

2018 年第十六届“理律杯”模拟法庭大赛

起
诉
状

第 01 号代表队呈递

目录

第一部分 当事人信息	1
第二部分 法律适用	1
第三部分 诉讼请求	2
第四部分 基本事实	3
第五部分 程序部分的理由	4
一、本案案由为网络侵权责任纠纷、不正当竞争纠纷	4
二、本案符合起诉条件，法院应予受理	4
（一）本案符合原告适格条件	4
（二）本案具有明确被告	5
（三）本案应由被告所在地基层人民法院管辖	5
三、本案包括著作权侵权和不正当竞争两个诉讼请求，可以合并审理	5
（一）本案的著作权侵权和不正当竞争可合并审理	5
（二）本案可由法院决定是否合并审理	6
第六部分 实体问题的理由	7
一、系争单条微博构成著作权法上的作品	7
（一）系争单条微博的内容属于文学科学艺术领域	7
（二）单条微博具有独创性	7
（三）小结：系争单条微博满足作品的构成要件，受著作权法保护	8
二、原告依据《四方协议》享有单条四方微博的复制权和信息网络传播权的独占许可	8
（一）《四方协议》应解释为独占许可使用合同	8
（二）《四方协议》合法有效	8
（三）小结：《四方协议》合法有效，不存在无效和可撤销情形，原告依据《四方协议》享有单条四方微博的复制权、信息网络传播权独占许可	10
三、被诉侵权行为不构成合理使用	10
（一）被诉侵权行为不符合《著作权法》第二十二条所列举的合理使用情形	10
（二）被告不能在上述列举情形之外再适用《著作权法实施条例》第二十二条创设新的合理使用情形，更不能仅依据“高度转换性使用”创设合理使用情形	11
（三）即便法院认为可以在《著作权法》第二十二条之外仅依据《著作权法实施条例》第二十一条判断是否构成合理使用，被诉侵权行为依然不构成合理使用	12
（四）小结：被诉侵权行为不符合《著作权法》第 22 条、《著作权法实施条例》第 21 条的规定，更不具有“高度转换性”，不构成合理使用	13
四、被告侵犯了原告对于用户单条微博的复制权和信息网络传播权，应承担侵权责任	13
（一）被告以技术手段同步用户四方微博账户内容的行为构成直接侵权	13
（二）在用户自行上传微博内容的情况下，被告作为网络服务提供商构成间接侵权	16
（三）被告不能依据《博闻协议》3.4 免除其侵权责任	17
（四）小结：被告构成直接和间接侵权，应承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任	18
五、《反不正当竞争法》对《著作权法》起到有限的补充保护作用	18
六、被告的同步抓取行为违反《反不正当竞争法》第十二条第二款	18
（一）被告实施了同步抓取行为	18
（二）被告的同步抓取行为违反了《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项	18
（三）小结：被告的同步抓取行为违反了反不正当竞争法第十二条	20
七、本案中，应当首先考虑被告的同步抓取行为是否违反《反不正当竞争法》第十二条第二款的具体规定，如不适用再考虑是否可以通过第二条的一般条款予以规制	20
八、即使法院认定被告的同步抓取行为没有违反《反不正当竞争法》第十二条，被告的同步抓取行为仍违反了《反不正当竞争法》第二条	21
（一）原被告都是互联网平台的经营者，二者具有直接的竞争关系	21
（二）被告的抓取行为损害了原告的合法权益	21
（三）被告的抓取行为违反了商业道德，具有可责性	23

（四）小结：被告的同步抓取行为违反了反不正当竞争法第二条	28
九、被告应承担损害赔偿的民事责任	28
（一）被告应赔偿侵权微博所得的流量收益和原告维权费用	28
（二）如果流量收益难以计算，可以通过酌定方式进行赔偿	28
十、结论	29
第七部分 启示与思考	29

第一部分 当事人信息

原告：四方公司
住所地：XXXXXXXXXXXX
法定代表人：XXX
联系方式：XXX-XXXX-XXXX
委托代理人：xxA，四方律师事务所律师
 xxB，四方律师事务所律师
(其他信息略)

被告：博闻公司
住所地：北京市XXXXXXXX
法定代表人：XXX
联系方式：XXX-XXXX-XXXX
委托代理人：xxx，xx律师事务所律师
(其他信息略)

第二部分 法律适用

综上，原告方将本案应当适用和参照适用的主要法律法规列明如下：

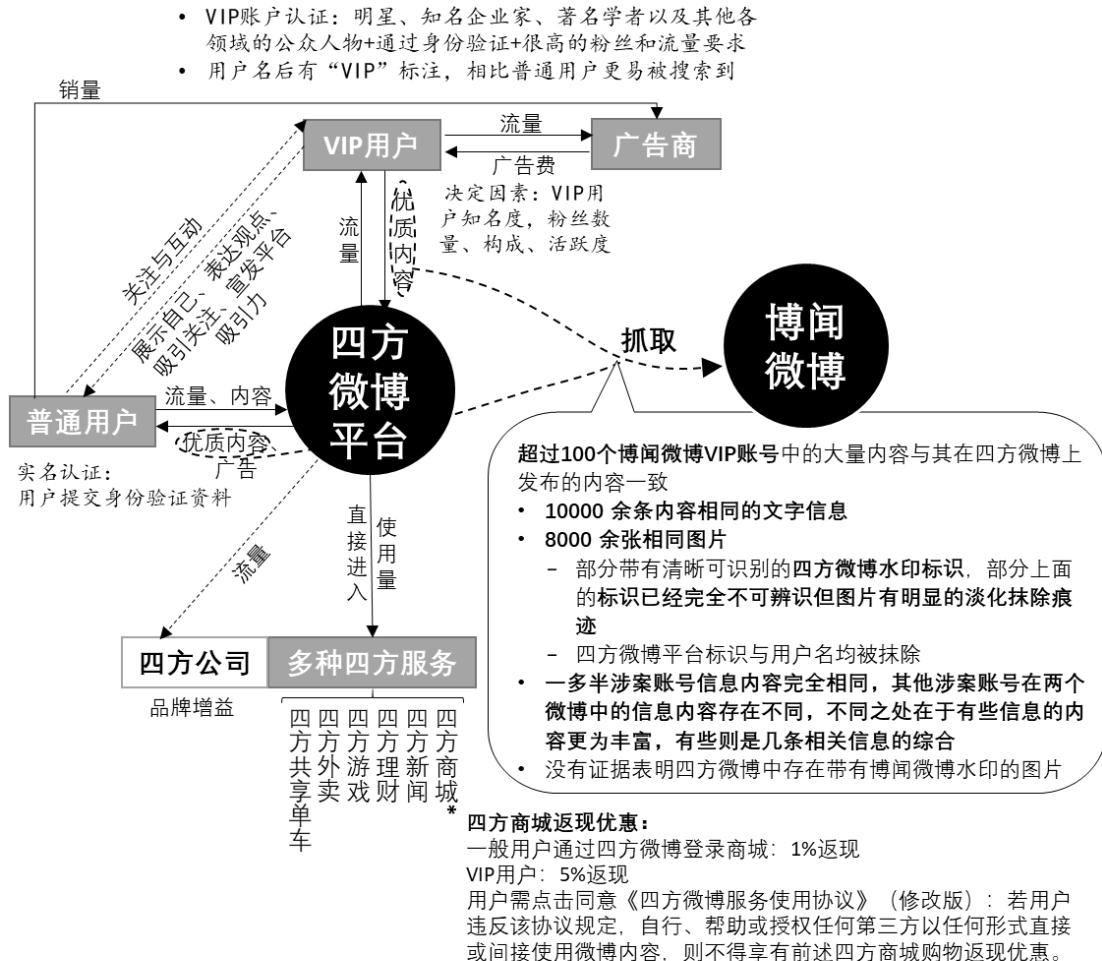
颁布机关	法律名称	施行时间	本状简称
法律			
全国人民 代表大会	《中华人民共和国合同法》	1999. 10. 01	《合同法》
全国人民 代表大会 常委会	《中华人民共和国民事诉讼法》	2017. 07. 01	《民事诉讼法》
	《中华人民共和国消费者权益保护法》	2014. 03. 15	《消保法》
	《中华人民共和国侵权责任法》	2010. 07. 01	《侵权责任法》
	《中华人民共和国著作权法》	2010. 04. 01	《著作权法》
	《中华人民共和国反不正当竞争法》	2018. 01. 01	《反不正当竞争法》
	《中华人民共和国资产评估法》	2016. 12. 01	《资产评估法》
行政法规			
国务院	《中华人民共和国著作权法实施条例》	2013. 03. 01	《著作权法实施条例》
	《信息网络传播权保护条例》	2013. 03. 01	无
司法解释			

最高人民法院	《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》	2013. 01. 01	《最高人民法院关于信息网络传播权的规定》
	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》	2009. 05. 13	《最高院合同法解释二》
部门规章			
反垄断委员会	《关于相关市场界定的指南》	2009. 07. 06	无
工商行政管理总局	《网络交易平台合同格式条款规范指引》	2014. 07. 30	
行业规定			
中国互联 网协会	《互联网搜索引擎服务自律公约》	2012. 11. 01	《自律公约》

第三部分 诉讼请求

1. 判令被告停止对四方微博的抓取行为、公开赔礼道歉、消除影响并赔偿相应损失。
2. 判令被告承担本案全部诉讼费用。

第四部分 基本事实



第五部分 程序部分的理由

一、本案案由为网络侵权责任纠纷、不正当竞争纠纷

根据最高人民法院的《民事案件案由规定》，本案案由确定为网络侵权责任纠纷和不正当竞争纠纷。

二、本案符合起诉条件，法院应予受理

根据《民事诉讼法》第 119 条，起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。本案中原告的起诉符合法定条件，法院应予以受理。

（一）本案符合原告适格条件

1. 对本案的著作权诉讼请求，原告四方公司具有适格性

《四方微博服务使用协议》（以下简称《四方协议》）为专有许可使用合同，四方公司为四方微博内容的专有被许可人，与本案具有直接利害关系，为本案的适格原告：

（1）根据《四方微博服务使用协议》第1.5条，原告具有起诉的权利

《四方协议》1.5 规定：“用户同意并无偿授权四方微博平台以四方微博平台名义就侵犯用户合法权益的行为……采取任何形式的法律行为，包括但不限于投诉、诉讼等必要的维权措施，由此获取的全部赔偿款项归微博平台独立所有……”。根据该条款的文义，四方微博用户已授权四方公司就侵犯微博内容著作权的行为进行诉讼并由四方公司获取全部赔偿款项。因此，依据上述协议 1.5，原告具有起诉的权利。

（2）原告作为著作权专有许可使用人，依法有权起诉

法律规定和司法实践均认可著作权专有被许可人依法有权起诉。首先，《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第 1 条等一系列司法解释均规定，独占许可使用合同的被许可人有权单独向法院提出申请。¹ 其次，司法实践中同样认可著作权专有被许可人的诉权。最高人民法院工作纪要中指出，知识产权民事纠纷案件的起诉人包括独占、排他许可合同的被许可人。² 北京市知识产权法院也曾判决专有被许可人有权独立起诉。³ 本案四方公司是四方微博内容的专有被许可人。根据《四方协议》3.1，用户授予了原告著作权的独占许可，且该协议合法有效，因此根据该协议原告是四方微博内容的专有被许可人，依法有权起诉。

（3）原告与本案有直接利害关系

《民事诉讼法》第 119 条第 1 项中的“直接利害关系”指的是原告与被告之间争议直接涉及自己的民事权益。⁴ 如上所述，原告作为著作权专有被许可人，其被侵犯的著作权专有许可权属于绝对权，属于我国侵权责任法的保护范围。⁵ 原告作为著作权专有被许可人，具有权利保护的利益，即诉的利益保护的必要性。由于专有被许可人拥有完全使用、收益著作财产权的权利，而包括著作权人在内的其他人都被排除了使用、收益的权利，在侵权行为

¹ 《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第 1 条、《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》第 1 条、《关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第 1 条均规定知识产权独占许可合同的被许可人可以直接向法院提起诉讼。

² 《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》法〔1998〕65 号。

³ 北京知识产权法院(2018)京 73 民终 161 号。

⁴ 张卫平：《民事诉讼法》，292 页，北京，法律出版社，2016 年。

⁵ 王利明，周友军，高圣平：《中国侵权责任法原理》，62 页，北京，人民法院出版社，2010 年。

发生时，受侵害程度最高的是著作权专有被许可人。对于诉讼请求的实现而言，相比于著作权人及其他人，著作权专有被许可人具有最密切的利害关系、最为关注权利纠纷的解决，并期待展开最为充分的诉讼活动。因此，应当认定原告作为专有被许可人与本案有直接利害关系。

（4）小结：原告四方公司符合本案著作权纠纷的当事人适格要求

2. 本案的不正当竞争纠纷中，原告符合当事人适格要求

加多宝（中国）饮料有限公司等与广州医药集团有限公司等虚假宣传纠纷上诉案¹中，北京高院进一步明确了不正当竞争案件中原告适格的标准，即经营者之间因为具体法律行为和法律关系的存在而建立特定化的联系，或遭受合法权益的损害。

