

公司法律报告

2

第二卷

蒋大兴 主编

本期要目

验资机构的民事责任:法学界与会计界的讨论

股份有限公司董事会与监事会间的诉讼

司法解释对债权人的保护

证券市场侵权民事责任之发轫

最高人民法院《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》



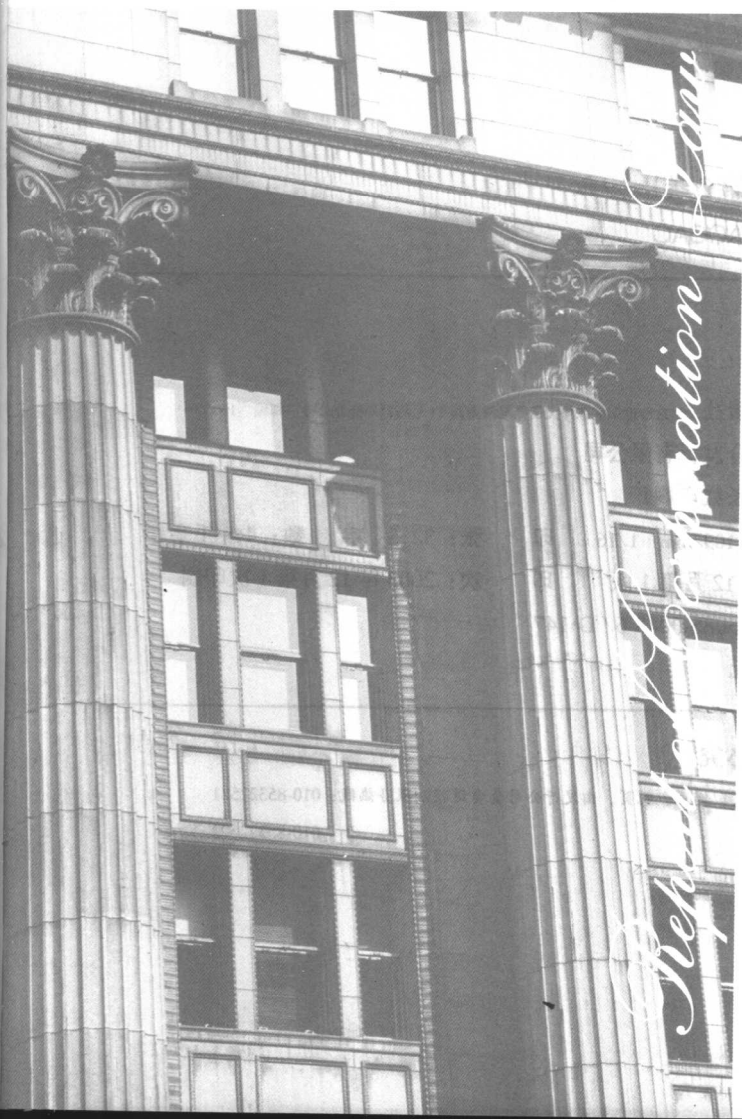
中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

公司法律报告

2

第二卷

蒋大兴 主 编
谭 臻 副主编



中 信 出 版 社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法律报告 .2/ 蒋大兴主编 .—北京: 中信出版社, 2003.11
ISBN 7-5086-0043-6

I . 公… II . 蒋… III . 公司法-研究-中国 IV .D 922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 102322 号

公司法律报告 (第 2 卷)

GONGSI FALÜ BAOGAO

主 编: 蒋大兴

责任编辑: 谢清平

出 版 者: 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路 14 号塔园外交办公楼 邮编 100600)

经 销 者: 中信联合发行有限公司

承 印 者: 霸州市长虹印刷厂

开 本: 787mm×1092mm 1/16 **印 张:** 32.5 **字 数:** 448 千字

版 次: 2003 年 12 月第 1 版 **印 次:** 2003 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5086-0043-6/D·147

