财经法学 No. 1，2020
pp. 53 - 63

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

孙　晋　袁　野*

内容提要：《电子商务法》第38条第2款所规定的“相应的责任”一词极具模糊性，不仅将导致消费者索赔维权难度加大、成本升高，还将极大影响法律适用的准确性，无谓增加司法操作难度。消解“相应的责任”这一法律概念的不确定性，应当从“相应广度”与“相应深度”两个维度出发，对平台经营者承担相应责任的法定义务边界与责任形态分别展开分析。在此基础上，平台经营者未尽对平台内经营者的审核义务时，可与发生侵权行为的平台内经营者构成共同侵权，应当承担连带责任；平台经营者未尽对消费者的安全保障义务时，应当承担补充责任。当然，考虑到连带责任的适用存在理论困境，特定情况下，对平台经营者适用不真正连带责任之规定不失为一种现实选择。

关键词：平台经营者　审核义务　安全保障义务　连带责任　补充责任

一、问题的缘起：立法模糊下的法律适用困境

历经“五年四审三公开”，2018年8月31日，备受关注的《电子商务法》经十三届全国人大常委会第五次会议表决高票通过，于2019年1月1日起正式施行。毫无疑问，《电子商务法》亮点颇多，尤其是其中关于平台经营者及平台内经营者的概念界定、举证责任分配的进一步优化以及消费者权益的保护，均被看作是立法的一大进步。然而，不少学者仍认为，对平台经营者的责任规定仍显不足，消费者索赔维权难度并未降低，成本也不见得减少。〔1〕尤其是《电子商务法》

* 孙晋，武汉大学法学院教授；袁野，武汉大学法学院2017级经济法博士研究生，武汉大学竞争法与竞争政策研究中心助理研究员。

本文为国家社科基金重点项目“现代市场体系建设的竞争法问题研究”（19AFX019）的阶段性成果。

〔1〕 参见《电商法改补充责任为相应责任或改变平台利益格局》，载 http://finance.sina.com.cn/china/gncj/2018-09-01/doc-ihiixyeu1964759.shtml，最后访问时间：2018年9月28日。

第 38 条第 2 款将平台经营者的责任规定为“相应的责任”,〔2〕如此模糊的责任规定极易产生歧义，不仅使消费者难以理解，无法在维权时正确选择维权对象，也给案件审理及政府监管带来极大挑战。

“精确是法律的生命线。”〔3〕作为由国家强制力保障实施的行为规范，法律所使用的语言文字当然要遵循共同标准。〔4〕惟其如此，所立之法才能被理解和接受，全体公民才能清楚了解其所享有的权利及其应承担之义务。然而，模糊性是语言的本质属性之一，立法语言也概莫能外。〔5〕进言之，模糊性乃法律语言客观存在之特征，也是立法者一直力求消除却难以完全根除之痼疾，此种语言的模糊性也贯穿法律活动的全部过程之中。〔6〕

语言的模糊性，使原本明确的法律概念外延淡化，也因此使客观事物的差异在中介过渡时呈现出亦此亦彼之现象，人们无法简单做出“是”与“否”的判断。〔7〕就《电子商务法》第 38 条第 2 款中“相应的责任”而言，“责任”一词本就词义广泛，其所指可以是由于非法活动而使责任主体自身遭受的负面法律评价，如行政责任、刑事责任等；也可以是指因其他主体的不法行为或特定事件的发生而负担的某种法律义务，如《侵权责任法》第 32 条中规定的监护人责任。〔8〕此外，所谓“相应”，一般是指相适应或相符合，而其“适应”或“符合”的对象应当由上下文具体指明。而《电子商务法》中却并未在上下文中对“相应”作出具体指明，由此引来诸多不确定性。如此，依照《电子商务法》第 38 条之规定，如经营者未如实履行审核义务或安全保障义务，其应当承担连带责任？还是补充责任？在如此复杂的语言环境中，“相应责任”的识别极为困难，各方主体对其理解不可避免地产生偏差，这极大地影响了法律适用的准确性。

