

反向行为保全的解构与重构

——从电商平台恶意投诉问题化切入

潘剑锋 杨润琦

〔摘要〕 《电子商务法》第41—45条对“删除—通知”规则的扩张适用与异化导致投诉人与被投诉人的利益严重失衡,电商平台恶意投诉问题突出。“反向行为保全”为被投诉人提供了临时性司法救济,在实践中迅速发展。但“反向行为保全”概念本身即展现出对行为保全制度和投诉双方地位的误解,未能有效纠正投诉双方利益失衡的困境。澄清反向行为保全的本质与概念,解构恶意投诉纠纷中的保全请求和诉讼请求,重新认识被投诉人的消极确认利益,可以为恶意投诉中行为保全制度的构建提供可靠的理论指导。以此为基础,明确保全要件为“紧急+损害难以弥补”,不包含担保。对保全要件的审查需要遵循平衡权益理论和比例原则,并保障双方当事人的陈述权。

〔关键词〕 恶意投诉;反向行为保全;定暂时状态假处分;消极确认利益

一、问题提出

《中华人民共和国电子商务法》(下称《电子商务法》)第41条至第45条引入“通知—删除”规则并作出建构性的改造,加强了我国电子商务领域的知识产权保护力度,同时也带来一系列的实践问题,其中行为人滥用“通知—删除”规则进行恶意投诉的问题尤为突出。经过对裁判文书的统计分析,有研究发现电商平台上的知识产权恶意投诉占比高达10.32%。^①而根据阿里巴巴知识产权保护平台基于直接受理的投诉数据统计,恶意投诉在知识产权总投诉量中的比例接近24%,^②知识产权领域的恶意投诉问题成为平台经营中的关键难题。^③为规制恶意投诉,从“通知—删除”规则本身的构建,^④到平台治理,^⑤

潘剑锋,北京大学法学院教授、博士生导师(北京100091);杨润琦,北京大学法学院博士研究生(北京100091)。

①毕文轩:《电商平台涉知识产权侵权治理的困境与纾解》,《南开学报(哲学社会科学版)》2024年第1期。

②《2018 阿里巴巴知识产权保护年度报告》第33页。

③王涵、任文岱:《电子商务法实施一周年观察》,《民主与法制时报》2020年1月12日,第4版。

④参见朱晓娟:《论网络服务提供者对侵权通知的审查义务》,《政治与法律》2024年第6期;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》,《比较法研究》2020年第4期;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。

⑤参见毕文轩:《论电商平台知识产权的公私协同治理模式》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2024年第8期;魏宁:《电子商务中“通知—删除”规则滥用的规制——以平台自治与法律实施为视角》,《南大法学》2022年第5期;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。

从民事、行政和刑事的惩戒,^①到引入平衡制约机制,^②学界提出诸多方案。

法院在对打击恶意投诉的相关新闻中也频繁出现。2019年6月,南京市中级人民法院作出首个“反向行为保全”裁定(下称“曳头案”),裁定被申请人电商平台立即恢复申请人涉案被诉侵权产品在其网购平台上的销售链接。^③同年9月,杭州余杭法院作出全国首个电商领域的诉前“反向行为保全”裁定(下称“阿胶案”),责令三位被申请人立即停止针对申请人淘宝店铺向淘宝公司提起知识产权侵权投诉的行为。^④同年12月,浙江省高院民三庭发布的《涉电商平台知识产权案件审理指南》(下称《浙江审理指南》)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。”2020年9月,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》(法发〔2020〕32号)(下称《知产案件指导意见》)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。”

从上述“反向行为保全”的发展过程可以看出,这一机制发展自基层司法实践,后由最高院通过规范性文件明确规定。但是在实践迅速发展、社会热情关注并给予其“厚望”的现象背后,更需要冷静的理论思考。一方面,这一机制是否能够有效解决恶意投诉问题?或者说在多大程度上能够起到制约和平衡各方利益的作用?其功能定位为何尚需明确。另一方面,当前对这一机制的性质等存在分歧,对其本质的认识模糊不清,在保全要件、程序适用等方面存在不统一的问题。若将其作为疏解恶意投诉问题的路径之一,其本身的制度构建仍需加强。为此,本文将从当前司法实践的做法以及对这一机制的期待出发,审视所谓的“反向”行为保全的本质及其应有的功能定位,并在此理论基础上提出对此种类型的行为保全机制的构建方案。

二、“反向行为保全”实践诞生的逻辑梳理

(一)“通知—删除”规则的扩张与异化

电子商务平台恶意投诉现象源于行为人对“通知—删除”规则的滥用。这一规则肇始于美国《千禧年数字版权法》,被定位为“避风港”规则,即网络服务提供者在接到权利人的通知后,如果及时删除了被指称侵权的内容或断开了链接,在符合其他免责条件的情况下,可以进入“避风港”,不承担责任。《电子商务法》中的“通知—删除”规则虽然脱胎于“避风港规则”,但是在适用范围和性质上都发生了根本性的变化,在实践运行过程中异化程度也逐渐加深。

首先,“通知—删除”的适用范围由著作权领域扩大到整个知识产权领域,对通知的形式审查不再能够满足审查需求。作为私主体的电子商务平台既缺乏判断通知所称侵权是否真实的专业能力,也缺乏衡量通知是否达到初步证明标准的裁量权力。著作权法的“通知—删除”规则仅针对以信息

^①参见童伟华、丛星:《“商标碰瓷”行为的刑法学思考——以互联网恶意投诉为分析对象》,《法学论坛》2023年第2期;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;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;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。

^②参见姚志伟、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;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;较为综合的讨论参见孔祥俊、毕文轩:《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》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期。

^③江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01民初687号民事裁定书。

^④杭州市余杭区人民法院(2019)浙0110行保1号民事裁定书。

形式传播的作品。网络服务提供者可以较为容易地将通知中所记载的作品与原作品进行比对,并初步判断出侵权事实是否存在。^①但在商标权和专利权领域,网络服务提供者难以初步核实通知的真实性,商家可以利用边界模糊的知识产权针对其竞争对手进行恶意投诉,从而达到不正当竞争的目的。^②许多恶意投诉人,注册大量无显著特征的商标,大面积地发起恶意投诉,已经形成了灰色产业链。^③而专利产品是否侵权则更加复杂、专业,技术性更强。

