

2018 年第 16 届“理律杯”模拟法庭大赛

答

辩

状

第 7 号代表队被告方呈递

目 录

第一部分 当事人信息	1
第二部分 法律适用	3
第三部分 基本事实	4
一、四方微博运营概况	4
二、博闻微博运营概况	4
三、四方微博禁止博闻微博抓取四方微博网页上的信息	4
四、部分博主在博闻微博与四方微博中发布了相同的内容	5
第四部分 代理意见	6
一、博闻公司未侵犯四方公司的著作权	6
（一）四方微博不享有受法律保护的著作权	6
1. 单条微博难以构成受《著作权法》保护的客体	6
2. 微博内容之集合不构成汇编作品	8
3. 四方公司不能获得用户微博内容著作权的授权。	8
（二）博闻公司未实施著作权侵权行为	10
1. 博闻公司未构成直接侵权	10
2. 博闻公司未构成间接侵权	13
二、本案不应补充适用《反不正当竞争法》	14
（一）《反不正当竞争法》仅为知识产权提供有限的补充性保护	14
1. 反不正当竞争法与知识产权法都会对竞争产生影响	15
2. 反不正当竞争法补充保护之限度探究	16
（二）本案中，《反不正当竞争法》不应提供补充保护	17
三、博闻公司未违反《反不正当竞争法》	18
（一）博闻公司未违反《反不正当竞争法》第十二条	18
（二）博闻公司未违反《反不正当竞争法》第二条	20
1. 博闻公司的行为属于法律特别规定的行为。	21
2. 四方公司未因博闻公司的竞争行为受到实际损害。	21
3. 博闻公司的行为不具有不正当性	21
第五部分 结论	24

第六部分 附件	25
附件一 授权委托书.....	25
附件二 证据目录.....	26
附件三 类案检索.....	27
附件四 本书面代理意见副本共十三份.....	28

第一部分 当事人信息

原告：四方科技有限公司

住所地：xx

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（其他信息略）

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：xxA，理律律师事务所律师（其他信息略）

xxB，理律律师事务所律师（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，理律律师事务所接受本案被告北京博闻科技有限公司的委托，指派我们担任被告的一审代理人，参与本案诉讼活动。代理人现就四方科技有限公司（下称“四方公司”）诉北京博闻科技有限公司（下称“博闻公司”）侵犯著作权及实施不正当竞争行为一案，作出如下答辩：

1. 博闻公司未侵犯四方公司著作权。

2. 本案中不应补充适用《反不正当竞争法》。

3. 博闻公司的行为未违反《反不正当竞争法》第十二条，也未构成第二条所规制的反不正当竞争行为。

结合本案事实、法律和上述答辩，代理人认为，原告的诉讼请求缺乏事实和法律依据，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代理意见，供法庭参考。

为方便阅读，以下名称在本答辩状中将以列简的形式出现：

类型	全称	简称
法律适用	《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
	《中华人民共和国合同法》	《合同法》
	《中华人民共和国著作权法》	《著作权法》
	《中华人民共和国民法总则》	《民法总则》
	《中华人民共和国反不正当竞争法》	《反不正当竞争法》
	《中华人民共和国反垄断法》	《反垄断法》
诉讼主体	四方科技有限公司	四方公司
	北京博闻科技有限公司	博闻公司

第二部分 法律适用

本案中，被告博闻公司于 2018 年 1 月 1 日推出“博闻微博”，截止 2018 年 3 月 1 日，四方微博发现超过 100 个博主在博闻微博与四方微博中发布的内容一致。原告于 2018 年 4 月 9 日提起诉讼。

根据案件事实与法的溯及力原则，被告方将本案应当适用和参照法律法规列明如下：

法律名称	施行时间	颁布机关
法律		
《中华人民共和国民法总则》	2017 年 10 月 1 日	全国人民代表大会
《中华人民共和国民事诉讼法》	2012 年 8 月 31 日	
《中华人民共和国合同法》	1999 年 10 月 1 日	
《中华人民共和国著作权法》	1991 年 6 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	
《中华人民共和国反不正当竞争法》	2018 年 1 月 1 日	
行政法规		
《信息网络传播权保护条例》	2013 年 3 月 1 日	国务院
《著作权法实施条例》	2002 年 9 月 15 日	
部门规章		
《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》	2012 年 3 月 15 日	工业和信息化部
行业自律规则		
《互联网终端软件服务行业自律公约》	2011 年 8 月 1 日	中国互联网协会

表 2-1 法律适用表

第三部分 基本事实

一、四方微博运营概况

事实一：四方微博为国内主流博客平台。

2009 年 1 月 1 日，四方公司开通四方微博网站。经过数年运营，其微博用户总量占中国大陆市场的 57%，微博活动总量占 87%，是中国大陆访问量最大的网站之一。其他微博网站不仅用户总量和活动总量均不超过 10%，且缺乏电商等商业公司支持。

事实二：四方微博上具有大量公开信息。

四方微博用户可在四方微博平台发布文字内容，并附加图片、音频、视频等文件。用户还可以选择是否将自己发布的信息设置为“所有人可见”从而允许任意网络用户获取，无论获取者是否为四方微博用户。

事实三：四方微博通过 VIP 认证制度吸引用户。

四方微博为知名人士提供 VIP 身份认证服务，使公众人物的网络身份与现实身份统一。一些 VIP 账号拥有数千万粉丝，这些粉丝的关注与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。这些 VIP 用户也可以展示自己、表达观点、吸引关注，从而提升自己的知名度。

事实四：四方微博在《四方微博服务使用协议》中对其用户的权利作出了限制。

四方微博的每个用户在注册时，都必须表示认可和同意《四方微博使用协议》中的全部内容。该协议要求用户不可撤销的授权四方微博平台作为微博内容的独家发布平台，禁止用户自行、帮助或授权任何第三方以任何形式直接或间接适用微博内容。

二、博闻微博运营概况

事实一：博闻微博与博闻新闻之间能够相互导流。

北京博闻科技有限公司是 2012 年成立的新型媒体资讯公司，其经营的博闻新闻通过订制版新闻迅速成长为中国大陆用户数量最多的新闻网站之一。2018 年 1 月 1 日，博闻公司推出社交媒体产品“博闻微博”，其与博闻新闻间可以相互导流。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。

事实二：博闻微博允许用户同步自己的其他社交账号。

博闻微博用户可以在网页设置中选择添加包括四方微博在内的自己的其他社交媒体账号。添加即代表授权博闻微博将该用户在所添加的社交媒体账户中的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。

三、四方微博禁止博闻微博抓取四方微博网页上的信息

事实一：四方公司禁止包括博闻公司在内的其他公司实施信息抓取行为。

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。在此之前，四方公司也禁止过其他公司实施信息抓取行为。

事实二：四方公司拒绝就信息抓取问题进行沟通。

2018 年 1 月 3 日，博闻公司即以正式的书面形式向四方公司表达了获得抓取其网页许可的愿望，对此四方公司不置可否，既没有修改 robots 文本，也没有向博闻公司说明禁止抓取的理由。

四、部分博主在博闻微博与四方微博中发布了相同的内容

事实一：博闻微博上存在超过 100 个 VIP 账号发布了与自己四方微博上一致的内容。

截止 2018 年 3 月 1 日，存在超过 100 个博闻微博 VIP 账号中的内容与这些博主在四方微博上发布的内容一致，部分涉案账号两个微博中的信息完全相同，另一些账号的内容则存在不同，比如内容更为丰富，或者是几条相关信息的综合。涉案的部分图片带有清晰可识别的四方微博水印标识，另一部分图片标识有淡化抹除痕迹，但已不可辨认。

