

平台经营者违反安全保障义务之侵权责任 ——以《电子商务法》第38条第2款为中心

罗丹丹

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年8月13日; 录用日期: 2024年11月4日; 发布日期: 2024年11月11日

摘要

我国《电子商务法》第38条第2款规定, 电商平台经营者有安全保障义务, 不同于一般场所管理人, 电子商务平台涉及虚拟网络空间, 安保义务具有特殊性。本文首先论述平台经营者地位特殊性和承担更高安全保障义务的合理性。其次以侵权责任为视角, 在认定平台经营者违反安全保障义务是否侵权责任基础上讨论责任构成, 该责任是过错侵权, 采用举证责任倒置的方法, 因果关系上采用“若有, 则无”的判断方法。再次区分38条1款和第2款, 第1款调整的是帮助侵权, 第2款调整的是分别侵权。最后认定“相应责任”形态为按份责任并阐述其合理性。

关键词

电子商务, 平台经营者, 安全保障义务, 侵权责任, 相应责任

Platform Operator's Tortliability for Breach of Security Obligations

—Centering on Article 38, Paragraph 2, of the *Electronic Commerce Law*

Dandan Luo

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Aug. 13th, 2024; accepted: Nov. 4th, 2024; published: Nov. 11th, 2024

Abstract

Paragraph 2 of Article 38 of China's *E-Commerce Law* stipulates that e-commerce platform operators have security obligations, and unlike general premises managers, e-commerce platforms are

involved in virtual cyberspace, and the security obligations are of a special nature. This paper firstly discusses the special status of platform operators and the reasonableness of assuming higher security obligations. Secondly, from the perspective of tort liability, the platform operator violates the obligation of safety and security is discussed on the basis of the liability composition, the liability is fault infringement, using the method of reversing the burden of proof, causality using the “if there is, then there is no” judgment method. Again, a distinction is made between Article 38, Paragraphs 1 and 2, with Paragraph 1 regulating the tort of contribution and Paragraph 2 regulating the tort of separation. Finally, the form of “corresponding responsibility” is recognized and justified as contributory responsibility.

Keywords

E-Commerce, Platform Operators, Security Obligations, Tort Liability, Corresponding Liability

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

平台经济是在物联网、人工智能、大数据等新兴信息技术影响下的一种新兴商业模式与经济形态，是双边甚至多边市场融合的产物，利用新兴信息技术工具，能促进商品和服务的生产流通，能形成规模效应，显著地提升了经济效率、便捷了买卖交易。阿里巴巴、腾讯、京东、滴滴等都是平台经济中的领头羊[1]。电子商务是平台经济中的一种模式，在带来便捷高效同时，信息不对称、平台信用问题、数据泄露、纠纷协调机制混乱和监管缺失等问题都使得消费者权益保护步入困境。电商平台作为新型市场主体，需要新的、专门的规范来指导行为。

平台安保义务对应的权利主体和权利是消费者和消费者安全保障权[2]。《中华人民共和国电子商务法》(下文称本法)第 38 条第 2 款写到，“对关系消费者生命健康的商品或服务，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。”本条虽明确了资质审核义务和安全保障义务，但仍存在模糊之处。首先，该条款没有明晰如何认定侵权责任构成要件。其次，资质审核义务和安保义务关系不明。再次，38 条两款之间立法混乱，第 1 款保护“人身、财产安全”，指向连带责任，第 2 款保护“生命健康”，却指向相应责任。“生命健康”绝对处于民事权益最高位阶[3]，然而在本条却处于财产权益之下，在价值评价上存在矛盾之处。最后，38 条第 2 款“相应的责任”表述过于模糊，性质不清，在《电子商务法》三、四审稿中，立法者虽欲将该责任明确为“连带责任”或“补充责任”，但分别遭到了平台和消费者的反对[4]，固只能进行模糊化处理，此不明确性致使裁判者自由裁量权过大，司法裁判不统一。

基于以上问题，本文从侵权责任入手，以《电子商务法》第 38 条第 2 款为中心，着力理清电子商务平台经营者安全保障义务的具体内涵及适用规则，对 38 条第 1 款和第 2 款进一步区分，明确“相应责任”形态，以期能促进相关法律法规的完善。

2. 平台经营者安全保障义务界定

2.1. 电子商务平台经营者的特殊性

仅从文字表述上来说，《电子商务法》38 条中的安保义务与《民法典》1198 条中的安保义务尽管具

有一致性,但是电子商务涉及网络虚拟空间,有不同于线下实体场所的特殊之处,是平台应承担更高标准安全保障义务的主要原因。平台经营者的特殊性在于:

第一,平台具有强大的事实控制力和规范控制力[5]。首先,平台企业依托大数据、物联网等技术,具有强大的计算能力和信息收集能力,消费者在使用过程中,平台会不断地收集消费者的各种信息和数据,数据集聚得越多,越有助于精准刻画消费者,平台为用户提供更精准服务同时也会过度采集数据、滥用消费者信息。其次,平台规则由平台经营者制定,是单方制定的格式条款,即使变更平台服务协议、规则时应当进行公示,但平台内经营者和消费者依然没有什么决策权。

第二,在电子商务法律关系中,平台经营者居于核心地位。在他营业务中,平台经营者作为交易促成者,能分别与平台内经营者、消费者产生法律关系。在自营业务中,平台经营者与消费者之间产生法律关系,在此情况下,其与平台内经营者的性质与地位并无什么不同。

第三,电商交易模式建立在消费者对平台的信任上,平台经营者应当承担相应注意义务[6]。虽然平台借助大数据等技术减少了交易成本,但基于企业的逐利性,平台企业一般不能完全坚守信用底线,导致平台经济面临“数据孤岛”“数据壁垒”等问题。

第四,平台经营者不是单纯地促成交易。一般情况下,场所管理人与第三人并不存在特殊法律关系,但平台经营者会直接或间接地从平台内经营者上盈利,平台并不同于一般的场所管理人。另外,平台本身的组织架构缺陷、纠纷协调机制漏洞以及平台引入的第三方支付、物流服务盲点等都为平台内经营者直接侵权提供了条件[7]。

第五,《电子商务法》第38条法条表述具有特殊性。《消费者权益保护法》仅规定了经营场所经营者的安全保障义务[8]。但是,本法38条第1款中规定了“采取必要措施”义务和连带责任,第2款中不仅提及资质资格审核义务和安全保障义务,而且规定了模糊化的“相应责任”。

2.2. 安全保障义务具体内容

通说认为安保义务由诸多具体义务构成,即安全保障义务是一个抽象、弹性的概念,类似于一般人格权,包含的具体义务类似于具体人格权[5]。理清安保义务具体内容,需结合本法其他条款、其他法律法规以及相关案例予以认定。虽然38条第2款规定了资质审核义务与安全保障义务,但不能认为二者是并列关系,资质审核义务是安保义务题中应有之义[9]。安保义务包含信息公示、保障网络安全,纠纷解决、主动监控、资质审查。其中主动监控和资质审核这两种义务在理论中颇具争议。

资质审核义务体现在本法27条中,该条规定平台经营者对平台内经营者的身份,平台经营者有核验的义务。在38条第2款中也规定了违反资质审核义务应承担相应责任。审核可分为形式与实质审核,实质审核标准更高,不仅要求资料齐全,还要求资料真实可靠。平台从己方利益出发更倾向于将审核定位于形式审核,虽然也有实质审核的呼声,但可执行性并不高。因此部分学者认为在对电子商务法的解释中,应采取实质和形式审核相结合模式。在关系消费者生命健康的商品或服务中平台应承担实质审核义务。在与消费者生命健康关联度比较低的领域中承担形式审核义务[5]。笔者认为该说法对解决《电子商务法》第38条第1款与第2款之间民事权益位阶混乱、价值评价矛盾问题,具有现实意义[3]。二是主动监控义务。平台经营者具有监控义务自不待言,但在本法第29条中的“发现”二字引发了争论,即平台经营者是否具有主动监管的义务。在比较法领域,德国有主动监管的先例可供参考[10]。主动监控义务实际上对平台经营者的要求更高。判断平台是否应当具有主动监管的义务,应考虑当前技术手段是否有主动监管的现实可能性。平台在一些极易发生侵权的场景,事先能够采取一定预防、阻断措施的,应当承担一定程度的主动监控义务[11]。