本案中，被告通过抓取原告微博平台的微博内容并上传至自己网站的方法，吸引访问量、扩大影响力，会分流四方微博的客户群，进而影响到原告四方微博网站的生存问题，从而对原告的预期利益和市场份额造成影响。该损害包括已然发生的损害，也包括可能发生和今后可能发生的损害，且属于根据一般常识可以预见到的损害，无需直接证据证明。²故本案原告因被告的不正当竞争遭受了损害，与本案具有利害关系。

（二）本案具有明确被告

根据《民事诉讼法》第119条第2项，民事诉讼要求有明确被告。本案被告北京博闻科技有限公司，具有明确的名称、住址、联系方式，故本案被告明确，符合起诉条件。

（三）本案应由被告所在地基层人民法院管辖

根据级别管辖和地域管辖，可确定本案应由被告所在地的基层人民法院管辖。分述如下。

1. 根据级别管辖规定，本案应由基层人民法院管辖

根据《最高人民法院关于知识产权法院案件管辖等有关问题的通知》³第1条，知识产权法院所在市辖区内的第一审知识产权民事案件，除法律和司法解释规定应由知识产权法院管辖外，由基层人民法院管辖，不受诉讼标的额的限制。根据《最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定》，本案不属于上述规定第一条中一审应由知识产权法院管辖的情形，故本案应由基层人民法院审理。

2. 根据地域管辖规定，本案应由被告所在地基层人民法院管辖

根据《民事诉讼法》第21条第2款，对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。根据《民诉法解释》第21条，法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。本案中，被告博闻科技有限公司的住所地在北京市某区，故根据一般地域管辖的规定，本案应由被告所在地基层人民法院管辖。

三、本案包括著作权侵权和不正当竞争两个诉讼请求，可以合并审理

（一）本案的著作权侵权和不正当竞争可合并审理

根据《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》（以下简称《审理指南》）1.4，同一案件中，针对同一被诉侵权行为，原告既主张侵害著作权又主张违反《反不正当竞争法》第2条的，可以一并审理。根据上述《审理指南》1.5，同一案件中，针对同一主体的多个被诉侵权行为，原告主张部分行为侵害著作权、部分行为构成不正当竞争的，可以根据案件情况决定是否一并审理。

¹ 北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第879号。

² 北京知识产权法院(2017)京73民终2102号。

³ 法〔2014〕338号。

因此，本案中的著作权侵权和不正当竞争两个诉讼请求可以合并审理。

（二）本案可由法院决定是否合并审理

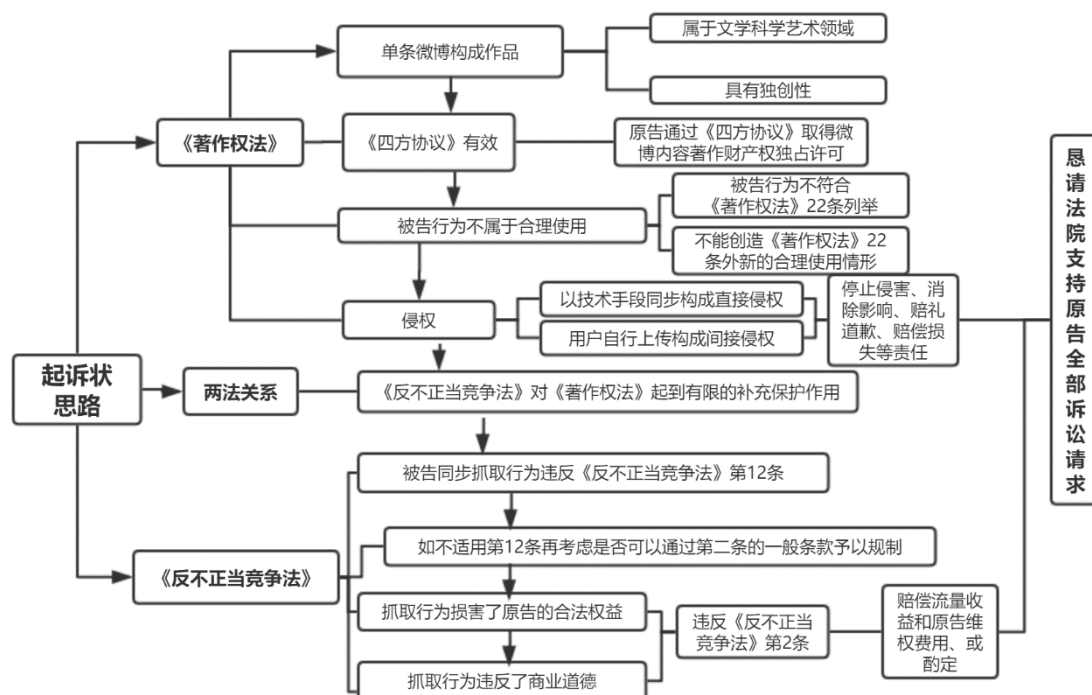
本案涉及诉的客体合并。现行民事诉讼法只有关于诉的主体合并的规定，而无关于诉的客体合并的规定，相应规定见于《民事诉讼法解释》第 221 条，即基于同一事实发生的纠纷，当事人分别向同一人民法院起诉的，人民法院可以合并审理。

最高人民法院在厦门国际银行厦门思明支行、厦门国际银行股份有限公司与福建圣丰融资担保有限公司金融借款合同纠纷二审¹中认定，根据民事诉讼诉的合并的理论，基于同一事实发生的纠纷，当事人以不同的诉讼请求向人民法院起诉的，原告可以在起诉时申请人民法院合并审理，以利于诉讼经济、避免矛盾判决。而最高人民法院在福建博信药业有限公司与中国建设银行股份有限公司闽侯支行等金融借款合同纠纷案²中明确，我国法律并无客体合并审理必须经当事人同意的强制性规定。故在本案中，法院可以决定合并审理，以减少诉累，避免两诉认定矛盾。

¹ 最高人民法院（2013）民一终字第 30 号。

² 最高人民法院（2016）民辖终 302 号。

第六部分 实体问题的理由



一、 系争单条微博构成著作权法上的作品

根据《著作权法》第3条与《著作权法实施条例》第2条，著作权法的作品构成要件包括1) 属于文学艺术科学领域；2) 具有独创性；3) 能以某种有形形式复制。单条微博显然具有可复制性，故以下主要就文学艺术科学领域和独创性展开论述。

(一) 系争单条微博的内容属于文学科学艺术领域

系争的100多个博闻微博VIP账号中的10000条与四方微博内容相同的文字信息和相同的8000张图片，是公众人物的自我展示与观点表达以及文化娱乐行业的宣发内容，属于文学艺术科学领域的表现形式。

(二) 单条微博具有独创性

独创性的构成要件有二：1) 作品为独立创作；2) 满足最低限度的创造性。¹

第一，系争单条微博满足独立创作。独立创作指创作者独立完成作品，²四方微博的单条微博由用户自主上传，除转发、转载、引用的微博外，均满足独立创作的要求。

第二，系争单条微博也满足作品相对于作者所实际参考的信息应当具有最低限度的创造性。³最低限度的创造性要求表达能够体现作者独特的智力判断与选择、展示作者的个性。系争作品来源于四方微博的VIP账户。四方微博的VIP用户是明星、知名企业家、著名学者以及其他各领域的公众人物，其对于观点的表达与自我的展示以及宣传的文案、图

¹崔国斌：《著作权法：原理与案例》，69页，北京，北京大学出版社，2014，第1版。

²崔国斌：《著作权法：原理与案例》，70页，同前。

³崔国斌：《著作权法原理与案例》，73页，同前。

片、视频，具有个体的智力判断与选择，体现出其个性与独创性。另外，200 字的字数并不能够限制作品的独创性，因为 200 字已经足够创造出具有统计一次性的作品。¹

（三）小结：系争单条微博满足作品的构成要件，受著作权法保护

二、原告依据《四方协议》享有单条四方微博的复制权和信息网络传播权的独占许可

本案系争微博属于著作权法保护的客体，以下论证系争微博著作权的归属。四方公司通过与用户签订《四方协议》²，获得了用户在《著作权法》第 10 条第 5 项、第 10 项下的复制权、信息网络传播权的独占使用权。

根据《合同法》第 39 条第 2 款，《四方协议》属于格式合同。根据司法实践，³对其解释和效力判断的顺序应遵循先进行解释而后进行效力判断的顺序。《四方协议》属于著作权独占许可使用合同，且合法有效。

（一）《四方协议》应解释为独占许可使用合同

首先，根据《合同法》第 125 条的规定，应按照合同的词句、有关条款、目的、交易习惯及诚实信用原则对《四方协议》解释。《四方协议》1.3 规定用户同意不可撤销地授权四方微博平台作为微博内容的独家发布平台，并规定了用户发表的微博内容仅在四方微博平台上予以独家展示。其中“不可撤销”、“独家”的词语，从通常人的理解判断，指涉的应是“专有”或“转让”之义，故该协议的性质应介于著作权转让合同和著作权专有许可使用合同之间。而按照《合同法》第 41 条，采用不利于提供格式条款一方即四方公司一方的解释，故可以确定《四方协议》的性质为著作权专有许可使用合同。

其次，《四方协议》著作权专有许可的性质属于独占许可。本案《四方协议》1.3 第二款明确禁止著作权人即用户以同样方式使用微博内容，故《四方协议》中的专有许可使用具有独占性质。

综上，《四方协议》应解释为独占许可使用合同。

（二）《四方协议》合法有效

《四方协议》属于著作权独占专有许可使用合同合法有效，论证如下。

1. 《四方协议》不存在无效情形

格式合同无效的法律依据，主要为《合同法》第 40 条中提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利、违反《合同法》第 52 条和 53 条的情形，以及

《消保法》第 26 条第 2 款存在排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定情形。《四方协议》不存在《合同法》第 40 条中的无效事由，且未违反《消保法》第 26 条第 2 款。

¹ 国家版权局版权管理司关于某儿童歌曲标题著作权纠纷给××市第二中级人民法院的答复权司[1999]第 39 号：“古体诗词，常常只有几十字，几个句子。如果每个句子都有独到之处，那么这些句子都可以单独受著作权保护。”

² 《四方协议》主要条款：1.3 微博内容，是指用户在四方微博上发布的信息，包括但不限于文字、图片、视频、音频等。不论微博内容是否构成著作权法意义上的可保护客体，用户同意不可撤销地授权四方微博平台作为微博内容的独家发布平台，用户发表的微博内容仅在四方微博平台上予以独家展示。未经四方微博平台事先书面许可，用户不得自行、帮助或授权任何第三方以任何形式直接或间接使用微博内容，包括但不限于自行、帮助或授权任何第三方发表、复制、转发、更改、引用、链接、下载、同步或以其他方式使用部分或全部微博内容等。

1.5 用户同意并无偿授权四方微博平台以四方微博平台名义就侵犯用户合法权益的行为（包括但不限于复制、使用、编辑、抄袭、在第三方平台上再次发布微博内容的行为）采取任何形式的法律行为，包括但不限于投诉、诉讼等必要的维权措施，由此获取的全部赔偿款项归微博平台独立所有，同时，用户承诺积极配合微博平台行使上述权利，并按照微博平台要求提供相应的证明文件和相关协助。

³ 上海市第二中级人民法院（2009）沪二中民二（终）字第 2130 号；上海市第二中级人民法院（2009）沪二中民二（终）字第 1931 号。

(1) 《四方协议》未减轻或免除自身责任

免除责任而导致合同无效的情形，应限于《合同法》53条中免责条款无效的规定。虽然《合同法》第40条规定格式合同提供方免除其责任的情形属于格式合同无效情形，但结合《合同法解释二》第9条，一般情况下的格式合同提供方免除或者限制自身责任属于合同可撤销而非合同无效情形，故应对《合同法》第40条进行体系解释，将导致合同无效的“免除其责任”限于《合同法》53条规定的免责条款无效的情形，即1)造成对方人身伤害或2)因故意或者重大过失造成对方财产损失免责的条款无效。

因此，《四方协议》并不存在以上两种条款，故其未免除自身责任。

(2) 《四方协议》未加重用户责任

《四方协议》中并未出现任何迫使用户承担不当责任的情形，故未加重对方责任。

(3) 《四方协议》未排除用户主要权利

《四方协议》是著作权专有许可使用授权协议，原告未减损任何用户在合同下的权利。

依据《合同法》第40条及《合同违法行为监督处理办法》11条，“主要权利”应为依法变更或者解除合同的权力、请求支付违约金的权利、请求损害赔偿的权利、解释格式条款的权利、就格式条款争议提起诉讼的权利、消费者依法应当享有的其他权利。依照上述规定，用户的主要权利主要是基于合同本身而生的权利，如关于合同争议解决的相关权利。

