

防范财务信息失真中律师的注意义务

杨骐玮

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要: “看门人”互动之良效与必要性为律师对财务信息的监督职责提供了证成理据。作为多“看门人”情境下的特别现象,“看门人”的互动与彼此影响会作用于财务信息失真的防范水平。是以,不宜将各“看门人”孤立看待。若其互动受阻,或缺乏必要的信息流动与沟通合作,财务信息失真被阻遏之概率则可能降低而更易出现各“看门人”的同时失守。五洋建设案便是这一效应的现实写照。至于律师应该对财务信息监督到何种程度,反应型监督较主动监督更为可取,即律师须对可能预示着会计欺诈、错误的警告信号作出反应,但不必对会计师的决定作专业评估。律师仅在通过必要调查、询问会计师甚至与之合作调查等方式确保警告信号被消除的情况下,才可继续代理。反应型监督纠正了将一般注意义务等同于“一般人的注意义务”的流行解读,为律师的注意义务提供了以能力禀赋为内核的参照标准,即一个具有一定基础会计知识、执业经验或敏感度的律师。

关键词: 财务信息失真; 律师; 反应型监督; 注意义务; 警告信号

Abstract: The efficacy and necessity of “gatekeeper” interactions provide justification for the supervisory duties of lawyers over financial information. As a unique phenomenon in the scenario involving multiple “gatekeepers,” the interactions and mutual influences among “gatekeepers” can impact the level of prevention against financial information distortion. Therefore, it is inappropriate to view each “gatekeeper” in isolation. If “gatekeeper” interactions are hindered or there is a lack of necessary information flow and communication cooperation, the probability of preventing financial information distortion may decrease, leading to a higher likelihood of simultaneous “gatekeeper” failure, which is illustrated by the case of WU YANG Construction Group. As to the extent to which lawyers should supervise financial information, reactive supervision is preferable to proactive supervision. That is, lawyers should respond to warning signs that may signal accounting fraud or errors, but they are not required to professionally evaluate the decisions made by accountants. Lawyers should continue representation only after ensuring that the warning signs have been addressed through necessary investigations, inquiries with, or even collaborative investigations with accountants. Reactive supervision corrects the prevailing misconception that the general duty of care is equivalent to the “duty of care for ordinary people” and provides a reference object for lawyers’ duty of care with a kernel of competence. That is, a lawyer should possess some basic accounting knowledge, professional experience, or sensitivity to these issues.

Key words: financial information distortion, lawyer, reactive supervision, duty of care, warning sign

作者简介: 杨骐玮, 女, 北京大学法学院博士生, 研究方向: 经济法、金融法。

中图分类号: D922.297 **文献标识码:** A

一、财务信息失真案件中律师责任认定的争议

若为近几年的资本市场总结高频主题,“压实中介机构‘看门人’责任”必是其中之一。会计师事务所、律师事务所等中介机构是连接融资者和投资者的桥梁,承载着培育上市公司并促进其规范运作的重任。¹为贯彻

落实党的二十大有关健全资本市场功能、提高直接融资比重的重要部署,科学设置中介机构的职责并强化执法意义重大。财务信息位居信息披露之核心,如何理解并配置中介机构对财务信息的监督职责,是职业规范构建与执法司法责任认定中的关键问题。

我国中介机构勤勉尽责规制体系中,基于专业事项

与非专业事项区分设立了特别注意义务和一般注意义务。²这一强调专业独特价值、旨在搭建责任藩篱的体系看似清晰，却在实践中频频成为争议焦点，特别是在财务造假案里，审计师被迫责倒不至于稀奇，而律师因被处罚或判赔而喊冤就有些耐人寻味了。³律师对财务信息失真担责应以其具有监督、防范财务信息失真的职责为前提。由于事前执业准则无法对此进行细致乃至穷尽式规定，对相关职责或一般注意义务的诠释很大程度上掌握在裁判者手中。而裁断结果有时会推翻律师对自身职能的定位、颠覆其对专业分工的认知，导致律师爆发出强烈抗议。其中最值得注意的叫屈理由便是“非法律事项抗辩”或“财务会计事项抗辩”。例如，欣泰电气案(本文以发行人或收购方方案名，下同)中，律所坚称应收账款余额属于财务会计内容而非律所的查验事项⁴；粤传媒案中，律师主张合同履行后的应收账款为会计事项，不在律所的职责范围⁵；胜通案中，律所提出“对财务造假尽到一般注意义务即可”的申辩⁶；五洋建设案中，律所辩称应收应付“对抵”系财务专业判断事项而不属律所的工作范围和专业领域，法院尽管未否定该抗辩，却也未予肯定回应。⁷简言之，律师试图在法律与会计间画出森严壁垒以撇清对其“未勤勉尽责”的指摘。但显然，律师对专业分工与一般注意义务的理解与裁判者相左。

中国证监会于2022年发布的《监管规则适用指引——法律类第2号：律师事务所从事首次公开发行股票并上市法律业务执业细则》(下称《2号指引》)相比此前各项执业规则明显细致许多，其精细指引使勤勉尽责的内涵更加丰满，但同时显著拔高了对律师防范财务信息失真的要求，尤以律师对其他应收应付款的查验义务为体现。⁸然而，学者普遍认为应收应付款等财务会计事项不属律师的专业范围，应对法律事项和会计事项作清彻区分以限缩律师的职责边界，律师对于非法律事项参照社会大众的一般水平履行注意义务即可。⁹可见，一方面是监管机构将财务信息监督职责甚至审计职能明确加诸律师身上，另一方面是学界与律师界对法律和会计泾渭分明的呼吁与诉求，二者似处两极。

为构建平衡健康的市场生态、实现资本市场的可持续发展，二者皆不可取。职责过度重叠和责任风险急剧增长将导致资源浪费与寒蝉效应；“铁路警察各管一

头”无视了法律和会计交叉的客观现实¹⁰，孤立看待会造成“看门人”职能与市场的退化。因此，厘清“看门人”之间的关系、在两个极端立场中寻求职责的科学配置，对于资本市场的生态平衡、改善虚假陈述的治理环境殊为重要。本文将在分析律师与会计师等“看门人”互动关系的基础上，证成律师对财务信息的注意义务，并借助施瓦茨(Steven L. Schwarcz)教授提出的反应型监督阐释该义务之限度。反应型监督系通过对“警告信号”的响应而实现，既能为我国律师的职业规范与勤勉尽责标准提供合理解释，又可用于个案责任认定，有助于避免矫枉过正，更好地发挥律师在资本市场中的积极作用。

二、律师注意义务认定应考量的因素

(一)防范财务信息失真中律师的作用空间

财务信息失真是指在信息披露义务主体(如上市公司、债券发行人)披露的财务报表及其他文件(如招股说明书、债券募集说明书、独立财务顾问报告、法律意见书)中，财务会计方面的信息与实际不符。这一结果可能出于两种缘故：财务造假与会计争议。

从财务会计操作程序的角度来观察，财务造假通常表现为伪造交易或会计记录、会计政策与会计估计的故意误用。¹¹相比财务造假，会计争议更缺乏精准定义且处于学者视野的边缘地带。不过，有一恰当描述可资借鉴：会计报表编制者与审查者或使用者就财报的特定内容或其背后特定会计处理的合法性、合理性发生分歧，意见不一。¹²若进一步追问会计争议的原因，又可细分为两类。①对会计准则相关概念的理解与适用目的有歧见。这是由于会计本身是一门技艺而非精确的科学，会计准则固有的不确定性或可选择性使会计师可在自己理解的会计准则允许范围内，即各种“软数字”中择一为准，而被选中者不一定最精确。此种主观判断可能偏离真实情况，构成对会计准则的误解或误用。¹³②会计准则有误，以致据此编制并披露的财务信息无法反映真实情况。①②之区别在于，前者尚存在主观判断恰当、会计准则运用得当、财务信息准确记载之余地；而对于后者，由于会计准则本身之错漏，无论会计师如何努力都无法达至财务信息的真实准确呈现，除非彻底背离准则——此类情况极为罕见，但仍有存在之可能。

综上，财务信息失真可分为三类：第一，由欺诈引起的失真；第二，由误解或误用会计准则引起的失真；第三，会计准则本身导致的失真。这一分类具有足够的包容性，个案可能仅属其中一种，也可能同时占据多类。划分财务信息失真类型的意义在于，这是明确“看门人”才能施展空间、注意义务限度的第一步，在此基础上方可进一步提出判断勤勉尽责的基准。对于第三类失真，即使监管机构对包括律师在内的“看门人”苛求再多，也只能劳而无功。而对前两类失真的防范，律师和会计师均可能有作为空间，下文对律师应否承担财务信息监督职责的探讨正是以此为前提。

