

中国企业家法律风险报告

China's Entrepreneur Legal Risk Report

2020

诚信，商业的根基



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”。
专业领域是刑事辩护。

联系方式

邮箱：jiaming.zou@trusmatic.com

隔着铁栏杆，我仍能感觉坐在我对面的当事人，深深的绝望。他，正值年富力强，2003年远赴美国耶鲁留学，学成归国，创办了一家知名电商品牌，后又被某上市公司聘任为电商部负责人，曾经满怀理想和抱负，今日却深陷囹圄，前途渺茫。

事情起因于他在负责某知名上市公司电商业务时，在广告投放效果很好的情况下，擅自截留了一部分广告费自用，自称后期有必要时投放，被公司审计发现，举报职务侵占。同时，他与公司签订有对赌协议，如果在三年内帮助公司通过线上销售产品达成某个目标，公司应当给付其团队一笔可观的公司股票。

第一次会见时，他满是委屈地对我说：“我就是暂时借用一下公司的广告费，反正钱放在账上也不能产生效益。而且公司拖欠我们的股票价值远远超过这笔广告费。我当然违反了公司制度，但是公司为什么不和我谈，就直接找公安抓人呢？公司还承诺，只要我把钱全部退还了，就给我谅解书，从轻处罚。为什么我的家人把房子卖掉，钱全部退掉，之前公司出的谅解书现在又没有了，公司还不承认呢？”

他写满了疑惑的脸，很长时间总是浮现在我的眼前，让我想起来很是惋惜。毫无疑问，他的经历和业绩充分证明了，他是一名叱咤商场的猛将。但在法律意识方面，他又是淡薄的，竟然划不清公私的界限。他还是“单纯”的，以为所有的问题，大家都应当先坐下来，通过协商解决。

后来我了解，这家远在偏远县城的上市公司，没有完善的内部管理制度，却有最“有效”的举报途径，已把多名公司高管送进了监狱。在这个真实的故事中，作为一名公司高管，他没有守住“诚实”的底线；但作为一家公司，又何尝不是没有起码的“信用”。而且在当今的中国，这好像并不是个例。

莎士比亚说：“如果要别人诚信，首先要自己诚信。”公司治理说到底，就是诚信和公平。如果以失信打击谎言，以抓人代替治理，这种零和博弈思维与商业的合作、共赢精神完全背道而驰，这样的文化一定培育不出好的公司和员工。

还值得我们反思的是，挪用资金这类犯罪，一方面固然与行为人的个人品行相关，其实也与公司的规章制度相关，更与人贪婪和自私的本性相关。一家好的公司是通过制度制约人性之恶，而不是以恶制恶，陷入你死我活的死循环。

尤其是一家公司内部大量存在这种行为的话，就是公司治理失范的信号，它更大的价值是提示公司提升治理能力，而不是推给国家，一罚了之。同时，这些行为对社会的影响是十分有限的，本质上是一个公司内部的问题，如果国家的手伸得太长，就剥夺了公司的自治权，也剥夺了行为人改正的机会和公司提升治理能力的契机。

刑法中的侵占罪，是以被害人提起告诉为条件，国家才启动刑事诉讼程序。挪用的性质并不一定比侵占更重，法律也可以把选择权交给公司。如果公司觉得通过民事追偿或者公司内部制度处理更好，国家就应该尊重公司的选择。刑罚从来不是目的，而是手段，如果有替代措施，刑罚就应退而远之。“必欲民犯之者寡，而畏之者众，明刑至于无刑，善杀至于无杀。”法律的更高境界，是助人为善。

中国有悠久的诚信文化，孔子曰：“轻千乘之国，而重一言之信。”古代更有尾生抱柱、商鞅立木为信等故事。但是，商业在中国历史上没有得到充分的发展，短短四十年的时间，这种诚信文化还没有内化为大家普遍遵守的公司治理规则和商业守则。虽然法网严密，但是力有不逮，更无法替代行业自律和企业自治。

2020年，上市公司财务造假是一个回避不了的话题。从资本市场的发展过程来看，初级阶段有些问题在所难免，重要的是我们如何面对这些问题。发展不是在时间中自然形成的，而是在时间中通过全社会的共同努力成就的。

美国在安然事件后，通过《萨班斯法案》，一方面是改进公司治理结构，强化内部控制与责任。另一方面是建立上市公司会计监督委员会，监督上市公司审计、审计师定期轮换、全面修订会计准则、审计与咨询业务分开等一系列措施，强化审计师的独立性及监督。通过各种措施加强中介机构的看门人作用，将每次市场的危机转化为净化市场的契机。

在任何社会、任何时代，行政处罚和刑罚固然能够惩罚错误的行为，但是不能消除人性中的私欲、贪婪。而且处罚就像双刃剑，在惩罚的同时一定会伤害社会的生产力，这又走到了它促进社会发展的反面。好的制度不一定是最快的、绝对的，但它用一套机制逐步培育一个透明、诚信的市场，遏制人性之恶。

上市公司的财务造假后面一定有中介机构与客户的“相互勾结”，某种程度上，上市公司造假并不足为怪，人性贪婪、自私的本性使然。中介机构集体“失守”更值得谴责，因为会计和审计职业的根本，就是保证上市公司的信用，那么它自身的信用就是整个资本市场良性运行的基础。就像如果门是敞开的，就总有人想乘虚而入，顺手牵羊。抓住小偷痛打一顿，固然简单且解恨，但并不能杜绝偷窃行为。我们更应该做的是加固大门，加强巡视，把小偷挡在门外。而中介机构正是资本市场的“守门人”。

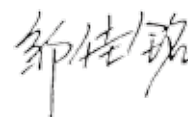
《萨班斯法案》给我们最为重要的启示是，通过立法加强中介机构的独立性和职业伦理，又通过中介机构强化上市公司的信息披露，从而提高市场的信用水平。在这个过程中，司法的强力介入、非政府的监管与行业自律是并行不悖的，虽然也存在抵消和分散监管力度的弊端，但是，动用社会的各种资源和手段，引导行业、企业和个人建立诚信的观念，是这套机制的底层逻辑。单纯地依赖刑罚或自律，都有失偏颇。

美国哲学家詹姆斯·卡斯在《有限与无限的游戏》一书中，认为世界上几乎所有事情，都可以视为是两种游戏：有限游戏与无限游戏。前者以取胜为目的，具备明确的边界和结果。比如，棋牌、战争；后者以游戏能够永远玩下去为目的。比如，公司、商业。

这就是说，商业的主体和商业本身都是无限游戏，只有各方在游戏中各居所位、各取所需、各有所得，才能形成良性循环，使得游戏永远玩下去。否则，要不是有人出局，要不是一锤子买卖，游戏中途散场。

要想游戏永远玩下去，各方参与游戏的目的就不是输赢，而是合作共赢。合作的前提，则是各方讲诚信，都按规则办事，才有公司内部的长久合作和商业主体之间的长来长往，这才是市场，而不是丛林。

联合国第七任秘书长安南提出过一个著名的口号：“在一个失败的社会里不会有成功的企业”。反之，一个企业的失败，也不仅仅是一个企业家或者企业的失败，它是整个社会的投影。所以，立法、司法、行政监管，行业自律、公司自治，还有每个人，都是诚信社会的建设者，也是诚信社会的受益者，因为它创造了让我们生活更美好的企业。



2020年9月

目录 Contents

一、企业管理者法律风险意识分析

（一）合规体系的建立	2
（二）个人信息收集的合法规范化	6
（三）合规举措的改进和风险防范	8
（四）网络安全和信息漏洞	12
（五）股权设置和股权变更	14
（六）公司治理及最有效制度的建立	17

二、企业家十大法律风险

（一）合规是社会和企业的系统工程	21
（二）风险的识别、预警和控制	26
（三）公司章程：权益平衡、避免内斗	32
（四）股权配置：维护公司的“人合性”	38
（五）新《证券法》背景下上市公司的信息披露责任与风险	45
（六）信息时代的数据安全和个人信息保护	50
（七）互联网金融企业的创新与风险	54
（八）网络信息内容生态治理下的平台责任和风险	58
（九）高利放贷及其衍生的法律风险	61
（十）公共安全危机、安全生产与企业风险应对	65

三、专家观点

许成钢：个人信息保护应确立产权观念	70
周绍杰：发展民营经济就是壮大中国经济的基石	79
丁继华：建立合规管理体系 培育诚信合规文化	83
吴明辉：数据保护助力行业和社会发展	89
王 斌：以发展的眼光看创新、民营企业和资本市场	92

2020中国企业家法律风险报告

在新冠肺炎疫情阴影下，2020年世界经济已经不可避免地出现衰退。我们见证了美国纽约股票市场今年3月的4次熔断，道琼斯股票期货指数出现断崖式下跌，在美国股市崩盘的带动下，发达国家和发展中国家的股市也跟着相继下跌。人们对经济前景忧心忡忡。



6.8%

甚至在一向保持快速稳定发展趋势的中国，国家统计局于4月17日发布的数据也显示，一季度国内生产总值同比下降6.8%，这是自1992年有季度统计数据以来的首次负增长。

可以确认的是，2020年，甚至在更长的时间内，中国企业与企业家必然面对更为严峻的经营环境、更为沉重的经营压力，相应的，也增加了面临更为复杂和多发的法律风险的可能。

无论是历史的经验还是现实的教训都提醒企业家们，越是在经济环境复杂的情况下，越是要注意对法律风险的警惕，因为这是企业正常经营、企业家正常履职的前提和保障。这一认知从理论与现实上，都体现了我们持续进行的一项针对企业管理者的法律风险调研的重要性，即“中国企业家法律风险报告”。

2019年，《财富》（中文版）与北京和昶律师事务所首次合作进行“中国企业家法律风险调查”，并发布了《2019中国企业家法律风险报告》。2020年，这一调查继续进行。以《财富》（中文版）核心高管数据资源库中企业管理者为调查对象，以3月15日至4月15日为调查周期，发放问卷68,507份，收回完整有效问卷901份。有效问卷占问卷发放总量的1.3%，样本数量较2019年增加了29份。

基于调研数据形成的《2020中国企业家法律风险报告》，通过对数据的分析，从企业家对其自身可能面临的法律风险的认知、预警以及应对等维度进行审视，对其有效预防和妥善处置法律风险的措施进行探究，尽可能绘制出完整的企业家法律风险图谱。

在最新的调研数据中，我们看到了中国企业管理者对其有可能面临的法律风险的基本认知与防范意识，同时也能窥见中国企业通常采取的防范法律风险的手段和措施。我们还发现，随着中国公司的迅猛发展和公司治理的不断完善，以及新经济样态的出现与日渐成熟、新技术与既有企业业务的深度结合，在企业家规避法律风险方面也出现了新的情况，避免公司内部控制权之争以及保证信息安全都成为企业管理者们开始关注的问题。

一、企业管理者法律风险意识分析

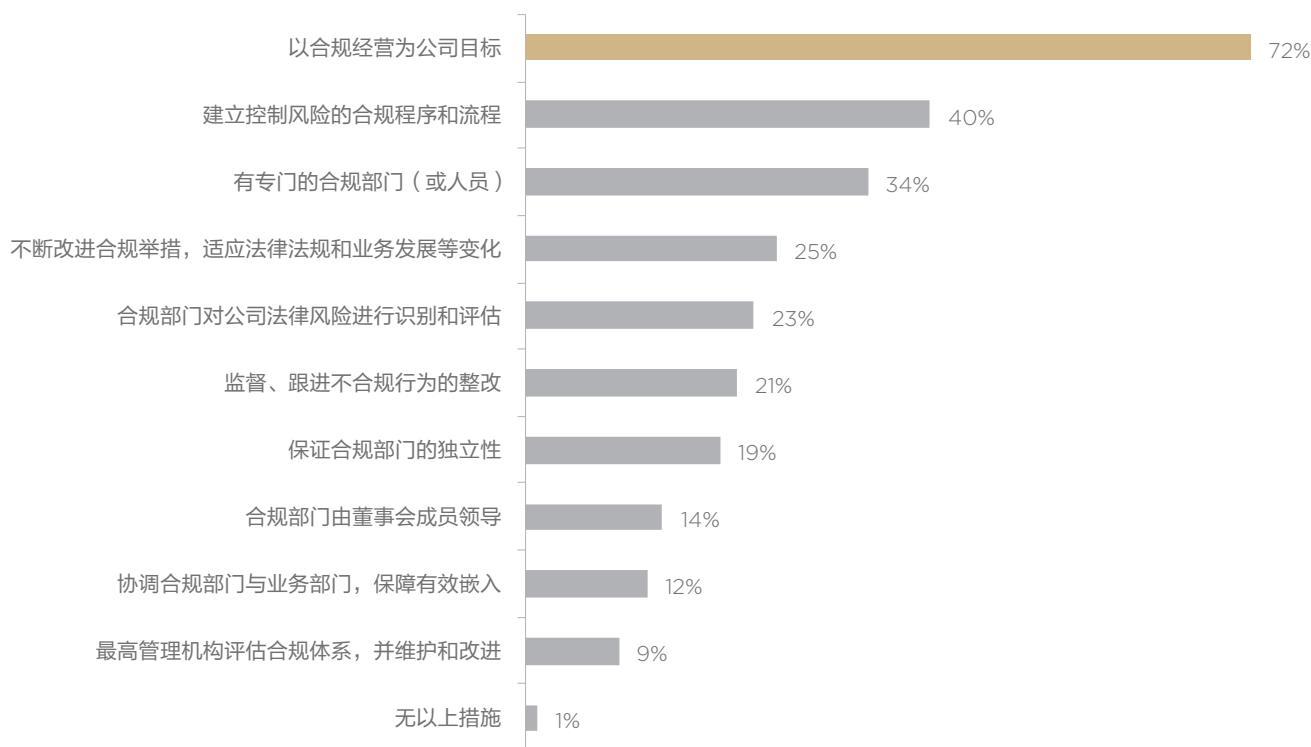
（一）合规体系的建立

合规体系建设仍是企业自我完善、自我保护的最核心措施。我们欣慰地看到，在中国改革开放40多年、市场经济体制建立20多年后的今天，“合规”已经被企业家视为建构企业文化的基础和远离法律风险的隔离墙。在这一共识之下，不同的企业，尽管从企业规模、行业类型以及所有制类型来看都存在明显差异，但它们对合规重要性的认识几乎没有差别。



调查数据显示，98.8%的受访对象报告其所在企业已经具有设立合规体系的多项措施，相比上年增长了2.8个百分点。有72%的受访者表示其所在企业将“合规经营”作为公司目标，这一比例较2019年的调研增加了10个百分点，而坚守“合规”这一底线，是企业管理者规避法律风险的最低要求。许多企业将对合规的重视，贯彻到企业管理与经营的各个方面。

图1：受访企业对合规体系设立的各项措施的重视程度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

※为提升读者的阅读体验，本报告所有图表中的调研数据均进行了取整处理。

有一个在小范围内流传的故事，某著名零售龙头企业的公关人员，在与媒体接触时，必须小心地了解对方媒体的所有制属性，如果具有官方背景，就“等同于国家工作人员”。该企业的合规准则之一，就是与国家工作人员的所有往来，对发生的每一项费用进行巨细靡遗的申报，合规人员甚至会询问一笔金额不超过50元的接待费用具体花在哪里，“你们为什么去这个餐厅，而不是去那个餐厅。”虽然这种根据交易对方所有制属性，区分合规措施的做法，还停留在规避风险的阶段，但仍反映出我国企业合规观念的提升和制度的进步。

也有可公开的反面例证，当地时间5月27日11时，加拿大不列颠哥伦比亚省高等法院副首席法官作出裁决：驳回孟晚舟解除引渡程序的请求。支持法官作出上述裁决的理由是，美国司法部指控孟晚舟所涉“银行诈欺”，在加拿大亦属犯罪行为，这符合“双重犯罪”原则，因此未来将继续推进针对孟晚舟的引渡程序。

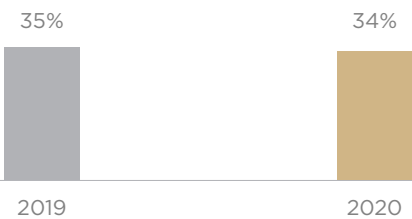
美国方面要求引渡孟晚舟是基于检方对其作出的指控：华为向汇丰银行隐瞒与其设立在香港的分公司Skycom之间的关系，而Skycom则与被美国制裁的伊朗之间存在交易关系，华为的隐瞒行为构成“诈欺”。

尽管孟晚舟的辩护律师主张，对孟晚舟的指控，实质并非欺诈，而是美国认为华为涉嫌违反其针对伊朗的制裁条款。但5月27日的裁决支持了控方的立场：孟晚舟所涉不法行为的实质，是故意做出虚假陈述。虽然这一裁决的做出不仅仅是一个法律问题，但是作为中国骄傲的华为公司，在合规方面确实存在值得检讨的地方。不同法域对合规的要求是不同的，众多中国公司遭遇境外合规处罚，反映出我国的合规建设还与国际社会存在距离。尤其是走向国际市场的中国公司，如何应对国际规则和境外法律的挑战，是一个长期而艰巨的任务。

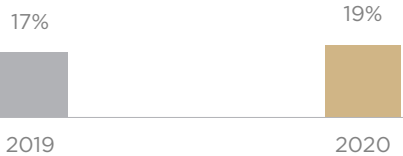
设立合规体系，并最终有效运行这个体系，需要具体的措施。在问卷中，“建立控制风险的合规程序和流程”、“建立专门的合规部门或安排专门的合规人员”与“重视合规部门的独立性”是三个被最多选定的选项。

34%的受访者所在公司重视“建立专门的合规部门或安排专门的合规人员”，这个数据与上年基本持平，重视“合规部门独立性”的受访者所在企业比例则由上年的17%上升至今年的19%。

受访者对建立专门的合规部门或安排专门的合规人员的重视程度

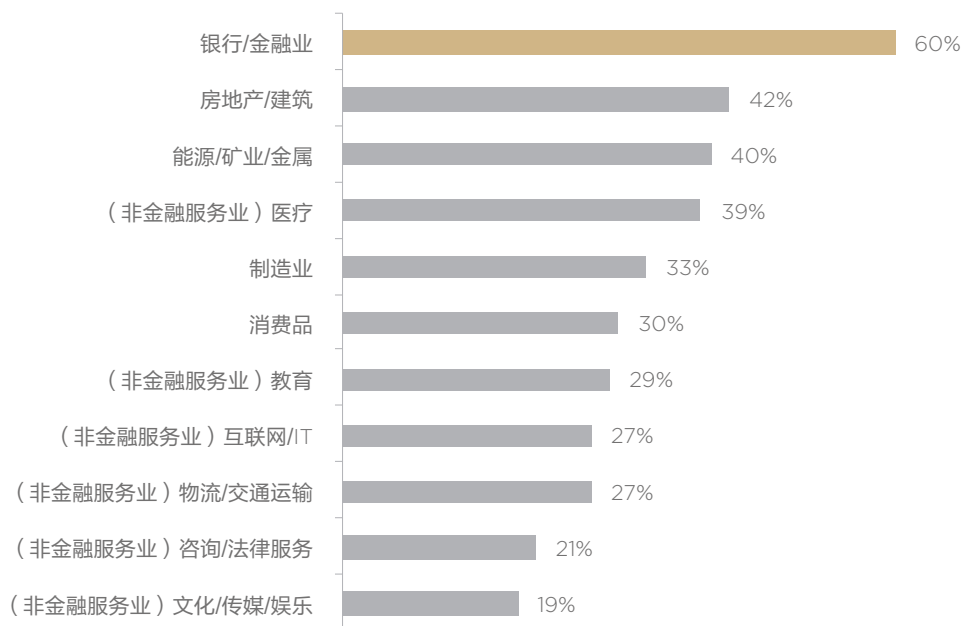


受访者对合规部门独立性的重视程度



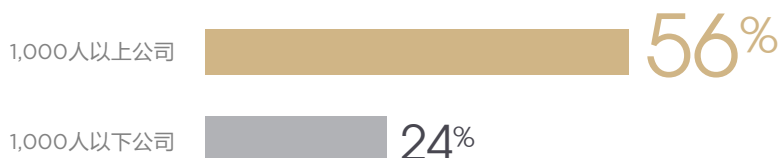
“独立”是合规体系存在和发挥法律风险防范作用的基本前提，但遗憾的是，对独立性的重视程度还没有表现得足够强烈。

图2：各行业对“有专门的合规部门（或人员）”的重视程度



数据来源：2020年中国企业家法律风险调研

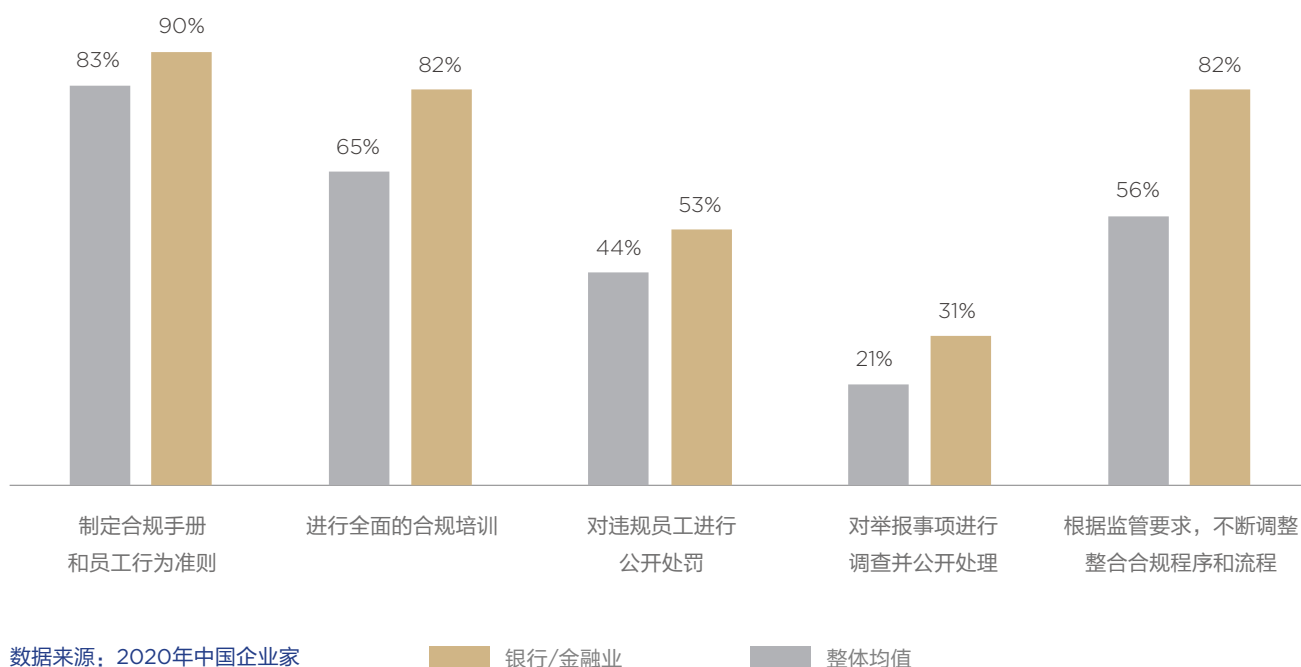
公司规模的大小在“有专门的合规部门（或人员）”这个议题上存在显著差异，根据受访者反馈的数据，56%的1,000人以上公司有专门的合规部门或人员，在1,000人以下的公司，这个比例只有24%。如果按照不同行业标准来看，银行/金融业对专门的合规部门（或人员）的重视程度最高，贯彻意愿最强。在所有受访者归属的行业中整体均值为34%的情况下，银行/金融业对“专门的合规部门（或人员）”措施的实施比例达到60%，而最低的非金融服务业（文化/传媒/娱乐）仅为19%。这体现了不同行业的风险对该企业以建设合规体系来规避的不同动力。



在受访的行业中，银行/金融业常规上被认为日常运行中的管理经营风险更大，在调研数据中，这反映在该行业对员工行为的规范高度重视。在与这一话题相关的所有问题中，银行/金融业受访者给予正向反馈的比例最高。

无论是“制定合规手册和员工行为准则”、“进行全面的合规培训”、“对违规员工进行公开处罚”、“对举报事项进行调查并公开处理”，还是“根据监管要求，不断调整合规程序和流程”，银行/金融业都远高于各行业整体均值。

图3：银行/金融业在防范经营风险的多项措施上的重视程度高于整体均值

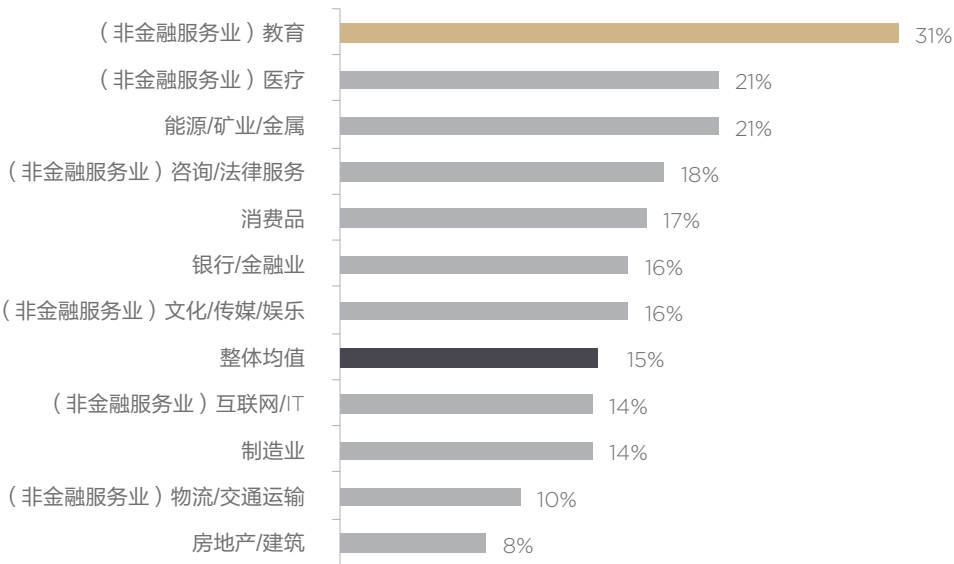


这是银行/金融业在对自身所面临的法律风险具有正确认知的前提下，将风险防范内嵌日常经营制度的做法。尽管我们在问卷中看到这样的重视程度，但现实中，关于银行/金融业及其相关人员违法甚至犯罪的事件仍旧层出不穷。考察近年来的案例，我们可以发现，在以往传统的职务犯罪与金融诈骗之外，银行/金融业与个人信息安全有关的违法犯罪行为开始增多。

(二) 个人信息收集的合法规范化

在信息化环境中，企业在生产经营时不可避免地会获得个人信息。以当前的行业分布来看，最容易获得这部分信息的是文化/传媒/娱乐服务业与银行/金融业。分别有22%和21%的受访者表示，其所在企业“通过网络方式获取个人信息时，在隐私政策或用户协议中，用弹窗或超链接等明显方式提醒用户/客户阅读，并获得明示同意。”

图4：各行业对“以直观的方式和易懂的语言告知收集、使用、公开披露个人信息的目的、方式、范围等规则；改变个人信息收集规则时，重新告知用户，并取得明示同意”的重视程度



数据来源：2020年中国企业家法律风险调研

对服务对象信息的收集，应该遵循最小限度收集原则，并且要与提供的服务内容直接相关并且必要。对这一原则的问卷调查中，物流/交通运输服务业的重视程度最高，为25%。

在个人信息与他人共享之前，获得信息主体的授权，是共享行为合法的前提。对于问卷中“与第三方共享非脱敏数据时，向用户/客户告知第三方业务或服务类型及共享信息的内容、目的、方式等，并取得用户/客户再次明示同意”的调查，在不同行业中，消费品行业占比最高，银行/金融业仅为7.8%，还低于整体均值0.3个百分点。

银行/金融业，恰恰是这一领域违法犯罪的高发区。

2017年，中国建设银行江阴市云亭支行主管陈某通过中国建设银行新一代查询系统，查询公民在该行的开户资料、绑定手机号码、银行卡余额等信息达40余条，再以每条250元左右的价格分六次卖给他人，获利6,000多元。

2018年5月期间，浦发银行电销中心业务主管杨某，用手机对保存在电脑中的客户数据拍照并保存，利用工作便利获取客户个人信息20余万条，并非法提供给山东星耀君程电子商务有限公司用于电话营销。

2020年3月底，原建设银行余姚城建支行行长沈某某因犯侵犯公民个人信息罪，被判处有期徒刑3年，缓刑3年，并处罚金人民币6,000元。法院认定，2017年3月至4月，沈某某曾将非法获取的余姚市东域名苑业主财产信息1,111条和其所在行贷款客户财产信息127条非法提供给他人用于招揽业务。

新近的案例发生在2020年5月6日。与笑果公司存在经济纠纷的脱口秀演员王越池在社交媒体发长文指控中信银行“为大客户服务”而侵犯其个人隐私，向笑果公司泄露其个人账户交易信息，上海银保监局随即关注此事并正式介入调查。

5月7日凌晨，中信银行通过其官方微博道歉：“我行员工未严格按规定办理，提供了王越池的收款记录。对此，向王越池郑重道歉！”中信银行称已按制度规定对相关员工予以处分，并对支行行长予以撤职。

中信银行表示，在客户信息保护方面，该行建立了一整套制度及流程，但个别员工未严格按照制度操作，反映出其个别机构在制度执行上不到位。“我行将举一反三，全面检查，加大培训，强抓制度执行，坚决避免此类问题再次发生，切实保护金融消费者的合法权益。”

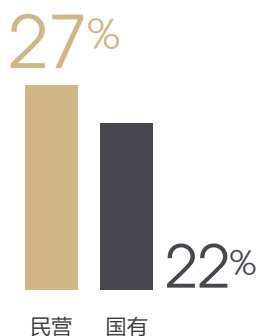
 12.07%

央行数据显示，截至2019年年底，我国开立银行账户113.52亿户，其中，个人银行账户112.84亿户，同比增长12.07%。全国人均拥有银行账户数达8.09户。此外，截至2019年6月，我国征信系统已累计收录了9.9亿自然人、2,591万户企业和其他组织的有关信息，成为世界上收录人数最多、数据规模最大、覆盖范围最广的征信系统，基本覆盖全国范围内每一个有信用活动的企业和个人。这既是一笔丰足的资源，但如果不加规范，也是无处不在的风险点。

从近年公布的裁判文书的内容来看，银行员工私自对外提供个人客户信息的情况并不少见，这类事件发生在对合规措施最为重视的银行和金融行业，以活生生的事实证明，仅有合规体系和制度还不够，需要最终建成有效运行的合规生态，形成合规文化，保证包括管理者在内的所有员工视合规是不能触碰的高压线，并作为每个人的行为准则。

（三）合规举措的改进和风险防范

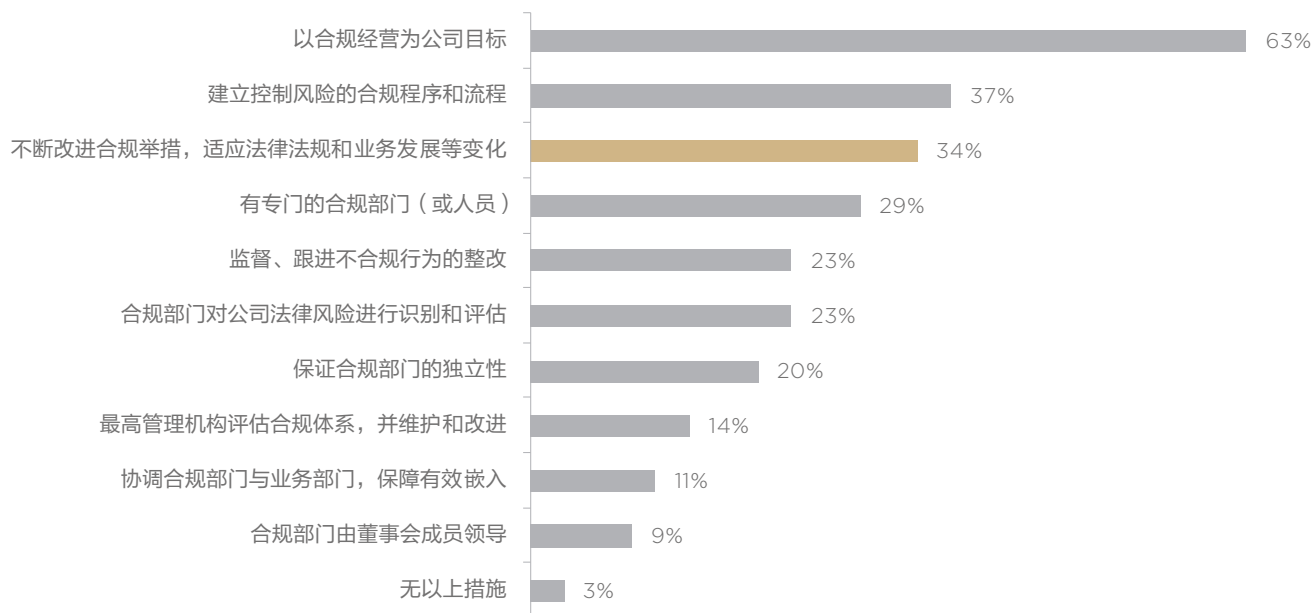
合规体系如何在企业运行中持续发挥作用，需要不断进化，这是本次调研的重要关注点。一方面，为了不断适应法律法规和国家政策的变化，合规举措需要不断调整和改进。另一方面，合规部门需要与业务部门有效嵌合，最终将制度落实在业务流程中，实现对企业行为的有效规范，避免企业和企业家涉足法律风险。



