

新《证券法》实施背景下信息披露 犯罪疑难问题研究

陈 晨*

摘要:《刑法修正案(十一)》有关证券期货犯罪的条款则主要涉及信息披露犯罪。应综合考量主体身份要件、法定义务、因果关系等综合要素,并依据共同犯罪理论准确界定刑事责任人员范围。信息披露内容应关注其是否涵盖法定基本要素,而不拘泥于信息载体的具体名称。刑事司法宜借助专业机构的知识,对信息披露内容尤其是财务会计报告予以鉴证和证伪,在厘清信息披露违法犯罪的行为性质基础上,准确予以罪数评价。

关键词:信息披露 发行人 上市公司 证券服务机构 勤勉尽责

资本市场是一个信息市场,证券产品的特殊性导致信息不对称问题更加突出。相关市场主体只有充分地披露有效信息,全面地揭示和评估风险,形成合理的市场定价,投资者才能做出理性决策,从而提高市场运行的稳定性。因此,信息披露质量

* 复旦大学管理学院博士后,上海市人民检察院第四检察部检察官,经济学博士。

直接影响市场的运行效率和运行效果,是资本市场的核心问题。^{〔1〕}2020年3月1日正式实施的《证券法》(2019年修订)(以下简称新《证券法》)设专章规定信息披露制度,从扩大信息披露义务人的范围、完善信息披露的内容、强调应当充分披露投资者作出价值判断和投资决策所必需的信息、规范信息披露义务人的自愿披露行为等诸多方面,系统完善了信息披露制度。^{〔2〕}

2020年12月26日,第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过《刑法修正案(十一)》,自2021年3月1日起施行。《刑法修正案(十一)》与证券市场相关的法律修订主要涉及4个罪名^{〔3〕},分别为《刑法》第160条欺诈发行股票、债券罪,第161条违规披露、不披露重要信息罪以及第229条提供虚假证明文件罪、出具证明文件重大失实罪,而这4个罪名正是刑事法律规制信息披露违法犯罪的主要罪名。^{〔4〕}

相对于资本市场立法大刀阔斧的完善和推进,信息披露犯罪的刑事司法案例积累还稍显不足,法律适用和证据标准方面还存在不少争议问题亟待解决。本文立足于司法案例,借鉴行政执法理论和实践,对相关问题进行探讨。

一、刑法与新《证券法》的联动修订:问题讨论的大背景

法治化是资本市场健康发展的基石,从严监管是时代的需求。此

〔1〕 参见程茂军:《上市公司信息披露法律规制研究》,中国法制出版社2019年版,第1页。

〔2〕 考虑到本文所涉及的行政处罚和刑事司法案件均以修订前《证券法》作为法律依据和前置法基础,因此,在案例讨论部分多援引修订前《证券法》法条,并在注释中说明所对应的新《证券法》条款。

〔3〕 《刑法修正案(十一)》涉及证券期货犯罪的部分,除上述4个罪名外,还包括刑法第182条操纵证券期货市场罪。

〔4〕 从《证券法》的法条设置来看,欺诈发行违法行为未设置在信息披露一章,但考虑到《刑法》第160条欺诈发行股票、债券罪的主要行为方式是在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法等发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,发行股票或者公司、企业债券、存托凭证或者国务院依法认定的其他债券,其犯罪行为与信息披露具有密切关系,因此,将此类违法犯罪行为归于信息披露犯罪予以研究。

次《证券法》与《刑法》的联动修改,向资本市场释放了加强法治化建设、提高违法成本的强烈信号。信息披露制度是政府对诸多社会领域监管的基石,对证券市场尤其如此。^[5] 在全面推行注册制大背景下,此次新《证券法》对信息披露制度予以高度关注,而《刑法修正案(十一)》涉及证券犯罪完善的内容则聚焦于信息披露犯罪,我国刑法学泰斗高铭暄先生评价,此次《刑法》修正案坚持以人民为中心的立法价值理念,更加注重统筹发挥好《刑法》对经济社会生活的规范保障、引领推动作用,《刑法修正案(十一)》与《证券法》密切联动,不仅回应了证券市场发展的首要关切,也契合了当前资本市场全面深化改革的攻关主题,有利于打造资本市场良好发展生态并保证经济运行安全。^[6] 具体而言,《刑法》与《证券法》的联动修订主要表现在以下几个方面:

(一) 严密刑事法网

1. 完善刑事责任主体范围。针对《刑法》第 229 条提供虚假证明文件罪和出具证明文件重大失实罪的主体包括承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织,《刑法修正案(十一)》对两罪的犯罪主体予以完善,明确列举保荐人员属于两罪名的刑事规制范围。

2. 增加犯罪行为方式。为了与新《证券法》相关修订内容相衔接,修正案在欺诈发行股票、债券罪和违规披露、不披露重要信息罪中均扩展了犯罪的实行行为,明确了公司、企业的控股股东、实际控制人组织、指使实施欺诈发行股票或违规披露、不披露重要信息行为的刑事责任。

3. 增加实施犯罪所利用的信息载体种类。《刑法修正案(十一)》将《刑法》第 160 条欺诈发行股票、债券罪所列举发行文件载体“招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法”修改为“招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法等发行文件”,扩展了可能列入刑事法律规制的信息载体种类范围。

[5] See McClane, Jeremy R, *Regulating Substance through Form: Lessons from the SEC's Plain English Initiative*, Harvard Journal on Legislation, Vol. 55, Issue 2, Summer 2018.

[6] 参见高铭暄、孙道萃:《〈刑法修正案(十一)〉(草案)》的解读,载《法治研究》2020 年第 5 期。

(二) 加大刑事责任

1. 提高自由刑刑期。对理论和实务界长期质疑的信息披露犯罪只有一档法定刑,处罚力度偏低不足以阻遏犯罪的问题,《刑法修正案(十一)》予以回应,第160条欺诈发行股票、债券罪、第161条违规披露、不披露重要信息罪以及第229条提供虚假证明文件罪均增设了一档法定刑,使涉嫌上述罪名的行为人可能面临的自由刑刑期明显提高。

2. 大幅提升罚金刑。证券犯罪作为典型的经济犯罪,罚金刑的设置意味着提升违法犯罪成本,对于彻底阻遏行为人的经济驱动力具有重要意义。此次《刑法》修正案中主要从以下两个方面提升罚金刑:一是将罪名的倍比罚金制调整为无限额罚金制,如在《刑法》第160条欺诈发行股票、债券罪中对发行人的罚金由现行的“非法募集资金金额百分之二以上百分之五以下罚金”调整为无限额罚金,而第161条对依法负有信息披露义务的公司、企业中直接负责和其他直接责任人员罚金,则由现行的并处或者单处2万元以上20万元以下罚金,调整为无限额罚金。二是直接提高罚金与违法所得的比例和数额,如第160条新增设的控股股东、实际控制人组织、指使实施欺诈发行行为的,除了判处相应的自由刑外,均应“并处或者单处非法募集资金金额百分之二十以上一倍以下罚金”,相较于现行《刑法》中“并处或者单处非法募集资金金额百分之二以上百分之五以下罚金”的规定,前者罚金刑的比例显著提高。

