

2000

Provincial Lawyers' Association
of Heilongjiang
CHINA



黑龙江省执业律师继续教育用书

律师业务理论与实践

黑龙江省律师协会 编

黑龙江人民出版社

黑龙江省执业律师继续教育用书(2000)

律师业务理论与实践

黑龙江省律师协会 编

黑龙江人民出版社

责任编辑:陈 恩

封面设计:李 梅

律师业务理论与实践

Liushi Yewu Lilun Yu Shijian

黑龙江省律师协会 编

黑龙江人民出版社出版、发行

(哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼)

黑龙江人民出版社激光照排中心制版

哈尔滨地图出版社印刷厂印刷

开本 889×1230 毫米 1/32·印张 25 4/16 插页 4

字数:716 000

2000 年 12 月第 1 版 2000 年 12 月第 1 次印刷

印数:1—5 000

ISBN 7-207-04889-0/D·640

定价:75.00 元

《律师业务理论与实践》

编委会

主 任:王滨起

副主任:朱文学 马建东

姜珪锡 涂卫平

委 员:(按姓氏笔画排列)

丁海湖 王久云 王元庆 王国忠

王明睿 王 焕 王积武 王新堂

孙丕志 孙 炜 邢广和 李 本

严习兴 陆介雄 张恩学 郭丽华

目 录

1. 试论证券犯罪及其相关的法律规范	张雨春(1)
2. 当前刑事案件工作中亟待树立的几个执法观念	王庆贤(8)
3. 浅析犯罪构成的主观方面	曹 岩 唐海涛(13)
4. 新形势下如何扩大对管制刑的适用	王雪莉(18)
5. 浅谈刑事拘留的适用	刘珍林(22)
6. 与传唤相近的几项措施的比较分析	闫宏斌(28)
7. 对取保候审的思考	路 均(32)
8. 对单位犯罪的思考	闫 东(38)
9. 伪造、变造票据罪的构成及认定	宋 薇(44)
10. 论刑事法律证据及其运用	于桂霞(49)
11. 论国家工作人员与职务犯罪	张久利(52)
12. 无罪推定原则的内容和意义	陈 枫(59)
13. 危险犯探究	齐廷元 王福成(64)
14. 刑事诉讼中人权的基本保障	
——论无罪推定和沉默权	高 勇 张传辉(68)
15. 律师提前介入刑事案件遇到的问题	
——谈辩护律师的阅卷权、调查取证权	艾书玫(73)
16. 刑事附带民事自然人损害赔偿立法保护的完善	高建波(78)
17. 审理刑事附带民事诉讼案件适用民法的几点思考	
.....	唐海涛(85)
18. 谈公诉案件被害人及附带民事诉讼原告人之律师代理	
.....	李 江 宫莉新(90)

19. 如何为犯罪嫌疑人做好无罪辩护 杨首芬 (95)
20. 谈辩护律师调查取证的局限及对策 许立天 (100)
21. 刍议律师在刑事诉讼中的地位与作用 景明泉 (105)
22. 关于黑龙江省律师贯彻实施刑诉法情况的调查 李 本 (110)
23. 对我国合同责任体系的探究 王元庆 周 满 (116)
24. 未生效合同的法律特征及其后果探析 王积武 郭 强 (124)
25. 试析卖方的瑕疵担保义务及责任构成 王明睿 朱淑华 (130)
26. 小议买卖合同之解除规则 于长秋 (135)
27. 买卖合同标的物上的风险承担规则探析 ... 王国忠 张本民 (141)
28. 浅析债的保全制度 胡长菊 (147)
29. 论缔约过失责任 金丽婷 郭忠革 (153)
30. 试论买卖合同标的物所有权的转移与风险承担原则
..... 朱明秋 (161)
31. 违约责任的归责原则 岳立明 (166)
32. 论合同履行的抗辩权 崔晓勇 (171)
33. 论缔约过错责任 邢慧光 (179)
34. 浅谈《中华人民共和国合同法》的法律适用 褚 力 (185)
35. 合同的效力待定 鄂丽萍 (189)
36. 论情势变更原则的适用 梁国庆 (197)
37. 论不安抗辩权 何春风 (204)
38. 试论合同义务的扩张 郭 丹 赵 铁 (210)
39. 浅谈合同履行的抗辩权 张立国 于洪文 (215)
40. 合同法中违约金、赔偿金、定金的适用刍议
..... 李志国 刘雅斌 (221)
41. 谈违约责任及承担方式
——与原《经济合同法》比较论《合同法》的创新规定 单丽华 (230)

