

会计师事务所承接上市公司 审计业务模式的新思路: 抽签

赵红梅* 许庆涛**

摘要:上市公司审计“受托责任”已从受出资人之托演变为受公众之托,据此法律为会计师事务所及其注册会计师设定了严苛的社会公共义务及责任。与此不相称的是,会计师事务所承接上市公司审计业务的现行模式不但未逐步社会化,反而更加商业化——由上市公司管理者间接选择委托会计师事务所审计自己的经营活动。该模式的一个直接不良后果是后者容易被前者所“俘获”。针对革除该模式的弊端,一些研究者先后提出了多种改进方案但大多不尽合理或有效。一个新思路是弃用由上市公司与会计师事务所就审计业务自主确认委托与被委托关系的模式,改由法律授权的机构组织上市公司在符合资质的会计师事务所当中以抽签的方式确认承接审计业务者。

关键词:会计师事务所 注册会计师 上市公司 审计 抽签

* 中国政法大学民商经济法学院社会法研究所所长、副教授。

** 北京市第一中级人民法院书记员。

会计师事务所及其注册会计师依法为上市公司出具的审计报告,是联系上市公司利益各方和资本市场不特定公众的桥梁纽带。然而,在近年来我国频发的上市公司虚假信息披露事件中,不断有会计师事务所及注册会计师参与舞弊的踪影,此已引发证券市场与会计审计行业的诚信危机。如深圳中天勤会计师事务所及其注册会计师,为银广夏公司出具严重失实的无保留意见的审计报告,严重损害了广大证券投资者的合法权益。^①

会计师事务所及其注册会计师承接上市公司审计业务的角色定位是什么?会计师事务所及其注册会计师承接上市公司审计业务的现行模式有哪些弊端?革除现行模式弊端可依循什么样的理路?曾经提出的多种改进方案有哪些不足?本文将对这些问题予以较深入的分析论证,在此基础上进一步提出革除现行模式弊端的新思路。

一、角色定位

审计属于会计鉴证业务的一种,其涉及的法律关系三方分别是:第一,审计报告主要责任方即审计业务委托者;第二,审计报告出具方即审计业务承接者(主要由会计师事务所及其注册会计师担任);第三,审计报告预期使用方即审计业务利益相关者。审计三方之间关系的精髓是:审计业务承接者对由审计业务委托者负责的鉴证对象和鉴证对象信息提出结论,以增强审计业务利益相关者对鉴证对象信息的信任程度。

最早的审计出现在合伙企业中。在合伙企业时代,审计的目的主要是检查参与企业经营的合伙人是否有贪污、盗窃和其他舞弊行为。这时候的委托人主要是企业主——财产所有者即不参与企业经营的合伙人,他们也是审计报告的预期使用者。委托人和预期使用者是重合的。因为这时候的合伙企业虽然发生了所有权和经营权的分离,但是

^① 参见刘韬:“财政部吊销中天勤执业资格”,载《人民日报》2001年9月7日第2版。

企业经营的基础仍然是小范围的资本,利益相关者仅限于合伙企业内部的合伙人,审计报告的预期使用者主要是不参与经营的合伙人,涉“他”和社会的影响极为有限。

在现代企业形态——上市公司时代,企业所有者的范围开始扩大并且不再那么明显,审计报告的使用者也日益呈现多元化,会计师事务所受托从事审计业务,不仅要考虑维护实际委托人的利益,而且伴随着上市公司投资者以及利益相关者范围的不断扩大,审计的功能也发生了巨大变化——需惠及不特定中小股东以及广大利益相关者。由于上市公司股东人数越来越不确定和上市公司经营活动的社会属性越来越强,审计报告不再是上市公司的秘密,它需要公诸于众——公司的股东及其他投资人、债权人、供货商、员工及工会和政府等都可能是审计报告的使用者;审计报告也不再仅是股东等投资人予以关注的资产负债表,而是影响各方利益的“公共物品”。“长期以来,审计在促进金融市场上信用流动以及维护社会公平正义方面发挥了重要作用,所以,审计如果要继续发挥这种重要的作用,就应该跳出现有服务职能的圈子,将自己看作是作为重要控制决策基础的所有公布信息的潜在检查人。也就是说,审计应将自己看成是公共决策机构中不可或缺的组成部分。”^②至此,会计师事务所及其注册会计师的审计“受托责任”已从受出资人之托,演变为受公众之托,会计师事务所及其注册会计师逐渐成为公众的“看门狗”而不是上市公司的“护家犬”,它的定位实际为既非政府组织也非单纯营利组织属性的社会中介组织——“市场经济警察”。