本案中，《四方协议》并未减损这些权利，论证如下。

首先，《四方协议》未排除用户依法变更或者解除合同的权力。《四方协议》1.1最后明确规定，如用户对该协议或协议的任何部分存有任何异议，即可停止使用四方微博服务，该规定明确了用户可以随时终止该协议，并未排除用户依法变更或者解除合同的权力。

其次，《四方协议》不存在排除用户请求支付违约金的权利、请求损害赔偿的权利、解释格式条款的权利、就格式条款争议提起诉讼的权利、消费者依法应当享有的其他权利的相关条款，故不属于以上情形。

因此，《四方协议》未排除用户主要权利。

(4) 《四方协议》不属于《消费者权益保护法》第26条第2款的无效情形

《消保法》第26条第2款¹有关合同无效的规定类似于《合同法》第40条的规定，但其采用的“排除或者限制消费者权利”较《合同法》的“主要权利”更为宽泛。《四方协议》同样未排除或者限制消费者权利。

第一，依据该规定后半句“等对消费者不公平、不合理的规定”，“排除或者限制消费者权利”是对消费者不公平、不合理规定情形的具体列举，因此应将该规定理解为不公平、不合理地排除或者限制消费者权利。而对“不公平、不合理”的理解应该根据《消费者权益保护法》的其他条款确定。依据《合同法》第10条对公平交易权利的确定，公平交易所指为消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。结合本案，判断《四方协议》是否违反了公平交易的规定限制消费者权利，应考虑是否设定了不合理的价格，而《四方协议》并未设定不合理的价格条件。

第二，本案中四方公司为消费者获得四方微博服务设定的对价为“提供著作权专有许可使用授权”。根据《著作权法》第24条第2款第4项，著作权许可使用合同应该包括付

¹ 《消费者权益保护法》第二十六条第二款：“经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。”

酬标准和办法；这是为了保障著作权人能够得到合理的对价，使著作权许可使用合同符合公平原则。本案中，《四方协议》1.3 未对著作权许可使用的对价进行金钱上的规定，也没有确定金钱报酬，“但以其他方式支付了对价”。根据《合同法》第 61 条，合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。由于不存在补充协议，因此应当按照合同有关条款确定报酬。根据《四方协议》1.1，“为获得四方微博服务，微博服务使用人（以下称“用户”）需在认真阅读及独立思考的基础上认可、同意本协议的全部条款并按照页面上的提示完成全部的注册程序。”这一条款说明著作权专有许可使用（“同意本协议的全部条款”）的对价是“获得四方微博服务”。

第三，以免费获得四方微博服务作为用户微博著作权的对价，符合公平原则。一方面，用户和 VIP 用户从四方微博服务中获得了客观的利益。对于以内容消费者为主的普通用户，用户可以在不贡献微博的情况下获取四方微博服务，相当于在没有付出的情况下免费获取了四方微博的服务；而对于以内容生产者为主的 VIP 用户，通过四方微博的宣传沟通以及信息扩散功能，可以吸引大量流量，能够通过发布广告等方式享受直接的经济收益，也能够通过微博生产、粉丝互动、转发评论等方式提高自己的“身价”，从而享有更好的发展前景。用户发表的微博作品数量增多，许可使用的著作权价值增加，也更有机会获得更多的直接和间接收益，说明了许可使用的著作权与作为报酬的流量收益之间具有正向关系。另一方面，用户和 VIP 用户从著作权本身能够获得的收益有限。因此，《四方协议》1.3 未违反公平原则。

2. 《四方微博服务使用协议》不存在可撤销情形

根据《合同法》第 39 条，提供格式合同一方负有提示和说明义务，格式合同会因违反该义务而成为可撤销合同。四方公司已经在其注册过程中要求用户认真阅读及独立思考的基础上认可、同意本协议的全部条款，并对 1.3、1.4、1.5 条加粗突出显示，已经尽到其提示和说明义务，不属于可撤销合同。

同时，《最高法院合同法解释二》第 9 条¹明确规定提出撤销格式条款的申请人为合同向对方，四方公司作为第三人无权请求撤销该协议相关条款。

（三）小结：《四方协议》合法有效，不存在无效和可撤销情形，原告依据《四方协议》享有单条四方微博的复制权、信息网络传播权独占许可

三、 被诉侵权行为不构成合理使用

《著作权法》第二十二条规定，“在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利”。合理使用制度对于著作权权利人是一系列的权利限制规则，对于被控侵权者而言是重要的侵权抗辩制度。本案中被告侵权行为不构成合理使用，被告无法成立责任阻却事由。

（一）被告侵权行为不符合《著作权法》第二十二条所列举的合理使用情形

1. 被告侵权行为不符合《著作权法》第二十二条第二项

《著作权法》第 22 条第 2 项规定“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品”的行为可以被认定为合理使用。本案中，被告平台上一多半的涉案账号的信息与原告平台上的内容完全一致。一方面，被告的行为属于直接复制，并没有将复制的内容再用于介绍、评论某一作品或说明某一问题；另一方面，被告更

¹ 《最高法院合同法解释二》第九条：“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。”

没有创造新的作品，只是将内容原封不动地搬运到其平台上。因此，被告不符合第2项规定情形。

2. 被诉侵权行为不符合《著作权法》第二十二条第三项

《著作权法》第22条第3项规定“为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品”的行为可以被认定为合理使用。从形式上看，被告抓取的大部分微博内容不是以时事新闻报道为目的。被告的微博平台系社交媒体平台，其主要功能是为用户提供社会交往的网络空间，在此平台上呈现上的内容是用户在社交活动过程中的表达而非用户或者平台以报道时事新闻为目的的表达。即便被告推出的社交媒体产品博闻微博具有与博闻新闻之间可以相互导流的特点，即用户发布微博时可以添加博闻新闻链接，博闻微博也会被推送给博闻新闻用户，但是被告旗下的两个平台仍是相互独立地运作。博闻微博的产品定位是社交媒体产品；博闻新闻是新闻媒体产品。对于作为社交媒体产品的博闻微博而言，与新闻媒体的互动交流始终是该微博平台的衍生功能，博闻微博的服务内容始终是以社交目的为主。实质上，被告抓取此类内容至其自己的平台上也不是为了再次报道时事新闻，而是看中这些内容背后的潜在用户和流量。被告旗下的博闻新闻是中国大陆用户数量最多的新闻网站之一，显然被告并不缺乏可在其微博平台上吸引流量的时事新闻报道资源，被告并非“不可避免”地需要使用原告微博平台上的新闻报道内容。而被告之所以大费周章地从原告微博平台上抓取信息，其意图获取不是微博内容本身，而是被抓取微博背后的创作者用户的影响力和潜在关注者。因此，被告不符合第3项规定情形。

（二）被告不能在上述列举情形之外再适用《著作权法实施条例》第二十二条创设新的合理使用情形，更不能仅依据“高度转换性使用”创设合理使用情形

被告抗辩称其对系争微博内容的使用具有高度转换性，构成合理使用。原告认为，《著作权法实施条例》第21条是对《著作权法》第22条的限制，因此被告不能在第21条下嫁接“转换性使用”标准创设新的合理使用情形。被告更不能仅依据“高度转换性使用”创设新的合理使用情形。因此，被告的抗辩不具有实体法上的依据。

1. 根据法律效力位阶，《著作权法实施条例》第二十一条不应在《著作权法》第二十二条之外创设新的合理使用情形

根据《立法法》，法律的效力高于行政法规。《著作权法实施条例》是国务院根据《著作权法》的规定而制定的规范性文件，是从属于《著作权法》的行政法规，不应当与《著作权法》相抵触。

2. 根据立法目的，《著作权法实施条例》第二十一条不能在《著作权法》第二十二条之外创设新的合理使用情形

合理使用，是著作权法对权利人权利限制程度最大的规范设计，立法者对于合理使用条款的设计非常谨慎。不同于其他立法例，我国《著作权法》第22条采取了“限制与例外”的封闭式立法模式，在明确列举的十二种合理使用情形之外并无兜底条款，其立法目的就是为了使立法者建立的著作权法利益平衡关系得到确定化¹。并且，如果将《著作权法实施条例》第22条作为一般条款相适用，从我国现行的司法实践来看，将会极大地增加合理使用的不确定性，使得立法机构精心平衡的利益关系落空。

3. 根据文义解释，《著作权法实施条例》第二十一条并无创设新的合理使用例外之涵义，而是对《著作权法》第二十二条进行限制性规定

《著作权法实施条例》第21条规定：依照《著作权法》有关规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益。第21条首句是“依照著作权法有关规定”，表明适用该条的前提是在《著

¹崔国斌：《著作权法：原理与案例》，580页，同前。

作权法》有规定的基础上才进一步考虑“不得影响该作品的正常使用”和“不得不合理地损害著作权人的合法权益。”因此，根据文义解释，《著作权法实施条例》第 21 条是对《著作权法》第 22 条的限制。只有落入了《著作权法》第 22 条规定的十二种法定情形之中，法院才可以适用《著作权法实施条例》第 21 条。

4. 被告更不能仅依据“高度转换性使用”创设新的合理使用情形

原告认为，被告无法仅依据“高度转换性使用”而适用合理使用的例外保护。“转换性使用”标准未见于我国法律规定中且司法实践中也未成共识。我国著作权相关法律法规并未直接规定“转换性使用”。我国司法实践中关于“转换性使用”的适用仅散见于极少数判决中，进一步说明即便在司法实践的层面上“转换性使用”也未形成共识。

5. 综上所述，被告提出其使用行为具有高度转换性而构成合理使用的抗辩不具有实体法上的依据

（三）即便法院认为可以在《著作权法》第二十二条之外仅依据《著作权法实施条例》第二十一条判断是否构成合理使用，被诉侵权行为依然不构成合理使用

即便法院认为可以仅依据《著作权实施条例》第 21 条判断是否构成合理使用，也应当严格地进行限制性适用。合理使用范围的扩张实为政策性的衡量和决定，必须格外谨慎，以防滑坡效应，破坏《著作权法》确定的利益平衡。

1. 被告行为影响了原告对系争微博内容的正常使用

作品的正常使用，是指在一般情况下人们可能合理地预期到的作者利用其作品的各种方式，包括作者所预期的现实存在的作品使用方式和未来可能出现的作品使用方式。¹著作权人对于作品的正常利用方式以著作权法第 11 条中规定的具体利用方式为限，其中最为基本亦最为重要的一种方式即为复制行为。如果全文复制行为亦不被认定与著作权人对作品的正常利用方式相冲突，则必将使得著作权人对于复制行为的控制缺乏实质意义，亦使得著作权法中对于复制行为的规定形同虚设。²本案中，原告在其微博平台上独家展示涉案微博内容以供用户浏览，而被告在未向原告支付许可费的情况下，对原告微博中的 10000 多条文字和 8000 多张照片进行了复制并放在其微博平台上展示，这与原告四方微博的正常使用相冲突。

2. 被告行为不合理地损害了原告的合法权益

本案中的被诉侵权微博内容都是 VIP 用户所创作，作品本身的独创性加上 VIP 用户自身的影响力使得被诉侵权微博内容具有较高的市场价值，即能够吸引大量用户访问微博平台，生成大量流量。对于原被告的微博平台而言，一般微博平台的商业模式都是通过免费为微博用户提供各类服务以获得流量聚集，并以此作为品牌价值的重要构成部分，平台从流量基础中间接地获取广告、宣传等收益。因此，对于原告微博平台来说，流量是其平台价值的主要组成部分，微博内容是其获取流量的主要来源，尤其公众人物的微博内容是具有较大流量聚集效应的来源。本案中，被告对系争微博内容的使用方式与原告高度重合，都是通过名人推广策略，邀请公众人物开通账号、发布微博、吸引新用户、聚集流量。被告的直接复制性使用直接分流了原告微博平台上聚集的流量，对原告的内容产品提供形成了实质性替代作用，影响了原告对系争微博的合法权益。并且，原告作为系争微博内容的首先被授权方，对其获得授权的相关市场具有合法正当的利益。被告在后的直接抓取和复制行为侵占了原告的可预期市场，侵犯了原告的合法权益。

3. 被告行为不具有“高度转换性”

¹ 北京市第一中级人民法院民事判决书(2009)一中民初字第 4476 号；北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第 1321 号；北京市高级人民法院（2013）高民终字第 1221 号。

² 北京市高级人民法院（2013）高民终字第 1221 号民事判决书。

被告声称其对涉案微博的使用具有“高度转换性”，然而实际上被告的使用行为几乎未在功能和内容上进行转化，是直接复制性使用。

首先，从被告的微博平台的导流功能也并非功能上的转化。被告将微博从微博平台导流至新闻平台的功能本质上仍是实现将微博提供给用户的功能。

其次，被告的使用行为并未在目的上进行转化。被告声称其微博平台具有与新闻信息相互倒流的功能，能够将微博内容作为新闻呈现给博闻用户，因此出现在博闻微博平台上的内容具有新闻报道的目的。但实际上，博闻微博的上述目的均为一般微博的目的所包含。虽然新闻平台缺少了微博的社交功能，但其全部目的均已经为微博所包含，新闻平台对于微博内容的使用目的为微博本身目的的限缩，而没有添加额外的使用目的，因此不存在目的上的转化。

