

对赃款赃物投资收益追缴的公司法思考

●沈贵明 吕 洁*

【内容摘要】 赃款赃物投资收益与孳息一样具有派生性、延伸性和归属的确定性,应与孳息一样被依法追缴。对赃款赃物投资收益的追缴,应当准确界定由赃款赃物投资形成的、依附于公司财产的应被追缴股份和基于该股份提取、变现的股利财产。被追缴股份与赃款赃物不同,具有价值量的不确定性和对公司财产的依附性。对应追缴股份的追缴,实质上是对股份的价值追缴。在实施追缴的过程中,应理性适用拍卖规则,以实现足额追缴;合理实施价值替代机制,协调好相关拍卖规则与其他股东优先购买权的关系,以免损害公司利益。

【关键词】 赃款赃物投资 投资收益 股份追缴

2015年10月,郑州警方宣布侦破16年前的“12.5特大持枪抢劫银行案”,该案主犯石某“用抢劫得来的罪恶第一桶金,搞起了房地产开发、商贸、休闲农庄等,资产过亿,成了一个富贵显赫的企业家。”^[1]一些专家认为,石某在16年前用赃款赃物投资的收益不属于非法所得,不应当予以追缴。^[2]这些言论使社会哗然,任何不予以追缴赃款赃物及其投资收益的观点,都会背离基本的道德理念。我国《刑法》第64条规定,“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔”。最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第10条更是明确规定,“对赃款赃物及其收益,人民法院应当一并追缴。被执行人将赃款赃物投资或者置业,对因此形成的财产及其收益,人民法院应予追缴。被执行人将赃款赃物与其他合法财产共同投资或者置业,对因此形成的财产中与赃款赃物对应的份额及其收益,人民法院应予追缴。”为什么法律及相应的司法解释已有如此明确的规定,有些专家还会存在质疑呢?可见,其中仍然存在着有待厘清的公司法原理。对赃款赃物投资及其收益追缴的原理是什么,追缴的财产边界何在,追缴的司法路径何在,正确阐释这些问题,有助于“严格规范涉案财产处置的法律程序”^[3];有助于精准执法,打击犯罪,保护公司合法财产权利。

* 作者单位:华东政法大学经济法学院。

[1] 《银行劫犯16年后成亿万富豪》, <http://ctdsb.cnhubei.com/html/sxwb/20151028/sxwb2767307.html>, 2015年10月31日访问。

[2] 参见李楠楠:《郑州16年前劫匪成富豪 专家:财产不算非法所得》, <http://news.sohu.com/20151029/n424506226.shtml>, 2015年11月11日访问。

[3] 中央全面深化改革领导小组:《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》, http://www.gov.cn/zhengce/2016-11/27/content_5138533.htm, 2016年11月29日访问。

一、追缴赃款赃物投资收益的正当性:基于与孳息的比较

主张赃款赃物投资收益不应当予以追缴的理由主要有三:其一,“用赃款注册公司投资经营,所获得的利润不单单是赃款所带来的,其中有个人付出的很多劳动等等,把赢利一概都算犯罪收益,未必合适;另一方面,嫌疑人是公司经营赢利,不是非法谋利。”^[4]赃款赃物投资的收益“因加入了人类的智力劳动而增值,这增值部分并不能算孳息,当然也不能收缴。”^[5]其二,“凡存在风险的经营而获得的收益,不属于违法所得,只有将赃款存入银行等无风险的存款理财行为,获取的利润才是违法所得”。^[6]其三,赃款赃物投资收益不是孳息,“只有违法所得的财物及其孳息,才能直接收缴。”^[7]显然,主张不追缴赃款赃物投资收益的相关观点是源于对孳息规则的片面理解,并将这一误解套用在赃款赃物投资收益的司法规则上。因此,要阐述追缴赃款赃物投资收益的法理根据,排解对相关立法的困惑,就必须对赃款赃物投资收益与孳息两个法律概念加以分析比较,揭示赃款赃物投资收益的法律属性。

我国《物权法》第116条将孳息分为自然孳息和法定孳息,却没有对法定孳息的概念和范围予以明确规定,司法实践基本上是将投资收益与法定孳息区别对待的,未将投资收益归入法定孳息。^[8]我国主流法学观点也未将投资收益归入法定孳息的范围。^[9]但是,不能因为赃款赃物投资收益不属于法定孳息,就机械地推断其不属非法所得而不能予以追缴。这是因为,赃款赃物投资收益虽然有别于法定孳息,但它却与法定孳息有着相同的基本法律属性。

首先,赃款赃物投资收益同法定孳息一样,具有派生性。孳息是与原物相对应的概念,“是指原物上产生的收益。”^[10]孳息不能自行生成而必须基于原物而形成。派生性既表明了孳息生成的真实原因,也揭示了孳息最基本的法律属性,并使之成为有别于其他财产的一个重要特性。法定孳息虽然不是由原物自然生成,但法定孳息是“由他人使用原物而产生的”,仍是基于原物派生所成。例如在租赁中,对出租人而言,法定孳息是“将原物给他人使用作为其对价的收益”,^[11]出租人所获得的租金是由该租赁物产生的“间接实物孳息”。^[12]赃款赃物的投资收益,虽然与法定孳息形成的具体路径不同,但实质上都是基于原赃款赃物派生而成的。赃款赃物被投资后成为公司资本的组成部分,公司作为企业法人,对公司财产“享有法人财产权”,通过公司治理机制对公司资本进行整体运作,形成公司总资本的收益。罪犯虽然不再拥有赃款赃物产权,但却获得了相应的股份,^[13]并基于该股份从公司的

