

总第六十五辑 2005

金融法苑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

- 对大股东掏空上市公司行为如何进行刑法规制
- 刑法中的违法信贷行为——对近几年一系列银行大案的分析
- 如何证明集资诈骗罪的非法占有目的
- 中美信贷诈骗犯罪之比较研究

28

42

 中国金融出版社

总第六十五辑 2005

金融法苑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

 中国金融出版社

责任编辑：李柏梅

责任校对：李俊英

责任印制：丁淮宾

图书在版编目 (CIP) 数据

金融法苑. 2005 年. 总第六十五辑/北京大学金融法
研究中心编. —北京：中国金融出版社，2005. 8

ISBN 7-5049-3798-3

I. 金… II. 北… III. 金融法—研究—丛刊
IV. D912.280.4-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 096292 号

出版

发行

中国金融出版社

社址 北京市广安门外小红庙南里 3 号

市场开发部 (010) 63272190, 66070804 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com>

(010) 3286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010) 66070833, 82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 河北印务有限公司 (瑞丰)

尺寸 148 毫米 × 210 毫米

印张 4

字数 108 千

版次 2005 年 9 月第 1 版

印次 2005 年 9 月第 1 次印刷

定价 9.00 元

如出现印装错误本社负责调换

金融法苑 Financial Law Forum

总第六十五辑 2005

目录

Contents

热点关注

- 1 对大股东掏空上市公司行为如何进行刑法规制 岳霞
- 13 “地下钱庄”之刑法规制探究 王炜

专论

- 25 金融资产管理公司资产处置中的法律问题 郭雳 许美征
- 43 刑法中的违法信贷行为
——对近几年一系列银行大案的分析 俞和明 杨希希

司法实务

- 54 郑百文股票回购案简析 郭洪俊
- 62 假保单甚嚣尘上，保险公司该当何罪 张莉鑫
- 72 如何证明集资诈骗罪的非法占有目的 赵冷暖

他山之石

- 85 中美信贷诈骗犯罪之比较研究 左婧

金融监管

- 97 美国 SEC 执法制度之基本类型 董炯 覃舸

银行业务与法律

- 106 加入世界贸易组织后银企关系的转变及其法律
对策 沈纬莹
- 115 消费信贷合同关联性浅析
——以房地产按揭为例 黄洁

热点关注

对大股东掏空上市公司行为 如何进行刑法规制

岳 霞*

我国大部分上市公司“一股独大”的股权结构对于本来处于强势地位的大股东来说是锦上添花，而对于原本属于弱势群体的中小股东而言则是雪上加霜。大股东通过各种途径控制上市公司，为所欲为地侵害上市公司利益及中小股东利益，而中小股东面对大股东掏空上市公司的行为，却几乎处于束手无策的境地。大股东掏空上市公司的行为使大量上市公司陷入困境，不仅最终损害了投资者的利益，而且对于整个金融市场的健康发展也危害甚大。因此，如何防范控股股东的“掏空”行为，保护中小投资者的权益，成为现代公司治理的重点。

为了防止我国大股东掏空上市公司的行为愈演愈烈，多项制度应运而生，例如国有股减持、独立董事制度、“以股抵债”等，但都没有取得预期的效果。因此，目前大家都在探讨如何寻找更为有效

* 作者单位：北京大学金融法研究中心。

的解决方案,对相关责任人员进行刑罚处罚便是其中一种。笔者也曾撰文分析过对大股东掏空上市公司行为进行刑法规制的必要性,将大股东掏空上市公司行为纳入刑事处罚的范畴,不仅是对占款方的“报应”,同时也能有效地预防更多的掏空行为继续发生^①。因此,如何对大股东掏空上市公司的行为进行刑法规制便是目前摆在我们面前的问题。

任何犯罪都离不了一定的危害行为,所以首先要弄清楚的是应当受到刑罚处罚的是什么样的“掏空”行为,也即刑法上的“掏空”行为的含义。有关学者对“掏空”作出了解释,他们认为,“掏空”是 Johnson 等(2000)提出的一个概念,其主要含义是指能够控制公司的股东为了自身的利益将公司的财产和利润转移出去的行为^②。类似的解释并不能满足我们的要求,因为在刑法上,我们要明确的不仅是行为表现方式的简单归纳,更重要的是特定的行为人在某种主观心理状态支配下实施的达到一定危害程度的具体行为。也就是说,具体的行为方式、行为的主体、行为主体的主观心理状态、行为的危害后果都在考察的范围之内,只有这样,我们才能在犯罪构成的框架下对特定行为作犯罪化处理。

