



电子商务平台经营者专利侵权合理注意义务的司法判定

李晓秋, 郭沁璇

引用本文:

李晓秋, 郭沁璇. 电子商务平台经营者专利侵权合理注意义务的司法判定[J]. 重庆理工大学学报 (社会科学), 2022, 36(1): 170-179.

相似文章推荐 (请使用火狐或IE浏览器查看文章)

Similar articles recommended (Please use Firefox or IE to view the article)

从"连带责任"到"相应责任" —— 《电子商务法》第38条第2款评析

From "joint and several liability" to "corresponding responsibility": Comment on Article 38(2) of the E-Commerce Law

重庆理工大学学报 (社会科学). 2019, 33(5): 128-134 [https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425\(s\).2019.05.014](https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425(s).2019.05.014)

网络交易平台提供商对消费者的义务和责任

Internet Trading Platform Provider's Duty and Responsibility

重庆理工大学学报 (社会科学). 2016, 30(1): 119-124 [https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425\(s\).2016.01.018](https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425(s).2016.01.018)

旅游电子商务消费者购买意愿的影响因素研究

Study on Impact Factors of Customers' Purchase Willingness at E-Commerce Tourism Website

重庆理工大学学报 (社会科学). 2016, 30(3): 58-63,97 [https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425\(s\).2016.03.010](https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425(s).2016.03.010)

电子商务商业方法专利化之探析

Analysis on Patenting E-commerce Business Method

重庆理工大学学报 (社会科学). 2016, 30(9): 107-112 [https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425\(s\).2016.09.017](https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-8425(s).2016.09.017)



电子商务平台经营者专利侵权合理 注意义务的司法判定

李晓秋¹, 郭沁璇²

(1. 重庆大学 法学院, 重庆 400044; 2. 中共兰州市纪委/兰州市监察委员会, 甘肃 兰州 730030)

摘要:是否履行注意义务是判断电子商务平台经营者在专利纠纷中是否构成帮助侵权的重要因素。《民法典》和《电子商务法》中均设定了“通知—删除—转通知—反通知—转反通知—恢复(终止)”规则,确立了电子商务平台经营者的事前预防义务和事后补救义务两大类注意义务。在典型案例中,法官判定电子商务平台经营者在专利侵权中是否履行注意义务存在分歧。司法实践中应当重新构建判定规则:首先,对照注意义务的法定类型确定电子商务平台经营者是否需要承担某种注意义务;其次,根据立法和司法解释的规定,结合专利权的特性,合理确定通知和反通知的效力,通过审查义务的履行和必要措施的采用来判定是否违反注意义务。

关键词:电子商务平台经营者;专利侵权;注意义务;“通知—删除”规则

中图分类号:F832.59

文献标识码:A

文章编号:1674-8425(2022)01-0170-10

一、引言

为加强电子交易中的知识产权保护,我国于2018年颁布了《电子商务法》,该法首创式地设定了电子商务平台经营者保护知识产权的义务和责任。《中华人民共和国民法典侵权责任编》(以下简称《民法典侵权责任编》)中第1194~1197条完善了旧《侵权责任法》第36条,对网络服务提供者的侵权责任作出了详细、整体、系统的规定。2020年最高人民法院印发《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》(以下简称最高法院《指导意见》)的通知,对审理电子商务平台的民事侵权案件给出指引。2020年10月颁布新修订的《专利法》,其中删去了修正案草案中增加的网络服务提供者的注意义务。现

收稿日期:2020-01-28

基金项目:国家社会科学基金重大研究专项“社会主义核心价值观融入电子商务知识产权制度变革与创新研究”(20VHJ013);国家社会科学基金西部项目“‘互联网+’产业形态下的专利权保护规则适应性研究”(18FX013)

作者简介:李晓秋,教授,法学博士,法学博士后,博士生导师,主要从事知识产权法、电子商务法、网络法研究;通讯作者:郭沁璇,硕士,主要从事科技创新与知识产权法研究。

本文引用格式:李晓秋,郭沁璇.电子商务平台经营者专利侵权合理注意义务的司法判定[J].重庆理工大学学报(社会科学),2022(1):170-179.

Citation format:LI Xiaochu, GUO Qinxuan. Judicial judgment on the duty of reasonable care in patent infringement of operators in the e-commerce platform[J]. Journal of Chongqing University of Technology(Social Science), 2022(1):170-179.

