

# 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

姚海放

**【摘要】** 《电子商务法》的立法过程反映了行业与公众的意见博弈，第38条第二款最终表述为“依法承担相应的责任”，为今后法律适用与解释留下了空间。基于法的安定性特点，要求对网络平台经营者“相应的责任”进行明晰，按照广义理解应包含按份责任、补充责任和连带责任等不同配置。以可责性和原因力为依据配置侵权责任时，应慎重考虑连带责任的适用情形，避免连带责任的泛化。现代法中基于弱者保护、纠纷解决效率和证明责任安排、对风险的控制能力等缘由，呈现连带责任扩张的趋势，但也需警惕因此而合理地加重责任人负担。依《电子商务法》第38条第二款规定，电子商务平台经营者未尽安全保障义务时，原则上应承担补充责任；若平台经营者因放任管理职责而为违法活动提供渠道或机会、有能力但并未系统性控制风险、恶意地不及时履行安保义务等情形，则在主观可责性和客观原因力增加的情况下，可要求平台经营者承担侵权连带责任。

**【关键词】** 网络平台；连带责任；补充责任；电子商务法；责任配置

**【作者简介】** 姚海放：法学博士，中国人民大学法学院副教授（北京 100872）

“互联网+”旨在将互联网技术、产业和应用跨界融合，运用信息通信技术及互联网平台，深度融合传统产业而创造新业态。“互联网+”正深刻改变着我国经济社会发展和人民生活的方方面面，也是我国政府着力推进的政策措施。2015年，国务院印发《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》（国发〔2015〕40号），此后数年的《政府工作报告》都强调推动“互联网+”的深入发展。

“互联网+”融合了线上线下的经济社会活动，在提升效率的同时也极大地改善了用户体验。网络平台承担着连接线上和线下、产业和应用、经营者和消费者的功能，从而成为“互联网+”功能实现中的关键环节。当然，网络平台在便利公众的同时，也出现了诸如魏泽西事件、滴滴出行事件、拼多多假货门等社会焦点事件，公众要求政府对网络平台进行规制和合理确定其法律责任的诉求也日趋迫切。适逢《电子商务法》制定，“保障电子商务各方主体权益，明确义务和责任”是该立法注重把握的原则之一。<sup>①</sup>2018年8月31日通过的《电子商务法》第38条第二款最终表述为“依法承担相应的责任”，为此次立法博弈画上了句号。

立法已定，但并不意味着法律的理解适用争议得以解决。从《电子商务法》历次草案稿到最终

---

**【基金项目】** 中国人民大学法学院青年创新团队项目。

<sup>①</sup> 吕祖善：《关于〈中华人民共和国电子商务法（草案）〉的说明——2016年12月19日在第十二届全国人民代表大会常委会第二十五次会议上》，参见中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-08/31/content\\_2060159.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-08/31/content_2060159.htm)。

法律的出台,相关规则的表述从最初的连带责任修改为“相应的补充责任”,最后再到“相应的责任”,其间变化过程反映了什么信息?鉴于“相应的责任”的表述比较笼统,对何为“相应”可能存在不同理解,特别是在今后的具体案件处理中产生不同理解而需要考察立法原意时,又应当如何从此变化过程中判断和解读?从字面理解,“相应的责任”既可以按照通常解释理解为包含连带责任、补充责任和按份责任在内的所有责任配置类型的统称,也可以按照缩限解释理解为排除连带责任和补充责任形态而仅指按份责任。更何况,《电子商务法》之前已有《侵权责任法》及《消费者权益保护法》等法律相关条款规定了网络服务提供者的责任,正在编纂的《民法典各分编(草案)》第970条至972条对《侵权责任法》的相关规定进行了小幅度修改,这几部法律之间又应如何分工协调?是否遵循了共同的责任配置基本规则?在《电子商务法》调整的电子商务活动之外,互联网金融平台、文娱社交平台等的法律责任,乃至今后可能渐次发展的物联网平台等的法律责任都需要廓清,以保持理论与实践的统一。为此,笔者拟探求连带责任的基本法理,并将其应用于平台责任配置的场景,提出浅见,求教方家。

## 一、网络平台民事责任配置争议的表象

网络平台主要指开放平台,即使用API接口向其他企业开放入口、用户、数据、计算能力等资源,构建起多方深度协作、利益共享的服务平台。<sup>①</sup>依开放平台所采用的技术、实现的功能等不同标准分类,网络平台可以分为API开放型和APP开放型,应用型开放平台和服务型开放平台,以及云计算平台、网络服务平台、在线业务平台、移动应用平台和社会关系平台等。<sup>②</sup>网络平台在不同语境下也被称为网络交易平台、电子商务平台、第三方交易平台等,既指通过互联网技术搭建的网站或者APP,也指经营网站或APP的法律主体。在讨论法律责任时,网络平台实际上是指网络平台经营者,即负责网络平台经营的法人或非法人组织。<sup>③</sup>

网络平台发展之初曾有过“工具论”或“技术中立”的观点,否认网络平台承担法律责任的适格性。如“技术中立论”观点在“快播案”中得到了充分展现<sup>④</sup>,在网络平台经营者中有不少的支持者。当然,以“技术中立论”等否认网络平台法律责任适格性的观点未被立法采纳。早在2009年《侵权责任法》中就明确了网络服务提供者的侵权责任,延续了2003年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)中关于一般经营者安全保障义务的规则,明确了网络服务提供者的安全保障义务;2013年《消费者权益保护法》修改,第44条也明确了“网络交易平台提供者”的民事责任。究其根本,此次《电子商务法》立法经历的“电子商务平台经营者”责任之争,争议的问题并不是电子商务平台经营者是否承担民事(侵权)责任,而是承担连带、补充等民事(侵权)责任的具体类型与责任分配问题。

连带责任的基础是连带债务,按照《民法通则》或《民法总则》的规定,连带债务的发生原因包括法律规定或者当事人约定。<sup>⑤</sup>鉴于本文探讨的网络平台民事责任主要集中在侵权领域,因此,

① 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(3)。

② 周辉:《平台责任与私权力》,载《电子知识产权》,2015(6)。

③ 根据2014年国家工商总局《网络交易管理办法》的要求,从事网络商品交易及有关服务的经营者,应当依法办理工商登记;《电子商务法》定义电子商务平台经营者为法人或非法人组织。实践中,网络平台的企业组织形式为各类法人和非法人组织。

④ “技术中立、市场自由的拥护者认为,虽然色情具有阻碍人类繁衍、损害人类竞争力的消极社会后果,但考虑到色情又是科技发展的助推器,在两者相权取其轻时应以国家竞争力为依据二选一,坚持技术中立,免除平台责任,保护科技发展,牺牲色情规制,颇有饮鸩止渴的悲壮感。”邱遥堃:《法院如何规制算法——从快播案切入》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第16卷第1辑),50页,北京,法律出版社,2017。

⑤ 《民法通则》第87条、《民法总则》第178条。

暂不考虑网络平台与网络用户之间约定承担连带责任的情形。民事连带之债包括连带债权和连带债务，其中“数人负同一债务，对于债权人各负全部给付之责任者，为连带债务”<sup>①</sup>。补充责任，是指两个以上的行为致使他人权利受同一损害时，受害人的数个请求权有顺序差异，须先行使顺序在先之请求权，不能完全获得赔偿时再行使后顺序请求权之责任形态。<sup>②</sup>

