

电子商务平台守门人责任研究

王承堂^{*}

内容提要 电子商务平台责任二分的立法模式,源于平台具有企业与市场身份的双重性。商场、展销会依据消费者权益保护法承担的先行赔付责任在性质上属于替代责任。对开展非自营业务的电子商务平台配置不同于商场、展销会的法律责任,有悖于法经济学原理。企业作为通过市场交易来组织生产的替代机制,电子商务平台经营者替代平台内经营者承担产品责任具有交易成本优势。平台基于接入而非所有的原则固然实现了规模效应,但因此免除其本应承担的产品责任属于平台的规制套利,故应进一步加强平台的守门人责任。守门人责任的实质在于承担第三方责任,代理的规范结构消解了电子商务平台守门人承担替代责任的法理障碍。先行赔付责任满足“控制”与“获利”的要件,可成为电子商务平台守门人责任。

关键词 电子商务平台 守门人责任 替代责任 先行赔付责任 规制套利

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.05.007

目 次

- 一、问题的提出
- 二、现有平台责任立法的悖论
- 三、平台的规制套利特性
- 四、电子商务平台守门人责任的证成
- 五、电子商务平台守门人责任的规范构造
- 六、结语

^{*} 扬州大学法学院教授。本文系研究阐释党的二十届三中全会精神国家社科基金重大专项“促进平台经济创新发展与平台经济常态化监管问题研究”(项目批准号:24ZDA024)的阶段性成果。

一、问题的提出

在市场经济中,企业、市场与政府分别发挥经营、撮合与规制的功能。但平台的设立打破上述三者之间的分工界限,其往往兼具企业(经营)、市场(撮合)与政府(规制)的功能。^①平台意在创造一个能让生产者与消费者通过互动、为双方创造价值而集合到一起的场所。对于这一构思,人类业已实践千年。当然,传统平台与现代平台之间的区别在于,后者新增了数字技术极大地拓展了平台的覆盖范围、访问速度与交易便捷性,并提升了平台的效率。^②

数字技术之所以在平台演化中发挥至关重要的作用,是因为数字技术对市场经济生产要素构成、资源配置方式与经济运行逻辑产生了广泛而深远的影响。其中,产业组织是公认的受数字经济影响最突出领域。一方面,随着数字技术发展,交易成本降低,企业与市场边界快速调整,分工趋向于极致且高度弹性化;另一方面,大企业或大型网络组织的管理成本大幅下降,垂直一体化和网络化生产组织快速演进。两种形态并行推进,带来了我们尚不熟知的产业组织形态。^③

对于数字技术赋能的现代平台,学界有着不同的解读。赫伯特·霍温坎普教授认为平台本身可以是一个“市场”,在其中可以发生竞争;^④美国联邦贸易委员会前主席莉娜·汗认为数字平台的一个关键特征是,它们在特定市场中扮演着双重角色:既是第三方商家、内容创作者或应用程序开发者的运营场所提供者,又是与这些商家竞争的市场参与者。^⑤质言之,数字技术降低了市场运行的交易成本,进而模糊了平台企业与市场的边界。平台似乎既可以是参与市场竞争的企业,也可以是市场提供者,具有企业与市场提供者的双重性质。^⑥

这种平台主体身份的模棱两可深刻地影响了对其法律责任的配置。例如,《电子商务法》第37条规定,“电子商务平台经营者在其平台上开展自营业务的,应当以显著方式区分标记自营业务和平台内经营者开展的业务,不得误导消费者。电子商务平台经营者对其标记为自营的业务依法承担商品销售者或者服务提供者的民事责任。”2022年发布的《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》(法释〔2022〕8号)(以下简称《审理网络消费纠纷规定(一)》)第4条确立的“实质自营”和“自营外观”规则是对上述规范的进一步细化与固化。可见,《电子商务法》

① 参见黄益平:《平台经济的创新与监管》,载《金融论坛》2022年第9期,第4-5页。

② 参见〔美〕杰奥夫雷·G.帕克、马歇尔·W.范·埃尔斯泰恩、桑基特·保罗·邱达利:《平台革命:改变世界的商业模式》,志鹏译,机械工业出版社2022年版,第60页。

③ 参见江小涓:《为“数据之治”贡献中国学术智慧》,载《光明日报》2023年5月4日,第8版。

④ See Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, Yale Law Journal, Vol.130:1952, p.2021 (2021).

⑤ See Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, Columbia Law Review, Vol.119:973, p.984 (2019).

⑥ 参见陈永伟:《平台反垄断问题再思考:“企业—市场二重性”视角的分析》,载《竞争政策研究》2018年第5期,第26页。

第 37 条的规范目的并非实质性地区分自营业务和非自营业务,而只是在具备相关外观的情况下,保护交易相对方对于平台作为销售者这一身份外观的善意信赖,使电子商务平台经营者成为法律关系的一方,即商品的销售者或服务的提供者。^⑦

基于此,当开展自营业务时,电子商务平台经营者作为商品销售者或服务提供者承担合同责任或侵权责任(产品责任);^⑧当开展非自营业务时,电子商务平台经营者根据《电子商务法》第 38 条第 2 款的规定,以违反资质资格审核义务或安全保障义务为限承担“相应的责任”。至于“相应的责任”为何,现有法律文本语焉不详。学界一般将《电子商务法》第 38 条第 2 款解读为电子商务平台经营者的安全保障义务条款,^⑨而且电子商务平台经营者与物理空间经营者的安全保障义务并无二致。^⑩作为安全保障义务人的经营者通常承担侵权补充责任,《民法典》第 1198 条(原《侵权责任法》第 37 条)是《电子商务法》第 38 条第 2 款平台经营者安全保障义务一般规范,^⑪电子商务平台经营者似乎也应当承担侵权补充责任。事实上,从安全保障义务人承担侵权补充责任的实证研究来看,“绝大多数补充责任份额低于 50%,且集中于 30% 以下”^⑫。

《电子商务法》按照电子商务平台开展经营活动的类型分别承担不同法律责任的做法,可以追溯至 2013 年修正的《消费者权益保护法》。对于彼时将电子商务平台类比为《消费者权益保护法》上商场或展销会的修法建议,理论界与实务界是有分歧的。毕竟从平台经济学来看,商场或展销会等传统交易平台与电子商务平台的基本性质都是提供平台服务,二者之间的区别无非在于前者具有实体性、后者具有虚拟性。如果可以类比,那么原本以商场或展销会为调整对象的《消费者权益保护法》第 43 条亦可类推适用于电子商务平台。然而,立法者并没有对第 43 条进行扩张解释,^⑬而是创设了第 44 条。此种选择表明我国立法机关并不认同商场、展销会与电子商务平台之间的相似性。

对照《消费者权益保护法》第 43 条与第 44 条,可以发现两者具有相同的规范结构。当开展自营业务时,展销会举办者、柜台出租者或网络平台均承担产品责任或合同责任;当开展非自营业务时,展销会举办者、柜台出租者在消费者找不到实际侵害人的情况下承担“先行赔付责任”^⑭,网络平台则“以违反实名登记义务和安全保障义务为限承担连带责任”^⑮。

⑦ 参见余佳楠:《平台在自营业务中的法律地位——以信赖保护为中心》,载《法学》2020 年第 10 期,第 41 页。

⑧ 参见杨立新:《电子商务平台经营者自营业务的民事责任》,载《求是学刊》2019 年第 1 期,第 107 页。

⑨ “在法律制度设计的亲缘关系上,《电子商务法》第 38 条)第 1 款规定对应《侵权责任法》第 36 条关于网络服务提供者责任的规范模板,第 2 款规定则对应《侵权责任法》第 37 条安全保障义务的规范模板。”陆青:《电子商务平台经营者安全保障义务的规范构造》,载《浙江社会科学》2021 年第 11 期,第 75 页。

⑩ 参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,载《中外法学》2012 年第 2 期,第 409-410 页。

⑪ 参见前注⑨,陆青文,第 78 页。

⑫ 吴越:《安全保障义务人侵权补充责任的理论反思》,载《法学研究》2024 年第 4 期,第 135 页。

⑬ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《消费者权益保护法立法背景与观点全集》,法律出版社 2013 年版,第 134 页。

⑭ 前注⑬,全国人大常委会法制工作委员会民法室编书,第 133 页。

⑮ 宋亚辉:《回应商业模式创新的市场规制理论》,载《环球法律评论》2022 年第 4 期,第 124 页。

相同的规范结构背后是相同的身份功能。当开展自营业务时,展销会举办者、柜台出租者或网络平台是以企业身份承担责任;当开展非自营业务时,展销会举办者、柜台出租者或网络平台则是以市场提供者身份承担责任。商场、展销会与网络平台之所以具有相同的身份功能,是因为它们本质上都属于平台,平台具有的企业与市场双重身份分别赋予其相应的功能。然而,相同的规范结构背后却是不同的责任配置:同样是发挥市场功能,传统平台(商场、展销会)与现代平台(网络平台)承担不同的法律责任;商场、展销会的责任负担并不因其企业与市场功能的分化而加重或减轻,因为先行赔付责任只是调整了赔付顺位。实际上,网络平台违反《消费者权益保护法》第44条规定的“实名登记义务和安全保障义务”与电子商务平台经营者违反《电子商务法》第38条第2款规定的资质资格审核义务或安全保障义务并无实质差异,均可纳入经营者的安全保障义务范畴。职是之故,《消费者权益保护法》第44条才在实质意义上开启了我国电子商务平台责任分野的立法模式。

责任作为法律的支柱,是几乎所有类型法律的实施手段。然而,规避责任的愿望塑造了现代商业组织的形态。^{①⑥} 尽管我国立法机关最终选择放弃沿用《消费者权益保护法》第43条而创设第44条,将网络平台区别于商场或展销会,但以现代平台与传统平台之间的差异证成责任配置的不同,其理由是什么?更为重要的是,由于数字技术带来的交易成本降低,企业与市场提供者的边界日益模糊,立法机关仍以企业与市场功能的分化区分电子商务平台的自营与非自营业务,进而配置不同的法律责任,其理由又是什么?

