

## 信息披露违法案中行政处罚帮助 教唆者的尝试与提示

张子学\*

**摘要:**近期,证监会在新中基案中,对一名帮助上市公司实施财务欺诈的外部人士给予警告、10万元罚款,引起市场关注。本文基于这一首次案例,分析了证券执法中行政处罚帮助教唆者遇到的难点问题,提出了初步解决思路,并通过典型执法案例介绍了美国证监会在给力的立法支持与刑事司法威慑下,如何在财务欺诈案中查处作为帮助教唆者的商业交易客户与银行机构,最后提出了立法与执法建议。

**关键词:**信息披露违法 行政处罚 帮助教唆者

近期,证监会发布了新疆中基实业股份有限公司行政处罚与市场禁入决定书。证监会认定,新中基通过自己设立的隐形空壳公司天津晟中,利用非关联的中转过账公司新疆豪客,连续多年虚构购销业务,虚增业务收入与成本,虚增或者虚减利润,不仅隐瞒关联关系、关联交易,更直接导致公司2006

---

\* 中国证监会行政处罚委员会委员,法学博士。

年至2011年年度报告信息披露存在虚假记载及重大遗漏。证监会查明,2007年,新中基董事长找到曾任新中基销售负责人、已辞职独立经商的吴新安,请其帮忙从新中基采购番茄酱之后再卖给天津中辰;2007年至2010年间,吴新安控制的新疆豪客国际贸易有限公司先从天津晟中采购番茄酱,加上应交税款与新疆豪客获得的纯利润后,再转手全部销售给天津中辰;相关证据显示,新中基利用非关联企业新疆豪客中转与过账,货物基本不动,实际上的交易就是仓单的转移。证监会认为,吴新安明知是在帮助新中基实施违法行为,仍连续多年配合新中基违法,应当受到处罚,决定对吴新安给予警告,并处以10万元罚款。<sup>[1]</sup>

据查询,这是证监会在信息披露违法案中,首次行政处罚发行人、上市公司体系之外的“外部帮助者”。从近年查处实践看,财务造假、欺诈发行、持续信息披露违法之所以能够顺利进行,发行人、上市公司的董事高管以及控股股东、实际控制人固然是违法行为的主干,保荐机构、会计师、律师等出具相应核查督导意见的中介机构也是“功不可没”,另一类人,也就是吴新安一类的帮助教唆者,常常发挥着重要作用。

已经发生的监管执法案例中,这类人既有配合上市公司虚构成本、虚构销售收入、虚构利润的上下游客户,也有为上市公司开立虚假存单的商业银行分支机构;既有配合拟上市公司虚假招投标、美化财务数据的地方政府设立的公司,也有倒签企业注册成立日期的地方工商行政管理部门与出具子虚乌有土地使用权证书的地方土地管理部门。另据媒体报道,在发行环节的财务欺诈案中,也隐现着急于上市后套现,授意、教唆乃至压迫发行人与中介机构实施财务造假的私募股权投资机构神秘的踪影。比如,《上海证券报》曾报道,在万福生科大案中,董事长龚永福称,其上市有“政府推动”,对于具体的造假问题,他语焉不详,只承认有“高人指点”,更直言“这不是我一个人能承担得了的”;花费沉重代价“美化”业绩后的万福生科,其发行价格被定在高位,最大

---

[1] 《中国证监会行政处罚决定书》[(2014)68号]。

的受益者无疑是上市前精准入股的一众股东。<sup>〔2〕</sup>

这些帮助教唆造假的机构、单位或者个人,有的出于情面、“帮朋友忙”,有的为了蝇头小利,有的为了巨大利益,有的打着支持地方企业发展的旗号,知道或者应当知道其行为将导致发行人、上市公司财务造假、欺诈发行或者重大信息披露虚假的严重后果,仍为虎作伥、助纣为虐,案发后一般不配合甚至极不配合调查,给查清案件真实情况带来很大阻碍;事后基本能安然无恙、逍遥法外。许多案件中,发行人、上市公司实施财务舞弊,“孤掌难鸣”、“独木难撑”,外部帮助者的积极参与,往往是精心设计的系统性造假链条上重要乃至不可或缺的关键环节。但是,此前尚未发生一起被行政查处的案例。

本文第一部分分析了问题的根源,提出了初步的解决思路;第二部分“连篇累牍”地罗列了美国证监会的 11 个典型执法案例,意在呈现大洋彼岸的上市公司造假中,商业交易客户与银行机构如何提供形形色色的“热心帮助”,以及美国证监会在给力的立法支持与刑事司法威慑下,如何努力接近“让财务欺诈中每个责任人都受到惩处的目标”;第三部分提出了完善我国立法与加强执法的建议。

## 一、问题的根源与初步解决思路

帮助教唆者此前未被行政查处的主要原因,是立法上存在一定缺陷,执法上也未给予足够重视。按照目前的规定,无论依据《证券法》第 189 条追究欺诈发行责任还是依据《证券法》第 193 条追究信息披露违法责任,均是先认定单位违法,然后才认定“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”违法。根据这种立法模式以及相关的刑事司法解释、判例与学理文章,“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”仅限于自然人,而且是仅限于单位内部的自然人,不能扩展至单位以外的自然人或者法人。2005 年修订《证券法》时,只在第 189 条第 2

---

〔2〕 夏子航:“万福生科董事长龚永福:不是我一个人能承担得了的”,载《上海证券报》2013 年 3 月 27 日。

款和第 193 条第 3 款,将控股股东、实际控制人“指使”欺诈发行或者信息披露违法的行为列为单独的一种违法行为予以追究,但是,对其他帮助教唆发行人、上市公司违法者,并未规定。按照目前的立法框架,似乎只能寻诸于共同行政违法的途径去追究责任。

所谓共同行政违法,是指两人以上故意共同实施违反行政法的行为,是与单独违法相对而言的。所谓“故意共同实施”,是指违反行政法上义务构成要件的事实或结果,由两个以上行为人故意共同完成而言。因此,每一个行为人都认识到与他人共同实施的行为将发生危害社会的后果,并且希望或放任这种结果发生,从而参与实施。

