

《北京高院電子商務解答》 起草情況說明

—北京市高級人民法院知識產權庭—

近年來,我國電子商務產業迅猛發展。電子商務中的知識產權保護問題,已經成為影響電子商務能否健康、持續發展的重要問題。北京法院近年來受理的電子商務知識產權案件逐年增多,審結了一批新型的、在國內國際有重大影響的電子商務知識產權案件,但在審判過程中也存在一些問題亟待深入研究。2012 年,北京市高級人民法院將“電子商務知識產權司法保護”作為全市法院重點調研課題,由北京市高級人民法院、北京市第一、第二中級人民法院、北京市海淀區人民法院、北京市朝陽區人民法院知識產權庭共同組成的調研組承擔了此項任務。為了規範北京法院對電子商務侵害知識產權糾紛案件的審判,北京市高級人民法院知識產權庭在專題調研過程中起草了《北京市高級人民法院關於審理電子商務侵害知識產權糾紛案件若干問題的解答》(以下簡稱《北京高院電子商務解答》)¹,並廣泛徵求了意見。《北京高院電子商務解答》於 2012 年年底發佈實施。本文簡要介紹《北京高院電子商務解答》的基本思路和部分主要內容。

一、《北京高院電子商務解答》 的基本思路

1. 電子商務侵害知識產權糾紛案件的主要特點

為了能夠有針對性地解決司法實踐中的實際問題,《北京高院電子商務解答》的制定主要考慮了電子商務侵害知識產權糾紛案件在司法實踐中的以下主要特點:第一,涉及到的知識產權權利類型多樣,但以侵害注冊商標專用權為主;第二,B2B、B2C、C2C 等各種類型的電子商務均因侵害知識產權而引發知識產權糾紛,但在數量上以 C2C 的電子商務為主要類

型;第三,有的案件中被告既有電子商務平台經營者,又有網絡賣家,但在多數案件中權利人直接起訴電子商務平台經營者;第四,案件的主要爭議在於電子商務平台經營者是否應當承擔賠償責任,焦點集中為電子商務平台經營者是否有過錯。

2. 審理電子商務侵害知識產權糾紛案件的基本思路

《北京高院電子商務解答》歸納了司法實踐中審理電子商務侵害知識產權糾紛案件的基本思路。在司法實踐中,認定電子商務平台經營者是否侵害知識產權的第一步是區分被控侵權交易信息或相應交易行為是否由電子商務平台經營者直接提供,如果電子商務平台經營者只是提供網絡技術服務,則其一般不會構成對知識產權的直接侵害,只有在知道交易信息或相應交易行為侵害他人知識產權且未及時採取必要措施的情況下才應承擔賠償責任。為此《北京高院電子商務解答》第 4 條規定:電子商務平台經營者知道網絡賣家利用其網絡服務侵害他人知識產權,但未及時採取必要措施的,應當對知道之後產生的損害與網絡賣家承擔連帶賠償責任。

但在有的案件中,電子商務平台經營者既是網絡技術服務提供者,又是直接提供商品或服務的網絡賣家,在這種情況下,《北京高院電子商務解答》認為其屬於自營型電子商務平台經營者。電子商務平台經營者是否同時是網絡賣家是個事實問題,其成立取決於在案證據。因此,《北京高院電子商務解答》第 3 條規定,如果電子商務平台經營者未明確標示被控侵權交易信息或相應交易行為由他人利用其網絡服務提供或從事的,推定由其提供或從事。該條規定隱含的意思是,電子商務平台經營者可以通過提交證據證明其並非網絡賣家。

在司法實踐中,網絡技術服務提供者是否承擔賠償責任以是否有過錯為前提。如果認定被告只是提供網絡技術服務的電

子商務平台經營者,接着就需要認定其是否有過錯。根據《侵權責任法》第三十六條第三款的規定,如果電子商務平台經營者知道網絡用戶利用其網絡服務侵害他人民事權益,未採取必要措施的,與該網絡用戶承擔連帶責任。從上述規定來看,電子商務平台經營者的過錯有兩個基本要件:知道侵權事實;未採取必要措施。

