

论“通知—移除”规则中网络服务平台的法律责任

马忠法, 谢迪扬

(复旦大学法学院, 上海 200438)

摘要: 《电子商务法》规定的“通知—移除”规则将网络服务平台设定为机械的移除者, 应对恶意通知的能力较低, 这严重损害了平台内经营者的合法权益, 扰乱了电子商务秩序。赋予网络服务平台一定的法律义务不仅能满足现实需求, 而且能在法理中找到依据。但这种法律义务无法从《电子商务法》第42条直接解释出来, 须适用《侵权责任法》第6条规定的过错归责原则, 即平台过错责任之承担应与注意义务之违反相当。平台的注意义务应当个案确定, 确定时应考虑知识产权类型、通知完整程度、平台实力等因素的影响。同时, 为了达到不同标准的注意义务, 也应适当扩张“必要措施”的内涵, 引导平台根据注意义务的要求选择合适的“必要措施”。

关键词: “通知—移除”规则; 平台责任; 必要措施; 注意义务

中图分类号: D922.298 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2019)06-0128-11

一、引言

随着互联网经济的高速发展, 网上购物已成为大众消费的主要方式之一。虽然电商平台为大众消费提供了一个便捷、实惠的交易环境, 但若监管不力, 其也容易沦为不法分子实施知识产权侵权行为的温床。为了进一步规范企业和个人以数据电文为交易手段、通过信息网络进行的各种商事交易行为, 国家制定了《电子商务法》, 力图全面加强网络知识产权保护。该法已于2019年1月1日起正式实施, 其中规定: 知识产权权利人可以给网络服务平台经营者发出投诉通知, 请求其采取必要措施, 以及时控制侵害其知识产权的行为。^①

“通知—移除”规则的本意在于及时控制侵权损害后果, 以保护知识产权权利人的权益。真实、准确的通知是该规则的基本预设, 平台在收到通知后无需审查, 只需机械地移除即可。但事实上, 恶意通知所占投诉通知的比例居高不下, 这与平台责任的缺失有很大关系。在恶意通知的情形中, “通知—移除”规则存在的若干制度漏洞(如“初步证据”的含义不清、反通知的等待周期过长、“双倍赔偿”制度的救济作用不明显等)都能因平台责任的确立而得到不同程度的消解。

然而现行的“通知—移除”规则并未规定平台因错误采取措施而承担的责任。我国法院处理恶意通知的案件时, 倾向于适用反不正当竞争法保护平台内经营者的利益, 但对平台错误采取

收稿日期: 2019-10-13

作者简介: 马忠法(1966-), 男, 安徽滁州人, 复旦大学法学院教授、博士生导师;

谢迪扬(1995-), 女, 浙江绍兴人, 复旦大学法学院硕士研究生。

^① 参见《电子商务法》(2018)第42条, 其中规定的必要措施包括: 删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等。

措施的行为,反不正当竞争法却无法规制。^①实践中平台也怠于审查,沦为按照通知被动机械移除的机器。平台责任的缺失使得“通知—移除”规则成为部分商家开展不正当竞争的工具,他们利用该规定,向其竞争对手大肆发出恶意通知,严重损害了平台内经营者的利益,也扰乱了电商平台的运营秩序。根据阿里集团提供的数据,2018年其平台上的恶意通知事件涉及103万商家、600万条商品链接,损失人民币1.07亿元。网易考拉给出的恶意通知数据更是让人跌破眼镜,由于其乃自营为主的跨境电商进口平台,涉及平行进口渠道控制的投诉通知占通知总量的90%。^②

由此可见,作为“通知—移除”规则的“副作用”,恶意通知的乱象已达到不容忽视的地步。在适用“通知—移除”规则加强网络知识产权保护的同时,如何控制恶意通知、保护平台内经营者的合法权益,是该规则在法律实践中亟待解决的问题。对此,本文认为,赋予平台适当的法律义务有其必要性,也能得到法理支撑。那么是否可以从《电子商务法》第42条解释出平台的法律义务?如果不行,那么是否可以引入《侵权责任法》第6条来填补《电子商务法》第42条关于平台责任的立法缺位——即平台未尽注意义务而导致平台内经营者损失的,应根据其过错承担相应的责任?另外,判定平台责任时可以使用什么方法和标准,既起到控制恶意通知的作用,又不至于赋予平台过重的责任?下文将针对这些问题进行探讨与分析,并试图通过论证给出答案与建议。

二、网络服务平台承担法律责任的法理依据

现行《电子商务法》第42条规定的“通知—移除”规则只要求平台在收到通知后及时采取移除等必要措施,至于平台因采取错误的措施导致平台内经营者遭受损失时,是否应承担法律责任,并未明确规定。本文认为,赋予平台相应的责任有其法理依据,符合利益平衡、权责一致、公平正义等法律原理。

