

2018 年第十六届“理律杯”模拟法庭大赛

被告代理意见书

第 29 号代表队呈递

目录

第一部分 当事人信息.....	1
第二部分 基本事实.....	2
第三部分 代理意见.....	4
一、四方公司的起诉不符合起诉条件.....	4
二、被告博闻公司未侵犯著作权.....	4
（一）本案系争微博内容不属于《著作权法》意义上的作品.....	4
1. 涉案的单条微博内容不构成受《著作权法》保护的作品.....	4
2. 涉案微博内容整体不构成受保护的汇编作品.....	5
（二）原告四方公司既非著作权人也未获得著作权授权.....	6
1. 《四方微博服务使用协议》为格式合同.....	6
2. 《四方微博服务使用协议》1.3条款排除用户主要权利应被认定无效.....	6
3. 《四方微博服务使用协议》1.5条款排除用户主要权利应被认定无效.....	7
4. 《四方微博服务使用协议》1.3、1.5条款违反法律强制性规定应被认定无效.....	8
（三）被告博闻公司未实施侵犯著作权的行为.....	9
1. 被告博闻公司未实施直接侵权行为.....	9
2. 被告博闻公司未实施间接侵权行为.....	10
3. 被告博闻公司的同步行为构成合理使用.....	11
三、被告博闻公司未实施不正当竞争行为.....	13
（一）被告博闻公司未违反《反不正当竞争法》第十二条之规定.....	13
1. 《反不正当竞争法》第十二条的适用条件.....	13
2. 被告博闻公司的技术手段不满足方式要件和结果要件.....	13
（二）被告博闻公司未违反《反不正当竞争法》第二条之规定.....	14
1. 《反不正当竞争法》第二条的适用条件.....	14
2. 被告的抓取行为不符合一般性不正当竞争行为的构成要件.....	14
（三）被告博闻公司经营行为正常合法有利于维护市场竞争秩序.....	16
1. 原告四方公司的垄断行为限制竞争.....	16
2. 被告博闻公司合法正当的经营行为促进了行业竞争.....	17
四、被告博闻公司无需承担法律责任.....	17
（一）被告无需承担停止侵害的民事责任.....	17
（二）被告无需承担赔礼道歉的民事责任.....	17
（三）被告无需承担赔偿损失的民事责任.....	18
1. 无需承担侵害著作权的赔偿责任.....	18
2. 无需承担不正当竞争的赔偿责任.....	18
第四部分 结论.....	19
第五部分 启示与建议.....	20
第六部分 附件.....	23
附件一 授权委托书.....	23
附件二 法律规范汇总表.....	24
附件三 参考案例汇总表.....	25
附件四 两家公司的微博服务协议.....	26
附件五 本书面代理意见副本共十三份.....	26

第一部分 当事人信息

原告：四方科技有限公司

住所地：xxx

法定代表人：xxx

联系方式：xxx-xxxx-xxxx

委托代理人：xxA，xx律师事务所律师

xxB，xx律师事务所律师

（其他信息略）

被告：北京博闻科技有限公司

住所地：xxx

法定代表人：xxx

联系方式：xxx-xxxx-xxxx

委托代理人：xxC，子成律师事务所律师，授权范围：特别授权

xxD，子成律师事务所律师，授权范围：特别授权

（其他信息略）

尊敬的审判长、审判员：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十八条及《中华人民共和国律师法》第二十五条的规定，子成律师事务所接受本案北京博闻科技有限公司的委托，指派我们担任博闻公司的一审代理人，参与本案的诉讼活动。代理人现就四方科技有限公司诉北京博闻科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷一案，作出如下代理意见：

一、四方公司的起诉不符合法定起诉条件。

二、系争客体不属于著作权法保护的客体，且原告四方公司既非著作权人也未获得授权，博闻公司从未实施任何侵犯四方公司权利的行为，请求法院驳回四方公司关于著作权侵权之诉讼请求。

三、博闻公司经营行为正当合法，未违反《反不正当竞争法》第二条、第十二条之规定，请求法院驳回四方公司关于不正当竞争之诉的诉讼请求。

根据法律规定，结合本案事实，博闻公司代理人认为，四方公司的诉讼请求缺乏事实与法律依据，请求法院依法驳回原告的全部诉讼请求，并判令原告承担本案的全部诉讼费用。代理人现根据本案事实和有关法律规定发表如下代理意见，供法庭参考。

第二部分 基本事实

为了便于合议庭快捷明了地审理案件、了解事实，被告代理人制作了如下事实示意图：

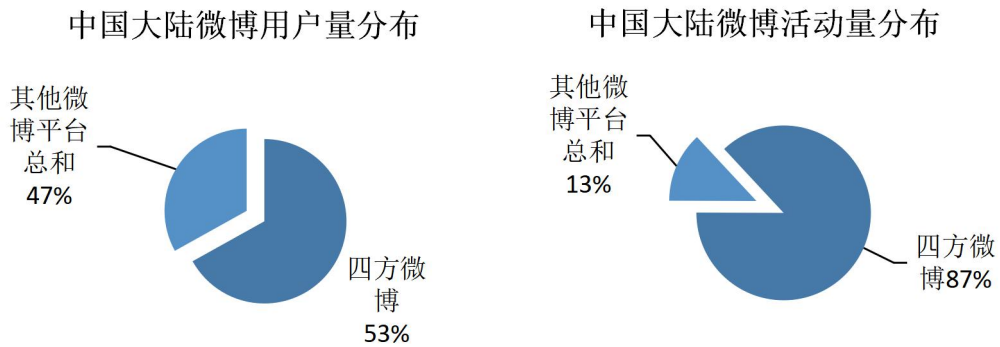
一、四方公司与博闻公司的公司性质及其相关产业差异对比

	四方科技有限公司	北京博闻科技有限公司
成立时间	1998年	2012年
公司性质	网络科技公司和电商	新型媒体资讯公司
主营产业	四方微博	博闻新闻
其他产业	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	博闻微博

二、四方公司与博闻公司的微博服务差异对比

	四方微博	博闻微博
成立时间	2009.1.1	2018.1.1
微博内容	包括但不限于文字、图片、音频、视频等	文字、图片、音频、视频等信息内容
中国大陆微博用户总量占比	57%	小于10%
中国大陆微博活动总量占比	87%	小于10%
微博文字字数上限	200字	
信息设置	可设置为“仅自己可见”、“相互关注可见”、“回答问题可见”和“所有人可见”	
图片水印设置	“图片水印设置”一栏设有引导问题“设置是否在微博图片上显示水印”，默认勾选的是“显示”，但用户可以点击勾选“不显示”项，从而改变默认设置。	博闻微博允许用户添加水印
身份认证服务	用户可以通过提交身份验证进行实名认证，各领域公众人物在通过身份验证并满足很高的粉丝和流量要求的情况下会在用户名后获得“VIP”标注。	公众人物通过身份认证可在用户名后获得VIP标识
运营模式	①VIP账户的粉丝的关注与互动为四方微博带来了大量的流量，是四方微博品牌价值的重要组成部分； ②VIP用户会在四方微博上发布广告，四方公司可从流量的增加中获益； ③四方微博用户可从微博页面快速进入一系列四方公司的其他网页	①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； ②用户可以在博闻微博的网页设置中选择添加自己的其他社交媒体账号。
用户协议（详见附件四）	《四方微博服务使用协议》	《博闻微博账号申请及授权协议书》

三、四方微博与博闻微博所占据的市场份额对比



注：其他微博网站平台的用户总量和活动总量均不超过 10%。

四、案情简述

被告于 2018 年 1 月 1 日为了自身的合法经营发展之需推出了博闻微博服务，同时为了更好地提供新闻报道的服务而设置了博闻新闻和博闻微博互相导流的功能。

次日，在被告没有做出任何侵犯原告合法权益的意思表示时，原告就在 Robots 文件中宣布禁止博闻微博抓取四方微博网页信息。

2018 年 1 月 3 日，当被告得知原告这一不合理的禁止行为后，为了促进信息的自由流通，让信息发挥出更大的价值，同时也本着行业倡导的协商处理、维护行业整体利益的精神，向原告提出了书面申请，明确表达了获取四方微博网页信息的愿望，但四方微博对此不置可否，既没有修改 Robots 协议，也没有以任何方式向博闻微博说明禁止抓取的理由。对于原告不置可否且没有说明合理理由的行为，被告表示不能理解但仍给予足够的尊重，并没有违反原告设置的 Robots 协议而实施任何抓取行为。

2018 年 1 月 5 日，四方微博为了保持用户的数量，继续维持市场支配地位，推出了针对四方微博用户的购物优惠，并趁机制定《四方微博服务使用协议》（修改版），明确说明，若用户违反修改后的《四方微博服务使用协议》的规定，则不得享受四方商城购物返现优惠。被告对于原告一味巩固市场支配地位的行为表示无能为力，只能通过其他经营手段提升博闻微博的市场竞争力。

直至被告于 2018 年 4 月 9 日收到原告起诉状之后，被告才知其微博平台上出现了与四方微博相同的内容，相同内容的出现并不是博闻微博用户使用被告的同步技术而出现，很可能均为用户自行上传发布。此外，被告提供的同步技术没有附加抹水印、整合信息的功能，被告没有对涉案微博内容实施任何行为。

第三部分 代理意见

一、四方公司的起诉不符合起诉条件

首先,根据《民事诉讼法》第一百一十九条第一项规定:“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。”首先,四方公司不能证明自己就微博内容的全部或者部分享有任何法定的权利或利益,亦无法证明自己通过约定获得了足以支撑诉讼请求的权利或者利益,故四方公司非本案的适格原告,不能以侵犯著作权为由起诉。其次,本案中四方公司在本案中并没有遭受任何损失,不存在合法权益受损的情形,即使存在损失,四方公司的损失和博闻公司的合法经营行为之间没有任何因果关系,两公司间不存在直接利害关系。因此,四方公司与博闻公司之间无权利义务关系,亦无直接利害关系,不是本案的适格原告。其次,根据《民事诉讼法》第一百一十九条第三项规定:“起诉必须有具体的诉讼请求和事实、理由。”四方公司无证据证明博闻公司实施了抓取、抹水印等侵权行为,事实不清,无法认定博闻公司侵犯其著作权并实施不正当竞争行为。

