

网络侵权中合格通知和 必要措施的认定

——指导案例 83 号评析

徐 伟*

目次

一、指导案例 83 号的基本案情、裁判要旨及 核心问题	(二) 订单编号可作为合格通知的要求 之一
(一) 基本案情与裁判要旨	三、必要措施的范围
(二) 本案核心法律问题	四、本案说理逻辑背后的考量及其影响
二、合格通知的要件	(一) 本案说理逻辑背后的考量
(一) 侵权比对表可作为合格通知的要 求之一	(二) 最高院试图确立的规则及其影响
	五、余论

摘要 指导案例 83 号涉及了通知制度中的两项关键问题：合格通知的要件和必要措施的范围。尽管该案的裁判要点给出了妥当的规则，但裁判理由却不足为训。投诉人的单方侵权声明无法满足“侵权初步证据”要件，应允许网络服务提供者将侵权比对表和订单编号设置为投诉必备材料。在收到合格通知后，网络服务提供者应采取删除等能有效阻止损害扩大的措施。除非采取此类措施有悖于比例原则，否则转通知不足以作为必要措施。

关键词 通知移除 必要措施 转通知 嘉易烤 专利权

网络侵权，尤其是电商中的知识产权侵权，已成为法院诉讼中的一类重要案件类型，^{〔1〕}也是

* 宁波大学法学院副教授、法学博士。本文系国家自然科学基金青年项目“网络服务提供者侵权责任基础理论研究”(项目编号：16CFX042)、国家自然科学基金重大项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”(项目编号：18ZDA145)的阶段性研究成果。感谢黄海同学在资料查找和整理上的帮助，当然文责自负。

〔1〕 根据浙江省高院的统计，2014 年至 2018 年，浙江法院共受理涉电商平台知识产权民事一审案件 15 538 件，占知识产权民事一审案件总量的 15.55%。其中，绝大部分案件是电商平台作为共同被告被起诉。参见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》，载中国法院网 2020 年 3 月 27 日，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4871104.shtml>。

今年刚签署的中美经贸协议中双方关注的重要问题之一。^{〔2〕} 指导案例 83 号嘉易烤公司诉金仕德公司、天猫公司侵害发明专利权纠纷案(以下简称“本案”或“嘉易烤案”)系目前为止唯一的涉网络侵权的指导案例。然而,该指导案例发布三年来,不仅在判决中被引用次数寥寥,^{〔3〕}且该案判决体现的部分规则直接被后续相关规则所否定。本文试图论证,该案的裁判说理存在诸多问题,据此提出的“裁判要点”也需予以澄清,以免对后续裁判产生误导,从而真正发挥本案的指导效果。

一、指导案例 83 号的基本案情、 裁判要旨及核心问题

(一) 基本案情与裁判要旨

原告嘉易烤公司(以下简称“嘉易烤”)系名称为“红外线加热烹调装置”的发明专利权利人。2015 年 1 月 29 日,其在公证处监督下在天猫网的名为“益心康旗舰店”的店铺里购买了一个烧烤炉,于 2 月 4 日收到货。2 月 10 日,原告向淘宝网知识产权保护平台上传了包含专利侵权分析报告和技术特征比对表在内的投诉材料,但最终没有被审核通过,回复中表明审核不通过原因是:烦请在实用新型、发明的侵权分析对比表二中详细填写被投诉商品落入贵方提供的专利权利要求的技术点,建议采用图文结合的方式一一指出(需注意,对比的对象为卖家发布的商品信息上的图片、文字),并提供购买订单编号或双方会员名。4 月 7 日,嘉易烤向浙江省金华市中级人民法院起诉天猫店铺金仕德公司和天猫公司(以下简称“天猫”),要求二者承担连带赔偿责任等。5 月 5 日,天猫通过公证表明,涉案商品已无法在天猫网被找到。

一审法院认定被控侵权产品落入了原告专利权的保护范围,并否定了金仕德对于合法来源的抗辩。关于天猫是否要承担连带责任,法院认为:“原告嘉易烤公司提交的投诉材料符合被告天猫公司的格式要求,在其上传的附件中也以图文并茂的形式对技术要点进行比对,但被告天猫公司仅对该投诉材料做出审核不通过的处理。被告天猫公司……声称于 2015 年 4 月 29 日对涉案产品进行下架及删除链接的处理,是在原告向本院起诉之后,显然被告天猫公司的行为未尽到合理的审查义务,也未采取必要的措施防止损害扩大。”故一审判决天猫应对损害扩大的部分(5 万元)承担连带赔偿责任。

判决后,天猫上诉至浙江省高级人民法院,主张嘉易烤在投诉中并未提供“购买订单编号”及“交易双方会员名”,且天猫对商品是否侵害发明专利权判断能力有限,等等。嘉易烤则称,购买者信息实际上对于侵权与否的认定并不必要,且即使天猫公司对商品的侵权判断存在困难,其也应将投诉情况转达给实际的卖家,等等。

二审中,关于天猫是否构成共同侵权,法院认为:(1) 通常,通知内容应当包括权利人身份情况、权属凭证、证明侵权事实的初步证据以及指向明确的被诉侵权人网络地址等材料。符合上述条件的,即应视为有效通知。(2) 天猫要求投诉方提供“侵权分析比对”虽也具有一定的合理性,但就权利人而言,天猫的这一要求并非权利人投诉通知有效的必要条件。(3) 投诉方是否提供购买订单编号或双方会员名并不影响投诉行为的合法有效。天猫所确定的投诉规制并不对权利人维权产生法律约束力,权利人只需在法律规定的框架内行使维权行为即可。(4) 基于天猫对于发明专利侵权判断的主观能力、侵权投诉胜诉概率以及利益平衡等因素的考量,并不必然要求其在接受投诉后对被投诉商品

〔2〕 参见《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》第一章“知识产权”第五节“电子商务平台上的盗版与假冒”。

〔3〕 北大法宝中明确引用了本案的判决书至今只有 6 份(有效判决 4 份),详见本文第四部分的说明。

立即采取删除和屏蔽措施,对被诉商品采取的必要措施应当秉承审慎、合理原则,但是将有效的投诉通知材料转达被投诉人并通知被投诉人申辩当属天猫应当采取的必要措施之一。据此,法院判决驳回上诉,维持原判。二审法院的上述意见,在最高院发布的指导案例83号中,被全部摘录。^{〔4〕}

(二) 本案核心法律问题

从判决来看,本案的核心法律问题如下:

第一,合格通知的要件。一审法院只简要提及原告“提交的投诉材料符合被告天猫公司的格式要求”,并未对合格通知需包含哪些内容展开说明。这或许是因为一审中被告天猫对通知只提出了“原告未指出专利权的技术比对”的抗辩,在上诉中才提出了订单编号和双方会员名的抗辩。因此,二审中法院对侵权分析报告、技术特征比对表和订单编号是否影响通知的效力做出了回应。同时,为了否定比对表和订单编号是合格通知必备的内容之一,法院又从正面提出了合格通知应包含的内容。据此,合格通知的要件问题系本案的首要法律问题。

第二,审查义务的判断。一审法院认为,在原告提供了图文并茂的投诉材料后,“但被告天猫公司仅对该投诉材料做出审核不通过的处理。……显然被告天猫公司的行为并未尽到合理的审查义务”。法院并未说明为何天猫做出审核不通过的处理就是未尽合理审查义务。有法官的解读是,这表明一审法院在审查义务上采取了“形式审查”标准,即只要符合合格通知的形式要求即可构成有效通知。^{〔5〕} 二审法院在此问题上同样语焉不详,其认为:“嘉易烤公司在本案的投诉材料中提供了多达5页的以图文并茂的方式表现的技术特征对比表,天猫公司仍以教条的、格式化的回复将技术特征对比作为审核不通过的原因之一,处置失当。”问题在于,是否只要投诉人提供了图文并茂的投诉材料,天猫就都应审核通过?抑或天猫要在回复中详细告知投诉人其技术比对表中哪个方面存在疑问?反过来,即便投诉人提交的是形式上符合要求的通知,天猫是否必须要审查通过,是否要对自己的判断错误(即便善意)承担责任?显然,审查义务的判断是侵权成立逻辑上的重要一环,也是学界研究的重要问题之一,^{〔6〕}但两审法院都对此鲜有展开说明。

第三,必要措施的范围。一审法院认为,天猫应采取必要措施来防止损害扩大。“防止损害扩大”的说法表明,一审法院所认为的必要措施应是指删除、屏蔽、断开链接等能阻止侵权信息继续传播的措施。但二审法院认为,基于发明专利侵权判断不易等原因,并不必然要求天猫在接受投诉后应立即采取删除和屏蔽措施,但将投诉通知材料转达被投诉人并通知被投诉人申辩是必要措施之一。二审法院将转通知纳入必要措施,且在通知合格的情况下允许天猫不必然采取删除等措施,显然与传统认识不同。故问题在于:如何判断何种措施“必要”?

