

电子商务平台安全保障义务的 范式解读与路径优化*

曾磊 靳媛媛

(甘肃政法大学法学院, 甘肃 兰州 730070)

[摘要] 电子商务平台安全保障义务的缺失引发了威胁消费者生命健康等现实问题, 对电子商务平台施加安全保障义务基于其“风险开启者”“显性被信赖缔约方”“准权力拥有者”的三重身份, 旨在发挥电子商务平台自身治理优势, 提升国家在电商领域公共治理的效能, 保护消费者生命健康等权益, 促进虚拟与实体经济良性发展。现有立法体系中安全保障义务的法律条文分散且不统一, 致使理论界争议不断, 司法适用混杂。明确《民法典》第1198条的适用空间与《电子商务法》第38条第2款的法律内涵, 确立《民法典》第1198条与《电子商务法》第38条第2款在处理电子商务平台安全保障义务方面的原生性地位, 是解决学界争议与实务适用混杂的关键。对电子商务平台实现分类分级管理是实现义务苛于精准性的重要一步, 打破常规思维理性认识“最大化努力”标准是明晰安全保障义务标准的关键一环, 基于数据以风险控制能力为导向架构安全保障义务标准是削弱主观肆意的客观因素。与此同时, 民法对于电子商务平台的安全保障义务的规制效力的强度是否能够适应电子商务平台的未来发展速度和方向是存疑的。因此, 基于前瞻性理念统筹刑法、民法、行政法构建全方位规范体系, 以解决社会问题为导向构建安全保障义务体系显得尤为必要。

[关键词] 民法典 电子商务法 电子商务平台 安全保障义务 法律规则 优化路径

[中图分类号] D922.294 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2022)03-0116-12

一、问题的提出

电子商务平台的高度发展引领人类进入平台经济时代, 其在便捷与丰富人们生活的同时也因内部安全保障义务的缺失引发了严重的社会问题。2018年5月5日晚, 21岁某女性乘客在郑

州航空港区通过“滴滴”平台搭乘前往市区的顺风车, 途中被顺风车司机刘某华残忍强奸杀害。同年8月24日, 20岁乐清女孩乘坐滴滴顺风车失联, 后经证实被顺风车司机赵某辰强奸杀害。此外, 与电子商务平台相关的“花椒直播主播坠楼案”“货拉拉客户跳车案”“罗小猫猫直

播自杀案”等损害消费者生命健康权益的案件层出不穷, 引发社会强烈关注。

电子商务平台是否应该就此类损害后果负有安全保障义务、承担怎样的义务, 在经历于法无据、主要依赖部门规章文件等指导相关案件的尴尬处境后, 2018年8月31日出台的《电子商务法》被视为规制电商平台安保义务的专门性法律规范。但通过对该法详细解读之后不难发现, 其立法体系中关于安全保障义务的法律条文分散且不统一, 这使得学界争议不断, 实务领域的司法适用混乱。因此, 理清电子商务平台负有安全保障义务的合理性问题, 解决现有法律争议, 构建起既推动电商平台可持续经营, 又守得住底线的安全保障义务体系是契合电商平台良性发展的现实需求的。

二、电子商务平台安全保障义务的合理性论证

(一) 法理基础

1. 安全保障义务的源头: 风险开启者

电子商务平台以自身所掌握的科学技术构建出一个不同于物理空间形态却同样具有交互功能的场所。其设立者通过经营策略不断扩张数据库, 从而形成对空间与进入空间个体的控制力。^[1]而消费者以信赖安全的心理进入到此空间中, 巨量的交互与不受限制的空间使交互行为难免发生“碰撞”, 这需要平台参与解决。同时, 安全保障义务的来源是科技发展不断拓展人们社会交往的范围与深度, 由于每项社会交往的开启都可能对他人产生潜在的危险, 因此每个开启或主导社会交往之人都应该适当注意相关人员的安全。^[2]“有组织的不负责任”这个概念足以阐释互联网非纯粹的技术运用问题, 领域主体具有话语权与控制权且组成联盟制造了社会风险。^[3]网络平台经营者提供平台服务, 客观上为第三人实施侵权行为创造了条件, 其应当采取必要措施控制可能发生的侵权危险。^[4]且危险是产生注意义务的重要来源, 危险

的制造者或管控者应当承担行为致害后果预见义务和行为致害后果避免义务。^[5]数字追踪技术和非暂时性的硬件标识符在消费者信息捕获方面的运用是一种趋势。企业基于需求会购买被捕获的消费者信息。^[6]基于“理性人”假设, 企业出于追逐利益的目的购买消费者信息亦会出卖消费者信息, 而以平台为中介实施损害消费者生命健康权益行为的第一步往往是信息的获取, 企业泄漏消费者信息的行为开启了损害发生的信息源。

风险的开启或者主导只是平台承担安全保障义务原因构成的一个侧面。不作为侵权视角下, 监督者控制潜在危险的义务通常来源于他对危险的控制能力。电子商务平台具有相应能力时才会要求其承担与其能力相匹配的义务。电子商务平台以数据技术为支点构建, 其管理者往往掌握着前沿科技由此具备一定的风险识别、防范与控制能力, 对消费者是否能够进入电子商务平台掌握着绝对的控制权, 从这个维度而言其控制着平台潜在危险是否发生。在风险产生的不同阶段电子商务平台作为“后位者”全程参与, 相较其他主体在风险识别、防范与控制等方面具有独特的优势, 因为作为中枢性存在电子商务平台离交互行为最近且能以数据为支点采取一定的措施。电子商务平台是经济发展的衍生物, 盈利是其根本出发点, 这就意味着它在获得利益的同时也需承担由此所引发的相应风险, 为了利益最大化电子商务平台也会不断完善自身机制以减少潜在风险发生。这符合企业在盈利时承担社会责任的发展理念与社会价值观, 也契合降低风险、构建良性社会主义市场的需求。

