

权利人错误通知损害赔偿责任研究

夏慎信

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年10月2日; 录用日期: 2023年11月3日; 发布日期: 2023年11月10日

摘要

权利人利用“通知-删除”规则发出错误通知, 导致平台对被通知人的商品链接采取“删除”“下架”及“限权”等措施, 给被通知人造成损失。该损失不仅包括被通知人因链接下架遭受的直接财产损失, 还包括链接被下架后店铺预期收入、信誉、评价等下降的间接损失。因此, 在明确错误通知的认定标准与危害后, 可以从直接损失与间接损失等多角度探索错误通知损害赔偿应包含的内容、排除因素、计算顺序及计算方法。

关键词

错误通知, 反通知, 损害赔偿, 直接损失, 间接损失, 商品链接, 预期利润, 审查义务

Study on the Liability of Right Holders for Damages for Wrongful Notification

Shenxin Xia

School of Intellectual Property, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 2nd, 2023; accepted: Nov. 3rd, 2023; published: Nov. 10th, 2023

Abstract

The right holder used the “notify-delete” rule to send a wrong notification, causing the platform to take measures such as “deleting”, “taking down” and “restricting” the right of the notified person's product link and “restriction of rights”, causing losses to the notified person. The loss includes not only the direct property suffered by the notified person due to the downgrading of the link, but also the indirect loss of the store's expected income, reputation, evaluation, etc. after the link was downgraded. Therefore, after clarifying the identification criteria and harms of wrongful notification, the contents, exclusion factors, calculation order and calculation methods that should be included in wrongful notification damages can be explored from multiple perspectives, such as di-

rect loss and indirect loss.

Keywords

Wrongful Notification, Counter-Notification, Damages, Direct Loss, Indirect Loss, Commodity Link, Expected Profit, Duty to Review

Copyright © 2023 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. 错误通知的认定

错误通知导致的损害是被通知人的商品被采取“删除”“下架”等措施，而非被通知人拥有的知识产权受到侵犯。无论是“流量损失、销售下降、商誉贬损等经济损失或者非经济损失，都属于平台内经营者的民事权利。”^[1]本质上错误通知为一般民事侵权行为。因此，作为一般民事侵权行为，其构成要件应该包括行为、结果、主观过错、因果关系四个要素。但是司法实践与学界理论在错误通知的认定上还未能统一观点，尤其是“主观要件”部分，更是存在较大冲突与争议。

1.1. 错误通知的构成要件

1.1.1. 被通知人遭受的损害结果

因通知人的错误通知触发平台采取“删除”“下架”等措施，造成被通知人同时遭受“经济损失”和“非经济损失”。其中经济损失包含客户流量的降低、销售量的减损等，非经济损失包含店铺信誉的贬损。错误通知造成被通知的平台内经营者遭受损害是错误通知侵权行为成立的构成要件之一。¹

1.1.2. “错误通知”行为

在行为要件的部分，学界倾向于从“正确通知”逆向推导“错误通知”的认定。

《民法典》第 1195 条和《电子商务法》第 42 条规定，通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息；《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 5 条指出，“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涉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；通知涉及专利权的，电子商务平台经营者可以要求知识产权权利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”。其与美国《千禧年数字版权法案》第 512 条对侵权通知的要求相比，缺少了“投诉人主观善意”和“主动承担做伪证的责任的声明”。

结合司法实践与各电商平台对权利人通知的要求，正确通知的认定可以从下列三方面进行。首先，权利人身份真实；其次，知识产权合法有效；最后，权利人主张的侵权事实具有高度盖然性。^[2]权利人的身份是否真实以及权利效力可以通过“需要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。”^[2]

至于侵权事实是否达到高度盖然性标准，只通知人“能提供自行购买被投诉商品的订单交易凭证、

¹Amaretto Ranch Breedables, LLC v. Ozimals, Inc, No. C 10-05696 CRB, 2010WL 5387774, at 2 (N.D. Cal. Dec. 21, 2010).