综上,本案涉及通知制度^{〔7〕}中的三个核心问题。对这三个问题展开全面分析远非本文篇幅

〔4〕 嘉易烤案有三份文本:指导案例83号、浙江省高级人民法院(2015)浙知终字第186号民事判决书、浙江省金华市中级人民法院(2015)浙金知民初字第148号民事判决书。若无特别说明,本文中所称的“法院观点”均为出现在“指导案例83号”文本中的内容。当然,由于最高院对原判决书做了裁剪,本文确实也会引用部分原判决书内容。

〔5〕 何琼、吕璐:《“通知—删除”规则在专利领域的适用困境——兼论〈侵权责任法〉第36条的弥补与完善》,载《电子知识产权》2016年第5期,第14页。

〔6〕 相关研究参见虞婷婷:《网络服务商过错判定理念的修正——以知识产权审查义务的确立为中心》,载《政治与法律》2019年第10期。

〔7〕 《侵权责任法》第36条第2款规定的制度,国内存在多种称呼,包括通知移除、通知删除、通知下架、通知取下、通知必要措施、避风港制度等。鉴于“必要措施”的含义已逐渐从传统的删除、屏蔽、断开链接等措施扩展至其他相关措施(如提供保证金等),故名称中无论用移除、删除等,都无法准确表达“必要措施”的含义,而“通知必要措施”的表达又稍显烦琐,故本文以“通知制度”称呼,且该称呼与《侵权责任法》第36条第3款的“知道制度”表述上对应。

所能涵盖,故本文只选取本案“裁判要点”中涉及的两个问题,即合格通知和必要措施,且进一步限缩为重点分析裁判理由中处理的两个方面,即侵权分析报告等和转通知问题。

二、合格通知的要件

鉴于电商平台对其平台上的商品并不负有事前的一般性审查义务这一共识,^{〔8〕}故未经事前投诉而径直起诉平台与卖家的诉讼多以平台不承担侵权责任而告终。因此,一般而言只有经事前向平台投诉的案件,才会在诉讼中就平台的责任问题引发真正的争议。其中,通知是否合格系首要问题。

合格通知的判断可从正反两个方面展开。就正面而言,指合格通知需包含哪些要件;就反面而言,哪些要求不应作为合格通知的要件——若网络服务提供者提出此种要求,则投诉中缺乏这些材料不影响通知的效力。

本案裁判要点1同时涉及了这两个方面,且重在强调后者。要点1提出,“包含被侵权人身份情况、权属凭证、侵权人网络地址、侵权事实初步证据等内容的,即属有效通知”。同时提出,“网络服务提供者自行设定的投诉规则,不得影响权利人依法维护其自身合法权利”。结合本案具体案情,法院认为电商平台设定的两类材料不影响通知的效力:一是专利侵权分析报告和技术特征比对表(以下简称“侵权比对表”),第二类是订单编号和会员名(以下简称“订单编号”)。^{〔9〕}本文此处将论证:不应否定侵权比对表和订单编号作为合格通知的要求之一。

(一) 侵权比对表可作为合格通知的要求之一

本案中,法院认为,侵权比对表不应影响通知效力,理由在于:(1)“专利权人的投诉材料通常只需包括权利人身份、专利名称及专利号、被投诉商品及被投诉主体内容,以便投诉接受方转达被投诉主体。在本案中,嘉易烤公司的投诉材料已完全包含上述要素。”(2)“考虑到互联网领域投诉数量巨大、投诉情况复杂的因素,天猫公司的上述要求基于其自身利益考量虽也具有一定的合理性,……但就权利人而言,天猫公司的前述要求并非权利人投诉通知有效的必要条件。”可见,法院否定侵权比对表的理由在于,侵权比对表并非合格通知的必备条件之一。

问题在于,合格通知应包含哪些要件?二审法院对此的说法前后矛盾。在论证嘉易烤的通知是否有效时,法院认为:“通常,‘通知’内容应当包括权利人身份情况、权属凭证、证明侵权事实的初步证据以及指向明确的被诉侵权人网络地址等材料。符合上述条件的,即应视为有效通知。”但在随后论证侵权比对表不应影响通知效力时,又认为“专利权人的投诉材料通常只需包括权利人身份、专利名称及专利号、被投诉商品及被投诉主体内容”。两相对照可看到,“证明侵权事实的初步证据”这一要件在法院的论证中时有时无。而这一要件正是侵权比对表能否纳入合格通知材料的关键所在。故有必要首先明确该要件在通知中的地位。通说认为,“初步证据”是合格通知的要件之一,无论立法^{〔10〕}、司法^{〔11〕}抑或学界^{〔12〕}皆如此。事实上,本案裁判要点1也明确提到有效通知需包含“侵权事实初步证

〔8〕 参见张新宝、任鸿雁:《互联网上的侵权责任:〈侵权责任法〉第36条解读》,载《中国人民大学学报》2010年第4期,第24页。

〔9〕 专利侵权分析报告和技术特征比对表在本文中往往被一起分析,且二者在法律规则方面并无不同,故本文除特别说明外,以侵权比对表简称之。订单编号和双方会员名亦同。

〔10〕 比如《电子商务法》第42条、《信息网络传播权保护条例》第14条。

〔11〕 参见奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第266页。

〔12〕 参见王利明:《侵权责任法研究(下卷)》,中国人民大学出版社2011年版,第133—134页。

据”。据此，“初步证据”系合格通知的要件之一，当无争议。故问题在于：“初步证据”如何界定？

就此，我国的规定莫衷一是。（1）最广义的理解是，初步证据指投诉中需提交的所有材料。《电子商务法》第42条采此。该法第42条第1款第2句规定“通知应当包括构成侵权的初步证据”。在此，立法者在通知要件上以“初步证据”涵盖了所有内容。^{〔13〕}（2）初步证据指投诉人身份信息以外的其他所有材料。比如《民法典》第1195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。”（3）初步证据系身份信息和定位涉嫌侵权内容以外的材料。比如《信息网络传播权保护条例》（以下简称《条例》）第14条第1款第2句规定：“通知书应当包含下列内容：（一）权利人的姓名（名称）、联系方式和地址；（二）要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址；（三）构成侵权的初步证明材料。”在此理解下，初步证据往往包含两类：权属证明材料和侵权成立的材料。^{〔14〕}（4）最狭义的初步证据含义，只包含用于证明侵权成立的材料，不包含权属证明。本案采此观点，即裁判要点1中将“权属凭证”和“侵权事实初步证据”并列作为通知要件。

由此可见，我国法律在“初步证据”的含义上非常混乱。但从司法实践来看，法院对合格通知需满足的要求基本一致，即需包含《条例》第14条列举的三类内容。故“初步证据”含义上的差别，主要涉及该要件与其他要件间的逻辑包含关系问题，并不影响法院对合格通知的实质性要求问题。本文无意详细分析“初步证据”含义上的应然选择，而是采取本案法院所采观点，即用于证明侵权成立的材料，作为论证前提。故问题的关键在于：哪些材料可用于证明侵权成立。实践中更具争议性的问题还在于：网络服务提供者不得要求投诉人提供哪些材料来证明侵权成立。

初步证据（用于证明侵权成立的材料）系一个光谱的概念，存在两端及中间地带。在光谱一端，是证明标准较低的初步证据，即只要投诉人声称被投诉商品侵权即可满足；在光谱另一端，是证明标准较高的初步证据，即只有达到与诉讼中法院认定侵权一样标准的证据，或者只有提供确认侵权的生效判决书或行政决定，才满足要求。在光谱中间，存在许多可能，比如本案天猫的做法，要求投诉人提交侵权比对表和订单编号。本案中法院认为侵权比对表“并非权利人投诉通知有效的必要条件”，但对该结论的理由则未给出详细说明。从该结论来看，可认为本案法院对初步证据采较低标准，即投诉人在提供了权属凭证的前提下，只要声称被投诉商品侵权即可，无须再负担其他“举证义务”。但无论从理论抑或实践来看，这样的理解都存在不妥之处。

第一，从规范目的来看，初步证据要件系为避免投诉人滥用通知制度。相较于传统的诉讼方式，通知制度为网络环境下权利人保护其权利提供了便捷、快速的方式。在权利人提供了合格的通知后，网络服务提供者负有采取删除等必要措施的义务，否则将可能承担侵权责任。可见，该制度得以达到预期规范效果的前提之一是，被投诉内容在多数情况下确系侵权，否则该制度将造成严重的副作用，即合法的内容因错误乃至恶意投诉而被删除等。显然，“初步证据”这一要件正是为了避免该制度潜在的副作用。据此，如果对该要件采较低的证明标准，只要投诉人声称侵权即可，无疑无法起到避免通知制度被滥用的规范目的，因为所有的通知中投诉人都会做此声明，甚至投诉本身便已包含了这一声明。当然，投诉中的“权属凭证”要件可在一定程度上减少错误通知，但伪造权属凭证的现象在实践中并不少见。且对电商平台而言，鉴于发明专利本身的技术性和复

〔13〕 参见电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社2018年版，第129页。

〔14〕 比如，浙江省高院民三庭2019年12月发布的《涉电商平台知识产权案件审理指南》第8条规定：“知识产权权利人发出的‘通知’应当包括以下几方面内容：……（3）构成侵权的初步证据，包括权属证据和侵权成立的证据。”

