

论会计师事务所不实财务报告的民事责任

——兼评上海大智慧公司与曹建荣等证券虚假陈述责任纠纷案*

彭真明**

内容摘要:会计师事务所执业过错的认定标准为“职业谨慎”,法律上的“重大性”认定依据主要是信息对决策的影响力和信息对股价的影响力。法院在民事赔偿案件中应该独立对“重大性”进行实质审查。损害因果关系的认定应肯定公司经营风险、行业风险和投资风险等作为阻碍损害因果关系的因素。在计算系统风险时,原则上宜优先选取板块指数为参考数据,计算方式采用分别认定市场风险的相对比值法。责任方式采取有限制条件的连带责任,对第三人的具体赔偿范围由法院综合考量各方因素裁定。

关键词:会计师事务所执业过错 不实财务报告 侵权责任 因果关系 损害赔偿

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2020.01.017

在证券市场中,会计师事务所等中介机构本应充当市场“看门人”的角色,但在我国证券市场中,会计师事务所参与上市公司财务造假的事件时有发生,其行业信誉面临着严峻挑战。如何通过合理的民事责任制度设计来规制会计师事务所以及注册会计师的执业行为成为了一个重要问题。2018年9月,上海市高级人民法院对大智慧虚假陈述案作出二审判决,出具不实财务报告的立信会计师事务所被要求与大智慧公司一起对投资者承担连带赔偿责任。^①本案成为继2006年蓝田股份案之后中国内地又一起要求会计师事务所在虚假陈述证券民事赔偿案中承担连带责任的典型案件,在学界与实务界引起了较大的争议。该案涉及到会计师事务所执业过错的认定、损害赔偿因果关系的认定以及承担责任的方式与范围等诸多法律问题,本文试对上述问题进行探讨。

一、会计师事务所执业过错的认定

会计师事务所承担责任的前提是注册会计师在出具财务报告时存在过错,过错的认定是确定会计师事务所是否承担责任的关键。在大智慧案一审中,立信会计师事务所曾辩称自己是“根据审计准则出具审计报告,不存在出具不实审计报告的行为”。^②那么,应该如何看待审计准则的法律地位?

会计界和法律界对财务报告真实性评判标准一直存在较大的分歧。会计界对财务报告真实性的认定主要是从程序正当性的角度出发,认为只要遵循了正当的审计程序,严格按照独立审计准则出具财务报告,即使财务报告的结果与实际情况存在偏差也属于“真实的财务报告”。^③由于那些严格遵循审计程序要求而得出的财务报告,即便存在未能揭露出的错弊也不影响其“真实性”,基于“真实的财务报告”自然不能追究会计师事务所的责任。法律上对财务报告真实性的判定并非着眼于审计程序的正当性,而是关注内容的真实性、

* 本文系国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港的建设路径及法治保障研究”(18ZDA156)和海南大学法学院资助项目“海南自由贸易港法律制度框架研究”(hdfx201804)的阶段性研究成果。

** 海南大学法学院教授。

① 参见上海大智慧股份有限公司、立信会计师事务所与曹建荣、吴明稳等证券虚假陈述责任纠纷案,(2018)沪民终147号判决书。

② 参见陈康磊等诉上海大智慧股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案,(2017)沪01民初943号判决书。

③ 参见刘燕:《验资报告的“虚假”与“真实”:法律界与会计界的对立——兼评最高人民法院法函[1996]56号》,载《法学研究》1998年第4期。

准确性和完整性。从法律角度来看,不实财务报告仅仅是会计师事务所承担法律责任的必要条件,而非充分条件。如果利益受损的第三人主张会计师事务所对其承担侵权责任,必须满足“会计师事务所出具的财务报告在内容上与实际情况不符”这一基础条件,但是符合这一条件的会计师事务所却未必都会承担民事责任,因为会计师事务所承担责任的另一大前提是具有过错。通过以上分析不难发现,会计界和法律界只是用不同的概念来表达出了同一个确定会计师事务所责任边界的思路:法律是以“过错责任”作为会计师事务所的责任界限,审计准则则是以“真实性”作为会计师事务所的责任阻隔事由。在这里,审计中的“真实性”实际上与法律中的“过错”成为了对应起来的概念。满足了审计中的“真实性”,就不存在法律上的“过错”,法律上认定“存在过错”,财务报告就不会符合审计中的“真实性”要求。这里就出现了一个问题:审计准则中包含了大量具体的审计程序规范,是会计界判断财务报告是否具有“真实性”的重要依据。那么既然会计中财务报告“真实性”的概念与法律中会计师事务所“过错”的概念具有紧密联系,是否可以直接将审计准则作为判定会计师事务所是否具有法律上“过错”的标准呢?换言之,会计师事务所是否可以将符合审计准则的规定作为一项抗辩事由,进而主张自己不必就不实财务报告承担责任呢?这涉及到了审计准则的法律定位问题。

对于审计准则的法律定位,法学界存在不同的意见。有观点认为,就形式来看,审计准则是财政部以法规形式发布的,其法规的地位也已经在《注册会计师法》第35条得到明确,应当作为判定注册会计师是否存在过错的法定标准。^④但也有观点认为:审计准则究其本质而言只是行业内的自律性规范,不能以此为依据来调整注册会计师与使用财务信息致损的第三人之间的民事关系,也并非法定的注册会计师过错判断标准。^⑤不仅学术界对该问题的认识存在分歧,司法实务中的处理方式也不尽一致。在山西中佳会计师事务所(有限公司)诉江苏华建能源集团有限公司股东出资纠纷再审案中,当事人对中佳会计师事务所未询证、核实进账单的行为是否构成过错存在争议。山西省高院认为,询证、核实义务系2001年《独立审计实务公告第1号—验资》修改的规定。中佳会计师事务所2000年5月25日出具的验资报告依据当时的文件要求进行审查,已经尽到了审慎义务,未有过错。^⑥该案中,法院将审计准则对执业程序的具体要求作为判定会计师事务所是否存在过错的界限。而在中国东方资产管理公司西安办事处等与中国建设银行股份有限公司西安高新技术产业开发区支行借款纠纷再审案中,针对基本相同的问题,陕西省高院作出了不同的认定。法院认为:虽然1996年1月1日实施的《独立审计实务公告第1号—验资》并未明确规定会计师事务所验资要取得银行回函,但是,1999年财政部、中国人民银行财协字[1999]1号文《关于做好企业的银行存款、借款及往来款项函证工作的通知》已经要求注册会计师在审计过程中发函询证,而且希格玛会计师事务所在为本案金岭公司验资的同一时期,为另一公司验资时向银行发出了规定格式的银行询证函。最终认定希格玛会计师事务所需要对验资不实的后果承担相应的责任。^⑦

