

# 上市公司关联交易犯罪刑法适用之技术困境

——基于三个典型案例的研究\*

朱珊珊<sup>1</sup>, 沈田<sup>1,2</sup>

(1.厦门大学法学院, 福建 厦门 361000; 2.新疆社会科学院法学研究所, 新疆 乌鲁木齐 830011)

**摘要:** 改革开放加快了中国经济制度的变革, 深化经济体制改革带来了一系列的益处, 也伴随着不易察觉的违法现象, 尤其是上市公司经济犯罪问题, 常给上市公司和中小股东带来巨额的财产损失, 严重破坏经融秩序的健康发展。上市公司关联交易犯罪属于上市公司经济犯罪的范畴, 其特点是隐蔽性高, 初期不易被察觉, 损害结果严重, 对上市公司本身造成巨大冲击, 对公司中小股东造成无法挽回的经济损失, 破坏正常的经济秩序和社会和谐稳定。司法实践中对上市公司关联交易犯罪的判定存在较大偏差, 造成司法审判对此类案件关注度不够, 审判人员对法条的理解与实际操作存在偏差。文章以中国裁判文书网发布的诸例为基础, 分析有关上市公司关联交易犯罪判定时存在的技术偏差, 梳理法条与司法审判中的嫌隙。

**关键词:** 上市公司; 关联交易; 司法; 共同治理

**DOI:** 10.13568/j.cnki.issn1000-2820.2019.02.006

**中图分类号:** H159      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1000-2820(2019)02-0054-09

改革开放加快了中国经济制度的变革, 深化经济体制改革带来了一系列的益处, 也伴随着不易察觉的违法现象, 尤其是上市公司经济犯罪问题, 常给上市公司和中小股东带来巨额的财产损失, 严重破坏经融秩序的健康发展, “截至2016年底, 我国沪深两市上市公司超过3000家, 总市值高达约50万亿元”<sup>[1]</sup>, 如此庞大的经济利益若缺乏及时有效的管控, 会成为经济持续发展的沉重负担。上市公司关联交易犯罪属于上市公司经济犯罪的范畴, 其特点是隐蔽性高, 初期不易被察觉, 损害结果严重, 对上市公司本身造成巨大冲击, 对公司中小股东造成无法挽回的经济损失, 破坏正常的经济秩序和社会和谐稳定。司法实践中对上市公司关联交易犯罪的判定存在较大偏差, 造成司法审判对此类案件关注度不够, 审判人员对法条的理解与实际操作存在偏差。本文以中国裁判文书网发布的诸例为基础, 分析有关上市公司关联交易犯罪判定时存在的技术偏差, 梳理法条与司法审判中的嫌隙。

## 一、关联犯罪“判定”之刑法依据

### (一) 上市公司关联交易之行为总括

“上市公司的关联交易又被称作‘关联方的交易’或‘关联人士的交易’。总的来说, 广义的关联

交易是指一切与关联方的交易。对于关联交易, 国际上并没有统一的界定标准, 再我国关联交易也是近几年才出现的崭新术语。”<sup>[2]</sup>为了更好的探讨上市公司关联交易犯罪这一论题, 本文对上市公司关联交易的意思内涵进行了更加详细的分析。

上市公司关联交易是指上市公司与其有关联关系的公司从事商业交易往来的行为。关联关系的公司包括上市公司的子公司、分公司, 或者与上市公司的控股股东或者实际控制人或者董事等高级管理人员有关联关系的公司。关联交易本身并不是刑法需要规制的行为, 刑法所调整的是上市公司关联交易犯罪的行为, 也称上市公司非公允关联交易(顾名思义就是有失公允, 不受监管的上市公司关联交易)。上市公司正常的关联交易行为可以提高企业间的商业效率, 使双方企业同时受益, 商业利益可以有效的实现最大化、最优比。这种正常的商业交易习惯应当受到法律的认可和保护。但是利用关联交易企图转移资金, 掏空上市公司资产且数额巨大甚至与有关联关系的公司联合进行名不副实的交易并制作虚假的交易账目明细和资金往来, 企图制造公司虚假破产来转移公司资产的行为, 不仅会给公司本身带来毁灭性的打击, 更是危害了广大中小股民的经济利益, 严

\* 收稿日期: 2018-03-26

作者简介: 朱珊珊(1989—), 女, 湖南娄底人, 厦门大学法学院2017级刑法学博士研究生, 从事刑法学研究。

重危及社会主义市场经济的健康秩序,破坏社会的安定和谐。

## (二)上市公司关联交易犯罪之刑法内涵

由于“上市公司关联交易具有‘双刃剑’的特性,为有效限制其不利影响,就必须对关联交易正当性作出科学、合理的界定”<sup>①</sup>。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)并没有对上市公司关联交易犯罪的行为进行直接规定,主要调整上市公司关联交易犯罪行为的法条依据是刑法169条及《刑法修正案(六)》第9项对《刑法》169条的补充规定。

刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪规定:“第一百六十九条之一上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务,利用职务便利,操纵上市公司从事下列行为之一,致使上市公司利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;致使上市公司利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:

(一)无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的;

(二)以明显不公平的条件,提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产的;

(三)向明显不具有清偿能力的单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的;

(四)为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保,或者无正当理由为其他单位或者个人提供担保的;