首先,从权责一致的角度来看,一个法律主体享受何种程度的权利,就应履行相应程度的义务,承担相应程度的责任。具体到平台责任确立的问题上,网络服务平台在运营过程中向平台内商店的经营者收取大量的服务费,这就意味着网络服务平台在享受一定的权利,那么它也应当承担与之相应的义务与责任,即保护经营者的智力成果和商誉。^③在“通知—移除”规则的适用过程中,如果平台仅仅是实施移除措施的机器,那么平台远远没有达到上述“义务与责任”的标准。因此,在权责一致原则的要求下,平台在收到投诉通知后,应当积极承担初步或表面侵权判断的职责,具体方式与标准,我们在下文中会详细论述。

其次,确立网络服务平台的责任也符合知识产权领域的利益平衡理论。利益平衡是指通过法律来协调各方的利益冲突,使得他们的利益在共存和相容的基础上达到合理的最优状态,是一种各方都达到最大目标而趋于持久存在的相互作用形式。在知识产权领域,它涉及不同主体在知识产权方面享有的权利、承担的义务之间所形成的平衡。就电商模式中的通知方和平台内经营者而言,他们作为平等的民事主体,彼此之间的利益也应当是平衡的。如果通知方能够以极低的举证成本,就启动平台的移除措施,那么利益的杠杆就明显向其倾斜了,这与利益平衡的理论相悖。因此,在利益平衡理论的指导下,平台应负起适当的责任,督促通知方达到合理的证明门槛,对达到侵权证明要求的通知及时采取措施,对未达到侵权证明要求的通知及时退回并提示补充证据,在实践中找到知识产权保护和恶意通知防范之间的平衡点。

^① 参见王垒诉江海、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷案,(2018)浙8601民初868号。

^② 以上数据来自于2019年7月26日在浙江省高级人民法院浙知沙龙中部分专家的发言。

^③ 需要指出的是,在“通知—移除”规则的适用中,网络服务平台在某种程度上承担了部分市场监管的职责,这一职责如能获得法律的明确授权,那么“通知—移除”规则将获得更强大的法律支撑。

再次,确立网络服务平台的责任也是公平正义原则的要求。部分学者对网络服务平台的责任确立持怀疑态度,他们认为知识产权侵权判定难度大,对平台不宜施加过重的责任。特别是在专利侵权案件中,应当直接排除“通知—移除”规则在专利领域的适用。但是,从公平正义的法律基本原理出发,相同性质的权利,理应得到相同程度的保护。专利权和其他类型的知识产权,在性质上是相同的,在位阶上是平级的,其获得的保护也应当是同等程度的。在专利权领域排除“通知—移除”规则的适用,就意味着对专利权的保护弱于其他种类的知识产权,这与法律所追求的公平正义之目标相违背。基于上述分析,本文认为,应当在所有类型的知识产权侵权案件中都确立相应的平台责任,但这种责任的大小不是一成不变的,而是会随着不同案件中平台注意义务的变化而变化,而知识产权类型是影响平台注意义务的重要因素之一。其他影响因素将在下文中详细论述。

三、现有制度的不足与分析

《电子商务法》规定的“通知—移除”规则有一个基本预设:大多数通知都是真实、准确的。因此,“通知—移除”规则中没有明确规定平台因错误移除而应承担的责任,按照该规则,平台只需机械地根据通知采取移除等措施即可。但实践中有相当比例的通知是恶意通知,通知发出者具有扰乱经营、不正当竞争的恶性动机。然而,平台的上述法律责任无法从《电子商务法》第42条直接解释出来,这进一步放大了规则本身的制度漏洞。具体分析如下:

(一) 现行“通知—移除”规则中平台法律责任的缺失

从《电子商务法》第42条的文义来看,显然没有涉及平台在错误采取措施时应当承担的责任。那么是否可以通过其他解释方法,从《电子商务法》第42条解释出平台的法律责任呢?下文就从体系解释、主观目的解释、比较解释的方法加以分析。

首先,用体系解释的方法分析,《电子商务法》第42条第1款规定了“必要措施”的具体内容包括“删除、屏蔽、断开链接”等,这些措施都能起到终止交易的作用,因此用体系解释的方法难以解释出“深入审查通知”等不具有终止作用的措施。平台未对通知进行审查,也就没有违反“必要措施”的要求。至于平台因错误移除导致平台内经营者损失的是否应当承担法律责任,用体系解释的方法也难以得出结论。

其次,用主观目的解释的方法,立法者在制定《电子商务法》中的“通知—移除”规则时,本意是加强网络知识产权的保护,至于平台内其他经营者的利益,并未在制定该条文时详细加以考虑。因此,在强烈的保护知识产权法益的主观目的的指导下,难以从“通知—移除”规则的条文中,解读出平台因错误采取措施导致平台内经营者受损的法律责任。

再次,用比较解释的方法分析,这里主要是将DMCA^①、《侵权责任法》^②和《电子商务法》^③规定的“通知—移除”规则进行对比。三者之间的细微差异如表1所示。

由表1中信息可知,DMCA规定的“通知—移除”规则是免责条款,是典型的“避风港”规则,平台在满足法定条件后,将产生免责的法律效果。具体来讲,DMCA的“通知—移除”规则规定了两个层面的免责条款:一是17 USC 512(c)(d)规定的,在平台及时移除侵权内容时,平台无需对权利人(通知人)承担连带侵权责任;二是17 USC 512(g)规定的,在平台错误移除信息(且

