

# 证券服务机构连带责任的困境与解释路径修正

张天禾\*

**摘要：**《证券法》第 163 条规定证券服务机构与发行人承担连带赔偿责任，该规定可能产生“过错与责任不匹配”的负面效应。自“中安科”案形成的“部分连带责任”，不仅缺乏法律规定，也缺乏多数人侵权行为及责任分担理论的支撑。域外比例责任相较于“部分连带责任”在风险分担上更合理。本文首先对证券服务机构侵权责任成立的情形进行认定，在此基础上，根据多数人侵权规则确定证券服务机构与发行人的责任分担。最后，通过对《证券法》第 163 条、新《虚假陈述规定》第 13 条的体系性解释，证券服务机构承担连带责任应当限缩在故意、重大过失情形，一般过失情形下适用《民法典》第 1172 条承担按份责任。

**关键词：**证券服务机构 部分连带责任 勤勉尽责义务 按份责任

我国证券发行注册制下，更加强调会计师事务所、律师事务所、信用评级机构等证券服务机构对信息披露的核查把关作用，发挥证券市场的“看门人”职能。<sup>①</sup>《证券法》自 2005 年修订以来，规定只要证券服务机构无法证明其在制作、出具文件过程中不存在过错，就应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。<sup>②</sup>然而，在最

---

\* 上海交通大学凯原法学院硕士研究生。

① 本文所称“证券服务机构”指《证券法》(2019 年修订)第 163 条规定的“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”的专业机构。证券市场实践中，通常将保荐人、承销商与证券服务机构统称为“证券中介机构”。由于《证券法》第 85 条、第 163 条分别规定了保荐人、承销商与证券服务机构在虚假陈述中的侵权损害赔偿，并且，会计师事务所、信用评级机构等证券服务职能在于核验发行人披露的信息，不在于中介。因此，证券服务机构不包括保荐人与承销商。参见陈洁：《证券虚假陈述中中验机构连带责任的厘清与修正》，载《中国法学》2021 年第 6 期。

② 《证券法》(2015 年修订)第 173 条规定证券服务机构“应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外”。在 2013 年、2014 年《证券法》的两次修正中，第 173 条均未作修改。《证券法》(2019 年修订)第 163 条沿用第 173 条的规定，仅文字表述略有不同，即“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”。

高人民法院出台的相关司法解释、政策性文件中,呈现出区分过错程度对应不同责任形态的思想。<sup>①</sup>司法实践中,法院在个案中作出了突破连带责任的创新性判决。学理上,产生了以部分连带责任、相应补充责任、按份责任为主的限制证券服务机构连带责任的观点。证券服务机构承担侵权责任形态的不同,必然导致投资者的损害赔偿权利实现程度不同,以及责任主体之间责任分担的差异。因此,有必要从侵权责任的法理依据视角,明确证券服务机构的侵权责任形态,在现行法规范下提出修正连带责任的解释路径。

## 一、限制证券服务机构连带责任的起因与司法裁判路径

### (一) 证券服务机构承担连带责任的负面效应

根据《证券法》(2019年修订)第85条、第163条的规定,虚假陈述的责任主体包括:① 发行人等信息披露义务人;② 控股股东与实际控制人、董监高人员;③ 保荐人、承销的证券公司;④ 证券服务机构。其中,信息披露义务人对投资者的全部损失承担无过错责任,其他主体在过错推定基础上承担连带责任。因此,从侵权法角度,证券服务机构侵权位于“多数人侵权”之中,即数个行为人实施行为,对同一损害结果承担侵权责任。<sup>②</sup>

连带责任在对外效力上具有整体性,原告可以请求任一责任人就全部损害承担责任。<sup>③</sup>因此,承担连带责任的证券服务机构有义务对投资者的全部损失进行赔偿。在虚假陈述被揭露后,通常,发行人已资不抵债或被宣告破产,控股股东、实际控制人被刑事追责,直接负责的主管人员的财产有限,证券服务机构作为财力相对雄厚的被告将会被首先执行赔偿。<sup>④</sup>在对内效力上,连带责任人之间可以请求划分相应的责任份额并进行追偿。虽然,证券服务机构承担责任后可以对其他责任主体行使追偿权,但是嗣后的追偿环节亦难以实现。尽管连带责任对投资者充分

① 2007年《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》第5条、第6条区分了会计师事务所在不同过错情形下的责任承担形式。最高人民法院在2019年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》“关于证券纠纷案件的审理”中指出,“责任承担与侵权行为及其主观过错程度相匹配”。2020年发布的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》第31条第2款中,明确规定,对于债券服务机构应当“考量其是否尽到勤勉尽责义务,区分故意、过失等不同情况,分别确定其应当承担的法律责任”。这两个纪要仅提供了方向性指引,未进一步明确故意、过失对应的责任承担形态。

② 参见张新宝:《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2010年版,第44页。

③ 参见黄薇:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年7月版,第466页。

④ 参见邢会强:《证券中介机构法律责任配置》,载《中国社会科学》2022年第5期。

获赔具有积极作用,但证券服务机构不区分过错程度的承担连带责任的方式也带来了负面效应。一方面,过错较小的证券服务机构可能承担支付全部判决的义务,虚假陈述行为的“首恶”具有转移财产,逃脱惩罚的可乘之机<sup>①</sup>,与“责任与过错相匹配”的法理念发生直接冲突。另一方面,导致证券服务机构成为“深口袋”被告<sup>②</sup>,由过错责任沦为保证责任,变相成为对投资所涉风险提供保险的工具,诱发证券服务行业危机。

## (二) 限制证券服务机构连带责任的司法裁判路径

司法裁判中,存在两种限制证券服务机构连带责任的路径:

一是援引2007年《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《审计侵权规定》)第6条、第10条,会计师事务所在过失情形下承担“不实审计金额为限”的补充责任。“保千里”案中,一审法院判决资产评估机构对发行人所负债务的30%承担补充责任。<sup>③</sup>但是,该案二审遂改判资产评估机构就发行人所负债务的30%承担连带责任。<sup>④</sup>“不实审计金额”的责任限额在学理上存在诸多批判,因为“不实审计金额”与投资者损失、会计师事务所的责任份额没有必然联系,无法体现过错与责任的合理分配。<sup>⑤</sup>另外,对于证券服务机构,《审计侵权规定》还存在法律适用问题。因为,该司法解释并不涉及非会计师事务所审计领域,也并非所有的审计报告、评估报告,意见和证明等文件都涉及具体的金额,难以通过“不实审计金额”确定赔偿范围。司法实践中,法院也很少直接依据《审计侵权规定》进行判决,因此,本文不对该路径重点讨论。