（二）“看门人”之间的关系与互动

在股债发行、资产重组等重大交易情景下，除律师外，还有保荐人、承销商、审计师、评级机构、独立财务顾问等多个“看门人”的介入。既往研究多专注于单个“看门人”执业行为的改善与责任认定，忽略了多“看门人”情境下“看门人”的关系与互动，而其互动及对彼此的影响会作用于财务信息失真的防范水平。对此种关系的理解，至少有两个维度。

第一，单个“看门人”考虑到多个“看门人”的行为对彼此的影响，基于自身的“成本-收益”分析而从事策略行为。对此的一个经典解释为集体行动困境，即由于参与证券发行、复杂金融交易的专业人员较多，专业人员个人有动机将自身作用降到最低。¹⁴不过，以集体行动困境作为“看门人”策略行为的全部解释或有些宽泛粗糙。若寻求更细致的解读，可设身处地代入理性“看门人”的视角来作权衡。具有完美理性的“看门人”至少要将①多个“看门人”的存在，②责任制度，③预防措施的成本，④其他“看门人”是否采取预防措施，⑤单个或多个“看门人”是否采取预防措施对欺诈发生概率的影响，⑥欺诈发生概率对预期责任成本的影响，⑦不同“看门人”的潜在破产风险，⑧法院错判的概率都考虑在内，进而评估每种决策下(是否采取预防措施以及预防的不同程度)的可能后果，最终选择预期效用最大的方案。¹⁵而当责任制度已给定，在上述因素中，多个“看门人”的存在及其衍生因素(④⑤⑥⑦)便成为最关键的衡量点。由此亦能得出多个“看门人”的存在及其相互影响会作用于单个“看门人”的决策。

第二，对于部分财务信息失真，需要聚合起多个“看门人”的信息与(或)专业能力方得预防。这首先意味着，对某些错误的纠察，同时由多个“看门人”采取预防措施将比单个“看门人”单打独斗更有效，在这一点上无所谓“看门人”之间是否交流合作。在此基础上，加入对“‘看门人’交流与合作”效用的考量，可进一步认为，由于多个“看门人”各自只负责特定交易中的有限部分，对客户与交易性质的了解也相应减少，囿于信息不全面、缺乏对客户全貌的了解，其发现造假的可能性也会降低，而信息聚合将便于“看门人”识别关键问题，提高对财务信息失真的预防概率。不但如此，对某些事项的准确处理还仰赖多个“看门人”同时贡献自己的专业才能。例如，当会计师判断交易是否构成真实出售、“未决或存在威胁的诉讼”“实际或可能的索赔”等或有损失是否计入报表或在附注披露等问题时，往往需参考律师意见。¹⁶而假如“看门人”之间未开展必要的交流合作，则可能难以就特定问题得出正确结论。因此，若有不利因素妨碍“看门人”沟通合作，比如外在干扰(如客户为掩盖造假而在“看门人”之间插手，防止其互动)或内在偏见(如“傲慢且无知”的“看门人”对自身专业能力与掌控范围过于自信而不承认具有借助其他专业人士力量的客观需要)，财务信息失真被遏制的可能性或许会降低。¹⁷简言之，由于单个“看门人”的信息与能力都不可避免地具有局限性，通过聚合多个“看门人”的信息与专业能力或为其搭建合作桥梁，可以在财务信息失真的防范上实现“1+1>2”的效果。¹⁸

上述两个维度并不冲突，“多个‘看门人’同时基于自身的策略分析而选择疏忽大意”与“由于‘看门人’之间缺乏信息流动而未能发现欺诈”在个案中可能同时存在。没有一个主体可以孤立地行为¹⁹，当存在多个“看门人”时，对“看门人”行为、相关制度的分析势必应兼顾多主体之间的相互影响。跳出单个“看门人”行为改进的狭窄视阈，对“看门人”功能更全面准确的设想是：“看门人”的行为具有一定的相互依赖性，因此形成了一个环环相扣、相互作用的保护网以阻止公司的不法行为。²⁰具体到财务信息失真的问题亦是如此，律师参与至对财务信息的监督有益于防止欺诈者利用会计和法律的专业裂缝或人为留下的漏洞，从而提高财务信

息失真被阻遏的概率。²¹因此，无论是提倡律师应主动参与至财报监督甚至对会计师判断详加审视的观点²²，还是认为律师仅需被动对疑点进行回应调查的观点²³，都不否认作为“看门人”的律师无法对任何财务信息失真都置身事外，有必要承认律师对财务信息失真的防范作用或监管部门所形容的“阻断作用”。²⁴

三、实践反思：对主动监督义务的偏爱

监管部门目前的相关规则趋向于认定律师应就财务信息负主动监督义务，且法院的裁判趋势与此几无二致，规则与案件层面均倾向认定律师承担主动监督义务。

(一)案件层面

截至2024年5月15日，我国涉及律师勤勉尽责认定的案件共17起²⁵，这17起恰巧同时存在关于会计师勤勉尽责的讨论。其中，律所仅受行政处罚的有绿大地案、天能科技案、新大地案、天丰节能案、振隆特产案、鞍重股份案和登云股份案。这7起中，律所多是存在制作虚假访谈笔录或底稿缺失等明显有悖勤勉尽责的行为，故对其处罚争议不大；律所即便不服，也未与监管部门叫板。从行政处罚上升至诉讼或律所被直接起诉的案件有10起，除下文详述的五洋建设案和中安科案，还有粤传媒案、欣泰电气案、时空客案、胜通案、大连机床案、乐视案、万福生科案和美尚生态案。时空客案中，法院以关联交易具有隐蔽性、律所通过合理手段难以查明为由，驳回投资者对律所的诉请，其谨慎认定值得赞许，不过该案深入探究的价值不甚显著；胜通案和大连机床案的判决尚未公布；美尚生态案和乐视案分处一审和二审阶段；万福生科案中外界对律师担责基本无异议，故本文不着墨于这些案件。而粤传媒案和欣泰电气案是鲜明显露我国裁判者对主动监督义务之倾向的代表性案件，兹分述之。

1.粤传媒案：对警告信号的泛化认定

粤传媒案是重大资产重组情境下的财务造假案。认定粤传媒虚假陈述主要有两方面，一是被收购方香某某公司制造大量虚假合同以虚增利润和应收账款，二是香某某为其董事长的2000万元个人债务提供担保，根据担保金额占经审计净资产的比例，该情况应作为或有事项披露，而粤传媒的披露文件未予列明。为粤传媒收购香某某的项目提供服务的律所与审计机构均遭到行政处

罚。其中，律所(及经办律师)被罚的三大事由为：第一，未审慎查验重大业务合同的内容、性质和效力，工作底稿中缺乏核验记录；第二，未发现对外重大担保事项，而该事项系应披露的或有事项；第三，未按计划列明的程序和方法查验广告阵地和屏幕，工作底稿无现场核实情况的记载。经办律师不服处罚，后提起行政诉讼。在这些事由中，第三项最无非议。因为核查计划已明确规定采取现场查验的方式，但律所未遵照执行，明显与勤勉尽责相悖。而前两项事由均存在一定讨论空间，且都与财务信息的真实呈现相关，亦分别对应粤传媒的两大披露违法行为。²⁶

首先，关于重大业务合同的查验，处罚决定载明，工作底稿表明律所仅查验了其划定范围内的一小部分，而在整个重大业务合同范围内有很多虚假合同。经办律师在行政诉讼中主张“合同履行后的应收账款是会计事项”，不属律所应予查验之范围。对此法院回应道，审慎查验重大业务合同之目的在于通过确认相关业务和收入的真实合法性，进而确认相关资产权利状况，而查验应收账款的真实合法性是确认业务收入和资产权利状况的重要途径。退一步讲，核查相关业务合同是否真实履行，亦需查验应收账款的真实性。²⁷简言之，法院认为检查应收账款的真实合法性属于查验重大业务合同的应有之义。然而，在有关重大资产重组的尽调指引或执业准则中，不存在任何将核查应收账款作为查验重大业务合同或重大债权债务必备步骤的规定。²⁸核查应收账款本属审计师的工作，律师仅在观察到疑点时，才应履行进一步调查的义务。事实上，法院已查明经办律师“关注到香某某应收账款的异常现象”。在此情况下，“律师觉察出异常但并未采取进一步行动以消除警告信号”实为更稳妥的认定路径，但法院仍以上述“核验应收账款是查验重大业务合同的应有之义”作为论证支点。虽然两种路径不会导致本案结果上的差异，但后者未强调“进一步查验应收账款”应以识别到警告信号为前提，有不当加重律师负担之嫌。