最后，被告对被诉侵权微博内容的使用没有在原始微博内容上增加最低限度的创造性，被告所声称的“高度转换性”实际上只是对部分微博的简单整理，在量和质上都未足以使其产生不同于原内容产品的功能和目的，均未达到足以创造出一个与原始微博产品而言在市场上可区分的复合产品。更何况，微博内容中的 10000 多条文字与 8000 多张照片内容与原告微博上发表的内容完全一致，唯一的区别只是对四方微博水印的淡化抹除痕迹，更加说明了被告的使用行为仅为纯粹的复制性使用。

综上所述，被告的使用行为并未构成功能和目的上的“高度转化性使用”。

（四）小结：被诉侵权行为不符合《著作权法》第22条、《著作权法实施条例》第21条的规定，更不具有“高度转换性”，不构成合理使用

四、 被告侵犯了原告对于用户单条微博的复制权和信息网络传播权，应承担侵权责任

被告使用技术手段抓取系争单条微博的行为构成对于原告复制权和信息网络传播权的直接侵权，同时，在用户自行上传系争单条微博的情况下，其作为网络信息储存空间服务提供者构成对于原告信息网络传播权的间接侵权。以下从侵权行为的构成要件展开论述。

（一）被告以技术手段同步用户四方微博账户内容的行为构成直接侵权

一项行为是否构成直接侵犯著作权的行为，第一，要考察该项行为是否受到专有权利的控制，以及是否存在特定的法定免责事由；¹第二，该行为是否造成损害后果；第三，损害后果与行为之间是否存在因果关系；第四，并考察其行为的主体是否有合法授权，以及是否存在过错。以下按照这个思路展开论述。

1. 被告将用户四方微博中的文字、图片、音频和视频等同步到博闻微博账户的行为是受复制权和信息网络传播权控制的行为，且不存在法定免责事由

根据《著作权法》第 10 条第 5 项²，被告在自己的服务器里上传的文字与图片内容，是受复制权控制的行为。

¹王迁：《著作权法》，405 页，北京，中国人民大学出版社，2015，第一版。

²《著作权法》第十条第一款第五项：“复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。”

根据《著作权法》第 10 条第 12 项¹以及最高人民法院的司法解释²，一项行为要构成信息网络传播行为，至少应当满足如下条件：³（1）行为人将作品以“上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式”置于信息网络中；（2）该作品所在网络必须对公众开放，公众能够“下载、浏览或者其他方式获得”该作品；（3）公众能够在“个人选定的时间和地点”按照前述方式获取作品。

首先，被告通过技术手段获取用户在四方微博的微博内容后，上传到自己的网络服务器，将其置于博闻微博平台上，即被告将作品以上传到网络服务器的方式置于互联网中。**其次**，博闻微博所在网络对所有能够接入互联网的不特定公众开放，同步的微博内容对所有人可见，公众能够通过浏览博闻微博的方式获得该作品。**再次**，浏览博闻微博的公众，能够自主决定获取作品的时间和地点，并不是被动接受作品的传播或播放。

所以，博闻公司的行为构成了信息网络传播行为。

2. 被告侵害复制权和信息网络传播权的行为对原告造成了损害

在网络空间中用户流量就等于金钱收益，根据 AdMaster 的《广告反欺诈白皮书》，网站流量是广告商在网络空间投放广告时起决定性影响的因素。流量问题背后隐藏着巨大的经济利益链条。⁴从 2018 年 1 月 1 日到 2018 年 3 月 1 日，10000 条文字信息和 8000 张图片产生的阅读量、点击量、点赞量、评论量，均构成对于四方微博平台流量的损害。普通公众有可能因为博闻微博提供了和四方微博相同的重要的 VIP 微博内容，而转向博闻微博，造成用户弃用四方，从而四方微博流失用户。即使没有弃用，博闻微博中的 VIP 内容客观上吸引和分散了用户注意力，使得用户在四方微博的使用时间减少，造成四方微博的流量损失。

3. 被告的侵权行为与原告的损害之间存在因果关系

我国因果关系理论分为两种，一为必然因果关系说，一为相当因果关系说，以下从必然因果关系和相当因果关系两个方面分别进行论述。

判定必然因果关系要满足违法行为和损害结果之间具有内在的、本质的、必然的联系。如果被告没有使用技术手段对于四方微博的微博内容进行同步，则要造成现在的损害后果，需要 100 名 VIP 用户在不到 60 天内手动上传 10000 条文字信息和 8000 张图片，使得自己在两个平台上的账号内容基本相同。这种情况存在的可能性几乎为零，在没有意思联络的情况下，认为 100 名 VIP 用户自发地都对于自己的账号进行历史信息的大量同步是不合理的。被告使用技术手段同步的行为，大大降低了侵权成本，使其作为行为人，可以快速且大量地完成对于四方微博内容的抓取上传，从而实质性地延长了作品在博闻微博服

¹ 《著作权法》第十条第一款第（十二）项：“信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。”

² 《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条：“网络用户、网络服务提供者未经许可，通过信息网络提供权利人享有信息网络传播权的作品、表演、录音录像制品，除法律、行政法规另有规定外，人民法院应当认定其构成侵害信息网络传播权行为。通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了前款规定的提供行为。”

³ 崔国斌：《著作权法：原理与案例》，448 页，同前。

⁴ “据媒体报道，PC 端网页上的横幅点击一次可获利 0.15 元，广告贴片为 0.12 元或 0.18 元；网页富媒体每千次展示可获利 2.2 元，对联广告 2.1 元，弹窗 5.5 元；移动端 APP 底端悬浮广告每千次展示可获利 2.5 元。在淘宝上搜索“流量推广”“广告植入”“网站排名”等关键字能检索出数十页上千个提供相关服务的店铺。同样，在 QQ 上搜索“流量劫持”，便会发现数十个流量劫持的群组，并且很多声称可以付款进行流量攻击和劫持的黑客。这些流量劫持的群组中大多数都超过了 1000 人，可以提供 DNS 劫持、广告弹窗、跳转劫持等服务，其中有人在群中表示‘收购流量’。”芦天亮：《互联网流量安全问题分析与对策》，载《中国人民公安大学学报（自然科学版）》，2018（2），51-56 页。

务器中滞留的时间和侵权作品的数量，增大了受众的广泛度，对于四方微博的流量造成了实质性的损害。故被告的行为与原告的流量损害有内在的、本质的、必然的联系。

判定相当因果关系只要求判明原因事实与损害结果之间在通常情形存在可能性¹，不要达到必然因果关系的更高标准。所以，根据上文论述，被告的行为与原告的损害已经满足必然因果关系，则其必然也满足了相当因果关系的标准。

综上，被告的行为与原告的损害之间的因果关系成立。

4. 被告的复制与信息网络传播行为存在主观过错

故意指行为人明知其行为会发生侵害他人民事权益的后果，仍有意为之的一种主观心理状态。包括“认识”和“意愿”两个要素。²以下从这两个方面来论述。

“认识”是指行为人对于其行为将会侵害他人民事权益的后果有所认知。著作权是绝对权，实施任何受该专有权控制的行为均对于著作权人的民事权益造成侵害。四方微博入驻微博领域已经九年，其用户数量占据了中国大陆微博用户总量的 57%，微博活动总量的 87%，是中国大陆访问量最大的网站之一，被告刚刚从主营的新闻领域转向微博平台，作为市场的新竞争者与学习者，不存在没有阅读过《四方协议》的可能性。并且，2018 年 1 月 2 日，原告在 robots 文件中宣布禁止被告抓取四方微博网页上的信息。被告知悉该 robots 协议内容，在与原告表明希望抓取的沟通无果后，被告仍在设置中缺省或默认地为用户添加了四方微博，针对原告实施抓取行为。所以，被告明知原告享有用户单条微博的专有使用权，也明知原告不想其对于页面内容进行任何形式的抓取，自己的复制和信息网络传播行为，必然会侵害原告的著作权，对于四方微博的用户进行分流，被告对于其行为将会侵害他人民事权益的后果有所认知。

“意愿”指行为人在对其行为后果有所认识之后，具有实现该后果的决意。在有上述认知之后，被告依旧没有在其选择同步的网页设置中删除四方微博选项，并且实际上进行了抓取上传的行为，主动地追求了该后果的发生，属于直接故意。

即使，被告能够提出充分的反证证明其不构成故意，其侵权行为也符合过失的要件。被告在其《博闻协议》3.1 中所要求的用户承诺，已经充分预见到了其行为有很大的侵害著作权的可能性，符合可预见性的要求。并且，被告具有避免侵害他人民事权益的可能性。所以，即使被告的行为不构成故意，也充分符合过失的要件。

5. 被告使用了技术手段实施了抓取行为，是直接侵权人

首先，现有证据能够证明被告实施了抓取行为。系争 8000 张图片作品中，一部分带有四方微博的水印，另一部分有明显的水印涂抹痕迹，但四方微博平台上却没有一张带有博闻水印的图片。如果用户自行将系争作品上传到博闻微博平台，在这一百多位用户没有意思联络的情况下，几乎不存在用户对于 10000 条文字与 8000 张图片全部都选择先上传到四方微博的可能性。并且，被告在其博闻微博平台网页设置里添加其他社交媒体账号页面的弹窗说明中明确表示，添加即授权博闻微将该用户在所添加的社交媒体账户中的文字、图片、音频和视频等信息通过技术手段自动同步到该用户在博闻微博的账户中。依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 73 条³确认的高度盖然性标准，被告若抗辩其未实施抓取行为应提供有更大证明力的证据进行反证。否则，足以证明其用技术手段实施了抓取行为。

¹梁慧星：《雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染死亡案评析》，载《法学研究》，1989（6），45-52 页。

²程啸：《侵权责任法》，26 页，北京，法律出版社，2015，第二版。

³《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。”

其次，被告是抓取行为的直接行为人，不能视为用户自行上传。用户本身已经不具有对于其四方微博内容的复制权、信息网络传播权，依据《合同法》第 51 条¹，原告对于用户的授权行为并没有进行追认，被告抓取同步的行为不能视为用户自行上传。故被告是获得四方微博内容并上传到博闻微博服务器，侵害原告对于四方微博内容复制权和信息网络传播权的直接行为人。

（二）在用户自行上传微博内容的情况下，被告作为网络服务提供商构成间接侵权

一项行为是否构成间接侵权，需要以直接侵权为前提，间接侵权行为人主观上必须存在过错，且间接侵权人对于直接侵权行为的引诱或帮助应当达到实质程度²，以下按照这个思路展开论述。

1. 用户自行上传微博内容的行为构成直接侵权

在用户直接侵权的部分行为、损害和因果关系的论述思路同被告直接侵权的部分相同，故不再赘述。接下来，论述用户自行上传的行为存在主观过错。用户在使用四方微博服务时，已经签订了《四方协议》，且关于著作权的部分，在协议中进行了黑色加粗，四方公司已经尽到了自己的注意义务，用户对于自己授予了四方微博这些作品的专有使用权的事实是完全知情且同意的。用户对其自行上传到博闻微博的行为，会对于四方微博用户进行分流，并侵害原告民事权益的后果有所认知。在有上述认知之后，用户依旧进行了上传行为主动地追求了该后果的发生，属于直接故意。综上，用户的行为构成直接侵权。

2. 被告应知用户上传的四方微博内容属于侵害信息网络传播权的行为，具有主观过错

以下根据《最高人民法院关于信息网络传播权的规定》第 9 条³展开论述。

首先，被告经营的博闻新闻是中国大陆用户数量最多的新闻网站之一，其社交微博产品博闻微博与博闻新闻互相导流，被告显然具备较强的管理信息的能力。博闻微博属于社交媒体平台，用户可以上传文字、图片等形式的内容。用户上传的内容侵犯他人著作权的可能性较大。被告显然也认识到了这一事实，根据其在《博闻协议》3.1 中要求的用户承诺，可以看出被告显然对于其服务存在的对于著作权侵害的风险是有相当程度的认知的。

其次，博闻微博与博闻新闻可以互相导流，博闻微博会被推送给博闻新闻用户，这意味着其作为网络服务提供者主动对于作品进行了选择和推荐，同时也进一步说明，被告对于其微博内容具有相当程度的管理信息的能力。

再次，被告并没有积极采取预防侵权的合理措施，仅在其《博闻协议》3.4 中形式性地要求用户书面提交侵权通知，没有证据表明其设置了便捷程序接受处理侵权通知。反而，在其 3.1 要求用户对其发布的内容享有完整的著作权，在 3.4 中将注意义务全部施加在用户身上，免除自己的责任。

另外，对于用户的重复侵权行为，被告也没有采取任何措施。

¹ 《合同法》第五十一条：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”