其次,《电子商务法》中的“通知—删除”规则从免责条款演变为责任条款。^④根据“避风港规则”,网络服务提供者未移除被指称侵权的作品,只是不再受该免责条款的保护,但也并不意味着必然要承担责任,是否承担责任仍然需要根据侵权责任的一般规则判断。^⑤然而,根据《电子商务法》第42条第2款的表述,电商平台“未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。”似乎电商平台不采取措施,将必须对损失扩大部分承担责任。《最高人民法院关于涉网络知识产权侵权纠纷几个法律适用问题的批复》(法释〔2020〕9号)(下称《网络知识产权侵权批复》)第2条更进一步加深了这一误解。此种误解直接导致平台为减轻自身责任,而倾向于根据上述条款采取删除等措施。^⑥

最后,采取必要措施在效果上可以起到保全措施的作用,且相较申请行为保全而言,成本更低、效率更高,事实上架空了知识产权诉前行为保全制度。尤其在上述电商平台为规避自身经营风险,对投诉者“有求必应”的情况下,“通知—删除”规则所赋予权利人通知电商平台采取必要措施的权利沦为打击竞争对手的工具。尤其是《电子商务法》第43条第2款所规定的15天“等待期”制度,若将其僵化理解为“只有在15日内投诉人未投诉或者起诉,电商平台才能够终止所采取的措施”;或者“只要投诉人投诉或起诉,就不能够终止所采取的措施”,则无疑进一步加重了错误投诉或恶意投诉给被投诉人所带来的不利。将等待期与终止措施简单捆绑,恶意投诉人不但可以以极低的成本取得对被投诉人相当于为期15天的行为保全效果,还可以进一步通过投诉或起诉延长这一效果。

(二)“通知—删除”规则中的权利失衡

按照《电子商务法》的规定,“通知—删除”规则的过程为“通知—采取必要措施—转通知—声明—一反通知—15天等待期(一终止措施)”,投诉人、被投诉人和电商平台三者在这一过程中存在着严重的利益失衡。比起线下投诉手续繁、成本高、反应慢、审查标准严格等特点,线上投诉只需投入很低的成本,经过较低审查门槛,即可获得电商平台的迅速反应,使被投诉人相关产品被删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等。一次投诉未果还可以再次、多次投诉,破坏性强,影响范围广,效果可以与行为保全相提并论。而且从心理学上来说,权利人对自己权利是否受到侵害的认知与被告、裁判者存在差异,权利人更倾向于认为侵权成立。^⑦所以无论是经济计算还是心理因素考量,所谓权利

^①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》,《知识产权》2016年第3期。

^②杨明:《〈电子商务法〉平台责任条款之失》,《中国经济报告》2017年第5期。

^③参见《三大高校联手启动“商标公益无效宣告”项目》,2017-03-29, <https://www.zhichanli.com/p/795138890>, 2024-03-23; 孟庆伟:《恶意投诉举报每年超100万件多地出台政策严打“职业索赔”》,《中国经营报》2019年9月9日,第A03版。

^④参见周学峰:《“通知移除”规则的应然定位与相关制度构造》,《比较法研究》2019年第6期; 丁道勤:《〈电子商务法〉平台责任“管道化”问题及其反思》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期; 刘文杰:《〈电子商务法〉“通知移除”规则之检讨》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2019年第6期。也有观点支持将我国法语境下的“通知—删除”规则作为归责规范,参见朱晓娟:《论网络服务提供者对侵权通知的审查义务》,《政治与法律》2024年第6期。

^⑤王迁:《论〈信息网络传播权保护条例〉中“避风港”规则的效力》,《法学》2010年第6期。

^⑥司晓:《“通知—删除”规则的理解与适用——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》,腾讯研究院:《互联网+时代的立法与公共政策》,北京:法律出版社,2016年,第346—348页。

^⑦杨明:《〈电子商务法〉平台责任条款之失》。

人都有足够的动力发起投诉,而对于别有用心恶意投诉人则更是有利可图。

电商平台出于自身利益考量,在错误的立法引导和进一步对规则的误读情况下,面对投诉人,极力使自己受到“避风港”规则的免责保护;面对被投诉人,又基于自身在合同签订中所处的优势地位,订立免责条款。例如,《淘天知识产权保护平台手册》第6条第2款约定,因权利人恶意投诉或错误投诉,造成被投诉人损失的,被投诉卖家可以根据相关法律规定要求权利人承担相应赔偿责任,平台方不承担由此产生的任何直接或间接的法律责任。^① 笔者认为,此种格式条款当属无效。^② 平台作为“通知—删除”规则中的裁判者,一旦不处于居中的地位,将加剧权益失衡。如在“曳头案”中,电商平台天猫公司接到投诉后,一方面听取了投诉商家和被投诉商家的意见,另一方面又由其关联公司委托第三方对侵权行为能否成立进行评判,并认为被诉侵权行为不成立,故未对销售链接采取删除等措施。但是,投诉人提起诉讼并再次投诉后,天猫公司则删除了被投诉商家的销售链接。^③ 案中电商平台在处理投诉时较为谨慎,也作出了“被诉侵权行为不成立”的判断。如果被投诉人不侵权,无论如何电商平台均无需承担所谓的侵权连带责任,但是在投诉人起诉后仍然迫于其多次投诉的压力,最终删除了被投诉人相关的销售链接。可见,即使是微量的责任风险,电商平台也会选择删除链接,遁入“避风港”的保护,因为借助与平台内商家的免责条款,选择删除链接的侵权风险为零。

对于被投诉者而言,特定商品或服务链接凝结着流量和商誉,一旦被删除,重新培育有价值链接的成本很高。一旦卷入知识产权侵权投诉纠纷,其短时间内所面临的损失,将会是传统线下商户可能遭受损失的数倍。然而其遭受错误投诉或恶意投诉后,反驳和申辩的机会和手段十分有限。首先,如前所述,平台本身带有一定的采取措施的倾向,被投诉者通过声明使得平台恢复链接并不容易。其次,当前盗版、假冒、仿制等侵权商品问题较为严重,加强对侵权商品的打击力度仍为平台治理的主流。^④ 最后,也是最为重要的一点,按照《电子商务法》的程序设置,电商平台接到投诉申请后,“应当及时采取必要措施,并将该通知转送平台内经营者”。严格按照文义解释,可能被误解为强调及时采取措施,而转通知被投诉人排在了第二位。《网络知识产权侵权批复》第2条在一定程度上纠正了这一语义表述上所带来的误解,规定及时转通知,并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施。但是否采取必要措施似乎并不需要等待被投诉人的回应,可以先采取必要措施,在被投诉人声明不存在侵权后再做考量。这无异于对被投诉人作出了“侵权推定”。

(三)“反向行为保全”的救济作用凸显

“通知—删除”规则的扩张和异化带来诸多操作上的难题,加之错误地将“通知—删除”规则的免责条件解释为责任条款,或视为一种促使电商平台配合权利人的激励,^⑤造成投诉人、电商平台和被投诉人之间出现严重的利益失衡。在电商平台趋利避害的行为选择下,不但难以矫正失衡的权利

