

文章编号: 1674-5205(2015)01-0166-(012)

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

杨立新

(中国人民大学法学院,北京 100872)

〔摘要〕 网络交易平台提供者、网店的销售者或者服务者利用该平台侵害消费者权益时,在具备不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的条件的,应当承担附条件不真正连带责任。网络媒介平台在被侵权人行使通知权利后,未及时采取必要措施的,对于造成的损害扩大部分承担部分连带责任。承担附条件的不真正连带责任的行为是竞合的侵权行为或者违约行为,其中的从行为人例如网络交易平台提供者承担不真正连带责任必须具备法律规定的必要条件,否则不承担责任。网络媒介平台提供者承担部分连带责任,与典型的连带责任有所区别,是仅就同一损害中的因未履行法定义务所造成的扩大部分的损害承担连带责任,其余部分由侵权的网络用户单独承担赔偿责任。

〔关键词〕 网络交易平台提供者;网络媒介平台提供者;附条件不真正连带责任;部分连带责任;法条

Abstract: When online trading platform providers, the Internet salesmen or service providers use the platform infringe on the interests of consumers unable to provide the seller or service provider's real name, address and sufficient contact details shall bear untrue joint and several liability with attached conditions. Internet platform providers have received the notification from the infringer fail to take the necessary measures in time shall bear joint and several liability for the expanded damage. Taking the joint and several liability with attached conditions is concurrence or breach of contract, for example, as a secondary person, online trading platform providers take the joint and several liability must have the necessary conditions prescribed by law, otherwise they will not. Internet platform providers bear partial joint and several liability which is distinct from typical joint and several liability only for their failing to take the action requested by law. They will only bear the expanded damage they cause, and the rest liability is to be assumed by relevant online service users.

Key Words: Key Word: online trading platform provider; internet platform provider; true joint and several liability with attached conditions; part of joint and several liability; provisions

中图分类号: DF522 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2015.01.018

2013年10月25日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第五次会议修订《中华人民共和国消费者权益保护法》,增设了第44条,规定网络交易平台提供者对消费者的赔偿责任。这一规定与2009年12月26日通过的《中华人民共和国侵权责任法》第36条规定的网络服务提供者对被侵权人的侵权责任的内容相似,但又有明显区别。这两个法条都是规定网络平台提供者应当承担民事责任的规则,究竟存在哪些差异,为什么要存在这些差异,值得深入研究。

一、两个法条对网络平台提供者承担民事责任规定的不同规则及原因

(一) 两个法条对网络平台提供者承担民事责任规定的不同规则

互联网企业提供的网络,可以作为交易平台,也可以作为媒介平台。当网络作为交易平台时,在平台上进行交易的消费者受到网店的销售者或者服务者行为的损害,具备法律规定的条件,网络交易平台提供者应当承担赔偿责任。当网络作为媒介平台时,网络用户将该平台作为自媒体发表信息等,侵害了他人的民事权益,在符合法律规定的情形下,网络媒介平台提供者应当承担侵权责任。《消费者权益保护法》第44条和《侵权责任法》第36条规定的正是这样的规则。

收稿日期: 2014-09-12

作者简介: 杨立新(1952—),男,山东蓬莱人,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、教授,中国民法学研究会副会长。

从文字观察可以看到,《消费者权益保护法》第44条规定网络交易平台提供者承担赔偿责任的规则,与《侵权责任法》第36条规定的网络服务提供者承担侵权责任的规则,内容相似,但又存在诸多差别。

1. 互联网企业作为网络交易平台提供者承担民事责任的规则

《消费者权益保护法》第44条规定“消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务,其合法权益受到损害的,可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的,消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿;网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的,应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后,有权向销售者或者服务者追偿。”“网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施的,依法与该销售者或者服务者承担连带责任。”这一条文规定的互联网企业作为网络交易平台提供者承担赔偿责任的规则,有三个层次:第一,消费者的合法权益受到网店的销售者或者服务者的侵害,责任人是网店的销售者或者服务者。在通常情况下,网络交易平台提供者并不直接承担责任。第二,网络交易平台提供者承担不真正连带责任有两种情形:一是网络交易平台提供者不能提供网店销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式时承担的责任;二是网络交易平台提供者事前作出更有利于消费者承诺,例如先行赔付时承担的责任。在这两种情形下,受到侵害的消费者可以请求网络交易平台提供者承担赔偿责任,在网络交易平台承担了赔偿责任之后,有权向网店的销售者或者服务者进行追偿。第三,网络交易平台提供者明知或者应知网店的销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施的,与网店的销售者或者服务者承担连带责任。

2. 互联网企业作为网络媒介平台提供者承担民事责任的规则

《侵权责任法》第36条规定“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的,应当承担侵权责任。”“网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”这一规定的互

联网企业作为网络媒介平台提供者承担侵权责任的规则,也分为三个层次:第一,网络服务提供者与网络用户一样,利用网络实施侵权行为,应当单独承担侵权责任。第二,网络用户利用网络实施侵权行为,被侵权人对网络服务提供者行使通知的权利,网络服务提供者应当及时采取必要措施,未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分,与网络用户承担连带责任。第三,网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。

(二) 网络平台提供者承担民事责任的两种规则的联系与差别

《消费者权益保护法》与《侵权责任法》这两个法条对网络平台提供者规定的承担民事责任的两种规则,既有联系,也有差别。两种规则的共同联系是:

1. 互联网企业不论是作为网络交易平台提供者还是网络媒介平台提供者,都是网络平台提供者,都以互联网企业为责任主体。《消费者权益保护法》第44条把责任主体称之为网络交易平台提供者,其提供的平台是网店的销售者或者服务者与消费者之间进行交易赖以发生的基础。尽管《侵权责任法》第36条将责任主体称之为网络服务提供者,但其法律地位也是网络平台提供者,提供的是属于自媒体性质的媒介平台,网络用户和被侵权人之间的侵权法律关系就发生在这个平台之上。两个平台的性质基本相同,只不过交易平台,是网店的销售者或者服务者与消费者在这个平台上进行有偿交易;媒介平台,以发布信息为主,是网络用户发布信息发生侵权行为,与传统的媒体侵权行为相似,不存在有偿行为。这两个网络平台由于是发生违法行为的交易平台或者媒介平台,使网络平台提供者有可能参与到侵权或者违约的法律关系之中,使互联网企业成为民事责任主体。

2. 在网络平台提供者承担民事责任的法律关系中,都存在另外两方当事人,并且是主要的当事人。在网络交易平台,两方主要的当事人为网店的销售者或者服务者与消费者;在网络媒介平台,主要的当事人则是侵权的网络用户和被侵权人;网络平台上的法律关系,不论是侵权法律关系还是违约法律关系,都发生在这两方当事人之间;网络平台提供者之所以成为民事责任主体,是因为提供了这个平台,而不是直接实施了侵权行为或者违约行为。因此,网络平台提供者都是与双方当事人中应当承担民事责任的一方共同承担民事责任,形成多数人侵权行为或者多数人债务。