其次，关于未发现重大担保，本文以为还存在可商榷之处。

第一，律师在出具意见书后，是否应主动追查可能影响意见书内容真实性的情况，即对期后事项是否负有

主动识别及处理义务？香某某于2013年10月24日对原董事长的个人债务作出担保承诺函；次日，律所便向粤传媒出具法律意见书，并于10月30日公开披露。经办律师认为，担保在律所出具意见的前一日才发生，故而客观上律师不可能发现该事项，更遑论对此展开进一步调查。但法院通过对警告信号的扩张认定驳回了经办律师的抗辩。其一，法院认为，董事长的2000万元个人借款在意见出具日之前的期间(2012年6月至2013年5月)分4笔悉数打入香某某的账户，而律所应对这一收入事项予以关注并查验其真实合规性。法院的言下之意是：律师具有检查香某某账户交易记录并核实每笔较大收入的义务；且在此基础上，律师应关注到2000万元入账并从中察觉出“2000万元入账不同寻常”的警告信号，进而应继续查问该交易的性质，在确认2000万元系借款后再核查是否存在担保。其二，法院还认为，退一步讲，律师即使在出具意见书之前未关注到2000万元异常收入，也应在意见出具日之后履行持续关注义务。具言之，涉案重组直至2014年7月1日才完结，在意见出具日至项目结束日期间，律师仍有义务关注到2000万元收入的“警告信号”并查验其真实合规性。然而对于律师，目前尚无期后事项处理和揭示的明确规则。而粤传媒案中，法院径直要求律师在出具意见书之后捕捉到2000万元收入异常的警告信号，并查出其中端倪进而使重大担保公之于众，这实质上等于为律师施加了“主动识别并处理期后事项”的义务。法院对律师提出的此项要求是否合理，以及即便合理，律师是否有充分的能力察觉出特定收入的疑点，还有极大商榷空间。

第二，同案中为何仅律师就重大担保的不实披露担责，而审计师对此无辜？监管部门根据《企业会计准则——或有事项》认定该重大担保属于应披露的或有事项，因此，该或有事项应被记载于财报及其附注中。但显然，香某某未如实呈报该事项，同时，审计机构未能发现这一错漏，以致审计报告存在瑕疵。不过，审计机构未据此被处罚，审计机构被罚乃基于未识别出舞弊风险，对审批签名不全的单据仍下“控制有效”的结论，未对询证函保持控制并针对异常追加审计程序，致使未发现相关业务纯属捏造。²⁹审计机构无需就重大担保的遗漏担责，而律所应对此负责，让人备感困惑。尽管对于“未决诉讼或索赔”等或有损失是否披露往往需参考律

师意见，但一则本案所涉或有事项不属此类，二则即使需参考律师意见，最终是否披露仍要由会计师全面考量企业会计准则的要求作出判断，审计师再遵照审计准则进行评估，亦即会计师、审计师应是比律师更靠前或合适的责任主体。³⁰监管部门如此认定的原因何在？仅是因为漏写了特定事由，抑或考虑到该案中律师比审计师更适于纠察出隐藏的担保事项？不得而知。

2.欣泰电气案：对专业分工的扰动

自2016年起，涉嫌欺诈发行的欣泰电气及相关中介机构陆续被监管部门立案调查，直至法院对涉案律所状告监管部门的行政诉讼作出终审判决，前后相隔已近五年。欣泰电气的造假手法是虚构应收账款收回，进而少计提坏账准备以粉饰利润。律所被罚事由与欣泰电气虚构应收账款收回的行为密切相关：律所对主要客户的承诺函、访谈记录大多直接取自承销商，而承销商未对部分客户的应收账款余额作确认；律所引用了(未发现应收账款不实的)审计报告，未对明显瑕疵履行一般注意义务。³¹此后，行政诉讼也主要基于虚构应收账款收回的事实根源、围绕律所是否勤勉尽责的问题展开。通过梳理监管部门处罚与两级判决的说理可发现，裁判的论证支点发生了明显的“概念偷换”。

监管部门作出处罚的核心理由是律所未对应收账款核实等事项尽到一般注意义务，进而对于“未发现欣泰电气虚构应收账款收回”的结果不能免责。监管部门认为，在律所引用的其他中介机构材料中，存在律所应注意到的“明显瑕疵”，而律所未对此进一步核实。然而，要求律师从审计报告与承销商工作底稿中发觉明显瑕疵或较为苛刻。因为标准审计报告高度雷同，若审计师未针对被审计单位的关键事项示警，仅凭审计报告的文字描述是难以发现警告信号的。即使律师进一步参考了审计报告所附资产负债表等内容，其凭借微薄的会计知识也无法嗅出端倪。而且，通常对律师而言，在核实重大合同真实且不存在法律风险后，客户的手方何时转账或给付对价只是一个简单的时间问题与会计记账问题，公司会计应对此具体负责，审计师亦会就此抽样核实，无需律师专门插手。虑及此，若断定律师应从审计报告等材料中识别出警告信号、律所未履行一般注意义务，恐站不住脚。

当案件升级至行政诉讼，法院或是意识到该案实际上不存在应被律师察觉到的警告信号，先前以明显瑕疵和一般注意义务为支柱的论证逻辑存在暗伤，于是“另辟蹊径”——无论是一审法院还是二审法院，在说理部分通篇未提明显瑕疵，而是着力阐述公司财务状况、应收账款本就属于律师应充分关注和专门查验的事项，即律师对此负特别注意义务。例如，一审法院认为，律所应对包括审计报告在内的材料作“全面综合分析”，并在审慎查验的基础上对公司整体情况独立出具法律意见并对结论负责；律师不仅应关注应收账款，还应将应收账款余额的真实性、到期收回的法律风险等“作为专项问题”予以审慎查验。³²二审法院认为，律师在引用审计报告时，应对其中涉及的财务会计专业性、完整性、一致性问题履行一般注意义务，但对“审计报告中涉及法律风险的问题”仍需秉持职业怀疑精神，本着独立、勤勉的态度履行相应的核验义务；且在审计报告存在虚假记载的情况下，除非律所自证已对财会专业问题尽到一般注意义务和对“财务会计资料所反映的企业经营合规性和法律风险”尽到核查验证等“特别注意义务”，否则无法免责。³³然而，财报中哪一项不与合规性或法律风险沾边？若发行人披露了不符企业会计准则的财报，则其大概率也违反了证券法以及笼统的合规性要求。将合规性与财务会计资料挂钩实则使所谓的“规”从传统法律规则泛滥至企业会计准则与审计准则，不啻向律师施加财报保真的义务。再者，诸多的交易事实本就具备不同专业面向上的后果，将这些事实编制、浓缩于财报纸面，仍摆脱不了法律后果或法律风险。股本项目有抽逃出资的风险，盈余公积项目有不当分配利润的风险，固定资产有因被抵押而丧失所有权的风险……通过合规性或法律风险的蔓延而扩大律师特别注意义务的范围，甚至要求律师对审计报告作全面综合分析，无异于强迫律师成为资本市场的全能警察，与专业分工背道而驰。

（二）规则层面

监管部门目前的相关规则趋向于认定律师应就财务信息负主动监督义务。早在2001年，《法律意见编报规则》中罗列了股票发行上市法律意见书应包含的内容，在“重大债权债务”项下，还要求律师就“发行人金额较大的其他应收、应付款是否因正常的生产经营活动发

生，是否合法有效”发表意见³⁴，这是“应收应付”首次出现在律师“核查验证并发表意见”的事项清单。在此基础上，《2号指引》将应收应付置于“发行人业务”项下并在第28条作出更具体的查验规定，“律师应当查验发行人金额较大的其他应收、应付款的合法性和有效性，具体查验内容包括：（一）发行人金额较大的其他应收、应付款的发生依据，是否因正常的生产经营活动发生；（二）与发行人金额较大的其他应收、应付款相关合同或者协议的履行情况，是否真实有效履行”。按一般注意义务的逻辑，本应是律师在查验重大业务合同或参阅财务会计资料过程中发现疑点后，再将关注点延伸至应收应付，而第28条径直规定律师对“其他应收应付”的查验义务，其效果有待商榷。审计师在核查“其他应收应付”时，凭借自身专业能力与经验可能发现客户利用“其他应收款科目”抽逃转移资金或隐瞒非经营性资金占用、隐匿短期和长期投资、隐藏利润逃税、隐藏费用调节成本的迹象，亦可能探索到客户利用“其他应付款科目”巧立名目借机贪污、通过长期挂账舞弊等问题³⁵——相比之下，仅具基础会计知识与有限执业经验的律师，是否能像审计师一样挖掘到上述舞弊迹象存疑。《2号指引》第28条对律师提出了过高的要求。

四、律师对财务信息的反应型监督义务

主动监督义务固然有阶段性意义，但其巨大成本是整个资本市场不能承受之重。短期来看，若主动监督在某个核弹级财务造假案中奏效，会使得其效用卓著且“成本-收益”相对均衡，但长此以往，这项制度终是边际效益递减，因为安然丑闻不会一再上演。³⁶诚然，律师能够对财务信息失真发挥阻断作用，甚至在不少情况下，只要律师识别到警告信号并做必要的核查，无需额外注意财务信息而仅做好份内的尽调基础工作便可防止“看门人”的共同失败，因此，需要引入“反应型监督”概念来认定律师注意义务。

