

证券虚假陈述赔偿中 审计人责任构成要件与责任限缩

缪因知^{*}

内容提要：作为审计人的注册会计师事务所具有信息输出的不独立性、信用输出的独立性和责任承担的不独立性。我国《证券法》对审计人设定了基于积极防范义务的过错推定责任，这种责任模式重于以美国为代表的中介机构仅在知情、实质性地参与虚假陈述时承担责任的模式。当发行人和审计人存在实施虚假陈述的共同故意，或一为故意一为重大过失时，应视为主观的共同侵权行为而承担连带责任。若审计人只存在轻微的过失，可以仅就部分损失承担连带责任。审计人过错的认定应与勤勉尽责认定的层次性逻辑具有一致性。《审计赔偿规定》将“应当知道”违法而未指明的行为视为“明知”，是在程序而非实体意义上的审计人主观状态推定。实践中突出的问题是对过失性的审计程序不当行为的轻重缺乏衡量。审计人过错应当避免从虚假陈述的结果简单倒推。多种原因可能导致勤勉尽责的审计人未能在事前发现不实会计信息。应当坚持基于过错轻重区分的责任模式，审计人责任仍需坚持前置程序，并在过失时合理限缩为部分补充责任。

关键词：证券虚假陈述 审计人 注册会计师

自从立信会计师事务所在大智慧和金亚科技虚假陈述案中被判决承担连带责任以来，我国会计师事务所作为证券发行人财务报表审计人的风险逐渐上升，并在债券违约风潮中陆续出现“天价”赔偿。2020年11月，上海金融法院在中安科案的示范性判决中判定瑞华会计师事务所对投资者损失承担完全连带责任。2020年12月，杭州市中级人民法院在五洋建设债券案中判决大信会计师事务所对投资者损失7.4亿元承担完全连带责任。^{〔1〕}2021年1月底，北京市第二中级人

^{*} 缪因知，中央财经大学法学院教授。

本文为中国注册会计师协会资助课题中期成果，未经中国注册会计师协会审定。

〔1〕 对五洋案判决的具体评论见缪因知：《债券违约案频发 中介机构该担何责》，载《经济观察报》2021年1月11日，商业评论23版。

民法院开庭审理合晟资产管理公司等多个持有富贵鸟债券的基金诉毕马威华振案，原告索赔 8800 万元。会计师责任飙升。

对此，笔者认为应当合理认识审计人的实际作用与法律地位，将其对证券虚假陈述的赔偿责任合理回归为部分的补充责任。

一、审计人在证券信息披露中的工作特质与法律地位

企业外部的独立注册会计师属于由法律授权、对企业实施财务监督的主体，在法理上被称为受委任（mandated）执法者。这主要体现为承担法律强制规定的企业审计义务。

我国《注册会计师法》第 14 条规定注册会计师承办审计业务。《证券法》也规定了股票上市时，应当向证券交易所报送依法经会计师事务所审计的公司最近三年的财务会计报告，证券发行人每年公告的年度财务会计报告应当经具有从事证券相关业务资格的会计师事务所审计。证券交易所上市规则还规定了公司拟在下半年实施若干重大财务安排时，半年报告也需要审计。

若上市公司财务会计报告被会计师事务所出具非标准审计意见，〔2〕会引发严重的市场反应和后续监管措施。《公开发行证券的公司信息披露编报规则第 14 号——非标准审计意见及其涉及事项的处理（2020 年修正）》明确要求公司董事会对此作出专项说明。上市规则还规定：非标准审计意见涉及事项如属于明显违反会计准则及相关信息披露规范规定的，公司有义务及时披露经纠正的财务会计资料、审计报告、专项鉴证报告等材料。〔3〕

一方面，审计人（注册会计师）是证券发行人聘用的披露辅助人，而非原始信息的生产者。审计意见并未独立提供新的信息，而只是依据发行人提供的基础信息来发表意见，对公司披露的基础信息予以核查、验证、确认，具有“信息输出的不独立性”。发行人是否真实、准确、完整地审计人提供信息，是配合还是阻挠审计工作的开展，将实质影响到审计质量。审计人无法独立做到信息披露的真实、准确、完整。

另一方面，审计人是证券市场的独立的信用源，甚至作为市场中数量较少的、专业的反复博弈者，审计人的信用有时会高于发行人的信用。应被审计但未取得标准审计意见的披露文件的市场价值是相当匮乏的。审计意见的出具会对投资者的交易决策产生实质性的影响。由此，审计人等市场中介服务机构具有“信用输出的独立性”，〔4〕它们也被称为投资者的“看门人”，起到了

〔2〕 非标准意见指注册会计师对财务报表发表的非无保留意见或带有解释性说明的无保留意见。非无保留意见，是指注册会计师对财务报表发表的保留意见、否定意见或无法表示意见。2020 年 8 月中审亚太会计师事务所对 ST 富控即出具了否定意见审计报告，认为公司明显违反会计准则，是近年来首例否定意见的审计报告。带有解释性说明的无保留意见，是指对财务报表发表的带有强调事项段、持续经营重大不确定性段落的无保留意见或者其他信息段落中包含其他信息未更正重大错报说明的无保留意见。

〔3〕 例如，《上海证券交易所股票上市规则》（2019 年修订）6.10 条。

〔4〕 值得注意的是，审计人的独立性比其他中介服务机构如律师事务所更强。律师兼有维护客户利益的一面，独立性低于会计师，律师可以创新性地提出新的法律安排，必须遵循的业务准则少于会计师。在安然等公司丑闻爆发后，律所受到了更小的波及。律师的声誉资本功能也低于会计师。（参见〔美〕乔纳森·梅西：《声誉至死：重构华尔街的金融信用体系》，汤光华译，中国人民大学出版社 2015 年版，第 115 - 125 页。）

对发行的监督作用〔5〕。

小结之，由于投资者对审计人可以产生的合理信赖，倘若审计意见由于可归责于审计人的原因而存在瑕疵，将直接导致投资者的误判。这是对审计人予以责任追究的法理基础。然而，审计人承担虚假陈述责任的前提是发行人承担虚假陈述责任，只可能发行人有责而审计人无责，不可能发行人无责而审计人有责。审计人责任具有“责任承担的不独立性”。

证券虚假陈述赔偿中审计人责任领域的理论和实务争议主要在于审计人“信息输出的不独立性”“信用输出的独立性”和“责任承担的不独立性”之间的合理匹配。具体的核心问题是：当经审计的披露信息被认定为存在虚假陈述时，如何判定审计人是否尽责。

二、定位：基于积极防范义务的过错推定责任

《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》（下称《虚假陈述赔偿规定》）第27条规定：“证券承销商、证券上市推荐人或者专业中介服务机构，知道或者应当知道发行人或者上市公司虚假陈述，而不予纠正或者不出具保留意见的，构成共同侵权，对投资人的损失承担连带责任。”

中介服务机构的虚假陈述赔偿责任均属于过错推定责任。1999年《证券法》通篇未提及“过错”，第161条仅规定：“为证券的发行、上市或者证券交易活动出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，必须按照执业规则规定的工作程序出具报告，对其所出具报告内容的真实性、准确性和完整性进行核查和验证，并就其负有责任的部分承担连带责任。”2003年2月起施行的《虚假陈述赔偿规定》第24条规定：“专业中介服务机构及其直接责任人违反证券法第一百六十一条和第二百零二条的规定虚假陈述，给投资人造成损失的，就其负有责任的部分承担赔偿责任。但有证据证明无过错的，应予免责。”2003年7月《最高人民法院关于审理虚假陈述侵权纠纷案件有关问题的复函》第四点将“有证据证明无过错”改为过错推定责任：证券承销商、推荐人、专业中介服务机构“如没有对虚假陈述内容予以纠正或保留意见，又没有证据证明其无过错（包括故意和过失），则其与发行人或者上市公司构成共同侵权，对投资人因此造成的损失承担连带责任。但专业中介服务机构及其直接责任人的民事责任限于其负有责任的部分”。

2006年《证券法》第173条采纳了过错推定的立场。现行2020年《证券法》第163条基本沿用了此条，仅文字略有不同：“证券服务机构为证券的发行、上市、交易等证券业务活动制作、出具审计报告及其他鉴证报告、资产评估报告、财务顾问报告、资信评级报告或者法律意见书等文件，应当勤勉尽责，对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人造成损失的，应当与委托人承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。”

〔5〕 See *Feit v. Leasco Data Processing Equipment Corp.*, 332 F. Supp. 544 (E. D. N. Y. 1971).

