

## Legal services

## 热议解决“大股东侵占上市公司资金”顽症

北京市中瑞律师事务所 许军利:

## 多管齐下 根治顽症

上市公司大股东及关联方违规占用上市公司资金问题一直是证券市场的一大顽疾,严重侵害了上市公司和中小投资者的利益。对于此类行为的防范和规制,结合工作中的实践,提出以下建议:

1、应要求上市公司在与大股东及关联方进行关联交易时,大股东及关联方须以固定资产、土地使用权、持有的其他公司股权或股份等向上市公司提供担保。

2、应进一步提高对上市公司与大股东及关联方进行关联交易信息披露的要求,除详细披露主合同外,还需对包括资产负债状况、盈利能力、既往银行信用记录等在内的大股东及关联方的财务状况和资信状况进行详细披露。

3、应要求上市公司在其年报报告中对上市公司大股东及关联方有关经济业务方面的信息详细披露。

4、应要求上市公司聘请律师事务所、资产评估机构、会计师事务所

等相关中介机构参与上市公司与大股东及关联方进行关联交易的决策,主要应由律师对大股东及关联方的主体资格、主合同的真实性、合法性、批准程序、信息披露、担保方式是否合理、有无违反相关法律法规进行审查并出具相关法律意见。

5、监管部门应积极查处大股东及关联方违规占用上市公司资金行为。中国证监会及国家工商总局等主管部门应明确规定:大股东及关联方违规占用上市公司资金的行为持续超过一定期限的,应认定为抽逃出资行为。

6、人民法院应鼓励上市公司中小股东采取股东代表诉讼的方式追究上市公司大股东及关联方违规占用资金的侵权行为,并采取发布司法解释等方式明确上市公司中小股东采取股东代表诉讼涉及的程序,方便其提起相关诉讼。

只有加强防范才能维护上市公司和其他股东的合法权益。

上海序伦律师事务所 陈少兰:

## 加大处罚力度

大股东侵占上市公司资金,往往造成上市公司现金流严重不足,影响上市公司经营。为此,监管当局对这种现象一直严查查处,但仍屡禁不止。笔者认为,原因有二:一是现有案例中大股东占款的法律后果有限;二是现时占款形式多样化、复杂化,清查难度加大。

一如近期某大股东占用上市公司巨额资金,且其在公开增发的招股说明书等文件中并未如实披露。实际上已经构成欺诈发行,对于认购其股份的股民已构成侵权,其行为已触犯了刑法第161条(虚假陈述)及第169条(大股东占款),依法可处以刑事处罚。目前行政主管部门依法对该案上市公司处以30万元的罚款;原公司董

事长被警告,罚款30万元,并将其列为市场禁入者。笔者认为,类似处罚显然与大股东侵占上市公司巨额资金所得利益不成正比,难以起到吓阻作用。

(二)目前上市公司大股东占款的形式更为多样化,手段也更为隐蔽,此前多半大股东通过上市公司担保、代为清偿、借款等比较明显的方式进行占款。但如今,不少上市公司大股东在占用款项时,采取多设环节等形式规避监管。如通过大股东关联方进行占款;或与上市公司发生大额交易,并让上市公司提前支付大比例预付款;又如大股东购买上市公司产品,而上市公司给予大股东长时间的信用期等。如此种种都加大了对大股东占款的清查难度。

上海财经大学法学院副教授 葛伟军:

## 制约占款行为 保护债权人利益

大股东侵占上市公司资金,虽然小股东的利益会随之受到影响,但受害最大的应是上市公司的债权人。从公司法角度考虑,如何制约大股东的占款行为其实与如何保护上市公司的债权人紧密相关。公司法对债权人的保护,主要体现在公司资本制度、信托义务和信息披露这三个方面。

结合起来看,制约大股东的侵占行为,可以分成事前制约和事后制约。事前制约强调的是:当大股东或实际控制人操纵股东大会或董事会作出决议,而这个决议又关乎大股东侵占行为时,谁来监督该决议的通过?虽然债权人无法介入公司的经营,无权干涉决议的通过,但要求公司对该决议以及相关交易信息的披露,却能使债权人及时获知类似的交易,从而及时作出相应的对策。强化信息披露机制,同时也能加强有关部门对大股东侵占行为的监管,通过行

