

电子商务平台经营者的侵权责任

武 腾*

摘 要:在实践中平台经营者不仅提供媒介服务,而且往往开展两类非媒介业务:一类是与平台内经营者有竞争关系的自营业务,另一类旨在辅助平台内交易主体全面履行合同。《电子商务法》第38条第1款和第2款中有关资质资格审核义务的规定,主要适用于平台经营者提供媒介服务的场合。资质资格审核义务是交往安全义务的具体内容,违反该义务后平台经营者应依《电子商务法》第38条第1款承担帮助侵权的连带责任。对于《电子商务法》第38条第2款中的平台安保义务,“囊括性责任说”“相应的补充责任说”均有不足之处。从立法目的和体系标准出发,应将其限缩在平台经营者辅助合同履行的场合。因平台内经营者对该辅助人缺乏选任自由,且无法加以指挥、监督,故平台经营者须就自己的过错承担侵权责任;其以强势地位主动参与和督促合同履行,使消费者对其产生较高度度的信赖,此为平台安保义务的产生基础。

关键词:电子商务法 平台经营者 安全保障义务 帮助侵权 独立辅助人

一、问题的提出

自2019年1月1日起实施的《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)是保障互联网经济发展的一部重要法律。在该法的制定过程中,各界的共识是应对电子商务平台经营者(以下简称“平台经营者”)的义务和责任作出完善的规定。^①然而,从数次审议到实施至今,该法中争议最大、分歧最明显的规定仍是有关平台经营者民事法律责任的规定。该法第38条第1款规定:“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求,或者其他侵害消费者合法权益行为,未采取必要措施的,依法与该平台内经营者承担连带责任”;第2款规定:“对关系消费者生命健康的商品或者服务,电子

* 中央财经大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(18CFX050)

① 参见《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉修改情况的汇报》, http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2018-08/31/content_2060825.htm, 2018-09-03。

商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务,或者对消费者未尽到安全保障义务,造成消费者损害的,依法承担相应的责任”。争议和分歧主要集中在第2款的规定。在立法过程中,《电子商务法(草案三审稿)》曾规定违反第38条第2款规定的义务应承担连带责任,遭到不少反对。^①《电子商务法(草案四审稿)》将连带责任改为相应的补充责任,采纳与原《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称原《侵权责任法》)第37条第2款的规定相衔接的立场。该改动又引来不少批评。有论者认为,平台内经营者不同于原《侵权责任法》第37条规定的第三人,平台经营者对平台内经营者有管理之责,应与其承担连带责任,且《电子商务法(草案四审稿)》中的改动与《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第131条第1款的规定相冲突。^②面对严重的意见分歧,立法机关最终采取模糊化方案,将“相应的补充责任”修改为“相应的责任”,同时增加一条行政处罚规定(《电子商务法》第83条)。^③

有关《电子商务法》第38条第2款的分歧,并未因为立法上的模糊规定而消弭,在该法实施后不久学界又出现了多种观点。代表性的观点有三:一是认为相应的责任既包括民事责任,又包括行政责任、刑事责任。^④二是认为相应的责任包含多种民事责任形态,既可能是连带责任,也可能是补充责任,还可能是按份责任,几乎囊括了所有可能的侵权责任。^⑤这种观点可称为“囊括性责任说”。三是认为相应的责任就是相应的补充责任。^⑥这种观点可称为“相应的补充责任说”。尽管对相应的责任存在理解上的分歧,但是很多研究者对于安全保障义务的解释路径却颇为近似,大都将其与原《侵权责任法》第37条第2款中的安全保障义务相类比,认为两者基本相同。^⑦有的人民法院也认为,平台经营者在未审核平台内经营者的相关资质时,应承担“补充清偿责任”。^⑧不过,原《侵权责任法》第37条第2款中的“相应的补充责任”规定体现出立法者独特的价值判断和利益衡量,学说上倾向于限制其适用范围。^⑨考虑到立法机关已在《电子商务法》的立法过程中明确放弃“相应的补充责任”这种责任形态,若再解释为“相应的补充责任”则显然需要特别论证。目前尚未看到这方面的深入论证,而上述人民法院在判决中也未详细阐述选择责任形态的理由。鉴于明显的分歧和较为薄弱的研究,有必要对平台经营者安全保障义务的产生基础以及责任形态进一步加以探讨。另外,我国典型平台经营者已公开发布大量营业信息,

① 参见赵旭东主编:《中华人民共和国电子商务法释义与原理》,中国法制出版社2018年版,第240页。

② 参见任震宇:《中消协指〈电商法〉(草案)四审稿修改有严重隐患》, <http://www.ccn.com.cn/html/anhui/xiaofeiyaowen/2018/0830/363706.html>, 2018-09-03。

③ 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案四次审议稿)〉修改意见的报告》, http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2018-08/31/content_2060823.htm, 2018-09-03。

④ 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119页。该观点忽略了该款中“造成消费者损害”这一要件,实质上该款是有关损害赔偿责任的规定。

⑤ 参见赵旭东主编:《中华人民共和国电子商务法释义与原理》,中国法制出版社2018年版,第239~240页;王道发:《电子商务平台经营者安保责任研究》,《中国法学》2019年第6期。

⑥ 参见杨立新:《电子商务民事责任之立法基础与基本规则》,《甘肃社会科学》2019年第1期。

⑦ 参见杨立新:《电子商务民事责任之立法基础与基本规则》,《甘肃社会科学》2019年第1期;王道发:《电子商务平台经营者安保责任研究》,《中国法学》2019年第6期。

⑧ 参见广东省深圳市中级人民法院(2020)粤03民终943号民事判决书,上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终4520号民事判决书。