定 价: 45.00 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-85322521

010-85322522

特 邀 编 委

(以姓氏拼音为序)

- 丁文联 上海市高级人民法院民二庭法官、博士生
范启其 浙江省高级人民法院民二庭法官
冯 果 武汉大学法学院教授、博士生导师
傅 穹 吉林大学法学院副教授、博士
甘培忠 北京大学法学院教授、博士
贾 纬 最高人民法院民二庭法官、博士生
金 军 广东省高级人民法院法官
孔祥俊 最高人民法院行政庭副庭长、博士后
李后龙 江苏省高级人民法院民二庭副庭长、博士生
梁展欣 广东省高级人民法院法官
刘俊海 中国社会科学院法学研究所研究员、博士
乔文豹 德国哥廷根大学法律系博士
渠 震 香港城市大学法学院副教授
汤 欣 清华大学法学院副教授、博士后
王 涌 中国政法大学副教授、博士
王志诚 台湾中正大学财经法律学系副教授、博士
颜 延 上海国家会计学院博士后
郁光华 香港大学法学院副教授、博士
章恒筑 浙江省高级人民法院民二庭副庭长、博士生
张开平 中国社会科学院法学研究所副研究员、博士后
张民安 中山大学法学院副教授、博士

本卷导读

——在希望中前进——

这是《公司法律报告》第2卷。

正如首卷所言,《公司法律报告》出版后,我一直怀着一种忐忑不安的心情等待着读者的检验。但数月以来,我从各方面收获了鼓励和信心:一些认真而热心的读者给我发来邮件或打来电话,他(她)们或褒扬,或鼓励,或为本《公司法律报告》惠寄稿件;有的就本《公司法律报告》所载文章提出商榷意见,有的为本《公司法律报告》的完善建言,有的举报本《公司法律报告》被侵权的事例。^①所有这些真诚的关注都令我感动。我清醒地知道,在时下这个学术“昌盛”的年代,一份民间筹办、没有任何“组织”依托的系列出版物的生存有多么艰难。好在《公司法律报告》第1卷出版后的热销,让我们看到了希望——我相信,我们将在希望中前进。

《公司法律报告》第2卷仍然保持【主题法务】、【焦点论坛】、【判例评论】、【司法指南】、【律法档案】等5个栏目。【问题综述】仍因稿件原因,延至以后适当时期安排。

【主题法务】本卷安排研讨的课题是“验资机构的民事责任:法学界与会计界的讨论”。自1996年最高人民法院下发56号批复以来,关于验资机构对第三人的民事责任的讨论便不绝于耳。在这场讨论中,居于事中的会计界表现得极为活跃。他们在各种场合宣泄着对中国最高司法机关的不满,“攻击”法学界对会计界的无知。在此前后,诸如《法学研究》、《中国法学》、《民商法论丛》等法学界一流刊物也有若干篇什从不同角度作出了回应,表达了法学界部分学者对该类问题的看

^① 一名充满正义感的律师向我举报,某法学会在未征得本刊任何许可的情况下,竟然几乎全盘复制《公司法律报告》第1卷主题法务和司法指南的内容,用于营利性培训。

法。在诸种强大的压力下,各地法院在其司法实践中,也逐渐以一种更为理性的态度,考量验资行为的固有风险,减缩验资机构的责任。但对验资机构在虚假验资情形下,对第三人所应承担的到底系何种性质的责任?这种责任的合理性能否以及如何从法学以外进行解释?理论界欠缺有足够说服力的探讨,实务界也乏力关注。

