

搜索引擎操纵搜索结果行为的 反垄断法规制

阳东辉*

摘要:基于获得更高的搜索广告收入和排挤竞争对手的目的,搜索引擎公司往往通过搜索偏见和恶意屏蔽等操纵搜索结果行为实施垄断,滥用市场支配地位,欺骗和误导消费者。目前我国适用反垄断法规制操纵搜索结果行为面临指导理论滞后、双边市场界定细则缺失、未将操纵搜索结果作为新型滥用市场支配地位行为予以枚举、专业的搜索中立监测机构缺位等诸多困境。我国可以借鉴美国和欧盟有关搜索引擎操纵搜索结果行为的反垄断执法经验,明确规定反垄断法适用的理论基础和条件,确立双边市场的界定标准,具体列举操纵搜索结果的行为样态,对滥用市场支配地位者实施有限的举证责任倒置以及成立专业的搜索服务监测机构。

关键词:操纵搜索结果行为 搜索广告 搜索偏见 搜索中立 反垄断法

一、问题的提出

随着互联网时代的到来,人们对搜索引擎的依赖日益增强,搜索引擎关键词广告也成为谷歌、百度等搜索引擎巨头的主要收入来源。但是,2016年4月“魏则西事件”^①的爆发,使得搜索引擎操纵搜索结果行为的事实与危害暴露于世人面前。遗憾的是,“魏则西事件”最后在我国不了了之。无独有偶,在2016年美国大选时,世界搜索引擎巨头谷歌就曾被质疑改变候选人的搜索自动补全建议来帮助希拉里拉票,舆论哗然。^②当然,无论是中国的百度,还是美国的谷歌,尽管被质疑涉嫌操纵搜索结果,但最终涉嫌违法的搜索引擎均没有受到法律制裁。与中美两国对搜索引擎操纵搜索结果行为的反垄断执法失之于宽相比,欧盟则严格得多。2017年,谷歌因将自己的比较购物服务置于搜索结果页榜首,而将10大竞争对手的比较购物服务降至搜索结果

* 广西大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX081)

① 参见李湘蓉:《魏则西事件始末:涉事医院究竟有无资质》,http://www.chinanews.com/gn/2016/05-03/7855782.shtml, 2020-04-01。

② See Pamela & Cath Levett, Election Landscape, Wall Street Journal, Nov. 10, 2016.

果第4页,被欧盟委员会处以创纪录的24.2亿欧元的罚款,^①由此开创了对搜索引擎操纵搜索结果行为严格执法的先河。搜索引擎操纵搜索结果作为一种新型的网络竞争行为,究竟是一种正常的商业模式,还是一种违法的垄断或不正当竞争行为?如何对其进行法律规制?我国反垄断法未对上述问题作出明文规定,2021年3月国务院反垄断委员会颁布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)尽管对屏蔽店铺、搜索降权等搜索引擎操纵搜索结果行为作为分析认定限制交易和差别待遇等滥用市场支配地位行为的考量因素,但概念不周延,规定零散且存在行为样态遗漏。我国法学理论界和实务界对于该问题的研究尚付阙如。因此,笔者在此试图对搜索引擎操纵搜索结果行为的反垄断规制问题展开研究,以期抛砖引玉,求教于同仁。

二、搜索引擎操纵搜索结果的行为样态及危害

(一)搜索引擎操纵搜索结果的行为样态

搜索引擎返回的搜索结果分为自然搜索结果与付费搜索结果两种类型。自然搜索也称随机搜索,其搜索结果完全由搜索引擎的算法程序给予自动排列。付费搜索也称赞助搜索、竞价排名或搜索引擎付费广告,是一种互联网营销服务,以客户对关键词的竞价为依据,将购买同样关键词的广告客户网站链接在搜索结果中进行先后排序。^②许多搜索引擎基于自身利益考虑,往往以自然搜索为名,行付费搜索和人工操纵搜索结果之实。搜索引擎操纵搜索结果具体表现为以下两种行为样态:

1. 搜索偏见。用户借助搜索引擎寻找有用的、高质量的信息并希望搜索引擎能为其提供高质量的搜索结果。当搜索引擎为一部分用户提供比其他用户更高质量的结果或者基于网络内容提供商的请求,偏袒其中的一个内容提供商而不是另一个内容提供商时,搜索偏见就会产生,用户可能会受到损害。美国学者巴蒂亚·弗里德曼和海伦·尼森鲍姆将搜索偏见定义为“搜索引擎整体性歧视某些个人或群体以支持其他人的搜索情形”。^③我国有学者认为,搜索偏见是指搜索引擎在回应搜索请求时,通过运算或人为操纵方式,使返回的搜索结果带有一定的偏差和倾向,并不客观公正。^④美国学者奥伦·布拉恰和弗兰克·帕斯夸莱采用了更宽泛的定义,将“涉及操纵或把持搜索引擎结果的任何现象”视为偏见。^⑤欧盟委员会将搜索偏见定义为“相对于付费广告而言,降低了未付费搜索结果的排名”的行为。^⑥诚然,搜索偏见的产生存在两种不同情

^① See European Comm'n, Antitrust: Commission Fines Google € 2.42 Billion for Abusing Dominance as Search Engine by Giving Illegal Advantage to Own Comparison Shopping Service, June 27, 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm, 2021-01-23.

^② 参见严安:《百度搜索满意度和忠诚度影响因素实证研究》,《图书与情报》2013年第2期。

^③ See Batya Friedman & Helen Nissenbaum, Bias in Computer Systems, 14 ACM Transactions on Information System, 332 (1996).