本文认为，《电子商务法》第 38 条第 2 款之“相应”应当至少包含两层意思：一是“相应广度”，其指向平台经营者承担责任的义务种类及范围，即平台经营者的法定作为义务包括哪些，在何种情况下其应当承担法律责任；二是“相应深度”，即在平台经营者违反法定义务后根据其行为性质、主观过错对其应当适用怎样的归责原则，适用怎样的责任形式。有鉴于此，本文拟从平台经营者“相应的责任”的义务来源、责任程度两个维度进行分析，以期对平台经营者“相应的责任”的适用提供适当理论指引。

二、平台经营者承担相应责任的义务来源检视

“法律责任的概念是一个与法律义务相关联的概念。当我们说某人在法律上负责于某行为或

〔2〕《电子商务法》第 38 条第 2 款规定：“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，依法承担相应的责任。”

〔3〕 孙懿华、周广然：《法律语言学》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 32 页。

〔4〕 参见胡瑞昌：《现代汉语规范化问题》，湖北教育出版社 1986 年版，第 1 页。

〔5〕 参见伍铁平：《模糊语言学》，上海外语教育出版社 1999 年版，第 2 页。

〔6〕 参见朱涛：《民法典编纂中的立法语言规范化》，载《中国法学》2017 年第 1 期。

〔7〕 参见周少华：《立法的缺陷与解释的尴尬——对新刑法第 310 条规定的理论解构》，载《法学研究》1999 年第 4 期。

〔8〕《侵权责任法》第 32 条第 1 款规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任。”

是某人负担的法律责任时，我们的意思是说，如果他做相反的行为，他就有被制裁的可能。”〔9〕《电子商务法》第38条第2款语境下，平台经营者“相应的责任”的产生基础是未尽审核义务或未尽安全保障义务。在参与电子商务交易的三方当事人中，消费者处于最弱势的地位，平台内经营者居中，最为强势的则是平台经营者。《电子商务法》规定了平台经营者应当履行的诸多义务，其中就包括对平台内经营者经营资质资格的审查义务及安全保障义务，通过此种义务设定来保障消费者之合法权益，使消费者在遭受损害之际能够得到及时救济。无论是审核义务还是安全保障义务，均是《电子商务法》明文规定的法定义务，对该义务进行进一步解释，将有助于了解平台经营者承担责任的义务边界，即何种情况下其将承担“相应责任”。

（一）审核义务的理论解读

《电子商务法》规定审核义务的原因在于，平台经营者具有“企业”与“市场”之“二重性”，〔10〕除了作为市场主体在相关市场中直接参与竞争，其作为直接提供中介服务的市场，不仅掌握了用户的接入权，还掌握了在其平台内开展经营活动的经营者的相关信息，并以此对平台内经营者进行规范。让平台经营者对此类信息进行审核，将有利于保障消费者生命安全，实现社会的稳定发展。〔11〕恰如诺贝尔经济学奖得主让·梯诺尔所言，平台除了具有一般企业的属性外，还要扮演市场“守望者”和规制者的角色。〔12〕

1. 审查对象

根据《电子商务法》第38条第2款，平台经营者应当审查的对象是平台内经营者的某种资质或资格，且该平台内经营者所经营的商品或服务属于关系消费者生命健康之范畴。在此基础上，关系消费者生命健康应做广义解释：一切影响到消费者生命健康的商品或服务均应在列。需要说明的是，除了食品、药品之外，网约车服务自然也应当划入关系消费者生命健康的服务之列，以“滴滴打车”为代表的第三方网约车服务平台当然应当适用《电子商务法》第38条第2款之规定，履行对在其平台注册的车主注册信息及相应承运资质的审核义务。

另一方面，此处所谓资质资格，应当是指经营者从事与消费者生命健康有关的商品或服务的经营活动时所必要的证明文件或其他必须具备的先决条件。例如，我国《食品安全法》第62条规定了网络食品交易第三方平台对其平台内经营者的审核义务，〔13〕明确其对入网食品经营者应实名登记，对应当取得许可证的还应当审查其许可证。此处的许可证、身份信息等内容应当作为食品经营者入网经营食品的资格资质。值得注意的是，并非所有网络销售资质资格证明均在审核之列。例如，目前我国互联网药品交易牌照主要分为三类，即：第三方交易平台证书（A证），如京东医药网站所取得的证书；企业与企业之间的交易平台证书（B2B，B证），如九州通医药网所取得的证书；企业与消费者之间的交易平台证书（B2C，C证），如金象大药房网上商城所取得

〔9〕〔奥〕凯尔森：《法律与国家的一般原理》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社2003年版，第49页。

〔10〕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。

〔11〕参见陈云良：《反垄断民事公益诉讼：消费者遭受垄断损害的救济之路》，载《现代法学》2018年第5期。

〔12〕See Bénabou R，Tirole J.，Mindful Economics：The Production，Consumption，and Value of Beliefs，30（3）*Journal of Economic Perspectives*，141－164（2016）.