(五)无正当理由放弃债权、承担债务的;

(六)采用其他方式损害上市公司利益的。

上市公司的控股股东或者实际控制人,指使上市公司董事、监事、高级管理人员实施前款行为的,依照前款的规定处罚。

犯前款罪的上市公司的控股股东或者实际控制人是单位的,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照第一款的规定处罚。”该条的罪名为“背信损害上市公司利益罪”。

《刑法》第169条之一的规定,从主体上将上市公司关联交易犯罪的行为主体规定为特殊主体,

“只有上市公司的董事、监事、高级管理人员以及上市公司的控股股东和实际控制人能构成本罪”<sup>②</sup>,并详细列举了公司的董、监、高涉及的六种犯罪行为为给上市公司造成严重损害的刑法规制<sup>③</sup>,上市公司非公允关联交易就包含其中。上市公司非公允关联交易最典型的表现形式有三种,一是通过虚假的购买或者投资行为转移上市公司资产;二是通过为关联公司提供债务担保行掏空上市公司资产之实;三是通过免除关联公司的债务、放弃对其的债权,达到实际转移上市公司资金的目的。除了上述三种典型的上市公司非公允关联交易形式外,还有虚假破产等较隐蔽的方式及其他新型上市公司关联交易犯罪形式<sup>④</sup>。

上市公司关联交易犯罪的刑法规制属于刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的妨害对公司、企业的管理秩序罪之相关内容,由此可见此类经济犯罪通常以妨害公司企业的管理秩序来谋取巨额商业利益,严重破坏社会主义市场经济秩序亟需刑法规制<sup>⑤</sup>。

## 二、上市公司关联交易犯罪之司法现状

我国司法实践中,上市公司关联交易犯罪呈现一定特点,这与我国现阶段的经济发展趋势以及我国立法与司法之间的偏差存在相关性。实际生活中,上市公司关联交易违法行为的司法现状如下图1所示:

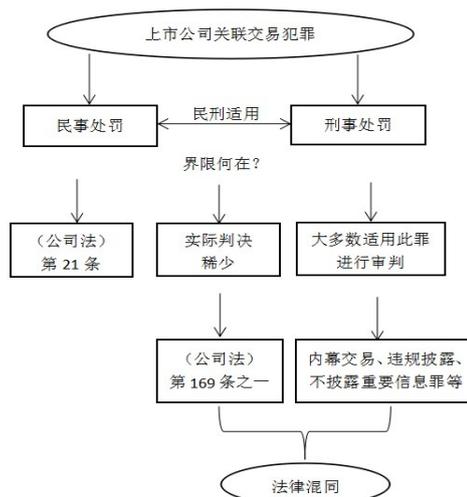


图1 上市公司关联交易违法行为的司法现状

① 参见王珂《背信损害上市公司利益罪之主体资格探究》,《湖北警官学院学报》,2015年第10期,第83-85页。

② 参见孙喻《〈刑法修正案六〉第九条背信损害上市公司利益罪的理解与适用》,《法制与社会》,2008年第2期,第130-148页。

③ 参见杨高峰《背信损害上市公司利益罪定罪标准的理论展开》,《政治与法律》,2009年第4期,第30-35页。

### (一)民与刑之界分

上市公司关联交易违法行为在司法审判所适用的法律中存在民刑界限模糊的情况,由于上市公司非公允关联交易行为首先表现为不正当获取经济利益,这样的行为破坏了一般商业交易规则应该受到《公司法》的调整<sup>①</sup>,同时因为不正当的关联交易行为所导致的巨大商业损失破坏了市场正常的交易秩序及社会主义经济健康,对社会稳定、上市公司自身的发展及广大中小股东的经济利益有较大危害,属于刑法规制的范围。在《公司法》和刑法中对上市公司的不正当关联交易行为分别规定于《公司法》第21条:“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”及《刑法》169条之一的相关内容(因前文已经介绍,不再赘述)。

#### 1. 判决数量差异明显

现实中大部分涉及上市公司关联交易的违法行为都是以《公司法》第21条的规定进行处罚,《刑法》的相关规定在实践中较少被应用,如表1所示。

表1 2010—2017法院审判涉及不正当关联交易案件数量

民 事		刑 事	
一审	二审及以上	一审	二审及以上
1613	2653	48	23

#### 2. 侧重方向各有特点

首先判决针对的主体不同,以民事判决为主的上市公司不正当关联交易案件,主要侧重于对公司不正当关联交易行为进行认定,确定存在不正当关联交易行为后,依据《公司法》第21条的规定,不正当关联交易受益方公司应当承担赔偿责任,受害方公司的实际控制人或者控股股东或者公司的董、监、高等高级管理人员应当赔偿损失<sup>②</sup>。民事判决主要以公司为惩罚主体;刑事判决中的主体则为不正当关联交易行为的实际操作人(幕后黑手),换句话说上市公司的实际控制人、控股股东或公司的董、监、高等高级管理人员构成刑法对上市公司关联交易犯罪的惩罚主体。其次,惩罚方式不同,民事判决主要以损害赔偿为主,强调财产补偿性;刑事判决不仅从金钱同时从人身两个方面对上市公司关联交易犯罪行为进行惩处,限制人身自由的惩罚刑与罚金刑并用,经济补

