

# 对我国网络领域反垄断第一案的再思考

董慧娟

(厦门大学 法学院 / 广东海洋大学 法学院, 福建 厦门 361005)

**摘要:** “全民医药网”的网站主唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断一案, 被司法界称为我国“网络领域反垄断第一案”, 吸引了众多目光。该案一审判决已于2009年12月18日作出。对该案进行深入剖析和研究对于《反垄断法》司法实践和法律适用尚不成熟的我国而言意义重大, 其中涉及的网络领域中反垄断的难点、搜索引擎的法律规制等若干新问题尤其值得我们深思。

**关键词:** 垄断; 市场支配地位; 滥用

**中图分类号:** DF414      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1002-3933(2011)01-0023-08

## Another Thought of the First Antitrust Case in the Field of Network of China

DONG Huijuan

(Law School Xiamen University/Law School Guangdong Ocean University, Xiamen 361005 China)

**Abstract** Tangshan City Renren Information Service Co., Ltd., the owner of the website of “www.qmny.com” brought a lawsuit against Beijing Baidu Network-Technology Co., Ltd. and accused it of monopoly in Beijing. The case has been paid much attention and called the “first antitrust case in the field of network”. It has been decided on December 18, 2009. It is significant for us to analyze and study it deeply, since we lack of judicial experiences of deciding similar antitrust cases. There are several important and new problems being worth pondering over in the case, such as how to deal with the difficulties during the deciding of antitrust cases in the field of network and how to regulate search engines.

**Keywords** monopoly; dominant position; abuse

### 一、“网络领域反垄断第一案”的发生背景

在当今的网络社会和数字化信息时代,“百度”、“谷歌”、“搜狐”等搜索引擎商改变了我们的生活并获得了巨大成功。然而,伴随着相关商业模式的推广,近年来搜索引擎的公正性开始遭到质疑,人

收稿日期: 2010-06-13

作者简介: 董慧娟(1982-),女,湖北监利人,厦门大学博士研究生,广东海洋大学法学院讲师,研究方向:知识产权法、民商法理论。

们纷纷呼吁对搜索引擎及其部分广告模式进行法律规制。搜索引擎工具所涉及的多方利害关系人之间的利益冲突也日益凸显。在这些新类型的法律关系和法律纠纷中,北京百度网讯科技有限公司<sup>①</sup>与众多个人网站及其站长之间的冲突就是一个非常典型的例子。“反百度联盟”网站(www.fanbaidu.com)<sup>②</sup>的出现及其对百度的公然声讨,昭示了搜索引擎等互联网新兴产业发展过程中若干主体之间的利益冲突与抗争。

2008年10月31日,“全民医药网”(www.qm yy. com)的网站主——唐山市人人信息服务有限公司<sup>③</sup>向国家工商行政管理总局反垄断与反不正当竞争执法局提交了一份《反垄断调查申请书》要求对百度公司进行反垄断调查并处以1.74亿元的罚款。这是我国《反垄断法》正式实施后网络领域出现的第一个反垄断调查申请。因该申请调查未果,唐山人人公司于2008年12月25日向北京市第一中级人民法院提起诉讼,指控百度屏蔽全民医药网,请求法院判决百度赔偿人民币约110.6万元,并请求判决百度承担恢复原状的民事责任,解除屏蔽并彻底全面恢复收录。该案于2008年12月26日被受理,但因种种原因,审理历时较长。经两次开庭,北京市一中院最终于2009年12月18日作出一审判决,判决百度胜诉<sup>④</sup>。

由于该发生于我国《反垄断法》正式实施后不久,且是网络领域第一个以垄断为由将搜索引擎商告上法庭的案件,还是“北京法院作出判决的第一起垄断纠纷案”<sup>[1]</sup>,牵动着众多有类似遭遇的个人网站站长们的心,引起了学术界、司法界以及公众的广泛关注。

