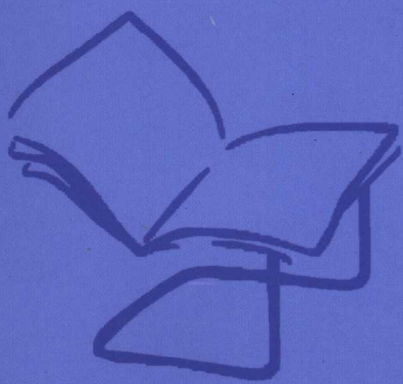


当代学者人文论丛

人文论丛

张彩云 著



专家责任研究

ZHUANJIA ZEREN YANJIU

中国文史出版社

专家责任研究

张彩云 著

中国文史出版社

图书在版编目(CIP)数据

专家责任研究/张彩云著. - 北京:中国文史出版社,2005.10

(当代学者人文论丛. 第9辑/袁良骏主编)

ISBN 7-5034-1704-8

I. 专… II. 张… III. 法律责任—研究—中国 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 111846 号

专家责任研究

责任编辑:刘剑 封面设计:福瑞来书装

出版发行:中国文史出版社

社 址:北京太平桥大街 23 号 100811

印 刷:北京忠信诚胶印厂 邮编:101109

经 销:新华书店北京发行所

开 本:880×1230 毫米 1/32

印 张:9.25

字 数:257 千字

版 次:2005 年 10 月北京第 1 版

印 次:2005 年 10 月第 1 次印刷

全套定价:260.00 元

文史版图书如有印、装错误,工厂负责退换。

目 录

第一编 总论

第一章 专家责任概述	(3)
第一节 专家与专家的执业活动	(3)
一、专家的概念	(3)
二、专家的执业活动	(8)
三、专家的义务	(10)
第二节 专家责任	(10)
一、专家责任的概念	(10)
二、专家责任与其他法律责任的区别	(13)
三、专家责任的地位及发展概况	(15)
四、关于专家责任的立法模式	(16)
第二章 专家责任的性质	(17)
第一节 专家责任性质学说概述	(17)
一、不同学说	(17)
二、对于各学说的评述	(18)
第二节 专家与委托人之间的责任性质	(20)
一、专家对于委托人的责任应以契约关系为依据	(20)
二、委托人追究专家的合同责任,以过错为原则	(21)
第三节 专家与第三人之间的责任性质	(21)
一、专家与第三人之间责任性质的分歧	(22)

二、宜取侵权责任说	(23)
第三章 专家责任的构成	(29)
第一节 合同责任构成	(29)
一、合同责任概念	(29)
二、专家合同责任的构成	(33)
第二节 专家侵权责任构成	(37)
一、侵权责任概述	(37)
二、侵权责任的构成要件	(39)
三、免责事由	(41)
第四章 专家责任归责原则	(43)
第一节 合同责任的归责原则	(43)
一、合同责任归责原则概述	(43)
二、缔约过失责任、合同无效责任和后契约责任归责原则	(44)
三、加害给付归责原则	(44)
四、预期违约责任归责原则	(45)
五、实际违约责任归责原则	(45)
六、专家合同责任为过错责任	(48)
第二节 侵权责任归责原则	(50)
一、侵权责任归责原则概述	(50)
二、过错原则	(51)
三、无过错责任原则	(53)
四、公平责任原则	(54)
五、专家侵权责任为过错责任	(55)

