

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: X200208056

UDC\_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

公司管理层利益冲突交易刑事规制之反思

——从公司法规范到刑法规范

Regulating interest conflict transaction

——From corporate law to criminal law

林朝晖

指导教师姓名: 朱炎生 教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2009年4月

论文答辩时间: 2009年6月

学位授予日期: 2009年6月

答辩委员会主席:\_\_\_\_\_

评 阅 人:\_\_\_\_\_

2009年4月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：  
年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 摘 要

公司范畴内的利益冲突交易行为，既具有公司目标、公司行为的表征，又具有法益侵害的不确定性和法律后果的不确定性。本文正是在这样的一种意义上看待利益冲突交易的，同时也就把利益冲突交易置于在公司法规范与刑法规范的双重视野下。本文以公司法理上关于剥夺性利益冲突交易的发生原因（控制权与分红权的分离），规范上关于利益冲突交易的法益（忠实义务与公司的经济目标）、行为类型构建（交易视觉）、具体技术手段（程序公平与实质公平，两者之间的关系）为视角，对照分析了我国刑法上关于利益冲突交易规范在上述诸方面的现状、问题及原因，并以公司中国家强制与私法自治的关系为出发点，探讨如何在利益冲突交易规制的各个方面，建立起公司法规范与刑法规范的有机衔接，并且尝试提供一种重建我国刑事法中利益冲突交易规范思路，即：设立专属规范、以公平交易为视觉重建行为类型、重新划分刑法上的公司类型。

**关键词：**利益冲突交易；公司法规范；刑法规范

## ABSTRACT

Interest conflict transaction, in term of corporate law, involves corporate objectives, behavior and uncertainty of infringement and legal effects. This paper takes a new approach to study interest conflict transaction and explores this issue in scope of both corporate law and criminal law.

This paper studies several aspects of interest conflict transaction that includes its reason, fiduciary responsibility and behavior types. Also this paper introduces some related clauses in Chinese criminal law in this area. In the end, the author gives his own suggestions on integrated principles on interest conflict transaction from corporate law and criminal law.

**Key words:** interest conflict transaction; corporate law; criminal law

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

引 言 .....	1
<b>第一章 利益冲突交易的行为类型 .....</b>	<b>3</b>
<b>第一节 交易、利益冲突、利益冲突交易 .....</b>	<b>3</b>
<b>第二节 基本的自我交易 .....</b>	<b>4</b>
<b>第三节 公司法与刑法在行为类型构建上的一致与差异 .....</b>	<b>5</b>
一、一致性的表现 .....	5
二、差异性的表现 .....	6
<b>第二章 我国法律对利益冲突交易的规制 .....</b>	<b>8</b>
<b>第一节 我国公司法对利益冲突交易的规制 .....</b>	<b>8</b>
一、1993年《公司法》关于利益冲突交易的规范 .....	8
二、2005年《公司法》关于利益冲突交易的规范 .....	9
<b>第二节 我国刑法上对于利益冲突交易的规制 .....</b>	<b>10</b>
一、公司法影响下的刑法规范 .....	10
二、公司类型区别下的刑事法网 .....	12
<b>第三章 利益冲突交易法律规制之原理分析 .....</b>	<b>14</b>
<b>第一节 利益冲突交易法律规制一体化视觉 .....</b>	<b>14</b>
<b>第二节 两权分离与利益冲突交易法律规制的关系 .....</b>	<b>15</b>
一、两权分离程度与剥夺性利益冲突交易的冲动成正比 .....	15
二、两权分离程度与法律干预程度成正比 .....	18
三、对利益冲突交易法律规制的检讨 .....	19
<b>第三节 利益冲突交易法律规制之法益分析 .....</b>	<b>22</b>
一、公司经济目标 .....	22
二、忠实义务 .....	23
三、忠实义务、公司利益与利益冲突交易 .....	24
四、对我国刑法中利益冲突交易规范之检讨 .....	25

