

2018 年第十六届“理律杯”  
全国高校模拟法庭竞赛  
参赛书状

起

诉

状

—— 原告方 37 号代表队 ——

## 目录

第一部分 当事人基本信息 .....	3
第二部分 诉讼请求 .....	3
第三部分 本案基本事实及焦点问题 .....	4
第一节 基本事实 .....	4
第二节 法律适用 .....	5
第三节 焦点问题 .....	6
1. 微博内容具有何种法律性质? .....	6
2. 被告是否侵犯了原告的著作权? .....	6
3. 被告的行为是否构成不正当竞争行为? .....	6
4. 被告应承担的侵权责任? .....	7
第四部分 支持诉讼请求的理由 .....	7
第一节 本案中的程序问题 .....	7
1. 原告诉讼主体适格 .....	7
2. 北京博闻有限公司为本案适格被告 .....	8
3. 本次诉讼未超过法定诉讼时效 .....	8
4. 本案应由某基层人民法院管辖 .....	8
5. 原告提起两个独立的侵权之诉 .....	8
第二节 原告对微博内容享有合法权益 .....	9
1. 微博内容可以构成作品 .....	9
2. 案涉内容中存在作品 .....	10
3. 关于案涉内容中不构成作品的部分 .....	10
第三节 被告的抓取行为构成著作权侵权 .....	11
1. 原告享有微博内容的专有使用权 .....	11
2. 服务协议合法有效 .....	12
3. 博闻微博存在主动抓取行为 .....	13
4. 被告淡化水印的行为违法 .....	14
5. 用户的授权不能成为被告抗辩的理由 .....	14
6. 被告的行为不构成合理使用与法定许可 .....	15
第四节 被告行为构成不正当竞争行为 .....	16
1. 本案应适用《反不正当竞争法》第 12 条与第 2 条 .....	16
2. 原告与被告均属于经营者, 且具有直接竞争关系 .....	17
3. 被告违反原告设立的 robots 协议, 实施了不正当的抓取行为 .....	17
4. 被告的行为严重侵害了原告的合法权益 .....	20
5. 被告的行为严重扰乱了互联网行业的竞争秩序, 侵害了公共利益 .....	21
第五节 被告承担民事责任的方式及计算 .....	22
1. 被告应该停止侵害、赔礼道歉 .....	22
2. 被告应承担损害赔偿 .....	22
第五部分 案件反思 .....	24
附件: .....	25

## 第一部分 当事人基本信息

原告：四方科技有限公司 所在地址：××省××市  
统一社会信用代码：××××××××××××××××××××  
法定代表人：××× 联系电话：1××××××××××

被告：北京博闻科技有限公司 所在地址：××省××市  
统一社会信用代码：××××××××××××××××××××  
法定代表人：××× 联系电话：1××××××××××

## 第二部分 诉讼请求

1. 请求法院判令被告北京博闻科技有限公司停止侵权行为。
2. 请求判令被告北京博闻科技有限公司公开赔礼道歉。
3. 请求判令被告北京博闻科技有限公司赔偿四方科技有限公司损失共计×万元。
4. 请求判令被告承担本案案件受理费及相关律师费用。

## 第三部分 本案基本事实及焦点问题

### 第一节 基本事实

原告四方科技有限公司（以下简称“四方公司”）是国内知名的网络科技公司和电商。四方微博网站是其经营的中文博客平台，经过数年经营，已占据了中国大陆微博用户总量的 57%和中国大陆微博活动总量的 87%，是中国大陆访问量最大的网站之一，在同行业内具有明显的市场优势地位。

四方微博的用户可以在微博中发表文字内容，每条信息的文字字数上限为 200 字，并可以附加图片、音频、视频等文件。对于图片，四方微博的用户账号设有“图片水印设置”一栏，该栏默认在图片上显示水印，水印由四方微博标志和用户名共同构成。用户也可根据自身需要选择“不显示”，从而改变默认设置。此外，四方微博的用户可以将自己发布的信息设置为“仅自己可见”、“相互关注可见”、“回答问题可见”和“所有人可见”。当用户将自己发布的信息设置为“所有人可见”时，该信息可被任何网络用户通过正常浏览四方微博网站的方式获取。

为提升四方微博对普通公众的吸引力、确保公众人物的网络身份与现实身份的统一，四方微博提供 VIP 身份认证服务，明星、知名企业家等各领域的公众人物可以通过提交身份验证资料进行实名认证，在满足很高的粉丝和流量要求的情况下获得“VIP”标注。VIP 用户的微博账户功能与普通用户的账户功能相同，但是更容易被搜索到。四方微博通过 VIP 认证功能吸引了大量知名人士，确保了四方微博的用户活跃度与持久度。VIP 账户与粉丝们的互动是四方微博的重要流量来源，也是四方微博品牌价值的重要构成部分。四方微博的成功极大地提升了原告公司的整体吸引力，四方微博用户无需另行注册便可直接从微博页面快速进入一系列四方公司的其他网页，包括四方商城、四方新闻、四方理财、四方游戏、四方外卖、四方共享单车等，给原告带来了大量的直接和间接收益。

就原告所提供的微博服务，原告与其每一位微博用户均签订了《四方微博服务使用协

议》。协议内容主要包括：

- (1) 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。
- (2) 用户在使用四方微博服务过程中应严格遵守四方微博运营方所发布的 Robots 协议。未经四方微博运营方事先书面同意，任何用户不得以任何方式自行、帮助或委托任何第三方以违反上述规定的方式访问四方微博平台或收集任何微博内容。
- (3) 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，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。

2018 年 1 月 1 日，被告北京博闻科技有限公司（以下简称“博闻”公司，是成立于 2012 年的新型媒体资讯公司）推出社交媒体产品“博闻微博”，同样采取名人推广策略，邀请公众人物开通博闻微博账号。此外，被告旗下的博闻新闻通过定制化新闻推荐成为中国大陆用户数量最多的新闻网站之一，在开通微博服务平台后，博闻微博与博闻新闻可以互相导流，用户发布微博时可以添加博闻新闻链接。而博闻微博也会被推送给博闻新闻用户。

被告在与用户签订的《博闻账号申请及授权协议书》中包含下列条款：

- (1) 您承诺对本网页中添加的账号/链接及其项下的全部内容享有完整的著作权或已获合法授权（含转授权），现授权博闻公司和/或其关联公司（以下统称“博闻公司”）在博闻新闻、博闻微博等产品中使用。为提高内容曝光率及信息发布效率，您自愿授权博闻公司可对前述内容收录至博闻新闻及博闻微博账号，并以您的“博闻微博”账号名义展示，您承诺并认可上述授权发布行为，视为您对前述内容的自行发布。
- (2) 您授权博闻公司可自行使用上条所述信息内容的权利。
- (3) 您确认并承诺：对本协议全部授权内容拥有或者经过合法授权拥有履行本协议所述的合法权利，且未将复制权或独家信息网络传播权授权给博闻公司以外的主体。若授权内容权利出现违法、侵权或其他瑕疵等情况的，您已充分理解并确认应及时书面将情况反馈给博闻公司并采取措施处理、解决上述问题。同时，您已充分地理解并同意博闻公司有权单方终止本协议或终止使用您内容的全部或部分。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遭受的损失。

2018 年 1 月 2 日起，原告在 Robots 文件中宣布禁止博闻微博抓取四方微博网页上的信息。Robots 协议是原告存放于四方微博网站根目录下的文本文件，是搜索引擎访问网站时需要查看的文件，它通常告诉网络搜索引擎的漫游器，此网站中的哪些内容是不应被搜索引擎的漫游器获取的，哪些是可以被漫游器获取的。

2018 年 1 月 3 日，被告以书面形式与原告沟通，明确表达了获得抓取原告微博网页许可的愿望。原告对此没有表示同意。

此后，被告在博闻微博的网页中默认用户添加自己的其他社交媒体账号，包括原告微博。

## 2018 年第十六届“理律杯”模拟法庭比赛·第 37 号参赛队原告代理意见书

根据被告在添加页面的弹窗说明,添加即授权被告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(即抓取技术)自动同步到该用户在博闻微博的账号中。

截止 2018 年 3 月 1 日,原告发现超过 100 个博闻微博 VIP 账号中的大量内容与这些博主在四方微博上发布的内容一致,一致的内容至少包括 10000 条内容相同的文字信息和 8000 张图片。图片中的一部分带有清晰可识别的四方微博水印标识,另一部分上面的标识已经完全不可辨识但图片有明显的淡化抹除痕迹。一多半涉案账号在两个微博中的信息内容完全相同,其他涉案账号在两个微博中的信息内容存在不同,不同之处在于有些信息的内容更为丰富,有些则是几条相关信息的综合。

2018 年 4 月 9 日,原告以被告侵犯著作权、实施不正当竞争行为为由,诉请法院判令被告停止抓取行为、公开赔礼道歉并赔偿相应损失。

## 第二节 法律适用

本案适用的法律、司法解释、行政法规如下表所示:

效力级别	法规名称	发布机关	实施日期
法律	《中华人民共和国著作权法》	全国人大常委会	2010 年 4 月 1 日
	《中华人民共和国侵权责任法》	全国人大常委会	2010 年 7 月 1 日
	《中华人民共和国民事诉讼法》	全国人大常委会	2017 年 7 月 1 日
	《中华人民共和国反不正当竞争法》	全国人大常委会	2018 年 1 月 1 日
	《中华人民共和国合同法》	全国人民代表大会	1999 年 10 月 1 日
	《中华人民共和国民法总则》	全国人民代表大会	2017 年 10 月 1 日
司法解释	《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》	最高人民法院	2002 年 10 月 15 日
	《最高人民法院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》	最高人民法院	2002 年 1 月 22 日
	《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》	最高人民法院	2002 年 10 月 16 日
	《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》	最高人民法院	2006 年 12 月 8 日
	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》	最高人民法院	2015 年 2 月 4 日
行政法规	《中华人民共和国著作权法实施条例》	国务院	2002 年 9 月 15 日
	《信息网络传播权保护条例》	国务院	2013 年 3 月 1 日