一、哪些行为应当受到刑罚处罚

大股东掏空上市公司的行为方式各异、手段繁多,可以说是让

① 岳霞:《对大股东掏空上市公司行为应进行刑法规制》,载《金融法苑》,第六十一辑,113页。

② 李增泉、孙铮、王志伟:《“掏空”与所有权安排——来自我国上市公司大股东资金占有的经验证据》,载《会计研究》,2004(112)。作者同时还列举了“掏空”行为的几种表现方式,他们认为,以较低的价格将上市公司的资产出售给控股股东(或经理)拥有较高现金收益权的公司、向经理人员(控股股东在其控制的企业中往往同时担任经理)支付较高的薪水、为控股股东(或经理)拥有较高现金收益权的企业提供贷款担保、侵占公司的发展机会,及至最为直接的偷盗等,都是控股股东“掏空”上市公司的表现。

人眼花缭乱。为了弄清楚各种花样的本来面目，以便更直观、更深入地了解“掏空”行为，很多人对其进行过归纳和概括。

有人将其归纳为四种掏空模式：一是买壳之后配股圈钱，或者为关联企业提供贷款担保，自己从中获利而上市公司为其买单，明里暗里掏空了事；二是多个不相关的企业拼凑在一起包装上市，多个大股东根据出资分割权利，董事会、高管人员采取担保贷款、资产置换等方式透支上市公司信用或资产，转移注入自己旗下的子公司或者被公司高管个人挥霍侵占，从而掏空上市公司；三是国有企业拆分一部分上市，原国有企业作为控股公司肆意透支上市公司信用和资产，或进行无回报预期的投资，或盲目进行跨行业扩张，这样占钱不还、借出不收、投资无效，从而使上市公司被掏空；四是打白条受让国有股权，成为大股东后用上市公司做担保贷款或用股票质押贷款，款项用于低价收购资产并高价卖给上市公司，以此抵消当初的白条，然后配股、增发，恶意出售、转移资产来掏空上市公司，最后承债转让^①。还有人将其概括为三种手段：直接占用上市公司资金、关联交易转移上市公司资产和利用上市公司进行借款担保^②。也有人形象地将各种掏空手段归纳为“八字诀”：截、挪、垫、借、套、赖、蛀、卸^③。我们不难发现其中共同的关键词，比如关联交易、贷款担保、转移、占用、借贷等，那么，为了与刑法所规制行为的单一性和明确性相符合，我们可以在上述归纳总结的基础上将大股东实施的“掏空”行为界定为以下三类，并包括各种具

① 于溢：《谁“掏空”了上市公司？》，载《数字金融》，2001（9）。

② 卢平和：《大股东如何掏空上市公司》，载《中国经济周刊》，2004（27）。

③ 黄湘源：《大股东掏空上市公司的八字诀》，<http://business.sohu.com/37/13/article208101337.shtml>，2005-06-01。

体手段^①:

第一类是占用上市公司资金。这类行为是指大股东直接将上市公司所募集的资金截为己用或者挪作他用,从而导致上市公司长期缺乏相应的资金进行自己的经营活动。具体来说包括以下几种方式:首先是截留募集资金,大股东作为发起人,很容易利用自己代位管理募集资金的便利将募集资金截留;其次是挪用募集资金,大股东将上市公司为预期项目募集的资金挪为他用,致使预期项目或者被取消,或者被改建;最后是让上市公司垫付资金,大股东自行设计开发投资项目,而由上市公司付款,项目盈利则能够返还上市公司所垫付的款项,而一旦亏损,巨额资金就打了水漂。

