

# 电子商务平台经营者安保责任研究

王道发\*

---

**内容提要** 《电子商务法》具有自身特殊的调整对象和范围,其中,第38条第2款规定的审核义务或者安全保障义务对应的权利主体特指三方主体关系下的“消费者”。实践中争议比较大的电子商务平台经营者的相应责任应当属于民事责任,而且是一种包容性的民事责任,既可能是补充责任,少数情形下也可能是连带责任或者按份责任,具体应根据电子商务平台经营者的审核或者安全保障义务内容及相关实际情形进行判断。从《电子商务法》第38条的内部关系上看,第1款的连带责任是基于主观的共同侵权行为,而第2款可能构成的连带责任是基于客观的共同侵权行为,两者具有明显的界分,在适用中不能混淆。

**关键词** 《电子商务法》 经营者责任 审核义务 安全保障义务

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.06.016

## 一、问题的提出

2018年,中国电子商务交易额达31.63万亿元,同比增长8.5%;网上零售额超过9万亿元,其中,实物商品网上零售额超过7万亿元,占社会消费品零售总额的比重已达18.4%;电子商务相关就业人员达4700万人。<sup>①</sup> 电子商务新业态在促进经济发展和带给人们极大便利的同时,也产生了新的法律问题。如“郑州空姐搭乘顺风车遇害案”和“温州滴滴顺风车奸杀案”等案件就给电子商务新业态的发展带来或多或少的负面影响。如何应对电子商务平台上的各种侵权行为,如何规定电子商务平台经营者的审核义务或者安全保障义务及其法律责任问题成为电子商务法立法过程中争论很大的问题。

尽管《消费者权益保护法》和《食品安全法》等规范性文件对电子商务平台经营者未尽审核义务或者安全保障义务的法律责任问题也都有若干相应的规定,但这些规定并无法适应不同形态的电子商务平台及电子商务发展的新形势。实践中,规范和指导电子商务活动(尤其是一些特定领域的电子商务活动)依靠的主要是部门规章,为了促进电子商务持续健康发展,迫切需要加强对电子商务领域的专门立法,尤其亟需出台效

---

\* 中央财经大学法学院讲师,法学博士。

① 参见商务部电子商务和信息化司《中国电子商务报告2018》,载商务部电子商务和信息化官网,http://dzsws.mofcom.gov.cn/article/ztxx/ndbg/201905/20190502868244.shtml,最后访问时间:2019年8月3日。

力层次更高的法律。在此背景下,我国立法机关已于2018年8月31日正式通过了《电子商务法》,为电子商务新业态的发展提供强大的法律支撑。但作为新出台的法律,《电子商务法》在具体适用上仍然存在较多的问题,应当予以必要的厘清。

本文试图对《电子商务法》第38条第2款进行全面解释,以期助益法律适用。笔者认为,需要解释厘清之处有以下方面:

第一,《电子商务法》第38条第2款的适用要件,尤其是具体适用中权利主体的界定。一方面,《电子商务法》第38条的安全保障义务与《侵权责任法》第37条的安全保障义务在法理基础上具有共通性,易使适用者忽视《电子商务法》自身具有的特殊调整对象和调整范围;另一方面,在过分的保护受害人思想的影响下,《电子商务法》的功能被不合理扩张,从而模糊了《电子商务法》第38条的适用边界。

第二,“相应的责任”之界定。将电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的侵权行为纳入《电子商务法》的调整范围已经成为理论界和实务界的共识,但是在立法过程中,就如何规定电子商务平台经营者的侵权责任存在很多的争议。虽然《电子商务法》已经公布施行,但是学界就第38条第2款规定的“相应的责任”该如何具体定性依然存在较大的争议,各方对此条款的评价也是褒贬不一。积极的声音认为,第38条第2款规定的“相应的责任”为裁判者提供了较大的解释空间,有利于应对纷繁复杂的电子商务平台侵权的具体情况,并能为未来电子商务继续发展所带来的责任问题预留解释空间。<sup>②</sup>消极的声音则认为,“相应的责任”认定标准非常模糊,缺乏法律应有的确定性,导致消费者在维权时处在更加弱势的状态,会打击消费者维权积极性,<sup>③</sup>未来司法解释应对第38条第2款的相应责任予以明确。

第三,《电子商务法》第38条第1款和第2款的适用关系。在《电子商务法》第38条的具体适用中,如果法官不注意严格限制第1款“应知”规则的适用范围,也会容易混淆第38条第1款和第2款的关系,进而使适用者在“连带责任”和“相应责任”的选择上无所适从,因而也需要对第38条第1款和第2款之间的适用关系作出必要的界分。

## 二、《电子商务法》第38条第2款适用条件解读

《电子商务法》第38条第2款吸取了多年来立法、司法实践和理论研究的成果,但也带有明显的立法博弈和妥协痕迹。作为一款完全性的法条,该款虽然对适用要件规定得比较具体,但是仍有进一步解读的空间。

### (一) 权利义务主体

《电子商务法》第38条第2款规定的权利义务主体的界定是一个值得探讨的理论问题,在既有的司法实践中也存在对该款适用不准确的问题,因此,有必要厘清权利义

<sup>②</sup> 参见丁宇翔《跨越责任鸿沟——共享经营模式下平台侵权责任的体系化展开》,载《清华法学》2019年第4期。

<sup>③</sup> 参见董毅智《平台经营者的连带责任与相应责任》,载《人民法治》2019年第5期。

务主体的范畴。

案例:原告何小飞之子吴永宁注册了花椒账号,并上传危险动作视频至被告北京密境和风科技有限公司旗下的视频直播平台——花椒平台。粉丝给吴永宁的打赏收益由花椒平台与吴永宁按照比例进行分成。2017年11月8日,吴永宁在攀爬长沙华远国际中心大楼拍摄危险动作视频时不慎坠落,其后身亡。法院依据《侵权责任法》第37条和《电子商务法》第38条,认定被告作为网络服务的提供者和管理者,对吴永宁负有安全保障义务,并判决被告应就其未对吴永宁尽到安全保障义务而对吴永宁的坠亡承担相应的赔偿责任。但法院也同时认定,吴永宁本人应对其死亡承担最主要的责任,被告对吴永宁的死亡所承担的责任是轻微的。<sup>④</sup>

上述案件的处理在一定程度上反映了司法审判中关于网络平台上涉及安全保障义务保护对象界定问题的基本立场,其比较明显的不足是,未充分注意到《电子商务法》第38条规定的权利主体的特殊性。笔者认为这种思路主要存在两个问题。

第一,没有合理界定清楚电子商务平台经营者安全保障义务的保护对象。在该案中,法院直接适用《电子商务法》第38条的规定,似乎认定《侵权责任法》第37条和《电子商务法》第38条规定的安全保障义务所对应的权利主体具有完全同一性。这是值得反思的。实际上,虽然《电子商务法》第38条和《侵权责任法》第37条的安全保障义务在法理基础上具有同一性,但并不是说《侵权责任法》第37条规范的主体在逻辑上就一定可适用《电子商务法》第38条。事实上,《电子商务法》第38条适用的权利主体应以构成消费者为前提。根据《著作权法》第38条第1款第6项规定,表演者对其表演享有许可他人通过信息网络向公众传播其表演,并获得报酬的权利。该案的受害人许可视视频直播平台通过信息网络向公众传播其表演,其法律地位其实属于“表演者”。此外,该案受害人并没有从该网络平台购买商品或者接受服务的行为,因此不属于消费者。