### 第三节 焦点问题

1. 微博内容具有何种法律性质？
  - 1.1 微博内容是否可以构成作品？
  - 1.2 案涉内容是否存在作品？
  - 1.3 案涉内容中非作品部分的性质？
2. 被告是否侵犯了原告的著作权？
  - 2.1 原告对微博中的作品享有何种权利？
  - 2.2 原告的用户协议是否合法有效？
  - 2.3 是否能够证明被告存在主动抓取行为？
  - 2.4 淡化水印的行为是否违法？
  - 2.5 用户的授权是否可以成为被告的抗辩理由？
  - 2.6 被告行为是否属于合理使用或法定许可？
3. 被告的行为是否构成不正当竞争行为？
  - 3.1 本案应如何适用《反不正当竞争法》？
  - 3.2 原被告是否具有竞争关系？
  - 3.3 被告是否侵害了原告的合法权益？
  - 3.4 被告的行为是否因违反商业道德而具有可责性？
4. 被告应承担的侵权责任？
  - 4.1 被告应具体承担何种民事责任？
  - 4.2 被告应承担的损害赔偿数额如何计算？

## 第四部分 支持诉讼请求的理由

### 第一节 本案中的程序问题

#### 1. 原告诉讼主体适格

根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下论述均简称《民事诉讼法》）第 119 条第 1 款，“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”，在我国民事立案审查的司法实践中，往往基于民事诉讼法的有关主体诉讼的规定，将民事诉讼当事人限制为民事权益被侵犯或有争议的利害关系人范畴。在本案中，原告是微博内容的独占被许可使用人，被告北京博闻有限公司非法抓取四方微博平台上的内容，侵犯了原告的合法权利，且被告同时构成不正当竞争行为，损害了原告的合法权益。原告作为本案中民事权益被侵害的法人，与本案有直接利害关系，可以成为本案适格原告。

对于知识产权民事纠纷案诉讼主体这个问题，最高人民法院 1998 年 7 月 20 日下发的《关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》指出：“知识产权民事纠纷案件的起诉人，可以是合同当事人、权利人和利害关系人。利害关系人包括独占、排他许可合同的被许可人、依照法律规定已经继承或者正在发生继承的知识产权财产权利的继承人等。”由此可知，原则上，部分被许可使用人也是享有一定独立诉权的。

在采取诉前措施方面，《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问

题的解释》第 30 条规定，我国人民法院采取诉前措施，参照《最高人民法院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》的规定办理。后者第 1 条规定：注册商标使用许可合同被许可人中，独占使用许可合同的被许可人可以单独向人民法院提出申请；排他使用许可合同的被许可人在商标注册人不申请的情况下，可以提出申请。

在著作权侵权诉讼方面，目前并没有关于原告主体资格的具体规定。依照上文《座谈会纪要》的精神，参照 2002 年的《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 4 条：在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼；排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼；普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。

法律中虽然仅规定了商标权被许可使用人的相关诉讼权利，但著作权与商标权同属于知识产权，其性质具有相似性，采用类推适用的方法，应该赋予著作权被许可使用人同样的诉讼权利。从实质而言，独占被许可使用人通过合同排除了许可人自身使用作品的行为，即许可人对未来的作品的该项权利的使用权暂时转移给被许可使用人使用，因此此时由被许可人来主张权利，符合实体法与程序法上权利一致的要求。因此，在本案中，原告作为独占许可使用合同的被许可人可以单独向人民法院提起诉讼。

同时，由于被告实施了不正当竞争行为，导致原告的合法权益遭受侵害，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）第 17 条规定，原告有权向人民法院提起诉讼。

## 2. 北京博闻有限公司为本案适格被告

北京博闻公司未经原告同意、违反原告的 Robots 协议，擅自抓取原告平台上的微博内容并实施信息网络传播行为，侵害了原告作为独占被许可使用人享有的权益，构成著作权侵权行为。同时，对于不构成作品的微博内容，被告的这一行为构成不正当竞争行为。北京博闻有限公司作为企业法人，具有拟制人格，拥有相应民事权利能力和民事行为能力，具有诉讼主体资格，能够依法承担民事责任。

## 3. 本次诉讼未超过法定诉讼时效

根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 28 条的规定：“侵犯著作权的诉讼时效为两年，自著作权人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过两年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为；侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算两年计算。” 本案中，原告于 2018 年 3 月 1 日知道自身权利受到损害以及侵权人的存在，并于 2018 年 4 月 9 日向法院提起诉讼，因此原告起诉时间在诉讼时效范围之内，未超过法定诉讼时效。

## 4. 本案应由某基层人民法院管辖

本案案件事实中并未涉及管辖协议，因此应根据法律规定来确定管辖。

对于地域管辖，根据《民事诉讼法》第 28 条：“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。” 侵权行为地，包括侵权行为实施地和侵权结果发生地，一般情况下，实施地与结果发生地一致，但也可能存在不一致的情况，这样确认侵权行为诉讼的管辖，其意义主要是便于法院调查取证，及时审判和执行。由于本案涉及网络侵权行为，根据《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1 条：“网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地

包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。”在本案中难以确定实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地，而被告住所地易于确定，因此原告选择被告住所地的法院起诉，即北京的法院管辖（若被告的住所地，即主要办事机构所在地不在北京，则向被告主要办事机构所在地人民法院提起诉讼，起诉状中暂时默认为北京）。

本案涉及著作权纠纷，属于知识产权案件。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条的规定：“著作权民事纠纷案件，由中级人民法院管辖。各高级人民法院根据本辖区的实际情况，可以确定若干基层人民法院管辖第一审著作权民事纠纷案件。”根据北京市高级人民法院的指定，若干北京市基层人民法院具有第一审著作权民事纠纷的管辖权。

综合上述，本案涉及著作权民事纠纷，属于基层法院管辖的第一审民事案件，为了便于法院调查取证、提高民事审判及执行效率，原告依法向北京某基层法院提起民事诉讼，请人民法院依法受理。

## 5. 原告提起两个独立的侵权之诉

原告针对被告的抓取行为提起两个侵权之诉，并非是基于两个请求权基础的一个诉，具体而言，被告分别侵犯了原告的著作权与经济利益。本案中，被告抓取的 10000 条文字内容与 8000 张图片中，既存在构成作品的部分，也存在仅仅是信息的部分，原告对前者享有著作财产权，对后者享有纯粹经济利益。法律对于作品和非作品的保护程度不同，原告对作品和信息所享有的权益也不同，因此有区分的必要。

2009 年 4 月 21 日最高人民法院颁布的《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》中第 11 点提及：“妥善处理专利、商标、著作权等知识产权专门法与反不正当竞争法的关系，反不正当竞争法补充性保护不能抵触专门法的立法政策，凡专门法已作穷尽规定的，原则上不再以反不正当竞争法作扩展保护。”该意见明确了反不正当竞争法与知识产权专门法之间的补充关系，只有在专门法无法提供保护时，反不正当竞争法才能提供兜底性的保护。

在本案中，微博内容无论是否构成作品，原告均对其享有一定的权益。若只依据《著作权法》的规定提起侵权之诉，势必无法包含非作品的内容，原告完整权益将无法得到保护，因此原告采取提起两个侵权之诉的方式，以维护自身的合法权益。

根据《最高人民法院关于〈民事诉讼法〉的司法解释》第 221 条的规定，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。在本案中由于被告的抓取行为侵害了原告两个不同的权益，符合本条的规定，因此法院可以合并审理。

## 第二节 原告对微博内容享有合法权益

基于微博内容本身的特点，从法律性质上而言，微博的内容可以构成《著作权法》意义上的作品，而非作品部分为信息。由于本案案件事实的限制，原告无法进行实际的取证来列明哪些内容为作品，但是依据生活经验及常识，原告可以证明微博内容可以构成作品，以及抓取内容中存在作品。

### 1. 微博内容可以构成作品

根据微博平台的基本功能，用户可以在微博中发表文字内容，并附加图片、音频、视频文件。在合法及遵守《服务协议》的前提下，用户的发表行为以及发表的内容是自由不受拘束的。用户对发表的内容享有广泛的自由，这决定了微博内容可以构成作品、信息等各类客



体。

根据《中华人民共和国著作权法实施条例》第 2 条的规定：“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”从该条的规定可以总结出作品需要满足的三个特征，首先必须是人类的智力成果；其次必须能以某种有形形式复制；最后必须具有独创性。微博中的内容一般由用户编写，当然构成人类的智力成果；同时微博内容被大量转发的事实本身就证明了可复制性的存在。

对于微博内容具有独创性这一点，原告做一详细的论述。独创性，是指一件作品的完成应当是作者自己的选择、取舍、安排、设计、综合、描述的结果，既不是依已有的形式复制出来，也不是依既定的程式或者程序（又称手法）推演而来。<sup>1</sup>

从文字内容来看，每条微博的字数限制为 200 字，但已经达到了作品的起点。虽然通常而言，作品所使用的文字越少，越容易与公众惯常使用的语言表达重合，越难满足独创性的标准。但原告认为，200 字的字数限制并不影响作者通过选择、取舍、安排等来传情达意，从而满足独创性的要求。其实，撇开微博，现实中 200 字以内的作品大量存在，比如诗歌、对联等，它们的字数通常都达不到 200 个字，但这并不妨碍它们成为作品，而这些作品登在报纸或杂志上是作品，就没有理由否认放在微博平台上也是作品。在司法实践中，很多判决已经体现了字数多少并不必然影响作品的判定。例如，一句由 8 个汉字组成的广告词“横跨冬夏、直抵春秋”就被认为构成作品<sup>2</sup>。再例如我国最短的诗《生活》，内容只有一个字“网”，该诗因表达了作者对生活的认识，投入了作者的独立的智力创作，作为一个整体构成作品，受到著作权法保护。因此，200 字的字数限制并不当然成为微博内容构成作品的障碍。

此外，随着技术的不断发展，微博的内容早已超越了正文 200 字的限制，各种上传功能使得微博内容越来越丰富。例如，有博主将自己篇幅较长的文字作品拍成照片或制作为 gif 文件上传，这使得微博能够展示的文字远远超过了 200 字的限制。此外，上传的照片可能构成摄影作品；上传的画作可能构成美术作品；上传的视频，或者具有动态效果的 gif 文件可能构成电影作品；有些图片单独看来虽不一定具备独创性，但是多幅连环图片整体可能构成作品；有些图片、文字单独未必具备独创性，但其图片配上正文文字，却有可能具备独创性。上述各种情形都使得微博内容构成的作品远远超越了 200 字的限制，其作品性质更远远不仅限于文字作品。随着技术的不断发展，微博内容构成的作品类型可能会更多。<sup>3</sup>