从大陆法系看,德国《违反秩序处罚法》第 14 条规定:“(1)多数人参与违反秩序行为者,其行为分别皆为违序。此规定对于因特别之个人特征而成立之处罚关系仅于其中一人存在时,亦适用之。(2)允许处罚罚缓之法律构成事实被违法地实现或在得对未遂行为加以处罚之案件中,至少存在未遂行为者,始得处罚共同违序行为。(3)共同违序行为之一人行为不具可非难性者,并不因而排除其他共同行为之处罚可能性。法律规定不对具有特定个人关系者加以处罚时,此项规定只对于具有此项关系之行为人适用之。(4)对于一般人而言,属于违反秩序之行为,法律规定因基于特定要素而应属于犯罪行为者,仅具有此项要素之共同行为人适用刑法,其他无特定关系之共同行为人,则仍为违反秩序,而适用本法。”

我国台湾地区“行政罚法”第 14 条参照德国立法,规定:“故意共同实施违反行政法上义务之行为者,依其行为情节之轻重,分别处罚之。前项情形,因身份或其他特定关系成立之违反行政法上义务行为,其无此身份或特定关系者,仍处罚之。因身份或其他特定关系致处罚有重轻或免除时,其无此身份或特定关系者,仍处以通常之处罚。”根据相关立法理由,“故意共同实施”,系指义务主体与义务主体以外之第三人故意共同违反行政法上之义务,并不包括义务主体与义务主体内部之成员共同违反行政法上义务之情形;“情节之轻重”,系指实施违反行政法上义务行为其介入之程度及其行为可非难性之高低等因素。

从德国与我国台湾地区的相关立法理由、司法函示与判例看,应说

明几点:(1)对于共同行政违法,并未采取刑法上有关共同正犯、教唆犯、帮助犯的概念,而是将多个共同违法成员作为“单一行为人”;其立法理由在于,行政处罚的不法内涵及非难评价不如刑罚,且为避免实务不易区分导致行政机关裁罚时徒生困扰;不过,对于实施教唆、帮助行为的人,也被归入共同行政违法的成员,依其对违法结果的贡献大小确定责任轻重。(2)对于一些行政违法以特殊主体为要件的,那些虽无这种特殊主体资格的帮助者,也可以成为行政问责对象。(3)共同行政违法中,个别人因其身份被免受追责,不影响追究共同实施违法行为的其他人的责任。(4)共同行政违法中,一些人因情节严重被追究刑事责任,不影响其他共同行为人被追究行政责任。〔3〕

我国现行《行政处罚法》没有对共同行政违法做出一般性规定,实践中其他行政执法部门做法也不一样,有的参照《刑法》中共同犯罪的情形进行处理,有的对共同违法行为当事人各打五十大板,有的不分责任,直接对所有当事人进行共同处罚,有的则对共同违法行为的主要责任人进行处罚。〔4〕

面对《行政处罚法》的空白,全国人大常委会、国务院以及一些行政执法部门通过专门法律、行政法规、部门规章等形式为查处共同行政违法提供了依据。比如,全国人大常委会1986年通过的《治安管理处罚条例》第14条规定:“二以上共同违反治安管理规定的,根据情节轻重,分别给予行政处罚”;全国人大常委会2005年通过的《治安管理处罚法》第17条更进一步明确规定:“共同违反治安管理的,根据违反治安管理行为人在违反治安管理行为中所起的作用,分别处罚。教唆、胁迫、诱骗他人违反治安管理的,按照其教唆、胁迫、诱骗的行为处罚。”国务院2003年初公布实施的《无照经营查处取缔办法》第15条规定:“知道或者应当知道属于本办法规定的无照经营行为而为其提供生产经营场所、运输、保管、仓储等条件的,由工商行政管理部门责令立即停止违法行为,没收违法所得,并处两万元以下的罚款;为危害人体健康、

〔3〕 参见江嘉琪:“论行政法上共同违反义务行为之处罚”,载黄舒苜主编:《2007行政管制与行政争讼》,台北“中央”研究院法律学研究所筹备处专书(6)。

〔4〕 参见浙江余姚工商分局法规科课题组:“浅析共同违法的处罚”,载《中国工商管理研究》2008年第9期。

存在重大安全隐患、威胁公共安全、破坏环境资源的无证经营行为提供生产经营场所、运输、保管、仓储等条件的,并处五万元以上五十万元以下的罚款。”交通部1998年发布的《水上安全监督行政处罚规定》第8条规定:“对有共同违法行为的当事人,应当分别给予行政处罚。”国家工商总局1998年发布的《关于禁止串通招标投标行为的暂行规定》第6条规定:“串通招标投标行为是共同违法行为,对参与串通招标投标的各个违法行为人,应当根据情节,分别按照本规定第五条规定的幅度予以行政处罚。”

参考上述其他法域的立法与判例、我国其他行政执法领域的立法与实践,证监会在查处欺诈发行、信息披露违法以及其他证券违法行为中,可以从参与共同行政违法的角度,对帮助教唆者追究责任。具体操作时应从以下几个方面理解与把握:

第一,法律依据问题。从境内外的立法与实践看,均未将帮助教唆者排除在共同行政违法的追责范围之外,而且除了共同直接实施违法行为者,帮助行为是查处共同行政违法时最主要的打击对象。由于帮助者的责任依附于主要参与者的责任,因此,对参与共同证券行政违法的帮助者进行行政处罚,并未设立独立的责任,并不是创设新的行政处罚种类,不违背行政处罚法定主义原则。即使《行政处罚法》没有对共同行政违法做出一般性规定,也并未否认现实中一些行政执法部门依据其他专门法律、法规、规章追究共同行政违法者的责任;即使没有专门法律、法规、规章规定,也可以依据共同行政违法的基本法理,查处证券违法领域的帮助行为。

