

# 中国电子商务平台知识产权 保护制度深度剖析与国际比较

薛虹

(北京师范大学法学院 北京 100875)

**内容提要:**中国电子商务平台知识产权保护制度是对网络服务提供者责任制度的重要补充,也是对知识产权法律的重要创新与发展。在该制度下,平台治理与平台侵权责任并重。平台应与知识产权人等有关各方合作,制定知识产权保护规则,采取有关的治理措施并承担相应的侵权责任。通过事前、事中、事后的综合治理,平台知识产权保护可以提高效率,保护各方当事人的合法权益。该制度反映了法律发展方向,在国际立法中处于领先水平。

**关键词:**电子商务 平台治理 侵权责任

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.09.002

我国《电子商务法》为保障电子商务平台的有序运营,在平台经营者的章节中专门制定了适用于电子商务平台的知识产权保护制度,这既是对网络服务提供者知识产权保护制度的补充,也是对知识产权法律的重要发展与创新,使知识产权权利人、经营者等有关各方的合法权益能在电子商务平台系统中获得更加均衡与有效的法律保障。2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《民法典》侵权责任编第1194至1197条关于网络服务提供者侵权责任的规定,不论条文的内容表述还是立法的体系结构,都与《电子商务法》关

于电子商务平台经营者知识产权侵权责任的规定基本相同。民法基本法对于平台责任的有机吸纳,是对电子商务领域平台知识产权保护制度的合理性与创新性的充分肯定。

电子商务平台经营者虽然属于网络服务提供者的概念范畴,但是其服务对于平台内的经营者具有综合性、关键性与支配性的特点,对平台内交易环境拥有治理的权力与义务。因此,我国《电子商务法》创造性地构建了平台知识产权保护制度。该法律制度虽然建立在侵权责任的基础之上,但是针对电子商务的特点,对有关法律规范进行了修改与更新,发展出了新的

**作者简介:**薛虹(1969—),女,汉族,黑龙江哈尔滨人,北京师范大学法学院教授,北京师范大学互联网政策与法律研究中心主任,北京师范大学与联合国国际贸易法委员会亚太中心国际电子商务法联合认证项目中方主任。

法律规范。

电子商务平台知识产权保护制度的突出特点在于通过平台经营者与知识产权人等有关各方加强合作,制定知识产权保护规则、采取相关治理措施,以避免、预防、及时制止平台内知识产权侵权行为。该制度不仅注重在平台内发生知识产权侵权之后的事后追责、制裁,而且强调平台经营者的事前、事中的知识产权治理,将知识产权保护从单纯的侵权责任制度发展到平台治理与侵权责任并重的制度,实质性地发展与创新了我国知识产权法律制度与侵权责任制度。<sup>①</sup>

### 一、平台知识产权保护规则的建立

电子商务平台经营者本质上是私主体,其行使平台治理权必须具有法律依据,在法律允许的范围内以法律认可的形式进行。《电子商务法》解决了平台知识产权治理的法律依据、范围与形式的问题。该法要求电子商务平台经营者必须建立知识产权保护规则,必须与知识产权人合作,必须保护知识产权。<sup>②</sup>因此,制定与执行知识产权保护规则及其衍生的服务协议,是平台经营者实现平台知识产权治理的基本形式。知识产权规则是电子商务平台的规章制度,服务协议对平台内的各类主体及各项活动具有约束力。依据《电子商务法》,电子商务平台经营者进行知识产权治理具有明确的法律依据,是其必须履行的法定义务。由此可见,建立知识产权保护规则在平台知识产权制度中占据重要的地位。

#### (一) 平台知识产权保护规则的特征

1. 合法性。《电子商务法》规定,电子商务平台经营者应依法保护知识产权。从合法性的角度看,电子商务平台的知识产权保护标准不得低于法定要求,同时禁止其对知识产权保护设置障碍。那么,电子商务平台规则可否提高法定的知识产权保护水平?理论上,平台如果

在法定标准上提高知识产权保护水平,并不当然违反规范要求。但是,平台经营者如果利用规则自行扩大知识产权权利的范围、缩小相应的权利限制与例外,则可能妨碍公众获取知识与信息的自由,损害他人技术进步与创新的权利,扰乱正常经营活动,因此平台知识产权保护水平过高亦不可取。

2. 公开性。电子商务平台知识产权保护规则的公开性表现在制定中、形成后、修改过程与实施处罚四个环节。《电子商务法》明确了制定平台服务协议和交易规则的原则,禁止平台经营者损害其用户(经营者与消费者)合法权益。制定后付诸实施的交易规则、服务协议的信息或者上述信息的链接标识,应在平台的首页显著位置持续公示,并保证经营者和消费者正常获取与浏览,保障其应有的知情权。电子商务平台经营者修改平台服务协议和交易规则,不仅应当以法定形式予以公示,而且必须广开言路,确保有关各方能够及时充分表达对修改内容的评论与意见,这实质上是平台治理法律制度的创新。电子商务平台经营者虽然不是执法机构,但是以平台服务协议和交易规则为依据,可以对平台内经营者采取相应的处罚措施,并将处罚的结果公示。