政手段打击不法举措。

事后制约是指:如果上市公司的资金已经被大股东侵占,导致公司无力还债,这时候债权人如何采取措施保护自己?最有效的办法是让大股东把侵占的资金立即退还给上市公司,同时要求在董事会上投资股票的董事(主观上有过错的)对上市公司债务承担连带赔偿责任。当然,退还侵占资金对大股东来说尚不算严重后果,一旦大股东的侵占行为构成滥用有限责任,换句话说,根据“工具论”的观点,当大股东把上市公司看作取钱工具时,大股东的独立人格或许被否定,即大股东对上市公司的债务负有无限清偿责任。此外,要求有过错的董事承担责任无疑是制约大股东侵占行为的绝对武器。因为即使大股东有意占款,若没有上市公司董事的支持和配合,大股东的侵占意图也不能得逞。强调信托义务,扩大了债权人保护的范畴。

## 最新解读

## 《证券公司监督管理条例》:更加关注投资者权益保护

中国证监会  
吉林监管局机构处副处长 王耀辉

《证券公司监督管理条例》和《证券公司风险处置条例》的颁布是加强资本市场基础性制度建设的重要举措,充分体现了党中央、国务院对于资本市场基础性制度建设的高度重视,进一步提升了资本市场的法治化水平,同时为更好地保护投资者利益、维护社会公共利益提供了有力的法制保障。《证券公司监督管理条例》的出台,更加关注了投资者权益的保护,具体表现在以下几个方面:

一、规定了证券公司了解客户和适当性销售原则,使证券公司承担起了维护投资者权益的责任和义务。

第29条的规定:证券公司从事证券资产管理业务、融资融券业

务,销售证券类金融产品,应当按照规定程序,了解客户的身份、财产与收入状况、证券投资经验和风险偏好。从法规的角度对证券公司提出客户服务方面更加严格和具有可操作性的规定,充分反映了立法者的投资者保护第一的立法原则,也并不是所有投资者都能根据自己的承受能力去投资合适的投资产品。“适当的人购买适当的产品”这一国际通行的惯例,也是维护投资者权益的第一关在该规定中得以充分体现。

二、充分尊重了客户的知情权。《条例》第30条、31条、32条,系统地规定了证券公司客户的持续性信息披露义务,保障了客户的知情权。证券公司有义务在与客户

签订业务合同时,向客户讲解相关业务规则和合同内容以及存在的风险。在日后的资产管理中,每月向客户寄送对账单,使客户及时了解自己财产的真实情况。客户还可以根据自己的需要,随时查询交易记录、委托记录和证券资金变化等信息,对投资者及时准确地了解自己的资产情况和历史交易情况提供了可靠保障。

第40条规定证券公司向客户收取证券交易费用,应当符合国家有关规定,并将收费项目、收费标准在营业场所的显著位置予以公示。该项规定具有非常大的现实意义,不仅更直接地规定了投资者的知情权,也成为针对目前证券市场上证券公司面临激烈的竞争形势而不断采取的佣金价格战的一种约束。对于客户公平地享受证券公司的服务,公平付费起到一定的监督作用。

三、更加系统地强化了投资者资产的完整性保护,有利保护了投资者的财产权。

《条例》专门以一章的篇幅对客户资产保护进行了较为详细的规定。

首先,对客户资产管理业务中的客户资产安全作出了规定,确保将客户资产管理业务真正做成表外业务,而不是负债业务。规定该项业务的客户资产必须由托管机构托管,将证券公司自由资产与客户资产之间进行了物理隔离,确保客户资产的安全。

其次,对客户资产的处分权作出了明确规定,尤其是对第三人可能出现的对客户资产的损害行为作出具体规定。

一是对动用客户资产的情形给予明确规定。规定除客户进行证券的申购、证券交易的结算、客户提款

## 筑好资金防火墙

上海市广发律师事务所 陈增坤

目前,大股东占款已经成为上市公司最大的出口。与市场波动、经营不善、违规担保等风险相比,大股东占款已成为上市公司面临的巨大风险,造成上市公司大规模计提坏账,导致业绩大幅下滑,股价严重受损,投资者乃至整个市场无不遭受重大损失。

由于各种原因,我国法律尚未单独设置上市公司大股东占款罪。目前追究大股东占款的具体责任,仅能从虚假陈述等方面着手。但随着2006年新《公司法》、新《证券法》及《刑法修正案(六)》的施行,从法律层面,我国已建立起从民事诉讼赔偿到刑事追究的一整套体系:

一、《公司法》完善了上市公司治理制度,特别是明确建立了独立董事制度、董事会秘书制度和利害关系董事回避表决制度。《公司法》第152条所规定的股东代表诉讼提起权是新《公司法》的一大亮点。股