一言以蔽之,同样是平台、同样具有企业与市场提供者的双重身份功能,为什么要对电子商务平台的非自营业务配置不同的法律责任,而不能与商场或展销会一样适用《消费者权益保护法》第43条规定的先行赔付责任?由于守门人理论的核心问题是如何基于守门人特殊的把关地位,让平台履行第三方义务,^{①⑦} 而合同责任具有相对性,其无法扩展至合同当事人之外的第三人,故本文将以侵权责任(产品责任)为切入点论证电子商务平台的守门人责任。

二、现有平台责任立法的悖论

2013年修正的《消费者权益保护法》第43条完全复制于1993年《消费者权益保护法》第38条,该条规定了商场或展销会承担赔偿责任的限定性条件。至于电子商务平台经营者能否类比于商场或展销会,还有待对《消费者权益保护法》第43条的进一步解读。

(一) 先行赔付责任的性质

《消费者权益保护法》第43条的规定是法律在满足特定条件的基础上给予消费者

^{①⑥} See Lynn M. LoPucki, *The Death of Liability*, Yale Law Journal, Vol.106:1, p.21 (1996).

^{①⑦} 参见周汉华:《〈个人信息保护法〉“守门人”条款解析》,载《法律科学》2022年第5期,第37页。

的一种特殊保护。其本意是在展销会结束后消费者无法找到其具体的交易对象,或商场租赁柜台主体不清导致消费者无法区分交易对象的情况下,为了维护消费者权益而要求展销会举办者、柜台出租者承担赔偿责任。^⑮

至于展销会举办者、柜台出租者承担赔偿责任的法律性质,理论界将其描述为“特殊责任”,^⑯实务界对该“特殊责任”的法律性质也进行了相应的探索。例如,“柜台出租者的上述义务系消费者权益保护法规定的法定责任,不因经营者与消费者的约定而免除”^⑰，“展销会举办者和柜台出租者对商品或者服务有不真正连带责任”^⑱。所谓不真正连带责任,“是指数个责任人基于不同的原因而依法对同一被侵权人承担全部的赔偿责任,某一责任人在承担责任之后,有权向终局责任人要求全部追偿”^⑲。我国法律规定了四种不同形态的不真正连带责任,分别是典型的不真正连带责任、补充责任、先付责任与附条件的不真正连带责任。^⑳

对于展销会举办者、柜台出租者承担不真正连带责任的具体类型,实务界主要有两种理解。一种是将其承担的不真正连带责任解读为先付责任。“当柜台的出租者成为被告时承担的是一种法定先行赔付责任”^㉑“柜台租赁期满后,柜台出租者或商场、展销会举办者应先行承担赔付责任”^㉒。另一种是将其承担的不真正连带责任解读为补充责任。“展销会举办者、柜台出租者对于参加展销会、租用柜台的销售者应当负有合理范围内的审核义务,并对销售者的销售行为对外承担一定范围内的担保责任,……,展销会的举办者、柜台的出租者的担保范围应当为在销售者不能清偿范围内承担补充清偿责任,展销会的举办者、柜台的出租者清偿后可以向销售者进行追偿。”^㉓

不真正连带责任意义上的补充责任来源于一般保证中的先诉抗辩权,其与先付责任的适用规则正好相反:补充责任是由没有直接原因力的行为人后承担赔偿责任,先付责任则是由不负有最终责任的人先承担赔偿责任。^㉔根据消费者权益保护法的立法精神,只有在租赁柜台租赁期满后,合法权益受到损害的消费者才可向柜台出租者要求赔偿,柜台出租者赔偿后有权向商品销售者或者服务提供者追偿,最终责任的承担者仍为销售者或者服务者。^㉕尽管有学者认为展销会举办者或柜台出租者承担的赔偿责任“实际上也具有补充责任的性质”^㉖,但是作为承担责任的前置条件,“展销会结束或者柜台租赁

⑮ 参见江苏省苏州市中级人民法院(2021)苏05民终8372号民事判决书。

⑯ 参见《经济法学》编写组:《经济法学》(第3版),高等教育出版社2022年版,第340页。

⑰ 北京市第二中级人民法院(2023)京02民再2号民事判决书。

⑱ 江西省上饶市中级人民法院(2021)赣11民终1730号民事判决书。

⑲ 王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第583页。

⑳ 参见杨立新:《侵权责任追偿权的“背锅”理论及法律关系展开》,载《求是学刊》2021年第1期,第126-127页。

㉑ 内蒙古自治区高级人民法院(2020)内民申417号民事裁定书。

㉒ 辽宁省高级人民法院(2021)辽民申9196号民事裁定书。

㉓ 广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终24837号民事判决书。

㉔ 参见前注⑳,杨立新文,第127页。

㉕ 参见北京市第三中级人民法院(2022)京03民终2066号民事判决书。

㉖ 王竹:《补充责任在〈侵权责任法〉上的确立与扩展适用》,载《法学》2009年第9期,第89页。

期满”并不能说明补充责任所需的间接因果关系。由此,展销会举办者与柜台出租者承担先付责任的观点更具说服力。事实上,在《消费者权益保护法》修正时,立法者也将展销会举办者与柜台出租者承担的不真正连带责任描述为“先行赔付责任”。^{③①}

展销会举办者、柜台出租者根据《消费者权益保护法》第43条所承担的先行赔付责任(先付责任),作为一种不真正连带责任,顾名思义并非真正意义上的连带责任。连带责任的对内效力主要是求偿权问题,“连带债务人相互间,除法律另有规定或契约另有订定外,应平均分担义务”^{③②}。不真正连带责任之债则存在终局的责任人,而不是在数人之间进行内部的责任分担。^{③③}所谓先行赔付责任,强调的是赔偿责任的先后顺序,毕竟责任的最终承担者还是商品销售者或者服务提供者。学者将承担先行赔付责任的展销会举办者或柜台出租者界定为“代偿义务主体”。^{③④}

民事责任以自己责任为常态,替代责任(vicarious liability)为例外。^{③⑤}相对于自己责任,替代责任是指“监督方(例如雇主)基于其与下属或关联方(例如雇员)之间的关系,为该下属或关联方的可追责行为所承担的责任”。^{③⑥}替代责任是对社会组织与分工高度复杂化的法律回应。有学者认为,该责任主要适用于雇佣、经营场所和基础设施垄断提供等情形。^{③⑦}委托人常常会因其代理人的不当行为而承担替代责任。在法经济学上,委托人和代理人这两个术语的使用较为宽泛,“委托人是雇佣或与其他个人或团体签订合同的个人或团体。这些被雇佣或受合同约束的人即为代理人。这一定义范围广泛,足以涵盖雇主与雇员、雇主与独立承包商、公司与董事或经理、特许人与受许人,以及在某些情况下,出租人与承租人等关系”^{③⑧}。如果该不当行为并非由委托人直接指示、授权或鼓励的,那么他的责任就是替代的。替代责任的理论预设是人格吸收理论与深口袋理论。^{③⑨}所谓“跑得了和尚跑不了庙”,作为出租人的展销会举办者或柜台出租者承担替代责任融合了人格吸收理论与深口袋理论。可见,展销会举办者或柜台出租者承担的先行赔付责任,在性质上属于替代责任。

(二) 替代责任的法经济学基础

电子商务平台经营者以违反实名登记义务或安全保障义务为限承担的不真正连带责任,在类型上属于上文所述的补充责任,而非展销会举办者或柜台出租者承担的替代责任(先行赔付责任)。立法者给出的理由是:基于平台中立原则,电子商务平台经营者不接触商品实物,无法对大量的平台内经营者及其销售的海量商品进行控制,且对平

③① 参见前注⑬,全国人大常委会法制工作委员会民法室编书,第133页。

③② 王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第452页。

③③ 参见前注②,王利明书,第584页。

③④ 参见徐海燕:《论〈食品安全法〉中的新型民事责任》,载《法学论坛》2009年第3期,第12页。

③⑤ 王泽鉴教授将“vicarious liability”译为“代负责任”。参见前注⑪,王泽鉴书,第52页。

③⑥ See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (9th ed.), Thomson West, 2009, p.998.