综上分析,此次《刑法》修正案积极贯彻刑事治理的立法思维,注重整合犯罪学、刑事政策学等多学科的资源,从科学而有效治理犯罪的基本立场出发,及时运用立法等手段回应,^[7]在既有刑法规制的基础上,从增加行为种类、完善行为主体、提升刑事责任处罚力度等方面与新《证券法》紧密衔接,进一步提升了针对资本市场重大违规的处罚力度,提高了资本市场的违法违规成本,违法违规的行为人不仅将面临更高的行政罚款和针对投资者的民事赔偿,还将面临更为严格的刑

[7] 参见高铭喧、傅跃建:《新时代刑事治理现代化研究》,载《上海政法学院学报》(法治论丛)2020年第4期。

事法律制裁。^[8]

《刑法》与《证券法》作为保障资本市场秩序与稳定的两大法律利器,在此次联动修订中,对信息披露违法犯罪高度关注,释放出规范证券市场秩序、打击信息披露违法犯罪活动,为全面实施注册制保驾护航的强烈信号,正如中国人民大学刘俊海教授所言,《刑法修正案(十一)》“既实现了民事责任、行政责任、刑事责任、信用责任四大法律责任之间的有机协调和无缝对接,也实现证券法与刑法之间的同频共振”。^[9]这是行政执法者和刑事司法者在实践中需要关注的原则和坚持的方向,也是本文对信息披露犯罪的相关疑难问题讨论的立法背景。

二、信息披露的义务主体及刑责范围

厘清市场各方主体责任,完善法律法规建设是规制证券市场信息披露和发行秩序的基础。信息披露义务主体是指以自己的名义,对有关自身的经营、财务或交易的重大信息加以披露的当事人。^[10]对于哪些主体在何种条件下承担信息披露义务,论者见解并不相同。一般认为主要包括证券发行人、上市公司和上市公司控股股东等。在此基础

[8] 针对此次《刑法》修正案对证券犯罪罪名的修改,笔者还有几点完善建议:第一,统一相关罪名罚金刑设置,修正案采取了将倍比罚金制修改为无限额罚金、提升倍比罚金两种方式,如对第160条欺诈发行股票、债券罪的规定,该条第1款采取无限额罚金,第2款、3款采取提升倍比罚金的方式,稍显混乱,而法学理论和司法实践一般认为,无限额罚金重于倍比罚金,因此在同一罪名中宜对罚金刑的设置方式予以统一。第二,协调相关罪名单位犯罪单罚制和双罚制的规定,修正案对《刑法》第161条违规披露、不披露重要信息罪的第1款保留原有刑法规定,对涉案单位采取单罚制,而第2款、3款明确了所增设的控股股东等主体为单位犯罪时采取双罚制,对此统一为宜。第三,此次《刑法》修正案对于证券犯罪修订仅局限于前述3个罪名,但实际上,对内幕交易、泄露内幕信息罪、利用未公开信息交易罪、操纵证券市场等罪名均应有所关注,如《刑法》与修订后《证券法》在利用未公开信息违法犯罪主体上不完全一致,对此建议修改统一。

[9] 吴晓璐:《刑法修正案草案加大欺诈发行等刑罚,与新证券法实现同频共振》,载腾讯网,<https://new.qq.com/omn/20200630/20200630A02ANY00.html>,2020年6月30日访问。

[10] 参见盛学军:《证券公开规制研究》,法律出版社2004年版,第151页。

上,信息披露的责任主体要大于义务主体的范围。根据新《证券法》第85条、第163条等条款规定,除了信息披露义务主体,发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,以及出具信息披露文件的证券服务机构,视其情况也要承担相应的法律责任。基于讨论主题,本文重点关注发行人、上市公司董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员,以及证券服务机构两大类市场主体的刑事法律义务和责任。

(一) 发行人、上市公司刑事责任人员的范围界定

1. 发行人、上市公司内部人员的刑事责任范围。发行人、上市公司违规信息披露案件一般犯罪链条长,涉及人员多,在确定刑事责任人员范围时,需要对行政违法性、刑事违法性和社会危害大小进行审查和判断,准确划定与犯罪事实有直接、重要作用的人员范围,而不以发行人董事、监事、高级管理人员的身份为限制。现以上海检察机关办理的一起违规披露重大信息刑事案件为例进行讨论。

【案例1】被告人所在H公司系1995年在上海证券交易所上市的公司。2015年10月,为虚增上市公司业绩,经时任公司副董事长、总经理任某某决定,由副总经理、财务总监林某某,财务经理秦某某及某下属子公司副总经理盛某实施,将已由他人完工的工程收入违规计入公司三季报,并对外披露,累计虚增利润1000余万元,占同期披露利润总额的81.35%,虚增净利润近800万元,将亏损披露为盈利。任某某等4人以违规披露重要信息罪,被判处拘役3个月至有期徒刑1年,并处罚金5万元至20万元不等,均适用缓刑。据悉,该案是上海市提起公诉的首例违规披露重要信息案。^[11]

本案被刑事追责的4名被告人中,任某某、林某某、秦某某均系涉案公司的“董监高”,而盛某不具备上市公司“董监高”身份要件,但其时任H公司下属子公司的副总经理,分管公司财务,负责涉案虚假工程项目的接洽以及材料提供,是虚假财务会计报告制作和提供的具体实施者,应认定为直接责任人员。

[11] 参见《上海首例! 四人违规披露重要信息被提起公诉获判》,载新浪网, http://k.sina.com.cn/article_5044281310_12ca99fde020018vps.html, 2020年6月8日访问。

2. 发行人、上市公司外部人员的责任问题。从证监会查处的上市公司因财务造假导致信息披露违法的案件来看,除上市公司管理层参与违法之外,公司高级管理人员、大股东或实际控制领导指使、安排公司外部人员参与实施财务造假的情形也比较多发。在既有案例中,公司外部人被处罚的情况亦不罕见,如果公司外部人员属于修订前《证券法》第193条^[12]第1款所规定的其他信息披露义务人,或存在第3款所规定的信息披露义务人的控股股东、实际控制指使从事违法行为的情形,证监会可以对有关人员予以处罚。但如果上述人员以外的公司外部人参与了公司财务造假行为,对其行政处罚则存在一定争议。^[13]

本文认为,对发行人、上市公司外部人员参与信息披露违法犯罪行为予以行政和刑事规制有其法理依据:一方面,根据法律规定,对于上市公司因财务造假所导致信息披露违法的案件,公司“董监高”在未直接参与违法,甚至并不知情的情况下,也可能因为勤勉尽责对公司所披露文件履行保证责任而被处罚,其违法行为主要体现为消极的不作为;而外部人明知违法而积极实施有关行为,属于积极作为的情形,其在违法行为中所扮演的角色比前述内部人更加重要,社会危害性更大。另一方面,从执法和司法效果来看,如果对外部人积极实施信息披露违法犯罪的情形不追究其法律责任,不仅在个案中导致放纵违法,从而使其他因不作为被处罚的人质疑处罚的公正,还可能对市场形成错误导向。