42. 签订技术转让合同应当注意的几个问题 ... 赫荣全 张 宇(239)	
43. 浅谈 INTERNET 网络侵犯著作权证据取得的有关法律问题	单立明(244)
44. 浅析精神损害赔偿	郭彦东(248)
45. 未成年学生在校伤亡事故的赔偿责任	程德玺(254)
46. 合伙企业继承探析	仲伟良 李敏华(258)
47. 试论三大程序法中的举证责任	熊兆罡 辛吉燕(264)
48. 医患法律关系初探	翟恩贵(269)
49. 试论侵害人身权的精神损害赔偿	由佩彦(274)
50. 新闻侵权民事责任的构成与举证	孟繁旭(281)
51. 逃废债权与诉讼对策	宋健强(291)
52. 谈公民人身权民法保护的完善	杜秀娟(297)
53. 论比较广告的法律规制	谭 玲(305)
54. 侵害工业产权的归责原则	谭冰涛(316)
55. 论留置权的法律特性	陈福胜(323)
56. 完善我国合伙法律制度之管见	范正美(329)
57. 我国他物权制度之检讨及经济分析思路的确立	王肃元 任尔昕(340)
58. 试析保证条款的设计	张晓美(354)
59. 浅析房地产抵押合同	杨凡荣(359)
60. 论劳动争议处理制度	刘炳文(365)
61. 浅析企业主管部门或开办单位对企业的债务承担的连带责任	程维强(371)
62. 论一般保证请求权实现之时效及时效保护	艾书玫(379)
63. 对企业法人无力偿还债务时的诉讼对策	王克霸(384)
64. 论证明对象的界定	乔世范 薛 珊(388)

65. 论举证责任倒置和转移 魏殿安(393)
66. 试论“执行难”的原因及对策 柳云华(397)
67. 出版物的非著作权法保护释论 李学军 解立民(402)
68. 浅谈执行程序中的参与分配制度 史更新(407)
69. 漫谈无过错侵权损害赔偿的民事责任 田维富(411)
70. 行政程序制度初探 赵春雷(418)
71. 行政附带民事诉讼制度浅析 王永波(422)
72. 对道路交通事故责任认定应当能提起行政诉讼
——对最高人民法院、公安部联合发布的法发[1992]39号通知的几点思考
..... 东 梅(427)
73. 全面保护公民、法人及其他组织的合法权益
——有感于最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》
若干问题的解释 胡金萍(430)
74. 试论经济审判观念的转换 曲殿君 李铁军(434)
75. 有关行政主体问题的几点思考 吴晓明(442)
76. 论公司利润的分配 马淑华 陆介雄(446)
77. 有限责任公司与股东的关系 姜华元 吴 楠(456)
78. 论我国现行法律法规对公司购并的规范 李佳丽 李发博(469)
79. 论股份合作企业的地位和发展趋势 陈静波(476)
80. 试论证券商与投资者的法律关系 万可佳(484)
81. 董事义务体系的完善 黄 洁(491)
82. 要约收购法律问题初探 郭 丹(497)
83. 倾销与中国反倾销立法之完善
——兼谈加入世贸组织对中国反倾销立法的影响
..... 李 英 孙智慧(502)
84. GATT 的主要成果及 WTO 门前的中国律师 韦 林(511)

