
电子商务法中

“加强合作保护知识产权”的建构性阐释

兰昊¹

（浙江大学光华法学院，浙江 杭州 310005）

【摘要】：《电子商务法》第41条规定了电子商务平台经营者应当“加强合作保护知识产权”。虽然存在相关释义和解读，但“加强合作保护知识产权”如何表现与实现仍不清晰，需要结合其价值定位来分析。“加强合作保护知识产权”不是为了营造机械性、应付式的合作样态，而是希望构建起个性化的、不断拓展的合作模式。所以，“加强合作保护知识产权”以积极沟通和力求共识为要旨，平台经营者需要创造机会与知识产权权利人进行信息互通和条件互认，这一理解可避免为合作设定具体要求时面临的困难。另外，“加强合作保护知识产权”宜通过免责手段来推进实施，即平台经营者与权利人的合作内容可成为判断前者已尽义务并免责的依据，以此力促平台加强合作，这样可避免因应用归责手段而面临的困难。如此把握“加强合作保护知识产权”将更好地发挥其价值。

【关键词】：电子商务法 知识产权 平台规则 加强合作 平台自治

【中图分类号】：D9 **【文献标志码】：**A **【文章编号】：**1004-3160（2022）03-0056-11

《电子商务法》第41条明确规定：“电子商务平台经营者应当建立知识产权保护规则，与知识产权权利人加强合作，依法保护知识产权。”然而，对于这一规定，《电子商务法》却没有提供进一步的说明，目前只能通过相关的释义和解读来加以把握。

在电子商务法起草组看来，此条规定是针对电子商务中知识产权保护规则的特殊性作出的，因此第41条中的“加强合作保护知识产权”指向的是平台经营者应当保障所有相关知识产权人参与知识产权保护规则的制定。^{[1]126}

具体一点来说，是指平台经营者要保障所有相关知识产权人参与知识产权保护规则制定、修改与实施的途径与机会。^[2]这里的知识产权人，包括平台内和平台外的知识产权人。因此，平台经营者应当依法给予平台内外的知识产权权利人同等的待遇，不应歧视平台外的知识产权权利人或者为其权利保护设置障碍。^[3]

根据上述理解，“加强合作保护知识产权”的意图是让平台经营者在建立知识产权保护规则时保障知识产权权利人的参与权，然而，即使相关释义和解读进行了一定程度的说明，但是“加强合作保护知识产权”依然不够清晰，在实际理解过程中还是会陷入困境。因此，本文希望从这一模糊地带出发，在分析“加强合作保护知识产权”价值定位的基础上，把握该规定的要旨并探索促使该规定落实的手段，以期更好地发挥其预期价值。

一、“加强合作保护知识产权”的清晰性不足

作者简介：兰昊，男，湖南双牌人，浙江大学光华法学院博士研究生，主要研究方向：知识产权法、经济法。
基金项目：国家社科基金项目“新时代中国知识产权制度的运行成本优化研究”（项目编号：18BFX161）

尽管相关释义和解读对“加强合作保护知识产权”进行了说明，将其聚焦于平台知识产权保护规则形成过程中的对知识产权权利人参与权的保障，但是仔细分析后会发现，这些释义和解读依然不够清晰。

一方面，保障参与权如何表现并不明确，平台经营者难以获得准确指引，对于权利人的参与，容易出现不同理解。

首先是参与方式。知识产权权利人参与平台规则制定的方式有很多，是保障间接参与即可，还是必须保障直接参与才行，是保障事前性的参与，比如保障起草阶段的建议，还是要保障事后性的参与，比如保障公示阶段的反馈或者实施阶段的监督。

其次是参与程度，知识产权权利人的参与可以分为部分参与和全程参与，也可以分为简单参与和深度参与。哪种参与程度才属于保障了参与权有待细化。

最后是参与的结果。保障参与权是否要求规则制定结果上反映权利人意愿或者体现平台经营者与权利人的合作内容？如果没有这样的结果，能否认为权利人在规则制定上的参与权得到了保障？

这种情况下平台经营者与权利人是否只是加强了联系而非加强了合作？由此不难看出，保障参与权存在多种理解，有必要进一步明确什么样的表现才属于“加强合作保护知识产权”。

另一方面，保障参与权如何实现有待阐明。既然“加强合作保护知识产权”是希望每个平台经营者保障知识产权权利人参与平台规则制定，那么这一规定就不应该只是一句“空话”，而应得到一定的履行。

