

# 证券律师注意义务之边界

邢会强

(中央财经大学法学院,北京100081)

**摘要:** 证券律师能力与法律和社会公众对证券律师的要求之间的关系模型有三种:能力与要求基本相当模型、能力大于要求模型、要求大于能力模型。在前两种模型下,对个别律师的惩罚是有效的;而在第三种模型下,对个别律师的惩罚本质上是抽签式对证券律师系统的惩罚,惩罚是无效的。随着我国资本市场的发展和财务造假丑闻不断被揭露,法律与社会公众对证券律师调查事项范围的要求,以及对证券律师调查深度的要求日益扩张。我国目前属于第三种模型,应走出这一模型,回归到第一种模型。为此,需要进一步区分法律事项与会计事项,限缩证券律师调查事项的范围,明晰证券律师注意义务的标准,降低对证券律师调查深度的要求。

**关键词:** 证券律师;尽职调查;特别注意义务;虚假陈述

**中图分类号:** DF438.7    **文献标志码:** A    **文章编号:** 1000-2154(2021)09-0090-08

**DOI:** 10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2021.09.008

## Boundary of Securities Lawyers' Duty of Care

XING Huiqiang

(Law School, Central University of Finance and Economics, Beijing 100081, China)

**Abstract:** The relationship between the ability of securities lawyers and the requirements of the law or the public for securities lawyers has the following three models: ability and requirement equivalent model, ability greater than requirement model, and requirement greater than ability model. In terms of the first two models, the punishment of individual lawyers is effective; while in terms of the third model, the punishment of individual lawyers is essentially a lottery punishment for the securities lawyer system, and the punishment is invalid. With the development of our country's capital market and the continuous exposure of financial fraud scandals, law and the public's requirements for the scope of investigations by securities lawyers, and requirements for the depth of investigations by securities lawyers are increasingly expanding. In our country the current model is the third model, and we should get out of this model and return to the first model. For this reason, it is necessary to further distinguish between legal matters and accounting matters, to limit the scope of securities lawyers' investigation matters, to clarify the standards of securities lawyers' duty of care, and to reduce the requirements for the depth of securities lawyers' investigations.

**Key words:** securities lawyers; due diligence; special duty of care; false statements

## 一、背景与研究综述

2019年底修订后的《证券法》(以下简称新《证券法》)是一部与时俱进的新时代的新《证券法》<sup>[1]</sup>。这次修订最显著的变化就是引入了证券发行注册制。但大幅度降低发行准入门槛,可能带来诸多利益冲突和社

收稿日期:2021-05-25

基金项目:国家社会科学基金重大项目“大数据法制立法方案研究”(18ZDA136)

作者简介:邢会强,男,教授,博士生导师,法学博士,中国法学会证券法学研究会副会长兼秘书长,主要从事经济法学和大数据法学研究。

会负面效应<sup>[2]</sup>。在“严监管、零容忍”的背景下,新《证券法》通过一系列机制来克服这些负面效应,包括引入中国版的证券集团诉讼制度<sup>[3]</sup>,大幅度提高包括律师事务所在内的中介机构的法律责任等。这有利于压实“看门人”责任,促进中介机构归位尽责,保护投资者利益。2020年底作出的“五洋债”虚假陈述民事赔偿纠纷一审判决,判令涉案律师事务所在5%比例的范围内与发行人承担连带赔偿责任。初步估算,这家收了15万元律师费的律师事务所将承担约1.5亿元的赔偿责任,收费是责任的千分之一。这种收益与风险的极不匹配,凸显了证券律师执业的极大风险。

对于证券律师的注意义务、法律责任与法律风险,既有研究并不多。王建平、高晋康(1999)认为,证券律师执业的法律风险实际上是监管风险的转嫁,应对监管机关的监管职责及其规则进行检讨<sup>[4]</sup>。耿利航(2011)认为,以法律责任约束中介机构存在困境,要想让中介机构关心信誉,必须建立一个竞争性的证券市场<sup>[5]</sup>。郭雳(2011)指出,应对证券律师的“特别的注意义务”加以有节制地解读,否则该义务会因无法实现而形同虚设,难免引致部分证券律师有“撞大运”的心态<sup>[6]</sup>。付彦等(2020)指出,在美国法下,对于中介机构自身发表的专业意见,中介机构要尽到专家责任即特别注意义务,对其他专家的意见则要证明自己的信赖合理性即尽到一般注意义务<sup>[7]</sup>。湘财证券课题组(2021)认为,中介机构应在专业和客观履职条件允许的范围内勤勉尽责<sup>[8]</sup>。周淳(2021)认为,中介机构对于其专业业务事项应积极行动,对于非专业事项原则上可信赖相关专业人士的意见<sup>[9]</sup>。

