

2024

TRUSMATIC  
中国企业家法律风险报告  
China's Entrepreneur Legal Risk Report  
LAW FIRM

# 卷首语



## 邹佳铭

法学博士，牛津大学访问学者；  
北京和昶律师事务所主任；  
G20反腐败追逃追赃研究中心兼职研究员；  
财新网“观点”和新浪网“意见领袖”专栏作家；  
2017年《亚洲法律评论》“中国十五佳诉讼律师”；  
2015年《亚洲法律评论》“中国最佳女律师”；  
2022年被聘为《中小企业合规管理体系有效性评价》  
团体标准起草人。

专业领域：刑事辩护、合规  
联系方式：jiaming.zou@trusmatic.com

“爆雷”已经成为一个高频词，从前几年的P2P、私募、信托，到今年的房地产巨鳄，真可谓“大江东去，浪淘尽风流人物”。他们都曾站在行业的巅峰，做错了什么，坠落谷底？也许都是之前的“成功”沿袭而至。

因为为汉能集团某高管涉嫌合同诈骗罪辩护，我有机会“认识”了未到案的汉能集团创始人——李河君，从首富到被调查，他似乎是一个矛盾的统一体：抱负和贪婪、坚韧和赌性、胆识和独断……，区别可能仅在成败之间。而成败除了个人因素，还有时代大背景。个人的命运，就是时代的缩影。

### 01

李河君的人生有三次高光时刻，第一次是2002年投资146亿，耗时9年，建成我国最大的民营水电站——金安桥水电站，规模超过葛洲坝水电站。

第二次是2012年，他斥资500亿在国际上一举收购了四家薄膜发电技术最顶尖的公司，汉能控股成为世界上规模最大、产业最全、技术最先进的薄膜太阳能企业。

第三次是2013年汉能上市，不到两年时间市值突破3000亿，2015年3月李河君以1653亿元的身家，成为中国新首富。

三次走到行业巅峰，李河君无疑有过人之处。

坐拥世界上最大的民营水电站，日进千万，他本可以坐享其成，用他的话说，就是“什么都不干，天天打高尔夫。”但是，他说希望通过薄膜发电改变能源格局，改变世界。在市场一致看好晶硅电池优势的情况下，他独辟蹊径，选择了技术门槛更高，更具有未来的薄膜电池路线。现在看来，这句话显然落空了，但我们不能否定他的野心或抱负。

其次是胆识，无论是押上全部身家投资金安桥水电站，还是斥巨资收购国外四家拥有最先进薄膜发电技术的公司，选择更具有挑战的薄膜电池技术，

困难和风险都是明摆的，需要巨大的勇气。用李河君自己的话说：“我们就是要走别人不敢走的路。”投资金安桥水电站和挑战薄膜电池路线，都是别人不敢走的路。结果虽然不同，但是敢于冒险，就是企业家的特质。

当然，也有人说李河君是豪赌者。到底是赌性还是胆识，可能更多的是从结果评判。比亚迪的刀片电池，包括磷酸铁锂电池路线，当年面对的质疑也非常多，只到近几年才获得二级市场的真正认可，这是因为比亚迪累计研发投入超过千亿元，用坚持和努力走通了这条路。

所以，仅从结果评判难免片面，症结可能在于，汉能收购技术之后，持续研发投入不足，技术没有很好地消化吸收突破，很多技术没有落地量产为产品。某种程度上，技术更多作为讲故事的素材，没有成为产品的护城河。

“伟大的抱负后面是能力”，比敢于冒险选择一条无人敢走的路同样重要的，是长期投入和累积，构建企业的技术和组织能力。

## 02

有人说李河君是“资本玩家”，就在于他把汉能的根基建立在资本运作上。在登上人生巅峰前后，李河君有两次至暗时刻，遭遇资金链断裂。

第一次是2003年，因为未批先建金安桥水电站，政府勒令停工，银行停贷。危急时刻凸显他的韧性，不仅出售了在水电站，还从公司高管和家里借钱投资。同时，他还将政府告上法庭，由于存在与云南政府的合法合同，法院支持了他的诉求。后又有一笔神秘资金相助，他赌赢了，赢来了人生的高光时刻。金安桥水电站为他带来了源源不断的现金流，助他进军光伏发电领域。

第二次是2015年5月汉能股价遭遇腰斩，因为涉嫌关联交易和操纵股市，被香港证监会停牌。没有了资本市场的“输血”，银行、民间借贷等融资途径也被堵死，汉能再次陷入资金链断裂的困境。人都是有路径依赖的。即使因为关联交易被停牌，为复牌，李河君还是选择了通过关联交易做大业绩。

起诉书指控，汉能掩盖薄膜技术不成熟的情况，与地方政府合作光伏产业园。通过关联公司向汉能与地方国企合资成立的公司（以下简称“合资公司”）供应设备的形式，将地方国企的资金套入汉能，挪作他用，不能履行合同规定的设备交付义务涉嫌合同诈骗罪。

这与在资本市场上的关联交易如出一辙。后者是通过上市公司卖设备给汉能集团，汉能集团再出售材料给下游企业或关联公司。“全球最大的薄膜生

产商，同样也是最大的薄膜购买者。”这其实也是资本市场最忌讳的欺诈投资者的行为，已经涉嫌刑事犯罪。

由于汉能不配合香港证监会的调查，香港证监会在大陆又没有调查权，只能对汉能做出退市的行政处罚。至此，汉能是侥幸的，这也埋下了再次关联交易被指控犯罪的种子。

### 03

两次资金链断裂，结局天壤之别。原因无外乎时代变了。成功的背后埋伏着失败，幸运的背后暗含不幸，根源在于我们很容易夸大个人因素，忽视时代背景。

第一次他赢了，当然得益于他个人的抱负、胆识和坚韧，但是更有那个冲破枷锁、万物勃发、“水大鱼大”的时代。2000年国家开始实施西部大开发战略，很多地方遭遇“电荒”，国家倡导民营资本进入能源行业，金安桥水电站的建设正逢其时。后虽涉嫌违建，但政府违约在先，使得他赢得了诉讼，可谓绝处逢生。看得见的前景让人解囊相救，终于柳暗花明又一村。

2017年汉能与地方政府合作产业园项目，明显违约在先，虽然问题还是出在关联交易，但是受损失的是地方国企。在地方政府给汉能的函件中，多次强调履约关系到国有资产的安全。不知是他未意识到这句话的含义，还是此时已经无能为力。总之，这一次他没有那么幸运，在多次催交设备未果的情况下，公安快速介入，一切谎言被揭穿，关联交易造成国企巨额损失，汉能被以合同诈骗罪指控。

作为律师，我并不认为这是典型的诈骗，毕竟汉能有技术，只是夸大了技术的成熟度，并不是无中生有，虚构事实。他也未必想拿了设备款跑路，只不过想借国企资金做大业绩，重回资本市场。他常对下属说的一句话就是：“等复盘之后，所有的问题就都解决了。”

但这一次他赌输了。香港证监会仍以涉嫌关联交易为由，拒绝汉能复盘，它曾想回归A股，也未成功，厄运接踵而至：产业园项目涉嫌犯罪被立案调查的同时，李河君还因卷入锦州银行案被带走。不久，汉能系九家核心公司遭破产清算，昔日新能源巨头崩盘。

李河君曾解释被退市的原因是“汉能对资本市场不熟悉”，这也许并不是借口。我们仍把股市投资叫做“炒股”，就是追涨杀跌。在这个“投资”逻辑下，创造价值不是最重要的，最重要的是做高股价。但是，虚高股价就是欺诈犯罪。

## 04

其实，他不仅是不熟悉资本市场规则，还缺乏法律意识。否则，他不会在与地方政府合作的过程中，故伎重演关联交易，“命运的礼物早就暗中标注了价格”，最终付出了自由的代价。

司法是受政策影响的，在经济发展的不同阶段，执法的力度也会不同。中国经济早期的粗放经营、野蛮生长，已经带来众多社会问题，当市场向精益成长转型的过程中，需要刑罚整治来规范。

同时，法律也是讲政治的，李河君通过与地方政府合作光伏产业园项目融资，已经触碰了国有资产安全这条底线。放眼其他爆雷企业，无不是与民生、国家安全等底线相关。企业越大，责任越大，风险越大。水大不仅能养大鱼，也有更多风浪。

一鲸落，很多时候并不是万物生，而是大量上下游企业破产、员工欠薪、行业凋零……。汉能和李河君都不是个例，多个行业大鳄爆雷的背后，折射出我们的监管和治理能力的问题。汉能走到崩盘这一步，一路有监管、中介机构、银行、地方政府等加持，却没有亮起红灯。直到上百亿的窟窿补不上时，就直接上了最严厉的刑罚。其实，抓人判刑很容易，但是它是一把双刃剑，汉能被调查之后，企业破产，顶尖的技术和人才流失，员工失业……，最终受损的是社会。

冒险和逐利，是企业家的特质，本身没有对错，问题出在环境。就像是行驶在高速公路上的汽车，如果没有行车线和红绿灯，一定会经常出现车毁人亡的严重后果。所以，相比事后的处罚，事中的监管和规范更重要。中国经济的转型，不仅呼唤守规则、做实事的企业家，也需要国家和社会治理能力的同步跟进！

邹佳铭

2024年3月

# 目录

Contents

	<b>卷首语</b>	<b>01-04</b>
<b>一</b>	<b>公司治理决定中企境外业务的成败</b> -吴乐茗	<b>06-10</b>
<b>二</b>	<b>民营企业融资风险提示及防范</b> -杨俊芳	<b>11-15</b>
<b>三</b>	<b>经营困难不是不发年终奖的“免死金牌”</b> -汤婷	<b>16-19</b>
<b>四</b>	<b>国企高管是高风险人群</b> -邹佳铭	<b>20-24</b>
<b>五</b>	<b>从黄光裕案看内幕交易罪认定中的两个误区</b> -杨照东	<b>25-30</b>
<b>六</b>	<b>中国民营企业的十大危局</b> -王亮亮	<b>31-38</b>
<b>七</b>	<b>企业如何应对税务稽查</b> -王亮亮	<b>39-42</b>
<b>八</b>	<b>不正当关联交易的风险及防控</b> -赵博文	<b>43-47</b>
<b>九</b>	<b>如何避免被职务侵占罪“误杀”</b> -张婷婷	<b>48-51</b>
<b>十</b>	<b>内控, 就是做好放权和分权</b> -张卫峡	<b>52-55</b>

# 公司治理

## 决定中企境外业务的成败

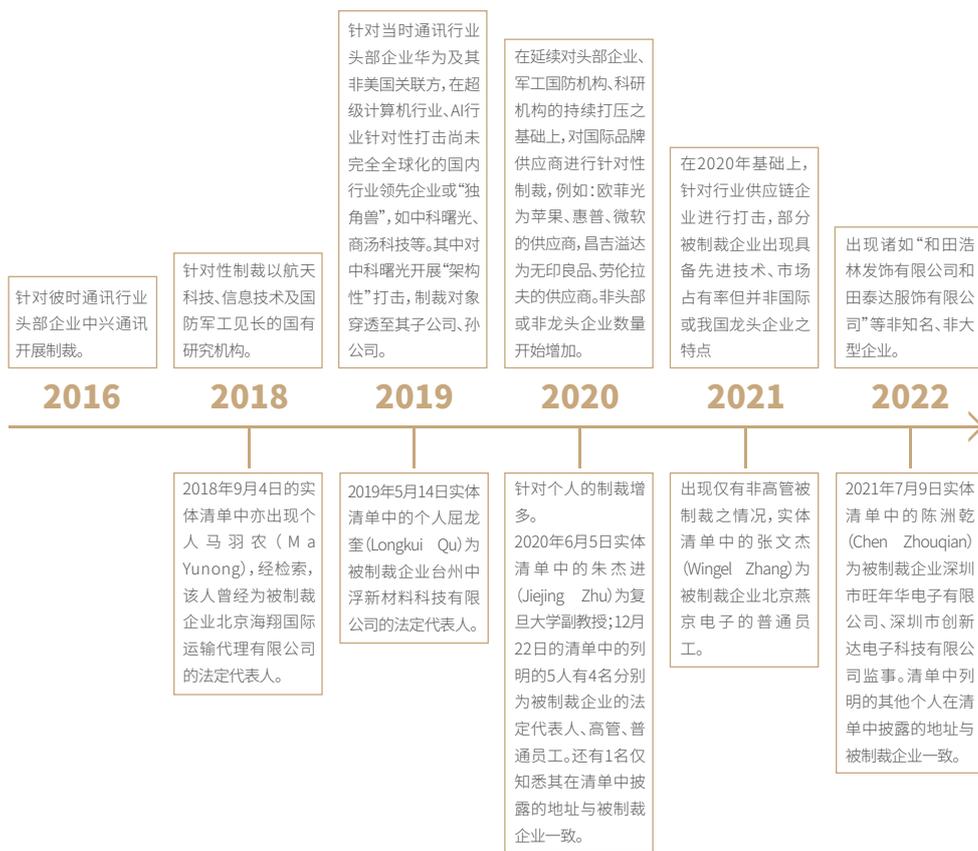
吴乐茗

### 一、什么是公司治理？

公司治理包括企业开设、运营基本原则、投资者权利保护的实现方式，以及企业董事、监事、经理等高级管理人员所应当遵循的基本的行为准则和职业道德等内容。而公司治理服务商与律师事务所、会计师事务所等同为专业服务机构，为企业提供上述服务。公司治理服务商内部通常拥有大量由国际公司治理组织颁发专业资格的持牌人士。公司治理服务商在向企业提供服务的过程中，需要因应各种外在法规及内部风控需要而收集大量企业运营产生的商业信息，各类信息拼接后即可获取企业部分甚至全境内外架构、企业运营方式，理论上可以进而分析得到企业的优势、短板和整体、项目单一供应链搭建情况。大量企业信息汇集后，即可拼接我国特定行业发展情况，结合国家产业政策扶持方向。

因我国境内尤其以内地为典型的公司治理服务商尚未体系性发展，我国市场对公司治理服务商尚未形成完整认知。在此情况下，中企于出海时必须依赖的公司治理商，通常由其它发达国家为主的大型服务机构提供，而相关服务亦经常隐藏于各服务中企的专业机构的分包服务当中。