第二,特殊主体问题。《证券法》第189条所冠的欺诈发行责任主体为“发行人”,第193条所冠的信息披露违法责任主体为“发行人、上市公司”,也就是这两类违法行为的主体都是所谓的“特殊主体”而非“一般主体”,但是,这并不意味着不能对独立于发行人、上市公司之外但是在实施这两类违法行为起帮助作用的个人或者单位追究责任。一方面,参照刑法理论与实践,对一些需要特殊主体为要件的犯罪行为,并未排除虽非特殊主体但对特殊主体的犯罪行为起到帮助作用的人,以帮助犯追究责任;另一方面,参考上述德国、我国台湾地区的立法,均直接、明白地规定,对于一些行政违法以特殊主体为要件的,那些虽无

这种特殊主体资格的帮助者,也可以成为行政问责对象。

第三,区分帮助行为与其他主体的行政违法。其一,如前所述,发行人、上市公司实施发行欺诈、财务造假的过程中,追究其单位内部“直接负责的主管人员与其他直接责任人员”责任,是基于“单位违法下的个人责任”原理,而追究帮助行为,则是基于“共同行政违法责任”原理,二者有根本不同。其二,实践中,在发行人、上市公司实施发行欺诈、财务造假的过程中,常常活跃着保荐代表人、证券服务机构的身影,这些机构及其人员,也常常从广义上被理解为“帮助犯”,但是,由于对这些机构与人员已经分别有《证券法》第192条、223条追究责任,他们是独立于发行人、上市公司的责任主体,无须按共同行政违法追究责任。其三,《证券法》第189条第2款、193条第3款已经对控股股东、实际控制人的“指使”行为规定了单独问责的法律依据,也无须按共同行政违法追究责任。

第四,帮助者责任的构成要件。一方面,主观上故意,出于明知(知道或者应当知道)其行为将导致协助他人违反证券法规的结果,仍希望或者放任该结果的发生。另一方面,客观上实施了帮助行为。

第五,帮助者与主要违法者的责任分担。实践中,其他行政执法部门的做法有两种,一种参照《民法通则》关于民事连带赔偿责任的规定,共同行政违法参与者要对金钱处罚承担连带责任;另一种是不承担连带责任,而是按照在违法行为中的作用分别衡量,确定应当承担的责任。主流观点与做法认为,民事赔偿与行政处罚具有不同的功能,以采后一种做法为宜。

第六,帮助者责任的限度。《证券法》第189条、193条均规定了量罚幅度,对帮助者的量罚,是应与主要违法者合并计算后限定在法定幅度内,还是分别衡量是否超出了法定幅度,其他行政执法部门的实践做法并不一致。笔者认为,从帮助者的行为依附于主要违法者的行为,以及《证券法》第189条、193条的条文设置看,以合并计算后不超出量罚幅度为宜。不过,这仅限于金钱处罚,对于申诫罚、资格罚,二者可以并行不悖。

第七,帮助者责任的轻重。视共同行政违法行为的社会危害程度、帮助行为对促成共同行政违法的作用程度、监管部门未发现时帮助者

是否有举报立功表现、查处过程中是否配合调查等因素综合衡量。对于情节显著轻微的可以免于行政处罚,由日常监管部门采取行政监管措施。

第八,刑事与行政的衔接。主要违法者被移送刑事,不影响帮助者行政违法责任的认定。

第九,帮助者为单位。在认定该单位违法的前提下,可以追究单位内部直接负责的主管人员与其他直接责任人员。

第十,适用案件类型。不仅在发行欺诈、信息披露违法中可以追究帮助者的行政违法责任,上述分析对内幕交易、操纵市场以及其他证券违法行为同样适用,如明知他人操纵市场而提供资金帮助,电视台明知发布虚假信息而予以配合,等等。

## 二、美国证监会追究商业交易客户与银行机构帮助教唆责任案例

对于证券欺诈私人民事赔偿诉讼中能否追究帮助教唆(Aiding and Abetting)者的责任,美国联邦法院系统的态度经历了一个跌宕起伏、争议连绵的过程,总体趋势是采取严格限制的立场。影响巨大的联邦最高法院1994年Central Bank案判决之后,<sup>[5]</sup>曾经风靡多时的、基于10b-5规则追究次要行为人帮助教唆责任的私人证券欺诈诉讼案件几近绝迹;2008年联邦最高法院在Stoneridge案判决中,同样禁止私人原告提起这类诉讼。<sup>[6]</sup>但是,私人证券赔偿诉讼的曲折,并没有阻挡住美国证监会追究帮助教唆者责任的步伐。Stoneridge案中,在投资者提起私人集团诉讼之前,美国证监会已经从帮助教唆Charter Communications实施证券欺诈的两个次要行为人那里收取了合计达4500万美元的罚没款。美国证监会能够这样做,最重要的原因就是国会在立法上给予

---

[5] Central Bank of Denver v. First Interstate Bank of Denver, 511 U. S. pp. 164, 177 (1994).

[6] Stoneridge Inv. Partners, LLC v. Scientific - Atlanta, Inc., 552 U. S. pp. 148, 166 - 67 (2008).

了相当给力的支持,美国司法部在刑事领域也提供了较大配合。

美国证监会与司法部均有明确的法定权力,将证券欺诈中的帮助教唆者绳之以法。Central Bank 案判决次年,也即 1995 年,国会颁布了《私人证券诉讼改革法案》(PSLRA),在总体上防止滥用私人证券诉讼程序的同时,明确授权美国证监会追查那些“蓄意”为违反证券法的主要行为者提供“实质性帮助”的人。2008 年金融危机后实施的《多德—弗兰克法案》,将追诉的主观方面标准从“蓄意”(knowingly)扩展至“蓄意或者放任”(knowingly or recklessly)。在程序上,此前,要对证券违法案件中的次要行为人处以罚款,美国证监会必须通过在联邦地区法院发动民事诉讼,《多德—弗兰克法案》授权美国证监会还可以通过行政法官程序,取得停止与戒绝令(cease - and - desist)并对次要行为人给予罚款,行政程序的追责标准不如民事诉讼程序那么严格。这两项重要改革,使美国证监会能够更加容易地追究证券欺诈中的帮助教唆者。目前,美国证监会可以通过法院诉讼或者行政法官程序,对次要行为人追究责任,这些责任包括强制令、没收、民事罚款、市场禁入等;即使美国证监会调查后未采取执法行动,也可以公布其调查结果。《证券交易法》Section 21C 赋权美国证监会,可以命令知道或者应当知道其作为或者不作为会促成证券违法,或者说其行为是证券违法成因之一的人,停止并终止其正在现实与将来的违法行为;为发布此命令,美国证监会须证明:(1)主要违法行为已经发生;(2)命令对象的作为或者不作为是违法行为成因之一;(3)命令对象知道或者应当知道他的行为将促成证券违法。

