刑法修正案“打鼠药方”引关注 专家建议以背信论处

刑法修正案（七）草案针对基金业“老鼠仓”行为展开的“打鼠行动”引起社会各界关注。近日,京沪数名法学专家对本报表示,建议在刑法修订过程中增设相关条款,以背信类犯罪而非内幕交易罪、泄露内幕信息罪对这类行为论处。

⊙本报记者 周翀

资料图

各界呼吁严惩“老鼠仓”

今年4月,中国证监会公布了对两起基金公司从业人员经营“老鼠仓”非法获利案的行政处罚决定,原上投摩根研究员、阿尔法基金经理助理唐建被处罚款50万元、没收违法所得152万余元、终身市场禁入,原南方基金基金经理王黎敏被处罚款50万元、没收违法所得150万余元、7年市场禁入。

针对社会各界的高度关注,中国证监会有关部门负责人表示,对上述两案查处止于行政处罚,是因为刑法没有明确规定这类行为构成犯罪。按照罪刑法定原则,无法将两案移交司法部门追究刑事责任。为此,证监会和数位全国人大代表提出,一些证券投资基金管理公司、证券公司等金融机构的从业人员,利用其因职务便利知悉的法定内幕信息以外的其他未公开的经营信息,如本单位受托管理资金的交易信息等,违反规定从事相关交易活动,牟取非法利益或者转嫁风险。这种被称为“老鼠仓”的行为,严重破坏金融管理秩序,损害公众投资者利益,应当作为犯罪追究刑事责任。

8月25日,提请全国人大常委会首次审议的刑法修正案（七）草案新增条款,从惩戒内幕交易和内幕信息泄露行为的角度,严厉追究金融从业人员“老鼠仓”行为的刑事责任。

在草案征求意见的过程中,京沪数位法学专家对本报表示,全国人大常委会针对资本市场发展过程中出现的新问题,从维护市场秩序、促进市场健康发展的角度,完善立法、惩戒不法,为社会各界高度肯定。同时,他们也建议在本次刑法修订过程中,从背信而非内幕交易、泄露内幕信息的角度对前述行为予以论处,另外,在法律适用范围上,也希望可以从背信的角度,增列犯罪主体。

“老鼠仓”本质属背信而非内幕交易

上海社科院法学研究所研究员、所长、博士生导师顾肖荣指出,尽管舆论往往将“老鼠仓”问题朝内幕交易方向靠,且“老鼠仓”问题有时确与内幕交易或泄露内幕信息有关,但两者之间并无必然联系。这是因为,内幕信息基本上均与上市公司相关,而“老鼠仓”问题却不一定。比如,基金经理或券商人士获知的信息是关于某机构（非上市公司）或个人大户下单方向或下单量的,根据这一信息建“老鼠仓”,并利用本单位财产拉升股价。这时就很难认定其行为属于内幕交易性质。因此,有必要以背信类犯罪论处,否则难以适应现实的需要。”

中国人民大学商法研究所所长刘俊海解释说,刑法修正案（七）草案第二条的规定均围绕内幕信息做出,而内幕信息范围的确定,根据证券法第七十五的规定,几乎均与上市公司有关,亦即此“内幕信息”在法律上是特指的、与上市公司有关的相关信息,从这个角度来说,“老鼠仓”运作者所使用的投资基金信息,显然没有被纳入特指的“内幕信息”范围,有必要与上市公司信息区别开来。因此,以特指的“内幕信息”规范广义的“内幕信息”,可能不够准确。

事实上,国际司法实践中,对于“老鼠仓”行为的一些具体表现有专门的说法,如“抢先交易”等,强调的重点在于从业人员违背委托人信任造成的利益冲突,而并非是内幕交易。查阅美国和我国香港的有关法律规定和司法实践也可发现,两地监管部门对“老鼠仓”等行为的惩戒,也主要基于维护诚信标准、避免利益冲突的考虑,而不是内幕交易。

建议增设普通背信罪

“增设”普通背信罪是时候了,现在是一个难得的历史机遇。”刘俊海说,背信行为的范围相当广泛,“老鼠仓”只是其中的一种,增设普通背信罪,不仅可以囊括基金公司及相关从业人员,还可以囊括保险公司、证券公司、信托投资公司的从业人员,“凡是基于信托关系的受托人,只要滥用对信托财产管理、投资处分的任何信息便利和优势追逐个人私利,都可以通过普通背信罪一网打尽。”