第二编 分论

第五章 律师专家责任	(61)
第一节 律师专家责任概述	(61)
一、律师定义及其发展过程	(61)
二、律师专家责任的概念及现状	(64)
三、加快律师专家责任制度立法的必然性和必要性 ...	(66)
第二节 律师对委托人的责任	(69)
一、律师对委托人的责任内涵	(70)
二、律师对委托人合同责任的构成	(71)
三、律师对委托人承担责任的形式及范围	(78)
第三节 律师对于第三人的责任	(81)
一、律师对于第三人责任的性质	(81)
二、律师对于第三人侵权责任的构成	(82)
三、律师对于第三人承担责任的范围	(85)
四、举证责任的承担	(86)
第四节 律师专家责任风险及防范	(88)
一、律师专家责任风险的涵义	(89)
二、律师专家责任风险的表现及产生原因	(91)
三、律师责任风险的防范	(94)
第五节 律师专家责任保险	(98)
一、设立律师责任保险制度的意义	(99)
二、律师责任险的涵义及保险标的	(100)
三、被保险人的权利与义务	(101)
四、保险责任的免除	(102)
五、赔偿处理的程序	(103)

第六章 注册会计师专家责任	(104)
第一节 注册会计师制度的形成与发展现状	(104)
一、世界注册会计师制度的形成与发展趋势	(104)
二、我国注册会计师制度的历史回顾及发展趋势	(108)
三、当前我国会计师事务所发展中面临的突出问题 ...	(110)
第二节 注册会计师专家责任概述	(111)
一、注册会计师专家责任的内涵	(111)
二、注册会计师专家责任的现状	(113)
第三节 注册会计师第三人责任	(116)
一、注册会计师第三人民事责任性质	(117)
二、注册会计师对第三人的专家责任宜为侵权责任 ...	(120)
三、第三人的范围	(123)
第四节 注册会计师民事责任的构成及归责原则	(126)
一、注册会计师民事责任的构成	(126)
二、注册会计师民事责任的归责原则	(130)
第五节 注册会计师专家责任的诉讼时效期间	(138)
一、民事诉讼时效的概念及法律意义	(138)
二、我国现行法律对诉讼时效期间的规定	(140)
三、国外法律对诉讼时效期间的规定	(141)
四、对我国注册会计师民事责任诉讼时效的建议	(143)
第六节 注册会计师专家责任问题的成因与对策	(144)
一、当前注册会计师专家责任问题的成因	(144)
二、注册会计师专家责任的对应措施	(147)
第七节 注册会计师专家责任保险	(149)
一、注册会计师责任保险的发展与现状	(149)
二、推行注册会计师执业责任保险的意义	(150)
三、注册会计师专家责任险的涵义及保险标的	(151)
四、注册会计师责任保险除外责任	(153)

五、会计师事务所及注册会计师的义务及赔偿处理程序	(154)
--------------------------------	-------

第七章 医务工作者的专家责任

(156)

第一节 医务工作者专家责任概述	(157)
一、医务工作者专家责任的涵义	(157)
二、医务工作者专家责任的性质	(159)
三、医务工作者专家责任的构成	(160)
第二节 医疗事故与医疗损害	(164)
一、医疗事故损害	(164)
二、其他不构成医疗事故的损害	(168)
第三节 违反义务的行为	(170)
一、法定义务观	(170)
二、约定义务与法定义务观	(170)
三、基本注意义务与高度注意义务观	(174)
四、高度注意义务的比重较大	(176)
第四节 医务工作者的过错	(182)
一、医务工作者过错概述	(182)
二、过错原则的涵义及其演进	(183)
三、我国医务工作者责任中过错的内涵与注意义务的层次	(188)
四、我国医务工作者责任过错的认定	(192)
五、医疗事故侵权责任中的免责抗辩	(199)
第五节 因果关系	(203)
一、因果关系的确定	(203)
二、医务工作者专家责任诉讼中因果关系的基准	(206)
三、关于赔偿中的参与度	(208)
第六节 医务工作者专家责任中的举证责任	(209)
一、民事举证责任的含义及意义	(209)

二、医务工作者责任中的举证责任倒置	(215)
第七节 我国医师专家责任保险制度	(218)
一、医师责任保险概述	(220)
二、医师责任保险的保险范围	(223)
三、医师责任保险的除外责任	(225)
四、建立医师责任保险制度的基本途径	(225)

