

走下神坛

专家民事责任基本问题研究

蒋云蔚 著

Professional Liability



复旦法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受上海市重点学科建设项目资助，项目编号为 B102



复旦法学文丛

走下神坛

专家民事责任

基本问题研究

蒋云蔚 著

Professional Liability

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

走下神坛:专家民事责任基本问题研究 / 蒋云蔚著.
—北京:法律出版社,2008. 11
(复旦法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8298 - 8

I. 走… II. 蒋… III. 民事责任—研究—中国 IV.
D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 034427 号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/对外合作出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2008年11月第1版

印张/6.25 字数/150千
印次/2008年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8298 - 8

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

国士校 科学基学大日夏

专家责任,是中国侵权法的重大疑难问题,国内以往的研究基本限于法律上之比较借鉴。该成果创新性较强,主要表现为:首先,从社会学角度研究专家责任。这是该成果与以往研究的最大不同或特色。论文以涂尔干、马克斯·韦伯、弗莱德逊、玛格丽森等社会学家关于职业化现象的研究为基础,分析了专家与社会分工、与现代工业化社会和消费社会、福利社会的关系,以揭示专家的社会角色为重点。其次,在此基础上,试图论证专家对社会广大的接受服务的群体负有注意义务,此义务为损害赔偿之基础,并附之以限制,以平衡专家的执业社会需求与保护受害人利益的关系。本文不是系统分析各种专家责任,而是以医师、律师、会计师为主研究专家责任的基本问题,立意恢宏,颇为高深,为前人成果之上的具有理论建树的新作。

该著作是作者在博士论文基础之上修改完成。搜集参阅了不少英文资料,有若干阶段性成果发表,为精心研究之作。

其观点“专家对所有利害关系人负有义务，承担损害赔偿之责”，正像作者提及的那样，在国外已引起质疑。这可能是该著作会引起深入讨论甚至争鸣的问题。

是为序。

育 报

复旦大学法学院 刘士国

内容摘要

专家是职业化现象的产物。马克斯·韦伯、埃米尔·涂尔干等著名的社会学家都曾对职业化现象从不同的角度作过深入研究,形成了不同的研究进路。以涂尔干为代表的功能主义进路的研究者,认为职业是分工社会一种必然且广泛的社会组织形式。职业是形成以个性差异为基础的促进社会有机联系的集体道德意识的主要方式。职业群体的道德整合功能主要依赖于职业规范和职业伦理。职业伦理包含两个方面。一是在职业团体内部,专家应服从行业的整体利益,个人的欲求应当保持一定程度的克制,遵守行业纪律和行业规范,以形成统一的集体道德意识;二是在不同的职业群体之间,专家应具有利他主义的职业道德。以马克斯·韦伯、马格丽森为代表的功利主义进路的研究表明,职业的形成是人们的一种经济行为,其推动力是垄断某种经济机会的倾向。在竞争经济机会的过程中,随着竞争者的数量日益增多,参与竞争者对以某种方式限制竞争的兴趣也随之增大。采取

共同行为的竞争者们,尽管他们之间继续进行竞争,对外却变成一个“有关利益者的共同体”。在职业形成的情形中,这种共同体往往采取“行会”的形式:一群享有充分权利的人垄断着对有关思想的、社会的和经济的财富、义务和生活地位的支配权作为“职业”。因此,职业化进程就是人们企图将由专门知识和技能构成的稀缺资源转化为社会的、经济的利益的过程。以弗莱德逊为代表的权力主义进路,则侧重于职业组织的机制和逻辑的研究。弗莱德逊的研究以职业组织的自治权为核心,指出职业赖以构建的逻辑基础是不同于自由市场和行政监管的第三种逻辑。市场机制的核心价值是自由竞争,行政监管机制的核心价值是统一、高效,而职业机制的核心价值是职业忠实和职业独立。

