的专门规定“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”,具有积极意义。

## (二)明确网络服务提供者无一般审查义

务。但是,对《侵权责任法》第36条中上述内容的合理性本身,作者持保留态度。首先,该条文回避了对网络服务提供者有无一般审查义务的明确答复。而实际上,这个问题将直接影响到对网络服务提供者侵权责任的具体认定。仔细分析第36条第3款的规定可以发现,认定网络服务提供者“知道”侵权行为直接影响到其是否承担侵权责任,但是如何认定“知道”与否法律并没有明确。从第三次草案更改了第二次草案立法者使用的“明知”一词来看,似乎可以认为立法者有意淡化原本的主观判断标准,而可能将一些“应当知道”侵权的情况也纳入“知道”的范畴。在这种情况下,如果认为网络服务提供者具有一般审查义务的话,那么极有可能出现网络服务提供者被认为应当知道侵害事实而承担连带责任的情况。相反,如果明确网络服务提供者不具有一般审查义务的话,该款中“知道”一词则完全可以解释为“故意”,由此,服务商承担责任的可能性就小多了。

实际上,包括欧洲指令、意大利本国法,甚至本文并未介绍的美国法,都并未课以网络服务提供者审查监控其运输或者储存的信息的一般性义务。除非后者已经明知并且肯定其服务使用者有侵权事实,否则作为网络服务及设备的提供者,对于用户上传的资料,基于先前预设设定之电脑设备自动进行传输、储存等动作,未作任何选择与处理,不应该等同于出版商而课以审查义务。这在搜索引擎服务上显得更为突出。因此,设定网络服务提供商的免责“避风港”具有重要的实践意义。

## (三)对网络服务侵权责任依据服务功能

理论界有学者认为应将服务商明知或者应知具体的链接侵权作为追究侵权责任的过错要件,见周应江、谢冠斌:《论网络搜索引擎服务商的版权侵权责任》,载《科技与法律》2009年第3期。

进行细分。《侵权责任法》对网络服务提供者的侵权责任进行了统一的规定。这种做法同样值得商榷。实际上,网络服务的具体内容不同,网络服务承载的技术功能同样不同,由此可能引起的侵权行为的内容也自然不同。采取“一刀切”的做法就意味着对于某些仅提供连线服务的网络商需要承担与储存服务、虚拟主机服务或者搜索链接服务者同样的责任,而前者是否应该承担对用户的侵权责任值得商榷。另一现实难题是网络服务商本身的服务内容也在不断向纵深化和多元化发展。在这种情况下,侵权责任的认定上究竟应该如何细分才合理呢?笔者认为,应该根据提供的网络服务的功能上的特点,借鉴欧盟包括意大利的做法,对连线服务、储存服务、虚拟主机服务甚至搜索引擎的链接服务独立规定相应的责任认定方式。在这一方面,实际上我国信息网络传播权保护条例第 21条到第 24条已经有所体现。如果侵权责任法不作这种细分,将为未来的法律条文衔接沟通带来不必要的麻烦。

(四) 补充错误通知发出者的损害赔偿責任。《侵权责任法》仅仅规定了受害人提示制度。这种立法模式似乎更多借鉴了美国法的经验,而在欧盟 2000/31/EC指令中,更强调的是相关司法机关的介入。很显然,受害人提示机制可以更好地保护受害人的利益。但需要提醒的是,实践中,从利益博弈的角度看,不管用户的行为是否真正构成侵权,网络服务商极可能在接到受害人的通知以后,直接对相应的用户上传内容进行处理,以免受到承担连带责任

的风险。由此带来的后果是很可能助长了假定受害人的发布通知的随意性。而如果让网络服务商在接到通知后,对是否真正侵权进行实质性审查的话,现实操作上又往往会带来服务商对通知“应接不暇”的局面。另外,很多情况下,除非网上的内容涉及色情或严重侵权行为,网络服务商根本不能真正判断是否侵权构成。在这种情况下,一旦用户的行为被事后确认为不构成侵权,由此造成的先前损失,网络服务商是否也要承担责任呢?很显然,只有补充错误通知发出者的损害赔偿責任并在用户和假定受害人之间建立一定的协调机制,才能真正平衡各方利益。

(五) 完善民法与刑法之间的沟通衔接。从意大利 Google案可以看到,网络服务商,包括搜索引擎的服务商的侵权责任认定将慢慢从民事纠纷领域延伸到刑事领域。而民事责任层面的侵权认定,可能直接影响着对刑事犯罪构成与否的认定。比如,我国《信息网络传播权保护条例》第 19条中规定,通过信息网络提供他人的作品、表演、录音录像制品,获得经济利益的,如果违反该条例的相关规定,甚至可能追究刑事责任。但相应的《刑法》217条规定的是以营利为目的,实施该条所列侵犯著作权行为之一。两法条中规定的侵权行为内容并不吻合。如何完善民法与刑法之间在网络服务侵权上的协调,也应成为民事侵权责任立法关注的问题。

(责任编辑:吴长乐)

对该条的进一步认识,可参见王迁:《刑法 第 217条中的“复制发行”需要规范》,载《出版发行研究》2007年第 11期。