实践中可从以下两种法律适用路径,对参与信息披露违法犯罪的外部人员课以行政处罚:^[14]其一,作为单位的责任人员处罚。根据2011年中国证券监督管理委员会《信息披露违法行为行政责任认定规则》第17条的规定,董事、监事、高级管理人员之外的其他人员,确有证

[12] 新《证券法》为第197条。

[13] 例如,雅百特信息披露违反法规行政处罚一案中,涉案关键人员李某松在多个环节参与公司财务造假,但由于证据方面的原因,最终未对其进行处罚。

[14] 参见中国证监会行政处罚决定书(2017)102号(江苏亚百特科技股份有限公司、陆某、顾某莉等21名责任人员)。相关案例分析详见“雅百特信息披露违法违规案”,载中国证券监督管理委员会行政处罚委员会编:《证券期货行政处罚案例解析》(第2辑),法律出版社2019年版,第114~115页。

据证明其行为与信息披露违法行为具有直接因果关系,包括实际承担或者履行董事、监事或者高级管理人员的职责,组织、参与、实施了公司信息披露违法行为或者直接导致信息披露违法的,应当视情形认定其为直接负责的主管人员或者其他直接责任人员。此项规定明确了在责任人员认定时,应采取实质重于形式的原则,其范围并不局限于上市公司董事、监事、高级管理人员,只要确有证据证明其行为与信息披露违法具有在直接因果关系,即可以认定为责任人员,其范围可延伸至公司其他人员乃至外部人员。从刑事判决来看,已有上市公司非董事、监事、高级管理人员,被认定为违规披露重要信息的刑事责任人员,甚至因其积极联系介绍通道公司、直接组织指使下属推进具体虚假贸易的开展,并通过增加三方循环虚假贸易实现虚增利润等行为,一审法院未采纳其辩护人的辩护意见,将其认定为直接负责的主管人员而非直接责任人员。^[15]

其二,与信息披露义务人构成共同违法处罚。如果有证据证明外部人员与公司或其他信息披露义务人如实际控制人存在共同违法的主观故意并且从事相关违法行为,则可以认定为共同违法。实践中,在内幕交易、操纵市场类案件中不乏证监会认定共同违法的情形,其中既包括自然人之间共同违法如多起夫妻共同内幕交易案件,也包括单位和个人构成共同违法的情形,如上海阜兴集团、李某卫操纵大连电瓷案。^[16]此外,对于上述共同违法的认定思路可参考我国刑法在共同犯罪认定时对帮助犯依据主犯性质的定罪原则,主要根据《刑法》第382条以及最高人民法院《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第3条规定,公司、企业或者其他单位中,不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占为己有的,按照主犯的犯罪性质定罪。

刑事司法实践中,对发行人、上市公司外部人涉及信息披露犯罪行为予以追责已有相关判例,可以作为行政执法和刑事司法的参考。

[15] 参见上海市第三中级人民法院刑事判决书(2020)沪03刑初57号。

[16] 参见中国证监会行政处罚决定书(2018)77号(上海阜兴金融控股集团有限公司、朱一栋、李某卫等5名责任人员)。

【案例2】Z公司是一家成立于2006年的物流公司,2013年下半年,Z公司法定代表人陈某某、总经理关某为达到顺利发行私募债券、募集资金的目的,在明知公司财务状况不符合发债要求的情况下,伙同为Z物流公司代理记账的刘某某及Z公司财务负责人周某,向承销商提供虚假财务数据致使承销商根据上述虚假的财务数据决定立项。之后关某伙同周某、刘某某通过制作虚假“增值税专用发票”“纳税凭证”等财务凭证及虚假财务报表的方式,虚增公司营业收入及利润,并通过Y会计师事务所出具了虚增营业收入6.7亿余元,虚增利润1.4亿余元,虚增资本公积金6000余万元的审计报告。2014年1月,承销商出具了包含上述审计报告数据的私募债券募集说明书,经证券交易所备案,发行两年私募债券共计0.9亿元,造成投资者重大资金损失。^[17]

本案中,陈某某、关某和周某系Z公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员,刘某某作为欺诈发行债券的共犯,4人行为均构成欺诈发行债券罪。对刘某某的定性可以从主观和客观两方面论证:首先,刘某某在主观上具有欺诈发行债券的共同故意,其参与了关某、与券商工作人员第一次商讨发债碰头会,明确知道Z公司发行中小企业私募债券的意图。刘某某一直在为Z公司记账,在明知Z公司2010~2012年3年营业收入仅为100万~300万元,企业每年亏损几百万元乃至近千万万元的情况下,调整审计报告将把营业收入改成一两亿元,净利润改成二三千万元,数额悬殊。其次,刘某某在客观上实施了虚造财务数据的欺诈行为,其给券商工作人员发送了虚假的财务数据,使券商根据上述虚假的财务数据决定对Z公司发债立项,其行为为Z物流发债提供了可行性。另外,刘某某还提供了电子账套到Z公司,会计师事务所以此电子账套为基础,出具了虚增营业收入6.7亿元,虚增利润1.4亿元,虚增资本公积金6000余万元的审计报告,私募债券募集说明书也包含了此审计报告,这足以证实刘某某在帮助Z公司发行债券过程中所发挥的实质性作用。^[18]

[17] 参见上海市第一中级人民法院刑事判决书(2018)沪01刑初66号。

[18] 对于欺诈发行和信息披露违法行为的法条关系,本文将在后文作进一步讨论,基于违规披露不披露是欺诈发行的一般条款,举重以明轻,对于欺诈发行案件中公司外部人员的行政和刑事责任可以认定,违规信息披露案件中亦可以认定。

（二）证券服务机构的义务和责任

新《证券法》第160条进一步完善了证券服务机构的范围和准入机制,在证券服务机构的范围方面,增加了财务顾问机构、信息技术系统服务机构,并且明确了证券服务机构的义务,即应当勤勉尽责、恪尽职守,按照相关业务规则为证券的交易及相关活动提供服务。证券发行、上市、交易等业务复杂,需要券商、会计师事务所、律师事务所等各类中介机构分别提供专业服务,发表专业意见,保证发行证券的质量,从而有效减少市场主体之间的信息不对称程度,体现证券市场“看门人机制”的核心功能。

但在近年来接连发生的万福生科、新大地、欣泰电气等性质恶劣的财务造假案件中,证券中介机构均失守“看门人”的角色,诚信意识淡薄、职业操守存在严重缺陷,其“负作用”饱受诟病。从刑事角度来看,2017年起,上海司法机关办理的多起欺诈发行私募债券刑事案件中,涉案会计师事务所、承销券商无视法律,共同参与财务造假和欺诈发行,已有多起中介机构工作人员被刑事追责。