进一步而言,在承接上市公司审计业务的会计行业领域,业已形成一整套特殊知识,建立和适用一种会计行业公认的、要求更高的行为注意义务标准,就成为必然且必须。而且“客户对于那些具有特定专业知识的人员的表现应该有一定程度的预期”。^③受托人即会计师事务所及其注册会计师有义务向财产所有者和利益相关者报告上市公司的

② [美]罗伯特·K.莫茨、[埃]侯赛因·A.夏拉夫:《审计理论结构》,文硕等译,中国商业出版社1990年版,第258页。

③ [美]文森特·R.约翰逊:《美国侵权法》,赵秀文译,中国人民大学出版社2004年版,第82页。

真实经营情况,“这类职业有一种特定的责任,即必须为基本的、共同的目的服务,从事这类职业的人必须在公共利益方面加强自己内在的道德尊严”。^④ 因为正如《中国注册会计师胜任能力指南》第 28 条第 2 款中规定:“是否接受遵循注册会计师职业的职业道德观、道德与态度的要求,是区分注册会计师与其他人员的重要标志。”第 34 条规定:“注册会计师应当在执业过程中始终关注可能存在的新的道德要求及其与自身工作的冲突,并对行业组织和社会公众有关注册会计师职业道德的最新期望保持敏感。”^⑤ 国际会计师联合会对于注册会计师这种专业性的行业也特别强调了其社会责任:“注册会计师行业一个显著的特征是在执业涉及公共利益时受托责任的承担,因此,注册会计师不仅要对其现有的客户、雇主负有重要责任,而且对其所生活的社会和公众利益负有重要责任。”^⑥

这种道德尊严被提升到法律层面的表现就是立法为会计师事务所及其注册会计师设定了严苛的社会义务及责任。《中华人民共和国注册会计师法》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。注册会计师执行审计业务出具报告时,不得有下列行为:(一)明知委托人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;(二)明知委托人的财务会计处理会直接损害报告使用人或者其他利害关系人的利益,而予以隐瞒或者作不实的报告;(三)明知委托人的财务会计处理会导致报告使用人或者其他利害关系人产生重大误解,而不予指明;(四)明知委托人的会计报表的重要事项有其他不实的内容,而不予指明。对委托人有前款所列行为,会计师事务所按照执业准则、规则应当知道的,适用前款规定。”该法还对注册会计师违反前述规定设定了行政处罚责任和民事赔偿责任,并规定注册会计师故意出具虚假的审计报告、验资报告,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

④ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 606 页。

⑤ 中国注册会计师协会[2007]第 66 号。

⑥ International Federation of Accountants, Code of Ethics for Professional Accountants Section 100.1, (IFAC) <http://web.ifac.org/publications>, 2010 年 3 月 11 日访问。

二、现行模式的弊端

会计师事务所独立于上市公司管理者是理所当然的。根据美国注册会计师协会 2009 年发布的审计准则规定:“诚实是审计人员独立的前提条件,审计人员只有超然于其客户、雇主、所有者的责任和利益,才能被认为是独立的。”^⑦美国会计师事务所协会在其《职业行为守则》中要求:“在公共领域中的会员(职业注册会计师),在提供审计和其他鉴证业务时应当保持实质上与形式上的独立。”^⑧《中国会计师事务所内部治理指南》第 57 条第 2 款规定:“事务所应当保证其形式上和实质上的独立性,制定事务所及注册会计师独立性的总体要求、评价与保持独立性的制度规范,明确规定影响事务所和注册会计师独立性的重要因素及应采取的措施。”^⑨《中国注册会计师职业道德守则第 1 号》第三章第 10 条也规定:“注册会计师执行审计和审阅业务时,应当从实质上和形式上保持独立性,不得因任何利害关系影响其客观性。”^⑩