当微博内容不符合作品的要求时，微博的内容仅为纯粹的信息，这部分信息对于用户而言或许意义较小，但是微博平台中存在的大量信息对于原告具有商业价值，能为原告带来竞争优势。。

## 2. 案涉内容中存在作品

根据案件事实，被告侵权的内容包括 10000 条内容相同的文字信息和 8000 张图片，而这些内容来自于 100 多个四方微博 VIP 账号。成为 VIP 用户有两个要求，一个是用户须为某一领域的公众人物，如明星、知名企业家、著名学者；另一要求是用户须有较多的粉丝和较高的流量。这些 VIP 用户通过原告的平台展示自己、表达观点、吸引关注，或者做一些文娱活动的宣发。四方微博上的关注度还可以为 VIP 用户带来显著的经济效益，一些 VIP 用户会在微博账号上发布广告以收取广告费。

结合上述 VIP 用户这一特殊群体的特点，以及一些实际例证，原告认为，被告抓取内容存在作品。

<sup>1</sup> 参见刘春田：《知识产权法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2010 年第 4 版，第 55-56 页。

<sup>2</sup> 参见侯占恒：《著作权许可与许可使用合同的异同》，载《知识产权名案评析》，中国法制出版社 1998 年第 1 版，第 37 页。

<sup>3</sup> 参见姜颖：《涉微博著作权问题研究》，载于《中国知识产权报》2011 年 7 月 8 日第 9 版。

具体而言，对于文字作品，VIP 用户为了吸引粉丝，获得关注，往往精心构思，反复打磨其内容，甚至有一些内容可以达到微小说的水准。即使是广告语，为了达到深入人心、宣传效果好的目的，也会经过精心的构思。对于图片内容，在本案中被告抓取的图片为 VIP 用户所拍摄，其中大部分 VIP 用户又是娱乐界的明星，他们所拍摄的图片多为自拍或生活照。为维护自身的形象并吸引粉丝关注，他们的自拍往往倾注了自己的精力与智慧。这些图片在取景、构图、光线等方面有自己独特的思考，有些还经过复杂的后期制作，这不同于普通人在一般生活日常中随手所拍摄的照片。对于音频或视频，亦同。

综上所述，在被告非法抓取的 10000 条的文字信息和 8000 张图片中，可以确定存在作品。鉴于本案的特殊情况，如若被告认为本案中所涉及的抓取内容全部不构成作品，应由被告承担相应的举证责任。

### 3. 关于案涉内容中不构成作品的部分

如前所述，在被告非法抓取的 10000 条的文字信息和 8000 张图片中，可以确定存在作品。此外文字信息和图片，由于欠缺独创性而不构成作品，但仍不失为有价值的信息，能够给作者及平台带来利益。

就文字信息而言，例如有的微博单纯摘录法律、法规，国家机关的决议、决定、命令等，并未加以自己的评述；有的内容非常简短，比如某 VIP 明星用户在某微博上发布“大家好，给大家介绍一下，这是我女朋友，@XXX”，这样的微博只不过是简短的由日常用语拼凑的一句话，却引来了几十万条转发、评论与点赞，甚至一度导致该微博服务器瘫痪。甚至，有些明星仅发布一个词语“官宣”，就给微博平台带来巨大的流量。

就图片而言，由于我国对作品独创性有一定要求，因此普通照片不一定能构成作品。譬如，用户在卢浮宫对着蒙娜丽莎画像，精准地拍下照片并上传至微博，由于照片只是单纯地再现美术作品，并不构成摄影作品。除此以外，有的图片是用户用截图工具对电影、电视剧进行截图然后发布，这些图片同样因不具独创性而不构成作品。

据此，博闻微博非法抓取的文字信息和图片中，有一部分不构成著作权法意义上的作品，仅为信息。信息所受的法律保护不及作品，但依然有一定的经济价值。根据微博以流量为核心的运营模式，信息的发布，尤其是粉丝数量庞大的 VIP 用户的发布，仍然可以为微博带来大量流量。VIP 用户的身份具有特殊性，他们因为知名度等原因获得了大量粉丝的关注，并且未注册微博账户的粉丝也可能单纯为了这些 VIP 用户而注册微博。这些 VIP 用户发布的每一条微博，无论是作品还是信息，都有可能会在粉丝甚至路人中引起轰动。由此可见，信息的流量价值不容小觑。信息所包含的利益属于原告平台合法权益的范畴，应该受到法律的保护，具体内容见不正当竞争行为部分。

## 第三节 被告的抓取行为构成著作权侵权

### 1. 原告享有微博内容的专有使用权

作者创作完成作品即当然取得著作权，事后作者可以转让或许可他人使用著作权中的财产性权利。根据《著作权法》第 24 条的规定，许可使用又可分为专有使用与非专有使用。专有使用还可以再细分为独占许可使用和排他许可使用。根据《中华人民共和国著作权法实施条例》第二十四条的规定：“著作权法第 24 条规定的专有使用权的内容由合同约定，合同没有约定或者约定不明的，视为被许可人有权排除包括著作权人在内的任何人以同样的方式使用作品；除合同另有约定外，被许可人许可第三人行使同一权利，必须取得著作权人的

许可。”因此，四方微博与用户之间的法律关系如何，应该具体分析《四方微博服务使用协议》的内容来判断。关于用户与平台间法律关系的内容集中于 1.3、1.4、1.5 条款中，综合分析该内容，应该认为用户将其作品的信息网络传播权独占性地授予给四方微博平台。

对于许可使用权利的内容，应该为信息网络传播权。根据《著作权法》第 10 条第 12 项的规定，信息网络传播权的概念为“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”。判断的依据首先为协议 1.3 条中的第 2 款规定：“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。”条款中所划线的词汇皆与信息网络中的操作行为有关，而非现实生活中的复制、抄袭、转载等词汇；其次，原告四方微博平台作为一家网络服务公司，其经营内容皆与网络有关，设立该条款目的主要是禁止其他网络服务公司对其享有权利的内容实施信息网络传播行为，而线下的传播使用行为，与原告主营业务范围并不冲突，原告不必限制也不应限制；再次，对于作品的使用属于著作权人的自由，协议中对著作权人的限制不应超出其目的范围，因此线下时空中对作品的使用权应该归属于著作权人，以此避免对著作权人权利的过分限制。除此之外，协议 1.4 中明确，未经四方微博运营方事先书面同意，任何用户不得以任何方式自行、帮助或委托任何第三方以违反 Robots 协议的方式访问四方微博平台或收集任何微博内容。第三方访问或收集微博内容均是通过网络爬虫的手段实现，发生的领域均为线上，通过此条款也可以得出原告设立该条款的目的是为了保护其网络环境中的权利。

对于许可使用的范围，应该为独占许可使用合同。根据《著作权法》第 24 条的规定，许可使用又可分为专有使用与非专有使用。专有使用还可以再细分为独占许可使用和排他许可使用。其中独占许可使用意味着被许可人有权排除包括著作权人在内的任何人以同样的方式使用作品。根据协议 1.3 中“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”以及“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”等内容，可以得知用户自身再次使用作品进行信息网络传播行为的权利同样受到限制，这一点与独占许可使用的特征相符。除此之外，1.5 条款中规定，“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（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”的内容，可以得知原告对侵犯其著作财产权的行为享有诉讼实施权限，对于损害赔偿的款项享有归入权，而在排他许可合同与独占许可合同中，排他被许可使用人只有在著作权人不起诉的情况才能起诉，独占被许可使用人才可以单独起诉。综合分析三个条款，可知 1.5 条款中的用词虽为“无偿授权”，实则并非是委托代理关系，平台所享有的诉讼实施权限是独立且完整的，“无偿授权”这一表述的意义更多的是在于方便说明。

综上所述，《四方微博服务使用协议》中包含用户与平台之间的独占许可使用合同的内容，平台具有对微博内容独占性的信息网络传播权。

## 2. 服务协议合法有效

上述平台的专有使用权是建立在《四方微博服务使用协议》合法有效的基础之上的，因此应该对该协议进行全面的审查，判断其是否合法有效。

从形式方面来看，协议符合法律要求。根据《合同法》第 44 条第 2 款“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”以及《中华人民共和国著作权法实施条例》第 25 条“与著作权人订立专有许可使用合同、转让合同的，可以向著作权行政管

理部门备案”，可知专有许可使用合同的生效不是以备案登记为前提的，当事人只要达成合意，相应权利即当然暂时性地移转（被许可人即当然获得专有使用权）。同时，《著作权法》第 24 条对许可使用合同的主要内容做了规定，但应该明确该条仅为任意性规范，合同的具体内容应由合同当事人决定，只要对关键性的内容有所约定即可。

从内容方面来看，首先该协议并不存在《合同法》第 52 条所列举的合同无效的法定情形，也不存在同法第 53 条所列举的免责条款无效情形。诚然，该协议是四方公司为了重复使用而预先拟定的，在订立合同时未与用户协商，属于格式合同。根据《合同法》第 39 条第 1 款，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

具体而言，在说明义务方面，协议的第一条即明确用户需认真阅读协议并在独立思考基础上做出决定，同时协议采取了黑体加粗的形式提请用户注意，此种做法在互联网环境中较为常用，一般用户也能知悉内容加粗的含义。

在权利义务的设置方面，微博平台为用户提供各种方便快捷的免费服务，用户可以在平台上发布微博、获取咨询、社交聊天、购物以及娱乐，而用户方面则需授予原告平台专有使用权，并遵守平台的管理规定，以此维护四方微博平台的合法权益，这样的权利义务设置符合民法公平、等价有偿等基本原则，不存在《合同法》第 40 条格式合同条款无效的情形。

在实际影响方面，微博区别于其他社交网络服务平台的特点在于其使用者关注机制，用户关注他人并获取他人微博内容是不受限制的，除非其他用户对其内容做特别的设置，这一点和其他平台基于“互为好友可见”是完全不同的，因此用户在原告平台发布微博后，即可达到使公众可以获得其微博内容的目的，一般并无在其他平台也发布相同内容微博的需求，况且用户在不同平台发布的内容一般也会作出一定的改变。