## 二、与境外服务商及合作方互动时应否就资料分享提高警觉？



思考点：为什么美国对中共的制裁日加精准，例不虚发？

## 三、企业主要境外信息泄漏点

近年来，国家大力推行企业合规体系建设。虽已初见成效，但在中美大国博弈之背景下，中企在境外之活动经常面临着制裁及被调查之风险。中企于境外所合之“规”基本上永无止境，相关行业的长远发展也将受制于此。因此，若企业对外方所能从其获得之商业信息稍加注意，在合法合规情况下该给的资料当应分享的前提下，从易位思考角度，资料未经提炼便对外分享，会否造成获取方的误解而引致不必要的麻烦及风险？

经总结，企业在运营过程中，信息分享而最容易引起风险及问题的五个维度为：

- 公司治理服务商
- 银行及金融、证券服务机构

- 财务、法律、翻译、商业顾问，数据分析服务商等各类境外专业咨询、服务合作机构
- 供应商、具备强议价能力的客户等商业合作伙伴
- 基于监管原因的境外政府部门之信息披露要求

其中，因公司治理服务商在中企全球化布局过程中扮演了极其重要的角色，中企极难绕开此类机构所提供的服务，但大部分企业未意识到外国之公司治理服务商在企业境外甚至境内重要商业信息获得的可能性，加之我国市场内尚无较具全球经验的本地可提供“出海”全方位服务公司治理服务，故下述分析将围绕公司治理服务商之服务类型进行介绍展开。

## 四、公司治理服务商服务范围及中国公司治理服务商发展现状

### （一）公司治理的定义及公司治理服务商业务范围及信息共享注意要点

截至目前，公司治理于全球范围内实践层面尚无准确的唯一定义。香港因其金融地位及专业服务市场的成熟性，长期以来充当着中企“出海”跳板的角色。故此处以香港公司治理服务商为典型，进行公司治理服务商业务范围分析。下图架构为比较系统介绍公司治理服务之细分（不同的公司治理商经常只在某一服务范围提供针对性服务），而我们又对其中三种进行简单介绍。

#### 1. 针对境外业务公司（运营公司）

因各中企境外业务发展针对市场不同，中企选择之控股平台、业务公司设立国均不尽相同。

无论上述离岸公司还是此处所指境外业务公司，世界范围内有大量国家存在聘任本地人出任董事的要求、特殊行业本地股东持股要求。公司治理服务商若深耕于此板块，需要积累大量的海外资源以协助企业匹配“绝对可靠”适格人士。更需具备境外可信任的专业团队为企业提供投资审查、营商分析、税务筹划等法律、财务及运营专业建议。此业务板块需要积累大量的客户资源及合作方资源才能达到规模效应，是公司治理服务商业务领域中资源门槛最高之服务内容。同时，因此类服务伴随企业“出海”全流程，企业核心商业信息往往需要进行高度分享。出于伴随性服务特性，公司治理服务商“往往需要”在服务过程中了解企业发展规划、资金安排、人事管理并提出于企业内部视角的“量身定制商业运营咨询服务”进而与企业深度绑定，为企业提供持续性服务并嵌入企业运营结构、流程。在大量企业核心商业信息全盘分享的过程，企业应否就只相信服务商提供的一纸保密协议及他们所承诺的内部信息分享防火墙安排？

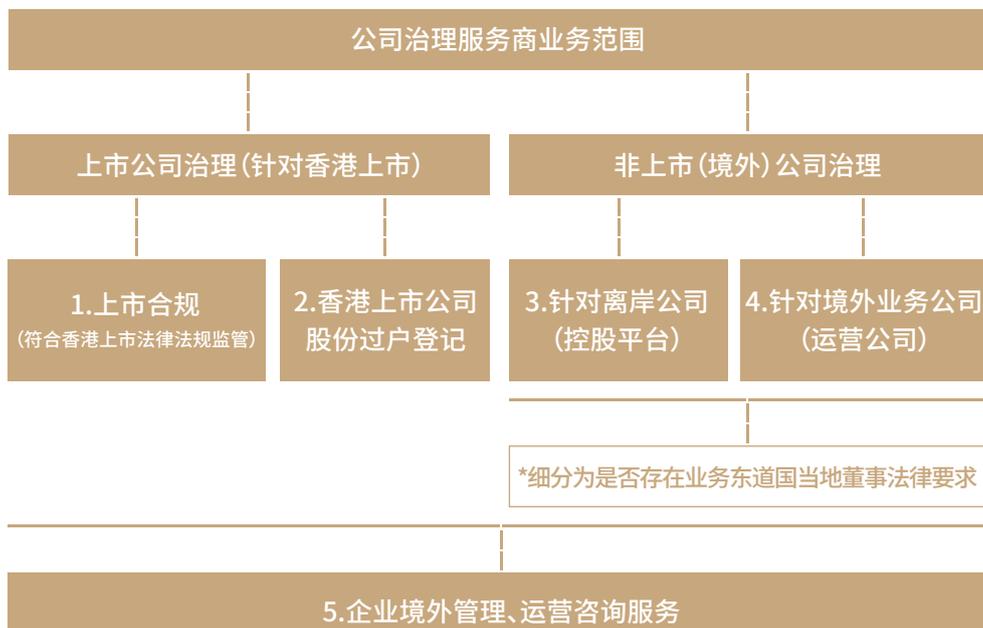


图1 公司治理服务商业业务范围

### 2. 针对离岸公司 (控股平台)

离岸国是指为企业为合理避税、隐藏控股架构等服务的离岸岛国，典型例子为英属维尔京群岛、开曼群岛等。因受《经济实质法》监管，于离岸岛国设立子公司的企业必须披露其在该国的业务性质及相关细分资料。故企业需通过公司治理服务商披露整合、梳理相关信息，若企业不对分享信息进行提炼，过程中便可能提供过度。

### 3. 企业境外管理、运营咨询服务

因中企尤其非头部、超大型企业，于海外商业运营经验通常相较缺乏。此业务板块与上述相关内容极易产生承继效应。当单一公司治理服务商可提供综合性服务并绑定相对稳定的市场资源及合作资源后，即着力于发展商业咨询及专业服务。

## (二) 中国公司治理服务商发展现状

中国内地公司治理服务商目前少有专门针对中企出海之服务主体；即使于北上广深一线城市存在少量此类供应商，因发展时限较短，承接后多转介于香港或世界各地公司治理服务商完成。

同时，在中企披露敏感商业信息最多之范围——境外业务公司设立服务此一范围之所以一直没有我国背景公司治理商深度参与，主要是因为这需要拥有全球多个国家的公司治理实战运营经验，以及下文分享之企业供应商采购政策有关。

## 五、信息披露平衡点的重要性及平衡路径

中企于境外运营、开展商业活动，其外部各合作方基于合规要求确有尽职了解义务。为维持良性合作关系，在合法、合理的基础上，中企应当承担有限度的信息披露责任。在信息披露过程中，合法性分析可依靠企业法务团队、外部法律顾问提供，合理性却须结合大量的商业及境外公司治理工作上累积之谈判经验。例如不给予某类被认为是敏感之商业信息，但又在符合相关法规的要求下给予其它资料作为替代方案。这需要有相关实操经验之人员协助及培训。

企业信息安全现已是关乎行业发展、国家战略实施。有效可行商业信息对外分享可控手段及满足境外商业现实需求的方案的建立（不能因为敏感便什么也不提供）势在必行。我国应当重视此类问题，从根本上、源头上注意企业商业信息对外分享所可能产生之各种不可控后果风险，亦可考虑反向收集提供服务的公司治理商的更多信息，以进行合作可靠性的调研工作。

中企特别是具备规模的国企及民企，在挑选各种服务商的招标及入库程序中，往往会以业界最具规模、大型项目经验最多，以及服务价格最低作为综合评审标准。境外公司治理服务数十年几乎为境外发达地区企业的天下，这和有志于发展这行业的中资机构不可能在上述招标和入库程序中获得任何机会不无关系。小树苗如果没有成长的土壤，往后我们又怎能在这个对中企出海非常重要的服务范围拥有我们的人才队伍呢？

# 民营企业融资风险提示及防范

杨俊芳

民营企业融资难是普遍现象。资金作为公司的血液，不可或缺。企业不论大小都存在不同的融资挑战。本文以“说明书”的方式，不仅给民营企业列出了可以采取的融资方式清单，而且重点提示了不同融资方式潜在的风险及应对措施，企业可以对症下药。

## 一、债权融资

融资模式		释义	适合企业	存在风险及应对
债权融资	民间借贷	是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间，而非经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构进行资金融通的行为。	各类企业	<ol style="list-style-type: none"> <li><b>关联企业间无偿借款时的税务风险。</b> 此种情况税务局视同销售贷款服务，出借资金的关联企业存在补缴增值税及调整所得税的风险，除非能证明自己借款理由的正当性，确属“无偿”。</li> <li><b>非法集资风险。</b> 如：企业可以向本企业职工借款用于生产经营，但不得通过企业职工个人名义向亲友借款等途径向社会不特定群体吸收资金，否则涉嫌构成非法吸收公众存款罪。</li> </ol>
	非标融资 银行贷款	指贷款人对借款人提供的并按约定的利率和期限还本付息的货币资金。	及有抵押押物的小微企业，面向大中型企业	<ol style="list-style-type: none"> <li><b>联保互保方式引发的连带责任风险。</b> 慎用或不用此种融资方式，已有的尽早用其他方式置换，以防范多米诺骨牌效应风险的发生。</li> <li><b>过桥资金引发的资金链断裂风险。</b> 应充分考虑企业自身经营状况及银行发放贷款的可能性，避免使用过桥资金但贷款未发放，导致负债过重以致企业资金链断裂。</li> <li><b>刑事风险。</b> 其一，如合同中贷款目的及贷款用途不正确填写，导致企业被要求提前还贷及法人、经办人涉嫌骗取贷款罪的法律风险。建议企业严格审核贷款合同，对合同中的非格式部分审慎对待；其二，勿将企业从银行等金融机构融资来的资金用于放贷，以防涉嫌高利转贷罪的刑事风险的发生。</li> </ol>

融资模式		释义	适合企业	存在风险及应对
债权融资	非标融资	银行承兑汇票	大中型优质企业	<p><b>1、纸票被盗或丢失的交接风险。</b>需要建立严格的交接制度，如专人负责接收、保留票据的完整复印件、合同谈判中明确票据交接的方式并写入合同等。</p> <p><b>2、因贸易不真实导致的三种风险。</b>其一，无法收到贸易商品的风险；其二，汇票到期可能无法偿还的风险；其三，税务风险，即出票方在采购货物时，取得增值税发票即使已经认证抵扣，也需要向税务局补缴税款，严重的情况下，还可能缴纳滞纳金和罚款。因此融资企业开票前需要确保贸易的真实性，去除侥幸心理，切实做到合法合规经营。</p> <p><b>3、避免汇票因记载事项瑕疵而无效的风险。</b>建议企业全面了解汇票必须记载的事项，如标明“银行承兑汇票”字样、无条件支付的委托、确定的金额、付款人名称、收款人名称、出票日期、出票人签章等事项。欠缺上述记载事项之一的，汇票无效。</p> <p><b>4、避免票据背书不连续导致无法贴现与解付的风险。</b>企业应要求操作人员熟悉票据操作业务。</p>
		商业承兑汇票		是由银行、农村信用合作社、财务公司以外的法人或非法人组织承兑的商业汇票。
	信托贷款	是指受托人接受委托人的委托，将委托人存入的资金，按其(或信托计划中)制定的对象、用途、期限、利率与金融等发放贷款，并负责到期收回贷款本息的一项金融业务。	大中型企业	<p><b>到期无法还款可能被纳入不良征信的风险。</b>一方面企业筹措资金时要充分考虑自己还款能力；另一方面在即将逾期前跟委托人及信托机构做好沟通，争取展期，以时间换空间，争取展期内还款，以防不良征信记录对企业未来的融资造成更大的压力。</p>
	小贷公司贷款	是指由地方金融监管部门批准设立的具备放贷资质的机构，一定区域内，向中小微企业等客户提供的额度较小的一种贷款服务。	中小微企业	<p><b>融资成本过高的风险。</b>对于小贷公司提前收取砍头息、保证金或者手续费等名目，企业要计入综合融资成本，防止被动增加融资成本；同时要保留实际收到款项的证据，必要时运用法律手段维权。</p>
	(含金租和商租) 融资租赁	是指出租人根据承租人对租赁物和供货人的选择或认可，将其从供货人处取得的租赁物按合同约定出租给承租人占有、使用，向承租人收取租金的交易活动。	主要面向制造类企业	<p><b>主要表现为合同风险。</b>如租赁物瑕疵担保责任风险，延迟支付租金导致合同加速到期或者解除的风险，擅自处分租赁物的风险，租赁物毁损、灭失的风险等。</p> <p><b>应对：</b>因融资租赁合同通常为出租人提供的标准化文本且内容设计较为复杂，建议公司由专业法律人员提示风险并提供有效建议。</p>
	保理(含银行保理) 与商业保理	是指债权人将其应收账款转让给商业银行或者保理公司，由商业银行或者保理公司向其提供应收账款催收、管理、坏账担保及融资于一体的综合性金融服务。	中小型企业，但其下游客户(付款方)为上市公司或者央企企业	<p><b>1、因付款方逾期付款导致融资企业被保理商追索的风险。</b>企业要了解有追索权和无追索权保理的责任区别，前者保理商可以要求应收账款的债权人和债务人共同承担责任，后者的责任仅由付款方承担。因此同等条件下，建议企业与保理商签订无追溯权保理协议。</p> <p><b>2、刑事风险。</b>融资企业虚构基础交易合同、交易凭证，及私刻公章等骗取保理款行为，一方面导致保理合同无效，另一方面企业涉嫌诈骗罪等刑事责任。</p>

