

证券虚假陈述中律师事务所民事责任研究

——兼评“五洋债”虚假陈述案

徐瑜璠

华东政法大学经济法学院, 上海

收稿日期: 2022年11月4日; 录用日期: 2022年12月14日; 发布日期: 2022年12月21日

摘要

“五洋债”虚假陈述案是国内首个中介机构承担债券承销连带赔偿责任的判例, 其中判决律师事务所在5%的范围内承担连带责任的做法引起了广泛的讨论。本文从发行人律师在证券虚假陈述案件中的侵权责任属性和责任认定、发行人律师的行为与投资人损失的因果关系、勤勉尽责义务的边界等方面出发探讨这一问题。《证券法》所规制的证券虚假陈述, 是一种结合了中介机构的过失与发行人的故意造假的客观关联共同侵权行为。其中, 从公平角度和责任匹配角度, 律师事务所应以“补充责任”为宜或者构建“以按份责任为原则, 连带责任为补充”的框架; 为避免原告的举证责任过重, 在律师事务所的责任证明上应当以过错推定为前提; 但发行人律师的责任应以发行人虚假陈述所承担的责任为限。发行人律师对财务数据相关事项的义务应定性为一般注意义务, 具体而言为关注和提示义务, 但司法上仍然需要具体分析所涉事项属于商业风险还是法律风险, 避免混为一谈。

关键词

证券虚假陈述, 五洋债, 律师事务所, 连带责任

Study on Civil Liabilities of Law Firms in False Statement in Securities

—Also Comment on the Misrepresentation Case of “Wuyang Bond”

Yufan Xu

Faculty of Economic Law of ECUPL, Shanghai

Received: Nov. 4th, 2022; accepted: Dec. 14th, 2022; published: Dec. 21st, 2022

Abstract

The “Wuyang Bond” misrepresentation case is the first case in China in which a law firm is held

jointly and severally liable for bond underwriting. The judgment that a law firm is held jointly and severally liable at a range of 5% has aroused extensive discussions in China. This article reviews the nature of the tort liability of the issuer's lawyer in the case of misrepresentation and the determination of the liability. The securities misrepresentation regulated by the Securities Law is a kind of joint infringement act combining the negligence of intermediaries with the intentional falsification of issuers. Among others, from the perspective of fairness and liability matching, law firms should adopt "supplementary liability" or follow a system of "sharing liability and joint liability". The obligations of the issuer's counsel with respect to matters relating to financial data should be characterized as a general duty of care, specifically a duty of care and reminder, but judicially there is still a need for a specific analysis of whether the matter in question is a commercial or legal risk to avoid confusion.

Keywords

Securities Misrepresentation, Wuyang Bond, Law Firm, Joint and Several Liabilities

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2020年年底,杭州中院就五洋建设证券虚假陈述一案作出一审判决,法院判决上海市锦天城律师事务所在5%范围内和其他被告人一起承担连带赔偿责任。浙江省高级人民法院于2021年9月作出此案终审结果,二审维持原判。“五洋债”虚假陈述案是国内首个中介机构承担债券承销连带赔偿责任的判例,对资本市场各类参与者有着重要的意义。关于发行人律师在证券虚假陈述中应承担的责任有诸多问题值得探讨,如是否该承担赔偿责任、承担连带还是按份责任、故意和过失下承担的责任有何不同、勤勉尽责义务的边界等等。本文拟就其中的几个问题作些探讨。

2. 案例概述

2015年8月,五洋建设公开发行第一期和第二期五洋债券,承销商为德邦证券,中介机构为大公国际资信评估有限公司、大信会计师事务所、上海市锦天城律师事务所,均声明已仔细检查了募集说明书,确认不存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。2016年上交所对五洋建设因资金管理问题作出纪律处分对其予以通报批评,随后浙江证监局因募集资金实际使用情况不一致,对债券受托管理人德邦证券出具警示函。12月底,五洋建设债务危机全面爆发。2017年8月,五洋建设宣布本期债券正式构成违约。2018年1月,中国证监会对五洋建设进行了处罚,认定其构成了《证券法》第一百八十九条第一款所述“发行人不符合发行条件,以欺骗手段骗取发行核准”的行为。2019年,证监会对大信会计以及德邦证券做出行政处罚,认定其未披露五洋建设利用应收账款与应付账款“对抵”的处理以虚增利润骗取发行许可的事实,存在虚假陈述。值得注意的是,证监会并未对锦天城律所以及大公国际评估公司进行行政处罚。

