

# 电商领域知识产权恶意通知问题研究

柳文杰

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年4月29日; 录用日期: 2022年5月10日; 发布日期: 2022年5月31日

## 摘要

《电子商务法》第42条确立了“通知移除规则”，但实践中各电商平台上假借知识产权维权名义发出的恶意通知层出不穷；“通知移除规则”天然的快捷性、电商平台“流量为王”的特点与15日等待期的规定恰为这一现象的背后成因。然而实践中对恶意通知的构成认定尚存争议，因此有必要依照立法表述将恶意通知从客观和主观两个层面进行拆分，具体包括：在客观层面确立合格通知所应当包含的要件，反面推理得出不符合合格通知即为错误通知；在主观层面厘清恶意的内涵及其三种常见司法形态。寻求对恶意通知的规制路径时，应当注意电商平台与司法机关之间协同合作：应适当赋予电商平台自主权，允许其设置担保机制、建立信用分层名单；同时发挥法院的自由裁量权，准许被通知人申请反向行为保全，并合理分配举证责任、统一损害赔偿数额计算标准。

## 关键词

《电子商务法》，恶意通知，知识产权，网络侵权

# Research on Malicious Notices of Intellectual Property in E-Commerce Field

Wenjie Liu

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Apr. 29<sup>th</sup>, 2022; accepted: May 10<sup>th</sup>, 2022; published: May 31<sup>st</sup>, 2022

## Abstract

Article 42 of the *E-commerce Law* establishes the “Notice-and-Takedown Rule”, but in practice, malicious notices issued on various e-commerce platforms in the name of intellectual property rights protection emerge one after another; the efficiency of “Notice-and-Takedown Rule”, the characteristics of “traffic is king” of e-commerce platforms and the provisions of the 15-day waiting period are the reasons behind this phenomenon. However, in practice, there are still disputes on the

**identification of the composition of malicious notice. Therefore, it is necessary to split the malicious notice from objective and subjective levels according to the legislative expression, including: Establishing the elements that should be included in the qualified notice which can help distinguish the non-qualified notice; at the subjective level, clarify the connotation of malice and its three common judicial forms. When seeking the regulation path of malicious notice, we should pay attention to the coordination and cooperation between e-commerce platforms and judicial authorities: E-commerce platforms should be appropriately given autonomy, allowed to set up guarantee mechanism and establish credit hierarchical list, and at the same time, give play to the discretion of the court, allow the notified person to apply for reverse act preservation, reasonably allocate the burden of proof and unify the calculation standard of the amount of damage compensation.**

## Keywords

*E-Commerce Law, Malicious Notices, Intellectual Property, Network Infringement*

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

商务部电子商务和信息化司于 2021 年 9 月 15 日发布的《中国电子商务报告(2020)》显示,截至 2020 年 12 月,中国网民规模达 9.89 亿人,互联网普及率达 70.4%;全国电子商务交易额达 37.21 万亿元,其中网上零售额 11.76 万亿元,同比增长 10.9%;电子商务从业人员达 6015.33 万人[1]。

伴随着电子商务新型交易模式如火如荼,阿里巴巴、京东等电商平台上出现了一种吊诡的现象:一方面,社会层面知识产权意识仍有待提高;另一方面借用知识产权维权名义恶意投诉的所谓“知产流氓”日益泛滥[2]。此类恶意投诉也被称为恶意通知,实践中通常表现为通知发出人滥用法律规定的通知移除规则恶意投诉他人售卖商品或服务涉嫌侵权以实现其非法目的;恶意通知不仅会对被通知人即电商经营者造成巨大财产、商誉损失,也会破坏电商平台内商品多样性,并且可能进一步危及整个线上营商环境和我国知识产权保护体系。因此本文旨在对恶意通知现状及其成因充分认识的基础上,从构成要件分解视角对恶意通知进行性质认定,进而探索联合电商平台与司法机关共同规制恶意通知的若干具体路径,以期对我国电商交易领域知识产权保护进一步完善提供助力。

## 2. 电商领域知识产权恶意通知的现状及其成因

欲规制恶意通知问题,须先对其有数据上的直观认识,通过观察阿里巴巴和京东公司的年度报告可以总结出其频率高、危害大的特点;进而对该现象背后成因深入剖析,探究恶意通知人内心动机、恶意通知作用机制等内在影响因子,下文详述之。

