

# 平台经营者“相应的责任”认定标准及具体化

## ——对电子商务法第38条第2款的分析

马更新\*

**内容摘要:**电子商务法第38条第2款为平台经营者规定了“相应的责任”。但责任性质、归责原则、举证责任的分配等均未明确,法官判案没有统一标准,可能导致同案不同判的问题,有损法的可预见性和公平性。平台经营者充当市场秩序维护者时,承担的应是侵权责任,其对应的主观过错是过失,且举证责任倒置。如果平台经营者履行职责就不会发生损害,那么由其承担不真正的连带责任;如果平台经营者尽到义务也会发生损害,则在其未尽到义务时,由其在未尽义务范围内承担相应的补充责任。此外,还应明晰平台经营者的“资质审查义务”“安全保障义务”,同时课以“监控义务”。

**关键词:**平台经营者 平台责任 侵权责任 连带责任 补充责任 安全保障义务

**中图分类号:**DF59   **文献标识码:**A   **文章编号:**1674-4039-(2021)02-0086-97

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2021.02.007

2013年12月27日,由全国人大财政经济委员会牵头立项,以“去除中国特色的部门立法色彩,树立全局视野”为立法初衷,电子商务法的立法进程正式启动。历经5年时间,经过多次激烈讨论与争执,2018年8月31日电子商务法终于获得通过。随着相关法律法规的逐步完善,平台经营者的义务不断增加,消费者受到了更多的保护。

### 一、平台经营者责任界定的立法争议

#### (一)电子商务平台的角色定位

平台经济是指一种真实存在或者虚无的交易场所,对消费者与销售者之间的交易进行撮合,并以此收取费用从而获得收益。平台经济的重要线下履约环节是现代物流,平台经济的生命力的激发与该环节的运作情况息息相关。<sup>[1]</sup>电子商务平台属于平台经济的一种,是以互联网为依托的虚无的交易场所。因此,平台经营者具有市场组织者的属性。但只有这个层面的了解还不够,若想厘清电子商务法第38条第2款,首先需要分析平台经营者、平台内经营者以及消费者三方的法律关系。平台经营者是指设立、运营电子商务平台,为交易的实现和达成提供特定服务,具有开放性、中立性、营利性、

\*中国政法大学民商经济法学院教授、法学博士。

本文系2019年教育部规划基金项目“数据财产私法规制体系的重塑研究”(项目批准号:19YJA820057)的阶段性研究成果。

[1]参见郑佳宁:《平台经济时代快递增值服务的立法规制》,载《东方法学》2019年第4期。

控制性的组织体。<sup>[2]</sup>对这一概念进行分析,可以发现平台经营者同时具有“企业 / 市场”二重性:一方面是竞争的主体,平台经营者会以企业的身份在相关市场中参与竞争,比如自营电商,此时平台经营者直接与消费者签订买卖合同,其地位与传统的线下销售者并无不同,在应当遵循民法典合同编履行规则的同时,<sup>[3]</sup>一旦发生侵权行为可依据消费者权益保护法、民法典侵权责任编等法律法规承担责任;另一方面是市场秩序的维护者,平台经营者作为提供中介服务的市场,是连接销售者与消费者的节点,其主要功能是撮合交易,并据此对平台内经营者及其行为进行规范。除了传递信息以外不介入任何交易关系之中,这也是规范制定者对于信息平台的定义。<sup>[4]</sup>此时平台作为一个具有单独的组织结构和管理体系的新型市场主体,其并非是纯粹的契约型构造,需要新的、专门的规范来指导其行为。电子商务法在这样的背景下诞生,第38条第2款也是基于平台经营者作为市场秩序的维护者这一属性规定了“相应的责任”。

## (二)电子商务法对平台经营者责任界定的立法过程

### 1.三审稿中的“连带责任”受到各大平台经营者的一致反对

在电子商务法三审稿中,有关平台经营者承担责任的法条被首次加入。立法明确规定,平台知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者服务不符合保障人身、财产安全的要求,或有其他侵害消费者合法权益的行为,未采取必要措施的,与该经营者承担连带责任。这一规定受到了各大平台经营者的一致反对。各大平台认为,“连带责任”赋予平台的责任过重,平台内的商家数以百万计,倘若平台对每一个商家都要承担连带责任,无疑大大增加了平台运营的成本和风险,是在通过增加平台义务来逼迫各大平台经营者成为线下实体,将与互联网发展的趋势背道而驰。<sup>[5]</sup>因此,在电子商务法的第4次研讨会上,各大平台经营者联合部分学者,强烈建议将自己承担的“连带责任”改为“补充责任”。

### 2.四审稿将“连带责任”改为“补充责任”,受到广大消费者的强烈反对

电子商务法四审稿接受了平台经营者的建议,将“连带责任”改为“补充责任”,平台经营者的利益得到了极大保护。但四审稿公布之际,滴滴平台被曝乐清女孩遇害案,由于平台未及时提供遇害女孩搭乘顺风车的相关信息,大众舆论对于加强平台责任呼声高涨,“补充责任”变得备受争议。消费者认为,平台经营者仅承担补充责任时,消费者只能先向平台内经营者求偿,在经营者赔偿不能时,平台经营者才出面承担责任。消费者通过虚拟的互联网平台进行交易,并不知道平台内经营者的真实姓名与真实地址,相比向平台经营者求偿,向平台内经营者求偿的难度更大。中国消费者协会在2018年9月发表的观点中也强烈声明,平台经营者作为风险引入者、受益者和控制者,不应视为与平台内经营者无关的法律意义上的“第三人”,不应与原侵权责任法第37条第2款(对应现行民法典侵权责任编第1198条第2款)的规定作相同处理使之承担“补充责任”。<sup>[6]</sup>“连带责任”赋予消费者向平台经营者或平台内经营者求偿的选择权,强化了平台经营者的责任底线意识,更有利于保护消费者的权益,“补充责任”则为消费者的维权之路增添了更大的隐患。

