

柏淳(上海)国际贸易有限公司, 遗失营业执照副本, 证照编号: 0400002202008280006, 声明作废。

声明

本人袁祥(身份证号码: 522701196904122218), 于2021年1月6日下午18:00手机中病毒, 为防止个人信息泄露遭盗用(本人信息包括手机号、照片、视频、身份证), 本人特此声明: 2021年1月6日之后任何网上AAP、单位、组织、个人未经本人操作或本人书面材料明确同意使用我相关信息均属违法行为, 本人概不负法律责任。

# 刑法证券犯罪相关条文修订解读

国浩律师(上海)事务所 刘鑫 吴悦

历时六个月,《刑法修正案(十一)》终于完成了从草案到法律的蜕变。就其内容而言,除了全社会广为关注的下调刑事责任年龄外,还在证券、金融、企业职务犯罪等诸多领域严密了法网。比如在证券犯罪方面,此次修正案对五个罪名作出调整,分别是:

刑法第160条“欺诈发行股票、债券罪”;刑法第161条“违规披露、不披露重要信息罪”;刑法第182条“操纵证券、期货市场罪”;刑法第229条第1款、第2款“提供虚假证明文件罪”和刑法第229条第3款“出具证明文件重大失实罪”。

此次刑法修订充分体现了国家“零容忍”打击证券犯罪的决心,本文将从修法趋势、修订要点、疑难解析等角度对相关调整作简要解析。

## 修法趋势

与《刑法修正案(八)》、《刑法修正案(九)》既有对部分犯罪废除死刑又有新设罪名的宽严相济不同,《刑法修正案(十一)》主要表现出从严从重的修法趋势。这一点在证券犯罪领域的条文修订上,体现得尤为明显:

首先是回应证券监管要求,扩张犯罪圈。此前,证监会多次要求压实中介机构在资本市场中的“看门人”职责,也屡次表示要从严打击证券违法犯罪活动。上述监管政策反映在此次修法中,就体现为犯罪圈的扩张。

一是行为类型的扩张,例如操纵证券、期货市场罪中,刑法明文规定的操纵行为从3项增加为6项;

二是犯罪主体的扩张,例如违规披露、不披露重要信息罪中,不再只有披露义务主体的公司高管可构成本罪,披露义务主体的控股股东、实际控制人也可构成本罪;三是违法领域的扩张,例如提供虚假证明文件罪和出具证明文件重大失实罪中,中介机构(如资产评估公司、会计师事务所、律师事务所等)工作人员除了出具财会、法律领域的虚假报告会构成本罪,出具保荐、安全评价、环境影响评价、环境监测等领域的虚假证明文件,也可构成本罪。

其次是严惩“冷门”证券犯罪,加重法定刑。近年来,证监会对欺诈发行和虚假信息披露行为的行政处罚愈加严厉,典型案例如“欣泰电气案”“金亚科技案”都体现出证监会整肃资本市场的决心。但与行政执法领域的如火如荼相比,刑事司法领域对欺诈发行股票、债券罪以及违规披露、不披露重要信息罪的适用,却稍显沉寂。在裁判文书网中,历年来仅有6份欺诈发行股票、债券罪的刑事判决和2份违规披露、不披露重要信息罪的刑事判决公开上网。显然,这两个罪名在司法实践中属“冷门”罪名。

此外,这两项罪名的法定刑偏低,与其严重的社会危害性并不匹配,因此,《刑法修正案(十一)》提高了两罪的法定刑,以严惩相关犯罪行为。

## 要点与难点

(一) 欺诈发行股票、债券罪修改要点:

1.适用范围扩大,条文中新增“等发行文件”,发行文件不再限于“招股说明书、认股书、债券募集办法”;条文中新增“存托凭证或

者国务院依法认定的其他证券”,凡是欺诈发行证券法第2条所规定的法定证券品种(股票、公司债券、存托凭证、国务院依法认定的其他证券),均应承担刑事责任。

2.法定刑加重,一档法定刑(5年以下)调整为两档(5年以下和5-15年);罚金刑同步提高,从“非法募集资金金额的1%-5%”,调整为“非法募集资金金额的20%-100%”。

3.犯罪主体增加,组织、指使实施欺诈发行的控股股东、实际控制人可构成本罪。

解读:本罪新增的两项证券品种中,“存托凭证”不难理解,是指由存托人签发,以境外证券为基础在中国境内发行,代表境外基础证券权益的证券,英文简称CDR(Chinese Depository Receipt)。未来,如果境外上市公司要“回国上市”,就要发行“存托凭证”。

