

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.04.012

欢迎按以下格式引用:李雨峰,邓思迪.互联网平台侵害知识产权的新治理模式——迈向一种多元治理[J].重庆大学学报(社会科学版),2021(2):155-165. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.04.012.



Citation Format: LI Yufeng, DENG Sidi. A new governance model for infringement of intellectual property rights by internet platforms: Towards a multiple governance[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2021(2):155-165. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.04.012.

互联网平台侵害知识产权的 新治理模式 ——迈向一种多元治理

李雨峰,邓思迪

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

摘要:第三代互联网的兴起,形成了平台经济。平台企业连接了全球范围内的用户,改变了传统产业的结构。平台经济具有规模经济、更少闲置、精准定价、信息动态化等特点,在提供便利的同时,平台经济也带来了更多知识产权侵权风险。已有的研究,对平台企业的规制多集中在损害发生后的赔偿责任。但由于平台企业自我规制动力不足,事后规制模式存在局限。为避免互联网平台侵害知识产权风险的扩大,采用事后规制与事前规制相结合、政府规制与平台企业自治、法律与行业规范相结合的多元治理模式更为科学。

关键词:平台企业;规模经济;知识产权;侵权责任;多元治理

中图分类号:D923.4 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2021)02-0155-11

经济学家认为,信息不对称是造成人类交往不畅的重要原因。在那种时代,限于昂贵的搜索成本,人们难以形成关于供需的市场,交易很难达成^[1]。互联网的兴起,特别是移动互联网和APP的结合,大大改变了这一状态。由此,人类的交易成本大幅度降低,交易能力明显提高。此外,加上传感器、大数据分析等技术的配合,互联网经济迅猛发展,互联网科技公司茁壮成长,并因此改变了人类的商业模式和生活方式。正如有学者所指出的,第一代互联网经济 web1.0 产生了谷歌、百度这样的搜索引擎,它给我们提供了合作、交流和共享信息的平台;第二代互联网经济 web2.0 扩大了搜索和交流的范围,形成了京东、亚马逊等这样的在线市场;第三代互联网经济 web3.0 正在改变服务

修回日期:2020-12-10

基金项目:国家社会科学基金重大项目“高质量发展时期网络知识产权治理体系研究”(20ZDA063)

作者简介:李雨峰,西南政法大学民商法学院教授,博士研究生导师,法学博士;邓思迪,西南政法大学民商法学院博士研究生。

业,它大大降低了线下交易的成本,并深刻改革了线下市场的物质基础架构^[2]。

在第三代互联网经济中,阿里巴巴、美团、滴滴等公司是其先锋。这些公司为用户提供信息平台,用户根据平台的要求,通过注册所需要的信息,便可以登录平台,最后达成交易。以美团公司为例,公司提供网站或APP,用户仅需要提供相应信息,便可注册一个账户。登录账户后,商家与用户便可达成交易,美团公司的平台主要发挥的作用是提供信息。这一提供信息的行为凭借移动互联网,大大改变了人们的生活,并迅速遍及全球。目前,平台服务已经进军大量行业,如影视(YouTube)、餐饮(美团)、运输(滴滴)等。这些平台具有实物分享的特点,把一方或者多方具有使用价值的物品在用户之间进行匹配,大大改变了传统产业的形式和结构^[2],给传统产业带来了深刻的变化。依托于云服务的帮助,这些平台更具有跨国的特点,在一定程度上,平台经济甚至重塑了全球化本身^[3]。它激活了那些闲置的财产,把闲置的物品用于出售,把自己不用的汽车用于运输,把自己的空余时间用于送达,增加了社会总供给。提供这些平台的企业被称为平台企业,由于企业提供的这种服务产生了巨大价值,有人称之为平台经济。

互联网平台在给社会带来诸多便利的同时,也带来了诸多风险,如热播网剧盗版泛滥、假冒商品屡禁不止。平台企业与传统的私人企业性质不同,很难用商品的价值进行衡量,其价值的估算方法和治理模式也与传统的企业存在差异^[4]。更重要的是,这些风险是平台经济的必然伴生品,它伴随着平台经济的发展而系统地增加。在这种经济发展模式中,人们在积累财富和享受便利的同时,必然要承担其带来的风险。用乌尔里希·贝克的话说,这种风险是自反性的,它是现代化自身引发的危险和不安,风险以自身的方式塑造着现代化的模式^[5]。我们能做到的只是尽可能地降低而不是消除风险。反过来,对风险的防范也会影响平台经济的发展。平台经济的效益依赖于规模,对风险的防范不仅增加了平台企业的运营成本,还会限制平台规模的增长。试想,移除互联网平台内具有(知识产权)侵权之虞的商品,其直接结果是减少平台可能之供给。对此,平台企业应当对风险的产生承担何种责任呢?换句话说,在互联网平台给我们带来便利的同时,应当如何界定平台企业的注意义务,如何明确廓清平台企业和使用者之间的法律关系,如何对平台企业进行合理的治理,就是我们必须面临的问题。