另一种是援引1998年《证券法》第161条、2003年《最高人民法院关于审理证券

---

① “上市公司法人机关成员(董监高)的行为,都被看作是公司法人的行为,但虚假陈述最主要的责任人应是控股股东、实际控制人、董事长、董事会秘书、财务总监等,这些人员才是虚假陈述‘首恶’,正是他们一手策划、实施信息披露义务人的虚假陈述行为。”参见秦奇:《虚假陈述谁是“首恶”?》,载《董事会》2021年第7期。

② “深口袋”被告源于美国侵权法中的“deep-pocket” defendants,指这类被告因具有雄厚的财力和偿付能力而非实际罪责,被原告作为索赔目标。See Robert J. MacCoun, “Differential Treatment of Corporate Defendants by Juries: An Examination of the Deep-Pockets Hypothesis”, 30 *Law and Society Review* 121, 122 (1996).

③ 参见广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民初3692号民事判决书。

④ 参见广东省高级人民法院(2020)粤民终1744号民事判决书。“保千里”案二审法院依据2005年《证券法》第173条进行了改判,但是没有进一步说明判决案涉资产评估公司承担“部分连带责任”的理由。

⑤ 证券虚假陈述中,投资者的损失源于公司股价波动,具有不可预测性,与公司资产上的价值并不直接一致。并且,可能存在审计业务涉及的金额较低,但是审计报告对于投资者的影响却特别大的情形。因此,会计师事务所在审计业务中涉及的不实审计金额,与投资者遭受损失的数额,以及会计师事务所应当承担的最终责任份额没有必然关系。参见彭真明:《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》,载《法学评论》2020年第38卷第1期;任孝民:《虚假陈述中介机构连带责任的检视与改革》,载《财经法学》2022年第6期。

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 2003 年《虚假陈述规定》)第 24 条,通过历史解释,得出证券服务机构在过失情形下承担“部分连带责任”的结论。除了二审改判的“保千里”案,2021 年的“中安科”案以及“五洋债”案中,法院均以证券服务机构承担“部分连带责任”作为生效判决结果。“中安科”案、“五洋债”案适用的法律为 2014 年修正的《证券法》第 173 条,在内容上较 2005 年未做更改。“中安科”案中,法院的裁判理由是:“尽管在 2005 年修订后的《证券法》不再区分中介机构的故意或过失,但是结合 1998 年《证券法》第 161 条、2003 年《虚假陈述规定》第 24 条,连带责任赔偿并非仅限于全额连带赔偿,部分连带赔偿责任仍是法律所认可的一种责任形式。”法院通过对过错程度、原因力大小进行考量,酌定财务顾问和会计师事务所分别在 25% 和 15% 的范围内对上市公司承担连带责任。<sup>①</sup>“五洋债”案中,法院依据《证券法》第 173 条规定,认为对于不存在重大过错的律师事务所、资信评级机构,应当考虑责任承担与过错程度相结合的原则,酌定律师事务所和资信评级机构分别在 5% 和 10% 的范围内对发行人承担连带责任。<sup>②</sup>“部分连带责任”在学理上有较多支持,也在近期公布的首例银行间债券市场虚假陈述案件中为法院采用。<sup>③</sup>

## 二、证券服务机构承担“部分连带责任”的法理依据缺陷

### (一)《证券法》及其司法解释中缺乏对“部分连带责任”的解释依据

本文认为,法院在裁判说理中援引 1998 年《证券法》第 161 条、2003 年《虚假陈述规定》得出“部分连带责任”的解释路径,不具有充足的说服力。

在 2005 年《证券法》修订之前,1998 年《证券法》第 161 条规定证券服务机构“就其负有责任的部分承担连带责任”。2003 年《虚假陈述规定》第 24 条规定违反《证券法》第 161 条的证券服务机构及其直接责任人“就负有责任的部分承担赔偿责任

<sup>①</sup> 参见上海市高级人民法院(2020)沪民终 666 号民事判决书。这一判决结果得到最高人民法院的再审确认,参见最高人民法院(2021)最高法民申 6708 号民事裁定书。

<sup>②</sup> 参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙 01 民初 1691 号民事判决书。二审维持原判,参见浙江省高级人民法院(2021)浙民终 389 号民事判决书。

<sup>③</sup> 2022 年 12 月 30 日,北京金融法院在“大连机床”债券虚假陈述案的一审裁判中,判决会计师事务所在 4% 的范围内承担连带赔偿责任,律师事务所在 6% 的范围内承担连带赔偿责任。参见赵岩、孙妍、王元义:《全国首例银行间债券市场虚假陈述案一审宣判》,载人民法院网: <https://www.chinacourt.org/article/detail/2023/01/id/7083819.shtml>,最后访问日期:2023 年 2 月 18 日。

责任”,体现了责任承担的“部分性”,但没有明确是否必须为“连带责任”。由于2003年《虚假陈述规定》作为司法解释的位阶和效力等级,只能对《证券法》作进一步细化解释。因此,2003年《虚假陈述规定》第24条不能突破1998年《证券法》第161条的文义范围,也应理解为对负有责任的部分承担连带责任。2005年修订《证券法》之后明确不再使用“就其负有责任的部分”或者“相应部分”的表述,在文义上对于1998年《证券法》第161条作出了根本性修改。按照“新法优于旧法”的原则,法院不宜再援引1998年《证券法》第161条以及2003年《虚假陈述规定》第24条作为证券服务机构承担责任的法律依据。因此,在既没有“部分连带责任”直接的法律规定,也缺乏充足解释依据的情况下,不应当在责任范围上对《证券法》规定的连带责任进行限制。

## (二)“部分连带责任”欠缺与证券服务机构侵权行为形态对应性的考量

依据侵权法的逻辑,多数人侵权行为形态与多数人侵权责任形态是对应的。<sup>①</sup>“部分连带责任”表现为在特定比例范围内承担连带责任,看似冠以连带责任之名,但并非我国《民法典》侵权责任编中被类型化的多数人侵权责任形态。<sup>②</sup>学理上,部分连带责任为连带责任在责任效果上的下位概念,实质上为“部分连带”责任效果。<sup>③</sup>“部分连带责任”典型体现在环境侵权领域的司法解释之中,即《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《环境侵权解释》)第3条第3款。<sup>④</sup>