<b>第四章 利益冲突交易法律规制之技术分析</b> .....	29
<b>第一节 公司法规制利益冲突交易的技术</b> .....	29
一、利益冲突交易的程序公平检验标准.....	29
二、程序公平检验的法律效力.....	31
三、公平性标准——司法对实质公平的最终审查权.....	32
四、我国公司法规制利益冲突交易的技术.....	33
<b>第二节 我国刑法规制利益冲突交易的技术：以挪用型犯罪为例</b> .....	34
一、挪用型犯罪的法律规范.....	34
二、挪用型犯罪刑事规范中的实质判断标准.....	35
三、挪用型犯罪刑事立法中的程序公平判断标准.....	39
<b>第三节 建立公司法与刑法规制技术的逻辑一致性</b> .....	39
一、程序公平不能完全取代实质公平.....	39
二、程序公平与实质公平具有相关性.....	40
三、刑事规制必须建立在公司法规制的基础上.....	41
<b>第五章 重建刑法规范的一种思路</b> .....	43
<b>第一节 为规制利益冲突交易设立专属规范</b> .....	43
<b>第二节 以公平交易为视觉重建行为类型</b> .....	43
<b>第三节 重新划分刑法上的公司类型</b> .....	45
<b>结 语</b> .....	47
<b>参考文献</b> .....	49



Section 4 Criticism on China’s criminal law.....	25
<b>Chapter 4 Technical analysis of interest conflict transaction regulation .....</b>	<b>29</b>
<b>Subchapter 1 Techniques avoiding interest conflict transaction in Corporate law.....</b>	<b>29</b>
Section 1 Fairness standard .....	29
Section 2 Proof function of procedural fairness.....	31
Section 3 Fairness standard—— final judgment.....	32
Section 4 Techniques avoiding interest conflict transaction in Corporate law .....	33
<b>Subchapter 2 Techniques avoiding interest conflict transaction in criminal law.....</b>	<b>34</b>
Section 1 Legal regulation on crime of embezzlement .....	34
Section 2 Judgment standard of crime of embezzlement .....	35
Section 3 Fairness standard of crime of embezzlement .....	39
<b>Subchapter 3 Consistency between corporate law and criminal law.....</b>	<b>39</b>
Section 1 Procedural fairness should not replace spiritual fairness.....	39
Section 2 Relevance between procedural fairness and spiritual fairness.....	40
Section 3 Criminal regulation must be on corporate law .....	41
<b>Chapter 5 New approaches towards criminal law .....</b>	<b>43</b>
<b>Subchapter 1 Special regulation should be set .....</b>	<b>43</b>
<b>Subchapter 2 Reconstruct behavior modes with fairness transaction.....</b>	<b>43</b>
<b>Subchapter 3 Reallocate corporate types in criminal law .....</b>	<b>45</b>
<b>Ending words.....</b>	<b>47</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>49</b>

## 引 言

现代公司法一般不再对发生在公司中的利益冲突交易采取一律禁止的态度，而是加以规范。在发达国家，由于相对良好的经济环境、完善的市场机制、法律制度及其他社会制度的共同作用，发生在公司领域的剥夺性利益冲突交易总体上并不严重。但在经济转型期国家中，剥夺性利益冲突交易的规模和后果难以得到有效的控制。《俄罗斯私有化与公司治理：错在何处？》一文，对俄罗斯 20 世纪 90 年代法律和制度机制进行了较为全面的描述。<sup>①</sup>如果把其中的不少描述略加改动，套用于对我国现阶段情况，同样恰当。

“俄罗斯缺乏控制私有企业经理自我交易的制度机制，检察官、法官和律师在弄清公司交易或者理解公司内部人士盗取利润使用哪些间接手段方面毫无经验。用于反对自我交易的信义责任（fiduciary duty）和剥夺(proscriptions)的法律概念根本就不存在”——对我国目前的法律现状而言，控制私有企业经理自我交易的制度机制固然没有，控制国有企业经理自我交易的制度机制同样粗疏空洞。

“公司经理们很快地意识到，他们可以抢劫自己的企业，被指控的风险却几乎微不足道”——何美欢先生在分析了我国证监会 1994-2001 年期间对上市公司及涉案机构、个人的查处报告（共 80 家公司、55 家涉案券商、金融机构及专业事务所）后指出：“‘样本公司’连同牵涉在内的券商、专业事务所的违法违规行为，怀疑涉及刑事犯罪的，共有 79 项，这还不包括当时不属于但现在已成为刑事犯罪的情况，诸如内幕交易的行为等罪行。但在调查中，证监会移交刑事追究的，仅有 1 家公司的 3 名责任人。可以说，违法者盘算时无需顾及刑事惩罚”，<sup>②</sup> 虽然这是截止 2004 年的统计，不过至目前为止的现状恐怕也不会有太大的改观。

