

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

王倩**

摘要:近年来,证监会逐步加大对证券律师的事中事后监管力度,先后以未勤勉尽责为由,对部分证券律师的违法违规行为进行行政处罚或采取行政监管措施。如何判断证券律师的“勤勉尽责”是实务中面临的重要问题。本文以证券监管部门对律师事务所及律师作出的行政处罚和采取的行政监管措施共计34个案例为分析对象,从实证角度分析律师勤勉尽责的标准,并提出律师从事证券法律业务的相关建议。

关键词:证券律师 尽职调查 勤勉尽责

自1992年中国律师依照法律规定正式从事证券法律业务以来,伴随着资本市场的蓬勃发展,证券法律服务队伍也日渐壮大。从万得系统提取的数据看,目前,仅为主板、中小板、创业板上市公司提供法律服务的律师事务所就达到1214家。可见,具有专业知识的律师已成为资本市场运作中不

* 本文仅代表作者本人学术观点,与所任职机构无关。

** 现供职于中国证监会山东监管局。

可或缺的角色,律师执业水平的高低影响着资本市场的长远发展。

近年来,随着监管转型的逐步推进,证监会加大了对证券从业律师的事中事后监管力度,先后查处了北京市君泽君律师事务所(天能科技 IPO 项目)、北京市大成律师事务所(新大地 IPO 项目)、北京市竞天公诚律师事务所(天丰节能 IPO 项目)、北京市中银律师事务所(振隆特产 IPO 项目)、北京市天元律师事务所(鞍重股份与九好集团重大资产重组项目)、广东君信律师事务所(登云股份 IPO 项目)、北京市东易律师事务所(新泰电气 IPO 项目)等部分律师事务所及执业律师的违法从业行为。从上述行政处罚的法律依据看,对证券律师的处罚均以现行《证券法》第 223 条“未勤勉尽责”为前提和依据。但如何判断证券从业律师的“勤勉尽责”,是律师执业和监管实务中面临的重要问题。本文以证券期货市场诚信数据库记录的证监会及其派出机构对律师事务所及律师采取行政处罚或行政监管措施的 34 个案例(其中,行政处罚 9 例、行政监管措施 25 例)为分析对象,从实证角度分析律师勤勉尽责的标准,进而提出律师勤勉尽责的建议。

一、证券律师的功能定位

《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 2 条规定,所谓证券法律业务,“是指律师事务所接受当事人委托,为其证券发行、上市和交易等证券业务活动,提供的制作、出具法律意见书等文件的法律服务”。从上述规定看,律师是为委托人提供法律服务的执业人员。如同传统诉讼律师一样,其要在法律、法规允许的范围内,为客户提供优质、高效的法律服务,保证客户行为合法以降低法律风险,维护客户利益。

但是,证券律师又与传统诉讼律师相区别,其具有公益价值。这种公益性主要通过律师尽职调查后所出具的法律意见来体现。根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 20 条规定,法律意见书不仅是委托人确认相关事项是否合法的重要依据,同时作为市场主体信息披露的重要文件,也是投资者进行投资判断以及监管部门履行监管职

责、进行监管判断的重要依据。正因如此,证券律师又被称为证券市场的“守门人”。目前,为保证律师能够充分履行其社会责任,对证券律师及律师事务所进行规范已成为各国普遍做法。例如,美国梯式报告及吹哨提醒制度即为实现律师公益价值而设立的制度,甚至有学者认为,梯式报告制度确立了律师担任资本市场“第一线监管者”的功能定位。^[1]我国也有类似规定,《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第17条^[2]即规定了律师从事证券业务的报告义务。

可见,律师职能定位具有双重性:一方面是律师与客户之间“私”的关系;另一方面是律师与公众投资者、监管者之间“公”的关系。正是因为证券律师身份的双重性,使律师从事证券法律业务做到勤勉尽责尤为重要。这就要求证券律师在不损害律师与客户之间信赖关系的基础上,在一定程度上独立于委托人而对公众投资者负责,审慎核查客户相关事项的合法性。