上述既有研究已经敏锐地意识到了证券律师的法律责任其实不仅仅是个案中的个别律师未勤勉尽责的问题,而可能是一个系统性问题,即无论是哪一个证券律师,只要被“抽中”,都有可能招致严苛的法律责任;而未招致法律责任者,可能仅仅是因为“运气好”而已;但若长期在证券市场执业,遭遇严苛的法律责任是迟早的事。倘若如此,法律制度就无法发挥其约束作用,就会失效,当事人对法律的科学性和权威性就会丧失信心。

基于此,本文从系统的视角,不考虑个案中的个别律师是否勤勉尽责的问题,而是考虑整个证券律师系统的注意义务的边界问题。本文通过构建证券律师能力与证券律师注意义务之间的关系模型,试图发现走出这一困境的出路,恢复法律制度的约束功能,更好地促进中介机构勤勉尽责。

## 二、理论模型的构建

本文拟构建证券律师能力与证券律师注意义务之间的关系模型。第一步是构建证券律师的能力模型。

### (一) 证券律师的能力

设证券律师的能力为 $x$ ,则:

$$x = f(y_1, y_2) = f(z_1, z_2) \quad (1)$$

这里: $y_1$  = 调查深度, $y_2$  = 事项范围; $z_1$  = 证券律师的技能与经验, $z_2$  = 证券律师的收费水平。

这就是说,证券律师的能力是调查的深度与调查事项的范围的函数。在证券律师的能力恒定的情况下,如果要求调查的深度越深,则其能够调查事项的范围越小;反之,如果要求调查事项的范围越大,则调查的深度越浅。事实上,不得不承认,在短期内,证券律师的能力是很难有大幅提升的,这是因为,证券律师的知识、技能、经验、精力、手段等在短期内是很难有大幅度增长的,有的甚至会随着年龄的增长而萎缩(如精力)。

也许有人会说,一个证券律师的能力在短期内是很难有大幅度的提升,但可以通过多增加项目组律师成员数量的方法,提高对该项目的调查能力。但问题是,证券律师(事务所)同时也是一个“商人”,也受成本约束,他们不可能长期地、系统地在其收费水平之上从事经营活动。即证券律师的能力同时也是证券律师的技能与经验以及证券律师的收费水平的函数。证券律师的技能与经验在短期内不可能大幅度提升,证券律师的收费水平在短期内也不可能大幅度增长。这是因为,证券律师的收费水平是以下诸多因素的函数:律师团队的商誉、证券律师的竞争状况、法律规则解释权的归属等。设证券律师的水平为 $\alpha_2$ ,则:

$$\alpha_2 = f(\beta_1, \beta_2, \beta_3, \dots) \quad (2)$$

这里： $\beta_1$  = 律师团队的商誉， $\beta_2$  = 证券律师的竞争状况， $\beta_3$  = 法律规则解释权的归属。公式2意味着，一个律师团队的商誉越高，其收费水平越高；证券律师的竞争越低，其收费水平就越高；如果律师的法律规则解释权越高，其收费也就越高。

如果一个律师团队勤勉尽责，积累的成功项目多，则其商誉自然会大幅提高。程金华(2013)的研究也证明了这一点<sup>[10]</sup>。但这是一个长期的过程。同时，不得不认识到，由于我国法律职业的入门门槛较低<sup>[11]</sup>，每年有大量的法学毕业生进入律师队伍，包括证券律师队伍，证券律师的竞争激烈度在日益加剧，低价竞争现象时有发生。这一因素其实在很大程度上抵消了律师团队商誉的增长。而IPO 相关法律规则的解释权，在我国目前主要由证监会和证券交易所享有。当IPO 团队对某一规则的涵义不清楚，需要澄清其涵义时，由券商与证监会和证券交易所沟通、请示，往往比由证券律师与证监会和证券交易所沟通、请示，在体制和机制上更顺畅。

总之，很明显，证券律师的收费水平在短期内是难以提高的。这就决定了证券律师的调查能力也是难以提高的。因此，接下来，在构建证券律师能力与对证券律师的要求之间的关系模型时，本文将证券律师的能力设定为一个固定的值。