《环境侵权解释》第3条第3款规定的侵权行为,具有无意思联络的数人侵权行为的共同特征,即“二人以上分别实施侵权行为”。《民法典》第1171条和

<sup>①</sup> “在侵权法中,侵权行为形态与侵权责任形态须互相对应。换言之,有什么样的侵权行为形态就有什么样的侵权责任形态;什么样的侵权责任形态,就必定由什么样的侵权行为形态所决定。因此,多数人侵权行为形态所对应的就是多数人侵权责任形态。”参见杨立新:《多数人侵权行为及责任理论的新发展》,载《法学》2012年第7期。

<sup>②</sup> 《民法典》侵权责任编总则部分通过第1168条至第1172条对“一般数人侵权行为形态”进行规定,包括“共同侵权行为”对应的连带责任,以及“分别侵权行为”对应的按份责任。其中,共同侵权行为以连带责任为效果特征,不仅包含基于共同过错而形成的主观关联共同(第1168条、第1169条),还包含基于可能因果关系而形成的客观关联共同(第1170条、第1171条)。“分别侵权行为”既不具有主观关联共同,也不具有客观关联共同(第1172条)。“特殊数人侵权行为形态”对应“特殊数人侵权责任形态”,在侵权责任编总则部分予以具体规定,责任形态上包括补充责任、不真正连带责任等。参见叶金强:《共同侵权的类型要素及法律效果》,载《中国法学》2010年第1期;王毅纯:《民法典编纂视野下数人侵权行为的体系定位与类型构造》,载《中国应用法学》2018年第6期。

<sup>③</sup> 参见傅远泓:《论“部分连带”责任效果的类型化及适用》,载《民商法论丛》2020年第2期。

<sup>④</sup> 《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020年修正)第3条第3款规定:“两个以上侵权人分别实施污染环境、破坏生态行为造成同一损害,部分侵权人的污染环境、破坏生态行为足以造成全部损害,部分侵权人的污染环境、破坏生态行为只造成部分损害,被侵权人根据《民法典》第1171条规定请求足以造成全部损害的侵权人和其他侵权人就共同造成的损害部分承担连带责任,并对全部损害承担责任的,人民法院应予支持。”

第 1172 条是对“二人以上分别实施侵权行为”的规定。其中,第 1171 条规定“每个人的侵权行为都足以造成全部损害的”,承担连带责任。<sup>①</sup>“足以造成”是对因果关系的要求,所谓“足以”并不要求每个侵权行为都实际造成了全部损害,而是指即便没有其他侵权行为的共同作用,单个侵权行为也有可能造成全部损害。<sup>②</sup>也就是说,每个行为人对“同一损害”都可以单独成立侵权责任,每个行为人实施的侵权行为都直接作用于“同一损害”。<sup>③</sup>与《民法典》第 1171 条中每个行为人都“足以造成”全部损害的不同之处在于,《环境侵权解释》第 3 条第 3 款规定的是足以造成全部损害的行为人与仅能造成部分损害的行为人。其中,足以造成全部损害的行为人对全部损害负责,造成部分损害的行为人仅对部分损害负责。将重合部分的损害视为观念上的“同一损害”,从而援引《民法典》第 1171 条在重合的损害部分成立连带责任,也就是部分连带责任。<sup>④</sup>因此,《环境侵权解释》第 3 条第 3 款规定的每个侵权行为也应当是直接作用于“同一损害”的,仅存在作用力大小上的不同。<sup>⑤</sup>

在“中安科”案、“五洋债”案中,发行人为故意,证券服务机构为过失,并无证据证明二者存在主观意思联络。有学者认为,在这种情形下应当参照适用《环境侵权解释》第 3 条第 3 款,作为承担“部分连带责任”的法理依据。<sup>⑥</sup>该观点在解释方法上属于类推适用,是指在缺少相关的法律规定时,“比照最相类似的条文”处理案件。<sup>⑦</sup>类推适用的前提是,待决案件事实与法律规定的构成要件之间具有类似性,不同之处不足以引起法律评价上的差异。<sup>⑧</sup>在《环境侵权解释》第 3 条第 3 款规定的情形下,两个

① 《民法典》第 1171 条在因果关系的认定上作出了与我国传统相当因果关系规则的不同处理,因为在相当因果关系之下,必要条件关系的“若无,则不”判断规则会使得《民法典》第 1171 条之下的各加害人都脱离责任承担,因而限制了“若无,则不”判断规则在这一情形中的使用,而采用了充分条件关系的“仅此足以”判断规则。参见孙维飞:《单独侵权视角下的共同侵权制度探析》,载《华东政法大学学报》2010 年第 3 期,第 17 页。

② 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年 7 月版,第 80 页。

③ 参见曹险峰:《数人侵权的体系构成——对侵权责任法第 8 条至第 12 条的解释》,载《法学研究》2011 年第 33 卷第 5 期。

④ 参见叶金强:《解释论视野下的共同侵权》,载《交大法学》2014 年第 1 期。

⑤ 有学者将《环境侵权解释》第 3 条第 3 款规定的侵权行为称为“半叠加的分别侵权行为”。其特征表现为:每个行为人实施的侵权行为之间具有独立性;每个行为都可以单独构成侵权行为;损害的发生都具有直接原因,只是原因力有所不同而已,有的足以造成全部损害,有的只造成部分损害,因而形成原因力的半叠加。参见杨立新:《环境侵权司法解释对分别侵权行为规则的创造性发挥——〈最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释〉第 3 条解读》,载《法律适用》2015 年第 10 期。

⑥ 参见郭雳、吴韵凯:《虚假陈述案件中证券服务机构民事责任承担再审视》,载《法律适用》2022 年第 8 期。

⑦ 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社 2015 年版,第 124 页。

⑧ 参见屈茂辉:《类推适用的私法价值与司法运用》,载《法学研究》2005 年第 1 期。

排污者之间是独立、并列的,都对损失的发生有直接的作用力。<sup>①</sup>但是,证券服务机构与发行人在信息披露中的法律地位并不相同,在导致损失作用力的方式上存在实质性区别。在证券市场上,发行人是法定的信息披露义务人,掌握所有经营信息,证券服务机构是发行人履行信息披露义务的辅助者,并非原始资料的生产者,需要依赖发行人提供的基础信息来发表专业意见。证券服务机构与发行人之间是从属关系,如果没有发行人提供的信息和资料,就没有证券服务机构依据相关信息提供核查、验证报告。因此,证券服务机构并非直接作用于投资者损失,而是通过发行人对投资者的欺诈行为,间接为损失的发生提供条件。而基于《民法典》第1171条延伸出的《环境侵权解释》第3条第3款“部分连带责任”,仅适用于直接作用但是作用力大小不同的情形,无法类推适用于证券服务机构的侵权行为形态。