## 二、《反垄断法》能否适用于搜索引擎服务——一个根本前提

在上述案例中,被告百度曾在庭审中抗辩称,自己提供的搜索引擎工具及搜索引擎服务对广大网络用户而言是免费的,而免费服务不属于《反垄断法》的规制领域,因此,不能适用《反垄断法》。可见,第一个需要解决的前提性问题就是:该案能否适用我国《反垄断法》?这实际上包含两个小问题:一是搜索引擎服务商属于经营者吗?二是搜索引擎市场能否构成《反垄断法》意义上的“相关市场”?这就需要百度这一搜索引擎商的特殊主体身份进行识别与判断,并对其“相关市场”予以分析,看其是否符合《反垄断法》规定的适用范围。

根据《反垄断法》第2条的规定,“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为,适用本法”;第3条规定,垄断行为包括“经营者达成垄断协议”、“经营者滥用市场支配地位”,以及“具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”;第6条规定,“具有市场支配地位的经营者,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争”。纵观上述条文,无不是针对“经济活动”或“经营者”的规定;可以说,其适用范围主要是“经济活动中的垄断行为”。至于适用主体,除上述条文中屡次提到的“经营者”外,其他主体的规定主要集中于第8条,即“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,排除、限制竞争”,这显然指的是行政垄断行为。可见,《反垄断法》规制的是经营者和行政机关及相关组织的垄断行为。

由于百度公司显然不属于《反垄断法》第8条所规定的“行政机关”或“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”,问题的关键就在于它是否构成《反垄断法》意义上的“经营者”了。若是,则可以适用《反垄断法》;否则不能适用。《反垄断法》第12条对经营者的界定,是“从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织”。若按照一般理解,将“经营者”解释为必须是有偿性、营利性从事商品生产、经营或者提供服务的主体,而百度似乎提供的是免费服务,那么作为该案由的“垄断”将从根本上被彻底否定。

搜索引擎商是否属于“经营者”,其搜索引擎市场的法律性质如何,对我们而言确实是一个全新的问题。即使是在世界范围内,既有的类似判例也是很少的,一审法院在审判时可谓“摸着石头过河”。美国不久前的一个类似判例——KindeStart v. Google案或许能提供些许参考。2006年3月,美国一

家专门提供儿童信息的咨询网站 (KinderStart.com) 向加利福尼亚州法院对 Google 公司提起诉讼, 指控多达 9 项<sup>⑤</sup>, 其中第 2、3 项涉及美国《谢尔曼法》第 2 条规定的“垄断”行为。原告指控 Google 在没有任何警告的情况下, 于 2005 年 3 月对该网站的搜索排名进行了降级, 在搜索结果中移除了该网站, 实行了不正当的惩罚和“封杀”, 导致该网站的用户锐减了 70% 并导致该公司的收入下降了 80%<sup>[2]</sup>。2007 年 3 月 16 日, 法院作出判决, Google 被判胜诉, 原告的所有指控 (包括垄断指控) 均不成立。其垄断指控失败的关键原因在于, 法院认为, 原告未能提供有效证据证明 Google 公司在进行搜索结果排名时违反了公平竞争原则, Google 的搜索引擎结果排序完全依据数学公式, 因此不涉及任何人为主观因素, 因此不能认定其构成垄断<sup>[3]</sup>。

在 KinderStart v. Google 一案中, 被告 Google 提出了免费搜索引擎服务不受反垄断法约束这一抗辩理由<sup>[4]</sup>。美国法院在审理中认为, “要提起图谋垄断的诉讼请求, 原告必须定义相关市场, 而原告未能引用权威的观点说明《反垄断法》本身还涉及提供免费服务的领域。提供搜索功能可能会导致从其他资源中受益, 但原告却没能说明有人向 Google 付费进行搜索。因此, 搜索市场并不是《反垄断法》立法目的下规定的‘市场’。”<sup>[1]</sup>

