

从最高法的新规解释和证监会的行政监管 看证券市场看门人的归责变化

孙 鸿*

摘 要:针对会计师事务所作为证券市场看门人之一的审计侵权赔偿责任,过往裁判案例就责任认定的标准和尺度尚不统一。随着证券虚假陈述最新司法解释、其理解与适用、证券监管部门答复等文件的发布,不仅给予了会计师事务所更明确的抗辩空间,使其免于讼累,也在实现“责任与侵权行为相匹配”的目标上,给予市场持续发展的信心。未来司法实践中可以对审计侵权赔偿责任中适用最新司法解释进行统一明确的裁判。

关键词:证券虚假陈述 证券服务机构 会计师事务所 审计侵权责任

近年来,人民法院、专家学者和监管部门针对《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《新规解释》)的讨论渐趋激烈,各方已从不同角度去剖析《新规解释》中揭示的变化和仍可能保留的裁判尺度。就此,笔者希望结合自身经办案件的实践经验,探讨证券市场看门人^①在证券虚假陈述责任纠纷中民事赔偿连带责任的归责变化,尤其是作为证券市场看门人之一的依法执业进行审计的会计师事务所。通常来说,在认定发行人或上市公司存在虚假陈述行为的前提下,会计师事务所难免因证券服务过程中所提供的专业服务而承担或多或少的连带赔偿责任。然而,笔者发现,随着金融审判越来越专业化,在《全国法院民商事审判工作会议纪要》统一司法裁判的背景下,市场上对于证券服务机构尤其是会

* 德恒上海律师事务所律师,中证中小投资者服务中心公益律师。

^① 证券市场看门人通常指“证券服务机构”,即《中华人民共和国证券法》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、出具法律意见书、审计报告、资产评估报告、资信评级报告等文件的律师事务所、会计师事务所、资信评级机构等。

计师事务所罚责相当的呼声越来越高,这也给予了会计师事务所所在连带赔偿责任上更大程度的抗辩空间。本文将进一步结合现有判例和《新规解释》第 17 条、第 18 条等法律法规,分析会计师事务所在证券虚假陈述案件中承担赔偿责任的归责逻辑,以期促进行业的规范发展。

一、上海高级人民法院参考性案例第 119 号在查明会计师事务所责任方面的司法实践

在上海市高级人民法院(以下简称上海高院)发布的招商证券股份有限公司与李某川、周某东证券虚假陈述责任纠纷二审民事判决书[一审案号为(2019)沪 74 民初 1049 号,二审案号为(2020)沪民终 666 号,参考案例第 119 号]中,二审法院认为,“关于瑞华事务所是否勤勉尽责。在案涉‘智慧石拐’项目中,瑞华事务所向包头市石拐区政府发送落款时间为 2014 年 1 月 24 日的《企业询证函》,但是该函件未显示对方的任何回复或确认内容,瑞华事务所制作的复核日期同样为 2014 年 1 月 24 日的《应收账款函证回函结果明细表》记载该项目已收回函证且确认销售金额 5000 万元。就该审计工作底稿中如何列示‘回函确认销售金额’,瑞华事务所未予合理解释”。

笔者认为,一方面,在瑞华事务所无法就《企业询证函》的发出和收回作出合理解释的情况下,认定瑞华事务所未勤勉尽责,符合市场对于证券市场看门人的预期,也符合民事证据领域的归责逻辑。另一方面,会计师事务所的独立审计具有天然缺陷,其所出具的审计报告仅承担合理的保证责任,而非绝对的保证责任,会计师事务所的审计并非对所有细节一概而论地进行背书。因此,只要会计师事务所实施了恰当的审计程序,就没有必要再去怀疑所获得的函证、财务资料的真实性。^①这在《新规解释》第 19 条^②第 2 款的规定中也是明确的。从审计实务领域来看,该规则的确定有

① 何海锋、陈豪鑫、蒋若楠:《“经济警察”如何担责?——新〈虚假陈述若干规定〉时代会计师事务所的民事责任 I 证券法评》,作者单位为天同律师事务所北京办公室,2022 年 2 月 28 日发布于“天同诉讼圈”微信公众号。