所以，我国中介机构的责任基础不在于实质参与虚假陈述行为，也不仅在于对虚假陈述知情不报，还包括“应当知道”虚假陈述而未曾纠正或阻止。中介机构不仅具有“不参与虚假陈述”的消极义务，还具有“积极防范虚假陈述”的积极义务。

中国这种责任模式整体上较为严格，至少从文本字面上看，以美国为代表的证券司法实践最多只要求中介机构在知情、“实质性地参与”虚假陈述时承担赔偿责任。

在美国法下，会计对于非客户的责任始于 1931 年纽约上诉法院的 *Ultramare* 案，著名的卡多佐法官认为当一个高度接近于合同关系（closely approximated privity of contract）的特殊关系存在时，会计会由于过失而对非客户承担责任。^{〔6〕}但卡多佐的本意是通过划界来限制会计的责任。^{〔7〕}1994 年联邦最高法院在丹佛中央银行案判决中认为协助教唆人的行为不产生对外表达、不会令投资者对之产生信赖，故《证券交易法》下根本不存在对协助教唆责任的默示诉权。^{〔8〕}与之相符合，1994 年马萨诸塞联邦地区法院判决的 *Kendall* 广场研究公司案认为：会计师事务所对实施虚假陈述的发行人关于整个公司的税收、合并报表的大量建议并非向公众陈述可信赖的信息，不产生民事责任。^{〔9〕}1998 年联邦第二巡回区上诉法院则在 *Wright* 诉安永会计师事务所案判决中指出：中介机构等第二位的行为人只有做出实质性的虚假陈述或重大遗漏行为，才能产生反证券欺诈规则下的信赖和归责要件，以及《证券交易法》下的赔偿责任。^{〔10〕}

在一起中国概念股案例中，2011 年 4 月东南融通被做空机构揭露，在几个月内迅速垮台。2011 年 5 月德勤（Deloitte）会计师事务所也辞任该公司的审计师。2011 年 5 月一些投资者起诉德勤未尽到应有的职业关注和职业怀疑，未能发现相关异常的“预警信号”，如被隐瞒的一家关联公司在东南融通首次发行前很短的时间成立、公司名称中亦有“融通”等。

纽约南区联邦法院认为被诉公司已经做了相关必要的披露，公司毛利率超出市场水平亦非预警信号。审计师已经有过相关努力，如提出不少疑问、根据市场传闻与客户沟通、建议客户启动独立调查程序。事后看，至多只能说明若德勤执行了更有效的审计程序，就可能会发现欺诈行为。但基于成本效益而没有对客户的收入予以函证等并不明确违反审计准则，只意味着疏忽或懒惰，意味着其被审计对象欺骗，而非对欺诈的放任或有意无视（consciously disregard）。存在审计不到位的风险，不等于注意到了实际欺诈（notice of actual fraud）。只有审计师不真诚或理性地（genuinely or reasonably）信任自己表达的意见，才构成不合理的意见。原告未能证明德勤执行了轻率的审计程序。最后法院驳回了原告的诉讼请求。^{〔11〕}

不过，以联邦第九巡回区上诉法院为代表的少数法院则对追责持宽松态度，认为会计师事务所参与起草、讨论、编辑含有虚假陈述的披露文件并起到重要作用的，就应承担主要的欺诈责任（1994 年 *Software Toolworks* 案），或认为如果被告会计师事务所足够广泛地或实质性地参与制

〔6〕 See *Ultramares v. Touche*, 255 N. Y. 170, 174 N. E. 441 (N. Y. 1931)

〔7〕 See John C. Coffee Jr., *Gatekeepers The Role of the Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, 2006, p. 177. 该书中译本见《看门人机制：市场中介与公司治理》，黄辉等译，北京大学出版社 2011 年版。

〔8〕 See *Central Bank of Denver v. First Interstate Bank of Denver*, 511 U. S. 164 (1994)

〔9〕 See *In re Kendall Square research corp. Sec. Litig.*, 868F. Supp. 26, 28 (D. Mass. 1994).

〔10〕 See *Wright v. Ernst&Young, L. L. P.*, 152 F. 3d 169, 175 (2d Cir. 1998).

〔11〕 参见卓继民：《跨洋大鏖战：美国证券集体诉讼之中国概念股》，中国财政经济出版社 2013 年版，第 69-81 页。

作虚假信息,就会产生 10b-5 规则下的主要责任(1994 年加州中区联邦法院 ZZZ Best 案)。^[12]这实际上给诉讼结果带来了不确定性,因为中介机构很难预判自身对披露文件提供的意见或参与是否属于重要或实质性的行为,在集团诉讼机制的巨额索赔额的震慑下,中介机构会趋向于风险规避,进而屈服和解,即便原告的诉求有时未必那么有道理。

为了分析我国的审计人责任是否适当,我们可以结合其责任构成要件做进一步分析。

三、审计人责任的侵权责任属性

在我国,通说认为审计人与购买证券的市场投资者之间只存在侵权责任关系,不存在合同责任关系,审计人责任为过错推定的侵权责任。除了《最高人民法院关于审理虚假陈述侵权纠纷案件有关问题的复函》第四点规定,《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》(法释〔2007〕12号)(下称《审计赔偿规定》)第2条第1款规定:“因合理信赖或者使用会计师事务所出具的不实报告,与被审计单位进行交易或者从事与被审计单位的股票、债券等有关的活动而遭受损失的自然人、法人或者其他组织,应认定为注册会计师法规定的利害关系人。”第4条第1款规定:“会计师事务所因在审计业务活动中对外出具不实报告给利害关系人造成损失的,应当承担侵权赔偿责任,但其能够证明自己没有过错的除外。”在大智慧、立信会计师事务所虚假陈述赔偿案中,会计师事务所曾主张投资者并非利害关系人,法院对此作了明确否定。^[13]

证券虚假陈述赔偿中的审计人责任必然与发行人/披露义务人责任同时出现。这种侵权责任关系类型存在如下三种可能性:

(一) 共同实施的共同侵权

“共同侵权以数人导致同一损害之发生为事实基础,以连带责任为效果特征。”^[14]2010年《侵权责任法》第8条/《民法典》第1168条规定:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”最高人民法院、佟柔、王利明等各家通说认为,此条的规范范围指向共同过错。^[15]“共同实施”指行为人就侵权行为之实施有意思联络,相当于日本民法所谓“主观共同关系”或“主观的关联共同性”的共同侵权行为。^[16]主流司法意见认为,“共同实施”包括共同故意、共同过失以及故意和过失的结合。^[17]不过,本文赞同程啸的意见,认为共同实施的