偿兼刑事制裁,突显出刑法保障社会主义市场经济健康发展与震慑犯罪的双重功能。最后,民事判决主要以原告诉求的赔偿金额为依据进行合理判决,强调经济补偿;刑事判决以限制人身自由的有期徒刑为主,以罚金刑为辅,强调对个人的刑事处罚。通过两个案例的比较有更直观的感受:

#### 上海高金股权投资公司诉上海华东有色、上海浩峰投资公司关联交易案<sup>③</sup>

原告高金企业投资有限公司诉求称:在高金企业入股华东有色公司期间,在华东有色控股股东华东地勘局主持下华东有色与上海浩峰公司签订协议,将自有资金4亿元交给华东地勘局寻找经营项目,该资金已实际交付。经查,上海浩峰公司系上海云峰公司的全资子公司,而云峰公司又是华东有色的股东。上海高金企业作为华东有色公司的股东,未参加公告所称的2014年第二次股东会会议,对此不知情。休宁中静公司、华东地勘局、上海云峰公司将包括上海高金企业在内的各股东投入华东有色公司用于公司发展的4亿元资金交付给注册资本仅为1000万元且无任何项目储备、投资经验的上海浩峰公司进行项目投资,不符合各股东对华东有色公司增资的目的,既有违商业惯例,又严重损害上海高金企业的股东利益。

综上,请求法院:上海浩峰公司向华东有色公司返还4亿元投资款,休宁中静公司(华东有色的另一名股东)、华东地勘局、上海云峰公司就返还4亿元投资款承担连带责任。庭审中,上海高金企业变更诉讼请求为因该委托理财行为致上海高金企业投资华东有色公司的资金受到损失,故要求各被告向上海高金企业返还投资款且赔偿投资收益。其诉请主张的4亿元的计算由来明确为:上海高金企业对华东有色公司已累计投入3.075亿元的投资,该行为致上海高金企业将来退出华东有色公司的股东剩余价值分配权受到影响,预估损失为1亿元,累计已超过4亿元,现仅主张4亿元。此外,上海高金企业明确款项的返还对象为上海高金企业,要求返还的依据为侵权损失赔偿。

最终由于上海高金企业没有履行最后一次出资义务并经催告仍没有缴清出资,因此被剥夺股东资格,成为不适格主体,其诉讼请求也由于主体不适格被驳回。但就案件事实而言,这是一起典

① 参见余筱兰《公司法视野下上市公司关联交易问题研究》,《经济与法》,2012年第12期,第233-234页。

② 参见周守华、胡为民、林斌、刘春丽《2012年中国上市公司内部控制研究》,《会计研究》,2013年第7期,第3-12页。

③ 中国裁判文书网,判决书编号:(2015)苏商初字第00026号。

型的在民事案件中的上市公司关联交易案。

此案虽然最终没有被定性为关联交易违法行为,但是对于民事司法实践中,司法审判官对不正当关联交易行为的普遍判断具有一定借鉴意义。现行司法实践对关联交易的审判强调不正当性及损害性,同时注重对损害的修复及赔偿。对于不确定损害结果的关联交易不处罚,这与民事活动的意思自由有关,商事活动遵循意思自治原则,双方根据自身的真实意思表示进行商品、劳务、资金的交换、流通,为了保证商业氛围的自由,法律一般并不介入,因为法律的介入会对原本轻松的交易产生压力,迅速降低商事行为的活跃度,导致市场经济的活跃性下降,不利于经济的高速发展。诚然,绝对无法律监管的经济行为极易因投机性与利己性的缺陷而进入疯狂敛财的泥潭,商人天生的趋利性,若无法律监管则会导致损害公司利益用以中饱私囊的行为不断出现,长此以往又会对商业活动的有序开展和社会主义市场经济的健康发展造成威胁,“也会颠倒市场功能,妨碍市场公平”<sup>[9]</sup>。适度的法律监管是商业活动健康的保障,只是需要从程度、介入时间、惩罚方式等方面进行把控,在保持经济整体活力的基础上对损害公司利益,危害经济秩序健康的不正当关联交易行为运用法律进行惩罚。

### 刘某背信损害上市公司利益案<sup>①</sup>

受安徽省芜湖市三山区人民检察院指控,被告人国投新集能源股份有限公司刘某为了讨好时任安徽省政府副秘书长曹某,便“嘱咐”手下以明显不公平的价格向曹某妻刘某1经营的威钻机电有限公司购买不符合国投公司需求的钻头。造成公司直接经济损失1844万元。

刘某辩称:1.其之所以购买威钻公司的钻头是为了赢得曹某对公司的进一步支持,为了公司未来更好的发展主观上并无过错;2.被告人刘某即使构成犯罪,起诉书指控其行为“致使国投新集公司利益遭受重大损失1844万元”也存在认定错误。被告人刘某在《关于申请产品供货的报告》上签字批示的时间是2008年5月27日,当年同意威钻公司成为供应商的签批并不等同于同意以后每一笔合同业务都按照威钻公司的报价进行采购,所以刘谊仅应对其违规行为负相应责任,威钻公司自2009年以后因高价从国投新集公司获取的利润数额全部认定为因刘谊的行为而造成的公司损失,