85. 加入 WTO 后中国律师面临的机遇和挑战 汤志军(517)
86. 试论建立国有资产经营管理个人责任制 ... 吕艳辉 王丽颖(523)
87. 我国反倾销立法及其完善 沈益平(527)
88. 出售国有小型企业产权中的律师业务 孙振明(538)
89. 论国有企业兼并的基本内容及应注意的几个问题 ... 陈 川(543)
90. 论企业重组中的企业兼并 孟庆东 杜海龙 赵东辉(554)
91. 律师参与企业资产重组业务应注意的几个问题.....
..... 赵连勤 张明顺 关晶焱(563)
92. 债转股中若干问题的法律思考 于海纯(569)
93. 债转股与国有企业改革 彭绍群(578)
94. 国有企业债转股的法律探讨 狄 颖(588)
95. 律师介入“特许经营”若干法律问题探讨 ... 谢树田 姜宏志(598)
96. 国有企业破产中的法律冲突 杨育林(603)
97. 公司资本法律制度刍议 姜艳芳(609)
98. 关于完善公司法人治理结构的思考 马维山(617)
99. 论有限责任公司出资转让应当注意的法律问题 王 刚(628)
100. 谈谈破产企业的取回权、撤销权、别除权和抵销权
..... 孙琳凤(632)
101. 论楼花按揭的若干法律问题 彭鹤龄 曾桂芬(637)
102. 试析房地产交易的法律性 邢慧光(642)
103. 论金融风险的防范对策 朱彩华(648)
104. 浅议商业银行对动产质押权的实现 韩龙明(655)
105. 对国有商业银行深化改革的几点思考 王晓红(662)
106. 国企股改的方式选择与操作规则 李晓叶 王 林(670)
107. 试论股票质押贷款中的法律问题 焦 鹏(674)
108. 银行清收以物抵债后处置问题的探讨 夏炎焱(680)

109. 企业外汇风险与对策 李久章 黄雅明(686)
110. 析注册会计师事务所验资的法律责任 李柏涛(693)
111. 对政府采购的几点法律思考 于佰成 陈吉利(698)
112. 顾问律师工作的必备做法 邢广和 张文君(703)
113. 论依法治国、治省、治市与普法的重要性
..... 贾红英 孔庆山(717)
114. 论律师整体形象的树立和服务质量的提高
..... 赵东辉 孟庆东(721)
115. 顾问律师参与企业经营决策的方法和作用
..... 刘丹阳 徐 甲(726)
116. 律师为农村经济发展提供服务的原则 叶喜文 张春植(730)
117. 拓展非诉讼服务领域促进市场经济体制改革 张美娟(733)
118. 论律师职业道德 姜珪锡(738)
119. 论律师的监督作用 杨富森(746)
120. 防范纠纷于未然
——谈律师为企业事业单位担当法律顾问的作用 肖 坤(754)
121. 充分发挥律师职能作用为国企改革服务
..... 孙福利 陈晓鸿(759)
122. 知识经济时代律师的任务 杨富森(763)
123. WTO 与我省的律师业 周宪超 罗丽娟(769)
124. 论我国的法律援助制度和律师的法律援助义务
..... 梁国庆 张明洲(777)
125. 法律援助立法问题初探 陈从军(783)
126. 关于法律援助中心职责的剖析
——兼论依法开展法律援助工作 张海燕(792)

试论证券犯罪及其相关的法律规范

张雨春

随着证券市场的恢复和发展,证券业中的各种危害行为也不断出现,我国刑法典和已实施的《证券法》对证券犯罪均作了明确规定。笔者认为,证券罪有别于其它各类刑事犯罪。为加深理解和正确适用惩治证券犯罪的相关法律法规,有必要站在理性思维的高度,对证券犯罪的特点和规律进行理论研究、分析和探讨。

一、证券犯罪的概念及其分类

证券犯罪,从广义上讲,泛指所有与股票、债券的发行、交易有关的刑事犯罪。从狭义上讲,是指与股票、债券的发行、交易的运作过程、操作规程密切相关的证券业特有的刑事犯罪。本文所述证券犯罪系狭义的证券犯罪。

《刑法》中有关证券犯罪共规定了七条,即:

第 160 条规定的欺诈发行股票、债券罪;第 178 条规定的伪造、变造国家有价证券罪和伪造、变造股票、公司企业债券罪;第 179 条规定的擅自发行股票、公司债券、企业债券罪;第 180 条规定的内幕交易、泄露内幕信息罪;第 181 条规定的编造并传播证券交易虚假信息、诱骗投资者买卖证券罪;第 182 条规定的操纵证券交易价格罪和第 197 条规定的有价证券诈骗罪。

证券法在刑法规定的基础上自 175 条至 208 条之中有 17 条规定了证券业务中应依法追究刑事责任的犯罪,并把上述规定大体上划分为三种类型犯罪:

1. 与证券发行相关的犯罪。例如:未经批准擅自发行或制作虚假发行文件发行证券、承销或代理买卖擅自发行的证券、发行人未按规定

披露信息或披露信息有虚假记载、诱导、遗漏等形式的犯罪。

2. 与证券交易相关的犯罪。例如, 持股人员违法持有交易股票、证券经营机构诱骗投资者买卖证券, 内幕交易、操纵市场、编造虚假信息扰乱市场等证券公司作为犯罪主体和证券挪用的犯罪, 以及证券经营机构混合操作等犯罪。

3. 与证券监管相关的犯罪。例如, 中介组织人员弄虚作假、证券监管机构违法对不符合规定的上市申请或证券机构设立申请予以批准、证券监管人员玩忽职守、单位或个人挪用此款买卖证券、暴力阻碍证券监管等方面的犯罪。

证券、信息、资金是构成证券市场的三个要素。从这个意义上讲, 证券犯罪依其载体的不同可分类三类:

1. 市场禁入型证券犯罪。比如, 伪造、变造证券的犯罪; 未经法定的审批机关批准擅自发行股票、公司债券方面的犯罪等。

2. 信息型证券犯罪。比如, 证券市场中的内幕交易罪、编造传播虚假信息扰乱证券交易市场的犯罪; 提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录, 诱骗投资者买卖证券的犯罪; 提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告方面的犯罪等等。与市场禁入型证券犯罪不同, 信息型证券犯罪是所涉及的证券本身是真实合法的, 其手段也不是滥用资金实力或直接滥用资金, 而是信息优势的滥用或者信息操纵。

3. 资金型的证券犯罪。即: 利用资金实力或者直接盗用、侵吞用于证券交易的资金的证券犯罪。比如, 利用资金实力操纵证券交易价格的犯罪, 金融机构工作人员挪用客户资金谋取私利的犯罪。

证券犯罪依其主体的股票、债券发行、交易中所处地位的不同, 可分为以下四类:

1. 发行人实施的证券犯罪。如上市公司未按规定披露信息, 或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述等。

2. 证券经营管理者实施的证券犯罪。如证券经营机构诱骗投资者, 买卖证券的犯罪等。

3. 中介组织及有关人员实施的证券犯罪。如承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织人员, 提供虚假证明文件

的犯罪等。

4. 投资者实施的证券犯罪。如操作证券交易价格方面犯罪等。

笔者认为,从不同的角度研究证券犯罪的分类,不仅有助于对证券的犯罪特殊手段和行为方式的理解,而且使证券业监管的基本轮廓更加清晰。

二、证券犯罪的特殊性

证券犯罪之所以有别于其它各种类型的刑事犯罪,其根源在于自身固有的特殊性。笔者认为,证券犯罪的特殊性主要表现在以下三个具体层面:

(一)技术层面的特殊性

任何犯罪首先是认识客体。作为犯罪客体,不论法律把某种危害行为定义为犯罪,该行为本身都是一种社会的客观存在。就一般刑事犯罪而言,人们凭借常识即可理解其行为过程。然而,证券犯罪的机理就不那么简单。比如:非法融资、融券是怎样一回事?为什么有人要抬高或者压低证券交易价格?何谓内幕交易?对诸如此类的问题,只有从技术层面上对证券业务中各种危害行为的运作机理有所了解,知道了“是什么”的问题,才能进而回答什么行为“应该是”证券犯罪问题。