融资模式	释义	适合企业	存在风险及应对
非标融资	定向融资计划 简称“定融”，指依法成立的企事业单位法人、合伙企业或其他经济组织向特定投资者发行，约定在一定期限内还本付息的投融资产品。	中小型企业	<p><b>非法集资风险。</b>企业未经批准，通常采用定融方式向不特定公众吸存，承诺一定时间内保本付息的行为，一旦无法实现资金兑付则涉嫌非法集资。</p> <p><b>应对：</b> <b>谨慎选择定融融资方式。</b>一旦选择，具体操作时要符合定融产品的合规性要求，如：</p> <p>(1) 合格投资者要求，即需经风险测评结果与产品的风险级别相匹配后才能对产品进行认购和受让；</p> <p>(2) 非公开发行，且同一种定向融资计划产品（同一备案编号）的投资者人数合计不得超过200人；</p> <p>(3) 需要取得当地金交所备案函；</p> <p>(4) 出具备案函的金交所应由当地省政府金融办公室审核批准，由证监会牵头的部际联席会议监管；且金交所不得跨省异地经营。</p>
债权融资	资产证券化 (ABS)	具有优质基础资产的大型企业	<p><b>1、发行失败、认购不足的风险。</b>其主要原因除了基础资产本身的质量不够高之外，还与产品设计不恰当使风险和收益不匹配有关，因此需要专业机构在最初设计交易结构时充分考虑这方面的原因并有效规避之。</p> <p><b>2、差额支付承诺的合同条款导致企业资金流动性风险。</b>在资产证券化合同中通常要求未达到投资目标或未实现债权时，由原始权益人（企业）承担差额补足义务，即类似于债务加入或无限连带责任担保责任，因此需要企业明白该条款的设置并不能让企业实现真正的“出表”或风险隔离，尚需在资金上做流动性支持。</p>
	证券投资基金(公募基础设施) 公开募集基础设施证券投资基金(REITs)		
	公司债	大型优质企业	属于标准化产品，发行门槛高，企业更多的是关注自身流动性风险，做好资金筹措计划。
	超短期融资 (SCP)		
	短期融资券 (CP)		
中期票据 (MTN)			

## 二、股权融资

融资模式	释义	适合企业	存在风险及应对
<p>私募股权众筹 (含有线上与线下)</p>	是指融资方以出让公司股权为条件, 面向社会投资者融取资金并将融得资金用于一定的公司运营计划而采取的融资方式。	中小微企业	<p><b>1、非法发行证券的风险。</b>需要融资者勿以公开或变相公开方式向不特定对象发行证券; 融资完成后, 融资企业为有限公司, 股东人数累计不超过50人; 股份公司则不超过200人。</p> <p><b>2、非法集资风险。</b>融资者未经批准勿向社会公众吸收资金, 并承诺一定时期内保本付息或给付回报。</p> <p><b>3、洗钱风险。</b>融资者明知投资人所投资金为洗钱罪七类上游犯罪(即毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪)的犯罪所得及犯罪所得收益, 应拒绝接收投资人资金。</p> <p><b>4、泄露商业机密等知识产权受侵害风险。</b>融资者在互联网或众筹平台上所展示的企业商业计划书等涉及商业机密的信息要采取保密措施。</p>
天使投资 (A1)	指具有一定净财富的人士, 对具有巨大发展潜力的高风险的初始企业进行早期的直接投资。属于自发而又分散的民间投资方式。	企业初创期	<p><b>1、估值过高的风险。</b>这不但影响投资决策时间, 高估值还意味着下一轮估值会比本轮更高, 团队届时需要拿出运营、市场、财务等有效数据指标去支撑这一高估值, 因此并非估值越高越好, 还要结合市场融资环境、行业平均估值、公司战略及未来可支撑业绩等指标做整体估算。</p> <p><b>2、充分认识股权融资协议风险。</b>针对投资方关注的对赌条款、一票否决权条款、反稀释条款、优先清算权等核心条款, 公司需要识别风险并有效规避。</p> <p><b>3、防止控制权削弱或丧失风险。</b>需要企业优化股权架构设计, 如通常是创始人(50-60%)+联合创始人(20-30%)+股权激励(10-20%), 并可以利用表决权委托、签署一致行动协议、章程设计等方式来加强保障创始股东的控制权。</p> <p><b>4、泄露商业秘密风险。</b>融资企业在与投资人初步接触阶段, 通常会制作商业计划书, 除签订保密协议外, 涉及商业秘密的部分仅适当披露, 以防融资失败时因过度披露而导致泄密。</p>
风险投资 (VC)	是私募股权投资的一种形式, 是投资者向初创公司和被认为具有长期增长潜力的小型企业提供的一种融资方式。	继续扩张的公司 快速增长并有望 企业成长长期或者	
私募股权基金 (PE)	是指以非公开方式向特定投资者募集资金并从事非上市公司股权(有时也会投资上市公司的股份)投资的基金。	和产生稳定现金流 (已形成一定规模 企业成长的中后期)	
定向增发	简称定增, 也称非公开发行, 是指上市公司采取非公开的方式, 向特定对象发行股票的行为。	正处于扩展期的上市公司	<p><b>1、发行失败(利空)导致股价下跌的风险。</b>发行前一方面要规避发行失败可能存在的原因, 如发行主体资信较弱、发行价格没有竞争力、并购方案难以落地及涉嫌内幕交易等, 另一方面做好一旦发行失败危机公关预案。</p> <p><b>2、同业竞争风险。</b>即如果认购人及其控制的企业是否存在与发行人相同、相似的业务, 企业需要详尽了解其同业竞争的背景原因和对上市公司利益的影响。</p> <p><b>3、股权被稀释导致控股权不稳定的风险。</b>可采用投票权委托、签订一致行动或不谋求实际控制权的承诺函、章程设计等方式确保控股权的稳定。</p> <p><b>4、被并购的承诺的成长性和收益率不达预期, 导致企业经营风险。</b>原则上被并购标的与企业主业协同, 且做好并购前的尽调工作, 同时以协议形式确定好不达预期的解决机制。</p>

### 三、混合融资

融资模式		释义	适合企业	存在风险及应对
混合融资	可交换债券	指上市公司的股东依法发行、在一定期限内依据约定的条件可以交换成该股东所持有的上市公司股份的公司债券。	正处于扩展期的上市公司	<p><b>1、转股价格过低导致过快赎回的风险。</b>若遇到市场好转时，公司因转股价格低很容易达到赎回条件，导致公司不能满足长期股权融资的目的，也丧失了以更高价格募集资金的机会。因此需要公司综合考量市场行情及结合公司实际运营情况合理设置转股价格。</p> <p><b>2、持有人要求回售的风险。</b>公司在可转债发行完毕之后，公司需要合理利用已募集资金，积极拓展公司业务，使公司业绩不断上涨以带动公司股价的上涨，以防市场持续低迷致股票价格走低而触发回售条款。</p> <p><b>3、市场利率下降引发融资成本过高的风险。</b>公司发行可转债前，需充分考虑及分析市场利率的未来走势，尽量避免市场利率较高的时间节点，以节省大量融资成本。</p>
	可转换债券 (CB)	是指公司依法发行、在一定期间内依据约定的条件可以转换成本公司股票的公司债券，属于《证券法》规定的具有股权性质的证券。既可公开发行也可不公开发行。		

# 经营困难 不是不发年终奖的“免死金牌”

汤婷

年终奖成为各大企业和所有“打工人”普遍关注的热点话题。疫情已然成为了过去式，但是疫情对经济的影响却不容小觑。受疫情和经济下行的影响，企业开始了各种削减成本的方式，裁员、降薪……这也就导致了年终奖纠纷成为了劳动争议领域无法忽视的“重灾区”。那么，受疫情影响也好，受国际经济大环境影响也罢，经营困难能否作为企业不发放年终奖的“免死金牌”呢？本文总结了上海和北京的司法实践，为企业发放年终奖提供建议，以期更好协调劳资关系、提高劳动积极性，尽可能将年终奖所涉劳动纠纷化解于无形。

## 一、年终奖约定为固定金额，并未约定发放的条件，企业能否以经营困难为由不发年终奖？

在回答这个问题以前，我们需先了解年终奖的性质。根据《关于工资总额组成的规定》和《〈关于工资总额组成的规定〉若干具体范围的解释》的相关规定，奖金属于工资总额的组成部分。此外，年终奖往往与员工在职期间的工作表现息息相关。由此，笔者认为，年终奖应当属于工资报酬，而非福利。既然年终奖不是福利，那就不能由企业单方决定发或者不发，应当按照约定来决定发与不发、发多发少。

由此，年终奖约定为固定金额，但未约定发放的具体条件，企业以经营困难不发年终奖缺乏合同依据。由此，该等情形下，企业不发放年终奖的风险非常高。在(2021)沪02民终1836号案件中，上海二中院查明，《高管人员薪资待遇》中明确约定肖向云的薪资组成为：基本薪资25,000元/月、年终奖84,000元，东海企业对年终奖金额不持异议，但以企业经营困难且企业高管人员均未发放年终奖为由主张不支付年终奖。法院认为，企业对员工年终奖的获取未设置条件，含固定发放之意，企业以经营困难为由主张不支付的，法院不予支持。

## 二、年终奖约定了发放条件，企业能否以经营困难为由不发年终奖？

在实务中，前述第一种未约定年终奖发放前提条件的情形较为少见，多数还是会约定年终奖的发放前提，只是各个企业对于发放条件的具体内容有所不同而已。那么，该等情形下企业能否以经营困难为由不发年终奖，还需结合所约定的条件来判断。

京沪两地大部分判决认为，企业和员工有关于“企业有权根据经营状况发放年终奖”或有类似表述的内容，或有相关制度并经过民主程序且向员工公示告知的，实际上表明企业对于年终奖的发放具有一定的经营自主权，在此前提下，企业已经举证证明经营困难的，可以自主决定不予发放年终奖。

另，如果企业和员工约定了年终奖的发放条件，但并未将企业经营状况作为年终奖发放的前提，那么该等情形下企业以经营困难为由不发年终奖的法律风险仍然较高。在(2022)京02民终1682号案件中，北京二中院认为，制度并未将企业业绩和收入设定为发放绩效工资的条件，且企业作为举证优势方亦未提供证据证明年终奖发放须以企业盈利为前提，亦未举证员工不符合支付年终奖的条件或具有扣减的情形，企业应当按照双方约定的固定年度绩效工资基数支付。

此外，若企业和员工约定年终奖的发放仅与员工绩效考核挂钩，如果因企业原因没有对员工进行考核甚至都没有发布考核指标的，那么即便企业经营困难的，也存在向员工支付年终奖的法律风险。如，在(2023)京01民终6798号案件中，北京一中院认为，企业未发布年度工作任务及工作目标系其自行决定，与员工无关，企业以经营困难导致停产停业为由不支付员工年终奖，于法无据。(2020)沪01民终1565号案件持相同观点。

## 三、企业如何举证经营困难而不予发放年终奖？

既然企业经营困难有可能作为裁审部门支持企业不发放年终奖的重要依据，那么企业如何在劳动纠纷中举证经营困难成为了企业主们关注的重中之重。笔者经总结上海和北京各区、中院和高院大量的司法判例得出，企业的财务审计报告可以作为认定企业经营困难的有效证据。企业主们或HR们可能会问，如果企业从来没有聘请过审计部门做过审计，当如何处理？具体需要提交几年的财务审计报告来证明企业经营困难？企业亏损到什么程度才属于经营困难呢？

除了财务审计报告，企业还可以提供自行制作的财务报表、企业当年度或几年来员工减少、办公室面积缩减的证据等作为企业亏损的证据。另，如企业有裁员的，也可提供裁员方案的相关证据。但是，切勿在案件中提交与经营困难相悖，或与经营情况无关的证据材料。如，在(2021)京0108民初13792号案件中，企业主主张未制定2019年年度《年终奖方案》，但举证了2020年企业损益表、报税表及向员工发生的年终奖通知，拟证明因企业经营困难无力发放年终奖。最终法院认为企业虽主张2020年度企业受疫情影响，资金困难，有权决定不予支付年终奖，但该案双方诉争的年终奖为2019年度，对企业经营困难之主张不予采信。另，在(2021)沪01民终1300号案件中，企业举证2018年度和2019年度的利润表欲证明严重亏损。然，员工举证证明企业于2019年2月向其发放了“2018年全年一次性奖金收入”，所以法院认为企业所称年终奖的发放必须与其企业业绩挂钩之主张难以采纳，缺乏高度盖然性。

## 四、企业该如何发放年终奖？

如前所述，年终奖虽然也属于员工的劳动报酬，但是和工资内容还是存在较大区别。企业希望年终奖发挥激励员工的效果，又想保留企业一定的自主权，在企业不想发放的时候可以不发。对此，根据笔者大量的实务经验，以及对上海、北京法院司法判例的研究，对企业发放年终奖提出以下建议：

首先，合理设置年终奖的发放条件。从第一个问题的解析可以看出，年终奖不约定发放前提条件，实质上就相当于工资，企业往往应当必须发放。而一旦设置了发放条件，企业就获得了一定的自主权。由此，笔者建议从员工个人表现和企业经营状况两方面设置条件，具体结合员工的工作岗位、工作内容和企业性质来设定。如，销售类岗位员工，设定当年度的合同签约额、销售回款额等。除了从正面角度进行约定外，还可从反面角度做相应的约定。如客服类岗位员工，投诉超过一定次数可取消年终奖。

其次，高度重视对员工的绩效考核管理。有些企业过分在意和员工之间绩效内容的约定，而忽略了对员工绩效考核过程的管理。如(2017)沪01民终11582号案件中，上海市第一中级人民法院认为，全球货运企业需对员工进行年终绩效考核并根据绩