甚至,普通背信罪的增设,还可以一并解决私募基金、委托理财、有限合伙等基于信托关系的投资形式中出现的利益冲突问题。刘俊海认为,当前私募基金、委托理财乃至有限合伙等投资活动,均基于一定的信托关系,但规范上述活动的立法一时还没有跟上,随着投资组织形式的多元化,信托关系的使用范围逐渐扩大,从而导致受托人道德风险、法律风险的加大,所以,从外延上来讲,增设普通背信罪,可将基于信托关系的背信行为全部囊括在内,甚至可不完全限于金融业。

“信托是承人之信,受人之托,纳人之财,诚实守信,勤勉尽责。增设普通背信罪,对于当前弘扬信托文化,培育信托意识,促进信托业及基于信托关系的经营行为发展,构建和谐稳定的信托关系,普及信托义务观念,都很有重大的理论和现实意义。”刘俊海说。

但他同时强调,增设普通背信罪是本次刑法修订的理想结果,如客观条件不允许或各方争议较大,则不妨修改刑法第185条的规定,设置金融从业人员背信罪,即特殊而非普通的背信罪。

可考虑增设金融从业人员背信罪

鉴于“老鼠仓”行为更多表现出背信、利益冲突的特点,而并非典型的内幕交易行为,众多专家将惩戒该行为的法律条款修改集中于刑法第185条的修订,而不是刑法修正案（七）草案中所列的第180条的修订。

这是因为,从背信的角度来看,第185条的规定,显然与“老鼠仓”等背信行为的距离更近。

在审议刑法修正案（七）草案时,全国人大财政经济委员会副主任委员吴晓灵表示,实施“老鼠仓”行为的从业人员,将自己获利建立在损害客户利益基础上,违背了对于受托人的义务,这是这一行为应得到严惩的内在逻辑。“不论客户是否遭到实际损失,只要从业人员违背信托义务,滥用内部信息行为发生,即可构成犯罪”。

在具体法条的修改方面,她建议将相关条款补充在刑法第185条之后,理由是:第185条规定的是金融机构从业人员挪用本单位或者客户资金的行为,违背的是受托人义务,与修正案的上述补充内容本意相同。“它们的结合,更合乎逻辑”。

顾肖荣也认为,应当修改刑法第185条之一第2款进行惩治该条款所列行为。他建议,将刑法第185条之一第2款修改为:

“社会保障基金管理机构、住房公积金管理机构等公众资金管理机构,以及保险公司、保险资产管理公司、证券投资基金管理公司、证券公司、商业银行或者其他金融机构的工作人员,违反国家规定或者部门规章运用资金的,依照前款规定处罚。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款规定处罚。”

对于上述修改意见,顾肖荣解释说,首先,刑法第185条之一第2款规定的罪名,现行犯罪主体是单位,应增加自然人个人。因为,如按现行规定,就会出现以下荒唐现象:如果能代表单位做出决定的某个行为人为本单位小团体利益而违反国家规定运用资金要构成本罪;但其中只要夹杂了如唐建、王黎敏等为第三人利益违规运用资金,则反而不构成本罪。

其次,应将证券公司增列为犯罪主体。证券公司掌握大量资金,实力非常强大,可从事自营和经纪业务。证券公司的自营业务往往运用巨额资金,其规模有时与基金不相上下,也是主力机构之一。实践中证券公司的高管人员实施唐某行为的情况也不少,因此,将证券公司增列为“违法运用资金罪”的主体是有理论和实践依据的。

第三,除证券公司之外,还应将商业银行等金融机构增列为主体。这是因为商业银行现在往往与证券公司、基金管理公司合作开展“代客理财”业务,你中有我,我中有你。如果证券公司、基金管理公司的从业人员构成犯罪,而商业银行的相关人员却不构成犯罪,这也不太妥当。这不是简单用共犯理论可以解决的。我国共犯以共同故意共同行为为要件,缺一不可,其证明难度相当高。

第四,修改建议中运用了“等金融机构”字样,是为了适应金融衍生产品大量产生、相应机构不断出现的情况。

最后,已经发生的“老鼠仓”行为不同于普通背信罪。因为普通背信罪以给本人（委托人等）造成损害为前提。而“老鼠仓”行为则并非必然给委托人带来损害。比如在股市普涨的情况下,谁都没有现实的损失。

中国人民大学法学院副院长刘明祥也指出,增设金融从业人员背信罪,对惩戒“老鼠仓”等犯罪行为可能会更好一些。他认为,我国刑法没有普通背信罪,但是对许多特别的背信行为规定了独立的罪名,如刑法修正案（六）中,就增补了背信损害上市公司利益罪。但在刑法所规定若干特殊背信罪中,尚无法囊括“老鼠仓”等背信行为。在这种情况下,可以考虑增设金融从业人员背信罪,将对违法的行为纳入到处罚范围中。

