

## 信息披露犯罪中控股股东实际控制人法律责任的司法认定<sup>\*</sup>

陈 晨<sup>\*\*</sup>

**摘要:**在全面实施股票发行注册制和依法从严打击证券违法犯罪活动的大背景下,对公司控股股东、实际控制人违法犯罪法律责任制度完善和执法力度强化的重要性日益凸显。《刑法修正案(十一)》针对控股股东、实际控制人实施信息披露犯罪增设了法律责任条款,对该条款应理解为注意性规定而非法律拟制。控股股东、实际控制人对公司实际控制权是一种事实性权力,对控股股东、实际控制人的主体审查应在遵循行政法规范要素的基础上,采取穿透式的证据收集方式和证明体系予以证明。滥用公司事实控制力实施了侵权、违法甚至犯罪行为是控股股东、实际控制人被追究刑事法律责任的基础,应厘清具体行为的方式和相应法律责任,并对行政执法和刑事司法在责任主体和行为罪

---

<sup>\*</sup> 本文系国家社科基金一般项目“公司债券违约市场化处置机制研究”(19BFX154)、最高人民检察院 2022 年度检察应用理论课题“全面实行股票发行注册制背景下证券犯罪司法疑难问题研究”的阶段性成果。

<sup>\*\*</sup> 上海市人民检察院第四检察部三级高级检察官,经济学博士,复旦大学管理学院博士后。

数认定方面的差异予以必要关注。

**关键词:** 控股股东 实际控制人 公司控制权 主体 行为 责任

实际控制人制度是公司法、证券法的基础概念,是资本市场多项重要制度展开的逻辑起点和规制对象。近年来,上市公司控股股东、实际控制人滥用公司控制权,越过公司决策机构,实施资金占用、违规担保,非法开展关联交易的情况屡见不鲜,有些上市公司控股股东、实际控制人甚至实施信息披露、操纵证券市场、内幕交易等违法犯罪行为,在这些违法犯罪案件中,财务造假案件呈现“实际控制人核心决策、组织实施,主观恶性明显”的特点,成为行政监管和刑事打击的关注焦点。<sup>[1]</sup>对此,《刑法修正案(十一)》在《证券法》强化实际控制人法律责任的基础上,在信息披露类犯罪中增设针对特殊主体——控股股东和实际控制人的特别条款,重申其刑事法律责任。<sup>[2]</sup>

对于《刑法修正案(十一)》针对信息披露犯罪增设的控股股东、实际控制人条款,刑法学者有不同解读,有学者认为,增设特别条款可能导致共同犯罪的混乱,并无必要。<sup>[3]</sup>也有学者认为,由于控股股东、实际控制人不能解释为信息披露犯罪中“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”,因此必须通过修改刑法予以解决。<sup>[4]</sup>亦有学者将其解释为“共犯正犯化”。<sup>[5]</sup>本文认为,对于《刑法修正案(十一)》对《刑法》第160条、第161条所增设的控股股东、实际控制人特别条款,应理解为提示性、注意性规定而非法律拟制。司法适用中应立足于刑法共同犯罪理论,遵循行政犯罪兼具行政违法性和刑事违法性的基本原则,

---

[1] 参见《证监会通报首批适用新〈证券法〉财务造假案件处罚情况》,载 [http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/202107/t20210723\\_402157.html](http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/202107/t20210723_402157.html)。

[2] 本文所指信息披露类犯罪,主要包括《刑法》第160条欺诈发行证券罪和第161条违规披露、不披露重要信息罪。

[3] 参见张明楷:《增设新罪的原则——对〈刑法修正案十一(草案)〉的修改意见》,载《政法论丛》2020年第6期。

[4] 参见田宏杰:《行刑共治下的违规披露、不披露重要信息罪:立法变迁与司法适用》,载《中国刑事法杂志》2021年第2期。

[5] 参见刘宪权:《刑法个罪修正条文具体适用的溯及力问题研究》,载《法商研究》2022年第2期。

对该条款进行准确理解和认定。本文将结合行政执法和刑事司法实践,对控股股东、实际控制人的主体身份、具体行为、罪数厘分等问题进行探讨,以期准确认定二者法律责任,切实维护资本市场的诚信与秩序。

## 一、控股股东、实际控制人的主体认定标准

证券犯罪是典型的行政犯,行政犯构成要件的概念一般应从属于行政法规范。刑法条文中并未有对实际控制人和控股股东的具体规定,在刑事案件中认定实际控制人和控股股东,应从公司控制权的法理基础出发,遵循行政法规范的路径予以认定。

### 1. 主体认定的法理基础和行政法规范

从法理学角度,权力基于其存在形态的差别,可划分为法律上的权力与事实上的权力,与法律上的权力主体与对象之间的关系是以法律为依据的情况不同,事实上的权力完全源于权力主体拥有的物质与精神上的优势而存在。<sup>[6]</sup>公司实际控制权天生是一种事实上的权力,它并非源于法律授予,也不以法律为依据运作,而是依赖于控制人通过一定比例的所有权参与公司的经营管理,或者能对公司行为产生重大影响的外部环境等所获得的战略地位。<sup>[7]</sup>

从法律规定角度,《公司法》对何为控股股东和实际控制人作了相关规定<sup>[8]</sup>。证监会《上市公司收购管理办法》(2020年修正,以下简称《收购管理办法》)第84条就包括控股股东在内对上市公司的“控制

[6] 参见周永坤:《规范权力:权力的法理研究》,法律出版社2006年版,第140页。

[7] 参见郭富青:《论公司实际控制权:性质·渊源·法律导向》,载《甘肃政法学院学报》2011年第1期。

[8] 《公司法》(2018年修正)第216条规定:“……(二)控股股东,是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东;出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十,但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。(三)实际控制人,是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人……”

权”作了进一步细化和明确,该条聚焦于投资者对上市公司的持股比例、对公司股份的表决权以及对董事会成员选任的决定权等情形。<sup>[9]</sup>

《证券法》赋予上市公司控股股东、实际控制人信息披露义务的理据在于,包括监管部门在内的市场主体对控股股东、实际控制人的有效信息知之甚少,控股股东、实际控制人往往利用这种身份的隐蔽性从事一些侵害公司、股东或者其他债权人合法权益的行为,如开展有损上市公司利益的自我交易,或者利用控制权迫使公司为其或者其指定的关联方进行违规担保,甚至掏空上市公司的资产。在此情况下,控股股东、实际控制人需要向上市公司及其他投资者负有相应的诚信义务,以制约和平衡其对上市公司的控制权,因此法律要求控股股东、实际控制人应当对相关信息按照法定程序进行披露,即信息披露义务。由于上市公司公告是信息披露的直接载体,因此控股股东、实际控制人的信息披露义务一般是通过上市公司公开信息披露方式予以履行。虽然《证券法》未对控股股东、实际控制人信息披露义务的履行方式进行具体规定,但证监会相关信息披露管理办法和交易所对于控股股东、实际控制人的行为作出了明确指引。<sup>[10]</sup> 关注控股股东、实际控制人的信息披露义务和披露方式,对于理解《刑法》第160条、第161条增设的实际控制人条款所规定的犯罪行为方式非常重要。