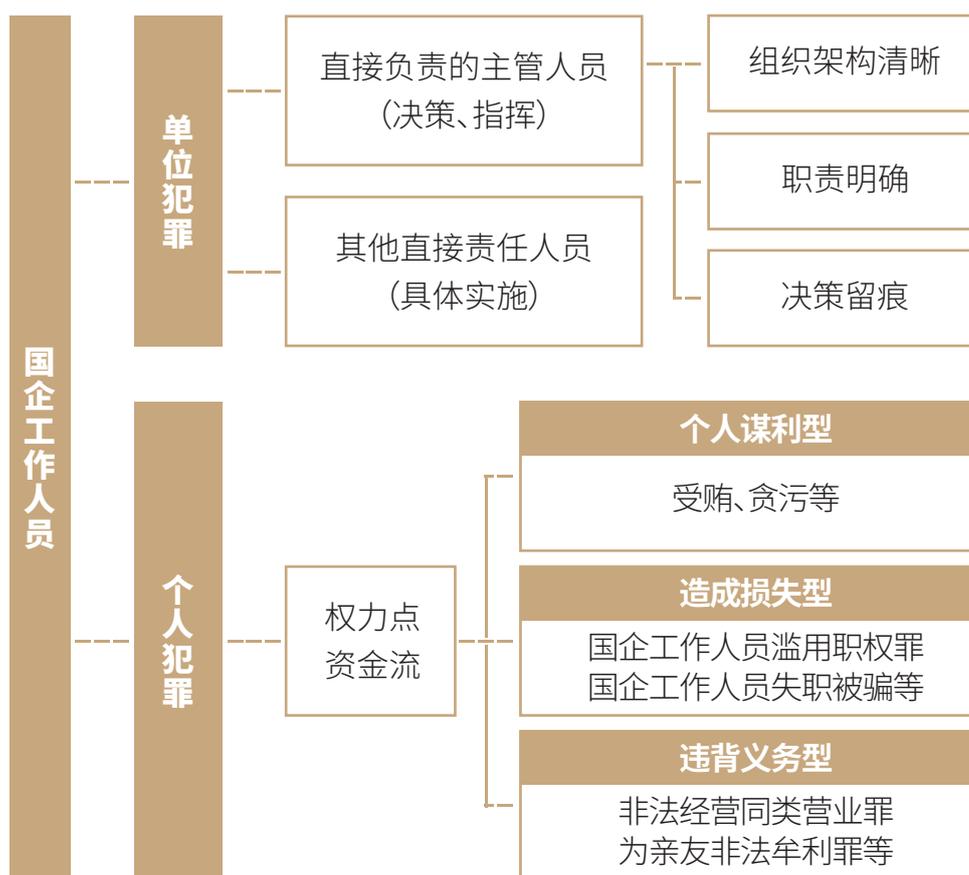
效考核结果决定是否发放绩效奖金，现杨帆2016年12月仍在职，然全球货运企业在未对杨帆进行绩效考核的情形下，单方认定杨帆不符合绩效奖金的发放条件，在程序和实体上均缺乏依据。

再次，及时向员工告知企业的经营状况。员工作为企业的一分子，有权适时了解企业的经营状况。企业及时向员工公布企业的经营状况，不仅有利于增强员工的归属感和主人翁感，也便于企业在将来的年终奖纠纷中举证经营困难这一事实。

最后，明确年终奖的目的和作用，设置更多元化的激励措施。年终奖具体的目的和作用法律没有明确的规定。由此，如果企业明确年终奖具有对过去表现奖励和对未来在职激励的双重性质，甚至约定了提前离职需返还部分年终奖，那么对于企业激励员工和自主决定年终奖发放将具有重要影响。此外，除年终奖外，企业还可设置留任奖作为一项激励措施的内容，以共同实现激励的目的和效果。

# 国企高管 是高风险人群

邹佳铭



在中国，一份国企的工作，意味着稳定体面，收入无忧，被称为“铁饭碗”。但是，国企是国家的“钱袋子”，管着钱袋子的人，不仅要保证钱的安全，还要让袋子越来越鼓，这是我国社会主义公有制经济的根基。

基于此，刑法从个人谋取非法利益、造成国家损失、违反忠实勤勉义务三方面，全面无死角地规范国企工作人员。可以说，只要国企工作人员在工作中犯了严重错误，总有一款适用你，无处遁形，可以说是被铁律管着。从责任类型来说，主要涉及单位犯罪和个人犯罪。

## 一、单位犯罪

我曾办理过一个走私普通货物罪的案件。涉案的是一家集团公司，业务包括房地产、物流、纺织等版块。下属的纺织厂把进口的免税棉花在境内出售获利，再在境内购买低价的棉花加工出口。海关认定是一种走私行为，并将其集团公司董事长和纺织厂供销部门负责人列为主管负责人，报关人员列为直接责任人。

这就是我们常说的单位犯罪，即为了单位利益，由实控人、相关负责人或领导班子决策，以单位名义实施的犯罪。这就意味着，国企工作人员不仅要对自己的所做所为担责，还因为职责要为单位的所做所为担责。

按照法律规定，单位犯罪一般是双罚制，即对单位判处罚金，并对单位“直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”判处刑期或（和）罚金。前者一般是指决策、指挥的人，后者则是指具体实施的人。

一般来说，具体实施的人都比较确定，比如逃税罪和虚开增值税专用发票罪中的具体办税的财务人员，串通投标罪中具体实施投标行为的人等。这个案件主要问题出在报关环节，那么报关人员是跑不掉的，就是本案的“其他直接责任人员”。

有争议的往往是“直接负责的主管人员”，因为决策、指挥是谁，往往都是事后口供说的，有很大的不确定性。需要强调的是，这是指起到实际的决策、指挥作用的人。如果只是上级单位挂职的领导，并未领导具体工作，就不应当承担担责。在民营企业中，有很多挂名法定代表人的现象，如果单位涉嫌犯罪，追责的就不是挂名的人，而是实际控制人。

在这个案件中，有证据指向集团公司的董事长参与了策划或者是知情，也有其他人说他并不知道。在这种事实不清的情况下，我们提交了集团公司的组织架构图、部门职责、相关会议纪要等证据，证明集团公司董事长并不直接管理下属公司业务，对相关行为不知情。最后，检察院采纳我们的意见，没有起诉集团公司董事长。

总而言之，如果单位犯罪了，一定要有人担责。但是责任范围有一定的模糊性，为避免殃及无辜，公司有清晰的组织架构和职责分工，保留决策时的会议纪要，十分重要。

## 二、个人犯罪

所谓个人犯罪，就是为了自己或与自己密切相关人的利益，实施的犯罪。一般来说，在权力点和资金流上的两类人，是高风险人群，应当树立风险意识，审慎行事。

权力点，就是对公司相关事务有一定决策权的人，不论是决定投资、采购，还是职务提拔等，比较典型的犯罪是受贿罪、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪等。

资金流，就是能在某个阶段控制资金或者决定资金使用的人，比如财务人员、单位负责人等。比较典型的犯罪是贪污罪、挪用资金罪等。

如上所述，个人犯罪主要基于如下三点，也就是三个类型：

### 1.非法谋利型

比较典型的就是一些贪腐类犯罪，包括贪污罪、受贿罪、私分国有资产罪、巨额财产来源不明罪等。受近几年高压反腐的刑事政策的影响，这类犯罪出现扩张的趋势。尤其是受贿罪，明显呈现如下特点：

(1) 主体，不仅针对国企工作人员，还扩展到配偶、子女、兄弟等近亲属，以及情人（夫）等具有特定关系的人。他（她）们收受贿赂，可能直接认定是与国企工作人员共同受贿。

(2) 财物，不仅包括常见的金钱、房产、汽车、投资收益（没有实际投入）等，还包括所有可以折算成金钱的公司股份、旅游玩乐等。或者是在交易中明显超出或低于正常市场价格的部分，比如，国企领导以200万元的价格，从供应商手中购买市场价值300万元的房产，差额100万元涉嫌受贿。

(3) 占用，不需要把产权证办到名下，长期借用不还或长期借款不还，都涉嫌受贿。

(4) 职权，不需要利用职权为别人谋取现实利益，只要具有管理和被管理的关系，收钱了，就涉嫌受贿。比如说，你是房地产商，他是主管城市建设的副市长，过年过节送些礼金，没提任何要求，他也没有为你做什么，一样构成行受贿。

## 2.造成损失型

国企工作人员是国有资产的管家，如果钱袋子里的钱少了，就有刑法追责的风险。比如国有公司、企业人员失职罪，国有公司、企业人员滥用职权罪，签订、履行合同失职被骗罪等。

以近些年比较常见的国企参与贸易型融资案为例：国企为虚假做大业绩，以与民企签订贸易合同，但是没有货物转移的方式，出借资金。后资金不能归还，造成国企损失，有的高达几十亿人民币。在如此大的损失面前，国企工作人员几乎都会被以滥用职权或失职、失职被骗罪追究责任。

是否成立犯罪，重点在于相关人员是否依法履职、称职？

这就要求从程序上来说，一定要遵循中央纪委关于国企重要干部任免、重大事项决策、重要项目安排、大额资金使用（“三重一大”）必须经集体讨论决策的制度。如果是个人擅自决策，出了问题追责风险就会陡增。

但是，这并不是说只要走了集体决策程序，就没有责任，单位犯罪常见的情形就是集体决策。关键的是，集体决策要落到实处：在决策前要充分调研，决策中做到领导末位发言，决策后要及时反馈通报。同时，要充分、完整保留集体讨论决策的会议纪要，完整还原决策的真实过程，这也是存留证据。

如果严格履行了集体决策程序，即使决策错误造成损失，在决策中提出反对意见，或者积极采取措施挽回损失的人，如果没有其他违法情形，根据容错纠错机制，可以不被追责或从轻处罚。

## 3.违背义务型

所有的公司高管，都对公司负有忠实、勤勉义务，简单地说，就是你不能胳膊肘往外拐，损害公司利益；同时，应当像对待自己的事情一样，对公司事务勤勉尽责。

在一般的公司，违背以上义务，可能就是内部处分和民事追偿。但是，在上市公司和国有企业，就可能涉嫌刑事犯罪。

一般认为，我没有利用职务便利，收被管理方的钱（受贿），也没有拿单位的钱（贪污），利用单位的资源，自己做点生意或者帮别人做点生意赚钱，不违法。

比如：刘某是某国有集团公司下属的工程技术咨询公司的总经理，同时他自己又投资入股成立了一家造价公司，经营与其所任职公司部分同类的业务。在经营过程中，他利用职务便利，先后以自己入股的造价公司名义，承揽了多项该集团公司的预算编制业务，赚取利润。

从形式上看，这些利润都是他投资的造价公司的合法经营所得。但是，该造价公司与他所任职的工程技术咨询公司，经营的是同类业务，有竞争关系。刘某行为的本质，就是利用所任职国有公司的职务便利，把商业机会输送给自己投资的公司。这种吃里扒外的行为就涉嫌非法经营同类营业罪。

还有一种情况是，将所任职公司盈利业务交给亲友公司，或者是通过所任职的公司与亲友的公司做生意的方式，将利益输送给亲友公司。比如，李某任某国有医院的院长，其妻开了一家医疗器械公司，李某利用职务便利，让医院高价从其妻的医疗器械公司采购设备。或者反过来，其妻是某国有器械公司的负责人，李某经营一家民营医院，其妻利用职务便利，把医疗器械低价销售给李某所经营的民营医院，都涉嫌为亲友非法牟利罪。

如果所任职的国企是上市公司，则更加严格。只要在履行职责的过程中，损害了上市公司利益，就涉嫌背信损害上市公司利益罪。可以说，这是一个兜底的罪名，任何把上市公司的肥水外流的行为，都可以装到这个大口袋里。比较常见的，通过关联交易，担保等方式损害上市公司的，都涉嫌背信损害上市公司利益罪。

为严密法网，同等保护所有企业。《刑法修正案（十二）》已经于今年3月1日正式生效，其要求所有公司高管及相关人员都应勤勉、诚信，不能“背信”，否则就可能涉嫌相关犯罪。这就是说不再区分公司类型，所有的背信行为都涉嫌犯罪。

总而言之，不论是个人中饱私囊，还是亏空国家钱袋子，最后还有个兜底，违反了国企工作人员的忠实、勤勉义务，刑法之剑都高高悬起。端着铁饭碗，就被铁律管！

# 从黄光裕案 看内幕交易罪认定中的两个误区

杨照东

内幕交易是上市公司较为常见的一种犯罪行为。

简单说，就是知情人员在相关内幕信息敏感期内进行证券买卖和期货交易。

这里的内幕信息是指涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息。

知情人员是指因工作掌握了内幕信息的人，以及通过非法手段获取内幕信息的人。

内幕信息形成到公开前的这段时间被称为“内幕信息敏感期”。

司法实践中，在知情人员和交易行为的认定上一般不会有分歧，但关于内幕信息敏感期的认定以及行为人是否利用了内幕信息进行交易这两个问题，往往成为控辩双方争议的焦点，直接影响到案件的定性量刑。

笔者以曾经代理过的前大陆首富黄光裕内幕交易案为例，剖析司法实践中对上述两个问题的认识误区。

### 第一个问题 关于内幕信息敏感期的认定

2010年北京市第二中级人民法院在审理黄光裕案件时，认定黄光裕在2007年8月13日至2008年5月7日“中关村公司收购鹏润地产公司股权”的内幕信息敏感期内进行了“中关村”股票的交易，该行为构成内幕交易罪。

2010年的时候，国家尚未出台有关内幕交易罪的司法解释，没有明确规定内幕信息敏感期应该从什么时间起计算，到什么时候终止。但根据当时的《证券法》规定，对于尚未实施的意向性行为而言，内幕信息包括：公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；公司订立重要合同。从这里的“决定、订立合同”的文字表述中可以看出，内幕信息应该是“上市公司内部已经决定了的事情”。如果只是在酝酿、讨论中，尚未决定的事情，则不是内幕信息。如此，内幕信息敏感期也应当从对相关事项做出决定之日起计算，至该内幕信息公开披露日止。

本案公诉机关认同内幕信息敏感期“从相关事项决定之日起算”，但认为，黄光裕在2007年8月12日签署了一份文件，该文件中写明了鹏润地产公司要进行“重组上市”，这里的“重组上市”即指“鹏润地产置入中关村”，此份文件即表明鹏润地产公司在8月12日这一天已经决定用中关村公司收购鹏润地产公司的全部股权，因此，内幕信息敏感期应该从2007年8月13日开始计算。

但从文件的内容上看，该份文件中的“重组上市”指的是“先对鹏润公司进行内部重组，然后上市”，具体的做法是对北京国美置业公司进行股权调整，将鹏润旗下的各地产项目整合到该公司名下，然后以某种方式上市。这份文件中讲的都是鹏润地产和国美置业公司之间的事，从头到尾没有提及“中关村公司”。

在签发“重组上市”文件的同时，黄光裕还就将来的上市提出三个方案，分别是“境外上市”“国内A股独立上市”或者是“借壳上市”。同样没有提及中关村公司。

可见，2007年8月12日黄光裕签发这份文件时，决定的事项仅仅是鹏润地产公司的“内部重组，然后上市”。至于内部重组之后将采取哪种方式上市，是否借壳上市，借哪家公司的壳，这些都还完全没有考虑，“用中关村收购鹏润地产股权”的想法连酝酿都还没有开始，就更谈不上决定了。8月12日只是“内部重组、准备上市”这一事项的决定之日。而“内部重组、准备上市”与“用中关村收购鹏润地产”完全是两回事。