以背信论处更有利于执法

此外,顾肖荣也指出,如果以内幕交易罪或泄露内幕信息罪对“老鼠仓”行为进行惩戒,还会在司法实践中面临一个现实困难。例如,在广发证券总裁董某涉嫌内幕交易及泄露内幕信息案的审理过程中,董某虽然承认其弟持有延边公路股票,却拒绝承认自己透露消息,参与内幕交易。董某在接受媒体采访时表示:“对于广发借壳延边公路一事,我从来没向家人、亲属透露,至于他们是否买,为什么要买,我当时确实一点也不知道。”

在这种情况下,对董某涉嫌犯罪行为的认定就存在较大困难。

事实上,对内幕交易及泄露内幕信息行为的认定,是一个国际性难题,因此,修正案（七）草案所规定的“相关交易活动”,在实践中恐怕缺乏可操作性。

刘俊海也认为,内幕交易认定是国际公认的难题,如果嫌疑人拒不承认根据内幕信息交易,或泄露内幕信息,那么走背信罪的渠道定罪也是一个可行的选择。“只要能够遏制受托人的道德风险,能够鼓励委托人放心大胆地把自己的财产委托他人代为管理运作,那么立法的效果就达到了。”

■资料链接

美国和我国香港地区如何处理“老鼠仓”

美国和我国香港地区处置“老鼠仓”问题,更多地强调惩戒从业人员背信导致的利益冲突而非内幕交易,这一思路在两地市场的立法、执法实践中,是一以贯之的。

美国有关法律规制

在美国,基金从业人员违法个人证券投资行为的法律规制主要以1940年颁布的《投资公司法》、美国证监会的监管规则为基本依据。

基金从业人员违法的个人证券投资行为,早在1960年代就受到了美国国会及证监会的关注。在当时,基金内部人个人先于基金买卖证券的现象非常普遍。

为此,美国证监会在国会的指示下于1966年发布了“关于投资公司发展的公共政策要义的报告”(PPI报告),分析了基金从业人员个人证券投资的问题,提出了三个可能存在利益冲突的领域:一是如果基金的买卖行为影响到证券价格,基金内部人将因为先于基金买卖同一证券而获利;二是如果内部人先于基金买卖证券的行为对证券价格造成不利影响,将损害基金的利益;三是如果内部人用基金买卖其已经持有的证券来保护或强化其个人投资利益,基金利益将受到损害。

鉴于上述可能出现的问题,为防止爆发影响全行业发展的重大危机事件,应证监会的请求,美国国会在1970年修订《投资公司法》时增加了17(j)条,授权证监会制定相应规则界定上述不正当交易行为,并确定必要和合理的防范措施,其中包括要求投资公司及其投资顾问、主承销商制定职业道德准则。

1980年,证监会颁布了17j-1规则,但没有对基金关联人证券交易行为做出统一限制,而要求投资公司及其投资顾问、主承销商作为第一线监督者,自行决定限制交易和相应程序是否是能够合理防范欺诈、欺骗或操纵性行为的必要措施。

美国的监管部门强调行业自律,对本国基金从业人员的个人证券投资行为在某种程度上采取了较为宽缓的监管方式,实施以一线监督为主,从业人员遵守道德义务优先的发展理念。在美国的监管实践中,对“抢先交易”(front-running)和“抢帽子交易”(scalping)等两种基金从业人员个人违反证券投资活动的违法行为(即国内所称“老鼠仓”行为)主要适用《投资公司法》第17j条进行处理,同时也不排除《证券法》和《证券交易法》的适用,但后者主要是适用其反欺诈的一般性条款。

我国香港地区的两个判例

1999年8月,香港证监会决定撤销孙华庭系列牌照及注册。经查,孙在券商任职期间,借券商客户买卖盘中获取的资料,通过他人账户买卖两只股票获利。

香港证监会有关人士评论说,“中介人的行为若构成其滥用职权以谋取个人利益,该等行为将遭受严厉查处。所有持牌人或注册人均须诚实地、公平地按照客户的最佳利益行事,并以证券市场的持正操作为依据。”

2004年,香港证监会对一家券商分析师黄颖辉予以吊销牌照18个月及5年市场禁入的处罚。经查,黄在任职期间,在其撰写的研究报告发表前后的短时间内,就其研究报告所涉及的证券进行交易。

香港证监会发言人表示,研究报告“不能够因为分析员未经披露的个人利益或因分析员进行有关股份的交易而受到左右。假如证券分析员像本案中的黄氏一样重视其个人利益多于投资大众的利益的话,市场的廉洁稳健便会严重受损。”发言人指,黄的私利想法与岗位责任之间,“存在着明显的冲突”。