美国司法部有权对证券欺诈中的帮助教唆者发动刑事指控,对证券违法发动刑事程序的主要依据 18U. S. C. § 2(a) 规定,“帮助、教唆、建议、命令、诱使或者挑动”违反刑事法律的人,可以被作为“主犯”处罚。违反《1934 年证券交易法》的人最高可以被处以 500 万美元罚金(公司违法者的上限是 2500 万美元),以及最高为 20 年的监禁。在许多案件中,司法部与美国证监会展开平行调查与指控。在安然案、美国在线时代华纳案等证券欺诈大案中,司法部对实施帮助教唆的次要行为追究了刑事责任。在与 Stoneridge 一案相关的案件中,司法部以共谋与帮助教唆,对 Charter Communications 的多个高级管理人员处以

刑事处罚款。

需要说明的是,美国证监会打击帮助教唆者的案件类型,主要是发行人、上市公司实施财务欺诈、信息披露虚假的案件,但是,在另两类主要的证券执法案件,也即内幕交易、操纵市场等交易型违法案件与证券公司、投资顾问公司等违反执业准则与职业操守的案件中,也不乏问责案例。以下按照案件时间顺序,罗列与本文主题相关的帮助教唆上市公司会计舞弊的商业客户、银行机构案例。<sup>[7]</sup>

### (一)2003年加拿大帝国商业银行案——商业银行协助安然公司利用特殊目的实体虚增收入隐瞒债务

2003年11月,美国证监会起诉加拿大帝国商业银行(Canadian Imperial Bank of Commerce, CIBC)及其13名高级管理人员帮助安然公司连续多年通过一系列结构复杂的财务交易,实施证券欺诈。安然公司从该行取得的34笔贷款,被结构化为“资产出售”,1998年至2001年,安然利用这些被隐藏的贷款,在其财务报告中,虚增10亿美元收入,虚增经营现金流20亿美元,隐瞒债务26亿美元。该案和解结案,CIBC同意保证永不再违反联邦证券法有关反欺诈、簿记与存档以及内部控制规定,缴纳合计8000万美元的罚没款,CIBC的多名高管也同意缴纳2万至50余万美元不同金额的罚款。

融资活动涉及将资产从安然公司转移至安然发起的特殊目的实体(special purpose entities, SPEs)。安然公司将这种资产转移处理为“出售”,以便记载为收入并确认为营业现金流,但是未在其财务报告上显示相关债务。CIBC组织了一个银团,以债权的形式,为特殊目的实体提供大部分资本。相关会计准则要求特殊目的实体的一部分资本应是安然无关的股本且存在损失风险。为使融资生效,CIBC提供了这种“风险股本”。会计准则同时要求放弃对资产的控制权,将这些资产风险与收益的所有权转移至受让方。

但是,上述安排并未满足风险股本与转让方放弃资产控制权两项要求。就风险股本来说,CIBC的一名高级管理人员从安然公司获得保证偿还CIBC股本出资的承诺,在CIBC内部,这项股本出资被称为“请

---

[7] 这些案例均依据美国证监会网站发布的资料整理而成。

相信我”股本,截至安然提出破产申请,这项股本出资外加约定的 15% 利息得到了偿还。同时,安然并没有放弃对转移出资产的控制。比如,双方都清楚,是安然而非 CIBC 负责对每项资产进行最终处置。根据双方非正式谅解,在融资计划到期时,由安然或者安然的一个关联方再获得标的资产或者对其提供再注资。这样,CIBC 的股权出资事实上是一种本金加固定利息的贷款,其无权获得标的资产的增值,反而是安然公司通过这种结构化的融资安排享有标的资产的增值,事实上等同于股权回报。这种模式属于“资产驻留”(asset parking),CIBC 与安然均把这种交易结构描述为“短期性的旋转货栈设施”。

## (二)2004 年 Garg 案——协助客户“冲洗交易”虚增季度收益

2004 年 9 月,美国证监会在联邦地区法院起诉 Sushil K. Garg (“Garg”)与 Garg Data International, Inc.,指控其帮助教唆他人实施证券欺诈及其他违反联邦证券法的行为。指控称,被告帮助与教唆一家位于拉斯维加斯的互联网公司 PurchasePro,以欺诈伎俩人为虚增 2001 年第一季度收益。该案以和解结案,被告同意接受 5 万美元罚款及禁制令的处罚。

美国证监会称,被告蓄意帮助与教唆 PurchasePro 虚增收益:(1)与 PurchasePro 一道进行虚假的“冲洗交易”(wash transaction);(2)在 2001 年第一季度终结后,使用此前的一个误导性的有效日期签订“冲洗交易”合同,Garg 明知这样设计是为了 PurchasePro 不恰当地记载 2001 年第一季度的交易;(3)对 PurchasePro 外部审计师的函证出具了虚假与误导性的回函确认。

美国证监会还指称,在 2001 年第二季度,Garg 与 PurchasePro 达成并执行了一份协议,Garg Data 以 350 万美元的价格,从 PurchasePro 购买 PurchasePro 软件的一项市场许可证,其实 Garg 根本无意使用该项许可,Garg Data 也支付不起购买款项,而且 Garg Data 刚刚在几个月之前购买了一项 PurchasePro 软件的市场许可证。PurchasePro 承诺从 Garg Data 购买 1000 万美元的产品与服务,向 Garg Data 提前支付了 400 万美元,用以覆盖上述 Garg Data 购买市场许可证的 350 万美元。该项虚假交易被 PurchasePro 计入当期收益,占其当期总收益的 20%。