^④ 参见陈世华:《搜索引擎偏见:合理性与不合理性——从百度竞价排名风波说起》,《科学与管理》2009年第4期。

^⑤ See Oren Bracha & Frank Pasquale, Federal Search Commission? Fairness, Access, and Accountability in the Law of Search, 93 Cornell Law Review, 1167 (2008).

^⑥ See Europa, Antitrust: Commission Probes Allegations of Antitrust Violations by Google, Nov. 30, 2010, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1624>, 2020-12-20.

形:第一种是基于搜索算法本身的特征或基于用户网络搜索个性化的目的而产生的搜索结果不同于其他结果的情形,这种情形产生的搜索偏见是算法本身所固有的,是不同于搜索引擎良性竞争的表现,不在反垄断法规制之列。第二种搜索偏见发生在搜索引擎硬编码或手动编程时,将其自己的网站添加到搜索结果页面顶部予以推广,或者无正当理由更改某些企业产品与服务的排名,公然无视最佳算法的自然搜索结果。与发生搜索偏见的第一种情况不同,这种偏见是不必要的,因为搜索引擎仅为了支持自己的产品和增加收入而操纵搜索结果,没有考虑搜索结果的质量。

2. 恶意屏蔽。与搜索偏见相比,恶意屏蔽行为对网站经营者的影响更大,因为其直接剥夺了网站在搜索结果中显示的机会。搜索引擎公司恶意屏蔽有两种方式:一是屏蔽坏的消息,对竞价排名中出价高的企业,搜索引擎公司会利用网络技术设置自动程序,屏蔽掉与其相关的负面消息,使得顾客只能收集到对该企业有利的消息,从而增加点击率。二是屏蔽好的消息,迫使企业进行广告交易。例如,百度屏蔽 365 数码网公司,迫使其继续做竞价排名广告,这是明显的“强迫交易行为”。^① 又如,谷歌威胁并使用硬编码从搜索结果中删除某些网站,以损害这些竞争对手的利益并增加谷歌自身的收入。这种威胁是有效的,因为谷歌在横向搜索中占市场支配地位。由于网站流量急剧下降,从谷歌横向搜索中除名通常是网站的丧钟。例如,一家宠物供应网站被谷歌从横向搜索中删除后,网站流量减少了 96%。^② 具有市场支配地位的搜索引擎公司恶意屏蔽竞争对手或客户的网站及其内容,以获取竞争优势或广告收入的行为,是一种极其严重的滥用市场支配地位的垄断行为,亟须法律予以规制。

(二) 搜索引擎操纵搜索结果行为的危害

1. 排挤竞争对手。占市场支配地位的搜索引擎通过提高竞争对手的成本使其处于不利地位。谷歌利用搜索引擎优势来支持自己的下游事业,如谷歌的邮件、日历和市场平台。谷歌通过将搜索流量定向到自己的产品,可以有效地歧视竞争对手,并迫使他们进入更昂贵的其他分销渠道。^③ 这种偏见通过将竞争对手拒之于关键输入(如访问互联网消费者)门外,或者迫使竞争对手在分销渠道上花费比在公平的搜索结果中所需更高的费用来损害竞争对手。^④ 更为严重的是,无论广告客户的关键词竞标出价是多少,谷歌都可以针对相同的展示位置向广告客户收取更高的费用。在“劫持”场景下,搜索引擎可以降低在自然搜索中出现的潜在广告主的排名,以迫使企业使用搜索引擎做广告。在极端情况下,谷歌可能会收取任意高的费用,足以导致事实上拒绝与竞争对手交易。因此,操纵搜索结果行为的负效应非常明显,它是搜索引擎的一种自我推销和选择性惩罚行为,利用自己的市场支配地位,将竞争对手排挤出市场,实现信息搜索市场和搜索广告市场的垄断和利润独占,严重剥夺竞争对手公平竞争的机会。

2. 欺骗和误导消费者。众所周知,搜索结果排名是影响用户从搜索结果页面中选择链接网站的最重要因素。因此,对搜索结果排名的任何操纵行为都会直接损害消费者的利益,因为谷歌

^① 参见许浩:《百度“点击欺诈”各方说法不一》,《中国经济周刊》2006 年第 34 期。

^② See Chamberlain Grp., Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

^③ See Daniel Lyons, They Might Be a Little Evil, Newsweek, June 1, 2009; Greg Sterling, Once Again Should Google be Allowed to Send Itself Traffic?, Search Engine Land, Dec. 13, 2010.

^④ See Amir Efrati, Rivals Say Google Plays Favorites, Wall Street Journal, Dec. 13, 2010.

等搜索引擎一直宣称其搜索结果是按照相关性大小进行排序的,搜索结果操纵行为使得消费者不能够辨别哪些是最相关的结果,并且他们对被操纵的结果一无所知。从用户的角度看,这种有意降低自然搜索结果排名的行为可能会增加用户的搜索成本,因为用户不得不花费更多时间来查找相关结果,最终损害消费者的利益。由于消费者在搜索结果排名中处于严重的信息不对称地位,很容易被人工操纵的排名结果欺骗和误导,误以为排名第一的搜索结果肯定是相关性和影响力最大的产品和服务提供商,最终上当受骗,让类似“魏则西事件”的悲剧不断发生。