综上所述，无论从形式还是实质层面来看，《四方微博服务使用协议》的所有内容都是合法有效的，应该得到法律的保护。合同双方有义务遵守合同的约定，微博平台有权依据协议获得构成作品的微博的信息网络传播权专有使用权。

### 3. 博闻微博存在主动抓取行为

被告在博闻微博的网页中允许用户选择添加自己的其他社交媒体账号，并在设置中默认地为用户添加了四方微博。根据博闻微博在添加页面的弹窗说明，添加即授权博闻微博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。这里的技术手段，便是抓取行为。

从证据角度而言，若要证明博闻微博存在主动抓取行为，首先必须排除微博内容完全是用户自行发布的可能性。

民事诉讼中的证据认定实行的是盖然性原则，对证据的要求不必达到排除合理怀疑的程度。根据《最高人民法院关于〈民事诉讼法〉的司法解释》第 93 条的规定：“根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实，当事人无须举证证明”，当事人只要提出初步证据，并结合经验法则即可推定另一事实，除非当事人有相反证据。根据案件事实，有超过 100 个博闻微博 VIP 账号中的大量内容与这些博主在四方微博上发布的内容一致，一致的内容至少包括 10000 条内容相同的文字信息和 8000 张图片。图片中的一部分带有清晰可识别的四方微博水印标识，另一部分上面的标识已经完全不可辨识但图片有明显的淡化抹除痕迹。且没有证据表明四方微博中存在带有博闻微博水印的图片。

博文微博中出现大量与四方微博内容一致的微博、带有四方微博水印标识或标识淡化抹除痕迹的图片，有三种可能的原因：第一，用户在两个平台上自行发布内容相同的微博；第二，博闻公司实施了抓取行为；第三，两者兼具。

根据本案事实，就带有清晰可识别的四方微博水印标识的图片而言，该标识为四方微博用户在发布微博时默认勾选显示的，如果是用户自行在四方与博闻两个平台上发布相同图片，假设其使用的是相册中的无水印图片，那么博文微博上将不会出现四方微博的水印；假设其先将相册中的无水印图片在一个平台上发布，再进行保存并在另一个平台上发布，首先这种做法徒增麻烦，不符合一般理性人的行为，况且即使真的有用户这么做，那么在四方、博闻微博中出现带有对方水印图片情形的概率是均等的，但是在本案中并没有证据表明四方微博中存在带有博闻微博水印的图片。就带有标识淡化涂抹痕迹的图片而言，这些图片在四方微博发布时因默认勾选而自动带有水印标识，如果是淡化抹除是用户自行操作，必然是先从四方微博保存其亲自发布的带标识的图片，特地淡化抹除水印标识后再发布在博闻微博平台上，这种做法显然不符合常理及一般用户的习惯，因此，博闻微博平台上图片存在明显的淡化抹除痕迹应当是博闻微博平台抓取程序运行的结果。

综上所述，博闻微博中出现的带有清晰可识别的四方微博水印标识或标识淡化抹除痕迹的图片在逻辑上不可能是用户自行发布的，只剩下博闻公司实施主动抓取行为这一种可能，应当推定博闻公司对这部分图片实施了主动抓取行为。这一事实是根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的，如果被告有相反证据则可以反驳，能够证明博闻微博中所有带有四方微博水印标识的图片都是用户自行发布的并且所有淡化抹除痕迹都是用户自身造成的，才可否认博闻微博对这部分图片实施了主动抓取行为。

根据案件事实，就信息内容相同或相似的微博而言，一多半涉案账号在两个微博中的信息内容完全相同，其他涉案账号在两个微博中的信息内容存在不同，不同之处在于有些信息的内容更为丰富，有些则是几条相关信息的综合。排除掉完全相同的内容，有些信息更为丰富，有些信息则是几条相关信息的综合，这必然是编辑之后的结果，这一编辑行为可能来自于用户本身，也可能来自于博闻微博。目前虽无证据表明博闻微博平台存在主动编辑行为，但是已有事实表明存在这种可能性，又由于编辑行为发生在平台内部，涉及平台的程序运行，原告的调查取证存在一定困难，鉴于该项证据具有重要性，因此原告依据《中华人民共和国民事诉讼法》第 64 条第 2 款的规定，申请人民法院调查收集相关证据。

综上所述，现有的证据已经能够排除博闻微博上与四方微博相同内容的微博全部由用户自行发布的可能性，足以证明博闻微博存在主动抓取的行为。

#### 4. 被告淡化水印的行为违法

根据案件事实，上文已经分析过，被告采取了技术手段淡化了原告微博图片上添加的水印，造成微博水印表示完全不能辨认，破坏原告所添加的权利管理电子信息，属于违法行为，应该承担侵权责任。

首先，微博图片上的水印为权利管理电子信息。根据《信息网络传播权保护条例》第 26 条第 3 款的规定，权利管理电子信息，是指说明作品及其作者、表演及其表演者、录音录像制品及其制作者的信息，作品、表演、录音录像制品权利人的信息和使用条件的信息，以及表示上述信息的数字或者代码。“权利管理电子信息”不但能够使作者的使用者了解作者和相关权利人的姓名、名称，从而成为作者和其他权利人昭示自己身份的方式之一，还可以构成使用作品之前必须接受的合同条款，促使作品的使用者尊重著作权。根据水印本身的特点，一方面它通过文字显示图片的“主人”，即用户的署名，同时水印本身又有原告的商标，用来表明图片的来源——四方微博平台。四方微博平台作为微博内容的著作财产权人，添加水印的目的一方面是为了保护用户，另一方面也是为了避免图片被其他网络平台利用，损害原告的权益。

其次，淡化水印的行为违反法律规定。被告在未经过用户以及原告同意的情况下，擅自采取技术手段删除图片的权利管理电子信息，属于《著作权法》第 48 条第 7 项以及《信息

《网络传播权保护条例》第 5 条第 1 项所禁止的行为，即未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息。故意删除或改变“权利管理电子信息”，会显著削弱著作权人对使用者的合理约束，同时还可能导致使用者无从知晓作品作者和相关权利人的身份，使作者和相关权利人无法获得与之付出的努力相称的声誉和尊敬。<sup>4</sup>

再次，由于添加水印或者去除水印属于计算机软件程序运行的结果，被告作为软件程序的设计者，对自己软件所具有的功能是了解的，因此，被告对其侵权行为也应该是明知的。

综上所述，淡化水印的行为看似细小，但却是法律明确禁止的行为，根据法律规定，被告应当根据具体情况，承担相应的民事责任，具体以何种方式承担请见文书第五节。

## 5. 用户的授权不能成为被告抗辩的理由

在上文中已详细说明了原告独占被许可使用人的地位，原告有权排除包括著作权人在内的任何人以同样的方式利用作品进行信息网络传播行为，因此用户授权博闻微博平台同步抓取四方微博平台的内容本身即属于违约行为。用户虽然与被告间达成许可使用的合意，同时被告还在协议中声明免责，但是这些并不妨碍被告成立侵权行为。

首先，用户与被告间的协议有效，但是无法达到授权的效果。根据前述内容可知，原告已经合法取得了用户的授权，且此种授权是独占性的，因此用户之后的授权行为均是无效的。以债权让与类比，著作权与债权均为一种无形财产权，其转让都缺少一定的公示手段，在债权二重让与的情形下，后一债权让与合同虽然可以成立生效，但是不能发生债权让与的效果，因为让与人已无债权可让与。类似地，在本案中被告尽管可以与用户达成许可使用合同，但是该合同并无法实际履行。

其次，被告在用户没有设置添加其他社交媒体账号的情况下，在设置中默认地为用户添加了四方微博，涉嫌引诱用户违约。

再次，被告对于用户无法授权的事实是明知的。根据被告的相关行为，可知被告对于用户已将信息网络传播权独家授予给原告的事实是明知的，在明知情的情况下，被告依然实施抓取行为即属于故意侵权。可以得出被告明知相关事实的依据主要有：2018 年 1 月 3 日，博闻微博以书面形式与四方微博沟通，表达了获得抓取四方微博网页许可的愿望，与 2018 年 1 月 2 日起四方微博在 Robots 文件中宣布禁止博闻微博抓取四方微博网页上的信息仅有一天之隔，说明被告知道原告 Robots 协议中的内容，况且被告作为新型媒体资讯公司，显然有技术能力知悉该 Robots 协议内容；其次，根据被告服务协议中 3.4 条的规定“您确认并承诺：对本协议全部授权内容拥有或者经过合法授权拥有履行本协议所述的合法权利，且未将复制权或独家信息网络传播权授权给博闻公司以外的主体”，该条款具有明显的指向性，旨在将无权授权的用户作为挡箭牌，规避自身的责任，并且被告在已经同用户达成如上合意的情形下又来与四方微博沟通，以期可以抓取四方微博网页，这表明其知晓用户已将信息网络传播权独家授予给原告；再次，被告与原告同为微博平台经营者，而原告同用户的服务协议又处于网络公开环境中，被告作为市场中的后来者自然会了解先前经营者的相关信息，以作参考。

被告方面可能会提出异议，原告只起诉被告而不起诉侵权的用户。原告认为，首先涉及违约的用户众多，不便于起诉；其次，用户本身不存在违约的故意，甚至有可能是不知情的，用户的违约行为可以归责于被告的“引诱”，因此用户不具有可责性；再次，即使用户存在违约行为，原告依然可以依据《民事诉讼法》第 119 条的规定起诉被告，并不违反法律规定。

综上所述，用户的授权本身不能成为被告的抗辩理由。

<sup>4</sup> 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2016 年第五版，第 256-257 页。

