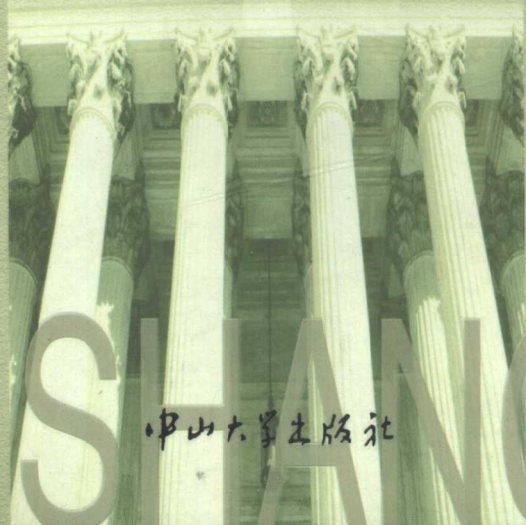
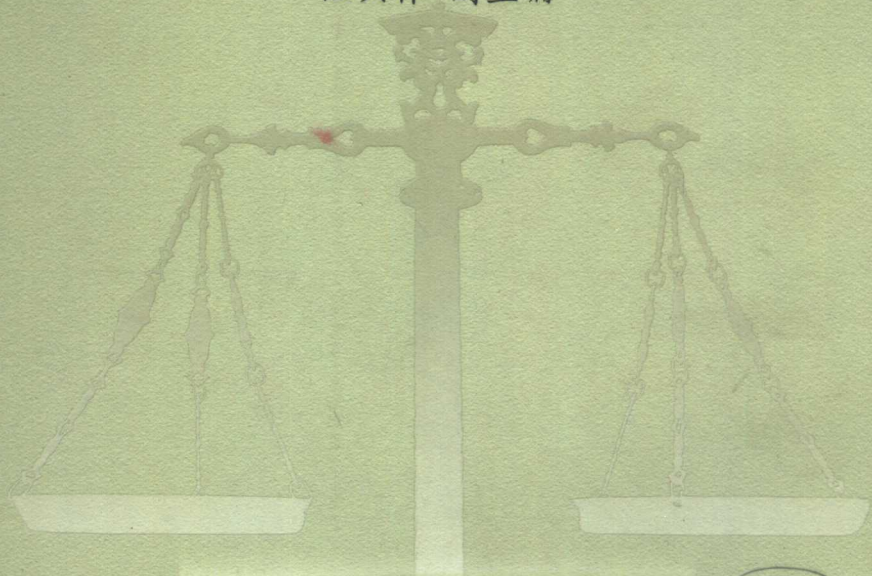


民商法学家

(第1卷)

张民安 主编
汪兴林 副主编



中山大学出版社

MINSHANGFA

民商法学家

(第1卷)

张民安 主 编

汪兴林 副主编

RBR66/03

中山大学出版社
· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法学家·1/张民安主编;汪兴林副主编. —广州:中山大学出版社, 2005.5

ISBN 7-306-02530-9

I. 民… II. ①张… ②汪… III. ①民汉-研究②商法-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 038851 号

策 划: 蔡浩然

责任编辑: 浩 然

封面设计: 方 竹

责任校对: 吴其晖

责任技编: 黄少伟

出版发行: 中山大学出版社

编辑部电话 (020) 84111996, 84113349

发行部电话 (020) 84111998, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传真: (020) 84036565

印 刷 者: 广东南海系列印刷公司

经 销 者: 广东新华发行集团

规 格: 787mm×1092mm 1/16 31.375 印张 432 千字

版次印次: 2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 49.90 元

本书如有印装质量问题影响阅读, 请与承印厂联系调换

编 者 的 话

本书的书名为《民商法学家》，意在汇集我国民商法学界的专家就有关民商法的重要问题撰写论文，并对中国和两大法系国家过去和现在有重要影响的民商法案例，从理论和实务的角度对其进行系统深入的分析，为民商法理论界和实务界建立起学术交流平台，以进一步提高我国民商法学的水平。

《民商法学家》是由中山大学出版社出版发行的专著性连续出版物，每年拟出版1~2卷。欢迎来稿，稿件要求参见书后的《民商法学家》稿约。

中山大学出版社
2005. 5

内 容 提 要

本书第1卷在“名家论坛”发表了我国著名的民法学家梁慧星教授的“法律的性质与民法的解释和适用”一文，该文就法律的社会性、规范性、概念性、目的性、正义性与法律的解释和适用作了全面深入的论述。本卷发表了专业人士的法律责任、国内外典型案例评析及医疗损害赔偿立法的研究等文章。