审计准则从本质上看是行业协会所制定的一套自律性规则,其主要内容是对会计师执业中所需要遵循的专业技术标准作出规定,它可以为判断会计师执业过程中是否存在过错提供参考,但不宜将其作为划分会计师过错存在与否的界限,即审计准则不宜作为会计师事务所过错判定的标准。审计准则的制定主体是行业协会,其内容难免偏向于会计师行业的内部利益。虽然行业协会所制定的准则需要经过财政部门的批准,但是财政部门与会计师行业之间毕竟存在着千丝万缕的微妙联系,因此财政部门审批通过的执业准则在公平性与公正性方面仍然值得怀疑。如果将可能含有自利性因素的审计准则作为判定会计师是否存在过错的决定性标准,社会公众的利益就无法得到应有的保护。同时也不利于对会计行业发展进行正面引导。如果只要注册会计师的行为符合审计准则中所规定的专业技术标准就可以认定其不存在过错,很难保证行业协会是否会出于自利性目标刻意降低标准,制定更为宽松的审计准则。^⑧过分宽松的审计准则不仅会削弱会

④ 参见颜延:《从注册会计师的注意义务看独立审计准则的法律地位》,载《会计研究》2003年第6期。

⑤ 参见刘正峰:《独立审计准则的法律地位研究》,载《中国法学》2002年第4期。

⑥ 参见山西中佳会计师事务所(有限公司)诉江苏华建能源集团有限公司股东出资纠纷再审案,(2016)晋民再57号判决书。

⑦ 参见中国东方资产管理公司西安办事处等与中国建设银行股份有限公司西安高新技术产业开发区支行借款纠纷再审案,(2010)陕民再字第00013号判决书。

⑧ 参见李荣、曹顺良、胡嘉将:《注册会计师无过错虚假审计报告民事责任研究》,载《财会通讯》2012年第30期。

计师提高审计质量的内在动力,还会为舞弊行为留下更多的空间,最终可能形成恶性循环,破坏整个会计师行业的信誉。从国外司法实践来看,审计准则一般也不能作为会计师过错的判定标准。美国注册会计师协会曾主张以 GAAP 与 GAAS^⑨ 准则作为判定会计师行为的唯一评价标准,^⑩但在实际判例中,符合 GAAP 与 GAAS 的要求并不能保证会计师可以不承担法律责任。^⑪ 在 Herzfeld v. Laventhol, Krekstein, Horwath & Horwath 一案中,法院就曾作出这样的表述:“在那些运用一般会计准则就能够完整而公正的披露(信息)的案件中,会计师不需要承担更多义务。但是如果运用会计准则不足以充分地告知投资者,会计师就要将投资者准确判断财务陈述所需要全部事实加以公开”。^⑫ 由此可见,尽管遵循 GAAP 与 GAAS 的要求是判定合理职业谨慎的一个依据,但并非决定性的证据。

笔者认为,会计师事务所过错认定的标准为“职业谨慎”。所谓职业谨慎,亦可称之为职业关注。对职业谨慎的定义尚无公认的权威表述,但是在长期的司法实践中,人们已经形成较为一致的认识。一般认为,职业谨慎在以下三个方面对执业者提出了要求:其一,在执业能力方面,执业者应该具备与其提供的服务相匹配的业务水平;其二,在执业方式方面,执业者在运用其技能开展业务时应该小心谨慎;其三,在执业态度方面,执业者应当恪守忠诚和公正的原则。^⑬ 职业谨慎的判定标准通常是以专业团体中一个处于平均水平的执业者所应有的注意义务为基点。因此,在判断会计师执业过错时,法官需要假设一个具有“平均业务水平”的注册会计师在执行同样业务时,是否能够发现并披露相关问题。如果答案是肯定的,而案件中的注册会计师没有做到,就是没有达到职业谨慎的要求,可以判定案中的注册会计师对出具不实报告负有过错。与注册会计师的审计准则相比,职业谨慎是一个更加具有包容性的规则体系。从内容上看,审计准则整体上侧重于对注册会计师的具体业务提出技术性要求,职业谨慎是对注册会计师的业务能力、执业规范性、忠诚与公正性等多方面表现提出的综合性要求。从严格性来看,审计准则是注册会计师执业活动的基础性要求,职业谨慎的标准是按照平均能力的从业者所能够具有的谨慎水平来确定,所以职业谨慎对注册会计师提出的要求是等同于或者严格于会计执业准则的。

不少国家和地区都将职业谨慎作为注册会计师过错的司法判定标准。美国第七巡回法院就曾指出:“符合 GAAS 并不能自动隔绝责任,还应当看这一专家行为是否构成合理的谨慎”。^⑭ 2004 年台湾地区的“顺大裕案”正式认可了“会计师形式上遵守一般公认审计准则,并不能说明会计师已尽善良管理人之注意义务,而应就个别案例事实定之”的原则。^⑮ 我国现行司法解释中也已经正式认可了职业谨慎的地位。《最高人民法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》(以下简称《会计师事务所民事侵权规定》)第 6 条规定,负责审计的注册会计师以低于行业一般成员应具备的专业水准执业即可认定为过失。第 7 条规定,已经遵守执业准则、规则确定的工作程序并保持必要的职业谨慎,但仍未能发现被审计的会计资料错误,注册会计师不承担民事赔偿责任。

综上所述,职业谨慎是区分注册会计师过错存在与否的分界线,亦是会计师事务所在法律上是否存在“过错”的判定标准。审计准则能够为会计师过错的认定提供参考,但不能取代职业谨慎作为过错存在与否的判定标准。如果注册会计师的行为不符合审计准则中的规定,就意味着其执业行为没有达到行业基础性标准,肯定不符合职业谨慎的要求,必然存在过错。但是即便注册会计师按照审计准则的规定出具报告,也不能确保达到职业谨慎的要求,有可能因为没能达到平均能力的从业者所应该具有的谨慎水平而被判定存在过错。由于审计准则并不能构成判定注册会计师是否存在过错的标准,因此出具不实财务报告的会计

⑨ GAAP 与 GAAS 是美国的两个会计行为规则。

⑩ 参见彭真明:《注册会计师不实财务报告民事责任研究》,华中师范大学出版社 2010 年版,第 127 页。

⑪ William A. Sinacori, Bily v. Arthur Young & (and) Co.; An Unnecessary Return to Privity in Cases of Auditor Negligence, 6 Hofstra Prop. L.J. 243 (1993)

⑫ See Herzfeld v. Laventhol, Krekstein, Horwath & Horwath, 378 F. Supp. 112, 122 (S.D.N.Y. 1974), 转引自前注⑩, William A. Sinacori 文。

⑬ 参见彭真明:《论注册会计师不实财务报告的民事责任》,载《法律科学》2006 年第 5 期。

⑭ 同前注⑩,彭真明书,第 128 页。

⑮ 参见周恺:《台湾地区会计师民事责任的最新发展及启示》,载《审计研究》2013 年第 3 期。

师事务所不能以自己是严格按照审计准则规定的程序出具报告而主张不存在过错,还必须进一步证明自己在执业活动中已经尽到了职业谨慎。

二、会计师事务所不实财务报告损害赔偿因果关系认定

在英美法系国家,侵权法上的因果关系的判定可以分为两个层面,分别是事实上的因果关系和法律上的因果关系,前者确定原告遭受损害的事实原因,后者则是确定被告责任的规则之一。^⑩事实上的因果关系即违反注意义务的事实与被评价为损害的事实之间存在的“无此即无彼”的关系,它仅仅涉及到客观事实方面的问题,不含法律价值方面的判定,即单纯从客观事实的联系上归纳出导致损害结果的原因。如果事实上的因果关系得以成立,法院则会进一步从法律政策的角度对既成事实的行为与结果进行法律层面的评价,判断被告的行为是否是造成原告损害的“近因”,以及是否存在其他可导致因果关系中断的介入因素。基于以上区分,英美法国家在学术研究和司法实践中一般将注册会计师对第三人侵权中的因果关系划分为交易的因果关系和损害的因果关系。我国在注册会计师不实财务报告方面的立法中虽然没有对交易因果关系和损害因果关系进行明确区分,但是司法实践中一般都是从这两个方面对因果关系加以认定,大智慧案亦是如此。