⑨ 参见谢鸿飞:《违反安保义务侵权补充责任的理论冲突与立法选择》,《法学》2019年第2期。

在《电子商务法》实施后,在司法实践中也有许多适用该法第 38 条的案件,应当予以重视。面对《电子商务法》第 38 条的适用难题,有必要更新研究方法,结合平台经营者公开发布的业务信息和司法实践经验,先界定平台经营者的不同服务内容,再分别探讨平台经营者违反资质资格审核义务的侵权责任和违反安全保障义务的侵权责任,以帮助实现法律适用的统一性和可预期性。

二、平台经营者的混合法律地位

《电子商务法》第 9 条第 2 款规定:“本法所称电子商务平台经营者,是指在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织。”可见,平台内交易主体系“独立”开展交易,平台经营者属于提供网上媒介服务的“第三方”主体,旨在促使平台内交易主体直接进行交易。^① 严格来说,当平台企业销售自己的商品时,其属于《电子商务法》第 9 条第 1 款规定的“通过自建网站销售商品或者提供服务的电子商务经营者”,不应被称为平台经营者。不过,《电子商务法》中平台经营者的用法比较宽泛。依据该法第 37 条的规定,平台经营者在其平台上开展自营业务的,应当以显著方式区分标记自营业务与平台内经营者开展的业务;平台经营者对其标记为自营的业务依法承担商品销售者或者服务提供者的民事责任。该法第 46 条第 1 句还规定:“除本法第九条第二款规定的服务外,电子商务平台经营者可以按照平台服务协议和交易规则,为经营者之间的电子商务提供仓储、物流、支付结算、交收等服务。”可见,《电子商务法》中所谓的平台经营者既可能是仅提供网上媒介服务的经营者,也可能是同时开展直销、运输、仓储等业务经营者。

要准确适用有关平台经营者的规定,必须先澄清平台经营者的混合法律地位。平台经营者的非媒介业务包括两种:一种是与平台内经营者的营业内容相同或相似的业务。例如,网络销售平台经营者自身也销售商品,此时平台经营者与平台内经营者之间存在竞争关系。另一种是平台经营者为平台内交易主体提供物流、仓储、支付结算、导航等服务,与平台内经营者并无竞争关系,而是起着辅助后者履行买卖、运输等合同的作用。

在实践中,一类网络销售平台经营者起初是以提供媒介服务为主,同时提供仓储、物流等服务,^②而后充当商品销售者,与平台内经营者产生竞争关系。另一类电子商务企业起初作为网络直销销售商运营,后来才大量引入第三方销售者,并为其提供媒介、物流服务。前一类平台经营者与后一类平台经营者之间没有明确界限,两者具有易流动性。当电子商务企业从自营者向平台经营者转变时,其往往要引入平台内经营者;当电子商务企业从平台经营者向自营者转变时,平台内经营者未必退出,而可能转化为其雇员或者长期供货商,在这一过程中,电子商务企业通过对平台内经营者(特别是中小企业和个体工商户)加强控制而将两者之间的法律关系转变为劳动关系或者长期供货关系。如果电子商务企业的管理活动使其达到用人单位的认定标准,那么

^① 这与欧盟 2019 年 6 月通过的《关于促进向商户提供的网上中介服务的公平性和透明性的条例》中有关网上中介服务(online intermediation services)的界定颇为近似。See Official Journal of the European Union, L 186/59.

^② See Alibaba Group, Securities Registration (Sep. 15, 2014), <https://www.alibabagroup.com/cn/ir/secfilings>, 2019-08-07; Meituan Dianping, Global Offering, <https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2018/0907/ltn20180907011.pdf>, 2020-02-07.

即使其宣称自身仅提供平台服务或媒介服务,也应认定其承担承运人、出卖人的义务和责任。

按照劳动法学界主流的意见,网络运输平台经营者在网约车业务中与司机一般存在灵活用工关系,^①进而在客运合同中充当承运人。如此一来,网约车司机在提供运输服务过程中造成乘客、第三人人身损害的,所谓平台经营者其实应承担用人单位的替代责任。此时应通过《电子商务法》第 37 条第 2 款这一参引性规定,适用《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 1191 条第 1 款有关用人单位替代责任的规定。不过,在《电子商务法》的制定过程中,引起立法机关高度关注的不是网约车服务,而是顺风车司机加害乘客的事件,故有必要澄清顺风车平台经营者的法律地位。有的顺风车信息平台用户协议载明:“顺风车平台提供用户发布或接受合乘信息”“乘客搭乘车主的顺风车辆行为属于民事互助行为”,^②有学者也倾向于认定其为互助行为。^③然而,上述提法或定性值得商榷。第一,乘客与顺风车司机之间即便是同向合乘,也属于有偿服务关系,而非不受合同法调整的所谓互助关系。顺风车路费普遍超出油费分摊成本,司机实际上获取了服务报酬。尽管司机往往是实施零星交易的民事主体,但是顺风车司机与乘客之间仍存在有偿、双务的民事运输合同。第二,平台经营者与平台内交易主体(司机、乘客)之间均成立中介(居间)合同。尽管平台经营者称其“免费”提供信息,但是只要乘客与顺风车司机之间订立合同并通过平台实际履行,平台经营者就按照交易金额的一定比例抽取报酬。商事中介人(居间商)的报酬可能由主合同双方当事人分别支付,也可能由一方当事人支付,实际上都由双方分担。对于中介合同有偿性的认定,不能从一方当事人的角度进行片面的观察,而应进行整体的观察。因此,顺风车平台经营者以提供有偿中介服务为主要营业内容。