### 2.1. 恶意通知的数据呈现

根据全球知名市场研究机构 eMarketer 于 2018 年发布的报告,中国电商市场前十名中阿里巴巴和京东分别以 58.2%和 16.3%的市场份额占据前两位[3]。因此阿里巴巴和京东关于恶意通知的统计数据大致上可以反映恶意通知在中国的现状。

阿里巴巴集团知识产权保护平台(简称“IPP 平台”)上发布的《知识产权年度报告》显示,2016 年 IPP 平台上共发现疑似恶意投诉方账号 5682 个,因其恶意投诉行为造成的卖家资损约 1.07 亿元[4];截至 2018

年 12 月 31 日, 各类恶意投诉占 IPP 平台知识产权投诉总量的近 24% [5]。而直到 2020 年, 阿里巴巴依然发现有个别投诉人, 通过伪造材料、抢注权利、虚假陈述等方式投诉卖家, 以达到敲诈、打击竞争对手或管理渠道的目的[6]。从上述数据可以看到, 恶意通知的数量一度占据了阿里系知识产权平台投诉总量的将近 1/4, 这个体量不可谓不大, 且在现如今越发严格的知识产权保护措施下依然屡禁不止。

据京东维权投诉系统 2018 年的数据统计, 在一年两次的大促“618”和“双 11”前期, 投诉量增长幅度约为 30% 到 40%, 远远超过正常的月平均投诉量, 过了这个大促周期以后这个数据就会马上去[7]。在热销时期猛增的投诉量很难不让人猜测这其中大量商家通过恶意通知的形式进行不正当商业竞争, 且如此高的增幅也足以说明问题的严峻性。

通过上述大数据比对, 可以发现在当下中国电商交易领域, 《电子商务法》第 42 条设立的专为知识产权人实现快速维权的通知规则正在被滥用, 维权工具被恶意通知人反向利用成了侵权工具; 恶意通知不仅损害经营者个人合法权益, 也破坏了电商平台的正常营商环境以及国家知识产权保护体系, 危害巨大。

## 2.2. 恶意通知的背后成因

所谓恶意通知, 通常指通知人通过恶意抢注、伪造权利证件等方式, 以知识产权人身份向电商平台发出通知, 声称通知涉及的平台经营者涉嫌侵犯其知识产权, 进而要求电商平台依据法律规定对其采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施, 以实现其不法目的。

究其本质, 恶意通知是对通知移除规则的滥用, 通知移除规则天然的便捷性是恶意通知频发的直接诱因。我国通知移除规则立法蓝本是美国《千禧年数字版权保护法案》的“避风港”原则和“红旗”原则[8], 其最大优势在于不必经过漫长的诉讼, 权利人即可以极低的成本快速制止侵权; 然而在强化其简易性的同时不可避免弱化了对准确性的要求, 因此也给恶意通知留下了可趁之机。

恶意通知之所以能达到通知人的不法目的, 另一个关键在于电商平台“流量为王”的特点。淘宝、京东等电商平台会根据商品销量、点击率、购买率、评论数等多个指标依照一定的算法进行运算并将最终结果排序, 优先将综合排名较高的商品推送至消费者搜索页面, 而根据广告心理学和消费行为学, 排名靠前的商品会吸引更多关注从而收获更好的经济效益, 而一旦商品被认定侵权后被平台采取诸如删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施, 该经营者之前的流量积累、综合分数都会清零, 并且可能面临店铺临时监管、限制发布商品或参加活动等严厉处罚措施, 继而实现通知人攫取不正当利益的目的。

《电子商务法》第 43 条 15 日等待期的规定则为恶意通知的大行其道提供了“助燃剂”。该条文要求平台在收到经营者符合条件的反通知后, 须等待 15 日, 若 15 日内未收到权利人投诉或者起诉通知的, 方可终止所采取的措施; 这一规定看似公允, 实则刺激恶意通知的产生, 进而极大损害被恶意通知人的利益, 在瞬息万变的商场上, 15 日的下架措施足以使电商经营者损失惨重, 尤其是针对一些时令性的(羽绒服、短袖等)、节日限定性(情人节的玫瑰花、中秋节的月饼等)以及特定促销期(如双十一等)的商品而言。此种情形下, 平台内经营者往往损失惨重, 不仅先前推销产品的支出成本毁于一旦, 还错过了眼下的商机与利润, 并且未来可能要支付商品重新推广的费用; 尽管《电子商务法》第 42 条规定了恶意通知人需要加倍承担赔偿责任, 但该数额如何计算在司法实践中并无固定标准。

