

法治湖北论丛



知识产权与市场竞争 (第二辑)

主 编◎宁立志

 长江出版传媒
© 湖北人民出版社

法 治 湖 北 论 丛



知识产权与市场竞争 (第二辑)

主 编◎宁立志
副主编◎朱亚萍 孙 晋

 长江出版传媒
© 湖北人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权与市场竞争(第二辑)/宁立志主编.

武汉:湖北人民出版社,2016.9

ISBN 978-7-216-09030-8

I. 知… II. 宁… III. ①知识产权—研究②反不正当竞争—研究

IV. ①D913.04②D912.294

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第245057号

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787毫米×1092毫米 1/16

字数:383千字

版次:2016年10月第1版

书号:ISBN 978-7-216-09030-8

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:20.75

插页:2

印次:2016年10月第1次印刷

定价:60.00元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

“法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 万学斌 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

万学斌 王 龙 王 晨 王亚平 王瑞龙

方世荣 冯 果 吕忠梅 刘大洪 齐文远

许承光 李 龙 李 牧 李长健 李仁真

肖伯符 吴汉东 邱 秋 汪习根 陈小君

周叶中 郑少三 赵 钢 胡兴儒 俞 江

姚 莉 姚仁安 秦前红 徐汉明 曹诗权

康均心 彭方明 彭真明 曾令良 温世扬

雷兴虎 熊 伟 熊世忠

总 编 万学斌

副总编 王 龙

《知识产权与市场竞争（第二辑）》

编委会

主 编 宁立志

副主编 朱亚萍 孙 晋

编 委 （按姓氏笔画排列）

王瑞龙 邓社民 刘 华 刘旭霞 范长军

周 围 秦天宝 聂建强 彭学龙

竞争是篇大文章!^①

(代序)

宁立志

刚才，大会选举我担任湖北省法学会竞争法学研究会会长，我感到，这既是一份信任，也是一份责任。所以，首先，感谢全体理事和法学会领导的信任和鼓励，感谢武汉大学、武汉大学法学院对竞争法和知识产权法学科长期以来的关心和支持，感谢校内外、省内外、境内外同仁对武汉大学乃至湖北省竞争法与知识产权法学科建设和学术建设的关心和帮助。其次，我也想借此机会，谈谈个人对竞争的几点看法：

（一）竞争是个大课题。近年来听得最多的一句话就是：“竞争压力大！”的确，不管是自然界，还是人类社会，处处充满竞争。自然界，达尔文主义的重要思想“物各争存，宜者自立；物竞天择，适者生存”，就是对自然界竞争的经典描述；人类社会，政治、经济、体育、军事、宗教等领域都充满竞争，比如：中东问题的根源和实质就是宗教竞争和生存竞争，是伊斯兰教、犹太教、基督教之间的竞争；而东方的佛教所倡导的“与世无争”，则是对竞争的另一种表达！

竞争不管作为一种自然规律，还是作为一种社会机制，其作用的范围和领域都十分广泛，所以说，竞争是个大课题。因此，对竞争，必须深刻而充分地加以认识。

（二）竞争是个难题。竞争的对立面是垄断。尽管世界充满竞争，但生活的常态却是垄断。举目所及，垄断随处可见：权利（力），实质是某种意义上的垄断；货币，其最基本的发行原则就是垄断发行；家庭，特别是婚姻，也是一个小小的垄断体，配偶间只能垄断，不可引入竞争；知识产权，更是一种法定的垄断权；国家主权，则是更高意义上的垄断！那么，哪些该竞争，哪些该

^① 本文根据宁立志教授于2015年10月31日在湖北省法学会竞争法学研究会成立大会上的讲话录音整理而成。

垄断？我们必须谨慎地取舍。我国的国企改革，乃至整个经济体制改革，甚至政治体制改革，反复纠结几十年，实质是垄断与竞争的选择问题，经济如此，政治亦然。可见竞争是个难题，是个大难题。

