

《电子商务法》下“恶意错误通知”认定标准研究

李超光, 林秀芹

(厦门大学 知识产权研究院, 福建 厦门 361005)

摘要:为规制权利人异化“通知”规则功能,平衡权利人、电商平台及平台内经营者利益,《电子商务法》第42条第3款首创性引入“恶意错误通知”概念并对其发出者要求承担“加倍赔偿责任”,然上述规定对“恶意”与“错误通知”概念语焉不详。为避免该条款在司法实践下被误用,澄清其含义及法理实有必要。文章在对“恶意”与其他过错形式比较并结合司法实践考量后认为,第3款之“恶意”是对具惩罚性质“加倍赔偿责任”的主观考量,应采取“明知+不正当竞争动机”标准;而“错误通知”则是对事实的陈述,其构成不应包含主观要件。

关键词:电子商务法;恶意;过错;错误通知

中图分类号:D920.5

文献标识码:A

文章编号:1008-407X(2020)03-0115-07

一、引言

“通知—删除”规则始于美国《数字千禧年版权法》(以下简称“DMCA”),是“避风港”规则的核心元素,其目的在于避免法院不加区分地让网络服务提供者承担严格责任,是对网络服务提供者的特殊免责条款。但现实情况下,由于对“通知—删除”规则移植借鉴不完全,导致某些权利人基于限制竞争之目的并未就侵权内容向网络服务提供者发出通知,进而将该规则异化为权利人恶意打击竞争对手、谋求不正当竞争利益的工具。例如,2015年“双11”前夕,一名汽车后备箱相关技术专利所有者向某电商平台发起约7000起投诉,要求删除竞争商家产品链接^[1];而同年陈晓君诉淘宝一案中,专利权人在涉案专利权效力及权属尚处于不稳定状态下未对其不恰当投诉行为予以积极纠正,以致对原告造成极大损失,被法院判定为滥用权利,构成不正当竞争^[2]。

为切实保护电商平台内经营者合法权益,维护正常的电子商务交易秩序,限制恶意竞争,《电子商务法》(以下均简称“电商法”)历时5年、历经4次修订后首创性规定“恶意错误通知”条款,用以对权利人滥用“通知”行为进行规制。其条文第42条第3款规定:“因通知错误造成平台内经营者损害的,依法承担民事责任。

恶意发出错误通知,造成平台内经营者损失的,加倍承担赔偿责任。”其中,前项“通知错误”是对《信息网络传播权保护条例》(以下简称“条例”)第24条的继承,而后项“恶意错误通知”则是对滥用“通知”规则的规制,要求恶意通知发出者承担“加倍赔偿责任”,以此防止“通知”规则被滥用,对恶意错误通知发出者予以制衡。但由于该规定欠缺对相关内容的必要释义,而我国侵权责任体系下亦未将“恶意”纳入主观过错认定,加之学术界各学者间观点及司法实践对“恶意”认定亦存在偏差的事实,这难免造成该条款的适用混乱。本文试图在探寻“恶意”理论上,参照司法实践,对上述概念进行必要解释,以期对司法实践有所助益,进而可以很好地平衡权利人、平台运营商以及平台内经营者间利益关系,推动电子商务经济健康有序发展。

二、规制恶意错误通知的正当性与价值目标

1. 正当性——从“禁止权利滥用”“不洁之手”到“诚实信用”

规制恶意错误通知的正当性本质上在于对知识产权权利人不正当行使权利的限制。作为最早提出禁止权利滥用原则的古罗马法规规定:“任何人不得恶用自己的财产,是国家利益之所在”^[3]。而费希特则从行为

收稿日期:2019-02-22; 修回日期:2019-06-03

基金项目:国家社会科学基金项目:“中国产业发展视域下的FRAND解释问题研究”(15AFX018)

作者简介:李超光(1989-),男,山西汾阳人,厦门大学知识产权研究院博士研究生,主要从事知识产权法学研究,E-mail:32520170155615@stu.xmu.edu.cn;林秀芹(1965-),女,福建龙岩人,教授,主要从事知识产权法学研究。