^①《淘天知识产权保护平台手册》,2024-04-11, <https://ipp.alibabagroup.com/index.htm?spm=hello-am.home.0.0.72ca7e92zm3XZM#/articleDetails/GiYfxtZx1YdRTzsqqAyWB>,2024-09-09。另参见《知识产权保护平台使用协议》(更新于2019年8月8日)第6条第2款约定:“用户承诺,平台用户会充分尊重和认可平台会基于公平、合理等原则作出商品是否侵权的判断,平台的处理人员并非专业人士,仅能以普通人的认知对双方的凭证等材料进行判断。因此,除存在故意或重大过失外,平台对处理决定免责。”<https://ipp.alibabagroup.com/agreement.htm>,2024-09-09。更早版本可参见杭州铁路运输法院(2018)浙8601民初868号民事判决书。

^②相同观点参见刘晓春:《〈电子商务法〉知识产权通知删除制度的反思与完善》。不同观点参见司晓:《“通知—删除”规则的理解与适用——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》。

^③江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01民初687号民事裁定书。

^④比如,阿里巴巴致力于提升品牌权利人线索投诉体验,提升投诉效率,故98%的知识产权投诉在24小时内即得到处理。参见《2023年淘天集团知识产权保护年度报告》第2页;《2021阿里巴巴知识产权保护年度报告》,第2页;《2020阿里巴巴知识产权保护年度报告》,第16页。

^⑤司晓:《“通知—删除”规则的理解与适用——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》。

结构,反而更倾向于顺应投诉人一方的诉求,使得被投诉人更加被动。于是被投诉人不得不在平台自治模式之外为寻求权利保障,求助于司法救济,以消解电商平台“配合”投诉人采取措施所带来的不利影响。但是诉讼成本高、周期长,恶意投诉难以证明和认定,即使最终得以认定,被投诉者的损失也难以评估。^①对于被投诉人来说,避免损失扩大仍是当务之急,于是行为保全的作用凸显出来。自曳头案、阿胶案法院裁决行为保全后,许多学者和司法实务工作者均对此种司法救济手段抱有较高期待,认为“这种司法创新机制,将会在越来越被重视的知识产权保护领域得到更多运用”,^②是一种对恶意投诉的重要程序性制衡机制,^③是避免被“知识产权流氓”绑架和勒索的行之有效的手段。^④

当利益失衡使得被投诉人的正当权益遭受侵害时,司法确有必要介入,解决相关争议。^⑤但此种“反向行为保全”是否将成为平台知识产权治理中恶意投诉问题的解决之道呢?笔者认为答案是否定的,具体原因如下。

首先,通过司法介入解决平台治理中的问题是本末倒置的做法。回到引发恶意投诉问题出现的“通知—删除”规则上,这一规则是基于知识产权侵权行为影响广、市场反应迅速等特点,设立的一种低成本、高效率打击侵权行为的平台治理机制。这种机制克服了司法程序冗长、滞后的弊端,也避免海量纠纷如潮水般涌入法院造成灾难性的司法负担。但如果在机制运行出现问题时,再次回到司法救济的路径上,则是本末倒置,背离了规则设立的目的。

其次,期待司法手段解决恶意投诉问题治标不治本。从上述分析可知,恶意投诉屡禁不止的原因在于“通知—删除”规则本身的建构存在种种适用上的难题,而且这些难题在理解与适用过程中不但没有通过解释论修正,反而越走越远。无论如何,问题的症结在“通知—删除”规则本身,以所谓“反向行为保全”充当这一机制的补丁,看似填补了规则本身的漏洞,实际上只是一种粉饰。恶意投诉的解决路径仍应当回到对“通知—删除”规则本身的修正和漏洞填补上。

最后,司法救济是权利救济的最后一道防线,如果司法介入越来越多,一定程度上说明前端的平台治理是失败的,甚至是系统性崩溃的。虽然行为保全作为临时救济措施,相对于本案判决而言是事前的、具有预防性的,弥补了诉讼的滞后性,避免诉讼期间内损失的扩大化。但从整体上看,作为司法救济中的一项制度,它仍然是事后的,甚至是亡羊补牢的。所以无法寄希望于通过临时救济措施制衡恶意投诉,而且将其放入上文对投诉人、电商平台和被投诉人三者的利益分配结构分析来看,行为保全也无法改变被投诉者的被动地位。即使被投诉者精通司法程序规则,善用保全制度维护自身权益,其维权难度和成本与投诉者的投诉成本仍然严重失衡。

三、从“反向行为保全”实践回归其理论本质

虽然“反向行为保全”并非根本性解决恶意投诉问题的路径,但在个案中为遭受侵害的当事人提供救济仍具有重要的积极意义,且可以挫败恶意投诉者不正当竞争的企图,抑制投诉的肆意性与泛滥趋势。在明确其无法弥补电商法不足之后,需要进一步冷静思考其在当前行为保全制度中的正确理论定位,并由此回应具体的程序适用问题。

①孔祥俊、毕文轩:《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》。

②谭君:《阻击“知产流氓”:多地法院发“投诉禁令”,弥补电商法不足》,2020-06-15, http://m.thepaper.cn/renmin_prom.jsp?contid=7851592, 2024-09-09。

③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。

④李轶萌、吴方朔、周莎莎:《“反向行为保全”——制止“商标流氓”的新途径》,2020-09-21, <https://www.zhichanli.com/p/1040203234>, 2024-09-09。

⑤王英州:《论电子商务领域知识产权保护的司法介入》,《法律适用》2021年第4期。

（一）“反向”概念的误解

不乏观点认为“反向行为保全”是一项创新机制,但通过解构这一看似新颖的概念可以发现,新颖源于目前对行为保全、消极确认之诉等问题的研究不够深入,所谓“反向”也难以成立。若将此种行为保全称为“反向”,则意味着有与此相对应的先发起的“正向行为保全”存在。但是目前对“反向行为保全”的种种认识中,难以找到在先的“正向”保全。

一种定义认为,“反向行为保全”是指由被投诉人向法院申请保全措施,要求电商平台立即恢复链接、通知人立即撤回或停止发送通知,以避免其合法权益遭受难以弥补的损害的行为。^① 另有一种观点将“反向行为保全”定义为被告请求法院责令原告容忍被告从事特定行为,并且不得妨害、干扰、阻止被告从事特定行为。^② 无论何种定义均认为“反向行为保全”的特殊性在于,是由被指称侵权的一方向法院申请恢复被删除链接。^③