3. 公共性。电子商务平台的知识产权保护规则适用于所有同类用户的一般性与共通性的问题。平台经营者与其用户依据规则订立服务协议之时,会根据每个用户的具体情况将规则转换为有约束力的合同条款。平台经营者基于相应的合同关系对用户加以约束。

4. 强制性。电子商务平台内经营者违反知识产权保护规则,等于违反了相关法律、行政法规的规定。平台经营者虽然没有执法权力,但是有权依照服务协议与交易规则的约定对违约用户实施警示、暂停或者终止服务等措施。平台知识产权保护规则因服务协议的约束力而对

① 薛虹《国际电子商务法通论》,中国法制出版社2019年版,第95-96页。

② 我国《电子商务法》第41条。

平台内经营者具有强制性。

5. 开放性。在电子商务交易规则中,商品和服务质量保障规则、消费者权益保护规则等主要适用于平台内用户,对平台外主体造成的影响较小;但是知识产权保护规则不仅影响平台内用户的权益,而且影响到平台外有关各方的利益。因此,电子商务平台知识产权保护规则需要对平台外的知识产权人等利益相关方开放。虽然平台知识产权保护规则的内容必须依赖平台与平台内经营者等相对方签订的服务协议才能执行与落实,但是规则本身开放性的特征已经超越了私法合同的范畴,向社会公约方向转化。

我国《电子商务法》实质上肯定平台交易规则的开放性,允许平台之外社会公众一定程度上参与平台的治理。例如,《电子商务法》要求平台经营者在修改平台规则时不仅要征求平台内用户的意见,还要征求平台外公众的意见。电子商务平台知识产权规则的开放性尤其明显,并且被上升到法定义务的高度。

(1) 平台经营者与知识产权人应加强合作。知识产权保护规则的特殊性在于,不仅平台内的知识产权人,而且平台外的知识产权人,对于规则的制定、修改与实施都有切身利益及参与的迫切需求。因此,平台经营者应当通过正确的路径,确保相关知识产权人(包括平台之外的知识产权人)参与知识产权保护规则的制定、修改与实施的途径与机会。即便是平台外的知识产权人,也不同于平台的普通公众,应对平台治理与平台规则有更大的话语权,平台经营者尤其应当创造条件使之在知识产权保护规则的制定中能够参与、在修改中能够充分表达意见、在实施中能够监督与反馈。根据法定要求,平台经营者须给予平台内外的知识产权人相同待遇,不得对平台外的知识产权人作出歧视或者妨碍其维权的行爲。

电子商务平台外的知识产权人如果与平台经营者没有直接的合同关系,在具体的联系方式与参与渠道方面就不可避免地会面临实际的

困难。因此,许多知识产权人虽然没有成为平台内经营者,但是与平台经营者签订了专门的知识产权保护协议,提供权利信息给平台,平台经营者则依据规则预防、避免或者及时制止与处罚平台内知识产权侵权行为。当然,平台外知识产权人不论是否与平台经营者有直接的契约关系,平台经营者都应依法听取其对平台规则修改的意见,保障其参与平台知识产权治理活动。

总之,根据《电子商务法》的规定,平台经营者应保障平台内外知识产权人平等参与规则的制定与修改,并保证规则实施中平台内外的知识产权人都能得到同等保护,从而保证与知识产权人合作的实现。平台内经营者无论侵犯的是平台内或外的知识产权,平台经营者均应及时采取相关措施维护相关知识产权人的合法权益,不应歧视或偏私。

(2) 平台经营者与其他有关各方应加强合作。在建立知识产权保护规则以及落实权利保护的过程中,除了与平台内外知识产权人进行合作,平台经营者还应当与包括平台内经营者、消费者在内的利益相关主体合作,保证规则的有效建立与实施。利益有关各方共同参与制定实施有关的规则是互联网平台治理的本质特征。平台内经营者如能在知识产权保护规则的制定、修改和实施中参与发声,可以增强其对规则的认同感,从而提高规则实施的效率。平台的消费者参与规则的制定、修改和实施,可以使之更有效地免受假冒商品的侵害。

此外,平台经营者还应在规则的构建中与相关执法机构加强合作,积极配合有关的执法活动,包括依法提供平台内经营者或者商品、服务的数据信息。

总之,以知识产权保护规则为核心的平台知识产权治理系统需要知识产权人、平台内经营者与消费者等有关各方共同参与、共同构建,从而形成共管、共治与共赢的局面。

(二) 平台知识产权保护规则的主要内容  
电子商务平台知识产权保护规则是为适应

电子商务发展、平台交易的新兴趋势 在相关法律规范的基础上做出的延伸与细化的规定,界定平台内经营者保护知识产权的义务、所应采取的措施、可能承担的法律风险、平台经营者实施知识产权治理措施的条件与程序,以及相关争议解决方式等。