二、勤勉尽责实证内涵

(一) 证券律师违法违规案例概况

证监会及其派出机构以《证券法》《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》等规定为依据,对律师从事证券法律业务进行监管,并对违法违规事项作出行政处罚或行政监管措施。经检索证券期货市场诚信数据库发现,证监会及其派出机构对律师事务所及律师采取行政处罚或行政监管措施的案件共34例,其中,行政处罚9例,行政监管措施25例。这些案例涉及首次公开发行并上市、上市公司非公开发行股票、上市公司重大资产重

[1] 郭雳:《证券律师的行业发展与制度规范》,法律出版社2003年版,第57页。

[2] 《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第17条规定:“律师在从事证券法律业务时,委托人应当向其提供真实、完整的有关材料,不得拒绝、隐匿、谎报。律师发现委托人提供的材料有虚假记载、误导性陈述、重大遗漏,或者委托人有重大违法行为的,应当要求委托人纠正、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。”

组、上市公司发行债券、上市公司召开股东大会、基金管理公司设立、基金管理公司申请特定客户资产管理业务资格、基金管理公司高级管理人员任职资格等方面的证券法律业务。

(二) 证券律师未勤勉尽责原因

前述处罚决定书或监管措施决定书中基本都会出现“律师事务所及其承办律师未勤勉尽责”的表述,但勤勉尽责的内涵如何界定,一直以来没有明确。鉴于此,下面将从实证角度,通过分析证监会及派出机构对律师事务所及相关律师作出的行政处罚与行政监管措施,探讨勤勉尽责的内涵。

从现有的 34 例行政处罚决定书或行政监管措施决定书看,律师事务所及其律师未勤勉尽责主要表现在:一是未依照规定编制核查和验证计划;二是未合理运用查验方法,查验程序履行不完整;三是未充分履行特别注意义务;四是未充分履行一般注意义务;五是法律意见书存在实质瑕疵;六是法律意见书存在形式瑕疵;七是未有效实施质量控制程序。

1. 未依照规定编制核查和验证计划

《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 13 条规定:“在进行核查和验证前,应当编制核查和验证计划,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。”目前的案例中,有 9 个案例涉及律师事务所或律师未编制核查和验证计划问题,主要包含两种情形:一是在整个项目中未编制查验计划,其中,以律师事务所为股份有限公司 IPO 提供法律服务未勤勉尽责案最具代表性。该案中,签字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、查验报告等内容,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。查验计划是一份尽职调查之初编制的独立文件,不能由相关调查文件清单等零散文件所替代,同时,查验计划中要针对具体查验事项详细列明查验方法与查验程序。二是出具补充法律意见书未编制查验计划,如律师事务所在从事 IPO 证券法律业务时出具补充法律意见书未编制核查和验证计划。

2. 未合理运用查验方法, 查验程序履行不完整

第一, 查验方法运用不充分。《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 12 条规定了律师进行核查和验证时可以采取的方法; 同时, 《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》第 10 条对运用查验方法的穷尽程度作出了规定, 即“律师应当合理、充分地运用查验方法, 除按本规则和有关细则规定必须采取的查验方法外, 还应当根据实际情况予以补充。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”。充分运用查验方法进行查验, 是出具准确法律意见的前提。案例中, 不乏未充分运用查验方法而导致法律意见虚假的情况。例如, 以下 3 个案例: 其一, TCM 律师事务所在为 LDD 股份有限公司 IPO 提供法律服务, 对 LDD 旧县和马鸣土地使用权进行核实时, 仅到土地权所涉及荒山进行了查看, 并查验了发行人提交的土地使用权的合同、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权使用情况。证监会处罚委认为, 上述行为违反了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 15 条“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”的规定。其二, JTGC 律师事务所为 TFJN 股份有限公司 IPO 提供法律服务时未能充分运用查验方法, 导致未能发现 TFJN 与 TFJS 之间的实质关联关系。该案中, TFJS 购销合同是 JTGC 律师事务所通过 TFJN 获得, 该书面证据具有不可靠性, 仅以此作为证据不足以证明 TFJN 与 TFJS 之间是否存在实质关联关系。但是, 相关律师并未针对上述合同亲自到 TFJS 进行实地调查和现场访谈, 仅在有限的合同范围内, 对交易对方中是否存在共同方进行比对, 进而出具了错误的法律意见。其三, TY 律师事务所在为 ASZXKSJQ 股份有限公司与 JHJT 有限公司重大资产重组项目提供法律服务时, 对于 JHJT 处于质押状态的 3 亿元定期存款, 未按照《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》第 24 条的规定的查验方法进行查验, 既未查验存单原件, 也未向开户行进行书面查询、函证, 导致未能发现该 3 亿元定期存款处于质押状态的情况。

