

合纵之论

——重庆合纵律师事务所
论文选集

主 编 鲁磊
副主编 周宏 冯乔兵



重庆出版社

合纵之论

——重庆合纵律师事务所
论文选集

主 编 鲁磊
副主编 周宏 冯乔兵

重庆出版社

图书在版编目(CIP)数据

合纵之论:重庆合纵律师事务所论文集/鲁磊主编.
重庆:重庆出版社,2001.9

ISBN 7-5366-5481-2

I. 合… II. 鲁… III. 律师业务—重庆市—文集
IV. D926.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 054436 号

合 纵 之 论

——重庆合纵律师事务所论文集

主 编 鲁 磊

副主编 周 宏
冯乔兵

责任编辑 杨亚平

封面设计 吴庆渝

技术设计 刘忠凤

重庆出版社出版、发行

(重庆长江二路 205 号)

新 华 书 店 经 销

自贡新华印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 16.25

字数 388 千 插页 2

2001 年 9 月第 1 版

2001 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

印数 1—1100

ISBN 7-5366-5481-2/D·251

定价:28.00 元

前 言

中国律师业经过 20 年的迅猛发展已经取得巨大的成就,到 2000 年底,全国已有律师事务所近万家,执业律师 11 万人。可以说,律师在我国市场经济的发展及法制建设的逐步完善过程中起着越来越重要的作用。

随着西部大开发紧锣密鼓的进行,随着 WTO 的日趋临近,随着依法治国方略的全方位实施,中国律师既面临着难得的发展机遇,同时也面临着更多的困难和压力,面临着外国成熟律师业的挑战。

重庆合纵律师事务所在建所之初就提出“内强素质,外重形象”的办所理念,一直非常重视合纵品牌的树立和合纵文化的建设。合纵律师事务所培养律师的方向是专家型的高素质法律人才,希望律师对某一个或者几个业务领域有独到的法律思想和精深的研究,万金油类型的律师在合纵所是没有立足之地的。合纵所按业务领域及发展方向把律师划分到若干业务部的做法由来已久,并且取得了长足的进步和明显的成效。

合纵所的学习制度中明确规定,每位律师每年必须撰写两篇有较高学术或实务价值的论文,本书收入的就是其中的一部分。这些论文着重对当前律师实务及理论研究中的最新、最热、最前沿的问题进行了探讨,内容包括金融、证券、期货的相关法律问题及其犯罪研究,二板市场的设置及其法律研究,对境外金融机构的监管,债转股中的法律问题,国际投资法律环境的构成

及完善,反倾销的律师服务,电子商务与法律调整,中国行政体制与 WTO 的适用研究,外资企业法、公司法等法律的修订,房地产期权抵押的立法完善,住宅抵押贷款证券化法律问题,民营、外资企业兼并国有企业的法律问题,企业收购兼并的法律操作模式,西部开发与跨越式发展,刑事民事诉讼程序问题的探讨,医疗纠纷法律分析,律师拓展新业务探讨,律师事务所公司化规范管理,中国律师制度的改革与完善,等等。

这些论文有一定的深度,反映了合纵律师涉猎、研究的范围,其中不少文章已公开发表过。但作为作者的一家之言,肯定有值得商榷的地方,欢迎大家指正。

周 宏

2000 年 12 月 21 日

目 录

前 言.....	周 宏(1)
1. 律师在金融证券业务活动中犯罪的构成研究 ——对律师提供虚假证明文件罪及出 具证明文件重大失实罪的分析…	鲁 磊(1)
2. 论我国对境外金融机构的监管法律制度	李 勇(16)
3. 证券投资基金管理立法研究	彭 涛(25)
4. 保险投资监管的法律研究	彭 涛(38)
5. 中国金融业如何面对入世	黄 波(49)
6. “褚时健们”不再喊冤 ——持股期权制度浅论	戴礼东(54)
7. 试论金融犯罪的特点和防治	杨 莉(66)
8. 中国二板市场的设置	陈 震(74)
9. 住宅抵押贷款证券化及有关法律问题	周 宏(82)
10. 从信达资产管理公司的组建看债权转让	周 宏(89)
11. 论法人人格否认制适用中的焦点问题 ...	李 勇(96)
12. 公司改组与购并运作初探	沈仁刚(110)
13. 我国外商投资法律环境研究	彭 涛(119)
14. 论如何修改我国的外商投资公司法	周二芳(137)

