

欺诈发行股票罪未遂问题探析*

李国兴**

摘要:承认欺诈发行股票罪存在未遂形态,符合刑法理论的主流观点,有国内外类似犯罪未遂形态作为类比,在证券执法现实中也有必要性。但是具体适用该罪未遂形态定罪量刑时,面临着罪与非罪、既遂与未遂、未遂与中止、此罪与彼罪等法律解释和法条竞合问题,困难重重。从打击欺诈发行违法行为的实践需求出发,应当推动相关司法解释的出台,并择机重构相应的反欺诈发行法律体系。

关键词:欺诈发行股票罪 未遂 法律适用

欺诈发行是一类严重影响资本市场健康发展、令投资者深恶痛绝的证券违法行为。早在 1995 年,我国法律就规定了欺诈发行股票、债券罪〔1〕,对严重的欺诈发行行为追究刑事责任。但长期以来,刑事追责的案例并不多见,对该罪如何适用的

* 本文写作过程中,得到郭瑞明处长的耐心指导和大力帮助,在此表示衷心谢意。当然,文中错误及责任皆由本人承担。

** 北京大学法学博士,现供职于中国证监会稽查总队。

〔1〕 参见 1995 年 2 月 28 日全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第三条。

理论研究也比较缺乏。近期,证监会对“新大地”、“天能科技”等案件查办情况的通报引起了市场的广泛关注。在实践中,发行人向证券监管机构报送的发行申请材料存在虚假记载(但未实际发行)时,是否涉嫌欺诈发行股票罪“未遂”的问题,引起了不少争论,需要认真思考和对待。

一、欺诈发行股票罪未遂命题之争

欺诈发行股票罪规定于我国《刑法》第 160 条,内容如下:“在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法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,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。”实践中,IPO 在审企业报送的发行申请文件如果有虚假记载并被发现时,发行申请不但会被终止审核(未能实际发行),发行人也将承担相应地责任。是否有可能根据《刑法》第 160 条追究发行人欺诈发行股票“未遂”的刑事责任,有两种不同看法。

(一) 欺诈发行股票不存在“未遂”形态

根据《刑法》第 160 条规定,构成欺诈发行股票罪需要同时满足三个条件:其一,在招股说明书、认股书中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容;其二,发行股票;其三,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节。其中第二个条件“发行股票”应作“发行了股票”理解。因此,欺诈发行罪是结果犯,实际完成股票发行是构成欺诈发行股票罪的必要条件(犯罪构成要件)。据此,第三个条件“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”也是指实际发行后的数额、结果和情节。如果发行人尚未发行股票——即使已经通过发审会、取得了发行核准、拟发行数额再大,也不构成犯罪,仅仅是行政违法行为,应适用《证券法》第 189 条进行处罚。这种看法在实践中得到较多支持。

(二) 欺诈发行股票存在“未遂”形态

相反的意见认为,虽然《刑法》第 160 条规定了欺诈发行股票罪的

上述三个条件,但这三个条件不是犯罪的构成要件,而是犯罪的既遂要件。如果发行人已经着手实施欺诈发行行为,只是由于发行人意志以外的原因(如造假行为被媒体曝光、被证监会发现而叫停等)而未得逞,即使未能实际完成股票发行,也构成欺诈发行股票罪,属于欺诈发行股票犯罪未遂的情形,对此应当根据刑法第23条规定,比照既遂犯从轻或者减轻处罚。^{〔2〕} 这种意见的主要观点还包括“发行股票”不应作“发行了股票”这一结果理解,而应看做一个处于持续状态的行为。广义的理解是,自发行申请被受理至最后完成股票发行都是“发行股票”,狭义的理解是发行人获得核准后公布招股意向书和发行报告至最终完成股票发行是“发行股票”,据此,至少发行核准之后的阶段存在欺诈发行罪的未遂形态。另外,虽然“后果严重”指向实际完成股票发行,但“数额巨大”,“其他严重情节”并不意味着该罪的成立需要实际发行,未遂犯与“数额巨大”、“情节严重”可以并存。

二、未遂犯的刑法理论

不难发现,关于欺诈发行股票罪是否有“未遂”形态的正反两种观点有两个争点:一是,“发行股票”到底是犯罪构成要件还是犯罪既遂要件?二是,“发行股票”指的是发行过程还是发行结果,相应地,“数额巨大”是否仅指实际发行的数额。

(一)关于“犯罪构成要件”和“犯罪既遂要件”的争论

如果“发行股票”是犯罪构成要件,则没有实际发行就不构成犯罪,从而也不是犯罪未遂。如果“发行股票”是既遂要件,则没有实际发行股票也可能构成犯罪,即欺诈发行股票犯罪未遂。这一争议背后,实际上反映了我国刑法理论和实务界长期以来对于刑法分则立法模式的争论。对于如何理解我国刑法分则的立法模式,历来存在犯罪既遂

〔2〕 在同意欺诈发行股票罪存在未遂的观点中,又细分为几个不同的观点:其一,以是否实际完成股票发行为犯罪既遂、未遂的分水岭。其二,以是否获得证监会发行核准为犯罪既遂、未遂的分水岭。其三,以是否获得核准为犯罪成立与否的分水岭。