哲学出发,在理论上为禁止权利滥用原则奠定了基础^[4]。费希特用“相对”替代“绝对”,为私权行使设定边界,避免了权利“通货膨胀”,“克服了道德权利中的模糊”^[5]。在此社会思潮影响下,大陆法系在近现代法上相继确立了禁止权利滥用原则,如 1900 年以及 1907 年《德国民法典》第 226 条与《瑞士民法典》第 2 条分别对该原则作了规定。而英美法系则在衡平法基础上确立了“不洁之手”理论,其强调对清白正直、诚信善良主体进行保护,对双方行为予以限制,用以对抗权利滥用。而诚实信用原则作为与禁止权利滥用原则相对应的发展,正反而合。依附于传统私法理论,其要求行为人“在双方当事人的关系中,应考虑彼此立场”^[6],顾及对方利益,以正直、善良的方式行使权利。就与个人权利或自由相关的领域而言,诚信原则具有“限制或内容控制功能,即将诚信原则作为权利行使之准则,包括禁止权利滥用、格式条款之内容控制、权利失效制度等具体化形态”^[7]。而对权利滥用的规制即是在实现正义衡平之功能,同时也是在实现制定法具体适用中的妥当性。

尽管知识产权排他性自然赋予知识产权权利人合法垄断地位,但其依然有其特定适用范围,一旦“超出或违背权利创设的社会目的和经济目的,或超出社会所允许的界限行使权利”即构成权利滥用^[8]。而在“通知”滥用语境下,对通知滥用的规制即是对权利人权利行使的限制,以此避免私权过度膨胀。这不仅是“禁止权利滥用”的题中之义,亦是“不洁之手”与“诚实信用”原则对权利人之内在要求。

2. 价值目标——利益衡平

法律的产生是利益分化所致^[9],而利益衡平却是维持法律长久运行的不二选择。我国对 DMCA“通知—删除”规则的移植不完全及各国法律土壤区别较大造成我国“通知—删除”制度的超司法性(extrajudicial)主要表现为:其一,我国法院将“通知—删除”规则的首要目标定位为保护版权人,因此,课赋 OSP(即网络在线服务商)以积极审查义务^[10],如在“正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司一案”中,法院认为若免除提供类似服务的网络服务提供者的注意义务,将导致网络服务提供者漠视他人合法权益,轻慢对其行为的谨慎和注意义务,从而放纵侵权行为,最终损害社会公众利益^[11];其二,在所有相关当事人中,作为通知发出者的权利人实质上掌控强势话语权,其在法律争议中较易展现其损害而自然地占据利益制高点,容易将“通知—删除”规则作为知识产权垄断或排

挤竞争对手的手段。

反观,“通知—删除”规则赋予权利人“超司法性”保护不符合利益衡平与正当程序要求,应通过转变司法机关错误目标定位与制度修缮方式来平衡权利人、平台经营者、直接侵害人三者关系。而“电商法”第 42 条第 3 款对这种“超司法”手段的滥用规制,即是在现行立法“偏重于保护权利人利益而对网络用户的合法权益欠缺关注”^[12]情形下实现立法平衡所做的制度修缮,以此避免权利人侵害他人合法权益,保护网络环境下其他商业经营者合法经营权益,同时间缓释网络服务商过重的审核负担与潜在侵权责任。

三、“恶意”的理论基础与具体认定

作为与善意相对的概念,恶意同善意一样在民法学中无明确定义与认定标准。而对上述概念的认定不仅是在适用法律逻辑结构中认定法律事实的重要内容,而且还将关系到行为人所承担的法律后果。故而,下文将从“恶意”概念入手,在探究其与其他过错形式的区别并参照相关司法实践经验基础上总结其认定标准,以期对“电商法”第 42 条第 3 款“恶意错误通知”的适用有所借鉴。

1. 法理学上“恶意”之辨析

(1) “恶意”的概念

恶意概念“起源于罗马法,但在罗马法上却没有明确定义,只是通过恶意占有、恶意抗辩得到具体体现”^{[13]54}。从解释学上看,恶意有广义与狭义之分,狭义的“恶意”是与善意相对的概念,即拉丁语中的 mala fides;《牛津法律大辞典》解释,恶意即不良用意,指人在不诚实行为时的心理状态,即明知自己无权利为此行为或者缺乏对行为合法性的确信^[14]。而从广义看,它包含有事实或法律上的伪装、误导或欺骗他人,疏忽或拒绝履行某些责任或合同上的义务。