(二)利益层面的特殊性

任何犯罪,不仅是认识客体,同时又是价值客体。作为价值客体,犯罪对社会的(负)价值取决于特定的社会利益关系,同样的危害行为其意义随着利益关系的改变而改变。如果说,人们对犯罪行为技术层面的认识活动是一种主体的客体化过程的话。那么,人们决定将某种危害行为赋予“犯罪”的意义,将其定义为刑事犯罪的过程,就是一种客体的主体化过程。这个过程必须回答的问题是“谁危害了谁的何种利益”?就证券犯罪而言,“谁危害了谁的何种利益”问题,并不像其它刑事犯罪的利害关系那样容易掌握。证券市场中的各种法律关系和法律制度,诸如证券管理制度、证券信息的公开或保密制度、证券交易操作

制度、证券市场公平竞争机制、证券经营机构经营的公私财产所有权、证券市场真实供求关系,以及投资者与证券经营机构之间的委托信赖关系,最终都将归结为投资者合法的财产权益。

(三)论理层面的特殊性

证券犯罪在论理层面的特殊性,集中表现犯罪现象的主观悖德性与客观危害性之间的关系问题上。

悖德性即主观恶性。行为人在主观上的悖德性愈大,相应的在客观上的社会危害也愈烈。悖德性为零时即为善行。一般说来,刑事犯罪均具有明显的主观悖德性,而且这种主观悖德性与客观危害性是成正比的。而证券犯罪则不然,有些证券犯罪显然出于明显的恶行,如暴力威胁、阻碍证券监管机构依法行使职权等;有些证券犯罪并无明显的主观悖德性(如证券市场的某种“道德冒险”),然而在客观上却造成了是以使其他刑事犯罪相形见绌的灾难性后果。正是出于这种原因,证券犯罪在很多情况下并不要求以“非法占有”为构成犯罪的必备条件,只要“明知”即可构成犯罪。

三、证券犯罪的法律界限

证券犯罪的法律界限,包括证券犯罪与证券违法之间的界限,以及各种证券犯罪之间的界限。

(一)划清罪与非罪的界限

违法不一定是犯罪,而犯罪则是严重的违法。在证券业中,有些犯罪行为属于数额犯。对数额犯,应依据法律规定以数额大小作为罪与非罪的界限。即按照涉案金额损失金额、犯罪所得金额以及给金融机构带来的风险等金额的大小来认定是否犯罪。对编造并且传播影响证券交易的虚假信息,扰乱证券交易市场的行为以及承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件的行为,以是否造成“严重后果”或是否“情节严重”作为区别罪与非的界限。

证券犯罪中罪与非罪的界限,涉及许多复杂专业知识。例如,怎样认定内幕交易罪?何谓对证券价格有重大影响的信息?笔者认为,只有在公司向报界公开信息以前,内幕人员买进股票的行为,才能构成内幕交易。只要该信息足以影响投资者的决定,就应视为价格敏感信息。即对证券价格有重大影响的信息。对此,涉及到技术、经营、市场、心理等一系列的非法律问题,有关专家们的认识往往对罪与非罪的界限具有决定性的作用。

(二)划清此罪与彼罪的界限

内幕交易罪与操纵证券交易价格罪,都离不开信息操纵,都可能带来证券价格的人为变化。两者的区别在于,内幕交易是行为人利用真实的、对证券价格走势有重大影响的未公开信息牟利或避免损失;而操纵市场是通过人为制造某种情势牟利或转移风险。对投资者来说,内幕交易的不公平之处在于,内幕交易者先于其他投资者知悉有关信息,可以提前作出有利于自己的投资决策;而操纵市场行为的不公平之处在于,操纵者先于其他投资者知悉的信息,正是自己制造出来的。再比如,编造传播虚假信息、扰乱证券市场罪与操纵证券交易价格罪,这两种行为都是投资者所为,都是人为制造某种有利于行为人的情势,通过虚假的供求关系加害其他投资者。从这个意义上讲,编造传播虚假信息、扰乱证券市场的行为,就是操纵市场犯罪的一种特殊形式。其区别在于,对编造传播虚假信息扰乱证券市场罪来说,主观方面可以包括人为抬高或压低证券价格以获取利益、避免损失、转嫁风险的内容,也可能出于破坏捣乱等主观心态。即使行为不是出于“获取不正当利益或转嫁风险”的主观心态,也可以构成本罪。而对操纵市场罪来讲,“获取不正当利益或者转嫁风险”则是构成本罪的必备要件。此外,在客观方面,编造虚假信息扰乱证券市场并造成严重后果的行为才构成犯罪,而操纵证券的价格罪的成立没有这个要求。