首先,权利人与侵权人是一组动态的概念,在案件尚未审理作出裁决之前,甚至事实尚未查明之前,如何能够认为原告就是权利人,而不是错误投诉甚至是作为侵权人的恶意投诉呢? 其次,原告与被告也是相对应存在的概念,被告方也有自身的诉求,如侵权纠纷中,原告请求法院认定被告行为构成侵权是一种主张,被告反驳认为不构成侵权也是一种主张。若被告提起反诉,则具有反诉原告的双重身份。而在消极确认之诉中,此处所谓的被告则居于原告地位。所以仅凭申请人居于被告的地位就将行为保全定义为“反向”只是僵化思维下的错误理解。在这一错误理解的基础上探讨所谓“反向行为保全”中申请人的主体资格并无意义。原被告双方作为平等对抗的诉讼主体,享有对等的诉讼权利,当事人均可以提起行为保全申请。最后,“反向”二字凸显由被诉侵权人作为申请人的最大矛盾之处在于,“通知—删除”规则中的被控侵权人在诉讼中实际上很可能是原告。根据《电子商务法》第42条的规定,投诉人通知错误、恶意发出错误通知需要承担民事赔偿责任。如阿胶案中,申请人以投诉人涉嫌恶意投诉构成不正当竞争为由,请求法院责令投诉人停止投诉。^④ 在阿胶案的本案中,申请人也处于原告地位。将双方当事人在“通知—删除”规则中投诉人与被投诉人的地位带入司法救济程序中,未能正确看待被投诉人向法院申请行为保全的性质。事实上,被投诉人寻求司法救济已经跳出平台治理机制,宣告了电商平台知识产权保护机制的失灵,此时再抓着权利与被控侵权人的关系不放,则是没有重新审视二者之间的纠纷,仍然带有严重的“侵权推定”意味,进一步重申了“通知—删除”规则的错误理解。

曾有研究将我国台湾地区“民事诉讼法”第538条所规定的定暂时状态假处分划分为正向与反向两种定暂时状态假处分,其中权利人申请的定暂时状态处分称为“正向假处分”,如禁止侵害人制造、销售行为;而“反向假处分”是指被控侵权人于受到权利人正向假处分后,向法院提起申请定暂时状态处分,请求法院命权利人必须容忍其继续制造或销售特定产品,且禁止权利人为妨碍、干扰行为。^⑤ 此种划分本身未必严谨,两种相向而行的假处分申请如何处理将在下文展开。值得注意的是,此种分类为反向假处分的界定设置了前提,即被指控侵权人在受到正向假处分后所提起的与此相反

^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》。

^② 蒋利玮:《知识产权行为保全申请主体资格研究——兼评行为保全司法解释征求意见稿第一条》,《科技与法律》2016年第2期。

^③ 徐新:《苏法视野I被诉侵权人申请先予执行恢复被删除链接的审查认定》,2019-07-31, https://www.sohu.com/a/330627621_221481, 2019-07-09。徐新为“曳头案”审判长。

^④ 杭州市余杭区人民法院(2019)浙0110行保1号民事裁定书。

^⑤ 胡泽斐、张荃:《专利案件定暂时状态处分之研究——以台湾地区知识产权审判程序为中心》,《广西政法干部学院学报》2016年第1期。

的假处分申请。换言之,若使用“反向”的概念,则意味着此前应当已经存在一个针对申请人提出的“正向”行为保全,否则,没有正向也无所谓反向。目前所谓的“反向行为保全”案件均为申请人直接提起,之前并不存在一个“正向”的行为保全。

如前所述,电商平台删除链接等做法客观上起到了诉前行为保全的效果,也有网络服务平台部门负责人提出要借鉴“诉前禁令”临时措施制度对“通知”制度进行完善。^①但这正是需要警惕和予以修正的。因为电商平台采取的审查标准、审查者的专业能力和信息获取的全面性、对被投诉者陈述权的保障等等均远进于行为保全制度,删除措施作出的准确性、严肃性、权威性与其效果严重不相称。而且,不能也不应当使“通知—删除”制度对标诉前行为保全。

第一,从机制功能上看,“通知—删除”制度的设置即是为了构建快速的平台知识产权保护机制,若过分增加其复杂性,使其达到诉前行为保全的严谨程度,则本末倒置。第二,从性质上看,电商平台是民事私主体,其采取措施的权力来自其作为平台管理者所具有的管理职责。而法院作出行为保全裁定是司法机关行使国家公权力的体现。二者在性质上不可同日而语。第三,从审查的主体上看,电商平台虽然会对投诉人发出的通知和提供的初步证据进行一定程度的审核,但其判断能力、权威性均无法与法院相比。综上所述,不但不能将电商平台收到通知后采取措施的做法视为诉前行为保全,还要将二者作出明确区分。由此,“反向”行为保全的称谓或概念因为并不存在一个在先的可以称为“正向”行为保全而无法成立。

(二) 行为保全的本质回归

1. 恶意投诉案件相关诉讼请求解构

行为保全作为临时救济程序附随于本案程序,所以对行为保全的审视需要先回到本案中来。被投诉人作为申请人提起行为保全之所以直观上给人一种“反向”的感觉,一个重要原因在于我国对于消极确认之诉的学术研究与司法适用较少。在传统民商事纠纷中,权利状态不安定的情况下,通常为权利人积极主动提起诉讼确认并维护自身权益,义务人存在消极确认利益的情况相对较少。但是相比于传统产权,知识产权发展历史短暂、共识基础薄弱,^②更容易受到挑战、更加不稳定,加之其无形性、技术性特征,侵权与否常常难以判定。如果权利人滥用权利导致社会关系处于不确定状态,则会给他人带来损害。而且权利人在禀赋效应^③的影响下,更倾向于认为他人存在侵权行为,导致其滥用权利的风险增加。而在电子商务市场,由于互联网传播范围广、反应速度快等特点,投诉机制被滥用给相对人带来的损害更是被进一步放大。在这种情况下,被投诉人的确认利益凸显,消极确认之诉的重要性愈加突出。

恶意投诉的行为模式可以分为三种类型,一是冒充权利人投诉。即投诉人不享有相关知识产权权利,包括自始不享有、权利已失效或者被宣告无效等,通过伪造、变造权利证明等材料发起投诉;^④二是囤积“垃圾知识产权”牟利。表现为投诉人抢注他人已在先使用的商标,或注册无显著性商标,^⑤或利用专利审查的漏洞而获得类似外观设计与实用新型等专利权,然后通过恶意投诉对平台内商家