一、平台企业侵害知识产权风险的管窥

(一) 平台企业的特点

平台企业呈现出与传统企业不同的特点,这些特点与平台本身密切相关。有学者将平台经济的特点进行了总结,认为平台经济包括规模经济、更少闲置、交易单元的定制、人人均为资本家、从标准化到定制、接触胜过拥有、运营成本较低、精准定价、信息动态化等特点^[2]。正是由于这些特点,平台企业在陌生人之间建立了沟通渠道,形成了规模经济。

在前平台经济,由于现代化和城市化的进程,我国已开始了从熟人社会向陌生人社会的转化,但由于通信技术的束缚,陌生人之间的交往受到了较大的限制。由于信息不对称,在前平台时代,大量资源闲置,如多余的房间、闲置的物品、空闲的劳动力。因为无法发现相应市场,这些要素无法发挥最大的功能。平台企业为这些闲置的资源提供了供求途径,激活了大量的闲置资源和劳动力。在平台经济下,每个人都是平台的消费者,也可能同时是平台上的商户。阿里巴巴就是靠大量的小

商户支持了公司的运行。之前大市场、大企业为消费者之间的依赖关系被打破,私人所有的每件东西都具有了价格,休息时间可以兑换为对别人的服务,私人空间可以兑换为别人的客栈。“平台让每个人、每件东西都具有了价格”^[2]。德国思想家桑巴特曾经指出,包括性自由在内的感官快乐促成了奢侈消费,而奢侈又在组织结构上促成了资本主义的形成^[6]。与此相关,平台使每一件东西都变成了消费品,这在一定程度上拓宽了资本主义的范围,形成了全民资本主义的浪潮。平台经济还具有信息动态化的特点。在前平台经济时代,信息不对称导致消费者对商品或服务无法获得确定的认知。在平台经济模式下,消费者凭借移动互联网上的APP,可以随时关注自己商品的动态,并可以通过商品的评价、评级和其他信息,减少不确定性,实现商品信息的动态化。

在前平台经济时代,对社会经济发挥更大作用的是大企业。原因在于,大企业在市场上提供了大量产品,其质量与信誉具有一定的稳定性。当消费者与大企业进行交易达成协议的时候,更多依赖的是大企业之前的信誉。这里呈现的关系是一个或几个大企业与多数消费者之间的关系。这是一种“一对多”的交易模式。对大企业而言,它依赖的是消费量的增加。通过体验性消费,消费者慢慢熟悉了大企业,并形成了相对稳定的供需关系。由于大企业提供的产品和服务具有标准化的特点,消费者选择的余地较小。

与之不同,在平台经济模式下,诸多用户可以调动自己闲置的资源,并在平台上展示;而更多的消费者可以在平台上晒出自己的需求。信息的对称性提供了把消费者从对大企业的依赖中解放出来的条件和可能。用户对平台信息的依赖,形成了巨大的市场,与之前大企业为消费者之间的一对多关系不同,这里呈现的是多对多的关系,在这个关系中,没有中心,没有固定的角色,人人都既可能是消费者,也可能是供应商。

(二) 平台经济增大知识产权侵权风险

平台把诸多的陌生人集合在一起,在增进交易量的同时,也给社会带来了诸多危险。在博弈论看来,交易双方在初次博弈中,为了自己的利益,博弈双方达成的结果并不是最优的。博弈双方为了自己的利益,更多地会去侵害他人的利益^[7]。平台上的陌生人之间的交易,很多体现了这种初次博弈的结果,知识产权侵权是其中的典型例子。大体说来,平台经济增加了商品或服务提供者侵犯知识产权之可能。

平台经济下,交易的双方多是陌生人。在陌生人的初次交往中,投机心理比较普遍。陌生人之间的交往,没有之前的信息,没有共同的规范约束,多是一次性交易。在信息经济学上,陌生人之间的一次性交易,相比熟人之间的多次交易,更容易产生侥幸心理。在一个社区被认为道德高尚的人,到了一个陌生地方很可能会违法,反应的就是这个道理^[8]。中国古代的“慎独”一词在一定意义上也反映了这个道理。近年来,电商平台上屡禁不止的盗版、假冒、仿冒商品,就说明了这一点。尽管这些行为也经常发生在线下,但在平台环境下,这些行为更呈现了自己的特色。在线下,销售盗版、假冒商品并不依赖于第三人的信息,侵权交易的发生多以特定地域为前提。而在平台经济模式下,由于提供商品或服务的一方了解消费者的部分信息(交易意愿、配送地址),知识产权侵权行为的发生,超越了地域的限制,这意味着侵权商品消费量增加的可能。试想,如果没有平台提供的信息,商品或服务提供者即使知道特定地域外存在不少消费需求,也无法达成交易。