在内部重组的过程中，鹏润地产公司经过数次讨论决定采取借壳上市。2007年9月28日，鹏润地产公司做出决定：用中关村公司收购鹏润地产公司的股权，也就是借中关村的壳上市。同日，在中介机构见面会上，公司负责人宣布了这一事项。

基于上述事实，笔者提出了“中关村收购鹏润地产股权”的内幕信息敏感期应该从2007年9月28日开始计算，至2008年5月7日该项内幕信息公开之日止的辩护意见。

在该案审理过程中，最高法院、最高检察院于2012年6月1日颁布了《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》），首次明确规定了内幕信息敏感期是指“内幕信息自形成至公开的期间”。

关于内幕信息的形成时间，《解释》针对不同身份的知情人员做了两种不同的规定。一是对于普通的知情人员来说，重大事件的发生时间，或者计划、方案、政策、决定的形成时间即为内幕信息的形成时间；二是对于特殊的知情人员，即能够“影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行”的人员来说，其动议、筹划、决策或者执行初始时间，就应当认定为内幕信息的形成时间。

可见，普通知情人员的内幕信息敏感期从相关事项决定之日起计算，而对于特殊的知情人员来说，内幕信息敏感期要从相关事项的动议、筹划、决策时起算。

很明显，《解释》将内幕信息敏感期的起算时间从内幕信息的“决定”提前到了“动议、筹划、决策”阶段。如此，在内幕信息决定之前的动议，筹划期间进行的证券、期货交易行为也是内幕交易行为。

《解释》对特殊知情人员犯内幕交易罪降低了入罪门槛，在更加彻底打击内幕交易犯罪上确实起到了积极的作用。但是，由于对“动议”“筹划”“决策”的本质内涵理解的不同，司法实践中也出现了将“概括的”“抽象”的，甚至是“没有实现可能性”的“初步构想的提出”认定为内幕信息形成的动议、筹划，进而将内幕信息敏感期的起算时间提前，将一些内幕信息形成之前的交易行为错误地认定为内幕交易行为，导致了错案的发生。

如前述黄光裕案件中，2007年8月12日，黄光裕签发“重组上市”的文件中确定的内容只是鹏润地产公司资产及股权的内部整合，然后上市。此时，鹏润地产公司决定的事项只是“内部整合重组”，形成的内幕信息也只是“内部整合重组”的信息，而不是公诉机关所说的“中关村收购鹏润股权”这一内幕信息。虽然文件中提到了“重组后上市”，但也只是处于概括的、抽象的初步构想阶段，既没有明确重组之后采取何种方式上市，更没有提及到利用中关村收购鹏润地产公司股权的方式借壳上市。相对于“中关村收购鹏润地产股权”的内幕信息而言，黄光裕签发的这份文件既不是动议，也不是筹划，更不是决策和执行。这与前述司法解释中针对特殊知情人员的规定情形完全不同。

相关证据显示，提供上市服务的中介机构是2007年9月6日介入鹏润地产公司的，

之后各方一直就鹏润地产公司以哪种方式，选择哪家公司借壳上市进行论证、研究。那么，即使按照《解释》的规定，作为特殊知情人员的黄光裕就“中关村收购鹏润股权”事项的动议和筹划最早也是自2007年9月6日开始的，这项内幕信息敏感期的起算时间也应该是2007年9月6日，而不是黄光裕签发“重组上市”文件第二天的2007年8月13日。

针对《解释》“动议”“筹划”的含义不清造成司法实践中的混乱局面，有学者提出“内幕信息形成时间的判断应把握一个原则，即内幕信息形成过程中的某事项是否已经进入一定的实质性操作阶段并且具有较大的实现可能性。‘较大可能性’指的是重大事项最终实现的概率，对其判断应该立足于内幕信息的形成这一复杂的过程，包括双方交易主体的身份及关系、公司背景、从业经验等等因素。‘实质性操作阶段’并不必然要求某重大事项完成合同的签订或者对该重大事项实施一定的程序性举措，但在认定时又不能过度地前移到该重大事项抽象性的前置性阶段，应该将该阶段结合是否有实现的很大可能来认定”（《内幕信息敏感期的界定》，黄伟文，《兰州财经大学学报》，总34卷第4期，2018年8月）。

### 第二个问题 是否要“利用内幕信息进行交易”

内幕交易罪是否以知情人员利用了内幕信息买卖股票为构成要件？这是黄光裕案件中控辩双方争议的焦点问题。公诉人认为刑法180条关于内幕交易罪的罪状描述中没有“利用”二字，因此，只要行为人是知情人员，在内幕信息敏感期内买卖股票即构成本罪，而不问是否利用了内幕信息。笔者则认为，如果行为人没有利用相关内幕信息，尽管进行了交易也不是内幕交易，更不构成内幕交易罪。

几乎所有的“刑法条文释义”中对内幕交易罪的解释均为“利用内幕信息买卖证券”，均明确本罪中的股票买卖是知情人员利用所掌握的内幕信息进行的。

不仅刑法学上有此解释，《证券法》《禁止证券欺诈行为暂行办法》《上市公司信息披露管理办法》《关于规范上市公司信息披露及相关各方行为的通知》《证券市场内幕交易行为认定指引》（试行）等相关证券方面的法律法规也都将内幕交易明确为是行为人利用内幕信息进行的行为。

这里的关键词是“利用”。

可见，内幕交易行为是指知情人利用内幕信息进行交易，如果行为人没有利用内幕信息买卖股票，而是基于企业发展的需求及对证券市场的判断分析进行买卖股票，则不是内幕交易。不能以刑法第180条的表述中没有“利用”二字，就认为内幕交易罪不需要“利用内幕信息进行交易”这一要件。

那么，如何判断行为人是否在利用内幕信息进行交易？

任何一个知情人进行内幕交易都无外乎两个目的，一是获利，二是避损。利好的信息会带来股价的上扬，利空的信息则会导致股价的下跌。根据这一规律，任何一个思维健全的人，如果是为了获利，一定是在利好的内幕信息尚未公开前买入股票，待该信息公开后股价上扬时卖出股票，从而获利；如果是为了避损，一定是在利空的内幕信息尚未公开前卖出股票，以避免公开后股价下跌造成损失。

在黄光裕案件中，收购股权这个信息对中关村公司来说无疑都是利好信息，这一信息一经公布，将可能使股价上扬。因此，如果黄光裕要利用这个利好信息买卖股票从中获利的话，他一定是在信息未公开的时候买入股票，并且一定会在信息公开后股价上扬的时候卖出股票。如果他不这样做，我们就有理由认为他不是利用该内幕信息。

事实上，黄光裕在内幕信息敏感期内（即使按照公诉机关认定的内幕信息敏感期）买入中关村股票后，进行了下面四种情况的交易：

第一种情况是在内幕信息敏感期内以低于买入价卖出部分股票。

此时内幕信息还没有公开，股价还没有上涨，如果黄光裕要利用内幕信息进行获利，他一定会等到内幕信息公开，股价上扬后再卖出股票。但事实上他却是基于公司经营资金的需求在敏感期内低价卖出股票，显然，他不是利用内幕信息进行交易。

第二种情况是内幕信息公布后一直持有中关村股票，始终没有进行交易。

内幕信息公开后，中关村的股票几次上涨，黄光裕完全可以在这几个上涨之际卖出股票获利，但是他没有这样做，他没有趁机获利，而是一直持有，这说明他没有利用内幕信息。

第三种情况是在内幕信息公开后的低价位时卖出部分股票。

内幕信息公开后，中关村股价有所上涨，但黄光裕却没有在股价上涨的时候卖出股票获利，而是基于资金需求在涨期过后股票下跌的情况下卖出股票，这同样说明他没有利用内幕信息进行交易获利的想法。

第四种情况是在内幕信息公开后将股票高价卖出获利。

前三种情况下的股票交易完全不符合利用内幕信息进行交易的规律及特征，不能认定为内幕交易。

北京市第二中级人民法院没有区分前述各种交易动机、结果的不同，将黄光裕的交易行为全部认定为内幕交易罪，这应该是个遗憾。

### 结语

在内幕交易罪的认定中，对普通知情人员来说，内幕信息敏感期的起算时间应该是相关事项决定之日，对特殊知情人员来说，内幕信息敏感期的起算时间应该是对相关事项进行实际的、具体的动议或筹划之日。虽然进行了相关交易，但并不是利用内幕信息进行获利或避损，该交易行为不构成内幕交易罪。

在“内幕信息敏感期的起算时间”和“利用内幕信息进行交易应该成为犯罪构成要件”的问题上，现行立法尚存在不完善不清楚的地方。笔者希望立法机关、司法机关能及时出台相应的法律或司法解释，以供司法实践中正确适用。也希望企业家们能够通过黄光裕案件了解内幕交易罪的相关知识，在需要的时候能够切实维护自身的合法权益。

# 中国民营企业的 十大危局

王亮亮

中国民企会有百年老店吗？

改革开放40多年，很多民企风光过，但最后也如流星般坠落，甚至摔个粉碎。

究其原因，既有傲慢自负所致，也有无心之失、历史局限使然。但十大危局，却是所有民企都可能或已经踩过的地雷阵。

不知十大危局，何谈百年老店？

## 一、入局地产

随着“恒大”多达2.4万亿元的债务披露、许家印被采取刑事强制措施为标志性事件，房地产业开始刺破泡沫、重新洗牌的过程。房地产业是中国经济中特殊的存在，包含国计民生、百姓头等大事及宏观调控的方方面面、可以说是中国经济的“压舱石”。

过去头部地产公司，敢于高举高打、攻城略地，在于笃信“击鼓传花”是“无限游戏”。要么自身成立理财公司吸收资金，要么上市融资或者发债、贷款，总之不管是地产商还是金融机构都持续看好这种“游戏”。

遗憾的是，“形势不等人”，经济下行，借新还旧、拆东补西的手法就很难玩得转：运用高超“财务技巧”，向银行天量贷款，然后疯狂囤地，造出勉强合格的房子，借势炒高房价后，再进入下一轮囤地循环，对外还大量拖欠供应商货款，拖欠农民工工资，这种“吸血鬼”做法，宿命般地也就会失败。

此外，一些小的地产公司，在拿地过程中可能还伴随着农户对拆迁不满、对抗施工及土地资质有瑕疵等多种“原罪”。

当地方政府需要借助房地产企业推进“城镇化”或充盈地产财政时，双方则是合力对外，好商好量。一旦法律或政策有变动，对房地产企业的风险就首当其冲。大的房地产企业及实控人涉嫌集资诈骗、行贿或者职务犯罪就浮出水面；小的房地产企业占用农用地、倒卖土地、污染环境或者对拆迁户的寻衅滋事，就变成问题、甚至被打击成为害一方的“黑恶势力”（根据判例，地方房地产公司也是黑恶势力的重灾区）。有些房地产企业出力不讨好，投入没回报，最后自己也进去了，这样的例证屡见不鲜。

土地及房子问题，从来都是中国的根本问题、首要问题。房地产业已是夕阳产业，行业是存量竞争，而非增量竞争。这对所有民企的启示是，关乎国计民生的行业，是时势造英雄，是大时代下的“小”企业，而非相反。这需要企业家既要有审时度势的能力，又要有政治觉悟和大局意识，记住“水能载舟，亦能覆舟”。

## 二、过度金融

中植系暴雷，言犹在耳。媒体又传出恒大财富400亿元未兑付，高管被深圳公安一锅端了的消息。没错，又是恒大，恒大系的问题具有普遍性和代表性。

恒大财富的前身为恒大金服，成立于2015年，为恒大集团的全资子公司。恒大金服于2016年3月上线，正值全国P2P盛行，恒大金服即为恒大集团旗下的P2P平台。

自2018年起，全国多个P2P爆雷，行业全面整顿。

恒大金服产品随后因此下架，2019年5月30日宣布更名为恒大财富。更名后，恒大财富依然在销售理财产品，这些产品多打着“供应链金融”的名义，融资人或为恒大集团的关联公司，或为其宣称的上下游供应商，于各地的多家无牌照资质的“伪金交所”挂牌。募资由恒大财富实际控制，形成一个“资金池”，这和“中植系”四大财富管理平台的定融产品一样，具备典型的“自融”特征……

不是所有人都能做金融。P2P金融从烈火烹油到一片死寂，只是几年光景。小贷公司从小微金融的荣光到被集资诈骗、暴力催收的诟病也就一步之遥。甚至大如蚂

蚁金服（集团）也经历了伤筋动骨之痛，至今仍然在转型突破。

民企染指金融业务、异化金融，就像打开潘多拉魔盒，毕竟实体经济的回报率面对金融资本总会显得有点“呆板”，面对这种诱惑，几乎“无人生还”地走向非法集资。

金融监督管理总局的挂牌及中央金融工作会议的重磅召开都预示着对金融监管的精细化、从严化。金融业务对民企而言，本身就是敏感业务、高危业务。民企没有极高的抗风险能力和充足的资金覆盖风险能力，不管是能力不足还是故意为之，前有明天系、安邦系，今有中植系、恒大系。金融稳定压倒一切，老百姓的钱袋子问题关乎社会稳定，一旦无法兑付，则必然暴雷、抓人。

### 三、融资风险

民企融资先天不足，需要自己想办法。

很多民企谋求上市，想在股海腾挪，但不满足上市条件或者上市后不满足业绩要求，各种财务数据造假或者信息披露失真、市值管理就浮出水面。这些做法在资本市场发展早期尚能浑水摸鱼，但随着监管机构和政府的能力、经验增强，“打扮上市”“借尸还魂”“瞒天过海”就变得十分困难。

上市公司是公众公司，机会多，但面临的监督也多，被小股东或者监管者盯上的可能性也就越大。所以民企没实力，就别上市，机遇本身暗含危机。

很多民企知道只有掌握了银行渠道，才能不断给自己输血。但只有少数民企才有条件依法依规申请贷款。多数企业为了获得贷款，就得采用别的手段，与银行搞好关系变成企业成败的关键。反之，有时银行也会求助“企业”，要求企业作为“通道”，帮助银行“过桥”，以转移银行自身资金风险。水大鱼就大，经济好时，你好我好，只要能还本付息，风险自然就会被隐藏。