## 2. 控股股东和实际控制人的判定要素

公司控制权是一种现实的权力,须通过相关主体对公司实施控制的事实才能证明其存在,实践中,判定控股股东、实际控制人的重要标

[9] 参见《收购管理办法》第84条:“有下列情形之一的,为拥有上市公司控制权:(一)投资者为上市公司持股50%以上的控股股东;(二)投资者可以实际支配上市公司股份表决权超过30%;(三)投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任;(四)投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响;(五)中国证监会认定的其他情形。”

[10] 控股股东、实际控制人应当严格按照有关规定履行信息披露义务,并保证披露信息及时、公平、真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,在发生控制权变动、对上市公司进行重大资产重组或者债务重组、经营状况恶化等等可能对上市公司证券及其衍生品种交易价格产生较大影响的事件情况下,控股股东、实际控制人应当及时告知上市公司,并应当履行配合上市公司完成与信息披露相关的问询、调查以及查证工作等义务。参见《上市公司信息披露管理办法》《上海证券交易所上市公司控股股东、实际控制人行为指引》等。

准是相关主体所占股权/股份比例和其对公司的影响或控制情况,核心标准是证明其通过持股、协议或者其他安排,对公司支配的能力和行为。这是认定控股股东、实际控制人的一般原则,但司法实践中面临着更加纷繁复杂的案件事实,下面重点讨论三个问题。

### (1)问题之一:形式判断与实质判断

股权比例无疑是判断控股股东、实际控制人的重要因素,实践中股权转让和变动的标准问题可能引发认定争议,如在一起信息披露违法违规案<sup>[11]</sup>中,当事人黄某某申辩,其与他人签订了股权转让协议书和委托持股协议引起股权变更,不应再披露控制该公司的情况。此案例涉及控股股东股权转让和变动的标准问题,具体表现为在股权转让协议签订后但企业工商登记未变更的情况下,实际控制关系应以形式还是以实质进行判断的问题。

首先,本案中是否发生股权转让行为和公司控制权变更。根据相关司法解释,认定股权变动发生的基本事实依据有两种,一是当事人向公司出资或者认缴出资;二是已经受让或者以其他形式继受公司股权。<sup>[12]</sup> 本案中,黄某某与何某签署的股权转让协议中约定“甲方(指何某)保证按合同约定支付股权转让价款”,而黄某某在接受行政执法部门询问时却说“股权转让价款采用承债式操作方法,何某不需要向我支付现金,由何某承接金信担保所有的债务”。通过对比黄某某的陈述和合同约定内容,本案中存在实际履行合同(承债方式)与合同约定(支付价款)不一致的情况,也没有证据证明何某已经向公司缴纳了出资,所以在该案中股权转让协议的实际履行完成情况并不确定,股权转

---

[11] 该案为山西S文化传播股份有限公司(以下简称S文化)第一大股东黄某某等主体在认购S文化非公开发行股票过程中,未依法披露相关人员控制企业、任职及重大诉讼等情况而引发的一起信息披露违法违规案件。该案中,黄某某在多次信息披露文件中,均未按照规定披露本人在广西JX融资性担保有限公司的任职情况等。参见中国证监会山西监管局行政处罚决定书[2017]3号。

[12] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(法释[2020]18号)第22条规定:“当事人之间对股权归属发生争议,一方请求人民法院确认其享有股权的,应当证明以下事实之一:(一)已经依法向公司出资或者认缴出资,且不违反法律法规强制性规定;(二)已经受让或者以其他形式继受公司股权,且不违反法律法规强制性规定。”

让协议的签署并不意味着股权转让行为的完成与公司控制权的变更。

其次,签订股权转让协议后,黄某某的行为进一步佐证了其对公司的实际控制权的延续。在股权转让协议书和委托持股协议书签订后,黄某某仍作为公司主要负责人参与经营,表现为其直接与银行联络或洽谈决定相关担保业务,继续参与广西金信的业务活动,并因该公司负有较大数额的担保债务而继续承担数额极大的个人保证责任,且成为相关诉讼的被告,法院也并未因为该股权转让协议的存在而免除黄某某的担保责任。黄某某仍然参与经营,是其作为控股股东和承担相应信息披露义务的实质依据。

本案说明,在涉及控制权的重要因素——一定的持股比例或特定股权投资关系时,对股权变动以及该变动引发的控制权变更应作实质判断,尤其是需要结合其他经营行为等综合认定控制人权力的事实状态。

## (2) 问题之二:定量判断与定性判断

《公司法》和《收购管理办法》等法律法规、部门规章层面对实际控制人的认定标准的规定主要是基于一定的持股比例或者对公司表决权的实际支配权的要求,这是否意味着对上市公司实际控制人的认定以持有一定比例的股份为前提?<sup>[13]</sup>理解这个问题还是需要回归公司控制权的本质,相关主体对公司实施控制的事实状态是认定公司控制权的核心要义,这种控制权可能表现为一定的持股比例或者特定的股权投资关系,也可能表现为基于其他优势而产生的对公司重要事项的影响力,例如具有垄断、市场支配或交易优势地位的经营者的公司形成事

---

[13] 如在 HQ 科技信息披露违法违规案中,被处罚董事张某某与独立董事李某某在行政处罚的陈述申辩阶段及后续行政诉讼的一审、二审中均提出,根据证监会 2007 年《〈首次公开发行股票并上市管理办法〉第十二条“实际控制人没有发生变更”的理解和适用——证券期货法律适用意见第 1 号》,实际控制董事会及管理层,是以支配或行使表决权、影响股东会决议为前提。《收购管理办法》第 84 条关于拥有上市公司控制权情形的规定中,前 4 项均规定了一定的持股比例或者对公司表决权的实际支配权的要求。该案中顾某某不存在支配或行使表决权决定董事会成员的情形,因为 3.8% 股权并非由顾某某指定相应证券购入或间接持有,即便存在指定购入行为,也是其他主体的自主投资行为,无法据此认定顾某某可以行使相应的表决权。具体案情可参见中国证监会行政处罚决定书[2017]47 号。

实控制权,或者根据管理协议、租赁经营协议、承包经营协议、委托经营协议和托管经营协议等而形成的对公司的经营管理权等。<sup>[14]</sup>

因此,不可简单地将“公司控制权”等同理解为“特定的股权投资关系或者持股比例”。考虑到公司控制权是能够对股东大会的决议产生重大影响或者能够实际支配公司行为的权力,在具体案件中既需要审查相应的股权投资关系,也需要根据个案的实际情况,综合对发行人股东大会、董事会决议的实质影响,对董事和高级管理人员的提名及任免所起的作用等因素进行分析判断,方能准确认定公司控制权的归属。<sup>[15]</sup>