（一）反应型监督概念的引入：对警告信号的响应

诚然，律师能够对财务信息失真发挥阻断作用，甚至在不少情况下，只要律师识别到警告信号并做必要的核查，无需额外注意财务信息而仅做好份内的尽调基础工作便可防止“看门人”的共同失败。³⁷然而，律师的阻

断不可能也不应是不计代价的阻断。主动监督义务固然有阶段性意义，但其巨大成本是整个资本市场不能承受之重。律师注意义务的具体限度与履行方式亟需明确。本文认同施瓦茨教授提出的被动型或反应型监督(more passively responsive, or reactive monitoring)³⁸，即律师须对可能预示着会计欺诈或错误的“警告信号”(warning sign)作出反应，但不必试图对会计师的决定作专业评估。

律师对财务信息监督的必要性不构成让法律人精通会计、对会计判断作二次评估甚至直接介入审计决定生成过程的充分理由。律师掌握一定的会计知识确有助于对会计欺诈迹象的捕捉，然而二次评估等主动监督方式实则是要求律师具备职业会计师的知识与能力，且同步跟上两大职业的发展。为达到这一标准所须付出的培训与学习成本极高。此外，律师重复审查将耗费更多时间，计费时间增加致使交易成本上升。同时，由于职责范围扩大与执业风险陡增，主动监督义务将迫使律师提高收费标准以覆盖更昂贵的责任保险费，而这些成本终会转嫁给投资者。再看收益，主动监督的效用仅限于对财务造假和会计准则误解误用这两类问题提升发现概率，此种收益似乎难以衡量，而且主动监督终是边际效益递减。³⁹反观反应型监督，虽然较主动监督收益更低(不过可能差距甚微)，但其在成本上享有显著优势，既不会催生高昂的培训学习费用与额外小时单收费，也不会引起责任保险价格攀升。因此综合相较，反应型监督更优。⁴⁰

反应型监督的内核是对警告信号的响应。当适用反应型监督评判律师是否勤勉尽责时，需要关注的问题包括：①什么构成警告信号，警告信号何时产生；②对识别警告信号的能力假定，个案中律师是否有机会以及有能力识别；③识别后是否为消除警告信号作出恰当反应。

警告信号往往因案而异，很难以成文规则的形式加以固定和穷尽。一些目前公认的警告信号是在诸多财务造假丑闻爆发后、回溯专业人士的整个执业过程才得以确立的。即使监管规则能根据经验教训提炼出一些需要重点关注的事项，但无论如何都无法节省下事后在个案中为识别警告信号所须付出的努力。就像“we know it when we see it”(看见方知)，警告信号只有在个案具体语境下才能得到不断辨明和澄清，其中，发行人的业务特征、经营模式、造假行为的特点都可能是需要考量的因

素。裁判者应该对警告信号的确认保持足够慎重，否则泛化认定将抹杀警告信号的价值⁴¹，使反应型监督沦为主动监督。因此，警告信号应足够具体，具有警示性，或达到一定的金额或比例。⁴²而单纯的财务会计科目与数值并不构成警告信号，裁判者须结合律师在执业过程中所遇到或应调查清楚的相关事实(发行人及关联方等相关主体的特征、行业惯例等)综合判断是否存在能引起警觉的疑点。典型的警告信号比如审计师辞任、媒体曝光；再如律师在检查公司重大业务合同、对主要客户和供应商访谈或发放调查问卷时，发现对方预留的联系方式与公司高管的联系方式重合、公司经理曾担任对方的重要股东⁴³，这有可能表明在供应商和客户中潜藏着公司未曾告知的关联方，而隐瞒关联关系或是为掩埋公司与关联方伪造合同、虚构交易的欺诈事实。

反应型监督的运行效果或可行性取决于律师识别警告信号的能力，对此种能力的假定或预设也是执业规则设计、注意义务标准设定须首要解决的根本性问题。缺乏明确标准将助长和放任律师“故意的忽视”与“蓄意的模糊”。⁴⁴对证券律师而言，其有必要对主要会计科目的类别及其形成、会计原则以及典型的舞弊风险有初步了解，但无需超过基础的会计水平。⁴⁵明确能力假定是为了避免“理性无知”的困境，即律师可能事实上捕捉到警告信号但声称自己从未察觉。当然，这一能力预设是一种准客观的标准，若个案中证券律师的会计素养与问题敏感度高于该水平，裁判者相应地应以更高标准来判断律师在当时是否应观察到警告信号。⁴⁶此外，值得注意的是，根据财政部于2016年发布和修订的相关审计准则，审计师被要求在审计报告中额外就与持续经营相关的重大不确定性、关键审计事项等问题作出说明，由此产生的有关被审计单位的个性化文字表述提高了律师从中发觉警告信号的可能。⁴⁷

一旦识别出警告信号，律师的进一步调查义务便被触发，只有警告信号被完全消除，律师才能继续代理。具言之，解决警告信号可能需要律师先根据相关线索做初步调查，特别是在律师和审计师对于“核查真实交易”(主要针对重大业务合同)存在部分职责重合的情况下。同时，律师应告知并询问相关会计人员，确认审计师已关注相关问题、充分查明事实且认可原始会计处理；假如讨论

不充分或难以获得能够消除警告信号的满意答复，律师还有必要通过函证、实地走访等方式做进一步调查。若律师采取了这些措施而警告信号依然存在或出现其他警告信号，律师应将这些情况通知审计师并退出代理。

(二)反应型监督的现实解释力

反应型监督可与我国的注意义务、勤勉尽责等概念与规范形成耦合，无论是对事前执业规范的设计、勤勉尽责标准的设定，还是事后争议解决，均有指导意义。特别是，其能对目前业界最为困惑、监管与司法实践中“老生常谈”的特别注意义务和一般注意义务作出恰当解释与界分。

本质上，特别注意义务与一般注意义务都应以“理想的普通谨慎之人”(the ideal average prudent man)⁴⁸为参考基准。因此，将注意义务人为分化成特别注意义务和一般注意义务并不是一个必要的立法设计或标准释明手段。不过，在证券监管领域，由于经常出现不同专业的“看门人”共同服务于一个发行或并购项目的情形，将相关专业人士的注意义务进行特别与一般的细分具有一定积极意义。第一，这一区分以专业事项和非专业事项的区隔为前提，通过要求“专业人做专业事”(即专业人士的注意义务，或所谓“特别注意义务”)凸显专业的独特价值并恪守对专业分工的尊重。第二，一般注意义务的确立有利于强化“不对其他专业人士之失职负责”的屏障，使“看门人”的胜任义务或能力义务处于合理限度内，不至于驱使其成为精通多学科的从业者。因此，在证券法语境下，特别是多“看门人”情境中，廓清特别注意义务与一般注意义务具有现实价值。而我国作为成文法国家，缺乏普通法的传统，首先在监管规章中以专条规定的方式清晰树立注意义务的特别与一般之分⁴⁹，算是一种意料之中的选择，同时，这也是我国证券监管者在职业行为指引与过错判断标准方面的有益探索。

当前，学界与业界看似已就特别与一般注意义务达成一定共识，即“就专业事项负特别注意义务，就非专业事项负一般注意义务”，且特别注意义务应以具有中等资质和能力的从业者为标杆，这是在职业利益与公众利益中寻求平衡的结果⁵⁰；然而，对于这一对概念，特别是一般注意义务，无论是在个案运用中、监管规则设计上，还是学理阐述中，仍莫衷一是。有观点认为，中

介机构在非专业领域应以社会公众的一般水平负一般注意义务。⁵¹这一理解与《律师事务所从事证券法律业务管理办法(2023)》第15条一致，即判断律师是否尽到一般注意义务应以“普通人”为标杆。然而，无论是律师还是会计师，就算对非专业事项称不上内行，其能力也超乎常人。⁵²因此，若仅以普通人为标准设置一般注意义务的要求，那么即便律师、会计师凭借自身执业经验与能力察觉到其他“看门人”出具的意见或提供的信息有疑点，恐怕也会因法律的“宽容”而闭口不谈——何必费力深究不讨好？或许是为排除理性无知的道德风险，其他相关规定对一般注意义务的要求细化并提升至“保持职业怀疑+核查+验证”。例如，《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》(法释〔2022〕2号)第18条规定，证券服务机构如引用或参考其他中介机构的工作成果，只有做到“审慎核查+必要调查复核+排除职业怀疑+形成合理信赖”，才可被认为无过错。《2号指引》第4条与之类似，要求律所出具意见依赖其他中介机构的基础工作或专业意见的，应“保持职业怀疑+必要调查复核+形成合理信赖”。⁵³

回归到上述反应型监督模式，达到一定会计知识门槛的律师应对可能预示着会计欺诈或错误的迹象作出反应，但无需借助充分的会计专业知识对相关事项作二次评估。虽然反应型监督未就专业与非专业事项的划分提出具体建议，不过，这并不影响其对注意义务(特别是一般注意义务)的解释力。

