注册会计师职务犯罪认定存在的问题

吴肖蓉　蒋品洪

（温州大学城市学院　浙江温州　325035　浙江东阳荣东联合会计师事务所　浙江东阳　322100）

【摘要】我国现行法律对注册会计师职务犯罪的认定还存在一些值得重视的问题。本文对虚假审计报告和重大失实审计报告的认定、故意的认定、重大过失的认定、情节严重和后果严重的认定、情节加重情形的认定等五个方面进行了反思，总结了追诉注册会计师职务犯罪造成的社会问题，意在理清注册会计师职务犯罪的认定问题。

【关键词】注册会计师　犯罪构成　虚假审计报告　重大失实审计报告

注册会计师职务犯罪，是指注册会计师在执行审计业务中违反《刑法》第229条的规定而构成的提供虚假证明文件罪、出具证明文件重大失实罪（以下将此二者具体化为“出具虚假审计报告罪”和“出具重大失实审计报告罪”）。

从犯罪构成上看，出具虚假审计报告罪的主体是注册会计师，主观方面是故意，客观方面是出具虚假审计报告、情节严重的行为（索取或者非法收受他人财物是犯罪的情节加重情形）。出具重大失实审计报告罪的主体和客体与出具虚假审计报告罪相同，主观方面是重大过失（严重不负责任），客观方面是出具的审计报告有重大失实、造成严重后果的行为。主观方面和客观方面是认定注册会计师职务犯罪的关键，但是实际在认定这两项犯罪时还存在一些问题。

一、虚假审计报告和重大失实审计报告的判定标准

注册会计师在审计中发现了财务报表具有重大错报（虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等）而不予披露的，是出具虚假审计报告。注册会计师在审计中因自身重大过失而未发现财务报表重大错报的，是出具重大失实审计报告。无论是虚假审计报告还是重大失实审计报告，都是指财务报表存在重大错报的审计报告。认定虚假审计报告和重大失实审计报告的关键要素是确定经审计的财务报表是否存在重大错报。

并非只要经审计的财务报表存在错报就可以认定为虚假审计报告或者重大失实审计报告，而是错报必须达到一定的程度（即重大错报）。然而，现行法律、法规和司法解释均未明确重大错报的标准，也未明确在认定虚假审计报告或重大失实审计报告时采用的标准是否相同。笔者认为，判定重大错报时既要考虑绝对数值，也要考虑相对数值；认定虚假审计报告时重大错报的标准是审计重要性；认定重大失实审计报告时重大错报的标准应该是《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第81条第3项规定的“虚构数额在100万元且占实际数额30%以上”。重大错报可以分为财务报表层次的重大错报和财务报表项目（各类交易、账户余额、列报）认定层次的重大错报，两个层次的重大错报是有区别的，应该严格掌握分寸。

例如：某企业实际的资产总额2 000万元、负债和所有者权益总额各1 000万元，如果负债某账户余额少报500万元、所有者权益某账户余额多报500万元（为了融资的需要，企业普遍做这类虚构），则虚假财务报表的资产总额2 000万元、负债总额500万元和所有者权益总额1 500万元。此时，在财务报表层次上看，虚增和虚减冲抵后就不存在重大错报；负债和所有者权益虚构数额在100万元以上占各自的实际数额30%以上；在具体账户余额层次，虚构数额占实际数额的比例（虚构比例）可能更加大，但是各账户余额虚构数额分别占资产总额实际数额的比例却未达到30%。实务中还存在以财务报表项目作为虚构比例计算的指标时不构成重大错报，但是以资产总额作为指标时却构成重大错报的情形。又如：某企业应收账款实际余额200万元、存货实际余额600万元，资产总额1 000万元；该企业虚构资产总额300万元（虚构比例达到了30%），将虚构数额分别分配给应收账款90万元、存货160万元、其他资产50万元，此时应收账款虚构比例超过30%，但是虚构数额没有超过100万元，存货虚构数额虽然超过100万元，但是虚构比例低于30%。这说明，采纳不同的实际数额指标会使虚构比例不同，以哪个实际数额指标为基数计算虚构比例便成为是否有罪的界限。如果由司法机关任意选择指标，会导致追诉标准的不确定性，违反了定罪的原则。