模式说、犯罪成立模式说两种观点。

犯罪既遂模式说是理论通说。^{〔3〕} 这种观点认为,刑法分则条文的具体犯罪是以犯罪既遂为基准状态,刑法分则条文法定刑只能直接适用于犯罪既遂,犯罪未遂、犯罪中止等未完成状态的认定和法定刑需要根据刑法总则确立的原则才能确定。这种观点的合理性在于:第一,我国《刑法》总则部分专门对犯罪预备、未遂、中止单独进行了规定,但对犯罪既遂却没有任何规定,因此,顺理成章的推论就是将犯罪既遂在刑法分则条文中进行了规定。这也与世界大多数国家刑法分则采取既遂模式相一致。第二,根据《刑法》总则第 22 至 24 条规定,对预备犯、未遂犯和中止犯要比照既遂犯的法定刑从轻、减轻或者免除处罚,如果既遂犯的法定刑是不确定的,则预备犯、未遂犯和中止犯的处罚就失去了根据。由此,可以判断我国刑法分则是依照该罪的既遂形态设置法定刑的,进而其罪状规定也应是该犯罪的既遂要件而非构成要件。另外,支持犯罪既遂模式说的理由还有其能更好地落实刑法总则对未完成犯罪的从宽处理规定,更加合理地区分具体犯罪的预备行为和实行行为等。^{〔4〕}

犯罪成立模式说出现于 20 世纪 90 年代,其是在质疑与批判犯罪既遂模式说的基础上提出的。^{〔5〕} 这种观点认为,刑法分则条文的具体犯罪是以犯罪成立为基准状态,刑法分则条文的具体法定刑设置不仅适用于犯罪完成状态,也适用于犯罪未完成状态。这种观点的合理性在于:第一,由于德日刑法对未完成形态犯罪的处罚是例外,其刑法分则的犯罪构成是既遂的标准。我国刑法原则上对所有的未完成形态犯罪均予以处罚,并非仅处罚犯罪既遂。第二,根据中国传统刑法理论,只有直接故意才存在既遂未遂,间接故意、过失犯罪以发生特定结果作

〔3〕 高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社 1984 年版,第 172 页。

〔4〕 田刚:“以犯罪完成模式设立刑法分则条文”,载《中国社会科学报》2012 年 10 月 24 日(第 370 期)。

〔5〕 张明楷:《犯罪论原理》,武汉大学出版社 1991 年版,第 466~467 页;侯国云:“对犯罪既遂定义的异议”,载《法律科学》1997 年第 3 期;杨兴培:《犯罪构成原论》,中国检察出版社 2004 年版,第 331 页;刘之雄:《犯罪既遂论》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 90 页。

为犯罪成立的根据,不存在既遂未遂。犯罪既遂模式将间接故意、过失犯罪的完成状态也解释为既遂十分牵强。此外犯罪既遂模式说无法解释危险犯成立后中止犯罪的现象(犯罪既遂后无法再成立犯罪中止)。犯罪成立模式说则能更好的解释这一问题。第三,犯罪成立模式有助于贯彻符合刑法规定的犯罪构成要件是追究刑事责任唯一标准的刑法理念。依照犯罪成立模式,犯罪的既遂、未遂、中止等所有状态都规定在刑法分则条文中,使犯罪未遂、中止有具体的条文依据,而不是只依靠刑法总则进行推演。

不过,犯罪成立模式说也有明显缺陷。^[6] 第一,如果刑法分则条文以犯罪成立为标准,那么所有具体犯罪的未完成形态都要规定在刑法罪名的罪状中,但这明显不符合事实,犯罪预备、中止、未遂等行为的要件明显没有直接规定在刑法分则条文中。第二,如果采犯罪成立说,犯罪既遂的标准将会难以确定,仅仅依靠主观上的犯罪是否得逞,不结合具体的犯罪既遂行为,犯罪既遂的标准必然流于主观。第三,根据犯罪成立说,犯罪的所有停止形态的刑罚全部规定在刑法分则条文的法定刑中,但是,这样一来就难以进一步区分犯罪未遂与既遂、中止、预备的法定刑差异呢。而且更为严重的是,这将直接导致刑法分则与总则的冲突:如果刑法分则包含犯罪预备、中止和未遂形态,则对这些犯罪未完成形态的处罚必然也要在分则规定的法定刑幅度之内进行,但与之矛盾的是刑法总则明确规定对这些犯罪未完成形态要从轻、减轻或者免除处罚,减轻和免除处罚是在法定刑幅度之外的。

综上,虽然传统的犯罪既遂模式说有缺陷,但犯罪成立模式说的质疑与批判似乎并未撼动其通说地位。近年来,犯罪既遂模式说反为一些青年学者所推崇^[7],其在刑法理论和实务界仍然具有主导地位。

(二)关于“行为犯”与“结果犯”的争论

发行股票是一个耗费时日的过程。实践中,发行人要经过计划筹

[6] 田刚:“以犯罪完成模式设立刑法分则条文”,载《中国社会科学报》2012年10月24日(第370期)。

[7] 王志祥:《犯罪既遂新论》,北京师范大学出版社2010年版,第34页;李翔、徐光华:《犯罪既遂问题研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第65页;苏宏峰:“犯罪未遂基本问题研究”,华东政法大学2011年博士学位论文,第33~35页。

备、提交发行申请、获得核准、刊登招股意向书和发行公告、询价定价、配售发行等多个阶段才能完成发行。如果将“发行股票”理解为最终实际完成发行这一结果,同时又将“发行股票”看做犯罪构成要件,那么,欺诈发行股票属于刑法上的“结果犯”。结果犯只有成立与否,不存在未遂问题,这是刑法学界的共识。但是,如果将“发行股票”理解为一个持续过程,而非最终完成发行的结果,结论就完全不同了。广义上,从发行申请被受理至最后完成股票发行都是“发行股票”;狭义上,从发行人获得核准后公布招股意向书至最终完成发行都是“发行股票”。这时,即使将“发行股票”理解为“构成要件”,如果询价过程中有效报价对象不足、发行失败,则欺诈发行也存在未遂的可能。