## 6. 被告的行为不构成合理使用与法定许可

在确定被告是否存在著作权侵权行为时，还需要明确被告不具有免责情形。

首先，被告行为不构成合理使用。根据《著作权法》第 22 条对合理使用情形的规定，被告所称“打破原告垄断公开的微博舆论场”、“创造更大社会和文化价值的作用”均不属于该条所列举的情形。同时根据《著作权法实施条例》第 21 条的规定：“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。”结合著作权法中的列举式规定和实施条例中的概括式规定，可以总结出合理使用的四个实质性判断要素。这四个要素分别为：①使用的目的和性质；②被使用作品的性质；③被使用部分的数量和质量；④对作品市场的潜在影响。在这四个因素中，第一个因素“使用的目的和性质”和第四个因素“使用对于原作潜在市场或价值的影响”最为重要。根据第一个因素，法官应当考虑对作品的使用是否为“转换性使用”。如果被告单纯再现和利用原作品的价值和美感，则很难认定为合理使用。如果被告对作品的使用导致作品的功能发生了转换，实现了新的目的或功能，则可能被认定为合理使用。很明显，在本案中被告的行为仅为抓取并再现内容，毫无“转化性”可言。即使对于某些内容更为丰富，或者更加综合，也难谓这种转化达到了一定的“高度”，不符合作品独创性的要求。根据第四个因素，如果被告对作品的使用会导致原告作品的市场被替代，则很难认定合理使用。在本案中，被告通过同步 VIP 用户的微博内容可以让博闻微博的用户不必使用四方微博来获取相关咨询，这会明显导致原告在相关市场中被替代，不能构成合理使用。

其次，被告行为也不构成法定许可。我国《著作权法》一共规定了五种“法定许可”情形，《信息网络传播保护条例》又增加了一种“法定许可”和一种“准法定许可”。对比法律法规中所列举的几种免责情形，被告均不符合。

综上所述，被告的行为不存在免责事由。

## 第四节 被告行为构成不正当竞争行为

前文已经论述了对于微博内容中构成作品的部分应该适用《著作权法》来保护，而对于不受著作权法保护的部分，即信息，应该受到《反不正当竞争法》的保护。

根据《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）第 12 条、第 2 条第 2 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，不得实施妨碍、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。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。本案中，被告未经原告同意，违反原告的 Robots 协议，擅自使用技术手段抓取原告微博平台上的内容，侵犯了原告的核心竞争资源与用户流量，扰乱了互联网市场的竞争秩序，损害了社会公共利益，构成不正当竞争行为，属于《反不正当竞争法》的规制范围。

### 1. 本案应适用《反不正当竞争法》第 12 条与第 2 条

《反不正当竞争法》修正案于 2018 年 1 月 1 日起正式施行。修正案新增了第 12 条，即所谓的“互联网专条”，对网络领域不正当竞争行为的法律适用作出了新的规定。本条第 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。这项规定表明，网络不是法外之地，经营者利用网络从事生产经营活动，参加市场竞争，同样要受到本法的调整和规范，应当适用本法的各项规定。本条第 2 款对网络领域特有的、经营者利用技术手段实施的不正当竞争行为进行了规制，其中前 3 项分别规定了“未经同意插入链接或强制进行

目标跳转”、“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务”以及“恶意不兼容”这三种具体的网络不正当竞争行为。而本案中被告的行为并不属于前 3 项的情形，应当适用本条第 2 款的“兜底条款”。

第 12 条第 2 款的第 4 项规定：“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。”要理解这一兜底条款的适用范围，必须理解何为“妨碍”和“破坏”。根据本款第 3 项“恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容”的规定可以看出，在互联网不正当竞争行为的构成要件中，并不必然要求对其他经营者的网络产品或服务的本身造成实质性的破坏或妨碍，而只要求对网络产品或服务的正常运转造成一定的负面影响即可。第 4 项作为本款的兜底条款，其所规制的网络不正当竞争行为理应和前 3 项具体列举的网络不正当竞争行为具有同等的危害性，也即只要求对网络产品或服务的正常运转造成一定的负面影响。在互联网经济蓬勃发展的时代背景下，为了更好地保护互联网的创新精神，此处的“正常运转”还应包括网站运营的预期收益的获得，而不能狭隘地解释为网站的正常使用与浏览，否则该条所规制的对象就只能被限缩在极小的范围内，如黑客攻击破坏网站的行为，根本无法适应互联网时代的飞速发展，这与立法的目的和初衷显然不符。本案中，四方微博创立远远早于博闻微博，原告经过多年经营，才将其微博产品打造成为众所周知的网络社交平台，被告未经原告同意，公然违反原告设立的 Robots 协议，肆意抓取原告微博用户发布的内容，显然是对原告微博的正常运营的“妨碍”和“破坏”行为，应当适用反不正当竞争法第 12 条第 2 款第 4 项。

但考虑到第 12 条第 2 款前 3 项所列举的行为都有其具体构成要件，各个具体的构成要件均属于《反不正当竞争法》第二条所描述的不正当竞争行为的具体化。而第 4 项作为兜底条款，缺乏具体的构成要件，因此在适用上应当结合《反不正当竞争法》第 2 条的构成要件来具体适用。

《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款对不正当竞争行为作出如下定义：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。结合第 2 条第 1 款的规定，以及最高人民法院在（2009）民申字第 1065 号民事裁定书中对《反不正当竞争法》一般条款的适用所作的解释，可以认为成立不正当竞争行为应具备以下具体要件：①实施不正当竞争行为的主体为经营者且适用范围限定为生产经营活动；②其他经营者的合法权益确因该不正当竞争行为而受到了实际损害；③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说可责性。

《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款打破了该法封闭式的体系，将商业道德引入不正当竞争的判断中，使得反法能够与时俱进，达到鼓励和保护公平竞争的立法目的。最高法院在“海带配额案”中对于《反不正当竞争法》意义上的诚实信用原则以及商业道德进行了具体的解释，最高法院认为，“在规范市场竞争秩序的反不正当竞争法意义上，诚实信用原则更多的是以公认的商业道德的形式体现出来的。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。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。具体到个案中的公认的商业道德，应当结合案件具体情形来分析判定。”因此，在判断某一竞争行为是否构成《反不正当竞争法》意义上的不正当竞争行为时，应考量其是否违背了诚实信用原则或违背了基本的商业道德。

综上所述，就被告实施的不正当竞争行为，应当适用《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第 4 项，在具体适用上需要结合《反不正当竞争法》第 2 条判断是否符合不正当竞争行为的具体构成要件。



## 2. 原告与被告均属于经营者，且具有直接竞争关系

根据上文分析，《反不正当竞争法》第 2 条的成立应以经营者主体为前提，即独立参与市场活动的各类主体，包括生产者、经销商和服务提供者。根据本案事实，原告四方科技有限公司是一家知名的网络科技公司和电商，旗下经营有四方微博、四方商城、四方新闻、四方理财、四方游戏等，被告北京博闻科技有限公司是 2012 年成立的新型媒体资讯公司。显然原被告均作为法律上和经济上独立的行为主体、面向互联网空间和流量市场，参与市场活动，完全符合经营者的要求。

此外，原告与被告之间具有直接竞争关系。在现代市场经营模式蓬勃发展的背景下，市场主体从事多领域业务的情况实属多见。对于竞争关系的判定，不应局限于相同行业、相同领域或相同业态模式等固化的要素范围，而应从经营主体具体实施的经营行为出发加以考量。竞争本质上是对客户即交易对象的争夺。在互联网行业，将网络用户吸引到自己的网站是经营者开展经营活动的基础。即使双方的经营模式存在些许不同，只要双方基于开展相同或类似的业务而争夺相同的网络用户群体，即可认定为存在竞争关系。本案中，原告与被告同时经营以信息交流共享为宗旨的微博平台，面向的均为微博类产品的使用者，即使在具体的运营上存在差别，但本质上竞争的是相同的网络用户群体，两者之间存在明显的直接竞争关系。

综上所述，原被告属于经营者，均从事生产经营活动，且具有直接竞争关系。

## 3. 被告违反原告设立的 robots 协议，实施了不正当的抓取行为

在本案中，被告具体实施的不正当竞争行为是违反原告合法设立的 Robots 协议而实施的抓取行为。

### 3.1 Robots 协议的效力

Robots 协议（也称为“爬虫协议”、“机器人协议”）的全称是“网络爬虫排除标准”（Robots Exclusion Protocol）。根据 Robots 协议官方网站（<http://www.robotstxt.org>）对网络机器人（robots）所下的定义为：网络机器人（也叫网络游客、爬虫程序、蜘蛛程序），是一种自动爬行网络的程序（Web Robots (also known as Web Wanderers, Crawlers, or Spiders), are programs that traverse the Web automatically.）<sup>5</sup>。随着我国互联网行业的发展以及对信息保护的重视，有关 Robots 协议的效力和性质已引起广泛的讨论。从理论分析层面、互联网行业实践层面以及司法审判层面三个角度出发，对 Robots 协议的性质和效力已获得如下共识：爬虫协议是一种通过运用程序代码标识来控制搜索引擎爬虫机器人访问的技术规范，该种协议已获得互联网行业与法院的普遍认可，遵守爬虫协议是互联网行业内部的基本规范与准则。

从理论层面角度出发，爬虫协议的工作原理是：一个机器人程序想要访问一个网站，如：<http://www.example.com/welcome.html>，它会首先检查这个地址：<http://www.example.com/robots.txt>，如果它检查后发现：`User-agent: *`或`Disallow: /`，“`User-agent: *`”指这个部分适用于所有的机器人程序，“`Disallow: /`”则告诉机器人程序不应该访问这个网站的所有网页<sup>6</sup>。简单而言，Robots 协议告诉网络搜索引擎的“机器人”，该网站中的哪些内容是不应被搜索引擎的“机器人”获取的，哪些是可以被“机器人”获取的。由此可见，该种协议并不存在双方的“合意”，而是设立 Robots 协议一方的单方面的“意思表示”，不应理解为双方之间达成的一致。Robots 协议并不是一个法律意义上的协议或者合同，而是网站为搜索“机器人” Robots 提供的一个行为标准说明或说技术规范。此外，

<sup>5</sup> 参见 <http://www.robotstxt.org/>

<sup>6</sup> 同上。

Robots 协议在事实上具有公示的效果，任何搜索引擎的“机器人”在正式访问一个网站前都可以或都需要检查该网站的 Robots 协议。同时，Robots 协议不会起到强制对方禁止访问的效果，从技术层面而言，目前也尚且无法做到。

从互联网行业实践层面出发，Robots 协议作为一种对本行业技术人员通俗易懂、操作简便的技术规范，已经获得国内互联网行业的普遍认可。目前，国内大型的、从事互联网工作的公司如百度、大众点评、搜狗、网易等均设立了限制不一的 Robots 协议<sup>7</sup>。2012 年 11 月 1 日，中国互联网协会发布了《互联网搜索引擎服务自律公约》（效力级别为行业规定，以下简称《搜索引擎公约》），其中第 7 条明确规定，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）。由此可见，从行业惯例和行业规范角度，Robots 协议是互联网行业的交易参与者和竞争者共同、普遍认可的行为标准，也是规范网络企业之间竞争行为的行业惯例和行业规范<sup>8</sup>。