第二,没有注意到《电子商务法》自身的调整对象和调整范围。《侵权责任法》明确规定了安全保障义务,但是在具体的适用中须注意结合具体领域的特殊情形进行准确适用。事实上,《电子商务法》已经明确规定了其具体的调整范围和调整对象。根据该法第2条规定,“《电子商务法》适用于中华人民共和国境内的电子商务活动”;第2条第3款规定,“金融类产品和服务,利用信息网络提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务,不适用本法”。该案正是视频直播平台利用信息网络提供音视频节目服务的情形,实际已被明确排除在《电子商务法》的适用范围之外。虽然这些关系也与电子商务活动存在紧密的联系,但是我国《电子商务法》是规范电子商务行为的一般法,而不是综合法,这些交易中产生的明显属于电子商务活动之共性的社会关系也被排除在《电子商务法》的调整范围之外。<sup>⑤</sup>此外,《电子商务法》第38条涉及的主体有三方,即电子商务平台经营者、平台内经营者和消费者。从权利义务关系上看,电子

<sup>④</sup> 参见北京互联网法院(2018)京0491民初字第2386号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见刘颖《我国电子商务法调整的社会关系范围》,载《中国法学》2018年第4期。

商务平台经营者和平台内经营者属于义务主体,消费者则属于权利主体。而该案涉及的民事法律关系仅存在受害人和直播平台双方之间,并不是三方主体。而且《电子商务法》规定的电子商务平台经营者、平台内经营者和消费者具有严格的界定标准,并非只要在电子商务平台进行活动的任何主体都可以被界定为“消费者”,只有在电子商务平台从事购买商品或者服务的主体才是消费者。而该案的受害人只是“表演者”,并没有从事购买商品或者服务的活动。因此,法院适用《电子商务法》第38条是错误的。

综上,《电子商务法》自身具有特殊的调整对象和调整范围,第38条第2款的权利主体特指电子商务平台内的消费者,并不包括表演者。电子商务平台经营者为义务主体,消费者为权利主体,电子商务平台经营者对消费者承担审核义务或者安全保障义务。

## (二) 审核义务

不同属性的网络平台之功能和定位各不相同,相应地,其平台经营者的审核义务也是不同的。一般而言,平台的开放性程度与管理难易程度直接相关,越是开放的平台,在客观上越难以实现管理。因此,完全开放的平台承担较小的管理义务,而半开放平台需要承担更多的义务。<sup>⑥</sup>在定位上,电子商务平台属于半开放的平台,应当对平台内经营者承担更多的义务,这也体现在其对平台内经营者的资质资格审核义务上。

### 1. “审核义务”的性质

具体言之,“对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务”具有以下特性:

(1) “对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务”是一种疏于管控的不作为。审核义务实际上是一种管控义务。电子商务平台经营者不但是交易行为的组织者,也是电子商务经营行为的管控者。与传统的居间商不同,电子商务平台经营者作为交易行为的组织者,应当具备相应的技术和管理水平,以强化对平台内经营者的管控,并将不适格的经营者的及不合格的商品和服务阻断于电子商务平台之外。此项义务涉及电子商务平台经营者、平台内经营者和行政机关三者的关系。根据《电子商务法》第6条规定,有关行政机关负责电子商务的发展促进、监督管理等工作,对电子商务活动承担法定的监管职责,包括对电子商务平台经营者履行审核义务情况的监督和管理。学理上将电子商务平台经营者的审核义务定性为第三方义务,即政府所指定的私人主体(包括个人、企业、协会等)通过参与行政过程的方式实施法律的执行任务,其中有一部分体现为私人主体帮助行政机关发现并阻止违法的行为,换言之,私人主体在替政府实施执行的义务。<sup>⑦</sup>电子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实际上是疏于管理电子商务平台的行为。

(2) “对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务”是一种违反合作关系的行为。电子商务平台经营者的审核义务对于保护消费者合法权益和促进电子商务平台经营者经营利益增长都有一定的积极意义。对于网络交易中的消费者而言,其民事法律地位

<sup>⑥</sup> 参见曹阳《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。

<sup>⑦</sup> 参见高秦伟《论行政法上的第三方义务》,载《华东政法大学学报》2014年第1期。

受到民法关于消费者倾斜保护政策的优待。<sup>⑧</sup>对于电子商务平台经营者而言,虽然对平台内经营者资质资格的审核义务是一种行为约束,但是并不意味着此项义务对促进其利益增长没有意义。很多平台为了提高自己的商誉,也会主动实现自我规制,以取得消费者的信赖。例如,一些平台还主动对经营者的商品进行购买抽检,在平台内部探索建立商品品质控制机制。<sup>⑨</sup>在此种情形下,审核义务更像是一种合作关系的体现。

(3)“对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务”是一种违反危险防范义务的行为。平台内经营者的资质资格是与电子商务消费者进行交易的前提条件,因此电子商务平台经营者往往在与平台内经营者签订服务合同之前对平台内经营者的资质资格进行审核。<sup>⑩</sup>电子商务平台经营者通过审核可防止潜在的侵权行为发生,就这个角度而言,其审核义务是一种危险防范义务。实践中,电子商务平台经营者虽然无法对平台内经营者的资质资格一一进行实质审查,但是在服务过程中,某些特殊平台对平台内经营者提供的服务进行线上线下一致性审查,应属于电子商务平台经营者的审核义务范畴。以网约车为例,网络平台公司应当采取必要的技术手段,确保提供运输服务的车辆与驾驶人员同乘客通过网络平台成立的运输合同项下的车辆与驾驶人员完全一致,<sup>⑪</sup>以尽可能预防危险的发生。值得注意的是,电子商务平台经营者的审核义务是法定义务,因此电子商务平台经营者和平台内经营者不能通过约定对之加以排除。

## 2. “审核义务”的内容

电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格进行审核的义务属于法定的作为义务,主要由法律及规范性文件予以明确规定。例如,《电子商务法》第27条第1款规定,电子商务平台经营者应当要求申请进入平台销售商品或者提供服务的经营者提交其身份、地址、联系方式、行政许可等真实信息,进行核验、登记,建立登记档案,并定期核验更新。虽然《电子商务法》没有就电子商务平台经营者的审核义务进行详尽展开,但是根据其他法律规范和特定领域的部门规章,可以大致分为以下两类内容:

(1)对平台内经营者的适格性审查。电子商务平台经营者对平台内经营者的适格性审核对象不仅包含平台内经营者的基本身份信息,还包括平台内经营者是否具有实施特定经营活动的能力状况。例如,根据《食品安全法》第131条的规定,电子商务平台经营者应要求平台内经营者提供真实名称、地址、有效联系方式和相关经营资质资格证照的义务。

(2)对平台内经营者提供商品或者服务的安全性审查。电子商务平台经营者不但要对平台内经营者的资质资格进行审核,还要对平台内经营者提供的商品或者服务的安全性进行审查。例如,《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第17条规定,网

