

为什么是侵权补充责任？

制度形成的社科法学和法解释学 结合分析

常鹏翱^{*}

摘 要 我国侵权补充责任具有原创性,为了厘定学理和实践的争议问题,有必要探求制度形成的细节,通过社科法学和法解释学的结合分析,以明确其规范目的。我国侵权补充责任有两条制度发展路线,一是对于验资不实导致利害关系人受损害的情形,会计师事务所承担与一般保证嫁接的侵权补充责任;另一是在宾馆住客被第三人杀害等情形,宾馆承担与安全保障义务衔接的侵权补充责任。不过,会计师事务所和宾馆都是公共服务提供者,都有在陌生化社会营造有序社会交往空间,增加人际交往确定性的义务,且两种路线在后续发展中趋于制度一致,都以利益平衡为方法论,因而实际是同质化的。两种路线并轨后的侵权补充责任的义务人范围限于公共服务提供者,且仅适用于有过失的义务人,以实现保护受害人和促进公共服务发展并重的规范目的。在社会现实的约束下,目前的侵权补充责任应是最适方案。

关 键 词 侵权补充责任 制度形成 会计师事务所 安全保障义务 社会现实

一、问题的提出

补充责任在我国侵权法研究中备受关注,成果丰富,但基础问题颇有争议。比如,安全保障义务(以下简称“安保义务”)与其密切相关,而该义务的适用范围被喻为应持续关注并深入

^{*} 北京大学法学院教授。感谢刘恩志、张弘毅、石昊天、范雨洋、洪熠等青年才俊提供的研究素材和修改建议,但文责自负。

研究的“希尔伯特”问题，^{〔1〕}违背该义务所引发的补充责任是仅适用于第三人故意侵权还是也包括第三人过失侵权等问题也有争议，^{〔2〕}甚至有学者认为该种责任的正当性存疑，应被其他责任形态替代。^{〔3〕}又如，在数人侵权中，由于缺乏制度化的合意安排，为了确保受害人得其应得、加害人担其应担，数人应承担连带责任抑或补充责任，应由法律明定；^{〔4〕}但司法实践并非如此，即便法未规定，也不妨碍补充责任的适用，如二手房承租人不慎引发火灾，导致邻屋受损，法院以出租人对出租屋未尽管理义务为由，判令其承担补充责任，侵权补充责任应否由法律规定就成为问题。^{〔5〕}

这些问题源自实践，其分析和解决依托于相应的法律规范。法律规范服务于特定目的，并按照立法者的社会理想对国家和社会进行调整，^{〔6〕}故理解和适用法律规范须紧扣其目的。现实确实如此，对上述问题的学理分析常论及侵权补充责任的规范目的，以此为立论基础。不过，规范目的是由立法材料印证的立法者原意，还是经由他人解读并重塑的立法者目的，分歧不小。^{〔7〕}正因此，不同论者眼里的规范目的会有差异，在解释论操作时，论者说理必定不会与作为立论基础的规范目的相悖，否则是自我否定，不能把道理说圆。而且，即便论者引经据典探明了规范目的，也要注意，受篇幅和主旨所限，其对规范目的的表述往往是高度概括的，与其和谐并存的分析路径通常并不唯一，正如我们在阅读中常见的，虽然不同论者的说理分析不同，但都说自己合乎规范目的。这样看来，在对规范目的泛泛而论的基础上进行分析，对于解决前述问题来说似乎不太够。

探寻规范目的，无非是欲知晓法律规范何以如此，想把它讲透彻，离不开制度形成的细节分析，如立法者面对什么问题、是什么动因促使其如此而为等。这不可避免地要追溯历史，但由于立法者面目模糊，根本不可能洞察其内心意思，可行的是从记载法律产生的立法材料，以及从当时的政治、社会、经济等历史背景，从促使立法产生的社会框架条件以及立法者的目标追求来发现规范目的。^{〔8〕}基于这样的认识，本文在制度形成的角度尝试探寻——为什么是侵权补充责任？

的确值得这么做，因为对比两大法系，根本找不到我国这样的侵权补充责任模式，不是说

〔1〕 参见程啸：“侵权法的希尔伯特问题”，《中外法学》2022 年第 6 期，第 1440—1442 页。

〔2〕 参见张新宝：“论相应补充责任的承担”，《清华法学》2025 年第 1 期，第 50—51 页；王磊：“《民法典》第 1198 条（安全保障义务）评注”，《法学家》2025 年第 3 期，第 188 页。

〔3〕 参见李中原：“论违反安全保障义务的补充责任制度”，《中外法学》2014 年第 3 期，第 687—693 页；吴越：“安全保障义务人侵权补充责任的理论反思”，《法学研究》2024 年第 4 期，第 136—151 页。

〔4〕 参见张平华：“《民法典》多数人侵权体系及相关法律适用问题”，《东南学术》2020 年第 5 期，第 39、44 页。

〔5〕 在北京大学法学院与北京市第一中级人民法院于 2025 年 5 月 24 日举办的“学者与法官的对话”之“民法典多数人责任中的疑难问题”研讨会上，王国庆法官的论文“民法典侵权补充责任的困境和突破”通过梳理法院裁判，提出这个问题。

〔6〕 参见（德）博恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年版，第 91 页。

〔7〕 参见（德）卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆 2020 年版，第 413—427 页。

〔8〕 参见（奥）恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社 2019 年版，第 89 页。

我国的问题是独特的,而是面对相同问题,我国给出的解决方案与众不同,仔细辨析其独特基因的生成,对于解决前述问题至关重要。这么做也切实可行,我国侵权补充责任初始于1990年代最高人民法院(以下简称“最高院”),是其为解决实践问题创设出来的,通过连续的司法文件加以规定,后被法律确定下来,历史不长,轨迹明确,素材足够,生活在这些年代的人再回首,很容易代入其中并共情,因此对其规范目的会有更真切的理解。

二、初径:与一般保证责任嫁接

(一)初始问题及分析样本

民商法律制度都是针对现实问题而给出解决方案,都以问题为导向,侵权补充责任自不例外。在时间上进行制度溯源,可知侵权补充责任的提出在我国最早是针对以下问题:金融机构、会计师事务所等验资单位为企业出具的验资报告不实,企业的债权人等利害关系人因此有损失的,验资单位应否及如何承担责任?^{〔9〕}

最高院《关于金融机构为行政机关批准开办的公司提供注册资金验资报告不实应当承担责任问题的批复》(法复〔1996〕3号,以下简称“3号文”)为时最早,它指出:“金融机构根据行政机关出具的注册资金证明,为该行政机关批准开办的公司出具不实的验资报告,公司因资不抵债无力偿还债务,给债权人造成损失的,金融机构除应退出收取的验资手续费外,还应当在该注册资金范围内承担与其过错相应的民事责任。”由于该批复仅在企业“资不抵债”时方课予验资单位赔偿责任,这无疑是补充责任的架构。

不过,“3号文”的信息非常有限,背景资料难以寻觅。对比而言,在实践中,会计师事务所的验资更为常见,最高院的以下司法文件主要围绕会计师事务所验资不实而展开:①《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何处理的问题的答复》(法函〔1996〕56号,以下简称“56号文”);②《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》(法释〔1997〕10号,以下简称“10号文”);③《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何承担责任问

〔9〕 最高院1984年《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第73条规定:“两个以上致害人共同造成损害的,应根据各个致害人的过错和责任的大小,分别承担各自相应的赔偿责任。教唆或者帮助造成损害的人,应以共同致害人对待,由其承担相应的赔偿责任。部分共同致害人无力赔偿的,由其他共同致害人负连带责任。”有观点认为,该条第3句规定的其他共同致害人的连带责任实为补充责任,只不过这种做法未得学理认同。参见纪海龙:“阴差阳错的数人侵权按份责任:一个法史的考察”,《比较法研究》2025年第2期,第156页。从内容来看,前述规定更像是在连带责任框架内,区分了各个致害人的应担份额,如A、B共同致害C,法院判令A、B连带责任,同时为了减轻诉累,划定A、B各自对C应负之责。若这种理解成立,那该规定就与补充责任无关。而且,即便确为补充责任,其实践运用情况如何不得而知,且在两年后被《民法通则》第130条的连带责任替换,并未形成法律传统。另有观点认为,1993年《产品质量法》第30条第2款有关“销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的,销售者应当承担赔偿责任”的规定是补充责任,参见王竹:“补充责任在《侵权责任法》上的确立与扩展适用——兼评《侵权责任法草案(二审稿)》第14条及相关条文”,《法学》2009年第9期,第89页。不过,该法第31条赋予受害人向生产者和销售者求偿的选择权,基于体系解释,生产者和销售者之间应为不真正连带责任,参见王成:《侵权责任法》(第4版),北京大学出版社2022年版,第265页;程啸:《侵权责任法教程》(第5版),中国人民大学出版社2025年版,第246页。