东代表诉讼制度出台后,对于鼓励小股东监督控股股东和高管人员的行为以及遏制我们长期存在的大股东占用上市公司资产的现象具有重大的实践意义。

二、《证券法》第六十三条对不得虚假陈述作出了规定,如果认定有虚假陈述行为,小股东可根据规定要求赔偿。

三、《刑法修正案(六)》施行后,1.对虚假披露或不按规定披露作出了规定,有该等行为之相关人员可被刑事处罚;2.上市公司董事、监事、高级管理人员,违背对公司的忠实义务,利用职务便利,无偿向其他单位或个人提供资金、商品、服务或者其他资产,致使上市公司利益遭受重大损失的,均被认定属于犯罪行为。相关高管人员将因违反忠实义务而被提起刑事诉讼。

随着相关法律法规的逐步完善,以及全流通时代的到来,大股东占用上市公司资金的冲动得到了很大的遏制,“情欠工作”取得了很大进展。但不时仍有不和谐之音传来,笔者认为可能有这两方面的原因:

1.独立董事未起到应有作用。笔者特别留意到中捷股份今年5月27日的公告,除了蔡开坚等公司负责人外,独立董事余明阳、

姚海峰也向公司董事会提交了书面辞职报告。独立董事在上市公司违规中一次次的角色缺失,应该引起深思。

2、注册会计师等相关中介机构的问责及赔偿制度的缺失。

注册会计师等相关中介机构主要是揭示大股东占用上市公司资金这一违规行为,使广大投资者充分了解资金占用的详细情况,并以此评估该公司的风险及价值。从目前的状况来看,许多上市公司的资金占用情况,都是在较长时间后或者资金占用情况无法掩盖时,才对外披露,并且只是被动地披露资金占用情况。

笔者认为,可以用法规的形式,明确注册会计师对于查出关联事项的责任,让注册会计师对关联事项充当一线监管者的角色,加大对注册会计师未能发现关联事项的处罚力度。

解决前述问题可以从这几方面入手:

一、完善独立董事的制度设计。完善独立董事的制度设计,要注意以下几点:

1、资格保障机制的问题。独立董事既应当具备普通董事的任职资格,也应同时具备其他特殊资格,所谓特殊资格,既包括利害关系上的独立性和超脱性,也包括过硬的业务能力。应该让尽可能多的专业人士比如法律人、会计师进入到独立董事行业里去。

2、应建立独立董事的约束机制。独立董事与其他董事一样,既享有权利和权力,也承担义务与责任。独立董事对公司和全体股东负有忠实义务与注意义务。违反该义务的独立董事也要对公司,甚至公司股东承担民事赔偿责任。独立董事既拥有参与公司重大经营决策、对其他董事和经理层进行监督的权力,也肩负着沉重的法律义务。在一定程度上,独立董事的独立性会加重、而非减轻独立董事所负的义务。对于忠实义务而言,尤为如此。对于注意义务而言,独立董事也要严格履行。判断独立董事是否履行注意义务的标准应当是,以普通谨慎的独立董事在同类公司、同类职务、同类相关情形中所应具有的注意、知识和经验程度作为衡量标准。

3、激励机制。目前独立董事普

遍收入不高,因为定价的依据主要在于开会的时间,看材料的时间,而没有考虑另外两大更重要的定价因素:专业知识积累成本以及法律风险成本。独立董事承担了潜在的法律风险,法律风险本身应是一个独立的定价因素。

4、应解决独立董事的工作机制。建议考虑:

(1)设立独立董事秘书制度:独立董事大部分都有自己的本职工作要做,平时都很忙,设立独立董事秘书可以让他们对公司有更好的了解,更好地参政议政。

(2)打通独立董事与上市公司中小股东之间的信息沟通渠道:投资者基于对自己利益的关心,有足够的动力去密切注视上市公司的一举一动以及证券市场上的违法行为;独立董事基于自己的专业背景,对投资者所关注的问题可以给出专业意见及建议;借助于独立董事秘书这个桥梁,双方可以结合起来,更好地规范上市公司。

二、建立有效的社会力量作用机制即民事诉讼赔偿机制和专业机构的市场惩戒机制。

1、民事诉讼赔偿机制。证券市场民事赔偿机制的建立内在地提高了投资者参与证券监管的主动性和积极性。这种机制,一方面,使违法者将承担高额的违法成本,以便有效吓阻违法行为,有力打击证券欺诈行为;另一方面,也可以弥补政府监管在人、物力、财力上的不足,降低证券市场监管成本,提高监管的有效性。