连带责任和补充责任的区别在于，赔偿权利人向两个以上的责任承担者请求时，是否受到责任顺位的法定限制：连带责任的赔偿权利人可以选择向不同的责任承担者请求的先后顺序，在司法实践中通常将连带责任人列为共同被告；在补充责任中，受害人须先向直接责任人请求，不能完全获赔时才向补充责任人请求。<sup>③</sup>学者将补充责任的设计看成是“有类似的先诉抗辩权的设置”，认为该制度对补充责任人是一种顺序利益。<sup>④</sup>这种顺序利益反映到民事诉讼中，表现为一种单向的必要共同诉讼，即受害人可单独起诉直接侵权人，但不能单独起诉补充责任人。如单独起诉补充责任人，法院必须追加直接侵权人合并审理，直接侵权人不能确定时，才可按顺位起诉补充责任人。<sup>⑤</sup>质言之，因补充责任人对发生的损害没有积极原因力而不承担最终责任，在补充责任承担数额上，等于或者小于直接责任，且随直接责任人承担的范围扩大而缩小。<sup>⑥</sup>

上述差别反映到网络平台经营者民事责任的配置中意味着：若网络平台经营者与直接侵权人承担连带责任，则网络用户会基于网络平台的知名度、民事责任承担能力等方面的考虑，直接起诉网络平台经营者，或将其列为侵权诉讼的共同被告；若是在承担补充责任的场合，网络平台经营者是第二顺位的被告，网络用户必须先起诉直接侵权人，然后才能将网络平台经营者推上被告的位置。这样的差别对开放型平台经营者而言，补充责任将意味着节约海量的诉讼管理成本，在实体法效果上不仅意味着承担责任范围的缩小，而且获得了向直接责任人追偿的权利。

因此，立法确定网络平台经营者承担连带责任有利于网络用户的权利保障，网络平台经营者显然更愿意采用补充责任的责任配置形式。《电子商务法》立法博弈过程也证实了上述理论推断：在2017年11月7日至11月26日公布的《电子商务法（草案二次审议稿）》中并未见到正式通过的《电子商务法》第38条规定的内容；2018年6月29日征求意见的《草案三次审议稿》中增加了第37条，形成了正式立法第38条的条文雏形。<sup>⑦</sup>二审稿到三审稿的条文变化，笔者推测在一定程度上受到郑州空姐打车遇害案<sup>⑧</sup>的影响。三审稿连带责任规定对平台经营者形成巨大的经营压力，因此，在四审稿审议之前的8月16日，“全国人大常委会法制工作委员会召开会议，邀请全国人大代表、专家学者、主要电商企业、行业协会、执法部门等方面的代表，就草案中主要制度规范的可行

① 史尚宽：《债法总论》，642页，北京，中国政法大学出版社，2000。

② 杨立新：《侵权法论》，643页，北京，人民法院出版社，2005。

③⑥ 王竹：《侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》，185、185、186页，北京，中国人民大学出版社，2009。

④ 张新宝：《侵权责任法立法研究》，243页，北京，中国人民大学出版社，2009。

⑤ 杨连专：《论侵权补充责任中的几个问题》，载《法学杂志》，2009（6）。实践中，补充责任的诉讼形态表现不同，有适用单向必要共同诉讼而认可补充责任人的先诉抗辩权的，也有将补充责任人作为无独立请求权第三人或以普通诉讼的形式对待，进而否认补充责任人的先诉抗辩权的情形的。有学者提出，有必要将补充责任的顺序性从认定责任的顺序性修正为履行责任的顺序性，并以牵连必要共同诉讼为适用必要共同诉讼的解释，将补充责任履行的条件限定在申请强制执行的顺序。参见肖建国、宋春龙：《民法上补充责任的诉讼形态研究》，载《国家检察官学院学报》，2016（2）。

⑦ 《草案三次审议稿》第37条第二款的具体表述为：“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的，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。”《电子商务法草案三审稿和二审稿条文对比》，参见 <http://www.100ec.cn/detail-6457692.html>。

⑧ 《空姐乘滴滴顺风车遇害 郑州警方逮捕司机》，参见新浪网，<http://tech.sina.com.cn/i/2018-05-11/doc-ihachqz9957958.shtml?domain=tech.sina.com.cn&-vt=4>。

性、法律出台时机、法律实施的社会效果和可能出现的问题等进行评估”<sup>①</sup>。据报道,马云是唯一一个出席该立法征求意见会的互联网公司最高领导。<sup>②</sup>此后,在四审稿审议过程中,“全国人大宪法和法律委员会副主任委员徐辉在介绍草案修改情况时说,一些社会公众、电商平台企业和法院的同志提出,草案三审稿关于电商平台经营者与平台内经营者承担连带责任的规定,给平台经营者施加的责任过重,建议将‘承担连带责任’改为‘承担相应的补充责任’,与现行的侵权责任法的规定相一致,因此四审稿草案做了相应修改”<sup>③</sup>。正当四审稿将连带责任修改为“相应的补充责任”之时,8月24日温州乐清滴滴顺风车案再次引发公众对网络平台责任的高度关注。<sup>④</sup>在8月28日全国人大宪法和法律委员会分组审议《电子商务法》草案时,一些常委会委员和列席会议人员提出,实践中,电子商务平台经营者未履行资质资格审核义务和对消费者的安全保障义务的情况比较复杂,可根据实际情形依法认定其应承担的责任,由此建议将“依法承担相应的补充责任”修改为“依法承担相应的责任”。<sup>⑤</sup>

在梳理《电子商务法》草案变化与社会事件的关联后,有两个问题值得关注:第一,立法固然是各方利益博弈的结果<sup>⑥</sup>,然而,各方据以判断法律责任形式的理论依据是什么?此问题涉及连带责任、补充责任等责任配置的基本法理。第二,《电子商务法》第38条第二款规定的“依法承担相应的责任”,应当如何理解和适用?

## 二、法的安定性要求确定“相应的责任”之含义

确定《电子商务法》“依法承担相应的责任”的含义,不仅有助于在今后司法实践中统一适用标准,更涉及电子商务及其他网络平台产业发展与网络用户权利保护的平衡。网络空间不是“法外之地”<sup>⑦</sup>,规范互联网的法具有一般法律的特征,包括安定性。“一个完全不具稳定性的法律制度……会缺乏逻辑上的自治性和连续性……会导致法律的朝令夕改,所以这些状况与真正含义上的法律是不相符合的。”<sup>⑧</sup>法律本身的安定性包括实证性、实用性和不变性三元素,实证性的“关键性在于:构成制定法的特征应尽可能精确地予以确定,而不得恣意地规定”<sup>⑨</sup>。具体到本文探讨的场景,不仅涉及“依法承担相应的责任”这种宽泛立法表述在今后的司法实践中是否会发生分歧,而且担心民事责任在不同主体间分配并非遵循固有的法律原理,而是伴随社会事件、民意、利益团体博弈而摇摆不定。舆论之于立法的影响是客观存在的,但立法或法律修改被社会舆论所牵制,不仅无法提升立法品质,而且会打击立法威信,破坏法规范的预防功能,因此,提升立法素养、防范