[4] 同前注[2],李楠楠文。

[5] 《靠抢来的钱投资成了亿万富豪,被抓后他的财产怎么办?》,http://j.news.163.com/docs/28/2015102907/B730FF179001FF18.html,2015年11月11日访问。

[6] 同前注[2],李楠楠文。

[7] 同前注[5]。

[8] 参见《最高人民法院关于人民法院执行工作的若干规定》第51~56条。不过在具体的案件审判中,也存在适用法律的不一致的情况。如在第一投资招商股份有限公司诉海南中粮可口可乐饮料有限公司一案的审理中,一审法院将股利视为法定孳息,适用了《合同法》第163条之规定,而二审法院则将股利排除在法定孳息之外。参见海南省海口市中级人民法院(2007)海中法民二终字第58号判决书。

[9] 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2009年版,第265页;王利明:《物权法研究》上卷,中国人民大学出版社2007年版,第474页。但是,学术界也有不同的观点,有学者认为,“法定孳息是原物根据法律规定带来的物。如存款利息、股利、租金等。”参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第323页。

[10] 同上注,王利明书,第474页。

[11] [日]我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第212页。

[12] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第893页。

[13] 在我国,狭义的股份概念仅指股份有限公司股东所持有的公司资本的份额,广义的股份概念指股份有限公司和有限责任公司这两类公司股东持有的公司资本的份额。为论述方便,本文采用广义上的股份概念。

经营中获取相应的收益。显然,没有原投资财产,就不会有公司资本,更无经营收益的基础;对投资者而言,就不能拥有股份,何谈收益。赃款赃物投资收益虽然不像孳息那样是“物的产出物以及依物的使用方法所得的其他收获物”,^[14]但也是基于原财产的使用所形成的收益。自然孳息的产生依赖于原物,法定孳息依赖于他人对原物的使用,而投资收益则依赖于由投资财产形成的权利。正是基于这一原理,《德国民法典》将孳息分为实物孳息、间接实物孳息和权利孳息。由此可见,赃款赃物投资收益与法定孳息一样,都不能独自生成,必须基于原财产形成的一定法律关系而产生,因而具有派生性。

诚然,赃款赃物投资收益不同于租金、利息,前者的价值通常会高于后者,那么这是否因生产经营中的劳动投入而导致呢?答案是否定的。在法律上,投资形成的收益并不包括生产经营中的劳动投入的价值。按照财务制度原理和《企业财务通则》的规定,公司的利润是经营总收入扣除成本后的剩余。劳动者投入的价值,由公司支付的工资等酬金作为回报,支付给了劳动者,而公司支付的这部分费用属于公司的经营成本,^[15]在计算公司利润时予以扣除。公司经营有利润的,应当首先依法纳税,税后利润提取法定公积金和任意公积金后形成的盈余可向股东分配股利。公司营业利润形成及分配的规则表明,投资人所享有的投资收益是在扣除劳动者报酬等各种成本后,又以国家利益为先(依法纳税),在兼顾债权人风险控制(提取法定公积金)的基础上形成的。因而,赃款赃物投资收益实际上是扣除了劳动价值和相关成本后依法形成的财产增值,本质上与租金、利息一样都是基于原物的使用而形成的,具有如同孳息那样的派生属性。

其次,赃款赃物投资收益同法定孳息一样,具有延伸性。孳息物会承载原物的基本特性。孳息物对原物特质的延伸,体现了孳息物与原物的内在联系。自然孳息的延伸属性表现得较为明显,如特定动物繁殖的幼崽必然是具有母体基因特性的新的生命。法定孳息的延伸性不是基于原物本身的自然缘由生成的,而是基于法律制度的规则派生出来的,所以法定孳息所延伸的不是原物本身的自然特性,而是原财产在特定法律制度规则中的法律特性。例如,租赁物的法律特性是基于租赁活动而形成的“债”的法律关系的客体,这一法律特性会延伸于孳息——租金之中。租金不是原物本身的价值体现,而是原物作为租赁关系中客体物的价值体现,是这一客体“用益的对价”。^[16]可见,租金作为租赁物的孳息蕴含了原物作为租赁关系客体的法律特性。赃款赃物投资收益具体表现为股份收益,而股份收益与孳息一样具有延伸性。股份是财产投资于公司后在公司财产中所占的份额,是投资者在公司法律关系中享有权利的客体。股份的这一法律特性,自然会延伸于股份收益之中,股份收益作为基于股份派生的财产,与股份(原物)一样是权利主体的客体。股份收益所具有的这一延续原财产特性的属性,不仅表明了原始投资财产与公司经营增值形成的股份收益之间的内在联系,而且也反映了法律对此类财产规范的基本原理所在。

赃款赃物投资收益的非法性,实质上是赃款赃物本身非法性的延伸。当然,这不是指赃款赃物投资收益延续了赃款取得方式的非法性,而是指法律对罪犯持有赃款赃物非法性评价的延伸。法律对罪犯拥有赃款赃物的非法性评价,不仅意味着罪犯拥有的赃款赃物不受法律保护,而且还意味着罪犯对赃款赃物所拥有的财产权利应当予以剥夺。尽管在赃款赃物投资收益的形成过程中,不存在赃款赃物获取时诸如贪污、受贿、盗窃等违法行为,但是因为赃款赃物本身的非法属性,无论罪犯使用赃款