值得指出的是,顺风车平台、二手物买卖平台主要是为普通民事主体提供中介服务的平台,此时只有平台经营者而无平台内经营者,因为开展零星小额交易的民事主体不属于经营者。依据《电子商务法》第 27 条第 2 款的规定,平台经营者为进入平台销售商品或者提供服务的非经营用户提供服务的,应当遵守该法第 2 章第 2 节的有关规定。不过,由于在该节中不存在直接调整平台经营者与平台内非经营用户之间关系的规定,因此只能对该节规定依法类推适用。通过类推适用第 38 条第 2 款的规定可得出的规则是:对关系自然人生命健康的商品或服务,平台经营者对平台内提供商品或服务的非经营用户的资质资格未尽到审核义务,或者对平台内非经营用户未尽到安全保障义务,造成自然人生命健康受损的,依法承担相应的责任。

三、平台经营者提供媒介服务时的资质资格审核义务与帮助侵权

(一)资质资格审核义务的范围和功能

在澄清平台经营者的混合法律地位后不难发现,平台经营者依据《电子商务法》第 38 条第 1 款的规定所承担的作为义务以及依据《电子商务法》第 38 条第 2 款的规定所承担的资质资格审

① 参见王全兴、王茜:《我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护》,《法学》2018 年第 4 期;涂永前:《应对灵活用工的劳动法制度重构》,《中国法学》2018 年第 5 期;谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,《中外法学》2018 年第 6 期。

② 参见《顺风车信息平台用户协议》, http://dpubstatic.udache.com/static/dpubimg/dpub2_project_10291/index_10291.html, 2021-09-12。

③ 参见刘大洪:《网约顺风车服务的经济法规制》,《法商研究》2020 年第 1 期。

核义务,都是其在提供媒介服务时所应承担的义务。造成消费者损害的直接原因是平台内经营者或者非经营用户的不法行为。按照《电子商务法》第38条第2款的规定,对于关系消费者生命健康的商品或者服务,平台经营者不能仅在接到通知之后才采取必要的措施,而应事先主动审查平台内经营者是否有提供相关商品或者服务的资质资格,如食品经营许可证、机动车驾驶证等。从文义看,“审核”意味着并非仅进行形式审查,而应按照合理商业标准通过与行政机关合作进行实质审查,以核对文件的真实性、有效性。^①对于这一规定的功能,须结合其他法律规定来发现。

《电子商务法》第38条第2款中“关系消费者生命健康”的限定语在法律中并不多见,仅有《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消保法》)第45条第2款、第3款和《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)第56条第2款存在类似的规定。这些规定的主要内容是,关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告造成消费者损害的,广告经营者、广告发布者、广告代言人以及其他对其进行推荐的人都应当与广告主承担连带责任。从文义和体系标准(结合《广告法》第56条第3款)进行解释,该责任应是严格责任,因为其完全未考虑行为人的过错。其规范目的是,在广告活动全过程中加强对消费者生命健康的保护。如此一来,广告经营者、发布者承担了较重的风险防控责任,在实践中其不得不进行高度客观的介绍,并且尽量避免对商品或服务进行过于具体的描述,以免出现错误。这在普通广告活动中尚可接受,因为普通广告通常为要约邀请,其内容不须达到具体、确定的程度。然而,在当今主流的电子商务平台上,平台内经营者通常都会购买以点击付费为基础的关键词竞价排名服务。这种服务在本质上是对经营者及其商品或服务进行推荐的服务,《电子商务法》第40条确认了其商业广告的属性。从规范逻辑的角度看,既然平台经营者大多是广告发布者,那么在电子商务领域就应适用《消保法》第45条第2款和《广告法》第56条第2款的规定。只要参与竞价排名或者以其他方式被推荐的商品或服务关系消费者的生命健康,且该商品或服务信息是虚假的,平台经营者就应承担严格的连带责任。与普通广告不同的是,这类广告的内容通常构成要约,其包含十分具体的信息。如果平台经营者无法通过抽象描述商品或服务来防控风险,那么其唯一的出路便是,只要平台内经营者购买关键词竞价排名服务或者其他推荐服务,平台经营者就必须对所有食品、药品、家用电器等商品的具体信息逐一进行实质审查。这无疑会导致电子商务活动成本过高,不具有现实可行性。

立法机关在为食品交易平台经营者设计责任时已注意到这一问题。《食品安全法》第131条第1款对平台经营者的责任作出专门规定,即平台经营者只有在未对平台内经营者进行实名登记、审查许可证,或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务时,才承担连带责任。与《消保法》第45条第2款和《广告法》第56条第2款的规定相比,《食品安全法》第131条第1款确立了过错责任,并且明确规定了食品交易平台经营者的审查义务范围局限于许可证等内容,降低了平台经营者的经营风险和成本。不过,该规定仅适用于食品交易平台经营者,而无法适用于为其他关系消费者生命健康的商品或服务提供媒介服务的平台经营者。《电子商务法》第38条第2款规定的初衷应是以《食品安全法》第131条第1款为基础进行修改、完善,为其他类似的平台经营者提供适当减轻责任的规定。《电子商务法》第38条第2款规定的资质资格审核义务之功能正在于此。在实践中,即使是对食品、药品等商品,平台企业在提供媒介服务时也只可能就