电子商务平台知识产权保护规则是电子商务平台实施知识产权治理措施的基本前提与法律依据。其中,相关具体规则(包括实施细则)均应事先确定,构成知识产权保护规则的内容,并在电子商务平台上公示。<sup>③</sup>依据规则,平台经营者采取措施应不属于违反服务协议的行为。平台经营者还应当建立纠纷处理的自动信息系统,用以接收与转达权利人的通知与平台内经营者的声明,并且对流程作出明确的说明,保证知识产权人、平台内经营者等用户能够方便地了解与使用有关系统。

实际上,知识产权人一旦使用平台的信息系统提交知识产权通知,就等于与平台经营者建立了合同关系,平台经营者可以在知识产权保护规则中规定知识产权人恶意通知扰乱正常平台经营活动时承担加倍赔偿责任的具体方式。

## 二、平台知识产权治理措施的实施

《电子商务法》的规定虽然字面表达与侵权责任法等现有法律、行政法规中的“通知——删除”机制类似,但是其性质已经发生改变,不再局限于侵权责任的范畴,而是融入了电子商务平台治理的框架之内。在《信息网络传播权保护条例》关于版权、邻接权制度中的“通知——删除——反通知”的基础上,《电子商务法》中的平台知识产权治理措施增加了新的法律内容。

### (一) 平台经营者的作用

依据《电子商务法》,知识产权人发出通知

是平台经营者采取治理措施的前提,知识产权人应该保证其不具有恶意,发出的通知具有真实性,并且提供存在侵权行为的初步证据,包括真实身份信息、权利证明文件、侵权行为的存在等。

收到通知的平台经营者能否要求被通知的平台内经营者提供必要的担保作为终止治理措施的条件呢?这是值得斟酌的问题。平台经营者如果允许平台内经营者提交担保后继续经营,应当首先取得发出通知的知识产权人的同意,并保障经营者提供充分的担保金额、采用有效的担保方式,保障知识产权人所主张的权益能够得以实现。依据《民法典》关于债务加入的规定,平台经营者如果对于被通知的平台内经营者不采取通知所要求的必要措施,允许其继续经营,属于向知识产权人表示一旦侵权成立愿意加入债务关系。由此造成知识产权人损害扩大的,平台经营者应与平台内经营者就扩大的损害承担连带责任。<sup>④</sup>

电子商务平台经营者可以依法建立网上争议解决机制,但应以当事人自愿使用该机制为前提。如发出通知的知识产权人明确表示愿意将通知转化为“投诉”,通过平台在线争议解决机制解决与平台内经营者之间的知识产权争议,当然并无不可;但是如知识产权人无此明确的意思表示,平台经营者不应逃避其应尽的法定义务。

在实践中,强烈反对平台经营者依据知识产权通知采取措施的主要理由是所谓“知识产权流氓”不断发出恶意通知会干扰平台内经营者的正常经营,特别是在集中促销期间(例如“双十一”)会给平台内经营者带来难以弥补的损害。但是,平台内经营者一旦认为遭遇了恶意通知,完全可以立即向法院申请针对通知人

<sup>③</sup> 各类相关的具体规则包括“知识产权人发出通知的内容与程序、电子商务平台经营者实施措施的内容与程序、平台内经营者提交声明的内容与程序、各方法律责任与相关争议解决机制。”参见薛虹《电子商务平台知识产权保护制度解读》,载《国际商报》2019年1月28日第8版。

<sup>④</sup> 详见《民法典》合同编第552条规定的债务加入制度。

的诉前行为禁令,及时制止恶意通知产生效果。我国民事诉讼制度不仅允许当事人申请此类保全措施,而且在紧急情况(不立即采取行为保全措施即足以损害申请人利益的情况)下,人民法院接受申请后须在48小时内作出裁定;一旦裁定采取保全措施,立即开始执行。<sup>⑤</sup>诉前行为禁令是我国民事诉讼制度中长期存在、行之有效的制度,足以满足平台内经营者及时制止知识产权通知在平台内生效的目的。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》不仅明确允许在知识产权纠纷中适用诉前行为保全,而且专门规定“申请人的知识产权在展销会等时效性较强的场合正在或者即将受到侵害”属于法院必须在48个小时内作出裁定的紧急情况。<sup>⑥</sup>全国多地法院已发出此类禁令,许多平台内经营者的申请不到24小时就通过了法院的审查,法院禁令立即生效。<sup>⑦</sup>由此可见,平台内经营者申请此种保全方便快捷、及时有效,没有任何法律障碍。