物流信息，以及该商品与正品在外观、型号、颜色、材料等多种界定因素方面存在的异同比对等说明材料”，[2]即可认为投诉人用以初步证明侵权事实的材料达到充分程度，被通知人的行为具有较大侵权可能性。

因此，在论证“正确通知”的基础上，通过逆向思维，结合个案具体情况，当涉案“通知”不符合上述“正确”通知各项要素时，则可以认定通知人发出的通知为“错误通知”。

1.1.3. 通知人主观“恶意”心态

关于错误通知的构成是否需要通知人的主观过错要件，学界存在较大争议。

一种观点认为“错误通知”构成不应包含主观要件。根据《电子商务法》及《信息网络传播条例》第24条的规定，“错误通知”采用无过错责任原则，这更有利于规制权利人滥用“通知—删除”规则而达到不正当竞争的目的。当被通知人主张通知人的行为是“恶意通知”时，其所请求的应是《电子商务法》对恶意侵权人的惩罚性赔偿，即“加倍赔偿责任”，而非对“错误通知”的认定。[3]“恶意发送错误通知”与“错误通知”中对于“错误”的定性是相同的。只要通知行为造成被通知人损失，通知人均要承担赔偿责任，而通知人的“主观恶意”则是“加倍承担赔偿责任”的必要要件。

另一种观点认为“错误通知”构成应包含主观要件。该种观点主张虽然《电子商务法》在规定错误通知时并未明确其构成要件，但是在司法实践中不正当竞争诉讼往往以通知人的故意或恶意为构成要件。²美国司法实践中体现出要求通知人在发送通知之前要考虑被通知人的行为是否为合理使用。³在通知人进行了必要审查，有足够理由相信被通知人的行为构成侵权时，其所发出的通知就不是错误通知。这种认定方式可以提醒通知人对认为侵权的行为进行审慎审查，也可避免错误发生。“由于行为人不知道或不应知道其行为缺乏法律上的根据，作为‘最低限度的道德’的法律，当然没有理由也没有必要苛责善意行为人，因此，善意情形下发送的错误通知不承担侵权损害赔偿责任”。[4]

1.1.4. “错误通知”与被通知人损害之间的因果关系

权利人的通知行为触发平台根据“通知—删除”规则对涉案链接采取例如“删除”“下架”等不同严厉程度的措施，均造成了对被通知人经营的限制和阻碍，“因果关系链条始终维系，易于证明与判断逻辑”。[2]

1.2. 恶意通知的认定与行为模式

1.2.1. “恶意”的认定

恶意通知是指通知人明知或应知无权通知或通知依据不充分，仍然发起通知，从而给被通知人造成损失的行为。《电子商务法》对通知人恶意通知的损害赔偿责任规定为“加倍承担赔偿责任”，正体现出法律对通知人“恶意”的惩罚。

1.2.2. “恶意”要通过体现出的客观行为判断

通知人的“主观恶意”往往可以通过其所实施的客观行为判断。结合近年的司法案例和平台数据，恶意投诉的行为模式大致可分为以下几种类型：

1) 非权利人恶意发出通知

权利人发出通知的应具有权利基础，如果通知人明知或应知自己并非正当权利人，却依旧向平台发出通知，造成被通知人损害的，可看出其主观具有恶意。具体形式包括“自始不享有权利、权利失效”等，通过伪造、变造、篡改权属证明等，对目标发起通知。

² 参见浙江省高级人民法院(2010)浙知终字第196号民事判决书。

³ See *Lenz v. Universal Music Corp* 815 F3d 1145, 1148-52 (9th Cir. 2016).