3. 网络平台提供者承担责任的两个规则都分为

三个层次:一是网络用户或者网络服务提供者以及网店的销售者或者服务者单独承担民事责任;二是网络平台提供者与应当承担民事责任的一方当事人共同承担民事责任;三是明知或者应知发生侵权行为的网络平台提供者与应当承担民事责任的一方当事人承担连带责任。

4. 网络平台提供者承担民事责任的方式都是赔偿责任,不存在其他责任方式。《消费者权益保护法》第44条直接规定的是赔偿责任。《侵权责任法》第36条尽管条文规定的是侵权责任,但这个侵权责任就是侵权赔偿责任。这两个法条规定的责任方式都不包括其他民事责任方式。

两种规则的主要差别是:

1. 网络平台提供者承担民事责任的性质有所不同。《消费者权益保护法》第44条规定网络交易平台提供者承担的责任是赔偿责任,既包括侵权赔偿责任,也包括违约赔偿责任。《侵权责任法》第36条规定的只是侵权责任(赔偿),不包括违约责任。

2. 在第一层次的规则上,《消费者权益保护法》第44条第1款前段规定的责任主体,只有网店的销售者或者服务者,网络交易平台提供者并不单独承担责任。而《侵权责任法》第36条第1款规定的责任主体既包括实施侵权行为的网络用户,也包括单独实施侵权行为的网络服务提供者。网络服务提供者利用自己的网站实施侵权行为,应当承担侵权责任。

3. 在第二层次的规则上,首先,尽管互联网企业在其提供网络媒介平台和网络交易平台时都负有一定的义务,但义务的内容不同。网络交易平台提供者承担的义务,是准确掌握销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式;而网络媒介平台提供者作为自媒体提供者,须与报纸、杂志、电台、电视台等传统媒体近似,又有自媒体的固有点,因而其负担的义务,是在侵权的网络用户在其网站上实施了侵权行为,侵害了被侵权人合法权益时,应被侵权人的通知,及时采取必要措施。其次,正因为网络交易平台提供者和网络媒介平台提供者负担的义务不同,其违反义务时承担的民事责任也不同。按照《消费者权益保护法》第44条规定,网络交易平台提供者未履行其提供网店销售者或者服务者真实信息的义务,承担的责任是不真正连带责任,按照消费者的主张或者按照自己先前的承诺承担赔偿责任,但赔偿后可以向网店的销售者或者服务者进行追偿。而网络媒介平台提供者未履行其及时采取必要措施的义务,是就损害扩大的部分承担连带责任。连带责任与不真正连带责任的区别在于,作为最终责任人,连带责任的最终责

任为每一个连带责任人按份分担;不真正连带责任的最终责任必由最终责任人一人承担。^①再次,网络平台提供者承担不真正连带责任或者连带责任都是附条件的,但所附条件并不相同。网络交易平台提供者承担不真正连带责任的条件是,不能提供网店的销售者或者服务者的真实名称、地址、有效联系方式,或者自己事前作出更有利于消费者的承诺。网络媒介平台提供者与侵权网络用户承担连带责任的条件是,未及时采取必要措施,致使损害进一步扩大。

4. 在第三层次的规则上,基本规则相同,都是要与侵权的网络用户、网店的销售者或者服务者承担连带责任,但文字表述略有区别:一是,《消费者权益保护法》第44条第2款规定的是网络交易平台提供者“明知或者应知”,而《侵权责任法》第36条第3款规定的是“知道”^②;二是在承担连带责任的规定之前,《消费者权益保护法》第44条第2款加了“依法”二字,而《侵权责任法》第36条第3款没有规定这两个字。依照法律习惯,规定依法者,应当依据其他法律的规定确定连带责任,而不是依据本法确定连带责任。《消费者权益保护法》第44条第2款规定“依法”所表达的意思是,网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施的,应当依据《侵权责任法》第8条规定,认定为共同侵权行为,承担连带责任。而《侵权责任法》本身就是规定侵权责任的,没有必要写“依法”二字,因而可以确定,这些文字上的差别并不影响两种网络平台提供者承担这种连带责任规则的同质性。

(三) 互联网企业作为网络平台提供者承担民事责任设置不同规则的原因

同样是互联网企业,作为网络交易平台提供者与作为网络媒介平台提供者承担民事责任的规则具有如此的不同,主要原因有以下4个:

1. 互联网企业相较于其他传统产业的特殊性

随着计算机的广泛应用及通信技术的迅猛发展,互联网已经快速辐射到社会的各个领域,改变了人们生活与生产、交易方式,上网浏览新闻、网络游戏、网络购物、网络交友、网络下载等,几乎成了人们日常生活不可或缺的组成部分,覆盖了社会生活的各个领域。^②¹⁷⁸互联网企业一方面为广大人民群众的生活提供了各种便利,另一方面也为社会创造了巨大的财

^① 这个区别并不大,因为全国人大法工委官员在解释《侵权责任法》第36条规定的“知道”时,解释为包括明知和应知。参见王胜明《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第195页。

富,成为新兴的、具有巨大潜能的朝阳产业。据统计,仅腾讯公司一家企业,一年创造的产值就达到400多亿元,特别是近年来迅猛发展的移动互联网产业链,爆发了巨大的商业正能量,改变了传统的交易、社交等领域的方式,是互联网成为时代的标志。不过,互联网企业提供的网络平台在为交易和社交等提供了全新、便捷的服务的同时,也会给行为人实施违法行为提供新的机会。如果互联网企业在提供网络平台服务的过程中对侵权行为、违约行为的发生存在过错,就应当承担相应的民事责任。面对这些法律上的难题,利益衡量是一种妥当的解决问题的方法。⁽³⁾⁷¹在网络信息发布者与接收者、进行网络交易的双方当事人,以及网络平台提供者这三方的利益关系中,怎样配置才能做到科学、合理、适度,既能够保护受害人的合法权益,又能够在网络平台提供者适当承担民事责任的同时,保护互联网企业健康发展,为人民群众提供更多的便利,为社会创造更多的财富,是制定网络平台提供者承担民事责任规则必须首先解决的关键一环。只有在这样的基础上,根据实际情况妥善设置规则,才能达到三者利益关系的平衡。正是由于这个原因,互联网企业在作为网络交易平台提供者和网络媒介平台提供者承担民事责任的时候,才出现了既有共同联系又有各自差别的现象。

2. 互联网企业承担民事责任的法律关系相较于普通法律关系的特殊性

不论是网络交易平台还是媒介交易平台,互联网企业在向公众提供这些网络平台时,与发生侵权行为或者违约行为的双方当事人之间形成的法律关系与普通的法律关系相比较,其特殊性是,侵权行为或者违约行为发生在利用网络平台进行交易或者发布信息的当事人之间,互联网企业也参与其中,有可能成为法律关系的当事人之一。在网络交易平台进行交易过程中发生了侵权行为或者违约行为,侵权法律关系和违约法律关系的当事人是在网络交易平台上进行交易的双方当事人,即网店的销售者或者服务者与消费者;在网络媒介平台发布信息实施侵权行为,侵权法律关系的当事人是网络用户与被侵权人。之所以互联网企业卷入侵权行为成为侵权责任人,或者卷入违约的交易之中与违约行为人共同承担责任,就是因为他为交易行为或者侵权行为的实施提供了平台,这就好像侵权人在报纸、杂志上发表侵权文章,出卖人承租柜台与消费者进行交易,报纸、杂志作为媒体以及柜台出租者作为交易平台一样,有可能成为责任主体,与侵权一方或者违约一方共同承担责任。在这种情况下,在网络平台上发生的侵权法律关系或者违约法