〔13〕《食品安全法》第62条第1款规定：“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。”

的证书。[14] 上述证书虽然均是经营者进行互联网医药销售的资质证明，但第三方交易平台上仅存在 A 证的经营者。显然，第三方平台应仅对 A 类证书负有审查义务。

2. 审查方式

审查主体对资料的审查（审核）[15] 方式一般可分为两种，一是形式审查，二是实质审查。所谓形式审查，是指负担审查义务的审查主体仅需要对材料进行书面审查。如果材料本身没有瑕疵，则不追求材料实质上是否真实，依据材料内容所显示的内容进行登记。[16] 与之相对，实质审查则要求审查主体就材料的真实性进行调查。

事实上，平台经营者所承担的审查义务应当采何种审查方式，学界一直存在较大争议。有学者认为，第三方平台作为平台的运营者，并未参与实际的交易活动，其对于交易的发生仅能起到协助监管的作用，审查人员对平台内经营者的资格资质审查自然应当是形式审查。如果一定要求平台经营者动用大量人力对资格资质的真伪进行逐一核对，实在有些强人所难。[17] 实际上，这忽略了大数据时代查询真伪的便利性。从可行性角度考虑，在食品、医药、网络客运服务等与消费者生命健康有重大关系的商品或服务行业，无论是其食品、药品生产许可证抑或是身份证、驾驶证，在审查时均可以通过网络输入证件号码在几秒钟之内知其真伪状态，无须再到各个发放许可证部门实地审查。即使考虑到第三方平台上经营者数量众多，但是，生命权在人格权法乃至整个民法体系中属于最高法益，整个法律都要以保护生命权为首要任务，国家制定法律的最终目的可归结到生命权利的保护，因为对生命利益的保护最终将落到对社会秩序的维护。[18] 以此观之，第三方平台当然负有投入一定人力和成本审查关乎消费者生命安全的商品或服务经营者资质资格真伪的义务。从法理出发，与法律规定的其他审查义务（如不动产登记审查）不同，上述资质或资格证明并不具有“权利正确性推定规则”。由此可以看出，要求平台经营者承担实质审查义务不仅现实可行，亦不违反法律原则。

（二）安全保障义务的内涵及范围

1. 安全保障义务的概念界定

安全保障义务系因某种社会活动的发生可能对他人引发一定危险之人，对该危险的发生应尽到合理注意，并采取必要措施防止该危险的发生，在危险发生后还应当采取适当救助等措施，以不致损失扩大。[19] 德国“交往安全义务”说被认为是我国安全保障义务的起源。即参与社会交往活动的每一个行为都可能意味着一个应当被防止或除去的危险源被开启，使特定的主体负担消除可能造成损害的抽象风险之义务，符合社会正义的要求。[20] 在此基础上，安全保障义务发生的情形主要是：首先，行为人实施了某种行为，使得他有责任预防某些风险的发生；其次，某种社会交往活动得以开启或者维持；第三，因为行为人所实施的职业行为存在特殊性，从而使之承

〔14〕 参见刘传绪、文占权等：《我国互联网药品交易现状及发展趋势研究》，载《中国药事》2018 年第 6 期。
〔15〕 本文在讨论审查方式时，对审核做广义理解，即与审查作通用解释。
〔16〕 参见朱岩：《形式审查抑或实质审查——论不动产登记机关的审查义务》，载《法学杂志》2006 年第 6 期。
〔17〕 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。
〔18〕 参见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 36 页。
〔19〕 参见王利明：《民法总论》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 126 页。
〔20〕 参见王泽鉴：《侵权责任法》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 95 页。