附录

中华人民共和国律师法	(228)
中华人民共和国注册会计师法	(238)
医疗事故处理条例	(247)
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	(262)

后记	(277)
----------	-------

第一编 总论

第一章 专家责任概述

第一节 专家与专家的执业活动

一、专家的概念

在我们的日常生活中,人们一般认为专家包括两种人:一种是对某一门学问有专门研究的人;另一种是擅长某项技能的人。但此处所说的专家与日常生活中所说的专家并不完全相同。此处所说的专家一般不包括那些专门从事理论研究工作的学者,也不包括那些从事实践活动但不直接或间接与当事人或者顾客建立服务关系的具有专业知识或技能的人员。^① 我们在这里所说的专家责任中的专家,是指具有专业知识或专门技能,依法取得国家认可的专业资格证书和执业证书、向公众提供专业服务的人,主要包括律师、注册会计师、医师等。

尽管不少学者认为要准确地概括这样的专家特征是比较困难的,但学者们仍做出了艰苦的努力。英国学者杰克逊、鲍威尔在其所著的 *Professionnal Negligence* 一书中列举了专家的四个特征:其一,工作性质属于高度的专门性,其中心不是体力工作而是脑力的;其二,重视高度的执业道德和与顾客的信赖关系;其三,大多要求一定的资格;其四,具有较高的社会地位。日本学者能见善久则将专家的特征可归结为三点:第一,由于工作内容高度的专门化,因此要求专家应具有与所要求的资格相符的高度的能力、技能。并且不能以能力、技能的不足作为免

^① 张新宝著:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社,2005年版,第219页。

责理由,发生一定水准以下的行为时,即当然认定为有过失。亦即高度的能力、注意义务被客观化了。不过,在特别高度的知识、技能的领域中,专家之间也存在差别,问题是应否予以考虑。第二,由于专家的工作以智力判断为中心,就使得再如像医师的误诊等情形,很难进行过失判断。因此,过失证明时,必须寻求其他的办法。例如,以说明义务违反等追究责任。第三,高度的职业道德、信任关系,可以导出专家负有于委托人的信赖相符的难委托人的利益而行动的忠实义务。^① 日本学者浦川道太郎在论述《德国的专家责任》一文中,将专家或者自由职业者(der freie Berufl)及其执业活动的特征进行了五个方面的归纳:(1)基于自己的责任和经济上的独立性向相对人提供专家的精神创造成果;(2)资格和学历的要求;(3)与相对人的特别信赖关系;(4)职务活动有利他性(排除营利性);(5)国家承认其团体的自律性,由其团体规定职务行为的标准并对成员违反规定的予以制裁。^② 我国学者张新宝认为专家一般都具备以下条件:(1)受过某一方面的专门职业教育和训练(如高等学校的医学、法学教育),这种训练和教育一般为国家高等教育或者中等教育的一部分,或者得到国家的认可;(2)具有从事某项专业工作(执业活动)的执照(如律师的执业证书、注册会计师证书),这种执照一般由国家的专门管理部门颁发或者由有关行业协会颁发;(3)他们以其专业知识和执照向社会上的当事人或者顾客提供智力性的专业服务,并从中收取报酬或者其他类似的回报;(4)与其所服务的对象即顾客和当事人之间,存在特别的信赖关系。^③ 根据上述国内外专家的观点,依据我国专家的实际情况,笔者认为我国专家的特征应当为:

1. 具有专门知识或技能。

① [日]能见善久:《论专家的民事责任》,转引自《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第504—505页。

② [日]浦川道太郎:《德国的专家责任》,转引自《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第535页。

③ 张新宝著:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社,2005年版,第220页。

专家的工作性质具有高度的专门性,因此,专家具有与其职业要求相符合的专门知识或技能,并得到相应主管部门的认可。这就意味着,他们一般都经受过专门的教育和训练。如《中华人民共和国律师法》第六条规定:取得律师资格应当经过国家统一的司法考试。具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识的人员,经国家司法考试合格的,取得资格。