我国现行法律中对会计师事务所不实财务报告侵权责任因果关系认定问题没有明确规定,2003年2月施行的《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》(以下简称《虚假陈述规定》)对该问题有所涉及。该司法解释在第18条列举了应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系的情形,但是根据第18条所认定的损害因果关系并非终局性的结论,被告只要能证明存在第19条所列举的几种情形,就可以推翻第18条所认定的损害因果关系。《虚假陈述规定》虽然为因果关系认定提供了一套较为具体的操作方法,但是仍有缺陷。《虚假陈述规定》对因果关系的认定过分强调时间性,一些关键的时间节点在界定上又存在很大的模糊性。《虚假陈述规定》将揭露日界定为“在全国范围发行或播放的报刊、电台、电视台等媒体上,首次被公开揭露之日”,但是很多媒体的报道内容并不确切,还有些上市公司故意对同一虚假陈述行为采取“挤牙膏”式的分次揭露。^⑪这些情形都会给揭露日的确定带来困难。同时《虚假陈述规定》对因果关系的认定标准显然是以规制诱多型虚假陈述为目标而设计出来的,^⑫无法契合诱空型虚假陈述的因果判断。诱空型虚假陈述的典型表现是披露虚假的消极利空信息,或者隐匿、遗漏重大利好信息,诱使投资者在股价相对低位时卖出。虚假陈述实施日到揭露日之间,股票的价格会受到利空消息的影响,低于其应有的价值,揭露日之后逐渐回到应有价格。这与《虚假陈述规定》第18条所确定的因果关系判定逻辑显然背道而驰。完全的列举式规定也过分限制了法官在因果关系方面的自由裁量权。正如前面所分析的,《虚假陈述规定》对因果关系的规定过分强调时间性,又是以诱多型虚假陈述为规制目标,在实践中难免会出现较大的适用偏差。同时《虚假陈述规定》18、19条完全以列举的方式提出因果关系的确定或否定标准,没有采取任何开放性陈述给法官留下自由裁量的空间,这无疑会加剧法律与现实的冲突。

笔者认为,法律应致力于设计更具包容性和开放性的理论框架给法官提供必要的思路引导,而非机械列举具体的因果关系认定标准给法官的裁量权造成不适当的束缚。

(一)交易因果关系的认定

交易的因果关系要证实的内容是:第三人是否基于对不实财务报告的信赖而与被审计对象进行了交易。具体来说,交易因果关系的认定需要解决以下三个问题:第一,第三人是否信赖或者使用了不实财务报告;第二,第三人的信赖是否具有合理性;第三,信赖或使用不实财务报告是不是促成交易的主要因素。

在非证券市场中的交易因果关系认定必须按部就班地对信赖的存在、信赖的合理性以及信赖对交易的促成作用分别加以评价。一般来说,如果信赖是存在且合理的就可以认定不实财务报告与投资者的交易行为之间形成了交易因果关系,但是如果会计师能够举证或者原告在案件中的一些行为表明对不实报告的信

^⑩ 参见[美]丹·B·多布斯:《侵权法》,马静、李昊、李妍、刘成杰译,中国政法大学出版社2014年版,第387页。

^⑪ 参见汤欣、杨祥:《虚假陈述损害赔偿的最新实践及法理检视——以万福生科与海联讯补偿方案为例》,载《证券市场导报》2015年第3期。

^⑫ 参见廖升:《诱空虚假陈述侵权责任之因果关系》,载《法商研究》2016年第6期。

赖并不是促成交易的主要因素,交易因果关系就可以被推翻。信赖存在的基础是知悉,所以原告需要就自己在做出决策之时确实已经知晓或者使用不实财务报告进行举证。如果当事人在作出交易决策之时并未知悉或使用不实财务报告,自然不可能以其内容作为决策的依据。在此种情况下,如果允许当事人在损失发生后再行查阅审计报告,根据报告中的不实内容要求会计师事务所就已经发生的损失承担损害赔偿责任,等于是要求会计师事务所为其交易风险提供担保。^① 信赖合理性一般需要法院结合财务报告的内容和出具时间等具体因素来进行认定。例如,财务信息具有突出的时效性。对于运营状态中的公司来说,其财务状况是处在不断地变化之中。注册会计师所出具的财务报告只能反映被审计单位在出具报告的这个时间节点上所处的财务状况,但无法保证公司后续财务状况会一成不变的与报告内容保持一致。所以如果财务报告的出具时间与做出交易决策的时间存在较大时间差,就会削弱当事人对不实财务报告信赖的合理性。信赖是否构成促成交易的主要因素基本只能在当事人进行交易的方式和细节上反映出来,在司法实践中需要法院结合具体案情方能适当认定,抽象的讨论如何判断信赖在交易中的主导作用并没有太多实际意义。

在证券市场中,公众投资者在信息、资金等方面处于明显劣势地位,而且审计活动具有突出的技术性和专业性,证券市场的影响因素又十分复杂,要第三人明确举证自己对不实财务报告的内容存在合理信赖,并且是基于信赖而实施交易行为是十分困难的。所以司法实践中通常会采用“欺诈市场理论”,允许对证券市场中的信赖要件进行推定。“欺诈市场理论”的核心理念是:“在有效的证券市场环境中,证券的价格会充分反映出所有公开信息。一般情况下,投资者出于对证券市场公平性、公开性和诚实性的信任,不会怀疑证券价格的形成受到不法行为的影响,所以愿意进行证券交易。如果出现对重大信息的虚假陈述或虚伪隐匿,证券价格在不实公开信息的影响下就会偏离其应有的正常价格,进而给信赖市场价格为正常价格而进行交易的投资者带来损失。对于这些信任证券市场公平性、公开性和诚实性而进行交易的投资者,不再苛求其就主观上信赖被告的不实陈述进行举证,转而通过被告对市场实施欺诈的事实,推定出原告信赖要件的存在”。^② 以“欺诈市场理论”为基础,交易因果关系的认定问题被转化为不实财务报告的“重大性”认定问题。一般来说,在证券交易中只要不实财务报告的内容具有“重大性”,就可以推定“信赖”要件的存在,进而认定交易因果关系成立。但是如果被告能够举证或者原告在案件中的一些行为表明对不实报告的信赖并不是促成交易的主要因素,上面推定成立的交易因果关系依旧可以被推翻。例如,在宝安鸿基案、国创能源案和东贝电器案等案件中,^③法院结合原告在虚假陈述揭露日和更正日之后仍存在涉案股票的买入卖出行为,认定原告的交易决定并未受涉案虚假陈述行为的影响,不产生交易因果关系。