担防范相应风险之义务。

安全保障义务在我国《侵权责任法》中有具体规定，[21] 具有较为明确的边界，即义务主体一般是“群众性活动组织者”，或是“公共场所管理人”。然而，网络场域能否成为公共场所，平台经营者能否成为群众性活动组织，一度引发学界热议。有学者指出，虚拟空间是“公共场所”应有之意，因为随着社会的发展和科技的进步，空间这一概念已经不再局限于物理空间了。[22] 互联、共享、开放是网络平台的三大特征，而为网络空间的社会交往活动提供基本支撑的中间平台必然是各类矛盾频发的中心与焦点。[23] 为此，网络平台尤其是电子商务交易平台的安全对于网络空间的整体安全至关重要。在保障网络安全的义务主体选择上，私法与公法存在一致性。作为电子商务交易平台的规则制定者，同时也是平台的经营管理者，更是平台利益的直接享有者，平台经营者作为网络平台安全保障义务的责任承担人在技术上、经济上、规则上均具有一定的合理性与正当性。

2. 安全保障义务的范围

网络空间与现实空间之最大差异在于其存在基础不同，网络空间存在的关键在于其信息技术架构，而整个网络信息系统的安全则由众多网络服务平台的基础安全集合而成。[24] 作为实际控制者、利益获得者以及技术提供者，平台经营者在电子商务交易中扮演的角色不应局限于“守夜人”，而应是平台安全和稳定的积极作为者。[25] 也即是说，在消费者进入平台进行活动的整个过程之中，一旦消费者基于第三人侵权或平台自身安全问题遭受损害，而平台经营者并未履行相应注意义务，则应当为消费者所遭受的损失承担责任。其根据在于，一旦电子商务交易平台在平台经营者的投入和维护下正式运营之后，平台经营者的特殊身份决定其成为传统安全保障义务理论中的“危险开启者”，消费者完全有可能因为该平台的缺陷或漏洞发生危险。[26] 也正因如此，平台经营者采取“必要的、具有期待可能性的防范措施，以保护第三人免受损害”成为必须。[27]

然而，网络技术的迅猛发展使得更多传统商业行为得以通过电子商务交易平台完成，交易数量激增的背后也蕴含着各类风险的提升，这使得平台经营者的安全保障义务需要在一定程度上拓宽。为了讨论平台经营者的责任，应当首先明确安全保障义务的边界，而网络安全内涵与平台经营者安全保障义务之边界密切相关。根据我国《网络安全法》，网络安全被划分为四个领域，即网络安全至少应包含运行、数据、信息、服务四个方面的内容。[28] 具体而言，这四类安全内容不尽相同。其中，网络运行安全是指平台经营者需根据网络安全等级保护制度的要求对其平台的维护和运行采取一定技术措施和管理措施，以防止计算机病毒、网络入侵或是其他网络攻击行

〔21〕《侵权责任法》第37条第1款规定：“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人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。”

〔22〕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。

〔23〕参见周汉华：《论互联网法》，载《中国法学》2015年第3期。

〔24〕参见赵鹏：《私人审查的界限——论网络交易平台对用户内容的行政责任》，载《清华法学》2016第6期。

〔25〕参见李永：《网络交易平台提供者侵权责任规则的反思与重构》，载《中国政法大学学报》2018年第3期。

〔26〕参见杨立新：《网络交易平台提供服务的损害赔偿责任及规则》，载《法学论坛》2016年第1期。

〔27〕参见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下卷），焦美华译，法律出版社2004年版，第260页。

〔28〕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》2011年第5期。

为。其主要措施应包括跟踪、记录平台网络运行状态，制定网络紧急事件处理预案等。〔29〕网络数据安全，主要是指平台经营者需防止公民个人信息数据被非法窃取及非法使用，同时对除用户信息数据之外的其他重要数据采取加密和备份措施，以防止相应数据被篡改和窃取。网络信息安全，指平台经营者通过一系列严格的网络管理制度确保借由其平台发布的信息符合政策和法律规范，在必要时应当及时采取删除、屏蔽等处置措施，以防止信息扩散。同时，应当对其平台之上的网络用户执行严格的身份管理制度，以确保网络信息的可追溯性。网络服务安全，是指平台经营者在为用户提供服务之时，需及时告知用户平台自身存在的缺陷及隐患，不得故意设置恶意程序或不合理条件，同时及时为用户提供定期安全维护服务。〔30〕