² 崔国斌：《著作权法：原理与案例》，723-725 页，同前。

³ 《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第九条：“人民法院应当根据网络用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显，综合考虑以下因素，认定网络服务提供者是否构成应知：

（一）基于网络服务提供者提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小，应当具备的管理信息的能力；

（二）传播的作品、表演、录音录像制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度；

（三）网络服务提供者是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等；

（四）网络服务提供者是否积极采取了预防侵权的合理措施；

（五）网络服务提供者是否设置便捷程序接收侵权通知并及时对侵权通知作出合理的反应；

（六）网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为采取了相应的合理措施；

（七）其他相关因素。”

综上，被告在明知其提供的微博服务具有较高的侵权风险的情况下，未能尽到自己的注意义务，在有能力对于微博内容进行管理的情况下，依旧没有积极采取任何可以预防侵权的合理措施，没有针对同一用户的重复侵权行为采取任何措施，甚至主动对于侵权作品进行了选择和推荐，被告构成应知。

3. 被告作为网络服务提供者构成帮助侵权

根据《最高人民法院关于信息网络传播权的规定》第7条第3款¹，被告应知其网络用户利用了博闻微博平台上传侵权作品侵害原告的信息网络传播权，却没有对于用户采取任何措施，也没有对于侵权作品采取删除、屏蔽等必要措施。同时，在博闻微博中，甚至可以通过网页设置添加四方微博账号进行同步，从一定程度上，对于用户的侵权行为不仅置之不理，甚至暗示用户这样的行为在博闻微博平台上是被允许的。

综上，被告作为网络服务提供者构成帮助侵权。

4. 被告的行为不符合《信息网络传播权保护条例》第二十条到第二十二条的免责情形

第一，博闻微博向博闻新闻推送指定微博内容的时候，对于用户提供的侵权作品进行了选择。同时博闻微博的内容属于对不特定的公众开放，浏览博闻微博平台的网络用户均可以获得侵权作品，不属于向指定的服务对象提供作品，也没有防止指定的服务对象之外的其他人获得。故不符合《信息网络传播权保护条例》第20条²的免责情形。

第二，被告不属于为了提高网络传输效率自动存储从其他网络服务商提供者获得作品，不满足第21条³的情形。

第三，没有证据显示被告将其微博平台中的信息储存空间的部分标示为对服务对象提供。且被告有合理的理由应知用户提供的作品侵权，不符合第22条⁴的免责情形。

综上，被告的行为不属于《信息网络传播权保护条例》第20条到第22条的免责情形。

（三）被告不能依据《博闻协议》3.4免除其侵权责任

《博闻协议》3.4规定：“如因您的授权行为及内容引起问题，您已充分理解并确认您应承担全部责任，并赔偿博闻公司及第三方因此造成的损失。”《博闻协议》3.4属于格式条款。根据《消保法》第26条第2、3款，经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。《博闻协议》3.4免除经营者责任，并要求消费者承担全部的责任，具有免除经营者责任、加重消费者责任的情形。

¹ 《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第七条第三款：“网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。”

² 《信息网络传播权保护条例》第二十条：“网络服务提供者根据服务对象的指令提供网络自动接入服务，或者对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品提供自动传输服务，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：（一）未选择并且未改变所传输的作品、表演、录音录像制品；（二）向指定的服务对象提供该作品、表演、录音录像制品，并防止指定的服务对象以外的其他人获得。”

³ 《信息网络传播权保护条例》第二十一条：“网络服务提供者为了提高网络传输效率，自动存储从其他网络服务提供者获得的作品、表演、录音录像制品，根据技术安排自动向服务对象提供，并具备下列条件的，不承担赔偿责任……”

⁴ 《信息网络传播权保护条例》第二十二条：“网络服务提供者服务对象提供信息存储空间，供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：（一）明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供，并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址；（二）未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品；（三）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权；（四）未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；（五）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。”

综上,《博闻协议》3.4 中的免责内容无效,被告不能依据 3.4 免除其侵权责任。

(四) 小结: 被告构成直接和间接侵权, 应承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任

被告的行为属于《著作权法》第 48 条¹所规制的侵权行为, 且不具备合理使用、法定许可等免责事由, 应当承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。被告应当立即停止同步抓取上传四方微博的行为, 删除其平台上的侵权作品, 并在博闻微博平台上进行公开道歉。关于损失赔偿的数额, 对若干规范性文件中的赔偿的酌定考量因素进行归类、总结, 主要可分为三类: 一是作品本身因素, 二是侵权情节因素, 三是可能的损失或获利情况。²

在本案中, 我方认为被告的赔偿金额应当依据以上三类酌定因素进行考虑, 在作品本身因素方面, 考虑单条微博的市场价值, 以市场上微博平台开放 API 商业端口提供作品时的收费标准作为市场价值的计算标准。在侵权情节的环节, 被告直接侵权的行为使用违反 robots 协议的技术手段进行了大量的抓取同步在博闻微博, 主观恶意较大, 侵权性质严重, 原告在此请求法院对被告的侵权行为实施惩罚性赔偿。近年来, 最高院在《中国知识产权司法保护纲要(2016-2020)》中特别提到“推动在著作权法、专利法和反不正当竞争法等法律中规定惩罚性赔偿制度, 提高知识产权侵权的法定赔偿额”, 并且《中共中央国务院关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》等的决策要求中提出了相同的要求。将惩罚性赔偿适用于本案的直接侵权行为具有合理性。在间接侵权的环节, 被告就其间接侵权的行为应承担损失扩大部分的连带责任。在第三个环节, 对于被告由侵权行为产生的获利也应酌定考虑。

五、《反不正当竞争法》对《著作权法》起到有限的补充保护作用

最高人民法院在知识产权司法保护政策中表明, 知识产权保护制度由反不正当竞争法和知识产权专门法共同组成, 由于两者的保护角度和保护条件不同, 反不正当竞争法对知识产权专门法起到一定的补充作用。³原告认为, 《反不正当竞争法》对《著作权法》起到有限的补充保护作用。这种补充保护作用在本案中具体应用为:

1. 如果法院认定原告对被诉侵权微博内容的独占专有许可使用成立, 被诉侵权行为首先应该受到《著作权法》的独占性调整。在《著作权法》已穷尽保护的范围内不应再使用反不正当竞争法调整。然而, 在《著作权法》调整之外仍存在可明显区分的不正当竞争行为, 且该不正当竞争行为如果不被规制, 将会对原告的市场经营活动产生重大影响, 造成市场失灵, 则此时法院应当考虑并且支持原告的《反不正当竞争法》请求。

2. 如果法院认定原告的专有许可无效, 原被告具有同样的一般许可使用人的地位, 法院应当就被诉侵权行为的全部适用《反不正当竞争法》予以调整。

六、被告的同步抓取行为违反《反不正当竞争法》第十二条第二款

(一) 被告实施了同步抓取行为

(二) 被告的同步抓取行为违反了《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项

¹ 《著作权法》第四十八条: “(一) 未经著作权人许可, 复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的……(六) 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可, 故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的……”

² 易珍春、李青:《涉网络著作权案件酌定赔偿问题研究》, 北京石景山区人民法院, 载《中国版权》, 2014 年 05 期。

³ 《准确把握当前知识产权司法保护政策进一步加强知识产权司法保护——在全国法院知识产权审判庭庭长研讨班上的讲话》, 最高人民法院副院长奚晓明, 2012 年 2 月 8 日。

互联网领域的经营者利用技术手段妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务的行为属于不正当竞争行为，违反《反不正当竞争法》第12条第2款第4项规定。¹以下将论证被告的同步设置和抓取行为违反了该项规定，属于不正当竞争行为。

1. 被告的同步设置行为影响了用户选择

《中华人民共和国反不正当竞争法释义》中写道：“经营者合法提供的网络产品或者服务，应当平等地接受用户的自主选择。”²经营者合法提供的网络产品或者服务，“影响用户选择”指影响用户自主选择，使用户不能或者难以根据自己的自主意志进行选择。

根据案件事实，在用户没有设置添加其他社交媒体账号的情况下，博闻微博在设置中缺省或默认地为用户添加了四方微博账号。虽然添加页面有弹窗提醒说明添加即授权博闻微博进行同步，但是由于四方微博账号为缺省添加，且被告并没有以任何额外明显的方式提醒用户添加了四方微博账号，因此可以认为在这种情况下，被告通过误导、欺骗手段获得了用户同意，通过缺省添加四方微博账号的方式获取了“用户授权”，这一行为影响了用户的自主选择。

2. 被告的抓取行为通过增加服务器压力的方式妨害四方微博服务器提供的服务的正常运行 首先，本部分将介绍网络爬虫带来服务器压力的技术原理。

网络爬虫的访问将增加并发用户数，即某一时刻同时向服务器发送请求的用户数。用于估算平均并发用户数和峰值并发用户数的一般公式为：

$$C = \frac{NL}{T} \quad (1)$$

$$C^u = C + 3\sqrt{C} \quad (2)$$

假定考察的时间段长度有一天。公式（1）中，C为平均并发用户数，N为平均每日访问用户数，L为一天内用户从登录到退出的平均时间，T为一天内用户使用系统的时长。

公式（2）中，为峰值并发用户数，C为平均并发量，可由公式（1）计算得出。³

吞吐量（Throughput）指单位时间内能够处理的客户端请求数量（单位为请求数/秒），是衡量服务器负载能力的重要指标，吞吐量越大，服务器承载能力越强。⁴对于网页服务器而言，可以用事务⁵数指标（TPS，Transactions per second）来衡量吞吐量。TPS指每秒内服务器对客户机的请求能够做出处理的个数。

TPS、响应时间、并发用户数的关系是：

$$TPS = ST \times C \quad (3)$$

公式（3）中，ST指服务器端响应时间。用户感受到的响应时间（RT，Response Time）=服务器端响应时间（ST）+网络响应时间+客户端响应时间，其中客户端响应时间对于网页服务器可以忽略不计。在爬虫爬取网页的情况下，爬虫带来的访问请求导致某一段时间段并发用户数（C）增加，由于服务器最大吞吐量固定，因此最大事务数（TPS）也固定。根据公式（3）可得出服务器端响应时间（ST）增加，导致用户感受到的响应时间（RT）增加。⁶

¹ 《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项：“经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：……（四）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

² 王瑞贺主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，44页，北京，法律出版社，2017。

³ 于涌：《软件性能测试与LoadRunner实战教程》，7页，北京，人民邮电出版社，2014。

⁴ 于涌：《软件性能测试与LoadRunner实战教程》，6页，同前。

⁵ 于涌：《软件性能测试与LoadRunner实战教程》，40页，同前。

⁶ 郭欣：《构建高性能Web站点》，36-49页，北京，电子工业出版社，2012。

因此，网络爬虫会对网页服务器造成压力，具体表现为延长服务器响应时间。

其次，被告博闻微博的爬虫压力妨碍了四方微博服务的正常运行。

本案中，被告博闻微博通过爬虫技术，对所有添加了四方微博账户作为同步账户的博闻微博用户的四方微博账户中的微博内容进行了抓取。由于被告为用户缺省地添加了四方微博账号，因此除非用户手动删除了添加的四方微博账号，其四方微博账号内的内容均被抓取。由于用户缺少手动删除同步设置的动力，可以推定相当数量用户的四方微博账户内容均被博闻微博抓取。博闻微博为了同步用户四方微博账户内微博信息，需要设置大量爬虫机器人抓取四方微博，考虑到需抓取微博的数量，博闻爬虫机器人将大量增加四方微博并发用户数，导致四方微博用户接收到的响应时间的延长。

响应时间的产业标准为 0.1-1-10 原则。¹可以看出，响应时间的长短和微博服务能否运行关联性强。如果微博服务响应很慢，用户则会认为网站已经失去响应，选择离开网页站点或者重新发起请求（刷新）等方式作为回应，这意味着四方微博服务的正常运行被妨碍。

（三）小结：被告的同步抓取行为违反了反不正当竞争法第十二条

七、本案中，应当首先考虑被告的同步抓取行为是否违反《反不正当竞争法》第十二条第二款的具体规定，如不适用再考虑是否可以通过第二条的一般条款予以规制

《反不正当竞争法》2017 年新加入第 12 条以规范互联网领域中的不正当竞争行为。修订前，对于司法中越来越多且争议颇大的互联网企业利用隐蔽的技术手段实施的新型不正当竞争行为，往往只能援引原则性条款进行规制。但是，第 12 条的规范结构与《反不正当竞争法》第二章第 6 条至第 11 条其他的具体条款不同，立法者在构造第 12 条时并不是完全封闭式地列举，而实际上赋予了该条较广的辐射力，尤其是提供了转向适用一般条款的空间。

第 12 条第 1 款规定，经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

从文义解释上看，这说明在第 12 条第 2 款的规定之外还可以适用《反不正当竞争法》的其他具体条款和一般条款。

从目的解释上看，根据全国人民代表大会法律委员会在修订过程中的说明，互联网领域的不正当竞争行为，一部分属于传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸，对此应适用其他相关规定进行规制；一部分属于互联网领域特有的、利用技术手段进行的不正当竞争行为。这种立法思想在《中华人民共和国反不正当竞争法（2017 修订）释义》中进一步得到体现，根据《释义》的说明，网络领域不正当竞争行为的法律适用应当包括三个方面：**第一**，适用第二章第 6 条至第 11 条关于传统类型的不正当竞争行为规制的规定。如经营者利用网络实施混淆仿冒、虚假宣传、违法有奖销售、商业诋毁等行为的，属于传统不正当竞争行为在网络领域的延伸，对此可直接依据第二章的相应具体规定进行处理。**第二**，适用第 12 条第 2 款的规定。经营者违反该款规定，利用网络技术手段，通过影响用户选择或

¹ 0.1 秒是用户感觉服务器在即时响应的限度。1 秒是用户即使能够感受到服务器延迟，但能够保持思维流动不中断的限度。相比于 0.1 秒内，用户的操作感会降低。10 秒是用户能够在与网页的交互中保持注意力的限度。如果超出这一限度，用户就想离开网站（或者在等待网站响应的同时）做其他事情。参见 Card, S. K., Robertson, G. G., and Mackinlay, J. D. (1991). The information visualizer: An information workspace. *Proc. ACM CHI'91 Conf.* (New Orleans, LA, 28 April-2 May), 181-188. Miller, R. B. (1968); Response time in man-computer conversational transactions. *Proc. AFIPS Fall Joint Computer Conference* Vol. 33, 267-277.