本卷以笔谈的形式,安排南京大学法学院史敏等人所撰21篇文章,这些文章分别从第三责任说、侵权责任说、违约责任说以及法律经济学的角度对验资机构的民事责任展开了探讨,其共性之处在于:作者都有自己的独立思考,并且都从不同角度、不同程度地深化了法学界的相关讨论。虽然有些论证仍显得不够老辣,甚至无论从形式上,还是内容上都难称严格的论文,但每篇文章所提示的问题、思考的角度都值得我们重视。这组文章的作者都来自南京大学法学院,他们都十分年轻,从中我们不难阅读到那种充满生气的法学。所谓“有志不在年高”,该组文章的刊发也意在宣示:鼓励后学是《公司法律报告》义不容辞的责任。当然,本组文章名为“法学界的视野”,只是表明其作者群所在的团体,所刊见解并不代表法学界的通常观点,甚至在多数情形下恰恰是少数说。

本卷还专门约请颜延博士组织发表了会计界的4篇论文。第1篇是张为国教授等撰写的《我国应如何借鉴美国〈萨班斯—奥克斯莱法〉》。张教授是我国著名会计学家、博士生导师、中国证监会首席注册会计师,他对我国上市公司会计政策的拟订和会计监管的实践具有非常丰富的经验。近年来,美国爆发了一系列财务虚假案,导致安然、世通等大公司破产,也导致安达信这样一个有90多年历史的世界级会计师事务所退出审计市场。为此,美国颁布了《2002公众公司会计改革和投资者保护法》(简称《萨班斯—奥克斯莱法》)。该法对《1933年证券法》、《1934年证券交易法》作了不少修订,在会计师行业监管、公司治理等方面提出了许多新的要求。不仅会对美国而且会对世界各国会计、公司治理乃至整个证券市场产生重大而深远的影响。本文作者从务实的角度,对我国如何在短期、中期和长期内借鉴上述法案提出了框架性意见。这些意见,从某个侧面透露了我国证券监管机

关可能采取的政策，值得会计界和法学界品读。

第2篇是李若山教授等撰写的《试论我国法务会计的需求与供给》(简称李文)。李教授是我国著名会计学家、复旦大学会计系博士生导师，他对法学具有浓厚的兴趣，长期关注和研究注册会计师民事责任问题。但该文超越了其以往对注册会计师民事责任作微观探讨的思路，从宏观角度论证了我国对法务会计的需求与供给。近年来，一些法院在审判实践中也日益体会到会计知识对司法审判的意义：有些法院专门约请会计界专家对从事经济审判的法官进行业务培训，有些法院也正在从事相关课题的研究。法学界的这些动向从另一个角度印证了李文的判断。因此，本卷刊发此文，旨在引起法学界对法务会计问题的重视和讨论，以期促动相关的制度建设。

第3篇是颜延撰写的《为独立审计准则辩护——从注册会计师的注意义务看独立审计准则的法律地位》。颜延博士兼有会计学和法学的双重背景，但该文是站在会计学的立场对法学界关于注册会计师民事责任的若干讨论——尤其是独立审计准则的地位，发表了自己的看法。他认为，作为专家，注册会计师承担的审计责任是一种注意义务违反的过失责任。相对于普通人而言，注册会计师注意义务是一种高度的注意义务；相对于其专业团体而言，注册会计师注意义务必须达到的仅仅是本团体中一般人的水平，即所谓的“合理谨慎”。独立审计准则是判断注册会计师注意义务的基础，中国独立审计准则的制订履行了立法程序，因此，独立审计准则在中国具有法规的地位。尊重独立审计准则的法律地位，是促进审计准则发展的前提；尊重会计专业团体的生存方式，是法学家应有的品格。这篇文章对法学界的一些看法进行了犀利批驳，我们相信，真理越辩越明。此文的刊发，旨在引起法学界对独立审计准则法律地位的进一步讨论。

第4篇是洪磊等撰写的《审计实务中注册会计师的职业判断——一个案例的视角》。本文作者都是具有丰富执业经验的注册会计师，全文从案例的角度讨论了审计实务中注册会计师如何进行职业判断的问题。该文给相关的理论研究提供了较好的素材，尤其值得实务界参考。本栏目还特别集中收录了最高人民法院自1996年以来针对注册会计师