可以看出,上述定义对“恶意”有其不同侧重。狭义“恶意”强调行为人做出行为时主观认识上的“明知”,而广义的“恶意”则同时还强调行为人的主观动机问题,指出其对于他人的欺骗与误导。然而,尽管上述两个概念都有可取之处,但其表述过于原则,不能准确、全面揭示出恶意的本质。下文将从“恶意”与过错的两种形式进行比较,进而对“恶意”概念做出清楚认定。

(2) “恶意”和其他过错形式的比较

过错指行为人通过违背法律和道德的行为所表现

出来的主观状态^[15]。在英美法系国家,恶意被作为一种过错要件,常体现于恶意诉讼中。但在大陆法系国家,主观过错只包含故意与过失。而在我国,恶意是与善意相对的概念,其未纳入主观过错当中。作为法律和道德对行为人行为的否定性评价,二者之间存在有必然的联系与区别,以下将对“恶意”与故意、重大过失相区分,以期对“恶意”的认定更加明确具体。

①“恶意”与故意

所谓故意(dolus),是指行为人明知自己行为会发生危害后果,仍然希望或放任这种危害结果发生的一种心理态度。如梅迪库斯曾指出,故意系指明知(Wissen)并想要(Wollen)发生依法定构成要件(Tatbestand)为决定性的事态。而在在罗马法上,dolus也作恶意和欺诈解释^[16]。但《元照英美法词典》将恶意分为两层含义:第一层为明知自己的行为违法,或会对他人的利益造成损害……;第二层为以诉损害他人的利益为目的,无合法或正当理由故意违法^[17]。

通过将“恶意”与“故意”概念相比较发现,恶意较故意多了第二层“以损害他人利益为目的”的动机要素。该观点亦得到张民安教授的认可,其指出“恶意”存在两种含义,“一是指无正当理由故意从事某种违法行为,二是指具有不正当的动机”^[18]。民法典立法研究课题组成员也指出:“恶意通常用来表征行为人的主观心理状态,该种心理状态会支配行为人蓄意、有目的地采取不当手段侵害他人的合法权益,因此,恶意是侵权故意心态中的恶劣者。”^{[13]54}

然而,有民法学者认为,动机问题在民法当中并无存在意义,因为民法重在对受害人的补救而非对加害人之惩罚,故意与过失原则上同其价值^[19],对侵权责任适用并无任何实质性影响。对此叶名怡认为:“在现代法制下,财产性损害较小的恶意侵权仍不时会发生,以纯粹损害填补原则来应对显然不足以威慑与预防故意侵权。”^[20]而我国立法上似乎也采用了后者观点,将主观恶意动机作为归责依据。例如,《民法通则》第61条第2款规定:“双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人。”且在恶意控告(malicious prosecution)、恶意欺诈(malicious falsehood)、恶意通谋(conspiracy)等案件中^[21],亦将恶意作为侵权行为成立的要件。

通过上述分析,可以认为,“恶意”是侵权故意下与一般故意相对的不同程度划分,二者存在明显区别。首先,从认识因素上,恶意达到了刑法意义上的故意标

准,这意味着行为人不仅“预见”到自己行为之结果,而且达到了“明知”危害后果发生的程度;其次,在意志因素上,侵权法理论中“故意”表现为行为人“期望”和“听任”的状态,前者更容易体现行为人动机的不纯、目的的不良、手段的恶意以及损害的严重^[22]。最后,恶意较一般故意的社会危害性较大且重复发生可能性较高,其不仅有违诚实信用原则与善良风俗,而且也影响交易秩序并与最基本的市场交易道德相违。

②“恶意”与重大过失

根据罗马法设立以来被广为采纳的“重大过失等同于故意”的原则,对行为人重大过失主观状态的考量是否构成恶意的探讨实属必要。所谓重大过失(culpa lata),是指法律对行为人于某种情况下应当注意和能够注意的程度有较高要求时,行为人不但没有遵守法律对其较高的要求,甚至连一般公众都应注意并能注意的一般标准也未达到的过失状态。根据定义,重大过失行为人欠缺一般人所应有的注意,其漠不关心的冷漠态度已达到极致,从而在法律和道德的应受谴责程度上与明知(或故意)的心理结构相差无几。