2) 不正当权利人恶意发出通知

为了使自己拥有正当的权利外观，通知人往往事先通过抢注他人先使用的商标、利用专利审查的漏洞获得类似外观设计与实用新型等专利权，并因此对平台内商家进行敲诈勒索。⁴

3) 权利人滥用知识产权恶意发出通知

通知人虽然享有合法有效的知识产权，但出于控制商品流通渠道和销售价格等不正当竞争目的，在明知被通知人的行为并不侵权的情形下，通过虚假陈述向平台提交恶意通知。^[5]在司法实践中，这种恶意通知形式最为常见，对电子商务交易市场的影响最大。

2. 错误通知的危害

在电子商务交易中，一个产品链接其背后包含的不仅是成交机会，还有店铺信誉、客户流量等，这些要素在产品链接被采取措施后都难以复原。因电子商务交易有别于传统线下交易的“速度快”“流量大”等特点，一旦卖家陷入侵权投诉或诉讼，其将面临巨大的损失。阿里巴巴平台治理部 2017 年公布的数据显示，2016 年淘宝平台近 103 万卖家和超 600 万条商品链接遭受恶意投诉，造成卖家损失达 1.07 亿元，恶意投诉行为的权利人账户 5862 个，恶意投诉总量占到其知识产权保护投诉总量的 24%。⁵江苏省高级人民法院联合课题组发布的《关于电商领域知识产权法律责任的调研报告》显示，拼多多反映恶意投诉占比 30% 以上。

尤其是季节性产品或者是遇到促销节日，产品链接被删除的影响不仅是上述要素的损失，甚至可能因为没有搭上促销节庆或消费潮流的“便车”而永久“消失”。如果被采取措施的为“爆款链接”或者一个店铺中有多个关联商品链接都被采取措施，则该卖家遭受的损失将是毁灭性的。

由此可见错误通知不仅直接导致被通知人的损失，同时还严重破坏电子商务交易平台的正常交易秩序。若不严格规制错误通知行为，还容易让“通知 - 删除”规则变成权利人达到不正当竞争目的的手段。

因此必须明确错误通知的损害赔偿 responsibility，对错误通知造成的损害严格适用“全面赔偿责任”，从而规制错误通知行为，保护电子商务平台内经营者的利益、促进电子商务交易市场的正常发展。

3. 错误通知的损害赔偿 responsibility

笔者认为，对于错误通知的损害赔偿认定应该做出如下规定：“权利人发出错误通知造成被通知人损害的，被通知人有权请求损害赔偿。恶意发出错误通知造成被通知人损害的，加倍承担赔偿责任。赔偿数额应当按照错误通知导致的被通知人遭受损失计算；所受损失无法确定的，可以按照通知人因侵权获得的利益计算；上述两项均无法确定，由人民法院根据个案情况酌定赔偿数额。因被通知人自身过错或电商平台过错导致的损害结果不计算在损害赔偿数额之内。”因此，本部分按照笔者建议的损害赔偿认定顺序，依次论述各个认定依据中包含的内容及具体计算方法。

3.1. 被通知人因错误通知遭受的损失包含“直接损失”和“间接损失”

错误通知造成被通知人利益的损害，因此要承担赔偿责任。这种利益，包括“所受现实损失与所失可得利益”。^[6]权利人错误通知造成的损害不仅包括直接损失，即被通知人现有财产的减少，还包括间接损失，即被通知人可得利益之减少。

被侵权人遭受的间接损失必须是“必然要发生的”、与侵权行为具有因果关系也即有“基础的”。如史尚宽先生所说“于加害行为时存在，而依吾人一般之智识经验可得而知及为债务人所知之通常或特

⁴ 参见杭州互联网法院(2018)浙 0192 民初 5255 号一审民事判决书。

⁵ 参见《阿里巴巴称百万卖家遭恶意投诉已在京发起维权诉讼并欲建立投诉方分层机制》，载《北京晚报》2017 年 2 月 17 日，第 7 版。

别情事为基础，依其自然发展，一般可得预期之利益”。错误通知触发平台“删除”等机制而丧失的商品链接的价值，为经营者通过链接的建立和维护得到的总收益，[7]包括链接对应的具体商品销售得到的利润，以及通过该链接吸引到的顾客在浏览店铺的过程中对店铺中其他商品产生购买兴趣而为产生的预期收益。[8]

3.1.1. 直接损失即被通知人所失之现实利益

1) 被采取措施后重做链接的成本

一个商品链接要想取得理想的市场效果，必然需要卖家前期的大量投入。一般来说，在现存的电子商务交易平台中，投入相应的“推广费”“竞价排名费用”，指定链接都会获得相应的流量与流量转化的收益。当错误通知导致该链接被删除后，前期投入的这些推广费用就付诸东流，因此，错误通知带给被通知人的直接损失中应包含“重做链接的成本”。