1. 证券服务机构“勤勉尽责”义务的阐释对于证券服务机构与保荐人而言,“勤勉尽责”是其法定义务的核心要素,也是阻却其行政责任乃至刑事责任的法定事由。因此,不能单纯以发行人存在欺诈行为来推定中介机构未勤勉尽责,中介机构的勤勉尽责情况需要对照其业务规则作具体判断。发行人、上市公司与中介机构是相互独立的主体,中介机构的责任在于对发行、上市、交易所披露的信息进行审慎核查,在审慎核查的基础上判断其是否符合发行条件,而不负有“发现一切欺诈”的责任。因此,应对证券服务机构的“勤勉尽责”义务作谨慎地把握和认定,一方面,中介机构如不能勤勉尽责,核查工作流于形式,则发现欺诈的可能性就大为降低;另一方面,在发行人财务欺诈趋于隐蔽化的情况下,存在中介机构即便已经勤勉尽责,客观上仍不能发现欺诈行为的可能。就此意义而言,“勤勉尽责”是中介机构的责任边界所在。

从行政监管角度而言,中介机构“勤勉尽责”可以从三个层面进行考量:一是进行合规性审查,看其是否履行了现行规则体系明确规定的核查或鉴证职责。二是进行充分性审查,即审查中介机构的核查工作是否与核查目的相匹配,是否能够足以支持其核查结论,充分行使在合

规性基础上更进一步的要求,也是“勤勉”要义所在。三是进行审慎性审查,也即审查中介机构是否履行了其专家注意义务。^[19]

2. 刑事案件中认定未尽“勤勉尽责”义务的思路。从刑事司法的角度而言,认定证券服务机构是否履行“勤勉尽责”义务,是否能够阻却其刑事法律责任,应从中介机构履职过程中是否严格履行法定义务,出具的证明文件是否存在重大失实问题,违反义务规定与证明文件失实之间是否存在实质因果关系等方面进行综合审查,现以一起注册会计师涉及出具证明文件重大失实案例予以分析。

【案例3】2013年下半年,L会计师事务所因T公司发行中小企业私募债对该公司2011年度、2012年度财务状况进行审计。杨某某、陈某某等人违反审计准则,按照T公司授意,在未核实财务凭证的情况下对T公司营业收入、净利润进行重大调整,虚增营业收入3亿余元、净利润6300余万元、资本公积金6500余万元。王某某、徐某二人未对T公司审计报告及底稿进行审计及复核审查,严重不负责任,在该含有重大失实财务数据的审计报告书上签名确认,使T公司发行中小企业私募债成功。至2016年7月债券到期后,T公司无力支付1亿元债券本息,造成投资人重大经济损失。^[20]

根据《注册会计师法》和《中国注册会计师独立审计准则》等规定,注册会计师负有维护社会公共利益,保护投资者和其他利害关系人的合法权益,促进社会主义市场经济的健康发展的社会责任。注册会计师应当恪守独立、客观、公正的原则,以应有的职业谨慎态度执行审计业务,对被审计单位会计报表的合法性、公允性及会计处理方法的一贯性进行审计时,应当按照独立审计准则的要求出具审计报告,保证审计报告的真实性和合法性。但在本案4名被告人违反审计准则和职业操守,严重不负责任,致使出具的审计报告严重失实。

第一,本案4名涉案注册会计师均严重违反审计准则的相关规定。根据《中国注册会计师审计准则第1101号——注册会计师的总体目标

[19] 参见中国证券监督管理委员会行政处罚委员会编:《证券期货行政处罚案例解析》(第1辑),法律出版社2017年版,第234~236页。

[20] 参见上海市第一中级人民法院刑事判决书(2017)沪01刑初80号。

和审计工作的基本要求》，注册会计师在整个审计过程中应运用职业判断和保持职业怀疑，在重要审计环节需要运用职业判断并保持职业怀疑，包括通过了解被审计单位及其环境，识别和评估由于舞弊或错误导致的重大错报风险；通过对评估的风险设计和实施恰当的应对措施，针对是否存在重大错报获取充分、适当的审计证据；根据从获取的审计证据中得出的结论，对财务报表形成审计意见等。^[21]但涉案会计师事务所现场负责人在缺少相关合同、出入库单、商品明细清单、征询函等材料原件的情况下直接将账外收入调整为营业收入；在未对股东会决议内容进行核实、发行人也未提供相关材料的情况下直接将股东捐赠转成资本公积金，造成了审计报告初稿为 T 公司虚增营业收入 3 亿余元、净利润 6300 余万元、资本公积金 6500 余万元。更有甚者，徐某和王某某两名注册会计师在未参与该项目的前期任何环节，亦未对审计报告初稿进行审核的情况下，即直接予以签名，根本未严格履行审计准则，更难论及职业怀疑和勤勉义务。

此外，根据《中国注册会计师审计准则第 1142 号》^[22]第 25 条，如

[21] 财政部《中国注册会计师审计准则第 1101 号——注册会计师的总体目标和审计工作的基本要求》(2010 年修订)第 22 条规定，审计准则旨在规范和指导注册会计师对财务报表整体是否不存在重大错报获取合理保证，要求注册会计师在整个审计过程中运用职业判断和保持职业怀疑。需要运用职业判断并保持职业怀疑的重要审计环节主要包括：(1)通过了解被审计单位及其环境，识别和评估由于舞弊或错误导致的重大错报风险；(2)通过对评估的风险设计和实施恰当的应对措施，针对是否存在重大错报获取充分、适当的审计证据；(3)根据从获取的审计证据中得出的结论，对财务报表形成审计意见。第 28 条规定，在计划和实施审计工作时，注册会计师应当保持职业怀疑，认识到可能存在导致财务报表发生重大错报的情形。第 30 条规定，为了获取合理保证，注册会计师应当获取充分、适当的审计证据，以将审计风险降至可接受的低水平，使其能够得出合理的结论，作为形成审计意见的基础。此三项条款在财政部 2019 年修订的《中国注册会计师审计准则第 1101 号——注册会计师的总体目标和审计工作的基本要求》均未作修改，因本案案发时间为 2017 年，因此引用 2010 年修订版本。

[22] 《中国注册会计师审计准则第 1142 号——财务报表审计中对法律法规的考虑》第 25 条规定，如果认为违反法律法规行为对财务报表具有重大影响，且未能在财务报表中得到充分反映，注册会计师应当按照《中国注册会计师审计准则第 1502 号——在审计报告中发表非无保留意见》的规定，发表保留意见或否定意见。该条款经 2019 年财政部《关于〈印发中国注册会计师审计准则第 1101 号——注册会计师的总体目标和审计工作的基本要求〉等 18 项审计准则的通知》修订后未作修改，仍予以保留。

果认为违反法律法规行为对财务报表有重大影响,且未能在财务报表中得到恰当反映,注册会计师应当发表保留意见或否定意见。案件中发行人提供的财务报表存在多项明显且重大的可疑之处,注册会计师仍出具无保留意见审计报告并顺利通过会计师事务所的审核,严重违反了审计准则。

第二,本案中的发行证明文件存在重大失实,L会计师事务所为T公司出具的审计报告在审计底稿、确认外账收入、确认入账收入、调整资本公积金等方面均有严重问题,最终导致T公司虚增营业收入3亿余元、净利润6300余万元、资本公积金6500余万元的重大失实。