者其他方式，实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的不正当竞争行为的，应当依照该款承担相应责任。**第三**，适用第2条一般条款的规定。当前，互联网技术以及新经济、新业态发展迅速。如果经营者在生产经营活动中，利用网络实施了第二章规定之外的其他行为，且该行为违反了诚信原则或者商业道德，扰乱了市场竞争秩序，损害了其他经营者或者消费者的合法权益，依法构成不正当竞争行为的，可依据第二条关于不正当竞争行为定义的规定予以认定并进行处理。¹

因此在本案中，根据第12条的文义和立法目的，应当首先考虑被诉不正当竞争行为是否违反《反不正当竞争法》第12条第2款的具体规定。如不适用，应再考虑是否可以通过第2条的一般条款予以规制。

八、即使法院认定被告的同步抓取行为没有违反《反不正当竞争法》第十二条，被告的同步抓取行为仍违反了《反不正当竞争法》第二条

根据《反不正当竞争法》第2条第1款、第2款²，竞争行为不正当性的判定要件有：1. 其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害（合法权益的损害）2. 该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性（违反商业道德）³3. 损害消费者的合法权益。以下将从这几个方面进行论述。

（一）原被告都是互联网平台的经营者，二者具有直接的竞争关系

《反不正当竞争法》第2条第3款规定，经营者是“从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。”**首先**，原被告旗下都经营有提供资讯、应用等服务的互联网平台，二者都是网络服务提供商，都是互联网平台市场中的经营者。

再者，不正当竞争行为应限于竞争者之间实施的行为，以行为人和受害人之间为同业竞争者（相同或类似商品服务的经营者）为前提。⁴原告所经营的四方微博平台和被告所经营的博闻微博平台都是一种社交媒体平台，为用户提供了相同或类似的资讯分享服务、社交服务等。原被告在这些服务的提供上具有争夺交易机会的可能，互为替代关系，因此原被告之间具有直接的竞争关系。

（二）被告的抓取行为损害了原告的合法权益

1. VIP用户及其独家微博内容是四方微博的核心竞争优势，也为四方公司进行平台运作的交易基础，具有非常重要的商业价值。

四方微博是一个供用户创建、分享和发现内容的社交媒体平台。内容产品是互联网平台的刚需，是同类型平台竞争用户和流量的关键。在近九年的经营中，四方微博之所以能够逐渐成为主流中文博客平台的核心竞争优势在于，四方微博拥有高质量流量，这是四方微博优势商业模式创造的合法利益。

（1）VIP用户群体带来新用户、吸引流量、提高用户活跃度

VIP用户是由四方微博通过粉丝量、流量的审核而生成的特殊微博用户群体，其中主要包括明星、知名企业家、著名学者等其他各领域的公众人物。VIP用户的身份属性或专

¹ 王瑞贺：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，42页，北京，法律出版社，2018，第1版。

² 《反不正当竞争法》第2条第1款、第2款：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”

³ 最高人民法院（2009）民申字第1065号。

⁴ 北京知识产权法院（2016）京73民终156号。

业属性使其在各自领域内具有一定影响力，为四方微博直接带来了高活跃度和长持久性的流量。

(2) VIP用户生成的独家内容是四方微博的核心资产

VIP 用户生成的微博内容对于四方公司来说，具有核心资产的意义。在互联网领域，本案中 VIP 用户发布的微博属于专业生成内容（PGC），普通用户发布的微博则被称为用户生成内容（UGC）。PGC 相较于 UGC 而言，往往更能增加单个用户的页面浏览量及活跃度、访问率、停留时间。VIP 用户在四方微博上展示自己、表达观点，为四方微博提供了高质量的微博内容，吸引了更多新用户，激活了用户活跃度，进一步创造了高质量流量。流量增加给原告带来了品牌效益的增值，从而获益。

(3) VIP用户及其生成的内容为原告整体的商业运作提供交易基础

众所周知，内容、用户和流量对于互联网平台来说是核心资产，尤其平台经济模式的协同作用下，流量能够以极低的交易成本为多边平台提供资源。原告四方科技有限公司作为中国互联网平台的先驱者，其在近二十年的经营中逐渐形成了平台经济模式，成为一个横跨电商、微博、新闻、理财、游戏、外卖及共享单车等多边市场的平台。四方微博用户通过微博页面快速进入四方商城、四方新闻、四方理财、四方游戏、四方外卖、四方共享单车等网页，从而实现流量倍数化增长的效益。流量在其他平台转化为注意力、用户和消费者，从而以极低的成本增加了其他平台侧的交易机会和交易数量，提高了交易效率，因此给四方公司带来大量的直接和间接收益。

综上，四方微博是原告整体商业模式运作的基础资源聚合地，VIP 用户及其生成的独家微博内容是四方公司整体商业模式运作的重要竞争优势，由此生成和汇集的流量是原告合法的竞争利益。

2. 四方微博内容、用户和流量是原告四方公司长期经营的成果，原告为激励VIP用户生产内容付出了大量成本

原告之所以能够在微博平台市场上取得先发和独树一帜的竞争优势，是因为在原告在长达九年多的经营中付出了大量成本激励 VIP 用户创作高质量内容。**第一**，原告为 VIP 用户打造了自我营销和汇集流量的平台。四方微博成为许多公众人物展示自己、表达观点、吸引关注最重要的手段之一，四方微博是 VIP 用户与公众互动的重要渠道，也成为文化娱乐等行业最重要的宣发平台之一。**第二**，原告为 VIP 用户提供了流量变现的基础和渠道。一方面，四方微博占据了中国大陆微博用户总量的 57%，微博活动总量的 87%，是中国大陆访问量最大的网站之一。因此，四方微博为 VIP 用户提供了一般平台不可比拟的流量资源，粉丝数量、粉丝构成、粉丝活跃度等是 VIP 用户获得广告业务、与广告商议价的重要因素，使得 VIP 用户从广告收入中获得流量变现成为可能。另一方面，原告公司旗下的四方商城等其他平台也为 VIP 用户变现流量提供了渠道。**第三**，原告直接付出经济成本回馈 VIP 用户。四方微博推出回馈四方微博用户的四方商城返现优惠，给予一般用户在四方商城上 1%的购物返现优惠，给予 VIP 用户 5%的购物返现优惠。

3. 四方微博内容、用户和流量作为原告的利益具有合法性，不具有违法情形

四方微博内容、用户和流量作为原告四方公司所享有的利益，不具有违反反不正当竞争法条款和原则的情形，不具有违反法律和行政法规强制性规定的情形，也不具有违反消费者利益和社会公共利益的情形。四方微博的内容、用户和流量属于四方微博享有的合法权益，其以此谋求商业利益的行为应受保护，其他经营者不得以不正当的方式侵害其正当权益。

4. 被告抓取原告微博内容，对原告提供的服务形成了实质性替代，削弱了原告的竞争优势，对四方微博造成损害

博闻微博的恶性同步抓取行为会对原告四方微博提供的内容产品和用户群体产生实质性替代。微博的核心竞争力在于其流量、用户和内容，而流量又归根结底来自于用户和内容。博闻微博通过使用用户在网页设置中添加四方微博账号并通过技术手段将四方微博账号中的文字、图片、音频和视频等信息通过抓取同步至博闻微博账户，能够将博闻微博用户的四方微博账号内容全部抓取到博闻微博中。这样的同步抓取行为首先会导致原告微博内容的转移，而内容被抓取的四方微博VIP用户由于内容的转移，对四方微博的黏性会降低。而对一般用户而言，在四方微博和博闻微博查看同样的内容是没有差别的，而由于博闻微博的用户只需要一次设置就可以同步四方微博中的内容，并且用户未来发表的微博内容也都会被抓取到博闻微博上。互联网微博平台营利的核心是“注意力经济”。博闻微博的同步抓取行为是恶性提供相同的内容，即提供了与原告平台一模一样的竞品，无疑会分散用户原先对四方微博的关注力。博闻微博由此获得的用户数量的增加必然意味着四方微博活跃用户数量的减少和用户黏性的降低。博闻微博中抓取的微博内容将对四方微博中对应的微博内容造成实质性替代，通过不正当的手段吸引四方微博的用户群体，这将削弱原告的竞争优势，对四方微博造成损害。

原告提请法院注意，网络环境下的不正当竞争行为具有多发、隐蔽性强的特点，原告直接证明损害事实的存在具有相当的难度。由于微博产业模式的特性，微博并不直接从内容和用户获取收入，而是通过流量变现获取收入。然而，被告抓取行为对原告流量的损害难以直接体现：第一，流量因抓取产生的分散效应可能与四方微博流量的自然增长相抵消从而变得不明显；第二，微博流量具有周期性和不稳定性，随社会热点事件的密集程度，用户上网习惯等一系列因素的变化而变化。如果要求原告就经济损失或流量损失进行举证，将造成原告处于举证困难的境地。因此，应当合理运用推断和经验法则，适当降低具体损害事实的证明标准。

（三）被告的抓取行为违反了商业道德，具有可责性

1. 商业道德的认定标准

对于商业道德的认定，司法实践中已进行了较多的操作性探索，赋予了该抽象原则具体内涵和适用标准，尤其是总结出区别于日常道德标准的商业伦理标准，用以判断竞争行为的正当性。这说明，反不正当竞争法不是维护一般意义上的社会和谐和公序良俗（世俗伦理道德），而是更取向于维护竞争自由和市场效率。最高人民法院曾在判决中说明：

“商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判，它既不同于个人品德，也不能等同于一般的社会公德，所体现的是一种商业伦理。……特别是，反不正当竞争法所要求的商业道德必须是公认的商业道德，是指特定商业领域普遍认知和接受的行为标准，具有公认性和一般性。”¹可见，商业道德要以经济人的伦理标准加以评判。

首先，良好的行业惯例可以阐明商业道德的内涵。就互联网行业的商业道德而言，行业惯例和自律公约的意义十分显著，可作为认定互联网行业商业道德的参考依据。行业惯例的产生是人们在某个特殊的商业共同体内，经由反复不断实践，到获得普遍的认可与共同遵守而产生的行为准则。行业惯例和商业道德具有一体两面的关系，某种行为被行业惯例所反对，即说明从经济人的伦理判准出发，该行为是不正当的。

以行业惯例作为《反不正当竞争法》第2条规定的商业道德的阐明标准具有合理性。首先，良好的行业惯例相比于个案判断的道德标准具有确定性和可预期性，运用行业惯例阐明商业道德有助于法的安定性的维持，有助于竞争行为正当性判断统一标准的形成，也有助于市场经营主体遵守竞争行为规范。其次，良好的行业惯例体现了市场主体自发形成

¹ 山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司与青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷再审案，最高人民法院，（2009）民申字第1065号。

的利益平衡。良好的行业惯例体现了市场主体的契约精神，有利于市场主体的公共利益，得到了市场主体的广泛遵守。从一项行业惯例能够得到市场主体的认同和遵守来看，它达成的利益平衡能让市场各方都满意，并促进整个市场的良性发展。再次，行业惯例的规定具有灵活性，能够体现当前时期的商业道德标准。最后，良好的行业惯例如果以书面形式确定下来，并且经过了经登记的行业性自律组织的认可，将具有更强的说明力和正当性。以书面形式确定的行业惯例具有更强的确定性和可预见性，缓和了商业道德作为伦理标准的不稳定性和难以预见性，而经过自律组织登记的行业惯例体现了更为合理的利益平衡。