“重做链接的成本”可以参考被通知人此前在该项商品链接的建设和维护中所花费的成本，例如推广费用、竞价排名费用、技术服务费用等。如果被删除的是爆款链接，则该要素重要性更为显著。

2) 货物积压仓库增加的仓储成本

为了满足发货速度需求，平台内经营者往往会根据以往销售情况预估未来一段时间的销售量从而提前存储货物。链接被采取措施后造成的货物积压，仓储成本也会相应增加。该成本的计算可以参考链接被删除的时间以及单位时间内仓储费用。

3) 为维权支出的合理费用

被通知人为了制止侵权、获得法律救济从而支出的费用也应包括在被通知人的直接损失中。具体参考因素主要有：律师费用；为调查取证所支付的费用，其中包括被通知人为调查取证所支付的公证费、差旅食宿费、文件与材料复制打印费、鉴定费、咨询费、审计费、购买侵权产品的费用等；为制止侵权或进行诉讼所支付的费用，如为消除被错误通知的不良影响、恢复商誉而发表声明的费用等；为诉讼所支付的费用包括案件的受理费、诉讼费等。[9]

3.1.2. 间接损失即被通知人所失之可得利益

间接损失的认定与计算对错误通知侵权损害赔偿来说至关重要。只有明确间接损失赔偿数额，才能使通知人意识到侵权成本之高，从而有效规制电商领域错误通知行为。

1) 商品链接被采取措施产生的直接销售利润损失

因被采取“删除”“下架”等措施，被通知人直接丧失了本该存在的交易机会即“直接利润损失”。计算因素可参考涉案商品被下架前的平均销售额和利润率，并关注销售旺季和淡季的差异。其中，平均销售额可参考电商交易平台、被通知人在系统中保留的销售数据，包括销售量、销售价格等。

2) “爆款链接”对店铺整体销量的影响

若被采取措施的是爆款链接，该“删除”行为造成的不仅包括该链接自身预期利润的损失，还将包括爆款链接对店铺流量及店铺整体收入影响力的削弱。因此，在爆款链接被删除的情况下产生的间接损失应该主要围绕“爆款链接删除对店铺预期利润的影响”计算。

爆款链接对店铺流量增长的影响，可通过卖家后台查看“客户通过爆款链接点入店铺浏览其他商品并成功下单的转化率”“平均成交金额”“爆款链接被下架时间”及“商品利润率”等计算。以上要素均要考虑销售行业淡季、旺季的影响。

但是，上述计算因素在个案中存在极大的差异性，又容易受到网络购物节、促销活动等的影响，同时被通知人往往无法提供相关数据的证明。因此，为了规避“爆款链接”被采取措施对被通知人造成巨大损害而又无法得出损害赔偿数额，此种情形下可以采取其他方式权衡被通知人利益与通知人维权的需

求。例如可以通过使“被通知人提供担保金”“冻结被通知人账户”等方式，一方面冻结的账户和担保金可以保障权利人获得有效的救济，另一方面又可以保全被通知人不致因“删除”“下架”等措施而遭受重大损失。^[10]其中，被通知人提供的担保金数额可以参考涉案产品的预期销售利润、被冻结的账户可以是被通知人用于流转涉案商品销售收入的账户。若被通知人的行为最终被认定为侵权，则这种措施可以保障权利人得到足额救济。

这种冻结账户或提供担保金的方法不仅在爆款链接情形下适用还可以适用于“侵权判断困难、是否侵权存疑的”“侵权情节显著轻微，直接删除链接不符合比例原则的”等情形中⁶。

3) 错误通知对店铺商誉的影响

这一影响主要体现在“平台内经营者店铺的评分”和“平台内经营者的分销”。

第一，关于店铺的评分，每个电商交易平台都会制定自己的管理规则约束违规用户。最常见的约束机制是“扣分”。不同平台制定有不同的扣分机制，例如阿里巴巴中国站采取的是如表 1 和表 2 所示的“扣分”+“三振出局”形式。