15. 中国律师如何适应 WTO 周二芳(146)
16. 律师在反倾销中的法律服务 鲁 磊(158)
17. 刍议我国反倾销程序立法 侯成强(165)
18. 论近代西方民法的形成及发展 高玉娟(169)
19. 论合同目的 黄汉强 冯乔兵(177)
20. 论现代合同法的基本原则 侯成强(187)
21. 论违约责任 黄汉强(213)
22. 论合同解除的溯及力 谢 纲(228)
23. 《合同法》中规定工程价款优先受偿权的思考
..... 颜锦国(237)
24. 论电子商务合同 吴 焰(246)
25. 罪名的确定与被告人的合法权益 肖 勇(256)
26. 我国的期货发展与刑事犯罪 肖 勇(262)
27. 对计算机犯罪的刑法思考 廖亚梅(276)
28. 论当事人举证与法院查证的关系
——兼评法释[1998]14号关于当事人
举证和法院查证的规定..... 李鲁川(292)
29. 第三人制度与程序公正 李鲁川(300)
30. 试论民事审判方式的效率观 喻开渝(304)
31. 完善我国涉外民事管辖权的几点意见
..... 谢 纲(309)
32. 域名的法律保护 杨利山(317)
33. 侵权赔偿协议研究 黄汉强(327)
34. 论川剧“变脸”的法律保护 贺天强(336)
35. 物业管理若干法律问题探析 杨 莉(341)
36. 建设工程承包人对购房人的责任研究
..... 黄汉强(353)

37. 论香港特别行政区国家管辖豁免的适用 王彦(363)
38. 论洗钱罪 陈志刚(375)
39. 论如何实现西部律师优质法律服务 陈志刚(391)
40. “职务发明”有偿制的优越性
——完善《专利法》的重要途径 鲁磊(401)
41. 融资租赁及其法律对策 鲁磊(404)
42. 银行按揭合同及其法律调整 鲁磊(407)
43. 民营企业在兼并国有企业过程中应注意的问题
..... 鲁争鸣(410)
44. 律师拓展新业务探讨
——对律师事务所经营发展的思考
..... 李勇(415)
45. 从一起诉讼时效的案例谈对法律文件的解释
..... 李鲁川(420)
46. 建设工程垫资问题的法律分析 颜锦国(426)
47. 证人作证探析 沈仁刚(431)
48. 王海受挫为哪般 戴礼东(435)
49. 债权保护:企业巨额坏账损失分析 康冉冉(439)
50. 大学学生状告母校案的法律思考 高玉娟(444)
51. 行政机关不应成为此案被告
——评四川省合江县特大沉船案
..... 黄汉强(452)
52. 一起抵押权纠纷案的法律思考 戴礼东(458)
53. 因势利导
——一起房屋联营纠纷案分析 陈震(465)
54. 是贩毒罪、运输毒品罪,还是窝藏毒品罪
..... 贺天强(468)

55. 律师谈西部大开发的思想认识与跨越式发展
..... 陈 建(471)
56. 对主体不适格裁定驳回起诉案件的评析
..... 邱 咏(477)
57. “棒棒”侵权谁之过 喻开渝(483)
58. 企业兼并与隐性债务承担的简析 冯乔兵(488)
59. 律师事务所的公司化规范管理
——记重庆合纵律师事务所管理发展之路
..... 张 明(494)

1. 律师在金融证券业务活动中 犯罪的构成研究

——对律师提供虚假证明文件罪及出具
证明文件重大失实罪的分析

证券市场是现代经济的重要组成部分,是市场经济配置资源的重要途径。通过证券的发行和上市,不仅可以募集社会闲散资金、重新配置社会资源,而且可就此推动国家的经济发展。但由于证券市场是一个高技术、高风险市场,而其又追求“公开、公平、公正”的市场法则,对于大多数投资者来说,因其缺乏相应的专业知识,且其了解的信息途径有限,故证券市场的运作不得不依靠大量中介组织的专业性活动完成。纵观各国证券市场的发展莫不如此,我国也不例外。在我国《证券法》及其他相应的法律法规中,都对中介组织参与证券市场业务活动的资格、业务范围、服务程序进行了规定。但由于证券市场的特殊性,证券服务中介组织的活动对进行证券投资的社会公众影响甚大,其行为的规范性将直接决定一国证券市场发展的生存环境。对这一行为的法律调整,仅仅依靠民事法律、行政法律是绝对不够的,必须以刑法的力量调控这一行为所引起的法律关系,毕竟正如卢梭所言:“刑法与其说是一种特别法还不如说是一切法律的制裁力量。”居于此,我国1997年制定的《刑法》第二百二十七条中明确规定了“中介组织人员提供虚假证明文件罪”(以下简称提供虚假文件罪)以及“中介组织人员出具证明文件重大失实罪”