[12] 参见耿利航:《美国证券虚假陈述的“协助、教唆”民事责任及其借鉴——以美国联邦最高法院的判例为分析对象》,载《法商研究》2011年第5期,第129页。

[13] 参见最高人民法院(2018)最高法民申5696号民事裁定书。

[14] 叶金强:《解释论视野下的共同侵权》,载《交大法学》2014年第1期,第141页。

[15] 参见曹险峰:《数人侵权责任规则的检索顺序及共同过失的认定》,载周江洪、陆青、章程主编:《民法判例百选》,法律出版社2020年,第442页。

[16] 参见梁慧星:《中国侵权责任法解说》,载《北方法学》2011年第1期。

[17] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第35页。

侵权行为不应包括共同过失，否则将抹杀共同加害行为与共同危险行为的区别。^{〔18〕} 很难认为具有共同过失的行为人之间还存在意思联络。

审计人和发行人可能具有共同故意，也可能分别是违反专业准则的重大过失、故意。

（二）帮助、教唆型共同侵权

《侵权责任法》第9条/《民法典》第1169条规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。”无论审计人是在明知状态下应要求帮助发行人，还是主动教唆发行人，二者均应承担连带责任。

（三）分别实施的侵权

具有特殊性的是“帮助者可能存在无意而助他人致害之可能，此时，若帮助者有过失，系应当预见对侵害行为的帮助效果的”，则可能依《侵权责任法》第11、12条/《民法典》第1171、1172条承担责任。^{〔19〕} 情形较复杂。

《侵权责任法》第11条/《民法典》第1171条被称为加害人不明的客观共同侵权行为的责任：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。”此时各行为与损害之间确定地存在因果关系，只是各行为的因果关系贡献度不明，有的行为或许与损害无事实上的因果关系，但每一个行为均足以导致全部损害的发生。^{〔20〕}

《侵权责任法》第12条（《民法典》第1172条仅把最后的“赔偿责任”改为“责任”）是关于份额不明的竞合性侵权行为的责任：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。”梁慧星研究员认为，此等情形指“各个原因都不足以造成损害或者不足以造成全部损害，必须各个原因结合才造成全部损害”^{〔21〕}。但叶金强教授认为：能够分别确定责任大小的，也可包括各行为均足以造成全部损害的情形；难以确定责任大小，而判令平均承担责任的，则需以各行为均不足以造成全部损害为前提。^{〔22〕} 此时各行为均不可能造成全部损害，或者各行为的因果关系贡献度明确。^{〔23〕} 曹险峰教授也认为《民法典》第1171条只是第1172条的特别规定。^{〔24〕}

本文认为，发行人和审计人没有“共同实施”虚假陈述的“意思联络”时，存在虚假陈述的披露文件和审计报告可以认为是“分别实施”的。但责任承担的程度应当结合行为人的法律义务和过错程度予以适当评价。由于发行人是信息披露的本源、第一位的义务人、审计人的委

〔18〕 参见程啸：《论〈侵权责任法〉第八条中“共同实施”的涵义》，载《清华法学》2010年第2期。

〔19〕 参见前引〔14〕，叶金强文。

〔20〕 参见前引〔14〕，叶金强文。

〔21〕 梁慧星：《共同危险行为与原因竞合——〈侵权责任法〉第10条、第12条解读》，载《法学论坛》2010年第2期，第6页。

〔22〕 参见前引〔14〕，叶金强文。

〔23〕 参见前引〔14〕，叶金强文。

〔24〕 参见前引〔15〕，曹险峰文，第442页。

托人,也是披露基本信息的提供者,在任何情形下,披露文件本身符合“若无,则不”的事实因果关系判断。特别是当发行人自身声誉较高(如发行人是蓝筹股、指数成分股、中央国有企业、金融机构)、对审计人声誉的依赖度较低时,披露文件足以单独因其中的虚假陈述内容造成误导投资者的全部后果,即诱使投资者买入证券。

相比之下,由于注册会计师行业的高度集中化,审计工作的标准化、技术化、专业化、繁冗化,以及审计本身的法定强制性,审计人之间的区别在缩小,发行人已经很难再通过选择严格型的审计人向市场释放积极信号。审计人的声誉担保机制作用在缩小。^[25]

故而,即便投资者会在很大程度上信赖审计人对披露文件提供的声誉附加,但若投资者对披露文件本身无信赖,其不可能仅仅依据对审计意见的信赖而实施交易。相反,上市公司被出具非标准的审计意见后,虽然往往会产生股价明显下跌,但仍然会有买入。这说明披露文件可以独立地成为投资者交易的依据。审计报告对投资者的作用是独立地“叠加”于公司披露文件,不存在共同过失理论中的“结合点”,^[26]不应认为可能存在《侵权责任法》第10条/《民法典》第1170条^[27]下加害人不明的共同危险行为的事实情形,即公司财务报告对投资者的影响与侵害应当视为必然,其不可能未影响投资者、不造成损害后果。审计人责任中也不存在共同过失的情形,因为此处不存在“过失的共同”,即行为人的过失结合才能造成损害结果的情形。^[28]

在发行人就虚假陈述承担100%的责任之余,审计人由于疏忽等非重大过失而未发现虚假陈述,而无意思联络地、“无意”中借助自己的公信力为披露义务人的虚假陈述做了信用背书的“帮助”,而造成一定的损害后果时,须依据《侵权责任法》第12条/《民法典》第1172条对发行人和审计人的信用重合的部分承担责任。

换言之,由于发行人和审计人法律地位的不同,它们的侵权责任呈现“非对称”的结果。本来,当共同过错和可能因果关系这两个可正当化连带责任的基础均不存在时,法律效果可以表现为按份责任。^[29]但在证券虚假陈述赔偿责任中,即便二者无合谋,发行人也不能只承担按份责任,而审计人可以依据《审计赔偿规定》第6条“根据其过失大小确定其赔偿责任”,在具有无意思联络的过失时对部分损失承担连带责任。

小结之,当发行人和审计人存在共同实施虚假陈述行为的共同故意,或一为故意一为重大过失时,应视为主观的共同侵权行为而承担连带责任。但若审计人只存在较轻的过失,只是其审计报告客观上有利于虚假陈述实施的话,则可以仅承担部分的责任。

[25] 参见前引[4],乔纳森-梅西书,第111-112页。

[26] 关于结合点,见叶金强:《共同侵权的类型要素及法律效果》,载《中国法学》2010年第1期。

[27] 《侵权责任法》第10条/《民法典》第1170条(共同危险行为)规定:“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任。”

[28] 对“过失的共同”,详见曹险峰:《数人侵权的体系构成》,载《法学研究》2011年第5期。

[29] 参见前引[14],叶金强文。

四、审计人过错的认定：与勤勉尽责认定的层次性逻辑具有一致性

证券虚假陈述中，审计人的侵权行为可以被简单认为是在“知道或应当知道”披露义务人虚假陈述时仍然做出标准审计意见，但其过错就复杂得多。对投资者应负责任的损失部分也应存在区别。

（一）审计人的过错与未勤勉尽责具有一致性

专业中介服务机构因为服务文件中的虚假陈述而产生的民事责任是一种法定的过错推定责任，服务机构证明自己无过错的，可以免责。在《证券法》第163条（原第173条）和会计法的体系下，服务机构“证明自己没有过错”与证明自己“勤勉尽责”具有逻辑一致性。

从法理上而言，发行人之所以有义务保证披露信息在客观层面上的真实、准确、完整，是由于它们是披露信息的直接生产者，是信息源、内部人。而审计人不独立生产原始信息，具有信息输出的不独立性，其只能在主观上做到勤勉尽责，无法保证公司披露信息在客观层面上的真实、准确、完整。审计人只是外部人，不能将之与发行人同等看待。