题的批复》(法释[1998]13 号,以下简称“13 号文”);④《关于金融机构为企业出具不实或者虚假验资报告资金证明如何承担民事责任问题的通知》(法[2002]21 号,以下简称“21 号文”),它能参照适用于会计师事务所验资不实的纠纷。它们基本上同期作出,不仅信息更为充分,还有相应的背景资料可供参考,构成有效的研究样本,本部分主要以它们为分析对象。

(二)近似一般保证责任

在这些文件中,“56 号文”是乳燕初啼。其引子是德阳市会计师事务所对某公司验资不实,后者不能清偿债务,债权人要求前者担责的纠纷(以下简称“德阳案”),地方法院对此见解不一,报请最高院,答复内容主要为:就某公司所清偿债务的不足部分,由德阳市会计师事务所在其证明金额内承担赔偿责任。

其时施行已近十年的《民法通则》第 86—87 条区分了按份之债和连带之债,它及配套司法解释均未规定侵权补充责任。彼时民法教科书大多仅论及按份责任和连带责任,个别教科书虽在这两种责任之外提及补充责任,但所论相当简略,没有说理,例举为被监护人致人损害,先由其自己财产赔偿,不足部分由监护人赔偿。^[10]而且,当时法律界之外对会计师事务所责任的关注比较重视英美法经验,其中也无补充责任的论点。^[11]显然,与其时通行的制度、学理和观念相比,“56 号文”走了一条新路,何以如此?

在我国,从学科分工到法院审判,民商区分相当清晰,在此背景下,说“56 号文”走的是商法路线,未严格遵循民法制度,是笔者就本文主题与师友讨论中颇为常见的回应。不过,包括“56 号文”在内的前述司法文件均让会计师事务所承担侵权责任,其制定者不可能不仔细考虑民事侵权制度。更为关键的是,其时商法规范没有侵权补充责任的规定,1998 年《证券法》第 161 条就明确规定,为证券发行、上市或者证券交易活动出具审计报告的专业机构和人员就其负有责任的部分承担连带责任。在这样的限定下,“56 号文”等司法文件非要蝶变,就不是仅用民商区分就能解释清的。

还要回到事情本身,假设你我是制定“56 号文”的法官,面对“德阳案”的难题,会怎么办?首先要承认,尽管与下级法院法官相比,身为最高院法官的制定者能拍板案件结果,但权力地位与责任担当是匹配的,其必须把司法文件打造成模范,不仅各级法院要服气,还要得到社会认可,这种压力是巨大的,任谁都不得不认真对待。同时不要忘了,通过会计师事务所来执业的注册会计师是专业人士,受企业委托出具验资报告是其审计业务内容之一,专业性很强;而

[10] 参见李由义主编:《民法学》,北京大学出版社 1988 年版,第 609—610 页;郑立、王作堂主编:《民法学》(第二版),北京大学出版社 1995 年版,第 652—653 页。按份责任、连带责任和补充责任的三分法源自前苏联民法,但译为中文的前苏联民法文献未展开论述,读后仍不明所以。参见(苏联)B. Л. 格里巴诺夫、С. М. 科尔涅耶夫:《苏联民法(上册)》,中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社 1984 年版,第 496—497 页;(苏联)B. Т. 斯米尔诺夫等:《苏联民法(上卷)》,黄良平、丁文琪译,中国人民大学出版社 1987 年版,第 399—400 页。

[11] 参见审计署科研所二处:“现代企业审计的国际惯例”,《审计研究》1994 年第 5 期,第 33—34 页;何大庆:“中美注册会计师法律责任比较与借鉴”,《财会通讯》1995 年第 1 期,第 15 页;陈文华、尚丽霞:“关于国外 CPA 对审定后财务报表失实承担的法律责任”,《审计理论与实践》1996 年第 11 期,第 50 页。

且,审计业务有其自身规律,带有高度社会分工下的职业性神秘,^{〔12〕}只有浸淫其中,才能切实了解其业态和门道。这样一来,除非取得了注册会计师资格,否则即便是见多识广的最高院法官,对审计活动也会望而生畏;即便法官考取了注册会计师证书,也会因不专事相应业务而内生疏离的陌生感,仍属于审计活动的外行。鉴于此,为了确保处理方案的最大稳妥性,至少为会计师事务所设定的责任不会出现外行性硬伤,制定“56号文”的法官先了解注册会计师业内人的自我角色定位,理解相应的行为准则,并寻求其他佐证(如政府的立场),在此基础上进行法律权利、义务或责任的转介,就是不难想见的行动策略。

后续司法解释制定者就指出,“56号文”以“保证论”为理论基础,把会计师事务所的责任认定为类似担保责任的过错责任。^{〔13〕}“保证论”指的是注册会计师的职责,中国注册会计师协会1996年《独立审计基本准则》(已失效)第8条规定,注册会计师要保证验资等审计报告的真实性、合法性,这是该行业的公开承诺;但这种保证不是绝对保证,而是合理保证,即审计风险客观存在,注册会计师会出现验资错误,但其没有过错的,无需承担责任。^{〔14〕}1993年《注册会计师法》第35条规定:“中国注册会计师协会依法拟订注册会计师执业准则、规则,报国务院财政部门批准后施行。”据此,前述合理保证的认知不仅是注册会计师行业的自我定位,同时还是政府的立场。把“保证论”转介为法言法语,就是企业利用不实的验资,通过欺诈、违约等行为导致利害关系人受损的,违背合理保证义务而有过错的会计师事务所恰似对此提供担保的保证人,应在不实的金额范围内承担赔偿责任。

“德阳案”清晰地反映了会计师事务所的保证人地位。在该案,应当地工商行政管理部门要求,德阳市会计师事务所在验资报告中承诺“以上货币资金及固定资产业经逐项验证属实,如有虚假,由我单位负责承担证明金额内的赔偿责任”。^{〔15〕}工商行政管理部门的要求代表着政府态度,其认为会计师事务所与企业必有干系,前者要对验资不实承担范围有限的赔偿责任。会计师事务所的自我认识亦是如此,否则,即使政府部门有强制要求,面对将来不可预测且数额不算小的风险,会计师事务所完全能拂袖而去,顶多审计费用不要了。

不过,保证有一般保证和连带责任保证之分,从《民法通则》第89条、1995年《担保法》第18条的规定来看,约定不明的,应为连带责任保证。“德阳案”中的承诺就不清晰,其究竟是说在企业不能清偿时,再由会计师事务所承担责任,还是说无需考虑企业能否清偿,会计师事务所都要直接承担责任,从文义中得不出确切答案。“56号文”未参照前述法律规定,而是反其

〔12〕 参见(美)理查德·A.波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第216—221页。

〔13〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于会计师事务所审计侵权赔偿责任司法解释理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第126页。

〔14〕 参见财政部注册会计师考试委员会办公室编:《审计》,东北财经大学出版社1997年版,第107—108页。另外,1997年《独立审计具体准则第8号——错误与舞弊》第6—7条、2010年《中国注册会计师审计准则第1101号——注册会计师的总体目标和审计工作的基本要求》第12—13条对合理保证均有明确表述。

〔15〕 参见李茂龙:“注册会计师验资诉讼中的有关情况和问题”,《注册会计师通讯》1998年第4期,第2—3页。

道而行之地对会计师事务所课以近似一般保证责任,这是符合现实的司法决断。

首先,在政府认知和行业观念中,虽然会计师事务所与企业脱不了干系,但两者作用无法相提并论,企业是社会经济活动主体,要在市场第一线冲锋陷阵,而会计师事务所如《注册会计师法》第 1 条所言,在社会经济活动中起着鉴证和服务作用,属于市场的后台服务机构。这意味着,企业是经济活动主力军,没有它就没有市场,会计师事务所也无用武之地。相应地,在会计师事务所验资不实而利害关系人受损时,人们的直觉认识是企业才是直接肇事者,会计师事务所不过是间接损害了利害关系人。^[16] 这样的认识不认为会计师事务所与企业有难分彼此的紧密连带关系,而是分了主要次要、直接间接,企业在市场中有着主导地位,直接引起损害,会计师事务所在市场中没有主导地位,间接导致损害,连带责任因而并不适宜。

