

Legal services

背信损害上市公司利益 可以动用刑罚

为了加强对上市公司的监管,切实保护中小投资者的利益,刑法修正案(七),增设刑法第一百六十九条之一,新规定“背信损害上市公司利益罪”。该法已于2006年6月29日生效,由于该条规定不能溯及既往,目前还没有看到司法实践中依照本条追究犯罪的相关报道。但本条立法反映出我国最高立法机关严惩关联交易的决心,并已开始动用刑罚这一最为严厉的手段;本条立法也成为了上市公司高管及实际控制人头上高悬的达摩克利斯之剑,大大增强了法律的威慑力。由于本条立法所规定的是一条新增罪名,司法实务中可能会出现一些疑难问题,不少问题值得探讨。

杨高峰

背信损害上市公司利益罪

刑法第169条之一其实是规定了背信损害上市公司利益罪包括两款,第一款规定的是董事、监事、高级管理人员损害上市公司利益罪;第二款规定的是控股股东、实际控制人指使他人损害上市公司利益罪。两个犯罪虽然量刑相同,但犯罪主体存在着明显区别:第一款规定的犯罪其主体只能是自然人,第二款规定的犯罪其主体既可能是自然人,也可能是单位。从以往发生的案例看,损害上市公司利益的行为通常是控股股东或者实际控制人与上市公司高管串通,或者是上市公司高管借于控股股东的压力受指使而作出的。背信损害上市公司利益行为的直接行为人为上市公司的高管,而幕后指使策划者通常是控股股东或者实际控制人。上市公司高管是损害公司利益的直接实施者,控股股东是损害公司利益的幕后黑手”。由于最高人民法院、最高人民检察院《关于执行中华人民共和国刑法确定罪名的补充规定(三)》将刑法第169条之一所规定的两种行

为规定为同一罪名,所以对控股股东与上市公司高管共同实施损害上市公司利益的犯罪行为,依照刑法法理,可以按共同犯罪处理。

“遭受重大损失”区分罪与非罪

依照刑法第169条规定之一,背信损害上市公司利益犯罪在定罪上要求致使上市公司利益遭受重大损失”,意即并非所有的背信损害上市公司利益的行为都以犯罪论处,“上市公司利益遭受重大损失”是罪与非罪的区别标准。该如何认定“重大损失”,最高司法机关尚没有相关司法解释出台。在两高相关司法解释出台以前,我们认为可以参照刑法第169条所规定“徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪”的定罪标准,此罪与刑法第169条之一规定的“损害上市公司利益罪”在定罪标准上同样要求国有利益遭受“重大损失”。两罪的犯罪情节有相似之处,又规定在同一章节内;刑法第169条立法保护的法益是国有利益与刑法第169条之一立法保护的上市公司的公共利益,都需要优先保护。因而在定罪标准上,刑法第169条之一规定的“损害上市

公司利益罪”可以参照刑法第169条的相关司法解释。最高人民法院、公安部作出的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》内,将刑法第169条犯罪的“遭受重大损失”具体量化为:1、造成国家直接经济损失数额在30万元以上的;2、致使国有公司、企业停产或者破产的;3、造成恶劣影响的”,刑法第169条之一规定的损害上市公司利益罪可参照上述标准进行刑事立案追诉。

刑事报案等三条维权途径

目前阶段我国中小投资者该如何依照刑法第169条之一的立法进行维权,值得探讨。结合我国法律规定,目前我国中小投资者维权可以通过以下途径:

- 1、刑事报案 依照我国刑事诉讼法规定,任何知道犯罪事实的公民都有权利也有义务向公安机关反映情况,进行控告。目前我国公安部已经设立了证券犯罪侦查局,并在北京、大连、上海、武汉、深圳、成都设立六个直属分局,具体负责证券犯罪的侦查,其它地方公安也可以办理牵涉到证券犯罪的案件。如果中小投资者认为某一上市公司高管或者控股股东存在着损害上市公司利益的犯罪行为,可以到有管辖权的公安机关进行控告,要求其立案侦查。通过刑事立案,启动刑事诉讼程序,最终用刑罚的手段斩断输送上市公司利益的“黑手”。但需指出的是,即使某一上市公司高管或者其控股股东涉嫌刑法第169条之一规定,并被检察机关追诉,且中小投资者因公司高管或者控股股东侵害了自身的合法权益遭受了损失,中小投资者也不能通过刑事附带民事诉讼的方式维权。因为本罪的被害人是上市公司,中小投资者是本罪的间接受害者。依照我国刑事诉讼法的规定,间接受害者不能作为附带民事诉讼的原告提起附带民事诉讼。
- 2、行政投诉 刑法第169条之一所规定的犯罪行为同时也是违背我国上市公司治理规范的行政违法行为。从1996年起,我国证券监管机关先后针对违规分红、违规对外担保、大股东占款、关联交易出台了一系列的部门规章。从我国证券监管查处的通常程序看,多数犯罪先由证监会立案调查,发现构成犯罪后再移送公安部门进行犯罪立案侦查,而由公安机关直接立案的刑事案件较少。从司法实践中看,行政机关先行介入已经成为了我国的一个惯例。因而中小投资者直接向中国证监会及各地证监局提起行政投诉也是一个重要途径。
- 3、提起独立民事诉讼 前已指出,针对刑法第169条规定的犯罪行为,由于上市公司的中小投资者不能提起附带民事诉讼,即使损害上市公司利益的犯罪成立,中小投资者对自己的利益损失也只能通过独立民事诉讼方式维权。另一种情况是,公司高管或者控股股东损害上市公司利益的行为虽然成立,但达不到“遭受重大损失”的刑事立案标准,刑事程序不能启动,中小投资者要维权也只能通过独立民事诉讼。依据司法终局的现代司法理念,只有司法机关才能对民事赔偿进行认定判处,也只有通过独立民事诉讼才能真正弥补中小投资者的损失。现今阶段,我国司法机关对中小投资者针对证券市场的侵权违约行为诉权行使实际上采取了限制性的规定,个中原因林林总总,是否合理姑且不论。我国现今证券市场比较典型的侵犯中小投资者利益的行为主

要有以下几种:1、虚假陈述;2、内幕交易;3、操纵证券交易;4、承诺不予兑现;5、大股东侵占财产;6、不公平的关联交易等,和刑法第169条之一联系较为紧密的是第5种、第6种行为。从民法法理上看,针对第5种、第6种行为提起民事诉讼不存在问题:大股东占有上市公司财产是一种违约或者侵权行为,中小投资者作为上市公司的股东,有权要求大股东返还财产;中小投资者作为股东有权对不公平的关联交易行使民法上撤销权,但由于我国司法机关对证券市场的诉权采取了限制措施,中小投资者的维权诉讼最终都不能得以立案。近期发生的如东北某一小股东起诉莲花味精的大股东占有公司货款案等,就可能最终无法进入司法程序。司法解释明确规定能够受理的是仅限于已经证券监管机构行政处罚决定认定的虚假陈述案件,此类案件明确规定可以进入司法程序,获取司法救济。另外,根据2007年5月30-31日,最高人民法院副院长奚晓明在全国民商审判工作会议(南京会议)上的讲话,针对内幕交易、操纵市场的侵权赔偿诉讼,法院应当参照虚假陈述司法解释前置程序的规定来确定案件的受理,中小投资者可以提起独立民事诉讼。针对第5种、第6种的侵权行为诉讼现行司法解释并未作出明确规定。笔者相信未来对相关不合理规定一定会作出修改,现今阶段只能通过“曲线救国”的方式进行维权。既然司法解释对虚假陈述的侵权行为规定得较为具体,则与刑法第169条相关的第5种、第6种侵权行为通常是需要上市公司或者大股东的“虚假陈述”作掩盖,可以依照虚假陈述的相关规定主张权利,向上市公司或其控股股东提起民事赔偿诉讼。

(作者为广州大学法学院副教授、广东环球经纬律师事务所律师)

上海证券报法律服务 双周一刊出

上海证券报《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

法律服务热线:021-96999999 邮箱:ffw@cnstock.com 法律服务频道:http://www.cnstock.com/stock315/index.htm 来信:上海杨高南路1100号上海证券报周晓嫣信箱(200127)