（三）竞争不只是经济问题和法律问题，也是哲学问题、文化问题。从哲学角度讲，竞争是事物矛盾运动的体现，任何事物都是矛盾的，都有矛盾的双方和双方的斗争：竞争存在于任何事物的发展过程之中！从文化角度讲，一个社会的竞争文化可以从人们的竞争观看出来。任何国家、阶级、政党、企业、个人，都有自己独特的竞争观。有的人竞争观是积极的：你行，我要比你更行！而有的人竞争观则是消极的：你行，我要整得你不行！这都是竞争文化的体现。我们的研究必须致力于弘扬积极的竞争观和良好的竞争文化，因为，文化是制度之母，没有好的竞争文化，竞争制度再好，也难以很好地实施。

竞争法也不仅限于反垄断法、反不正当竞争法，合同法、拍卖法、招标投标法、知识产权法、公司法、政府采购法、国际法等都涵摄重要的竞争法问题。因此，竞争法必须与多个学科建立起沟通机制。所以，我希望有更多的人加入到竞争法的研究行列，做好竞争法这篇大文章。在这个过程中，我本人一定按湖北省法学会的要求，进一步加强个人学习，不仅提高自己的竞争法研究能力和研究水平，也提升湖北省竞争法研究资源的整合能力，与兄弟省份竞争法学界同仁一起，共同推进我国竞争法制建设和竞争法事业的发展！再次感谢各位！

目 录

对 Robots 协议的法律分析	宁立志 王德夫	(1)
我国成品油市场价格一致行为的反垄断问题	王 健 张 文	(19)
竞争政策的理论解构及其实施机制	孙 晋 钟瑛嫦	(32)
困境与进路：垄断协议执法中的宽大制度	王玉辉	(47)
合理原则下的单一产品问题		
——基于中国反垄断法搭售案件的思考	李 剑	(64)
双边市场中搭售行为的反垄断规制法律问题研究	王少南	(83)
论我国反行政垄断执法机制的完善	李晓鸿	(104)
政府反竞争行为研究	王 贵	(116)
PPP 项目中政府法律风险防范		
——反垄断规制路径分析	臧俊恒	(132)
铁路运输行业的不正当竞争问题	田 琍	(143)
完善我国消费者后悔权制度的再思考	刘 闻	(151)
微信公众号名称与地理标志权的冲突	胡常峰	(160)
商标反向混淆论	彭学龙	(166)
《反不正当竞争法》兜底《著作权法》的边界与方式		
——以电视节目版式的保护为例	任丹丽	(182)
新闻报道之著作权法与反不正当竞争法保护	李国庆	(200)
建设知识产权强国背景下竞争政策的完善探讨	徐升权	(213)
商标使用许可合同效力若干研究	邬 跃	(219)
商标价值维持视角下的无主商标处置	王 华	(228)
团体标准及其专利政策的反垄断法评估		
——关注美国司法部商业审查函	于连超	(237)

法律背景差异下非专利实施主体的规制选择

——以中美比较为例 张迎春 (247)

国际贸易视野下的个人数字著作权侵权与应对

——以针对网络粉丝创作行为的企业著作权执法策略为切入点
..... 何天翔 (258)

专利无效案件审理应符合逻辑规则 余飞峰 (273)

从商标侵权与不正当竞争之辨谈商标权的司法保护
..... 明 平 杨 婷 (285)

浅议新形势下知识产权的司法保护

——以江苏法院为例 闵仕君 (297)

老字号权利冲突问题浅析 朱 鸣 陈俊华 (306)

浅析我国网络不正当竞争行为的法律规制 杨 倩 (315)

竞争法学研究又添新平台（代结束语）
..... 湖北省法学会竞争法学研究会秘书处 (323)