从本质上来讲,重大过失仍属过失,其尽管可以达到与“故意”相同的法律原因力,但从主观程度层次划分其难以达到法律所要求的恶意程度,是属于较故意更低层的主观程度。故而通过对恶意与过失的比较,本文认为,“恶意”与“故意”及“重大过失”分属3个不同层次的主观程度。“恶意”不仅具有“故意”在认识因素上的明知,而且还具有意志因素上的不当动机存在,尽管后二者在认识因素上达到了“明知”状态,但其难以在意志程度上满足“恶意”的标准,这是由“恶意”的多重含义所决定的。因此,故意不能当然地构成侵权法上的恶意,而作为侵权法上的恶意,除主观上的故意之外,还应具备意志因素上的不正当行为动机、违背公序良俗原则要件。

2. 我国司法实践对“恶意”的解释

为“恶意”寻求司法实践下的分析认定不仅是从司法角度对“恶意”的不同解读,亦是对前述学理认定的证成。在司法实践下,与“电商法”中“恶意”适用环境相类似的“恶意”认定主要集中在恶意诉讼以及商标异议案件与无效宣告案件中。在“大创公司诉百勤公司恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案”中,法院认为,判断当事人是否存在提起知识产权诉讼的恶意,关键在于判断当事人是否明知自己诉讼请求缺乏事实和法律依据,是否具有侵害对方合法权益的不正当诉讼目的^[23]。而这在“山东比特智能科技股份有限公司与

江苏中讯数码电子有限公司因申请知识产权临时措施损害责任纠纷案”中也得到了适用。江苏省高院认为,行为人的恶意表现为两个方面:首先,在认识因素方面,行为人提起知识产权诉讼时要明知其提起知识产权诉讼无事实或法律依据,而在行为人恶意取得知识产权的情况下,尤其要明知其取得知识产权不具有实质上的正当性;另外在目的因素上则要求以损害他人合法权益或者获取非法利益为目的^[24]。

而在商标案件中,对诉争商标做出是否核准注册或宣告无效之决定,其中一个重要考量因素即对诉争商标申请人在申请注册商标时主观上是否存在“恶意”的判定,即其是否违反《商标法》第 7 条“申请注册和使用商标,应当遵循诚实信用原则”的原则性规定。在“第 1904474 号‘威仕达玉兰’商标无效宣告案”中,最高人民法院认为,判断争议商标的注册是否具有恶意,不能仅仅考虑引证商标是否达到驰名的程度,还应根据案件具体情节,从主观意图、客观表现等方面综合判断。在主观判定上,本案中威仕达公司在实际使用争议商标过程中具有搭便车、攀附他人商誉以牟取不正当利益的主观恶意,其可以进一步佐证该公司申请注册争议商标具有恶意^[25]。

因此,在司法实践下对“恶意”的认定主要亦是从事认识因素与目的(意志)因素两方面着手。在认识因素上,法院一般采用“明知”标准;而在目的因素上,其强调行为人的不法意图,即以损害他人合法权益或者获取非法利益为目的,进而在客观上采取违反诚实信用原则,实施侵害他人合法权益的不法行为。

3. “电商法”对“恶意”的判断标准——“明知+不正当动机”

(1) 认识因素——“明知”标准

如前所述,对于“恶意”的认定,在认识因素上,无论学理解释还是司法实践均采用与故意相同的“明知”标准。本文认为,在“电商法”环境下,出于对权利人行为的规制以及对平台内合法经营者的保护,亦需采用“明知”标准,其理由在于:第一,从认识因素看,恶意是对通知发出者基于限制竞争恶意进而对“通知”规则进行滥用的惩罚性规定的主观判断,在此行为中通知发出者明显已达到“明知”危害后果发生的程度,且其对损害后果积极追求,表明行为人主观智识的完全认知与认识程度上的确定性。第二,从“恶意错误通知”适用看,惩罚性赔偿条款是解决恶意侵权场合下纯粹损害填补规则无法有效发挥吓阻、预防功能的必要手段,是特殊性条款。我国《侵权责任法》中对惩罚性规定即