前沿争鸣

依靠立法 减少董事机会主义行为

上海财经大学副教授 葛伟军

随着改革开放的不断深入,我国经济取得了长足的进步,国际地位也不断攀升。但纵观西方媒体对我国的报道和评价,主要集中在两个方面,一方面是肯定我国经济的飞速增长,另一方面则是对我国日益严重的环境污染、劳资纠纷、食品卫生、医疗保障等社会问题的担忧。这些问题,都与构成社会经济最小单位的公司有紧密联系。公司的投资者或经营者赚取不法利益的同时,给整个社会留下无穷后患。2005年我国《公司法》进行了大规模的修订,该法第5条特别规定公司要承担社会责任。尽管如此,公司破坏环境、侵犯员工、损害债权人或消费者等事件时有发生。特别需要指出的是,事件发生后,受害人却无法利用该法第5条的规定获得实质上的保护。

公司社会责任与公司目的紧密相关。世界上主要存在着两类公司法立法模型,一类强调公司目的仅仅是实现股东价值的最大化,以美国为代表;另一类则以利害关系人利益最大化为公司目的,以德国等欧洲国家为代表。在后一类立法模型中,公司社会责任得到了充分体现,但是对该模型的批评也络绎不绝。其主要理由是,在公司法中过分强调保护利害关系人利益会妨碍公司的运作和发展,进而不利于社会经济水平的提高。近些年来,英国公司法改革为公司社会责任的立法发展提出了一条崭新的道路。

公司法中所强调的公司社会责任的关键在于加强、完善公司董事的义务。作为普通法系的根基,英国的公司法判例所确立的传统原则是,董事必须善意地以公司的利益行事。法官曾明确指出,公司不对将来的债权人负有谨慎义务;董事与公司之间有信托关系,因为他们是被任命管理公司事务的,他们对公司,但对对现行或将来的债权人或股东个人负有信托义务。

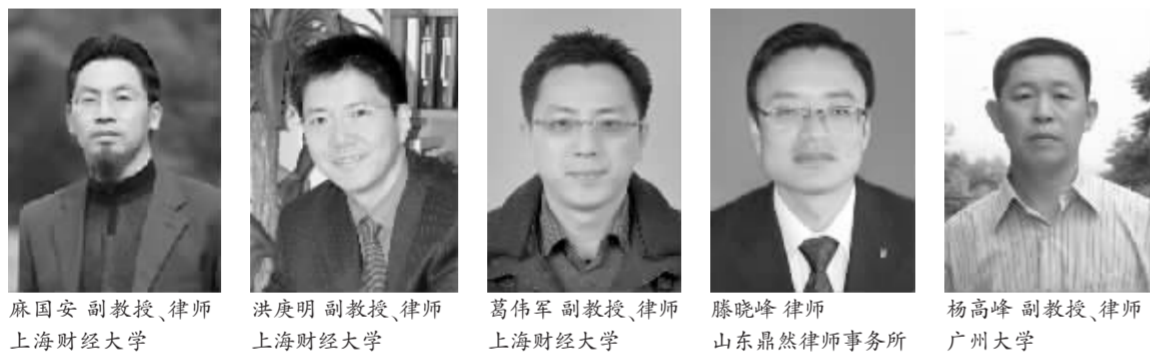
开始于1998年公司法审议指导小组的成立,以2006年通过新公司法为结束的这一轮英国公司法改革,是历史上最大规模的法律修改。其最终成果是颁布了英国历史上最长的一部成文法,即《2006年公司法》。该法对董事义务作出了令人耳目一新的诠释。审议指导小组曾在其报告中提出两种可能的公司法立法模式,一个是“开明的股东价值”(enlightened shareholder value)模式,另一个是“多元主义”(pluralist)模式。这两种模式的主要区别在于,当股东和其他利害关系人发生利益冲突的时候,董事应该怎么办。根据“开明的股东价值”模式,董事必须为了股东利益而促进公司的成功,但同时根据具体情况也应考虑实现公司长期目标的需要以及更广泛的利益。因为公司与它们之间的关系能够影响公司的长期盈利性。“多元主义”模式即利害关系人主导型,根据该模式,董事不能优先考虑股东,而应该平衡利益冲突。