[14] 参见《德国民法典》第99条,陈卫佐译注,法律出版社2006年版;《日本民法典》第88条,王书江译,中国法制出版社2000年版。

[15] 参见我国《企业财务通则》第五章“成本控制”。

[16] 隋彭生:《法定孳息的本质:用益的对价》,《社会科学论坛》2008年第6期。

赃物获得的是利息、租金还是投资收益,均应当受到法律的否定评价。赃款的非法性自然应延伸于赃款赃物投资形成的股份收益。

显然,对股份收益的合法性评价与对法定孳息的合法性评价一样,都取决于对“原物”财产拥有的合法性评价如何,这与所谓的投资“风险”无关。其实,利用财产获取收益的各种方式,无论是在银行存款或向他人借贷,无论是租赁、借贷或是投资,都是有风险的,只是风险的大小强弱不同罢了。财产所有者对风险的关注是因为风险的大小与其运作财产的效益高低相联系,素有“效益越高,风险往往越大”之说。所以,将“风险”视为判定投资收益是否为非法所得的标准是不正确的,更不应当以存在“风险”为由来否定追缴赃款赃物投资收益的正当性。

最后也是最重要的,投资收益与法定孳息一样具有归属的确定性。如同非法财产形成的法定孳息之归属的合法性应当予以否定一样,赃款赃物的投资收益也应当被追缴。孳息归属的确定性是由法律予以明示的,法律对孳息归属的规定,实际上是对原物与孳息之间利益关系客观性的确认。如同孳息归属的确定性是法律明示的一样,投资收益的确定性也是法律明示的。按照我国《公司法》及相关法规的规定,有限责任公司股利按股东约定或按出资比例分配;股份有限公司股利按股东持有的股份比例分配。公司资产扣除负债后的全部剩余权益为所有者权益,即股东权益。据此,超出投资财产价值部分的收益之权利,也应当归属于投资人(股东)。其实,与法定孳息一样,法律对股份收益权利归属的规定,既是法律对股份收益派生性和延伸性所导致的权利归属之客观结果的确认,也是基于公司财产运作机制科学构建的必然选择。

尽管股东投资形成的股份收益归股东所有,但是如果投资的财产是赃款,那么由此所形成的收益财产,就不能归该股东所有,而应当予以追缴。这是因为:其一,如前所述,赃款权利的非法性导致了由此形成的股份收益的非法性,股东对此财产的权利应当予以剥夺;其二,公司和其他股东都没有取得此项股份收益的正当依据,任何主体获取此收益都属不当得利,而此项股份收益不能成为无主财产留存于公司。

在刑法上,有古老的“不因犯罪而获益”的理念。如果说,这一古老的理念是从道德层面直观表明了对赃款赃物投资收益予以追缴的正当性,那么对赃款赃物投资收益之派生性、延伸性和归属确定性的阐述,则是基于公司法的理念,从财产关系的内在联系,理性论证了追缴赃款赃物投资收益的正当性。

二、赃款赃物投资收益的追缴范围界定

虽然投资形成的股份收益财产与孳息财产都具有派生性、延伸性以及归属的确定性等基本的属性,但是,他们却分属于两个不同的法律制度规范体系。利息、租金分别被纳入到了借贷制度和租赁制度之中,它们同属债法规范体系;投资收益则被纳入到了公司法律制度之中,属于公司法规范体系。这两个不同法律规范体系的运作机制不同,导致了两种法律规范体系中追缴违法财产范围边界的不同。在债权关系中,对赃款赃物借贷或租赁财产的追缴,通常包括两部分,即原赃款赃物和相应的法定孳息;而在公司法律关系中,对赃款赃物投资收益追缴的财产范围包括四项:其一,原始投资财产本身的价值,即原赃款赃物价值;其二,超出原投资财产本身价值量部分的价值,这一部分财产价值在财务报表中表现为公积金(包括资本公积金和盈余公积金)和未分配利润;其三,基于股份已提取的股利;其四,公司已进行股利分配但尚未提取的股利。其中,前两项构成了股份的账面价值,应被追缴的股份承载着依附于公司法人财产中的相应价值财产。后两项都是基于股份形成的股利,无论是否提取,

实际上都是股份收益变现的财产。由此可见,对赃款赃物投资收益追缴范围的界定,实际上是对由赃款赃物投资形成的、依附于公司财产中的应当被追缴股份的界定和对应被追缴股份收益变现财产的界定。

(一)对依附于公司财产中的应追缴股份的界定

1. 应当被追缴的股份,必须是由赃款赃物投资形成的股份。这是从被追缴对象的角度来考量界定标准,其实质是通过赃款赃物与被追缴股份的直接联系,来揭示罪犯所拥有的应被追缴股份的违法性。正确认定股份是否由赃款赃物投资形成,应当注意以下几方面问题:

第一,依法确定罪犯投资财产确属赃款赃物。就刑事案件而言,赃款赃物的确定标准应当依据《刑法》第64条的规定,只要是罪犯用“违法所得”的财产进行投资的,都可视为赃款赃物的投资。

