

背信损害上市公司利益罪的界定及其立法调整

王秋雨

天津商业大学, 天津
Email: 1479506103@qq.com

收稿日期: 2021年4月13日; 录用日期: 2021年4月29日; 发布日期: 2021年5月12日

摘要

为针对性规范上市公司交易市场中特殊主体严重的背信行为, 我国现行刑法设立了背信损害上市公司利益罪。新设立的背信损害上市公司利益罪在理论与实务中易界定混淆, 因此需要在四要件理论体系的基础上, 借助实证分析法、历史分析法探究关于上市公司中背信罪的界定问题, 并给出相应的立法调整建议, 从而更好地预防与打击此类犯罪。

关键词

背信, 界定混淆, 立法调整, 预防与打击

The Definition and Legislative Adjustment of the Crime of Breach of Trust Damaging the Interests of Listed Companies

Qiuyu Wang

Tianjin University of Commerce, Tianjin
Email: 1479506103@qq.com

Received: Apr. 13th, 2021; accepted: Apr. 29th, 2021; published: May 12th, 2021

Abstract

In order to regulate the serious breach of trust of special subjects in the trading market of listed companies, the crime of breach of trust damaging the interests of listed companies is established in China's current criminal law. The newly established crime of breach of trust impairing the interests of listed companies is easy to be confused in theory and practice. Therefore, we need to explore the definition of the crime of breach of trust in listed companies on the basis of the four ele-

ments theory system, with the help of empirical analysis and historical analysis, and give the corresponding legislative adjustment suggestions, so as to better prevent and combat such crimes.

Keywords

Breach of Trust, Definition Confusion, Legislative Adjustment, Prevention and Strike

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

关于我国上市公司的背信犯罪设立的起源，还需追溯到美国。美国作为一个经济高度发达的国家，在 20 世纪 60 年代到 80 年代期间，其颁布了关于信用的法律。至今为止，美国与信用和诚信有关的基础法律和信用投资等法律共 20 余部[1]。而我国背信损害上市公司利益罪刑事立法相对较晚，2006 年以前对于背信上市公司的犯罪尽管已经设立了挪用资金罪、职务侵占罪等背信的犯罪罪名，但随着上市公司和证券市场的利害关系日益紧密及其影响的范围较大，有必要加强对上市公司针对性的法律规制，进而加强对上市公司的监管，切实保护中小投资者的合法权益。根据马章民副教授所言，我国于 2006 年 6 月《刑法修正案(六)》增设了背信损害上市公司利益罪，这是我国刑事立法首次直接使用“背信”一词，对背信犯罪予以规定[2]。这是本文研究的理论基石，也是主要的分析对象。

2. 背信损害上市公司利益罪的理论依据

在我国刑法中未设置普通的背信罪。理论上，背信损害上市公司利益罪源于背信罪，属于特殊的背信罪。目前刑法学界就背信罪的含义比较有代表性的观点有两种：第一种观点认为，背信罪是指为他人处理事务的人，为谋求个人、他人利益，或是以损害他人利益为目的，从而违背对上市公司的忠实义务，致使委托人的财产受到损失的行为。这种观点在受托事项方面称为“为他人处理事务”，实际上，这种“他人事务”既包括有关财产的事务，也包括财产性利益的事务，所以就该观点所得出的损害结果来看，仅局限于有形的财产损失而忽略了关于无形的财产性利益的损害的考量。第二种观点认为，背信罪即指处理、管理、处分他人财产或财产性利益的行为人，故意滥用权限或违背信托义务，损害该人的财产性利益的行为。该观点虽然明确了财产性利益，但缺乏了对行为人主观目的的界定。除此之外，为了使得背信罪与我国的刑法理论、刑法规范保持一致，关于其定义还需考虑数额和情节方面的要求。综上分析得出，所谓背信罪应是基于法定或约定受托管理或处理他人事务的人，为谋求自身或是他人的利益，或以损害委托人利益为目的，故意滥用的权限或违背信托义务，损害了委托人与受托人之间的信任关系，使得委托人的财产或财产性利益遭受损失，数额较大或情节严重的行为[3]。