① 张璐:《电子商务法草案四审稿出炉——立法修改回应社会关切》,载《人民日报》,2018-08-28。

② 张信宇:《马云要担心的电商法,滴滴和拼多多也该重视》,参见 <https://wallstreetcn.com/articles/3401958>。

③ 《治理过度包装、加强跨境电商监管、维护商家经营自主权……聚焦电商法草案四审五大看点》,参见中国人大网, [http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/13jcw/2018-08/29/content\\_2059777.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/13jcw/2018-08/29/content_2059777.htm)。类似情况的报道也可见张璐:《电子商务法草案四审稿出炉——立法修改回应社会关切》,载《人民日报》,2018-08-28。

④ 杨清清:《电子商务法草案进入四审 滴滴顺风车案折射平台责任亟待厘定》,载《21世纪经济报道》,2018-08-28。

⑤ 《电子商务法草案最新修改:完善电商平台审核安全保障的责任条款》,参见中国人大网, [http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2018-08/31/content\\_2060233.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2018-08/31/content_2060233.htm)。

⑥ 利益法学是此种见解的典型代表,如菲利普·赫克将法律规范理解为立法对需要调整的生活关系和利益冲突所进行规范化的、具有约束力的利益评价。伯恩·魏德士:《法理学》,241页,北京,法律出版社,2003。

⑦ 谢永江:《习近平谈网络安全:网络空间不是“法外之地”》,参见中国网, <http://media.china.com.cn/jrtt/2016-09-19/864991.html>。

⑧ E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,326页,北京,中国政法大学出版社,1999。

⑨ 考夫曼:《法律哲学》,275页,北京,法律出版社,2004。



情绪立法是重要的。<sup>①</sup> 作为一个理性的法律研究者，固然应当了解公众及舆论所呈现出的民意，但也需要注意到，由于大众生活逻辑与职业专门逻辑存在距离、民意与司法在思维方式上的不同以及民意与司法的社会角色与任务不同，因而对问题的看法也不同。<sup>②</sup> 司法尚且如此，立法又何尝不是？

回到《电子商务法》第38条，首先需要对体系和逻辑进行解释。在体系上，第37条确定了电子商务平台经营者从事自营业务的义务及法律责任，第38条是B2B、B2C、C2C、O2O等平台非自营业务适用的规则。第38条第一款规定，电子商务平台经营者“知道或者应当知道”且“未采取必要措施的”，与销售“不符合保障人身、财产安全要求的”商品（服务）或者“有其它侵害消费者合法权益行为”的平台内经营者承担连带责任。该项法律责任规定与《侵权责任法》第36条第三款、《消费者权益保护法》第44条第二款所确定的平台法律责任规则一致。争议的焦点在第38条第二款，电子商务平台经营者的两种不作为，即“对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务”以及“对消费者未尽到安全保障义务”，与平台内经营者一起“依法承担相应的责任”。

对第二款中“相应的责任”的不同理解有：第一，广义理解，在平台经营者与平台内经营者两个侵权行为致消费者同一损害时，无论两个侵权行为的表现形式是作为还是不作为，皆可能因侵权人之间的主观状态、对损害发生的原因力等因素的差异，最后形成连带责任、补充责任或者按份责任的不同责任形态。如有学者认为，被告行为和第三人行为都构成损害原因时（多因一果），若两者都有过错，则应在过错比较、行为与结果的联系等基础上，决定由加害人与第三人共同分担或按份分担民事责任。<sup>③</sup> 第二，中义理解，即“相应的责任”仅指按份责任和补充责任，不包括连带责任。理由有二：其一，连带责任强化对受害人保护，对责任人施加过重负担，将受害人求偿不能的风险转移至责任人，因而要有法律明文规定。<sup>④</sup> 其二，从立法草案变化探究立法者意图，在草案最初表述为连带责任的情况下，变更为最终的“相应的责任”，也说明立法者担心让网络平台承担连带责任的负担过重。第三，狭义理解，即“相应的责任”仅指承担按份责任。这种理解的主要理由是立法中“承担相应的责任”的表述往往指分别责任或者按份责任。<sup>⑤</sup>

对“相应的责任”的不同理解在实践中也呈现出不同的法律适用结果。有学者粗略统计，在2014年《消费者权益保护法》修改后，涉及第44条的诉讼，通过中国裁判文书网以关键词“网络交易平台提供者”检索，在2014年3月15日至2017年3月15日不限地区和法院层级，以《消费者权益保护法》为裁判依据的判决书为41份。在这41份判决书中，消费者都将网络交易平台列为被告，大部分判决书对网络交易平台是否承担连带责任的理由没有展开描述，结果也只有2份判决网络交易平台承担连带责任。该学者认为，第44条法律规则原则性过强导致对同一规则理解分歧，甚至司法与“在最大程度上保障网络消费者损害赔偿请求权的实现”的立法本意相违背。<sup>⑥</sup>

因此，确定《电子商务法》第38条第二款“依法承担相应的责任”含义确有必要。笔者认为，应当采用广义理解，理由是：首先，从字面上理解“相应的责任”，即根据各种不同的情形，区别当事人侵权的主观、侵权行为与损害结果之间的原因力等因素，分别承担不同的责任，这是符合法理的。其次，从立法过程看，从6月29日二审稿到8月31日最终审议通过，责任形式从连带责任

① 王强军：《刑法修正之于社会舆论：尊重更应超越》，载《政法论丛》，2014（6）。

② 孙笑侠：《公案的民意、主题与信息对称》，载《中国法学》，2010（3）。

③ 佟柔主编：《中国民法》，576页，北京，法律出版社，1990。

④ 王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教程》，35页，北京，人民法院出版社，2010。

⑤ 如《民法通则》第61条“应当各自承担相应的责任”；《担保法》第5条“应当根据其过错各自承担相应的民事责任”；《侵权责任法》第12条“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。”

⑥ 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（3）。

变为相应的补充责任,再到相应的责任,其间受到公众关注案件、舆论和利益集团游说等各方压力。变化在如此短的时间内发生,并非是指导法律责任配置的法律原理发生了改变,而是各方博弈的结果。连带责任变为相应的补充责任,推断是平台企业等利益相关方对立法施加了影响。从相应的补充责任变为相应的责任,含义趋于模糊,应该是消费者团体、公众舆论及社会焦点事件所引发。这种利益博弈和立法表述的变化在短期内发生,消费者团体及公众不可能说服电商平台接受连带责任,电商平台所倡导的补充责任也不为公众所接受,因此,立法宽泛地表述为“相应的责任”能够平衡各方利益,避免因此而延迟法律出台。

### 三、侵权构成要件之于责任配置的影响及其演进

如果按广义理解“相应的责任”,接下来就应明确连带责任或补充责任的配置标准。在侵权责任分担的诸种形式中,按份责任与连带责任占据责任配置的两端,中间还存在补充责任、不真正连带责任等形态。各种责任的具体规则在民法(侵权法)理论上相对明确,责任形态配置的基础原理需从过错和因果关系两条主线梳理。