## 3. 电商领域知识产权恶意通知的构成分析

在认识到恶意通知现状及其成因的基础上, 若欲寻求对恶意通知规制的具体路径, 首先应当对其法律性质予以认定, 即明确何种行为属于恶意通知。恶意通知行为本质上仍属于网络侵权, 可以适用普通的过错归责的侵权责任构成要件体系认定其是否构成侵权[9], 即可依照我国传统的四要件理论对恶意通知进行构成分析; 拆分《电子商务法》第 42 条第 3 款对恶意通知的表述“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”可得,恶意通知可切割为主观上恶意、客观上通知错误两个层面,故为逻辑顺畅,笔者采客观(错误通知行为、损害后果、行为与后果之间存在因果关系)、主观(恶意认定)两个维度进行论述。

### 3.1. 客观层面

如上所述,恶意通知客观上表现为错误通知行为、损害后果、行为与后果之间存在因果关系三个方面,其中以错误通知行为的认定最为困难。实质层面看,恶意通知人向平台发出的通知必然是错误的,但若直接界定何为错误通知难以在逻辑上达至周延,因此可以尝试反面推理,即确定合格通知的标准,不符合合格通知自然属于错误通知。

根据最高人民法院在2020年9月10日发布的《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》(下文简称意见)第5条规定,知识产权权利人依据电子商务法第42条的规定,向电子商务平台经营者发出的通知一般包括:知识产权权利证明及权利人的真实身份信息;能够实现准确定位的被诉侵权商品或者服务信息;构成侵权的初步证据;通知真实性的书面保证等。通知应当采取书面形式。归纳可得,合格通知应当包括两部分内容:一为权属证据,即证明通知人是合法稳定的知识产权权利人;二为侵权证据,即证明通知中所涉经营者实施了侵害通知人知识产权行为。若通知中权属证明存在问题或者侵权证据无法达到相应标准,则应当认定为错误通知行为。

通常来看,权属证据审查的争议较小,一般可以审查案涉知识产权经有关行政机关审核颁发的权利证书、资质证明等是否真实、有效,并可通过有关行政机关的登记、公告等辅助信息,对权利的完整性和稳定性、是否存在异议、是否处于有效期等进行全面判定<sup>[10]</sup>,实务更多地聚焦在构成侵权的初步证据问题,即被侵权人通知电商平台时,应当证明网络用户确实利用网络实施了侵权行为<sup>[11]</sup>,故通知人须提供被通知人所售商品或服务涉嫌侵犯其知识产权的证据,如相应的侵权比对说明、专利权评价报告等,而关于通知人提供的证据须证明至何种程度始终存在争议。站在保护民事权益的角度,通知对于侵权事实的证明仅需达到初步标准,并不要求足以证明侵权事实的存在<sup>[12]</sup>,具体来看,通知中对侵犯知识产权行为的证明标准可以稍低于诉讼标准,采较高盖然性标准<sup>1</sup>,如诉讼中欲证明对方侵权,往往需要以公证方式购买对方商品,进而对该商品是否侵权进行比对鉴定,但在发出通知的情形下,只需以通常方式购买商品,同时提供本次交易的双方当事人身份信息、订单编号、物流信息等证据,以及所购商品与正品颜色、材质、型号等方面的差异,当证据相互印证可以使电商平台认定该侵权行为的存在具有较高盖然性,则该通知属于合格通知,反之即为错误通知行为。

认定错误通知行为后,须进一步探讨损害后果、行为与结果之间存在因果关系的证明问题。梳理通知移除规则作用机制可得,当电商平台依照错误通知的要求将通知涉及经营者的产品或服务采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等措施,结合电商平台“流量为王”的特点与《电子商务法》第43条15日等待期的规定,经营者的损失惨重且不可避免,即有损害后果产生;而该损害后果确实是通知人的错误通知行为引发的,且不论电商平台在这一过程中有无错误判断以及错误判断将产生何种法律责任,通知人错误通知行为与通知造成的损害后果之间亦有因果关系。