^① See 17 USC 512(c)(d). 即不存在其他过错事项的前提下,网络服务平台在收到权利人的通知后,及时采取必要措施的,不与其用户承担连带侵权责任。

^② 《侵权责任法》(2009)第36.2款:网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者收到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与网络用户承担连带责任。

^③ 《电子商务法》第42条规定,网络服务平台应对未及时采取必要措施而就扩大损害部分与平台内经营者承担连带责任。

满足一定条件)时,可免除平台因错误移除而产生的对平台内经营者的责任(如视频分享网站无需对其签约用户承担因视频被错误删除而可能引发的违约责任)。反观我国的《侵权责任法》和《电子商务法》,与典型的“避风港”规则有所区别,从文义解释的角度看,只规定了上述第一个层面的归责条款,即平台收到正确通知时,若未及时采取“必要措施”,则将与侵权人承担连带责任;而没有涉及上述第二个层面,也就是说,在恶意通知的情形中,并未明确免除平台因审查疏漏、错误删除或怠于恢复而产生的责任,但也未明确规定上述责任。

表1 DMCA、《侵权责任法》和《电子商务法》中“通知—移除”规则差异对比表

所依据的法律	平台的措施	措施正确	措施不当
DMCA	移除 不移除	无须连带 未明确规定	满足条件时不负责 ^① 未明确规定
《侵权责任法》第36条第2款	移除 不移除	未明确规定 未明确规定	未明确规定 扩大部分连带
《电子商务法》第42条	移除 不移除	未明确规定 未明确规定	未明确规定 扩大部分连带

由以上分析可知,在平台法律责任的问题上,我国的“通知—移除”规则未明确规定。那么,这究竟是法律漏洞还是对平台的特殊保护?从上述各种解释方法的分析结果来看,立法者保护平台的意图较为明显。但用这种一刀切的模式来免除网络服务平台的法律责任,并不适合当下电子商务领域知识产权产业发展的现状;相反,赋予平台一定的法律责任有利于优化电子商务领域知识产权产品交易的整体环境。

(二) 平台法律责任缺位导致的制度漏洞的放大

规则本身就存在不少制度漏洞,如“初步证据”的含义不清、反通知制度的等待周期过长、双倍赔偿制度救济不力等。平台责任的立法缺位,又进一步放大了这些漏洞。

首先,平台责任的缺位导致证据门槛过低。根据规定,只要知识产权权利人“认为”其权利受到侵犯,且具备构成侵权的“初步证据”,即可启动“通知—移除”程序。但何为“初步证据”,平台是否要对证据的真实性进行审查,法律却没有具体规定。电商平台对有效通知的要求大多参照《信息网络传播权保护条例》,^②仅须具备权利人的信息、知识产权权属证明和侵权产品的信息,即可成为有效通知,并启动“通知—移除”程序。至于对侵权行为或侵权程度的描述、主张侵权的理由等,一概不作要求。平台甚至无需审查上述通知材料的真实性。恶意通知人获得或伪造上述材料并非难事,“通知—移除”程序极易被恶意启动,例如王垒诉江海、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷案中,被告使用虚假的身份证明和伪造的商标权属证明,轻易启动了“通知—移除”规则,导致平台内经营者(原告)严重受损。

其次,平台责任的缺位导致平台怠于解除“必要措施”。《电子商务法》第43条规定了“反通知—恢复”程序。^③根据法律条文,平台收到通知后,“应当及时采取必要措施”,即使赋予“及时”一定的解释空间,也鲜有15日之久。而平台收到反通知后,要等待15日,在此期间权利人没有再次投诉或者起诉的,平台恢复链接才能完全得到法律的保护。虽然按照法律文意,在15日的等

^① See 17 USC 512(g).

^② 《信息网络传播权保护条例》(2013)第14条规定了有效通知须具备三方面的内容:(1)权利人的姓名(名称)、联系方式和地址;(2)要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址;(3)构成侵权的初步证明材料。该条文只规定了权利人应当为证据的真实性负责,而未涉及平台的审查义务。

^③ 参见《电子商务法》(2018)第43条。

待期内,平台也可以依据自身判断恢复链接,但由于平台责任的缺位,以及法律的保护倾向性,平台大多愿意等足15日才解除“必要措施”。这有可能给平台内经营者带来致命的影响:有的店铺在“双十一”等消费节日的销量占到全年销量的一半以上,若在重大消费节日前夕发出恶意通知,即使平台内经营者立即发出反通知,15日后商品链接恢复,平台内经营者也是无力回天。