第三,从因果关系来看,4名被告人的职务行为与审计报告的严重失实从而导致投资人严重损失之间存在直接因果关系。首先,杨某某作为L会计师事务所承接T公司审计项目的主管人员,在审计期间指派陈某某等人进行现场审计,与陈某某商议如何落实T公司要求,并在陈某某拒绝签名后安排王某某、徐某作为签字注册会计师签名。其次,陈某某负责T公司审计项目的现场审计和审计报告初稿起草,在未按审计准则要求对T公司账外收入和股东捐赠等进行审核的情况下,直接进行审计调整,最终出具无保留意见的审计结论,而王某某和徐某作为T公司审计报告的签发人,未对T公司审计报告的真实性、完整性进行复核,亦未对其中的重要审计事项的正确性进行复核,其过失行为显然已经达到严重不负责任之程度。由此可见,4名被告人在T公司审计项目的不同环节均发挥了重要、实质性作用,其行为与审计报告重大失实之间存在直接因果联系,应认定为直接负责的主管人员和其他直接责任人员承担相应的刑事责任。

3. 证券中介机构参与信息披露犯罪的主观故意区分。刑法规制证券中介机构及其工作人员信息披露违法犯罪行为的罪名主要为提供虚假证明文件罪与出具证明文件重大失实罪,两罪名的不同之处主要在于主观方面,前者属故意行为,后者属过失行为。应当指出,这里的故意、过失是相对于证明文件本身的真假而言的,明知证明文件的内容虚假而提供,即可认定为故意提供;相反,因未尽必要的注意义务而未认识到所出具的证明文件与事实不符,则属过失。

近年来,在欺诈发行股票、债券的刑事案件中,涉案注册会计师无

视行业操作规范,或在明知发行人不符合发行条件情况下故意提供虚假证明文件,或肆意违规调整财务数据,违背了独立审计准则,未能遵循和实施必要的审计程序,所出具的审计意见以未经核实或者委托利害关系人核查的审计证据为依据,存在严重的失职行为,司法机关根据其主观故意的不同分别予以定罪处罚。

例如,在李某甲、李某提供虚假证明文件一案中,被告人李某甲、李某受北京某会计师事务所指派,为A集团发行债券进行财务审计工作。在明知该集团不符合发行债券的要求的情况下,被告人李某甲安排被告人李某故意通过虚增收入、利润等方式修改财务报表数据,出具了A集团虚假的财务审计报告,加盖了公章并由被告人李某甲等签字,并在此基础上先后出具了虚假的A集团2013年、2014年1~6月审计报告。A集团将以上3份财务审计报告作为申请发行共计3亿元债券的依据,并发行成功。^[23]

而在前述杨某某等4人出具证明文件重大失实一案中,对于审计报告的严重失实,4名被告人有义务、有能力预见到,之所以未预见到完全系不正确履行职责、严重不负责任所致,并因此造成了严重的危害后果,因此,认定4名被告人构成出具证明文件重大失实罪。^[24]

4. 发行人、上市公司与证券服务机构是否认定共同犯罪。在欺诈发行和违规信息披露的刑事案件中,是否认定证券服务机构及其工作人员与发行人、上市公司及其内部人员构成共同犯罪,需要根据案件事实予以具体评价。以注册会计师提供虚假、失实财务会计报告为例,注册会计师与发行人及其高管是否以共同犯罪定罪处罚,则主要根据注册会计师的主观故意、实施行为以及地位作用等综合因素。

其一,如果注册会计师的行为主要为职务行为,尽管发行人、上市公司及其高管与注册会计师两者存在共同实施犯罪的故意,对于后者仍需按提供虚假证明文件罪处理:一方面,两者的故意内容有所不同,前者主要是出于虚增业绩欺骗股东和社会公众,后者主要是出于承接审计业务考虑;另一方面,双方的行为在刑法上可以得到充分的、相应

[23] 参见山东省庆云县人民法院刑事判决书(2018)鲁1423刑初192号。

[24] 参见上海市第一中级人民法院刑事判决书(2017)沪01刑初80号。

的评价,无须按共同犯罪处理。^[25]

其二,如果注册会计师涉及其他行为,或者其作用主要不是依附于其注册会计师的审计职能,并且对欺诈发行或信息披露违法犯罪产生实质性作用,可以考虑认定共同犯罪。例如,在一起欺诈发行债券案件中,会计师王某某不仅为计划发行债券的企业联系了具有证券业务资质的会计师事务所,还为企业财务人员介绍制作假税单和发票的人,其“穿针引线”的作用贯穿私募债发行始终,成为发行人欺诈发行犯罪行为的“掮客”,宜认定为欺诈发行债券的共犯。^[26]

5. 证券服务机构刑法规制的完善。从立法角度看,证券法律体系对保荐人和其他证券中介机构的法律规制存在差别,如新《证券法》第十章对证券服务业务进行规定,但未涉及保荐机构;而第182条^[27]和第213条^[28]对保荐人和证券服务机构的法律责任分别作出规定,可见保荐人在地位设定上有别于证券服务机构。

根据《证券发行上市保荐业务管理办法》(2020年)第8条、第58条、第61条规定,“证券服务机构及其签字人员应当依照法律、行政法规和中国证监会的规定,配合保荐机构及其保荐代表人履行保荐职责,并承担相应的责任”^[29]“保荐机构有充分理由认为其专业能力存在明

[25] 参见最高人民法院指导案例第285号“董某等提供虚假财会报告案”,载张军主编:《刑事审判参考》(2004年第2集),法律出版社2004年版。

[26] 上海市第一中级人民法院刑事判决书(2018)沪01刑初58号。

[27] 修订前《证券法》第192条。

[28] 修订前《证券法》第226条第2~3款和第223条。

[29] 《证券发行上市保荐业务管理办法(2020年)》[中国证券监督管理委员会令(第170号)]第8条规定,发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员,为证券发行上市制作、出具有关文件的律师事务所、会计师事务所、资产评估机构等证券服务机构及其签字人员,应当依照法律、行政法规和中国证监会、证券交易所的规定,配合保荐机构及其保荐代表人履行保荐职责,并承担相应的责任。保荐机构及其保荐代表人履行保荐职责,不能减轻或者免除发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员、证券服务机构及其签字人员的责任。

显缺陷的,可以向发行人建议更换。”^[30] 证券服务机构及其签字人员应当保持专业独立性,对保荐机构提出的疑义或者意见进行审慎的复核判断,并向保荐机构、发行人及时发表意见。^[31] 在证券发行上市工作中,保荐人处于统揽全局、组织协调的重要地位,根据权责对应原则,法律对保荐人设置了较证券服务机构更为严格的法律责任。

根据新《证券法》第 182 条的规定和第 213 条第 3 款的规定,保荐人需要承担责任的义务违反情形是“出具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的保荐书,或者不履行其他法定职责的”,而第 213 条第 3 款规定的证券服务机构承担责任的义务违反情形为“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”,^[32] 可见,发生法律文件存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等后果,是证券服务机构行为违法的构成要件,而非保荐人行为违法的构成要件,保荐人“不履行其他法定职责”,但未最终导致保荐书等法律文书存在虚假记载等后果的仍需依法承担法律责任。也就是说,较其他证券服务机构,证券法律对保荐人设定了更为严格的归责原则。此外,新修订的《证券法》第 24 条规定了发行人控股股东、实际控制人以及保荐人在