“不断改进合规举措，适应法律法规和业务发展等变化”这一举措，排在优先度第三的位置，不同所有制企业的受访者反馈的数据显示，民营企业（27%）比国有企业（22%）的重视程度高出约5个百分点。

2020年，教育服务业受访者对自我适应性的重视程度远远高出其他行业。在这一领域，“不断改进合规举措，适应法律法规和业务发展等变化”这一项的选择占比为34%，高出行业均值9个百分点，与最低的物流/交通运输服务业相比，高出后者近20个百分点。

图5：教育服务业对建立合规体系各项措施的重视程度



数据来源：2020年中国企业家法律风险调研

教育服务业近年来在中国发展迅速，特别是伴随着互联网技术进步，在线教育无论是课程辅导，还是外语、编程等专业培训，都蔚然成风。有些企业已经在美国上市，借助互联网技术迅猛发展的同时，潜在的法律风险也被快速放大。

从2月25日起，四个月内，中概股企业“跟谁学”先后遭到灰熊、香椽、天蝎、浑水4家做空机构的轮番共9次做空。在灰熊进行首次做空后，“跟谁学”甚至没有进行正面回应，随后因为受瑞幸咖啡无法逆转的财务造假丑闻的影响，不得不亡羊补牢般陆续召开媒体沟通会、投资人电话会，对所有指控进行回应。

这9次做空中，前几次主要集中在“跟谁学”关联交易、郑州地价、业务营收、高途课堂、高管离职、股权质押等方面，后面几次则主要关注教学模式、获客方式、盈利模式、用户真实性等方面。

6月2日，灰熊发布的其针对“跟谁学”的第二份做空报告，称后者公开宣称的学生招生人数和营收被虚增了900%左右。“跟谁学”则回应称，灰熊的指控是基于P图等方式进行的诋毁公司的行为。在灰熊的这份报告发布后，此前曾做空“跟谁学”的香椽在社交媒体上转发了该报告，并称赞灰熊所做的工作，表示“如果‘跟谁学’在美国注册，它今天就应该不再交易”。

中国人民大学商法研究所所长刘俊海认为，中国监管者应当对中概股按照证券法行使长臂管辖权，开始启动调查程序。与“跟谁学”相关的中介机构，负责审计业务的会计事务所，提供法律业务的律师事务所，实际控制人都要自证清白，这样才是最好的自我保护，让做空游戏不攻自破。

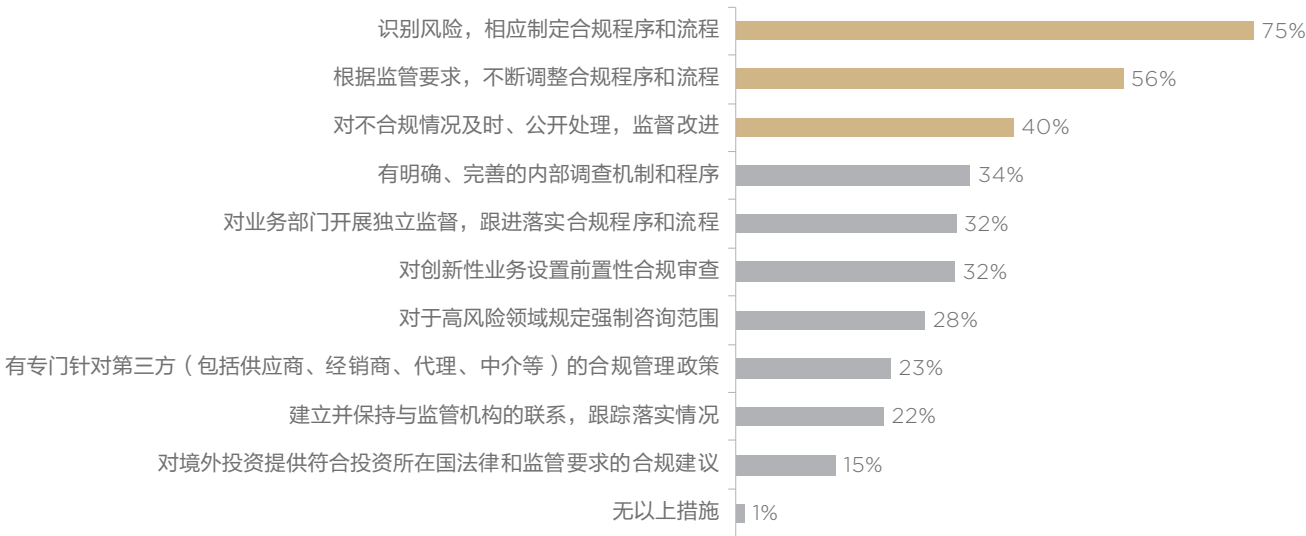
无论是自证清白还是自我保护，都有一个重要的前提，就是企业的经营确实遵守了“合规准则”。尤其是已经被特别关注和严格审视的行业，企业更需要在开展业务时，切实履行合规义务，增强合规意识，在合规生态中不断改进。中概股在美国遭遇的信任危机，折射出中国公司的合规还难以经受国际规则的检验。

在企业合规建设中，制度建设是合规体系的基石，人的选任则是基石稳固的保障。制度建设优先于人的选任，但是制度是在合规框架中成形并发挥作用，这都有赖于人的作用，同时制度又反过来规范人的行为，使其在合规的边界内活动。人主导制定合规框架，随后成为“合规的囚徒”，以失去一些自由的方式来交换安全和更大的自由。这就是制度与人的互相保障，也是合规架构发挥效力的基本模式。制度是死的，人却是活的。在合规体系中，我们不仅要注重制度的建立和完善，也要重视人的选任，并发挥人的能动性，赋予制度更大的潜力。

制度建设是合规体系的基石，人的选任是基石稳固的保障。

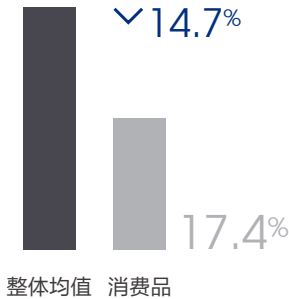
在关于企业合规建设这个大议题中，“识别风险，相应制定合规程序和流程”，在受访者的选择中，优先度排在第一位，占比75%。排在第二位的是“根据监管要求，不断调整合规程序和流程”，占比为56%。“对不合规的情况能够及时、公开处理，监督改进”排在第三位，占比为40%。从识别风险、制定程序与流程，到对流程不断进行调整和优化，再到对不合规行为进行处理与监督改进，实际上就完成了企业内部合规的闭环。有制度，有制度的完善，有制度的执行，并且无论制度的制定还是制度的完善，都有针对性的依据和标准，而制度的执行也有明确的目的。这体现的是合规体系的可操作性和实用性，而并非一纸空文。

图6：受访企业对防范公司经营风险各项措施的重视程度



数据来源：2020年中国企业家法律风险调研

使合规措施从纸上落实到具体的经营生产中，需要人作为中介。企业中的员工和管理者就在承担这个角色，同时他们又是合规体系的建设者和受约束者。



为了保证这些措施具有切实的约束力，应该对业务部门开展独立监督，跟进落实合规程序和流程。在这一与企业经营直接相关的问题上，消费品行业的“表现”最差。只有17.4%的该行业受访者认为自己所在企业执行了这一规范，比整体均值低14.7个百分点。

而恰恰是消费品行业，爆发了2020年最大的一桩商业丑闻。

2020年1月31日，做空机构浑水声称收到了一份长达89页的匿名做空报告，指称瑞幸数据造假。2月3日，瑞幸否认所有指控。4月2日晚间，瑞幸的审计机构安永表示，在对公司2019年年度财务报告进行审计的过程中，发现瑞幸的部分管理人员在2019年第二季度至第四季度通过虚假交易虚增了公司相关期间的收入、成本及费用。瑞幸随即发表声明承认存在造假行为，并透露虚假交易数额为22亿元人民币。

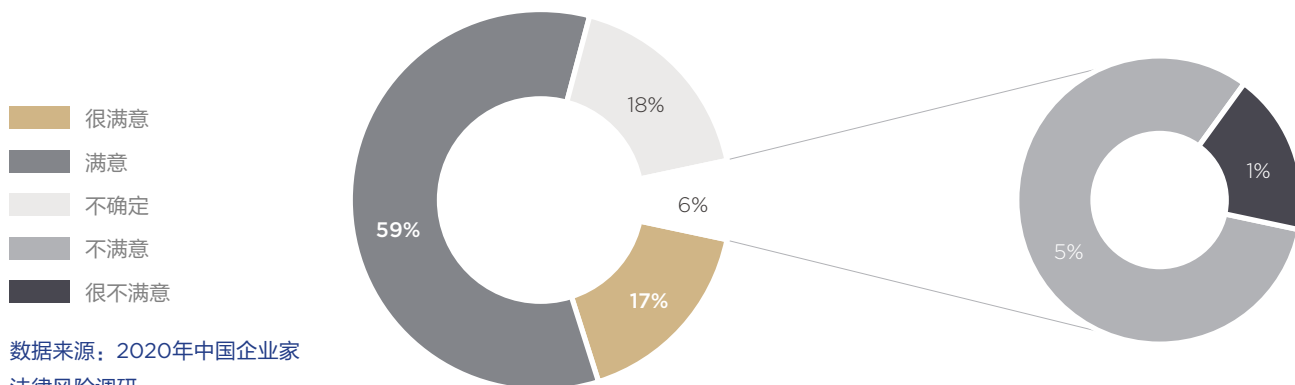
4月5日，瑞幸咖啡发布道歉声明，涉事高管及员工被停职调查。瑞幸咖啡董事会委托独立董事组成的特别委员会及委任的第三方独立机构，进行全面彻底调查。截至4月19日，瑞幸至少涉及4起集体诉讼。5月12日，瑞幸咖啡宣布调整董事会和高级管理层，CEO钱治亚和COO刘剑被暂停职务。此外，自内部调查以来，该公司已将另外6名参与或知悉捏造交易的员工停职或休假。

中国证监会与银保监会相继表态，对瑞幸咖啡的财务造假行为严厉谴责，并将配合主管部门依法严厉惩处。

瑞幸财务造假案是典型的业务部门脱离监督，为了业绩以及与业绩相关的融资而进行的虚假交易行为。当然，这其中还涉及到公司管理层是否想监管或者直接指令造假的问题。近年来，中国企业出海增加，许多企业在美国上市，形成“中概股”现象，一时风光无两，许多企业成为明星企业，但是其管理者的不当行为，引发合规风险，最终导致企业遭遇信任危机，可能导致灭顶之灾。创造纳斯达克最快IPO纪录的瑞幸咖啡，亦创造了最快退市的纪录。

这表明“会讲故事”是企业成功的一个非必要条件，但“合规”却是企业成功的必要条件。企业会讲故事当然是锦上添花，但是不解决合规问题，就只能是昙花一现。这要求企业和企业管理者必须强化合规管理、防范合规风险、坚守合规原则，将合规从制度落实到企业的每一个人，尤其是公司管理层。

图7：受访企业对“合规体系和制度得到有效运行”方面的满意程度

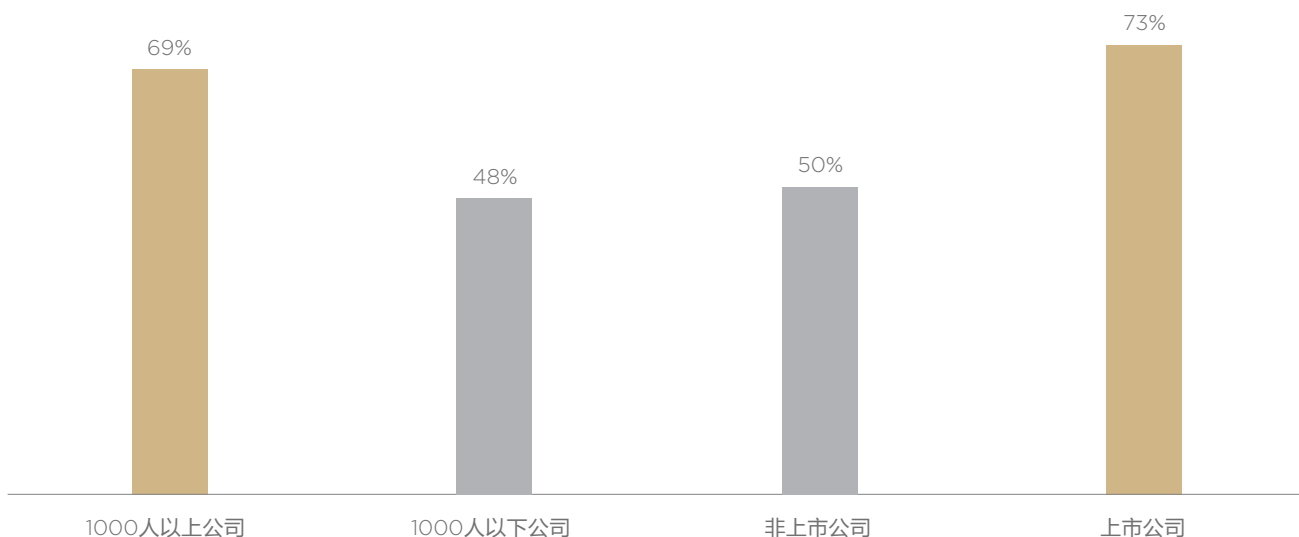


（四）网络安全和信息漏洞

在防范这些常规的风险之外，还有与当前经济环境或社会状态存在更紧密联系的合规要求。今天，无论是传统还是新兴企业，无论是国有还是民营企业，无论是大型还是中小微企业，没有任何一家企业能离开数字化和信息化而存在。互联网在工业、商业、服务业甚至农业领域的应用，带来的一个必须面对的问题，就是企业如何处置互联网信息。当前，这已经成为企业违规甚至犯罪行为的一个引爆点。

对于企业来说，在传统的合规要求之外，有必要对此进行更多的关注，以应对其可能引发的刑事法律风险。通过调查数据可以发现，诚如之前所言，几乎所有公司，对网络安全与个人信息保护都已经予以关注。不同之处在于，不同的企业，关注的方式、方法、角度、程度，有所差异。

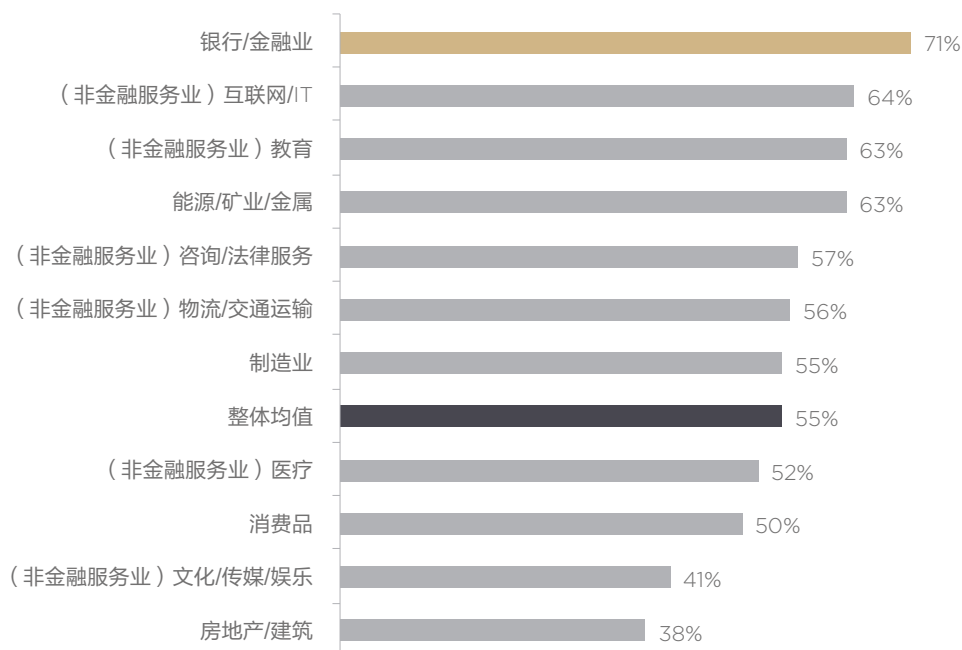
图8：上市公司和大公司更重视“对于系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入、数据泄露等突发安全事件，公司有应急预案设计和处置机制”



数据来源：2020年中国企业家法律风险调研

上市公司与超过1,000人的大公司对“应急预案”的重视程度要远远超过非上市公司和1,000人以下的公司。从经验来看，上市公司数据安全问题往往会导致其在资本市场的表现，例如股价波动，市值受损。规模越大的企业，受数据安全的影响也越大，所以实现数据安全的防范措施也就越严密。调查数据显示，73%的上市公司和69%的1,000人以上公司“对于系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入、数据泄露等突发安全事件，公司有应急预案设计和处置机制”。

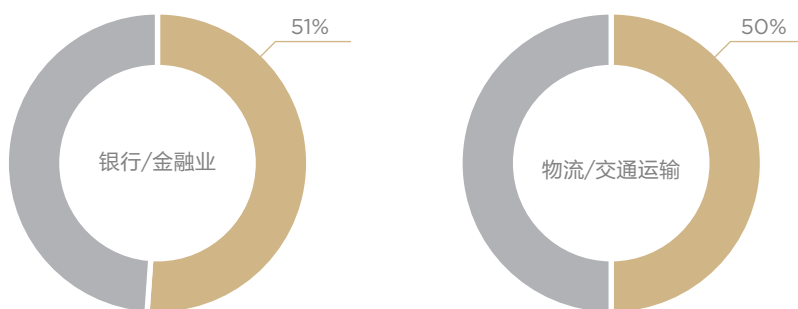
图9：各行业对“对于系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入、数据泄露等突发安全事件，公司有应急预案设计和处置机制”的重视程度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

在不同行业，对这一制度的重视程度，大致按照该行业对信息安全的依赖程度来排序，最重视这一项的银行/金融业受访者的数据表明，71%的企业有相应的预案和处置机制。

在“履行网络安全管理义务，相关事项及时向行政监管部门（公安、网信办、工信办等）报告，积极回应监管要求”方面，银行/金融业与物流/交通运输服务业的受访者反馈的数据显示，这两个行业中，均有超过50%的企业重视这一工作。



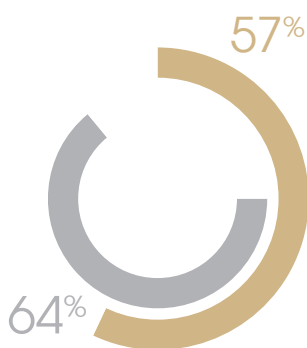
（五）股权设置和股权变更

随着中国公司的发展，公司内部因为股权设置不当或者股权变更导致的公司控制权之争，最终升级到股东刑事举报，引发的个人法律风险也时有发生。从真功夫的蔡达标被举报职务侵占和挪用资金，被判14年，到牧羊集团股权转让系列案、再到雷士照明的吴长江因同样的罪名，被判同样的刑期……在中国公司发展史上写下血腥的一页。

现代企业制度的一个重要特征就是产权明晰。但是在具体的经济活动中，因为我国的企业，特别是民营企业，早期发展中就经历过“野蛮生长”的阶段，有些还是从家族企业演进而来，股权配置中存在很多历史遗留问题，由此引发公司内部控制权之争，如果不能通过协商或法律的手段解决，极端的做法就是通过刑事举报将对方送到监狱里，以此来扫清障碍。

这些被经常举报的挪用资金、职务侵占等罪名，在公司管理不规范的情况下，并不是个别存在。如果没有内部举报，司法机关很难介入。如果只是想维护公司利益，追回损失，刑事手段的介入也并不是必要的。也就是说，刑事举报成为了争夺公司控制权的手段，如果在公司成立之初，就充分考虑公司股权配置，避免控制权之争，有一些悲剧可能会被避免。就此而言，公司的股权配置是十分重要的，它决定了公司的权力结构。好的权力结构能够让公司快速、正确决策，坏的权力结构则让股东陷入内部倾轧，轻则公司陷入僵局，重则一方身陷囹圄，公司也元气大伤。

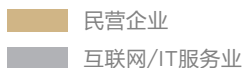
有限责任公司，说到底，是人与人之间的契约和结合。一家公司的诞生之初，股东之间一定是基于信任和共同的目标。但是，在发生分歧时，尤其在面临严重的利益冲突时，通过什么方式解决分歧，考验的是一个人底层的价值观和行为操守。这往往是很多公司成立之前，未充分重视的。所以，股东之间对相互作为“人”的特质的了解，是十分重要的，它不仅决定了公司可以走多远，某种程度上也决定了股东个人是否安全。



“股东之间相互了解、认同，有相似的价值观和行为操守”，在医疗服务业、教育服务业、文化/传媒/娱乐服务业以及咨询/法律服务业的受访者中，都分别有超过七成的认可度。这是因为以上四类行业都不是资金密集型，而是人才密集型，股东之间的认同显得更为重要，并且一般情况下多产生“熟人共同创业”的情形。

在来自民营企业的受访者中，对“有一个得到大家认可和尊重的大股东，且大股东的份额占支配地位，能有效决策”的认可度为57%，在受访的不同所有制类型企业中比例最高。互联网/IT服务业的受访者则有64%对此表示重视和认同。

现实的企业经营和管理中，我们看到的许多大公司发生的治理危机，有很大一部分是因为这一方面的问题没能解决，各方因为股权纷争而最后上演闹剧。



当当的两位创始人之间，自李国庆于2019年2月彻底离开当当公司，投身于新的创业项目——早晚读书后一直存在股权之争。

4月26日上午9时34分，李国庆与其随扈共六人闯入当当办公区，“拿”走几十枚公章、财务章，留下一封《告当当全体员工书》，宣布日前已召开临时股东会，自己重新成为当当的控制人。但是根据工商资料显示，俞渝对当当持股64.20%，李国庆为27.51%。显然，在股权占比未得到改变之前，俞渝仍是当当绝对的大股东和实际控制人，并且公章被抢走后，当当方面立即挂失并声明，公章、财务章、财务部门章即日作废。

4月28日，李国庆单方面任命公司新的管理层。剑拔弩张的表相之下，却传出双方和解的可能，并且由潘石屹张欣夫妇做调解人。和解条件之一就与李国庆手中的当当股份有关。并且，李国庆一直主张，现在他应该拥有当当全部股份的一半。

由此可见，李国庆与俞渝争执的根本原因在于利益分配，也就是股权的分配。根据当当的说法，俞渝持有52.23%，加上代持儿子的18.65%，共计70.88%。李国庆对当当的持股为22.38%。根据李国庆的说法，他和俞渝在婚姻关系存续期间合计持股91.71%，基于夫妻关系存续期间夫妻财产共有原则，应该实际持股45.855%。

当当是典型的夫妻创业，在公司治理、股权结构上都有家族企业的特点。当当在股权设计上的缺陷成为李国庆与俞渝之争的源头。

如何避免跌入这一陷阱，就需要在公司治理框架中，对股权结构进行科学配置，尤其是夫妻或兄弟等家人共同创业，不应只看到其中的亲情，还要考虑最坏的情况。股东创业之初，是基于特定人之间的认同和信任，股权转让不可避免会破坏这种关系。如果在经营过程中，发现股东之间理念不同，或者发生了犯罪、退休、死亡等不可控因素，事先做出约定，排除这些情形可能对公司经营造成的负面影响，也是完全必要的。否则，不仅亲情、友情消磨殆尽，公司也难以存续。

“对于股东因理念不同、除名、业绩不达标、犯罪、退休、死亡等原因导致的退出，有健全和合理的机制”的议题，教育服务业仍旧表现出最高的认同度，为43%，最低的文化/传媒/娱乐服务业，只有9%。

调研数据显示，在“大股东与配偶签订婚内财产分配协议，排除离婚对股权归属和行使的影响”这一问题上，消费品行业的受访者中有15%表示自己所属企业对此已经加以重视，这一比例比整体均值高6个百分点。“关于股东能否对外转让股权，以及如何实现股权转让”，国有企业股东之间有明确约定的比例最高，为39%，民营企业最低，为31%；教育服务业在行业分类中，对此有规定的比例最高，超过50%，最低的为消费品行业，为24%。

43%

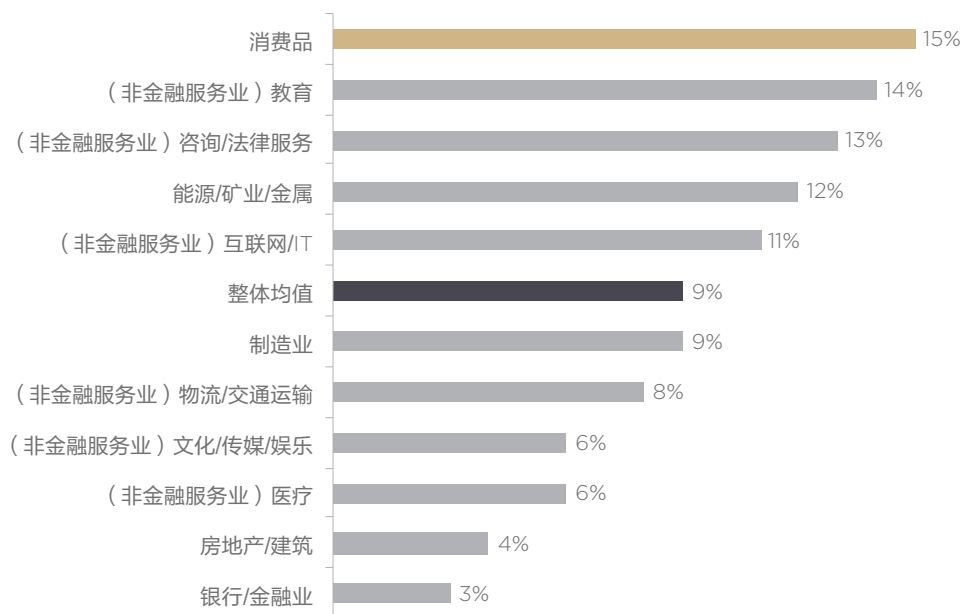


教育 文化/传媒/娱乐

9%

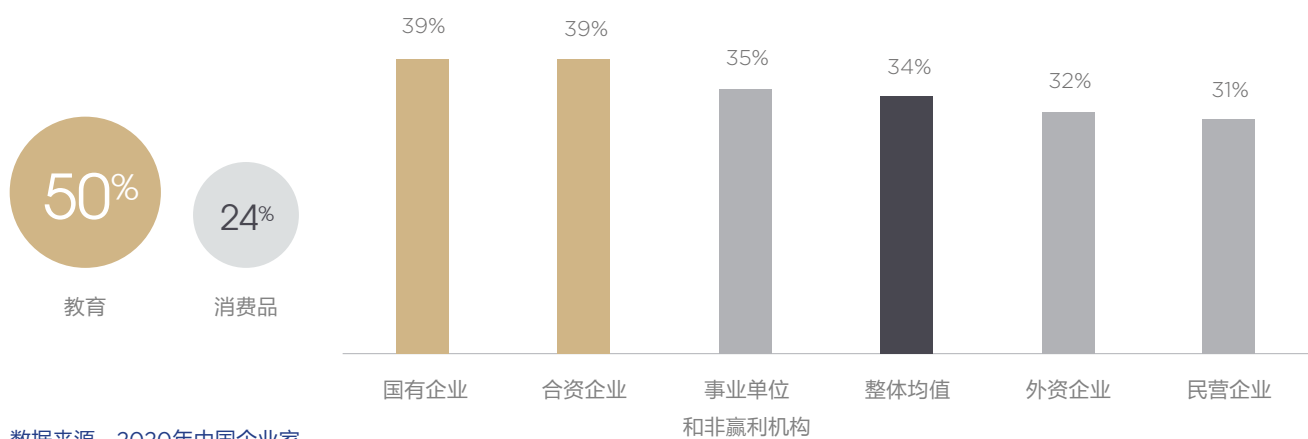


图10：各行业对“大股东与配偶签订婚内财产分配协议，排除离婚对股权归属和行使的影响”的重视程度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

图11：各类企业对“关于股东能否对外转让股权，以及如何实现股权转让，股东之间有明确的约定”的重视程度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

（六）公司治理及最有效制度的建立

在当当事件中，还暴露了一些特定形态的企业，公司章程以及印章管理制度的缺陷，推而广之，就是公司治理层面的各项规章制度的设立，能否避免股东之间的纷争，以及可能引发的法律风险。

在被认为能有效防范法律风险的制度中，所有行业的受访者对“公司章程”是最关键的看法超过50%，其中最高的是医疗服务业，有83%的教育服务业受访者认为财税管理制度也是有效制度。

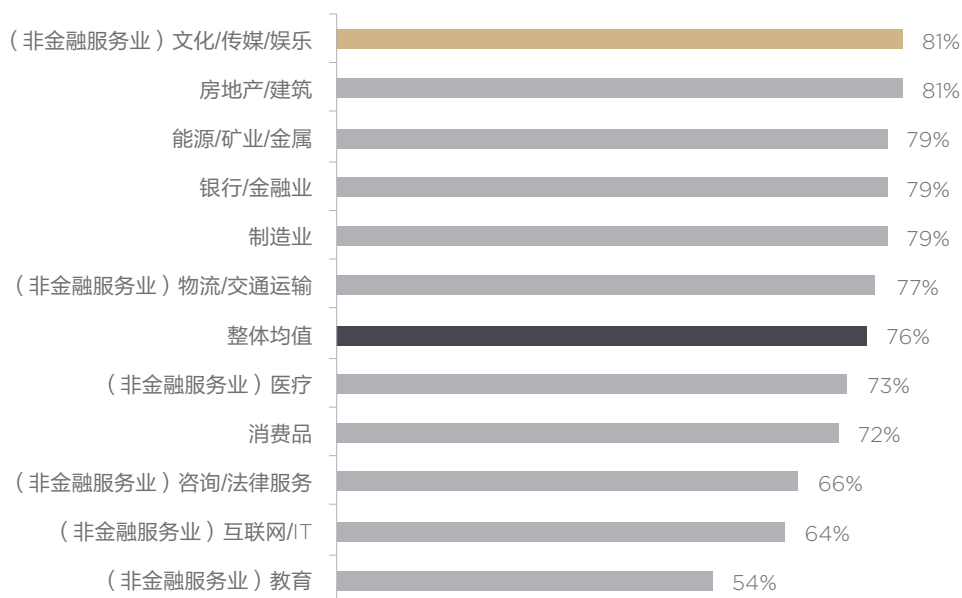
今天的公司，股东人数众多，利益主体多元，公司组织结构复杂。公司、股东、董监高之间，权力的相互制约，资源的有效配置，利益的合理分配，决策的有效执行，风险的及时预警与控制，利益主体间矛盾的防范与化解，都是决定企业命运的核心问题。这些问题需要企业依据自身的具体情况，在创立之初、发展过程、遇到问题后，通过制度设计或调整得到有效解决。公司章程就是解决这“一揽子”问题的、最重要的企业法律文件。成功的企业各有各的秘籍，但无一例外，都有着良好的公司权力架构和治理能力，公司章程就是将这些约定和制度固定下来，并具有法律效力的“企业宪章”。一份有价值的公司章程能最大限度避免股东内部纷争，联合各方利益主体形成合力，是企业合规经营、良性发展的重要基石。