事实二：上述重复部分占两个平台总文字和照片的比重不是很高。

上述重复部分至少包含有 10000 条文字和 8000 张图片，文字和图片多有实体内容，形式多样，占两个平台总文字和总照片的百分比不是很高。

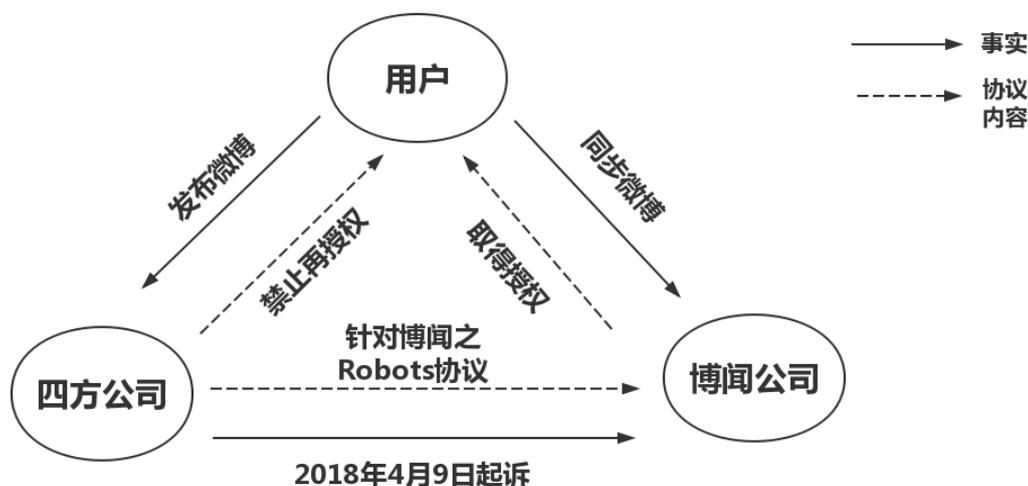


图 3-1 用户与两微博平台关系图

第四部分 代理意见

一、博闻公司未侵犯四方公司的著作权

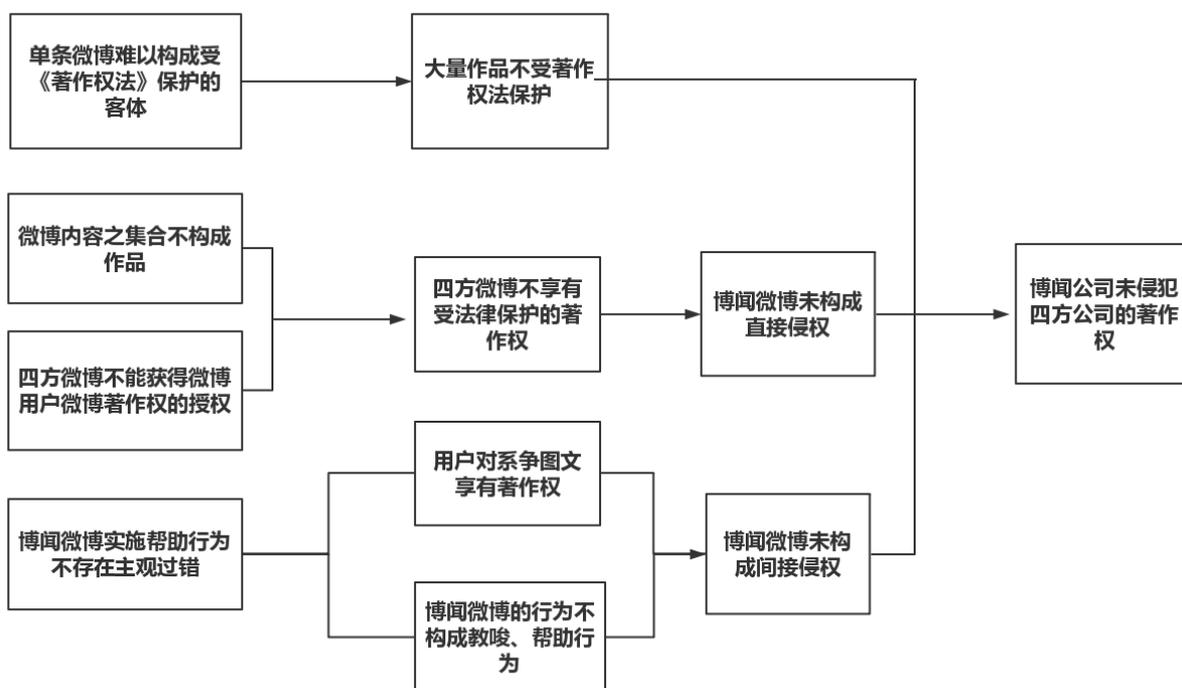


图 4-1 著作权部分论证思路图

（一）四方微博不享有受法律保护的著作权

1. 单条微博难以构成受《著作权法》保护的客体

根据《著作权法》第一条^①，只有“作品”才是《著作权法》保护的客体，其创作者才能被称为著作权法意义上的“作者”。而根据《著作权法实施条例》第二条^②，作品应当是具有独创性、可复制性的智力成果。在具体案件中，我国法院一般认为，可复制性是指能够以某种有形形式复制，而独创性则包括独立完成与创造性两部分。^③未体现独创性的劳动成果不属于著作权法的保护范围。

然而，我国当下立法中始终缺乏对于独创性标准的明确规定，这导致司法实践中判断尺度也难以统一。实践中不乏有法官认为，独创性必须根据具体事实加以判断，不存在适用于

^① 《著作权法》第一条：为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益，鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣，根据宪法制定本法。

^② 《著作权法实施条例》第二条：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。

^③ 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，第33页。

所有作品的统一标准。^④鉴于我国在著作权立法上兼采英美法系与大陆法系之现状，在探讨构成作品的独创性标准时，将结合国情并探讨两大法系中独创性标准的发展趋势，以界定我国应采纳的独创性判断标准。

（1）“智力创作”应成为独创性的判断标准

《伯尔尼公约》第二条第五款^⑤中，对作品没有采用“独创性”来界定，而是提出了“智力创作”的概念。而我国《著作权法实施条例》第三条^⑥，也将创作规定为一种“智力活动”。对于何为“智力创造”“智力活动”，我国立法并无进一步解释，但可从司法实践中探知一二。例如，1995 年的北京市“出版发行名录”一案中，法院认为出版发行名录中所收集的邮编、地址、联系人电话等单项要素均不具有版权性，其排列的顺序和形式也是有限的、可穷尽的，虽然原告付出了资金、劳动和时间，但这并非著作权所要求的具有创作性的智力创作，因而不构成著作权客体。^⑦司法实践中对于智力创作有一定的要求，仅付出劳动是不够的。

对于“智力创造”应达到的高度，德国有更为明确的表述。《德国著作权法》规定著作权保护的是“个人的智力创作”（personal intellectual creation）^⑧。对此，德国学界的解释如下：德国著作权法上要求的创作，其标准要高于普通的智力劳动。换言之，对于那些几乎每个人都可以做成的东西，即使是新的，也不能作为作品受到保护。^⑨

即使在英美法系中，只要求付出劳动的“额头流汗”（sweat of the brow）原则^⑩和对智力投入要求较低的“少量创造性”（modicum of creativity）标准¹¹也被逐步推翻。如今，不仅美国、加拿大明确放弃了“额头流汗”标准，英国也因为加入欧盟而产生了提高自身标准的趋势。例如，在欧盟 Infopaq Int v. Danske Dagblades Forening 案¹²中，欧盟法院认为“只有通过选择、排序和组合”，作者才能“以原创的方式表达其创造力，并获得智力创造的结果”。

因此，在判断独创性时，强调“智力创作”的高度已经成为全球立法的主流。在本案中，单条微博内容是否构成“作品”，也应该以“智力创作”的标准加以判断。

（2）单条微博信息难以达到“智力创作”的高度

根据案件事实¹³，四方微博作为重要的社交平台，粉丝与公众人物的关注与互动构成四方微博的重要流量来源。这也就是说，相较于“创造平台”，四方微博的社交属性更加明显，我们可以合理推断四方微博上许多的信息具有日常交流的特征。从使用目的上看，微博处于

^④ 参见最高人民法院(2013)民申字第 1270 号民事判决书。

^⑤ 《伯尔尼公约》第二条第五款：文学或艺术作品的汇编，诸如百科全书和选集，凡由于对材料的选择和编排而构成智力创作的，应得到相应的、但不损害汇编内每一作品的版权的保护。

^⑥ 《著作权法实施条例》第三条：著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助工作，均不视为创作。

^⑦ 参见李伟文：《论著作权客体之独创性》，《法学评论》2000 年第 1 期，第 87 页。

^⑧ 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社第 5 版，第 32 页。

^⑨ 参见[德]M. 雷炳德著、张恩民译：《著作权法》，法律出版社 2004 年版，第 49 页。

^⑩ See case *Jeweler's Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co.*, 281 F. 83.

¹¹ See case *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340.

¹² See Case C-5/08 *Infopaq Int. v. Danske Dagblades Forening* [2009] ECR I-6569.

¹³ 参见赛题材料第 7 点。

公民的营业或职业生活之外,属于公民生活中与经济利益期待无关的那一部分;从内容上看,虽然微博以文字为表现形式,实为数字时代的“口语”,与普通人在旅行、购物、参加聚会乃至参与一场街头讨论时的即兴发言并无实质不同,在这里,表达者与倾听者的角色处在不断互换之中,交往特征明显。无论是微博这一产品的设立目的还是人们使用微博的方式都可以看出,微博中的单条信息难以体现足够的“智力创造”因素。

总而言之,绝大部分的微博信息并不具备“智力创造”的特质,无法体现《著作权法》所期待的独创性,因而难以成为《著作权法》意义上的作品,无法受到保护。

2. 微博内容之集合不构成汇编作品

根据案件事实,系争 10000 余条文字与 8000 余张图片只是单纯存储于四方微博的平台数据库中。所谓数据库,是指“经系统或有序安排,并可通过电子手段访问的独立的作品、数据或其他材料的集合,其主要功能在于向用户提供一定的信息”¹⁴我国现行知识产权法律对数据库提供的较为有限,只有在《著作权法》第十四条中有所涉及:汇编作品是指汇编若干作品的片段或者不构成作品的资料或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品。这说明,只有体现独创性的数据库方可以受到著作权保护。

汇编作品是一种以体系化方式呈现的信息集合,其独创性只能体现在对既有信息的选择或编排方面,而不能体现在该信息的产生或来源方面。¹⁵基于此,认定汇编作品时,必须谨慎地区分“为取得被汇编的信息所付出的独创性劳动”与“对取得的信息进行独创性的编排与选择”,如果创作者仅仅是按照惯常标准进行选择或编排,如时间顺序编排的表格或数据库等,不具备独创性。¹⁶案件事实所提供的信息中,无任何证据可以证明四方微博对存储微博信息内容的数据库作出选择或者排列行为。在一般认识中,微博内容往往系基于既定算法呈现给用户,如根据时间或者热度的机械对微博进行排序,而此行为并不能够体现最低限度的智力创造,不具有独创性。在“大众点评诉爱帮网”一案的二审判决书中,法院也支持平台对于信息的此类简单排列不具有独创性。¹⁷因此,微博信息的集合不构成汇编作品,四方公司声称享有对系争微博的著作权无依据。

3. 四方公司不能获得用户微博内容著作权的授权

四方公司不能通过《四方微博服务使用协议》获得授权,因为该协议中的著作权授权条款为无效的格式条款。依据我国《合同法》第三十九条第二款,格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。四方微博为用户提供的《四方微博服务使用协议》,系预先拟定并在每一个新用户注册时重复使用;同时根据《四方微博服务使用协议》内容,用户必须对条款全部内容表示完全接受,如果对任何部分存有疑义均应终止注册¹⁸,这反映了《四方微博服务使用协议》内容的不可协商性。因此,《四方微博用户使用协议》属于格式合同,其著作权授权条款属于格式条款。

¹⁴ See Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996, H. R. 3531, 104th Cong., 2d Sess.