然而, 在我国的百度案中, 问题似乎没有那么简单, 被告的抗辩也并未得到法院的支持。根据《反垄断法》第 12 条第 2 款的规定, 相关市场是指“经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围”。据此, 法院将百度案中的“相关市场”认定为中国搜索引擎服务市场, 并认为搜索引擎市场也落入了《反垄断法》意义上的“相关市场”的范围。将美国上述案例与百度案进行比较, 不难发现, 两个法院的看法和立场截然相反。其原因在于, 美国法院认为, 免费服务的领域不属于《反垄断法》的调整范围, 而原告又未能提供充分证据证明有人向 Google 付费进行搜索。但在百度案中, 通过我国法院的调查发现, “百度搜索的结果排名方式有两种: 竞价排名与自然排名。竞价排名是搜索引擎服务商的一种营利模式, 客户付款的数额与排名的顺序直接相关, 付款数额越多排名顺序越靠前。自然排名是一种非营利搜索服务模式, 被收录网站无需交纳任何费用, 具体的排名顺序由搜索引擎服务商所设定的算法规则决定。竞价排名与自然排名是相互独立的两个服务系统。”<sup>[1]</sup>显然, 竞价排名是一种典型的有偿服务和营利性服务。法院还认为, “网络用户在借助关键词并通过搜索引擎寻找自己所关注的网站或者网页内容时, 确实不需要向搜索引擎商支付相应的费用。但作为市场主体营销策略的一种方式, 部分产品或者服务的免费提供常常与其他产品或服务的收费密切结合在一起”, 搜索引擎服务商“仍然可以通过吸引网络用户并借助广告等营销方式来获得现实或者潜在的商业利益”, 因此, “被告以是否付费为标准衡量是否存在‘相关市场’的观点是不具备事实与法律依据的”<sup>⑥</sup>。

从上述两个案例来看, 是否提供有偿服务仍然对“经营者”和“相关市场”的认定具有举足轻重的作用, 因而必然影响到《反垄断法》的法律适用问题。但近几年, 在关键词广告、竞价排名等搜索引擎商采用的商业模式已经成为公开秘密的情况下, 美国法院对 Google 的态度似乎更加宽容, 而我国则比较严厉。虽然我国《反垄断法》第 12 条对经营者的界定是“从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织”, 并未明确“营利性”或“有偿”是必备构成要件, 但我国法院仍在努力地解说搜索引擎商的“营销战略”及其“现实或者潜在的商业利益”。笔者认为, 我国法院采用了更为灵活、务实的方式来理解和解释“经营者”和“相关市场”, 这种态度和勇气是值得肯定的, 因为网络领域中的反垄断具有相当的特殊性和较大的难度。不过, 从原告的角度讲, 如果原告能提供充分证据以证明百度竞价排名、付费被搜索等商业行为的存在, 就更具有说服力了, 也不用法院如此费脑筋且费力地解释了。

对我国而言, 百度一案意义重大。首当其冲的一点在于, 它破除了搜索引擎业界一向固守的搜索引擎服务不受《反垄断法》规制的看法, 而这一看法显然是由之前外国类似案例中搜索引擎商的屡屡

胜诉所确立的。KindesStart v. Google一案甚至还确认了搜索引擎商对搜索结果进行编辑的权利,认为其属于宪法上的言论自由权。但笔者认为,如果完全不加限制地赋予搜索引擎商随意编辑搜索结果、进行人工干预的特权,甚至任其唯不正当商业利益马首是瞻,在当今的信息时代可能造成危险局面。正如部分学者所指出的,搜索引擎已逐渐成长成为一种垄断性的信息工具。其权力越大,失去管控的可能性也就越大,对社会的威胁也越大。作为一个网络媒体新贵,搜索引擎牵涉到公共领域的合法性、公共服务的公益性,因此,对其行为进行约束,在其违反行业使命时去追究它的责任,应当比对企业更严厉<sup>[5]</sup>。

### 三、屏蔽行为的性质分析及评价

如前所述,百度的搜索结果排名有竞价排名和自然排名两种,免费搜索与付费被搜索并存。竞价排名是一种人工干预模式,是典型的商业模式;而自然排名的排名结果则完全由事先设定的算法规则自动生成。从百度一案的争议焦点来看,本质上涉及搜索引擎商采取的降级、减少收录、屏蔽(或称封杀、移除,下同)等惩罚措施的性质及评价等问题。