### 3.两方利益难以平衡,现行法进行模糊化处理

一时间,“连带责任”与“补充责任”僵持不下,各方争执不断,立法者难以抉择。现行法最终作出了模糊化的处理决定,将这一条款中的争议暂且搁置,即将四审稿中平台承担的“补充责任”改为“相

[2]参见郑佳宁:《电子商务平台经营者的私法规制》,载《现代法学》2020年第3期。

[3]参见温世扬:《〈民法典〉合同履行规则检视》,载《浙江工商大学学报》2020年第6期。

[4]例如,中国人民银行等部委经国务院批准颁布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》和最高人民法院发布《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》都将网贷平台定义为信息中介,禁止提供信息撮合、资信评估等中介服务以外的其他服务。

[5]平台经营者每天要面对海量信息,如对其课以过重责任,会迫使其投入大量人力、物力进行信息审核和过滤。长此以往,势必给刚兴起的网络行业造成极大负担,从而危及网络行业的正常发展,最终损害社会公共利益。参见刘颖、黄琼:《论〈侵权责任法〉中网络服务提供者的责任》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2010年第3期。

[6]参见中国消费者协会网站:《中消协观点:贯彻落实〈电子商务法〉切实保护消费者合法权益》。

应的责任”。民法中的责任有违约责任、连带责任、补充责任等,电子商务法中仅仅简单规定“相应的责任”,却对“相应的责任”的内涵界定,适用的归责原则以及举证责任分配原则只字未提,引发了广泛讨论。这意味着在未来的争议解决中,特别法有规定从其规定,若特别法没有规定,就由法院根据具体情况判定平台经营者应如何承担“相应的责任”,从而对平台过错、责任性质和份额等作出判定。同样的案件事实,不同的法官不一定对“相应的责任”作出同样的界定,这在无形中给消费者的维权之路增添了更多的不确定性因素,也为司法的可预见性与公平性增添了更多的隐患。

对于“相应的责任”,电子商务法起草者的观点是,除法律另有规定等特别情形以外,平台经营者违反安全保障义务的责任应当类推适用原侵权责任法第37条第2款的规定。<sup>[7]</sup>而不适用的情形包括:第一,法律另有规定时,如食品安全法第131条第1款规定,网络食品交易第三方平台与食品经营者对消费者的损害连带承担赔偿责任;第二,平台经营者作出比法律规定更有利于消费者的承诺时,应当履行其承诺;第三,平台经营者与平台内经营者构成共同侵权时,两者承担连带责任。<sup>[8]</sup>国内支持类推适用的学者不在少数,他们认为,“电商平台经营者承担着网络交易管理者的角色,其组织、协调、推动网络交易的行为符合‘公共场所管理人或者群众性活动组织者’的特点,传统民法中的安全保障义务理论可以适用于电子商务平台”。<sup>[9]</sup>

有学者表示,如果使平台经营者承担比“补充责任”更重的责任,可能会因责任过重导致电子商务平台的创新和发展受到抑制,与电子商务法的立法初衷相背离。如果采用“连带责任”,平台经营者“必须对在该平台上开展的全部交易承担普遍性的主动监控义务,这一方面导致平台经营者的负担过重,另一方面可能会侵蚀平台内经营者的权利,产生抑制创新的负面效果”。<sup>[10]</sup>但也有学者持不同观点,认为平台经营者为平台内经营者的直接侵权行为提供了必要条件,对平台内的经营行为、侵权行为具有一定的管控能力,因而应当承担更高的安全保障义务,<sup>[11]</sup>类推适用“补充责任”可能导致责任偏轻。还有学者认为,平台经营者通过平台内经营者的经营行为获取收益,即与侵权者存在着直接利益关系,因此如果采用“补充责任”的规定,则平台经营者承担的责任相对偏轻,<sup>[12]</sup>应当课以更重的责任。笔者认为,平台的创新发展不应当以危及消费者的利益为代价,平台经营者相比场所管理人应当承担更高的安全保障义务,因此不应当类推适用民法典侵权责任编第1198条第2款的规定,而应当从平台经营者的不作为与损害结果发生之间的因果关系出发,分析责任承担方式。

## 二、平台经营者“相应的责任”模糊引发的问题

在具体讨论这种模糊表述引发的问题之前,我们还应当关注该部法律目前的实施情况。笔者以“电子商务法第38条”为条件进行了案例检索<sup>[13]</sup>,得到相关案例的判决书64份,去除与第38条适用无实际关联的,得到样本判决书37份,样本案例34个。其中涉及适用第38条第2款的案例有2个,一个案

[7]原侵权责任法第37条的内容体现在民法典侵权责任编第1198条:“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后,可以向第三人追偿。”民法典扩大了原条款的适用范围,并规定了安全保障义务人承担补充责任后的追偿权。

[8]参见电子商务法起草组:《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119—121页。

[9]参见周樞平:《电子商务平台的安全保障义务及其法律责任》,载《学术研究》2019年第6期。

[10]曹阳:《互联网平台提供商的民事侵权责任分析》,载《东方法学》2017年第3期。

[11]参见陈晓敏:《论电子商务平台经营者违反安全保障义务的侵权责任》,载《当代法学》2019年第5期。

[12]参见冯术杰:《论网络服务提供者间接侵权责任的过错形态》,载《中国法学》2016年第4期。

[13]参见无讼案例官网,2021年1月7日访问。

例原告举证不足未得到支持,<sup>[14]</sup>另一个案例认定平台未尽到资质审查义务应当承担相应的补充责任,但是没有真正意义上对“相应的责任”进行系统准确的判定。<sup>[15]</sup>伴随着电商行业的发展,电子商务法在未来有极大的实施空间,“相应的责任”也会在更多的案例中有所体现。因此,讨论其引发的适用不明问题是十分必要的。