^① 参见孙晋、袁野:《论平台经营者的民事法律责任——〈电子商务法〉第38条第2款的解释论》,《财经法学》2020年第1期。

经营者的资质资格进行审核,而难以就单项商品或服务的具体信息逐一进行实质审查。

在实践中,某食品销售平台经营者甲的上市招股书称,该企业为保障食品安全采取的具体措施包括:开发天网系统,为平台内商家建立电子档案,并将商家的营业执照数字化;将天网系统与地方监管部门数据库对接,以便根据监管数据实时追踪商家的资质;开发天眼系统,利用大数据技术对消费者的评论信息进行语义分析,对有关食品安全的评论(尤其是负面评论)进行量化和归类。^①可见,在提供网上媒介服务时,甲所采取的措施主要是与地方监管数据库对接,实时追踪商家的资质,并对消费者有关食品安全的负面评论进行分析。前者是事先采取的防范措施,属于动态的资质资格审核,但对于具体食品安全问题,其主要还是通过消费者的投诉来发现。与甲有一定区别的是,某电商平台企业乙重点应对的是侵害知识产权的仿冒行为和侵害消费者权益的欺诈行为。据其上市招股书称,乙为防范仿冒产品采取的措施包括:识别、发布警告并下架仿冒产品;为品牌人提供在线投诉平台,以便后者报告侵权行为;通过第三方购买可疑的假冒产品,实施随机检查。乙为防范欺诈行为采取的措施包括:要求出卖人用真实身份创建账户,分析交易模式以识别异常现象,动态密码保护和登录行为实时监控,向买卖双方提供报告可疑交易的渠道,将有欺诈交易经历的出卖人或买受人纳入“黑名单”。在收到投诉之后,仿冒未遭到反驳或者欺诈行为被确认的,该公司会采取下架产品、限制增加产品、限制参加促销活动、关闭店铺、没收消费者权益保证金乃至禁止另行开店等措施。^②可见,在提供媒介服务时,乙在事前采取真实身份认证等措施,在事中通过大数据技术分析交易异常现象,以及随机检查。不过,对于在具体商品或服务中出现的问题,仍然主要通过消费者、权利人的事后通知来发现和处理。

司法机关通常也不会给平台经营者施加过重的审查义务。在“吕莉、浙江淘宝网络有限公司网络服务合同纠纷案”^③中,出卖人销售二类医疗器械,通过“错放类目”的方式规避资质审核,在其销售 1 年半之后平台经营者才通过网络监测发现上述行为。浙江省杭州市中级人民法院在二审判决中认定:“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”。可见,司法机关认为平台经营者在原则上不负有对具体商品或服务信息进行事先实质审查的义务;即使资质资格审核被规避,司法机关也允许平台经营者在较长的时间内发现并采取管理措施。平台经营者如果未设立资质资格审核机制或者在发现规避审核行为时怠于处理,那么应承担违反资质资格审核义务的责任。

(二)违反资质资格审核义务承担帮助侵权责任

《电子商务法》第 38 条第 2 款仅规定“依法承担相应的责任”,属于不完全法条,必须参引其他规定才能确定其法律效果。没有疑问的是,食品交易平台经营者未对平台内经营者审查许可证,致使消费者受到损害的,直接依据《食品安全法》第 131 条第 1 款与食品经营者承担连带责

^① See Meituan Dianping, Global Offering, <https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2018/0907/ltn20180907011.pdf>, 2020-02-07.

^② See Alibaba Group, Securities Registration (Sep. 15, 2014), <https://www.alibabagroup.com/cn/ir/secfilings>, 2019-08-07.

^③ 参见浙江省杭州市中级人民法院(2019)浙 01 民终 960 号民事判决书。

任。但在其他关系消费者生命健康的商品或服务领域,应参引何种规定?平台经营者因未进行资质资格审核,应当发现而未发现商品或服务提供者不具有相应资质资格的,通常会构成《电子商务法》第38条第1款规定的“应当知道”不法行为,应援引该款的规定承担连带责任。有学者试图将《电子商务法》第38条第2款中的资质资格审核义务违反与第1款中的“应当知道”不法行为明确区分开,认为人民法院有关平台经营者“未能尽到审核、管理之义务,属应知服务者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施”的裁判理由不妥。^①此种观点有待商榷。实际上,司法机关的上述裁判是基本妥当的。平台经营者获知不法行为的途径主要有两条:一是通过消费者或权利人的通知获知,二是在事先审核、事中监测中自行发现。未发现不法行为既可能是因为应查收而未查收适格的通知,也可能是因为应审核而未审核平台内经营者的资质资格,两种情形都可导致平台经营者因不作为而承担侵权责任。在实践中,由遭受损害的消费者证明平台经营者“明知或应知”具体侵权行为,通常是十分困难的。立法者通过规定资质资格审核义务,实际上降低了“关系消费者生命健康的商品或服务”领域过错的证明标准。只要平台经营者未履行该义务,人民法院就可以认定平台经营者满足了《电子商务法》第38条第1款规定的过错要件。

需要指出的是,《电子商务法》第38条第1款也规定“依法”承担连带责任,本应将其理解为参引性规定,但该款已将构成要件、法律效果予以具体规定,实际上不需要补充要件或者确定法律效果的内容,因此,其不是真正的不完全法条。“依法”二字仅表明其与其他法律中的相关规定保持一致,这主要是指原《侵权责任法》第36条第3款的规定。

对于原《侵权责任法》第36条第3款,通说认为其属于网络侵权中的知道规则,与通知规则相比,其属于特殊或例外情形下适用的规则;^②通说未承认该规定属于帮助侵权的具体规定。按照传统学说,帮助侵权人的范围较为狭窄,仅局限于基于故意实施实质性帮助行为的人。^③不过,在德国法中,当存在不得提供帮助的义务时,侵权法承认过失帮助。^④在日本法中,判例和通说认为只要存在“宽松的客观关联共同性”,即可构成帮助侵权。^⑤笔者认为,平台经营者应当知道直接侵权存在,实际上允许网络用户利用自身的网络服务实施侵权行为,从而为该侵权行为提供实质性帮助的,构成帮助侵权。众所周知,原《侵权责任法》第36条的规定借鉴了《美国千禧年数字版权法》等域外法以及我国的《信息网络传播权保护条例》《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》中的规定,在立法过程中主流意见是该条第3款规定的“知道”包括明知和应知两种情况。^⑥2012年发布的《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解释》第7条第3款明确规定“应知”便满足网络服务提供者帮助侵权的过错要件。在著作权领域,帮助侵权并不要求间接侵权人与直接侵权人之间必须存在意思联络。^⑦在商标权领域,平台经营者构成间接侵权的主观要件已被解释为“知