杂性(相较于著作权侵权的判断),以及部分专利权属的不稳定性,单纯的权属证明或许无法有效实现避免权利滥用的规范目的。

第二,从内在体系来看,较低的初步证据标准与法律中的诉前禁令和行为保全制度间存在价值判断上的一致。《专利法》第66条规定了诉前禁令制度,其要求权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为,且如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害,同时要提供担保,才可实施禁令。类似地,行为保全也需评估申请人胜诉可能性等因素。^[15] 相较而言,有着类似效果的通知制度,对投诉人的要求则宽松很多。因此,有学者认为,通知制度在一定程度上消解了诉前禁令的功能,导致后者形同虚设。^[16] 当然,通知制度与诉前禁令的法律后果毕竟不同,前者在被投诉人提交反通知(无须提起诉讼)后可恢复相关内容,故通知制度中的证明标准低于诉前禁令是应有之义。但将通知制度的证据标准降低到只需投诉人单方声明即可,则似与诉前禁令间差距过大。

第三,从利益平衡来看,通知制度的设计中不应过于强调对权利人的保护。通知制度涉及了权利人、网络服务提供者、网络用户以及公共利益等,实现各方的利益平衡系制度的理想状态。事实上,该制度的发端,即美国的《千禧年数字版权法》(Digital Millennium Copyright Law),其初衷在于为网络服务提供者提供“避风港”保护。^[17] 只不过该制度在我国的移植过程中嬗变为主要强调对权利人的保护。^[18] 对初步证据采较低标准,将网络服务提供者提出的侵权比对表等要求排除在初步证据之外,显然是在继续强化对权利人的保护,但这种“强化”以网络服务提供者和可能无辜的被投诉人的利益为代价。在未有详尽评估二者得失之前,不宜径行改变实践中长期采取的规则。

第四,从实践效果来看,较低标准的初步证据易引发错误乃至恶意通知。电商中的错误通知和恶意通知已成为通知制度实施中不可忽视的问题之一。^[19] 有法官认为,由于“对于专利权、商标权和著作权在互联网侵权领域的特异性未作考量,导致‘通知—删除’规则在实际运作过程中异化为部分专利权人恶意打击竞争对手、谋求不正当竞争利益的工具”。^[20] 或许是意识到问题的严重性,《电子商务法》第42条第3款第2句对恶意发出错误通知者课以加倍承担赔偿责任的后果。在初步证据上“毫不设防”的较低标准,无疑会进一步恶化实践中本已严重的错误通知和恶意通知问题。

综上,本案对“初步证据”采较低证明标准的做法不可取。那么下一问题是,将侵权比对表作为“初步证据”的材料之一,是否可取? 本文认为,这不仅可取,且事实上已在实践中被广为接受。

第一,从价值选择来看,我国法律已在一定程度上接受了专利侵权中的初步证据应达到较高标准。2019年1月发布的《专利法修正案(草案)》中,立法者对专利侵权通知提出了较高要求的价值选择。该草案第71条第1款第1句规定:“专利权人或者利害关系人可以依据人民法院生效的判决书、裁定书、调解书,或者管理专利工作的部门做出的责令停止侵权的决定,通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开侵权产品链接等必要措施。”事实上,在更早的“草案”中,立法者对通知

[15] 参见毕潇潇:《利益衡量视角下行为保全适用条件研究》,载《当代法学》2019年第4期,第150页。

[16] 参见王迁:《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》,载《知识产权》2016年第3期,第27—28页。

[17] See Senate Report (DMCA), p.8.

[18] 出现此种变化的原因,参见徐伟:《通知移除制度的重新定性及其体系效应》,载《现代法学》2013年第1期。

[19] 参见张蕾:《阿里巴巴称百万卖家遭恶意投诉 已发起维权诉讼》,载《北京晚报》2017年2月17日, https://news.china.com/finance/11155042/20170217/30263406_all.html#_page_2。

[20] 见前注[5],何琼、吕璐文,第12—13页。第一作者系浙江省高级人民法院知识产权审判庭法官。

的要求曾用过“有证据证明”的表述。^[21] 无论是目前的以判决书等,抑或之前的“有证据证明”,都表明在专利侵权的通知制度中,“初步证据”应达到较高的要求。另外,2016年4月发布的《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》第22条第2款第1段规定:“前款通知的内容应当能够使平台服务商确定被控侵权的具体情况且有理由相信存在侵害商标权的可能性较大。”本条系针对网络中的商标侵权,但举轻以明重,对于判断难度往往更高的专利侵权,通知的要求应至少不低于此处的“侵权可能性较大”的标准,而侵权比对表正是达到这一标准的有效方式之一。事实上,在2014年(本案判决之前)出台的《浙江省电子商务领域专利保护工作指导意见(试行)》第7条也曾规定,专利侵权投诉材料应包含“涉嫌侵权商品与专利权保护范围的比对材料”等。本案是众多规范中少有的否定“侵权比对表”的文件。

第二,从实践运作来看,侵权比对表已为我国普遍接受。在本案发布后,判决中提到的侵权比对表并非权利人投诉通知有效的必要条件的观点,已遭实践无视。不仅阿里、京东等平台并未依循本案观点而将侵权比对表从通知必备材料中去除,^[22]甚至法院系统也明确承认了比对表的合理性。比如,本案公布后一个多月,福建省高院发布了“2016年福建法院知识产权司法保护十大案例”,其中的衡艺案便明确支持了侵权比对表应作为投诉材料之一,并据此否定了权利人通知的效力。^[23]此外,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》(以下简称《电商审理指南》)第11条第2款明确规定:“对于涉及专利的通知,电商平台经营者可以要求知识产权权利人提供侵权比对说明;涉及外观设计和实用新型专利的,还可以要求其提供专利权评价报告(或无效宣告请求审查决定书)。”可见,实践中已认可了侵权比对说明可作为通知的要求之一。

第三,从比较法来看,对投诉人提出比对表的要求并未背离他国的通常要求。对提高“初步证据”证明标准的做法,或许会遭到我国对权利人保护不力的指责,但从比较法来看,这一做法无可指摘。以美国为例,美国根本没有将通知制度适用于专利权领域,更勿论通过该制度为权利人提供保护。美国版权法第512条规定的通知制度,仅适用于版权领域。在商标领域,美国通过判例法在一定意义上创设了通知制度。^[24]但在专利领域,美国至今并未接受通知制度,且“美国目前还没有要求电商平台承担专利间接侵权责任的判决”。^[25]从实践来看,以美国亚马逊为例,一直以来,亚马逊在专利权领域并未采取通知制度。2019年4月,亚马逊才发布了适用于实用新型专利权(utility patent)的“专利中立评估程序”(Patent Neutral Evaluation Procedure)。根据该程序,

[21] 《专利法修订草案(送审稿)》,2015年12月公布,第63条第2款第1句:“专利权人或者利害关系人有证据证明网络用户利用网络服务侵犯其专利权或者假冒专利的,可以通知网络服务提供者采取前款所述必要措施予以制止。”

[22] 阿里投诉材料,载“阿里巴巴集团知识产权保护平台”,<https://ipp.alibabagroup.com/instruction/cn.htm#part4>,2020年3月25日访问;京东投诉材料,载“京东知识产权维权”,<https://ipr.jd.com/edition#>,2020年3月25日访问。

[23] 参见肇庆市衡艺实业有限公司与杭州阿里巴巴广告有限公司等侵害发明专利权纠纷案,福建省高级人民法院(2016)闽民终1345号民事判决书。

[24] 商标领域“采纳”该制度的标志性案例是Tiffany诉eBay案。See Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2nd Cir. 2010).该案对通知取下制度的借鉴,主要指若电商平台在收到权利人的投诉后采取了移除或断开链接的措施,则平台不满足帮助侵权(contributory infringement)的要件,进而不构成间接责任(secondary liability)。鉴于美国此类诉讼中电商平台多不被认定为构成直接责任(primary liability),故间接责任的构成与否,很大程度上影响了电商平台最终是否需承担责任。

[25] 徐实:《我国网络专利侵权纠纷中电商平台责任认定中的困境与解决——以美国相关发展为例》,载《电子知识产权》2019年第4期,第23页。

投诉人可向亚马逊投诉专利侵权,亚马逊在收到通知后,会将投诉转通知被投诉人。被投诉人有 21 天时间做出回应,否则相关商品会被移除。若回复,双方各需提供 4 000 美元的保证金,亚马逊会将双方材料交给其选定的一位中立的专利律师,由该律师对侵权与否做出决定。该过程约持续 2 个月。失败的一方将支付 4 000 美元给律师。^[26] 可见,即便是亚马逊目前采取的“自律规则”,其对投诉人的要求也远远超过我国当前实践中对投诉人的要求。因此,从比较法来看,要求投诉人提供比对表不仅没有对权利人保护不力,相反,我国对专利权人的保护强度远远超过美国。

综上,应允许网络服务提供者将侵权比对表作为投诉必备材料之一。换言之,对“初步证据”的解释,应允许包括侵权比对表。当然,这并不意味着侵权比对表必须作为投诉材料。如果网络服务提供者在自设的投诉规则中并未提出此要求,则法律并无介入的必要。毕竟,侵权比对表只是证明侵权成立的方式之一。

此外,侵权比对表应满足哪些要求? 基于“初步证据”应达到侵权可能性较大的标准,投诉人提交的侵权比对表应基本相当于专利权侵权诉讼中原告专利权人举证被告构成专利权侵权的标准,比如侵权比对表应符合专利侵权判断的全面覆盖原则。同时,平台也不可基于自身利益等考量而对侵权比对表提出高于诉讼中的证明标准。根据《电商审理指南》第 13 条第 3 款:“电商平台经营者选择提高对通知和反通知的审查标准的,应当承担因审查判断错误而导致的法律责任。”