律师在执业中，不仅需要就特定事项作出法律判断、发表专业意见，还要核查为出具该意见所倚赖的事实基础，而在诸多事实基础或相关交易上对专业事项与非专业事项作硬性区隔较为困难。原因在于，事实或交易往往兼具法律与会计的后果，其可能既与法律判断挂钩，同时又构成了财务信息的一部分。正因此，律师和会计师的尽调内容存在一定重叠。若一定要划分专业与非专业事项，可大致作此理解：这种区分并不意味着严格将特定事项划归至非此即彼的领地，而是区别出特定事项的不同专业面向。基于此，专业事项既涵盖专业人士运用其专业知识(有别于其他领域、需经过本专业特别训练方能熟悉与运用的知识)得出意见，比如通过法律关系、主体客体分析进行关联方与实控人认定，判断重大业务合同、股权转让

让、对外担保等是否合法有效，也包括为得出意见所必须完成的基础工作或事实调查。对这二者，专业人士须负特别注意义务应无异议，即既要保证信息基础充足确凿，又要妥当依据这些信息、运用专业能力发表意见。

而非专业事项包含什么？或更重要的是，其对律师而言应意味着什么？反应型监督能为这一问题提供合理解答。具体到律师的执业过程，一方面，律师在尽调与出具专业意见的过程中，可能需要参考和引用其他领域专业人士的意见与基础工作(即交叉引用)，为此，律师应做必要的事实核查，但不必判断这诸多事实在其他专业面向上的评价。例如，律师在查实关联关系的基础上，不需考虑关联关系及交易的经济实质是否在财报中得到恰当反应⁵⁴，也不必越俎代庖替会计师判断关联交易应否并表抑或披露于附注。另一方面，这不等同于律师对其他领域专业意见或披露文件的错漏必然免责。律师若在信息核查过程中发现了存在会计错误或误解的信号(如上述发行人客户与高管联系方式的重合蕴含着虚构交易、粉饰财报之可能)，则有义务通过进一步调查以及同会计师讨论等方式消除警告信号，而对“能否发现警告信号”的判断应以“律师具备一定基础会计知识与执业经验”为标尺。

反应型监督与我国当下概念和规则体系之契合就体现在，其既内涵了对特定事实或交易具备不同专业面向与专业后果的考虑，又为专业人士对其他领域事项的注意义务提供了一个以能力禀赋为内核的参照系，即具备一定基础会计知识、执业经验与敏感度的证券律师。律师从来不是“普通人”，证券律师更不是。一位从事争议解决的律师不了解应收账款或许可理解，而证券律师若声称自己连应收账款都没听说过、不明白其基本含义，则难以令人信服。证券律师不必掌握应收账款的坏账计提方法及相应会计估计，但最少应清楚，重大销售合同所形成的债权构成应收账款的一部分。因此，本文认同以反应型监督诠释“一般注意义务”，如此既不会对专业人士施加过重负担，又不至于放任其降低执业标准、对警告信号视若无睹。无论是特别还是一般注意义务，对“理想的普通谨慎之人”的寻求均需以现实语境为依托，不能脱离“证券律师”这一大前提。据此，二者的参照系本质上都是具有行业平均水平的证券律师，只是强调不同方面的能力禀赋。特别注意义务更侧重法

律专业能力，一般注意义务则主要指向基础的会计水平与证券律师的执业经验而非“一般人”的能力。

五、反应型监督下的律师责任认定： 以五洋建设案为例

除与规则和概念相适配外，反应型监督的“警告信号”分析思路在我国现实案件中亦有用武之地，以下试通过五洋建设案作展示。该案中，审计机构大信所被判罚的根本原因可以上溯至“对抵”会计处理的不当。⁵⁵乍一看，“对抵”纯属会计问题，与法律毫不沾边，因此，监管部门只罚审计机构而未罚律所。之后律所在民事诉讼中，也以“对抵”系与法律无关的财务会计事项为由抗辩。法院虽未作正面回应，但从对律所的追责事由来看，似是接受了这一抗辩。因为律所最终被判担责的原因是在评级报告已提示投资性房产出售的情况下，未核查该合同及所涉重大资产变化，对不动产权属尽调不到位，未发现占比较高的重大资产减少给发行人偿债能力带来的法律风险。⁵⁶在对判决此起彼伏的批评中，为律所喊冤的也正是基于这点语焉不详的理由。例如，偿付能力降低难称法律风险，对此关注不属律师的职责。⁵⁷再如，五洋建设案与中安科案由于对“律所对财务数据负一般注意义务”的理解不一而呈现同案异判：五洋建设案的法院认为律所应对涉及偿付能力的重大资产变化等事项加以关注提示，而中安科案的法院认为律所是基于评估机构的专业认定得出定价公允之结论，无需对其他专业机构的判断负责。⁵⁸简言之，批评主要着眼于“非专业事项”及对此的一般注意义务。然而，这些批评可能忽略了部分细节，并流露了对一般注意义务的理解偏差。

(一)警告信号产生时点的影响：兼与中安科案对比

从专业与非专业事项的界分不能自然推导出专业人士对非专业事项无需关注，法院即使要求专业人士关注非专业事项也不必然违背一般注意义务的要求。在存在警告信号的情况下，专业人士可能有必要对非专业事项多加留心，具体取决于警告信号的产生时点以及专业人士是否有机会和能力捕捉。

事实上，五洋建设案中，法院认定律师责任的基本逻辑尚属清晰：①存在警告信号→②(律师有能力捕捉)触发进一步调查义务→③律师在进一步合理调查中应发现

偿债能力受到较大影响,进而应在法律意见书中(或要求发行人)予以提示。然而,各逻辑环节的说理不够详实,以下运用警告信号的思路剖析律师的责任认定。

第一,法院所提及的“评级报告已提示投资性房产出售”是否构成促使律师产生对财务信息真实性或其他重大风险怀疑的警告信号。首先,律师在出具意见书的阶段确有机会接触评级报告,且据判决书所述,评级报告提出“关于沈阳五洲出售事项公司的会计处理”的修改意见,并提示投资性房产公允价值的变动受房地产市场环境影响较大,出售时的公允价值很可能与此前估值有较大出入。⁵⁹再者,发行人的主要业务是建筑和房地产,而五洋债发行当年恰逢房地产市场承压,投资性房产价值普遍大幅下降。由于发行人的主要业务模式、经营风险与净资产规模(与发债额度审批有关)本身也属律师的调查范围,基于评级报告之提示,律师确应对财报真实性与偿债能力风险有所怀疑,以至如果财报须做大面积追溯调整,律师还要根据相关财务指标向发行人提议调整拟发债规模。因此,“评级报告已提示投资性房产出售”构成了警告信号,且律师能够捕捉到该信号。

第二,在警告信号触发律师的调查义务后,律师应采取哪些措施以消除警告信号。例如,与审计师沟通,确保其注意到投资性房产会计处理的问题且作出恰当处理;与发行人沟通,要求其提供重大投资性房产的交易信息与不动产权属信息(当然律师也可自行核查此项信息)。通过这些调查,律师可获知估值13亿元的投资性房产被对折出售的事实。⁶⁰由于出售完成于2015年,发行人无需追溯调整2014年的财务数据,其拟向证监会申请的发债额度亦不会受影响。但是,鉴于投资性房产出售导致的6亿余元折损相对于拟发债规模13.6亿元并非小数目,折价出售确有可能伤及偿债能力并具有向公众披露的“重大性”。⁶¹因此,律师只有在确保偿债能力重大风险或折价出售等事实在募集说明书等公开披露文件里得到揭示的情况下,才可被视为成功消除警告信号。而事实表明,无论是募集说明书还是其他公开披露文件,都未充分揭露偿债能力的重大风险及相关事实。

五洋建设案判决说理的缺憾在于未就“为何特定事项构成警告信号”“律师应否捕捉到警告信号”“为何通过进一步调查就必然得出偿债能力存在较大风险的结

论”展开论证,而反应型监督的警告信号分析步骤可以有力补强法院说理。至于同案异判的批评,本文认为五洋建设案与中安科案虽属异判,但难称同案。尽管二者都涉及对非专业事项的注意义务,但它们在警告信号的产生时点与律师的捕捉义务或能力上存在重大差异。

中安科案的交易背景是借壳上市,为对交易进行公允定价,被借壳方中安科公司(原上海飞乐股份)需参考资产评估机构对借壳方(中安消技术公司,下称中安消)的估值。然而,评估机构所采2014年收入预测数据严重失实⁶²,致使估值出现较大虚增而造成交易定价不公允。收入预测失实源自将未中标的“班班通”项目(总金额4.5亿元)包含在内并对该项目作出“在2014年能确认3.42亿元收入”的预估。⁶³因此,法律意见书所载定价公允之结论亦失实,不过律所未被追责。法院认为:律师在重大资产重组中的职责在于审查交易主体、步骤、程序等是否符合法律法规,以杜绝非法操作。律所虽提供了定价公允的意见,但该结论是基于评估机构的估值而作出。律所并非专业审计或评估机构,其仅从合法合规性角度对该定价予以评价,是以,要求律所对其他专业机构评定的资产价值之真实准确性负责,于理无据。⁶⁴即法院认为律所无需借助充分的专业知识对评估机构的意见作全面审查,其只要根据自身能力确认评估报告无不合理之处,便能以此作为判断定价是否公允之依据。相当于律师对资产估值仅负一般注意义务。