在广西 HQ 科技股份有限公司(以下简称 HQ 科技)披露违法违规案<sup>[16]</sup>中,证监会认定不晚于 2014 年 12 月 29 日,顾某某通过指定第三方持有 HQ 科技 3.8% 的股权,并通过与相关股东及重组方的协商、协议安排,成为 HQ 科技的实际控制人,遵循了《〈首次公开发行股票并上市管理办法〉第十二条“实际控制人没有发生变更”的理解与适用——证券期货法律适用意见第 1 号》(证监法律字[2007]15 号,以下简称《证券期货法律适用意见 1 号》)中提出的对实际控制人的定性思路。该案的争议焦点之一在于认定顾某某成为 HQ 科技实际控制人的具体时点,而对该时点的判断核心在于对标志性事件的认定,在二级市场中,支配公司的行为,通常需要通过控制董事会和管理层来实现,因此控制董事会和管理层可以作为认定实际控制人的标志性事件。实际控制人的认定,核心标准在于能否“实际支配公司行为”,因此特定的股权投资关系、支配或行使股权表决权并非认定实际控制人的必要条件。

---

[14] 参见郭富青:《论公司实际控制权:性质·渊源·法律导向》,载《甘肃政法学院学报》2001 年第 1 期。

[15] 证监会于 2007 年发布的《证券期货法律适用意见 1 号》中指出,“公司控制权是能够对股东大会的决议产生重大影响或者能够实际支配公司行为的权力,其渊源是对公司的直接或者间接的股权投资关系。因此,认定公司控制权的归属,既需要审查相应的股权投资关系,也需要根据个案的实际情况,综合对发行人股东大会、董事会决议的实质影响、对董事和高级管理人员的提名及任免所起的作用等因素进行分析判断。”

[16] 参见中国证监会行政处罚决定书[2017]47 号。

### (3) 问题之三:无实际控制人与推定实际控制人

无实际控制人是实践中上市公司存在的一种现象,一般是指公司不存在能够实际控制公司行为的主体。对于如何认定无实际控制人,可以参照《收购管理办法》第84条之规定,从不满足上市公司能认定其有实际控制人的角度入手,综合考虑公司实际情况进行判断。具体而言,如果上市公司股权结构分散,不存在持股50%以上的控股股东;不存在实际支配公司股份表决权超过30%的情况;单个股东无法控制股东大会;单个董事无法控制董事会;股东间无一致行动协议;单个董事、高级管理人员无法支配公司重大财务和经营决策。<sup>[17]</sup>除了参考《收购管理办法》规定进行反向考察认定,相关交易所的业务规则中也设定了一些推定规则,将公司第一大股东或持股比例超30%的股东推定为实际控制人。<sup>[18]</sup>上述规则能否成为行政执法和刑事司法对于“实际控制人”的主体认定依据?下面对两种主要情况进行讨论。

一是应通过穿透性审查剥离出隐瞒实际控制人的事实情况。根据业内的统计研究,实际控制权普遍存在于公司治理中,无实际控制人是公司控制权分配的特殊状态,上市公司完全缺少能主导支配公司行为并实施控制主体的情况较少见。<sup>[19]</sup>从过往监管实践来看,即使对外信息披露无实际控制人,也可能系刻意隐瞒。在刻意隐瞒情况下,“无实际控制人”即构成信息披露违法的具体样态,近年来,行政机关在相关处罚案件中对隐瞒实际控制人的真实情况的信息披露违法行为进行了穿透证明和责任追究,刑事机关可以借鉴上述认定思路和证据标准予以认定。

二是确属于无实际控制人的情况。在上市公司、发行人实施证券

---

[17] 参见方重:《强化无实际控制人上市公司监管的思考》,载《清华金融评论》2020年第10期。

[18] 如《上海证券交易所股票上市规则》中规定,上市公司无控股股东、实际控制人的,公司第一大股东及其最终控制人应当比照控股股东、实际控制人遵守相应的规定;《上海证券交易所科创板股票发行上市规则审核问答(二)》第5条第2款规定:“发行人股权较为分散但存在单一股东控制比例达到30%的情形的,若无相反的证据,原则上应将该股东认定为控股股东或实际控制人……”

[19] 参见李伟璐等:《上市公司无实际控制人情况探析:基于沪市视角》,载《证券法苑》第24卷,法律出版社2018年版,第106~123页。



信息披露违法犯罪的情况下,能否根据相关规则推定大股东为实际控制人从而追究其法律责任?本文认为,交易所业务规则中的推定规则不能当然适用于行政执法和刑事司法实践中,主要理据如下:

首先从法理来看,证券法、刑法与自律监管规则不仅存在法律效力上的差别,更存在法理基础和规制目标的区分。

虽然实际控制人对拟上市公司的稳定经营、公司决策效率、公司责任承担等方面均具有重要意义,但当前关于判断认定公司控制权主体的法律规定付之阙如,在上市公司和股东均不认定的情况下,认定实际控制人的监管路径也尚不明确。针对上述公司滥用无实际控制人规则的乱象,由监管部门介入进行实质认定不可避免,但同时考虑到上市公司实际控制人牵一发而动全身,甚至可能引起诉讼纠纷,监管机关秉持“披露先行,事后监管”的监管原则,发挥交易所与监管派出机构的联动监管机制作用,规范实际控制人的认定行为,可能是达到法律效果、监管效果和市场效果统一的更优选择。前述上市法律文件则充分体现了交易所对拟上市企业的控股股东、实际控制人的关注,旨在督促拟上市企业在招股说明书等发行文件中如实披露信息。在发行审核过程中,交易所还会对IPO发行人申请文件中“无实际控制人”的陈述进行审核问询,<sup>[20]</sup>要求发行人说明认定公司“无实际控制人”的充分依据和理由,督促发行人律师、保荐机构进行核查,并就发行人对实际控制人的认定是否符合公司实际情况,是否准确发表明确核查意见。因此,交易所业务规则中对实际控制人的推定规则设定,是对公司控制权认定主体和路径的实践探索,通过明确对拟上市公司文件中“无实际控制人”陈述的审核重点,要求发行人和中介机构核查说明的依据,并且提

---

[20] 如在上海安路信息科技股份有限公司的IPO审核问询中,上交所关注到发行人披露公司无控股股东、实际控制人被问询,要求发行人说明是否实际受到创始人及核心管理层等人员控制;入股的华大半导体和上海安芯之间是否还存在其他利益安排,是否对发行人构成共同控制,发行人控制权状态及认定依据,以及是否与公司实际情况相符,并要求保荐机构、发行人律师结合《科创板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》第12条的规定,对所问询的事项进行核查并发表明确意见。参见《关于上海安路信息科技股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市申请文件的审核问询函的回复》,载 <http://static.sse.com.cn/stock/information/c/202106/94101e6c81c941f98431266abf91b115.pdf>。