② 《新规解释》第 19 条规定:“会计师事务所能够证明下列情形之一的,人民法院应当认定其没有过错:

(一)按照执业准则、规则确定的工作程序和核查手段并保持必要的职业谨慎,仍未发现被审计的会计资料存在错误的;

(二)审计业务必须依赖的金融机构、发行人的供应商、客户等相关单位提供不实证明文件,会计师事务所保持了必要的职业谨慎仍未发现的;

(三)已对发行人的舞弊迹象提出警告并在审计业务报告中发表了审慎审计意见的;

(四)能够证明没有过错的其他情形。”

利于在保证会计师事务所合理支出成本的情况下,一定程度上保障最终审计报告的可靠性和可依赖性,同时避免了过高的验证支出导致入不敷出,而影响会计师事务所乃至行业的收支平衡。

此外,在上海市高级人民法院参考性案例第 119 号中,二审法院认为,“瑞华事务所未能提供证据证明其实施了必要的审计程序,对‘智慧石拐’项目的实际开工情况、施工进展、完工进度等缺乏应有的关注以及必要的的数据复核。据此,瑞华事务所在出具案涉审计报告过程中,存在未勤勉尽责的情形”。

笔者认为,审计机构的责任边界是否包括“开工情况、施工进展、完工进度”等工程实施细节有待商榷,通常来说,该等细节并非审计领域当然需要关注的核心内容,要求进行数据复核没有显著的必要性。审计并非一门精算科学,财务资料的固有风险及抽样审计方式使审计报告的真实性的真实性只能是相对而言的,^①在并非当然需要关注的领域苛求会计师事务所勤勉尽责,涉嫌从结果倒推原因的行为。从根源上来看,会计师事务所是公开信息的审验机构,而非《新规解释》下的信息披露义务人,会计师事务所仅仅是发行人披露财务信息的验证机构,在溯源资料存在人为缺陷的情况下要求会计师事务所发现虚假陈述,超出了会计师事务所的行业执业规范规定。

《新规解释》第 18 条^②也已明确规定,会计师事务所的责任限于其工作范围和专业领域,在判断会计师事务所所有无过错方面的标准细化为:参考行业执业规范规定的工作范围和程序要求等内容,结合其核查、验证工作底稿等相关证据,认定其是否存在过错;能够证明其对所依赖的基础工作或者专业意见经过审慎核查和必要的调查、复核,排除了职业怀疑并形成合理信赖的,应当认定没有过错。相较于 2003 年的《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》,《新规解释》无疑更加能够公平公正地保障广大投资者的合法权益不受到侵害,在会计师事务所无法证明其没有过错的情形下,法律法规仍是向投资者权益倾斜的,这也符合投资者、会计师事务所不同身份主体承担不同举证责任的最新价值取向。同时,该条款

^① 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于会计师事务所审计侵权赔偿责任的理解与适用》(《审计侵权的理解与适用》),人民法院出版社 2007 年版,第 266~267 页。

^② 《新规解释》第 18 条规定:“会计师事务所、律师事务所、资信评级机构、资产评估机构、财务顾问等证券服务机构制作、出具的文件存在虚假陈述的,人民法院应当按照法律、行政法规、监管部门制定的规章和规范性文件,参考行业执业规范规定的工作范围和程序要求等内容,结合其核查、验证工作底稿等相关证据,认定其是否存在过错。”

证券服务机构的责任限于其工作范围和专业领域。证券服务机构依赖保荐机构或者其他证券服务机构的基础工作或者专业意见致使其出具的专业意见存在虚假陈述,能够证明其对所依赖的基础工作或者专业意见经过审慎核查和必要的调查、复核,排除了职业怀疑并形成合理信赖的,人民法院应当认定其没有过错。”

对证券市场看门人提出了更高的执业要求,在确实能够提供证据证明排除职业怀疑并形成合理信赖的前提下,《新规解释》给予会计师事务所相当大的抗辩空间,有助于提升行业整体的执业水平。