除了公司章程，财税制度也是公司的核心制度。资金是公司最核心的资源，如何管理“经济命脉”，考验着企业治理的成熟度和专业性，合法经营的基础就在财税制度。好的财税制度，对内而言，可以为业务发展提供高效支持，为会计核算提供良好基础，为有效的内部审计、监督，预防腐败，奠定制度依托；最终有利于成本-收益分析，进而改善经营管理，节省不必要的成本，把钱花在“刀刃上”。对外而言，健全的财税制度，提供了与第三方合作时的“健康体检证明”；对于上市公司，财务报表健全、信息披露真实的价值，更是不言而喻。此外，合法有效的财税制度能够抵御行政机关的核查监督，尤其是税务机关，从而使企业避免陷入逃税、“虚开”发票等犯罪泥淖。最后，完备的财税制度还可以对单位个别人员涉嫌经济犯罪提供有效抗辩，最终使得个人风险与单位风险隔离。

内部举报制度还未在中国公司得到应有的重视，美国在“安然公司会计丑闻案”后通过了《萨班斯法案》，要求上市公司必须设立内部举报制度。这是因为内部人是最了解公司违规和违法事实的人，如果不给这些人内部举报的机会，就会把他们直接推向社会，公司就失去了自我纠错的机会。同时，从企业内部的激励机制而言，遵守制度的人得到奖励，违反制度的人受到惩罚，这样才能让制度变成现实的行为指南，真正落在员工的具体行为中。所以，内部举报是合规体系不可或缺的一部分。

内部举报是合规体系不可或缺的一部分。

图12：各行业对“公司治理以公司章程为根据。根据公司具体情况和发展阶段，制定或修改公司章程”的重视程度



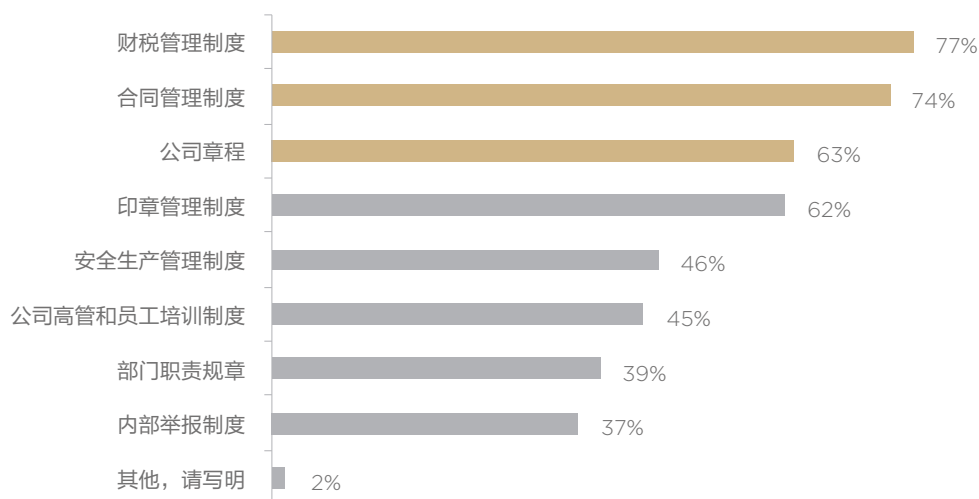
数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

同时，从调研看出：相较其他受访企业，大企业管理者更重视合同管理制度和内部举报制度。企业所有者比普通管理者更看重公司章程、印章管理制度和财税管理制度。

目前，旨在防范刑事法律风险的各项制度主要包括：公司章程、部门职责规章、资金管理制度、合同管理制度、印章管理制度、财税管理制度、安全生产管理制度、内部举报制度等。不同行业对最有效制度的认识不同，在受访者的选择中，除了与其行业运行特点相关外，还与该行业在当前所处的社会、政治、经济和法律环境有关。而完善的制度永远都是企业与其管理者远离法律风险的保障。



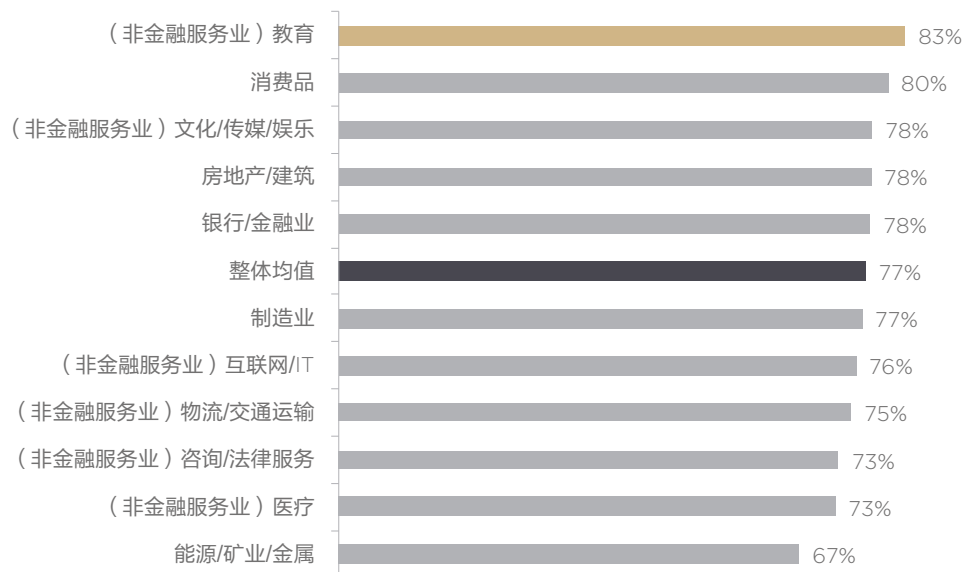
图13：受访企业眼中防范法律风险最有效的制度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

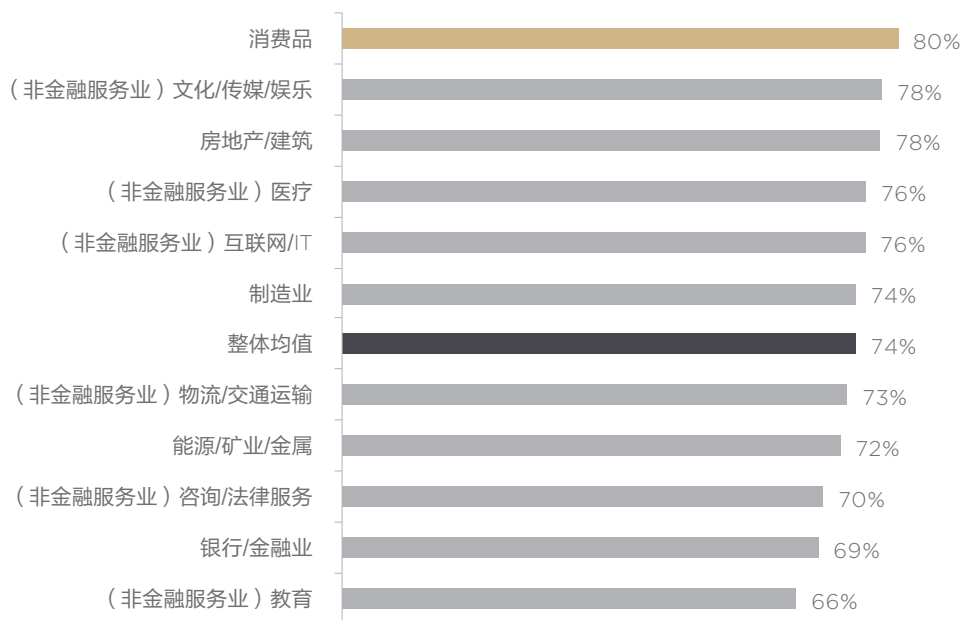
各行业对于“财税管理制度”、“合同管理制度”以及“公司章程”这三项最有效制度，重视度各有不同：教育服务业对“财税管理制度”（83%）重视度最高，高于整体均值6%，但对“合同管理制度”重视度最低，低于整体均值8%；能源/矿业/金属行业对“财税管理制度”重视度最低，低于整体均值10%，更看重“合同管理制度”。

图14：各行业对财税管理制度的重视度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

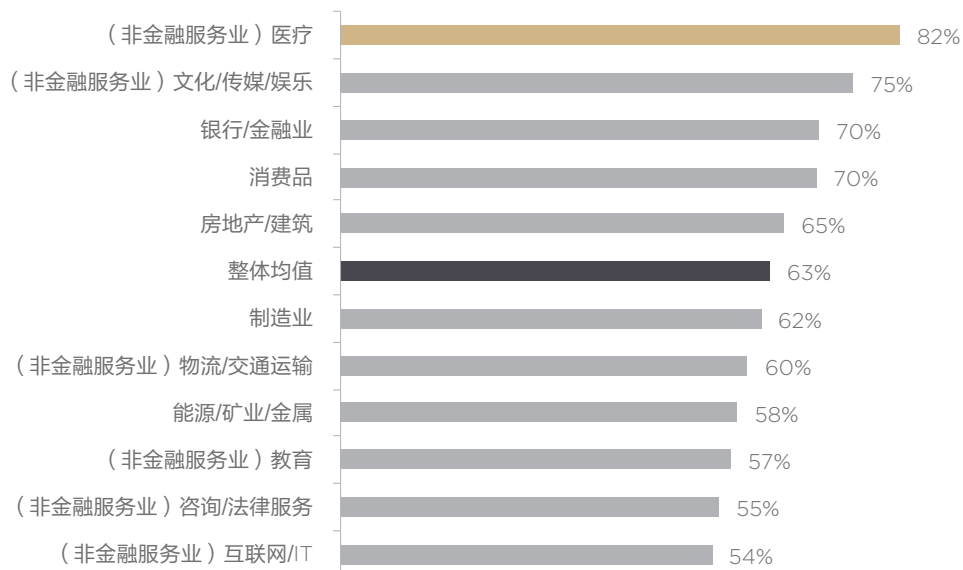
图15：各行业对合同管理制度的重视度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

在不同行业中，消费品行业对“合同管理制度”重视度最高，高于整体均值6%；医疗服务业对“公司章程”（82%）重视度最高，高于整体均值19%；互联网/IT服务业对“公司章程”重视度最低，低于整体均值9%。

图16：各行业对公司章程的重视度



数据来源：2020年中国企业家
法律风险调研

二、企业家十大法律风险

（一）合规是社会和企业的系统工程

2019年,《财富》(中文版)与北京和昶律师事务所首度携手合作,就中国企业“合规制度建设与法律风险防范”进行了深度调查与研究。2020年,该调研持续推进。这一年,疫情加剧世界政治、经济格局的变化,复杂的外部环境让企业面临前所未有的不确定性与困难。坚守合规底线,妥善应对风险,增强生存和发展的韧性是企业当下的首要任务。

1、合规的“人”与“组织”

所有的合规风险,说到底都是“人”的风险。如何通过合规计划,让企业中所有的人达成合规的共识,这是合规的出发点也是终点。

（1）员工和关键职位的培训

合规,就是企业的经营行为符合国家的法律法规和商业伦理。从统一认识而言,首先,需要明确企业的价值观,也就是支撑整个合规管理体系背后的精神和文化。比如,阿里巴巴创办至今,管理模式、业务规模等不断发生着各种变化,但始终不变的就是文化价值观,即诚信。以诚信文化为核心基础和关键纽带,阿里巴巴构建出独具特色的廉洁合规机制。诚信文化贯穿于合规制度建设、廉正机构设置、反腐防控策略制定、业务决策、管理标准与行动、绩效管理等,并通过2009年出台的《商业行为准则》传递到企业各个角落,向全体员工清晰地传递公司要什么、不要什么。廉正问题上上升至公司文化价值观层面,成为组织绩效管理非常重要的指标之一。虽然也经历过聚划算等贪腐事件,但是不论是谁,只要违背《商业行为准则》,则严格查处,绝不手软。这就将每一次合规危机转变为合规教育,让合规体系成为合规文化的守护者。

其次,要将企业的价值观,通过一套公开透明、明确具体的员工《行为准则》在全体员工中贯彻,并进行有计划、有层次、持续性的合规培训,指引员工的行为。最后,具体到生产经营中,企业还应依据自身业务特点,设定贯穿经营全流程的岗位职责,并在实践中不断调整、完善,让“人”成为合规的基石。问卷数据显示,在“制定合规手册和员工行为准则”“进行全面的合规培训”的调查中,选择率分别为83%和65%,说明这两项工作得到企业的充分重视。

受访企业对“制定合规手册和员工行为准则”的重视程度

83%

受访企业对“进行全面的合规培训”的重视程度

65%

被法律界称为“中国企业刑事合规抗辩第一案”的“雀巢公司员工侵犯公民个人信息案”，正是由于公司完备的合规培训、切实的制度落实、有效的证据留存，才将员工的个人违法行为与企业进行了切割，有效防范了企业的法律风险。

同时，调查数据还显示，企业普遍重视一线员工的行为规范与合规培训（此选项的选择率为65%）。却不太重视对“企业高管进行特别忠实义务的合规培训”（此选项选择率为22%）。对与合规风险紧密相关的特定主体或专业人员，比如，“中介组织专业人员的职业操守培训”的选择率更是低至9%。事实上，他（她）们都是高风险人员。尤其是新《证券法》实施后，国家下重手打击资本市场的欺诈行为，上市公司高管的忠实、勤勉义务和中介组织的“看门人”作用一再被强调，每一起财务造假行为背后，都有公司高管的失职和中介组织工作人员的失守。沸沸扬扬的瑞幸咖啡事件中，公司高管和中介组织都被卷入调查。高管意味着更高的责任和义务，中介组织也不是“橡皮图章”。不仅如此，对于国有独资、国资控股等负有保障国有资产安全的企业，还应该着重突出对特殊职责岗位人员的相关培训。但针对“国有企业进行保障资产安全职责培训”的调查数据则反映出，具有相关意识的企业不足两成。一言以蔽之，合规体系应当重视关键、特定职位岗位、关键人的合规意识培训。

在与企业家访谈中，我们留意到，有不少受访者，尤其是实际遭遇过合规风险的企业，已经开始意识到“企业”与“员工”、“企业”与“合作方”，甚至是“企业”与“供应链”之间的风险传递问题。实践中，通过培训记录、签订承诺书以及合同特定条款的约定来切割风险，都是有效的尝试。重视企业内部培训的同时，通过交流或合作，将合规的理念传递到企业经营的全链条，相互监督和促进，为合规创造良好的内外部环境是完全必要的。

（2）合规组织的专业性和独立性

专业的合规人才、独立的合规部门是合规体系有效运行的关键。说到底，合规是企业对偏差行为的矫正能力。专业性保障风险识别、评估以及制度落实的准确性；独立性则直接决定了合规体系运行的效果。

中国古语说“上行下效”，没有合规理念的企业领导层，不可能营造企业的合规文化，没有合规文化的指引，再完美的制度都会在运行中走样。企业领导层一定要在决策和日常行为中，率先遵守公司制度，贯彻企业文化，在言行中体现企业的价值观，员工才会真正领会企业的合规精神，并发自内心地认同和遵行。董事会成员更要接受定期的合规培训，并且将合规绩效纳入到领导层的绩效考核。尤其要重视业务部门负责人的合规考核，防止为了公司业绩而触碰合规红线，并以此规范业务部门的日常运营。

有访谈者特别指出：合规人员需要法律、财务、业务、管理等多学科背景，但实践中这样的复合型人才非常缺乏。加强人才培养，推进业内的交流，使合规人员成为像会计师、律师这样的专业型人才，才能整体提高企业合规工作的效率与质量。

比人员专业性更为重要的是合规部门在组织结构中的独立性。合规部门的职责决定了它与其他部门的不同定位。从制度制订、流程执行到调查、执纪问责及整改，本质都是管人、管事，“动人奶酪”的工作。如果将其设置到与其他部门平起平坐的位置，它就会被牵制而无法发挥应有的作用，流于形式，这是很多合规体系没有实效的根本原因所在。调查问卷中，能够做到“保证合规部门独立性”的企业数占比仅为19%，是企业合规实效不足的真实反映，中兴事件就是一个沉重的教训。提高合规部门的层级，或者由公司最高层级直接领导合规部门，从机构设置上保证独立性，赋能合规部门有效开展工作。

为保证合规组织的独立性，董事会应对首席合规官有公开的授权，并有独立的汇报路线到公司最高领导层，保证汇报的信息不被截取或过滤，使其有能力监督高管的不当行为。同时，保证合规组织有充分的资源，也是保证其独立性的关键。不论是专业人员的引进、培养，还是提供专项资金，都是十分必要的。并且根据企业的发展阶段和风险特征等因素，不断进行调整。只有合规组织不受制于人，才能独立、有效地开展工作。

2016年，京东的反腐公告首次披露了京东的反腐机构——“内控合规部”的工作机制。该部门是京东集团唯一被授权从事反腐行为调查的专职部门，且调查结果直接向京东集团CEO刘强东本人汇报，保障了通道的畅通、安全和调查的独立与客观。多年来，京东反腐的工作成效不仅得到业界同行和用户的认可，甚至得到了中纪委的点名嘉奖，对提升品牌影响力、信誉度起到了积极的作用，这与其合规部门的独立性和权威性是直接相关的。

此次问卷调查中的“合规部门由董事会成员领导”、“最高管理机构评估合规体系，并维护和改进”以及“协调合规部门与业务部门，保障有效嵌入”等问题，就是提示企业家重视合规部门的独立性和有效性。调查结果显示，三项问题的选择率均不足15%。在访谈环节，受访者也重点提及，合规部门的地位在我国民营企业中是个具有普遍性的问题。独立性得不到保障，合规只能流于形式。然而，风险是客观存在的，一旦风险造成企业的实际损失，合规部门却要承担相应的责任，权责失衡恶化了合规部门的工作环境，造成人才严重流失，最终形成恶性循环。

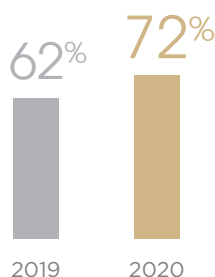
说到底，公司高层的合规理念，是“要我合规”和“我要合规”的分水岭，也是合规部门的独立性和制度落实的保障。刘强东曾就京东的反腐合规做出公开表态，“公司内部决不能容忍出现贪污的现象。你贪十万，我就是花一千万也要把你查出来！谁要是触碰了公司的底线，就送他去坐牢！”这掷地有声的决绝态度，正是京东集团有效合规的最好脚注。

公司高层的合规理念，是“要我合规”和“我要合规”的分水岭，也是合规部门的独立性和制度落实的保障。

2、合规的“制”与“治”

合规并不是内生于我国的公司治理文化，而是中国企业融入国际社会和应对外部风险的变革。中国企业是全球化浪潮的受益者，经过改革开放前期“引进来”的积淀，这些年我国企业也开启了“走出去”的步伐。在这个过程中，中西方企业文化、公司治理理念、商业法律规则的冲突非常明显。中国企业在“违规”与“惩戒”中开始学习与世界规则的融合，也深刻意识到规范经营对于企业存续发展的重要意义。

同时，虽然我国刑事立法尚未确立企业刑事合规的激励机制，但在行政监管领域，政府通过强有力的立法和执法，引导、规范企业合规。2019年4月，高盛（亚洲）有限责任公司、北京高华证券有限责任公司涉嫌违法违规从事相关股票及股指期货合约交易，被证监会立案调查。该案以企业缴纳巨额行政和解金以及向监管部门承诺加强公司内控管理机制整改与建设，并在完成整改后向证监会提交书面整改报告为条件，证监会终止对其有关违法行为的调查和审理程序。这是新《证券法》实施后的首例行政和解案件，改变了过去行政执法只罚不改的旧思路，对于企业合规有积极的促进作用。



外在的环境挑战和政府的监管推动，是企业合规的外因，它对企业认知的提高和制度建设起到了积极的作用。对当今中国企业而言，合规体系的搭建、制度的运行以及合规文化的培育，是企业生存、发展的基础，也是企业预防、控制和应对各类风险的有效防火墙，更是企业文化和社会责任的体现，这一认知得到了越来越多的认同。本次调查问卷的数据反映，企业以“合规经营为公司目标”的选择率，从2019年的62%上升至72%。显然，对于今天的中国企业，要不要合规已经不再是问题。

经验表明，从组织架构层面设立一个职能部门，从管理层面建立一套制度，对于企业来说并不存在很大的困难。此次问卷调查，企业在“建立控制风险的合规程序和流程”“有专门的合规部门（或人员）”“制定合规手册和员工行为准则”等选项中，均反映出稳中有升的数据走势，印证了企业合规在建章立制方面有所行动。

但是，有形的合规机制，与机制有效运行并发挥应有的作用，是静态的制度和动态的治理两个完全不同层面的问题。实践中，外部环境的推动，让我国企业合规管理体系的建设表现出比较明显的“实用主义”倾向。从走出去的企业，为了应对所在国监管和法律惩处，被动开启制度构建，到今天，经历中兴、华为等事件后，举国上下虽逐渐达成合规管理的共识，但企业更多还是从趋利避害的角度被动应对，缺少从完善企业管理和提升企业文化的高度理解合规的意义。

在本次调研的访谈部分，有受访企业家指出：国资委自上而下推动合规建设，对于建立国有企业的合规意识，加强管理、控制风险都是卓有成效的。但是，这种外部推动，时常会背离企业的实际问题和具体需求，导致企业内部激励动力不足，风险管理效率低下，合规，在很大程度上停留在“面子工程”的阶段。

与此相对照，对于已经“走出去”的大型国企、央企，他们在国际市场面临的是现实的合规风险，因此，合规体系建设相对高效和完备，且富有成效。以中兴通讯为例，2018年拒绝令事件之后，中兴通讯举上下之力，从文化建设、资源投入、流程制度到专业能力四个维度进行了企业合规体系的全面升级。中兴首席法务表示，公司已将合规作为战略基石，坚守合规经营，以大力推动科技创新为方向，努力扭亏为盈。2019年第一季度，业绩公告显示扭亏为盈，股价应声涨停。不到一年的时间，中兴通讯实现了目标。这说明只有有效的合规才能为企业创造真正和长久的价值。通过企业家访谈，我们还发现，外资企业、合资企业在合规体系建设及有效运行方面普遍做得更好、更完善。这也进一步佐证，合规体系的建设需要在完备的市场土壤里逐步培育。

相较而言，我国民营企业身处更为复杂的外部环境，面临更高的法律处罚风险，有些违规问题更是直接加大企业的成本支出、降低企业的生产效率、损坏企业的社会形象。大型、成熟的民营企业在合规体系建设上表现出更为积极的态度。以合规风险中最具代表性的腐败贿赂为例，我国大型互联网头部企业很早就认识到预防公司内部腐败对一个企业长续经营的重要性，非常重视反舞弊、反腐败的内部审查制度建设。比如，阿里巴巴设置了“阿里巴巴廉正合规部”，京东成立了“内控合规部”，百度则设立了“职业道德建设部”等，并且在具体实施运行中，有一系列落地措施，将合规放到公司的战略高度，对企业的成本控制、管理效率的提高，乃至企业文化建设，都起到积极的作用。

和头部民营企业相比，中小民营企业的合规形势却不甚乐观。访谈中，绝大多数企业家反映，这几年，外部大环境的一些积极推动的确有助于合规风险意识的建立，但更多停留在规避涉腐、涉税这类常见的法律风险层面，没有上升到公司的软实力层面，这与他们地处更复杂的地方营商环境、面临更严峻的生存问题有很大的关系。有企业家表示，地域性行政监管与政策导向的不确定性，给企业带来的影响、威胁非常大。事实上，中小民营企业对合规风险管理的需求是真实而迫切的，但受限于人才的匮乏、成本的高昂、外部市场竞争不规范，大多数企业只能采取“发现漏洞，补漏洞；出了问题，解决问题”的策略来应对风险。

综上所述，有效的合规是外部环境与内部动力的有机结合，平等的外部市场、公平的法治环境、公司治理理念的提升，缺一不可。所以，合规是一个与法治、市场、公司治理共同建设的漫长过程，不可一蹴而就，更不可拔苗助长，为企业创造良好的外部环境是整个社会的责任。

有效的合规需要平等的外部市场、公平的法治环境、
公司治理理念的提升，缺一不可。

（二）风险的识别、预警和控制

《原则》的作者瑞·达利欧曾说，一个组织最重要的就是建立自己的原则，不管外部环境如何变化，它始终帮助企业保持某种稳定性。这个原则就是企业的价值观和文化，合规作为现代企业的价值观，是在运行和纠错中落实，又在落实中建立和强化的。

1、风险的识别、评估与控制

通过调查问卷发现，企业对风险识别的重要性有所关注。75%的被调查者表示，在“识别风险的基础上，相应制定合规程序和流程”，这可以说是静态的合规。但在合规制度的具体运行过程中，“对业务部门开展独立监督，跟进落实合规程序和流程”的选择率是32%、“对不合规情况及时、公开处理，监督改进”的选择率是40%，这组数据说明相关企业对于合规制度的落实还有待提高，这实际上是动态的合规。对于企业而言，识别风险不易，控制风险更难，如何把合规文化和制度落实在每一个业务流程、每一个人，对每个企业而言都是严峻的挑战。

（1）识别风险

识别风险可以说是合规的原点，整个合规体系都是基于此建立的。不同的行业、企业发展的不同阶段，可能面临不同的风险。医药行业的商业贿赂、互联网公司的个人信息保护、平台公司的内容审查等，都是常见的风险点。“蒋凡事件”对于小公司可能是茶余饭后的谈资，对于阿里巴巴这样的头部企业，可能就是一次严重的公关危机。所以一定要用发展的眼光识别风险。

2020年7月，拼多多APP的商家宜买车汽车旗舰店上线“特斯拉Model3万人团”团购活动。拼多多每台车补贴40,000元给购车用户，以抢购成功的用户名义在特斯拉官网上下单买车。原价291,800元的Model3标准续航后驱版，只需251,800元。7月21日，特斯拉声明，未与拼多多或者宜买车合作，并拒绝交付下单车辆，称违反禁止转卖条款。8月14日，此事经新浪科技曝光后，迅速冲上微博热搜。

拼多多作为平台电商，典型的业务模式是，同时面向买家和卖家。对于买家，拼多多提供商品的展示和选购；对于卖家，拼多多提供平台服务。这个模式的前提是，买卖双方都愿意与拼多多合作，这也是所有市场行为必须遵守的自愿原则。但是在“特斯拉团购”事件中，拼多多未经特斯拉同意，单方通过补贴，实际拉低了特斯拉的正常售价，破坏了特斯拉的直销体系和品牌定位，扰乱了市场。并且拼多多向特斯拉隐瞒了其以用户的名义下单的事实，某种程度上构成欺骗，背离了市场交易的诚信原则。这实际上是拼多多蹭特斯拉的品牌热度，提升其市场竞争力，本质上是一种不正当竞争行为。

如果仅从合同本身来看，特斯拉得到了销售全款，用户获得正品的汽车，这可能是拼多多认定这一活动合法的立足点。但是，市场的本质是自愿和诚信，所有违背这一原则的行为都是受市场谴责的行为，也是不能长久的商业策略。合规中的“规”，含义本身就是多重的，并不局限于法，还包括伦理规范和社会责任。合规的最终目的，是引导公司成为“良善公民”。所以，企业对风险的识别，不能仅停留在具体的法律规范，还应上升到商业伦理和社会责任，公司应秉持善意和诚信行事，才是真正的合规。

（2）在发展中识别风险

我们正身处轰轰烈烈的第四次产业革命，新技术的涌现，使得创新成为这个时代的主题。但是，创新是一个艰难的摸索过程，尤其在以利益为先的商业环境中，有时候“创新”本身也是一种需要识别的风险。

以国家将首次代币发行（ICO）定性为非法金融活动为例。ICO，是一种为加密数字货币项目筹措资金的常见方式，资金用于项目方启动或项目由概念设计向现实转化。早期参与者可以获得初始产生的加密数字货币作为回报，在项目成功后使用这些代币或者出售获利。最初，它只限于少数极客以及投资者范围，交易平台目的单纯，发展相对健康。早期ICO使得初创企业的融资来源更多样，其创新性是不可否认的。

由于现有的监管体系和法律体系无法对该项目进行有效监管，带有强烈投机性的资本迅速卷入，使得ICO很容易偏离其初衷。由于它是为加密数字货币筹资，本身就没有任何实体市值，又没有统一的信息披露标准和程序，高匿名性助长了投机和欺诈，最终，交易平台与产业链演变为一个法定货币之外进行资产转移、融资的违规金融市场，滋长了监管套利、金融犯罪。资金也完全偏离项目本身，真正的创业者无法从中受益，其创新性也在“演化”中荡然无存，给金融市场带来极大的风险和社会安全隐患。后期，ICO已经严重变质，从助力初创企业实现改变市场理想的融资工具，变成骗子们圈钱和非法集资的手段。

2017年9月，人民银行等七部委明确ICO的本质是未经批准的非法公开融资，正式叫停。2019年下半年，深圳、上海、北京的金融监管机构开始加大力度对此进行集中整治。同年10月，号称全球第一会员制加密货币交易所Biss的大部分工作人员以涉嫌洗钱被警方带走调查，12月交易所发布会员清退及补偿方案，进行合规化整改。

人民银行原行长周小川在谈到虚拟货币的监管时说：“我们不太喜欢创造可投机的产品，让人有一夜暴富的幻想，如果要考虑数字货币，应该考虑为市场带来快捷、安全、效率。同时应该考虑大局，不能和现有的金融秩序相冲突。”当ICO偏离区块链技术，成为一种投机项目时，它不再能为社会创造新的价值，迟早会被叫停。企业必须意识到，对于新业务，尤其是暂时处于监管空白的新业务，一定要进行充分的前置性评估、识别风险，并在发展过程中进行调整。

在此次问卷调查中，“对创新性业务设置前置性合规审查”、“对于高风险领域规定强制咨询范围”这两个问题，答卷者的选择率在28%-32%之间，数据虽不甚乐观，但和2019年的数据相较，还是能看到风险意识的提高。

现代社会瞬息万变，在发展中识别风险，才能在发展中解决问题。

（3）识别境外投资的风险

随着我国企业大规模的“走出去”，企业对国际通行规则、商业惯例、法律，甚至是文化宗教、政治等因素可能引发的合规风险，应进行充分的识别、评估和防控。2020年，抖音海外版TikTok拓展海外市场遭遇“冰火两重天”。一方面，TikTok深受东道国市场的欢迎，占有率迅速提升，盈利势头良好；另一方面，它也深陷所在国监管危机，面临强制下架及巨额罚款的严厉惩处。监管风险点集中在：数据安全、儿童隐私、内容合规、知识产权等方面。2020年更是从商业领域、法律制度延伸至地缘政治。

数据显示，2020年1月，TikTok仅在美国的活跃用户中10-19岁的用户占比就高达37.2%，受众定位偏年轻化。2019年，因违反美国儿童隐私法，美国联邦贸易委员会对TikTok罚款570万美元，原因是涉及非法收集13岁以下儿童的个人信息。同期，TikTok遭到了英国信息专员办公室的调查，原因也是在保护儿童数据方面存在涉嫌违反欧盟《通用数据保护条例》的行为。在印度、印尼等宗教信仰深厚的国家，TikTok不重视对平台所涉宗教内容的审查，招致所在国民众的抵制，称其内容引导青年一代“文化堕落”，直接被所在国通信部门“封杀”。在知识产权方面，TikTok更是面临着平台内容“侵权”与“维权”的两难困境。以上事实说明，TikTok没有充分针对所在国的法律和文化习俗，进行风险识别、评估和防控。

我们必须吸取的教训是，在拓展境外业务之前，一定要根据所在国的法律、监管要求和文化习俗，进行充分的风险识别和评估，并制定出有针对性的合规计划。本次调研，对于企业涉及境外业务时，是否会“对境外投资提供符合投资所在国法律和监管要求的合规建议”，选择率仅为15%，这值得警醒。TikTok在海外遭遇的困境说明，对境外市场缺乏充分的风险识别和管理，已成为中国企业出海的最大软肋。

（4）有效控制风险

识别风险的目的，是有效控制风险，但是对风险有认知无控制的情况并不少见。有医药行业受访者提到，企业有合规制度，也能准确识别风险，但是，企业合规工作的重点没有落脚在管理风险，而是切割责任。这一方面固然存在外部环境的问题，另一方面也反映出企业将“合规”作为挡箭牌，而非一种经营理念的现状。

