电子商务平台知识产权恶意投诉的规制困境及其化解

——以2018-2020年已决案例为样本的分析

孔祥俊　毕文轩

摘要：近年来，电商平台收到的投诉通知数量呈现逐渐增长的趋势，其中有近三成投诉最终被法院认定为恶意投诉。发出投诉通知最多的主体是公司，并且在近六成的案件中发出投诉通知的主体与被投诉主体间具有竞争关系，但竞争关系对于投诉者能否胜诉并不具有统计学意义上的显著性。恶意投诉的类型主要有虚假事实投诉、投诉交易牟利和利用投诉扰乱竞争秩序三种类型。造成电商平台恶意投诉问题愈发严重的原因，主要是投诉发起成本过低、被恶意投诉者维权困难、电商平台对恶意投诉干涉不足以及现有“通知删除”规则存在明显的利益分配不均衡。为有效遏制知识产权恶意投诉案件的发生，从立法论层面可以建构“反向行为保全＋第三方保险”相结合的规则，从解释论层面可以对“恶意发出错误通知”进行目的性扩张解释，而从平台自治层面可以结合平台所具有的公法与私法并存属性，要求平台对经营者涉及违反公法义务的行为发挥主动监管职能，同时在涉及违反私法义务的案件中，平台可通过将多次恶意投诉者设置共享“黑名单”，以及要求在特殊节点上的投诉者提供一定担保等方式，进一步化解知识产权恶意投诉的规制困境。

关键词：电子商务平台；“通知删除”规则；恶意投诉；规制

DOI：10.19836/j.cnki.37-1100/c.2022.01.010

一、问题的提出

“通知删除”规则最早被用于互联网版权的保护，后被移植到《电子商务法》中，用于规范电子商务环境下的知识产权保护，《电子商务法》第42条即规定了电商平台的知识产权保护责任。虽然“通知删除”规则有效地打击了电商环境中的知识产权侵权行为，但在实践中也带来了一系列问题，其中最主要的体现便是行为人滥用投诉权利，恶意投诉竞争对手并阻碍其正常经营的行为。对于如何规制滥用“通知删除”规则的恶意投诉行为，学界已有所讨论。例如，从司法规制层面，成文娟等认为，法院应根据双方的证据并综合具体的案件事实，依照优势证据原则进行判决，并加大恶意投诉的赔偿力度①；高艳东等认为，应明确恶意投诉的概念涵摄及典型模式，分析其社会影响和法律性质，多管齐下进行治理②；而浙江省高级人民法院则认为，考虑到在当前电商环境下恶意投诉的较高比例以及给商家带来的严重损失，应该赋予裁判者较大的自由裁量权以酌定损害赔偿数额③。从机制引入与构建

基金项目：国家社科基金重大项目“数字网络空间的知识产权治理体系研究”（19ZDA164）。

作者简介：孔祥俊，上海交通大学讲席教授，博士生导师，法学博士，知识产权与竞争法研究院院长（上海 200030；kongxjspc@163.com）；毕文轩，上海交通大学凯原法学院博士研究生、上海交通大学知识产权与竞争法研究院研究员（上海 200030；bwx430@126.com）。

① 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》，《中国应用法学》2020年第1期。

② 高艳东、李哲：《优化营商环境视野下恶意投诉的规制》，《人民检察》2020年第6期。

③ 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》，《人民司法》2020年第7期。

层面，姚志伟等认为，反向行为保全机制对规制恶意投诉具有重要价值①；林北征主张，可通过引入保险衡平机制来提高错误投诉成本，以缓和必要措施的实施②；林秀芹等认为，电商平台可以通过严格把控商家资质审查以及根据商家经营情况等更新其信用等级，从而作为判断其发出的通知是否具有恶意的因素③；杜颖等认为，应当以厘清恶意投诉的要件体系为起点，明确错误通知以及恶意的标准，并通过引入以交纳保证金、冻结货款等正反向担保机制以及赋予法院在举证责任分配、惩罚性赔偿计算上的自由裁量以实现规制恶意投诉④；祝珺则主张，应该建立电商领域知识产权保护衔接机制并将电商领域知识产权恶意投诉纳入严重失信行为⑤。

现有研究表明，“通知删除”机制在运行过程中，可能产生两种截然不同的效果：如果权利人发出的侵权通知明确有效，那么将成本和负担转嫁给被控侵权者和平台则是一个合理的选择，“通知删除”机制也是清除互联网上侵权材料的有效方法（正面效果）；但如果投诉人发出的通知不清晰或者存在缺陷，那么该机制则会成为打击市场竞争的利器（负面效果）。现有的研究仍存在如下问题：第一，部分研究过度关注在学理层面的机制引进而忽视了现阶段我国电商发展的具体情况；第二，多数研究仅对于规制恶意投诉行为的必要性进行了学理性论证，但缺乏对《电子商务法》施行后具体状况的实际调查，缺乏必要的数据支撑；第三，缺乏比较研究，故而在论证周延性上存在一定不足。因此，为了验证《电子商务法》第 42 条规定的“通知删除”规则在实践中究竟是更加具有正面效果还是负面效果，本文将对第 42 条的司法实践情况进行实证研究。具体而言，本文将重点关注哪些群体在使用“通知删除”机制？其与被投诉者之间是何种关系？恶意投诉的类型包括哪些？恶意投诉屡禁不止的原因究竟是什么？同时，尽管从经验角度不难推出“投诉–恢复”机制存在一定程度的不对等性，但《电子商务法》第 42、43 条的“通知删除”机制是否已经突破了预期的平衡并达到了需要修正的地步，仍有待进一步的实证检验。

二、《电子商务法》所规定的“通知删除”规则适用情况的实证研究

由于“通知删除”机制仅涉及私人行动（如发送停止侵权函），而没有统一的公共记录保存。因此，本文通过对法院案例一手材料的收集并进行统计学分析，力求揭示我国电子商务实践中“通知删除”机制的运行情况，并为相关理论完善、对策性建议提供参考⑥。