再次,平台责任的缺位引发大量的救济需求。根据现行的“通知—移除”规则,平台收到通知后,未经审查就可以直接采取移除等措施;平台收到反通知后,也无需审查反通知内容,只需将其转送给通知人,再消极等待15日,若通知人未再次投诉或起诉的,这才解除“必要措施”。“通知—移除”规则中平台法律责任的缺位,就意味着该规则对恶意通知的防范能力的缺失,这导致大量平台内经营者需要适用《电子商务法》第42条规定的双倍赔偿条款加以救济。^①但在实践中,双倍赔偿并不易得。一个原因是“恶意”的证明难度大。恶意通知人若确实是知识产权的适格权利人,完全可以辩称“错误通知”而非“恶意通知”,通知人恶意与否难以证明。另一个原因是平台内经营者的损失难以证明。恶意通知带来的损失体现在成交金额上的只是小部分,更多的损失难以计算具体数值,如商机的错失(在双十一等重要消费节日前夕被平台删除链接)、商誉的下降(店铺排名、星级下降)、顾客的流失(收藏、关注人数减少)等。

根据以上分析可知,“通知—移除”规则的不足主要在于将平台设定为一个按照通知机械移除的执行者。虽然有的通知真假难辨,但也有相当一部分通知,其恶意十分明显(如对同一商铺的不同商品反复发出的通知)。此时,平台仍旧采取移除措施导致平台内经营者损失的,是否应当承担责任,法律却没有明确规定。这就导致平台在理解法律条文时,认为移除是最简单、最经济、最保险的方法。但这种制度设计,会使得平台内经营者极易受损,最后整个电商平台都会陷入竞争商铺互发恶意通知的泥潭。

四、网络服务平台法律责任的制度完善及责任判定

针对“通知—移除”规则的种种不足,可以通过修订《电子商务法》加以完善。但由于修法耗时长、成本高、通过难度大等原因,本文建议可以结合适用《电子商务法》第42条和《侵权责任法》第6条的规定,并对“必要措施”进行适当的扩大解释,从而完善网络服务平台法律责任的相关制度。至于网络服务平台法律责任的判定,应当根据个案分析平台采取的措施是否达到了注意义务的标准。具体说明如下:

(一)网络服务平台法律责任的制度完善

1. 平台过错责任的适用依据

根据上文分析可知,平台未尽合理注意义务导致平台内经营者损失的,对其是否应当承担责任,“通知—移除”规则没有明确规定。特殊法未做具体规定的事项,可按照一般法的规定处理。在本文讨论的情形中,《电子商务法》第42条和《侵权责任法》第36条是特殊法,《侵权责任法》第6条是一般法。因此,在上述情形中,可依照《侵权责任法》第6条,根据平台的过错令其承担相应的损失赔偿责任。

应移除而未及时移除时,平台应与平台内经营者承担连带责任,连带的范围为扩大损失部分,该责任的依据是《电子商务法》第42条,采用的是过错原则;不应移除而不当移除时,依据《侵权责任法》第6条的规定,电商平台也应就其过错承担相应的责任。^②综合上述两种情况可

^① 参见《电子商务法》(2018)第42条。

^② 《侵权责任法》第6条规定:行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任;根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。

知,无论何种情形,对平台适用的归责原则都是过错原则(包括过错推定原则)。

至于平台责任的性质,《电子商务法》第42条和《侵权责任法》第36条明确规定了平台(与平台内经营者)的责任为连带责任^①,但在《侵权责任法》第6条适用于恶意通知的案件时,(平台与恶意通知人的责任)是连带责任还是按份责任应当个案判定。

2. 平台注意义务的判断准则

根据过错归责原则,平台承担的责任应与过错相适应,其过错应以注意义务为限。注意义务的概念为英美法系所创,其基本含义为:当事人之间为他人利益而负担一项法律义务,就特定行为需要符合该项义务的要求。^②大陆法系在其基础上发展了注意义务的概念:任何危险的制造者抑或危险状态的维持者,都有义务采取一切必要的和适当的措施保护他人和他人的绝对权。^③过失(过错)责任的成立包括注意义务之存在与注意义务之违反两个方面,前者指行为人对被害人负有注意义务,后者指行为人违反了注意义务而生损害于被害人。^④对于注意义务之违反,大陆法系国家多采用“善良管理人之注意程度”加以判断,其标准为:一般具有相当专业知识经验且勤勉负责之人,在相同之情况下是否能预见并避免或防止损害结果之发生。^⑤注意义务之违反的判断,无论是在英美法系还是在大陆法系,都是个案判断的结果。^⑥在恶意通知、不当移除的案件中,电商平台的注意义务不是一成不变的,而应将“善良管理人之注意程度”作为衡量标准,进行个案判断。

3. “必要措施”的扩大解释

平台是否应当承担过错责任,取决于平台采取的“必要措施”是否达到平台在该案中的注意义务的要求。由于平台的注意义务在具体案件中各不相同,与此相适应的,对“必要措施”的理解不能过于单一,应对其进行适当的扩大解释。具体来说,有以下几点需要注意:

第一,“必要措施”不等同于移除。《电子商务法》第42条和《侵权责任法》第36条中的“必要措施”均通过列举而非逐一列举的方法给出其可能的形式,即它们没有穷尽一切方法,后面的一个“等”字意味着随着社会的发展,措施还可增加。因此,“必要措施”包括但不限于“删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务”。这意味着平台不是必须移除才满足“必要措施”这一要求。因此在适用《侵权责任法》第6条判定平台的过错责任时,深入审查、征求第三方鉴定机构的意见等措施也可以认定为“必要措施”,即使平台最终并未移除涉案链接,也有可能达到了注意义务的要求。

第二,“转通知”也可认定为“必要措施”。虽然《电子商务法》第42条中的“必要措施”不能包含“转通知”(因为该条款将“必要措施”与“转通知”并列,这就意味着法院丧失了将“转通知”认定为“必要措施”的解释空间),但是在适用《侵权责任法》第6条时,将平台“转通知”的行为解释为有助于达到注意义务的“必要措施”,并没有制度上的阻碍。将“转通知”认定为“必要措施”之一有其积极意义:一方面,部分平台内经营者在收到通知后会因理亏而自行下架,这样就达到了快速控制侵权后果的目的;另一方面,转通知也能提醒平台内经营者提交反通知,因为反通知中包含了达到一定证明要求的“初步证据”,丰富了侵权行为的证明材料,也有利于平台作

① 即未及时采取必要措施给权利人造成损失的,与平台内经营者承担的责任。

② See W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts* (5th ed.), West Publishing Co. 1984, p. 356.

③ 廖焕国:《论德国侵权法上的一般注意义务——以司法判例为主线的考察》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2006年第3期,第312页。

④ 陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第45页。

⑤ 陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第45页。

⑥ 刘建臣:《“通知—移除”规则适用于专利领域的理论困境及其破解》,《知识产权》2019年第1期,第52页。

出正确的侵权判断。在2015年浙江天猫网络有限公司(以下简称天猫公司)诉威海嘉易烤生活家电有限公司等侵害发明专利纠纷案^①中,浙江省高级人民法院认为:将有效的投诉通知材料转达被投诉人并通知被投诉人申辩,当属天猫公司应当采取的必要措施之一。该案入选最高法指导案例,可见最高法也赞同将“转通知”认定为“必要措施”的做法。

第三,对“必要措施”的理解可以适当扩张。司法实证判决结果表明,如果网络服务提供者系在依据第三方鉴定机构的意见作出相应决定时,法院均认定其已尽到合理注意义务,不应承担间接侵权责任。^②浙江省杭州市中级人民法院^③和广州知识产权法院^④都做出类似认定。但需要注意的是,只有在网络服务平台有一定实力的情形下,才有寻求第三方机构建议的资金和能力,因此该措施只是网络服务平台保险起见做出的审慎程度较高的处理方式,不能要求每个网络服务平台在处理每个投诉通知时,都征求第三方机构的建议。除此之外,平台还可以要求当事人提供担保。由于“通知—移除”规则在性质上类似于诉前禁令,法院在发布诉前禁令时,要求提供担保已经成为惯常措施,因此在适用“通知—移除”规则时要求提供担保有其合理性,一旦移除不当造成损失时,担保金可以用以救济。担保有两种方案,方案一是要求通知人提供担保,缴纳担保金后,平台方可移除链接;方案二是收到反通知后,平台可要求平台内经营者提供担保,缴纳担保金后,平台方可恢复链接。相比于方案一,方案二更可取,因为方案一相当于变相给“通知”附加条件,与法律条款相悖。而在平台内经营者发起的反通知程序中,法律本就附加了15日的等待期,但并未要求平台一律等足15日,因此担保金可以替代等待期。在恶意通知的情形中,平台内经营者可以通过担保的方式使得链接立即恢复,以减少损失。如果通知人未起诉,15日期满后担保金应返还平台内经营者,如果通知人起诉,上述诉前担保可转为诉中担保,不必再次移除链接。

(二) 网络服务平台法律责任的判定

从上文分析可知,即使网络服务平台及时采取了“必要措施”,但若平台疏于审查、武断移除或是怠于恢复,造成平台内经营者损失的,也应根据《侵权责任法》第6条承担与其过错相适应的责任。需要注意的是,在“通知—移除”规则中,平台的责任不宜过大,也不能一成不变,而应以注意义务为标准,使其替代责任之承担与注意义务之违反相当。换言之,判断网络服务平台是否构成侵权,应当首先确定平台在该案中的注意义务,再分析平台采取的“必要措施”是否达到了注意义务的要求。

^① 参见浙江省高级人民法院(2015)浙知终字第186号民事判决书。浙江省高级人民法院认为:天猫公司作为电子商务网络服务的提供者,基于其公司对于发明专利侵权判断的能力、侵权投诉胜诉概率以及利益平衡等因素的考量,并不必然要求天猫公司在接受投诉后对被投诉商品立即采取删除或屏蔽措施,对被诉商品采取的必要措施应当秉承审慎、合理原则,以免损害被投诉人的合法权益。但是将有效的投诉通知材料转达被投诉人并通知被投诉人申辩当属天猫公司应当采取的必要措施之一。否则权利人投诉行为将失去任何意义,权利人的维权行为也将难以实现。

