

2012 ~ 2013 年电子商务法研究综述

林 斌*

2012 年 5 月 ~ 2013 年 6 月,我国法学界对于电子商务法开展了一些研究,发布了一些论文,出版了一些书籍,取得了一定的研究成果。学界研究主要集中在电子商务交易平台知识产权审查义务标准、电子商务平台服务提供者的商标间接侵权责任、电子商务中格式条款的认定及其效力、电子商务商业方法专利等方面,并取得了一定的发展。

一、电子商务交易平台知识产权审查义务标准的讨论

电子商务法是指调整电子商务活动中所产生的社会关系的法律规范的总称,是一个新兴的综合法律领域。近年来,我国审理的涉及电子商务的知识产权案件逐年增多,主要类型为电子商务交易平台知识产权侵权纠纷案件。电子商务交易平台知识产权侵权责任认定对各国法院都是一个难题,值得深入研究。

(一) 过错与知识产权审查义务

在我国的司法实践中,认定电子商务交易平台是否侵犯知识产权主要有两种法律逻辑。第一种法律逻辑,是按照《侵权责任法》第 36 条的规定,如果知识产权权利人未通知之前,电子商务交易平台就已经知道侵权事实而未采取必要措施,则应当承担侵权责任。如果之前不知道,但权利人通知之后电子商务交易平台仍未采取必要措施,也应当对扩大部分的损失承担侵权责任。第二种法律逻辑,是认定是否构成直接侵权和间接侵权。按照这种逻辑,电子商务交易平台只是提供交易平台,并不直接销售商品,只有作为网络用户的网络卖家构成直接侵权而且电子商务交易平台有过错的情况下才承担侵权责任。

(二) 确定审查义务标准的基本原则

为了正确地界定电子商务交易平台的知识产权审查义务,有这样两个基本原则应当遵守:第一,强调公平的利益平衡原则;第二,强调效率的合理预防原则;第三,对于电子商务交易平台知识产权审查标准。有学者认为,目前司法实践中的多数做法是符合利益平衡原则和合理预防原则的。

* 林斌,湖南大学法学院 2012 级法理学专业博士研究生,湖南警察学院法律系副教授。

利益平衡原则和合理预防原则确定审查义务符合互联网环境下的知识产权保护所具有的特点。随着技术和商业模式的发展,知识产权权利人和电子商务交易平台的预防成本会不断变化,因此即使界定审查义务的基本规则不变,过错认定的结论却可能不断变化。^①

二、电子商务平台服务提供者的商标间接侵权责任问题

(一) 电子商务平台法律性质的探讨

电子商务平台虽然为买家和卖家提供了交易的场所,但其角色与传统的商场还是有着显著的区别。这体现在,商场是有形物品的集散地,而电子商务平台从本质意义上只是信息的集散地,它所处理和接触的是“信息流”而非“物流”。电子商务平台的本质特征或者说其区别于传统交易的根本优势就是卖家与买家不用见面就可以完成交易,买家是根据商品信息而非商品实物来做出交易判断。因此,从这一点来说,电子商务平台与专门用于发布购物信息的 BBS 并无实质区别,仅是一个信息的发布渠道,只不过电子商务平台提供了第三方支付工具、商品分类排名、推广等服务从而使得其与交易的结合更为紧密,但这里没有从本质上改变其与商场的区别,即自始至终电子商务平台都没有机会接触到实体商品。另外,商品数量和虚拟的上架方式也是电子商务平台与商场的区别所在,传统的商场即使再大,也不过几千家商户,数万件商品,但电子商务平台则可在虚拟空间提供无限的柜台和货架。因此,电子商务平台不可能对所有的商品信息进行事先核实和检验。面对如此多的信息和只见信息不见实物的现状,任何赋予电子商务平台事前审查义务的要求都是不切实际的,将会对整个行业造成毁灭性打击。