另外,若网络服务提供者并未要求投诉人提供侵权比对表,则其应设置对其他证明材料的要求,以便满足合格通知所要求的“初步证据”要件。否则其在合格通知的设置上将低于我国立法上对合格通知的要求,进而可能需对被移除商品的被投诉人承担责任(当然平台可能提出合同条款中的抗辩)。只不过,基于市场竞争等因素的考虑,此种纠纷在实践中鲜有发生,故并未进入诉讼和学者的视野。最后,需提醒的是,上述结论主要适用于侵权状况不易判断的专利权领域。对著作权则一般并不适用。事实上,由于著作权侵权判断相对容易,提供权属证明一般便足以满足“初步证据”所欲实现的证明侵权可能性较大的目标。

(二) 订单编号可作为合格通知的要求之一

如果说侵权比对表作为通知要求之一,在一定程度上被本案判决所承认(法院称该要求“具有一定的合理性”),也在本案之后的实践中被广为采纳,那么将订单编号作为通知要求之一,则既没有在本案中得到法院的些许认可,也没有在实践中被广为接受。^[27] 甚至对被告天猫而言,从一审判决书来看,其在一审中也并未基于投诉缺少订单编号而主张通知不合格。换言之,即便天猫将订单编号纳入通知要求之一,其自身可能也并未对该要求认真对待。但本文试图论证,即便是订单编号,也应允许网络服务提供者将其自设为通知的要求之一。

法院否定订单编号的理由在于:(1) 天猫所确定的投诉规制并不对权利人维权产生法律约束力,权利人只需在法律规定的框架内行使维权行为即可,投诉方完全可以根据自身的利益考量决定是否接受天猫所确定的投诉规制;(2) 投诉方可能无须购买商品而通过其他证据加以证明,也可以根据他人的购买行为发现可能的侵权行为,甚至投诉方即使存在直接购买行为,但也可以基于某种经济利益或者商业秘密的考量而拒绝提供。

[26] See Kaity Y. Emerson, *From Amazon's Domination of E-Commerce to Its Foray into Patent Litigation: Will Amazon Succeed as "The District of Amazon Federal Court"?*, 21 North Carolina Journal of Law & Technology 71, 89-90 (2019).

[27] 比如,浙江省高院在本案之后接受了侵权比对表,但否定了订单编号作为合格通知材料之一。参见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》,载中国法院网 2020 年 3 月 27 日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4871104.shtml>。

可见,法院否定订单编号的原因之一,是该要求并不在法律规定的合格通知要件之内。但这其实取决于如何理解“初步证据”。对初步证据采较低的证明标准自然会得出订单编号并非必需的结论,但正如上文已论证的,初步证据不宜采此标准。此外,法院以权利人“可以基于某种经济利益或商业秘密的考量而拒绝提供”来正当化其结论,难谓妥当。购买商品的订单编号和会员名并非“商业秘密”。事实上,一旦进入诉讼,原告往往需提供经公证的商品购买记录,用于证明被告的侵权事实。而该购买记录上便存在订单编号等信息,故难以成为商业秘密。法院说理中真正可能成立的,系投诉方通过其他途径,而非自己直接购买,并且了解了侵权状况,故订单编号并非发现侵权所必需。下文对此做出回应。

订单编号能否被纳入通知,取决于其能否成为“初步证据”的材料之一。换言之,其对证明侵权成立是否必要。根据天猫在诉讼中的说法,之所以要求提供订单编号,是为了“确认投诉方在对比表中用于比对侵权的对象实际为从涉案店铺购买的商品”。^[28]这一目的合理。详言之,投诉人为了初步证明被投诉人侵害了专利权,在证据链上需证明三个环节:投诉人系专利权人(权属证明)、被投诉商品侵害了其专利(侵权比对表)以及被投诉商品来自被投诉店铺(订单编号)。仅仅提供侵权比对表并不充分,因为即便从比对表中得出相关商品侵权的结论,若无法确认比对表中所比较的侵权商品系来源于被投诉店铺,则仍无法将侵权结果与被投诉店铺相关联。此外,只关注侵权比对表而无视比对对象来源,易于引发恶意投诉。据此,应承认通知中要求证明侵权商品来自被投诉店铺这一目的的妥当性。从法院判决来看,其也并没有直接否定这一目的的妥当性。

在承认这一目的的妥当的前提下,问题重点在于,提供哪些证据可用于证明这一点?最简单的方式,是权利人的声明便足以证明,即只要权利人在投诉中声明侵权比对表中所述的商品来自被投诉店铺即可。这一方式对权利人而言成本最低,也最有利,弊端在于可能会导致更多的错误投诉,且可能引发恶意投诉。

无论投诉人是否需提交订单编号,可以肯定的一点是,其在投诉前应确认侵权商品来自被投诉店铺。无疑,确认侵权商品的方式并非只有提供订单编号这一种途径。诚如本案法院所言:“投诉方可能无须购买商品而通过其他证据加以证明,也可以根据他人的购买行为发现可能的侵权行为。”但法院据此得出订单编号的要求不合理的结论,则过于仓促,理由如下:

第一,证明侵权商品来源的方式固然有多种,但面临海量投诉的天猫,通过“格式化”的订单编号来确认侵权商品来源这一事实,是降低当事人间沟通成本、提升投诉处理效率的一种自治安排。法院否定这一安排,并强调“投诉方完全可以根据自己的利益考量决定是否接受天猫公司所确定的投诉规制”,可能会间接鼓励权利人漠视这一投诉规则,这将导致天猫与权利人间在这一事实问题上的沟通成本增加。

第二,尽管本案中投诉人是真实权利人,且被投诉店铺确实侵权,但不应忽视的是,实践中事实并非总是如此。恶意投诉、错误投诉所在多有,无疑也应将其纳入考量。实务中常出现的情形是,被投诉店铺主张投诉人提交的侵权比对表中的商品,并非其店铺销售的商品。天猫的这一投诉规则,是为了预防错误投诉造成损害。因此,需仔细权衡,要求“投诉人”(未必是真正的权利人)提供订单编号等证明材料给投诉人造成的负担,与潜在错误投诉给当事人造成的损害相比,应如何取舍。若仅从个体当事人的负担来看,要求投诉人提供订单编号的负担,与因错误通知而被下架商品者所遭受的损失相比,后者显然更严重(尤其在大促期间)。^[29]当然,从整体而言,有赖

[28] 嘉易烤公司与天猫公司等侵害发明专利权纠纷案,浙江省高级人民法院(2015)浙知终字第186号民事判决书。

[29] 嘉易烤案中,权利人事实上完全具备这些信息(其公证了商品购买过程),但在天猫回复审查意见中要求提供时,并未提供。

于实证数据(包括不同情形发生概率)的分析。

第三,否定订单编号的另一担忧在于,平台存在借此提高投诉门槛,进而为侵权商品提供庇护的嫌疑。“在实践中,电子商务平台经营者由于与平台内经营者存在服务协议等利益关系,经常寻找各种借口,虚与委蛇,不愿按照通知要求采取必要措施。”^[30]这一考量固然有理,但问题在于订单编号是否属于平台拒绝采取措施的“借口”。为此,不妨考察他国做法作为参照。以美国亚马逊为例,其在专利权领域并未采通知制度,故只能考察其在版权和商标领域的做法。根据亚马逊的投诉规则,在收到投诉后,亚马逊的版权合规部人员(copyright compliance officer)会审查投诉。若投诉充分且合法,其会将投诉转交给亚马逊调查人员(investigator)来下架该商品,并由调查人员决定对销售者采取何种措施,包括从警告到禁止在亚马逊销售商品。如果投诉并没有包含足够的信息,亚马逊会要求投诉人提供进一步具体信息,包括“构成侵权的信息”,该信息需包含“为判断侵权而测试性购买的亚马逊订单号”(Amazon.com Order ID of a test buy)^[31]。比如,在 *Tre Milano v. Amazon* 案中,原告发现被告亚马逊网站上有卖家销售使用了原告商标的假货,故向亚马逊投诉。亚马逊认为,“除非 Tre Milano 确实做了测试性购买且检测了商品,否则这些不含证据的通知只能基于商品价格(比如,价格和 Tre Milano 的批发价相比低很多)。除非有其他关于商品或卖家的可疑信息,Amazon 一般不会认定经营者在销售假货”^[32]。由于原告向亚马逊发送的通知并没有提供有效的侵权证据,法院最终认定亚马逊无须就第三方的侵权行为承担责任。可见,要求提供订单编号的做法并非我国电商平台独有,有美国法院也认可了这种做法。据此,不宜将我国电商平台的这一做法解读为是对侵权行为的庇护。

综上,法律上不必否定电商平台将订单编号作为通知要求的做法。法院真正应否定的是,若投诉人未提供订单编号,但提供了其他确实可证明侵权商品来源的证据(而非仅仅是投诉人的声明),或天猫已通过投诉人以外的其他途径确认了商品来源这一事实,而天猫却仍以投诉人未提供订单编号而拒绝投诉的情形。换言之,投诉人并不完全受订单编号这一平台规则的约束,但若其采取了其他方式来证明商品来源,则应在诉讼中承担举证责任。如此,将有助于鼓励投诉人与平台间的合作。就本案而言,在原告投诉后,天猫向其回复的审核意见之一,是提供订单编号或双方会员名,但原告并未提供。^[33]若这一信息属实,则本案中原告未能完成商品来源的举证。

最后,需澄清的是,本文对侵权比对表和订单编号的肯定,并不意味着网络服务提供者在投诉规则中提出的所有要求都应被遵守。对于与合格通知要件无关的要求(比如要求投诉人提供被投诉商品的销售记录),或与通知制度规范目的相悖的要求(比如要求必须提供法院判决书),或对投诉人而言过重的要求(比如要求在投诉前必须公证购买过程),则不应得到支持。

三、必要措施的范围

判断网络服务提供者的侵权责任,除了考虑通知是否合格外,尚需考虑收到通知的网络服务提供者是否尽到了审查义务,以及(如果需要的话)是否采取了必要措施。此处将略过审查义务而聚焦于必要措施。

[30] 电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社 2018 年版,第 130 页。

[31] *Tre Milano v. Amazon*, 2012 WL 3594380, at *4 (2012).

