

从欣泰电气案看证券律师的 勤勉尽责义务

吴凌畅*

摘要:证监会对东易律师事务所的行政处罚及东易所以对证监会的行政诉讼,均涉及证券律师勤勉尽责义务的判断,因而引发法律界人士关注。从处罚依据来看,对《证券法》第223条进行文义解释,将律师事务所认定为“证券服务机构”应无异议,但还须关注到第223条内含的因果关系,同时应拓宽第226条第3款的适用空间。从判断标准来看,证券律师勤勉尽责义务的判断可分为注意义务的区分、查验计划的编制与执行、文件形式与实质瑕疵控制、律所层面复核四个步骤,步骤间不存在严格的顺序。从边界划分来看,由于保荐机构起牵头作用且业务收入比例较高,律所可以直接援引保荐机构资料而无须履行一般注意义务;会计师事务所的审计报告,在以前为标准审计报告时律所也可直接援引,但现行审计准则下审计报告增加了诸多个性化事项段,证券律师对这些事项段中的明显瑕疵负有一般注意义务。

关键词: 证券律师 勤勉尽责 注意义务 边界划分

* 中国人民大学法学院博士研究生。

2018年6月27日,北京市一中院对北京市东易律师事务所(以下简称东易所)及律师起诉证监会三案(以下简称欣泰电气案)作出一审判决,驳回了东易所及律师的诉讼请求。判决一出,引起了业界(尤其是证券律师行业)的广泛关注与热议。该案的核心争议,在于东易所是否尽到了法律所规定的“勤勉尽责”义务。从案件的结果来看,多数法律人士对判决理由及判决内容较为不满。原因在于,欣泰电气通过财务手段使得上市文件中存在虚假记载,而对财务数据真实性的审查应是会计师事务所的审计事项,法律专业出身的律师既不应该也没有能力对财务数据的真实性负责,如果监管机构在此强加律师以勤勉尽责义务,无异于“专业分工的大倒退”。〔1〕

自中国证券市场发展以来,律师事务所及其从业律师作为证券市场的重要参与主体,在资本市场发挥着重要的中介把关作用。据统计,截至2016年,全国有300多家律所、近万名律师从事证券法律业务,证监会于该年度一年就收到200多家律所为行政许可类项目出具的法律意见书3507件(不含补充法律意见书)。〔2〕如果无法明确证券律师的勤勉尽责义务及其相应所须承担的法律风险,则会损害证券律师参与资本市场的积极性,无益于资本市场的长期健康发展。鉴于欣泰电气案所引发的上述争论,本文以该案为切入点,同时结合证监会以往针对律师事务所的行政处罚案例,对律师事务所从事证券法律业务中的勤勉尽责义务进行分析,并对勤勉尽责义务中和其他机构的边界作出划分。

一、未勤勉尽责的处罚依据

证监会对东易所的处罚依据为《证券法》第223条。结合2013年

〔1〕 参见缪因知:《上市公司欺诈发行的法律责任再商榷》,载经济观察网:<http://www.eeo.com.cn/2018/0709/331997.shtml>,2018年10月9日访问

〔2〕 参见左永刚:《证监会正研究修改证券法律业务管理办法》,载证券日报网:http://epaper.zqrb.cn/html/2017-09/29/content_34795.htm,2018年10月9日访问。

以后证监会对律师事务所的9起行政处罚来看,^[3]所适用的处罚依据均为本条款。但是,对未勤勉尽责处罚依据的准确适用,却依然有如下几方面留待讨论。

(一) 责任主体判定

《证券法》第223条处罚条款的适用主体为证券服务机构,但理论与实践均有人对律师事务所是否为“证券服务机构”提出质疑。学理上,有学者从《证券法》第169条、第108条、第131条、第45条、第52条、第173条、第201条等条款出发,认为《证券法》本身并未明确地将律师事务所列为“证券服务机构”之列,只是通过“法律意见书”这一纽带含混地在律师行业与证券服务之间建立起联系,而涉及律师的法律条款仅仅见于某些职位的消极资格条件而与证券律师业务无关。^[4]在欣泰电气案中,东易所亦以此为由,认为证监会的处罚依据适用错误。

对于该问题,审理欣泰电气案的北京市一中院认为,对于证券服务机构范围的理解,应当结合证券法及相关法律规定进行体系解释、目的解释及历史解释。从体系解释来看,《证券法》第45条第1款及第173条均出现有“证券服务机构”和“法律意见书”字样,因此“证券服务机构”明显包含出具法律意见书的律师事务所。从目的解释来看,《证券法》第74条第6项、第78条第2款以及第84条等规定中的“证券服务机构”,基于相关条款的立法目的显然也应当包含从事证券业务的律师事务所。从历史解释来看,早在1993年《禁止证券欺诈行为暂行办法》中,律师事务所就已经明确作为证券服务机构之一进行管理。虽然该办法已经废止,但管理标准并未发生变化。因此,《证券法》第169条只是对必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准的证券

[3] 根据历史资料及现有研究,自1993年至今,证监会针对律师事务所的处罚共经历三个阶段:(1)1993年至2000年的“初发期”,共10起行政处罚;(2)2001年至2012年的“休眠期”,没有进行过任何行政处罚;(3)2013年至今的“再发期”,迄今共有9起行政处罚。参见程金华、叶乔:《中国证券律师行政处罚研究——以“勤勉尽责”为核心》,载《证券法苑》(第23卷),法律出版社2017年版,第19~48页。