#### (一)屏蔽行为的性质

客观地说,屏蔽行为本身也许并不坏。对公众而言,面对海量信息,根本无从下手,搜索引擎商就在此时发挥了重要作用。增强搜索的有效性、提高搜索效率和用户体验无疑是搜索引擎商普遍追求的正当目标。因此,各个搜索引擎服务提供商都已形成并不断优化自己的算法规则和处罚规则,搜索行业内也基本形成了虽未公开、但该领域专业人士略知一二的一般规则。这些非官方规则或行业惯例为净化网络信息环境、维持网络秩序确实起到了一定的作用。

“降权”甚至屏蔽等处罚措施可以说是由搜索引擎商不时采用的一种技术措施,一般针对作弊网站、垃圾网站而为;若是出于提高用户体验、改善搜索服务质量的目,自然无可厚非。但当该措施被用于实现搜索引擎商自己的不正当商业目的或者带有胁迫色彩时,就可能招致垄断、不正当竞争、不公平待遇等指控,沦为“恶意屏蔽”。因此,判断屏蔽行为是否构成“恶意屏蔽”或者“滥用”的关键,是对屏蔽行为性质的认定。这需要对屏蔽的原因、目的和手段等进行分析。笔者认为,在人工干涉型屏蔽行为中,要特别注意是否具有正当理由。缺乏正当理由的人工干涉型屏蔽行为一般被认为是不适当甚至是不法的“恶意屏蔽”。

#### (二)恶意屏蔽行为的危害及法律风险

在百度一案中,假设百度被法院认定为具有市场支配地位,而且原告对百度“不竞价就封站”的恶意屏蔽的指控又能提供充分证据,并被法院所认可,百度的命运极有可能发生逆转。

“不竞价就封站”的恶意性和“垄断”性是比较明显的。首先,涉嫌强迫交易。搜索引擎已成为最重要和最受欢迎的网络营销服务,百度已成为国内最大的网络营销平台之一<sup>⑦</sup>。被百度屏蔽或拒绝收录无异于被剥夺进入市场的资格。“不竞价就封站”的做法实质上是百度滥用市场支配地位、变相强迫交易,违反了我国《反垄断法》第17条规定的“其他滥用市场支配地位的行为”。其次,涉嫌不公平待遇。百度搜索引擎是自然搜索与付费搜索并存,这就赋予了各网站一定的选择权。而选择性的收费交易对相关网站而言是不公平的。因为百度并未对所有未参与竞价排名的网站均实施封杀,而只选择了部分网站、迫使其付费交易<sup>⑧</sup>,这显然构成歧视待遇,违反了《反垄断法》第17条第(六)项的规定,即“没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”。再次,涉嫌对竞争的限制。只有在充分的竞争中,社会公众和消费者作为市场的主体和参与者,才能从中受益。而“不竞价就封站”的恶意屏蔽显然将导致对竞争的明显限制,应无异于直接剥夺某些市场主体入市参与竞争的机会,不合理地改变了传统竞争规则<sup>⑨</sup>,被认定为垄断。最后,还涉嫌对消费者福利的损害。保护消费者的利益也是反垄断法的立法目的和宗旨之一。实践证明,竞争能扩大消费者的主

权;从长远来看,竞争将为社会提供最大的福利,竞争是自由经济与社会秩序的基石<sup>[6]</sup>。恶意屏蔽行为将导致对竞争的限制和不利影响,也可能导致对消费者福利的损害。人工干预搜索结果的行为客观上有误导消费者、甚至造成混淆的可能。

#### 四、网络领域对搜索引擎商的反垄断之惑

事实上,百度案中原告的败诉虽然是我国的第一次,但在世界范围内早已不是新鲜事了。在国外数起针对搜索引擎商(主要是 Google)提起的与被封杀、移除、屏蔽或者减少收录有关的类似诉讼中,有不少涉及到了垄断的指控。但那些作为原告中小网站似乎终究难逃败诉的命运。百度一案也不例外。这些案例似乎都在暗示着对搜索引擎商进行反垄断的难度不小。无论是对被处罚网站而言,还是对司法机关而言,这些案件都是不小的挑战。