二、对故意出具虚假审计报告的认定不够严密

注册会计师明知出具的是虚假审计报告（即明知财务报表具有重大错报而在审计报告中不予披露），这种行为认定为故意。但是财务报表错报是否重大，是以该错报是否超过审计重要性作为判断标准的；而审计重要性是注册会计师运用职业判断确定的，如果注册会计师认为该错报足以影响审计报告使用者作出经济决策，那便是重要的。对于审计发现的财务报表错报，注册会计师认为不重大而不予披露的，便难以认定其为故意出具虚假审计报告。

注册会计师故意不实施某些审计程序不等于故意出具虚假审计报告。其一，实施哪些审计程序，是注册会计师运用职业判断确定的。审计准则没有规定注册会计师必须实施哪些

审计程序,即使原则上规定了应当实施银行函证、应收账款函证等程序,但是也允许注册会计师在说明理由的情况下不执行这些程序。注册会计师判断认为风险低的领域,完全可以简化和忽略某些审计程序。只要注册会计师认为已经获取了充分、适当的审计证据,就没有理由认为其故意违反审计准则。其二,即使可以认定注册会计师的行为属于故意不执行必要的审计程序,至多只是违反了审计准则,因为此时注册会计师没有认识到财务报表是否存在重大错报(即危害结果),谈不上犯罪故意,不能认定为故意出具虚假审计报告。

发现财务报表的重大错报,是注册会计师努力的结果;未披露这些重大错报,是迫于被审计单位强势压力的结果。将发现了重大错报却不披露的行为认定为故意出具虚假审计报告,其后果是引导注册会计师不要在审计底稿上记录这些重大错报,已经记录了的也要在出具审计报告前或者审计底稿归档前予以抽换掉,从而造成未能发现财务报表重大错报的假象。对故意的认定不够严密,会误导注册会计师产生一种侥幸心理,认为与其花精力去努力发现重大错报而得个故意出具虚假报告的结论,不如放弃审计质量追求在形式上执行审计程序,或者干脆为节省审计成本而不执行必要的审计程序,那样,至多被认定为(过失)出具重大失实审计报告。

三、重大过失的认定缺乏量化指标

根据《刑法》第229条第3款的规定,具有重大过失(即严重不负责任)才能构成出具重大失实审计报告罪。注册会计师严重不负责任的主要表现有:①未按规定编制审计工作底稿;②不执行最基本的审计程序,未获取最基本的审计证据;例如在对银行存款科目进行审计时未获取银行对账单,或者未将对账单和银行存款账面余额核对;③执行审计程序时故意违反审计准则的规定,例如将重要询证函交由被审计单位寄发和收回。随着行业监管和质量控制日趋严格,注册会计师比较重视编制完整的审计工作底稿,严重不负责任的情形在实践中很少出现。由于上述情形均缺乏量化指标,以致司法机关只能依据审计报告失实的程度、造成后果的严重程度来倒推认定注册会计师的过失程度,造成扩大犯罪面的不良后果。

四、"情节严重"、"后果严重"的认定存在难以把握问题

根据《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第81条的规定,出具虚假审计报告情节严重的标准有五条:①给国家、公众或者其他投资者造成直接经济损失数额在50万元以上的;②违法所得数额在10万元以上的;③经审计的财务报表虚构数额在100万元且占实际数额30%以上的;④虽未达到上述数额标准但具有下列情形(在出具虚假审计报告过程中索取或者非法接受他人财物的、两年内因出具虚假审计报告受过行政处罚两次以上又出具虚假审计报告)之一的;⑤其他情节严重的情形。

检察院、公安部上述规定第82条还规定了出具重大失实审计报告后果严重的标准:①给国家、公众或者其他投资者造成直接经济损失数额在100万元以上的;②其他造成严重后果的情形。这两条标准实际操作起来有一定的难度。