¹⁵ 参见王迁:《论汇编作品的著作权保护》,载于《法学》2015年第2期,第35页。

¹⁶ 参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第214-215页。

¹⁷ 参见(2009)一中民终字第5031号。

¹⁸ 参见《四方微博服务使用协议》1.3。

（1）《四方微博服务使用协议》排除了用户的主要权利

根据我国《合同法》第四十条¹⁹，格式条款若排除对方主要权利，则该条款无效。基于前文论述，用户对相关微博内容享有著作权。著作权作为无体财产权，是一种对精神产物的支配权。²⁰换言之，支配权是著作权的一项主要权能。而支配权又往往体现为在时间上有限制、排除他人对这一财产的使用和变价。在支配权的行使过程中体现在权利人可以长久地或暂时地使用其支配的财产。同时，其他人被排除在使用权之外，以确保第三人无法对权利人的支配可能性造成损害。²¹因此，用户作为著作权人对其作品应享有长久地使用并排除他人使用的权利。但是，在《四方微博服务使用协议》中却规定，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²²，该规定剥夺了用户自由使用其微博内容的权利，是对以自由使用作为主要权能表现的著作权的严重侵犯。因此《四方微博服务使用协议》1.3 属于无效的格式条款。

（2）《四方微博服务使用协议》损害了社会公共利益

根据我国《合同法》第五十二条²³，损害了社会公共利益的合同无效。在《四方微博服务使用协议》中，四方公司明确要求用户将四方微博平台作为信息的独家发布平台。²⁴这一做法实质上造成了对公开信息的垄断，造成了社会公共利益的损害。

在大数据时代下，数据信息早已脱离了其本身的含义，而成为了各个企业争相获取的资源，甚至被认为是“未来的新石油”。²⁵对于互联网企业而言，垄断了公开信息，实际上就是垄断了市场资源，从而达到了限制竞争的效果。

举例而言，在四方微博的运营模式中，用户之间的关注和互动是其重要的流量来源，也是其品牌价值的重要构成部分。同时，基于对用户活动数据的分析，四方微博在接入微博平台的四方商城、四方新闻、四方理财等网页中进行定制化推荐，为四方公司带来了大量盈利。可见，承载微博内容相关信息的数据对于同类企业的发展至关重要，若缺乏足够的信息，这类企业根本难以在市场竞争中立足。根据四方微博的软件设定，用户可以将自己发布的信息设置为所有人可见，而这类“所有人可见”的微博作为公开信息本可以被任何网络用户获取。四方微博剥夺用户在第三方平台发布同样内容的权利，其实是项庄舞剑，意在沛公——表面上是限制用户使用微博内容的权利，实则是阻止其他微博平台经营者通过用户授权获取这部分公开信息。

上述行为无疑对微博市场原本的竞争秩序造成了巨大破坏。本案中，作为行业龙头的四方公司经过数年经营，已培养出大量的用户来源与丰富的数据信息，其占据了中国大陆微博用户总量的 57%、微博活动总量的 87%²⁶。依据我国《反垄断法》第十九条²⁷，应认为四方公

¹⁹ 《合同法》第四十条：格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者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。

²⁰ 参见卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年 1 月第一版，第 286 页。

²¹ 参见迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年 11 月第一版，第 61 页。

²² 参见赛题内容第 9 点。

²³ 参见《合同法》第五十二条：有下列情形之一的，合同无效：……（四）损害社会公共利益；……

²⁴ 参见《四方微博服务使用协议》1.3。

²⁵ 参见冯惠玲：《大数据的权属亟需立法界定》，载《中国高等教育》2017 年第 6 期，第 53 页。

²⁶ 参见赛题材料第 1 点。

²⁷ 《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

司具有市场支配地位。因此，一旦四方公司通过用户协议将其平台上的公开信息予以垄断，其他微博平台势必会因平台上数据信息的有限而难以吸引用户。该协议无疑抬高了微博行业的市场准入门槛，为其他竞争者设置了壁垒，从而达到排除竞争的效果，极大的破坏了市场竞争秩序。

市场竞争秩序属于社会公共利益的范畴。具有市场支配地位的经营者，滥用市场支配地位行为的根本目的是通过交易的方式排除竞争，从而恣意侵占其他经营者的利益、获取远远超过社会平均利润率的收益。此外，当具有市场支配地位的竞争者仅凭其优势地位便可轻松攫取超额垄断利益时，将大大降低其通过平等竞争改善管理、推进技术进步的内在动力，从而减损消费者的福利甚至是社会总福利。²⁸在互联网时代的大潮下，开放作为互联网精神的核心更是意义非凡。本案中，四方公司通过《四方微博服务使用协议》垄断公开信息是滥用市场支配地位的体现，该协议损害了社会公共利益，应属无效。

综上所述，《四方微博服务使用协议》中的授权条款作为格式条款，不仅排除了签订格式条款一方的主要权利，也损害了社会公共利益。因此，这一授权条款无效，四方微博不能享有用户微博内容的著作权。

（二）博闻公司未实施著作权侵权行为

侵犯著作权的行为可分为直接侵权和间接侵权，这一区分与著作权法中的核心概念——专有权利密不可分。构成直接侵权的行为系直接落入了专有权利的控制范围，而构成间接侵权的行为并不受专有权利的直接控制。博闻公司为用户自行复制已发表在四方微博上的内容信息提供网络服务的行为并不符合著作权侵权的要件。

1. 博闻公司未构成直接侵权

（1）博闻公司未实施受专有权利控制的行为

根据我国《著作权法》第十一条²⁹，著作权属于作者，即创作作品的公民及符合法定条件的法人或其他组织。《著作权法实施条例》第三条³⁰规定，只有实际从事了创作的自然人是作者，没有实际进行创造而仅提供物质条件或其他辅助工作的人都不是作者。

根据案件事实³¹，四方微博是许多公众人物展示自己、表达观点的手段。微博内容显然是用户自身创造所得产物，四方微博作为平台并未参与其智力创造过程中，而用户与四方博闻间也不具有职务关系。因此，用户作为作者自其作品完成时自动享有对微博内容的著作权，四方博闻不能就职务作品或合作作品主张享有著作权。

此外，前文已论述《四方微博服务使用协议》中的著作权授权条款无效，四方公司不能

相关市场的市场份额达到二分之一的；……

²⁸ 参见张守文主编：《经济法学》，北京大学出版社 2018 年版，第 244 页。

²⁹ 《著作权法》第十一条：著作权属于作者，本法另有规定的除外。创作作品的公民是作者。由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其他组织视为作者。如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。

³⁰ 《著作权法实施条例》第三条：著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助工作，均不视为创作。

³¹ 参见赛题材料第 7 点。

据此享有著作权授权。因此，本案中仅有用户本人享有对自己微博内容的完整著作权，四方公司并不享有专有权利。因此，博闻公司也不可能实施受四方公司专有权利控制的行为。

（2）博闻微博平台的使用构成合理使用

在合理使用的立法规定上，我国借鉴大陆法系采用封闭的“限制和例外”模式，在《著作权法》第二十二条³²中以列举方式规定了十二种合理使用的情形。这一规定存在许多缺陷。一方面，它应缺乏弹性无法给法院提供合理的解释空间，不能适应社会的发展进步；另一方面，其所明确列举的情形远远少于其他大陆法系国家的著作权立法，许多本应规定的限制和例外情形并没有被纳入。³³事实上，在我国的司法实践中，已有法院突破立法的僵硬以认定合理使用的判决，如，“覃绍殷诉北京荣宝拍卖有限公司侵犯著作权”³⁴案中，法院认定被告的行为尽管不属于著作权法中所规定的行为，仍构成“合理使用”。现行立法存在固有缺陷，为了实现“合理使用”制度立法的初衷，应当重新界定合理使用的判断标准。

根据《伯尔尼公约》第九条第二款³⁵以及 TRIPs 协议第十三条³⁶，其对合理使用的判断标准依据的是“三步检验法”，即（1）只能是在某些特殊情况下，（2）这种复制不知损害作品的正常使用，且（3）也不致无故侵害作者的合法权益。我国已经加入了《伯尔尼公约》、TRIPs 协定，并将“三步检验法”内化于《著作权法实施条例》第二十二条中。但是本条例系著作权法的下位法，其仅能作为满足 12 种情形下再判断的标准，也即其并非提供了一个开放性的新标准，而是对“限制的再限制”。