Table 1. Alibaba China's serious infringement handling mechanism

表 1. 阿里巴巴中国站严重侵权行为处理机制

	严重侵权违规类型	处理
严重侵权行为	被投诉成立	删除对应商品信息
	其他严重侵权行为	第一次成立的扣 4 分，第二次及以上成立的扣 8 分，情形严重按 24 分/次或 60 分/次扣分并删除相应商品信息

针对违规成立的严重侵权行为实施“三振出局制”，即用户严重侵权行为成立记一次。其中，首次严重侵权行为成立将予以警告处理，同一用户第二次严重侵权行为成立将予以限权 7 天处理，若同一用户严重侵权行为成立的次数累积达三次的，则被关闭账号

Table 2. Alibaba China website user violation of the cumulative demerit points processing method

表 2. 阿里巴巴中国站用户违规累计扣分处理方式

累计扣分	处理方式
12~24 (含 12)	警告
24~36 (含 24)	限权 7 天
36~48 (含 36)	限权 15 天
48~60 (含 48)	限权 30 天
60 或以上	关闭账号

店铺评分是店铺信誉等级的参考因素之一，评分的下降也会影响店铺的信誉等级。如果在申诉无效，最终导致商品信息永久删除的情形下，尽管平台内经营者可通过设置新的链接继续销售同种商品，但该商品之前积累但评分或者商誉将直接归零，新链接的竞争力远远低于该被删除的链接。该损失可参考“店铺再打造相同信誉度链接所需投入的成本”计算。

第二，就平台内经营者的分销而言，有的平台内经营者在平台上销售产品的同时，也将专利产品许

⁶浙江省高级人民法院联合课题组：《关于电商领域知识产权法律责任的调研报告》，载《人民司法》2020 年第 7 期。

可给其他的专营店。当专利权人的通知同时到达平台内所有的分销商时，可能导致电商平台经营者删除平台上所有通知中涉及的商品信息。如曼波鱼诉康贝案⁷中，淘宝网上销售曼波鱼公司的产品的经营者不止曼波鱼公司一家，还包括其他的28家经营者。康贝厂的投诉通知最终导致包括曼波鱼公司在内的29家经营者的商品信息被删除。这种大范围的通知一旦获得平台的认可，不仅会导致所涉的商品信息被删除，还会使平台内经营者在其他分销经营者中的信誉产生不利影响。该影响可通过“链接删除后分销经营者解约率或不再续约”的损失进行计算。

3.2. 通知人因侵权获利所包含的内容

“以不当得利角度理解侵权获利，该制度宗旨就在于剥夺侵权人违法行为所获利益，纠正财产利用行为的不正当性”。^[11]该因素的计算基础在于，通知人往往通过发送错误通知使被通知人产品下架的方式，达到令客户转而选择自己商品的不正当竞争目的。因此，在前述被通知人损失均难以计算的情形下，可通过通知人因侵权获利来代替。

具体的计算因素可以参考被通知人的商品下架之后通知人产品销售额与被通知人的商品下架之前销售额的差额来计算，所述产品即为涉案产品的替代品。但在实践中面临的问题是，该数据由通知人掌握，被通知人难以获得并提供。

3.3. 法院酌定赔偿数额的参考因素

在司法审判实践中，若被通知人的直接损失、间接损失，通知人因侵权获利难以计算，则法院应当综合各种因素酌定赔偿数额，充分运用法律赋予的自由裁量权，结合个案特殊性，权衡双方当事人的利益。以下是法院在酌定赔偿数额时可参考的因素：