### (一)“相应的责任”类型性质解释不清

因对立法过程中“连带责任”与“补充责任”的争执难以决断,立法者进行了模糊化处理,规定为“相应的责任”。这无疑是将“连带责任”与“补充责任”之争的难题交给了法官,但立法者根本无法保障所有法官能对同一案件事实作出同样的法律认知。若法官倾向于保护消费者的利益,则适用连带责任,若法官倾向于保护平台经营者的利益,则适用补充责任,消费者与平台经营者谁的利益至上全在法官一念之间。并且,不少学者提出既是“相应的责任”,就说明平台经营者承担的责任不仅仅局限于侵权责任这一种民事责任类型,还可以根据具体的案件事实解释为民事责任中的违约责任。这样一来,平台经营者承担责任的类型更加模糊不定,法官在判案中面临的判断和选择将更加复杂。

### (二)“相应的责任”归责原则适用不明

责任的认定需要有一定的原则和标准。同样的事实若适用不同的归责原则,责任人承担的责任大小也不同。我国法律规定的归责原则主要有:过错责任原则、无过错责任原则和公平责任原则。民法典侵权责任编对侵权事实进行了分类,并对每类侵权事实适用的归责原则进行了详细的列举和说明。电子商务法没有对平台经营者承担的“相应的责任”适用的归责原则进行明确说明,并且平台经营者实施的侵权行为也不能归类为民法典侵权责任编中的任何一类侵权行为。就现有较少案例而言,法院的观点尚能体现一致性,都要求原告对平台经营者存在过错进行举证,即采用过错原则。这样的选择并非毫无道理,因为无过错原则和公平原则适用范围小,且都有法律的明确规定,进行扩大或限缩存在难度,试错成本较大;而过错原则作为基本和保守的选项相对合理安全、易于论证。当然,这是建立在传统的侵权责任法体系之上。而电子商务法无论从适用情形还是规制对象上都不可能完全依照侵权责任法领域的规则来适用,在没有明确的规范指引下,归责原则的选择根据案件实际情况和法官对法律的不同理解仍然有其他可能。“相应的责任”适用的归责原则不明致使法官在判定平台经营者责任大小时没有明确的法律原则和标准可以参照。这导致不同的法官适用不同的归责原则。同样的事实,平台经营者承担的责任大小却有天壤之别,将大大减损司法的公平公正。

### (三)“相应的责任”举证责任配置缺位

电子商务法仅仅规定了平台经营者承担“相应的责任”,却没有明确指出这种“相应的责任”的举证责任由谁承担,可能导致司法实践中举证责任配置的不公。因为在消费者进行维权诉讼时,依据我国民事诉讼法谁主张谁举证的一般原则,应当由消费者承担电子商务交易侵权纠纷的举证责任。2019年修订的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》删除了原来法官无法可依时可以根据公平原则和当事人举证能力分配举证责任的规定。相反,在如今的司法实践中,如果出现按照实体法律规定确定举证责任分配可能导致明显不公平情形的,因为涉及民诉法解释第91条的适用问题,法官可向最高人民法院请示,由最高人民法院进行批复,或者通过其他司法解释解决,而不能在个案中随意变更法律所确立的举证责任分配规则。依据举证责任的内容,消费者将对自己受到的损害、平台经营者的侵权行为,自己受到的损害与平台经营者的侵权行为之间存在因果关系,以及平台经营者存在过错承担举证责任。就目前审判情况而言,凡以电子商务法第38条为依据要求被告承担法律责任的,法院皆遵循了“谁主张谁举证”原则。在日常实践中,平台经营者明显具有比消费者更强的举证

[14]参见北京互联网法院(2019)京0491民初4638号民事判决书。

[15]参见深圳市宝安区人民法院(2019)粤0306民初3266号民事判决书。

能力,因其可以利用系统平台实时收集所有业务信息并形成大数据库,同时可以利用大数据信息处理技术分析整合经营中获取的数据信息。因此,平台经营者掌握的信息更多、收集证据的能力更强。在面对存在于网络背后、有单独组织体系的电商平台时,消费者处于弱势地位,承受信息不对称带来的不利影响。电子商务法第38条没有对举证责任进行规定,增加了消费者的维权难度,易助长电商平台逃避责任的不良之风。

### 三、“相应的责任”明晰标准之探讨

进一步厘清“相应的责任”的内涵,是理论和实务的双重要求,也是创新监管理念的必然趋势。《国务院办公厅关于促进平台经济健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号)指出,应当科学界定平台在资格审核、信息核验、网络安全、消费者保护等方面的责任,平台与平台内经营者合理分配举证责任,从而更好地保障各方权益,有利于新型监管模式的推进。<sup>[16]</sup>我们能够看到,明确平台责任是电子商务立法工作的延伸,是引导平台经营者合规发展的必由之路。

#### (一)将“相应的责任”定性为侵权责任并分类解释其侵权责任形态

##### 1.“相应的责任”的性质为侵权责任

首先,在民事责任违约责任和侵权责任的两大分支下,笔者认为,平台经营者承担的“相应的责任”无疑属于侵权责任的范畴。根据平台经营者的定义,平台经营者这个交易场所不生产产品,只是撮合消费者与销售者之间的交易,并以此收取费用从而获得收益。因此,电子商务合同的主体仅有网购消费者与平台内经营者。平台经营者不是合同交易的主体,根据合同的相对性原理自然也不存在承担违约责任的情形。

在司法实践中,部分平台经营者未尽到向网购消费者披露平台内经营者相关信息及其与平台内经营者关系的义务,消费者无法获得对称信息,因此难以作出准确判断从而受到损失。此时,电子商务合同的主体便是平台经营者与消费者,对于消费者受到的损失,平台经营者应当承担违约责任。2015年3月,《关于完善消费环节经营者首问和赔偿先付制度切实保护消费者合法权益的意见》由原国家工商行政管理总局出台,该意见认为,对于网络交易平台上入驻的销售者的违约责任,平台有先行赔付的义务。事实上,该意见出台的背景系消费者难以掌握平台内经营者的营业信息,平台内经营者利用电子商务虚拟性的特点,逃避违约责任的承担。但目前的形势是,电子商务法明确规定了平台内经营者负有依法办理市场主体登记的义务,平台经营者负有对经营者的主体信息进行核验、登记的义务。因此,不再存在经营者为逃避责任“隐姓埋名”这一状况。另外,实践中还存在着消费者通过参与平台经营者开展的“消费者保障计划”,获得享有平台先行赔付的权利。但对于消费者的先行赔付申请,平台经营者有单方决定是否接受的权利。因此,平台经营者的“先行赔付”并不能笼统地理解为平台经营者就电子商务合同向消费者承担的是违约责任。因此,包括这两种特殊情况,“相应的责任”也属于侵权责任的范畴。

