

## 议题 2:增强公司控股股东与实际控制人的敬畏之心

### 中证中小投资者服务中心行权事务部资深经理周艳 在第四届中小投资者服务论坛“规范公司治理 促进投资者保护”专题论坛上的行权案例介绍

周 艳\*

近年来,上市公司控股股东或实际控制人违法占用上市公司资金屡禁不止,成为上市公司治理顽疾,给上市公司和广大投资者的合法权益造成了极大损害。围绕如何破局,监管部门付出了巨大的努力,但蓄意违法者依然我行我素。一方面,这与上市公司的治理独立性不够、治理失败、内控缺失相关;另一方面,则是法律责任追责不力,导致相关超级权限人员心中毫无敬畏,罔顾法律,随意突破公司制定的各项内部控制制度,通过各种手段,挪用侵占上市公司资金,最高可达几十亿元,“拖瘦”拖垮上市公司,甚至导致公司退市。

如千山退(原名千山药机,300216.SZ)曾经是 A 股医疗器械第一股。然而自 2018 年起,千山药机陷入经营亏损、债务违约、违规担保、资金占用、虚假陈述等一系列问题,终因 2017 ~ 2019 年连续 3 年被出具无法表示意见的审计报告等原因,于 2020 年 7 月 14 日被深交所决定终止上市。盛运退(原名盛运环保,300090.SZ)原是环保行业的龙头企业,受实际控制人及其关联方资金占用、违规担保等违法违规事件影响,陷入财务困境,债务逾期不能清偿,生产经营受到严重影响,最终导致终止上市。

长期以来,中国证监会、证券交易所三令五申禁止资金占用,也将其列为监管重点,上市公司也建立了完备的防范资金占用的内部控制制度。但控股股东、实际控制

---

\* 中证中小投资者服务中心行权事务部资深经理。

人资金占用的情况仍然时有发生,占用手段花样翻新且越来越隐蔽。究其原因,无外乎以下两方面。

## 一、控股股东、实际控制人在公司治理中成为超级权限人

为防止控股股东、实际控制人资金占用,中国证监会相继出台了《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》等多个规范性文件,沪深交易所也制定了相关指引,并要求上市公司建立印章使用管理、担保管理、资金借贷管理等内部控制制度。上市公司也纷纷按照监管要求建立了防范控股股东、实际控制人资金占用的管理制度,程序性的防范措施和追责规定都非常完备,但从实际执行结果来看,这些制度和规定都是约束会计、出纳等具体经办人员的,当控股股东、实际控制人挪用上市公司资金时,这些制度都形同虚设,只要控股股东、实际控制人发出指令,在资金审批、支付的各个环节都可以一路绿灯放行,控股股东、实际控制人在公司治理中成为超级权限人。例如,2020年投服中心在上市公司华鼎锦纶作专项调研时了解到,公司是由实际控制人一手培育起来的,因此实际控制人权力很大,决定高管的人选和待遇。当实际控制人指示财务会计和出纳违规支付资金时,相关高管和经办人员不得不配合。又如,\*ST银河在回复投服中心股东质询函时称:公司已根据监管要求建立了资金管理方面的多项制度,在正常情况下均能做到遵照执行。出现资金占用主要是由控股股东在公司权力过大且法律意识淡漠所致;控股股东持股比例超过45%,对公司重要决策及重要人员的任命有着决定性影响力。当控股股东出现资金短缺时,无视相关人员的法律风险提示,凭借其优势地位向上市公司提出短期资金拆借的要求,相关资金管理人员在被动配合、受指使、被安排下向控股股东及其关联方互转资金、代位偿还、提供借款供其使用,逐渐形成控股股东对上市公司的大额资金占用。

## 二、法律追责不到位使超级权限人心中毫无敬畏

控股股东、实际控制人之所以敢无视法律规则、凌驾于内部控制制度之上,是因为违法违规成本太低。相对挪用资金的巨大收益,行政处罚、记入证券期货诚信档案等追责措施对控股股东、实际控制人毫无压力。截至目前,尚未查到一起在上市公司正常存续期间单独因挪用上市公司资金而对现任控股股东、实际控制人追究刑事责

任的判例,这也使有的控股股东、实际控制人对法治、对市场缺乏敬畏,为所欲为。

依据《刑法》《刑事案件立案追诉标准(二)》等相关规定,公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,挪用本单位资金数额在 1 万~3 万元以上超过 3 个月未还,或者挪用本单位资金 1 万~3 万元以上进行营利活动的,就达到了挪用资金罪的刑事立案标准。经检索公开判决书,有非上市公司的实际控制人以“借款”“预付款”“工程款”等名义挪用资金,被法院判处挪用资金罪的判例。这些“虚构项目以预付款方式转出”“以公司名义对外借款”等挪用手段与部分上市公司实际控制人占用手段如出一辙,但是在上市公司中很多类似的作案手段、更加恶劣的情节、更大金额的案例却未被追究刑事责任。

2020 年 11 月,中国证监会印发《关于进一步做好上市公司资金占用和违规担保监管工作的通知》(证监发〔2020〕101 号),要求对已形成的资金占用和违规担保问题,责任方应在 2020 年报披露前清偿化解;对限期未整改或者新发生的资金占用、违规担保等行为将严厉查处,涉嫌犯罪的依法追究刑事责任。近期,投服中心梳理了上市公司披露的 2020 年年报,发现有 198 家上市公司存在资金占用、违规担保的情况。截至 2021 年 4 月 30 日,尚有 30 家上市公司尚未归还占用资金涉及金额 331.15 亿元,尚未解除违规担保涉及金额 128.93 亿元。经查阅公司公告,这些公司的实际控制人、控股股东等资金占用相关责任人尚未被追究刑事责任。