有人认为《电子商务法》规定恶意通知的法律后果只能保障遭受损害的平台内经营者获得事后赔偿,却不能及时制止损害的发生,存在法律漏洞,利益失衡。<sup>⑧</sup>笔者认为,我国各部门法律发展至今已经系统化、体系化,实体法与程序法各司其职,诉讼法早已解决的问题没有必要在电子商务立法中予以重复。因此,《电子商务法》非但不存在所谓法律漏洞,而且发展、完善了我国民事法律规范中禁止权利滥用的制度,明确赋予相对人损害赔偿的权利,是对法律制度的发展,与《民法典》的规定一脉相承。<sup>⑨</sup>

如果为了避免知识产权人恶意通知而要求发出通知的知识产权人提供相应的担保后平台经营者才采取必要的措施,笔者认为于法无据且明显不妥。针对恶意通知,实体法与程序法均已给予平台内经营者充分的保障,平台经营者无权违反《电子商务法》第42条的规定擅自对通知人附加条件或者义务。如果平台经营者要求通知人提供所谓担保,应被视为拒绝采取必要的措施,须承担相应的法律后果。

平台经营者将所收到的知识产权通知转送平台内经营者,能否被视为采取了必要的措施?笔者认为,这是对《电子商务法》第42条第2款存在误解。依据法律规定,平台转送通知与及时采取必要措施是两个并行的法律义务,不能相互取代或者遮蔽。平台经营者之所以百般推诿、不愿意承担法定义务,无非是因为与平台内经营者签订了服务协议,具有一定的利益关系,将知识产权通知视为敌对。但是,平台经营者不应因短视而损害平台的健康、可持续发展。假冒盗版横行的平台营商环境恶化,终将在市场竞争中被淘汰。平台怠于履行保护知识产权的义务,短期看承担违法的责任风险,长期看承担经营失败的更大风险。

## (二) 知识产权人恶意通知的后果

知识产权人应为通知内容不实所造成的损害依法承担赔偿责任;如知识产权人存在恶意投诉的行为,还应加倍赔偿。这样做的意义在于“加重责任的规定防止知识产权人滥用权利或者扰乱市场竞争秩序,强化知识产权人发出

<sup>⑤</sup> 《民事诉讼法》第100条、第101条规定,利害关系人因情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在提起诉讼前向被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施,人民法院根据申请,可以责令被申请人禁止作出一定行为。申请人应当提供担保,不提供担保的,裁定驳回申请。

<sup>⑥</sup> 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》于2018年12月12日由最高人民法院发布,于2019年1月1日与《电子商务法》同日开始实施。

<sup>⑦</sup> 2020年4月最高人民法院将南京市中级人民法院适用行为保全办理的一起知识产权侵权案件作为典型裁判案例予以公布。

<sup>⑧</sup> 谭君《狙击“知产流氓”:多地法院发“投诉禁令”,弥补电商法不足》, [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_7863431](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_7863431), 访问日期:2020年6月17日。

<sup>⑨</sup> 《民法典》第132条规定“民事主体不得滥用民事权利损害他人合法权益”。

通知的责任感,有利于减少恶意通知、不实通知。”<sup>⑩</sup>

在拜耳公司诉李某不正当竞争纠纷案中,拜耳公司儿童防晒霜产品在淘宝上的品牌经销商、分销商及其他卖家不断收到李某关于商标侵权的投诉,导致产品被淘宝平台下架。拜耳公司向法院起诉要求确认其产品不侵犯李某的注册商标权。浙江省杭州市余杭区人民法院判决,拜耳公司在儿童防晒霜产品上使用享有在先著作权的图案不侵犯李某在后获得的注册商标权。<sup>⑪</sup>该案中,被告李某在淘宝平台上,通过淘宝的知识产权侵权处理机制向拜耳公司经销商发出大量存在侵权的通知,导致经销商在平台售卖的拜耳公司产品被淘宝平台做出下架处理。该案判决之时,《电子商务法》尚未施行。2019年1月1日起,《电子商务法》正式实施,为电子商务平台上的知识产权保护制度的完善提供了有力支撑,利害关系人遭受知识产权滥用的,可以获得更为有效的法律保障。依据《电子商务法》的规定,拜耳公司在证据充分的情况下,不仅能够否认李某的侵权指控,而且能够依法制止李某恶意发出侵权通知的行为,并就所遭受的损失获得加倍赔偿。与确认不侵权诉讼相比,《电子商务法》实质上给予利害关系人更加便利、充分与有效的法律救济渠道。

在该案中,拜耳公司还主张淘宝未尽审查义务、放任李某进行侵权投诉,应与李某共同采取相应措施以消除经销商所遭受不利影响。笔者认为,根据其后施行的《电子商务法》,电子商务平台经营者接到知识产权人通知后,依据表面证据的认定方法,在初步认定其具有一定真实性以及请求的合法性后,应根据通知对相关经营者采取必要措施,并将通知转达于相关经营者。本案李某在通知中提供了其商标注册