然而，无论是《电子商务法》本身，还是最高人民法院发布的《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》（以下简称《指导意见》），抑或浙江省高级人民法院发布的《涉电商平台知识产权案件审理指南》（以下简称《审理指南》）都未对此加以规定。对此，如果简单地采取归责思路来实现加强合作，会面临着归责情形是否满足的判定困难。

其中一个较为突出的困难便在于出现了不同权利人的不同参与结果时是否归责的判定困难。毕竟，一份用于公示的知识产权保护规则的制定，不一定能够让所有权利人都参与其中，那么由此产生的一个问题是，如果有的权利人参加了，而有的权利人没有参加，没有参加的权利人是否属于参与权没得到保障的情况呢？平台经营者是否需要因此承担责任？这无疑是在探讨如何实现保障参与权时一个不容忽视的问题。

对于“加强合作保护知识产权”的清晰性不足问题，可能会有看法认为其无须细化，理由是《电子商务法》第41条作为一般性的规定，仅仅表明电子商务平台经营者负有保护知识产权的义务。^[4]这似乎意味着整个条文都只有象征意义。

但其实，《电子商务法》第41条的规定有其特殊追求，尤其是前半部分“建立知识产权保护规则”是一种需要落实的法定义务。在最高人民法院发布的《指导意见》中，未建立知识产权保护规则将会被认定为“应当知道”知识产权侵权行为存在。

而在浙江省高级人民法院发布的《审理指南》中，未建立知识产权保护规则被视为一种电商平台未尽合理注意义务的情形。由此可以看出，《电子商务法》第41条应有更具体的表现和更有力的实现。

还有一种看法指出，第41条是关于电子商务平台经营者制定知识产权保护规则义务的规定，后半句则具有宣示性意义。^[5]这似乎意味着“加强合作保护知识产权”没有实际价值。然而，这一看法可能忽视了“建立知识产权保护规则”和“加强合作保护知识产权”的关系。

从前文提到的一些释义中不难看出，“加强合作保护知识产权”其实是内嵌于“建立知识产权保护规则”中的，可以理解

为《电子商务法》对如何建立知识产权保护规则作出的要求，是平台经营者履行“建立知识产权保护规则”这一义务时需要同时做到的一些工作。

因此，既然“建立知识产权保护规则”是法定义务，那么作为内嵌于或依附于这一义务的“加强合作保护知识产权”也不应被理解为没有实际价值。事实上，在电子商务法起草组提供的释义中，并没有指出“加强合作保护知识产权”属于宣示性条款，而且还强调“平台外知识产权人不论是否与平台经营者签订合作协议，平台经营者都应与之合作，构建知识产权保护规则系统，否则平台经营者就涉嫌违反电子商务法的法定义务。”^{[1]126-127}

甚至还有看法指出，第 41 条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。^[6]因此“加强合作保护知识产权”具有一定的实际价值而非只有象征意义。只不过，这一规定是否必须通过设定具体要求和采用归责方式来发挥其价值意义，值得进一步分析。

目前学界对于“加强合作保护知识产权”的关注较少，即使涉及这一方面，也多为一般性解析而非具体阐释，比如有看法指出，电子商务平台经营者加强与知识产权权利人的合作，其实是在进行一种一体保护——对平台内经营者中的知识产权权利人应当通过交易规则来加强联系，对平台外的知识产权权利人可以通过签订知识产权合作协议的方式来加强合作。

对于没有签订知识产权合作协议的其他知识产权权利人也要一视同仁。^[7]这一看法虽然从正面分析了合作，但是缺乏细致说明。除此之外，也有看法对“加强合作”进行了说明，认为合作的方式包括但不限于建立有效的投诉与沟通渠道，加强与知识产权权利人的联系，设计鼓励权利人举报侵权的奖励机制等。^[8]

虽然这一说明在一定程度上为理解何为“加强合作”提供了帮助，但是只涉及了合作的大致方向和个别形式，没有深入分析这种合作的总体要求，以及这种合作如何得到有效实现，因而提供的指引依然有限。