## 北京大成律师事务所高级合伙人张刚 在第四届中小投资者服务论坛“规范公司治理 促进投资者保护”专题论坛上的主题发言

### 增强控股股东与实际控制人的敬畏之心 整治上市公司资金占用和违规担保行为

张 刚\*

大家好!关于上市公司资金占用及违规担保的问题,一直是监管关注的重点,下面我向大家简单介绍个人对此的看法。

---

\* 北京大成律师事务所高级合伙人。

顾名思义,对上市公司资金占用及违规担保,包括“资金占用”和“违规担保”两项违规行为,当然,两项违规行为往往会同时发生。

其中,资金占用,是指控股股东或实际控制人,利用对上市公司的控制地位,通过银行资金划转、虚构交易、“第三方”中转等手段,从而实现对上市公司资金的占用;而违规担保,则一般是指未经审批程序、超过审批权限,以及法律规定不得提供担保,却为控股股东或实际控制人提供担保的行为。

给大家举两个例子:

一是“康得新”案件,康得新控股股东与银行签订《现金管理业务合作协议》,通过账户资金归结的方式,归集和占用上市公司资金,挪用了近百亿元资金,导致上市公司因资金不足无法偿还债务,也致使其发行的 17 只债券发生了违约。

二是“盛运环保”案件,控股股东、实际控制人等人员多次要求上市公司违规担保,违规担保金额 24 亿余元,而公司董监高及高管人员,却从未在违规担保事项中表达反对意见,从而导致上市公司因担保而被大量起诉,涉案金额高达 18 亿余元,最终陷入债务危机。

对此,监管机构也是“重拳出击”,高压监管,并颁布了一系列的监管法规,我给大家列举如下。

最早从 2003 年开始,中国证监会就和国资委联合发布了《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》,明确要求规范上市公司与控股股东及其他关联方的资金往来,控制上市公司对外担保风险。

2005 年,中国证监会又出台了《关于规范上市公司对外担保行为的通知》,再次要求对上市公司的资金占用与担保问题进行规范。而正是这一法规,推动出台了《刑法修正案(六)》,增加了“背信损害上市公司利益罪”。

2018 年,中国证监会修订《上市公司治理准则》,要求上市公司按照有关法律、法规的要求建立健全财务、会计管理制度,独立核算。控股股东、实际控制人及其关联方应尊重公司财务的独立性,不得干预公司的财务、会计活动。

2020 年,国务院发布了《关于进一步提高上市公司质量的意见》,要求按照“依法监管、分类处置”的原则,严肃处置资金占用、违规担保问题。

那么,在监管机构如此的高压监管下,为什么“资金占用和违规担保”依旧屡禁不止?个人认为,究其根本,可能是由于以下原因。

一方面,目前对“控股股东、实际控制人”缺乏有效的制约。我们都知道,“控股

股东、实际控制人”股权结构集中,正是这一天然优势,容易实现对上市公司的操控。而且,上市公司主要高管和重要岗位人员一般都是由控股股东或实际控制人“培育”,其可以决定高管的人选和待遇。因此,当控股股东或实际控制人指示财务会计等人员违规支付资金和出具担保文件时,相关人员不得不配合。此外,部分公司本身在内部控制制度层面就存在问题,增加了违规行为的发生率。

另一方面,“控股股东、实际控制人”的违法成本过低,目前对于控股股东或实际控制人“占有资金和违规担保”的惩罚,无外乎两种:一是整改;二是自律处分或行政处罚。相对违规的“巨大收益”,现有惩罚措施并不足以对控股股东和实际控制人形成有效的震慑。

那么,应该怎么整治“上市公司资金占用及违规担保”现象呢?个人提出以下几点建议,供大家探讨:

第一,完善上市公司内部治理制度。首先,在董事会和独立董事制度方面,应引导公司完善、落实董事会和独立董事制度,确保独立董事对公司的重大事项的知情权和参与度,保障其能够独立地行使决策权。此外,尽量减少董事会和管理层人员之间交叉任职的现象,监事会则由各利益方推荐人员及内部审计、财务等专业人员组成,提高外部监事比例。

第二,加强上市公司财务风险控制。近年来大股东、关联方非法占用公司资金、违规担保案例的发生,多与公司内部财务制度不严甚至形同虚设有重大关系,应监督上市公司加强制定并有效落实内部风险控制制度,对财务风险控制效果进行不定期检查。

第三,也是个人认为最重要的一点,追究违法主体的刑事责任。刑法中与控股股东、实际控制人“资金占用、违规担保”相关的刑事罪名有:“背信损害上市公司利益罪”、“挪用资金罪”和“职务侵占罪”等,虽有明文规定,但在实践中,却鲜有因“资金占用、违规担保”而被追加刑事责任的案例。

个人认为,对整治上市公司关联方违规资金占用与违规担保的问题,仅依靠整改和监管规则的规制,可能无法起到足够的震慑力,应当将此类违规行为上升到刑事责任的高度,对“资金占用、违规担保”等损害上市公司和中小投资者利益的行为,如果符合追诉立案标准,相关部门有必要以刑事犯罪立案调查,符合《刑法》中相关罪名构成要件的,由司法机关依法予以刑事处罚。如此,才能实现对责任人员的震慑和惩治,有效整治资金占用、违规担保顽疾。

谢谢!