1. 给国家、公众或者其他投资者造成直接经济损失的认定存在难以确定和度量的问题。民营中小企业不公开发行股票或债券,不存在公众股东和债券持有人,加上投资者都参加企业经营管理、十分熟悉企业的财务状况和经营成果,其审计报告使用者主要是工商机关和发放财政专项资金的主管部门以及作为债权人的金融机构。工商机关使用审计报告主要是审查"公司有无虚报注册资本行为,股东、发起人是否按照规定缴纳出资,以及有无抽逃出资行为";同时,工商机关需要审计报告,目的是便于其履行监管职责,而不需要依据审计报告作出经济决策,不存在经济损失。主管部门发放财政专项资金虽然需要企业提供审计报告,但是财政专项资金的补助对象是项目,项目是经过主管部门备案的,审计报告不是项目备案的依据;财政专项资金是纳入预算管理的,是财政正常支出,与项目投资相比,财政专项资金额度很小,只要项目是真实的(即经过备案),其投资额必定远远超过财政专项资金额度;即使企业为了争取提高财政专项资金额度而提供虚假财务报表,仅仅可能导致财政专项资金绩效问题,不会造成财政专项资金的损失。对银行等金融机构来说,其发放贷款要求借款人提供担保,导致金融机构经济损失的原因除了借款人财务报表存在重大错报,还有借款人在取得借款后财务状况的恶化、抵押物(质押物)价值不充足、保证人没有足够的经济实力等更为重要的原因,因此金融机构的直接经济损失有多少是虚假审计报告造成的,是一个难以判断的问题。

在刑事诉讼程序中,认定虚假审计报告造成的直接经济损失有三种办法:一是由受损人提起民事诉讼来确定;二是以刑事附带民事诉讼的方式认定;三是司法机关依职权认定。但是,在实际中这三种办法均难以奏效。因为:①我国对于民刑交叉案件的审理,除特殊情况外,均执行"先刑后民"的原则。例如根据《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》第6条第1款的规定,证券市场投资人对虚假陈述行为人(注册会计师)提起的民事赔偿诉讼需要提交行政处罚决定或公告,或者是人民法院的刑事裁判文书。在刑事诉讼中,先审理刑事部分,然后顺带审理附带的民事部分。如果以民事诉讼、刑事附带民事诉讼的方式来确定虚假审计报告造成的直接经济损失,实际是执行"先民后刑"原则,这显然违背了法律程序,是行不通的。②民事诉讼中的取证标准低于刑事诉讼,其认定经济损失在刑事诉讼中不能直接引用。因为民事诉讼中判定的赔偿数额包括了间接经济损失,不能直接作为认定刑事责任使用。③司法机关依职权认定时由于只知道报案人的经济损失,不知道是否还存在其他人受到经济损失的虚假审计报告使用者,无法全面认定虚假审计报告造成的直接经济损失,会出现刑事诉讼程序终结后又发现了虚假审计报告造成的直接经济损失,从而需要重新启动刑事诉讼,显然,这是办不到的。

2. 违法所得数额的认定存在两个问题。一是"违法所得数额在10万元以上"是指单项审计业务的收费额还是指所有出具虚假审计报告的审计业务收费总额,司法解释未予明确。根据刑罚法定原则,应该是单项审计业务收费额。二是难以区分合法收入和违法所得。例如注册会计师出具两份不同结论

的审计报告,一份是披露了重大错报的保留意见审计报告,另一份是隐瞒重大错报的无保留意见审计报告;或者注册会计师对同一企业同一期间的两套财务报表(大部分民营中小企业针对工商机关和金融机构分别设置了不同的账簿、提供不同的财务报表)出具了两份审计报告,而两份审计报告的收费是分别定价、合并收取的,如何区分合法收入和违法所得,特别是要区分两份审计报告的收费合计数未超过单份审计报告的收费标准是个难题。有的会计师事务所在为企业提供审计服务的同时还提供会计咨询、代办营业执照和代理企业年检等业务(这些业务没有收费标准),合并收取费用,无法确定审计收费是多少。有的企业与会计师事务所签订一揽子审计服务合同,按年支付一定金额的审计费用,这样在年度尚未结束时无法分配确定各项审计业务的收费情况。