三、对搜索引擎操纵搜索结果行为进行反垄断法规制的法理基础

(一)转换成本理论

1. 转换成本的定义。转换成本理论是确定搜索引擎是否具有市场支配地位的一种重要理论基础。转换成本是指从特定商品或服务的一个供应商转换到另一个供应商时产生的成本,包括货币成本和用户时间成本。^① 货币成本又分为兼容性成本、合同成本、交易成本、搜索成本、学习成本、不确定性成本和购物成本。因为转换成本通常会阻止消费者从一个供应商切换到另一个供应商,所以另一个供应商通常会隐性或显性地补贴转换成本,如向用户提供大量折扣或向新用户提供免费培训。如果转换成本非常高,以至于用户会留在现任供应商而不是转向他们认为其产品更好的新供应商,或者用户转换供应商的成本超过转换收益,那么用户会被“锁定”。用户时间成本是指用户从一个供应商转换到另一个供应商必须耗费的时间代价。高转换成本可能导致市场定义狭窄,从而导致被告市场份额占比高。高转换成本也可能导致进入壁垒和竞争对手扩张障碍。拥有高市场份额的被告与遭遇进入壁垒和扩张障碍的竞争对手相结合常常导致法院得出具有市场支配力的裁判结论。^② 根据“美国诉微软公司案”^③的判例规则,如果消费者在面临5%至10%的价格上涨时转换产品,那么这两个产品市场具有可替代性。一般而言,用户搜索特定类型信息的频率越高,用户就越有可能培养出对特殊目的网站的偏好,并通过回忆、书签或应用程序“直接”抵达那里。不同搜索引擎之间的转换成本越低,观察到的切换概率就越大,从更大范围定义相关市场的观点就越有说服力。

2. 转换成本理论在评估市场支配力中的作用。高转换成本的存在导致法院定义的市场较为狭窄。如果市场足够狭窄,那么被告将倾向于拥有较高的市场份额,这可以用来证明推断市场支配力的合理性。当然,高市场份额并不一定意味着拥有市场支配力。如果扩大剩余供应商或新的进入很容易,那么即使是市场份额较高的公司也可能只拥有有限的提高价格的权力。同样,转换成本也起着重要的作用。高转换成本将限制新的进入并阻碍竞争对手的扩张,具有很高市场份额的公司更有利于提高价格。因此,高转换成本使得高市场份额和市场力量之间的联系更为紧密。低转换成本意味着用户可以在方便的时候在垂直搜索引擎或其他搜索应用程序组合之

^① See Joseph Farrell & Paul Klemperer, Coordination and Lock-in: Competition With Switching Costs and Network Effects, in Handbook of Industrial Organization, Volum 3, Elsevier B. V. Amsterdam, 2007, pp.1967-1971.

^② See Aaron S. Edlin & Robert G. Harris, The Role of Switching Costs in Antitrust Analysis A Comparison of Microsoft and Google, 15 Yale Journal of Law & Technology, 189(2012-2013).

^③ See *Christianson v. Colt Indus. Operating Corp.*, 486 U.S. 800, 808-09 (1988).

间切换。实际上,在搜索语境下,切换成本甚至更低,用户确实可以使用多个不同的引擎,并且可以在几秒钟内在它们之间进行切换。鉴于搜索引擎之间的转换成本很低,其他搜索引擎进入搜索市场也不存在进入壁垒,因此可以将搜索市场定义为一个独立的产品市场。必须指出,搜索引擎市场与脸书、微博等社交网络市场不同,前者与后者之间不存在互相切换关系,搜索引擎是通过用户输入关键词的方式主动寻找信息,而脸书、微博等社交网络没有这种主动搜索功能,因此两者不属于同一个产品市场。

(二)搜索中立理论

1. 搜索中立的含义。搜索中立是指搜索引擎向互联网用户生成最有用的结果,并按照最佳质量排序显示他们,而非手动篡改的结果。例如,想要在线购买新鞋的运动员在搜索引擎中输入“越野跑鞋”,他希望搜索结果中包含与越野跑鞋有关的全部网站。此外,他还希望第一个结果页面上的网站是跑鞋质量最好的或最相关的,并且排名靠前的搜索结果比排名靠后的搜索结果质量更好。这种搜索结果显示被认为是搜索中立,因为其不带有个人倾向和利益关系。在搜索中立的情况下,搜索引擎算法主要关注客观标准,如关键词、页面的可信度和链接等。

2. 搜索中立之论争。(1)“反对搜索中立说”。搜索引擎公司的利益代理人对搜索中立持反对意见,他们认为,搜索中立是不现实的,原因如下:第一,搜索引擎利用算法和方程式在互联网上生成序列和内容,这些算法决定哪条信息是最佳规则以及如何对其进行度量。显然,确定最佳产品和服务的过程是主观的。第二,在政治色彩、经济利益因素影响下的搜索结果,即使出现异常也是正常的,是搜索引擎发展的必然结果。第三,若引入一套新的规则,由政府来管理搜索结果,以确保搜索结果的公平和中立,则在实践中将面临巨大的挑战。如何排序才算公平?没有搜索引擎公司之间的竞争和实验,必将抑制搜索引擎相关科学技术的进步。^① 反对“搜索中立”规则最有力的论据是,搜索中立将使每个搜索引擎上的结果排名相似,从而为所有搜索引擎公司寻找新的、创新的方法,在日益复杂的网络上寻找最佳答案制造了一个强有力的抑制因素。搜索中立强制实施标准化结果消除了创新的潜力,并将搜索转化为商品,削减了消费者的福利。^② (2)“赞成搜索中立说”。法学家、互联网企业和消费者团体大都支持搜索中立的观点,他们认为搜索结果应该是自然计算的结果,几乎不需要人工干预,或者人工干预可以忽略不计。搜索中立表现为搜索引擎不应区别对待各个网站,只能区分正确的结果,搜索引擎不应该排除依靠访客浏览量生存的网站,搜索引擎只应该根据一般规则对网站进行排名,而不应根据个人标准对网站排名进行升级和降级,搜索结果应最大限度满足客户的需求。^③ 搜索偏见会导致专业搜索市场竞争对手用户流量流失,因而产生市场封锁效应。在搜索免费的情况下,搜索偏见会降低搜索结果的相关性,从而降低搜索质量,损害消费者的福利。^④ 目前,“赞成搜索中立说”为主流学说,它有利于维护消费者和互联网商家的利益。

