

尽快修订刑法 加大证券犯罪刑事处罚力度

证监会为保障新证券法的贯彻落实,已启动资本市场规章制度的梳理工作。作为所有部门法后盾与保障的刑法未联动修订,使现行刑法规定与新证券法规定存在脱节现象。因此,需尽快修订刑法,加大对证券犯罪的刑事处罚力度,调整证券犯罪的出罪与入罪,使刑法与证券法有效衔接。



新华社图片

□中南财经政法大学刑事辩护研究院副院长 姜秋琴

发挥刑罚应有的震慑功能

显著提高违法成本,是新证券法备受关注的亮点。比如,较大幅度提高行政处罚款额度,按照违法所得计算罚款幅度的,处罚标准由原来的一至五倍,提高到一至十倍;实行定额罚款的,由原来多数规定的30万元至60万元,分别提高到200万元至2000万元、100万元至1000万元以及50万元至500万元等。通过加大对证券违法行为的处罚力度,严厉惩治和威慑违法行为人。

刑法所规定的刑罚是最严厉的制裁手段,对比证券违法行为更严重的证券犯罪行为,原本应当给予更重的处罚,但现有的刑法规定却无法实现这样的效果。例如,信息披露义务人未依法履行信息披露义务的,行政处罚可以处50万元以上500万元以下的罚款,对责任人员可以处20万元以上200万元以下的罚款。如果披露存在虚假记载,误导性陈述或者重大遗漏的,行政处罚更高,对义务人要处以100万元以上1000万元以下的罚款,对责任人员处以50万元以上500万元以下的罚款。但如果以上行为的危害结果更严重或者情节更恶劣,达到了犯罪的程度,构成违规披露、不披露重要信息罪,由于该罪实施单罚制,不对作为信息披露义务人的公司、企业进行处罚,只对责任人并处或单处2万元以上20万元以下罚金,而且只能判处不超过三年有期徒刑的自由刑。这样的法律规定可能导致信息披露义务人的公司、企业选择实施情节更严重的犯罪行为,因为犯了罪反而可以免除高额罚款。

另外,必须及时修改刑法,提高罚金的额度以及自由刑的刑期,发挥刑罚应有的震慑功能。比如,在

美国,根据《谢班斯法案》规定,故意进行证券欺诈的犯罪最高可判处25年监禁,而我国的欺诈发行股票、债券罪最高只能判处有期徒刑5年,自由刑的震慑力明显不足。从财产刑的角度而言,由于刑罚可能同时导致人身自由的丧失,作为刑罚的罚金数额不一定非要比行政处罚的罚款高,但在考虑自由刑期设置状况下要有衔接,以违规披露、不披露重要信息行为为例,行政处罚最高可以判处1000万罚款,而刑罚最高只能判处20万罚金和3年有期徒刑,这两类处罚之间明显严重脱节。因此,加大对证券犯罪的刑事处罚力度势在必行。

调整证券犯罪的出罪与入罪

证券犯罪属于典型的行政犯罪,是由于行政法规的规定才使之成立犯罪。所以证券犯罪行为首先要触犯证券法律法规,造成的危害超出了行政处罚的范畴,才动用刑罚予以制裁。如果一个行为连行政违法都认定不了,就不可能进入刑法规制的领域。因此,证券法作为刑法的前置法,它的修订必然会影响到犯罪的认定,刑法也应当及时作出调整。例如,新证券法删除了原法第二百零条关于“证券交易所、证券公司、证券登记结算机构的从业人员或者证券业协会的工作人员,故意提供虚假资料、隐匿、伪造、篡改或者毁损交易记录,诱骗投资者买卖证券的,撤销证券从业资格……”的规定,使得刑法关于诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的规定就缺乏行政法律依据,因此有必要修改刑法取消该罪名,使得以上特定主体诱骗投资者买卖证券、期货合约的行为出罪。

此外,新证券法设专章规定了信息披露制度,完善了信息披露的义务,如增加要求及时、公平地披露信息,增加要求披露应简明清晰、通俗易懂等,扩充了必须披露的重大事件,这些修改都可能扩大刑法