### 3.2. 主观层面

恶意通知人在主观层面抱有恶意,然而恶意一词却很难举证并加以认定。《牛津法律大辞典》对恶意的解释是:“恶意是用于行为人不诚实心理状态的一个术语,即其明知缺乏权利,或者相反,不相信他的行为具有合法正当的理由。”<sup>[13]</sup>。而按照一般侵权责任构成要件理论,行为人主观上须有过错,但

<sup>1</sup>《北京市高级人民法院关于审理电子商务侵害知识产权纠纷案件若干问题的解答》第13条第1款:权利人的通知及所附证据能够证明被控侵权交易信息的侵权可能性较大的,电子商务平台经营者应当及时采取必要措施,否则认定其有过错。

恶意通知中的恶意并不等同于过错，这一点从《电子商务法》第42条第3款将错误通知与恶意通知区分表述可以看出。侵权法上的过错包含故意与过失；恶意通知中通知人已经预见到了恶意通知可能产生的后果，并积极追求至少是放任结果发生，因此对恶意的理解应采故意说，2019年12月23日由浙江高院发布的《涉电商平台知识产权案件审理指南》(下文简称指南)第27条<sup>2</sup>亦采此种观点。

然而恶意归根结底是行为人的主观态度，法律无法探知人的内心世界，唯一的办法就是从其行为倒推出其意图。在繁复多样的司法实践中，我们大致可以归纳出恶意通知的三类外在表现形态：1) 通知人所谓知识产权本身并不存在，往往表现为通知人恶意抢注他人先权利，编造、伪造权属证明或资格证书，甚至注册空壳公司专业发出恶意通知限制其他商家正常营业。2) 通知人主张权利确实存在，但不稳定或有瑕疵，表现为权利人明知自己的专利权尤其是外观设计专利和实用新型专利的稳定性较差(因此实践中淘宝、拼多多等电商平台会要求其提供相应行政机关作出的专利权评价报告)、注册了本身缺乏显著性的商标而故意投诉同类型的其他商品；又或者在通知时权利正当且稳定，但在通知后明知自身权利出现不稳定情况依然不撤回通知，对其不作为行为所产生对方损失进一步扩大因其恶意也应承担责任。3) 通知人真实且正当享有某项知识产权，但滥用权利，明知其他商家所售商品并未侵权或不能确认对方侵权，依然故意以对方侵权为由发出通知或者在善意发出通知后得知对方未侵权时仍不撤回通知，造成对方财产、商誉等损失。若出现上述三种情形之一，则可以推断通知人主观上存在恶意，进而适用《电子商务法》第42条对其施以双倍赔偿责任。

值得注意的是，尽管可以运用逻辑在司法实践中抽象提炼出较为清晰的恶意通知形态，但被通知人要想举证证明通知人主观存在恶意仍极为困难，尤其是上述第三种情形即通知人滥用权利时，原告被通知人欲证明被告通知人系恶意通知，必须先证明被告当时所购商品并未侵权，由于该商品始终掌握在被告手中，若被告拒不提供或者确实无法提供，则根据证据规则，应当由原告承担败诉风险，因此平衡此类案件中原被告举证责任就成为了一个实务中的难题。

## 4. 电商领域知识产权恶意通知的规制路径

在明确恶意通知现状及其成因并对其法律性质予以认定后，可以归纳目前实践中恶意通知的四个特点：频率高、损害大、损害难以计算、恶意举证困难。在寻求该现象的具体规制路径时，除司法机关对被恶意通知人予以事后救济外，电商平台同样是治理的重要节点：应当由电商平台在事先采取特定措施减少恶意通知发出频率、降低恶意通知发挥作用可能性，再由司法机关于事中限制损害扩大，事后合理分配双方举证责任、确立损害赔偿数额计算标准。

### 4.1. 赋予电商平台自主权

电商平台作为连接恶意通知人与被通知人的桥梁，是恶意通知需要冲破的第一道关卡，承担着审查通知是否合格的责任，因此可以由其发挥自主权以控制恶意通知，如设置担保机制、建立信用分层名单。最高人民法院发布的《意见》第4条亦支持在不限制通知人正常维权的情况下，赋予电商平台更多自主权：依据电子商务法第四十一条、第四十二条、第四十三条的规定，电子商务平台经营者可以根据知识产权权利类型、商品或者服务的特点等，制定平台内通知与声明机制的具体执行措施。但是，有关措施不能对当事人依法维护权利的行为设置不合理的条件或者障碍。