从《新规解释》第18条出发,笔者认为,上述案例中法院认为缺乏应有关注的事项,可能就不能再看作审计机构的工作范围和专业领域。但是,是否能够完全排除职业怀疑并形成合理信赖是值得结合证据材料进一步探讨的,是否凭借书面函证即可验证“只要会计师事务所实施了恰当的审计程序,就没有必要再去怀疑所获得的函证、财务资料的真实性”,从现有的生效裁判来看,答案是否定的。既有案件程度的书面函证尚不足以使法院站在会计师事务所的角度排除职业怀疑并形成合理信赖,如此看来,未来会计师事务所在举证证明其勤勉尽责方面的基础准备工作还有很多,日常的会计师事务所合规经营中的情况也亟待改善。

也有观点认为,上述案例恰恰与《新规解释》相互契合,符合《新规解释》第6条^①规定中“预测性信息安全港原则”的例外情形。在上海市高级人民法院参考性案例第119号中,案涉信息披露文件包括《盈利预测审核报告》,系对盈利预测、发展规划等方面的预测性信息,结合《新规解释》来看,即使与实际经营情况存在重大差异,也不能当然认定事务所实施了虚假陈述行为,这与预测信息的根本属性一致,没有人可以预测未来发生的事项,这也是给予上市公司对外进行披露时的特殊照顾,避免了过于严苛的信息披露规则导致上市公司完全无法披露潜在的利好消息,正确引导投资者的交易决策。就此,法院对瑞华事务所进行责任认定时,也是充分考量了盈利预测本身的特性,法院重点关注的是影响盈利预测的重点项目是否进行了实际履行方面的形式审核。这与例外情形在一定程度上是吻合的,工程是否实际履行,有无发生重大变化,在法院看来,是预测信息的基础。若会计师事务所能够发现工程施工细节,则或可避免该等信息披露违规和虚假陈述行为的发生。但鉴于《新规解释》发布的时间晚于上述案例,在预测性信息披露方面并未完全按照《新规解释》进行充分的讨论。

^① 《新规解释》第6条规定:“原告以信息披露文件中的盈利预测、发展规划等预测性信息与实际经营情况存在重大差异为由主张发行人实施虚假陈述的,人民法院不予支持,但有下列情形之一的除外:

- (一)信息披露文件未对影响该预测实现的重要因素进行充分风险提示的;
- (二)预测性信息所依据的基本假设、选用的会计政策等编制基础明显不合理的;
- (三)预测性信息所依据的前提发生重大变化时,未及时履行更正义务的。

前款所称的重大差异,可以参照监管部门和证券交易场所的有关规定认定。”

二、人民法院和监管部门对证券服务机构的保障日渐加强

就前述案例提及的会计师事务所等证券服务机构的归责认定,最高人民法院(以下简称最高法)以及中国证券监督管理委员会(以下简称证监会)均发布相关文件予以明确。在市场普遍不看好会计师事务所等证券市场看门人因虚假陈述承担过高赔偿责任的情形下,最高法与证监会的文件无疑给市场带来了积极影响,也给会计师事务所诚信合规经营注入了强心针,相信在过失和罚责间内在联系的判断认定上会有所改变。在周某诉成都华泽钴镍材料股份有限公司、国信证券股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案[一审案号为(2019)川01民初1626号,二审案号为(2020)川民终293号]中,成都市中级人民法院认为,“证券法的立法目的在于切实维护投资者合法权益的同时,通过民事责任追究实现震慑违法的功能,维护资本市场公开、公平、公正的市场秩序,有必要评价不同主体的侵权行为所造成的后果,以区分各自应当的责任份额,实现责任与侵权行为、主观过错程度相匹配”。笔者认为,会计师事务所在证券虚假陈述责任纠纷中承担的赔偿责任应当与其过错程度相匹配。

2022年《〈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〉理解与适用》(以下简称《理解与适用》)^①中强调,“就近年来会计师事务所责任案件审理中的实际情况,在《关于审理涉及会计师事务所在审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》(以下简称《审计规定》)第7条规定的基础上,吸收财政部、证监会等监管部门的意见,《新规解释》第19条规定了会计师事务所的免责事由,以保障依法执业的会计师事务所免于讼累”。