第二, 查验过程失控, 未能亲自办理收集材料等事项。根据《律师事务所证券法律业务执业规则》第 4 条的规定, 律师事务所及其指派的

律师对于收集材料等事项,应当亲自办理,不得交由委托人代为办理。案例中有2例涉及该违法行为。一是BA律师事务所在为WFSK股份有限公司IPO提供相关法律服务时,向WFSK前五大客户、前五大供应商发出的《问卷调查表》以及向WFSK供应商、客户发出的《律师函》,大部分都交由WFSK办理,未对问卷调查实施过程及函证实施过程保持适当控制。二是JTGC律师事务所在为TFJN股份有限公司IPO提供法律服务,调查TFJN与TFJS是否存在实质关联交易时,对于TFJS的购销合同,JTGC律师事务所未能亲自到TFJS索取,而是通过TFJN获得。对查验过程失控,难以保证证据材料的可靠性,违反了律师尽职调查独立性原则。

第三,未对必要事项履行查验义务。例如,HHYT律师事务所为XB证券股份有限公司与NY银行ML资产管理国际有限公司申请设立MLXB基金管理有限公司提供法律服务时,未按照《证券投资基金管理公司管理办法》《关于实施〈证券投资基金管理公司管理办法〉若干问题的通知》的规定,对XB证券在税务机关的记录情况以及XB证券的实际控制人或最终权益持有人进行核查验证,因此未在法律意见书中对上述两事项发表法律意见。证券法律业务的牵扯事项较多,但律师并不能因此而缩小尽职调查的范围,否则,极易导致法律意见出现遗漏事项。

第四,未对出具补充法律意见期间的相关事项履行核查程序。例如,DFKL律师事务所在为QXCSKJ股份有限公司IPO项目提供法律服务中,第一次出具法律意见书时(2012年5月8日),QXCSKJ的《军工产品质量体系认证证书》(有效期至2015年5月15日)即将过期,在后续补充法律意见中,并未对《军工产品质量体系认证证书》进行核查验证,确认该证书是否处于有效状态。

第五,未就查验事项制作相应的查询笔录或查验笔录。例如,TY律师事务所在为ASZXKSJQ股份有限公司与JHJT有限公司重大资产重组项目提供法律服务未勤勉尽责案中,TY律师事务所在对JHJT业务关联单位的走访中,未按照规定制作笔录。再如,DFKL律师事务所在为QXCSKJ股份有限公司IPO项目提供法律服务时,通过网站对发行人专利进行查验,未就查询的信息内容、时间、地点、载体等有关事项

制作查询笔录。

3. 未充分履行法律人士特别注意义务

《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第14条与《律师事务所证券法律业务执业规则》第6条对律师特别注意义务作出了规定,即律师应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。现有的34例案例,大都涉及律师未履行特别注意义务,本文挑选其中具有代表性的5种情形进行分析:

一是对发行人重大债权债务的审查未履行特别注意义务。根据《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》的规定,发行人的重大债权债务的审查关注点主要包括重大合同、侵权之债、发行人与关联方之间的重大债权债务关系以及发行人金额较大的其他应收、应付款等。^[3]目前行政处罚的案例中,55.56%涉及律师未对发行人重大债权债务的审查未履行特别注意义务,主要包括以下三种情况:

其一,未对重大合同进行审慎审查。例如TNKJ股份有限公司三个工程项目属于政府市政工程项目,合同的签订均未经过招标投标程序,违反了《政府采购法》《招标投标法》等相关法律的强制性规定,属于无效合同。JZJ律师事务所在为TNKJ股份有限公司IPO提供法律服务时,未能注意到该三个工程项目属于市政工程项目必须进行招标的事实,进而未能履行相应的尽职调查义务。据此,证监会认定律师事务所未勤勉尽责,构成《证券法》第223条所述的违法行为。再如,ZY律师事务所为ZLTC股份有限公司IPO项目提供法律服务时,律师审阅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,

[3] 《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》第40条规定:“发行人的重大债权债务(一)发行人将要履行、正在履行以及虽已履行完毕但可能存在潜在纠纷的重大合同的合法性、有效性,是否存在潜在风险,如有风险和纠纷,应说明对本次发行上市的影响。(二)上述合同的主体是否变更为发行人,合同履行是否存在法律障碍。(三)发行人是否有因环境保护、知识产权、产品质量、劳动安全、人身权等原因产生的侵权之债,如有,应说明对本次发行上市的影响。(四)发行人与关联方之间是否存在重大债权债务关系及相互提供担保的情况。(五)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。”

并在书面审核中,未对销售合同前后格式变化、单据不一致等异常情况履行特殊注意义务,未分析相关书面信息的可靠性、对文件记载的事实内容进行审查,进而未能发现调取的合同为虚假合同的事实,导致出具的文件存在虚假内容。

其二,未对侵权之债进行审慎审查。以 JX 律师事务所为 DYQP 股份有限公司 IPO 项目提供法律服务未勤勉尽责案为例,该案中, JX 律师事务所未对 DYQP 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,也未在从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予以查证,导致未能发现发行人潜在的重大债权债务法律风险。

其三,未对应收账款涉及的债权进行审慎审查。DY 律师事务所为 XTDQ 股份有限公司 IPO 项目提供法律服务,出具的《法律意见书》中“三、上市申请人本次上市的实质条件”第(六)项“根据上市申请人提供的相关文件、北京兴华会计师事务所出具的《审计报告》及本所律师核查,上市申请人在最近三年内无重大违法行为,上市申请人在最近三年财务会计报告中无虚假记载……”的表述,与 XTDQ 相关财务数据存在虚假记载的事实不符。DY 律师事务所辩称其对 XTDQ 财务造假事项不负有审核义务和责任。处罚委对此回应,《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》第 24 条规定:“律师应在进行充分核查验证的寄出上,对本次股票发行上市的下列(包括但不限于)事项明确发表结论性意见……(三)本次发行上市的实质条件……(十一)发行人的重大债权债务……”第 32 条明确规定,律师应“逐条核查发行人是否符合发行上市条件”,对“本次发行上市的实质条件”发表明确结论性意见。XT 电气虚构应收账款的收回,律师应该对债权事项进行充分核查验证,并发表结论性意见。DY 律师事务所未就上述债权事项履行特殊特别注意义务并进行核查验证,未能勤勉尽责。诚如美国巴克里斯案,法院认为“虽然要求律师做审计是不合理的,但是对容易检查的事情进行检查是合理的”。〔4〕对于律师而言,“容易检查的事情”即为相关

〔4〕 郭雳:《证券律师的行业发展与制度规范》,法律出版社 2003 年版,第 54 页。

债权债务的审查,多数财务造假的前提是发行人伪造了相关合同或者其他债权债务关系。律师能够在重大债权债务的审核中充分履行特别注意义务,对于阻断发行人申报过程中的财务造假有重要作用。

二是对发行人知识产权的查验未履行特别注意义务。HJGDKJ 股份有限公司 2005 年 8 月获得了期限是 10 年的五项专利,包括四个实用新型和一个外观设计。2010 年 2 月 17 日,因未缴纳年费,根据《专利法》规定,该五项专利被公告终止禁入公共领域。TY 律师事务所在为 HJGDKJ 股份有限公司 IPO 提供服务时,未充分履行特别注意义务,仅调取并核查了该五项专利的专利证书,主要关注专利是否在有效期,而未关注五项专利因未缴纳年费而失效的情况,导致招股说明书中披露的专利权利状态与事实不符,该公司也因此未能获得 IPO 核准。