(以下简称出具文件失实罪)两个罪名,将中介组织的相关人员进行的相应服务活动纳入了《刑法》调整的范围,这对规范中介组织人员的服务活动起到了相当重要的作用。笔者在本文中结合律师在从事证券业务中的责任以及法律对律师从事证券业务有关的规定,对以上两个罪名进行法律分析,从而阐发笔者对我国法律如何调整律师在从事证券业务过程中的权利义务的见解,以求教于各位同仁。

一、律师在从事证券法律服务过程中的职责及提供法律服务的依据

对于提供虚假文件罪以及出具文件失实罪,其涉及的主体范围较为广泛,仅就提供法律服务的律师而言,该罪涉及领域的内容也广泛,笔者无意对该罪的各方面均阐述相关意见,仅就律师在从事证券法律服务过程中可能涉及到该罪的情况作为出发点,对该罪进行分析。对该罪进行分析前,笔者认为有必要对律师在从事证券法律服务过程中的职责进行大致阐述,在此基础上对该罪进行充分的法律分析。

律师在提供证券法律服务中的作用主要体现在公司债券发行、上市过程中对公司的重要法律文件进行审查,并按有关法律法规的规定出具相应的法律文件。其中较集中地体现为3个方面:(1)按照中国证券监督管理委员会(以下简称证监会)1994年10月28日发布的《公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则第六号》(以下简称《准则第六号》)的规定向股份有限公司出具发行、上市、配股的法律意见书及制作律师工作报告;(2)按照证监会1998年4月1日发布的《公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则第八号》(以下简称《准则第八号》)的规定向证券主承销商出具验证笔录;(3)按照证监会1998年8月4日发布的《关于印发〈律师承诺函的格式〉的通知》的规定向证监会出具承诺函。当然,在从事证券法律服务过程中,除了这3个

法律文件是律师从事证券法律服务的集中体现外,律师还应对企业进行改制时以及在证券发行上市过程中的各种法律文件进行审查或制定。应该说,律师在证券法律服务过程中的作用是相当重要的。

根据我国《律师法》的相关规定,律师在从事法律服务过程中必须以所在律师事务所的名义与当事人签订委托代理合同,不得以其自身名义承办案件。与此相呼应,在证监会发布的以上3个法律文件中,均要求在律师出具的法律意见书、验证笔录中必须注明律师是根据《聘请律师协议》的内容而出具以上法律文件的。当然,证监会的有关文件与《律师法》的冲突,笔者将在以下部分再行论述,但毫无疑问,律师在证券发行、上市过程中提供的法律服务是居于当事人与律师事务所形成相应委托的基础之上。明确这点,笔者认为分清有关法律文件不实的责任承担的前提条件。

二、对提供虚假文件罪以及出具文件失实罪的法律分析

我国《刑法》将以上两罪列为“破坏社会主义市场经济秩序罪”,在作具体细致归类时,又将以上两罪确定为“扰乱市场秩序罪”。就此可以确定该罪侵犯的客体为国家法律保护的正常市场经济秩序。虽然该罪在《刑法》上已进行规定,但笔者认为仍有必要结合律师在证券发行、上市过程中的职责以及权利义务对该罪各方面的构成要件重新认识。

(一)对犯罪的主体的分析

《刑法》对有关犯罪行为进行惩罚,必须是针对实施犯罪的具体行为人,不应仅仅局限于具体实施犯罪行为的人,因为实施的犯罪行为应是一个由若干过程共同构成的集合体,不能将其间一个单一行为视为整个犯罪行为的全部。在此基础上,如果法律对某一犯罪行为的主体界定时,就必须充分考虑该行为构成的若干环节和在各个环节中具体行为人所起的作用。

在提供虚假文件罪以及出具文件失实罪两罪中,“提供”与“出具”在犯罪人的主观心态上有着差别。而在具体犯罪行为上,虽然由于“提供”与“出具”法律文件的性质不同,导致内容也差之甚远,律师在其中的工作也就有了巨大区别,但仍可以将这一犯罪行为的完成归结为两点:即法律文件的制作与交付。正如前所述,律师在从事所有的法律服务过程中均不得以其自身名义承揽业务,作为一个独立经济组织,律师事务所在其提供法律服务过程中,意思表示的形成、服务行为的完成并不可能由该组织来自发完成,必须依靠其特定工作人员进行,这与一般法人与其工作人员的关系同出一辙。且按照证监会有关文件,律师在制作完成并交付相关法律文件时,必须加盖所在律师事务所的印章。这一过程的进行,使我们不得不重新思考,尽管《刑法》第二百三十一条规定了律师事务所可能构成该罪,从而形成单位犯罪,但从业律师能否以自然人的身份单独构成该罪?笔者认为,提供虚假文件罪、出具文件失实罪应为单位犯罪,并不可能由律师单独构成此罪。其理由如下:

1. 从单位犯罪的概念及特征分析该行为应为单位犯罪

单位犯罪指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取非法利益,经单位集体研究决定或者由单位负责人决定,由单位直接责任人员具体实施的犯罪。该类型犯罪的特征可归纳为以下几点:其一,单位犯罪是公司、企业、事业单位、机关、团体犯罪,即是单位这一整体犯罪,而不是单位各个成员的犯罪之和;其二,单位犯罪是经济单位集体研究决定或者由负责人员决定,并由直接责任人员实施的犯罪;其三,单位犯罪一般是出于为本单位谋取非法利益;其四,单位犯罪一般是以单位名义实施。

在律师为证券发行、上市提供相关法律文件过程中,委托代理合同的签订、具体经办律师的委派、律师相关工作的安排、法律文件的签署及交付等等行为,律师事务所都在其间起着相当

重要的作用。与单位犯罪的定义及特征对比,两者存在着巨大的吻合性。律师提供法律文件的前提是律师事务所与有关当事人间形成的委托代理合同,其是受律师事务所指派从事相关法律服务工作,包括提供相应的法律文件,这应视为律师事务所的行为,非律师个人行为。由律师事务所在相关法律文件上加盖印章的行为说明出具该法律文件是该律师事务所的单位行为。而在相关法律文件上加盖律师事务所印章的程序,实属律师事务所的内部规范决定,法律肯定不予过问,但法律已将加盖印章的行为推定为该提供相关法律文件的行为已经过律师事务所的决定,并由经办律师进行实施。律师在证券发行、上市过程中不管是提供了虚假法律文件,还是出具了重大失实的法律文件,如果其按照相应的程序提供法律服务时,并没有从当事人处直接获取经济利益,只是当事人将相应的款项交付给律师事务所,律师事务所再根据与律师之间签订的聘用合同付给律师报酬,那么,在这一过程中,律师作为犯罪的主体并未获取经济利益。至于对律师在提供法律服务过程中非法索取、收受他人财物行为的性质,笔者将在本文以后的部分分析。

由此可见,律师如在提供法律文件过程中出现了法律文件虚假及重大失实行为,不可能为律师个人行为,而应视为律师事务所的单位行为,在适用《刑法》时,并不应该将此行为规定为自然人犯罪,而应肯定为单位犯罪。

2. 从该罪侵犯的客体与由该行为引发的民事责任承担来分析该罪也为单位犯罪

犯罪客体是《刑法》保护而为犯罪行为侵犯的社会主义社会关系。根据我国的《刑法》体例,犯罪客体又分为同类客体与直接客体。犯罪客体是所有犯罪行为必须具备的四大要件之一,对其进行分析不仅是为了对具体犯罪进行较为科学的分类,更重要的是通过犯罪客体的确定明确对犯罪行为的科学处罚。

提供虚假文件罪、出具文件失实罪侵犯的同类客体是国家法律所保护的社会主义市场经济秩序,而其侵犯的直接客体却是国家法律保护的“公平、公开、公正”的市场秩序。由此可见,这两种犯罪侵犯的不是特定的人员或组织的财产安全,而是较为抽象的管理秩序,在具体确定该罪是否为自然人犯罪或单位犯罪时,就必须确定侵犯这一客体的行为人。笔者认为,对此问题的分析不能脱离对这一行为造成损失后责任的承担。

对一个违背社会利益的行为进行制裁,或由法律确定其承担相应责任时,往往是通过民事责任、刑事责任以及行政责任等多种责任的确定来体现,这些责任的确定虽由不同的法律进行调整,但必须做到所指向的承担责任人同一,且责任承担之间分配合理。正如波斯纳在其《法律的经济分析》中所言:“在侵权救济具有足够威慑力的情况下,由于包括任何惩罚性损害赔偿在内的最佳侵权损害赔偿是在潜在被告人的支付能力范围之内,所以没有必要求助于即使在仅仅处以罚金的情况下仍比民事罚款更费成本的刑事处罚了……值得注意的是在证券案中,富足的被告被同时提起刑事和民事诉讼时,从理论上预示,刑事制裁一般只适用于侵权赔偿超出被告人支付能力限度的情况。”这一观点明确了刑事责任的承担不可能孤立于民事责任,且从社会成本的角度出发,刑事责任应作为民事责任的一种补充,或是以对行为人的制裁而产生出一种潜在的威慑力量,从而减少该类行为的发生。