传统上,审计人承接审计业务,采取的是直接受托模式。在这种模式下,审计人由财产所有者聘任,财产所有者是委托人,审计人是受托人,审计对象主要是管理者的经营活动,审计人的报酬也是由财产所有者支付的;审计人也必须代表财产所有者对经营者的经营活动进行监督,否则就有被解除审计委托关系的危险。这就割断了审计人与管理者的利益关联,确保其所实施的审计独立、公正。

随着上市公司的出现,确认会计师事务所承接上市公司审计业务的模式就无法再适用传统的直接受托模式,因为财产所有者不再那么

^⑦ The American Institute of Certified Public Accountants, AU Section 220, (AICPA) <http://www.aicpa.org/download/members/div/auditstd/AU-00220.PDF>, 2010 年 2 月 24 日访问。

^⑧ The American Institute of Certified Public Accountants, Interpretations under Rule 101, (AICPA) http://www.aicpa.org/about/code/et_101.html#et_101, 2010 年 2 月 24 日访问。

^⑨ 中国注册会计师协会[2007]第 34 号。

^⑩ 中国注册会计师协会[2009]第 57 号。

固定——变成众多经常变动的股东,特别是对一些短期投机股东来说,他们关注的焦点是企业股票的技术形态。这样,由所有股东真正地将审计业务直接委托给会计师事务所就不再现实。于是,就产生了间接受托模式:众多经常变动的股东于事实上(不做意思表示)将审计业务的聘任权委托给公司的执行机构或者监督机构行使,再由这些机构聘任会计师事务所承接审计业务。前文已述,在观念上,会计师事务所审计“受托责任”已被认为从受出资人之托演变为受公众之托;在法律上,会计师事务所及其注册会计师被要求承担严苛的社会公共义务及责任。与此不相称的是,确认会计师事务所承接上市公司审计业务的现行模式却没有跟进和发生根本性的演变,不但没有逐步社会化,反而更加商业化——由上市公司管理者(含大股东)间接委托会计师事务所审计自己的经营活动。

这时,人们就很容易发现:间接受托模式的一个直接不良后果是会计师事务所容易被上市公司管理者所“俘获”。理由是:第一,间接受托打破了直接受托下的法律制约格局,演变为上市公司管理者聘请会计师事务所审计自己的经营成果。借此,会计师事务所的受聘任机会和薪酬的获取不真正取决于财产所有者,更没有可能取决于利益相关者的意志,而是取决于上市公司管理者的意志——先由上市公司管理者确定然后才会经过上市公司权力机构或者监督机构走过场式通过。第二,会计师事务所出具的财务报表等审计报告,首先要得到委托其审计业务的上市公司的管理者认可,然后也才会经过上市公司权力机构或者监督机构走过场式通过,^⑩再向社会公布。既然会计师事务所是否得到审计业务、获取审计报酬多少的命脉以及审计结果是否获得通过及公开,牢牢掌控在上市公司管理者手中,那么就难以保证会计师事务所及其注册会计师从事的审计业务不被上市公司管理者所控制或利用,进而审计的独立、公正性和审计结果对社会公众负责就会被质疑。

我国目前会计相关服务市场所占比例偏小,审计业务成为会计师事务所的主要收入来源,作为审计业务高收入的上市公司审计业务,更

^⑩ 笔者认为,现阶段上市公司权力机构(股东会)、监督机构(监事会)对执行机构(董事会等)之间往往难以形成真正的制衡与控制。

成为会计师事务所争夺的焦点。根据中国注册会计师协会2010年4月23日发布的“2009年报审计情况快报(第十四期)”,其中附表1“上市公司2009年年报审计简要情况明细表”表明:我国会计师事务所对上市公司审计业务的收费少则十数万元多则数千万元人民币(如中瑞岳华、罗兵咸永道对中国平安的审计业务收费高达4778万元)。⑫近年来,我国一些会计师事务所为争夺业务来源不惜以违法违规审计取悦上市公司管理者,并存在对其实施商业贿赂等以获取上市公司审计业务的不正当竞争违法甚至犯罪行为问题。例如,立华会计师事务所与多家上市公司大肆协同作弊将一批“地雷股”托成“明星股”。⑬此外,基于我国特殊的国情,国有控股上市公司在证券市场上占据很大的资产份额,而根据《企业国有资产监督管理暂行条例》⑭第12条、第13条的规定,国家和地方国有资产监督管理委员会对这些国有控股上市公司负有监管职责,依照法定程序对其负责人进行任免、考核,并根据考核结果实施奖惩。这种监管体制使得会计师事务所习惯于公国有资产监督管理机构以获取国有控股上市公司审计业务。