3. 确立搜索中立原则的意义。(1)搜索中立可以成为判断搜索引擎是否滥用市场支配地位

^① 参见[美]梅里莎·梅尔:《网络搜索中立》,http://news.163.com/10/0722/08/6C6E03_M7000146BD.html, 2019-05-28。

^② See Marissa Mayer, Do Not Neutralise the Web's Endless Search, Financial Times, July 14, 2010.

^③ 参见[美]凯文·凯利:《搜索引擎的中立原则》,http://www.sciencenet.cn, 2020-03-20。

^④ 参见唐要家、杨越:《支配搜索引擎偏见行为的市场封锁效应》,《产业经济评论》2019年第6期。

的准绳。占市场支配地位的搜索引擎具有维持搜索中立和确保市场竞争的重大责任,若偏袒自己或他人的服务,也就是说,存在搜索偏见,则可以被认定为滥用市场支配地位,据此承担反垄断法方面的责任。例如,2017年6月29日,欧盟裁定谷歌滥用其在搜索领域的垄断地位,并在搜索结果中偏爱自家服务,因为“谷歌购物”不受标准算法的影响,其排名位于搜索结果榜首,违反了反垄断法,所以欧盟委员会向谷歌开出了创纪录的24.2亿欧元的巨额罚款。^① (2)搜索中立有利于互联网企业之间开展公平竞争。搜索引擎是互联网用户访问在线服务、查找海量信息的入口。确立搜索中立原则,可以确保搜索引擎公平对待一切流量和应用,包括对竞争对手都一视同仁,防止占市场支配地位的搜索引擎排挤竞争对手、人为操纵搜索结果,从而维护公平竞争的市场秩序,发挥搜索引擎信息入口看门人的作用。(3)搜索中立可成为搜索引擎责任豁免的理由。由于搜索引擎是定位网页的主要方式,因此他们必须以无偏见的方式来获取这些信息。搜索引擎公司往往以“搜索中立”的幌子为自己披上圣洁的道德外衣,以便在信息中介的意义上最大程度地获得责任豁免,如同侵权责任法中的避风港原则。其理由是,搜索引擎对网页的自动收录、抓取和排序是通过某种算法自动实现的,符合客观中立原则。^②

(三)必要设施理论

1.必要设施理论的含义。必要设施理论认为,互联网相当于今天的电力,消费者依靠互联网进行社交、教育、工作、娱乐和新闻报道。因此,类似于消费者应该获得公平的电力供应,消费者同样应该能够访问互联网提供的信息。必要设施理论要求,当垄断者对设施或资源拥有独占控制权时,只要允许使用是切实可行的,就必须共享使用权。^③ 例如,命令铁路公司共享轨道的使用,命令电信公司共享有线网络的使用等。搜索引擎已符合必要设施要求,因为其提供对互联网的访问,而谷歌凭借其对互联网搜索的垄断,实际上是控制互联网访问的唯一必要设施。谷歌本可轻松地与其他搜索引擎共享访问权,但却选择使用掠夺行为来推销自己的产品,并以违反反托拉斯法的方式降级竞争对手的产品。谷歌之所以能够以这种掠夺性的方式行事,是因为其垄断了互联网搜索。因此,根据必要设施原则,法院可以命令谷歌分享其资源的使用权,允许谷歌根据网站的价值对其进行公平排名,而不是根据他们是否与谷歌竞争进行排名。^④ 这将允许消费者访问在线信息,并能防止谷歌损害竞争。

2.搜索引擎操纵搜索结果反垄断规制能否适用必要设施理论。占市场支配地位的搜索引擎屏蔽竞争对手网站或通过人工编辑降低搜索结果排名,是否可以根据必要设施原则进行反垄断法规制,学术界存在“肯定说”和“否定说”两种观点:(1)“肯定说”。持“肯定说”的学者认为,谷歌在横向搜索领域处于垄断地位,竞争对手无法复制谷歌的资源,谷歌有能力向其竞争对手提供合

^① 参见《谷歌的24.2亿欧元罚款突出了“搜索中立”和防范守门人的重要性》, <http://www.techweb.com.cn/world/2017-06-29/2549348.shtml>, 2021-04-02。

^② 参见杨晖:《论网络搜索服务中知识产权间接侵权的司法认定——兼评网络搜索的中立性》, <https://www.civillaw.com.cn>, 2020-10-30。

^③ See Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, Aspen Publishers, 2012, p. 771.

^④ See Lisa Mays, *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*, 83 *The George Washington Law Review*, 722(2015).