在“重大性”的认定标准方面必须明确一个基础性认识:法律上的“重大性”与审计中的“重要性”并不相同。根据《中国注册会计师审计准则第 1221 号——重要性》第 3 条的规定,如果财务报表中的错报可能对使用者依据报表所作出的经济决策产生影响,该错报就可以被判定为具有“重要性”。由此可见,审计中的重要性判断标准是信息对报表使用者经济决策的影响力。由于审计“重要性”是在财务报告达到公众之前,由注册会计师运用专业判断对客户财务报告的公允性进行鉴别,所以这里的“信息对报表使用者经济决策的影响力”是以具有充分专业知识的注册会计师所具有的判断力为衡量尺度的。《股票发行与交易管理暂行条例》第 60 条要求上市公司向社会公布“可能对上市公司股票的市场价格产生较大影响、而投资人尚未得知的重大事件”。《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第 67 条要求上市公司对于“可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件”予以公告,并列举了十二种具体的可以被认定为“重大事件”的情形。以上条文虽未对“重大性”作出具体界定,但是都表明了信息对股票交易价格的影响力可以作为法律上的“重大性”判断标准。《公开发行证券的公司信息披露编报规则第 15 号——财务报告的一般规定》第 3 条规定:“凡

^① 参见苏州工业园区凯利科技有限公司与京都天华会计师事务所有限公司、西蒙克拉电子(苏州)有限公司侵权损害赔偿纠纷案,(2014)苏中商终字第 01297 号判决书。

^② 同前注^①,彭真明书,第 147 页。

^③ 参见林超英与宝安鸿基地产集团股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷申请再审案,(2016)最高法民申 502 号裁定书;朱阁强与贵州国创能源控股(集团)股份有限公司证券虚假陈述赔偿纠纷案,(2012)黔高民商终字第 3 号判决书;常世芬诉黄石东贝电器股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案,(2016)鄂 01 民初 1270 号判决书。

对投资者进行投资决策有重要影响的财务信息,不论本规则是否有明确规定,公司均应充分披露”。本条文表明,信息对投资者决策的影响力也可以作为对法律上“重大性”判断标准。综合以上分析,我们可以发现,审计“重要性”和法律“重大性”都会将信息对决策的影响力作为考量标准。但是在审计重要性判断中,是按照注册会计师的专业水平来评价信息是否可能对使用者依据报表所作出的经济决策产生影响。在法律“重大性”判断中,是站在投资者角度来评价信息是否会对投资决策有重要影响。在证券市场中,广大普通投资者并不具备高度专业的知识储备,有些虚假陈述或虚伪隐匿的信息在专业投资者看来并不会影响其投资决策,但是却可能诱导普通投资者进行交易。为了保护广大普通投资者,只要信息对于一般的理性投资者而言具有“重要性”,可能影响其交易行为,就可以认定信息对投资者决策具有影响力。另外,法律“重大性”的判断还要综合考虑信息对股票交易价格的影响力。目前有些法院是通过观察虚假陈述实施日及揭露日前后数日内涉案股票价格及成交量是否出现剧烈波动来判断虚假陈述与虚伪隐匿的信息对股票交易价格的影响力。^②笔者认为,虚假陈述与虚伪隐匿的信息对涉案股票交易价格和成交量的影响可能会在其他市场因素的作用下被隐藏。更好的办法是将涉案股票在陈述日与揭露日前后的走势、成交量与同期板块指数和板块内其他股票的走势、成交量加以对比,如果二者存在较大差异,即使涉案股票的交易价格和成交量在陈述日与揭露日前后均保持平稳,也不能否认虚假陈述与虚伪隐匿的信息对股票价格存在较大影响力。例如:某上市公司披露了虚假的利好消息之后,虽然本公司股票价格与成交量均保持平稳,并未明显上扬,但是同期的板块指数和板块内其他股票价格均明显下行,成交量大幅变动,此种情况下仍然应该判定虚假陈述的消息对股票交易价格具有影响力。

在“重大性”认定方式方面,应该明确肯定司法机关在民事赔偿诉讼中对信息“重大性”具有实质审查权。《虚假陈述规定》第6条要求投资人必须依据有关机关的行政处罚决定或者人民法院的刑事裁判文书才能对虚假陈述行为人提起民事赔偿诉讼。这一前置程序引发的一个争议就是:在虚假陈述的民事赔偿诉讼中,法院是否还可以对涉案信息的“重大性”进行实质审查。一种观点认为,《虚假陈述规定》中之所以要设置前置程序就是为了防止法院在信息重大性认定中受制于专业问题,监管机关的专业性认定能够有效弥补法院在专业技能方面的局限性。虚假陈述案件中的信息重大性认定问题既然已经在前置程序中得到有效解决,民事案件审理中自然可以不再审查,直接予以认定。而且对行政处罚的内容进行司法审查本身亦不属于民事案件管辖的范畴。顺灏新材料案、银座渤海案、佛山照明案中,^③法院均采此种观点,直接依据生效行政处罚肯定了信息具有“重大性”,不再进行实质审查。另一种观点认为,受到行政处罚与承担民事责任之间并不存在必然的逻辑联系,即便已经有生效的行政处罚和刑事裁判文书,还是应该以信息对股票价格的影响力和信息对投资者决策的影响力为依据,对信息的“重大性”进行实质性审查。在香江控股案、东贝电器案、中富实业案等案件中,^④法院均未直接依据行政处罚来认定信息重大性,而是结合涉案信息的性质、影响力、虚假陈述实施日及揭露日前后证券交易价格和交易量等事实对信息重大性进行实质审查。笔者认为,即便已经存在生效行政处罚或刑事裁判文书,也不应排除法院在民事赔偿诉讼中对信息“重大性”的实质审查权。一方面,追究证券虚假陈述责任者行政责任和刑事责任的主要目的在于维护公法层面的秩序,保护诚信公正的交易环境,保障证券市场的良性运行。但是虚假陈述民事赔偿诉讼的主要目的在于补偿利益受损的无辜投资者。行政责任和刑事责任在价值目标上就与民事责任迥然不同,显然不能将行政责任和刑事责任的存在作为判断是否承担民事责任的依据。另一方面,如果以行政处罚或者刑事裁判文书为依据直接认定“重大性”,无异于人为的制造被处罚行为与投资决策之间的因果逻辑混乱。虚假陈述责任者之所以需要负担行政责任和刑事责任是因为其行为不符合相关管理规定,对证券市场交易秩序产生破坏,根据相关行政和刑事立

^② 参见常世芬诉黄石东贝电器股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案,(2016)鄂01民初1270号判决书。

^③ 参见上海顺灏新材料科技股份有限公司与甘雷、邹妍、范国兴证券虚假陈述责任纠纷上诉案,(2018)沪民终59号判决书;张鹤诉银座渤海集团股份有限公司虚假陈述证券民事赔偿纠纷案,(2002)济民二初字第12号判决书;谭鸿杰等与佛山电器照明股份有限公司虚假陈述纠纷上诉案,(2015)粤高法民二终字第13-96号判决书。

^④ 参见杨志刚等与深圳香江控股股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷上诉案,(2013)穗中法金民初字第82号判决书;常世芬诉黄石东贝电器股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案,(2016)鄂01民初1270号判决书;钞某诉珠海中富实业股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案,(2016)粤04民初46号判决书。