[4] 参见郭雳:《证券市场中介机构的法律职责配置》,载《南京农业大学学报》(社会科学版)2011年第1期。

服务机构的列举,其中未规定律师事务所并不意味着律师事务所就不构成证券服务机构。〔5〕

本文同意北京市一中院的解释结论,但认为在解释进路上应首采文义解释。在诸多法律解释方法中,文义解释具有优先使用性,这里的“优先”不仅包含使用顺序的优位选择,还包括解释者应尽量减少使用文义外的其他解释方法。〔6〕从作用角度来看,文义解释的作用是在该方法基本精神引领之下,发现法律的真实含义,〔7〕因而不宜过分纠结于字眼表达而曲解法律条文真意。在《证券法》语境下及当前监管实践中,律师事务所是为出具法律意见书的唯一适格主体,“出具法律意见书的主体”和“律师事务所”应具有同等含义。观之《证券法》第173条,规定了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、出具法律意见书时的勤勉尽责义务,即是将出具法律意见书的律师事务所认为是“证券服务机构”;再观之《证券法》第201条,规定了证券服务机构和人员不得违反第45条的规定买卖股票,而无论是第201条还是第45条,都在“证券服务机构”前加上了“为股票的发行、上市、交易出具法律意见书文件”的定语,因此将出具法律意见书的律师事务所认定为是“证券服务机构”应无异议。

(二) 法条逻辑关系

除了主体要件外,《证券法》第223条适用的客观要件包含两方面——“未勤勉尽责”以及“所制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”。需要详加考虑的是,两个客观要件之间究竟是何逻辑关系?如果是选择关系的话,两要件中满足其一便可;如果是并列关系的话,需要同时满足方可适用该条款;如果是因果关系的话,还须在并列关系的基础上需要二者之间具备法律上的因果关系。

目前有研究注意到须对该法条的逻辑关系进行判断,认为律师行

〔5〕 参见《一中院公开宣判欣泰电气IPO律所诉中国证监会行政处罚案》,载北京法院网:<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2018/06/id/3375817.shtml>,2018年10月9日访问。

〔6〕 参见陈金钊:《文义解释:法律方法的优位选择》,载《文史哲》2005年第6期。

〔7〕 参见致远:《文义解释法的具体应用规则》,载《法律适用》(国家法官学院学报)2001年第9期。

为存在以下四种可能性:(1)勤勉尽责,同时出具合格法律意见书;(2)勤勉尽责,但出具有问题法律意见书;(3)未勤勉尽责,但出具合格法律意见书;(4)未勤勉尽责,且出具有问题法律意见书。研究进一步认为,只有第2种和第4种情况会进入证监会查处的视野,证监会需要坐实第4种情况,而被查处的证券律师需要尽可能以第2种情况进行抗辩。^{〔8〕}

本文对上述研究的观点基本认同,但还有进一步的补充。对于逻辑关系的判断,依然需要依赖于文义解释。首先,两要件之间并不存在“或”“或者”等可以表示选择关系的连词,因此不宜将法条的逻辑关系认为是选择关系,在上文所述的第2种情况及第3种情况都不应适用《证券法》第223条。其次,法条原文在两要件之间用逗号隔开,但逗号仍然可以表示并列关系。根据国家标准《标点符号用法》(GB/T 15834-2011)^{〔9〕}附录B中B.1.1“逗号、顿号表示并列词语之间停顿的区别”,逗号和顿号都可以用来表示并列词语之间的停顿,但逗号表示的停顿长,顿号表示的停顿短,虽然并列词语之间的停顿一般用顿号,但当并列词语较长或其后有语气词时,为了表示稍长一点的停顿,也可用逗号。观之《证券法》第223条,由于后一要件——“所制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”本身句式较长,且在短句中即已存在顿号作为短句中的并列停顿,因此两要件之间是用逗号表示并列关系的。最后,虽然从文义上来看两要件是并列关系,但从法律逻辑的角度来看,前一要件是因、是行为要件,后一要件是果、是结果要件,还需要行为要件与结果要件之间具备因果关系。行为要件与结果要件之间因果关系的具备,是众多法律责任承担的前提。例如,在刑法中,刑事责任的承担需要具备危害行为与危害结果之间的因果关系;在侵权责任法中,除主观过错外,还需要具备行为、损害事实以及行为与损害事实之间的因果关系。

综合上述分析,律师事务所适用《证券法》第223条需要同时具备

〔8〕 参见程金华、叶乔:《中国证券律师行政处罚研究——以“勤勉尽责”为核心》,载《证券法苑》(第23卷),法律出版社2017年版,第19~48页。

〔9〕 该标准电子版可见 [http://people.ubuntu.com/~happyaron/110n/GB\(T\)15834-2011.html](http://people.ubuntu.com/~happyaron/110n/GB(T)15834-2011.html)。

以下几个条件:(1)律师事务所在进行证券法律服务的过程中,未尽到勤勉尽责义务;(2)律师事务所制作、出具的法律意见书具有违法信息披露的客观事实,具体包括了虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏三种情况;(3)未勤勉尽责的行为与违法信息披露的事实之间存在因果关系,按照一般因果关系来看,如果已勤勉尽责的话则可避免违法信息披露的出现,则可认为二者之间具有因果关系。因此,证监会在进行行政处罚时,不能仅以法律意见书中存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏为由便进行处罚,更应该说明律师事务所及律师与此相关的勤勉尽责义务以及二者之间的因果关系。但观之证监会对东易所的行政处罚决定书,仅以东易所出具的《法律意见书》关于欣泰电气上市实质条件的表述部分存在虚假记载为由便进行处罚,而该条件涉及财务会计报告的真实性的表述,众多法律界人士认为证券律师就算尽到勤勉尽责义务也无法避免该虚假记载的出现,这便是欣泰电气案引发业界众人诸多关注的核心原因所在。