行的法律规范中对电子商务平台经营者专利权侵权纠纷中应承担的注意义务是否一致、是否存在冲突,在司法实践中如何运用这些法律更好地判定电子商务平台经营者是否承担注意义务,是本文要深入研究的问题。

二、电子商务平台经营者专利侵权注意义务的确立

(一)从主观过错到客观过错:注意义务的形成

过错包含故意和过失两种类型,故意的过错是指未尽到不得侵害他人权利的义务,过失的过错是指未尽到合理的注意义务^[1]。过失是行为人的一种主观心理状态,是指行为人在有预见能力的情况下未能做出一定行为。实践中判断行为人是否具有预见能力较为困难,客观过失理论则将过失转换成一种法定或约定的注意义务。注意义务是指义务主体小心、谨慎的作为或不作为一定行为的法律义务^[2],负有注意义务的主体只有合理履行了注意义务,才能免于承担责任。注意义务是存在于特定主体之间的法律义务,被义务约束的主体如果不履行义务,将会承担责任,而不具有义务的主体无需负担任何义务。行为人违反注意义务则存在过失的过错,故而注意义务是判断行为人是否存在过错的重要依据。

(二)电子商务平台经营者专利侵权注意义务的确立原则

电子商务平台经营者注意义务的确立应当遵循以下原则:(1)利益平衡原则^[3]。电子商务平台经营者需要承担义务,但绝不意味着全部的义务。知识产权的保护是社会合力的结果,公权力机关主动打击侵权,消费者积极举报,电子商务平台经营者履行管理义务,平台内经营者不制作或不销售侵权产品,权利人主动维权,如此才构成一个较为平衡的义务分配。(2)危险控制理论原则。该理论的核心观点为,离危险源越近的人,越有能力阻止危险的发生,越容易制止危险扩大^[4]。在专利侵权行为发生时,从与危险源的距离来看,权利人最远,其次是电子商务平台经营者,侵权人最近,因此他们的注意义务依次递增。由此在注意义务的分配上,要考虑电子商务平台经营者的具体处境,电子商务平台经营者对其售卖产品的控制力越大,其义务要求越高、义务程度越强。(3)效益最大化原则。根据法经济学理论中的汉德公式,只有当侵权人预防的成本小于预期的损失,才负有预防的义务^[4]。当负担注意义务的成本小于权利人遭受的利益损失,履行注意义务才具有经济效益,未承担义务才更具有可追责性。

(三)注意义务在电子商务平台经营者承担专利侵权责任中的重要地位

电子商务专利侵权中履行注意义务与责任承担有密切联系。电子商务平台经营者的侵权责任以过错为前提,注意义务履行与否是网络侵权中判断过错的重要工具^[5]。从历史维度来看,美国电子商务领域的规则较为成熟,并已经被大多数国家借鉴。美国于1998年通过的《数字千年版权法》规定了网络服务提供者承担侵权责任的“避风港”规则,即权利人发现侵权行为时,有权通知网络服务提供者删除有关内容,履行删除义务的网络服务提供者进入“避风港”免除责任承担,未履行则构成侵权,并且只有主观上“知道”侵权事实的网络服务提供者才需要承担侵权责任。该法明确规定的义务类型有:设立侵权投诉规则、以显著方式在显著位置公示权利人的信息、合理保存信息、对侵权事实主动管控、对收到的通知采取措施等。除上述义务之外,该法案未规定主动监控和识别网络领域版权侵权的义务。其他域外立法中具有代表性的是欧洲议会及欧盟理事会于2000年出台的《电子商务指令》,具体内容为:网络服务提供者获得侵权责任的豁免,需不知道侵权行为或内容,或者在知道明显标志在线侵权行为或内容存在的事实和情况下及时采取了制止行动^[5]。该法令免除了网络服务提供者的一般性审查义务,无需监督信息传输,但是规定了其承担信息披露与审查、及时并如实报告的职责。

我国立法借鉴了其他国家的做法。我国《民法典侵权责任编》第1194~1197条制定了类似规则,列

举了网络服务提供者承担侵权责任的情况:(1)主动利用网络侵权。此种情况网络服务提供者实施直接侵权行为,属于故意侵害他人权益,按照过错责任原则追究责任。(2)收到权利人的通知之后未采取有效措施。网络服务提供者在收到权利人的通知之时,对涉嫌侵权的事实已经知道,作为管理者的电子商务平台经营者有能力调查、阻止侵权持续却没有做出相应行为,属于对侵权事实误判,具有过失。(3)知道侵权事实但没有做出任何制止行为。在非因权利人告知而已经知道侵权事实的情况下没有制止侵权行为,此种情况的主观过错形态与第二种相同,不同之处仅仅在于此种情况电子商务平台经营者是主动“知道”,而不是被通知才“知道”。上述规则确定了过错责任原则在网络侵权领域的重要地位,网络服务提供者想获得“避风港”保护必须履行相应注意义务,如果不负有注意义务或者即使负有注意义务,但存在免责事由,则无需承担责任。