3. 违反安全保障义务之侵权责任

3.1. 责任构成

一是有过错。本法 38 条第 2 款已包含三个构成要件，仅剩主观过错没有规定。从法条表述上看，38 条第 1 款是“知道或者应当知道”，是一种主观上的故意，而第 2 款中就应指向与第 1 款互补的内容，主观心态为过失^[2]。安保义务是一个抽象、综合的概念，涵盖了各种具体义务，因此，我们不应局限于 38 条第 2 款讨论了违反安保义务侵权责任的主观心态，其过错应包含故意、过失。归责原则有过错、无过错和公平责任原则之分。无过错责任原则须在法律规定的范围内适用，虽然适用该原则更有利于消费者权益保护，但是本法并未明确规定。在双方当事人均无过错且符合无过错责任要件并且没有因果关系下一般适用公平责任原则，本法中平台承担责任应当具有惩罚性，但是该原则目的是分摊损害、补偿损失而非惩罚，该原则不适用于电子商务法。过错归责原则是民法理论中最基础的归责原则，包括故意与过失，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。综上，采取过错责任原则更适宜。在电子商务平台经营者违反安保义务侵权责任中，应采取举证责任倒置规则。其原因在于平台具有市场和信息优势地位，举证能力高于普通消费者。并且基于平台企业盈利性，实践中不乏平台阻拦取证、怠于履行纠纷解决义务等情况。采用该举证规则可促使平台经营者履行义务，从源头减少侵权事件发生。

二是未履行或者未完全履行安全保障义务。在可能存在损害消费者生命健康的商品或服务时，平台有危险提示、及时预警、协助救助义务，对已存危险要及时排除，安保义务的范围也应当具有合理性。

三是发生现实损害。违反安全保障义务侵害的利益必须属于法律保护的领域，而且该损害应当属于能够赔偿的损害。根据本法第 38 条，消费者在平台上购买了产品或服务，在使用这种产品或服务的过程中，生命权、健康权受到了损失，才可认定电商平台经营者侵权的损害事实存在。

四是损害行为与损害事实之间具有因果关系。平台经营者未履行安保义务致使消费者遭受侵害时应当采取相当因果关系理论，判断标准使用“若有 - 则无”。假设履行了安保义务能切断因果关系因果关系存在，反之则不存在。平台内经营者侵害消费者合法权益的行为是平台应当防范或避免的风险，所以平台不得以介入了平台内经营者的行为为由否认因果关系。在平台经营者承担更高安全保障义务领域，更不能以此为借口否认因果关系的存在。

3.2. 38 条第 1 款与第 2 款的区分

《电子商务法》第 38 条第 1 款要求平台经营者在特定情况下维护消费者人身、财产安全的内容实质上也属于安保义务^[12]。电子商务平台经营者违反安保义务的行为与平台内经营者的侵权行为具有关联性，二者都是损害发生的共同原因^[13]。但是第 1 款中规定目的在于防止侵权行为继续发生，第 2 款目的在于防止损害发生。

二者规范作用虽然不同，但都属于安全保障义务的法定来源。因此，我们有必要对 38 条第 1、2 款进行厘清。第一款属帮助侵权。第 1 款来自《侵权责任法》第 36 条第 3 款，并且《侵权责任法》第 36 条第 3 款规定的网络服务提供者间接侵权责任是以帮助侵权为法理基础^[14]。在此基础上，该款主观上是要求平台“知道或者应当知道”违法行为存在。有观点认为“应当知道”应当解释为有理由知道^[13]，有理由知道指即使平台经营者主观上并不知道侵权行为存在，但根据一般人的认识侵权行为存在的为推定应当知道的属于故意，实际上是要求平台能主动尽到查核义务。

第二款属分别侵权。首先第 2 款规定的未尽审核和安全保障义务承担相应责任借鉴了《食品安全法》第 131 条第 1 款^[15]，因为 38 条第 1 款已规定平台经营者帮助侵权行为，所以第 2 款的解释只能局限在

第1条解释之外。其次在实践中,平台经营者和平台内经营者一般难以形成一致的意思,故平台经营者与平台内经营者通常不具有共同过错,二者为分别侵权[7]。

4. “相应责任”的责任形式

虽然“相应责任”包含了行政和刑事责任,但绝大多数情况下仍然指向的是民事责任。早在本法审议过程中,立法者就欲将平台经营者的责任规定明晰,但现实却背道而驰。原本38条第2款在该法三审稿中,平台经营者是承担连带责任,但此举遭到了各大平台的一致反对,认为“连带责任”过重[16]。四审稿中,顾及平台利益,将“连带责任”改为“补充责任”,此举又受到消费者强烈反对,认为不能保护己方的利益。最终两方利益难以调和,现行法第38条第2款进行了模糊化处理,这样规定造成了法律适用难题,司法裁判中,不同法院对相应责任认定不同。故有必要对相应责任进行定性。