（一）样本数据的宏观分析

从图 1 可以发现，在统计的案例中，除了在 2018 年 1–3 月期间没有相关向电商平台发出投诉通知的案例外，自 2017 年 6 月至 2019 年 6 月期间，电商平台接到投诉的数量呈现上升趋势。其中，在 2019 年 4–6 月期间达到峰值 10 起。从 2019 年 7 月至数据收集截止日，电商平台收到的相关投诉数量呈现降低后反弹的趋势。从总体上看，随着时间的推进，电商平台收到的投诉通知数量呈现波动中逐渐增长的趋势。由于《电子商务法》于 2019 年 1 月 1 日正式实施，根据实证研究发现，在该法实施

① 姚志伟、刘榕、周立勤：《电子商务平台内经营者反向行为保全研究》，《中国应用法学》2020 年第 6 期。

② 林北征：《电子商务平台知识产权恶意投诉的保险衡平机制》，《中国应用法学》2020 年第 6 期。

③ 林秀芹、李超光：《电商环境下“通知–删除”运行生态衍变阐释与重构》，《大连理工大学学报（社会科学版）》2021 年第 3 期。

④ 杜颖、刘斯宇：《电商平台恶意投诉的构成分析与规制创新》，《中国应用法学》2020 年第 6 期。

⑤ 祝珺：《电商平台知识产权保护问题研究》，《知识产权》2020 年第 4 期。

⑥ 本文共收集了两个样本数据。第一个样本数据源自北大法宝数据库，分别以“《电子商务法》第 42 条”和“《电子商务法》第 43 条”为搜索关键词，最后检索日期为 2020 年 12 月 25 日，共获得 65 个案例，其中重复案例 24 个，因而最终获得有效样本 41 例；第二个样本数据来源于威科先行法律信息库，通过同样的检索方式共获得 63 个案例，剔除已有的重复案例 53 个，共获得有效样本 10 例。综上，本文检索的案例共 140 份，作为有效数据样本列入表格进行统计分析的判决书共 51 份。虽然本文所研究的案例几乎包括了自《电子商务法》实施以来的全部案例，但实证研究的数据仍存在如下局限：其一，部分省份缺乏样本；其二，部分裁判文书说理不够充分，有时仅仅提及上述条款而并未进行详尽说理。

前所发生的5起投诉均来自著作权领域，例如侵害信息网络传播权纠纷①、侵害出版者权益纠纷②等。对此的解释应是，在著作权类案件中，“通知删除”规则早已被我国《信息网络传播权保护条例》（以下简称《条例》）以及《侵权责任法》所吸收，并成为著作权人保护自身权利免遭更大侵害的重要机制，此点与《电子商务法》是否实施的关系并不密切。同时也可以看出，虽然《侵权责任法》第36条所保护的客体是“民事权益”，但在实践中仍主要用于保护著作权，而未被用于保护当事人的一切民事权益（如专利权、商标权等）。

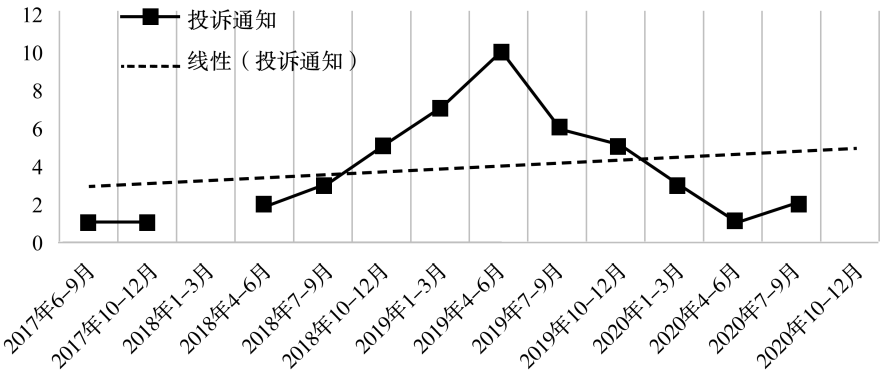

图1　投诉人首次发出投诉通知的时间

如表1所示，在收集的全部案例中，恶意投诉类案件共有16例，其所占比例达到31.3%，该比例比《2018阿里巴巴知识产权保护年度报告》（以下简称《报告》）中恶意投诉所占比例更高③。较少的裁判案例并不代表该问题不严重，相反，其更具警示价值。由于大多数投诉实际上都发生在诉讼之前，真正走到诉讼阶段，并最终被法院判定恶意投诉成立的案件寥寥可数。但如果将该比例放置到电商平台每日收到的海量知识产权投诉中便不难想象，知识产权恶意投诉已经占到相当的比例，亟待相关立法和司法加以调整规制。

表1　恶意投诉类案件的统计情况

案件总数	恶意投诉类案件总数	恶意投诉类案件占比
51	16	31.3%

本文统计并分析了发送投诉通知主体的特征。由图2可知，公司是发出投诉通知的主要主体类型。这些发出投诉的公司主营业务覆盖范围广，包括了母婴用品、农用化工、生物科技等多个领域。而除了公司外，发送投诉通知的主体还有公民个人④。这些个人主体均是在各个电商平台内经营商户的注册人或实际控制人，其向平台发出侵权通知，并要求平台对被控侵权产品采取相应的必要措施。

① 例如广州互联网法院（2019）粤0192民初2028号民事判决书、杭州互联网法院（2018）浙0192民初5255号民事判决书。

② 例如上海市徐汇区人民法院（2019）沪0104民初449号民事判决书。

③ 《2018阿里巴巴知识产权保护年度报告》显示，各类恶意投诉占知识产权投诉总量的近24%。https://ipp.alibabagroup.com/infoContent.htm?skyWindowUrl=news-20190110-cn，访问日期：2020年12月4日。

