

中国证券律师行政处罚研究

——以“勤勉尽责”为核心

程金华* 叶乔**

摘要:本文以1993~2017年期间针对证券律师的所有19起行政处罚为样本进行实证研究后发现,证券监管部门的行政处罚呈现了明显的“准司法化”趋势,对证券律师“勤勉尽责”义务的界定日益规范和清晰。但同时,证券监管部门执法的模糊性仍然存在,对证券律师的“一般注意义务”和“专业注意义务”的界定尚不清晰,归责逻辑的因果推理不够坚实。据此,本文在现有法律框架下提出优化行政处罚的几点建议,并对重新设置证券律师法律责任做初步思考。

关键词:证券律师 行政处罚 勤勉尽责 注册制改革 IPO

律师在证券市场提供法律服务过程中的权利和责任的合理配置,是一个国家资本市场健康发展的重要制度保障之一。随着中国股市从“新兴+转型”初期阶段向一个更加成熟的阶段发展,证券律

* 上海交通大学凯原法学院教授。

** 华东政法大学国际金融法律学院硕士研究生。

师的角色得到了越来越多的重视。一方面,他们被赋予更多的权利,并赢得更多的商业机会,这体现在中国证券法律业务已经颇为气候,证券律师已经成为中国30万名左右律师中“领子最白”的一个小群体。反过来,在另一方面,证券律师的责任也日益吃重,不仅监管机构对证券律师加大了监管和处罚力度,相应地,中外民事诉讼也成为证券律师从事业务的“紧箍咒”。2017年10月,中国证监会通报了本年度的专项检查处理情况,提到对8家律师事务所、10名律师采取了警示函的行政监管措施,对3名律师采取监管谈话的行政监管措施,对1家律师事务所采取责令改正的行政监管措施,并记入资本市场诚信数据库。^[1]稍早之前,在2017年5~6月间,中国证监会分别对3家律所及其雇用的7名律师进行了行政处罚,其中包括对北京市天元律师事务所开出了没收业务所得150万元以及罚款750万元的“天价罚单”(证监罚字[2017]56号,下文简称“天元所案”)。这些案例的新近发展,值得大家关注。尤其在《证券法》面临大幅修改的历史背景下,认清证券律师在提供法律服务中权利与责任配置的实然和应然,对于合理建构中国的证券法律制度大有裨益。^[2]

基于此,本文对中国证监会成立以来(自1993年至今)针对证券律师的所有19起行政处罚案件进行实证研究,分析其变化的脉络,归纳目前处罚归责面临的主要争议点以及监管部门所坚持的相应基本立场,聚焦证券律师在出具法律意见书时所负“勤勉尽责”义务的实然和应然,并就如何改革提出建议。^[3]

[1] 中国证监会:《证监会通报2017年度律师事务所从事证券法律业务专项检查处理情况》,载中国证券监督管理委员会网,http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201710/t20171013_325285.html,2017年10月22日访问。

[2] 目前,《证券法》修改稿还处在二读审议阶段。“二读审议稿”并没有提供“十三章法律责任”的具体修改内容,而只是以注释方式说明“将根据第一章至第十二章条文后续调整情况,报送相应的法律责任章节条文修改建议”,并明确指出“建议进一步强化法律责任”。

[3] 针对证监会行政处罚案件的实证研究,近期有一些非常不错的学术作品,值得参考。例如,邢会强:《中国证券市场二十年违法行为之变迁——基于中国证监会577份行政处罚决定书的实证分析》,载郭锋主编:《证券法律评论》,中国法制出版社2015年版,第254~267页;汤欣、高海涛:《证券市场操纵行为认定研究——行政处罚案例的视角》,载《当代法学》2016年第4期。

一、中国证券律师行政处罚概况(1993~2017年)

像大部分国家一样,中国的证券律师为企业发行证券提供法律服务,出具法律意见书,以其专业服务收取市场回报,并因其行为不当而承担应有的法律责任。法律责任包括行政责任、民事责任和刑事责任。在美国等资本市场发达的国家,投资者提起民事诉讼是证券律师承担法律责任的重要来源。而在中国,行政责任则是证券律师承担的主要法律责任,其中最主要体现在来自监管机构——中国证监会给予的行政处罚。^[4]

目前,对中国证券律师施加行政责任的主要法律依据是《证券法》(2014年修订)、《律师事务所从事证券法律业务管理办法》(2007年颁布,下文简称《管理办法》)和《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》(2010年颁布,下文简称《执业规则》)等法律法规的相关规定。在这些法律法规框架下,证券律师所提供业务服务的主要形式是出具法律意见书,业务范围涉及首次公开发行股票、上市以后的证券发行、上市公司并购重组等十多项证券业务领域。^[5] 其因为违法而可能面临的行政处罚包括针对律师事务所和律师个人两方面。就针对律师事务所的行政处罚而言,主要包括责令改正、警告、没收业务收入、停业整顿、暂停或者撤销证券服务业务许可及罚款。就针对证券律师的行政处罚而言,主要包括给予警告、撤销证券从业资格处罚、停止执业或者吊销律师执业证书等。当然,这些法律制度只是规定了证券律师可能面临的行政处罚,在实践中,律师事务所和律师个人受到的处罚会因案而异。而本文的关注点则在于中国证监会至今为止对证券律师进行了哪些形式的处罚以及各自呈现怎样的特征。

对此,我们对中国证监会自成立以来对证券律师所做的行政处罚

[4] 甘培忠、孔令君:《论IPO注册制改革背景下中介机构作用之强化》,载《法律适用》2015年第8期。

[5] 参见《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第6条。

进行了数据收集,并对这些行政处罚“再做”一个系统的实证研究。^[6]通过公开渠道(主要是中国证监会的官方网站),我们一共收集到19起由证监会对证券律师作出的行政处罚案件(参考附录)。值得说明的是,我们只收集由《管理办法》第六章及《证券法》相关条文(第223条、225条、226条、233条)规定的行政处罚措施,^[7]而未对通报批评、责成内部整顿等纪律性惩戒进行研究。^[8]表1描述了该19起行政处罚的基本情况。

表1 中国证券律师行政处罚的基本情况(1993~2017年)

1. 处罚书总数	19 件
2. 年度分布	1993~2000 年,共 10 件; 2001~2012 年,共 0 件; 2013~2017 年,共 9 件
3. 证券业务领域	18 件主要涉及股票首次公开发行,另外 1 件主要涉及重大资产重组

[6] 因为中国证监会对证券律师的处罚案件并不多,所以学术界对证券律师行政处罚的研究也不多。不过,早在2004年,彭冰曾经做过一个关于证券律师行政处罚的全样本实证研究(参见彭冰:《证券律师行政责任的实证研究》,载《法商研究》2004年第6期)。另外,耿利航在自己关于证券律师的专著中有一个简单的统计分析(参见《中国证券市场中介机构的作用与约束机制——以证券律师为例的分析》,法律出版社2011年版,第132~138页)。孔令君发表在《证券法苑》上关于证券律师行政责任的案例研究,也与本文相关。参见孔令君:《证券律师行政责任案例初步研究》,载《证券法苑》2014年总第13卷,法律出版社2014年版。本研究是上述实证研究基础上的“再实证”。不过,正如后文将要分析的,中国证监会针对证券律师的行政处罚,今非昔比,已经是“换了人间”,所以本研究远远不只是上述研究在时间上的延续。

[7] 在《律师事务所从事证券法律业务管理办法》实施之前,由《中国证券监督管理委员会关于加强律师事务所从事证券法律业务管理的通知》(证监法字[1998]1号)确定针对证券律师的行政处罚措施。该通知第13条规定“律师事务所及律师违反本通知有关规定,中国证监会将视情节轻重,对其给予警告、罚款、没收违法所得、暂停或者取消其从事证券法律业务资格的处罚;造成严重社会影响的,认定为证券市场禁入者”。这些行政处罚举措并没有超出后来《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第六章所确定的行政处罚举措的形式。