信息等拜耳产品涉嫌侵权的初步证据,淘宝采取将拜耳产品下架等必要措施符合法律规定,并无不当。拜耳对淘宝提出的诉讼请求,即便依据《电子商务法》,也不能成立。

### (三) 平台治理措施的终止

《电子商务法》规定了平台知识产权治理措施终止的条件与程序。

1. 制度设计。《电子商务法》制度设计的主要目的在于平衡知识产权人与平台内经营者双方的合法权益,让相关规则的运行更为合理有序。对于电子商务平台来说,该制度赋予电子商务平台在知识产权治理上更大的自治权限。对于知识产权人而言,权利人可以通过正式有效的机制解决知识产权纠纷,保障其更加快速有效地获得权利救济。

电子商务平台经营者对知识产权的通知与平台内经营者的声明的审查并非实质性的,只要符合相应条件即可实施相应治理措施。该类措施是由平台自主采取的临时措施,如果平台内经营者发出声明进行抗辩,知识产权人应该通过正式的法律救济渠道,将与平台内经营者的纠纷向主管部门投诉或者向法院起诉。为了使平台治理措施与有关的诉讼、投诉机制相衔接,《电子商务法》规定了15日的缓冲期。如果平台经营者在此期间得知知识产权人已经投诉或者起诉,为了避免终止治理措施给知识产权人造成新的损害,治理措施将得以持续。如果缓冲期经过,平台经营者没有收到知识产权人投诉或者起诉通知的,治理措施终止,知识产权人不能再依赖电子商务平台经营者所采用的措施。

2. 恶意行为的后果。如果平台内经营者提交错误声明,导致知识产权保护措施被终止、侵权行为被恢复及知识产权人的损失扩大,《电

<sup>⑩</sup> 薛虹《电子商务平台知识产权保护制度解读》,载《国际商报》2019年1月28日第8版。

<sup>⑪</sup> 拜耳消费者关爱控股有限责任公司、拜耳消费者护理股份有限公司诉李某不正当竞争纠纷案,杭州市余杭区人民法院(2017)浙0110民初18627号,2018年3月8日。

子商务法》虽然对此未予规定,但是应当参照适用错误通知的规定,平台内经营者应为通知前后的知识产权侵权行为承担责任;如系恶意声明,更应对知识产权人承担加倍赔偿责任。

另外,知识产权人如果为了阻碍平台措施的终止,操纵15天的缓冲期,恶意提起投诉或者起诉,给平台内经营者合法竞争利益造成损害,一经证实,应当向平台内经营者承担不正当竞争的法律責任。

在上述“拜耳案”中,李某在淘宝上恶意投诉拜耳产品侵犯其商标权,但是其从未使用过注册商标,也从未就涉案产品通过诉讼方式主张过商标权,只是曾经向地方市场监管部门投诉过拜耳的产品商标侵权。李某如果在收到平台内经营者的不侵权声明后,在15日缓冲期内向有关部门投诉,阻碍平台经营者终止所采取的知识产权措施,就可能成为拜耳受到不正当竞争损害的证据。

总之,平台知识产权保护制度是电子商务法律体系中的重要制度创新。

#### (四) 平台治理措施的信息公示

电子商务平台经营者公示有关信息,是知识产权治理措施的重要组成部分,目的是保证平台治理的公开透明,接受有关各方的监督,避免出现平台经营者收到通知、声明后予以隐匿,或者采取措施不符合规则等情况。如果公示内容涉及个人敏感信息或者秘密信息,平台应该采取必要的手段保护其权利主体的合法权益,如遮盖关键信息或公示大数据分析报告、统计性数据等。

信息公示不仅是平台知识产权治理措施的有机组成部分,有利于对有关各方进行公众监督,而且与平台经营者必须建立与实施的信用评价制度密切联系。<sup>⑫</sup>通过平台治理措施的信息公示,屡次发出错误(恶意)通知的知识产权人或者发出错误(恶意)不侵权声明的平台内经

营者,其信用记录将受到相应的影响。

#### (五) 平台治理措施与相关法律责任

根据《电子商务法》的规定,平台经营者对知识产权人与平台内经营者皆负有相应义务,承担制定知识产权保护规则、及时实施知识产权治理措施、通过有关自动信息系统及时转达处理流程、进行信息公示等一系列职责。平台经营者违反信息转送与公示义务、未能及时采取或者终止有关治理措施的,均须承担相应的责任。

除民事责任外,《电子商务法》还规定,平台经营者违反前述义务的,还应承担包括行政处罚在内的行政责任。而且,法律规定的行政处罚的上限远高于现行知识产权法的规定。这一规定显示,相较于其他经营者,平台经营者负有更重要的知识产权保护义务。