2. 安全保障义务的实质: 显性“被信赖缔约方”

电子商务平台安全保障义务是国家对公民负有保护义务的具体践行。国家义务观念得到重视发端于基本权利保障问题。^[7]权利需要决定国家义务。^[8]国家义务的直接来源是公民权利而非国家权力。^[9]以上观点与狄骥将国家存在的义务来源归因于对权利的服务和保障是相契合

收稿日期: 2021-12-27; 修回日期: 2022-02-21

*基金项目: 2022年甘肃省人民检察院检察理论科研项目“电信网络诈骗犯罪案件实证研究”(2022-26-01); 甘肃省教育厅“双一流”科研重点项目(GSSYLXM-07); 甘肃高等学校青年博士基金项目“电信网络诈骗犯罪实证研究”(2022)

作者简介: 曾磊, 副教授, 硕士研究生导师, 主要从事信息网络法、人工智能法研究; 靳媛媛, 硕士研究生, 主要从事信息网络法研究。

的。国家对公民基本权利负有义务归于国家目的、社会契约和国家的正当性。^[10]平台作为私主体是推进中国特色社会主义事业、构建安全和谐社会的重要力量。在社会运转层面平台与消费者之间的契约关系契合了国家对公民负有的保护义务,与构建和谐安全电商环境,保护公民生命健康权益的国家目标相一致。从形式上电子商务平台对平台内用户的责任可分为基于双方行为与单方行为的责任。^[11]此处所探讨的是基于合同性质的双方行为。社会契约理论下消费者以信赖的心理态度进入电子商务平台却遭受损害,平台违背契约关系及诚实信用原则,破坏和谐安全电商环境,对消费者造成实质性侵害,使其对电子商务平台的信赖减损,造成消费者对国家信赖减损。平台作为直接关系承受者,是显性“被信赖缔约方”,有必要基于可信赖契约关系履行安全保障义务。安全保障义务的履行,第一层次是电子商务平台的违约或侵权;第二层次是弥补因自身行为所造成的消费者对国家信赖的减损。

3.安全保障义务的权力边界:“准权力”拥有者

普遍的认知中,“权力”一词的运用局限于公权力机关,平台适用“权力”一词未免有失偏颇,把私主体在职责与能力范围内所进行的操作视为公法上的行为是逻辑与内容体系的错乱。但不可否认的是平台拥有形似权力的“准权力”。即“准立法权”,平台享有制定、修改、废止平台规则的权利;“准行政权”,平台可以实施管控措施,比如制定规则和处罚措施,对平台内经营者施加义务等;“准司法权”,平台以自由协商通道解决纠纷,设立纠纷解决机制。“准权力”与“权力”形式有相似性,其实质依旧是电子商务平台基于私主体身份在合法范围内进行的内部管理,即便具垄断地位的电子商务平台体系所制定的规则影响着互联网领域法律规范的制定也不能改变其实质。这种由私主体制定的规则是不同于国家法的“软法”,软法是缺乏国家法拘束力却意图产生一定规范效果的成文规范。^[12]软法的拘束力并非来自国家强

制力而是自愿动机,动机则具有多重性,如道德,利益驱动亦或是现实行为需要。软法的概念一定程度上也说明电子商务平台的“权力”并非国家法意义上的权力。

电子商务平台“风险开启者”“显性被信赖缔约方”“准权力拥有者”的身份促使平台“准权力”的产生。每一重身份都有着独特的结构性地位,以此重重相扣的三重特殊身份是其承担安全保障义务的法理基础。三者具有时间顺序性,平台的产生运作意味着风险的开启,而在运作的基础之间形成平台与消费者之间的契约关系,大量契约关系的聚合安全保障义务的承担提供正当性基础。

(二) 社会基础

1.网络空间公共治理的客观需要

电子商务平台、平台内经营者、消费者三者以互联网技术为支撑形成了共生的模式,较传统的商业模式而言具有高效率、高风险、低成本等特征。低成本会使以盈利为目的的平台通过多种手段保护自身流量,以最大限度地获取平台内经营者与消费者。包容数千万个体的平台不再是孤立的纯粹的技术产物而具有公共性,由此引发了网络空间公共治理的客观需求。而公共管理领域的网络化治理颠覆了以政府治理为主的传统公共行政范式,是一种以市场化治理为主的新公共管理范式。^[13]政府部门很难依靠自身力量实现电子商务平台的公共治理,原因在于政府监管的行政成本高,会增加财政支出和纳税人的负担,也缺乏对平台内经营者的监管工具和方式,对行业发展缺乏必要的专业知识和充分的信息。政府的官僚体制容易导致决策僵化、缓慢,往往不能适应互联网发展对规则弹性、灵活性和动态性的要求。而电子商务平台基于技术优势,在网络空间公共治理中具有较优的治理效能。