④ 图2所标“其他”是指某律师事务所，其接受当事人委托并以自己名义发送投诉通知。由于该种情形在实践中不具有普遍性，故而在后文中不做过多阐述。

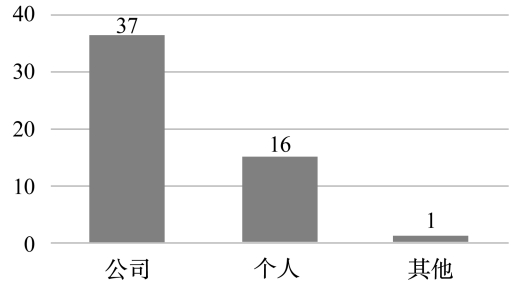

图 2　发送投诉通知的主体

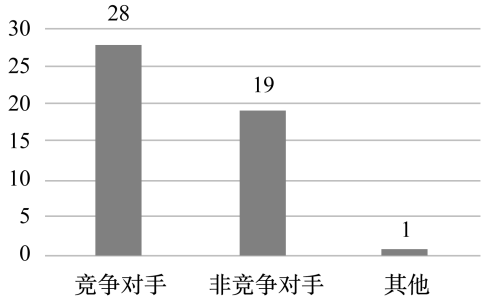

图 3　除电商平台外的被投诉主体情况统计

由于在 51 起案件中，有 3 起案件的投诉人仅投诉电商平台而未投诉其他主体，因此本文先对除电商平台之外的被投诉主体情况进行分析。根据图 3 可知，在向电商平台发送投诉通知的主体中，有58.3%的主体与被投诉主体间具有竞争关系，这在个人投诉者群体中体现得尤为明显。除了个别以投诉为业的职业投诉者以外，在 16 个个人投诉者中，有 15 人与被投诉者存在竞争关系，占93.8%。虽然投诉并打击侵权产品是权利人正常的维权举措，但我们也应当注意到，“通知删除”规则既可以是权利人维权的利器，也可能成为恶意竞争者的工具。由于恶意投诉不但会给正常经营者的利益造成损失，还会造成司法资源的极大浪费。因此，《电子商务法》第 42 条规定，因恶意发出错误通知给经营者造成损失的主体，不但无法胜诉而且还需要加倍承担赔偿责任。根据经验判断，由于恶意投诉通常发生在具有竞争关系的主体之间，法院相应地会更谨慎地去认定发生在竞争对手之间的知识产权投诉。那么，从理论上讲，竞争关系就很可能会影响到法院的裁判结果，但目前对于该种猜想还缺乏相关的研究。为此，本文对投诉者与被投诉者之间的竞争关系与法院裁判结果进行了交叉分析，具体如表 2 所示：

表 2　投诉者与被投诉者之间竞争关系与裁判结果的交叉分析

		投诉者是否胜诉		总计
		否	是	
有无竞争关系	无	7	13	20
	有	15	13	28
总计		22	26	48

	值	自由度	渐进显著性（双侧）	精确显著性（双侧）	精确显著性（单侧）
皮尔逊卡方	1.621[a]	1	0.203		
连续性修正[b]	0.959	1	0.327		
似然比	1.637	1	0.201		
费希尔精确检验				0.249	0.164
线性关联	1.587	1	0.208		
有效个案数	48				

根据表 2 左表统计的数据显示，当投诉者与被投诉者之间存在竞争关系时，投诉方最终胜诉的案例有 13 例，而最终败诉的案例有 15 例；当投诉者与被投诉者之间不存在竞争关系时，投诉方最终胜诉的案例有 13 例，而最终败诉的案例只有 7 例。看起来竞争关系似乎与投诉者胜诉之间存在着负相关关系，也即竞争关系可能会使得投诉者最终败诉。但根据表 2 右表的卡方检验显示，竞争关系与投诉者是否胜诉之间并不具有显著性（$x^2=1.621$，$p=0.203$）。因此，目前我们尚不能作出竞争关系会对裁判结果产生影响的结论。

（二）样本数据的微观考察

通过对上述案例的整体性观察，我们对电商领域知识产权纠纷的司法实践有了概括性认识，同时也发现，知识产权恶意投诉已然成为当下困扰电商平台知识产权保护、阻碍电子商务良性发展的主要桎梏。因此，下文将对该现象进行具体分析，并提出相应的解决方案。

1.恶意投诉之类型总结。通过对上述案例的归纳可以发现，当前恶意投诉类案件主要表现为三种类型：(1)虚假事实投诉。在该种类型的案件中，投诉人本身并不享有任何知识产权，其通常通过伪造、变造权利证书等方式冒充权利人并发起恶意投诉。例如在王垒诉淘宝案中，江海明知其从未获得

涉案商标的授权，在销售假冒商品（该事实已经被德阳市旌阳区人民法院一审刑事判决书确认）被处罚后，仍然使用虚假材料投诉王垒经营的淘宝店，而且在王垒向平台提出申诉并获得成功后，江海又一次进行反申诉，导致王垒的店铺被降权，最终被法院认定构成恶意投诉①。（2）投诉交易牟利。该种类型主要表现为行为人通过抢注、囤积等不法方式获得权利外衣，继而通过恶意投诉的方式对正当经营者实施敲诈勒索行为。典型的案例如益诺妮商贸案，当事人陈爱凤、刘伟故意将他人已发表的图案注册成为自己的权利作品，虚假制作权利依据并以此向天猫公司发起投诉，导致益诺妮公司的涉案商品链接被删除。法院最终认定，该行为主观上追求损害结果的发生，具有不正当性，客观上造成了益诺妮公司的案涉商品链接被删，破坏了益诺妮公司的正常经营行为，给其造成经济损失，损害了正常的市场经济秩序，构成恶意投诉②。（3）利用投诉扰乱市场竞争秩序。该种类型主要表现为，行为人虽确系知识产权人，但其基于打击竞争对手或者控制销售市场等动机，通过虚构事实的方式向平台进行恶意投诉。代表案例如惠农千重浪案，在该案中世科姆公司作为“世科姆”商标的权利人，在明知其生产销售的杀菌剂产品外包装上所使用的“诺凡”商标标识下方有“SipstarPlus”英文标识情况下，仍然出具相关虚假的鉴定意见，最终导致惠农千重浪公司的相关链接被错误删除，构成恶意投诉③。

通过对上述三种恶意投诉类型的总结可以看出，投诉人发起投诉的成本极为低廉，只要其具备了基本的通知条件即可发起投诉，随即会使得被投诉的链接和产品下架；而如果投诉失败，也并不影响其再次发起投诉。成本低而收益高，使恶意投诉者具备了足够的动机，这也是造成恶意投诉现象屡禁不止的首要因素。