##### (一)难点之一:“相关市场”的认定

如前所述,对于搜索引擎商而言,对其性质的认定以及“相关市场”的认定,客观上存在一定的难度。《反垄断法》第12条第2款规定,相关市场是指“经营者在一定时期内就特定商品或服务进行竞争的商品或者服务范围 and 地域范围”。在百度案中,地域范围被界定为中国。而根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》第3条的规定,相关市场指“根据服务的特性、用途及价格等因素,由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类服务所构成的市场”。因此,法院认为,搜索引擎服务本身构成一类服务,搜索引擎市场构成一个独立的相关市场。然而,由于搜索引擎服务的提供既有针对被搜索网站的有偿服务(如竞价排名、关键词广告等),也有针对公众的免费搜索服务,因对象不同而服务性质也不同,而且即使是就竞价排名服务而言,其客户群的范围大小也较难确定,并非覆盖所有的中小网站,因而呈现出比较复杂、模糊的状况。

在百度案中,“相关市场”到底应该是指整个中国搜索引擎服务市场(不区分免费或有偿),还是仅指中国范围内的有偿搜索引擎服务市场?按照一般的反垄断案的分析思路,这仍然是个值得思考的问题。如果认为是后者,那么这个市场是很难进行具体经济分析的;因为免费与有偿之间的界限和范围相当模糊,客户群也是隐性甚至不稳定的,客户信息都掌握在搜索引擎商手中,外人很难探知,更不要说举证了。因此,北京市一中院选择了前者,将相关市场并不局限于付费的服务市场,而是采用更为广义的“营销”和“商业利益”解释了整个搜索引擎服务市场的“相关市场”性,驳斥了被告以“付费”作为“相关市场”存在与否的衡量标准的观点。

##### (二)难点之二:举证

举证方面的困难是网络领域反垄断的又一大难点。在与搜索引擎有关反垄断案中,由于与搜索有关的技术优势、算法规则(包括部分所谓的“商业秘密”)及处罚规则等极端重要的信息几乎全部掌握在搜索引擎服务提供商手中,且该信息往往是不公开的,搜索引擎商自然具有了技术权力,集中体现在对被搜索网站的降权、屏蔽、封杀、减少收录等惩罚措施上。因此,被封杀网站很难与搜索引擎巨头相对抗,要求其掌握相关信息和证据以证明搜索引擎商的市场支配地位及其滥用该市场支配地位,简直是难上加难。

考虑到被搜索网站与搜索引擎商双方地位的不平等、信息的不对等以及被屏蔽网站举证的特殊困难,笔者认为,在相关案件中举证责任的分配上,应当更加体现公平、合理。在涉及到上述由搜索引擎商掌握的信息时,相关举证责任应由搜索引擎商来承担,包括其进行屏蔽等惩罚措施的正当原因。

以百度案为例,首先,在网络领域中原被告双方的地位明显是不平等的。百度作为搜索引擎工具,在“渠道为王”的海量信息时代,对中小企业能否进入相关商品或服务市场起着决定性作用,而且百度在中国搜索引擎市场中占据市场支配地位,百度的垄断地位是其他搜索引擎商所无法替代的。其次,百度在搜索引擎服务的提供过程中始终处于技术垄断的地位,原被告双方的信息严重不对等。

百度所采用的排序方法、算法规则, 百度对网站作弊行为的认定、相应处罚措施的标准等重要信息均处于百度的控制之下, 不属于公开信息。因此, 当百度声称原告被屏蔽的原因是垃圾外链和作弊行为时, 应由百度承担举证责任。在百度案中, 法院认定, 原告未能充分证明被告具有市场支配地位, 也未能证明自己受到了被告的不公平对待, 如被告的措施对原告存在歧视性或胁迫性; 相反, 被告却能证明原告设置了大量的垃圾外链, 导致搜索引擎自动对其进行了作弊处罚, 导致被减少收录。法院最终认定, 被告的行为具有正当理由, 并未产生破坏市场竞争秩序的后果, 不构成《反垄断法》所禁止的滥用行为, 原告败诉。