显然不当。3.起诉书认定的1844万元所依据的价格认定结论书、审计报告不符合证据法定要求,不应作为定案依据。

理由:本案中,被告人刘某明知刘某1经营的公司不符合供应钻头的招投标公司资质,也明知最终威钻公司向国投新集公司供货产品的价格远高于市场价,故具有主观故意,客观上帮助了刘某1经营的公司获得了不当利益,同时让国投新集公司承担了利益上的重大损失,故被告人刘某的行为完全符合背信损害上市公司利益罪客观方面要件要求。故罪名成立。

上述案例可以看出,上市公司不正当关联交易触犯刑法时,在司法实践判决中强调的是对个人的处刑,要求犯罪行为人满足一定的形式条件,例如“违背忠实义务”,“损害上市公司利益”。这与民事判决所依据的条件有很大不同,针对上市公司关联交易犯罪行为的刑事判决,除了强调损害赔偿,同时注重对社会的危害性,犯罪行为人必须同时满足刑法第169条之一规定的犯罪构成才触犯刑法。刑事判决强调主客观相统一,强调危害性,民事判决则单纯的以损害额为判定标准。

### (二)刑法内部之殇

上市公司不正当关联交易触犯刑法的行为便是上市公司关联交易犯罪,因上市公司关联交易犯罪的特殊性,同一行为同时触犯多个刑法条文的情况时有发生,此外,由于刑法条文对此罪规定的标准不一,内部定罪体系混乱,也提高了司法实践中对此类犯罪定罪量刑出现偏差的风险。

#### 1.法条之间竞争

上市公司不正当关联交易是由一系列行为组成,这些行为既是一个整体又具有各自的独立性,一般条件下,上市公司的董、监、高等高级管理人员或实际控制人企图通过不正当关联交易掏空、转移上市公司的资产、资金时须实施一系列行为才能保证不正当关联交易顺利进行,例如,需要隐瞒此笔不正当关联交易或将这笔不正当关联交易伪造成正当商业行为,这就需要虚造甚至伪造财务报表,在定期的上市公司信息披露环节故意隐瞒不正当关联交易的相关信息,这些行为同时又触犯了刑法其他罪名(违规披露、不披露重要信息罪)。除此之外,不正当关联交易引起的副作用同样不能忽视,在许多不正当关联交易行为中包含了内幕交易,较为常见的情况是,涉及资产重组等

<sup>①</sup> 本案来自于中国裁判文书网,案件判决书编号:(2017)皖0208刑初10号。

重大事项的上市公司在禁止期内,其公司的高管或实际控制人等授权自己亲信的公司大量买进、频繁操作该公司股票以获取巨额利润。以上市公司不正当关联交易为中心辐射、衍生出其他辅助、掩护不正当关联交易的行为又触犯了刑法其他罪名。司法实践中涉及上市公司不正当关联交易犯罪往往以数个罪名起诉,由于不正当关联交易的一连串行为侵犯数个法益触及刑法一系列罪名,在实际判决中数罪并罚的情况并不少见,然而,最终以刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪进行判决的情况较少,大多涉及上市公司关联交易犯罪的案件最终都以其他罪名进行审判,比较常见的用以替代背信损害上市公司利益罪的其他罪名是违规披露、不披露重要信息罪、虚假破产罪、内幕交易罪<sup>①</sup>。针对这一现象通过余某某案会有更直观的感受。

#### 余某某等违规披露不披露重要信息、背信损害上市公司利益罪案<sup>②</sup>

被告人余某某,原系珠海博元投资股份有限公司的原法定代表人、董事长、华信泰投资有限公司法定代表人,联合珠海博元投资股份有限公司财务总监、华信泰投资有限公司财务人员伍某某,珠海博元投资股份有限公司会计、财务总监、董事张某某,珠海博元投资股份有限公司总裁陈某、罗某某等通过循环转账的模式虚构承诺款,利用1亿元借款,通过循环转账,虚构已由华信泰投资有限公司(以下简称华信泰公司)支付3.8亿元股改业绩承诺款的事实,并由博元公司在履行股改业绩承诺款的公告、2011年半年报及年报中进行披露,虚增资产达到当期披露资产总额的30%以上。此后,未掩盖上述股改业绩承诺款未实际履行的虚假事实,被告人余某某、伍某某、张某某、罗某某伙同李某甲于2011年12月,通过1000万元循环转账,虚构以博元公司名义使用股改业绩承诺款购买面额37张面额共计3.47亿元银行承兑汇票的事实,并在2011年年报中进行虚假披露,在此后3年的企业年报中都进行了虚假披露,平均虚增资产百分之六十以上,最多时候达到3.78亿元。构成刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪

本案争议焦点在于是否存在“掏空”上市公司资产的行为,法院认为,刑法修正案(六)增加第169条之一规定“上市公司的董事、监事、高级管理

人员违背对公司的忠实义务,利用职务便利,操纵上市公司从事下列行为之一,致使上市公司利益遭受重大损失的,处……”,采用列举式的方式描述了该罪相当性解释,即限制在其他通过与关联公司不正当交易“掏空”上市公司的行为,而非所有损害公司利益的行为。故各被告人的行为不构成背信损害上市公司利益罪。另外本案实质就一个行为,也不应定性为两个罪名,最终以违规披露不披露重要信息罪定罪量刑。