法需要承担相应责任。如果在民事赔偿诉讼中以行政处罚或者刑事裁判文书为依据,直接认定交易因果关系中的“重大性”,实际上就等于是认为虚假陈述者违反行政和刑事立法的行为对投资者的投资决策行为施加了不正当的影响。但虚假陈述的行政违法性和刑事违法性与其是否对投资者的投资决策产生影响没有必然的逻辑联系。

在交易因果关系认定中还有一个问题值得注意,那就是会计师事务所是否可以提出合法替代行为抗辩,即会计师事务所是否可以主张即便会计师执业行为符合职业谨慎的要求,也不能避免不实财务报告中的重大错漏,进而从根本上否定执业活动中的过错与投资者交易行为之间的因果关系。笔者认为,原则上应当承认合法替代行为的抗辩事由,但如果会计师在主观上是故意出具不实财务报告,则不能认可合法替代行为作为抗辩事由。从理论层面看,无论是按照“若无”法则还是“重要因素”法则进行侵权因果关系判断,合法替代行为的抗辩在上述情境下都有充分的成立依据。依照“若无”法则,若无被告的不法行为,原告依旧会遭受损害结果,则行为与结果之间的不存在事实因果关系。会计师的过错既然并非投资者遭受错误信息引导的必要条件,事实因果关系自然被切断。依照“重要因素”法则,当某一行为构成结果发生的实质性要素时,行为与结果之间方可形成因果关系。在上述情形下,无论会计师的执业行为是否符合职业谨慎的要求,都会出具存有重大错漏的不实财务报告进而引导投资者作出投资决策,因此也不能说会计师的过错是该结果发生的重要因素。从实践层面看,在上述情形中认可合法替代行为的抗辩可以避免会计师事务所因极其微小,甚至不足以对财务报告结果产生实质性影响的过错承担严重的赔偿责任,能够对会计师事务所的责任进行必要的限制,保护行业的发展。但如果会计师故意出具不实财务报告,将合法替代行为作为抗辩事由就会与法律的预防功能产生冲突,^⑤因此合法替代行为的抗辩事由由认可必须严格限定在过失出具不实财务报告的情形下。

(二) 损害因果关系的认定

在会计师事务所不实财务报告这一特殊侵权责任领域,不实财务报告直接影响的结果,只有利害关系人的决策,而不是利害关系人的损失,但不能因此盲目将利害关系人遭受的损失全部归结于不实财务报告。非证券市场中的会计师事务所不实财务报告侵权一般是借款合同中的借方、买卖合同中的卖方或者投资关系中的出资人因信赖、利用不实审计报告报告而遭受经济损失。在上述情形下出现介入因素打断损害因果关系的可能性并不大,通常只要交易因果关系得到证实,即可推定损害因果关系成立。证券市场是一个高风险市场环境,各种因素都可能对股票价格产生影响,利害关系人在证券虚假陈述中所受的损害往往是多重因素的叠加结果。要将会计师事务所不实财务报告所造成的损害与其他因素导致的损害区分开来就成为了一个非常复杂的问题,大智慧案中的一个争议焦点也就在于此。

1. 阻碍损害因果关系的因素。《虚假陈述规定》第19条规定:“损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致,人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系”。但是并没有对“证券市场系统风险”的界定作出进一步解释,也没有明确本条文中的“其他因素”具体包括哪些。目前对系统风险采取的通行界定是,“系统风险即对证券市场产生普遍影响的风险因素。特征在于系统风险因共同因素所引发,对证券市场所有的股票价格均产生影响,这种影响为个别企业或行业所不能控制,投资人亦无法通过分散投资加以消除”。^⑥这一概念界定强调系统风险的全局性,只有对整个证券市场上的股票交易价格具有影响力的风险因素才能够被视为证券系统风险。仅对某个行业内股票价格产生影响的风险因素不在其中,公司自身所面临的经营风险和个体投资者的投资风险同样不涵盖在内。那么行业风险、经营风险以及投资风险是否可以被理解为《虚假陈述规定》第19条中所说的阻碍损害因果关系的“其他因素”呢?目前司法实践中的观点存在较大差异。在华锐风电案中,法院明确指出行业风险、经营风险导致的股价下跌风险并非《虚假陈述规定》第19条中阻碍虚假陈述与损害结果之间因果关系的法定事由,对华锐风电公司关于行业风险

^⑤ 参见周友军:《论民法上的合法替代行为抗辩》,载《法律科学》2013年第1期。

^⑥ 田素华、吴士君:《中国证券市场风险特征的实证研究》,载《经济科学》2003年第1期;郑义彬:《中国股市系统风险估值研究》,载《武汉理工大学学报(信息与管理工程版)》2007年第1期。转引自刘振:《关于证券市场系统风险所致损失数额的认定》,载《人民司法》2008年第11期。

与经营风险所导致的股价下跌应在计算原告投资损失时予以扣除的主张不予采信。^⑦恒天海龙案中,一审法院认为经营不善、业绩重大亏损等因素并非法律、法规所规定的可以剔除的因素,二审法院也对此予以维持。^⑧但在银座渤海案中,法院通过考察涉案公司的经营业绩在一定程度上肯定了公司自身的非系统风险因素对损害因果具有阻碍作用。^⑨勤上光电案中,法院虽然没有支持勤上光电公司要求考虑公司经营状况和行业风险的主张,但依据是勤上光电公司无法就此主张充分举证,并没有否认经营风险和行业风险本身可以作为阻碍损害因果关系的事由。^⑩在宁波富邦案和兴长石化案中,法官认为原告在高位买入涉案股票已经存在一定的投资风险,对投资风险带来的损失,投资者应自行承担相应的责任。^⑪

笔者认为,除证券市场系统风险因素以外,公司经营风险、行业风险和投资风险应作为阻碍损害因果关系的因素,理由在于:其一,公司经营风险、行业风险和投资风险是证券市场中客观存在的正常风险,一般的理性投资者在作出投资决定之时就应该知晓自己可能会遭受这些潜在风险所带来的损失。既然理性投资者能够合理预见到这些正常风险且仍然选择进行投资,那就是自甘风险,这部分风险显然应当由投资者自行承担。其二,公司经营风险、行业风险和投资风险并非由不实财务报告诱发,与不实财务报告之间不存在关联性。即便没有不实财务报告的影响,这些潜在风险也一样会给投资者带来损失。其三,现行《虚假陈述规定》第19条中的“其他因素”是一个开放性概念,法官在审判中对以上因素加以考量并不会突破法律规定。如果被告能够举证证明原告的损失部分由上述事由引起,法院对以上因素酌情考量不仅具有充分的合法性,也更加符合实质公平的价值目标。

在公司经营风险、行业风险和投资风险的判定标准与计算方面,现行法律法规没有给出具体标准,需要法官充分行使自由裁量权。笔者认为,行业风险方面,可以从国家政策和涉案股票所在行业板块的指数着手判断;公司经营风险方面,需要充分考虑公司的经营业绩并可参考公司以前相似状况下的股票波动状况;投资风险方面主要观察投资者是否在股票处在高位的时间节点上购入。