(四)电子商务平台经营者专利侵权注意义务的来源:《民法典》《电子商务法》中相关规定

《民法典侵权责任编》第1195~1197条保留了原《侵权责任法》第36条设定的“通知—删除”规则,并做了补充完善,新制定的《电子商务法》第41~45条详细设定了知识产权保护的系列规则,二者均构建了“通知—删除—转通知—反通知—转反通知—恢复(终止)”的完整体系,设定了电子商务平台经营者的多项法定注意义务。笔者以电子商务平台经营者收到专利权人的通知为区分节点,依据其具体行为将注意义务划分为事前预防义务和事后补救义务两大类^[6]。

1. 事前预防义务

(1)建立知识产权保护规则。《电子商务法》第41条要求电子商务平台经营者建立平台内部规则,与知识产权权利人加强合作。自行制定的知识产权保护规则应当包含:平台内经营者的义务类型、保护知识产权的措施、管理知识产权的程序、违反该规则的后果和争议解决的办法^[7]。电子商务平台经营者应根据平台特性、经营范围、业务特点,建立适合该平台的运营规则,确保每一个进入该平台的主体都熟知规则。

(2)信息核验、保存义务。《电子商务法》第27条要求电子商务平台经营者对入驻者的信息核实、准确记录并实时更新,第31条设立信息保存义务,保存的内容包括商品本身和交易全过程,并且保存时间不少于3年。民事诉讼中要求侵权诉讼必须有明确的被告,而网络空间的匿名性使得难以确定侵权行为人,借助电子商务平台登记、核验、保存的信息,能更准确定位侵权人,有效解决确定责任人之难的困境,推动形成规范的平台准入机制^[8]。

(3)主动审查、删除义务。《民法典侵权责任编》第1197条、《电子商务法》第45条共同设置了网络领域的“红旗”规则。该规则是指,如果平台上的侵权事实已经像红旗一样十分醒目,那么电子商务平台经营者不可能不知道该事实的存在,从而推定其对该事实明知。如果电子商务平台经营者在知道或者应当知道侵权事实的情况下,应采取措施制止侵权行为,毫无疑问这就要求其事先筛查、甄别和判断^[9]。电子商务平台经营者依靠平台获利,拥有特定的审查技术手段作为支撑,具备制衡直接侵权人的能力,理应承担一定的事前审查义务。相较于著作权和商标权,判定专利侵权专业性强、难度大,而我国实用新型和外观设计的授权仅需要通过形式审查,具有不稳定性,导致这两类专利权的纠纷中,需要以确权和实质审查为前提,这是电子商务平台经营者难以准确把握的。同时,在网络交易中产品信息与实物分离,电子商务平台经营者难以对照实物逐一比对,增加了专利侵权判定的难度。如果法律要求电子商务平台经营者投入大量的人力、物力对网络交易中的专利侵权行为进行实时监控,则意味着电子商务平台经营者需要承担巨大的侵权预防成本,而电子商务平台经营者提供的仅仅是中介类服务,其进行审查应该考虑利益平衡、经营行为和权利客体的具体情况。基于此,电子商务平台经营者的主动审查义务必须是有限的,这

种有限性表现在内容上以形式审查为原则^[10]。

2. 事后补救义务

(1) 采取一定必要措施的义务。既然主动审查是有限的,那么与之对应的责任承担也是有条件的。《民法典侵权责任编》第 1195 ~ 1196 条、《电子商务法》的第 42 ~ 43 条规定了电子商务平台经营者进入“避风港”的两种情况:一是在权利人行使通知权时“采取必要措施”,二是平台内经营者行使反通知权时“终止所采取的必要措施”。

第一,采取必要措施的义务。该义务属于“通知—删除”规则的重要部分和必经程序。“通知—删除”规则赋予知识产权权利人通知权,规定其在权利受到侵害时可以通知电子商务平台经营者采取一定的措施,其中“删除、屏蔽、断开连接”的措施在《民法典侵权责任编》第 1195 条、《电子商务法》第 42 条均明确列举,是常见的及时性措施,能够最快地制止侵权行为扩大,同时也是暂时性措施,一旦发现错误,能快速恢复原链接的正常运行。而《电子商务法》第 42 条单独列举了“终止交易和服务”的措施,根据最高法院《指导意见》第 3 条,当平台内经营者多次、故意侵害知识产权时,电子商务平台经营者有权采取终止交易和服务的措施。该措施惩罚性强,一旦终止很难迅速恢复,应谨慎采取。如果电子商务平台经营者对专利权人行使通知权不进行任何的审查,只要收到“通知”就“删除”,会造成通知权的滥用,损害平台内经营者的权利,故《电子商务法》第 42 条规定,权利人提供的通知应当包含“侵权的初步证据”,在此基础上,《民法典侵权责任编》第 1195 条还要求提供“权利人的真实身份信息”。