[8] 彭冰的实证研究把通报批评、责成内部整顿纳入研究的范畴。参见彭冰:《证券律师行政责任的实证研究》,载《法商研究》2004年第6期。

续表

4. 同案中介被处罚	所有 19 件案件同案的券商、会计师均被处罚
5. 处罚律师事务所	共 16 家律所被处罚,包括中银律师事务所(3 次),大成律师事务所(2 次),浙江省经济律师事务所,四川省经济律师事务所,北京市国方律师事务所,中维律师事务所,沈阳市第四律师事务所,万邦律师事务所,北京市星河律师事务所,四川天澄门律师事务所,湖南博鳌律师事务所,北京市君泽君律师事务所,北京市竞天公诚律师事务所,北京市天元律师事务所,广东君信律师事务所,北京市东易律师事务所。其中,北京市国方律师事务所、北京市星河律师事务所为券商律师,其他均为公司律师
警告	7 所次
责令改正	3 所次
没收违法所得	16 所次,没收所得总金额 877 万元,平均每笔 54.8 万元,单笔最高 195 万元,单笔最低 10 万元
罚款	16 所次,罚款总金额 1910 万元,平均每笔 119.4 万元,单笔最高 750 万元,单笔最低 10 万元
暂停证券业务资格	4 所次,最长 36 个月,最短 2 个月,平均 21.5 个月
6. 处罚律师个人	共 39 位律师被处罚
警告	31 人次
罚款	27 人次,罚款总金额 209 万元,人均 7.74 万元
暂停证券业务资格	5 人次,最长 36 个月,最短 12 个月,人均 19.2 个月
撤销证券从业资格	3 人次

从统计分析可以看出,《证券法》对证券律师所设定的应然法律责任和证监会实际的处罚之间还是有些明显的差距。在中国的证券法领域,执法对市场秩序的影响非常重大。正如前文提到,尽管证券律师提供法律意见书的服务可以涉及证券发行与交易的诸多领域,但是至今为止,中国证监会对于证券律师监管的聚焦点多在于股票首次公开发行过程中的违法信息披露行为。最后,与资本市场发达的国家动辄几百万美元的处罚相比,中国证券监管部门对律师的违法处罚整体上算是轻微的。且在考虑中国证券市场的种种乱象后,证券监管部门对证券律师

(以及其他中介)的处罚可以说是“罚酒三杯”。^[9]

经过统计,截至目前,中国证监会对所有律师个人所处罚款共计209万元,与其获得的收入相比,可以说是相差巨大。同时,就对律师事务所的罚款而言,《证券法》关于罚款的规定为“并处以业务收入一倍以上五倍以下的罚款”。但是至今为止,证监会对律所的平均每笔罚款119.4万元,约为平均每起违法所得54.8万元的两倍。如果不考虑近期对天元律师事务所作出的150万元没收违法所得和750万元罚款,那么这些律所的平均违法所得是48.5万元,证监会的平均罚款是72.5万元——后者仅仅是前者的1.5倍左右,离法律规定的“一倍以上五倍以下的罚款”的中线还有很大距离。

当然,正如后文将要分析的,证券监管部门在执法上的抑制,不等于中国法律对于证券律师设定了较轻的责任配置。中国证券业务领域行政责任配置的问题在于,立法给予证券律师较高的法律责任和要求,尤其是在考虑证券律师实际的业务地位这一因素后,法律给予证券律师的行政责任非常严格。但是,监管部门的执法对于维护证券市场秩序依然不足。当然,具体的情况在不同的历史时期有不同的体现。

二、处罚的三个历史阶段及趋势特征

从上文统计的处罚数量看,自1993年至今,中国证监会针对证券律师的行政处罚经历了三个非常泾渭分明的历史阶段:第一个阶段是1993~2000年,是处罚的“初发期”,期间有10起处罚;第二个阶段是2001~2012年,是处罚的“休眠期”,期间没有进行过任何行政处罚;第三个阶段是2013年至今,是处罚的“再发期”,至今已有9起处罚。

应该说,这三个历史阶段与中国证券市场波澜壮阔的改革历程是相伴随的。众所周知,在2000年以前,中国的证券市场还处于初创阶段,法律规则还不完备——第一部《证券法》于1998年颁布,而证券监管机构及其权力配置也不断处于洗牌重组的状态,因此对市场违法行为的处

[9] 缪因知:《中国证券市场法治化的道路》,载《交大法学》2013年第4期。

置也不够稳定。2001~2012年,IPO经过多次“关闸”和“开闸”,证监会的处罚主要集中在交易环节,而对上市过程中信息披露违法的态度较宽松。在2013年之后,证监会收紧了很多行政权力,加大了行政监管的力度。在此历史背景下,针对证券律师的行政处罚,出现了一些明显的趋势性特征。具体如下:

首先,证券律师的违法行为呈现出从“低级错误”向“高级错误”演变的特征。所谓“低级错误”,是指行为的违法性一目了然,主观恶意非常明显,且在法理上没有过多可以申辩的空间;而“高级错误”则相反,是指行为违法性不明显,或者至少存在法理上的模糊地带。时任证监会稽查一局局长陈舜认为,证券律师的负面作用可能体现在三个层面:一是直接违法违规;二是协助或教唆他人违法违规;三是对客户的不当行为睁只眼闭只眼;对于前两者,各国法律都明确了相应的责任,而对于第三个方面,则涉及如何确定执业标准的争议性问题。^[10]这三种负面行为的违法显著性是递减的。换言之,错误越来越“高级”。从过去二十多年的行政处罚决定书可以看出来,中国证券律师行为违法性呈现出由“低级错误”向“高级错误”发展的趋势。

中银律师事务所(以下简称“中银”)三次被处罚一事即可以很好地说明这一特征。至今,中银一共被处罚过三次,其中,第二次被处罚发生在2000年。该案中,中银担任吉林吉诺尔股份有限公司的律师,为其申请股票首次公开发行提供法律意见书。在处罚书^[11](下文简称“中银所2000案”)中,证监会认定:中银的律师对申请上市的吉诺尔公司“情况基本不了解”,并且“在未对公司的招股说明书及其他法律文件作任何审查的情况下即在法律意见书上签字”,显然属于低级错误。而在中银2016年的第三次被处罚^[12](下文简称“中银所2016案”)中,证监会认定:中银在为辽宁振隆特产股份有限公司首次公开发行股票提供法律服务过程中,存在进行核查和验证前未编制查验计划、工作底稿不完整、工作未勤勉尽责因而导致出具的文件存在虚假记载等违法事实。在中

[10] 陈舜:《美国证监会对从业律师的规制》,载《证券市场导报》2006年5月10日版。

[11] 证监罚字[2000]10号。

[12] 证监罚字[2016]108号。

银申辩意见中,其提出:一方面,申请上市企业涉嫌财务造假,故意虚构合同,欺骗监管部门和中介机构,中银也是受害者;另一方面,中银律师未参与涉案造假活动,且在涉案项目中已经勤勉尽责。可见,是否“勤勉尽责”已经成为本案的核心问题。通过对比该两次处罚可以看出,该两次处罚涉及的行为违法性差别非常明显。