浙江省杭州市中级人民法院于2020年12月24日进行了审理,并在数日后作出了一审,判决要点如下:

- 五洋建设不符合发行条件,存在“骗取债券发行核准”的欺诈发行行为,承担全部赔偿责任;五洋建设在编制财务报表时通过将所承建工程项目应收账款和应付款项“对抵”的方式来虚增利润,其自身最近三年平均利润不足以支付公司债券一年利息;
- 陈志樟、德邦证券、大信会计未尽到勤勉尽责义务,未保证相关发行文件的真实性、准确性和完整

性，存在重大过错，判决就发行人对原告的债务承担连带赔偿责任；

- 锦天城和大公国际评估公司虽未被证监会处罚，而且相关发行文件仅负有一般注意义务，但对于涉及债券发行条件、偿债能力的重大债权债务、重大资产变化等事项应当给予足够的关注和提示。锦天城律所，在大公国际的信用报告中已提示发行人控股子公司出售投资性房产的情况下，未对该重大合同及所涉重大资产变化事项关注核查，对不动产权属尽职调查不到位，未能发现占比较高的重大资产减少的情况给偿债能力带来的法律风险，故锦天城律所亦未尽到勤勉尽职的义务，存在过错。最后判决锦天城律所在 5% 范围内承担连带责任，大公国际在 10% 范围内承担连带责任。

“五洋债”虚假陈述案是全国首例公司债券欺诈发行案，是非常罕见的由中介机构承担债券承销连带赔偿责任的判例，具有开拓意义，但是其中仍然有几个争议点值得讨论，本文就只关注发行人律师在虚假陈述案件中所承担的责任问题，主要存在三个问题：

- 发行人律师在证券虚假陈述案件中的侵权责任属性如何？如何根据过错来判断承担连带责任或按份责任？
 - 如何判断发行人律师的行为与投资人损失的因果关系？
 - 如何确定发行人律师勤勉尽责义务的边界？
- 本文拟就这三个问题进行探讨。

3. 发行人律师侵权责任的属性和匹配

3.1. 发行人律师责任的侵权责任属性

在我国，通说认为中介机构与购买证券的市场投资者之间只存在侵权责任关系，不存在合同责任关系，律所责任为过错推定的侵权责任。证券虚假陈述赔偿中的发行人律师责任必然与发行人/披露义务人责任同时出现。这种侵权责任关系类型存在如下三种可能性：

3.1.1. 共同实施的共同侵权

“共同侵权以数人导致同一损害之发生为事实基础，以连带责任为效果特征”^[1]。《民法典》第 1168 条规定了共同加害行为(也称狭义的共同侵权行为)中共同加害人的连带责任。¹这一规定不同于此前《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)规定的共同加害行为²，后者同时包含了“主观关联共同侵权”和“客观关联共同侵权”，而前者并非如此，具体原因如下：

《民法典》第 1168 条界定共同加害行为的构成要件是“共同实施”。“共同实施”与“共同侵权”是不同的概念。“共同侵权”包括“主观关联共同侵权”和“客观关联共同侵权”。“主观关联共同侵权”即指侵权行为人之间存在意思联络的共同故意侵权，后者“客观关联共同侵权”指无意思联络的共同过失^[2]或者一个故意、一个过失的侵权行为。《民法典》第 1168 条“共同实施”的具体含义需要结合其他条文进行体系解释。观点认为，第 1168 条中的“共同实施”是“共同故意实施”，因为《民法典》第 1171 和 1172 条³已经规定了“无意思联络的共同侵权”，明确将“客观行为关联的共同加害行为”^[3]纳入这两条的规范范围。具体而言，根据这两条规范，多数人侵权包括共同过失，也包括“虽无共同故意、共同过失，但其行为直接结合造成同一损害”，这两种情形都属于无意思联络的多人侵权，而不是

¹《民法典》第 1168 条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”

²《人身损害赔偿解释》第 3 条第 1 款规定：“二人以上共同故意或者共同过失致人损害，或者虽无共同故意、共同过失，但其侵权行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。”

³《民法典》第 1171 条规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。”第 1172 条规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。”