采用“明知”标准,其在第 47 条规定:“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”因此,采用与《侵权责任法》第 47 条将惩罚性赔偿限定于“明知”这种故意侵权相一致的认定标准可以维持法律的协调与体系性,避免法律冲突,确立法律权威。第三,就法律本质而言,民法是保护与限制人之欲望的衡平法^[26]。从法律实施效果看,采用“明知”标准,一方面可抑制权利人滥用“通知—删除”规则,通过惩罚性规定减少实践中激增的不合格侵权通知、错误通知,减轻电子商务平台经营者负担,保护公众权益;另一方面司法实践中“加倍承担赔偿责任”规定会自觉诱使平台内经营者证明权利人主观恶性,故在对其适用时需合理审慎,力图做到防止滥用“通知”规则与“加倍赔偿责任”的平衡,避免矫枉过正。

(2) “恶意”认定不包含“应知”

“应知”即“应当知道”,其概念来源于民法体系下对“知道”概念的解释。我国《民法通则》第 137 条、《合同法》第 55 条第 1 款、第 75 条、第 192 条第 2 款等条款均使用了“应当知道”表述,但因民法体系下并未对其圈定系统性概念范畴,以至在立法中产生前后表述不一的混乱。而这在学术界典型表现为各学者对“知道”的不同解释。例如,王胜明将其解释为“明知”^[27];王利明则解释为包含“明知”和“应知”,但需法官在操作上区分不同标准予以判定^[28];而奚晓明则将其解释为“推定知道”或“有理由知道”^[29]。

其实在民法体系下,“明知”是一种对过错的事实认定,它需要原告用证据证明被告事实上知道他人利用其服务实施侵权行为的事实进而放任不管的状态;而应知则是一种过错的法律推定^[30],是以过失为要件的不作为侵权,以“应知”为判断标准,将令其指向的行为人承担比“明知”状态下更多的注意义务,这其实是在加重行为人负担。“明知”强调行为人的—般注意义务,而“应知”则强调行为人的普遍审查义务。

学界对“明知”与“应知”的讨论主要集中在《侵权责任法》“知道条款”(第 36 条第 3 款)中网络平台提供者审查义务的分配程度上,但近年立法规定及司法实践已全面承认将“应知”用于认定网络服务提供者主观知道。例如,2012 年 12 月最高人民法院颁布的《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 7 条第 3 款将“知道规则”进一步明确化,其规定:“网络服务提供者明知或应知用户利用网络服务侵害信息网络传播权,未采取删除、屏蔽、断开

等必要措施”;现“电商法”第38条第1款与第45条对电子商务平台经营者侵权责任划分主观上采用“知道”与“应知”标准的规定即是立法者历年实践经验之总结,其特意将“知道”与“应知”并列,目的即在于摆脱《侵权责任法》下对于“知道”标准的不同探讨,同时也在于加大电子商务平台经营者审查注意义务,是对实践中法律适用与电子商务发展经验总结的一种立法完善。

而作为与平台内经营者相对的权利人,其在发出侵权通知时当然需尽到审查义务,而且是普遍审查义务,即此时对权利人而言,应采用“应知”标准,此即典型的无过错责任,这意味着只要因权利人的通知造成平台内经营者损失,无论其主观是否存在过错均需承担损害赔偿赔偿责任。但问题在于同一文本下,对恶意通知下承担的“加倍赔偿责任”是否还需承担如此重大的审查义务,对此,本文持否定态度,其原因在于:一方面,“通知错误”无过错责任的归责原则已表明权利人需尽到比普遍审查义务还要严重的责任。平台经营者尚且存在有“避风港”免责情形,其只要证明尽到了普遍审查义务,即可不承担侵权责任,但于通知发出者而言,其只要发出错误通知,即要承担赔偿责任,无过错责任的归责原则实质上已承担了与平台经营者“应知”标准相适配之责任。另一方面,“恶意错误通知”责任承担形式具有惩罚性质,若将“应知”标准也纳入“恶意”认定,则意味着只要权利人没有尽到善良管理人义务,即需承担加倍损害赔偿赔偿责任,而据此平台内经营者显然也会力证权利人审查义务瑕疵,这显然会加重权利人负担,提高权利人维权成本,造成权利人与平台内经营者利益失衡。