示大股东的合法行为边界,防止其滥用大股东地位损害公司和中小股东合法权益。上述推定规则发挥的更多的是一种指引性作用,特别是在全面实施股票发行注册制背景下,此规则体现了交易所对拟上市企业发行审核和上市公司监管体系所负的自律监管功能。与此相比较,刑法中对控股股东、实际控制人的法律责任制度构建,更多的是基于公法的视角,对其滥用对上市公司的实际控制权力,实施违法犯罪行为的规制,公司控制权是构成其违法犯罪行为的构成要件,而构成要件本身一般只能通过证明而非推定。<sup>[21]</sup>

其次,从事实角度而言,上市公司第一大股东并不当然是控股股东、实际控制人,实践中,存在很多通过间接持股股东影响、操纵或控制股东大会的决策权的情况,如母公司对其孙子公司股东(大)会的决策实施影响、操纵或控制,甚至行为人会刻意隐瞒实际股权关系,通过一些空壳公司控股上市公司实施违法犯罪行为。此外,相关主体即使未达到股权比例或特定股权安排,也可以通过一些特定的合同安排享有公司的控制权或对公司的重大决策产生实质的影响,如非控股股东根据表决权代理、表决权协议或表决权信托等表决权分离工具取得或能够动员多数表决权,从而对股东(大)会决议产生决定性影响,在这种情况下,形式上的第一大股东亦非控股股东、实际控制人。

综上所述,刑事司法案件中不宜直接借鉴交易所业务规则认定第一大股东“实际控制人”的主体地位,还应采取“实质重于形式”标准,根据事实综合判断公司的实际控制权归属,方能构建追究实际控制人、控股股东的法律责任的逻辑起点。

### 3. 对控股股东和实际控制人的“穿透式”证明

行政执法和司法实践中,对控股股东、实际控制人主体身份的认定经常会遇到证明难题,行为人为了逃避行政和刑事责任,往往会采取成立空壳公司或者由他人代持股份等各种隐匿手段,隐瞒其控股股东的真实身份,因此需要从证据收集和证明体系构建两方面对其加以“穿

---

[21] 当然在刑法中也有对行为人的主观状态进行推定的,如《刑法》第191条洗钱罪中对行为人对清洗资金来源上游犯罪的主观“明知”状态的推定,但该推定仍需要基础事实的证明作为前提。

透”认定。

一是多角度收集证据,除了被告人、犯罪嫌疑人主观供述,投资协议、委托合同、信托合同等书证外,还需要收集关联程度较高、指向比较明确的证人证言。对于实际控制人而言,需要从资金的来源、投入、使用决策,人员动议、配置和任命过程以及信息披露违法犯罪的动议提出、具体实施、获利分配等全过程进行证据收集和固定。

二是构建更加客观科学的证明体系。在具体案件中,综合运用包括相互印证证明、整体综合证明、排除等一种或多种证明方法,特别是针对两类人员主体身份高度的隐匿性特征,“还需要运用好穿透式刑事证明的方法”,<sup>[22]</sup>即在人员组织体系上予以主体身份的穿透,在犯罪行为的事实上予以客观行为的穿透,在涉案资金的流转上予以资金流向的穿透,直至准确地认定两类人员的真实身份、地位作用。例如,在下面予以详细分析的陈某某系 K 生态环境科技股份有限公司(以下简称 K 生态公司)实际控制人信息披露违法案件<sup>[23]</sup>中,行政机关就是秉持“穿透式”的实质认定思路,对阳光 K 新能源集团有限公司(以下简称阳光 K 公司)持有 K 生态公司股份情况的证明,从直接持有和间接持有两个方面进行了合并计算,并从重大决策和资金来源的角度查明了陈某某间接持股的事实,其认定思路和证明体系可资刑事案件借鉴。

在该案中,针对 K 生态公司 2017 年年度报告披露公司无实际控制人的虚假记载,行政执法机关就陈某某系 K 生态公司实际控制人的问题,分两步进行证明。

(1)陈某某是否实际控制阳光 K 公司。K 生态公司 2015 年至 2018 年年度报告披露的控股股东为阳光 K 公司,行政执法机关从持股比例和董事任命两个角度收集证据予以论证陈某某实际控制阳光 K 公司。首先,从持股比例来看,基于陈某某持有 FC 新能源投资有限公司(以下简称 FC 公司)66.81% 股权,而 FC 公司持有阳光 K 公司 31.5% 股权,从而认定陈某某可以通过 FC 公司实际支配阳光 K 公司

[22] 曹坚:《以“穿透式”思维理解刑法实际控制人条款》,载《检察日报》2021 年 2 月 4 日,第 003 版。

[23] 参见中国证监会行政处罚决定书[2020]19 号。

股份表决权超过 30%。其次,从董事会成员选任情况看,监管部门具体查证了年报所应披露的期间内,阳光 K 公司董事会人员变动情况,证明了陈某某对董事会半数以上成员选任的决定权。<sup>[24]</sup>

(2)关于阳光 K 公司是否实际控制 K 生态公司。首先,从持股比例看,一方面,阳光 K 公司持有 K 生态公司 29.08% 股份;另一方面,阳光 K 公司通过实际控制 J 科技有限公司(以下简称 J 科技公司),间接持有 K 生态公司 3.76% 的股份。为证明间接持股的事实,行政机关收集了 J 科技公司的股东、人事、财务、印章管理、重大事项决策等均受阳光 K 公司控制的证据,并查证 J 科技公司用于认购 K 生态公司 3.76% 股份的资金实际来源于阳光 K 公司,从资金来源和重大事项控制权综合认定阳光 K 公司能够实际控制 J 科技公司。合并直接持股和间接持股,阳光 K 公司持有 K 生态公司股份占 K 生态公司总股本的比例超过 30%。其次,阳光 K 公司自 2015 年 9 月 2 日至 2017 年 12 月 31 日能够控制 K 生态公司董事会,阳光 K 公司有权选任 K 生态公司半数以上董事,可决策 K 生态公司重大事项。

综上两步骤,行政机关认定陈某某为 K 生态公司实际控制人,并对其作为 K 生态公司信息披露违法行为的主要责任人员予以行政处罚(见图 1)。

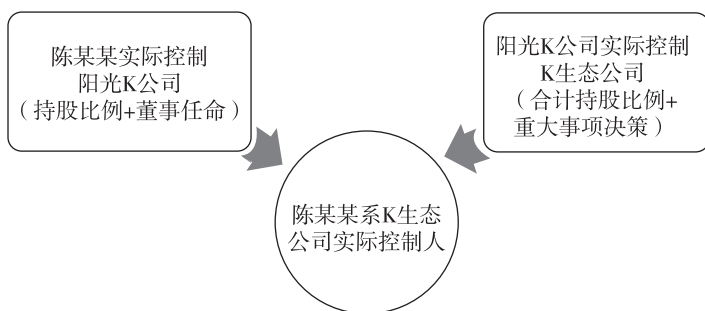


图 1 陈某某系 K 生态公司实际控制人的证明思路

[24] 2017 年 3 月,阳光 K 公司董事会成员由 9 名变为 5 名,其中 FC 公司委派 2 名董事(陈某某、江某),阳光 K 公司第二大股东委派董事 1 名(陈某某),另一股东委派董事 1 名(李某某)。上述人员中,陈某某为陈某某的女儿,陈某某安排陈某某担任董事;李某某亦由陈某某安排担任董事。2018 年 5 月,陈某某不再担任阳光 K 公司董事,新增董事唐某某同时系 FC 公司股东(持股 20%)。