对违规披露、不披露重要信息罪的认定范围,因为原来不属于依法应当披露的义务,新证券法实施后增加成为依法应当披露的义务,行为人一旦未按规定披露,就可能入罪。

重新解读证券犯罪刑法规范

由于证券犯罪是行政犯罪,其构成要件的认定不完全由刑法本身进行规定,有些内容需要依据其前置的证券法予以确定。在当前证券法修改的背景下,有必要根据新证券法的规定对刑法中关于证券犯罪的规范进行重新解读,这样才能保障刑法的前瞻性和相对稳定性。

新证券法重新对证券下了定义,将存托凭证、资产支持证券、资产管理产品纳入证券法规范的范围,对于刑法中涉及到证券的表述,就应当包含这三类证券,刑法可以将新证券法实施之前针对这三类证券无法规制的行为纳入规制的范围。再如,新证券法将信息披露义务人的范围由原来的“发行人、上市公司”扩充到“发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人”,刑法规定的违规披露、不披露重要信息罪的依法负有信息披露义务的公司、企业也应当同时按照新证券法的规定扩充,该罪名可以处罚的主体显然就扩大了。又如,新证券法还扩大证券交易内幕信息的知情人的范围,基本把能接触到内幕信息的人员都包含了进来,刑法规定的内幕交易、泄露内幕交易信息罪中的证券交易的内幕信息知情人员也同样要进行扩充。

因此,新证券法实施之后,司法机关在适用证券犯罪刑法规范时要注意与新证券法进行衔接,避免缩小打击范围。作为证券市场的相关主体,也要注意这样的衔接,避免因固有的不构成犯罪的思维而陷入刑事风险。

全复工,有3家是由于所处行业受疫情影响影响,还需一段时间才能完全复工。

虽然受疫情影响,但辖区资本市场融资能力、服务能力恢复很快,主要体现在两个方面。

一是剔除政府债券影响后的直接融资同比实现增长,辖区企业资本市场融资呈现更活跃态势。1月至4月,辖区资本市场直接融资总额为407.32亿元,同比虽然下降,但今年前4个月湖北政府债券还未在交易所发行,剔除政府债券影响,直接融资总额同比增长43.04%。其中,股权融资总额73.38亿元,同比上升242.74%;债权融资总额333.94亿元,同比上升26.80%。截至4月底,湖北有27家公司取得交易所债券发行批文,金额合计569.72亿元。疫情影响下,辖区企业资本市场融资活跃度不降反升。

二是并购重组、再融资的融资总量、过审家数和筹划家数等方面增量显著,上市公司利用资本市场运作的积极性更高。今年以来,湖北有3家公司通过首发上市融资14.40亿元;2家上市公司完成再融资,融资总额57.13亿元,去年同期只有1家公司完成再融资8.14亿元。今年有2家上市公司并购重组、再融资方案已获批文,1家方案已过会审核,预计3家公司合计再融资额近100亿元。去年同期只有1家上市公司再融资方案过会,融资额4.25亿元。1月至4月还有12家公司发布再融资预案,去年同期为8家。

互联网互助计划 法律风险不可小视

□北京中彬律师事务所 宋维强 李鑫

伴随互联网技术的高速发展,一种类似于保险的创新模式——“互联网互助计划”(简称“互助计划”)悄然诞生,近来呈快速发展之势。然而,在互助计划大量涌现的同时,社会各界对其法律性质的认识还不够准确,对其合法性的识别不够充分,这一新生事物所蕴含的风险急剧上升。

与保险有根本区别

互助计划基于网络互助平台,消费者缴纳费用后即成为该平台的会员,任何会员遇到重疾或者意外,平台就会使用成员缴纳的费用或向成员“众筹”所得的费用,对患病者予以帮助。互助计划的宗旨是使每个会员在遭遇意外的时候可以得到别人的帮助,救治费用是所有加入互助计划的人一起分摊的。

2011年,首家以“互保”之名成立的“互保公社”标志着互联网互助计划开始走向“有规则意识的创新实践”。此后,众多规模更大、涉及范围更广的互联网互助计划应运而生,造就了网络互助行业的勃兴之势。

互助计划,诸如大病互助计划——“人生病,众人分摊”的模式,和保险中的重症疾病保险有着根本区别。

互助计划采用事后分摊机制,规定保障金和管理费由所有成员进行分摊,即承担给付的是加入的会员而不是社会保险机构,因此其用户重症疾病风险是通过分摊的方式让所有用户共同承担而不是风险转移,不属于商业保险范畴。互助计划的会员未来所能获得的互助金是不确定的,取决于实际分摊情况。