其次,证监会的行政处罚呈现“准司法化”的趋势。与20世纪90年代证券律师“低级错误”违法行为相对应,当时的行政处罚略显简单。在早期,大部分行政处罚书文字较少,多只在一页纸以内,对律所的违法事实认定非常简单。比如,在2000年针对万邦律师事务所的处罚书中,^[13]证监会对违法行为的事实认定部分只有“现已查明,在大庆联谊股票发行上市时,为大庆联谊股票发行上市提供法律意见书的万邦律师事务所出具了虚假法律意见书”这一不到60字的描述。证监会较少会对事实认定与规则适用的衔接进行法律推理,多通过直接援引法律法规条文而给出处罚结论。

而在最近几年,证监会的行政处罚呈现了“准司法化”的趋势,主要呈现以下特点:首先,违法事实认定比较详细。通常会区分不同类型的违法行为,且所依据的法律和法理表述也较为清楚,甚至在处罚书中说明了被处罚对象的申辩理由以及证监会没有接受申辩理由的原因。例如,在2017年6月最新一起针对北京市东易律师事务所(以下简称“东易所”)的行政处罚书(下文简称“东易所案”)中,^[14]证监会首次就如何认定“未勤勉尽责”进行了规则阐释:“判断律师在IPO项目中是否勤勉尽责,可以从两方面考虑:一是是否严格按照《管理办法》《执业规则》及《公开发行证券的公司信息披露编报规则第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》第12号文”)进行执业;二是在发表法律意见时是否履行了必要的核查验证程序,获取足以支撑发表意见的证据材料。”

再次,就同一案件中的不同主体的责任认定而言,证监会对违法事实的认定已经从“概括认定”慢慢转向“分别认定”,责任追究也从“连带

[13] 证监罚字[2000]18号。

[14] 证监罚字[2017]70号。

责任”慢慢转向“本职业责任”。在最初针对公司股票首次公开发行上市虚假信息披露的案件中,证监会通常会较为详细地描述申请上市公司的违法事实,然后概括性地认定相关中介机构(包括证券律师)违法行为,并给予处罚。而在最近几年的行政处罚书中,证监会除了会认定申请上市公司的违法事实,也会有针对性地认定不同中介机构在各自业务范围和流程中的违法事实,并在此基础上分别给予处罚。

以对中银两次处罚为例。中银第一次被行政处罚发生在1996年。该案中,胜利油田大明集团股份有限公司(以下简称“大明集团”)申请股票发行及上市,华夏证券有限公司、山东会计师事务所和中银分别在该项目中担任相应的中介机构。在处罚书^[15](以下简称“中银所1996案”)中,证监会认定大明集团的“调整溢价比例”行为本质上是缩股行为,违反了证监会的有关规定,并且申报股票发行及上市的材料中,有意隐瞒了该缩股事实,同时在招股说明书等法定文件中披露缩股后的股本,其行为已构成虚假陈述。对此,证监会提供了必要的事实证据予以说明。在同一个处罚文书中,证监会分别用一句话对几个中介机构的违规情况予以认定:(1)“华夏证券有限公司作为大明公司本次股票发行的主承销商及上市推荐人,在其制作的大明公司招股说明书中,隐瞒了大明公司缩股的事实,披露大明公司缩股后的股本”;(2)“山东会计师事务所在其为大明公司本次股票发行及上市而出具的审计报告中,遗漏了大明公司缩股和股权结构变动的重大事实”;(3)“中银在其为大明公司本次股票发行及上市出具的法律意见书和律师工作报告中,遗漏了大明公司缩股和股权结构变动的重大事实”。从中可以看出,证监会对违法事实是进行概括认定的,并对所有相关责任主体施加了连带责任。

而在中银所2016案中,除了处罚公司律师以外,证监会也对申请上市公司辽宁振隆特产股份有限公司(以下简称“振隆特产”)及其主要股东^[16]保荐机构信达证券股份有限公司(以下简称“信达证券”)^[17]和审计机构瑞华会计师事务所(以下简称“瑞华”)^[18]分别进行了处罚。

[15] 证监查字[1996]2号。

[16] 证监罚字[2016]107号。

[17] 证监罚字[2016]109号。

[18] 证监罚字[2017]22号。

该案中,不仅针对上市公司、保荐机构、审计机构和证券律师的处罚是分别进行的,作出处罚的时间也有前后:针对振隆特产和中银的处罚时间是2016年9月1日,针对信达证券的处罚是2016年9月5日,而针对瑞华的处罚则是2017年3月13日,间隔半年有余。此外,证监会对中介机构的违法事实认定并不相同:(1)针对保荐机构信达证券,证监会认定其未审慎核查振隆特产与主要客户销售情况、未审慎核查振隆特产生产情况、未审慎核查振隆特产存货情况;(2)针对证券律师中银,证监会认定其在进行核查和验证前未编制查验计划、工作底稿不完整、出具法律意见书前未勤勉尽责导致出具的文件存在虚假记载;(3)针对审计机构瑞华,证监会认定其在对振隆特产2012年至2014年与营业收入以及与存货相关的项目进行审计时未勤勉尽责。

通过上述对比可以看出,近年来,证监会区分了保荐机构、审计机构和证券律师各自的本职工作以区分彼此的责任。在东易所案中,证监会明确“中介机构应当在各自职责范围内发表独立的专业意见并承担相应法律责任”。

最后,证监会的处罚方式日益标准化且呈现从严趋势。通过前文表1描述的证监会在1993~2017年间采用过的处罚措施可以看出,2000年以前的处罚方式及其组合相对不标准。比如,有的案件仅有警告而没有其他处罚方式,有的案件仅有没收违法所得但同时不进行罚款的。而在2002年12月23日,撤销证券从业资格这一行政处罚已被证监会和司法部联合发布的《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》取消,至此,行政处罚中不再有该项处罚措施。而自2013年证监会重启对律师的行政处罚以来,针对律师事务所处罚的标准配置是“没收违法所得”加上“罚款”——罚款通常是违法所得的两倍,并在个别案件中另外辅助以“警告”或者“责令改正”;针对律师个人则没有例外是“警告”加上“罚款”。由是观之,目前的处罚方式已经相对标准化。而处罚方式的标准化也较大程度上是因为《证券法》的颁布与适用改变了2000年之前处罚规范制定与适用的凌乱局面。^[19]

[19] 彭冰:《证券律师行政责任的实证研究》,载《法商研究》2004年第6期。

三、行政处罚的归责逻辑——对“勤勉尽责”的阐释

像其他市场主体一样,证券律师在 20 世纪末的成长有着明显的野蛮生长的特质,其违法行为体现了“低级错误”的特征,同时期证监会的处罚也是相对简单的。而在 21 世纪的最初 10 年间,国家的法治有了明显的进步,市场也越来越规范,但是鉴于证监会在该期间没有对律师采取过处罚,所以在此就不探讨律师行为违法性的问题。在最近几年的处罚潮中,由于违法行为具备了“高级错误”的外在特征,因此,对律师的处罚也就进入了需要讨论归责逻辑的时代。而该归责逻辑则蕴含着非常根本性的法理问题,尤其是关于“勤勉尽责”义务的理解。对此,本文拟通过分析处罚书,首先梳理出律师的申辩及其所反映的法理问题,然后再归纳证监会的归责逻辑。

(一) 主要争议:律师的申辩

自 2013 年以来的处罚案件中,证监会允许被处罚律师提出正式申辩,且部分申辩的内容出现在处罚书里面。从处罚书所记载的申辩看来,主要的争议点集中在以下几个问题。

首先,作为(申请)上市公司发行人聘用的外部法律服务机构,证券律师是否应当对公司的造假行为负有责任,应该承担什么样的责任?例如,在东易所案中,东易所在申辩中提到“东易所以对欣泰电气财务造假事项不负有审核义务和责任”。再如,在中银所 2016 案中,中银也提出“申请上市企业涉嫌财务造假,故意虚构合同,欺骗监管部门和中介机构,中银律所也是受害者;中银律师未参与涉案造假活动,且在涉案项目中已经勤勉尽责”。该申辩的潜台词是,只要律师(或者所有中介机构)自己不直接造假或者不参与造假,即无须承担行政责任。