从司法审判层面出发，法院已通过诸多案例承认 Robots 协议的有效性：最高人民法院在浙江泛亚电子商务有限公司诉百度著作权侵权一案中认为，权利人在针对搜索引擎的维权行为中，可以选择明示禁止收录的措施，比如网站可以创建 robots.txt 文件，以告知搜索引擎哪些内容可以收录，搜索引擎可以合法地收录未被禁止链接的网站<sup>9</sup>。从这份判决可以看出，法院认同搜索引擎在提供搜索服务时应当遵守爬虫协议；在大众点评诉百度不正当竞争一案中，上海知识产权法院认为，网站通过 Robots 协议可以告诉搜索引擎哪些内容可以抓取，哪些内容不能抓取。由于 Robots 协议是互联网行业普遍遵守的规则，故搜索引擎违反 Robots 协议抓取网站的内容，可能会被认定为违背公认的商业道德，从而构成不正当竞争<sup>10</sup>。此外，北京市第一中级人民法院、北京知识产权法院等均在不同的案例中承认了 robots 协议具有规范互联网行业竞争者的效力。

综上所述，从理论、行业实践、司法判决三个角度出发，均承认：Robots 协议是互联网行业的基本行为规范，遵守 Robots 协议是互联网行业内部具有公认性、一般性的基本规范。

### 3.2 原告设置 Robots 协议具有合法性与正当性

本案中，原告是国内知名的网络科技公司和电商，旗下有四方微博、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，通过数年的经营，已成为国内具有较大影响力的、从事互联网行业公司，属于互联网服务提供者。从上述第一点的分析结果可知，原告有权设立 Robots 协议来控制搜索引擎爬虫机器人访问自己的网站。

根据《搜索引擎公约》第 8 条，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。本案中，原告与被告同为科技公司，同时经营微博网站，具有直接的竞争关系（见上文分析）。而微博平台上的内容和数据是互联网公司重要的资产和核心竞争力，能给原告带来竞争优势，具有极大的商业价值（具体见下文分析）。原告作为一家互联网公司，具有维护自身合法权益与盈利的合理需要，“遵循公平、开放和促进信息自由流动的原则”、“创造良性竞争环境”并不等于原告有义务与他人（尤其是直接竞争对手）分享自己享有的核心竞争力和资产，否则无异于要求原告去“扶植”自己的竞争对手并成为一个“公益组织”，这显然有悖于一般商业主体的本性，也违背正常的商业竞争秩序。原告也并未禁止所有公司抓取数据或仅禁止被告一

<sup>7</sup> 参见 <https://www.baidu.com/robots.txt>, [www.dianping.com/robots.txt](http://www.dianping.com/robots.txt), <https://www.sogo.com/robots.txt>, <https://music.163.com/robots.txt>

<sup>8</sup> 吴伟光，孟兆平：《A 公司诉 B 公司不正当竞争纠纷案——互联网商业竞争不应成为法外之地》，《人民司法（案例）》，2014，20，第 94 页。

<sup>9</sup> 参见(2009)民三终字第 2 号。

<sup>10</sup> 参见(2016)沪 73 民终 242 号。

家公司抓取数据。因此，原告有权根据自身的经营需要、结合互联网行业的整体竞争秩序，选择 Robots 协议中禁止的对象。原告为保护自身的商业利益，在四方微博平台的网站根目录下设置 Robots 协议，禁止包括被告在内的一些公司实施信息抓取行为，完全符合《搜索引擎公约》第八条的要求，符合行业惯例和商业道德。

综上所述，原告在 Robots 协议中禁止被告抓取数据具有行业公认合理的正当理由，这一做法也符合商业惯例。

### 3.3 被告的不正当抓取行为违反了原告的 Robots 协议

根据 Robots 协议的运行原理以及本案的具体案情，从严格意义上而言，被告的侵权行为可从两个层面认定：首先是被告违反原告设立的 Robots 协议非法抓取信息的行为；其次是被告在抓取数据的基础上使用信息的行为。

首先是被告违反原告设立的 Robots 协议非法抓取信息的行为。根据本案共同认定的事实，2018 年 1 月 2 日起，原告在 Robots 文件中宣布禁止被告抓取原告微博网页上的信息。2018 年 1 月 3 日，被告以书面形式与原告沟通，明确表达了获得抓取原告微博网页许可的愿望。但是原告对此没有表示同意。此后，被告在博闻微博的网页中允许用户选择添加自己的其他社交媒体账号，并在设置中默认地为用户添加了四方微博。根据被告在添加页面的弹窗说明，添加即授权被告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（即抓取技术）自动同步到该用户在博闻微博的账号中。根据上文分析，Robots 协议是互联网行业的基本行为规范，遵守 Robots 协议已经成为互联网行业内部具有公认性、一般性的基本规范。而被告作为一家经营互联网相关产业的企业，明知原告有关 Robots 协议的规定和互联网行业的行业惯例，而无视原告的 Robots 协议，通过技术手段在实质上违反原告的 Robots 协议，这一行为显然违反了互联网行业公认的行业惯例与商业道德，并造成原告合法权益的损失。

其次是被告在抓取数据的基础上使用信息的行为。从 Robots 协议自身的性质——技术规范与我国司法实践来看，Robots 协议只涉及搜索引擎抓取网站信息的行为是否符合公认的行业准则的问题，而不能解决搜索引擎抓取网站信息后的使用行为是否合法的问题<sup>11</sup>。因此，严格而言，广义上的抓取通常可以分成两个阶段：第一阶段是访问（即抓取），第二阶段是抓取后的使用行为，且第一阶段是第二阶段的基础和前提。因此，两个阶段的关系可以概括为：第一阶段的行为合法、有效，不等于第二阶段的行为合法有效，对信息的使用仍然需要合理控制使用的范围和方式，不能损害原权利主体的合法权益。若第一阶段的行为不合法、不正当，建立在此基础上的第二阶段的行为也必然不具有正当性。本案中，被告在第一阶段的抓取行为上已然违反原告的 Robots 协议，不具有正当性，此后其使用信息的行为建立在违法性的基础之上，当然具有不正当性。即使被告认为自己肆意违反原告的 Robots 协议抓取信息具有正当化理由，其之后的使用行为明显超过了合理的范围和方式。被告以“用户授权”、“满足用户分享作品的愿望”等为由违反原告的 Robots 协议，那么抓取得来的信息也只能在同样以信息共享与交流为宗旨的微博平台上使用，而不能在被告的新闻版块等其他平台上使用。并且该使用不能对原告平台产生实质性的替代作用，即被告仅能在其微博平台上展示部分带有原告完整水印的图片或内容，并附上相应微博在原告平台的链接。被告显然没有做到这一点。

综上所述，被告违反原告合法设立的 Robots 协议，实施抓取行为，违反了互联网行业公认的行业惯例与商业道德，构成侵权责任成立要件中的“侵权行为”。

## 4. 被告的行为严重侵害了原告的合法权益

不正当竞争行为的构成要件中另一个要件是经营者的合法权益确因不正当竞争行为而

<sup>11</sup> 参见(2016)沪 73 民终 242 号。

受到了实际损害。《反不正当竞争法》的第一条明确了本法所保护的主体，即“经营者和消费者的合法权益”。所谓权益，除了传统的权利之外，还应包括纯粹经济上的利益。考虑到民事权益多种多样，在立法中难以穷尽，而且随着社会、经济的发展，还会不断有新的民事权益纳入到法律的保护范围。作为保护民事权益的专门法，我国的《侵权责任法》就采取了“概括+列举”的立法技术，不仅尽可能详细地列举侵权责任法所保护的各类权利，还采取抽象概括的方式为新权益的出现留下了司法空间。本案中，被告的非法抓取行为侵犯了原告合法享有的核心竞争资产与用户流量。

在信息网络时代，无形资产已逐渐成为各大互联网公司的核心资产与竞争力。无形资产在传统领域内主要表现为应收账款、金融资产、长期股权投资等。而在互联网领域，无形资产更多体现为数据、信息、流量等。这些重要的无形资产，是各个互联网公司为了提高竞争交易能力而投入大量资金、人力与智力所形成的，在共性上可以直接或间接为互联网公司带来竞争优势，吸引网络用户，从而带来流量，即网站访问量，具有商业价值。

在互联网行业，有这样一个公式：用户=流量=金钱。这就是流量变现的概念：网站流量可以通过某些手段实现现金收益。具体的流量变现方式主要可分为广告类、增值服务类、购物类、流量分成，其中广告类流量变现主要表现为广告方与互联网公司达成合作，在其经营的网络平台上精准投放广告，以吸引用户进行消费，互联网公司则向广告方收取巨额广告费。而增值服务类流量变现主要表现为互联网公司自行推出各类增值服务，如在经营游戏平台获得一定用户基础后推出直播平台，而此前的用户基于对该公司的信赖和忠诚度，亦会在所推出的增值服务上消费。可以说，一个互联网公司的盈利在很大程度上依赖于流量变现。要实现流量变现，最重要的就是有足够的流量。一般而言，网站流量是指网站的访问量，是用来描述访问一个网站的用户数量以及用户所浏览的页面数量等指标，常用的统计指标包括网站的独立用户数量 UV、总用户数量（含重复访问者）、页面浏览数量 PV、每个用户的页面浏览数量、用户在网站的平均停留时间等<sup>12</sup>。由此可见，在信息网络时代，能带来流量（现金）的无形资产已成为各大互联网公司的核心资产。

有关互联网公司所享有的无形资产，我国目前在立法层面尚处于探索阶段，其中《民法总则》的第 127 条明确规定，法律对于数据、网络虚拟财产予以保护。由此可见在立法层面上对此类无形资产主要采取积极保护态度。我国法院在司法层面上则做了更多的探讨，在大众点评诉百度一案中，上海知识产权法院明确认为，大众点评网上的点评信息是汉涛公司（即大众点评所属公司）的核心竞争资源之一，能给汉涛公司带来竞争优势，具有商业价值。在新浪微博诉脉脉一案中，北京知识产权法院亦认为，被告非法抓取原告用户信息的行为侵犯了原告的竞争优势<sup>13</sup>。因此，无论从实践层面还是司法层面，都应当承认互联网公司投入大量成本而获得的包括数据、信息等在内的无形资产是能带来用户流量、从而变现具有商业价值的资产。现阶段，此种无形资产应当通过《民法总则》与《侵权责任法》有关民事权益的兜底条款得到保护。