另有观点从配合的视角来认识“加强合作保护知识产权”，认为平台经营者与知识产权权利人合作可以是事先的合作，更多的应该是事后的积极配合。^[9]但是，事后的积极配合该如何理解依然欠缺说明，尤其是事后的配合与事先的合作区别在哪里，为什么事后的配合更重要，这些问题并没有得到解析。

还有看法认为，电子商务平台经营者应当建立起全面、明确、可行的知识产权保护规则，为知识产权权利人提供顺畅的维权机制，知识产权权利人也应当主动采取措施，积极利用电子商务平台建立的知识产权投诉和处理机制，双方通过有效的配合，共同实现保护知识产权的目标。^[10]

不可否认双方的有效配合确实可以作为“加强合作”的一个重要方面，但是，如果只关注到了配合，却回避了对“加强合作”如何表现和如何实现的分析，这并没有真正解决当前的主要问题。因此，在“加强合作保护知识产权”的把握上，仍有进一步探讨的必要。

二、“加强合作保护知识产权”的价值定位是促成和支撑平台自治

“加强合作保护知识产权”要如何表现和如何实现取决于其价值定位，因此分析其价值定位是解决上述问题的必经过程。“加强合作保护知识产权”规定在《电子商务法》的第 41 条当中，所以分析其价值定位需要先从第 41 条谈起。

《电子商务法》第 41 条向电子商务平台经营者施加了知识产权保护的法律义务，这在立法上尚属首次，具有重要的法律意义。^[11]这一重要意义在于，让法律规范与法律机制的作用不局限于规定平台内发生知识产权侵权之后如何追责与制裁，还包括如何促进与规范平台自治治理，即希望平台经营者与有关各方加强合作，制定与实施知识产权保护规则，采取保护措施以预防、避

免、及时制止平台内的知识产权侵权行为。^[12]换言之，第 41 条其实是希望平台经营者在知识产权保护方面不能仅在发生侵权行为后才被动处理，而是要主动作为，配备足够维权人员，建立一系列管理制度，最大限度保护权利人合法权益。^[13]

因此，《电子商务法》第 41 条体现了一种打造平台自主治理的知识产权保护理念和保护追求。之所以进行这样的制度创新，是因为《电子商务法》希望结合电子商务的特点来改善知识产权保护。

长期以来，电商行业都是知识产权侵权的“重灾区”，假货盗版借助网络销售这一特殊渠道流入市场，而且由于互联网的广阔性和无界性，假货盗版可以在短时间内实现极大规模的销售，严重损害了知识产权权利人的利益。

传统上互联网领域的侵权问题一般按照《侵权责任法》所确立的规则处理，但是这一侵权处理带有一定的滞后性和被动性——往往是在侵权行为已经出现甚至较为明显的情况下进行的“亡羊补牢”，而侵权造成的后果已经发生并有可能给权利人造成损失。因而这种保护模式虽然是考虑到了网络环境以及平台运营的特点，但是其存在的不足始终不容忽视。

虽然“知道”或“应当知道”的责任规则一定程度上隐含平台经营者在其能力范围内主动进行知识产权侵权防控打击的内在要求，但是考虑到电子商务平台经营者的运营能力，其要求并不太高，所以效果不一定十分理想。因此，作为电子商务领域基础性、系统性、全局性的立法，《电子商务法》结合目前的经济社会发展状况以及相应的制度建设经验，在知识产权问题上希望寻求突破。

这一突破的方向落在了电子商务平台的功能角色发挥上。相较于传统产业而言，电子商务更具双边市场特征，电子商务平台是具体营运活动的主角和功能承载者。^[14]所以电子商务平台经营者具有控制性。

这里所称的控制性是指电子商务平台经营者对电子商务平台和电子商务交易活动能够予以掌握，在一定程度上使得上述对象按照其自身的意志运行的特征。^[15]这样的“企业—市场双重”属性使得电子商务平台在保护消费者权益、打击盗版侵权、维护市场秩序等领域具有行政监管部门难以比拟的效率优势，在预防网络侵权、提升网络安全等领域具有丰富的实践经验和技術能力。

因此，在一定限度内，将市场监管与服务职责交由平台负责，是符合经济效益的决策。^[16]并且，以数量有限的平台替代数量庞大的商户作为监管对象，不仅能够有效解决线上商户过多导致的监管力量不足的问题，还能够有效节省监管成本，使监管者“管得少”又能“管得好”，可谓一举两得。^[17]作为一种具有独立组织架构和独特权力机制的新型市场主体，电子商务平台的角色和作用尤为突出。^[18]出于这样的认识，《电子商务法》对其设置了专门义务。