近年来，在我国证券市场中，许多上市公司的特殊主体进行不正当关联交易，以此掏空上市公司的违法事件屡见不鲜。这不仅直接导致上市公司与行为人之间的信赖关系的破坏，而且导致了上市公司的财产利益遭受损失，最终对整个市场经济正常运行造成许多负面影响。由此可见，背信损害上市公司利益罪的设立与调整的必要性突出。基于对背信罪的理解和国外的一些立法经验，立法者为了更好的保护上市公司的财产，对背信罪的主体、义务以及入罪的行为进行限制，设立了背信损害上市公司利益罪，其基本含义为：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，利用职务之便，操纵

上市公司从事损害上市公司利益的活动，致使上市公司的利益遭受重大损失的行为，以及上市公司的控股股东或者实际控制人，指使上市公司的董事、监事、高级管理人员从事损害上市公司利益的活动，致使上市公司利益遭受重大损失或特别重大损失的行为[4]。该罪的设立，一方面对惩治及预防上市公司领域的背信犯罪进行针对性的打击，另一方面对整个证券市场的治理起到了推进的作用。

3. 背信损害上市公司利益罪的界定

3.1. 罪与非罪的判定基准

关于背信损害上市公司利益罪的规定显然是具有显著的针对性。就目前全国所发生的多起有关掏空上市公司资产导致上市公司资产遭受重大损失或严重损失的案件，均可适用背信损害上市公司利益罪的规定进行定罪处罚。如2018年亚邦公司以明显不公平的条件收购了控股股东旗下的资产，致使本上市公司的累计损失金额超过150万；2000年底的吉发股份无正当理由为第一大股东及其关联方提供巨额担保，同时向明显不具有清偿能力的吉林省开发建设公司提供股份3.16亿元，最终致使本公司遭受特别严重的财产利益损失。这些案件均可直接以违背忠实义务损害上市公司利益进行定罪处罚[5]。显然构成背信损害上市公司利益罪需是对上市公司的财产或财产性利益造成重大损失，否则不能以背信损害上市公司利益罪对行为人进行刑事处罚。

3.2. 背信损害上市公司利益罪与相关罪比较分析

我国背信损害上市公司利益罪属于特殊类型的背信犯罪，它所侵犯的是一种复杂性的客体，其犯罪客体包括上市公司的利益以及证券市场安全稳定交易的管理秩序，具体表现为由股东大会选出并对公司业务进行决策和管理的董事、对董事会决议实行监管的监事、公司的高级管理人员、出资额占有限公司资本总额百分之五十以上或持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上，或其出资额、持有股份所享有的表决权足以对股东会(股东大会)决议产生重大影响的股东以及虽不是公司股东，但能够实际支配公司运行的实际控制人违背了对其上市公司的忠实义务，利用自身的职务便利，实施损害上市公司利益的行为。然而在司法实务中，就背信损害上市公司利益罪与职务侵占罪、挪用资金罪之间的认定方面存在易混淆适用的情况。因此，本文试图通过犯罪构成要件方面的对比分析，将背信损害上市公司利益罪与其他相关易混淆适用罪名之间进行有效区分。

3.2.1. 背信损害上市利益罪与职务侵占罪的区分

我国刑法第二百七十一条第一款规定了职务侵占罪：“公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”由此可见，背信损害上市公司利益罪与职务侵占罪在犯罪表现样态上一般表现为“利用职务之便”，最终导致单位的利益受损，但两者在以下方面存在明显不同：

首先，两罪的犯罪主体不同。两罪的犯罪主体均是特殊主体，但背信损害上市公司利益罪的主体是上市公司的董事、监事、高级管理人员、控股股东或是实际控制人，而职务侵占罪的犯罪主体应当是公司人员、企业或者其他单位的人员。¹分析可以得出，这两项罪名的犯罪主体的设定是根据不同的判定标准得出的，对于背信损害上市公司利益罪而言，其犯罪主体的设定是根据行为人在该公司中的地位影响力确立出来的，而职务侵占罪的犯罪主体是依据行为人是否处于从事公务的工作属性确定。其次，在犯罪客体上，背信损害上市公司利益罪的客体是上市公司的管理秩序和上市公司、股民的合法权益，而职务侵占罪的客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权，显然背信损害上市公司利益罪所保护的客体