在司法實踐中,如何認定電子商務平台經營者是否知道侵權事實,又可以分為兩個步驟:認定電子商務平台經營者是否知道被控侵權信息利用其網絡服務公開傳播;認定電子商務平台經營者是否知道被控侵權信息的侵權性質。²《北京高院電子商務解答》第 6 條體現了這一基本思路,即認定電子商務平台經營者“知道網絡賣家利用其網絡服務侵害他人知識產權”的要件為:“(1)明知或應知被控侵權交易信息通過其網絡服務進行傳播;(2)明知或應知被控侵權交易信息或相應交易行為侵害他人知識產權。”

如果已經認定電子商務平台經營者知道侵權事實,下一步就需要認定其是否及時採取必要措施。按照正常理論和邏輯,如果知道被控侵權信息侵害他人合法權益,就應當及時採取必要措施制止侵權。在被控侵權信息公開傳播前,及時採取必要措施意味着採取措施制止被控侵權信息的公開傳播;在被控侵權信息公開傳播後,及時採取必要措施意味着對已經公開傳播的信息採取刪除、屏蔽、斷開鏈接等手段。《侵權責任法》第三十六條第二款對被控侵權信息公開傳播後的必要措施進行了規定:網絡用戶利用網絡服務實施侵權行為的,被侵權人有權通知電子商務平台經營者採取刪除、屏蔽、斷開鏈接等必要措施。電子商務平台經營者接到通知後未及時採取必要措施的,對損害的擴大部分與該網絡用戶承擔連帶責任。《北京高院電子商務解答》第 13 條規定:權利人的通知及所附證據能夠證明被控侵權交易信息的侵權可能性較大的,電子商務平台經營者應當及時採取必要措施,否則認定其有過錯。

3. 審理電子商務侵害知識產權糾紛案件的基本原則

對於基本審理思路的分析表明,審理此類案件重點在於對電子商務平台經營者過錯的三個基本要件的認定:是否知道被控侵權交易信息公開傳播的事實;是否知道被控侵權交易信息或相應交易行為的侵權性質;是否及時採取必要措施。知道包

括明知和應知。明知與否是個事實問題,依據個案具體證據及證據規則來認定。應知是個法律問題,具有一定的裁量空間。對於是否應知被控侵權信息公開傳播的事實的認定,是否應知被控侵權信息侵權性質的認定,以及是否及時採取必要措施的認定,都需要法官進行裁量。為了規範法官的自由裁量權,《北京高院電子商務解答》確立了兩項基本原則,即第 2 條規定:審理電子商務侵害知識產權糾紛案件,在依法行使裁量權時,應當兼顧權利人、電子商務平台經營者、網絡賣家、社會公眾的利益。電子商務平台經營者應當承擔必要的、合理的知識產權合法性注意義務。能夠以更低的成本預防和制止侵權行為的權利人或電子商務平台經營者應當主動、及時採取必要措施,否則應當承擔不利後果。

在網絡環境下,網絡服務提供者成為利益衡量的重要環節。對於電子商務平台經營者和網絡賣家的利益考量涉及電子商務產業的發展,對於社會公眾利益的考量涉及網絡資源的公共使用、公共創新空間、言論自由等公共利益。³《北京高院電子商務解答》關於利益平衡原則的規定參照了最高人民法院《關於審理侵犯信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》第一條的規定,並加入了對網絡賣家的利益考量,這是適應電子商務特點而對各方主體利益平衡的強調。

《北京高院電子商務解答》第 2 條第二項的基本原則可簡稱為合理預防原則,主要強調網絡環境下的知識產權保護應當考慮效率。應用於網絡環境下的知識產權保護,合理預防原則的第一個要求是,電子商務平台經營者採取的預防措施必須是必要的、合理的,基於效率的考慮,不能要求電子商務平台經營者承擔過重的或不必要的預防成本。合理預防原則的第二個要求是,無論是權利人還是電子商務平台經營者,如果能夠以更低的預防成本預防具體案件中的特定侵權行為,則應當將不利後果分配給該行為人,從而有利於激勵該行為人採取社會成本最小的預防措施。“避風港”原則的實質就是將預防侵權的部分成本分配給了權利人,該原則在世界各國的廣泛確立表明,合理預防原則實際上已經普遍貫徹在網絡環境下知識產權保護的立法原則和司法實踐中。