另外还须注意的是,实践中“虚假记载”的表现样态存在多样性,因此导致未勤勉尽责与虚假记载之间的因果关系程度也有所不同。依据最高人民法院司法解释,“虚假记载”指的是“信息披露义务人在披露信息时,将不存在的事实信息披露文件中予以记载的行为”。所谓“不存在的事实”,既可以是与发行人有关的事实,也可以是与证券服务机构自身有关的事实。大多数行政处罚案例将“虚假记载”所涉事实认为是与发行人有关的事实,东易所的行政处罚即为此例;而在证监会对为新大地 IPO 服务的北京市大成律师事务所及 4 名经办律师的行政处罚决定书中,将“虚假记载”认定为“大成所在未对梅州维运新农业发展有限公司实际控制人廖某梅及梅州市绿康农副产品经营部经营者陈某进行实地访谈的情况下,却在所出具的法律文件中记载了对其实地访谈的记载”,这里所予以记载的“不存在事实”即为与律师事务所自身服务行为有关的事实。当“虚假记载”的“不存在事实”为与发行人有关的事实时,所虚假记载的事实大多为律师事务所在法律文件中对于发行人相关上市条件的法律判断,影响的是所出具文件的准确性,监管部门应着重说明未勤勉尽责与虚假记载之间的因果关系;而当该事实为律师事务所及律师自身的有关事实时,影响的则是出

具文件的真实性,虚假记载是未勤勉尽责的直接体现,二者具有某种程度的同一性。

(三) 单纯未勤勉尽责的处罚依据

上述分析之后仍存的问题是:如果律师事务所只是单纯未尽到勤勉尽责义务,但所制作、出具的文件并不存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,如此情形之下是否还可对律师事务所进行行政处罚?

本文认为,如前文所述,由于《证券法》第 223 条明确规定了适用该条款的要件包括“未勤勉尽责”的行为要件以及“所制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”的结果要件,因此当只存在行为要件之时,无法适用《证券法》第 223 条进行处罚。但是,这并不意味着此种情形便无须处罚,还须看到《证券法》第 226 条第 3 款的相关规定。依据该条文,规定了证券服务机构违反《证券法》规定或者依《证券法》制定的业务规则时可以进行行政处罚;再观之《证券法》第 173 条,则已经规定了证券服务机构的勤勉尽责义务。因此,在律所事务所单纯未勤勉尽责的情形下,作为证券服务机构的律师事务所已经违反了《证券法》第 173 条的有关规定,则可以适用《证券法》第 226 条第 3 款进行处罚。

但令人感到疑惑的是,证监会在 4 篇针对律师事务所^[10]的行政处罚决定书中,均提到律所的行为构成了《证券法》第 226 条第 3 款所述“违反本法规定或者依法制定的业务规则”的情形,但最后的处罚依据却依然是《证券法》第 223 条。从处罚内容来看,第 223 条与第 226 条第 3 款存在以下几方面的异同:(1) 两条文对证券服务机构的处罚均为没收业务收入(或违法所得),并处以业务收入(或违法所得)1 倍以上 5 倍以下的罚款;(2) 第 223 条处罚条款直接包括了“暂停或者撤销证券服务业务许可”,而第 226 条第 3 款只在情节严重时才有此措施;(3) 第 223 条规定了针对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的处罚,而第 226 条第 3 款则无此处罚条款。结合律师事务所从事证券

[10] 分别是为天丰节能 IPO 服务的北京市竞天公诚律师事务所、为振隆地产 IPO 服务的北京市中银律师事务所、为鞍重股份 IPO 服务的北京市天元律师事务所以及本文着重讨论的为欣泰电气 IPO 服务的北京市东易律师事务所。

业务的实际情况,由于2002年证监会和司法部颁布的《关于取消律师及律师事务所从事证券法律业务资格审批的通告》已经取消了律师事务所及律师从事证券法律业务资格的行政审批,因此,证监会单纯适用第223条更可能的原因在于——如适用第226条第3款的话则无法对未尽到勤勉尽责义务的律师进行处罚。

据此,本文建议,需要进一步厘清第223条和第226条第3款之间的适用关系:一方面,需要在第226条第3款中增设针对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的处罚条款,从而拓宽第226条第3款的适用空间;另一方面,由于单纯未勤勉尽责而所制作、出具的文件不存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的情况并没有产生导致投资者产生错误依赖的错误披露信息,相较于第223条所列情形而言具有较低的社会危害性,因此,也应相应降低第226条第3款的处罚幅度,从而与第223条相互区别。

二、勤勉尽责义务的判断标准

证监会在针对东易所的行政处罚决定书中,首次提出证券律师在IPO项目中勤勉尽责义务的判断标准,认为可以从两方面进行考虑:其一,是否按照《公开发行证券公司信息披露的编报规则第12号——公开发行证券的法律意见书和律师工作报告》(以下简称《编报规则》)、《律师事务所从事证券法律业务管理办法》(以下简称《管理办法》)以及《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》(以下简称《执业规则》)进行执业;其二,在发表法律意见时是否履行了必要的核查验证程序。由此可见,证券律师勤勉尽责义务主要围绕《管理办法》、《执业规则》及《编报规则》这三个部门规章及规范性文件而展开,具体而言可分为以下四步。

(一) 第一步:注意义务的职业判断

依据《管理办法》第14条的规定,律师在出具法律意见时所须尽到的注意义务可分为两类——对与法律相关的业务事项,应当履行法律专业人士所具有的特别注意义务;对与法律无关的其他业务事项,应

当履行普通人所具有的一般注意义务。据此,勤勉尽责义务中的注意义务即可分为特别注意义务与一般注意义务,事项的不同会导致注意义务的不同,而注意义务的不同直接使对后续勤勉尽责标准的判断亦有所不同。