Garg 与 Garg Data 的帮助教唆行为,违反了《1934 年证券交易法》

Section 10(b) and Rule 10b-5 的反欺诈条款,以及有关报告、簿记与存档规定。

### **(三)2005 年时代华纳案——操作循环交易致使交易对手方财报虚假**

2005 年 3 月,美国证监会指控时代华纳公司(以前为美国在线时代华纳公司),严重夸大其在线广告收入与互联网订户数量,并帮助教唆三起他人实施的证券欺诈。该案以和解结案,时代华纳同意缴纳 3 亿美元民事罚款,由美国证监会用于分配给受损失的投资者,接受了其他行政处罚并承诺整改。时代华纳公司的首席财务官与会计总管、会计副总管等 3 人也受到了行政处罚。

在时代华纳公司为实施财务舞弊而进行的循环交易(round-trip transactions)中,一些交易对手方是上市公司,其中有三个交易对手方, Homestore, Inc.、PurchasePro.com, Inc. 与一家加利福尼亚州软件公司,不恰当地确认了循环交易带来的收入,并向它们的投资者提供了严重不实的财务报告。

### **(四)2005 年 AIG 案——客户配合保险巨头伪造再保险合同,虚增损失准备金**

2005 年 6 月,美国证监会在联邦法院起诉,指控 General Re Corporation 的两位高级管理人员 John Houldsworth 与 Richard Napier,帮助美国国际集团(AIG, American International Group, Inc.)安排两宗虚假的再保险交易,导致 AIG 于 2000 年第四季度与 2001 年第一季度资产负债表累计虚增高达 5 亿美元的损失准备金。美国司法部同时对两人提出了刑事指控。该案以被告同意延期缴纳罚没款及从业资格罚和解结案。

证据显示,为了平息证券分析师对 AIG 2000 年第三季度损失准备金下降的批评,Houldsworth 作为时任 Gen Re 高级管理人员兼 Gen Re 都柏林子公司的 CEO, Napier 作为 Gen Re 负责与 AIG 关系的高级副总裁,帮助 AIG 的相关人员,安排 Gen Re 都柏林子公司与 AIG 的一家公司签订了两份再保险合同。指控详列了被告参加的 AIG 提交欺诈性财务报告的策划会议与相关交谈,证明被告一开始就明白其参与制造虚假交易的唯一目的就是让 AIG 虚假入账。被告明知, AIG 将虚假

交易伪装成真实的再保险合同,看起来风险从 Gen Re 转移至 AIG;如果没有虚增的损失准备金,AIG 财务报告所显示的准备金数量会进一步下降。2005 年 3 月,AIG 承认其对这两项交易的会计处理不当,随后更正了财务报告,将这两笔交易界定为存款而非再保险。

时任美国证监会执法部主任 Linda Chatman Thomsen 称,“通过这些和解,我们更加接近让财务欺诈中每个责任人都受到惩处的目标”。美国证监会东北区办公室主任 Mark K. Schonfeld 称,“这些案件传递出的信号是,那些为证券欺诈的实施提供合同性基础帮助的人,应当为其违法行为承担责任”。

#### **(五)2005 年 U. S. Foodservice 案——供货商提供虚假审计回函,协助采购商造假**

2005 年 1 月、11 月,美国证监会分两批对 16 名自然人展开执法行动,指控其签署并回复虚假的审计确认函证,在一起大规模的财务欺诈案件中起到帮助作用。

U. S. Foodservice, Inc. (U. S. Foodservice)是 Royal Ahold 的子公司,这 16 人均是 U. S. Foodservice 的供货商的雇员或者代理商。在 U. S. Foodservice 的审计机构对其审计过程中,U. S. Foodservice 的职员联系供货商,请它们签署并回复虚假的确认回函。在一些情形下,U. S. Foodservice 对供货商施加压力,在另一些情形下,U. S. Foodservice 向供货商提供单边保证函(side letters),向供货商保证,供货商事实上并不欠回函确认信件上显示的款项;单边保证函清楚地说明回函确认系作年度审计之用,请供货商直接将确认函回复给公司审计机构。

证监会诉称,上述人员均在知悉其行为将导致 U. S. Foodservice 夸大其已收或者应收促销补贴收入(promotional allowance income)的情形下,仍然向 U. S. Foodservice 的独立审计机构出具了确认函,致使 U. S. Foodservice 屡次虚增相关收入,金额达数百万美元,相对比列超过了 100%。2001 年与 2002 年财务年度,U. S. Foodservice 虚增促销补贴收入超过 700 万美元,致使其母公司 Royal Ahold 相应期间财务报告的营业收入与净收益存在重大不实陈述,这些人的协助掩盖了造假行为,导致审计程序遭到系统性损坏。

16 名被告同意和解,保证永不再犯,分别缴纳 2.5 万美元民事罚

款。同时,美国总检察长办公室还以合谋伪造账册簿记罪名,对这些人提起刑事指控。

时任美国证监会执法部副主任 Scott Friestad 称:“这些行动表明,证监会将持续追查那些协助公司实施与隐藏财务欺诈的第三者。第三方对函证的确认是审计程序的重要组成部分,证监会将不遗余力地问责那些破坏这一程序的人。”时任美国证监会执法部首席会计师 Susan Marke 也说:“在即将到来的审计季中,收到设计机构函证的人一定要牢记,如实提供与回复信息。”

#### **(六)2005 年朗讯科技案——采购商高管帮助软件制造商虚构收入**

2005 年 10 月,美国联邦地区法院判决 Winstar Communications Inc. (“Winstar”)的高管 David Ackerman (Ackerman)帮助朗讯科技 [Lucent Technologies, Inc. (“Lucent”)]实施证券欺诈。

美国证监会指控,被告协助朗讯的高管与雇员实施欺诈行为,通过 Winstar 在 2000 财年第四季度末向朗讯的软件购买,致使朗讯错记收入 1.25 亿美元。该案以和解结案,被告承诺永不再犯,并交纳 5 万美元民事罚款。

案件情况为,2000 年 9 月,朗讯的一名高管在其销售团队的协助下,与 Ackerman 达成一笔总价为 1.35 亿美元的“一揽子”交易。该项交易允许 Winstar 在 2001 年 9 月 29 日之前挑选软件,允许朗讯于 2000 年 9 月 30 日也即其财政年度期末确认 1.35 亿美元销售收入。这名高管与 Ackerman 达成协议,Winstar 将支付给朗讯 1.35 亿美元软件购买款,双方另外记载给 Winstar 附加好处的其他条件,附加好处包括将来采购软件提供 3500 万美元的赊销。