从社会学家的研究中获得如下启示:从认知维度看,专家具有常人不具备的专业知识和专业技能以及为获取这些知识和技能所受的教育和培训;从规范层面看,职业的理念是为公众服务,而不是谋取自我利益的最大化,这使得社会赋予他们职业自治权具有了正当性;从评价层面,职业和其他行业相比,享有特有的职业自治权和高尚的社会地位。总之,职业人士是有着特殊权力和社会声望的阶层。社会赋予其如此殊荣是因为他们具备专门知识,这些知识体现了社会的核心价值,满足社会追求科学和真理的需要,并能实际应用到人们的生活,造福全人类。也因为,他们是超越物质利益的、为公众服务、具有职业独立性的阶层。职业独立性是专家的本质属性。这是因为科学决定了专家系统的性质。知识本身的客观性需要专家享有独立性,以事实和理论逻辑说话,不因迎合客户或者政府的需要而歪曲事实和真理。这意味着敬业首先是对他们的职业和职业文化,而不是他们的客户、客户的需要以及他们从客户那里取得的报酬。这就是职业独立性。职业独立性是专家的本质属性,这一论断是本书的核心命题。

备受学者关注的专家民事责任是合同责任还是侵权责任,这不仅仅是个法律形式问题,实质上还牵涉到在专家与公众的利益衡平中法律的价值目标和政策选择。20世纪60年代以来,随着人类社会生产

和生活不断社会化,私人生活的公共化趋势加强,掀起了一场蓬勃勃的侵权法对合同法的扩张运动。专家民事责任的性质,从以合同为主导逐渐演变为以侵权为主导,正是这场扩张运动胜利的果实之一。这并非历史的偶然,根本上是职业化发展越来越成熟的结果。职业的日益规范和发达,这种神秘的力量使得专家民事责任超越了纯粹的私人关系而成为一个社会公共问题,问题的本质是社会公众对专家系统的信赖。专家对委托人的义务并非来源于合同,而是来源于他的职业。正是专家的职业地位决定了专家民事责任是侵权责任。

专家具有职业独立性,专家应当忠于自己的职业,具有敬业精神。敬业首先是对他们的职业和职业文化,而不是他们的客户、客户的需要以及他们从客户那里取得的报酬。专家应当恪守职业独立,客观、公允,忠实于事实真相和科学原理,而不是迎合客户需要。这些都表明,无论服务对象是委托人还是第三人,专家都应当发挥一名合理的专家应当具备的技能和注意程度,忠于客观事实,恪尽职守,并不因使用人的改变而改变。在此基础上,本书提出构想,专家应当对所有利害关系人负有义务、承担损害赔偿之责。这样一来,专家的赔偿范围将大大延伸。如果所有因信赖专家意见而遭受损失的人都能请求损害赔偿,将使专家“在无法确定的时间内,对无以计数的第三人承担无法预知的责任”(卡多佐法官),一点细微的过错就能断送整个行业。这不能不令人担忧。对此,可通过责任限制或者赔偿范围限制以及责任保险等方法,将专家的赔偿责任控制在一定限度内,这样不至于沉重打击行业的生存。

专家的职业义务是专家执业艺术的集中体现。职业之所以成为职业、专家之所以成为专家,根本原因就在于他们从事着与众不同的劳动。专家的职业义务究竟有何特殊性?从内容上区分,可以分为注意义务、忠实义务和保密义务三种类型。其中,注意义务最为重要。它是因具有专家的专业知识或专门技能所产生的义务,以同专业领域的合理人的注意程度为判断标准,是方式义务而不是结果义务,是高度义务

而不是严格义务。专家的忠实义务，指专家应为委托人最大利益而行动。有争议的是，当专家对客户的忠实违背社会公共利益时，专家应当如何选择？以好律师能不能也是好人为例，以专家的职业独立性为基本依据，本书认为专家对客户的忠实实质上是对职业的忠实，而职业的存在和发展最终是为社会公共利益服务的。因此，专家不能为了客户的利益而损害社会公共利益。专家的保密义务，指专家对于在职业活动中获取的国家秘密、商业秘密和个人隐私负有保密义务。专家的保密义务不是绝对的。美国法就规定，在防止对他人或社会的危害、以及当病人被诊断为人体免疫缺陷病毒呈阳性或患有艾滋病时，医生对患者资讯在一定范围内的公开披露，不但不违反其保密义务，甚至是必需的。这一立法值得我国借鉴。专家职业义务是专家民事责任中极富特色的内容，对专家民事责任的构成以及深化对专家民事责任的理解意义重大。专家的职业义务与专家民事责任的关系体现为，专家民事责任是过错责任，其过错为客观过错，对专家义务的违反可推定过错的存在。

