

旅游网络交易平台法律规制问题研究

傅林放

(浙江旅游职业学院 社科部, 浙江 杭州 311231)

摘要: 文章以一起发生交通事故的出境游为切入点, 细致分析了销售该出境游产品的旅游网络交易平台的行政和民事法律责任。由此发现, 就平台上违法经营旅游业务的问题, 现有的针对平台的法律规制措施存在明显不足, 既不能有效制止违法经营行为, 也很难有效救济被侵害旅游者的权益。其原因主要是规制措施本身不具有合理性: 一是对于平台上严重性完全不同的违法经营和一般民事侵权, 平台的法律责任负担并无实质性差异; 二是规制所隐含的两个前提假设, 即平台与经营者是平等主体、平台是独立于交易双方的中立主体, 在实践中是不成立的。改变民事规制是解决这一问题较为可行的方案, 该方案既符合公平对等的原则, 也是帕累托更优之选项。这一方案直接保护了旅游者的权益, 同时也会倒逼平台加强对违法经营情况整治, 从而弥补行政监管上的无力和不足。

关键词: 旅游网络交易平台; 法律规制; 连带责任; 解决方案

中图分类号: F59 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-5841(2019)01-0070-15

2017年8月份, 一批杭州游客参加某旅行社组织的泰国半自助行旅游(前两天跟团旅游, 后两天自助安排行程)。出发前一天, 该批游客又在国内某知名旅游服务网络交易平台(由住所地在北京的M公司所有, 并由M公司经营管理)购买了泰国一日游产品, 作为自行安排时段的旅游活动。正是在该一日游行程期间, 一日游服务所提供的车辆发生翻车事故, 造成车上11名游客不同程度受伤(7名杭州游客, 4名广州游客)。事发后, 笔者详细调查了游客购买一日游产品的情况, 并进入某旅游服务网络交易平台(以下简称“平台”), 查看了泰国一日游产品的销售信息, 发现这一经营行为存在两方面问题: 一是在该平台上销售本次发生事故的一日游产品的是一家未取得出境游许可的Q旅行社, 且这种超范围违法经营的不止Q旅行社一家; 二是在该

基金项目: 浙江省教育厅访学项目“在线旅游交易平台经营规制研究”(FX2016103); 杭州市哲学社会科学重点研究基地项目“在线旅游交易平台经营规制研究”(2016JD07)。

作者简介: 傅林放(1979—), 男, 浙江桐庐人, 教授, 研究方向为旅游法、旅游市场治理。

平台上销售泰国一日游的经营者中,有不少是泰国旅游企业,即泰国旅游企业直接通过该平台向中国旅游者销售泰国一日游,这显然也是违法的。笔者认为,这样的违法情况可能不是个例,且本次事例颇具代表性。

一、旅游网络交易平台的法律责任分析

由于网络平台交易的特殊性,比如平台经营者面对的往往是海量的网络交易信息,要求经营者如线下实体经营者一般,做到及时全面审核是不可能的;再如,消费者与经营者通常是异地的,消费者的维权行为因空间距离而存在很高的成本。这些特殊性,导致旅游网络平台经营者的法律责任存在特殊性。以前述事例为例,对网络平台经营者的行政和民事法律责任做如下分析。

(一) M公司的行政法律责任

根据《旅游法》第一百一十一条第三项对包价旅游合同的定义,以及《北京市旅游条例》(M公司住所地的地方法规)第五十二条,《浙江省旅游条例》(经营行为发生地的地方法规)第二十四条第二款等地方立法的规定,事例中的泰国一日游属于包价旅游产品。根据《旅游法》第二十八条、二十九条的规定,经营包价旅游业务,应当取得旅行社业务经营许可;经营出境旅游,应当取得出境旅游许可。事例中,Q旅行社违反了上述出境游许可的规定。《无证无照经营查处办法》^①第二条规定,任何单位或者个人不得违反法律、法规、国务院决定的规定,从事无证无照经营。《旅游法》第四十八条规定,通过网络经营旅行社业务的,应当依法取得旅行社业务经营许可。泰国企业未在中国取得营业执照和旅行社业务经营许可,显然不能通过平台在中国开展此类业务。

《北京市旅游条例》第四十九条第二款、《浙江省旅游条例》第三十条第二款规定,网络交易平台为旅游经营者提供交易服务的,应当核实旅游经营者的营业执照和经营许可;未经核实,不得提供交易服务。据此,针对Q旅行社经营泰国一日游,M公司是否履行了审核义务。M公司可能就此辩称,其已经审核了Q旅行社的资质,并允许Q旅行社在平台上从事符合其经营许可范围的业务。鉴于网络平台上海量的旅游产品信息,Q旅行社私自销售泰国一日游的行为,此前并无任何人告知,M公司客观上没有能力及时发现并制止,因此M公司并未违反上述法律规定。M公司的上述说法显然