^①司晓、范露琼:《知识产权领域“通知—删除”规则滥用的法律规制》。腾讯研究院:《互联网+时代的立法与公共政策》,北京:法律出版社,2016年,第319页。

^②蒋舸:《创新社会化与知识产权制度的对应》,北京:知识产权出版社,2021年,第185页。

^③禀赋效应是指当个人一旦拥有某项物品,那么他对该物品价值的评价要比未拥有之前大大提高。

^④参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、杭州铁路运输法院(2018)浙8601民初868号民事判决书。

^⑤浙江省杭州市中级人民法院(2024)浙01民终1830号民事判决书。

实施敲诈勒索;^①三是真正的权利人虚假陈述事实理由发起投诉。这类恶意投诉主要出于打击竞争对手、控制商品流通渠道和销售价格等不正当竞争目的。^②由此可见,恶意投诉的目的主要包括实施敲诈勒索和打击竞争对手两大方面。根据相关实证研究成果,投诉人败诉的案件中双方主体大多存在竞争关系。^③也正因此,实践中被投诉人多以恶意投诉行为构成不正当竞争为由提起诉讼,另有部分案件作为侵权之诉审理裁判,^④包括侵害知识产权纠纷^⑤和侵害财产权纠纷^⑥。由于确认之诉是诉的类型中最为基本的类型。所有诉的类型中,均内含着对权利关系存在与否予以判断的请求。^⑦在这个意义上,可以认为上述不正当竞争之诉和侵权之诉均内含确认不侵权这一最基本的判断请求,对确认不侵权问题的判断是不正当竞争之诉和侵权之诉的先决问题。如果被投诉人的行为确实构成侵权,即使投诉人存在主观故意,其投诉行为也不会给被投诉人造成损失。为避免陷入对恶意诉讼具体请求权基础的讨论而偏离本文主题,所以本文将消极确认之诉作为分析的逻辑起点,同时也起到简化问题的作用,避免与给付内容相关的保全请求带来干扰。

2. 确认不侵权请求的消极确认利益

虽然保全程序的标的与本案的诉讼标的不是债权人的实体权利本身,^⑧但二者密不可分。在由恶意投诉引发的不正当竞争之诉和侵权之诉中,删除链接的保全请求与确认不侵权之诉共享相同的消极确认利益。在确认不侵权之诉中,就权利保护利益的必要性而言,双方当事人对作为诉讼标的的侵权之债成立与否确实存在争议,而且若不通过判决确定法律关系,原告的合法权益将受到损害。^⑨如王垒诉江海、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷案中,被告经营者恶意投诉竞争对手,最终判决赔偿原告经济损失 210 万元。^⑩可见恶意投诉对被投诉人造成的损害程度。从对象选择的妥当性、立即解决纠纷的必要性和被告选择的妥当性来看,被投诉人提起确认不侵权之诉符合诉讼要件。^⑪只是根据“解决手段妥当性”理论,权利人在能够提起给付之诉时即丧失了确认利益,不能提起确认之诉。^⑫换言之,若被投诉人主张由投诉人承担民事赔偿责任,则确认之诉作为解决纠纷的手段不再具有适当性,而应提起给付之诉。所以确认不侵权之诉被不正当竞争之诉或侵权之诉所吸收。因此,确认不侵权之诉并非彻底消失,而是隐藏在给付之诉中作为暗含的判断请求存在于诉讼系属之中。相应的,保全请求权基础仍然与确认不侵权的判断请求相对应,而非与给付内容的诉讼请求相对应。质言之,行为保全所关联的是有争议的法律关系,所谓“行为保全”并不是对请求权的

①浙江省杭州市余杭区人民法院(2020)浙0110民初6382号民事判决书,另参见杜颖:《网络交易平台上的知识产权恶意投诉及其应对》,《知识产权》2017年第9期。

②浙江省杭州市中级人民法院(2021)浙01民终2580号民事判决书、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。

③孔祥俊、毕文轩:《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》。

④在北大法宝数据库中,以“裁判依据:《中华人民共和国电子商务法》第42条;全文:恶意投诉”为关键词进行检索,所得25份裁判文书中,12份裁判为不正当竞争纠纷案件;12份为侵权责任纠纷,包括侵害知识产权纠纷、侵害信息网络传播权纠纷和2例确认不侵害知识产权纠纷;另有1份为平台内经营者与平台经营者之间的网络服务合同纠纷,检索时间:2024年9月9日。

⑤杭州互联网法院(2018)浙0192民初5255号民事判决书、广东省中山市中级人民法院(2020)粤20民终5486号民事判决书。

⑥广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终1040号民事判决书。

⑦[日]伊藤真:《民事诉讼法(第四版补订版)》,曹云吉译,北京:北京大学出版社,2019年,第113页。

⑧占善刚:《民事保全的必要性及其司法审查》,《法学》2023年第10期。

⑨2016年阿里巴巴平台近103万商家和超600万条商品链接遭受恶意投诉,造成卖家损失达1.07亿元。参见《阿里巴巴2016平台治理年报》, <https://ipp.alibabagroup.com/infoContent.htm?skyWindowUrl=news-20170331-cn,2024-09-09>;另参见马付才:《网购平台恶意投诉竟成不法分子赚钱渠道》,《民主与法制时报》2021年11月19日,第3版。

⑩杭州铁路运输法院(2018)浙8601民初868号民事判决书。

⑪[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,北京:法律出版社,2008年,第194页。

⑫[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,第195页。

保全,而是对争议法律关系的暂时性维持,服务于临时维持或重新创造法和平的目的。^①

3. 行为保全的概念界分与功能厘定

目前我国的民事临时救济措施主要包括财产保全、行为保全和先予执行三类。一直以来,对三类临时措施的界分都不甚明朗。在首例“反向”行为保全案中,申请人曳头公司的请求为“申请先予执行”。^② 因为依照《民诉司法解释》第170条的规定,需要立即制止某项行为的紧急情况,根据当事人的申请法院应当裁定“先予执行”。在因恶意投诉引发的临时措施申请中,当事人的请求为禁止投诉人投诉,要求电子商务平台中止措施。那么,司法实践中法院作出的“行为保全”裁定对临时措施的性质认定是否正确呢?在回答这一问题前需要理清三类临时救济措施的关系。