2019年下半年国家市场总局下发通知，专项治理医药行业商业贿赂行为。从公布案例看，多家知名药企卷入贿赂风波。扬子江药业，自2014年以来，涉及贿赂案件就高达15起；济川药业，营销费用常年高居营收占比的50%，饱受质疑。一般来说，如此成熟的药企应该具备完备的合规体系，为什么仍然问题频出？显而易见，合规徒具形式，纠错机制形同虚设。商业贿赂一直是药企的高发风险点，但是企业合规状况一直没有质的突破，主要是没有有效控制风险，或者是行业陷入“劣币驱逐良币”的困境，难以走出屡查屡犯的泥潭。

2020年4月，国家医保局征求《关于建立药品价格和招采信用评价制度指导意见》（以下简称“指导意见稿”）的函在业界流传。这一函件显示，国家医保局将采取措施更加严厉打击和治理医药领域商业贿赂和操纵市场行为，如果受药企委托的经销商出现商业贿赂等违规行为，药企需要负连带责任。之前药企通过代理，可以将风险甩锅给经销商，如果这一指导意见出台，就意味着以往的经销商模式将发生变化，药企、经销商都需要进行变革，做好合规。不能有效控制合规风险的药企，注定被淘汰。

国家医保局将商业贿赂追责至药企，实际上就是以法规明确生态链上的合规责任。在问卷中，对于“有专门针对第三方（包括供应商、经销商、代理、中介等）的合规管理政策”的问题，选择率只有23%，这说明受访者对于生态链上的合规风险认识不足。该指导意见函虽然只是针对药企，但是这预示了立法的趋势。在任何行业中，重视生态链上的合规，才能有效控制风险，净化行业环境。

2、风险的内部预警

风险的产生，是一个长期的过程，合规的有效性，也贯穿在整个过程中。企业内部有一套有效的预警机制，对于企业或任何员工的违规行为能做到及时发现、及时报告，及时奖励，才能通过制度的实际运行，将纸上的制度变现为现实的奖惩，从而让企业中的每一个人在制度运行中建立真正的合规意识，树立合规文化，这才是合规的最终目的。

内部举报是企业最重要的预警机制，它肇始于安然丑闻之后，美国通过的《萨班斯法案》致力于解决让知道企业违规行为的人有机会内部举报，从而保证合规部门乃至最高层能对违规违法行为及时识别、调查、处理，将风险控制在损害到来之前。内部举报制度成功的基础在于员工有两点确信：第一，企业反对任何违法行为，充分重视内部举报；第二，任何内部举报人都将得到保护和鼓励。内部人是否敢举报，举报后违规者是否得到惩处，举报人是否得到保护，这都是内部举报要产生实效必须解决的问题。某种程度而言，内部举报也是检验合规是否有效的一面镜子。

访谈者表示，内部举报制度在现实中很少运用，更谈不上有良好的效果。一方面，“碍于情面”、“惮于威压”、“事不关己高高挂起”的观念比较普遍，造成内部举报的动力不足；更重要的是，从举报的方式、途径、调查到举报后对举报人的保护与激励，以及对被举报人的惩处，整个流程的落实与机制设计的目标存在很大的距离。

对于高管违规，一般员工无人敢举报；即使是合规人员、内控人员，常常看到问题也是束手无策，一旦问题演变为风险和损失，还要承担责任。

调查数据也支持了受访者的观察，对于“设置匿名、有效的违规违法举报通道”，选择率仅为27%，“对举报事项进行调查并公开处理”，选择率更是低至21%，如果要处理内部举报信息，企业必须有一套“明确、完善的内部调查机制和程序”，该问题的选择率也只有34%。如果要保证调查的独立性，“聘请外部专业人士参与内部的合规调查”也是有必要的，该项选择率仅19%，这一组数据不仅反映出企业内部预警机制作用十分有限，且在合规调查方面也有很大的提升空间。

虽然，在“对违规员工进行公开处罚”以及“合规考核结果与任免、晋升以及待遇等挂钩”等涉及奖惩机制落实的选项中，选择率达到了41%-44%，但把这些数字放在很低的举报机制设置背景下，只能说明奖惩机制的落实更不乐观。

制度本身是静态而没有生命力的。如果企业不能让合规管理制度通过一件件具体的事件切实运行起来，不能透过每一次对员工的激励与惩处，将合规的理念与价值观传递到企业的每一个个体，合规就难免沦为纸上的制度。

3、积极应对行政监管

在中国经济转型的过程中，很多领域都面临新旧更替过程带来的一定程度的失序，面对这种失序，行政监管的收紧是不可避免的。对企业而言，就意味着更大的风险。

以数据安全为例。有统计显示，人类迄今为止生成的所有数据中，有90%是在近两年内产生的。也就是说，数据给予人类的价值与意义，在很短的时期内经历了一个颠覆性的认知。从早期互联网野蛮生长、信息随意收集利用，违法信息、不良信息监管缺位，到今天全世界都将网络安全、数据信息安全作为战略部署。各国立法、司法、监管都在急速变化的认知中，迅速跟进、规范。

对于互联网催生的新事物，在早期人们认识不足、无法准确定性，在监管上就会表现为“无规则”、“无边界”、“无约束”。这种“三无”状态又会刺激探索行为的激进化，引发问题的暴露。当社会对这种问题与风险的认识逐渐清晰，规则与监管必定紧随其后，纷至沓来。针对APP违规收集个人信息的行政监管就是一个典型的例子。从最初的无规则，行业一片乱象，到规则不断完善，行政监管不断收紧，短短几年时间，APP违规收集、使用个人信息的情况得到有效遏制。据报道，2019年网信办、工信部等四部门联合开展APP违法违规收集使用个人信息专项治理工作，共受理网民有效举报信息12,000余条，针对2,300余款APP开展深度评估、问题核查，对用户规模大、问题突出的260款APP，有关部门采取了公开曝光、约谈、下架等处罚措施。

其实，监管不是目的，整顿才是。所以，企业应该高度重视监管要求，对监管提示的风险做到积极回应，及时跟进整改、汇报整改情况，与监管部门保持良好的沟通。依据监管要求，优化合规管理，将合规风险阻断在行政监管阶段。根据此次问卷调查，我们看到，有超过半数的企业已经做到依据监管要求，不断完善合规管理与流程。但是，在“建立并保持与监管机构的联系，跟踪落实情况”以及“监督、跟进不合规行为的整改”方面，仍然有80%左右的企业还没有建立起相应的意识，而这才是让合规落地最重要的措施。

在我国，行政监管与刑事执法紧密相连，对于多次行政处罚后不予整改的，就有移交司法作为刑事案件处理的风险。以深圳快播传播淫秽物品牟利案为例，在被公安机关刑事立案之前，深圳网监部门曾因其涉嫌传播淫秽内容视频给予过行政警告处罚，并责令其整改。但快播公司及其管理者没有开展实质性的风险管理、纠偏工作，在主管部门调查期间，还采取了一系列对抗和逃避监管的行为。最终由公安机关介入，以涉嫌非法传播淫秽物品罪立案调查。在外逃110天以后，CEO王欣落网受审。

这只是一个大家比较熟悉的案件，其实在很多案件进入刑事司法程序之前，都有行政监管的介入，尤其在逃税、拒不履行信息网络安全管理义务罪等罪，法律规定必须经过行政处罚，拒不改正的才能移送司法。有的案件是以情节是否严重，来界定行政处罚和刑事处罚的界限，比如违规披露、不披露重要信息罪、串通招投标罪、侵犯公民个人信息罪等，但是“情节是否严重”是一个主观判断标准，积极应对行政监管要求，就能最大限度地避免事件发展到最严重的程度。需要强调的是，行政是监管，监管的目的是为了帮助企业改善。如果企业不整顿改善，紧跟其后的刑事诉讼就是严厉的处罚。所以，行政监管某种程度上就是刑罚的预警，对此企业应抱有诚意，积极应对，主动改善。

总而言之，合规体系是建立在风险识别的基础上，以诚信为价值取向，在发展中识别风险，通过企业内部举报预警，外部行政监管积极纠错，在这个过程中将企业的合规理念落到实处，提升企业治理能力，才是真正的合规。

行政监管就是刑罚的预警，企业应积极应对，主动改善。

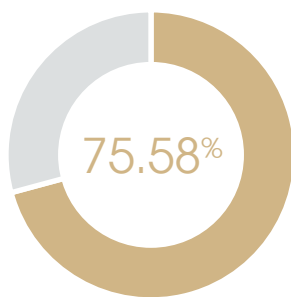
（三）公司章程：权益平衡、避免内斗

过去四十年，是中国经济高速发展的黄金四十年，也是民营企业快速发展的四十年。中国企业的成功，用著名经济学家周其仁教授的观点是“水大鱼大”，也就是说某种程度上是中国广阔的市场成就了中国的企业。因为市场和人口红利，使得中国企业早期管理比较粗放，更看重规模、利益等有形价值，相对忽略企业文化和制度等无形价值的建设。规则意识不强限制了企业的发展，也引发了公司的内部争斗。内斗的症结，某种程度上都是公司章程制定和执行的问题。虽然这个问题十分复杂，但是对于每一个创业者而言，建立一些基本认知是十分重要的。

1、祸起萧墙

中国是一个人情社会，重人情轻契约。合伙人往往基于感情、信任走到一起共同创业，还没开干，就字斟句酌，寸步不让的谈规则约束，谈权益分配，甚至是谈如何散伙，不仅伤感情、伤面子，甚至可能被视为不吉利。具体到公司经营，股东与董事、高管的关系可能也通过家族、友情等关系来维系。这种脆弱的关系纽带遇到现实的利益冲突和观念分歧，很容易陷入公司僵局，严重的则是相互举报，不择手段铲除异己。

堡垒往往是从内部攻破的，实践中举报公司高管职务侵占、挪用资金等犯罪的，大部分都是内部人，因为外部人很难知道这些隐秘信息。当股东的矛盾激化，利益冲突到严重程度，没有内部的解决机制或内部解决机制不灵时，借助公权力之手，铲除对手就成为很多人的选择。“真功夫”董事长蔡达标与潘敏峰、潘宇海之争，就是最具代表性的案例。小舅子誓死要把姐夫送进监狱，当然有姐姐与姐夫的恩怨，更主要的还是公司控制权之争。在重大利益面前，人情都会败给人性。



这虽然是比较极端的例子，但是这样的悲剧一再上演，就有其深层且带有普遍性的原因。就像大家一起下棋，事先没有把游戏规则说好，出现问题时，就免不了悔棋、掀桌子，甚至手撕对方。由此而观，大家一起创业，不能仅凭热情和感情，一开始要就把规矩定好。这个规矩，就是我们所说的公司章程，它是公司组织和活动的基本原则，被称为公司的宪章。在问卷中，对于“公司治理以章程为根据，根据公司具体情况和发展阶段，制定或修改公司章程”的选择率为75.58%，说明被调查者们对于公司章程的重要性有比较充分的认识。

不同行业、不同发展阶段、股东间的合意不同等，都决定了公司的股权结构、组织形式、决策机制、利润分配等不同，所以不存在一个放之四海而皆准的章程，有限责任公司套用工商局推荐的“标准章程”，股份有限公司套用证监会推荐的《上市公司章程指引》，没有针对性的标准章程很容易为日后的矛盾和分歧埋下伏笔。公司章程它不可能在制定之初就能预见所有的问题，滞后性也是不可避免的。所以根据发展阶段和存在的问题，及时修改公司章程也是十分必要的。

在此有必要强调“创始合伙人和大股东之间相互了解、认同，有相似的价值观和行为操守”，该问题的选择率为67%，说明被调查者对这一问题也有深刻认识。在发生分歧时，能不能大家坐下来协商解决问题，能否放弃各自部分利益和立场达成一致意见，最底层的决定性因素是人的价值观和行为操守。

海底捞的控股股东张勇，在1994年公司成立之初，没有出资一分钱，其他三人凑了8000元，各占25%的股份。后四人结成两对夫妻，在发展的过程中，张勇认为其他三个股东都跟不上公司的发展，首先让各自的妻子退出了管理。在公司高速发展的2007年，对公司立下汗马功劳的施永宏也退出了管理，并将18%的股权，以13年前原始出资的价格转让给了张勇，成就了今天的海底捞。施永宏说“后来我想通了，股份虽然少了，赚钱却多了，同时也清闲了。还有他是大股东，对公司就会更操心，公司会发展得更好。”以“公司发展”为取舍，在发展中解决问题，听起来容易，做起来难。

如果不是三个股东的退出，这个故事的版本可能改写为四个平分股权的股东长时间鏖战，公司陷入僵局，最终解散。也可能任何一方举报揽权干事的张勇，“欲加之罪何患无辞”。海底捞的成功，得益于三个股东的行为操守和“公司发展”的价值观，豁达和隐忍，成全了海底捞，也让自己最终获益。找对了人，就找对了解决问题的办法，问题就没有那么可怕。如果人不对，再好的制度也难以执行。所以，任何时候，强调人的重要性都不为过。

2、权益平衡

公司是由人组成的，而人都会有自私的本性，这就会导致公司运营过程中，个人的权益可能与公司的整体利益冲突。如何平衡或解决这种冲突，体现在公司章程中，就是对以股东为中心的各主体之间权力、利益的配置。章程设计合理，可以最大限度避免因权益失衡导致的各种矛盾冲突。好的公司章程设计就是处理好三重关系：即股东与股东之间、股东与管理层之间，以及创始团队与投资人之间的关系。

（1）大股东与小股东

首先要强调的是，股权设置最好要有控股的核心股东。在中国民营企业的早期，平分股权是比较常见的情形，但是，在公司实际运营过程中，股东们的能力和贡献却不是均分的，势必会导致能力强和贡献多的人心里不平衡，引发矛盾。另一方面，股权代表决策权，股权平分极大地增加了公司的决策成本，滋生公司内部派别，内耗和内斗完全可以摧毁一个公司。

但是任由大股东专权，也容易出现损害小股东利益的弊端，长久以往，股东之间的矛盾就会通过各种形式爆发出来。在大股东与小股东的矛盾中，最常见的情形就是大股东不分红。在调查问卷中，我们提到：“公司有公开、透明的财务制度。”（选择率63.26%）

“对于股东行使知情权的情形、频次、范围、方式以及是否允许第三方审计等做出明确规定。”（选择率18.42%）“明确约定公司分红的条件、程序、方式以及分红的依据（按照实缴比例或者约定比例等）。”（选择率22.30%）就是为了避免大股东不公开公司盈利信息，或者利用表决权优势，不给小股东分红。

调查数据进一步印证，公司章程中普遍缺乏股东知情权、分红权等具体制度的安排。如果没有这些制度安排，小股东的权益保障就落不到实处。当然，也不是频繁分红就好，从公司长远发展来看，集聚、沉淀资金做研发、招贤纳士都是必要的。但是，如果在盈利的情况下，长期不给小股东分红，导致他们的投资目标无法实现，就容易出现纠纷。

针对大股东不给小股东分红这种比较普遍存在的问题，公司法规定了公司长期不分配利润情况下，股东回购股权的诉讼请求权。公司法司法解释四和五又进一步规定了公司强制分红的条件和时间要求，这就是说法律也在不断完善对小股东的保护。如果公司章程不能事先做出善意安排，法律也提供了强制性的解决方案。但是，走到诉讼这一步，对公司和股东来说，可以说没有真正的胜者。股东纠纷是公司最大的内耗，为避免这种情况的发生，事先在公司章程中通过各种制度设计，保障小股东的权益是十分重要的。

（2）股东和管理层

2012年，美国上市公司双威教育的前董事长兼首席执行官陈子昂与控股股东产生冲突，宣布辞职。后发现，陈子昂在辞职前从双威教育的下属公司共划出5.1亿元，卷走相关工商执照、公章和财务账册，并将核心资产转让给他人，而该集团董事会竟对此毫不知情。

这是一个比较极端的例子，陈子昂的行为毫无疑问是违法的。但值得我们反思的是，为什么陈子昂能够如此轻易地掏空公司？公司的管理层是受公司委托的代理人，由于信息不对称、利益不一致、道德风险等原因，代理人的风险在任何公司中都是存在的。区别在于，我们能否通过公司章程的条款设计来制约高管，防范道德及法律风险。

公司治理结构主要是通过合理分权，彼此制衡来实现的。公司主要涉及人权、事权和财权。所谓“事权”，即股东会、董事会、监事会的召集权、会议主持权、表决权（投票权）、决策权，以及总经理、财务负责人的“现管权”。在事权中，股东会、董事会、监事会的决策和监督权与总经理、财务负责人的“现管权”，经常处于紧张关系。归根结底，这是由现代公司的代理风险造成的。首席执行官作为企业的代理人，自身的利益和安全经常与股东收益最大化和企业价值最大化相冲突。如果公司章程不能通过董事会和监事会来加强对管理层现管权的监督，就会出现代理人的道德风险，双威教育的例子并不是个例。

这就提出了一个重要问题，“知易行难”，知道公司章程的重要并制定，并不能解决问题，最为重要的是，一定要严格按照章程行事。实践中，董事“懂”事而不“董”事，监事“兼”事而不“监”事，董事会盲从实际控制人，监事挂名不做事的情况具有一定的普遍

性。在这种情况下，公司的章程制度再好，也不过是个文件而已，根本无法据此防范代理人的道德风险。

此次调查问卷提示，“对于股东、高管同业禁止、关联交易、泄露商业秘密等权利滥用行为有明确的禁止性规定以及相应的惩戒措施。”（选择率22.09%），实际上也是对董事会和监事会对管理层监督权之外的制度补充，但是这些制度发生效力的关键，仍是按制度实施惩戒所产生的遵从效应。

有必要特别强调的是，法律通过各种责任形式强化董监高的勤勉、忠实义务。公司法明确规定董监高执行职务时，违反法律法规和公司章程，给公司或股东造成损失的，应当承担赔偿责任，公司和股东都有权提起诉讼。其中，特别提到违反公司章程也是担责的法定事由。刑法则特别规定了背信损害上市公司利益罪，虽然该罪主要关注的是上市公司董监高在交易中的背信行为，造成上市公司损失的情形，但是在现实中，这个罪名也成为争夺上市公司控制权的抓手。

2018年8月，A股上市公司康达尔公告，董事长罗爱华、董事李力夫、监事张明华因涉嫌背信损害上市公司利益罪被采取刑事拘留，这实际上是康达尔的两方（京基集团有限公司及其一致行动人林志等，与深圳市华超投资控股集团有限公司及其控制的康达尔董事会、监事会和管理层）之间的控制权之争。在经过多次临时提案、召开股东大会提议、法院裁决等博弈后，双方又因审计机构的聘用发生分歧，导致股东大会陷入僵局，最后发生了最惨烈的一幕——将对手送进监狱。这生动诠释了公司内斗中，无所不用其极的惨状。公司章程预先设置合理的股东会会议程序、表决制度等，都是十分重要的。

（3）创始团队与投资人

股权融资是现代企业做大做强必不可少的路径，但它同时也会带来公司控制权的变化，创始团队被踢出局的情况不是少数。2008年，于刚、刘俊岭创立了1号店，发展势头强劲，后因资金短缺，平安出资8,000万元收购1号店80%股权，创始团队自此失去公司控制权。失去创始人掌舵的1号店，在此后又经历了沃尔玛入股到完全控制、卖身京东等多次变动，从名动一时的知名电商，沦为现在的寂寂无闻，其间的变化不可谓不大。当然，也有相反案例，投资人入股之后，对公司的运营和管理完全无法介入，投资没有回报，不得已举报公司高管挪用、侵占资金犯罪。

要避免这样的悲剧，首先要对投资人和创始团队的目标差异有充分认识。投资人更注重资本回报，创始团队更注重公司的长期发展，这种理念层面的冲突往往不可避免且难以调和。对此分歧有清醒的认识，创始团队对于融资方式的选择就很重要，一般来说，优先排序是：内部融资、债权融资，最后才是股权融资。有人说，华为之所以能在美国封杀下杀出一条血路，在于华为的股权是封闭的，这就排除了资本的控制和干扰，能够长期地投入研发，最后终有所成，这可谓一语中的。

如果选择股权融资，制度设计就很重要，一定要避免你要它的钱，它要你的公司的最坏结局，俏江南的张兰就是这样的悲剧。通过公司章程规定，使得公司财务透明，利益分配合理，创始人团队能够最大限度地保证资本回报，投资人自然就没有必要过多插手经营和决策，彼此间矛盾就会大大减少，双方处于各美其美的最佳关系。

法律赋予章程设计很多的自治空间，创始人团队完全可以通过制度安排，如相对控股、同股不同权、一致行动人协议、有限合伙持股等，掌握公司的决策权；在经营权方面，董事会的把控也是十分重要的。在投资谈判中，投资人通常会要求投资人特权和一票否决权，过于宽泛的特权和一票否决权的约定，又让创始人团队处于十分被动的局面。曾经声名赫赫的爱国者公司，就因投资人委派的董事滥用一票否决权，导致决策无法落地，最终归于无闻。

一言以蔽之，合理分权、有效控权是公司的重要生命线。好的公司章程就是约束权力、平衡利益，做到公平、透明，化解矛盾，避免公司僵局和高管自身的法律风险。

3、寸辖制轮

2020年4月26日，当当网联合创始人李国庆，带人“抢走”几十枚公章，向自己的妻子俞渝公开“宣战”，声称全面接管公司。5月8日，比特大陆联合创始人詹克团在海淀政务中心领取营业执照，执照却被一群不明身份的大汉从工商行政人员手中公然抢走。自此，比特大陆创始人控制权之争公之于众。5月14日，小雨伞保险经纪有限公司联合创始人徐瀚、光耀，在24小时内，围绕公章、营业执照、董事会的控制，展开了一场“闪电战”。6月10日，ARM中国区CEO吴雄昂的人事任免事件也卷入了“公章罗生门”剧情。

短时间内，如此高频出现以企业证照、公章归属、人事任免为焦点的争议事件，看似纷繁复杂，究其根源，都是公司章程制定和执行的问题。公司章程从公司治理的角度而言，解决的是公司控制权的问题。从现实的角度而言，决定公司控制权的因素主要有：公司法定代表人、公司及法定代表人印章管理、董监高的构成、财务资料的掌控等。其中，法定代表人和印章管理又是公司控制权中小而最关键的部分，因为它们是公司权力的象征，这就是为什么公司出现控制权之争，首当其冲的，往往是争夺法定代表人的位置和印章的管理权，以上案例已经充分说明了这点。

法定代表人是公司对外的代表，一般是由董事长、执行董事或总经理担任。由谁担任，就决定了公司的权力格局。总经理担任法定代表人可能会架空董事会和董事长。执行董事或董事长担任，管理层的权力就会受到很多制约，难以展开手脚。同时，公司对外文件一般需要法定代表人签字，否则不发生法律效力，所以，法定代表人任免的重要性不言而喻。

实践中，大家很容易忽视法定代表人更换的重要性。因为更换法定代表人，一般发生在公司内部有矛盾或者法定代表人不称职的情况下，在公司章程中明确更换是否需要原法定代

表人签字就至关重要。如果没有做出特别约定，就需要原法定代表人签字。如果原法定代表人不签字，公司就可能陷入法定代表人不能顺利更换的困境。

印章也是公司意思表示的象征，这就是李国庆抢公章的原因，某种程度上谁控制了公章，谁就具有一定的话语权。与此类似的，还有营业执照，它是公司从事经营活动的法律许可。所以，在公司章程中明确规定公章和营业执照的保管和使用，是完全必要的。如果出现公章和营业执照被非正常地占有或使用的情况，可以依据公司章程提起返还之诉。

同时，印章的使用还直接关系到公司对外承担责任的问题。如果不严格公章的管理，滥用公章就会导致公司对外承担责任的不可控。有必要强调的是，即使公章是未经同意使用的，如果对方有充分的理由认为盖公章的人能够代表公司，该文件在法律上还是有效的。公章使用中的内部管理问题，不能对外免责。从这个意义上而言，如何强调印章的管理都是不为过的。

最后，从我国目前公司章程的普遍约定而言，法定代表人、印章和证照，三者之间往往是相互牵制的关系，如果申请原公章作废，刻新公章，就必须提供营业执照副本原件和法定代表人身份证原件，这就意味着如果这三个要素中有一个失控，就会处处受到掣肘。我们曾受理一个案件，两个股东为了争夺公司控制权，用尽所有手段抢夺公章，一方举报对方侵占资金，另一方举报对方父亲收受巨额贿赂，最后弄得两败俱伤。

在问卷调查中，“明确规定公司证照、印章的保管、使用制度和流程，永久保存使用记录。”（选择率为58.82%）及“对于法定代表人的任免程序、权限范围、变更程序（是否需要原法定代表人签字）等做出明确规定。”（选择率为35.63%）说明被调查者们对于此中的风险还不够重视，这也就是今年集中发生“公章闹剧”的直接原因所在。

公司章程就像是一个国家的宪法，对于公司的治理而言，无疑是重要且不可替代的。但是，就像是一部好的宪法，一定反映一国各个阶级的力量对比关系，且随着这种关系的变化而变化。好的公司章程也应平衡各方利益主体关系，并随着变化而调整。更重要的是，公司章程一定要行之有效，公司的股东会、董事会、监事会和管理层等才能各司其职，实现真正的公司治理，也才会有公司的健康发展和各方利益主体的安全。

公司章程就像是一个国家的宪法，对于公司的治理而言，
无疑是重要且不可替代的。

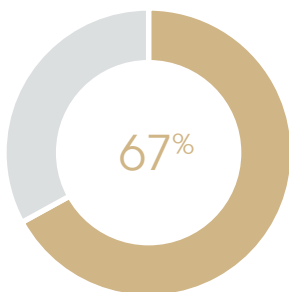
（四）股权配置：维护公司的“人合性”

股权的本质，从法律的意义而言，就是股东对公司的产权；从经营的角度而言，就是对公司的控制权。股权代表的既是权力和利益，也是责任和风险。所以，一个公司的股权设计就像是一个国家的国体，反映了它的权力架构和精神特质。某种程度上可以说，有什么样的股东和股权就有什么样的公司。好的股权配置相当于为公司架构了一个稳固的地基，对抗内部股东的人性之恶和外部资本的入侵。干夜旅游创始合伙人冯钰就曾讲：“干夜旅游失败的根本原因在于股权分配。”所以，创业之初，找对股东、配置好股权比例，是成功的起点。

1、找对人

创业公司多从有限责任开始，它的本质是“人合性”。但并非亲朋好友就是“人合”，合伙人之间是一种长期的、深度的、强联接捆绑关系，很多人将其比作事业上的“联姻”，所以，为保证公司的长期健康发展，合伙人之间有相似的价值观，对企业发展有共同的愿景和目标，能力和资源相互补充，是“对的人”的标准。

很多人认为创业就是大家一起赚钱，合伙人的品性并不重要。其实，利益最考量人性，而人性难以改变。以公司而言，一家公司创始股东的德行决定了公司的调性，合伙人的行为操守决定了遇到分歧时，大家解决问题的方式。有人选择协商、有人选择妥协，也有人击穿道德底线，为利益不择手段，极端的甚至会通过刑事举报将昔日的合作者送进监狱，这些因素对于公司的成败乃至每个合伙人的命运都有巨大的影响。如果我们深入到所有公司的内部争斗中追根溯源，问题的根本还是人。



在某两个知名合伙人散伙后，有人点评：“合作伙伴，笨点都没所谓，人品太重要了。技能可以增长，矛盾可以沟通，人品真没法改。”可谓是一语中的。小米合伙人团队的特点是，他们都是创始人找来的，或经过磨合的合伙人推荐来的，合伙人都经历过磨合期，这就像结婚前必须谈恋爱，给各方相互了解的时间，才会有后面的同甘共苦。调查问卷中对于“股东之间相互了解、认同，有相似的价值观和行为操守”的选择率是67%，说明被调查者们对这个问题有一定的重视。

每个人对创业的理解是不一样的，有的人想改变世界，有的人想获取社会认同，有的人只想改变生存状况，这都无可厚非。但是，大家一起创业，对于公司愿景和目标一定要有某种程度的共识。否则，有人想做百年老店，注重产品的创新和品质，以及更长远的发展，这就要更多的投入，以及对短期内可能亏损的容忍，赚慢钱；有人只想快速实现财务自由，以最少的投入赚最快的钱，不愿意为其他目标损失现有利益，这就会在经营过程中出现严重分歧。当年乐视注资控股易到用车，创始人周航与乐视贾跃亭，对易到发展的价值理念发生了根本性的冲突，导致这家号称全球最早网约车平台之一的明星企业，以创始人出走，企业濒临倒闭，黯然落幕。留给后来人的，不应只有唏嘘。

有相似的价值观和经营理念，才会有信任和认同，这实际上是一个公司稳定性的根基。在此基础上，合伙人之间的资源和能力互补，也值得强调。比如，新东方的俞敏洪、徐小平、王强，不论是性格、能力、资源都是相互补充的。正是因为徐小平和王强的加入，新东方才进入到一个快速发展阶段，实现在美上市。雷军组建小米团队时，特别关注核心人员在能力和思维方式上的互补性，七个合伙人围绕“软件、硬件与互联网服务”三项核心业务，分别负责各自的板块，闯出了一条完全不同的创新之路。合伙人之间的互补性，不仅能够避免特质相同可能带来的冲突和内耗，还可以增强彼此之间的依赖，让合作更加稳固。

2、分好蛋糕

所谓股权设计，就像是分蛋糕，核心问题无外乎两个：一是分配的比例，即每人分多少；二是分配的节奏，即什么时间、节奏来分。

（1）分配的比例

创业之初，一切都是不确定的，尤其是每个合伙人的能力和贡献，如果只考虑投资数额，或者考虑更多的情感因素，就会导致股权分配的随意性或者不合理。尤其在有限责任公司中，股权是公司控制权的决定性因素，股权配置就决定了公司的权力配置。

实践中，比较普遍和明显的问题是“平分股权结构”，这种结构比较明显的弊端有二：第一，平分股权意味着决策权也是平等的，当各方意见不一致的时候，听谁的？股东会是公司最高的决策机构，如果不能有效决策，公司就瘫痪了。所以，在创业团队里一定要有具有领导力、话语权的大股东，才能很好地领导团队，高效决策。在调查问卷中，对于“有一个得到大家认可和尊重的大股东，通过股权设计，大股东能实现有效的公司决策。”这一问题的选择率为50%，显然还没能得到大家足够的重视。实践中，有多个持股股权相当、且几个大股东关系没有理顺的公司基本上都不会长久，爱多DVD、雷士照明、牧羊集团等更是上演了刀光血影的惨剧，值得创业者们警醒。

第二，做朋友时大家把酒言欢，什么都好说。一起干事业后，个人的能力、资源、贡献不可能完全相同，企业运行发展起来以后，差异逐渐显现。如果利益完全均分，长久以往，贡献大者肯定心有不甘，海底捞的张勇和施永宏就是这种情况。如果不能及时进行调整，要不中途散伙，要不有人出局。

当然，股权有大小，股东有主次，是为了高效决策，但是也要避免走到“一言堂”的反面。这是一个一人难成事的时代，只有合伙人之间是真正平等的，能力和资源才会互补，众人拾柴火焰高。平等的文化才能创造自由和尊重的氛围，并从中产生创新。做企业与做朋友有完全不同的逻辑，前者一定要有领头羊，才有方向；收益与贡献匹配，才有公平；平等、自由，才有活力。公司在这种文化和氛围中，大家才能一起长期走下去。可以说，公司发展的底层动力都是通过股权配置来实现的。

（2）各类资产的权重

据国家统计局数据显示，2019年，我国服务业占比GDP已经达到53.9%，发展增速远超第一、第二产业，以亮眼的业绩领跑国民经济发展。这个数据说明，我国的企业类型已从过去第一、第二产业的“重资产”向第三产业的“轻资产”转变。轻资产企业，尤以互联网企业为典型，它们对出资依赖不大，相反，人力资本、专业技术、特殊准入资质、信息资源等因素相较于资金，更能决定企业的发展。因此，传统上唯“出资额”为标准进行股权配置就会出现問題。

最典型的是《罗辑思维》的例子，《罗辑思维》作为互联网知识社区的第一品牌，它的核心竞争力是罗振宇个人和产品，而不是资本。在客户的认知中，罗振宇无法复制和模仿的人格魅力体代表的就是《罗辑思维》的品牌。但是创业之初，申音和罗振宇仍以出资比例作为股权分配的标准，两人的占股比例分别为82.35%和17.65%，这就造成实际的价值倒挂。最终，罗振宇出走，另立门户。最好的时机，最好的项目，最佳的搭档，却不得不一拍两散、分道扬镳。