^①2003年3月1日生效的《无证无照经营查处取缔办法》经修订后,改为现在的《无证无照经营查处办法》,并于2017年10月1日生效。

是有一定的说服力。根据《侵权责任法》第三十六条规定,网络服务提供者承担侵权连带责任的前提是,“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”或者“接到通知后未及时采取必要措施的”。可见主观上存在放任、消极的态度是认定责任的前提。举轻明重,民事责任尚且如此,作为更严苛的行政责任,当然需要这一要件。行政主管部门要证明这一要件的成立,尤其是面对网络平台,检查与取证更加复杂困难的对象,难度可想而知。因此M公司在这一环节的违法性通常很难得到认定。

对于泰国旅游企业在该平台上销售泰国一日游产品,鉴于境外企业没有取得我国的营业执照和旅行社经营许可,M公司显然不可能履行证照的审核义务。其允许泰国企业入驻平台开展业务的行为,违反了《无证无照经营查处办法》第十四条,《北京市旅游条例》第四十九条第二款的规定。根据特殊优于一般的原则,应当适用《北京市旅游条例》处理。

由上可见,M公司的核心法律问题在于是否履行了企业经营资质的审核义务。若M公司未履行该义务,根据《北京市旅游条例》第七十八条,由工商行政管理部门予以警告,责令改正;拒不改正的,处以1万元以上3万元以下罚款。由该罚则可见,M公司的网络平台上存在违法经营泰国一日游,M公司未履行审核义务,相应的行政法律责任后果不严重。M公司这类涉嫌违法的经营行为之所以敢于光明正大的开展,缺乏实质性的行政处罚,应是其中重要的原因。

(二) M公司的民事法律责任

首先,讨论发生交通事故的这起事例。事例中,受伤的游客该向谁主张损害赔偿?鉴于不同国家的司法环境、赔偿标准不同,以及空间距离等原因,游客直接向泰国旅游经营者主张权利是不明智的。在不考虑组织泰国自由行的杭州旅行社的前提下,理想的方案是游客将Q旅行社和M公司一并作为被告,向法院起诉,要求被告承担损害赔偿责任。

游客如果选择合同之诉,Q旅行社是适格被告,M公司则不是。因为泰国一日游的合同关系存在于Q旅行社和游客之间,M公司是第三方平台,并非合同当事人。除非平台有特殊承诺,否则基于合同相对性原理,法院理论上只会判决Q旅行社承担违约赔偿责任,并驳回游客的其他诉讼请求,即被告M公司理论上不会在该案件中承担法律责任。

游客如果选择侵权之诉,根据《旅游法》第七十一条第二款之规定,由于地接社、履行辅助人的原因造成旅游者人身损害、财产损失的,旅游者可以要求地接社、履行辅助人承担赔偿责任,也可以要求组团社承担赔偿责任;

组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。Q旅行社作为组团社，应当就此承担侵权责任，在支付赔偿款之后，有权向泰国地接社追偿损失。另一被告M公司是否应承担责任？《消费者权益保护法》（以下简称《消法》）第四十四条第二款规定，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。游客是否可以据此要求被告M公司就Q旅行社的侵权责任承担连带责任？笔者认为，这同样很难成立，核心的理由是侵权行为是地接社安排的驾驶员的不当驾驶行为，这并非“服务者利用其平台侵害消费者合法权益”，即不当驾驶的侵害行为并非是利用平台实现的。如果游客主张，正是因为Q旅行社不具有出境旅游许可，是不合格的经营者，所以未能遴选出合格的地接服务提供者，包括合格的驾驶员，进而主张，M公司允许Q旅行社开展无资质经营出境游，具有过错，需承担连带责任。对此M公司，一方面可以抗辩前述因果关系不是法律上认可的形态，且并非发生交通事故的驾驶员就是不合格驾驶员；另一方面可以辩称，其并不清楚Q旅行社从事了泰国一日游的经营活动。鉴于一个人无法证明不存在的事实，前述法律规定中的“明知或者应知”的举证责任应当由游客承担，^①游客显然无力证明这一事实的存在。可见M公司在侵权之诉中也不太可能承担民事责任。

由于Q旅行社不具有出境游许可，出境游业务中的赔偿责任，并不在其投保的旅行社责任险的保险范围内，因此保险人必然拒赔。11名游客的损害赔偿，很可能是上百万乃至更多，旅行社的注册资本金为不少于30万元^②，旅游服务质量保证金是20万元^③，两者合计最多50万元，远远不够游客的损害赔偿，结果很可能是游客合法权益二次受损。也正因此，笔者特别