因此,四方公司的起诉不符合《民事诉讼法》第一百一十九条的相关规定,故博闻公司恳请人民法院驳回四方公司的起诉。

二、被告博闻公司未侵犯著作权

(一) 本案系争微博内容不属于《著作权法》意义上的作品

判断涉案微博内容受到《著作权法》保护的前提,是要确认涉案微博内容是否属于《著作权法》意义上的作品,根据《著作权法实施条例》第二条的规定:“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。”其中,独创性是作品的根本属性,它体现了作者富有个性的判断与选择,由此可得:是否具有独创性是判断涉案客体是否是作品的关键。只有具备独创性的成果才能被认定为是作品,受《著作权法》保护。¹作品的独创性是指作者在创作过程中投入了某种智力性的劳动,创作出来的作品具有最低限度的创造性。²实践中法官认为,“独创性必须根据具体事实加以判断,不存在适用于所有作品的统一标准”³,故被告结合本案进行以下判断:

1. 涉案的单条微博内容不构成受《著作权法》保护的作品

(1) 涉案微博文字内容不构成受保护的文学作品

首先,根据《著作权法实施条例》第四条第一款第一项规定:“文字作品,是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品。”具体是指用语言文字符号记录的,用以表达作者思想情感的文学、艺术、自然科学等作品的创作成果。构成文字作品需满足以下两条件:其一,作品系作者独立完成;独立完成要求作者个人通过付出相应的智力劳动,把自己的构思、情感、经验、技巧等凝结成一个全新的成果,这个成果应当是作者本人“产出”的,而不是抄袭他人。其二,作品有一定的创造性;创造性指的是形式上的独创,而非思想和理论观点上的创新。文字作品的创造性是指只有在脑力劳动付出达到一定量时,且创作者运用其

¹ 山西省高级人民法院(2011)晋民终字第70号民事判决书。

² 参见李明德、许超:《著作权法》,法律出版社2009年版,第28页。

³ 最高人民法院(2013)民申字第1270号民事判决书。

文学底蕴及遣词造句的功底再结合精妙构思，将自己想表达的思想情感通过小说、诗词、散文等形式表达出来。

其次，在实践中，微博作为分享简短实时信息的平台，具有时效性和随意性的特征。其平台上发布的信息多为生活化、口语化的表达，本案中四方微博作为微博的一种，同样具有上述特点。

最后，结合文字作品独创性的要求与现实中微博平台上文字内容的特点可知，涉案的微博文字内容无法构成文字作品，原因有二：其一，被告无法判断其是否是由用户本人独立创作，相反，结合现实经验可知，未经原作者许可就对文字内容进行复制的行为屡见不鲜，因而涉案微博文字内容很大可能是用户随意复制的内容，并不是其独立完成，因此独立完成这一要求并未满足。其二，四方微博对每条信息的文字字数上限为200字，在字数受限的情况下，若想构成文字作品，则对作品的创作程度及文学功底要求更高，独创性要求也更高。而原告四方微博平台上发布的文字内容多为简短、随意的实时信息，其形式多为口语化、生活化的表达，并不能达到运用文学底蕴及遣词造句的功底表达思想情感的高度，从而涉案文字内容并不能成为文学艺术等创作成果，由此可见，涉案的微博文字内容并不能达到文字作品创造性的要求。

（2）涉案微博图片内容不构成受保护的美术或摄影作品

《著作权法实施条例》第四条第一款第八项规定：“美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的平面或者立体的造型艺术作品。”《著作权法实施条例》第四条第一款第十项规定：“摄影作品，是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品。”

关于摄影作品的独创性。摄影作品是拍摄者运用拍摄技术所产生的具有艺术效果的作品。拍摄照片的创作性选择体现在拍摄之前、拍摄过程之中以及拍摄之后。拍摄之前的创作性选择主要体现为拍摄场景的创建。摄影师选择即将在照片中出现的拍摄对象，并安排拍摄对象的姿态，选取光线和拍摄视角，进行画面场景构图调动气氛等。拍摄过程中的创作性选择，主要包括拍摄设备、快门、曝光、滤镜、拍摄角度、拍摄时机等方面的选择。拍摄之后的创作性选择主要体现为在修补、校订、冲印照片时使用不同的技术或计算机软件来加工照片实现拍摄者的艺术追求。⁴

关于美术作品的独创性，一幅画运用浓重、强烈的色彩对比，追求线条和色彩的表现力，这种风格是具有表现力的。创作者的创作技法最大化地表达了自己的情感，选择哪种表现手法，是写实还是抽象，都是由创作者经过深思熟虑后决定的，因为此种表现手法可以直接表现他们的情感。美术作品的表现要素包括点、线、面的组合，明暗、色彩的分配，其物质性要素包括画布、颜料、媒介剂等。创作者正是利用画布、颜料、媒介剂等物质性材料，通过特定的艺术能力、技巧完成明暗、色彩及点、线、面的组合与分配，从而艺术化地表现自身的情感与思想。

再结合微博的时效性和随意性的特征可知，四方微博用户发布的内容多为实时信息，即图片多为随手拍摄或是随意绘制，用户拍摄的图片多为自己的所见所闻，在拍摄时很少考虑拍摄对象的姿态、光线、视角，且对于拍摄设备、快门、曝光等并没有创造性选择，而用户绘制的图片则也只是其随意所作，很少对表现要素的组合、色彩的分配及表现手法方面进行深思熟虑，其随意性导致其难以达成摄影作品和美术作品的独创性要求。

2. 涉案微博内容整体不构成受保护的汇编作品

《著作权法》第四十条：“汇编作品是指汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品。”具备独创

⁴ 参见梁志文：《摄影作品的独创性及其版权保护》，载《法学》2014年第6期。

性的汇编作品必须同时具备两个条件:其一,汇编作品是作者独立选择或编排完成的,非剽窃、抄袭之作;其二,汇编人对汇编材料内容的选择或编排付出了创造性劳动。

然而在本案中,四方微博仅仅是提供微博服务的信息存储平台,其对于微博信息仅提供存储技术,并没有对用户发表的微博内容进行有创造性的选择或者编排行为。因而四方微博既没有进行选择编排行为,也没有表现其创造性的人为的智力活动,故涉案内容整体不具有独创性,因此不构成汇编作品。所以,涉案的微博内容不能从整体上以汇编作品为由受到《著作权法》的保护。

因此,结合微博及互联网的特性可知,涉案的微博文字、图片内容无法达到独创性的要求,因而涉案的单条微博内容无法作为文字作品、摄影作品、美术作品受到《著作权法》保护,涉案的微博内容也不能从整体上被认定为汇编作品而受到《著作权法》保护,且原告并未提供足够的事实材料证明涉案微博内容属于《著作权法》意义上的作品。

综上,涉案的微博内容不能构成《著作权法》意义上的作品,原告方不具有以侵犯著作权为由的起诉基础。

(二) 原告四方公司既非著作权人也未获得著作权授权

由上述可知,涉案微博内容整体不构成汇编作品,原告四方公司无法成为原始著作权人。即使原告四方公司能够拿出足够的证据证明涉案的单条微博内容中存在有《著作权法》意义上的作品,也不能依据《四方微博服务使用协议》取得著作权及其有关权利的授权。

根据《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第一章第1.10条规定:“著作权人未将著作权转让或许可他人,仅授权他人起诉的,不予支持;但对于转让或者许可之前发生的侵权行为,合同有明确约定的,受让人或者被许可使用人单独起诉,可以予以支持。”在本案中,少量作品的著作权归属于部分用户,原告四方公司若以侵犯著作权为由起诉,根据上述法条的规定,则应符合以下两种情形之一:其一为获得著作权的转让,其二为作为被许可使用人并获得许可人的起诉授权。然而,原告均不符合以上情形,理由如下:

原告四方公司与用户签订的《四方微博服务使用协议》中有关限制用户自行使用其发表微博内容的条款,因排除用户主要权利和违反法律强制性规定而无效。即便涉案微博内容中存在极少数《著作权法》意义上的作品,原告四方公司也不能依据此条款取得用户著作权的授权,且《四方微博服务使用协议》中有关无偿授权四方公司以四方微博平台的名义维权并获取全部赔偿款项的条款,也因排除用户的主要权利和违反法律强制性规定而无效,原告四方公司也不能独立起诉。因此,四方公司无权以侵犯著作权为由起诉。

1. 《四方微博服务使用协议》为格式合同

《合同法》第三十九条第二款规定:“格式条款是当事人为重复使用而预先拟订并在订立合同时未与对方协商的条款。”具体表现为,合同条款由当事人一方预先拟定,另一方无法与提供格式条款的一方进行协商变更。《四方微博服务使用协议》的内容完全由原告四方公司进行拟定,用户只能同意或者不同意,当用户对该协议或协议的任何部分存有异议时,也只能终止注册程序(或停止使用四方微博)。因此,《四方公司服务使用协议》是一种格式合同,需要满足《合同法》对于格式合同的法律规定。

2. 《四方微博服务使用协议》1.3条款排除用户主要权利应被认定无效

根据《合同法》第四十条:“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。”而如何认定主要权利,目前并未有明确的规定,通常需要结合个案事实情况从整体进行判断。因此认定“主要权利”不能仅仅看双方当事人签订的合同的

内容是什么,而应就合同本身的性质来考察。如果依据合同的性质能够确定合同的主要内容,则应以此确定当事人所享有的主要权利。⁵即应从双方是否互负义务以及合同是否有偿等角度,对缔约双方的利益进行衡量,进而判断涉案合同中的主要权利为何。