### 三、域外比例责任制度的立法考察与对我国的借鉴适用

#### (一) 美国《私人证券诉讼改革法案》比例责任的确立

以美国法为代表,域外虚假陈述的损害赔偿赔偿责任呈现出从连带责任向比例责任转变的趋势。1995年美国《私人证券诉讼改革法案》(PLSRA)在《1934年证券交易法》之上新增第21D节(g)条,该条第(2)款将虚假陈述的连带责任(joint and several liability)限缩在被告故意(knowingly)违反证券法的场合;否则,各方按其所造成损失的比例承担比例责任(proportionate liability)。PLSRA没有限制该条款的适用主体,所有涉诉的虚假陈述被告都有在过失情形下承担比例责任的可能。该条第(3)款还规定了法院或陪审团对虚假陈述责任的审判步骤为:被告是否违反证券法;被告的“责任比例”(the percentage of responsibility);被告是否故意违反证券法。在计算责任比例时考量两个因素:每个被告造成损失行为的性质、行为与损失之间的因果关系及联系密切程度。依据该条款,各方的责任比例加总应当为100%,过失的被告仅对自身的责任比例负责。<sup>②</sup>另外,该条第(8)款规定,对于承担连带责任的被告,若承担

<sup>①</sup> 《环境侵权解释》第3条第3款的适用情形例如:化工厂甲、化工厂乙分别向同一条河流排污,化工厂甲的排污量可以独立造成下游湖泊的全部鱼类死亡,而化工厂乙的排污量仅能独立造成全部致死量的10%。此时,化工厂甲、化工厂乙在全部损害10%的范围上存在重合,由此认定化工厂甲、化工厂乙在10%的范围内承担连带责任。

<sup>②</sup> 例如,如果法庭在发现案件事实后决定,发行人的首席执行官承担60%的责任,首席财务管理承担20%的责任,则意味着审计人承担的责任不会超过剩下的20%(除非存在明知故犯的情形)。该例参见[美]约翰·C.科菲:《看门人机制:市场中介与公司法理》,黄辉、王长河译,北京大学出版社2011年版,第194页。

的责任超出了自己的责任比例,可以向其他责任人追偿。但是,该法案并未对承担比例责任的被告赋予追偿权。因此,承担比例责任的被告之间不得相互追偿,亦不得就其责任比例向承担连带责任的被告追偿。

## (二) 域外比例责任对于我国的借鉴适用

### 1. 域外比例责任与我国按份责任具有相似性

我国学者大多认为,域外比例责任相当于我国的按份责任。<sup>①</sup>也有观点认为,部分连带责任才是比例责任在我国司法实践中的表达方式。<sup>②</sup>连带责任的基本规则体现为中间责任与最终责任的区分。<sup>③</sup>因此,在部分连带责任中,行为人承担连带责任的比例范围,是对外承担的中间责任,而非最终责任。由于连带责任中相互追偿权的存在,被告承担中间责任之后,仍然要通过另案的追偿诉讼,划分该比例范围内责任人的内部份额,才能得出最终责任。也就是说,部分连带责任的比例范围仅是赔偿过程的“中点”,而非赔偿责任的“终点”。<sup>④</sup>而比例责任的比例范围不仅为被告对外承担责任的范围,也是其内部责任份额。在比例责任的审判程序中,无论被告应当承担何种形式的责任,法院都要先依据过错程度与因果关系强度计算出各被告的责任比例。<sup>⑤</sup>这与我国的按份责任极其相似,责任人承担的责任份额即为最终责任,不存在中间责任。按份责任亦要求法院在衡量所有应负责任主体的过错与原因力的基础上,确定各自的责任份额。<sup>⑥</sup>

### 2. 证券服务机构承担连带责任、部分连带责任、按份责任的责任效果比较

证券服务机构承担不同的责任形态,在责任效果上的差异主要体现为,对发行人清偿不能的风险分配不同。证券服务机构承担的中间责任超出最终责任的部分,属于对发行人清偿不能而承担的风险。<sup>⑦</sup>当证券服务机构对虚假陈述具有相当

<sup>①</sup> 参见朱慈蕴、陈彦晶:《评注册会计师对第三人的民事责任——围绕会计界与法律界的观点冲突展开》,载《法学评论》2007年第4期;邢会强:《证券中介机构法律责任配置》,载《中国社会科学》2022年第5期。

<sup>②</sup> 参见杨荣宽:《连带与比例:证券虚假陈述视域下会计师事务所的“看门”责任》,载《中国总会计师》2021年第10期;史欣媛:《比例连带责任在中介机构虚假陈述责任认定中的适用》,载《河南财经政法大学学报》2022年第37卷第4期。

<sup>③</sup> 连带责任的中间责任是指原告请求哪个连带责任人赔偿,连带责任人就要对全部损害负责赔偿;最终责任是以每一个连带责任人应当承担的责任份额为准,承担自己应当承担的那一份赔偿责任。正因为承担中间责任的连带责任人承担了超出自己份额的赔偿责任,因而对超出自己份额的责任部分享有追偿权。参见杨立新:《侵权责任追偿权的“背锅”理论及法律关系展开——对〈民法典〉规定的侵权责任追偿权规则的整理》,载《求是学刊》2021年第48卷第1期。

<sup>④</sup> 参见郭丹、徐瑶:《会计师事务所审计连带赔偿法律责任比较研究》,载《会计之友》2022年第4卷第14期。

<sup>⑤</sup> 参见程茂军:《上市公司信息披露法律规制研究》,中国法制出版社2019年版,第240页。

<sup>⑥</sup> 参见黄薇:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年7月版,第38页。

<sup>⑦</sup> “风险责任,是指责任人承担的超过最终责任份额的责任部分,其实质是受偿不能的风险。”参见王竹:《论风险责任概念的确立》,载《北方法学》2011年第2期,第10页。

