

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.03.003

欢迎按以下格式引用:莫杨桑.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].重庆大学学报(社会科学版),  
2025(2):226-240. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.03.003.**Citation Format:** MO Yangshan. The construction of tort liability for e-commerce platform operators' breach of security care obligations [J].  
Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2025(2):226-240. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.03.003.

# 电子商务平台经营者违反安全保障义务的侵权责任构造

莫杨桑

(北京师范大学 法治发展研究中心,广东 珠海 519087)

**摘要:**《电子商务法》第38条确立了电子商务平台经营者的安全保障义务,将安全保障义务的适用介质由物理空间扩展至虚拟网络空间,有利于强化对消费者人身和财产安全的保障。但是,《电子商务法》第38条的立法表达未能臻于精细化,致使该款第1款和第2款在适用范围上具有重叠的可能,在责任配置方面存在价值评价矛盾。该条未建构起明确的平台经营者违反安全保障义务侵权责任的过错、损害及因果关系等构成要件的认定标准,给司法裁判中的法律适用带来一定困难。此外,该款第2款“相应的责任”表述过于模糊,赋予了裁判者过大的自由裁量权,加之学界对“相应的责任”的责任形态究竟为何争鸣不休,致使司法实践运用不统一。为消除上述弊病,在体系协调上,应当认为《电子商务法》第38条第1款调整的是帮助侵权,且该款中的“应当知道”应解释为“有理由知道”;第38条第2款调整的是共同因果关系型分别侵权,符合此案型的平台经营者在主观上须未存有帮助平台内经营者实施侵权行为的故意。借此可厘清《电子商务法》第38条两款各自的适用范围,化解它们之间的价值评价矛盾。在责任构成上,应当认为《电子商务法》第38条第1款的保护客体涵盖行为人通过网络实施侵权行为所可能侵害的一切民事权益,违反该款的过错判定可在借鉴网络服务提供者间接侵权责任过错判定规则的基础上予以确定,违反该款的因果关系判定可利用帮助侵权人和被帮助人之间行为的牵连性和一体性予以简化。《电子商务法》第38条第2款的保护客体限定为自然人的生命健康权益,违反该款的过错判定可在参考《民法典》第1198条规定的违反公共场所安全保障义务侵权责任过错判定标准的基础上予以确定,违反该款的因果关系判定要在区分消费者遭受平台经营者侵害抑或平台内经营者侵害的前提下,灵活运用替代说、相当因果关系说、可预见规则或者危险范围说等因果关系检验方法进行

**基金项目:**2020年国家社会科学基金年度项目重大项目专项“社会主义核心价值观融入智慧社会法治建设的理论模型与实践进路”(20VHJ009);2020年国家社会科学基金年度项目一般项目“《民法典》中的参照适用条款研究”(20BFX103);2021年度跨境网络空间安全教育部工程研究中心开放课题“RCEP背景下中国-新加坡数据跨境流动法律风险防控研究”(KJAQ202112005)

**作者简介:**莫杨桑,北京师范大学法治发展研究中心讲师,Email:1594172373@qq.com。

判断。借此可建构完善的平台经营者违反安全保障义务的责任构成认定标准。在责任承担上,应当区分平台经营者和平台内经营者实施侵权行为时的主观心态进行类型化。具言之,当二者均为过失侵权时,“相应的责任”应当解释为按份责任;当二者分别为故意侵权与过失侵权时,“相应的责任”应当解释为部分连带责任;当二者均为故意侵权时,“相应的责任”应当解释为连带责任。借此可明确“相应的责任”具体之所指,为司法实践提供明确的指引。

**关键词:** 电子商务法;平台经营者;安全保障义务;侵权责任构成;侵权责任形态

**中图分类号:** D923.8    **文献标志码:** A    **文章编号:** 1008-5831(2025)02-0226-15

## 一、问题的提出

随着物联网、电子支付、移动终端等信息网络技术的飞速发展和广泛应用,我国电子商务经济蓬勃发展,正加速与制造业等实体经济相融合,不仅变革了传统的商业模式,也重塑了人们的消费方式和生活观念,业已成为推动中国经济转型升级的新引擎。但是,电子商务的快速发展也催生了一系列的法律问题,其中又以“郑州空姐搭乘顺风车遇害案”等涉及电子商务平台的侵权纠纷尤为引人瞩目。为矫正电子商务蓬勃发展和法律规范不敷适用之间的悖反态势,进一步明确和细化电子商务平台经营者(全文简称平台经营者)对消费者的侵权责任,《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)第38条确立了平台经营者的安全保障义务(以下简称安保义务),将安保义务的适用介质由物理空间扩展至虚拟网络空间,以回应社会关切,强化对消费者人身和财产安全的维护。然而,《电子商务法》第38条的规定过于笼统,存在以下问题。其一,由于受到现代侵权法上过失认定客观化趋势的影响,《电子商务法》第38条第1款的“知道或者应当知道”与第2款的“未尽到审核义务”“未尽到安全保障义务”在适用范围上存在交叉重叠<sup>[1]</sup>。其二,《电子商务法》第38条第1款保护的民事权益为“人身、财产安全”,第2款保护的民事权益为“生命健康”,违反第1款应承担连带责任,违反第2款应承担“相应的责任”。“生命健康”居于民事权益位阶的最高层次<sup>[2]</sup>,受到的保护力度却可能弱于财产权益,这在价值评价上存在矛盾。其三,平台经营者的安保义务具有一定的特殊性,而《电子商务法》第38条未明确平台经营者违反安保义务侵权责任的过错、损害及因果关系等构成要件的认定标准,这将给案件裁判带来法律适用上的困难。其四,在《电子商务法》立法过程中,三审稿原本规定违反《电子商务法》第38条第2款应当承担连带责任,但有不少意见认为由此给平台经营者施加的责任过重<sup>[3]</sup>,四审稿因之改为补充责任,然而公布之后又引发争议<sup>①</sup>。面对此种情况,立法机关采取了模糊化的处理方法,在最终通过的表决稿中将“相应的补充责任”修改为“相应的责任”<sup>[3]</sup>。但是,“相应的责任”这一立法表达模糊不清,学理研究上对此存在多种解释方案,未能给司法裁判提供清晰指引。同时,这也赋予了法官过大的自由裁量权,导致司法实践运用不统一。职是之故,本文拟立足于《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的规范体系和价值基础,结合电子商务发展实践,着力厘清《电子商务法》第38条第1款和第2款在适用场景上的差异,消弭二者之间的价值评价矛盾,详细分析平台经营者违反安保义务侵权责任的构成要件,并明晰《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”具体之所指,以期对学理研究和司法

<sup>①</sup>时值“8·24乐清女孩乘车遇害案”发生,社会舆论普遍呼吁要加重平台责任。中国消费者协会在当时也表态建议恢复连带责任的规定。参见:《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》, <https://finance.sina.com.cn/roll/2018-09-25/doc-ihkmwytn9727076.shtml>, 登录时间:2025年1月9日访问。

实践有所裨益,进而为促进我国电子商务交易的健康发展贡献绵薄之力。

## 二、电子商务平台经营者安全保障义务的解释论重构

### (一)既有解释方案之检讨

自《电子商务法》颁布以来,学理上就如何区分《电子商务法》第38条第1款和第2款的适用场景提出了多种解释方案,以下分别检视之。

第一,有论点认为,《电子商务法》第38条第1款和第2款规定的安保义务可在规范作用、违反义务的行为属性以及构成连带责任时所基于的共同侵权行为类型等三个维度展开区分<sup>[4]</sup>。具言之,《电子商务法》第38条第1款规定的安保义务是防止侵权行为继续进行的义务,违反该义务的行为属于直接侵权行为,令该行为承担连带责任的理论基础在于构成了主观关联共同侵权。而《电子商务法》第38条第2款规定的安保义务<sup>②</sup>是防止损害发生的义务,违反该义务的行为在大部分情形均属于间接侵权,仅在极少数情形构成直接侵权。而且,如该行为须承担连带责任<sup>③</sup>,其根据在于构成了客观关联共同侵权。