[32] *Ibid.*, at *5.

[33] 嘉易烤公司与天猫公司等侵害发明专利权纠纷案,浙江省高级人民法院(2015)浙知终字第 186 号民事判决书。

就本案而言,在法院论证原告的通知合格后,必要措施问题本无须多费笔墨,天猫显然没有采取必要措施,因为天猫根本不认为权利人提交的通知合格,更勿论会采取收到合格通知才会采取的删除等措施。这也正是一审法院的做法,即在确认投诉合格后,便径直得出天猫“未采取必要的措施防止损害扩大”的结论。然而,二审法院却未依循此逻辑,而是“意外”地提出,天猫之所以负有责任,并非主要在于其未采取删除措施,而在于其未将投诉转通知被投诉人。法院的这一论证令人费解。

依法院观点,在通知合格时,网络服务提供者在专利侵权(或某些情况下)可以采取只转通知而不删除链接的必要措施。这显然冲击了传统观念。传统上,网络服务提供者并不享有这种“自由”。无论立法表述^[34]、司法实践^[35]抑或学界观点^[36],通常都认为,网络服务提供者在收到合格通知后,应及时采取删除、屏蔽、断开链接等能直接避免损害扩大的必要措施。转通知并非必要措施的方式之一,因为其无法直接避免损害的扩大,与通知人的目的不符,也与通知制度旨在快速消除侵权的制度初衷相悖。^[37]故问题在于,法院为何要背离传统?

就为何网络服务提供者收到合格通知后可以不采取删除等措施,法院的理由是:“基于其公司对于发明专利侵权判断的主观能力、侵权投诉胜诉概率以及利益平衡等因素的考量,并不必然要求其接受投诉后对被投诉商品立即采取删除和屏蔽措施,对被诉商品采取的必要措施应当秉承审慎、合理原则,以免损害被投诉人的合法权益。”这又是一令人费解的说理。依通知制度的逻辑,在投诉人提供了合格通知后,投诉人将在法律上被视为“权利人”(可被推翻),而被投诉人将被视为“侵权人”,故平台需依照投诉人(而非依法院判决)的要求而采取删除等措施。投诉人可依其单方意志(而非经法院审判)就要求平台对被投诉人采取措施,正当性基础正是在于其满足了合格通知要件,在法律上已被视为真正的权利人。在此逻辑下,对被投诉人采取措施就不存在法院所担忧的“损害被投诉人合法权益”的结果。法院的这一担忧,或许反映的是其对原告通知是否真的是合格通知的担忧,而正如上文所论证的,原告的通知其实存在瑕疵。

就为何转通知会成为网络服务提供者应采取的必要措施之一,法院的理由是:“否则权利人投诉行为将失去任何意义,权利人的维权行为也将难以实现。网络服务提供者应该保证有效投诉信息传递的顺畅,而不应成为投诉信息的黑洞。被投诉人对于其或生产、或销售的商品是否侵权,以及是否应主动自行停止被投诉行为,自会做出相应的判断及应对。”可见,法院将转通知纳入“必要措施”,系为了保护权利人的权益。但这一改造存在诸多问题。

第一,这一改造存在的前提之一是,网络服务提供者收到合格通知后,不必采取删除等措施,否则必要措施在保护权利人方面便无“用武之地”。但正如上文所言,这一前提本身便存疑。

第二,这一做法将衍生新的法律问题。既然对合格通知可采取转通知而非删除的必要措施,那么当投诉人向网络服务提供者提供了与本案形式上相同的投诉材料时,如果网络服务提供者对被投诉内容采取了删除、屏蔽或断开链接措施,此时被采取措施的被投诉人是否可以主张网络服务提供者采取的措施不当,进而要求其承担责任(假设最终证明通知有误)?如果可以,这将与《侵

[34] 比如,无论是《侵权责任法》第36条第2款,还是本案公布后才通过的《电子商务法》第42条第2款,抑或适用于版权领域但也被其他权利领域广泛借鉴的《信息网络传播权保护条例》第15条,都只提及了删除等能直接避免损害扩大的措施。

[35] “必要措施,是指足以防止侵权行为的继续和侵害后果的扩大并且不会给网络服务提供者造成不成比例的损害的措施,包括删除、屏蔽、断开链接、暂时终止对该网络用户提供服务等。”见前注[11],奚晓明主编书,第267页。

[36] 王利明先生认为,必要措施指能停止侵害,能阻止侵权信息传播的措施。见前注[12],王利明书,第134—135页。

[37] 参见张建华主编:《信息网络传播权保护条例释义》,中国法制出版社2006年版,第53—55页。

权责任法》第 36 条等规定冲突,甚至架空这些规定,因为网络服务提供者将被迫只能采取转通知而非删除义务,以避免潜在的责任风险;如果不可以,则意味着平台在必要措施上享有很大的裁量权,其可自行决定采取何种对当事人利益影响差异显著的必要措施。无论采何种回答,都非幸事。

第三,法院将转通知的规范目的设定为“保护权利人”,与转通知的传统规范目的南辕北辙,后者的目的在于保护被投诉人。“本条要求网络服务提供者在删除或者断开链接的同时即通知服务对象,主要是为了避免权利的失衡,防止权利人滥用权力。”换言之,转通知是为了“使服务对象及时了解自己提供的作品、表演、录音录像制品被删除或者被断开链接的原因,并决定是否要求网络服务提供者恢复被删除或者被断开链接的作品、表演、录音录像制品”。^[38]可见,传统意义上的转通知系基于保护被投诉人,而非保护投诉人的考量。也正因此,无论是早期的《条例》第 15 条和第 16 条,抑或晚近的《电子商务法》第 42 条和第 43 条,平台的转通知义务都与被投诉人的反通知密切相关。相较而言,未明确规定反通知规则的《侵权责任法》第 36 条,同时也没有明确提及转通知。据此,法院将转通知义务纳入《侵权责任法》第 36 条中的“必要措施”范围,与转通知的传统意旨不符。

事实上,在本案中强调平台并非必然要采取删除措施,并将转通知纳入必要措施,实在是“画蛇添足”——这既制造了制度混乱,也没有为裁判带来实益。欲得出本案的判决结果(天猫对扩大的损失承担连带责任),运用传统通知制度足矣,即天猫在收到嘉易烤的“合格通知”后,没有及时采取删除措施,故应承担责任。

需澄清的是,本文只是主张本案案情下不宜将转通知作为必要措施,但并不否定在一般意义上转通知可能作为必要措施。已有经验表明,确实存在收到合格通知后,因“比例原则”而否定删除等作为必要措施,转而采转通知的情形(详见下述阿里云案)。但就目前绝大多数案件(包括本案)而言,并无引入转通知的必要。

四、本案说理逻辑背后的考量及其影响

基于上述,本案说理乏善可陈。故问题至少有三:其一,二审法院为何会如此说理?其二,最高院试图通过本案确立什么规则?其三,作为指导案例,本案对后续司法判决产生了何种影响?

(一) 本案说理逻辑背后的考量

综合观察本案的裁判逻辑,可看到法院观点背后其实隐含着对通知制度的一个重要问题的回答:传统的发端于著作权^[39]领域的通知制度,在将其适用于专利权领域时,应如何做出调整和改造?