专家民事责任当以损害赔偿为依归和核心。专家因执业过失致人损害的民事责任，颇有特别之处。过错、因果关系的证明不可避免地涉及各行各业的专门知识，凸显了专家证人或者鉴定人在诉讼中的意义；会计师、律师等的工作方式以提供专业意见为主要形式，专业意见是一种信息，由于信息的瑕疵导致损害，和普通的侵权方式相比，在责任构成等方面有一些独特之处；医生由于执业疏忽导致身患恶疾的病人生存几率降低，是一种机会损失，对机会损失的赔偿面临许多技术上的难题；会计师、律师的侵权方式表现为信息侵权，其损害类型则常常表现为纯粹经济上损失，从目前世界各国的立法来看，对于过失导致的纯粹经济上损失的赔偿持保守态度。诉讼的激增、赔偿的艰难都刺激了职业责任保险这种新兴的险种的成长，但保险市场的回应常常不那么积极。本书对这些前沿问题进行了探索性的研究。

随着社会分工的进一步深化细化，我国的职业化进程会愈来愈快，

职业化程度会愈来愈高。职业不仅成为人们安身立命之所在,也是现代社会最为重要的一种组织形式,“你我都将深深地嵌在这个世界之中”(苏力语)。不啻如此,一个强有力的职业阶层,还是一个社会的重要支撑,是国家繁荣富裕的基石之一。因此,对职业阶层的研究和关怀,当远不止于专家民事责任之冰山一角。法律共同体和职业共同体,还有社会学、经济学等应当共同致力于这一领域的研究,推动我国职业阶层的健康发展。