因此,在“电商法”权利人对“通知一删除”规则运用过程中,即使其发出的通知存在错误,也不能当然认定权利人存在主观恶意,实施了滥用通知行为。因为对大多数权利人而言,其发出侵权通知的目的在于对网络中业已存在的侵权行为采取措施,防止损害后果扩大,此时需平台内经营者进行举证恶意,方可适用“加倍损害赔偿赔偿责任”。

(3) 意志因素——不当动机

如前所述,无论是在学理解释还是司法实践当中,“恶意”均是比故意更程度的主观判断,其不仅要考虑行为人的主观认识状态,还要求行为人具有不正当行为动机,处于主观恶性程度之“塔尖”。故在自由竞争的市场经济条件下,只有行为人主观意志状态达到足以影响交易秩序并与最基本的市场交易道德相违

时,才能将其定为“恶意”,从而否定其行为效力。

在具体认定因素上,需考虑通知发出者是否是为了不正当竞争等目的而发布该通知,如果答案肯定,在这种情况下,除非行为人提出反证,一般将认为通知发出者存在主观意志之恶意。而对于行为动机的判断,可根据具体通知发出情形结合多种因素进行综合判定。例如,通知发出的时间与数量等。若权利人在“双十一”“618”等关键销售阶段发出数量惊人的通知,则可根据此推定通知发出者具有主观不正当竞争动机,在此情况下结合其他因素可对上述不正当动机予以确认。

综上,无论从“恶意”的理论梳理还是司法实践经验总结,其均认为,对“恶意”的判断应从认识因素及意志因素两个方面出发,而鉴于“电商法”下对权利人“通知”规则的滥用规制以及对平台内经营者“加倍赔偿责任”滥用的预防,本文认为,“电商法”下对“恶意错误通知”发出者的主观判断在认识因素上应采用“明知”标准,无关过失与其他,而在意志因素上,则需考虑行为人动机问题,以具备不正当竞争动机为要件。

四、“错误通知”的认定

民法体系下对于“错误通知”的概念阐述,我国立法文件中鲜有涉及,仅《最高院信息网络传播权解释》(第8条)与“条例”(第24条)两个立法文件涉及“错误”表述。而从“电商法”立法过程看,“通知错误”概念一直存在于立法审议稿中(第一次草案见第54条第1款,第二次审议稿见第36条第2款,第三次审议稿见第41条第2款),但其内涵及判定要件却从未涉及,而对该概念的认定与释义也成为本款适用的基础与前提。

1. “错误通知”构成不应包含主观要件

在2016年“电商法”(草案)出台后,沈一萍曾就“错误通知”做过释义,认为错误通知是“平台内经营者的行为或内容并未侵犯投诉人的权利,由于投诉人的过错或误认向平台发出通知,导致其内容被错误删除或行为被禁止的情形”^[31]。但根据条文解释以及“条例”第24条之规定,“错误通知”采用无过错责任原则,这是一种对客观事实的认定,其不仅是对权利人合理审慎义务的要求与“通知一删除”规则滥用的必要制止,也是对合法经营者经营权益的必要保护与利益平衡。而在此基础上,平台内经营者主动举证证明权利人主观恶意是对“恶意错误通知”下“恶意”之举证,此时平台内经营者寻求的是“加倍赔偿责任”,而非对“错

误通知”的认定。

本文认为,对“通知错误”与“恶意错误通知”中的“错误”不存在法律意义上之区别。申言之,只要存在客观错误行为造成的损失,行为人均需承担赔偿责任,其关键问题在于证明行为人主观之恶性。若能证明行为人主观上具有限制竞争的恶意并就未侵权内容向平台经营者发出通知以此造成平台内经营者损失,即使该损失很小,也要承担加倍赔偿责任;但如果行为人主观上并无恶意,即使其造成平台内经营者的损失很大,也很难要求其承担加倍赔偿责任。