第二,只有用赃款赃物投资形成的股份,才能被追缴。罪犯拥有的、合法财产投资形成的股份,不属于应被追缴股份的范围。例如,“12.5”案主犯石某的投资,既有用抢劫银行的赃款投资,也有来自银行贷款或亲戚朋友借款的投资。罪犯用借贷钱款投资形成的股份,属于合法财产,不能计入追缴的范围。

第三,投资的赃款赃物,不限于本案对罪犯刑事责任追究所涉及的赃款赃物范围。无论罪犯是在本案还是在其他案件,也不论罪犯在其他案件的违法行为应当如何追究刑事责任,只要他获取了违法所得并将其用于投资,都属于用赃款赃物的投资,由此形成的股份应当一并追缴。这是因为对赃款赃物投资的追缴,实质上是要对罪犯投资持有股份行为作出无效的判定。

第四,追缴股份的数额应当以实际投资的赃款赃物的价值为基础来确定,不能以罪犯承担刑事责任的赃款赃物价值来取代。对罪犯刑事责任的追究应当以其犯罪行为所得的赃款赃物总额为量刑依据,但是对罪犯赃款赃物投资形成的股份追缴,既不能以罪犯行为的赃款赃物总额为依据,也不能以其分得的赃款赃物数额为依据,而只能以其实际投资的赃款赃物数额为依据。这是因为,对罪犯违法所得的追缴与对罪犯犯罪行为刑事责任的追究的原理和法律规则不同。

第五,被追缴的股份应当是赃款赃物投资到位后形成的股份。赃款赃物投资没有到位的,没有形成实际投资,则不存在可追缴的股份。如果罪犯用赃款赃物投资后又抽回,我国司法实践中对此视为未出资,^[17]按此逻辑推论,由此形成的股份就不属于应被追缴股份,但是这是可质疑的。^[18]公司对投资财产享有所有权,罪犯对投资的赃款赃物实施“抽逃”行为,是对公司财产构成侵权,而不能视作没有用赃款赃物投资,故应对罪犯持有的相应股份予以追缴,公司另对侵犯公司财产权的“抽逃”行为追究相应的责任。

2. 应当被追缴的股份,必须是罪犯所拥有的股份。这是从被追缴的主体角度考量界定标准,其实质是表明对犯罪主体拥有股份的正当性作出否定评价,而不能对非犯罪主体拥有股份的正当性予以否定。一般而言,只要罪犯以自己名义用赃款赃物进行投资形成的股份,就可以确认该股份为罪犯所拥有,属于应当被追缴的股份。如果罪犯没有以自己的名义进行投资,即便是由赃款赃物投资形成的股份,属不属于罪犯所拥有,是否应当被追缴,不能简单地做出结论,而要根据不同情况区别对待。

其一,借名的赃款赃物投资。相关司法解释将实际投资人与被借用名义的显名人之间的关系视

[17] 参见《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)》第12条。

[18] 参见沈贵明:《股东资格研究》,北京大学出版社2011年版,第228~230页;樊云慧:《从“抽逃出资”到“侵占公司财产”:一个概念的厘清——以公司注册资本登记制度改革为切入点》,《法商研究》2014年第1期。

为合同关系,而显名人与公司之间形成股东与公司的关系。^[19]据此,罪犯借用他人名义用赃款赃物投资的,形成了罪犯与被借用人之间的合同关系,这样,罪犯不具有股东资格,故不存在应被追缴的股份,只能依据罪犯与被借用人之间的合同关系,追缴原赃款赃物的相应价值财产。需要指出的是,如果罪犯用赃款赃物投资于有限责任公司后,被借名人仅仅是其名字或名称被借用了,罪犯作为投资人实际行使了股东权利,那么就应当认定罪犯享有公司的股份,^[20]并予以追缴。

其二,虚名的赃款赃物投资。罪犯以虚构的、根本不存在的主体名义,用赃款赃物进行投资,在公司文件中隐匿真实身份,但仍行使相关股东权利的,应当认定由此形成的股份为应被追缴股份。

其三,冒名的赃款赃物投资。罪犯冒用他人的姓名或名称进行投资,虽然不是以罪犯名义投资,但被冒用人不知情,实际上是罪犯行使股东权利,所以应当视为罪犯自己投资,由赃款赃物投资形成的股份应当予以追缴。

其四,罪犯用赃款赃物与他人合伙投资的,该合伙是公司股份的所有权主体,罪犯既不具有股东资格,在公司中也不持有相应的股份,^[21]所以不存在可被追缴的股份。但是,在投资的合伙组织中,罪犯用赃款赃物投资的相应财产是存在的,罪犯对这部分财产权利不能合法享有,应当按照合伙协议的相关约定,确定相应财产价值,依法予以追缴。

3. 确定应被追缴股份应当有充分的证据。界定依附于公司财产中的罪犯拥有的股份是否应当予以追缴,应当有充分的证据。从公司法的角度看,相关证据应当包括以下三个方面:

第一,证明罪犯所用的投资是赃款赃物的证据,这是确定应被追缴股份的基础性证据。对非货币财产投资,相关证据应当能够证明赃物的非法性。对赃款的投资,情况往往会比较复杂,通常可以综合考量资金流动渠道和流向、罪犯投资时所拥有的资金数量与投资数量的状况、赃款取得的时间与投资时间的关系等方面的证据,综合判定。