## 二、控股股东、实际控制人的犯罪样态及认定路径

拥有事实上权力的主体对其行为显现的法律关系的后果往往不承担责任,即权力本身并不必然引发法律责任,一般只有其行使实际控制权的行为构成其他法律关系中的侵权行为时,该主体才能被追究法律责任。具体到对实际控制人、控股股东的追责问题而言,并不是建立在其“控制”公司的逻辑层面,即“控制”权力本身并不违法,是其滥用其对公司的事实控制力实施了侵权、违法甚至犯罪行为时,方成立追究法律责任的基础,因此,研究控股股东、实际控制人的违法犯罪样态对于准确行政执法和刑事司法而言非常关键。

对控股股东、实际控制人在信息披露违法犯罪的行为样态,证券法和刑事法律的具体规定在不断演变。2005年《证券法》中对骗取核准发行违法和违反披露义务违法中实际控制人和控股股东的行为均为“指使”。<sup>[25]</sup>对于“指使”应当如何理解,具体包括哪些情况,相关法律法规和规章却未涉及。从文义解释的角度而言,此处的“指使”与刑法中的“指挥”“领导”“教唆”等类似,但由于行政处罚实践中,在认定违法行为构成要件时一般并不考虑当事人的主观状态,<sup>[26]</sup>完全照搬刑法共同犯罪的理论适用于行政执法可能并不符合执法实际。为解决这一问题,2011年《信息披露违法行为行政责任认定规则》中对两类人员的行为方式虽然仍扩张为“指使”,但通过对“指使”具体含义和认定标准的认定诠释,即“指使”包括“直接授意、指挥从事信息披露违法行为”,或者“隐瞒应当披露信息、不告知应当披露信息”两大类行为,将两类人员的“指使”行为方式进一步细化为“授意”“指挥”“隐瞒”“不

---

[25] 《证券法》(2005年修订)第189条第2款规定:“发行人的控股股东、实际控制人指使从事前款违法行为的,依照前款的规定处罚。”第193条第3款规定:“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人的控股股东、实际控制人指使从事前两款违法行为的,依照前两款的规定处罚。”

[26] 一般情况下,某一行为是否构成违法,并不以行为人是否存在违法的故意或过失为必要条件。

告知”四种客观行为<sup>[27]</sup>，该认定规则对“指使”行为内涵的理解既沿袭了刑法共犯的相关理论基础，又结合了行政处罚的实践予以适当扩展。2019年修订的《证券法》吸收了《信息披露违法行为行政责任认定规则》的基本思路，从法律层面上将两类人员的行为扩张为“组织、指使”和“隐瞒”两大类。《刑法》在与《证券法》联动修改过程中，吸收了《证券法》的上述修改思路，《刑法修正案（十一）》将控股股东、实际控制人的犯罪行为具体划分为三类模式，一是“实施”；二是“组织、指使”；三是“隐瞒”相关事项导致前款规定的情形发生。

对控股股东、实际控制人违法犯罪行为方式的规定不断细化，其内涵外延不断清晰明确，对于法律所规定的行为方式准确厘清，是证明和认定其法律责任的基础。

### （一）实施

根据《现代汉语词典》的解释，所谓“实施”，是指实行（法令、政策等）。<sup>[28]</sup>通过对《证券法》《刑法修正案（十一）》的法条梳理可见，“实施”是此次《刑法修正案（十一）》增加的行为方式，需要特别关注。相较于“组织、指使”的行为方式，“实施”一般是指本人亲自作出某种行为。在实践中，公司、企业的控股股东、实际控制人能够对发行人、公司、企业的行为产生重大影响或者实际支配公司、企业行为。实践中，出现了控股股东、实际控制人控制公司印章和信息披露渠道，绕开股东大会、董事会等法定机构，直接以公司名义实施披露虚假信息的情形。因此，《刑法修正案（十一）》将控股股东、实际控制人直接实施不按照规定披露信息的行为规定为犯罪。

[27] 参见《信息披露违法行为行政责任认定规则》（中国证券监督管理委员会公告〔2011〕11号）第18条规定：“有证据证明因信息披露义务人受控股股东、实际控制人指使，未按照规定披露信息，或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，在认定信息披露义务人责任的同时，应当认定信息披露义务人控股股东、实际控制人的信息披露违法责任。信息披露义务人的控股股东、实际控制人是法人的，其负责人应当认定为直接负责的主管人员。控股股东、实际控制人直接授意、指挥从事信息披露违法行为，或者隐瞒应当披露信息、不告知应当披露信息的，应当认定控股股东、实际控制人指使从事信息披露违法行为。”

[28] 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第7版），商务印书馆2014年版。

如于某某违规不披露重要信息案一案<sup>[29]</sup>中,于某某系某上市公司实际控制人,同时担任该上市公司法定代表人、董事长。2006年11月至2008年11月间,于某某以该上市公司的名义,为其控股股东Q集团等关联方提供24笔担保逾人民币1.6亿元,该上市公司对上述担保事项未按规定予以披露。由于上市公司依法应当披露的担保信息未按规定披露,并且连续12个月的担保累计金额占净资产的比例远远超过50%,已符合相应的刑事追诉标准,<sup>[30]</sup>于某某作为该上市公司直接负责的主管人员,被判处违规不披露重要信息罪。该案中,于某某的行为属于比较典型的控股股东、实际控制人控制公司印章和信息披露渠道,直接“实施”信息披露违法犯罪的情形,其使用上市公司公章,以上市公司的名义,为控股股东Q集团等关联方提供多笔担保并不予信息披露,达到刑事处罚的追诉标准。在具备上述信息披露违法犯罪手段和情节的前提下,即使行为人不在上市公司担任“董事、监事、高级管理人员”等具体职务,也会因可根据实际控制人主体身份,对其所实施的使用上市公司公章、以上市公司名义对外担保的行为,认定为《刑法修正案(十一)》关于《刑法》第161条第2款中的“实施”行为。

## (二) 组织、指使

公司、企业的控股股东、实际控制人组织、指使他人不按照规定披露重要信息构成犯罪的情况。控股股东、实际控制人能够实际影响或者支配公司行为,其容易组织、指使其他信息披露义务人不按照规定披露重要信息,对股东等人的利益损害很大。因此,《刑法修正案(十一)》将控股股东、实际控制人组织、指使他人实施不按照规定披露重要信息的行为规定为犯罪。