对 Robots 协议的法律分析

宁立志 王德夫^{*}

一、对 Robots 协议的一般认识

随着百度公司与奇虎 360 公司围绕 Robots 协议的不正当竞争纠纷日趋升级, Robots 协议这一略显陌生的概念也渐渐进入社会公众、相关产业以及法学研究的视野。

所谓 Robots 协议,亦称“爬虫协议”或“机器人协议”,由英文短语 Robots Exclusion Protocol 翻译而来,多应用于网络内容服务商(Internet Content Provider,以下简称“ICP”)后台服务器,用于告知搜索引擎哪些页面或是内容允许或禁止被其读取并作为搜索服务的结果提供给用户。我国现行法律法规并未明确 Robots 协议的法律概念,仅有一些法律效力较低的行业规范、自治协议等对其作出技术上的描述:互联网站所有者使用 Robots.txt 文件,向网络机器人(Web Robots)给出网站指令的协议……搜索引擎利用这些程序索引网站内容,垃圾邮件发送者使用网络机器人扫描获取电子邮件地址。^①笔者认为,这样的表述主要面对的是互联网从业人员,技术性强、较为抽象且未能体现出 Robots 协议的法律性质,故而有必要对 Robots 协议本身及特征进行进一步分析与归纳。

就 Robots 协议本身而言,它是一个面向计算机网络搜索引擎(以下简称“搜索引擎”)的,以 Robots 命名的文本文档(即 Robots.txt 文件,以下简称“Robots 文档”)。一般情况下,搜索引擎会针对用户输入的关键字在网络公

^{*} 宁立志,武汉大学法学院/知识产权法研究所教授,博士生导师;王德夫,武汉大学法学院/知识产权法研究所博士研究生。基金项目:国家“2011 计划”司法文明协同创新中心资助项目。

① 中国互联网协会于 2012 年 11 月 1 日发布了《互联网搜索引擎服务自律公约》,其第七条对 Robots 协议作出了如上定义。

开信息范围内进行查询，识别并读取网站背后的 Robots 文档，以文档中规定的公开范围为界限，将网站相关内容的地址作为搜索结果提供给搜索引擎用户。换言之，Robots 协议是搜索引擎与网站之间对特定内容的一种专门沟通手段：网站管理人员决定本站哪些内容可以被搜索引擎查询到并提供给用户，搜索引擎大多也会尊重网站管理人员的决定。具体而言，其有以下特征：

（一）技术性特征

Robots 协议的主要目的在于实现互联网搜索活动中双方主体关于公开^①问题的有效沟通，解决的是技术问题。Robots 协议存放于网站后台根目录下，目的在于提示搜索引擎访问网站的时候，所应查看的第一个文件就是 Robots 文档，而其他目录下的 Robots 文档则不会被搜索引擎所注意。此外，Robots 文档中的内容有特定的格式和语法规则，不符合文档格式或语法规则的语句不会被搜索引擎所识别，也不会使搜索引擎对其区别对待。而且，Robots 协议的技术性仅限于对搜索引擎的必要提示，但不能强制搜索引擎按照它的安排行事。

Robots 协议的技术性特征揭示了它最基本的运行方式：它由网站管理者所编写，由搜索引擎中的计算机软件所识别、阅读。^② 这种“文档—软件”的工作方式，决定了 Robots 协议的基础功能：解决技术问题，而非分配权利义务。

（二）非强制性特征

Robots 协议具有技术上的非强制性特征。一方面，Robots 文档的存在或生效与否，不会造成该网站的访问障碍，不会对该网站信息的公开^③产生影响。或者说，即便 ICP 设置了 Robots 协议，相关的信息内容仍公开于互联网中，可以被包括搜索引擎在内的所有人访问。此外，Robots 协议也不具有保障网站正常运行或信息安全等其他功能，访问者的非授权行为亦不会因 Robots 协议的存在与否而受到任何限制。另一方面，Robots 协议也不会对搜索引擎的访问