“俄罗斯现在关键的问题，不是缺少完善的法律，而是缺乏执行法律的制度和政治意愿。例如，经理层和大股东们每天猖獗实施的自我交易为公司法所禁止。法官却只重视书面证据，由于调查权力的限制和经理们掩盖痕迹的技巧，这些很

---

① [美] 伯纳德·布莱克、芮里尔·柯艾克曼、安娜·塔若索瓦. 俄罗斯私有化与公司治理：错在何处？[A] 彭冰译.《清华法学》[C] 第三辑，北京：清华大学出版社，2003. 209-221.

② [香港] 何美欢. 中国上市公司“一股独大”的问题：尚未诊断，如何下药 [A]. 王保树. 投资者利益保护 [C]. 北京：社会科学文献出版社，2003. 107.

难获得”——“刑法第 165 条非法经营同类营业罪、166 条非法为亲友牟利罪等，从目前司法实践看，这类条款并未发挥其应有的作用。1998 年以来，全省仅侦办此类案件数起，不仅数量少而且成案率极低。主要的原因就是定性难、查证难。”<sup>①</sup>

剥夺性利益冲突交易在经济转型期国家之所以难以得到有效的控制，除了政治、经济、其他社会制度等方面的原因之外，法律规范的层面的复杂性也是原因之一。具体说，利益冲突交易呈现出以下四个方面的复杂性：

1、利益冲突交易具有服务于公司经济目标的表征。公司管理人员在交易中存在的自身的利益是隐含的，与公司利益处于交叉混合的状态；2、利益冲突交易具有公司行为的表征。管理层单纯的侵占、盗窃公司财产，具有明显的个人行为特点，与此相比，利益冲突交易是以公司行为为表征的；3、结果是否损害公司利益具有不确定性。一个利益冲突交易，就结果而言，可能是公司单方有利、对双方都有利、只对相对人有利、轻微损害公司利益、严重损害公司利益，任何一种结果都有可能；4、就法律后果看，交易可能有效、效力待定、不可强制执行、利害相关的人负赔偿责任，甚至利害相关人负刑事责任，任何一种法律后果都有可能。

本文正是在这样的一种意义上看待利益冲突交易的，同时也就把利益冲突交易置于公司法规范与刑法规范的双重视野之下。本文以公司法法理上关于剥夺性利益冲突交易的发生原因（控制权与分红权的分离），规范上关于利益冲突交易的法益（忠实义务与公司的经济目标）、行为类型构建（交易视觉）、具体技术手段（程序公平与实质公平，两者之间的关系）为视角，对照分析了我国刑法上关于利益冲突交易规范在上述诸方面的现状、问题及原因，并以公司中国家强制与私法自治的关系为出发点，探讨如何在利益冲突交易规制的各个方面，建立起公司法规范与刑法规范的有机衔接，并且尝试提供一种重建我国刑事法中利益冲突交易规范思路。

<sup>①</sup> 姜达政、于晓明、刘庆阳. 违反公司法犯罪案件的法律问题及其对策 [EB/OL]. <http://www.sfyj.org>. 2004-07-27.

## 第一章 利益冲突交易的行为类型

### 第一节 交易、利益冲突、利益冲突交易

公司作为市场经济中的一个主体，必然要与其他主体之间发生交易。这种交易指公司与另一个主体之间民事关系的设立、变更、消灭。这里的交易不一定是有偿的，比如公司可以无偿为另一家公司的债务提供担保，也不一定是双方行为，如公司在某种特定的情况下，可以单方放弃一项债权。另外，交易既可以是放弃权利也可以是承担义务。根据美国法院在 *hoffman machinery corporation v. ebstein* 一案中解释，“交易（transaction）是指能够引起一定法律后果的任何处理事务的行为，包括出售、租赁、借入、贷出、担保等活动，是一个比合同更为宽泛的术语”。<sup>①</sup> 从美国《公司治理原则：分析与建议》§5.01 对公平交易义务的定义中，也可以看出交易的这一含义，公平交易义务是指“董事、高级主管和控股股东在影响公司的事项中有利害关系时，承担公平交易的义务。”<sup>②</sup>