3.3.1. 侵权行为的形态、时间、范围

第一，侵权行为的形态可以参考通知人发送错误通知后，电商平台对应采取的措施，如“删除”“下架”及“降权”等。具体可以参考各平台侵权违规处理规则。

第二，侵权行为持续的时间可以参考涉案链接从被采取措施到恢复的时间。

第三，侵权行为的范围可以参考通知人发送错误通知针对的平台种类及链接数量。

3.3.2. 主观恶意程度

通知人的主观恶意可通过其客观实施的行为体现出来，具体的行为形式可参考上文对于“恶意通知”认定的论述。恶意程度则可综合以下因素认定：

1) 反通知及通知人对反通知的解释

实践中，电商平台经营者为平台内经营者提供了反通知的救济途径，如阿里巴巴的《知识产权侵权处理规则》规定，不同的平台内经营者可在投诉产品信息被删除前或被删除后发起反通知。平台内经营者提交反通知，表明其能对销售行为不侵权提出合理理由，销售行为构成侵权的争议就较大，也即通知可能存在错误。在收到平台内经营者的反通知后，如果电商平台经营者要求通知人对反通知涉及的内容作出解释，而通知人无法作出合理解释时，则表明其在发出通知时未尽审慎注意义务，其主观恶意程度较大。

2) 通知人发送通知的频率及次数

权利人在被通知人向平台发送申诉从而恢复链接之后，又不断以相同理由重复进行错误通知，且通知的频率和次数不满足电子商务平台对权利人再次提起投诉的约束，则可以体现出权利人的主观恶意程

⁷参见浙江省高级人民法院(2010)浙知终字第196号二审民事判决书。

度较大。

3.3.3. 涉案商品在下架前的平均销售额、参考销量、行业利润率

其中平均销售额、参考销量等因素主要依靠原告提供的卖家平台数据，行业利润率可参考原被告双方的举证，若双方举证不一致，则参考市场平均利润率确定。

3.3.4. 被通知人因维权支付的合理费用

因维权支付的合理费用主要包括律师费、差旅费、材料费等。

3.3.5. 被通知人为涉案商品前期投入的推广费用、链接维护费用

如前所述，在电子商务交易中，为了获得相应流量与流量转化的收益，平台内经营者会投入的“推广费”“竞价排名费用”“链接维护费用”等费用。因此，法院在酌定赔偿数额时应将上述要素作为参考。

3.3.6. 设定损害赔偿数额的上限和下限

通过案例检索可以发现错误通知的对象往往是较为热销的商品。从商家角度来说，只有商品的预期收益高于前提推广投入，才知道为商品链接花费推广费用。因此，可以将商家支出的推广费用作为损害赔偿额的下限，例如“淘宝直通车投入”“竞价排名费用”等。

上文中提到一个产品链接对店铺带来的收益不仅是该产品自身的利润，在“爆款链接”存在的情况下，该链接对于整体店铺的引流作用不能忽视。因此，可以将链接删除后整个店铺的总利润变化作为损害赔偿的上限。

这种设定“上限”“下限”的方法可在法院酌定赔偿数额时提供参照。但是，因为电子商务平台中影响销售额的因素多种多样，例如某商品下架之后，恰逢店内其他产品热销季节、平台促销，整个店铺流量反而增长。这种情况即不适用签署设定限值的计算方法。

因此，法院在审理案件时，还应综合通知人的行为类型、主观恶意程度、被下架商品在下架前的平均销售额、从被下架到恢复上架的时间间隔、被通知人因维权支付的合理费用等因素，尊重个案差异，酌定赔偿数额。^[7]

3.4. “平台过错”与“平台经营者过错”为损害赔偿数额排除因素

“排除因素是指造成损失的权利人之外的其他因素，当存在排除因素时，则需综合考虑错误通知对电商平台经营者的删除行为产生实质性影响所占的比重”。^[12]以下因素可作为排除因素：

3.4.1. 平台内经营者的过错

错误通知损害赔偿责任的规定是为了规制权利人滥用“通知-删除”规则以达到不正当竞争目的。本条排除因素的规定，则是为了规制被通知人躺在“错误通知损害赔偿”的救济上“睡懒觉”。