2. 得到国家的资质认定(资格证书),并取得执业证书

专家以其专业知识或专门技能向公众提供服务,必须依法取得国家认可的专业资格证书和执业证书,同时,要具有民事行为能力。对此,我国已经颁布相应的法律、法规,对于律师、注册会计师、医师等的执业资格之取得,均有相应的规定。在这个意义上,专家在法律上取得了有别于自然人的人格特点。如我国律师法规定,律师执业,应当取得律师资格和执业证书。取得律师资格应当经过国家统一的司法考试。具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识的人员,经国家司法考试合格的,取得资格。并规定,拥护中华人民共和国宪法并符合下列条件的,可以申请领取律师执业证书:具有律师资格;在律师事务所实习满一年;品行良好。但同时规定,对于无民事行为能力或者限制民事行为能力的;受过刑事处罚的,但过失犯罪的除外;被开除公职或者被吊销律师执业证书的不予颁发律师执业证书。我国注册会计师法规定,国家实行注册会计师全国统一考试制度。注册会计师全国统一考试办法,由国务院财政部门制定,由中国注册会计师协会组织实施。具有高等专科以上学校毕业的学历、或者具有会计或者相关专业中级以上技术职称的中国公民,可以申请参加注册会计师全国统一考试;具有会计或者相关专业高级技术职称的人员,可以免予部分科目的考试。参加注册会计师全国统一考试成绩合格,并从事审计业务工作二年以上的,可以向省、自治区、直辖市注册会计师协会申请注册。《中华人民共和国执业医师法》第十四条第二款规定,取得医师资格的人员,未经医师注册取得执业证书,不得从事医师执业活动。卫生部日前就取得医师资格但未经执业注册

的人员开展医师执业活动有关问题作出批复,重申了该条规定。批复强调,对于医疗机构聘用取得医师资格但未经医师注册取得执业证书的人员从事医师执业活动的,按照《医疗机构管理条例》第四十八条的规定处理,即“使用非卫生技术人员从事医疗卫生技术工作的,由县级以上人民政府卫生行政部门责令其限期改正,并可以处以 5000 元以下的罚款,情节严重的,吊销其《医疗机构执业许可证》”。对于取得医师资格但未经医师注册取得执业证书而从事医师执业活动的人员,按照《中华人民共和国执业医师法》第三十九条的规定处理,即“未经批准擅自开办医疗机构行医或者非医师行医的,由县级以上人民政府卫生行政部门予以取缔,没收其违法所得及其药品、器械,并处十万元以下的罚款;对医师吊销其执业证书;给患者造成损害的,依法承担赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任”。在教学医院中实习的本科生、研究生、博士生以及毕业第一年的医学生可以在执业医师的指导下进行临床工作,但不能单独从事医师执业活动。取得医师资格但未经医师注册取得执业证书而从事医师执业活动的人员在行医过程中造成患者人身损害的,按照《医疗事故处理条例》第六十一条的规定处理,即“非法行医,造成患者人身损害,不属于医疗事故,触犯刑律的,依法追究刑事责任;有关赔偿,由受害人直接向人民法院提起诉讼”。

批复指出,卫生行政部门对于取得医师资格申请医师执业注册的人员,应当按照《中华人民共和国执业医师法》规定的程序和时限及时进行审批。

3. 向社会公众提供专业服务。

专家的工作不是提供一般的综合性的服务,而是以其专业知识或专门技能向公众提供服务。就是说他们的职业(包括兼职)与他们所拥有的专门知识、技能的专业领域是一致的。并且,这种服务的表现形式主要是脑力劳动而非体力劳动。

实际上,一个为他人提供服务的人,是否构成专家属于事实问题,应当依照该行为人是否具有以上特点加以判断,但以上特点并非就是专家所具有的必不可少的特征。因此,我们认为专家的特征具有相对