#### 三、平台经营者知识产权侵权责任的追究

电子商务平台经营者的知识产权侵权责任是平台知识产权治理体系的组成部分,不应与平台知识产权治理措施完全割裂与隔绝。

#### (一) 平台经营者的过错责任

《电子商务法》第45条规定了平台经营者知识产权侵权责任的过错责任原则。

1. 过错责任的场合。根据相关法律规范,网络服务提供者的侵权责任包括:第一,独立责任,见于《侵权责任法》第36条第1款的规定(《民法典》第1194条),即因其自身独立的行为产生的责任。对此,各国立法通例是采取严格责任,不再考虑网络服务提供者是否有过错。<sup>⑬</sup>第二,中介责任,即因其独立主体地位以外的中介地位或者作用产生的责任(《民法典》第1197条)。<sup>⑭</sup>在英联邦系的普通法体系中,中介责任也被称为次级责任,根据是否有授权性侵权进行判断。如果网络服务提供者知道用户存在侵权行为,且有能力予以控制,但没有实施防止侵权的行为,就视为对该侵权行为予以

<sup>⑫</sup> 《电子商务法》第39条。

<sup>⑬</sup> 薛虹《十字路口的国际知识产权法》,法律出版社2012年版,第148-150页。

<sup>⑭</sup> 薛虹《十字路口的国际知识产权法》,法律出版社2012年版,第146-159页。

“授权”。在以美国为代表的另一普通法体系中,与之对应的是帮助性侵权和替代责任,相对更为强调网络服务提供者对其用户所实施的侵权行为是否具有控制力,是否通过用户所实施的侵权行为获得利益。<sup>⑮</sup>随着网络文件共享系统的普及应用,又出现了一种针对共享系统软件、平台提供者的所谓引诱性侵权责任,即因用积极的语言或者行动促进用户的侵权行为而导致的责任。在大陆法系中,比较典型的中介责任是由于帮助、教唆他人侵权而产生的责任。

我国法律也采用帮助、教唆性侵权模式追究网络服务提供者的中介责任,《民法典》第1168条至第1170条分别为共同侵权、帮助教唆性侵权、共同危险行为侵权设定了连带责任。针对网络服务提供者利用网络与用户共同实施的著作权侵权行为,以及利用网络教唆、帮助用户实施的著作权侵权行为,应直接适用有关的法律规定。电子商务平台经营者的过错责任仅适用于中介责任的场合,其独立、直接实施侵权行为,仍以严格责任为准。平台经营者的独立侵权责任应适用知识产权法律的有关规定,《电子商务法》中未作相应规定。

2. 平台经营者过错的标准。在《电子商务法》中,对于平台经营者过错的认定应分两种情形。第一种为平台经营者明确知道侵权事实的存在,但对平台内经营者实施的侵权行为故意放纵,对侵权行为置之不理,不采取有效的措施阻止侵权行为的情形。在此种情形下平台经营者须与侵权人承担连带责任。第二种是基于某些条件,平台经营者应当注意到平台内经营者存在侵权行为的情形。“应当知道”平台内经营者存在侵权行为,但是明显地忽视这一侵权事实,不及时采取有效措施制止,属于有重大过失的情形,平台经营者也应与侵权人承担连带责任。

此外,《电子商务法》第45条虽然没有明确规定,但是还可能存在第三种情形。对于平台经营者而言,平台内经营者的侵权行为并不

显著,平台未能及时发现,此时平台经营者具有一般过失,不应与侵权人承担连带责任。但是,如果平台经营者收到知识产权人的通知,在“知道”侵权事实存在的前提下仍不对平台内经营者采取必要措施,根据第42条第2款的规定,其应对知识产权人造成损害的扩大部分与侵权人承担连带责任。

(二) 平台经营者的侵权责任与治理措施的关系

我国《电子商务法》规定的平台经营者知识产权侵权责任制度与知识产权治理措施是两种并行的法律制度,各自有其构成要素与标准。平台经营者侵权责任的核心要素是过错。治理措施则有其自身的逻辑结构与程序安排。二者相较而言,平台经营者的侵权责任制度对互联网时代中平台有序运行发展具有更为基础的作用,是更根本的制度,也是推动知识产权治理措施实现的法律依据以及主要推动力。平台经营者的治理措施则是更具有动态性、可变化性的内容,随着技术的革新、电子商务经营模式的变化而不断变化与发展。两种法律制度彼此依存且有一定的交融。正确认识二者界限,理清两者关系,对于本法的正确适用具有重大意义。

《电子商务法》第84条对于平台经营者违反第42条与第45条分别予以行政处罚,也从侧面证明平台经营者违反知识产权治理措施义务所应承担的责任与其侵犯知识产权的责任并不相同。

(三) 平台经营者的过错与知识产权人的通知

《电子商务法》第45条规定的过错责任,其基础在于平台经营者是平台的治理者,负有制止平台内知识产权侵权的一般性注意义务,违反此义务则有过错(包括故意与重大过失),均应承担连带法律责任。