③⑦ 参见万柯:《网络等领域垄断看门人的替代责任》,载《环球法律评论》2011年第1期,第23页。

③⑧ Alan O. Sykes, *The Economics of Vicarious Liability*, Yale Law Journal, Vol.93:1231, p.1231 (1984).

③⑨ 参见王成:《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》,载《清华法学》2023年第5期,第25-26页。

台内经营者的追偿成本过高。^{③⑨}有学者也认为,展销会举办者或柜台出租者的先行赔付责任与规制法所期待的加强平台自治功能相去甚远;^{④⑩}将平台类比于开办商场然后通过柜台租赁来营利的柜台出租者,以及将平台内经营者类比于租赁柜台进行独立经营的主体,此种类比没有注意到二者之间的深刻差别^{④⑪}。

电子商务平台经营者因是否开展自营业务而承担不同的民事责任,似乎在隐喻电子商务平台经营者不同于展销会举办者或柜台出租者,尽管展销会举办者与柜台出租者并不一定都开展自营业务。对于电子商务平台经营者与柜台出租者之间的“深刻差别”,有学者认为,其源于“平台经营者基于平台的技术能力和架构所能够做的许多事情,通过出租柜台来进行经营的传统商场的经营者却无法做到”。^{④⑫}

“亚马逊”通过剥削平台内经营者的数据来制定自身零售策略的行为可以充分说明电子商务平台经营者与柜台出租者之间的“深刻差别”。尽管大型实体店也可以追踪消费者的购买历史和品牌销售情况,但“亚马逊”收集的数据要复杂和精确得多。除了追踪总体趋势外,“亚马逊”还能捕捉到顾客点击但没有购买的商品、促使顾客关注或购买商品的确切价格变化、顾客将鼠标停留在特定商品上的时间、顾客对商品图片和视频的反应,以及大量其他细枝末节,所有这些构成了一个强大且不断更新的市场情报库。这就好像一个大型商场不仅追踪进入商场的客流量,还追踪哪些商品吸引了顾客的目光、哪些商品进入了购物车却未被购买,以及完整的交易与收入数据、所有的顾客评论。^{④⑬}这一“深刻差别”折射出电子商务平台经营者所拥有的不同于传统实体店对零售网络的全面控制力。有学者认为,“平台对平台内经营者的‘控制力’很强,我们现在总结为屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金”。^{④⑭}

在法经济学上,尽管替代责任的应用方式是复杂的,但是适用的大体原则基本一致,即一方当事人对另一方当事人的控制程度和权力越强大,对其行为所掌握的信息量越大,就越有可能要对后者行为所造成的损失承担责任。^{④⑮}如果通过传统实体店进行线下运营的展销会举办者、柜台出租者需要承担《消费者权益保护法》第43条规定的替代责任,那么进行线上运营的电子商务平台经营者似乎更应该承担此类替代责任。然而,根据《消费者权益保护法》第44条的规定,开展非自营业务的电子商务平台经营者仅以违反实名登记义务或安全保障义务为限承担连带责任。更为关键的是,电子商务平台经营者通过对平台内经营者的经营资质信息履行形式审查义务即可免责。例如,在“林海勇、东莞市顶爵能源科技有限公司等产品责任案”(以下简称“林海勇案”)中,“京

③⑨ 参见前注⑬,全国人大常委会法制工作委员会民法室编书,第134页。

④⑩ 参见前注⑮,宋亚辉文,第124页。

④⑪ 参见薛军:《〈电子商务法〉平台责任的内涵及其适用模式》,载《法律科学》2023年第1期,第58页。

④⑫ 前注④⑪,薛军文,第58-59页。

④⑬ See Lina M. Khan, *supra* note 5, 992-993.

④⑭ 参见张一川:《电商法施行五年 新业态和平台“私权力”受关注》,载财新网, https://china.caixin.com/2023-12-25/102149502.html?originReferrer=caixinsearch_pc, 2025年7月10日访问。

④⑮ 参见[美]斯蒂文·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡等译,中国人民大学出版社2013年版,第212页。

东公司作为电子商务平台经营者,对商家入驻的资质负有形式审查义务,对商家销售的商品不负有实质审查义务。京东公司已经公示了顶爵公司的营业执照,林海勇也未提供证据证明京东公司明知或者应知顶爵公司利用其平台侵害消费者合法权益,故林海勇要求京东公司承担连带责任,本院不予支持。”^{④6} 毕竟,作为安全保障义务人的电子商务平台经营者对此承担的侵权补充责任是推定的过错责任,如果能证明自己没有过错则不承担责任。

综上,如果开展非自营业务的电子商务平台经营者仅仅承担《消费者权益保护法》第 44 条规定的侵权补充责任,就会导致电子商务平台经营者对平台内经营者的控制力更强,承担的民事责任比展销会举办者或柜台出租者的更轻。《消费者权益保护法》与《电子商务法》以是否开展自营业务为标准将电子商务平台经营者承担的民事责任进行区分,显然是有悖于法经济学原理的。

三、平台的规制套利特性

在工业经济时代,市场是买卖双方磋商的理想场所,市场中商品和服务的特性、数量和价格受到供求规律的自主调节。在数字经济时代,进行这些活动的场所是平台,一个实物和算法进行交互的场所。^{④7} 平台是新兴数字经济的核心组织形式。这些平台销售的不是服务、产品或内容本身,而是软件、匹配算法以及用户之间声誉与信任的数字系统的访问权限。由此,平台打破了传统的行业分类,导致通过在供应商和用户、雇主和雇员、所有者和消费者之间创建模糊的关系来标记业务性质时遇到了挑战。^{④8} 然而,当无法准确界定平台业务的性质时,平台既是市场提供者又是企业的双重属性之间的规制套利空间就出现了。

(一) 企业与市场交易的替代

既然平台具有市场提供者与企业的双重属性,那么企业与市场之间究竟是什么关系? 科斯的交易成本理论描述了两者关系的经典版本。他笼统地声称,企业之所以存在,是因为市场交易机制是有成本的。换句话说,企业之所以存在,是因为从事商业的人在某些情况下可以通过将生产内部化到单一的组织形式中来节约交易成本(如谈判、起草合同和其他利用市场的成本)。^{④9} 当跨市场交易的成本超过在企业内组织同样交易的成本时,只要能够实现经济差异,企业就会存在,规模也会扩大,直到市场的交易成本和企业的组织成本之间产生经济均衡。^{⑤0} 在企业内部,交易是执行指令或命令的结果,价格

^{④6} 广州互联网法院(2021)粤0192民初36855号民事判决书。

^{④7} See Julie E. Cohen, *Law for the Platform Economy*, U.C. Davis Law Review, Vol.51:133, p.136 (2017).

^{④8} See Orly Lobel, *The Law of The Platform*, Minnesota Law Review, Vol.101:87, p.100-101 (2016).

^{④9} 参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译,格致出版社、上海三联出版社、上海人民出版社2009年版,第39页。

^{⑤0} 参见前注④9,罗纳德·哈里·科斯书,第43页。

机制受到抑制。^{⑤①} 企业与市场的区别在于,企业内的关系由命令来支配,而市场内的关系由价格来调节。^{⑤②}

毋庸置疑,企业内部的科层制架构本身也会产生成本。将权力集中于一人,很可能会增加错误成本,并导致更大的管理僵化。在科斯看来,企业的边界出现在企业内部交易的边际成本节约等于额外错误加上刚性成本的这一点上。总之,“企业就是作为通过市场交易来组织生产的替代物而出现的”^{⑤③}。现代产品责任法的演进可以说明这一点。作为普通法系长期发展的产物,现代产品责任法主要经历了合同自由、过失责任、担保责任和严格责任四个阶段。^{⑤④} 在普通法历史上,制造商对缺陷产品造成的损害是否承担责任取决于求偿主体与其是否存在合同关系(相对关系)。在一种接近于熟人社会的交易结构中,尽管并不是所有的产品都较为简单,也不是所有的缺陷都可以通过物理检验检测出来,但是,“在一个议价能力相对平等的世界里,这些风险可以通过合同来分配或再分配”^{⑤⑤}。按照科斯定理,只要当事人之间的交易成本足够低廉,双方总是能够在法律明确权益的初始归属之后,通过自愿的市场交易,协商确定承担缺陷产品风险的当事人。

合同相对性原则在自给自足的小农经济、简单商品经济的时代可能恰如其分,但从19世纪以来,随着世界贸易的蓬勃发展,交易日渐复杂及快速,严格的合同相对性原则反而成为人们日常交易及商业活动的障碍。^{⑤⑥} 为此,美国加州最高法院特雷纳法官在“埃斯科拉诉弗雷斯诺可口可乐瓶装公司案”中提出了一种新的责任理论:“当一个制造商将产品投放市场,知道顾客在使用之前不会严格地检查,并且产品被证明确有某种致人损害的缺陷,制造商就得负绝对责任”^{⑤⑦}。此种制造商承担的“绝对责任”即我们当下熟知的严格责任。由企业承担严格责任,主要基于以下两个理由:第一,严格责任规则可以消减经营者与消费者之间的信息不对称。^{⑤⑧} “随着手工艺品被拥有巨大市场和运输设施的大规模生产所取代,产品的生产者和消费者之间的密切关系已经改变。制造过程通常是有价值的秘密,一般公众要么无法接触要么不了解。”^{⑤⑨} 在消费者低估产品风险的情况下,只有采用严格责任规则对企业的注意程度和消费者的购买决策而言才都是有效率的。第二,企业是最佳的成本节约者。“公共政策要求将责任配置给可以最有效地减少市场上有内在缺陷的产品对生命和健康造成的危险的一方”,显然,“制造商可以预见危险,可以阻止危险的再次发生,而公众却做不到这一点”;“损害所发生的费用以及时间或

^{⑤①} See Oliver Hart, *An Economist's Perspective on Theories of the Firm*, Columbia Law Review, Vol.89:1757, p.1760 (1989).