2.被恶意投诉者维权困难之原因分析。除了投诉人可以随意发起恶意投诉外，被投诉者维权困难也进一步助长了恶意投诉现象。根据案例分析发现，救济机制的时间成本较大、维权成本高、经营者损失难以评估成为阻碍被投诉者维权的主要原因。

首先，被恶意投诉的主体寻求救济的时间成本较大。根据笔者的统计，本文所研究的 51 例案件的平均审理时间为 140.21 天。其中，被法院最终认定构成恶意投诉案件的平均审理时间为 143 天。而根据最高人民法院公布的《知识产权法庭年度报告（2019）》显示，法庭二审案件平均审理周期则为 73 天④。在通常情况下，由于最高人民法院知识产权法庭审理的往往是疑难、重大、复杂的知识产权案件，其花费的时间会长于各地方法院的案件审理时间。但本文通过实证研究发现，法院审理涉及电商平台内经营者知识产权纠纷案件的时间，已经接近最高人民法院知识产权法庭案件审理周期的两倍。加之案件审理之后还需要执行，漫长的诉讼和执行期限会大大削弱被恶意投诉主体寻求救济的积极性，不利于其维护自身的权益。同时，《电子商务法》规定的 15 天静默期会加剧投诉者与被投诉人之间的不对等地位，导致无论被投诉者是否提交不侵权证明，电商平台都必须要等到 15 日届满方能终止所采取的措施。但许多经营者在“双 11”“6·18”等重要节点所获收益往往占到其全年收益的相当比重。因此，它们大都会在这些重要时点前做大量的铺垫和引流。如果商家们因为遭受到恶意投诉而错过了这些重要时点，那么对其营收将会造成重大的打击。对此，有学者认为，《电子商务法》引入的 15 天静默期是参考了《千禧年版权法》（下文简称 DMCA）第 512 节（g）款的规定，但却忽略了第 512 节（g）款实质上是免责条款，而《电子商务法》却将其作为电子商务平台的义务加以要求⑤。笔者认为，此举虽然有利于保护知识产权权利人的利益，但无疑也给了恶意投诉者可乘之机。

---

① 参见杭州铁路运输法院（2018）浙 8601 民初 868 号民事判决书。

② 参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2020）浙 0110 民初 8662 号民事判决书。

③ 该鉴定意见为：“我司正品外包装标记处没有英文，而卖家的产品图中却有英文。根据以上情况可知，我司怀疑商家所销售产品为假冒产品”。参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2020）浙 0110 民初 7982 号民事判决书。

④ 《最高人民法院知识产权法庭年度报告（2019）》，https://enipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-308.html，访问日期：2020 年 11 月 5 日。

⑤ 刘晓春：《〈电子商务法〉知识产权通知删除制度的反思与完善》，《中国社会科学院研究生院学报》2019 年第 2 期。

其次，被恶意投诉主体的维权成本高。现有法律法规并没有要求平台针对持续反复的恶意投诉人而采取特定的措施。换言之，即便某投诉人之前的投诉被认定为恶意投诉而撤销，但其之后仍然可以继续就相同商家进行投诉。例如在“植保”案中，被告植保销售公司在第一次投诉中以“假货-不存在此样式或型号”为由针对邦得公司淘宝店铺中的三款商品进行知识产权投诉。在原告邦得公司申诉成立后，时隔 9 日植保公司再次以“商标权不当使用”以及“滥用商标关键字”等为由就前次投诉中的二款商品链接发起第二次、第三次投诉①；而在“酒午女装店铺案”中，投诉者在首次投诉未果之后，又发出 7 次投诉行为，而当商标转让事宜无结果后投诉人更是直接向平台发出了 141 次投诉②。被投诉的平台内经营者在面对恶意投诉时，常常会陷入“打地鼠”一样的困局，疲于应对各种投诉，但实际收效并不理想。频繁的投诉既会增加平台的审查负担，又提高了被投诉者的维权成本，给其造成难以弥补的损害。

最后，即便恶意投诉最终被确定，对被投诉者遭受的损失仍难以评估。如上所述，一旦平台内的经营者因恶意投诉错过了重要购物节点，其势必会遭受重大损失。即使平台内的经营者起诉恶意投诉者，其所能获得的赔偿情况也并不理想。根据本文统计的数据显示，在法院最终认定构成恶意投诉的案件中，平台内的经营者获得的赔偿数额均值为 287900 元。这个数额相比于许多经营者动辄几百万元的前期广告投放量而言，仍然有明显的差距。《电子商务法》第 42 条第 3 款规定，恶意投诉者发出通知并造成平台内经营者损失的应加倍承担赔偿责任，最高人民法院公布的《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》，对“恶意”的认定也提出了如下考量因素：提交伪造、变造的权利证明；提交虚假侵权对比的鉴定意见、专家意见；明知权利状态不稳定仍发出通知；明知通知错误仍不及时撤回或者更正；反复提交错误通知等。但上述规定在实践中仍存在着适用困境，主要在于受损害方往往难以对其因侵权行为所遭受的损失及恶意投诉人的获利进行举证③。过于弹性和模糊的损害评估标准，也导致平台内的经营者对通过诉讼解决恶意投诉纠纷的意愿并不强烈。