关于特别注意义务与一般注意义务的划分标准,《执业规则》实际上将此交由律师自身进行判断。依据《执业规则》第6条的规定,律师从事证券法律业务,应当就业务事项是否与法律相关、是否应当履行法律专业人士特别注意义务作出分析、判断。但问题是,证券律师的这一职业判断,有可能并不获得监管部门的认同。证券律师的职业判断与注册会计师的职业判断有所不同,注册会计师的职业判断是在法律法规和职业标准的框架下作出的,这些职业标准多由财政部发布,相对而言,证券律师则缺少这些具有官方信用背书的职业标准。就从中华全国律师协会发布的行业标准来看:2003年发布的《律师从事证券法律业务规范(试行)》,由于发布年份较早,对“注意义务”只字未提;2015年发布的《律师从事证券法律业务尽职调查操作指引》,也只提到律师对尽职调查过程中的法律事项应尽到证券法律专业人士的特别注意义务,对其他行业有关事项仅负有一般注意义务,但其中关于“可出于合理信赖直接援引其他证券服务专业机构的工作成果”的表述却遭到证监会对东易所行政处罚决定书的反对。^[11]

从学界讨论来看,有学者认为特别注意义务与一般注意义务的区分可从范围及程度两方面进行把握。就范围而言,律师应对与法律相关的事项进行专业核查、法律分析并发布独立法律意见,对以法律专业人士能力难以进行判断的事项,则可仅履行普通人的一般注意义务;就程度而言,特别注意义务不仅高于普通人的一般注意义务,也高于律师从事非证券业务的要求,证券律师应当尽力收集各方面的证据并在专业能力范围内判断证据的真实性、准确性、完整性与有效性,对各种来

[11] 中国证监会行政处罚决定书(北京市东易律师事务所、郭立军、陈燕殊)[2017]70号认为:东易所在工作底稿中直接引用会计师事务所的《审计报告》及保荐机构的相关资料,对明显瑕疵没有履行一般注意义务,其工作底稿中未见履行核查验证程序的记录,足以认定东易所未审慎核查验证相关材料,未勤勉尽责。

源的证据进行交叉验证,从而达到内心确信的证明程度。^[12] 另外也有实务界人士指出,在一般注意义务之外且属于法律范畴内的事项,如果从事证券法律业务的律师在一般情形下均能够及应该注意到的,则构成律师的特别注意义务。对于特别注意义务的判断,宜采取同行业内、从事相同业务的律师一般情形下通常会履行的注意义务作为标准进行判断。^[13]

法学界对注意义务(duty of care)的关注与研究,最初从刑法学界介入并逐渐深化,但自20世纪90年代以后,民法学界亦开始关注注意义务并取得较为丰硕的成果,可资借鉴。无论在英美法系还是大陆法系的民法体系中,注意义务都是过失判定的基准,注意义务可以行为人的职业特性为标准,将其分为普通注意义务和高度注意义务: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专家应当具有的注意义务。^[14] 这种“高度注意义务”与前文所述的“特别注意义务”均限定在特定职业者在特定执业领域内与特定职业相关的事项上,因此具有同等含义。相对于“高度注意义务”而言,有学者认为使用“合理的注意”标准衡量专业人士是否有过失更符合客观实际,这种标准是指一个中等能力行业从业人员的标准,它低于行业内最优秀专业人士的水准,但显然高于行业新进入人员的水平。^[15]

本文认为,对于证券律师特别注意义务的判断:首先,应避免《执业规则》第6条所采取的“主观说”,仅行为人自身的实际能力作为判断特别注意义务的标准,此种标准涉及主观世界的判断,具有实际运用的操作困难;其次,应避免仅以社会一般公众认知为标准的“客观说”,因为一般公众对于证券法律行业不甚了解,以此为标准则失去了职业判断及专业化分工的应有之义;最后,应提倡前两种做法加以综合的“折中说”,即把执业领域内众多相似个人的判断能力加以抽象并附加

[12] 参见郭雳:《证券律师的履职规范与业务拓展》,载《证券市场导报》2011年第4期。

[13] 参见黄伟民、曾宪政:《浅议从事证券法律业务律师应履行的特别注意义务》,载国浩律师事务所官网:<http://www.grandall.com.cn/grandall-research-institute/legal-study/grandall-forum/9463.htm>,2018年10月10日访问。

[14] 参见屈茂辉:《论民法上的注意义务》,载《北方法学》2007年第1期。

[15] 参见刘燕:《“专家责任”若干基本概念质疑》,载《比较法研究》2005年第5期。

广泛意义的社会附加性并最终形成一类普通的判断标准。^[16] 概括而言,对于某一事项是否属于与法律相关的业务事项而履行法律专业人士所具有特别注意义务的判断,应当以整体证券律师行业对该类行为的要求作为依据,使这类行为符合了一个合格证券律师从业人员在相同或相似条件下所应采取的谨慎行为。从具体的程度上来说,本文同意前引相关文献的结论,认为这种判断的水准不仅高于普通人的一般注意义务,也高于律师从事非证券业务的要求,同时在证券律师行业中处于中游水平。

(二) 第二步:查验计划的编制执行

依据《管理办法》第13条的规定,律师事务所及其指派的律师从事证券法律业务履行特别注意义务之时,应当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;而在进行核查和验证前,应当编制核查和验证计划(以下简称查验计划),明确需要核查和验证的事项,并根据业务的进展情况,对其予以适当调整。由此可见,查验计划的编制与执行是证券律师履行执业活动中特别注意义务的重要内容,也是监管部门判断证券律师是否尽到勤勉尽责义务的重要依据。

有关查验计划编制与执行的规定,除了《管理办法》第13条外,还体现在《执业规则》第9条。依据该条文:查验计划所需要列明的内容包括查验具体事项、查验工作程序以及查验具体方法;在查验工作结束之后,律师事务所及其指派的律师应当对查验计划的落实情况进行评估和总结;查验计划未完全落实的,应当说明原因或者采取的其他查验措施。对于具体的查验方法,《执业规则》规定了面谈、书面审查、实地调查、查询、函证等方式。《执业规则》同时还规定,在有关查验方法不能实现验证目的时,应当对相关情况进行评判,以确定是否采取替代的查验方法;而在所列查验方法之外,律师还应当根据实际情况予以补充,采取其他合理手段获取适当证据材料以对被查验事项作出认定和判断。