(二) 电子商务平台过错的判断

电子商务平台虽不承担事先的主动审查义务,但应对其存在过错时的第三方侵权行为承担间接责任。依据《侵权责任法》第 36 条的规定,电子商务平台的过错存在于如下两种情形,即第 2 款规定的接到通知未处理和第 3 款虽未接到通知但对侵权“知道”的特定情形。一般情况下,收到侵权通知可以证明电子商务平台对侵权知情,即其对第三方利用其平台从事侵权行为实际知晓的主观状态。在司法实践中,除了电子商务平台自认外,一般情况下难以证明其明知,而依据第 2 款证明电子商务平台接到了通知无疑是证明其明知的主要途径,司法实践中,两个问题导致了通知删除规则的复杂化,第一个问题是何为有效通知,《信息网络传播权保护条例》对通知的内容和程序作了详细规定。实践中,电子商务平台一般都参考制定了一套类似的流程规定,要求通知有基本的权利证明、侵权信息的地址及侵权的基本证据。但侵权责任法对此并没有明确的规定,使得平台的内部规定有效性欠缺一定的法律基础。对此,一方面应尽快出台相应的司法解释,明确侵权通知的必备要件,另一方面司法机关应参照《信息网络传播权保护条例》的规定尊重和鼓励认定这类内部规则的效力,除非规则明显恶意地为权利主张制造门槛,否则,侵权通知必将演化为无主体、无对象、无具体信息的“三无”通知而失去实质意义,变成“陷害”电子商务平台的工具。第二个问题是通知的处理标准问题,即电子商务平台是否需要处理通知未明确列举的链接,是否需要处理重复侵权的用户采取措施。相关问题与电子商务平台的注意义务紧密相关。第 3 款的“知道”一词在侵权责任法制定过程中几经反复,有学者将其解读为明知,更多学者和官方将其解释为明知或应知。如以上所

① 石必胜:《电子商务交易平台知识产权审查义务的标准》,载《法律适用》2013 年第 2 期。

述,未收到通知的明知是很难证明的,那么如何判断应知是判断电子商务平台过错的关键。学者认为,应知是“推定知晓”,是对主观过错的法律推定,即虽无充分证据证明网络服务提供者对于具体侵权行为存在实际认识,但基于其应具备的预见、判断和控制能力的注意义务,且违反注意义务与造成损害结果之间有因果关系,可以认定其主观上存在过错。那么应知判断的关键就在于电子商务平台应对第三方侵权行为承担何种注意义务。在此,我们可以参考美国千年数字版权法案(DMCA)对服务提供者主观状态的认定思路,即需要同时满足主客观两项标准。第一,从客观要件来讲,需侵权行为本身的违法性明显,以电子商务平台的一般认知就可以非常容易地做出判断。如果商品名称中出现了“高仿”、“A货”,或产品说明中含有模仿品牌产品的说明信息,可以认为符合显而易见的标准。但如果只是一般性或需要经过调查取证才能判断构成侵权的,不宜认定违法性明显。第二,从主观标准来讲,电子商务平台尽到一般的注意就能意识到该信息存在,如该信息存在于平台服务提供者可以明确感知的位置,如长期处于网站首页显著位置,或电子商务平台主动推介的位置等。如果信息处于深层子页面或者必须经过输入关键字检索数据库才能获得,则不符合该要件,不应视为平台服务提供者知道。之所以要同时采用主观标准,原因在于电子商务平台上商品信息的海量性,客观上网络服务提供者无法预测商户下一秒上货的内容和用户在搜索框里输入的信息,因此如果侵权信息并不处于显著位置,不宜认定电子商务平台存在过错。上述两个要件必须同时满足才能证明电子商务平台的“知道”。如果信息的违法性明显满足要件一,但信息存在于网店的深层子页面,由用户在搜索框主动输入通过检索方式实现,平台服务提供者一般情况下不可能发现该信息,不可就此认定平台服务提供者侵权。同样,如果仅满足要件二,即证据证明平台服务提供者看到过该信息,但信息的违法性并不明显,不做深入或实地性调查不可能判断是侵权信息,也不能认定为其“知道”。同时兼顾上述两个要件才能合理设定平台服务提供者的注意义务。

(三)“必要措施”的判断标准

接到侵权通知后采取必要措施是网络服务提供者免除侵权责任的另一个条件。我国侵权责任法并未赋予电子商务平台主动审查的义务,但平台服务提供者对其商户的商标侵权行为需承担一定的注意义务。因此,在判定电子商务平台商标侵权责任时,应当坚持审慎的原则,既不能放纵电子商务平台成为制假贩假的大本营,也不能对其赋予过多的义务而阻碍电子商务产业的发展。电子商务平台的商标间接侵权责任,其重要目标就是达到知识产权保护与网络产业发展之间的平衡。在对网络商标侵权进行打击的过程中,应当严格适用侵权责任法的相关规定,对相关条文进行合理解读和适用,统一裁判标准,实现知识产权保护与促进网络产业发展的双重价值目标。^②

三、电子商务中格式条款的认定及其效力

(一)网络格式合同的特点以及格式条款的认定

在电子商务中,大量的合同为点击合同,由于点击合同具有整体性、系统化的特点,购买商品或者服务的一方只需点击“同意”或“不同意”键就可决定是否建立交易关系,因而缺乏传统交易过程中双方协商交流的过程。从点击合同的实际表现形式看,网络商品交易及服务商通常会事先拟定