① 参见王道发:《电子商务平台经营者安保责任研究》,《中国法学》2019年第6期。

② 参见王利明:《论网络侵权中的通知规则》,《北方法学》2014年第2期;张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2016年版,第168页。

③ 参见王泽鉴:《侵权行为法》,北京大学出版社2016年版,第441页。

④ 参见[德]多伊奇、[德]阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第74页。

⑤ 参见[日]吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第186页。

⑥ 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年版,第216~218页。

⑦ 参见崔国斌:《著作权法》,北京大学出版社2014年版,第725页。

道或应知”。^① 在专利权领域,主流学者也主张通过专门的帮助侵权制度来处理专利间接侵权问题。^② 总之,增强帮助侵权的解释力以解决间接侵权问题,是不可忽视的理论与实践趋势。《民法典》第 1197 条规定:“网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”该规定明确将“应当知道”作为主观要件之一,而没有区分所侵害的是知识产权还是其他人身、财产权益。为维护法律体系的内部协调,适宜将“应当知道”解释为因重大过失而不知道,网络服务提供者因重大过失不知道网络用户的直接侵权行为,进而未采取必要措施,致使网络用户的侵权行为继续发生甚至损害扩大的,应当认定为因过失为直接侵权行为人提供实质性帮助。换言之,不应再强调帮助侵权的主观要件仅限于故意,而应将《民法典》第 1197 条解释为《民法典》第 1169 条第 1 款有关帮助侵权规定的一项具体规定。《电子商务法》第 38 条第 1 款与《民法典》第 1197 条保持一致,也应定性为帮助侵权的一项具体规定。

在司法实践中,已有适用《电子商务法》第 38 条第 2 款的规定处理违反资质资格审核义务纠纷的案例。在“王某诉深圳依时货拉拉科技有限公司等机动车交通事故责任纠纷案”^③中,被告黄新建是货拉拉平台内的注册司机,其不具有普通货运从业资格证书,其驾驶的车辆也无车辆营运证。在接单后运输货物的过程中,黄新建未按操作规范安全驾驶,导致随乘人员王龙受伤。一审人民法院认定,黄新建承担运输任务系营运行为,货拉拉公司未审核司机的相关资质,依据《电子商务法》第 38 条第 2 款的规定应承担补充清偿责任。二审人民法院认定,货拉拉公司未尽资质资格审查义务,故酌定货拉拉公司对黄新建不能清偿义务的 50% 部分承担补充责任。笔者认为,因为货运机动车可依法载客,所以无法将其排除出关系消费者生命健康的服务范围。平台经营者在未审查司机相关资质的情况下提供网上媒介服务,违反其应尽的资质资格审核义务。人民法院虽然正确地援引了《电子商务法》第 38 条第 2 款的规定,但是在责任认定上似有不妥。货拉拉平台经营者违反审核义务,未将黄新建排除在货运服务活动之外,反而促使其搭载受损害人实施货运服务活动,平台经营者的不作为显然增加了危险以及损害发生的可能性。鉴于其属于实施帮助侵权行为,人民法院应援引《电子商务法》第 38 条第 1 款的规定,判决平台经营者依法承担连带责任。

四、平台经营者辅助合同履行时的安全保障义务与侵权责任

(一)“囊括性责任说”与“相应的补充责任说”的不足

更有争议的是《电子商务法》第 38 条第 2 款中有关平台经营者安全保障义务(以下简称“平台安保义务”)的规定。无论是前文所述的“囊括性责任说”还是“相应的补充责任说”,虽然都有一定的启发性,但仍存在值得商榷之处。

因《电子商务法》第 38 条第 2 款的规定属于真正的参引性规定,故必须通过援引其他规定才

^① 参见杜颖:《商标法》,北京大学出版社 2016 年版,第 210 页。

^② 参见吴汉东:《专利间接侵权的国际立法动向与中国制度选择》,《现代法学》2020 年第 2 期。

^③ 参见广东省深圳市宝安区人民法院(2019)粤 0306 民初 3266 号民事判决书,广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民终 943 号民事判决书。

能确定其法律效果。又由于法律并未指明需要援引的具体规定,因此留下了巨大的解释论空间。前文已对“关系消费者生命健康的商品或服务”这一限定性短语在规范体系中的意义进行挖掘,在其他采用类似表述的规定中,并无有关安全保障义务的规定。要澄清该责任的内容,关键在于界定“平台安保义务”的内容和适用范围。“囊括性责任说”有关责任形态可能多样的学说虽然有一定的道理,但是不足之处在于没有对安全保障义务的产生基础作出恰当的界定,没有对其适用范围作出恰当的限缩,而是几乎将平台经营者在提供各种服务时的各类安全保障义务都纳入其中。这样一来,其就不可能避免第38条第2款中的“平台安保义务”规定与第38条第1款规定(以及第2款中的资质资格审核义务规定)之间发生功能重复和适用范围重叠。^①