①由大量的司法判决可见，“明知或者应知”的举证责任归于消费者一方，比如（2014）粤高法民一提字第52号民事判决（浙江天猫网络有限公司与姚爱武产品质量纠纷）。该判决书还指出，宝生园公司作为商品经营者发布虚假的广告信息，网络交易平台对此并无预见能力。若要求其承担对此类信息的事前审查义务，则网络交易平台必然需对商品信息逐一筛查，与网络交易平台以快速提供交易信息和交易渠道为优势的特点相悖，也将不适当的增加运营成本。因此，在天猫公司未直接参与或实施侵权行为时，应限制其对商品经营者的侵权行为承担连带责任的条件。

②《公司注册资本登记管理规定》第二条规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关依法登记的全体股东认缴的出资额。因此不少旅行社都是认缴30万，其股东有可能不具备实缴的经济能力。

③《旅行社条例》第十七条规定，旅行社自交纳或者补足质量保证金之日起三年内未因侵害旅游者合法权益受到行政机关罚款以上处罚的，旅游行政管理部门应当将旅行社质量保证金的交存数额降低50%。据此，很多旅行社的保证金账户实际只有10万元。

关注 M 公司的民事责任,但基于上文分析,涉及 Q 旅行社的业务中, M 公司几乎不会承担民事法律责任。最终,受伤游客可能无法得到全部的损害赔偿,这也是本文试图解决的问题之一。

其次,讨论泰国企业在 M 公司平台上销售泰国一日游的经营行为。假设在这种情形下发生交通事故,如何承担民事责任?游客显然会直接起诉 M 公司,基于如下几方面理由,相应民事责任应当由 M 公司承担:第一, M 公司允许境外企业在其平台上开展经营,违反法律规定。这种违法性必然导致 M 公司在其与平台用户也就是游客之间的合同关系中存在严重的违约;第二,若 M 公司根据《消法》第四十四条、《北京市旅游条例》第五十条之规定,向游客披露泰国企业的真实名称、地址和有效联系方式的,进而要求游客直接向泰国企业主张权利。这样的抗辩显然不能成立,因为前述两项立法有一隐含的前提,即 M 公司与平台上的经营者应当都在中国法域之内。离开了中国法域,也就失去了这一法律适用的前提。实际经营者在中国法域之外,给游客直接维权造成了超出预期的负担,这正是 M 公司严重违约造成的, M 公司当然须承担相应后果。

(三) 法律责任的问题

由前述行政、民事法律责任分析可知,针对平台上旅游经营行为的法律规制的效果并不理想。未取得出境游许可的旅行社在平台上违法经营出境游, M 公司大概率不会承担行政法律责任,也不太可能承担民事赔偿责任。缺乏法律责任的约束和威慑,极有可能导致违法经营出境游的现象在平台上大量滋生。这一方面破坏了出境游市场的公平竞争环境;另一方面很可能造成受损害的游客得不到足额赔偿的结果。在允许无证照经营者进入平台的情况下, M 公司虽然可能承担行政法律责任和民事赔偿责任,但行政责任以责令整改为前提,其威慑效果十分有限;民事责任的承担又以法院判决为最终依据,但需要通过诉讼方式来解决的纠纷往往是严重的事故,这毕竟只是一小部分。正因为如此,泰国企业直接进入平台经营的情况才会存在,相信也不会是个别现象。法律规制效果不理想的重要原因就是规制内容存在不合理的问题。

二、现有法律规制的理由及问题

就包价旅游业务,现有法律针对旅游交易网络平台的规制,分为行政法律规制和民事法律规制。行政方面主要是证照审核义务,民事方面包括信息披露义务和采取必要措施的义务,具体见表 1。

表 1 法律规制的内容		
规制要求		责任后果
行政法律规制	证照审核义务	<p>《北京市旅游条例》第四十九条 ……网络交易平台经营者应当对旅行社经营资质进行审核；未经审核，不得允许旅行社通过平台从事相关经营活动。</p> <p>第七十八条 网络交易平台经营者……未经审核允许旅行社在平台从事相关经营活动的，由工商行政管理部门予以警告，责令改正；拒不改正的，处以 1 万元以上 3 万元以下罚款。</p>
		<p>《浙江省旅游条例》第三十条 网络交易平台为旅游经营者提供交易服务的，应当核实旅游经营者的营业执照和经营许可；未经核实，不得提供交易服务。</p> <p>第四十四条 网络交易平台……未核实旅游经营者营业执照和经营许可的，由工商行政管理部门责令改正；拒不改正的，处一万元以上三万元以下罚款。</p>
民事法律规制	经营者信息披露的义务	<p>《消法》第四十四条第一款 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……</p>
	及时采取必要措施的义务	<p>《北京市旅游条例》第五十条 旅游者通过网络交易平台购买旅游产品或者服务，其合法权益受到损害的，可以要求销售者或者服务者赔偿。网络交易平台经营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，旅游者可以要求网络交易平台经营者赔偿。</p> <p>《消法》第四十四条第二款 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。</p>