^{⑤②} See Edward B. Rock, *Corporate Law through an Antitrust Lens*, Columbia Law Review, Vol.92:497, p.498 (1992).

^{⑤③} 前注^{④⑨}, 罗纳德·哈里·科斯书,第114页。

^{⑤④} See Gregory C. Keating, *Products Liability as Enterprise Liability*, Journal of Tort Law, Vol.10:41, p.44 (2017).

^{⑤⑤} Edward J. Janger & Aaron D. Twerski, *Warranty, Product Liability and Transaction Structure: The Problem of Amazon*, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, Vol.15:49, p.52 (2020).

^{⑤⑥} 参见崔建远:《论合同相对性原则》,载《清华法学》2022年第2期,第125-126页。

^{⑤⑦} Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, 24 Cal.2d 453, 461 (1944).

^{⑤⑧} 参见[美]A·米切尔·波林斯基:《法和经济学导论》,郑戈译,法律出版社2009年版,第94页。

^{⑤⑨} Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, 24 Cal.2d 453, 467 (1944).

健康的损失对受害人可能是灭顶之灾,但却并非是必然如此的灾难,因为本来制造商可以对此进行保险,将它作为经营成本在公众中分摊掉”。^{⑥0}

鉴于制造商企业承担严格责任(“绝对责任”)的上述成本优势,学者认为产品责任是企业责任的具体形态,因为企业责任的三个前提是“制造商权力、制造商保险和内部化必然蕴涵着绝对责任”。^{⑥1}具体而言:制造商在“产品缺陷问题的所有相关方面”拥有“极大的权力”;制造商分散风险的能力相对较好;迫使制造商将所有可归因于其产品的事故成本内部化,将为它们采取成本合理的预防措施、正确地调节它们的活动水平、开展理想水平的研究和创新提供适当的激励。^{⑥2}现代产品责任之所以从合同自由最终演化为严格责任,根本原因在于其背后交易成本的此消彼长。当交易成本较低时,法院选择合同相对性原则这一“财产规则”;当交易成本较高时,法院选择由企业承担严格责任这一“责任规则”。^{⑥3}合同相对性原则允许市场主体自由定价,严格责任则是规定的固定价格。鉴于工业经济时代消费者与经营者之间悬殊的市场交易地位,对企业生产或销售的产品实行严格责任比允许经营者与消费者自由磋商更有效率,成本也更低。

可见,以严格责任为归责原则的产品责任作为一种企业责任,相对于合同责任而言更具成本优势。在《消费者权益保护法》第43条已经规定展销会举办者、柜台出租者替代承担产品责任的基础上,又增设通常情况下可以免除电子商务平台经营者赔偿责任的《消费者权益保护法》第44条,其立法目的究竟是为了保护创新还是规制套利,还有待进一步考察。

(二) 创新与规制套利的界分

规制套利主要是在税收和财务筹划的学术背景下发展起来的概念。规制套利是一种完全合法的筹划技术,用于避免税收、会计规则、证券披露和其他规制成本。规制套利运用交易的经济实质与其法律或规制应对之间的缺漏,即利用法律制度不足以精确反映动态交易的固有局限。^{⑥4}

根据《消费者权益保护法》增设的第44条,开展非自营业务的电子商务平台经营者仅以违反实名登记义务或安全保障义务为限承担侵权补充责任,而不承担《消费者权益保护法》第43条规定的先行赔付责任。有学者认为:如果简单援用传统法律规定,将电子商务平台经营者视为展销会举办者或柜台出租者,必须对用户行为负责,电子商务平台经营者将会动辄得咎、疲于应付。因此,互联网立法必须明确界定中间平台的责任边界,为其创新活动提供坚实的法律基础。^{⑥5}由此,对于是否要对新的商业模式进行

^{⑥0} See *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 24 Cal.2d 453, 462 (1944).

^{⑥1} See George L. Priest, *The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law*, *The Journal of Legal Studies*, Vol.14:461, p.527 (1985).

^{⑥2} *Id.*, 520.

^{⑥3} 关于财产规则与责任规则的分类,参见 Guido Calabresia & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, Vol.85:1089 (1972)。

^{⑥4} See Victor Fleischer, *Regulatory Arbitrage*, *Texas Law Review*, Vol.89:227, p.229 (2010).

^{⑥5} 参见周汉华:《论互联网法》,载《中国法学》2015年第3期,第23-24页。

规制,关切的核心在于能否区分创新活动与套利活动:如果新的模式降低了交易成本,商业创新被认为提高了效率;如果与旧有结构相比,新的模式降低了规制成本而增加了交易成本,那么效率因交易成本的增加而降低,规制成本被转移到那些不能参与套利的人身上。^{⑥⑥}

根据《消费者权益保护法》与《电子商务法》的规定,电子商务平台经营者是否开展自营业务而分别承担不同的民事责任。如果电子商务平台经营者开展自营业务,其作为销售者固然应该承担产品责任;那么,开展非自营业务的电子商务平台经营者可被认为是应该承担产品责任的销售者吗?无独有偶,美国“奥伯多夫诉亚马逊公司案”(以下简称“奥伯多夫案”)提出了同样的问题。在该案中,奥伯多夫在“亚马逊”购买了一条拴狗链,由于故障回缩,拴狗链击中她的眼睛并造成永久性伤害。“亚马逊”辩解道,它不是销售者,而只是为一家名为“毛茸帮”的公司促成了这笔交易,而这家公司现在已经无处可寻。在初审阶段,联邦地区法院对宾夕法尼亚州和联邦法律的解释都有利于“亚马逊”一方,认为奥伯多夫女士不能根据产品责任法向“亚马逊”提出索赔,因为“亚马逊”不是销售者,“亚马逊”市场只是像报纸上的分类广告一样,以一种高效、现代、精简的方式,将潜在消费者与急切的销售者联系起来。^{⑥⑦}

“亚马逊”在很大程度上依据宾夕法尼亚州最高法院在“马瑟诉威斯迈拍卖公司案”(以下简称“马瑟案”)的裁决以支持其不是销售者的论点。^{⑥⑧}在“马瑟案”中,原告被其父亲在拍卖会上购买的拖拉机撞伤,于是对拍卖公司提起产品责任诉讼。宾夕法尼亚州最高法院认为,拍卖行不能被视为销售者。^{⑥⑨}《美国侵权法重述(第二次)》之所以规定严格责任,是因为“该规则的基础是一种古老的对公众安全的特殊责任,由从事向人类提供可能危及其人身和财产安全的产品的人承担,购买这类产品的人被迫依赖该承诺。在普通个人进行孤立的买卖的情况下,这一基础是不存在的,而且在没有过失的情况下,他对第三人甚至对他的购买方都不承担责任。”^{⑦⑩}由于拍卖公司仅仅作作为卖方的代理人提供了一个市场,将严格责任规则适用于拍卖行不会进一步推进上述政策考量。^{⑦⑪}最后,宾夕法尼亚州最高法院在其意见中明确了判断行为人是否为销售者的四个要素:(1)行为人是否是受害原告唯一可以寻求救济的分销链成员;(2)对行为人施加严格责任是否起到激励安全的作用;(3)行为人是否在防止缺陷产品流通方面比消费者处于更有利的地位;(4)行为人是否可以在其业务中收费来分摊因缺陷产品造成伤害的赔偿费用。^{⑦⑫}然而,美国联邦第三巡回上诉法院在运用“马瑟案”上述四要素标准来权衡“亚马逊”

^{⑥⑥} See Victor Fleischer, *supra* note 64, 275.

^{⑥⑦} See *Oberdorf v. Amazon.com, Inc.*, 295 F. Supp. 3d 496, 498-501 (2017).

^{⑥⑧} See *Oberdorf v. Amazon.com Inc.*, 930 F.3d 136, 143-144 (2019).

^{⑥⑨} See *Musser v. Vilsmeier Auction Co., Inc.*, 522 Pa. 367, 367 (1989).

^{⑦⑩} *Musser v. Vilsmeier Auction Co., Inc.*, 522 Pa. 367, 371 (1989).