《审计赔偿规定》明确其制定依据包括《公司法》《证券法》，不仅适用于证券虚假赔偿，也可适用于公司注册验资等其他场合。故其并未采用虚假陈述的概念，而是在第2条对会计“不实报告”做了界定：“会计师事务所违反法律法规、中国注册会计师协会依法拟定并经国务院财政部门批准后施行的执业准则和规则以及诚信公允的原则，出具的具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的审计业务报告，应认定为不实报告。”

这里需要注意的是，《中国注册会计师审计准则第1101号——注册会计师的总体目标和审计工作的基本要求》第20条要求的是，注册会计师应当按照审计准则的规定，对财务报表整体是否不存在由于舞弊或错误导致的重大错报获取合理保证，即强调对重大错报而非一般错报获取合理保证而非绝对保证。因此，“不实报告”并非单纯以报告的结果中含有虚假陈述为判断标准，也并非单纯以报告的结果中含有重大虚假陈述为判断标准，而是要一并结合会计师事务所违反法律法规、职业准则等行为进行判断。

从民事责任的角度看，这是一种过错责任而非无过错责任。《审计赔偿规定》第4条第2款明确规定“会计师事务所在证明自己没有过错时，可以向人民法院提交与该案件相关的执业准则、规则以及审计工作底稿等”。

从行政责任的角度看，责任的认定也需要与会计师事务所的行为相结合，2020年9月北京市第一中级人民法院在瑞华会计师事务所诉证监会案中判决中指出：“由于审计存在固有限制，注册会计师据以得出结论和形成审计意见的大多数审计证据是说服性而非结论性的。因此，审计只能提供合理保证，不能提供绝对保证”，“如果提供了合理保证，则可认定其勤勉尽责”，“注册会计师的法律责任并不单纯以最终的审计结论来判断，而是要审查其审计行为，即审查其是否遵循了相应的审计准则，以及在审计过程中是否运用了合理的职业判断以及保持了合理的职业怀疑，并据此设计和实施了与之相适应的审计程序来降低审计风险，以此来判断注册会计师在审计过程中

是否勤勉尽责。”^{〔30〕}

（二）审计人过错的层次性判断

审计过错之反向证明或勤勉尽责之正向证明需要层次性展开,《证券法》《虚假陈述赔偿规定》对此均未细化规定。结合《审计赔偿规定》,审计意见出现瑕疵、产生不实报告,即审计人对公司披露信息是否真实、准确、完整做出误判的原因有三类:

第一类是审计人故意配合披露义务人实施了虚假陈述。除了直接故意的合谋外,如果审计人因为懈怠、受到审计对象明示暗示等未采取必要的调查、审核步骤,导致其客观上不知道、未发现虚假陈述,但本来又应当知道,则属于间接故意。此时,审计人并非真诚或合理地相信(genuinely or reasonably believe)其出具的意见是合理的。

第二类是审计人过失导致了虚假陈述未被发现,即审计人主观上希望发现问题,但由于工作中的勤勉不足、疏忽大意而未发现。究竟是能力局限或工作态度轻度不认真导致的疏忽大意,还是故意放纵或工作态度严重不认真导致的放任,需要结合审计人的主观状态、具体涉及的问题、审计人是否遵循了工作准则等来判断。

第三类是审计人已经勤勉尽责,仍然未能发现披露信息中的虚假陈述。

对审计人应有的勤勉或不应有的过错,应当结合其职业规范来具体认定。按照《审计赔偿规定》第5条的规定,会计师事务所应当与被审计单位承担连带赔偿责任的情形有两类6种:

第一类是与被审计单位恶意串通的直接故意行为。

第二类是明知被审计单位对重要事项的财务会计处理与国家有关规定相抵触,而不予指明;明知被审计单位的财务会计处理会直接损害利害关系人的利益,而予以隐瞒或者作不实报告;明知被审计单位的财务会计处理会导致利害关系人产生重大误解,而不予指明;明知被审计单位的会计报表的重要事项有不实的内容,而不予指明;被审计单位示意其作不实报告,而不予拒绝。注册会计师按照执业准则、规则应当知道此等违法行为的,法院应认定其明知。

“按照执业准则、规则应当知道”指向的是一个具体的事实判断,法院需要结合个案证据,认定审计人应当知道本案中特定的重要事项的财务会计处理与国家有关规定相抵触、财务会计处理会直接损害利害关系人的利益或会导致利害关系人产生重大误解、会计报表的重要事项有不实的内容,方可构成“明知”。至于“被审计单位示意其作不实报告,而不予拒绝”,就更明显只能结合个案的信息沟通而“应当知道”这系要求其作不实报告的示意,而不会是基于过失未发现这系要求其作不实报告的示意。

从文义而言,上述“明知”被审计单位违法而不作为的情形,实际上是对审计人施加了揭露财务舞弊的义务。历史上,关于会计师是否需要承担揭露舞弊的职责,并非没有争议。^{〔31〕}但我国实证法已然确认了审计人的此项义务。根据《独立审计具体准则第8号——错误与舞弊》,审计人无义务专门查找和发现被审计单位可能存在的、不具有重大性的舞弊行为,但是对于在审计过程中应当发现的重大舞弊事项仍然有揭露的义务。审计人“明知”而不作为的,若不构成恶意

〔30〕 北京市第一中级人民法院(2019)京01行初809号民事判决书。

〔31〕 参见刘燕:《会计师民事责任研究:公众利益与职业利益的平衡》,北京大学出版社2004年版,第47页。

串通的直接故意行为，也应理解为间接故意，即知道后不反对。这比疏忽大意的过失行为更为严重。疏忽大意的过失行为意味着审计人“不明知”此等违法行为，若“明知”的话，是会予以反对、指明、拒绝的。

《审计赔偿规定》将“应当知道”的行为视为“明知”，对此可以做两种理解。一种是在实体意义上的法律诠释，即把“应当知道，但由于疏忽大意而未能知道”的过失责任提高到了“明知”的故意责任。另一种是在程序意义上的审计人主观状态推定，即认真履行执业准则、规则的审计人不可能不发现相关问题，审计人需要自行举证其不知道违法行为的事实后果系由于过失，而非知道或应当知道。此第二种理解应被采纳。

从文义解释的话，“疏忽等于应当知道，等于明知”并不符合标准通顺的中文表达，第一种解释并不合理。

从功能解释的话，“疏忽等于明知”，意味着审计人既有故意导致的连带赔偿责任，也有过失导致的连带责任。对故意和过失不加区分，有失公正。

从体系解释的话，需要注意到《审计赔偿规定》第6条，该条规定：会计师事务所审计业务活动中因过失出具不实报告，并给利害关系人造成损失的，法院应当根据其过失大小确定其赔偿责任。注册会计师在审计过程中未保持必要的职业谨慎，存在下列情形之一，并导致报告不实的，法院应当认定会计师事务所存在过失：

- (1) 违反注册会计师法第二十条第（二）（三）项的规定；
- (2) 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；
- (3) 制定的审计计划存在明显疏漏；
- (4) 未依据执业准则、规则执行必要的审计程序；
- (5) 在发现可能存在错误和舞弊的迹象时，未能追加必要的审计程序予以证实或者排除；
- (6) 未能合理地运用执业准则和规则所要求的重要性原则；
- (7) 未根据审计的要求采用必要的调查方法获取充分的审计证据；
- (8) 明知对总体结论有重大影响的特定审计对象缺少判断能力，未能寻求专家意见而直接形成审计结论；
- (9) 错误判断和评价审计证据；
- (10) 其他违反执业准则、规则确定的工作程序的行为。