(1) 用户对自己发布内容的使用与修改属于用户的主要权利

在1.3条款中,原告四方公司规定“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,用户发表的微博内容仅在四方微博平台予以独家展示。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。”从该条款内容判断,原告四方公司并未对用户发表内容的性质,即是否构成《著作权法》意义上的作品,进行区分,而是采取统一的规定排除用户对微博内容进行更改、再次发布等权利。

就日常生活的操作习惯而言,对于内容的多平台发表也是部分用户的正常需求与使用习惯。用户可以为了内容的关注度的增加等原因,对于内容发布的平台自由的进行选择或将同一内容发布在多家微博平台。如果排除了用户该项操作,会极大程度地限制用户信息交流的便利。因此对于将自己发布的内容再次进行使用,涉及用户自身利益,属于格式条款中应当进行考虑的主要权利。

(2) 原告四方公司无任何正当理由对用户的该种权利进行排除

对于合法的非作品的公开内容的使用不受到法律的限制,即任何人不得就其享有排他性的权利。因此原告四方公司的协议中的规定并无法律依据。

此外,在本案中认定原告四方公司排除用户主要权利还可从以下因素进行综合考量:第一,该条款设计目的不正当。⁶原告四方公司不考虑用户的利益与需求,通过与用户签订协议的方式,限制用户在其他平台中发布相同内容,由此来强化自己的市场地位。该条款的制定违反了公平原则,设计的目的不正当。第二,该条款属于原告四方公司利用其优势地位签订的条款。四方微博是主流的中文博客平台,拥有中国大陆过半的微博用户,在订立合同时拥有绝对的优势地位。用户若想使用其微博的服务,就必须与其签订可能与真实意愿相违背的协议。因此,在对格式合同条款的公平性进行审查时要对优势地位一方更为严格。第三,该条款违背用户期待,该条款的签订不仅不符合用户本身的操作习惯,更与发布微博的用户想要获取更多关注发布在多种平台的意愿违背。

因此,原告四方公司欲对用户发布的内容进行无偿使用,属于利益关系中获取更多利益的一方。而对格式条款的效力认定需要考虑双方当事人利益关系的均衡。⁷原告四方公司作为格式合同的提供方在享有足够的优势地位时,理应在缔结合同时尽到足够的义务遵守合同公平原则。

原告四方公司以《四方服务使用协议》1.3条款,在无合理理由的情况下,排除用户对于公开内容的再次使用与修改的主要权利,故根据《合同法》第四十条规定,《四方微博服务使用协议》中的1.3条款排除用户的主要权利,应认定无效。

3. 《四方微博服务使用协议》1.5条款排除用户主要权利应被认定无效

根据《侵权责任法》第三条可知,被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任即停止侵害、消除影响、赔偿损失。因此在用户的合法权益受到侵害时,用户有权利请求侵权人赔偿损失即获得赔偿款项的权利。而1.5条款中原告四方公司要求用户将全部赔偿款项给微博平台所独有,无疑是排除了用户的该项权利。侵权损害发生时,平台并未就此遭受有任何损失,却

⁵ 参见王利明:《对〈合同法〉格式条款规定的评析》,载《政法论坛》1999年第6期。

⁶ 参见卢筱洁:《论格式条款效力的判断因素》,载《东南大学学报》2017年S2期。

⁷ 参见马一德:《免除或限制责任格式条款的效力认定》,载《法学》2014年第11期。

取得了赔偿款，用户遭受到了损失却未取得任何的赔偿，不符合《侵权责任法》保护民事主体合法权益的立法目的，也违背了《合同法》中缔结合同应当遵守的公平原则。因此1.5条款排除了用户的主要权利应被认定无效。

4. 《四方微博服务使用协议》1.3、1.5条款违反法律强制性规定应被认定无效

除上述格式条款无效的情形外，根据《合同法》第五十二条的规定可知，违反法律的强制性规定的合同无效。本案中，《四方微博服务使用协议》中的1.3、1.5条款违反《反垄断法》中有关滥用市场支配地位的强制性规定而无效。

(1) 原告四方公司在大陆地区的互联网博客平台市场中具有市场支配地位

《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》规定：“相关市场是指经营者在一定时间内就特定商品或服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。”其中第四款规定，相关市场范围的大小主要取决于商品的不可替代性。通常，相关商品市场的判定应当站在需求者的角度进行需求代替性分析。从需求者角度来看，商品之间的替代程度越高，竞争关系就越强，就越可能属于同一相关市场。而原告四方公司推出的四方微博与被告博闻公司的博闻微博在功能与形式上并无过大差异，需求者可以根据自己的实际需要选择使用何种产品。从微博平台及时且开放式分享生活和感想的特性来看，非同类的应用一般不能满足用户的综合需求而并不与微博市场构成竞争。因此结合本案主要涉及微博应用的纠纷的事实情况，综合认定原告四方公司与被告博闻公司处于同一互联网博客平台的相关市场中。此外，因为四方微博作为中文博客平台，其经营范围只涵盖中国大陆地区，所以原告四方公司与被告博闻公司的地域市场应认定为中国大陆市场。

同时，根据《反垄断法》第十七条第二款可知，“市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”而判断是否属于市场支配地位，根据《反垄断法》第十九条⁸可知，当一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的情况可以推定经营者具有市场支配地位。2017年的统计数据显示，原告四方公司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。与此同时被告博闻公司旗下的博闻公司与其他公司的微博平台的用户总量和活动总量均不超过10%。由此原告四方公司在互联网博客平台享有市场支配地位。

(2) 原告四方公司滥用其市场支配地位

根据《反垄断法》第十七条第一款第五项的规定，禁止具有市场支配地位的经营者从事的滥用市场支配地位的行为之一为在交易时附加其他不合理的交易条件。适用此项规定必须满足：一、交易对方当事人进行交易时被附加条件；二、所附加的条件要求对方当事人在进行交易时必须同时接受；三、附加条件没有合理理由。四、所附加的条件违背了交易对方当事人的真实意愿；⁹

第一，交易对方当事人进行交易时被附加条件。本案中，四方微博提供分享微博内容的平台服务，用户将自己的内容发布在平台上为其带来流量，双方存在交易关系。用户需与原告四方公司签订《四方微博服务使用协议》方可使用微博服务，而此时需要用户同意其中的1.3、1.5条款。即用户是在交易时被附加的条件。

第二，所附加的条件要求对方当事人在进行交易时必须同时接受。当用户使用四方微

⁸ 《反垄断法》第十九条：有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：（一）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；（二）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；（三）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

⁹ 最高人民法院（2016）最高法民再98号民事判决书。

博的服务时即证明用户同意该服务使用协议的内容。不同意协议内容便不能使用微博服务。用户在交易时必须接受《四方微博服务使用协议》中的1.3、1.5条款。

第三，附加条件没有合理理由。由前文可知，用户使用微博的目的大都是为分享生活，并让自己发布的网络平台上的内容尽可能地让他人知晓，提高从中获益的可能性，但前述两个条款规定的内容限制了用户的发布范围及维权的途径并让用户不能获得理应归自己所有的赔偿款。因而原告四方公司在提供服务时附加条款无合理的理由。

第四，所附加的条件违背了交易对方当事人的真实意愿。《四方微博服务使用协议》属于格式条款，用户无权进行协商变更，若不签则不能使用中国大陆访问量最大的网站之一的四方微博，故用户在在原告市场支配地位的迫使下，无更好渠道分享生活时签订了如此违背真实意愿的不公平条款。从后来用户将相同内容发布到博闻微博的行为也能印证出，原告四方公司限制用户发布内容平台的条款违背了用户真实意愿。

所以，原告四方公司滥用其市场支配地位，在与用户交易时附加不合理的交易条件，违反《反垄断法》第十七条第一款第五项的规定。

(3) 《四方微博服务使用协议》1.3、1.5条款违反《反垄断法》的强制性规定而无效

根据《合同法》第五十二条的规定可知，违反法律的强制性规定的合同条款无效。本案中，原告四方公司与用户签订的《四方微博服务使用协议》中的1.3、1.5条款违反了《反垄断法》第十七条第一款第五项规定的在交易时附加其他不合理的交易条件。且《反垄断法》第十七条第一款第五项的规定否定了该行为的效力，属于效力强制性规定。因此，《四方微博服务使用协议》中的1.3、1.5条款应被认定无效。

综上，《四方微博服务使用协议》1.3、1.5条款无效，原告四方公司未取得用户的授权，无权以侵犯著作权为由起诉。

(三) 被告博闻公司未实施侵犯著作权的行为

假使涉案微博内容中小部分构成作品，被告博闻公司也未直接或间接实施过著作权侵权行为，无需承担任何侵权责任。

1. 被告博闻公司未实施直接侵权行为

(1) 系争微博内容出现在两个平台上并非被告博闻公司通过技术手段实现

被告博闻公司在本案中未实施抓取行为，四方公司亦无证据证明存在抓取的痕迹，¹⁰因此被告博闻公司未实施任何复制行为。另外，被告博闻公司的同步技术无法实现本案中所述的对文字作品进行丰富综合及淡化抹除水印的功能，被告博闻公司的同步技术仅能从四方微博中获取HTML文档、Json格式文本或二进制数据并立即保存，而后通过Json解析等方式将上述计算机语言翻译为用户所见的文字、图片展示在博闻微博平台上，该技术仅涉及获取、保存、翻译数据的功能，故在本案，被告博闻公司并未实施侵犯改编权等行为。

此外，相同内容更有可能由用户自行上传。第一，被告博闻公司仅为其网络用户提供了一个发布信息的平台系统，无法提供内容，该系统内容一般情况下通过用户上传。第二，用户有实施该行为的动机。因为丰富和综合的行为可以使内容更丰满，将相同观点或同类型内容集中起来，使VIP用户更好地展示自己、表达观点、吸引关注，以获得更高的经济利益。第三，不排除有用户出于牟利考虑盗取他人图片，抹除淡化水印以模糊图片来源的情况。