<sup>⑧</sup> 参见杨立新《网络交易中的消费者之民法地位》,载《财经法学》2016年第5期。

<sup>⑨</sup> 参见赵鹏《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。

<sup>⑩</sup> 参见杨立新《电子商务法规定的电子商务交易法律关系主体及类型》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2019年第2期。

<sup>⑪</sup> 参见张新宝《顺风车网络平台的安全保障义务与侵权责任》,载《法律适用(司法案例)》2018年第12期。

约车平台公司应当保证提供服务车辆具备合法营运资质,技术状况良好,安全性能可靠,具有营运车辆相关保险,保证线上提供服务的车辆与线下实际提供服务的车辆一致,并将车辆相关信息向服务所在地出租汽车行政主管部门报备。又如,提供销售服务的电子商务平台经营者应要求平台内经营者就销售商品或者服务的安全性提供相关资质证明或履行一定的保证义务。

电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格的审核义务除了由法律及规范性文件予以规定外,还可依据诚实信用原则的要求而产生。尤其是随着网络平台技术的发展,电子商务平台管理可能面临新的挑战和问题,就可能产生出现法律漏洞的问题,对此可以参考“善良管理人”的标准,要求电子商务平台经营者依照诚信原则尽到一定的审核义务,以使用户在接受服务时不至于担心自己的合法权益被侵害。<sup>⑫</sup>

### 3. “审核义务”的标准

在审核标准方面,电子商务平台经营者的注意义务应当达到理性人的标准,即社会公众能够合理预期的合格电子商务平台经营者所应当而且能够达到的审核标准。实践中,由于电子商务平台经营者一般只是提供网络经营平台、交易撮合、信息发布等服务,不可能对平台内经营者的所有信息进行实质意义的审查,而只能依据一般理性人的标准作出必要审核。超出其能力范围的,应不属于电子商务平台经营者的审核义务范畴。例如,在现实生活中,有平台内经营者通过办理假的营业执照骗取通过平台的资质审核,<sup>⑬</sup>在此情形下,电子商务平台经营者未对其相关信息进行实质审核不应被认定为违反审核义务。但对简单的身份识别信息和经营活动相关的基础性信息,电子商务平台经营者完全有能力进行实质性审查,因而应确保该类信息的真实性。总而言之,电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格审核义务原则上采取形式审查标准,但对一些基础性信息(如网约车司机的真实姓名和网约车的安全资质等)应当采取实质审查标准。

### 4. 未尽审核义务行为的属性判断

目前,关于电子商务平台经营者“对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务”争议比较大的是,此种不作为形态与消费者的损害之间存在何种形式的因果关系。一种观点认为,“未尽审核义务行为”属于直接侵权行为。<sup>⑭</sup>另一种观点则认为,电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽审核义务的规定借鉴了《食品安全法》第131条第1款的规定,不过适用条件有所扩宽,应当将“未尽审核义务行为”理解为间接侵权行为。<sup>⑮</sup>

笔者认为,对于电子商务平台经营者“未尽审核义务行为”的属性应当区分不同情

<sup>⑫</sup> 参见张新宝《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第265页。

<sup>⑬</sup> 《新京报》的调查即发现,有经营者花2000元,办假营业执照,骗取平台通过资质审核。参见赵朋乐、赵蕾等《黑作坊办假证挤进百度美团外卖推荐》,载新京报网,http://www.bjnews.com.cn/inside/2016/08/08/412667.html,最后访问时间:2019年7月20日。

<sup>⑭</sup> 参见刘金瑞《网络食品交易第三方平台责任的理解适用与制度创新》,载《东方法学》2017年第4期。

<sup>⑮</sup> 参见杨立新《电子商务民事责任之立法基础与基本规则》,载《甘肃社会科学》2019年第1期。

形进行判断。一种情况是电子商务平台经营者未尽到对平台内经营者的真实名称、地址和有效联系方式等基本身份信息的审核义务,对此种不作为行为应定性为直接侵权行为。另一种情况是,电子商务平台经营者未尽到对与平台内经营者的经营者资质资格具有实质联系意义的信息(如经营许可证等)的审核义务。此时,依据情形的不同,也可定性为间接侵权行为。理由在于,平台内经营者的真实名称、地址和有效联系方式等基本身份信息是简单的身份识别信息,电子商务平台经营者完全有能力进行实质性审查并确保该类信息的绝对真实性。如果电子商务平台经营者就此类信息都无法达到完全保真的审核标准,实际上等同于在客观上完全放纵身份不明的潜在侵权人通过电子商务平台实施侵权行为,这就对平台内经营者的侵权行为起到直接的帮助作用。而电子商务平台经营者对平台内经营者的经营许可证等行政许可信息的审查,只能通过形式审查确保其与行政机关所掌握的信息保持一致性。电子商务平台经营者对平台内经营者的行政许可信息未尽审核义务的不作为仅可能对消费者的损害产生间接的偶然性作用。

### (三) 安全保障义务

#### 1. “安全保障义务”的性质

《电子商务法》第38条第2款的安全保障义务属于法定的作为义务,电子商务平台经营者应当依据法律规定的内容积极履行该项强制性义务,不能通过约定对之加以排除。《电子商务法》第38条第2款规定的电子商务平台经营者对消费者的安全保障义务主要源自《消费者权益保护法》第18条第2款和《侵权责任法》第37条,但是也不完全相同。最直观的不同在于,电子商务平台经营者的安全保障义务属于线上的法定义务,而《消费者权益保护法》第18条第2款和《侵权责任法》第37条通常规制的是线下的安全保障义务。由此,两者的义务来源也不同:平台经营者所负担的安全保障义务主要是基于其所掌握的商品或者服务信息而产生<sup>⑩</sup>,而线下的安全保障义务的主要基于实体空间的硬件和软件设施而产生。

《电子商务法》第38条第2款规定的安全保障义务属于防止损害发生的义务,具体包括电子商务平台经营者针对尚未发生的侵权行为采取的危险防范和损害救济预案等措施。例如,电子商务平台经营者应制定网络安全事件应急预案等。

#### 2. “安全保障义务”的内容

《电子商务法》第38条第2款的安全保障义务的内容主要由规范性文件予以规定。具体内容主要包括:第一,保障网络安全的义务。例如,电子商务平台经营者应当制定网络安全事件应急预案。第二,备案和保存义务。例如,电子商务平台经营者应当记录、保存平台上发布的商品和服务信息、交易信息,并确保信息的完整性、保密性及可用性。建立完备的数据备份制度,可以为发生的侵权事件提供有力的证据支撑,有利于保护消费者的合法权益。这些都是法定的安全保障义务内容,但电子商务平台经营者的