##### 2.对电子商务法第38条第2款的分析

从规范的逻辑结构看,第38条第2款是按照条件程式确立的法律规范,该规范的事实构成是:平台经营者,未尽到审核义务或未尽到安全保障义务,造成他人损害;该规范的法律后果是:承担相应的责任。规范的事实构成要件往往是由一系列个别的事实构成要素所组成。就第38条第2款而言,其事实构成要素可以归纳为:①消费者遭受损害;②平台经营者未尽到安全保障义务;③损害是由平台经营者未尽到安全保障义务而造成的。即“损害”“过错”和“因果关系”这三个一般侵权行为的构成要件。但该条款还有很多不清晰之处。民法典侵权责任编没有对过错进行定义。在大陆法系国家的民

<sup>[16]</sup>参见《国务院办公厅关于促进平台经济健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号)。

法典中,一般将过错区分为故意和过失,那么第38条第2款中的“过错”是故意还是过失?

### 3.“相应的责任”对应的主观过错为过失

首先,“相应的责任”对应的主观心态是否为故意?笔者认为需结合法律条文进一步地探究。从第38条第1款来看,“知道或应当知道……而未采取必要措施的”的表述有“明知”之意,在民法中,“明知”是一种对过错的事实认定,需要原告举证证明被告知道他人利用其服务实施侵权行为的事实进而放任不管的状态。<sup>[17]</sup>明知平台内经营者存在侵权行为而放任不理,其实质仍是故意,无程度轻重之分。因此,第38条第1款指向的是平台经营者存在主观故意时,毫无疑问须与该平台内经营者承担连带责任。如此一来,作为同一法条中的第2款,其指向应当是与其他内容互补的内容,这样构成的条文内容才能内涵完整且不重复。从另一个角度来考虑也能得到同样的结论,若第2款中包含主观故意的情形,则满足“共同侵权”的构成要件,<sup>[18]</sup>责任承担清晰明确,无需以“相应的”这一模棱两可的表述来“打圆场”,反而使第2款指向过于复杂多样,有赘述之嫌。而“过失”本身有重大过失和一般过失之分,不同程度对应不同后果,自然要结合具体案件来判定承担与过错程度相当的责任,“相应”一词得以真正发挥作用。因此,“相应的责任”对应的主观心态应为过失。

现代侵权法采用过失认定客观化的理论,过失被定义为未尽应尽之注意义务。<sup>[19]</sup>正如有学者认为:从归责的意义上说,民事过失的核心不在于行为人是否处于疏忽或懈怠而使其对行为结果未能预见或未加注意,关键在于行为人违反了对他人的注意义务并造成对他人的损害,行为人对受害人应负的注意义务的违反,是行为人负过失责任的根据。<sup>[20]</sup>在学理上,对过失一般做客观的理解。如德国民法典规定:“疏于尽交易上必要的注意的人,即系有过失地实施行为。”欧洲示范民法典草案对过失的定义为:①未达到制定法所规定的旨在保护受害人免受损害的特定注意义务标准;②没有上述标准的,未达到在具体情形下一个理性的谨慎的人应达到的注意义务标准。<sup>[21]</sup>我国的民法典侵权责任编没有明确规定将过错区分为故意和过失,对于常见的以过失为过错形式的责任,也没有明确规定过失的定义,取而代之的是“采取必要措施的义务”“安全保障义务”“教育管理职责”,违反这些义务或职责,即要承担侵权责任。这体现了立法者的明确表示,在这几种情形下,过失须作客观化的解释。<sup>[22]</sup>电子商务法第38条第2款中的“未尽到审核义务”“未尽到安全保障义务”都是通过客观化解释对平台经营者的主观过错进行描述。因此,“相应的责任”的主观过错为过失。

### 4.分类解释“相应的责任”的责任形态

(1)“相应的责任”不应当被解释为按份责任。首先,按份责任构成要件中的“行为”,仅指“作为”,即积极的实施侵权行为,并不包括消极的“不作为”行为,而电子商务法中第38条第2款中的“未尽安全保障义务的行为”“未尽到审核义务”的行为属于“不作为”。<sup>[23]</sup>其次,若适用按份责任,则要通过对平台内经营者的故意侵权行为和平台经营者的过失侵权行为的过错进行比较,从而确定双方的责任份额。但故意侵权行为和过失侵权行为是不同种类的侵权行为,而非不同程度的侵权行为,不适宜进行比较。<sup>[24]</sup>另外,若适用按份责任,故意侵害消费者生命健康的平台内经营者将仅承担部分责任,故

[17]参见李超光、林秀芹:《〈电子商务法〉下“恶意错误通知”认定标准研究》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2020年第3期。

[18]参见“共同侵权”之“共同”实质为共同过错。参见张荣霞:《共同侵权之“共同性”反思》,载《学术交流》2016年第11期。

[19]参见屈茂辉:《论民法上的注意义务》,载《北方法学》2007年第1期。

[20]参见王利明:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第157页。

[21]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组:《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,中国人民大学出版社2012年版,第316页。

[22]有学者提出,当前判断过失侵权行为是否成立包含三个要素:(1)侵权人是过失行为人;(2)在做出过失行为时,是否侵权人已经承担针对被侵权人的注意义务;(3)被侵权人所受损害是由侵权人的过失行为直接造成的。参见王灏:《普通法系过失侵权责任证成研究》,载《浙江工商大学学报》2017年第4期。