共同加害行为。因此,《民法典》第 1168 条中“共同实施”是有意思联络的共同故意侵权,不包括“客观关联共同侵权”。

综上,《民法典》第 1168 条中的“共同实施”只包括共同故意或一个故意、一个重大过失,即只包括多个侵权人存在意思联络的情形,只有此种情况,才能认定为“共同加害行为”。应用到虚假陈述案例上来,只有当发行人/上市公司和中介机构相互有意思联络,共同故意造假使投资者遭受损失时,才能被认定为是“共同实施”,适用《民法典》第 1168 条,中介机构与发行人承担连带责任。

3.1.2. 帮助、教唆型共同侵权

《民法典》第 1169 条规定:“教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任。”无论发行人律师是在明知状态下应要求帮助发行人,还是主动教唆发行人,二者均应承担连带责任。

3.1.3. 分别实施的共同侵权

具有特殊性的是“帮助者可能存在无意而助他人致害之可能,此时,若帮助者有过失,系应当预见到对侵害行为的帮助效果的”,则可能依《民法典》第 1171、1172 条承担责任。情形较复杂。

《民法典》第 1171 条规范的是加害人不明的客观共同侵权行为。此时每个行为都与损害结果有因果关系,都足以导致全部损害结果发生。

《民法典》第 1172 条规范的是份额不明的竞合性侵权行为。此时多个侵权人的各个侵权行为都不足以造成损害或者不足以造成全部损害结果,必须多个侵权人的侵权行为结合才造成全部损害[4]。“五洋债”案即是此种情况,发行人五洋建设与中介机构锦天城律所并无“共同实施”虚假陈述的意思联络,五洋建设自行通过财务报表造假虚增利润以骗取证券发行许可,是故意从事虚假陈述。而锦天城律所是因为未能尽到勤勉尽责义务,未能发现占比较高的重大资产减少的情况给偿债能力带来的法律风险,未能保证意见书的真实性、准确性、完整性,存在过错。而此种过错是由于过失造成,而且是一般过失,并非故意,因为发行人律师根据专业知识应当预见到其虚假陈述会侵犯投资者的利益,但没有预见到或轻信其可以避免,故应当适用《民法典》第 1172 条,只需承担与自己过错相匹配的那部分责任。

综上所述,《证券法》中的虚假陈述侵权责任指的是中介机构的过失与发行人的故意结合导致投资人利益损害的客观关联共同侵权责任。

3.2. 发行人律师连带责任的界定及其适当性评析

民法界主流观点认为,主观关联共同侵权行为与客观关联共同侵权行为都应承担连带责任,只是客观关联共同侵权行为承担的是不真正连带责任。而发行人律师的虚假陈述侵权行为属于客观关联共同侵权,故其承担的责任属于不真正连带责任。《证券法》第 163 条规定,中介机构出具的证明文件存在瑕疵造成投资者损害的,应当与投资者承担连带责任。

但是不能不说《证券法》赋予了中介机构过于严格的连带责任,未区分中介机构的故意、过失等主观过错程度,中介机构仅有一般过失的情况下,还要和发行人一起承担连带责任,明显赋予了中介机构过于严苛的侵权责任。今年 1 月份新出台的新《证券虚假陈述规定》终于对此点做出了改进,明确了《证券法》中上市公司内部人员及外部证券服务机构的过错仅指故意或严重违反注意义务,仅轻微过失的不构成虚假陈述中的过错。但此处表述仍然比较模糊,何为“严重违反注意义务”,何为“轻微过失”,还有待界定。根据学界通说以及从“五洋债”虚假陈述案的判决中也可以看出,目前还是倾向于是以过错状态来区分中介机构连带责任的类型:中介机构故意虚假陈述的应与投资者承担全部连带责任,而若是过失的,应就其存在过错的部分承担连带责任,即不真正连带责任。这里的过失指的是一般过失,与法条中“严重违反注意义务”“轻微过失”的表述有所区别,笔者认为根据解释论可以将法条中的“严

“重违反注意义务”解释为包括了重大过失和一般过失，重大过失等同于故意，应与发行人承担连带责任，一般过失的只需承担不真正连带责任，而对于轻微过失，不构成过错，无需承担责任。