^② 刘建臣:《“通知—移除”规则适用于专利领域的理论困境及其破解》,《知识产权》2019年第1期,第56页。

^③ 在“赵志谋诉台州市冰雪儿电器有限公司等侵害发明专利权纠纷案”中,浙江省杭州市中级人民法院认为:天猫公司虽然未删除侵权产品信息链接,但鉴于涉案专利系发明专利,侵权认定涉及侵权产品内部结构特征的比对,在天猫公司已委托浙江省知识产权研究与服务中心进行侵权比对,尚无法得出侵权结论的情况下,天猫公司未删除侵权产品链接并无过错,无需承担共同侵权责任。参见浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民初字第800号民事判决书。

^④ 在“李显军等诉温州鑫达金箔工艺品有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案”中,阿里巴巴公司在将原告的投诉意见转通知给被告后,另聘请案外人浙江省知识产权研究与服务中心就被诉侵权产品是否构成侵权作出鉴定,鉴定结果无法判断被诉侵权产品是否落入涉案专利的保护范围,故未删除涉案产品链接,对此,广州知识产权法院认为:阿里巴巴广告公司在无法判断侵权成立与否的情况下未采取删除、屏蔽、断开链接的措施,属于审慎、合理的处理。参见广州知识产权法院(2016)粤73民初字第790号民事判决书。

平台的注意义务不是线性的,而应从两个维度进行衡量,一是审查深度,二是侵权判断的精准度。前者是程序上的,后者是实质上的。注意义务侧重于审查深度的案件,平台应积极采取审查和保障措施,如征求第三方鉴定机构意见、要求平台内经营者缴纳保证金等;注意义务侧重于侵权判断精准度的案件,平台应积极采取处置措施,比如,侵权成立的应及时移除商品链接,侵权不成立的应及时退回投诉通知。一般来说,以下三个因素对平台的注意义务有相当程度的影响:

1. 知识产权类型

《电子商务法》中“通知—移除”规则可适用于各种类型的知识产权,不同的知识产权侵权案件有不同的判定方法与标准,其所要求的专业知识与素养也各不相同。

著作权的侵权判定相对来讲较为简单,因为著作权保护的是表达,而不是思想,其侵权表现较为浅显。而且,著作权的保护对象一般都能被平台直接获取,如文字、美术作品的照片等,平台可以直接比对,这又降低了侵权判定的难度。故“通知—移除”规则运用于著作权领域的平台注意义务较容易判定,学者、实务界也没有就此产生太多的分歧。

然而,专利权的侵权判定较为复杂。专利权保护的是思想、功能部分,其技术性强,保护边界十分模糊,一般情况下,对于既缺乏专利法律知识,又缺乏技术支撑的平台来说,判断专利侵权确实超出了其能力范围。而且,平台在收到投诉通知时,并未获得涉案专利与侵权产品的实物,侵权比对只能纸上谈兵,更是增加了判定难度。另外,相对于著作权和商标权,专利权稳定性较差,被宣告无效的比例较高。统计专利复审委网站公布的审查决定后发现,宣告专利权全部无效的占到一半。^①这就意味着在专利侵权案件中,有相当比例的通知人不适格,但只有经过复审才能发现,此时若平台盲目删除,必然会导致平台内经营者权益受损。另外,在专利权中,发明、实用新型专利的判定难度应大于外观设计专利。

是否侵犯商标权,主要在于是否会导致消费者混淆商品来源,因此商标的侵权判定也是建立在直观、表面的比对之上,在比对内容和方式上更接近于著作权。由此可知,在不考虑个别特殊案件的前提下,从总体上看,商标侵权判定难度更接近于著作权,低于专利权。其中,相同商品的商标侵权判定难度低于近似商品的商标侵权判定。

由上述分析可知,侵权判定的复杂程度,专利权大于著作权和商标权,发明专利大于实用新型专利和外观设计专利,近似产品的外观设计专利大于相同产品的外观设计专利,近似商品的商标权大于相同商品的商标权。

侵权判定复杂程度越高,平台注意义务的侧重点越偏向于程序,也就是在于审查深度。换言之,平台应赋予该投诉通知相当程度的重视,在相对深入的审查之后,才能作出处理决定,决定的正确与否对平台是否达到注意义务的标准影响不大。侵权判定复杂程度越低,平台注意义务的侧重点越偏向于实质,也就是在于判断的精准度。换言之,在简单案件中,经过简单对比就可得出侵权与否的结论,此时无论平台进行了多么深入的审查,平台判定的正确与否直接关系到平台是否达到注意义务的标准。

2. 通知完整程度

上文已经提到,合格通知应当包括构成侵权的初步证据。初步证据又包括两部分,一是权属证据,通知人要证明自己享有某项知识产权;二是侵权证据,即平台内经营者销售的产品或内容侵害了通知人的知识产权。“初步证据”不是指简单的证据,“初步”是用来修饰证明标准的。这个证明标准显然要低于民事诉讼的高度盖然性标准,从立法目的来看,这个证据标准也