《审计赔偿规定》第6条列举的情形，措辞已经较为严重，但仍然符合对“过失”的一般理解，即审计人由于疏忽大意、专业水准低、“疏漏”“缺少判断能力”“错误判断”而结论出错。审计人主观上希望避免这些错误出现，而不是“明知”存在这些错误而仍然不作为。审计人出具意见时，仍然是真诚地相信其内容并无不当。

例如，瑞华会计师事务所诉证监会案中，法院认为瑞华未与公司治理层有效沟通，无法了解治理层是否能监督管理层对舞弊风险的识别和应对过程等，“从而无法有效了解被审计单位的内部控制运行状况以及由此引发的错报和舞弊风险”，“未能对函证保持控制，对函证过程中暴露出来的问题没有进一步获取审计证据以消除这些疑虑”，“采用期后盘点票据并倒轧计算票据期末余

额的方式进行审计,未能有效降低审计风险”,这些可以归类为《审计赔偿规定》第6条规定的过失行为。

实践中突出的问题是对过失性的、审计程序不当行为的轻重缺乏衡量。行政处罚书或法院判决书列举的审计程序不当行为,较之监管警示函列举的审计程序不当行为,甚至未引发行政处罚或监管措施的审计程序不当行为,存在的是质的差异,还是量的差异?即是由于具体行为的种类不同而导致了责任差异,还是同类行为在不同具体案例中的具体表现不同、涉及金额不同,从而导致了责任差异?会计概念中的“发现一个可能导致欺诈风险的因素”,和法律概念中的“发现一个实际欺诈”,如何区分?例如,瑞华因为“对函证过程中暴露出来的问题没有进一步获取审计证据”而受到了处罚。但有时候,“未关注银行函证的异常情况”“未说明函证地址异常原因”可能只会引发监管警示函。^[32]

财政部或注册会计师协会可以就此制定更为细致的规则,对不同类型的审计程序不当行为予以责任的格化,避免出现对同类行为后果认定的随意性和轻重失衡。

(三) 审计人过错应当避免从虚假陈述的结果简单倒推

《审计赔偿规定》下违规、过错行为的认定,应当基于行为实施时本身的状态,而不能仅由于最后确实发生了虚假陈述,从结果倒推审计人过错行为的存在。

审计责任不同于会计责任。会计责任指公司的会计人员依法真实、准确、完整地做出财务会计纪录的责任。而审计责任指公司外部的注册会计师依照法律法规、审计准则而对公司的财务会计纪录进行审查的过程。审计不是原始的信息生产过程,而是对已有信息进行评估、做出结论的过程。审计的作用对象是被审计人,但服务对象其实是有利益关系的第三人如拟投资于公司的主体。审计是被审计人委托专业审计人来对自身进行审查,从而增加其可信度的外部增信过程。

时至今日,审计已经成为一种复杂的、高度专业化的业务活动。审计具有“去伪存真”的功能,但不是一个必然能够发现财务不实之处的客观过程,而只能说是一个希望能发现财务不实之处的主观过程。即便是那些事后被认定不应出具无保留意见的审计报告的财务信息,审计人在事前未发现其中的不实会计信息,也未必可归责于审计人的不勤勉尽责。具体原因包括:

1. 审计工作具有自然规律和固有限制,受到审计成本、时间、人力物力、认知能力的制约,会预先假设客户可信而非不可信,^[33]会采取抽样检测方法,而非“全景式”的对所有被审计信息予以审查,无法保证必然发现真实。执法部门事后依据线索去有目的地查案所能发现的虚假陈述,不一定是审计人在事前必然能发现的。

2. 会计本身是一门技艺,而非精确的技术科学。^[34]对财务数据的审计并不像化学物质的鉴

[32] 参见北京证监局〔2020〕161号监管警示函,载 http://www.csrc.gov.cn/pub/beijing/bjxyzl/bjxzjgcs/202011/t20201102_385418.htm,最后访问时间:2021年2月1日。

[33] 参见前引〔11〕,卓继民书,第81页。

[34] 参见〔美〕普雷维茨等:《美国会计史:会计的文化意义》,杜兴强等译,中国人民大学出版社2006年版,第219-220页。

定一样是一个机械检验、答案唯一的过程，而涉及会计师的大量主观的专业判断，本身在理论上存在可争辩（arguable）之处。被一些监管人士视为不当粉饰报表的盈余管理现象蔚然盛行，但又不绝然违法，本身表明了会计处理弹性带来的广阔地带的存在。^{〔35〕} 2006 年我国实施新会计准则、审计准则后，由于新概念、新方法的引入，业界亦产生了更多困惑。^{〔36〕}

3. 审计结论的做出会依赖第三方主体的结论，例如政府部门、金融机构、公司客户对相应问题的回答或证明，但第三方可能会不配合审计。这可能是由于第三方与被审计人故意配合造假、实施“反审计”措施，向审计人隐瞒真实信息、妨碍审计人发现真实信息，也可能是因为不承担虚假陈述责任的第三方为了节省自己的成本，而怠于为审计人认真审核信息。

例如，实务中的一个突出问题是银行函证不可信。所谓银行函证，是指注册会计师在获取被审计单位的授权后，独立向银行业金融机构（以下简称银行）发出询证函，银行针对所收到的询证函，查询、核对相关信息并直接提供书面回函的过程。银行函证是注册会计师独立审计的核心程序之一，银行函证回函，对于注册会计师在审计中识别被审计单位财务报表中的错误与舞弊至关重要，直接影响审计质量和审计效果。然而，长期以来，银行函证一直是注册会计师审计实务中的一大痛点，存在部分回函信息不可靠、不完整、不及时等问题。可能出现银行个别客户经理与被审计单位串通给注册会计师提供虚假回函信息的风险。^{〔37〕}

4. 被审计的上市公司本身是审计人的委托方和付费方，审计人作为自负盈亏的商事主体，在付费方面天然地具有弱势，至少会有动因在弹性事项上屈从于被审计人，而非坚持不同判断。此外，上市公司的年报审计业务具有连续性，审计人会希望保留长期审计的资格；上市公司会以向注册会计师提供利润高、风险低的咨询业务为激励，进一步试图软化审计人的立场。这也不能以审计人“不能坚持原则”为由予以简单批评，因为审计人立场若过度“坚持原则”，可能会直接在市场上无法立足，同样不能起到“坚持原则”的作用。

《审计赔偿规定》第 7 条的相关规定值得肯定，其规定：“会计师事务所能够证明存在以下情形之一的，不承担民事赔偿责任：（一）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；（二）审计业务所必须依赖的金融机构等单位提供虚假或者不实的证明文件，会计师事务所在保持必要的职业谨慎下仍未能发现其虚假或者不实；（三）已对被审计单位的舞弊迹象提出警告并在审计业务报告中予以指明；……”

2020 年 7 月《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》规定：债券承销机构尽职调查工作虽然存在瑕疵，但即使完整履行了相关程序也难以发现信息披露文件存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，可以视为无过错。这也可以成为审计人免责的借鉴思路。

一些司法判决已经正确地基于审计人能力的有限性，而予以了合理的免责。在芭田公司和大

〔35〕 美国证交会主席曾斥之为数字游戏。（See Arthur Levitt, The “Number Games”, available at <http://www.sec.gov/news/speech/speecharchive/1998/spch220.txt>, last visited on Feb. 1, 2021.）