3.电商平台基于能力以及风险考量常对恶意投诉干涉不足。由于电子商务平台本质上还是企业，其对于专利等技术性极强的案件在审查时并不具有足够的把握和确定性，甚至很大程度上还存在误判的可能。根据阿里巴巴公布的《报告》显示，截至 2018 年，各类恶意投诉占知识产权投诉总量的近 24%④。但另一方面，平台又被要求不断提高审核效率，以更好地服务企业知识产权保护。阿里巴巴公布的《报告》指出，2018 年有 96%的知识产权投诉在 24 小时内被处理。面对海量且专业性极强的知识产权投诉，平台在审查过程中往往因时间紧迫以及自身能力不足而出现误判。此时，平台在面对疑似恶意投诉的通知时可能进行如下考虑：如果平台认为该投诉构成恶意投诉而不予理会，但事后法院认定不构成恶意投诉，那么平台将会因之前的不作为而面临侵权指控。相反，如果平台完全遵照投诉人的要求执行删除、屏蔽等措施，那么即使该投诉最终被认定为恶意，平台也可以以自己不知情来主张责任豁免。因此，许多时候平台在面对即便十分明显的恶意投诉时，也往往会按照投诉通知的的要求来做，而不会主动选择拒绝其删除、下架等要求，这也得到了实证数据的支持。在本文研究的案件中，在电商平台免于承担责任的案件中，100%的平台都是在接到投诉通知后采取了删除等措施；而在电商平台承担责任的案件中，仅有 33.3%的平台在接到投诉通知后采取了删除等措施。而法院最终认定平台应当承担责任的原因，也是其在接到通知后未及时采取必要措施以避免侵权后果的扩

① 参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙 01 民终 581 号民事判决书。

② 参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2020)浙 0110 行保 1 号民事裁定书。

③ 例如，因恶意投诉导致被投诉经营者的店铺被降权处理及被限制参加活动，经营者在被采取措施期间的营收下降所导致的利润损失，以及限制措施取消后为恢复之前的搜索排名所需支付的推广成本等支出，在当下都难觅合适的估值办法，法院在裁判时也多是基于多种要素进行考量后酌定判定赔偿数额。

④ 《2018 阿里巴巴知识产权保护年度报告》，https://ipp.alibabagroup.com/infoContent.htm? skyWindowUrl = news-20190110-cn，访问日期：2020 年 12 月 4 日。

大。例如在“王兴川诉拼多多”案中,法院认定平台方承担责任的依据是,被告收到原告的通知后到原告取证期间,没有及时采取必要措施以避免损害后果扩大①。

综上,恶意投诉俨然已经成为扰乱市场正常经营秩序、威胁平台内经营者正常经营的典型不正当竞争行为,但囿于发起恶意投诉成本低廉、被恶意投诉者维权困难、平台干预能力不足以及现有法律规范不健全等原因仍然未能被很好地解决。因此,当前知识产权理论研究的当务之急在于,一方面应当进一步细化与完善现有“通知删除”规则,另一方面应当从司法救济与市场自我调控角度构建完备的预防和治理体系。

三、电商环境下适用“通知删除”规则的溯源与反思

恶意投诉是“通知删除”规则的一种异化,行为人得以实施恶意投诉行为正是利用了“通知删除”规则的不足。通过上述的实证研究亦不难看出,“通知删除”规则在司法实践中仍存在诸多不规范适用的问题。因此,欲杜绝恶意投诉行为,首先应当完善现有的“通知删除”规则体系。

(一)“通知删除”规则在我国立法中的缘起与嬗变

“通知删除”规则是随着互联网技术的发展而产生的版权保护机制,其有效地平衡了权利人保护和网络服务提供者责任两者间的关系,推动了互联网技术不断迭代和更新。在20世纪90年代初,互联网的飞速发展逐渐引起版权人对作品保护的关注。相关利益者认识到,互联网不仅给创意作品的保护带来了空前的风险,而且还提出了有关责任承担、损害和第三方服务提供者责任认定等复杂的法律问题②。为了回应网络服务提供者可能面临的风险,美国政府于1993年开始考虑对版权法进行更新,成立了信息基础架构工作组,其下设的知识产权工作组于1995年发布了《知识产权与国家信息基础架构》报告。该报告审查了在线背景下美国版权法的适用情况,并提出了一些立法方面的建议,其认为最好的政策是让服务提供商承担责任以应对其服务所促进的侵权活动。但是在同年,由于美国国会未能就“服务提供商对其用户的侵权行为承担责任的争议性问题”达成一致意见而最终搁浅③。为了缓解因技术发展而给网络服务提供商带来的不确定责任,美国国会最终于1998年通过了DMCA,其中的“避风港”规则在对WIPO互联网条约给予呼应的同时,也平衡了著作权人与网络服务提供者之间的利益。由于在互联网中每时每刻都会产生海量的信息,如果要求网络服务提供者对每一条用户上传的信息都进行提前审查,既会极大地增加其运营成本,又会影响网络信息的及时便捷传播。“通知删除”规则作为避风港规则的重要条款,旨在保护合格服务提供商免受直接、替代和共同侵权等所有金钱救济及禁令救济的责任④,并有效地处理了大量以网络为基础的版权侵权活动。“通知删除”规则最初仅被运用在版权侵权领域,后被推广到其他领域中。例如,欧盟《电子商务指令》第14条即包含了“通知删除”机制⑤。根据此规定,网络服务提供商如果在获得任何形式的非法或侵权内容信息后迅速采取删除或禁止访问信息等行动,则可以免除责任。另外,德国《通信执行法》规定,对

① 参见山东省聊城市中级人民法院(2020)鲁15民初229号民事判决书。

② Eric Schlachter, Cyberspace, “The Free Market and the Free Marketplace of Ideas: Recognizing Legal Differences in Computer Bulletin Board Functions”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1993, 87(1), pp.95.

③ U.S. Copyright Office. NII Copyright Protection Act of 1995.United States: The U.S. Copyright Office, 1995, https://www.congress.gov/bill/104th-congress/senate-bill/1284, 访问日期:2020年12月4日。

④ Senate Judiciary Committee. The Senate Judiciary Committee Report 105-190-THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998. United States: The Senate Judiciary Committee, 1998, https://www.congress.gov/congressional-report/105th-congress/senate-report/190/1, 访问日期:2020年12月5日。

⑤ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (“Directive on Electronic Commerce”).