但根据现阶段情况,我国还需要尽快完善诉讼保障机制。基于小股东时间、精力以及专业知识等方面的考虑,律师等专业人士应主动积极参与,使处于弱势地位的中小投资者的利益保障更加有力,也使得民事赔偿机制得以发挥强有力的威慑作用,成为对证券违法行为进行监督的强大力量。

2、专业机构的市场惩戒机制。如果专业机构缺乏应有的谨慎性和职业道德,甚至公然违法违规,则须为自己的行为承担法律责任,特别是对利益受到损害的投资者将承担连带赔偿责任。责任的增大、违法成本的增加,都迫使专业机构必须提高执业质量,切实保护投资者利益。

上证法律服务·投资者维权志愿团 周六刊出

上证报《法律服务》专版携手  
中国资本市场法律服务专家顾问团  
中国资本市场法律服务专家志愿团专注法律服务  
推动法制建设◎维权热线:021-9699999  
◎邮箱:wq315@cnstock.com  
◎维权频道:http://www.cnstock.com/stock315/index.htm  
◎来信:上海杨高南路1100号上海证券报周晓信(200127)

## 周晓信箱

## 如何提起再审

周晓:

我与我股票咨询公司签订了点卡购买协议,该公司承诺在我支付一定数额费用后提供股票推荐服务。但我付款后发现,该公司未能提供承诺的所谓“翻番股”,于是我将其告上法庭。一审法院判我败诉。二审庭审中,我由于身体原因未能出庭,法院按撤诉处理。随后,我向法院提交书面申请,要求再审,但法院一直没有给予答复。我如何才能让法院再审我的案子? 上海 周先生

周先生:

您好!

我国法律关于当事人申请再审做了严格的限制。

首先,在时间上,当事人若要申请再审,必须在判决、裁定和调解书发生法律效力后2年内提出。其次,只有满足下列条件中的任何一条时法院才能启动再审:(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(二)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;(三)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;(四)原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;(五)对审理案件需要的证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的;(六)原判决、裁定适用法律确有错误的;(七)违反法律规定,管辖错误的;(八)审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的;(九)无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的;(十)违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的;(十一)未经传票传唤,缺席判决的;(十二)原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的;(十三)据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定,或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的,人民法院应当再审。再次,在申请的方式上,根据法律规定,您可以向原审人民法院申请再审,也可以向上一级人民法院申请再审。您必须向法院提交再审申请书等材料,法院会在收到再审申请书之日起三个月内审查,符合上述条件的,裁定再审;不符合上述条件的,裁定驳回申请。

(本报实习记者 徐振)

## 法律服务平台

上市公司虚假陈述  
民事责任如何归责

◎上海序伦律师事务所 陈少兰

## 案情简介:

投资者小王在购买某上市公司股票后得知,该公司控股股东长期占用上市公司巨额资金,且未在此前的历年年报中加以披露,小王因此受损。经打听得知,银行在年审中向相关审计机构出具了虚假的银行询证函,而审计机构并未察觉。小王认为银行与审计机构在此过程中有故意或重大过失。小王目前是否有诉权?应将谁列为被告?能否将银行与审计机构列入共同被告?

## 律师分析:

关于证券市场虚假陈述而引发的民事赔偿案件,目前的主要依据是《最高人民法院关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》(以下简称“通知”)及《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(以下简称“规定”)。本案中,小王现时是否有诉权,以及银行与审计机构是否构成共同侵权应视具体情况而定。

(一)关于诉权

“通知”在立法当时,设立了行政处罚决定前置程序。根据该规定,如果小王所指的上市公司或相关中介机构,截至目前未受到证券监管机构行政处罚或有人民法院生效的刑事裁判文书,则小王现时将无法起诉。

(二)关于银行与审计机构是否构成共同侵权。审计机构只要证明其已尽合理审慎的形式审查义务(如,审计机构没有义务也没有能力审查银行公章的真伪,因此,审计机构的审查义务称为形式审查义务),且其审计时遵守了审计准则,则很难将其作为虚假陈述人列为共同被告。

但作为银行,如明知上市公司存款已经被大股东占用,却仍然在询证函数据无误处加盖公章,做出虚假意思表示,则明显具有共同故意,可以列为共同被告。

(三)关于被告的列入

就本案而言,根据“规定”第七条您可以列的被告为虚假陈述行为人,包括:(一)发起人、控股股东等实际控制人;(二)发行人或者上市公司;(三)证券承销商;(四)证券上市推荐人;(五)会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等中介服务机构;(六)上述(二)、(三)、(四)项所涉单位中负有责任的董事、监事和经理等高级管理人员以及(五)项中直接责任人;(七)其他做出虚假陈述的机构或者自然人。