总而言之，《电子商务法》38 条第 2 款直接规定的平台经营者的审核义务及安全保障义务，构成平台经营者承担“相应的责任”的义务来源。一方面，电子商务交易平台的运营开启了消费者与平台内经营者的商业交往，为其交易的实施提供了条件与场所，对平台内经营者资质资格进行审核属维系平台运营之职责所在；另一方面，网络平台也使得他人权益存在潜在危险，而作为该危险源的开启者，平台经营者显然应当对尚未发生或正在发生的侵权负有审查预防义务与消除排除义务。值得注意的是，该条款语境下的安全保障义务实际上与平台经营者的审核义务存在一定竞合，且审核义务的边界更为确定。那么，需要进一步明确的是，当消费者在电子商务交易中遭受损害，而经营者又没有履行其法定义务时，应当承担什么程度的侵权责任。这就有必要对平台经营者在此种情形下承担责任的责任形式进行进一步解读。

三、平台经营者承担相应责任的责任形态厘清

数易其稿，《电子商务法》第 38 条第 2 款先后经历了“连带责任”“相应的补充责任”与“相应的责任”的变化，由此不难看出立法过程中各方权益主体之间的博弈。事实上，“相应的责任”也被看作是立法者在权衡消费者权益保护与电子商务行业发展后的无奈之举。在适用该条款时，平台经营者违反的法定义务不同，其相应承担的法律责任不尽相同。侵权责任视角下，使平台经营者承担不同程度之责任，能够有效缓释电子商务行业野蛮生长与消费者权益亟待保护之间存在的价值冲突。

（一）未尽审核义务承担连带责任的认定逻辑

实际上，对于平台经营者未尽审核义务的责任承担，我国《食品安全法》率先作出了规定，〔31〕要求未履行实名登记、许可证审查等义务的平台直接承担连带责任。此规定一出，引起

〔29〕 参见梅夏英、杨晓娜：《网络服务者信息安全保障义务的公共性基础》，载《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2014 年第 6 期。

〔30〕 参见陈芳：《虚拟空间之安全保障义务研究——以互联网服务提供商的视角》，载《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2014 年第 1 期。

〔31〕《食品安全法》第 131 条第 1 款规定：“违反本法规定，网络食品交易第三方平台提供者未对入网食品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的，由县级以上人民政府食品药品监督管理部门责令改正，没收违法所得，并处五万元以上二十万元以下罚款；造成严重后果的，责令停业，直至由原发证部门吊销许可证；使消费者的合法权益受到损害的，应当与食品经营者承担连带责任。”

了民法学界的热议，有些学者认为平台经营者承担连带责任的正当性基础不足，使得法律实施陷入困境。同时，对于目前主要依靠融资来维持运营的网络平台，连带责任的承担将会给其资金带来更加严重的困难。〔32〕

连带责任之规定在我国法律体系中并非单一存在，相反，其是由规则群形成的一套严谨责任体系，且经由我国数代民法学者的努力形成了强大的理论支撑。根据我国《侵权责任法》及相关民法理论，连带责任可能由共同侵权行为引起，亦有可能由非共同侵权行为引起。其中，共同侵权行为引起的连带责任包括共同危险行为引起的连带责任〔33〕与共同加害行为引起的连带责任。〔34〕而非共同侵权行为引起的连带责任包括违规实施交易行为的数人之间的连带责任、〔35〕所有人与行为人之间的连带责任、〔36〕对同一对象分别实施侵权的数人之间的连带责任。〔37〕殊途同归，连带责任设立的初衷是通过每一责任人都负有赔偿受害人之义务，使得受害人更容易获得赔偿，因为只要有一个侵权行为人具有赔偿能力，对受害人的救济便能得以实现。但是，法律绝不会允许以片面牺牲一方的形式保护另一方的利益。导致赔偿义务的不是损害，而是过错。这是一个简单的原理，就像“让物体燃烧的不是光而是空中的氧气”这一化学原理一样简单。〔38〕所以，对损害结果的发生具有过错是侵权行为人承担连带责任的正当性基础。此种过错既可能是分别的过错，也可能是共同过错，尤其重要的是，分别的过错应当具有共同的意思联络。