四、证券法与刑法典中证券犯罪两者法律规范的关系

证券法在法律责任一章中规定了十七条关于证券业中的犯罪;刑

法中关于证券犯罪也作出了七条规定。两者之间的关系如何?怎么衔接?这是实践中必须面对的问题。

(一) 证券法中的刑法规范是附属刑法,是特别法

从刑法的渊源来看,刑法可分为单一刑法和附属刑法。单一刑法是规范犯罪与刑罚的法律,附属刑法则是经济、行政法律中附带罪与刑罚的刑事规范,这些附属刑法规范是对单一刑法的重要补充。证券法中关于证券犯罪的有关规定与刑法典中的相关规定之间,是附属刑法与单一刑法的关系。

以附属刑法的形式规定证券犯罪,是证券业犯罪控制实践的特殊要求。如果将所有发生在特定行业的犯罪都规定在刑法典中,势必导致单一刑法规范在数量上的膨胀。因此,以附属刑法规定证券犯罪,也体现了刑法规范的自身规律和特点,使证券保持自身的完整、统一和有效。关于证券法中刑事规范的效力问题,证券法作为特别法,其附属刑法规范虽然在适用范围上没有普通法广泛,但作为刑法的补充,其效力优于普通刑法,这就是“特别法优于普通法”的原则。

(二) 证券法中的刑法规范与刑法典中相应规范之间的衔接问题

所谓衔接,至少包括两方面问题:一是内容上的对应和连续;二是罪刑关系上的完整和协调。证券法基本上解决了前一个问题。刑法典中规定的证券犯罪行为,在证券法中都规定了相应的经济、行政责任。关于后一个问题,如何使证券刑法规范相互协调,具有可操作性,有待于商榷。

完整的刑法规范应由罪与刑两部分构成。而证券法中的刑法规范大都表述为“实施某种行为,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。其中所谓“依法”,有的有法可依,而有的则无法可依。

比如,证券法中新增了某种罪状的描述,但在刑法典中却找不到类似的法条。证券法第176条规定:“证券公司承销或者代理买卖未经核准或者审批,擅自发行的证券,除了承担其他法律责任以外,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”这就出现了一个问题,如果行为严重到应追究

刑事责任的程度,依照哪一条追究刑事责任?刑法典中只有第 179 条对“未经国家有关主管部门批准,擅自发行股票或者公司、企业债券”行为的规定,并没有证券公司如果承销或者代理买卖这种证券该怎么处理的规定。这就出现了只有罪名、罪状,没有法定刑的不完整的刑事规范。

笔者认为,证券法中的刑法规范及其与刑法典中相应规范之间的衔接,应注意保持“三个一致”:一是证券刑法规范内部的协调一致。比如,刑法已就内幕交易规定了刑事责任,法定刑上限为“五年以上十年以下有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金”。那么,按照各种证券犯罪在严重程度上的定序关系,其他证券犯罪的刑事责任都不应高于这一限度,因为内幕交易是各类证券犯罪中危害最大的一种。二是证券刑法规范与其他经济犯罪的刑法规范之间的协调一致。比如,证券法中关于证券监管机关工作人员玩忽职守犯罪的规定,其刑事责任的确定应与其他国家工作人员玩忽职守犯罪的刑事责任大体一致,不宜出现较大的误差。三是刑法与证券业其他经济、行政法律规定之间的协调一致。刑事规范之间在轻重程度上的定序关系,应与经济、民事规范和轻重程度上的定序关系大体一致。某种性质的违法行为,在刑事规范体系中的位置应与其在经济、民事规范体系中的位置大致相等。否则,会给实施证券法和刑法的相关规定带来混乱。

(作者单位:阿城市宇春律师事务所)