所谓“组织、指使”,一般是自己策划后让别人去具体实行某种行为,组织、指使者一般具有地位上的优势。在信息披露违法犯罪活动

---

[29] 参见“于某某违法不披露重要信息案”,江苏省扬州市邗江区(县)人民法院刑事判决书,(2012)扬刑刑初字第0005号。

[30] 根据2010年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第6条第5款之规定,依法负有信息披露义务的主体,未按规定披露的担保所涉及的数额或者连续十二个月的累计数额占净资产百分之五十以上的,应予立案追诉。

中,“组织、指使”是控股股东、实际控制人最容易出现的一种行为方式。在 HLX 欺诈发行及信息披露违法案<sup>[31]</sup>中,HLX 信息披露违法行为贯穿于骗取发行核准和上市后持续披露阶段,主要采取虚构收回应收账款和虚增营业收入等方式。<sup>[32]</sup> 该案中,章某为 HLX 的控股股东,参与了与其他 4 名股东商量冲减应收账款的讨论,知悉并同意以股东垫资或向他人拆借资金方式冲减应收账款,统一在 IPO 申请文件上签名保证文件内容的真实性、准确性、完整性。行政执法部门收集了证明章某的上述行为的证据,认为上述行为已充分证明了章某作为控股股东,“指使”HLX 骗取发行核准的主观意图和客观行为,将章某认定为 HLX 一案中最主要的责任人员,<sup>[33]</sup>并对章某等三人作出了 8 年的市场禁入决定。<sup>[34]</sup>

需要关注的是,行政机关在执法实践中强调,实际控制人滥用支配地位,授意、指挥上市公司从事信息披露违法行为,应当认定为“指使行为”,而这种“授意、指挥”,既可能是明示,也可能是隐瞒、不告知或默许。例如,一起行政处罚案例中,公司实际控制人颜某某刻意隐瞒关联方,明确要求上市公司的银行存款由 Z 集团统一支配,具体包括以上市公司名义贷款、将相关款项转至颜某某指定账户、为颜某某等关联方

---

[31] 参见中国证监会行政处罚决定书[2014]16号。

[32] 行政机关认为,由于《证券法》对何为“指使”未做规定,中国证监会对“指使”的解释,仅见于 2011 年《信息披露违法行为行政责任认定规则》第 18 条,且由于《证券法》第 189 条和第 193 条关于“指使”条款的表述一致,因此对《证券法》第 189 条中的“指使”的定义,可以借鉴《信息披露违法行为行政责任认定规则》的表述。具体分析参见中国证券监督管理委员会行政处罚委员会编:《证券期货行政处罚案例解析》第 1 辑,法律出版社 2017 年版,第 204 页。

[33] 此案因证监会首次适用 2005 年《证券法》第 189 条第 2 款,对骗取发行核准的发行人控股股东和实际控制人进行处罚而颇受关注,证监会在作出行政处罚前专门作出通报,在披露了所调查的 HLX 骗取发行核准和信息披露违法的基本事实基础上,对章某等人的违法行为性质和严重情节进行认定,并强调指出“证监会将以一贯的决心和态度,坚定不移地依法严厉打击各种类型的违法违规行”。由于章某等三人的行为对 HLX 骗取发行核准和虚假信息披露行为的发生起主要作用,此三人应对 HLX 此等严重扰乱证券市场秩序并损害投资者利益的行为承担主要责任。《证监会通报海联讯骗取发行核准和信息披露违法案》,载 [http://www.csrc.gov.cn/tianjin/tjfyd/tjaljs/201503/t20150306\\_269677.htm](http://www.csrc.gov.cn/tianjin/tjfyd/tjaljs/201503/t20150306_269677.htm)。

[34] 参见中国证监会市场禁入决定书[2014]16号。



提供担保。上述行为涉及其实际控制的三家上市公司,颜某某作为实际控制人,同时在其控制的三家上市公司组织、策划、领导并实施上述行为,三家公司的违法违规行为交叉关联,且三家上市公司均未披露,其行为已经构成实际控制人指使上市公司从事案涉违法行为的情形。<sup>[35]</sup>

### (三) 隐瞒

隐瞒,是指有法定义务披露某种重大事项而未予披露,公司、企业的控股股东、实际控制人隐瞒相关事项导致公司、企业违规披露或者不披露重要信息构成犯罪的情况,主要包含了两种情形,下面分别结合案例讨论。

第一种情形,控股股东、实际控制人隐瞒自身应当披露的重要信息导致公司、企业违规披露或者不披露重要信息构成犯罪。如前所述,《证券法》等法律法规对公司、企业的控股股东、实际控制人的信息披露义务做了明确的规定,如果控股股东、实际控制人违规披露或者不披露自身重要信息,导致公司、企业违规披露或者不披露重要信息构成犯罪的,其危害程度更大,对股东等他人利益所造成的损害也更重。虽然在公司、企业违规披露或者不披露重要信息构成犯罪的情况下,控股股东、实际控制人也能够作为单位犯罪的直接责任人员予以处罚,但是通过《刑法》第161条第2款规定,强调控股股东、实际控制人的责任,特别是在控股股东、实际控制人是单位的情况下,能够对单位处以罚金,可以起到从重处罚的效果。因此,控股股东、实际控制人隐瞒自身应当披露的重要信息属于这里规定的“隐瞒相关事项”。

在一起行政执法案例中,上海J集团有限公司(以下简称J集团)作为J实业控股股东,未将其持股真实情况告知J实业,且在J实业发函询证时隐瞒了对相关账户的控制情况,导致J实业出现信息披露违法情形。证券监管机关依法对J集团的隐瞒行为予以惩处,费某甲、费某乙作为J集团的总经理、董事长,被认定为直接负责的主管人员。<sup>[36]</sup>本案中,正是控股股东J集团隐瞒自身应当披露的重要信息,导致J实

[35] 参见中国证监会行政处罚决定书[2021]87号。

[36] 参见中国证监会上海监管局行政处罚决定书沪[2018]48号。

业构成信息披露违法行为，J集团上述行为方式应认定为信息披露违法犯罪中的两类人员的“隐瞒”行为。

第二种情形，控股股东、实际控制人利用其控制公司、企业的权利，隐瞒一些其掌握的公司、企业的核心和关键性信息，如重大资产交易动向系虚构，进行关联交易实施损害公司、企业利益等。上述行为导致公司、企业违规披露或者不披露重要信息构成犯罪的情况，也属于这里规定的“隐瞒相关事项”。基于此，《刑法》第161条第2款将控股股东、实际控制人因隐瞒相关事项导致违规披露或者不披露重要信息的情况规定为犯罪。

### 三、控股股东、实际控制人的刑事责任认定

《刑法修正案(十一)》在《刑法》第160条和《刑法》第161条中增设实际控制人、控股股东特别条款，此两罪名规定的犯罪主体存在差别，因此所涉及控股股东、实际控制人会出现适格主体的差别，从而导致“单罚制”和“双罚制”的差别。