另外,现实情况下可能比较棘手的问题是权利人指称存在对侵权事实认识不足的问题。例如,权利人主张平台内经营者的所有商品均是假冒伪劣商品,均侵犯了他的商标权,但经查证事实上仅 30% 产品存在商标侵权行为,此时面临着在其他要件均符合的情况下该如何判定侵权行为的问题。需指出的是,一般情况下此时错误通知发出者仅需在 70% 范围内承担侵权责任,若平台内经营者可以举证证明权利人存在主观恶意,其也可以要求权利人在该 70% 损害中承担加倍赔偿责任。但现实中比较为难的是如何区分 30% 与 70%,这将对司法者提出不小的挑战。

2. 不合格通知

2006 年,我国“条例”借鉴 DMCA 相关规定(第 512 条 c 款规定)在其第 14 条对通知形式作了明确规定,但其相较前者对通知形式要求更为严格。例如,DMCA 虽要求“通知”中列出“声称被侵权的版权作品名称”,但在多部作品未被许可上传情况下,DMCA 允许权利人只“列出该站点中存在作品的具有代表性的目录”;同时,DMCA 也并不要求权利人一一列出被指称侵权内容的具体网址,而只需“提供足以合理地使用网络服务提供者定位(侵权内容或链接)的信息”。DMCA 中规定,只要权利人提交通知“实质性符合(comply substantially)”上述 6 项要求即可。而“条例”第 14 条则要求通知书“应当”包含权利人的姓名(名称)、联系方式和地址,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,构成侵权的初步证明材料。上述规定对寻求救济的权利人提出了极高要求。而在司法实践下,司法者甚至开始基于利益平衡突破法条作扩张解释。例如,法官开始以“实质性符合”标准认定不合格通知为有效通知(北京市海淀区人民法院民事判决书(2007)海民初字第 25496 号;福建省高级人民法院民事判决书(2013)闽民终字第 223 号),这直接推动其后《关于审理涉及网

络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见(一)》(试行)及《最高院信息网络传播权解释》的颁行,这些立法文件“突破了通知必须列明具体网络地址的既有规定,创立了‘足以准确定位’、‘准确程度’、‘难易程度’、‘综合判断’等弹性概念,大大缓解了‘条例’过于僵化之问题”^[32],使得不合格通知归属问题得到了法律上的明确规定,对平台经营者的间接责任确立起到了至关重要的作用。而在“电商法”中,不合格通知在部分条件下可作为判定权利人“加倍赔偿责任”之主观“恶意”的客观因素,对此,需要司法者结合上述标准对其进行认定。

五、结 语

中国电子商务近年来发展迅猛,线上消费更成为国民新宠。“电商法”第 42 条第 3 款创设性增设“恶意错误通知”规则,既是新形势下对权利人异化通知规则、扰乱电子商务秩序的制度规制,亦是对“条例”第 24 条的继承与发展。为有效平衡权利人、电商平台及平台内经营者三者间权利义务关系,在对上述条款“恶意”界定上,主观上应排除“应知”而采“明知”标准,而在意志因素上则要求权利人具有不正当竞争动机,如此双向考量方可避免矫枉过正,实现良法善治。

参考文献:

- [1] 仇飞. 电商平台频遭虚假投诉陷尴尬——“通知删除”规则易误伤他人经营权[EB/OL]. (2016-04-28)[2019-01-04]. http://www.legaldaily.com.cn/IT/content/2016-04/28/content_6607337.htm.
- [2] 中国裁判文书网. 陈晓君与南京德萨商贸有限公司、胡磊等商业贿赂不正当竞争纠纷案[EB/OL]. (2015-09-30)[2019-05-12]. <http://wenshu.court.gov.cn/website/wen-shu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=3f05b386b59f4cbe8923564dc172d06>.
- [3] 优士丁尼. 法学阶梯[M]. 徐国栋,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:37.
- [4] 费希特. 自然法权基础[M]. 谢地坤,程志民,译. 北京:商务印书馆,2009:54.
- [5] 易继明. 禁止权利滥用原则在知识产权领域中的适用[J]. 中国法学,2013,30(4):39-52.
- [6] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:172.
- [7] 易军. 民法基本原则的意义脉络[J]. 法学研究,2018,41(6):53-71.
- [8] 李顺德. 知识产权保护与防止滥用[J]. 知识产权,2012,26