此说的不足如下。首先,“损害的发生”与“侵权行为的继续进行”在时间上前后相继、紧密相衔,常常难以明确区分。而且,违反防止侵权行为继续进行义务的同时,也必然构成对防止损害发生义务的悖反。所以不可通过区分此二者在《电子商务法》第38条两款之间划定清晰的界限。其次,根据立法释义书的说明,《电子商务法》第38条第1款以《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第36条第3款(对应《民法典》第1197条,以下不再重复说明)为仿照对象设计<sup>[5]</sup>,后者主要规制网络服务提供者的间接侵权行为<sup>[6]</sup>,此说却认为违反前者的行为是直接侵权行为,显属不妥。再次,主观关联共同侵权和客观关联共同侵权不具有共通的类型要素,狭义的共同侵权行为从主观关联共同侵权扩张到客观关联共同侵权实际上是以体系的割裂为代价的,既造成了共同侵权制度的纷乱,也对法官裁判形成了极大的干扰<sup>[7]</sup>。

第二,有论点认为,平台经营者要承担比场所管理人更高的安保义务,但义务内容仍局限于“危险源管控型义务”之列,而未延展至“法益保护型义务”的范围。《电子商务法》第38条第1款规定的是平台经营者知道或者应当知道平台内经营者实施侵权行为并加以预防及控制的安保义务,而第38条第2款规定的安保义务被限缩为除前一种义务之外的剩余部分,即平台经营者即使已尽到注意义务亦无法查知平台内经营者侵权之外的那部分侵权防范义务。而且,当平台经营者违反前一义务时,无论其主观状态为何,均可就损害之发生与平台内经营者构成共同侵权或者帮助侵权;当平台经营者违反后一义务时,与平台经营者之间成立的是分别侵权<sup>[8]</sup>。

此说的不足如下。其一,通说认为,帮助侵权在主观上限于故意<sup>[9]</sup>。共同侵权制度的规范意旨在于,通过共同加害人和教唆、帮助侵权人等在主观上的强可责难性,实现对造成损害结果的各个参与人的相互归责,进而起到推定因果关系并减轻证明责任的作用。而过失帮助在可归责性层面尚不足以将侵权行为的各个参与人在因果关系上联为一体,进而实现推定因果关系的目的,将其置

②需要说明的是,《电子商务法》第38条第2款规定的审核义务亦属于安全保障义务的范畴,不可将审核义务理解为与安全保障义务并列的一种性质完全不同的义务。参见: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》(《中国人民大学学报》,2019年第6期88-101页)。

③提出此论点的学者同时指出,在客观情形视角之下,依据不同客观情形,电子商务平台经营者的责任分担方式可能是不同的,不必然就基于客观的共同侵权行为而承担连带责任。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282-300页)。



入共同侵权制度之中会造成体系的不自洽<sup>[9]</sup>,不应得到承认。所以,该说认为平台经营者主观上为过失时也能构成帮助侵权的观点实属谬误<sup>④</sup>。其二,法益保护型安保义务是为保护特定人免受不特定危险源伤害的义务<sup>[10]</sup>,对应的是《侵权责任法》第37条第2款(对应《民法典》第1198条第2款,以下不再重复说明)。负有该义务的行为人应尽最大可能检索处于相对人周遭的一切危险源,并全力阻却任何不特定抽象危险的现实化。此说一方面认为平台经营者不负有普遍性的主动监控义务,另一方面又主张平台经营者承担的排除其查知平台内经营者侵权行为的义务之外的剩余部分义务,和《侵权责任法》第37条第2款规定的场所管理人等对第三人所负之注意义务大致相同<sup>[11]</sup>,这在逻辑上自相矛盾。

第三,有论点认为,平台经营者具有混合法律地位,既可能提供交易撮合、信息发布等媒介服务,也可能提供物流、仓储等辅助平台内经营者全面履行合同的非媒介服务。《电子商务法》第38条第1款规定的作为义务和第2款规定的资质资格审核义务均为平台经营者在提供媒介服务场合应承担的义务,违反任一义务通常构成第1款中的“应当知道”,属于实施过失帮助侵权,应根据第1款的规定承担连带责任。《电子商务法》第38条第2款中除资质资格审核义务之外的安保义务应限缩在平台经营者辅助合同履行的情形,违反该义务的平台经营者因其独立、强势的辅助人地位而就自己的过错承担一般侵权责任<sup>[12]</sup>。

此说的不足如下。其一,根据《电子商务法》第38条第2款的文义、与第1款的位置关联以及立法释义书揭示的立法目的<sup>[5]</sup>,违反第38条第2款中的资质资格审核义务应承担该款规定的“相应的责任”。此说将违反资质资格审核义务归入第1款“应当知道”的范畴,并适用连带责任予以规制的解释路径,是在割裂《电子商务法》第38条规范原旨与逻辑体系基础上的强行整合,业已超出了狭义的法律解释及法律漏洞填补的范畴,进入了超越法律的法之续造的行列。此说未在实定法的框架下穷尽一切解释的可能,径直跃入了超越法律的法之续造阶段,会严重损害法律适用的稳定性。其二,平台经营者辅助合同的履行是为了推动电子商务交易的便捷进行,吸引更多的商家、消费者接受其提供的促成交易的媒介服务。把平台经营者媒介交易和辅助履行的行为切割开来并分别加以评价,显然背离了电子商务活动的经验理性和实践规律。其三,该说和上文所列的两种区分解释方案一样,忽视了《电子商务法》第38条两款所保护之民事权益在位阶上的差异,未能对两款在价值保护上存在的评价矛盾进行妥当协调。而且,该说也承认了“过失帮助”,其不妥之处一如前述。

第四,有论点认为,《电子商务法》第38条第1款确立的是规制“明显侵权”行为的“红旗标准”,而第2款应当借鉴欧盟《单一数字市场版权指令》(Directive2019/790)第17条第4项规定,解释为针对“非明显侵权”行为的“最大努力义务”,借此可实现《电子商务法》第38条第1款和第2款之间的外在协调和内在平衡<sup>[1]</sup>。

此说的不足如下。在进行法律移植时要重视国外法(供体)和本国法(受体)之间的同构性与兼容性问题,避免移植之后发生被移植的“组织”或者“器官”变异的现象<sup>[13]</sup>。“红旗标准”滥觞于美国国会对《新千年数字版权法案》(DMCA)的立法报告,“最大努力义务”则发轫自欧盟《单一数字市场版权指令》(Directive2019/790),将《电子商务法》第38条两款参照两个源于不同法域的毫无体系关联的法律规则分别加以解释,未免会造成新的制度冲突或体系性瑕疵,实不足取。

<sup>④</sup>否定过失帮助的存在,认为帮助侵权应以故意为限的观点还可参见:李夏旭《网络平台间接侵权责任的法理基础与体系展开》(《比较法研究》,2023年第3期第173-187页)。

综上,学界目前区分适用《电子商务法》第38条两款解释论方案均有不足,有必要予以重构。

## (二) 应然解释方案之建构

在探讨应然解释方案之前,需要说明两个前置性问题。其一,《电子商务法》第38条第1款在立法语言上虽未使用“安全保障义务”这一表达形式,但其要求平台经营者在特定情况下维护消费者人身、财产安全等内容显属安保义务的范畴<sup>[14]</sup>。其二,安保义务可分为防止他人遭受义务人侵害与遭受第三人侵害两种类型<sup>[15]</sup>。平台经营者违反安保义务致使消费者遭受其自身侵害的情形较为少见<sup>⑤</sup>,发生此类侵权时,平台经营者应当依据(或通过《电子商务法》第38条第2款参引)《民法典》第1198条第1款的规定承担责任<sup>[8]</sup>,并无适用《电子商务法》第38条第1款之余地。因此,《电子商务法》第38条两款需要区分适用的是平台经营者和平台内经营者构成多数人侵权的情形。