被告博闻公司尊重用户及原告四方公司的合法权益（包括知识产权在内），不曾实施抓取涉案微博、淡化抹除四方微博水印标识及丰富综合文字内容的行为。原告四方公司亦无证据证明被告博闻公司对涉诉侵权微博内容实施了上述行为，仅从该微博内容本身也无法得到该结论。

¹⁰ 参见2018年第十六届“理律杯”全国高校模拟法庭竞赛规则及赛题答疑第十一点第2条。

(2) 假使被告博闻公司实施了抓取行为也不构成直接侵权

在《著作权法》领域，直接侵权是指未经许可实施了受专有权利控制的行为并缺乏特定的法定免责理由。¹¹与抓取行为相关的著作权专有权利包括复制权和信息网络传播权。

博闻微博实施的复制、传播行为经著作权人许可，不构成侵权复制权、信息网络传播权的行为。如前所述，四方公司无法通过《四方公司服务使用协议》获得用户著作权的转让或独占许可，故用户仍对其微博内容享有著作权。博闻微博在添加页面的弹窗中说明，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。弹窗是一种动态的提示，有更明显有效的提示作用，用户应当知悉“添加”的含义，在此前提下用户仍选择添加即说明其已同意授权博闻公司为其实施同步行为。综上，用户自愿授权博闻微博进行复制、传播行为以实现自动同步。

2. 被告博闻公司未实施间接侵权行为

著作权间接侵权是指即使行为人并未实施直接受专有权利控制的行为，但其行为与他人的直接侵权行为之间存在特定关系，也可基于公共政策原因而被法律界定为侵权行为。¹²界定间接侵权必须以行为人具有主观过错为构成要件，主观过错可分为明知和应知两种类型。

(1) 被告博闻公司不存在明知的情形

首先，一般情况下，司法实践中权利人可以发送“通知”的方式让网络服务提供者意识到直接侵权行为的存在，证明网络服务提供者对侵权构成“明知”¹³，而本案中原告四方公司并未进行任何通知。其次，被告博闻微博平台上内容数量众多且大量授权使用情况存在，网络服务提供者对侵权的判断能力非常有限，尤其涉及对不知名内容的侵权判断更加困难。再次，系争内容除了被直接复制外，还存在对内容进行综合等情况，使侵权判断变得更加复杂。最后，博闻微博掌握的仅仅是博闻微博平台上的信息，难以知晓用户是否与其他平台之间存在授权等行为，所以判断平台上哪些内容侵犯了著作权显然是无法做到的。故在原告四方公司未进行通知的前提下，被告博闻公司不存在明知的可能。

(2) 被告博闻公司不存在应知的情形

首先，博闻微博是典型的提供信息存储空间服务的网络服务提供者，对内容的控制和识别能力弱。其次，网络服务提供者对不同类型作品的判断能力不同，由此决定网络服务提供者的注意义务也不同。网络服务提供者一般根据作品名称关键字是否具有特定性判断作品的权利情况，而图片的名称与内容的对应关系不明显，因此网络服务提供者对图片作品的判断能力相对较弱，注意义务低。而文字作品虽然与名称的对应关系较为明显，但通常存在被非法改编、超过合理范围引用甚至作者被篡改等侵权使用方式，侵权判断较为复杂¹⁴，故网络服务提供者对此的注意义务也较低。其次，实践中可以综合运用“网络服务提供者的注意义务=服务类型×行为类型×权利客体”这一公式明确网络服务提供者知识产权注意义务。¹⁵在网络服务类型因子中，网络服务提供者对内容的识别和控制能力越强，其注意义务就越高，博闻微博只提供自动同步技术和信息空间存储服务，不涉及任何内容做任何上传、修改的行为，对内容的识别控制能力极低。在行为类型因子中，直接获得经济利益将会导致网络服务提供者注意义务升高，而博闻微博从侵权内容中直接获得经济利益。在权利客体类型因子中，以网络服务提供者对权利客体侵权的判断难度为标准，难度越高则注意义务则越低。

¹¹ 参见王迁：《网络版权法》，中国人民大学出版社2009年版，第79页。

¹² 参见王迁：《网络版权法》，中国人民大学出版社2009年版，第132页。

¹³ 参见司晓：《网络服务商知识产权间接侵权研究》，北京大学出版社2006年版，第69页。

¹⁴ 参见司晓：《网络服务商知识产权间接侵权研究》，北京大学出版社2006年版，第137页。

¹⁵ 参见司晓：《网络服务提供者知识产权注意义务的设定》，载于《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第1期。

因此，博闻微博上存在海量的信息，系争的10000条文字与8000张图片占博闻微博平台总文字和总图片的百分比不是很高，博闻微博难以主动发现这些内容的存在并进行判断。故被告博闻公司对系争相同内容的出现不存在应知的情形。

“明知”和“应知”的证明一般通过已有的证据来实现，是对当事人事实上是否实际知晓的法律判断，故原告四方公司主张被告博闻公司间接侵权应提交构成侵权的证明材料，不可随意地进行推断或猜测。被告博闻公司尊重他人的合法权益（尤其是知识产权），意在打造一个合法、秩序良好的网络平台，故在服务协议中对用户进行了必要的提示与要求，不存在实施侵权行为的主观故意，不构成间接侵权。

3. 被告博闻公司的同步行为构成合理使用

假使相同微博内容系用户授权被告通过同步技术抓取而出现，但根据本案的相关事实，一方面，从被告的公司性质和经营范围可知被告的同步目的为报道时事新闻，满足我国《著作权法》第二十二条所规定的合理使用情形之一，故可依法认定为不构成侵权。另一方面，被告对相同内容的同步使用可构成目的转化性使用，符合《著作权法》的立法宗旨，因此被告通过同步技术实施的抓取行为不宜给予违法性评价。

(1) 为报道时事新闻的合理使用

“合理使用”是我国基于公共政策的考量而对著作权加以限制的一种类型，即指在法定情形下，著作权以外的人可依照法定的要求自由无偿地使用作品。我国《著作权法》第二十二条规定了十二种合理使用的情形，其中第一款第一项为：“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”。同时，《著作权法实施条例》第二十一条规定：“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。”由以上两法条可得，该种使用需满足的条件有：一、使用的目的是报道时事新闻；二、被使用的作品必须是已经发表的；三、使用的比例限于报道新闻所必需的程度；四、在报道中注明被引用作品的出处；¹⁶五、不影响作品的正常使用；六、没有不合理地损害著作权人的合法权益。在本案中，被告通过同步使用行为满足以上六个条件，具体论述如下：

第一，被告的公司定位是新型媒体资讯公司，其主要经营范围是博闻新闻。被告向其微博用户提供与四方微博同步的技术，并设置博闻微博可以与博闻新闻互相导流功能是出于四方微博使用人数众多其平台上集合了互联网上大部分讯息，通过与其导流能为被告报道新闻提供更多的素材的目的考虑，这样的使用能提高报道的效率并将微博内容与其他类型的新闻资讯相融合，以便创造出更大的社会和文化价值；第二，被告同步的信息都是在原告微博平台上以“所有人可见”方式发表的信息，限于已经发表的作品范围内；第三，被告将系争相同的微博内容与其他各类的新闻信息和资讯相融合，在每条新闻中适当引用必要的微博内容并加上相关的评论说明，同步的部分均为报道新闻必不可少。第四，即使相同信息是由被告以同步手段发布的，相关博主在网页设置中都选择了将四方微博作为同步信息的来源网站，此种在网页上显示来源再导流到博闻新闻的设置即为注明出处的表现。第五，被告的使用行为没有影响原告对作品的正常使用造成任何影响，相同内容在原告微博平台上仍可正常浏览，下载等。第六，被告为报道时事新闻的使用目的是正当合法的且该使用行为在法律允许的范围之内，并没有给原告公司的利益造成实质性的损害。

因此，被告通过同步技术抓取原告微博平台上占比不高的以“所有人可见”方式发表的信息是以便更好地报道新闻，该种同步使用行为符合我国《著作权法》规定的为报道时事新闻而合理使用的情形，符合制度设立初衷，推动了社会文化的发展，故被告博闻公司的抓取行为不构成侵犯著作权。

¹⁶ 参见刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社2015年版，第124页。

(2) 被告对微博信息的转化性使用

“转化性使用”是指在合理使用判定中，使用人的使用行为必须以新的、富有成效地使用原作或者以完全不同于原作的意图使用原作，若使用者为原作品添加了新价值、新意义、新美感或新理解，即可认为原作品被转化性地使用。¹⁷此可分为内容转化性使用和目的转化性使用。“转化性使用”的提出，是为了对美国合理使用四要素¹⁸中的第一个要素进行判断。我国司法实践中在判断合理使用的构成时已经适当借鉴了“四要素”：2011年底，最高人民法院印发了《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》（以下简称《意见》）的通知，进一步明确在促进技术创新和商业发展确有必要的特殊情形下，考虑作品使用行为的性质和目的，被使用作品的性质，被使用部分的数量和质量，使用对作品潜在市场或价值的影响等因素，如果该使用行为既不与作品的正常使用相冲突，也不至于不合理地损害作者的正当利益，可以认定为合理使用，这为我国引入“转化性使用”提供了参考依据。

第一，被告对相同微博内容的使用可构成目的性转化性使用。“目的性转换”行为是将原作作为实现另一不同目的的一种素材或原材料，并非为了再现原作的功能和价值。¹⁹在本案中，相同内容的功能在被告新的使用手段和环境发生了转变，具有了新的价值和功能。由主要满足审美需求，具有娱乐社交、分享生活功能的微博信息转变成为专为报道时讯、揭露真相服务的新闻资讯，从娱乐价值转化成了更高的社会文化价值，赋予了相同的内容在原告微博平台上所不具备的功能。此外，被告对相同内容的转化性使用行为没有与作为微博内容的作品的正常使用相冲突，微博平台上的作品功能没有受到任何影响，仍能被正常浏览发挥出原有的价值，不存在原告方利益受损的情形。因此被告的同步抓取使用行为构成目的转化性使用。