2. 证券市场系统风险的认定。在证券虚假陈述案件的司法裁判中,涉及系统性风险认定与计算的判例并不少见,但各个法院的认定方式与计算方法存在较大的差异。

第一,对当事人的举证责任要求不一。部分法院直接按照证券市场的整体反应,根据证券市场各项指数的波动情况来判定市场风险是否存在,法官在南通科技案和紫鑫药业案等案件采用了此方式。^⑫也有部分法院要求主张存在证券系统风险的被告举证证明存在造成系统风险的事由,在此基础上进一步证明该事由确实对股票市场产生了重大影响,引起全部股票价格大幅涨跌。法官在大庆联谊案和银星能源案等案件中采用了此方式。^⑬笔者认为,法院可以直接通过相关股指的变化情况主动判断是否存在证券市场系统风险,没有必要强调被告在此方面的举证责任。理由在于:第一,系统风险的诱因对于证券系统风险的存在认定并没有实际意义,无论证券系统风险基于何种原因发生,只要确实存在,都要将其所造成的损失扣除。第二,过重的举证责任无疑会激励上市公司申请法院调查证据,如此一来举证责任实际被转移到法院,反而给司法工作增加负担。^⑭

^⑦ 参见刘妹诉华锐风电科技(集团)股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案,(2016)京01民初25号判决书,(2016)京民终284号判决书。

^⑧ 参见廖劲松与恒天海龙股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案,(2014)济商初字第336号判决书,(2016)鲁民终1682号判决书。

^⑨ 参见张鹤诉银座渤海集团股份有限公司虚假陈述证券民事赔偿纠纷案,(2002)济民二初字第12号判决书。

^⑩ 参见梁木珍、黄伟鸿等与东莞勤上光电股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案,(2016)粤01民初17-23号判决书。

^⑪ 参见袁彦与宁波富邦精业集团股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案,(2013)浙甬商初字第16号判决书;岳阳兴长石化股份有限公司与王建国劳动争议纠纷案,(2015)长中民四初字第00450号判决书。

^⑫ 参见苏万福与南通科技投资集团公司虚假证券信息纠纷上诉案,(2007)苏民二终字第0112号判决书;肖朝芳与吉林紫鑫药业股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案,(2017)吉民终432号判决书。

^⑬ 参见陈丽华等23名投资人诉大庆联谊公司、申银证券公司虚假陈述侵权赔偿纠纷案,载《最高人民法院公报》2005年第11期。陈永锋诉宁夏银星能源股份有限公司虚假陈述上诉案,(2009)宁民商终字第6号判决书。

^⑭ 参见刘振:《关于证券市场系统风险所致损失数额的认定》,载《人民司法》2008年第11期。

第二,认定和计算系统风险的参考指标不尽一致。部分法院认可大盘指数和板块涨跌幅度可以作为判断证券系统风险的参考因素,但是并没有提出按照哪项证券指数计算系统风险,也没有给出具体的计算方式。例如在顺灏新材料案和大智慧案中,系统风险均由法院“酌情认定”。多数法院依据各项具体证券指数来计算系统风险,但是在证券指数的选择上不尽一致。有的法院选择单一指数作为计算依据,例如在佛山照明案和广东雅美案中,法院选择以深圳成份指数作为计算系统风险的依据。而在南通科技案、恒天海龙案、紫鑫药业案等案件中,法院选择了多种股指为计算依据。具体到每个案件中,法院所选取的指数种类又会有所不同。南通科技案中,法院选取的数据类型包括上证综合指数、沪市全部A股流通股总市值、机械类行业板块指数、机械类行业A股流通股总市值四种;恒天海龙案中,法院选择的是深市A股流通总市值和化学纤维A股流通总市值两种;紫鑫药业案中,法院选择的是深证综指、深证成指、中小板指、医药板指四种。笔者认为,板块指数综合体现了证券市场整体的共性风险与特定领域内部的特性风险,以此作为证券系统风险的计算依据更为妥当。与大盘指数相比,板块指数与涉案个股的关联性更加紧密,而且证券市场中所存在的整体风险也一样会在板块指数中体现出来,所以一般状况下板块指数就可以很好的反映个股受证券系统风险的影响状况,不必再考虑大盘指数。另外,在板块指数的选取方面,除了行业板块指数,必要之时也可参考地域板块指数、概念板块指数等。^⑤由于目前立法没有给出具体系统风险计算方式,法官可以根据具体情况对计算依据进行适当调整。如果一方当事人主张采用其他类型的指数,并且可以给出适当的理由,法官综合板块指数以外的数据来计算证券系统风险也未尝不可。

第三,具体的认定方法存在较大差异。由于目前法律没有对证券系统风险的计算给出统一标准,所以司法实践中所采取的计算方式多种多样。根据认定结果的适用范围不同,可以将系统风险的认定方式分为集中认定法和分别认定法两大类。集中认定法就是针对某个虚假陈述行为集中认定一个证券系统风险数值,可以适用于多个针对该行为提起诉讼的投资者,该方法对参考股指的考察期间一般是从虚假陈述揭露日到基准日。分别认定法就是根据每个个体投资者的具体情形来认定证券系统风险,计算出来的数值只针对该投资者个体,该方法对参考股指的考察期间较为多样,但多以个体投资者的投资时间点为考察期间的起点。根据计算方法不同,可以将系统风险的认定方式分为指数计算法和相对比例法两大类。指数计算法是直接根据证券市场相关指数的波动情况计算得出系统风险的数值,并不与涉案股票的涨跌幅度进行对比。相对比例法需要将相关股指的波动幅度与涉案个股的股价波动幅度相除,如果选用了多个股指,则取均值与涉案个股的股价波动幅度相除,由此得出证券系统风险的最终数值。以上操作方式相互组合形成了目前司法实践中最为普遍的四种市场风险计算方法:^⑥一是集中认定市场风险的指数计算法。即法院综合考虑包括股指变化在内的各种因素确定一个适用于多个投资者的系统风险比例,计算的过程中不会将相关股指的变动幅度与涉案股票价格的变动幅度加以对比。二是集中认定市场风险的相对比值法。法院在恒天海龙案、紫鑫药业案中均采用了此种方法,这种方法的基本计算公式是:系统风险数值=若干个参考股指变化幅度的均值/涉案股票价格变动幅度,股指和涉案股票的变动幅度一般以揭露日到基准日为计算的时间节点,以上计算得出的风险数值可以适用于多个投资者。三是分别认定市场风险的指数计算法。法院在佛山照明案和南通科技案等案中采用了此种方法,此种方法的具体操作方式多样,佛山照明案所认定的系统风险数值=1-卖出时的深成指数/买入时的平均深成指数。南通科技案认定的系统风险数值则是根据投资者购买涉案股票至虚假陈述揭露日之间上证综合指数、沪市A股流通股总市值、涉案股票所在行业A股流通股总市值的变动幅度来综合认定的。四是分别认定市场风险的相对比值法。法院在泰欣电器案采用此种方法。泰欣电器案所认定的系统风险数值=证券买入卖出或暂停上市日期间指数加权平均跌幅/证券买入卖出或暂停上市日期间涉案股价加权平均跌幅。^⑦笔者认为,相对比例法将相关股指的波动幅度与涉案个股的股价波动