英国《2006年公司法》最终采纳了“开明的股东价值”模式。根据该法,董事对公司负有一般的义务。董事必须根据公司章程(包括备忘录和章程)行事,并且只能为了被授予的目的行事。董事负有促进公司成功的义务,即董事必须善意地,按照他所认为为了公司成员的整体权益,以最大可能地促进公司成功的方式行事,并且在这样做时考虑到(与其他事项一起):1、任何决定最终的可能后果;2、公司雇员的利益;3、培养公司与供应商、消费者和其他人商业关系的需要;4、公司运作对社会和环境的冲突;5、公司维护高标准商业行为之声誉的愿望;6、在公司成员之间公平行事的需要。该义务隶属于要求董事在特定的情形下考虑或以公司债权人的利益而行使的任何法规或法律规则。由此可见,虽然英国公司法仍然坚持董事只对公司负有义务,但是通过立法的形式加强了董事对其他利害关系人的考虑,并且将违反这些考虑应承担的后果明确写入法律。

我国《公司法》从表面上看,似乎是利害关系人为主导型的,但是具体条文又缺乏董事对利害关系人的相关义务和责任,导致利害关系人无法依赖公司法获得保护。甚至可以说,正是由于我国《公司法》对董事义务的规定不完善,才导致作为公司管理者的董事为了获取高利益而不惜铤而走险。在立法上突破现有模式,减少董事机会主义行为,势在必行。

我国适应社会发展的潮流和需要,将公司承担社会责任明确写入《公司法》。然而,该法同时规定,董事(以及高级管理人员)仅仅对公司负有义务。如果董事的决策(在不违法的情况下)对公司有利,但是对包括消费者、社区、债权人、政府等在内的其他人带来消极影响,董事是否违反了《公司法》中的义务,就是个矛盾的、难以回答的问题。对于董事义务的研究,在我国已经比较多,并且比较深入。在世界范围内,关于董事义务的问题,也是仁者见仁,智者见智,意见各不相同。但是,在强调公司社会责任的前提下,我国《公司法》的立法发展,却是崭新的课题。我国《公司法》的进一步立法,应当明确一个前提,即董事到底对谁负有义务(指信托义务)。在此基础上,我国关于董事义务的立法发展,应当紧密围绕公司社会责任,一方面强调董事对公司负有义务(传统观点),另一方面要突出董事在做出决策的过程中,必须考虑其他利害关系人的利益(新的发展)。

《法律服务》改版两月 专家志愿团再添5位新成员



麻国安 副教授、律师 上海财经大学 洪庚明 副教授、律师 上海财经大学 葛伟军 副教授、律师 上海财经大学 滕晓峰 律师 山东鼎然律师事务所 杨高峰 副教授、律师 广州大学

见习记者 潘晓嫣

2008年7月,为了适应证券市场发展的需要,上海证券报将在中国证券市场中享有盛誉的“维权在线”升级为改版为《法律服务》,以期在更广泛的平台为市场各方主体提供法律服务,积极推进证券市场法律建设。

改版两个月的时间内,《法律服务》全面关注中国资本市场法律服务与法律建设诸多方面的热点问题,前瞻性、专业性、实用性成为《法律服务》不懈追求的目标。先期推出的四期《法律服务》就如何解决“大股东侵占上市公司资金”顽症、《鑫金法》修订、上海国际金融中心建设立法等热门话题开展主题式集

中讨论,吸引全国各地数十位律师、法律专家撰文发表精彩观点,引起市场各方的广泛关注。

与此同时,《法律服务》频道在中国证券网全新上线。频道设置了热门讨论、法律前沿、法律咨询、案例精选等栏目。法律服务频道还特意增设了在线咨询与网上案件受理功能,以网络手段,更好地履行服务资本市场、服务上市公司、服务中小投资者的承诺。

为了获得更专业的指导,借助全行业的力量办好《法律服务》,在中国资本市场维权志愿团基础上,《法律服务》专版还依托中国政法大学、华东政法学院、中国人民大学、上海财经大学等高校法律研究力量以及活跃在全国各地的专业律师,

组建了“中国资本市场 法律服务专家顾问团”和“专家志愿团”。

改版伊始,《法律服务》专家顾问团”即得到中国证券投资基金法起草工作组首任组长王连洲、上海证券交易所总经理助理徐明、中国证监会吉林监管局局长江连海、华东政法大学副校长顾功耘、中国政法大学民商经济法学院副院长赵旭东和山东政法学院经济法学院院长吴弘的大力支持,并吸引国浩律师事务所首席律师、上海新望达律师事务所宋一欣等一批全国范围内的知名律师率先加盟,此后也不断吸引着各界法律人士的积极加入。改版后两个月,专家律师志愿团”再添5位新成员,至此,专家数已达42人。