通过上述案件研究可以看出,涉及上市公司关联交易的犯罪行为一般以数罪进行起诉,因上市公司实际控制人为掩盖非法关联交易往往会产生一系列辅助行为,而这些辅助行为同时又触犯刑法,因此数罪进行起诉在此类案件中成为常态。在实践中,不少上市公司关联交易犯罪最终都以内幕交易罪或违规披露、不披露重要信息罪进行判决,真正的关联交易犯罪行为没有得到应有的惩罚,实践中究竟为何产生如此偏差,值得探寻。

#### 2. 法条自身缺陷

关于上市公司关联交易犯罪适用刑法第169条之一,背信损害上市公司利益罪正本法条进行判决的较少,相反,以辅助行为进行定罪量刑的不在少数,为什么出现这样的分歧,主要原因还是与刑法第169条之一本身的规定缺陷有关,刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪采用列举的方式,一共列举了六条,除第六条兜底条款外,前五条分别概述了上市公司的实际控制人等高管违背忠实义务,利用职务便利,操纵上市公司的5种行为使上市公司利益受到重大损失的构成此罪,比起内幕交易罪、违规披露、不披露重要信息罪,背信损害上市公司利益罪的构成要件较为苛刻,需要同时满足违背忠实义务、利用职务便利、操纵公司的5种不正当关联交易行为、造成上市公司重大损失并且限制犯罪主体为上市公司的董、监、高等高级管理人员,因此,这类案件以背信损害上市公司利益罪对犯罪嫌疑人提起公诉时,法官需要对上述犯罪构成进行判定,须同时满足才能进行定罪量刑。相比前两罪适用此罪名进行刑法处罚的断罪成本较高,判定不易,为了节约司法成本,降低误判率,法官更容易以较为谨慎的态度适用此罪名。

<sup>①</sup> 参见刘宪权《内幕交易违法所得司法判断规则研究》,《中国法学》,2015年第6期,第239-262页。

<sup>②</sup> 本案来源于中国裁判文书网,判决书编号:(2016)粤04刑初131号。

除犯罪构成门槛较高外,背信损害上市公司利益罪中的每一项犯罪构成要件都需要法官对其进行判断,违背忠实义务、利用职务便利、造成公司重大损失等构成要件由于缺乏相应的解释说明,需要法官根据自身的经验进行主观判断,而法官的自由心证又增加了误判的风险,为了防止错判,实践中法官在判定时只要稍有存疑便会放弃以此罪名进行定罪处罚<sup>①</sup>。

刑法第169条之一的背信损害上市公司利益罪,采用列举的方式进行规定,但是只列举了5条明显罪状,打击范围实在有限,无法涵盖上市公司不正当关联交易犯罪行为的全部;虽有兜底条款,但是缺乏明显罪状,难以准确适用,即使能够适用,也需要法官进行解释,但法官释法需要在一定的准则内进行,若超过一定限度,难免牵强附会,容易产生错误。例如,上文刘某背信损害上市公司利益案中,刘某之所以违法操作购买刘某1的配件,也是为了市长曹某在公司未来的发展中能给予更大的支持,刘某的初衷并不是为了损害上市公司利益,反而是为了公司未来的大局,这是否符合刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪中的违背忠实义务还有待商榷;另外,在列举的5条具体罪状中虽然刘某操纵上市公司的行为符合第3条罪状的形式要件,但是罪名成立要求的是主客观相统一的原则,刘某主观上并不是为了损害上市公司的利益而是为了公司能够有更好的发展环境。刑法第169条之一的背信损害上市公司利益罪设定的初衷是为了保护上市公司的利益,维护社会主义市场经济秩序的良好运行,绝大部分上市公司关联交易犯罪都是通过损害上市公司利益而中饱私囊,本案中并没有证据显示刘某通过此次不正当关联交易从中获利,由此可以推断,刘某本身并不希望损害上市公司利益,显然法官对刘某犯背信损害上市公司利益罪进行定罪的解释有失偏颇。然刘某的行为导致上市公司利益受到损害却为事实,如何对其犯罪行为寻找合理的法律依据,成为难题。正是因为刑法第169条之一的法条缺陷,涵盖范围较狭窄,不能满足日益增长的新型犯罪形式的需求,除此之外,还有许多新型上市公司关联交易犯罪行为模式没有被列入,例如某省上市A公司实际控制人与其朋友、亲戚在另省设立B公司,长期与B公司合作经营,甚至还入股B公司,但事实查明,B公司根本就是空壳公司,不具

备任何生产经营能力,A公司大量购买B公司物资与B公司合作的行为,使A公司相当部分资金流入B公司却不知所终,造成A公司因资金大量流失无法维持正常经营而宣布破产。在此前,A公司实际控制人一直授意其财务总监伪造各种财务会计报表,显示在A公司与B公司合作的各个项目中A公司获得巨额利润,欺骗中小股东大量购进A公司股票,随后A公司破产,导致中小股东的利益受到巨大损害,冲击了正常的证券市场交易秩序,降低了证券市场的信誉,对证券市场的健康极为不利。而类似这种类型的不正当关联交易行为却并没有被列入刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪的条文规定。