^⑤ 参见甘培中、彭运朋:《论证券虚假陈述民事赔偿中系统风险所致损失数额的认定》,载《甘肃社会科学》2014年第1期。

^⑥ 参见张保生、周伟、刘思远:《证券虚假陈述民事赔偿案件系统风险的认定标准和计算方法》,载郭锋主编:《金融服务法评论》第七卷,法律出版社2015年版。

^⑦ 参见刘玉华诉兴业证券虚假陈述责任纠纷案,(2017)闽01民初456号判决书。

幅度进行对比,能够更加准确地反映出系统风险因素对涉案股票价格的影响,比单纯的考量证券指数变化幅度的指数算法更加合理。另外,集中认定法为了保证得出的系统风险数值可以适用于多个投资者一般都是考量虚假陈述揭露日到基准日的证券指数变化情况。但是每个投资者入场时间不同,系统风险因素对其所受损失的作用也未必相同,根据个体投资者各自的投资时间点所对应的指数信息分别计算系统风险数值应该更具准确性。综上所述,笔者认为分别认定市场风险的相对比值法最为可取。此种方法虽然计算量较大且相对复杂,但是得出的结果能够相对客观地反映出每个投资者的具体情况。而且计算问题也可以采取技术途径解决,例如在东方电子虚假陈述案件中,青岛市中级人民法院专门委托技术人员设计了一套计算机软件,准确完成了将近7000人的损害赔偿计算。

三、会计师事务所不实财务报告侵权责任承担方式

关于会计师事务所对第三人承担侵权责任的方式,学界存在以下几种不同的观点:第一种观点是连带责任一元论。无论会计师事务所是出于故意还是过失,只要出具不实财务报告导致第三人遭受损害就应该与上市公司一起对第三人承担连带赔偿责任。^③第二种观点是按份责任与连带责任二分法。根据会计师事务所过错形态的不同,分别承担按份责任或连带责任。如果会计师事务所故意出具不实财务报告则适用连带责任,如果会计师事务所仅有过失就适用按份责任。^④第三种观点是补充责任与连带责任二分法。如果会计师事务所故意出具不实财务报告则应该与上市公司一起对第三人承担连带赔偿责任,如果会计师事务所仅仅存在过失,则在一定限度之内承担补充赔偿责任。^⑤

关于会计师事务所对第三人承担责任的方式,现行法律规定也不尽一致。1998年《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》采取的是补充责任的方式,而且补充赔偿责任的范围被限制在验资金额的范围之内。《虚假陈述规定》第24条虽未明确出现“连带责任”的表述,但由于本条援引的是1998年《证券法》161条和202条的内容,所以实际上也是连带责任,第27条更是明确规定了连带责任。2007年6月4日最高人民法院发布的《会计师事务所民事侵权规定》在第5、6、10条根据注册会计师不同的主观过错形态,分别确定了连带责任和补充责任两种不同的责任方式。如果存在第5条规定的恶意串通、被审计单位示意其作不实报告而不予拒绝以及其他四种推定故意的情形,会计师事务所与被审计单位承担连带赔偿责任,如果只存在第6条规定的情形,根据第10条的规定,会计师事务所只需承担补充赔偿责任,且“对一个或者多个利害关系人承担的赔偿责任应以不实审计金额为限”。《证券法》第173条仅规定了连带责任这一种责任方式,并未区分会计师事务所的主观状态。

笔者认为,如果会计师事务所与被审计单位恶意通谋,故意出具不实财务报告,则二者构成共同侵权,会计师事务所与被审计单位应对遭受损害的第三人承担无限连带责任。但如果会计师事务所并非出于故意,而是由于过失出具了不实财务报告,侵权形态则是无意思联络的数人侵权,此种状况不宜一刀切的适用完全连带责任,而要进行更加细致的理论分析和价值判断,以确定更加合理的责任承担方式。

数人侵权的责任承担是一个综合性的概念,具体来说包括最终责任的承担和风险责任的承担。赔偿义务人之间对第三人遭受的损失进行分配,由此产生的内部责任是各赔偿义务人就自身行为所应承担的最终责任份额,可以称之为“最终责任”。不同的责任承担方式可能会导致赔偿义务人对第三人承担的外部责任范围与其应承担的最终责任范围不一致。这种对第三人的外部责任份额与赔偿义务人之间划定的内部责任份额的差值可称之为“风险责任”,即赔偿义务人并没有最终负担这部分责任的义务,但是要承受其他赔偿义务人无法承担这部分责任的风险。^⑥“最终责任”是各赔偿义务人实际应负责任的反映,“风险责任”本质上是要求赔偿义务人在自己实际责任以外,就其他赔偿义务人不能承担的份额对赔偿权利人负责。如果赔偿义务人所承受的“风险责任”远超其“最终责任”,那就意味着:在其他赔偿义务人丧失赔偿能力时,该赔偿义

^③ 参见郑顺炎:《证券市场不当行为的法律实证》,中国政法大学出版社2000年版,第207页。

^④ 参见李明辉:《注册会计师的过失责任:连带责任抑或比例责任》,载《河北法学》2005年第4期。

^⑤ 参见杨静毅:《注册会计师侵权责任的几个问题》,载《济南大学学报(社会科学版)》2003年第1期。

^⑥ 参见王竹:《论风险责任概念的确立》,载《北方法学》2011年第2期。

务人所要向赔偿权利人所承担的责任大多不是其本人所造成的,这显然不符合自己责任原则的基本价值取向。正如堪萨斯州最高法院在 *Brown v. Keill* 案件中所指出的:要求一个只有百分之十过错的被告承担百分之百的责任没有内在的公平性。^⑩ 会计师事务所对第三人承担责任的方式直接决定了其承担的风险责任范围。通过确定责任方式所要解决的核心问题就是适当分配“风险责任”:既要保证无法赔付的风险不被无理地转嫁到已经遭受损失的第三人身上,也要让赔偿义务人所承担的风险责任与其实际应承担的最终责任保持相对适当的比例,防止最终责任很小的会计师事务所因其微小的过失承担过重的风险责任。

在按份责任的方式下,会计师事务所对第三人承担责任的范围与其最终责任的范围完全一致,所以会计师事务所完全不用承担风险责任。在证券虚假陈述这样大规模的侵权案件中,很可能出现上市公司已经无力赔偿的状况,如果采用按份责任,允许会计师事务所完全不用承担风险责任,将不能清偿的风险不加限制的完全转嫁到第三人身上,不符合保护公共投资者的价值取向,也可能对投资者的市场参与意愿产生抑制效果。在完全连带责任的方式下,第三人可不受顺序限制,直接要求会计师事务所赔偿其全部损失,换言之,会计师事务所要对其自身最终责任以外的全部损害承担风险责任,会计师事务所的最终责任与风险责任之间可能出现比例上的失衡。对会计师事务所施加过重的风险责任一方面并不符合实质公平的追求,另一方面也可能对审计行业整体造成沉重的打击。在有限的补充责任的方式下,如果前顺位的赔偿义务人不具备足够的清偿能力,会计师事务所对第三人所承担的责任完全被限定在特定限度以内,而现行法律中采取的“证明金额”或“不实审计金额”的限度规定不甚合理,因为在大多数情况下,“证明金额”或“不实审计金额”的大小与第三人遭受的损失数额和会计师事务所应承担的最终责任份额都没有必然关系。所以此种责任承担方式完全没有体现出适当分配风险责任,使其与最终责任保持适当比例的责任分配思路。综上所述,无论是按份责任还是连带责任亦或是有限补充责任都不宜作为会计师事务所过失侵权情形下对第三人承担民事责任的方式。