在德国法上,在直接加害人借助网络服务商提供的“‘技术和组织’帮助服务”实施侵权行为时,如果网络服务商不能通过合理的方式合法监督其行为,那么该网络服务商实际上就加剧了直接加害人有意制造的危险,进而必须承担防御责任,在知悉不法行为后应采取必要的措施。德国联邦最高法院将妨害责任“恰当地阐明为违反交往安全义务”。^② 德国法上的交往安全义务系由判例法创造,在侵权行为法中(更准确地说,在契约外责任法中)发挥重要的作用。^③ 最初,其主要被用于解决供公众使用的道路交通设备所生事故的责任归属问题,如土地、道路、公园、运河、港湾设备、桥梁等所生事故责任归属,后来适用范围扩张至私法交易安全,以致专门技术人员(医生、会计师、建筑师等)、建筑工程承揽人、商品生产者均负有该义务。^④ 之所以出现这种现象,是因为德国侵权法明确规定的侵权行为范围较为狭窄,不得不发展和扩张交往安全义务以应对现代社会不断增加的风险。在我国,包括《民法典》在内的诸多法律、法规已规定各种具体的交往安全义务以及责任,如产品责任、物件致人损害责任,对于这些制度,都可以基于交往安全义务的法理进行解释,^⑤不过仍须依据各项具体规定澄清相关构成要件和效果。基于功能主义的比较法视角,对于我国法上的公共场所安保义务、“平台安保义务”等的解释,都不可过于泛化,而应澄清其是交往安全义务下的何种具体情形。从法理上说,平台经营者在提供网上媒介服务时之所以承担交往安全义务,是因为其开启的公共网络空间加剧了不法行为带来的危险,其违反交往安全义务的主要表现形式是其在知道或者应当知道直接加害行为时未采取必要的措施。因此,《电子商务法》第38条第1款的规定已经涵盖平台经营者违反交往安全义务的主要情形,第2款中的资质资格审核义务则进一步澄清了交往安全义务的具体内容。对于第2款中的“平台安保义务”也必须确定其产生的基础和具体的适用情形,如果使其过于泛化,那么就无法避免体系内部的不协调,也会丧失对法律适用的指导意义。综上所述,“囊括性责任说”对于“平台安保义务”的定性不精确,对其适用范围没有予以恰当限缩,有违体系标准,并且难以有效维护司法裁判的统一性。

① 有学者认识到《中华人民共和国电子商务法》第38条两款规定之间存在冲突,主张该条第1款适用于明显侵权,该条第2款适用于非明显侵权。参见林涸民:《电商平台经营者安保义务的规范解读与制度实现》,《现代法学》2020年第6期。

② 参见[德]多伊奇、[德]阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第149~150页。

③ 参见林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,博士学位论文,台湾大学,2000年,第29页。

④ 参见李昊:《交易安全义务论》,北京大学出版社2008年版,第85~86页;周友军:《交往安全义务理论研究》,中国人民大学出版社2008年版,第5~6页。

⑤ 参见王洪亮:《交往安全义务基础上的物件致损责任》,《政治与法律》2010年第5期。

与“囊括性责任说”相比,“相应的补充责任说”避免了“平台安保义务”的泛化,其优点是有助于法律适用的明确和统一。持该说者的基本观点是,“平台安保义务”属于或者类似原《侵权责任法》第 37 条第 2 款规定的公共场所安保义务。有学者指出,顺风车平台经营者虽然不是承运人,但是其通过复杂的组织行为使得“搭乘顺风车”这一活动广泛展开,故其需要依据原《侵权责任法》第 37 条的规定承担组织者安全保障义务。^① 上述意见有一定的合理性,因为网络运输服务平台经营者应对乘客承担一定的保护义务。不过,如前所述,在立法者已经明确放弃“相应的补充责任”的情况下,只有两项事物具有高度类似性,以致基于正义的要求只有作出同一评价,才适宜将其解释为“相应的补充责任”。需要进一步探讨的是,两者的类似性究竟有多大。

在侵权责任法制定时,有学者便对公共场所安保义务的规则进行了反思,指出我国适用安保义务的司法实践有以下特征:(1)适用范围主要局限于公共场所,(2)在典型案例中第三人主要是故意侵权,(3)所生损害基本为第三人直接造成的损害。基于这样的实践,原《侵权责任法》第 37 条规定的安全保障义务与德国法上的交往安全义务在制度功能上南辕北辙:后者是用来扩张不作为与间接侵权的,而前者却限制了间接侵权的空间并限制了责任。^② 在解释论上,欲将相应的补充责任合理化,就须将其适用范围限缩为第三人故意侵权的场合。^③ 显然,《电子商务法》第 38 条第 2 款“平台安保义务”的规定并不包含第三人故意侵权这一条件。即使认为此处应补充平台内经营者的故意侵权行为,也难以适用相应的补充责任。平台内经营者故意侵权主要有两种表现形态:其一,在网上故意发布可能造成消费者生命健康损害的商品或服务信息;其二,在线下交付会造成消费者生命健康损害的商品或者提供这类服务。对于第一种情形,通过《电子商务法》第 38 条第 1 款的规定(以及第 2 款中的资质资格审核义务)即可予以调整,不存在适用相应的补充责任的余地。第二种情形超出了一个纯粹提供网上媒介服务的平台经营者所能控制的范围,且其场景与公共场所或群众性活动无类似性,缺乏适用相应的补充责任的正当性基础。