第二类是转移上市公司资金。这类行为是指大股东通过关联交易将上市公司的资金转移至己方或其他关联方,使上市公司彻底丧失对该部分资金的所有权,以及与此种转移资金相类似的个人侵吞上市公司资产的情形。上市公司关联交易是指上市公司及其控股子公司与关联方发生的转移资源或义务的交易或安排,其隐蔽性、非公允定价的可操作性使得相当一部分大股东钟情于此,它们利用自己的控制地位,在重大关联交易中将其产品或劣质资产出售或置换给上市公司,或者以不合理的低价购买上市公司的产品或资产,有的大股东甚至干脆将关联交易的一方作为一个中间环节,间接地将上市公司资产转移出来。同时,由于大股东内部人控制已成为一个突出的问题,也给某些个人侵吞公司财富提供了可趁之机。

第三类是拖欠上市公司资金。这类行为是指大股东将本应该交与上市公司的资金持续直接或间接占有,导致资金长期无法归位。典型的莫过于大股东出资不实了,另外还有大股东通过将上市公司

^① 这种分类在笔者《对大股东掏空上市公司行为应进行刑法规制》一文中亦有相关论述。

资金不当借贷给他人、利用上市公司提供借款担保等方式来占有上市公司的部分资金，逾期不还或者无法归还，导致上市公司资金流失的行为。

在我们弄清楚大股东掏空上市公司的各种具体方式之后，就必须说明是否所有这些行为都在刑法规制的“掏空”范围之内，或者说是否有一些行为已经被现行刑法所规制。比如第二类中的个人侵吞上市公司资产的行为就有可能符合贪污罪或者职务侵占罪的犯罪构成，因而并不需要我们将其纳入刑法上的“掏空”行为之列。不过，正如前文所说，刑法所规制的犯罪不仅需要考察行为本身，还包括行为主体等其他的要素，所以这个问题的答案有赖于下文继续的探讨。

二、谁应当受到刑罚处罚

在通常的说法中，掏空上市公司的主体都是“大股东”，那么实施具体掏空行为的直接行为人是否都是大股东呢？或者说，需要因为其掏空行为受到刑罚处罚的主体到底是谁呢？要得到这个问题的答案，我们有必要弄清楚所谓大股东掏空上市公司的来龙去脉。

我们知道，我国上市公司的股权结构是非常特殊的，其中最为突出的一点就是股权集中。除了少数全流通公司之外，我国大多数上市公司的股权都非常集中，存在一个控股大股东。大股东往往可以利用其持有的多数股权，作出损害公司其他股东利益的决策，我们通常所说的大股东掏空上市公司问题就是其中的表现之一。需要注意的是，在上市公司中，股东并不直接参与公司的经营管理，具体的经营决策是由公司的董事会组成人员及经理等人员来作出的。那么，在理论上来说，大股东并不能直接实施上文中提及的具体掏空行为。不过，在股权集中的情况下，控股股东往往会直接委派代表人参与公司管理，可以说公司的高管人员就是控股大股东的代言

人,这就意味着,高管人员可以在大股东的授意安排下去实现大股东的意图。于是,大股东可以通过他委派的高管人员来完成对上市公司的掏空行为。由此我们可以得出一个结论,即直接实施掏空行为的是公司的董事、经理及相关管理人员,而大股东则可以说是“指使”、“操控”这些管理人员的幕后老大。

那么,对于本节开始提出的问题,我们需要给出一个答案了。也就是说,如果说将大股东掏空上市公司的行为规定为一个犯罪的话,这个罪的主体应该怎么界定呢?可以确定的是,掏空行为的具体实施者即公司的高管人员理所应当是这个罪的主体。至于幕后的大股东,我们同样可以让其对自己的行为承担起相应的责任。不妨以“贪污罪”为例,我国《刑法》第三百八十二条规定了贪污罪的构成,其中前两款规定的是具有国家工作人员身份的人利用职务便利贪污的情形,而第三款则作了如下规定:“与前两款所列人员相勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”这就表明,即使不具有构成贪污罪所要求的特定身份,只要与具有特定身份的人同谋,伙同贪污的,可以按照共同犯罪的原则认为其也构成贪污罪。同理,大股东即使不具有实施具体掏空行为的身份条件,但只要其参与了掏空行为的共谋、策划,甚至指使、操控,同样可以按照共犯来处理。也就是说,因掏空行为而应当受到刑罚处罚的不仅包括上市公司的高管人员,也包括幕后操控、指使的大股东。