民事责任问题所下发的6件司法文件,旨在方便理论界和实务界查考。这些文件是由编者收录的。

最后,我有必要交代一下本卷“主题法务”的安排动机:原拟在法学界和会计界之间就注册会计师民事责任的某些焦点性问题展开讨论,以求达成共识。尽管这一初衷并未完全实现,但本主题的安排,至少为法学和会计学——这两大知识群体的沟通架设了桥梁。所谓“术业有专攻”、“隔行如隔山”,不同学科之间相互误解、误读的个例或许都不难找到,我们希望《公司法律报告》能以此为开端,成为一个跨学科探讨的平台。

【焦点论坛】本卷安排3篇文章。围绕公司治理中的前沿问题“公司内部机构诉讼”展开讨论。

因“亚当—欧宝案”(Adam Opel Fall)而引发的股份有限公司内部机构诉讼问题,在德国公司法学界已讨论二十余年。^①在这场讨论中,无论是学术界,还是司法界都表现出了极大的分歧。本卷特别约请在德留学的乔文豹博士翻译了德国法学家莱因哈德·博尔克(Dr. Reinhard Bork)撰写的《股份有限公司董事会与监事会间的诉讼——实体法和程序法问题》以及汉斯—约阿西姆·莫滕斯(Prof. Dr. Hans-Joachim Mertens)撰写的《股份有限公司内部的机构诉讼?——法律政策上的批判》,这两篇文章对公司内部机构诉讼的问题表达了几乎完全相反的观点。

莱因哈德·博尔克博士是德国汉堡大学法学院教授。他所撰写的这篇文章发表于1989年的德国《企业法与公司法杂志》,该文对当时德国公司法学界对机构诉讼问题的各种观点进行了比较全面的概括分析,认为机构诉讼可用于机构派生的辅助性权利和自身权限保护权的实现。这时,机构本身就是其自身权利的主体。这一对机构诉讼在“内容上的限定”(thematische Begrenzung)有助于消除人们对于组织内部争议

^① 参见本书中乔文豹撰写的《突破传统还是维持现状?——德国“亚当—欧宝案”(Adam Opel Fall)介评》一文。

可能会致使公司丧失行为能力的担心。^① 其观点即使在今天看来仍是德国公司法学界对该问题的诸多观点中比较激进的一种。而汉斯—约阿西姆·莫滕斯教授是德国著名法学家，德国《科隆股份有限公司法评注》合著者之一。在德国，能撰写法律评注代表一种极高的学术地位。其所撰写的文章也发表于1989年德国《企业法与公司法杂志》。该文对当时德国公司法学界对机构诉讼问题的各种观点进行了批判，其观点是反对股份有限公司内的机构诉讼的主要观点之一。为方便读者了解上述理论争议的背景，我又约请乔文豹博士撰写了《突破传统还是维持现状？——德国“亚当—欧宝案”（Adam Opel Fall）介评》一文同时刊出。

德国公司法学界尽管对公司内部机构诉讼这一跨越了公司法和民诉法的课题，进行了非常全面、具体的讨论，但实践界在过去却保持了充分的理智。因此，据说，除“亚当—欧宝案”外，并无其他因公司内部机构间的矛盾而对簿公堂的案例。上述讨论属于法学上的形而上问题。^② 在我国理论界，目前几无对公司内部机构间诉讼的集中讨论，但编者在有关法院授课过程中，曾遇到类似困惑。该组文章的刊发，应当可以促进我国公司法学界对相关问题的探讨，并希望能为化解实务界的类似困惑提供帮助。本刊在以后各卷中，将继续关注和刊发同一主题的文章，尤其欢迎实务界惠赐相关案例。