而相互保险本质上属于保险的范畴,受银保监会的监管。

原中国保监会在2015年1月23日颁布的《相互保险组织监管试行办法》对相互保险进行了规范。其中第二条规定,本办法所称相互保险是指,具有同质风险保障需求的单位或个人,通过订立合同成为会员,并缴纳保费形成互助基金,由该基金对合同约定的事故发生所造成的损失承担赔偿责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的保险活动。

互助计划不是保险,不具有“保险”的性质,是一种用户之间的风险共担和费用均摊,是基于“帮助他人,守护自己”的互助精神,由网络互助计划平台为加入会员提供的一种互助共济机制。

我国法律规范意义上的相互保险组织仅有相互保险公司这一种形式。互联网互助计划不属于我国法律规范意义上的相互保险。

从保险的法律形式来看,互联网互助计划不具备相应的构成要件。保险应当具备可转移的风险、有风险转嫁需求的投保群体以及承接转嫁风险的组织机构三个法律形式要件,而互联网互助计划并不符合后两个要求。

具体而言,从保险法角度来看,互联网互助计划缺少对价关系、预收保费、精算技术以及保费请求权等保险法明确规定的要件。从合同层面来看,互助协议的当事人是每个会员,而商业保险合同双方当事人为投保人和保险机构。

存在法律风险

互助计划目前具有以下五重法律风险。

第一,均摊损失的定价机制忽视不同用户的风险水平。互助计划按规定由用户平均分摊保障金,但用户在风险水平上各有不同,而且存在个别用户是商业保险的拒保对象,分摊保障金不能差异化定价,更无法将用户的年龄、性别及健康状况考虑在内。现实生活中,不同年龄、性别用户很明显患病概率不一样。即每年承担着相同的分摊金额,但患病时收到的赔付金额却不同。

第二,互助计划的加入流程不严格、不完善。虽然用户在加入互助计划前要按程序进行健康告知,但并不需

要提供严格的健康状况证明资料,更不存在严格的调查核实,互助计划准入门槛较低,无法区分高风险用户与低风险用户,因此大概率会存在逆选择风险。因而,带病加入和骗取众筹资金的问题难以避免,会使其他成员蒙受损失。

第三,监管机制不完善,法律法规不健全。法律上关于互助计划的规定寥寥无几,导致出问题基本依靠行业实践及市场惯例,缺乏有效的法律约束,容易产生纠纷且很难得到快速有效解决。

第四,某些互助计划借助“互助保险”的名义误导投资者,其本身并不具备合法的互助保险经营资质,可能会被保险监管部门查处。

根据《中国保险监督管理委员会办公厅关于涉嫌非法经营保险业务问题的复函》,实践中,符合商业保险特征,以保险费以外名义向社会公众收取费用,承诺履行的义务中含有保险金赔偿、给付责任或者其他类似风险保障责任的活动,可考虑认定为非法经营商业保险业务行为。

针对互助计划吸纳一定会员费或管理费,以及资金筹集过程中,由于缺乏对资金的监管,也极易触犯非法集资类犯罪。

第五,缺乏对互助金直接管理者的监督管理。从平台技术控制层面来看,平台缺少对受助者善款利用情况的追踪监督,互助资金的直接管理者可能是被帮助者的利害关系人,互助资金未必用在受助者疾病治疗的花费上,其中所涉及的道德风险及挪用资金可能涉及的刑事风险事实上都影响着互助计划的健康运行。

监管体系亟待健全

针对互助计划,原中国保监会在2015年发布过一份《关于“互助计划”等类保险活动的风险提示》,2016年又发布了《关于开展以网络互助计划形式非法从事保险业务专项整治工作的通知》。根据该风险提示及通知,保险监管部门关注的风险是部分互助计划借助保险名义进行宣传,极易造成消费者将其与保险产品混淆。互助计划因市场准入标准不明确而没有对应的监管部门,亟待建立健全互助计划监管体系。