股权配置，作为公司权益配置的工具，最重要的一点，就是将公平原则贯穿始终，核心就是：资产的权重等于贡献的大小。不同类型的公司，各类资产的权重也会不同。在传统制造业、房地产等行业中，资金的权重是最大的；在教育、咨询、医疗等行业中，人力资源举足轻重；在高科技、研发等行业中，技术决定企业的成败。所以，根据各类资产的权重分配股权，才能调动各种资源，长期合作，形成正向循环，为公司创造长久的价值。

在调查问卷中，“根据公司类型，为资金、专业人士、技术、资源等配置合适的股份。”的选择率为41%。在“以人为本”，人力资源价值凸显的时代，企业家们的认知还没有跟上时代的变化。这不仅难以配置出最优的股权架构，也会让我们错失核心人才和发展机会。

（3）分配的节奏

企业所处的外部环境、企业本身、股东等都处在一个长期的发展变化中，想要在创业之初就设计一个一劳永逸的股权配置方案是不现实的。同时，非资金型资产，比如技术、人才、资源对企业的贡献具有很大的不确定性，需要在时间中进行检验。举例来说，有股东以潜在的专利技术入股，不论他在合伙之初如何宣扬技术的潜在价值，最终都取决于该项技术能否产生，并获得专利。所以，股权的配比一定要注意设置限定条件，以及把控分配节奏。如果该技术最终不能研究出来，或者没有通过国家专利，就应该根据协议的约定不给股权，或者少给股权。成熟一批，兑现一批，分期、分步骤释放股权。或者根据贡献的大小，调整股权比例，才能真正体现公平原则。

马云说过：“员工离职的原因很多，只有两点最真实：1.钱没给到位；2.心委屈了。”股权激励是解决这两个问题的有效机制。它的出发点是把公司的利益和员工捆绑在一起，充分发挥员工的主人翁精神，《财富》世界500强中的90%企业都采用了股权激励机制。千夜旅游失败的原因，就在于创业核心团队持股太少，只有21.26%。四名核心团队中有两名空有名分没有股份，由于没有预留股权池，缺乏吸引和留住核心团队的有效手段，导致投资人担心核心团队创业动力不足，最终A轮融资不能到位被迫停业。所以，公司设置股权池或其他灵活的股权激励手段，根据发展阶段的需要，把控释放这部分股权的节奏，才能形成企业和员工共同发展的凝聚力。

在问卷调查中，对于“非资金型股份的占比有考核期限和目标，并根据约定和考核情况不断进行调整”的选项，选择率为15%。对于“股份是开放和流动的，为后续股东或资源的进入留有空间”，选择率为27%。这说明大部分参与调研的企业管理者们还没有建立动态、开放的配置股权的观念，这就难以为企业的长期发展赋能。

3、守护价值

合伙创业，合的是价值观的认同、目标的一致，但是公司在发展的过程中，股东们总会面临生老病死等各种问题，冲击公司的“人合性”，这就需要设立一些机制，对抗这些变化，守护公司共同的价值观，为公司持久发展创造条件。

第一，转让机制

对有限责任公司人合性冲击最常见的情形，就是股权转让。根据公司法，在有限责任公司中，如果公司章程没有其他约定，股东间可以自由转让股权，但是若要向股东以外的人转让股权，则需股东过半数同意，且其他股东有优先购买权。这是因为，股权对外转让，意味着原有的信任关系处于不确定状态，可能破坏有限责任公司人合性。旧的股东离开，并不必然意味新的股东就能进来。如果股权可以对外转让，需要重点考虑新进来的股东与原有股东之间是否彼此认同和信任，尤其是对公司的目标和价值观是否有共识，以及新股东能为公司的发展带来什么。

这些问题如果考虑不清，就可能埋下隐患，问题或许不能立竿见影被觉察，可一旦出现问题，都是大问题，因为这些因素都是公司人合的基础。公司法是私法，关于股权转让赋予了股东意思自治的约定空间。因此，创业合伙人对于股权对外转让，完全可以依据自身企业的情况做出适合企业发展的约定。调查问卷中“关于股东能否对外转让股权，以及如何实现股权转让，股东之间有明确的约定”的选项，选择率为34%，说明参与调研的企业管理者们对此有认识，但还不够普遍重视。

容易被忽视、并发生分歧的情况是，隐名股东的显名，这实际上也是一种股权转让的情形。在我国，股权代持并不是一种少见的现象，法律对此也采取认可的态度。代持的原因各种各样，比较常见的是被代持股东的身份特殊和大股东代持股权激励的股权。在第一种情形中，比如被代持人是公务员，为规避国家工作人员不能经商的规定，该股权一般由他人代持。在此我们不讨论公务员股权代持的效力，以及代持者和被代持者的法律风险问题，我们讨论的是这种情况下的代持对创业公司的影响。

如果公务员只是以他（她）的资源入股，就是通常所说的资源型股东，并没有实际的股金投入，而这种资源又符合法律所说的“职务便利”的特征，或者即使公务员有真实的资金入股，但是股金和股权之间不对等，且这个决定是由公司高管或公司开会决定的，公司都有涉嫌单位行贿的风险。在这几年反腐的浪潮中，公司赠送公务员干股，认定为单位行贿的，并不是少见的现象，这可以说是股权代持中最大的法律风险。

如果代非公务员持有股权，被代持者不要求显名，那么这种关系不会波及公司。但是，隐名股东毕竟与公司和其他合伙人的关系没有那么紧密，而且他（她）可以通过代持股东实现所有权利，这就具有一定的不确定性，可能与公司的整体价值和利益相冲突。所以，在保证其收益权的基础上，对隐名股东的投票权、决策权等管理权利进行限制，是有必要的。如果隐名股东事先不为其他股东所知，事后要求显名，该要求对于公司其他股东而言，就可能被认定为是股权对外转让行为，依法需要其他股东的过半数同意，且其他股东有优先购买权。

隐名股东显名的后果，直接影响公司的决策和管理，所以在章程中明确规定“对于隐名股东的加入向其他股东披露，并得到多数同意。明确约定加入、显名、退出和转让股份的具体条件和方式”，也是十分必要的。在问卷调查中，对这个问题有所意识的企业家占比仅为14%，说明还没有引起被调查者足够的重视。

第二，退出机制

2014年，西少爷在推出传统小吃肉夹馍后，生意红火，引爆京城。四个合伙人孟兵、罗高景、宋鑫、袁泽陆一致同意引入外资解决业务发展问题。但是，在股权架构上，合伙人产生分歧，无法达成协议。最后，三个合伙人要求宋鑫退出。但是对于退出股价的确定，三个合伙人提出的是以原始出资为依据的27万元，再加2%的股权回购，宋鑫则要求以公司现有估值的4,000万元为依据，退出股权价值为1,000万元，双方差距悬殊，展开了拉锯战。后宋鑫另起炉灶，创办了新西少爷肉夹馍，并于2015年6月办理工商退出手续。2018年，袁泽陆因与CEO孟兵在特许加盟事宜上产生分歧，套现2,000万元离开。

西少爷不长的创业路，就经历了两次股权退出，后一次比前一次处理得更为和缓，看得出有过前一次的经历，合伙人表现得更为理性。这给我们提示的是，公司创业之初，设置清晰明确的退出机制是十分重要的。公司作为一个长期发展中的市场主体，内部的新陈代谢是

完全正常的。发展过程中，因为股东的经营理念不一致，或者利益分配不均衡等原因，导致公司无法决策，形成僵局的情况并不少见。如果公司已经发展到一定规模，或者项目前景可期，就会放大股东的预期和欲望，也会放大股权调整的难度与成本。如果事先存在清晰明确的退出机制，就能避免由此产生的巨大成本，或者公司分崩离析的最坏结局。

一般来说，有如下几种情形的退出：第一，当然退出，比如股东死亡、失踪、丧失工作能力、达到退休年龄、因各种原因导致法人股东不能存续等；第二，过错退出，比如股东犯罪、实施损害公司利益的行为、业绩不达标等。尤其值得一提的是，股权激励作为一种进入机制，也一定要设置退出机制，明确退出的条件、价格和程序，进行动态调整，才能将股权配置到对公司发展有价值的人的身上，真正实现股权激励的目的。第三，锁定期退出，创业公司的早期，都会面临更多的困难和挑战，如果创业团队进出没有限制，就会对公司稳定和项目进展产生很大的负面影响。设定一个锁定期，加大锁定期退出的难度和成本，是很有必要的。第四，异议退出，如果股东对于公司发展方向、经营策略、人事、财务等管理存在异议，可以向公司提出退出。退出机制中最重要的是退出价格的确定，股东可以根据退出的原因和阶段，事先确定不同价格的计算原则。对于退出的股权，可以转让给大股东或按比例转让给所有股东，或者通过大股东代持预留在股权池。

在问卷中，“对于股东因理念不同、除名、业绩不达标、犯罪、退休、死亡等原因导致的退出，有健全和合理的机制”的选项，选择率只有19%。这也是参与调研的企业管理者们对于股权设置缺乏动态的调整观念的表现。“流水不腐”，为股权合理流动创造条件，公司才能永葆生命力和创造力。

第三，应对内部股权变动

“土豆网”，曾经是叱咤网络视频平台的明星企业，敲响纳斯达克钟声的脚步突然暂停，原因竟是一段仅仅维持了一年零三个月的短暂婚姻。前妻于敲钟前夜递交的离婚诉状以及股权冻结申请，让土豆网的上市进程整整搁置了半年有余。创始人王微为离婚纠纷形成的股权权属争议，付出了人生中最为惨痛的代价——被对手优酷网吞并。

股东离婚导致的财产分割、股东身故引发的继承等，虽然是小概率事件，一旦发生，却会对企业股权架构产生重要影响，因为这涉及到新的股东进入，直接冲击公司的人合性。尤其是如果离婚或者死亡的是大股东、控股股东，严重的可能影响公司的存续。像这样概率不高但破坏力极大的风险，股东之间就特别有必要在股权设计时提前做好制度安排。在公司章程或合作协议中约定对这类情形处理的方案。

如果没有事先的特别约定，若股东离婚，且股东的配偶是非公司股东，离婚时股权分配按照向第三方转让的方式处理。也就是说，如果股东过半数同意股权分割的，离婚股东的配偶取得相应股权。如果过半数股东不同意的，则其他股东有优先购买权。过半数股东不同意

转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为同意转让，该股东配偶可以成为公司股东。在股东死亡的情形下，如果没有特别约定，自股东死亡开始，其合法继承人自然取得股东资格，无需履行其他手续。

为避免股东离婚和被继承对公司决策和管理带来的不确定性影响，有两种方案可以选择：第一，他的配偶和继承人可以取得该股东的股权和身份，但是他（她）所取得的股权只享有分红权，没有投票权和表决权，这就排除了离婚和被继承对公司经营和管理的影响；第二，该股东的配偶和被继承人不能取得股东资格，其所享有的股东财产权益必须按照约定的价格确定方式转让给其他股东，或者其他股东同意的第三方。

问卷调查显示，对于“大股东与配偶签订婚内财产分配协议，排除婚姻关系变动对股权归属和行使的影响。”选择率低至9%。这就是说，绝大多数参与调研的企业管理者们还没有建立起对这类问题的风险防范意识。

一个公司的成功，最底层的原因是价值观的成功。马云就说过，“价值观是我们的核心竞争力。”一个公司的诞生，源于价值观的认同，找对人是根本；在发展过程中，面临内部的变动和外部的挑战，最根本的是通过各种机制，排除不确定因素对人合性的冲击，这是合理股权设置的根基。

一个公司的成功，最底层的原因是价值观的成功。

（五）新《证券法》背景下上市公司的信息披露责任与风险

2020年3月1日，新《证券法》正式实施，以全面推行注册制为其核心内容。证券发行从核准制向注册制转变，意味着政府不再对发行企业进行背书兜底，投资决策由市场和投资者自主决定。将选择权完全交给市场和投资者的前提是，建立一个公正、透明的证券市场，这就需要充分的信息披露机制。

1、瑞幸咖啡，拉开对上市公司从严监管的序幕

2020年4月2日，瑞幸咖啡自爆22亿元财务造假，消息发布后，其股票多次连续熔断，最终收盘大跌逾75%。4月3日，中国证监会表态：“对于财务造假行为表示强烈谴责。不管在何地上市，上市公司都应当严格遵守相关市场的法律和法规，真实准确完整地履行信息披露义务。”4月22日，银保监会副主席曹宇亦在新闻发布会上表态称：“瑞幸咖啡财务造假事件性质恶劣、教训深刻，银保监会将坚决支持、积极配合主管部门依法严厉惩处。”4月21日，美国证券交易委员会主席等五位官员也发表声明称，与美国国内相比，包括中国在内的许多新兴市场，信息披露不完全或具有误导性的风险要大得多，并提醒美国投资者不要将资金投向在美国上市的中国公司。6月29日，瑞幸咖啡从纳斯达克正式停牌，这个从成立到上市仅仅用了18个月时间，创造了新的世界纪录的公司，在纳斯达克仅风光410天就黯然退市，生动诠释了什么叫“利深祸速”。

瑞幸咖啡的急速膨胀和幻灭，实际上是国内资本市场讲的众多“故事”之一，互联网公司尤甚。首先是创业者给风险投资人讲“故事”融资，然后是创业者、风险投资人与多轮投资人讲“故事”上市，最终，实际控制人和大股东们讲“故事”在股市套利……上市之后，公司只要不停地讲“故事”，维持股价不跌，就能持续地在资本市场“割韭菜”谋利。

在这个过程中，上市公司沦为资本逐利的工具。各方利益捆绑在一起，导致讲“故事”的人越来越多，“故事”越讲越宏大，上市公司则被掏空或背上巨大的债务包袱。但“故事”的本质是编造，从法律角度而言，就是欺诈。瑞幸咖啡并不是特例，康美药业、康得新、獐子岛……无不是以这种讲“故事”的方式，持续多年进行上百亿元财务造假。只是瑞幸咖啡的“故事”讲到了美国的资本市场，阻碍了中国公司在海外顺利上市，也给已经在海外上市的中国公司带来了损害，更是给其他中国企业家、创业公司在全球的形象带来了极大的负面影响，使得监管者下决心重手惩治。

证监会派驻调查组进驻瑞幸咖啡，瑞幸咖啡造假案成为新《证券法》长臂管辖第一案。金融监管部门更是多次强调，要依法加强投资者保护，提高上市公司质量，确保真实、准确、完整、及时的信息披露，压实中介机构责任，对造假、欺诈等行为从重处理。要全面落实对资本市场违法犯罪行为“零容忍”的要求，多举措加强、改进证券执法工作，加快调查、处罚、移送工作，依法从重从快从严惩处。

资本市场健康运行的基础是信用，信用依靠信息披露制度来维系。从某种程度上讲，上市公司财务造假只是结果，作弊过程必须通过假账和虚假信息披露来掩饰。法律只惩罚行为，所以监管机构只能通过追究违法信息披露和做假账的法律责任，来遏制财务造假。否则，就会形成劣币驱逐良币的现象，资本市场的发展就失去了基础。在核准制向注册制转变的过程中，资本市场必将经历行政监管和刑事处罚的洗礼，从而建立市场诚信。“人无信不立，业（市）无信不兴”，以瑞幸咖啡为肇始，中国证券市场已经拉开严监管序幕。

2、强化上市公司及“关键少数”信息披露义务

信息披露，指上市公司以招股说明书、上市公告书以及定期报告和临时报告等形式，把公司及与公司相关的重要信息，向投资者和社会公众公开披露。这既是投资者决策的依据，也是证券价格如实反应公司经营状况的前提，更是证券市场公开性的根本体现。在这个基础上，投资者才能将资金投向优质企业，真正实现资源的有效配置。所以，信息披露被称为证券法的“灵魂”。

新《证券法》以专门章节规定了信息披露，针对发行人、上市公司的“关键少数”——董监高、控股股东、实际控制人等，进行重点规制，并对这些“关键少数”提出了更高的要求：

（1）原《证券法》对信息披露的基本要求为“真实、准确、完整”，新《证券法》在此基础上，新增了“简明清晰，通俗易懂”的标准，同时，还增加了信息披露的范围和内容，以提高信息披露的质量。体现了在注册制背景下，信息披露由满足行政监管的要求向满足投资者对“实质有效”信息需求的转变。这就要求上市公司不仅要讲实话，还要讲让人听得懂的大白话，帮助投资者做出有效决策。

（2）强调信息披露应对所有投资者公平，不得提前单独向任何单位和个人泄露，抑制内幕信息滥用，保证所有投资者尤其是中小投资者成为信息披露的受益者。例如，2019年格力电器董事长董明珠在股东大会上，先于公司公告对外口头发布格力电器2018年营业收入和净利润等信息。广东证监局认为这一行为违背了公平原则，并对董明珠出具了警示函。

（3）将上市公司董监高由信息披露“保证人”升级为信息披露主要义务人，董监高未按照规定披露信息，造成投资者损失的，依法承担赔偿责任；控股股东、实际控制人向公司承担告知重大事件和配合公司履行信息披露的义务。董监高、控股股东、实际控制人因为过错违法违规披露信息，使投资者在证券交易中造成损失的，承担连带赔偿责任。

（4）发行人或上市公司在证券发行文件和报告文件中作出各项承诺的，强制其披露相关信息。如果控股股东、实际控制人不履行承诺，造成投资者损失，应承担赔偿责任。例如，某基金公司是某上市公司IPO前的持股股东，其在上市公司的招股说明书中承诺股份锁定12个月，锁定期满后，如果两年内减持应提前五个交易日向公司说明，并由上市公司在减

持前三个交易日予以公告。后在承诺期内，该基金公司未遵守承诺违规减持，即提前向上市公司提交减持说明并提前披露减持事项，被深交所通报批评，并被记入上市公司诚信档案。

（5）发行人的董监高要对证券发行文件和定期报告签署书面确认意见，也就是对此承担保证责任。同时也赋予了董监高在对信息披露内容有异议的情况下，提出书面意见的权利并要求发行人必须披露前述信息。发行人不予披露的，董监高可以直接申请披露。但异议权不等于免责权，2020年4月，*ST兆新公布2019年年报，公司董监高全部声明，无法保证报告内容真实、准确、完整，同时不同意承担任何个人或连带责任，但是又全票审议通过该报告。

对于该公司董监高集体甩锅行为，深交所第一时间发出关注函，并表示“董监高的异议行为不代表其已经勤勉地履行职责，不等于其可以免除责任。”证监会主席易会满也发言表示：“做好定期报告编制、审议和披露工作，是上市公司董监高的法定义务，对年度报告行使异议权，必须遵守诚实守信、勤勉尽责的基本准则，决不允许钻空子、滥用权力，逃避法律责任。”这些表态明确了“赞成并不保真”的做法违背了信息披露的基本原则，由此，进一步压实了董监高在信息披露中的勤勉尽责义务。

（6）鼓励上市公司自愿披露可能对股东和其他利益相关者决策产生影响的信息，但应当保持信息披露的持续性和一致性，不得进行选择性地披露。自愿披露具有一定预测性质信息的，应当明确预测的依据，并提示可能出现的不确定性风险。例如，某上市公司在申请重大事项停牌同时，披露正在筹划与其他相关方共同发起设立民营银行的重要事项。次日，公司股票复牌，并连续2个交易日涨停。后该公司未获得参与机会，但未就前述参与事项进展进行持续披露，误导了投资者决策。上交所认为以上自愿信息披露违反了一致性和持续性原则，予以监管关注。

总而言之，证券市场的公开、公平、公正全都有赖于“真实、全面、完整、及时、公平”的信息披露。新《证券法》几乎全面无死角地填补了之前信息披露制度中的漏洞，并将该义务不断下沉至公司董监高、控股股东和实际控制人等“关键少数”，这一立法变化和监管趋势，值得特别警示。

3、违法信息披露的法律后果

核准制向注册制的转变，意味着政府角色从事前审核向事中、事后追责转变，这就对行政执法水平和追责能力提出了更高的要求。为了最终实现“宽进严管”的证券市场监管机制，新《证券法》进一步明确了以行政处罚为主干，以刑事追究为后盾，以民事赔偿为补充的“三位一体”责任追究体系。

证券市场的公开、公平、公正全都有赖于完善的信息披露制度。

（1）行政责任

对于违法信息披露的上市公司，证券交易所可以做出警示、约谈、限制交易，出具监管函等监管措施，还可以对其进行通报批评、公开谴责。证监会及派出机构则可以做出警告、罚款的行政处罚和出具警示函、记入诚信记录并发布、市场禁入等行政监管措施。由此可能带来的负面影响是，投融资受限、并购重组受阻、暂停甚至终止上市。

值得一提的是，新《证券法》提高了行政处罚力度。罚款金额大幅度提高，惩罚的倍数从原来的1-5倍提高到了1-10倍。对于虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的违法行为，最高处罚从六十万元提高到一千万元；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员从最高罚款三十万元提高至五百万元。发行人的控股股东、实际控制人，组织、指使从事虚假陈述行为，或者隐瞒相关事项导致虚假陈述的，最高可处罚一千万元。

同时，新《证券法》新设证券违法调查和解制度。在监管机构对涉嫌违法行为进行调查期间，经被调查人书面申请，并承诺在一定期限内纠正涉嫌违法行为，赔偿有关投资者损失，消除损害或者不良影响的，可以中止调查；被调查人如未履行承诺的，可以终止调查。例如，高盛（亚洲）有限责任公司和司度（上海）贸易有限公司，从事相关股票及股指期货合约交易，违反了资产管理业务的有关规定，被证监会调查，后其主动与证监会达成行政和解。这不仅节约了行政调查资源，也最大限度地减少了行政调查给被调查人带来的负面影响，甚至刑事风险。

（2）民事责任

因虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市公司应当承担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，也应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。对于“过错”的认定，采用推定原则，即只要存在违规违法披露信息的事实，就推定相关人存在过错，由控股股东和实际控制人证明自己没有过错，否则就应承担赔偿责任。这就意味着公司的“关键少数”对公司违规违法的信息披露赔偿，承担越来越严格的责任。

值得特别提示的是，如果发行人因欺诈发行、虚假陈述或者其他重大违法行为给投资者造成损失的，为了最大限度地避免诉讼给公司和高管带来的负面影响，发行人的控股股东、实际控制人可以委托投资者保护机构，就赔偿事宜与受到损失的投资者达成协议，予以先行赔付。这样既可以平复投资者的情绪，也可以避免事情发展到更坏的地步。

（3）刑事责任

《刑法》第161条规定了违规披露、不披露重要信息罪，根据该条的规定，在信息披露过程中存在虚假的、隐瞒重要事实的，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露的，有严重情节或后果的，都应做犯罪处理。可以处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

2020年6月底，刑法修正案(十一)草案提交全国人大常委会审议，目前正在征求意见中。草案不仅提高了欺诈发行股票、债券罪的刑罚，同时还明确将保荐人作为提供虚假证明文件罪的犯罪主体，适用该罪追究刑事责任。

更重要的是，通过提高违规披露、不披露重要信息罪的刑罚，进一步强化了控股股东、实际控制人的刑事责任。草案将相关责任人员的刑期上限由3年提高至10年，罚金数额由2万元-20万元修改为无上限限制。同时，增加了控股股东、实际控制人组织、指使实施信息披露造假行为的刑事责任，并明确控股股东等主体是单位时，实行“双罚制”，即同时追究单位和相关责任人员的刑事责任。

2020年7月24日，《最高人民法院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》中指出：“加大对证券期货领域金融犯罪的惩治力度。依法‘全链条’从严追诉欺诈发行股票、债券，违规披露、不披露重要信息和提供虚假证明文件等扰乱资本市场秩序、侵害投资者利益的犯罪行为，既追究惩治具体实施造假的公司、企业，又追究惩治组织、指使造假的控股股东、实际控制人，同时还要追究惩治帮助造假的中介组织，全面落实对资本市场违法犯罪‘零容忍’的要求。”这就呼应了新《证券法》的立法精神，即深挖证券犯罪背后的指使者和责任人，上市公司的“关键少数”可能成为高危人群。

新《证券法》实施前，对违法违规信息披露主要采取行政处罚措施，过去五年查处的各类行政违法案件中，信息披露违规案件的数量虽然常年位居前三，但是处罚的数量和数额都偏低，移送司法机关做犯罪处理，能公开检索到的案例更是个位数。但是，据媒体报道，仅2019年初至2020年8月，证监会就向公安机关移送涉嫌违规披露、不披露重要信息犯罪等案件24起。2020年7月31日，证监会对神州优车和陆正耀等信息披露违法行为作出行政处罚。2020年1月，上海首例违规披露、不披露重要信息罪的“中毅达”案，被移送法院审理，4名责任人员分别被判处拘役或者有期徒刑。

从监管的角度而言，对于中国证券市场财务造假的痼疾，只能抓住信息披露这个“牛鼻子”，并且下沉责任到公司的“关键少数”，对于这一立法和执法的转变，值得上市公司警醒。新《证券法》实施标志着中国资本市场又向市场化和法治化迈进了一步，资本市场严监管的时期已经来临，企业诚信经营，高管勤勉尽责方是安身立命之本。

（六）信息时代的数据安全和个人信息保护

数据不仅是数字经济的关键要素，也是信息时代重要的生产要素。在我国，数据安全更是被上升为与国家安全同等重要的地位。

1、数据是企业持续发展的基础

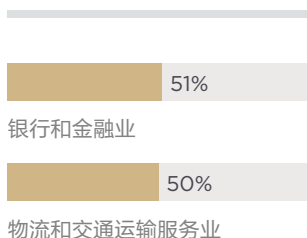
当前各类数据主体多样，处理活动复杂，安全风险加大。随着立法不断强调并严格要求对数据进行保护，企业的合规举措也应不断提高。回顾2020年上半年，国内就发生了新浪微博5.38亿用户数据在暗网出售、建设银行员工贩卖5万多条客户信息等数据泄露事件。此外，据国外媒体报道，万豪、美高梅酒店至少1,580万客人信息遭泄露；化妆品巨头雅诗兰黛，因不安全服务器泄露了4.4亿用户敏感信息……这些事件轻则造成企业商誉受损、失去客户信任，重则可能面临行政处罚和刑事指控，例如2015年Uber数据泄露事件遭美国司法部刑事调查；2017年雅虎前CEO玛丽莎·梅耶尔被要求就网络安全漏洞问题作证，否则将面临刑事指控。

大部分企业对网络、数据安全缺乏足够的重视，也缺乏相应的责任感。企业对网络技术依赖越多，接入的设备也多，每个接入网络的设备和人都可能被黑客利用成为窃取数据的跳板，或员工本身就是“黑客”，这让企业防不胜防。在把数据作为生产资料使用的同时，也应当把数据作为生产资料保护，这是现代企业应当树立的重要观念。

大量企业的数据存在云端，虽然“云”本身的安全性有一定的技术保障，但接入云端的第三方应用软件、系统和接口的安全性却令人担忧。如果不对这些数据进行加密，它们就处于一种“裸奔”的状态，可能导致企业的系统漏洞和数据泄露事件。如果企业不重视，这些漏洞要么未被及时修复，要么未被检测发现，待爆雷后成为公共事件，亡羊补牢已晚矣。2018年8月，华住集团旗下汉庭、美爵等酒店共计5亿条包含个人身份证号、手机号码、开房记录等的个人信息泄露，并被打包在暗网上销售。案件虽成功告破，但也暴露出以酒店业为代表的多数企业并未做好数据安全保护措施，在数据泄露后也没有应急预案处置应对突发情况。

今年的调查数据显示，72%的上市公司和69%的规模在千人以上的公司对于系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入、数据泄露等突发安全事件，有应急预案和危机处置机制。但是这些制度在实际运行中的效果如何，还有待观察。上述华住集团信息泄露和一系列的银行信息泄露事件反映的就是这个问题。比制定制度更重要的是有效运行制度，并在运行中不断完善，提升员工的个人信息保护意识。

不同行业对数据安全的重视程度不同，越是对数据依赖程度高的行业，企业越重视数据安全。71%的银行、金融业受访企业有这一制度安排，但是银行数据体量庞大，决定了数据安全是百密不能有一疏的工作，只要一个员工没管住，数据就可能如溃堤之水奔涌而出，中信事件和建设银行信息泄露事件就是很好的例子。所以，数据安全没有最好，只有更好。



履行网络安全管理义务，并将数据安全事项及时向行政监管部门（公安、网信办、工信办等）报告，积极回应监管要求等方面，银行和金融业与物流和交通运输业的受访者中，有超过50%的企业重视这一工作。这些行业要提供服务，就要采集相应的个人信息，因此对所收集的个人信息采取保护措施也就十分必要。虽有50%左右的受访者比较重视数据安全，但行业重视度的绝对值并不高，仍有改善空间。

2、互联网企业的个人信息保护

中国互联网产业何以前浪翻腾、后浪奔涌？一是，对于数据这样一个全新的事物，法律也在摸索中，尤其是关于个人信息的采集、使用边界不甚清晰；二是，网民数量叹为观止，海量个人信息不断“投喂”企业，为企业发展提供了源源不断如活水般的生产资料。

早期，互联网企业利用数据野蛮生长，但随着立法不断严密，监管必定不断收紧，并将长时间保持这个趋势。2019年，工信部、国家网信办等多部门联合开展了贯穿全年的APP个人信息专项治理工作，2020年仍在持续中。所涉问题集中在私自收集个人信息、过度索取权限、私自共享给第三方等方面。

用户让渡个人信息作为实现便捷功能的对价，这是市场逻辑，无可厚非。但是如果企业不经“通知-同意”程序，违规获取个人信息，就打破了“君子协定”，进入法律法规的监管区。根据互联网企业规模的大小，在个人信息保护方面存在的问题也有不同特征：

第一，规模较大、体系成熟的互联网企业，满足“60分”的合格线，但没有做到优秀。例如，根据工信部通报，QQ强制用户使用定向推送功能，不给权限不让用；QQ阅读私自收集个人信息，还私自分享给第三方；当当私自和超范围收集个人信息，不给权限不让用；高铁管家、12306软件过度索取权限……这些都是互联网行业的知名企业，一般而言都具有合规意识，他们会通过隐私政策告知用户收集和使用规则，另一方面又往往通过各种形式扩充收集个人信息的范围和种类，试图抓取更多信息，请求开放更多权限，服务其数据挖掘，收集“必要性”原则屡屡被突破。

但是，随着《个人信息安全规范》的生效和《个人信息保护法》的制定，个人信息收集、使用规则将更加具体和可操作，也将对企业提出更高的合规要求。越是依赖个人信息产出的互联网大企业，违规的成本越高，这就需要做到从“及格”到“优秀”的质的跨越，也是从“要我合规”到“我要合规”的观念提升。

越是依赖个人信息产出的互联网大企业，违规的成本越高。

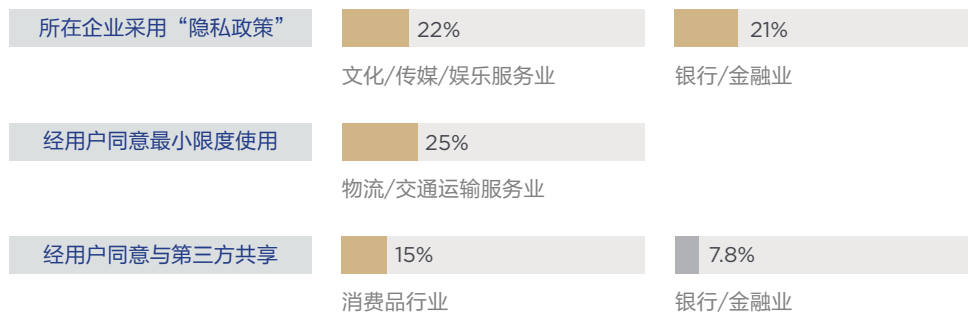
第二，规模较小，或处于创业期的互联网企业，个人信息保护工作往往处于“60分”合格线以下。实践中大量侵犯个人信息的犯罪，多以这一类企业为主。由于成本所限，这些公司没有专门的合规部门，个人信息保护意识不强，在收集个人信息时，不提供或提供极为粗糙的隐私政策，私自收集个人信息，甚至向第三方共享、出售。2018年8月，浙江省公安局破获了一起重大个人信息盗窃案，原新三板挂牌公司瑞智华胜，窃取知名互联网公司30亿条用户个人信息，该公司法定代表人与相关经营人员因此获刑，另有两家关联公司也被立案处理。该公司2017年12月在新三板挂牌，2018年8月上述事件曝光，瑞智华胜作出紧急停牌处理，短短两个月后的11月2日，瑞智华胜在新三板就被正式摘牌。一家处于初创期的明星上市公司，因缺乏个人信息保护的相关意识，非法经营个人信息买卖业务，使得企业多年努力毁于一旦。