（一）现有规制的理由

1. 行政法律规制的理由

行政法律规制主要是规定平台经营者（以下简称“平台”，下文使用的“平台”有时指网络平台，有时指网络平台的经营者，如案例中的 M 公司，鉴于两者应能被清楚区分，为表述的简洁，一律使用“平台”）对经营者（在平台上开展旅游业务的经营者，如案例中的 Q 旅行社、泰国企业等，为了表述简洁，本文一律称为“经营者”）营业执照、旅行社业务经营许可证的核实义务，它是针对经营者主体资格的合法性审查义务，实质是经营者进入平台的准入规制。它以行政许可，即工商登记和旅行社业务经营许可为前提，直接目的在于维护前述行政许可制度，实现市场公平竞争的秩序。它作为消费领域的规制措施，其根本的目的在于消费者权益保护这一公共利益。

但在实效性方面，它仅在无证或无照这种最显著的违法情形中，具有明确的可适用性。至于有许可证，但不包含出境游、赴台游、边境游等业务范围的，或者许可证已经失效等情形，则适用的可能性甚小。换言之，它仅能在最低限度的合法性层面发挥作用，与规制所要实现的目的效果相差甚远。

是否有更好的规制方案呢？表 2 中列举了各类可能的方案。其中，“实际业务范围合法性审核义务”是指平台应当对经营者实际开展的业务是否在其经营许可的范围之内进行审核。在客观上，平台是有可能通过大数据、关键词抓取等信息技术在一定程度上实现审核的，但这意味着较高的成本投入，这对该类业态的创新发展必然产生抑制作用。“实际经营行为合法性审核义务”是指平台应当对经营者在平台上从事的各项行为的合法性进行审核。面对海量的、类型繁杂的经营行为，这样的义务在客观上是不可能履行的。在当前实施“互联网+”战略，鼓励创新创业的大背景下，国家对互联网新业态所持的规制立场是以适度宽松、鼓励创新为主的^①。因此，表 2 中的第二种方案，作为当前的法律规定，在公共利益和鼓励创新之间做了较好的平衡，更为可取。

表 2 不同行政法律规制方案比较

		不干预	弱干预	强干预	高强度干预
规制措施		无规制措施	证照审核义务	实际业务范围合法性审核义务	实际经营行为合法性审核义务
规制效果		平台不承担行政责任，平台上存在大量违法经营者。	平台承担较轻的行政法律义务，经营者有最低限度合法性。	平台承担较严格的行政法律义务。构成一定的进入门槛，抑制创新发展。	平台承担十分苛刻的行政法律义务，平台无力履行，难以合法生存。

2. 民事法律规制的理由

民事法律规制措施包括经营者信息披露的义务^{②[1]}和及时采取措施的义务。经营者利用平台从事违法经营活动，损害旅游者权益时，平台该承担何

①《国务院办公厅关于深入实施“互联网+流通”行动计划的意见》（国办发〔2016〕24号）明确指出，激发市场主体创业创新活力，鼓励包容企业利用互联网平台优化社会闲置资源配置，拓展产品和服务消费新空间新领域，扩大社会灵活就业。

②杨立新教授认为，《消保法》第四十条第一款规定的平台承担经营者信息披露义务，不适用于服务交易平台，因为服务提供者与消费者必然在线下当面交易，因此消费者能够找到经营者，就无须平台承担披露义务。这一判断在旅游服务中显然是不成立的，因为实际的服务提供者并非平台上的经营者。

种民事义务和责任？一方面，虽然平台上的经营者可能会损害旅游者的利益，但基于诚实信用的原则，旅游者有理由相信平台至少不会容忍违法经营者的存在；另一方面，不得不承认，平台并无能力及时发现某些违法的经营行为。一方面是对旅游者权益的保护力度，另一方面是对“互联网+”创业之问题的宽容限度，面对这两种利益冲突，立法者在理论上有多种规制方案可以选择（见表 3），但立法者最终选择了“弱义务”的方案，仅规定了平台的主体信息披露义务，适度容忍了旅游者权益保障不足的结果。从利益衡量角度看，立法的天平偏向于互联网产业的发展，从义务设定原理看，平台客观上没有能力及时发现违法行为，法律不能强人所难，不能针对其没有能力的事项设定义务、苛以责任。

表 3 不同民事法律规制方案比较

	无义务	弱义务	强义务	高强义务
规制措施	无规制措施	经营者主体信息披露义务	经营者违法行为损害赔偿担保义务	经营者一切行为损害赔偿担保义务
规制效果	平台不承担任何民事义务，旅游者损害难以获得救济，平台上存在大量违法经营者。	平台承担较轻的民事法律义务，旅游者权益得到有限度保护。	平台并无能力及时发现经营者的违法行为。平台经营者将承担较重的责任。	平台并无能力及时发现经营者损害旅游者权益的各类行为。平台将陷入大量的损害赔偿纠纷中。