基于该立法窘境，我国正逐步突破僵硬立法。最高人民法院曾提出：“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。”³⁷该意见突破了我国合理使用列举性的范围，引入了判断合理使用的抽象标准。在实践中，法院也逐步引入“转化性使用”这一理论以更好地贯彻合理使用之立法初衷。如“中山医院照片侵权案”³⁸等，法院明确讨论了被告行为的“转换性”。更为典型的是“谷歌数字图书馆案”，北京市高级人民法院根据“三步检验法”与“转换性使用”理论，认为“涉案信息网络传播行为所采取的片段式的提供方式，及其具有的为网络用户提供方便快捷的图书信息检索服务的功能及目的，使得该行为构成对原告作品的转换性使用行为，不会不合理地损害

³² 《著作权法》第二十二条：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：（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；……；（十二）将已经发表的作品改成盲文出版。前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

³³ 参见于玉：《著作权合理使用制度研究——应对数字网络环境挑战》，知识产权出版社 2012 年版，第 99-100 页。

³⁴ 参见（2003）一中民初字第 12064 号民事判决书。

³⁵ 《伯尔尼公约》第九条第二款：本同盟成员国法律得允许在某些特殊情况下复制上述作品，只要这种复制不损害作品的正常使用也不致无故侵害作者的合法权益。

³⁶ 《TRIPs 协定》第十三条：各成员对专有权作出的任何限制或例外规定仅限于某些特殊情况，且与作品的正常利用不相冲突，也不得无理损害权利持有人的合法权益。

³⁷ 参见最高人民法院：《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》

³⁸ 参见（2015）佛中法知民终字第 159 号民事判决书

原告的合法利益”³⁹。

所谓“转换性使用”，是指对原作品的使用并非为了单纯地再现原作品本身的文学、艺术价值或者实现其内在功能或目的，而是通过增加新的美学内容、新的视角、新的理念或通过其他方式，使原作品在被使用过程中具有了新的价值、功能或性质，从而改变了其原先的功能或目的。⁴⁰“转换性使用”诞生于美国司法实践中的大量判例与经验，现已成为美国衡量合理使用的重要判断标准，在世界范围内的影响力也与日俱增。置身于当前以通讯技术、计算机技术和网络技术为指征的信息社会，作品的传播途径更便捷，内容更多样化，作品复制和传播的方式更是发生彻底的变化。我国近几年来实务中频发的搜索引擎类案件和游戏直播类案件，都无法根据著作权法明文列举的合理使用情形予以解决。为应对新型使用行为，在合理使用制度中通过“转换性使用”理论从而引入弹性规定，可以对我国当前司法难题及时予以回应，符合当前技术发展与利益平衡的需求，无疑是当前新技术、版权人和公共利益之间最精妙的“平衡器”。⁴¹

博闻微博与四方微博出现部分相同的内容，并不影响微博内容的正常使用。首先，微博平台具有显著的社交属性，不仅微博软件在基础功能中设置有转发功能，大多数用户也以获得更多转发为自己的目标。赛题材料中所提到的 VIP 用户，在其知名度和广告价格的计算方式中，转发量也是计算的重要因子。可以看出，微博内容的主要目的并非单纯的提供审美意义上的欣赏，而是引起对博主本人的关注度。可以说，对于微博内容而言，被转发就是最主要的使用方式。所以，对于用户而言，在博闻微博上发布与四方微博上相类似或相同的内容，并不影响原博的转发。换言之，四方微博中该 VIP 用户的粉丝并不会因为博闻微博中有同样的内容，就放弃对于原博的转发。因此，微博内容的正常使用并不会受到影响。

博闻公司的行为也未不合理的损害著作权人的合法利益。首先，根据上文的论述，四方公司并不能获得用户的著作权授权。因此，当用户作为著作权人时，应考虑用户的合法利益是否受到不合理的损害。根据赛题材料，四方微博上的关注度能够为 VIP 用户带来显著的经济利益。而前段已经说明，在博闻微博上发布类似或同样的信息，并不会导致 VIP 用户的关注度下降。相反的，由于这些用户活跃的平台更多，这些微博内容对其知名度会有积极影响，其合法利益自然也未受到不合理的损害。

其次，即使四方公司取得著作权授权，博闻公司也未不合理的损害四方公司的合法利益。实际上，博闻公司的行为构成对四方公司的“转换性使用”行为。即虽然复制了原作，但却是基于不同的目的和功能，利用网络、数字化等新技术对原作进行了新型使用。⁴²根据赛题材料，博闻公司实际上是主营定制化新闻的新兴媒体资讯公司，博闻微博与博闻公司旗下主要产品“博闻新闻”可以相互导流。⁴³因此，在四方平台上，微博是名人与粉丝互动交流的方式；而在博闻平台上，微博则是一种单向的新闻传播途径。两者存在功能和目的上的本质差别。

不仅如此，根据赛题材料，VIP 用户的流量增加会为四方微博带来品牌增值，也是四方

³⁹ 参见（2013）高民终字第 1221 号民事判决书。

⁴⁰ 参见王迁：《著作权法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 343 页。

⁴¹ 参见姜峰：《论新技术环境下“转换性使用”理论的发展》，《知识产权》2017 年第 8 期，第 42-57 页。

⁴² 参见袁锋：《论新技术环境下“转换性使用”理论的发展》，《知识产权》2017 年第 8 期，第 46 页。

⁴³ 参见赛题材料第 11、12 点。

微博品牌价值的重要组成部分。⁴⁴因此，博闻微博通过新闻推送的方式，让没有关注这些 VIP 名人、不是粉丝的用户也能够了解到他们。这样，这些名人在四方微博上的原有粉丝不仅不会流失，还会有博闻用户转而加入四方平台，了解更多这些名人的实时信息，参与粉丝之间的互动交流。因此，博闻公司的行为提高了这些 VIP 用户的知名度，对于四方公司不仅没有负面影响，反而有可能使四方公司获益，更谈不上不合理的损害其合法利益。

2. 博闻公司未构成间接侵权

我国《侵权责任法》第九条规定，教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。这一规则也可适用于著作权侵权。因此，虽然我国法律上未对“间接侵权”做出明确规定，教唆、帮助他人实施侵权行为也可构成“间接侵权”行为。

在著作权法理论中，“间接侵权”是相对于“直接侵权”而言的，其范围及于不受专有权利直接控制的行为。将其界定为对著作权的侵犯，是出于适当扩大著作权保护范围的政策考量以及这些行为的可责备性。而间接侵权的构成要件中，行为人主观上必须存在过错，这一点并无太大争论。⁴⁵“间接侵权”除要求存在行为人的教唆、帮助行为外，还必须以行为人的主观过错为构成要件，否则将造成著作权法不适当的扩张。⁴⁶

(1) 博闻微博用户未实施侵犯四方公司著作权的行为

如前文所述，四方公司对系争图文不享有著作权。对于极少数构成作品的微博内容而言，用户对其享有著作权。因此，四方用户将同样的内容发表在博闻微博上，是基于其著作权所实施的自由使用行为，自然未侵犯四方公司的著作权。

(2) 博闻公司实施帮助行为不存在主观过错

所谓教唆，是指利用言语对他人进行开导、说服，或通过刺激、利诱、怂恿等方法使被教唆者接受教唆意图，进而从事某种侵权行为。⁴⁷帮助则是指通过提供工具、指示目标或者言语激励等方式，从物质上和精神上帮助实施加害行为的人。⁴⁸各国侵权法也普遍承认，教唆、引诱他人进行侵权，或明知他人的行为构成侵权、但仍然给予实质性帮助的，应当对侵权后果承担责任。⁴⁹

博闻微博作为网络服务提供商，为其用户所发布的信息提供了展示的平台，客观上构成对博闻微博用户的帮助，但博闻微博实施帮助行为并不存在主观过错。目前，世界各国在网络服务提供商主观过错的认定方面已经基本形成了比较一致的规则。

首先，网络服务提供商没有监控网络活动的义务。在美国花花公子公司诉费雷纳案中，用户未经许可将原告的受著作权保护的图片上传至被告的 BBS 上，被告发现后立即删除了

⁴⁴ 参见赛题材料第 6、7 点。

⁴⁵ 参见崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社 2014 年版，第 724 页。

⁴⁶ 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 250 页。

⁴⁷ 参见王利民：《侵权责任法研究（上卷）》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 544 页。

⁴⁸ 参见王利民：《侵权责任法研究（上卷）》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 550 页。

⁴⁹ 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译，法律出版社 2003 年版，第 81 页。

这些图片。但原告仍要求被告承担侵权责任法，其理由是被告在 BBS 上公开展示和传播了受著作权保护的作品，这侵犯了著作权人的展示权和传播权。最终，法院认为被告对网络上的信息应予管理，应对该网络上发生的侵权行为承担责任。⁵⁰该法院实际上是在进行“过错推定”，即只要网络服务提供商提供的服务客观上成为侵权行为的工具，就推定其没有尽到合理注意义务，具有主观过错。同时，网络服务提供商实际上又无法证明自己已尽到注意义务，因此必然会被法院认定为构成“间接侵权”。这种做法显然会极大地影响网络服务业的发展，而且是极其不公平的。即使网络服务提供商主动采取监控网络活动的措施，由于网络信息量的无限庞大，加之信息流动的即时性，服务提供商也很难从中发现侵权信息。更何况如果要求网络服务提供商对任何用户上传的信息都进行严格审查，将迫使网络服务提供商花费大量成本，并进而导致用户网络服务费的上涨。这不但会影响网络服务的发展与普及，还将严重妨碍信息的自由交流，大大降低信息的传播速度。这与发展网络技术的基本目标和价值取向——便利信息的交流与传播是背道而驰的。⁵¹