在《理解与适用》中,最高法明确规定,“《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第163条^②规定了虚假陈述的民事责任,其法源应当溯源至《中华人民共和国民法典》第1165条关于‘行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错,其不能证明自己没有过错的,应当承担侵权

^① 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〉理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

^② 《证券法》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。”

责任’的规定”。

《理解与适用》进一步强调,针对《中华人民共和国证券法》第 163 条对证券服务机构规定的过错推定责任,在国内学术界存在两种观点:一种观点认为,证券法中的过错与民法中的过错具有相同含义,包含故意、重大过失和轻微过失;另一种观点则认为,证券法中的过错与民法意义上的过错不同,二级市场上的证券虚假陈述中,中介机构与投资者之间没有合同关系,不能完全以合同义务来确定责任,尤其是应当区分是否有故意或重大过失,如果只是轻微的过失,则不应当承担责任。《新规解释》采用了第二种观点,其第 13 条^①规定将过错明确限定为故意和重大过失,其理由在于:从体系解释的角度出发,按照举重以明轻的解释方法,作为外部监督者的会计师事务所的责任当然不可能重于发行人等内部人员;美国证券法规定“只有故意欺诈、明知虚假陈述具有误导投资者的危险仍放任,以及罔顾事实的重大过失行为”才构成证券法上的过错,而程度较轻的轻微过失并不能产生巨额的民事赔偿责任,以避免信息披露可能引发的寒蝉效应,以及避免对会计师事务所等中介机构招揽人才和企业管理产生不利的影响。为此,《新规解释》在第 13 条的基础上明确规定了何种情形构成免责事由,也可以将第 19 条理解为相较于轻微过失而言程度更轻的情形。

同样地,证监会在《对十三届全国人大第四次会议第 3755 号建议的答复》(以下简称《人大建议答复》)中明确,“我会在日常监管及执法过程中,严格区分会计责任和审计责任,判定会计责任以是否违反了《企业会计准则》等会计制度为依据,判定审计责任则以是否违反了《中国注册会计师职业准则》等执业准则为基准,并不以上市公司等主体信息披露虚假的会计责任而直接‘倒推’审计机构的审计责任。我们同意提案所提的建议,并将持续加强资本市场会计监管,继续推动各类主体各尽其责,切实提升资本市场财务信息披露质量以及审计机构执业能力”。

在《人大建议答复》中,证监会也已明确,“《证券法》第 163 条规定了……我们认为,应当基于侵权法规定与原理解释该条文,即在如何区分侵权人过错类型的基础上,确定与过错程度相适应的侵权责任;同时也要考量法律逻辑与公共政策的平衡,即在遵循侵权法原理的前提下,兼顾‘通过侵权责任手段激励证券服务机构切实发挥看门人作用’‘避免因责任过重威胁到证券服务机构行业经营’双重政策目标的实

^① 《新规解释》第 13 条规定:“证券法第八十五条、第一百六十三条所称的过错,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。”

现,切实保障资本市场的健康发展”。

这点在审判实务和司法解释当中亦有体现。例如,最高法早在《审计规定》第7条^①中即规定了与《新规解释》相类似的免责事由;最高法在《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》(以下简称《债券纪要》)第30条规定^②列举了承销机构的免责事由,虽与会计师事务所不完全相同,但也有一定的借鉴意义,其中第3项即与《新规解释》第18条的“排除合理怀疑”相类似,其中第4项未曾出现在《新规解释》或《理解与适用》之中,但笔者认为,第4项规定的“即使完整履行了相关程序也难以发现”也可适用于会计师事务所的免责事由,未来在会计师事务所进行责任抗辩时,至少可将该等情形纳入《新规解释》第19条“能够证明没有过错的其他情形”的兜底条款之中。