律关系就形成了三个当事人作为主体的情形。在互联网企业作为责任主体之一时,总要与一方当事人形成多数人侵权行为或者多数债务人的法律关系,因而才须依照多数侵权行为人或者多数债务人的规则共同承担民事责任。这就是互联网企业在提供网络平台时,作为民事责任主体承担民事责任的法律关系的特殊性。不存在这样的特殊法律关系,互联网企业不存在成为民事责任主体的条件。

3. 网络媒介平台提供者相较于传统媒体的特殊性

《侵权责任法》第36条规定互联网企业作为网络媒介平台提供者与侵权的网络用户承担连带责任,与之相似的是传统媒体承担的媒体侵权责任。在报纸、杂志、电台、电视台等传统媒体上发布诽谤、侮辱等报道、信息的,只要传统媒体未尽真实性审查义务,造成了被侵权人的人身权益损害,即与侵权人构成共同侵权行为,应当承担连带责任。其原因是,传统媒体对于自己发表的稿件都须尽到真实性的审查义务,未尽该审查义务即存在过错,对于造成的损害就须承担侵权责任^①。但是,互联网企业提供的网络媒介平台的性质属于自媒体,网络用户在网络媒介平台发布信息并不需要网站进行真实性审查;同时,互联网上发布信息的数量为海量,互联网企业也无法进行真实性审查。在这样的情况下,将互联网企业作为网络媒介平台提供者在承担侵权责任时,就不能按照传统媒体承担侵权责任的规则进行,而应考虑其特殊性。为了进一步体现互联网企业提供的网络媒介平台的特殊性,对其在网络侵权行为发生时的责任承担规则,《侵权责任法》借鉴美国《千禧年数字版权保护法案》规定的“避风港原则”和“红旗原则”,⁽⁴⁾²⁵⁴制定了第36条第2款和第3款的通知规则和知道规则,体现了互联网企业提供网络媒介平台作为自媒体的特殊性。不过,美国《千禧年数字版权保护法案》的避风港原则和红旗原则仅适用于在网络上发生的著作权侵权纠纷,不适用于所有的侵害民事权益的侵权纠纷,而且美国学者也不建议中国在规定网络侵权责任的规则中全面采用这样的规则。⁽⁵⁾³⁵²⁻³⁵³我国立法者审时度势,结合中国社会的特点,将避风港原则和红旗原则全面适用于在网络上保护民事权益的场合,具有其合理性,既有对互联网企业过错行为的严格要求,又有对互联网企业权益进行特别保护的合理措施,符合中国国情。

4. 网络交易平台提供者相较于网络媒介平台提

^① 参见最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第8条。

供者及柜台出租者等的特殊性

首先,同样是互联网企业,在其提供网络媒介平台和网络交易平台时,情形并不相同。互联网企业提供网络媒介平台,网络用户在网络上发布信息、接收信息,并不属于交易行为,而属于自媒体的利用,互联网企业并不在其中获得直接利益。因此,互联网企业构成侵权责任,须具有一定的要件。同样,互联网企业提供网络交易平台提供给交易双方进行交易,不论是B2C(Business-to-Customer)的网上商厦平台方式(即阿里巴巴的天猫商城模式)还是C2C(Customer-to-Customer)的网上集市平台(网上个人交易市场)方式(即淘宝网模式),在平台上进行的都是具有交易性质的商业行为。互联网企业在提供网络交易平台时,不具有营利性的直接经营行为,只是给交易者双方提供安全稳定的技术服务、市场准入审查、交易记录保存、个人信息保护、不良信息删除、协助纠纷解决、信用监督等义务,⁽⁴⁾¹³⁴而且是无偿提供。尽管有人认为,网络交易平台提供者提供网络服务是为了获利,属于经营者,应当承担参照《侵权责任法》的相关规定负有事后审查义务,采取同样的规则,⁽⁴⁾¹³⁴但互联网企业提供网络交易平台和网络媒介平台的性质并不相同,尤其是网络媒介平台上的网络用户属于一般民事主体,而网络交易平台上的网店的销售者或者服务者是经营者,对消费者负有高度谨慎义务,二者具有相当的差异。而网络交易平台提供者在网络交易中不会与网店的销售者或者服务者站在一起坑害消费者,也很难由于过失而使消费者的权益受到损害。如果对网络交易平台经营者与网络媒介平台提供者承担责任采取同样的规则,是不适当、不公平的,应当设置更为准确的规则确定网络交易平台提供者的民事责任。再进一步分析可以看到,当互联网企业作为网络媒介平台提供者时,其负担的义务是向后的,即在被侵权人通知之后,及时采取必要措施,防止侵权损害后果继续扩大。这种作为义务不履行,就会使侵权人的侵权行为损害后果继续扩大,就扩大部分的损害当然应当承担连带责任。当互联网企业作为网络交易平台提供者时,其负担的义务是向前的,即将自己掌握的网店的销售者或者服务者的真实信息予以告知,这时,造成消费者权益损害的行为已经终止,损害已经固定,不再进一步发展。互联网企业具备的法定条件是提供网店销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式,如果有先行赔付的约定,则按照约定先行赔付。如果既没有先行赔付约定,又能够提供上述有效信息,互联网企业就与损害没有关系,连间接的原因力都不存在。只有不能提供有效信

息,使受到损害的消费者投诉无门,互联网企业的行为就与损害后果具有间接的原因力了,构成竞合侵权行为,才应当承担不真正连带责任。针对网络平台的上述不同情形,如果令网络媒介平台与网络交易平台承担相同的责任,是不符合客观实际情况的。