问题在于,如何理解“国务院依法认定的其他证券”?在笔者看来,“国务院依法认定的其他证券”应包括“资产支持证券”和“资产管理产品”。

资产支持证券英文简称ABS(Asset Backed Securitization),是一种债券性质的金融工具,是将原始权益人所有的基础资产(如租赁租金、企业应收账款等)打包成证券产品,在证券交易所发行,向投资者募集资金,之后借由陆续回笼的租金、应收账款等原始资产产生的稳定现金流,向投资者支付本息。

至于资产管理产品,是指银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司等金融机构接受投资者委托,对受托的投资者财产进行投资和管理的金融产品。

那么,为什么资产支持证券和资产管理产品系《刑法修正案(十一)》中提及的“国务院依法认定的其他证券”?笔者的依据源于证券法第2条第3款的规定,即“资产支持证券、资产管理产品发行、交易的管理办法,由国务院依照本法的原则规定”。

这说明,国务院可依照证券法的有关规定,出台专门规定规制资产支持证券和资管产品的发行、交易活动。因此,基于文义解释,应当认为这两类业务属于“国务院依法认定的其他证券”。

实际上,将资产支持证券以及资产管理产品领域的欺诈发行事件纳入刑法的规制范围,确有必要,理由有二。

首先,两类业务的规模已然十分庞大。根据中央结算公司中债研发中心发布的《2019年资产证券化发展报告》,2019年我国资产证



资料图片

券化市场全年发行各类ABS产品总量达2.34万亿元。至于资管产品,截止2020年6月末,资管产品募集资金余额约80万亿元。如此快速发展、规模巨大的市场,一旦缺乏刑法的管控,后果不堪设想。

其次,上述两类业务领域中已发生了引人关注的风险事件。2016年9月,某公司发行了规模为21亿元的ABS项目,彼时曾被称为国内融资规模最大的商业物业租金债权资产证券化项目。好景不长,因该公司在该ABS项目中存在提供虚假材料、侵占损害专项计划资产等违法行为,江苏证监局向该公司开出了罚单。截止2019年8月,该ABS项目的财务顾问、法律顾问、管理人共3家单位均被处罚。

就资管业务而言,由于监管标准不一,形成了很多监管套利空间,也出现了很多监管真空,隐含了巨大的金融风险。与传统的证券发行活动(如IPO)相比,资产支持证券、资管产品的发行门槛要低得多,且规模庞大。这两类业务的发行一旦失控,其产生的金融风险是难以估量的,确有必要将欺诈发行资产支持证券与资产管理产品的行为纳入刑法规制范围。

(二) 违规披露、不披露重要信息罪

修改要点: 1.提高法定刑的同时,将法定刑从一档(3年以下)变为两档(5年以下和5-15年)。

2.增加本罪的犯罪主体,违规披露主体的控股股东、实际控制人及其高管均可构罪。

解读:该条款近年来的行政执法情况而言,信息披露违规案件与内幕交易、操纵证券市场案件长期位居证监会罚单榜前三位。

自2018年以来,从严监管的政策也延伸至刑事司法领域,自从金亚科技信息披露违规案被移送公安机关,已有多起此类案件进入刑事司法程序。在此背景下,我们应当关注到此次修法所传递出的进一步“从严打击”的信号。

需注意的是,虽然目前被移送公安机关的信息披露违规案件均是财务造假,但本罪所规制的信息披露违规行为绝不局限于财务造假。

回归法条我们可以看出,全国人大常委会在立法时就将两种违规信息披露行为视为犯罪:

一是向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告;

二是对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露。

那么,如何理解“依法应当披露的其他重要信息”?笔者认为,可结合《证券法》第80条(影响股票交易的重大事件信息)和第81条(影响债券交易的重大事件信息)的有关规定进行理解。具体来说,常见的应当披露的其他重要信息可能包括公司的重大亏损或者重大损失、公司重大债务违约、公司或其高管、实控人涉嫌刑事犯罪等等。详细内容,可对照证券法上述两条条文进行理解。

(三) 操纵证券、期货市场罪修改要点:

1.明确“影响交易价格或交易量”的操纵行为才构成本罪。

2.将“幌骗交易操纵”“蛊惑交易操纵”“抢帽子交易操纵”直接写入刑法。

解读:

2019年6月,最高院、最高检发布了《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》,以司法解释的方式首次明确“幌骗交易操纵”“蛊惑交易操纵”“抢帽子交易操纵”属于“以其他方法操纵证券、期货市场”。而此次《刑法修正案(十一)》则更进一步,将这三种行为从兜底条款中取出,直接写入刑法,进一步体现出这三种行为的危害性和高发性。