客观而言,刑法第160条文义本身并不能回答“发行股票”是行为还是结果的疑问。该条中“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”之“后果严重”固然表明的是欺诈发行股票的后果严重,但“数额巨大”、“其他严重情节”并不表明一定是欺诈发行股票结果的数额巨大、情节严重。相反,根据追诉标准,“伪造、变造国家机关公文、有效证明文件或者相关凭证、单据”本就是发行过程中情节。刑法第160条中,“数额较大”不仅应作结果数额或既遂数额理解,即使犯罪未完成,仍存在以“数额较大”的财物为犯罪目标的情况。

通过法律解释中体系解释的方法,联系类似法条的规定,似乎可以对“行为犯”和“结果犯”的争论提供思路。以诈骗罪为例,《刑法》第266条规定,“诈骗公私财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金……”其中“诈骗公私财物”也存在按行为理解还是结果理解的问题。对此,早在1996年最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》就规定,已经着手实行诈骗行为,只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的,是诈骗未遂。诈骗未遂,情节严重的,也应当定罪并依法处罚。因此,诈骗行为而非结果理解,就不再存在争议。盗窃罪等其他多种犯罪也有类似肯定行为犯、明确未遂犯的司法解释。按照这种思路,如果能够比照上述犯罪出台司法解释,将《刑法》第160条中“发行股票”按行为而非结果理解,确立欺诈发行罪存在未遂形态,也不是不可以。

三、欺诈发行股票未遂入罪问题比较研究

欺诈发行股票罪是否存在犯罪未遂,还可以通过对比国外关于类似情形的法律规定、国内类似犯罪的法条规定和司法解释加以探讨。

(一) 国际比较——关于欺诈发行股票未遂是否入罪

如果很多国家和地区都将严重的欺诈发行股票未遂情形定罪入刑,则至少说明该类行为侵犯法益比较严重,有值得定罪入刑之处。限于笔者水平,暂选取德国和我国台湾地区加以考察。

1. 德国

在德国,欺诈发行股票罪主要规定于《刑法典》第 264 条 a 资本投资诈骗罪中。该条第(1)款规定:“与推销有价证券或应当获得的企业收益的红利份额、或增加此等份额的投资相联系,在广告或关于财产状况的描述或展望中,对购进或增加份额的决定具有意义的重要情况,向不特定多数人为不正当的有利的描述、或隐瞒不利的事实,处三年以下自由刑或罚金刑。”〔8〕

在该条中,“有价证券”包括股票、债券和投资权证。该罪的行为要件为,在说明书或有关财产状况的描述中向不特定多数人就对投资决定有意义的情况,作不当的有利描述。说明书,包括所有包含了投资客体重要情况的书面文件,故不限于名义上的招股说明书,也应涵盖会计报告。所谓的“描述”,还包括口头提供的情况,如在股东大会上所发表的有关言论。该犯罪行为属“抽象危险犯”,处罚根据是因为虚假陈述而让不特定投资者作出错误投资决定的危险。犯罪构成中不要求造成实际的损失,也不要求特定的投资者受到欺骗。一旦不特定公众可以获得有关虚假信息,即有关信息向不特定公众发布,该犯罪行为完成,并且犯罪构成要件完备,构成既遂,因此股票的实际发行不是犯罪构成要件。该罪名是对《德国刑法典》第 263 条欺诈罪的补充。因为

〔8〕 《德国刑法典》(2002 年修订),徐久生、庄敬华译,中国方正出版社 2004 年版,第 130 页。

欺诈罪要求特定受害人的实际的损害及损害与欺骗行为间的因果关系,涉及匿名性资本市场交易时,举证难度高。为推销有价证券而提供虚假资讯实为欺诈的准备行为,为加强投资者保护,德国法中将该行为独立成罪。换句话说,因为第 264a 条的特别规定,在资本市场交易领域中的某些欺诈,即使未遂或仅有准备行为也构成犯罪。第 264a 条第 4 款,规定了免除刑罚的情形。行为人在作出虚假陈述后,自愿阻止了投资人基于该行为购入有关有价证券,则可以免除刑罚处罚。〔9〕

除德国刑法典外,与欺诈发行相关的犯罪规定也见于德国《股份有限公司法》、《有限责任公司法》等法律中。例如,1965 年制定的(1993 年修订)德国《股份有限公司法》第 399 条规定:“作为发起人或董事、监事,在股票发行中虚假陈述或隐瞒重要事实者,将被处以 3 年以下监禁或者罚金。”上述法条与《德国刑法典》第 264a 条一样,也属于“抽象危险犯”,一旦在申请注册或登记时为虚假陈述行为,则犯罪要件完备,不需要实际造成注册或登记的结果。〔10〕

2. 我国台湾地区

台湾虽是我国领土,但其目前法律体系不同于大陆是事实,因此一般也放在国际比较中。台湾地区“证券交易法”第 20 条规定了一般反欺诈的概括性条款。该条第 1 款规定:“有价证券之募集、发行或买卖,不得有虚伪、欺诈或其他足以致他人误信之行为。”对于该条有台湾证券法专家认为“除非另有条款,实可包括证券市场上所有之欺诈或操纵之行为,如发行人、证券商及其他关系人之行为。”〔11〕因此,对于在所有证券募集、发行的公开文件中作虚假陈述欺诈行为,几乎都可以适用该条并根据该法第 171 条追究刑事责任,即“处七年以下有期徒刑,得并科新台币三百万以下罚金”。适用上述条文并不以股票实际发行成功为要件,只要虚伪诈欺足致他人误信之行为确实发生于募集、发行、私募或买卖中,就可构成 171 条之犯罪,理由是上述规范的宗旨在于使