¹这里的公司人员，是指有限责任公司、股份有限公司的董事、监事、职工；这里的企业人员，是指除公司以外的其他企业的职工；这里的其他单位的人员，是指除公司、企业以外的其他单位，例如事业单位、社会团体的人员。

既包括了单位也包括自然人的合法权益，而职务侵占罪所保护的客体仅限于单位除此之外，台湾地区的学者认为职务侵占罪还侵犯了业务行为中的诚信原则。对此，笔者持支持的态度。诚信作为企业生存的根基、企业通过合作不断发展壮大的保障以及维护和提升品牌形象的必经之路，如果行为人违法了业务或是任何一项职务的要求，侵吞了公司、企业或是其他事业单位的资产时，这无疑是对市场的诚信原则构成破坏。再者，在犯罪主观方面，背信损害上市公司利益罪包括直接故意也包括间接故意，即背信损害上市公司利益罪主体明知自己的行为会造成上市公司的损失，但对这种结果仍持有希望或是放任的心理态度。但职务侵占罪在主观方面表现为“以非法占有为目的”，仅系直接故意，即其主体希望通过利用职务之便非法占有已有的本单位财物[6]。最后，在犯罪客观方面，虽然两罪的行为人均是利用了职务之便，但具体的手段不一样。背信损害上市公司利益罪主要是通过施行《刑法修正案(六)》所规定的行为进行非正当关联交易，而职务侵占罪主要是通过窃取、骗取、侵吞、截留等手段，我国刑法学界一般认为凡是实施贪污罪的手段，原则上都可以成为职务侵占罪的行为方式，最高人民法院也通过司法解释(法发[1995] 23 号)对此予以了确认[7]。显然背信损害上市公司利益罪的实行手段表面是合乎上市公司程序甚至是合法的，但其目的显然是非法的，而职务侵占罪所实施的手段、目的均是非法或不合公司程序的。

3.2.2. 背信损害上市公司利益罪与挪用资金罪的界定

根据“上海市浦东新区人民检察院以张杰挪用资金罪向浦东新区法院提起公诉案”的一审判决书相关记载内容可知，被告人张杰为原上海宽频科技股份有限公司(即前上市有限公司)董事长，因涉嫌犯挪用资金罪被逮捕，由上海市浦东新区人民检察院依法对其提起公诉。经上海地方法院一审判决认定的判决表明，2003年7月、8月间，上海科技大股东斯威特公司实际控制人严晓群要求被告张杰指使其在上海科技财务经理胡良将其控制下的1亿元及6800万元资金直接划拨到南京图博有限公司，在这之后，严晓群为真正掌控这笔款项，通过多次指使多个关联公司的出纳、财务管理人员将这笔账款进行划拨转让等专业性操作流转。不难看出，该案属于一起典型性涉嫌背信损害上市公司利益的案件。被告人张杰利用自己作为一家上市证券公司董事长的身份优势和职务便利，违背对上市公司的忠实义务，将本单位账下的巨额资金款项提供给其他关联单位使用，致使本公司的经济状况受损，损失共计人民币1亿6000万元，符合《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》中关于“重大损失”150万元以上的认定标准，显而易见，张杰的行为符合背信损害上市公司利益罪的犯罪构成要件。