既然《电子商务法》第38条两款唯有在调整多数人侵权时方会发生竞合,那么根据多数人侵权内部的类型划分来厘清第38条两款各自的适用场景是更为顺畅合理的解释路径。《民法典》第1168条至第1172条构建的多数人侵权体系可分为共同加害行为<sup>⑥</sup>、教唆及帮助行为、共同危险行为、累积因果关系型分别侵权以及共同因果关系型分别侵权<sup>⑦</sup>五种类型。一般认为,第三、四种侵权形态不会出现在平台经营者和平台内经营者成立多数人侵权的情形。有争议的是,是否有可能构成共同加害行为。肯定说认为,平台经营者对平台内经营者的行为承担高度注意义务,当前者违反安保义务而未能防止后者实施侵权行为时,二者就损害的发生具有共同过错,构成共同侵权<sup>[8]</sup>。但笔者对此持反对意见,理由如下。共同过错包括共同故意、共同过失以及故意与过失相结合三种类型<sup>[16]</sup>。无论何种类型的共同过错均以共同为一定行为的合意为基础,这也是共同加害行为须承担连带责任的正当性基础之所在<sup>[7]</sup>。在平台经营者违反安保义务而与平台内经营者共同肇致损害之时,二者之间通常不存在一致行动的意思,很难说二者就损害的发生存在共同过错<sup>[16]</sup>。即使二者之间罕见地达成了一致的行动意思,亦难以将此合意解释为《电子商务法》第38条第1款中的“知道或者应当知道”或第2款中的“未尽到……义务”,而应由《民法典》第1168条予以规制。因此,剩下第二、五种侵权形态可作为区分适用的法素材。构建于此基础上的解释论方案可展开如下。

(1)《电子商务法》第38条第1款调整的是帮助侵权,且该款中的“应当知道”应解释为“有理由知道”,理由如下。其一,《电子商务法》第38条第1款在制度设计上仿照了《侵权责任法》第36条第3款<sup>[5]</sup>。《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

⑤《电子商务法》第38条调整的是平台经营者作为第三方电子商务平台的情况,即其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情况。当平台经营者在其平台上开展自营业务时,应当依据《电子商务法》第37条承担商品销售者或者服务提供者的民事责任。参见:陆青《电子商务平台经营者安全保障义务的规范构造》(《浙江社会科学》,2021年第11期70-79页)。

⑥共同加害行为,又被称为狭义的共同侵权行为,或者共同故意型主观共同侵权。

⑦通说习惯将《民法典》第1172条(《侵权责任法》第12条)规定的数人侵权行为称为共同因果关系型数人侵权,本文也采用通说的表述。参见:程啸《侵权责任法(第3版)》(法律出版社,2021年版259页);王利明《论共同危险行为中的加害人不明》(《政治与法律》,2010年第4期76-83页)。但需要说明的是,《民法典》第1172条调整的不仅包括典型的共同因果关系型数人侵权,即数人分别实施侵权行为造成他人同一损害,每个人的行为都不足以造成全部损害的情形;也包括单向共同因果关系型数人侵权,即分别实施侵权行为造成同一损害的数人中,一人的侵权行为足以导致全部损害发生,而另外一人的侵权行为却仅能造成部分损害的情形。参见:程啸《侵权责任法(第3版)》(法律出版社,2021年版423页)。

的<sup>[17]</sup>,根据“类似事物相同处理”的正义理念,第38条第1款也应以帮助侵权理论进行解释<sup>⑧</sup>。其二,“有理由知道”是指,即使当事人在主观上并未实际意识到侵权行为的存在,但其以一般理性人所具有的智识,基于特定的事实或者环境实施思维推理,即可合理推断出侵权行为的存在,在本质上属于故意范畴。学术界与实务界的有力说均认为,《侵权责任法》第36条第3款中的“知道”应当排除“过失”,仅包括“实际知道”和“有理由知道”,借此方可充分贯彻技术中立原则,避免对网络服务提供商苛加普遍审查义务<sup>⑨</sup>。《民法典》第1197条虽将《侵权责任法》第36条第3款规定的“知道”修改为“知道或者应当知道”,但立法释义书同时也指出,《民法典》第1197条“应当知道”的含义要根据DMCA立法报告中的“红旗标准”进行解读<sup>[16]</sup>,而“红旗标准”和“有理由知道”的基本构造是一致的<sup>⑩</sup>。故而,参照《侵权责任法》第36条第3款制定的《电子商务法》第38条第1款亦应将“应当知道”解释为“有理由知道”。而且,在前文已将《电子商务法》第38条第1款调整的侵权行为界定为帮助侵权的基础上,把该款中的“应当知道”阐释为“有理由知道”,而不是“应当知道”的固有含义——尽到一定的合理注意义务即可知道,能够避免陷入承认“过失帮助”的理论误区。

(2)《电子商务法》第38条第2款调整的是共同因果关系型分别侵权,符合此案型的平台经营者在主观上须不存有帮助平台内经营者实施侵权行为的故意,理由如下。其一,如果平台经营者故意帮助平台内经营者实施侵权行为,则前者的帮助行为与后者的侵权行为在因果关系上联结为一体,形成一个共同的致害原因,构成帮助侵权,从而落入《电子商务法》第38条第1款的涵摄范围。因此,归属于本款调整的平台经营者主观状态需要剔除存有帮助平台内经营者实施侵权的故意。其二,前已述及,平台经营者和平台内经营者难以形成一致的行动意思,且《电子商务法》第38条第2款不调整二者构成帮助侵权的情形,所以该款处理的是多数人侵权中分别侵权的情形,这又可分为两类:一是平台内经营者提供有瑕疵的关系消费者生命健康的商品或者服务的行为单独足以造成全部损害,在实际上和平台经营者违反审核义务等安保义务的行为相结合导致了全部损害;二是平台内经营者的侵权行为单独不足以肇致全部损害,在和平台经营者违反安保义务的行为共同作用之下促生了全部损害。在前述两类情形中,平台经营者违反安保义务的行为单独都不足以造成任何损害,因为如前所述,平台经营者此时承担的是防止他人受到第三人侵害的安保义务,如无平台内经营者侵权行为的介入,平台经营者违反安保义务的行为无法对损害结果发挥作用力。从原因力的角度分析前述情况可知,平台内经营者和平台经营者的行为或构成典型的共同因果关系型

⑧有反对观点指出,我国网络服务提供者间接侵权责任虽系借鉴DMCA中作为间接侵权制度责任排除规则的“避风港原则”而构建,但不可因此而认为我国网络服务提供者间接侵权责任亦采取了和美国法一样的帮助侵权模式。参见:朱冬《网络服务提供者间接侵权责任的移植与变异》(《中外法学》,2019年第5期1340-1356页)。也有观点提出,美国法上网络服务提供者构成帮助侵权时承担的是自己责任,不与网络用户一起承担连带责任。不应混淆美国间接侵权制度中的帮助侵权和大陆法系侵权法理论中的帮助型共同侵权。参见:徐伟《网络服务提供者连带责任之质疑》(《法学》,2012年第5期82-91页)。还有学者认为,网络服务提供者和网络用户不构成共同侵权,也不应承担连带责任。参见:董春华《论单独侵权致同一损害适用按份责任的例外》(《法商研究》,2022年第1期187-200页);张凌寒《网络服务提供者连带责任的反思与重构》(《河北法学》2014年第6期58-66页)。但是笔者认为,从《侵权责任法》到《民法典》均坚持规定网络服务提供者和网络用户承担连带责任,在此背景下我们应当秉持充分尊重现行法的立场,并以此为基础展开解释论。我国继受的大陆法系侵权法理论可以解释连带责任之正当性基础的唯有帮助侵权,理应以帮助侵权作为网络服务提供者间接侵权责任的理论基础,法律移植的变异之处可在此框架下作出相应的调适。另外,还有观点倾向于将网络服务提供者连带责任解释为政策性连带责任,但是既然可以通过学理来阐释该连带责任的正当性,则不应笼统地将该连带责任解释为一种纯粹的政策性连带责任。