本案中，原告经过数年的苦心经营，为搭建、运营微博平台投入大量技术和人力成本，才成为国内的主流中文博客平台，吸引了大量用户，占据了中国大陆微博用户总量的 57%，微博活动总量的 87%。这些用户成为原告的流量与盈利的基础：原告的微博平台通过开通身份认证服务此种增值服务，提升自身平台对普通公众的吸引力，确保用户的活跃度与持久度，而这些 VIP 账户拥有的数千万粉丝既是原告微博的重要流量来源，也是其品牌价值的重要构成部分；微博平台的成功也极大地提升了原告公司的整体吸引力，原告推出了四方商城、四方新闻、四方理财、四方游戏、四方外卖、四方共享单车等，给原告带来了大量的直接和间接收益，此种收益均建立在用户所带来的流量基础之上。就本案而言，原告拥有大量的 VIP

<sup>12</sup> 参见 <https://baike.baidu.com/item/%E6%B5%81%E9%87%8F%E5%8F%98%E7%8E%B0/7694615?fr=aladdin>

<sup>13</sup> 参见（2016）京 73 民终 588 号。

用户，其在原告平台上发布的内容对于吸引普通用户、增加平台的点击量具有重要意义。而被告违反原告的 Robots 协议、通过实施非法抓取技术将大量 VIP 账户的内容“自动同步”到自己的微博平台上，导致普通网络用户无需点击、访问原告的网页和平台，不正当地吸走了原本应当属于原告的用户与流量，显然侵犯了原告的竞争优势与合法的民事权益。

综上所述，被告的非法抓取行为侵犯了原告合法享有的核心竞争资源与用户流量。

### 5. 被告的行为严重扰乱了互联网行业的竞争秩序，侵害了公共利益

根据《反不正当竞争法》第 1、2 条，不正当竞争行为是一种不义性与不法性相重合的竞争行为。其中不义性是指违反商业道德、善良风俗等不道德、不文明、不诚信的行为，其最重要的判断标准是诚信原则。本案中，根据上文说明，设立和遵守 Robots 协议已经成为互联网行业公认的行业惯例与商业道德，而被告违背这一商业道德不仅侵害了原告的合法权益，也破坏了互联网行业的竞争秩序，损害了其他互联网经营者和消费者的利益。

在一个竞争的市场中，服务提供者有足够的动力向用户提供更好的服务，从而吸引用户，在竞争中获得有利地位。不同的服务提供者提供各具特色的产品，消费者可以按照自己的喜好进行选择，这才是市场竞争的活力和消费者福利所在。在尊重用户知情权、选择权的前提下，如果其中某种服务不符合用户的需要，或者当出现更好的产品时，用户自然会以“用脚投票”的形式决定竞争的走向，这将促进竞争中的经营者不断提升服务质量，适时对自身的经营模式作出调整、改善与创新。但在本案中，被告并不是通过创新为用户提供全新的服务以达到吸引用户的目的，而是假借“为用户在不同平台上同时发布内容提供方便”之名，实为不正当竞争之实，被告的行为并不是维护公共利益的最好办法，反而有可能引起服务提供者之间的对立和冲突，其他市场主体不愿再就信息的收集进行投入，从而破坏了正常的产业生态，不利于良好竞争秩序的形成。

此外，人大法工委在有关《反不正当竞争法》的解释中明确表明：“在判断相关行为是否构成不正当竞争行为时，是否损害消费者的合法权益也是一项重要因素。对此应理解为经营者实施不正当竞争行为，扰乱了公平竞争的市场秩序，增加了其他经营者的经营成本和消费者的选择成本，进而损害了消费者的福祉和权益。”本案中，原告四方微博通过多年努力经营，形成了“免费社交平台+衍生平台利益”的互联网经营模式，即互联网用户免费享用四方微博提供的服务，四方微博利用用户集聚效应，通过其他衍生平台（例如四方商城）赚取利润。在这一模式中，四方微博和互联网用户各取所需，形成了有序的利益分配和循环，是一个健康的可持续的经营模式，已经被互联网服务行业所广泛认可。而被告博闻微博并未以开发新功能等创新手段吸引用户，而是采用“抓取+使用”的方式擅自将发布在四方微博平台上的内容转移到博闻微博平台上，这种行为对于“微博”这一网络社交产品的改进与提升没有任何益处。相反，如果支持博闻微博的这一行为，极有可能导致其他经营者纷纷效仿，窃取四方微博平台的用户创作内容，形成恶性竞争关系。因此，博闻微博的行为已经开恶性竞争的不正之风，表面上看似便利了用户，实际上会使得四方微博的衍生平台收益下降、广告无法产生预期效益，继而导致原告四方微博的利益受损，最终可能损害到网络用户的合法权益和市场竞争秩序。此外，被告实施的抓取技术需要通过原告的服务器，这对原告平台的数据安全造成极大的威胁，可能造成大量个人用户信息的泄露，损害大量用户的权益和社会公共利益。

综上所述，被告未经原告同意，违反原告的 Robots 协议，擅自使用抓取技术抓取原告微博平台上的内容，侵犯了原告的核心竞争资产与用户流量，扰乱了互联网市场的竞争秩序，损害了社会公共利益，成立不正当竞争行为，应当依据《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第 4 项、第 2 条、第 17 条承担民事责任。

## 第五节 被告承担民事责任的方式及计算

根据上文所述，被告的行为同时构成侵犯著作权，以及不正当竞争行为，两行为均给原告造成了损害，被告应依法承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失的民事责任。

### 1. 被告应该停止侵害、赔礼道歉

针对著作权侵权行为，法律对侵权人施加的民事责任应当达到三个基本目标：一是使侵权者停止侵权行为，防止损害后果的进一步扩大；二是使著作权人所蒙受的损失获得充分的补偿；三是防止侵权者今后继续从事侵权行为。而根据《反不正当竞争法》，被告除应承担相应的行政责任外，其承担的民事责任依照第 17 条的规定，应参照《侵权责任法》的规定。因此，围绕这三个目标，同时根据《侵权责任法》第 15 条对侵权责任的具体列举，原告认为被告应该停止侵害、赔礼道歉并赔偿损失。

首先，由于在原告起诉后被告仍没有停止抓取行为，即侵权行为仍在继续，因此被告首先应该停止抓取行为，主动断开链接，同时被告还应该停止用于删除或改变权利电子信息的程序。

其次，上文中已经明确，被告的行为破坏了原告以及作者的权利管理信息，属于故意删除或改变权利管理信息的行为。这一行为会显著削弱著作权人对使用者的合理约束，同时还可能导致他人无从知晓作品作者和相关权利人的身份，使作者和相关权利人无法获得与之付出的努力相称的声誉和尊敬。事实上，被告的行为确实在外观上容易使用户以为博闻微博中的图文均来自博闻微博本身，而不是同步而来的。原本，通过图片上带有的水印，原告可以让更多的网民获知原告平台的存在，提到原告平台的知名度，现如今被告的涂抹行为让原告的商誉受到了消极损害。由于涉及平台的商誉，属于人身性权益的范畴，无法单纯通过经济赔偿来挽回损失，因此合理的方式是，被告应该赔礼道歉以消除其行为对原告造成的不良影响。原告认为，鉴于被告的行为社会影响较大，被告应该在其经营网站首页及《法制日报》等媒体显著位置连续十天刊登道歉声明，消除影响。

### 2. 被告应承担损害赔偿

#### 2.1 被告的侵权行为与原告的损害后果之间具有相当因果关系

前文已经论述了著作权侵权行为以及不正当竞争行为的成立，而损害赔偿责任的成立，还需要明确侵权行为与民事权益被侵害之间的因果关系。关于因果关系的判断，最高人民法院在 2001 年的“青海证券有限责任公司等与武汉中天银会计师事务所有限责任公司等转让合同、侵权赔偿纠纷案”中接受了相当因果关系说，即要求原因事实与损害结果之间在通常情形存在可能性。依一般社会见解，按照当时社会所达到的知识和经验，只要一般人认为在同样情形有发生同样结果之可能性即可。此外，《最高人民法院关于〈民事诉讼法〉的司法解释》第 93 条规定：“根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实，当事人无须举证证明。”因此，当事人只要提出初步证据，并结合经验法则即可推定另一事实，除非当事人有相反证据。

本案中，被告博闻微博擅自抓取并且使用原告四方微博平台上的用户发表内容的行为影响了原告向互联网用户提供服务，导致了大量的网络用户误以为某 VIP 用户的微博内容是被发表在被告的博闻微博平台上而非发表在原告的四方微博平台上，不再点击、访问原告的网页和平台。博闻微博与四方微博的运营模式极其相似，其主要盈利模式是“建设社交平台-吸引用户入驻-用户互动带来流量-流量变现”，本质上四方微博和博闻微博互为替代品。根

据经济学原理，在网络用户数量一定的前提下，使用博闻微博的用户越多，使用四方微博的用户必然减少，虽然二者之间并不存在此消彼长的定量关系，但是不可否认的是二者之间存在定性的因果关系。被告的行为极大地破坏了原告的商业运作模式，严重削弱了原告作为社交平台提供商的竞争力，不正当地吸收走了原本应当属于原告的用户与流量，直接损害了原告的经济效益。本案中所存在的劫持流量后果系因被告所实施的不正当竞争行所造成的，很大程度上并非用户在公平竞争环境下的主动选择。