其次,“世上没有白吃的午餐”等谚语说明进行成本收益的利益衡量是人的本能,^[17]再加上每个人的成长充满了趋利避害的经验教训,这些都会影响人们看待事物和分析问题的观念。在“德阳案”,会计师事务所验资不实 81 万元,这能看成涉案企业的收益,因其借此能得到他人信赖和认可,能从事相应的经济活动。目前找不到当时德阳市会计师事务所的审计服务收费标准,但对比《关于北京地区会计师事务所收费标准(试行)的通知》(京价[收]字[1996]第 260 号)和《四川省会计师事务所服务收费管理办法》(川发改价格[2013]901 号)可知,验资 100 万元以下,收费不到 2000 元,与涉案企业的收益相比,这点费用不值一提。在验资不实给利害关系人造成损害时,该行为的主要受益人是企业,而它是直接致损人,若其慎重行事,本可避免损害发生,在此情况下令会计师事务所与企业一道承担连带责任,与人们的利益衡量观相差太远。从结果公平的角度来看,加害行为的主要受益者和能以最低成本避免损害者应承担侵权责任,^[18]那么,先由企业承担赔偿责任,再由会计师事务所承担补充责任,是符合侵权责任分配原理的。

最后,在“56 号文”发布时,我国处于社会主义市场经济新体制发展初期,经历了改革以来的第三次经济危机,彼时社会各界的投资和经商热度高涨,但资金极度稀缺,^[19]结果导致企业会计信息、注册资金普遍不实,正如“3 号文”所见,即便在官办公司,政府部门出具的注册资金证明也会有假。这是活生生的现实,在这样的大环境中,会计师事务所对企业的审计工作无异于是“在刀尖上舔血”,若最高院贸然对二者深度绑定,让会计师事务所承担连带责任,实际就是要赚取辛苦费的会计师事务所为企业的不当行为买单,这不仅完全不符合当时现实环境催生的公平感,还势必引起对会计师事务所追责的诉讼狂潮,^[20]结果会使不少会计师事务所

[16] 参见叶小青:“最高人民法院《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何承担责任问题的批复》”,载《中华人民共和国最高人民法院经济审判庭编:《经济审判指导与参考》(总第 1 卷),法律出版社 1999 年版,第 125 页。

[17] 参见(美)贾雷德·戴蒙德:《第三种黑猩猩——人类的身世与未来》,王道还译,上海译文出版社 2012 年版,第 64 页。

[18] See Adam Slavny, *Wrongs, Harms, and Compensation: Paying for Our Mistakes*, Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 3.

[19] 参见温铁军等:《八次危机:中国的真实经验 1949—2009》,东方出版社 2013 年版,第 149—152 页。

[20] 事实上,虽然“56 号文”未使会计师事务所承担连带责任,但在其发布后,以会计师事务所为被告的验资诉讼大幅增加。参见“注册会计师法律责任研讨会综述”,《注册会计师通讯》1998 年第 5 期,第 1 页。

关门大吉。彼时党和国家领导人对注册会计师寄予厚望,指出注册会计师事业是社会主义市场经济的奠基,培养注册会计师是千秋大业,发展注册会计师事业关系着国家的前途命运,^[21]而法院负担着为市场经济发展保驾护航的重任,1996年《最高人民法院工作报告》提出要进一步加强经济审判工作,维护社会主义市场经济秩序,促进改革开放和经济发展。显然,通过连带责任敞开诉讼大门,让诸多会计师事务所因此倒闭退出,是最高院不乐见的,也非其职责所在。正因此,甚至在会计师事务所与企业共同故意出具虚假验资报告的情形,前者承担的也是补充责任而非连带责任。^[22]

“56号文”赋予会计师事务所近似于一般保证人的法律地位,表明其未把会计师事务所与企业看成彼此独立的原子化个体,由此也排斥了其与企业承担按份责任的可能。

(三)并非一般保证责任

从文义上看,“56号文”对会计师事务所课以的责任无异于一般保证责任,即在企业不能清偿时,会计师事务所在验资不实数额的范围内承担赔偿责任。“10号文”和“13号文”的规定类似。但实则不然,它们把会计师事务所的补充责任认定为侵权责任,将过错作为构成要件,且过错程度影响责任大小。首先,在“德阳案”中,案涉企业未偿债务11.78万元,会计师事务所最终承担4.6万元,^[23]这显然是考虑了过错因素后的结果。其次,“3号文”清晰表明金融机构承担与其过错相应的赔偿责任,比其晚几天的“56号文”及后续文件均处理验资不实责任承担,它们不可能另起炉灶,单令会计师事务所承担一般保证责任。^[24]再次,与“56号文”一样,“13号文”同样采用一般保证责任的表达,即“在民事责任的承担上,应当先由债务人负责清偿,不足部分,再由会计师事务所在其证明金额的范围内承担赔偿责任”,但其中包含了会计师事务所的过错要件。^[25]最后,为了纠正法院在实操中对前述司法文件的理解偏差,“21号文”第2条特意强调,企业、出资人的财产依法强制执行后仍不能清偿债务的,由验资单位在验资不实部分或者虚假资金证明金额范围内,根据过错大小承担责任,此种民事责任不属于担保责任。

概括而言,会计师事务所的补充责任近似一般保证责任,但并非一般保证责任,而是以合理保证义务为基础的、与一般保证责任嫁接的侵权赔偿责任。

(四)面对现实的司法决断

从“56号文”到“21号文”的系列文件针对验资不实的案型,意欲解决会计师事务所应否及如何承担责任的问题,其制定者创设了此前没有成型规范、学理和实践可供参引的侵权补充责任,我们从中看到的不是大胆恣意的创新,而是在现实约束下小心谨慎的求索,这印证了立法者没有完全的自由来决定合法与否、应否担责的观点。^[26]说到底,在最高院看来,侵权补充

[21] 参见王军、张政伟:“论独立审计行为”,《注册会计师通讯》1996年第12期,第37—38页。

[22] 参见叶小青,见前注[16]。

[23] 参见李茂龙,见前注[15],第2页。

[24] 参见江苏省高级人民法院经济庭:“验资单位因虚假验资承担民事责任案件的审理”,《人民司法》2000年第8期,第9—10页。

[25] 参见叶小青,见前注[16]。

[26] 参见(德)阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第181页。

责任是处理前述案例和问题的妥当方案,这是一种从现实出发的负责任的司法决断。从事后的注册会计师业界的反馈来看,这种决断立住了,^[27]说明其达到了应有效果。

在侵权补充责任这一主线未变的前提下,从“56 号文”到“21 号文”的系列文件持续在完善,要件和后果得以持续明确。饶有趣味的是,在此期间,完全看不到关于其何以如此的详细缜密的学理分析,法律界的论者寥寥,表述相当简略,除了会计师事务所间接损害利害关系人的前述认识,还有认为其对利害关系人的损失没有直接过错,但在执业过程中有过错的观点。^[28] 这样的阐述与其说是在说理,不如说是给了个形象的修辞,以便增加人们对侵权补充责任的直观接受度。显然,作为司法决断的产物,侵权补充责任基本上是在学理之外运行的,不是学理引导它的前进和发展,恰恰相反,它给学理提出了新课题。

三、新路:与安保义务衔接

(一)人身损害的侵权补充责任

前述司法文件时间跨度是 1996—2002 年。到了 2003 年,最高院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20 号,以下简称《人身损害赔偿解释》)第 6—7 条也规定了侵权补充责任。第 6 条具有一般性,它在安保义务的基础上发展出补充责任,即从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织负有安保义务,第三人侵权导致损害结果发生的,第三人应承担赔偿责任;安保义务人有过错的,应在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任;安保义务人承担责任后,可以向第三人追偿;受害人起诉安保义务人的,应将第三人作为共同被告,但第三人不能确定的除外。调整学校等教育机构侵权责任的第 7 条在补充责任的适用上要参照第 6 条。^[29]