第二，被告的目的转化性使用行为在本案中应予认可。其一，“转化性使用”符合我国《著作权法》的立法宗旨。《著作权法》最直接的目标是保护作者和其他著作权人的权益，但终极目标在于促进科学、艺术进步和增进社会公共利益。“转化性使用”背后的正当性在于其满足了追求科学的进步和社会文化的多元发展，以使社会大众的创作行为可以不断持续进行下去的目的，这与著作权制度构建的宗旨是不谋而合的。其二，在司法实践中法院已经采用了“转换性使用”作为合理使用的裁判标准。如“王莘诉北京谷翔信息技术有限公司等侵犯著作权纠纷案”²⁰、“北京优图佳视影像网络科技有限公司与佛山市中山医院侵害作品信息网络传播权纠纷案”²¹等。以上案件判决对“转化性使用”的认定标准是比较一致的：因新作品和原作品相比产生了新价值、新功能，价值和功能发生了转换。其三，被告的目的转化性使用行为在本案中应予认可。前述案例和本案情形有一定的共通之处，被告的行为构成目的转化性使用，符合《著作权法》立法宗旨，故被告请求法院适当参考前案，根据《意见》的指导精神，认可被告同步抓取行为的正当性。在不损害原告根本利益时，允许被告依据一定的条件、不必征得原告公司的许可而使用作品，增进作品的自由传播实现更大的价值。

因此，被告利用相同内容实现新闻功能的目的转化性使用的行为，有利于作品价值的最大化，增进了社会公益，故被告的同步抓取行为不构成侵犯著作权。

¹⁷ See Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990), p.1111.

¹⁸ 美国的合理使用制度是典型的“因素主义”模式，并非详细列举能够被认定为构成合理使用的具体行为，而是设了一个统一的、一般性的规则进行个案判断。这个一般性的规则提取了判定合理使用需要考量的四个要素：第一，使用的目的与性质，包括该使用是否具有商业性质，或是否为了非营利的教学目的；第二，该作品的性质；第三，所使用部分的质与量以及与原作品的关系；第四，该使用对原作品的市场或是价值产生的影响。

¹⁹ 参见袁峰：《论新技术环境下“转换性使用”理论的发展》，载《知识产权》2017年第8期。

²⁰ 北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第1321号民事判决书。

²¹ 广东省佛山市中级人民法院（2015）佛中法知民终字第159号民事判决书。

综上，被告博闻公司未实施侵犯著作权的行为，原告无权以侵犯著作权为由起诉。首先，被告博闻公司不存在直接侵权行为。是否构成侵权行为应该用客观事实和证据进行证明，原告四方公司的请求既无事实为依据，亦未提供证据加以证实，系争相同内容并非通过被告博闻公司技术手段实现，假使被告博闻公司确实实施了自动同步的技术手段，也是在获得著作权人授权的情况下实施的，不构成直接侵权行为。其次，被告博闻公司亦不存在间接侵权行为。被告博闻公司既不存在明知情形，亦不具有应知情况，不满足主观故意这一构成要件。最后，即使被告实施了抓取行为的假设成立，亦构成合理使用而不应认定为侵犯著作权的行为。

三、被告博闻公司未实施不正当竞争行为

（一）被告博闻公司未违反《反不正当竞争法》第十二条之规定

1. 《反不正当竞争法》第十二条的适用条件

我国《反不正当竞争法》第十二条规定：“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。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：（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；（二）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；（三）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；（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。”

违反《反不正当竞争法》第十二条之规定的行为需满足以下三个构成要件：第一，手段要件：利用技术手段；第二，方式要件：影响用户选择或其他；第三，结果要件：妨碍、破坏他人产品或服务正常运行。²²在本案中不存在所述前三项行为，故此仅对第四项展开论述。

2. 被告博闻公司的技术手段不满足方式要件和结果要件

博闻微博在运营过程中所设计出的技术手段包括：第一，在用户没有设置添加其他社交媒体账号的情况下，博闻微博在设置中默认为用户添加四方微博（下文简称“默认设置”）；第二，在用户添加账号的页面中设置弹窗，弹窗内容为“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”（下文简称“弹窗设置”）；第三，自动同步技术；在形式上，原告可请求适用《反不正当竞争法》第十二条，但以上三种技术手段均不满足方式与结果要件。

（1）被告博闻公司未影响用户选择

此处的“影响用户选择”的方式应当指限制用户选择权、引诱用户实施侵权行为等负面方式。在判断是否对用户选择产生影响时应采用理性消费者标准，基于互联网时代中网络用户技术敏感度强的特点，应该相信用户具备鉴别优劣的能力。网络产品或服务上的细微差别和性能上的任何改进，都可能被网络用户迅速捕捉到，并做出重新选择产品或服务的决定，毕竟安装和卸载一个软件对用户而言成本很低。

首先，默认设置具有正当理由并未影响用户选择。其一，博闻公司在提供自动同步功能时，将四方微博账号默认为自动同步的其他社交媒体账号是出于便利用户的考虑，四方微博用户基数大，是博闻微博用户最有可能进行同步的平台；其二，上述“默认设置”的行

²² 曹丽萍：《从司法实践看“互联网专条”》，载《中国知识产权》2007年第2期。

为在行业内是一种惯常行为。例如原告四方公司将用户发表的微博内容默认为“所有人可见”以及在引导问题“设置是否在微博图片上显示水印”上默认勾选“显示”；其三，博闻微博用户可以选择不添加其他社交媒体账号或者添加除四方微博以外的社交媒体账号，该项默认设置极易修改，保障用户的选择自由。其次，弹窗设置是一种动态的提示，有更明显有效的提示作用更不会影响用户选择。最后，是否选用同步技术是用户的自由选择，被告并未对用户加以强迫与限制，反而是通过前项的弹窗设置进行了充分的提示，且在本案中，用户未选择使用，被告并未实施同步抓取行为更是体现出了用户的选择自由。

(2) 被告博闻公司未妨碍、破坏他人产品或服务正常运行

此处对《反不正当竞争法》第十二条第四项所规定的后果的理解应与前三项行为所能造成的使用户无法正常访问、使用其他平台的后果保持一致。在本案中，四方微博作为信息存储空间服务提供者，其正常运行是指用户能正常访问其平台网址、发布微博等。被告博闻公司为经营自身业务而设置的三项技术手段并未影响四方微博作为信息存储平台的正常功能，也未对其提供的各项功能进行干扰，用户仍可正常访问其页面并使用其所提供的各项功能。据此，原告四方公司认为被告博闻公司妨碍、破坏其正常运行行为缺乏合理理由和事实依据。

综上，被告博闻公司在经营过程中未采用影响用户选择的技术手段，亦未对原告四方公司的正常运行行为造成妨碍、破坏的不良后果，不具有违法性。并且商业运行存在天然的对抗性，被告博闻公司的技术手段仅在正常合理的范围内对原告四方公司造成竞争压力，不存在违反《反不正当竞争法》第十二条之规定的行为。另外，被告博闻公司推出的便利用户、新颖巧妙的技术手段还具有促进行业及其他经营者锐意进取、不断创新，增强了市场活力的积极作用。

(二) 被告博闻公司未违反《反不正当竞争法》第二条之规定

在本案中，原告四方公司认为被告博闻公司违反了 Robots 协议实施了抓取行为而违反了《反不正当竞争法》第二条之规定，如前文所述，被告并未实施抓取行为，若抓取行为真实存在需原告提供足够充分的证据。此外，即使被告实施了抓取行为的假设成立，该违反原告设置的不合理的 Robots 协议的抓取行为也不应在法律上定性为不正当竞争行为，具体论述如下：

1. 《反不正当竞争法》第二条的适用条件

我国《反不正当竞争法》第二条规定：“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，损害其他经营者或消费者的合法权益的行为。本法所称的经营者，是指从事商品生产、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。”

结合该条条文的表述、相关判例和学理可知，构成违反《反不正当竞争法》第二条之规定的不正当竞争行为需满足以下四个构成要件：第一，法律对该种竞争行为未作出特别规定；第二，竞争行为的相对方对系争客体享有某种法律上承认的权益；²³第三，该种竞争行为因确属违反法律及商业道德而具有不正当性，商业道德所体现的是一种商业伦理，是交易参与者共同和普遍认可的行为标准，应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；²⁴第四，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。

2. 被告的抓取行为不符合一般性不正当竞争行为的构成要件

第一，在我国现行有关不正当竞争行为的法律规范中还没有明确对抓取这类互联网商业

²³ 参见李阁霞：《互联网不正当竞争行为分析》，载《知识产权》2018年第2期。

²⁴ 最高人民法院（2009）民申字第1065号民事判决书。

竞争行为作出特别规定，故原告在形式上可请求适用《反不正当竞争法》第二条。但第二，如代理意见著作权法部分所述，原告对系争相同的微博内容不享有著作权及有关权益，也不具有其他种类的法定权益，故此要件不符合，原告在实质上无权请求适用《反不正当竞争法》第二条；第三，假使原告对系争内容享有权益，被告违反 Robots 协议实施抓取的行为也不应认定为违反法律或商业道德的行为；第四，被告的抓取行为没有对原告的权益造成实际损害。有关第三点和第四点的论述较为复杂需详细展开，具体阐释如下：

(1) 被告违反 Robots 协议实施抓取的行为不应认定为违反法律或商业道德的行为

首先，Robots 协议不具有法律效力。Robots 协议(也称为爬虫协议)核心思想是，网络机器人通过自动检索网页来获取信息，而网页主可以使 Robots.txt 文件指导网络机器人的访问对象。Robots 协议并非官方文件，也并非由商业组织签署，没有任何强制性。只是大多数 Robots 程序员提供的一个保护服务器免受 Robots 骚扰性访问的通行做法。²⁵自 Robots 协议确立以来，世界上还没有任何国家的法律明确规定 Robots 协议的强制效力，不同国家、不同法院对 Robots 协议有着不同的认识，在不同的案例中判决结果差异较大，比较典型的有认定为双方达成的合意、技术措施、公认的行业规范等。