3. 财务报表虚构数额在100万元且占实际数额30%以上的问题。这里30%的比例不好确定。因为同一个财务报表项目的虚构采纳不同的实际数额指标时虚构比例就不同。例如:虚构了应收账款——A公司余额100万元,则可供选择的实际数额指标至少有4个:应收账款——A公司的实际余额、应收账款的实际余额、流动资产的实际余额和资产总额的实际余额。又如:主营业务收入——C产品销售收入虚构100万元,则可供选择的实际数额指标至少有5个:C产品销售收入实际数额、主营业务收入实际数额、营业利润实际数额、利润总额实际数额和净利润实际数额。另外,同一个财务报表项目内有多个明细账户余额存在虚构,或者多个财务报表项目存在虚构,并且有的是虚增、有的是虚减,对虚构数额是以冲抵后的虚构数计算,还是按照虚构的绝对值计算,不同的计算方法会导致不同的虚构数额和不同的虚构比例。

4. 在出具虚假审计报告过程中索取或者非法接受他人的财物难以作为定罪的依据。根据《刑法》第229条第2款规定,"索取他人财物或者非法收受他人财物"是情节加重情形,而不是犯罪构成要件中的"情节严重"情形。

5. 两年内因出具虚假审计报告受过行政处罚两次以上,其后又出具虚假审计报告的会计师事务所及其注册会计师由当地工商机关和省级以上财政机关进行认定并进行处罚,实际操作有较大的难度。这是因为:

第一,行政处罚机关相互之间信息不沟通,难以知道哪些会计师事务所及其注册会计师在两年内受过处罚。

第二,省级以上财政机关作出处罚是不区分会计师事务所及其注册会计师是故意出具虚假审计报告还是过失出具重大失实审计报告的,甚至不需要认定为虚假审计报告,只要注册会计师违反审计准则就可以予以处罚,因此难以认定是否属于"因出具虚假审计报告受过行政处罚"。

第三,仅以受过行政处罚的次数作为追诉标准,可能出现极为不公平的问题,即可能出现有的注册会计师出具了多个虚假审计报告,但因各种原因只被行政机关处罚了一次(或者最近两年内只被处罚了一次),甚至一直没有被处罚过,又不符合其他情形,不能构成犯罪;而有的注册会计师出具了个别虚假审计报告,却因为"运气不好"两年内已经被处罚了两次且又被查处追究了刑事责任。这样两种结果一对照,显然存在不公平的问题。因此建议修改该标准,宜将司法机关查证属实的虚假审计报告个数以3个以上作为追诉标准。

第四,工商机关只能处罚会计师事务所,无权处罚注册会计师。而省级以上财政机关一般是同时处罚会计师事务所和注册会计师的。这里就产生了一个问题,受过行政处罚的次数是按照签字注册会计师为单位来计算还是按照会计师事务所为单位来进行计算。如果是以签字注册会计师为单位来计算,那么受工商机关处罚的次数就无法计算在内。如果是以会计师事务所为单位来计算,则由于审计报告是经两名注册会计师签字盖章且前两次受到处罚出具虚假审计报告的签字注册会计师不一定是同两个人(除非该会计师事务所只有两名注册会计师),被查处的第三次出具虚假审计报告的签字注册会计师不一定在前两次被处罚过。如果将第三次出具虚假审计报告的行为认定为犯罪,则其签字注册会计师可能是首次出具虚假审计报告就被追究刑事责任,这显然有失公平。

五、"情节加重"情形的认定存在的问题

注册会计师在出具虚假审计报告过程中,索取他人财物或者非法收受他人财物,是出具虚假审计报告罪的情节加重情形。但是该情形的认定,存在以下问题:

第一,索取或者非法收受他人财物的认定,是否因该财物记入会计师事务所账内与否而不同。例如注册会计师往往以出具虚假审计报告责任重大为由增加审计收费数额,或者开具发票记入会计师事务所业务收入,或者将财物上交给会计师事务所,会计师事务所入账后将该增加的收费额以风险报酬形式发放给签字注册会计师,或者归入会计师事务所利润。此时是认定为注册会计师索取或者非法收受他人财物,还是认定为情节严重情形中的违法所得,难以确定。