2012年民事诉讼法修订增加了对行为保全的规定,将其与财产保全规定在同一条款中,对二者没有作出明确的区分。根据立法者的解释和法条表述,财产保全指向财产,目的在于保证将来的生效判决能够得以执行,而行为保全指向作为或不作为,目的在于避免债权人遭受其他不可弥补的损害。^③ 此种根据保全对象作出的划分本身即具有模糊性,加之二者功能上的交叉重合,导致许多情况下难以区分财产保全与行为保全。比如责令当事人处理不宜长期保存的物品,禁止被申请人处置转移财产,限制被申请人支取对债务人到期应得的收益,责令次债务人不得对被申请人清偿债务等,^④ 按照保全指向作为或不作为的标准,此类情况也均可归入行为保全。于是有学者对此做出进一步限定,认为财产保全主要适用于财产的给付纠纷,保全的对象既包括实体财物也包括财产性权利,既包括金钱也包括物;行为保全则适用于财产给付之外的案件,保全的对象并非债务人的财产而是行为。^⑤ “财产保全是见物不见人的制度,行为保全是见人不见物的制度。”^⑥ 此种分类虽然看似容易辨认,但是从表象对两类保全措施进行分类的做法忽视了先予执行措施的保全属性。

在2012年民事诉讼法引入行为保全制度前,先予执行措施很大程度上起着替代性作用。在2012年之后,先予执行措施由于适用条件严苛,适用范围被大幅度缩减。作为我国临时措施的一种,其与财产保全、行为保全并列规定于《民事诉讼法》第九章,按照上述分类方法,先予执行兼具“适用于财产的给付纠纷”的特点和“避免造成当事人其他损害”的目的,^⑦ 难以与前者区分。笔者认为,对保全措施的界分应当回归到制度功能,而保全措施的功能与本案的诉讼请求密不可分,脱离本案中申请人的实体权益仅从形式上寻找制度间的区别,可能永远都无法触及制度的本质。首先从立法目的出发,我国财产保全的功能在于确保判决得以执行,防止债务人的责任财产因诉讼的滞后性而不当流失。而行为保全和先予执行的功能在于预防性保护,即避免“造成当事人其他损害”,或者说避免在裁判文书生效之时,对当事人造成的损害已经无法弥补。二者均是针对法律关系的不可修复性,而财产保全则是针对债务人责任财产、偿债能力而言。其次,从本案的权利保护利益角度来看,行为保全的目的是维持争议法律关系的某种状态,避免法律关系的不安定状态为当事人带来难以弥补的损失,所以对应确认之诉,或者说对应给付之诉所内涵的确认请求,而先予执行则带有给付内容,使原告获得清偿。

^①Brox/Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, Carl Heymanns Verlag, 8. Aufl. 2008, Rn. 1589. 转引自周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条第解释》,《法律科学》2015年第4期。

^②江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01民初687号民事裁定书。

^③参见《民事诉讼法》第103条,全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京:北京大学出版社,2012年,第159页。

^④参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2022年修正)第153条、154条、158条、159条。

^⑤占善刚、刘丹:《民事诉讼保全的类型化分析》,《江苏大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

^⑥江伟:《民事诉讼法专论》,北京:中国人民大学出版社,2005年,第281页。

^⑦《中华人民共和国民事诉讼法》109条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2022年修正)第170条。

通常认为我国的财产保全和行为保全大体可以分别对应德国和台湾地区的假扣押和假处分制度,认为假扣押是针对金钱或者可以转换为金钱的请求权而采取的保全措施;假处分是针对金钱以外(例如物、权利和行为)的请求而采取的保全措施。^①此种观点仍然是按照保全对象作出的划分,存在对域外法律制度的误解。事实上,德国法中的假处分制度可以分为确保型假处分(Sicherungsverfügung)、定暂时状态假处分(Regelungsverfügung)和履行性假处分(Leistungsverfügung)。^②确保性假处分保证的是非金钱给付性权利的未来实现,也是目前我国对德国假处分的通常认识;^③定暂时状态假处分与被投诉人提起的临时措施申请相对应,是对有争议的法律关系,特别是继续的法律关系,规定其暂时的状态;^④履行性假处分是司法实践中发展出来的第三种假处分。根据德国《民事诉讼法》第940条的规定,定暂时状态假处分并不能够使原告获得清偿,其权利仍然不能实现。所以在本案请求旨在偿付的情况下,德国司法实践采用履行性假处分措施使原告获得清偿,典型情况例如支付抚养费和损害赔偿案件。^⑤由此可以看出,我国的先予执行制度与履行性假处分十分相近。德国对相关临时措施的此种理论分类较为清晰,在界定我国的三类临时措施时具有借鉴意义。由此重新解释三类临时措施的外延,《民诉司法解释》第170条第1、2款所规定的“需要立即停止侵害、排除妨碍的”“需要立即制止某项行为的”两类情况,应归入行为保全范畴。在“曳头案”申请人提出“先予执行”申请后,业界将法院的相应裁定评为“反向行为保全”裁定,对行为保全的定性是值得肯定的。

四、揭开“反向”面纱后的制度建构

综上所述,“反向行为保全”的本质为“假反向、真行为保全”,以“定暂时状态”为请求内容的行为保全对应着本诉中的消极确认判断请求。在此理论基础和前提下,本文将继续讨论当前恶意投诉引发的行为保全案件的争议问题。

(一) 保全要件

保全程序与本案程序相互独立,但是保全请求不能脱离本诉存在,其所要确定的法律关系应当以本案诉讼能确定的争议法律关系为限。即使是诉前保全,保全的标的范围也应当在预计的本诉请求范围之内。所以申请保全首先需要符合诉讼要件,需要有适格的申请人、明确的被申请人、案件属于法院主管和管辖等,且不存在重复系属等消极要件。对于诉讼中的保全申请,由于本案的诉讼要件已经在本案中进行审查。而在诉前保全申请中则需先行判断保全请求是否满足未来本诉的诉讼要件。如德国法官需要审查“保全请求权”,在英国需要审查“是否存在有待审理的严肃问题”。^⑥

在确定保全申请具有权利保护利益后,保全理由是审查的第二步。制度的功能定位决定着适用条件。临时性措施的功能在于弥补纠纷解决程序的滞后性或耗时漫长所造成的不利,“保全权利的

^①参见张卫平:《民事诉讼法》,北京:法律出版社,2017年,第271页;[德]奥拉夫·穆托斯特:《德国强制执行法》,马强伟译,北京:中国法制出版社,2019年,第287页。

^②另有将三种假处分依次翻译为“保全处分”“规制处分”和“给付性处分”,参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(下册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,北京:法律出版社,2020年,第420、409、415页;另参见姜世明:《民事诉讼法基础论》,台北:元照出版有限公司,2022年,第468页。

^③德国《民事诉讼法》第935条。

^④德国《民事诉讼法》第940条。

^⑤[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(下册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,第415页。