〔9〕 关于此问题,感谢德国洪堡大学陈霄博士的耐心解答和刘刚博士的热心帮助。当然,笔者文责自负。

〔10〕 同上。

〔11〕 余雪明:《证券交易法》(台),财团法人中华民国证券市场发展基金会 1989 年版,第 171 页。

市场上募集、发行之活动不得有虚伪或诈欺之情事。

此外,“证券交易法”第32条还专门就公开说明书中应记载的主要内容有“虚伪或隐匿”的欺诈行为做出了规定,将责任主体扩大至发行人及其负责人和在公开说明书上签章的所有人,并且对根据第174条对相关责任主体须科以刑罚,即“处五年以下有期徒刑、拘役或科或并科二十万元以下罚金”。关于第32条公开说明书犯罪之认定,应以该公开说明书是否已经印行交付给善意相对人为前提,若已印行未交付,尚不构成犯罪,但若已交付且足致使他人产生误信,该虚伪及隐匿部份即已构成174条之犯罪,并不以证券实际发行成功为要件。但实务上若该证券未发行成功,应也不致产生善意相对人因为误信而产生之损失,但若在一些特别的状况下产生损失,当然即可主张发行人违反第32条。^[12]

综上,在台湾,对证券发行中的虚伪、隐匿等欺诈行为应追究刑事责任,追究刑责时并不必然要求欺诈发行成功的结果。

3. 小结

上述关于德国和我国台湾地区的考察表明,欺诈发行股票未遂,在上述国家和地区是可以构成犯罪的。虽然笔者限于水平,还未来得及考察英美国等国关于欺诈发行股票未遂问题的入罪情况,不过,既然德国、我国台湾地区可以将欺诈发行股票未遂情形入罪,就说明该种情形确实对法益侵害严重,有值得定罪入刑之处,至少并非完全不可定罪入刑。

(二) 国内比较——关于“欺诈型”犯罪的类比

在国内司法实践中,“类推”、“判例”等法律思想对于如何解释和适用法条具有重要的指导作用,如果能找到类似的例子,会大大提高说理的可信度。由于欺诈发行股票罪本质上属于“欺诈型”犯罪的一种,因此,如果其他欺诈犯罪发现都存在犯罪未遂,那么,承认欺诈发行股票罪存在未遂就有了更多的基础。当然,由于“欺诈型”犯罪种类较多,所侵害的法益各不相同,简单类比并不一定十分合适。但是,这种

[12] 关于此问题,感谢台湾证交所章友馨博士的耐心解答和台湾中央研究院黄丞仪博士的热心帮助。当然,笔者文责自负。

类比却可以为我们澄清欺诈发行“未遂”问题提供思路。

1. 骗取出口退税罪

骗取出口偷税罪规定于我国《刑法》第 204 条,内容如下:“以假报出口或者其他欺骗手段,骗取国家出口退税款,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金……”该罪与欺诈发行股票罪有很大相似之处,其一,二者的犯罪手段都是欺诈行为;其二,二者的犯罪过程相似,都要分为两步走,即首先要骗取国家机关的核准(发行核准或退税许可),然后才侵犯个人或国家的财产权;其三,二者侵犯的都是复杂客体,既包含国家的特定管理制度(股票发行管理制度、出口退税管理制度),也包含财产权(投资者的个人财产、国家税款)。

对于骗取出口退税罪如何具体适用相关法条,理论和实务界也曾存在过争论,即有观点认为只有实际骗取到了较大数额的国家税款,才构成犯罪,如果骗取过程中被国家机关发现,则不构成犯罪。对此,2002 年 9 月 9 日最高人民法院审判委员会第 1241 次会议通过了《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,该司法解释第 7 条规定“实施骗取国家出口退税行为,没有实际取得出口退税款的,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”,于是关于骗取出口退税罪是否存在未遂的争议尘埃落定。

2. 保险诈骗罪

保险诈骗罪规定与我国刑法第 198 条,内容如下:“有下列情形之一,进行保险诈骗活动,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处一万元以上十万元以下罚金……(一)投保人故意虚构保险标的,骗取保险金的;……”该罪与欺诈发行股票罪也有很大相似之处:其一,二者都是以欺诈手段犯罪;其二,二者的犯罪过程相似,都是首先通过欺骗手段通过相应机关或部门的审查(发行证监会审查或保险公司的认可),然后侵犯个人或国家的财产权;其三,二者侵犯的都是复杂客体,既包含国家的特定管理制度(股票发行管理制度、保险理赔管理制度),也包含财产权(投资者的个人财产、保险公司保险金)。

对于保险诈骗罪如何适用相关法条,理论和实务界也曾存在争论,曾有观点认为,我国刑法中的保险诈骗罪实质上仅存在既遂形态,只存

在犯罪是否成立的问题,不存在既遂与未遂的问题。“从犯罪构成来看,行为人必须出于故意对保险公司实施了欺诈行为并非法获取了保险赔偿金给保险公司造成了实际损失的情况下才构成保险欺诈犯罪”〔13〕对此,1998年11月27日最高人民检察院研究室在《关于保险诈骗未遂能否按犯罪处理问题的答复》([1998]高检研发第20号)中指出,“行为人已经着手实施保险诈骗行为,但由于意志以外的原因未能获得保险赔偿的,是诈骗罪未遂;情节严重的,应当依法追究刑事责任”。最高人民检察院以司法解释形式肯定了保险诈骗存在的犯罪未遂,从而结束了对此问题争论不休的混乱局面。