第二,终止所采取的必要措施。《民法典侵权责任编》第 1196 条、《电子商务法》第 43 条增加了平台内经营者的反通知权,规定有效的反通知引发“终止所采取的必要措施”义务。如果遭遇恶意投诉或者权利人滥诉,平台内经营者行使反通知权,可以要求电子商务平台经营者终止措施,维护自身权益。该规定督促权利人通过其他方式维权,使权利争端评判更具有权威性,减少电子商务平台经营者的判定失误。

(2) “通知”“反通知”的转送义务。电子商务平台经营者履行转送义务能在权利人和平台内经营者之间构建起沟通的桥梁,有利于各方主体对投诉及时作出处理。

第一,转送通知的义务。转送通知的义务来自于权利人的通知权,电子商务平台经营者将权利人的诉求转送至平台内经营者,平台内经营者获悉通知后做出相应停止侵权或者主张权利的行为。转送通知是促使平台内经营者行使反通知权的前提,如果平台内经营者认为自己没有侵权,就可以在收到通知之后以书面说明的形式及时行使反通知权。

第二,转送反通知的义务。反通知在形式上是对权利人通知的反制,内容上是对侵权的否认。电子商务平台经营者将平台内经营者的声明传递给权利人,使得平台内经营者能够质疑通知的合理性,陈述自身权利的正当性。在履行转送反通知义务的过程中,电子商务平台经营者还需向权利人告知其享有投诉和起诉的权利。根据《电子商务法》第 43 条,自转送之日起,如果权利人在 15 日之内不采取向有关主管部门投诉或人民法院起诉的措施,就会引起另一个义务——终止采取的必要措施——以保障平台内经营者的权益。

(3) 公示义务。《电子商务法》第 44 条规定了电子商务平台经营者的公示义务,要求其详细公开履行各类义务的情况,包括是否收到通知或反通知、通知或反通知是否合格、是否履行有关义务,以及各类主体的反馈等有关侵权纠纷处理的过程。公示既能帮助权利人和涉事平台内的经营者了解事件进程,提升平台内运营透明度,又能指导平台内全体经营者行为,促进平台规范发展。

电子商务平台经营者在专利侵权中注意义务的法定类型详见表 1。

表1 电子商务平台经营者在专利侵权中注意义务的法定类型

义务类型		《民法典侵权责任编》		《电子商务法》	
事前 注意 义务	建立知识 产权保护 规则	主体	/	电子商务平台经营者	
		内容	/	建立规则,加强与知识产权权利人合作	
	信息核验、 保存	主体	/	电子商务平台经营者	
		内容	/	身份、地址、联系方式、行政许可等核验、登记更新	
	主动审查、 删除	主体	网络服务提供者	电子商务平台经营者	
		内容	主动采取必要措施	主动删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等	
		条件	知道或应当知道侵害民事权益	知道或者应当知道侵犯知识产权	
	未履行	连带责任			
采取必要 措施	主体	网络服务提供者	电子商务平台经营者		
	内容	删除、屏蔽、断开连接等	删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等		
	未履行	损害扩大部分承担连带责任			
事后 注意 义务	转送通知	主体	网络服务提供者	电子商务平台经营者	
		内容	将通知转送相关网络用户	将通知转送至平台内经营者	
	转送反 通知	主体	网络服务提供者	电子商务平台经营者	
		内容	将反通知转送至通知人,并告知可以投诉、诉讼		
	终止采取的 必要措施	主体	网络服务提供者	电子商务平台经营者	
		期限	合理期限	转送声明到达15日内未收到投诉或起诉的通知	
	公示	主体	/	电子商务平台经营者	
		内容	/	上述通知、声明及处理结果	

三、电子商务平台经营者专利侵权注意义务的司法判定现状

(一) 电子商务平台经营者专利侵权注意义务的司法判定典型案例

近年来,随着电子商务的快速发展,涉电子商务平台经营者专利侵权纠纷日益增多。笔者收集了司法实践中较为典型的电子商务平台经营者专利侵权典型案例,并列表示见表2。

(二) 电子商务平台经营者专利侵权注意义务的司法判定要素

表2列举了近年来电子商务中专利侵权的典型案例。从案例中可知,法官在判断电子商务平台经营者是否构成帮助侵权时,基本形成了以下共识:电子商务平台经营者的法律角色相对中立,仅提供服务,不参与交易,判断是否侵权主要看是否履行了注意义务。在理论研究中,判定电子商务平台经营者在专利侵权中注意义务的考量因素众多,诸如平台的经营模式、个案中经营者的控制能力、权利客体的类型、采取措施的有效性和及时性、技术的合理性、手段的可行性、产业发展状况等^[11]。例如,业务类型越细致的网络交易平台,其经营者的专业性要求越高,交易内容越具体,判断难度越低,电子商务平台经营者承担的义务越高;在专利权中,发明、实用新型和外观设计专利的创造性依次降低,侵权判断难度依次降低,法律授权的难度依次降低,那么注意义务的程度也应当依次升高。从以上案例中分析司法实践中判定电子商务平台经营者注意义务是否有效履行的关键要素如下:

表2 电子商务平台经营者专利侵权典型案例

序号	案件名称	争议焦点	法院裁判意见
1	威海嘉易烤生活家电有限公司诉永康市金仕德工贸有限公司、浙江天猫网络有限公司侵害发明专利权纠纷 ^①	天猫公司是否采取了必要措施	(1)专利权人的通知应包括:权利人身份、专利名称及专利号、被投诉商品及被投诉主体内容 (2)转送通知至平台内用户并通知其中辩属于必要措施 (3)不必然要求天猫公司在收到通知时立即采取措施
2	杭州阿里巴巴广告有限公司、肇庆市衡艺实业有限公司侵害发明专利权纠纷 ^②	衡艺实业有限公司的通知是否有效	(1)侵权证明材料是要件之一,例如涉嫌侵权商品与专利权保护范围的比对材料 (2)阿里巴巴公司要求投诉人补充“授权材料”及“侵权的初步证明材料”合理,在投诉人未补充时通知无效,未及时断开链接的行为无过错
3	东莞怡信磁碟有限公司与浙江淘宝网络有限公司、陈盼盼侵害实用新型专利权纠纷 ^③	淘宝公司是否明知或应知侵权行为	(1)专利侵权具有隐蔽性,淘宝公司对经营者的专利侵权行为承担较低的注意义务 (2)淘宝公司已经制定管理规则,尽到管理义务
4	王明海与青岛劲腾电子商务有限公司侵害实用新型专利权纠纷 ^④	京东公司是否履行注意义务	(1)北京京东公司审核了青岛劲腾公司的合法经营资质,尽到了合理的注意义务 (2)涉案产品现已下架
5	欧阳国强与浙江淘宝网络有限公司民事其他一案 ^⑤	淘宝公司是否履行注意义务	(1)淘宝公司判断是否侵权有难度:涉案专利知名度不高、涉案专利和实际销售的产品存在一定区别、投诉人和被投诉人双方均提供了证明材料 (2)淘宝公司转送了反通知,并在权利人起诉后及时删除了被投诉人中被诉侵权产品的信息,尽到合理义务
6	胡宝松与中山故里电子科技有限公司、浙江天猫网络有限公司侵害发明专利权纠纷 ^⑥	天猫公司是否未尽合理义务	天猫公司将通知交由浙江省知识产权局下属的维权中心进行专业判断、将诉讼材料转达卖家,属于采取必要措施
7	广州友拓数码科技有限公司、杭州阿里巴巴广告有限公司侵害发明专利权纠纷 ^⑦	阿里巴巴公司未采取措施是否合理	(1)被诉侵权的闪存装置是否侵害他人发明方法具有高度专业性,阿里巴巴公司在日常经营中难以知道侵权行为 (2)阿里巴巴公司在被告知友拓公司可能侵权之后,没有采取任何措施,属于“明知”的情形
8	苏州纳通生物纳米技术有限公司、广州市白云区圣洁美美容仪器厂与杭州阿里巴巴广告有限公司侵害外观设计专利权纠纷 ^⑧	阿里巴巴广告公司是否存在销售、许诺销售侵权行为	(1)阿里巴巴广告公司属于电子商务平台经营者 (2)义务仅限于法律规定的必要措施,例如删除、断开连接、终止服务
9	赛特莱特(佛山)塑胶制品有限公司与义乌市颖泽进出口有限公司侵害外观设计专利权纠纷 ^⑨	阿里巴巴公司是否尽到注意义务	(1)阿里巴巴公司是网络服务提供者 (2)对网络用户身份履行了审核义务 (3)涉案产品不存在明显违法或侵权的情形 (4)阿里巴巴公司已将被诉侵权产品信息删除

① 浙江省高级人民法院(2015)浙知终字第186号。

② 福建省高级人民法院号(2016)闽民终1345号。

③ 广州知识产权法院(2017)粤73民初3007号。

④ 北京知识产权法院(2017)京73民初1621号。

⑤ 广东省高级人民法院(2017)粤民终400号。

⑥ 广州知识产权法院(2017)粤73民初2693号。

⑦ 广东省高级人民法院(2018)粤民终427号。

⑧ 江苏省高级人民法院(2019)苏民终641号。

⑨ 杭州市中级人民法院(2019)浙01民初605号。

1. 专利权人是否提出合格通知

合格的通知引发注意义务,当专利权人行使通知权时,电子商务平台经营者需履行采取必要措施的义务。为保证通知权不被滥用,司法实践中应当对通知的有效性进行判定。在案例1和案例2中,法院对于通知的有效性均作出了要求,由于缺乏明确的法律规定,浙江省高院和福建省高院对通知具体内容的认定不尽相同,但均认为权利人的通知必须满足一定的要件才能构成有效通知,电子商务平台经营者收到有效通知时,负有根据通知的内容采取措施的义务,未履行义务则承担侵权责任。反之,如果通知不符合一定的要件,通知无效,电子商务平台经营者无需采取必要措施,不承担侵权责任。