按常理说,该解释虽在民事审判领域,但它与“56 号文”等先前文件都规定了侵权补充责任,不免要从后者汲取营养,有法官就指出,随着补充责任在商事审判领域的运用,传统侵权纠纷开始确立相应规则,《人身损害赔偿解释》第 6—7 条即为适例。^[30] 然而事实好像不是这样,《人身损害赔偿解释》官方释义根本未提及前述文件。^[31]

看看它们各自针对的案型和问题,不难理解“56 号文”等先前文件为何不入民事法官的法眼。在验资不实的责任承担中,会计师事务所与企业(直接加害人)有合同关系,是这个关系引导会计师事务所入局而担责,而企业与利害关系人(受害人)之间往往有交易关系。《人身损害

[27] 参见丁平准:“明确法律责任 增强法律意识 寻求法律保护 规范法律环境——在注册会计师法律责任研讨会结束时的讲话”,《注册会计师通讯》1998 年第 6 期,第 23 页。

[28] 参见张天智:“关于会计师事务所出具虚假或不实验资报告的法律责任的探讨”,《注册会计师通讯》1998 年第 8 期,第 28 页。

[29] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社 2004 年版,第 136 页。

[30] 参见最高人民法院民事审判第二庭,见前注[13],第 311 页。

[31] 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注[29],第 97—136 页。

赔偿解释》第6条处理的则是：在宾馆的管控范围内，第三人（直接加害人）致使住客（受害人）受到伤害的，宾馆应否以及如何承担责任？在此，宾馆与第三人通常没有合同关系，第三人与受害人通常没有交易关系，即便有也无关紧要，如第三人因住客欠债不还而怀恨殴之。这两类案型和问题看上去相差甚远，《人身损害赔偿解释》偏离“56号文”的初始方向，不再与一般保证嫁接，而是与安保义务衔接，出现了新路，不足为奇。

（二）以安保义务为基点

在《人身损害赔偿解释》之前，针对宾馆住客被他人杀害的责任承担问题，学界有以安保义务为题的论述，其根据为1993年《消费者权益保护法》第7条有关“消费者的人身、财产安全不受损害的权利”的规定。^{〔32〕}《人身损害赔偿解释》第6条注意到这样的法律规定，同时借鉴了德国法上的社会活动安全注意义务或一般安全注意义务，即从事交易或社会活动，肇致形成或维持特定危险源的，应采取必要安全措施，以保护他人免受损害。^{〔33〕}的确是借鉴，而非照搬，因为在德国，诸如顾客受第三人侵害，商家违背该义务的，商家与第三人应承担连带赔偿责任，^{〔34〕}这与《人身损害赔偿解释》第6条明显不同。

没有法律制度是无机的，任一法律制度都要与特定时空背景相契合。德国之所以采用连带责任，有其制度（责任保险和社会保险发达）、理论（数人侵权的每个侵权人与损害之间有相当因果关系）和观念（没有原因力和部分因果关系的认识）的限定因素。^{〔35〕}我国在这些因素上刚好相反，不过这仅能解释《人身损害赔偿解释》第6条为何不采用连带责任，还是不能解释为何采用补充责任。

解铃还须系铃人，起草该解释的法官道出个中缘由，即第三人侵权是损害的直接原因，是直接责任人，而安保义务人对第三人侵权未尽必要防范和合理控制义务，与第三人侵权发生原因竞合，因而仅在直接责任人没有赔偿能力或不能确定谁是直接责任人时，才由安保义务人在其能够防止或制止损害的范围内承担赔偿责任。^{〔36〕}经过这样的说理，侵权补充责任得以与安保义务衔接。

通过简要的比较法考察，可看出这样的说理是原创的。《德国民法典》第839条第1款第2句规定了公务员职务侵权的补充责任，即公务员为过失的，仅于受害人不能以其他方法请求赔偿时，才有赔偿之责。比如，建筑师的设计有缺陷，监管部门未发现而授予建造许可，对由此

〔32〕 参见罗培新、毛玲玲：“论宾馆安全保障义务的合理限度——从某宾馆房客被害事件说起”，《律师世界》1999年第4期，第34—38页。

〔33〕 参见陈现杰：“最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用”，载中华人民共和国最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第18集），法律出版社2004年版，第67页。

〔34〕 Vgl. Gerhard Wagner, in: MünchKommBGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 539 f., 802; ders., § 840 Rn. 5.

〔35〕 参见卜元石：“中国法学对外交流与研究中的概念对接——以多数人之债实体与程序的中德比较研究为例”，《法学研究》2024年第3期，第40—42页。

〔36〕 参见陈现杰，见前注〔33〕，第67—68页。

造成的损害,监管部门承担补充赔偿责任;又如,交通信号灯故障导致车辆和行人相撞,司机要承担机动车危险责任,未及时上报故障的交警承担补充赔偿责任。这无疑突破了连带责任的一般原则,德国的说理是:这样既能充分保护受害人,又不会使公务员在履行职务过程中因担忧以个人财产担责而影响其决断力和行动力,体现了公平的利益平衡。^[37]

无独有偶,对于缺乏识别能力的加害人致人损害的情形,《罗马尼亚民法典》第 1368 条先让对加害人有监管义务者赔偿,其不应承担责任的,由加害人承担补充责任,以其财产赔偿受害人;赔偿数额应公平合理,并兼顾当事人的财产状况。该条规定的文义与《德国民法典》第 829 条一致,但德国学理对此种责任的定性是公平责任而非补充责任,^[38]罗马尼亚学理则认为是补充责任,但其同样以公平为出发点,即既保护受害人,又使加害人仅在一定限度内以其财产承担赔偿责任。^[39]

对比而言,中外的侵权补充责任都针对以下“责任僵局”:就同一损害可追究数人责任,但不适宜用连带责任,而仅让其中部分人承担责任不足以充分救济受害人。为了打破该僵局,只能分出先后顺位,让部分人先承担责任,其他部分人后承担责任,补充责任由此而生。只不过,我国法官说理更教义化,引入了因果关系分析,而域外说理则反之,用的是公平原则、利益平衡这样的模糊用语。

问题在于,因果关系分析能导出侵权补充责任吗?之所以有这个疑问,源自简单直观的对比,即面对同样的案型,德国法也认为安保义务人的不作为与损害之间有因果关系,但对应的是连带责任。^[40]也就是说,按照经典的社会心理分析,^[41]在中德两国的法官、学者这些观察者看来,鉴于安保义务人对损害有可控性,应在其不作为与损害之间建立因果关系,但这至多说明行为与结果的关联样态,安保义务人与第三人侵权发生原因竞合的说法也只表明存在两种关联样态,至于安保义务人应承担何种责任,无法由此推出。从逻辑上讲,《人身损害赔偿解释》第 4 条规定共同危险行为导致连带责任,而安保义务人的不作为是损害的原因,却不承担连带责任就不妥适。^[42]显然,面对相同的案型,中德的安保义务人责任形态大相径庭,因果关系分析的解释能力并不足够。

更关键的是,因果关系没有必定怎样的客观本质,在同一现象,就某一行为与结果之间有无因果关系或有何因果关系,不同的观察者基于不同标准或目的会有不同认识,这是实践中法

[37] Vgl. Heinz Wöstmann, in: Staudingers Kommentar zum BGB, 2020, § 839 Rn. 260 ff.

[38] 参见(德)迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法各论》(第 16 版),沈小军、陈丽婧译,北京大学出版社 2024 年版,第 690—691 页。

[39] A se vedea Lacrima Rodica Boilă, “Considerații Referitoare La Răspunderea Delictuală A Persoanei Lipsite De Discernământ Reglementată Prin Art. 1368 Din Actualul Cod Civil,” în „Dreptul”, nr. 25/ 2014, pp. 94-108.

[40] Vgl. Wagner, in: MünchKomm BGB (Fn. 34), § 823 Rn. 539 f., 802; ders., § 840 Rn. 1, 5.

[41] See Bernard Weiner, “Intrapersonal and Interpersonal Theories of Motivation from an Attributional Perspective,” *Educational Psychology Review*, Vol. 12, No. 1, 2000, pp. 1-14.