然而，对于在整个债券发行或上市过程中只起到辅助作用的律师事务所，只要存在一般过失且该过失与投资者损害之间有因果关系，就可以认定发行人律师需要承担连带赔偿责任，这样的规定对发行人律师是否过于严苛？是否将连带责任改为补充责任甚至按份责任更加合适？“五洋债”案中，锦天城律所被判在 5% 的责任范围内承担连带责任是因为没有对发行人签订重大合同及所涉重大资产变化事项关注核查，对不动产权属尽职调查不到位，未能发现占比较高的重大资产减少情况对五洋建设偿债能力带来的法律风险，未尽到勤勉尽责义务，存在过错。虽然法院已经将发行人律师的连带责任限缩在 5% 范围内，但是此种连带责任仍然是平行连带责任，即各责任人之间的连带责任不分主次，债权人可向任一责任人主张承担全部责任，这对律所来说无疑是把应承担的责任无限放大了，若是债权人要求发行人律师先履行全部赔偿义务，发行人律师也不得拒绝，只能事后按份额向其他债务人追偿，大大的提高了发行人律师承担了自己过错范围之外的赔偿责任的可能性，不利于律所未来的发展和整个市场健康环境的培养。既然中介机构对损害后果所持的主观心态是过失，且各个中介机构在虚假陈述问题上的过失程度也不尽相同，因此从侵权责任的法理上讲，判决中介机构承担补充责任，更符合法理逻辑和情理逻辑。例如《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》中就认为承担责任的多少需要以会计师事务所的主观过错程度为标准，故意的承担连带责任，而过失的只需承担补充赔偿责任。相较对财务数据负更重要职责的会计师事务所，律师事务所在发行人虚假陈述中的过失应当更小，更应当适用补充责任。或者可以适用“以按份责任为原则，连带责任为补充”的方法，以各责任人的过错程度以及原因力大小为标准，判断各责任人应当承担的责任。即使是在连带责任的体系下，在内部追偿中，各中介机构同样可能基于原因力的不同，形成按责任大小追偿的格局。

4. 从因果关系看发行人律师的赔偿责任

4.1. 发行人律师虚假陈述民事责任因果关系认定的方法

《证券法》第 163 条规定“但是能够证明自己没有过错的除外”，由此得出我国立法上对于中介机构虚假陈述的法律责任的认定采取的是过错推定原则。其正当性在于，如果不采取过错推定原则，而以过错来归责，则需要由原告即投资人来证明中介机构的行为是虚假陈述行为，中介机构的过错导致了虚假陈述行为的出现，并且该虚假陈述行为必须足以导致投资者的损失。这种证明责任要求投资者能够获得大量的能证明中介机构过错的证据，而此种证据多为各个机构的内部证据，投资者相对而言处于弱势地位，信息不对称导致投资者难以获得该类证据，往往不利于投资者胜诉，同时也纵容了虚假陈述行为。故将中介机构的过错证明责任赋予被告即中介机构本身会更加合适，推定被告承担虚假陈述的责任，原告只需举证证明其因购买该中介机构担保的发行人的证券而遭受了投资损失，并且中介机构存在虚假陈述行为即可，由被告来证明其对投资人的损失不存在过错。

侵权责任的成立其中最重要的一个要件即是要证明侵权人的行为与受害人的损失之间存在因果关系。投资者若想要证明中介机构的虚假陈述行为与投资人的损失存在因果关系，存在相当的难度，故可以理解为将因果关系包含在上文所说的“过错”之中，推定中介机构承担责任除非其提出相反证据。

而因果关系的证明在侵权法中本就是争议很大的问题。国际主流学说主要包括英美侵权法和德国侵权法的两种因果关系。英美侵权法将因果关系分为事实因果关系和法律因果关系。事实因果关系指各项事件之间事实上的联系，而法律因果关系是在各项事件具备事实因果关系的基础上，进一步探求这些事件法律上的联系^[5]。而德国法上将因果关系分为责任成立因果关系与责任范围因果关系^[6]。两相比较，笔者以为，英美法上因果关系判断的二分法更为简洁清晰，更易操作适用。