本书适合民商法学界的专家、学者、法官、律师，以及高校法学专业的学生和相关领域的专业人士阅读。

《民商法学家》学术顾问

梁慧星：中国社会科学院研究生院教授，中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师，国务院学位委员会委员，《法学研究》主编，著名民法学家。

王保树：清华大学法学院教授，博士生导师，中国法学会商法研究会会长，著名商法学家。

特 约 编 委

(以姓氏拼音为序)

- 曹明德** 法学博士，西南政法大学教授，博士生导师，《现代法学》副主编
- 冯 果** 法学博士，武汉大学法学院教授，博士生导师
- 傅 穹** 法学博士，吉林大学法学院副教授
- 古稀麟** 广东省高级人民法院民二庭庭长
- 韩世远** 法学博士，清华大学法学院副教授
- 蒋大兴** 法学博士，南京大学法学院副教授
- 赖昌仁** 广东省梅州市中级人民法院民一庭副庭长
- 刘小鹏** 广东省广州市中级人民法院民一庭法官
- 梁展欣** 广东省高级人民法院法官
- 李建华** 法学博士，吉林大学法学院教授，博士生导师
- 刘银春** 最高人民法院民一庭法官
- 冉 昊** 法学博士，中国社会科学院法学所《法学研究》责编
- 邱文宽** 广东省高级人民法院民一庭庭长
- 王振宏** 广东省高级人民法院民一庭法官
- 王 闯** 法学博士，最高人民法院民二庭法官
- 徐涤宇** 法学博士，中南政法财经大学法学院副教授
- 谢鸿飞** 法学博士，中国社会科学院法学研究所民法研究室副主任
- 于海涌** 法学博士，中山大学法学院副教授
- 易继明** 法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员
- 赵盛和** 广东省广州市中级人民法院民一庭法官
- 赵云川** 广东省广州市中级人民法院研究室副主任
- 郑新俭** 广东省高级人民法院民四庭庭长
- 张春和** 广州市中级人民法院办公室主任
- 张 谷** 法学博士，北京大学法学院副教授
- 朱慈蕴** 法学博士，清华大学法学院教授，博士生导师

序

为了弥补我国民商法理论界和实务界在专业人士民事法律地位方面的缺陷，为了提升我国专业人士民事法律地位方面的理论和实务水平，《民商法学家》第一卷对专业人士的法律责任作了说明。

一、专业人士法律地位的重要性

所谓专业人士，是指在某一领域具有专门知识和专门技能并且运用此种专门知识和专门技能为社会公众提供专门服务的人。专业人士在任何社会都占据着重要的社会地位，是社会公众需要依靠和依赖的人士。因为，在任何社会专业知识和专业技能往往仅由少数人所掌握，当社会公众要作出某种重要的决定时，基于自身专业知识、专业技能与经验的欠缺，他们往往要依赖这些专业人员提供的专业知识和专业技能。如果社会公众依赖这些专业人员提供的专业知识丰富、处理问题的技能娴熟、职业精神强，则社会公众将会受益无穷；如果专业人士的专业知识贫乏、专业技能欠缺、职业道德精神差，则社会公众将会遭受重大的损失。Dickson 法官指出：“公司在现代社会中的快速发展和其作用的不断变更，使人们对专业会计师的社会作用有了新的认识。会计师仅仅对公司的所有权人兼经理提供服务并对他一个人承担责任的时代已经结束。专业化的效果，税收的影响，都市化，所有权与管理权的分离，职业性公司经理的出现以及大量的其他因素紧密联系在一起，现代工业的复杂化已经使会计师的作用和责任发生了显著的变化，并且也使公众对会计师的工作所产生的信赖发生了显著的变化。他所作的关于公司的财务状况的陈述可以影响到广大公众的经济利益，也可能会影响到公司股东和潜在股东的经济利益。”^① 为了确保专业人士能够为社会公众提供可以信赖的专业意见，两大法系国

^① [1976] 3W. W. R. 338

家都制定了有关专业人士方面的法律，对专业人士获得专业资格的方式、专业人士的行为准则和专业人士的民事法律责任等内容作出了说明。一旦专业人士违反有关的法律，导致委托人或者委托人以外的第三人遭受损失，他们将要对受害人承担民事法律责任或者是契约责任或者是侵权责任。