于怨恨言论等明显违法的内容，社交媒体服务提供商一经投诉即应当予以删除①；韩国《信息与通信网络法》也规定了“通知删除”机制适用于规制版权侵权、侵犯隐私、诽谤性及其他侵犯他人权利的内容②；法国2004年颁布的第2004-575号法案更是指出，对于任何违反国家法律的内容，都可以通过“通知删除”机制予以删除③。

由于“通知删除”规则在规制网络侵权方面的重大作用，我国也对其加以借鉴吸收。最早全面且系统规定“通知删除”规则的是《条例》的第14条到第17条，它们描绘了信息网络传播权保护中具体的“通知删除”规则④，而《侵权责任法》和《民法典》则扩大了“通知删除”规则的适用范围。“通知删除”规则最直接的体现即是《侵权责任法》第36条第2款规定。相比于《条例》，《侵权责任法》第36条将其适用范围进一步扩大，主要体现在：首先，扩大了规制对象的范围。《条例》第14条将适用对象、服务类型限定为提供信息存储、搜索、链接等，而不包括自动接入、传输以及自动存储等服务。但《侵权责任法》第36条的调整对象则为“网络服务提供者”，此种概括式的表述无疑给了裁判者充足的解释空间，《民法典》第1195条也吸收了此种做法并做出了类似的规定⑤。其次，将“通知删除”规则调整的范围扩展到所有民事权益。在《条例》中，“通知删除”规则被用于著作权领域，旨在保护著作权人、表演者、录音录像制作者的信息网络传播权。但在《侵权责任法》第36条中，“通知删除”规则被用来规制通过网络侵害他人民事权益的行为。因此，除了著作权外，包括专利权、商标权、姓名权、肖像权等在内的权利人都可通过“通知删除”规则实现对自己权利的保护。最后，扩大了网络服务提供者可采取的必要措施范围。根据《条例》第15条规定，网络服务提供者在接到权利人通知后，可采取的措施只有删除作品或者断开链接，而并不包括其他措施⑥。但《侵权责任法》第36条第2款扩充了网络服务提供者可采取的手段，后期的《电子商务法》第42条以及《民法典》第1195条也都延续了要求网络服务提供者采取“必要措施”的规定。相对于《条例》封闭性的规定，《侵权责任法》中所规定的“必要措施”显然是考虑到网络服务多样化以及不断发展变化的现实情况而作出的明智之举⑦。

① Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. The Network Enforcement Act (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in Sozialen Netzwerken). Germany: Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 2017, https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245, 访问日期：2020年12月5日。

② Information and Communications Network Act(ICNA). Act No. 11322 of 17 February 2012 (SK), http://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?hseq=25446&lang=ENG, 访问日期：2020年12月5日。

③ Swiss Institute of Comparative Law (SICL), Comparative Study on Filtering, Blocking and Take-Down of Illegal Content on the Internet-France Country Report. The Council of Europe, 2015, https://www.cak.cz/assets/pro-advokaty/mezinarodni-vztahy/014017gbr-illegal-internet.pdf, 访问日期：2020年12月4日。

④ 《信息网络传播权保护条例》第14条规定：对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者，权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品，侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的，可以向该网络服务提供者提交书面通知，要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品，或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。

⑤ 《民法典》第1195条规定：网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。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。网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。

⑥ 《信息网络传播权保护条例》第15条规定：网络服务提供者接到权利人的通知书后，应当立即删除涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品，或者断开与涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品的链接，并同时将通知书转送提供作品、表演、录音录像制品的服务对象；服务对象网络地址不明、无法转送的，应当将通知书的内容同时在信息网络上公告。

⑦ 孔祥俊：《“互联网条款”对于新类型网络服务的适用问题——从“通知删除”到“通知加采取必要措施”》，《政法论丛》2020年第1期。

（二）现有“通知删除”规则的不均衡利益分配机制是其被滥用的根本原因

“通知删除”规则的触发机制与撤销机制的不一致，降低了恶意投诉成本并增加了恶意竞争。虽然“通知删除”规则在执行过程中获得了许多收益，但其在实践中也存在如下不足：其一，实施“通知删除”规则需要给平台设立一定程度的责任，其必须建立相应的投诉处理与回应程序并承担执行成本。对于平台尤其是小型平台而言，构建该类程序的成本可能会超过其承受能力。其二，虽然被控侵权人有机会向平台发出抗辩通知，但根据《电子商务法》第43条之规定，被控侵权产品一旦被移除，电子商务平台经营者必须在转送投诉通知的15日以后方可恢复，这在许多特别时点（如“双11”购物节）无疑会给商家造成重大利益损失。申言之，根据权利人的投诉而触发的“通知删除”程序，实际上构成了法外的“临时禁令”。但该种“临时禁令”与法定禁令不同的是，法院在认定后者是否成立时需要考虑各种复杂状况，其与平台的侵权处理规则与复杂程度完全不同①。类似的问题不但在我国司法实践中存在，在美国的司法实践中也并不少见。在美国，DMCA自颁布实施以来也常常面临恶意投诉的问题②。因此，提高通知的门槛或者给被投诉人增加更多快速的维权手段，都有利于缓解当前“通知删除”规则被滥用的局面。

同时，相关法律规定的不清晰也给“通知删除”规则的有效实施带来了困难。当网络服务提供者提供不同的网络服务类型时，其所需要承担的责任也应有所区别。虽然《民法典》第1195条对所有网络服务提供者均可以适用，但考虑到电商平台这一特殊主体，通常应当优先适用特别法。《电子商务法》第38条规定，当电商平台未尽到资格审核或者安全保障义务时，应当承担相应责任。但《电子商务法》对该部分责任规定自审议稿到最终呈现的法律曾经几易其表述③，这足以显出立法者在此处的纠结，此种模棱两可的概括表述在具体适用时也不利于平台建立合理的预期；同时，对于非电商类平台是否适用相应责任的规定也尚无定论。由于电子商务平台的作用在于为消费者和商家提供交易场所，而并不实际参与到交易过程中。因而，如果发生消费者权益受损纠纷，消费者应当直接向商家主张赔偿，互联网平台并非最终的责任承担者。相较而言，网络媒介服务平台的作用则在于为用户搭建内容共享的平台，用户可将相关内容上传并以该平台为载体向外界展示。因此笔者认为，提供电子交易服务的互联网平台可以类推适用《消费者权益保护法》第44条之规定承担不真正连带责任④，而对于从事网络媒介服务的互联网平台而言则应适用连带责任，理由在于：首先，法律明确规定，网络服务提供者应当对因其不作为而引起的扩大的损害结果承担连带责任。在立法机关未对该条作出修改或者解释的情况下，不宜擅自突破现有法律规定将其解释为补充责任。其次，虽然在一些案件中平台确实因行为人的侵权行为获得了一定利益（如关注和流量），但该种利益在一定程度上属于一种反射利益，不能将个别情况下平台因他人不法行为而获取的利益认定为平台的经营收益。况且在多数情况下，当媒介服务平台发生侵权纠纷时平台还可能承担一定的损失（如因声誉降低导致其经营状况受损），类似“不当得利说”适用的空间将被大大压缩。