关键词: 职业 职业独立 专家民事责任

100 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

101 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

102 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

103 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

104 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

105 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

106 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

107 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

108 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

109 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

110 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

111 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

112 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

113 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

114 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

115 破除神秘: 专家的社会角色 / 10

序言 /1

内容摘要 /1

导论 /1

一、选题的理论意义和实践意义 /1

二、研究现状 /3

三、研究进路与方法 /5

四、主要内容设计 /6

五、观点及创新 /7

六、对题目的说明 /8

第一章 破除神秘: 专家的社会角色 /10

第一节 法律界的“特征论” /10

第二节 以涂尔干为代表的功能主义研究进路 /13

第三节 以韦伯、玛格丽森为代表的功利主义研究进路 /15

目 录

2 走下神坛:专家民事责任基本问题研究

第四节 以弗莱德逊为代表的权力主义研究进路 /17

第五节 美国会计业的起源 /20

第六节 职业与职业主义 /22

第七节 职业阶层的兴起与职业主义的衰落 /27

本章小结 /30

第二章 从合同到侵权:专家民事责任的性质 /32

第一节 合同抑或侵权:走不出的困境 /33

一、史料钩沉 /33

二、理论争锋 /37

三、评述 /39

第二节 并非偶然:侵权法的胜利 /42

一、异化的合同 /42

二、走出困境:专家义务的来源 /45

第三节 重申职业独立 /50

第四节 专家对第三人的民事责任 /52

一、问题之提出 /52

二、变动不居的第三人范围的边界 /54

三、客户的看家狗 vs. 公众的看家狗 /56

四、本章的设想 /57

第五节 侵权责任与合同责任的竞合与聚合 /58

本章小结 /61

第三章 执业的艺术:专家职业义务的实证分析 /63

第一节 专家注意义务基本理论概说 /64

一、何谓“注意义务” /64

二、专家注意义务与注意义务理论 /66

三、专家注意义务的特性和相对性 /67

第二节 专家注意义务的标准 /69

一、“高度”之丈量 /69
二、参照系之选择 /72
三、方式义务 vs. 结果义务 /75
第三节 专家注意义务的内容——以医生为例 /77
一、医生的说明义务 /78
二、医生的诊治义务 /82
三、医生的转医义务 /84
第四节 专家的忠实义务——好律师能不能也是好人 /85
一、问题之提出 /85
二、职业伦理与社会伦理：律师世界的二律背反 /86
三、律师的角色 /89
四、义务之冲突 /94
第五节 专家的保密义务 /97
第六节 义务的违反与专家民事责任 /100
一、过错责任 vs. 严格责任 /100
二、义务的违反与过错 /103
三、专家的法定义务与过错 /105
四、回眸“安然事件” /108
本章小结 /111

第四章 损害与赔偿：专家民事责任的承担 /115

第一节 专家证人制度 /115
一、专家证人的资格 /117
二、专家证词的采信 /120
三、专家证人的作证豁免权 /123
四、专家证人对我国鉴定人制度的改造意义 /129
第二节 信息侵权 /130
一、解码“信息” /130
二、信息可能侵权吗？ /133
三、信赖 /136

4 走下神坛:专家民事责任基本问题研究

第三节 机会损失赔偿 /140

一、问题之提出 /140

二、有关机会损失赔偿的各种学说 /142

三、机会损失赔偿的制度构造 /149

四、我国建立机会损失制度之可行性的初步分析 /154

第四节 纯粹经济上损失 /156

一、专家引发的纯粹经济上损失的类型分析 /156

二、对纯粹经济上损失的赔偿 /158

第五节 职业责任保险 /162

一、基本概念 /162

二、制度构成 /163

三、现状分析 /166

本章小结 /169

结语 /171

参考文献 /173

后记 /183

不, 案期也我知夏白婚的期案我一春市理国中改府婚曾; 法判公和, 案大果中丁去睡也, 案除公和所不裁能者有进小中谷及进下米附又裁就市本育治案大商类批成部, 冠番事有会天中——二言职书委的关思到, 计划人人, 周各的语过新修调书会, 同之初一, 司文为以丁安至《国案胆办对事》导 论 就开于 2002 年, 董琪琪, 洪黎庆就由京直景, ”案之法 110 言其科事研的理判到市中席说前, 冠程“旅上, 全案讨庭, 就 202 判事判将月入特国书安裁调因案中大家 17 市京北争三裁事而分裁温不裁因因式改判理判为重, 北断, 南断, 甚甚有更; 人 09

。世代公罪不由于日前主理 111 判事判恶重严等书教, 人条县血回前士人业耶, 湖平木业寺, 案于判业理案寺理断部代众公

一、选题的理论意义和实践意义

业台报员和同的益除众 (一)为什么“专家”? 言二好慧景, 翰野味西既

专家是随着社会分工的日益精密而出现的职业群体。由于分工带来的个体差异, 人们总是对自己生活以外的世界感到新鲜和隔膜。长期以来, 专家在人们心目中的形象是神秘而高深的。他们不仅具有丰富的专业知识和专业技能, 还具有高尚的职业操守, 他们是高级白领, 是社会精英, 是客户利益的忠诚卫士。专家就像供放在神坛上的神像被大众信仰, 不需要与他们对话, 而只需要面对他们默默许下自己内心的愿望。吉登斯说, 现代人生活在专家知识和抽象系统里。从某种意义上也可以说, 现代人生活在专家的知识权威和道德依赖中。

然而, 随着我国职业化进程的起步, 近年来医生、律师、会计师等专业人士因执业过程中的疏忽而造成他人损失的问题越来越多地暴露在公众面前, 几乎在一夜之间就粉碎了人们编织的神话。会计界自 1996 年德阳虚假验资遭到索赔第一案以