⑨学术界观点参见:杨明《〈侵权责任法〉第36条释义及其展开》(《华东政法大学学报》,2010年第3期123-132页);实务界观点参见:最高人民法院侵权责任法研究小组《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》(人民法院出版社2016年版265-266页)。

⑩值得注意的是,“红旗标准”不可简单等同于“有理由知道”的反面陈述,因为“红旗标准”仅仅强调网络用户的侵权行为是否明显这一客观因素,排除了其他可能导致推定网络服务提供者知道网络用户侵权行为的事实因素,在实际上压缩了有理由知道的空间。参见:朱冬《网络服务提供者间接侵权责任的移植与变异》(《中外法学》,2019年第5期1340-1356页)。



数人侵权,或构成单向共同因果关系型数人侵权,均属于《民法典》第1172条规定的共同因果关系型数人侵权的规制范畴。

采用此种区分解释方案的优势在于:其一,坚持以大陆法系民法中的多数人侵权理论作为区分适用解释方案的基本架构,并在此框架下对美国网络服务提供者间接侵权责任规则移植过来的变异之处进行相应的调适,具有高度的逻辑自洽性和体系自足性;其二,尽最大可能尊重了法律的条文文义、体系编排和立法原意;其三,在此种解释方案中,平台经营者因过失违反安保义务导致消费者遭受损害而应承担的责任被限定在商品或者服务关系消费者生命健康的情形<sup>⑩</sup>,如此既避免给平台经营者赋加过重的普遍审查义务,以防阻碍电子商务交易的发展,并威胁互联网空间的言论自由和隐私保护,又可以适度强化平台经营者的责任,促使其尽力保障消费者的生命健康安全;其四,鉴于《电子商务法》第38条第2款调整的是数人分别侵权的情形,而且要求平台经营者承担的安保义务较重,在主观上的可责难性要更低,故而平台经营者违反该款相比于违反第38条第1款承担的侵权责任有可能更轻。如此解释可从容化解《电子商务法》第38条两款之间的价值评价矛盾。

### 三、电子商务平台经营者违反安全保障义务的侵权责任构成

#### (一) 过错

《电子商务法》第38条两款对平台经营者履行安保义务的主观要求不尽相同,因而平台经营者违反这两款的主观过错认定也存在差异。

##### 1. 违反《电子商务法》第38条第1款的过错认定

平台经营者违反该款的主观过错应被限定为故意,包括“知道”与“有理由知道”两种情形。平台经营者违反《电子商务法》第38条第1款的过错认定可参考网络服务提供者间接侵权责任的过错判定规则。具言之,其一,可通过“通知—删除”规则判断平台经营者是否“知道”。“通知—删除”规则在我国法上已经从“避风港规则”这一免责条款的组成部分转变为侵权责任构成要件<sup>[18]</sup>,消费者向平台经营者发出其民事权益遭受侵害的适格通知之后,如果平台经营者未及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施,通常可据此判定平台经营者主观上为“知道”。例如,在最高人民法院第83号指导案例中,法院认为《侵权责任法》第36条第2款涉及的“通知”是认定天猫公司是否具有过错的重要条件。相反,若消费者未适时通知平台经营者,则人民法院一般倾向于认定平台经营者不知道侵权事实的存在。如在“晏霞与王素华、浙江淘宝网络有限公司产品责任纠纷案”中<sup>⑪</sup>,法院认为,一直到平台规则显示订单交易完成,乃至售后服务期限届满时,原告均未通知被告淘宝公司其交易情况。故在原告投诉至平台客服前,不可认定被告知道或应当知道原告受欺诈的情形。其二,可将一个理性的网络服务提供商标准设定为参照系,并运用利益动态衡量方法<sup>⑫</sup>在综合考量多种因素的情况下合理推断平台经营者是否“有理由知道”。在参酌《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2020]17号)第9条以及电

⑩注意义务可分为普遍审查义务、特殊审查义务与被动注意义务三种类型。特殊审查义务是指网络服务提供者承担的针对特定内容的审查义务,强调内容控制的主动性与责任承担的推定性。但其与普遍审查义务不同,该审查义务仅针对特定内容,因而不具有责任承担普遍性的特征。参见:王杰《网络存储空间服务提供者的注意义务新解》(《法律科学(西北政法学报)》,2020年第3期100-113页)。

⑪参见:(2020)渝0106民初8116号民事判决书。

⑫关于利益动态衡量方法的详细介绍和运用示范参见:王雷《论情谊行为与民事法律行为的区分》(《清华法学》,2013年第6期157-172页);王雷《惩罚性赔偿的证明难题及其缓解》(《国家检察官学院学报》,2020年第4期149-162页);王雷《违约金酌减中的利益动态衡量》(《暨南学报(哲学社会科学版)》,2018年第11期47-56页)。

子商务交易实践规律的基础上,笔者认为,应当综合权衡平台经营者的经营规模,对平台内经营者的管理控制能力,所提供媒介交易服务的性质、方式以及引发侵权可能性的大小,是否针对同一平台内经营者的重复侵权行为采取相应的合理措施,平台内经营者实施侵权的行为方式、重复次数、持续时间以及损害后果,消费者受侵害民事权益的位阶和明显程度等多项因素,以“一个理性、谨慎且具有网络专业知识的网络服务提供商”<sup>⑭</sup>的智识经验进行思维推理,来判断平台经营者是否“有理由知道”。