就此实际存在一个悖论:会计师事务所及其注册会计师如果严格执行法律和依循职业道德戒律、不逾越社会良知的底线,就几乎难有上市公司管理者委托其承接审计业务——因得罪自己的“衣食父母”而断绝业务来源,从而被整个行业边缘化。如果在这样的利益格局下,幻想会计师事务所及其会计师事务所会自觉履行严苛的社会公共义务,其出具的审计报告依然具有客观、公正性,那就只能是道德虚化意念下的一厢情愿。会计师事务所及其注册会计师只有在利益不依附于上市公司管理者而仅将其视为审计监督对象的情况下,才能在后者面前抬起高贵的头颅并严格遵守法律和职业道德准则;而在面临“生存还是死亡”的选择时,任何一个正常的会计师事务所及其注册会计师都将

⑫ 参见“中注协发布2009年报审计情况快报(第十四期)”,中国注册会计师协会网,http://www.cicpa.org.cn/topnews/201004/t20100423_22001.htm,2010年8月23日访问。

⑬ 参见江时强、李鹏翔、皮曙初:“湖北一会计师事务所出具假信息欺骗投资者”,<http://www.people.com.cn/GB/shehui/44/20010820/539003.html>,2010年9月21日访问。

⑭ 国务院令[2003]第378号。

选择趋利避害、随波逐流。根据中国注册会计师协会 2010 年 4 月 23 日发布的“2009 年年报审计情况快报(第十四期)”附表 2“上市公司 2009 年年报审计意见汇总表”,我国会计师事务所对上市公司实施审计后绝大部分出具了对上市公司最为有利的“无保留意见”(占全部审计意见的 95.7%),而无一例出具了对上市公司最为不利的“否定意见”。^⑮

借此,我们可做出以下推断:我国的会计师事务所及其注册会计师普遍自认担当公众的“看门狗”,以及立法设定的严苛的社会公共义务及责任对其产生了强大约束力,依然是难以成为现实的美好期许;如果我国的相关立法不重视加强内在的合理、可行性,而只是一味地让会计师事务所及其注册会计师做“道德人”砸自己的饭碗,那就如同要求“讨饭的人”必须充分保持自身的尊严一样。

三、革除现行模式弊端应依循的理路

我们绝不能奢望仅以加强对审计过程的行政监督执法^⑯和行业自律^⑰以及对实施违法审计行为者追究民事责任、行政责任甚至刑事责任这些既有的法律机制,来达到遏制、威慑会计师事务所及其注册会计师使其自觉履行苛严的社会公共义务的立法目的。^⑱因为任何事中的监督和事后的责任追究都不及事先制度设计的合理对人们行为的控制更能节约成本,更为高效。况且进一步而言,审计本质上是一门艺术而不是科学,是在定性的环境中获得定量数据的技术性活动。莫茨和夏拉夫认为:审计是充满了价值判断的过程。在审计业务中,时机是重要

^⑮ 参见同注“中注协发布 2009 年年报审计情况快报(第十四期)”。

^⑯ 参见《中华人民共和国注册会计师法》第 5 条的规定。

^⑰ 参见《中华人民共和国注册会计师法》第 37 条的规定。另外依据中国注册会计师协会 2004 年 3 月发布的《会计师事务所执业质量检查制度(试行)》,所有会计师事务所每 5 年内应当至少接受一次中国注册会计师协会组织的质量检查。

^⑱ 例如,一些学者特别赞同强化民事赔偿责任,以使会计师事务所及其注册会计师远离审计造假。可参见李明辉:“注册会计师民事责任的几个基本问题”,载《审计研究》2002 年第 4 期。