本文认同上述对律师不予追责的说理,不过,具体论证还可从法院未设想的另一角度切入,即“警告信号的产生与律师的捕捉义务”。首先,由于将尚未中标的“班班通”纳入营收预测,导致高达3.42亿元的收入预测虚增并致使后续评估产生重大偏差,因此,“班班通”未中标构成了本案的警告信号。⁶⁵其次,警告信号何时产生。“班班通”招投标于2014年4—12月进行,中安消参与其中两个县区的招标,但均败北。其中,在安龙县项目招标过程中,中安消因涉嫌串通投标,于2014年11月13日被责令作出书面说明,该项目招标暂停;安龙县财政局后于2014年12月26日对中安消作出行政处罚预先告知书,拟对其罚款192,000元,列入不良行为记录名单,一年内禁止其参加政府采购活动。⁶⁶因此,至2014年12月26日,中安消所参与的投标已全部失败,警告信号便在此时

产生。那么律师应否捕捉到该警告信号？通过梳理时间线可知，从律师出具意见书到中安消未中标被坐实相隔六个月多。⁶⁷律师应否注意到六个月后的重大信息变化、捕捉到警告信号并作出更正或其他反应，与其及时获取信息的能力以及是否对期后事项负有关注义务密切相关。

关注期后事项的原因在于，真实充分的信息乃准确判断之前提，而当情境发生重大变化，便产生了修正分析基础、重作判断之必要。⁶⁸但同时，中介机构不应也不可能对任何期后事项都作出专项回应，否则无边际的期后事项将使其执业成本、职责范围与责任风险都无限扩张。有关期后事项的规则设计亦应在职业利益与公众利益之间小心寻求平衡。例如，审计准则要求审计师关注期后事项，并在满足一定条件的情况下对此作出反应。“期后”是指对特定事项的发现或觉察是在某一日期之后，而非特定事项实际发生于某一日期后。“期后”具体包括“财务报表日至审计报告日”“审计报告日至财报报出日”“财报报出日以后”三个阶段，对于这三个阶段内知悉的事实该作何处理存在不同规定。在财报报出后，若审计师知悉了某事实，且假如在审计报告日知悉该事项可能导致审计报告的修改，则审计师需与管理层讨论该事项、确定是否修改财报；若管理层决定修改，那么审计师需对有关修改实施必要的审计程序。⁶⁹然而，针对律师对期后事项的处理尚无任何规范。在不存在规则要求律师关注期后事项并作恰当回应，或履行类似于独立财务顾问的持续督导义务的情况下，若在法律意见书披露后出现了新的重大情况，律师应否主动追踪到该变化并作相应处理，答案并不明朗。

即便假设律师负有“关注期后事项并作恰当处理”的义务，在中安科案中，律师也大概率并不具备捕捉到警告信号的能力或可能性。与律师形成对比的是独立财务顾问，后者负有持续督导义务，在重大重组预告到实施完成期间乃至完成后的一段时间里，都应对项目保持密切关注并及时更新财务顾问报告。⁷⁰在整个过程中，独立财务顾问与客户接触和交流的深入程度要高于律师，天然具有及时获取信息的优势地位，其捕捉警告信号的能力也相应更强。中安科案中亦是如此，独立财务顾问招商证券相比于律所、会计所，和客户的沟通联系更紧密，且确实捕捉到了警告信号。根据判决书，招商

证券在2014年12月27日更新报告前，对于“班班通”投标悉数失败的结果以及3.42亿元预测营收化为泡影已全部知晓。但其无视这一警告信号，未对收入预测与估值提出更改意见，反而在更新的报告里延续对此前预估的认可，显然违背勤勉尽责的要求。由于判决书并未提及律所是否在其后续服务期间获悉中安消未中标的确切消息，因此可能存在两种情况(依然在对律师施加“关注期后事项并作恰当处理”义务的假设下展开)：若律师知情，则应更正此前出具的意见书或在后续意见中对相关事实及其对定价的影响作出提示；若律师不知情，则无需采取行动。

学者只考虑到律师对非专业事项的一般注意义务，而未顾及警告信号的出现时点、律师的捕捉能力以及是否存在期后事项义务等方面对案件认定结果的可能影响。五洋建设案与中安科案的一个重大事实差异即为警告信号的产生时点不同，前者形成于意见书提交给客户之前，后者则在意见书公开披露后产生，而这一细节是判断“看门人”是否有能力或义务捕捉警告信号所不得不察的因素。

(二)五洋建设案中警告信号的另一种可能

不像“律师因未关注偿债能力风险而被追责”引发热闹讨论，律师的“财务会计事项抗辩”似乎已悄然逃出大众视野，再加上审计机构在诉讼中“自信”辩称“应收账款和应付账款‘对抵’属于会计专业判断问题……从其经营模式及交易实质判断，认为发行人会计处理符合企业会计准则的规定”，更是给人以一种“‘对抵’纯粹属于财会范畴，而律所对此无任何职责可言”的确信。那么，律所真与这一问题毫不相干吗？对此的回答，恐怕有必要先回到“对抵”会计处理的分析上。五洋建设主张其经营模式为建筑行业普遍采用的内部承包制，由承包人承担经营的主要风险，因此，将应收应付对抵更符合实质重于形式的会计准则；审计机构持同样意见。具言之，二者认为对抵正确的理由在于，在项目经理内部承包制下，五洋建设在特定项目上的债权(应收账款)债务(应付账款)已完全转移给承包经理。然而，债权债务未全部得到有效转让的事实断然无法支持这一会计处理。

第一，根据《企业会计准则第37号——金融工具列报》(2014)第28条，分别作为金融资产、金融负债的应收账款、应付账款在抵消上面临严格的限制，企业仅在

享有抵消已确认金额的法定权利、该种法定权利现在可执行且计划以净额结算(或同时变现该金融资产和清偿该金融负债)的情况下,才可进行抵消。“法定权利”指向《民法典》或原《合同法》规定的抵消权,基本条件为当事人互负债务且债务标的物种类、品质相同。然而,五洋建设未履行必要程序确保债权债务得到完全转让,不能认定其建设工程项目的应收账款、应付账款主体相同或构成与项目经理互负债务的情形。证监会选取五洋建设的175个项目进行走访,确认其中77个不存在债权债务完全转移的证明,故五洋建设不享有对抵的权利。

第二,对于建筑工程的内部承包或挂靠模式,会计行业内的观点往往非常审慎,认为需考虑《建筑法》等相关法规的限制因素(例如禁止承包单位将其承包的全部工程转包、总承包单位应对分包工程的质量与分包单位承担连带责任⁷¹),并基于此判断所谓“独立核算项目”“内部承包项目”或“挂靠项目”是否构成独立承担风险的“单独主体”。若与发包人签订项目合同的是五洋建设(名义承包人或总承包平台)而非项目经理(实际承包人),那么名义承包人将向发包人就工程质量、安全生产、工期等问题承担首要责任,同时承担来自于发包人和挂靠方的信用风险。因此,内部承包项目的资产和负债并未与名义承包人的其他资产和负债实现完全的风险隔离,不构成《企业会计准则第33号——合并财务报表》(2014年)第20条规定的“单独主体”,应将其资产、负债汇总到名义承包人的报表中,并将挂靠项目中归属于挂靠人的权益确认为名义承包人对挂靠人的负债。这是对实质重于形式与谨慎性原则的贯彻。

可见,有关对抵处理是否符合企业会计准则的判断,必须考虑相关的法律因素,甚至也可以说,需以法律上的专业判断为依托——第一,建筑工程项目的相关债权债务是否被完全有效转移;第二,《建筑法》中强制性规定的影响,例如在项目经理内部承包制下,总承包单位仍面临就特定项目与实际承包人(项目经理)对发包人承担连带责任的风险,进而难以认定总承包单位已将全部风险转移给项目经理。至此,起码能确认的是,五洋建设案的核心争议即对抵的会计处理,并非与法律判断毫不相关。不过,律师应否就对抵所致财务信息失真担责,还需考察其在履职过程中能否发现一些预示着会