若要证明发行人律师的虚假陈述行为与投资者的损失存在相当程度的因果关系，第三人的信赖是不可或缺的因素。只有投资者对发行人律师存在相当程度的信赖，他们才会出现投资损失。美国的司法判例确定的裁判规则主要考量投资者的误认对其投资决策是否具有“重大性”。新《证券虚假陈述民事赔偿规定》增设了专章，第10~12条规定了“重大性及因果关系”，与旧版相比是不小的进步。

4.2. 从因果关系看“五洋债”案的不妥之处

本案导致投资人损失的虚假陈述行为主要是指发行人五洋建设在公开募集文件中记载了虚假财务数据的欺诈发行和证券市场虚假陈述行为，法院认定发行人欺诈发行和虚假陈述行为是在公开募集文件中记载虚假财务数据的行为。发行人报表造假、虚增利润的行为才是和投资人损失有相当因果关系的虚假陈述行为，那么律师事务所的虚假陈述行为应当和发行人的虚假陈述行为指向同一事项，两者才可能构成共同侵权，承担连带责任。而法院认为锦天城律所只是未能全面调查发行人的不动产权属，未能发现重大资产减少情况对偿债能力带来的法律风险，故而存在过错。但是，法院论述的律师事务所“过错”针对的是未核查发行人子公司转让投资性房地产的问题。律师事务所的所谓过错与发行人的欺诈发行、虚假陈述行为并非指向同一事项，法院所认定的律师事务所之“过错”对债券持有人损失的形成亦难以形成具有说服力的因果关系链。因此，即使按《债券会议纪要》第31条的规定，在律师事务所工作范围和专业领域内区分故意、过失等不同情况，一审法院认定的在全部损失5%范围内承担连带责任亦缺乏应有的推理和论证过程，存在“拍脑袋”之嫌。

其次，债券投资人所持债券无法到期偿付，主要原因系发行人没有能力偿还。偿还义务人应当是发行人而不是中介机构。另外，依照2016年4月27日上海证券交易所对五洋建设作出的纪律处分决定书认定的事实看出，本案中发行人无法依约偿付本息的主要原因应当是实际控制人不正当的使用甚至挪用投资人的资金，非法将资金挪至实际控制人账户，而这些被挪用的募集资金能否按时归还与发行人到期偿付本息的偿债能力密切相关。应该说，债券持有人的损失是发行人虚假陈述以骗取发行许可以及挪用募集资金导致无法到期偿还等多种违规行为共同造成的，属于多因一果，但在本案中，由于发行人律师所承担的责任也应只以发行人虚假陈述所承担责任的为限，将投资人全部损失均定性为虚假陈述所造成的损失，有所偏颇，是在客观上扩大了发行人律师的责任范围。

5. 发行人律师的勤勉尽责义务

《证券法》第163条中规定发行人律师需要尽到勤勉尽责义务，要保证出具文件的真实、准确、完整。但《证券法》并未确定勤勉尽责义务的具体内容，我们仍需从法理上对发行人律师的勤勉尽责义务作进一步的探讨。

律师勤勉尽责的内涵其实就是对专家赋予的“高度注意义务”，其实从法律标准来看律师如果做到了同行都认可的标准，就认为其不存在过失。该种原则体现的其实也就是合理的注意义务，其注重的是律师的工作过程而不是最终的结果，律师在工作过程中需要保持专业的态度，利用自己的专业知识，谨慎对待，尽到合理的注意义务，而不是完全保证最终出具的法律意见书的完美无缺^[7]。而律师的专家义务，实际上也就是指对那些可能带来“法律风险”的事项所尽的审查、提示义务。“勤勉尽责”义务，是侵权法意义上专家的作为义务在证券法中的表述，只有寻求侵权法意义上的指引，通过依次查看法律、法规、行业规范和操作规程中对律师作为义务的规定以及人民法院的裁判文书解释，来寻找答案。

5.1. 管理办法中发行人律师的相关责任

《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》)规定了证券工作中律师的工作内容，主要为编制计划、核查与验证、出具法律意见书以及留存底稿。按步骤完成该四项工作本身便是律

师作为义务，若律师缺漏步骤，直接构成“未勤勉尽责”。其中，“核查与验证”是律师证券业务中工作内容的核心。证券业务中，律师所编制的计划乃核查与验证计划，法律意见书中意见的事实依据亦是核查与验证的结果。律师对与法律相关的业务事项应当尽到法律专业人士特别的注意义务，对其他业务事项只需尽到普通人一般的注意义务。但是问题在于，何为与法律相关的业务，何为其他业务，规范中并未明确。