^① 此处的“公开”，是指网站特定内容或对应的地址是否通过搜索引擎的搜索结果公布于网络用户（此处的网络用户不限于搜索引擎，而覆盖了所有的可能浏览到该网站的人），而非指网站特定内容是否对外公开。严格来讲，Robots 协议只是针对网站所公开的内容起作用，因为即便是通过 Robots 协议拒绝搜索引擎引用的网站内容，仍可被网络用户通过直接输入网址或点击超链接的方式获取，同样属于网络上的公开信息。

^② 虽然搜索引擎背后也有管理、运营人员，他们决定了搜索引擎的行为方式与活动边界，但 Robots 文档本身对其是不可见的。

^③ 此处的公开，是指网站信息是否对不特定多数人公开，是广义的公开。存储于网站上的信息，其是否公开，对哪些主体公开，是由网站的管理、运营人员通过 Robots 协议以外的技术方式进行控制的。

行为带来技术上的障碍。即 Robots 协议不能强制搜索引擎承认并服从它对网站信息公开内容或方式的安排,搜索引擎无视该协议不会面临任何技术上的困难。

(三) 竞争性特征

Robots 协议作为一种非强制性的技术手段,在一定程度上为网站灵活安排自身内容的公开方式提供了选项。ICP^①作出此类选择的动机,则多出于对竞争利益的考虑。一般来说,人们将文字、图片、多媒体信息等内容制作成网页并公布于网上,就意味着这些信息可以被任何接入互联网的人(包括各类软件)所查询,这既缘于互联网自身的功能,也是网站设立、存续或是盈利的基本需求。对应地,ICP 在从事这些公布行为时,也有权自由地处分这些信息。换言之,如不考虑相关人员的误操作、计算机软件或系统故障(包括漏洞)以及“黑客”等明显违法行为^②,一个网站只会公开它愿意公开的内容,而搜索引擎也只会将网站公开内容纳入搜索结果之中。因此,Robots 协议所作用的范围非常有限:它所禁止的大多是搜索引擎对信息的抓取行为而非用户对网站内容的浏览甚至复制。^③蕴含其中的则是相关主体对自身及市场竞争态势的考量:在互联网产业中,有实力的经营者跨越自身传统经营范围,开辟新市场并获得竞争优势的现象时有发生,而在这个过程中,信息既是企业运营所必需的资源,也是重要的竞争手段。ICP 及搜索引擎对待 Robots 协议的态度会直接影响到相关信息的搜集与交换。从这个意义上讲,无论各方主体是否设置或承认 Robots 协议,背后往往都有将其作为竞争工具的目的,Robots 协议也由此而具有竞争性。

① 网站的建立、管理者不光有企业,也有非营利机构或个人,本文方便起见,均称其为“ICP”。

② “黑客”行为往往意味着对计算机系统、网络和存储于其中的信息的不法侵害,现有法律对其进行了严格的规制。如我国刑法第二百八十五条:违反国家规定,侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的,处三年以下有期徒刑或者拘役。第二百八十六条:违反国家规定,对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行,后果严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处五年以上有期徒刑。此类违法甚至犯罪行为与没有明显违法性的忽视 Robots 协议行为有显著区别,因此不在本文讨论范围之内。

③ 这也与现实相符合:2008年9月8日,淘宝网宣布封杀百度搜索;2011年10月25日,京东商城正式将一淘网的搜索程序屏蔽,以防止一淘网对其内容的抓取。淘宝网和京东商城作为电子商务运营商,其所拥有的商品信息、交易及评价信息是影响消费者是否下订单的重要内容,必然要向网络消费者(包括百度等搜索引擎服务商的工作人员)公开,不存在保密性。其“封杀”“屏蔽”行为所针对的不是信息内容或访问者,而特指搜索引擎。