在前平台经济时代,跨地域销售多由大企业促成,依赖于供应链的优势地位,它可直接要求其

他企业遵守硬性的责任标准^[9],防范可能涉及的侵权风险。在平台经济模式下,信息对称的结果,是帮助双边用户(供应商、消费者)跨越自己无法或难以跨越的销售(或消费)网络边界,形成双边市场^[10]。受限于经营规模,双边市场中的小商户无法投入足够成本防范知识产权侵权之风险。又或者说,平台经济模式下的信息对称,使得以(知识产权)侵权作为营利手段的生意,更为有利可图。借助于平台企业的信息,侵权交易屡屡促成。一方面,平台企业的角色并非中性,商户进驻的要求、交易规则的设定、用户账户的管理,使平台企业具备干预双边市场实际供需的能力。另一方面,双边用户对平台服务的需求,成为维系双边市场的基础,由此,平台企业在双边市场中,并不具备大企业在供应链中的优势地位,过分苛责平台企业的结果,可能是产生新的信息不对称,冲击平台经济的基础。如此,对平台带来的风险,它自己如何承担相应的义务。

二、平台侵害知识产权责任模式的阐释与检讨

(一) 侵害知识产权的平台责任

平台经济模式产生的风险,包括平台企业产生的风险,以及利用平台服务的用户行为产生的风险。在平台经济带来的挑战中,最重要的是,由于平台企业和用户之间的关系,不如传统企业那样具有更为直接的监管关系,因此,平台企业更难以控制用户之间的关系。在探索平台经济的风险控制时,更应该采取结构化的而非单一的控制方式。

有关互联网平台的责任,各国立法走过了一条漫长探索的道路。早在1996年,《美国通讯规范法》第230条明确规定,互联网平台不对通过其服务从事的侵权行为承担间接责任,国会在相关的立法文件中指出,该条文的初衷是将互联网平台和传统的出版社、电视台进行区分。需注意的是,这一条并不适用于侵害著作权的行为,该法律也没有规定通知—删除机制。也就是说,《美国通讯规范法》第230条的规定,除了用户侵害他人的著作权外,互联网平台不对用户的任何行为负责。1997年,美国的《数字千年版权法》(DMCA)专门为传播作品的互联网平台作出规定,第512条要求网络服务提供商在适当情形下终止向严重侵权的用户、账号持有人提供服务的政策,同时为短暂传输、系统缓存、信息存储、信息定位行为提供避风港免责,只要在权利人提供了合理的侵权通知之后删除了有关链接和内容,就不承担责任。但网络服务商在实际知道侵权活动或者依照有关情形明显意识到侵权活动时,如不断开有关链接和内容,应当认定其没有履行相应的注意义务,应当承担责任。显然,美国采用的是二元模式,美国只针对提供作品传播服务的网络服务商提出了要求,其设计的“通知—删除规则”和“避风港规则”并不适用于其他领域。我国2006年制定2013年修订的《信息网络传播权保护条例》也基本上吸收了这种做法,将“通知—删除”规则适用于侵害著作权的领域。但2010年实施的《中华人民共和国侵权责任法》扩大了“通知—删除”规则的适用范围,从著作权领域扩大到所有的民事侵权领域。并纳入《民法典》中。欧盟2000年的《电子商务条例》和我国的《电子商务法》也将“通知—删除”规则适用于所有的民事侵权领域。这意味着,理论上,至少在所有的民事领域,平台企业如果没有履行相应的义务,就要对平台用户的行为负责。

大致说来,目前关于互联网平台的责任,主要体现了以下特点:第一,秉持技术中立的基本立场。由于互联网上海量信息的传播,互联网平台没有能力对网上涉嫌侵害他人权利的用户行为进行主动审查。如果要求互联网平台具有主动审查的义务,将会影响互联网的本质。第二,互联网平

台没有主动审查的义务,并不意味着没有注意义务,因之,如果侵权人在互联网平台的行为具有明显的侵权事实,或者依相关情况,互联网平台应当能够判断侵权事实的存在,此时,它如果不断开连接,就被认为没有履行注意义务,仍然要承担共同侵权的责任。第三,“通知—删除”规则适用于所有的民事侵权领域,如果互联网平台收到了权利主体的合理通知,如著作权人、商标权人、专利权人、名誉权人等,互联网平台没有删除相关内容,断开链接,就应当承担相应的民事责任。第四,平台行为不同,注意义务也应当不同,如互联网平台在用户行为中直接获得经济利益、设置了榜单、进行了选择编辑推荐等人工干预行为,其注意义务就应适当提高。第五,平台服务不同,注意义务也应当有所不同,如接入、自动存储、缓存等服务,与链接、搜索等定位服务,与信息存储空间服务的注意义务就应当存在差别。相对于社交平台,由于电商平台对用户的控制和交易的介入较深,也应当承担更强的注意义务。