性。事实上,是否构成专家,几乎已经为法律实务所限定,不论如何,具有以上特点的专家,在实务上被具体划分为:律师、注册会计师、医师、评估师、建筑师、精算师等。上列人在向公众提供专门技能或者知识服务时,应当取得相应的执业资格。我国已经颁布的相应的法律、法规,对于律师、注册会计师、医师、评估师、建筑师、精算师等等的执业资格之取得,均有相应的规定。在这个意义上,专家在法律上取得了有别于自然人的人格特点。

4. 专家与其所服务的对象之间存在特别的信赖关系。

因专家提供的服务的专业性,使得专家能够取得委托人乃至公众的信赖。人们在其财产、人身权益面临危害或欲达到某个目标时,就基于这种信赖将事务托付给专家。当事人对专家的信赖,源自于当事人对于专家提供服务所具有的专业水准的信任以及对专家的品格、能力的信任,即基于当事人对专家服务的特别信任;公众对专家的信赖,则是源自于公众对专家活动结果的普遍的合理认同。因为存在这样的信赖,特别是公众对专家的合理信赖,专家执业所产生的结果在一定程度上具有客观公正性。例如,我国注册会计师法第14条第2款规定:注册会计师依法执行审计业务出具的报告,具有证明效力。

5. 专家负有高度的注意义务

专家的高度注意义务是指专家因具有高度的专业知识或专门技能所产生的义务,一般以同专业领域的专家在执业活动中所通常应履行的注意义务为判断标准。专家的人格特点在于向公众提供智力性的专业服务。专家提供服务不同于一般人提供服务。专家提供服务的注意程度应当更高:专家应当基于各自的职业特性承担高度的专门的注意义务。专家具有一定的资格,较高的社会地位,报酬一般有保障。因为顾客的信赖而被委任处理事务,应当承担与其地位和业务相称的、以信赖责任为基础的高度的注意义务。^① 当事人或者公众对于专家的如此

^① [日]下森定:《论专家的民事责任的法律构成与证明》,转引自《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第523页。

信赖,使得专家必须承担不同于一般人的注意义务,即专家在执业活动中,应当尽到高度注意义务,对于当事人并应承担忠实和勤勉地完成委托任务的义务。

6. 专家给服务对象提供的服务是非定型性的,即专家能满足服务对象的多样化要求。属于定型化服务如汽车驾驶教练、运送、外语会话辅导等服务的提供者,不属于此处的专家之列。

二、专家的执业活动

专家以专业知识或专门技能向公众提供服务,为本文所称的专家执业活动。

由于社会分工越来越细密,从事某项活动所要求的知识越来越专门化,我们生活中的专家的数量和种类越来越多。在现实生活中,我们常见的专家有律师、注册会计师、医护人员、建筑设计师、等等。这些人都是以自己的专门知识或技能向顾客或当事人提供智力性的专业服务,并且具有(或者应当具有)国家或者行业协会颁发的执照。得到资格认可的专家以其专门知识或技能向顾客或当事人提供专业服务的活动,我们称之为专家的执业活动。多数情况下,专家总是以自己的专业服务于社会并以这种服务作为谋生的手段,如专职律师、注册会计师、医务人员等即如此。应当指出的是,某些人虽然具有从事某种专门执业工作的执照,但是并不从事此项工作或者只是在业余从事此种执业工作。他们只是在从事其资格(执照)所确认的执业工作时,才被认为是专家,他们的活动才受到专家责任的原则和规范的调整和约束。即使是专职的专家,也只是其为顾客或者当事人提供专业服务的活动才被认为是专家的执业活动,而他们所进行的其他活动(如下班以后的私生活、休闲、购物等)并不被认为是专家的执业活动。

专家进行执业活动,由于他与当事人或顾客之间具有特殊的信赖关系,因此对其所从事的执业活动,须尽高度注意义务、忠实义务和保密义务,维护委托人的合法权益。这些义务可能是由专家与当事人和