二、专业人士在我国判例法中的地位

20世纪80年代中后期，我国开始制定有关专业人士方面的法律，对专业人士的法律地位作出说明。20世纪90年代以后，国家开始大规模地颁布法律，规范专业人士的行为，使专业人士在法律上的地位更加明确，诸如会计师法、医师法、律师法等。但是，我国有关专业人士方面的法律存在严重的问题，这就是，这些法律高度重视专业人士的道德义务，很少关注专业人士的注意义务和行为准则；高度重视专业人士的行政责任和刑事责任，很少甚至没有规定专业人士承担的民事法律责任。因此，我国有关专业人士方面的法律仅仅是公法性质的法律，而不是私法性质的法律，它们很少能够为民事法庭所适用，虽然它们可以为刑事法庭所适用。20世纪90年代以来，随着专业伤士地位的显著提高，随着专业人士服务领域的日渐拓展，有关专业人士方面的民事纠纷大量发生。律师在为自己的委托人提供法律服务时，违反了注意义务导致其委托人遭受损害的案件有之；审计师在为自己的委托人审计会计事务时，违反自己的行为准则，出具虚假审计报告并因此导致第三人遭受损害的案件有之；医师在诊治病患者时，没有尽到合理的注意义务因此导致病患者遭受损害的案件有之。这些受害人向法院起诉，要求法院责令专业人士对自己因为其过失行为遭受的损害承担民事赔偿责任。法院是否要责令专业人士承担民事赔偿责任？如果要责令专业人士承担民事赔偿责任，其理论根据是什么？这种民事赔偿责任是什么性质的责任，是侵权责任还是契约责任？此时，法院往往感到无法可依。因为，关于这些问题的答案，我国有关专业人士方面的法律都没有作出明确的说明，学说对这些问题也没有提供清楚的解答。为了指导各级地方法院妥当地解决这些纠

纷，最高人民法院曾先后多次颁布有关专业人士方面的司法解释，对有关专业人士的民事法律责任问题作出说明。例如，最高人民法院在1998年颁布了《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》^①，认为会计师事务所在1994年1月1日前为企业出具虚假验资证明，给委托人、其他利害关系人造成损失的，应当承担相应的民事赔偿责任。最高人民法院在2002年12月26日颁布了《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》^②，认为会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等专业中介服务机构应当就其虚假陈述导致的损害对在证券市场上从事证券认购和交易的自然人、法人或者其他组织承担侵权责任。最高人民法院的司法解释活动确定了专业人士承担的责任性质和责任范围，为专业人士民事法律责任的承担提供了直接的法律根据，也为专业人士职业道德和注意义务的遵守提供了依据。但是，最高人民法院有的司法解释存在一些问题，违反了专业人士民事责任领域贯彻的公共政策，也影响了国家司法机关的正常活动。

三、司法管理因素在专业人士民事法律责任中的地位

专业人士民事责任领域贯彻的公共政策多种多样，最主要的公共政策是司法管理因素。所谓司法管理因素，是指法官在审判民事侵权案件时，时常担心自己的判决会导致更多的人向法院起诉，使侵权诉讼案件像潮水般泛滥起来，导致法院面临的案件大量累积，影响侵权案件的有效审判和快速审判。司法管理因素既是大陆法系，英美法系国家的法官在处理侵权案件时要考虑的公共政策，也是我国法官在处理侵权案件时要考虑的公共政策。一般认为，法官在处理过错责任的侵权案件时会考虑此种因素，就是在处理严格责任的侵权案件时也会考虑此种因素。开启侵权诉讼泛滥的大门（the opening of the floodgates）的担忧使法官常常使用某些法定手段以限制原告提起侵权

① 法释（1998）13号。

② 2002年12月26日最高人民法院审判委员会第1261次会议通过。

诉讼，防止被告就其损害行为对原告承担侵权责任。法官最常使用的法定手段是所谓的义务手段和可预见性的手段。^① 管理因素作为公共政策的反映，在法官审判侵权案件时得到众多的反映，但最典型的反映在专业人士的侵权责任领域。