在主体认定方面,还有一个需要注意的是单位犯罪问题。单位犯罪一般是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位或者本单位全体成员谋取非法利益,由单位的决策机构按照单位的决策程序决定,由直接责任人员实施的犯罪。我们知道,我国大多数上市公司是由国企改制而来的,将国企拆分一部分上市之后,原有的国企便成了上市公司的控股股东。这样,构成犯罪的大股东就可能是

一个单位了。在刑法上,认定单位犯罪主体要遵循下面的原则:单位犯罪的主体必须是依法成立、拥有一定财产或者经费、能以自己的名义承担责任的公司、企业、事业单位、机关、团体^①。当大股东是一个单位时,其必定是符合上述条件的。当单位作为大股东实施了掏空上市公司行为时,我们可以认为它是一个单位犯罪主体。

三、怎么样才应当受到刑罚处罚

高管人员及其背后的大股东实施了前文所述的掏空行为,并非一定需要进行刑罚处罚。因为在刑法上,我们还需要考虑行为人在实施行为当时的主观心理状态,另外,行为所实施的程度深浅以及实施某行为所带来的危害大小也是是否进行处罚的根据。

市场经营是有风险的,任何决策都可能带来好的或者坏的结果。当高管人员的某项决策导致上市公司的资产一去不回的时候,我们当然不能说这就是把上市公司给掏空了。于是我们便有了这样一个概念:掏空上市公司的行为必须都是出于“恶意”的。对于大股东而言,大股东的“操控”必然是出于为了让自己从中获利的目的;对于直接实施掏空行为的高管人员而言,要么是为了自己或者大股东的利益,要么则是为了自己和大股东共同的利益。在上市公司的经营管理极具风险的情况下,对成立犯罪所要求的主观意图作这样的界定是非常重要的。

如果大股东及其委派的高管人员决定掏空上市公司,并且着手实施了一定的掏空行为,但因为种种原因,最终并没有导致将上市公司掏空的结果发生,或者说没有造成特别严重的危害后果,那么在这种情况下,大股东、高管人员还应当受到刑罚处罚吗?也就是

^① 张明楷:《刑法学》,第二版,207页,北京,法律出版社,2003。

说, 我们还需要考虑是否应当对这种犯罪在数额上或者情节上作出相应的要求吗? 在我国《刑法》中, 不乏诸如此类的犯罪, 例如盗窃, 在不具备其他特定情节时, 盗窃一百元人民币与盗窃一万元人民币是有本质区别的, 只有后者需要负刑事责任; 又如虐待, 一般打骂与恶劣虐待也是要区别对待的, 前者是一般违法而后者才构成犯罪。可以说这些数量要素^①代表了行为对某种法益侵害的程度, 是一般违法转化为犯罪的临界点, 对某些犯罪行为而言, 如果不具备相应的数量要素就不能成立犯罪。这类犯罪被称为数额犯或者情节犯, 前者在财产犯罪和经济犯罪中较为常见, 犯罪所得数额和犯罪经营数额反映了行为的法益侵害程度, 刑法以犯罪数额的大小作为区分罪与非罪的标准; 后者是以一定的表明行为对法益侵害程度的主客观情状作为犯罪构成要件的。这就说明, 对于大多数犯罪而言, 我们需要对其在数额上或者情节上作出相应的限制来区分罪与非罪, 防止将一些并不需要用刑罚手段来规制的行为纳入犯罪的行列, 这也是符合刑法的谦抑主义的。同样, 对于我们这里所探讨的大股东掏空上市公司的行为, 要对其犯罪化, 我们也有必要进行一些限制。但是, 对于这类行为, 我们很难在数额上对其进行界定, 这不仅仅是因为大股东掏空上市公司的行为极易造成上市公司经营不善、资信恶化, 甚至破产、退市的连锁反应, 导致在犯罪数额上难以统计计算, 更重要的是, 其侵害的法益更多地体现在对市场秩序的破坏和对投资者利益的损害上, 这是不适宜用数字来衡量的。所以, 我们不妨在情节上对其作出限制, 这里的情节不仅包括主观上的罪过程度、目的动机, 也包括客观方面的行为方式、危害后果等, 更为全面地衡量了行为的可罚程度。按照习惯的表达方式, “情节严重” 是我们对大股东掏空上市