(周翀)

证券代码:600362 证券简称:江西铜业 编号:临2008-033

江西铜业股份有限公司关于公开发行认股权和债券分离交易的可转换公司债券的提示性公告

本公司及董事会全体成员保证公告内容的真实、准确和完整,对公告的虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏负连带责任。

特别提示

江西铜业股份有限公司(以下简称“江西铜业”或“发行人”)公开发行认股权和债券分离交易的可转换公司债券(以下简称“分离交易可转债”)已获得中国证券监督管理委员会证监许可[2008]1102号文核准,本次发行的《募集说明书摘要》及《发行公告》已经刊登在2008年9月18日的《中国证券报》、《上海证券报》和《证券时报》上,本次发行将于2008年9月22日(星期一)进行,现将本次发行的有关事项作如下提示:

一、本次发行的基本情况

1、发行总额:6,800,000,000元

2、发行价格:债券按面值平价发行,债券所附认股权证按比例向债券的认购人派发。

3、债券期限:8年

4、票面利率:票面利率预设区间为1.00%-2.00%,最终票面利率将由发行人与保荐人(主承销商)根据簿记建档结果及网上、网下申购情况在上述预设区间范围内协商确定。

5、认股权证情况:每手江西铜业分离交易可转债的最终认购人可以同时获得发行人派发的259份认股权证;权证的存续期为自认股权证上市之日起24个月;初始行权比例为4:1;初始行权价格为人民币15.44元/股。

6、资信评级情况:根据中诚信证券评估有限公司的评估结果,本次发行的分离交易可转债的资信评级为AA+。

7、担保事项:本期分离交易可转债未提供担保。

8、发行方式:本次发行向发行人原A股股东优先配售,优先配售规模占总发行规模的60%。原A股股东优先配售后的分离交易可转债余额采取网下向机构投资者利率询价配售与网上资金申购相结合的方式进行。

9、网上、网下比例初步划分:本次分离交易可转债网上、网下预设的发行数量各为306万手,即:除发行人控股股东江西铜业集团公司(以下简称“江铜集团”)发行前承诺最少认购的6.8亿(68万手)外,按50%:50%的比例分配。如获得超额认购,则除去公司原A股股东优先认购部分的有效申购获得足额配售外,发行人和保荐人(主承销商)将根据本次发行投资者的申购情况,按照网上中签率与网下配售比例趋于一致的原则对网上、网下预设发行数量进行双向回拨。

10、本次发行的江西铜业分离交易可转债(含债券及权证)不设持有期限制。

二、向原A股股东优先配售

1、配售对象:股权登记日收市后在登记公司登记在册的发行人原A股股东。

2、配售数量:

原A股股东可优先认购的数量上限为其在股权登记日收市后登记在册的“江西铜业”股份数乘以2.495元,再按1,000元1手转换成手数。网上优先配售不足1手部分按精确算法取整,网下优先配售不足1手部分按照四舍五入的原则取整。江西铜业现有A股总股本为1,635,351,727股,按本次发行优先配售比例计算,原A股股东可优先认购约4,080,202手,约占本次发行总规模的60.00%。其中,A股有限售条件流通股1,352,830,941股,可优先认购约3,375,313手,约占本次发行总规模的49.64%;A股无限售条件流通股282,520,786股,可优先认购约704,889手,约占本次发行总规模的10.37%。

发行人控股股东江西铜业集团公司(以下简称“江铜集团”)发行前已承诺行使优先认购权,最少认购6.8亿元(68万手)分离交易可转债。

3、认购重要日期:

(1)股权登记日(T-1日):2008年9月19日。

(2)申购缴款日(T日):2008年9月22日上交所交易系统的正常交易时间,即上午9:30-11:30,下午13:00-15:00。如遇重大突发事件影响本次发行,则顺延至下一交易日继续进行。

4、认购方式:

原A股有限售条件流通股股东的优先配售通过网下申购的方式,在保荐人(主承销商)处进行。

原A股无限售条件股东的优先认购部分通过上证所交易系统进行,认购代码为“704362”,认购名称为“江铜配债”。认购1手江铜配债的金额为1,000元,参与优先认购的每个账户最小认购单位为1手,超过1手必须是1手的整数倍。每个证券账户可优先配售数量的上限为其在本次发行股权登记日收市后登记在册的“江西铜业”股份数乘以2.495元,再按1,000元1手转换成手数,不足1手的部分按精确法原则处理。每个账户申购的总数不得超过其可优先配售数量的上限。若原A股股东优先认购部分的申购数量小于或等于其可优先认购总额,则按其实际申购量获配江西铜业分离交易可转债;若原A股股东优先认购部分的申购数量超出其可优先认购总额,则该申购为无效申购。