反通知是电子商务交易平台为平台内经营者提供的申诉途径，在平台收到权利人的通知后将其通知转送给被通知人，被通知人可以发送反通知告知权利人自己的产品并未侵权，以期避免商品链接被采取措施。如果被通知人在收到平台转送的通知后没有及时提出反通知，平台因此根据“通知-删除”规则、“投诉-申诉”处理机制采取措施删除商品链接。这种情况下，商品链接被删除产生的损失并不能完全归责于权利人的错误通知行为。

3.4.2. 电子商务交易平台的过错

通过案例检索，笔者发现大多数被通知人起诉错误通知人不正当竞争的案件中，其同时将电子商务交易平台作为共同被告而起诉，请求法院判令平台构成帮助侵权，从而与错误通知人承担连带责任。但

是，法院最终的判决结果都没有判定平台承担赔偿责任。判断电子商务交易平台是否存在过错的依据是其是否已尽合理的审查义务。本部分旨在通过列举不同平台审查的机制，探究电子商务交易平台的审查义务标准以及电子商务交易平台未尽审查义务在错误通知损害赔偿认定中作为排除因素的合理性。

1) 平台审查义务应“高于形式，低于实质”

《侵权责任法》第36条规定“权利人发现侵权行为后，有权向电子商务交易平台发出通知。电子商务交易平台对通知的审查包括对权利真实性、合法性的审查和侵权可能性的审查。”浙江省科技厅和浙江省知识产权局联合公布的《浙江省电子商务领域专利保护指导意见(试行)》中规定，“对于难以判断是否构成侵权的商品信息，电商平台经营者可以要求权利人提供被诉侵权商品的实物，还可以委托知识产权维权援助中心或知识产权中介服务机构出具专利侵权判定咨询意见书。”⁸ 淘宝“违规处理流程”中规定，对权利人发送的投诉或举报要进行三个层次的判定，分别是“国家行政管理部门、司法机关的认定”“淘宝网系统或人工判定”“大众评审判定”，判断是否构成侵权，之后能进入“处理通知”的程序。⁹ 京东《知识产权投诉处理规则》中规定，投诉人在提交侵权通知时“应当包括构成侵权的初步证据”。其中包含“涉嫌侵权商品链接”“侵权具体内容和理由”“设计专利侵权则需要详细的专利侵权对比”等。¹⁰ 拼多多《拼多多假货处理规则》中规定，“平台获取样本后以普通人的知识水平标准将样品与市场中流通品进行比较，初步怀疑为假货的，将判定为疑似假货”。¹¹

以上法律法规、指导意见、电商平台实践都表明电商平台经营者承担的不仅仅是形式审查义务，还有一定的实质审查义务。

2) 平台审查标准应为高度盖然性标准

至于电商平台担负的“一定的实质审查义务”对应的具体审查标准，即电商平台对于权利人提供的被通知人侵权的证明材料达到何种程度即可认定侵权，还需进一步明确。

根据通知人提交的证据体现出被通知人侵权可能性的程度，电商平台的审查标准可以分为三个等级。第一等级“通知即采取措施”，只要通知人提交符合平台要求的文件，电商平台并不判断该文件中是否体现出被通知人侵权即采取措施。第二等级“有较大侵权可能性即采取措施”，也就是“高度盖然性标准”，只有当通知人提供的材料显示出被通知人侵权可能性达到高度盖然性标准，电商平台才会采取措施。第三等级“有排除合理怀疑的侵权可能性即采取措施”，只有当通知人提供的材料显示出被通知人侵权可能性达到刑事证明标准中的“排除合理怀疑”才能对被通知的链接采取措施。^[13]

采用第一等级“通知即采取措施”标准，对平台和权利人的要求极低，就如前文论述，在这种标准的约束下权利人倾向于滥用“通知-删除”规则，以达到自己不正当竞争的目的，相应的被通知人将遭受更多的损失。相反，采用第三等级“有排除合理怀疑的侵权可能性即采取措施”对平台的要求过高，审核通知人提供的证据材料是否能够证明被通知人的侵权可能性达到排除合理怀疑的程度，需要平台投入大量的审核成本。在审核压力过高的同时，电商平台也极易容易被认定具有过错，这并非有助于电子商务产业的发展。