过错与损害赔偿之间的关系为法律人所熟悉:人类社会早期的侵权法主要表现为野蛮的同态复仇规则,后损害赔偿逐渐替代复仇而实行结果责任,即无论加害人有无故意过失,只要造成损害就应使行为人负赔偿责任。<sup>①</sup>这种结果责任的例外是罗马法,在公元前287年,“阿奎利亚法”废除了侵权的同态复仇和人身处罚,实行以过错为要件的损害赔偿制度<sup>②</sup>,“实现了理性主义和权利本位主义的和谐结合”<sup>③</sup>。在历经文艺复兴、宗教改革和启蒙运动的人文主义精神指引和罗马法复兴的影响下,欧洲法学界普遍接受了过错而非损害是承担赔偿责任原因的观点,过错责任得以普遍确立,成为18世纪个人主义法律思想指导下的私法三原则之一。<sup>④</sup>此后,侵权法发展的重要事件是无过错责任的登场,“自19世纪以来,因工商业之发达,大企业之勃兴,新交通机关之昌明,纵令企业者已为相当之注意,对于职工及第三人所生之危险,不但不能减免,且有逐渐增加之倾向……于是一般学者,创为无过失损害赔偿之说,以济其穷”<sup>⑤</sup>。至此,大陆法系侵权法确定了以过错为基本原则、以无过错为特别规定的侵权损害赔偿基本规则。民事责任的基础从单一的过失责任说或者危险责任说转向混合学说,即民事责任原则上仍要求过失,例外则建立在危险、社会安全或保险之上。<sup>⑥</sup>概言之,侵权赔偿归责经历了从客观归责(结果责任)到主观归责(过错责任),再回调至相对主观归责(过错责任为基础、无过错责任为补充)的发展历程。

侵权行为与损害结果之间的因果关系,向来是侵权法学理上的难题。在传统侵权责任构成要件的分析框架下,因果关系聚焦于“行为人的行为与损害结果间的前因后果的联系”,与“过错、违法性等要件相区分”。有学者认为侵权因果关系的功能重在排除行为人侵权责任,而非确定侵权责任是否成立。<sup>⑦</sup>但事实上,因果关系不仅决定着责任的有无,还与责任范围密切相关。<sup>⑧</sup>特别是在数人侵权中,通过“原因力”体现的因果关系,实质性地决定着数人之间承担侵权责任的关系和范

①③ 王利明:《侵权行为法研究》(上卷),119-121、121页,北京,中国人民大学出版社,2004。

② 王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,224页,北京,中国法制出版社,2000;周相:《罗马法原论》(下册),800页,北京,商务印书馆,1994。

④ 郑玉波:《民法总则》,15-16页,北京,中国政法大学出版社,2003。

⑤ 胡长清:《中国民法总论》,5-6页,北京,中国政法大学出版社,1997。

⑥ 曾世雄:《损害赔偿法原理》,7页,北京,中国政法大学出版社,2001。

⑦ 郭明瑞:《侵权责任构成中的因果关系理论的反思》,载《甘肃政法学院学报》,2013(7)。

⑧ H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,74页,北京,中国政法大学出版社,2005。

围。但是，由于因果关系和过错在确定责任范围时往往存在交叉的情形，传统理论努力区分两者，批评法官在具体的操作中将过错与因果关系合并考察，认为将过错与因果关系完全混淆不利于正确归责。<sup>①</sup> 现代侵权法发展出现了对受害人过错与数人侵权制度进行理论整合与体系调整的“侵权责任分担论”，呈现了数人侵权情形下过错、因果关系（原因力）问题的复杂性，成为“现代侵权法最为复杂，也最具有生命力的理论和制度增长点”<sup>②</sup>。

明确了过错与原因力在侵权责任配置中的功能及演进，能够形成一个责任分配的概观：在按份责任、补充责任和连带责任分配的疑难案件中，立法很难事前类型化地将责任形态进行分门别类，可行的办法是在具体案件中考量过错与原因力在内的综合因素的影响，按不同程度动态配置责任形态。具体到网络平台经营者的民事责任配置，并不是由某个法条明确规定连带责任或者补充责任，而应当根据各主体间的主观和客观状况进行判断：如果网络平台经营者与平台内经营者之间存在共同过错，或在原因力上对损害结果构成直接的结合，则应配置连带责任；如果两者间缺乏主观联络或共同过错，对造成同一损害的多个行为之间因果关系相对疏远，则需要配置补充责任；在主观和原因力方面都缺少联络或因果关系时，按份责任的配置就是正当的。这样解释也与前文笔者主张的对“相应的责任”做广义理解相一致。

#### 四、连带责任的法理及其应用

过错责任基础上向客观归责回调、过错与原因力整体协调考量的趋势，在我国近年来的民事侵权立法中也有所体现。《民法通则》中承担连带责任的共同侵权行为，各加害人的行为相互结合，主观方面具有共同的故意或过失。<sup>③</sup> 侵权连带责任类型的实质性扩张是在2003年《人身损害赔偿司法解释》第4条，明确共同危险行为应当依照《民法通则》第130条承担连带责任，且在第3条中将没有主观意思联络（虽无共同故意、共同过失）的数人侵权，区分为数个侵权行为的直接结合或间接结合，分别承担连带责任或按份责任。2010年《侵权责任法》大体维系了司法解释的框架，即在对共同侵权行为的“共同”含义的主观理解基础上，分别在第8条、9条、10条规定了狭义共同侵权行为、教唆帮助行为和共同危险行为承担连带责任；同时，按照对“共同”含义的客观理解，在第11条、12条规定了无意思联络的数人侵权，其中第11条相当于司法解释中的直接结合情形，应当承担连带责任。<sup>④</sup> 尽管上述法律规则希望按照类别明确侵权责任形态，但于复杂侵权案件时可能会捉襟见肘。在按照过错和原因力等综合因素动态调整责任形态模型中，还应结合案情考虑各种更为具体的因素对责任的影响。在现有侵权责任配置的基本框架外，《侵权责任法》和其他单行法律中还规定了诸多的连带责任承担情形，根据目的和功能的不同主要包括以下情形：

第一，基于可责性和原因力二元标准确立的连带责任分配规则。这是在传统侵权法过错和原因力二元标准的基础上，将危险因素考虑进去之后的升级版。<sup>⑤</sup> 依此二元标准，大体上能够覆盖《侵权责任法》中规定的承担连带责任的情形；同时，该标准具有相对坚实的正当性法理基础，并且符合比较法上连带责任扩张适用的趋势。当然，对扩张适用连带责任的侵权类型的不同意见仍然存在，如在共同危险责任承担中，欧洲侵权法学者越来越多地倾向于采用按份责任说。<sup>⑥</sup>

第二，基于弱者保护确立的连带责任规则。这在消费者法领域有典型体现，例如展销会举办

① 王利明：《侵权行为法研究》（上卷），394页，北京，中国人民大学出版社，2004。

②⑤ 王竹：《侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》，2-3、124-126页，北京，中国人民大学出版社，2009。

