

本期视点

证券欺诈中注会师的 民事侵权责任研究

文 邱永红 厦门大学法学博士

作为“经济警察”的注册会计师，被公认为证券市场的“看门人”，投资者对上市公司的财务判断，只能依据注册会计师出具的财务审计报告。但近年来，随着琼民源、红光实业、黎明股份、郑百文及银广夏等公司的纷纷落马，为之造假推波助澜的注册会计师也逐一浮出水面。注册会计师如此明目张胆的欺诈行为，应该承担什么民事侵权责任？本文试做初步探讨。

一、承担侵权责任的法律依据

在我国，确定注册会计师承担民事侵权责任的法律依据主要有《证券法》、《注册会计师法》以及最高人民法院的三个司法解释。

《证券法》第161条规定：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。会计师出具虚假审计报告给投资者造成损失，根据《注册会计师法》第42条规定要承担民事损害赔偿之责。《注册会计师法》第42条规定，注册会计师事务所违反本法规定，

给委托人、其它利害关系人造成损失的，应当依法承担赔偿责任。1996年4月4日，最高人民法院颁布法函（1996）56号《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明如何处理的复函》，明确会计师事务所出具虚假验资证明，给委托人、其它利害关系人造成损失的，根据《注册会计师法》第42条规定要承担民事损害赔偿之责任；随后最高人民法院又通过了法释（1997）10号《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》及法释（1998）13号《关于会计师事务所为企业出具验资证明应如何承担责任的批复》，这两个法释对会计师事务所的责任作了一定限制：前者规定了“验资单位应当在验资报告不实部分或者虚假资金证明以内承担民事赔偿责任”；后者则规定了“在民事责任承担上，应当由债务人负责赔偿，不足部分，再由会计师事务所在其证明金额的范围承担赔偿责任。”值得注意的是，最高院在法释（1998）13号中，对会计师事务所承担民事赔偿责任的法律依据援引《民法通则》第106条第2款规定，而且认定会计师事务所是事业单位，会计师事务所为企业出具验资证明，属于依据委托合同实施民事行为。

根据《注册会计师法》第42条，事务所违反该法规定，给委托人、其他利害关系人造成损失，应当依据承担赔偿责任。可见，因注册会计师违反执业准则、规则或有欺诈、重大过失行为而造成第三人损害，注册会计师与其事务所都可成为侵权责任主体。由于注册会计师作为专家与第三人（报表使用者）之间具有特殊的信赖关系，该种责任在构成要件、举证等方面也有其特殊性。注册会计师对第三人的特殊侵权责任的成立也应满足侵权行为、损害事实、因果关系的要件，同时还产生下列的特殊问题。

（一）归责原则：法律界与会计界的对立

注册会计师承担侵权责任的归责原则问题上，法律界与会计界存在着尖锐的对立。

1、法律界：无过错责任原则

依《民法通则》第106条规定的没有过错也应承担民事责任的情况，我国对特殊侵权行为确立了无过错责任原则，但无过错责任只是一种例外，并且限于法律有明文规定的情形。但无过错责任只是一种例外，并且限于法律有明文规定的情形。从这种意义上说，注册会计师证券欺诈的民事赔偿责任的归责原则无疑为过错责任原则。但从最高法院有关的司法解释看，似已突破此规定。具体地说，以验资报告为例，司法解释（1997）10号放弃了（1996）56号函使用的“虚假验资证明”概念，改用“不实的验资报告”与“虚假的验资证明”这两个概念，从一定程度上接受了审计界的观点，区分了主观有过错的与主观没有过错的验证的资本额与实际不相符的两种验资证明。但司法解释（1997）10号并未为这种验资证明确立不同的责任形式，反而“更具体地指出如果验资报告（部分）不实，会计师事务所就要在验资报告不实部分以内承担民事赔偿责任”。司法解释（1998）13号恢复使用了“虚假验资证明”概念，实际上以“虚假验资证

本期视点

明”涵盖“不实的验资证明”与“虚假的验资证明”两种情形。这样,会计师虚假验资证明的民事赔偿责任的归责原则依现有司法解释为无过错责任原则,只要注册会计师验资证明验证的资本额与实际不相符合,因此遭受损失的利害关系人即可就不实部分追诉该会计师事务所。

2、会计界 过错责任原则

我国《注册会计师法》第21条规定:注册会计师执行审计业务,必须按照执业准则、规则确定的工作程序出具报告。同样以验资报告为例,《独立审计实务公告第1号——验资》第1条规定:验资报告的真实性的指验资报告应如实反映注册会计师的验资范围、验资依据、已实施的主要验资程序和应发表的验资意见。注册会计师执行验资业务,对验资报告的真实性和合法性负责。依上述规定,审计界人士认为注册会计师严格遵循审计准则与验资规则出具的验资报告为真实的验资报告,即使其验证的注册资本额与实际不符,也不影响其验资报告的真实性的。这样,依《注册会计师法》第21条、第42条,会计师事务所对之不承担责任,注册会计师没有遵循或没有严格遵循独立审计准则与验资规则,未尽应有的职业谨慎与注意义务,主观上故意或过失地出具了与实际不相符的验资报告,该类验资报告应称为不实的验资报告,会计师事务所对此依法承担责任。换言之,判断注册会计师主观有无过错的标准为是否严格遵循独立审计准则与验资规则。由上可见,注册会计师验资证明的民事赔偿责任以行为人主观上的过错为前提条件,其归责原则应为过错责任。