现实生活中，共同加害行为是较为常见的共同侵权行为。共同危险行为虽时有发生，但显然不符合《电子商务法》第38条第2款之语境，遂不在本文讨论之列。共同加害行为又可以分为简单共同行为和复杂共同行为。根据侵权行为人实施行为的不同，侵权行为人可有实行行为人、帮助行为人与教唆行为人之分。〔39〕电子商务交易中，平台经营者未尽审核义务本不能单独构成对消费者生命健康的损害，但由于其未尽审核义务，致使原本不具备资质资格的经营者在平台内经营商品或服务造成了对消费者生命健康的损害。平台经营者的这种不作为行为应当认定为帮助侵权，平台经营者不作为给侵权人的行为提供了条件或可能，与经营者的积极行为共同造成了消费者的同一损害。基于此，平台经营者未尽审核义务的行为应当被解释为帮助的共同侵权。

发生共同侵权的必要条件之一是行为人有一致的愿望或共识，且该种愿望或共识对彼此的行为产生了共同的影响。〔40〕而帮助的共同侵权中，帮助行为该当发生在侵权行为发生前或发生之

〔32〕 参见马新彦、姜昕：《网络服务提供者共同侵权连带责任之反思——兼论未来民法典的理性定位》，载《吉林大学社会科学学报》2016年第1期。

〔33〕《侵权责任法》第10条规定：“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。”

〔34〕《侵权责任法》第8条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”第9条规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任……”

〔35〕《侵权责任法》第51条规定：“以买卖等方式转让拼装或者已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。”

〔36〕 参见《侵权责任法》第74、75、86条。

〔37〕《侵权责任法》第11条规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。”

〔38〕 参见〔德〕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76页。

〔39〕 参见郭明瑞、房绍坤：《民法》，高等教育出版社2010年版，第78页。

〔40〕 参见宁子昂：《论无意思联络数人侵权行为责任形式的理论基础》，载《当代法学》2015年3期。

时，且此时帮助侵权人主观上存在帮助故意。部分学者认为在行为人实施侵权行为之时平台经营者不可能知道，或者说行为人实施侵权行为并非平台经营者的意愿，即二者没有达成意思联络。然而，这种观点忽略了一个重要问题：平台经营者在允诺未具备资格或资质的经营者在其平台之上经营关系消费者生命健康的商品或服务之时，就已经对其经营行为可能对消费者造成损害做出了“默许”。质言之，平台经营者在因过失赋予侵权行为人经营资质之时，就应当考虑到其不具备相应的资质资格而可能在将来对消费者造成损害，但依然采取了放任的心理态度和“积极默示”的意思表示，二者在此时已达成意思联络，只是意思联络的形成先于侵权行为人实行行为的实施。

再者，从责任效果上看，如果认为二者没有达成意思联络，则根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》应将其定为分别侵权，〔41〕平台经营者与侵权行为人将承担按份责任，消费者想要获得赔偿可以说难上加难。〔42〕更何况，为经营关系消费者生命健康的商品及服务的经营者设置准入门槛、要求其必须具备某种资格或资质，本就是由于该类商品及服务自身如生产或经营不善极易对消费者造成损害，为平台经营者设置审核该类资质资格的义务也是为了最大限度降低消费者的被害可能。〔43〕如果对未尽审核义务的平台经营者责任不做严格规定，将使其违法成本降低，从而使电子商务交易中经营有害商品或服务的经营者数量增多，无法达到震慑平台经营者，消灭潜在威胁之功能。

总之，未尽审核义务之平台经营者与实施侵权行为之平台内经营者应当构成我国民法上的“共同侵权”，在适用《电子商务法》第 38 条第 2 款之时平台经营者应当对消费者的损害承担连带责任。

（二）未尽安全保障义务承担补充责任的理论证成

《电子商务法》第 38 条第 2 款语境下，平台内经营关系消费者生命健康的商品或服务致消费者发生损害，而平台经营者未尽安全保障义务的，应当承担补充责任。这是由补充责任自身之制度价值与电子商务交易的特殊性决定的。