【判例评论】本卷刊发沈晖撰写的《公司法若干基本理论问题追问——对谢民视诉张瑞昌、金刚公司股权纠纷案的评析》。该文通过对《最高人民法院公报》近期刊发的案例所涉及的公司法理论问题的追问，探讨了三个问题：即公司登记具有何种功能——设权性功能抑或宣示性功能？公司是否可以为董事承担债务？以及董事会决议是否具有合同性质？值得实务界关注。

^① 参见本书中的莱因哈德·博尔克撰写的《股份有限公司董事会与监事会间的诉讼——实体法和程序法问题》《股份有限公司内部的机构诉讼？——法律政策上的批判》一文。

^② 参见本书中的汉斯—约阿西姆·莫滕斯博士撰写的《股份有限公司内部的机构诉讼？——法律政策上的批判》一文。

【司法指南】本卷特别约请最高人民法院民二庭贾纬法官主持，刊发4篇文章。

第1篇是最高人民法院民二庭叶小青法官撰写的《司法解释对债权人的保护——解析〈关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定〉》。本文作者具有十分丰富的审判实践经验，多次参与了最高人民法院有关司法解释的拟订。该文结合其参与起草、制定《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》时的体会，以简约的文风为我们叙述了该规定的具体内容和精神，值得理论界和实务界认真品读。

第2篇是最高人民法院民二庭贾纬法官撰写的《证券市场侵权民事责任之发轫——解析〈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〉》。本文作者直接参与起草、制定了《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》，并且，近年来一直致力于证券民事赔偿责任的研究，有大量作品发表。该文对《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》的精神和内容作了细致解说，值得理论界和实务界参考。

第3篇是上海闻达律师事务所的宋一欣律师撰写的《律师视野中的中国证券民事赔偿——发展历程、需应对的问题及衍生的法律课题》。本文作者代理了多起证券民事赔偿案件，对律师参与证券民事赔偿所面临的问题具有深刻的体会，本文结合其多年的办案经验，系统总结了我国证券民事赔偿的发展历程、需应对的问题及衍生的法律课题，值得实务界和理论界关注。

第4篇是浙江省高级人民法院民二庭下发的《关于公司法适用若干疑难问题的理解》。该规定是在2002年11月28日至30日浙江省高院在诸暨召开的“全省公司法理论与审判实务研讨会”的基础上形成的，该庭将其下发，供审判工作参考。我参与了该次研讨会，也感动于浙江法官的那份理论研讨的热情和执着。本次刊发的《关于公司法适用若干疑难问题的理解》是由该庭章恒筑副庭长和范启其法官供稿。特此致谢。

【律法档案】收录6件司法文件。一为最高人民法院《关于审理与

企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》；二为国家经贸委、财政部、国家工商局、国家外汇管理局《利用外资改组国有企业暂行规定》；三为国资委、财政部、劳动保障部、税务总局《关于进一步明确国有大中型企业主辅分离辅业改制有关问题的通知》；四为最高人民法院《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》；五为最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》；六为最高人民法院《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》，供实务界参考。

蒋大兴

2003年8月19日于南京大学

目录

【本卷导读】

——在希望中前进

蒋大兴 (XI)

【主题法务】

验资机构的民事责任：法学界与会计界的讨论

▲法学界的视野

• 第三种责任说：质疑与追问 •

对职业责任说的追问

——也谈验资机构对第三人的责任性质

史 敏 (3)

第三人责任承担体系补遗

——与蒋大兴先生商榷

曹 菲 (13)

在侵权责任与违约责任之间：缔约过失责任

——验资机构虚假验资责任性质诠释

张 真 (28)

验资机构虚假验资诉讼时效问题

——以非上市公司为中心的探讨

虞涵谦 (33)

• 侵权责任说：根据与理由 •

重述虚假验资的侵权责任

——侵害债权的视角及其他

赵静怡 (42)

勿失于纵，勿失于苛

——验资机构责任性质、主观状态与责任

对象和范围之间的关系

谢 莎 (51)

验资机构的责任承担刍议

——因果关系的视角

阮薇薇 (56)