(二) 平台责任模式的检讨

1. 事后规制模式的有限

大致说来,目前已有的关于互联网平台责任的讨论多数集中在事后的规制,亦即当发生侵权行为时,考量的是平台应当如何弥补权利人的损失,具有被动的性质,体现的是一种矫正正义。并且,相较于侵权法上共同侵权的一般规则,互联网平台负担着更低的注意义务^[11]。对此,事后规制的困难在于,法院需要考量,科以过高的注意义务是否会过分加重互联网平台负担,同时也担心,平台企业利用例外规则,刻意放纵侵权行为。表面上,这是设置合理注意义务的智慧资源不足造成的,因为很难测量基于注意义务的高低,平台经济创造的社会总福利是否超过权利人遭受的整体损害。实际上,注意义务的设置是否合理,隐含着—个事实,即社会公众对盗版、假冒商品的需求。无论权利保护的价值有多高,低价或者零成本获取商品或服务的需求,总是持续存在着。

抑制侵权商品的供给,增大合规产品的需求,总体可欲。因此,问题不在于民事裁决应当如何度量平台企业为抑制侵权商品所花费的成本,而在于加重平台企业(侵害知识产权)的民事责任是否属于达致以上目标的理想途径。例如,在现行规范体系内,通过扩张解释《电子商务法》第45条“知道或者应当知道”“必要措施”两项术语,把设定(侵害知识产权)的技术过滤措施作为平台企业应尽的注意义务,增大平台企业的连带责任范围,似乎具备可行性。但令人生疑的是:第一,就目前的技术而言,无法比对、过滤专利和集成电路布图设计等内容。第二,尽管文字、图片、音频、视频的分析、索引、比对技术日益精确,但是,技术门槛、成本仍较高,注意义务水平的增加,是否会激发权利人及其代理人对中小型平台企业的诉讼热情、增加非执业实体(NPEs)对平台企业的经济侵蚀,仍是一个值得讨论的问题。第三,为免诉累,增加注意义务,是否会转化为平台用户新的形式负担,例如,每上架新的商品或服务均需出具无侵权声明,增大交易成本。第四,平台监管责任的提高,是否会加重平台错误判断侵权行为的不良后果,恶化平台内竞争生态。第五,强制性要求屏蔽特定形式要素,是否会损害平台内交流,限制用户言论自由,产生“寒蝉效应”。

总体而言,包括技术过滤在内的平台治理措施,存在合理性,在业界实践中也取得成效^[12]。但是,通过加重事后责任,“倒逼”平台企业增加治理力度,并非是一必然的不二选择。相较于规避侵害知识产权风险,它更有可能造成的结果是,打破平台内运转的自生秩序,扰乱平台企业对双边价格的再分配。为此,相关司法解释(《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用

法律若干问题的规定》第8条)至今保持审慎的态度。

2. 平台企业自我规制的动力不足

平台内网络交易的达成,一般依赖于五种权利义务内容,包括提供网络交易场所、发布信息流、价金托管支付、物流配送、交易信用评价^[13]。换言之,知识产权保护,并非维持网络交易关系正常运转的必要条件。更重要的是,在平台内,一组用户(供应商)所得利益取决于平台吸引另一组用户(消费者)的能力,如果特定侵权情形的产生(如人身安全、食品质量)会严重削弱平台的用户吸引力,对此,平台企业存在自我规制的激励。与此相悖的是,侵害知识产权商品或服务的供应,会增加(而非削弱)平台的用户吸引力。因而,平台企业对侵害知识产权风险治理的激励,存在天然的不足。此外,侵权(知识产权)交易的达成,多数并非由消费者不知情促成的,而是交易双方的共谋,侵权交易具备隐蔽性。换言之,平台企业对侵害知识产权风险治理的能力和成本,均受到考验。

为应对平台企业自我规制的天然不足,“通知—删除”规制和有限注意义务的适用,成为平台责任的基本范式。尽管各国解释相应规则时,宽严相异,但尚未有成例,把平台承担普遍的主动监管义务,纳入平台责任体系。现有的平台责任模式,依存于微弱的平衡:确保权利人的维权措施得到平台的有效回应,并不影响平台准入、信息交互的前提下,要求平台采取(低成本的)侵权风险防范措施,侵权人则在(权利人)发现成本和(平台)责任缝隙间从事相应业务。随着实践经验的累积,逐步得到承认的是,平台企业的责任间隙,并不如预设的狭小,部分国家法院试图扩大解释“应该知道”,引入“故意视而不见”情节^①,但对于平台企业的实际影响,仍有待观察。正如前面提到的,继续加重事后规制的力度,并非良方,依靠平台企业的社会责任感,自主加强规制措施,更缺乏理论和实践的可行依据。因之,对平台企业科以何样的义务,设置何样的机制,督促其防患于未然,更多地体现分配正义,就成了立法和行政部门亟待解决的问题。