笔者查阅相关证券虚假陈述纠纷时发现，涉诉律师事务所往往将焦点集中于“其他机构资料的法定证明效力大小”。《证券法》并没有区分所谓“引用其他机构资料”或律师事务所自主调查撰写部分，律师事务所对其出具文件的全部内容均应履行勤勉尽责义务，并无例外规定。但今年刚施行的新《证券虚假陈述民事赔偿规定》中对此做出了具体的说明：“证券服务机构的责任限于其工作范围和专业领域。证券服务机构依赖保荐机构或者其他证券服务机构的基础工作或者专业意见致使其出具的专业意见存在虚假陈述，能够证明其所依赖的基础工作或者专业意见经过审慎核查和必要的调查、复核，排除了职业怀疑并形成合理信赖的，人民法院应当认定其没有过错”。可以看出律师事务所对于引用的其他机构的资料也有勤勉尽责的审查等义务，并不是只要引用了就可以对此免责。“五洋债”案中发行人律师因引用其他机构内容尽职调查不到位而承担赔偿责任⁴也可以说明这一点。但是发行人律师引用其他机构资料所应履行的是一般注意义务还是特别注意义务，仍存在争议。一种解释是，从公共机构处取得、抄录或复制的文书全属于其他业务，对于此种业务发行人律师只需履行普通人一般的注意义务；另一种解释认为，即便从公共机构处取得的文书也要经过专业判断，从中区分文书所涉内容是否属于律师本专业的业务，从而分别履行普通人一般的注意义务与专业人士特别的注意义务。从具体操作层面看，当律师事务所履行一般注意义务时需要按照《管理办法》第十五条第一款的规定⁵，通过一定的载体加以说明。当需要履行特别注意义务时按照《管理办法》第十二条第二款的规定⁶，可以采用面谈、书面审查、实地调查、查询和函证、计算、复核等方法。

5.2. 案例应用

“欣泰电气案”⁷中人民法院认为发行人律师是否尽到勤勉尽责的作为义务，当从两个层面予以审查：其一，虚假记载所涉内容是否属于律师应予查验事项；其二，发行人律师能否提供证据证明其针对该事项进行了审慎查验。但在论证案涉应收账款事项是否属于律师查验事项时，人民法院一方面认为相关的

⁴ “五洋债”案判决书(2019)浙01民初1120号中提到：“在大公国际《2015年公司债券信用评级报告》已提示五洋建设控股子公司出售投资性房产事项的情况下，未见锦天城律所对该重大合同及所涉重大资产变化事项关注核查，对不动产权属尽职调查不到位，未能发现占比较高的重大资产减少的情况给偿债能力带来的法律风险，故锦天城律所亦未勤勉尽职，存在过错。”

⁵ 《律师事务所从事证券法律业务管理办法》：第十四条：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。第十五条：律师从国家机关、具有管理公共事务职能的组织、会计师事务所、资产评估机构、资信评级机构、公证机构(以下统称公共机构)直接取得的文书，可以作为出具法律意见的依据，但律师应当履行本办法第十四条规定的注意义务并加以说明；对于不是从公共机构直接取得的文书，经核查和验证后方可作为出具法律意见的依据。律师从公共机构抄录、复制的材料，经该机构确认后，可以作为出具法律意见的依据，但律师应当履行本办法第十四条规定的注意义务并加以说明；未取得公共机构确认的，对相关内容进行核查和验证后方可作为出具法律意见的依据。

⁶ 《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第十二条：律师事务所及其指派的律师从事证券法律业务，应当按照依法制定的业务规则，勤勉尽责，审慎履行核查和验证义务。律师进行核查和验证，可以采用面谈、书面审查、实地调查、查询和函证、计算、复核等方法。

⁷ 北京法院网于2018年6月28日公开了欣泰电气IPO律所诉中国证监会行政处罚案，北京一中院一审认为在IPO过程中，律师事务所承担的工作是进行法律尽调，对于与公司经营相关的重要事项，律师事务所均应当予以充分关注并进行审慎查验。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。法律尽调与财务报表审计属于不同层面、不同性质的工作，尽调不是针对审计报告本身的复核，审计报告也不能成为免除律师事务所勤勉义务的依据。依此，法院判决北京市东易律师事务所及其律师郭某、陈某相关违法行为成立，中国证监会作出的行政处罚并无不当，一审判决驳回了三原告的诉讼请求。