③ 佟柔主编：《中国民法》，561页，北京，法律出版社，1990。

④⑥ 王利明、周友军、高圣平：《侵权责任法教程》，354-355、390-391页，北京，人民法院出版社，2010。



者、柜台出租者、网络交易平台提供者或是广告经营者、发布者及推荐者在特定情形下都需与商品经营者承担连带责任。类似情形也出现在《食品安全法》中。弱者保护在现代法中成为一种趋势,以消费领域为例,对消费者的倾斜保护是基于消费者经济实力、信息沟通、诉讼维权等方面的弱势,在消费维权领域追求实质平等的必然要求。<sup>①</sup> 不过,在设置连带责任时,仍有必要考虑其基本原理,避免连带责任的泛化。<sup>②</sup> 笔者以广告推荐者的连带责任为例进行探讨。2009年《食品安全法》出台受“三聚氰胺事件”的影响,加大了对食品生产经营者的安全责任,包括规定了作为广告推荐者的“社会团体或者其他组织、个人”的连带责任,该规定在2013年《消费者权益保护法》修正中也得到了明确。应该说,重视食品安全和消费者保护,以及在以“三聚氰胺事件”为代表的多次消费事件引发的公众及舆论压力下,立法对广告推荐者、广告经营者、广告发布者与商品服务经营者确定连带责任,具有一定的民意基础。不过,从法理上反思,该规定在拉长连带责任承担者的名单以保障消费者获得赔偿的同时,并没有区分各个连带责任主体对造成消费者损害的过错与原因力。对侵害消费者权益的商品或服务,经营者过错是确定的,并且其也有相应的控制能力,应当成为首要的责任人;广告制作者和发布者设计、制作、发布虚假广告,也具有一定的过错,但在造成消费者损害方面是否具有“积极的原因力”存有疑问,因而要求其承担连带责任可能有所苛责;而在广告推荐人层面,一方面也存在和广告制作者、发布者一样是否具有“积极的原因力”的疑问,另一方面,推荐人的类别多样,有些“社会团体或者其他组织”具有对产品和服务的鉴别能力,但也可能存在部分“社会团体或者其他组织、个人”对推荐的产品或者服务的隐蔽瑕疵无从知晓,因而在过错方面不具有较强的可责性。再转换个角度,若要进行商品或服务的广告推荐,推荐人应当如何操作以尽审慎义务避免牵涉到连带责任中,法律也没有给出相对明确的标准。实践中往往取决于社会影响:如果消费事件引人瞩目,则被追究连带责任;如果消费事件不为公众所关注,则现有法律规则处于沉睡状态。这种以结果论的责任承担方式似乎与现代社会的法理不符。

第三,基于证明责任分配或纠纷解决效率的标准确立的连带责任规则。这种连带责任的类型在致害人不明的数人侵权中最为典型,如共同危险行为、多个主体的公害案件或产品责任案件等。例如,在解释共同危险行为的连带责任合理性时,有学者认为,在原告的无辜且存在辨别真正加害人的举证困难时,应允许用整体行为与损害的因果关系推定个别行为与损害的因果关系,从而证成行为人承担连带责任的原因。<sup>③</sup> 风险社会影响着侵权法的现代化发展<sup>④</sup>,不仅反映在呈现客观化的危险责任方面,也体现在连带化的组织责任方面。在此类因风险加剧而引发的侵权责任中,不仅可以通过举证责任倒置来减轻赔偿权利人的负担,而且并不要求加害人之间严格区分原因力,以便更有效率地解决其与赔偿权利人之间的纠纷。当然,基于证明责任减轻和受害人保护的理,将共同危险行为的连带责任逻辑推演到抛掷物责任上,则有不恰当之处:《侵权责任法》第87条规定的不明抛掷物损害责任,是“由可能加害的建筑物使用人”连带性“给予补偿”,但一方面,建筑物使用人在承担责任时的可责性基础比较弱,也很难说建筑物使用人和受害人之间的强弱、贫富差异;另一方面,该风险分担通过保险和救助基金方式予以补偿更为妥帖,利用连带补偿方式进行救济的效果并非最佳。<sup>⑤</sup>

① 陈伟东、付雨:《“向消费者适度倾斜”是消费维权法律制度的理性选择》,载《中国工商管理研究》,2014(3)。

② 例如,在研究网络服务商提供搜索链接的侵权行为时,有学者指出,一直以来,对间接侵害网络著作权而由网络服务商和链接提供者承担连带责任的做法,并非基于认定间接侵权行为在整个侵权构成框架中的位置和原因力评估,而是基于实施行为主体的可赔偿能力,这种做法是极端错误的。马一德:《网络服务商提供搜索链接行为之侵权责任》,载《法学评论》,2017(3)。

③ 阮神裕:《共同危险行为理论基础的重构与阐释》,载《法学评论》,2018(3)。

④ 朱岩:《风险社会与现代侵权责任法体系》,载《法学研究》,2009(5)。

⑤ 姚海放:《论〈侵权责任法〉抛掷物责任规定之不正当性》,载杨遂全主编:《民商法争鸣》(第2辑),237-241页,北京,法律出版社,2010。



第四，基于对损害的控制力分配责任。侵权法不仅有承担补偿被害人的功能，而且有教育、制裁和预防等功能。<sup>①</sup> 科斯的《社会成本问题》和卡拉布雷西的《关于风险分配与侵权法的一些思考》都从经济分析的逻辑表明应当选择成本最低的社会规则，表现在侵权责任的分配方面，如果不能采取适当的合理成本水平的预防措施，就要对损失负责。<sup>②</sup> 特别是在风险社会中，伴随危险责任的扩张，现代侵权法又注入了预防和遏制功能，强调危险控制人的预防责任对于避免危险事故的发生具有重大意义。<sup>③</sup> 当对风险的预防责任由若干主体共同承担时，法律规则在该多个主体间建立连带责任，以为共同激励。波斯纳还区分了共同侵权中共同注意案和选择注意案的类型，指出选择注意案不要求共同侵权行为人都采取预防措施，而只是要求能以更低成本避免事故的一方采取预防措施，另一方的责任是在万一破产阻碍了前一种制度效果时起到一种保障作用。<sup>④</sup>

基于控制力而要求行为人承担连带责任的情形，不仅在传统侵权法，而且在商事法律制度中也较为多见。例如，公司股东抽逃出资的，公司、其他股东或公司债权人可以请求“协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任”<sup>⑤</sup>。当然，在共同承担责任的各主体控制力不同的情形下，连带责任的安排是否能起到适当的激励作用，是需要认真分析的。例如，近年来，中国证监会加大了对证券违法行为的查处，独立董事未勤勉尽责而被处分的案例日趋增多，法院支持证监会对独立董事的处罚，对其施以与普通董事同样甚至是更多的勤勉义务。<sup>⑥</sup> 考虑到独立董事的履职实践，在大股东集中控制、诚信环境缺乏、履职时间和权力受事实上的制约、报酬不高等因素影响下，单纯采用连带责任施压独立董事勤勉履职，恐怕不是解决问题的根本之道。最起码，从对公司的知情和控制角度而言，独立董事和执行董事之间存在实质性区别，让两者承担连带责任的正当性需要审视。

再如资本市场中介机构的责任问题，以中国证监会处罚欣泰电气 IPO 律师事务所及律师的行政处罚案以及其后的法院判决为例。<sup>⑦</sup> 法院认为，公司的财务状况是律师事务所在进行尽调过程中必须包含的内容，而且应当作为查验的重点事项；律师事务所应当对包括审计报告在内的相关材料进行全面综合分析，在审慎查验的基础上针对公司整体情况独立出具法律意见书并对结论负责；审计报告不能成为免除律师事务所勤勉义务的依据。但中介机构对证监会的处罚决定和法院的裁判结果表达了不同看法。因为其不仅打破了 IPO 实践中中介机构的分工安排<sup>⑧</sup>，也超越了人们对律师工作的常规认识，即在 IPO 实践中，律师一般会取得会计师出具的审计报告、验资报告，并根据上述报告的结论性意见发表法律意见，通常不会复核具体的会计科目，也不会抽查相关的会计凭证和原始凭证。<sup>⑨</sup> 从整个上市尽职调查的流程来看，律师和会计师分工负责、紧密配合是相对标准化的