### (二) 证券律师能力与对证券律师的要求关系的三种模型

为构建证券律师能力与对证券律师的要求之间的关系模型，有必要引入“法律或社会公众对证券律师的要求”这一概念。庞德认为，法律是社会控制的主要手段。立法者借由法律达至其调整社会的目标。“威胁是一种规则，它为善良的好人指出正确的道路，这条道路正是他想要知道和想要走的道路<sup>[12]</sup>。”当证券律师能力符合或超过法律或社会公众对证券律师的期望或要求时，就不会有法律责任。但当证券律师能力达不到法律或社会公众对证券律师的期望或要求时，就会用法律责任加以惩罚，来迫使证券律师符合或达到法律或社会公众的期望或要求。

“法律惩罚不是对集体的惩罚。现代惩罚理念认为，惩罚的客体是行为人，而不是行为人所在的集体。”<sup>[13]</sup>如果惩罚集体，可能会使得惩罚的目的落空。换言之，当证券律师系统的平均能力符合或超过法律或社会公众对证券律师的期望或要求时，万一有个别律师未达到法律与社会公众对证券律师的期望或要求，用法律责任来惩罚当事人律师也是有效的，这将促使当事人律师归位尽责。但当证券律师系统的平均能力达不到法律与社会公众对证券律师的期望或要求时，用法律责任来惩罚当事人律师就变成了对证券律师系统(即律师集体)的惩罚而不是对个别律师的惩罚。尽管这种惩罚最终落到了个别律师身上，但如果逃脱惩罚的律师仅仅是因为运气好而未被“抽中”的话，在这样的情况下，惩罚往往是不起作用的。

证券律师能力与法律与社会公众对证券律师的要求之间的关系有如下三种模型：

#### 1. 第一种模型：能力与要求基本相当模型

第一种模型之下，证券律师的能力基本相当于法律与社会公众对证券律师的要求。如图1所示。

这就意味着，证券律师系统在勤勉尽责方面不会出现大问题。即使个别律师受到法律的惩罚，惩罚也是有效的，会促进未尽到勤勉尽责义务的律师归位尽责。

#### 2. 第二种模型：能力大于要求模型

第二种模型之下，证券律师的能力大于法律与社会公众对证券律师的要求。如图2所示。

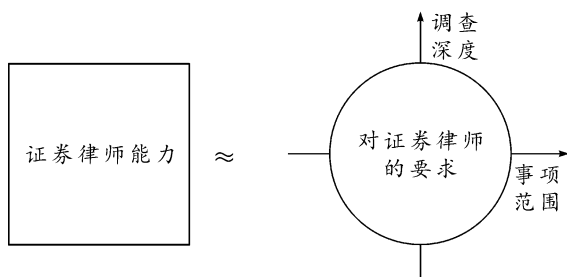


图1 第一种模型：能力与要求基本相当模型

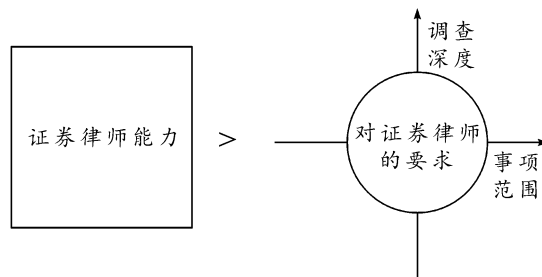


图2 第二种模型：能力大于要求模型

这就意味着,证券律师系统应对勤勉尽责义务绰绰有余。在这样的情况下,法律的惩罚也是有效的,会促进未尽到勤勉尽责义务的律师归位尽责。

### 3. 第三种模型:要求大于能力模型

第三种模型之下,证券律师的能力远远小于法律与社会公众对证券律师的要求。如图3所示。

这就意味着,证券律师系统在勤勉尽责方面会出现大问题。在这样的情况下,以实定法的标准检验每一个证券律师,他都是不能做到勤勉尽责的,都是应受到法律惩罚的。在这样的情况下,对个别律师的惩罚,本质上是抽签式地对证券律师系统的惩罚,这样的法律惩罚是无效的,不但不会促进律师勤勉尽责(因为无法完全做到),反而会损害法律的严肃性和权威性。