通过以上分析可见，《电子商务法》希望电子商务平台通过其控制力开展自主治理，防控知识产权侵权，从而打造一个区别于传统模式的知识产权保护新局面。因此，第 41 条最主要的功能是促成一种适宜于电子商务环境的个性化和自主化平台保护模式，以弥补传统模式存在的不足。

在明晰了《电子商务法》第 41 条的目标宗旨和功能价值之后，接下来的问题是，为什么第 41 条会要求平台经营者与知识产权权利人加强合作呢？实际上，这是促成平台自治的重要一环。

作为《电子商务法》第 41 条的一部分，“加强合作保护知识产权”与第 41 条的“建立知识产权保护规则”一起服务于促成平台自治的总目标，但是，“加强合作保护知识产权”又有其单独的价值定位，这一价值定位表现为支撑好平台自治的有效开展。

而“建立知识产权保护规则”的价值定位则是促成和确保平台自治的有效开展。因而“建立知识产权保护规则”的强制性

更突出。两者之间的角色不同也反映在前文提到的司法文件中，最高人民法院的《指导意见》将未建立知识产权保护规则认定为“应当知道”知识产权侵权行为存在的情形，浙江省高级人民法院的《审理指南》将未建立知识产权保护规则认定为电商平台未尽合理注意义务的情形。

“加强合作保护知识产权”之所以是促成平台自治的重要一环并能够支撑平台自治开展，是因为其能破解平台自治所面临的两个突出困难。

第一个困难是知识产权侵权行为识别判断上的困难。电子商务活动中形形色色的商品或服务有可能因为标志、包装或者广告语侵犯他人商标权，因为商品上附着的图案或者商品本身的形象侵犯他人著作权，因为商品的技术特征或者外观设计侵犯他人专利权。

由于知识产权侵权的识别判断很讲究专业性，尤其在涉及专利权侵权时，而平台经营者又一般不具有很高的识别判断能力，这将导致难以准确评价和分析是否出现了侵权。即便在一些著作权或者商标权侵权上，平台经营者可以有所识别并进行判断。

但是电子商务平台上销售的商品和服务种类繁多，面对如此海量的商品和服务，平台经营者的能力也会受到影响，要做到精准、到位的侵权把控和侵权打击，目前来看还有不小难度。因此，识别判断能力上的欠缺和数量规模上的应付不过来往往成为平台经营者实现有效平台治理的一大阻碍。

第二个困难是处理侵权投诉上的困难，根据《民法典》的规定，平台经营者在收到权利人的通知后，如果没有及时采取必要措施，在最终成立侵权的情况下，平台经营者要对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。

然而，对于什么情况属于“及时”，什么情况属于“合理必要措施”，目前没有明确的标准，需要法院结合实际情况综合考量。因此，平台经营者在处理时其实会面临因采取必要措施不及时不合理而承担责任的危险。

况且，实践中一些通知的情况较为复杂，有的权利基础不牢固，有的侵权情况比较难分析，有的可能带有敲诈勒索色彩，因此平台经营者在处理的时候可能并非想象中那么顺畅，一方面希望通过主动干预来维护平台内经营者的合法权益，减少平台内经营者不必要的停业损失和不良影响，但是另一方面又受到“通知-必要措施-反通知-起诉或者投诉”规则的制约，稍有不慎就可能承担责任。因此，平台经营者容易陷入左右为难的境地。

这两个困难会影响平台自治的有效开展，而应对这两个困难的出路正是在于平台经营者与知识产权权利人之间加强合作。一方面，通过两者加强合作，平台经营者有机会在知识产权权利人提供的信息帮助下，更加快速、准确地识别判断出平台上的侵权行为。

比如像商标权侵权，平台经营者可以通过与权利人的合作获知其授权经销的商家范围，以此锁定哪些平台内经营者构成侵权。又比如著作权侵权，平台经营者可以通过合作获取作品基本信息，并用于比对和扫描，尤其是一些知名作品，平台经营者更是可以提前建立预警机制，对高风险商品和服务采取技术上的过滤措施。