### 3. 适用标准不一

实践中,各地法院的法官在适用刑法第169条之一进行定罪处罚时,缺乏统一标准,各自为政的情况比较常见,有的法院审理时,对此罪的认定采用严格标准,逐字逐句对每一条形式要件进行审查,必须要完全符合才会定罪;有的法院定罪标准相对较宽;另外,有的法院过分注重形式要件符合性忽视了实质要件的审核,有的法院则过度解释法条,牵强附会,有生搬硬套之嫌。余某某等背信损害上市公司利益罪一案中,法院认为其不能定背信损害上市公司利益罪的原因是余某某等人并没有通过“掏空”上市公司资产的行为手段来使得上市公司利益遭受损害。这里法官采用了相当性解释,相当性理论意指对于某些具有危险的行为,在通常情况下本属于违法行为但只要该行为符合时代社会的伦理秩序而与社会生活相当,就应当否定该行为的违法性。相当性解释旨在限制构成要件的扩张。此案审理过程中,法官运用相当性解释原理把背信损害上市公司利益罪中的造成公司损害的手段限制在“掏空”上市公司资产而造成上市公司利益受损的行为范围内,据此认为,被告人余某某等不存在“掏空”上市公司资产的行为,不认定其构成背信损害上市公司利益罪。本人认为,这种界定还有待商榷。刑法第169条之一规定的构成要件中,并没有对损害上市公司利益的手段有详细的规定,损害上市公司利益是其结果,不正当关联交易是其主要表现形式,至于通过怎样的手段、方式来进行不正当关联交易,损害上市公司利益,在所不论。法院对余某某等人的关于背信损害上市公司利益罪中的损害上市公司利

<sup>①</sup> 参见李军《背信损害上市公司利益罪中“违背对公司忠实义务”的认定》,《政治与法律》,2016年第7期,第49-59页。

益的手段进行限制,采取行为说,不符合法条初衷。同理,在刘某背信损害上市公司利益罪一案的审判中,法官并没有强调损害上市公司利益的不正当关联交易行为必须是通过“掏空”上市公司资产这一手段才可构成此罪,相反,法院对被告人刘某背信损害上市公司利益罪的认定流于形式,忽略了被告人刘某本身的主观意识。背信损害上市公司利益罪应是故意犯罪,即上市公司的实际控制人或董、监、高等高级管理人员明知自己操纵上市公司进行不正当关联交易的行为会损害上市公司利益而继续为之。刘某案中,刘某的初衷是为了公司未来的发展,从主观上考虑与背信损害上市公司利益罪的实质构成要件有所出入,此案应考虑区分受贿罪、行贿行为与本罪的区别。两法院在适用刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪时运用不同的解释方法进行判定,缺乏标准化、统一性,无论对被告人还是社会大众都有失公允,刑法素来严谨,是打击与惩治犯罪的最终保障,因为其具有人身限制的特性,因此刑法对公平性的要求比其他任何法律都重要。然背信损害上市公司利益罪的司法适用缺乏统一的定罪标准,在实践中存在一案一定性,一案一解释,甚至法官为避免错误而降格其他罪名进行审判,导致该法条被不恰当适用且使用频率极低,失去了制定此法条打击日益严重的经济犯罪之目的。

### 三、上市公司关联交易犯罪现状之综合治理

刑法对上市公司关联交易犯罪进行定罪处罚的意义在于保护社会主义市场经济秩序的正常运行,保护中小股东及广大股民的财产权,因此本文认为刑法针对上市公司关联交易犯罪的规制需要慎重考虑这两方面的需求。

#### (一)先民后刑、以民为主、刑为底线

上市公司是典型的商事主体,从事商业生产经营活动,存续的主要目的便是获得经济收益,购买上市公司股票的股民及公司的中小股东追求的也是相当的经济收益,因此保证上市公司的正常运行与可预期的经济收益是各项法律、法规、行政规章对其进行规制的主要目标。实践中,大部分上市公司不正当关联交易案件受《公司法》的调整,这是因为,《公司法》的相关规定只对上市公司不正当关联交易行为及其当事人进行经济处罚,既对违规操作上市公司不正当关联交易导致上市公司经济利益受损的行为进行了惩罚,又保证了

上市公司的正常运行不受影响,同时对其他上市公司的交易行为起到警醒作用。上市公司的一切活动都以经济利益为中心,在损害结果不严重、社会危害不大的上市公司不正当关联交易违法行为中,经济制裁足以遏制损害结果继续发生,挽回损失,防微杜渐。相较于刑法,《公司法》调整其不当行为,规制成本低、效率高,对于经济违法这类时效性要求较高的违法行为,《公司法》较刑法具有更强的灵活性,不需要经过层层审批和严格的公安侦查程序及检察院审查起诉程序,也无须对行为人先行羁押,可以有效保证上市公司的正常运营,对上市公司社会形象起到较好的维护作用,使上市公司的合法利益得到最大限度的保护,同时将公司中小股东及广大股民的经济收益影响降到最低。