- (9),3-11.
- [9] 张文显. 法理学[M]. 北京:法律出版社,1997:269.
- [10] 梁志文. 论通知删除制度——基于公共政策视角的批判性研究[J]. 北大法律评论,2007,8(1):168-185.
- [11] 华律网. 正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司案[EB/OL]. (2015-10-21)[2019-05-12]. <https://www.66law.cn/domainblog/128967.aspx>.
- [12] 崔越. 论滥用通知行为的法律规制及其完善[J]. 电子知识产权,2016(10):71-78.
- [13] 中国民法典立法研究课题组. 中国民法典草案建议稿附理由[M]. 北京:法律出版社,2004:54.
- [14] 戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典[M]. 李双元,译. 北京:法律出版社,2003:726.
- [15] 王利明. 民法·侵权行为法[M]. 北京:中国人民大学出版社,1993:154.
- [16] 周楠. 罗马法原论:下[M]. 北京:商务印书馆,1994:643.
- [17] 薛波. 元照英美法辞典[M]. 北京:法律出版社,2003:887.
- [18] 张民安. 过错侵权责任制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:234.
- [19] 郑玉波. 民法债编总论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:139.
- [20] 叶名怡. 侵权法上故意与过失的区分及其意义[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2010,31(4):87-98.
- [21] 王利明. 侵权责任法研究:上卷[M]. 第二版. 北京:中国人民大学出版社,2016:357.
- [22] 蔡颖雯. 侵权过错程度论[J]. 法学论坛,2008,23(6):102-107.
- [23] 中国知识产权资讯网. 大创公司诉百勤公司恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案[EB/OL]. (2019-01-03)[2019-05-12]. http://www.cipnews.com.cn/Index_NewsContent.aspx?NewsId=113104.
- [24] 启信宝. 山东比特智能科技有限公司与江苏中讯数码电子有限公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案[EB/OL]. (2019-05-09)[2019-05-12]. <https://www.qixin.com/lawsuit/47b494ae-4f90-4d03-93a7-72e9d1731b88?id=5c269a3e39e83d4cd0ac5b08>.
- [25] 中国裁判文书网. 宝洁公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会、汕头市威仕达化妆品有限公司商标争议行政纠纷再审查[EB/OL]. (2016-09-18)[2019-05-12]. <http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=199ba685b82d49b5ba4cebf51dd32e2>.
- [26] 刘云生. 中西民法精神文化本源刍论[J]. 现代法学,2002,24(6):42-51.
- [27] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读[M]. 北京:中国法制出版社,2010:159.
- [28] 王利明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 北京:中国法制出版社,2010:189.
- [29] 奚晓明. 《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2010:265.
- [30] 胡晶晶. 论“知道规则”之“应知”——以故意/过失区分为视角[J]. 云南大学学报(法学版),2013,20(6):56-64.
- [31] 沈一萍. 错误通知的认定及其赔偿责任研究——以《电子商务法》草案送审稿第54条第1款为中心[J]. 电子知识产权,2017,27(3):44-52.
- [32] 熊文聪. 避风港中的通知与反通知规则——中美比较研究[J]. 比较法研究,2014,28(4):122-134.

The Criteria and Application of “Malicious Error Notification” under the *E-commerce Law*

LI Chaoguang, LIN Xiuqin

(Intellectual Property Research Institute, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: In order to prevent the rights holder from alienating the “notice” rules and balance the interests of rights holders, e-commerce platforms and operators within the platform, Article 42 (3) of the *E-commerce Law*, enacted in 2019, first introduced the concept of “malicious error notification” and imposed “double liability” on its issuer. But unfortunately, the concept of “malicious error notification” is not clear. To prevent this clause from being misapplied, it is necessary to clarify its meaning and its legal principles. By comparing the “malicious” with other forms of fault and drawing experiences from judicial practice, this paper believes that the “malicious” of Article 42(3), which is a subjective assessment of “double liability”, should adopt the “knowing + improper motivation” standard; As the “error notification” is a statement of facts, its composition does not include subjective elements.

Key words: *E-commerce law*; malicious; fault; error notification