^{⑦⑪} See *Musser v. Vilsmeier Auction Co., Inc.*, 522 Pa. 367, 373 (1989).

^{⑦⑫} See *Musser v. Vilsmeier Auction Co., Inc.*, 522 Pa. 367, 374 (1989).

是否是销售者时,得出了与宾夕法尼亚州最高法院截然相反的结论,进而推翻了“奥伯多夫案”的初审判决。^{⑦③}

在“亚马逊”从事非自营业务时,“‘销售’涉及的是‘亚马逊’对市场上的产品不曾做过的事情:将所有权或一种不同的合法占有权从卖家转移到客户”^{⑦④}。但是,对于“亚马逊”声称自己只是一个中立的平台,只是为卖家和买家之间的销售提供便利,有学者认为“这是一个笑话”^{⑦⑤}。因为“亚马逊”通过一系列机制控制每笔交易,从而实现利润最大化,并决定谁将从谁那里购买产品。首先,通过将优先空间出售给出价最高的人,它控制了产品被潜在买家关注的可能性;其次,通过向出价最高的人出售关键词搜索,它增加了买家被引导到“亚马逊”推荐的产品机会;最后,通过允许替换已将产品放入“亚马逊”购物清单的其他第三方卖家的产品,它有效地实现了与“黄金购物车”所描述的不同的销售,产品可能是相同的,但该产品可能不是由“黄金购物车”所标识的卖家提供给“亚马逊”的。^{⑦⑥}

区分规制套利和商业创新的关键是尽可能密切地跟踪“符合该制度政策目标的交易的经济实质”^{⑦⑦}。何为“交易的经济实质”?在同属平台案例的“苹果公司诉佩珀案”(以下简称“苹果案”)中,美国联邦最高法院大法官布雷特·卡瓦诺主笔的“多数意见”提出了非常有启发性的观点。在该案中,四名苹果手机用户对苹果公司提起诉讼,称苹果公司非法垄断了应用程序的二级市场。根据美国反垄断法先例,只能由分销链中的直接而非间接购买者起诉违法垄断者,苹果公司据此辩称,“向消费者收取的零售价,是由应用程序开发者而非苹果公司设定的,这意味着消费者不能起诉苹果公司”^{⑦⑧}。“多数意见”则认为,苹果手机用户是直接购买者,他们可以对苹果公司提起反垄断诉讼。“因为‘所有权’从未转移给中间人而否认起诉资格是一种过度律师化的做法,该做法忽视了这样一个现实,即依赖佣金的分销系统与依赖购买者——经销商的分销系统在经济上难以区分”;苹果公司的辩解是“将形式(制造商或供应商与零售商之间的确切安排是什么?)凌驾于实质(消费者是否因为垄断零售商的行为而支付更高的价格?)之上”。^{⑦⑨}

综上,平台降低了各个环节的交易成本,创造了体现不同偏好与生活方式的新兴市场,这些都是支持平台崛起的商业创新理由。在很大程度上,“交易的经济实质”是创造与规避规制没有直接关联的效率。^{⑧⑩}“如果平台规避了法律制度政策目标的部分成本,

^{⑦③} See *Oberdorf v. Amazon.com Inc.*, 930 F.3d 136, 148-149 (2019).

^{⑦④} *Oberdorf v. Amazon.com Inc.*, 930 F.3d 136, 156-157 (2019).

^{⑦⑤} See Edward J. Janger & Aaron D. Twerski, *The Heavy Hand of Amazon: A Seller Not a Neutral Platform*, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol.14:259, p.273 (2020).

^{⑦⑥} *Id.*

^{⑦⑦} Victor Fleischer, *supra* note 64, 275.

^{⑦⑧} *Apple Inc. v. Pepper*, 139 S. Ct. 1514, 1521-1522 (2019).

^{⑦⑨} See *Apple Inc. v. Pepper*, 139 S. Ct. 1514, 1523 (2019).

^{⑧⑩} See Orly Lobel, *supra* note 48, 157.

那么规制机构可以介入,将规制要求扩展到新的商业模式”。^{⑧1}然而,平台已经制定了同样强大的策略来避免规制问责。与法院一样,行政国家仍然主要由在工业经济背景下发展起来的模式与观念组成,在应对目前面临的挑战方面准备不足。^{⑧2}无论对于亚马逊公司还是苹果公司,如果不是为了规避法律,在电子商务分销系统中界定自营业务与非自营业务的“加价和佣金之间的区别并不重要”^{⑧3}。

四、电子商务平台守门人责任的证成

在上文“奥伯多夫案”中,“亚马逊”之所以认为它不能被视为“卖家”,是因为其并不拥有或占有平台内经营者销售的产品。^{⑧4}这表明,现代产品责任法尽管历经多个发展阶段,但是责任主体依然取决于产品所有权归属,这也正是电子商务平台规制套利的制度空间所在。问题在于,尽管规制套利不合理,也有法院试图超越具体交易形式对个案作出实质性判断,但却无法在法律上对其作出整体的否定性评价。这就需要引入新的责任类型,以内化平台经济的外溢风险。

(一) 责任基础的转变:从所有权到接入权

所有权作为一种独占的支配权,即一物不容二主,同一物之上只能有一个所有权,而不可能出现两个或多个所有权。^{⑧5}承认“亚马逊”可以成为平台内经营者所销售的产品卖家,显然有悖于大陆法系的一物一权原则。因为拴狗链不可能既归属于平台内经营者“毛茸帮”所有,又归属于“亚马逊”所有。事实上,美国联邦第三巡回上诉法院遵循先例回避了这一法理悖论。在“霍夫曼诉卢斯和迪尔沃斯公司案”(以下简称“霍夫曼案”)中,作为销售代理的考夫曼公司,在营销业务中尽管没有获得任何相关亚麻籽油的所有权或占有权,扮演的却不是“无关紧要”(tangential)的角色,它可以对由商品缺陷造成的伤害承担严格责任。^{⑧6}“对严格责任规则至关重要的不是营销的手段,而是营销的事实,无论是通过销售、租赁还是托管的方式供公众使用和消费”^{⑧7}。实际上,开展非自营业务的“亚马逊”的作用超出了“霍夫曼案”中的销售代理:后者只是接受订单并安排发货以获取佣金;“亚马逊”不仅接受订单和安排发货,而且还通过限制产品定价、客户服务以及与客户沟通,对产品销售施加实质性的市场控制。换句话说,“亚马逊”的参与类似于但超过了“霍夫曼案”中那个被标为“卖家”的销售代理。^{⑧8}

电子商务平台经营者通常以两种身份开展经营活动:以企业的身份开展自营业务,

^{⑧1} *Id.*

^{⑧2} See Julie E. Cohen, *supra* note 47, 184.

^{⑧3} Apple Inc. v. Pepper, 139 S. Ct. 1514, 1523 (2019).

^{⑧4} See Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136, 148 (2019).

^{⑧5} 参见王利明:《物权法研究》(第4版上卷),中国人民大学出版社2016年版,第378页。

^{⑧6} See Hoffman v. Loos & Dilworth, Inc., 307 Pa.Super. 131, 141 (1982).

^{⑧7} Hoffman v. Loos & Dilworth, Inc., 307 Pa.Super. 131, 142 (1982).

^{⑧8} See Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136, 149 (2019).

以市场提供者的身份开展非自营业务。“亚马逊”则以两种方式利用这种双重身份：第一，通过实施市场政策，赋予“亚马逊”作为卖家的特权，并赋予其对品牌和定价的更大控制权；第二，剥削平台内经营者的商业信息。^⑧正如“亚马逊”的平台内经营者所意识到的，“使用该平台会让它们陷入困境”^⑨。因为，“亚马逊”在电子商务流量中占有很大份额，大量中小型第三方卖家如果不进驻“亚马逊”，就不可能成为真正的线上大卖家；同时，“亚马逊”将它的平台“当作一个巨大的实验室，用来发现可出售的新产品，测试潜在新产品的销售情况，并对定价施加更多的控制”。^⑩“亚马逊”对平台内经营者推出的热门商品的回应是，直接从制造商那里采购相同的产品，并在搜索结果中降低平台内经营者的排名。^⑪

“亚马逊”为了实现利益最大化，利用市场提供者身份剥削平台内经营者的商业信息为其自营业务提供服务。当平台内经营者销售的新产品成为热门商品时，“亚马逊”就从市场身份转换为企业身份，直接从制造商那里采购相同的产品进行销售。此外，通过实施算法特权或市场政策，“亚马逊”以企业身份与平台内经营者进行不公平竞争，要么降低平台内经营者的搜索排名或将自己设置为默认卖家，要么成为某些产品的独家销售者。^⑫“亚马逊”在市场提供者与企业两种身份之间转换，看似以企业身份从事自营业务时可以赚取更高的差价，而以市场提供者身份开展非自营业务时只能收取固定的佣金。实际上，电子商务平台经营者身份转换的背后是责任的转换或消减。商品所有权是否发生转移，固然可以区分电子商务平台经营者是在开展自营业务还是非自营业务，更为关键的是，电子商务平台经营者由此承担责任的理论基础与制度逻辑大相径庭。

作为对市场交易的替代机制，企业可以节约交易成本。其中，有限责任是公司最重要的特征，是一项比蒸汽机和电力更重要的发明。^⑬可见，企业可以通过划定组织边界来回避责任，进而节约交易成本。电子商务平台经营者与平台内经营者之间的市场结构可以用汉斯曼和克拉克曼教授所说的“拆分”来解释：“一家大型石油公司，与其继续用其拥有并通过子公司经营的油轮运输石油，不如将每艘油轮出售给一个独立的主体，后者再与该公司签订石油运输合同。同样，只有一个或几个富裕股东的小公司可能在药品开发和初步销售方面取代大制药公司；只有当药品被证明是安全的情况下，这些小公司再将产品线出售给大公司进行大规模生产和营销。”^⑭

为了应对无限责任，大型企业拆分为较小的企业，并通过合同重建其经济结构。然

^⑧ See Lina M. Khan, *supra* note 5, 988.