2.保障消费者生命健康权益的内源动力

由于空间的虚拟性,技术的单方性以及信息的选择公开性等因素,虚拟空间中消费者相较于电子商务平台亦或是平台内的经营者处于

劣势的地位。当损害发生时,消费者的首要维权途径是借助电子商务平台提供的在线协商通道进行解决,传统在线协商机制是程序化的通道,消费者维权面临着层层审核上报,且一线客服人员往往不具备处理重大权益维护的权限,由此增加了消费者维权的时间成本,这与生命健康权益的首位性相悖。电子商务平台安全保障义务是法律层面的规制而非内部自有解决机制,具有国家强制力。这种安全保障义务贯穿消费者与电子商务平台内部经营者交互的全过程,在多数情形中不仅具有事后的救济维护作用,也具有事前的防范与事中的阻断作用。能够有效的维护消费者生命健康权益,才能凸显生命健康权益的首位性,与宪法层次人权保障和社会价值观相契合。

3.契合现代经济体制运行的时代潮流

电商巨头之间打破封闭状态走向互联互通是一种未来趋势,电子商务平台的数量与类型也正呈现激量增长,不受安全保障义务约束的野蛮发展意味着更大的风险聚合与更高的失范风险。平台承担安全保障义务有助于营造良好的网络交互环境,使消费者的信赖呈现正向增长,将电子商务平台失范的负面影响降至最低点,为电子商务平台经济的发展提供可持续性的外部动力。除此,新冠疫情对经济的负面影响正处于持续的弥散状态,全球经济走弱,中国经济也面临新的风险和挑战。与人们生活密切相关的实体行业经济颓靡,电子商务平台则凭借虚拟性优势在实体经济不景气的情况下依旧蓬勃发展,一定程度上减缓了新冠疫情对日常生活与经济冲击。电子商务平台承担安全保障义务使其在巨大经济体量中规制自身发展,有助于充分释放发展优势与活力。这种义务契合国内经济发展现状,也有助于构建良性市场经济环境。

电子商务平台承担安全保障义务有着充分且正当的现实基础。网络空间公共治理领域电子商务平台有着优于政府介入的治理效能,电子商务平台主导,政府辅助的角色转换下能够

有效保障消费者生命健康等权益,同时,减少电子商务平台发展阻碍且充分释放平台活力,削弱新冠疫情对经济的冲击,构建良性的社会主义市场经济环境。

三、电子商务平台安全保障义务法律规制的现状分析

(一) 立法现状

1.域外电子商务平台安全保障义务立法现状

目前,域外国家或地域未运用“安全保障义务”一词进行专门化规定,而是以网络提供者的整体责任渗透安全保障义务理念。安全保障义务可溯源于德国判例发展出来的“社会交往安全义务”,是为了解决不作为侵权与损害结果之间的因果关系并将其完整地纳入了《德国民法典》第823条的调整范围,德国法学界才发展出安全保障义务。德国网络平台责任经历了《电信服务法》《电信媒介法》《网络执行法》3个阶段。现阶段的《网络执行法》中网络服务提供者的基本免责体系依旧处于主导的位置,此部法律仅谨慎的局限适用于社交平台。^[14]

欧盟出台的《数字服务法》和《数字市场法》未有“安全保障义务”的明文规定,但条款设定了实质性的安全保障义务。《数字服务法》中提到数字服务的使用对个人与社会衍生新风险,鉴于目前对数字服务的依赖程度与数字服务运作所带来的利弊,重新定义数字服务提供商尤其是在线平台责任和义务的横向规则是契合当前需求的。《数字服务法》作为调整在线运营的商业实体的民商事规则,旨在为中介服务者,特别是社交媒体和市场等在线平台明确问责机制,以促进安全和保护基本权利,建立健全治理结构,有效监督中介服务者。《数字市场法》旨在解决市场中不公平做法,充分释放平台活力。但欧盟法并无明文的安全保障义务,而是置于在线平台的审核、管理、透明度义务之下,体现了间接责任的性质,且倾向于规定免责事由,具体的责任追究留给各成员国的立法。

2.我国电子商务平台安全保障义务立法现状

我国的安全保障义务最初确立在侵权法领域,可溯源至2003年的“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”,法院首次运用违反“安全保障义务”一词。^①彼时,社会上出现了公众在公共场所被第三人损害的案件。事后无法确定加害人、或者确定了加害人,但加害人无力承担赔偿责任的时,损害赔偿如何落实等问题引发了社会热议。为给裁判提供统一尺度,实务界吸收了学界“安全保障义务”的研究成果。当前涉及安全保障义务的条款分布在不同的法律文本之中,为安全保障义务的适用增加了难度。

目前,明确提到实质性安全保障义务的法律规范有2021年3月颁布的《网络交易监督管理办法》,其第11条规定“网络交易经营者销售的商品或者提供的服务应当符合保障人身、财产安全的要求和环境保护要求,不得销售或者提供法律、行政法规禁止交易,损害国家利益和社会公共利益,违背公序良俗的商品或者服务。”此条款的“网络交易经营者”包括网络平台经营者。此外,2021年6月颁布的《中华人民共和国网络安全法》第9条规定,“网络运营者开展经营和服务活动,必须遵守法律、行政法规,尊重社会公德,遵守商业道德,诚实信用,履行网络安全保护义务,接受政府和社会的监督,承担社会责任。”

2018年8月颁布的《电子商务法》第38条规定,“电子商务平台经营者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,依法与该平台内经营者承担连带责任。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。”第2款明确规定了电子商务平台的安全保障义务。