其次,证券律师在出具法律意见书时,直接援引了其他中介机构认定的文书资料,但是后者的信息是虚假的,证券律师是否对此承担责任?换言之,不同的中介机构是否对彼此的虚假信息承担连带责任?例如,

在证监会针对湖南博鳌律师事务所(以下简称“博鳌所”)的处罚书^[20](以下简称“博鳌所案”)中,博鳌所及其两位签字律师辩称,“核查发行人与主要客户销售合同及其执行情况属于保荐机构的法定职责”,并且“博鳌所2011年3月6日出具的《补充法律意见书(一)》中的合同明细表格引自于保荐机构,博鳌所并未对此发表任何结论性意见”。据此,当事人博鳌所及其签字律师认为对此不承担责任。另一个典型例子是与“中银所2016案”同案,担任振隆特产保荐机构的信达证券处罚案。在该案中,当事人信达证券提出了以下申辩意见:“依据相关法律规定,保荐人与发行人及其他证券服务中介机构的责任是独立的,如果保荐人已履行勤勉尽责的义务,对发行人文件进行了审慎核查或对发行人文件中有其他中介机构出具的专业意见的内容进行了必要的核查,则保荐人对发行人和其他中介机构出具的专业意见内容的虚假陈述行为不应承担相应责任。”显然,该问题回归到中介机构是否对公司违法行为以及其他中介机构的违法行为承担连带责任的问题。

再次,证券律师在制作法律意见书过程中的程序瑕疵,是否可以构成对他们进行处罚的依据?在最近的几起处罚案件中,基本上都涉及工作底稿、尽职调查过程存在问题等程序瑕疵。具体言之,程序瑕疵可以分为多种情况,下文将介绍其中的两种。一种比较极端的情况是律师对尽职调查的过程进行造假(而不是对法律意见书的结论进行造假)。例如,北京大成律师事务所(以下简称“大成”)在2013年被处罚时就涉及这种情况。在该案中,广东新大地生物科技股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市,大成律师事务所为其提供法律意见书。在对大成律师事务所的行政处罚书^[21](下文简称“大成所2013案”)中,证监会认定“大成在未对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,在专项核查意见中作出对梅州绿康进行了实地访谈的虚假记载”。另一种情况比较常见,涉及律师并未按照《执业规则》以及相关规范性文件的要求进行尽职调查和制作底稿。比如,在2014年针对北京市竞天公诚律师事务所(以下简称“竞天公诚”)的处罚案件中,竞天公

[20] 证监罚字[2013]50号。

[21] 证监罚字[2013]55号。

诚为河南天丰节能板材科技股份有限公司首次公开发行股票并上市申请出具法律意见书。在处罚书^[22](下文简称“竞天所案”)中,证监会认定“截至调查日,律师未编制查验计划,在律师电脑中存储的历次尽职调查文件清单中仅列出接收方需提供的材料,未包含查验工作程序、查验方法等内容,未能反映律师为查验工作所做的准备及对工作情况的记录”。针对证监会就工作程序瑕疵方面的指控,部分被处罚律师认为,程序瑕疵并不必然导致结论错误,因此两者不可等同。

最后,上面的几类问题可以总结为:在出具法律意见书时,证券律师对于客户公司相关资料进行合法性审查的定量和定性边界在哪里?所谓定量的边界是指,哪些文件的合法性必须审查,哪些不需要审查——《证券法》第223条所规定的“重大遗漏”指的是什么?所谓定性的边界,是指针对一份文件的合法性审查,证券律师必须细致到什么程度才可以被认定为尽责?

在“重大遗漏”认定方面,证监会于2013年针对北京市君泽君律师事务所(以下简称“君泽君”)作出的处罚即为典型的案例。在该案中,君泽君为山西天能科技股份有限公司(以下简称“天能科技”)首次公开发行股票并上市提供法律意见书。在针对君泽君的处罚书^[23](下文简称“君泽君所案”)中,证监会认定君泽君未注意到天能科技三个工程项目属于政府市政工程项目必须进行招标的事实,未进行相应的尽职调查工作,因此,未能对发行人的重大债权债务事项进行查验和风险提示。君泽君则申辩认为,天能科技三个工程项目合同,不属于《编报规则》第12号文规定的需要披露的重大合同。

相对于“重大遗漏”这种该做而没做的情形,“是否尽责”指向的问题则是,做了但不够。问题是,什么才是够的。在2013年四川天澄门律师事务所(以下简称“天澄门”)被处罚一案中即提出了这个问题。在该案中,天澄门担任云南绿大地生物科技股份有限公司(以下简称“绿大地”)发行上市的法律服务机构。在处罚书^[24](下文简称“天澄门所

[22] 证监罚字[2014]22号。

[23] 证监罚字[2013]46号。

[24] 证监罚字[2013]25号。

案”)中,证监会认定,天澄门的律师到绿大地主张具有土地使用权的4000多亩地处云南省曲靖市马龙县的荒山所在地进行了查看,并查验了绿大地提交的其取得土地使用权的合同、协议、产权证书,但未去当地土地管理部门核实绿大地受让上述荒山的土地使用权情况,因此未能发现绿大地过分夸大这些荒山价值的问题。对此,天澄门及其律师在申辩意见中提出,他们未发现绿大地编造重大虚假内容属于“履行法定职责不当,而非不履行法定职责”。也就是说,他们的行为“不当”程度不足以被认定为“不尽责”。

上述问题是目前处罚书中争议较大的问题。它们虽然不是证监会在处罚中必须面对的所有问题(正如我们在前文分析到的,有些违法行为是低级错误,在法理上没有太多争议,故此处不赘述)。但是这四类问题都是理解《证券法》第223条含义的关键问题。从处罚书看,《证券法》第223条是自2013年以来证监会作出处罚的唯一法律依据。^[25]

第223条规定:“证券服务机构未勤勉尽责,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,责令改正,没收业务收入,暂停或者撤销证券服务业务许可,并处以业务收入一倍以上五倍以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,撤销证券从业资格,并处以三万元以上十万元以下的罚款。”理解该条的核心是如何理解“勤勉尽责”的含义,以及“勤勉尽责”与该条“虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”的逻辑关系。

(二)处罚逻辑:证监会立场

针对上文提到的申辩,证监会在处罚书中分别做了回应,并大体上构筑了证监会理解和执行《证券法》第223条的归责逻辑。东易所案的处罚书,可以说是证监会解释并执行该条文的“集大成者”。结合已有

[25] 在处罚文书中,证监会在分析证券律师行为的违法性时会提到《证券法》和其他法律规范的相关法律条文。比如,在对北京市竞天公诚律师事务所作出的行政处罚书(证监罚字[2014]22号)中,证监会提到“竞天公诚的上述行为,违反了《证券法》第20条、第173条,《管理办法》第13条,《执业规则》第4条、第14条的规定,构成《证券法》第223条、第226条所述情形”。但是,在最后作出具体的处罚决定时,2013年以来所有的行政处罚书的标准描述是“依据《证券法》第223条的规定,我会决定……”《证券法》第223条是2013年以来所有9起行政处罚的唯一法律依据。