实务探讨

如何解决证券民事立案难索赔难

广东恒通律师事务所 郑名伟

我国目前已有证券市场民事赔偿的相关规定,但在由虚假陈述、操纵市场、内幕交易等违法侵权行为引起的证券民事赔偿实务中,仍然存在一些具有普遍性的问题,严重打击着投资者的信心。

违法行为人身份资料难获取

按照《民事诉讼法》第一百零八条规定,起诉必须提交当事人的身份资料,实务中指提交当事人的工商登记资料、身份证或公安部门出

具的相应身份资料。然而,由于投资者是通过证券市场进行交易,获得违法行为人的身份资料并非易事,原告往往因此放弃了对违法个人的追索。

另外,虽然虚假陈述、操纵市场、内幕交易行为是通过个人进行,但在现行的实务操作中,法院对于缺乏身份资料的案件不予立案。这就导致了真正的违法行为人逍遥法外,承担责任的则是上市公司或控股股东。这种吃肉无份、替人挨板的现象,真实反映了我国证券市场风险与利益的不对称。

要解决这一问题也并非不可能,只要相关部门根据投资者的需

求提供相关人员相应的个人身份资料即可。需要指出的是,此处不存在个人隐私问题,因为这些资料已是公告资料,只是法院暂不承认而已。所以,若最高法院能出台上市公司公告资料可以作为立案身份资料的司法解释,这个问题也可迎刃而解。

投资者赢了诉讼输了钱

实务中的另一普遍问题是投资者提起民事赔偿,但最终由于被告缺乏赔偿能力或隐匿而无法得到赔偿,导致赢了诉讼输了钱。一般虚假陈述索赔案中,上市公司作为第

一赔偿人承担无过错责任,具有较高的偿付能力,投资者往往不太担心胜诉后的执行。而在操纵市场、内幕交易索赔时,上市公司不一定是赔偿义务人,违法行为人大多是个人或个人借用公司名义。当其行为被发现时,通常已获利出局,逃之夭夭,使得对其进行查处监管相当困难。与此同时,在行为被确认后处罚难,投资者要提起索赔则将面临更多的诉讼风险,极有可能是既承担损失又贴上诉讼费及律师费。

针对这种尴尬的局面,建议相关部门可考虑设立基金,建立公益诉讼制度,鼓励投资者积极拿起法律武器,监督证券市场的违法行为。

近期案例

16原告再诉 SST 重实证券虚假陈述

正在进行股权分制改革的SST重实,本以为174万元可以了结了股民索赔一案。然而,22位提出索赔诉讼的股民中,只有6位获得了赔偿,其余的16位股民近日再度提起上诉。SST重实在今年3月3日发布公告,称收到重庆市第一中级人民法院应诉通知书。肖运清等22位自然人提出,由于虚假证券信息纠纷,要求上市公司赔偿人民币451万元。SST重实在四个月之后和其中的6人

经法院调解达成协议,7月21日发布公告称,赔偿肖运清等6人共计约人民币174万元。几天后,公司再度发布公告,另外16人的诉讼遭到法院驳回。

中国证监会2005年12月发布《行政处罚认定书》。认定书称:重庆实业在2000年公开披露的配股说明书中披露虚假信息;在2000年、2001年、2002年和2003年年度报告中披露虚假财务信息。

天一证券涉嫌非法吸收公众存款

浙江省迄今为止涉及金额最大的一起涉嫌非法吸收公众存款案即将开庭审理。

自2000年1月1日开始,前身为宁波证券公司的一天一

券有限责任公司,以“保本付息”为诱饵,向客户承诺“保证资产本金不受损失获取的最低受益”,非法吸收公众存款38亿元。

徽商集团原董事长被控四宗罪

徽商集团原董事长,曾被称为“擎起新徽商大旗”的蔡文龙近日被安徽巢湖市检察院立案调查并提起公诉。

从巢湖市检察院获悉,蔡文龙被以四宗罪提起公诉。包括涉嫌贪污1400余万元,受贿300余

万元、挪用公款2300万元以及国有公司人员滥用职权罪并造成3.35多亿元损失。指控称,在经营、管理国有财产中,蔡文龙违反规定,擅自决定投入巨资炒作股票和期货,造成3.35多亿元的巨额亏损。