三、互联网平台的新治理模式:迈向一种多元治理

(一) 多元治理的必要性

我国《民法典》、知识产权法都有关于互联网平台履行一定注意义务的规定。这种追究法律责任的方式,体现了法律作为治理手段的重要性,是立法部门对某些社会活动的持续性控制,其目的在于追求一种符合国家价值导向的公共政策。它体现的是一种规制的模式,重在强调国家公共部门对非政府部门行动的控制。然而,随着互联网社会和全球化的到来,国家与社会、政府与公民、国家机构与非国家机构之间的关系和互动的新形势出现了,之前那种立体化、科层化的工作模式,逐渐代之以扁平化的去中心的工作模式。此时,非政府主体将承担更多的政府职能,因之,新治理理念强调国家与非国家主体之间的相互依赖,强调治理发生于较少科层而更多网络体系之中的趋势^[14]。由此,去中心化的治理模式是互联网领域的一个新特点,它认识到政府能力的局限,承认非政府主体的价值,认为二者的互动合作对于秩序更为重要。这种治理模式承认非政府主体的自我规制体系,并对其进行观察,在此基础上认可后者的规制结果,或者对其结果进行干预,但这种干预不是直接而为,而是对其进行调控或者激励。这种治理模式被称为元规制^[15]。

^①SEB S. A. v. Montgomery Ward & Co., 594 F. 3d 1360 (Fed. Cir. 2010).

元规制强调在制定规则、监督、执行规则等方面的多元参与,意图确保平台企业运用被赋予的裁量权,实现公共政策目标,而非自身的私人利益。元规制模式下,法律对互联网平台科加的行政责任,是政府主体进行调控或者激励的主要手段。但是,政府监管并不是元规制的唯一调控机制,市场机制与社群参与同样可对互联网平台施加压力。因之,互联网平台的元规制是一种多元治理体系。多元治理体系优于单一政府监管的地方在于:规制的智识障碍更少、获取的信息成本更低、执行更为灵活有效^[16]。通过外部监管的威慑,多元治理体系,克服了平台企业自我规制动机不足的问题;相较于科责更高的注意义务,多元治理体系,为平台企业保有内部调整的治理空间,减少因严格的外部责任,冲击平台内确保良善行为的基础和独立能力。

(二) 事先预防:算法治理的可能与规制

就平台的自我规制而言,算法治理路径,被频频提及^[17]。这一思路更着眼于技术,认为平台应当运用算法,实现内部自查,算法治理的实施依赖于一个强大的数据库,为平台审查其接受的服务或内容的合法性。这种思路与通过法律的事后规制相比,它可以把纠纷化解于发生之前。在过去,平台企业多数辩称,这种技术给互联网平台带来过多的负担,它迫使平台去雇佣更多的员工,对用户传至平台的内容进行事先审查。然而,在互联网空间,算法设计具有实际约束力,它是程序设计的一系列计算过程,通过输入(值)向输出(值)的转换,算法回应了“怎么做”的问题,并提供具有可操作性的具体步骤。理论上,互联网平台通过算法设计,自动剔除(而非人工筛选)具有侵权之虞的商品或服务,是可欲的。困难之处在于,如何运用计算机等具备信息处理能力的装置精确识别侵权特征,并确保算法对商品或提供商品行为的性质判断,与善良管理者基本一致,成为算法治理的障碍。

大数据技术的产生与运用,使算法治理被赋予新的期待。大数据技术并非简单改变数据的排列或呈递方式,而是通过处理与分析底层数据,生成推断性信息,它可为人们提供触摸、理解和逼近现实复杂系统的可能性^[18]。换言之,经由结构化处理和数据集训练,利用算法精确识别侵权特征、判断行为性质,成为可能。事实上,以算法实施为基础的自动化侵权检测技术,已然落地。美国 YouTube 公司开发内容 ID(Content ID)系统,利用储存有版权内容(多为影片)的数据库,交互比对用户上传的视频内容,自动识别、剔除侵权内容。我国百度公司针对百度文库开发的版权过滤系统(DNA 反盗版文档识别系统),实施自动化侵权检测技术。限于技术能力,自动化侵权检测技术较多运用于商标和版权,甚少适用于专利侵权检测,因为平台用户甚少上传与专利相关的数据内容用以比对发现侵权产品。

算法治理的实现,意味着互联网平台负担着高于法定的注意义务。与其说这是平台企业社会责任感的提高,倒不如说,是多元治理网络的实施表现。具有说服力的事实是,百度文库大批量下架涉嫌版权侵权文档,开发版权过滤系统,并非由于著作权法修改或管理层结构更迭,而是国家版权局在 2010 年整治侵权盗版专项行动(剑网行动)的实施。与之相类似,2014 年国家工商总局披露《关于对阿里巴巴集团进行行政指导工作情况的白皮书》,要求“充分运用信息技术进行内部管理”。随后,阿里巴巴集团打通“Aliprotect”和“Taoprotect”两个平台,成立阿里巴巴知识产权平台(IPP),开发“知产保护科技大脑”算法系统,主动拦截侵权商品。反过来,算法治理的实施,为执法部门提供侵权嫌疑人线索以及电子证据采集,形成共治的合力。