^⑨ Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, Yale Law Journal, Vol.126:710, p.781 (2017).

^⑩ *Id.*

^⑪ See Lina M. Khan, *supra* note 5, 993.

^⑫ *Id.*, 989.

^⑬ See William P. Hackney & Tracey G. Benson, *Shareholder Liability for Inadequate Capital*, University of Pittsburgh Law Review, Vol.43:837, p.841 (1982).

^⑭ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, Yale Law Journal, Vol.100:1879, p.1913-1914 (1991).

而,大型企业将其危险活动零敲碎打地出售给由不同的股东分别拥有的小公司,会出现一个更严重的问题,“这种拆分策略可能会因失去规模经济或范围经济而造成重大的效率成本”^{⑨6}。市场交易机制有成本,企业的科层制架构同样有成本。对于工业经济时代的传统企业而言,其占优的策略是在交易成本限定的企业规模内实现规模经济或范围经济,所以做大才是企业的理性选择。作为平台经济特有的双边市场与单边市场最重要的区别,交叉网络外部性是指平台一边用户数量的增加会带来另一边用户效用的提高。^{⑨7}对于平台而言,实现规模经济或范围经济同样是其理性的选择,尽管传统企业与平台的效率目标一致,但是实现路径迥异,传统企业是做大,平台则是反其道而行之的“拆分”。

平台经济之所以崛起,其驱动力之一是将实体资产的所有权归属与其使用价值脱钩,“这能让资产的使用进行单独交易并得以充分利用,即采用能创造最大经济价值的资产使用方式,而不是局限于只针对所有者的使用方式”^{⑨8}。平台经济颠覆了既定的商业模式和根深蒂固的市场利益,挑战了受规制的行业,同时彻底改变了它们对消费、工作、风险和所有权的看法。^{⑨9}特别是随着人口密度和城市化持续上升,拥挤和狭小的空间促使消费者将接入权(access)置于所有权之上。这种从所有权到接入权的转变降低了交易的风险,从而进一步降低了交易成本。^{⑩0}

对资产享有所有权还是接入权,赋予了传统企业与平台不同的含义。传统企业以资产所有权的归属划定企业与市场的边界;平台基于接入而非所有的原则,在信息技术的加持之下,亦可拆分并重返市场,以合同构建其经济结构(例如“苹果案”)。循此逻辑,传统企业开展自营业务是有效率的选择,平台开展非自营业务也是有效率的选择。传统企业做得越大,投入的资产越多,责任财产就越多;平台基于交叉网络外部性特征,规模效应越大,相对的责任财产往往越少。财产是责任的基础。传统企业通过责任制度(例如产品责任制度),将大规模工业生产的风险内部化;平台通过拆分策略,实现了规模效应,却将本应由企业内部化的风险外部化,“奥伯多夫案”即是例证。风险(责任)理应与收益相匹配。“责任和实体之间的关系在我们的思想中根深蒂固,几乎不可能消除。去实体化将使该制度失去一个安排和明确责任的基本概念”^{⑩1}。平台享有了规模经济或范围经济带来的收益,也应该承担由此带来的风险或责任。然而,平台通过拆分策略,由此溢出的风险却无人负责。^{⑩2}

^{⑨6} *Id.*, 1914.

^{⑨7} 参见徐晋:《平台经济学》(第2版),上海交通大学出版社2013年版,第26页。

^{⑨8} 前注②,杰奥夫雷·G.帕克等书,第69页。

^{⑨9} *See* Orly Lobel, *The Law of The Platform*, *Minnesota Law Review*, Vol.101:87, p.90 (2016).

^{⑩0} *Id.*, 110.

^{⑩1} Lynn M. LoPucki, *supra* note 16, 69.

^{⑩2} 当然也有平台反其道而行之。例如,“京东”宣布,自2025年3月1日起,“京东”将逐步为京东外卖全职骑手缴纳五险一金,为兼职骑手提供意外险和健康医疗险,以提高众包、外包模式下外卖骑手的福利待遇。这意味着“京东”将主动承担本可通过合同安排予以规避的法定雇主责任。参见包云红:《京东宣布承担外卖骑手五险一金成本 逐步提高骑手福利待遇》,载财新网, https://www.caixin.com/2025-02-24/102291738.html?originReferrer=caixinsearch_pc, 2025年7月10日访问。

时至今日,平台经济已经改写了人类生活,同时也挑战了传统的规制理论。平台基于接入而非所有的原则,其交叉网络外部性特征带来的规模经济或范围经济的效益提升固然是显著的,但规避了现有法律责任体系。为了矫正平台的规制套利,需要将平台经济的外溢风险内部化。

(二) 第三方责任法理障碍的消解

开展非自营业务的电子商务平台经营者能否承担《消费者权益保护法》第43条所规定的赔偿责任?这一问题与“奥伯多夫案”的问题具有同一性:“像‘亚马逊’这样的电子商务企业,是否对在其平台上从第三方供应商购买的缺陷产品承担严格责任,而该产品既不归该电子商务企业支配,也不归该电子商务企业所有?”^⑩相应地,按照《消费者权益保护法》第43条规定的先行赔付责任,如消费者提起侵权诉讼时,电子商务平台经营者能否承担本应由第三方供应商承担的产品责任?由于电子商务平台经营者不是平台内经营者所销售商品的所有者(或销售者),至少在形式意义上,由其承担产品责任是存在法理障碍的。就目前而言,对于如何消解第三方责任的法理障碍,替代责任法理提供了答案。

替代责任是指强制一方(委托人)对另一方(代理人)造成的部分或全部损失承担责任。委托人被假定为与代理人之间存在某种特定关系,使得其能够观测代理人的注意水平,并对其进行控制或就此达成协议。可以将委托人和代理人想象成雇主与雇员、承包商与分包商、父母与孩子。^⑪代理法为私人当事人追究企业的第三方责任提供了主要途径。一家企业对另一家企业的行为控制得越多,法院就越有可能认定该企业对代理人的行为负有委托人责任。^⑫侵权法中替代责任的控制标准是在普通法的长期使用中演变而来的,^⑬而数字技术重构了产业组织与生产关系,平台运行方式可能成为构建代理的新机制。目前,法院主要是通过寻求“监督”第三方违法行为的权力来检验控制标准。根据代理的控制标准,监督由三个基本要素构成:监视、指示和惩罚。当平台提供第三方使用的技术接口时,这些平台设定了第三方公司如何接入其系统的技术条款。因此,越是平台采用监督技术并提供技术接口手段,就越可能被视为满足代理控制标准的“监视”和“指示”要素。对平台的控制意味着有能力通过切断至关重要的访问来惩罚第三方供应商。^⑭

几十年来立法者和规制者越来越多地授权大型公司作为公法的实施者——使它们成为新守门人。^⑮传统守门人大多是会计师、律师和其他负责确保公司遵守法律的外围

^⑩ Oberdorf v. Amazon.com, 818 Fed. Appx. 138, 143 (2020).

^⑪ 参见前注^④,斯蒂文·沙维尔书,第209页。

^⑫ See Rory Van Loo, *The Revival of Respondeat Superior and Evolution of Gatekeeper Liability*, Georgetown Law Journal, Vol.109:141, p.172 (2020).

^⑬ See Alan O. Sykes, *supra* note 37, 1261.

^⑭ See Rory Van Loo, *supra* note 105, 156-159.

^⑮ See Rory Van Loo, *The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers*, Virginia Law Review, Vol.106:467, p.470-471, 493-494 (2020).