平台经营者的一般性注意义务是依法始终存在的,独立于《电子商务法》关于知识产权治理措施的规定。平台经营者拥有平台的治理

<sup>⑮</sup> 薛虹《十字路口的国际知识产权法》,法律出版社2012年版,第150-152页。



权,不论是否收到知识产权人的通知,均应尽一般性注意义务,否则就有过错。知识产权人的通知固然可以让平台经营者知道平台内经营者侵权行为的存在,但是没有通知并不等于平台经营者就可以逃避一般性注意义务而对平台内的侵权行为视而不见、置之不理。

因此,根据《电子商务法》第45条的规定,知识产权人没有发出通知或者平台经营者收到通知之前,知识产权人如能证明平台经营者未尽一般性注意义务,知道或者应当知道平台内的侵权行为而不采取必要措施予以制止,其可以就平台内存在的侵权行为,要求平台经营者与平台内经营者承担连带责任。但是,如果平台经营者接收知识产权人通知之后及时予以反馈,并且采取必要措施制止平台内经营者的侵权行为,则属于有所悔过,其连带侵权责任截止到采取必要措施时。否则,还要为由此扩大的损害与平台内经营者承担连带责任。

可见,将《电子商务法》规定的平台经营者知识产权侵权责任与平台知识产权治理措施结合起来,有如下几种情形:

(1) 平台经营者对于平台内侵权行为没有过错的,收到知识产权人通知,应当及时反应,采取有效措施制止相应侵权行为;否则,应就知识产权人扩大部分的损害与侵权人承担连带责任。

(2) 平台经营者对于平台内侵权行为有过错的,即便没有知识产权人通知,也应依法采取必要措施;否则与侵权人承担连带责任。

(3) 平台经营者对平台内侵权行为有过错,但直至收到知识产权人的通知方才采取必要措施阻止侵权行为的,应为采取必要措施之前的知识产权人的损害与侵权人承担连带责任。

(4) 平台经营者对平台内侵权行为有过错,在收到知识产权人的通知后仍不采取必要措施的,应就知识产权人遭受的全部损害与侵权人承担连带责任。

#### 四、中美平台知识产权保护法律制度比较

近些年来,美国贸易代表处不断以所谓“特别301报告”对于我国电子商务立法中的知识产权保护制度横加指责、妄加攻讦。美国2017年特别301报告称:中国于2016年底公布了电子商务法草案,征求公众意见;该法的最终版本,能否不降低网络服务提供者对于侵权与律师函的注意,并推动建立平衡与有效的“通知——删除”体制,在适度保护网络服务提供者的同时解决网上假冒与盗版问题,则是至关重要的。美国2018年特别301报告称:中国电子商务法草案应当建立可预见性的法律环境,促进有关各方为威慑网上版权侵权行为而有效合作。美国贸易代表处在2019年特别301报告中称:中国《电子商务法》对于寻求知识产权保护的权利人施加负担性要求,同时允许侵权卖家通过提交缺乏充分有效性信息的反通知来停止移除的措施,对于恶意反通知缺乏制裁措施。《电子商务法》实施之后,不应侵蚀网络服务提供者关于版权侵权通知与警告信的法律框架;另外一个负面信号是公布的《民法典侵权责任编》(草案)包括了与上述《电子商务法》类似的有问题的条款;最终的《民法典侵权责任编》应当构建一个可预见的法律环境,促进有关各方在威慑版权侵权方面有效合作。

事实上美国贸易代表处的各项指控没有任何一点能够成立。我国《电子商务法》关于平台知识产权保护的制度设计与规范构成与美国“数字化千年版权法”(DMCA)关于网络服务提供者的规定高度一致(详见表1)。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 薛虹《网络时代的知识产权法》,法律出版社2000年版,第228-235页。

表1 中国《电子商务法》与美国DMCA平台知识产权保护制度比较

	中国《电子商务法》	美国DMCA
保护规则	第41条	网络服务提供者应当制订和实施这样一种规则,即如果有哪个用户反复实施侵权行为,网络服务提供者就终止为其提供服务。
权利人通知	第42条第1款	只有权利人及经其授权的人才可以向网络服务提供者发出指控侵权的通知。通知还必须包括以下内容,即(A)关于声称受到侵犯的版权作品的证明(如果通知涉及在同一个站点上的多个版权作品,则应制作在该站点的这些作品的代表性目录);(B)关于被指控的侵权材料的证明,以及足以让网络服务提供者找到这些侵权材料的信息;(C)足以让网络服务提供者与提出侵权指控的人联系的信息(包括地址、电话号码、电子邮件地址);(D)关于提出指控的人善意相信被指控的使用材料的行为是未经版权人授权或法律允许的声明;(E)关于通知的所述信息都是真实的声明,以及关于提出指控的人确实获得了权利人授权的声明;(F)经权利人授权负责处理侵权事宜的人的手书签名或电子签名。
通知错误的后果	第42条第3款	发出通知的人如果作虚假陈述应当承担法律责任,赔偿被指控为侵权的人和网络服务提供者因其虚假陈述所遭受的损失,包括增加的成本及律师费。
采取的措施	第42条第2款	网络服务提供者依照上述“通知”,清除或阻止任何人访问其注册用户上传到其系统或网络中的材料。
不侵权的声明(反通知)	第43条第1款	一旦收到注册用户的“反通知”,声明其善意相信材料被清除或被阻止访问是由于错误造成的,就给最初发出通知的人提供一份“反通知”的副本,并告知要在10个工作日内恢复被清除的材料或者取消阻止访问的措施。
采取措施的终止	第43条第2款	在收到“反通知”的10个工作日后、14个工作日内,恢复被清除的材料或者取消阻止访问的措施,除非最初发出通知的人告知,其已请求法院下达命令阻止该注册用户继续从事与存储在网络服务提供者的系统中的材料有关的侵权活动。
侵权责任	第45条	网络服务提供者对在其系统或网络中按照用户的指示存储的侵权材料不承担赔偿损失的责任,只承担有限的停止侵权的责任,但必须满足以下条件,即:实际上不知道侵权材料的存在,或者没有意识到侵权活动的发生;没有从任何其能够控制的侵权行为中获得直接的经济利益;如果被以适当方式告知侵权活动的存在,或者得知或意识到侵权的存在,立即作出反应,清除或阻止他人访问侵权材料。