但除此之外,《管理办法》和《执业规则》对查验计划并无再多涉及。本文认为,鉴于查验计划的重要性,应对查验计划进行更为细致的

[16] 参见戴谋富:《专家注意义务的本质及判断标准》,载《求索》2010年第7期。

规定。相比之下,会计师事务所对审计计划则较为重视,《中国注册会计师审计准则第1201号——计划审计工作》(财会〔2010〕21号)专门规定了审计计划制定的相关问题。可以借鉴该审计准则,将证券法律业务中所须编制的查验计划分为两个层面,在当前具体查验计划之上增设总体查验策略,以指导具体查验计划的制定。在制定总体查验策略时,律师应当:(1)确定证券法律业务的特征,以界定查验范围;(2)明确证券法律业务的报告目标,以计划查验的时间安排;(3)根据职业判断,考虑项目组工作中所须履行的特别注意义务;(4)确定执行义务所需资源的性质、时间安排和范围。而在制定具体查验计划时,则如当前规定,需要明确列明查验事项、查验程序和查验方法。在进行具体查验过程中:如果发现无法获取适当证据材料的,根据职业判断,一方面,需要考虑使用其他的或补充的查验方法;另一方面,则需要考虑对具体查验计划甚至总体查验策略进行调整;如果发现委托人提供材料存在虚假记载、误导性陈述、重大遗漏的,则须根据《管理办法》第17条的规定,要求委托人纠正、补充,委托人拒不纠正、补充的,律师可以拒绝继续接受委托,同时应当按照规定向有关方面履行报告义务。

同时还应当注意的是,律师须对查验程序保持全程控制。依据《执业规则》第4条的规定,律师事务所及其指派的律师从事证券法律业务时,对于收集证据材料等事项,应当亲自办理,不得交由委托人代为办理。从目前情况来看,湖南博鳌律师事务所因为大部分律师函交由委托人——万福生科送达或邮寄而被证监会处罚,北京市竞天公诚律师事务所也因通过委托人——天丰节能获取其与第三人的购销合同而被证监会处罚。

(三) 第三步:成果瑕疵控制

证券律师从事证券法律业务主要的工作成果是法律意见书,法律意见书是律师事务所及其指派的律师针对委托人委托事项的合法性所出具的明确结论性意见,是委托人、投资者和证监会及其派出机构确认相关事项是否合法的重要依据。除此之外,《编报规则》规定发行人向证监会申请公开发行证券的必备文件还包括律师工作报告。同时,根据《管理办法》第18条的规定,律师应当归类整理核查和验证中形成的工作记录和获取的材料,并对法律意见书等文件中各具体意见所依

据的事实、国家相关规定以及律师的分析判断作出说明,形成记录清晰的工作底稿;依据《执业规则》第39条第2款的规定,工作底稿是判断律师是否勤勉尽责的重要证据。因此,证券法律业务的实际成果包括法律意见书、律师工作报告以及工作底稿这三份文件,律师事务所及其指派的律师应对这三份文件的成果质量进行控制,避免出现形式或实质上的瑕疵。

具体而言,形式上的瑕疵包括:(1)文字错误。例如,将文件中的重要公司名称或重要时间节点记录错误。(2)形式错误。《编报规则》规定了法律意见书的必备内容,其中即包括在法律意见书中律师应声明的若干事项,如果这些本应声明的事项并未在法律意见书中出现,则会构成瑕疵。(3)签章缺漏。例如,在本次欣泰电气案中,东易所的工作底稿未加盖律师事务所公章,且大部分底稿未标明目录索引,底稿中大部分访谈笔录没有经办律师签字,还存在访谈笔录中律师和访谈对象均未签字的情形。对此,东易所的申辩意见认为,签章缺漏仅代表东易所履职过程中有瑕疵,但情节轻微,应不予处罚。但应该看到,工作底稿是证券律师对制定的查验计划、实施的查验程序、获取的相关证据,以及得出的查验结论作出的记录,它能够使得未曾接触该项证券法律服务的有经验的专业人士清楚了解查验过程中所遇到的重大事项以及得出查验结论时作出的重大职业判断。工作底稿是法律意见书和律师工作报告的基础,也是判断律师是否勤勉尽责的重要证据,因此对于工作底稿中的明显瑕疵应判定为未尽到勤勉尽责义务。

除了形式瑕疵之外,实质瑕疵则主要是指文件中的具体内容违反了相关的禁止性规定。例如,《管理办法》第21条明确规定法律意见不得使用“基本符合”“未发现”等含糊措辞,如果在法律意见书中出现的话则属于实质瑕疵。又如,《编报规则》明确规定了律师在法律意见书和律师工作报告中必须明确发布结论性意见的若干事项,如果出现漏记情况的话,则不属于形式瑕疵而应属于实质瑕疵。再如,律师在查验工作中发现了问题,但在该问题并未解决的情况下便在法律意见书中发表了肯定的结论性意见。在查验工作中如果碰到解决不了的问题,要在法律意见书中予以释明以揭示风险,不能为了掩盖风险点而发

表与查验结果不一致的法律意见。^[17]

(四) 第四步:内部质量控制

欣泰电气案中,证监会对东易所的处罚理由还包括“未对《法律意见书》进行讨论、复核”。同样地,北京市中银律师事务所在为振隆特产IPO进行法律服务的过程中,由于工作底稿缺乏“内部讨论、复核的记录”亦被证监会处罚。根据《管理办法》第23条、《执业规则》第37条的规定,证券法律服务中律师所出具的法律意见书应当经所在律师事务所讨论复核,参与讨论复核的律师应当签名确认,讨论复核应制作相关记录作为工作底稿留存。