针对《债券纪要》第30条第4项所规定的情形,笔者曾在类似案件中遇到会计师事务所因上市公司的控股股东未主动披露股权代持而引发的关联方及关联关系未披露的证券虚假陈述。如果适用《新规解释》第19条的兜底条款,会计师事务所或可抗辩股权代持事由系“即使完整履行了相关程序也难以发现”的情形,在此情况下,无法苛责会计师事务所对此“非上市公司直接的”间接信息披露瑕疵承担责任。笔者认为,在该类型的虚假陈述中会计师事务所承担的责任已超出行业执业规范规定,中介机构无从得知控股股东的股权代持情形,会计师事务所的行为甚至都不属于轻微过失的情形,因此无须承担证券虚假陈述赔偿责任。

① 《审计规定》第7条规定:“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;

(四)已经遵照验资程序进行审核并出具报告,但被验资单位在注册登记后抽逃资金;

(五)为登记时未出资或者未足额出资的出资人出具不实报告,但出资人在登记后已补足出资。”

② 《债券纪要》第30条规定:“债券承销机构的免责抗辩。债券承销机构对发行人信息披露文件中关于发行人偿付能力的相关内容,能够提交尽职调查工作底稿、尽职调查报告等证据证明符合下列情形之一的,人民法院应当认定其没有过错:

(1)已经按照法律、行政法规和债券监管部门的规范性文件、执业规范和自律监管规则要求,通过查阅、访谈、列席会议、实地调查、印证和讨论等方法,对债券发行相关情况进行了合理尽职调查;

(2)对信息披露文件中没有债券服务机构专业意见支持的重要内容,经过尽职调查和独立判断,有合理的理由相信该部分信息披露内容与真实情况相符;

(3)对信息披露文件中相关债券服务机构出具专业意见的重要内容,在履行了审慎核查和必要的调查、复核工作的基础上,排除了原先的合理怀疑;

(4)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。”

与上述文件相一致的是,《新规解释》已废除前置程序,不再以证券监管部门的行政处罚决定等处理结果作为立案前提。这从另一方面说明,监管部门的执法调查应当与人民法院的民事审判相互独立,不论在先是否存在立案调查或行政处罚,也不论行政执法中是否对勤勉责任进行查明,均应当给予会计师事务所等证券服务机构以证据材料证明其不应承担虚假陈述赔偿责任的机会,避免以结果倒推原因的不公正情形产生。

而且,《人大建议答复》中,证监会同意提案关于“……‘证券服务机构能够证明自身没有过错的,不承担赔偿责任’的意见”,并明确答复,对于证券服务机构因过失造成投资者损失的赔偿责任,“最高人民法院将加快对该问题的深入调研,尽快出台合理确定证券服务机构民事赔偿责任的规则,以准确适用证券法相关规定,平衡保护相关主体利益,公平分配侵权责任与商业活动损失”。我们相信,在未来的审理实务中将逐步确定证券市场看门人尤其是会计师事务所承担侵权赔偿责任的具体标准。

三、服务机构的“勤勉尽责抗辩”

美国证券法的过错概念包括欺诈的故意和重大过失,只有故意欺诈、明知仍然放任、罔顾事实的重大过失行为,才能构成美国证券法上的过错。^①这与我国《新规解释》第13条将《证券法》第163条的过错限定为故意和重大过失是一致的。

从归责逻辑上来看,《证券法》第163条所规定的过错推定至少存在两种理解,一种是全部连带责任,另一种是比例连带责任。^②前者类似于上海高院参考案例第119号原一审判决中的“作为审计机构,会计师事务所本应勤勉尽责,在未能提供证据证明其对此不存在过错的情形下,应当与上市公司承担连带责任”。据此,一审判决认定瑞华会计师事务所承担全部连带责任。后者则出现在同一案例的二审判决中,上海高院认为,“会计责任与审计责任具有不同内涵和构成要件,会计师事务所是否勤勉尽责应根据法律和执业标准结合案件事实予以认定……连带赔偿责任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”。最终法院在二审判决中所采用的规则逻辑与《新规解释》第18条第2款相类似,将责任限定在会计师事务所的工作范围和专业领域内,并在考量过错程度、造成投资者损失的原因力等

^① 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〉理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

^② 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 | 证券法评》,作者单位为北京大学法学院,2022年8月29日发布于“天同诉讼圈”微信公众号。