理的设施使用权,但谷歌通过在搜索结果页上对自己的产品进行硬编码升序以及将其他商家的产品降序的方式,拒绝将其设施给竞争对手使用。因此,反托拉斯机构应该更严格地执行搜索中立,并根据必要设施原则对谷歌等具有市场支配地位的搜索引擎进行监管,以阻止其利用市场支配力来破坏竞争。必要设施原则要求对共同使用的基础设施或资源进行反垄断控制,除非有更大的竞争理由支持这种行为。此项原则适用于谷歌,因为其搜索引擎已经达到网络搜索的必要设施要求。^① 该学者还认为,占支配地位的搜索引擎(尤其是谷歌)已经成为消费者访问网站的“瓶颈”。当垄断者控制特定市场中必不可少的竞争资源时,如果该资源无法复制,尽管可以与竞争对手共享该资源,但垄断者拒绝竞争对手使用该设施,那么可能导致反托拉斯责任。^② 必要设施理论假定占支配地位的搜索引擎是互联网的瓶颈:其可以有效地决定哪些网站最终成功和哪些网站失败。^③ 在反垄断执法实践中,欧盟委员会通常先审查涉嫌滥用市场支配地位行为是否违反必要设施原则,在确认涉嫌行为不存在违反必要设施原则的可能性后,再审查该行为主体是否通过施加不公平贸易条件、歧视经营对手以及强加合同义务等形式滥用市场支配地位。^④ (2)“否定说”。持“否定说”的学者认为,必要设施理论不适用于搜索引擎,理由有二:第一,必要设施必须具有垄断性,而谷歌、百度等搜索引擎缺乏反托拉斯意义上的垄断力量,其要面临诸如脸书、苹果、亚马逊和其他竞争对手的竞争。第二,垄断者控制的“设施”必须是必不可少的、实际上不可能复制的,并且在该设施能够共享的情况下,垄断者必须拒绝竞争对手对其进行使用。谷歌的搜索引擎很难被认为是“必需的”。因为还有其他类似的搜索引擎,用户可以轻松地进行切换而不会产生任何费用,通过使用其他搜索引擎,网站可以轻易接触到潜在的客户。^⑤ 第三,必要设施必须具有非竞争性或共享性,而谷歌等搜索引擎的结果排名具有竞争性。有学者认为,搜索结果排名不具有必要设施的“非竞争性”,因为谷歌、百度没有法定义务将其不可共享的财产——在其结果页上的主要位置——让给竞争对手,强迫垄断者与竞争对手分享其优势会阻止垄断者充分占有自己的投资回报,导致垄断者减少投资,并导致创新减少。^⑥

3. 引入必要设施理论的意义。我国目前缺乏运用必要设施理论指导反垄断司法实践的判例,反垄断法中也没有明确规定必要设施理论。因此,在我国反垄断立法中引入必要设施理论很有必要。(1)必要设施的共享性有利于抑制大型搜索引擎针对竞争对手的排斥行为。如果无法在全球最常用的搜索引擎中获得公平排名,那么其他网站就无法与谷歌、百度等搜索引擎巨头竞争,因为他们无法访问相同的受众群体。如果占市场支配地位的搜索引擎通过不正当的手段获得竞争优势,如将竞争对手列入黑名单、在搜索结果页上对自己的产品进行硬编码升序以及将竞

^① See Lisa Mays, *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*, 83 *The George Washington Law Review*, 756 (2015).

^② See Thomas F. Cotter, *The Essential Facilities Doctrine*, in Keith N. Hylton ed., *Antitrust Law and Economics* 1-2, 2008, pp.1-2.

^③ See Frank Pasquale, *Dominant Search Engines: An Essential Cultural & Political Facility*, in Berin Szoka & Adam Marcus eds., *The Next Digital Decade*, FeckFreedom, 2010, pp.401-402.

^④ Vgl. Körber, *Google im Fokus des Kartellrechts*, WRP, Juli, 2012, 761, 766 ff.

^⑤ See *Chas. Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Relations*, 262 U.S. 522, 538-39 (1923).

^⑥ See Marina Lao, *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, 11 *Northwestern Journal Technology & Intellectual Property*, 299-304 (2013).

竞争对手的产品降序等,那么会将竞争对手排挤出市场。因此,谷歌等占市场支配地位的搜索引擎有能力和责任向其竞争对手提供合理的设施使用权。必要设施理论要求谷歌将所有的服务(包括自己的服务)保持在完全相同的标准上,使用完全相同的爬行、索引、排名、显示和惩罚算法。这种解决方案是完全可行的,也是监管成本最低的。如果竞争对手能够在谷歌的通用搜索中得到正确排序,那么授予准入权足矣。简言之,必要设施的共享性有利于制止占市场支配地位的搜索引擎公司违反搜索中立原则,排斥竞争对手。(2)必要设施原则有利于保护消费者和内容提供商的利益。尽管谷歌搜索在美国和欧盟占据主导地位,但一旦竞争对手有机会与谷歌竞争,创新将大幅增加。而必要设施原则恰恰不允许占市场支配地位的搜索引擎公司独占搜索市场,以便让其他搜索引擎公司也有机会共享搜索结果资源,进行公平竞争,这将极大地使消费者受益。必要设施理论作为反垄断的有力武器,将迫使谷歌、百度等搜索引擎公司公平竞争,不得将其搜索引擎作为展示自己产品的橱窗,而必须将其作为用户寻找最相关信息的实际入口。总之,必要设施理论能确保搜索市场保持开放竞争的姿态,有利于保护消费者和内容提供商各方的利益。