最后像专利权侵权，平台经营者可以通过权利人提供的专利产品信息，在平台上对类似产品进行一定的划归和监控，在外观设计保护上，这样的措施有助于快速定位侵权行为。

另一方面，依托二者的合作，平台经营者有机会在约定和同意的基础上，实质性介入“通知-必要措施-反通知-起诉或者投诉”的过程，并根据实际情况，提供多元化的纠纷处理方式，或者在“及时采取必要措施”时进行更多的选择，以化解规则运行有点僵化的现实问题。

同时，这一合作有利于降低平台经营者自己的责任风险，因为平台经营者的必要措施可以在权利人的认可下根据其意愿和实际情况展开。另外，这一合作也有利于降低知识产权权利人的赔偿风险，毕竟，权利人的通知一旦错误，便要承担一定责任，而很多时候，权利人自身也没有完全的把握判定侵权成立。因此，依托合作，赋予权利人更多的纠纷处理方式，让其能够在把握不定的时候安全及时地投诉平台上的潜在侵权行为。

虽然平台自治是《电子商务法》希望实现的主要愿景。但是这种平台自治不能无序进行，因为其中牵涉众多平台内经营者以及知识产权权利人的利益，所以有必要通过一定的平台规则加以固定和公示，在这样的思路下，平台的交易规则体系构成了平台的“章程”，对交易各方的商业模式、利益选择、分配均有实质性影响。^[19]

包括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等在内的大量规则均应当根据第 41 条的规定事先制定，并在平台上予以公示。^[20]因此，上述释义和解读将“加强合作保护知识产权”聚焦于规则制定的参与，主要原因是希望平台经营者和权利人双方提早达成约定和形成合作，同时以固定下来的规则约束各方，并且给平台内经营者一种明确的指引，力保平台规则的可预见性。

就此而言，“加强合作保护知识产权”本身应该是一种多方面的合作，但是考虑到固定下来的规则才具有好的约束性和指引性，所以需要尽可能地将这种合作反映在平台的知识产权保护规则上，这也是上述释义和解读强调保障参与规则制定过程的内在逻辑。

三、“加强合作保护知识产权”以积极沟通和力求共识为要旨

既然“加强合作保护知识产权”的价值定位在于促成和支撑平台自治，那么“加强合作保护知识产权”就不应该定位为一种“达标性”的要求，换言之，“加强合作保护知识产权”并不是希望平台经营者机械性、形式性、象征性地让权利人参与规则制定过程，而是希望平台经营者与知识产权权利人根据实际情况和双方意愿进行多方位、深层次、长时间的知识产权保护合作，这样平台经营者才能借此有效克服平台自治过程中面临的困难，从而维系好平台自治。

在维系平台自治顺利开展的同时，电子商务活动中的知识产权保护难题也将得到一定程度改善。事实上，第 41 条采用“加强”的表述，也反映出《电子商务法》对平台经营者朝着合作不断“全面、深入、长久”的方向而努力的希冀。

因此，“加强合作保护知识产权”其实是在引导平台经营者积极地与权利人进行沟通，并在这种沟通中力求达成共识，以此让权利人更充分、更有效参与规则的制定。由此可以推知，“加强合作保护知识产权”是以积极沟通和力求共识为要旨。

积极沟通意味着，平台经营者需要主动和知识产权权利人深入、全面、细致地进行合作事宜商讨，具体在规则制定过程中，则是尽量创造条件让双方平等磋商、有序谈判，发表各自意见，提出各自建议，力争实现平台经营者和知识产权权利人在信息上的互通。

这种互通不仅有助于平台经营者更好知晓权利状态、内容、特点以识别判断平台上的知识产权侵权行为，而且有助于平台经营者根据自身实际以及权利人真实想法处理通知和采取必要措施。

力求共识意味着，平台经营者需要和知识产权权利人一起凝聚共识，只要达成共识，就是有成果的，而只要有成果的协商，就有助于开展合作，也就有助于实施平台自治并优化和改善当前的知识产权保护现状。

因此，平台经营者应尝试和知识产权权利人做到条件上的互认，在适当的时候进行一些必要的妥协和取舍。至于其他暂时未达成共识的方面，可以逐步推进，在后续沟通中继续寻求共识。