综上所述，被诉行为与流量损失的后果之间具有因果关系。

## 2.2 被告侵犯原告的合法权益具有主观上的故意

损害赔偿责任的成立还要求侵权人在主观上具有可责行，即故意或过失。

本案中，被告作为一家经营互联网相关产业的企业和原告的竞争对手，明知原告有关 Robots 协议的规定和行业惯例，而仍然选择通过抓取技术违反 Robots 协议，甚至通过设置格式条款试图以“用户的授权”掩盖此种侵权行为。被告没有取得原告的明示许可不应视为取得默示许可。在没有设置 Robots 协议时，可以认为网站至少默示许可搜索引擎对其的检索和抓取；但若网站设置了 Robots 协议，且 Robots 协议在事实上具有公示的效果，因为任何搜索引擎的“机器人”在正式访问一个网站前都可以检查、检查该网站的 Robots 协议，可见被告故意突破 Robots 协议抓取数据显然构成具有恶意的侵权行为。因此，被告侵犯原告的合法权益具有主观上的故意。

综上所述，被告故意违反原告合法设立的 Robots 协议，实施抓取行为，侵犯了原告合法享有的核心竞争资产与用户流量，被告的行为成立侵权行为。

## 2.3 赔偿数额的计算

根据《侵权责任法》中损害赔偿制度的“填补损失”原则，损害赔偿的目标是使权利人的状况恢复到侵权行为发生之前，损害赔偿额应以被侵权人的损失为准。但是，知识产权侵权与不正当竞争行为侵权案件有其特殊性。我国《著作权法》第 49 条与《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款规定了相似计算赔偿数额的方式。

第一种方式是按照权利人的实际损失计算，由于微博服务本身是免费的，品牌的价值主要来自于用户的好评以及平台的流量，因此此种计算方法无法适用。

第二种方式是按照侵权人的违法所得计算，该条第一款后半句规定，实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。然而，同样由于微博服务本身的特点，发布微博内容本身并不会给平台带来收益，但是会带来流量的上升，平台在网页中插播广告或者是提供链接就能够获得收入，正如在案件事实中所述的那样，一些 VIP 用户会在微博账号上发布广告，用户收取的广告价格取决于 VIP 用户知名度、粉丝数量、粉丝构成、粉丝活跃度等因素。四方微博平台链接了四方商城、四方新闻、四方理财、四方游戏、四方外卖、四方共享单车等服务，而这些服务中原告可以收取广告费用以及服务费用。同样的，被告通过同样的商业运作模式，给其新闻业务带来了巨大流量，获得了广告收入等。虽然可以确定被告从侵权中获得了利益，但是难以证明具体利益的数额。因为被告平台流量的上升与侵权行为之间的因果关系并非唯一的，不排除被告的其他行为造成流量的上升，同时被告博闻新闻板块的广告收入提高与侵权行为之间因果关系也不唯一，因果关系的范围难以确定。如果采用该种方式，法庭应该要求被告提交自侵权行为发生以来至起诉前的财务报表，根据其中的营业利润，法庭可以进行适当的调整。

第三种方式是适用法定赔偿金。《著作权法》第 49 条第 2 款规定：“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。”并根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 25 条第 2 款的规定：人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑作品类型、合理使用费、

侵权行为性质、后果等情节综合确定。《反不正当竞争法》第 17 条第 4 款规定：“经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。”该款将法定赔偿额的适用仅限于第 6 条、第 9 条规定的情形，但是本案中同样存在权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的问题，因此可以根据个案进行目的性扩张适用。第三种方式可以避免原告在损失方面的举证困难，将裁量权交给法庭，但是法律对法定赔偿金的限制为 300 万元，这对于一个互联网企业动辄千万的广告费而言显得杯水车薪，同时也起不到警示被告的目的。

同时根据两部法律中的规定，赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。原告代理人的律师费、差旅费，以及为收集证据所花费的支出应该由被告承担。

综上所述，原告认为法庭应该发挥自由裁量权，在二、三两种方式中选取一种有利于原告的赔偿方式，并要求被告承担本案的诉讼费以及律师费等合理开支。

## 第五部分 案件反思

本案案情复杂，案件主要围绕著作权保护以及反不正当竞争两方面展开，同时案件发生的时空是网络空间，因此更具有新颖性。在起草上述起诉意见的过程中，代理人作出如下反思：

### 1. 《著作权法》与《反不正当竞争法》的关系

在上文的代理意见中原告提到，本案需要用不同的法律保护不同类型的微博内容，因为《著作权法》对作品的独创性要求较高，而我国所规定的邻接权类型又较少，因此有很多微博内容可能得不到法律的保护。为了保护原告的完整权益，原告采用了《反不正当竞争法》来保护非作品的部分。《著作权法》和《反不正当竞争法》从表面看来似乎是相互冲突的法律规范，前者旨在维持著作权人的一种垄断地位，而后者则意在限制或破除垄断。其实两者有着共同的立法目的，即保护权利人权利，促进社会进步。所不同的是，著作权法是通过保护权利人合法权益、鼓励创新创作来实现这一目标的；而反不正当竞争法则是通过维护正当竞争秩序、制止非法竞争行为来实现该目标的。所以，我们应当处理好知识产权这种独占性权利与反不正当竞争之间的关系，或者说应协调知识产权法与反不正当竞争法的关系，以确定知识产权保护在反不正当竞争法体系中的地位。

但是，在适用《反不正当竞争法》的过程中，我们发现反法中对知识产权的保护并不充分。我国 1993 年匆匆出台的《反不正当竞争法》因种种原因对知识产权的保护少之又少，致使许多侵犯知识产权的行为往往需要援引一般条款，进而发生法律适用上的困难。例如，电话号码簿等边缘性作品的保护问题、未注册商标的保护问题、商标抢注问题、域名的抢注问题，以及在本案中的非法抓取信息问题等等。这种法律上的模糊和空白状态无法适应知识经济时代保护知识产权的需要，也会阻碍知识产品这种无形资产巨大商业价值的实现。可以预见，在知识经济条件下，围绕知识产品的占有和使用的竞争将会越来越激烈，相应的不正当竞争活动也会越来越猖獗，因此，立法应及时时代发展对知识产权保护提出的新要求，增加法律中邻接权的类型，并强化反不正当竞争法对知识产权的兜底保护。

### 2. 鼓励创新与维护竞争秩序的关系

在有关涉及互联网的新型案件中，新技术的出现往往会给市场带来活力，为消费者带来便利，但也给同类竞争者带来压力。此时，法院常常会面临一个难题：如何平衡创新与竞争



**2018 年第十六届“理律杯”模拟法庭比赛·第 37 号参赛队原告代理意见书**

秩序之间的关系？法官每一个判决的做出，都将对社会产生明显的导向作用。若倾向于保护原告的利益，可能会打击被告创新的积极性，不利于技术的发展；若倾向于保护被告的利益，则可能对竞争秩序产生不良影响。法院需要在二者之间寻找平衡点。

在私利竞争的驱动下，企业在技术和商业模式上不断追求创新，但技术的先进不能为掠夺他人权益的行为提供正当化理由，否则就意味着具有先进技术的人掠夺他人是正当的，这显然不是市场经济制度下所能够认可和接受的行为。规则的缺失会使得市场竞争陷入被迫遵循“丛林法则”的误区。因此，我们应该注意到某种新商业模式或技术中是否存在较为严重的对他人私权利或者劳动成果的掠夺。如果存在，便违背了市场经济的基本原则，不是一种帕累托改进，便可以基本认定这种商业模式或者创新技术的使用是非法的模式。

技术本身是中性的，造成问题的往往是对技术的不当使用。正如原告在本案中所提到的，被告即使有抓取原告平台内容的迫切需要，也应该遵循“最小最少原则”，采用影响最小的方式，以避免对原告利益的损害，而在本案中被告显然没有遵循相应的原则。

在良好的竞争秩序之下，原告并不排斥竞争者，竞争者的出现可以更好地督促原告进行技术创新，提高自身竞争力，原被告通过提高自身的服务质量和服务水平来争取消费者，这是原告所乐意看到的，这客观上也会为消费者带来更多的福利。原告希望通过本次诉讼督促被告诚信经营，维护互联网行业和谐的竞争秩序，为消费者提供更优质的服务。

此致  
北京××人民法院

具状人：37 号代表队  
2018 年 4 月 9 日

附件：

- 1、本起诉状副本 3 份；
- 2、证据 3 份。
- 3、诉前责令停止侵犯著作权申请书 3 份。
- 4、民事诉讼代理人授权委托书 3 份

## 诉前责令停止侵犯著作权申请书

申请人：四方科技有限公司 所在地址：××省××市

法定代表人：××× 联系电话：1××××××××××

被申请人：北京博闻科技有限公司 所在地址：××省××市

法定代表人：××× 联系电话：1××××××××××

申请事项：

1、责令被申请人停止侵犯申请人的信息网络传播权：对四方微博平台中微博内容的抓取行为，并删除相同内容。

2、本案的申请费由被申请人承担。

申请理由

申请人自 2009 年 1 月 1 日开始运营四方微博网站，申请人与网站用户间定有服务协议，协议内容包含对微博内容专有使用权的许可授权。被申请人在申请人获得专有使用权后，未经申请人许可，擅自将四方微博平台上的内容同步到博闻微博平台上，目前申请方已发现至少 10000 条文字信息和 8000 张图片存在实质性相似。被申请人的行为违反了《中华人民共和国著作权法》第 48 条的规定，属于侵犯著作权专用使用权的违法行为，同时也属于不正当竞争行为。目前被申请人的行为已经造成申请人网站流量的下降，如果不及时加以制止，会给申请人造成更大的经济损失。为此，特根据《民事诉讼法》第 93 条、96 条和《中华人民共和国著作权法》第 50 条规定，向贵院提起诉前停止侵犯著作权申请，请贵院依法裁决。

我公司自愿以公司自有的轿车一辆（奔驰 S400L，车牌号码：京×××××××）作为担保。

此致

北京××人民法院

申请人：四方科技有限公司

法定代表人：×××

2018 年 4 月 1 日

## 民事诉讼代理人授权委托书

北京××人民法院：

您院一审的由四方科技有限公司提起诉讼的北京博闻科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷、不正当竞争纠纷一案，××律师事务所受委托人四方科技有限公司之委托，指派×××律师担任原告的诉讼代理人。律师在该案中的代理权限为：特别授权。包括：（1）代为承认部分或全部诉讼请求；（2）代为放弃、变更或增加诉讼请求；（3）代为和解；（4）代为反诉；（5）代为提出或申请撤回上诉。本委托书有效期自即日起至终审判决宣判时止。

委托人：四方科技有限公司

受委托人：×××

律师事务所（章）：××律师事务所

2018 年 4 月 6 日