#### 4.1.1. 设置担保机制

通知移除规则与诉前禁令效果相似，但后者的要求较之前者却要严格许多，往往需要有充足的证据并提供担保<sup>[14]</sup>，因此京东集团知识产权总监曾主张可以根据被投诉商品销售的范围或者额度，要求通知

<sup>2</sup>《涉电商平台知识产权案件审理指南》第27条规定：“恶意通知”是指通知人明知自己无权通知或通知依据不足，仍然发出通知，从而对被通知人造成损害的行为。

人提供相应的或者一定比例的担保费用[7]。然而这一主张与通知移除规则设立初衷相悖，将给大多数正当维权行为造成不便进而导致该规则在实践中被架空，故并不合适。

但是担保机制依然有其发挥作用的空间，即将担保与被通知人联系起来，如电商平台内经营者通过与平台预先订立协议表示同意平台在收到对其侵权投诉时可以即时冻结其在平台上的交易货款[15]，以此代替平台在接到通知后可能对其采取的诸如下架等严厉措施。此种制度设计的优点在于：若通知系恶意发出，则提供担保可以保证未侵权经营者的商品或服务不会被采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，恶意通知的不法意图即会落空；若通知确是权利人正当维权行为，则该笔冻结的交易货款可以为其主张侵权损害赔偿提供保障，同时在知识产权侵权案件中，若被侵权人实际损失难以计算，则通常以侵权人侵权获利计算损害赔偿数额，冻结侵权人在平台上的交易货款使得该笔数额易于确定。

#### 4.1.2. 建立信用分层名单

电商平台诸如阿里巴巴、京东、拼多多等皆为科技巨头，掌握海量数据信息以及先进算法技术，可以通过沉淀平台上的历史通知数据和被通知数据对通知人和经营者进行信用分层，帮助快速锁定并精准识别恶意通知。

具体来讲，可以根据通知人过往的通知数量、通知成功率、反通知成功率等指标，将通知人分为高诚信、普通、低诚信、不诚信四类，并对这四类通知人的通知在审查时采取不同策略。对于高诚信通知人发出通知，平台方在审查时可开启绿色通道，予以快速响应与处理；对于低诚信人发出的通知应当根据其通知所涉知识产权类型不同而有所区别，著作权、商标权等知识产权审查相对专利权较为容易，平台有足够审查能力，因此可采取“合格通知-预下架-反通知-最后评判”的流程操作[16]，但对于专利权通知，因其专业性强、平台审查能力不足，可以考虑在收到合格通知后暂不采取必要措施，而将通知转通知给经营者，结合经营者的反通知中提供的不侵权证据，再行综合判断；而对于不诚信通知人，由于其过往投诉量大、成功率低、反通知成功率高，可以盖然性判断其为专业恶意通知人，因此可将其拉入黑名单，对其通知不再做处理。同样，信用分层机制可作用于平台内经营者，依其被通知量、反通知成功率、通知成功率等数据进行划分。

当然，上述分层名单应当不断流动变化，电商平台须定期依据通知人在知识产权领域的表现调整其信用评级以限制恶意通知。

## 4.2. 发挥司法机关裁量权

一旦恶意通知引发的侵权纠纷无法在电商平台自治语境下得到解决，则需由法院作出终局性裁判。应当发挥司法机关自由裁量权：允许被通知人反向行为保全以减小损失，合理分配原被告之间的举证责任，并且在司法程序中确立一套相对固定的损害赔偿数额计算标准，于事中、事后弥补通知移除规则的缺陷，救济当事人合法权益。应当说，前述举措在立法上尚无规定，乃是运用审判智慧解决实践难题的一种尝试，若能经历司法审判的实际检验或许可以上升至司法解释，最后由相关电子商务立法予以确立。

### 4.2.1. 反向行为保全

针对恶意通知，被通知人可以向法院申请诉前或者诉中行为保全，请求法院责令通知人撤回通知、禁止通知人继续发出通知或要求平台暂停采取必要措施，若法院判断通知人有较高可能存在恶意，恶意通知行为会对被投诉店铺产生不可逆的负面影响，且不采取行为保全措施对被通知人造成的损害会超过采取行为保全措施对通知人造成的损害，同时采取保全措施不会损害社会公共利益时，法院有权裁定准许保全。