在此理解之下，前文提到的保障权利人参与平台规则制定该如何表现的三个问题，包括参与方式、参与程度、参与结果，都会得到一个相对清晰的认识。

在参与方式上，平台经营者应当尽量创造直接参与、全面参与、透明参与的机会，比如让权利人亲临现场、当面协商；准予权利人事前提议、事中反馈、事后监督；给予权利人真实全面的相关信息等。

在参与程度上，平台经营者尽量让权利人全程参与、深度参与、实质参与。而在参与结果上，平台经营者需要积极追求共识的达成，在平台规则中体现双方的合作内容。当然，这只是一种大致方向，平台经营者可以根据自身情况与具体形势再作调整。

这一思路将有利于避免为保障知识产权权利人参与权设定具体要求时可能出现的困难。通过前文的分析，可以看出对于保障权利人参与规则制定在实践中会出现多种不同的认识，从而给具体要求的设定带来巨大挑战。

无论选择哪种参与方式、参与程度抑或参与结果，都可能会面临必要性、合理性、可行性、有效性等不同方面的质疑。另外，如果选择设定一个具体“参与度”，又可能产生其他不利影响，具体而言就是，电子商务平台之间的巨大差异让这样的“参与度”很难设定，这也是电子商务侵权治理乃至互联网侵权治理中始终无法回避的一个问题。

每个电子商务平台在经营规模、业务范围、技术条件、人力物力方面差异不小，开展平台治理的路径也不尽相同，如果采取统一的标准要求所有的平台经营者，不仅会造成抹去特色和脱离实际的情况发生，而且可能影响市场竞争。

当这一要求定得过高时，很多中小电子商务平台将可能因无力承担或者无力维系而受到处罚，一些平台甚至可能会因为合规成本过高而难以存续，从而打破了原有的市场竞争格局，导致不必要的经营者集中。但是，如果将这一要求定的过低，虽然中小平台能够应付过来，可是过低的标准可能让要求形同虚设，届时加强合作的效果将会十分有限。

而且，一种过于确切的要求还容易导致僵化，甚至让保障参与变成一种“形式”和“应付”。在这种情况下，与其选择设定具体要求，不如选择明确具体方向，让平台经营者在大方向中根据自身情况提供参与的机会和渠道。

虽然由于没有设置所谓的“及格线”可能导致权利人参与效果参差不齐的问题，但是相比于设置“及格线”所可能导致的一系列风险，前者更具有可接受性，因为没有设置“及格线”不代表所有的电子商务平台就不会去加强合作。

事实上，对于电子商务平台而言，开展知识产权保护并不完全是负担，很多时候它是平台竞争的一个重要方面。知识产权保护工作做得好的电子商务平台销售的商品更有保证，消费者购买起来也更安心，从而建立良好的信誉和口碑，反过来又会吸引更多的商家入驻。因此，谋求良好的知识产权保护效果是当前众多平台的发展方向。

对于一些超级平台而言，他们既有能力也有意愿在知识产权保护方面建立差异化格局，而经营者、消费者也将更多地向知识产权保护效果优异的电子商务平台靠拢。在这样的基本形势下，如果采取一定的手段来促成电子商务平台加强合作，也有机会实现好《电子商务法》所预期的平台自治局面。

四、“加强合作保护知识产权”适宜通过免责手段来推进实施

“加强合作保护知识产权”最主要的意义既不是这个过程本身或者这个形式本身，也不是为了去应付式地达到一定合作程度或具有一定合作效果，而是在于让平台经营者不断挖掘合作潜能，在缓解平台自治困难的同时，支撑好平台个性化自治的开展。

基于这样的情况，与其施加一份强制保证平台进行合作，不如给予一份鼓励推进平台进行合作，这是在互联网领域中可以大胆进行的尝试。因此，在“加强合作保护知识产权”的实施上，更适宜采用免责手段来推进而非归责手段来保证。

免责手段是指，当平台经营者保障了权利人充分、有效地参与平台规则制定之后，可以根据规则中的合作内容提出抗辩，符合条件时无需承担相应责任。值得注意的是，这是一种间接性免责而非直接性免责，不意味着平台经营者只要保障了权利人的参与，就可以据此不承担相应责任，而是意味着当平台经营者积极沟通、力求共识并保障了权利人的充分、有效参与后，确实形成了合作的内容。