其次,互联网企业对网店的销售者或者服务者提供的网络交易平台,与柜台出租者出租的柜台或者展销会举办者提供的展销会交易平台也有显著区别。从表面上看,展销会和出租柜台作为交易平台,与互联网企业提供的网络交易平台确实有相似之处,都是在一方当事人提供的交易平台上进行交易,当经营者在平台上侵害了消费者的权益,与柜台出租者和展销会举办者承担的责任似乎应当一致。故而在《消费者权益保护法》修订的初期,立法者曾经将网络交易平台提供者等同于柜台出租者和展销会举办者,规定其承担相同的责任。这在《消费者权益保护法》修订草案的前两稿中可以看出。在2013年4月审议的第一次审议稿中,将网络交易平台提供者的责任加入原第38条关于展销会、租赁柜台的责任之中,条文是第43条“消费者在展销会、租赁柜台或者通过网络交易平台等购买商品或者接受服务,其合法权益受到损害的,可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束、柜台租赁期满或者网络交易平台上的销售者、服务者不再利用该平台的,也可以向展销会的举办者、柜台的出租者或者网络交易平台提供者要求赔偿。展销会的举办者、柜台出租者或者网络交易平台提供者赔偿后,有权向销售者或者服务者追偿。”在互联网企业以及有关部门和学者都提出不同意见之后,2013年8月《消费者权益保护法修正案(草案)》第二次审议稿在上述条文的基础上,增加了“网络交易平台提供者知道销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施的,与该销售者或者服务者承担连带责任”的第2款内容。对此,互联网企业等仍然提出较多的意见。全国人大法工委为了对网络交易平台提供者确定民事责任的规则更为准确,连续召开了有关部门、单位、专家和律师座谈会,部分学生、工薪阶层消费者座谈会,以及部分电子商务企业和有关协会座谈会等,广泛征求意见,并且深入实际进行调查研究,^{(4)87,112,130}最终正确认识到,网络交易平台提供者与展销会组织者、柜台出租者有很大区别,不能让其承担与展销会组织者和柜台出租者相同的责任。其原因是,展销会组织者和柜台出租者可以看到商品实物并对其交易现场进行监管,而网络交易平台提供者不可能接触商品实物,对交易过程监管起来也很困难;网络交易平台上的卖家数量繁

多,拍拍网就有几十万家,大的C2C网站则有数百万家,而平台上的商品种类更是海量,要求平台对所有商家及代售商品进行监管,是不可能实现的;展销会组织者和柜台出租者面对的商家多限于本地域,先行赔付后,追偿成本可控,但网络交易平台面对的商家遍布全国,有的甚至在国外,追偿成本太高;平台提供的仅是中立性的网络服务,并不参与交易过程,⁽⁴⁾¹³⁴且平台的提供绝大多数是无偿的,不像参加展销会和承租柜台那样都是有偿的。正是基于这些原因,《消费者权益保护法》最终确定了现在的第44条,准确地反映了互联网企业在网络交易中的地位,区别了互联网企业提供网络媒介平台和网络交易平台在性质上的差别,平衡了各方当事人的利益关系,使各界对此均持赞同意见。

(四) 本节小结

综上所述,在《消费者权益保护法》第44条和《侵权责任法》第36条规定的互联网企业承担网络平台提供者责任的规则中,存在上述关联性和差异性,包含着特别值得研究的民法规则,是立法者对其进行的精巧构思,既符合社会的客观需要,又体现了互联网发展的客观规律;既能够保护消费者和被侵权人的合法权益,制裁网络违法行为,又能够保护互联网企业健康发展,更好地造福社会,是科学的民事法律规范,应当特别予以肯定。

二、互联网企业作为网络交易平台提供者承担 的附条件不真正连带责任

《消费者权益保护法》第44条第1款规定的责任形态究竟属于何种性质,在理论上并不明确。我提出的意见是,这种责任形态是附条件的不真正连带责任,所附条件是网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式,⁽⁶⁾以及网络交易平台提供者做出更有利于消费者的承诺。对于这个意见,由于提出的时间较短,既没有看到反对意见,也没有看到支持的意见。对此,说明如下。

(一) 竞合侵权行为与不真正连带责任

典型的不真正连带责任的表述,是类似于《侵权责任法》第68条关于“因第三人的过错污染环境造成损害的,被侵权人可以向污染者请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后,有权向第三人追偿”的规定,以及《侵权责任法》第83条、《物权法》第21条等的规定。这些表述,都属于“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”⁽⁷⁾这种不真正连带责任的基本特征。

在这里,造成同一个损害的两个行为是竞合侵权行为。竞合侵权行为是指两个以上的民事主体作为侵权人,有的实施直接侵权行为,与损害结果具有直接因果关系,有的实施间接侵权行为,与损害结果的发生具有间接因果关系,行为人承担不真正连带责任的侵权行为形态。在《消费者权益保护法》修订之前,我把竞合侵权行为分为三种类型,一是必要条件的竞合侵权行为,二是政策考量的竞合侵权行为,三是提供机会的竞合侵权行为,分别对应的是典型的不真正连带责任(例如《侵权责任法》第68条和第83条)、先付责任(例如《侵权责任法》第44条和第85条)和补充责任(例如《侵权责任法》第34条第2款和第37条第2款)⁽⁸⁾。在这个分类中,没有包括修订后的《消费者权益保护法》第44条规定的这种类型的不真正连带责任,也没有包括第43条规定的展销会、租赁柜台的责任。

(二) 提供平台的竞合侵权行为与附条件不真正 连带责任

事实上,《消费者权益保护法》第43条和第44条规定的责任形态的性质是相同的,都是在不真正连带责任的基础上,对竞合侵权行为中的间接行为人承担不真正连带责任附加了限定条件,只有这个条件满足后,才能构成竞合侵权行为,承担不真正连带责任。例如第43条,对于展销会的举办者、柜台出租者承担赔偿责任的条件,规定为“展销会结束或者柜台租赁期满后”,不具备这个条件,展销会举办者或者柜台出租者就不承担赔偿责任。同样,第44条第2款对网络交易平台提供者承担赔偿责任,规定的条件是“网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式”,或者“网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺”,只有具备这样的条件时,网络交易平台提供者才承担不真正连带责任。这与前述竞合侵权行为中的任何一个类型都不相同,也与典型的不真正连带责任以及先付责任、补充责任规则都不相同。

产生这种附条件不真正连带责任的,是竞合侵权行为的一种特殊类型,按照《消费者权益保护法》第43条和第44条规定,可以称为提供平台的竞合侵权行为。其特点是,在造成同一个损害的两个行为中,一个行为是直接行为,例如销售者或者服务者的违法销售、服务行为,另一个行为是间接行为,例如展销会举办者、柜台出租者以及网络交易平台提供者的行为,在为销售者或者服务者实施违法行为公开、合法地提供平台中违反法定义务,使违法行为能够在

这个平台上实施,造成了消费者的同一个损害构成的竞合侵权行为。因此,提供平台的竞合侵权行为是一种竞合侵权行为的特殊表现形式。

提供平台的竞合侵权行为的法律后果是附条件不真正连带责任。侵权的不真正连带责任,是多数行为人违反法定义务,对同一个受害人实施加害行为,或者不同的行为人基于不同的行为而致使同一个受害人的民事权益受到损害,各个行为人产生的同一内容的侵权责任,各负全部赔偿责任,并因行为人之一的责任履行而使全体责任人的责任归于消灭,或者依照特别规定多数责任人均应当承担部分或者全部责任的侵权责任形态。⁽⁷⁾附条件不真正连带责任属于这种责任形态,其基本特征在于,提供平台的一方对于展销会举办者、柜台出租者以及网络交易平台提供者在该平台上与消费者进行交易,造成了消费者权益的损害,平台提供者一方承担不真正连带责任时,必须具备必要条件,只有具备法律规定的必要条件的,才承担不真正连带责任,否则就只能由销售者或者服务者承担赔偿责任。即使平台提供者的行为具备了法律规定的必要条件,但由于其并不是造成损害的直接原因,因此,在其承担了赔偿责任之后,《消费者权益保护法》第43条和第44条都规定了“有权向销售者或者服务者追偿”的追偿权。