虚假陈述属于公司财务问题，发行人律师的工作难以涉及，一方面却又认为发行人律师不能在此事项上信赖其他中介机构(会计师)出具的报告。法院甚至认为发行人律师应当对公司整体情况展开全面调查，不顾特别注意义务与一般注意义务之区分以及律师查验内容与查验方式的明确规定，而笼统地认为与公司经营相关的所有事项皆可能涉及所谓的“法律风险”。关于欣泰电气案中的律师作为义务，法院并未提供有说服力的论述。

在“五洋债”案判决中，法院认定“锦天城律所、大公国际虽对财务数据相关事项仅负有一般注意义务，但其应当对可能涉及债券发行条件、偿债能力的重大债权债务、重大资产变化等事项给予关注和提示；律师事务所未能发现占比较高的重大资产减少情况对五洋建设偿债能力带来的法律风险”。笔者同意法院将发行人律师对财务数据相关事项的义务定性为一般注意义务，发行人律师仅有关心和提示义务，但仍应当具体案件具体分析，笔者认为本案中将此种义务添加到律师头上有所不妥。首先，发行人子公司并非无偿转让投资性房地产，中国证监会在对承销商的行政处罚决定书中认定的也仅是以“大幅低于公允价值的价格”转让，而无论律师事务所在债券发行中的尽调义务在何种范围，转让价格是否公允的问题都难以称之为律师一方的义务，相应地，律师自然也难以判断以此价格转让是否会使发行人构成“重大资产减少”。其次，即使构成资产减少，由此给发行人偿债能力带来的是否一定是“法律风险”呢？市场主体本身在经营过程中就会不断地发生资产的减少或增长，或此处减少、彼处增加，如果说投资性房地产转让价格是否公允不应是由律师事务来进行判断，由于转让投资性房地产所带来的风险亦不一定是“法律风险”，亦有可能是纯粹的商业风险。加之笔者在上文因果关系的分析中也已提到，法院认定发行人承担责任的事实依据是发行人“将应收账款和应付款项对抵”，而认定发行人律师承担责任的事实依据是“未能发现占比较高的重大资产减少情况对五洋建设偿债能力带来的法律风险”，两个事实依据不能混为一谈。故法院对锦天城律所设定的5%连带责任过于苛刻，容易阻碍律师新业务的拓展，不利于律师行业发展。

6. 结语

证券中介机构是证券市场不可或缺的角色。律师事务所负责出具法律意见书，并对文件中出现的虚假陈述承担连带责任。“五洋债”虚假陈述案是第一个由中介机构承担债券承销连带赔偿责任的判例，其中有许多争议焦点仍待完善解决。发行人律师承担连带责任的实际可操作性以及合理性决定着律师事务所在资本市场的运营风险与成本。律师事务所虚假陈述民事责任的承担需要从过错与因果关系强度这两项因素考虑，同时对于法条中律师“勤勉尽责”义务的理解也直接关系到发行人律师存在过错与否，原因力大小的判断。要在制度设计上合理界定律师事务所的侵权责任并在个案中准确认定发行人律师的责任承担，必须辨析并认清发行人律师所在法律关系的性质以及发行人律师应有的职责规范与注意义务等内容，以最大限度地保护投资者的信赖利益与证券服务机构的利益平衡，在证券法与侵权法的双重语境下，这些问题都还值得进一步深入研究。

参考文献

- [1] 叶金强. 解释论视野下的共同侵权[J]. 交大法学, 2014(1): 140-148.
- [2] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2010: 42.
- [3] 王泽鉴. 侵权行为[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 361.
- [4] 梁慧星. 共同危险行为与原因竞合——《侵权责任法》第10条、第12条解读[J]. 法学论坛, 2010, 25(2): 5-7.
- [5] 郑永宽. 论责任范围限定中的侵权过失与因果关系[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(2): 102-114.
- [6] 林诚二. 民法债编总论——体系化解说[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 121.
- [7] 彭真明, 陆剑. 论律师对第三人的民事责任——以证券虚假陈述为视角[J]. 社会科学, 2008(6): 111-120+191.