## 2. 违反《电子商务法》第38条第2款的过错认定

《电子商务法》第38条第2款的条文设计在制定过程中借鉴了《侵权责任法》第37条(对应《民法典》第1198条,以下不再重复)<sup>[5]</sup>,因此违反该款的过错认定可参考《侵权责任法》第37条规定的违反公共场所安保义务侵权责任的过错判定标准。通说认为,在构成此类侵权的场合,过错的判定标准与违反安保义务的判断标准相同<sup>[19]</sup>。因此,在违反安保义务的侵权责任中,过错一般可通过安保义务的违反得以确认。为防范侵权行为的发生,平台经营者通常要承担如下安保义务。其一,平台经营者作为组织体应当履行一般性的组织义务,完善内部管理制度、决策机制、人事安排以及资源分配等组织体系和治理结构,确保消费者不因其自身的职能分工、权力矩阵配置、决策程序与机制、人力资源管理等方面的运转失灵而遭受来自第三人的侵害。其二,平台经营者要履行基于特殊身份而承担的安保义务。例如,平台经营者因其居于第三方电子商务平台的法律地位,负有核验及登记平台内经营者的身份,对未取得行政许可或被法律禁止交易的商品或服务及时采取必要的处置措施,保障网络安全与交易安全等安保义务。判断安保义务主体是否尽到安保义务,一方面要考察其所实施之行为是否符合法律法规及相应强制性标准中以保护人身财产安全为目的的要求,另一方面要审视其是否已达到社会同类活动或者一个诚信善良的经营者应当具有的通常水准。具体到平台经营者而言,当存在平台内经营者的介入侵权时,判断其是否已善尽安保义务,要运用利益动态衡量方法综合权衡其是否已尽到《电子商务法》等相关法律法规中以维护消费者生命健康安全为目的的要求,其所提供的媒介交易服务对侵权风险的诱发可能性,其内部的人事安排、治理体系和决策程序等组织结构对经营风险的预防与控制能力,以及其在平台运营过程中获得利益的多少<sup>⑮</sup>等因素,并在此基础上作出妥当的价值判断结论。需要注意的是,平台经营者根据《电子商务法》第38条第2款承担的安全保障义务也可划分为平台经营者防止消费者遭受其自身侵害与遭受第三人侵害两种类型<sup>[20]</sup>,它们对安保义务人尽到安保义务的要求有所不同,分述如下。(1)当平台经营者承担的是防止消费者遭受其自身侵害的安保义务时,消费者一旦因接受平台经营者提供的服务受到损害即构成对安保义务的违反。(2)当平台经营者承担的是防止消费者遭受平台内经营者侵害的安保义务时,平台经营者在合理的限度范围内采取的风险防范措施已降低平台内经营者实施侵权行为的概率或者缩小了损害的范围,即可认为其尽到了安保义务<sup>[21]</sup>。不可一概要求平台经营者采取的行为必须阻断损害的发生方可被认定为是尽到了安保义务。例如,在“邵帅诉二道区曹香居酒家等生命权、健康权、身体权纠纷案”<sup>⑯</sup>中,法院采纳了被告三快公司提出的答辩意见,认为被告对

<sup>⑭</sup>实务界观点参见:(2006)粤高法民三终字355号民事判决书;学术界观点参见:刘文杰《网络服务提供者的安全保障义务》(《中外法学》,2012年第2期395-410页)。

<sup>⑮</sup>值得注意的是,电子商务平台经营者的诸多行为可能呈现出无偿性的特征,其营利性特征并不明显,但是不能以此为依据否定其营利性特征。现代商事营利性理论已然扩张营利内涵,将营利界定为谋求利润,超越了目的与手段的区分。参见:郑佳宁《电子商务平台经营者的私法规制》(《现代法学》,2020年第3期166-179页)。

<sup>⑯</sup>参见:(2017)吉0105民初1992号民事判决书。



商家的营业执照、食品经营许可证等证明文件进行了严格审查,已尽到合理的形式审查注意义务,在原告邵帅无法证明被告存在其他侵害其民事权益行为的情况下,被告不承担侵权责任。

## (二) 损害

传统观点倾向于认为,安全保障义务适用于物理空间,保护对象是物质性人格权和有形财产;网络服务提供者责任适用于网络虚拟空间,主要旨在保护精神性人格权和知识产权<sup>[22]</sup>。但是随着互联网技术的飞速发展,物理空间和网络空间呈现出交叉融合之势,在线上实施的民事活动借由网络空间这一介质本身开放、互联、互通、共享的特点,对现实形成强烈的干涉之势,既可能侵犯知识产权和精神性人格权,也有可能威胁人身及有形财产的安全<sup>[23]</sup>。如在“何小飞诉北京密境和风科技有限公司网络侵权责任纠纷案”<sup>⑩</sup>中,法院未认可被告提出的,依据虚拟网络空间的属性,花椒直播平台提供信息存储空间的行为仅可能侵犯自然人的名誉权等精神性人格权,不具有在现实空间中侵犯自然人人身权可能的答辩意见,而认为网络空间也存在对人身及有形财产形成侵害的可能性。职是之故,安全保障义务亦应从物理空间扩展延伸至虚拟网络空间,成为网络服务提供者责任更为妥当的法理基础<sup>[22]</sup>,并将后者统合进一个同时规范线上和线下社会生活的统一的安全保障义务之中。由此,安全保障义务的保护客体可涵括行为人通过网络实施侵权行为所可能侵害的一切民事权益,既包括物质性人格权、有形财产,也涵盖精神性人格权、智慧财产。《电子商务法》第38条第1款规定的安全保障义务亦属如此。但值得注意的是,《电子商务法》第38条第2款规定的安全保障义务的保护对象被明文限定为“生命健康”,这既体现了立法对消费者生命健康安全的高度重视,也意味着除生命健康受损之外的其他损害无法被纳入该款的保护范围。

在大数据时代,信息技术的深度发展与广泛应用肇致了巨大的隐私危机和个人信息侵权风险,传统的侵权法理论已不敷适用,有必要因应科技进步与时代发展的需要,革新传统的侵权法理念。具体到平台经济领域,平台经营者和平台内经营者利用电子商务平台上的基础设施和技术工具可以大规模、高速度地收集消费者的浏览足迹、地理位置、消费习惯等个人信息,并运用大数据分析技术进行比对、整合,描绘出精确的用户画像,进而实现“千人千面”的精准销售。这已经成为了一种颇为普遍的商业现象,带来了大量的经济效益,也造成了个人信息泄露、价格歧视等侵权现象泛滥多发。这些损害多具有无形性、潜伏性和未知性等特点,且难以评估和计算<sup>[24]</sup>,不符合传统损害观念的确定性特征,通常不被法院认可。例如,在“俞延彬诉北京乐友达康科技有限公司等网络侵权责任纠纷案”<sup>⑪</sup>中,法院认为,被告淘宝公司、天猫公司及支付宝公司虽侵犯了俞延彬的个人信息相关权益,但是俞延彬未举证证明其精神损害的实际发生与严重性,故其主张赔礼道歉及精神损害抚慰金的诉讼请求不应得到支持。为纾解损害认定的困难,扩大侵权救济的可能性,可以考虑将个人信息泄露的风险和算法自动化决策导致的歧视承认为新型损害<sup>[25]</sup>,将它们也列入违反电子商务平台安保义务的侵权责任救济范围<sup>⑫</sup>。

## (三) 因果关系

### 1. 违反《电子商务法》第38条第1款的因果关系认定

通常认为侵权法上的因果关系可分为责任成立的因果关系和责任范围的因果关系两个层次,前者是指加害行为和权益受侵害之间的因果关联,后者是指权益受侵害和损害之间的因果关联。

⑩参见:(2018)京0491民初2386号民事判决书。

⑪参见:(2018)京0108民初13661号民事判决书。

⑫反对的观点可参见:赵精武《论聚合平台的数据安全保障义务》(《法制与社会发展》,2024年第6期111-128页)。

但是,责任的成立实际上也需要损害要素的参与,确定了加害行为和损害的因果关系之后即可构成侵权,损害赔偿的范围也可初步厘定。因此,不刻意区隔责任成立和责任范围,将二者贯通作一体性的思考更为妥当<sup>[26]</sup>。所以,本文对这两个层次的因果关系采取统一的思考模式。前文已述,平台经营者违反《电子商务法》第38条第1款的行为构成帮助侵权。在此情形虽然存在复数的侵权行为人,但是平台经营者的帮助行为实际上对平台内经营者所实施之侵权行为起到一个促进作用,构成了同一致害原因,在事实性因果关系联结上具有一体性。受害人只需证明平台经营者具有帮助平台内经营者实施侵权行为的故意,且平台内经营者的行为与损害之间存在因果关系,平台经营者的帮助行为与损害之间的因果关系就已成立,无需逐一证明平台经营者和平台内经营者的行为均与损害之间存在因果关系。平台内经营者实施的侵权行为与损害之间的因果关系应依通说即相当因果关系说进行判断<sup>②</sup>。