[42] 参见李昊:《交易安全义务论——德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,北京大学出版社 2008 年版,第 400 页。

官对因果关系的判断具有相当自由裁量空间的根本原因。^{〔43〕}经济分析甚至强调,若把促进经济效率当成侵权法目的,那么,被告对损害负责会提升资源配置效率的,其行为就被视为损害的原因,否则就不是。^{〔44〕}可以说,在实践中,不是因为加害行为与损害结果之间有因果关系,所以才确定侵权责任,而是针对具体案件,综合规范、常识、政策、惯例等必要因素的考量,认为加害人担责能实现制度目的,才会认为有因果关系,美国侵权法发展史上具有里程碑意义的 Palsgraf 案就揭示了这一点。^{〔45〕}同样地,对数人行为与同一损害之间的多重因果关系进行排列组合的目的,在于构建不同的责任形态,就此而言,不是因为就第三人侵权的结果,安保义务人不作为亦为原因,所以才有补充责任,而是反过来,是最高法院法官先为安保义务人确定了补充责任,才有了前述的因果关系分析,其不过是正当化补充责任这一先在结论的修辞而已。

《人身损害赔偿解释》官方释义未用这种因果关系分析,而是径直把利益平衡作为安保义务人补充责任的方法论,即一方面给受害人提供必要而充分的保护,另一方面考虑安保义务人经济赔偿的承受限度。^{〔46〕}这种认识应来自我国同期的成型理论研究,后者认为安保义务人与第三人不构成共同侵权,同时也无法分析原因力,只能进行前述的利益权衡。^{〔47〕}这在此前的司法实践中已有端倪,载于《最高人民法院公报》2000 年第 1 期的“江宁县东山镇副业公司与江苏省南京机场高速公路管理处损害赔偿纠纷上诉案”就是典型,只不过它未引起学术界足够重视。^{〔48〕}现在看来,即便其时我国没有因果关系分析,实践和学理在平衡受害人和安保义务人利益的基础上,就补充责任仍达成了一致,这与域外说理不谋而合。

(三)侵权补充责任的社会动因

利益平衡是常见的抽象话语,把它作为《人身损害赔偿解释》第 6 条的方法论,无非是说侵权补充责任是最高院的政策选择和价值判断。而何以如此,似乎不能再予论证说理,因为在任一制度创设时,制定者有关政治的、道德的、伦理的、宗教的、哲学的或经济的考量,甚至单纯的同情认可,都会产生重要影响。^{〔49〕}不过,这种认识是概括性的,就具体制度说来,利益平衡之类的政策选择和价值判断似乎还不到说理的尽头,应往前摸索着探一探,因为制度创新的探索方向虽然离不开理性推演,但更重要的是社会生活的迫切需要,^{〔50〕}是对社会现实的及时回应

〔43〕 参见(德)马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 80 页;王成,见前注〔9〕,第 106 页。

〔44〕 参见(美)威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《侵权法的经济结构》,王强、杨媛译,北京大学出版社 2005 年版,第 250 页。

〔45〕 参见(美)G. 爱德华·怀特:《美国侵权行为法:一部知识史》(原书增订版),王晓明、李宇译,北京大学出版社 2014 年版,第 111—117 页。

〔46〕 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注〔29〕,第 98、109 页。

〔47〕 参见张新宝、唐青林:“经营者对服务场所的安全保障义务”,《法学研究》2003 年第 3 期,第 90—91 页。

〔48〕 参见王竹,见前注〔9〕。

〔49〕 See Wolfgang Faber and Martin Lilja, “Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables—Part 2: Examples and Conclusions,” *European Property Law Journal*, Vol. 1, No. 2, 2012, p. 293.

〔50〕 参见(美)本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 2000 年版,第 75—76 页。

引导着新制度的形成。就《人身损害赔偿解释》第 6 条的侵权补充责任而言,以下社会动因应予关注。

首先,安保义务人从事经营活动或其他社会活动,有特定的社会角色,让其承担补充责任符合国家和社会的期待。安保义务人处于社会之中,并在职业活动中营造了社会往来,社会整体情况不同会导致对安保义务人的期待不同。比如,解放前的成都茶馆处于社会整体秩序不稳定的时期,日常充斥着争吵、偷盗、打架、杀人等各类冲突,且不说茶客,即便茶馆自身安全还要自求多福,^[51]在此环境下,让茶馆赔偿第三人对茶客的损害,超出了人们的想像。《人身损害赔偿解释》第 6 条的安保义务人显然不像解放前的茶馆,其所在社会整体秩序良好,并受国家控制,在职业活动时维持所在公共空间交往有序的义务,如 1987 年《旅馆业治安管理办法》第 5 条规定旅馆须设置治安保卫组织或者指定安全保卫人员,未尽义务而致损害的,理应承担赔偿责任。不过,安保义务人不是镖局、不是保安公司,不以保护相对人人身财产安全为主业,其防范或制止第三人侵权至多是从事职业活动时附带的合理义务,未尽该义务对应着辅助性的补充责任而非连带责任,符合人们对其社会角色的期待。

其次,补充责任未收缩受害人的救济渠道,能实现对侵权行为的制裁。彼时最高院把侵权损害赔偿与制裁侵权行为紧密挂钩,2003 年《最高人民法院工作报告》就说“妥善处理人身、财产损害赔偿案件,依法制裁侵权行为”。在媒体高频关注《人身损害赔偿解释》第 6 条所涉案型的情况下,^[52]只有给予受害人充分保护,才能向社会传递依法制裁侵权行为的信号。由于在社会层面上让安保义务人承担连带责任不符合人们的期待,法律层面上第三人与安保义务人又不是共同侵权人,那么,按照按份责任和连带责任的二分,第三人与安保义务人就损害只能承担按份责任,而这实质是让直接致害的第三人仅承担部分责任,对受害人相当不利,不符合“过责相当”的通行观念,不能实现对侵权行为的制裁。补充责任没有这样的缺陷,它把未尽义务的安保义务人拉入侵权人的序列,让其承担非终局责任的补位赔偿责任,同时就像同期民法学理指出的,又把第三人作为直接责任人、终局责任人,^[53]担责后的安保义务人有权对第三人追偿,从而能在充分保障受害人的同时,向社会宣告对第三人的彻底否定和制裁,在合理限度内否定安保义务人的不作为并予以制裁。^[54]

再次,安保义务人对于活络经济、便利交往相当必要,补充责任有助于其健康发展。从理论上讲,侵权法规范未必会对行为人产生想像中的激励作用,如商家清理地面污渍,不光是担心顾客滑倒的侵权责任,也有为顾客、员工营造良好消费、工作环境的考虑,^[55]就此而言,连带责任或补充责任都未必能促使安保义务人尽其义务。不过,从我国现实情况来看,在安保义

[51] 参见王笛:《茶馆:成都的公共生活和微观世界,1900—1950》,社会科学文献出版社 2021 年版,第 405—436 页。

[52] 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注[29],第 98 页。

[53] 参见杨立新:“论侵权责任的补充责任”,《法律适用》2003 年第 6 期,第 19 页。

[54] 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注[29],第 110、112、116 页。

[55] See Shawn Bayern, *The Analytical Failures of Law and Economics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2023, p. 27.

务人的职业活动中,第三人侵权往往会成为社会事件,人们会对安保义务人的职业活动产生不信任,会引发“用脚投票”的社会制裁,法院确认安保义务人构成侵权行为,承担补充责任,会放大社会制裁力量,这对安保义务人的教训已足够深刻,会促使其以后尽其义务。^{〔56〕}若对安保义务人课以连带责任,恐怕其承受负担过重,特别是小本经营的安保义务人会因一起第三人侵权事件而倒闭,这对社会常态运行并非好事。正因此,《人身损害赔偿解释》第6条除了依法保护受害人,同时还要维护相关产业的健康发展。^{〔57〕}

最后,就第三人侵权,安保义务人在什么条件下承担责任,承担何种责任,在《人身损害赔偿解释》之前是司法实践的高度不确定问题,最高院必须给出明确答案,实际就是要管理不确定性,结果公平在此起着重要作用。^{〔58〕}这种公平就是着眼于我国社会发展现实,通过补充责任这条折中平衡的中庸之道,^{〔59〕}既让第三人承担完全责任,又不让安保义务人不承担责任;既让安保义务人附条件地承担责任,又给其向第三人追偿的机会。