讨论复核是律师事务所层面对法律意见书进行内部质量控制的重要环节,但是在实践中却未得到较为有效的执行。主要的原因在于,现代律师行业虽然由个体化向团队化发展,但各个律师团队之间依然各自为政,法律服务项目的承接以团队为单位,工作人员的招聘及费用支出亦主要由团队内部完成,很多律师事务所实际上只是若干个律师团队的松散集合而已。在此种执业环境下,很难保证律师事务所能够对律师的工作进行有效复核。

但从证券法律业务的逻辑来看,律师事务所依然是承接证券法律服务项目并出具法律意见的主体,具体经办律师只是由律师事务所进行指派,律师事务所理应在律所层面对法律意见的质量进行内部控制。本文认为,可以借鉴《质量控制准则第5101号——会计师事务所对执行财务报表审计和审阅、其他鉴证和相关服务业务实施的质量控制》,同时参考《税务师事务所质量控制指导意见(试行)》,建立起如下内部质量控制体系:(1)概念界定。所谓证券法律项目复核人员,指的是由律师事务所指定、在经办律师团队以外的,具有足够、适当的经验,能够对经办律师团队作出的重大判断和在法律意见中得出的结论进行客观评价的合伙人、律师事务所的其他人员、具有适当资格的外部人员或由这类人员组成的小组。而所谓证券法律项目复核,指的便是在法律意见出具之前,证券法律项目复核人员对经办团队作出的重大判断和在

[17] 参见王倩:《证券律师勤勉尽责之实务分析——基于我国证券律师违法违规案例的思考》,载《证券法苑》(第21卷),法律出版社2017年版,第145~150页。

法律意见中得出的结论进行客观评价的过程。在具体复核时,应当遵循由经验较多的人员复核经验较少的人员工作的基本原则。(2)制度建设。律师事务所应当制定相关制度,要求对证券法律业务项目实施复核,只有在完成复核之后,律师事务所才能出具正式的法律意见。同时律师事务所应当制定相关制度,以处理和解决经办团队与复核人员之间的意见分歧。(3)具体内容。项目复核包括下列工作:查验计划是否得到执行;重大职业判断是否得当;已执行的工作是否支持所形成的结论;所获取的证据是否充分、适当。在进行复核之后,于工作底稿需要记录:律师事务所有关项目复核制度所要求的程序已得到实施;项目复核在法律意见出具日之前已完成;复核人员没有发现任何尚未解决的事项,使其认为经办团队作出的重大判断和得出的结论不适当。

最后仍需要说明的是,本文所认为的勤勉尽责义务的判断标准可分为以上四步进行,但这四步只是一般意义上的步骤,而非严格的适用顺序。在实践中,有可能因为工作需要,而需要重复执行前一步骤。例如,根据注意义务的区分而编制查验计划后,有可能在实际执行计划的过程中需要再次对注意义务的类型进行判断,从而调整查验计划。又如,在内部质量控制的复核过程中,有可能发现注意义务的判断或者查验计划的编制执行存在不当,而需要重新执行第一步或者第二步,且在重新执行的时候需要注意第三步的瑕疵控制。

三、勤勉尽责义务的边界划分

(一) 总体划分原则

在对律师事务所从事证券法律业务的勤勉尽责义务进行判断时,还需要对其与其他中介机构之间的边界进行准确划分。事实上,这也正是本次欣泰电气案受到广泛关注的原因。因为欣泰电气 IPO 主要是通过“应收账款”及“应付账款”这两个会计科目进行财务造假,而大多数法律界人士认为对会计科目真实性的审查应属于会计师事务所从事审计业务的职责范围,律师事务所对该方面不存在勤勉尽责义务。

本文认为,尽管这涉及律师事务所与其他中介机构勤勉尽责义务的边界划分,但仍然需要遵循前文所述的四个步骤,尤其需要关注到注意义务的划分。但需要进行讨论的是,在涉及其他中介机构专业领域的事项时,律师事务所及律师是否还需要履行注意义务?如果需要履行的话,应履行何种程度的注意义务?

依据中华全国律师协会发布的《律师从事证券法律业务尽职调查操作指引》第5条的规定,证券律师对其他行业有关事项仅负有一般注意义务,可出于合理信赖直接援引其他证券服务专业机构的工作成果,除非明知涉及争议或纠纷,律师可不再对该等事项重复核查验证。对于行业协会所发布的行业执业标准,证监会一方面在针对大成所及博螯所的行政处罚决定书中都表述道两所“未按照行业的执业标准,履行勤勉尽责的义务,致使其所出具的文件有虚假记载的行为”;但另一方面又在针对东易所的行政处罚决定书中认为“东易所在工作底稿中直接引用会计师事务所的《审计报告》及保荐机构的相关资料,对明显瑕疵没有履行一般注意义务,其工作底稿中未见履行核查验证程序的记录,足以认定东易所未审慎核查验证相关材料,未勤勉尽责”。由于证监会对律师协会的观点存在相左,因此需要讨论的是:律师事务所对于其他证券服务机构的工作成果,究竟是直接引用,还是需要履行一般注意义务?本文认为,这个问题的回答需要视证券服务机构而定,在保荐机构与会计师事务所之间存在差别。

(二)与保荐机构之间的具体划分

有学者提出,我国目前证券中介机构的职责划分模式,在借鉴美国授予证监会广泛监管权力的基础上,较多地学习了英国和中国香港地区的保荐制度,是为“严格的保荐人牵头责任”模式。^[18] 证券公司作为保荐机构在各证券中介机构中的牵头角色,从《证券发行上市保荐业务管理办法》中的相关规定便可见一斑。另外,从业务收入的比例来看,欣泰电气IPO项目作为保荐机构的兴业证券业务收入为1200万元,北京市东易律师事务所的业务收入仅为90万元,后者占前者的