多元治理网络初见成效,但令人生疑的是,平台企业对侵害知识产权的行政责任边界何在。依据《电子商务法》第84条,平台企业承担的行政责任范围,与民事责任相近,包括履行“通知—删除”规则和注意义务,但是,(行政责任项下)注意义务的设定,是否应与现行(针对民事责任)司法解释保持一致,尚未明确。值得注意的是,2014年国家工商总局出台《网络交易管理办法》,该办法第26条要求,平台企业对平台内发布的商品或服务建立检查监控制度,与之相配套的《网络交易平台经营者履行社会责任指引》第17条规定,“网络交易平台经营者应采取技术手段屏蔽侵犯知识产权和制售假冒伪劣等违法商品信息”。诚然,“社会责任指引”并非强制性行政规范,但考虑执行、解释上位规定时,可能“不经意”地创设新的义务,以下因素应当纳入考量:第一,原则上,只有当平台企业没有或者缺乏足够的动力去控制违法行为时,通过强化行政责任的激励控制,才是必要的;第二,注意义务设定的前提,是平台企业能够以合理的成本阻止相关违法行为;第三,应当注意平台企业履行义务时,与其他主体的关系,特别是对未违法者施加的限制^[19]。依此,行政机关是否要求平台企业履行普遍的主动审查义务,作为行政上的履责前提,应当保持谦抑。

(三) 多元治理的规范保障

平台的行为、服务不同,注意义务也有所差别,对这种差别的发现与运用,并不关乎法律之规定,而是依赖于差别形成背后依托的知识,即如何在保障平台企业平稳运营的同时,有效抑制侵权产品市场的需求。这种知识的有效运用,并非来源于某个智识超群的个体或机构的先见,而是依赖于经验积累衍生的共识。例如,淘宝网针对出售假冒商品实行“三振出局”制,即卖家每次出售假冒商品的行为(同时删除相关信息)记为一振,若同一卖家出售假冒商品累计达三振,将被查封账户。这种自主细化规则的做法,便是经验知识累积的结果。“政府监管+平台自治”模式有助于以上共识的产生,它关注平台经济风险的动态演进,尽管政府监管权能同样授权于法律,但平台企业在多元治理体系中,更多面临行政指令与社群参与带来的压力。

因之,在多元治理体系下,对互联网平台侵害知识产权的治理,并不苛求法律强制的彻底贯彻,而是寻求一种多元对话。规则适用的稳定性与可预期,并非多元治理体系的实施目标,相反,通过构建对话平台并参与对话,多元治理体系在一定外部压力的作用下,形成接受度更高的规制结果。这也是为何在多元治理体系下超越法定注意义务的实施是可选的原因。在此过程中,多元主体(政府、社群)的外部监督不可或缺,它是事先治理(平台自我规制)落实的直接推动力,问题在于,如何确保多元治理体系的实施,源于外部监督力量与平台企业的互动合作,而非具有计划色彩的指令结果。由此,(多元治理)规范保障的可取途径,并非试图精确地类型化平台义务,再加以推进,而是确保平台企业、平台内社群、政府的治理合力,是有效且可持续的。后者依赖于以下两个方面的制度供给:第一,信息保障机制的建立。多元治理合力的形成,源于规制与激励相容,它打破科层化治理模式中,由于内部相对封闭,(平台企业、平台内社群、政府)经由成员间的相互默许,维持高侵权风险的运作。多元治理的前提是信息的充分保障,通过加重合规的利益张力,激励不同主体参与治理。由此,应供给以下信息——用户递交投诉的机制,删除、屏蔽(侵害知识产权)商品或服务的判断标准,平台内的投诉数量,处理投诉的人员组织情况,最终被删除或者屏蔽的信息数量,用户申诉的情况,转递其他专门机构的处理情况,平台处理的周期,以及通知和反通知的适用情况。2017年,德国通过《网络执行法》,要求收到100起以上投诉的平台企业,负有制作报告之义务,每半年制作

一次,完成后一个月内公布在联邦司法部和网站主页,报告内容与前述信息大体相同^[20]。第二,算法解释权的构建。平台主动承担审查义务的技术依托,是算法治理,基于相关性而非因果关联,算法能够低成本和高效率地索引、筛查、处理侵害知识产权风险,但其背后的风险是,由于无从知晓背后的运算逻辑,人们难以有效挑战和回应算法决策。一旦平台用户遭遇算法歧视,其将被结构性地锁定,并面临系统性的不利影响^[21]。算法治理只有是可理解的,才是可控制的。为此,算法控制者(平台企业)应负有解释算法的义务,尤其针对影响平台用户实际权益的自动化决策(或人机辅助),应当作出易读、可验证的解释。必要时,这一解释还应当符合反设事实标准,即回答什么是决策中与事实具有因果影响的重要因素,否则,将难以裁决算法决策的失误,是否存在故意或重大过失。目前,欧洲《通用数据保护条例》第22条、第35(3)(a)条规定,数据控制者负有算法解释之义务,但由于未明确解释标准,尚存流于形式之虞^[22]。