其次，商业道德的具体判断应当考虑对于市场秩序的影响。以商业道德评判不正当竞争行为并非仅为了维护商业道德本身，而是为了保障商业道德背后的市场经济秩序¹。商业道德的形成服务于经济市场格局的需要，市场主体对于商业道德的遵守出自于符合市场逻辑的经济驱动力。对一项竞争行为不正当性的道德判断，反映的是这项竞争行为将扰乱市场经济秩序的经济视角。

2. 被告的抓取行为违反了四方微博的robots协议

原告以推定形式做出了拒绝被告抓取的意思表示。案件事实表明，在被告发出请求抓取原告的书面请求的两天后，原告为了保持用户尤其是VIP用户的数量，推出了四方商城优惠，并且规定如果用户违反《四方协议》的规定，自行、帮助或授权任何第三方以任何形式直接或间接使用微博内容，则不能享有购物优惠。原告设置商城优惠的目的和方式均明显针对了被告的抓取请求进行了防范，可以推定原告做出了拒绝被告的意思表示。被告在原告拒绝了其书面请求的情况下进行抓取，违反了robots协议。

3. 遵守robots协议属于商业道德

首先，遵守robots协议属于良好的行业惯例，达成了合理的利益平衡。robots协议是指互联网站所有者使用robots.txt文件，向网络机器人给出网站指令的协议。robots.txt文件将告知网络爬虫能够抓取页面信息，但本身并不具有法律强制力和技术强制力。

robots协议是由互联网用户自愿发起并遵守的。1997年的技术文档《网络机器人控制方案》说明了robots协议设置的目的：“由非网站管理者以外的人进行机器人访问，可能带来管理者希望阻止的不利后果：如检索未命名网站，消耗大量服务器资源的遍历访问，对非穷尽的URL进行遍历递归访问等等”。可见，robots协议首先服务于管理者的需要，是管理者用来保护自己网站不被随意抓取的一种手段，保护了网站信息，服务器资源等管理者所有的利益。管理者建立，维护网站需要大量的经济成本和技术投入，而对网站进行抓取则较为简单。如果放任网络爬虫对网站随意抓取，将增大网站建设的成本和市场门槛，在一个网络经济高速发展的时代，这将阻碍互联网经济的效率和效益。**另外，robots协议降低了信息成本。**相比于直接用技术手段限制抓取，robots协议告诉爬虫哪些内容不可以抓以及哪些爬虫不能抓，免去了网站管理者和抓取者的沟通过程，降低了交易成本，有利于互联网经济的高效发展。因此，通过robots协议对不受欢迎的抓取进行限制符合利益平衡原则。

一种观点认为，robots协议的成本过低，其保护不应得到认可，因为倘若网站管理者认为其网站值得保护，会选择更加可靠、成本更高的保护方式，而不会依赖于robots协议。**首先**，让网站管理者为了防备爬虫付出大量成本搭建反爬虫手段并不公平。由于爬虫技术与反爬虫技术的不断更新升级，设置有效的反爬虫手段较为困难。²因此，由于反爬

¹ 蒋舸：《〈反不正当竞争法〉一般条款在互联网领域的适用》，载《电子知识产权》，2014(10)，44-50页。

² 常见的反爬虫手段都有破解的对策：用伪造请求头解决预处理请求头识别，多IP系统针对并发限制，分布式爬虫和代理池手段，模拟浏览器行为和抓包限制应对异步刷新，机器学习自动匹配验证码可以绕开访问阈值的限制。参见刘石磊：《对反爬虫网站的应对策略》，载《电脑知识与技术》，2017(15)，19-21页。

虫程序的设置具有较高的复杂程度，从经济成本和技术难度而言，对网站管理者而言均为很大的负担。**另外**，设置反爬虫程序将降低网站的用户体验，¹从而对网站管理者造成潜在市场和利益的损失。如果通过 robots 协议避免不受欢迎的访问，可以显著地减少网站管理者在反爬虫手段上投入的成本，用来丰富网站的建设和优化，为社会带来更大经济价值。

另一种对于 robots 协议的批评认为，robots 协议阻碍了网络信息的充分流动。然而，这一批评存在几点不足：**第一**，robots 协议的限制程度取决于具体的 robots.txt 文件。爬虫协议本身没有规定限制的范围和程度，而是由单个 robots.txt 自行规定。具体的 robots.txt 协议限制抓取程度是否过高和爬虫协议本身没有关系。**第二**，robots 协议的目的是为了**保护网站管理者的利益**，而非信息提供者的利益。从 robots 协议的技术文档来看，其目的是为了**保护网站信息和服务器资源**，这些利益均与网站管理者高度相关，而与信息提供者只有间接关系。robots.txt 文档存储在网站服务器上，属于网站管理者的管理范围，而网站管理者没有义务保护信息提供者的利益。**第三**，当信息提供者向网站提供了信息时，已经默许了网站管理者使用 robots.txt 文档对该信息的流通进行一定的限制。robots.txt 存储在网站根目录下，信息提供者很容易就能够访问，理应了解其内容。信息提供者向网站提供信息实质上是一种意思表示，表明愿意接受网站管理者通过 robots.txt 对该信息的传播进行适当限制。**第四**，robots.txt 对信息流动的限制很小。robots.txt 一般只禁止一部分内容被抓取，或者禁止一部分爬虫不能抓取，而其他的内容或者爬虫仍然被允许抓取。即使 robots.txt 禁止抓取的内容和爬虫很多，它也只禁止了一种方法，而访问者可以通过其他方法，如手动拷贝的方法获取需要的信息。robots.txt 也未以任何方式阻碍站内信息的传播，它只限制抓取行为本身。

其次，遵守 robots 协议作为良好的行业惯例以自律公约的形式得到了认可，并且得到了司法实践的认可。由百度、奇虎 360、新浪微博等 12 家中国互联网搜索引擎企业发起，由中国互联网协会于 2012 年 11 月 1 日发布的《自律公约》第 7 条第 1 款规定：“遵循国际通行的行业惯例与商业规则，遵守机器人协议(robots 协议)。”本条款不仅印证了 robots 协议属于国际通行的行业惯例与商业规则，并且通过自律公约的书面形式要求中国互联网协会会员单位和自愿加入《自律公约》的互联网从业单位遵守 robots 协议。北京一中院在判决²中明确指出：“《自律公约》作为在互联网协会的牵头组织下，由搜索引擎行业内具有较高代表性且占有绝大部分市场份额的企业共同达成的行业共识，反映和体现了行业内的公认商业道德和行为标准。”这一意见很清楚地写明了《自律公约》体现了商业道德。《自律公约》第 7 条和第 8 条共同构成 robots 协议的商业道德：应当遵守 robots 协议，且互联网站所有者设置机器人协议应遵循公平、开放和促进信息自由流动的原则，限制搜索引擎抓取应有行业公认合理的正当理由，不利用机器人协议进行不正当竞争行为，积极营造鼓励创新、公平公正的良性竞争环境。³

综上所述，遵守 robots 协议是良好的行业惯例，并且以自律公约的形式得到了官方政策和司法实践的认可，属于商业道德。不过，这一道德也受到限制，具体的 robots 协议不得违背公平、开放和促进信息自由流动的原则，不得利用爬虫协议进行不正当竞争行为。

4. 四方微博的robots.txt符合公平、开放和促进信息自由流动的原则，且四方微博限制博闻微博抓取有行业公认合理的正当理由

¹ 如使用验证码是对应爬虫最有效的手段之一，但这将导致用户的网站使用体验缺乏流畅性。

² 北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术（北京）有限公司与北京奇虎科技有限公司不正当竞争纠纷案，北京市第一中级人民法院，（2013）一中民初字第 2668 号。（《自律公约》即《互联网搜索引擎服务自律公约》）

³ 《互联网搜索引擎服务自律公约》第 8 条。

《自律公约》第8条的主要意旨在于两点。第一，具体的 robots.txt 文件不能过度限制信息的自由流动。第二，使用 robots.txt 限制抓取需要有行业公认合理的正当理由。下文将从这两个方面展开论述。

首先，四方微博的 robots.txt 没有过度限制信息的自由流动。限制搜索引擎的抓取对信息自由流动的限制与引擎种类高度相关。搜索引擎包括全文搜索引擎、目标索引式搜索引擎、元搜索引擎等。下面将主要讨论占据主流的全文搜索引擎和目标索引式搜索引擎。互联网中通过抓取行为促进信息流动效率的爬虫主要为全文搜索引擎的爬虫，而并非目标索引式搜索引擎的爬虫，其主要功能为促进来自其他站点的信息传播。全文搜索引擎使用蜘蛛爬虫从互联网提取各个网站的信息(以网页文字为主)，建立起数据库，并能检索与用户查询条件相匹配的记录，按一定的排列顺序返回结果。而门户式目录索引(又称目标索引类搜索引擎)将网站分门别类地存放在相应的目录中，因此用户在查询信息时，仅对目录内网站进行检索，不会搜索外部网站。由于目录索引爬虫的功能实现不包括抓取外部网站信息，因此原告对其进限制没有过度限制信息的自由流动。

四方微博的 robots.txt 的确限制了包含博闻微博在内的多家公司实施微博抓取行为。不过，四方微博只禁止了同为微博的竞争对手，而不包含百度、奇虎 360 等全文搜索引擎。¹由于四方微博只限制了同类爬虫的抓取，而目录检索式爬虫的抓取对信息流通的促进作用很小，并且存在广泛的替代流通方式，比如可以通过主流全文搜索引擎获取四方微博信息，因此四方微博的 robots.txt 没有过度限制信息的自由流动。

其次，四方微博使用 robots.txt 限制博闻微博进行抓取有行业公认合理的正当理由。在 2018 年 1 月 1 日，博闻微博开始服务时，原告便注意到了《博闻协议》中规定的同步抓取可以未经四方微博许可抓取微博信息，有不劳而获之嫌。因此，四方微博的理由在于防止竞争对手通过同步抓取“搭便车”，未经许可获取四方微博的经营成果。这是为了保护四方微博的合法权益，而“搭便车”行为也属于一种典型的违反商业道德的不正当竞争行为(后文论证)。因此，四方微博限制抓取的理由具有正当性，并得到了行业公认。

最后，百度诉奇虎 360 违反 robots 协议案²中提出的“通知-协商”程序不适用于本案。该案中涉及的百度以及奇虎 360 均为全文搜索引擎，而本案中的四方微博与博闻微博均为目录索引式引擎。如前所述，由于全文搜索引擎与目录索引的巨大差异，对于这两种网站的 robots 协议保护力度以及发生纠纷时的处理方法应当不同。对于全文搜索引擎而言，自由抓取是引擎功能的保证，也能极大地促进信息的自由流通，因此北京市第一中级人民法院要求设置 robots 协议的一方在收到书面申请的情况下应该给出正当理由合情合理，而对于目录索引而言，能否抓取竞争对手的内容对引擎自身功能的实现并无显著影响，限制目录索引式引擎也不会对信息自由流通产生过度阻碍。因此，“协商-通知”程序不适用于本案，被告不能以“协商-通知”程序作为自己违反 robots 协议进行抓取的抗辩。

5. 小结：被告的恶性抓取行为违反了遵守robots协议的商业道德

如前所述，遵守 robots 协议是商业道德，四方公司的 robots.txt 文件是符合爬虫协议精神，符合《自律公约》精神的 robots.txt，博闻公司违反四方 robots 协议对四方微博进行抓取违反了商业道德。

6. 被告的抓取行为属于不劳而获地利用他人劳动成果的“搭便车”行为，违反了商业道德

¹ 四方微博品牌价值的重要组成部分是流量，经济利益变现的最重要渠道也是流量。如果四方微博内容和用户不能被全文搜索引擎搜索到，将对四方微博造成较大负面影响。四方微博限制的竞争对手爬虫属于目录索引式爬虫，四方微博将其限制不会引起四方微博有效流量的减少。因此可以合理推定四方微博只限制了竞争对手的抓取。

²北京市第一中级人民法院 (2013)一中民初字第 2668 号。

搭便车行为，即不付成本而坐享他人之利的投机行为。本案中，被告博闻微博违反 robots 协议抓取四方微博内容，使用爬虫抓取这一行为本身成本极低，而如上所述，获取的四方微博内容具有很高的经济价值，是重要的经营成果和竞争优势。由此可以认定，被告的恶性抓取行为属于不劳而获利用他人劳动成果的“搭便车”行为。“搭便车”行为的不正当性，以及该行为对商业道德和诚实信用原则的违反，已经在长期的司法实践¹中得到认可。