## 2. 违反《电子商务法》第38条第2款的因果关系认定

(1) 平台经营者未履行安保义务致使消费者遭受其自身侵害时的因果关系认定。此时,平台经营者的行为是典型的不作为侵权。在不作为侵权中,因果关系的判断标准不宜采用剔除说(“若无—则不”的因果关系检验规则),而应使用替代说(“若有一则无”的因果关系检验规则)。申言之,在损害事故中,假设将平台经营者善尽安保义务的行为代入,如能切断因果关系链条,则证明因果关系存在,如无法阻断因果关系流程,则表明因果关系不存在。(2) 平台经营者未履行安保义务致使消费者遭受平台内经营者侵害时的因果关系认定。此时,由于平台内经营者的介入行为加剧了因果关系判断的复杂性,而且《电子商务法》第38条第2款调整的是分别侵权,不像共同侵权一样可以利用复数侵权主体之间行为的牵连性和一体性简化因果关系认定,导致因果关系的判定更显困难。为破解因果关系认定的困局,可运用规范保护目的理论进行判断。详言之,如果平台内经营者侵害消费者合法权益的行为,落入了平台经营者承担的安保义务旨在防范或避免的风险范围,则平台经营者不得以介入了平台内经营者的行为为由,否认安保义务违反和损害之间的因果关系<sup>③</sup>。但是,当平台经营者承担的安保义务之内容和平台内经营者的行为无关时,判定平台内经营者的介入行为是否中断了安保义务违反与损害之间的因果关系,就无法依靠考察平台经营者是否违反安保义务加以判定<sup>[27]</sup>。此时可在综合运用相当因果关系说、可预见规则、危险范围说和替代说的基础上作出判断<sup>[28]</sup>。此外,需要注意的是,在认可个人信息泄露的风险和算法自动化决策导致的歧视等新型损害之后,侵权行为本身即构成损害,由此可省略对因果关系的证明。

## 四、《电子商务法》第38条第2款“相应的责任”的类型化展开

当《电子商务法》第38条第2款调整的是平台经营者违反安保义务致使消费者遭受平台内经营者侵害的情形时,平台经营者应当承担何种形态的侵权责任,学理研究上对此呈现出聚讼纷纭之态,司法

<sup>②</sup>按照相当因果关系的观点,针对安全保障义务的履行能否一般地降低风险实现的可能性,如果得出肯定答案,因果关系就得到满足。参见:王磊《安全保障义务的解释论展开》(《现代法学》,2024年第3期106页)。

<sup>③</sup>德国学者冯·巴尔教授指出,如果被告所违反义务的内容恰恰是防止处于其保护之下的对象不受第三人加害,或者制止处于其控制之下的人加害他人时,那么不得以第三人的行为是基于过失或故意加害目的为由否认被告的义务违反行为与损害之间的因果关系。参见:克雷蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法(下卷)》(焦美华,译,法律出版社,2001年版575页)。

实践中法院对于处理这个问题的态度也莫衷一是<sup>②</sup>。“相应的责任”在立法表达上的模糊、学理研究上的争鸣无法为电子商务的繁荣发展提供稳定的裁判预期,也危及了法的安定性,为统一裁判尺度,凝聚司法共识,有必要澄清“相应的责任”具体之所指。

《电子商务法》第38条第2款在安保义务人的范围、保护对象、义务内容以及规范构造上均未表现出足以偏离《民法典》第1198条基本规范立场的特殊性<sup>③</sup>,笔者认为,《电子商务法》第38条第2款实为《民法典》第1198条在电子商务领域的具体化。有观点提出,平台经营者要承担较《民法典》第1198条规定的场所管理人等更高的安保义务,主要理由如下:一是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;二是平台经营者对平台内经营者及其开展的交易有一定的管控力;三是平台经营者与平台内经营者存在利益相关性,前者直接或间接通过后者的经营行为获取收益<sup>[8]</sup>。笔者以为上述论点均不成立,理由如下:对比前述理由一,公共场所管理人和群众性活动的组织者等为开启和维系社会交往提供了空间或者起到了促成作用,这也在客观上为侵权风险的现实化创造了条件;对比前述理由二,线下物理空间的管理者与运营者对进入相关场所的第三人也具有强大的管理、控制能力,未必逊色于平台经营者对平台内经营者的管控力;对比前述理由三,公共场所、经营场所的管理人、经营者和相对人之间通常存在着交易关系,而居于独立第三方地位的平台经营者一般不会直接从消费者身上获取经济利益。从报偿理论的角度考量,平台经营者更有理由控制平台内经营者的行为,而场所管理者等则更有理由强化对消费者的保护。综上,平台经营者并不一定承担比场所管理人等更高的安保义务。因此,将《民法典》第1198条和《电子商务法》第38条第2款的关系理解为一般规范和具体规范的关系并无不当。但是,这并不意味着《电子商务法》第38条第2款规定的“相应的责任”要适用《民法典》第1198条第2款的责任分担规则,因为《民法典》第1198条第2款的规定存在不足<sup>[19]</sup>:其一,该款文义所覆盖之案型过于宽泛,和《民法典》第1172条的规定存在体系冲突;其二,让安全保障义务人承担补充责任既违背了过错归责和自己责任的理念,也不利于激励安保义务人积极履行义务,会导致遏制不足;其三,补充责任将积极寻找第三人、调查事实的成本完全赋加给受害人<sup>[29]</sup>,受害人唯有在确定无法从第三人处受偿之后,方能向通常具有更优越经济实力的安全保障义务人求偿,这不利于实现对受害者的合理保护。《电子商务法》第38条第2款规定的“相应的责任”不宜径行适用《民法典》第1198条第2款的责任分担规则,而应充分利用“相应的责任”赋予的宽广规则空间,立足于既有检讨与重构违反安保义务之侵权责任的学理研究的基础上,探讨更为合理责任形态配置,待将来修改《民法典》时也可反哺《民法典》第1198条第2款责任形态配置的改进。因循侵权法的制度逻辑,结合既有的研究成果,平台经营者“相应的责任”可以类型化解释如下。

第一,当平台经营者与平台内经营者均为过失侵权时,“相应的责任”应当解释为按份责任。《电子商务法》第38条第2款虽为《民法典》第1198条在电子商务领域的具体化,但如前所述,该款在规制多数人侵权时,调整的是共同因果关系型分别侵权的情形,此案型也落入了《民法典》第1172条的涵摄范围。《民法典》第1172条位于总则,对整个分则部分均具有辐射作用。《民法典》第1198条第2款作为分则部分的条文只有存在足够充分且正当的理由的情况下方可修正《民法典》第1172条的规定,配置不同于后者的侵权责任形态,否则势必会形成体系冲突,导致价值评价矛盾。《民法典》第1198条第

②判决承担按份责任的,参见:(2020)黑01民终4637号民事判决书;(2021)黔03民终4416号民事判决书。判决承担补充责任的,参见:(2019)粤0306民初3266号民事判决书;(2020)沪01民终4520号民事判决书;(2020)沪01民终5967号民事判决书。判决承担连带责任的,参见:(2019)黑0103民初5702号民事判决书;(2021)陕0825民初1103号民事判决书。

③详细论证可参见:陆青《电子商务平台经营者安全保障义务的规范构造》(《浙江社会科学》,2021年第11期70-79页)。



2款之所以可以修正《民法典》第1172条规定的责任形态,在责任顺位和受偿不能的风险分配上给予安保义务人更多的优待,最主要的原因不在于区分规制第三人实施的作为侵权和安保义务人实施的不作为侵权,也不在于要实现对第三人实施的直接侵权行为和安保义务人实施的间接侵权行为的差异化评价,而在于要分别评价故意侵权和过失侵权,加重惩罚具有严重反社会性质的故意侵权,使实施故意侵权的第三人无法因安保义务人的过失而减免损害赔偿责任<sup>[30]</sup>。当平台经营者(安保义务人)和平台内经营者(第三人)均为过失侵权时,二者在主观上的可归责性处于同一层级,在规则设计上要对他们等同视之,不可厚此薄彼,造成利益衡量的失当。此时,要坚持《民法典》第1172条的统辖效力,限缩《民法典》第1198条第2款的适用范围,使他们承担按份责任。如在“哈尔滨小跳蛙体育投资有限公司、北京三快科技有限公司违反安保义务责任纠纷案”中,法院判决未尽到安保义务的平台经营者小跳蛙公司,与对经营资质和涉及消费者生命健康的项目是否配备安全员等事项未尽到审核义务的平台内经营者三快公司,一起对除受害人应自己承担的损害外的其他损害承担按份责任<sup>④</sup>。