的问题。审计人员在不同的时间,对同一存货进行测试,不可能取得同样的结果。不仅如此,由于许多无形的因素共同影响着审计人员的判断,所以,只有置身于做出决策的当时,才能正确评价审计判断的妥当性,这在某种程度上解释了为何确定某项审计业务是否遵循了公认审计标准是相当困难的。当然,如果注册会计师的渎职行为十分过分,还是很容易判定其违法性的。但当其渎职行为不十分过分时,精确地重构当时做出判断的条件和证据就非常困难。这种困难事实上妨碍了对审计决策做出符合实际的检验。¹⁹ 我们认为,审计是一份靠技术与经验,更靠法治信念和社会良知谋生的职业,法律应为会计师事务所及其注册会计师创造促使其不逾越法治信念和社会良知底线的必要条件——拥有利益独立基础之上的职业尊严感,这才是至关重要的。

革除现行模式弊端应依循的理路首先是转变观念。既然会计师事务所及其注册会计师是公众的“看门狗”而不是上市公司的“护家犬”,法律业已要求其承担严苛的社会公共义务及责任,那么就必须认识到,其与上市公司发生审计关系的利益前提主要是两者之间存在商业委托的观念已经过时。我们应彻底革除如此的陈旧观念——上市公司与会计师事务所只有经过“自由恋爱”才能自主确定审计委托关系;而必须树立这样一种崭新观念,即在今天,一个会计师事务所应根据某种社会性的要求,而非仅根据自由委托意志,来确定自己的角色定位及其行动。法律越来越倾向于以各种社会利害关系和公共义务为基础,而不是以会计师事务所自身的利益,甚至也不完全以委托人的利益或愿望为基础。21世纪,一个典型的注册会计师不是从雇主、客户或委托人所给予的满意回报中发现自己的价值,而是从他所服务的社会满意度中发现自己的价值。正是他与社会之间的关系,产生了与他的存在和行为有关的重大的法律后果。²⁰

革除现行模式弊端应依循的理路其次是革新制度。既然会计师事

¹⁹ [美]罗伯特·K.莫茨、[埃]侯赛因·A.夏拉夫:《审计理论结构》,文硕等译,中国商业出版社1990年版,第40页。

²⁰ 这段论证,在表述形式上部分地借鉴了美国学者施瓦茨的一段话,但内容与之不同。参见[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军、洪德、杨静辉译,中国政法大学出版社1997年版,第213页。

务所的审计“受托责任”已从受出资人之托演变为受公众之托,那么承接上市公司审计业务的模式就必须跟进发生根本性的演变,要逐步社会化,而由上市公司的管理者间接委托会计师事务所审计自己的经营活动的商业委托模式就必须被弃用。如此,也才能与法律已要求会计师事务所及其注册会计师承担的严苛社会公共义务相称,这些义务也才能被义务者真正自觉履行。如前文所述,会计师事务所承接上市公司审计业务由管理者间接委托的传统模式,无法从根源上消除人为操作在不同会计师事务所之间可能产生的业务获取机会的不公正。而这种不公正必将严重挫败会计师事务所及其注册会计师本已十分微弱的职业尊严,打压其仅存不多的法治信念和社会良知。

四、曾经提出的多种改进方案及不足

针对革除前述确认会计师事务所承接上市公司审计业务模式的弊端,学者曾提出过一些改进方案。其大致可分为两类:

第一,改善上市公司审计业务的内部委托或监督机制。如余玉苗提出,在上市公司内设立主要由独立董事组成的审计委员会行使审计委托权。^④我们认为:把审计委托权交由主要由独立董事组成的审计委员会,似乎是在既有的上市公司治理结构之外增加了防范审计舞弊的特殊环节,然而,独立董事相对于上市公司管理者表面上立场超然,但是前者的提名和薪酬最终又是由后者决定的,尽管名义上要经过股东大会的批准。^⑤如果不考察制度本身的理性而盲目寄托于道德的约束,将再次陷入让“讨饭的人”保持尊严的尴尬境地。由上市公司管理者提名确定的独立董事,显然无法真正保持独立性和超然性,也无法代

^④ 参见余玉苗:“我国上市公司注册会计师审计关系研究”,载《财务与会计》2000年第10期。

^⑤ 例如,在世界通信的12名董事中,独立董事占了9名,然而,这些独立董事基本上听命于执行董事。究其原因,主要包括两方面:一是埃伯斯和苏利文在董事会中发挥了决定性的影响,二是董事会成员在世界通信中获益颇为丰厚。参见黄世忠主编:《会计数字游戏:美国十大财务舞弊案例剖析》,中国财政经济出版社2003年版,第33页。