### (三) 难点之三: 技术因素

互联网领域是一个技术性很强的新兴领域, 因此网络领域涉及搜索引擎的反垄断案件往往交织着复杂的技术因素, 增加了案件的审判难度。相关的技术问题主要包括: 搜索引擎的工作原理、搜索算法规则、反作弊机制、屏蔽或封杀(及减少收录)等技术措施, 等等。这些技术性问题的理解对相关案件的审判而言非常重要, 但对不具备专业知识背景的司法人员而言, 要正确地理解它们并非易事。

除上述难点外, 在网络领域中, 市场支配地位的认定以及市场份额的计算等问题也是比较困难的; 网络领域的市场结构还有着自身的独特特点, 如竞争性垄断市场结构的出现、垄断的暂时性及不稳定性<sup>[7]</sup>等, 这都给网络领域中垄断的认定带来了困难。

## 五、对搜索引擎竞价排名商业模式的法律规制

### (一) 对竞价排名商业模式予以规制的必要性

百度之所以遭致众网站和社会公众的不满, 原因有多方面, 但百度的双重身份尤其是其竞价排名业务无疑遭到了最严厉的抨击。从搜索引擎的发展历程看, 早期的搜索引擎服务是纯粹免费的, 后来却变成了有选择的收费, 百度也不例外。在发展初期, 搜索引擎因竞争激烈、尚未站稳脚跟, 很注重提高搜索功能和搜索的有效性、注重搜索质量及用户体验。然而等到占据较大的市场份额甚至市场支配地位后, 百度适时推出了竞价排名网络推广等商业模式, 进行选择收费。在这种情况下, 百度一方面是向公众免费提供的信息搜索工具, 具有公益性质, 理应提供优质、有效的服务; 另一方面, 又因竞价排名而难以摆脱与经济利益的纠葛。在经济利益的驱使下, 原本应作为第三方中立平台的搜索引擎, 在搜索结果的公正性与商业利益之间开始摇摆不定。百度的双重身份使自己丧失了自证清白的能力, 也让公众不得不对其公正性和权威性产生怀疑。对公众而言, 最不能容忍的甚至不是对搜索结果的干预, 而是百度故意不将广告标示为“广告”、混淆视听, 从而甚至被指为虚假广告、违法行为的“帮凶”。

百度案暴露出了竞价排名模式中存在的问题, 急待纠正和解决。主要包括: 其一, 自然搜索结果与付费搜索结果混合在一起, 让消费者难辨真伪, 容易导致误认和混淆。虽然百度声称竞价排名与自然排名是相互独立的两个服务系统, 但从目前的运作来看, 对公众而言, 根本无从得知两者的界限在何处, 无从分辨搜索结果中是否夹杂了人工干预成分, 哪些属于竞价排名的结果、哪些属于自然搜索结果。其二, 百度对索引中被收录的网站行使的处罚权是否合法、正当? 这种类似于网络世界中的“执法权”的行使是否应受适当限制? 其三, 对于希望被百度收录、排名靠前的网站而言, 其困扰在于不清楚游戏规则、不知自己做错了什么、不知有无机会申辩以及如何恢复收录等。是否应公布、公开相关规则? 其四, 已被我国央视曝光的涉及大量虚假广告等问题。

笔者认为, 上述问题的背后隐藏着对方兴未艾的互联网产业持续、健康发展可能造成的种种不利和阻碍。搜索引擎及竞价排名之困从根本上反映了我们在互联网管理、立法上的滞后, 尤其是网络商业行为包括网络广告方面。我国至今尚无明确立法以规制搜索引擎商, 其竞价排名等网络推广行为基本上是“逍遥法外”, 由此导致其定性和法律适用等若干争议不断。如竞价排名是否属于商业广告,