（二）现有规制的问题

1. 法律责任未做合理区分

《消法》第四十四条第二款规定，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。其中，“服务者利用其平台侵害消费者合法权益”可以细分为两类情况：一种是经营行为既侵害了特定消费者合法权益，同时也违反法律禁止性规定，破坏了市场竞争秩序，损害了不特定市场主体的利益；另一种是经营行为仅侵害了特定消费者合法权益，并不违反禁止性规定。针对危害性完全不同的两类侵害行为，《消法》规定平台应承担的民事责任不存在区别，是否合理呢？固然，就经营者违法经营行为，平台有另外的行政责任负担，但上文已经说明，在旅游网络交易平台方面，行政责任几乎是虚设的，很难构成实质性的负担。其结果就是危害明显不同的两种情况，法律后果几乎相同，这显然是不合理的。

2. 前提假设不成立

上文针对网络平台的民事法律规制措施理由的论述,隐含了两个假设条件:第一,平台和经营者是平等民事主体,据此建立的合同关系也是平等的。由此,针对经营者损害旅游者权益的行为,责任由经营者自行承担。平台作为平等主体,无权管理经营者,也无须就其违法行为承担后果,因此仅需披露经营者信息,即可免责。第二,平台在经营者和旅游者之间是中立的第三方主体,能够中立对待双方利益。因此,当经营者和旅游者发生纠纷时,也应维持平台中立的地位,只要平台披露经营者信息,平台即可以继续保持中立、超脱,而无须陷入纠纷。笔者认为,这两个假设在实践中,基本是不成立的。

一是关于平等的假设。平台与经营者的关系,固然是双方自愿建立的平等的民事合同关系。但法律规范的应然不等于现实地位的实然。基于平台与经营者事实地位的差异,两者一定程度上是管理与被管理的关系。平台对经营者的管理,包括旅游产品的管理、旅游费用结算与支付的管理、旅游服务质量的管理、旅游者投诉的管理等。经营者违反管理,将承担利益上的损失,甚至被“逐出”平台^①。《网络交易管理办法》第二十五条就此规定,第三方交易平台经营者应当建立平台内交易规则、交易安全保障、消费者权益保护、不良信息处理等管理制度。也正因此,有作者认为,网络交易平台是存在于政府主体与市场主体之间,具有自律监管职能的第三类经济法主体^[2]。由此可见,第一个假设是不成立的。因此,在经营者从事违法经营活动时,平台也应就自身管理不当承担一定后果。需要特别说明的是,管理得当并非要求平台在第一时间发现违法经营行为,而是通过恰当的管理措施,使经营者不敢在平台上开展违法经营行为,否则将承受严重后果。毕竟进入平台的经营者都是旅行社,有着长期经营的利益诉求,不同于某些行业或某些平台的经营者,可以随时变换马甲继续从事违法经营。

^①比如,某平台与经营者的合同约定,“若发生用户投诉,甲方(经营者)需要30分钟内反馈,24小时内有初步解决方案;甲方若不能在约定的时间内妥善解决纠纷,乙方(平台)有权根据纠纷事实,对相关责任进行确认和分配。对于甲方应当承担赔偿责任的情况,甲方授权并同意在甲方无法妥善处理纠纷时乙方可利用所欠代付给甲方的业务团款或甲方保证金款项对用户进行先行赔付,此相关赔付事宜会通知甲方,甲方认可并同意上述处理结果、承担相应费用”。也有的平台对经营者实行积分管理,并“按违规积分,从甲方(经营者)保证金中扣除相应金额作为违约金,同时计入客户累计违规历史记录”。鉴于此类合同约定并非公开事项,此处不披露具体平台的名称。

二是关于中立的假设。平台与经营者、旅游者一样，有自己的利益诉求。有利益，就有选择、有偏向，就不可能做到真正中立。一方面，平台需要获得旅游者认可，赢得市场口碑，才能够生存、发展，因此平台首先要约束经营者，维护旅游者权益。当平台已经建立了强大的市场影响力之后，这样的诉求、意愿就可能减弱；另一方面，平台也需要大量的经营者入驻，确保旅游产品类型丰富，具有市场竞争力，例如 M 公司，为了实现这一目的，甚至不惜冒着被行政处罚的风险，直接将泰国旅游经营者引入平台。由此可见，为避免经营者流失，平台也不会为维护旅游者权益，而过度约束经营者。但在平台成为重要的旅游者流量入口的时候，“流失”的担忧也会大大减弱。在这个过程中，平台选择的是在经营者和旅游者之间动态的平衡，而非中立。当平台成长壮大之后，将有更大的空间来实现自身利益，比如竞价排名、搜索引擎等业务的引入，必然区别对待不同的经营者和旅游产品，从而也可能区别对待不同的旅游者；再比如平台的关联公司成为经营者，很有可能会被区别对待，从而不同的经营者与旅游者的关系也会被区别对待。这些都说明平台的“中立”只是形式上的，是法律规范层面的应然。平台基于利益的“偏向”，可能有利于经营者，可能有利于旅游者，但几乎肯定是有利于平台自身的。既然“中立”不是客观存在的，平台有自身特定的利益诉求，发生旅游纠纷时，给予其“超脱”的地位就不具有合理性。