第二,当平台经营者与平台内经营者分别为故意侵权与过失侵权时,“相应的责任”应当解释为部分连带责任。故意侵权和过失侵权在可归责的法律评价方面位于不同的层级。申言之,现代侵权法已实现从主观过失到客观化过失的过渡<sup>[31]</sup>,过失侵权的存在不再依赖道德上的可责难性,而是将违背社会交往中可期待的信赖作为归责的依据<sup>[32]</sup>,而故意侵权违背了“勿害他人”这一“最低限度的自然法”<sup>[33]</sup>,具有强烈的道德上的可非难性和伦理上的可谴责性。当存在无意思联络的数人分别侵权,且行为人主观上分别为故意与过失时,为实现对故意侵权和过失侵权的区分规制,充分发挥侵权法的预防功能,威慑故意侵权,要配置与之相适应的有梯度的责任形态。《民法典》第1198条第2款对此的回应是设置补充责任。补充责任固然可以实现对故意侵权和过失侵权的区分规制,但也存在前文所述的瑕疵,故而有必要另起炉灶配置更为合理责任形态<sup>⑤</sup>。

笔者认为,此时使平台经营者与平台内经营者一起承担部分连带责任较为妥当,理由如下:当侵权人实施故意侵权行为时,其不仅认识到侵权行为会发生侵害他人民事权益的后果,在主观上也积极追求损害结果的发生,虽然该侵权行为是与其他侵权行为相结合而肇致损害,但不妨碍将此种追求损害发生的意愿评价为“单独足以”造成全部损害<sup>[31]</sup>,并将其与客观上“单独足以”的情形在法律上作相同的评价。故意侵权造成的损害不再受可预见性规则的限制,无论损害是否可预见,故意侵权人均要对实际造成的全部损害负责。也因此,当平台经营者与平台内经营者成立数人分别侵权,且一者主观上为故意,一者主观上为过失时,可评价为单向共同因果关系案型即部分侵权人的行为足以造成全部损害而其他侵权人的行为仅能造成部分损害的案型。针对单向因果关系案型,结合共同因果关系理论、“可能全部原因力”理论以及“一个充分原因组中的必要因素”标准,应当由部分足以造成全部损害的侵权人和另一部分只能造成部分损害的侵权人承担部分连带责任<sup>[33]</sup>。部分连带责任是指,在数人分别侵权的情形,一部分侵权人对全部损害承担赔偿责任,并与另一部分侵权人一起对部分损害承担连带责任的一种责任形态<sup>[34]</sup>。在外部效力上,受害人可以请求任一侵权人或就全部损害负担赔偿责任,或就与其过错和原因力相对应的部分损害负担赔偿责任。在内部效力上,各侵权人在比较过错程度和原因力比例之后划定各自应当分担的损害赔偿份额,承担了超出自己应分担份额的侵权人可向其他侵

④参见:(2020)黑01民终4637号民事判决书。

⑤《美国侵权法重述(第二版)》第435A条规定,为给他人造成某一特定伤害而对第三人构成侵权的人,应对该伤害(无论可预见与否)承担责任,除非该伤害系由其风险未被被告行为增加的某一外力所造成。参见:许传玺主编《侵权法重述第二版:条文部分》(法律出版社,2012年第2版185页)。

权人追偿。使分别实施故意侵权和过失侵权的平台经营者和平台内经营者承担部分连带责任,而不是补充责任,具有如下优势。其一,消费者既可以请求主要责任人承担全部赔偿责任,也可以请求次要责任人承担与其过错和原因力相适应的赔偿责任,在求偿顺位上未受到任何限制,这更有利于维护消费者的权益。其二,既做到了根据平台经营者或平台内经营者主观过错的不同使其等承担轻重程度不同的责任,实现了对故意侵权和过失侵权的区分规制,同时也始终遵循了过错归责和自己责任的理念,使每一个侵权人在与自己过错和原因力相适应的程度内承担一定的最终责任,进而强化了平台经营者恪尽安保义务的动机,更有利于发挥侵权法遏制抽象危险的预防功能。在司法实践中也已经出现了判决平台经营者承担部分连带责任的案例。例如,在最高人民法院第83号指导案例中,法院判决被告金仕德公司赔偿原告嘉易烤公司经济损失150 000元,并让被告天猫公司对上述赔偿金额的50 000元承担连带赔偿责任;又如,在“白某某、侯某某生命权、健康权、身体权纠纷案”中,法院判决被告携程公司、途家公司对平台内经营者承担的30%责任范围内的70%部分承担连带赔偿责任。这进一步验证了以部分连带责任规制平台侵权的可行性和合理性<sup>②⑦</sup>。

第三,当平台经营者与平台内经营者均为故意侵权时,“相应的责任”应当解释为连带责任。前已述及,当侵权人实施故意侵权时,可以将其追求损害发生的意愿在法律上评价为单独“足以造成全部损害”。职是之故,当平台经营者与平台内经营者均实施了故意侵权,且二者相互之间不构成共同侵权之时,实质上与《民法典》第1171条的规范目的在与法律评价有关的重要观点上相类似,基于“类似事物相同处理”的一般正义要求,应类推适用《民法典》第1171条的规定,使平台经营者与平台内经营者一起承担连带责任。举例而言,基于顺风车服务是陌生人之间互助合乘关系的本质,顺风车平台要对驾驶员的背景、车辆和驾驶员一致性等情况实施严格审查,强化对乘客个人信息的保护,并以人工智能、大数据技术等加强对路线行驶偏移、不合理长时间停留等风险的监测和预警。若顺风车平台为了增加平台交易量,降低运营成本,未严格核查驾驶员是否具有驾驶证、是否有犯罪记录等必要的背景信息,还给平台赋予了社交属性,使司机可以随意浏览乘客的个人信息,并可以对乘客的性别、年龄、外貌、身材、衣着等超越了合乘关系认可的状况张贴个性化标签和发布评论,在多次收到相关投诉,甚至在发生多起司机侵害乘客的相关案件之后,为了业务发展仍不采取必要措施予以整改,则平台在主观上已构成放任风险发生的间接故意,当再次发生乘客被侵害的相关案件之后应当与实施故意侵权行为的司机一起对损害承担连带责任<sup>[35]</sup>。

## 结语

法律是善与衡平的技艺,在构造电子商务平台经营者违反安保义务侵权责任的解释论时,也需要遵循衡平的要求,这集中体现在三个维度上。第一个维度是体系的衡平。民法由自社会生活抽象而出的概念作为基石依一定的逻辑形式建构而起的外部体系,和由体现法之评价基准的各主导性的法律原则及将之具体化的各下位原则相互之间协作形塑的内部体系所组成<sup>[36]</sup>。实现体系的衡平要维持外部体系的无矛盾性和内部体系的一贯性。将《电子商务法》第38条两款区分解释为第38条第1款调整帮助侵权的案型,而第38条第2款调整共同因果关系型分别侵权的案型,既可在外部体系层面澄清第38条两款各自的适用范围,又可在内部体系层面化解第38条两款之间的价值评价矛盾,进而实现体