(四) 补充措施:信任机制的促成

在这种多元主体形成的治理网络中,信任机制的建立发挥着不可或缺的作用。它可以降低交易成本,使参与主体形成稳定的关系,并促进学习和知识的交流^[23]。良好的信任机制可以增加人们的可预期性,并缓解互联网平台的风险。反过来,信任的形成又源于治理网络的形成。

平台企业对在基础结构层采取了一些防范风险的措施。除了京东、阿里巴巴等平台企业采取的“申诉+投诉+处理”等事后机制之外,这些措施还包括事先的机制。(1) 实名注册制。在用户使用平台服务时,用户必须输入真实信息,实名账户搭建了网络空间与现实世界联系的桥梁,而在实名要求下,认证与识别发生混同。一方面,可供认证的身份信息成为平台监管的起点,平台用户对自身行为负责;另一方面,可识别身份信息的供给,造成平台用户隐私的持续威胁。任何平台监管行为,均在可识别身份信息的使用下展开,为避免侵权之虞,互联网平台一般会通过格式合同,遵循“用户明示原则”+“最少够用原则”,要求平台用户同意使用其个人信息。这里存在的问题是,同意使用后,平台用户是否可进一步干预或控制个人信息的用途,以避免日常安宁受到侵扰。在欧洲,曾有议案提出数据主体的被遗忘权,亦即消费者有权在不接受某种服务后,从相关企业删去其个人信息的权利。(2) 事先调查与事后评价。在平台服务中,平台企业在为用户提供服务时,平台企业均会对商品或服务提供方进行背景调查,如他作为商家的过往记录,有无犯罪前科,有无侵权行为等背景,这些背景知识为平台对用户的监管提供了针对性。在提供商品或服务的过程中,平台可以依赖定位技术和系统记录对商家或服务提供者进行监控,商品是否发货、商家销售记录等都可以让消费者在移动APP上了解。在商品交易完成或服务结束以后,接受商品或服务的一方可以对提供商品或服务的一方进行评价,通常,最满意的是五星评价。通过平台内部的奖惩机制、稳定评价体系对提供商品或服务的一方在增设压力的同时也对其有所激励,使其为用户提供较好的服务。(3) 平台内的信息共享。平台企业不止自己积累这些用户的信息,还可以在平台内共享这些信息,由此,为平台内用户提供查询商品或服务提供方的可能性。通过平台内信息的共享,客户可非常便捷地熟悉商品或服务提供者的类型或习性,如是否准时交货、是否提供售后等。与事后评价不同,平台内的信息共享,应由互联网平台供给,而非其他平台用户,如此,可减少商品或服务提供者为了争取交易机会而降低信息的可信度、准确度。平台企业在基础结构层的这些措施在一定范围内建立了信任,为用户的交易形成和风险防范提供了参考。

除此之外,互联网行业协会也应该完善相应的行业规范。2001年成立的中国互联网协会在组织结构上设立了行业自律工作委员会、个人信息工作委员会、标准工作委员会、反垃圾工作委员会。中国互联网协会还通过了《中国互联网行业自律公约》《互联网搜索引擎服务自律公约》。这些自律公约规定了很多自律内容,对互联网平台企业的行为提供了规范要求。但是,由于这些规范要求是自律性的,并不具有强制性,如果平台企业不执行这些规范,也只是在行业内受到其他企业的差评而已。互联网平台如果违反了这些自律协议或者行业规范,该如何定性?实践中,有法院判决,这种行为构成了不正当竞争。由于行业规范不是法律,也不是商业道德,如果平台企业没有遵守行业规范,还不宜直接认定其行为就构成了不正当竞争^[24],也不宜直接认为其违反了注意义务而应当对用户的行为承担责任,只能将其作为一个认定是否构成过失的考量要素。

多元治理体系的建立,必须突破传统的通过司法保护和通过技术规范的缺点,迈向一种规制治理的新模式。从手段上看,既要发挥通过法律、技术进行治理的优势,又要超越法律、技术的不足。从主体上看,既要依赖政府部门,又要依赖互联网平台企业等主体的自制,从而形成一个事先治理与事后救济相结合的治理框架。对平台企业,采取一种公私合作的多元治理模式^[25],是一种较为合理的选择。