的相关处罚说明,本文将在下文中对证监会的处罚逻辑进行归纳。

毫无疑问,证券律师所出具的法律意见书有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,是证监会对其进行处罚的事实前提。如果仅存在“未勤勉尽责”的问题,但是法律意见书没有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等虚假信息披露问题的,则未见证监会追责引用《证券法》第223条进行追责。这意味着未勤勉尽责和虚假信息披露并非是一一对应的。由此,律师行为的认定存在如下四种可能性:(1)勤勉尽责,同时出具了合格的法律意见书;(2)勤勉尽责,但出具了有问题的法律意见书;(3)未勤勉尽责,但出具了合格的法律意见书;(4)未勤勉尽责,且出具了有问题的法律意见书。在现实操作中,只有第(2)种和第(4)种情况,才会进入证监会查处的视野。由于在目前的法律框架之下,证券律师承担的是过错责任。^[26]因此,对于证监会来说,他们需要的是“坐实”第(4)种情况,而对于被查处的证券律师,则需要尽可能以第(2)种情况来抗辩,即证明自己已经是勤勉尽责,从而无须对有问题的法律意见书承担行政责任。

在认定证券律师出具了虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的法律意见书这一事实的基础上,如何通过认定证券律师“未勤勉尽职”并在此基础上进行归责,是本文将要探讨的问题。《证券律师行政责任案例初步研究》一文曾基于2013~2014年度发生的6起证券律师行政处罚案例进行实证研究,该文作者把证监会的处罚逻辑归纳为三个标准,即明确违规、过程失控、监督不能,并将其视为认定律师不能“勤勉尽责”的归责标准。^[27]在中银所2016案中,证监会行政处罚中遵循的基本逻辑

[26] 《证券法》第173条规定:“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、出具审计报告、资产评估报告、财务顾问报告、资信评级报告或者法律意见书等文件,应当勤勉尽责,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。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,给他人造成损失的,应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任,但是能够证明自己没有过错的除外。”这条比较明确地规定了过错责任,不过根据立法的文义解释,其适用范围主要是针对证券律师的民事责任而言。参见耿利航:《中国证券市场中介机构的作用与约束机制——以证券律师为例的分析》,法律出版社2011年版,第212~214页。

[27] 孔令君:《证券律师行政责任案例初步研究》,载《证券法苑》2014年总第23卷,法律出版社2014年版。

辑是:(1)律师在出具的法律意见书存在虚假记载(或者其他问题);(2)证监会通过问询、审阅律师工作底稿等途径发现律师在出具法律意见书的过程中存在违反《执业规则》和《管理办法》的情形,由此推定律师未勤勉尽责,并推定律师对法律意见书出现虚假记载(或者其他问题)存在过错;(3)律师不能证明自己在该项目上已经勤勉尽责,因此应承担相应行政责任。^[28]通过比较,由于后者把法律推理的逻辑说得更清楚,本文更认可后一种标准。以下本文将更加细化地讨论证监会的操作标准。

首先,只要律师在主观上故意实施了造假行为,包括对结论的造假和对尽职调查过程的造假,便可认定律师没有勤勉尽职,直接归责。由于此类律师行为属于低级错误,认定标准比较清楚,目前很少有律师会故意实施。在最近几年的处罚案例中,只有大成律师事务所案涉及程序造假。在该案中,证监会认为:大成所及其经办律师在未进行实地访谈的情况下,在法律意见书及专项核查意见等文件中对查验方式和查验过程等内容作出虚假表述,构成《证券法》第223条所述虚假记载的行为。也就是说,只要主观上造假,无论是程序行为还是法律意见书的结论,证监会一并视为“法律意见书有虚假记载”并进行归责。

其次,如果法律意见书有问题,并且律师不是故意造假,则需判断律师是否履行应尽的注意义务。该注意义务包括一般注意义务和专业注意义务。《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。”该条文包含两层含义:第一层是区分律师证券业务中的“法律相关的业务”和“其他业务”;第二层意思是,对于前者适用专业注意义务,而对于后者则适用一般注意义务。

证监会在不同的处罚书中都提到上述《管理办法》第14条,以明确律师是否履行注意义务,但并未提及和区分什么是注意义务、专业注意义务和一般注意义务。在东易所案中,证监会认为,东易所对于源自保

[28] 郑舒倩:《中银律所未勤勉尽责案》,载彭冰主编:《法律与新金融》(电子刊物)2017年总第23期。

荐机构兴业证券的访谈记录“未履行一般的注意义务,未审慎履行核查和验证义务”。由此可以看出,证监会认为证券律师对于从券商、会计师处取得的文书,具有一般的注意义务。该立场事实上也对《管理办法》第15条进行了进一步的界定。《管理办法》第15条规定“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14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。”从字面意思看,第15条规定认为,律师对公共机构出具的文书,负有注意义务(但没有说明是专业注意义务还是一般注意义务);而对于不是从公共机构直接取得的文书(应该包括客户公司直接提供的文书),负有核查和验证的义务(可以理解为专业注意义务)。关于对客户公司提供文书的专业注意义务,证监会在君信律师事务所案中进行了明确:君信律师事务所的问题在于没有对客户公司重大销售合同中的“三包索赔”可能带来的债务风险予以关注,也未在不同来源获取的证据材料所证明的结论不一致时“履行法律专业人士的特别注意义务并追加必要的程序进一步查证”。另外,在君泽君律师事务所案中,证监会提到“对于合同的合法性、有效性以及是否存在风险的审核,是律师执业的最低注意义务要求,当事人君泽君律所及律师许迪、王祺并没有履行这一最低注意义务”。我们的理解是,这里的“最低注意义务”指的是律师的专业注意义务。

在大成律师事务所案中,证监会同时提到了一般和专业注意义务。在该案中,针对大成未能发现申请上市人新大地与其主要客户梅州市曼陀神露山茶油专卖店之间的异常情况,证监会认为,即使以普通人的注意义务标准,也会对两者是否存在关联关系提出怀疑,大成律师作为专业人士,应履行法律专业人士的特别注意义务,并采取必要的措施予以证实或排除。该认定暗示了一般注意义务比专业注意义务更容易实现。

结合《管理办法》及处罚书的认定,关于证监会对注意义务的内涵与分类,我们得出以下结论:(1)证券律师对所有法定的业务以及业务中经手的资料,至少负有一般注意义务;(2)对于经过券商、会计师和其他公共机构认证的文书资料负有一般注意义务;(3)对于从客户公司处

直接取得的资料合法性、真实性和潜在法律风险,负有专业法律义务;(4)对于没有从客户公司和公共机构获得的资料,但《管理办法》《执业规则》《编报规则》第12号文等有明确要求事项的法律相关的业务,负有专业注意义务。

最后,在上述结论基础上,如何判断律师是否履行相应注意义务成为关键问题。在东易律师事务所案中,证监会明确说明,相关认定主要依据工作底稿和律师工作报告书。在该案中,证监会查证东易在为丹东欣泰电气股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市提供法律服务过程中存在三个方面的程序瑕疵:(1)未审慎核查和验证保荐机构兴业证券提供的相关资料;(2)未编制查验计划以及未对《法律意见书》进行讨论、复核;(3)工作底稿未加盖律师事务所公章等行为违反《管理办法》和《执业规则》所要求的程序事项。东易申辩认为“东易所履职过程虽有瑕疵,但情节轻微,应不予处罚”。对此,证监会认为,“判断律师在IPO项目中是否勤勉尽责,可以从两方面考虑:一是是否严格按照《管理办法》《执业规则》及《编报规则》第12号文进行执业;二是在发表法律意见时是否履行了必要的核查验证程序,获取足以支撑发表意见的证据材料”。据此,证监会认为“东易所未能勤勉尽责,对其出具的《法律意见书》中的相关表述存在虚假记载并负有责任”。事实上,自2013年以来,证监会的处罚文书都会认定被处罚律师的程序存在瑕疵,并以此作为证据推论被处罚对象未能履行相应的注意义务。