5、原A股股东除可参加优先配售外,还可参加优先配售后余额的申购。

三、网上向一般社会公众投资者发行

1、发行对象:中华人民共和国境内持有上交所证券账户的自然人、法人、证券投资基金,以及符合法律法规规定的其他投资者(法律法规禁止购买者除外)。

2、申购时间:2008年9月22日上交所交易系统的正常交易时间,即上午9:30~11:30,下午13:00~15:00。

3、申购方式:一般社会公众投资者在申购时间内通过与上交所联网的证券营业网点,以确定的发行价格和符合要求的申购数量进行申购委托,申购代码为“733362”,申购名称为“江铜发债”。每个证券账户的最小申购单位为1手(1,000元),超过1手的必须是1手的整数倍。每个账户申购上限为306万手(30.6亿元),超出部分为无效申购。每个账户只能申购一次,一经申购不得撤单,同一账户的多次申购委托除首次申购外,均视作无效申购(法定机构投资者账户除外,但需符合相关法律法规规定);资金不实的申购亦视为无效申购。

四、网下向机构投资者利率询价配售

1、发行对象:依据《证券投资基金管理暂行办法》批准设立的证券投资基金以及在中华人民共和国登记注册、符合中国证监会规定的投资资格、依法有权购买本次发行的分离交易可转债的法人以及符合法律法规规定的其他投资者。机构投资者的申购资金来源必须符合国家有关规定。

2、申购时间:2008年9月22日(T日)的9:00-15:00。

3、申购方式:参与网下申购的机构投资者通过向保荐人(主承销商)传真以下文件进行申购(以其他方式传送、送达一概无效,传真号码:010-65058239、咨询电话:010-65059636):

①《江西铜业股份有限公司认股权和债券分离交易的可转换公司债券网下申购表》

②法定代表人授权委托书(法定代表人本人签章的无须提供)

③支付申购订金的划款凭证复印件(请务必注明申购机构名称)

④加盖单位公章的法人营业执照复印件

⑤上交所证券账户卡复印件

⑥经办人身份证复印件

投资者填写的申购订单一旦传真至保荐人(主承销商)处,即被视为向保荐人(主承销商)发出的正式申购要约,具有法律效力,不得撤回。

4、参与网下申购的机构投资者的申购数量下限为100万元(含100万元),超过100万元(1,000手)的必须是100万元(1,000手)的整数倍。每个投资者的申购上限为306万手(3,060万张,30.6亿元)。

5、每一参与网下申购的机构投资者必须在2008年9月22日(T日)15:00前缴纳申购订金,订金数量为其最大申购金额的20%。订金请划付至以下列明的保荐人(主承销商)的收款银行账户(划款时请注明机构投资者全称和“申购江铜转债订金”字样)

收款帐户:

开户行:中国建设银行北京市分行国贸支行

账户名称:中国国际金融有限公司

账号:11001085100059507008

行内行号:50190

人行大额支付系统号:105100010123

联系人:吴妙娜

联系电话:010-6505-6872

收款行地址:北京市建国门外大街1号国贸大厦2座101号

投资者须确保申购订金于2008年9月22日(T日)17:00前汇至保荐人(主承销商)账户,未按规定及时缴纳申购订金或缴纳的申购订金不足均为无效申购。同时,请投资者注意资金的在途时间。

6、机构投资者可同时选择网上、网下两种方式参与本次发行。

五、发行人和保荐人(主承销商)

1、发行人:江西铜业股份有限公司

注册地址:江西省贵溪市冶金大道15号

办公地址:江西省贵溪市冶金大道15号

联系人:潘其方、周政华

电话:0701-3777736

传真:0701-3777013

邮政编码:335424

2、保荐人(主承销商):中国国际金融有限公司

注册地址:北京市建国门外大街1号国贸大厦2座27层及28层

办公地址:北京市建国门外大街1号国贸大厦2座27层及28层

联系人:郝恒、李婷娜、顾侃、李岩

联系电话:(010)65051166

传真:(010)65058137

邮政编码:100004

本次发行分离交易可转债的详细内容详见于2008年9月18日《中国证券报》、《上海证券报》和《证券时报》刊登的《江西铜业股份有限公司认股权和债券分离交易的可转换公司债券发行公告》。

发行人:江西铜业股份有限公司

保荐人(主承销商):中国国际金融有限公司

2008年9月22日