二、对 Robots 协议的法律定位

就字面来看，“Robots 协议”（或是机器人协议、爬虫协议等其他称谓）与民法上的“协议”有很大的区别。合同（Agreement）是一种以在当事人之间设立、变更、终止财产性民事权利义务关系为目的的协议^①，而在电子信息领域中，“Protocol”所代表的协议则与权利义务无关，它只是一种规则，并且多被运用于计算机网络通信中。^②但是，仅凭词源上的区别就认定 Robots 协议只是一种技术工具，否认其背后蕴含着 ICP 与访问者之间的合意以及合理的权利义务关系，并以此否定 Robots 协议的法律效力，未免有失偏颇。

目前而言，如何从法律的角度评价 Robots 协议的效力，学界尚无定论。有学者从财产权以及知识产权的角度出发，对搜索引擎抓取网页的行为是否具有创造性或是否承载有智力劳动，以及网页本身是否具有作品地位以及搜索引擎无视 Robots 协议涉嫌侵犯网站财产权等问题进行研究。^③然而，仅从行使财产权或知识产权的角度描述 Robots 协议的法律效力，无法实现该协议的功能。ICP 作为对网站信息的持有者，因不同的信息内容、编辑和排版方式而享有不同的权利：若网站内容来源于 ICP 自身创作或交易行为，则其可以作为著作权人行使权利；若网站内容源于其他的主体，那么 ICP 会因其编辑、排版行为独创性水平的差异而受到著作权法的不同对待；又或者在著作权制度之外，将网站内容看作是抽象的无体之财产，运用财产权的相关制度获得法律的保护。但无论是哪种情况，ICP 都无法对搜索引擎无视 Robots 协议的行为进行有效阻止。因为就搜索引擎所提供服务的实质内容而言，关键在于指明特定信息内容在互联网中的地址，而非直接提供内容本身。既然 ICP 将相关信息主动公开于网络，就无法限制网络用户找到该信息，搜索引擎提供的定位服务也不涉及对

① 马俊驹、余延满：《民法原论》（第三版），法律出版社 2009 年版。

② 网络中的不同计算机之间要实现通信，必须遵守统一的规则，否则将无法进行，这些规则即为计算机协议，如在网络上通信的计算机必须遵守 TCP/IP（Transmission Control Protocol/Internet Protocol）协议，在网络文件传输时要遵守 FTP（File Transfer Protocol）协议等。

③ 晏如：《与 Robots 协议有关的著作权问题》，载《中国知识产权报》2013 年 10 月 25 日第 9 版。报道中列举了多位学者的观点：北京理工大学法学院博士后杨华权认为，搜索条目所代表的网页是否具有独创性不是绝对的，要具体情况具体分析。华东师范大学法学院何敏教授则认为，有些网页虽然不构成著作权法意义上的作品，但网页符合财产的一般规律，设计网页必然是投入劳动的结果，即使不构成著作权意义上的侵权，也是对其财产权的一种侵害。

网站公开信息的复制或传播,不会产生侵犯 ICP 著作权或其他财产性权利的风险。^① 因此,无论是著作权还是财产权制度,都难以对搜索引擎的“标明地址”行为产生实质性约束,Robots 协议的作用亦无从发挥。而国外有关的判例也体现出司法对于 Robots 协议效力的不确定态度: eBay V. Bidder's Edge 案中,法院曾以 Robots 协议作为判断依据,认定 BE 无视 eBay 设置的 Robots 协议而抓取其网站内容用作搜索结果,侵犯了 eBay 的财产权,签发了对 BE 的禁止令,同时却又强调该判例不会作为今后类似案例的佐证。^② 这些或冲突或模糊的态度,源于 Robots 协议本身法律地位的不确定,是法律对于 Robots 协议这一新型事物的回避与折中:既然无法准确地定义它,那么就暂且搁置此问题,而倾向于借用现有的制度或理论来解决纠纷。如此操作,或能较灵活地处理、解释偶发的个案,但在信息化水平逐渐提高的现代社会,与 Robots 协议有关的信息共享方面的冲突与矛盾会越来越多,产生的问题也会越来越复杂,终非长久之计。对此,笔者认为,应从 Robots 协议所作用的双方(主要是 ICP 与搜索引擎)关系入手,为相关行为寻找合理的法律框架,方能明确 Robots 协议的法律地位,并进一步厘清其运作过程中产生的各种问题。