2. 电子商务平台经营者是否及时采取必要措施

电子商务平台经营者是否及时采取了必要措施是判定义务是否履行的依据。在案例4中,京东公司收到通知后,及时下架了涉案产品;案例5中,淘宝公司在得知原告起诉后,及时删除了被投诉人中被诉侵权产品的信息;案例6中,天猫公司在收到诉讼材料后,将材料交由浙江省知识产权局下属的维权中心进行专业判断并将诉讼材料转达卖家。上述案件中的电子商务平台经营者均在得知侵权事实可能存在的条件下,第一时间采取了有关措施,阻止了侵权继续的可能,法院认定涉案电子商务平台经营者采取了必要措施,故而尽到了合理的注意义务,无需承担侵权责任。而案例7中,阿里巴巴公司在被朗科公司告知友拓公司涉嫌侵权的情况下,仍未采取必要措施,构成帮助侵权,对扩大损失承担连带赔偿责任。

(三) 电子商务平台经营者专利侵权注意义务的司法判定分歧

1. 转送通知的义务认定不一

在案例1中,浙江省高院将法定必要措施的种类扩展,认为必要措施包括转送通知。在案例5和案例6中,法院也将转送通知作为电子商务平台经营者的必要义务,但是定性为独立于采取必要措施义务之外的另一类义务。这些判决扩大了必要措施的内涵,虽然能够防止僵化适用“通知—删除”规则,有效避免被投诉人遭受损失,但是与现行《民法典侵权责任编》中的规定存在冲突,对通知规则的核心内容有所混淆。

2. 审查义务的内容不一致

在案例1中,原告发出的通知包含了能确定投诉商家和商品位置的有效链接、涉案产品的专利侵权分析报告、技术特征比对表。天猫公司在经过审查之后认定该通知缺少“侵权比对材料”而无效,要求原告补充。法院认为补充材料具有合理性,但是该材料不构成有效的必要条件。而在案例2中,福建省高院则持相反意见,认为“侵权比对材料”是通知的要件之一,缺少该证明材料的通知不具有引起注意义务的效力。两处判决对于有效通知要件的认定不一致,导致电子商务平台经营者在审查通知的时候标准模糊,难以确定究竟要不要采取措施。

3. 采取必要措施义务的类型模糊

在案例1中,浙江省高院认为转送通知属于必要措施的一种,是天猫公司应当履行的义务。一方面,这说明法院认可电子商务平台经营者转送通知是必要的;另一方面,也说明法院混淆了采取必要措施的义务和转送通知的义务,转送通知的义务是通知规则中的重要程序,与采取必要措施的义务具有同等意义,二者应当并存而非包含关系。而在案例6中,广州知识产权法院则认可了天猫公司将涉案专利信息交由浙江省知识产权局下属的维权中心进行专业判断的行为,认为在此项必要措施已经履行的情况下,天猫公司没有第一时间采取删除、屏蔽、断开连接等措施不属于未尽合理义务。可以看到,不同法院对于平台采取必要措施的种类判断不一,甚至一定程度上超出了立法设定的种类。

四、电子商务平台经营者专利侵权注意义务司法判定规则的重构

(一)合理判定通知、反通知是否有效

结合最高法院《指导意见》第5条的规定,笔者认为在电子商务专利侵权纠纷中合格有效的通知必须是书面形式,并包含以下要件:(1)专利权人的主体资格证明,例如身份证、营业执照或事业单位登记证。(2)专利权权属证明,包括专利证书、专利登记簿副本、专利授权公告文本、专利年费收据等。(3)侵权商品或信息的具体位置,例如侵权产品的链接或者其他可以准确定位侵权产品的方式。(4)被投诉人侵权事实的初步证据,包括产品说明书、产品设计图、产品配方等证明产品是否侵权,购销合同、买卖界面等证明平台内经营者存在侵权行为的事实,以及转让合同、许可合同等排除平台内经营者权利的证据。证据的证明程度只需要达到一般可能性,而无须达到较大的可能性,更不需要达到高度盖然性(极大的可能性)的标准^[12]。(5)通知真实性的书面保证。特别注意的是,电子商务平台经营者可以要求专利权人提交技术特征或者设计特征对比的说明、实用新型或者外观设计专利权评价报告等材料,但并非必备要件。在浙江省高级人民法院民三庭颁布的《涉电商平台知识产权案件审理指南》(以下简称浙高院《审理指南》)中还给予电子商务平台经营者一定的自由裁量,其中第11条规定电子商务平台经营者可以在法律允许的范围内,根据实际情况细化判断通知、反通知是否有效的要件,并且合理公示。