角色,而新守门人则是大公司本身。当美国联邦贸易委员会命令“脸书”监督并惩罚应用程序开发商或者消费者金融保护局要求银行制定政策、监督客服中心和催债机构时,政府就是在招募公司充当准规制机构。^⑩ 相对于传统规制机构,招募公司充当准规制机构主要是基于规制机构的人力资源不足、技术能力欠缺与规制效率低下等考量。大公司已与其交易对手建立业务关系,并且拥有较高水平的专业知识,这意味着它们可以花费更少成本来收集信息并提高监督水平。由此,大公司在新的守门人治理框架下将其商业活动的全部成本内部化,效率也会更高。

企业为了公共利益而监督其他企业的根源在于市场而不是政府。质言之,企业监督其他企业完全出于自身利益而非公共利益。阿利托大法官曾指出,“将规制权交给私人实体是‘最令人厌恶的立法授权形式’”^⑪。不可否认,作为一种规制工具,招募的规制者比规制机构更具上述优势,它们为消费者提供了更高的效率、更专业的知识和更快的响应等服务。然而,如果设计不当,它们可能会在公众视线和司法审查之外创造一个巨大的规制套利领域。^⑫ 这就要进一步探究政府招募大型企业作为准规制机构的规制理论基础。

平台经济对既有的法律规制体系形成了很大的冲击,以公共承运人理论、新公用事业理论为代表的公共性理论试图突破经济性规制和社会性规制的二分体系,并以此构建平台经济的规制理论基础。^⑬ 也有学者认为,经济性规制与公共性理论具有逻辑一致性。以自然垄断理论为核心的经济性规制完全可以适用于数字平台规制,而且具有界定清晰、有限干预的优点。^⑭ 其实,无论是公共承运人理论还是新公用事业理论,其规制理论适用的对象基本上是具有垄断属性的企业。^⑮ 既然是具有垄断属性的企业,无论是经济垄断(包括自然垄断)还是行政垄断,该企业必然具有相当的规模。在笔者看来,这才是征募大型企业作为准规制机构的深层原因。执法必然伴随着某种制裁,一种普遍的规制制裁是阻止市场准入的能力。“大企业有望将通过阻止市场准入来执行类似的守门人职能”,^⑯ 如果不是大企业,尤其是具有一定垄断地位的大企业,是无法阻止其他企业的市场准入的。例如,根据欧盟《数字市场法》第3条的规定,只有对欧盟内部市场有重大影响、其所提供的核心平台服务是商业用户接触消费者的重要中间渠道或者已经(或即将)在其业务领域享有稳固而持久的市场地位的企业才能被认定为守门人。显然,对于上述描述守门人的三大特征“对欧盟内部市场有重大影响”“提供核心平台服务”“稳固而持久的市场地位”,只有大型平台才有可能具备。

^⑩ *Id.*, 482.

^⑪ *Department of Transp. v. Association of American Railroads*, 575 U.S. 43, 62 (2015).

^⑫ See Rory Van Loo, *supra* note 108, 470-471, 521-522.

^⑬ 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,载《法学研究》2020年第2期,第42页。

^⑭ 参见李剑:《数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用》,载《法学研究》2023年第5期,第35-36页。

^⑮ 参见李友根:《公共承运人理论与互联网平台规制的正当性——美国公共承运人判例变迁的考察报告》,载《上海政法学院学报》2023年第2期,第56页。

^⑯ See Rory Van Loo, *supra* note 108, 501.

大型企业之所以被称为新守门人,是因为会计师、律师和审计师担任守门人时,他们规制的企业就是为他们买单的人。^{①⑥}这种客户关系使企业更容易“俘获”守门人,因为守门人在维持客户满意度方面具有经济利益。相比之下,担任新守门人的大型企业通常是其规制的第三方的客户,或者至少是关键的商业伙伴。它的主要制裁是停止与这些第三方的业务往来,而这可能是毁灭性的。客户关系削弱了传统守门人的作用,却强化了大型企业的守门人角色。简言之,政策制定者已经开始倚重经济领域真正的守门人——那些控制核心产品市场准入的企业来把关。^{①⑦}因此,与受雇的传统守门人相比,新守门人更独立、更能抵制规制俘获。

综上,对于在平台自己的系统上发生的活动,平台固有的易于监控和阻止用户的特性可以成为构建代理有说服力的证据,^{①⑧}大型平台企业的守门人地位进一步强化了代理的控制标准。^{①⑨}代理的要旨在于行为人以被代理人名义实施法律行为,法律效果直接归属于被代理人。^{①⑩}由此,代理的效果归属规范结构消解了电子商务平台经营者承担第三方责任的法理障碍,作为委托人,电子商务平台的守门人责任亦得以证成。

五、电子商务平台守门人责任的规范构造

论述至此,可以发现平台守门人责任的法理基础在于代理的替代责任规范结构,人不为他人行为负责是普通法的大原则,但也有例外,这就是替代责任,主要适用于雇佣和代理,这意味着电子商务平台经营者完全可以替代第三方供应商(平台内经营者)承担产品责任。

替代责任只是描述与自己责任相对应的责任类型的统称,尽管不同法系国家所面临的问题具有同一性,但是替代责任的形式或名称却具有多样性。有学者将电子商务平台经营者承担的替代责任称为卖场产品责任,这是电子商务平台经营者对通过其平台销售的有缺陷的第三方产品造成的伤害承担的一种新的责任形式。卖场产品责任的构成要件为:(1)电子商务平台经营者有权利并有能力控制第三方供应商对其平台的接入;(2)从消费者与第三方供应商之间的交易获得直接的经济利益。作为“守门人责任”的一种形式,卖场产品责任依赖于电子商务平台经营者对第三方供应商接入其平台的控制,而不是对第三方供应商制造或分销流程的控制。^{①⑪}

^{①⑥} See Reinier H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, Yale Law Journal, Vol.93:857, p.892 (1984).

^{①⑦} See Rory Van Loo, *supra* note 108, 471.

^{①⑧} See Rory Van Loo, *supra* note 105, 161.

^{①⑨} 根据国家市场监督管理总局2021年10月29日发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》,对平台进行分级的依据之一就是“限制能力”,“即平台具有的限制或阻碍商户接触消费者的能力”。

^{①⑩} 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第328-329页。

^{①⑪} See Austin Martin, *A Gatekeeper Approach to Product Liability for Amazon*, George Washington Law Review, Vol.89:768, p.771-772 (2021).

美国《通讯规范法》(CDA)第230条规定,“交互式计算机服务”不受因在该服务上发布的第三方内容而引起的大多数索赔的影响。^⑫ 鉴于现代平台的发展方式,有学者认为,确定第230条豁免的更合理方法是考察平台与用户之间的核心经济关系。侵权法中的合作企业责任已经为此提供了一个框架,即只有在经济利益一致且存在充分控制的情况下,才允许施加责任。^⑬ 合作企业责任是侵权法上一种替代责任,其核心主张是从从事共同商业目的的两个实体对由此产生的损害承担共同责任。合作企业通常产生于一种明示或默示的合同关系,其中共同的商业目的则是必备的。合作企业责任展现了侵权法在社会中发挥的社会效用和公共政策作用,体现了成本分摊、充分赔偿与公平等侵权法原理。

将平台守门人责任描述为“卖场产品责任”或“合作企业责任”,尽管名称各异,但是两者的“控制”与“获利”要件却是一致的。这意味着学界对电子商务平台经营者替代第三方供应商(平台内经营者)承担产品责任的问题已初步形成共识。“控制”与“获利”分别描述了平台守门人责任构成要件的不同维度。“控制”要件是代理法的要求,^⑭ 属于平台守门人责任的守门人替代责任维度。只有具备了“控制”要件,电子商务平台经营者才能替代平台内经营者承担产品责任。事实上,“‘亚马逊’完全有能力自行决定从其网站上删除不安全的产品列表。对‘亚马逊’施加严格责任将是这样做的动机”^⑮。禁止访问作为一种惩罚机制,是“控制”要件的典型表现形态。“获利”要件是为了排除豁免条款的适用,属于平台守门人责任的平台责任维度。只要具备了“获利”要件,电子商务平台经营者就不能依据《通讯规范法》第230条主张责任豁免。当平台超越仅仅展示商品列表内容的角色进而转变为平台内经营者的实际合作伙伴时,它们就可能根据产品责任法,面临作为“销售者”承担产品责任。^⑯ “不管我们用什么词来形容‘亚马逊’的角色,‘零售商’‘分销商’或仅仅是‘交易促成者’,它都是将产品带给消费者的关键。”^⑰ 基于产品安全、消费者保护或成本分摊等政策理由,产品责任适用于“整个生产和销售企业不可分割的组成部分”^⑱ 的分销链中所涉及的各方当事人。“控制”与“获利”要件的共存表明侵权法上替代责任的适用与《通讯规范法》第230条的豁免并不冲突。

对照平台守门人责任的“控制”与“获利”要件,可以发现,《消费者权益保护法》第43条规定的先行赔付责任类似于平台守门人责任的守门人替代责任维度,《消费者权益保护法》第44条规定的连带责任类似于平台守门人责任的平台责任维度。守门

^⑫ See Telecommunications Act of 1996 § 509, 47 USCA § 230(c)(2018).

^⑬ See Agnieszka McPeak, *Platform Immunity Redefined*, William and Mary Law Review, Vol.62:1557, p.1613 (2021).

^⑭ 在代理法上,“控制”要件存在固有危险活动、不可委托义务与表见代理等例外规则。See Alan O. Sykes, *supra* note 37, 1271-1276.