程度的主观恶性时,最终责任相对较大,应当匹配包含更高风险责任的连带责任形态。但在通常情形下,证券服务机构因过失而未能勤勉尽责,最终责任相对较小,此时,若证券服务机构承担连带责任,则需要承担发行人清偿不能的全部风险。若证券服务机构承担部分连带责任,虽然与连带责任相比,缩小了证券服务机构的风险负担,但仍需要承担超出责任份额一定范围的风险。若证券服务机构承担按份责任,则无须承担发行人清偿不能的风险,是完全的自己责任。<sup>①</sup>因此,按份责任能确保过错与责任相一致。

但是,当证券服务机构承担按份责任时,发行人缺乏清偿能力的风险将完全转嫁给投资者承担,面临未能充分保护投资者的质疑。<sup>②</sup>美国的比例责任也曾面临类似质疑,回应是“投资者面临投资风险是必然的,证券法主要目的在于对一般投资者的保护,而不是赔偿受损的投资者。这一结果虽然残酷,但是有利于资本市场的有效运作,促进谨慎、周到的投资,更好地分配投资资源”<sup>③</sup>。我国学者也认为,清偿不能的风险属于投资风险,应当分配给投资者。<sup>④</sup>在我国《证券法》中,除发行人之外还存在公司内部人以及保荐机构、证券公司等承担连带责任的主体,当发行人无力赔偿时,投资者还可以向其他责任主体请求赔偿,无损于损害填补的充分性。<sup>⑤</sup>因此,从责任效果上,本文认为域外比例责任(按份责任)具有借鉴意义。

#### 四、证券服务机构侵权责任认定与适用按份责任的解释路径

证券服务机构的责任认定,应当基于两层思路展开:一是,是否构成侵权责任。

---

① 假设发行人与证券服务机构的责任份额分别为80%、20%。当证券服务机构承担连带责任时,发行人承担的中间责任份额为100%、最终责任份额为80%;证券服务机构承担的中间责任份额为100%、最终责任份额为20%。证券服务机构承担的发行人清偿不能的风险为 $100\% - 20\% = 80\%$ 。当证券服务机构承担部分连带责任时,发行人承担的中间责任份额为100%、最终责任份额为80%;证券服务机构承担的中间责任份额为40%、最终责任份额为20%(证券服务机构与发行人在40%的范围承担连带责任)。证券服务机构承担的发行人清偿不能的风险为 $40\% - 20\% = 20\%$ 。当证券服务机构承担按份责任时,发行人承担的中间责任份额为100%、最终责任份额为80%;证券服务机构承担的最终责任份额为20%、不承担中间责任。证券服务机构无须承担发行人清偿不能的风险。

② 参见彭真明:《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》,载《法学评论》2020年第38卷第1期。

③ See Ronald A. Dabrowski, “Proportionate Liability in 10b-5 Reckless Fraud Cases”, 44 *Duke Law Journal* 571, 602-604 (1994).

④ 参见邢会强:《证券中介机构法律责任配置》,载《中国社会科学》2022年第5期。

⑤ 参见王琦:《审验机构虚假陈述民事责任的制度机理——以威慑功能的实现为逻辑轴线》,载《法学家》2023年第1期。

当证券服务机构自身违反勤勉尽责义务致投资者损失时,成立对投资者损失的侵权损害赔偿。二是,如何承担侵权责任。除了证券服务机构外,信息披露义务人等与投资者损失之间也成立侵权损害赔偿,因此,涉及证券服务机构与其他责任主体之间侵权责任的分担问题。对于证券服务机构侵权责任的成立问题,应当根据《证券法》第163条,并结合一般侵权行为的基本法理及构成要件加以判断。对于多个行为人之间侵权责任的分担问题,应当根据《民法典》第1168条至第1172条规定的多数人侵权行为类型,确定证券服务机构承担侵权责任的具体形态。最后,立足《证券法》第163条的法律文本,与2022年《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》(以下简称新《虚假陈述规定》)相协调,运用法律解释学提出证券服务机构侵权责任的认定路径。

### (一) 证券服务机构侵权责任的成立以违反“勤勉尽责义务”为核心

一般侵权行为在通说上以行为的违法性、主观过错、损害结果、因果关系为责任成立的构成要件。<sup>①</sup>结合《证券法》第163条的规定,<sup>②</sup>各个要件在证券服务机构侵权责任中的具体认定如下。

#### 1. 证券服务机构虚假陈述行为的违法性在于违反“勤勉尽责义务”

《证券法》第163条将证券服务机构虚假陈述行为规定为“制作、出具的文件具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”三种类型。但是,证券服务机构虚假陈述行为的违法性并不在于制作、出具了不实报告。因为,证券服务机构系受托于发行人并面向发行人提供专业报告,专业报告作为整个发行文件的一部分,以发行人的名义对投资者发布。证券服务机构与不特定投资者之间不存在合同关系。另外,证券服务机构并不属于《证券法》第78条规定的履行强制性信息披露义务的主体,无需对投资者承担保证公开信息的真实、准确、完整的义务。<sup>③</sup>因此,即使信息披露存在瑕疵,也难以认定证券服务机构对投资者的人身或财产存在直接的侵害行为。投资者因信赖证

<sup>①</sup> 也有观点认为,随着过错认定的客观化,违法性与过错的判断标准逐渐混同,违法性可以被过错要件吸收。参见王利明:《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗?》,载《中外法学》2012年第1期。

<sup>②</sup> 《证券法》(2019年修订)第163条规定:“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。”

<sup>③</sup> 《证券法》(2019年修订)在第五章规定“信息披露义务”,第78条规定“发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人,应当及时依法履行信息披露义务。信息披露义务人披露的信息,应当真实、准确、完整,简明清晰,通俗易懂,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”。证券服务机构并不是证券法上的信息披露义务人。

券服务机构向发行人提供的专业报告而遭受的损失属于纯粹经济损失,纯粹经济损失在原则上不予赔偿,除非法律另有规定。<sup>①</sup>《证券法》第163条规定了证券服务机构面向不特定投资者的行为义务,不受有无法律关系之限制,即“应当勤勉尽责,对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性负责”。如果证券服务机构违反了这项行为义务而致投资者损失,则应当承担侵权赔偿责任。因此,证券服务机构虚假陈述行为的违法性在于,违反了应当采取相应措施对发行人提供资料的真实性、准确性、完整性进行核查、验证的行为义务,这项行为义务也被称为“勤勉尽责义务”。