对于上述法律界和会计界的对立,笔者通过研究发现,独立审计制度从产生至今,其它各国从未适用过无过错责任原则也未适用过单纯的过错责任原则。从各国立法例来看,美国、日本和我国台湾地区、证券交易法均采用过错推定的归责原则。依美国、日

本证券法、证券交易法,注册会计师对审计报告承担“合理的保证责任”。所谓“合理的保证责任”,即注册会计师只要严格遵循会计准则,即使出具了虚假的会计报告,依法也不应承担任何责任。注册会计师只有在未严格遵循会计准则的前提下,故意或过失地出具了虚假的会计报告,才对“其他利害关系人”“承担报告不实部分或虚假证明金额范围内的赔偿责任”。因此,笔者认为,我国似应对相关立法进行修改,将证券欺诈中注册会计师侵权责任的归责原则规定为过错推定原则即注册会计师如果不能证明自己无过错,则推定为有过错。同时,与之相应的是,在举证责任的分担上,我国立法也应规定为举证责任倒置即由注册会计师举证。

(二)因果关系的确定

依一般侵权行为法则,原告必须证明其损害事实与被告注册会计师的违法行为之间存在因果关系。然而,在现实的证券交易中,这一点往往不易做到。一方面由于证券交易并非面对面的交易,而从事证券欺诈行为的注册会计师相对于一般公众投资者来说往往具有资金或信息上的优势,且欺诈行为都较为隐蔽,没有专门机构的调查,一般公众投资者甚至不易发觉自己的损失是由人为原因造成的,举证十分困难;另一方面证券价格的波动受各种因素的影响,即使专业证券分析人士也难以确定各种不同因素对证券价格的影响及影响的程度,更遑论一般的投资者了。在这种情况下,适用一般侵权行为法则对受害人十分不利。正是认识到这些客观原因的存在,美国及世界各国法律都渐渐放弃了传统的“谁主张、谁举证”,而改采因果关系推定说,赋予善意相反买卖的投资者以起诉权,加强对投资者合法权益的保护。“推定因果关系”尽管扩大了行为人的责任,但并不排斥被告有提出反证的权利。如果被告确属无辜完全可以提出证据证明原告的损失是由

其他因素所造成,从而排除“事实上的因果关系”不承担损害赔偿责任。

笔者认为我国立法应该规定,在确定证券欺诈中注册会计师的侵权责任时,除非被告能证明原告的损失是由于其它因素引起的,否则就推定因果关系的存在,至于被告可能存在其它的抗辩事由,如主观上无过错、第三人过错等,不在因果关系范围之列。要让投资者证明其损失与被告的欺诈行为存在因果关系,是十分困难的。为了保护投资者的利益,在公司的虚假陈述的损害赔偿案中,一般实行因果关系推定的原则,笔者认为,这在一定程度上有助于保护弱者的利益,尤其是中小投资者;同时进一步地惩罚造假者。

(三)第三人范围的界定

对第三人范围进行界定即谁能充当原告的问题,在美国普通法上,注册会计师若有欺诈(Actual Fraud)或重大过失(Gross Negligence)行为,则应对所有可能使用报表的第三人负责;若仅有普通过失,第三人范围则有限制。1931年 Ultramares 案确定了一项原则:只有报表的主要受益人(Primary Beneficiary),即注册会计师于审计前已知晓其姓名的报表主要使用者,才有权请求注册会计师赔偿。该案之后,随着专家责任意识的增强、保护消费者运动的兴起、职业责任保险的推广和会计师事务所资力的增强,第三人范围得到扩展。先是1977年侵权法重述(第2次)552条规定注册会计师须对虽未确知、但已预知的特定群体承担过失责任,如注册会计师于审计前已知悉报表将用于申请贷款、则所有银行即为已预知的特定群体。其后1983年 Rosenblum 案又将第三人范围扩及于所有可预知(Foreseeable)的关系人。1985年 Greddit Alliance 案又向 Ultramares 原则复归,将范围限制在注册会计师知道依赖其报告的第三人。

因此,我国当前很有必要借鉴英美等国的立法,对“其它利害关系人”(即第三人)加以适当的规制:(1)注册

本期视点

会计师出于故意出具不实报告的,对已知或应知的特定利害关系人因信赖该报告造成损失的,应承担赔偿责任。(2)注册会计师出于重大过失或一般过失出具不实报告,对已知的利害关系人因信赖该报告造成损失的,应承担赔偿责任。(3)注册会计师出于轻微过失出具不实报告的,对利害关系人因信赖该报告造成损失的,一般不承担赔偿责任。