[23]参见梁慧星:《共同危险行为与原因竞合——〈侵权责任法〉第10条、第12条解读》,载《法学论坛》2010年第2期。

[24]侵权法归责原则制度的目的在于确定责任人。责任人一旦确定,其赔偿数额原则上不因加害人故意或过失的轻重而有所不同。参见李玲娟、杜智涛:《侵权法的正义理念研究——以侵权责任构成要件为视角》,载《江西社会科学》2011年第7期。

意侵权所具有的道德上的可非难性使得立法者不愿(通过对故意侵权人实行按份责任)冲淡社会对故意侵权的责难。因此,当平台经营者以不作为侵权人与平台内经营者作为直接侵权人同时存在的时候,不应当适用民法典侵权责任编第1172条按份责任的规定。

(2)假如平台经营者尽职履行了义务,则损害即不会发生,此时将“相应的责任”解释为连带责任。在这种情况下,平台经营者未履行义务的过错与平台内经营者的侵权行为共同造成消费者的损害结果,缺少其中任何一人,损害就不会发生。平台经营者若尽职履行了义务,将不会发生侵害消费者生命健康的损害,平台经营者不履行义务的行为与消费者遭受的损害形成了“补足因果关系”。<sup>[25]</sup>此时,平台经营者不履行义务的行为对于损害结果的发生是必要条件,遂基于共同侵权行为的原因力,让其与平台内经营者承担连带责任无可厚非。<sup>[26]</sup>但由于平台经营者应对其直接侵权行为承担责任,故在其对消费者承担责任后可向从事直接侵权行为的平台内经营者全部追偿,故这里的连带责任准确的说是一个不真正连带责任。<sup>[27]</sup>

(3)假如平台经营者的过错只是纯粹增加消费者受损害的风险,平台经营者尽到义务损害结果仍会发生,此时将“相应的责任”解释为补充责任。我国补充责任制度最明显、最确定的特征就是责任顺位。补充责任人承担的是第二顺位的责任,这一制度设计主要体现为“原因差异、责任顺位理论”。依据承担责任的法律原因的不同,应对损害承担责任的数个责任人分为三个顺位,分别是:承担过错责任的人,承担合同责任人,其他法定责任人。第三顺位责任人承担责任后,可以向前两顺位责任人进行追偿,第二顺位责任人可以向第一顺位责任人追偿。补充责任最根本的目的在于达到限制侵权责任的扩张与平衡直接责任人、补充责任人和受害人利益的目的。

“只是纯粹增加消费者受损害的风险”这种情况下,平台经营者的不作为行为使消费者处于危险状态,为平台内经营者创造了实施加害行为的条件,是一种风险责任,增加了损害发生的几率。但平台经营者的不作为行为对消费者遭受的损害结果不构成事实上的必要因果关系,而是一种“单向聚合”<sup>[28]</sup>因果关系,平台经营者即使履行了义务,损害仍然会发生。因此,此时平台经营者无承担责任的基础。<sup>[29]</sup>但由于平台经营者作为危险的制造者、管控者和获利者,不让其承担相应的责任是不公平、不合理的。<sup>[30]</sup>而且,平台经营者作为网络交易环境的管理者,令其承担补充责任也符合侵权责任法中的规范要求。民法典侵权责任编第1198条第2款规定:“因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;管理人或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。”这里也是遵循体系同一性的体现。另外需要说明的是,鉴于网络交易具有快速、大量的特点,平台经营者可以采取必要措施尽量降低侵权发生的概率但却无法预见并阻止侵权的发生,不可与“应当预见而没有预见”的情况等同,以免不合理扩大平台经营者的责任范围。<sup>[31]</sup>这一观点也与司法审判相一致。在吕某、浙江淘宝网络有限公司网络服务合同纠纷二审民事判决书中,杭州市中级法院认为:“基于网络平台的开放性以及商品的海量性、商品信息的及时变更等特质以及监测、排查技术的局限性,在淘宝公司已经尽到事前规则明确、排查发现后及时删除的义务,且没有证据证明淘宝公司在案涉卖家违规发布商品、提供服务中存在明知或应知而不予及时管理的情形下,不应对淘宝公司苛以过重的责任。”<sup>[32]</sup>因此,要谨慎区分过失侵权和故意侵权。正如耶林所言:源自故意的赔偿责任是一种绝对责任,也就是说在任何情况下都不能排除或降低……相反,过失的本质是建立在其相对性、灵活性之上的,通过

[25]参见孙维飞:《单独侵权视角下的共同侵权制度探析》,载《华东政法大学学报》2010年第3期。

[26]参见杨立新:《电子商务交易领域的知识产权侵权责任规则》,载《现代法学》2019年第2期。

[27]参见杨立新:《〈侵权责任法〉规定的网络侵权责任的理解与解释》,载《国家检察官学院学报》2010年第2期。

[28]参见同前注[25],孙维飞。

[29]参见那述宇:《过失侵权中的谨慎义务与责任》,载《南通师范学院学报》(哲学社会科学版)2001年第4期。

[30]参见廖焕国:《注意义务与大陆法系侵权法的嬗变——以注意义务功能为视点》,载《法学》2006年第6期。

[31]参见周樨平:《电子商务平台的安全保障义务及其法律责任》,载《学术研究》2019年第6期。

[32]吕莉、浙江淘宝网络有限公司网络服务合同纠纷二审民事判决书,(2019)浙01民终960号。

其灵活性,它才能适应千变万化的法律关系。<sup>[33]</sup>基于此,一方面不免除平台经营者的对外责任——体现自己责任原则;另一方面则通过补充责任弱化平台经营者的内部责任而强化故意的平台内经营者(直接侵害人)的责任。<sup>[34]</sup>通过责任顺位,侵权法的两种价值——体现自己责任的灵活性和惩罚故意的惩罚性遂得以达成最佳之协调。

但平台经营者承担的补充责任是相应的补充责任。对于平台内经营者没有承担的侵权责任,平台经营者不是全部承担下来,而是在平台经营者未尽到义务的范围内承担,即根据平台经营者未尽到义务的程度来确定应当承担的侵权责任的份额。<sup>[35]</sup>并且,平台经营者在承担了相应的补充责任后可以向平台内经营者追偿。因为平台经营者作为补充责任人只是为损害的发生提供了消极的条件,平台内经营者作为实施直接侵害行为的责任人对损害结果负有全部的原因力,应当由平台内经营者承担全部的最终责任。<sup>[36]</sup>因此,通过补充责任制度的责任顺位特征,从根本上实现了平衡直接责任人、补充责任人和受害人利益的目的。