四、我国反垄断法规制搜索引擎操纵搜索结果行为面临的困境

(一)反垄断法的指导理论滞后

欧美国家在转换成本理论、搜索中立理论和必要设施理论的基础上构成一个完整的反垄断法理论体系。反观我国的反垄断立法,仅在2019年国家市场监督管理总局发布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》(以下简称《暂行规定》)第10条提到“确定其他经营者进入相关市场的难易程度,可以考虑……用户转换成本”等因素。《暂行规定》第16条还规定了交易相对人可以使用具有市场支配地位经营者的“必要设施”问题,即“禁止具有市场支配地位的经营者……拒绝交易相对人在生产经营活动中,以合理条件使用其必要设施”。2021年3月颁布的《指南》第14条明确规定将必要设施原则作为拒绝交易行为违法性认定的一个重要考量因素,即控制平台经济领域必要设施的经营者拒绝与交易相对人以合理方式进行交易可认定为拒绝交易行为。但是,《指南》不具有严格的法律约束力,其法律位阶和权威性不够。由上观之,我国反垄断法的指导理论比较滞后:(1)反垄断法中基础理论的地位太低,没有在反垄断法总论部分将转换成本理论、搜索中立理论和必要设施理论作为指导思想和总的原则予以规定,导致位阶不高,难以发挥其在反垄断法中的宏观理论指导作用。(2)立法零散、不周延,搜索中立等具有鲜明时代特征的反垄断法理论在我国立法中没有体现出来。(3)缺乏将必要设施理论、转换成本理论细化的可操作性规则,导致在司法实践中适用不能。

(二)双边市场界定细则缺失

百度和谷歌两家搜索引擎巨头恶意屏蔽或者降低某些网站的搜索结果排名是否构成反垄断法上的滥用市场支配地位,首要的问题是界定搜索引擎市场和搜索广告市场是两个独立的产品市场还是统一的双边市场?对此,学术界和实务界的认识不一:有学者认为搜索引擎提供的是免费服务,不符合相关市场的定义要求。^①也有学者认为专业网站、社交网络和手机应用程序也可

^① 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》,《中国专利与商标》2010年第1期。

以成为搜索服务的替代品,因此应将整个互联网应用程序作为相关市场。因为搜索引擎服务仅仅是互联网应用的一部分,在10大互联网应用中,即时通信、搜索引擎和电子邮件均榜上有名,使用率均超过60%,在这种情况下,百度在整个互联网应用市场上不构成支配地位。当然,也就不需要承担反垄断法上的责任。^①还有学者认为,就搜索引擎而言,运营商绝大部分利润来源于广告业务,其与直接竞争者争夺的必然是广告业务资源,因此将整个广告市场界定为相关市场较为适宜。^②美国联邦贸易委员会认为“搜索广告”构成独立的相关市场。^③我国还有学者认为,搜索服务市场有明确的服务范围和空间范围,已经形成法律意义上的相关市场。^④

诚然,双边市场最显著的特点是具有“交叉网络外部性”,即双边市场的网络外部性既取决于交易平台一边的用户数量,又取决于交易平台另一边的用户数量,是一种具有“交叉”性质的网络外部性。^⑤只有这两种类型的消费群体同时出现在平台中,并同时对该平台提供的产品或服务有需求时,平台的产品或服务才真正有价值。搜索服务市场和搜索广告市场就属于这种相互依存的双边市场。百度对用户的免费使用模式是为了在用户规模上获得优势,只有具有相当数量的用户规模,才会吸引企业付费在百度上投放广告。因此,根据经济学的双边市场理论分析可知,既不存在单独的搜索引擎市场,也不存在单独的广告市场,两者共同构成典型的双边市场。^⑥尽管我国反垄断法未对双边市场的界定作出明确的规定,但《指南》第4条针对平台经济的特点已作出具有突破意义的概括性规定,即可以根据平台一边的商品界定相关商品市场,也可以根据平台所涉及的多边商品分别界定多个相关商品市场,还可以考虑跨平台效应将该平台整体界定为相关商品市场。但是,必须指出,上述规定过于原则和抽象,没有具体的操作性标准,在司法实践中法官难以具体适用。例如,究竟在什么情况下双边平台应分别界定为两个市场?在什么情况下应将双边平台整体界定为一个市场?交易性双边市场与非交易性双边市场在相关商品市场界定方面有何不同?免费的注意力市场是界定为单边市场还是与平台的另一边(互联网广告市场)合并界定为一个整体市场?对于上述问题《指南》语焉不详,由此导致在双边市场中相关商品市场界定标准缺失,司法实践中观点不一,法律适用无所依归。

(三)滥用市场支配地位行为枚举存在遗漏

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第17条明确列举的6种滥用市场支配地位行为并没有包含搜索引擎操纵搜索结果这种新型的垄断行为。但是,《指南》对规制搜索降权行为已有所涉猎,《指南》第15条和第16条将平台经营者通过“屏蔽店铺、搜索降权、流量限制”等惩罚性措施对交易相对人实施限制、强迫交易相对人接受其商品或服务作为分析认定“限

^① 参见李剑:《百度“竞价排名”非滥用市场支配地位行为》,《法学》2009年第3期。

^② 参见蒋岩波:《互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件》,《法学家》2012年第6期。

^③ See Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick FTC File No. 071-0170, December 20, 2007.

^④ 参见翟巍:《欧盟谷歌反垄断案》,载张平主编:《网络法律评论》(第17卷),北京大学出版社2015年版,第297页。

^⑤ See Roberto Roson, Two-sided Market: A Tentative Survey, 4 Review of Network Economics, 142 (2005).