四、并行:实质的同质化

(一)并行的制度发展

从“56号文”到“21号文”的系列文件针对验资不实的责任承担问题,着眼于注册会计师的行业特质,对其施以合理保证义务,在此基础上创设了与一般保证嫁接的侵权补充责任。而《人身损害赔偿解释》第6条则针对住客被害之类案件的责任承担问题,以利益平衡为方法论,使侵权补充责任衔接于安保义务。这两条路线并行发展,各自引导出不同制度。

一方面,最高院《关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》(法释〔2007〕12号,以下简称《会计师事务所侵权赔偿规定》)第10条接续“56号文”等文件,它规定,对被审计单位、出资人的财产依法强制执行后仍不足以赔偿损失的,由会计师事务所在其不实审计金额范围内承担相应的赔偿责任。此外,最高院《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》(法释〔2014〕6号,以下简称《公证活动民事案件规定》)第5条规定,当事人提供虚假证明材料致使公证书错误造成他人损失,公证机构未依法尽到审查、核实义务的,应承担与其过错相应的补充赔偿责任。在制定者看来,公证机构只对公证对象起到合理保

〔56〕 对美国特许经营侵权责任的类似分析, see John L. Hanks, “Franchisor Liability for the Torts of Its Franchisees: The Case for Substituting Liability as a Guarantor for the Current Vicarious Liability,” *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 24, No. 1 and 2, 1999, p. 35.

〔57〕 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注〔29〕,第98页。

〔58〕 See Kees van den Bos, “Uncertainty Management: The Influence of Uncertainty Salience on Reactions to Perceived Procedural Fairness,” *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 80, No. 6, 2001, pp. 931-941.

〔59〕 参见杨会:“论安全保障义务人承担补充责任的原因”,《河北法学》2013年第7期,第87—88页。

证作用,这是其承担过错责任的重要基础,^[60]也是其承担补充责任的前提。这种认识与“保证论”如出一辙,由此可把《公证活动民事案件规定》第 5 条与“56 号文”等文件的路线相提并论,称为“合理保证义务论”。另一方面,《民法典》第 1198 条、原《侵权责任法》第 37 条等规定接续了《人身损害赔偿解释》第 6—7 条的经验;最高院《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2010〕13 号)第 7 条还规定了旅游经营者、旅游辅助服务者未尽到安保义务的补充责任。这条路线可称为“安保义务论”。

以从“56 号文”到“21 号文”的文件和《人身损害赔偿解释》第 6 条为范本,可知两条路线主要有以下差别:①作为切入点的义务基础不同,前者为合理保证义务,由会计师事务所的注册会计师承担,它们以企业为相对人,按照法定标准和程序核实企业的材料,向企业出具验资报告;后者为安保义务,由宾馆等承担,它们面对管控范围内的不特定人,以保护其人身财产安全、防范或制止第三人侵害为内容。②受义务基础的影响,如前所述,它们针对的案型和问题不同。③对义务人的主观要求不同,前者很宽泛,故意验资不实的会计师事务所也仅承担补充责任,后者则限定为过失,仅针对有不作为过失的义务人。^[61]④方法论不同,前者对义务人的主观要求宽泛,更倾斜保护会计师事务所,后者在受害人和义务人之间维持利益平衡。

不过,仔细辨析会发现,上述差异仅是形式上的,合理保证义务和安保义务实际是同质化的;而且,通过后续发展,它们制度构造的同质化愈发明显。这样一来,这两条路线看上去并行发展,但实际上因同质化而暗合。

(二)合理保证义务和安保义务的同质化

1. 主要功能都是营造有序的公共交往

从功能来看,合理保证义务和安保义务是同质的,在陌生化社会中,它们都是公共服务提供者营造有序社会交往空间,增加人际交往确定性的工具。

在展开论述之前,先想想小型农村、城里胡同或杂院老门老户等熟人社会的人际交往,大家长期生活在封闭的社会空间,天天抬头不见低头见,在密集的往来中具有高度透明性,相互知根知底,你有多少家底,他为人是否可靠,彼此心中有数,根本不用会计师事务所、公证机构这样的专业机构给予证明,合理保证义务在此无用武之地。同样地,安保义务在熟人社会也没有意义。比如,村头老王开了家小饭店,除了村民在此小聚,别无来客。全村人都知道老李一喝多就爱耍酒疯,不想惹事的看到老李喝酒就离得远远的,非要往前凑的一定是胆大不嫌事小的主儿,在此非要说老王有安保义务,要防范喝多的老李耍酒疯打同桌饮酒的老张,就与大家彼此行为的明确稳定预期不符,结果无异于老王为自甘冒险的老张买单。

市场的发展改变了社会构造,血缘或地缘不再成为人们生活集群的决定因素,随着人口流动规模和频次日益增加,社会中的陌生人越来越多,人际往来壁垒越来越大,交往信息成本越来越高,陌生化社会成为常态。这样的社会分工复杂,陌生人客观上相互依赖,形成涂尔干所

[60] 参见最高人民法院研究室、司法部律师公证工作指导司、中国公证协会编著:《最高人民法院审理涉公证民事案件司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2014 年版,第 100 页。

[61] 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注〔29〕,第 118 页。

说的“有机团结”。^{〔62〕} 企业是陌生化社会的重要主体,其以财力作为立足之本,但其财力到底如何,他人通常不得而知,为了有效降低交往成本,专事审计等业务的会计师事务所应运而生。正如《注册会计师法》第1条所言,注册会计师在社会经济活动中发挥鉴证和服务作用,会计师事务所是典型的公共服务机构,其验资等审计报告虽然是应企业之托为企业出具的,但预设的读者是整个国家和社会,是可能与该企业打交道的政府部门、生意伙伴等任何人,目的就是消除他人不了解企业财力的信息障碍。在会计师事务所出具报告后,从具体时空背景的角度来看,企业与他人的交往是双方之间的事,会计师事务所与此无关也不在场,但会计师事务所的报告深度影响着这些交往,它背书了企业财力的可信性,使其具有透明性,人们对如何与企业打交道有了明确预期,涉及企业的交往得以秩序化。

与会计师事务所的前述作用匹配,人们对其期待较高,如在上市公司财务报告虚假情形,注册会计师之外的其他行业均认为注册会计师应承担责任。^{〔63〕} 不过,虽然会计师事务所所有专业知识,并与企业之间有合同关系,但彼此仍是陌生人,对于企业提供的财务资料,会计师事务所不可能完全洞察真伪,^{〔64〕}故其担责以未尽合理保证义务为前提,只要会计师事务所依法依规核查,即便未能去伪存真,也不用承担责任。若非如此,会给注册会计师职业带来灭顶之灾,其规则合理性令人存疑。^{〔65〕} 由于会计师事务所的报告是面向不特定人作出的,是确认企业确有相应财力,大家可据此与其交往的公开承诺,具有营造有序社会交往的作用,作为报告之基础的合理保证义务因而具有对世性,以防范企业虚报财力而损及他人。

《公证法》第6条规定:“公证机构是依法设立,不以营利为目的,依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。”据此,公证机构也是面对不特定之人的公共服务机构,其公证书虽然是向申请人出具的,但影响他人对申请人的认知,并因此会采取不同的交往策略,如《不动产登记暂行条例实施细则》第14条等规定不动产登记机构办理公证继承登记和非公证继承登记的程序不同。相应地,公证机构的合理保证义务是对世的,是向全社会承诺公证书记载的事项真实、合法,对公证事项不真实或不合法者,公证机构应防范申请人谎称其真实、合法从而侵害他人。

宾馆等安保义务人是陌生化社会催生出来的,是陌生化社会的必要成分,如宾馆最初主要供给的就是东奔西走、“今天来了明天走了”的陌生人,而看到商机的异乡人在本地投资宾馆,自身成了“今天来了明天不走”的陌生人。^{〔66〕} 在社会分工中,安保义务人虽然与会计师事务

〔62〕 参见(法)埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第73—158页。

〔63〕 参见李明辉、曲晓辉:“我国上市公司财务报告法律责任的问卷调查及分析”,《会计研究》2005年第5期,第50页。

〔64〕 参见缪因知:“证券虚假陈述赔偿中审计人责任构成要件与责任限缩”,《财经法学》2021年第2期,第108—109页。

〔65〕 参见刘燕:“注册会计师民事责任研究:回顾与展望”,《会计研究》2003年第11期,第38页。

〔66〕 See Georg Simmel, *The Sociology of Georg Simmel*, translated and edited by Kurt H. Wolff, Glencoe, Illinois: Free Press, 1950, pp. 402-406.