计处理不当的警告信号,以及若发现了须作何处理。

事实上,发行人的业务模式、营运架构与经营风险是在发债项目成立之初、中介机构与承销商驻场时就要首先展开讨论的问题,这属于最基本的风险排查。五洋建设的主营业务为建筑工程,其经营模式为“项目经理内部承包制”,然而从法律角度观之,内部承包或所谓内部独立核算不会影响发行人的对外关系或改变其对质量控制、安全生产、按时付款的责任主体地位。五洋建设大面积的建筑工程诉讼纠纷也印证了其相关经营风险仍由自己承担而未完全转移至项目经理。当中介机构在会议上就发行人的业务模式与经营风险各抒己见时:①若律师得知审计师认可项目经理作为独立核算实体,②或审计师在得知律师认为内部承包或挂靠不影响外部法律关系与责任主体的观点后,意识到发行人的会计处理可能有误而征求律师意见——对律师来说,这都构成了警告信号。若律师未基于实际发生的大量建筑工程类纠纷、对债权债务转移与法定抵消权的理解而对会计处理给出否定意见,或尽管给出否定意见,但并未要求且跟踪审计师对债权债务的转让作专门查实,“放任”审计师认可对抵处理,则律师可能存在过错。本案中,律师显然未通过向审计师提示会计处理错误、要求其核实或亲自核实债权债务转让情况的方式消除警告信号,否则也不至于被抓到175个项目里近半数不具备转移证明。因此,律师对特定财务信息的呈现未尽到一般注意义务。⁷²

需要说明的是,以上分析系基于一般行业实践作出的合理推断,是否存在这样的警告信号应以裁判机关查明的事实为依据(但遗憾的是,法院与当事人未沿此深挖与辩论),本文只是提出存在另一种警告信号之可能。

六、结语

立足于“看门人”互动的积极作用与必要性,律师不能对财务信息失真全然袖手旁观,其对财务信息应肩负一定程度的监督义务。反应型监督树立了该义务的合理边界,即律师仅须对可能预示着会计欺诈或错误的警告信号作出反应。反应型监督的生命力主要彰显于个案裁断。在此过程中,何为警告信号、其何时产生以及律师是否有捕捉义务或捕捉能力应是裁判者重点关注并论证的问题。然而,我国既往裁判对律师的追责或是忽视警告信号之角

度，或是对律师的捕捉义务说理单薄。纵然论理不扎实，有时对责任认定结果无甚影响，但裁判者对主动监督的偏爱殊值警惕。当然，改善律师在防范财务信息失真中

的尴尬处境无法一蹴而就，除正确理解与运用一般注意义务和反应型监督，还有赖于在实践中建立并完善“看门人”合作机制⁷³，这有待未来进一步探索。 ■

注释

※ 本文的写作得益于北京大学法学院刘燕教授的宝贵指导意见，作者谨致谢忱。同时感谢匿名评审专家与责任编辑的意见。

1. 参见邢会强. 证券中介机构法律责任配置[J]. 中国社会科学, 2022, (5): 83.

2. 其中典型如《律师事务所从事证券法律业务管理办法(2023)》(证监会、司法部令第223号)。我国《证券法(2019修订)》不存在“注意义务”的字眼而一律采“勤勉尽责”的表述。但是，证监会、律协等发布的规章、准则与指引未沿用“勤勉尽责”，而是采“注意义务”。那么，证券监管领域的勤勉尽责与注意义务是何关系，二者能否等同？对此，Joel Seligman的解释可供参考，即《美国1933年证券法》第11条的勤勉尽责就是普通法的注意义务。See Seligman J. Accounting and the new corporate law[J]. Washington and Lee Law Review, 1993, 50(3): 953-957; 刘燕. 会计师民事责任研究：公众利益与职业利益的平衡[M]. 北京：北京大学出版社, 2004: 177. 因此，本文不试图费力辨析勤勉尽责与注意义务之差异，而认为二者互为镜像，可替代使用。

3. 一般认为，审计师就财务信息虚假陈述的原因力显著大于律师。参见陈洁. 证券虚假陈述中审计机构连带责任的厘清与修正[J]. 中国法学, 2021, (6): 220.

4. 参见(2018)京行终4657号行政判决书。

5. 参见(2020)京行终7520号行政判决书。

6. 参见证监会〔2022〕40号行政处罚决定书。

7. 参见(2020)浙01民初1691号民事判决书。

8. 证监会、司法部、全国律协2022年1月发，第28条。

9. 参见郭雳. 证券市场中介机构的法律职责配置[J]. 南京农业大学学报, 2011, (1): 104; 郭雳, 李逸斯. IPO中各中介机构的职责分配探析——从欣泰电气案谈起[J]. 证券法苑, 2017, 23(5): 1-18; 张巍. 资本的规则II[M]. 北京：中国法制出版社, 2019: 3-45; 邢会强. 证券市场虚假陈述中的勤勉尽责标准与抗辩[J]. 清华法学, 2021, (5): 75; 王琦. 审计机构虚假陈述民事责任的制度机理——以威慑功能的实现为逻辑轴线[J]. 法学家, 2023, (1): 106.

10. “法律和会计的交叉显而易见，法律和事实的混合问题因此产生。商业法律陈述的事实或背景包括财务事实和会计报告的方式，相应地，法律能力也包括对交叉关系的理解和对影响法律关系的差异程度的分析。” See Cunningham L A. Sharing accounting's burdens: business lawyers in Enron's dark shadow[J]. Business Lawyer, 2002, 57(4): 1450.

11. 参见刘燕. 公司财务的法律规制：路径探寻[M]. 北京：北京大学出版社, 2021: 217-218.

12. 见注11: 220.

13. 参见刘燕. 走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争[J]. 中外法学, 2002, (5): 558. 特别是有证据表明，在管理层与会计师的“谈判”中，管理层会推动会计师在一定范围内选取对管理层最有利的数字。See Fisher W O. Lawyers keep out: why attorneys should not participate in negotiating critical financial numbers reported by public company clients[J]. Brigham Young University Law Review, 2010, 2010(5): 1508-1524.

14. See Schwarcz S L. The Roberta Mitchell lecture: structuring responsibility in securitization transactions[J]. Capital University Law Review, 2012, 40(4): 803-820.

15. See Tuch A F. Multiple gatekeepers[J]. Virginia Law Review, 2010, 96(7): 1583-1671.

16. 基于此，美国注册会计师协会、律师协会、金融业监管局等专业组织就或有损失确认的问题推动建立了律师与审计师的合

作模式。See American Bar Association. Statement of policy regarding lawyers' responses to auditors' requests for information[J]. Business Lawyer, 1976, 31(6): 1710-1712; Wilson A J, et al. The ABA statement on audit responses: a framework that has stood the test of time[J]. Business Lawyer, 2020, 75(3): 2088.

17. 2008年美国银行与美林证券合并案便是这一效应的经典呈现。See Bank of America Corp., SEC Litigation Release No. 21407, 2010 LEXIS SEC 305 (Feb. 4, 2010); Cuomo v. Bank of Am. Corp., No. 450115-2010 (N.Y. Sup. Ct. Feb. 4, 2010).

18. 当然，无可否认的是，“看门人”合作并不总是“1+1>2”或能完全防止财务信息失真。有时，一个专业人士向其他领域专业人士提供的意见反而会给后者造成干扰或误导(典型如法律噪音)，甚至由此出现一种独特的“看门人”共同失败现象。参见刘燕. 关注会计师看门过程中的法律噪音[J]. 清华法学, 2020, (6): 147-160. 对此或有观点认为，既然律师向会计师提供意见可能促成不利结果，为何要推动二者合作，如此岂非置律师于进退两难之地？然而，这一看法失之于偏。此处作简要反驳。其一，尽管某些交易的会计处理部分依赖于法律结论，但法律结论仅为出发点而非终点，最终判断仍取决于复杂的会计考量因素。在资产证券化交易中，即使法律对会计而言是一类重要的环境要素，但法律与会计不可能存在简单对应关系。面对资产证券化的立体结构，会计需对交易作综合反映，不应魔化法律噪音的效果。其二，法律噪音的消极作用无法磨灭会计师在特定问题上对律师意见的需求，亦无法否认二者就此合作的积极意义。债权债务是否有效转让等问题，终究更适合作由律师评判，不能因噎废食。

19. 见注11: 293.

20. 见注15: 1583-1671.

21. See Cunningham L A. Law and accounting: cases and materials[M]. Eagan: West Academic Publishing, 2005: 7.

22. See Koniak S P. When the Hurlyburly's done: the bar's struggle with the SEC[J]. Columbia Law Review, 2003, 103(5): 1239-1241; Warren M G. Revenue recognition and corporate counsel[J]. SMU Law Review, 2003, 56(2): 885-924.

23. See Schwarcz S L. Financial information failure and lawyer responsibility[J]. Journal of Corporation Law, 2006, 31(4): 1097-1123; Coffee J C. Attorney as gatekeeper: an agenda for the SEC[J]. Columbia Law Review, 2003, 103(5): 1293-1316; Coffee J C. Gatekeeper failure and reform: the challenge of fashioning relevant reforms[J]. Boston University Law Review, 2004, 84(2): 356-357.