三是对关联关系的查验未履行特别注意义务。证监会处罚委认为,判断关联关系属于律师核查义务的主要内容之一,律师对此应履行法律专业人士特别注意义务。^[5] 从现有案例看,关联关系的判断是律师 IPO 业务的短板,因关联关系判断错误而被处罚或采取行政监管措施的案例占比较高。律师事务所在关联关系核查方面未履行特别注意义务,主要表现为两种情况:其一,未全面收集相关材料,导致未能发现关联关系。例如 DC 律师事务所为 XDD 股份有限公司 IPO 项目提供法律服务未勤勉尽责案中,MZLK 是 XDD2009 年前十大客户之一,证监会在反馈意见中明确要求 DC 律师事务所对 XDD 的 11 名自然股东与 XDD 主要客户及供应商的关系发表意见,然而 DC 律师事务所在查阅工商资料工作中未充分履行特别注意义务,未全面收集并认真查验 MZLK 的工商资料,仅调取了机读档案信息,进而未能发现 MZLK 与 XDD 财务总监的关联关系。其二,对已调取的材料未给予充分关注,导致未能发现关联关系,如 JX 律师事务所为 DYQP 股份有限公司 IPO 项目提供法律服务时,其收集的 SDTW 公司登记基本信息显示,SDTW 原名为 DYQP 销售有限公司(2011 年更名),JX 律师事务所在知悉上述信息的情况下,对 DYQP 销售有限公司与 DYQP 股份有限公司名称相似的异常联系未予以充分关注,进而未能发现 SDTW 与 DYQP 股份

[5] 参见中国证监会行政处罚决定书[2013]55 号。

有限公司存在关联关系。

四是就上市公司股东大会出具法律意见时未履行特别注意义务。现有案例中,为上市公司出具法律意见存在瑕疵被采取监管措施案例共3例,有2例存在未充分履行特别注意义务的问题。其一,SD律师事务所为FLYX股份有限公司出具2011年第三次临时股东大会法律意见时,未发现公司未按照相关规定在指定媒体上以公告方式披露会议具体召开地点,仅向登记出席会议的股东或者代理人以邮寄方式告知会议地址的情况,并出具了本次临时股东大会的召集、召开程序符合《公司法》和《公司章程》的相关规定的法律意见。其二,JY律师事务所对BGCG股份有限公司2012年第一次临时股东大会进行法律见证过程中,未发现公司在审议关联交易议案时关联股东没有回避表决的错误,并出具了认定本次股东大会表决程序、表决结果合法有效的法律意见书。

4. 未充分履行一般注意义务

根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第14条的规定,律师在出具法律意见时,对法律相关业务事项以外的其他业务事项履行普通人一般的注意义务。在DY律师事务所为XTDQ股份有限公司IPO项目提供法律服务时,DY律师事务所在工作底稿中留存的对主要客户的访谈记录大多数取自保荐机构,保荐机构在对主要销售客户进行访谈时,部分客户未对应收账款余额进行确认,其中包括7家XTDQ虚构应收账款收回的公司。DY律师事务所对访谈记录中的明显瑕疵没有履行一般注意义务,处罚委因此认定该律所未勤勉尽责。在律师事务所从事证券法律业务过程中,律师时常会直接引用会计师事务所或者保荐机构的相关材料作为出具法律意见的证据,但引用其他中介机构材料并不是律师事务所依法免责的理由,律师不能因此而忽略其本身负有的一般注意义务,应保持普通人的谨慎,对上述材料进行必要的核查验证。

5. 法律意见书存在实质瑕疵

第一,法律意见的结论不明确。该问题涉及两种情况:其一,结论使用模糊用语。对于应发表法律意见的事项,律师不能持有模棱两可的态度,要么做出合法有效的判断,要么出具保留意见。对此,《律师