第二,如果审计收费加上注册会计师索取或者非法收受他人财物的价值合计数未超过审计收费标准的,此时注册会计师的行为是否可以认定为利用职务上的便利、将会计师事务所财物非法占为己有的行为(职务侵占)。如果审计收费已经达到收费标准的,则注册会计师索取或者非法收受他人财物(归注册会计师所有)的行为是否可以认定为"公司、企业、单位人员受贿"。如果审计收费(归会计师事务所所有)尚未达到收费标准,但是加上注册会计师索取或者非法收受他人财物(归注册会计师所有)的价值合计数已超过审计收费标准,那么注册会计师这种情形的性质又该如何认定。

第三,注册会计师出具虚假审计报告后,索取或者非法收受他人财物的,如何认定其行为性质。

第四,注册会计师在出具虚假审计报告过程中,索取或者非法收受他人少量财物的,是否也作为情节加重情形。

《刑法》未将出具虚假审计报告给国家、公众或者其他投资者造成巨大直接经济损失,违法所得巨大、经审计的财务报表虚构数额巨大且占实际数额比例很高的,以出具虚假审计报告等情形作为情节加重情形,而将索取或者非法收受他人财物(不考虑财物价值多少)作为情节加重情形(实际上注册会计师索取或者非法收受他人财物而出具虚假审计报告的危

害性不一定更大),则违反了定罪相适应的原则。

六、追诉注册会计师职务犯罪造成的社会问题

1. 模糊了民事、行政和刑事案件的界限。追究会计师事务所及其注册会计师审计违法行为的刑事责任,将原本属于民事案件和行政违法案件纳入《刑法》调整范围,模糊了民事、行政和刑事案件之间的界限。例如,对于出具虚假审计报告情节严重的会计师事务所及其注册会计师,完全可以通过适用撤销其执业资格和吊销其执业证书等行政处罚措施来加以惩处。对于因使用虚假审计报告造成经济损失的,国家、公众或者其他投资者完全可以通过协商、民事赔偿诉讼等途径使经济损失得到补偿,而且能够得到更加充分的补偿。

民事、行政和刑事案件的界限模糊,是对《刑法》功能定位的错位,也容易造成司法审判上的混乱,导致司法不公甚至司法腐败,同时会损害法律本身的公信力和权威性。《刑法》对审计违法行为的过度规制,使得民事和行政法规的前置性屏障作用难以发挥,不利于民事和行政法规本身的完善,也不利于民事、行政法规与《刑法》的衔接。省级以上财政机关在查处审计违法行为时,如果发现该违法行为可能构成犯罪的,就必须移交司法机关处理,这样会挫伤财政机关监管审计行为的积极性。在我国民众的心目中,犯罪是严重危害社会并且十分恶劣的行为,犯罪行为同行政违法行为有质的区别,因此不能轻易地给有错误的注册会计师戴上犯罪的帽子。

2. 不利于保护被害人利益。审计报告使用人因为使用虚假审计报告或者重大失实审计报告而造成经济损失的,可以提起民事诉讼要求获得赔偿。但是注册会计师一旦被追究刑事责任,在心理上会倾向于绝望和自暴自弃,难以与被害人达成赔偿协议,更不会积极主动去履行民事赔偿义务。

3. 忽视发挥监管机关的作用。监管力度不足是审计违法行为频发的重要原因。如果企图以严刑峻法来弥补监管不足,将属于监管范围内的审计违法行为纳入到刑事犯罪圈内,将监管不足造成的后果全部转嫁到会计师事务所及其注册会计师身上,无疑是张冠李戴,无法真正达到减少和消灭审计违法行为的目的,反而有损于注册会计师行业的发展。要建立和健全注册会计师监管框架,采取有效的预防和查处审计违法行为的措施,从源头上消灭审计违法行为。而不是忽视监管的作用,过分依赖刑罚对审计违法行为的调整。