<sup>⑩</sup> 参见宋燕妮主编《〈中华人民共和国电子商务法〉精释与适用》,中国民主法制出版社2018年版,第115页。

安全保障义务不限于此,还包括一些依据诚实信用原则产生的义务,例如事先为消费者提供交易过程中的异常情况快速报告途径,让消费者及时获得有效帮助等。

此外,《电子商务法》第29条规定,电子商务平台经营者发现平台内的商品或者服务信息存在违反本法第12条、第13条规定情形的,应当依法采取必要的处置措施,并向有关主管部门报告。该条的“发现”与电子商务平台经营者的安全保障义务具有一定的相关性。从文义上理解,第29条的“发现”容易引起逻辑上的分歧:“发现”是否意味着电子商务平台经营者的安全保障义务包含主动监控的内容?一种理解是电子商务平台经营者在侵权行为发生前不负有主动监控的义务,只有在被监管部门、消费者或者其他主体告知存在违法行为时,才有义务采取必要措施。另一种理解是电子商务平台经营者在侵权行为发生之前负有监控的义务,即电子商务平台经营者应依照特定的标准,主动采取技术或人工手段对平台上的交易进行一定程度的监控。如果按照后一种解释,则监管部门和法院需要结合整个行业的技术和管理现实,为平台设定相应的监管标准。<sup>①7</sup>

从比较法上看,主动监控义务问题有相应的规范和判例可供参考。例如,美国1998年《数字千年版权法》确立了版权侵权领域的“避风港”规则和就侵权信息知情与否的“红旗”规则(我国《信息网络传播权保护条例》第14条和第23条亦借鉴了这两个规则)。这些规则针对的是网络空间上的版权侵权问题,但是学者一般也认为可以将其扩展解释为网络服务提供者责任的一般性原则。例如,有学者就认为,对于网络交易平台服务商而言,其违反安全保障义务应承担的损害赔偿赔偿责任也应当享受避风港的庇护。<sup>①8</sup>实际上,依据“避风港”规则和“红旗”规则的基本精神,电子商务平台经营者的安全保障义务不应当包含普遍的主动监控义务的内容。从结果上看,网络运营者履行作为义务的前提是“在得到网络用户通知以后”以及“自己知道网络平台发生侵权行为以后”,这意味着网络运营者所承担的是一种“事后止损义务”而非“事前保障义务”。<sup>①9</sup>

相反,德国立法和判例为电子商务平台经营者的主动监控问题提供了另一种思路。虽然先前德国《远程媒介法》也明确规定“网络运营者不对他人上传信息负有主动审查义务”,但是,德国联邦最高法院通过类推适用《德国民法典》第823条与第1004条的规定,将网络运营者的责任定位于“妨害人责任”,创设了其“面向未来的审查义务”。法院要求,网络运营者对正在发生的侵权应承担排除义务,并对未来的妨害负有审查控制义务。上述义务的产生依据正是作为传统安全保障义务产生原因的“危险源的开启与控制”<sup>②0</sup>。例如,法院要求,一旦网络服务提供者了解到来自第三人的某项侵权事实,即

<sup>①7</sup> 参见前引⑨,赵鹏文。

<sup>①8</sup> 参见齐爱民、陈琛《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第5期。

<sup>①9</sup> 参见王思源《论网络运营者的安全保障义务》,载《当代法学》2017年第1期。

<sup>②0</sup> 刘文杰《网络服务提供者的安全保障义务》,载《中外法学》2012年第2期。

在以后针对同一侵权主体或同样侵权客体或同样侵权内容负有主动审查义务。<sup>21</sup>这就赋予了电子商务平台经营者在侵权行为发生前的事前保障义务。

笔者认为,应当依据电子商务平台的自身属性、提供服务的方式及其引发侵权的可能性大小,在社会理性人的标准之下,具体确定电子商务平台经营者是否承担主动监控义务以及监控义务的范围。针对一些极有可能发生侵权行为的场合,电子商务平台经营者事先能够对平台内经营者的行为采取一定控制措施的,电子商务平台经营者应当承担一定程度的主动监控义务。值得注意的是,网络平台经营者的民事侵权责任承担必须符合技术与商业发展现实。在很多情形下,电子商务平台经营者无法承担对平台内经营者(尤其是众多个体经营者)的监控义务,因为这不但面临着技术支撑的障碍,也涉及对巨额成本的考量。事实上,即便实施监控,这些成本最终也会转移至消费者身上。因此,从电子商务行业的长久发展及消费者保护上看,应当理性对待电子商务平台经营者的主动监控义务,不宜要求其承担一般的普遍监控民事侵权行为的义务,但其应承担一定的管理平台义务以及与权利人合作等义务。<sup>22</sup>

### 三、《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”之理解

#### (一) 立法演变和学说争议

##### 1. 立法演变

在立法过程中,《电子商务法(草案三审稿)》第37条第2款最初规定“对关系消费者生命健康的商品或者服务,电子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,依法与该平台内经营者承担连带责任”。此条款一出台就遭到质疑和反对,认为给平台经营者施加的责任过重,将不利于电子商务的发展。鉴于反对声音,《电子商务法(草案四审稿)》第37条第2款不再规定“连带责任”,改为规定“承担相应的补充责任”。但是也有反对观点认为,该改动将减轻平台经营者的责任,减损消费者权益。<sup>23</sup>在经过多方博弈后,最终形成了《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”规定。

《电子商务法》第38条第2款在起草过程中,可谓是一波三折。这背后既有一定的利益博弈因素,也有学理认识分歧的原因。总的来看,在《电子商务法》的立法过程中,立法机关坚持“鼓励创新、包容审慎”原则,主要制度充分考虑了电子商务发展实际和面临的突出问题,也为将来的发展留有充分的空间,具有较强的针对性、可行性和包容性。<sup>24</sup>尤其在电子商务平台经营者的安全保障义务方面,立法者的包容和开放态度则表

<sup>21</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 758 = MMR 2007, 634 (Jugendgefährdende Medien bei eBay), 转引自前引<sup>20</sup>, 刘文杰文。

<sup>22</sup> 参见前引<sup>6</sup>, 曹阳文。

<sup>23</sup> 参见郭锋等编著《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》, 人民法院出版社2018年版, 第429-430页。

<sup>24</sup> 参见徐辉《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)〉审议结果的报告》, 载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第5期。

现得更为明显。

## 2. 学说争议

在立法完成后,关于《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”的争论主要表现在两个层面上,一是以是否属于民事责任的范畴为界分标准,可分为相应的各法律责任说和相应的民事责任说;二是在民事责任说的层面,民法学者对“相应的责任”到底是连带责任,还是补偿责任,抑或是其他责任形式也有不同的看法。

相应的各法律责任说认为,“相应的责任”指应当根据实际情形具体认定其相应的法律责任,不仅在民事责任范畴包括多种责任,如连带责任、补充责任、按份责任等,还超越了民事责任的范畴,也包括了行政责任与刑事责任。<sup>25</sup> 相应的各种法律责任说超出了民事责任范畴,体现了法律责任救济和制裁并重的价值理念。

相应的民事责任说多为民法学者所主张,他们都以民法的视角来审视电子商务平台经营者违反安全保障义务的责任承担问题,认为电子商务平台经营者的相应责任只能是民事责任。<sup>26</sup> 在民事责任说之下,民法学界对于相应责任的承担也存在不同的观点。总体而言,可以分为唯一论和非唯一论:唯一论认为电子商务平台经营者违反安全保障义务承担的民事责任方式是唯一的;而非唯一论认为电子商务平台经营者违反安全保障义务承担的民事责任方式是多元化的。