① 张新宝：《中国侵权行为法》，第2版，24页，北京，中国社会科学出版社，1998。

② 尼古拉斯·麦考罗、斯蒂文·G·曼德姆：《经济学与法律——从波斯纳到后现代主义》，91-96页，北京，法律出版社，2005。

③ 王利明：《侵权行为法研究》（上卷），96页，北京，中国人民大学出版社，2004。

④ 理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》（上），242-243页，北京，中国大百科全书出版社，1997。

⑤ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第5条、第14条等。

⑥ 徐昭：《多份司法判决详解履职标准 独立董事责任权利将进一步明确》，参见中证网，[http://www.cs.com.cn/xwzx/hg/201808/t20180807\\_5854041.html](http://www.cs.com.cn/xwzx/hg/201808/t20180807_5854041.html)。

⑦ 唐青林、李舒、张德荣：《律师尽调竟然需要对审计报告的真实性负责了吗？》，参见搜狐网，[http://www.sohu.com/a/241096452\\_648294](http://www.sohu.com/a/241096452_648294)；《刚刚宣判！律师必须对财务核查独自承担责任！IPO企业造假上市律师也跑不了！》，参见搜狐网，[http://www.sohu.com/a/238559520\\_177694](http://www.sohu.com/a/238559520_177694)。

⑧ 保荐承销机构主要负责行业研究及证券承销，会计师事务所主要负责审计验资，律师事务所负责法律事项。实践中保荐承销机构的地位更为重要，被要求复核会计师和律师的工作，角色存在一定错位。三家中介机构相互引用各自制作的文件结论既是工作需要，也是工作必然。

⑨ 《简析东易律所诉中国证监会案》，参见新浪微博，[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_781047bd0102xz5y.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_781047bd0102xz5y.html)。

做法,企业会安排不同部门来对接不同的中介机构,董秘、证券部会对接律师多一些,财务总监和财务会对接会计师多一点。<sup>①</sup>在证监会审核过程中,财务和法律是两个主要的方面,也是分工负责相互配合的,如保荐人将发行人的申报材料报送证监会发行监管部综合处后,材料会被复印三份分别送发行监管部审核一处、二处审核和国家发改委征求意见。其中,审核一处负责对发行人公开募集文件、法律意见书等法律文件的审核,审核二处负责对发行人申报材料中有关财务会计等专业性文件的审核。创业板企业上市流程也大致相同,由创业板发行监管办公室(后为发行监管部)一处派出一位负责审核非财务合规性的人员,二处派出一位负责审核财务合规性的人员,两人一组,审核一个项目。<sup>②</sup>此外,从学理上探讨市场中介与公司治理的关系,律师并非完全不关注财务事项,但其重点应当是整体性考察财务会计制度以保证公司内控系统的有效性,而不是具体关注某个财务指标的准确性。尽管美国证券交易委员会要求提交的所有披露文件都有独立律师签字,但并不能期待律师对财务报告或者其他技术性报告进行审核或核查,律师在财务和内控方面的职责范围是关于公司会计政策及其影响的披露。<sup>③</sup>

由此,欣泰电气案中是否要求律师应当复核审计报告的内容,律师应依专家标准抑或普通人标准复核审计报告内容,这些直接关系到责任承担及配置的问题。<sup>④</sup>中国证监会对律师事务所的行政处罚固然有《证券法》作依据,但同时也被视为证券监管趋严的信号。<sup>⑤</sup>同时,由于证券欺诈上市还涉及民事赔偿责任问题,发行人、保荐人、会计师事务所和律师事务所等主体对投资人需承担连带的损害赔偿责任,并且在这些赔偿义务人之间也会有相应的追偿问题,遂形成一系列“诉讼混战”<sup>⑥</sup>。面对这一系列诉讼冷静反思,让参与发行上市的中介机构与发行人、发行人的实际控制人、高管等一系列主体承担连带责任,既是对其实勤勉履职的督促,也有利于投资人权利的保护。当然,中介机构之间基于不同的职业特点和专业知识提供服务,应当有所分工合作;如果一刀切地要求中介机构对所有内容负责,则会出现重复尽调、部分内容非专业判断、增加上市负担等不利因素。特别是让不具有专业能力的法律工作者判断财务事项,或反之让财务工作者判断法律事务,都可能超出其判断和控制能力,最终也不会取得很好的效果。因此,在适用《证券法》认定责任时,还应当形成更为专业的判断,避免宽泛适用连带责任而错配相应的激励约束机制。

基于上述各种连带责任情形的探索提示我们:一方面需要警惕基于财产或责任承担能力不足而不恰当地扩张连带责任的适用范围,另一方面也提示了可以考虑由按份责任或补充责任向连带责任迁移的具体影响因素。对于前者,可能的应对措施是加强责任财产的透明度,加强民事执行制度,而不是一味扩张连带责任。对于后者,诸如在网络平台经营活动中,平台企业的规模或财产能力等因素并不是扩张连带责任的正当理由,而平台对平台内经营者的控制力、平台的风险预防能力及举证或解决纠纷能力、不同类型平台参与者的风险控制能力对比差异等,都会影响平台经营者和平台

① 周旋:《A股IPO中的律师业务(四)》,载中国人民大学律师学院组编:《证券发行上市律师实务》,119页,北京,法律出版社,2014。

② 沈朝晖:《证券法的权力分配》,43-46页,北京,北京大学出版社,2016。

③ 约翰·C·科菲:《看门人机制:市场中介与公司治理》,403页,北京,北京大学出版社,2011。

④ 徐昭:《司法机关划定律所勤勉尽责“红线” 中介机构应依法履行“看门人”责任》,参见中国证券网,http://news.cnstock.com/news/yw-201806-4239273.htm;王立:《简评欣泰电气IPO律所及律师诉证监会案一审败诉》,参见https://baijiahao.baidu.com/s?id=1604676331611630993&wfr=spider&for=pc。

⑤ 刘国峰:《IPO从严核查切断“带病申报”源头 促使中介机构尽责》,参见新浪财经,http://finance.sina.com.cn/stock/y/2016-11-03/doc-ifxxnety7166329.shtml?cre=financepagepc&mod=f&loc=1&r=9&doct=0&rfunc=100。

⑥ 由于兴业证券设立先行赔付专项基金承担较多赔付责任,因此,其起诉会计师事务所、律师事务所和发行人控股股东等26名被告。《一场起诉混战:兴业证券起诉会所律所 欣泰和股民起诉兴业》,参见中证网,http://www.cs.com.cn/ssgs/gsxw/201709/t20170919\_5481078\_2.html。