〔36〕 参见刘燕：《从财务造假到会计争议》，载《证券法苑》第 7 卷，法律出版社 2012 年，第 140 页。

〔37〕 参见《中注协就财政部银保监会联合发文规范银行函证工作答记者问》，载 http://www.cicpa.org.cn/news/202008/t20200828_52948.html，最后访问时间：2021 年 2 月 1 日。

华会计师事务所案中,深圳市中级人民法院指出:由于审计受其自身的审计技术、审计方法、审计成本等固有审计风险的限制,会计师事务所即使尽到了应有的职业谨慎,有时也有可能很难发现有错误或漏报行为。因此,只要会计师事务所尽到了勤勉谨慎义务、遵守执业准则以及诚信公允原则时,即便没有发现会计报表中的某些错误和漏报,也不应当承担赔偿责任。^{〔38〕}

(四)应当坚持基于过错轻重区分责任的模式,明确承认部分责任

《审计赔偿规定》第5条和第6条明确区分了明知导致的连带责任、过失导致的酌定责任两个层次,这是否与2006年、2020年《证券法》规定的连带赔偿责任相冲突。

从法理上而言,任何行为的责任都应当与行为本身相匹配。倘若服务机构仅有微小的过失,就与披露义务人承担完全的连带赔偿责任,显然是不公平的。我国司法实践对同一份披露文件中不同的虚假陈述产生的赔偿责任,并不一定做细化区分,这意味着即便服务机构仅由于微小的过失而须对一处虚假陈述负责,也可能在实质上对同一份披露文件中所有的虚假陈述产生的股价波动及其造成的损失承担连带责任,更显不公。

事实上,1999年《证券法》第161条针对中介服务机构规定的本是部分连带责任。《虚假陈述赔偿规定》第24条、《审计赔偿规定》第6条因此也执行了“部分责任”路线,2006年《证券法》第173条、2020年《证券法》第163条在文义上虽然未强调“部分”,但在实质精神上应当认为并未违背之。若立法变为“要么完全连带责任,要么无责”的“100%或0”的极值二选一,显然是一个错误。在大智慧、立信会计师事务所虚假陈述赔偿案中,立信所主张未执行必要的审计程序属于轻微过失,但法院抽象地强调了审计报告对于投资者的行为具有重大的、甚至决定性的影响,认为《证券法》未区分故意或者过失,故在立信所不能证明其无过错的情况下,就必须承担责任。^{〔39〕}这显然属于一种简单化的思维。

五、法律因果关系确认应体现价值衡量

除了对过错进行考察外,我们还应该从法益平衡的角度来思考相关行为的法律因果关系。

科学视野中的因果关系研究旨在探究一项行为事实上对一项结果的原因力。而法学视野中的因果关系研究是责任理论的一部分,旨在探究一项行为需要在多大程度上对一项结果承担责任。这种探究建立在事实因果关系的基础上。若无自然意义上的原因力,当然就不会构成法律责任的因果关系。例如,隐瞒利好信息,不会对投资者的买入行为产生作用力。^{〔40〕}但有了自然意义上的原因力后,仍然可能需要“为了一定的法律目的”而阻止将损害视为行为的后果,^{〔41〕}即对其原因力造成的结果之分配进行一种价值判断。

〔38〕 参见深圳市中级人民法院(2016)粤03民初1300号民事判决书。

〔39〕 参见最高人民法院(2018)最高法民申5696号民事裁定书。

〔40〕 其他更复杂的情形,参见缪因知:《证券虚假陈述与投资者损失因果关系否认的司法路径》,载《证券法苑》第30卷,法律出版社2021年版。

〔41〕 See H. L. A. Hart, Tony Honore, *Causation in the Law*, Clarendon Press, 1985, p. 110.

法学理论对因果关系有多种学说。其总体发展趋势是考察多元因素。欧洲侵权法组织 2005 年提出的《欧洲侵权法基本原则》（The Principles of European Tort Law）第 3：201 条规定：“若某一行为构成损害（damage）的原因，损害是否及在何种程度上可归责于一个人取决于下列因素：a）理性人于行为时对损害的可预见性，特别考虑到（taking into account in particular）致损行为与其后果在时间或空间上的接近性（closeness），或该行为的通常后果与该损害规模（magnitude）的联系；b）受保护利益的性质和价值；c）责任基础（损害是由于过错行为、异常危险活动或附属者的职能行为导致）；d）生活中通常（ordinary）风险的程度；e）被违反规则的保护目的。”〔42〕

侵权责任的法律因果关系判定，除了只着眼于发生了什么行为、什么损害后果，还需要考察损害后果所代表的法律权益的大小，行为人对法律、对自身违反的义务、对可能造成的损失的认识。法律的目的是为了通过控制人的行为，来防止法益损害结果的发生。这本质上是探讨如何协调一个人的行为自由、其他人的利益和社会利益之间的关系。社会利益因素包括因果关系认定难易而导致的诉讼数量多少，这涉及对违法行为的震慑力、司法成本等因素。故而过错责任乃是侵权责任的标准配置。但过错要件本身的构造层次性不足，又缺乏量化、比例化的空间，所以这在实践中转化为了对因果关系强弱、责任范围大小的探究。〔43〕

因果关系在法律责任构成中的制度功能是实现校正正义，而非责任追究中的一个“装饰”。民法学者提炼认为，因果关系要件中的价值判断需要考虑的要素应具有逻辑相关性和价值相关性，但这些要素并无精确的边界，具体而言：原因力越大，责任应越大；行为社会有用性越高，责任应越小（限于过失类案件）；可预见程度越高，责任应越大；被侵害的利益越重大，责任应越大；过错程度越高，责任应越大。〔44〕

这对我们认识审计人责任的因果关系有丰富的启示。简言之，审计报告对投资者信赖虚假陈述具有原因力，但并不是全部的原因力。而投资者损失的产生更是会受到与虚假陈述无关的市场因素方面原因力的影响。〔45〕民法理论主张对财产损害的索赔，需要高度准确地预见损失结果，这主要是为了激励财产侵权的受害人事先投保，以及避免过高的财产损失带来的责任令人无法承受。〔46〕证券投资者虽然不能直接为虚假陈述风险投保，但还是能通过分散投资等方式来实现类似效果。与此同时，审计具有极大的社会有用性，其实施成本过高的话，会增加企业融资成本、减损全社会的福利。保障审计人不被过度追责，未必比令具体投资者获得赔偿不重要。

〔42〕 The European Group on Tort Law, available at <http://www.egtl.org/petl.html>, last visited on Feb. 1, 2021.

〔43〕 参见叶金强：《相当因果关系理论的展开》，载《中国法学》2008 年第 1 期。

〔44〕 参见前引〔43〕，叶金强文。

〔45〕 例如系统风险因素，参见缪因知：《精算抑或斟酌：证券虚假陈述赔偿责任中的系统风险因素适用》，载《东南大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 5 期。

〔46〕 See D. G. Cracknell, *Obligations: The Law of Tort*, Old Bailey Press, 2013, p. 171.