因素后,酌定瑞华会计师事务所承担比例连带责任。

美国证券法起初未对如何认定各个连带责任人之间的责任大小作出规定,直到1995年的《私人证券诉讼改革法案》才作出修正,即仅在明知故犯(knowingly)的情形下,虚假陈述侵权行为人才会对投资者的损失承担赔偿责任,并承担一般的连带赔偿责任。美国证券法之所以作出修正,主要是为了抑制证券集体诉讼的滥用,职业性的滥诉已经严重地损害了美国证券市场的竞争力。美国证券市场的实践证明,律师、会计师之类的专业机构通常不会积极参与虚假信息的制造和传播,忽视这些机构主观故意状态而简单要求其承担一般连带责任的做法打击了他们参与证券市场的积极性。^①进一步讲,美国《私人证券诉讼改革法案》修正后的比例连带责任也与上海高院参考案例第119号中法院所创设的规则不同,即不知情被告仅承担与其责任相当的赔偿份额。^②

具体来看,究竟哪些事项属于会计师事务所可利用的免责事由?笔者对比了《新规解释》第19条、《审计侵权的理解与适用》规定的免责事由,整理罗列如表1所示:

表1 《新规解释》第19条、《审计侵权的理解与适用》规定的免责事由

《新规解释》第19条	《审计侵权的理解与适用》
(一)按照执业准则、规则确定的工作程序和核查手段并保持必要的职业谨慎,仍未发现被审计的会计资料存在错误的	审计自身固有局限,即会计师事务所按照执业准则、规则确定的工作程序和核查手段并保持必要的职业谨慎,仍未发现被审计的会计资料存在错误
(二)审计业务必须依赖的金融机构、发行人的供应商、客户等相关单位提供不实证明文件,会计师事务所保持了必要的职业谨慎仍未发现的	外部证据存在瑕疵,即审计业务必须依赖的金融机构、发行人的供应商、客户等相关单位提供不实证明文件,会计师事务所保持了必要的职业谨慎仍未发现
(三)已对发行人的舞弊迹象提出警告并在审计业务报告中发表了审慎审计意见的	错误舞弊已予披露,即会计师事务所已对发行人的舞弊迹象提出警告并在审计业务报告中发表了审慎审计意见
(四)能够证明没有过错的其他情形	—

^① 李文、张婷婷:《环球资本市场 | 美国证券承销机构虚假陈述侵权责任归责原则——兼论中国证券虚假陈述制度的问题、思路与方向》,作者单位为环球律师事务所,2022年8月26日发布于“环球律师事务所”微信公众号。

^② 所谓比例责任是指不知情被告仅承担与其责任相当的赔偿份额,但对于投资人未能获得足额赔偿的“未偿金额”,应当按照以下两种情形分别承担不同程度的“额外赔偿责任”:(1)在投资者是自然人的情况下,如果其净资产不足20万美元,且法院判决的赔偿金额超过其净资产的10%,不知情被告对未偿金额承担全额连带责任。投资人的净资产应当按照距离其购买或出售涉案证券最近之日所持财产的公允价值减掉其债务进行计算。(2)对于其他投资者,不知情被告承担与其责任相称的连带赔偿责任,但所承担的赔偿金额不得超过其原本依其过错程度被判决的赔偿金额的50%。

从表 1 可以发现,《新规解释》相较于《审计侵权的理解与适用》的变化并不大。例如,会计师事务所作为专业人士,不对非专业性的信息披露负责,仅承担限于其工作范围和专业领域的责任。同时对于外部证据所存在的瑕疵,《新规解释》采用“保持了必要的职业谨慎仍未发现”,在上海金融法院一审、上海市高级人民法院二审的参考案例第 119 号中,法院即采用了更严苛的标准,认定瑞华会计师事务所需要对非专业信息保有“应有的关注和必要的数据复核”。这恰恰与前述《新规解释》第 18 条的理念是一致的,即需要深入审查审计过程中的底稿证据材料等,综合判断免责事由是否成立。