事实上,无论学界抑或实务界,都早已意识到通知制度在专利权和著作权领域的重要差别:前者侵权与否的判断难度,要高于后者。正如本案法院所言:“发明或实用新型专利侵权的判断往往并非仅依赖表面或书面材料就可以做出。”学界甚至有学者据此提出,通知制度不应适用于专利权领域。^[40]但本案法官显然采取了不同的思路。

在意识到专利侵权判断困难后,法院得出的结论是,“因此专利权人的投诉材料通常只需包含权利人身份、专利名称及专利号、被投诉商品及被投诉主体内容,以便投诉接受方转达被投诉主

[38] 参见前注[37],张建华主编书,第 58 页。

[39] 严格而言,系发端于“信息网络传播权”。信息网络传播权与著作权在通知制度的适用性上有所不同。本文无意做此种细致区分,为便于论述,本文著作权与信息网络传播权通用。

[40] 参见王迁:《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》,载《知识产权》2016 年第 3 期,第 21 页。

体”。法院的“只需”和“以便转达”的说法,表明法院应对侵权判断不易时采取的思路:并不是提高对合格通知的要求,以应对潜在的错误通知。相反,是将合格通知的标准维持在与著作权相似的标准,同时降低必要措施的“剧烈程度”,即从著作权领域通常应采取的删除、屏蔽、断开链接措施,转变为可以只采取转通知措施。换言之,“该判决的意图显然在于从司法层面完善‘通知—删除’规则,但从完善的思路来看,并不是通过提高投诉通知的‘有效性’标准来避免屏蔽、删除措施的轻率使用,而是另辟蹊径,通过扩大解释‘必要措施’的途径引入‘转通知’义务”。〔41〕

因此,在理解本案观点时,务必要将法院对初步证据的判断标准和必要措施的范围二者结合。法院在对初步证据的判断采低标准时,有一重要“配套规则”,即缓和“必要措施”的“剧烈程度”。如此,才不至于在权利人和用户/平台间的利益衡量上过于失衡。从其运作过程来看,这是一种接近于加拿大版权法所采的“通知—通知”制度设计,〔42〕即网络服务提供者并不需要对相关内容采取删除等措施,但应协助投诉人和被投诉人间信息的传递。从法院希冀被投诉人在收到投诉信息后,会自行判断“是否应主动自行停止被投诉行为”而言,这又有点类似于日本所采取的“通知—删除”的观念,即平台收到投诉后并非立即删除相关内容,而是转通知被投诉人并给予其一定反应期限,之后再决定是否删除。〔43〕

但从商业实践来看,天猫采取了不同的思路,即对专利投诉提高合格通知的要求,并维持合格通知下应采取的措施的“剧烈程度”。天猫要求通知提供侵权比对表和订单编号,同时对合格通知所涉商品采取下架措施,便是该思路的反映。故问题在于:当侵权判断不易时,采何种方案更可取?

显然,两种方案各有优劣。第一种方案维持了合格通知标准在不同权利领域的相对一致,但代价是必要措施变得多样化。相反,第二种方案保持了必要措施的相对明确,但代价是合格通知标准在不同权利领域会有所不同。鉴于在现行法律规定下,这两种方案通过一定的解释方法都能得出,故这是一个解释选择问题。相较而言,第二种解释方案或许更可取,理由如下:

第一,从法律解释来看,对合格通知标准做弹性解释要优于对必要措施做弹性解释,因为长期以来,无论是立法、司法抑或商业实践,已习惯于对通知标准根据情况而做不同对待,但对“必要措施”的理解则相对固定。在两种方案都能在解释论上成立且没有足够充分的理由要转变时,延续传统理解可避免相应的转换成本。合格通知的标准会因权利类型的不同而有所差别,这一点已被广为接受。典型的例证是,著作权领域的通知内容,与人身权益领域并不相同。比如,著作权领域一般要求提供“权属证明”,而人身权益领域不会有此要求。当然,专利权与著作权在通知内容方面或许有更多的相似性,但差别仍然存在。甚至在专利权内部,不同类型专利的通知要求也可能有所不同。比如,根据《电商审理指南》第11条,对发明专利可要求权利人提供侵权比对说明,而对外观设计和实用新型专利,则还可要求进一步提供专利权评价报告。

相反,对必要措施的理解则固定得多,一般限于删除、屏蔽、断开链接等能直接阻止损害扩大的措施。尽管本指导案例将转通知纳入必要措施的范围,但这一结论并不易于被接受。比如,本案公布后通过的《电子商务法》第42条似乎便没有接受这一观点。第42条第2款规定:“电子商务平台经营者接到通知后,应当及时采取必要措施,并将该通知转送平台内经营者;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。”若仅对本条做文意解释,可见,必要措施是与转通知相并列的两项义务,而非前者包含了后者。杭州互联网法院在刀豆网络科技有限公司诉腾讯计算机系统

〔41〕 见前注〔5〕,何琼、吕璐文,第16页。

〔42〕 加拿大“通知—通知”制度参见其版权法41.25和41.26这两条。

〔43〕 参见前注〔37〕,张建华主编书,第58页。

有限公司等侵害作品信息网络传播权纠纷案(以下简称“微信小程序案”)中更是直接表示:“事实上,无论是《侵权责任法》《信息网络传播权保护条例》《中华人民共和国电子商务法》,还是相关司法解释,所有涉及‘通知删除’有关的规定,其中最核心的处理措施都是删除或者屏蔽侵权内容(链接)。”^[44]

当然,必须承认的是,在本指导案例发布后,无论是学界还是实务界,都出现了对“必要措施”做多元化解的趋势。比如有学者认为:“转通知义务是网络服务提供商应当承担的基本义务,亦为必要措施之一。”^[45]但从实务来看,似乎仍主要延续了传统的理解。比如《电商审理指南》第14条规定:“电商平台经营者在收到合格通知后应当采取的‘必要措施’的类型,包括但不限于:删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务、冻结被通知人账户或者要求其提供保证金。”这里列举的六种措施中,前四种仍符合传统的“能直接阻止损害扩大”的观念,后两种则是“担保”观念的体现,即以被投诉人提供担保的方式来避免其商品被采取删除等措施。需注意的是,“担保”进入必要措施,未必主要是受“必要措施”多元化观念的影响,也可能是因为《电子商务法》对传统通知制度作了重大修改,进而导致必要措施受到联动影响。传统上,投诉人通知后,网络服务提供者将采取删除等措施,但若被投诉人提交了反通知,则被删除内容将立即得到恢复。但在《电子商务法》第43条中,反通知的规则被修改为:反通知后无法立即恢复被删除内容,而是要等待15日,若15日内投诉人未向行政部门投诉或者起诉的,才可恢复。这一规则变化显然有利于投诉人,但也可能导致无辜的被投诉人遭受损失(比如在双11等大促期间被同行竞争者投诉),故“担保”的加入可在一定程度上避免上述反通知规则的修改所带来的负面效果。

第二,从实践效果来看,方案二能为当事人提供更明确的指引。(1)方案二给出了相对明确的必要措施范围,在此方案下,网络服务提供者可避免因必要措施的多元化而陷入进退维谷的境地。因为若采取的措施不够“严厉”,需对权利人承担责任;若采取的措施过于严厉,则又可能对被投诉的用户承担责任。而这些正是方案一会导致的后果。方案一所谓的“根据所侵害权利的性质、侵权的具体情形和技术条件等”来综合考虑应采取何种必要措施,固然是理想状态,但在实践中则难以把握和运用。事实上,为了避免自己在采取的措施上动辄得咎,目前天猫平台选择与浙江省知识产权研究与服务中心合作,将其收到的发明和实用新型专利交给中心来判断,根据中心的审查咨询意见来决定是否下架商品。^[46](2)方案二虽然在合格通知标准上采取了弹性理解,但这并不会导致权利人在通知材料上无所适从,因为尽管网络服务提供者对不同权利类型要求的材料可能有所不同,但网络服务提供者会事先公布和告知权利人需提供哪些材料。若权利人提供的材料有所缺失,网络服务提供者还可能会提醒其补交。故相较于方案一,方案二能提供更明确的指导。

第三,方案二与中美经贸协议中我国承诺的义务相符。根据2020年1月达成的中美经贸协议第一章第五节第1.13条之二的要求,我国为权利人提供了更强有力的保护,包括迅速下架、免除善意提交错误下架通知的责任等。同时,为了避免该制度被滥用,我国同时也承诺“通过要求通知和

[44] 刀豆网络科技有限公司诉腾讯计算机系统有限公司等侵害作品信息网络传播权纠纷案,杭州互联网法院(2018)浙0192民初7184号民事判决书。

[45] 刘建臣:《“通知—移除”规则适用于专利领域的理论困境及其破解》,载《知识产权》2019年第1期,第55—56页。类似观点另见刘文杰:《“通知删除”规定、必要措施与网络责任避风港——微信小程序案引发的思考》,载《电子知识产权》2019年第4期,第10页。

[46] 从北大法宝中的判决书来看,自2015年开始,判决书中逐渐出现了阿里平台委托浙江省知识产权研究与服务中心对专利投诉出具咨询意见的现象,且近年来此类判决书数量越来越多。这或许是因为至2014年底阿里与浙江省知识产权局逐渐建立起了常态化的合作机制。参见《阿里巴巴与浙江省知识产权局联手打击电商专利侵权》,载《互联网天地》2014年第12期,第94页。

反通知提交相关信息,以及对恶意提交通知和反通知进行处罚,以确保下架通知和反通知的有效性”。^[47] 从经贸协议中的约定来看,我国将来对通知制度的改造方向是:更严格地确保投诉人系真实权利人,同时为经确认的权利人提供更强有力的保护。

综上,本案判决逻辑背后所隐含的通知制度改造思路,并不可取。

(二) 最高院试图确立的规则及其影响

既然本案说理存在诸多问题,为何最高院会将本案选定为指导案例?对此,可从“裁判要点”来观察最高院试图从本案中得出什么。在观察裁判要点的同时,将结合后续引用了本指导案例的判决来展现该要点的影响。事实上,根据北大法宝中的裁判文书,至今只有四份与本案相关的判决。^[48]