[30] 《证券发行上市保荐业务管理办法(2020年)》[中国证券监督管理委员会令(第170号)]第58条规定,保荐机构应当组织协调证券服务机构及其签字人员参与证券发行上市的相关工作。发行人为证券发行上市聘用的会计师事务所、律师事务所、资产评估机构以及其他证券服务机构,保荐机构有充分理由认为其专业能力存在明显缺陷的,可以向发行人建议更换。

[31] 《证券发行上市保荐业务管理办法(2020年)》[中国证券监督管理委员会令(第170号)]第61条规定,证券服务机构及其签字人员应当严格按照依法制定的业务规则和行业自律规范,审慎履行职责,作出专业判断与认定,对保荐机构提出的疑义或者意见,应当保持专业独立性,进行审慎的复核判断,并向保荐机构、发行人及时发表意见。证券服务机构应当建立并保持有效的质量控制体系,保护投资者合法权益。证券服务机构应当妥善保存客户委托文件、核查和验证资料、工作底稿以及与质量控制、内部管理、业务经营有关的信息和资料。

[32] 新《证券法》第182条规定:保荐人出具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的保荐书,或者不履行其他法定职责的,责令改正,给予警告,没收业务收入,并处业务收入一倍以上十倍以下的罚款;没有业务收入或者业务收入不足一百万元的,处一百万元以上一千万元以下的罚款;情节严重的,并处暂停或者撤销保荐业务许可。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处五十万元以上五百万元以下的罚款。

过错推定下的连带责任,赋予了保荐人更加严格的民事法律责任,^[33]对此立法原则应予以准确把握。

然而,现行《刑法》规定对保荐人故意提供虚假保荐文件或出具保荐文件重大事实的相关罪名未予明示,与保荐人“第一看门人”的市场作用不匹配。在刑事司法实践中,涉及保荐人、承销券商涉嫌违法犯罪情形,多以职务类罪名追究刑事责任。例如,某保荐人非国家工作人员受贿案中,证券公司投资银行部总经理与两名下属共谋从相关企业获得非法利益,形成了环环相扣的犯罪流程,由一名下属担任保荐代表人,全面负责首次公开募股项目的材料撰写以及上会前的准备工作,另一下属负责首次公开募股项目招股说明书中非财务部分的撰写,总经理则在该项目的立项会、内核会中行使投票权,三人分工“合作”长达近3年,获利逾千万元。该案对3名被告人以非国家工作人员受贿罪判处有期徒刑1年9个月缓刑1年9个月至2年6个月不等。^[34]

值得肯定的是,《刑法修正案(十一)》对《刑法》第229条进行修改,明示保荐人属于提供虚假证明文件和出具证明文件重大实施罪的主体,并在提供虚假证明文件罪的法定刑升格规定中,明确了提供与证券发行相关的虚假保荐证明文件,“情节特别严重”的情形,充分提示了保荐人作为证券发行市场“第一看门人”,更应慎独自律,择善而从。

三、信息披露的内容范围及证伪方法

信息披露制度是资本市场健康发展的基石,是维护投资者知情权

[33] 新《证券法》第24条规定:“国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的证券发行注册的决定,发现不符合法定条件或者法定程序,尚未发行证券的,应当予以撤销,停止发行。已经发行尚未上市的,撤销发行注册决定,发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人;发行人的控股股东、实际控制人以及保荐人,应当与发行人承担连带责任,但是能够证明自己没有过错的除外。”股票的发行人在招股说明书等证券发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,已经发行并上市的,国务院证券监督管理机构可以责令发行人回购证券,或者责令负有责任的控股股东、实际控制人买回证券。

[34] 参见上海市杨浦区人民法院刑事判决书(2017)沪0110刑初1187号。

的重要保障,究竟以何种载体向社会公众提供信息构成刑事法意义上的信息披露,以及如何证明行为人在信息披露违法犯罪或欺诈发行证券,从而使其承担相应的法律责任,是值得细致研究的问题。

(一) 如何准确认定“财务会计报告”

财务会计报告是证券信息披露违法犯罪行为中经常涉及的概念和内容,根据《刑法》规定,违规披露、不披露重要信息罪是指“依法负有信息披露义务的公司、企业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,或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露,严重损害股东或者其他利益,或者有其他严重情节的行为”。财务会计报告的概念和范围,仅从刑法角度较难准确理解,需要援引相关前置法律法规。根据国务院2001年1月1日施行的《企业财务会计报告条例》(以下简称《条例》)规定,财务会计报告是指企业对外提供的反映企业某一特定日期财务状况和某一会计期间经营成果、现金流量的文件。财务会计报告分为年度、半年度、季度和月度财务会计报告。年度、半年度财务会计报告应当包括会计报表、会计报表附注、财务情况说明书。而季度、月度财务会计报告通常仅指会计报表,会计报表至少应当包括资产负债表和利润表。《条例》对财务会计报告的主要类别和基本要素予以明确规定,为刑事司法案件中判断一份包含财务数据的文件是否属于“财务会计报告”提供了标准和指引。在此基础上,刑事司法者应立足于信息披露犯罪所侵犯的法益,根据案件事实和证据情况作出具体认定。

以前文所述案例1为例进行讨论,^[35]H公司对外披露的虚假信息载体为2015年第三季度报告,对此能否认定为刑法意义上的“财务会计报告”?本文持肯定意见,主要理据如下:H公司公布的2015年三季报以附录形式包含了合并资产负债表、母公司资产负债表、合并利润表、母公司利润表、合并现金流量表、母公司现金流量表,涵盖了《企业财务会计报告条例》第8条对财务会计报告季报的要素,这是其一。其二,从刑法保护法益来看,违规披露、不披露重要信息之所以要对财务会计报告予以明示强调,正是基于财务信息是公司信息披

[35] 参见上海市第三中级人民法院刑事判决书,(2020)沪03刑初4号。

露的核心内容,是投资者作出价值判断和投资决策的主要依据,同时,财务信息容易暴露出公司治理和企业经营中存在的问题,也成为发行人造假的重要手段和对象。因此,应对发行人披露的财务会计文件予以穿透式、实质性的认定,只要其财务文件符合了前置法的要件要求,含有虚假的或者隐瞒重要事实的财务数会计数据,并且以公司、企业名义向社会公众予以披露,就应该依法予以评价为刑法上的财务会计报告,而无须拘泥于信息载体的具体名称,否则会成为犯罪分子逃避法律制裁的漏洞。基于以上两点考虑,应将H公司所公布的“2015年度三季报”依法评价为违规披露、不披露重要信息罪中的财务会计报告。

值得关注的是,对发行人信息披露内容予以实质性认定的原则和思路在新《证券法》中也有充分体现,新《证券法》第85条明确规定,虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的信息载体包括了公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料,而不受其具体名称是否为财务会计报告的影响。^[36]