一旦企业还不上银行的钱，就面临双方责任划分的问题。即使银行知情甚至协助企业贷款资料造假，但必须有人对呆账、坏账负责。所以银行常“先下手为强”，诉诸刑事手段，借款企业被定为贷款诈骗罪或骗取贷款罪就成了宿命般的结果又或者指控曾帮助其“过桥企业”涉嫌高利转贷。面对这种指控，企业往往有错在先或者明知故犯也就有口难言，贷款资料粉饰、造假的情况客观存在，再加上贷款用途常常不规范、自身有获利，定罪就成必然。

## 四、政商关系

“清亲”政商关系，说起来容易，做起来难。民企天然与国企地位存在差异，常无法获得优待，甚至是很难被正常对待。民企需要和地方政府搞好关系，才能顺利经营，甚至自身应有权利的维护，缺乏政府支持也很难有效推进。

于是，有些民企（不得不）走上了“金钱外交”的路线，这已经成为一种传统痼疾。有些民企还与地方主政领导高度协同，领导去哪里任职，公司就开到哪里。在“受贿行贿一起查”的司法政策加“扫黑除恶”运动背景下，常常积重难返。由于权力高度集中、家族经营是民企常态，一旦企业“一把手”进去，企业就难以为继。

与此相反，有些企业如果与地方政府难以搞好关系、不够亲密，形成僵持局面，更可能受司法政策或运动波及，毕竟“执法”具有一定的自由裁量空间。

政商关系是有政府（国家）以来亘古不变的话题，人情世故常常可变，只有法治政府和规则观念才能让政商关系去“污名化”。

政商关系的理念问题可以继续争鸣，但最高层对行贿问题的态度、对政商关系的引导，已经清晰地体现在司法中。

党的二十大明确、六部门发文、最高检持续推进，“受贿行贿一起查”。这已经成为新的不可逆的趋势，以往“轻行贿、重受贿”的现象一去不复返。而且监委、公检法等各部门已形成沟通、配合、衔接的工作机制，将行贿犯罪作为重点关注对象，并且严格控制不起诉率。一句话，让行贿的成本越来越高，是好的政商关系的前提。

## 五、激烈商战

市场经济的底色就是竞争。有序竞争能加速市场出清，有利于消费者福利；也利于企业创新，产生更大价值。但接受竞争的前提是实力和能力。

能力不够，一些企业就难免使用“盘外招”。人为给竞争对手制造负面新闻、搞舆论战，安装窃听器，行贿、公关以获取不正当的竞争优势，甚至人为制造“车祸”阻止对手投标……。总之，现实的商战更为狗血和离奇。

更进一步，向监管部门恶意举报，找公安刑事控告抓人、借助“扫黑除恶”运动举报对手是黑社会等。只要能在物理意义上“消灭”对手，自然就能再竞争中获利，甚至取得垄断地位。

上述的商战手法是极为不成熟、恶劣的。诚信和规则意识是市场经济发展的基础，民

企作为最广泛的经济主体，也应有所担当。不能一方面抱怨经营环境差，一方面又通过恶性竞争获利。

## 六、股东内讧

城堡都是从内部攻破的。股东内讧事件频发、多如牛毛，都不知道要举哪个“案例”。民企要么权利集中，家族企业搞一言堂，但二代难免发生龃龉，如双汇“废长立幼”、父子反目，长子举报父亲涉嫌犯罪。要么创业时一腔热血、平分股权，内讧时却进退失据。此外，抢公章证照、甚至大打出手、投毒都不稀奇。但毕竟这些都还属于内部矛盾，尚有挽救机会。

一旦有股东，祸水东引，诉诸于公权力，那几乎覆水难收。民企股东内讧最常用的手段就是刑事控告，钱袋子是公司的命脉。找问题，追究刑事责任，从钱入手是最好找问题，也最有效的。

职务侵占罪、挪用资金罪、逃税罪，是目前股东相互举报的常用罪名，只要有人进去，内讧僵局就可以被打破。可以说掌握经侦的股东，就掌握了解决内讧的核武器。公安机关插手民事纠纷，也是我国司法久治不愈的痼疾。

一旦股东内讧，互相看不顺眼；又或者公司经营失败，血本无归需要寻找“替罪羊”，都可能引发股东间进行刑事控告。当然，刑事手段虽是猛药，但如毒品，不仅容易上瘾还可能遭到反噬——今天你举报他，明天他举报你。一家有潜力甚至已经具有举足轻重地位的民企可能就会被一次刑事案件所毁掉。看来，找对人，比做对事更重要。

这至少提示企业家，面对内讧，要谨慎评估其是否有相关涉刑风险。一旦公安介入，要积极消除不利影响，争取使举报者的影响力最小化；实在不行，握手言和也比让公权力机关介入好得多。

## 七、黑恶诅咒

任何社会，富人总是少数。民营企业肯定属于大众观念里的“富人”。所谓“为富不仁”“无商不奸”，在目前恐怕还得加一个“天下民企一般黑”。扫黑除恶的目的是好的，但雷霆手段之下也难免殃及无辜的“民营企业家”群体。

如果是真正的黑社会，在没超过诉讼时效的情况下，都应严厉打击。就害怕指鹿为马，颠倒黑白，真正的黑社会很少，有黑社会“影子”或“尾巴”的企业家则可以

附会、引申很多。

黑社会的行为必须“为非作恶，欺压、残害群众”，黑社会的门槛必须通过违法犯罪活动，“称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响”。试问这些要求，有多少民营企业家配得上？

总之，黑社会必须要有与白社会抗衡的野心，通过实现“非法控制（重大影响）”谋求政治利益。否则，凭什么说人家是黑社会呢？这不是给企业家戴“高帽子”吗？在如今人民当家作主，党领导的中国和完善的法律体系下，谋求政治利益的罪过很大，但也几乎不可能。

民企天然具有组织性，越优秀的民企组织性更强，但它们是合法组织而非犯罪组织。民企或者说企业天然以营利为唯一使命，甚至可以说不能赚钱的企业是可耻的。但赚钱的主要方式是合法的或者符合历史语境下的“土政策”，那也就不能说是“以商养黑”“以黑护商”。

每个民企都想做成百年老店或500强企业，因此努力扩大影响力，甚至通过合法竞争实现垄断，这都无可厚非。怎么能不分青红皂白说为了“非法利益”或“非法控制”呢？

黑社会性质组织一定有，但也一定不多。大多民企即使涉嫌犯罪，那也和犯罪集团不沾边，也就不可能是黑社会。所以完全撑不起搞5年扫黑除恶运动的体量，所谓“常态化”更是没有依据，涸泽而渔也有水干的一天。

## 八、税务难题

税收是分蛋糕的活动。企业以营利为存在的根本目的，没有企业愿意多交税，多交意味着少赚。合理利用会计准则，在能够解释的范围之内进行财务调整，叫税务筹划；超出合理范围进行造假，就是偷逃税款。

但其实，这样的区分，既不绝对，也不安全。核心还是取决于税务机关的自由裁量是左还是右。国家对民企的监管态度，最核心就是看“查账户查到了什么程度”。

如果税务筹划优先考虑的是避税、省钱，那大概率就是逃税。但如果优先考虑的是尽纳税责任，做到完全合规，不留后患，其次才是省钱，那逃税的风险就会大大降低。

企业以为逃税占得了便宜，其实早已把企业的命门暴露给了税务机关。对民企来说，税的问题，是随时可能跌落的达摩克利斯之剑。

伴随着“金税四期”而来的是“数据控税”，以现金流向追踪可疑交易，使得企业很难通过“会计处理”掩盖实质交易内容，可以说企业逃税问题能否被发现取决于税务机关查不查，一查必露馅。

## 九、安全生产

“人祸”是生产事故的主要原因，在自媒体时代的舆情环境下，生产事故对地方政府公信力的伤害和肇事企业的负面影响都十分重大，因此对人的追责也就愈发全面、严厉。

刑法中的相关罪名都需要确定责任人的范围，《安全生产法》明确把“老大”“关键少数”参与生产经营的实控人、投资人等都纳入了责任主体范围，这就给刑法相关罪名的适用提供了参考标准，从而实现“从上而下”“从事前到事后”的责任主体全覆盖。

人常是处理问题的突破口，也是最容易被追责的目标。反之，如果企业的负责人、员工都能依法建章立制、认真对待安全生产，消除“人祸”因素，也就可以建立相应的免责屏障。法不强人所难，只要求忠人之事。

安全生产领域的刑事案件，一般都会经过行政调查程序，所以企业不能一错再错，要本着治病救人的心态，在行政监管阶段尽量做好整改、善后和合规，争取事故对企业的负面影响止于行政调查。

目前楼房坍塌类的安全事故特别突出，一个新的执法重点是追究“一把手”的领导责任，甚至刑事责任，这就要求企业家在相关方面不仅要有投入、真干事，而且还要通过合规措施能隔离自己的风险。

## 十、非法经营

在计划经济下，所有的经营行为都需要国家许可，只要没获得政府许可，都算“投机倒把”。后来改革开放，投机、套利变成市场主体的行为常态。之前的投机倒把罪摇身一变就成了非法经营罪。

非法经营罪与投机倒把罪，一脉相承。都是违反国家对市场主体的管制政策，在没有获得行政许可的情况下，擅自买卖法律禁止买卖或者限制自由买卖的货物、物品；又或者没有相关牌照，就提供特许服务。这都能理解，因为国家管制的是关乎国计民生的行业，也不是所有人都能干得好，未经许可，没有授权，不能开展，实属应当。

但随着部分地方法院，开创性地适用该罪名，对民企的影响开始显现：收粮食、装电梯，卖柴油、卖煤炭、做劳务中介，开菜市场、养公鸡等经营行为，都有被认定非法经营罪的案例。

这显然都是对非法经营罪的滥用：只有违反“国家规定”，也就是违反全国人大及其常委会（法律）、国务院的规定（行政法规），进行相关特许经营行为，才是非法经营罪。虽然所有的经营行为，都需要营业执照，有些还需要主管部门审批。但其中违反普通行政许可的，只是一般的行政违法行为，行政处罚即可，不是犯罪。只有违反特别许可制度，才实质符合“违反国家规定”的条件，可能涉嫌非法经营罪。

当下，在民营企业犯罪的案件中，尤其是在涉黑涉恶的案件中，非法经营罪似乎成了标配，但大部分都是上面讲的，未违反特许制度的情形，明显罪名被滥用。

建议企业家对自身经营的可疑业务，积极与市场监督管理局沟通，为其释疑解惑、获得行政合法性确认，这是最好的抗辩理由。即使业务不合法，也可以行政处罚了事，避免事态恶化。

# 企业 如何应对税务稽查？

王亮亮

每个企业都有税务问题，这绝不是危言耸听，或许企业主也心知肚明。好就好在企业只要不碰发票，尤其是“专票”，即使涉嫌逃税，也有办法补救。补救好坏的关键取决于企业如何应对税务稽查。

## 一、税务机关如何发现稽查线索

### 01 检举

如消费者举报不开发票，还有很大比例是离职的财务举报了老东家，在中小企业中还存在竞争对手举报等；

### 02

#### 上下游企业 连带查出问题

### 03 发票协查

例如北京开具发票给上海，北京税务局开具协查函给上海

### 04

#### 区域性、 行业性专项检查

### 05

#### 上级税务机关、政府其他部门 交办转办

### 06 随机公开

具体为随机确定检查对象、随机选择检查人员，对外公开检查结果

### 07 系统比对

国税局的风险识别系统，会自动根据企业的各类报表信息分析疑点

通过上图的线索来源总结就能知道，企业税务问题的爆发是个概率问题甚至有运气成分。除非企业完全税务合规，否则就面临“反向中彩票”的可能。

实际上，税务背后是财务，财务背后是现金流。而现金流本身则是交易是否真实、合法的直接线索。在如今数据控税、税务与金融体系联网、数据共享的背景下，企业要么不逃税、不做“技术调整”，否则就要做好随时应对稽查的准备。

## 二、如何面对税务稽查

- ✓ 平常须准备基础工作：如资料应分门别类存档；不该对外的资料，不能放在一个档案室；
- ✓ 稽查接待做好心理准备：如不必惊慌、摆正位置、大度宽容、沉着冷静；
- ✓ 稽查前的自查自纠准备工作要做足；
- ✓ 接待税务稽查人员需有企业财务陪同；
- ✓ 稽查底稿要复印、核对；
- ✓ 面对不利因素寻求第三方机构辅助。

### （一）了解税务机关因何“上门”

#### 1、如果是企业被“协查”

那么一般是企业接受的上游发票（进项业务）出了问题，比如购买发票等，这时企业应主动迅速将非正常来源的发票移出，调整账务，在账务调整好之后，一定要和税务调查人员坦白发票来源，争取达到如下几个目的：避免被追究刑事责任；减少对正常生产经营的不良影响；避免其他不必要的经济损失。

#### 2、如果是企业被“稽查”

那么在通常情况下，税务局肯定掌握了公司偷税漏税或者虚开发票等违法线索。只能说企业要“两害相权取其轻”，该交代的及时交代，不该交代的也应及时交代。争取达到如下目的：尽量在行政处罚阶段结案；尽量争取减少涉案税款数额；尽量争取减少涉案罚款；尽量争取减少涉案滞纳金等等。

### （二）具体如何接待税务机关

### 1、财务人员应给公司管理层积极建言献策，并配合做好税务稽查工作

财务人员是企业税务的直接经手人和亲历者，应在事前将相关税务风险通报公司管理层。即使公司明知不可为而为之，也应协助预判可能的风险及应对预案。对于公司管理层而言，应树立正确认识，能够客观看待税务问题，一定要善于听真话，听取财务专业人员的意见，而不是“掩耳盗铃”。

企业一旦因账目违规被调查，就应主动承认错误、提出合规整改措施，并按要求积极缴纳罚款，做到行政处罚“案结事了”。

税务案件一般是从税务行政机关发起，至于税务机关是否移交公安机关作为刑事犯罪处理，也具有一定的执法裁量权。因此，企业必须穷尽一切合法办法，“说服”税务机关只做“行政违法定性”。做到大事化小或至少不恶化为犯罪。