附条件不真正连带责任的本质仍然是不真正连带责任,但与典型的不真正连带责任不同。在典型的不真正连带责任中,不论构成竞合侵权行为的主行为人还是从行为人,被侵权人都可以任意选择一方作为被告,行使索赔权实现权利;至于究竟由谁承担最终责任,被侵权人无须过问。但在附条件不真正连带责任,无论是法定的还是约定的,被侵权人主张从行为人承担赔偿责任须具备法定的或者约定的条件,不具有这样的条件,就只能向主行为人请求赔偿,不能向从行为人主张权利。因此,典型的不真正连带责任更有利于保护受害人,对从行为人不利;而附条件不真正连带责任有利于保护从行为人,限制其承担责任的几率,对保护受害人有所限制。

(三) 附条件不真正连带责任规则也适用于违约的附条件不真正连带债务

应当特别强调的是,《消费者权益保护法》第44条规定的网络交易平台提供者承担附条件不真正连带责任,并不只包括侵权责任,也包括违约责任。例如网店的销售者或者服务者实施的是商品欺诈或者服务欺诈行为,消费者受到的损害是价款或者报酬的损失,因而属于违约损害赔偿。如果销售者或者服务者实施的是恶意商品致害或者恶意服务致害行

为,消费者受到的损害属于人身损害或者财产损害,就构成侵权责任,承担的是侵权损害赔偿。在这些损害中,符合《消费者权益保护法》第55条规定的,在承担实际损害赔偿之外,还要承担惩罚性赔偿责任。不符合第55条规定的,则只承担实际损害的赔偿责任。

在这个范围中,如果销售者或者服务者承担的是违约赔偿责任,则应当限制在《合同法》规定的范围之内。这种法律后果就是附条件不真正连带债务,即多数债务人就基于不同发生原因而偶然产生的同一内容的给付,各负全部履行之义务,并因债务人之一的履行而使全体债务人的债务均归于消灭的债务。⁽⁹⁾³⁹³附条件不真正连带债务是不真正连带债务中的一种特殊类型,对不应当承担最终责任的行为人承担不真正连带债务须具备必要条件。这种不真正连带债务的请求权人享有的请求权属于债的二次请求权,⁽¹⁰⁾²⁶³对应的是违约责任,故附条件不真正连带债务的性质也属于附条件不真正连带责任

(四) 附条件不真正连带责任的适用规则

1. 网店的销售者或者服务者应当承担赔偿责任

《消费者权益保护法》第44条第1款前段规定网店的销售者或者服务者的责任,用了完整的一句话规定,即“消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务,其合法权益受到侵害的,可以向销售者或者服务者要求赔偿”。这里使用的“可以”有两层含义,一是选择销售者、服务者,或者选择网络交易平台提供者作为被告,在这种含义下,如果不存在网络交易平台提供者承担责任的条件,这个“可以”其实就是“应当”;二是既然这个权利属于受到损害的消费者,消费者是否行使赔偿请求权,当然是可以,而不是应当;如果条文是从销售者或者服务者的角度规定,那就是应当,而不是可以。这是因为,造成这种消费者权益损害的直接责任人就是网店的销售者或者服务者,而不是网络交易平台提供者,因而网店销售者或者服务者的直接责任是必须承担的。

2. 具备必要条件的网络交易平台提供者承担附条件不真正连带责任

按照《消费者权益保护法》第44条第1款中段和后段规定,网络交易平台提供者承担不真正连带责任的条件有两个,一个是法定条件,一个是约定条件。因此,网络交易平台提供者承担的附条件不真正连带责任,分别是法定的附条件不真正连带责任和约定的附条件不真正连带责任。

法定的附条件不真正连带责任,是网络交易平台提供者在不能向消费者提供与其进行网络交易的网

店销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式时,消费者可以选择网络交易平台提供者作为被告,令其承担赔偿责任。网店销售者或者服务者对消费者造成损害,在满足“不能提供”的条件时,受到损害的消费者产生两个请求权,分别针对这两个责任主体,可以选择其中一个请求权行使,这个请求权行使之后,另一个请求权即行消灭。但由于消费者找不到销售者或者服务者,因而只能向交易平台提供者服务提供者起诉。即使网络交易平台提供者履行了义务,但消费者仍然无法通过这些信息联系到销售者或服务者无法得到赔偿的,应当认定其提供的联系方式无效,具备承担附条件不真正连带责任的条件。这是因为制定《消费者权益保护法》第44条第1款的目的,在于协助消费者及时找到网店的销售者或服务者,使消费者能够向直接责任人请求赔偿,因此特别强调这个“有效联系方式”的条件。

网络交易平台提供者承担约定的附条件不真正连带责任,是指网络交易平台的提供者事先做出更有利于消费者的承诺,消费者的合法权益因平台上进行的网络交易受到损害后,可向与之交易的销售者或者服务者请求赔偿,也可以向网络交易平台的提供者要求赔偿的违约责任。约定的不真正连带责任的所附条件是网络交易平台的提供者作出了更有利于消费者权益保护的承诺,例如先行赔付的承诺等。

法定的附条件不真正连带责任与约定的附条件不真正连带责任之间,后者优先适用,即在成立约定的附条件不真正连带责任时,消费者可以选择网络交易平台提供者作为责任主体,也可以主张销售者或者服务者作为责任主体承担赔偿责任。在不成立约定的附条件不真正连带责任但成立法定的附条件不真正连带责任时,消费者在实际上只能行使对网络交易平台提供者的请求权,主张赔偿权利。

3. 网络交易平台提供者承担了赔偿责任后享有追偿权

与典型的不真正连带责任一样,在附条件的不真正连带责任中,不承担最终责任的间接行为人,在承担了中间责任性质的赔偿责任之后,享有对最终责任人的追偿权。⁽⁷⁾故“网络交易平台提供者赔偿后,有权向销售者或者服务者追偿”。追偿的范围,应当是已经承担的全部赔偿责任,也包括承担中间责任时所造成的损失。

三、互联网企业作为网络媒介平台提供者承担的部分连带责任

对《侵权责任法》第36条第2款规定的网络服

务提供者“对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任”的这种侵权责任形态,究竟应当怎样认识,应当进行深入研究。

(一) 对损害扩大部分承担的连带责任与单向连带责任不同

1. 美国侵权法的混合责任与我国的单向连带责任

《侵权责任法》第36条第2款规定的对损害扩大部分承担的连带责任,与单向连带责任近似,但有不同。《侵权责任法》颁布之后,我提出了一个新的连带责任的概念,即单向连带责任,用它概括该法第9条第2款和第49条规定的责任形态,⁽¹¹⁾¹⁵³并将其定义为:这种责任实际上也是连带责任,其特殊性是在连带责任中,有的责任人承担连带责任,有的责任人承担按份责任,因此形成了连带责任中的一种特殊类型。⁽¹⁾这个概念除了我在使用它之外,⁽¹²⁾尚未见其他学者使用,因而有必要对其进行论证。