在两个极端之间，权衡电子商务交易平台、通知人、被通知人三方利益，采取第二等级“有较大侵权可能性即采取措施”，一方面将侵权行为预防成本审慎分摊到平台与权利人双方，符合利益平衡原则。另一方面，要求电商平台只要判断出权利人的通知显示出被通知人有较大的侵权可能性即可采取措施，

⁸ 《浙江省电子商务领域专利保护工作指导意见(试行)》第8条。

⁹ 《阿里巴巴知识产权保护侵权投诉处理规则》，载阿里巴巴集团知识产权保护平台2022年1月20日，<https://ipp.alibabagroup.com/instruction/cn.htm#part1>。

¹⁰ 《京东知识产权维权投诉处理规则》，载京东知识产权保护平台2022年1月20日，

<https://account2enipr.jd.com/static/ipr/zh/login?tc=ipr12&returnUrl=https%3A%2F%2Fipr.jd.com%2F>。

¹¹ 《拼多多知识产权投诉流程》，载拼多多知识产权保护平台2022年1月20日，<https://ipp.pinduoduo.com/cpp/problems#h1>。

满足了合理预防需求及效率原则。

3) 高度盖然性标准在“通知-删除”规则中的应用

实践中法院认为若权利人提交的通知满足电商平台规定的通知要求并提供侵权人具体商品信息“电商平台因信赖权利人发出的通知而错误采取措施的,其不承担任何责任。尤其是在平台协助完成了反通知程序的情形下,依据符合条件的相关材料,及时恢复已删除的产品信息,就尽到了合理的注意及协助义务”。¹²

例如在涉及商标侵权案件中,如果电商平台判断被控侵权的商标明显与权利人的商标不相同也不近似,该电商平台即可做出涉案不侵权的判断。当平台未尽该合理审查义务,删除被通知人的商品链接,则应该考虑电子商务交易平台因审查过错在错误通知导致的损害后果中所占的比例。若电子商务交易平台对于错误通知因过错没有尽到审慎审查义务,被通知人可以主张电商平台和通知人承担连带责任,电商平台承担了赔偿责任之后,可以向通知错误人进行追偿。[14]

参考文献

- [1] 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(3): 44-52.
- [2] 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): 17-30.
- [3] 李超光, 林秀芹. 《电子商务法》下“恶意错误通知”认定标准研究[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2020, 41(3): 115-121.
- [4] 何炼红. 论算法时代网络著作权侵权中的通知规则[J]. 法商研究, 2021, 38(4): 186-200.
<https://doi.org/10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2021.04.015>
- [5] 杜颖. 网络交易平台上的知识产权恶意投诉及其应对[J]. 知识产权, 2017(9): 37-43.
- [6] 王利明. 侵权责任法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 307-310.
- [7] 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.
- [8] 龙小宁. 侵权案件中损害赔偿的经济学分析: 从商品链接的价值估算谈起[J]. 中国知识产权杂志, 2019, 151(9): 34.
- [9] 王岩云. 知识产权侵权损害赔偿原则探析[J]. 河北师范大学学报(哲学社会科学版), 2009, 32(6): 36-40.
<https://doi.org/10.13763/j.cnki.jhebnu.psse.2009.06.018>
- [10] 董慧娟, 张佳鑫. 我国“必要措施”条款适用中的主要问题与对策——以电商直播平台为重点[J]. 电子知识产权, 2021(7): 48-58.
- [11] 胡晶晶. 知识产权“利润剥夺”损害赔偿请求权基础研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014, 32(6): 113-120.
<https://doi.org/10.16290/j.cnki.1674-5205.2014.06.012>
- [12] 乔娜. “通知-删除”规则中专利权人通知错误的民事责任赔偿研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 北京化工大学, 2019. <https://doi.org/10.26939/d.cnki.gbhgu.2019.000778>
- [13] 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.
- [14] 杨立新, 李佳伦. 论网络侵权责任中的通知及效果[J]. 法律适用, 2011(6): 40-44.

¹² 参见浙江省杭州市余杭区(市)人民法院(2019)浙0110民初12510号一审民事判决书。