原则上，“不作为”并不能成为侵权责任产生的基础。只有在某些特定情况下，即行为人违反了某项义务，其不作为才会被视作一种侵权行为。〔44〕之所以将不作为侵权作例外规定，是因为强制要求某人做某种行为比禁止其做出某种行为要更严格，对行为人自由的限制程度更深。因此，侵权责任制度设立之初，只有在极其例外的情形之下，行为人才会因为其消极不作为承担侵权责任。当前，我国民法理论中不作为侵权责任的产生基础有三，分别是法律规定、合同约定以及先行行为的发生。虽然多位学者尝试就不作为侵权责任的作为义务进行突破，〔45〕但网络技术

〔41〕《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 3 条第 2 款规定：“二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。”

〔42〕参见《电商平台“相应责任”比“补充责任”强，你可能想多了》，载 http://www.sohu.com/a/251199554_430579，最后访问时间：2018 年 9 月 23 日。

〔43〕参见高秦伟：《消费者知情权保护与食品科技的规制》，载《学术研究》2018 年第 7 期。

〔44〕参见王泽鉴：《侵权行为法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 46 页。

〔45〕参见佟柔主编：《中国民法》，法律出版社 1990 年版，第 560 页；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 124 页；曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 63 页；郑玉波：《民法债权总论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 125 页。

的发展使得社会关系变得更为复杂，且这种变化仍将继续，传统不作为侵权理论及立法在此也应当做出相应调整。为此，鉴于我国民法与德国民法之承接关系，德国交往安全义务说成为我国侵权法之作为义务扩张的理论基础。〔46〕申言之，与一般行为义务不同，安全保障义务承担了更多分配风险之功能。也正是基于此，德国法上多存在“禁止的损害”和“许可的危险”这两个概念，尽管行为人的行为从外观上符合法律规定，但由于其违反了安全保障义务，便需要承担损害赔偿责任。不难看出，安全保障义务制度设立之初衷在于归责而非对行为人行为直接做出规定，相较于传统法定义务，其在现实生活中所能起到的调整行为之功能也极其有限。也就是说，将安全保障义务引入我国《侵权责任法》之立法本意，在于弥补我国传统规则体系二元对立的僵化模式，立法者希望通过安全保障义务链接过失责任与危险责任，从而弥补后两者在功能上的不足。

电子商务交易中，平台经营者未尽安全保障义务致人损害应当承担补充责任。这是因为，在平台经营者的运营之下，电子商务交易平台开启之后，平台内经营者与一般消费者便可借由该平台开展相应的社会交往活动及一般商业活动。在此过程中，平台经营者并未参与该平台之上发生的社交及商业活动，且未经允许一般不会干涉消费者及经营者之各项活动，其职责主要在于维护平台的正常运营。连带责任的设立则建立在矫正正义之基础上，即通过要求责任人承担损害赔偿责任以纠正乃至抑制不法行为。然而，在实际生活中，当消费者在平台中遭受权益损害之时，平台经营者并未实施直接不法行为，则无法依据传统连带责任之理论对平台经营者课以连带责任，使其承担网络安全问题（或其他问题）引发的用户致害责任。然而，亦不能完全免除平台经营者在此过程中的责任。因为平台经营者作为电子商务交易平台的实际控制者与经营者，通过其提供的平台服务获取了大量的经济利益，同时其对平台安全隐患之控制力也远超其他主体，如若不使其承担责任显失公平，有违法理。在此基础上，适用补充责任，恰能解决上述困境。与较为严苛的连带责任不同，补充责任自身有较强的灵活性。补充责任的责任基础在于，行为人的过错是损害发生的或然性原因，遂由补充责任人承担一部分赔偿责任，能够对遭受损害之消费者起到补偿作用。所谓或然性原因，是指补充责任人虽然对损害的发生存在一定过错，但该过错并不必然导致损害的发生，而补充责任人如尽到相应的义务则可能减少甚至避免损害的发生。可见，损害的发生并不必然是由行为人未尽安全保障义务所致。需要注意的是，补充责任仍属于过错责任之一，倘若侵权行为的发生与平台经营者未尽安全保障义务之间毫无关联，则平台经营者不应当承担任何形式之责任。唯有如此，才能使补充责任发挥其“富人责任”之功能而又不会对一方太过苛刻。〔47〕这种补充责任的补偿功能早已在司法实践中有所运用，其对合理解决当前社会日趋复杂的侵权纠纷起到了关键作用。〔48〕