① 例如，法院在认定禁令是否成立时，通常需要综合考虑管辖、听证、鉴定、担保、申请主体、胜诉可能性、难以弥补损害的判定、公共利益等一系列复杂问题。参见林北征：《电子商务平台知识产权恶意投诉的保险衡平机制》，《中国应用法学》2020年第6期。

② Notice and Take Down in Every Day Practice，https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=2755628，访问日期：2020年12月15日。

③ 在《电子商务法》立法过程中，有关第38条第2款的平台经营者责任问题经过多次修改，经历了从连带责任到补充责任再到相应责任的过程。

④ 此处所指的情形为电商平台不主动参与对消费者的侵权行为。如果电商平台与商家对消费者构成共同侵权，则可依照《侵权责任法》有关共同侵权的一般规定要求其承担连带责任。

四、恶意投诉的规制路径选择

(一)立法论层面:构建"反向行为保全+第三方保险"相结合的规则

一方面,积极并科学地使用反向行为保全措施,并推动其立法化进程。由于《电子商务法》第43条给予投诉人15日"等待期"以决定是否撤回投诉或向法院起诉等。此时,电商平台才能决定是否恢复被删除或断开的链接。如上所述,经过如此程序和期间,可能使网络销售商丧失商机,造成难以弥补的损失,尤其是针对销售旺季的热销品。《电子商务法》存在的这一明显缺陷,导致它无法解决这一迫切的现实问题。而最高人民法院提出的"反向行为保全"制度,能较好地解决这一难题①。例如,在全国首例适用反向行为保全案中,涉案商品夏季蚊帐是一种季节性很强的特殊商品且投诉密集发生于"6·18"大型网购推广活动之前,法院正是考虑到在销售旺季若不及时恢复被删除的销售链接,可能给被投诉人的商品信誉造成难以挽回的损失,故而最终下达了先予恢复被删除链接的裁定②。事中及时止损的效果往往要好于事后再行救济,"反向行为保全"制度对于遏制恶意投诉、弥补现有《电子商务法》规定的不足、有效防止被投诉人的利益损失进一步扩大有着重要的作用。

另一方面,通过引进第三方责任险等形式来保护被恶意投诉人的权益。对于恶意投诉类案件,今后的立法同样可以考虑纳入相应的第三方保险机制来进一步降低权利人所受风险。具言之,平台内的经营者在提供经营活动前可以选择性地购买此种恶意投诉类保险,对于购买此种保险的经营者而言,如果在日后遭受到恶意投诉,那么保险公司可根据其购买的额度对其先行赔付,而后再由保险公司向恶意投诉人进行索赔。这样既节约了被投诉者的维权时限,又能保障其损失的足额赔付。同时,保险机制的引入也能大大降低电商平台审核和监管压力,提高平台处理疑难复杂问题的效率,保障平台内正当经营者的合法权益。

(二)解释论层面:对"恶意发出错误通知"进行目的性扩张解释

虽然《电子商务法》第42条要求恶意发出错误通知者加倍承担赔偿责任,但是该规定在实践中仍有两个问题亟待解决:

其一,要求恶意发出错误通知者进行加倍赔偿时,是否必须造成平台内经营者损失?根据文义解释,只有平台内经营者受到损失才有寻求赔偿的可能。但笔者对此有不同的理解,恶意发出投诉除了直接侵害他人合法利益外,还对电商平台正常经营秩序造成了破坏。由于该条设立的目的在于惩罚恶意投诉人,规范市场秩序。根据目的性扩张解释,如果恶意投诉侵害了市场正常秩序,即应对其进行惩罚。换言之,被投诉者是否实际遭受损失,并不影响对恶意投诉人应当进行惩罚的判断。

其二,对此处的"加倍"应当如何理解?根据立法者的解释,该条是法律规定的一种特殊且例外的惩罚性赔偿责任③。但是,条文在具体适用时应当参考何种倍数却并未提及。从体系解释的角度,该条应与具体知识产权部门法中规定的有关惩罚性赔偿部分结合理解。例如,若恶意投诉者针对他人的商标发出错误通知,那么当法院最终认定其恶意投诉的事实成立后,可参照《商标法》第63条的规定,按照相关数额一倍以上五倍以下确定最终的赔偿数额。

---

① 最高人民法院《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采取商品下架等措施将会使其合法利益受到难以弥补的损害的,知识产权权利人可以依据我国《民事诉讼法》第100、101条的规定,向人民法院申请采取保全措施。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利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。

② 参见江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01民初687号民事裁定书。

③ 电子商务法起草组:《中华人民共和国电子商务法条文研析与适用指引》,北京:中国法制出版社,2018年,第130页。

（三）平台自治层面：探索恶意投诉的源头治理模式

电商平台在履行公法责任时需要恪守自我规制义务，对自己管领能力范围内的内容主动监管。无论是立法的创设，还是司法的改革都需要很长时间，而平台自己的调节则具有很强的时效性和实践性。面对每日海量的各类知识产权投诉，也同样需要赋予平台足够的自治权限，以丰富其治理手段，提高其治理能力。基于平台的自我规制理论，电商平台需以私法主体之身份行使公法上的职能，但承担该种责任的范围需被严格限定。根据《网络安全法》第 12 条规定，平台经营者应当对于危害国家安全、煽动颠覆国家政权、传播淫秽暴力等信息的个人或组织负有监管责任；同时《网络安全法》第 28 条也规定，平台经营者应当为公安机关、国家安全机关依法维护国家安全和侦查犯罪提供技术支持和协助。作为技术看门人，电商平台可以充分发挥其技术优势，通过提高技术手段的方式实现监管目的。例如，每个平台内经营者的名称、图标以及功能简介等信息完全处在平台的监管中，平台可通过人工或者运用算法设定组合的方式对该类内容进行管控，如果发现暴力色情、危害国家安全等方面内容，平台作为看门人可以直接删除、下架或者要求经营者修改。电商平台在公法层面的自我规制在司法实践中也多有体现。例如，有法院即要求淘宝公司对平台内经营者所销售产品是否符合保障人身财产安全、是否违反法律禁止性规定或损害社会公众利益之事项负有审查义务，而对平台内经营者所销售的商品是否侵害商标权，不负有事先进行主动审查、监控的义务①。