^① 这样的数量要素又被称为罪量, 我国《刑法》中规定的罪量要素包括数额和情节。参见陈兴良: 《规范刑法学》, 96 页, 北京, 中国政法大学出版社, 2003。

公司行为应受到刑罚处罚在罪量上的限定。

四、应当受到怎样的刑罚处罚

应当受到怎样的刑罚处罚包括两个层次的问题。首先是如何定罪，是修改现行《刑法》中相应的罪名来将各种“掏空”行为涵盖进去，还是增加一个新的专门针对这类行为的新罪名呢？其次是如何量刑，也就是法定刑的制定。

从上文的分析我们可以看出，大股东掏空上市公司的犯罪共包括两类主体、三类行为方式，在我们考虑对这些高管人员以及实施共谋、指使、策划行为的大股东进行刑法规制的时候，仅修改现行的罪名是不能解决问题的，因为这不仅涉及多个不同罪名的修改而难以统一，而且更多的行为方式没有相应的基础罪名来加以修改。因此增加一个新的、专门针对大股东掏空上市公司行为的罪名更为合适。这时，我们就能回答本文第一部分遗留下来的一个问题了，即这个新的犯罪究竟包括哪几种行为方式。如果我们将前文所述的三类掏空行为与现有相关罪名中的行为逐一进行对比，就能够发现哪些行为已经为刑法所规制、而哪些行为则属于新罪名应予以规制的对象范畴。

第一，对于上市公司的高管人员而言，如果其与大股东共谋，或者在大股东的指使、策划下实施占用上市公司资金的行为，与传统的侵占资金、挪用资金^①的犯罪有一定的相似之处，但并不相同。从主观上来说，传统的侵占资金、挪用资金犯罪的行为人都是为了个人利益，且前者需要以非法占有为目的，后者则不能具有永久占有资金的故意。而截留募集资金、挪用募集资金以及让上市公司垫付资金的行

^① 这里的侵占资金、挪用资金包括国家工作人员身份的主体实施的贪污罪、挪用公款罪，也包括非国家工作人员身份的主体实施的职务侵占罪和挪用资金罪。

为,主观上并非均为了个人利益,且对于资金的占有意图与否难以认定,倒类似于一种放任资金盈亏的间接故意。所以对于占用上市公司资金的行为,我们找不到已有的罪名来对责任人进行处罚。

第二,在现行《刑法》的规制之下,以非法占有为目的来侵吞上市公司资产的个人难免牢狱之灾,因为他们会触犯贪污罪、职务侵占罪等罪名,而对于从中获取巨大利益的关联交易中的受益者,却未必需要担惊受怕,因为这种隐蔽的、貌似合法却危害巨大的行为,尚不能完全用现行《刑法》加以规制。有学者对大股东通过不正当关联交易侵蚀中小股东利益的手段进行了归纳,包括如下几种:“(1)控股母公司通过直接借款或拖欠账款等方式无偿占用上市公司资金;(2)上市公司为控股母公司贷款提供担保,从而承担了不正当的风险;(3)控股股东虚假出资,开白条获取股权和相应的经营控制权;(4)控股母公司以高价向上市公司转让劣质资产或以劣质资产来抵偿对上市公司的债务;(5)控股母公司高价转让或出售无形资产;(6)控股母公司向上市公司高价提供原材料或低价收购上市公司的产品后再销售,从中谋取价差收益;(7)上市公司承担母公司费用,如管理费、广告费、研发费用等;(8)控股母公司的高级管理人员在上市公司任职或兼职,以获取高额的报酬。”^①前三种行为在本文中属于大股东拖欠上市公司资金的范畴,在这里仅对后面几种行为进行分析。第4、第5和第6种行为有一个共同点,就是控股母公司通过不公允定价与上市公司交易,从中获取利益。当上市公司的高管人员明知是非公允关联交易仍决意为之时,如果其从中渔利、趁机侵吞上市公司财产,可以构成贪污罪或者职务侵占罪,反之则无法用现有罪名进行规制。对于后两种行为,如果不违反相关法规,一般情况下不宜以犯罪处理,