概言之，《电子商务法》第38条第2款之语境下，对未尽安全保障义务之平台经营者施以补充责任，既能对网络空间的风险责任进行分配，又避免了因承担责任过于严苛而导致平台经营者承担过重责任，不至于给当下尚处于发展阶段依靠融资维持的电子商务平台带来更重的资金困难，阻碍行业发展。

---

〔46〕 参见周友军：《我国侵权法上作为义务的扩张》，载《法学》2008年第2期。

〔47〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第466－467页。

〔48〕 参见杨会：《论安全保障义务人承担补充责任的原因》，载《河北法学》2013年第7期。

四、余论：平台经营者承担不真正连带责任的探讨及可能

在我国《侵权责任法》之规定中，〔49〕存在这样一种责任形式，即“一个损害是由两个行为人的行为造成的，但其中一个人的行为是直接原因，另一个人的行为是间接原因，受害人同时产生两个请求权，其中一个请求权满足后，另一个请求权予以消灭”，〔50〕民法理论上将其称为不真正连带责任。

通说认为，不真正连带责任对于受害人及责任人所产生的效力不同，可分为两个层次：外部效力和内部效力。就外部效力而言，一般连带责任与不真正连带责任对受害人的效力一致。每个责任人基于其实施的侵权行为独立对损害的发生承担责任。其中，每个责任人均应当对受害人提起的损害赔偿请求承担责任，且每个责任人承担的份额均是全部责任，任何一个责任人在满足了受害人全部的赔偿请求之后，其他责任人的侵权责任因此而消灭。也就是说，受害人可以任意选择一名侵权行为人发起损害赔偿请求，若该侵权行为人不能满足其全部请求，受害人仍可选择其他责任人，而一旦受害人请求权被满足，则所有侵权行为人不再承担侵权责任。不真正连带责任的特殊之处在于其内部效力上。所谓内部效力，是指在不真正连带责任中，受害人虽然可任意选择一名侵权行为人发起损害赔偿请求，但在侵权行为人内部存在最终责任人。当其他侵权行为人满足了受害人全部请求权之后，他们可以向最终责任人行使追偿权。此外，不真正连带责任的适用一般需要具备如下几个条件：第一，有多个行为人实施的数个行为导致某一受害人遭受损害；第二，多个侵权责任因为多个独立侵权行为的发生而产生，且其指向同一救济目标；第三，受害人在行使其损害赔偿请求权时，一次只能选择一位侵权行为人；第四，最终责任人是不真正连带责任的最终归责主体。〔51〕

如上所述，平台经营者与平台内经营者之间意思联络的存在是两者承担连带责任的正当性基础。也就是说，当消费者因为缺乏资质或资格的经营者售卖的某类关系生命健康的商品或服务受到损害时，如果证明平台经营者在前述经营者进入平台之初没有尽到审查义务，可推定其存在过错，应当承担连带责任。然而，这一推定的基础是前文将平台经营者的审核义务解释为实质审核义务。如果在法条的实际适用中，法官将平台经营者对平台内经营者的资质资格审核义务认定为形式审核义务，则发生审查不真时，其主观意图可能会存在故意与过失两种情况。如平台经营者审查不真出于主观故意，则依然可按照前文逻辑进行责任认定。但如平台经营者审查不真出于过失，尽管在学说上对于帮助侵权的主观状态存在争议，但在立法上和司法实践上，帮助侵权须出自帮助者的故意，过失不成立帮助侵权，〔52〕则其与侵权实行行为人的意思联络达成可能难以认定，就此陷入适用连带责任之理论困境。而如果对未尽审核义务的平台经营者适用补充责任，则

〔49〕 参见我国《侵权责任法》第 43、59、68、83 条。

〔50〕 参见杨立新：《论不真正连带责任类型体系及规则》，载《当代法学》2012 年第 3 期。

〔51〕 参见李中原：《不真正连带债务理论的反思与更新》，载《法学研究》2011 年第 5 期。

〔52〕 参见全国人大法工委民法室：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》，人民法院出版社 2010 年版，第 50 页；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，第 77 页；沈志先主编：《侵权案件审判精要》，法律出版社 2013 年版，第 184 页。