作为专业人士的被告，在为委托人提供专业服务时，应当对委托人承担合理的注意义务和技能运用义务；专业人士在提供专业服务时，是否对委托人以外的第三人承担合理的注意义务和技能运用义务？学者对此作出的回答并不完全相同，司法判例也区分情况而作出不同的回答。如果专业人士的过失行为仅仅使委托人以外的少数第三人遭受损失，法官会认定专业人士对委托人以外的第三人承担注意义务，认定作为被告的专业人士的行为是过失行为，责令专业人士对原告承担侵权责任；如果专业人士的过失行为可能会使委托人以外的不特定数量的第三人遭受损失，法官会认定专业人士不对委托人以外的第三人承担注意义务，不会责令专业人士对第三人承担侵权责任。同样是专业人士，法官作出的判决不同，其原因在于管理因素的影响。在前一种情况下，如果专业人士对第三人承担责任，第三人的人数有限，法官不会面临侵权诉讼的泛滥问题，而在后一种情况下，如果责令专业人士对第三人承担责任，则第三人的人数可能太多，法官就会面临侵权诉讼失控和难于处理的问题。为了防止侵权诉讼的泛滥使法官陷入难于应付的状态，法官在后一种情况下就会认定专业人士不对第三人承担注意义务。一般说来，工程师、建筑师的过失行为不会使过多的第三人遭受损失，他们会更多地被法官责令对第三人承担侵权责任；会计师、律师的过失行为会使更多的第三人遭受损失，他们很少会被法官责令对第三人承担侵权责任。^② 在我国，最高人民法院在没有掌握公共政策精神的前提下颁布了上述《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》，责令专业人士就其虚假陈述对委托人以外的投资人承担侵权责任，必然会导致大量的原告涌向

① 张民安，梅伟：《侵权法》，中山大学出版社2005年1月第2版，第32页。

② 同上，第32～33页。

法院，使法院的审判程序大大延长，影响到法院的审判效率。有资料表明，自最高人民法院 2002 年 1 月 15 日颁布了《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》以来，有关法院已受理了近 900 件要求虚假陈述人承担民事赔偿责任的案件，这些案件至今仍然悬而未决。虽然有人将造成此种状况的原因说成是我国目前有关证券侵权行为的民事责任法律制度不健全，但是造成此种状态的原因显然是最高人民法院的司法解释存在问题。

四、《民商法学家》对专业人士民事法律地位的关注

专业人士民事法律地位的问题不仅是一个十分重要的理论问题，而且也是一个十分重要的实践问题，它涉及专业人士的性质、范围、历史等基础问题；涉及专业人士的注意义务的性质、判断标准问题，涉及专业人士承担的民事责任的性质、形式和范围问题；涉及专业人士的过错的判断、过错的证明等问题。这些问题，无论是我国民商法理论界还是实务界都没有作出说明。为此，本书辟专栏作深入探讨。

张民安博士

2005 年 2 月 18 日于
广州市中山大学法学院

目 录

名家论坛

法律的性质与民法的解释和适用·····	梁慧星 (3)
一、法律的社会性与民法的解释和适用·····	(3)
二、法律的规范性与民法的解释和适用·····	(9)
三、法律的概念性与民法的解释和适用·····	(13)
四、法律的目的性与民法的解释和适用·····	(17)
五、法律的正义性与法律的解释和适用·····	(20)

专业人士的法律责任：总论

专业人士的性质研究·····	张民安 龚艺 (29)
一、专业人士的界定·····	(29)
二、专业人士的历史·····	(30)
三、专业人士的范围·····	(31)
四、专业人士的判断标准·····	(32)
五、专业人士法律责任的特殊性·····	(35)
专业人士对其委托人承担的法律责任·····	张民安 (42)
一、专业人士独立责任的确立·····	(42)
二、专业人士对其委托人承担的契约责任·····	(45)
三、专业人士对其委托人承担的侵权责任·····	(53)
四、专业人士对其委托人承担的竞合责任·····	(55)
专业人士对其委托人以外的第三人承担的法律责任·····	张民安 (61)
一、专业人士对第三人承担的责任性质·····	(61)
二、专业人士对第三人承担的侵权责任·····	(64)