此外，值得特别注意的是第三方软件开发工具包（SDK），据相关报告和央视“3·15”晚会披露，部分APP的SDK插件在未经用户同意的情形下，收集用户的联系人、短信、位置、设备信息等，甚至短信内容会被全部传走。因为SDK的责任往往由相应APP开发公司承担，这会为企业埋下很多隐患，所以，APP不能仅考虑SDK的便捷，更应该对其合法性和合规性保持警觉。

综上所述，互联网大企业往往在法律红线之内的模糊地带，最大化商业利益。但是“能力越大、责任越大”，他们要做的，不止是合法，而是做好行业表率，促进用户与企业的互信，推动行业自律与发展。与此相对，小企业合规意识和能力不足，往往试图蒙混过关，但互联网产业的野蛮生长期已经过去，任何侥幸心理，都可能因小利而失大局。

3、传统企业的个人信息保护

互联网企业的个人信息保护是显性问题，关注度高，相比而言，传统行业的个人信息保护问题则难以暴露，更为隐秘。根据本调查问卷显示，获取个人信息最多的传统行业是文化/传媒/娱乐服务业与银行/金融业，但分别只有22%和21%的受访者表示，其所在企业采用“隐私政策”或用户协议等方式提示用户收集个人信息；收集个人信息时，经用户同意，最小限度地使用个人信息是基本原则，物流/交通运输服务业对这一原则的重视程度最高，但也仅为25%；用户同意方能与第三方共享，这是个人信息共享的合法前提，在不同行业中，消费品行业采用这一做法的占比最高，银行/金融业仅为7.8%，甚至低于整体均值0.2个百分点。



银行/金融业由于征信需要，是收集个人信息较多的行业，但频频发生的银行个人信息泄露事件，揭示银行的个人信息保护还有提升空间。“中信事件”是传统行业个人信息泄露的缩影，虽然中信银行在客户信息保护方面，建立了一系列的制度、流程，但员工不仅未按照流程操作，还将客户信息对外提供并加盖公章，这种为了“大客户”利益而将储户信息随意提供给第三方的行为，完全超出了大众的预期。这一事件比较有代表性，揭示出传统行业的个人信息泄露往往不是技术性的，而是人为的，这就对传统行业的数据储存和保管提出了更高的要求。

传统行业一般基于业务需要收集必要个人信息，比如银行、快递公司等，提供的服务本身就要求客户提供姓名、住址等信息，在个人信息收集的合法性方面一般不存在问题。风险在于，这些个人信息一般会通过数据化的方式保存，但是传统行业较为缺乏数据安全的观念和技术支撑，对所收集个人信息的利用，没有界限感。例如，银行将储户开卡所必需提供的个人信息，进行用户画像，又通过电话、短信等方式给储户推荐理财产品，就是典型的超范围使用个人信息的情形。证券公司也会收集大量的客户财产信息，因此也存在同样的问题。传统行业一般不存在一个事先的程序与客户约定个人信息的二次利用或共享，所收集个人信息除了满足特定服务需求外，不应有别的用途，还应妥善保管。除非有明确法律规定，不能把个人信息挪作他用或者与第三方共享在经营过程中获取的个人信息，是基本原则。

总而言之，无论互联网企业还是传统行业，都应对所收集数据分级、加密，并进行脱敏处理；对内，要严格限定个人信息的查看和使用规则，并进行员工培训，培养相关合规意识；对外，要制定详尽的个人信息保护政策供用户了解同意。如果条件允许，一定要设置员工权限并进行留痕记录，便于事后追责。

个人信息保护的浪潮将席卷一切领域，以萎缩产业为代价的个人信息保护不可取，以侵害个人信息权利为代价的行业发展也不会长久。个人信息保护与企业发展，是在更高价值层面上的统一，不是“零和游戏”。企业只有尊重个体尊严，对个人信息用之有度，才会有长远健康的发展。

企业只有尊重个体尊严，对个人信息用之有度，才会有
长远健康的发展。

（七）互联网金融企业的创新与风险

互联网与金融业的链接，混业融合，让互联网金融成为了企业创新、创业的前沿阵地，焕发了蓬勃生机。借力信息科技技术，互联网金融创造了一个更便利、高效、开放、惠民的新业态，成为社会经济发展不可忽视的动力引擎。但是，有机遇就有挑战，有创新就有风险。

2019年到2020年，互联网金融领域依然不平静。持续的强监管态势，让市场的喧嚣与浮躁逐渐隐退。P2P网络借贷平台的出清转型、消费金融迎来持牌经营的严监管周期、供应链金融新风口，躬身入局的每一个企业正好站在爆发蜕变的十字路口，面临一个无法回避的问题：如何让金融创新产品安全运行在法律监管的警戒线内。

1、互联网金融的本质还是金融

2020年3月30日港股上市公司51信用卡公告，全面转型清退P2P业务；2020年3月24日，首家在美上市的“中国车贷第一股”——点牛金融，因涉嫌非法集资，7人被移送起诉，14人被采取强制措施。这不仅让我们深思，为什么中国的互联网金融企业难得善终？

所谓互联网金融，是金融机构利用互联网技术和信息通信技术，实现资金融通、支付、投资和信息中介服务等业务。在本质上互联网金融还是金融，它必须解决资金风险这个根本问题，否则就不能生存。互联网金融具有“互联网风险+金融风险”叠加的特点，其对公司的要求反而更高，面临的挑战也更大。如果不能解决信息不对称问题，避免资金风险，互联网的匿名性、快速传递等特点，就会快速扩大金融风险。从这个视角观察，中国的P2P注定难得善终，因为互联网只是加速了资金的融通，却没有解决信息不对称问题，或者它根本就不关心这个问题，因为它做的不是真正的金融。

2019年10月，51信用卡因为未经银行授权，通过爬虫技术非法爬取银行用户个人信息，且将贷款催收委托外包，导致公安机关介入调查。作为一家上市公司，不惜以犯罪的手段获取公民信息，是因为它无法解决用户信用的问题，却又不俯下身子耐心搭建信用平台，而是通过爬虫盗用个人信息，通过暴力催收这条“捷径”，减少不良贷款，最终触碰了法律的底线。

与此相对照的是，阿里巴巴的姊妹企业——蚂蚁金服，在全球科技金融公司排行榜上多年蝉联第一，其于2020年7月20日宣布于“A+H”股同步上市，引得市场沸腾，估值至少2,000亿美元。我们熟悉的支付宝、余额宝、蚂蚁花呗、相互保、芝麻信用等，都是它旗下的产品。它能够在短短十多年的时间，成长为一个超级“独角兽”，得益于它依托的阿里巴巴平台。

淘宝平台上累计的商家流水、活跃度、违约率等实时信息，为蚂蚁小贷提供了比传统银行征信更丰富的活数据，避免贷款坏账。这些贷款数据又不断迭代，持续支持后续贷款决策，形成良性循环。用这些丰富的一手数据，解决金融最根本的信息不对称问题，才是蚂蚁金服成功的关键，也是互联网金融的逻辑，即在尊重金融规律的基础上用数据和技术驱动金融化服务。

我国没有公开的社会征信体系，中国人民银行的征信系统不对社会公开，在这种背景下，除非你能背靠阿里巴巴、腾讯等这些互联网平台公司，利用它们的活数据，解决客户信用问题。否则，就不能干金融，即使戴上“互联网”的帽子，也不行。互联网金融的出现，是为了提高传统金融活动的效率，降低交易成本，减少因信息不对称带来资金风险等问题。互联网只是技术手段，底层依然是金融逻辑，打着互联网的幌子违背金融规律，跑马圈地，钻监管的空子，注定只是泡沫，一定会被刺破。

2、不是所有的“创新”都是新的

P2P在2013年异军突起，2015年之前几乎处于监管真空，网贷企业打着“金融创新”的旗号野蛮生长。“e租宝”事件之后，P2P遭遇强监管。尤其2017年持续爆雷之后，监管持续清退。截至2020年3月31日，全国实际运营网贷机构139家，比2019年初下降了86%；整治工作开展以来，累计近5,000家机构退出。这难道是创新出了错？

P2P的核心逻辑是：通过搭建信息平台、建立信息生态，形成一种资金匹配的技术，让借贷双方更加直接、高效地对接，消减信息不对称。以高效的方式服务实体经济，惠及普通企业与百姓，这种商业逻辑的创新价值是毋庸置疑的。但要实现这一目标，对平台企业的要求非常高。P2P针对的是传统金融机构基于成本壁垒，无法下沉的小额、微额资金需求用户。这类用户的信用评估、风险管控，成本高、难度大，只有利用互联网信息科技技术才有可能实现突破。

然而，现实中投身互联网借贷平台业务的经营者们，大多并没有看清这种创新模式的本质。他们一没有强大的信息技术支撑，二没有坚实的金融风控管理经验保驾护航，这就无法解决信用缺失所带来的资金风险。实际经营中的P2P没有数据，没有风控模型，没有风险管理，又不满足于居间中介服务的微薄收益，于是剑走偏锋，很多P2P都涉及自融、资金池、期限错配等违法行为，这不过是新瓶装旧酒而已，涉嫌非法经营、非法吸收公众存款、集资诈骗等犯罪。经济形势好、监管宽松时，还能拆东墙补西墙，艰难度日。一旦经济下行，监管收紧，就被打回原形。不仅爆雷跑路，作为刑事案件处理的也不是少数。

不是所有的“创新”都是新的。

与此相似的，还有币圈、众筹等。2020年6月1日，《证券日报》发文报道称，仅在5月，就有“披萨狗”PIEXGO、UEX、LMEX、FUBT等数家虚拟币交易平台被质疑跑路。继2017年国内的ICO被叫停后，虚拟货币交易纷纷“出海”发展，“人和服务器在海外、资金来源在内地”就成了很多交易平台的新套路。

但是，在区块链作为虚拟货币的底层技术没有突破的情况下，所谓虚拟货币，就如中国人民银行等七部委的公告所指出的，“本质上是一种未经批准非法公开融资的行为”。出海发展只是增加了监管机构对违法行为的查处难度，为平台跑路提供便利而已，不能改变其违法的本质属性。真正的创新，是加强基础研究，利用区块链技术解决融资难、风控难等问题，让区块链成为服务实体、促进经济发展的新利器。

互联网众筹也是险象环生，自2016年开始，汽车众筹经历了前期过于迅猛的膨胀后，步入爆雷高发期。包括融车网、聚创众筹、通乾众筹、宝易得等总规模超过1亿元的汽车众筹平台相继出事，问题类型包括清盘、停业、恶意跑路、网站无故关闭、因多种原因无法回款等情形。

汽车众筹的商业模式很简单，即低买高卖，但是它利用了互联网的信息优势，向社会筹措资金，并撮合交易。一般来说，首先是汽车众筹平台联手二手车商，推荐待售的二手车，并向社会筹措资金将该车买入，然后参与众筹的投资人共同决定，将该车以适当的价格卖出，赚取其中的差价。如果平台严格基于上述交易流程，审核项目、评估资产，监管资金并进行完全的信息披露，就发挥了互联网的优势，是一种具有创新性的融资、融物方式。

但是现实的情况是，汽车众筹平台盲目上线项目，甚至虚假购车，或者对投资者保证溢价回购，即平台之意不在买车，而在集资，隐患就已经埋下。例如，江苏连云港警方破获了一起汽车众筹平台诈骗案件，一家贸易有限公司利用“万利豪汽车众筹平台”开展“伪众筹”骗取投资，制造虚假交易进行诈骗，涉案金额达2,000多万元。

汽车众筹平台爆雷主要存在两种情况：一是完全以诈骗为目的搭建的平台；二是平台自身风控能力不足。有些汽车众筹平台存在自设资金池、自融、发布虚假标的、承诺保本保息等现象，这都背离了互联网金融创新的初衷，而是以创新之名，行一己私利之实，最终不仅污名化了“众筹”，投资者还可能落入“诈骗”的陷阱。

穿透以上这些对中国大众还有些“新鲜”的名词，我们看到的还是各种形式逃避监管的违法违规行为。与其说是创新出了错，不如说是打着“创新”幌子的圈钱。没有征信和风控管理的加持，爆雷和被迫刑责都不是意外。

没有征信和风控管理的加持，爆雷和被迫刑责都不是意外。

3、在不确定性中找到安全的边界

2003年，支付宝上线，仅用短短十年的时间就跃升为全球最大的电子支付钱包。如何利用用户沉淀在网络虚拟账户里的大量资金，成为企业经营管理者思考的点。一次偶然的契机，支付宝与天弘基金一拍即合，一种崭新的基金销售模式——余额宝诞生了。用户只要把钱转入余额宝，产品系统自动默认用户认购了天弘基金。这种行为的本质是支付宝替用户做主，购买特定的基金，实际上属于第三方代销基金行为，依法必须持有基金销售牌照。余额宝是不具备这个牌照的，这就涉嫌非法经营。且支付宝利用自己平台掌握的客户信息，直接提供给天弘基金，帮助客户购买基金，这就模糊了金融账户的虚实界分，使用户隐私信息在互联网平台与金融机构之间自动进行了共享。余额宝对法律规则底线的触碰与试探清晰可辨。

为什么余额宝没有被监管机构和公安机关处置，P2P却被持续几年严厉打击，绝不姑息呢？这个问题真正要回答的是，对于金融领域内的企业及其从业者们来说，创新的红线到底在哪里？2015年7月18日，央行等十部委办发布了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（以下简称“指导意见”）。为企业合法合规创新经营提供了方向性指引，在当下看来，仍具有指导意义，大体可以总结出以下三个关键点：

第一，坚持金融创新要服务实体经济。即不管金融创新的商业模式是什么，创新的根本是通过改善资源配置效率，节约社会交易成本，服务于实体经济。

第二，坚持创新经营与企业自身的风险管控能力相匹配。通俗一点表达，即有多大能力，办多大的事儿。在决定开展新业务之前，认真评估企业自身的承受能力，如果企业的抗风险能力不足以对抗新业务可能带来的资金风险的，一定要有有效的制动机制。

第三，将保障金融消费者的合法权益作为创新设计的基础。一句话，如果企业经营侵害了消费者的合法权益，引发了社会稳定问题，就会触发企业的安全底线。

回过头看，支付宝解决了虚拟空间商品交易主体各方“信用不传递”的问题，余额宝依托平台的规模效应和相对成熟的风控机制，大幅降低了百姓理财增值的成本和门槛，是金融普惠化的一次成功实践。这背后的商业逻辑是：一切为了用户的体验与利益。更重要的是，支付宝与余额宝背后的企业及企业家始终对创新的风险抱以高度的敬畏。在整个过程中始终坚持与相关主管机关保持密切联系，通过积极申请、并购、控股等多种方式，稳健地推进项目的资质完善。同时，持续跟进政策法规与监管要求的变化，进而形成步调一致的合规演进，做到了风险可控。

所以，面对创新风险，真正有效的规避法门只有一个，那就是心怀敬畏、真正为客户和社会创造价值！

（八）网络信息内容生态治理下的平台责任和风险

美国著名媒介文化研究者尼尔·波茨曼在其著作《娱乐至死》中指出：“媒介的形式偏好某些特殊的内容，从而能最终控制文化。”互联网更为偏好视听的形式，视听与生活更为接近，使得创作的门槛更低，成为人人可为之事，同时也导致网络信息内容良莠不齐。

1、立法不断加重平台责任

自互联网诞生以来，世界各国都十分重视网络安全的监控与治理，我国更是把内容安全定义为网络安全的重要内容之一。小红书在下架两个月后于2019年10月恢复上架、今日头条内涵段子永久关停、国际频道停更一个月、多家业内有影响力的平台被网信部约谈……内容安全已经成为产品和业务安全的生死线。

我国对网络信息内容的治理是一个从无到有、不断明晰的发展过程。从2000年发布的《互联网信息服务管理办法》，到2020年3月1日生效的《网络信息内容生态治理规定》（以下简称“治理规定”），平台的责任不断加重，监管力度不断加强。

从网络信息内容本身来说，从最初禁止传播危害国家、安全统一、破坏社会稳定等9类违法违规内容，发展为11类违法违规内容和使用夸张标题、炒作、不当评述等9类不良信息内容的两大类，内容的标准从合法合规上调到符合公序良俗，并特别提出平台对以上信息不得传播，有防范和抵制的责任。这就意味着如果平台对以上信息的传播存在失责，就可能被追责。

我国对网络信息内容的治理从来就没停歇过，并不断深化。6月5日，国家网信办、全国“扫黄打非”办等8部门宣布启动为期半年的网络直播行业专项整治和规范管理行动，首批查处了44款涉淫秽色情、严重低俗庸俗内容的网络直播平台，部署查办了一批利用色情低俗直播内容诱导打赏的案例，并对相关平台作出行政处罚。

更为重要的是，《治理规定》提出了政府监管、平台履责、社会监督、网民自律的多元主体参与网络内容生态治理的体系，且明确网络信息内容服务平台是信息内容管理主体，应当履行相应责任，这是对平台性质的新定位，必将对互联网平台公司的责任承担产生重大影响。

在互联网传播的早期，对于网络信息内容的侵权还沿袭“谁侵权、谁负责”的传统归责原则，网络服务提供者在其链接、发布、存储等的相关内容涉嫌侵权时，在能够证明自己没有恶意，且及时删除内容或断开链接的情况下，不承担赔偿责任。大家耳熟能详的“快播”案中，快播公司CEO王欣和辩护人即是以“技术中立”作为抗辩理由。但是，面对喷薄而出的信息洪流，直接对数以亿计的内容制作者进行管理和处罚，在现实中变得不可能。同时，平台从内容制作者的收益中获益，理应分担其责任。据此，法律作出调整，将管理责任转移至平台，这在《治理规定》中体现得十分明显。

2、平台的管理责任

根据《治理规定》，平台的管理责任主要包括：

第一，建立网络信息内容生态治理机制，重点建立和完善用户注册、账号管理、信息发布审核、跟帖评论审核、版面页面生态管理，尤其是要求平台对所有产品的首页首屏、标题、弹窗、热搜等13个重点环节加强监管。

第二，若他人利用平台实施侮辱、诽谤、威胁、侵犯他人隐私等侵权行为，如果平台存在过错，则应承担相应的责任。

第三，不得以干预信息呈现的手段，侵害他人合法权益或者谋取非法利益。2020年6月10日，网信部门约谈新浪微博负责人，针对全网“秒删”蒋某夫人“手撕”疑似第三者的微博的情况，责令其立即整改、暂停更新微博热榜、热门话题榜一周，并严肃处理相关责任人。

第四，不得利用深度学习、虚拟现实等新技术、新应用，从事法律、行政法规禁止的活动。比如，“ZAO”的AI换脸软件上线不到一周就被快速叫停，因为它利用的就是深度学习的技术，有巨大的潜在风险。

第五，不得通过人工方式或者技术手段对账号和流量实施造假或操纵，破坏网络生态秩序。刷单、刷流量在我国已经成为一个数量和利益都十分庞大的网络黑产。为隐藏身份、逃避打击，刷单、刷流量又往往与账号造假和操纵账号行为等有着必然的联系，形成一个上下游关联的黑色产业链，严重破坏了网络的生态环境。

第六，不得利用党和国家的形象标识及内容，或者借国家重大活动、纪念日和国家机关及其工作人员的名义，开展网络商业营销活动。

要特别指出的是，即使平台没有直接实施或参与以上违法行为，只要违背其作为内容管理主体的责任，就可能被行政机关采取警示整改、限制功能、暂停更新、关闭账号、限制从事网络信息服务、网上行为限制、行业禁入等惩戒措施，还可能被侵权者追究民事赔偿责任。

3、平台的刑事风险

在行政监管收紧的同时，刑事法律风险也会加大。根据刑法规定，网络服务提供者不履行网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，致使违法信息大量传播、用户信息泄露等严重后果的，构成拒不履行网络安全管理义务罪。

基于此，平台立足于“一般网络运营者”，或是“关键信息基础运营者”的属性，根据《网络安全法》和国家标准的要求，建立相应的制度和措施，积极履行网络安全管理义务，是合法合规的前提。同时，要积极、主动跟进监管要求，保持与行政监管机构的密切沟通，尤其在接到监管部门的整改要求后，及时采取相应措施，弥补安全管理漏洞，是避免刑事追责的关键。

4、司法的动向

随着网络产业的快速发展，平台“技术中立”的抗辩日益无力。因斗鱼公司多位签约主播未经授权在线直播歌曲《小跳蛙》，获得该歌曲著作权的麒麟童公司向北京互联网法院提起诉讼，要求斗鱼公司就侵犯其依法享有歌曲著作权之表演权的行为，承担侵权责任。针对斗鱼公司提出的其仅提供中立的网络服务，不构成侵权的抗辩理由，北京互联网法院认为：

“被告（斗鱼公司）在应当意识到涉案直播行为存在构成侵权较大可能性的情况下，未采取与其获益相匹配的预防侵权措施，对涉案侵权行为主观上属于应知，构成侵权，应承担相应的民事责任。”简单地说，就是平台的责任应当与获益相当，这一观点彰显的是司法加重平台责任的倾向。在内容制作者大多缺乏赔偿能力的情况下，被侵权人会更多地把平台拉进诉讼中来，让赔偿变得更有保证。

2017年11月，吴永宁攀爬长沙华远国际中心高空坠亡后，其母将提供直播服务的花椒平台告上法庭。2019年11月，北京市第四中级法院维持了一审法院判决，认为花椒直播应当对吴永宁坠亡承担网络侵权责任，理由是“直播平台未对吴永宁上传的视频是否符合社会公德进行规制。网络服务提供者应当坚持正确导向，提倡积极健康、向上向善的网络文化”。虽然这一判决本身有值得商榷之处，但是司法的倾向一目了然，平台可能因为其提供服务的内容制作者的行为，被卷入更多的诉讼中。

总而言之，平台是网络空间的守门人，要创造一个清朗的网络精神家园，平台必须有社会责任的担当，把好平台的门槛，扎住平台入口，让高素质的内容制作者创造高品质的内容，社会才会还它更大的平台。

平台是网络空间的守门人，必须有社会责任的担当。

（九）高利放贷及其衍生的法律风险

放贷取息是人类社会亘古至今普遍存在的一种现象，尤其在中国经济高速发展的近几十年，民间借贷以其灵活、简便、多样性，在一定程度上弥补了银行信贷的不足，解决了中小企业融资难的问题。但是，资本逐利的本性，现有法律法规的粗疏，以及我国征信体系的缺失，使得民间借贷难免异化成普遍的高利贷，且经营性非法放贷、强势讨债、“套路贷”等都偏离了民间借贷的常态，滋生了一系列严重的社会问题。

1、司法保护的民间利率大幅下调

整体而言，新中国成立后，国家对高利贷的态度较为宽松暧昧。2015年颁布的《非银行金融机构行政许可事项实施办法》，对金融从业机构改审批制为许可制，催生了大量从事信贷的非银行金融机构，且完全解除了信贷利率管理，借贷利率近乎自由化。

由此，不仅催生了炒房、炒地皮等形形色色的投机行为，产业投资避实就虚，金融机构积累大量信用货币，国家面临系统性金融风险。而且，高利贷自带的不公平性，引发大量诉讼纠纷，挤占司法资源。有的民间借贷以金融创新为名，规避金融监管，进行制度套利，并与其他金融乱象交织在一起，增加了案件的涉众性和复杂性。同时，高利贷高度依赖强势讨债，滋生出一批以此为业的黑恶性组织，严重扰乱正常的社会经济和生活秩序。

2020年8月20日，最高人民法院发布了《关于修改〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的决定》（以下简称《决定》），改变了原先以24%和36%为基准的“三区两线”司法保护模式，删除了自然债务区，将司法保护上线降低为“合同成立当月一年期LPR（贷款市场报价利率）的四倍”，也就是说如果合同于8月20日至9月公布LPR前成立，按照全国银行间同业拆借中心2020年8月20日公布的一年期LPR3.85%计算，司法保护上线为15.4%。

而且，该保护利率涵括了所有形式的放贷收益，无论是约定的借款利率、逾期利率，还是以到期应当支付的违约金等所有费用折算的实际承担的利率，均以四倍LPR为合法上线，超过该利率即为高利贷。对于超付利息，借款人将有权请求出借人予以返还或用于冲抵合法有效的剩余本息。

其次，针对民间借贷中高频出现的“砍头息”，即出借人为了规避民间借贷利率司法保护上限，通过预先在本金中扣除部分本金或者利息，使得借款人实际到手的借款少于约定借款，从而变相提高利率的做法，相关法律均明令禁止，并规定以实际出借的金额认定本金并计息。

此外，企业之间或企业向个人出借的资金，必须是自有资金，如果将向金融机构贷款后转贷他人，与金融服务实体的价值导向相左，《决定》明确规定此类民间借贷合同无效。套取金融机构信贷资金再高利转贷给他人，谋取利益的，可能涉嫌高利转贷罪。

虽然法律不绝对禁止企业对外出借资金，但是如果企业不是经单位决定，针对特定事由、向特定的对象出借资金，而是未经金融监管部门批准，面向社会不特定的人或单位出借资金营利，也就是说放贷实际成为该公司的经营项目，这就属于非法从事金融业务的行为。不仅贷款合同在民事法律上被认定为无效，还可能在刑事上涉嫌非法经营罪。

简而言之，如果企业将向银行借贷来的资金转借给他人，则合同无效，约定的利息不受法律保护；不论合同约定的金额是多少，均以实际给付的金额为准；借款人以各种名义收受的收益，都计算在利息之内，不得超过合同成立当月LPR的四倍，否则为高利贷。高利贷的利率标准大幅下调，将产生牵一发而动全身的效应，民间借贷将寸步难行，金融科技公司将可能驶入快车道。

2、“套路贷”成为司法打击的重点

所谓“套路贷”，是高利贷的一种衍生异变形式。其与高利贷的本质区别在于，高利贷以到期收回本金并获取高额利息为目的，“套路贷”则不满足于此，它以借款为“套路”，通过各种欺瞒手段，最大限度地侵夺借款人的合法财产。披上合法债权债务外衣的“套路贷”，一方面增加司法机关执法的难度，另一方面使得被害人救济困难，实践中不乏被害人辍学、卖车、卖房甚至最终走向自杀绝路的悲剧。严重损害司法公信力、扰乱社会秩序。这些“套路”，在现实案例中有如下表现形式：

其一，“实际出借资金的比合同约定的少”。先以低门槛、低利率、无抵押等为诱饵吸引被害人借款，欺骗被害人签订高于实际借款金额的借款合同，再“中介费”、“服务费”、“保证金”等名目截留部分借款，或以虚高的借款合同金额转入被害人账户，制造资金走账的虚假流水后，再以上述理由将部分资金收回。例如，在“3·15”晚会曝光的“714高炮”，实际到账金额仅为借款金额的三分之二左右。

其二，“故意制造违约或肆意认定违约”。出借方并不希望借款人尽早还本付息，而是设置违约陷阱、制造还款障碍或肆意认定违约，最终目的是侵占借款人的其他财产，这在“车贷”、“房贷”型“套路贷”中较为常见。比如，微贷网天津分公司要求签订借款合同时，给借款人车辆安装GPS定位器，并将车辆GPS定位信息提供给陈某等人。之后，陈某等人有组织地多次用备用钥匙在车主不知情的情况下将三、四百辆汽车盗走，故意造成借款人违约，以达到通过违约金侵占他人财产的目的。

其三，“恶意垒高借款金额”。当借款人无力偿还时，要求借款人“以贷还贷”，向该公司其他关联公司借金额更大的“新债”偿还“旧债”，使得债务的雪球越滚越大；

其四，“讨债软硬兼施”。当借款人未能偿还虚高借款，出借方以虚高借款合同、虚假流水为证据，借助诉讼、仲裁等司法途径，或采用暴力手段向借款人催债，获偿虚假债权。

不可否认，以上“套路”具有一定的迷惑性，但是刑法终究能穿透它的“合法”形式，看到“非法侵占他人合法财产”的本质，将其作为犯罪处理。2019年底，北京市第三中级人民法院对一起黑社会性质“套路贷”案进行了宣判，该案牵涉9名公证人员、1名律师、1名公安民警，即使存在合同、公证、诉讼等一系列合法法律形式，终究还是逃不过法网。

更值得警示的是，在“净网2019”专项行动中，公安机关对网络“套路贷”犯罪涉及的技术服务商、数据支撑服务商、支付服务商、推广服务商等进行生态式、全链条打击。其中典型的是公安部通报的黑龙江公安机关网安部门侦破的“7.30”网络“套路贷”专案，该案侦获一条集实施“套路贷”犯罪团伙、催收团伙以及帮助“套路贷”的技术、数据支撑、支付服务等完整犯罪链条。

经查，天科安华（北京）科技有限公司专门为“套路贷”研发网上运行的“阿尔法象”系统平台，开发数百个APP，提供“一条龙式服务”。新颜科技、聚信立和同盾科技三家数据公司与“套路贷”系统方对接，通过“爬虫”技术非法获取并出售公民个人信息，为“套路贷”平台提供有偿查询服务，帮助资方降低放贷风险和提供催收支持。

涉案公司相关人员已被采取刑事强制措施，公安机关负责人也公开表示，对明知是“套路贷”，仍为其研发平台、提供技术和结算等服务的公司，“严厉打击、绝不姑息”。虽然科技公司要“明知”对方是“套路贷”提供相关服务，才构成犯罪，但是对“明知”的认定标准，一定会随着打击的力度而相应降低。面对新技术带来的新问题，“技术中立论”在法律面前一再碰壁，这给科技公司的合规提出更高的要求，在追求客户的数量时一定要把控质量，制定并落实严格的客户准入、审查和退出管理办法，是当务之急。

3、职业催收可能入刑

2019年4月10日，深圳市公安局发布通报称，架设“88财富网”的中科创集团因高息放贷牟利，采取暴力手段催收，相关涉案人员被以组织、领导、参加黑社会性质组织罪、非法拘禁罪、寻衅滋事罪等被执行逮捕；2019年10月21日，51信用卡有限公司因委托外包催收公司收贷，涉嫌寻衅滋事等犯罪，被杭州警方立案调查……

高利贷自产生之日起，因其高额的利息往往超出借款人的承受范围，就带有血腥的暴力原罪。尤其在我国征信体系和调查机制缺失，企业往往又缺乏必要风控措施的情况下，暴力讨债成为“高利放贷”的“标配”。也许是考虑到对借款人采用暴力或以暴力威胁的“硬暴力”催收方式，容易触发刑律，这几年暴力讨债行为有所减少。但是，以对借款人通讯录中的亲友、同事采取电话骚扰、发送侮辱短信、PS淫秽图片等滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等“软暴力”，却成为催收的主流，我们可以把这两种形式统称为强势讨债。

高利贷往往与强势讨债相伴而生。2012年山东邹平的高利贷案，引发了一系列的命案，代表了高利贷玩家的四种死亡方式：放钱的杀死“使钱的”、“使钱的”杀死放钱的、放钱

的火并死人、“使钱的”内讧杀人，30多人为之丧命，当地经济严重倒退，强势讨债的社会危害性有目共睹。

其实，强势讨债使用的种种手段，在现行刑法中都能找到对应的罪名，比如，故意伤害、非法拘禁、寻衅滋事等。如果有组织地实施这些行为，更是构成组织、领导黑社会性质组织罪。公安部发言人就明确将“套路贷”认定为一种新型黑恶犯罪，根本原因就在于讨债的暴力性。但是，这些罪名都是对已发生行为的事后追责，难以防患于未然，这才是刑法修正案增设职业催收高利贷罪的原因。

高利贷的泛滥，催生了各种形式的讨债公司，它们不仅为民间高利贷提供催收服务，也服务于银行、网贷公司等。作为职业催收者，讨债的手段可谓无所不用其极，某种程度上可以说，高利贷之恶源于讨债之恶。为了从根本上遏制强势讨债的严重社会危害性，刑法修正案（十一）（草案）规定，以非法催收高利贷为业者，本身就构成独立的犯罪。这可以说是一个兜底条款，如果催收行为不能定罪，但是只要行为具有危害，且是以催收为业者，就可以独立评价为犯罪。