### 2、充分利用逃税罪“初犯免责”条款

很多明星的“天价”逃税案，给这个规定，做了义务普法。刑法规定，涉及逃税问题，如果涉案单位经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任。但是，企业不能屡试不爽。如果相关企业五年内因逃税受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚，那就要被追究刑事责任。一句话，逃税不坐牢的特权，五年只能有一次。

这就意味着法律平等的给了每个企业亡羊补牢的机会。也为自己的刑事责任，增加了一道犯错屏障。当然，企业不能有恃无恐，毕竟机会只有一次，必须做到下不为例。

### 3、与税务机关商议涉税金额的判定

税法非常复杂，交易千变万化。导致各地税务机关即使对同一问题的理解也存在差异。

建议企业在税务稽查立案、税务局发现问题之后，积极与税务机关保持良好的沟通，特别是对涉税金额的判定。企业要尽力争取免去或者减少相应的罚款或滞纳金，或在需要调整收入时只补所得税而不补流转税。企业要用行动和自己的记账逻辑说服税务机关，努力证明自己的主观恶意低，只是错误认识或过失导致少缴税款。

### 4、减少可能产生的罚款和滞纳金

建议企业向税务局咨询是否可以走案件处理的特殊流程；企业可以通过自查的形式补缴相应的税款；可以将以前年度的一些欠税事项在当年做纳税调整，以避免额外的罚款和滞纳金。

### 5、商讨税款缴纳方式

通常情况下，在一般的税务稽查过程中企业查补的税款不会很多，主要就企业的个人所得税事项或者一些不能列支的费用等事项做一些调整。这时，企业面临补税的压力小一些，也好接受。

但如果企业面临补税的数额大，对现金流影响很大，比如资本交易税务稽查的案件需要补缴的税款往往税额巨大，若企业被稽查认定补缴税款，此时企业还可结合自身的运营状况跟税务局协调，争取分期或者延期补缴相应的税款。

事实上，企业拥有“讨价还价”的能力，可以与税务机关主动协商，不能被迫接受。

### 6、企业高层亲自接待

态度决定高度，这绝不是形式主义。企业高层参与对接，不仅能在第一时间表态、决策，还能与税务机关有效沟通。

因为在税务稽查的时候，税务稽查人员不仅会询问财务总监等中高层人员的意见，还可能会采访企业的人事、物流、仓储等一线人员。因为有些被调查的人员完全不了解这些税务事项可能的问题及调查人员来意，从而披露了一些不是很必要或者不是很准确的信息给税务局，甚至因此导致了正式的税务稽查立案。

基于此，建议企业在应对税务稽查时，最好由高层亲自接待。

### 7、获取第三方支持

不是所有的企业都会单独设立税务部门或招聘相应的税务专员，一般仅由会计兼任。有些企业甚至连基本的财务制度都没有。大多数企业，财务的人力和智力储备也只是够用而已，相关人员自身不是财务方面的专家，更没有税法方面的知识。在应对税务稽查的时候，企业可以考虑向专业的税务师、律师去寻求支持。

总之，财务工作为企业造血输血，属于向上的价值创造工作；税务工作作为企业的必要开支和兜底事项，只有理性看待、机动灵活佐之以专业的应对措施，才能让企业健康生存。

# 不正当关联交易的 风险及防控

---

赵博文

曾是2014年中国首富的李河君，以汉能薄膜的成功一度成为商业奇才的代表。汉能借壳上市之后，业绩大幅增长，但是推动业绩增长的主要因素，来自于和母公司汉能集团及其附属公司的关联交易。汉能通过向母公司出售生产设备，再将母公司生产完的材料购回，继而给母公司的下游企业或别家企业安装，通过左右手来回倒的运作模式，使汉能薄膜股价飙涨。

但是，通过关联交易制造的业绩无疑是空中楼阁。2015年7月份，香港证监会对汉能实施强制停牌，停牌超过三年后私有化黯然退市。利用不正当关联交易铤而走险，短期内确实获利不少，但也触及法律红线，最终李河君未能守住财富，也让自己落入法网。

关联交易，简单来说，就是具有关联关系的企业之间发生的交易。我国法律并不禁止正当的关联交易，仅禁止损害公司利益的不正当关联交易。

因此，准确识别不正当关联交易的风险并进行防控，既能使公司实控人避免因不正当关联交易导致的法律责任，还可以保护中小股东的权益，维护公司制度的稳定，推动公司有序发展。

## 一、关联交易是“双刃剑”

对于企业而言，关联交易是一把“双刃剑”。通过关联交易，企业可以快速实现资源重整、节约交易成本、扩大规模经济效益等目的，然而，也有可能被拥有控制力或重大影响力的主体利用，导致公司、股东或债权人利益受损。尤其是上市公司，控股股东通过关联交易进行利益输送是我国资本市场的顽疾。

究竟什么样的关联交易是正当的？

我们看一个案例，真功夫餐料生产有限公司与蔡某某、王某某公司之间的关联交易损害责任纠纷。

真功夫公司成立时主要股东为蔡某某、潘某某。王某某是志利源经营部的经营者，但由蔡某某实际控制。志利源经营部与真功夫公司签订《采购合同》，约定志利源经营部向真功夫公司供应厨具、禽类产品。2008年，真功夫公司召开董事会，做出停止关联交易的董事会决议。但是志利源经营部并未停止与真功夫发生交易。潘某某控制公司后，以蔡某某存在关联交易侵害公司权益为由，要求其返还关联交易所得。

涉案交易是否属于正当关联交易，法院主要从上述三个条件分析：首先，从2008年的真功夫公司的董事会决议及记载的参加会议人员以及议案情况来看，真功夫公司各股东对于蔡某某存在关联交易的行为是知晓的，没有证据显示蔡某某隐瞒或未充分披露案涉交易信息。其次，真功夫公司采购货物由专门的采购委员会审核通过，无证据显示蔡某某影响采购委员会选定供应商或采购货物的价格。最后，无证据显示案涉交易存在价格不公允的情况，且有证据显示志利源经营部最终供货价格比其他供应商还要便宜。综上，该案关联交易合法有效。

由此可见，公平，是关联交易的核心，也是法律要求的底线。只要同时具备交易信息充分披露、交易程序合法、交易对价公允这三个条件，就是合法有效的关联交易。

### 1. 交易信息充分披露

关联交易的事实与行为要被充分披露，需要将交易主体、交易内容、交易条件等内容真实、准确、及时、完整的披露给公司股东、董事会等利益相关者。

### 2. 交易程序合法

交易的程序必须合法中立，交易需要符合公司股东会或董事会制定的相关交易制度与流程，关联方不得在交易程序中作出影响交易的行为。

### 3.交易对价公允

交易价格须客观、公正、合理，符合市场基本定价规律，同等条件下不高于其他供应商，不存在侵害公司利益的情形。

因此，控股股东或者其他关联方通过关联交易把公司的利益转移到自己手中，或向公司输送利益的过程中，违反以上三个条件中的任意一个，利用该利益对公司进行控制和影响，进而损害中小股东利益的行为，就是不正当的关联交易。

## 二、不正当关联交易的法律风险

司法实践中，对关联交易的认定呈现扩大的趋势，有关部门会通过多种途径和手段去认定，企业不能心存侥幸。

### (一) 行政责任

通过关联销售、采购、担保等手法，操纵上市公司业绩和股价，是常见手法之一。上市之前，企业通常利用关联交易美化财报、隐瞒关联交易，以期获得资本市场的高估值。

2015年5月20日，汉能薄膜发电因被质疑存在大量关联交易，涉嫌操作股价被香港证监会调查，当天股价暴跌47%，李河君身家缩水上千亿。随后停牌四年，直到2019年6月份，汉能薄膜以私有化回A股的理由从港交所退市。汉能薄膜发电的商业逻辑中，关联交易是重要一环，是一种“左手倒给右手”的销售游戏，即上市公司向母公司汉能集团出售设备，然后在买回母公司的产品，将这些产品加工后，汉能薄膜发电再卖给下游的关联企业。

巨额关联交易下，汉能薄膜发电的经营模式备受市场质疑，母公司汉能集团是汉能薄膜的唯一客户，这种左手倒右手的经营模式，让人难以相信公司业绩的真实性，最终受到了停牌的行政处罚。

### (二) 民事责任

公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员利用其关联关系从事关联交易且损害了公司利益时，法律后果是实施不正当关联交易的行为人承担赔偿责任，而不是关联交易行为本身无效。即使交易已经履行了相应的程序，但如果违反公平原则，损害公司利益，公司依然可以主张行为人承担损害赔偿赔偿责任。

最容易判断损害公司利益的标准是交易对价是否公允。我国法律对“交易对价公允”没有统一判断标准，但是实务中提供了有效的参考。比如(2017)最高法民申2409号案件中，法院认为，应当综合判断“是否存在恶意低价出售及产品价格合理性”，可

参考的因素包括：国内（外）同类产品；交易先后的出厂价格；材料成本；终端采购价格等。

因此，在交易对价不公允造成公司损失的情况下，公司或者股东可对控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员或关联方提起相应的民事诉讼以维护合法权益。

### （三）刑事责任

鲜某系甲公司董事长及乙公司法定代表人、实际控制人。2013年7月至2015年2月，鲜某违背对公司的忠实义务，利用职务便利，采用伪造工程分包商签名、制作虚假资金支付审批表等手段，以支付工程款和往来款的名义，将甲公司资金累计1.2亿元划入其控制的多个公司和个人账户内使用。

鲜某因违背忠实义务，将上市公司的利益通过关联交易向其他单位或者个人输送，并造成重大损失，最终被认定为犯背信损害上市公司利益罪。

由此可见，关联交易作为一些侵犯法益的行为的表现形式，实际上还违反了刑法规定，常见的手段有：虚报向关联关系方的支出，骗取所在单位财物（如伪造合同、劳务费、提成奖金等）；伪造向关联关系方的欠款，骗取所在单位财物；与关联关系方签订虚假业务合同后以本单位名义进行贷款，而后侵吞等。

最新通过的《刑法修正案（十二）》，针对民营企业内部人员腐败问题，将国有企业有资产保护的特殊罪名，比如非法经营同类营业罪，扩展至民企一并适用，可见国家越来越重视对民营企业腐败行为的打击。

## 三、不正当关联交易的风险防控

公司应建立完善的内部治理制度和关联交易管理制度，在公司章程或内部制度中规定与关联交易有关的义务和责任，完善审议程序及信息披露程序，以确保公司关联交易合规，避免不正当关联交易的法律风险，推动公司有序发展。尤其是存在关联交易的公司在上市过程中需要面临更多的审查，不合规的关联交易会成为公司上市的一大阻碍。

### （一）完善公司内部治理制度和公司关联交易管理制度

第一，完善内部治理制度。

对经常性关联交易和偶发性关联交易分类管理，明确管理交易的审批主体和审批权限，严禁越权审批；加强内部合规管理，健全内部治理制度，建立和完善股东大会、董事会、监事会和管理层的决策、监督和管理机制，减少董事、高管利用职

权通过不正当关联交易谋取私利的可能。

第二，制定和完善关联交易管理制度，确保公司关联交易执行有据可依。

具体包括：公司在确认关联关系和处理关联交易时，应遵循并贯彻的原则，比如对于必须发生的关联交易，应切实履行信息披露的有关规定；明确关联人和关联关系的类型；关联交易的管理程序，比如关联人回避措施。

### （二）在公司章程或内部制度中规定与关联交易有关的义务和责任

公司应通过章程的制度设计，明确和规范董事、高管在经营管理中的义务和责任。

在义务方面，规范、细化董事、高管等的报告义务、忠实义务。

在责任方面，规范健全内部管控制度，在公司制度中明确公司股东、高管等违反公司利益所进行的关联交易的后果。

此外，公司还要重视事先风险防范，在章程或者内部管理制度中明确可能产生董事、高管利益输送的交易行为的管理。

### （三）完善审议程序及信息披露程序

做好关联方的界定与排查，建立关联交易的风险防范和责任追究制度，对未履行审批程序、未按要求披露关联交易事项的相关责任人，应当追究其相关责任。

关联交易超出前期董事会或股东大会审议的部分，需要及时按照超出金额重新履行相应审议程序。根据关联交易的发生频率和重要程度，对经常性关联交易和偶然性关联交易进行分类管理，实时监测关联交易的额度使用情况。

实时关注进展情况。交易履约过程中若出现不确定性、重大变更或者合同的重重大进展，应当及时披露，并充分提示风险。

合规的关联交易助力公司发展，不正当的关联交易损害公司利益的同时，相关人员还需要承担法律责任。因此，关联交易必须进行全面、规范的管理。

# 如何避免 被职务侵占罪“误杀”？

张婷婷

当企业内部斗争白热化，竞相进行刑事举报，已经成为内斗的必经之路。而用以遏制对手的罪名中，职务侵占罪一跃成为一招致命的“必杀技”。

## 一、职务侵占罪成为“必杀技”

这绝不是一个刑辩律师的认知偏见。就算你暂未意识到职务侵占罪的厉害，那你或多或少听说过下述轰轰烈烈、满城风雨的内斗：

王宝强当年与其经纪人宋喆之争，从家庭伦理剧转化为刑侦悬疑剧，以宋喆获刑六年落下帷幕；“真功夫”的蔡达标与潘宇海，当郎舅为控制权兵戎相见时，前姐夫被摺倒入狱；格力董事长董明珠与银隆新能源发生斗争后，选择刑事控告银隆新能源创始人及原董事长魏银仓侵吞公司超10亿元；雷士照明的创始人吴长江，因内斗被王冬雷举报犯罪被抓……在这些耳熟能详的内斗中，职务侵占罪逢斗必出，俨然已经成为了“铲除异己”的一把利器。

北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心公布的数据显示，2014-2018年期间民营企业犯罪中，职务侵占罪占到第三位，但到2020年，职务侵占罪已上升为高发频次第二的罪名。