因此，被告违反 Robots 协议实施抓取的行为不应认定为违反法律的行为。

其次，本案中原告设置的不合理的 Robots 协议不应认定为“商业道德”。

应结合 Robots 协议的具体设置情况认定违反“商业道德”的情形。关于互联网行业的“商业道德”判断标准我国并没有法律的明文规定，但在司法实践中，最高人民法院在相关判例²⁶中将《互联网搜索引擎服务自律公约》纳入“互联网行业内商业道德”的范畴。该《公约》第七条规定：“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)”。从这条约定来看，爬虫协议具有国际通行的行业惯例的地位。但为行业所共同遵守本身，并不等同于正当，仅仅从行业共同遵守的事实，就推出商业道德的定性，过于草率，此外，即使是行业通行的实践，未必就符合竞争秩序，这类规则常常起到限制竞争的效果，不仅不能被用以证明行为的正当性，反而应该引起额外警惕。故即使能够证明存在行业内通行的规则，法院仍然有义务在对其他竞争者和公众利益的综合考虑下，自主判断市场行为的正当性。同时，该《公约》第八条给 Robots 协议设定了限制，即“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”。

因此，在认定被告忽略 Robots.txt 的禁止性规定而抓取相应内容行为的性质时，应明确原告设置的 Robots.txt 是否满足公平、合理和促进开放的原则，是否有正当理由，而不应泛泛地认为“Robots 协议”构成商业惯例而要求其他平台一概无条件地遵守。

原告设置的不合理的 Robots 协议不应认定为“商业道德”。《四方微博服务使用协议》中的 1.4 条款规定：“用户在使用四方微博服务过程中应当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。”从该条规定可以看出，原告设置的 Robots 协议中禁止抓取的范围包括四方微博平台上的所有信息，其中甚至包括用户以“所有人可见”方式发表的微博内容，这正是设置的不合理之处，这部分公开信息不涉及任何隐私问题，不存在禁止抓取的合理目的。因此，四方微博作为主流的中文博客平台，其网站汇集了互联网中的相当一部分的信息，如果认可四方微博如此妨碍信

²⁵ 详见 robots.txt 官网(www.robotstxt.org)中“A Standard for Robot Exclusion”文件

²⁶ 最高人民法院(2013)民三终字第5号民事判决书，本院认为：“在市场经营活动中，相关行业协会或者自律组织为规范特定领域的竞争行为和维护竞争秩序，有时会结合其行业特点和竞争需求，在总结归纳其行业内竞争现象的基础上，以自律公约等形式制定行业内的从业规范，以约束行业内的企业行为或者为其提供行为指引。这些行业性规范常常反映和体现了行业内的公认商业道德和行为标准，可以成为人民法院发现和认定行业惯常行为标准和公认商业道德的重要渊源之一。”

息流通 Robots 协议的全部效力，那就与互联网时代的信息共享的开放精神相违背，如此一家独大的企图不利于整个互联网行业的长远发展。此外，更不合理的是，在被告刚推出博闻微博的次日，还没有任何侵犯原告权益的意思表示时，原告就迅速将博闻微博列入其 Robots 协议禁止的黑名单，更进一步地将平台上的所有信息甚至公开信息进行不合理的垄断。第二日，被告在知晓原告的作为之后本着《公约》所呼吁的协商处理、维护行业整体利益的精神以书面形式表达抓取的申请但原告没有任何表示也没有说明任何正当的理由，这种不作为的行为是一种不符合商业道德的表现²⁷，这也间接证明了原告不合理设置的主观故意。

因此，原告设置的 Robots 协议未遵循公平、开放和促进信息自由流动的原则，限制被告抓取没有合理理由，不应认定为“商业道德”。

最后，被告违反原告设置的不合理的 Robots 协议的行为不应认定为违反商业道德的行为。如前所述，在没有正当理由的前提下，四方微博设置的 Robots.txt 严重违反了互联网的公平、开放和促进信息自由流动的原则精神，从而具有不正当性。如果要求其他网络服务提供商遵守这样有失公平合理的文本文件，显然会违背 Robots 协议的精神，同时也与微博服务的定位以及互联网的公平、开放和促进信息自由流动的原则精神格格不入，故违背了商业道德的 Robots.txt 不应被遵守。因此，被告忽略不合理的 Robots.txt 中禁止性规定而抓取相应内容并未违反商业道德，不构成《反不正当竞争法》第二条所规定的不正当竞争行为。

(2) 被告的抓取行为没有对原告的权益造成实际损害

在商业竞争环境中，竞争者之间实现双赢的情况是比较理想化的，很多情况下商人逐利的特性使竞争对手之间有一方利益受损，这是竞争的自然结果，只有“违反商业道德”造成的损害才属于《反不正当竞争法》第二条的适用对象。

首先，在本案中，被告违反 Robots 协议的行为不应认定为商业道德已在前文论述，故“违反商业道德”而造成的损害不存在。其次，被告的合理抓取行为在实质也没有损害原告的利益。一方面，相同内容的占比对于四方微博总量而言不是很高，这说明即使博闻微博对四方微博网站实施抓取行为，该行为相对于四方微博网站（中国大陆访问量最大的网站之一）每天的访问量而言数量几乎可以忽略不计，不会对四方微博的服务器或带宽造成任何影响，也不会给四方微博带来任何技术上的问题或障碍；另一方面，四方公司所控诉的博闻公司抓取的内容均是四方微博网站在互联网上公开发布的内容，用户可以直接访问该等网页，也可以其他途径访问，且此类内容并不涉及任何隐私或保密的信息，也不是收费信息，故博闻微博的抓取行为没有对四方微博网站造成任何影响。

综上，事实上，被告没有实施抓取等不正当竞争行为；法律上，违背原告设置的不合理 Robots 协议而实施的使用行为不应认定为不正当竞争行为。因此，被告博闻公司未违反《反不正当竞争法》第二条之规定，原告四方公司提起不正当竞争之诉没有任何事实与法律依据。

(三) 被告博闻公司经营行为正常合法有利于维护市场竞争秩序

1. 原告四方公司的垄断行为限制竞争

前文已论述，原告四方公司在大陆微博市场内具有市场支配地位，并在《四方微博服务使用协议》中附加不合理的交易条件对用户发布在微博平台上属于公开可见的信息进行

²⁷ 北京市第一中级人民法院（2013）一中民初字第 2668 号民事判决书对何为“公认的商业道德”进行提炼，提出了搜索引擎服务商与网站服务商在关于 robots 协议产生纠纷时，应当遵循“协商—通知”的程序处理。第一，搜索引擎服务商在认为网站 robots 协议设置不合理时，应当向网站服务商所有者提出书面修改 robots 协议、准许其爬虫机器人抓取的请求；第二，网站服务商所有者在知晓该请求后，如不同意修改，应当在合理的期限内，书面、明确地提出其拒绝修改 robots 协议的合理理由告知搜索引擎服务商。

垄断，限制了用户对该内容自行使用或发布在第三方平台的权利，而微博平台主要就是以内容来吸引流量以此获利，限制了这些信息内容的流通就意味着阻碍其他平台与其之间的竞争。在市场中用户数量相对有限的情形下，原告四方公司占据大量用户和用户内容时，其他经营者想要借助自身内容的生产而取得一定的市场份额是很难实现的。除此之外，在被告博闻公司推出博闻微博后的次日，原告四方公司就立即通过设立 Robots 文件的方式，限制被告博闻公司合理获取平台上的公开信息。并在被告博闻公司正式以书面形式与四方微博沟通，表达了想要获取其公开信息的意愿后，原告四方公司没有予以任何回应。相反，原告四方公司却针对用户出台优惠活动同时与用户签订《四方微博服务使用协议》（修改版），在协议内容中加强对于用户信息的垄断从而强化自身在相关市场中的垄断地位，高筑其他经营者进入相关市场的壁垒，严重影响了市场竞争秩序，带来了与垄断共生的损害消费者利益、垄断利润以及企业惰性等一系列的弊端。

2. 被告博闻公司合法正当的经营行为促进了行业竞争

在原告四方公司以禁止抓取、不理睬书面申请、返现等一系列强化垄断地位的行为对被告博闻公司的发展进行限制时，被告博闻公司为发展自身的微博业务只能寄希望于用户，因此被告博闻公司通过提供给用户技术手段，使得愿意让自己的信息得到传播的用户能够同时在两个平台发布自己的内容。这种方式既便利了用户的使用也提升了平台的竞争力，并使资源配置更均衡，也让信息发挥出了更大的价值。同时，这种方式不仅没有侵犯原告的任何合法权益，也没有扰乱市场秩序，还有助于打破原告四方公司对于公开信息的垄断并尊重了消费者的自由意愿。这样的合法经营行为一方面有助于消费者自由选择、自主消费，另一方面有助于消除市场壁垒，构建更良好的竞争环境，促进社会主义市场经济健康发展。

综上，被告博闻公司行为合法正当，符合竞争法维护公平竞争秩序的立法宗旨。

四、被告博闻公司无需承担法律责任

（一）被告无需承担停止侵害的民事责任

停止侵害，是指加害人正在实施侵害他人财产或人身的行为的，受害人可以依法请求其停止侵害行为，这实际上是要求侵害人停止实施某种侵害行为。本案的停止侵害即指被告停止抓取行为。在本案中，法院判令被告承担停止侵权的民事责任，应当同时具备以下三个条件：

第一，原告有诉请；第二，受法律保护的权利存在。停止侵权的目的是在于保障某种权利的稳定性，因此，这种权利必须是合法的和有效存续的。在本案中，涉案内容并不能构成《著作权法》保护的作品，而即使构成作品，原告四方公司并未获得合法授权，因而受法律保护的著作权不存在；第三，权利正在受到侵害或存在受到侵害的可能。原告如果在诉请中要求停止侵权，需要向法院证明要求保护的权利要求正在受到侵害或存在受到侵害的可能性。而在本案中，由于原告四方公司不具有著作权，且被告未实施抓取行为，因而原告所谓的著作权也就不存在受到侵害的可能。