3. 诈骗罪

诈骗罪规定于我国《刑法》第266条,内容如下:“诈骗公私财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金……”诈骗罪是一般意义上的欺诈类犯罪,虽然其缺乏欺诈发行股票罪、骗取出口退税等类似犯罪过程中的批准环节,但将之拿来比较,仍有重要意义。上文已述,早在1996年我国司法解释就明确规定了诈骗罪存在未遂犯罪问题,2011年新出台的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条对此又做了规定,即“诈骗未遂,以数额巨大的财物为诈骗目标的,或者具有其他严重情节的,应当定罪处罚。”同时,该司法解释第一条规定,诈骗公私财物价值三千元至一万元以上、三万元至十万元以上、五十万元以上的,应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。结合诈骗罪的刑法条文和司法解释相关规定思考欺诈发行股票罪,难免会引起这样的思考:如果不承认欺诈发行股票罪的未遂犯,那么对于尚未发行结束但存在“伪造、变造国家机关公文、有效证明文件或者相关凭证、单据”等严重情节的欺诈发行行为,是否可以诈骗罪未遂定罪处罚?要知道,实践中任何一次IPO数额至少都是几千万,明显超出诈骗罪“数额特别巨大”的标准。从过罚相当的角度看,诈骗罪(未遂)诈骗三万至十万就算数额巨大而成立犯罪,欺诈发行股票罪(未遂)欺诈圈钱数千万上亿,骗了证

〔13〕 田立文、夏汉清:“保险诈骗罪认定中的几个问题”,载《人民司法》2002年第7期。

监会再骗广大股民,结果还不算犯罪,如此何以服众?

4. 小结

上述三种犯罪都属于欺诈类型的犯罪,前两种犯罪实践中也曾对其未遂犯问题产生过争议,但最终通过司法解释都统一到存在未遂的观点上;后一种犯罪未遂问题基本没有争议,但是作为一般诈骗罪在过罚相当的角度对欺诈发行股票罪未遂具有明显启示。总之,从类比来看,通过出台司法解释等方式,承认欺诈发行股票罪具有未遂形态,具有一定的正当性。

四、承认欺诈发行罪未遂的必要性问题

目前,在我国证券发行中,欺诈发行的情况十分常见,这不但严重影响了股市的健康发展,也让投资者深恶痛绝。正确理解核适用欺诈发行股票罪的法律条文,合规且有力地打击欺诈发行行为,具有十分迫切的现实意义。目前,针对欺诈发行行为的法律体系,主要包括《证券法》第26条、第189条、第193条以及《刑法》第160条、第161条,这些法条错综复杂,构成了一张疏密不等的法律之网,规范着欺诈发行行为的定性与处罚。

有观点认为,在目前法条众多的情况下,欺诈发行股票罪未遂的问题是伪命题。理由主要有两个:其一是欺诈发行罪必须要求实际上“发行股票”的结果,结果犯不存在犯罪未遂,只有是否构成犯罪的问題,这一问题已经通过上文讨论得以澄清;其二是讨论欺诈发行未遂并无太多实际意义,即使不用欺诈发行股票罪未遂定性量罚,用其他法律条款也能达到惩罚欺诈发行行为的目的,这些条款主要是指《刑法》第161条关于违规披露、不披露重要信息罪的规定,以及《证券法》第189条、193条的相关规定。但是事实真是这样吗?

首先,根据笔者了解,《刑法》第161条规定的违规披露、不披露重要信息罪针对的是上市公司的信息披露,而非拟发行股票公司的信息预披露,这是目前实践中认可的观点。即使对于《最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第6条第6款规定的应予刑事追诉的情形,即“致使不符合发行条件的公司、

企业骗取发行核准并且上市交易的”的情形,权威文献中也解释为是“由于违规披露、不披露重要信息致使本来不符合发行新股和公司债的上市公司表面符合了发行新股和债券的条件”。^[14]因此,可将欺诈发行股票未遂的情形用违规披露、不披露重要信息罪予以追诉的观点并非不证自明,其面临的困难同样不小。

其次,即使将《刑法》第161条适用于欺诈发行股票未遂的情形,也不能完全解决问题。试举如下两例:

例一:甲公司本符合创业板发行条件,但为谋求更高的发行价格,虚增30%的利润,在获得发行核准但还未来地及完成发行之时被媒体曝光。根据上述思路,可根据《刑法》第161条以及《最高人民法院公安部关于刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第6条第3款的相关规定,以违规披露不披露重要信息罪予以追诉;

例二:乙公司利润指标不符合创业板发行条件,但是通过虚增25%的利润达到发行的利润指标条件,从而获得发行核准,但还未来地及完成发行就被媒体曝光。根据《最高人民法院公安部关于刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第6条第3款的规定,其并不符合刑法第161条违规披露、不披露重要信息罪的追诉标准,如果其也不构成欺诈发行股票罪(未遂),则只能通过《证券法》第189条进行行政处罚。

比较上述二者的违法行为,我们发现,虽然乙公司虚增利润的比例略小于甲公司,但是其性质更为恶劣,因为其是通过欺诈行为让不符合发行条件的公司获取了发行核准。但是二者的处罚结果却大相径庭,甲公司构成犯罪,对法定责任人员要处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;乙公司不构成犯罪,只对法定责任人员处以罚款。这样的处罚结果明显是罪责不相适应的,在某种程度上甚至会起到放纵乃至鼓励特定的欺诈发行违法行为的效果。这样的情况并不只存在于上述虚增利润以符合发行条件的情形,在虚增资产虽未达到当期披露的资产总额的百分之三十但使不符合发行条件的公司表面符合发行条件的情况,以及未按照规定披露的重大诉讼、仲裁、担保、关联交易或者其他重大事项所涉