在律师为证券发行、上市提供法律服务的过程中,根据我国《律师法》的相应规定以及律师行业的惯例,律师不能以其自身名义接受委托和办理案件,当事人与律师之间的委托关系实质上是一种单方委托行为,而这一单方委托是建立在律师事务所与当事人之间签订的委托代理合同的基础上,该行为应属双方法律行为。虽然律师在其中的角色比较尴尬,但毫无疑问,当事

人就其所需的法律服务而言,是与律师事务所形成合同关系,故在提供法律服务不当或有重大瑕疵时,当事人的索赔只能向律师事务所进行,不能针对具体经办的律师。但同一行为在接受刑事制裁时,承担责任的主体却发生了重大变化,由单位转换成了个人。如果仅仅依靠刑法与民法所保护的对象差异,并不能推翻两种责任承担主体一致的原则;但如果强调刑法对具体承办人员责任的规定可以最大可能地防范该行为的发生,则单位犯罪中对单位以及直接责任人员的双罚制完全可以起到该作用,不应以加重律师责任作为代价。

3. 从防范该犯罪行为的可能性分析,将该犯罪行为确定为单位犯罪而采取双罚制,比确定律师个人单独构成该罪更具可行性

尽管律师执业有独立性较强的特点,但不可否认的是,律师执业的前提是律师事务所与当事人签订的相关委托代理合同,律师事务所将会为此承担相应的民事责任。故所有的律师事务所都不可能将律师的执业行为置于完全自由的条件下,为了减小风险,其必定要求对律师的执业进行多方的审查。从证监会对律师出具相应法律意见的格式上分析,要求律师事务所加盖印章无疑也强调律师事务所发挥这一作用,当然这也与我国证券行业从他律走向自律的趋势是一致的。与此相应,在实际操作过程上,律师为证券发行、上市提供相应的法律文件,不可能完全脱离律师事务所的监督。因此,从犯罪根源入手,将该两种犯罪行为界定为单位犯罪,采取双罚制,更有利于减少该犯罪行为发生的可能性,这也符合《刑法》的宗旨。

(二)对构成该罪的客观要件的分析

客观要件指刑法规定的、说明行为对《刑法》保护的合法权益的侵犯性而为成文犯罪所必须具备的客观事实特征。犯罪的客观要件包括的内容众多,一般是指危害行为、犯罪对象、危害

结果以及《刑法》上强调的因果关系。对一个犯罪行为的全面分析,绝不能忽略对其客观要件的分析。对于律师从事证券发行、上市法律服务过程中涉及提供虚假文件罪、出具文件失实罪的情况,笔者认为《刑法》第二百二十九条对构成该罪客观要件的规定比较模糊,必须依靠相应的法律规定将其进一步细化,否则极易造成律师在从业过程中的风险过大,导致市场主体之间的权利义务失衡。具体情况如下:

1. 对“证明文件”内容的认识

在提供虚假文件罪以及出具文件失实罪中,根据《刑法》第二百二十九条的规定,将该两罪主体的行为界定为提供证明文件、出具证明文件。两者的共同点集中在犯罪的具体表现与律师有关的证明文件息息相关。因此,结合律师在从事证券业务过程中出具的相关法律文件进行分析证明文件的内容,对于确定上述两罪的客观行为具有重大意义。

证明是指用一定的材料来表明事物的真实性。依此定义,笔者认为应对“证明文件”的含义作这样的理解,即律师以其特殊身份出具的具有证明某种事物真实性的法律文件。根据证监会颁发的有关规章的规定,律师在从事证券发行、上市过程中提供的法律文件主要包括了3种类型:对上市公司出具的法律意见书及律师工作报告、对证券承销商出具的验证笔录、对证监会出具的承诺函。根据《准则第六号》的规定,律师出具的法律意见书尽管内容众多,且格式复杂,但在最后必须出具律师的结论意见,即“对本次发行、上市的合法性给予总括确认;如果不能总括确认,应逐项确认,或者对保留意见事项作出限定后再给予确认。”律师对证监会出具的律师承诺函也具有相同意义的内容。律师在证券发行、上市过程中出具的这些法律文件有着重要的意义,因为证券市场最基本的原则是“公平、公正、公开”,保证每一个投资者作出投资决定时,是在已经掌握了有关投资信息后