只要回顾《电子商务法》第 38 条第 2 款的修改过程就不难发现,在 2018 年 5 月和 8 月分别发生顺风车司机加害乘客的事件后,立法者希望该款规定能帮助处理线下侵害消费者生命健康的责任认定问题。^④ 持“相应的补充责任说”者虽然意识到,对于线下侵权,不宜对平台经营者施加过重的责任,但是其将平台经营者所开启的公共空间范围过分延伸,而忽略了平台经营者与群众性活动组织者在线下阶段的实质差异。群众性活动的组织者组织众人共同参与一项活动,相当于开启并控制着有潜在危险的公共空间,平台经营者虽然在线上也开启并控制着一个类似的公共空间,但是合同必须在线下分别履行。在线下,各个买卖、运输合同的履行是极为分散的,尽管这些交易总量很大,但是各个合同的履行活动并非聚集在同一时空中,不存在与群众性活动类似的公共空间。因此,将平台经营者称为“交易活动组织者”有一定的道理,但以其类似于“群众性活动的组织者”为由主张适用原《侵权责任法》第 37 条第 2 款的规定,则忽略了电子商务活动在不同阶段的不同表现形态,过分扩张了有潜在危险的公共空间范围,在逻辑上似有漏洞。

① 参见张新宝:《顺风车网络平台的安全保障义务与侵权责任》,《法律适用》2018 年第 12 期。

② 参见冯珏:《安全保障义务与不作为侵权》,《法学研究》2009 年第 4 期。

③ 参见谢鸿飞:《违反安保义务侵权补充责任的理论冲突与立法选择》,《法学》2019 年第 2 期;侯国跃、刘玖林:《安全保障义务:属性识别与责任分配》,《北方法学》2020 年第 1 期。

④ 参见陈灿:《电商法草案四审 委员建议电子商务平台应当建立健全投诉及反馈机制》, <http://legal.people.com.cn/n1/2018/0829/c42510-30259507.html>, 2018-09-03。

综上可见,平台经营者依据《电子商务法》第38条第2款的规定所应承担的“平台安保义务”不宜泛化,否则与第38条第1款的规定发生适用范围重叠,不符合体系解释标准,也缺乏对司法实践的指导意义。同时,也不宜将《电子商务法》第38条第2款指引到《民法典》第1198条第2款,因为该款未规定第三人故意侵权这一条件,并且在立法者欲通过该款处理的线下侵权场合,平台经营者的地位与宾馆等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动组织者并无实质类似性。因此,“囊括性责任说”与“相应的补充责任说”均有不足之处,对于“平台安保义务”必须另行定位。

(二)独立辅助人的安全保障义务与侵权责任

如何解释“平台安保义务”才能既使该义务的内容具体化,又有助于实现在线下保护消费者生命健康的立法目的?立法者究竟基于何种正当理由,要求平台经营者对线下可能发生的加害行为加以防范,甚至对线下正在发生的加害行为进行干预?如果不尊重电子商务活动规律,不适当地转嫁本应由公权力机关承担的安保责任,那么可能会过分加重平台经营者的安保义务,最终损害包括消费者福祉在内的社会公共利益。因此,“平台安保义务”的内容和范围必须根据平台经营者自身的交易模式确定。

举例来说,经营餐饮外卖平台的甲深度参与买卖合同的线下履行。据甲的上市招股书称,2017年通过自有配送网络完成配送约29亿单,占外卖平台全年即时配送交易量70%以上。^①尽管甲不认为其与配送骑手之间存在劳动合同,但是司法机关却倾向于认为外卖平台经营者的代理商与骑手之间存在劳动关系^②或劳务关系。^③无论如何认定,外卖平台经营者在货运合同中都属于承运人,是买卖合同的履行辅助人。乙是经营商品销售平台的代表性企业。其上市招股书称,为了控制合同履行的效果,乙在物流、仓储等方面不断强化对合同履行的参与。该公司作为物流信息网络平台经营者,为出卖人和买受人提供以下服务:送达时间的预测、包裹实时在线追踪、自助取货、物流服务反馈等。^④此外,乙还推动物流网络的构建,涵盖商品分配中心、仓库和其他供应设施。丙公司是经营网约车、顺风车平台的公司,其参与合同履行的表现包括:在应用程序首页增加安全提示,设置“安全中心”按钮(包括行程分享和一键报警两个按键),增加紧急联系人,增加行程录音措施。丙平台交易规则规定的违规处理措施包括警告、暂停服务、永久停止服务、降低服务分或信任值等。^⑤

综上,除了提供网上媒介服务以外,大多数平台经营者并不是纯粹提供网上媒介服务,而是同时参与线下合同的履行。网络销售平台经营者成为平台内经营者在买卖合同中的履行辅助人,网络顺风车平台经营者成为民事运输合同中承运人的履行辅助人。平台经营者的辅助人地

^① See Meituan Dianping, Global Offering, <https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2018/0907/ltn20180907011.pdf>, 2020-02-07.

^② 参见四川省德阳市中级人民法院(2018)川06民终225号民事判决书。

^③ 参见山东省济南市中级人民法院(2017)鲁01民终6340号民事判决书。

^④ See Alibaba Group, Securities Registration (Sep. 15, 2014), <https://www.alibabagroup.com/cn/ir/secfilings>, 2019-08-07.

^⑤ 参见《滴滴平台用户规则》, https://www.didiglobal.com/read?file=//img-ys011.didistatic.com/static/didiglobal/do1_EbxBUfs9eBasBhtMqc3t&.name=%E6%BB%B4%E6%BB%B4%E5%B9%B3%E5%8F%B0%E7%94%A8%E6%88%B7%E8%A7%84%E5%88%99, 2018-11-01.