表和维护弱势中小股东和利益相关者的利益,更难以监督上市公司管理者的行为。丧失实质独立性的独立董事势必会沦为“花瓶董事”,而无法有效地实现其角色定位和功能定位。^⑳

第二,建立上市公司审计业务的外部委托或监督机制。例如,汪俊秀提出,由中国证监会下设审计委员会统一通过公开招投标的方式聘请会计师事务所对上市公司的财务报表进行审计。^㉑即主张将审计委托权上收回中国证监会统一行使。又如,黄友、梁贝认为,可以考虑由作为上市公司监管部门的中国证监会出面组织包括财政部、中国注册会计师协会、国家国有资产监督管理委员会等组织专业人士成立一个年度审计委员会,来统一委托会计师事务所对上市公司进行审计。^㉒即主张将审计委托权上收回中国证监会等多头政府监督管理部门共同行使。再如,阮先桃、汤干湘提出,为了使各有关利益集团的意志得以充分体现,并使其利益得到有效制衡,可以建立一个由股东、债权人和政府有关部门的代表组成的机构,专门负责会计师事务所的选择、聘用和报酬工作。^㉓即主张将审计委托权由政府监督管理部门和上市公司利益所有者及相关者共同行使。另如汤寿珩、任元明认为,审计费用支付方式使会计师事务所在经济上受制于审计对象,其独立性大打折扣,并且会计师事务所面临的外部环境不尽如人意,进一步限制了其独立性,因此可考虑组建“会计交易服务中心”,使会计师事务所和上市公司进行间接交易。^㉔即主张将审计委托权上收给半官方性的独立机构“会计交易服务中心”行使。我们认为,把审计业务的委托权交由对上市公司实施监管的行政部门来行使,可能会导致回归老路,容易发生权

^⑳ 参见刘颖斐、余玉苗:“上市公司独立董事的角色和功能定位及其实现状况分析——以湖北上市公司为证据”,载《财会通讯》2004年第12期。

^㉑ 参见汪俊秀:“上市公司审计委托关系的重构——加强审计独立性的路径”,载《审计与经济研究》2007年第1期。

^㉒ 黄友、梁贝:“从公司治理结构看上市公司审计委托权的现实选择”,载《四川财政》2003年第12期。

^㉓ 参见阮先桃、汤干湘:“解决审计委托人移位问题的一种新思路”,载《经济师》2004年第3期。

^㉔ 参见汤寿珩、任元明:“影响我国民间审计独立性的因素及对策”,载《会计之友》2003年第3期。

力寻租(即使公开招投标也有很大寻租空间);而把审计业务的委托权交由混合性的“由股东、债权人和政府有关部门的代表组成的机构”或是半官方性的独立机构“会计交易服务中心”的方案,虽有一定的制度创新价值,但如果没有一套合理、有效的程序制约机制,行使委托权力的机构和人员也容易被利益所“俘获”。因此,这样的改革方案实施的客观效果也可能与当初的设想有很大距离。

此外,针对革除前述会计师事务所承接上市公司审计业务模式的弊端,美国纽约大学会计学教授乔斯华·罗恩提出的改进方案——“财务报表保险制”,也被我国一些研究者寄予厚望,其具体设想是上市公司不再直接聘请会计师事务所对财务报表进行审计,而是向保险公司投保财务报表保险,保险公司聘请会计师事务所对投保的上市公司进行审计,根据风险评估结果决定承保金额和保险费率。对因为财务报表的不实陈述或漏报给投资者造成的损失,由保险公司负责向投资者进行赔偿(设定一定的免赔额)。^⑳我国研究者易琮对此大为赞赏,认为财务报表保险制是一种以市场机制为基础的、审计失职和财务舞弊的综合解决方案。保险公司充当的是会计师事务所的“客户批发商”,聘用注册会计师的决策权从被审计上市公司的管理层转移集中到承保人手中,切断了上市公司管理层与会计师事务所之间的委托代理关系,会计师事务所失信于一家保险公司,就会失去一大批投保该保险公司的上市公司审计业务;而保险公司出于自身利益的考虑,也会力求充分发现和揭示上市公司财务报表的风险,杜绝审计舞弊事件的发生。因而,保险公司的利益与上市公司投资者和社会公众的利益趋于一致。^㉑的确,人们惯常将商业保险当做治疗许多现代社会疑难病的良方,通常认为“保险公司是监控某些权利主张抗辩的专家”,^㉒因而

^⑳ See Joshua Ronen, “Post - Enron Reform: Financial Statement Insurance, and GAAP Re - visited”, *Stanford Journal of Law: Business and Finance*, Vol. 8, No. 1, 2002.