(二)合理确定必要措施的类型

必要措施需能够起到制止侵权行为的作用且满足比例原则^①。首先,应当以法定措施种类为基准。其次,应当以权利人的通知为参考,如果电子商务平台经营者采取的措施与权利人的要求不符,那么其自行采取的措施应当与权利人通知中的措施具有相同效果,并且不损害他人权益。在浙高院《审理指南》第14条中增列了“冻结被通知人账户”和“要求其提供保证金”的措施,扩充了法定必要措施的类型,给电子商务平台经营者提供了更多选择性。最后,认定措施是否确有必要应当遵循比例原则,对于轻微的或不确定的侵权行为、证明力较弱的侵权事实,优先采取程度较轻的、暂时性的必要措施。根据最高法院《指导意见》第10条的规定,考量因素包括:构成侵权的初步证据;侵权成立的可能性;侵权行为的影响范围;侵权行为的具体情节,包括是否存在恶意侵权、重复侵权情形;防止损害扩大的有效性;对平台内经营者利益可能的影响;电子商务平台的服务类型和技术条件等。

(三)合理认定是否尽到审查义务

现有法律设定了电子商务平台经营者的事前主动审查义务和事后被动审查义务,法院在判定是否履行义务时应当从主观过错、审查的内容是否全面、合适出发。具体说来,应注意以下两方面:

首先要对“知道或者应当知道”作出判断。对于收到权利人通知的,应当认定为“知道”,其中,通知不合格仅表明通知效力存在瑕疵,但是不能否定其已经知道涉案产品存在侵权纠纷的可能性。如果平台还收到了行政部门的通知、消费者的投诉等,也能直接证明其“知道”。对于“应当知道”的认定,要从预见能力和预见范围两方面考量,可以借助平台履行审查义务的具体行为来共同判断。如果平台未按照通知有效要件的规定进行审查、未采取普遍存在的监控侵权技术而导致其没有发现明显侵权事实,则应当认定为应注意、能注意却未注意,存在主观过错。最高法院《指导意见》第11条列举了认定“应当知道”

^① 比例原则最早由奥托迈耶在其名著《德国行政法》一书中提出:“行政权力对人民的侵权必须符合目的性,采行最小侵害以及追求公益应有凌越私益的优越性。”比例原则是行政法的重要原则,是指行政主体实施行政行为应兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益,如果行政目标的实现可能对相对人的权益造成不利影响,则这种不利影响应被限制在尽可能小的范围和限度之内,二者有适当的比例。

的几种具体情形:(1)未履行制定知识产权保护规则、审核平台内经营者经营资质等法定义务;(2)未审核平台内店铺类型标注为“旗舰店”“品牌店”等字样经营者的权利证明;(3)未采取有效的技术手段过滤、拦截包含“高仿”“假货”等字样的侵权商品链接和被投诉成立后再次上架的侵权商品链接。

其次要看审查的具体内容。审查义务可以分为实质审查和形式审查两类,基于专利权的特殊性,一般情况下电子商务平台经营者仅承担形式审查的义务,主要包括:(1)对入驻平台的经营者资质的合法性及有效性审查。例如审查用户身份、专利权属及其有效性,包括专利证书、专利权属登记或专利许可合同。(2)审查通知、反通知要件的完备性。按照最高法院《指导意见》第5、7条和浙高院《审理指南》第8、9条的规定逐一判断,如果电子商务平台经营者单方面提高了通知或者反通知的要件要求,并且造成了损害,应当认定此时的审查义务未有效履行。(3)审查的手段限于平台自身的业务水平和技术水平。各类电子商务平台的业务能力和经营范围不尽相同,决定了不同平台对专利审查的技术水平高低不一,法院要结合其业务类型、经验模式、盈利状况等实际判定涉案平台的审查能力。

在一些特殊情况下,电子商务平台经营者的实质审查义务必不可少^[13]。法官可以从以下方面进行考量:第一,该电子商务平台经营者自建自营自销,例如京东的自营平台,此类电子商务平台经营者参与到交易中,具有平台管理者和实际经营者双重身份,从产品中直接获利,应当对所售产品是否侵权进行实质审查。第二,该电子商务平台经营者对平台内的相关专利产品进行了专栏整理和推介,表明其对产品的掌握程度更高,并且此时平台用户会基于对该平台的信任而倾向于选择该类产品,故电子商务平台经营者应当对其特别推广的产品进行实质审查。第三,该平台自身的技术性和专业性。注意义务的具体履行应当以技术性措施为主,如果该平台本身较为专业并且也已经掌握了先进的内容过滤和甄别技术,例如,京东的“红网”可以对知名品牌、特殊商号进行针对性保护,字节跳动的“灵石系统”可通过技术手段自动对比平台内视频版权,快速发现侵权内容^①,则要适当提升该平台事前审查义务的标准。