因此，网络服务提供商不应负有监控网络服务的义务，亦不能因其未发现和制止侵权行为为这一事实推定其主观上具有过错。

其次，网络服务提供商不知晓或没有合理的理由知晓侵权行为，以及知晓后采取措施制止侵权行为的，即没有主观过错。⁵²间接侵权的行为人的主观状态包括“知道或应当知道”两种，在学术界有高度共识。作为一项原则，认定间接前提的前提必须是行为人明知或者应当知道会发生直接侵权，依然引诱直接侵权人或提供帮助。⁵³如前所述，网络服务提供商并无监控网络活动的义务，如果网络服务提供商没有主动监控网络活动，自然也无理由知晓网络中流动信息的具体内容。即便网络服务提供商实施了部分监控网络的活动，也难以认定流动的信息是否为侵权信息，不能当然的得出其知晓侵权行为的结论。但是，当著作权人书面通知网络服务提供商后，网络服务提供商如果仍不停止对侵权行为的帮助，则应被认为明显具有主观过错，其行为构成间接侵权。

二、本案不应补充适用《反不正当竞争法》

（一）《反不正当竞争法》仅为知识产权提供有限的补充性保护

反不正当竞争法与知识产权法因其共同的目标和原则产生了深刻的联系。⁵⁴知识产权法的核心实质上是一套利益分配的规则，即权利人有权独占因知识财产而产生的商业利益，禁止他人对属于权利人的知识财产所产生的商业利益进行不正当竞争。而这套规则与反不正当竞争法禁止不正当竞争的原则相一致。这些原则在具体的知识产权法中是隐而不显的，但在反不正当竞争法中则被明确地体现出来。可见作为整个知识产权法体系的基础，反不正当竞争法可以对其起到拾遗补缺的补充作用。⁵⁵

⁵⁰ 参见孙昊亮：《网络环境下著作权的边界问题研究》，法律出版社 2017 年版，第 96 页。

⁵¹ 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 252 页。

⁵² 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 252 页。

⁵³ 参见崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社 2014 年版，第 760 页。

⁵⁴ 参见韦之：《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1999 年第 6 期，第 28 页。

⁵⁵ 参见宋红松：《反不正当竞争与知识产权保护》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》第 15 卷第 3 期，第 261 页。

对知识产权法与反不正当竞争法的关系问题，学界存在着一个经典比喻：“传统知识产权的三项主要法律（版权法、专利法和商标法）是三座漂浮在海面上的冰山，而反不正当竞争法是为托着冰山的海水。换句话说，前者无法覆盖的领域便由后者进行兜底性保护。”⁵⁶ 这种说法虽然形象，但并未准确描述反不正当竞争法与知识产权法间的关系。

反不正当竞争法对知识产权专门法的补充作用的发挥具有一定的条件和门槛，并非无限地兜底适用。⁵⁷之所以强调反不正当竞争法补充保护的有限性并限制其适用范围，尤其是限制以一般条款个案认定不正当竞争行为的适用，主要是出于维护竞争自由与守卫公有领域的考量。

1. 反不正当竞争法与知识产权法都会对竞争产生影响

市场机会的稀缺性导致了竞争的必要性，亦带来了市场竞争与生俱来的损人利己特性，换言之，竞争结果必然涉及不同经营者之间市场利益的得失。“凡竞争必有损害。”正当竞争的损害是被允许的，法律旨在通过制止不正当竞争行为的方式维护市场竞争秩序，确保市场竞争在公平之下实现自由⁵⁸。自由与公平是衡量构成不正当竞争行为与否的基本标准。根据最高人民法院的司法政策精神，竞争自由是原则，以限制不正当竞争之由干预自由竞争是例外，实现公平竞争固然重要，维护自由竞争的基本价值亦重于泰山。“自由竞争和公平竞争是市场经济的两个基本法则。”

自由竞争与公平竞争的关系在本质上是法律禁区与公有领域之间的范围博弈。以公平为标准而对市场竞争加以干涉，即是在自由竞争的市场中划分出一片法律禁区；除此之外的自由竞争领域即为公有领域。倘若对不正当竞争行为的认定过宽过泛，势必会造成法律禁区的扩张，从而入侵公有领域，禁锢市场的自由竞争。

公有领域是市场竞争的基础，具有至关重要的意义。有学者如此评价公有领域的重要性：“公有领域对于发展教育、促进民主、自由竞争、文化多样性、创造和创新等多方面公共利益具有重要作用。充满生机和活力的公有领域是社会和经济发展的核心推动力，是有效这啻知识产权的负面影响和不断扩张的重要力量，理应受到保护，以免被不适当地私有化或侵蚀。”⁵⁹西方学者也强调，“竞争是自由的，只有国会可以确定对于竞争的限制。或者反过来说，这意味着，除了特别立法对于竞争的限制性规定外，竞争是自由的。”⁶⁰在普通法系国家，法官甚至不愿意对市场行为的公平与否作出评价，借助一般原则认定何为公平道德过于模糊不清，不适合管制市场，由国会依据政策考虑进行评判才更加妥当。

当下，我国亦强调充分发挥市场的作用，鼓励自由竞争是其中重要一环。十八届三中全会创造性地提出“使市场在资源配置中起决定作用”，十九大报告再次强调“经济体制改革必须以完善产权制度和要素市场化配置为重点”。在市场经济中，市场能够做的，就尽可能地让市场去做，以优化资源配置效率；“法无禁止即可为”，如全面实施市场准入负面清单

⁵⁶ 郑成思：《知识产权与国际贸易》，人民出版社 1995 年版。

⁵⁷ 奚晓明：《当前我国知识产权司法保护的政策和理念》，《知识产权》2012 年 03 期，第 9 页。

⁵⁸ See Protection against Unfair Competition, printed by International Bureau of WIPO(1994), p. 12.

⁵⁹ 参见薛虹：《十字路口的国际知识产权法》，法律出版社 2013 年版，242-243 页。

⁶⁰ See Anselm Kamperman sanders: 《unfair competition law: the protection of interlectual and industrial creativity》，p. 11.

制度，这些所体现的便是尊重自由竞争的价值。强调市场精神，正是要求明确地认识公有领域的重要性，谨慎地划分法律禁区，慎重地利用法律干涉市场。

各类知识产权都是一种独占权，独占本身既具有抑制竞争的属性，又具有促进竞争的属性。知识产权是一种对于知识信息的独占权，意味着法律在此领域进行一定程度的干预，这将知识产权置于自由竞争的公共领域的对立面，换言之，知识产权即意味着法律禁区。知识产权的权利范围与强度大小，将直接涉及及公有领域的范围大小与竞争自由的程度高低。“权利持有者利益的增加是以公众利益受损为代价的。”⁶¹而反不正当竞争法对知识产权的补充保护将进一步扩张法律禁区。最高人民法院司法政策已明确说明，凡知识产权专门法已明确限定的权利范围，不宜以补充保护为名随意扩张保护范围，⁶²将本属于公有领域和自由竞争的范围纳入保护范围，而妨碍自由竞争。

2. 反不正当竞争法补充保护之限度探究

概括地说，我国知识产权法律保护体系是由知识产权专门法与反不正当竞争法共同架构的。反不正当竞争法在专利、商标、著作权等专门法律外对知识产权提供范围有限的附加保护。

在形式上，知识产权专门法与反不正当竞争法是一般法与特别法的规定，在法律适用上应以专门法的规定优先。与知识产权专门法相比，反不正当竞争法的规定更加抽象和不确定，相较而言，优先适用规则较为具体明确的规范才更为合理。⁶³但是由于反不正当竞争法中的原则性规范具有更大的自由裁量空间，法官或许会在适用法律时往往会有倾向于适用一般条款，但这是明显不恰当的。对于具体规则的适用之所以应当优先于原则规范，一方面是因为规则是原则的具体化，对规则的适用本身就能够体现原则的精神，且规则较为明确对于法官的擅断可以起到制约作用；另一方面，如果在一般条款和具体规则均有规定时，允许直接适用法律原则而不适用具体规则，势必造成法律规则的虚设，降低法律的权威。⁶⁴

在实质上，知识产权专门法与反不正当竞争法应保持政策上的协调。以商标法与反不正当竞争法间的关系为例，WIPO 曾指出：“不正当竞争法对于不受商标法保护的标志或者标识的混淆可以提供保护。但是一项标志原则上落入了特别法的保护范围，但不符合该法的实质要件，按照不正当竞争法给予该标志与专门法同样的保护，似有悖保护制度的平衡。”⁶⁵换言之，本属于专门法的保护范围，因不符合专门法的实质性立法政策和要求而不符合保护条件的，同样要从反不正当竞争法的保护范围中排除出去，否则就会产生实质性政策取向的抵触。凡知识产权专门法已作穷尽性保护，若是再通过反不正当竞争法寻求额外保护，将对本应归属于公有领域的技术或信息给予专有性保护，妨碍创新和竞争自由。

⁶¹ 参见[美]苏珊·K·塞尔：《私权、公法——知识产权的全球化》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 17 页。

⁶² 参见最高人民法院：《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》，法发（2009）23 号。

⁶³ 参见韦之：《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，《北京大学学报》1999 年第 6 期，第 25 页。

⁶⁴ 参见梁慧星：《诚实信用原则与漏洞补充》，法律出版社 1994 年版。

⁶⁵ See WIPO, Intellectual Property Reading Material, p.135.