美国《证券法》的四种“勤勉尽责抗辩”包括:第一,专项文件中并非专业人士完成的文件内容,因此部分内容产生法律责任,在经过合理调查后,能够证明非专业人员所负责的内容是真实有效的,也没有对重要的事实有遗漏或隐瞒的情况,则可以免责。第二,专业人士负责完成的内容产生了法律责任,若进行合理调查之后,能够证明专业人士所负责撰写的内容是符合事实情况、没有隐瞒重要事实内容,则可以免责。第三,对于包含虚假陈述内容的专业人士的相关意见,其他非专业人员有理由不相信或确实不相信相关意见存在虚假陈述的情况,则可以免除责任。第四,如果专项报告中引用了社会公开的官方的文件的内容以及权威人士所作的陈述,若可以证明在专项报告生效时,他有理由相信内容是有效的,则可以免责。

四、未来司法实践中会计师事务所可能的归责逻辑

最高法在《理解与适用》中以举例的方式说明,实践中有的金融机构和上市公司串通,出具虚假的银行询证函回函、虚假银行回单、虚假银行对账单,欺骗注册会计师;一些上市公司的供应商和销售客户为上市公司财务造假提供虚假的交易合同、货物流转及应收应付凭证,成为财务造假的帮手。

笔者也经历过类似的上市公司实际控制人财务造假的案件,在案件中,实际控制人利用明知造假的金融机构、供应商、客户提供的材料,实施虚假陈述行为而给投资者带来了投资损失。就类似行为,作为审计机构的会计师事务所大概率是无法查明的。

笔者认为,《新规解释》之所以在第 22 条^①进行明确规定,本意在于其认为类似行为下,如何区分会计师事务所的审计责任和财务造假相关人员的民事责任,应是值得法院重新审视的。这对会计师事务所而言尤为关键,在过往的司法裁判中却被一定程度忽略。现有司法裁判就会计师事务所的责任分摊还是趋向于考察未完全查明事实的酌定比例,而非在完全查明基本事实的基础上对实际造假的相关人员予以惩戒。将本不应由会计师事务所承担的民事赔偿责任落实到“首恶”身上,才是保障投资者权益的关键所在,也有利于证券市场的良性发展。

从《新规解释》第 22 条出发能够发现,就此类明知实施财务造假活动的行为,人民法院是给予原告投资者救济路径去向实际造假的相关人员进行追责的;笔者认为,同样的逻辑适用于会计师事务所剥离自身民事责任的抗辩思路,若会计师事务所能够通过刑事调查或证监会行政调查取得有利于免责的询问笔录等证据材料,则一定程度上可以借此起到初步举证证明存在非会计师事务所原因导致的财务造假行为的作用,从而将案件的重点真正落实到证券虚假陈述的特殊民事侵权赔偿上。

中小投服提出的大智慧诉讼案件,上海金融法院已将立信会计师事务所追加为第三人,案涉标的额超过人民币 3.2 亿元;同时通过公开途径检索,笔者发现在已有案例和潜在案件中,仍有大量案件存在将会计师事务所作为共同被告的可能。如何在证券虚假陈述案件中厘清会计师事务所的过错与责任的法律关系,是亟须证券市场看门人予以重视和投入精力进行风险预防的;如何在有效的资源范畴内最高效地区分和增加会计师事务所应关注的事项,同样是此次《新规解释》发布后市场重新对中介机构建立信心的工具之一。

综上,笔者期待在未来的司法实践过程中,能够严格地适用《新规解释》的各项原则,尽快确定会计师事务所等中介机构民事赔偿责任的规则,如此既能够促使会计师事务所规范执业,也不会对证券服务机构施加过于严苛的责任,使得整个行业发展不会受到负面的影响,进而从根本上保障广大投资者的权益。

^① 《新规解释》第 22 条规定:“有证据证明发行人的供应商、客户,以及为发行人提供服务的金融机构等明知发行人实施财务造假活动,仍然为其提供相关交易合同、发票、存款证明等予以配合,或者故意隐瞒重要事实致使发行人的信息披露文件存在虚假陈述,原告起诉请求判令其与发行人等责任主体赔偿由此导致的损失的,人民法院应当予以支持。”