第二,证明罪犯享有公司股东资格的证据,这是确定应被追缴股份的关键证据。罪犯用赃款投资于上市的股份有限公司的,其股东资格可以通过查证其证券账户加以确认;罪犯用赃款赃物投资于非上市的股份有限公司或有限责任公司的,可以通过公司股东名册或公司颁发的股票、出资证明书加以确定,如无充分证据否定股东名册和持股凭证对罪犯股东资格证明内容的真实性,就可认定其具有该公司的股东资格。如果公司没有置备股东名册和持股凭证,则可以综合章程记载的情况、投资人的出资或持股情况、有限责任公司其他股东的意见以及工商登记等因素综合考量予以认定。需要特别指出的是,工商登记不能作为认定股东资格的决定性证据,这是因为工商登记能够确定的是公司的法律人格,而非股东资格,所以工商登记部门向公司颁发《企业法人营业执照》,而不能发放股票或出资证明书,股东资格的取得源于公司的认可。

第三,证明罪犯赃款赃物投资到位的证据,这是确定应被追缴股份的重要证据。确定罪犯的赃款赃物投资是否到位,最基本的标准就是证明其用于投资的赃款赃物财产所有权是否转移为公司所有。一般情况下,对不需要产权变更登记的财产,具有公司实际占有、使用、处分等方面的证据,即可确认赃款赃物财产投资到位;对投资财产需要登记证明权属的,须有该财产的产权证书变更登记为公司所有的证据。如应办理产权变更登记而没有办理相关手续的,应视公司对该财产是否实际掌控并运用

[19] 参见《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)》第24条。

[20] 同前注[18],沈贵明书。

[21] 参见沈贵明:《股份共有的公司法规范》,《法学研究》2010年第2期。

于经营活动的具体情况来认定该赃物是否投资到位。如果有公司对罪犯投资的财产已经实际控制、使用的证据,只是未进行产权变更手续的,可以认定此财产投资到位,同时补办相关手续。

(二)对应追缴股份收益变现财产的界定

罪犯从公司中获取的赃款赃物投资收益,是通过公司股利分配的途径实现的。公司股利分配形式主要有现金股利、财产股利、负债股利和股票股利。股利分配方式的不同,股东获取的财产形态也不相同。对应被追缴股份收益财产的范围,应当按照股利分配的不同方式,准确界定。

现金股利和财产股利这两种股利分配形式,都能使罪犯基于赃款赃物的投资获取相应的分配财产。罪犯基于此获取的、从公司财产中分离出来的财产,是赃款赃物投资的收益,应当依法予以追缴。需要注意的是,如果罪犯基于现金或实物的股利分配应当获取的财产没有及时从公司中领取的,这部分财产虽然仍存留于公司,但应当属于罪犯而不属于公司,故应予以追缴。

负债股利是公司以期票形式延缓支付股利,实质上是向股东借款支付股利的一种特殊的股利分配方式。罪犯获取负债股利分配的,以罪犯应被追缴股份数额所得的“延缓支付股利”价值为追缴的财产边界。由于罪犯获取股利的形式实质上是债权,只有当债权实现时其相应的财产才变现,因此对罪犯获得的负债股利,可以通过适当的方式促使债权积极兑现,方能有效追缴;当然公司作为债务人未予以兑现的,则说明该股利实际上并未实际分配,罪犯也就未因此获利,故不应当列入追缴的财产范围。需要指出的是,负债股利形成的罪犯与公司之间的“债”的关系不同于罪犯以其非法财产与他人形成的“债”的关系(如借贷),前者是股利分配的形式,“债”的不履行构成股利分配不能,不导致被追缴财产的生成;后者是罪犯对应被追缴财产的运用,如此“债”的履行不能,导致应被追缴财产的灭失,罪犯应当予以补偿。

股票股利是公司增发股票作为股利支付给股东。公司以向股东分发股票作为股利分配,其实质是将股东的股份收益再资本化,股东没有获得变现的财产,只是又增加了所拥有的股份数量。所以,罪犯所获得的股票股利财产,不能计入罪犯应被追缴的股份收益变现财产的范围,而应当将相应的股份数额追加到应被追缴股份的数额上。

对罪犯赃款赃物投资收益财产追缴范围的确定,需要有罪犯从公司股利分配中获得分配财产的证据。此方面证据主要有公司股东会分配的决议或记录,或者能够证明公司分配的其他证据,罪犯领取所分配股利财产的财务会计凭证等等。严格而言,如果没有公司股利分配的证据,仅有罪犯从公司中获取财产的证据,罪犯从公司中获取的财产,应当退还公司,而不属于应被追缴的财产。

三、赃款赃物投资收益追缴的实施

追缴赃款赃物投资的范围包括隐含于公司财产之中的股份财产和基于应被追缴股份获得的股利分配变现的财产两部分。对罪犯持有的从公司分离出来的股份收益变现财产的追缴,应当按照一般赃款赃物的追缴规则进行追缴,本文不再予以赘述。隐含于公司财产中的、由赃款赃物投资形成的股份,具有不同于一般赃款赃物的特殊性。对此类财产的追缴,不能适用一般赃款赃物的追缴规则。