2020年5月颁布的《民法典》第1198条规定,“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者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。因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后,可以向第三人追偿。”此条款是吸纳了原《侵权法》第37条规定,并未明确排除安全保障义务适用于网络空间,由此也引发了关于此条是否适用于网络虚拟空间的争议。

梳理我国电子商务平台安全保障义务的现行立法,不难发现多是以实质性电子商务平台安全保障义务为设置基点,表述方式与外在形式存在较大的差异。整体呈现立法条文分散且不统一的状态,司法适用中对于实质性条款的运用多是基于法官自由裁量权进行选择,没有统一的适用规范。在司法适用中,电子商务平台安全保障义务的确定会涉及到食品安全法、消费者权益保护法等特殊法的适用。特殊法中的相关条款是否是真正意义上的电子商务平台安全保障义务条款,并没有统一的权威解释。除此,电子商务平台安全保障义务条款的内涵也并没有明确的答案,例如《民法典》1198条的适用空间并不明确。

(二)法律适用焦点

1.《民法典》第1198条适用于电子商务平台的合理性论证

《民法典》第1198条对于安全保障义务的适用空间没给出限制性的规定,并没有将其局限在实体物理空间。传统侵权法下的安保义务规范能不能适用于电商领域,存在不同观点。《民法典》1198条所规定的安全保障义务延伸到网络空间是理论与实务发展的需要,其合理性在于安保义务承担的内核在于运营或者管

理者对于空间的实际控制力,这种控制力把并不因为是物理或者网络空间而必然不同,更甚至平台主体对于网络空间的控制力因其技术手段的运用而更加的精准。^[15]有学者指出“互联网空间”概念的提出,说明公共空间突破了形态的限制,只要满足人的聚集,生产的交互都可以视为公共空间,且互联网空间如物理空间一般承载着个体的意识行为及其利益交互。那么传统侵权法领域的安全保障义务可适用于网络空间。^[16]反对者则是从立法技术的层面进行解析,电子商务法已经规定了电子商务平台的安全保障义务,学界则没有必要就《民法典》第1198条是否适用于网络空间而进行探讨,而引发《民法典》第1198条与《电子商务法》第38条第2款使用争议的源头在于词源的一致性。^[17]

为什么立法者没有对《侵权法》第38条进行新的适用空间解释,而是在此后采取新的立法措施,在《民法典》编纂时也没有明确适用空间?《民法典》第1198条是源自传统侵权法的条款,主要在于解决物理空间的侵权问题。而后随着平台迅猛发展,原侵权法条款已无法满足实际需求,在此背景之下订立电子商务法第38条第2款的安全保障义务,前者在时间上具有先在性,就立法目的而言皆是为保障消费者的权利,将其理解为《民法典》第1198条在电子商务领域的特别条款具有逻辑和目的合理性。《民法典》第1198条的留白也为引领未来经济走向的平台经济所引发的问题留下了解决空间。

2.《电子商务法》第38条第2款的解读

(1)被保障主体的界定

《电子商务法》第38条第2款明确规定,“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。”根据条款内容,安全保障义务的权利主体是消费者。对于消费者的界定有两个层次:一是对于平台而言,平台内经营者是否属于内部消费者,即平台与平台内经营者构成的两方关系是否属于被保障范围;二是与平台及平台内经营者构成三方关系的外部消费者。

对于消费者的内涵界定影响着《电子商务法》第38条第2款的适用准确性。有学者用法院审理“何小飞诉北京密境和风科技有限公司网络侵权责任案”(花椒直播吴永宁坠楼案)以《侵权法》第38条和《电子商务法》第37条为判决依据的案件为例,用《著作权法》第38条第1款第6项和《电子商务法》第2条第3款认定吴永宁不属于消费者而属于表演者且不适用于第38条第2款的论据,^[18]反驳了平台与平台内经营者构成的两方关系属于被保障范围的观点。

首先,界定争议关系是否属于被保障范畴要界定花椒直播是否属于电子商务平台。应明确的是花椒直播属于提供内容的电子商务平台的范畴,花椒直播作为泛娱乐直播平台是内容电子商务的一种形式,其以核心技术构建技术壁垒,开展明星入驻+打造“椒红”计划,以互动功能为中心的社交属性增强用户粘性,根本目的在于打造契合用户需求的平台生态,提供契合参与方内容需求的网络交互平台,以此实现营利的目的。花椒直播与滴滴等电子商务平台的不同之处在于,其以消费者(实质平台内经营者:吴永宁主播)—花椒直播—直播观众(外部消费者)为路径,为观众提供的不是有形物或专业性服务而是一种“情绪价值”,在观众得到情绪价值的满足时,会购买虚拟礼物赠送主播。同时观众对于主播存在一定的以付费为导向的支配力,比如承包直播间,其本质是“付费”,以花椒直播提供的独有支付形式“花椒豆”进行。但是不论内容或者商品亦或者服务以何种方式呈现,对于消费者和直播观众而言都是以契合需求为目的进行选择且愿意为此支付金钱成本,花椒直播的实质在于提供网络交互的平台以实现参与方的价值交换。花椒直播的直播观众愿意为“情绪价值”付费与滴滴消费者愿意支付行程费用的行为选择的内在机理相一致。除此,直播观众作为外部消费者同样会遭受平台所开启的风险,比如负面内容视频为直播观众提供行为的参照使其模仿视频内的行为而遭受损害。由此,“何小飞诉北京密境和风

^①北大法宝. 王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿案[EB/OL]. (2001-01-17)[2022-01-01]. <https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f311457a9ecb1bbf4cb1bb40e4c266dd41bdfb.html.pdf>.