^① 数据来自于2019年7月26日在浙江省高级人民法院浙知沙龙中部分专家的发言。

应当理解为较低的程度,因为“通知—移除”规则最主要的目的还是在于以低审查成本实现快速制止部分侵权行为。但是该证明标准也不能太低,否则会进一步降低恶意通知的成本。阿里巴巴、苏宁和拼多多都要求通知人提供专利评价报告,就目前专利的稳定性而言,这个要求是具有合理性的。^①《电子商务法》第43条中,对反通知也规定了初步证据的要求。从相同的表述可以看出,通知的证明标准应当与反通知一致,这也符合利益平衡原则。实践中,相当一部分通知人只提供权属证书和侵权链接,至于具体的侵权细节、侵权程度,全部丢给平台审查。此类通知缺乏对侵权行为的阐述,完整度较低,可以看作是知识产权权利人怠于行使自身权利的表现。

因此,通知完整度越低,平台注意义务的侧重点越偏向于程序,即越注重审查的深度,因为平台没有义务替知识产权权利人行使权利,也就无需为通知人查找进一步的侵权证据,只需根据通知人给出的材料进行判断,即使判断错误,其注意义务的要求也已经达到,无需承担侵权责任。相反,通知完整度越高,平台注意义务的侧重点越偏向于实质,即越注重侵权判断的精准度,因为丰富的证明材料有助于平台作出正确的判断。

3. 平台实力

除了阿里巴巴、京东、苏宁、网易考拉等成熟的电商平台外,近年来小型电商平台数目不断增加,还有不少原本与商务无关的平台也纷纷涉足电商行业,如微信、第一条、小红书等。因此平台实力参差不齐,资金水平、知识产权保护水平、法务团队水平相距甚远,如果对小型平台的注意义务的要求与大型平台一致,那么不是拉低注意义务的整体标准,就是过于为难小型平台。

由此可知,对实力雄厚的大平台,其注意义务相对较高,且在侧重点上可以更偏向于实质。因为在资金、技术、法务团队的全方位支持下,大平台对通知的审查不能仅仅停留在形式层面,应该鼓励其提高判断的准确度。而对实力较为单薄的小平台,其注意义务可以相对放低,在侧重点上可以更偏向于程序。

综上所述,在平台责任的判定过程中,不能单一、固化地理解注意义务与必要措施,而应根据案情,赋予它们丰富的内涵。平台责任的判定应当针对个案进行,如果平台采取的“必要措施”满足了该案中平台的注意义务的要求,即使平台未采取移除措施,也无需承担侵权责任。但若平台采取的“必要措施”未达到注意义务的要求,即使平台采取了移除措施,也有可能要对平台内经营者的损失承担侵权损害赔偿责任。

五、结 论

综上,在“通知—移除”规则的适用中,赋予网络服务平台适当责任十分必要。平台责任缺位会放大现有制度的不足,导致通知的证据门槛过低;反通知的等待周期过长,使平台怠于解除“必要措施”;带来双倍赔偿制度的救济不力,难以保护相关当事人的正当合法权益。赋予平台在“通知—移除”规则适用方面的法律责任的法理依据有:权责一致、知识产权利益平衡及公平正义等理论。明确赋予平台责任利于弥补上述制度漏洞。然而,虽然“通知—移除”规则未明确规定平台责任,但《侵权责任法》中过错原则为其适用留下了制度空间;在不修改《电子商务法》情形下,可适用该原则来判定平台责任;判定时,应分析平台采取的措施是否尽到具体案件中的注意义务。

与注意义务的个案确定方法相对应,对“必要措施”应作适当的扩张解释,但以下三点需要

^① 数据来自于2019年7月26日在浙江省高级人民法院浙知沙龙中部分专家的发言。

注意：平台不是必须移除才满足“必要措施”这一要求；《电子商务法》将“必要措施”与“转通知”并列，排除了“转通知”为“必要措施”的可能；寻求第三方鉴定机构的意见、要求当事人提供担保等，都可认定为合格的“必要措施”。另外，平台的注意义务并非一成不变，而应将“善良管理人之注意程度”作为衡量标准，进行个案判断。对此，可从审查深度和判断的精准度两个维度进行衡量：前者要求平台应积极采取审查和保障措施，如征求第三方鉴定机构意见、要求平台内经营者缴纳保金等；后者要求平台应积极采取处置措施，如侵权成立的，应及时移除商品链接，侵权不成立的应及时退回投诉通知。