三、规制问题的解决方案

通过上文，我们厘清了现有规制的自身逻辑及其存在的理论问题，进而也指出了问题的解决方向，下面就可能的解决方案做进一步分析。

（一）可行的解决方案

针对上述问题，解决方案一是改变行政责任规定，这也有两个具体选项。第一，比如前述《北京市旅游条例》第七十八条，网络交易平台经营者……未经审核允许旅行社在平台从事相关经营活动的，由工商行政管理部门予以警告，责令改正；拒不改正的，处以1万元以上3万元以下罚款。将其中的“责令改正；拒不改正的”删除。但基于上文分析，这对平台允许无证企业，比如泰国旅游企业直接进入平台开展经营的极端的违法行为有一定效果。对于平台允许 Q 旅行社这样违法经营的行为却没什么效果，而这恰恰是最难解决的。第二是采取表 2 中的“强干预”，即要求平台对经营者开展各项业务是否在法律许可的范围进行审核。这样的义务显然太过苛刻，不可行。由此可见，从行政责任角度，很难有实质性的解决方案。

解决方案二是改变民事规制措施。表3中的“强义务”，即平台就经营者的违法经营行为向旅游者承担损害赔偿的担保义务，是否可行呢？具体的法律条款可以表述为，“旅游经营者利用网络交易平台开展违法经营活动，损害旅游者权益的，平台应就此承担连带责任，平台承担责任后有权向经营者追偿”。根据这一方案，认定平台承担连带责任，需要满足三个要件，分别是利用平台、违法经营、损害旅游者权益。第一，违法经营活动并非利用平台实施，就不是平台能够管理、约束的，当然不能让平台承担责任，因此适用范围须限制在“利用平台”这一条件下；第二，针对经营者与旅游者发生的一般的侵权或违约纠纷，平台并无事先监管和避免的义务。但对经营者的违法经营行为，平台则存在监管义务和防范的义务。基于这样的义务，适用范围须限制在“违法经营”条件下；第三，损害旅游者权益，包括存在权益损害的后果，以及损害与违法经营具有因果关系。如果损害后果不存在，连带责任的救济就没必要了。如果没有因果关系，即损害后果不是利用平台的违法经营造成的，意味着“利用平台”“违法经营”这两个条件都不成立，也就不能使用这一规定。以上三个条件将连带责任限制在合理限度内，不致对平台造成不合理的负担。

基于这一方案，以案例中Q旅行社的违法经营为例，即使Q旅行社最终无力赔偿受伤游客的损失，游客也可以基于连带责任，通过M公司获得赔偿。可见，它能解决民事层面的问题。民事上的连带责任，必然会倒逼平台加强对违法经营的整治，从而弥补行政监管上的无力和不足，因此，也可以一定程度上解决行政层面的问题。这一民事方案从实效性层面看，完全具有可行性。

（二）民事方案的正当性

正如表3中说明的，平台客观上没有能力及时发现违法行为，法律不能强人所难，不能针对其没有能力的事项设定义务。民事方案的“连带责任”是否属于强人所难呢，是否针对其没有能力的事项设定的呢，是否具有正当性呢？

1. 法理基础之所在

平台承担的是一种不真正连带责任。不真正连带责任也称为不真正连带债务，不真正连带债务是指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。不真正连带债务不履行的后果，就是不真正连带责任^[3]。它既存在于侵权法领域，也存在于合同法领域。从侵权责任法角度

看,根据一般侵权责任的构成要件,网络交易平台提供商是否承担侵权责任应以其主观上是否有过错为判断标准,有过错承担责任,无过错不承担责任^[4]。从实定法的精神看,《消法》第四十四条第二款,平台承担连带责任是以“明知或者应知”而“未采取必要措施”为前提,其实质也是遵循了过错责任原则。从合同法角度看,连带责任应当基于合同的约定。但平台与旅游者的用户注册协议,是平台单方面拟定的格式合同,几乎不可能做出这种明显不利于平台自身的约定。