内经营者之间的责任配置方式。以下就结合网络平台的具体情形举例说明。

## 五、网络平台民事责任的配置

聚焦《电子商务法》第38条第二款，电子商务平台经营者需承担相应责任的两种情形为：对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务和对消费者未尽到安全保障义务。整体上，这两种类型都属于安全保障义务的范围。根据《侵权责任法》和《人身损害赔偿司法解释》的规定，在第三人侵权时，安全保障义务人承担过错的补充责任。之所以是补充责任而非连带责任，重要的区别是“补充责任人对于损害的发生没有积极原因力”<sup>①</sup>，因而在顺位和最终责任承担方面都是补充性的。

具体到第三人侵权情况下的网络平台经营者安保义务，一方面，固然要维持安保义务的责任体系，承认基于过错的补充责任作为其基本责任配置的形态。这种认识在《电子商务法》立法时固然是电子商务平台经营者所乐见而为消费者所难以接受的，但符合责任配置的基本法理。这也是立法者在预判法条表述为“补充责任”将有违民意而遭遇反对时，“智慧地”将法条表述为“依法承担相应的责任”的一种迂回做法。这种立法方式在收获通过立法之利的同时，不可避免地带来法律适用上的疑惑。另一方面，现有第38条第二款的表述，也为进一步解释规则提供了比直接规定补充责任更为广阔的空间。

按照笔者的理解，网络平台经营者在依据第38条第二款承担补充责任的基础上，还有可能在特定情形下承担连带责任。这就需要从可责性和原因力两方面入手，考虑是否满足连带责任的基本法理，即：如果安保义务人的主观状态从一般过失转变为故意乃至恶意，或对损害的发生超越“没有积极原因力”而构成客观上的直接结合，则需承担连带责任。

从主观方面具体而言，尽管“就安全保障义务人的过错来说，应当区分故意和过失”<sup>②</sup>，但具体到第三人侵权的安保义务类型，“比较两者的过错程度，第三人的过错明显重于安全保障义务违反人”<sup>③</sup>。因此，涉及第三人侵权的安保义务责任的主观，通常是第三人的故意和安保义务人的过失状态的结合。在此主观状态下，让安保义务人基于较小的可责性而承担补充责任是恰当的。但应当认识到，安保义务人的过错既决定了责任的有无，又决定着责任的大小。随着安保义务人的主观状态从一般过失发展为严重过失，甚至出现放任、期望乃至恶意时，其与直接侵权的第三人之间基于可责性的比较权重上升，则可能超越补充责任的界限而进入连带责任的区域。

从原因力方面具体而言，第三人侵权的积极原因力与安保义务人未尽安保义务的消极原因力相结合，是构成安保义务人承担补充责任的基本法理。换言之，如果仅有安保义务人的消极原因，并不会发生损害结果；而没有安保义务人的消极原因，第三人侵权作为积极原因造成损害的可能性仍然极大。但是，侵权案件情形多变，“在很多情况下，原因力的确定是很困难的”<sup>④</sup>。当安保义务人的不作为不再局限于消极原因力因素，而是基于安保义务人控制能力的增强等因素，其不作为具有客观上辅助第三人侵权发生的效果时，将会增加侵权损害结果发生的概率。此时，基于安保义务人仅具有消极原因力而承担补充责任的规则将被打破。

以网约车和顺风车平台为例进行说明。郑州空姐案和温州顺风车案发生后，公众指责平台的一个重要方面是：平台没有严格审核司机的资质资格。尽管2016年《网络预约出租汽车经营服务管

① 王竹：《侵权责任法疑难问题专题研究》，182页，北京，中国人民大学出版社，2012。

② 王利明、周友军、高圣平：《侵权责任法教程》，436页，北京，人民法院出版社，2010。

③ 王竹：《侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》，194页，北京，中国人民大学出版社，2009。

④ 王利明：《侵权行为法研究》（上卷），448页，北京，中国人民大学出版社，2004。



理暂行办法》要求司机“无交通肇事犯罪、危险驾驶犯罪记录,无吸毒记录,无饮酒后驾车记录”和“无暴力犯罪记录”,但客观而言,对司机的无犯罪记录要求与最终是否会发生司机侵害乘客的事件,特别是刑事案件,并不具有必然联系。换句话说,即使网约车平台严格审核司机资质资格,将有相关刑事犯罪记录和不符合条件的司机排除在平台外,也无法保证平台内司机不犯罪;更何况网约车平台对司机资质资格的审核,现实的做法是形式审查,要求司机提交无相关犯罪记录证明,平台并不具有直接连接公安等部门记录的途径,难以从实质上排除别有用心的人利用平台从事违法犯罪活动。因此,单纯比较网约车和传统出租车司机犯罪情况,在博取眼球之外并不具有太大的研究意义。<sup>①</sup>在责任配置方面,若网约车平台对司机资质资格进行正常的形式审查后,允许符合条件的司机进入平台,则不应为此而承担过错的补充责任。但现实中有证据显示,平台对注册司机的审核存在疏漏,存在有恶性犯罪、交通肇事罪前科的司机<sup>②</sup>,如果仅是审核不严的情形,则平台需承担补充责任。

在平台对司机资质资格进行形式审核的基础上,如果平台的主观可责性增加或对损害的原因力发生变化,则可能从补充责任转为连带责任。例如,社交因素在推动滴滴顺风车业绩增长的同时,对乘客隐私保护及安全风险防范是缺位的;在差异化快车和顺风车司机注册要求的情况下,部分资质偏低或不合规司机转向顺风车,但滴滴平台未采取有效防范措施甚至放纵此种情形的出现;在顺风车司机并不太赚钱的情况下,利用社交因素扩张司机队伍,从而埋下了运营中的安全隐患,但滴滴平台客观上未能较好地采取应对措施,主观上可能存在乐见此状况的情形。<sup>③</sup>由此,滴滴平台至少在下列情形中承担连带责任:

第一种情形,滴滴在平台管理中,明知或者应知出租车、顺风车等服务基于本身特点需要对司机资质进行严格审核,但是为了扩张业务,平台对此不管不顾,甚至在多次接到相关投诉的情况下,平台经营者仍然决定压制问题而不采取应对措施。平台此时涉嫌恶意不履行安保义务,主观状态已由过失转变为故意乃至恶意,极大地增加了其主观可责性。某种程度上,滴滴平台的不作为,让其成为极少数别有用心的人从事违法犯罪活动的渠道,事实上为违法活动提供了帮助,进而从违反安保义务转向了类似于帮助他人实施侵权行为的情形。基于上述主观可责性和客观原因力变化,让网络平台经营者承担连带责任是合理的。

第二种情形,是在提供满足乘客交通需求所必需的信息之余,炒作滴滴平台具有一定的社交性质,用以吸引司机和乘客,增加平台交易量,以便获得更好的投资价值。正常情况下,平台开放司机对乘客评价应当聚焦于该乘客是否守约、车内乘坐习惯是否良好等乘车事务,而提供评价的备选项中出现乘客性别、年龄、外貌、衣着等信息,此种评价要求超越了通常的评价目的而显得不正常;当平台内出现大量对女性乘客的露骨评价以及其他司机的怂恿教唆性回复时,平台有能力但未采取必要措施防范事态进一步发展,构成放任风险的发生。此时,已很难将平台的过错局限在过失范围内,其主观可责性也大大增加。

在上述两种情形中,让滴滴平台与实际侵权人承担连带责任,也可以从控制风险发生的视角进行解释。通常认为,网络交易中平台提供者具有更强的控制力,表现为网络空间里的数字化交易一