不同于保险机构具有刚性兑付的保障,对于互助计划应该加强外部监管体系建设。

将互助计划基本置于保险监管框架之外,是否有利于保护消费者权益、促进保险行业发展,尚有待观察。现阶段,现行的保险监管框架应该针对技术、商业模式以及行业发展的变化,调整和拓宽其监管范围,在鼓励创新和保护消费者权益等目标之间取得良好的平衡。

根据原中国保监会《关于开展以网络互助计划形式非法从事保险业务专项整治工作的通知》,网络互助计划不得违规进行宣传和经营,不得变相或实际经营保险业务,更具体而言,网络互助计划应向公众声明“互助计划不是保险”加入互助计划是单向的捐赠行为,不能预期获得确定的“风险保障”;不得以任何形式向社会公众承诺风险保障、赔偿给付责任,不得使用“保障”“保证”等字眼;不得违规使用保险用语,混淆保险产品和互助计划的区别;不得打着“保险创新”“互联网+”等名义进行虚假、误导宣传。

加强与互联网技术公司的合作,充分利用其大数据、区块链等金融科技,区块链技术可以帮助互助计划确定用户提交的医疗信息资料是否有效,它可以在一次有效交易行为中的任何一个环节,从多个源头抽取数据,并通过比较检验其数据的真实性,进而减少用户的欺詐行为,保证互助计划执行情况的真实、透明和安全。

在政府完善监管政策、加大监管力度,并建立更加有效的市场行业自身监管机制的前提下,借助流量优势和科技加持,互助计划可以更好发挥自身高效便民的优势。在此基础上不断加以创新,使互助计划成为一种可持续性的商业模式,多渠道并举,更好地运行互助计划并为用户带来更佳的使用体验。

提升资本市场活力 推进新三板改革

(上接A01版)持续完善不同市场之间转板机制,积极推进区域性股权市场开展制度和业务创新试点,规范发展私募股权投资,持续推进债券市场品种创新、结构优化和质量提升,为处于成长周期的各阶段企业提供多元化、差异化、精准化的直接融资服务。

支持企业登陆科创板挂牌精选层

中国证券报:去年两会,你表示,湖北已建立逾100家企业的科创板后备资源库,尽早推动条件成熟的企业登陆科创板。目前湖北科创板企业情况如何?在新三板精选层方面,湖北辖区做了哪些准备工作?

李秉恒:2019年湖北科创板企业上市工作取得了较好成绩,实现“两个第一”:全年申报企业数量位居中部地区第一,推动6家企业申报科创板,行业涉及医药、专用设备、信息技术等高科技领域;全年成功注册公司数量位居中部地区第一。6家申报企业中有2家已成功上市,1家通过审核等待注册,湖北还有3家企业申报科创板正在上海证券交易所审核。

新三板精选层相关工作也是今年我局监管服务工作重要内容。目前,湖北共有新三板挂牌公司300多家,其中创新层公司20多家。为指导辖区新三板公司做好精选层申报,我局做了大量工作。一是广泛开展宣传动员。开展了新三板改革业务远程培训专项工作,通过动员挂牌公司自学、督促主办券

商专项督导、推动地方协会开展专项培训等方式,帮助挂牌公司了解掌握最新政策和动态;及时向湖北省政府报告新三板改革主要内容,分析省内新三板发展情况并提出工作建议。二是积极主动调研摸底。对全省300多家挂牌公司进行摸底,分层次筛选出拟第一批申报、拟待年报审计完成后再申报和拟调至创新层后再申报精选层的企业名单,分类开展指导和服务工作。已有4家公司启动精选层申报工作,10多家公司在积极筹备中。三是灵活高效辅导验收。挂牌精选层的辅导验收是一项新工作,为提升监管服务效率,我局于3月初下发《关于开展辖区挂牌公司公开发行辅导验收工作的通知》,明确了申报精选层的辅导备案流程。同时,针对疫情期间特殊情况,与拟上市企业的辅导验收一样,灵活高效采取非现场验收形式。

资本市场服务能力快速恢复

中国证券报:作为受疫情影响严重的地区,湖北上市公司复产情况如何?在支持上市公司复工复产、支持湖北经济恢复发展方面,湖北证监局的监管服务举措有哪些?

李秉恒:截至5月8日,辖区109家上市公司中,复工率大于80%的104家,占比95.41%;部分复工的4家,占比3.67%;少量复工只有1家。部分复工和少量复工的5家企业中,有2家是由于自身经营问题尚未完