[14] 最高人民法院法律政策研究室、中国证券监督管理委员会法律部:《证券期货犯罪司法认定指南》,中国人民公安大学出版社2009年版,第18页。

及的数额或者连续十二个月的累计数额虽占净资产百分之五十以下,但使不符合发行条件的公司表面符合发行条件的情况,都会导致上述放纵欺诈发行行为的结果。既然其他法律规定无法打击这些欺诈发行行为,那么上述“讨论欺诈发行未遂并无太多实际意义”的观点就站不住脚,如果欺诈发行罪未遂能适用于执法实践,将具有重要的现实意义。

五、适用欺诈发行罪未遂的可行性问题

上述讨论解决了适用欺诈发行股票罪未遂处罚相应违法行为的正当性和必要性问题,但是应当、必要不等于可行,如何具体适用该罪的未遂情形还需要具体讨论。根据《刑法》第23条的相关规定,结合我国证券法律体系的实际情况,笔者认为,具体适用欺诈发行股票罪(未遂)需要解决如下四个问题:

(一) 未遂与既遂的界限——如何认定“未得逞”?

关于欺诈发行股票罪未遂与既遂的分界点在哪里,实务中主要有两种看法:其一,是否实际完成股票发行是既遂与未遂的分界点;其二,是否取得发行核准是既遂与未遂的分界点。

我国《刑法》第23条规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因未得逞的,是犯罪未遂。”因此,如何理解犯罪是否得逞就是区分犯罪既遂与未遂的关键。刑法理论界对此大体有四种观点:一是犯罪结果说,即发生了行为的逻辑结果时,就是犯罪既遂;二是犯罪目的说,即未达到犯罪目的的为犯罪未遂,反之则是既遂;三是犯罪法益侵害说,即看行为是否发生了行为人所追求的、行为性质所决定的法益侵害结果;四是犯罪构成要件说,即是否具备犯罪构成的全部要件是犯罪未遂与既遂相区分的标志。^[15] 其中,犯罪构成要件说是主流学

[15] 上述第一、二、四种参见徐光华:《犯罪既遂问题研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第23~41页;刘之雄:《犯罪既遂论》,中国人民公安大学出版社2003年版,第3~22页;第三种观点参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第223页;杜文俊、陈洪兵:“复法益犯既未遂及竞合问题研究”,载《云南大学学报法学版》2011年第5期。

说。上述学说虽多,但具体到欺诈发行股票的未遂既遂问题,犯罪结果说、犯罪目的说和犯罪构成要件说实际上殊途同归,都指向实际发行股票而非获得发行核准,因为实际发行股票既是犯罪结果,也是犯罪目的,同时也符合全部的犯罪构成要件。但是对于法益侵害说,则有不同的看法。

法益侵害说以犯罪行为对法益的侵害状态作为区分既遂未遂的依据,但欺诈发行股票罪侵犯的法益有二:一是国家股票发行管理秩序,二是投资者的财产权益,当发行人通过欺诈手段取得核准时,已实际侵犯前一个法益,但还未实际侵犯后一个法益——只是对后一法益产生了危险。对于侵犯双重法益的犯罪,何为既遂,理论界并无定论,有观点认为应区分不同情况,“若复法益犯的数法益存在主要法益与次要法益之分,则只有在主要法益受到现实的侵害时,才成立既遂;若数法益是并列关系,则只有并列法益同时受到现实的侵害时,才成立既遂,否则,还只是犯罪未遂;若数法益没有主要法益与次要法益之别,即数法益间系选择性关系,则只要侵害了其中一个法益,就成立犯罪既遂”〔16〕。在司法实践中,2005年6月8日最高人民法院在《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》中指出,“抢劫罪侵犯的是复杂客体,既侵犯财产权利又侵犯人身权利,具备劫取财物或者造成他人轻伤以上后果两者之一的,均属抢劫既遂;既未劫取财物,又未造成他人人身伤害后果的,属抢劫未遂”。如果比照该司法解释,欺诈发行如果取得的发行核准,就已经完成了其中一个法益的侵犯,可以构成犯罪既遂。但是,与抢劫行为所侵犯的财产权和人身权属于选择关系不同,欺诈发行行为所侵犯的两个法益明显并非选择关系,二者应是主次关系或者并列关系的一种。由于欺诈发行股票罪规定于刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第三节“妨害对公司、企业的管理秩序罪”中,国家股票发行管理秩序似乎可以看做是主要法益,加之目前实践中取得发行核准是发行股票最为关键的环节,因此有观点认为只要取得发行核准就为既遂。不过,实际发行股票从而募集到

〔16〕 杜文俊、陈洪兵:“复法益犯既未遂及竞合问题研究”,载《云南大学学报》(法学版)2011年第5期。

资金是发行人追求的目的,因此而导致的投资者权益受损是设立欺诈发行股票罪的基础所在,不论发行体制如何变革,保护投资者利益才是监管者的终极追究。因此,绝不能妄言投资者权益不是主要法益。实际上,《刑法》第160条中并无任何关于核准的规定,其背后所支持的是注册制而非核准制的股票发行理念,^[17]注册制下不存在核准程序,只能以完成发行股票作为既遂未遂的区分标准。因此,将实际完成股票发行作为既遂未遂的区别标准应更为妥当,这也是实践中获得支持最多的观点。

(二) 罪与非罪的界限——如何认定“已经着手实施犯罪”?