① 中国司法大数据研究院公布网约车和传统出租车服务中的犯罪总体情况,参见《揭示网约车与传统出租车犯罪情况》,中国法院网 <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/09/id/3510006.shtml>。有媒体据此发挥,认为“网约车安全性远高于传统出租车”等,《央视:出租车犯罪案件曝光度远低于网约车》,参见中国经济网, [http://finance.ce.cn/stock/gsgdbd/201809/21/t20180921\\_30364142.shtml](http://finance.ce.cn/stock/gsgdbd/201809/21/t20180921_30364142.shtml)。但笔者认为这样的比较过于泛泛,简单以万人犯罪率比较,忽略了受害人是否为乘客、犯罪行为的类型等特征,由此下结论认为“网约车更安全”是武断的。

② 姜楠:《滴滴出行车主犯罪情况披露》,参见海淀法院网, <http://bjhdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=5404>。

③ 孙冰:《顺风车“生死局”——顺风车是赚钱还是社交?》,载《中国经济周刊》,2018(35)。



般必须按照平台提供者（控制者）设定的规则完成，而这种以代码体现的技术规则具有直接的实施效力，由此决定了网络平台控制者与使用者之间存在着影响与被影响、支配与被支配的关系。<sup>①</sup> 基于平台控制能力，滴滴完全有能力通过司机注册及其后的定期教育、内部信息发布系统、关键词屏蔽和违规行为处罚等方式，制约平台内司机做出各种露骨评价及煽风点火式的怂恿行为，但这可能并不是平台经营者希望见到的情形，更会影响其司机拥有量、顺风车交易数量等业绩。因此，从滴滴和乘客两端比较对司机违法行为风险的防范，显而易见，平台采取普遍性防范的成本更低，由其承担连带责任也是对其采取合理措施的必要激励和约束。

第三种情形，是知晓恶性侵权事件正在发生，有采取措施的能力而不提供必要救助，可能构成无意思联络的数个侵权行为直接结合，此时平台应该承担连带责任。具体到温州顺风车案件，平台的安全保障义务并不是要求其直接参与对乘客的救助行动，而是在公安机关介入调查、明确表明身份而索要车辆信息时，应当及时采用技术手段向公安机关提供相关信息。当客服人员提供信息反应迟缓、最终乘客遇害时，还需要根据平台反应速度和乘客获救可能性等因素具体判断平台的责任。例如，从时间上判断，在公安机关有较为充裕的时间救助的情况下，平台如果未及时向公安部门提供司机和车辆信息，则对乘客死亡结果的发生有较大的原因力，可能构成与司机侵权行为之间的直接结合，承担连带责任；如果平台未及时告知司机和车辆信息，但破案后表明在公安机关索取相关信息之前侵权已经发生，则平台未及时提供信息对损害的原因力较小甚至缺乏原因力，此时承担补充责任甚至排除平台责任也是可能的。

## 六、结语

以《电子商务法》立法为契机，网络平台经营者的民事责任问题为公众所关注。尽管立法已经完成，但“依法承担相应的责任”的表述仍然具有一定的解释空间：一方面，立法后的各种研讨会将延续网络平台经营者民事责任话题的探讨<sup>②</sup>；另一方面，网络平台产业发展、消费者权益保护等不同目标会不断形塑平台责任承担规则，实践中的新案件也会影响规则运用的走向。“制定法意义并非一经颁行即已固定，相反，往往随环境的变迁而发生相应的意义转换。”<sup>③</sup> 面对纷纭众说，法律人既应当及时了解和反馈公众意见，也应当秉持法律的基本原理和解释的基本方法。

涉及法律解释方法时，内在解释是依据所要解释的法律文本的自身要素进行的法律解释，其解释依据是法律文本、逻辑、目的等；外在解释是依据所要解释的法律文本之外的要素进行的法律解释，如立法资料、社会学效果等。在解释方法上，应先进行内在解释，然后再进行外在解释。只有在难以通过内在解释得出较为合理的结果时，才需要进行外在解释。<sup>④</sup> 因此，在公众对网络平台经营者责任表达各种意见之时，法学研究者应当更为理性地从连带责任、补充责任及按份责任的基本法理逻辑出发，从侵权责任规则的可责性和原因力标准出发，解释《电子商务法》规定的“依法承担相应的责任”。本文正是以此为出发点所做的尝试。笔者认为，“相应的责任”应当是包括连带责任、补充责任和按份责任在内的广义理解；网络平台经营者未对平台内经营者资质资格尽审核义

① 周辉：《平台责任与私权力》，载《电子知识产权》，2015（6）。

② 例如，中国商业法研究会2018年年会以“平台经济与法律”为研讨主题；第七届“青衿商法论坛暨《电子商务法》解释与适用学术研讨会”议题之一是“电商平台的责任性质与责任边界”；上海对外经贸大学法学院于2018年9月召开“《电子商务法》平台治理与企业合规”会议，发言主题包括《38条责任变化与实施问题》；2018年10月在中南大学法学院举办的“网络法治30人论坛”，主题为“网络平台义务与责任”。

③ 朱庆育：《民法总论》，第2版，219页，北京，北京大学出版社，2016。

④ 王利明：《民法解释学导论：以民法为视角》，137页，北京，法律出版社，2009。

务,或未对消费者尽安全保障义务,原则上应当承担补充责任;连带责任扩大化是现代侵权法的发展趋势之一,仍应在可责性和原因力基础上构建连带责任制度体系,在弱者保护、减轻证明责任或提升纠纷解决效率、因责任人更有能力控制风险等情形下,可合理扩张连带责任的适用。网络平台经营者因放任管理职责而为违法活动提供渠道或机会、有能力但并未系统性控制风险、恶意地不及时履行安保义务等情形,从主观上加大其可责性,在客观上增加损害的原因力,则可能超越补充责任的范围而需与其他侵权人承担连带责任。当然,网络平台类型多样和侵权事实形态各异,也使笔者意识到,上述归纳是不完整的,还需众多学者更多类型化的贡献。

## On Civil Liability Allocating of the E-Commerce Platform Business: Based on the Legal Principle of Joint and Several Liability

YAO Haifang

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872)

**Abstract:** The legislative process of “E-Commerce Law of the People’s Republic of China” reflects the opinions game between the industry and the public. The finalized version of Paragraph 2 of Article 38 “assume corresponding liabilities according to law” leaves leeway for future interpretation and application. To reach the legal certainty, the meaning of “corresponding responsibilities” should be clarified according to the broad understanding, including different liability framework, such as liability by shares, supplementary liabilities and joint and several liability. In case of allocating the tortious liability based on accountability and causation, the application of joint and several liability should be cautiously considered to avoid the generalization the liability. Based on the protecting vulnerable groups, the efficient dispute resolution, the proof burden arrangement and risk management capability, modern day laws tend to apply the joint and several liability. According to article 38 of E-Commerce Law, e-commerce platform business shall assume supplementary liabilities in principle. Providing that the platform provides opportunities for illegal activities due to its management negligence, if the platform is able to but fails to systematically control risks, or maliciously fails to timely fulfill security obligations, etc., it should assume joint and several liability.

**Key words:** E-Commerce platform; Joint and several liability; Supplementary liability; E-Commerce law; Civil liability allocation

(责任编辑 李 理)