## 2. 证券服务机构违反“勤勉尽责义务”是过错成立的判断标准

过错的具体形态,包含故意和过失,过失又可以进一步分为重大过失、一般过失与轻微过失。过错作为侵权责任的构成要件,若没有特殊规定,指一般过失。<sup>②</sup>也就是说,行为人主观上具有一般过失则过错要件成立。随着过失的判断标准逐渐客观化,对于一般过失采用行为人是否违反“合理注意义务”的标准,即一个合理的、谨慎的人在行为人所处情形下应当尽到的预见并避免损害发生的注意义务。<sup>③</sup>学理上认为,“勤勉尽责义务”等同于证券服务机构执行业务活动时的“合理注意义务”。<sup>④</sup>原因在于,对于不同的人从事不同的行为,合理人的标准是不同的。会计师、律师、资产评估师等专业人士的行为,应当以本领域内具有平均水平资质和能力的从业人员的行为标准来要求。<sup>⑤</sup>证券服务机构是否违反“勤勉尽责义务”,通常依据法律法规有关职业准则的规定,并结合个案情形中必要的职业谨慎加以判断。<sup>⑥</sup>因此,证券服务机构违反“勤勉尽责义务”就意味着至少具有一般过失。

《证券法》第163条规定了过错推定原则,证券服务机构“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”。对此,作理解如下:首先,根据过错推定的原理,只要存在法定的致害事实,即证券服务机构出具不实报告导致投资者损失,就推定过错要件成立。其次,过错推定又称为过失(一般过失)推定。<sup>⑦</sup>由于过错

---

① “纯粹经济损失”是不与任何身体或财产损害相关联而产生的损失。它不涉及对特定当事人特定权利的侵害,也不涉及对当事人财产或者人身利益的侵害,是受害人因特定事由而遭受的纯粹金钱上的不利益。如果发布信息披露内容的人与受害人并无合同关系,其信息披露内容本不是提供给受害人使用的,那么受害人的损失因非基于自身财产和人身损害发生而属于纯粹经济损失。参见张新宝、张小义:《论纯粹经济损失的几个基本问题》,载《法学杂志》2007年第4期。

② 参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第297页。

③ 参见王利明:《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2021年版,第70页。

④ 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176页。

⑤ 参见程啸:《证券市场虚假陈述侵权损害赔偿研究》,人民法院出版社2004年版,第293页。

⑥ 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206页。

⑦ 参见王利明:《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2021年版,第49页。

要件的成立以一般过失为已足,推定过错要件成立也就是推定证券服务机构违反了勤勉尽责义务。再次,过错推定不等同于过错认定。除一般过失外,还存在其他过错形态:①不存在过错。证券服务机构只要证明其尽到勤勉尽责义务,就可以推翻对过错的推定并免除责任。②故意或重大过失。在认定上,除违反勤勉尽责义务之外,还需具备一定的主观标准。故意以行为人主观上知晓、希望或者放任损害结果的发生为前提,重大过失表现为一种极端疏忽或者极端懈怠的主观状态,连最低的注意义务都未能遵守,在民法评价上通常等同于故意。①故意或重大过失无法依据致害事实直接进行推定,如果原告主张证券服务机构存在故意或重大过失,应当承担对于其主观外在化表现的证明责任。

### 3. 证券服务机构违反“勤勉尽责义务”与投资者损失之间的因果关系

证券市场交易并非传统的面对面交易,由投资者证明因果关系有巨大的困难,因此,我国的证券虚假陈述领域采用推定因果关系的做法。新《虚假陈述规定》第11条、第31条分别规定了交易因果关系和损失因果关系。交易因果关系,指投资者的投资决策是否因信赖行为人的虚假陈述而作出;损失因果关系,指行为人的虚假陈述是否导致了投资者损失。②新《虚假陈述规定》借鉴美国基于“欺诈市场理论”的信赖推定原则,推定交易因果关系成立;损失因果关系的证明规则也一定程度上被交易因果关系的证明规则所吸收。③有学者认为,证券服务机构虚假陈述的因果关系,也应当被推定存在,由证券服务机构证明其行为与损失之间没有因果关系。④这仅解决了因果关系的举证责任问题。在因果关系的认定上,新《虚假陈述规定》的交易因果关系和损失因果关系是针对信息披露义务人设置的,不能直接适用于证券服务机构的虚假陈述行为,理由如下:

证券服务机构出具的专业报告虽然可以起到以自身信誉对披露文件“增信”或“担保”的作用,但是这种声誉担保作用在逐渐减小。⑤实际上,从交易因果关系上看,即便投资者一定程度信赖证券服务机构的增信或担保,也不可能仅依据对审计报告、资信评估报告或法律意见书的信赖就作出交易决策。从损失因果关系上看,最终的投资损失也并非主要由证券服务机构引起。因此,仅依据投资者对证券服务机构

① 参见叶明怡:《重大过失理论的构建》,载《法学研究》2009年第6期。

② 参见盛焕炜、朱川:《证券虚假陈述民事赔偿因果关系论》,载《法学》2003年第6期。

③ 参见陈洁:《证券虚假陈述中审验机构连带责任的厘清与修正》,载《中国法学》2021年第6期。

④ 参见郭峰等:《中华人民共和国证券法制度精义与条文评注(下册)》,中国法制出版社2020年版,第786页。

⑤ 参见缪因知:《证券虚假陈述赔偿中审计人责任构成要件与责任限缩》,载《财经法学》2021年第2期。

不实报告是否信赖,无法判断证券服务机构与投资者决策、所受损失之间的因果关系成立与否,否则,必然导致因果关系认定上的“全有或者全无”。

本文认为,应当回到一般侵权责任因果关系的基本逻辑上,区分事实判断和法律价值判断两个层面,对事实因果关系和法律因果关系进行认定。<sup>①</sup>前者采取“条件说”(也称“but-for”“若无,则不”规则),判断侵权行为与损害后果之间是否存在事实上的因果联系。后者在法律价值上对前者予以修正和补充,合理限制损害赔偿的范围,存在大陆法系的“相当因果关系说”、英美法系的“合理预见说”等判断标准。<sup>②</sup>我国受大陆法系影响,以原因事实与损害结果之间的“相当性”判断法律因果关系的成立。<sup>③</sup>但是,这两种学说在实质上并无重大不同,均日渐强调法律政策在其中扮演的角色,即引入“法规目的说”,以行为人所违反法规的保护范围作为判断“相当性”的标准。<sup>④</sup>