是否受、以及是否应受《广告法》等法律约束,《反不正当竞争法》《反垄断法》及《广告法》在网络领域的适用也仍处于摸索中。

在笔者看来,竞价排名商业模式的产生和发展无疑是网络产业发展的一个新的经济增长点,但任何商业行为都不可能完全不受法律规制,在这一点上没有例外。如果放任竞价排名模式自由发展、屏蔽等处罚措施任意而为的消极效应是非常明显的,无论是对电子商务商家间的公平竞争,还是对消费者及广大公众的福利,都是不利的。竞价排名是一种典型的网络推广和营销行为,当然应被纳入商业广告的范围,对其进行监管和规制。现实已表明,“竞价排名”急需在法律层面上予以定性,完善《广告法》等法律法规更是非常必要和紧迫。

更加遗憾的是,在缺乏相关法律规范的同时,我国搜索引擎行业的相关行业标准和规则也近乎空白。“各个服务商所使用的搜索结果的排名算法规则、反作弊机制的实施均没有统一的标准或者行业规范。”<sup>[1]</sup>诸如算法、技术等信息都处于秘密状态,证据很难收集、查证;屏蔽、降权等处罚措施及其具体标准等急需相关行业标准或规则的建立,从而实现公开化、透明化和统一化,这才能从根本上解决问题,并为司法认定提供若干明确标准。这就需要行业协会等组织发挥主要作用、并加强行业自律。

## (二)来自国外的监管经验

在对搜索引擎商的管理方面,许多国家都在积极探索,有些国家加大了立法力度,积累了一定的经验。如美国联邦贸易委员会和美国搜索行业协会认为,搜索引擎是一种社会工具,是个影响力巨大的媒体。因此,美国联邦贸易委员会专门作出几项要求:一是广告内容与新闻内容必须明确标示、清晰明了;二是不能屏蔽搜索结果,不能通过人工干预搜索结果。另外,还将互联网广告同其他广告一样严加管理。近年来,韩国也陆续通过了与网络信息有关的几个法案,对互联网的全面管理和规范中明确包括了对搜索引擎的管理。

## (三)若干建议

1. 立法上明确竞价排名、关键词广告等网络推广、商业模式的法律性质,将其纳入网络广告、商业广告的范围,受《广告法》约束。

2. 采用立法或行业规范的方式,明确各方利害关系人在与搜索结果和搜索排名有关的权力和权利方面的分割或分配,或者确立一般规则。搜索引擎的排名纷争,主要反映了搜索引擎商与被收录网站(当然还涉及社会公众)在搜索结果及排序方面的决定权的分配问题,目前的状况是权力过于集中甚至“暗箱操作”,完全由搜索引擎商说了算。该问题的解决有赖于排名规则等信息的公开、统一,以及规则制定权、决定权等权力归属的明晰,并适度增大收录网站的参与和知情程度。这样才能实现双赢效果,既不伤害搜索引擎商赖以生存、发展的竞价排名商业模式的根基,对众多网站也更公平,便于其适时知悉相关信息并及时作出调整,还可避免搜索引擎商遭遇公众的信任危机。

3. 针对虚假广告等问题,互联网行业主管部门应加强行业监管,并对搜索引擎商施加一定压力,迫使其对搜索引擎营销业务的客户加强审核和监督。

4. 加强企业自律。企业自律也是搜索引擎行业健康、有序发展的重要保证和措施。《中国互联网自律公约》的第9条规定了行业自律义务,行业经营者应从全国、全行业整体利益的高度出发,积极推进行业自律,创造良好的行业发展环境。建议百度等搜索引擎商对原先的竞价排名运作模式进行改造,剔除不规范做法和消极影响。比如,可以向Google学习,采用竞价排名广告及其结果与自然搜索结果分开呈现的方式,清晰明了,泾渭分明。

## 结语

阿尔温·托夫勒在《权力的转移》中指出:“世界已经离开了依靠金钱与暴力控制的年代,而未来世界政治的魔方将控制在信息强权的人手里,他们会使用手中所掌握的网络控制权、信息发布权,利