科技有限公司网络侵权责任案”（花椒直播吴永宁坠楼案）适用《电子商务法》符合这部法律的规制范畴。这一点也在民事判决书中得到印证，一审法院对于《电子商务法》的适用表明，花椒直播属于电子商务平台的范畴，最终的不适用是法律理解的错误，而非因花椒直播不属于电子商务平台的范畴。处理上诉案的法院也并未否认这一范畴的适用。^①

其次，要界定吴永宁是否属于消费者。根据电子商务平台的不同功能，其安全保障义务的主体会处于不同的法律关系范畴，但呈现范畴的改变并不影响电子商务平台的实质安全保障义务。就“花椒直播吴永宁坠楼案”而言，花椒直播属于典型的泛娱乐直播平台，这种平台类型所呈现的风险往往是两个维度的，一是平台内部消费者自身行为对自己产生风险，此时，用户具备双重身份，如对直播受众而言吴永宁是平台内的经营者，但又是自耗流量的消费者，其所遭受的损害是自己产生的；除此，一些内容具有危险性的视频，也会对消费者产生间接性的损害，如模仿视频中危险动作而遭受损害。这两种维度的损害都是以个体实质性进入平台进行相应行为所产生的。

吴永宁利用直播平台呈现冒险行为本身是以自耗流量为基础所进行的，是在使用“花椒直播”这一产品，其实质性进入平台的行为对平台而言是消费者行为。不能因为法律在其他部门法中的相关规定而忽视此种行为与电子商务平台存在的关系而排斥适用，这有违法律适用的准确性，也有僵化用法的嫌疑。但电子商务平台对于平台内部消费者的安全保障义务并非是全覆盖的，吴永宁网络上拥有数以百万计的粉丝量且上传视频数量多，直播的频次高，花椒视频和其属于利益分成的合作关系，这种广泛的社会影响力与利益关联性并没有使直播平台采取下架视频、封禁直播间等可操作措施，使其承担安全保障义务具有实质正当性。

三方关系往往出现在综合类或垂直类的提供产品或服务等交易平台上，在这类平台上内部经营者自陷风险而遭受损害并非是主流的，往往是平台内经营者对第三方消费者产生风险，即梅迪库斯所阐释的安全保障义务之防止遭受第三人的侵害。^[19]

此处适用《电子商务法》第38条第2款是无异议的。《电子商务法》第38条第2款的“消费者”包括第三方消费者与实质的平台内部消费者，其适用不能拘泥于呈现的法律形式而应根据实质的关系进行定位。平台的发展迅速且复杂多变，拘泥于所呈现的法律关系中的主体地位并不利于后续发展，也不利于为新生的平台形式预留解读空间。

安全保障义务既是法定义务亦是合同义务。^[20]《电子商务法》是电子商务领域的重要法律，它是一个生长性的法律，是一个母体性的法律。^[21]基于此意义，对于安全保障义务的解读应设定在《电子商务法》第38条第2款与《民法典》的第1198条，而不宜与其他法律文本中的条款进行过度混淆的解读。过度的混淆解读会冲击《电子商务法》第38条第2款与《民法典》的第1198条的原生性地位。

(2) 相应责任的内涵

“相应责任”究竟为何种责任？对于这一问题权力机关并没有给出明确的解释，实务工作之中也是由法官根据具体的案情行使自由裁量权。学界对于这一问题的研究主要聚焦在民事责任范畴与多重责任范畴。在此背景下民事责任范畴包括连带责任、按份责任、补充责任、混合责任，主要聚焦在连带责任和补充责任的适用上。多重责任范畴突破了民事责任的范畴，亦包括行政责任与刑事责任。《电子商务法》此条款在订立时经历了“连带责任”到“补充责任”再到“相应责任”的更迭，可见不论是立法者还是学界研究者对于这一问题都无法给出特定的解读，一方面在于电子商务平台发展的多

变性与复杂性致使人们无法预测将会发生何种类型、何种程度的风险，另一方面在于无论是确定为“连带责任”还是“补充责任”都无法完全适用已经发生的案件类型。

在已发生的“京东与张丽网络购物合同纠纷案”中，法院适用了《电子商务法》第38条，一审判决京东承担连带责任，二审认为京东平台尽到了相应的合理的审查义务与注意义务，改判为无责。^①在司法适用中法院对电子商务平台适用安全保障义务所秉持的理念并非是消费者保护论，而是兼顾电子商务平台未来发展和消费者权益保护。电子商务平台的营利性是其作为企业营利工具的第一性，且其往往不是直接的侵权者，“一刀切”式地让其承担连带责任会使其负担过重而有损平台发展的积极性。

将其解释为“补充责任”也不适宜，因为补充责任有担责的顺序，只有前一责任主体无力承担时后一责任主体才进行责任补位。现实生活中平台内经营者有能力完全担责，这就使平台主体置于被忽视的状态。与此同时补充责任与保障消费者生命健康等权益的理念背道而驰，补充责任的适用也存在安全保障义务人范围以及是否具备追偿权的问题。适用补充责任会削弱电子商务平台与平台内经营者的利益连带强度，在强利益连带的背景之下，平台内经营者的行为对电子商务平台产生的牵动性是强劲的，电子商务平台会基于这种“牵一发而动全身”局势加强对于平台内经营者的管理，完善相关的平台规制以此营造良好的交互环境，减少消费者损害发生的诱发性因素。除此，当电子商务平台承担补充责任时，消费者的维权局面将是个体与专业性团队的对抗，电子商务平台往往内设专业的风险管理与法律合规团队，拥有强大的资金支持，能够经受长达数年的司法适用，消费者基于自身力量对抗平台的追责行为变得困难，其需要承担较高的时间、风险以及沉