#### **(七)2005 年 BAWAG 银行案——大型银行帮助客户掩盖资产负债表真实情况**

2005 年 6 月,证监会起诉 BAWAG P. S. K. Bank (BAWAG),一家澳大利亚大型银行,协助 Refco Group Ltd. (Refco)隐瞒 Refco 首席执行官控制的一家企业对 Refco 的数百万美元欠款,帮助 Refco 违反联邦证券法实施反欺诈与定期报告规定的行为。

证监会指控,至少从 2000 年 1 月至 2005 年,BAWAG 与 Refco 及

Refco 集团控股公司进行了一系列财年末交易,意在掩盖 Refco 资产负债表的真实情况。虽然 Refco 集团控股公司与 Refco 名称相近,但它从来就不是 Refco 的子公司,而是 Refco 董事会主席兼首席执行官控制并最终全资拥有的公司。因此,在 Refco 的财务账册上,对 Refco 集团控股公司的应收款应当属于关联方交易,前述财年末交易帮助 Refco 及其董事会主席将应收关联方欠款在财政年度终了时转移至 Refco 账外。其伎俩是,使用一系列短期贷款,将应收款于每年 2 月底也即 Refco 会计年度终了前暂时转移至 BAWAG。这些短期贷款使得 Refco 集团控股公司得以部分“还清”对 Refco 的负债,Refco 集团控股公司对 BAWAG 发生负债,由 Refco 在该行的存单提供部分质押。Refco 会计年度终了后数日内,交易回转,重归于 Refco 董事会主席所控制实体对 Refco 的负债。

此外,BAWAG 与 Refco 还有其他方面的关联,包括一段时间内对 Refco 的持股。部分地出于这种关联,在协助 Refco 进行上述会计年度末交易时,BAWAG 的时任管理层至少从 2002 ~ 2004 年,Refco 对其资产负债表做了虚伪陈述,BAWAG 与 Refco 的董事会主席急于将其在 Refco 的持股套现,隐瞒 Refco 对 Refco 集团控股公司的应收款有利于 Refco 的出售。在 2005 年 2 月进行期末交易之前,当时的 BAWAG 管理层知道 Refco 向证监会递交的注册文件中未披露对关联方的应收款。据此,证监会认为 BAWAG 蓄意为 Refco 的证券欺诈行为提供帮助。

该案以和解结案。BAWAG 承诺永不再违反 Section 10(b)、Rule 10b-5 等联邦证券法规定。同时,BAWAG 与联邦总检察长办公室达成刑事和解,同意缴纳高达 6.75 亿美元的罚没款。

#### **(八) 2006 年 Scientific - Atlanta 案——协助客户滥用营销支持协议虚增利润**

2006 年 6 月,美国证监会向联邦地区法院提起诉讼,指控 Scientific - Atlanta, Inc. 帮助与教唆 Adelpia Communications Corporation 违反联邦证券法报告、簿记、存档与内部控制规定,该案以和解结案,Scientific - Atlanta 同意缴纳 2000 万美元违法所得,并同意不再帮助教唆他人违反《1934 年证券交易法》Sections 13(a)、13(b)(2)(A)、13(b)(2)(B) 及

其下的规则 12b-20、13a-1 与 13a-13。

2000年,Scientific-Atlanta与Adelphia签订了一份营销支持协议,Adelphia滥用该协议虚增利润约4300万美元。2000年8月左右,Adelphia请求Scientific-Atlanta提高其向Adelphia出售的数字电视机顶盒的价格,将增加部分以机顶盒营销支持费用的名义返还给Adelphia。实际上,Adelphia并未将收到的营销支持付款使用于Scientific-Atlanta数字电视机顶盒的营销支持。Adelphia将其支付给Scientific-Atlanta的增加价格记载为资本支出,将营销支持付款确认为一项抵销营销费用(contra marketing expense),从而人为削减营销支出增加扣除利息、税项、折旧及摊销前盈利(EBITDA)。该项交易未影响Scientific-Atlanta的公开财务报告。

证监会指控,Scientific-Atlanta知悉累加起来足以显示Adelphia滥用营销支持协议的大量事实,这些事实包括但不限于以下方面:(1)将此前销售给Adelphia的机顶盒追溯提价;(2)Adelphia要求的营销支持付款金额不具有商业上合理性;(3)尽管主要的营销推广活动发生在较早期间,Adelphia却在此后期间反复要求更高层面的营销支持;(4)知悉Adelphia签订营销支持协议的动机在于获得会计收益;(5)记载营销支持协议的合同文本之一包含了提价的虚假理由。

美国证监会还对Scientific-Atlanta的高级副总裁与业务营运负责人Wallace G. Haislip与另一名高级副总裁Julian W. Eidson发动行政程序,二人同意就他们在导致Adelphia证券违法行为中所承担的角色所发布的“停止并戒绝命令”。证监会指控的理由是这两人是应对批准营销支持协议负责的Scientific-Atlanta最高层官员,本应警觉到Adelphia使用营销支持协议并非是为了营销Scientific-Atlanta的机顶盒。

#### (九)2011年台湾科林公司案——制造商协助销售商利用循环现金流虚增收入

2011年8月,美国证监会指控台湾科林公司(Taiwan Kolin Co., Ltd.)协助高清LCD开发与销售商Syntax-Brilliant Corporation(Syntax)造假。

证监会指控,至少从2006年6月到2008年4月,Syntax通过公开

披露其在中国销售高清 LCD 数量剧增,扩大财务表现,实际上这些销售并未发生。Syntax 经由其高清 LCD 产品的主要制造商台湾科林公司及其虚构的位于香港的客户 South China House of Technology Consultants Co. Ltd. (SCHOT),设计出循环现金流伎俩。在虚假支付发票的掩盖下, Syntax 先将大量现金输送到科林公司, Christopher Liu 与 Roger Kao 随即安排科林公司将这些资金转入 SCHOT, 然后资金回流至 Syntax。Syntax 将这些现金转移记载为此前所记载虚假销售的支付款。