（二）被告无需承担赔礼道歉的民事责任

赔礼道歉是指侵权行为人向受害人承认错误，表示歉意，以求得受害人的原谅。主要适用于对尊严感、名誉感和隐私感等主观人格利益受损的恢复。在本案中，法院判令被告承担赔礼道歉的民事责任，应当同时具备以下四个条件：

第一，被告具有侵权行为；第二，原告的人身权受损；第三，侵权行为与损害结果之间

具有因果联系；第四，侵权人具有主观过错。

在本案中，首先，在前文中已论述被告不存在侵犯著作权的行为，也不存在不正当竞争的行为；其次，原告四方公司在本案中不存在法人可享有的人身权，如名称权、名誉权等受损的情形；再次，虽然在司法实践中，法院会在侵害著作人身权时判决赔礼道歉，但在本案中，原告并不享有相应的著作人身权，被告主观上没有侵害原告著作人身权的故意，客观上也未实施相应的侵害著作人身权的行为，因而不存在原告的著作人身权受损的情形。

（三）被告无需承担赔偿责任的民事责任

损害赔偿，是指侵权人实施侵权行为对被侵权人造成损害，承担的金钱填补对方损失的侵权责任方式。承担损害赔偿责任的四个构成要件是：违法行为、损害事实、因果关系、主观过错。被告无需承担赔偿责任的理由如下：

1. 无需承担侵害著作权的赔偿责任

首先，被告博闻公司没有实施侵权行为，不应承担赔偿责任。在本案中，被告并未实施抓取行为，且即使用户使用了被告的同步技术，其提供同步技术之前已于用户签订了合法的授权协议，即博闻微博获得了著作权的合法授权，且被告并未对微博内容进行改变。

其次，被告博闻公司不具有侵权的主观过错。即用户的行为构成侵权，可被告博闻公司并不知道用户对于其发布的内容没有完整的著作权或是合法授权，因而被告博闻公司并没有主观上的侵权故意。

再次，根据《信息网络传播权保护条例》第二十二条第一款第二、三项的规定：“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：……（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。”可知本案中，被告博闻公司因没有改变涉案微博内容，且并不知道用户是否有侵权行为，所以被告博闻公司无需承担赔偿责任。

最后，原告方要求被告博闻公司承担的赔偿数额没有事实和法律依据。原告四方公司未举证证明其实际损失和被告博闻公司的违法所得，根据《民事诉讼法》第六十四条第一款的规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”而原告方并未提供相应证据，则原告四方公司并不能证明被告博闻公司需要承担的赔偿数额。”

2. 无需承担不正当竞争的赔偿责任

首先，被告博闻公司并未实施任何扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益等违反商业道德的行为，因而博闻微博没有违反《反不正当竞争法》第二条之规定。

其次，被告博闻公司并没有利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，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，因而被告并没有违反《反不正当竞争法》第十二条之规定。

再次，被告博闻公司所有行为都是合法合理的竞争行为，并没有主观上故意侵权的故意。

最后，原告四方公司要求被告博闻公司承担的赔偿数额没有事实和法律依据。原告四方公司未举证证明其实际损失和被告博闻公司的违法所得，根据《民事诉讼法》第六十四条第一款的规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”而原告方并未提供相应证据，则原告四方公司并不能证明被告博闻公司需要承担的赔偿数额。

综上，被告博闻公司并未侵犯著作权，也未违反《反不正当竞争法》的相关规定，因而被告无需承担停止抓取行为，赔礼道歉，赔偿损失的责任。

第四部分 结论

本案中，微博内容整体并不构成汇编作品，原告四方公司并非原始著作权人。且涉案单条微博内容不属于《著作权法》意义上的作品，即使有一小部分涉案微博内容可以构成作品，原告四方公司也不能依据《四方微博服务使用协议》取得合法授权。因此，原告四方公司无权以侵犯著作权为由起诉。

相同微博内容由用户自行上传，被告博闻公司未实施侵犯著作权的行为，且使用微博内容的目的正当符合《著作权法》合理使用的规定。

被告博闻公司经营行为正当合法，不仅没有侵犯原告的任何法定权利，也没有扰乱市场秩序，并有助于打破原告四方公司对公开内容的垄断，有利于维护市场竞争秩序。既没有违反《反不正当竞争法》第十二条之规定也没有违反《反不正当竞争法》第二条之规定。

综上所述，原告方以被告侵犯著作权和实施不正当竞争行为为由，要求被告承担法律责任，缺乏事实和法律上的依据。在此，被告恳请法院本着以事实为依据、以法律为准绳的原则，依法驳回原告的全部诉讼请求并判令原告承担本案所有诉讼费用。

此致

XXXX 人民法院

代理人：xxC、xxD，子成律师事务所
2018年X月X日

第五部分 启示与建议

一、规范互联网平台著作权授权乱象

互联网环境下，作品的发布多以平台的形式呈现。一个平台上往往汇集大量的内容，其中可能会包含有用户发布在该平台上的原创作品。此时对于作品的著作权的归属及保护问题，不同的平台没有统一的规定。通常情况下，对于用户著作权的授权问题会规定在各个平台的服务使用协议中。各个服务使用协议的描述存在有用语不规范的现象，“独家平台”、“专门使用”等等名词常常对缺乏专业知识和辨别能力的用户造成困扰，甚至不排除会出现平台利用用户的该种弱点与用户签订不合理的条款的现象。此外，授权的混乱也导致平台之间的纠纷多发。平台在缺乏审查能力的情况下，无法对用户发布内容的著作权归属进行完全的审查，用户在多家平台发布内容时，著作权的重复授权现象就将该问题变得更加复杂。

在现行法律并没有配套的规范以上授权乱象的规定的情况下，各个互联网平台更应该规范自身行为，尊重用户对自己发布原创内容的著作权，从以下两个方面加以规范：一方面，可以以行业为单位建立统一的著作权授权模式，规范著作权授权用语并考虑用户的理解程度。且在用户使用及发布时都要做好相应的提示义务，避免出现违背用户真实意愿的情况发生。另一方面，可以建立统一的查询系统。对于热门涉及范围较广的平台内容，为避免原作者人及平台经济利益的损失，可以进行登记等操作防范著作权被侵权风险的发生。

在网络时代，每一个人都是内容的生产者。我们在激发思想创造出优质作品的同时，更应当了解有关著作权的知识，不但是防止自身创作时侵犯他人著作权，更是要注意对自己创作内容的著作权保护。在发布内容前先了解该平台的有关著作权的规定，以免对自身的权利受损。

二、规范《反不正当竞争法》第二条在互联网领域的司法适用

互联网的生态演变速度之快，决定了其竞争规则很难通过传统的立法程序一一加以确立。大量的规则，可能只能借助司法予以澄清，其中《反不正当竞争法》第二条的适用至关重要。然而有关互联网竞争案件审判中第二条的适用自由裁量空间大且没有规范化标准，故为达到《反不正当竞争法》第二条在互联网领域司法适用的规范化，应注意把握以下几点：

首先，对“扰乱市场竞争秩序”的界定应着眼于客观的市场效果。在判断竞争行为正当性时，根本标准应当是《反不正当竞争法》第二条第二款指出的“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”的客观市场效果方面。而不因是《反不正当竞争法》第二条第一款提及的商业道德，以及从中引申出的行业通行规则，因为商业道德是对长期商业实践中最佳互动模式的总结，对于新型竞争行为，很可能尚无成型的商业道德可资参考。如果强求以此作为判断新型竞争行为正当性的标准，可能导致在空洞的标签下，只能进行苍白的说理。无论是商业道德还是行业通行规则，都可能具有降低交易成本，或者提高预见性的积极市场效果，因此可以成为行为正当性的表征，为正当性判断提供辅助参考。但若以之为根本标准，会妨碍对行为市场效果这一最重要因素的考察。

其次，在免费为王的大环境下，任何互联网公司要生存和发展，都需要通过用户、其他具有关联关系的互联网公司等商业模式获得盈利，概括性条款的适用还应进行法律适用上的必要性考量，处理互联网竞争纠纷，还应从开放、平等、协作、分享的互联网精神出发。国的市场经济起步较晚，市场管制的传统又比较浓厚，管得太宽难免会限制竞争的活力，所以在《反不正当竞争法》的适用上，应当更多考虑如何鼓励自由竞争，只禁止那些真正会损害市场参与者利益的商业行为。

最后,对于因新技术、新模式带来的竞争,应充分鼓励竞争者采取低成本的私力救济途径解决争议。在互联网条件下,司法者的态度可以更宽容、更谨慎、少介入,对于无法把握的竞争问题交给市场本身来解决。即使进入诉讼程序,法院在适用时应着眼于实质审查,不要流于条文的表面含义,多关注立法目的。

三、明确《反不正当竞争法》“互联网专条”的适用条件

我国原《反不正当竞争法》主要规制虚假宣传、仿冒行为、商业诋毁等传统不正当竞争行为。随着“互联网+”时代的到来,互联网领域爆发了许多影响重大的新型不正当竞争的行为。这些行为有的是传统不正当竞争行为的延伸,对于这类行为的规制,传统的竞争法理论仍可适用;但有的竞争行为则带有互联网自身特有的性质,对此传统竞争法中并未明确加以规制,在行为认定上也存在争议。在新型互联网不正当竞争行为频发的情况下,我国在《反不正当竞争法》新增“互联网专条”,旨在解决引发社会广泛关注的互联网领域新型不正当竞争的问题。