由于很难证明平台“明知或者应知”经营者从事违法行为,因而很难认定平台存在过错,民事方案让平台承担连带责任,就不符合过错责任原则。可见,该方案无法在侵权法上找到立足点。其理论立足点实际存在于合同法和消法上,它是基于消费者权益保障的需要,对平台和旅游者之间的格式合同(比如《用户注册协议》)关系进行干预,实质是对消费格式合同的一种民事法律规制,使这一格式合同符合公平原则。因此它不是以主观过错为前提的侵权连带责任,而是作为严格责任之合同违约连带责任。

2. 公平原则之要求

平台承担连带责任符合公平原则的要求,具体表现在三个方面。一是平台对经营者具有管理义务,合法经营是其中一项十分重要的管理内容。旅游者基于平台的商誉、影响力,进入平台购买服务,是对平台的信任,其中包含了对平台管理能力的信任。经营者违法经营,固然存在经营者自身的问题,但平台管理制度存在缺陷,甚至平台私下纵容是其中的一项重要原因。平台就此向旅游者承担一定的责任,符合公平对等的要求。二是根据相关判决,经营者违法经营,损害旅游者权益,违反了其与平台的合同约定,平台有权依据合同要求经营者承担违约损害赔偿责任^①。平台的损失主要是商誉受损。但站在旅游者的角度看,平台的商誉存在“名不副实”的问题,平台的商誉是旅游者进入平台签订用户注册协议并购买服务的一个重要因素。商誉的“名不副实”本质上也是一种违约。平台可以通过合同之诉,获得商誉损失的填补,与之相应,旅游者也应有权要求平台承担一定责任,这符合公平原则。三是平台不是超脱的中立第三方,而是密切的利益相关方,平台从经营者和旅游者的交易中获得利益,比如佣金收益、现金流的掌控、平

①这一结论基于上海市奉贤区人民法院(2017)沪0120民初6274号判决结果。该案被《人民法院报》编辑部评选为“2017年度人民法院十大民事行政案件”。基本案情:姚某在淘宝网上销售掺假的猫粮,淘宝网依据双方签订的《淘宝服务协议》,向姚某索赔265万元。法院判令姚某赔偿淘宝网损失人民币10万元,赔偿合理支出人民币2万元。

台规模和影响力的扩大、大数据的积累等等^{①[5]}。作为利益的对价,平台固然提供了包括“网页空间、虚拟经营场所、交易规则、交易撮合、信息发布”^②等一系列服务,但当这些服务被违法经营者利用,损害旅游者利益时,不能让违法损害的风险都由旅游者承担,而平台却坐收无风险之利益。这种无风险利益隐藏着道德风险的魔鬼,部分旅游者权益损害的情况极有可能被“漠视”(之所以不是全部旅游者,是因为平台毕竟不能得罪整个旅游者群体)^③。因此,平台应当基于这样的利益,向旅游者承担相应的责任。基于以上三点,平台承担连带责任并非“强人所难”,而是公平与对等的要求。

3. 帕累托更优之选项

从规制的成本与收益角度看,它是否比原先的规制更有效率?原有的规制方案给平台和违法经营者带来的成本负担是十分有限的,并不构成实质性压力。但规制缺陷形成的风险和损失都是由旅游者承担的。这样的成本与风险分担模式,其收益是最大限度鼓励互联网创业,鼓励平台业态的发展,对社会整体经济发展有利。民事方案将旅游者承担的风险,转移到了平台一方。鉴于平台对于经营者占据优势地位,客观上存在一系列的管理行为,并通过违约责任、保证金制度等合同约定,将风险尽可能转嫁给经营者,也可以通过责任保险的渠道转嫁给保险公司。因此,平台真正承担的是一种“过桥”成本的风险,即平台向旅游者承担连带赔偿责任之后,进一步通过违约金、保证金、责任保险等途径挽回损失。这一过程存在资金占用的利息损失、人员操作的劳务成本或者保险费支出成本等。但这些费用支出是非常微小的。经营者似乎增加了违约金、保证金的成本,但现有的平台与经营者的合同当中几乎毫不例外的存在苛刻的违约责任,严格的保证金管理制度。

①杨立新教授认为,传统的柜台租赁或者展销是收取租金的,所以其应当就经营者的损害行为承担连带责任,但平台交易服务绝大多数或者基本上是无偿提供的,销售者和服务者无须支付租金,因此平台不应承担典型的不真正连带责任,甚至连承担附条件的不真正连带责任也不妥适,应当另行寻找办法确定责任承担规则。这一说法显然没有看到平台的收益模式完全不同于传统的柜台租赁,其收益的类型更多,价值也往往更高,是柜台无法企及的。因此平台与经营者之间的关系用“双务的无偿合同”这样传统的民法分析视角,只是反映了其中部分利益关系。