互联网已经构成了人们生活的一种方式,互联网平台在人们的日常交往中发挥着重要的作用,其带来的风险具有自反性。这种风险与互联网本身共生存。由于互联网平台具有扁平化去中心的特点,对其仅采用通过法律责任进行治理的方式存在一定的弊端。在互联网平台为人类带来便利的同时,我们应当采用一种超越法律的互联网平台治理模式,这种模式应当带有多元性的特点,应当吸收政府主体和非政府主体的积极参与。

参考文献:

- [1] COASE R H. The firm, the market, and the law[M]. Chicago: University of Chicago Press, 1988: 96.
- [2] LOBEL O. The law of the platform[J]. Minnesota Law Review, 2016, 101(1): 87-166.
- [3] KENNEY M, ZYSMAN J. The rise of the platform economy[J]. Issues in Science and Technology, 2016, 32(3): 61-69.
- [4] 周学峰, 李平. 网络平台治理与法律责任[M]. 北京: 中国法制出版社, 2018: 19.
- [5] 乌尔里希·贝克. 风险社会[M]. 张文杰, 何博闻, 译. 江苏: 译林出版社, 2018: 7.
- [6] 维尔纳·桑巴特. 奢侈与资本主义[M]. 王燕平, 侯小河, 译. 上海: 上海人民出版社, 2005: 46.
- [7] 张维迎. 博弈与社会讲义[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 179.
- [8] 费孝通. 乡土中国[M]. 上海: 人民出版社, 2006: 47.
- [9] 吴定玉. 供应链企业社会责任管理研究[J]. 中国软科学, 2013(2): 55-63.
- [10] ARMSTRONG M. Competition in two-sided markets[J]. RAND Journal of Economics, 2006, 37(3): 668-691.
- [11] 崔国斌. 网络服务商共同侵权制度之重塑[J]. 法学研究, 2013(4): 138-159.
- [12] 崔国斌. 论网络服务商版权内容过滤义务[J]. 中国法学, 2017(2): 215-237.
- [13] 杨立新. 网络交易法律关系构造[J]. 中国社会科学, 2016(2): 114-137, 206-207.
- [14] ABBOTT K, SNIDAL D. The governance triangle: Regulatory standards institutions and the shadow of the state[M]// MATTLI W, WOODS N. The politics of global regulation. Princeton: Princeton University Press, 2009: 44-88.
- [15] 科林·斯科特. 规制、治理与法律: 前沿问题研究[M]. 安永康, 译. 北京: 清华大学出版社, 2018: 6.
- [16] BALDWIN R, CAVE M, LODGE M. Understanding regulation: Theory, strategy, and Practice (Second Edition) [M]. New

- York:Oxford University Press,2012:139.
- [17]张吉豫. 智能社会法律的算法实施及其规制的法理基础:以著作权领域在线内容分享平台的自动侵权检测为例[J]. 法制与社会发展,2019(6):81-98.
- [18]HEY T,TANSLEY S,TOLLE K. 第四范式:数据密集型科学发现[M]. 潘教峰,译. 北京:科学出版社,2012:4.
- [19]KRAAKMAN R H. Gatekeepers: The anatomy of a third-party enforcement strategy[J]. Journal of Law, Economics, and Organization,1986,2(1):53-104.
- [20]查云飞. 德国对网络平台的行政法规制:迈向合规审查之路径[J]. 德国研究,2018(3):72-87.
- [21]BALKIN J M. The three laws of robotics in the age of big data[J]. Ohio State Law Journal,2017,78(5):1217-1241.
- [22]张欣. 算法解释权与算法治理路径研究[J]. 中外法学,2019(6):1425-1445.
- [23]KLIJIN E. 治理网络中的信任[M]//包宪国,译. 斯蒂芬·奥斯本. 新公共治理? ——公共治理理论和实践方面的新观点. 北京:科学出版社,2016:295.
- [24]李雨峰. 互联网领域不正当竞争行为的判定[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版),2016(1):25-30.
- [25]章志远. 迈向公私合作型行政法[J]. 法学研究,2019(2):137-153.

Anew governance model for infringement of intellectual property rights by internet platforms: Towards a multiple governance

LI Yufeng, DENG Sidi

(School of Civil and Commercial Law, Southwest University of
Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

Abstract: The rise of the third generation internet has formed a platform economy. Platform companies connect users around the world and change the structure of traditional industries. The platform economy has the characteristics of economies of scale, less idle, accurate pricing, and information dynamics. While providing convenience, the platform economy also brings more risks of intellectual property infringement. Existing research has focused on the regulation of platform companies on the liability for compensation after the damage. Due to the insufficient self-regulation of platform companies, the post-regulation model has limitations. In order to avoid the expansion of the risk of internet platforms infringing on intellectual property rights, a combination of post-regulation and pre-regulation, government regulation and platform enterprise autonomy, and law and industry norms are adopted. The model is more scientific.

Key words: platform enterprises; economies of scale; intellectual property rights; infringement liability; multiple governance

(责任编辑 胡志平)