“互联网专条”迎合了时代的现实需要,回应了互联网行业中竞争的特性与规制的需求,引起业内的广泛关注。然而正因为其时代性与新颖性,立法者在立法时存在考虑不周等不足使得法条本身仍存在瑕疵,例如互联网专条第二款第一、二项列举式规定的内容绝大多数都是对已有典型新型互联网不正当竞争个案的提炼,虽然日后同类案件能够得到具体明确的适用,但由于个案自身具有特殊性,以致这两项条款能否具有广泛涵盖性和普遍适用性还有待考究,一方面难以适应时代的不断变化发展,另一方面使得相当数量的互联网不正当竞争案件落入兜底性条款的规制范围。而被委以重任的兜底性条款本身便存在瑕疵。其瑕疵主要体现在使用的概念过于模糊,例如对“妨碍、破坏”结果的认定无明确标准或解释使得实务中对该结果的论述五花八门,对网络不正当竞争行为的认定造成阻碍。而对于过于模糊和概括的兜底条款,应将其进一步细化和明确,这对于应对未来技术发展所带来的新问题具有重要意义。完善兜底条款所要考虑的一个重要问题是对“妨碍、破坏”行为的认定。应当允许合理限度内的妨碍行为,但对于“合理”的程度,应当在立法中加以明确。针对这个问题,可以借鉴在一般条款中规定的商业道德,即以互联网领域公认的商业道德来认定该领域中的一些竞争行为是否属于法律应规制的不正当竞争行为。在市场竞争中,符合商业道德标准,意味着经营者实施市场竞争行为的出发点是善意的,竞争手段是诚实、公正、正当的,反之,则是不正当竞争行为。由此,在对不正当的“妨碍、破坏”行为进行规制的同时,又能保证市场主体的自由竞争。

虽然新《反不正当竞争法》已经落地实施,其中增设的“互联网专条”对于短期内解决新型互联网不正当竞争案件具有重要作用,但由于互联网自身复杂多变的特性,立法者试图以“专条”形式一劳永逸地解决所有新型互联网不正当竞争案件是不现实的。面对互联网领域中层出不穷的不正当竞争形态,只有从竞争法角度出发,不断通过立法完善、执法监管以及司法救济三方层层对新型互联网不正当竞争行为进行规制,才能保证互联网行业的健康发展。我们不希望互联网市场因为法律的缺陷而变成违法行为的聚集地,我们希望《反不正当竞争法》的完善能还互联网市场一个公平公正的竞争环境,让我国的互联网经济实现进一步的腾飞。

四、加强互联网领域滥用市场支配地位行为的规制

随着知识经济、网络经济时代的到来,互联网市场竞争主体日益增多,竞争日趋激烈,细分市场格局高度集中,互联网领域中大型网络经济体正日益成为行为主体,市场支配地位的取得也变得更加迅速与自然,在某些领域已经出现了寡头垄断,基于商业模式模仿的同质化竞争助长了不正当竞争行为和滥用市场支配地位行为,损害了市场秩序,破坏了正常竞争,

加之网络领域多边平台的存在，一家网络公司开发多种互补性产品的现象普遍存在，大型网络公司更容易占据更高的市场份额。

在这种背景下，我国2007年通过的《反垄断法》的规定显得力不从心，滥用市场支配地位行为的一系列条款只是提供一种参考，其规定过于宽泛，缺乏具体的可操作性，对互联网领域“滥用市场支配地位”的界定也就显现出越来越多的困境，鉴于互联网领域相关案例的匮乏，同时面对网络系统的复杂性与网络平台的多元性，亟需对网络经济时代互联网领域滥用市场支配地位的行为界定提供解决之道。

因此，我们应该进一步加强互联网领域垄断行为的规制，同时，也应该不断完善互联网领域现有的反垄断规则。而由于互联网领域具有多元平台性、动态创新性、网络外部性等许多新特征，对相关市场的界定和滥用市场支配地位行为的认定，较之传统行业需要考虑更多的因素。但是，作为互联网领域竞争法规制的基本原则，任何机构都不能以任何借口来逃避适用我国《反垄断法》。

综上，我们应该将反垄断法的价值目标定位于建立并维护公平、自由、有序的竞争秩序的基本价值目标和实现社会整体经济效率与社会实质公平的根本价值目标。本着这一价值目标定位，继续修订并完善《反垄断法》，改变传统思维方式，借鉴国外经验教训，发挥类型化案例的指导作用，挖掘新的界定标准与界定模式，从而科学、准确地界定滥用市场支配地位行为，并坚持以保护公平竞争、促进行业发展、提高社会效益、保护消费者权益为内涵，加强其适用性，对互联网领域滥用市场支配地位的行为进行更为有效的法律规制。从而科学、准确地界定滥用市场支配地位行为，真正打破垄断，创造一个有序、竞争、开放、创新的互联网环境。

第六部分 附件

附件一 授权委托书

授权委托书

委托人:北京博闻科技有限公司

受委托人: 姓名: XXA, 工作单位: 子成律师事务所

职务: 律师, 联系电话: *****

姓名: XXB, 工作单位: 子成律师事务所

职务: 律师, 联系电话: *****

现委托上述受委托人在四方科技有限公司诉北京博闻科技有限公司侵犯著作权及不正当竞争一案中,担任北京博闻科技有限公司的诉讼代理人。

诉讼代理人 XXA、XXB 的代理权限为特别代理。

代理期限: 自 201X 年 X 月 X 日至 201X 年 X 月 X 日止。

(本委托书一式三份,由委托人、律师事务所各持一份,交人民法院一份)



附件二 法律规范汇总表

本案中主要发生在2018年1月至2018年3月之间,原告于2018年4月9日提起诉讼。结合本案事实,根据法不溯及既往原则和从旧兼从轻原则,被告认为,本案应适用的法律法规如下表所示:

规范性文件名称	施行时间	颁布机关
法律		
《中华人民共和国合同法》	1999年10月1日	全国人民代表大会常务委员会
《中华人民共和国反垄断法》	2008年8月1日	
《中华人民共和国著作权法》 (2010年修正版)	2010年2月26日	
《中华人民共和国侵权责任法》	2010年7月1日	
《中华人民共和国民事诉讼法》 (2017年修正版)	2017年6月27日	
《中华人民共和国反不正当竞争法》	2018年1月1日	
行政法规		
《中华人民共和国著作权法实施条例》(2013年修订版)	2013年1月30日	国务院
《信息网络传播权保护条例》 (2013年修订版)	2013年1月30日	
部门规章		
《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》	2009年5月24日	国务院反垄断委员会
行业规范		
《互联网搜索引擎服务自律公约》	2012年11月1日	中国互联网协会
规范性文件		
《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》	2011年12月16日	最高人民法院
《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》	2018年4月20日	北京市高级人民法院

附件三 参考案例汇总表

为更好地解释案件事实及法律适用，参考了部分典型案例。为方便合议庭查阅，汇总如下：

案件名称	案号	裁判要旨
山西金玉泵业有限公司与山西临龙泵业有限公司侵害著作权纠纷上诉案	山西省高级人民法院（2011）晋民终字第70号	1. 独创性是作品的根本属性。 2. 判断是否构成作品的争议焦点，是否具有独创性。
乐高公司诉广东小白龙动漫玩具实业有限公司、北京华远西单购物中心有限公司侵害著作权纠纷案	最高人民法院（2013）民申字第1270号	独创性的构成要件是“独”和“创”，且要结合具体事实具体分析，没有统一的判定标准。
王莘诉北京谷翔信息技术有限公司等侵犯著作权纠纷案	北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第1321号	1、若新作品和原作品相比产生了新价值、新功能，价值和功能发生了转换。则构成“转化性使用”。 2. “转化性使用”可成为合理使用的裁判标准。
北京优图佳视影像网络科技有限公司与佛山市中山医院侵害作品信息网络传播权纠纷案	广东省佛山市中级人民法院（2015）佛中法知民终字第159号	
山东食品公司进出口公司等与青岛圣克达诚贸易有限公司不正当竞争纠纷案	最高人民法院（2009）民申字第1065号	适用《反不正当竞争法》第二条应同时具有以下条件： 1. 法律未对该种竞争行为作出特别规定。2. 其他经营者的合法权益确因该竞争行为受到实际损害。 3. 该种竞争行为违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性。
腾讯诉奇虎反不正当竞争案	最高人民法院（2013）民三终字第5号	自律公约等形式的行业规范可以成为人民法院认定“商业道德”的重要渊源之一。
百度诉奇虎 Robots 协议案	北京市第一中级人民法院（2013）一中民初字第2668号	网站服务商所有者在知晓该请求后，如不同意修改，应当在合理的期限内，书面、明确地提出其拒绝修改 Robots 协议的合理理由。
吴小秦与陕西广电网络传媒（集团）股份有限公司捆绑交易纠纷申请再审民事判决书	最高人民法院（2016）最高法民再98号	认定构成“附加其他不合理的交易条件”行为的构成要件： 一、交易对方当事人进行交易时被附加条件。 二、所附加的条件要求对方当事人在进行交易时必须同时接受。 三、所附加的条件违背了交易对方的真实意愿。 四、附加条件没有合理理由。

附件四 两家公司的微博服务协议

《四方微博服务使用协议》

- 1.1 四方微博运营方同意按照本协议的规定及其不时发布的操作规则向用户提供微博服务。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。用户在进行注册过程中点击“同意”按钮（或实际使用微博服务）即表示用户完全接受本协议。如用户对本协议或协议的任何部分存有任何异议，应终止注册程序（或停止使用四方微博服务）。

.....

- 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。

- 1.4 用户在使用四方微博服务过程中应当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。
- 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。

《博闻微博账号申请及授权协议书》

3. 您将通过使用博闻微博软件及“博闻新闻”服务上传并发布包含文字、图片、音频和视频等信息内容，署名为本人账号名称。

3. 您授权以下内容：

- 3.1 您承诺对本网页中添加的帐号/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（以下统称为“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帐号，并以您的“博闻微博”帐号名义展示，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。

3.2 您授权博闻公司可自行使用本协议第 3.1 条所述信息内容的权利。.....

- 3.4 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。

附件五 本书面代理意见副本共十三份