默成本，这不利于消费者维权，且这种力量悬殊的司法较量并不符合公平正义。

相较于多重责任范畴，本文更加赞同以民事责任范畴解读“相应责任”内涵。理由在于从词意角度而言，“相应责任”一词本身就契合民事法律的表述方式，在民事法律中不乏使用。因此不应该抛开自身所处的法律体系将其放置到刑法或者行政法的范畴；从逻辑体系角度而言，《电子商务法》第38条第1款的表述的连带责任属于民事责任的范畴，而第2款的安全保障责任与其出自统一法律条文，若将其放置在公法范畴进行解释实则逻辑混乱；从司法运用角度而言，实务领域也多以民事责任的方式进行解决，以“电子商务法”“电子商务平台”和“安全保障义务”在中国裁判文书网进行检索共计83件，其中民事案由81件，行政案由2件，这说明从民事责任的范畴解读是契合当前实际需要的。除此，电子商务平台与消费者属于地位平等的民事主体，两者之间所产生的纠纷解决方式往往是金钱的赔付，这种解决问题的方式也是典型的民事方式。由此，将“相应责任”从民事责任的视角解读具有合理性。

“相应责任”是唯一确定的“连带责任”或是唯一确定的“补充责任”，或者既是“连带责任”又是“补充责任”，立法者的变更已经回应了这一问题。按照唯一确定的内涵解释显然不妥当，“相应责任”是否是一种不同于传统意义民事责任的新的责任类型即“独立责任”，也有待进一步的立法回应。

从现行立法体系而言，赋予“相应责任”民事责任范畴的多种内涵符合案件处理的多元化需求，以此由法官根据案件的实际行使自由裁量权。但法官的自由解读也面临着适用不统一等多重风险，这就需要各地法院整合案件资源，将案件分门别类寻找适合某一类特定案件的特定责任，并在全国范围内统一适用的标准。

^①北京密境和风科技有限公司与何某网络侵权责任上诉案，北京市第四中级人民法院民事判决书(2019)京04民终139号。

^①北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司与张丽网络购物合同纠纷案，安徽省亳州市中级人民法院民事判决书(2020)皖16民终2574号。

(3) 电子商务法安全保障义务内部逻辑体系

《电子商务法》第38条第2款还提到了审核义务,有学者指出审核义务属于安保义务的范畴。^[22]从电子商务法的内部逻辑体系而言此定位并不合适。学界通说认为安全保障义务是一种义务的标准而非具体的义务类型。审核义务有着具体的类型内容,将审核义务纳入到安全保障义务的范围之内与其提供标准非具体内容的定位是相冲突的。《电子商务法》第27条对审核义务做出了明确规定,就同一部法律而言,同一内容不应在不同条款内重复认定。除了和安全保障义务位于同一条款的审核义务,明文规定的资质资格审核义务与告知义务、个人信息保护义务、保障网络安全的义务、备案和保存义务等同属于《电子商务法》规定的法定义务,应当被排除在安全保障义务之外。

现有立法条文中,审核义务与安全保障义务的并列造成实践中的混乱。如果让违反审核义务和安全保障义务承担一样的责任——“相应责任”,立法者可将现行《电子商务法》第27条以援引表述的方法放在第38条,即“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本法第27条所规定的审核义务,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,”以明确排除安全保障义务包含审核义务的可能,解决第38条第2款审核义务和第27条表述是否属于一致内容的疑惑。同时可规定相应的义务限度,排除安全保障义务是否和审核义务相一致的争议。审核义务与安全保障义务都应是过程全覆盖,而非一味地强调审核义务的事前性,安保义务的事后性,控源与救济一样重要。

四、电子商务平台安全保障义务的实现路径

落实电子商务平台安全保障义务,要畅通电子商务平台安全保障义务的实现路径。打破

常规性思维,理性认识“最大化努力”标准,坚持具有客观优势的风险控制能力为导向的数据论,科学合理运用分类分级制度对电子商务平台实现类级划分,优化电子商务平台安全保障义务法律规制的内部衔接。

(一) 理性认识“最大化努力”标准

安全保障义务提供的并非是具体的内容而是义务的标准,提供义务的标准即平台在主观上的注意程度,目前学界探讨较激烈的是“最大化努力”与“高于一般注意义务”或者是“高于普通人的理性、谨慎”标准。“最大化努力”在欧洲范围的成熟运用使我国学者一味地主张借鉴运用这一标准规范目前平台安保义务限度的问题,却忽视了“最大化努力”本身就是一个充满主观性的标准,基于主观标准进行的界定依旧会引发何为“最大化”的争议。针对不同的平台体量采取的并非是一个标尺下的“最大化”界定,而是针对个体平台的“最大化”个性化定义。对于目前不断出新的平台形式与剧增的平台数量的现状使用这一标准界定不具备可操作性。如不针对个体平台进行针对性的“最大化”界定而是运用一致性的标准,只是实现了形式上的一致与可操作性,忽视了实质性的公平。最大化努力义务概念的引入本身并不能回应司法实践的需要,反而会加大司法适用的难度。^[23]主张这一标准的学者可能要对“最大化”做出较为合理的且具有可操作性的解释。