^② 司晓、费兰芳:《电子商务平台服务提供者的商标间接侵权责任探析——论〈侵权责任法〉第36条在电子商务商标侵权中的适用》,载《知识产权》2012年第3期。

交易及服务方面的各类格式条款,网络销售商以此对交易及服务的相关事项予以说明和限制。此类格式条款一般表现为“购物须知”、“购买流程规定”、“售后服务规则”以及“退换货须知”等单独的文件形式,只要这些条款的内容没有违背法律法规的规定,在接受一方经阅读并按下同意或者确认键的同时,这些条款就已经生效成为规范双方交易关系的有效合同的组成部分。客观地说,这些条款对于维护、规范网络交易的秩序起到了积极的作用。问题在于经营者经常利用其优越的经济地位,制定有利于己,不利于消费者的条款,如免责条款、失权条款、法院管辖条款等,对合同上危险及负担做不合理的分配。

(二) 格式条款的关键在于内容的不可协商性

现实生活中确有一些格式合同中的条款内容可以选择适用,但此类条款通常被认定为格式条款,因为条款的可选择适用并不意味着内容的可协商选择,即一旦选择适用则对于条款的内容需无条件接受,因此,从本质而言,此类条款应属格式条款。

(三) 网络格式条款的效力认定

网络格式条款可分为免责条款和非免责条款,免责条款是指在电子商务合同中用以排除或限制一方因违反合同、疏忽或违反其他义务的民事责任范围的条款。实践中发生纠纷多由免责条款引发,故本文侧重探讨免责格式条款的提示义务及其效力问题。有学者认为审判实践中可依据以下5个方面进行考量认定:网页的外在表现形式;电子交易具体环境中商家提请注意的方式;提醒消费者注意的文字语言的清晰明白程度;提起注意的时间应当在合同订立之前或过程当中;提起注意的程度必须足以引起消费者的注意。但是,网络商家作为条款的提供方对于合理提醒注意义务的履行并不意味着条款的必然有效。从我国《合同法》第39条、第40条和第41条的规定上看,《合同法》所确认的格式条款效力认定原则包括公平原则、合法原则、合同当事人意思表示真实原则、着重保护承诺格式条款一方当事人合法权益的原则等。《合同法》第39条着重强调“提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”,第40条规定:“格式条款具有本法第52条和第53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。”在合同法律关系中,合同权利与合同义务是相统一的,在认定违规免责导致合同权利严重失衡的格式条款时,应当将上述三种情形统一起来,只有这三者同时具备时,才能认定为权利失衡:“免除其责任”应当理解为免除格式条款提供者的法定责任,即法律上有强制性规定的法律责任;“加重对方责任”应当理解为按照正常的交易习惯,对方当事人不应当承担的合同义务;“排除对方主要权利”应当理解为排除对方当事人依法享有的法定权利和足以影响对方当事人实现合同目的的权利。

(四) 规范完善我国网络购物法律环境的思考与建议

尽管我国的电子商务近年来得到长足的发展,但相关的立法目前还处于相对滞后的状态,根据国外一些国家的法律规定,以下两项制度在制定的相关法规中值得借鉴。其一,信息披露制度。其二,撤销权制度。所谓撤销权,是指在格式条款订入合同时,格式条款相对方有权在接受格式条

款提供的格式条款后的一定期间内,享有无条件解除格式条款的权利。^③

四、电子商务商业方法专利问题研究

目前人们所熟悉的现实商业模式并未完全应用于互联网,电子商务无法完全取代现实的商业模式,因此,随着网络科技及计算机软件的进步,电子商务的运用仍有无限可能性,如果贸然将现实世界中已存在的商业方法授予专利,将遏阻电子商务产业的发展,对于社会整体福利而言,并未提升,甚至可能有所损害。因此,商业方法如不具技术贡献,亦无技术特征,更未与为实现商业方法所必需的计算机设备或计算程式相结合,而仅为解决商业经营的程序、步骤或流程者,应属于人类智力活动规则或方法,即属于思想的范畴,而不应属于专利权的保护客体。事实上,对于商业方法授予专利的省思与批判近年已逐渐浮现,部分美国大法官在 *Bilski v. Kappos* 案中提出的意见书,已明确反对授予商业方法专利,足见就连美国联邦最高法院内部也尚未就商业方法的可专利性达成共识,显然商业方法专利的性质仍有争议。在可预见的未来,关于商业方法的可专利性议题上,仍然会持续困扰美国法院及实务界。^④

综上所述,我国法学界对电子商务法的相关问题作出了有益的探索,也取得了一定的成果,为电子商务法的制定奠定了基础。

^③ 肖光亮:《电子商务中格式条款的认定及其效力——析上海诺盛律师事务所诉上海圆迈贸易有限公司买卖合同纠纷案》,载《法律适用》2011年第10期。

^④ 蔡步青:《后 *Bilski* 时代电子商务商业方法专利之因应与挑战》,载《河北法学》2012年第7期。