电商领域全国首例反向行为保全案件“徐春山与田庆红、刘延波、山东世博文化传播有限公司申请

诉前行为保全案”<sup>3</sup>于2019年9月16日在余杭区法院审结，田庆红、刘延波、世博公司通过伪造著作权共23次就登记权属发出恶意通知致使徐春山店铺内12条热销商品链接被删除，后法院支持徐春山以提供相应担保的形式要求恶意通知人立即停止针对徐春山淘宝店铺向淘宝公司提起知识产权侵权投诉的行为。

之后浙江高院于2019年12月23日发布的《指南》第36条<sup>4</sup>和最高院于2020年9月10日发布的《意见》第9条<sup>5</sup>均支持法院综合各因素后，在符合条件的情况下行使自由裁量权裁定准许被通知人反向行为保全。

#### 4.2.2. 举证责任合理分配

在恶意通知侵权案件中，原告的诉讼思路应当是证明其自身权利合法正当且所售商品、服务并未侵犯他人知识产权，进而从逻辑上证明被告至少应当被认定为错误通知，在这一步的证明程序中原告应当提交相应的权属证明、资质证书和相关行政机关作出的专利评价报告或是能证明其获得权利人授权的合同、发票、进货凭证等资料。

然而原告欲进一步证明被告系恶意发出错误通知则相对困难。对上文所述实践中恶意通知的前两种形态，由于被告存在虚构相应资格证书、权属证明的行为或者可以查询到行政机关出具的权利状态认定书，原告举证证明对方恶意相对容易。但针对知识产权人权利正当稳定却滥用权利的情形，则需对原告所售商品是否侵权，由于被告掌握的关键性证据时常缺位，事实往往处于真伪不明状态，根据举证责任规则，将由原告承担败诉风险。

应当承认法律是各方利益博弈的产物，而司法过程中同样应当注重对不同价值的权衡，若由于现实因素致使一方利益实际难以获得司法保护，则应当由法院运用自由裁量权加以衡平，由法官结合两造陈述与证据，在事实调查过程中适当分配举证义务，根据证明力强弱最终形成合乎正义的内心确信。结合到此类案件，在原告确实用尽其努力亦无法证明对方系恶意然而被告确有较大可能存在恶意时(如被告在诉前与原告的沟通中有透露出滥用权利等迹象)，则应当将举证责任转移至被告，由其提供应当保存和掌握的证据证明对方确系侵权而其权利正当稳定且自身无恶意，这一举措看似突破了传统的举证规则，然而却是立足于司法现实、调和双方利益的合理选择。

#### 4.2.3. 统一损害赔偿数额计算标准

侵权损害赔偿数额确定一般依照“被通知人的实际损失 - 通知人的实际获利 - 酌定赔偿”的顺序，赔偿数额须包括被通知人维权费用。如前所述，恶意通知带给被通知人的实际损失不限于所涉商品或服务被采取必要措施本身带来的利润损失，还会导致商家过去推广宣传成本浪费，同时产生未来消除影响、重新推广的费用，另外还包括由爆款链接作为流量窗口可能会产生的同一网店内其他商品或服务售出的预期收益等诸多利益。

实践中对损害赔偿数额缺乏相对确定的计算流程，故笔者建议可按下述思路分别锁定赔偿数额的上下阈值：由于商家极注重成本收益比较分析，故可将其视为理性人，其所以花费大量资源推广商品往往系因其预期收益超过推广成本，因此可以将商家之前为推广链接或店铺支出的相应费用与合理维权费用之和作为赔偿数额的最小值；而将其产品下架后店铺整体收益减少值、已支出推广费、未来为恢复商誉

<sup>3</sup>徐春山与田庆红、刘延波、山东世博文化传播有限公司申请诉前行为保全案，浙江省杭州市余杭区人民法院(2019)浙0110行保1号民事判决书。

<sup>4</sup>《涉电商平台知识产权案件审理指南》第36条规定：被通知人可以向人民法院申请诉前或诉中行为保全，请求法院责令通知人撤回通知或者禁止通知人继续发出通知。在通知人提起的知识产权侵权诉讼中，被通知人也可以申请诉中行为保全。

<sup>5</sup>《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》第9条规定：因情况紧急，电子商务平台经营者不立即恢复商品链接、通知人不立即撤回通知或者停止发送通知等行为将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，平台内经营者可以依据前款所述法律规定，向人民法院申请采取保全措施。知识产权权利人、平台内经营者的申请符合法律规定的，人民法院应当依法予以支持。