#### 1. 《刑法》第161条：“单罚制”+“双罚制”

根据《刑法》规定，第161条违规披露、不披露重要信息罪的犯罪主体为“依法负有信息披露义务的公司、企业”，包括依据《证券法》《公司法》《银行业监督管理法》《证券投资基金法》等法律、行政法规、规章规定的具有信息披露义务的股票发行人、上市公司，公司、企业债券上市交易的公司、企业，银行、基金管理人、基金托管人和其他信息披露义务人。<sup>[37]</sup>虽然本罪为单位犯罪，但刑法规定只处罚单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，对单位没有处罚金，<sup>[38]</sup>避免双罚制对公司、企业股东和其他投资者造成进一步的伤害。

[37] 参见黄太云：《〈刑法修正案(六)〉的理解与适用(上)》，载《人民检察》2006年第14期。

[38] 参见黄太云：《刑事立法的理解与适用：刑事立法背景、立法原意深度解读》，中国人民公安大学出版社2014年版，第75页；王爱立主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社2021年版，第303页。

因此,当控股股东、实际控制人实施或者组织、指使实施信息披露犯罪行为时,追究刑事责任应采取“单罚制”+“双罚制”。所谓“单罚制”是指仅刑事处罚依法负有信息披露义务的公司、企业的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,对其处以相应的自由刑,并处或者单处罚金;而“双罚制”是指,如果控股股东、实际控制人本身是单位,构成单位犯罪的,对单位判处有期徒刑,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照第161条第1款的规定处罚。

## 2.《刑法》第160条:“双罚制”+“双罚制”

根据《刑法》规定,第160条欺诈发行证券罪的犯罪主体是一般主体,单位和个人均可构成,第160条第3款规定,单位犯前两款罪的,对单位和单位中直接负责的主管人员和其他直接责任人员均应依法进行刑事处罚。

对此,控股股东、控制人组织、指使欺诈发行证券犯罪时,可能出现两个“双罚制”。第一个“双罚制”,如果是单位构成欺诈发行证券犯罪,应对犯罪单位和其直接负责的主管人员和其他直接责任人员均进行刑事处罚;第二个“双罚制”,如果控股股东、实际控制人组织、指使欺诈发行证券行为,而控股股东、实际控制人本身构成单位犯罪,则对控股股东、实际控制人的犯罪单位和单位中直接负责的主管人员和其他直接责任人员均进行刑事处罚。

需要说明的是,在适用《刑法》第160条和第161条时,如控股股东、实际控制人为单位,实际上构成了刑法理论上的共同法人犯罪(或称单位共同犯罪),即两个以上法人构成的共同犯罪。<sup>[39]</sup>共同法人犯罪系法人犯罪的共犯形态,与一般的自然人共同犯罪存在较大的差别,在确定法人在共同犯罪中的作用并对其进行相应的罚金时,需要考虑以下因素:(1)犯意的发起;(2)法人的规模;(3)分赃的情况。这三点在信息披露犯罪中均有集中的体现,比如控股股东、实际控制人对发行人、上市公司的优势地位和重大事项的影响力,与上市公司规模的悬殊以及在犯罪的实际获益情况区别等。司法者应该综合以上诸方面因素,正确地评价控股股东、实际控制人在共同犯罪中所起的作用,区分

[39] 在本文中因讨论主题需要,对刑法上的“单位”和“法人”不作特别区分。

法人犯罪的主犯与从犯,在此基础上,确定罚金数量,做到对共同法人犯罪罚当其罪。<sup>[40]</sup>

#### 四、行政执法和刑事司法的冲突与衔接

近年来,在打击证券期货违法犯罪特别是信息披露犯罪中,抓实“关键少数”、追责“首恶”,对上市公司治理有决定性影响的控股股东、实际控制人、董监高进行重点关注,切实提高证券市场的违法违规成本,实现精准打击目标,已经成为证券执法司法机关的共识,行政执法和刑事司法的衔接日益紧密。但基于行政执法和刑事司法的法律依据和执法司法标准上存在一定差别,在责任主体和违法犯罪行为认定方面也会存在差异。

##### 1. 行政违法与刑事犯罪责任的主体区别

行政机关在信息披露违法案件中,出于厘清责任、精准打击的执法思路,在行政处罚中探索区分责任主体的差异化处理机制时,可能出现只处罚控股股东、实际控制人员而不处罚上市公司的情况。例如,史某某等人行政处罚案例<sup>[41]</sup>中,实际控制人史某某指使 W 信息股份有限公司(以下简称 W 信息)相关财务人员划转资金的行为,系其个人及其所控制的 H 投资公司与 W 信息之间的非经营性资金往来,而史某

---

[40] 参见陈兴良:《共同犯罪论》(第3版),中国人民大学出版社2019年版,第172~188页。

[41] 本案基本案情:史某某系 W 信息原实际控制人。2019年1月至3月,史某某指使 W 信息相关财务人员将 W 信息、上海 W 信息系统有限公司(系 W 信息全资子公司)累计7.4亿元资金转账至 H 投资公司(系 W 公司控股股东)银行账户及其他由史某某制定的公司银行账户。为掩盖上述关联交易情况,史某某指使 W 信息相关财务人员将 W 信息相关定期报告财务报表相关科目进行调整。因史某某的隐瞒、掩盖行为,W 信息未能按照规定及时披露上述关联交易事项,同时导致 W 信息公司虚假记载、重大遗漏。在本案中,实际控制人史某某利用自己对公司的控制力,将上市公司 W 信息作为自己解决资金周转困难的“工具”,并“指使”其进行信息披露违法行为。案例具体可参见《“监管”依法惩处信息披露违法犯罪!上海检察机关、上海证监局发布典型案例》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1683297773497965005>, 2021年8月1日访问。

某、H投资公司通过规避上市公司审议程序、指使相关财务人员调整财务报表等手段,隐瞒、掩盖了上述事项,最后导致W信息未依法履行信息披露义务。在此过程中,上市公司W信息成为史某某信息违法的“工具”,因此上市公司在信息披露违法中的故意较小,行政监管机关对实际控制人和上市公司责任进行了差异化处理,只追究了实际控制人史某某的违法责任<sup>[42]</sup>。

从行政执法角度,重点打击实际控制人的违法行为的做法有利于提升证券监管执法的准确性、科学性和有效性,对于保护投资者和股东的合法权益也有积极意义,但是在刑法案件中,采取上述责任追究方式处理相似案件可能存在法律上的障碍。基于《刑法》第161条规定违规披露、不披露信息罪是实行单罚制的单位犯罪,认定控股股东、实际控制人的刑事责任,要建立在上市公司单位犯罪成立的基础上,因此,在认定上述两类人员刑事责任的同时,还需要对单位的主管人员和其他直接责任人员追究相应的刑事责任。