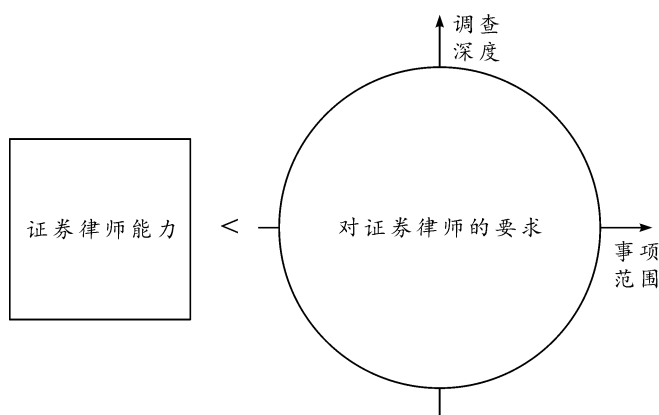


图3 第三种模型:要求大于能力模型

## 三、对证券律师要求的日益扩张

随着资本市场的发展,以及财务造假丑闻不断被揭露出来,法律以及社会公众对证券律师的期望越来越高,要求越来越多,这主要体现在两个方面:一是对证券律师需要调查的事项范围的要求在日益扩张,二是对证券律师需要调查的深度的要求在日益扩张。可以说,我国目前属于第三种模型。

### (一) 法律事项的范围在日益扩张

对证券律师需要调查的事项范围即法律事项的范围在日益扩张,律师不但要审查合同的合法合规性,还要审查合同的真实性;此外,还要审查合同的履行情况。不但要核查债权债务,还要核查款项之收付是否真为债权债务人所为。不但要核查土地房产等实物性资产,还要核查银行存款等财务性资产……法律事项与财务事项的边界越来越模糊。

财务造假必须有相应的合同造假来支撑才能完成。合同造假的方式,一是签章造假,这需要通过专业的司法鉴定才能鉴别出来。二是业务造假,即合同中所列的业务实际上没有发生或没有全部发生。根据《中国证监会行政处罚决定书》([2019]62号)中的精神,对于合同的核查,除了对书面合同进行形式核查外,还要通过实地调查或面谈等方式对合同的实际履行情况进行核查,以防范合同造假。在《中国证监会行政处罚决定书》([2016]108号)中,发行人伪造了虚假合同,证监会指出当事人律师的过错为:当事人律师在审验境外销售合同过程中,仅从发行人处调取合同,采用书面审核方式,并且在书面审核中,未对销售合同前后格式变化、单据不一致等异常情况履行足够注意义务。当事人律师2012年以来未采取向客户、海关访谈等方式验证合同的真实性。根据《中国证监会行政处罚决定书》([2013]50号)的精神,律师应像会计师那样,对客户进行函证,以验证合同的真实性和履行情况,且应像会计师那样“对函证实施过程保持适当控制”,而不能交由发行人送达或邮寄。这种函证控制,对于会计师是常识,对于律师来讲,一般还是比较陌生的。看来,为了培养中国证监会要求的适格证券律师,法学院应将会计、审计课程列为必修课,甚至要将法律学生当作会计学院的学生那样培养。

律师不仅要核查合同是否虚假,还要核查款项之收付是否真为债务人所支付,实际支付金额是否与合同金额相一致。如果不是债务人所支付,则极有可能是财务造假。如果实际支付金额与合同金额不一致,也可能是财务造假。根据《中国证监会行政处罚决定书》([2017]70号)中的精神,律师应对发行人虚构应收账款的收回事项进行充分核查验证,并发表结论性意见。该律师事务所对中国证监会的行政处罚不服,提起了行政诉讼。在该案的一审行政判决书中,法院指出:“公司的财务状况无疑是律师事务所在进行尽调过程中必须包含的内容,而且应当作为查验的重点事项。在法律尽调的过程中,律师事务所应当在合法的范

围内,充分利用各种方法对包括公司财务状况在内的公司整体情况展开全面调查,并在综合分析所有材料的基础上,从法律风险评估的角度出具意见。”“在尽调过程中,律师事务所应当对包括审计报告在内的相关材料进行全面综合分析,并在审慎查验的基础上针对公司整体情况独立出具法律意见书并对结论负责。”<sup>①</sup>

律师不但要核查土地房产等实物性资产,还要核查银行存款等财务性资产。在《中国证监会行政处罚决定书》([2017]56号)中,证监会认为,当事人律师在为鞍重股份与九好集团提供法律服务过程中,对九好集团3亿元定期存款既未查验存单原件,也未向开户银行进行书面查询、函证,其行为违反了《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》第24条关于“对银行存款的查验,律师应当查验银行出具的存款证明原件;不能提供委托查验期银行存款证明的,应当会同委托人(存款人)向委托人的开户银行进行书面查询、函证”的规定,导致未能发现该3亿元定期存款处于质押状态。