刑法对上市公司关联交易犯罪的规制是把双刃剑,将操纵上市公司不正当关联交易构成犯罪,严重损害上市公司及公司中小股东及广大股民利益的公司实际控制人、控股股东、董、监、高等高级管理人员进行刑法处罚有利于保护上市公司、中小股东及广大股民的经济利益,有利于维护正常的社会主义市场经济秩序,集中体现刑法打击和预防犯罪之社会功能;但是刑罚的制裁是所有法律中最严肃的,涉及处罚上市公司关联交易犯罪的刑法第169条之一就规定了三至七年的有期徒刑刑期,一旦上市公司的实际控制人或控股股东被判处有期徒刑则会导致上市公司的决策体系崩溃,“主心骨”的缺失将会使原本受损的上市公司遭受更大的损失,何况现有刑法条文并没有考虑上市公司的实际控制人或控股股东被判刑的预后措施,证监会对此也采取不置可否的态度。实践中,由于上市公司的实际控制人、控股股东被刑事处罚导致上市公司很长一段时间决策体系崩溃的现象频频发生,使得上市公司的利益受到更加严重的损害。另外,根据我国相关法律政策规定,涉及上市公司生产经营等重大事项须及时披露,上市公司的控股股东或实际控制人被判处刑罚属于必须披露的事项,相关信息披露后导致上市公司的社会形象受到严重损害,股民受随众心态影响,买涨不买跌,纷纷抛售手中股票导致上市公司股价大跌,连续跌停,对上市公司本身及股市的健康运行都造成了不良影响,股民和上市公司中小股东的经济利益也无法得到保障。同时刑法的谦抑性提醒我们不应该使刑法成为万金油,刑法应保

持其严肃性,只对造成严重社会影响及严重损害的犯罪行为及行为人进行刑事处罚,刑法过度干预社会生活不仅有损刑法权威而且影响正常的社会生产生活秩序,适得其反。

受上述因素影响,刑法与《公司法》对上市公司不正当关联交易行为应明确区分犯罪行为与违法行为,设定相应的标准,清晰每个阶段犯罪行为所触犯的法条。司法实践中涉及此类案件优先考虑适用《公司法》,在民事审判中若发现触犯刑法的再移交至公安进行补充侦查最后由检察院进行审查起诉;证监会在履行相应监管职责时也应与公安部门及时配合,对于符合立案标准的上市公司关联交易犯罪应及时移交,明确区分上市公司不正当关联交易的违法行为与犯罪行为并进行分类、分批处理。针对已经审理的民事案件若发生需要移交刑事审理的情形,不影响民事审理的建议民事审理部分继续,这样可以提高案件审理效率,也能最大限度保证经济案件的财产保全措施使案件受损人的损害赔偿得到保障。

#### (二)入罪标准清晰化、入罪门槛提高

现有刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪及公安部、最高人民检察院出台的《补充规定》对上市公司关联交易犯罪的相关内容规定不清晰、不明确,导致法院适用法条困难,偏差时有出现,降低了法条的使用率,沦落成束之高阁的鸡肋。鉴于司法实践中出现的各种偏差、疏漏,可以考虑对现有刑法条文的相关内容作补充:

“损害标准”是经济犯罪中重要的一环,《补充规定》中对上市公司关联交易犯罪的损害标准定在上市公司5%以上股份,按照上市公司一般注册起跳金额3000万计算,背信损害上市公司利益罪的数额起跳标准是150万元。本人认为不甚合理,首先,背信损害上市公司利益罪犯罪的主体是上市公司的实际控制人、控股股东及董、监、高等高级管理人员,构成此罪势必判处有期徒刑,而上市公司的实际控制人、控股股东是公司的决策机构,一旦被入刑会严重影响公司的生产经营活动,可能造成上市公司及中小股东和广大股民更多损失,无法达到刑法规制的预期效果,若不入刑而是督促他们极尽勤勉义务,凭自身的专业工作能力和丰富经验,制定、调整符合上市公司现状的经营策略,争取尽力挽回因自己的过错对上市公司及

中小股东、广大股民造成的损失,实现上市公司的可持续盈利性发展,弥补因异常巨大损失而造成的对社会主义市场经济秩序的破坏。其次,相比于人身伤害的难以恢复性,经济利益性质的损害是较容易恢复并及时止损,因此经济损害对社会造成的影响可以通过之后的弥补进行修复,与传统的人身伤害性质犯罪相比社会恶劣影响程度较小,对社会大众的冲击较为缓和,不属于需要刑法频繁、严格禁止和打击的对象。再次,现代社会经济发展较快,人们生活水平普遍提高,对于上市公司来说,交易额普遍较大,150万元在实际生活中并不会对上市公司的整体经营造成太大影响。以本文前述三个案件为例,上市公司不正当关联交易违法犯罪行为一般涉案额都在千万以上,150万元的损害标准不符合现实社会上市公司商贸交易发展需求;另因150万元就将上市公司的实际控制人、控股股东进行定罪处罚,判处限制人身自由刑,反而造成上市公司决策滞后贻误商机,上市公司的中小股东、广大股民更关注的是自身经济收益,他们对上市公司的需求是能够持续盈利及分红,从他们的角度出发,将上市公司的实际控制人或控股股东刑拘并不是他们的最终目的,从人伦角度来看,他们更希望公司的“统治者”能使公司扭亏为盈,因为“他”更熟悉公司的运作及总体情况。最后刑法的谦抑性也要求我们应在适度的范围内以谨慎的态度适用刑法,只有穷尽行政、民事等手段仍不足以惩治的情况下才应适用刑法,过度犯罪化并不能使刑法的功能得到最大限度发挥,反而使得刑法被滥用,出现重刑化倾向。150万元的入罪门槛对上市公司交易来说实在太低,容易导致刑法频繁适用有刑法滥用之嫌。结合以上因素,刑法对上市公司关联交易犯罪制定的损害标准应定在900至1000万之间,实践中证监会在监管上市公司各项信息披露中,将虚增资产金额或者虚构利润均达到当期披露的资产总额或利润总额的30%以上,作为将其移交公安、检察部门进行侦查起诉的重要理由,因此按照上市公司注册资本起跳3000万元进行换算,应定在900至1000万左右较为合适,既符合实践中上市公司的交易习惯(上市公司一般进行的都是较大数额的商事交易),也符合刑法谦抑性要求的刑法作为法律底线的社会保障作用,防止出现过度犯罪化的局面。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见杜航《背信损害上市公司利益犯罪的危害和防范对策》,《中国人民公安大学学报》(社会科学版),2009年第5期,第100-103页。