美国侵权法在责任分担理论中,使用了混合责任的概念。美国《侵权法重述·第三次》“责任分担编”第11节(单独责任的效力)规定“当依据适用法律,某人对一受害人的不可分伤害承担单独责任时,该受害人仅可以获得该负单独责任者在该受害人应得赔偿中所占的比较责任份额。”这种责任形态被称为混合责任,⁽¹³⁾^{346,355}这就是在数人侵权的连带责任中,有的责任人承担连带责任,有的责任人承担单独责任,单独责任人只承担受害人应得赔偿中的自己的份额。⁽¹⁴⁾¹²¹这种混合责任与我国《侵权责任法》第9条第2款规定的单向连带责任的特征完全一致,即在一个数人行为造成的不可分的损害结果中,有的责任人承担连带责任,有的责任人承担按份责任,这种多数人承担的责任形态,就是单向连带责任。

混合责任与单向连带责任是同一侵权责任形态,所涵盖的内容是在数人造成同一个损害中,有些人应当对部分损害承担连带责任,有些人对其他部分损害承担单独责任;或者说,就全部损害只有部分人承担全部责任,其他人只对部分损害承担赔偿责任。因此,混合责任和单向连带责任是侵权法中客观存在的一种责任形态,指代的都是这种责任形态。所不同的是,美国人使用混合责任的概念,切入的角度是在一个完整的责任中,既有连带责任,又有按份责任;我用单向连带责任的概念,是从请求权人的角度切入,对于承担连带责任的责任人请求承担连带责任是允许的,对于承担按份责任的责任人请求其就全部损害承担连带责任是不允许的。

2. 对损害扩大部分承担的连带责任与单向连带

责任的区别

《侵权责任法》第36条第2款规定的网络服务提供者就扩大部分的损害承担的连带责任与单向连带责任确实有相似之处,都是对同一个损害有的人承担全部责任,有的人就其中的部分人承担连带责任。例如,就侵权网络用户而言,他要对全部损害承担连带责任,而网络服务提供者就其造成的损害扩大部分承担连带责任。但是,进行仔细分析会发现,网络服务提供者依照《侵权责任法》第36条第2款规定承担的对部分损害的连带责任,与单向连带责任并不完全相同。

在单向连带责任中,承担按份责任的一方,尽管其要与承担连带责任的另一方连带负责,但这种连带是形式上的连带,而不是实质上的连带,因为单向连带责任中按份责任的最终责任是要由按份责任人全部承担的,而不再分为份额由数人分担。在《侵权责任法》第9条第2款规定的教唆人、帮助人与监护人对被监护人造成的损害共同承担责任时,教唆人或者帮助人承担的是“侵权责任”即全部损害的连带责任,而监护人未尽监护职责,应就其过错程度承担“相应的责任”即按份责任。虽然在按份责任这一部分与教唆人或者帮助人的全部连带责任相重合,构成单向连带责任,但这个相应责任最终必须由监护人全部承担,而不是双方按照份额承担,即教唆人或者帮助人承担了全部责任的连带赔偿责任之后,可以向监护人进行追偿,追偿的数额就是监护人应当承担的相应的责任,即按份责任的全部。^[12]在依照《侵权责任法》第36条第2款规定,网络服务提供者和网络用户对扩大部分的损害承担的连带责任中,共同承担的那部分赔偿责任的性质是连带责任,被侵权人可以按照连带责任的规则,请求网络服务提供者或者网络用户承担中间责任,但最终责任的承担,必定分成份额,由网络服务提供者和网络用户各自承担。

可见,单向连带责任与就扩大损害承担的连带责任这两种责任形态的基本区别,就在于对于扩大损害部分承担连带责任的连带部分,在中间责任上应当连带承担,在最终责任上,应当按照过错程度和原因力比例按份承担。而单向连带责任的连带部分,在中间责任上应当连带承担,而在最终责任上必须由应当承担最终责任的人不分份额地全部承担。这正是不真正连带责任与连带责任的本质区别,^[7]单向连带责任的连带部分是不真正连带责任,而扩大损害部分的连带责任则是连带责任。因此,不能用单向连带责任概括《侵权责任法》第36条第2款规定的对部分损害承担连带责任的责任形态,应当选择更为准确的概

念来界定这种连带责任形态。

(二) 对部分损害承担的连带责任符合部分连带责任的特征

在大陆法系的日本,有的学者提出了“部分连带责任”的学说。日本学者川井健教授认为,鉴于加害人一方对造成损害的原因力大小不同,在各自原因力大小的共同限度内,承认提取最大公约数的部分为连带责任,剩余的部分由原因力较大的加害人负个人赔偿义务,这种就是“与原因力相应的部分连带说”。^{[15]228}部分连带责任说尽管也是立足于共同侵权行为的客观关连共同说,但这种理论并不是各共同侵权行为人对因共同行为产生的全部损害负责,而是负有与各自行为违法性相应(范围相当)的责任,违法性大的人负有全责。仅在违法性小的共同侵权行为人的责任范围内承担连带责任。部分连带责任对责任形态的划分标准采取的是“违法性差异说”,是以行为的违法性为标准,判断各自行为的参与程度,其理论基础是一般侵权行为的归责原则。也就是各行为人的违法性为同程度的场合构成全部连带;违法性差异时,违法性大的行为人对损害全额负责,违法性程度小的行为人只对一部分损害负连带债务。^{[16]279,290}学者评论认为,川井健教授根据《日本民法》第719条第1项前段规定,虽然采用了客观的关连共同说作为基础,但对于其法律效果而言,允许部分加害人通过证明对共同行为的参与程度以减少赔偿,在证明成立时则适用部分连带责任。^{[15]220}

尽管有的学者对川井健教授以责任形态的划分标准采取“违法性差异说”,以行为的违法性为标准判断各自行为的参与程度的观点提出质疑,^{[16]281}但这种连带责任的特殊形态是客观存在的。我国《侵权责任法》第36条第2款的规定恰好说明了这一点。

不过,川井健教授关于部分连带责任学说所说的这种情形,与我国《侵权责任法》第36条第2款规定的部分连带责任有所不同。依照《侵权责任法》第36条第2款规定和我的理解,部分连带责任应以各个加害人的行为原因力为基准,对每一个加害人的行为都具有原因力的那一部分损害的责任为连带责任,对部分加害人的行为不具有原因力的那一部分损害的责任,由行为具有原因力的加害人承担,不属于连带责任。

正因为如此,我的意见是借鉴部分连带责任的概念,将我国《侵权责任法》中规定以及未明确规定的相似的内容都归并在一起,构成一个部分连带责任的体系,可以包含的内容是以下三种:

一是川井健教授提出的共同加害人的行为原因

力不等的部分连带责任。例如,在一个共同侵权行为两个加害人中,一个加害人的行为的原因力为70%,另一个加害人的行为的原因力为30%。如果按照一般的连带责任规则,两个加害人在中间责任上都应当承担连带责任,这样处理,对于后一个加害人而言显然不公平。按照部分连带责任的学说,将原因力重合的那一部分即 $30/70=42.9\%$ 作为连带责任,其余的57.1%为前一个加害人单独承担;再对连带责任(即42.9%的部分)的最终责任进行分割,即每个人承担21.45%。这样的责任分担规则,改变了我国侵权法对此一律实行连带责任,只是在最终责任确定上依照原因力规则确定连带责任人各自份额作法的不妥当之处,显然更为公平、合理。

二是部分叠加的分别侵权行为承担的部分连带责任。部分叠加的分别侵权行为也叫作半叠加的分别侵权行为,是在分别实施侵权行为的数人中,一个人的行为具有100%的原因力,另外的人只具有50%(包括不足100%)的原因力。对此,我们曾经提出的意见是,其后果仍然是承担连带责任,只在最终责任份额上体现这种区别,分别承担33.3%和66.7%。⁽¹⁷⁾如果按照部分连带责任的学说处理,就可以将具有共同原因力的部分50%的损害作为连带责任处理,其余部分50%由前者个人负单独责任;共同承担连带责任的50%各自份额为25%。这样的结果也更为公平、合理。

三是《侵权责任法》第36条第2款规定的部分连带责任。对具有共同原因力的扩大部分的损害,加害人承担连带责任,其余部分损害,由具有单独原因力的加害人单独承担。这正是本节讨论的问题。

《侵权责任法》第36条第2款规定的对损害扩大部分承担的连带责任,就是上述第三种部分连带责任。根据违法行为的原因力和过错程度,侵权的网络用户实施的侵权行为造成了被侵权人的全部损害,存在完整的原因力,应当对全部损害负责。网络服务提供者由于未履行及时采取必要措施的义务,使损害扩大,应对损害扩大的部分与网络用户承担连带责任,因而在这一部分损害上,网络服务提供者与网络用户的赔偿责任重合,形成部分连带责任。同时,由于原因力重合的这一部分损害是由两个责任人承担连带责任,因而双方之间存在最终责任的分配问题,如果一方承担的赔偿责任超过了其应当承担的最终责任份额,对超出的部分可以向对方请求追偿。正是由于数个侵权人对于造成的同一个损害,全体责任人仅对部分损害承担连带责任,对于连带责任之外部分的责任,只由应当承担责任的人单独承担,而不由全体责

任人连带承担,其所形成的情形,正是在数人中,有的承担全部责任,有的就部分责任承担连带责任,构成了部分连带责任。

(三) 部分连带责任与典型的连带责任的区别

《侵权责任法》第36条第2款规定的这种部分连带责任与《侵权责任法》第13条和第14条规定的典型的连带责任不同,即在一个由数人的行为造成的损害中,网络服务提供者仅就损害的扩大部分承担连带责任,而对该部分损害之外的其他损害部分,只能由侵权的网络用户承担责任。而《侵权责任法》第13条和第14条规定的典型连带责任的规则,是全体连带责任人全部连带负责,最终责任按照份额由每一个连带责任人按照过错程度和原因力比例承担。⁽¹⁸⁾⁵⁸⁶这种与典型连带责任不同的特殊连带责任,就是部分连带责任中的一种。因为在网络用户实施侵权行为之后,被侵权人主张通知权利,网络服务提供者未及时采取必要措施,并非对全部损害承担连带责任,而是仅就其损害的扩大部分承担连带责任。这样就形成了在一个完整的责任中,对于损害扩大部分,网络用户和网络服务提供者都要承担连带责任,而对于损害扩大部分以外的那一部分损害,则只有实施侵权行为的网络用户自己承担责任。因此,我接受川井健教授的部分连带责任的学说,用其概括《侵权责任法》第36条第2款规定的网络服务提供者对扩大部分的损害承担连带责任的责任形态,不仅基本规则相同,而且使用的用语都是相同的,是准确的概念。

(四) 两个法条对网络平台提供者规定不同责任形态的原因

部分连带责任与附条件不真正连带责任并不是同一类型的责任形态概念,在规则上不具有可比性。但是从实现功能的机理上进行比较,则是可行的。连带责任的功能在于扩大被侵权人实现权利的可能性,其机理是,每一个行为人的行为对损害的发生都具有原因力,形成共同原因。部分连带责任中的连带责任同样如此。不真正连带责任的功能也是扩大被侵权人实现权利的可能性,其机理是,将本不具有直接原因力的从行为人的行为与主行为人的行为竞合,将主、从行为人都作为形式上的连带责任人,便于受害人的权利实现,但最终责任仍然由主行为人承担,即使从行为人承担了赔偿责任,也可以向主行为人进行追偿。两相比较,部分连带责任的行为人都是主行为人,对于部分损害都具有直接的原因力,因而任何一个行为人都具有连带责任的最终责任份额。而附条件的不真正连带责任的行为人,既有主行为人也有从行为人,行为具有间接原因力的从行为人在具备法律

规定或者合同约定的条件时,才承担不真正连带责任的中间责任,并且在赔偿后可以向主行为人追偿,使自己在实际上不承担最终责任。因而可以看出,部分连带责任更重,而附条件不真正连带责任显然较轻。其基础恰恰是互联网企业作为两种不同的网络平台提供者承担的义务的不同。这一点前文已经阐释,不再赘述。

(五)《侵权责任法》第 36 条第 2 款规定的部分连带责任的基本规则

《侵权责任法》第 36 条第 2 款规定的部分连带责任的具体适用规则是:

1. 侵权的网络用户应当对全部损害承担责任

网络用户在网络媒介平台上实施侵权行为,造成被侵权人的民事权益损害,应当对全部损害承担责任。这是该条第 1 款规定的规则。在这个全部责任中,就包括网络服务提供者要承担的部分连带责任。

2. 网络服务提供者对损害扩大部分承担连带责任

网络用户实施侵权行为,被侵权人行使了通知权利之后,网络服务提供者在合理期限内未采取必要措施的,就应当对此部分损害与侵权的网络用户承担连带责任。就这一部分扩大的损害,被侵权人可以请求网络服务提供者承担赔偿责任,也可以主张网络用户承担赔偿责任,但不能就损失扩大部分之外的损害主张由网络服务提供者承担责任。

3. 损害的扩大部分的确定

对于损害扩大部分究竟应当怎样确定,我曾经主张“应当以网络服务提供者被提示之后确定,凡是被提示之后造成的损害,就是损害的扩大部分”。⁽¹⁹⁾¹⁶⁶有的学者指出这样的界定不妥当,原因在于,通知之后到采取必要措施之间还有一个合理时间,即“及时”的要求,因此,损害的扩大部分是指网络服务提供者接到通知后,未在合理时间内采取必要之措施而导致的损害被扩大的那部分。⁽²⁰⁾³⁴⁰主张在通知之后应当扣除“及时”这个合理时间部分的意见,是对的,我接受这个批评。但该意见中关于还要扣除“采取措施—转达通知—反通知—恢复”的程序的时间的看法,⁽²⁰⁾³⁴⁰是不正确的。损害扩大的部分,就是通知提出之后经过合理时间结束时为止。这个合理时间,我们主张一般为收到有效通知后的 48 小时,涉及热播影视等作品或者涉及危害国家安全、侵害社会公共利益的,为收到有效通知后的 24 小时。⁽²¹⁾³⁵收到有效通知,再加上上述时间,之后的损害部分,就是损害扩大部分。