那么后续在认定平台经营者是否属于收到通知后未及时采取必要措施以及“知道”或“应当知道”时未采取必要措施的情形时，可以通过分析平台经营者与知识产权权利人的合作内容来进行评判，而不再重新设定平台经营者的注意义务并以这一注意义务来进行评判。即使合作内容所形成的注意水平较低，但是这毕竟属于得到了权利人的认可且符合双方期待的表现，因此当平台经营者实际执行之后，可以认为平台经营者在特定场景中已经尽到了应尽的义务而不再需要承担相应的责任。

由于平台经营者与知识产权权利人之间的关系特殊，并且存在法律的特别规定，因而发生纠纷的双方往往是平台经营者和知识产权权利人。在平台经营者为被告的诉讼中，权利人通常认为平台经营者收到通知后没有及时采取必要措施，或者具有识别和制止特定侵权行为的能力而没有及时采取必要措施。

而平台经营者则通常会主张其收到通知后所采取的必要措施及时且合理，或者主张其能力有限所以不知道也不应当知道侵权存在。在诉讼过程中，平台经营者的表现如何评价和能力如何把握是确认平台经营者是否承担责任的关键，但这也是司法认定的难点。

对此，如果双方在合作中进行了信息互通、条件互认，那么针对平台经营者收到通知后是否及时采取必要措施的纠纷而言，可以确定的一点是，平台经营者在收到通知后所采取的必要措施可能已经征得了权利人的认同，当这样的合作内容得到了有效执行之后，那么对于必要措施的后果，权利人也应当有所预见。

此时，无论基于意思自治原则还是基于诚实信用原则，权利人都不应主张平台经营者为这样的必要措施承担相应责任。这样平台经营者在收到通知后是否及时采取必要措施的判断就可以变得更加明晰。

另外，就平台经营者是否属于“知道”或者“应当知道”而未采取必要措施的纠纷而言，如果通过双方的合作，平台经营者的实际能力、所掌握信息、经营特点和状况已为权利人所周知并认可，那么这一基本情况可以作为分析平台经营者识别和制止特定侵权行为的能力依据。

在根据双方合作内容推导出平台经营者能力无法构成“知道”或者“应当知道”的情形，或者在能力所及范围内平台所采取的措施已经符合合理必要的限度，那么平台经营者将不需要承担责任，即使这一能力低于法官根据注意义务为其设定的最低能力要求，也一样可以作为抗辩的理由。原因在于，双方彼此约定符合意思自治原则，当发生纠纷时，这一约定可以作为确定平台经营者是否已尽义务和是否承担责任的依据，这种做法也体现了诚实信用原则。

不难看出，通过免责手段来推进“加强合作保护知识产权”的实施是以意思自治原则和诚实信用原则为基础的。对于平台经营者而言，这样的方式有利于他们积极、主动、大胆地探索合作方式，因为他们的责任风险可以得到有效防范。同时，出于降低风险的追求，平台经营者将尽量保障权利人参与规则制定过程，并与其达成共识，这样保障参与如何实现的问题也能得到解决。

除此之外，网络侵权纠纷的裁判效率也有可能因“通过合作内容得以免责”的思路而得以提升。原因在于，如果平台经营者

和权利人双方做到了信息互通和条件互认，也就相当于权利人认可了平台经营者以这样的方案和能力进行知识产权保护，那么合作内容中平台经营者的方案和能力便可直接作为评判平台经营者是否尽到了义务而免除责任的依据。

值得注意的是，这一做法还可以避免因应用归责手段而面临的困难——主要是判定是否满足归责情形时可能出现的一些困难。例如，平台经营者制定和修改规则的过程不一定能提供渠道和机会让每个知识产权权利人参与，而没有获得参与的权利人，或者是获得了参与但是顺序靠后的权利人，往往容易产生参与权利没有得到保障的诉求。

此时，如果实现“加强合作保护知识产权”采用的是一种归责的手段，那么不同权利人之间的公平性问题就会给是否归责的判定带来困难。举个例子，如果平台规则的制定和修改涉及所有权利人，但是能够提供的参与资格只有一百个，那么就可能会出现这一百个人要如何选择，为什么要这样选择的争论。这样，如何评价是否保障了参与、是否需要因此归责的难题也将出现在法官面前。