三、专业人士对第三人承担的契约责任	(67)
专业人士承担的注意义务和技能运用义务	张民安 (74)
一、专业人士注意义务和技能运用义务的性质	(74)
二、专业人士注意义务和技能运用义务的判断标准	(76)
三、律师承担的合理注意义务和技能运用义务	(85)
四、会计师承担的合理注意义务和技能运用义务	(90)
五、建筑师和工程师承担的合理注意义务和技能运用 义务	(94)
六、评估师承担的合理注意义务和技能运用义务	(102)
七、医师承担的合理注意义务和技能运用义务	(108)
专业人士和当事人：注意义务	约翰·L. 鲍威尔 林艳译 (116)
一、注意义务和技能运用义务	(116)
二、契约性质的注意义务和技能运用义务	(118)
三、侵权性质的注意义务和技能运用义务	(125)
四、侵权义务和契约义务未来的发展	(128)
专业人士承担注意义务的理论根据	张民安 (134)
一、专业人士承担注意义务的无限性和有限性	(134)
二、决定专业人士是否承担注意义务的相关原则和 因素	(141)
三、专业人士承担注意义务的理论根据：可预见性 理论	(143)
四、专业人士承担注意义务的理论根据：契约或准契约 的理论	(147)
五、专业人士承担注意义务的理论根据：直接或间接的 经济利益理论	(152)
专业人士的过失侵权责任：理论探索	K. M. 斯坦藤 肖瑛译 (154)
一、引言	(154)
二、问题是否存在	(156)
三、存在的问题	(158)

四、应当采取的方式	(171)
五、结论	(175)
专业人士承担的法律責任	张民安 (177)
一、专业人士承担的损害赔偿責任	(177)
二、专业人士法律責任的限制	(179)
三、专业人士彼此之间的法律責任分担	(183)
四、专业人士法律責任的限制或排除	(184)

专业人士的法律責任：分論

法学与会计学之间：对普通法国家缩小审计师对第三人責任范围的趨勢的研究

卡尔·帕西尼 玛丽·吉尔·马丁 琳达·汉密尔顿 黄明希译	(193)
一、引言	(194)
二、普通法国家缩小会计师責任范围的趨勢	(196)
三、该趨勢以什么因素为基础	(228)
四、结论	(235)

Moorman 规则后建筑师和工程师的義務和責任设计

史蒂文·斯登 保罗·科特雷尔 马克·弗里得兰德 谢桂香译	(236)
一、Moorman 一案之前的案子	(237)
二、Moorman 一案和 Redarowicz 一案	(238)
三、上诉法院在专业人士过失中对 Moorman 原則的 适用	(243)
四、结论	(255)

国内典型案件评析

上海市某大厦诉上海市某律师事务所损害赔偿糾紛案

——律師專家責任分析	雷斌 (261)
一、案情簡介	(261)

二、原告律师的代理词	(265)
三、法院判词	(267)
四、专家评析	(268)

史某快等与松某医院医疗损害赔偿纠纷案

——医疗损害赔偿纠纷案件举证责任问题的理论与实务	赵盛和 (290)
一、案情简介	(291)
二、代理人的代理意见	(293)
三、法院判词	(296)
四、专家评析	(298)

刘某诉广州某医院医疗纠纷案

——医疗纠纷中医生过错认定及其归责原则	刘小鹏 (323)
一、案情简介	(323)
二、律师代理词	(326)
三、法院判词	(327)
四、专家评析	(329)

成都某上市公司诉成都某会计师事务所损害赔偿纠纷案

——注册会计师专家责任分析	雷斌 (343)
一、案情简介	(343)
二、律师代理词	(346)
三、法院判词	(348)
四、专家评析	(348)

国外典型案件评析

医师承担的过失侵权责任

——美国 Boyce v. Brown 一案评析	张民安 (369)
一、案情简介	(369)
二、法官判词	(370)
三、专家评析	(373)

会计师对第三人承担的侵权责任

——美国 Ultramares Corporation v. Touche 一案评析

..... 张民安 (385)

一、案情简介..... (385)

二、法官判词..... (386)

三、专家评析..... (390)

过失虚假陈述人就其虚假陈述行为对第三人承担的侵权责任

——英国 Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd

一案评析 毕慧莹 (401)

一、案情简介..... (401)

二、Reid 勋爵的判词..... (402)

三、Morris 勋爵的判词 (405)

四、Devlin 勋爵的判词 (407)

五、专家评析..... (413)

审计师对委托人以外的第三人承担的注意义务

——英国 Caparo Industries plc v. Dickman 一案确立的原则

..... 王相东 龚艺 (418)

一、案情简介..... (418)

二、Bridge 勋爵的判词 (419)

三、Oliver 勋爵的判词 (422)

四、对 Caparo 一案的评析..... (425)

研究报告

医疗损害赔偿立法研究报告 龚赛红 (431)

一、医疗损害赔偿问题的提出..... (432)

二、医疗损害赔偿立法实践..... (433)

三、现有医疗损害赔偿立法的局限..... (434)

四、医疗损害赔偿法的立法体例..... (443)

五、医疗损害赔偿法的基本结构..... (444)