在唯一论之下,第一种观点认为,电子商务平台经营者违反安全保障义务承担的是连带责任。理由在于,电子商务平台经营者是平台服务和交易规则的制定者,规定了进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等各方面的规则,而且维护消费者安全是电子商务平台经营者社会责任的应有之义,因此应对电子商务平台经营者提出更高的要求,即“连带责任”。<sup>27</sup> 第二种观点则认为,“相应的责任”是指相应的补充责任。理由在于,未尽安全保障义务的行为与损害的发生不具有直接因果关系,只是间接因果关系,要求电子商务平台经营者承担相应的补充责任更为妥适。<sup>28</sup>

在非唯一论之下,一种观点认为,依第38条第2款,电子商务平台经营者可能承担连带责任或补充责任。具体而言,应依据网络平台的安全保障义务事项及其主观过错来确定电子商务平台经营者的责任承担。<sup>29</sup> 另一种观点认为,所谓的“相应的责任”是与行为人的过错程度相适应的责任。“相应的责任”既可以是连带责任,也可能是相应的补充责任,更可能是按份责任,是几乎囊括了所有可能类型的侵权责任。<sup>30</sup> 此种观点全面照顾到了现实中的各种情形,应当说具有全面性、灵活性和包容性。

<sup>25</sup> 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研析与适用指引》,中国法制出版社2018年版,第141页。

<sup>26</sup> 参见前引<sup>15</sup>杨立新文;前引<sup>2</sup>,丁宇翔文;等等。

<sup>27</sup> 参见前引<sup>23</sup>郭锋等编著书,第433页。

<sup>28</sup> 参见前引<sup>15</sup>杨立新文。

<sup>29</sup> 参见齐晓丹、刘栋《网络平台为代驾司机提供返程拼车服务中的损害责任承担》,载《人民司法(案例)》2018年第29期。

<sup>30</sup> 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。

唯一论和非唯一论分别依据不同的认识逻辑和学理分析对电子商务平台经营者的相应责任作出不同的解读。唯一论的优势在于提供了比较明确的民事责任解读,限制了法官的自由裁量权,保障了法律适用的统一性,降低了消费者的维权成本,有利于保护消费者的利益,但是劣势则在于不能适应多元的客观情形。相反,非唯一论的优势则在于为法官提供了多种方式的操作方案,有利于法官依据不同的客观情形作出不同的判断,但其劣势是为法官提供了自由裁量的空间,在适用中容易引发同案不同判或者类案不类判的结果,易破坏法律的统一性和权威性。

## (二) “相应的责任”应当属于民事责任

笔者认为,虽然民事责任和行政责任、刑事责任存在一定的联系,但是对《电子商务法》第38条第2款规定的“相应的责任”不应泛化理解为包括行政责任等在内的广义法律责任,而应当限定为纯粹意义的民事责任。

首先,从相应责任的产生基础上看,《电子商务法》第38条第2款规定的“相应的责任”是以电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务为前提的。电子商务平台经营者的审核义务或者安全保障义务存在于作为平等主体的电子商务平台经营者和消费者之间,属于典型意义上的民事义务范畴。而且,安全保障义务作为一种“舶来品”本来就是民法上的产物。因此,将电子商务平台经营者违反安全保障义务的责任归类于民事责任具有充分的正当性。

其次,从相关的立法传统上看,《电子商务法》第38条第2款规定的“相应的责任”与诸多民事法律文本的规定内容是一致的。在《民法总则》《物权法》《合同法》《侵权责任法》中存在大量的“承担相应责任”的立法表述,例如《民法总则》第177条和《侵权责任法》第9条第2款、第12条等,其“相应责任”都是指民事责任。如果将《电子商务法》第38条第2款解释成行政责任甚或刑事责任,与既有的立法习惯不符合。

最后,从《电子商务法》自身的内在体系上看,第38条第2款规定的“相应的责任”也应当属于民事责任。其一,从条文关系上看,《电子商务法》第83条已经专门规定了针对违反第38条的行政责任,如果再在第38条规定行政责任的内容,明显属于重复规定,不符合科学立法的基本要求。其二,从该条款所在章看,《电子商务法》第二章“电子商务经营者”的所有责任内容都属于民事责任,《电子商务法》第38条的前一条即第37条规定的责任亦属于民事责任,在逻辑上一般也不会在第二章内第38条规定民事责任之外的其他责任。其三,从第38条本身看,《电子商务法》第38条第1款规定的责任就是连带责任方式,属于典型的民事责任,第38条第2款规定的责任形态在逻辑联系上也应当属于民事责任。

综上,《电子商务法》第38条第2款规定的相应责任应当属于民事责任,这不仅符合安全保障义务和审核义务的本质属性,而且利于保持立法逻辑的一贯性和一致性,符合体系强制的内在要求。

## (三) 相应责任的体系展开

考虑到平台自身的多元性和复杂性,以及案件的具体事实和其可能在因果关系方

面的效力,笔者认为,《电子商务法》第38条第2款规定的“相应的责任”是一种具有多元性和包容性的责任,即既可能是连带责任或按份责任,也可能是补充责任。

### 1. 连带责任

《电子商务法》第38条第2款的相应责任一般不能解释为连带责任,但如果电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的行为与平台内经营者的侵权行为构成共同侵权行为,就可能要承担连带责任。例如,电子商务平台经营者不当向平台内经营者提供信息,对平台内经营者的犯罪行为构成直接的或者实质的帮助作用,电子商务平台经营者是有可能需要承担连带责任的。

在一般情形下,共同侵权行为以共同的主观过错为基础,但是基于对特殊客观情形的考量,客观共同侵权行为也可能存在。正如学者所言,“民法上之共同侵权行为,与刑法之共犯不同,苟各自之行为,客观的有关联共同,即为已足”<sup>①</sup>。实际上,在《侵权责任法》通过后,很多学者也都认可,《侵权责任法》第8条规定的共同侵权行为既包括主观共同侵权行为,也包括客观共同侵权行为。<sup>②</sup>在电子商务平台经营者的安全保障义务语境中,当电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的行为与平台内经营者的侵权行为构成相互平行的关系,而且对损害结果的发生具有直接的关系时,即构成了客观上的共同侵权行为,电子商务平台经营者即可能须承担连带责任。

当然,不能仅因电子商务平台经营者未尽审核义务就直接作出其须承担连带责任的判断,不同情形的差异性也会影响电子商务平台经营者的责任承担。例如,在网络食品交易领域,当电子商务平台经营者没有履行登记审查等义务而出现消费者合法权益受损时,其应与入网食品经营者或生产者承担连带责任。<sup>③</sup>但若在网约车业务中,适格驾驶员甲私自将自己的车转让给另一名未经审核的司机乙经营驾驶,而网约车平台对此未尽到一致性审查义务,在业务运营中发生交通事故,造成乘客损害的,网约车平台的未尽审核义务行为只是损害发生的间接原因,网约车平台就只承担补充责任,而不是连带责任。

### 2. 按份责任

从《电子商务法》的立法历史上看,就第38条第2款“相应的责任”之争论主要集中在连带责任和补充责任之间的博弈上,由此可见,在立法者既有的共识中,相应责任可能不是指按份责任,但是这并不意味着《电子商务法》第38条第2款规定的相应责任不包括按份责任。