裁判要点1有两段,分别给出了两项规则:一是合格通知的要件,二是网络服务提供者自设规则的效力。

1. 关于合格通知的要件,最高院认为,“包含被侵权人身份情况、权属凭证、侵权人网络地址、侵权事实初步证据等内容的,即属有效通知”。(1)就规范层面而言,可以认为这是通知制度中的一项重要进展,因为这是我国首次在法源中明确了专利合格通知的要件;(2)尽管本要点是对《侵权责任法》中“通知”含义的解释,但应对此做限缩解释,将此理解为主要针对专利权的通知要件(因本案涉及专利权),因为显然本规则中的权属凭证并不适用于人身权益,且本案发生之前的《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第5条已规定了人身权益的通知要件。至于著作权,则已由《条例》第14条做出了规定。有疑问的是,本要点是否适用于商标权?从后续判决来看,回答是肯定的。在佐康公司诉淘宝案中,法院便以要点1提及的四要件来判断通知效力;^[49](3)从要点中的四个要件来看,其主要参考了《条例》,但又有所不同:要点中除了提及《条例》第14条规定的内容外,还增加了“权属凭证”这项。这或许是因为,《条例》适用于信息网络传播权领域,而信息网络传播权未必都有权属证明。反之,专利权享有的前提是进行了登记,故权属凭证是证明专利权的依据;(4)从本规则的实践指导价值来看,本规则意义不大,因为实践中早已长期采取本规则。后续判决中,上述佐康案是唯一明确参照了本要点的判决。

2. 最高院更希望着重的,应该是本要点的第2项:网络服务提供者自行设定的投诉规则,不得影响权利人依法维护其自身合法权利。对此作以下几点说明。

(1)就一般意义而言,本规则无疑是正确的,最高院似乎也意在强调和提醒网络服务提供者,不得基于平台自身利益的考量而任意提高通知的门槛。故本规则的规范目的在于保护发送通知的权利人。

(2)但本规则应作为一般性规则来理解,不应将本案二审法院的具体意见(即单纯的侵权声明足以构成“初步证据”,侵权比对表和订单编号的有无并不影响合格通知效力)作为本要点的具体体现。事实上,二审法院关于侵权比对表的意见似乎从未被后续判决采纳过。相反,在佐康案中法院采取了不同意见。该案中,商标权人佐康九次向淘宝投诉平台上卖家侵权,但投诉理由多为销售渠道未经授权、商品系假冒等,且未提供除侵权声明以外的其他侵权证据材料。法院认为:

[47] 参见中美经贸协议第1.13条“打击网络侵权”。

[48] 2020年3月15日,在北大法宝“司法案例”栏目,“全文”分别检索关键词“嘉易烤”“指导案例83号”“指导案例第83号”“83号指导案例”,经筛选合并,共得到6份判决书。6份中有1份援引的并非裁判要点,而是判决主文中关于主体资格的论述[参见(2017)京0108民初7895号民事判决书],与通知制度无关,本文不予考虑。有2份判决书系同一原告对不同卖家和平台提起诉讼,由同一法院的同一法官审理,判决主文中引用指导案例说理的部分基本完全相同,故此处视为1份判决。当然,这只是明确引用了本案的判决,或许还存在隐性引用的判决书。

[49] 参见济南佐康商贸有限公司与浙江淘宝网络有限公司侵害商标权纠纷案,山东省济南市中级人民法院(2017)鲁01民终3439号民事判决书。

“佐康公司仅以跨渠道销售的理由不能证明相关商品为侵权商品，其主张相关商家侵犯其商标权的理由并不充分……因此佐康公司向淘宝公司发送的投诉材料及律师函欠缺初步的侵权证据支持，不属于有效通知。”^[50]

(3) 并非所有自设规则都无效，只有影响权利人依法维权的才无效。故关键在于判断何谓“依法”。法定的合格通知要件，以及可用于满足这些要件的具体材料，需通过实践和判决的积累来逐步明确。但在论证上，似应由主张自设规则不当的一方（投诉人）负论证义务，即一般而言应尊重网络服务提供者自设的规则，除非有理由认为该规则超出了法定通知要件。

3. 裁判要点 2 也有两段聚焦于必要措施的范围。第一段澄清必要措施并不限于删除、屏蔽和断开链接三项。换言之，《侵权责任法》第 36 条第 2 款中的“等”字是“等外等”。这一点并无新意，传统上皆认可，且之后的《电子商务法》第 42 条也明确规定了“终止交易和服务”作为必要措施之一。本要点的重点在于后段。最高法院认为，必要措施应遵循审慎、合理原则，根据所侵害权利的性质、侵权的具体情形和技术条件等综合确定。有法官提及，嘉易烤案之所以入选最高人民法院评选的“2015 年中国法院十大知识产权案件”，正是因为该案对必要措施做了扩大解释，即引入了转通知义务。^[51] 对这一创造性做法，说明以下几点：

(1) 从规范目的来看，本规则意在权利人、网络服务提供者和公共利益间取得平衡。尽管本案判决主文中法院将转通知纳入必要措施意在保护权利人，避免其投诉失去任何意义，但不应将本条规范目的仅限于此。相反，从后续判决来看，所有引用了本要点的判决都主要意在为网络服务提供者和网络用户提供保护。比如在于作涛诉淘宝等案中，发明专利权人于作涛诉前曾向淘宝发送了符合淘宝要求的通知。法院认为，在所涉专利为发明专利时，“由于平台对侵权与否缺乏判断能力，要求网购平台在接到投诉后即直接删除被投诉产品链接，否则将承担连带侵权责任，难免会对平台责之过重，甚至会误伤不构成侵权的卖家（网络用户）利益，也使得消费者的选择减少，影响消费者福利。这样的责任模式与《侵权责任法》第 36 条规定所寻求的利益平衡相悖，本院不予采纳”。^[52] 需特别注意的是，于作涛案虽然在转通知作为必要措施上与指导案例一致，但若结合合格通知来看，两案其实存在显著差别。在指导案例中，权利人未能完全满足平台的要求，法院在对合格通知采较低标准的情况下，要求网络服务提供者至少应履行转通知的义务；于作涛案中，权利人满足了平台的要求，此时法院仍然认为平台并无立即采取删除措施的义务。可见，要点 2 成为法院用于保护网络服务提供者和网络用户（而非权利人）的规则。类似地，在佐康案中，法院也认为，“并非权利人发出有效通知后，第三方交易平台即应当立即采取删除、屏蔽、断开链接的技术措施。……只有在侵权事实能够确定的情况下，为防止损失的扩大，权利人方有权要求第三方交易平台采取删除、屏蔽、断开链接的技术措施”。^[53] 此外，在“怡信案”中，法院认为：“退一步而言，考虑到本案所涉权利性质为实用新型专利权，侵权判定需要对被诉侵权技术方案与涉案专利进行比对，即便被告京东全球购公司并未采取删除、屏蔽、断开链接等措施，也不能据此径行

[50] 参见济南佐康商贸有限公司与浙江淘宝网络有限公司侵害商标权纠纷案，山东省济南市中级人民法院（2017）鲁 01 民终 3439 号民事判决书。

[51] 见前注[5]，何琼、吕璐文，第 16 页。

[52] 参见于作涛与上海启知贸易商行、浙江淘宝网络有限公司侵害发明专利权纠纷案，浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙 01 民初 879 号民事判决书。类似案件参见于作涛与上海开心鸟体育设备有限公司、浙江天猫网络有限公司侵害发明专利权纠纷案，浙江省杭州市中级人民法院（2019）浙 01 民初 24 号民事判决书。

[53] 济南佐康商贸有限公司与浙江淘宝网络有限公司侵害商标权纠纷案，山东省济南市中级人民法院（2017）鲁 01 民终 3439 号民事判决书。

认定被告京东全球购公司的应对不符合审慎、合理的原则。”^[54]可见,对本要点的理解,不应只着眼于保护权利人的目标。

(2) 本要点一定程度上改变乃至架空了传统的通知制度。传统上,通知制度意在为权利人提供快速便捷的权利救济,故在权利人发送合格通知后,网络服务提供者应及时采取删除等措施来避免损失扩大。然而,正如于作涛案等显示,在要点2之后,法院不再认为网络服务提供者收到合格通知后都须立即采取删除措施,而是可以“转通知”代替。这相当于以“通知—转通知”代替了目前的“通知—删除”制度,而前者是曾被我国否定的选项。我国早在2006年《条例》制定过程中,就曾讨论过“通知—转通知—下架”和“通知—转通知”这两种方案。“在征求意见中,对网络服务提供者接到权利人的通知书后、应当在多长时间内实施删除或者断开链接的问题有三种不同意见:……另一种意见认为,应当借鉴日本《关于特定电信服务提供人的损失赔偿责任的限制及发信人信息披露的法律》的规定,网络服务提供者接到权利人的通知书后并不立即移除或者断开链接,而是将通知书转送给提供涉嫌侵权作品、表演、录音录像制品的服务对象,如果服务对象在7日内没有向网络服务提供者提出答复,网络服务提供者则实施删除或者断开链接。……第三种意见认为,……可以借鉴加拿大政府起草的C-60法案的规定,即网络服务提供者接到权利人要求网络服务提供者删除侵权作品、表演、录音录像制品的通知后,只将该通知转送给提供该涉嫌侵权作品、表演、录音录像制品的服务对象即可,不需要实际实施删除或者断开链接。”^[55]最终,我国采纳了“通知—删除”制度。多年后,通过本要点对“必要措施”的新论,“通知—转通知—下架”乃至“通知—转通知”方案再次回归。这显然与当初的选择不同。