此前,新证券法已经先刑一步,在第55条中将上述三种行为明文规定为操纵行为。所以,此番刑法修订,也使刑法与证券法能更好地相互衔接。

但与《证券法》第55条规定的8项操纵行为相比,《刑法》第182条操纵证券、期货市场罪仅规定了7项操纵行为,唯一的区别在于《刑法》第182条未包含“利用在其他相关市场的活动操纵证券市场”。不过,考虑到本罪仍设置了兜底条款,“利用在其他相关市场的活动操纵证券市场”仍可理解为刑法中的“其他操纵行为”,不宜认为刑法会放纵此类操纵手法。

(四) 提供虚假证明文件、出具证明文件重大失实罪

修改要点: 1.条文中新增“承担保荐、安

全评价、环境影响评价、环境监测等职责”的中介组织人员故意提供虚假证明文件,或者严重不负责任出具假证明,也可构成犯罪。

2.规定“提供与证券发行、重大资产交易相关的虚假证明文件,情节特别严重,或在涉及公共安全的重大工程、项目中提供虚假证明文件,致使公共财产、国家和人民利益遭受特别重大损失的”,可加重处罚,判处5-10年有期徒刑。

3.规定既有提供虚假证明文件行为,同时索取他人财物或者非法收受他人财物构成犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

解读:

《刑法修正案(十一)》发布后,本罪有两大问题需要进一步研究:一是罪数问题,二是共同犯罪问题。

首先,关于罪数问题。在行为人故意提供虚假证明文件,同时索取或非法收受他人财物的情况下,如果其受贿数额特别巨大,将构成“非国家工作人员受贿罪”,法定刑为10年以上有期徒刑或者无期徒刑,可见,监管部门已决意严惩中介组织人员配合造假,最高无期徒刑的法律后果,必须引起中介组织人员的高度重视。

其次,关于共同犯罪问题。假设中介组织人员与发行人经事前共谋欺诈发行,此时,中介组织人员作为欺诈发行的共犯,应定欺诈发行股票、债券罪,还是提供虚假证明文件罪?

笔者认为,应定提供虚假证明文件罪,原因在于,这属于“帮助行为的正犯化”。帮助行为正犯化,是指某类犯罪行为,本身属于其他犯罪的帮助行为,但立法者将其独立成罪的情形。

刑法中,帮助行为正犯化的例子并不鲜见,例如《刑法》第358条第4款规定的协助组织卖淫罪,就是《刑法》第358条第1款组织卖淫罪的帮助犯;又如《刑法》第120条之一规定的帮助恐怖活动罪,也系《刑法》第120条组织、领导恐怖组织罪的帮助犯。在刑法对提供虚假证明文件独立成罪的情况下,即使存在事前共谋,也应适用提供虚假证明文件罪。

总结来说,《刑法修正案(十一)》的出台,解决了刑事司法长久以来的痛点,完善了行政执法与刑事司法的衔接,进一步体现出国家“零容忍”整肃资本市场的决心。无论企业还是中介组织人员,都应重视刑事风险。

上海放高化妆品销售中心(有限合伙) 统一社会信用代码:91310114MA1GTQKL17 经合伙人决议即日起注销,特此公告。  
上海超羿机电科技有限公司 注册号:310113001263304, 经股东会决定即日起注销,特此公告。  
上海梧栖园林绿化有限公司 经股东会决议解散,并已完成清算组,请债权人自本公告刊登之日起45日内向本公司清算组申报债权,特此公告。  
上海鹏准实业有限公司 经股东会决议解散,并已完成清算组,请债权人自本公告刊登之日起45日内向本公司清算组申报债权,特此公告。  
上海利优文化传播有限公司 统一社会信用代码913102300545899069, 经股东会决议,即日起注销,特此公告。  
上海善胜家居建材有限公司 经股东会决议解散,并已完成清算组,请债权人自本公告刊登之日起45日内向本公司清算组申报债权,特此公告。  
上海物资贸易有限公司 经股东会决议解散,并已完成清算组,请债权人自本公告刊登之日起45日内向本公司清算组申报债权,特此公告。

上海颀洋海洋工程有限公司 经股东会决议注册资本由原人民币1554.4041万元减至人民币1500万元,特此公告。  
上海鹤宝钢铁物流有限公司 经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币100万元,特此公告。  
随竟 遗失注销减资登报 传媒 021-59741361 13764257378(微信同号)

## 环保公益广告