### (三)健全刑法预后机制

实践中对上市公司的董事、监事、高级管理人员进行刑事定罪处罚后,短时间内由于上市公司无法及时寻找有效人员进行接替,经常使上市公司经营陷入困境。若不及时解决,将对上市公司后续经营造成更为严重的损害,同时也失去了刑法基于保护上市公司利益而对行为人进行规制的意义。但由于上市公司自身限制,很难在短时间内选出合适继任者。因此,可以考虑在适用刑法进行处罚时,可以考虑同时督促证监会强令上市公司在一定期限内改选完毕并在改选完毕之前设立临时决策机构以保证上市公司的正常运转,有必要时证监会派专员进行监督并协助管理。

## 四、结 语

伴随市场经济改革的不断深入发展,新时代人们对经济利益的渴求急剧增长,经济的快速发展必然带来更大的经融犯罪风险。经济犯罪活动的猖獗已经严重影响了社会经济的持续发展及社会安定,对经济犯罪行为进行刑事处罚,可以从根本上保护社会经济秩序的稳定健康。上市公司不正当关联交易行为逐渐成为现代经济犯罪的主要形式,许多国家司法、行政系统高度重视并制定相应的法律、法规对其进行规制,例如2002年美国通过世界著名的《萨班斯法案》。近年来我国也对上市公司关联交易犯罪进行了相应的刑法规定,2006年6月29日我国出台《刑法修正案(六)》同样

对涉及上市公司关联交易犯罪问题进行了刑法规制。然司法实践中由于刑法本身规定的一些缺陷导致法院法官在适用刑法第169条之一时出现了偏差,原因在于经济犯罪尤其是上市公司犯罪许多行为兼有创新和违规,而我国的刑事立法水平与违法犯罪形势的变化不相适应,反映出刑事立法的稳定性与违法犯罪行为多变性之间的矛盾。因此刑事立法应注意与民事立法及行政立法方面的区别界分,做到有条理、有层次、有针对性的进行刑事处罚。上市公司关联交易犯罪牵涉甚广,需要三者之间互相协调,既保持自身独立性又能互相衔接共同治理。

### 参考文献:

- [1] 魏志华,李常青,曾爱民,等.关联交易、管理层权力与公司违规—兼论审计监督的治理作用[J].审计研究,2017(5):87.
- [2] 陈亦聪,武俊桥.上市公司非公允关联交易的法律规制——以刑事责任为中心[J].证券市场导报,2011(8):63.
- [3] 袁梦.论关联交易中的法律问题——浅析上市公司关联交易的法律规制[J].法制与社会,2012(32):96.
- [4] 黄太云.《刑法修正案(六)》的理解与适用(上)[J].人民检察,2006(14):43.
- [5] 殷涛,童丽君.对非正当关联交易追究刑事责任的可行性分析[J].四川理工学院学报(社会科学版),2009(3):38.

[责任编辑:王正良]

## Technical Difficulties in Applying Criminal Law to Related Transaction Crimes of Listed Companies — Three Typical Cases

ZHU Shan-shan<sup>1</sup>, SHEN Tian<sup>1,2</sup>

(1. Law School, Xiamen University, Xiamen, Fujian, 361000; 2. Law Research Institute, Xinjiang Academy of Social Sciences, Urumqi, Xinjiang, 830011)

**Abstract:** The implementation of Reform and opening-up policies has accelerated the reform of China's economic system and deepening the economic system reform has brought forward a series of benefits, accompanied by undetectable illegal phenomena, especially the economic crimes of listed companies. The crimes often bring huge property losses to listed companies and small and medium-sized shareholders, and seriously undermine the healthy development of economic and financial order. The connected transaction crime of listed company is of high concealment, difficult to be detected in the initial stage, but has serious damaging results. It would produce huge impact on the listed company itself, trigger irreparable economic losses to small and medium shareholders, and disrupt the normal economic order and social harmony and stability. In judicial practice, a big deviation exists in the judgment of the related party transactions of listed companies, which results in insufficient attention to such cases in judicial trials. There exists a deviation between the understanding of the law terms and the actual operation on the part of the judges. Based on the cases published by China Judicial Documents Network, this paper analyzed the technical deviations in the judgment of related transaction crimes, and examined the gap between the legal terms and the judicial trials.

**Keywords:** Listed Companies, Related Party Transactions, Judicature, Co-Governance