二、《北京高院電子商務解答》 的主要內容

1. 關於電子商務平台經營者的事前審查義務

如果電子商務平台經營者不是自營,只是提供網絡技術服務,則需要討論的問題是在哪些情況下電子商務平台經營者在事前即被控侵權交易信息公開傳播前就應當對交易信息的知識產權合法性承擔審查義務。在司法實踐中,有法院認為,如果電子商務平台經營者直接從交易中獲得經濟利益,按照利益平衡原則和合理預防原則,應當承擔更高的注意義務,對直接獲得經濟利益的特定交易信息的知識產權合法性進行事前審查。如果電子商務平台經營者與網絡賣家合作經營,直接從特定交易行為中獲得利益,實際上與直接提供商品或服務的網絡賣家處於相同的法律地位,電子商務平台經營者應當知道被控侵權信息的內容,進行知識產權合法性的事前審查成本也並不會太高,符合合理預防原則,因此也應當對特定交易信息承擔知識產權審查義務。基於上述考慮,《北京高院電子商務解答》第7條規定:符合以下情形之一的,可以推定電子商務平台經營者在被控侵權交易信息公開傳播前“明知或應知被控侵權交易信息通過其網絡服務進行傳播”:(1)電子商務平台經營者與提供被控侵權交易信息的網絡用戶合作經營,且應當知道被控侵權交易信息通過其網絡服務進行傳播;(2)電子商務平台經營者從被控侵權交易信息的網絡傳播或相應交易行為中直接獲得經濟利益,且應當知道被控侵權交易信息通過其網絡服務進行傳播。

如果應當進行事前知識產權合法性審查,那麼下一個問題是,事前對交易信息的知識產權合法性審查到什麼程度。如果電子商務平台經營者從特定的交易行為中獲得直接經濟利益或者與網絡賣家合作經營,其應當承擔的知識產權合法性審查義務與網絡賣家承擔銷售者的義務相同。對於網絡賣家的知識產權審查義務,需要按照侵權情節分別予以分析。如果是交易信息侵害他人著作權,作為交易信息的提供者,網絡賣家可能構成對信息網絡傳播權的直接侵害,其應當承擔的審查義務較重,應當確保交易信息不侵害他人著作權。如果商品本身是圖書,網絡賣家只需要參照《著作權法》的相關規定,承擔與圖

書銷售者相同的形式審查義務。如果是交易信息或相應交易行為侵害他人商標權或專利權,則網絡賣家應當參照《商標法》第五十六條第三款和《專利法》第七十條的相關規定,承擔與銷售者相同的形式審查義務。總之,電子商務平台經營者的事前審查義務需要根據個案事實具體判斷,因此《北京高院電子商務解答》第7條只是原則性規定在特定情形下可以推定電子商務平台經營者“知道網絡賣家利用其網絡服務侵害他人知識產權”。這裡的“推定”是可以推翻的,如果電子商務平台經營者提交的證據足以證明其已經盡到審查義務,應當認定其不知道侵權事實。

2. “黃賭毒”審查與知識產權事前審查義務

在我國,所有的網絡技術服務提供者,不論是視頻分享網站還是電子商務平台經營者,都應當按照相關管理要求對網絡上的信息進行“黃賭毒”等違法性審查,這些審查往往需要以人工的方式進行。既然進行了人工審查,電子商務平台經營者是否因此而應當審查利用其網絡服務公開傳播的所有交易信息的合法性呢?在知識產權的背景下,有一種意見認為,既然進行了人工審查,是否侵害知識產權是容易識別出來的,就應當認定所有的電子商務平台經營者知道這些交易信息的存在,如果這些交易信息侵害他人知識產權,電子商務平台經營者就是明知侵權,如果沒有採取必要措施,就具有過錯。

上述觀點的問題在於,電子商務平台經營者人工審查的重點在於相關部門規定的“黃賭毒”等違法性內容。知識產權合法性審查與“黃賭毒”審查對審查主體、審查程序和審查時間的要求是不一樣的,需要付出更多的審查成本。如果要求電子商務平台經營者不僅要審查相關部門規定的內容,還要審查知識產權合法性,則需要提高審查人員的知識和技能,降低人工審查的速度,提高人工審查的成本。由於我國所有網絡服務提供者均要進行人工審查,認為人工審查應當包括知識產權合法性審查,就意味着我國所有的網絡服務提供者都無法進入“避風港”,這實際上與世界普遍認可的網絡技術服務提供者不負一般性的事前審查義務是相違背的。