被告通过对原告微博内容进行“搭便车”，不当地利用了原告在九年时间中开拓的微博市场资源。微博作为双边平台，其双边客户群体由 VIP 用户和广告商组成，由于双边平台的跨群网络外部性，一组客户群体的人数越多，双边市场对另一组客户群体的吸引力就越强，就越能吸引另一组客户群体。在微博平台兴起初期，VIP 用户和广告商进驻微博市场的数量都比较小，双边市场交易成交量较小，而四方微博作为微博行业开拓者之一，对微博市场的兴起和用户微博使用习惯的养成做出了很大的贡献，付出了大量的成本，包括累积用户的时间成本、平台宣传的广告成本，平台初期为吸引广告商和 VIP 用户设置的低定价策略等。然而，由于微博平台的用户黏性小，平台开发者难以保持自己的先发优势，并且不存在阻止抓取的技术手段，如不通过反不正当竞争法加以保护，平台开发者开发、开拓平台市场的激励将被削弱，不利于 PGC 平台经济的发展，终将对经营者利益和消费者利益造成损害。另外，被告违反 robots 协议进行恶意抓取，会使得 API 接口合作等市场效率更优的信息迁移模式难以实现，若不加加以法律规制，将造成市场失灵。

7. 若不对被告的恶性抓取行为进行公力救济，将造成市场失灵

市场失灵，指一些不受管制的市场不能有效地配置资源，而有效地资源配置应当使得总剩余（即社会福利加总）最大化，达到帕累托最优。² 本案中，被告违反 robots 协议，不经原告同意的抓取行为将导致微博平台等数据资源平台市场难以达成效率更优的数据合作方式，如 API 接口合作，并造成爬虫和反爬虫开发成本的无谓损失，导致市场失灵。

首先，以 API 接口合作为例的数据合作在效率上优于恶性抓取，恶性抓取将导致无谓损失。数据合作在得到了用户和微博平台授权的基础上，将微博平台内的用户生产数据传输给第三方平台。对于第三方而言，由于数据合作得到了微博平台的许可，因此第三方平台的爬虫不会受到 robots 协议和反爬虫技术手段的阻碍，第三方不需要耗费大量时间、金钱和人力成本开发绕过反爬虫保护技术；对于微博平台而言，可以降低为了应对恶意爬虫而开发的反爬虫技术手段的成本，并且数据合作模式下的爬虫将以更加文明和善意的方式访问微博平台，减少对微博平台服务器的压力和资源占用，减少微博平台的服务器维护和性能成本。总的来说，数据合作能够节省经营者之间互相竞争投入爬虫和反爬虫技术的开发成本，平台经营者通过数据合作的方式减少这部分成本，并用于促进平台服务质量的提升，将创造更多社会福利，因此在效率上，数据合作优于恶性抓取，恶性抓取导致的平台经营者付出的爬虫开发成本不能转化为社会福利，属于无谓损失。

其次，若不对被告的恶性抓取行为进行公力救济，将导致数据合作难以实现。对于微博平台经营者而言，进行数据合作需要支付授权费用，而爬虫技术虽然开发成本高，但是开发完成之后使用成本低。因此，对于开发完成爬虫技术的微博平台经营者而言，进行恶

¹ 可参见 (2014)沪一中民五(知)初字第 22 号，(2011)一中民终字第 7512 号，(2010)海民初字第 24463 号，(2014)一中民终字第 3199 号，(2016)京 0108 民初 26547 号，(2017)京民终 5 号，(2015)粤知法著民初字第 19 号，(2015)海民(知)初字第 11687 号，(2015)穗天法知民初字第 285 号，(2014)民申字第 873 号，(2014)海民初字第 5724 号，(2011)浦民三(知)初字第 691 号，(2012)沪二中民五(知)初字第 130 号，(2012)一中民初字第 5718 号。

² 曼昆：《经济学原理：微观经济学分册（第六版）》，梁小民、梁砾译，2012，北京，北京大学出版社，137-156 页。

性抓取比支付授权费用更能满足该经营者的私利，并且被竞争对手单方面抓取带来的损失十分显著。因此，如不规制恶性抓取，将导致囚徒困境，使数据合作难以达成。

表 1 恶性抓取带来的囚徒困境

（平台 1，平台 2）	善意合作	恶性抓取
善意合作	（中成本，中成本）	（受损失，低成本）
恶性抓取	（低成本，受损失）	（高成本，高成本）

最后，原告提请法院注意，恶性抓取行为将引起平台经营者的技术角力，技术力更强的一方就可以肆意抓取并阻碍其他平台抓取，存在垄断隐患；这样一种技术角力也将带来经营者之间互相较量爬虫技术，开展“军备竞赛”，在抓取能力上不断投入。但是，平台经营者应当在服务、定价策略、用户吸引等方面开展良性竞争，而不应将竞争着眼于谁更擅长抓取其他平台上的数据。对于恶性抓取的法规制缺失将导致数据合作难以达成，而合作难以达成将导致无谓损失，造成市场失灵，不利于良好经济秩序和消费者利益的实现。

（四）小结：被告的同步抓取行为违反了反不正当竞争法第二条

综上所述，被告的恶意抓取行为违反了 robots 协议，并以极低成本获取了原告付出大量成本的微博内容和流量，构成了不劳而获窃取他人劳动成果的“搭便车”行为，降低了原告的用户黏性，损害了原告的竞争优势，违反了商业道德，并会导致市场失灵，损害经济秩序，属于《反不正当竞争法》第 2 条规制的不正当竞争行为。

九、被告应承担损害赔偿的民事责任

（一）被告应赔偿侵权微博所得的流量收益和原告维权费用

本案中，由于网络侵权行为的隐蔽性，难以直接计算原告因被告的不正当竞争行为受到的损害数额。因此，根据《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款¹的规定，应根据被告博闻公司因侵权所获得的利益确定。博闻微博公司作为双边微博平台，其营收模式与原告相似，也是通过广告流量转化以及博闻新闻端的流量连接获得收益。因此，可以用博闻微博侵权所得的流量价值来计算侵权所得利益。被告因侵权获得的流量可以通过所抓取全部微博的访问量之和计算。法院可以要求被告提交网站访问日志，从而计算所有抓取微博的流量。

根据《资产评估法》第 3 条第 1 款，自然人、法人或者其他组织需要确定评估对象价值的，可以自愿委托评估机构评估。因此，法院应当委托具有资质的资产评估机构对计算出的流量价值加以评估，并以评估结果作为流量收益的计算方式。

被告应当赔偿原告为制止侵权行为支付的合理开支。因此，被告还应当赔偿原告调查取证费用、公证费用、按照《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）》²所确定的律师费用标准以及本案诉讼费用。

（二）如果流量收益难以计算，可以通过酌定方式进行赔偿

如果资产评估机构认为流量收益难以计算，可以通过考虑酌定因素，由法院判断赔偿数额。需要考虑的因素有：抓取持续时间，抓取微博数量，抓取用户的粉丝数和流量数，抓取获得的流量，缺省添加四方微博账户的博闻微博用户数量，抓取的具体方式及难易程度等。

¹ 《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款：“因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。”

² 北京市发展和改革委员会、北京市司法局：《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准（试行）》，京发改[2010]651 号。

十、结论

综上所述，被告博闻公司的同步抓取行为违反了《著作权法》第48条，《反不正当竞争法》第12条第2款及《反不正当竞争法》第2条。原告恳请合议庭以事实为依据，以法律为准绳，充分考虑原告代理人的代理意见，客观中立地作出裁判，宣判被告博闻公司应承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任，并承担本案全部诉讼费用。

第七部分 启示与思考

一、对“无独创性”数据库可版权性的思考

现阶段中国立法与司法对于数据库可版权性的斟酌，很大程度上是因为数据库通常利用了公有领域素材（事实），并且往往具有一定功能性。尤其，数据库的功能性给著作权法带来很大的不确定性——似乎无论如何仔细地去定义数据库可受著作权法的保护范围，也不可避免地导致权利人能够对数据库的某些功能性要素进行垄断。但我们认为，功能性”或“事实”的标签并不意味着著作权法不能给予那些具有较低或没有独创性的数据库保护。对数据库可版权性的关键在于，应从什么层面上理解数据库的独创性，以及独创性的门槛应设多高。

数据库的结构性特征与计算机软件相似。和计算机软件一样，数据库也是具有层级结构的计算机程序及有关文档。美国联邦法院在 *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* 案中确立了计算机程序的版权保护可以延及程序的“结构、序列和组织”。¹在后来的 *Computer Associations International, Inc. v. Altai, Inc.* 案中确立了“抽象-过滤-比较”方法。中国法院和学界也在实践中认可了抽象过滤的方法。鉴于数据库的层级属性，我们认为或许可以采用抽象过滤的方法提炼出数据库中可受著作权法保护的结构、序列和组织。

参考“抽象-过滤-比较”方法数据库也可以抽象为三个层次，分别是物理数据层、概念数据层、用户数据层。数据库不同层次之间的联系是通过映射进行转换，每一层的数据都是基于下层数据经过一系列汇编方式转换而来。物理层是物理贮存设备上实际存储的原始数据的集合；概念层是每个数据的逻辑定义及数据间的逻辑联系的集合；用户层是一般用户所接触和使用到的数据集合。²由此来看，物理层通常是不受著作权法保护的事实，即便进行了一些选择和编排，通常也是服务于概念层的再加工，具有功能性。概念层是数据库的核心处理层，概念层中一系列的算法将原始数据进行了各种复杂的排列和编排，以服务用户层最终要实现的目的。概念层中的程序和代码再排出标准化、功能性、公用性的成分后，具有独创性的部分应具有可版权性。而最表层的用户层数据，是数据库经过物理层和概念层汇编加工后的智力成果，毫无疑义地具有一定程度的独创性，应当作为汇编作品受到著作权法的保护。

二、汉德公式在网络环境下著作权侵权过错认定的适用可能性

知识产权法与其他权利法相比更多地考虑规则对于社会成本与社会福利的调节。以著作权法为例，其追求在社会中达到对于著作权人的最优激励和作品的最大利用效率。这也让知识产权法具有更大的法经济学分析的可能性。特别是在网络环境下的信息网络传播权，如何在这样一个新的领域中分配注意义务，汉德公式不失为一个可供参考的思路，汉德法官认为，如果预防的成本（B）小于事故导致的损害（L）与事故发生的可能性（P）的

¹ *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F.2d 1222 (1986)

² 百度百科

乘积，则认定被告未采取预防措施就存在过失。¹网络环境下以信息网络传播权为主的著作权财产权的侵害最多，用数值量化成本收益更加容易，且不存在功利主义的批判。从避风港规则建立到如今，网络服务提供商的技术水平已经发生了天翻地覆的变化，如今现在，文字作品（文本）的分析、索引和比对技术已经非常成熟。图片、声音或视频文件的过滤，比文本过滤要复杂一些，但也逐渐完善。²预防成本 B 已经大幅降低，而损害 L 和可能性 P 也随着技术的发展大幅上升，这个时候给网络服务提供商赋以比避风港规则更高的注意义务，从成本收益的角度上似乎存在更高的可能性。

三、著作权专有使用权的权利属性

著作权专有使用权当被认定为一种用益知识产权。首先，著作权专有使用权应当被认定为一种支配权。由于专有被许可人有权以不依赖于任何其他人的方式行使经专有许可使用权，同时可以禁止任何第三人以及著作权人行使该著作权，完全符合支配权的特征。因此，由于债权属于请求权而非支配权，首先可以认定著作权专有使用权并非债权。³其次，虽然专有被许可人享有对著作权使用、收益的权利，与用益物权的权能相同，⁴但其客体并非物，而是知识产权，因此应当属于一种用益知识产权。⁵

¹ United States et al.v.Carroll Towing Co., Inc., et al., 159 F.2d 169 (2d.Cir.1947) .

² 崔国斌：《论网络服务商版权内容过滤义务》，中国法学，2017 年 02 期。

³ 《知识产权被许可人的诉权研究》，上海市第一中级人民法院课题组，载《东方法学》2011 年第 6 期。

⁴ 《当前知识产权几类案件审判热点——第九届全国部分盛世知识产权审判研究会观点摘要》，广东省高级人民法院民三庭，载《人民司法》2007 年第 12 期。

⁵ 齐爱民：《论二元知识产权体系》，载《法商研究》2010 年第 2 期。

齐爱民：《知识产权法总论》，2010，北京，北京大学出版社，第 449-451, 455-459 页。

附件

民事授权委托书

委托单位：四方科技有限公司（盖章）

法定代表人：XXX

住所地：XXXXXXXXXX

联系电话：XXXXXXXXXX

受委托人：

姓名：XXA 单位：四方律师事务所 职务：律师

联系电话：XXXXXXXXXX

姓名：XXB 单位：四方律师事务所 职务：律师

联系电话：XXXXXXXXXX

现委托上列受委托人在我公司与博闻公司纠纷一案中，作为我方诉讼代理人。

代理人 XXA，XXB 的代理权限为：

1. 代为承认、放弃、变更诉讼请求；
2. 代为起诉、答辩、调查、收集证据；
3. 进行和解；
4. 提出反诉、上诉；
5. 庭审举证、质证、辩论；
6. 领取法律文书。

本委托书有效期自签订之日起至本案一审终结止。

委托单位：四方科技有限公司（盖章）

法定代表人：XXX

委托人：XXX

受委托人：XXA，XXB

四方律师事务所（章）：

二〇一八年四月九日