首先,ICP 与搜索引擎之间,具有事实上的信息服务关系,并产生信息服务合同。互联网是一个开放的平台,任何接入互联网的网站,都为互联网上公开信息的扩充与传播提供内容与便利。广义上,无论这些网站营利与否,它们都可以被视为 ICP,受到互联网相关法律法规的保护与规制。对应地,任何人对 ICP 的访问也应符合相关法律、法规及道德的要求:访问者不得妨碍 ICP 的系统安全与基本功能,不得侵犯 ICP 的知识产权与其他财产性权利,并且应尊重 ICP 对于访问方式及相关行为的合理限制。在此情形下,ICP 作为信息资源的提供者,承担了向访问者提供网络信息服务的功能;访问者享受网络信息服务的同时,也会遵守法律以及 ICP 的经营模式,向 ICP 支付对价:金钱,或是特定的行为,如点击、查看广告等。此时,ICP 通过法定的程序,按照互联网相关标准^③,自主决定将特定信息数据公开于互联网的行为本身就可以被视为一种对不特定多数人的意思表示,并具备至少两方面的内容:ICP 愿意向该网

① 虽然搜索引擎也会提供网页“快照”或是“搜索条目”等起到摘要作用的内容介绍,但其目的仅限于为搜索引擎用户提供选择的参考,对用户而言目标网站的地址和网站上完整的内容才是他们的最终目标。至于“快照”是否侵权,还应考察“快照”的基本功能、形式、内容、更新频率、用户反响以及相关各方利益损益等多方面因素,属另一法律问题,非本文讨论的重点。

② eBay, Inc v. Bidder's Edge, Inc., 100 F. Supp. 2d 1058, 1060-63 (N. D. Cal 2000).

③ ICP 提供不同信息服务内容,须满足不同的法律条件,如向相关监管部门申请核准或备案等。除此之外,不同类型的数据信息也要满足特定的互联网标准,才能在技术上实现交流与共享。

站的访问者提供数据信息服务，并且希望访问者遵照 ICP 的要求支付对价。从服务合同的角度来看，该意思表示包含了 ICP 所能提供的服务与期望的对价，可以被视为一种要约。非法的访问形式，如规避 ICP 的著作权限制或权限控制手段访问受限信息、窃取 ICP 存放于服务器但未公开于互联网的数据信息等行为既有可能是访问者对信息服务合同的违约行为，同时也可能构成违反法律规定的其他侵权或犯罪行为。而合法的访问，则表示访问者以实际行动承诺了 ICP 的要约^①，并且事实上履行了该信息服务合同。