《北京高院電子商務解答》第5條的規定明確表明了態度。該條規定強調:“不能僅因電子商務平台經營者按照相關管理要求進行交易信息合法性的事前監控,或者客觀上存在網絡賣

家利用其網絡服務侵害他人知識產權的行為，就當然認定電子商務平台經營者知道侵權行為存在。”其中並未將“黃賭毒”審查作為認定電子商務平台經營者明知或應知被控侵權交易信息利用其網絡服務進行傳播的依據。

3. 關於電子商務平台經營者的事後審查義務

在司法實踐中，關於電子商務平台經營者在被控侵權交易信息公開傳播後的知識產權合法性審查義務的第一個問題是，在什麼情況下應當承擔事後審查義務。從事不同類型的網絡技術服務行為，事後應知被控侵權信息的難度也不相同，因此，對不同類型網絡服務提供者的應知標準不應相同。⁴歸納審判實踐中的做法，《北京高院電子商務解答》第 8 條規定：在下列情況中，可以認定電子商務平台經營者事後應當知道被控侵權信息的存在：（一）被控侵權信息位於電子商務網站的首頁、各欄目的首頁或網站的其他主要頁面等明顯可見的位置；（二）電子商務平台經營者對被控侵權信息進行了人工編輯、選擇或推薦；（三）權利人的通知足以使電子商務平台經營者知道被控侵權信息通過其網絡服務進行傳播；（四）其他足以使電子商務平台經營者知道被控侵權信息通過其網絡服務進行傳播的情形。

在第（一）種情況下，被控侵權信息是明顯的，因而可以被注意到的，不能以不知道被控侵權信息的存在為由進行抗辯。著作權案件審判中所謂的“紅旗規則”同樣可以用於電子商務平台經營者的過錯認定。在第（二）種情況下，由於電子商務平台經營者進行了人工編輯、選擇或推薦，推定其已經接觸到被控侵權交易信息，因此從那個時候起應當知道。第（三）種情況，只要通知足夠明確，足以準確定位被控侵權交易信息，電子商務平台經營者應當知道被控侵權信息的存在。需要注意的是，這裏的權利人應當作廣義的理解，包括電子商務知識產權糾紛中的商標權人或專利權人，還包括有權利制止侵權行為或要求賠償的相關主體，例如，獨佔許可的被許可人等。

關於事後審查義務的第二個問題是，如何確定事後審查義務的標準。按照侵權可能性的程度，電子商務平台經營者的事後審查標準可以分為三種：第一種標準，不管是否有侵權可能性，只要有通知就應當採取屏蔽、刪除等必要措施；第二種標準，侵權可能性應當達到高度概然性標準，即民事訴訟證明標準，電子商務平台經營者才應當採取必要措施；第三種標準，侵

權可能性應當達到刑事訴訟的證明標準，即排除合理懷疑的標準，電子商務平台經營者才有義務採取必要措施。

如果事後審查義務採用第一種標準，權利人和電子商務平台經營者都只需要負擔較低的預防成本，但卻將錯誤採取必要措施的不利後果轉嫁給了網絡賣家，容易導致知識產權的濫用。即使在網絡著作權侵權認定規則中，網絡技術服務提供者的事後審查義務也沒有採用第一種標準。因此，同樣是網絡技術服務提供者，電子商務平台經營者也不應當在接到權利人通知後不論侵權可能性如何都須立即採取必要措施。第三種標準要求權利人必須確定無疑地證明侵權行為的存在，例如有生效的法律文書予以確認，電子商務平台經營者才能採取必要措施；只要網絡賣家有不侵權的可能，電子商務平台經營者就不應採取必要措施。這一標準實質上排除了電子商務平台經營者錯誤採取必要措施的可能，將錯誤採取必要措施的後果分配給了權利人。這對電子商務平台經營者的過錯認定過於寬鬆，也不符合促進電子商務發展的產業政策。