目前存在两种观点,有的学者认为相应责任是混合责任形态,包括连带、补充和按份责任[7]。而有的学者则不赞同相应责任为混合责任形态[15]。笔者支持第二种观点。第一,连带责任适用前提需法律明文规定或当事人约定,平台与平台内经营者固然会构成共同侵权承担连带责任,但该种情况的法律依据乃《民法典》。第二,“相应责任”不应认定为补充责任,平台依据强大的技术条件和事实上法律上的控制力对平台内经营者的侵权行为具有较强的掌控[7]。不同于普通的场所管理人,并且在某些极易对消费者侵权的领域平台经营者的管控还起决定性作用,因此平台承担比一般场所管理人更高的安保义务,不宜直接依照《民法典》第1198条第2款适用补充责任。“相应责任”应当为按份责任,一是从利益平衡角度看,本法不仅保护消费者,也需促进电商平台的发展,

因此一定程度上保护平台经营者利益具有重要意义,且按份责任重于补充责任,轻于连带责任,定性为按份责任也并不会减损消费者利益,平台实力强劲,消费者起诉平台经营者难度更低,获赔的可能性也更高[5],并且该法审议过程中均对连带责任和补充责任进行了否定,按份责任较之以上二者可更好平衡平台与消费者的利益。二是按份责任为原则性规定,不需法律的明确规定和例外规定,体系上与《民法典》保持一致。三是按份责任比补充责任更重,更符合安全保障义务是平台经营者法定义务的性质。四是按份责任符合违反安保义务因果认定,根据侵权责任法原理,按份责任符合“若有,则无”的因果关系认定逻辑。

5. 结论

电子商务平台是平台经济的产物,平台经济具有双边性、价格非对称性、网络外部性、规模经济性、大数据分析等特点,平台利用各种技术手段,对平台内经营者和消费者的各种信息和数据掌控力更强,在信息传递、分析、收集和使用等方面具有强大的优势[17]。平台也从平台内经营者的各种经营活动中谋利,并且平台规则、平台协议由平台制定,平台具有更强的事实上法律上控制力,理应承担更高标准的安全保障义务。安全保障义务是一个抽象的概念,包含许多的子概念,资质资格审核义务是安保义务内容之一。平台经营者违反安全保障义务承担的责任应当符合有过错、违反安全保障义务、造成损害结果、违法行为与损害结果之间具有因果关系四个构成要件。38条第1款与第2款规范作用各不相同,且第1款调整的是帮助侵权,第2款是分别侵权。在第2款中“相应责任”存在类型性质解释不清问题上,应当将相应责任定性为按份责任,按份责任较之连带责任与补充责任,在利益平衡、体系协调等问题上,都具有优势地位。

参考文献

- [1] 贾若凡, 妥建清. 平台经济的治理难点与法律规制[J]. 人民论坛·学术前沿, 2021(4): 100-103.

-
- [2] 马更新. 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[J]. 东方法学, 2021(2): 86-97.
- [3] 王利明. 论民事权益位阶: 以《民法典》为中心[J]. 中国法学, 2022(1): 32-54.
- [4] 郭锋. 中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引[M]. 北京: 人民法院出版社, 2018: 475-477.
- [5] 郑亚灵. 电子商务平台经营者“相应的责任”的解释与适用[J]. 中国流通经济, 2023, 37(10): 116-126.
- [6] 朱岩. 侵权责任法通论·总论[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 337.
- [7] 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[J]. 当代法学, 2019, 33(5): 27-36.
- [8] 陆青. 电子商务平台经营者安全保障义务的规范构造[J]. 浙江社会科学, 2021(11): 70-79, 158.
- [9] 姚海放. 网络平台经营者民事责任配置研究——以连带责任法理为基础[J]. 中国人民大学学报, 2019, 33(6): 88-101.
- [10] 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务[J]. 中外法学, 2012, 24(2): 395-410.
- [11] 王道发. 电子商务平台经营者安保责任研究[J]. 中国法学, 2019(6): 282-300.
- [12] 魏昀天. 电子商务平台安全保障义务的实证考察与理论进路[J]. 法律适用, 2021(3): 34-44.
- [13] 莫杨燊. 电子商务平台经营者违反安全保障义务的侵权责任构造[J/OL]. 重庆大学学报(社会科学版), 1-20. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/50.1023.c.20230317.1457.002.html>, 2024-11-06.
- [14] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 第 2 版. 北京: 法律出版社, 2013: 218.
- [15] 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.
- [16] 刘颖, 黄琼. 论《侵权责任法》中网络服务提供者的责任[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2010, 32(3): 52-58, 275.
- [17] 李子文. 我国平台经济的发展现状和规制问题[J]. 中国经贸导刊, 2018(4): 64-67.