当然,这并不意味着本要点与《条例》必然冲突。可考虑的解释方案是:《条例》只适用于著作权,而裁判要点2主要适用于专利权。^[56]对二者差别对待的原因在于判断专利侵权的难度高于著作权,故对删除措施需更慎重。然而,事实上在专利权领域,我们已通过提高合格通知的标准(主要是初步证据的标准)来一定程度上缓解了侵权判断困难问题,故在必要措施问题上是否还需进一步对不同权利类型差别对待,值得斟酌。

(3) 本要点的关键在于如何“综合确定”应采哪种必要措施。嘉易烤案其实并没有给出有说服力的示例,而之后的阿里云案则较好地展示了本要点。在阿里云案中,原告系游戏“我叫MT”的著作权人,案外人制作了该游戏私服,并储存于被告阿里云的服务器中。原告在诉前向被告发送了三次通知,但因不含权属凭证等原因而被认定为不合格通知。但法院说理并未就此结束,而是进一步分析了若通知合格,阿里云是否应采取删除等措施。法院首先指出,本案并不适用《条例》,因为云服务的提供者不同于《条例》所规范的对象——提供信息存储空间服务等四类网络服务提供者,故应适用《侵权责任法》。法院之后引用了指导案例83号,认为在某些情况下,网络服务提供者在收到合格通知后,“并不需要也不能够通过采取删除等措施进行免责,而是可以采取其他措施来达到免责条件”。根据云服务的特点,“仅根据权利人通知即采取后果最严厉的‘关停服务器’或‘强行删除服务器内全部数据’措施有可能给云计算行业乃至整个互联网行业带来严重的影响,并不适当,不符合审慎、合理之原则”。“转通知体现了网络服务提供者‘警示’侵权人的意图,从而在一定程度上有利于防止损害后果扩大,可以成为‘必要措施’从而使得网络服务提供者达到免责条

[54] 怡信磁碟有限公司诉叁佰陆拾度电子商务有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案,广东知识产权法院(2016)粤73民初428号民事判决书。

[55] 见前注[37],张建华主编书,第58—59页。

[56] 但需特别指出的是,要点2并非完全不适用于著作权案件。相反,阿里云案便将要点2适用于著作权。

件。”据此，法院认为，将权利人的投诉通知转送给相关云服务器的承租人，而非直接关停服务器或删除相关数据，是更为合理的免责条件。^{〔57〕} 阿里云案为要点 2 的理解提供了典型例证（远好于 83 号所采用的嘉易烤案），其核心在于：当采取删除等措施对用户而言造成的后果非常可观（有悖于比例原则）时，网络服务提供者并不负有立即采取措施的义务。所谓后果非常可观，体现之一在于网络服务提供者只能全有或全无地对用户内容采取措施，而非仅针对特定侵权内容采取措施。在“微信小程序”案中，法院也表达了类似的观念，即必要措施要具有“定位清除”效果，“一律彻底删除小程序并非法律规定的‘采取必要措施’所追求的‘定位清除’效果”。^{〔58〕} 其他不应采删除等必要措施的情形，有待实践判决的继续积累。

（4）该规则显然适用于通知合格的情况。但在通知不完全合格时，本规则是否适用？换言之，在通知不合格时，网络服务提供者是否要根据“审慎合理”原则而采取某些必要措施？比如，若采本文观点，本案中平台要求投诉人提供订单编号系合理要求，那么在投诉人提供了除订单编号以外的其他所有要求的材料后，平台是否有义务回复投诉人提醒补充材料？更进一步，在投诉人回复前，是否负有转通知的义务？鉴于本要点系针对《侵权责任法》第 36 条第 2 款中的“通知”一词所作的解释，而该法中的“通知”系指合格通知，故本要点应只适用于合格通知。这也是后续法院判决中的意见。比如在阿里云案中，就阿里云收到不合格通知后是否负有联系投诉人的义务，法院认为“权利人依法向网络服务提供者发出的通知应符合法律规定是权利人的法定义务，不能因为权利人未全面尽到前述义务，转而网络服务提供者增加进一步联系、核实、调查等义务”。^{〔59〕} 同样，怡信案中法院也认为，在权利人发出有效通知前，京东并无采取必要措施的义务。^{〔60〕} 当然，此处只是表明根据要点 2 网络服务提供者并不负有该义务，并不否定网络服务提供者可能因其他理由而负有此类义务。

综上可见，指导案例 83 号的裁判要点 1 对后续影响不大，主要的影响系要点 2。在一般意义上，这两项要点都可兹赞同，因为其确实都存在可适用的情形。只是嘉易烤案并非体现这两项要点的妥当案例。相反，若从规则适用的角度来看，嘉易烤案判决属于对这两项要点规则的误用。值得庆幸的是，根据指导案例实施细则，法院应参照的是指导案例的裁判要点，而非判决主文。^{〔61〕} 故嘉易烤案判决主文的观点对后续判决并无拘束力。希望后续判决不要误用本案。

五、余 论

本指导案例发布后，学界对本案的解读主要有两种：一是来自对通知制度适用于专利权领域

〔57〕 说理过程详见北京乐动卓越科技有限公司与阿里云计算有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，北京知识产权法院（2017）京 73 民终 1194 号民事判决书。

〔58〕 杭州刀豆网络科技有限公司与腾讯计算机系统有限公司等侵害作品信息网络传播权纠纷案，杭州互联网法院（2018）浙 0192 民初 7184 号民事判决书。

〔59〕 详见北京乐动卓越科技有限公司与阿里云计算有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，北京知识产权法院（2017）京 73 民终 1194 号民事判决书。

〔60〕 参见怡信磁碟有限公司诉叁佰陆拾度电子商务有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案，广东知识产权法院（2016）粤 73 民初 428 号民事判决书。

〔61〕 《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 9 条规定：“各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点做出裁判。”

的反思,认为本案表明了通知制度和专利权领域的差别,并以此为契机,试图改造专利权领域的通知制度。采该种解读的学者,多将目光聚焦于裁判要点2。^[62]另一种是以本案为例证来证明我国通知制度发生的嬗变现象。^[63]然而,鲜有学者质疑本案裁判理由本身的合理性,以及由此提出的裁判要点的准确含义。本文试图表明,本案的裁判理由不足为训,本案裁判要点的理解应与裁判理由相脱离。对本案所体现的规则本身的反思,应是准确运用本案的前提。

另外,本文同时提醒了通过案例抽取规则所引发的一种现象。一般而言,在案例研究中,应通过具体案情来拘束由此案抽象出来的裁判要点所能适用的范围(射程)。^[64]在考虑“先例规范的指导效力范围或参考效力范围时,特定案情与结论之间的对应关系成为判断的重点”。^[65]但本案也给出了裁判要点和具体案情间所存在的一种情况:最高院本意是为了提供在抽象意义上妥当的裁判要点,却选取了无法有效示例该裁判要点的案例作为载体。在解读此类案例^[66]时,不应将该案例中的具体裁判理由奉为圭臬,而是应着眼于裁判要点本身。换言之,此类指导案例更接近于传统意义上的“司法解释”,而非“以案释法”。

Abstract Guiding case No.83 refers to two critical issues of the notice and takedown system: elements of the qualified notification and the scope of the necessary measure. The main points of the adjudication are reasonable, while the reasons for the adjudication are unacceptable. The “prima facie evidence of the infringement” element cannot be met by the single statement from the complainant. The requirement of the infringement analysis comparison form and the purchase order number should be respected if the Internet service provider sets them as the necessary materials for the complaint. The Internet service provider should take measures, such as deletion, which can terminate the infringement directly once receiving the notification. Unless these measures do not comply with the principle of proportionality, forwarding the notification should not be treated as a necessary measure.

Keywords Notice and Takedown, Necessary Measures, Forward the Notification, Jia Yi Kao, Patent

(责任编辑:徐彦冰)

[62] 这类研究的典型是姚志伟先生发表的系列论文,比如:姚志伟、沈一萍、陈文煊:《超越避风港:网络交易平台专利侵权处理机制重构》,载《学术探索》2017年第11期;姚志伟、沈一萍:《网络交易平台的专利侵权责任研究》,载《中州学刊》2017年第8期。类似研究参见詹映:《“通知—移除”规则在专利领域的适用性分析》,载《法商研究》2017年第6期。

[63] 此类研究比如朱冬:《网络服务提供者间接侵权责任的移植与变异》,载《中外法学》2019年第5期。

[64] 参见解亘:《先例性规范的抽取》,载《法律适用》2019年第4期,第31页。

[65] 周江洪:《作为民法学方法的案例研究进路》,载《法学研究》2013年第6期,第21页。

[66] 裁判理由不当的现象已多次发生,比如指导案例67号。参见薛波:《指导案例67号裁判理由之检讨——兼论指导案例裁判理由的基本要求》,载《法治研究》2018年第3期。