一些证券律师反映,做业务时间越久,越不知道该怎么办。还有的证券律师反映,客户支付的律师费的平均水平,支付不起证监会要求的核查成本。如果按照证监会的要求去核查,律师们都将亏本。证券律师尽管具有高度专业性,但风险在加大,利润在摊薄。基于此,一些资深的证券律师正在转向诉讼仲裁或其他非诉业务。但一些不明就里的新所新人还以为证券律师利润丰厚而奋力低价杀入,一场劣币驱逐良币的现代剧正在上演。

## (二) 尽职调查的深度要求在扩张

早在2007年,证监会和司法部联合发布的《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第14条规定:“律师在出具法律意见时,对与法律相关的业务事项应当履行法律专业人士特别的注意义务,对其他业务事项履行普通人一般的注意义务,其制作、出具的文件不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。”由此,形成了中介机构“特别注意义务”与“一般注意义务”的区分。

2019年发布的《科创板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》和2020年发布的《创业板上市公司证券发行注册管理办法(试行)》均在第7条第2款规定:“证券服务机构及其相关执业人员应当对与本专业相关的业务事项履行特别注意义务,对其他业务事项履行普通注意义务,并承担相应法律责任。”2020年发布的《全国中小企业股份转让系统股票向不特定合格投资者公开发行并在精选层挂牌规则(试行)》第6条规定:“会计师事务所、律师事务所及其他证券服务机构应当审慎履行职责,作出专业判断与认定,并对公开发行说明书等文件中与其专业职责有关的内容的真实性、准确性和完整性负责。证券服务机构及其相关人员应当对与本专业相关的业务事项履行特别注意义务,对其他业务事项履行普通注意义务,并承担相应责任。”然而,何为“特别注意义务”和“一般注意义务”,相关法律文件并未有明确的说明。

在实践中,证券中介机构之间工作交叉现象较为普遍。我国现有法律法规对各证券中介机构职责的规定,存在职责泛化、重复劳动、边界不清等问题。法律规范中“充分调查”“审慎核查”“特别注意义务”等用语未被明确定义,相关标准在法规及其实施细则中亦未作规定<sup>[14]</sup>。

有学者使用德国法上的“高度注意义务”来指代“特别注意义务”。该观点认为,普通注意义务是社会普通人员应有的注意义务,高度注意义务则是特定的职业者即专家应当具有的注意义务。就高度注意义务而言,注意义务的义务主体的行为应当符合本职业或行业中一个合格的且具有普通谨慎的从业人员在相同或相似条件下所应采取的行为标准<sup>[15]</sup>。

笔者认为,对于特别注意义务的正确解释应该是:它应当符合特殊职业团体中一个合理人在相同或相似条件下所应采取的行为标准。该标准当然高于普通社会成员的注意水平,因为“专家负有异于一般人的专门知识、技能”,但也不是本职业团体的最高水平,而是本职业团体的中等水平<sup>[16]</sup>。“特别注意义务”中的“特别”,仅仅是指“特别领域”而已。因此,特别注意义务是指特别领域中的一般注意义务。

由于专家的意见对社会公众影响较大,专家应谨言慎行,珍惜名声,其出具的意见应有相应的调查来支撑。在此意义上,所谓专家的特别注意义务,实际上就是要求专家以符合本职业团体的一般标准和知识,

<sup>①</sup>北京市第一中级人民法院行政判决书(2018)京01行初106号。

履行注意义务,进行合理调查,而不能像社会普通成员那样行事。因此,专家的特别注意义务仍然是要求义务人具有本职业团体成员的一般注意标准,而不是超常标准,并没有体现高于本共同体成员一般水平的“高度注意”<sup>[17]</sup>。不宜使用“高度注意义务”来指代“特别注意义务”,因为前者容易引起误解。

基于此,所谓对于证券服务机构的“一般注意义务”就更令人困惑了。证券服务机构在其本专业领域负有注意义务,这一义务既属于特别注意义务(因为它是在特定专业领域内的义务),又属于一般注意义务(因为它是该领域内一般水平的注意义务)。而至于超出其专业领域,证券服务机构该如何负“一般注意义务”呢?无论是法院还是证监会目前均语焉不详,使得广大的证券服务机构从业人员无所适从。