[18] 参见郭雳:《证券市场中介机构的法律职责配置》,载《南京农业大学学报》(社会科学版)2011年第1期。

比例仅为 7.5%。证监会 2013 年以后对于 9 个律师事务所进行了行政处罚,也均涉及对相关保荐机构的处罚,根据行政处罚决定书所披露的信息,可将保荐机构与律师事务所的业务收入情况分列如表 1 所示:

表 1 保荐机构与律所业务收入情况

IPO 项目	保荐机构	业务收入	律所	业务收入	比例
绿大地	联合证券	1200 万元	四川天澄门	58 万元	4.83%
万福生科	平安证券	2555 万元	湖南博鳌	70 万元	2.74%
天能科技	民生证券	100 万元	北京君泽君	60 万元	60.00%
新大地	南京证券	未取得	北京大成	50 万元	无
天丰节能	光大证券	215 万元	北京竞天公诚	15 万元	6.98%
振隆特产	信达证券	160 万元	北京中银	60 万元	37.50%
登云股份	新时代证券	1676.96 万元	广东君信	195 万元	11.63%
鞍重股份	西南证券	100 万元	北京天元	150 万元	150.00%
欣泰电气	兴业证券	1200 万元	北京东易	90 万元	7.50%

可以看到,除了个别项目以外,IPO 中律师业务收入占保荐机构业务收入的比重均处于较低水平。业务收入的水平在一定程度上能够反映勤勉尽责义务的严格标准,加上《证券发行上市保荐业务管理办法》明确规定保荐机构对律师事务所出具的法律意见也应当结合尽职调查过程中获得的信息对其进行审慎核查,如果说律师事务所还须对保荐机构所提供的资料进行核查验证的话,则会形成交叉性的重复工作。并且,目前体制下只存在保荐机构单方面要求律师事务所就重大差异部分做出解释或者出具依据的处理路径,律师事务所难以对起牵头作用的保荐机构的资料提出质疑。如果要求律师对从保荐机构取得的资料也应履行注意义务的话,不仅存在浪费资源的必要性质疑,且有囿于当前证券中介机构模式而引发的强人所难之嫌。因此,本文认为,律师事务所可以在证券法律服务过程中可以直接援引保荐机构的工作成果,而无须履行特定的注意义务。

(三)与会计师事务所的具体划分

当划分主体为会计师事务所时,同为各自领域的专业机构,律师事务所与会计师事务所的边界划分应有所不同。根据《管理办法》第15条的规定,律师从会计师事务所直接取得的文书或者抄录复制但经会计师事务所确认的材料,可以作为出具法律意见的依据,但律师应当履行注意义务并加以说明。但该条文未言明的是,这项注意义务到底应是特别注意义务还是一般注意义务。本文认为,出于专业化分工的需要以及证监会在东易所行政处罚决定书中所阐明的态度,应将这里的“注意义务”认定为一般注意义务。

一般注意义务作为普通人所应具备的注意义务,需要对未注意到明显瑕疵的情形承担法律责任。但问题是,何为“明显瑕疵”?证监会对东易所的行政处罚决定书中,认为东易所直接引用会计师事务所的《审计报告》,对明显瑕疵没有履行一般注意义务。需要讨论的是,审计报告中究竟是否存在一般人可以发现的明显瑕疵?

对此问题的回答,还须看到注册会计师准则对于审计报告在要素和内容上规定的变化。注册会计师对财务报表所形成的审计意见类型,包括无保留意见和非无保留意见(又可细分为保留意见、否定意见和无法表示意见)。如果注册会计师出具的无保留意见的审计报告没有附加任何说明段、强调事项段或任何修饰性用语时,这种报告就被称为标准审计报告。^[19] 标准审计报告的内容高度雷同,以北京兴华会计师事务所为欣泰电气IPO出具的财务报表审计报告为例,就只包括了标题、收件人、引言段、管理层对财务报表的责任段、注册会计师的责任段、审计意见段、注册会计师的签名和盖章、会计师事务所的名称地址和盖章以及报告日期这九大要素。由于标准审计报告的内容几乎一模一样,因此律师仅凭这些相同的文字表述难以找到财务报表及审计报告的明显瑕疵。在审计报告之后,附上了资产负债表、利润表、现金流量表、股东权益变动表以及财务报表附注作为审计报告的附件,理解这些财务报表及附注需要有较强的财务方面专业知识。并且,兴华会计师事务所对欣泰电气

[19] 参见蔡维灿、林克明主编:《审计实务》(第2版),北京理工大学出版社2015年版,第327页。

IPO 审计的未勤勉尽责之处,主要为未对相关应收账款明细账及应付账款、预付账款明细账中存在的大量大额异常红字冲销情况予以关注,而明细账的异常情况也无法在财务报表中予以体现。因此,在欣泰电气案中,兴华会计师事务所出具的标准审计报告并不存在一般人可以注意到的明显瑕疵,不宜对东易所直接援引审计报告的行为科以一般注意义务。

但须引起关注的是,2016年12月23日,财政部修订了《中国注册会计师审计准则第1501号——对财务报表形成审计意见和出具审计报告》,不仅在审计报告要素中增加了“按照相关法律法规的要求报告的事项(如适用)”,还规定在适用的情况下,注册会计师应当按照《中国注册会计师审计准则第1324号——持续经营》《中国注册会计师审计准则第1504号——在审计报告中沟通关键审计事项》《中国注册会计师审计准则第1521号——注册会计师对其他信息的规定》的相关规定,在审计报告中对与持续经营相关的重大不确定性、关键审计事项、被审计单位年度报告中包含的除财务报表和审计报告之外的其他信息进行报告。因此,就算是会计师事务所出具的仍然是无保留意见的审计报告,但按照新注册会计师审计准则的要求,还有可能在原来标准审计报告的基础上增加按照相关法律法规的要求报告的事项、与持续经营相关的重大不确定性、关键审计事项以及除财务报表和审计报告之外的其他信息。这些信息均为与被审计单位相关的个性化表述,能够为审计报告的预期使用者提供更多与被审计单位相关的信息使用价值;尤其是其中的关键审计事项,经研究发现,披露关键审计事项段公司的累计超额收益率在披露前后的变化显著高于未披露公司,说明关键审计事项段提高了审计报告沟通价值。^[20] 本文认为,由于现行审计准则极大地扩容了审计报告中与被审计单位相关的信息内容,使得审计报告拥有了存在明显瑕疵的可能性,律师对这类明显瑕疵则负有一般注意义务。