在证券虚假陈述中,只有发行人是披露信息的制造者和决定者,启动了投资者损失发生的因果关系链条。《证券法》第163条规定“勤勉尽责义务”的目的,在于要求证券服务机构切断该因果关系链条。如果证券服务机构尽到勤勉尽责义务,就可以发现发行人提供的不实信息,通过拒绝出具专业意见甚至报告监管机构的方式防止虚假陈述的发生。在因果关系的认定上,首先,“but-for”规则表现为,如果证券服务机构尽到勤勉尽责义务,投资者的损失就不会发生或者可以减少,成立事实因果关系。其次,由于不同证券服务机构的功能和性质差异,“勤勉尽责义务”的保护范围,是证券服务机构在工作范围和专业领域内可以预防、制止的投资者损失,而非信息披露文件瑕疵导致的全部损失。<sup>⑤</sup>因此,证券服务机构仅与自身业务范围内未尽到“勤勉尽责义务”所导致的损失具有因果关系的相当性,成立法律因果关系。另外,通说认为,行为人故意侵权时,对于不具有因果关系相当性的损害亦应负责。<sup>⑥</sup>当证券服务机构具有实施虚假陈述的故意或重大过失时,应当对故意或重大过失隐含的风险

---

① 交易因果关系与损失因果关系,并不完全对应于事实因果关系与法律因果关系。因为,交易因果关系的推定更多是一种法律政策的考量,而损失因果关系考察更多的是事实判断问题而非法律政策问题。参见彭冰:《证券虚假陈述民事赔偿中的因果关系——司法解释的新发展评析》,载《法律适用》2022年第5期。

② 对于事实因果关系和法律因果关系的阐释,参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第404—406页。

③ 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。

④ 参见陈聪富:《因果关系与损害赔偿》,北京大学出版社2006年版,第131页。

⑤ “《证券法》第163条本身明确了证券服务机构在制作、出具相关文件时的义务范围及行为标准,即应当根据各机构所提供服务的类型与内容,以及相关具体行为规范旨在预防的风险范围来认定其赔偿责任。”参见洪国盛:《义务范围理论下证券服务机构过失虚假陈述赔偿责任》,载《法学研究》2022年第44卷第5期。

⑥ 参见王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第247页。

所可能导致的投资者的全部损失负责。

## （二）证券服务机构过失情形下适用《民法典》第 1172 条承担按份责任

从多数人侵权行为的视角,当证券服务机构具有故意或重大过失时,与发行人的故意整合成共同为一定行为的合意,应当适用《民法典》第 1168 条“共同实施侵权行为”就全部损失承担连带责任。这与适用《证券法》第 163 条承担连带责任的结果相同,在实践和学理中并无争议。但是,当证券服务机构仅具有未尽勤勉尽责义务的过失时,与发行人故意实施虚假陈述行为不存在意思上的一致性。此时,应当适用《民法典》第 1172 条承担按份责任。

首先,《民法典》第 1172 条调整的案型是,每个行为人依据“条件说”和损害之间都有事实因果关系,缺少任何一个行为人,损害都不会发生的无意思联络数人侵权。<sup>①</sup>当发生证券虚假陈述时,如果发行人提供的信息内容没有瑕疵,投资者的损失就不会形成;如果证券服务机构尽到勤勉尽责义务,投资者的损失就不会形成或者可以减少。因此,发行人、证券服务机构对于投资者损失均符合“条件说”,在《民法典》第 1172 条的调整范围内。

其次,在规则体系上,《民法典》第 1172 条规范了凡是因果关系类型不属于《民法典》第 1171 条的其余无意思联络数人侵权。<sup>②</sup>《民法典》第 1171 条的连带责任,建立在每个行为都直接作用于同一损害结果之上,而第 1172 条的按份责任,既可能是每个行为都对结果有直接作用,也可能并列存有直接作用行为和在法律价值判断上应当受否定性评价的间接作用行为。<sup>③</sup>发行人提供不实信息对投资者损失的发生具有直接作用,证券服务机构违反勤勉尽责义务的行为与之相结合,共同造成了投资者损失的结果。在导致投资者损失的因果链条上,发行人是造成投资者损失的直接原因、主要原因,证券服务机构是造成投资者损失的间接原因、次要原因,形成原因力大小的差异,从而可以确定各自的责任份额。<sup>④</sup>

再次,《民法典》第 1172 条规定“各自承担相应责任”,一般理解为行为人均承

① 参见冯德淦:《〈侵权责任法〉第 12 条适用范围之厘定》,载《法治研究》2018 年第 5 期。

② 参见程啸:《侵权责任法》(第 3 版),法律出版社 2021 年版,第 423 页。

③ 参见曹险峰:《数人侵权的体系构成——对侵权责任法第 8 条至第 12 条的解释》,载《法学研究》2011 年第 33 卷第 5 期。

④ 原因力是指在导致受害人同一损害后果的数个原因中,各原因对于该损害后果的发生或扩大所发挥的作用力。对于损害结果之发生或扩大起主要作用的原因其原因力较大,对于损害结果之发生或扩大起次要作用的原因其原因力较小。直接原因对损害结果的原因力较大,间接原因距离损害结果远,原因力较小。有关原因力的判断标准,参见张新宝、明俊:《侵权法上的原因力理论研究》,载《中国法学》2005 年第 2 期。

担按份责任。而《证券法》第85条规定,发行人对投资者的全部损失承担无过错责任,与适用《民法典》第1172条承担按份责任似乎存在冲突。类似责任形态在《民法典》侵权责任编中亦客观存在。《民法典》第1169条第2款规定了教唆、帮助侵权人对无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成的损害承担全部责任,未尽到监护职责的监护人承担“相应的责任”,最高人民法院将监护人承担的“相应的责任”解释为按份责任。<sup>①</sup>实际上,《民法典》第1169条第2款的情形也在《民法典》第1172条的调整范围中。<sup>②</sup>由于《民法典》第1172条为一般侵权条款,有学者认为,《民法典》第1172条所谓的“相应的责任”不应当仅限于按份责任。<sup>③</sup>更合理的解释是,特殊侵权规定较一般侵权条款具有适用上的优先性,但是,当特殊侵权中缺乏明确、合理的规定时,对于符合《民法典》第1172条的,应当借助第1172条重新解释。<sup>④</sup>因此,应当先根据《民法典》第1172条确定虚假陈述中各个责任人的责任份额,再由发行人对所有损失承担责任,而证券服务机构仅承担自己份额的责任。各个责任人的关系,参考我国台湾地区的做法,以不真正连带债务关系处理。<sup>⑤</sup>也就是说,证券服务机构的责任份额为不真正连带债务,证券服务机构为不真正连带债务的最终责任人,如果发行人对外承担了全部责任,可以在内部责任分担上向证券服务机构进行追偿。