六、审计人赔偿责任需坚持前置程序

根据《虚假陈述赔偿规定》，虚假陈述赔偿诉讼的受理以针对同一行为的生效行政处罚或刑事判决为前置条件。前置程序实际上解决了证券虚假陈述民事案件原告的举证难问题，对民事诉讼是一大助力，而非一大障碍。

我们认为，对审计人（以及其他中介服务机构）的虚假陈述赔偿责任主张，无论是单独提起，还是与披露义务人一起提起，均有必要坚持前置程序。提出这一主张的理由如下：

一来，如果没有前置行政处罚或刑事判决，普通民事案件原告将很难证明相应的虚假陈述的存在及其对自身交易或损失的作用力。在美国的证券虚假陈述赔偿诉讼实践中，即便有证据开示制度的支持，原告仍然难以在不查阅审计底稿时证明审计人的失职。而审计底稿具有商业秘密属性，也不适宜被轻易公开。

二来，实践中尚有大量已被处罚的虚假陈述行为并未引起后续的赔偿诉讼，^{〔47〕}前置程序的制度潜能可谓尚未被充分发挥。

三来，审计人本来就不是虚假陈述的第一位行为人，前置程序要求有助于防止对它们提出的滥诉。

姚雪萍诉深圳市芭田生态工程公司、大华会计师事务所有限公司案是一个典型案例。原告在未能满足前置程序、也无权进入公司调查核对原始数据的情况下，自行采用外部数据和自选的计算方法，具体指控了芭田公司披露的、经审计的年报材料的数据与她自己计算得出的数据存在差异，涉嫌造假。深圳市中级人民法院一审判决以较详细的说理论证了原告的主张为何在实体上不能成立，广东省高级人民法院二审则直接判决原告因不符合前置程序而驳回起诉。但即便取消了前置程序，原告也难以完成其举证。

本案一审判决认为：根据大华公司、芭田公司和姚雪萍的陈述，其分别是以“功能分类法”和“性质分类法”这两种不同的分类方法对相关财务数据进行统计，且大华公司、芭田公司的统计对象是各项明细和原始数据，而姚雪萍的统计对象是两被告统计归类后的审计报告所记载的分类统计结果。姚雪萍在没有完整的财务数据的情况下，仅使用芭田公司用“功能分类法”统计并披露的有限财务数据、甚至采用推导方式得出相关数据，再用不同的分类法进行重构计算，得出的数据必然会产生差异。以此为由主张芭田公司财务资料作假、大华公司因过错而未能揭示或披露，证据不足。

而且，对于姚雪萍的举报，负有监管职责的深圳证监局未作出芭田公司有财务资料作假行为的认定。姚雪萍亦没有提供其他证据证明芭田公司财务资料作假，大华公司违反相应法规和职业准则。因此，姚雪萍应当承担举证不能的不利后果。

〔47〕 See Hui Huang, Private Enforcement of Securities Law in China: A Ten-year Retrospective and Empirical Assessment, 61 *American J. Comparative L.*, 757, 763-766 (2013).

综上，一审法院判决驳回姚雪萍的全部诉讼请求。^{〔48〕}广东省高级人民法院二审中指出：《审计赔偿规定》未对证券虚假陈述案件单独规定特殊的起诉前置条件，不应被认定为是对《虚假陈述赔偿规定》起诉前置条件的取消或否定。故裁定撤销一审判决，并驳回姚雪萍的起诉。^{〔49〕}

此外，不少裁判直接以未能提交行政处罚决定或刑事裁判文书为由驳回起诉，且法院未提及《审计赔偿规定》的适用，包括：江苏省高级人民法院 2017 年裁判的龙静文诉立信会计师事务所、科林环保装备股份有限公司案，^{〔50〕}顾元成诉江苏澳洋科技公司、江苏公证天业会计师事务所案；^{〔51〕}北京市第一中级人民法院 2017 年裁判的龙静文诉瑞华会计师事务所案（未起诉案涉上市公司），^{〔52〕}金松诉北京中科三环高技术股份有限公司、致同会计师事务所案，^{〔53〕}曾令奇诉北京兴华会计师事务所、北京数码视讯科技股份有限公司案^{〔54〕}。

浙江省高级人民法院 2017 年裁定认为：根据 2015 年 5 月 1 日起施行的《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》，相关起诉有明确的被告，具体的诉讼请求和事实、理由，属于法院受理民事诉讼的范围。^{〔55〕}

杭州市中级人民法院随后受理了无行政前置程序支持的案件，但并未对原告予以实体支持。天健会计师事务所案中，会计师事务所曾为中弘控股公司出具了对年报的标准无保留审计意见。投资者朱乔春起诉具体质疑了中弘控股的相关会计报表，认为存在较大的数据差异嫌疑等，请求确认天健所相关审计报告为不实报告，并判令天健所、中弘控股赔偿投资损失。

被告天健所答辩称：第一，朱乔春未能提交任何证据证明天健所实施了虚假陈述行为。其对年报的分析说明并非具有合法资质的专业中介机构出具，本身既无落款也无签字，不符合书证的形式要件，只构成当事人一方的陈述，不具备对争议事实的证明力。第二，法院对虚假陈述的认定应当以行政或刑事处罚为依据。被告中弘控股经法院传票传唤未到庭应诉。

杭州市中级人民法院认为，朱乔春主张天健所出具的案涉审计报告系“不实报告”，但仅有他自己对中弘控股年度报告的分析说明，系当事人的单方陈述，不足以完成该举证责任，故判决驳回朱乔春的诉讼请求。^{〔56〕}

值得注意的是，该院未就朱乔春提出的具体数据疑点予以任何回应，或许是由于原告的质疑纯以个人意见表达的形式出现，连专家证人都未提供，或许是由于法院仍然变相认为只有行政机构或刑事法庭的意见才具有权威性。

〔48〕 参见深圳市中级人民法院（2016）粤 03 民初 1300 号民事判决书。

〔49〕 参见广东省高级人民法院（2017）粤民终 2238 号民事裁定书。

〔50〕 参见江苏省高级人民法院（2016）苏民终 1364 号民事裁定书。

〔51〕 参见江苏省高级人民法院（2017）苏民终 817 号民事裁定书。

〔52〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民初 284 号民事裁定书。本案原告龙静文是下述曾令奇案的代理律师。

〔53〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民初 285 号民事裁定书。

〔54〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民初 286 号民事裁定书。

〔55〕 参见“金松诉浙江水晶光电科技股份有限公司、天健会计师事务所案”，浙江省高级人民法院（2017）浙民终 72 号民事裁定书；“金松诉重庆港九股份有限公司、天健会计师事务所案”，浙江省高级人民法院（2017）浙民终 73 号民事裁定书。

〔56〕 参见杭州市中级人民法院（2017）浙 01 民初 367 号民事判决书。

七、审计人责任应合理限缩为部分补充责任

(一) 过重的责任无助于审计人强化监督,也不利于审计人社会功能的发挥

审计人虽然被赋予了信息验证者、市场看门人等具有重大社会价值的功能,但归根结底,审计是一个受民事委托产生的业务,无论是基于法学原理,还是基于商业事实,审计人对委托人的忠诚,以及与委托人维持良好关系的本能是根深蒂固的。注册会计师只是一个普通的行业,面对上市公司等被审计对象也处于弱势地位。仅仅由于其可能的社会功能就试图增强其社会义务,是不切实际的,也转嫁了监管者、被审计人甚至股东、债权人应有的责任。

即便是在市场经济更为发达、会计行业历史更为悠久且实力更为强大的美国,会计行业也在长达一个世纪的演变中,努力获取和维护行业自治性,限制自身的看门人责任,如缩减审计义务的范围,从而避免投资者对审计人产生不切实际的预期。^[57]

我国市场结构中,会计行业的自治程度较低,自我发声能力很弱,司法机构立场又容易受行政机构影响,故更要防范对审计人事前期待过高、事后“过度宰割”。已有研究表明:过于严厉的处罚对改进审计质量不利,反而造成了审计人的过度退出。^[58] 过高的民事责任也是如此。