位有以下特点,详述如下。

第一,平台经营者属于独立的事务辅助人,平台内经营者自由选择辅助人的空间很小,几乎无法拒绝平台经营者参与合同线下履行,也无法对平台经营者进行指挥、监督,故平台经营者应就自己的过错承担侵权责任。例如,在顺风车业务中,如果司机拒绝平台经营者通过其开发的应用程序进行定位、监测,也拒绝通过该应用程序更新交易状态,那么就无法进行线上收费,还可能构成跳单行为。对于这类独立辅助人的责任,原《侵权责任法》未作专门的规定。不过,《民法典》第 1193 条规定了定作人责任。依据该条规定,承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的,定作人不承担侵权责任。但是,定作人对定作、指示或者选任有过错的,应当承担相应的责任。该规定背后的法理依据是,承揽人具有独立性,在原则上就自己的过错承担一般侵权责任。该规定可以类推适用于具有独立地位的承运人、受托人等独立契约人,^①当然也可类推适用于平台经营者,即平台经营者在自主提供货运、仓储、导航等服务的过程中,因过错给消费者造成损害的,应适用一般侵权责任的规定承担责任。

第二,平台经营者参与合同线下履行的目的是确保合同履行有良好的效果,以增加平台内交易主体对平台的信心以及依赖程度。大多数平台经营者以强势的立场参与和督促合同履行,不仅与消费者之间产生紧密的联系,而且使后者对其产生较高程度的信赖,即信赖平台经营者会有力保障履行活动的安全。因此,相对于普通的辅助人,平台经营者在提供辅助合同履行服务时应承担更重的注意义务,在通过《电子商务法》第 38 条第 2 款参引侵权责任一般条款时,必须基于较高的注意标准来认定义务违反或者过失。例如,在平台经营者所媒介的交易是以维修家用电器为内容的服务合同时,鉴于家用电器的安全性直接关系消费者的生命健康,平台经营者不仅应审核平台内经营者的资质资格,而且应对线下实际上门的维修人员须具备相关资质予以重点提示,进而对消费者尽到安全保障义务。^②又如,在辅助履行运输合同时,平台经营者不能仅仅避免将平台内交易主体引导到有危险的路段,还应对司机的身份进行必要的核验,提示司机和乘客注意安全运输的基本要求,对明显偏离合理路线的情形进行警示,并按照合理商业标准对运输中常见的事故提供必要的应急提示,如提示附近存在医疗设施、机动车修理场所。只有如此作为,才可谓尽到独立的履行辅助人的安全保障义务。不过,对于在客运过程中突发的司机与乘客之间的侵害事件,无论是从技术手段还是从经济成本来看,都不可合理期待平台经营者采取及时制止的措施;所谓全程录音未必能有效降低冲动型加害行为的发生概率,反而有侵害隐私之嫌,不宜认定为安全保障义务的内容。

总之,从独立、强势的辅助人方面来解释《电子商务法》第 38 条第 2 款的规定中“平台安保义务”的内容,既能避免安全保障义务的泛化,又便于以消费者较高程度的信赖为其提供正当性基础,还有助于体系协调和立法目的的实现,因而是较为可取的解释论方案。

需要指出的是,平台经营者作为辅助人可采取的安保措施毕竟有限,在线下辅助履行过程中,其与普通运输商、仓储商以及导航服务商等相比,虽然有注意程度上的差异,但是在保护措施上并无根本的区别。平台经营者保护措施的特殊之处,在于其保护义务与精准的网上媒介服务不可分离。为自我保护能力较弱的特定消费者群体提供安全、合适的交易信息,干预其与平台内

^① 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社 2021 年版,第 482~486 页。

^② 参见贵州省遵义市中级人民法院(2021)黔 03 民终 4416 号民事判决书。

特定交易主体建立交易关系的机会,是平台经营者有效保护该类消费者的根本途径,而这些行动与平台经营者利用大数据技术提供的精准媒介服务显然无法分离。

我国法律已形成宽泛的合同法与宽泛的侵权法并存的局面,保护义务具有合同义务与侵权法义务的双重属性。^① 平台经营者与消费者之间通常存在网上媒介服务合同,前者持续处理后者个人信息,制作“用户画像”,进而提供精准的交易媒介服务。作为新型中间商的平台经营者,只有利用平台内消费者的个性化特征,才能在更大的范围内促使平台内交易主体互动并从中获利。如果允许平台经营者基于个性化视角为平台内交易主体提供交易媒介服务,而在其采取保护措施时只要求“千人一面”,那么显然是不尽合理的。基于诚实信用原则,平台经营者应在提供媒介服务时照顾到不同用户群体的不同安全需求,采取具有一定针对性的合理保护措施,从而全面履行合同中的保护义务。

Abstract: In addition to provide intermediation services, e-commerce platform operators usually carry out two types of non-intermediation businesses: in the first type of business they compete with merchants on the platform, while in the second type they assist the contracting parties on the platform to fully perform their contracts. Article 38(1) of the Electronic Commerce Law, as well as the duty to review qualifications of merchants on the platform stipulated in Article 38(2), shall apply mainly to occasions when platform operators provide intermediation services. The duty to review qualifications reflects the specific requirements of the duty of care, and when failing to perform that duty, platform operators may be liable jointly and severally for assisting with infringement according to Article 38(1). As for interpreting the platform operator's duty to maintain safety expressly stipulated in Article 38(2), there are shortcomings in inclusive liability theory and in corresponding supplementary liability theory. In light of the legislative purpose and for the sake of coordination of liability system, the application of the duty to maintain safety should be limited to occasions when platform operators assist in the performance of contracts concluding by parties on the platform. Merchants on the platform lack the freedom to select and appoint the assistant, and cannot direct and supervise it as well, so the platform operator should be liable for its own fault. Given the platform operator actively participates in and supervises the performance of contract, consumers always have a high degree of reliance upon it, which is the basis for arising of the platform operator's duty to maintain safety.

Key Words: electronic commerce law, platform operators, duty to maintain safety, contributory infringement, independent assistant

责任编辑 张家勇

① 参见张家勇:《合同保护义务的体系定位》,《环球法律评论》2012年第6期。