① 潘鸿:《关联交易下的大股东外部套利研究》,载《上海金融》,2005(4)。

但是如果上市公司粉饰财物报表欺上瞒下,相关责任人员可能构成提供虚假财会报告罪。所以应当用新罪名规制的关联交易行为包括上市公司高管人员实施的高价购买控股母公司资产或原材料、向控股母公司低价出售资产的行为。

第三,大股东出资不实,如果符合“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权,虚假出资,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的”,便成立虚假出资罪。而对于将上市公司资金不当借贷给他人、利用上市公司提供借款担保而导致上市公司资产流失的行为,我们同样找不到相关罪名。

在这里不能不提到的一个罪名是《刑法》第一百五十九条所规定的抽逃出资罪。抽逃出资行为是指公司发起人、股东在公司成立时缴纳了所应缴付的出资,但在公司成立后又违反法律规定,不经过登记机关批准,撤出其出资,使公司成立时的原有注册资本减少的行为。这与大股东掏空上市公司的行为有一定的相似之处,但笔者认为,二者并不可等同,主要表现在行为主体上。抽逃出资罪的主体是公司发起人和股东,包括自然人和单位。其中公司发起人是指按照《公司法》规定,认购其应认购的股份,制定公司章程并承担公司筹办事务的人,即依法创办股份有限公司的人;股东则是指出资人,在公司成立后,发起人即成为股东^①。虽说新罪名规制的是大股东掏空上市公司的行为,但如前文所述,直接实施新罪名所规制行为的主体是上市公司的高管人员,大股东是作为共犯来成为此罪的主体的。这就表明,两罪在主体上有一定的重合,但并不完全相同。当某一个行为同时符合两罪的犯罪构成,我们可以按照法条竞合的原则来处理,而并不需要否认新罪设立的可能性。

^① 王作富:《刑法分则实务研究(上)》,第二版,389页,北京,中国方正出版社,2003。

综上所述,应该被新罪名所规制的行为方式包括上市公司的高管人员利用职务上的便利、违规决策所恶意实施的高价购买控股母公司资产或原材料、向控股母公司低价出售资产的行为,将上市公司资金不当借贷给他人、利用上市公司提供借款担保而导致上市公司资产流失的行为,以及其他严重侵害上市公司利益的行为。

行文至此,我们对这个新罪的各个要件已经有了基本的认识,那么接下来的问题就是法定刑的设置了。法定刑不仅能够反映出国家对犯罪行为的否定评价和对犯罪人的谴责态度,也能够反映出国家对犯罪的危害程度的评价。这里并无意于设计出针对此罪的具体刑罚,这需要相关的立法技术和有关刑事政策的考量,不是我们力所能及的。对于此罪的法定刑,我们有必要明确以下几点。首先,跟所有其他犯罪一样,法定刑的设置必须与犯罪的危害程度相适应,这是罪刑相适应原则对刑事立法的要求。那么,如前文所述,这种犯罪行为适宜于规定成情节犯,所以对于不同严重程度的情节,我们需要设计不同严厉程度的刑罚。“情节严重的”适用一级刑罚,对于“情节特别严重的”,要设置更重的法定刑。其次,由于大股东掏空上市公司的行为总体上来说属于财产犯罪的范畴,而且造成的危害结果往往是很严重的,我们应该给其配置较重的财产刑,例如数额较大的罚金等。最后,对于可能的单位犯罪主体,适宜采用双罚制^①。因为在我国《刑法》中,不实行双罚制的例外情况有三种:非为本单位谋取利益、单位的过失犯罪和处罚单位会损害无辜者的利益^②,而大股东掏空上市公司的犯罪行为并不归属于上述某一种。

① 对单位犯罪的处罚有两种情形:双罚制和单罚制。前者是指除了追究单位本身的刑事责任外,还要追究单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任;后者指只处罚直接责任人员,或者只处罚单位本身。

② 张明楷:《刑法学》,第二版,206页,北京,法律出版社,2003。