(二) 过重的责任与审计人和投资者损失之间的弱因果关系不匹配

传统上,审计人等专业服务机构的民事责任承担对象并不包括委托人及其关联人以外的主体。将“利害关系人”扩张到证券市场投资者,本身是责任范围扩张的法制演进结果,故而责任也不宜太重。

耿利航教授曾指出:虚假陈述作为一种言论行为,并不直接破坏被欺诈人的财产,而是造成了一种普通法中所谓的纯粹经济损失。在欺诈市场理论推定交易因果关系的制度背景下,这令虚假陈述人很容易担上对大量投资者的巨额责任。此时如果再令作为协助者的中介机构承担责任,会令普通侵权法未考虑的过错与责任失衡的问题凸显。所以,即便要追究协助者责任,也应该限于行为严重者。但如前所述,协助者的具体行为的责任尚未被有效类型化、规则化,在集团诉讼机制的巨额索赔的阴影下,中介机构也不会愿意冒险接受司法机构的个案责任测试。它们在事后会选择和解,在事前则可能会规避对中小型发行人的服务,导致中小型发行人的披露文件质量出现恶性循环,损害市场整体利益。^[59]

我国证券虚假陈述赔偿制度同样借助欺诈市场理论推定了因果关系,而且,我国证券虚假陈述赔偿的原告无需像美国的原告那样证明虚假陈述和自身损失之间的因果关系,《虚假陈述赔偿规定》下符合前置条件的赔偿责任施加总体上属于“套用时间公式”的简单模式、直接通过司法解释推定。2020年7月我国又启动了证券代表人集团诉讼机制。美国证券市场实践中可能的过度

[57] 参见前引[7], John C. Coffee Jr. 书,第5章。

[58] 参见王兵、李晶、苏文兵、唐逸凡:《行政处罚能改进审计质量吗?——基于中国证监会处罚的证据》,载《会计研究》2011年第12期。

[59] 参见耿利航:《美国证券虚假陈述的“协助、教唆”民事责任及其借鉴——以美国联邦最高法院的判例为分析对象》,载《法商研究》2011年第5期。

震慑、过度赔偿的风险，在我国可能也会有。

不少案件中，披露义务人的涉案披露行为发生在投资者买入很久以前，其披露内容对投资者决策也很难说有影响力。例如，大智慧和立信会计事务所虚假陈述赔偿案中，案涉信息发布后，股票价格半年内都处于下跌通道，原告基本上是在案涉信息发布一年后、公司另行发布资产重组信息后买入。故而，在此基础上追究审计人的连带责任，更显苛刻。相对次要的中介机构和投资者损失之间的弱因果关系应该配以限制性责任。

责任主体扩张导致过度震慑的制度缺陷早已使有识之士警惕，如郭雳教授指出：“被告范围不宜过分扩张、链条并非越长越好，否则不仅在技术上容易引起因果关系认定上的瑕疵，更有可能助长虚幻的安全感，诱发轻率的投资交易。”^{〔60〕}耿利航教授也指出：“证券欺诈民事赔偿集团诉讼规则允许聚合的索赔请求越大或判决扩张力延伸得越远，集团诉讼成本越低，执法不精确和区分程度差的问题就越容易被放大。为责任公平和防止诉讼成为合法‘敲诈’的工具，对原告告诉因应严格控制，被告承担责任标准应该更高、区分更明晰，责任范围限制应更严格。”^{〔61〕}

此外，证券法和破产法发展不同步的现象也需要关注。对并非主要责任人的中介机构施加连带责任的一项正当性基础在于把投资者的索赔成本转化为中介机构的追偿成本，终极责任人仍然是发行人。但我们在调研中了解到，由于某些地方的破产管理制度不完善，出现了发行人破产后大量应收账款未被收取、实际控制人脱债、中介机构最终承压的不合理局面。^{〔62〕}

对此，我们可以有如下思路：

一是坚持部分责任制。我国1999年《证券法》第161条对中介服务机构规定的是部分连带责任，《虚假陈述赔偿规定》第24条、《审计赔偿规定》第6条也执行了“部分责任”路线，即专业中介服务机构及其直接责任人在虚假陈述案件中给投资人造成损失的，仅就其“负有责任的部分承担赔偿责任，有证据证明无过错的，应予以免责”，在过失的情况下，“根据其过失大小确定其赔偿责任”，即施行部分责任。

2006年、2020年《证券法》在文义上虽然未强调“部分”，但在实质精神上应当认为并未违背之。部分责任也与美国《私人证券诉讼改革法》中比例责任的经验相通。

二是实施补充责任制，即基于中介机构的有用性和中介行为的特殊性，将连带责任模式进一步缓化，虚假陈述赔偿责任应由发行人或者上市公司先承担赔偿责任，不足部分再由证券服务机构就其负有责任的部分承担与其过错程度相适应的补充赔偿责任。而会计师事务所仅在其不实审计金额范围内对一个或者多个利害关系人承担赔偿责任。^{〔63〕}司法实务中已经有中介机构承担部分补充责任的有益判决。例如，深圳市中级人民法院2019年在银信资产评估公司案中，即判决

〔60〕 郭雳：《证券欺诈法律责任的边界》，载《中外法学》2010年第4期，第639页。

〔61〕 前引〔59〕，耿利航文，第133页。

〔62〕 参见笔者2021年1月10日对中型证券公司D的法务高级管理人员的访谈记录。

〔63〕 《审计赔偿规定》第10条规定：“对被审计单位、出资人的财产依法强制执行后仍不足以赔偿损失的，由会计师事务所在其不实审计金额范围内承担相应的赔偿责任。会计师事务所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。”最高人民法院法函〔1998〕13号《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复函》（现行有效）设定的也是补充责任，其规定：“在民事责任的承担上，应当先由债务人负责清偿，不足部分，再由会计师事务所在其证明资金的范围内承担赔偿责任。”

评估公司仅对虚假陈述人江苏保千里视像科技集团所负原告债务的 30% 部分承担补充赔偿责任。^{〔64〕}

三是扩大无过错的认定范围，证券服务机构工作存在轻微的程序性瑕疵，但即使完整履行了相关程序也难以发现虚假陈述的，法院应当认定其没有过错；证券服务机构的工作仅造成微小的数据错误、不至于对投资者决策或证券市场价格造成实质影响的，亦应认定为轻微瑕疵和无过错。

Abstract: When an accountant firm work as an auditor of securities disclosure documents, it has a non-independent information providing, an independent credit providing and a non-independent liability. Chinese laws set a fault-presumed liability model for auditors who should actively prevent a misrepresentation. Such model is stricter than the US style in which the intermediaries are liable only when they knowingly substantially participate in the misrepresentation. When the issuer and the auditor both have intentions to misrepresent, or when latter is reckless, they shall be deemed as subjective co-tort and bear joint liabilities. If the auditor is slightly negligent, its joint liability could be limited to partial losses. The different layers of fault of auditors should be judged in accordance with the degree of diligence exerted by the auditor. Audition Compensation Provisions classifies failure to identify a violation that “should be known”, which is a procedural rather than a substantive presumption of mental status of the auditor. There should be a more accurate weigh of negligent inappropriate auditor acts. Faults cannot be derived merely from the result of misrepresentation. Various reasons may lead to the failure of detecting accounting misstatements. The compensation liability should be equipped with a prerequisite procedures and be a model based on the variation of faults. A partial complementary liability model should be set for the negligent cases.

Key Words: securities misrepresentation, auditor, certified accountant

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

〔64〕 参见深圳市中级人民法院（2018）粤 03 民初 3866、3867、3869 号民事判决书。