科林公司的董事会主席 Christopher Liu 及董事、高级管理人员 Roger Kao, 协助实施这一伎俩。证监会诉称二人的帮助教唆行为违反了《1933 年证券法》Section 17(a)、《1934 年证券交易法》Sections 10(b) 与美国证监会 Rules 10b-5 以及其他证券法规, 案件以和解结案, Christopher Liu 同意缴纳 10 万美元罚款、终身禁入, Roger Kao 同意缴纳 10 万美元罚款。

#### (十)2012 年 Apuzzo 案——设备制造公司协助设备租赁公司使用“卖出一租回”手段虚增利润

联邦第二巡回法院 2012 年 8 月在 SEC v. Apuzzo 一案中的判决, 使美国证监会在证券欺诈案件中追究帮助教唆者的责任变得更加容易。该案诉讼发动于 2007 年, 美国证监会指控被告 Apuzzo, 一家建筑设备制造公司 Terex Corp. (Terex) 的前首席财务官, 在一家名为 United Rentals, Inc. (URI) 的设备租赁公司实施的会计舞弊活动中, 存在帮助教唆行为。URI 是 Terex 的重要客户, 美国证监会称 Apuzzo 协助 URI 时任首席财务官, 实施两起欺诈性的意在虚增 URI 利润的“卖出一租回”交易, 这两项交易允许 URI 提前确认对一家融资租赁公司 General Electric Credit Corporation (GECC) 的销售收入。根据销售交易条款, URI 向 GECC 销售一批二手设备, 同时承诺将这批设备于固定期间内租回。为了保证 GECC 参与此项交易, URI 说服 Terex 在租赁期满后, 代表 GECC 将这批设备转售。Terex 还向 GECC 提供残值保证, 允诺转售之后, GECC 收回金额不低于其所支付购买款的 96%。

根据一般公认会计原则(GAAP), 只有在某些标准满足的情况下, URI 才可立即确认向 GECC 出售设备的销售收入。这些标准包括“风

险与报酬的所有权”已经全部转移至 GECC。不为公众知晓的是,URI 已经承诺补偿 Terex 为 GECC 提供残值保证所遭受的损失。这一补偿承诺表明 URI 尚未将销售设备的风险与报酬全部转移出去。

美国证监会指控 Apuzzo 执行了多起隐藏 URI 风险与对 Terex 财务负债的交易,还批准了隐藏 Terex 收取 URI 补偿支付款的发票。Apuzzo 应当知道补偿支付一旦披露,URI 的审计机构将拒绝在其年度财务报告上确认销售收入,仍签署批准了相关欺诈文件。联邦地区法院基于美国证监会未能充分地证明 Apuzzo 实施了“实质性帮助”认同被告抗辩。

被告辩称,虽然他知悉他的公司与一家客户公司卷入的欺诈方案,但是,由于他的行为并非欺诈活动所致伤害的“近因”(proximate cause),因此,不应因帮助教唆被诉。法院拒绝采纳被告的抗辩,认为对于美国证监会为阻吓公司及其高级管理人员证券欺诈行为进行的执法行动来说,采用私人侵权诉讼所采纳的“近因”标准,要求太高了。判决指出,美国证监会指控证券欺诈中的帮助教唆行为时,无须证明被告直接导致证券欺诈活动造成的伤害。

《1934 年证券交易法》Section 20(e) 允许美国证监会对蓄意或者放任(knowingly or recklessly)地对主要证券违法行为人提供“实质性帮助”(substantial assistance)的个人提起民事诉讼。第二巡回法院的上述判决厘清了何为 Section 20(e) 下“实质性帮助”的迷惑。第二巡回法院的这一判决,将强化美国证监会提起该类诉讼的能力。

#### (十一)2012 年 Michael Johnson 案——百货商店销售经理协助童装制造公司副总裁隐瞒财务欺诈行为

2012 年 10 月 26 日,美国证监会发布了一条“会计与审计”执法信息,称其对一家全国性百货商店 Kohl's 的部门销售经理 Michael Johnson 提起民事诉讼,起因是 Johnson 协助了总部位于亚特兰大的童装制造公司 Carter's, Inc. 内部人员进行财务欺诈。具体说来,是 Johnson 协助曾任 Carter's 主管销售执行副总裁的 Joseph Elles,向 Carter's 高级管理层隐瞒其财务欺诈行为,致使 Carter's 在 2004 ~ 2009 年的财务报告中,严重错误地陈述了其净收入与费用。美国证监会指控,从 2004 年到 2009 年,欺骗性地操纵了 Carter's 给予其最大批发客

户 Kohl's 的折扣数额,以诱使 Kohl's 从 Carter's 购买更多数量的服装。为了掩盖其图谋,Elles 说服 Kohl's 延迟从付款中扣减折扣金额,并说服操作 Carter's 在 Kohl's 账户的 Johnson,签署虚假确认,向 Carter's 的会计人员提供虚假的折扣数量与时间信息。通过隐瞒已经承诺给 Kohl's 的折扣数量 Elles 与 Johnson 导致 Carter's 在某些报告期内严重少报了费用、夸大了收入。

美国证监会诉称 Johnson 违反了《1934 年证券交易法》下的 Rule 13b-2,该规则禁止任何人直接或者间接虚构发行人的会计记录,或者导致发行人的会计记录被虚构,美国证监会还诉称 Johnson 帮助与教唆了 Elles 违反《证券交易法》Section 13b(5)的行为,该条规定禁止任何人故意虚构发行人的账簿、记录与/或会计。美国证监会请求法院对 Johnson 给予永久性禁入与罚款。

此前,美国证监会已经对 Elles 提出起诉,并基于 Carter's 于发现后迅速完整地向美国证监会提交自查报告,突出而广泛地配合调查,包括彻底深入地进行内部调查,广泛而切实地采取补救措施,美国证监会与其达成了不起诉协议。