“网络服务提供者要尽到高于普通人,理性、谨慎具有专业知识的注意”的标准,这是从网络服务提供者和普通人专业知识差异的角度出发,阐释网络服务提供者的注意高于普通人。设置平台安全保障义务运用这一标准未免强度过低,普通人与安保义务的无关性致使其根本不具有注意义务,或者具有极低的不承担任何后果的注意义务,这是否就意味着如果网络提供者拥有强大的注意能力但只要在最小的限度内采取注意义务,只要是高于普通人的注意义务,就可以认定为标准内所表述的“高于”“理性”“谨慎”,即尽了名义上的最大化努力。

但不可否认的是,安全保障义务的标准应该使安全保障义务主体尽到最大化努力,适用最大化努力标准不应该笼统地表述。笼统的表述加上主观性的限度词汇会带来为解决问题而再次产生问题的适用困境。而应在此概念的基础上综合考量不同层级安全保障义务主体的能力,设定一套统一的注意标准,结合电子商务平台以数据为支撑的特点,将最大化努力落到数据标准之上,做到明确化,具体化,可视化。电子商务平台基于最大化努力的要求,会积极采取事前的防御性措施以减少损害发生,例如“滴滴”平台的全程录音功能。这在一定程度上存在侵犯消费者隐私的风险,影响消费者的平台使用体验而造成其不满。对于这种情况电子商务平台可以通过消费者进入平台时以“页面提示条款”的形式预告告知。但是也需要防范电子商务平台为减少风险的发生而强制性要求只有同意“页面提示条款”才能使用平台功能的自保与垄断行为。

(二) 遵循以风险控制能力为导向的数据论

平台法律责任的分配应当与平台控制数据安全的能力相匹配,^[24]数据之于平台的重要性即农作物之于加工厂。^[25]平台安全保障义务的限度不应该以主观的标准进行判定,应回归到平台安保义务产生的关键因素之上——平台的控制能力,这种控制能力包括对平台内经营者的控制力,也包括对于消费者的控制。平台控制力的背后是以互联网技术为支撑的数据。不同的平台所掌握的数据技术不同,对于数据的控制能力也参差不齐,以数据为标准能够实现非主观性的量化。数据相较于主观的标准能够以多种的形式呈现,也易根据数据与分类分级制度相结合构建一套可行性的设定义务限度的标准。数据论也并不会使安全保障义务处于无边界的地位,义务因数据控制能力而生,两者适度匹配,并围绕数据展开讨论互联网平台承担何种层次限度的安全保障义务。

面对损害的发生,第一时间考虑以现有的数据控制能力能否实现对于本次损害的预防、

排查、警示与救济,以此判断互联网平台是否承担安全保障义务。鉴于消费者在于平台主体关系中的弱势地位,由互联网平台承担举证责任,实行举证责任倒置,而消费者只需要证明损害结果的发生,承担非主要的举证责任。

(三) 科学合理运用分类分级制度

目前对于平台的监管运用的是“一刀切”的做法,不论平台性质、平台能力与平台负担等因素,适用同一套标准。分类分级管理制度能够根据平台的具体类别化情况实现更具合理性与针对性的监管措施,相较于现行做法具有明显的优势。分类分级制度中,“分类”指以平台的连接属性和主要功能为划分标准,将现有平台形式分为网络销售类平台、生活服务类平台、社交娱乐类平台、信息咨询类平台、金融服务类平台、计算应用类平台这六大类;“分级”则指综合考虑用户规模、业务种类以及限制能力将其分为超大平台、大型平台、中小平台。

对平台运用分级分类制度就意味着现行的监管体系需要进行重构。这在很大程度上影响着电子商务平台承担保全保障义务的限度,根据平台类别与级别的不同让其承担不同限度的安全保障义务,安全保障义务的内容也因平台间的差异而存在不同。但总体而言,平台承担安保义务具有贯通性,即在时间维度上做到事前危险的防范与排查,事中危险的排除或警示与事后救济。需注意的是安保义务并非是可梳理的具体内容,而是旨在提供义务内容的标准。

(四) 优化不同层级法律规制的内部衔接

安全保障义务的规定普遍存在于民法领域。民法对于电子商务平台的安全保障义务的规制强度是否能够适应未来电子商务平台的发展速度和方向是存疑的。不同法律部门需恰当地衔接以应对未来可能出现的问题。在解读《电子商务法》第38条第2款的“相应责任”时,排除了刑法与行政法的适用,将其纯粹的放置在民法的范畴内,但是构建完善的互联网平台安全保障义务仍要充分运用刑法与行政法。

这包括事前的行政部门对电子商务平台承

担安全保障义务设定标准,事中的行政部门对于互联网平台履行安全保障义务的监管及事后的行政责任承担,以及事后的刑事责任承担。网络服务提供者不履行监管义务的不作为的实质是一种导致风险升高的行为,因而不能排除其刑事责任。^[26]刑事领域与电子商务平台承担安全保障义务相契合的罪名是“拒不履行信息网络安全服务罪”,何为“拒不履行”,未履行到何种程度可被认定为“拒不履行”,都是有待解答与完善的。“拒不履行信息网络安全服务罪”有兜底性罪名的性质,只有明确规定电子商务平台履行安全保障义务未达到何种要求时才满足此罪的构成要件,才能充分的运用此罪名实现打击犯罪主体,威慑潜在犯罪主体的预防作用。运用刑法和行政法处理互联网平台承担安保义务问题,能够有效弥补民法规制效力弱的缺点。关注电子商务平台承担安保义务的同时也要注重对于消费者权利的全方位救济。