（二）本案中，《反不正当竞争法》不应提供补充保护

如前文所述，微博用户因创造出微博内容而原始取得作品的著作权，这些作品显然不构成职务作品或者合作作品。四方微博亦未对微博内容进行独创性的选择或者编排，不能就汇编作品主张著作权。换言之，著作权法拒绝给系争客体以独创性保护，此时再引入反不正当竞争法介入进行补充保护，将突破补充保护的限度。

知识产权专门制度中内嵌了相应的平衡机制，以减轻专有权的确立和行使可能产生的负面效应，这在法律关系、侵权判定及存续期间等维度都有体现。在法律关系维度，著作权、商标权和专利权只能涵盖特定的使用行为，即权利范围的限制给他人留下了自由使用作品、商标及发明创造的空间，包括合理使用、实验性使用、先用权抗辩等。换言之，知识产品创造者无法借助知识产权专门制度对产生于一定时空中的外部性进行内部化。针对这些外部性，反不正当竞争法不能再进行保护。在侵权判定维度，著作权法中的实质性相似标准、商标法中混淆可能性标准、专利法中的全面覆盖等标准的存在，使那些利用他人作品中的构思或创意但对表达形式进行实质性修改的行为不构成版权侵权。这些情形虽然属于明显的搭便车行为，但相应的知识产权专门制度对之有意放任，对此，反不正当竞争法同样也不应介入⁶⁶。

在本案中，著作权法对微博内容信息之集合不予附加保护，实则是出于维护知识产品的创造激励与知识产品的公共接触间的平衡，这是贯穿于知识产权专门制度中的重要理念。因此，如果退而适用反不正当竞争法，则会打破这种平衡，与不适用知识产权法的根本目的相矛盾。尤其是对于微博这一网络公共领域，反不正当竞争法的额外保护将改变微博内容作为公共信息的性质，从而严重妨碍创新和竞争自由。因此，在本案中，反不正当竞争法不应为知识产权法提供补充性保护。否则，将会导致司法价值上的严重矛盾。

⁶⁶ 参见杨红军：《反不正当竞争法过度介入知识产品保护的问题及对策》，载《武汉大学学报》2018年7月，第123页。

三、博闻公司未违反《反不正当竞争法》

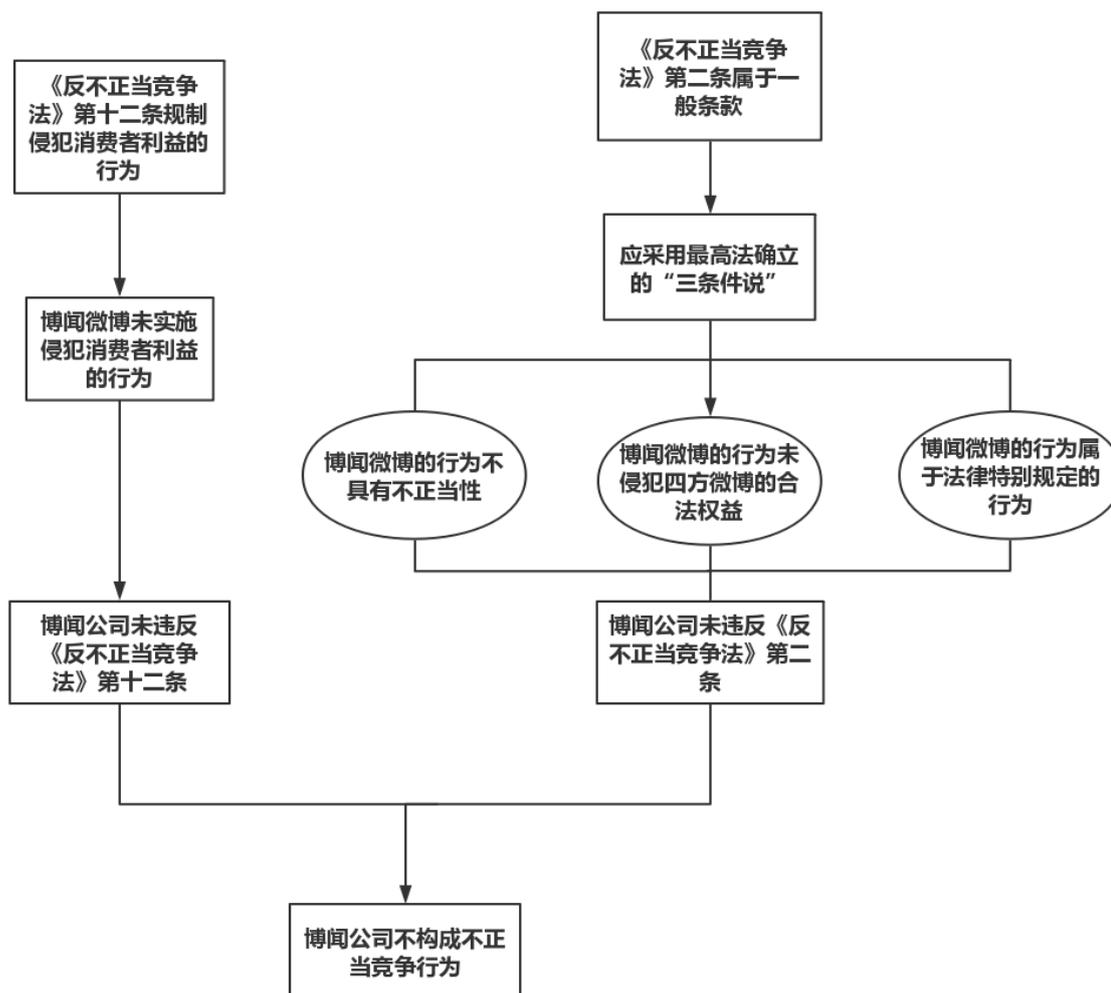


图 4-2 反不正当竞争部分论证思路图

(一) 博闻公司未违反《反不正当竞争法》第十二条

《反不正当竞争法》第十二条⁶⁷系最新修订时加入的“互联网专条”，意在规范互联网不正当竞争行为。其中，第二款列举的前三项规定具体明确，为从个案中总结得出，适用时不存异议。本案中，博闻公司显然也没有违反前三项的规定。四方公司诉称博闻公司实施了第四项规定的“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”。然而，这一法律适用存在以下问题：

⁶⁷ 《反不正当竞争法》第十二条：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：……（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。

由《反不正当竞争法》第一条⁶⁸可以看出，反不正当竞争法的立法目的为维持竞争秩序、保护经营者合法权益与保护消费者合法权益。在最新一次修订中，界定“不正当竞争”概念的第二条⁶⁹则加入了消费者问题，与立法目的相对应。这种“三元叠加”的利益保护格局，是认定竞争行为正当性的利益衡量基本结构。它首先表明该法重在维护市场竞争机制和公共利益，强调对于竞争机制的保护优于对具体利益的保护，这使其在理念上更加倾向于“保护竞争而不是竞争者”⁷⁰。

立法目的表明，《反不正当竞争法》只保护经营者的合法利益，而由于竞争产生的损失，为市场经济中的固有风险，竞争者只能自己承担。以当前我国反不正当竞争中常见的商业模式保护为例，法律没有将商业模式纳入知识产权的专门保护，就是要将其留在自由竞争的领域，让优胜劣汰的市场机制决定其命运。而优胜劣汰不只包括消费者单方选择，也包括不同经营者之间通过技术革新等方式争取消费者的过程。可以说，干扰与反干扰、破坏与反破坏，是现代市场机制生生不息的动力。正是这些创造性破坏，使市场真正成为一个多元化和充满张力的生态系统，在竞争中形成相互制衡的动态平衡结构，让市场处于平衡和可持续的状态中。

因此，对于第四项中的“正常运行”这一概念，必须做狭义的理解。在《反不正当竞争法》第十二条第二款中，前三项的共性就是都采用了一定的技术手段去攻击其他经营者。换言之，在前三项所认定的情形下，由于经营者以技术手段进行“强制跳转”⁷¹“强迫修改”⁷²“恶意不兼容”⁷³，用户没有自由选择的权利，从而对其他经营者的利益造成了损害。因此，在适用第四项时，基于体系解释的角度，也应从这个方向加以考虑。

本案中，博闻微博并未采用任何技术手段强迫或欺骗用户，从而使其客观上无法自由选择。首先，博闻微博并没有强制用户进行同步，其用户可以自由选择是否将包括四方微博在内的众多社交媒体软件加入自己的同步账号中。其次，博闻微博也未采取技术手段对四方微博的访问量进行窃取或引流，用户可以自由选择使用何者作为自己的主要社交平台。

另一方面，从竞争者角度出发，所谓“妨碍、破坏正常运行”，也应该依技术标准判定。例如，在美国的Ebay诉Bidder's Edge案⁷⁴中，法院便以被告的行为可能会造成原告网站系统瘫痪为由，对被告的行为予以禁止。本案中，博闻微博与四方微博一致的内容包括10000条文字信息与8000张图片，抓取上述数量的信息时带来的访问量对于作为中国大陆访问量最大网站之一的四方微博可谓微乎其微。抓取行为既不会给四方微博的服务器或宽带造成影响

⁶⁸ 《反不正当竞争法》第一条：为了促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，制定本法。

⁶⁹ 《反不正当竞争法》第二条：……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。……

⁷⁰ See case Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294.