电商平台在履行保护经营者私法利益时，可以尝试多种举措的协同治理，具体包括：

一方面，对多次恶意投诉以及重复侵权等造成严重后果的行为人设置共享“黑名单”。在现实生活中，由于互联网的匿名性与惩罚机制的缺位，使得反复恶意投诉以及重复侵权现象层出不穷，很多时候侵权内容在网络服务提供者删除后很快又会出现②。对于如何应对多次恶意投诉这一问题，我国司法实践中有很多案例值得参考。例如在拜耳商标恶意抢注案中，李某恶意抢注拜耳集团的“太阳和波浪”“男孩和冲浪板”商标，并针对涉案产品共发起投诉 249 次、涉及 121 个商家，最终法院认定其注册商标的目的在于通过投诉、售卖等获利，而并非基于正常的商业经营活动③。因此，如果某主体被投诉或被发现存在多次、反复侵权的情况，此时网络提供商有义务对该主体采取监控④、降低网速、限制登录等方式限制其反复侵权行为。平台可以采取的具体措施包括：将被举报多次实施恶意投诉的主体上报网信办等监管机构备案，在云端建立各个互联网企业共享的“黑名单”，以提高多次恶意投诉者的违法成本。禁止多次恶意投诉是安全保障义务在网络服务提供者中适用的具体体现，正如德国法院所述：“一旦服务提供者了解到来自第三人的某项侵权事实，即在以后针对同一侵权主体或同样侵权客体或同样侵权内容负有主动审查义务”⑤。

另一方面，对在特殊节点上的投诉可要求投诉者提供一定担保。对于时下频发的部分经营者通过恶意投诉手段打击竞争对手类案件，如果平台在特殊节点（如“双 11”“6·18”等时点）之前收到相关投诉并有理由认为其可能是恶意投诉的，可以要求投诉人提供必要的担保。因为许多恶意投诉人专门挑选在重要的时间点前向平台投诉竞争对手，被投诉的商家一旦下架就可能因错过关键的销售节点而遭受重大的损失。例如，在全国首例恶意投诉诉前禁令案中，徐某店内销售的爆款产品就在“双 11”之前遭受他人多次恶意投诉，称其包装设计侵犯了他人著作权，经过平台初步判断投诉者系恶意投诉团伙，其与徐某存在竞争关系，相关证明材料也多是虚假材料。因此，徐某向法院提出诉前行为

① 参见陕西省西安市中级人民法院（2019）陕 01 知民初 1236 号民事判决书。

② 参见上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民五（知）终字第 61 号民事判决书；天津市高级人民法院（2009）津高民三终字第 29 号民事判决书。

③ 参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2017）浙 0110 民初 18624 号民事判决书。

④ 曹阳：《互联网平台提供商的民事侵权责任分析》，《东方法学》2017 年第 3 期。

⑤ BGH NJW 2008，758＝MMR 2007，634 (Jugendgefaehrdende Medien bei eBay) .

保全禁令,要求被告立即停止针对其发起的侵权投诉行为,并最终获得法院支持①。“投诉张张嘴,恢复跑断腿”。正是由于投诉与维权间存在严重的利益不对等,面对恶意投诉的勒索行为,许多合法商家常常会选择花钱消灾,这也间接催生了许多职业投诉人,给行业造成了很坏的影响。因此,平台可以在必要情况下要求投诉者提供必要的担保,以减少真正的权利人的损失。

Regulation Dilemma and Resolution of Malicious Complaints for Intellectual Property Rights on E-Commerce Platforms —An Analysis on Samples of Settled Cases in 2018-2020

Kong Xiangjun Bi Wenxuan

(Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, P.R.China)

Abstract: Empirical study shows that the types of intellectual property rights (IPR) disputes involved in China's e-commerce sector are diverse, and the number of complaints received by e-commerce platforms is also gradually increasing. Among them, nearly 30% of the complaints were ultimately determined by the court as malicious complaints, and the subjects who made the most complaint notices were companies; nearly 60% of which had a competitive relationship with the subjects being complained against. However, the competitive relationship is not statistically significant for whether the complainant wins the case or not. In practice, there are three types of malicious complaints: false fact complaints, complaints on trading for profit and using complaints to disrupt the order of competition. The main factors responsible for the increasingly serious problem of malicious complaints on e-commerce platform are the low cost of initiating complaints, the difficulty of safeguarding the rights of malicious complainants, the insufficient interference of e-commerce platforms in malicious complaints and the obvious imbalance of interest distribution in the existing "notice and take down" rule. In order to effectively curb the occurrence of IPR malicious complaint cases, a combination of "reverse behavior preservation + third-party insurance" can be constructed at the legislative level. "Malicious issuance of wrongful notice" can be purposefully expanded at the interpretative level. And from the platform autonomy level, its attributes of public law and private law can be combined to require the platform to actively supervise the operator's violation of public law obligations. At the same time, in cases involving violations of private law obligations, the platform can further resolve the existing IPR malicious complaint dilemma by setting up a shared "blacklist" of multiple malicious complainants and requiring complainants at special nodes to provide certain guarantees.

Keywords: E-commerce platforms; "Notice and take down" rule; Malicious complaints; Regulation

[责任编辑:李春明]

① 《刚刚!全国首个“恶意投诉”诉前禁令发出!》, http://www.iprdaily.cn/news_22756.html? from=singlemessage, 访问日期:2020年12月25日。