在刑法理论上,“已经着手实施犯罪”是区别故意犯罪的预备形态和未遂形态的标准,但是由于预备犯罪往往符合《刑法》第13条“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定,因此,“着手”实施犯罪往往也意味着罪与非罪的界限。

根据股票发行的一般流程,在发行结束之前,至少包括计划筹备、辅导验收、申报、受理、预披露、发审会、核准、刊登招股意向书和发行公告、推介、询价定价、配售发行等多个时点或阶段,应将哪个定位“已经着手实施犯罪”的时点更为合适呢?在实践中,以实际完成股票发行作为犯罪既遂的时点时,“着手”可有两种认定方法:一是获得核准之后,将“刊登招股意向书和发行公告”作为“着手”的起点,在此之前发行人的行为都是犯罪预备,结合《刑法》第13条的规定,可以看作情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪;二是获得核准之前,将申报或受理作为“着手”的起点,在此之前的准备发行材料、聘请券商辅导等是犯罪预备,结合《刑法》第13条的规定,将其看作情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪。这两种“着手”的认定方法哪种更为合适呢?

根据传统的刑法理论观点,“已经着手实施犯罪”就是“行为人已经开始实施刑法分则规范里具体犯罪构成要件的犯罪行为”,^[18]具体到欺诈发行股票罪,在“招股说明书中隐瞒重要事实或者编造重大虚假记载内容”是构成要件之一,因此,发行人向证监会报送“隐瞒重要事实

[17] 李培华:“欺诈发行股票罪的罪与罚”,载《稽查探索》2013年第2期。

[18] 高铭暄、马克昌:《刑法学》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第156页。

或者编造重大虚假内容”招股说明书(申报稿)就可以看作是“已经着手实施犯罪”,但考虑到申请到证监会受理可能需要5个工作日,在此期间发行人理论上可以随时撤回申请,因此“受理”也可以作为已经着手实施犯罪的起点。在此之前,发行人准备虚假的发行材料、聘请券商辅导等都属于欺诈发行的预备阶段,可认为情节显著轻微,不属于犯罪。

根据新派刑法理论观点,未遂犯都是具体的危险犯,只有当侵害法益的危险达到紧迫程度时,或者说只有当行为产生了侵害法益的紧迫危险时,才是着手。^[19]但是,《刑法》第160条所规定的欺诈发行罪所保护的法益有两个:一是国家股票发行管理制度或者股票发行管理秩序,二是投资者的财产权益。当发行人向证监会提交发行申请并被证监会受理时,国家的股票发行管理秩序就处于了被侵害的紧迫危险之中,但投资者的合法权益尚未处于被侵害的紧迫危险之中;当证监会核准含欺诈内容的发行时,国家的股票发行管理秩序处于已被侵害的状态,而投资者的合法权益处于随时可能被侵害的紧迫危险之中(因为发行人取得发行核准后发行股票是几乎必然的)。对此,一般认为,当发行人的行为使得欺诈发行罪的法条所保护的第一个法益(即国家股票发行管理制度或者股票发行管理秩序)处于被侵害的紧迫风险中时,应当认定“着手”已成立。

因此,上述两种理论观点殊途同归,都认为提出IPO申请(或者受理)就表明发行人“已经着手实施犯罪”。

(三)未遂与中止的界限——如何认定“犯罪分子意志以外的原因”?

犯罪分子意志以外的原因,是指存在于犯罪分子意志之外的、阻碍犯罪意志和犯罪活动的各种主观和客观因素,对此大家并无异议。犯罪分子意志以外的原因表明,犯罪分子停止犯罪在主观上是被迫的,是“想为而不能为”,犯罪中止与犯罪未遂相区别,原因就在于此。关于两者的区别标准问题,可以参考著名的弗兰克公式:“欲达目的而不能”的是犯罪未遂,“能达目的而不欲”的是犯罪中止。根据该公式,可

[19] 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第319页。

以回答实践中可能出现的两个疑问：

其一，欺诈发行行为如在取得证监会核准之前乃至在实际发行之前被媒体曝光、被证监会发现，从而导致发行人不得不撤回发行申请或者中止发行的，是犯罪未遂还是犯罪中止？根据上述公式，这种情况是“欲达目的而不能”，而非“能达目的而不欲”，应属犯罪未遂。只有其欺诈发行行为在被媒体曝光前或被证监会发现前，自动撤回申请或中止发行的，才是犯罪中止，因为这时其欺诈发行行为并不一定会被发现，发行人属于“能达目的而不欲”的情况。

其二，欺诈发行股票时，在询价阶段因提供报价的询价对象不足法定数量（即公开发行的股票数量在4亿股以下的不足20家或者公开发行的股票数量在4亿股以上的不足50家）或因有效申购不足等原因导致中止发行的，是犯罪未遂还是犯罪中止？对此，还是根据弗兰克公式，这时仍然属于“欲达目的而不能的情况”，因此仍属于犯罪未遂。

（四）此罪与彼罪（或彼行政违法行为）的界限——如何处理欺诈发行股票罪（未遂）与其他法条竞合问题？

不承认欺诈发行罪的未遂犯不符合刑法主流理论，也不利于打击欺诈发行犯罪，但是承认欺诈发行股票罪存在未遂并将IPO申请作为着手实施犯罪的起点，会带来的一个棘手的法律适用问题，即欺诈发行罪的未遂犯与其他多个法条竞合，对此应如何处理？