相反，如果用免责手段取代归责手段来推进“加强合作保护知识产权”的实施，则可以有效化解这一潜在的难题，毕竟平台经营者不会因没有保障到或者没有提供给个别权利人参与机会而直接被认定为需要承担责任。在免责手段下，平台经营者可以根据每个知识产权权利人的情况来定制合作的方式和内容，这样能够促进形成具有个性化、针对性的合作局面，从而支撑平台自治的良好运行。

五、结语

《电子商务法》中“加强合作保护知识产权”的规定赋予平台经营者一定的自主空间，让平台经营者与权利人结合实际情况合作开展平台治理，是改善目前电子商务知识产权保护现状比较适宜的路径，也是区别于传统模式并推进国家治理现代化的必要之举。对此可以从两个方面加以把握。

第一，“加强合作保护知识产权”是希望平台经营者与知识产权权利人根据实际情况和双方意愿，多方位、深层次、长时间地展开合作，并将合作成果固定在平台知识产权保护规则当中。因此，根据“加强合作保护知识产权”的规定，平台经营者需要与权利人进行沟通，并在这种沟通中力求达成共识，让权利人更充分、更有效参与规则的制定。

第二，如果平台经营者没有保障权利人的参与，在现有法律规定下，平台经营者无须为此单独承担责任，但是，如果平台经营者与知识产权权利人在一些方面进行了信息互通、条件互认，那么这些沟通和共识将成为评价平台经营者表现和能力的依据，平台经营者可以在执行合作内容后被认为是在特定场景中尽到了应尽义务。

在此思路之下，电子商务平台经营者可以探索和权利人进行更广泛、更深入、多形式的合作，而不会受到特别的约束。事实上，通过这样的细化，《电子商务法》第41条规定的“加强合作保护知识产权”将能更好地发挥其预期作用和实现其预期目标。

参考文献：

[1] 电子商务法起草组. 中华人民共和国电子商务法条文释义[M]. 北京：法律出版社，2018.

[2] 崔聪聪. 电子商务法[M]. 北京：知识产权出版社，2019:111.

[3] 李伟佳. 《电子商务法》的知识产权保护规则[J]. 人民法治，2018(20):36-39.

[4] 杨立新. 电子商务民事责任之立法基础与基本规则[J]. 甘肃社会科学，2019(1):100-107.

-
- [5]杜颖.《电子商务法》知识产权条款的适用与评价[J].电子知识产权,2021(4):4-13.
- [6]薛虹.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[J].法学杂志,2020(9):13-23.
- [7]杨立新.电子商务交易领域的知识产权侵权责任规则[J].现代法学,2019(2):77-90.
- [8]赵旭东.中华人民共和国电子商务法释义与原理[M].北京:中国法制出版社,2018:279.
- [9]熊英.电子商务平台经营者知识产权保护义务与责任分析——以《电子商务法》规定为限[J].中国市场监管研究,2019(4):10-15.
- [10]刘晓春.《电子商务法》知识产权通知删除制度的反思与完善[J].中国社会科学院研究生院学报,2019(2):124-136.
- [11]徐卓斌.《电子商务法》对知识产权法的影响[J].知识产权,2019(3):31-40.
- [12]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[M].北京:法律出版社,2018:147.
- [13]陶佳音.对《电子商务法》知识产权保护制度的研究与思考[J].中国市场监管研究,2019(3):48-51.
- [14]金善明.电商平台自治规制体系的反思与重构——基于《电子商务法》第35条规定的分析[J].法商研究,2021(3):41-52.
- [15]郑佳宁.电子商务平台经营者的私法规制[J].现代法学,2020(3):166-179.
- [16]朱晓娟,李铭.电子商务平台企业社会责任的正当性及内容分析[J].社会科学研究,2020(1):28-36.
- [17]姚辉,阙梓冰.电商平台中的自治与法治——兼议平台治理中的司法态度[J].求是学刊,2020(4):90-102+2.
- [18]薛军.电子商务法平台责任的初步解读[J].中国市场监管研究,2019(1):18-21.
- [19]薛虹.论电子商务第三方交易平台——权力、责任和问责三重奏[J].上海师范大学学报(哲学社会科学版),2014(5):39-46.
- [20]电子商务法起草组.中华人民共和国电子商务法解读[M].北京:中国法制出版社,2018:209.