五、结语

当前,我国正在从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变,知识产权工作正在从追求数量向提高质量转变。知识产权的司法保护作为知识产权保护体系的重要力量,发挥着不可或缺的关键作用。电商领域是知识产权保护的重要阵地,在司法实践中,法院判定电子商务平台经营者是否承担专利侵权责任时,应当以合理注意义务为切入点,首先要严格根据《民法典侵权责任编》第1195~1197条与《电子商务法》第41~45条建立的“通知—删除—转通知—反通知—转反通知—恢复(终止)”规则,确定个案中各方主体是否具有某种权利或义务;其次要结合电子商务平台经营者的经营模式、专利权的类型、电子商务平台经营者采取的措施等来判断义务是否得到履行,重点参照最高法院《指导意见》、浙高院《审理指南》的规定,判定通知和反通知的有效性、必要措施的种类以及审查义务的履行等关键因素,准确认定电子商务平台经营者是否履行了注意义务,公正裁判各方责任。

未来,知识产权领域的国际竞争愈加激烈,我国“十四五”时期以及更长时期的发展对加快科技创新的需求更为迫切。在司法实践中必须坚定践行习近平法治思想,全面加强知识产权的司法保护,妥善审理电子商务中侵犯知识产权纠纷案件,既依法免除错误下架通知善意提交者的责任,督促和引导电子商务平台经营者积极履行法定义务,促进电子商务的健康发展,又要追究滥用权利、恶意投诉等行为人的法律责任,合理平衡各方利益^②,以公平公正的司法裁判为新业态新领域保驾护航。

① 参见《中国电子商务知识产权发展研究报告(2020)》。

② 参见最高人民法院《关于全面加强知识产权司法保护的意见》。

参考文献:

- [1] 张新宝. 互联网上侵权问题研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2003.
- [2] 屈茂辉. 论民法上的注意义务[J]. 北方法学,2007(1):22-34.
- [3] 石必胜. 电子商务交易平台知识产权审查义务的标准[J]. 法律适用,2013(2):103-107.
- [4] 司晓. 网络服务提供者知识产权注意义务的设置[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2018(1):78-88.
- [5] 朱开鑫. 网络服务提供者注意义务研究[D]. 北京:对外经济贸易大学,2019.
- [6] 王静. 网购平台商标侵权责任判定中合理注意义务的界定[J]. 人民司法,2014(17):66-69.
- [7] 全国人大财经委员会电子商务法起草组. 中华人民共和国电子商务法条文释义[M]. 北京:法律出版社,2018:124.
- [8] 徐卓斌. 《电子商务法》对知识产权法的影响[J]. 知识产权,2019(3):31-40.
- [9] 陈锦川. 关于网络服务中“避风港”性质的探讨[J]. 法律适用,2012(9):25-31.
- [10] 黄薇君,李晓秋. 论网络服务提供者的专利权审查义务——兼评《专利法修订草案(送审稿)》第63条第1、2款[J]. 重庆大学学报(社会科学版),2017(4):95-102.
- [11] 于波. 网络中介服务商知识产权法律义务研究[D]. 上海:华东政法大学,2013.
- [12] 杨立新. 电子商务交易领域的知识产权侵权责任规则[J]. 现代法学,2019(2):77-90.
- [13] 何炼红,邓欣欣. “互联网+”时代我国电子商务平台法律定位之反思[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版),2016(1):31-37.

Judicial judgment on the duty of reasonable care in patent infringement of operators in the e-commerce platform

LI Xiaoqiu¹, GUO Qinxuan²

(1. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China;

2. Lanzhou Discipline Inspection Commission and Supervisory Commission, Lanzhou 730030, China)

Abstract: Whether an e-commerce platform operator performs the duty of care is an important factor in judging whether it infringes the patent. Both *Civil Code* and *E-commerce Law* have set the rule of “notice-takedown-notice forwarding-counter notification-counter notification forwarding-replacement”, which establishes two types of obligations for e-commerce platform operators, including the duty of prevention beforehand and the duty of remedy afterwards. In typical E-commerce patent infringement cases, there are differences between different judges to judge whether the e-commerce platform operators had performed their duty of care. The judgment rules in judicial practice should be restructured: firstly, comparing the legal type of duty of care to decide whether the e-commerce platform operator should undertake the duty of care; secondly, according to the provisions of the new laws and judicial interpretation as well as combining the characteristics of patent rights to judge whether some kind of the duty of care has been fulfilled, by reasonably determining the effectiveness of notices and counter-notifications, reviewing the performance of the obligation and the adoption of necessary measures to determine whether the duty of care is violated.

Key words: e-commerce platform operator; patent infringement; duty of care; “Notice-and-TakeDown” rule

(责任编辑 张佑法)