所、公证机构的职能明显不同,但其与私人领域无关,^{〔67〕}是面向社会公众,从事社会活动之人,^{〔68〕}也属于公共服务者。安保义务人通常有可管控的物理空间,^{〔69〕}如宾馆建筑物等,人们在其中通过住宿、探视等方式进行具体的社会交往,并可能对他人产生某种危险。^{〔70〕}与其他社会交往一样,在安保义务人的管控空间内,陌生人之间也有来往有序、安全可期、降低交往成本、促进有机团结的客观需要。就该空间而言,相比于国家和其他任何人,安保义务人最有能力维持其中的社会交往秩序,防范或制止第三人损害他人的安保义务因而得以产生。这种义务无疑是面向社会公众的对世性义务,以增加交往确定性,实现有序社会往来为目的,与合理保证义务的功能没有两样。

2. 判断标准都有赖于职业活动的具体语境

虽然合理保证义务与会计师事务所、公证机构的办公场所等物理空间无关,但它们的验资报告、公证书事实上影响着与企业、申请人相关的社会交往,故而,会计师事务所、公证机构与安保义务人一样在推动和形成社会空间。^{〔71〕}这样的空间因具体人或事的不同而有差异,相应地也导致对于义务的判断标准“语境化”,也即在判断义务人是否适当履行合理保证义务或安保义务时,必须根据具体情形有针对性地甄别,不能一概而论。比如,对于企业自行提供的财务数据和政府提供的相关证明,会计师事务所的核实标准必然不同;住客被害是发生于宾馆房间还是大堂,安保义务的标准也不相同。

不过,这两类义务都与义务人的职业活动紧密相关,若第三人侵权与此无关,则无论如何都不能认为未尽义务。比如,在会计师事务所出具验资报告后,企业出资人擅自抽逃出资,由此给他人造成损害,就与会计师事务所无关。又如,甲与乙有宿仇,甲尾随乙伺机报复,待乙走进商场后,甲用随身携带的水果刀将乙刺伤,该行为非常偶然地与商场结合在一起,商场经营者对此无安保义务。^{〔72〕}正因此,尽义务者不仅能避免承担侵权责任,其成本还内化于职业收益,能在市场竞争中博得美誉,增加义务人的经济或社会收益。

概括说来,合理保证义务和安保义务的主体都是公共服务提供者,其在陌生化社会中能促成有机团结,这两类义务反映了人们对它们社会角色的期待,为它们常态存续所必需,受此约束,这些义务的功能和标准具有同质性,都与陌生化社会的人际依赖和交往秩序紧密相关。客观看来,社会发展离不开前述主体,即便他们对义务有所懈怠,以至于第三人侵权造成社会失序,但与第三人相比,他们对社会失序的作用是间接的,法律的弥补之举因而是让他们承担补

〔67〕 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法:立法背景与观点全集》,法律出版社 2010 年版,第 631 页。

〔68〕 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注〔29〕,第 113—114 页。

〔69〕 参见章正璋:《多数人之债法律问题研究》,中国政法大学出版社 2024 年版,第 162 页。

〔70〕 参见(德)埃尔温·多伊奇、汉斯—于尔根·阿伦斯:《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》(第 5 版),叶名怡、温大军译,刘志阳校,中国人民大学出版社 2016 年版,第 119 页。

〔71〕 参见(法)亨利·列斐伏尔:《空间的生产》,刘怀玉等译,商务印书馆 2022 年版,第 102—246 页。

〔72〕 参见刘召成:“违反安全保障义务侵权责任的体系构造”,《国家检察官学院学报》2019 年第 6 期,第 63 页。

充责任,以在弥补损害的同时,不会使它们担责过重而关门退市,从而便于重建秩序,恢复受破坏的社会功能。这切实表明,社会分化和各个分支系统的充分专门化是损害的限制及其计算的前提条件。^{〔73〕}

(三)案型 and 问题的同质化

安保义务的内涵充满高度弹性,属于更适宜在学理和司法中发展而非由立法限定的抽象概念,^{〔74〕}与其功能和标准相当的合理注意义务亦如此,从防范或制止第三人侵权的角度来看,合理保证义务完全可纳入安保义务当中,成为特别的子类型。这可被德国经验印证,在安保义务源头的德国,正是为了解决工业社会带来的安全需求,该义务才悄然而生,并随着社会福利国家的发展而不断扩张,从而更好地保障社会安全。^{〔75〕}当然,让合理保证义务独立于安保义务,亦无不可,这样一来,会计师事务所、公证机构除了合理保证义务,还负有防范或制止办公场所的第三人侵权行为等安保义务。

由此再来看合理保证义务论和安保义务论针对的案型和问题,就知道它们没有不同。就验资不实的责任承担而言,在陌生化社会中,会计师事务所、企业(直接加害人)和利害关系人(受害人)互为陌生人,它们的合同关系只是陌生人相互依赖的纽带,未在根本上改变彼此的陌生人身份,在此背景下,合理保证义务论的案型和问题就是:在会计师事务所可控范围内(即出具验资报告),实际财力与验资报告不吻合的企业致使利害关系人受损,会计师事务所应否以及如何承担责任?同样,在陌生化社会中,宾馆、第三人(直接加害人)和受害人互为陌生人,安保义务论处理的是:在宾馆的管控范围(即宾馆土地和建筑物空间)内,第三人致使住客或其他过客受到伤害的,宾馆应否以及如何承担责任?

(四)制度构造和方法论的同质化

在合理保证义务论和安保义务论的差别中,义务人的主观要求不同属于制度构造差异,方法论的差异由其折射而来。在制度发展中,前述构造和方法论已趋一致。

在从“56号文”到《会计师事务所侵权赔偿规定》的10年间,会计师事务所的生态状况没有根本改变,因企业出具虚假财务资料导致验资不实的情形所在多有,对证券市场危害尤其突出。“重症下猛药”,根据最高院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(法释〔2003〕2号,以下简称《虚假陈述赔偿规定》)第27条,会计师事务所知道或者应当知道发行人或者上市公司虚假陈述,而不予纠正或者不出具保留意见的,无需存在意思联络或共同故意,均构成共同侵权,对投资人的损失承担连带责任,^{〔76〕}这与1998年《证券法》第161条是一致的,体现了“保险说”,即把审计关系理解为保险合同关系,“投保人”为上市公司,“承保人”为会计师事务所,“受益人”为投资者,一旦会计师事务所违反保证义务,就应赔偿投资者的

〔73〕 参见(德)尼古拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第55—56页。

〔74〕 参见冯珏:“安全保障义务与不作为侵权”,《法学研究》2009年第4期,第78页。

〔75〕 参见周友军:《交往安全义务理论研究》,中国人民大学出版社2008年版,第15—16页。

〔76〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第300页。

损失。^{〔77〕}但这剂药太猛了,《会计师事务所侵权赔偿规定》第 10 条予以纠正,其延续“56 号文”开创的司法传统,继续规定会计师事务所的补充责任,但它修改此前文件有关会计师事务所的主观要求,把补充责任限定在有过失的会计师事务所,从而使前述的制度构造差别得以消弭。至于故意为之者,《会计师事务所侵权赔偿规定》第 5 条规定会计师事务所与企业承担连带赔偿责任。这一修改的基本出发点是在受害人保护和加害人归责之间保持公平的平衡,与该出发点一致,连带责任和补充责任是非此即彼的对立关系,不存在会计师事务所承担按份责任的选项。^{〔78〕} 最高院《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》(法释〔2022〕2 号)废止了《虚假陈述赔偿规定》,但未明确规定会计师事务所的责任,^{〔79〕}这为侵权补充责任的适用留下了空间。

《公证活动民事案件规定》第 5 条的制度构造同样如此,恶意的公证机构承担连带责任,过失的公证机构承担补充责任。其官方释义虽未明言利益平衡,但从其援引《会计师事务所侵权赔偿规定》第 10 条、《侵权责任法》第 37 条等规定可推出这一点。^{〔80〕} 比较法经验也可佐证,《德国公证人法》第 19 条第 1 款第 2 句规定了公证人过失违背职责时的补充责任,受害人应优先向合同相对人寻求赔偿,以便在保护受害人的同时,实现公证人在履职时的独立性与中立性。^{〔81〕}