^⑥周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条第解释》。

可实现性”。^① 所以“情况紧急,不立即申请保全会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害”是申请临时措施的首要理由。我国《民事诉讼法》仅在第104条诉前保全的规定中对此予以明确,而对诉讼中的保全未作此项要求。但应当注意到,无论申请人何时提起保全申请,“情况紧急,面临难以弥补的损害”都是临时救济制度的题中之义。从反方面来说,如果对当事人的救济待到诉讼程序正常终结之时没有超出必要的限度,是任何社会主体所应当承受的诉讼成本,那么也就无需提供临时的救济。只有因诉讼冗长且滞后的弊端导致正义过分延迟,成为无效正义甚至是不正义之时,才是临时措施发挥功能之时。

《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《知产行为保全规定》)第7条第2款、《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》(法释[2018]21号)第9条中均规定了“情况紧急”与“难以弥补的损害”两个要件。我国台湾地区“民事诉讼法”第538条第一项规定:“于争执之法律关系,为防止发生重大之损害或避免急迫之危险或有其他相类之情形而有必要时,得声请为定暂时状态之处分。”不难发现,“紧急”与“损害难以弥补”二者密不可分。正因为一旦造成损害,在日后无法补救,所以才使得紧急的临时救济具有必要性。

虽然“紧急+损害难以弥补”要件规定明确,且二者在含义上相互补充,但实践中如何审查与裁量仍然较为困难,尤其是在保全措施具有紧迫性、裁定作出时间极为有限的情况下。笔者认为“难以弥补的损害”包含三类情况,一是损害过于重大,被申请人日后难以填补;二是损害难以量化,日后填补也无法计算;三是损害本身的性质即决定其不具有可修复性。最高人民法院知识产权法庭认为,在确定“难以弥补的损害”时,可以考量不采取行为保全措施是否会严重损害申请人的名誉、商誉等权利,是否会使申请人的市场竞争优势严重受损或者商业机会严重丧失等因素;即使有关损失可以请求金钱赔偿,但损失巨大且难以计算的,也可以认定其构成“难以弥补的损害”。^②

但由于保全程序为略式程序,仅展示了极为有限的案件事实,双方当事人亦尚未展开充分的辩论,法官仅能够就侵权与否、情况是否紧急、损害是否难以弥补作出初略的判断,因此还需要遵循权衡理论和比例原则。虽然在我国《民事诉讼法》中对这两项法官自由裁量的原则未予以规定,但是在当前的司法实践中已经受到一定程度的关注,如浙江省高院民三庭《涉电商平台知识产权案件审理指南》第37条规定,对被恶意通知人提出的行为保全申请的审查要点包括:通知人的恶意程度;通知人的恶意通知行为对被通知人店铺的影响程度;不采取行为保全措施对被通知人造成的损害是否超过采取行为保全措施对通知人造成的损害;采取行为保全措施是否损害社会公共利益。

在双方利益衡量的过程中,申请人在本案的胜诉可能性可以作为一个重要的考量因素。但应注意,此处的“诉”仅指“不侵权”这一小诉讼单元,“恢复链接”等保全要求所对应的本案中的诉讼请求单元为“确认不侵权”。所以此处“胜诉可能性”要件也仅针对侵权与否的判断,至于被投诉方是否恶意在所不论。从损失衡量的角度来看,胜诉可能性较高意味着给被申请人造成的损害可能性较小,同时也意味着保全错误的可能性较小。《知产行为保全规定》第7条第1款规定,申请人的请求是否具有事实基础和法律依据,包括请求保护的知识产权效力是否稳定。在由错误投诉或恶意投诉引起的行为保全案件中,对于投诉人是否存在恶意,被投诉人是否构成侵权等问题上,可能有诸多表现。例如投诉人具有其他多起恶意抢注商标的行为;^③涉案专利权已经全部被宣

^①周翠:《中外民事临时救济制度比较研究》,北京:清华大学出版社,2014年,第1页。

^②最高人民法院(2020)最高法知民终993号民事裁定书。

^③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。

告无效;^①电商平台听取了投诉双方的意见,又委托第三方对侵权行为能否成立进行评判。^② 这些都可以作为法官裁量的参考因素。但也应当注意,判断案件胜诉可能性会受到保全申请提出所处的诉讼阶段影响,随着诉讼程序不断推进,事证资料越来越充实,双方陈述意见越来越完整,则对胜诉可能性的判断也越来越接近最终的判断。但无论如何,在保全程序中对胜诉可能性的判断对本案的判决并无拘束力。

(二) 保全程序

1. 保全要件的证明

保全的必要性要件,即“紧急”与“损害难以弥补”要件需要申请人予以证明,我国知识产权实体法及相关司法解释中要求“有证据表明”。^③ 鉴于行为保全措施的临时性和紧急性,对保全要件的证明原则上应采取优势证据标准,即事实存在的盖然性比其不存在的盖然性高即可。我国台湾地区采用“释明”予以描述。但是审查是否裁定准予保全是综合必要性要件与权衡理论、比例原则等各方面因素考量的结果,所以对不同要件在心证与裁量过程中可能有不同的盖然性要求。有观点认为对部分类型的案件,可以考虑将紧急性要件予以推定。^④ 如荷兰法官认为,如果存在侵犯知识产权的行为,则总是存在着“紧急情形”。^⑤ 在恶意投诉引起的行为保全案件中,一些恶意投诉专门选择在电商促销活动或销售旺季前夕发起,考虑到电子商务市场快速、高频次交易的经营模式,也可以认为总是存在着“紧急情形”。

2. 申请人提供担保

对于是否要求申请人提供担保,存在一定的理论争议。如我国台湾地区“智慧财产案件审理法”第22条第3款规定:“声请之原因虽经释明,法院仍得命申请人供担保后为定暂时状态之处分。”我国台湾地区学者的普遍观点也认为,就假处分提供担保具有补充释明不足及担保相对人损害赔偿的功能。^⑥ 但德国学者对德国法“以担保补足不够充分的疏明”的规定^⑦提出批评,认为给予债权人优渥并无必要,对被申请人也有欠公允。担保并非意在取代证明,更非微瑕证明的补足或平衡。^⑧

笔者认为,担保无法弥补疏明的不充分。首先,对保全要件的审查采用优势证明标准已经是较低的标准;其次,未能疏明保全请求权和保全的必要性,则不符合保全制度的功能定位,若倚仗事后赔偿而冒险采取保全措施,则采取保全的正当性缺失,进而极易引发保全制度异化成为打击对手的工具;最后,即使担保在一定程度上能够平衡瑕疵证明,也应当明确,保全要件的审查是第一位的,提供担保的作用是次要的、辅助的。担保能够在多大程度上补偿疏明的瑕疵,还需要综合权衡理论及比例原则予以考量。