在一般情形下,不宜将《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”界定为按份责任。理由在于,按份责任在本质上是一种分别责任,而在很多情形下,电子商务平台经营者未尽审核义务或者安全保障义务的行为并不是造成消费者损害的全部原因或者主

<sup>①</sup> 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第173页。

<sup>②</sup> 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2010年版,第57-58页;杨立新《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第137页。

<sup>③</sup> 参见前引<sup>①</sup>,刘金瑞文。

要原因,如果要求电子商务平台经营者承担按份责任,较之于补充责任,实际上减轻了真正侵权人的侵权责任,既不利于保护消费者,也与民法的公平原则相背离。当然,在存在责任抗辩理由的情形下,虽然电子商务平台经营者未尽审核义务或者安全保障义务是造成损害的主要原因,但当消费者的过失对自身损害也存在一定原因力时,应当减轻电子商务平台经营者的损害赔偿 responsibility,依据《侵权责任法》第12条的规定,在此种情形下可以认定电子商务平台经营者与消费者构成按份责任。

### 3. 补充责任

关于《侵权责任法》规定的补充责任,虽然有学者在立法论上主张,若维持补充责任,应将其限定为第三人故意侵权情形,同时承认补充责任人对故意侵权人的追偿权<sup>④</sup>,但是从原因力的事实结构上看,无论第三人是否存在故意的主观状态,它的行为都是造成消费者损害的主要和直接原因,而电子商务平台经营者的不作为仅是损害发生的间接原因,两者不属于平行关系,适用补充责任更为适宜。关于间接原因的界定,主要考察以下几点:(1)在事实上对损害结果的发生产生作用;(2)基于直接原因发生作用,不能独立产生损害结果;(3)不会影响直接原因对损害结果的决定作用;(4)与直接原因不具有实质的牵连关系,或者说只是存在偶然的关联。正如有的学者所言,“在竞合侵权行为中,直接侵权人对损害发生具有直接原因力,间接侵权人对损害发生具有间接原因力,两者竞合造成损害,间接侵权人对应的责任形态为补充责任”<sup>⑤</sup>。

从解释论上说,在第三人造成消费者损害的情形下,《电子商务法》第38条第2款的相应责任可以解释为补充责任。例如,顺风车平台提供路线规划服务的,其应当确保其提供路线所涉的道路状况良好,适合驾驶。<sup>⑥</sup>但如果顺风车平台所规划的特定路线经过的道路正处于长时间修缮状态,顺风车平台没有及时更新此路段的信息,而道路的施工方也没有采取必要的安全防护措施,致使顺风车司机夜间不慎驶入,造成乘客损害的,那么乘客可以要求电子商务平台经营者承担补充责任。理由在于,顺风车平台未及时更新路况信息的不作为对乘客的损害发生在事实上是存在作用力的。但是它的作用力建立于施工方的不作为行为之上,仅就顺风车平台未更新路况信息的行为不能独立致使乘客发生损害,也不会影响施工方不作为的行为独立造成损害,因为如果其他司机夜间不慎经此路段同样会发生损害。从原因力上看,施工方的不作为是造成乘客损害的直接原因,而顺风车平台未尽安全保障义务的行为属于间接原因,顺风车平台未及时更新路况信息与施工方未采取必要的安全防护措施之间只是偶然的结合。因此,顺风车平台未及时更新路况信息仅是乘客损害发生的间接原因,平台仅应承担补充责任。

当然,也有学者认为,上述情形应当适用按份责任。<sup>⑦</sup>但实际上,《侵权责任法》对于违反安全保障义务责任形态的规定并没有明确应为按份责任。例如,在涉及第三人

<sup>④</sup> 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》,载《法学》2019年第2期。

<sup>⑤</sup> 郑志峰《竞合侵权行为理论的反思与重构——与杨立新教授商榷》,载《政治与法律》2015年第8期。

<sup>⑥</sup> 参见前引①,张新宝文。

<sup>⑦</sup> 参见前引②,丁宇翔文。

侵权行为的情形下,由于安全保障义务在规范功能上不具有实质性阻止损害发生的效力,一般将违反安全保障义务的行为作为损害发生的间接原因。而作为损害发生直接原因的第三人侵权行为,与违反安全保障义务的行为并不处于平行关系,这与《侵权责任法》第12条规定的按份责任对应的侵权行为形态具有实质的区别。此外,如果借鉴《侵权责任法》第37条和《消费者权益保护法》第18条第2款的规定,电子商务平台经营者未尽安全保障义务,需要承担交易组织者的责任。具体而言,对《电子商务法》第38条第2款的相应责任可以参照《侵权责任法》第37条第2款的规定进行解释,即因第三人的行为造成消费者损害的,电子商务平台经营者作为交易的组织者承担补充责任。

需要注意的是,电子商务平台经营者的补充责任是一种部分补充责任,不是对全部赔偿责任的补充。电子商务平台经营者的责任份额应当依据原因力大小和过错程度进行确定。而且,为了体现出电子商务平台经营者承担责任的补充性,应当明确电子商务平台经营者在责任承担的比例上不应当超过50%;否则,如果由补充责任人来承担主要责任,就难谓之“补充”责任。<sup>③</sup>

此外,学界对于补充责任人承担补偿责任后,是否对直接责任人享有追偿权的问题存在一定的分歧。一种观点认为,因为基于安全保障义务的补充责任是对自己的过错和原因力造成的损害负责,只承担所谓“相应的补充责任”,故本质上是一种自负责任,补充责任人在承担责任后不能再向直接加害人追偿。<sup>④</sup>与此相反的另一观点主张,安全保障义务人承担责任后,可以向直接侵权人追偿。<sup>⑤</sup>笔者认为,电子商务平台经营者在承担补充责任后,不能向直接侵权人追偿。理由在于,虽然第三人是造成消费者损害的直接原因,但是电子商务平台经营者未尽审核义务或者安全保障义务的不作为在客观上也与消费者的损害构成因果关系,而且此种责任也是过错责任,基于责任自负的原则,电子商务平台经营者不能将最终的不利后果转移给他人承担,否则就违背了自己责任的基本原理。

#### 4. 较为成熟的操作方案:全部责任50%以下的非主要责任

由于电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的不作为可能与其他责任主体存在多种形式的因果关联,因而就《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”在责任分担方式上存在一定的差异。正如学者主张,在个案中,法官可根据案件的具体事实,除了借助直接原因和间接原因之区分外,还可以依据主要原因和次要原因的区分来确定责任的承担。<sup>⑥</sup>换言之,应比较电子商务平台经营者和其他责任主体对损害结果的原因力大小,以决定责任范围中主要责任和次要责任之区分。在一般情形下,就电子商务平台经营者的实质责任或者最终责任而言,可以明确为非主要责任。

<sup>③</sup> 参见张新宝《侵权责任编起草的主要问题探讨》,载《中国法律评论》2019年第1期。

<sup>④</sup> 参见王利明、周友军、高圣平《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第37页;郭明瑞《补充责任、相应的补充责任与责任人的追偿权》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