来,诉讼峰起;曾被称为中国股市第一蓝筹股的银广夏财务造假案,不仅招来了数万名中小投资者绵绵不绝的诉讼纠纷,也葬送了最大的会计师行之一——中天会计事务所。诸如此类的大案在资本市场爆发了几次之后,一时之间,会计师就像过街的老鼠,人人喊打。医患关系也颇为紧张。据报道,从2002年开始实施《医疗事故处理条例》至今,上海“群访、闹访和冲击医疗机构的事件共有110起之多”。最近三年北京市71家大中型医院就发生医护人员被毆事件502起,致伤残90人;更有甚者,湖南、湖北、重庆等地曾发生因医患矛盾激化而导致杀人、爆炸等严重恶性事件。^[1] 医生的日子也不那么好过。

公众开始抱怨专家职业操守差,专业水平低。职业人士的回应是他们也有他们的苦衷。看来,破除神秘、展开对话,加强专家与公众的沟通和理解,是建设二者的良性关系、在保护公众利益的同时促进行业发展、构建和谐社会的 premise。

(二)为什么“民事责任”?

专家,是社会学、经济学、法学等多种学科共同研究的对象。在法律的领域里,民事责任是最能展示专家与公众之间的关系,也最能揭示专家执业活动特性的问题。专家民事责任的性质,究竟是违约责任还是侵权责任,不仅仅是一个法律形式问题,它关系到对专家义务来源的看法是来源于合同还是职业本身;专家注意义务的程度、专家民事责任的归责原则、专家民事责任中的损害赔偿问题则都反映了公众的期许与各行业的自我定位之间的紧张关系。同时,“专家民事责任已发展成为损害赔偿法的中心课题之一”,对专家民事责任的研究也将丰富和深化损害赔偿以及整个民事责任理论。

(三)为什么“基本问题”?

我国的《注册会计师法》、《医疗事故处理办法》、《律师法》等单行法对本行业专家的民事责任均有规定。但是,对不同行业的民事责任

[1] 载中国网, <http://www.china.org.cn/chinese/lianghui/116864.htm>.

的共同问题,对专家民事责任的基础性问题的立法和研究都相对匮乏。尽管《国际比较法百科全书·侵权法卷》、鲍威尔的《专业过失》中都曾经提到,在专业人士对第三人的责任的问题上,并不存在概括性、适用于所有专业人士的规则。我国学者刘燕也认为,由于梁慧星先生翻译了日本学者能见善久的文章《论专家的民事责任——其理论架构的意义》、浦川道太郎的《德国的专家责任》以及下森定的《论专家的民事责任的法律构成与证明》等几篇在国内颇有影响力的论文,使得国内对这领域的研究形成了一种“路径依赖”,动辄要谈专家责任,而不是对各个行业进行分别研究。笔者认为,各行各业确实个性大于共性,但這些共同的基本理论问题,是理解和设定各行各业的专家的民事责任的起点。只有在完成对专家民事责任的基础理论研究之后,才能更好地向各个行业纵深发展。而目前我国关于这些基本问题的理论准备还十分不足。同时,这样的立法颇具实益。一来可以消除各单行法之间的分歧,二来在缺乏或来不及制定某行业的单行法时,可以适用专家民事责任共同性规定,防止出现无法可依的尴尬局面。

二、研究现状

专家民事责任是一个可以从理论层面也可以从实践层面,可以从法律界也可以从各行业界等多个角度进行研究的问题。从现有文献来看,国内外对这一问题的研究大致形成了两种不同的范式:

1. 以民事责任基础理论为依托,讨论专家民事责任的性质、归责原则和构成要件等基本理论问题。这方面的专著主要有屈芥民的《专家民事责任论》,田韶华等的《专家民事责任制度研究》,唐先锋等的《我国专家民事责任制度研究》,英文专著有 Jackson & Powell 的《专家过失》,Ray Hodgkin 的《专家责任:法律与保险》,Thomas D. Mrgan and Ronald D. Rotunda 的《专家民事责任》。以上专著对专家的特征、专家注意义务的内容、专家民事责任的合同性质和侵权性质、损害赔偿、责任保险进行了比较全面的介绍以及对会计师、律师、医师的责任进行了类型化分析。有代表性的论文有梁慧星先生翻译的三篇日本学者的