搜索引擎，或是其所拥有的“爬虫”，访问 ICP 的行为方式与普通的访问者（自然人）有所不同。搜索引擎的“爬虫”依照人为设定的规则，自动地访问互联网上的站点，并在自己的后台服务器上对来源于 ICP 的信息内容与网络地址进行记录，并以之作为服务内容提供给搜索引擎用户。换言之，搜索引擎的访问目的并不在于查询“自己感兴趣”的信息，而是对不特定 ICP 公开于互联网的尽可能多的数据信息进行识别与筛选，并将筛选出的关键词与对应内容的网络地址进行“登记、造册”，以备搜索引擎用户的查询。换言之，相比于普通的访问者，搜索引擎对 ICP 所提供的特定数据信息没有主观偏好，而是将完整的信息以一定的规则拆分为关键词，并对包含有该关键词的信息地址进行记录。从这个角度看，搜索引擎对 ICP 所提供的信息服务水平要求不高，且关注点也不一样：普通访问者获取的是网站的具体信息内容，而搜索引擎记录的是特定关键词所对应的网络地址。但是，不能因此而否定 ICP 与搜索引擎之间的信息服务关系。这是因为，虽然搜索引擎以提供包含了关键词的特定信息的网络地址的方式向自己的用户提供互联网搜索服务，并以搜索的准确性为主要的竞争指标，但当中也暗含了搜索引擎对 ICP 所提供信息内容的要求：对于搜索引擎用户而言，具有实际价值的并非网络地址或是搜索引擎建立的“登记表”，而是网络地址所对应的信息内容。丰富且高质量的网站信息内容是互联网产业存在与发展的前提，也是搜索引擎服务的逻辑基础。试想，若某一网站页面上仅仅公布了大量的关键词，但并无相关的具体内容，那么这样的“关键词—网络地址”信息对于搜索引擎用户而言也毫无意义，虽然搜索引擎的“爬虫”对 ICP 的内容进行访问时不带有主观偏好，但多会通过后续的处理将这样的网站地址排除在自己的数据库或服务之外。若搜索引擎不能有效地排除此类低价值网站，将直接影响到其用户的使用体验以及自身经营。故而，ICP 所提供信息内容质量的高低，会影响到搜索引擎的服务质量，搜索引擎从 ICP 处获得的以“关键词、高质量信息与网络地址”为内容的信息就是 ICP 对

① 指遵守法律并尊重 ICP 对访问者提出的要求：支付相关费用或其他以不作为为内容的给付。

搜索引擎这样的特殊访问者的“给付”。那么，搜索引擎作为 ICP 要约的承诺方，在访问 ICP 时也应遵守法律并承担相应的给付义务。

其次，设置 Robots 协议是 ICP 所享有的民事权利，与网站信息本身内容无关，理应受到访问者的尊重。Robots 协议的技术性特征决定了它最基本的功能：它作为技术性的通信规则，可以使 ICP 所提供的特定信息内容的地址不显示于搜索引擎的搜索结果之中。判断 ICP 是否有权提出该要求的关键在于，ICP 是否会因为将特定信息公开于网络的行为而丧失“隐身”于搜索引擎的选择权。笔者认为，答案是否定的。第一，ICP 作为相关信息的拥有人或管理人，享有合理地使用、处分或是排除他人使用这些信息的权利。对于 ICP 而言，其最主要的给付义务是将特定信息公开于网络以供社会公众访问，而非其他。事实上，ICP 即便设置了 Robots 协议，技术上也不能阻止搜索引擎的访问与记录行为，而仅仅是要求搜索引擎不能将该相关地址作为搜索结果提供给用户。自始至终，Robots 协议的设置及生效与否都与相关信息本身内容无关。第二，无论 ICP 设置 Robots 协议与否，其将信息公开于互联网的行为本身都是对知识、作品、思想或表达的传播与共享，既符合互联网的基本价值追求，也有益于社会整体利益的提高。从这个意义上讲，ICP 的公开行为只要符合相关法律法规的规定，就应获得法律的正面评价和鼓励，而不应受到额外的限制。^① 第三，网站地址是否出现于搜索引擎的结果之中，也会给 ICP 带来不同的影响：以营利为目的的网站，自然希望通过搜索引擎的定位获得更多的访问量；但对于以特定人群为服务对象的网站而言，虽然它也公开于网络之上，但其地址仅为有限用户所知，故也带有一定私密性，经由搜索引擎定位，可能会给其带来不必要的知名度，或是给网站服务器带来额外的负担。对此，ICP 有权从自身需求出发选择合适的公开方式。第四，Robots 协议具有的竞争性，亦会影响到相关各方主体的利益。搜索引擎对于 Robots 协议的漠视也可以视为是对 ICP 竞争利益的损害。这种损害可能体现在 ICP 在自身所涉的特定相关市场的竞争中，也有可能体现在该 ICP 与搜索引擎服务商所共同涉足的领域中，但无论怎样，法律要求访问者尊重 ICP 设置的 Robots 协议，是维护市场公平与秩序的基本内容。