<sup>⑤</sup> 参见前引<sup>③</sup>,齐爱民、陈琛文。

<sup>⑥</sup> 参见张新宝《侵权责任立法研究》,中国人民大学出版社2009年版,第227页。

至于电子商务平台经营者相应责任的具体责任范围,学界形成较为成熟的共识是,应当由电子商务平台经营者承担全部责任50%以下的非主要责任。<sup>⑫</sup>笔者赞同此种观点,未来司法解释在明确《电子商务法》第38条第2款的相应责任时,可以50%作为上限,规定电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的相应责任为承担全部责任50%以下的非主要责任。在具体确定责任份额时,除了考察原因力大小外,还应综合考虑电子商务平台经营者是否盈利以及盈利状况等因素。

#### 四、《电子商务法》第38条第1款和第2款的适用关系

##### (一)《电子商务法》第38条第1款的具体适用

《电子商务法》第38条第1款规定的连带责任应当属于共同侵权行为产生的连带责任,与《侵权责任法》第8条一致。在一般情形下,共同侵权行为以共同的主观过错作为基础。《电子商务法》第38条第1款规定电子商务平台经营者依法与该平台内经营者承担连带责任,是基于其“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,或者有其他侵害消费者合法权益行为,未采取必要措施”的事实,而认定其在主观上具有过错。至于过错的具体形式可能是故意或者过失。比如,在电子商务平台经营者知道自己若不采取必要措施,消费者的损害肯定会发生,且希望发生此种损害结果的情形下,电子商务平台经营者就构成故意的侵权行为。而如果电子商务平台经营者仅是出于懈怠而不采取必要措施,也知道此种不作为可能造成消费者损害的,就属于过失侵权。无论是何种主观状态,电子商务平台经营者都具有可归责性。《电子商务法》第38条第1款将电子商务平台经营者的不作为认定为共同侵权行为,加重了电子商务平台经营者的责任,进而强化了对消费者的保护。

##### (二)《电子商务法》第38条第1款和第2款的区分

《电子商务法》第38条第1款和第2款规定的安全保障义务存在如下区别,因而在适用时需要注意区分:

第一,两者的规范作用不同。从安全保障义务的性质上看,《电子商务法》第38条第1款规定的安全保障义务属于防止侵权行为继续发生的法定义务,而第38条第2款规定的安全保障义务属于防止损害发生的法定义务。从第38条第1款电子商务平台经营者在“知道或者应当知道”情形下“未采取必要措施”的表述可以看出,该款规定的安全保障义务是具体侵权行为正在进行过程中应当履行的义务。例如,发生网络安全事件时,电子商务平台经营者应当立即启动应急预案,采取相应的补救措施。

第二,违反义务的行为属性不同。《电子商务法》第38条第1款规定的电子商务平台经营者违反安全保障义务的行为属于直接侵权行为;而第2款规定的电子商务平台

<sup>⑫</sup> 参见王利明《关于侵权责任编的修改意见》,载中国民商法律网,http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34834,最后访问时间:2019年4月12日;前引<sup>⑩</sup>张新宝文。

经营者违反安全保障义务的行为在多数情形下属于间接侵权行为,只有极少数情形下才可能构成直接侵权行为。因此,《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”只是在少数情形下才可能构成连带责任(或按份责任),在绝大多数的情形下应属于补充责任。

第三 构成连带责任情形时所基于的共同侵权行为类型不同。《电子商务法》第38条第1款规定的连带责任和第2款可能构成的连带责任都属于共同侵权行为产生的连带责任,这与《侵权责任法》第8条的规定是一致的。《电子商务法》第38条第1款规定的连带责任是基于电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者的侵权行为,换言之,其主观过错内容具有相同或者相似性,即连带责任的构成基于主观的共同侵权行为;而第2款可能构成的连带责任则是基于客观的共同侵权行为,即电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的行为与平台内经营者的侵权行为具有关联性,两者构成一个不可分割的整体且都是损害发生的共同原因。事实上,仅在客观情形的视角之下,依据不同的客观情形,电子商务平台经营者的责任分担方式可能也是不同的,不必然就基于客观的共同侵权行为而承担连带责任。据此,《电子商务法》第38条第2款规定的“相应的责任”照顾到了灵活多变的客观情形。

### (三) 第38条第1款“应知”规则的法律意义及其与第2款的适用关系

#### 1. 第38条第1款“应知”规则的法律意义

《电子商务法》第38条第1款规定的“应当知道”规则与《侵权责任法》第36条第3款是一脉相承的。一般认为,“应当知道”是指“推定的知道”。在此背景下,“网络服务提供者的注意义务就是一个不相关的因素,因为侵权法对‘故意’的认定是按照侵权主体的实际知晓能力和知晓的信息来确定其是否知道致害行为,而不是按照拟制的合理人、标准人或善良家父的标准来认定其应当具有的知晓能力和应当知晓的信息”<sup>⑬</sup>。由此可见,“应当知道”的判断与特定主体的实际认知能力和案件的具体事实相关。笔者认为,第38条第1款的“应知”规则在具体适用中具有以下特殊意义:

首先,可以帮助法官解决事实判断与证明力之间的鸿沟问题,实现法官的裁判意图。有观点认为,“明知”和“应知”的区别在于前者是对于网络服务提供者是否知道直接侵权事实的一个主观判断标准,后者是对于网络服务提供者是否知道直接侵权事实的客观判断标准。所谓网络服务提供者对于侵权事实明知,指的是我们可以通过直接的证据来证明网络服务提供者内心对于侵权事实是知道的,一般通过网络服务提供者的自认和权利人发出合格的“取下通知”加以证明;所谓网络服务提供者对于侵权事实应知,指的是我们在无法通过直接的证据证明网络服务提供者对于侵权事实知道的情况下,通过其他的证据可以间接推断出其对于侵权事实存在主观上的认识。<sup>⑭</sup>笔者认为,该观点具有一定的现实指导意义。证据规则是对客观事实状况的证明责任分配,而

<sup>⑬</sup> 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。

<sup>⑭</sup> 参见梅夏英、朱开鑫《网络服务提供者“应知规则”的再厘定及适用探讨》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2019年第3期。

知道则属于主观方面的事实判断的问题,当事实判断与证明力之间有鸿沟时,法官可以借助于“应当知道”规则进行裁判。

其次,对于确定《电子商务法》第38条第1款的保护范围具有一定的意义。司法实践中,法官常借助于侵权人的主观状态及其是否可预见其行为带来的损失等因素来确定特定利益是否应予保护。例如,在“广州有宝网络技术有限公司与深圳市恒传前投资有限公司财产侵权纠纷案”中,被告深圳市恒传前投资有限公司未经原告广州有宝网络技术有限公司许可,擅自将原告微信公众号的全部业务及功能转移至被告设置的微信公众号。法官最终判决被告的上述行为损害了原告的合法财产权益,应就此承担恢复原状及赔偿损失责任。<sup>⑤</sup>笔者认为,本案的争议点在于,注册人根据《微信公众号平台服务协议》所获得的是权利还是特定的利益。如果属于权利,则自然属于法律的保护范围;如果属于特定的利益,则是否属于法律的保护范围还涉及到对侵权人主观状态等因素的考察,此时,需参考应知规则进行判断。本案中,注册人根据《微信公众号平台服务协议》获得对公众号的使用,其相关权益应属一种财产权益。对此,须结合被告的主观状态判断其行为是否构成侵权。从被告的行为上看,其主观上应当知道自己的行为可能会侵害原告的利益,且原告对公众号的使用本身具有财产利益,被告对其行为给原告带来的损失应是可预见的,因此,法官认定原告对微信公众号的使用为合法财产权益、被告的行为构成侵权是正确的。可见,《电子商务法》第38条第1款规定的应知规则作为法官自由裁量的技术手段对确定相关侵权责任是否成立具有积极作用。