由于财务事项可以向法律事项转化,一般注意义务也可能向特别注意义务转化。在北京市东易律师事务所诉中国证监会的二审判决书中,北京市高级人民法院指出:“公司财务会计报告中虚构应收账款的收回这一虚假记载属于会计问题,但其背后所反映的公司重大债权债务的变化是否属实的问题,则涉及公司经营合规性和法律风险问题,属于应履行法律专业人士特别注意义务的事项。”<sup>①</sup>

## 四、对策建议

富勒认为,法律是外在道德和内在道德的结合体。“一项提出过高要求的规则可能是苛刻和不公平的。但它不一定会像要求明显不可能之事的规则那样,违背一种法律秩序的根本目的。在两者之间是一个中间地带,法律的内在道德和外在道德在那里相会。”<sup>[18]</sup>富勒认为,法律之所以为法的特征,恰是法律内在道德,必须把内在道德与外在道德结合起来。季卫东也说:“不言而喻,只有良法才能树立威信,从而有效限制权力。”“法律必须满足道德或正义的一定条件,只有这样的法律才能称为良法。”<sup>[19]</sup>

以上所列案例,从个案的角度看,尤其是从现行法律与政策的角度看,都没有太大问题,本文也不对这些个案提出质疑。毕竟,依法执法或裁判是执法者和法官的天职。法律规定如此,执法者和法官必须依法裁判。但如果从系统的角度看,整个证券律师系统其实越来越难以承受法律提出的如此高的要求。一个个理性的个体行为,可能会导致萨缪尔森所说的“合成谬误”(Fallacy of Composition)<sup>[20]</sup>,形成市场失灵,甚至金融危机。在微观上是对的东西,在宏观上并不总是对的<sup>[21]</sup>。一个个看似合理的个案判决,也可能导致合成谬误,形成法律失灵,甚至法律危机。混沌理论中的“蝴蝶效应”表明,哪怕初始条件有极其细微的变化(蝴蝶扇动一下翅膀),经过我们毫不觉察的持续传导,一段时间之后,也有可能演变成巨大的差异(引发千里之外的一场飓风)<sup>[22]</sup>。如果每一条监管意见,每一则窗口指导,每一例行政处罚,每一份法院判决,都不断地为证券律师增加义务,这看似不起眼,但久而久之,就会酿成证券律师的系统性法律危机。

为走出法律危机,必须从系统的角度,重新梳理法律,降低法律的要求。这里的“法律”是广义的法律,包括证监会的规范性文件。我国资本市场的一大特征是行政干预过多,这不利于稳定市场预期,很可能促使市场行为短期化<sup>[23]</sup>。因此,“法律”不能一味地提出高要求。“法律”应充分考虑到现实情况,要提出切合实际的要求。如果要求不切实际,就应该调整“法律”的期望和要求,使“法律”回归现实,回归常识,以便其能够切实地发挥调整人们行为的作用。

本文认为,法律既应该限缩对证券律师应该调查的事项范围,也应该降低证券律师应该调查的事项的深度,将其回归到一个正常合理的水平。即我国应从第三种模型中走出来,回归到第一种模型之中去。这就需要进一步区分法律事项与会计事项,限缩证券律师调查的事项范围,明晰证券律师注意义务的标准,降低证券律师调查的深度要求。

### (一) 区分法律事项与会计事项,限缩证券律师调查的事项范围

由于中介机构专业意见生成上的客观局限性,有必要对中介机构的责任范围进行限缩,或是设定尽职调查标准。笔者认为,应限缩证券律师调查的法律事项范围,将其与会计事项相分开。通过调研,笔者暂认

<sup>①</sup>北京市高级人民法院行政判决书(2018)京行终4657号。

为,以下事项属于会计事项,不属于法律事项,律师不应负责:

律师不必审查合同的真实性以及合同的履行情况。合同的真实性问题,是一个司法鉴定问题,不是律师所能胜任的。合同的履行情况,无论是款项支付还是货物服务的提供或接受,都是事实问题、存货盘点或收支查验问题,是会计事项。律师不应像会计师那样,对客户进行函证,以验证合同的真实性和履行情况。会计师、券商和律师就同一事项三次重复地向同一个客户进行函证,这样的制度安排是不理性的。律师不必核查款项之收付是否真为债务人所支付,实际支付金额是否与合同金额相一致,这更是纯会计事项。律师不必审查核查银行存款等财务性资产,因为这些资产是动产,是变动不居的,是会计师应该负责的内容。律师不必论证发行人的会计基础工作是否规范,内部控制制度是否健全且有效执行,财务报表的编制和披露是否符合企业会计准则和相关信息披露规则的规定,在所有重大方面是否公允反映了上市公司的财务状况、经营成果和现金流量。律师不必论证发行人内部控制制度是否能够合理保证公司运行效率、合法合规和财务报告的可靠性。内部控制鉴证报告是会计师提供的一项增值服务,既然已经有会计师出具了内部控制鉴证报告,律师就没有必要重复工作。律师不必论证关联交易的完整性、真实性、公允性。关联交易公允与否,属于实质问题,律师最多只能从程序上进行论证,只有会计师才能以市场价格为基准来论证关联交易的公允性。会计构成的勾稽关系之核查,律师没有专业能力,也没有相应的义务。没有哪一个国家是将律师当作会计师培养的,法学院和会计学院对于人才培养的分工应得到尊重。

与我国形成对比的是,美国证券法和美国证监会对法律意见书内容、律师尽调过程都不管,没有像国内有关法律意见书和律师工作报告的监管规则。美国在实践中,律师向券商或发行人出具法律意见书,内容和形式都可以谈判,律师通常不做真实性核查,而是在意见书中作为假设列出(假设公司提供的协议文本为原件、相关签署方有权利签署等),当然不排除特定重要合同需要专项尽调,让律师说明真实性,但这不是常规或常见事项。财务造假在各个资本市场都不鲜见。但揭露财务造假,美国不靠注册会计师,更不靠外部律师,也不靠独立董事,而靠内部控制。因此,安然、世通等巨额财务造假丑闻曝光后,为从源头上增强企业财务报告的可靠性,美国于2002年颁布了《萨班斯法》,其中著名的404条款要求公司管理层每年对内部控制的有效性进行评估,并由独立审计师出具独立评价报告,在揭露和遏制公司舞弊和提高财务报表的可靠性方面展现出了巨大的长期效应<sup>[24]</sup>。

值得关注和称道的是,2019年修订后的《证券法》第12条规定:“公司首次公开发行新股,应当符合下列条件:……(三)最近三年财务会计报告被出具无保留意见审计报告;……”本条由2014年《证券法》第13条修改而来。此处将2014年《证券法》第13条中的“财务会计文件”修改为“财务会计报告”,将“无虚假记载”修改为“被出具无保留意见审计报告”,并删除“无其他重大违法行为”。这就意味着,将来律师做IPO业务,或许不再需要论证发行人“财务会计文件无虚假记载”,只需论证“最近三年财务会计报告被出具无保留意见审计报告”就可以<sup>[25]</sup>。这就大大限缩了证券律师的调查范围,允许证券律师合理信赖会计师的意见,肯定了中介机构之间的分工合作,与国际通行做法相一致,更有利于中介机构按照专业分工,归位尽责。执法者和法官应敏锐地觉察出本条修改所传递出来的信息,给证券律师“减负”。

## (二) 明晰证券律师注意义务的标准,降低证券律师调查的深度要求

我国司法解释关于证券服务机构在其专业领域内负特别注意义务,在非专业领域内负普通注意义务的规定,与美国证券法的做法一致。在《美国1933年证券法》的规制下,形成了四种情形的注意义务:(1)专家对于专家意见部分,负注意义务,需要合理调查;(2)非专家对于非专家意见部分的注意义务,也需要合理调查。(3)非专家对于专家意见部分的注意义务,需要合理调查;(4)专家对于非专家意见部分,同非专家对于非专家意见部分的注意义务,也需要合理调查<sup>[26]</sup>。总而言之,无论是专家,还是非专家,都需要合理调查。但合理调查的标准不尽相同。

建议司法解释进一步明确:证券服务机构在其本专业领域所负的所谓特别注意义务本质上也属于一般注意义务、普通注意义务,因为它是该领域内平均水平的注意义务。而至于超出其专业领域,该证券服务机构就是非专家了,也需要负注意义务。其负的注意义务,与常人(老百姓)所负的注意义务相同。鉴于“特别注意义务”的提法不够严谨,缺乏相应的侵权法理支撑,建议司法解释不再使用这一称谓。建议调整表