1. 欺诈发行罪（未遂）与欺诈发行行政违法行为的竞合（《刑法》第160条与《证券法》第189条）

《证券法》第189条规定，“发行人不符合发行条件，以欺骗手段骗取发行核准，尚未发行证券的，处以三十万元以上六十万元以下的罚款；已经发行证券的，处以非法所募资金金额百分之一以上百分之五以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款”。对照上文讨论的欺诈发行罪未遂情形，可以发现“发行人不符合发行条件，以欺骗手段骗取发行核准”与在招股说明书中“隐瞒重要事实或虚构重大虚假内容”的内涵基本重合，而对于是否构成犯罪的另一个要件，即《刑法》第160条中规定的“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”，根据相关司法解释，发行数额在

五百万元以上的就属于数额巨大,应当立案追诉。^[20] 因为实践中我国证券市场上规模最小的 IPO 融资额也远超五百万元,因此欺诈发行罪的未遂犯就与欺诈发行行政违法行为构成法条竞合。对此应如何具体适用法律?显然目前并无答案。对此,笔者认为,权宜之计是将《证券法》第 231 条“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”与第 189 条规定结合考虑,从而推出不适用《证券法》第 189 条,而适用《刑法》第 160 条规定的欺诈发行股票的未遂犯定罪量刑。而根本解决问题的方法是出台相关司法解释,后者修改相关法律条文。

2. 欺诈发行股票罪(未遂)与违规披露不披露重要信息罪的竞合问题

将欺诈发行股票罪的成立提前至向证监会提交申报材料,也会带来在某些情形下其与违规披露不披露重要信息罪的重合。我国刑法第 161 条规定,“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入利益,或者有其他严重情节的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金”。对于该条,《最高人民法院公安部关于刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第六条规定涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:……(二)虚增或者虚减资产达到当期披露的资产总额百分之三十以上的;(三)虚增或者虚减利润达到当期披露的利润总额百分之三十以上的;(四)未按照规定披露的重大诉讼、仲裁、担保、关联交易或者其他重大事项所涉及的数额或者连续十二个月的累计数额占净资产百分之五十以上的;(五)致使公司发行的股票、公司债券或者国务院依法认定的其他证券被终止上市交易或者多次被暂停上市交易的;(六)致使不符合发行条件的公司、企业骗取发行核准并且上市交易的;(七)在公司财务会计报告中将亏损披露为盈利,或者将盈利披露为亏损的……如果在股票发行之后发现股票发行过程中存在上述情形[上述第 6 项只

[20] 参见《最高人民法院公安部关于刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第 5 条第 1 款。

适用于上市后],可能构成欺诈发行罪与违规披露、不披露重要信息罪的竞合,这时按照重法优于轻法的原则,优先适用欺诈发行罪;如果在股票实际发行之前、预披露之后发现上述情形[包括第(二)、(三)、(四)、(七),四种情况],则构成欺诈发行罪(未遂)与违规披露、不披露重要信息罪的竞合,这时该如何适用法条容易引起争议。因为根据对于犯罪未遂要比照既遂从轻或减轻处罚,这种欺诈发行股票罪未遂与违规披露、不披露重要信息罪法定刑孰轻孰重不好区分。对于笔者认为,由于违规披露属于欺诈发行的手段行为,根据吸收犯的处罚原则,即以目的行为吸收手段行为,将其按欺诈发行股票罪未遂定罪处罚。

六、反欺诈发行规则体系的重构

综上,虽然承认欺诈发行股票存在未遂形态既具正当性,也有必要性,但是在具体适用该法条时不可避免地会遇到多个法律解释和法条竞合问题,争议在所难免。虽然上文讨论了一些解决方案,但作为一家之言、粗陋之论,显然难以消弭争议。造成这种尴尬局面的原因,部分在于由我国《刑法》和《证券法》构筑的反欺诈发行法律体系本身不甚衔接,部分在于相关法条和司法解释规定不甚明确、不够合理。不甚衔接的原因是《刑法》欺诈发行罪背后是注册制的思路,而证券法 189 条则是核准制的思路^[21];不甚明确、不够合理则是《刑法》160 条中“发行股票”等用语易引起歧义,司法解释中对之未予明确,500 万的“数额较大”的解释不符合至少几千万的 IPO 发行实践,导致行政处罚和刑罚之间没有梯次,等等。既然法律适用出现难题的原因在于反欺诈发行的规则体系本身,那么只有重构包括《证券法》、《刑法》、司法解释在内的相应规则体系,才能真正消弭争议。

近期来看,可以考虑推动最高检、最高法出台司法解释(或座谈会纪要等),首先解决欺诈发行未遂是否应该用刑法第 160 条进行刑事追

[21] 李培华:“欺诈发行股票罪的罪与罚”,载《稽查探索》2013 年第 2 期。

诉这一问题,协调好第160条与161条的关系。最好一并对欺诈发行中如何认定“已经着手实施犯罪”、“未得逞”、“犯罪分子意志以外的原因”等问题以及相关法条竞合问题也加以解释,从而区分罪与非罪、此罪与彼罪、既遂与未遂、未遂与中止、未遂与预备。

同时,应充分利用《证券法》修订这一契机,推动重构包括《证券法》、《刑法》在内发欺诈发行责任体系。应根据欺诈发行的进展阶段、发行数额、欺诈情节、造成后果等因素,区分出行政违法行为和刑事犯罪行为,并分别对应《证券法》和《刑法》加以处罚。尤其要合理设定相应法条的事实要件部分,统筹解决刑法第160条、第161条与《证券法》第189条、第193条之间的适用关系,避免法条竞合。限于篇幅,本文就不再讨论。