(一)应被追缴股份的特性与股份追缴的实质

与一般赃款赃物相比较,应被追缴的股份具有价值量的不确定性和依附公司财产而存在的两大特性。赃款赃物投资形成的股份,其价值既由于股份交易市场因素的不确定性而具有不确定性,也因其作为公司资本组成部分,随着公司资本价值本身具有的动态性和经营风险所导致的不确定性,而具有不确定性。从本质上看,被追缴股份价值量的不确定性,根源于股份的依附性。虽然股份作为一种

财产形态,本身即是财产权利的客体,但是股份不同于其他财产的重要特性就是具有依附性。首先,股份的存在依赖于公司财产的存在。^[22]股份是股东对公司财产享有的一定比例的份额,一旦游离于公司财产之外就不能称其为公司的股份。其次,股份的表现依赖于公司财产,股份不像其他财产那样有自身存在的特定表现形式,它隐含在公司的财产之中。股东可以明确地表示公司财产中有自己的一部分,却不能表明具体哪些财产是属于股东的股份。再次,股份的价值量依附于公司财产的价值。公司的价值量随着公司的经营状况而变化,股份的价值量也必然随之变化。

应被追缴股份价值量的不确定性和对公司财产的依附性两大特性表明,对投资于公司的原赃款赃物不能直接实施追缴。第一,罪犯将赃款赃物投资于公司后,该财产成为公司法人财产的组成部分,公司是包括该财物在内的全部公司法人财产的所有权主体,应当为法律所保护。第二,股东个人财产与公司法人财产是两个不同的财产权利关系体系。如果对原赃款赃物直接实施追缴,会损害公司利益,这不仅是对公司合法权益的损害,更是对其他股东利益和相关利益主体的损害。第三,从社会经济层面看,依法维护公司财产的稳定,也有助于稳定社会经济秩序,对原赃款赃物的直接追缴,难免对公司的正常经营活动形成干扰,不利于维系社会经济秩序的稳定。当然,不对原赃款赃物进行直接追缴,并不是不追缴罪犯的违法所得,而是要对罪犯基于赃款赃物投资后持有的相应的股份实施追缴。

对罪犯持有的、应被追缴的股份实施追缴,就是要剥夺其持有该股份权利资格,强制转让罪犯拥有的股份,但却不能将此股份直接转让给原财产权利主体。因为向公司投资是法律行为,投资人的意思表示是基本的构成要件。原财产权利主体当时没有投资的意思表示,不具备当然接受被追缴股份的资格。尤其在人合性因素较浓的有限责任公司中,股东资格的变化会影响到公司的稳定性。所以,原财产权利主体既不能得到原财产的返还,也不能直接享有相应的股份,只能通过司法机关依法实施的追缴措施,获得被追缴股份变现的货币财产。可见,对罪犯实施相关股份的追缴,实质上是对该股份的变现追缴,或者说价值追缴,而价值追缴能否有效实施取决于两个关键环节:被追缴股份价值的足额确定和避免对公司利益的损害。

(二) 足额确定被追缴之股份价值的方法

在能反映股份价值的票面价格、账面价格和交易价格这三种价格形式中,只有交易价格最能反映股份的真实价值。但是,对被追缴股份的价值不能基于当事人意思自治的自愿交易方式来确定,这就需要借助“世界上最古老的价格发现机制”^[23]——拍卖来确定。最高人民法院司法解释规定,对追缴“财产进行变价处理时,应当首先采取拍卖的方式”。^[24]

公司组织形式的不同,股份的交易方式也不同,由此导致对被追缴股份价值确定的具体方法也不同。上市公司的股票交易和信息披露规则,形成了有效的股票价格发现机制。对上市公司的应被追缴股份的追缴,应当通过证券交易所实施司法委托拍卖,相关受托机构应当按照证券法和证券交易所上市交易规则对被追缴股份进行拍卖变价。如果非上市的股份有限公司的股份是在相关股权或产

[22] 正如特定的股东只存在于特定的公司,股东与公司相互依存一样,特定的股份也只存在于特定的公司财产之中,股份与公司财产也是相互依赖的,股份依附于公司财产,公司财产依赖于股份的存在。基于本文的主旨,在此只论述股份对公司的依附。

[23] 殷红:《几类特性物品的拍卖机制设计理论及方法研究》,武汉大学2005年博士学位论文,第11页。

[24] 《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第2条。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第7条第2款也规定,“以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的,对违法犯罪行为予以追究、处罚时,应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权。”对赃款赃物投资形成股权处置的具体操作包括追缴和处理两部分,处理涉及返还受害人或收归国有等问题。本文只研究追缴问题。显然,最高人民法院的这一司法解释也为拍卖赃款赃物投资形成的股权提供了司法依据。

权交易所(如北京、天津、上海、河南、贵州等地方国资委或财政厅设立的股权或产权交易所)进行交易的,那么对此类公司的应被追缴股份的追缴,应当通过该产权交易所实施司法委托拍卖,相关受托机构应当按照法律法规和产权交易所的交易规则对被追缴股份进行拍卖变价。对其他股份有限公司和有限责任公司被追缴股份的拍卖,应当依法委托有拍卖资质的机构进行。