4. 网络用户与网络服务提供者承担最终责任应

当区分份额

网络用户与网络服务提供者对于损害扩大的部分承担连带责任,就中间责任而言,双方都有义务承担全部责任,但在最终责任上,必须区分双方的责任份额,应当依照《侵权责任法》第 14 条关于“连带责任人根据各自责任大小确定相应的赔偿数额;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任”的规定,根据双方各自的过错程度和原因力比例确定。相比较而言,网络用户作为侵权人,利用网络实施侵权行为,多数是恶意而为,至少是具有重大过失,过错程度严重,原因力比例大;而网络服务提供者只是在被侵权人通知之后未及时采取必要措施,相对来说,过错程度和原因力都比网络用户的责任程度为轻,因而网络用户应当承担主要责任,网络服务提供者应当承担次要责任,即使网络服务提供者存在恶意,最多也是承担同等责任。

5. 网络服务提供者承担赔偿责任后的追偿权

不论是网络用户还是网络服务提供者在扩大的损害部分承担了连带责任之后,依照《侵权责任法》第 14 条第 2 款规定,都有权向没有承担最终责任的连带责任人主张追偿。追偿的数额,就是为对方承担了赔偿责任的那一部分最终责任的份额。经调查,目前我国网络服务提供者在依照《侵权责任法》第 36 条第 2 款规定承担了连带责任之后,通常不向网络用户行使追偿权,主要原因在于互联网企业并不想因此伤害自己的网络用户资源。这是网络服务提供者在处分自己的追偿权,法律并不反对。

四、网络平台提供者与网店的销售者或者服务者以及网络用户承担连带责任

如前所述,《消费者权益保护法》第 44 条第 2 款和《侵权责任法》第 36 条第 3 款的规定基本相同,都是网络平台提供者在明知或者应知销售者、服务者以及网络用户利用其平台侵害消费者或者他人合法权益,未采取必要措施的,与该销售者或者服务者以及网络用户承担连带责任。

这一规则在具体适用中应当注意以下几个问题:

(一) 网络平台提供者承担连带责任的前提是构成共同侵权行为

应当特别明确的是,两部法律的上述规定,与《侵权责任法》第 36 条第 2 款和《消费者权益保护法》第 44 条第 1 款规定完全不同,规定的是连带责任,其前提是网络平台提供者与网店的销售者或者服务者以及网络用户构成共同侵权行为。

这种共同侵权行为属于客观的共同侵权行为,是

既没有共同故意也没有共同过失,只是数人的行为构成客观关连共同,因而构成共同侵权。在网络平台提供者具有明知的情况下,也并不因为其明知而构成有意思联络的共同侵权行为,因为行为人并没有进行通谋,仍然属于客观关连共同,但其过错程度显然高于过失。如果是应知而未知,则为过失,当然是客观关连共同,亦为客观的共同侵权行为。不论怎样,这样的情形都符合《侵权责任法》第8条的规定,构成共同侵权行为,应当承担连带责任。

(二) 承担连带责任的中间责任人由消费者或者被侵权人选定

依照《侵权责任法》第13条规定,在连带责任中,“被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任”。在被侵权人请求部分连带责任人承担责任的情形下,被起诉的连带责任人承担的是中间责任。在互联网企业、网店的销售者或者服务者、侵权的网络用户这些主体中,既然承担的是连带责任,消费者或者被侵权人有权在其中选择部分或者全部作为自己的诉讼被告,主张承担全部责任。原告主张起诉谁,谁就是被告,法官不必追加没有起诉的被告,因为这是原告在行使自己的权利。

(三) 网络平台提供者的责任份额应当依照其过错程度和原因力确定

网络平台提供者在连带责任中承担的最终责任份额,应当根据其过错程度和行为的原因力确定。依我所见,既然明知和应知在过错程度上有所不同,在确定网络平台提供者的最终责任份额时应当有所区别。如果网络平台提供者明知网络用户或者销售者、服务者利用其网络平台实施侵权行为的,就具有间接故意,其承担的责任份额应当与直接实施侵权行为的网络用户或者网店的销售者、服务者的责任大体相当(同等责任);如果网络平台提供者是应知而未知,过错性质是过失,承担最终责任的份额应当为次要责任,在30%左右确定。

(四) 承担了超过自己责任份额的一方有权向其他责任人行使追偿权

网络平台提供者在承担了超过自己责任份额的赔偿责任之后,对于超过自己责任份额的那部分责任,对销售者或者服务者以及侵权的网络用户享有追偿权,有权依照《侵权责任法》第14条第2款规定对其进行追偿。

参 考 文 献

- (1) 杨立新. 多数人侵权行为及责任理论的新发展[J]. 法学, 2012 (7): 41-49.
- (2) 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- (3) 梁上上. 利益衡量论[M]. 北京: 法律出版社, 2013.
- (4) 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 消费者权益保护法立法背景与观点全集[M]. 北京: 法律出版社, 2013.
- (5) 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 侵权责任法立法背景与观点全集[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- (6) 杨立新. 修订后的《消费者权益保护法》经营者民事责任之解读[J]. 法律适用, 2013 (12): 29-37.
- (7) 杨立新. 论不真正连带责任类型体系及规则[J]. 当代法学, 2012 (3): 57-64.
- (8) 杨立新. 论竞合侵权行为[J]. 清华法学, 2013 (1): 119-133.
- (9) 王利明. 中国民法案例与学理研究(债权编修订本)[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- (10) 杨立新. 债与合同[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- (11) 杨立新. 侵权责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- (12) 杨立新. 教唆人、帮助人责任与监护人责任[J]. 法学论坛, 2012 (3): 48-56.
- (13) [美]肯尼斯·S·亚伯拉罕 阿尔伯特·C·泰特. 侵权法重述纲要[M]. 许传玺, 石宏, 译. 许传玺, 审校. 北京: 法律出版社, 2006.
- (14) 杨立新. 侵权责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- (15) [日]川井健. 共同不法行為の諸問題現代不法行為研究[M]. 东京: 日本評論社, 1978.
- (16) 于敏. 日本侵权法[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- (17) 杨立新, 陶盈. 论分别侵权行为[J]. 晋阳学刊, 2014 (1): 110-121.
- (18) 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.
- (19) 杨立新. 《中华人民共和国侵权责任法》精解[M]. 北京: 知识产权出版社, 2010.
- (20) 程啸. 侵权责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- (21) 杨立新. 中国媒体侵权责任案件法律适用指引[M]. 北京: 人民法院出版社, 2013. (本文责任编辑 松 明)