事务所从事证券法律业务管理办法》第 21 条规定,法律意见不得使用“基本符合”“未发现”等含糊措辞。现有案例中有 1 例涉及该问题。JTGC 律师事务所在为 GTZLGZ 股份有限公司非公开发行股票申请出具法律意见时,对发行人取得 ZT 公司相关的所有权及使用权是否存在法律障碍所作的认定结论,使用了“应当不存在重大法律障碍”这一具有推理性和附条件性的比较模糊的措辞,违反了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 21 条的规定。其二,虽对相关事项作出合法与否的明确认定,但表述与相关规定的要求不一致。例如,HHYT 律师事务所出具的《关于 XB 证券股份有限公司与 NY 银行 ML 资产管理国际有限公司申请设立 MLXB 基金管理有限公司的法律意见书》中,仅说明外方股东 ML 资产管理国际有限公司的实缴资本为 2630 万英镑,但未明确说明是否不少于 3 亿元人民币,即未明确说明是否符合《证券投资基金管理公司管理办法》第 9 条第 2 款第 3 项“中外合资基金管理公司境外股东的实缴资本应不少于 3 亿元人民币的等值可自由兑换货币”的规定。

第二,法律意见书内容不完整。根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 25 条的规定,法律意见书的具体内容应当符合中国证监会的相关规定。对于不同的证券法律业务,其法律意见书所应包含的内容不同,但法律、法规等规范性文件确定的必备事项是不能缺少的。例如,对于非公开发行项目,法律意见书应依照《上市公司证券发行管理办法》的规定,对所有与非公开发行条件密切相关的事项发表意见。在 JTGC 律师事务所为 GTZLGZ 股份有限公司非公开发行股票申请提供法律服务违规案中,该律所对三项与非公开发行条件密切相关的事实未作出认定结论,包括:本次发行申请的发行方案是否经过合法有效的公司决策程序,本次募集资金投资项目中各项目投入方式的合法有效性和 RS 市环保局对包装桶生产线建设项目出具的环保证明是否符合相关法律法规的规定。证监会认为,上述行为违反了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 25 条规定,对该律所采取了出具警示函的行政监管措施。

第三,法律意见与核查和验证的结果不对应。例如,GXGH 律师事务所在为 WZJT 股份有限公司转让 THXY 股份有限公司等子公司股权

提供法律服务而进行的尽职调查中,获悉 WZJT 本次转让 THXY 股权所涉及矿业权存在抵押事项 3 宗,但律师事务所出具的法律意见书未对该项矿业权的权利限制情况进行客观表述及法律评价。就此,监管部门对 GXGH 律师事务所采取了行政监管措施。再如,HHYT 律师事务所为 XB 证券股份有限公司与 NY 银行 ML 资产管理国际有限公司申请设立 MLXB 基金管理有限公司提供法律服务,在对 MLXB 基金管理有限公司的公司章程(草案)进行核查过程中发现其中有些内容与现行公司法等规定不符,向公司提出并沟通,但公司未作出调整。对此,HHYT 律师事务所在法律意见书发表了与其核查和验证结果不一致的意见,未指出公司章程(草案)的不合法性。核查验证工作的目的是发现问题,最终目的是解决问题。对于解决不了的问题,要在法律意见书中予以说明,以揭示风险,不能掩盖风险点,发表与核查验证结果不一致的意见。

第四,对查验过程作出虚假表述。处罚委在对 DC 律师事务所进行处罚时指出,根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则》等相关规定,律师事务所所制作、出具的文件之内容并不仅限于结论性意见,也包括对相关事实材料及查验工作的表述,以及作出结论性意见的论证分析。在该案中,DC 律师事务所及其经办律师在未对 LM 及 MXLK 公司进行实地访谈的情况下,制作虚假的实地访谈笔录,并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 条所述的虚假记载。

6. 法律意见书存在形式瑕疵

第一,法律意见书存在严重文字错误等文书质量问题。就现有案例看,法律意见书存在严重文字错误等文书质量问题主要表现为日期方面的错误。例如,ZL 律师事务所 SH 分所在为 HX 基金管理公司董事长任职出具法律意见书时,将该基金管理公司 2008 年 5 月 19 日召开的董事会会议错误引述为 5 月 9 日。再如,GP 律师事务所为 ZS 基金管理公司申请特定客户资产管理业务资格出具的法律意见书的签署日期为 2008 年 1 月 25 日,但根据法律意见书所述,ZS 基金管理公司为审议本案所述的申请事项召开董事会的时间是 2008 年 2 月 4 日,会