[20] 参见王艳艳、许锐、王成虎、于李胜:《关键审计事项段能够提高审计报告的沟通价值吗?》,载《会计研究》2018年第6期。

四、结 语

本次证监会对东易所的处罚依据为《证券法》第 223 条,处罚条款的适用主体为证券服务机构。虽然目前对律师事务所是否属于“证券服务机构”存有质疑,但从文义解释的进路来看,结合《证券法》第 201 条及第 45 条,将律师事务所认定为“证券服务机构”应无异议。从第 223 条本身的适用条件来看,“未勤勉尽责”与“所制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”应为并列条件,且二者之间为因果关系,前者为因、后者为果。如果律师事务所只具备行为要件而缺乏结果要件(单纯未勤勉尽责而无虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏)时,虽然不能适用《证券法》第 223 条进行处罚,但因其违反了第 173 条的有关规定,则可以适用第 226 条第 3 款进行处罚。但从目前的行政处罚实践来看,诸多行政处罚决定书对第 223 条和第 226 条第 3 款之间的逻辑关系并不明朗,需要得以厘清。一方面,需要在第 226 条第 3 款中增设针对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的处罚条款,从而拓宽第 226 条第 3 款的适用空间;另一方面,由于单纯未勤勉尽责而所制作、出具的文件不存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的情况并没有产生导致投资者产生错误依赖的错误披露信息,相较于第 223 条所列情形而言具有较低的社会危害性,因此,也应相应降低第 226 条第 3 款的处罚幅度,从而与第 223 条相互区别。

关于证券律师勤勉尽责义务的判断,具体可分为以下四步,但适用顺序并无严格限定:第一步,注意义务的职业判断。注意义务有一般注意义务与特别注意义务之分,对于某一事项是否属于与法律相关的业务事项而履行法律专业人士所具有特别注意义务的判断,应当以整体证券律师行业对该类行为的要求作为依据,使得这类行为符合了一个合格证券律师从业人员在相同或相似条件下所应采取的谨慎行为。第二步,查验计划的编制执行。查验计划的编制与执行是证券律师履行执业活动中特别注意义务的重要内容,也是监管部门判断证券律师是否尽到勤勉尽责义务的重要依据。但目前除了《管理办法》第 13 条及《执业规则》

第9条外,相关文件对查验计划并无再多涉及,可以借鉴审计准则中与审计计划相关的内容,对查验计划进行更为细致的规定。第三步,成果瑕疵控制。证券律师从事证券法律业务主要的工作成果是法律意见书,实际成果包括法律意见书、律师工作报告以及工作底稿这三份文件,律师事务所及其指派的律师应对这三份文件的成果质量进行控制,避免出现形式或实质上的瑕疵。第四步,内部质量控制。讨论复核是律师事务所层面对法律意见书进行内部质量控制的重要环节,但是在实践中却未得到较为有效的执行。可以借鉴《质量控制准则第5101号》,同时参考《税务师事务所质量控制指导意见(试行)》,建立起律师事务所的内部质量控制体系。

该案还涉及律师事务所与其他中介机构勤勉尽责义务的边界问题,划分的总体原则是应将保荐机构与会计师事务所区别看待。鉴于证券公司作为保荐机构在各证券中介机构中的牵头角色,律师事务所可以在证券法律服务过程中可以直接援引保荐机构的工作成果,而无须履行特定的注意义务。证券律师从会计师事务所直接取得的文书或者抄录复制但经会计师事务所确认的材料,可以作为出具法律意见的依据,但律师应当履行一般注意义务并加以说明,且须对未注意到明显瑕疵的情形承担法律责任。对于审计报告的明显瑕疵,需要看到注册会计师准则对于审计报告在要素和内容上规定的变化。在欣泰电气案中,兴华会计师事务所出具的标准审计报告并不存在一般人可以注意到的明显瑕疵,不宜对东易所直接援引审计报告的行为科以一般注意义务;但现行审计准则极大地扩容了审计报告中与被审计单位相关的信息内容,使得审计报告拥有了存在明显瑕疵的可能性,律师对这类明显瑕疵则负有一般注意义务。

本文所主要依据的《管理办法》《执业规则》《编报规则》,都属于证监会或单独或联合司法部所颁布的部门规章,在法源上具备法律效力。我国法学研究长期以来的重心都在于对现行法律的批判以及对未来法律的建构,这可称为“立法论”。然而,随着我国社会主义法律体系的基本建成,法学研究的任务和方法也应相应转型,应通过学术研究为现行法规范的适用及渐进发展提供合乎我国立法目的、适应社会发展需要、

符合法律基本原理的理论诠释,^[21]本文将此称为“解释论”。正是秉承着“由立法论转向解释论”的研究立场,本文注重于对证监会所颁部门规章的文义进行深入挖掘,就算是当前规定有未及之处,也尽量用现行其他法律或规范性文件的相关内容进行有效性补充。本次证监会对东易所的行政处罚,虽然在某些细小地方存在瑕疵,但是我国关于证券律师勤勉尽责义务的规范体系已经基本建立,并不存在因为极个别案例便会发生行业整体性倾覆的危险。

(编辑:周莹盈)

[21] 参见傅郁林:《法学研究方法由立法论向解释论的转型》,载《中外法学》2013年第1期。