### (二)“相应的责任”应适用过错责任的归责原则

在侵权责任法上,责任构成都以特定归责原则作为基础,而归责原则实际上就是责任承担的价值判断。<sup>[37]</sup>侵权责任法的归责原则分为过错责任原则、无过错责任原则还有公平责任原则。一般情况下,适用无过错责任当更有利于保护消费者的利益。但无过错责任原则是一种基于法定特殊侵权行为的归责原则,有法定的适用范围且不能随意扩大或缩小。并且,无过错责任原则以损害结果作为价值判断的基础,而在平台交易过程中,平台经营者与消费者并不是买卖合同或者服务合同的当事人,依据合同相对性原则,消费者不能请求与自己没有合同关系的平台经营者为自己的损害承担赔偿责任。<sup>[38]</sup>因此,电子商务法中“相应的责任”不能适用无过错责任原则。公平责任原则以不存在侵权行为为前提,是一种损害分摊的方法,本质在于公平地补偿损失,而非惩罚,显然也不适用于电子商务法中“相应的责任”的归责原则。过错责任是以行为人的过错作为价值判断的标准。过错责任原则指行为人因主观上存在过错,而要对因过错行为导致的危害结果承担侵权责任。在电子商务交易过程中,平台经营者因过错未履行义务从而对消费者负有赔偿责任,所以,“相应的责任”的归责原则应适用过错责任原则。

### (三)“相应的责任”应当采取举证责任倒置的举证责任分配原则

通常,传统的过错责任原则采取“谁主张、谁举证”的原则,受害人要提出损害赔偿的请求,需就行为人具有过错提出证明。一般侵权责任适用过错责任原则,因此受害人应承担过错的举证责任。但在过错推定责任中,采取了举证责任倒置的方式,行为人若不能提出合理的抗辩事由,以证明其没有过错,则将被推定有过错。过错推定是从保护受害人利益角度而产生的,在很大程度上对加害人强化了严格责任,所以,过错推定责任的主要目的是对受害人提供救济。过错推定的发展使过错责任的职能从教育、预防的作用向赔偿作用倾斜,<sup>[39]</sup>但是,过错推定责任仍然是基于过错的责任。由上文分析可知,“相应的责任”适用的是过错责任的归责原则,由于平台经营者通常具有市场优势地位和信息优势地位,其举证能力明显高于普通消费者。在日常实践中,普通消费者不易获取信息、收集证据,笔者认为,应从保护消费者利益的角度出发,无论平台经营者在电子商务交易侵权纠纷中承担连带责任还是补充责任,都应适用过错推定责任,采取举证责任倒置的方式,让平台经营者承担举证责

[33]参见[德]鲁道夫·冯·耶林:《罗马私法中的过错要素》,柯伟才译,中国法制出版社2009年版,第97页。

[34]参见李中原:《论违反安全保障义务的补充责任制度》,载《中外法学》2014年第3期。

[35]参见全国人大法制工作委员会:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第160—161页。

[36]参见王竹:《侵权责任法疑难问题研究》,中国人民大学出版社2012年版,第182—183页。

[37]参见王道发:《论管理人在高度危险责任中的安全保障义务——以〈侵权责任法〉第76条为中心》,载《现代法学》2019年第2期。

[38]参见杨立新:《网络交易平台提供者为消费者损害承担责任的法理基础》,载《法学》2016年第1期。

[39]参见李颖:《侵权法的功能与责任基础》,载《学术交流》2008年第9期。

任。平台经营者或平台内经营者掌握电子商务交易的数据,消费者往往一无所知。若消费者想要获取交易数据,就必须向平台经营者或平台内经营者申请索取。实践中,平台经营者或平台内经营者常常以存储介质损坏、数据已丢失或涉及商业秘密为由拒绝向消费者提供。<sup>[40]</sup>或者,平台经营者与平台内经营者互相推诿,从而拖延时间,推卸责任,对消费者的诉求置之不理。更有甚者,通过现代科技手段,对交易数据进行加密从而阻止消费者获得;或者对交易数据进行篡改,向消费者提供错误的交易数据。根据《2019年Q1度中国电子商务用户体验与投诉监测报告》,2019年第一季度,电子商务消费纠纷涉及金额0—100元的占比为16.35%;100—500元的占比为26.72%;500—1000元的占比为11.72%;1000—5000元,占比为25.51%;5000—10000元的占比为6.78%;10000元以上的占比为5.97%;未选择金额的占比为6.95%。可以看出,电子商务投诉案件往往都是小额交易,投诉案例中80.30%的金额在5000元以下的范围内。<sup>[41]</sup>消费者通过维权获得的收益与消费者进行维权需要承担的调查取证费、案件受理费、律师费相比悬殊巨大。若由消费者承担举证责任,消费者往往会认为电子商务交易维权不仅要花费大量的时间和精力,而且最终结果得不偿失,这无疑阻碍了消费者的维权积极性。在“谁主张、谁举证”的举证责任分配规则下,司法实务中存在原告举证难、胜诉率低的困境。消费者作为原告提起诉讼时,有些法院认为消费者应当承担举证责任,不合理地加重了消费者的负担,而举证责任倒置从某种程度上可以形成反向压力,促使电商平台恪守义务、合规运营,强化责任意识和证据意识,从源头上减少侵权事件的发生。