将支出的成本(参照过往推广费)及其合理维权成本之总和作为其赔偿数额的最大值,因为该店铺整体收益下滑并不一定是该商品被恶意通知的后果。同时法院应当结合通知人的恶意程度、必要措施类型与维持时长、被删链接前该商铺的月平均营业额、行业平均营业额、所处时期属淡季或旺季、被下架商品作为流量窗口可能带来的预期收益等因素进行综合判断,最终酌定损害赔偿数额。

## 5. 结语

综上所述,恶意通知大行其道本质上是对通知移除规则的亵渎、对电商领域正常商业秩序的僭越以及对我国知识产权保护体系的破坏。故本文在呈现电商领域恶意通知泛滥现状后剖析其成因,进而从客观和主观两个层面对恶意通知进行构成分析以便法院在实践中及时认定恶意通知,并建立起电商平台和司法机关双重规制路径:适当赋予电商平台自主权,允许其设置担保机制、建立信用分层名单,与此同时发挥法院的自由裁量权,准许被通知人申请反向行为保全,合理分配举证责任、统一损害赔偿数额计算标准。当然,随着线上交易的空前繁荣、网络产业的快速迭代,出现各类法律问题是其社会原因和经济根源的。相信随着电子商务平台的算法技术和内部规范日渐优化、司法机关的审判智慧和处理经验不断丰富、国民素质逐代提升,诸如恶意通知一类的知识产权侵权行为终将得到有效遏制。

## 参考文献

- [1] 商务部电子商务和信息化司. 中国电子商务报告(2020) [R/OL]. <http://dzsww.mofcom.gov.cn/article/ztxx/ndbg/202007/20200702979478.shtml>, 2022-05-06.
- [2] 成文娟, 郎梦佳. 电商环境下知识产权恶意投诉行为的认定与规制[J]. 中国应用法学, 2020(1): 95-111.
- [3] eMarketer (2018) Top 10 Retailers in China, Ranked by Retail Ecommerce Sales Share, 2018 (% of Total Retail Ecommerce Sales). <https://www.emarketer.com/chart/219511/top-10-retailers-china-ranked-by-retail-ecommerce-sales-share-2018-of-total-retail-ecommerce-sales>
- [4] 阿里巴巴集团知识产权保护平台. 2016 阿里巴巴平台治理年报[R/OL]. 杭州: 阿里巴巴集团, 2017. <http://download.taobaocdn.com/freedom/37886/pdf/p1bdauvcnh1kakdfphrg3p6mj4.pdf>, 2022-05-02.
- [5] 阿里巴巴集团知识产权保护平台. 2018 阿里巴巴知识产权保护年度报告[R/OL]. 杭州: 阿里巴巴集团, 2018. <https://files.alicdn.com/tps/service/8d50874f56b43919e4cfa2256c93dd96.pdf>, 2022-05-02.
- [6] 阿里巴巴集团知识产权保护平台. 2019 阿里巴巴知识产权保护年度报告[R/OL]. 杭州: 阿里巴巴集团, 2019. <https://files.alicdn.com/tps/service/b1028e7b7e1c5c1886ecf52d5fa34275.pdf>, 2022-05-02.
- [7] 范艳伟, 王珏. 电商法来了, 平台怎么办?——论《电子商务法》下电商平台“通知-删除”规则的适用[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2019, 32(6): 21-26.
- [8] 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, 41(2): 77-90.
- [9] 薛军. 民法典网络侵权条款研究: 以法解释论框架的重构为中心[J]. 比较法研究, 2020(4): 131-144.
- [10] 杜颖, 刘斯宇. 电商平台恶意投诉的构成分析与规制创新[J]. 中国应用法学, 2020(6): 16-30.
- [11] 王利明. 论网络侵权中的通知规则[J]. 北方法学, 2014, 8(2): 34-44.
- [12] 程啸. 论我国《民法典》网络侵权责任中的通知规则[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学), 2020, 73(6): 137-149.
- [13] 戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典[M]. 北京: 光明日报出版社, 1989: 102.
- [14] 王迁. 论“通知与移除”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): 20-32.
- [15] 龙文懋. 通知移除规则在电商平台的适用与再造——以滥发著作权侵权通知为焦点[J]. 中国版权, 2018(5): 14-20.
- [16] 苏冬冬. 论《电子商务法》中的“通知与移除”规则[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2019, 21(6): 149-159.