案件审理过程中，控方认为张杰挪用资金的违法行为从外在表征上看属于“以个人名义”的特征，但实质上张杰实施的犯罪行为是由其本人所决定作出的，在将该笔巨额款项转出时并没有向其公司的财务管理人员表明该笔款项的具体使用情况，以此规避公司的财务监管。所以控方认为张杰是以个人名义隐瞒转移公司款项的行为，应当认定其构成挪用资金罪。与控方意见相不同的是，辩方认为挪用资金罪的本质在于公款私用，对于本案中张杰没有向财务部门的管理人员说明用款方向，并不能直接性地仅凭借本案中的部分证据而认定其是以其个人名义对外进行的私人借款行为。对此，本案中被告人张杰行为的公款私用性质和特征并不明确具体，即其所实施的犯罪行为并不能直接是作符合挪用公款罪的犯罪构成要件，即其行为不能构成挪用公款罪。最终合议庭采纳了控方观点，认定张杰符合挪用资金罪的犯罪构成。首先，张杰对于资金的实际用途他进行了隐瞒，钱款的实际支出用途都是由张杰所决定的，加之其随意地支配公司的资金，致使这笔资金最终转入到大股东的账户中，也正是张杰这些隐瞒转移资金的行为，使得公司的各项财务运转管理监管制度形同虚设，实际上演变为张杰在以本单位的名义向他人提供资金借出等经济性商业活动。其次，挪用资金罪的犯罪客体是单位对财产的占有权、使用权和收益权。本案中张杰私自指使财务人员将公司资金转至其他单位，之后一系列相关的投资、股票交易等实际上均侵犯了公司对资产的占有权、使用权和收益权，符合了挪用资金罪的犯罪构成要件。

张杰的行为同时符合挪用资金罪和背信损害上市公司利益罪的构成要件，但最终合议庭认定其构成挪用资金罪。笔者认为，判处张杰背信损害上市公司利益罪更为适宜。首先，根据从旧兼从轻原则，张杰挪用公司巨额资金的行为是发生在《刑法修正案(六)》之前，《刑法修正案(六)》作为2006年6月29日公布并施行的新法，同时背信损害上市公司利益罪相对于挪用资金罪较轻，对于张杰的行为应被认定为背信损害上市公司利益罪。其次，从背信损害上市公司利益罪与挪用资金罪的犯罪构成要件来看，张杰作为上市公司的高级管理人员(董事长身份)无偿向关联公司挪用单位资金的行为是挪用资金罪的具体规定，但其行为性质亦符合背信损害上市公司利益罪中背信行为的行为性质，二者是属于特别法与一般法发生法条竞合关系，在本案中应适用一般法优于特别法来处理，应当判处被告人张杰为背信损害上市公司利益罪更为适宜。最后，从犯罪的性质来看，无论是其本身所具有的身份特性还是其所表现出的客观行为均符合背信损害上市公司利益罪的犯罪构成要件，因此应以背信损害上市公司利益罪追究被告人张杰的相关刑事责任。

4. 背信损害上市公司利益罪的立法调整建议

背信损害上市公司利益罪作为现行刑法分则规定的背信罪之一，在一定程度上打击了上市公司中高管的背信行为。从上述分析的内容来看，背信损害上市公司利益罪的设立仍存在一些不足之处，为了更好的规制此类犯罪行为，提出了几点立法调整建议。

4.1. 犯罪主体应排除“监事”

我国《公司法》第五十四条对监事会、不设监事会的公司的监事的具体职权做出了规定，其中包括了：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议……总体而言，监事会主要的职权就是对公司的财务、业务进行监督。公司的业务经营和事务管理由董事会及其经理负责，公司监事会对其业务执行情况和事务管理进行监督，并向股东会负责^[8]。显然可以看出，监事的职权是有别于董事和经理的，其只对董事会和经理的决议的执行负有监督的职责。所以笔者认为，不应将监事作为背信损害上市公司利益罪的主体。