(二) 财务会计报告的证伪路径

由于财务会计报告在发行人和上市公司信息披露中具有重要地位,在认定其违法犯罪时也是需要重点关注的关键证据。

对于财务会计报告虚假的认定,在以往的行政处罚案件中就有相关问题的辩解和讨论,如在欣泰电器一案中,欣泰电气对存在虚构应收账款,在首次公开募股申请文件及上市后定期报告中存在虚假记载、重大遗漏的事实不存在争议,但主张中国证监会对相关财务数据造假的认定,应当以司法鉴定部门或者专业审计部门的意见作为依据,主张对于欺诈发行认定中重要的财务数据问题,因没有委托专业机构审计或

[36] 新《证券法》第85条规定:“信息披露义务人未按照规定披露信息,或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,信息披露义务人应当承担赔偿责任;发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,应当与发行人承担连带赔偿责任,但是能够证明自己没有过错的除外。”

鉴定,缺少中立客观的第三方意见为依据,因此存在违法或者事实不清。^[37]

本文对此观点不能认同,理据如下:首先,证监会具有对执法中的专业问题作出判断的法定职权和职责。根据证券法的相关法律规定,欺诈发行、信息披露违法案件即属证监会依职权查处的一类案件,证监会有权对查处证券违法行为所涉及的相关事实及法律适用予以审查认定,并独立对外承担法律责任。其次,中国证监会作为证券发行上市交易行为的监管机构,服务实体经济、防范金融风险,其在行政许可及日常监管、调查处罚等环节涉及大量信息披露、会计核算规范、公司治理与内控等专业问题的判断。最后,并无法律规定证监会对执法中的专业问题必须聘请专业机构出具意见。虽然证监会也可以通过专业机构帮助查明事实,但专业机构的意见并非证监会查明案件事实的必要依据,外聘专业机构不是证监会的法定义务,是否通过外部聘请专业财务人员就专门问题进行查明,是其行使自由裁量权的行为。综上,法律规定一方面确认了证监会在执法专业问题上的认定职权和职责;另一方面并未课以证监会外聘专业机构的法定义务。因此,该案的一审、二审以及再审法院均未支持欣泰电气的主张。^[38]

上述讨论并不意味排斥专业机构在涉案财务会计报告鉴证中的重要作用,恰恰相反,从刑事司法的角度,借助专业机构的专业知识和判断,对涉案财务证明文件的虚假陈述或重大事实予以阐释和说明,对刑事案件的审查办理起到事半功倍的效果。例如,在前述案例3中,侦查、司法机关正是借助了专业司法鉴定机构,以司法鉴定意见的方式,针对涉案会计师事务所出具的审计报告中存在的专业问题以及违背的审计准则予以审查,并一一分析阐述,成为刑事司法人员厘清财务数据造假专业问题的重要参考。事实上,基于发行人财务欺诈隐蔽化、复杂化的发展趋势,刑事案件中司法者对财务数据的审查和证伪将面临更

[37] 参见中华人民共和国最高人民法院行政裁定书,(2018)最高法行申4640号[丹东欣泰电气股份有限公司、中国证券监督管理委员会金融行政管理(金融)再审审查与审判监督行政裁定书]。

[38] 参见《欣泰电气欺诈发行及信息披露违法违规案》,载中国证券监督管理委员会行政处罚委员会编:《证券期货行政处罚案例解析》,法律出版社2019年版。

多的挑战和难度,借助专业机构和专家证人至关重要。以此为基础,在相关证券信息披露犯罪案件的庭审过程中,公诉方和辩方可以申请法庭通知鉴定人和有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见,以达到充分保护控辩双方权利、实现庭审实质化的目标(见图1)。

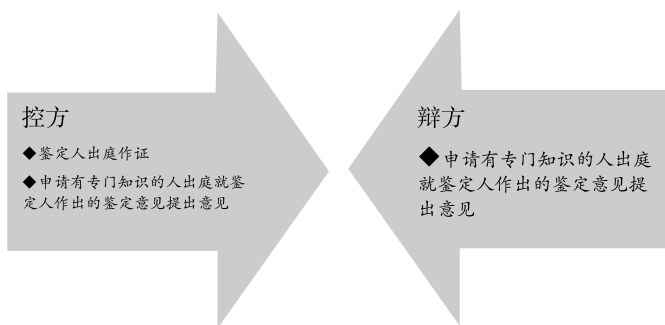


图1 专业机构在控辩中的作用

四、信息披露的行为分析和罪数界定

在证券市场中,发行人、上市公司信息披露既可能出现在首次公开募股环节,也披露在上市后持续披露环节,近年来的信息披露违法犯罪行为呈现出多次性、重复性特征,可能触发多个违法犯罪条款。

(一)发行人在发行环节采取欺诈手段骗取发行,同时涉及违规披露、不披露重要信息,应认定为欺诈发行违法犯罪

从行政法的角度而言,修订前《证券法》第193条^[39]和第189条^[40]的关系,一般认为是一般法和特别法的关系;第193条是关于信息披露违法行为的一般规定,第189条适用于特定条件下的信息披露违法行为。具体而言,欺诈发行证券违法行为的适用的特定性表现在几个方面:一是主体特定。第193条适用于发行人、上市公司或者其他信

[39] 新《证券法》为第197条。

[40] 新《证券法》为第181条。

息披露义务人,第189条仅适用于发行人。二是主观方面特定。从第193条的规定看,行为人一旦具有“未按照规定披露信息或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”的行为,即要承担信息披露违法的责任,主观过错(故意或过失)并非认定违法的构成要件;第189条以行为人骗取发行核准为构成要件,即要求行为人主观方面为故意。三是结果特定。第193条的客观方面主要为行为要件,即“未按照规定披露信息(报送有关报告)”或者所披露的信息(报送的报告)有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏;第189条的客观方面除需要具备第193条的行为要件外,还需要具备特定的结果要件,即实际骗取了发行核准。

上述观点也有相应的行政判决予以支持,北京市高级人民法院在丹东欣泰电气股份有限公司与中国证券监督管理委员会行政处罚决定和行政复议决定二审行政判决书指出,欺诈发行确实涉及信息披露违法问题,但由于《证券法》第189条对于欺诈发行已有特别规定,本案欣泰电气的违法行为完全符合欺诈发行的构成要件,因此中国证监会依据《证券法》第189条对欣泰电气在首次公开募股申请过程中的欺诈发行违法行为作出行政处罚并无不当。^[41] 法院的上述观点实际上认可了《证券法》第193条和第189条之间系一般法和特别法的关系。当欣泰电气的行为既符合《证券法》第193条的构成要件也符合第189条的构成要件时,根据特别法优于一般法的法律适用原则,证监会认定欣泰电气的第一项违法行为构成《证券法》第189条规定的欺诈发行行为是符合法律规定的。^[42]