⁷¹ 《反不正当竞争法》第十二条：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；……

⁷² 《反不正当竞争法》第十二条：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：……（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；……

⁷³ 《反不正当竞争法》第十二条：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：……（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；……

⁷⁴ See case eBay v. Bidder's Edge, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000).

响，也不会导致四方微博的网站出现任何技术上的问题与故障。

可见，四方微博不仅无法证明自己的平台遭受了流量的损失，即使四方微博给出了这样的证明，也是市场竞争中用户择优选择、市场优胜劣汰的结果。因此，不能认为博闻微博实施了妨碍、破坏四方微博正常运行的行为，博闻公司并未违反《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项。

（二）博闻公司未违反《反不正当竞争法》第二条

从立法目的看，《反不正当竞争法》第一条确立了维持竞争秩序，保护经营者合法权益与保护消费者合法权益的三重立法宗旨。但开放和激烈的市场竞争必然导致市场竞争行为不断呈现出新模式⁷⁵，同时技术的不断革新尤其是互联网时代下商业模式的不断迭代，都让《反不正当竞争法》的列举式法条显得捉襟见肘，从而对全面保护《反不正当竞争法》所确立保护的三重法益提出了挑战。

而为了使《反不正当竞争法》能够以包容性规则迎接技术更新迭代所带来的挑战；使得司法机关在事实认定中能充分考虑技术发展带来的变化，抽丝剥茧，确定竞争相关权益是否被非法损害，从而最终判定行为正当与否，适用一般条款便成为了一个必然选择。对于一般条款的认定，学界普遍认为，《反不正当竞争法》第二条具有一定开放性，将之作为一般条款解决相关问题，必然成为司法机关的务实选择。⁷⁶同时，司法机关同样也表达了相同的意见。最高人民法院在审理山东省食品进出口公司等诉青岛圣克达诚贸易有限公司等不正当竞争纠纷再审案⁷⁷（下称“海带配额案”）时就指出，为保障市场公平竞争，可以根据《反不正当竞争法》第二条的一般规定，对那些不属于《反不正当竞争法》第二章列举规定的市场竞争行为予以调整。

虽然学界与实务界对于适用《反不正当竞争法》第二条作为一般条款以全面保护法益已达成共识，但是对于这一条前两款的重要性尚存在不同看法。有的学者认为第二条第 1 款描述的商业道德标准单独构成一般条款，即诚实信用和公认的商业道德是适用一般条款需要判断的唯一内容。而有的学者认为，第二条第 2 款描述的商业效果标准单独构成一般条款，法院在判断竞争行为正当性时，只需将考察聚焦于待评价行为客观上引起的市场效果。然而，第 1 款的商业道德标准完全依赖于抽象的“诚实信用”原则及“公认的商业道德”，人民法院在适用一般条款的裁量权时就迷失了方向和标准，使当事人无法形成合理预期。而第 2 款的商业效果标准虽然以明确的实际损害规避了道德标准多元化的问题，但同时也可能会带来对于那些明显违反市场道德行为的规制漏洞。

为了弥合商业道德标准的多元性所带来的保护范围过宽与商业效果标准严守实际损害所带来的限缩保护范围问题，最高人民法院在“海带配额案”中确立了独立适用第二条的三个具体条件：“一是法律对该种竞争行为未作出特别规定；二是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；三是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。”⁷⁸

⁷⁵ 参见最高人民法院（2009）民申字第 1065 号民事裁定书。

⁷⁶ 参见吴峻：《反不正当竞争法一般条款的司法适用模式》，载《法学研究》2016 年第 2 期 134 页。

⁷⁷ 参见最高人民法院（2009）民申字第 1065 号民事裁定书。

⁷⁸ 参见最高人民法院（2009）民申字第 1065 号民事裁定书。

基于上述分析,对不正当竞争行为适用一般条款进行规制时应最高人民法院在“海带配额案”中采纳的“三条件说”。

1. 博闻公司的行为属于法律特别规定的行为。

基于前文的论述,博闻公司的行为属于《反不正当竞争法》第十二条中有所规定的行为。按照“三条件说”,不应再适用一般条款对其进行判断。

2. 四方公司未因博闻公司的竞争行为受到实际损害。

首先,四方公司并不能够证明博闻公司实施了抓取行为。因为根据赛题材料,部分图片经过了去水印处理,一部分账号在博闻微博中信息更为丰富,还有的是几条相关信息的综合,⁷⁹这些效果显然都要经过用户个人操作才能达到,而对于信息内容完全相同的账号,四方公司也无法证明是博闻公司抓取的结果。

其次,四方公司不能证明自己遭受了损失。从合法权益的角度出发,四方公司并不享有对微博内容的著作权,其网站上记录的数据信息也是向所有人公开的。因此,博闻微博中出现与四方微博相似或相同的内容,并没有对四方公司的合法权益造成损害。

最后,博闻公司的行为与损失之间不存在因果关系。从市场竞争的角度出发,四方微博即使产生了流量减少的情况,也是用户自由选择的结果,是市场竞争的自然规律。因此,即使四方公司遭受了损失,该损失与博闻公司的行为之间也不存在因果关系。

3. 博闻公司的行为不具有不正当性

根据最高人民法院的观点,判断经营者竞争行为的正当性,应看其是否符合诚实信用原则和商业道德标准。而作为规范市场竞争秩序的法律,反不正当竞争法意义上的诚实信用原则更多以公认的商业道德体现出来。法院在竞争行为正当性的认定上,非常注意参照行业既有的惯例和公认的行为标准。举例而言,如果任何一方的产品所在领域已经存在关于竞争规则的有关共识,例如部委规章或自律公约,那么法院则倾向于在案件审理中参照上述规则认定竞争行为的可责性。⁸⁰

根据《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第五条第六款⁸¹,互联网信息服务提供者不得实施违反国家法律规定,侵犯其他互联网信息服务提供者合法权益的行为。据此判断,即使博闻微博违反了四方微博设置的 robots 文件,也并不构成对上述条款的违反。这是因为四方微博自行设置的 robots 文件并不属于国家法律规定。

事实上,爬虫协议作为互联网信息服务的行业惯例,原则上并不能直接等同于商业道德。

⁷⁹ 参见赛题材料第 18 点。

⁸⁰ 参见张钦坤:《反不正当竞争法一般条款适用的逻辑分析——以新型互联网不正当竞争案件为例》,《知识产权》2015 年第 3 期,第 34 页。

⁸¹ 《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第五条,互联网信息服务提供者不得实施下列侵犯其他互联网信息服务提供者合法权益的行为:(一) 恶意干扰用户终端上其他互联网信息服务提供者的服务,或者恶意干扰与互联网信息服务相关的软件等产品(“与互联网信息服务相关的软件等产品”以下简称“产品”)的下载、安装、运行和升级;……(六) 其他违反国家法律规定,侵犯其他互联网信息服务提供者合法权益的行为。

因此，违反爬虫协议也不能必然导出违反《反不正当竞争法》一般条款的后果。在域外立法中，德国反不正当竞争法一般条款虽然也依市场惯例来判断行为是否符合善良风俗，但德国学术界也普遍认为这里的“市场惯例”应理解为“良好的市场惯例”。⁸²而在 2005 年欧盟的《不正当商业行为指令》中，则明确提出了“良好的商业惯例”这一要求。⁸³

何为“良好的商业惯例”，涉及到对商业惯例的价值判断，应当结合立法目的来看待。现代反不正当竞争法有三重目标，即保护竞争者、消费者及公共利益。例如，德国法规定的是保护竞争者、消费者的利益，同时保护公众在未扭曲的竞争方面的利益。瑞士和西班牙发规定的是为相关各方的利益而保护公平和不被扭曲的竞争。⁸⁴有关不正当竞争行为侵害对象的多元性的观点，在国际上已经取得了共识，我国现行法对此也是持肯定态度的。⁸⁵2017 年我国新修订的《反不正当竞争法》在立法目的部分的表述为“为了促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争”，“保护经营者和消费者的合法权益”⁸⁶，体现了我国《反不正当竞争法》的宗旨与目的已转为保护公共利益、竞争者利益与消费者权益这种三元叠加、利益平衡的状态。

除了立法目的，“爬虫协议”本身的性质也需要考量。“爬虫协议”设置的初衷，是为了引导蜘蛛程序不要抓取对用户没有价值的信息，保护中小网站的流量平衡，避免爬虫快速抓取给网站服务器带来过大压力。⁸⁷因此，实务中才认为“爬虫协议”可以构成行业惯例。然而，随着科学技术和市场竞争的发展，各个经营者具体的 robots 文件则未必都符合其初衷，不能一概而论。

本案中，四方公司显然不是出于上述目的而设置 robots 文件的。作为中国大陆访问量最大的网站之一⁸⁸，四方公司禁止其他公司抓取自己平台上发布的信息的行为，实质上构成了对自己市场支配地位的滥用，不适当地排除、限制了正常竞争。并且，在博闻公司正式以书面形式提出抓取网页的愿望后，四方公司也对此不置可否、拒绝沟通协商。⁸⁹可以看出，制定这一文件的四方公司仅仅自己的利益出发，不仅没有顾及其他经营者的利益，更不利于社会公共利益，无法推动开放市场秩序与畅通言论环境的形成。因此，这一文件不属于“良好的商业惯例”，违反这一文件也不一定构成不正当竞争。

更进一步说，博闻微博用户在平台上发布其在四方微博中发布的图文不但不具有可责性，还有助于打破四方微博垄断公开的微博舆论的企图，推动开放市场秩序的构建与畅通言论环境的形成。同时，博闻微博通过把微博内容与其他类型的新闻信息和咨询结合为消费者提供了多元化的选择，为微博平台运作提供了一种新模式。从而推动了互联网环境下创新、公平、公正良性竞争环境的形成。

综上，博闻公司的行为在《反不正当竞争法》第二条一般条款之下未损害四方公司合法权

⁸² Vgl. Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, C. H. Beck Verlag, 2015, 33. Auflage, § 2 Rn. 131.