如果我们全盘统揽这些变化，就能清晰地呈现立法和司法对高利贷的全面整治：大幅降低司法保护的民间借贷利率，扩大对高利贷惩治的范围；限定出借资金和放款对象，控制高利贷的资金进口和出口；将技术、数据、支付、催收者入刑，斩断高利贷犯罪链条中的各种链接。虽然这些举措也招致了一些质疑，但是它对相关行业和从业人员的影响都是不可忽视的。“欠债还钱”自古被认为天经地义，但是在现代社会中，借钱还多少、如何讨债，成为不断挑战社会和法律底线的问题。如果“为富不仁”，借钱也可能把自己送进监狱。

如果“为富不仁”，借钱也可能把自己送进监狱。

（十）公共安全危机、安全生产与企业风险应对

2020年，新冠肺炎疫情，一场突如其来的风险与危机，给企业提供了躬身自省的机会，重新认识意料之外和责任之内的风险，夕惕若厉，以有常应对无常。

1、公共安全危机与企业法律风险应对

新冠疫情是典型的突发性公共安全危机。为保障公共安全，国家政策、法律法规都做出适度的调整。应对这场危机，首先就需要企业对这种“系统性变化”保持敏感、高度重视，进而准确研判。

（1）急于履行相关责任可能招致的风险

今年2月江苏昆山一家新材料企业，违反当地复工复产登记报备审查批准制度，擅自复产，疫区返工的员工也未采取隔离观察措施，形成安全隐患。企业负责人以涉嫌妨害传染病防治罪被立案侦查，公司被查封。

在重大公共危机事件中，国家安全和社会安全高于一切，为了防范极端情况的出现，法律尤其是刑法会成为特定政策执行的推动者。在日常情况下不执行某一政策，可能最多招致行政处罚，但是在有重大公共危机的特定情况下，可能引发刑事风险。

企业需要密切关注国家和所在地区与公共安全相关的政策，确保企业行为符合相关要求。在政策不够明晰的情形下，主动与主管部门保持沟通，积极配合，防止企业因自身原因导致风险的蔓延与危害的扩大。

同时，风险并不只在企业决策者，还应加强员工管理。一方面，对员工做到政策传达到位，个人执行到位。重视企业相关措施的落实，证据留存。另一方面，员工如果出现拒不配合相关措施实施，可能危害公共安全的，企业应及时向相关部门报告，防范于未然；员工如果存在编造和传播谣言的行为，一旦发现，应当及时制止，消除影响。

（2）异化经营行为可能引发的风险

在重大公共危机事件中，任何异化经营行为的效应都可能被放大，从而给企业招致严重的法律风险。

以“哄抬物价”为例。2020年2月，国家市场监督管理总局发布了《关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间查处哄抬价格违法行为的指导意见》（以下简称“指导意见”），对疫情期间“哄抬价格违法行为”做出具体监管要求与指示。并在全国范围内展开相关价格违法检查的专项行动。这些举措都是在公共安全面临严重危险的情况下，国家为了保障人民群众的生命健康安全，维护平稳、有序的防疫形势，对破坏防疫的行为依法采取从严、从重的刑事政策。

同月，广东省廉江市公安局经侦大队发现，本市福本医疗器械有限公司在天猫平台将平时销售价格为人民币五十元一盒的一次性医疗口罩，提高销售价格至人民币六百元一盒，是平时的12倍。根据《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，该公司的经营行为涉嫌非法经营，遂被刑事立案侦查，企业主谭某某一周内即被批准逮捕。平时口罩涨价，市场供需自然会做出调节。特定时期，口罩涨价会导致百姓买不起口罩，严重影响防疫效果，造成公共安全隐患，行为的性质就发生了质的改变。这种改变是通过法律 and 政策的执行来调整的。与此类似的还包括，与疫情相关的虚假广告、诈骗、生产销售假药、劣药等。

特殊时期，企业几乎毫无例外的会遭遇：物资短缺、人力不足、物流障碍等因素引发的生产经营成本急剧上升，以及某些特殊物资产品需求的非正常激增。市场经济思维下，供需关系变化、生产成本上升导致的价格上涨，属于市场的自主调节。但是，市场规律建立在国家安全、社会秩序稳定的前提之下，一旦出现国家和公共安全受到威胁的特殊情况，国家运行进入非常态，市场逻辑会暂时让位于治理效率，公共利益高于一切，制度、政策、法律法规会调整对行为的评价标准。企业在关键时刻一定要有社会责任和担当，这不仅是道德要求，也是法律义务。

企业需要敏锐地感知这种变化，一要关注情势的变化，比如《指导意见》里的最后一条就指明：“国家有关部门宣布疫情结束之日起，本意见自动停止实施。”二要关注情势变化下的行为边界，如对合理调价、合理利润和哄抬物价的界限把握。常态时的合法行为，或者说一般行政违法行为，在非常时期可能被定性为犯罪行为，甚至从重惩处。这种公共危机下法律对特定行为的严厉打击，是此次危机给企业上的一堂社会责任课。

同时，企业不仅需要关注线下常态经营行为的边界调整，还需要将这种意识延伸至线上。线上线下只是行为表现载体的差异，行为本质没有区别。企业在网络空间的行为表达也

企业在关键时刻一定要有社会责任和担当，这不仅
是道德要求，也是法律义务。

会涉及相应的法律风险。2020年2月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部针对疫情，联合印发《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》的通知。其中，对涉及疫情虚假信息的传播问题做出了高于正常时期的要求。如果企业没有做到对信息的审慎甄别，就肆意传播，可能会潜存触发传播虚假信息、拒不履行信息网络安全管理义务等刑事风险的可能性。今天的企业，无论是传统企业还是互联网企业，都必然与网络存在千丝万缕的联系，利用网络平台和互联网技术办公更是一种常态。从某种程度上说，几乎不存在企业与网络绝缘的情形，履行网络安全义务，是所有企业的责任。特殊时期，国家对网络安全义务的强化，企业应当予以配合。例如，中国移动响应国家政策变化，在疫情期间推出了《重大突发公共卫生事件网信安全法律风险合规指引（2020版）》，聚焦企业重点风险领域，提示特殊时期企业网络信息安全合规的特别要求，指引企业最大限度避免不必要的法律风险。这种合规意识值得借鉴。

在企业合规制度建设中，将危机管理纳入其中，做到有意识、有预案、有制度、有人员，能应对，不打无准备的仗，才能从容面对任何危机。

2、安全生产与企业法律风险应对

突发性公共危机是不可预计的低概率事件，安全生产事故则往往有因可循，危害巨大，严重的可能会演变为社会事件，更值得企业重视。

2020年3月，应急管理部对外宣布，即将修订出台新的《安全生产法》、《危险化学品安全法》、《煤矿安全条例》等法律法规。尤其值得一提的是《刑法》修正案（十一），将安全生产事故前的严重违法行为纳入刑法规制，通过立法加大安全生产整治力度。安全生产事故犯罪，从“结果导向”向“行为导向”转变。也就是说，即使没有发生安全生产事故的结果，但是在生产经营中存在违法违规行为，产生安全生产事故隐患或风险，同样会受到刑事责任的追究。由此，企业需要关注以下几点：

（1）安全生产的资质合规、硬件合规

企业必须严格按照国家相关法律法规、安全生产标准的要求，做到包括建筑、设施设备等各类硬件设施、生产条件的合规、达标。如果保障企业安全生产所必须投入的资金不到位、被挪用，致使企业不具备安全生产条件的，即使没有发生生产安全事故，也会被视为事故前严重违法行为，触发企业及负责人的刑事法律风险。

同时，企业应当依法通过第三方检测以及政府有关部门的核查验收，取得相应资质，合法合规开展生产经营活动。在此次《刑法修正案（十一）》的草案中，立法就拟将在刑法第134条中增加，“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，具有导致重大伤亡事故或者其他严重后果发生的现实危险的”情形，其中，就重点提到，涉及安全生产的事项未经依法批准或许可，擅自实施的情况会被认定为重大责任事故罪。

2020年3月，作为疫情指定隔离地点，福建泉州佳欣快捷酒店发生坍塌事故。导致29人遇难，42人受伤，直接经济损失5,794万元，社会影响恶劣。国务院事故调查组最后认定，酒店实际控制人杨金铭，无视国家有关城乡规划、建设、安全生产以及行政许可等法律法规规定，违法违规建设施工，弄虚作假骗取行政许可。企业主在没有合法资质许可的情况下违规作业，擅自改建引发悲剧，事故后第一时间即被警方以涉嫌重大责任事故罪控制。

（2）日常安全管理到位、有序合规

企业必须针对自身具体情况，制定安全生产管理制度和操作规程，并在生产运营过程中得到有效落实。人的行为与物的状态在实际运行中都会发生一定程度的偏差，只有落实各级各岗位人员的安全生产责任，做到各司其职，各负其责，加强日常的巡查检查，才能最大限度防范风险。

2019年3月，江苏响水化工厂发生特大爆炸事故，造成78人死亡、76人重伤，直接经济损失高达19.86亿元。直接原因是天嘉宜公司旧固废库内长期违法贮存硝化废料持续积热升温导致自燃，引发爆炸。事故反映出企业在安全管理制度及运行中的多重漏洞：固废仓库工程未批先建，导致危险化学品储存硬件条件不符合相关规定，直接后果就是违法贮存、违法处置硝化废料。安全环保管理混乱，日常检查弄虚作假。相关环评、安评等中介服务机构配合弄虚作假，违法出具虚假失实评价报告。公司法定代表人、企业实际控制人倪成良，总经理张勤岳以涉嫌非法储存危险物质罪、重大劳动安全事故罪、污染环境罪、提供虚假文件罪，被立案侦查并采取刑事强制措施。最终，包括中介机构人员在内的共计44人被定罪处罚，教训深刻。

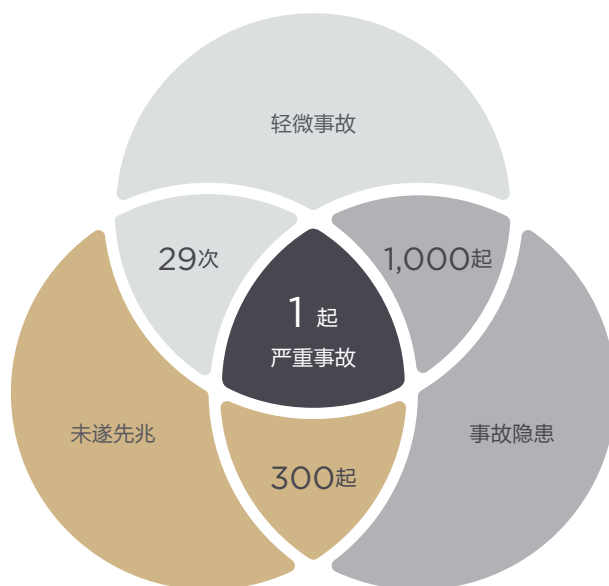
（3）事故应急应对有预案、有措施

企业在做好事故防范措施的同时，还应考虑到事故一旦发生，应如何应对处置，具备将损害损失降至最低的能力。

《安全生产法》、《消防法》等相关法律法规都规定，企业要结合自身实际，制定安全事故处置预案，对新上岗员工进行安全教育培训，定期对全员进行安全继续教育培训，达到员工“一懂三会”（即懂基本安全法律法规、安全常识，会报警、会处置、会逃生）。同时，还需要不定期组织员工开展安全事故处置应对演练，让员工具备基本的安全处置技能。

如果说过去法律对企业的上述要求是一种推动和倡导，修订后的《中华人民共和国安全生产法》第九十四条第六项则明确指出，企业未按照规定制定生产安全事故应急救援预案、应急处置方案或者未定期组织员工进行应急演练的，则会被“责令限期改正，并处行政罚款”。

海恩法则表明，每一起严重事故的背后，必然有29次轻微事故和300起未遂先兆以及1,000起事故隐患。风险，就是从这些点滴漏洞、忽视中积聚而成。立法从事后追责向事前问责、行政责任向刑事责任的转变，提示企业及企业家，安全生产无小事，风险防范要重视。



三、专家观点

个人信息保护应确立产权观念

许成钢

长江商学院经济学教授。

1991年在哈佛大学获得经济学博士学位。于2016年获得首届中国经济学奖，于2013年获得孙冶方经济学论文奖。是美国科斯研究所(RCI)的理事(member of the board of directors)、欧洲经济政策研究中心(CEPR)研究员。

2020年8月13日，长江商学院许成钢教授与北京和昶律师事务所邹佳铭律师通过电话进行访谈。

访谈聚焦于个人信息保护和证券市场改革的相关话题，许成钢教授认为，个人信息权（数据权）的实质是产权，而产权的核心是控制权，在任何保护人权的社會里，个体一定有权利控制自己的个人信息。把个人信息界定为产权后，想要获得一个人的个人信息，就是要获得个人的部分财产。因此必须得到个人的同意。个人信息合成产生的巨大价值，不能自动无偿被企业和政府所控制。

以下为访谈全文。

邹佳铭：大数据行业的发展，“确权”成了很重要的问题，您很早就富有洞见地提出了数据产权的观点。现在很多人也逐渐认识到了这个问题，请您先和我们分享一下您的思考。

许成钢：这个问题的探讨起点是对产权的基本认识，“产权”概念，人们习以为常、误认为是人人都知道的常识性概念，其实这个概念内涵深刻，而且是有争论的。

最早系统性论述产权问题的，是英国光荣革命文件的起草者洛克。那个时候人权概念是以产权方式提出的，洛克认为人权是人拥有自己、财产和一切属于他的东西的权利，所以人权与产权无法分开，是个人不可剥夺的人的最基本的权利。哈耶克继承和进一步阐述了这些基本观念。

这个概念现在成了全世界通行的人权和产权概念的基础，但是产权概念有比较复杂的内涵，因为它在社会和经济学领域里有大量实际操作。在法律上、经济学上产生出了便于实际操作的，相对比较技术性的产权概念。为了便于现实操作，人们通常把产权分解为和许多具体内容相关的一束权利，即一系列权利。把产权分解为一束权利，人们就可以把这些分解的权利分别拿到市场上交易，就能够提高交易效率，这是通常流行的概念。

我现在想把问题回到最原始的概念，最原始的产权概念就是人权的基本内容，在我们讲产权概念时，它最核心的内容就是最终的控制权。当人们把产权分解成一束权利时，实际上谁是产权最终所有者，就决定了产权最终的控制权在谁手里，这是最重要的概念。在这个基础上，把产权分解成许多具体权利，就可以分别出让、出租这些权利，而产权所有者最终拥有控制权，最后说了算。所以，产权的最重要观念，是控制权，正如哈特（2016年诺贝尔经济学奖得主）的理论所述。

现在回到个人信息的问题，信息权为什么是产权？刚才拐了大弯讲到的人权，欧盟2017年立法规定，个人信息是个人的人权问题。每一个人对自己的信息拥有最终控制权。所以，任何一个保护人权的国家，个人一定有权利控制与自己直接相关的个人信息。隐私权、数据权等，都是人权的一部分。

我们首先讨论的是基本概念，它很抽象，有人可能认为它是无法操作的，但我们只有把基本概念弄清楚后，才能讨论具体操作的问题。

在具体操作层面，有很多争论。什么是个人信息？比如，个人的照片出现在了集体图像里，这是你的个人信息吗？但这些问题只关系到操作，并不影响基本概念。如同经济学里讲实物产权时，实际上也存在类似性质的问题，在经济学里叫外部性。有一些财产产生巨大的外部性，同时影响了别人。当财产很巨大，对别人产生影响也非常巨大的时候，怎么界定它？谁有控制权？这些问题就都出现了。

举一个具体例子，假定有一个发电厂，它的烟囱里冒出严重污染环境的物质，污染范围很大，这时发电厂的老板是不是有全部权利决定这个厂子怎么运营？或者是某人拥有一个水电站，水电站会影响泄洪，在这些情况下，企业的产权者是否有全部权利做出相关决定等这样系列的问题。

实际上当我们讲信息的时候，碰到的大量问题都是相似的。这里有大量外部性问题，看起来是个人权利，但实际上已经和别人、社会紧密联系在一起。大量的问题我们现在不展开讨论，因为这是高度复杂的情况。我想说的是，应该先弄清楚基本概念、基本原则，在这个基础上，我们再讨论怎么解决在实际操作时遇到的问题。

同时，还有一点是清楚的，有大量个人信息完全是个人的内容，不涉及外部性。一个具体例子是病历，病历记载的当然是病人自己的个人信息，有人说如果把几百万、几千万人的病历聚合在一起，就会产生非常重要的信息，由此也会产生很大的财富，因此不应该由个人来控制。这个说法明显不对，因为个人病历的产权就应该属于每个病人，你想要获得每个人的个人信息，就像你想要获得每个人的部分财产，都应该取得每个人的同意。在什么情况下权利人会同意，就是市场原则，必须是自愿出让，且体现价值，有价格的交换。或者免费，也是个人自愿，无论如何最终都由市场决定的。

今天的个人信息整合在一起形成的大数据，就像过去的石油，越是有巨大价值的时候，就越是需要产权清楚，需要在市场上进行交换。集合无数个人信息产生的巨大价值，不能自动无偿地被企业和政府所控制。建立“个人信息是每个人的产权”的共识，是为大规模信息流通铺平道路。如果没有个人信息的产权观念，实际上是为个人信息的大规模使用埋下了一颗定时炸弹，早晚是要爆炸的。

通常人们把个人信息的问题简单解释为隐私权，但隐私权只是人权的一部分，个人信息作为产权的概念，里边不仅含有隐私方面的内容，还包括了经济价值。在市场交换界定清楚产权的时候，每个人可以自主决定，在多大程度上愿意放弃某一部分的隐私来获得什么样的收益，这个收益可以是有价值地归个人所有，也可以自愿为社会做贡献。即使是后者，也必须是每一个人经过思考以后自愿放弃这部分控制权。最终，当我们讲到产权概念的时候，讲的就是控制权。

我现在讲的这些内容，某种意义上在欧盟2017年通过的《通用数据保护条例》中部分得到了反映，但是欧盟的这部法律在概念上还不够清晰，走的不够远。它提到了隐私权、人权，但我认为要彻底解决这个问题，得从产权角度去思考。

按照欧盟法律，任何机构，无论是政府还是企业，要触动任何人的隐私权时，必须得到个人的允许，因为这是基本人权。无论是政府还是企业，都不可以侵犯基本人权。但只限于要获得权利人的同意，还不够。当我们更清楚地讲出来，这是产权的时候，实际上有很多办法，可以通过市场，不仅合法而且在人人得利的条件下，拓开大规模使用个人信息的路径。

一方面你可以获得同意，另一方面也可以是市场交换。原则上，有大量的内容应该通过市场交换来完成。市场交换非常重要的原则是自愿，不是自愿的就不是市场交换。自愿情况下，可以是免费的，也可以是有偿的，免费还可以是有条件的。实际上就是在市场上定了一个信息的合同，如果这个合同是免费的，可以是附条件的，这才是市场交换原则。

为什么免费是可以执行的呢？原因在于，合同要让人知道，我虽然没有金钱、物质的收益，但我在合同里能看到即使是放弃一部分对信息的控制也是出于我的自愿，这个合同的签订本身就代表我对个人信息有了控制。

比如，在合同里可以约定，我放弃权利到什么时间为止，分为几个阶段，到什么时候，能让我看到什么结果等等，或者是我放弃的权利范围到什么地方为止，你能让我看到什么结果，然后在这个条件下我还可以放弃更多权利到更长时间为止，这就变成了市场上的交易行为，这些都建立在每一个人对自己的信息有最终控制权这个前提之下。

邹佳铭：您刚刚讲的情况是最基础的，我们可以设想一些复杂些的情形，如果个人同意把数据以无偿或者有偿方式交给企业，企业拿走这些数据之后，进行数据脱敏处理，然后把这些数据又共享给其他第三方，在这个过程中，企业实际上在不断叠加运用这些数据，进而产生更潜在又巨大的经济效益。在这种情形中，好像又涉及到加工信息的公司有自己数据权利的问题。

个人信息权或隐私权问题的实质在于个体是否拥有对自己信息的控制权。

许成钢：对，这是我为什么讲这是基础问题的原因。我们拿实体经济来比较，比如，房地产交易最后可以变得很复杂，但它的起源是土地产权，在土地产权基础上才可以建高楼，建高楼以后人们可以把房产权利再分拆，搞到后来可以一层叠一层变得非常复杂，最后可以把一个高楼里边的一部分地产变成金融形式，金融形式还可以有衍生产品。比如2008年全球金融危机产生的根源就是房地产引发的金融后果，一层层衍生，我们叫金融衍生产品。你刚刚讲的例子是信息衍生产品，其本质是一回事。

但无论如何衍生、如何变化，只要有根基，能追溯到本源，系统就能够稳定，且能解决由此衍生出来的复杂问题。

邹佳铭：是，关键是追溯到信息原始产权归属于谁。

许成钢：对，企业通过加工个人信息产生的其他数据就是信息衍生产品，要界定这些衍生数据的权属，最终就要看最初的时候谁有控制权，最原始的控制权取决于出让个人信息时，合同是怎么商定的，这一合同可以视为信息产权合同。在这一合同的基础上才产生了后边的各种信息合同，进而才有一层一层的信息衍生产品。所以要想界定数据衍生权利，应该往回追溯，一直追到最初始的信息出让合同。

当一开始就没有根基的时候，在法理上追溯时也就追不下去，追到半路发现已经悬在半空中了。

邹佳铭：从法律权利保护角度上来说，我能不能理解您所强调的所有权利不管怎么衍生，其实最重要的是最基础的权利，在最初确权时，就要保证权利人的产权。

许成钢：对，是这样的。

邹佳铭：信息权利在衍生过程中，是不是也意味着风险越来越大？

许成钢：这个问题太好了。在衍生的过程中，在法治社会里它有集体诉讼，集体诉讼就是面对这样性质的问题。通过集体诉讼的方式，每一个很微小的人合在一起就不微小了。当有集体诉讼的法律工具时，哪怕对手是Facebook、谷歌这样的巨人，只要个人信息的产权是清晰的，普通人也可以通过集体诉讼来反制它。实际上美国也没有把个人信息界定为产权，所以目前许多集体诉讼也只能限制在侵权方面，而不能在产权方面。只有个人信息产权界定清楚，集体诉讼才有可能，每一个微小的个人才能通过集体诉讼来维护自己的权利。

集体诉讼能不能用，第一是法律上有没有相关机制，第二就是原本权利是不是在个人手里，如果个人原本没这个权利，就根本不可能发起集体诉讼。

邹佳铭：您的观点，在我们法律人听来也很受启发，很有前瞻性。个人信息就是以后的石油，是生产资料；同时，每一个人都跟个人信息相关，将来可能保护这种权利的诉讼形式就是集体诉讼。

许成钢：对。

邹佳铭：《证券法》修订也引进了集体诉讼，与数据集体诉讼相比，也是一样的格局。上市公司类似于强者，每一个中小投资者都很弱小，公司做决定的时候对所有中小投资者都会产生相同的后果，一个人提起诉讼，就像蚂蚁扳不过大象，当我们采用集体诉讼时，弱小的人就能以制度对抗大公司，保护自己的权利。

您也提到，以后数据公司只有老大没有老二，互联网公司会形成若干个巨无霸，比如Facebook或者腾讯，这种公司对个人信息的控制会越来越强，某种程度上会形成垄断，公民怎么去对抗它，您讲到的集体诉讼，确实是法律上解决问题的一种制度设计。

许成钢：对，涉及到垄断方面至少有两个渠道，一个渠道是如果个人权利界定清楚，那么集体诉讼是保护个人非常重要的基本手段，另一个渠道就是《反垄断法》。

整合个人信息会产生巨大的规模经济，在规模经济下，会形成自然垄断。但自然垄断并不意味着已经形成自然垄断的公司能够永久性、合法地保持垄断地位。原因在于，虽然目前企业具有非常大的规模经济，但技术升级和革新非常快。在技术升级迅速、日新月异的情况下，已有大公司并不能保证在所有技术领域里保持领先地位，其他拥有技术优势的公司可以创新方式去竞争。这时《反垄断法》就比较重要，一定要用《反垄断法》来限制已有大公司利用已形成的垄断地位压制其他公司。

具体例子很多，一个非常著名的例子，就是当年微软试图控制网络浏览器，现在谷歌之所以能够脱颖而出变成巨无霸，原因离不开当年《反垄断法》的执行，《反垄断法》把微软手脚给捆起来了，在这之前微软尽一切努力利用信息行业里的垄断地位，试图把任何能做出来的好的搜索工具都划到它那里，《反垄断法》限制了微软的扩张。

现在的一个例子是字节跳动，国内微信是腾讯的，淘宝是阿里巴巴的，谁还想做跟微信差不多的东西，跟腾讯竞争是没可能了，它已经把这个地方占了，这就是垄断。但字节跳动搞的抖音完全是另一套，跟微信弄的东西是不一样的，所以迅速变成了巨无霸，这是一个新的领域，但你不能够允许一个企业把信息全垄断了。

邹佳铭：这就是说，中国的反垄断更多是企业用技术方法，改变已经自然形成的垄断，在美国，法律会有很强的介入性，提防大公司形成垄断。中国数字经济发展在国际上已经领先了，但是立法不一定跟上来了，您觉得将来中国会加强反垄断立法吗？

许成钢：这是个非常好的问题。对于中国而言，一个特别大的困难是司法独立问题，司法不独立的情况下，《反垄断法》执行相当困难，要想走得远，更加困难。

原因很简单，因为大量国企、央企处于垄断地位，为什么司法独立特别重要？司法独立的意思是法庭要有足够的力量，有能力面对任何所有制垄断性的企业，当法庭有独立地位面对任何所有制企业，平等对待国企和民企时，《反垄断法》才能够真正执行。

一个具体例子是，我们看发达国家的早期，以英国为例，东印度公司的贸易在大英帝国是持高度垄断地位的，没有人能撼动它，它的背后是王室，在政治上和经济上都是举足轻重的人物，谁也撼动不了它。在十七、十八世纪，虽然英国法院基本上是独立的，但面对这一巨无霸时，仍然拿它没办法，千百个小贸易公司虽然很不高兴但奈何不了。

最后靠的就是司法独立，司法独立分两层：立法独立和执法独立。立法独立是在议会通过了一个法案，不允许东印度公司垄断贸易，在今天美国的《反垄断法》就是强迫解体垄断性大企业，比如说，美国电话电报公司在20世纪90年代被判决要求解体，结束了垄断地位。但当时在英国并没有让东印度公司解体，只是不允许它垄断。在这之后，才使得千百个更小的贸易公司，大规模做贸易，才有了后边的大量变化。

如果我们把东印度公司看成是今天的央企，大英帝国怎么做的，就是用立法方式把央企捆起来，然后再用执法方式保证捆的效果，这样千百个小的贸易公司才能发展，大英帝国就是在这个背景下发展起来的。很多人以为大英帝国靠打仗、炮舰，其实搞错了，正好反过来，靠的是把大公司捆起来，然后才发展的。

邹佳铭：您刚刚又提到法治的问题，反垄断也需要我们有独立司法。上次跟您访谈的时候，我们谈到证券市场，您也是说证券市场必须要有独立司法。今年新《证券法》实施，对中国资本市场会产生巨大影响，所以我还是希望许教授能够从经济学角度，再谈一谈法治和证券市场的关系。

许成钢：司法独立是解决金融市场问题的前提，证券市场必须要有独立的司法。中国自从建立金融市场以来，为了维持金融市场秩序，把重点放在了金融监管上。

金融监管发源于美国，推广到全世界，香港金融监管是从英国学来的，英国金融监管是从美国学来的，这个制度背后就是司法独立。金融监管是辅助、帮助司法。

世界上第一个设置证监会的国家，是美国1934年设置的，基本原则就是独立，怎么保证它的独立呢？美国证监会不向白宫负责、不向美国总统负责，美国总统和白宫没有任何权力向证监会下指令，证监会向谁负责呢？向国会、议会负责，这就保证了行政权和证监会是分开，所谓金融监管独立就是必须跟行政权分开。

金融监管独立为什么重要呢？它的重要性在于，证监会是执法机构，只是帮助法院执法，证监会管的是，谁在市场上欺诈了？谁在市场上造假了？谁在操纵市场？只有做到了这一点，中国金融市场才能正常。

解决问题的第一步是认识问题出在哪里，才有可能解决。如果根本不知道问题出在哪或者根本不愿意说或者不敢说，那这个问题永远不能解决。

邹佳铭：您是从上层建筑，包括司法体制、行政体制和经济政策等大框架着手，讲到了问题的根源。如果从企业角度来讲，上市公司财务造假的问题在中国不是个别现象，其中中介机构也没有发挥看门人的作用，您觉得还有哪些原因呢？

许成钢：其实真正原因就是刚才说的司法独立问题。

邹佳铭：法院做的太少，政府做得太多。

许成钢：对。

邹佳铭：您说的对我们有启发，还应该通过司法事后追责净化市场，违法的成本提高之后，让人不敢违法。财务造假是人性使然，必须用外在制度来规范人性恶的一面。

许成钢：对，中国传统上实际是没有法律的，法是中国早就有的老概念，老的汉字。把国际通行的law，中国翻译叫做“法”，但这二者是两回事。中国的法是法家的法，法家的法和国际上通行的law互相不通的。

邹佳铭：一个是信仰，一个工具。

许成钢：法家的法是使用酷刑，只有刑法没有民法，没有宪法，是皇帝拿法家的酷刑做工具来管所有一切事，跟law是两个概念，光是靠法家酷刑是没有办法治理的。

秦朝只有法家的法，所以才焚书坑儒，把孔孟之道的书烧了、人也杀了，从汉朝开始，引进孔孟之道，开始讲道德。回到你刚才说的大家要讲道德的问题，法家的法和孔孟之道的德，在古代是用两个办法混合解决社会秩序问题。但是到了19世纪末，人们明白了这个东西不好用。中国到1906年，才从西方系统引进来law，因为是舶来品，把它翻译成法律，实际上从外边引来的law与中国原本“法”的概念完全对不上。

现在中国很多制度都是从外部引进来的，但是引进来之后在中国没有根基。根基就是先有独立司法，后有金融市场，没有根基就如同在沙漠上造大楼，楼造得很高很高，但底下全是沙子，还是不稳定的。

邹佳铭：您讲得很深刻，我们很多引进的制度没有落地的土壤，在中国生长不了，可能徒具其形，但是没有精神、理念去支撑它发展、起作用。讲到这个问题我还想请教一个问题，在英美国家，P2P互联网金融发展很好，但是在中国这几年接连出事，还包括私募、债券、信托都开始出现各种爆雷，这些问题的根源在哪呢？

许成钢：这里边其实就是整个制度没设计好。金融领域，最关键的制度就是司法独立、监管独立。在制度没设计好的情况下，人们才会敢于如此铤而走险，胆敢欺诈、操纵市场；在制度设计好的情况下，多数的铤而走险，最初就会被遏制住。当多数人不愿意铤而走险的时候，想通过欺诈和操纵市场谋取暴利，也很困难。但制度没有设计好的情况下，大家都想去赌一把，于是问题就出来了。制度设计好了市场就会冷静和稳定。

当制度没有设计好的时候它不稳定，它垮下来的时候也会有各种各样的故事，但归根结底原因只有一个——制度没设计好。至于是这个人这样出的事，还是那个人那样出的事，或者不同的人花样百出……都是因为制度没有设计好，带来高度的不稳定。看到制度的缺陷，我们事先就能知道要出事的。

邹佳铭：有观点认为，中国还没有建立统一的信用体系，所以民间金融很难发展。大数据产业可以用技术解决这个问题，因为数据能带来更多的透明和公开的信息，形成一套社会征信体系。

许成钢：它在某个范围内有可能帮助信息透明化，但是不可能取代我刚才说的制度问题，基本制度是技术代替不了的。

邹佳铭：您觉得问题的根源在制度，信用体系的缺乏也只是一个原因。

许成钢：对，局部原因，在不得已而为之的时候，某个局部能让它操作，其中特别好的一个例子是阿里巴巴的淘宝、蚂蚁金服等，它用数据技术帮助解决小微企业和用户、企业和企业之间、企业和用户之间大量复杂的信用问题。在中国，这些问题原本复杂极了，没有合适的制度来帮助他们，淘宝、蚂蚁金服在很大程度上帮助解决了小微企业的贷款难问题，企业和用户之间的信用关系问题。但这仍然是局部解决，碰到更大的问题时，单纯靠技术就解决不了了。