[41] 参见北京市高级人民法院行政判决书,(2017)京行终3243号。

[42] 案情简介:2011年12月至2013年6月,欣泰电气通过外部借款、使用自有资金或伪造银行单据的方式虚构应收账款的收回,在年末、半年末等会计期末冲减应收款项(大部分在下一会计期初冲回),致使其在向中国证监会报送的首次公开募股申请文件中相关财务数据存在虚假记载。2013年12月至2014年12月,欣泰电气在上市后继续通过外部借款或者伪造银行单据的方式虚构应收账款的收回,在年末、半年末等会计期末冲减应收款项(大部分在下一会计期初冲回),导致其披露的相关年度和半年度报告财务数据存在虚假记载。此外,泰电气实际控制人温某乙以员工名义从公司借款供其个人使用,截至2014年12月31日,占用欣泰电气6388万元。欣泰电气在《2014年年度报告》中未披露该关联交易事项,导致《2014年年度报告》存在重大遗漏。参见中国证监会行政处罚决定书,[2016]84号(丹东欣泰电气股份有限公司、温某乙、刘某胜等18名责任人员)。

从刑法角度来看,如果行为人在发行环节实施了以欺诈手段骗取发行和违规披露、不披露重要信息,可以根据牵连犯的理论,将信息披露作为骗取发行的手段行为,根据从一重处罚原则,认定为欺诈发行违法犯罪罪。

(二)发行人在骗取发行后,持续披露环节仍存在虚假陈述,应根据所披露信息的具体情况认定其罪数

对此又可区分两种情况:第一种情况下,持续披露环节的虚假陈述信息与骗取发行时申报的信息完全一致;第二种情况下,持续披露环节的虚假陈述信息与骗取发行申报的信息发生了变化,或增加了新的虚假陈述内容,下面分别予以讨论。

1. 欺诈发行和违规信息披露的信息完全一致。发行人上市前通过系列造假,以欺诈方式取得上市资格后,对上述造假的材料披露,虽然行为人有二个行为,由于获得欺诈发行和披露的信息属于同一事项,特别在证券发行注册制的背景下,公司公开发行新股应当报送的文件中包括财务会计报告等,^[43] 发行人报送的证券发行申请文件是投资者作出价值判断和投资决策所必需的信息来源和载体,即使发行后在持续披露环节再纳入年度报告、中期报告等予以披露,其对投资者的影响力已经耗尽,基于一事不再罚的原则,本文倾向于认为,发行人、上市公司在持续披露环节公布该部分信息的行为不再单独认定为违规披露信息犯罪。^[44]

2. 欺诈发行和违规信息披露的信息不完全一致。实践中更加多见的情况是,发行人、上市公司通过欺诈手段获得发行后,为了掩盖之前的欺诈发行违法犯罪活动,会继续通过捏造财务报表、虚增利润等方式披露虚假信息,并对新增的虚假信息予以披露,则既构成了欺诈发行股

[43] 新《证券法》第13条规定:“公司公开发行新股,应当报送募股申请和下列文件:(一)公司营业执照;(二)公司章程;(三)股东大会决议;(四)招股说明书或者其他公开发行募集文件;(五)财务会计报告;(六)代收股款银行的名称及地址。依照本法规定聘请保荐人的,还应当报送保荐人出具的发行保荐书。依照本法规定实行承销的,还应当报送承销机构名称及有关的协议。”

[44] 根据中国证券监督管理委员会《上市公司信息披露管理办法》(2021年)[中国证券监督管理委员会令(第182号)]第7条规定,信息披露文件包括定期报告、临时报告、招股说明书、募集说明书、上市公告书、收购报告书等。

票、债券罪,还会同时构成违规披露、不披露重要信息罪,对此应依法予以数罪并罚。

【案例4】2009年年初,被告单位W公司董事长兼总经理被告人龚某某决定,对W公司的财务报表进行造假,以达到欺诈发行股票并上市的目的,聘请L会计师事务所,按照上市要求,共同拟定的财务造假目标,重新制作W公司2006~2009年的会计账套及会计凭证。2009年5月,W公司聘请被告人彭某某担任公司上市财务顾问,协助覃某某负责进行财务造假。2009年4月至2012年6月,W公司在龚某某、覃某某组织下,彭某某等人具体实施下,采用篡改会计账套,伪造、变造会计记账凭证和原始凭证等手段,持续进行财务造假。后通过隐瞒重要财务事实和编造重大财务虚假内容的上市申报材料,骗取股票发行核准,于2011年9月交易所挂牌上市。

W公司上市后,为掩盖之前欺诈发行股票的犯罪事实以及继续发行股票,被告人龚某某、覃某某仍组织公司财务和其他部门人员沿用前述手段继续财务造假,向股东和社会公众披露了虚假和隐瞒重要事实的2011年年度财务会计报告及2012年半年度财务会计报告。

W公司、L会计师事务所均以欺诈发行股票罪,分别判处相应罚金;被告人龚某某、覃某某均以欺诈发行股票罪、违规披露重要信息罪,数罪并罚,决定执行有期徒刑判2年2个月至3年6个月不等,并处相应罚金。被告人彭某某等人均以欺诈发行股票罪,分别判处有期徒刑1年6个月至1年不等。^[45]

在本案中,W公司等主体的信息披露违法犯罪行为既发生在股票的上市发行环节,表现为采用篡改会计账套,伪造、变造会计记账凭证和原始凭证等手段进行财务造假,2008~2010年,虚增营业收入分别达1.34亿元、1.53亿元和1.93亿元,虚增净利润分别达3120万元、3922万元和4559万元,三年合计虚增营业收入4.8亿元、虚增净利润1.16亿元;也发生在上市之后的持续披露环节,W公司作为信息披露义务主体,其向股东和社会公众披露的2011年年报、2012年半年报中,分别虚增营业收入2.86亿元和1.65亿元,分别虚增净利润6458

[45] 参见湖南省长沙市中级人民法院刑事判决书,(2014)长中刑二初字第00050号。

万元和3179万元,扣除虚增后W公司当期净利润均为亏损。基于W公司及其责任人员的多个行为侵犯了不同的法益,W公司及其责任人员根据参与犯罪环节、发挥实际作用的不同,分别认定一罪和数罪,承担相应的刑事责任。

综上所述,对于不同环节的信息披露违法犯罪行为,应当对其披露的信息进行细致甄别,并根据证券法和刑法规定的构成要件,进行刑事违法性和罪数评价。

五、余论

信息是证券市场的“血液”,有效的信息披露是证券市场正常运转的关键,对于违法信息披露义务的主体施加全面的法律责任则是实现有效信息披露的保障。由于信息披露义务的违法直接影响投资者作出正确的投资决策,扰乱证券市场秩序,不仅侵害了投资者的合法权益,还侵害了整体的公共利益。在《证券法》和《刑法》联动修改的大背景下,应当综合发挥民事、行政、刑事责任制度的内部协调性予以有效规制。从刑事法律的角度,在完善行政执法和刑事司法有效衔接,准确认定犯罪,提升办案质量效果,强化法律责任对信息披露违法犯罪行为的惩罚威慑和预防功能,方能进一步保障市场公平和秩序,激发市场活力,保护投资者的合法权益,促进资本市场长期稳定健康发展,为满足人民群众财富保值增值等多元诉求营造良好的市场生态。

(编辑:彭鲁军)