一方面，从监事的职权来看，与董事、经理的职权不同，监事是对董事会、经理的决议执行负有监督职责的人。与此同时，在我国《公司法》第149条规定董事、高级管理人员不得有以下行为：挪用公司资金；将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保……由此可见，该条并未对监事规定资金管理、资金借贷、对外担保等禁止性法定义务。背信上市公司利益罪作为法定犯，不应将监事归为犯罪主体。另一方面，从背信损害上市公司利益罪的客观方面来看，行为人必须要有职务可以利用，但事实上，监事并不具有实际的业务经营和事务管理的权利，更别提利用职务的便利去实施刑法第169条之一所规定的犯罪行为，因此，监事不应当被归为背信损害上市公司利益罪的主体^[9]。除此之外，为了使得公司与我国刑法协调统一，也不应将监事作为犯罪主体。我国刑法基于公司法对监事的权利、义务和责任的安排，有些个罪是未将监事作为犯罪主体。如为亲友非法牟利罪，《刑法》第166条只将国有公司、企业、事业单位的工作人员归为该罪的犯罪主体，因为监事的职权和其职责是不直接涉及公司、企业的经营活动的。同理得出，背信损害上市公司利益罪不应将监事作为犯罪主体。

4.2. 明确“特别重大损失”的判定标准

就背信损害上市公司利益罪的法定刑幅度，刑法第169条之一做出了明确规定：其一，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；其二，致使上市公司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。

随着司法实践中出现的此类案件越来越多，对此公检部门就“重大损失”在《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》中做出了规定：“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，致使上市公司直接经济损失数额在 150 万元以上的……”但是仍未对“特别重大损失”做出标准性的规定，那么对于我国刑法第 169 条之一有关“特别重大损失”的情节适用，会造成司法实践中的困扰，同时也为一些本应适用“特别重大损失”而被误判为“重大损失”的情节的行为人相对减轻了处罚，对于利益受损的上市公司、中小投资者来讲都是不公平的。所以，为了更有力度打击和规制上市公司中有关背信损害上市公司利益罪的犯罪主体的犯罪行为，还需就“特别重大损失”做出明确性的标准。对此，笔者认为，上市公司一般进行交易的金额是很大的，一般是以千万或亿为单位，涉及到重大投资时，数额可能更大。以 2011 年为例，根据披露的年报数据统计显示，2011 年度全部上市公司实现营业收入 220,742 亿元，营业利润 25,131 亿元，归属于母公司所有者净利润达到 19,107 亿元。所以建议对“特别重大损失”做出立法补充调整或是进行司法解释时数额不应太低。

5. 结论

自《刑法修正案(六)》颁布实施以来，背信损害上市公司利益罪正式设立。一方面，该罪可以有效针对性打击上市公司高层人员利用自身影响力或控制权，违背其对上市公司的忠实义务，与关联公司进行非正当性目的的关联交易，对上市公司造成严重损害结果的犯罪行为；另一方面，背信损害上市公司利益罪中的相关具体规定，可以明确警示各个上市公司中有影响力或控制权的高级管理人员应当自觉履行其对上市公司的忠实义务，拒绝实行不利于本上市公司的关联交易等，否则将会被追究相应的刑事法律责任。但通过分析近些年较为典型性的经济犯罪类案件可以发现，背信损害上市公司利益罪在司法适用方面仍存在认定不清、易发生与其他罪名竞合的情况，所以本文列举对比分析了几个较为具有代表性的易混淆罪名，同时结合目前本罪适用的整体情况，给出相应的立法调整建议。

参考文献

- [1] 李友华, 李粤滨. 经济学的一个新命题——诚信经济[J]. 哈尔滨商业大学学报(社会科学版), 2012(4): 109-114.
- [2] 马章民. 背信损害上市公司利益罪研究[J]. 学理论, 2010(13): 118-119.
- [3] 胡选洪. 背信罪研究[J]. 四川教育学院学报, 2006, 22(9): 32-35.
- [4] 杨辉忠. 经济刑法: 原理与实训[M]. 南京: 南京大学出版社, 2014: 247.
- [5] 黄湘源. 大股东掏空上市公司十大案例[J]. 金融信息参考, 2001(11): 25.
- [6] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 515.
- [7] 马松建. 侵占罪专题整理[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2007: 117.
- [8] 施天涛. 公司法论[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 446.
- [9] 王珂. 背信损害上市公司利益罪之主体资格探究[J]. 湖北警官学院学报, 2015, 28(10): 83-85.