⁸³ 参见《2004 年反不正当竞争法草案联邦政府立法理由书》，国会印刷品 15/1487 号，第 16 页。

⁸⁴ 参见范长军：《行业惯例与不正当竞争》，《法学家》2015 年第 5 期，第 87 页

⁸⁵ 参见周樾平：《论我国〈反不正当竞争法〉的消费者保护功能》，《竞争政策研究》2017 年第 2 期，第 48 页

⁸⁶ 《反不正当竞争法》第一条，为了促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，制定本法。

⁸⁷ 参见杨华权：《论爬虫协议对互联网竞争关系的影响》，《知识产权》2014 年第 1 期，第 16 页。

⁸⁸ 参见赛题材料第 1 点。

⁸⁹ 参见赛题材料第 13 点。

益，同时不仅未违反诚实信用原则和公认的商业道德，还推动了创新、公平、公正、开放的良性竞争环境的构建。因而，博闻公司的行为不构成不正当竞争行为。

第五部分 结论

本案中，原告四方公司诉请系依据《著作权法》与《反不正当竞争法》。被告博闻公司不仅针对这两部分分别进行答辩，也对这两部法律间的关系进行了澄清。

首先，依据《著作权法》，博闻公司并未侵犯四方公司的著作权。

第一，四方公司不享有对微博内容的著作权。首先，单条微博内容难以体现“独创性”，多数微博不能成为著作权的客体。其次，微博信息之集合未体现四方公司在编排、选择上的独创性，因而不构成四方公司的汇编作品。

第二，博闻公司未实施侵犯著作权的行为。《四方微博服务使用协议》符合《合同法》第四十条和第五十二条规定的无效事由，四方公司不能据此获得用户的著作权授权，四方公司欠缺主张直接侵权的权利依据。博闻公司作为网络服务提供商，不负监控网络活动的义务，也不知晓或没有合理的理由知晓任何侵权行为，其为博闻微博用户为用户发布相似内容提供网络服务，不构成间接侵权。

其次，本案中补充适用《反不正当竞争法》并不合理。知识产权法作为反不正当竞争法的特别法，应当优先适用，反不正当竞争法负责提供有限的保护。凡知识产权专门法已作穷尽性保护，再引入反不正当竞争法寻求额外保护，将对本应归属于公有领域的技术或信息给予专有性保护，妨碍创新和竞争自由，破坏知识产权法与反不正当竞争法在政策上的协调。

最后，依据《反不正当竞争法》，博闻公司的行为不构成不正当竞争。

第一，博闻公司未违反《反不正当竞争法》第十二条规定。首先，对《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项作体系解释，以技术手段限制用户自由选择的行为才属于该款的规制对象。博闻微博未影响用户选择，也未以技术手段妨碍、破坏四方微博正常运行，不违反法律规定。

第二，博闻公司没有实施《反不正当竞争法》第二条禁止的不正当竞争行为。根据《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第五条第六款，博闻微博仅违反 robots 协议，而未违反国家法律规定，不当然构成不正当竞争。并且，四方公司设置的 robots 协议在实质上形成了对其市场支配地位的滥用。因此，博闻公司虽然表面上违反该协议，但实质上却保证了经营者间利益的平衡，与反不正当竞争法追求利益衡平的立法目的相符。

综上所述，被告博闻公司请求法院驳回原告四方公司的全部诉讼请求。

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：XXA, XXB

职务：律师

工作单位：理律律师事务所

电话：XXXXXXXXXXXX

现委托上列受委托人在 四方科技有限公司诉北京博闻科技有限公司著作权纠纷及不正当竞争纠纷 一案中，作为我司的 一审 诉讼代理人。

代理人 XXX 的代理权限为以下第（二）项

（一）一般代理；

（二）特别授权代理，即：代为出庭，代为提出、承认、变更、放弃诉讼请求，进行调解、和解，代为签收法律文书等。

本委托书有效期自签订之日起至本案 一审终结止。

委托人：北京博闻科技有限公司

受委托人：XXX



注：本授权委托书一式三份，交人民法院一份、委托人与律师事务所各持一份。

附件二 证据目录

编号	证据名称	证明目的
01	(2018)京方正内经证字第 15706 号公证书载明：2018 年 11 月 10 日，博闻公司的代理人对《四方微博服务使用协议》内容进行公证	《四方微博服务使用协议》排除用户主要权利
02	(2018)京方正内经证字第 15707 号公证书载明：2018 年 11 月 10 日，博闻公司的代理人对四方微博 Robots 文件进行公证	该文件不属于“良好的商业惯例”
03	(2018)京方正内经证字第 15708 号公证书载明：2018 年 11 月 10 日，博闻公司的代理人对《博闻微博账号申请及授权协议书》进行公证	博文微博获得用户对于微博内容的使用授权
04	(2018)京方正内经证字第 15709 号公证书载明：2018 年 11 月 10 日，博闻公司的代理人对四方微博占据中国大陆微博用户总量的 57%，微博活动总量的 87%，而其他微博网站的用户总量和活动总量均不超过 10%的事实进行公证	四方微博具有市场支配地位
05	(2018)京方正内经证字第 15710 号公证书载明：2018 年 11 月 10 日，博闻公司的代理人对四方微博访问量进行公证	系争 10000 余条文字与 8000 余张图片的可能抓取行为对四方微博微乎其微，不会造成系统障碍
06	(2018)京方正内经证字第 15710 号公证书载明：2018 年 11 月 10 日，博闻公司	涉案相同的微博内容系用户自行发布

	<p>的代理人对部分涉案账号在博闻微博的内容更为丰富，有些是几条相关信息的综合的事实进行公证</p>	
--	--	--

附件三 类案检索

案号	案件名称	主审法院观点
(2016)京 73 民终 588 号	北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案	“如前所述，在互联网中涉及对用户信息的获取并使用的不正当竞争行为认定时，是否取得用户同意以及是否保障用户的自由选择是公认的商业道德……被上诉人微梦公司作为新浪微博的经营人，庞大的新浪微博用户的数据信息是其拥有重要商业资源。”
(2016)粤 06 民终 3137 号	腾讯科技(深圳)有限公司与广东微信互联网服务有限公司、广东微启动力互联网服务有限公司侵害商标权纠纷案	“根据……《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第二十条之规定……,判决……”
(2017)京民终 5 号	北京百度网讯科技有限公司等与北京搜狗科技发展有限公司等不正当竞争纠纷案	“二被告的上述行为违背了公平、诚实信用原则和公认的商业道德，严重违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》（简称反不正当竞争法）第二条之规定，构成对二原告的不正当竞争”
(2016)京 73 民终 143 号	北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案	“易联伟达公司的行为属于商业性使用相关影视作品的性质，影响了相关作品的正常使用，不合理的、实质性损害了独家信息网络传播权人的合法授权分销利益，不属于合理使用，构成侵犯信息网络传播权”
(2015)沪知民终字第 728 号	北京爱奇艺科技有限公司诉深圳聚网视科技有限公司其他不正当竞争纠纷案	“作为技术实施方的聚网视公司明知该技术会出现自己得利他人受损的后果，仍实施该技术，具有主观故意，违背了诚实信用原则和公认的商业道德，侵害了爱奇艺公司合法的经营活动，其行为不具有正当性”

<p>最高人民法院 (2009)民申字 第 1065 号民事 裁定书</p>	<p>山东省食品进出口公 司、山东山孚集团有限 公司、山东山孚日水有 限公司诉马达庆、青岛 圣克达诚贸易有限公 司不正当竞争纠纷案</p>	<p>“一是法律对该种竞争行为未作出特别规 定；二是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；三是该种竞争行为 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”</p>
<p>(2015)浦民 三(知)初字第 528 号</p>	<p>上海汉涛信息咨询有 限公司与北京百度网 讯科技有限公司不正 当竞争纠纷案</p>	<p>“对那些虽不属于《中华人民共和国反不正 当竞争法》第二章所列举,但确属违反诚实信 用原则和公认的商业道德而具有不正当性的 竞争行为,法院可以适用《中华人民共和国反 不正当竞争法》第二条予以调整,以保障市场 公平竞争”</p>

附件四 本书面代理意见副本共十三份