计师事务所出具《审计报告》的日期是2008年1月31日。可见,法律意见书出具之时,该法律意见书中所核查验证的事项尚未发生,法律意见书的签署日期明显有误。

第二,法律意见书不符合规定格式。例如,SD律师事务所在为FLYX股份有限公司出具2011年第三次临时股东大会法律意见时,未在法律意见书声明事项段载明以下内容:“本所及经办律师依据《证券法》、《律师事务所从事证券法律业务管理办法》和《律师事务所证券法律业务执业规则》等规定及本法律意见书出具日以前已经发生或者存在的事实,严格履行了法定职责,遵循了勤勉尽责和诚实信用原则,进行了充分的核查验证,保证本法律意见所认定的事实真实、准确、完整,所发表的结论性意见合法、准确,不存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,并承担相应法律责任。”违反了《律师事务所从事证券法律业务执业规则(试行)》第34条的规定。

第三,法律意见书律师签字瑕疵。现有案例中有两例涉及该问题:一是伪造律师签名。在ZK律师事务所为XZRK股份有限公司IPO项目出具的补充法律意见书,补充律师工作报告,有关举报问题的核查报告,公司董事、监事、高级管理人员、控股股东和实际控制人在相关文件上签名盖章的真实性的鉴证意见,关于公司全部产权证书的真实性、合法性、有效性的鉴证意见,申请文件反馈意见的回复(综合版)等10份法律文件上,QY律师的签名是律所GYL律师伪造。二是法律意见书律师签字不全。其一为律师事务所负责人未在法律意见书上签字,例如,SD律师事务所时任负责人未在为FLYX股份有限公司出具2011年第三次临时股东大会法律意见书上签名确认,而被上海证监局采取行政监管措施;其二为法律意见书仅一名律师签字,如HC律师事务所在为DXY焊接材料股份有限公司2010年度股东大会、2011年第一次、第二次临时股东大会出具的法律意见书,签字律师仅有1名。上述行为都违反了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第24条的规定。

7. 未有效实施质量控制程序

《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第23条规定:“律师从事证券法律业务,其所出具的法律意见应当经所在律师事务所讨论复

核,并制作相关记录作为工作底稿留存。”内部复核是律师事务所出具法律意见的最后一道关,复核人员应客观地审查法律意见及相关证据,保证法律意见的真实、准确和完整。在 GH 律师事务所为 SHGH 股份有限公司 IPO 项目出具法律意见违规案中,律师事务所内部复核该公司前身 SHGH 有限公司与其新增股东的关联关系时,未按照规定履行勤勉尽责义务,核对法律意见及其依据材料的真实性、准确性、完整性,出具的相应法律意见书未如实披露股东、实际控制人等主体之间的亲属关系和关联关系,在质量控制和风险防范方面存在问题,对第二次申报材料的相关判断的依据不够充分,未尽到相应的管理与质量控制责任。对此,证监会依据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 31 条对 GH 律师事务所采取了出具警示函的行政监管措施。

纵然可以根据 34 个案例中违法违规行为的性质将律师事务所及其律师未勤勉尽责的原因划分为上述七个方面,但是,该七个方面是相互交错的,甚至互为因果。例如, YM 律师事务所为 FD 集团股份有限公司首发项目提供法律服务违规案中,鸳鸯街道募投项目所在地块,同时还有 FD 集团已开发的三个房产项目,这四个项目使用同一个土地使用权证,规划许可证的项目名称有重合之处,承办律师在知悉上述情况的前提下,未对法律相关的业务事项履行法律专业人士特别注意义务,未针对项目本身的特点和实际情况,采取适当、合理的核查和验证方法,以致认定结论与实际情况不一致。可见,律师事务所及其律师在证券法律业务中,任何一环工作都十分重要,都应充分勤勉尽责,否则可能引发连锁反应。

三、律师勤勉尽责之建议

律师事务所及其律师在从事证券法律业务中做到勤勉尽责并非易事。证券律师在提供法律服务时,不能只是限于避免出现前述违法违规行为,相较于勤勉尽责要求,这仅是冰山一角。证券律师要做到勤勉尽责,应从自身法律服务者与资本市场守门人的定位出发,坚持真实、客观、全面原则与独立性原则。