②参见《网络交易管理办法》第二十二条第二款对第三方交易平台的定义。

③2015年底,多家航空公司集体封杀某知名在线旅游企业,原因是涉事企业的网络平台出售问题机票,导致机票购买人的权益严重受损,并引发了大量投诉。这些问题机票是票务经营者通过偷盗客户航空里程积分兑换而来,这样的机票只能积分所有人使用,而不能在平台出售。平台显然知道这一问题,但并未采取有力的措施,这就是一种无风险利益下的“漠视”。

换言之，经营者的这些成本是已经客观存在的，并非因此新增加的。既然民事方案，几乎不新增加平台和经营者的成本，相比于原有的规制，应不发生压制互联网创业、创新的效果。不增加原来的成本、不减少原来的收益，但增加了新的收益，一是保障了旅游者的权益；二是更有效打击违法经营行为，规范市场秩序。可见民事方案是帕累托更优的选项。

基于以上三个方面，我们认为民事方案，不但具有实效性，也具有正当性。当然，反对意见会认为，“直接侵权人造成的损害只能不断叠加于网络交易平台提供者的身上，这样不可避免地进一步导致了网络直接侵权行为的泛滥。由此，在这样的恶性循环之下，网络交易平台提供者很有可能因不堪重负而产生对法定的‘合理注意义务’的反向逃离动机”^[6]。该论断有一定道理，但过于夸张，因为在旅游服务交易平台这种类型下，平台通过违约责任、保证金制度等管理方式，能够将违法成本转移给违法经营者，而且从当前实践来看，损害不断叠加于平台的说法显然是危言耸听。

四、结语

针对平台的规制，包括公法和私法两个层面。基于国家对互联网创业鼓励支持的政策导向，现有规制基本持克制立场，平台的义务和责任负担都是较轻的，与之对应的是平台纵容经营者违法行为的道德风险也相对较高。在平台业态不断发展成熟的背景下，这不利于正常市场秩序的维护，对消费者权益的保护也是很大的隐患，最终也会损害互联网产业的发展。从旅游网络交易平台的情况看，现有的规制虽然不够理想，但在现阶段公法规制层面似乎很难有更好的方案，私法规制层面则依本文的建议可以有所改进。当前，国家“鼓励平台型服务企业利用技术手段加强对违法违规行为的监测、识别和防范，主动与执法部门建立联防联控机制；严厉打击平台型服务企业包庇、纵容违法违规经营行为，营造保障‘互联网+流通’行动计划顺利实施的法治化营商环境”^①。本文所提供的民事方案，采用民事法律规制措施，避免了行政规制的不足与问题，可以较低的成本促使平台加强对违法经营者的监管，有效防止其包庇、纵容违法经营行为，营造良好旅游市场竞争秩序；同时还能够有效弥补旅游者权益保障的制度漏洞，为旅游消费者营造放心网络平台消费环境。

^①参见《国务院办公厅关于深入实施“互联网+流通”行动计划的意见》（国办发〔2016〕24号）。

[参考文献]

- [1] 杨立新. 网络交易平台提供服务的损害赔偿责任及规则 [J]. 法学论坛, 2016, 31 (1): 85 - 92.
- [2] 刘秀梅. C2C 交易平台提供者的经济法地位分析 [J]. 重庆工商大学学报 (社会科学版), 2010 (2): 105 - 112.
- [3] 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.
- [4] 韩洪今. 网络交易平台提供商的法律定位 [J]. 当代法学, 2009, 23 (2): 99 - 103.
- [5] 杨立新. 网络交易平台提供者民法地位之展开 [J]. 山东大学学报 (哲学社会科学版), 2016 (1): 23 - 33.
- [6] 丁道勤. 网络交易平台提供者第三方责任及其异化研究——基于私法被公法不合理通入的考察 [J]. 电子知识产权, 2015 (6): 44 - 48.

On the Legal Regulations of Tourism Online Trading Platforms

FU Linfang

(Tourism College of Zhejiang, Hangzhou 311231, Zhejiang, China)

Abstract: The article fully analyzed the administrative legal liability and the civil legal liability for the tourism online trading platforms when they sell outbound tourism products by reviewing a traffic accident in an outbound trip. When facing illegal operations on the platform, it can be easily seen that current legal regulations can neither restrain illegal operations nor help protect the rights and interests of tourists effectively. Current legal regulations have evident defects. It is primarily because some regulations themselves are irrational. First, the platform carries liabilities with no substantial differences for both serious illegal operations and regular civil tort. Second, the two assumptions implied in regulations that the platform and operators are equal parties and the platform is an independent and neutral party from both sides of the trade are invalid in practice. A practical proposal of changing civil regulations therefore is put forward. It is in conformity with the principle of fairness and equality. And it is also Pareto Superior, the better option. The proposal protects the rights and interests of tourists directly. Meanwhile, it forces the platform to enhance supervision on illegal operations, making up for the lack of administrative supervision.

Keywords: Tourism Online Trading Platform; Legal Regulations; Joint and Several Liability Solution