## 二、职务侵占罪如此“称手”的原因

上述这些众所周知的内斗风云，只是海量案例的冰山一角。职务侵占罪的立法和适用，是该罪内斗时如此“称手”的部分原因。职务侵占罪的法律规定简要，公司、企

业和其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有的，就是职务侵占。

“公司、企业和其他单位”几乎涵盖了所有类型的企业。其他常见的举报、控告罪名中，譬如虚报注册资本罪只适用实缴登记制公司，违规披露、不披露重要信息罪等只适用上市公司，而职务侵占罪几乎囊括了所有形式的公司、企业甚至非营利组织（如村委会）。

设立职务侵占罪是为保护企业的合法权益，与《刑法》第三十条规定单位犯罪是为追究单位责任的逻辑不同，因此职务侵占罪的“单位”范围是大于可以独立承担刑事责任的“单位”范围的。最高人民法院研究室于2011年2月15日对公安部经济犯罪侦查局有复函（公经商贸【2011】13号）：刑法第二百七十一条第一款规定中的“单位”，包括个人独资企业。王宝强案例中，认定财产受到侵害的王宝强影视文化工作室就是王宝强个人的独资企业。

“工作人员”的认定不拘泥于形式，采用实质认定标准。一方面，大股东担任公司要职，是企业的常态，这就使得举报对家职务侵占罪时，几乎没有身份上的障碍。另一方面，实践中，法院认定“工作人员”，采用实质认定标准，至于是否签订劳动合同、何种用工形式在所不问，只要事实上对单位财物有主管、管理、经手的职权即可。企业的实际控制人，既没有在公司担任任何职位，甚至都不是名义上的股东，但是通过投资关系、协议等方式实际管理公司，同样可以认定为“工作人员”。

西昌电力张良宾的职务侵占案件中，被告人张良宾系四川立信实际控制人，而四川立信系朝华科技第一大股东，朝华科技则是西昌电力第一大股东，从而推论出张良宾是西昌电力的实际控制人。一二审法院均认为，其虽非西昌电力公司的管理人员，不在该公司任职，但其属于该公司的实际控制人。以非法占有为目的，利用其担任西昌电力实际控制人的职务之便，采取循环倒账、做假账的手段，将西昌电力巨额资金转入张良宾所控制的公司四川立信，其行为构成职务侵占罪。

职务侵占的“本单位财物”，既包括现金、货品等有形财产，也包括股权等无形财产，既包括本企业所有财产，也包括本企业所占有、管理的财产，既包括现有财产，也可以是确定的收益。最高人民法院曾在对公安部经侦局的书面回复中明确，“对于公司股东之间或者被委托人利用职务便利，非法占有公司股东股权的行为，如果能够认定行为人主观上具有非法占有他人财物的目的，则可对其利用职务便利，非法占有公司管理中的股东股权的行为以职务侵占罪论处。”

D科技公司营销中心总监张某某、经理罗某某职务侵占案，是最高人民检察院2022年发布的民营企业职务侵占犯罪典型案例。张某某、罗某某利用负责销售业务

的便利，虚增二人参股的两个公司作为总经销的中间交易环节，帮助两个公司以较低价格从本单位购入产品，随后以较高价格转卖给客户，赚取中间差价。法院认定被告人的行为，虽不是直接从公司侵占现有利益，但其侵占了单位“必然可得的利润”，与出卖产品后，私自截留部分货款的行为没有本质区别。其设立不必要中间商侵占单位确定的收益，构成职务侵占罪。

职务侵占罪的入罪数额低，且持续降低。2021年5月以前，侵占企业6万元可追究刑事责任，但这一标准已被最高人民检察院、公安部联合发文修改，职务侵占达3万元的即达追诉标准。即当内斗举报、控告对方侵占公司财物时，相关行为发生在2021年5月之后的，只需3万就够启动司法追责程序了。



国家近些年的一系列动作，发文、修法、公布案例及表态，都表明了严厉打击企业内部腐败的决心。在这样的政策倾向下，职务侵占罪，不再是民营企业的“家务事”，必将受到相关机关的关注和重视，刑事举报和控告的立案难度也会相对降低。

### 三、暗埋后患的经营方式

职务侵占罪之所以能屡屡得手，不仅因为该罪本身的入罪门槛低，也一定因为被举报人肯定是做了点什么，才会授人以柄。关于法律规定，我们无能为力，但是在规范经营和管理决策上，做出相应的预防和规避却是大有可为的。

观念永远是第一位需要修正的。哪怕是公司的创始人，对公司的成立和辉煌劳苦功高，都得始终铭记，公司是公司，自己是自己。享有公司的股份/股权，只是意味着可以据此分红，绝不意味着可以任意处置公司所有的财物。

建立明确的财务制度，并坚持遵循这一制度，尤其避免私账公用。蔡达标案件中，

广州中院认定其通过虚设合同等方式，将公司的资金转入个人所有及控制的账户，构成职务侵占的金额达1515万元。蔡达标对此辩称，钱是为公司、公事花的，之所以转进私人账户，是因为这些款项，用于请客、吃饭、送礼，为处理公司的公关危机而支出。碍于这些花费都是“潜规则”，因此选择以私人账户走公账。虽面临指控，仍无法也不便公布具体流向。最终结果显而易见，有作假，钱进了私账，蔡达标又不能进一步提供证据证明钱确实花在了公事上，而最终对其定罪。

关键岗位的用人唯亲是双刃剑。曾经经手的两个职务侵占罪案件中，被告人一手创立商业帝国，相似地让自己的胞妹把控集团财务。后内讧爆发被举报，两妹妹均被牵连进刑事犯罪中。与一般的共同犯罪不同，倘若财务线上的人要作为共犯承担责任，司法机关须得证明实控人与该人何时何地以何种方式达成了共同犯罪的决议。而在这两个案件中，亲属关系的存在，兄妹被视为天然的利益共同体。虽然辩护人一再指出，缺乏两人共谋的证据，但是这种亲属关系的存在，会以社会一般观念、认知降低司法机关的证明责任，即使与实际情况相左，也再难以自证清白。

谨慎瓜田李下的关联交易。生意本来就是有赚有赔，也存在赚多赚少，赔多赔寡的区别。正常情况下，赔了或者赚的少了，只是商业风险带来的合理起伏和波动，不会给决策人带来刑事责任的风险。但一旦上述结果与关联交易扯上关系，再被内部人士这么一举报，就有些百口莫辩的味道了。某企业家在企业经营困难无法支付工程费用时，拜托自己做工程的老丈人先为企业做工程、垫付工程款，待企业资金状况好转时再予以归还。后另外的股东争夺控制权时，举报该企业家侵占公司利益，就是以“超额”支付的工程款（实际支付的工程款-举报时工程的鉴定价值），作为职务侵占的金额，并导致该企业家最终获刑。

其实，无论是安排至亲掌握财政大权，还是在不得已的情况下实施关联交易，都不能说绝对是一个错误的决定。关于经营上的决策，企业家当然更专业也更懂行，上述提醒也绝非万全之策，只不过是辩护人在数个职务侵占案件中，遇到的难点和痛点，也是希望企业家们在决策前可以全面看到潜在的风险，并有针对性的有所预防。

# 内控， 就是做好放权和分权

张卫峡

案例1:

张三是A公司实控人，同时兼任法定代表人与董事长。企业虽有董事会，但形同虚设。在企业经营的数十年间，为了企业经营利益，多次向官员行贿。受贿官员被查，张三也因涉嫌单位行贿罪被调查。

案例2:

李四是B公司实控人，同时兼任法定代表人与董事长，掌管企业大小事宜，哪怕小额办公用品采购，都要他批准签字。李四的个人账户与公司账户，经常有资金往来。同时，为了获取更多利益，不仅虚列成本，少缴税款，而且虚开发票。以上行为，李四涉嫌挪用资金或者职务侵占、逃税以及虚开发票罪。

## 一、中小民营企业常见的内控问题

前面两个案例中的企业经营方式，在我国中小民营企业具有典型性，总结一句话，就是实控人想通过在企业经营过程中的高度集权，来实现对企业的控制，具体表现为两个方面：第一，实控人集所有权与经营权于一身，既是企业的实控人，又兼任法定代表人、董事长，决定公司大大小小的事项；第二，实控人高度集权，习惯一个人说了算，对内部控制的重视程度不足，即使有内部控制，也流于形式。

但是，实控人对企业的控制越强，意味着企业内控问题越大。内控问题，即企业没能通过内部程序，来控制单位的法律风险：一是实控人“一言堂”，为了获取经济利益，故意实施一些违法犯罪行为，常见的是行贿、逃税、虚开发票等；二是实控人过度关注企业日常经营，因为个人意识过强，忽视内部程序控制，导致一些环节出现过失犯罪，常见的有污染环境、安全生产事故等。

## 二、内控不足导致的个人刑事风险

企业内控不足，实控人可能是最终的责任承担者。

前面提到内控不足，可能引发刑事法律风险。一旦构成犯罪，就需要有人承担法律责任：一是个人行为引发的自然人犯罪；二是内控不足引发的单位犯罪，从而引发实控人个人的刑事责任。

### （一）自然人犯罪

自然人犯罪，是指实控人为了利益最大化，在缺乏权力约束的情况下，铤而走险，实施一些违法犯罪行为。这与个人道德无关，而是人性问题。

实控人的不当行为导致自然人故意犯罪的情况下，暴露出来的最大问题是，权力肆意行使，行为不受监督。A公司就是这种情况，企业实控人掌握实际话语权，因为享有巨大利益，有足够的动力，个人决定为了公司利益去行贿。

B公司反应出来的问题之一，是在企业资金的使用方面，如果没有对资金支取、使用程序进行规范，也就意味着可以随意支取财务人员转出资金。这是中小企业普遍存在的问题，而这种行为，可能涉嫌挪用资金罪或者职务侵占罪。需要提醒的一点是，即使实控人不在公司任职，看似不具有利用职务便利的特点，但利用实控人权力，通过有关人员帮助自己挪用资金或者侵占本单位财物，也可能构成上述两个罪名。

### （二）单位犯罪引发的实控人责任

如果某些员工为了单位利益，实施了犯罪行为，涉嫌单位犯罪，基于刑法中的双罚制原则，作为法定代表人的实控人可能也要担责。常见的是员工为了单位利益行贿，在公司缺乏健全的决策程序时，跟老板“打声招呼”就可能被认为经过单位决策程序，属于单位意志，涉嫌单位行贿犯罪。

在日常生产和经营中，员工的过失行为也可能构成单位犯罪，常见的有污染环境、产品责任犯罪、安全生产事故等，这些行为往往在过失情况下发生。单位犯罪中，刑法不仅处罚其他直接责任人员，而且还会处罚直接负责的主管人员。内部控制不健全，责任划分不明确的情况下，法定代表人可能“首当其冲”，承担责任。

逃税、虚开发票等行为，看似是财务人员具体实施，但最终决策者还是参与经营的实控人，如果被追究，实控人自然也很难脱责。

不管是自然人犯罪还是因单位犯罪引发的个人责任，当实控人因犯罪而入狱后，企业因为少了“灵魂”人物，又没有完善的治理架构，往往也会分崩离析。

### 三、风险防范建议

内控不足引发实控人刑事责任的根源有两点：1、有巨大利益，有动力；2、有权力。

所以，解决上述问题的方式，就是分散实控人在日常经营中的权力，建立现代法人治理结构，同时完善内部控制，以制度代替人治，实现合规建设。

#### （一）转变理念：分权与放权，不代表失权

民企改革的难点在于，企业“老大”想将权力把控在自己手里，认为建立完善的流程或者引入职业经理人，是对自己权力的挑战，而且会削弱自己对企业的控制。

其实不然。

放权不是说让实控人对企业放任不管。实控人对企业的控制，不在于其对企业具体事务的管理，而在于通过持股、投票、任命等权利，来达到这一目的。分权与放权，是将企业经营交给专业的管理人员，主要是经营权利。

不可否认，有的经营层人员可能会夺取企业控制权，但这可以通过制度设计进行防范。比如董事会的设置，能够防范和控制经理层滥用权力，损害公司及实控人利益。

此外，内部控制的价值也在于，能够让企业经营过程再现，以此约束经营层人员的权力。

#### （二）改进治理架构：放权及分权

实控人要避免“一言堂”，调整治理结构，有助于最大限度地规避实控人的个人风险。现代化的企业治理架构，其实在公司法等相关法律规定中，都有体现，一般包括决策机构、监督机构等。

第一，成立决策机构，常见的是董事会。

以机构代替个人决策，有助于让决策更加科学。董事会聘任职业经理人，具体执行决策机构的决策，也是所有权与经营权分离最有效的方式之一。重要的是，实控人作为管理者时，首要考虑自己的利益最大化，而决策机构与经理人具有回避风险的倾向。比如作为股东的实控人，想通过逃税或者虚开发票，节省成本，但是这可能导

致单位犯罪，董事与经理人有被认定为“直接负责的主管人员”的风险，所以他们会尽可能回避这一风险。

第二，成立监督机构，是对董事会与经理人等具体参与企业经营管理者进行监督。

公司法中规定了监事（会），企业可以参照这一方式。但这不是唯一的方式。近几年热议的合规改革，为企业合规运营提供了另一个视角，即通过设立合规部门，制定合规制度，监督管理层在从事管理工作时，合法合规。

### （三）管理、控制流程：明确合规义务

公司调整治理架构，只能从宏观层面防范实控人的个人刑事风险。对于单位法律风险的具体防范，还需要在业务流程中，进行合规管理与控制。

对于单位过失犯罪的情况，首先要对可能出现法律风险的环节进行评估与分析。比如污染环境案件，出现随意排污、不执行排污标准等问题，可能是相关人员管理疏忽或者怠于履行职责导致，这时候就需要在关键岗位明确合规义务。

对于员工业务行为引发的单位犯罪，主要措施在于，在调整企业治理架构的基础上，明确各项业务行为的单位集体决策程序。在没有经过单位集体决策时，个人行为为个人负责。

从民营企业实控人的角度出发，既想对企业实际控制权，又想企业发展向好，这两者都是为了获取利益最大化。但如今，企业越来越注重科学管理，实控人高度集权，不仅可能阻碍企业发展，而且可能给自己和企业同时带来刑事法律风险。所以，实控人做好放权和分权，才能实现最好的内部风险控制！



地址:北京市朝阳区西大望路1号楼1902室

电话:010-6502 5949

网址:[www.trumatic.com](http://www.trumatic.com)

邮箱:[haveyoursay@trumatic.com](mailto:haveyoursay@trumatic.com)