## 2. 违法行为与刑事罪数的差别

如果控股股东、实际控制人同时担任公司的董监高,行政执法中可能根据其主体身份认定两个违法行为。之所以如此,主要是因为行政执法中对特定主体的处罚根据在于其法定勤勉义务。由于该类人员依法负有确保公司信息披露真实性、准确性、完整性、及时性、公平性的责任,并且需要在对外披露的信息文件上签字作出保证,既往案件中,行政执法机关不要求严格证明其信息披露违法犯罪的主观故意状态,<sup>[43]</sup>

---

[42] 行政处罚决定书中指出,史某某作为W信息原实际控制人,其行为已构成2005年《证券法》第193条第3款所述“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人的控股股东、实际控制人指使从事前款违法行为”的情形。根据当事人违法行为的事实、性质、情节与社会危害程度,依据2005年《证券法》第193条第3款的规定,决定对史某某给予警告,并处60万元罚款。参见中国证监会上海监管局行政处罚决定书沪[2020]10号。

[43] 根据中国证券监督管理委员会《信息披露违法行为行政责任认定规则》(中国证券监督管理委员会公告[2011]11号)第13条第2项之规定,认定信息披露义务人信息披露违法主观方面通常要考虑以下情形之一,包括信息披露义务人的主观状态,信息披露违法是否是故意的欺诈行为,是否是够谨慎、疏忽大意的过失行为。因此行政案件中,对财务造假持故意的欺诈心理状态,抑或疏忽大意过失的主观故意状态而导致财务造假发生,都可能构成信息披露违法。

甚至无须考察发行人的实际财务状况是否符合财务指标要求即认定“欺诈”。行为人的特殊主体身份和信息披露法定义务是认定行政违法的核心要素。

如在前述 J 实业如实披露控股股东持股情况信息披露违法一案中,费某甲具有两种身份:(1)费某甲时任 J 实业的董事长,因 J 实业 2015 年上半年度报告、第三季度报告及年度报告,2016 年第一季度报告及下半年度报告中未如实披露 J 集团上述持股情况,相关定期报告中有关股东持股情况部分存在虚假记载,费某甲被认定为 J 实业信息披露违法行为的直接负责的主管人员。<sup>[44]</sup> (2)费某甲时任控股股东 J 集团副董事长、总经理。作为 J 实业的控股股东,J 集团向 J 实业隐瞒其通过相关证券账户持有“界龙实业”股份的行为构成《证券法》第 193 条第 3 款所述情形<sup>[45]</sup>。根据《信息披露违法行为行政责任认定规则》中规定的控股股东指使下的信息披露违法行为的“双罚制”原则和对法人控股股东责任人员的认定规则,<sup>[46]</sup>费某甲被认定为控股股东 J 集团上述违法行为的直接负责的主管人员。行政机关对费某甲基于两种身份下的两种行为均予以认定,并根据《证券法》第 193 条第 1 款和第 3 款的规定,对费某甲作出分别警告,并每项分别处以 10 万元罚款,两项合并处理,对费某甲给予警告,共处以 20 万元罚款。<sup>[47]</sup> 上述处理思路在不少行政处罚案例中均有体现,亦系当事人的申辩焦点之一,如在山东 L 生物科技股份有限公司、程某某等人信息披露违法一案中,程

---

[44] 行政机关认定 J 实业违反了《证券法》第 63 条“发行人、上市公司依法披露的信息,必须真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”的规定,构成了《证券法》第 193 条第 1 款所述的违法行为。上述法律条文均引自 2014 年修正的《证券法》,在 2019 年修订的《证券法》中相应条款为第 193 条。

[45] 根据《证券法》(2014 年修订)第 193 条第 3 款之规定,发行人、上市公司或者其他信息披露义务人的控股股东、实际控制人指使从事前两款违法行为的,依照前两款的规定处罚。在 2019 年修订的《证券法》中相应条款为第 193 条。

[46] 参见《信息披露违法行为行政责任认定规则》第 18 条第 1 款规定:“有证据证明信息披露义务人受控股股东、实际控制人指使,未按照规定披露信息,或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的,在认定信息披露义务人责任的同时,应当认定信息披露义务人控股股东、实际控制人的信息披露违法责任。信息披露义务人的控股股东、实际控制人是法人的,其负责人应当认定为直接负责的主管人员。”

[47] 参见中国证监会上海监管局行政处罚决定书沪[2018]47 号。

某某系山东 L 生物科技股份有限公司法定代表人、董事长和实际控制人,提出行政机关对其进行二次处罚,违反立法本意和《行政处罚法》“一事不两罚”的基本原则。对此,执法部门回应,系基于程某某作为实际控制人指使他人从事本案相应违法行为,程某某作为 L 生物董事长在相应年报、半年报审议中投赞成票或签字等违法行为分别给予处罚,不违反“一事不二罚”的行政处罚原则。<sup>[48]</sup>

相对于刑事司法审查,行政执法更注重形式审查,可能出现根据两种不同的主体身份及各主体所承担的相应的信息披露义务而分别作出行政处罚的情况。但在刑事案件审查中,不宜采取近似于“因位追责”的方法,而是要综合考量其身份和作用,根据其具体行为和其身份对行为的影响及帮助对控股股东、实际控制人的法律地位和责任予以认定。

根据我国刑法共同犯罪的基本理论和《刑法》第 26 条的法律条文规定,犯意的发起者、纠集者、指挥者,犯罪的主要责任者和犯罪的主要实行者均可能构成共同犯罪的主犯。<sup>[49]</sup>从前述对控股股东、实际控制人的主体身份、地位作用和行为类型分析,一般从犯意发起、指挥、犯罪的主要责任和实行等方面入手,将控股股东、实际控制人认定为共同犯罪的主犯。因此,在刑事案件中对控股股东、实际控制人条款的理解与适用,应不拘泥于《刑法修正案(十一)》中的《刑法》第 160 条和第 161 条的规定,而应与“《刑法》总则中关于共同犯罪、主从犯、单位犯罪等的原则性规定有机结合起来予以评价”,正是因为“实际控制人条款不是创造出了一种新的主犯,也没有超过《刑法》总则共同犯罪相关条款的范畴”,所以在适用时应该以规范的刑法原则、条文规定和法律术语予以认定。在具体案件中,一是在对其法律身份认定时,在根据修正后的法律条文将控股股东、实际控制人认定为信息披露犯罪中共同犯罪主体的同时,在认定二者的实际作用和具体分工时还需援引刑法的主犯条款,追究其在共同犯罪中作为主犯的刑事法律责任;二是

[48] 参见中国证监会行政处罚决定书[2021]3 号。

[49] 根据我国《刑法》第 26 条的规定和共同犯罪的基本理论,共同犯罪的主犯主要包括集团犯罪的首要分子、聚众犯罪的首要分子和其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。而“其他共同犯罪的主犯”,主要包括犯意的发起者、纠集者、指挥者,犯罪的主要责任者和犯罪的主要实行者五种类型。同前注[40],第 172~188 页。

当控股股东、实际控制人是单位时,还需要根据单位犯罪的刑法理论和实践,追究单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

(编辑:谢贵春)