^⑥ 参见王先林:《中国反垄断法实施热点问题研究》,法律出版社2011年版,第114页。

定交易”和“搭售或者附加不合理交易条件”的一个参考因素。我国有学者认为,“不竞价就封站”等操纵搜索结果行为的恶意性和垄断性比较明显,百度选择对部分网站实施封杀,迫使其付费交易,这显然构成歧视待遇,属于《反垄断法》第17条第6项规定的“歧视交易”行为。^①令人不解的是,《指南》第17条并没有将“屏蔽店铺、搜索降权、流量限制……”等歧视性行为纳入“差别待遇”的认定因素之中,这或许是立法者的一个重大疏漏。

无论是“限制交易”“差别待遇”还是“搭售或者附加不合理交易条件”,均无法囊括搜索引擎操纵搜索结果的所有行为样态。因为屏蔽网站或者给竞争对手的搜索结果降权以及给自己或关系人的搜索结果升级与优待,不一定有交易行为发生,很多时候是通过牺牲短期交易利益将竞争对手排挤出市场的方式来换取长期的市场垄断利益,有的时候,滥用优势地位对下游企业和用户实施惩罚或优待的目的是以权谋私、恃强凌弱。但是,屏蔽网站、自我优待和搜索降权等操纵搜索结果的行为不仅直接剥夺了某些市场主体入市参与竞争的机会,而且破坏了市场的公平竞争秩序,更造成误导消费者的严重后果,因此必须在反垄断法中严厉禁止。遗憾的是,我国反垄断法制定之时,互联网搜索结果操纵的危害性尚未充分暴露,《反垄断法》未将搜索引擎操纵搜索结果作为典型的滥用市场支配地位行为予以枚举,《指南》虽然对规制屏蔽店铺、搜索降权等操纵搜索结果行为有所涉猎,但其概念不太周延,没有将平台给自己或关系人优待作为操纵搜索结果的行为表现予以枚举,也没有涵盖搜索引擎针对非竞争对手、用户等主体的搜索偏见行为,导致我国现行反垄断立法无法对搜索引擎无正当理由操纵搜索结果的所有行为进行严格规制。

(四)专业的搜索中立监测机构缺位

搜索引擎操纵者靠逆向工程搜索算法来谋生。为了维护搜索中立原则,防止占市场支配地位的搜索引擎操纵搜索结果,应当要求搜索引擎披露其运行方式以及对结果进行排名的方法,有些甚至要求全面、真实地披露控制索引、搜索和优先级排序的基础规则(或算法)。由于算法涉及很强的专业技术性,并且受商业秘密法的保护,因此不宜向普通搜索广告客户和竞争对手披露,最佳方案是向具有丰富专业知识的中立第三方披露。另外,根据2012年6月生效的《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第8条的规定,在滥用市场支配地位的反垄断诉讼中,由原告承担被告在相关市场内具有市场支配地位和滥用行为的举证责任。该条规定无疑加重了原告的举证责任,因为在与搜索引擎有关的反垄断案件中,由于与搜索有关的技术优势、算法规制及处罚规则等重要信息几乎全部掌握在搜索引擎公司手里,且这些信息往往是不公开的,搜索引擎公司拥有对被搜索网站实施降权、屏蔽、封杀、减少收录等惩罚措施的技术权力,因此,被封杀网站很难掌握相关信息和证据以证明搜索引擎公司的市场支配地位及其滥用技术权力行为。^②传统的“谁主张,谁举证”原则对原告极其不利,严重影响了这类案件的立案和公正处理。美国学者埃德尔曼建议,应该成立专门的搜索中立监测机构,负责认定和调查搜索引擎是否违反搜索中立原则,从事操纵搜索结果之类的垄断行为;同时,搜索引擎应该向该专业机构的特殊专家披露所有人工调整的自然结果,以便有足够的信息来辨别是否存在

^① 参见董慧娟:《对我国网络领域反垄断第一案的再思考》,《河北法学》2011年第1期。

^② 参见董慧娟:《对我国网络领域反垄断第一案的再思考》,《河北法学》2011年第1期。

偏见。^① 遗憾的是,《反垄断法》和相关立法并没有成立这类互联网专业监测机构的任何规定,甚至连成立该机构的设想都没有,这给规制搜索引擎操纵搜索结果行为的反垄断执法带来很大的困难。

五、搜索引擎操纵搜索结果行为反垄断法规制困境之破解

(一)明确规定我国反垄断法适用的理论依据和条件

为了加强理论的指导作用和统领力,笔者建议我国在未来修订《反垄断法》时,将转换成本理论、搜索中立理论和必要设施理论纳入总则条文之中,并将其适用条件具体化。具体构想如下:第一,转换成本理论可作为认定相关市场的理论依据,假定被告在一段时间内小幅提高商品价格,如果需求者转向购买其他商品,那么可认定转换成本较低,两种产品构成同一相关市场;反之,则可认定两种产品为两个不同市场。第二,明确规定搜索中立作为互联网领域反垄断的基本原则,任何操纵搜索结果,排挤竞争对手,欺骗、误导消费者的行为均为非法。第三,将必要设施理论引入具有网络效应的互联网反垄断领域,并明确规定必要设施理论的适用条件:原告必须证明(1)垄断者对设施的控制具有消除下游市场竞争的能力,(2)竞争对手不能合理地复制该设施,(3)垄断者拒绝将该设施交给竞争对手使用,(4)与垄断者共享使用权是可行的。