会计师事务所的责任相对人

- 对因果关系理论的反思 杨 娟 (63)
- 第三只眼睛看验资机构的责任
- 立足于交易习惯的考量 管 莹 (69)
- 验资机构的权源与责任
- 从公司登记机构间的关系展开 陶孝巧 (72)
- 注册会计师虚假验资民事责任
- 归责原则与独立审计准则地位问题 缪因知 (77)
- 注册会计师事务所虚假验资的民事责任
- 结合最高人民法院法 [2002] 21 号评析 许智明 (85)
- 合同责任说: 根据与理由 •
- 论验资机构对第三人的违约责任 袁嘉妮 (96)
- 论验资机构对第三人的合同责任 蒋毅珩 (105)
- 殊途同归的两种观点
- 论验资机构对第三人的契约责任和
第三种责任 姜艳秋 (112)
- 验资机构出具虚假验资报告民事责任论 金 维 (118)
- 社会性契约责任论
- 验资机构虚假验资责任基础的另类思考 蔡 飞 (124)
- 验资机构虚假验资的法律责任及其承担主体
- 行政合同和行政代理的视野 方 潇 (128)
- 多重责任说: 根据与理由 •
- 从冰山一角如何窥探水底暗礁
- 虚假验资中四方主体间的责任关系 陈 佳 (135)
- 验资机构责任: 跨学科的视角 •
- 验资机构归责原则的法律经济学分析
- 一个初步的尝试 马伟伟 (152)

一种合理化描述

——验资机构对第三人的民事责任 顾 戔 (159)

▲会计界的视野

• 会计业的监管与治理：宏观的思维 •

我国应如何借鉴美国《萨班斯—奥克斯莱法》

张为国 沈振宇 (167)

试论我国法务会计的需求与供给

李若山 谭菊芳 (182)

• 验资机构的责任：微观的思维 •

为独立审计准则辩护

——从注册会计师的注意义务看独立审计准则的法律地位

颜 延 (198)

审计实务中注册会计师的职业判断

——一个案例的视角

洪磊 吴江 孙卫民 (229)

附：最高人民法院关于验资机构民事责任的相关文件

【焦点论坛】

公司治理

• 公司内部机构诉讼 •

突破传统还是维持现状？

——德国“亚当—欧宝案”(Adam Opel Fall) 介评

乔文豹 (255)

股份有限公司董事会与监事会间的机构诉讼

——实体法和程序法问题 [德] 莱因哈德·博尔克 (272)

股份有限公司内部的机构诉讼

——法律政策上的批判

[德] 汉斯—约阿西姆·莫滕斯 (324)

【判例评论】

公司法若干基本理论问题追问

——对谢民视诉张瑞昌、金刚公司股权纠纷案的评析

沈 晖 (345)

【司法指南】

司法解释对债权人的保护

——解析《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件
若干问题的规定》

叶小青 (363)

证券市场侵权民事责任之发轫

——解析《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》

贾 纬 (379)

律师视野中的中国证券民事赔偿

——发展历程、需应对的问题及衍生的法律课题

宋一欣 (416)

关于公司法适用若干疑难问题的理解

浙江省高级人民法院民二庭 (457)

【律法档案】

最高人民法院《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若
干问题的规定》(2003年1月3日公告) (469)

国家经贸委 财政部 国家工商局 国家外汇管理局《利用外资改
组国有企业暂行规定》(2002年11月8日第42号令公
布) (474)

国资委 财政部 劳动保障部 税务总局《关于进一步明确国有大
中型企业主辅分离辅业改制有关问题的通知》国资分配
[2003] 21号(2003年7月4日发布) (481)

最高人民法院《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》(2003年1月9日公告) (483)

最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的
规定》(2002年11月21日公布) (491)

最高人民法院《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》(2002 年 11 月 21 日公布)	(494)
稿 约	(496)

【主题法务】

验资机构的民事责任：法学界与 会计界的讨论