^㉑ 参见易琮:“解决审计独立性矛盾的新设想:财务报表保险制度”,载《中国注册会计师》2004年第4期。

^㉒ [美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》(下),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第569页。

“由商业保险公司承担审计第四关系人的角色是较现实的选择”。^④ 我们不赞同前述观点。因为上市公司会计舞弊往往构成对不特定公众实施侵害的事件——其侵犯的是一种发散性利益。就针对不特定公众实施侵害这样的公共侵扰,私法意义的侵权责任法对其中某些因果关系直接或受害程度严重的损害,允许受害者对加害者提起私法上的侵权之诉以寻求救济;而某些因果关系不直接的损害或受害程度轻微的广大不特定受害人往往难享有赔偿请求权。在美国,之所以可以将财务报表保险制当做消除前述会计师事务所承接上市公司审计业务模式弊端的良方,在于美国早已普遍适用了对不特定集体大众(包括中小证券投资者)受害加以救济极为有效的集体诉讼(class action)制度。^⑤ 然而,我国在未来相当长一段时间内,能否建立美国式的集体诉讼制度不无疑问;而且我国现行《民事诉讼法》所确立的选定代表人共同诉讼制度却根本不具有美国式集体诉讼那样的保护不特定集体大众利益的功能价值。另外,依据2007年6月15日起施行的《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2条的规定,^⑥“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、债券等有关的交易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。”这样的利害关系人当然是分散的特定受害个体而非集中的不特定受害集体。因而,主要作为转移侵权责任的商业保险机制,难以为广大不特定审计舞弊受害人提供利益补偿救济,这将大为减弱保险公司监控上市公司审计舞弊的动力。并且在中国现有的体制与环境下,聘用注册会计师的决策权从被审计上市公司的管理层转移集中到承保人手中,但可能出现保险公司管理者与会计师事务所勾结形成更复杂的上市公司审计舞弊的新问题。故将财务报表保险制度当做我国消除前述会计师事务所承接上市公司审计业务模式弊端的良方,不令人信服。

④ 杨艳艳:“重构审计委托关系以加强审计独立性”,载《时代经贸》2008年第2期。

⑤ See Peter Cashman, *Class Action Law and Practice*, Federation Press, 2007, p. 22.

⑥ 最高人民法院审判委员会法释[2007]第12号。

五、革除现行模式弊端的新思路:抽签

革除会计师事务所承接上市公司审计业务现行模式弊端应该有新思路。

人们往往希望实现实质公正,但当实质公正无法实现时,形式公正就会成为我们的次优选择,因为形式公正有时候不等于实质公正,但是当形式公正给了人们平等选择机会和正当程序保障时,即便最后的结果不是每个人所期望的,仍然可以获得他们的理解甚至尊重。抽签方式就典型地具有这样的形式公正性。抽签是随机的,掌控抽签结果的是数学概率,而不是正义和非正义的主观价值判断,其应用领域应是价值无涉的,意味着人们放弃了自己的价值判断而把结果交给一种随机的概率。在人为选择的结果中,理论上智商低下的人做出的选择也比抽签这种完全由数学概率决定的结果合理,但是人有自私自利之欲望本能,人往往受私利驱使而行动,人在利欲熏心之下极有可能做出对自己有利而对社会、国家不利的选择。抽签最大的好处就是排除了人的主观好恶选择从而没有操纵,故只要没有舞弊(抽签模式下的舞弊几率是非常低的),相比较其他的选择方式结果于没有被抽中者而言也是可以接受的。我国学者李友根指出:“鉴于社会生活中资源分配面临的现实矛盾,当分配的实体标准匮乏或用尽时,应当引入程序标准加以分配。抽签基于其纯粹的程序正义特性,在特定情形下可以充分实现分配的效率、公正。”^⑨