四、处罚的合理性分析与建议

近期证监会对“勤勉尽责”以及相关问题的认真阐释,呈现了证券律师处罚的“准司法化”趋势,是值得高度肯定的制度发展,是中国证券市场走向依法治理的重大进步。但证监会已有的行政处罚举措及其所依赖的归责逻辑仍存在争议。例如,在博盈所案中被处罚的博盈所以及两位律师刘彦和胡筠,不服该案的行政处罚,向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼要求撤销处罚决定,并在二审败诉之后向最高人民法院

申请再审。尽管最高人民法院最后裁定维持驳回再审申请,^[29]但是争议与诉讼本身也值得关注。

在上文实证研究的基础上,本文将进一步进行理论分析,以探讨中国证券律师行政责任立法及执法的合理性。“合理性”反思包含两个层面。第一个层面是在已有的法律制度框架下,对前文实证研究所提炼的行政处罚归责逻辑进行法教义学的推敲,对其法律适用的合理性进行“吹毛求疵”。第二个层面,则是在承认已有的法律制度存在改善空间的基础上,结合抽象的“法理”和中国资本市场实际运作的“事理”思考证券律师行政责任应然的配置。由于篇幅所限,本文在此只讨论第一个层面的合理性,并把第二个层面的合理性问题留在今后另行撰文讨论。在现有的法律框架之下,证监会的归责逻辑在如下三个方面值得探讨。

其一,尽管证监会的部门规章和处罚书已经区分了勤勉尽责中的“一般注意义务”和“专业注意义务”,但是对于两者并没有清晰界定,在实践中存在对证券律师提出过高义务要求的嫌疑。在个别案件中,证监会并非清晰划分证券律师的“专业注意义务”与“专家注意义务”,并引发了处罚的合法性质疑。

对此,刘燕教授认为,“专家责任”和“专业人士责任”是两个不同、但非常容易混淆的概念:“专家”是某一个行业所公认的知识权威,而“专业人士”是所有从事某一特定职业的人;所以,“专业人士”并不可能都是“专家”,反过来,也并非所有的“专家”都可以称为“专业人士”。对于“专家”而言,我们期待的是他们能就熟悉的领域做出远远高于普通人水平的判断,所以“专家注意义务”是一种“高度注意义务”。相反,“专业注意义务”是一个平均水平的注意义务,是指一个中等资质和能力从业人员的标准,它低于一个行业中最优秀的专业人士(或者说“专家”),但显然高于那些新近加入行业者的水平。^[30]我们非常同意这个说法,并认为在个别处罚案件中,证监会有对证券律师做了“专家注意义务”(而不是“专业注意义务”)的要求。

[29] 参见最高人民法院“(2016)最高法行申1822号”和“(2016)最高法行申1824号”行政裁定书。

[30] 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。

进一步讲,证券律师业务的核心之一是行为“合法性”审查与判断。尽管在很多时候公司行为是否合法相当明确,很容易就“合法性”达成方方面面都能接受的专业意见,但是在个别时候,“合法性”判断会带有一定的主观性、立场性、偏向性,因而容易产生分歧。如果证券律师的行为主要与合法性判断的观点和立场相关,证监会对其行为贴上“未勤勉尽责”标签时应持有慎重态度。比如,在“君泽君所案”中,证监会与律师就上市申请人天能科技三个市政工程项目没有进行招标的事实及其法律后果的判断产生了重大争议。我们认为,这个争议涉及疑难性问题的合法性判断,在法律专业人士内部也可能形成合法性判断的意见分歧,因此不宜推断律师没有勤勉尽责。

对于上述情形,多由于从事特定证券业务的律师因为只有中等业务水平而未能出具理想的专家法律意见,或者上市申请人或者上市公司的某些行为在合法性判断上本身属于疑难问题因此而很难形成共识,对此,如果证监会以没有勤勉尽责对律师进行归责,则可能对律师提出了过高注意义务。当然,对于上述情形造成的投资者损失,并非不可以追究律师的法律责任,但是追究责任的方式更应该是民事诉讼或者由市场竞争优胜劣汰。

其二,尽管证监会近期的行政处罚大体上遵循了“(尽职调查的工作程序瑕疵=未勤勉尽责)+(出具虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的法律意见书)=行政处罚”的法律推理逻辑,但是在微观的论证并非经得起推敲。事实上,在一部分处罚书中,证券会所列举的律师工作程序瑕疵过于笼统概要,未能显示这些瑕疵同出具虚假陈述法律意见书之间的具体因果关系。比如,在中银所2016案中,证监会首先认定中银两方面的工作程序瑕疵,即“在进行核查和验证前未编制查验计划”和“工作底稿不完整”。但是,处罚书对这些程序瑕疵的描述非常笼统概要,只能说明中银违背了《管理办法》和《执业规则》所规定的工作要求,并不能有效证明中银在做出“发行人正在履行的重大合同的内容、形式及签订均合法有效”的虚假陈述法律意见书时没有勤勉尽责。

其三,证监会在援引行政处罚的法律依据时,也存在探讨之处。彭冰教授在对1993~2000年间所有处罚进行研究后发现,证监会在援引

处罚法律依据时存在误用的问题。^[31] 我们在前文提到,在 2013 ~ 2017 年做出的所有处罚案例中,证监会只援引《证券法》第 223 条这一条法律依据。除了第 223 条,《管理办法》第六章“法律责任”确认《证券法》第 225 条、第 226 条第 3 款和第 223 条的规定都可以成为证监会处罚证券律师违法行为的法律依据。但是自从《证券法》生效以来,证监会从未以第 223 条以外的法律规定作为依据对证券律师进行行政处罚。^[32]

对此,笔者认为此种现象背后可能存在两种原因。一种原因是证监会在援引处罚法律依据时可能存在误用的问题。事实上,《证券法》第 225 条和第 226 条第 3 款分别规定的是律师等证券服务机构“未按照有关规定保存有关文件和资料的”和“违反本法规定或者依法制定的业务规则”的法律责任。证监会在最近几年的处罚书中几乎都会列举被处罚对象的工作程序瑕疵,而对工作程序瑕疵的处罚依据更应该是这两条规定,而不是第 223 条。另一种原因是,证监会认为处罚文书中所列举的诸多工作程序瑕疵的严重性不足以动用第 225 条或第 226 条第 3 款进行行政处罚,是监管部门有意为之的谨慎行为。本文比较认可后一种原因。但如果是后一种原因,就会存在上文提到的对工作程序瑕疵列举过于笼统而不能有效证明律师没有勤勉尽责的问题。简言之,从法技术上讲,如果笼统列举证券律师的工作程序瑕疵,那么对此惩罚的法律依据应该是第 225 条和第 226 条第 3 款,而不是第 223 条;反过来,如果通过描述工作程序瑕疵来论证第 223 条中的“未勤勉尽责”,处罚书就应该描述的越具体越好,以建构严密的因果关联。

当然,在现有的法律框架之下,证监会针对证券律师行政处罚的归责逻辑还有其他可以探讨的地方。上面几点是本文从实证研究中认为比较突出的。结合前文的分析,以是否履行注意义务为主要标准,表 2

[31] 彭冰:《证券律师行政责任的实证研究》,载《法商研究》2004 年第 6 期。

[32] 中国首部《证券法》在 1998 年 12 月 29 日由全国人大常委会通过,在 1999 年 7 月 1 日生效实行。在 1999 ~ 2000 年的两年里,证监会针对证券律师进行行政处罚的主要法律依据是《股票发行与交易管理暂行条例》第 73 条,只有针对沈阳市第四律师事务所的行政处罚书(证监罚字[1999]31 号)中援引了在第 74 条。在 2013 年重启针对证券律师的行政处罚以后,证监会进行处罚的法律依据都是《证券法》第 223 条。