此外,还有证券服务机构应当承担“相应的补充责任”的观点。<sup>⑥</sup>与按份责任相比,“相应的补充责任”赋予了行为人责任承担的顺位利益。<sup>⑦</sup>在对前顺位责任人求偿不能的部分,原告才能请求后顺位的补充责任人在其责任份额范围内承担责任,补

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年7月版,第65页。

② 对于无民事行为能力人、限制民事行为能力人对受害人造成的损害而言,未尽到监护职责的监护人与教唆、帮助人之间并不具有主观意思联络的一致性,也不具有客观上对造成同一损失的可能因果关系,而符合《民法典》侵权责任编总则第1172条之下,事实因果关系清楚的共同因果关系案型。

③ 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35卷第2期。

④ 参见冯德淦:《〈侵权责任法〉第12条适用范围之厘定》,载《法治研究》2018年第5期。

⑤ 美国侵权法上存在“混合责任”概念,指多数人侵权行为中,有的行为人承担连带责任,有的行为人承担按份责任。我国有学者基于《侵权责任法》第9条第2款(《民法典》第1169条第2款)创造出“单向连带责任”的概念,对应美国的“混合责任”。参见杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2018年版,第126页。但是,美国的“混合责任”以“法定的责任份额界限”作为连带责任和按份责任的分界线,与《侵权责任法》第9条第2款规定的责任形态并不相同。“单向连带责任”概念缺乏学理依据,实质上是传统民法的不真正连带债务。参见孟勤国、张海龙:《质疑“单向连带责任”》,载《社会科学战线》2015年第3期。因此,本文不使用“单向连带责任”的概念,而借鉴我国台湾地区学者提出的不真正连带债务关系,解释承担全部责任的被告与承担按份责任被告之间的关系。

⑥ 参见缪因知:《证券虚假陈述赔偿中审计人责任构成要件与责任限缩》,载《财经法学》2021年第2期。

⑦ 参见张新宝:《我国侵权责任法中的补充责任》,载《法学杂志》2010年第31卷第6期。

充责任人承担责任之后,还可以向前顺位责任人追偿。<sup>①</sup> 如果证券服务机构承担“相应的补充责任”,责任的成立系于发行人的履行可能性,并且仅对责任份额承担中间责任,不承担最终责任。当发行人具有足够清偿能力时,会出现证券服务机构即便存在过错却不承担任何责任的情况,有违过错归责和自己责任的基本理念<sup>②</sup>,也不利于对证券服务机构不法行为的规制。因此,本文不采取“相应的补充责任”。

### (三) 修正《证券法》第163条连带责任承担的解释路径

对应2019年《证券法》,新《虚假陈述规定》出台,其中第35条明确取代并废止了2003年《虚假陈述规定》,并且,与《审计侵权规定》中不一致的,以新《虚假陈述规定》为准。新《虚假陈述规定》第13条将《证券法》第163条的过错规定为两种情形:故意或者明知而不予指明;严重违反注意义务的过失。<sup>③</sup> “严重违反注意义务”不是一个明确的法律概念,在学理上通常理解为重大过失。<sup>④</sup> 一种具有代表性的理解是,新《虚假陈述规定》第13条在承担责任的过错上排除了一般过失,证券服务机构仅在故意和重大过失这两种主观状态下承担责任。<sup>⑤</sup> 这种理解存在如下问题。

首先,司法解释不能与被解释的法律条文冲突。证券服务机构在一般过失情形下免除责任,与《证券法》第163条以一般过失作为责任成立的最低过错程度相违背。其次,未考虑司法解释的连贯性和一致性。2007年《审计侵权规定》也对会计师事务所的过错程度进行了区分。其中,第5条第1款规定恶意串通、明知存在重大瑕疵而不予指明的情形,属于故意,行为人确切知道自己的行为必然或可能发生损害,同时希望或放任损害的发生。同条第2款规定,按照执业准则、规则应当知道的,人民法院应认定其明知。“应当知道”在侵权法上通常意味着“重大过失”,行为人应当知道侵权行为会带来损害后果,但因为重大疏忽而未能知道。<sup>⑥</sup> 第6条规定的“过失”指,

<sup>①</sup> “相应的补充责任”不同于《审计侵权规定》中规定的审计机构承担以“不实审计金额为限”的补充责任。“不实审计金额”作为承担补充责任的限额,与行为人的责任份额之间没有必然关系,前文已有论述。而“相应的补充责任”是行为人以自己的责任份额为限承担补充责任。

<sup>②</sup> 根据过错归责和自己责任的基本理念,当行为人因其过错或其他可归责原因造成损害时,应当承担相应的不利益,对责任份额最终实际承担,而不是由他人代受。参见刘海安:《侵权补充责任类型的反思与重定》,载《政治与法律》2012年第2期。

<sup>③</sup> 2022年《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第13条规定:“证券法第85条、第163条所称的过错,包括以下两种情形:(一)行为人故意制作、出具存在虚假陈述的信息披露文件,或者明知信息披露文件存在虚假陈述而不予指明、予以发布;(二)行为人严重违反注意义务,对信息披露文件中虚假陈述的形成或者发布存在过失。”

<sup>④</sup> 参见陈洁:《虚假陈述民事赔偿制度的新发展理念及其规范实现》,载《法律适用》2022年第3期。

<sup>⑤</sup> 这种观点参见林文学、付金联、周伦军:《〈关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

<sup>⑥</sup> 参见叶明怡:《重大过失理论的构建》,载《法学研究》2009年第6期。

在审计过程中未保持必要的谨慎,违反法律规定的执业准则、审计准则要求的行为,符合前文对一般过失的界定。《审计侵权规定》中承担责任的过错形态包含故意、重大过失(推定为故意)、一般过失。因此,虽然新《虚假陈述规定》第13条仅涉及“故意”与“重大过失”,但是不能据此否定一般过失情形下的侵权责任。

本文认为,新《虚假陈述规定》第13条将适用《证券法》第163条的过错情形限缩为故意、重大过失,从而只有在故意以及重大过失时,证券服务机构才与发行人承担连带责任;对于一般过失对应的责任形式并未进一步规范,留下了法解释空间。现行法下,将证券服务机构的责任承担问题区分为两种情形:证券服务机构在故意、重大过失情形下,适用《证券法》第163条承担连带责任;在一般过失情形下,适用《民法典》第1172条承担按份责任。