抽签已被我国相关立法运用为特殊情形下的决定方式。例如,《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》第9条规定:“拍卖股权之前,人民法院应当委托具有证券从业资格的资产评估机构对股权价值进行评估。资产评估机构由债权人和债务人协商选定。不能达成一致意见的,由人民法院召集债权人和债

^⑨ 李友根:“论抽签程序在经济法中的运用”,载《现代法学》2008年第3期。

务人提出候选评估机构,以抽签方式决定。”^⑤又如,北京市住房和城乡建设委员会《物业服务第三方评估监督管理办法》第7条第1款规定:“建设单位应当在销售房屋前确定物业服务事项和标准,从市房屋行政主管部门公布的第三方评估监理机构名录中,随机抽取物业服务评估监理机构对服务费用进行测算……。”^⑥

据此,我们提出以下建议:由法律授权的机构组织上市公司在符合资质的会计师事务所当中以抽签的方式确认承接审计业务者,似乎可以考虑由中国证监会联合中国注册会计师协会组织实施这项工作。具体设想是:第一步,由中国证监会和中国注册会计师协会统一确定不同等级上市公司审计业务的总项目、分项目和收费标准;第二步,由中国注册会计师协会根据所有合法的会计师事务所的规模、人数、业绩、信誉等,设定准入门槛并按标准对其分等定级,每年在一定基数的基础上上下浮动确定有资格承接不同等级上市公司审计业务的会计师事务所及会计师事务所名单;第三步,由上市公司将其聘用相应等级会计师事务所从事审计业务的要求按年度上报给中国证监会并向中国注册会计师协会预缴相应的审计费用;第四步,由中国证监会和中国注册会计师协会每年在固定时间组织有聘用会计师事务所从事审计业务要求的上市公司,以公开抽签的方式确认承接各自审计业务的会计师事务所;第五步,由确定审计业务关系的会计师事务所、上市公司、中国证监会和中国注册会计师协会签订由中国证监会和中国注册会计师协会联合草拟的《上市公司审计业务四方标准合同》;第六步,由中国注册会计师协会监督会计师事务所完成审计业务并向其转付审计费用;第七步,会计师事务所与上市公司在审计业务合同履行过程中发生争议的,先由中国证监会和中国注册会计师协会联合组成的机构予以仲裁,争议双方对仲裁结果有异议的可另行向人民法院提起民事诉讼。

以抽签确定会计师事务所承接上市公司审计业务的模式,相较于由上市公司与会计师事务所就审计业务自主确定商业委托关系的模式,也许效率略显低下,程序较为繁琐,但在充分保障会计师事务所开

^⑤ 最高人民法院审判委员会法释[2001]第28号。

^⑥ 京建发[2010]第83号。

展审计业务具有独立性方面却具有突出优势——起码会计师事务所审计业务的来源不再受制于上市公司管理者或其他拥有委托权的政府机构、组织或个人;也最具程序(形式)公正性。如此,我国会计师事务所为争取业务来源惯常采取的是以违法取悦上市公司管理者和实施商业贿赂等严重不正当竞争行为,就完全失去了孳养的土壤。附带地,因抽签赋予同等级会计师事务所均等机会获取业务来源,上市公司审计业务被“毕马威”等四大会计师事务所垄断的现象也将不复存在。^⑳至于其效率低下、程序繁琐等负面性,可通过制度的合理安排尽量降低。并且上市公司与会计师事务所双向分等定级的制度设计基本可以保障审计业务的质量不降低。此外,会计师事务所及其注册会计师对上市公司以合法为前提的诚信义务通过既有法律适用^㉑和行业自律^㉒应该不会受到太大影响。

^⑳ “四大”已连续多年占据我国会计师事务所百强榜的前四名,其收入和市场份额还有逐年扩大的趋势,参见《2007—2008年度会计师事务所综合评价百家信息》,网页<http://www.cicpa.org.cn/topnews/200905/W020090508581988867015.xls>,2010年2月27日访问。

^㉑ 如《中华人民共和国注册会计师法》第19条规定:“注册会计师对在执行业务中知悉的商业秘密,负有保密义务。”

^㉒ 建议由中国证监会和中国注册会计师协会联合草拟《上市公司审计业务四方标准合同》对此作出相应规定。