24. 参见证监会〔2013〕46号行政处罚决定书。

25. 其中包括行政处罚、行政复议以及行政和民事诉讼，但不含证监会及其派出机构采取行政监管措施(如出具警示函)的案件。

26. 参见证监会〔2019〕62号、〔2021〕19号行政处罚决定书。

27. 参见(2020)京01行初33号行政判决书；二审判决(2020)京行终7520号行政判决书。

28. 虽然《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》(证监发〔2001〕37号，下称《法律意见编报规则》)第40条和《律师从事证券法律业务尽职调查操作指引》(中华全国律师协会发布2015年10月汇编)第77、80条要求律师核验应收应付款的真实合法性甚至相关明细清单，但这两项规定均是针对证券发行场景，而未将适用范围拓展至重大资产重组。

29. 参见证监会〔2018〕115号行政处罚决定书。

30. 《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》(证监会、司法部公告〔2010〕33号)第26条规定，“对委托人是否存在对外重

大担保事项的查验,律师应当与委托人的财务负责人等相关人员及委托人聘请的会计师事务所的会计师面谈”。尽管该规定局限于查验委托人(而不含委托人收购标的)重大担保的情形,但由此亦能看出,重大担保的查验与准确披露无法仅凭律师一己之力就能完成。

31. 参见证监会〔2017〕70号行政处罚决定书。

32. 参见(2018)京01行初106号行政判决书。

33. 参见(2018)京行终4657号行政判决书。

34. 参见《法律意见编报规则》第40条。

35. 参见袁小勇. 上市公司财务舞弊审计研究与案例解析[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2018: 165-167, 174.

36. 见注23, Schwarcz: 1118.

37. 如万福生科案, 律师在注意到重大销售合同的印章与客户名称明显有异时都未核查合同的真实性, 导致未能发现虚构交易, 而同案会计师在识别出营收属重大错报风险领域时, 未执行进一步审计程序, 律师与会计师对各自的工作都极度懈怠, 参见证监会〔2013〕50号、〔2013〕49号行政处罚决定书。再如登云股份案, 律师就重大债权债务(三包索赔费)仅获得了发行人承诺函而未寻求第三方认证, 会计师虽就三包索赔费作了函证, 但未追查回函差异, 亦未充分执行替代程序, 二者连尽调明确要求的程序性事项都未完成, 参见证监会〔2017〕62号、〔2017〕101号行政处罚决定书。

38. 见注23, Schwarcz: 1101. 本文将“responsive or reactive monitoring”译为“反应型监督”, 该表述能与Ian Ayres和John Braithwaite提出的已具普遍影响力的“回应型规制”(responsive regulation)相区分, 同时亦表明反应型监督并非回应型规制的某一分支或延伸运用。

39. 见注23, Schwarcz: 1118.

40. 见注23, Schwarcz: 1117-1119.

41. See Fisch J E, Rosen K M. Is there a role for lawyers in preventing future Enrons?[J]. Villanova Law Review, 2003, 48(4): 1126-1127.

42. 参见邢会强. 证券虚假陈述的危险信号理论[J]. 证券市场导报, 2024, (1): 16-25.

43. 参见证监会〔2017〕62号行政处罚决定书。

44. See Simon W H. Wrongs of ignorance and ambiguity: lawyer responsibility for collective misconduct[J]. Yale Journal on Regulation, 2005, 22(1): 1-36.

45. 见注10: 1456; 郭雳. 证券律师的行业发展与制度规范[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 128. 在这方面, Cunningham教授恰当指出, 若商业律师在执业中总面临法律和会计的问题, 而假如无会计的坚实基础就很难理解公司法的核心概念和关键问题, 那么法律教授就有责任保证提供足够教学。

46. 见注23, Schwarcz: 1113-1116.

47. 参见《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》; 吴凌涛. 从欣泰电气案看证券律师的勤勉尽责义务[J]. 证券法苑, 2019, 27(2): 227; 王艳艳, 等. 关键审计事项段能够提高审计报告的沟通价值吗?[J]. 会计研究, 2018, (6): 86-93.

48. See Holmes O W. The common law[M]. Boston: Little, Brown, and Company, 1881: 111.

49. 参见《律师事务所从事证券法律业务管理办法(2007)》(证监会、司法部令第41号, 已废止)第14条, 这是证券法领域对特别与一般注意义务的最早规定, 为后续扩张适用至其他中介机构、注意义务标准的丰富及学界讨论奠定了基础。

50. 参见刘燕. “专家责任”若干基本概念质疑[J]. 比较法研究, 2005, (5): 139-146.

51. 见注9, 邢会强: 81.

52. 参见陈洁. 全面注册制下中介机构责任边界的阶层构造[J]. 证券市场导报, 2024, (知网首发): 9.

53. 《2号指引》第4条第2款规定, “律师事务所及其指派的律师制作、出具专业意见依赖保荐机构、其他证券服务机构等的基础工作或者专业意见的, 应当保持职业怀疑。在履行必要的调查、复核工作的基础上, 形成合理信赖”。不过, 《2号指引》第4条前两款存在矛盾。第1款沿用原《律师事务所从事证券法律业务管理办法(2007)》

“普通人一般的注意义务”的表述, 而第2款规定的“保持职业怀疑”将注意义务的标杆抬高到具有一定职业敏感度的证券律师。

54. 例如, 若被审计单位以高于公允市价的价格向其控股股东出售不动产, 并将其作为一笔产生损益的交易进行会计处理, 而该交易的实质可能构成股东出资或收回投资或向股东支付股利, 则或未实现公允反映。参见《〈中国注册会计师审计准则第1323号——关联方〉应用指南》(2023年4月4日修订)。

55. 具言之, 五洋建设在编制财报时将承建工程项目的应收账款和应付账款“对抵”, 违反会计准则; 大信所认可该处理, 而“对抵”对财报的影响金额超过其整体层面执行的重要性水平(即审计者、使用者对财报所能容忍的最大错报)。参见证监会〔2019〕6号行政处罚决定书。

56. 参见(2020)浙01民初1691号民事判决书。

57. 参见缪因知. 债券违约案频发: 中介机构该担何责[N]. 经济观察报, 2021-01-08.

58. 参见周淳. 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): 74.

59. 评级机构于2015年5月29日出具评级报告, 披露沈阳五洲2015年2月出售投资性房产等事项; 律所与五洋建设于2015年5月7日约定, 法律意见书包含对信用评级、主体资格、实质条件等事项的审查。可见, 律所在出具意见书期间已获得评级报告。

60. 信息源于招商证券五洋债项目负责人与证监会行政诉讼案, 参见(2021)京行终1906号行政判决书。此外据评级报告, “2015年2月15日, 公司已经与沈阳出版发行集团有限公司签订了《沈阳五洲商业广场1号楼买卖合同》……标的价格为7.00亿元人民币, 并已收到1.60亿元预收款项, 随着沈阳五洲1号楼房产的出售, 公司资产规模和负债规模均会有所下降”。

61. 当然, 由于并未影响发债资格或额度, 该信息是否具备重大性不无争议。正文所述价值折损相对发债规模的比例不足以充分证明该信息之重大性。法院若认为具有重大性, 须作相应说理。

62. 虽然盈利预测来自会计所, 但证监会仅处罚了资产评估机构而未罚会计所。

63. 参见证监会〔2019〕40号行政处罚决定书。中安消仅就“班班通”与政府签订框架协议而未中标。据黔东南州政府的说明, 该协议为框架协议, 具体实施需通过招投标确定承建单位, 而在招标完成的各县区中, 中安消技术均未中标。

64. 参见(2020)沪民终666号民事判决书。

65. 这一事实足够具体且达到了一定的金额或比例, 可被判定为警告信号, 见注28。

66. 参见证监会〔2019〕44号行政处罚决定书。

67. 律所于2014年6月10日出具法律意见书, 中安科次日发布重组预告、独立财务顾问报告与法律意见书。同年12月26日中安消未中标的消息落实, 次日中安科披露更新后的财务顾问报告及多份补充法律意见书(而这些意见书是在2014年6月26日至12月1日陆续作出)。

68. 参见彭冰. 规制资本市场: 证券违法行为处罚研究(2016)[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 464.

69. 参见《中国注册会计师审计准则第1332号——期后事项》(2016年12月23日修订)第17条。

70. 参见《上市公司重大资产重组管理办法(2023修订)》第37、38条。

71. 参见《建筑法(2019修正)》第28、55条。

72. 当然, 该案中审计师过错更大。因为对抵不仅无法得到会计准则的支持, 而且审计师本身也应知晓对抵的基础为债权债务有效转让而非所谓建筑工程行业惯例。获取并核实项目合同的真实性、函证债权债务是否转移都是常规手段, 审计师在未完成基础核实工作的情况下就认可对抵显然违背执业准则。同时, 考虑到会计界业内对建筑工程行业挂靠模式的会计处理持审慎态度, 而该案审计师在对抵所涉金额超过重要性水平时也未追加审计程序, 已然超越了一般的疏忽大意。

73. 见注16。

(责任编辑: 李稷民)