採用第二種標準即高度概然性標準的合理性在於，電子商務平台經營者預防侵權的成本不應當由權利人或電子商務平台經營者一方承擔，而應當由雙方分擔；如果權利人的通知已經足以使電子商務平台經營者認識到有較大侵權可能性，電子商務平台經營者就應當採取必要措施，否則就認定其有過錯，而不是不講效率地繼續要求權利人提高預防成本，這符合利益平衡原則和合理預防原則的要求。事實上，我國有大量判例已經採用了第二種標準。在 2006 年的專利侵權糾紛案中，法院認為：“其是否屬於專利侵權因涉及到專業技術判斷，具有不確定性，阿里巴巴網站並不具有相應的判斷能力，也無須承擔相應的審查義務。”⁵在 2009 年的商標侵權糾紛案中，法院認為：“為被告設定審查義務，要求其對涉案商品是否構成商標侵權作出專業性判斷，缺乏法律依據的支撐。”⁶在 2011 年的商標侵權及反不正當競爭糾紛案中，法院認為，作為網絡技術服務提供者的被告一沒有能力判斷其他被告的企業名稱中的“德蘭仕”三字是否構成對原告的不正當競爭。⁷

《北京高院電子商務解答》採納了第二種標準，第 9 條明確規定了在被控侵權交易信息“足以使人相信侵權的可能性較大”的四種情形下才能推定電子商務平台經營者在被控侵權交

易信息公開傳播後“明知或應知被控侵權交易信息或相應交易行為侵害他人知識產權”。

4.關於通知刪除規則的具體適用

既然一般不具有主動審查義務,電子商務平台經營者事實上享受了一般意義上的“避風港”,這就需要進一步分析與“避風港”相配套的通知刪除規則。通知刪除規則的具體適用實際上與事後審查義務的標準緊密相關。如果採用第二種事後審查義務的標準,電子商務平台經營者應當在通知表明侵權可能性較大的情況下才採取必要措施。《北京高院電子商務解答》第 13 條規定:權利人的通知及所附證據能夠證明被控侵權交易信息的侵權可能性較大的,電子商務平台經營者應當及時採取必要措施,否則認定其有過錯。

早在 2006 年,我國有法院在判決中就適用了類似的規則,認為:“只有商標權人指出網絡商店的侵權事實,並提交相應的證據證實,第一被告才有義務刪除相關的信息。原告雖然指出包括第二被告在內的網絡商店侵權,但其三次致函都沒有提交侵權方面的證據,而且在第一被告要求其提交這些證據的情況下明確答覆暫不提交,第一被告在此情況下沒有刪除其指定的信息並沒有違反事後補救義務。”⁸

為了審查侵權可能性是否達到高度概然性標準,需要通知與反通知規則。如果權利人的通知能夠證明其是適格的權利人或利害關係人,而且指明了足以使電子商務平台經營者定位的侵權商品信息,電子商務平台經營者就可以要求被指控的網絡賣家提交反通知。如果網絡賣家在合理期限內不提交反通知,可以推定侵權可能性較大,電子商務平台經營者可以直接採取必要措施。如果網絡賣家及時提交了反通知,則應當對網絡賣家的反通知及證據進行進一步審查。如果權利人有證據優勢,電子商務平台經營者應當及時採取必要措施。如果根據雙方提交的證據仍然無法確定是否侵權,參照民事訴訟證據規則,應由權利人承擔不利後果,對存在侵權的主張不予採信,對其要求採取必要措施的主張不予支持。按照這樣的思路,《北京高院電子商務解答》第 14 條、第 15 條詳細規定了通知與反通知的規則,以減少錯誤採取必要措施的可能性,有利於兼顧權利人與網絡賣家的利益。■

(執筆人:陳錦川、石必勝)

¹《北京高院電子商務解答》全文參見:<http://www.cpahkltd.com/CN/info.aspx?n=20130206162754430972>

²石必勝:“電子商務交易平臺知識產權審查義務的標準”,載《法律適用》2013 年第 2 期,第 103 頁。

³孔祥俊:“論網絡著作權保護中利益平衡的新機制”,載《人民司法》2011 年第 17 期,第 53 頁。

⁴陳錦川:“網絡服務提供者過錯認定的研究”,載《知識產權》2011 年第 2 期,第 56 頁。

⁵浙江省杭州市中級人民法院(2006)杭民三初字第 93 號民事判決書。

⁶浙江省杭州市西湖區人民法院(2009)杭西知初字第 11 號民事判決書。

⁷北京市朝陽區人民法院(2011)朝民初字第 16770 號民事判決書。

⁸廣東省廣州市中級人民法院(2006)穗中法民三初字第 179 號民事判決書。