(一) 真实、客观、全面原则

证券律师的基本身份是法律服务者,其运用专业知识为委托人提供服务。律师在从事证券法律业务时坚持真实、客观与全面原则,是源于对律师专业性的要求。

真实原则是对律师出具法律意见的首要要求,起源于诚实信用原则。诚实信用原则为市场经济活动中的道德准则,其要求一切市场参加者符合诚实商人和诚实劳动者的道德标准,在不损害他人利益和社会公益的前提下,追求自己的利益,目的是在当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系中实现平衡,并维持市场道德秩序。^{〔6〕}目前,中国证券市场的法律服务行业状态为有量无质的市场竞争,^{〔7〕}如此,容易导致律师为招揽客户、留住客户而刻意迎合客户要求,与委托人沆瀣一气,弄虚作假或避重就轻掩盖事实。如此,真实性原则对证券律师而言就显得尤为重要,这就要求证券律师无论是尽职调查还是出具法律意见,都要保证真实性。

客观原则要求律师在尽职调查与进行法律分析时要做到客观。《律师执业管理办法》第24条规定,律师执业必须以事实为根据、以法律为准绳。据此,证券律师在提供法律服务时,要尊重客观事实,充分调取客观证据,实事求是地对客观证据进行分析,不能以主观臆断进行猜测。例如对于重要事项,不能仅仅以委托人的访谈作为证据,要有相应的客观证据予以佐证。

全面原则要求证券律师保证尽职调查以及法律意见书的内容完整。《律师事务所证券法律业务执业规则(试行)》第30对法律意见书的基本内容作出规定,《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》更是对法律意见书及律师工作报告应包含的内容作出了详细规定。纵然监管部门给出了法律意见书的规定内容框架,但律师从事证券法律业务并不能像做填空题一样,将规定的法律意见书必备事项填完就万事大吉了,填空的前提是要进行全面的尽职调查和法律分析。证券业务与传统诉讼业

〔6〕 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第49~50页。

〔7〕 程金华:《市场治理模式与中国证券律师》,载《证券法苑》2013年总第9卷。

务不同,其涉及面非常广,单就法律而言,就涉及公司法、证券法、知识产权法、税法等法律知识。虽然就律师个人而言,术业有专攻,但对证券法律业务而言,不能仅以个人专业为限,对于影响较大的事项都要全面的尽职调查并出具法律意见。同时全面性还包含及时性的要求。尽职调查一般时间较长,而一些资料如工商资料可能会发生变化,如此,在提交最终申报材料前要更新相关资料及数据。

(二) 独立性原则

独立性原则源于证券律师作为资本市场守门人的定位,相较于传统诉讼律师,其应承担更多的社会责任。然而,从前述案例梳理中可以看出,我国证券律师的独立性不足。究其原因有二:一是客观原因。如前所述,目前律师的竞争环境使得证券律师与客户的地位不平等,再加上“现行发行体制下,律师处于较为边缘的地位,不得不在一定程度上依附、受制于保荐机构”,^[8]这使证券律师在尽职调查和出具法律意见时容易受到委托人或者保荐机构的左右而无法保证独立性。二是主观原因,即律师独立性意识不强,正如 BA 律师事务所为 WFSK 股份有限公司 IPO 提供相关法律服务违规案与 JTGC 律师事务所为 TFJN 股份有限公司 IPO 提供法律服务违规案,律师依赖于发行人获取证据资料而失去对查验过程的控制。纵然律师保持独立性有一定的客观羁绊,但不能以此作为借口,应始终坚持独立性原则,以自身的专业知识及判断进行尽职调查和揭示风险,为监管机构和投资者作出判断提供客观依据。

综上所述,律师从事证券法律业务,要把握自身作为法律服务者与资本市场守门人的双重定位,以证监会及派出机构已出处罚或采取监管措施的案例为前车之鉴,坚持真实、客观、全面原则与独立性原则,切实做到勤勉尽责。

[8] 孔令君:《证券律师刑侦责任案例初步研究》,载《证券法苑》2014年总第13卷。