由上述比较可知,我国《电子商务法》平台知识产权保护制度与美国同类法律的规定具有明显的可比性,在内容上高度一致,足以证明美国贸易代表处的指责纯属无稽之谈,否则就等于自认美国的DMCA同样给寻求保护的权利人施加了负担性要求,或者侵蚀了网络服务提供者关于版权侵权通知的法律框架。

事实上,与美国的法律相比,我国电子商务平台知识产权保护范围更广,保护水平更高,在制度建设与运行机制方面均有实质性的发展,适应电子商务发展成熟阶段的实践需要。与美

国DMCA仅适用于版权(著作权)领域不同,我国平台知识产权治理措施适用于版权、商标权、专利权、地理名称等各类知识产权,权利保护的明显宽于美国,保护水平也明显高于美国。而且,我国平台知识产权治理措施增加了知识产权通知、不侵权声明及平台处理结果等信息公示的措施,增强了知识产权治理措施的透明度,强化了对于平台经营者的社会监督,与知识产权人及平台内经营者的信用评价相联系,提高了制度运行的效率,优化了运行的效果。更为重要的是,我国平台知识产权保护制度是在

全球数字经济发展中探索形成的面向未来的制度,强调平台治理的作用,赋予平台治理法律依据,将平台规则置于治理体系的核心地位。美国DMCA形成于上个世纪末,囿于当时网络经济社会发展阶段,对于互联网治理的理解尚且浅陋、粗疏,对于网络服务提供者的治理地位、作用尚缺乏系统、深入的理解与规范。美国DMCA要求网络服务提供者制订与实施“规则”以制止用户反复实施版权侵权行为,可以被视为平台规则的萌芽,但是其治理处于极其初步的阶段,与我国平台治理体系完全不可同日而语。依据我国《电子商务法》,平台经营者具有不同于一般性的网络服务提供者的特殊治理权力与地位,体现了法律规范不断从粗放到精细、从笼统到精准的发展方向。事实上,随着数字经济的发展,网络服务提供者的内涵与外

延得到了极大的拓展,其类别不同,功能与作用差异巨大,相关的法律规范出现了分化与细化的趋势。例如,欧盟法律逐渐采用与美国DMCA不同的制度设计与责任规范,2019年实施的单一数字市场版权指令规定,大型的网络内容分享平台在一定条件下应为平台内的版权侵权行为直接负责。不同国家与地区法律发展说明,美国DMCA仅是一定历史阶段的产物,故步自封,只能被发展的洪流淘汰。总之,美国贸易代表处对于我国新法的批评,不仅显得盲目自大,而且有抱残守缺、刻舟求剑之嫌。

我国《电子商务法》建立了行之有效的平台知识产权保护制度,为《民法典》侵权责任编所借鉴与吸纳,必将在中国法律体系中发挥越来越大的作用,并产生越来越重要的国际影响。

## Chinese E – Commerce Platform Intellectual Property Protection System: Insightful Analysis and International Comparative Study

Xue Hong

**Abstract:** Chinese E – commerce platform intellectual property protection system not only supplements the liability system of online service providers but innovates and develops the relevant intellectual property laws. Platform governance and liability are two equally important parts in this system. Under the system, E – commerce platform shall cooperate with the right holders and other stakeholders, develop the platform rules, implement intellectual property governance measures and assume the relevant legal liabilities. Through the comprehensive governance, intellectual property is capable to be protected effectively on the platform and the legitimate rights and interests of all the parties may be safeguarded. The system reflects the trend of international legal development and will play the leading roles in the relevant international arena.

**Keywords:** E – commerce; platform governance; tort liability

(责任编辑:李 辉)