假设公司董事、高管、实际控制人的利益与公司的利益完全一致，那么民法完全可以满足这样的公司交易所需。问题在于董事、高管、实际控制人的利益并不完全与公司的利益一致，一个公司交易必然事关公司利益，但如果该交易中同时存在公司董事或高管个人的利益，那么在该交易中的公司利益与个人利益之间就存在一种紧张的状态。英美公司法认为，这种交易的结果可能损害公司的利益，但也可能是公司利益与个人利益的“双赢”，即出现所谓的“自我交易盈余”。这样的一种不同利益的紧张状态，称为“利益冲突”（conflict-of-interest）。存在此种利益冲突的交易，即称为“利益冲突交易”（conflict-of-interest-transactions）。由此可见，利益冲突交易本身并不就是一种犯罪、侵权或必然地侵害了公司的利益，它只是一种“事务的状态”（a state of affairs），或者说一种“潜在的风险”（a contingent risk）<sup>③</sup>。也正因为如此，在公司法历史上曾一度采取的对利益冲突交易一律加以禁止的做法，已被现代公司法抛弃，转而采用更为复杂的规范体系。

① 郑孟状、汪海军. 公司行政侵权 [M]. 北京：人民法院出版社，2005. 164.

② 美国法学研究会. 公司治理原则：分析与建议 [R]. 楼建波等译. 北京：法律出版社，2006. 241.

③ 张开平. 英美公司董事法律制度研究 [M]. 北京：法律出版社，1998. 237、238.

## 第二节 基本的自我交易

在美国法学研究院通过并颁布的《公司治理原则：分析与建议》中，公平交易义务之下分为三种大的类型，即，董事和高级主管公平交易的义务、控股股东的公平交易义务、控制权转移等三部分<sup>①</sup>。以这个分类方法，本文所主要讨论的是第一种类型的利益冲突交易。

罗伯特·C·克拉克在其《公司法则》中，把公司董事、高级主管与公司的利益冲突概括为四个模型：（1）基本的自我交易；（2）经理报酬；（3）占有公司或股东的财产；（4）具有混合动机的行为<sup>②</sup>，以下仅对本文重点论述的基本自我交易模型作简单的说明。

基本的自我交易（self-dealing）是利益冲突交易中最主要的一种类型，基本的自我交易又可分为：（1）公司同其董事或高级职员之间的交易；（2）公司同其董事或高级职员在其中有直接或间接重大财产利益的经营实体之间的交易；（3）母公司同其部分拥有的子公司之间的交易；（4）具有“连锁董事或高级职员”的公司之间的交易。在美国的《商业公司法》（以下简称 MBCA）中对利益冲突交易的定义，实际上指的就是自我交易。根据 MBCA，笔者对何为利益冲突交易作一个虽然不一定严谨，但可能较为通俗的描述<sup>③</sup>。

利益冲突交易的本质，是在交易结果中，存在公司董事、经理的个人利益。问题在于如何衡量存在个人利益。一种方法是“身份界定”，通过界定交易相对人（可以自然人或某个经济实体）与董事、经理本人的特定关系，推定交易结果中存在个人利益。如果公司交易的相对人是董事、经理本人，存在个人利益是不言自明的。其他的关系则包括基于与董事、经理本人的血亲关系（如子女、父母、兄弟等）、婚姻关系（包括各种范围极为广泛的姻亲）、信托关系（如受益人、受托人）、企业（如与该董事是合伙人关系、是该董事的雇员）、公司（如该董事同时是这家公司的董事）、监护、代理（该董事是这个人的代理人）等各种法律关系。这些与董事、经理具有特定关系的交易对象，在利益冲突交易规范中被称为

① 同本页注②，目录部分页 12-14.

② [美] 罗伯特·C·克拉克《公司法则》[M]. 胡平等译. 北京：工商出版社，1999. 115.

③ MBCA 第 8. 60 条. 美国公司法规精选 [z]. 虞政平编译. 北京：商务印书馆，2004. 89-90.