(二)在《反垄断法》中明确双边市场的界定标准

为了增强可操作性,笔者建议将学术界有关双边市场认定的最新研究成果引入《反垄断法》的修订之中,明确双边市场认定的基本规则。对交易型双边市场,如银行卡市场,由于平台起交易中介的作用,利用其信息资源将两边客户的需求连接在一起,平台的利润来自向双边用户收取的总费用,两边用户(持卡人和商家)实际上处于同一个产品或服务市场,^②因此应根据产品功能替代法,将平台整体界定为一个市场。对非交易型双边市场,应根据不同的情况分别予以处理:对只有一边存在网络效应的非交易型双边市场,通常对具有网络效应的一边采取低价或者免费策略,因此应在不存在网络效应的一边(如竞价排名的搜索广告市场)界定相关市场。因为不具有网络效应的一边是双边市场平台企业的利润来源,这与欧盟采取的以利润来源市场界定相关市场^③的习惯做法保持一致。在非交易型双边市场中,免费一边的平台企业(如搜索引擎运营商)是通过提高免费服务的质量来吸引用户的注意力的,由于该免费一边也存在同类企业的竞争压力,若争端发生在免费一边,则可采用功能替代法^④界定相关市场。

(三)在“滥用市场支配地位”中明确列举搜索引擎操纵搜索结果的行为类型和样态

《反垄断法》第17条没有将搜索引擎操纵搜索结果行为列为滥用市场支配地位的垄断行为之一,导致对此类行为的反垄断法规制失之于据。为了增强法律适用的可预期性和可操作性,应

^① See Ben Edelman, Remedies for Search Bias, Feb. 22, 2011, <http://www.benedelman.org/news/022211-1.html>, 2019-06-12.

^② 参见宁立志、王少男:《双边市场条件下相关市场界定的困境和出路》,《政法论丛》2016年第6期。

^③ 参见吕明瑜:《网络产业中市场支配地位认定面临的新问题》,《政法论丛》2011年第5期。

^④ 功能替代法是假设性垄断测试的一种变体,以假设性的“微小但显著且非短暂的质量下降”为依据来界定相关市场。See John M. Newman, Antitrust in Zero-price Markets: Applications, 94 Washington University Law Review 71(2016).

在未来修订《反垄断法》时,明确将占市场支配地位的搜索引擎操纵搜索结果的行为定性为滥用市场支配地位行为,并将此类操纵搜索结果行为进一步细化为以下 3 种基本样态:(1)搜索结果优待,即搜索引擎在搜索结果页上违背公平原则,将自己或第三人(关系人)的产品进行硬编码升序;(2)搜索结果降权,即搜索引擎无正当理由将竞争对手或第三人的产品或服务在搜索结果中予以降序;(3)屏蔽搜索结果,即搜索引擎无正当理由屏蔽竞争对手或客户的网站。

(四)对“滥用市场支配地位”者实施有限的举证责任倒置

考虑到被搜索网站和搜索引擎公司双方之间信息和技术的不对等,在滥用市场支配地位的举证责任方面,可以打破传统的“谁主张,谁举证”原则,实行有限的举证责任倒置原则。由原告提出被告具有市场支配地位和滥用市场支配地位的初步证据,而后转移举证责任,由被告证明自己没有市场支配地位和自己行为的正当性;否则,不能免除被告的责任。另外,在滥用市场支配地位的民事诉讼中,涉及搜索引擎公司掌握的信息和技术,包括进行屏蔽、封杀、降权的正当性,应当由搜索引擎公司承担证明自己不存在此类行为或者自己的屏蔽、封杀、降权行为具有正当性的举证责任。而原告只须证明受到降权、封杀、屏蔽等不公正待遇即可。

(五)成立专业的搜索服务监测机构

搜索引擎操纵搜索结果案件涉及市场界定、竞争分析等内容,不仅需要大量的专业知识和搜索算法等技术手段,还涉及企业商业秘密保护问题,原告很难接触到此类证据,因此需要成立由专家组成的中立的第三方监测机构来完成该任务。为了保证新成立的搜索服务监测机构能够顺利行使监测职权,建议以立法方式赋予专业搜索服务监测机构一定的调查取证权,该机构有权进入搜索引擎公司的数据库并调取相关资料和数据,有权获取搜索算法及相关保密材料,但负有保密义务。同时,还应以立法的方式承认专业搜索服务监测机构发布的信息的证明力,扩大有效证据的范围,为原告收集证据提供便利。^① 总之,成立专业的搜索服务监测机构有利于贯彻落实搜索中立原则,有利于操纵搜索结果反垄断案件的证据收集和日常监管,克服信息不对称的弊端。

六、结 论

自从进入互联网时代以来,搜索引擎运营商操纵搜索结果的行为及其负效应日益显现。搜索偏见和恶意屏蔽是搜索引擎的一种自我推销和选择性惩罚行为,其利用搜索引擎运营商的市场支配地位,将竞争对手排挤出市场,实现信息搜索市场和搜索广告市场的垄断和利润独占,严重剥夺了竞争对手公平竞争的机会,对消费者构成严重的欺骗和误导。因此,美国和欧盟开始运用反垄断法对该行为进行严格规制。在理论方面,以转换成本理论作为认定相关市场的依据,以搜索中立原则作为认定滥用市场支配地位的准绳,以必要设施理论作为被排挤竞争对手的救济手段,实现搜索引擎使用权的共享。我国应顺应世界互联网搜索引擎的发展趋势,吸取域外搜索引擎操纵搜索结果行为反垄断规制的成功经验,从理论和制度两个方面对我国反垄断法进行修订和完善。由此,我国必将终结搜索引擎巨头操纵搜索结果这一限制竞争行为,避免搜索引擎误导用户和消费者,实现搜索服务市场和搜索广告市场的良性竞争和协调发展。

责任编辑 翟中鞠

^① 参见袁亚晴:《滥用市场支配地位纠纷中的举证责任研究》,硕士学位论文,西南政法大学,2017年,第22页。