对被证券律师的行为类型做了归纳,并标识在现有法律框架之下对各类行为进行行政处罚的合法性状态。

表2 证券律师行为的类型与处罚合法性阶梯

证券律师行为类型	处罚的合法性
故意对程序或结论造假,出具了问题法律意见书	合法
未尽一般注意义务,出具了问题法律意见书	基本没争议
未尽专业注意义务,出具了问题法律意见书	取决于论证
尽了专业注意义务,但因缺乏“专家能力”而出具了问题法律意见书	可以有争议
尽了专业注意义务,但出具了法理上难以达成共识的争议法律意见书	有明显争议
尽了所有注意义务,出具了合格法律意见书	不合法(没有实例)

从表2可以看出,基于不同事由所进行的处罚,以及基于不同归责逻辑所进行的处罚,所引发的合法性争议是不一样的。很显然,越是针对“低级错误”的处罚,其争议性越低,被处罚对象的质疑也越少;越是针对“高级错误”的处罚,其争议性越大,被处罚对象的质疑越多。

结合上文的实证研究与合法性分析,在目前的法律框架之下,我们就如何优化针对证券律师的行政处罚提出如下操作性建议。其一,在东易所案确定“判断律师在IPO项目中是否勤勉尽责”的初步规则的基础上,在未来的处罚案件中对“一般注意义务”和“专业注意义务”进行适当的概念阐释,为律师在今后的证券执业明确勤勉尽责的清晰标准。当然,如果证监会因为种种原因没有进行界定,建议司法机关在适当的行政诉讼案件中加以阐释,确立更加容易理解的、更具可操作性的规则。其二,在以表2中第3条“未尽专业注意义务,出具了问题法律意见书”进行处罚时,证监会在处罚书中应当阐明证券律师行为过错与出具问题法律意见书之间的确切因果关系,不能对只对工作程序瑕疵进行概括性描述。其三,对于表2中第4条和第5条的情况,建议慎用行政处罚手段,而更应当交由民事诉讼或者市场的优胜劣汰去解决,即通过事后司法救济的手段或者律师之间的“声誉竞争”来惩罚过错者。其四,在即将到来的修法过程中,就针对证券律师和其他中介机构的行政处罚而

言,可以保留、优化《证券法》第 223 条,但是对被证监会搁置的《证券法》第 225 条和第 226 条第 3 款进行适当的“关停并转”,甚至不再保留对工作程序瑕疵的行政处罚规定,而把由此产生的过错责任纳入民事责任的范畴。

五、代结论:走向注册制时代的证券律师法律责任

同中国法治国家建设的大趋势一样,证券监管机构针对律师的行政处罚在整体上也日益走上法治的轨道。这是一种好的趋势。基于对 1993~2017 年间的 19 份证券律师行政处罚书的实证分析,我们发现:法律和规范性文件对证券律师行政责任的配置整体上是非常严厉的,但在证监会的实际执法过程中,证监会因具有较大的自由裁量权,因此对于如何执法的具体规则并不完全清晰。在此种立法和执法格局之下,大部分证券律师日益提高了自己的执业标准,提升了中国证券市场法律意见书的整体品质;但也存在小部分律所或者律师在侥幸和糊涂的心态下进行违规操作。尽管小部分证券律师的违规操作没有对投资者和市场产生太多直接的负面影响,但是执法模糊性会对证券市场法治化产生负外部性。因此,在证券律师行政处罚日益法治化的同时,行政立法和执法还有很大改善空间。

当然,针对中国证券律师法律责任的改善必须在注册制改革的大背景下进行考量。很多学者已经就注册制下如何设计证监会的权力、交易所的职能、中介机构的角色等问题进行了很好的研究。^[33] 在近期的诸多研究中,我们比较认同蒋大兴教授提出的如下理念:注册制不意味着“权力型”证监会的隐退。相反,为了维持一个更加健康有效的证券市场,我们需要一个更强大的证监会。只是,配合注册制的推行,在证监会具体权力构造上应当进行适当调整——应进一步凸显证监会的“司法

[33] 李曙光:《新股发行注册制改革的若干重大问题探讨》,载《政法论坛》2015 年第 3 期;甘培忠、孔令君:《论 IPO 注册制改革背景下中介机构作用之强化》,载《法律适用》2015 年第 8 期。

性”权力,修正其仅作为行政许可机关的——“行政权力型”机构的陈旧形象。其中,包括强化证监会特定的市场行为处置权:赋予证监会更强大的市场异常行为控制权,赋予证监会对特定违法行为的准司法权。^[34]这意味着,在注册制下,证监会应当舍弃很多事前实质审批的权力,而把主要精力放在事后行政执法方面,让行政执法(尤其是行政处罚)更加全面、合规、公正和效率。

相应地,对于证券律师而言,其责任配置也要做整体性再规划:在注册制之下,应该谦抑地适用公法(刑法和行政法)的责任追究,而更多把追究证券律师责任的动议、机会、途径、绩效留给投资者自行决定。这意味着,在注册制之下,我们应当改变目前法律整体实施机制中“重行政、轻司法”和“重监管、轻诉讼”的特色,而大力发展证券民事诉讼机制。^[35]当然,与此同时,未来的法律制度应当根据中国证券律师现有的实然地位和未来的发展目标,^[36]对律师在证券发行与交易中的角色做更加合理的定位,^[37]并尽可能实现他们的权利、利益和责任的和谐配置。^[38]当然,这些话题都需要做大文章,本文在此不予展开。

[34] 蒋大兴:《隐退中的“权力型”证监会——注册制改革与证券监管权之重整》,载《法学评论》2014年第2期。

[35] 缪因知:《中国证券市场法治化的道路》,载《交大法学》2013年第4期;唐应茂:《股票发行注册制改革的内涵、本质和措施》,载《财经法学》2016年第5期。

[36] 郭雳:《证券律师的行业发展与制度规范》,法律出版社2013年版;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》,载《证券法苑》2013年总第9卷,法律出版社2013年版;《中国证券发行人及其律师》,载《北大法律和金融评论》2014年8月。

[37] 郭雳:《我国证券律师业的发展出路与规范建议》,载《法学》2012年第4期;刘志云、史欣媛:《论证券市场中介机构“看门人”角色的理性归位》,载《现代法学》2017年第4期。

[38] 甘培忠、孔令君:《论IPO注册制改革背景下中介机构作用之强化》,载《法律适用》2015年第8期;李曙光:《新股发行注册制改革的若干重大问题探讨》,载《政法论坛》2015年第3期。

附表一 中国证券律师行政处罚案件列表(1993~2017年)

序号	案件名称	被处罚律所	处罚时间	处罚原因	处罚结果	同案其他被处罚中介机构
1	浙江尖峰集团首次公开发行	浙江省经济律师事务所	1993年10月25日	为尖峰公司股票发行申报材料 and 上市公告书出具的法律意见书	对浙江省经济律师事务所处以警告	浙江会计师事务所、浙江省证券公司、浙江省建行信托投资公司
2	胜利油田大明集团首次公开发行	中银律师事务所	1996年9月2日	遗漏了大明公司缩股和股权结构变动的重大事实	对中银律师事务所处以警告并罚款人民币20万元;暂停其从事证券业务2个月	华夏证券有限公司、山东会计师事务所、山东证券登记有限责任公司
3	成都红光公司首次公开发行	四川省经济律师事务所	1998年10月26日	作为红光公司股票发行的法律顾问,未全面核查就出具了法律意见书	1. 没收四川省经济律师事务所违法所得23万元,并罚款46万元,暂停该所从事证券业务3年;2. 对在四川省经济律师事务所出具的法律意见书上签字的律师寇孟良、刘安颖认定为证券市场禁入者,3年内不得从事任何证券业务和担任上市公司高级管理人员	光大证券有限责任公司、成都资产评估事务所、成都蜀都会计师事务、中兴发企业托管有限公司、中兴信托投资有限责任公司、国泰证券有限公司、成都证券公司