“相关人”。另一种方法实际上是一种实质界定，相当于“兜底条款”。即董事、经理本人或相关人虽然不是交易相对人，但如果本人及“相关人”与交易结果有利益关系，并且人们有理由相信，这种利益关系的存在会对董事、经理的决策判断产生影响，那么，这个交易也是利益冲突交易。

### 第三节 公司法与刑法在行为类型构建上的一致与差异

公司法与刑法在各自行为类型构建上既具有某种程度的一致性，又因为各自部门法的不同特点，而必然具有差异性。正是这种一致性与差异性并存的事实，才使得公司法规范与刑法规范之间有必要建立起一种有机的衔接。

#### 一、一致性的表现

##### （一）行为方式上的一致性

确实，在刑法上并没有“利益冲突交易罪”这一罪名。但如果按照公司法上对于利益冲突交易的模型分类来加以对照，刑法上存在着许多与规制利益冲突交易有关的具体罪名，如与侵占及滥用公司财产模型的利益冲突交易有关的罪名有贪污罪、职务侵占罪、私分国有资产罪等；与占有公司机会类型、同公司竞争类型的利益冲突交易有关的罪名有非法经营同类营业罪等；与基本的自我交易有关的罪名有挪用公司资金罪、挪用公款罪等；与基本的自我交易及占有公司机会都有关的有为亲友非法牟利罪、徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪等。另外，根据刑法修正案（六）第九条所设立的“背信损害上市公司利益罪”，也涵盖了上述多种公司法上的利益冲突交易类型。这些罪名在一定程度上可视为刑法上规制剥夺性利益冲突交易的一个规范群体。

##### （二）行为主体交叉关系中体现的一致性

上述罪名在主体上大多并不只适用于公司中的控制股东、董事、高级管理人员等，还包括公司中除此之外的一般雇员，只有少数例外规定为“直接负责人”或“董事、经理”。此外，上述罪名还适用于公司之外的其他单位中的人员，如挪用犯罪（含挪用资金罪、挪用公款罪）就还适用于公司之外的国家机关、企业、社会团体、经济组织等各种“单位”中的工作人员。这是我国刑事立法上的一个特

点,该特点在上述大多数罪名中都有所体现。但这种刑事立法上的技术有值得商榷之处,这一点将在下文适当的地方加以讨论。除非特别说明,本文在论述这些罪名时仅指发生在公司领域犯罪行为,而且行为主体只限于公司管理层中的人员。

### (三) 行为动机或目的上的一致性

站在刑法的立场上,上述罪名中,只要行为人在实施行为时是出于以下三种动机或目的任何一种,就符合犯罪构成上的主观要件。即:为自己的利益、为他人的利益或者是纯粹为了损害公司利益。表面上看,公司法上仅要求公司高管在交易中存在个人的利益,并且这种利益按客观标准足以影响到他对交易决策的判断,这与刑法中的主观状态不同,但实际上两者还是具有某种一致性的:纯粹为损害公司的利益而损害公司的利益,仅仅是理论上的可能,实践中发生的可能性少之又少。而刑法上的“为他人利益”,实际上完全被包含在公司法上的“冲突利益”的概念中,公司法上通过对“冲突利益”的广泛界定,把行为人与他人存在某种利益关系全部归结为行为人自身的利益。

## 二、差异性的表现

### (一) 主观方面的差异

公司法对利益冲突交易的规制,是以交易对“公司利益损害的或然性”为出发点,并与“事前风险过滤”的目的相适应,着眼于事前规制。既然交易对公司利弊未定,违反忠实义务及损害公司利益也就仅仅是潜在可能性,与此相匹配,行为人主观上是否认识到一个利益冲突交易将损害公司利益,以及对这种损害持有的是追求或放任的态度,就不是公司法规范中所要求明确的内容。公司法实际上采取了一种法律推定的方法,即只要在交易中存在的个人利益足够重大,就属于利益冲突交易公司法规制的范围。

刑法规制的出发点、目的与公司法规制则有所不同。那就是对公司利益损害和违反忠实义务的“必然”状态,着眼于“事后惩罚”。所以,与公司法相比,刑法规范要求行为在违反忠实义务和损害公司利益方面具有确定性。表现在主观方面,在刑法中要求行为人在认识因素方面明知一个利益冲突交易对公司利益可能或必然造成损害,在意志因素方面对危害结果持追求或放任之故意。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库