4. 忽视注册会计师的利益。追究注册会计师审计违法行为的刑事责任,没有充分考虑到注册会计师的生存空间。当前我国注册会计师的生存环境十分恶劣:其一是企业管理层舞弊非常严重,会计信息质量严重低下,企业对外提供的财务报表虚假泛滥;其二是没有真正的高质量审计需求,审计市场为买方市场,恶性竞争激烈;其三是注册会计师职业无保障、纯粹依靠社会关系获取业务,无执业权利和必要的权力,但作为中介人必须客观、公正,以担当维护公共利益的责任。

面临恶性竞争的生存环境,勤勉尽责的注册会计师的生存空间非常狭窄,打法律的"擦边球"往往是注册会计师不得已而为之的事情。首先,注册会计师与被审计单位之间的关系是委托合同关系,注册会计师依赖被审计单位支付审计费用生存,被审计单位是注册会计师的"上帝";注册会计师无法保持独立性,发表审计意见时偏向委托人难以避免,也是可以理解的。其次,从客观上讲,注册会计师为了保住自己的"饭碗",往往被迫降低身份,迎合被审计单位一些非分要求,为了争夺客户,有时还会满足强势客户的一些不合理要求。再次,注册会计师执行审计业务,需要依靠被审计单位协助和配合,如果仅讲原则,不讲灵活性,一旦与被审计单位关系搞僵,便会被解除业务委托,并且得不到任何补偿和救济。

注册会计师执业环境恶劣,需要政府从改善环境着手,预防审计违法行为。在没有形成有效的预防制度之前,单方面强调对审计违法行为给予行政处罚,这对注册会计师的健康成长和注册会计师行业的发展是不利的。追究注册会计师刑事责任,既要看其审计违法行为的社会危害性,又要看其主观恶意和人身危险性,否则就是客观归罪。若注册会计师是迫于生存环境违法的,主观恶性较小;从注册会计师审计发生严重违法行为的性质来看,并不存在人身危险性,由监管机构吊销注册会计师证书,就消灭了其犯罪的资本,没有必要判处刑罚。

相关实证研究表明,依赖惩罚主义来抑制增长的犯罪率和控制犯罪在整体罪行严重程度上的发展效果并不很好。因为严厉的处罚非但不能防止犯罪,反而会使受处罚的人产生一种逆反心理,形成对社会的障碍,以致造成一种罪因性环境,加剧其再犯(樊文,2011)。在我国当前文化环境下,一旦构成犯罪,对被告人一生的影响极大,社会地位、经济地位一落千丈,社会处境陡然恶化,不但受到歧视,而且很多工作不能从事,很多职务不能承担。如此严厉的后果,对并非穷凶极恶之徒的注册会计师来说并不公平,也不利于其悔过自新和回归社会,还很可能促使其走向社会对立面。

七、结语

樊文(2011)在《犯罪控制的惩罚主义及其效果》一文中指出惩罚主义是不可取的。他认为,任何一种国家利益受到的威胁都需要排除,但不能将刑法看做是一件廉价的、几乎随时可以投入使用的全能武器。其投入的目的仅仅是防止出现不良的行为方式,其目标指向只是行为控制。忘记刑法只是社会控制手段之一种,是不可轻易使用和首先使用的极端手段,往往会把刑法完全变成为社会政策保驾护航的工具。

本文通过对注册会计师职务犯罪认定中存在的问题进行分析,意在为注册会计师职务犯罪非罪化研究提供实践依据,为修改和完善刑法和有关司法解释提供实务依据,为司法机关谨慎和正确认定注册会计师职务犯罪提供判断借鉴,为注册会计师在受到刑事追诉时提供辩护思路,为审计监管机关重视审计违法行为的预防和查处提供警示。

主要参考文献

1. 于定明.我国注册会计师刑事责任若干问题探讨.云南财经大学学报,2007;1

2. 樊文.犯罪控制的惩罚主义及其效果.法学研究,2011;3

3. 何婷婷,蒋品洪,韩伟.注册会计师承办审计业务中的关系因素.商业会计,2009;9

4. 王忠.论我国注册会计师的刑事责任.犯罪研究,2003;3