因此,在平台交易纠纷中,应当采取举证责任倒置的举证规则,由平台经营者承担举证责任,再由法院根据平台经营者的举证进行判断。

#### 四、“相应的责任”之延伸思考

##### (一)明晰平台经营者的“资质审查义务”与“安全保障义务”

责任来源于义务,在电子商务交易过程中,法律对于平台经营者外部行为的期待便是期望平台经营者能够做到一般理性经济人的注意义务,即“资质审查义务”与“安全保障义务”。<sup>[42]</sup>平台经营者承担的“相应的责任”正是来源“资质审查义务”与“安全保障义务”。但是电子商务法中仅仅规定了平台经营者有“资质审查义务”“安全保障义务”,并没有对其内涵与外延作出明确的界定。巧妇难为无米之炊,这无疑给法官判断平台经营者是否履行了“资质审查义务”“安全保障义务”提出了一大难题。并且,平台内经营者经营的商品或服务种类众多,纷繁复杂,根据平台内经营者提供的不同商品或服务,平台经营者履行的“资质审查义务”“安全保障义务”程度也应有所区分。

电子商务法承袭原侵权责任法第36条第3款的间接侵权责任和第37条的安全保障责任的内容,新增的“资质资格审核义务”与安全保障义务,应当包括了主动的注意义务和审查义务。<sup>[43]</sup>资质审查义务在食品安全法等法律中已经有相关的规定,例如食品安全法第62条规定:“网络食品交易第三方平台提供者应当对入网食品经营者进行实名登记,明确其食品安全管理责任;依法应当取得许可证的,还应当审查其许可证。”此种资质审查义务仅仅局限于形式审查,或要求平台经营者对资质进行实质性核查,法律并没有明确规定。从该条第2款内容可以看出,平台经营者还负有制止、报告违反第1款规定的义务,若仅要求经营者进行形式审查,那么就无从发现现实中资质或者许可证造假的现

[40]参见湛栩鹏:《电子商务平台经营者侵犯消费者人身权益的法律责任——〈电子商务法〉第38条评议》,载《法制与经济》2018年第12期。

[41]参见《2019年Q1中国电子商务用户体验与投诉监测报告》,http://www.100ec.cn/zt/19Q1tsbg/,2021年1月7日访问。

[42]参见彭玉勇:《论网络服务提供者的权利和义务》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2014年第12期。

[43]参见徐可:《网络侵权归责体系中认识要件的起源与嬗变》,载《福建师范大学学报》(哲学社会科学版)2020年第4期。

象,第2款的规定将流于形式,消费者的权益将面临巨大的风险。但从司法实践中看,一般而言平台经营者对平台内经营者的主体信息、经营资质、相关许可证进行了形式核验审查,法院就认定平台履行了资质审查义务。在刘某与南京苏宁易购电子商务有限公司买卖合同纠纷一案中,法院认为,食品经营者对于国家出入境检验检疫机构对进口食品作出的“检验合格准予进口”的行政许可具有信赖利益,涉案食品虽然添加了不能加入到普通食品中的中药材,但食品经营者已经依法查验了“涉案麦片的入境货物检验检疫证明、进口货物报关单、供货商南京鑫柴渔贸易有限公司的营业执照、组织机构代码证、税务登记证、食品流通许可证审批文件及资质材料”,应当视为经营者已经履行了与其经营范围、经营能力相适应的必要审查义务。<sup>[44]</sup>

因此,为司法有客观明确的义务履行提供可以参照的标准,建议相关法律法规尽快对“资质审查义务”“安全保障义务”的概念作出明确的规定,且应当明晰平台经营者对平台内经营者的审查范围、审查频率、审查方式和应急处理措施。不仅如此,还应当根据不同平台内经营者不同经营内容作出区分,对于经营范围为食品、药品、化妆品等与消费者的生命健康息息相关的商品或服务的审查范围应当更广、审查频率应当更高、审查方式应当更加严格、准入门槛也应当更高,应当履行更加严格的“资质审查义务”“安全保障义务”。若平台内经营者的经营范围为一般用途的生活用品或服务,平台经营者就可以对平台内经营者适当降低准入门槛,履行一般严格程度的“资质审查义务”“安全保障义务”即可。

## (二)对平台经营者课以“监控义务”

他山之石,可以攻玉。在A&M Records.vs.Napster案<sup>[45]</sup>中,法院认为Napster有能力对列在其搜索索引上的侵权材料予以定位,并且有权力终止用户接入其系统,构成了“控制要素”。在LVMH.vs.eBay案<sup>[46]</sup>中,法国法院认为eBay没有对网站上的仿冒品履行监控义务,而且故意拒绝采用合适、有效的措施来管控线上侵权物品之买卖。在Hermes.vs.eBay案<sup>[47]</sup>中,法国法院判决指出eBay应当对其网络上的交易活动予以监控。eBay由于未尽到监控义务,故应对其网络上的售假行为负责。由此可见,国外法院认为平台经营者对平台内经营者的直接侵权行为有监督和控制的权力和能力,即负有“监控义务”,若平台经营者能从平台内经营者的侵权行为中获取直接利益,平台经营者就将承担侵权责任。

从技术角度看,互联网分为物理层、逻辑层与内容层,互联网交流必须利用这三个逻辑层级的功效。然而,近年来逻辑层有逐步权利化的趋势,逻辑层的创造者有逐步将逻辑层纳入所有权控制的趋势。对于互联网平台提供商而言,逻辑层更是其控制权的核心所在,其通过算法、技术等手段有效控制用户对逻辑层的利用。内容层则是指互联网上存在的内容。许多平台提供商以“技术中立”为由拒绝对平台内容承担责任,但实践中却又要求对平台内容的控制权。而这种对内容控制权的要求基本上都获得了法院的支持。在上海汉涛信息咨询有限公司与爱帮聚信(北京)科技有限公司不正当竞争纠纷上诉案中,北京市第一中级人民法院认为,爱帮版的商户简介和用户点评已经构成对大众点评网相应内容的实质性替代,必将不合理地损害汉涛公司的商业利益。<sup>[48]</sup>此案中,法院虽然并没有对网站内容的所有权进行界定,但通过不正当竞争机制的引入,事实上赋予了平台提供商对第三方生产的内容某种意义上的控制权。因此,对电子商务平台附加监控义务无可厚非。

与“资质审查义务”“安全保障义务”相比,“监控义务”强调在电子商务交易过程中平台经营者应

[44]参见江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终783号民事判决书。

[45]See A&M Records , Inc.v.Napster,239 F. 3d 1004( 9th Cir.2001) ,1023-1024.