^⑮ Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136, 146 (2019).

^⑯ See Agnieszka McPeak, *supra* note 123, 1610.

^⑰ Bolger v. Amazon.com, LLC, 53 Cal.App.5th 431, 438 (2020).

^⑱ Bolger v. Amazon.com, LLC, 53 Cal.App.5th 431, 448 (2020).

人替代责任维度不难理解,平台责任维度则需进一步说明。《消费者权益保护法》第44条“以网络平台违反实名登记义务和安全保障义务为限要求平台承担连带责任”,^⑫正如“林海勇案”所揭示的,电子商务平台经营者只要履行了形式审查义务即可免于承担连带责任,这说明《消费者权益保护法》第44条在事实上充当了网络平台责任的豁免条款。

尽管《消费者权益保护法》并未规定网络平台承担守门人责任的“获利”要件,但是我国其他相关法律文本却有涉及。例如,《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(2020年修正)第11条明确指出,网络服务提供者如在网络用户侵害信息网络传播权的行为中“获利”,则其“负有较高的注意义务”。这意味着《民法典》上网络服务提供者仅需负有一般注意义务的侵权责任豁免条款(第1195条)不敷其用。循此逻辑,网络平台作为网络服务提供者,在开展非自营业务时通过抽取佣金获利,按理亦不能再适用相关豁免条款,毕竟风险与收益共生。“合作企业责任的核心是,如果实体可以从与另一个实体的共同活动中获利,那么它应该承担该活动发生事故时所支出的费用。”^⑬可见,《消费者权益保护法》第44条的增设,实际上放宽了网络平台责任的豁免条件。

通常情况下,开展非自营业务的电子商务平台经营者,由于同时满足了“控制”与“获利”要件,理应承担平台守门人责任,但是《消费者权益保护法》的修正却改变了这一情况。增设的第44条不仅没有构建我国的平台守门人责任制度,反而放宽了平台责任的豁免条件。产生于工业经济时代的《消费者权益保护法》第43条规定的先行赔付责任,能否发挥数字经济时代的平台守门人责任的功能?当然,平台守门人责任的关键在于“控制”要件,因为“获利”要件只是为了排除平台责任豁免条款的适用,所以《消费者权益保护法》上的先行赔付责任完全能够发挥平台守门人责任的功能。这一结论也是基于电子商务平台经营者的“控制”现实得出的。《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》将平台分为超级平台、大型平台与中小平台。即便是中小平台,仍“具有一定的限制商户接触消费者(用户)的能力”。更何况,在数字经济时代,“赢者通吃是平台经济的特性”^⑭,头部企业拥有数据和算力方面的优势,当规模越过一定阈值后,就会涌现出后来者无法企及的市场竞争力^⑮。

综上,《消费者权益保护法》与《电子商务法》等相关法律规范以是否从事自营业务将电子商务平台经营者承担的赔偿责任进行区分,这是平台利用市场提供者和企业的双重角色进行规制套利的结果。基于“控制”与“获利”要件同时满足的现实,对平台施加守门人责任是对其规制套利进行矫正的需要。由此派生的结论是:就产品责任的承担而言,《消费者权益保护法》第44条的增设是不必要的;《电子商务法》第37条与《审理网络消费纠纷规定(一)》第4条以是否从事自营业务进行区分也是没有意义的。

⑫ 参见前注⑮,宋亚辉文,第124页。

⑬ Agnieszka McPeak, *supra* note 123, 1590.

⑭ 侯利阳:《论互联网平台的法律主体地位》,载《中外法学》2022年第2期,第356页。

⑮ 参见江小娟、宫建霞、李秋甫:《数据、数据关系与数字时代的创新范式》,载《中国社会科学》2024年第9期,第197页。

六、结 语

守门人是为希望进入特定市场或从事特定活动的客户销售产品或提供服务的一方,商场或展销会充当传统平台的守门人,电子商务平台则扮演着现代平台守门人的角色。在工业经济时代,囿于交易成本,企业规模不是无限扩张的,商场、展销会或可在一定程度上突破企业规模的边界,这也正是先行赔付责任极为有限的适用场合。在数字经济时代,电子商务平台基于接入而非所有的原则,突破企业规模的边界,在某种意义上俨然成为一个超大规模的商场或展销会,从而为先行赔付责任的适用提供了极为广阔的场景。先行赔付责任之所以能够超越平台演化的形态更迭、统合平台分化的功能差异,是因为其与平台守门人责任的构成要件是一致的。

先行赔付责任之所以是一种有效率的制度安排,是因为它生动演绎了有效市场与有为政府之间的辩证关系。市场化不是政府推卸责任的手段,有效市场需要政府主动规制。替代责任的正当性不在于矫正正义,而在于它是一种有效规制事故概率的激励机制。^⑬平台承担守门人责任是有成本的,但是以增加社会成本的方式来提供消费者保护在很多情况下又是必要的。因为消费者往往缺乏从市场中获取足够保护的能力,政府介入或者强制性规定当然会带来成本,但是相比于完全依靠市场机制任由消费者遭受侵害至少是一种不坏的选择。正如柯林斯教授指出的,“市场力量这只看不见的手作为分配机制显而易见的诱惑力在于其产生的结果不需要政治上的正当理由。政府可以从责任中抽身而出,简单的宣称贫困和财富是个人市场选择的结果”^⑭。

更为重要的是,对电子商务平台施加守门人责任还在于其对法律实践的理论解释力。例如,按照实质重于形式的功能性监管逻辑,对平台施加守门人责任,正是揭开互联网商业模式创新的面纱,对其进行“穿透式监管”的体现;由于平台兼具企业(经营)、市场(撮合)与政府(规制)的功能,对平台施加守门人责任,则是对平台利用企业与市场提供者的双重身份进行规制套利的矫正,藉此实现平台的自我规制;基于保护消费者权益与平台内经营者公平竞争权利的需要,对平台施加守门人责任,是对平台与平台内经营者交易成本的重置,进而消弭自营业务与非自营业务之间的成本差异,实现对平台自我优待的规范;面对平台滥用“仅退款”“自动跟价”“全网最低价”等规则造成的“内卷式”竞争,平台不能仅仅充当“通道”或“技术中立者”,而应主动行使对平台内经营者和交易活动的守门权力,这也正是市场监管部门约谈并要求平台企业“严格落实主体责任”的用意所在。

需要说明的是:第一,先行赔付责任作为平台守门人责任在消费者保护领域的类型化,并不排斥也无法取代其在劳动法、竞争法、信息法等领域的类型化。事实上,随着数

^⑬ See Gary T. Schwartz, *The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability*, Southern California Law Review, Vol.69:1739, p.1767 (1996).

^⑭ [英] 休·柯林斯:《规制合同》,郭小莉译,中国人民大学出版社2014年版,第20页。

字经济的发展,对上述领域平台守门人责任进行提炼需求也愈发迫切。第二,数字经济能够蓬勃发展,得益于各种免除平台第三方责任的安全港规则,然而,平台作为守门人承担第三方责任却是反其道而行之。如何调整平台守门人责任的射程与口径,事关数字经济的长远发展。事实上,在消费者权益保护领域,已有学者主张应要求超大型互联网平台承担与商家类似的责任,^⑮域外也有了相关的立法,^⑯进一步证实了建立电子商务平台守门人责任制度的现实意义。

Abstract: The legislative model of dichotomizing e-commerce platform liability originates from the dual identity of platforms as both firms and markets. The advance compensation liability borne by physical marketplaces and trade fairs under the *Law on the Protection of Consumer Rights and Interests* is vicarious liability in nature. The imposition of liability on e-commerce platforms conducting non-self-operated business that differs from that imposed on physical marketplaces and trade fairs contradicts the principles of law and economics. The firm functions as an alternative mechanism to organize production through market transactions; consequently, e-commerce platform operators possess the advantage of transaction costs in bearing vicarious product liability for merchants operating on their platforms. While platforms, based on the principle of access over ownership, undoubtedly achieve economies of scale, exempting themselves from the product liability they should inherently bear constitutes regulatory arbitrage by platforms. Therefore, the platform's liability of gatekeepers should be further strengthened. The essence of gatekeeper liability lies in assuming third-party liability. The normative structure of agency dissolves the jurisprudential obstacles preventing e-commerce platform gatekeepers from bearing vicarious liability. The advance compensation liability, which similarly satisfies the requirements of 'control' and 'profit-making', can thus serve as the foundation for gatekeeper liability for e-commerce platforms.

(责任编辑:王莉萍)

⑮ 参见丁晓东:《论超大型互联网平台的法律规制》,载《法律科学》2025年第1期,第105页。

⑯ 欧盟《数字服务法》第5条第3款规定,“第1款不应适用于允许消费者与交易人订立远程合同的网上平台在消费者保护法下的赔偿责任,如果这种网上平台提供的具体信息或以其他方式促成有关的具体交易的方式,会使一般和知情的消费者相信作为交易标的的信息或产品或服务是由网上平台本身提供的,或由根据其授权或控制行事的服务对象提供的”。