二、侵权责任的赔偿

(一)赔偿份额的确定

我国《证券法》第202条规定:“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,就其所应负责的内容弄虚作假的,……造成损失的,承担连带赔偿责任。”《证券法》第161条规定,会计师事务所及资产评估机构也是赔偿主体,就其负有责任的部分承担连带责任。假设某宗证券诉讼案中,法庭认为包括发行人、承销的证券公司、发行人、承销的证券公司的负有责任的董事、监事、经理、专业机构等被告要向原告赔偿2亿元,这2亿元赔偿额最终要落到各个被告的头上,如发行人赔偿1.2亿,承销商赔偿0.4亿,专业机构0.4亿,现在问题是专业机构除了承担自己的赔偿份额外,要不要对其他的1.6亿赔偿额承担赔偿责任,即在多个被告的情况下,各被告承担的是比例责任还是连带责任,由于第63条、第161条含义模糊,目前学界还有较大的争议。但笔者赞同比例责任观点。1995年12月22日,美国会通过的《私人证券诉讼改革法案》就确定了注册会计师“公充份额”比例赔偿责任。可以说,《改革法案》最大的突破就是用“公充份额”比例责任系统替代以往的连带责任规则。刊登在我国《最高人民法院公报》2000年第2期的我国海南玉龙虚假验资赔偿案下的注册会计师民事责任的确定也采取了比例责任的原则。

(二)赔偿金额的计算

确定赔偿金额是追究证券欺诈行为中注册会计师民事责任的又一个难点问题。如前所述,在具体案件中,受欺诈方的损失情况相当复杂,而证券交易价格受到各种因素的影响瞬息万变,因此,要准确地确定赔偿金额有一定的困难。因此,受害者的损失只能通过法律特许的推定方法来计算。如美国1993年《证券法》第11条第5款就规定,原告请求赔偿的计算标准为原告购买有价证券之价金(不能超过公开承销之价格)与下列三种价格之差:(1)原告起诉前,已售出该有价证券的,为实际售出价格;(2)原告提起诉讼前及诉讼进行中,均未出售该有价证券的,为起诉时该有价证券的价格;(3)原告起诉后裁判前将该有价证券出售的,如其卖价高于起诉时该有价证券的价格的,以其实际出售价格为准;如果卖价低于起诉时价格的,仍以起诉时的价格为准。我国台湾地区于1988年修正之《证券交易法》第157条之一条二项规定,以行为人于信息公开前所买卖证券之价格与信息公开后10个营业日收盘平均价格之差额的限度内,作为赔偿范围认定之标准。对违法之内线交易、情节重大者,法院得依善意从事相反买卖人之请求,将责任限额提高至3倍。加拿大证券交易法也有类似规定。

我们认为,损失赔偿以法律拟制方法计算毫无疑问,但关键在于赔偿额的标准应如何计算才能既有效地维护受害者的合法权益,又不至扩大欺诈行为人的法律责任,真正体现法律的公平。1993年美国证券法的做法弥补了受害人在证券交易中的损失,但这仅仅是一种消极的补偿,没有兼顾可得利益的损失,不能体现对投资者的保护。我国台湾地区证券法以信息公开后10个交易日的平均收盘价格与实际买卖价格之差推定为善意投资者的损失,既弥补了受害人的实际损失,又照顾到了可得利益;同时规定情节重大的,责任限额可以提高至3倍,立法的宗旨显然更加倾

向于投资者的利益而扩大了行为人的责任。笔者以为,对欺诈行为人追究民事责任,其最终目的是为了保护投资者合法的经济利益,从而使因欺诈行为而失衡、扭曲的经济关系得以恢复原状,因此民事责任不应体现对欺诈行为人的惩罚(这是行政责任及刑事责任的任务),而应对投资者的损失进行实事求是的赔偿,要以公平合理为原则。因此民事责任的赔偿范围以不超过不当得利,超过部分宜按比例赔偿,这样既能保护投资者的合法权益,又不会扩大证券欺诈者应承担的民事责任范围,有利当事人之间利益之整合以体现社会公平。

目前,我国在对证券欺诈中注册会计师侵权责任的赔偿金额的计算上,主要有以下几种方法:

(1)实际差价算法,即从有赔偿要求者为取得该有价证券所支付的金额中,扣除要求赔偿损失时的市场金额。如已卖出,则为该证券卖出的价格。当然如果被告能够证明原告所受的全部或部分损失并非由被告的欺诈行为所引起,则对原告该部分损失不承担赔偿责任。(2)实际诱因算法。即虚假陈述者对其虚假陈述引起的价格波动负赔偿责任。(3)实际价值算法,即赔偿额为受损者进行交易时的价格与当时证券的实际价值之差额。(4)非法所得算法,即赔偿金额限定于虚假信息提供者的全部非法所得,包括所获的利益或减少的损失。

就上述诸种方法相比较而言,笔者认为非法所得算法是比较可取的,因为其具有确定性、可操作性的特征,同时也利于司法实践。比如就差价算法而言,如何确定一段合理时间困难颇大;此外,实际诱因方法同样面临着如何确定各种不同因素对证券价值的影响及程度的问题。当然,要特别注意的是,按上述方法计算出来的是原告所能得到的赔偿总额,如上所述,从事证券欺诈行为的注册会计师只承担其中的部分份额。^①