注意义务的衡量因素主要有三点：一是知识产权的类型。知识产权类型不同，其侵权判定的复杂程度不同；复杂程度越高，则平台注意义务越偏向于程序，决定的正确与否对其是否尽到注意义务影响不大；复杂程度越低，则越偏向于实体，决定的正确与否直接关系到其是否尽到注意义务。二是通知完整程度。完整度越低，则其注意义务越偏向于程序，即使判断错误，其注意义务标准也已达；相反，完整度越高，则其注意义务越偏向于实体，因为充沛的证明材料有利于其作出正确的判断。三是平台实力。实力雄厚的平台对通知的审查不能仅停留在形式层面，还应该鼓励其提高判断的准确度；而实力单薄的平台，其注意义务可以相对放低，可以侧重于其程序义务的履行。

限于篇幅，为了更好地适用“通知—移除”规则及判定网络服务平台的法律责任，相关配套制度的设计、初步证明标准的细化、双倍赔偿条款的运用等问题均有待于今后的进一步研究和探索。

主要参考文献：

- [1] 王迁. 论“通知—移除”规则对专利领域的适用性——兼评《专利法修订草案(送审稿)》第63条第2款[J]. *知识产权*, 2016, (3).
- [2] 詹映. “通知—移除”规则在专利领域的适用性分析[J]. *法商研究*, 2017, (6).
- [3] 秦洋, 盛星宇. 论“通知—删除”规则的重构——从版权到其他领域的思考[J]. *网络法律评论*, 2016, (1).
- [4] 王利明. 论网络侵权中的通知规则[J]. *北方法学*, 2014, (2).
- [5] 张新宝, 任鸿雁. 互联网上的侵权责任:《侵权责任法》第36条解读[J]. *中国人民大学学报*, 2010, (4).
- [6] 杨立新. 《侵权责任法》规定的网络侵权责任的理论与解释[J]. *国家检察官学院学报*, 2010, (2).
- [7] 刘建臣. “通知—移除”规则适用于专利领域的理论困境及其破解[J]. *知识产权*, 2019, (1).
- [8] 张德芬. 《电子商务法》中“通知—移除”规则评析[J]. *知识产权*, 2019, (3).
- [9] 李琛. 论知识产权法的体系化[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 102.
- [10] 廖焕国. 论德国侵权法上的一般注意义务——以司法判例为主线的考察[J]. *武汉大学学报(哲学社会科学版)*, 2006, (3).
- [11] 陈聪富. 侵权归责原则与损害赔偿[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 45.

The Legal Responsibility of the Network Service Platform in the “Notice-Remove” Rule

Ma Zhongfa, Xie Diyang

(School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Summary: The “Notice-Remove” rule stipulated in the E-commerce Law sets the network service platform(provider) as a mechanical remover, and the ability to respond to malicious

notifications is weak, which seriously damages the legitimate rights and interests of the operators in the platform and disrupts the electronic market. In applying the "Notice-Remove" rule, it is necessary to give the network service platform appropriate responsibility. The lack of platform responsibility will amplify the deficiencies of the existing system, and it is difficult to protect the legitimate rights and interests of the relevant parties. The legal basis for giving the platform legal responsibility for "Notice-Remove" is: the theory of consistency of powers and responsibilities, balance of intellectual property interests, and fairness and justice. Clearly giving the platform responsibility can make up for the loopholes in the above system. However, although the "Notice-Remove" rule does not clearly define the platform liability, the principle of fault in the Tort Liability Law leaves space for its application: this principle can be applied to determine the responsibility of the platform without modifying the E-commerce Law; when deciding, whether the measures taken by the platform fulfill the duty of care in specific cases should be analyzed.

Corresponding to the method of determining the duty of care, the interpretation of "necessary measures" should be appropriately expanded, but the following three points need to be noted: Firstly, the platform does not have to remove to meet the requirement of "necessary measures"; Secondly, the "necessary measures" and the "transfer notice" are juxtaposed, and the possibility of interpreting "transfer notice" as "necessary measures" is excluded; Thirdly, seeking the advice of a third-party appraisal agency and requesting the parties to provide guarantees can be regarded as qualified "necessary measures". In addition, the platform's duty of care is not static, but the "degree of attention of good managers" should be used as a standard for case judgment. In this point, it can be measured from two dimensions: the depth of examination and the accuracy of judgment. The former requires the platform to actively review the notifications and take safeguard measures, such as seeking the opinions of third-party appraisal agencies, requiring operators in the platform to pay premiums, etc. The latter requires the platform to take active measures to deal with it.

There are three main factors to measure the duty of care. The first one is the type of intellectual property. Different types of intellectual property rights have different levels of complexity in infringement judgment. The higher the complexity is, the more biased the platform's duty of care is to the procedure, and the correctness of the decision has little effect on whether or not it fulfills its duty of care; the lower the complexity is, the more biased it is towards the entity, and the correctness of the decision is directly related to whether it has fulfilled its duty of care. The second one is the integrity of notifications. The lower the integrity is, the more biased the platform's duty of care is to the procedure. Even if the judgment is wrong, the standard of duty of care has been reached. The third one is the strength of the platform. The platform with great strength can not only review notifications in the form level, but also encourage it to improve the accuracy of judgment.

Key words: "Notice-Remove" rule; platform responsibility; necessary measures; duty of care

(责任编辑: 倪建文)