## 2. “应知规则”与第2款的适用关系

实践中,《电子商务法》第38条第1款规定的“应当知道”规则与第38条第2款容易被混淆适用。在既有的司法判决中,有些法院根据电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的客观情形,推定其应知服务者侵害了消费者的合法权益,以此作为判断主观共同侵权行为的基础,并最终判决电子商务平台经营者承担连带责任。

案例:李晓增系亿心公司的合作返城拼车司机。李晓增驾驶肇事车辆与梁万航驾驶的小客车、乔有志驾驶的停在事故地点的小客车发生交通事故,造成三车损坏,李晓增及肇事车辆内乘车人徐小银受伤。经交警认定,李晓增负事故的全部责任,梁万航、乔有志无责任。徐小银诉至法院,要求李晓增、亿心公司、平安财险、华泰财险赔偿医疗费、误工费、伤残赔偿金、被抚养人生活费和精神损害抚慰金等费用。二审法院认为,亿心公司作为网络交易平台提供者,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;结合对亿心公司与李晓增之间法律关系,亿心公司的义务范围、过错程度及其过错与本次交通事故之关联性等因素的分析,从价值判断及利益衡平的角度出发,判令亿心公司与李晓增对本次交通事故所造成徐小银之

<sup>⑤</sup> 参见广东省广州市越秀区人民法院(2017)粤0104民初字第24088号民事判决书。

各项损失承担连带赔偿责任。<sup>④</sup>

该案的处理在一定程度上反映了司法审判中法官没有准确适用“应当知道”规则的问题,对于厘清《电子商务法》第38条第1款和第2款的关系具有一定的借鉴意义。如果以《电子商务法》第38条的规范内容来审视,对网络交易平台提供者未能尽到审核、管理之义务的客观行为应当适用第38条第2款的规定,网络交易平台提供者承担的是相应责任。但该案法官从亿心公司作为网络交易平台提供者未能尽到审核、管理之义务的客观行为,推定网络交易平台提供者应当知道服务者利用其平台侵害消费者合法权益的主观状态,并基于此认定网络交易平台提供者未采取必要措施。依此思路,本案自然应适用第38条第1款的规定,相应地,网络交易平台提供者承担的则是连带责任。

笔者认为,从电子商务平台经营者违反安全保障义务的客观情形直接推断出电子商务平台经营者的主观状态,是一种不完全的推理,在逻辑上是不周全的。此种操作在适用依据上混淆了《电子商务法》第38条第1款和第2款的关系,进而可能导致得出不同的责任分担结果。在《电子商务法》第38条第2款的适用中,应当注意防止第1款所规定的“应知规则”对其适用范围的冲击,对“应知规则”作出必要的限制。在一般情形下,《电子商务法》第38条第1款规定的“知道”是基于电子商务平台经营者认知能力和控制能力作出的事实判断,而“应当知道”更多是法官对特定案件的电子商务平台经营者是否与消费者的损害构成直接联系的事实认定问题中的价值判断。在很多情形下,基于电子商务平台经营者的客观认知能力,无法准确得出电子商务平台经营者是否处于知道的状态,但是基于风险分配的要求或者报偿理论,法官可以认为电子商务平台经营者“应当知道”平台内经营者的侵权行为,但这只是一种特殊的适用情形,对此种特殊适用情形应当作出严格的限制。

从《电子商务法》第38条的内在体系上看,第38条第1款的“应当知道”规则针对的是电子商务平台经营者在特定主观状态下违反安全保障义务的责任承担问题,而第2款针对的是电子商务平台经营者违反审核或者安全保障义务的客观行为之责任承担问题。在没有充分且正当的情形下,法官以客观行为推定主观状态的方式来审视案件事实,明显混淆了《电子商务法》第38条第1款和第2款之间的既有逻辑关系。因此,在适用《电子商务法》第38条时,法官不能在充分且正当的情形下从电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保障义务的客观事实中,反推出电子商务平台经营者是否知道或者应当知道平台内经营者的具体侵权行为的结论。

## 结 语

《电子商务法》第38条第2款关于电子商务平台经营者违反审核义务或者安全保

<sup>④</sup> 参见北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第04810号民事判决书。需要指出的是,该案判决时,《电子商务法》尚未颁行,但并不妨碍将其作为参考,分析《电子商务法》第38条第1、2款的适用问题。

障义务的制度安排,总结了《消费者权益保护法》《食品安全法》和《侵权责任法》等的立法和相关司法解释的经验,充分考虑了我国现阶段的电子商务新业态发展的新状况。这样的制度安排既回应了强化保护消费者利益的价值需要,也体现了鼓励电子商务新业态不断创新发展的政策考量。

《电子商务法》自身具有特殊的调整对象和调整范围,基于此,《电子商务法》第38条第2款的权利主体特指的是电子商务平台内的消费者,而不包括表演者。电子商务平台经营者承担的审核义务或者安全保障义务在内容上具有多元性和复杂性,结合相关的实际情形,电子商务平台经营者的责任承担也是不同的。笔者认为,电子商务平台经营者依据《电子商务法》第38条第2款承担的相应责任是一种包容性的民事责任,既包括补充责任,也包括少数情形下的连带责任或者按份责任。在适用关系方面,第38条第1款规定的“应当知道”规则与第38条第2款易被混淆适用,两者既存在一定的联系,也存在明显的区分。在此情形下,应当明确第38条第1款的连带责任是基于主观的共同侵权行为,而第2款可能构成的连带责任是基于客观的共同侵权行为,同时,应对第1款的“应当知道”规则的适用予以严格限制,以避免适用者基于对《电子商务法》第38条第1款“应当知道”规则的扩大适用造成对第38条第2款适用的冲击。

---

**Abstract:** E-commerce Law has its own special adjustment object and scope, among which the right subject corresponding to the audit obligation or security obligation specified in paragraph 2 of article 38, refers to the ‘consumer’ under the tripartite subject relationship. In practice, the corresponding liability of operators of e-commerce platforms with great disputes should belong to civil liability, and it is an inclusive civil liability, which may be either supplementary liability, or joint and several liability or by share liability in a few cases. The specific judgment should be based on the content of the audit or security obligation of operators of e-commerce platforms and the relevant actual situation. From the perspective of the internal relationship of article 38 of the E-commerce Law, the joint and several liability that may be constituted by paragraph 1 is based on subjective joint tort, while the joint and several liability of paragraph 2 is based on objective joint tort, which has obvious boundary and cannot be confused in the application.

---

(责任编辑:任彦)