### 三、几点启示

从我国的现实状况看,立法上的忽视与执法上的漠视导致证券欺诈中帮助教唆者的肆无忌惮。从理论研究看,除了少数文章论及证券欺诈中帮助教唆者的民事赔偿责任外,<sup>[8]</sup>对行政违法责任的论述基本上付之阙如。据统计,2008 年至 2014 年 6 月 30 日,累计有 25 家公司因财务舞弊被证监会行政处罚,其中,19 家公司通过经营造假实施舞弊,占比 76%;在行业中处于弱势地位、不知名的企业比公众公司或知

---

[8] 参见耿利航:“美国证券虚假陈述的‘协助、教唆’民事责任及其借鉴——以美国联邦最高法院的判例为分析对象”,载《法商研究》2011 年第 5 期;戴铭昇:“证券欺诈行为主体之判断标准:美国法 VS. ‘我国’法”,载台湾证券交易所《证交资料》第 557 期;郭雳:“证券欺诈法律责任的边界:新近美国最高法院虚假陈述判例研究”,载《中外法学》2010 年第 4 期。

名企业更容易配合上市公司伪造相关单据;供应商和客户等交易对手是自然人或个体工商户,比交易对手是法人企业更容易配合造假;交易对手是关联方的,比交易对手是无关联第三方更容易配合造假,也更不容易查证。19家公司中,除天能科技的交易对手方为政府部门、聚友网络的交易对手方为151家酒店外,其余17家公司的交易对手方均为不知名企业;12家公司的交易对手为自然人、关联方或境外企业,其中3家公司的交易对手方主要为自然人或个体工商户;8家公司的交易对手方为关联方,或利用关联方企业进行转账;1家公司的交易对手方为香港注册的公司。另据了解,监管部门正在修改的保荐办法,已将保荐机构的“唆使、帮助”责任做了专门规定,不啻为一个创举。基于这些情况,本文提出以下初步的建议。

#### (一) 立法上明确“帮助教唆者”的责任

毋庸讳言,新中基案所做的尝试、本文第一部分提出的初步解决思路,只是在现行立法框架与具体规定下所能采取的权宜之计,实务与理论上可能会有不同的看法,也可能在将来的案件中遇到当事人诉诸于司法审查的挑战。目前,1996年颁行的《行政处罚法》尚无修订的动静。从根本与长远来讲,还望正在参与《证券法》修订的诸位立法达人,能对此问题给予适当关注,给未来的执法工作提供有力的、明确的基本法律支撑。

#### (二) 执法上加强沟通形成共识

在2012年终审结案的“绿大地”证券犯罪大案中,有一个重要角色,就是绿大地聘请的财务顾问庞明星。庞明星及其辩护人也以其本人“不是绿大地公司的成员,其不具备欺诈发行股票罪、违规披露重要信息罪、伪造金融票证罪的主体资格”进行抗辩,但是,法院认为:“绿大地涉及的财务造假行为均系庞明星教唆、策划的结果,所涉造假行为均在庞明星的主观认知及认同范围之内,依法应按其在单位犯罪中所起的作用追究刑事责任,故上述辩护观点不能成立,本院不予采纳。”终审判决中,法院除判决庞明星犯欺诈发行股票罪、伪造金融票证罪外,另以“违规披露重要信息罪”,判处有期徒刑1年,罚金10万元,三

罪并罚,执行刑期5年,罚金30万元。<sup>[9]</sup>

该判决提供的重要信息,就是在刑事司法程序中,并非发行人、上市公司体系的外部人员,也可因欺诈发行股票罪、违规披露重要信息罪被判处刑罚。但是,仅从判决本身,我们无法察知判决背后的详细理由,是以单位犯罪中的“直接负责的主管人员与其他直接责任人员”,还是以共同犯罪中的“帮助教唆犯”。从判决书文字分析,更可能是前者,如此,是否突破了最高人民法院2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的解释。<sup>[10]</sup>

因此,建议证监会能够就此事项涉及的司法解释,以及将来行政调查后能否将类似庞明星这样的情况移送刑事调查等问题,与司法机关沟通,争取达成共识,为今后行政执法与刑事追究的一致、呼应与衔接做好铺垫。

### (三)关于地方政府参与造假

地方政府帮助教唆造假,是一个比较晦涩但又无法回避的问题。近日,城投债再爆黑幕,佳木斯市新时代城市基础设施建设投资(集团)有限公司在2010年发行10亿元债券中造假融资;时任佳木斯市国土局局长在狱中写下的3万言《自述》中,揭露自己曾在市领导指示下,为这一佳木斯市最大的国有企业违规发放了子虚乌有的土地使用权证书,使其融资数十亿元。<sup>[11]</sup> 无论过去、现在还是将来,我们都无法相信类似情况只是资本市场上绝无仅有的个案。在直接查处地方政府及其责任人员阻力重重乃至不可能的情况下,有必要将涉案情况通报给有关政府主管部门,乃至释放给新闻媒体。

### (四)中介机构的独立责任与帮助教唆责任

保荐机构与审计、律师等证券服务机构对其出具报告中的虚假、误

[9] 云南省昆明市中级人民法院刑事判决书(〔2012〕昆刑一初字第73号)。

[10] 该纪要提出:“单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定:直接负责的主管人员,是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员,一般是单位的主管负责人,包括法定代表人。其他直接责任人员,是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员,既可以是单位的经营管理人员,也可以是单位的职工,包括聘任、雇佣的人员。”

[11] 参见涂重航:“黑龙江城投公司以假地融资数十亿 市长兼任董事长”,载《新京报》2014年7月4日。

导性陈述与重大遗漏,分别依据《证券法》第192条、203条独立承担责任,已如前述。即使这些机构未出具报告或者在出具报告之外,教唆帮助发行人、上市公司实施欺诈行为,也应承担帮助教唆责任。比如,招股书系以发行人名义发布,但按目前做法,是由主承销商牵头起草,对其中的虚假隐瞒,主承销商应以帮助者承担更大的责任。此外,中介机构之间也存在“互相帮助教唆”的问题,比如审计师、律师给保荐机构“出谋划策”,保荐机构以客户资源为诱饵唆使审计师、律师“配合一下”,均应以帮助教唆论处。