续表

序号	案件名称	被处罚律所	处罚时间	处罚原因	处罚结果	同案其他被处罚中介机构
4	成都红光公司首次公开发行	北京市国方律师事务所(券商律师)	1998年10月26日	作为承销商的法律顾问,未全面核查就出具了法律意见书	1. 没收北京市国方律师事务所违法所得20万元,并罚款40万元,暂停该所从事证券业务1年;2. 对在北京市国方律师事务所出具的法律意见书上签字的律师丛培国、冯方暂停从事证券业务1年	光大证券有限责任公司、成都资产评估事务所、成都蜀都会计师事务所、中兴发企业托管有限公司、中兴信托投资有限责任公司、国泰证券有限公司、成都证券公司
5	杭州娃哈哈首次公开发行	北京大成律师事务所	1999年4月5日	在未对募集资金投向、房屋设备产权关系核实的情况下出具了法律意见书	1. 对北京大成律师事务所处以警告,没收违法所得10万元并罚款10万元;2. 对在法律意见书上签字的律师江华、郭文氢分别处以警告	中国经济开发信托投资公司、湖北大信会计师事务所

续表

序号	案件名称	被处罚律所	处罚时间	处罚原因	处罚结果	同案其他被处罚中介机构
6	东方锅炉首次公开发行	中维律师事务所	1999年10月11日	出具了具有严重虚假内容的《法律意见书》和《律师工作报告》	1. 暂停中维律师事务所从事证券业务资格3年;2. 没收中维律师事务所违法所得23万元,罚款46万元;3. 撤销刘西荣证券律师从业资格;4. 暂停对上述《法律意见书》和《律师工作报告》负有部分责任的原中维律师事务所律师王建平证券律师从业资格1年;5. 建议司法部吊销刘西荣的律师执业证书;并研究决定对王建平的处罚意见	申银万国证券股份有限公司、四川会计师事务所
7	蓝天股份首次公开发行	沈阳市第四律师事务所	1999年10月15日	作出虚假、严重误导性陈述或者遗漏重大信息	1. 对沈阳市第四律师事务所处以警告;2. 没收非法所得15万元并罚款30万元;3. 对在为蓝田公司出具的法律意见书上签字的律师龙连芝、齐群、杨子昌分别处以警告并各罚款5万元	广发证券有限责任公司、沈阳会计师事务所注册会计师(胡丕华、秦凤英)

续表

序号	案件名称	被处罚律所	处罚时间	处罚原因	处罚结果	同案其他被处罚中介机构
8	吉诺尔首次公开发行	北京市中银律师事务所	2000年1月21日	出具存在虚假、严重误导性内容或者重大遗漏的文件	1. 对中银律师事务所处以警告,没收违法所得13万元;2. 对在法律意见书上签字的律师朱玉栓和唐金龙处以警告,并分别罚款3万元	广发证券公司、吉林会计师事务所
9	大庆联谊首次公开发行	万邦律师事务所	2000年3月31日	出具存在虚假、严重误导性内容或者重大遗漏的文件	1. 对万邦律师事务所处以没收违法所得25万元,罚款25万元;2. 撤销律师冯立、孙炜的证券业务资格	申银万国证券有限公司、哈尔滨会计师事务所、黑龙江证券登记有限公司
10	大庆联谊首次公开发行	北京市星河律师事务所(券商律师)	2000年3月31日	出具存在虚假、严重误导性内容或者重大遗漏的文件	对北京市星河律师事务所及其律师袁胜华、林岩分别处以警告	申银万国证券有限公司、哈尔滨会计师事务所、黑龙江证券登记有限公司
11	云南绿大地首次公开发行	四川天澄律师事务所	2013年4月10日	未全面核查及未在法律意见书说明招股说明书中的虚假陈述	1. 没收天澄门业务收入58万元,并处以58万元的罚款;2. 对徐平、肖兵给予警告,并分别处以10万元罚款	联合证券有限责任公司、深圳市鹏城会计师事务所有限公司

续表

序号	案件名称	被处罚律所	处罚时间	处罚原因	处罚结果	同案其他被处罚中介机构
12	万福生科首次公开发行	湖南博鳌律师事务所	2013年9月24日	未全面核查即出具法律意见书	1. 责令博鳌所改正违法行为, 没收业务收入 70 万元, 并处以 140 万元罚款; 2. 对刘彦、胡筠给予警告, 并分别处以 10 万元罚款	平安证券有限责任公司、中磊会计师事务所有限公司
13	山西天能科技首次公开发行	北京市君泽君律师事务所	2013年9月25日	未全面核查, 工作底稿中存在重大遗漏	1. 没收君泽君律所业务收入 60 万元, 并处以 120 万元罚款; 2. 对许迪、王祺给予警告, 并分别处以 5 万元罚款	民生证券股份有限公司、大信会计师事务所
14	广东新大地首次公开发行	北京市大成律师事务所	2013年10月15日	未全面核查即出具虚假记载及重大遗漏的法律意见书	1. 没收大成所业务收入 50 万元, 并处以 100 万元的罚款; 2. 对丘远良、刘军给予警告, 并分别处以 10 万元的罚款; 3. 对申林平给予警告, 并处以 5 万元的罚款; 4. 对刘韬给予警告, 并处以 3 万元的罚款	南京证券有限责任公司、大华会计师事务所有限公司
15	河南天丰节能首次公开发行	北京市竞天公诚律师事务所	2014年2月12日	未编制查验计划并出具存在错误的法律意见书	1. 对竞天公诚没收业务收入 15 万元, 并处以 30 万元罚款; 2. 对王丽娟、张绪生给予警告, 并分别处以 10 万元罚款	光大证券股份有限公司、利安达会计师事务所

续表

序号	案件名称	被处罚律所	处罚时间	处罚原因	处罚结果	同案其他被处罚中介机构
16	辽宁振隆特产首次公开发行	北京市中银律师事务所	2016年9月1日	未编制查验计划及出具存在虚假记载的法律意见书	1. 对中银律师事务所给予警告, 没收业务收入 60 万元, 并处以 120 万元罚款; 2. 对唐金龙、李志强、赵华兴给予警告, 并分别处以 10 万元罚款	信达证券股份有限公司、瑞华会计师事务所
17	鞍重股份和九好集团重大资产重组	北京市天元律师事务所	2017年5月31日	未全面核查并出具存在虚假记载及重大遗漏的法律意见书	1. 没收天元所业务收入 150 万元, 并处以 750 万元罚款; 2. 对史振凯、刘冬、于进进给予警告, 并分别处以 10 万元罚款	西南证券股份有限公司、中联资产评估集团有限公司
18	登云股份首次公开发行	广东君信律师事务所	2017年5月31日	未全面核查并出具虚假记载及重大遗漏的法律意见书	1. 责令君信所改正, 没收业务收入 195 万元, 并处以 195 万元罚款; 2. 对高向阳、陈志生给予警告, 并分别处以 5 万元罚款	新时代证券股份有限公司
19	丹东欣泰电气首次公开发行	北京市东易律师事务所	2017年6月27日	未编制查验计划即出具虚假记载的法律意见书	1. 责令东易所改正, 没收业务收入 90 万元, 并处以 180 万元罚款; 2. 对郭立军、陈燕殊给予警告, 并分别处以 10 万元罚款	兴业证券股份有限公司、北京兴华会计师事务所