述为：证券服务机构在其专业领域内以本行业的平均水平负注意义务，在非专业领域内以社会公众的平均水平（或一般人的水平）负普通注意义务。

## 五、结 语

降低证券律师的系统性风险，需要从多角度努力，除了本文所提出的进一步区分法律事项与会计事项，限缩证券律师应调查的法律事项的范围，明晰证券律师注意义务的标准，降低证券律师调查的深度要求的标准外，还包括允许证券律师合理信赖会计师等专家的意见，甚至包括改变目前盛行的中介机构须为发行人虚假陈述承担连带赔偿责任的做法等。限于本文主旨和篇幅，本文只论述了前两种措施，其他措施留待其他文章专门研讨。

总之，只有系统地解决了证券律师的负担，使证券律师的能力和对证券律师的要求大致相当，才能使法律的惩罚真正地发挥“惩前毖后，治病救人”的作用，从而走出目前被责罚的证券律师之“轮盘赌”怪圈。

### 参考文献：

- [1] 邢会强. 数字经济视角下的新《证券法》——修订解读、实施支撑与未来展望[J]. 浙江工商大学学报, 2020(4): 67-75.
- [2] 巫文勇, 余雪扬. 注册制下股票发行标准重建研究——基于注册发行与相关上市规则的冲突分析[J]. 江西财经大学学报, 2019(4): 131-140.
- [3] 黄江东, 施蕾. 中国版证券集团诉讼制度研究——以新《证券法》第95条第3款为分析对象[J]. 财经法学, 2020(3): 124-137.
- [4] 王建平, 高晋康. 律师证券执业的监管风险[J]. 证券市场导报, 1999(7): 45-48.
- [5] 耿利航. 中国证券市场中介机构的作用与约束机制——以证券律师为例证的分析[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 294.
- [6] 郭雳. 证券律师的职责规范与业务拓展[J]. 证券市场导报, 2011(4): 14-21.
- [7] 付彦, 邓子欣, 曾斌, 等. 从瑞幸事件看新证券法下强化财务造假监管[J]. 证券市场导报, 2020(5): 2-9.
- [8] 湘财证券课题组, 周卫青. IPO注册制下发行人与中介机构虚假陈述民事责任研究[J]. 证券市场导报, 2021(4): 60-68.
- [9] 周淳. 证券发行虚假陈述: 中介机构过错责任认定与反思[J]. 证券市场导报, 2021(7): 70-79.
- [10] 程金华. 市场治理模式与中国证券律师——基于1148家IPO案例的实证报告[J]. 证券法苑, 2013(2): 40-93.
- [11] 李国庆. 中国律师产业实证研究——从进入壁垒切入[J]. 法律和社会科学, 2009(1): 37-196.
- [12] 罗斯科·庞德. 通过法律的社会控制[M]. 沈宗灵, 译. 北京: 商务印书馆, 2008: 47.
- [13] 王立峰. 惩罚的哲理[M]. 北京: 清华大学出版社, 2013: 24.
- [14] 郭雳, 李逸斯. IPO中各中介机构的职责分配探析——从欣泰电气案议起[J]. 证券法苑, 2017(5): 1-18.
- [15] 屈茂辉. 论民法上的注意义务[J]. 北方法学, 2007(1): 29-32.
- [16] 梁慧星. 论专家的民事责任——其理论架构的建议[J]. 外国法译评, 1996(2): 22-29.
- [17] 刘燕. “专家责任”若干基本概念质疑[J]. 比较法研究, 2005(5): 143-150.
- [18] 富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈, 译. 北京: 商务印书馆, 2005: 93-94.
- [19] 季卫东. 通往法治的道路: 社会的多元化与权威体系[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 43-44.
- [20] 保罗·A·萨缪尔森, 威廉·D·诺德豪斯. 经济学: 上[M]. 高鸿业, 杜月升, 张晓光, 等, 译. 北京: 中国发展出版社, 1992: 13-14.
- [21] 吴兴广. 论“合成谬误”现象在价值论中的体现[J]. 经济视角, 2018(2): 1-9.
- [22] 卢昌海. 有趣的“蝴蝶效应”是怎么回事[J]. 人力资源开发, 2018(15): 47.
- [23] 杨宗杭, 曹硕, 杨琨, 等. 我国资本市场生态的特点、问题及优化路径[J]. 证券市场导报, 2019(5): 4-13.
- [24] 迟颖颖, 涂建明. 中美资本市场发展内部控制审计的殊途与异果[J]. 商业研究, 2019(4): 97-105.
- [25] 邢会强. 《中华人民共和国证券法》新旧条文对照与适用精解[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 7-8.
- [26] 张巍. 资本的规则 II [M]. 北京: 中国法制出版社, 2019: 36-38.