用强大的语言文化优势,达到暴力与金钱无法征服的目的。”搜索引擎的影响力和辐射力如此之大,我们必须警惕搜索引擎商从对技术权力的合理追求转向经济权力的贪婪追求、继而转向社会控制力的越界追求这样的危险。只有有意识地防范搜索引擎的滥用和垄断,我们才有可能构建一个公平、祥和、有秩序、有严肃道德底线的网络社会<sup>[5]</sup>。

注释:

① 以下简称“百度”。

② 该网站是一个经合法注册、备案的网站,成立于2005年6月1日,“盟主”网名为“踏雪无痕”。因其“美人鱼”个人文学网站在2004年12月被百度屏蔽,他联合了近千个人网站站长签名,以表达对百度的强烈不满。但近日笔者发现该网站已不存在。有人猜测是因为百度对先前被屏蔽网站的大量解封行为导致了该联盟的瓦解。

③ 以下简称“唐山人人公司”。

④ 详细案情和百度的胜诉原因请参见:董慧娟:《搜索引擎商的屏蔽行为构成垄断吗?——从百度被诉垄断一案谈起》,载《知识产权》2010年第1期第60-64页;佟姝:《百度被诉垄断案背后的思考——唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案评析》,载《中国专利与商标》2010年第1期第61-65页。

⑤ 这9项指控分别为:(1) Violation of Right to Free Speech under the U. S. Constitution and the California Constitution (2) Attempted Monopolization under Section 2 of the Sherman Act (3) Monopolization under Section 2 of the Sherman Act (4) Violations of the Communications Act 47 U. S. C. § § 201 et seq., (5) Unfair Competition under California Business and Professional Code § § 17200 et seq., (6) Price Discrimination under California Business and Professional Code § 17045, (7) Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing (8) Defamation and Libel and (9) Negligent Interference with Prospective Economic Advantage 参见: <http://www.glawinfo.com/>.

⑥ 参见佟姝:《百度被诉垄断案背后的思考——唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案评析》,载《中国专利与商标》2010年第1期第64页。这篇论文的作者是一位法官,因此部分地代表了百度一案审理时法官的观点和看法。

⑦ 参见 <http://tech.sina.com.cn/roll/2005-05-28/1059620537.shtml>

⑧ 有站长声称,百度竞价排名广告的营销人员往往挑选那些逐渐开始在自然搜索结果中排名靠前的网站作为目标,先电话询问是否使用竞价排名业务,遭到拒绝后很可能对该网站实行封杀。

⑨ 关于“不竞价就封站”的恶意屏蔽行为对竞争的限制和影响,详细论述请参见:董慧娟:《搜索引擎商的屏蔽行为构成垄断吗?——从百度被诉垄断一案谈起》,载《知识产权》2010年第1期第64页。

参考文献:

- [1] 佟姝. 百度被诉垄断案背后的思考——唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案评析[J]. 中国专利与商标, 2010(1): 63-64, 64
- [2] 佚名. 谷歌遭被封杀网站起诉, 网页排名机制受质疑[EB/OL]. 纬通互联网, <http://aaaaidc.com/html/zixunzhongxin/zharrchangzixun/2009/0908/4186.html> 2007-12-26
- [3] 李薇. 网站搜索排名沉底诉讼案, Google被判胜诉[EB/OL]. 比特网, <http://net.chinabyte.com/285/2490785.shtml> 2007-07-24
- [4] KNDERSTART.COM, LLC v. GOOGLE, INC. Case No. C06-2057 JF (RS). 转引自佟姝. 百度被诉垄断案背后的思考——唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案评析[J]. 中国专利与商标, 2010(1): 64
- [5] 杜骏飞. 从“屏蔽门”谈构建公平健康网络社会[EB/OL]. 新浪网, <http://news.sina.com.cn/c/2008-11-11/072714710951s.shtml> 2008-11-11
- [6] 王晓晔. 反垄断立法热点问题[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2007. 5-6
- [7] 罗凌. 网络时代反垄断法面临的挑战及对我国的启示[J]. 经济法论坛, 2006(00): 412-414, 418

(全文共13562字)