<sup>②⑥</sup>参见:(2020)辽08民终1939号民事判决书。

<sup>②⑦</sup>李中原认为,安全保障人故意违反安全保障义务的,应当承担连带责任。参见:李中原《论违反安全保障义务的补充责任制度》(《中外法学》,2014年第3期676-693页)。

系上的衡平。第二个维度是公法规范转介入私法的衡平。安保义务条款是实现公私法接轨汇流的重要端口,通过合理塑造电子商务平台经营者违反安保义务的过错、损害以及因果关系等构成要件,可以使站在公私法汇流闸口的司法者,作出让公法规范以何种方式、以多大的流量注入私法的衡平决定。第三个维度是责任的衡平。电子商务平台经营者违反安保义务之后要承担的侵权责任形态,应能实现平台经营者、平台内经营者和消费者三方的利益衡平,实现对故意侵权和过失侵权的区分规制。为此,宜以平台经营者和平台内经营者实施侵权行为时的主观心态为基准进行类型化,精细构筑平台经营者违反安保义务后承担的多元责任形态。

#### 参考文献:

- [1] 林涸民. 电商平台经营者安保义务的规范解读与制度实现[J]. 现代法学, 2020(6): 195-209.
- [2] 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.
- [3] 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.
- [4] 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.
- [5] 电子商务法起草组. 中华人民共和国电子商务法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2018: 183-192.
- [6] 朱冬. 网络服务提供者间接侵权责任的移植与变异[J]. 中外法学, 2019(5): 1340-1356.
- [7] 叶金强. 共同侵权的类型要素及法律效果[J]. 中国法学, 2010(1): 63-77.
- [8] 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(5): 27-36.
- [9] 王利明. 侵权责任法研究(上卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 539.
- [10] 冯楚奇. 网络服务提供者违反“交往义务”的间接侵害著作权责任: 基于《民法典》第1194条至第1197条的法教义学分析[J]. 法律适用, 2020(14): 71-84.
- [11] 洪国盛. 论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担[J]. 法学, 2020(9): 117-134.
- [12] 武腾. 电子商务平台经营者的侵权责任[J]. 法商研究, 2022(2): 103-115.
- [13] 张文显. 论立法中的法律移植[J]. 法学, 1996(1): 6-9.
- [14] 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.
- [15] 黄薇. 中华人民共和国民法典侵权责任编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 18, 102, 108.
- [16] 周桦平. 电子商务平台的安全保障义务及其法律责任[J]. 学术研究, 2019(6): 66-73.
- [17] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 2版. 北京: 法律出版社, 2013: 218.
- [18] 徐伟. 通知移除制度的重新定性及其体系效应[J]. 现代法学, 2013(1): 58-70.
- [19] 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[J]. 法学, 2019(2): 42-58.
- [20] 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.
- [21] 程啸. 侵权责任法[M]. 第3版. 北京: 法律出版社, 2021: 524.
- [22] 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务[J]. 中外法学, 2012(2): 395-410.
- [23] 万方. 公私法汇流的闸口转介视角下的网络经营者安全保障义务[J]. 中外法学, 2020(2): 357-377.
- [24] 田野. 风险作为损害: 大数据时代侵权“损害”概念的革新[J]. 政治与法律, 2021(10): 25-39.
- [25] 叶名怡. 个人信息的侵权法保护[J]. 法学研究, 2018(4): 83-102.
- [26] 叶金强. 相当因果关系理论的展开[J]. 中国法学, 2008(1): 34-51.
- [27] 冯珏. 安全保障义务与不作为侵权[J]. 法学研究, 2009(4): 62-79.
- [28] 杨垠红. 侵权法上不作为因果关系之判定[J]. 法学, 2014(1): 142-148.
- [29] 刘海安. 侵权补充责任类型的反思与重定[J]. 政治与法律, 2012(2): 121-131.
- [30] 孙维飞. 论安全保障义务人相应的补充责任: 以《侵权责任法》第12条和第37条第2款的关系为中心[J]. 东方法学, 2014(3): 34-45.
- [31] 朱岩. 风险社会与现代侵权责任法体系[J]. 法学研究, 2009(5): 18-36.
- [32] 叶名怡. 侵权法上故意与过失的区分及其意义[J]. 法律科学(西北政法大學學報), 2010(4): 87-98.
- [33] 冯德淦. 《侵权责任法》第12条适用范围之厘定[J]. 法治研究, 2018(5): 77-92.
- [34] 杨立新. 网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任[J]. 法律科学(西北政法大學學報), 2015(1): 166-177.
- [35] 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(6): 88-101.
- [36] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 黄家镇, 译. 北京: 商务印书馆, 2020: 548.



## The construction of tort liability for e-commerce platform operators' breach of security care obligations

MO Yangshen

(Center on the Rule of Law and Development, Beijing Normal University,  
Zhuhai 519087, P. R. China)

**Abstract:** Article 38 of China's E-Commerce Law establishes the security care obligations of e-commerce platform operators, and extends the applicable medium of security care obligations from physical space to virtual cyberspace, which is conducive to strengthening the protection of consumers' personal and property safety. However, the legislative expression of Article 38 of the E-Commerce Law is not refined enough, which makes it possible for paragraphs 1 and 2 of this article to overlap in application scope, and there is a value evaluation contradiction in the allocation of responsibilities. Moreover, this article does not establish a clear standard for identifying the fault, damage, causality and other constituent elements of the tort liability of platform operators for breaching security care obligations, which brings difficulties to the application of law in judicial decisions. In addition, the expression of "corresponding liability" in Article 38(2) is too vague and generalized, giving the referee too much discretion. Furthermore, the academic community has been arguing about the form of liability of corresponding liability, which leads to inconsistency in judicial practice. In order to eliminate the above disadvantages, in terms of system coordination, it should be considered that Article 38(1) regulates contributory infringement, and "should know" in this paragraph should be interpreted as "have reason to know". Article 38(2) regulates separate torts with concurrent causation. Platform operators who meet this case type must have no intention to help the operators in the platform to implement the infringement. This can clarify the scope of application of the two paragraphs of Article 38, and resolve the value evaluation contradiction between them. In terms of liability composition, it should be considered that the object of protection of Article 38(1) covers all civil rights and interests that may be infringed by the perpetrator through the network. The fault judgment of violating this paragraph can be determined by drawing lessons from the fault judgment rules of indirect tort liability of network service providers. The determination of causality in violation of this paragraph can be simplified through the implicative and integrity of behaviors of the aider and the aided. The object of protection of Article 38(2) is limited to the rights and interests of natural persons in life and health. The fault judgment of violating this paragraph can be determined by referring to the judgment standard of tort liability for violating the safety guarantee obligation of public places stipulated in Article 1198 of the Civil Code. The causality judgment of violating this paragraph should be based on the premise of distinguishing whether consumers are infringed by platform operators or operators in the platform, flexibly apply the causality test methods such as but-for-test, adequate causation theory, foreseeability theory or danger scope theory. In this way, we can construct a perfect standard for liability composition of platform operators who violate their security obligations. On the apportionment of tort liability, it is necessary to classify the subjective mentality of the platform operators and operators in the platform when they commit tort acts. To be specific, when both are negligent infringement, "corresponding liability" should be interpreted as proportional liability; When the two are intentional infringement and negligent infringement respectively, "corresponding liability" should be interpreted as partial joint and several liability. When both are intentional infringement, "corresponding liability" should be interpreted as joint and several liability. This can clarify the specific meaning of "corresponding liability" and provide clear guidance for judicial practice.

**Key words:** E-commerce Law; platform operators; security care obligation; composition of tort liability; form of tort liability

(责任编辑 刘 琦)