笔者认为当前司法实务中过分强调担保,甚至严重倚赖担保的情况值得警惕。其一需要明确担保并非保全要件;其二,不能用简单粗暴的担保条件架空对保全要件的审查;最后,担保的重要功能

^①最高人民法院(2020)最高法知民终993号民事裁定书。

^②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《著作权法》第50条第1款、《专利法》第66条第1款、《商标法》第65条第1款、《计算机软件保护条例》第26条、《集成电路布图设计保护条例》第32条、《最高人民法院关于对诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》第1条。

^④姜世明:《智慧审理程序之假处分》,《月旦民商法》2008年第9期。

^⑤H. Bertrams, Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen Patentrecht, German Association for the Protection of Intellectual Property (GRUR), 1995, pp. 1089 – 1095. 转引自周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条第解释》。

^⑥姜世明:《智慧审理程序之假处分》。

^⑦德国《民事诉讼法》第921条。

^⑧周翠:《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条第解释》。

在于担保被申请人的损害赔偿,换言之,担保只是一种手段,而非目的。如今我国在电子商务领域已经初步建立起一套信用评价机制,在担保金额的酌定上,应当整体考量被投诉人经营过程中的信用情况、投诉人的信用情况,以及投诉人发起投诉时是否提供保证金等多方面因素进行权衡。

3. 听审程序

法院审查行为保全应以听取双方陈述意见为原则,单方面作出裁定为例外。一则只有兼听双方当事人陈述,较为全面的获取信息,才能得以权衡双方当事人的权益;二则应尊重和保障当事人程序主体地位,陈述意见是当事人的程序性权利。至于是以言词或书面的方式听取当事人陈述,还是采用直接言词辩论的方式,可由法官依具体情况而定。但鉴于保全程序的紧急性和较短的审理期限,书面陈述耗时较长,反应较慢,所以实践中多以分别询问的方式进行。从平台治理机制与司法程序衔接的角度来看,可以充分利用“通知—删除—反通知”过程中投诉双方当事人的陈述。《保全规定》第5条规定,人民法院裁定采取行为保全措施前,应当询问申请人和被申请人,但因情况紧急或者询问可能影响保全措施执行等情形除外。随着我国智慧司法、线上审判等高效沟通方式的发展,可以期待未来对陈述权的保障更加充分。

(三) 内容相冲突的行为保全

虽然本文反对“反向”行为保全的称谓,但不可否认,在错误投诉和恶意投诉引发的纠纷中,确实存在两个对立的保全诉求,虽然一个在平台知识产权保护领域,一个在司法救济领域。也可以预见,若投诉人提起诉讼并申请行为保全,双方则可能形成两个内容相冲突的行为保全。我国台湾地区将二者称为单纯不作为和容忍不作为的假处分。对于二者的冲突,有“容忍不作为优先说”,认为容忍不作为假处分是基于一定关系而有作为权利,相对人因此有忍受义务,所以具有优先受保护性。^①这一观点被我国台湾地区司法机构于2005年以裁定形式推翻。单纯不作为和容忍不作为的保全请求均是基于权利行使的法律关系,是一个问题的正反两面。申请人声请定暂时状态假处分,不论是单纯不作为还是容忍不作为,法院均应当依照上述保全要件等因素裁量,而裁决一经作出即具有执行力,被申请人只能按照救济途径提出异议。所以,无论正向还是反向的申请,问题的关键不在于谁先提出保全申请,而在于法院对保全要件进行了全面、公正的审查和权衡。无论投诉人还是被投诉人提出保全申请,法官所面对的事实和适用的裁量标准都是相同的。

五、结 论

恶意投诉问题的根源在于《电子商务法》中“通知—删除”规则自身的构建与理解适用。司法救济作为整个社会的权利救济机制,独立于电子商务平台治理体系之外,不能将临时性救济制度当作对恶意投诉的程序性制衡机制,更非根本性的解决方案。电商平台仍然是电子商务治理的关键角色,完善电子商务领域知产纠纷解决机制应当发挥其中心地位,探索替代性纠纷解决机制。但与此同时,司法是权利保护最后一道防线,完善行为保全制度对促进知识产权纠纷的解决具有重要作用。

在“反向行为保全”的实践热潮中,应当冷静思考所谓“反向”行为保全的本质和功能定位。被投诉人在本案诉讼中居于原告地位,由其提起的临时救济措施申请不存在“反向”一说。被投诉人的请求是对争议法律关系的确认利益的临时保护,所以救济措施的性质为行为保全,而非先予执行。在厘清行为保全的本质和功能定位的基础上,本文进一步明确除一般诉讼要件以外,行为保全要件

^①黄国昌:《单纯不作为与容忍不作为假处分之竞合》,《月旦法学杂志》2004年第12期。

为“紧急 + 损害难以弥补”要件,需要综合平衡权益理论和比例原则予以审查。申请人对保全要件的证明达到优势证据程度即可,担保既非保全要件,也无法弥补证明瑕疵,不宜过分强调担保甚至使其架空对保全要件的审查。为尊重当事人的主体地位,使法官更加全面地了解案件情况,原则上应保障双方当事人的陈述权。

(责任编辑:吴 欢)

Deconstructing and Reconstructing Reverse Behavior Preservation: A Focus on Addressing Malicious Complaints on E-commerce Platforms

PAN Jianfeng, YANG Runqi

Abstract: The expansion and distortion of the “Notice-and-Takedown” mechanism under Articles 41 – 45 of the E-commerce Law has led to a significant imbalance between the rights of complainants and respondents, with the issue of malicious complaints becoming particularly problematic. “Reverse behavior preservation” has emerged as a form of interim judicial relief for respondents and has gained traction in practice. However, the concept of “reverse behavior preservation” reflects a misunderstanding of the behavior preservation system and the roles of parties in complaint disputes. As a result, it fails to effectively address the imbalance of interests. By clarifying the nature and purpose of reverse behavior preservation, deconstructing the preservation requests and claims in malicious complaint cases, and re-evaluating the respondent’s right to passive confirmation of benefits, a more reliable theoretical foundation can be established for behavior preservation in such disputes. Based on this, the essential elements of preservation—“urgency + irreparable harm”—are affirmed, with no requirement for guarantees. The review of these elements should be guided by the theory of balanced rights and interests and the principle of proportionality, ensuring both parties have the right to be heard.

Keywords: malicious complaint; reverse behavior preservation; temporary sanction for certain temporary status; passive determination of benefits

About the authors: PAN Jianfeng, is Professor and PhD Supervisor at Law School, Peking University (Beijing 100091); YANG Runqi is PhD Candidate at Law School, Peking University (Beijing 100091).