总体而言,在后续的制度发展中,虽然合理保证义务论和安保义务论形式上各自独立,并行推进,但制度构造一致,仅有过失的义务人承担补充责任,利益平衡的方法论也完全一致,并都未给义务人预留承担按份责任的空间。

五、结 语

在无法通过合意进行制度安排时,多数人之债只能采用法定主义,特定时空背景下的社会现实对其有深刻影响,沿着从罗马法到德国普通法再到《德国民法典》的线性历史对连带债务的概览业已反映这一点。^{〔82〕} 多数人侵权责任亦不例外,通过鸟瞰西方世界法律经验,能看出社会人际关系、人与政府的关系等因素的作用。^{〔83〕} 可以说,多数人侵权责任规则受制于特定的社会土壤,取决于立法者感知时代脉动和洞察民族精神后的决断。^{〔84〕} 通过回看我国侵权

〔77〕 参见伍利娜、郑晓博、岳衡:“审计赔偿责任与投资者利益保护——审计保险假说在新兴资本市场上的检验”,《管理世界》2010 年第 3 期,第 32—42 页。

〔78〕 参见最高人民法院民事审判第二庭,见前注〔13〕,第 161—197 页。

〔79〕 参见汤欣、李卓卓:“新修虚假陈述民事赔偿司法解释评析”,《法律适用》2022 年第 3 期,第 71 页;郭雳、吴韵凯:“虚假陈述案件中证券服务机构民事责任承担再审视”,《法律适用》2022 年第 8 期,第 41—54 页。

〔80〕 参见最高人民法院研究室等,见前注〔60〕,第 134—137 页。

〔81〕 Vgl. Ronald Mayer, in: BeckOK BNotO, 12. Ed. 1. 8. 2025, § 19 Rn. 122 f.

〔82〕 参见张定军:《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》,中国社会科学出版社 2010 年版,第 8—71 页。

〔83〕 参见(意)Mauro Bussani, Marta Infantino:“西方侵权法中的多数人侵权:一种比较法的视角”,薄龙、黄谟谔译,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014 年第 2 期,第 91 页。

〔84〕 参见谢鸿飞:“违反安保义务侵权补充责任的理论冲突与立法选择”,《法学》2019 年第 2 期,第 54 页。

补充责任的制度形成,本文对前述认识增添了注脚。

回到源头,面对验资不实、住客被害情形的责任承担问题,最高院拿出的都是侵权补充责任的方案。客观地看,其时学理探讨相当稀缺,没有成熟知识架构可供选用,该方案基本上是法官综合我国实际情况作出的司法决断。这天然注定了在探求为什么是侵权补充责任这个问题时,应采用社科法学的分析,要特别重视社会背景、行业生态、法官职责、认知心理等法外的社会因素。与此同时,侵权补充责任被具体规范所规定,对其解读离不开法解释学的基本操作。在社科法学和法解释学的统合分析下,我们看到,在后续的制度发展中,合理保证义务论和安保义务论实质上合轨,由此能得出可与引言所提问题相呼应的以下结论:

第一,在责任法定的前提限定下,侵权补充责任以合理保证义务和安保义务为基础,以防范或制止第三人侵权、塑造交往有序的社会空间为目的,义务人因此限于会计师事务所、宾馆等公共服务提供者,它们在一定条件下要对由其所促成的社会交往之中发生的第三人侵权负责。相应地,侵权补充责任的主体范围不能扩张到诸如二手房出租人这样的处于非公共服务领域之人,否则会使人们动辄得咎,陷入不可预测的连坐恐惧之中,无法维系基本的交往自由。此外,公共服务提供者应是市场化、社会化的单位或个人,具有可替代性,至于负担国家治理任务的部门(如不动产登记机构),虽然也有公共服务功能,但不应包括在内,因其职责非单纯服务于社会公众,还有代表国家进行社会治理的作用,具有非竞争、不可替代的属性,且其不当行为(如登记错误)的责任在国家赔偿法等其他法律范围。

第二,前述义务人是社会运行的必要成分,是营造健康社会交往环境的中坚力量,除了市场和社会的激励,如会计师事务所吸引更多有经验的注册会计师、宾馆配置更多服务安保人员以树立良好声誉,吸引更多客户,法律也适配以侵权补充责任,反向激励义务人尽其义务,以防控第三人侵权风险。就此而言,侵权补充责任不是严格责任,不是福利性的损害转嫁,而是注重激励义务人行为的过错责任,只有义务人有过错,才承担与过错对应的补充责任,进而适度弥补损害。

第三,侵权补充责任人限于有过失的义务人,故意者被排除在外,这是因为后者非但没有促进正常的公共交往,反而对社会空间带来概括危害,只有承担连带责任,才能体现侵权法的制裁功能。法院在判令连带责任时,正如《最高人民法院对十三届全国人大五次会议第2336号建议的答复》所言,会考虑会计师事务所过错大小、原因力大小等因素,选择部分连带责任的方案,如上海高院在“中安科”案中判令会计师事务所在中安科赔偿义务的15%范围内承担连带赔偿责任。基于此,部分连带责任与补充责任除了形态不同,还对义务人的故意过失要求不同,两者不可混同。

概括而言,针对第三人侵权情形,侵权补充责任把义务人限于公共服务提供者,并仅适用于有过失的义务人,以达到受害人和义务人的利益平衡,^[85]实现保护受害人和促进公共服务发展的并重。这样的制度构造相当简约,在第三人侵权时,只要能确证义务人非故意地懈怠履行其义务,就无需辨析第三人故意或过失,甚至责任成立和责任范围的因果关系也可得缓和,

[85] 比如,针对《民法典》第1256条的公共道路管理人责任,有观点就着眼于前述因素,将其归为补充责任。参见焦艳红:“我国《民法典》侵权责任编中‘相应的责任’之责任形态解读”,《中州学刊》2022年第6期,第41页。

不像自己责任那样严格精确。^{〔86〕}

战术性撤退是为了更好地进攻,同样地,只要不能证明精确性会带来显著效益,采用简约的多数人侵权责任规则就意味着高效有序。^{〔87〕} 侵权补充责任是基于利益平衡的公平考量,除了要保护受害人,弱化其向第三人求偿不能的风险,同时还要维系义务人在从事公共服务时的行为自由,不至于徒增其经营、运作等成本,就此而言,侵权补充责任的简约构造恰到好处。当然,正如诸多文献所显示的,以教义逻辑为衡量标准,上述构造应予提升、完善和细化的地方所在多有。当社会现实的变化确实生出相应的利益需求,顺应新需求进行制度改善,自然是当为之举。^{〔88〕} 若非如此,只要社会现实状况未有质的改变,利益需求没有更新换代,目前的侵权补充责任应该是客观约束下的最适方案。

Abstract: Supplementary liability in tort in China is an original creation. In order to clarify the disputed issues in doctrine and practice, it is necessary to investigate the details of institutional formation, through a combined analysis of socio-legal and doctrinal approaches, so as to identify its normative purpose. There are two routes of institutional development for supplementary liability in tort in China. The first is that in cases where false capital verification causes harm to interested parties, accounting firms bear supplementary liability connected with general surety. The second is that in cases where a hotel guest is killed by a third party, the hotel bears supplementary liability connected with the duty of security. However, both accounting firms and hotels are providers of public services; both have the duty to create an orderly space for social interaction in an impersonal society, and the duty to increase the certainty of interpersonal interaction. Moreover, the two routes have become institutionally consistent, both adopting interest-balancing as their methodology, and therefore are in fact homogeneous. After the convergence of the two routes, the scope of obligors of supplementary liability in tort is limited to public service providers, and applies only to obligors who are negligent, in order to achieve the normative purposes of protecting victims and promoting the development of public services. Under the constraints of social reality, the current supplementary liability in tort should be regarded as the optimal solution.

Key Words: Supplementary Liability in Tort; Institutional Formation; Accounting Firms; Duty of Security; Social Reality

(责任编辑:贺剑)

〔86〕 参见洪国盛:“论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担”,《法学》2020 年第 9 期,第 118—131 页。

〔87〕 参见(美)理查德·A. 爱波斯坦:《简约法律的力量》,刘星译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 134—140 页。

〔88〕 参见(德)菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆 2016 年版,第 16—31 页。