按照相关法规和司法解释的规定,“拍卖应当确定保留价”,“拍卖标的有保留价的,竞买人的最高应价未达到保留价时,该应价不发生效力,拍卖师应当停止拍卖标的的拍卖”。^[25]确定拍卖保留价,是对被追缴股份进行足额拍卖的基本保障措施。一般情况下,被追缴股份的拍卖价应当高于保留价,但是,倘若被追缴股份拍卖竞价低于保留价,应当如何处理?在民事执行中如果流拍的或最高应价低于保留价的,“申请执行人或者其他执行债权人拒绝接受或者依法不能交付其抵债的,人民法院应当解除查封、扣押,并将该财产退还被执行人。”^[26]但是,这一规定不宜适用于被追缴股份的拍卖。民事执行的拍卖是基于债权人的申请进行的,而对被追缴股份的拍卖则是人民法院依职权进行的,不存在当事人的委托,不能依据当事人的意愿终结拍卖或者结束对被追缴股份的价值变现。为了有效实施对罪犯赃款赃物投资的追缴,必须对被追缴股份予以价值变现,否则就不能将相应价值的财产从公司财产中分离出来。因此,当竞买人的最高应价低于保留价时,应当容许低于保留价拍卖。对有限责任公司被追缴股份的拍卖,当无人竞买时,应当容许通过议价变卖。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第7条第2款的规定也明确表明,可以通过变卖方式追缴股份。

(三) 股份追缴的实施与其他法律规则的协调

由于股份依附于公司财产,导致对罪犯相关股份的追缴极有可能触及公司利益。公司的组织形式不同,追缴股份对公司造成的影响当然也有差异。因此,在实施追缴的过程中,应当注意不同公司的不同特性,遵循公司法规范和公司法原理,避免伤及公司利益。

1. 股份有限公司股份追缴的实施。基于股份自由转让的特性,对股份有限公司股份的追缴,通常不会伤及公司利益。在此需要特别指出的是,《公司法》对发起人和董事、监事、高级管理人员股份转让的禁止或限制性规定,包括发起人持有的本公司股份在一定时间内禁止转让,董事、监事、高级管理人员在任职期间每年转让的股份比例的限制等规定,因立法所防范的主体恶性倾向,在股份追缴的环境中已不复存在,所以没有适用之必要。

对罪犯持有的上市公司股份的追缴,应当遵循证券交易的相关法律法规。被追缴的上市公司的股份超过5%时,或者竞买人单独、共同受让公司股份达到所发行的股份5%时,都应当在3日内向证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告,通知该上市公司,并予公告。如果竞买人单独或共同受让公司股份达到发行股份的30%时,该竞买人或受让人继续进行收购的,应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。一般情况下,除了经股东大会表决通过,为了减少该公司注册资本,或者为了将股份奖励给本公司职工,公司不能参与被追缴股份的竞买。

2. 有限责任公司股份追缴的实施。有限责任公司具有人合性因素,使得公司的存续和发展仰赖于股东之间的彼此信任。为了避免因股份的追缴而更换股东,进而伤及公司的稳定性,应当允许司法机关依法采用价值替代的追缴方式,用罪犯相应价值的财产替代股份的追缴。

允许对有限责任公司的应被追缴股份实施价值替代追缴,是否意味着应当适用“财产除尽原

[25] 《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第8条,《中华人民共和国民事诉讼法》第50条。

[26] 《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第35条。

则”呢?所谓“财产除尽原则”是指只有当被执行人无其他可供执行的财产时,才能执行其持有的股份。^[27]“财产除尽原则”的法律基础在于对当事人私权处分的尊重和“及时充分实现债权人的利益”^[28]的制度目的。有限责任公司股份的变现要比其他财产变现困难得多,所以人民法院在一般民事强制执行时,一旦被执行人“在限期内提供了方便执行的其他财产”,就“应当首先执行其他财产”。^[29]但是,对罪犯股份的追缴,不宜强调“财产除尽原则”,是否采用价值替代追缴,不能以被执行人的意愿为基点,而应当综合考量相关各方面的实际具体情况:其一,采取价值替代追缴方式应当更显方便,即更便于实施对罪犯股份的追缴;其二,采取价值替代追缴方式,应当更有助于提高追缴的价值数额,相关财产的变现价值减损程度应当更低;其三,采取价值替代追缴不应当对被执行人及相关人员(如亲属人员,被抚养、照顾人员)的正常生活产生较大影响。

对罪犯持有股份的追缴,若不能或不宜采用价值替代的方式实施,绕不开的公司法问题就是如何保障其他股东的优先购买权。公司立法为预防因股份转让导致有限责任公司的不稳定,在公司股份向外转让时赋予其他股东优先购买权。为了保障股东优先购买权不被侵害,《公司法》第73条专门规定,“人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时,应当通知公司及全体股东,其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的,视为放弃优先购买权。”但其他股东的优先购买权会与股份拍卖规则形成的竞买人购买权发生冲突,对此如何处理?有人主张对有限责任公司股份的强制执行应当适用最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(以下简称“拍卖规定”)的相关规定,即“其他股东自人民法院书面通知其股权转让价格或其他转让条件时起满二十日不行使优先购买权的,视为放弃优先购买权。”“优先购买权人应在拍卖现场行使权利”。^[30]此主张显然是不正确的,它混淆了一般民事“优先权”与有限责任公司股东优先购买权的不同内涵和相关规则的不同功能。要对有限责任公司的股份实施规范的追缴,须协调“拍卖规定”与股东的优先购买权规则,应当注意以下几点:

第一,合理对接人民法院对公司和其他股东的通知时间和股份拍卖的时间。知晓股份被拍卖的相关信息,是股东决定是否行使优先购买权的基础,而此信息只能来源于人民法院。人民法院应当将与被追缴股份变价相关的信息,尽可能详细地通知公司和股东。这些信息是与拍卖规则相联系的,人民法院对公司和股东通知的时间,可参照拍卖法的规定确定在拍卖公告日或者之后,也可与一般拍卖中的司法规则相一致。这样确定人民法院的通知时间,可以与拍卖的相关程序、规则相联系,又使股东在20日内作出是否行使优先购买权的期限安排趋于合理,使股东在拍卖前即知晓拍卖的有关信息,以便准备出席拍卖现场,作出是否行使优先购买权的决定。

第二,合理协调股东对优先购买权是否行使的意思表示期限和竞拍价的生效之间的关系。“拍卖规定”第16条规定,“拍卖过程中,有最高应价时,优先购买人可以表示以该最高价买受,如无更高应价,则拍归优先购买权人;如有更高应价,而优先购买权人不作表示的,则拍归该应价最高的竞买人。”按此规定,优先权人应当在拍卖中当场决定是否行使优先权。本文不主张在对有限责任公司股权追缴的拍卖中适用这一规定,因为适用该条规定的结果不仅与《公司法》第73条的规定不相符合,

[27] 参见童兆洪编著:《民事执行调查与分析》,人民法院出版社2005年版,第472页;戴俊勇:《论强制执行中的有限责任公司股权处分原则》,《人民司法》2006年第10期。

[28] 蔡世军:《股权强制执行的基本原则》,《人民司法》2007年第2期。

[29] 《最高人民法院关于冻结和拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》第8条。

[30] 高情倩:《股权强制执行的理论依据与难点探讨》,《山东审判》2008年第5期。

而且也与《公司法》赋予其他股东优先购买权的立法精神相背离。《公司法》赋予有限责任公司股东优先购买权是为了维系公司原有的股东关系,尽量避免新的投资人通过受让股份成为新的股东,否则会导致公司新老股东之间人合性程度的降低,危及公司的稳定。股东要决定是否行使优先购买权,首先要了解购买股份的投资人基本状况,然后评估与其合作的可能性,除此之外,股东如果认为需要行使此权利,还需要相应的资金支持,而这些股东的资金拥有量,往往与有备而来的竞买人相比处于劣势,势必设法筹资。要实现法律赋予股东优先购买权的立法目的,在股份拍卖中就必须同时给予其足够的考量时间,而不能将其与其他竞买人等量齐观。所以,在股份拍卖中,股东决定是否行使优先购买权的期限不能适用“拍卖规则”第16条的规定,而应当依据《公司法》第73条的规定,即“自人民法院通知之日起满二十日”。

股东对优先购买权做出意思表示的法定期限,也与《拍卖法》第51条“竞买人的最高应价经拍卖师落槌或者以其他公开表示买定的方式确认后,拍卖成交”之规定相冲突。如何合理协调股东决定行使优先购买权的意思表示期限和拍卖竞价生效规则的关系?首先,从法理角度看,就拍卖规则的法域分析,拍卖法的规范为一般法律规范,公司法的规范为特别规范,按照特别规范优于一般规范的原理,《公司法》的规范应当优先适用于《拍卖法》的规范。其次,从具体操作实施方面看,规定期限届满时股东决定行使优先购买权的,则买受人移位于享有优先权的股东;期限届满时股东决定放弃优先购买权的,则买受人仍为拍卖中“最高应价购得拍卖标的的竞买人”。这一规则应当予以公告,并在拍卖实施时列为拍卖规则,由拍卖师在拍卖前与其他拍卖规则一并宣布。

如有两名以上股东行使优先购买权的,不能适用“拍卖办法”第16条规定的“以抽签方式决定买受人”,而应当按照《公司法》第71条的规定,由行使优先购买权股东“协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。”这不仅是因为“拍卖办法”的效力层次不及《公司法》的规定,更重要的是“拍卖办法”第16条的规定与《公司法》赋予股东优先购买权的立法精神不合。前者所规定的优先权是彼此没有利益关系的独立主体对拍卖标的的受让,可以通过抽签方式决定某一主体全部受让标的,避免共同受让可能引发的新的利益纷争;而后者是彼此在公司内部有稳定的利益关系的主体,按一定规则共同分享优先购买权,更有利于维系原有关系的持续稳定,也与公司立法赋予股东优先购买权的立法精神相一致。

股东能否行使部分优先购买权?有的持否定主张;有的持肯定态度。^[31] 本文认为,应当允许股东行使部分优先购买权,但应当征得“受让人的同意”,^[32] 尤其在拍卖中,更应当征得最高应价购得拍卖标的之竞买人的同意。显然,股东行使部分优先购买权,会减少原受让人所希望受让的股份数量,从而改变其所希望在公司中所拥有的股份比例。所以,一方面,如果否定行使部分优先购买权,实际上也否定了买受人意思自治的“私权”;另一方面,如果许可股东行使部分优先购买权,会损害买受人的利益,重创拍卖制度。唯有将股东行使部分优先购买权的可能性置于买受人的意志之下方为上策。

(特约编辑:季奎明)

[31] 参见马万飞、纪敏:《股权强制执行问题探讨》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2006年第1期;同前注[30],高倩倩文。

[32] 同前注[18],沈贵明书,第159~160页。