再次，Robots 协议应属 ICP 与搜索引擎之间信息服务合同中的格式条款，破坏 Robots 协议的行为应属合同违约。ICP 向互联网访问者提供数据信息，并以此为给付来履行服务合同义务。搜索引擎作为访问者，虽不需要向 ICP 支付费用^②，但仍应承担消极给付义务。遵守 Robots 协议即是该消极给付义务

^① 即对 ICP 利用 Robots 协议限制搜索引擎行为的限制。

^② 搜索引擎访问到付费内容时也不会支付费用，而是将是否支付费用并获取付费信息的选择权交给用户。

之一。

Robots 协议产生效力的前提是搜索引擎与网站之间有就相关问题进行沟通的意愿或动机，这种意愿或动机，也即法律上的“意思表示”：搜索引擎一方在浏览网站信息时首先查询了 Robots 文档；或是网站一方设置了 Robots 文档，并希望它被搜索引擎所识别。而搜索引擎在访问 ICP 网站时，无论其最终是否遵守 Robots 协议，首先查看的也是根目录下的 Robots 文档，也即是说，搜索引擎一定可以“看到”Robots 文档。这些设置与查询行为，是相关当事人“将其希望产生私法或曰民法上的效果的内心意愿以一定的方式向外界予以表达”^①。与此同时，Robots 协议作为 ICP 所发出要约中的内容，已准确地传达到了搜索引擎一方。而当搜索引擎进一步开始对 ICP 的信息内容进行关键词划分、标记地址时，可以认为搜索引擎承诺了该要约，表示同意 Robots 协议的规定，并与 ICP 成立了信息服务合同。然而，此时即便搜索引擎访问了 Robots 协议中标明的“禁区”，也不构成违约。这是因为 Robots 协议的功能不在于拒绝搜索引擎对特定信息的访问，而在于禁止搜索引擎将访问所得的信息地址作为自己的服务内容提供给搜索引擎用户。^②换言之，当搜索引擎无视 Robots 协议、完成对 ICP 的访问后，只要它还没有将相关信息的地址作为自己的搜索结果反馈给用户，就不产生破坏 Robots 协议的后果，也不产生违约责任。此时，ICP 发出要约、搜索引擎作出承诺，双方订立合同的行为均已完成，Robots 协议也成为合同中的条款：它限制了搜索引擎对 ICP 所提供数据信息的使用方式。鉴于 Robots 协议特定的存储位置与编写格式，以及由 ICP 单方面编写的特征，笔者认为，将其认定为格式条款更为妥当。

最后，ICP 运用其他技术手段排除搜索引擎的行为可以被视为对违约行为的自力救济，但不应超出合理的界限。排除搜索引擎对特定信息地址的公开，原本是 Robots 协议的功能。但由于 Robots 不具备技术上的强制性，使得 ICP 难以以限制搜索引擎无视 Robots 协议的行为。对此，ICP 一方往往采用其他的技术手段来确保 Robots 协议所创设“禁区”的强制性。正如百度公司与奇虎 360 公司的 Robots 协议纠纷案中那样，当奇虎搜索引擎无视百度公司设置的 Robots 协议时，百度公司采用了技术手段使得奇虎搜索引擎的用户无法访问搜索结果，而是跳转到百度首页上。这些确保 Robots 协议得以执行的技术手段，可以视为是 ICP 一方为确保信息服务合同得以全面履行，或是面临违约风险时的

^① 刘凯湘：《民法总论》（第三版），北京大学出版社 2011 年版，第 297~298 页。

^② 事实上，搜索引擎无视 Robots 协议的行为也体现在其将 ICP 明确写于 Robots 协议中的内容地址体现于自己的搜索结果中。若搜索引擎没有将其体现于搜索结果中，就不会产生 Robots 协议相关纠纷。