[46]根据网经社《奢侈品集团LVMH与eBay就售假诉讼达成和解》整理,<http://www.100ec.cn/detail--6186411.html>,2021年1月7日访问。

[47]See Gupte E, Nurton J. *eBay suffers double defeat in France*, 18 Managing Intellectual Property 181 (2008).

[48]参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第7512号民事判决书。

当承担的责任。<sup>[49]</sup>那平台经营者的监控义务仅限于线上信息的监控,还是延伸到对线下内容的监控?网络食品安全违法行为查处办法第14条规定:“网络食品交易第三方平台提供者应当设置专门的网络食品安全管理机构或者指定专职食品安全管理人员,对平台上的食品经营行为及信息进行检查。网络食品交易第三方平台提供者发现存在食品安全违法行为的,应当及时制止,并向所在地县级食品药品监督管理部门报告。”从规定的内容来看,此种监控不限于对入驻平台内的经营者所提供的形式检查,还应当对信息的真实性、经营行为的合法性进行监控。否则何谈发现、制止和报告违法行为之说。有学者认为,“互联网平台所拥有的技术能力仅在于对线上呈现的信息的控制,他们的技术能力和资源储备并无法实现对线下内容的监控”。<sup>[50]</sup>对现实中经营地点、商品质量、经营行为进行实时或者定期的监控超越了平台的能力。

笔者认为,这种担忧缺乏合理依据。首先,平台发展不能以牺牲消费者利益为前提,尤其对于食品、药品、化妆品等与消费者生命健康息息相关的领域,要求平台承担更重的安全保障义务是应然之义。其次,实践中要求平台承担线下监控义务也并非不可能之举。例如,饿了么就已经制定了《饿了么食品安全自查制度》,其中规定对于商户经营活动包括线上抽查监测和线下实地核查两方面,线下监控包括了对餐厅环境的核查、明厨亮灶监管、平台餐品的抽检等方面。因此,从现实情况来看,平台并非毫无监管能力,相反对于平台内经营者的监管更具技术优势。值得注意的是,这里绝不是要替代传统的监管机构的监管模式,而是利用互联网这一平台优势进行更高效、更低成本的监控。目前,我国的立法仅规定平台经营者负有“资质审查义务”“安全保障义务”,没有规定“监控义务”。随着技术的发展,电商平台的技术优势更显著,承担监管功能的责任能力更强。因此,笔者建议对平台经营者课以“监控义务”。这样一来,对于平台经营者“相应的责任”的判定标准将更加全面,也更有利于保护平台消费者的利益,是对“安全保障义务”更深层次的诠释和履行。同时,值得注意的是,“监控义务”在承担预防损害功能之外,还需注重不要妨碍平台经营者的发展。

## 结语

电子商务法第38条第2款规定的“相应的责任”,从责任性质上分析应当属于侵权法调整的范畴,但是由于平台经营者相比民法典侵权责任编第1198条第2款规定的场所管理人等承担更高的安全保障义务,因此不应直接类推适用。平台经营者违反安全保障义务体现为不作为,主观上表现为过失,应当根据此种不作为与损害结果发生之间的关系区分责任形态:如果平台经营者尽职履行了义务,损害就不会发生,此时应将“相应的责任”解释为连带责任;如果平台经营者尽到义务但损害结果仍会发生,此时应将“相应的责任”解释为补充责任。在具体归责时,“相应的责任”应当适用过错推定责任,即由平台经营者对尽职履行义务、不存在过错承担举证责任。对于不履行相应义务的不作为的认定,法律上对于平台经营者应当承担的义务,如资质审查义务、安全保障义务、监控义务等,还没有明确具体的规定,需要进一步根据平台经营范围和内容设定不同的判断标准。

2019年8月8日,国务院办公厅发布了《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》。该意见指出:应当科学合理界定平台责任。明确平台在经营者信息核验、产品和服务质量、平台(含APP)追索权、消费者权益保护、网络安全、数据安全、劳动者权益保护等方面的相应责任,强化政府部门监督执法职责,不得将本该由政府承担的监管责任转嫁给平台。尊重消费者选择权,确保跨平台互联互通和互操作。允许平台在合规经营前提下探索不同经营模式,明确平台与平台内经营者的责任,加快研究

[49]平台经营者需采取技术措施来监督平台的侵权情况,其必须在商业模式中加入防止侵权的算法或采取物理措施阻止侵权的发生。参见同前注[10],曹阳文。

[50]赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,载《华东政法大学学报》2017年第1期。

出台平台尽职免责的具体办法,依法合理确定平台承担的责任。从该意见可以看出,政府对推动平台经济发展的决心和信心,相信在政府的推动下,有关电子商务法中平台经营者的“相应的责任”的研究将不断深入,对其解释也将得到不断的完善。

---

**Abstract:** Clause 2, Article 38 of the E-commerce Law of People's Republic of China provides corresponding responsibilities for e-commerce platforms. However, the nature of corresponding liability, the criteria of such liability, and the distribution of burden of proof are not clear, so there is no unified standard for judges to apply, which may cause different judgments of similar cases, and damage the predictability and fairness of the law. This paper argues that e-commerce platforms shall undertake tort liability when they serve as maintainers of the market order, the corresponding subjective fault is negligence, and the burden of proof is shifted to the e-commerce platforms. If the e-commerce platform performs its duties and the damage would be avoided thereby, it shall undertake unreal joint and several liability. If the e-commerce platform fulfills its obligations while the damage is still inevitable, it shall undertake the corresponding supplementary liability in the scope of its failure to fulfill its obligations. In addition, qualification inspection obligations and safety guarantee obligations of the e-commerce platforms should be clearly interpreted, and the e-commerce platforms should also be required of monitoring obligations.

**Key words:** e-commerce platforms; platforms' liability; liability of tort; joint and several liability; supplementary liability; safety guarantee obligations

---