五、结语

电子商务义务安保缺失所引发的现实问题使我们不得不转变对于平台中立性的定位,改变其发展初期所奉行的宽松的管制政策,对其苛以合理的安全保障义务。电子商务平台所负的安全保障义务有着独特的法理基础和现实基础。“风险开启者”“显性被信赖缔约方”“准权力”拥有者的三重身份及其在公共治理中的优势地位使其承担安全保障义务具有合理性。而安全保障义务的法律适用争议从未停止,关于安全保障义务的实现也呈现复杂的局面。设置安全保障义务并非是无边界的,要采用分类分级制度进行科学合理划分,以便实现更具针对性的监管和义务设置。相较于备受争议的“最大化努力”和“高于普通人的谨慎,理性”的注意标准,以风险控制能力为导向的数据论具有明显的客观性优势。电子商务平台未来将会引领人类经济的发展模式和方向,现行研究电子商务平台安全保障义务不宜过于局限狭

隘,应秉承前瞻性的理念设计制度,为未来制度解读留下空间。

参考文献:

- [1]张彬.论平台经营者安全保障义务之限度——从何为“应当知道”谈起[J].经济法研究,2019,22(1):288-302.
- [2]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.
- [3]郭殊,万中元.论国家对公民基本权利的多重保障义务[J].江苏警官学院学报,2020,35(2):18-24.
- [4]尹志强,马俊骥.网络平台经营者“应当知道”要件之重新检视[J].华东政法大学学报,2020,23(6):61-72.
- [5]屈茂辉.论民法上的注意义务[J].北方法学,2007(1):22-34.
- [6]Mireille Hildebrandt. Smart technologies and the end(s) of law: Novel entanglements of law and technology[M]. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2015: 91-93.
- [7]崔寒玉.论我国宪法中的国家义务理论渊源及其本位[J].甘肃政法学院学报,2016(6):60-75.
- [8]杜承铭.论基本权利之国家义务:理论基础、结构形式与中国实践[J].法学评论,2011,29(2):30-38.
- [9]龚向和.国家义务是公民权利的根本保障——国家与公民关系新视角[J].法律科学(西北政法学院学报),2010,28(4):3-7.
- [10]邹艳晖.国家对公民健康权的义务[J].行政与法,2015(7):78-86.
- [11]叶逸群.互联网平台责任:从监管到治理[J].财经法学,2018(5):49-63.
- [12]翟小波.“软法”及其概念之证成——以公共治理为背景[J].法律科学(西北政法学院学报),2007(2):3-10.
- [13]何翔舟,金潇.公共治理理论的发展及其中国定位[J].学术月刊,2014,46(8):125-134.
- [14]王伟华.德国网络平台责任的嬗变与启示[J].北大法律评论,2018,19(1):120-138.
- [15]薛军.论《民法典》中网络平台安全保障义务的核心问题[J].中国信息安全,2020(10):81-84.
- [16]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[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2014,67(1):69-74.
- [17]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,2020,42(6):195-209.
- [18]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.

- [19]梅迪库斯.德国债法分论[M].杜景林,卢湛,译,北京:法律出版社,2007:624.
- [20]侯国跃,刘玖林.安全保障义务:属性识别与责任分配——兼评《民法典侵权责任编(草案第三次审议稿)》第973条[J].北方法学,2020,14(1):62-75.
- [21]薛军.电子商务法平台责任的初步解读[J].中国市场监管研究,2019(1):18-21.
- [22]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.

- [23]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.
- [24]张凌寒.数据生产论下的平台数据安全保障义务[J].法学论坛,2021(2):46-57.
- [25]Cohen, Julie E. Between truth and power: The legal constructions of informational capitalism[M]. New York: City Oxford University Press, 2019: 68.
- [26]周光权.拒不履行信息网络安全管理义务罪的司法适用[J].人民检察,2018(9):16-22.

【责任编辑 刘绚兮】

Paradigm Interpretation and Path Optimization of E-Commerce Platforms' Security Obligation

ZENG Lei & JIN Yuanyuan

Abstract: The lack of security obligations of e-commerce platform has caused real problems that threaten the life and health of consumers, and the security obligation of e-commerce platform is based on the triple status of "risk opener", "dominant trusted party" and "quasi-power owner", aiming to enhance the effectiveness of public governance in the field of e-commerce, protect rights and interests of consumers' life and health, and promote sound economic development. At present, the legal provisions of the obligation of security in the existing legislative system are scattered and not unified, which leads to constant disputes in the academic circles and judicial applications. Clarifying the scope of application of Article 1198 of the Civil Code and Article 38, paragraph 2 of the Electronic Commerce Act is the key to resolving the confusion in academic disputes and practical application. To solve social problems by building up a security system should conform to procedural justice and substantive justice compatible with the use of classification system, and need a rational understanding of the "maximization efforts" standard. Basing security obligation standards on data risk control capability is an objective factor that can weaken subjectivity. At the same time, it is doubtful whether the regulating intensity of the civil law on the security obligation can adapt to the speed and direction of e-commerce platforms' future development. Therefore, it is particularly necessary to build a comprehensive normative system of security obligations to solve social problems, based on an overall planning of criminal law, civil law, administrative law with a forward-looking idea.

Keywords: the Civil Code; E-commerce Law; e-commerce platforms; security obligations; rules of law; optimize the path