在无意思联络的数人侵权中,为避免最终责任很小的赔偿义务人承担过重的风险责任,美国在司法实践中采取了“门槛”与“深度”的双重限制规则,^⑪以此对“一刀切”的完全连带责任进行了改造。“门槛规则”即按照赔偿义务人所应承担的最终责任来设置连带责任的“门槛”,最终责任的比例高于门槛数值的赔偿义务人就需要对赔偿权利人承担连带责任,反之则仅在自己的最终责任范围内对赔偿权利人承担责任。“深度规则”就是指达到连带责任“门槛”的赔偿义务人所要承担的连带责任比例也由其应承担的最终责任份额来决定。例如,明尼苏达州规定,最终责任份额 15% 以内的赔偿义务人所承担的连带责任范围不超过其责任份额的 4 倍,若最终责任份额在 15%—35% 之间,连带责任范围不超过其责任份额的 2 倍。^⑫ 笔者认为以上思路对我们确定会计师事务所不实财务报告的民事责任承担方式具有借鉴意义。但是笔者认为,会计师事务所对第三人承担责任的方式不必设置连带责任的“门槛规则”,只需设置合理的“深度规则”即可。换言之,即使会计师事务所最终责任份额很低,也不宜采用按份责任,而应采取有限条件的连带责任。理由在于:通过合理设置“深度规则”完全可以对会计师事务所所承担的风险责任上限进行合理限制。在保证会计师事务所不会因其微小的过失承担全部责任的前提之下,理应更加倾向于保护遭受损失的第三人,特别是证券市场中处于明显弱势地位的公众投资者。另外,对于“深度规则”的设置标准,笔者认为将最终责任份额与责任倍数进行正比设计更为可取,因为最终责任是原因力和过错程度的综合反映,让最终责任份额更高的赔偿义务人同时承受更高的风险责任符合行为人对自身行为负责的基本理念。如果采用类似明尼苏达州的反向设计,可能出现原因力较弱、过错程度较轻的赔偿义务人需要承担较重风险责任的悖论。

四、会计师事务所不实财务报告侵权责任赔偿的范围

确定会计师事务所对第三人的具体赔偿范围需要经过两个步骤:第一步是确定会计师事务所应承担的

^⑩ 参见胡海容:《扩张与限制之间:我国连带责任的新发展》,载《社会科学界》2008年第7期。

^⑪ 参见李中原:《多数人侵权责任制度的历史与现状》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第2期。

^⑫ Minn. Stat. Ann. § 604.01 (West 2000&Supp. 2006). 转引自王竹:《论客观关联共同侵权行为理论在中国侵权法上的确立》,载张仁善主编:《南京大学法律评论》2010年春季卷(总第33期),法律出版社2010年版。

最终责任比例,并根据最终责任所对应的责任倍数确定会计师事务所对第三人赔偿责任的上线;第二步是综合其他各项因素确定会计师事务所对第三人所需承担的具体赔偿范围。

1.确定赔偿责任上限。会计师事务所对第三人承担连带赔偿的上限是以其最终责任份额来确定的。无意思联络的数人侵权情形下的最终责任可以按照各个行为人的过错程度和原因力的大小为依据来确定。^④实在难以确定各侵权人责任大小时,通常要求平均承担赔偿责任。按照上述标准确定会计师事务所的最终责任之后,再根据“深度规则”便可计算出会计师事务所对第三人所应承担的责任上限。例如“深度规则”设置为:最终责任份额15%以内的会计师事务所承担的连带责任范围不超过其责任份额的3倍,若最终责任份额在15%—25%之间,连带责任范围不超过其责任份额的4倍,最终责任达到25%以上的会计师事务所承担连带责任比例上限为100%。将会计师事务所的最终责任的数值表示为A,当 $A < 15\%$ 时,会计师事务所对第三人责任的上限为3A;当 $15\% \leq A \leq 25\%$ 时,会计师事务所对第三人责任的上限为4A;当 $A > 25\%$ 时,最高可以要求会计师事务所就全部损失对第三人承担连带责任。

值得注意的是,目前司法实践中少有案例在判决连带责任的同时对赔偿义务人的最终份额加以确定。大智慧一案中,法院也是确定了大智慧公司和会计师事务所共同对投资者承担连带责任,同时指出“立信和大智慧公司之间的内部责任大小,不属于本案的审理范围,双方可另行处理”。笔者认为,《会计师事务所民事侵权规定》和《虚假陈述规定》已经赋予了法院追加被审计单位、发行人或者上市公司等对于查明案情或最终责任有重大影响的被告参与诉讼的职权。所以,法院理应能够在查明案情的基础上对会计师事务所的最终责任做出适当的认定,法院不应在确认各个赔偿义务人对外责任的案件中拒绝确认数个赔偿义务人之间的最终责任。事实上,一并处理侵权之诉和连带责任人之间的责任分配之诉,既可以解决连带责任人的内部责任分担问题,也不妨碍对赔偿权利人的保护,同时还能够减少诉累,节约诉讼资源,提高司法效率。为了在数人侵权责任分担中更加准确有效地确定各个赔偿义务人的最终责任份额,应当在程序法上允许被告通过第三人诉讼将其他连带责任人纳入诉讼并确定最终份额。^⑤

2.综合各项因素确定具体赔偿范围。在确定会计师事务所对第三人责任的上限之后,法官可以结合一些具体因素在责任范围的上限以内确定会计师事务所应承担的具体赔偿范围。欧洲学界曾提出根据会计师事务所的收取的酬金,以及被审计单位的市值规模来限制会计师事务所赔偿范围的设想。^⑥笔者认为以上因素可以作为法官确定具体赔偿范围时的参考依据。

Abstract: The standard for determining the fault of an accounting firm is "professional standard of care". The legal "materiality" is based on the influence of information on decision-making and the influence of information on stock prices. The court should independently conduct a substantive examination of "materiality" in civil compensation cases. The company's operational risk, industry risk and investment risk should be considered as factors that hinder the damage causal relationship. In calculating the system risk, in principle, the sector index should be selected as the reference data. The system risk of securities market should be calculated separately for each investor in relative ratio method. The joint liability of the accounting firm shall be limited to a reasonable range. The specific amount of compensation shall be determined by the court in consideration of various factors.

Key Words: Fault of Accounting Firms; False Financial Report; Tort Liability; Causal Relationship; Compensation for Damages

(责任编辑:张素华)

^④ 参见杨立新、梁清:《原因力的因果关系理论基础及其具体应用》,载《法学家》2006年第6期。

^⑤ Eu ropean Group on Tort Law, Principles of Eu ropean T ort Law ;Text and Commentary, S pringer, 2005, p.145, p.146, p.145, p.53.转引自王竹:《论数人侵权责任分担中最终责任份额的确定方式》,载《法商研究》2010年第6期。

^⑥ Stephanie M. Spell, Capping Auditor Liability: Unsuitable Fiscal Policy in Our Current Financial Crisis, 4 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 323 (2010)