邹佳铭：是不是技术只能解决平台内的问题，所以是局部性的。

许成钢：对，而且即便解决平台内的问题，也还有个前提，就是阿里巴巴自愿守法，如果它觉得不需要守法也不愿意守法，在司法没有独立的情况下，互相勾结来影响司法，朝着自己有利的方向去操作，就会出现更复杂的问题。

邹佳铭：解决根本问题还是靠制度。

许成钢：对，还有前面你提到的存在一定范围的欺诈，显然是中介机构没有起到该起的作用，原因还是基本制度设计中没有把它放进去。英美法律下，所有中介机构的信用都在社会上展现，它为了自己的信用，也必须看住它该看的人，如果看不住就把自己的信用全搞垮了，它就无法在市场立足。当然，美国也会出现漏洞、丑闻，但是少，出现一次丑闻全社会都感到震动，不只是媒体，法律界、金融界都会很震动，并进行广泛的讨论，他们会诧异“居然”会出现这样的丑闻。但是像你刚才讲的，我们这边就不是“居然”会出现，而是“普遍”出现。这就是制度问题，制度使得他们不关心自己的信誉。制度设计好了，就能帮助整个社会建立信用体系，但我们的中介机构也不关心自己的信用，显然就是制度上出了毛病。金融市场是严重依赖信用的，当没有信用的时候金融市场就没办法发展了。

邹佳铭：您说的特别好，都说到了最根本的问题。希望通过我们的报告，能更大范围传播您的观点，有更多的人深刻理解这些问题，是非常有价值的事情。感谢您为我们带来了一场极富启发性的分享，期待下次还有这样的机会！

技术只能解决平台内的问题，制度设计好了，就能帮助整个社会建立信用体系。

发展民营经济就是壮大中国经济的基石

（一）民营经济是中国增长奇迹的重要支柱

周绍杰

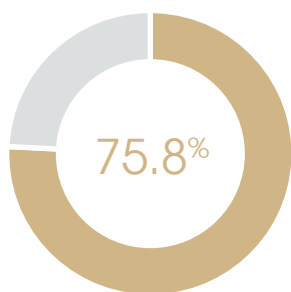
清华大学公共管理学院党委副书记、长聘副教授，
清华大学国情研究院副研究员。

改革开放以来，1979-2019年期间的四十年，中国国内生产总值（GDP）的年平均增长率达到9.4%，人均GDP增长率达到8.4%，从一个贫穷大国迈向中高收入国家，经济规模按照购买力平价计算也于2017年成为世界最大的经济体。毫无疑问，一个拥有14亿人口的超大规模国家能够保持如此长时期的高增长是世界经济发展史上最大的奇迹。这一奇迹背后的一个根本性制度原因是，中国通过持续推动改革开放逐步建立和完善社会主义市场经济体制，进而极大地激发了微观经济主体的活力和创造力。其中，民营经济的兴起和壮大既是中国经济高速增长的推进剂，也是中国能够保持长期增长的稳定器。这可以体现在创造就业、技术创新、参与经济全球化、改善民生等各个方面。

在当前的发展时期，民营经济发展的重要性更加凸显。党的十九大报告指出，我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段，正处在转变发展方式、优化经济结构、转换增长动力的攻关期。这表明，转换经济发展模式是未来中国经济发展的中心任务。基于经济高质量发展的要求，党的十九大和十九届四中全会均明确提出加快建设现代化经济体系，其目标是把发展经济的着力点放在实体经济上，把提高供给体系质量作为主攻方向，显著增强我国经济质量优势。毫无疑问，民营经济是现代化经济体系的重要组成部分，民营经济的高质量发展也是中国经济高质量发展的重要支撑。特别是，在当前的条件下，受逆全球化、中美摩擦加剧、新冠肺炎疫情传播等因素的影响，外部经济环境更加严峻，内部经济状况更加复杂，民营经济对于落实“六稳六保”工作具有重要意义。总体而言，无论是在过去、现在还是将来，发展民营经济就是壮大中国经济的基石。

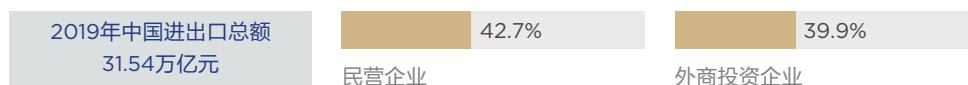
（二）十八大以来民营经济的蓬勃发展与新挑战

党的十八大以来，我国民营经济获得快速发展。2013年年底，全国实有各类市场主体6,062.38万户，其中企业市场主体数为1,527.84万户，个体工商户4,436.29万户。到2019年年底，我国已有市场主体1.23亿户，其中企业市场主体3,858万户，个体工商户8,261万户。在企业市场主体中，民营经济市场主体占绝大多数，而个体工商户本身就是民营经济的一部分。从市场监督管理的私营和个体就业人数来看，2013年为2.19亿人，2019年增加到4.05亿人，相对于2013年几乎增加了一倍。此外，民营经济也是我国推进创新驱动发展战略的主体力量。2017年，民营经济有效发明专利占比为75.8%。从近年来的发展态势来看，民营经济也成为“三新”经济发展的主力，而“三新”经济的发展对我国经济转换经济发展动能、推进高质量发展发挥了重要作用。



然而，我们也必须看到，民营经济当前发展面临巨大挑战，这主要源于2018年以来的中美冲突加剧以及2020年新冠肺炎疫情在世界范围内的爆发。这两大因素导致中国经济的外部环境急剧恶化，对中国开展对外经济活动产生极大负面冲击，也必然对民营企业产生极大冲

击，这是由民营经济在我国外贸的地位决定的。2019年，中国进出口总额达31.54万亿元（与GDP的比值为31.8%），其中民营企业是我国外贸的主体，其进出口总额为13.48万亿元（占外贸总值的42.7%），高于外商投资企业进出口规模（占我国外贸总值的39.9%）。目前，中美冲突已经从2018年开启的贸易战转向了科技和金融领域，美国公然对中国采取极限施压手段。2020年美国大选之后，近期趋于恶化的中美关系也许会缓和或迎来转机，但是普遍认为中美关系已经难以回到过去，中美之间的长期关系将是以竞争为主，这也意味着竞争导致的冲突所带来的巨大不确定性。中美关系恶化必将给世界经济体系带来不确定性和不稳定性，中国经济的外部压力将凸显，由此对民营经济造成巨大负面影响。这种冲击是民营企业以往所没有经历过的。此外，新冠肺炎疫情爆发对世界经济和世界贸易增长将造成巨大负面影响，从需求层导致外部需求萎缩，从供给侧威胁供应链断裂，这也将进一步恶化民营经济的外部经济环境。总体而言，无论是中美冲突还是新冠肺炎疫情，对中国经济的影响极有可能是长期性的。这也意味着，民营企业将面临着更大的生存压力和发展压力。如何在当前形势下为民营经济创造发展空间是当前中国经济高质量发展和构建“双循环”格局应当首要考虑的问题。



（三）民营经济发展的约束性因素

尽管我国民营经济取得显著的发展成就，但是制约民营经济发展的限制性因素仍旧存在。总体而言，这些限制性的因素主要体现为制度性交易成本、融资约束、社会信用水平和法律风险。这些因素总体反映了民营经济发展的营商环境。需要指出的是，近年来中国的营商环境得到显著提升。世界银行《营商环境报告》显示，中国在190个经济体中的排名从2018年的第78位跃升至2020年的第31位，连续两年跻身全球改革步伐最快的前十个经济体之列。中国营商环境的显著改善，在很大程度上得益于近年来“放管服”改革的深入推进以及各级政府高度重视营商环境建设，部分制度性交易成本显著降低。然而，我国民营经济仍然面临融资约束、社会信用水平偏低以及法律风险三大制约发展的因素。

融资约束是我国民营经济发展的一个长期性问题，这与我国资本市场结构不够优化、市场主体发展不够规范合理有关。在政策引导下，近年来我国相继出台了针对民营中小企业融资约束的政策，持续推进资本市场体系改革，更加有效地激励金融机构加强普惠金融服务。尽管这些政策措施在一定程度上缓解了民营经济的融资约束问题，但是仍旧没有从根本上解决问题，需要持之以恒地推进相关改革。

社会信用体系偏低也是长期以来制约民营经济发展的一个重要因素。这在一定程度上也成为造成民营经济融资约束的重要原因。毫无疑问，社会信用体系建设是一个系统性工程，既需要在法治化的基础上完善社会信用体系建设，加强职能部门的社会信用监管和失信惩戒，完善全社会信用信息归集、披露和共享机制，同时也要加强全社会诚信宣传教育，增强全社会信用意识。

民营经济涉及到的法律风险问题是近年来制约民营经济发展的突出性问题，也是广大民营企业高度关注的问题。总体来看，我国对民营经济的合法权益保护越来越重视，但是涉及民营经济的司法问题类型繁多，涉及到的利益关系往往也比较复杂。民营经济法律风险包括民营企业的设立、股权交易、合同签署与履行、融资等方面，也包括在司法纠纷中不能得到合理法律保护的风险，是地方或基层司法部门的执法缺乏公正的结果。民营经济法律风险产生的根源，一方面与民营经济经营者法律意识淡薄、缺乏法律风险的内控机制有关，从而造成法律风险隐患。例如，很多民营企业缺乏规范意义上的公司治理结构，对内管理往往是“一言堂”模式，对外业务拓展往往依赖于特定的利益关系。再比如，民营企业受经济利益驱动，在实际经营中采取机会主义做法，从而造成司法风险。另一方面，部分民营企业的生产经营活动往往与公共部门、金融部门或国有企业相联系。例如，民营企业承担公共项目与公共部门产生业务关系，民营企业由于融资需求与金融机构产生业务关系，民营经济与国有企业涉及股权交易产生业务关系等。一般来说，民营企业相对于这些主体处于弱势地位。当发生司法纠纷时，如果存在公共权力干预，往往就会造成对民营企业的不合理损失。需要指出的是，部分民营企业在陷入法律纠纷时，其企业家的人身安全和财产安全往往也不能得到合法保护，并且因为企业陷入司法纠纷而导致生产经营停摆、甚至企业倒闭，从而带来企业就业人员失业，造成巨大的社会影响。

（四）加强民营经济发展的司法保护

改革开放以来，民营经济的政治地位和法律地位不断确立和巩固，党和政府针对民营经济发展采了积极的政策引导。例如，党的十八届三中全会明确提出，公有制经济和非公有制经济都是社会主义市场经济的重要组成部分，都是我国经济社会发展的重要基础；公有制经济财产权不可侵犯，非公有制经济财产权同样不可侵犯；国家保护各种所有制经济产权和合法利益。党的十八届四中全会提出，健全以公平为核心原则的产权保护制度，加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护，清理有违公平的法律法规条款。党的十八届五中全会强调，鼓励民营企业依法进入更多领域，引入非国有资本参与国有企业改革，更好激发非公有制经济活力和创造力。习近平总书记也高度重视民营经济发展，充分肯定民营经济发展的重要贡献，多次重申要坚持基本经济制度、“三个没有变”、坚持“两个毫不动摇”，批驳“民营经济离场论”等错误论调，倡导构建亲清新型政商关系、弘扬企业家精神，为民营企业营造更好发展环境。特别是，在2018年年底的中央经济工作会议上，习近平总书记强调“要支持民营企业发展，营造法治化制度环境，保护民营企业家人身安全和财产安全。”

随着民营经济的宏观政策环境日趋完善，各级政府也对民营经济发展给予了高度重视，在客观上也促进了民营经济的发展。然而，在涉及民营企业的具体司法案件中，也常常出现对民营企业利益的不当侵害和司法保护不足问题。此类案件往往也引发广泛的社会关注，在一定程度上也反映了部分地方政府在落实法治政府方面的不足。从某种意义上讲，依法保护民营企业、促进民营经济发展是地方政府治理能力的重要表现，也是衡量地方营商环境的重要标志。支持、鼓励、保护民营经济发展是我国的长期基本国策，保护和促进民营经济发展具有重要的现实意义。当前，受外部经济环境恶化的影响，民营经济承受更大的发展压力。

在当前的发展条件下，民营经济发展对于保居民就业、保市场主体、保产业链供应链稳定无疑起到根本性支撑作用。特别是，民营经济在落实党中央提出的“双循环”战略中具有重要作用。

在促进民营经济发展方面，一方面要继续推进降低制度性交易成本、改善民营经济的融资环境以及不断加强社会信用建设，为所有企业创造公平竞争的经营环境；另一方面，要为民营经济创造公平的司法环境，依法对民营经济进行有效保护，为民营经济发展创造良好的预期。在加强民营经济司法保护方面，首先要从立法层面专门出台民营经济促进法，从国家法治层面强化对民营经济发展的司法保护。其次，政府部门要正确处理与市场的关系，一方面要构建与民营经济的亲清关系，主动为民营经济发展解忧纾困；一方面要避免对涉及民营企业司法纠纷的行政干预，司法部门（特别是地方司法部门）也应秉承专业精神，以事实为依据、以法律为准绳，对涉及民营企业司法案件做到公正处理。第三，要加强法治宣传教育，使得民营企业知法懂法守法，并且在必要的时候给民营企业以法律援助。通过这些举措，不断提高法治国家、法治政府、法治社会建设水平，推进国家治理体系与治理能力现代化。

要从立法层面专门出台民营经济促进法，从国家法治层面强化对民营经济发展的司法保护。

建立合规管理体系 培育诚信合规文化

丁继华

北京新世纪跨国公司研究所副所长，全国企业合规委员会专家委员会专家。

中国社科院应用经济学博士，华东政法大学法学博士后。

2009年加入北京新世纪跨国公司研究所，专注于跨国公司战略、企业管治、责任理念与合规文化及跨国并购的研究与咨询。

“如果观察这几个出问题的公司，明天系、华信系、安邦系等，也包括正在“瘦身”的海航集团，从公司治理的角度看，它们的高速膨胀明显存在巨大的缺陷：公司管理上没有公司治理的基本架构，或者有也不发挥作用，很多都没有正常决策程序，都由少数人、家族中几个人或领头人说了算；财务上没有内审机构，也没有正常外部审计，各种会计科目随意挪用或乱用；等等。总之，距离我国《公司法》以及相关监管部门对上市公司、金融机构要求的公司治理原则和准则都差得很远。”

——《周小川：公司治理与金融稳定》

（一）经营不合规导致企业倾覆的深刻教训

《财富》杂志每年以企业的销售额为标准对销售收入排在全球前500家企业进行排名，并公布世界500强（500 largest）企业排行榜。这个榜上的企业就是我们常说的“世界500强”企业。如果从英文名称来看，世界500强称为“世界500大”公司更为合适。

事实上，大并不等于真正的强。我们从中国人民银行原行长周小川在《公司治理与金融稳定》中评论的几家企业就能看出，像华信系、安邦系及海航集团，都曾进入《财富》世界500强名单。但是这几家企业进入名单后没有经过多久就因为合规经营问题从名单上掉下来，没有回到名单上，有的甚至彻底倒下。

华信系所指的是中国华信能源有限公司，该公司在2014年到2017年都进入世界500强排行榜。2014年排第349名，2015年排第342名，2016年排第229位，2017年排第222名。在2018年，该公司的创始人叶简明被指向甘肃原省委书记王三运受贿，遭到相关部门调查。除叶简明外，其下属高管也卷入多起案件中。随着一系列相关不合规经营问题暴露出来，最终让这家曾经的世界500强企业走向了破产之路。

安邦系所指的是安邦保险集团，在2017年排在世界500强第139名。该集团原董事长兼CEO吴小晖因经营不合规，涉嫌经济犯罪在2018年2月被提起公诉，被判18年有期徒刑，罚款105亿元人民币。随后安邦保险集团被中国银保监会实施接管，并在2019年6月正式被重组为大家保险集团。

这两家曾经世界500强企业因为不合规经营，相关企业创始人深陷牢狱之灾，他们一手创建的企业也遭遇破产或被接管重组命运。即使是世界500强，因为不合规经营，也不能避免“大而不倒”的结局，其教训不可谓不深刻。

即使是世界500强企业，不合规经营，也会导致企业倾覆。

世界500强因为合规问题倒下的不仅仅在中国发生。在2001年，美国也发生了安然（Enron）公司因财务造假丑闻败露而破产的案子，该公司在2000年的《财富》世界500强上排在第16位。安然公司财务造假案及其后的美国上市公司财务造假案直接促使美国《2002年公众公司会计改革和投资者保护法案》（萨班斯·奥克斯利法案）的出台。萨班斯·奥克斯利法案要求企业自身加强合规监督与制约，确保企业财务报告准确，同时加强对高管的问责与审计的独立性。许多企业通过设置首席合规官（CCO），监督企业的道德与合规文化，强化企业合规经营。

（二）合规监督与制约机制尚未真正建立

不仅仅是世界500强企业，近年来一些上市公司也因经营不合规的问题导致高管被起诉。据不完全统计，仅2019年就有17位A股上市公司的实控人、董事长等涉及刑事犯罪问题。这些公司市值大幅缩水，有的还面临破产清算，给上百万的中小股东和投资者带来了巨大的资金损失，也给公司员工、供应链上的企业带来了极大的负面影响。这些制度相对完善、发展质量较高的上市公司群体，也大面积暴露出了较为严重的合规问题，其重要原因是企业内部没有建立起合规监督与制约机制，使得企业治理、合规与内控机制的失效。

一是企业高管合规经营意识缺乏。从存在合规经营问题的上市公司来看，无论是企业的实际控制人，还是公司的高级管理人员，都没有受过正规和专业的合规教育。他们对近年来国际国内强化合规监管趋势情况不了解，没有合规风险意识，不讲规则盲目地扩张企业。正如习近平总书记在2018年民营企业座谈会上指出：“在经济高速增长时期，一部分民营企业经营比较粗放，热衷于铺摊子、上规模，负债过高，在环保、社保、质量、安全、信用等方面存在不规范、不稳健甚至不合规合法的问题，在加强监管执法的背景下必然会面临很大压力。”如果一个企业的高管没有合规经营意识，企业即使有很好的管理制度，也可能出现系统性的腐败或者其他违法违规问题，从而导致整个企业内部控制体系失灵。

二是企业董事合规监督责任缺失。董事会成员有勤勉注意义务，应对公司的合规经营进行监督。为制衡大股东的权力，上市公司董事会要求安排一定数量的独立董事。他们作为治理层面的关键“守门人”，监督大股东合规经营，以此保护中小股东的利益。然而，在现实中，无论是内部董事，还是外部独立董事，都没有受到专业的合规培训，也没有较强的合规意识，更不能深入到企业具体运营中去了解可能的合规风险，因此，他们就很难形成合规洞察力，起到的合规监督作用非常有限。

三是管理层的自我合规监督缺项。当前趋势下，全球企业在内部设置首席合规官，建立合规管理体系，通过体系化、制度化的自我监督工具对企业可能发生的不当行为进行预防、监督与补救。遗憾的是，只有小部分上市公司启动了合规管理体系建设，并任命了首席合规官作为关键“守门人”来负责对合规经营情况开展自我监督，我国大部分上市公司正在启动建设或者还没有意识到自我监督的重要性。因此，真正对合规经营开展有效自我监督的上市公司少之又少。

四是外部审计机构合规监督失灵。大部分涉事企业暴露出了外部审计机构在合规监督中处于长期失灵状态，没有发挥外部审计机构的外部合规监督作用。更有甚者，某些上市公司在上市之前就与外部审计机构合谋，协助公司造假实现了上市。在这种情况下，外部监督机构不仅没有发挥监督作用，反而助长不合规经营之风。

（三）野蛮生长时代结束呼唤企业强化合规管理

2020年是非常不平凡的一年。全球保护主义加剧，新冠肺炎疫情在全球不断蔓延，企业面临的经营环境异常复杂。在诸多不确定性之中，有一点是非常确定的，那就是，企业面临着越来越严格的合规监管环境。企业的违法成本将越来越高，不合规经营的代价越来越大。这就意味着，企业过去不讲规则、不重视合规经营的野蛮生长时代结束了。

一是国际合规监管加强，企业境外经营不合规恐将寸步难行。2017年，美国正式将中国定位为战略竞争对手，美国对华的态度正在发生重大变化。中美关系从过去强调合作与共赢的时代转向了竞争与合作并存的时代，竞争远大于合作。在这样的战略下，美国在经济领域对不合规经营的中国企业加大执法力度。其中，在2018年，美国司法部出台《中国行动倡议》（China Initiative），该倡议提出了10个目标，包括打击商业秘密窃取、查明中国企业与美国企业竞争时涉及《反海外腐败法》案件，推进针对美国国家安全立法或出台新的行政命令等。比如，查明中国与美国企业竞争时涉及《反海外腐败法案》的目标，美国司法部将优先调查那些与美国企业竞标最后胜出的中国企业，调查这些中国企业是否有腐败行为而使美国公司处于不利竞争地位，这无疑要求中国企业在海外经营要高度合规。又比如，在美国纳斯达克上市的瑞幸咖啡，因为财务造假与欺诈问题，引发了美国监管机构对中概股就遵守美国的财务透明和问责法律法规立法动议，提出中国企业遵守美国联邦审计规则和信息披露要求，如达不到要求就迫使这些中概股强制摘牌。这一要求加强了在美上市的中国企业信息披露的合规义务，将对中概股进行一次严格的合规体检，只有合法合规经营企业可能生存下来。此外，日益加剧的保护主义与后疫情时代各国对国家安全、公共安全、网络安全、隐私保护等领域加强管控叠加，不仅给企业全球经营带来更多不确定性，还为企业合规经营带来新的挑战。面对后疫情时代出现的新形势、新情况与新不确定性，企业在国际经营时要加强风险预判，增强合规经营意识，以合规经营的确定性来应对不断增加的不确定性和复杂性。总之，我国企业经营的外部环境变化了，合规才能为企业国际化发展保驾护航。

二是国内监管不断完善，企业违法违规的成本大幅增加。随着国家治理体系和治理能力现代化不断推进，适应社会主义市场经济的法律法规体系正在不断健全。2020年一个标志性事件就是新的《证券法》正式实施，这将对中国企业合规经营产生深远的影响。一直以来，资本市场信息披露不透明、执法不严、违法违规成本低是制约资本市场健康发展的顽疾。从2019年中国证监会对805家上市公司年度财务报告的抽样审阅来看，部分上市公司存在控股股东或关联方侵占上市公司利益的问题，在并购中对合规风险尽职调查存在问题，财务信息披露存在问题，甚至有公司通过构造交易来调节利润。新《证券法》有望能够纠正以上问题，一方面大幅提高对证券违法行为的处罚力度，同时强化了信息披露要求，对有关

内幕交易、操纵市场、利用未公开信息牟利做出了法律禁止性规定。此外，新《证券法》还对中介机构市场“看门人”法律职责进行了明确要求，提高证券服务机构未履行勤勉尽责义务的违法处罚幅度。2019年11月，中国证券监督管理委员会党委成立了行业文化建设工作领导小组，并提出了八字文化建设方针：“合规、诚信、专业、稳健”，也是证券行业文化的总结。如果证券服务机构能够按照诚信合规的要求开展中介服务，对拟上市公司或者开展并购重组企业加强合规审查，将对整个资本市场诚信合规发展起到巨大的引导作用，有利于建设一个干干净净的资本市场。如果资本市场实现成功的合规治理，将改变中国企业生态环境，从而促进我国企业讲规则，其意义非同小可。

三是国内规则与国际规则接轨，企业需提升合规软竞争能力。面对世界经济增长低迷，经济全球化逆流，中央提出坚定不移扩大开放，推动由商品和要素流动型开放向规则等制度型开放转变，在规则、规制、管理、标准等领域进行开放部署。加快推进国内制度规则与国际接轨，可以提升高水平开放促进深层次市场化改革，可以提高我国经济发展质量水平和促进企业高质量发展。未来较长一个时期，我国企业要立足中国，放眼世界，提高把握国际市场动向和需求特点的能力，增强把握国际规则能力与国际市场开拓能力，提升防范国际市场风险能力，带动企业在更高水平的对外开放中实现更好发展，促进国内国际双循环。因此，企业需要提升合规管理能力，才能准确理解国际、国内规则差异，才能适应国内规则与国际规则的接轨。因此，我国企业要及时提升合规管理能力，这既是参与国际竞争的基本资格，也是在国际市场中取得竞争优势的软实力。

（四）建立有效的合规管理体系开展自我监督

近年来，各发达国家及国际组织开展了强化企业合规管理，防止企业不当行为。各国监管机构要求企业在内部建立有效的合规管理体系，对企业可能产生的不当行为开展自我预防、监督与应对，从而达到防止不当行为目的。事实上，从企业实践来看，建立有效的合规管理体系可以增强企业的治理、风险管理与内控机制的有效性，提升形象，促进稳健经营。企业可以从组织、制度、机制与文化四个维度来建立有效的合规管理体系。

一是健全的合规管理组织体系。合规管理能力是企业重要的组织能力，健全的组织结构是推动合规管理重要的组织保障。合规管理要在整个组织层面实现横向到边，纵向到底的全覆盖。首先，明确董事会的合规职责。实现这一目标，董事会成员中应有合规专业人士，董事会要定期接受专业的合规培训。董事会或董事会下设专门委员会（审计委员会或合规委员会）要定期或不定期召开合规会议，对合规管理体系运行有效性进行监督。其次，对首席合规官授权与保持相对独立性。董事会任免首席合规官并给予公开的、书面的授权，保证首席合规官汇报线的独立，汇报信息不被过滤掉，实现对管理层监督与制衡，以监督高管不当行为。第三，组建专业合规管理团队。要高效开展合规工作，合规团队成员既要熟悉业务，还要精通合规专业知识。业务部门合规人员应参与相关业务决策会议并提供意见。每个合规岗位有明确的职责、待遇与职业发展路径。打造多元化与专业化的合规团队，提供较丰富的薪酬待遇与良好的晋升通道。第四，保证合规团队所需资源。为合规团队提供专项资金与充足

资源，使合规管理团队推进合规工作得到应有的资源支持。企业在提供资源时要综合业务生命周期、风险特征等因素及时动态调整。

二是完备的合规管理制度体系。合规管理制度正式表达了企业价值取向和遵守法律法规的义务与要求。企业制定体系化的制度，规范组织及员工的行为。合规管理制度体系包括以下三层内容：第一层：明确的合规价值观念。明示以何种精神来指导企业合规方针政策的制定，以传达文本背后的合规精神。第二层：全员遵守的行为准则。以高度凝练且通俗易懂的文字向员工说明组织的合规义务、合规承诺及对企业及员工的合规要求，对员工行为规范进行引导。第三层：细化专项制度与流程。结合业务具体情况，制定专项合规管理制度并植入到业务流程，加强内部控制与审计，对员工行为进行监督与控制。

三是完善的合规管理运行机制。企业在推进合规管理体系过程中，要把着力完善以下四个机制：第一，建立系统的培训沟通机制。合规培训要完成从知规到守规的训练，要覆盖到所有有合规意愿的员工，确保他们学习到合规知识与掌握合规管理工具并帮助他们决策。合规沟通要把合规信息传递出去，让利益相关者理解公司的合规政策，为公司推动合规工作营造良好的内外部环境。第二，落实严格的责任考核机制。落实合规责任要让各个业务部门负责人作为本部门合规管理第一责任人，把合规责任考核与业务考核结合起来，确保公司取得的业绩是通过合规的努力而实现，做到从过程到结果的合规。第三，贯彻有效的举报查处机制。举报是公司发现不当行为的重要渠道之一，有效的举报机制在于对举报人进行合理的激励，能够平衡举报人的收益与风险，防止对举报人的打击报复。对所获得不当行为信息要及时调查与处理，做到程序公正、公开与透明。第四，实施持续的优化提升机制。任何体系建设都是一个长期、系统性的工程，随着业务的发展与所处生命周期不同，企业面临的合规风险与出现的不当合规行为不会相同，需要企业不断优化现有合规管理体系，提升合规管理能力。

四是培育诚信合规文化的氛围。企业有合规制度，没有诚信合规文化，员工会去钻制度的漏洞。企业有诚信合规文化，即使存在制度与流程的漏洞，员工也不会去钻制度的漏洞，不去走“捷径”，而是通过合规行为去避开或者堵住漏洞。因此，开展合规管理体系建设，要重视在企业内部开展诚信合规文化建设。企业塑造诚信合规文化要做到以下方面：第一，把诚信合规作为企业核心价值观。合规管理体系高效实施须以诚信价值观念为指导，通过价值观的引导让全体员工认同与接受诚信合规的理念，强化各级管理者与普通员工形成合规意识，抵制企业不同层面的不当行为，从而为企业诚信合规文化的形成打下坚实的基础。第二，持续不间断地培育诚信合规文化。把诚信合规文化作为企业文化的重要组成部分，这对企业建立一个充满信任又能对不当行为有力控制的合规管理体系至关重要，将大大提升合规管理体系的有效性。第三，各层级领导须推广诚信合规文化。每个组织有一个整体文化，同时也还会存在亚文化。企业最高领导层为企业诚信合规文化建设定下基调，各层级领导也须推广诚信合规文化。当诚信合规在组织各个层级变得根深蒂固时，成为组织定义自我和指导运营决策的方式时，整个组织就形成了一种主人翁意识，诚信合规文化也就成为企业的基因，变得具有亲和力、吸引力和感召力。

（五）把握提升企业合规领导力这个关键

一个企业无论是建立多么完备的合规管理体系，还是有多么强有力的控制措施，如果不能发挥企业领导力的作用，诚信合规的文化很难形成。培育诚信合规文化，需要着力提升企业诚信合规领导力。

一是提升企业领导者合规经营意识。要让合规的理念在企业中生根发芽，领导的态度非常重要，对员工产生直接的影响。要让合规转化为各个层面持续的实际行动，需要建立业务领导的合规考核机制，对领导形成持续的压力，让各层经理及团队负责人在自己的行为举止和决策过程中发挥表率作用。领导者作为“关键少数”，率先垂范、言传身教，员工也会心悦诚服地跟随，强化对自身行为合规性的重视和改进。反之，如果部门领导自律不严，甚至带头搞腐败，则可能上行下效，甚至出现塌方式、系统性腐败。因此，企业内需要对领导者及各级管理层提出更高更严的要求，对其实行高标准的合规考核和问责，目的就是要发挥关键少数的表率作用，进而带动全员合规，这是形成合规文化关键。

二是加强对领导者的合规绩效考核。一个企业是否有诚信合规文化的重要标志就是这个企业的激励与晋升机制是否融入了合规行为表现。鼓励诚信合规文化的企业，要求员工不能因追求业绩而不合规地开展业务。企业培育合规文化，应把合规绩效纳入到企业领导者的绩效考核中。开展合规绩效管理，应该始于企业的合规战略，在明确的合规战略前提下，首先要明确企业的合规目标要做什么，即要有合规目标和计划；然后找到衡量合规工作做得好坏的标准并对其进行监测，构建指标体系并进行监测；接着根据关键绩效指标体系去考核，去发现做得好的并进行正向激励，使其继续保持，做得更好，完成更高的目标。考核发现不好的地方，要进行纠正和改进。

三是领导者要设合规红线与正向激励。设置合规处罚红线，一旦涉及到违法与严重的违规违纪行为时，要对相关责任人进行严厉的惩罚，对这些行为实行零容忍。同时，为鼓励全体员工提升合规水平，采取正向激励原则，把对员工的合规水平的评价与员工奖金绩效挂钩，充分鼓励合规榜样的正面作用。有的公司因为员工在合规领域的特殊贡献而颁发一个高知名度的董事长奖，往往是在公司大会上由企业高管颁发。有的公司因为员工良好的合规表现，还安排由公司提供机票的度假奖励。这些奖励加入了合规因素，一方面提醒员工合规有价值，公司重视合规行为；另一方面通过激励，给员工树立起合规的标杆与榜样。

数据保护助力行业和社会发展

吴明辉

明略科技集团创始人兼首席执行官。HAO人工智能框架理论创立者之一。人工智能技术、大数据技术资深专家。

公安大学特聘教授，北京大学和人民大学创业导师。

连续创业成功者、天使投资人。2006年，创立秒针系统；2014年，创立明略科技。

2020年8月13日，明略科技集团创始人兼首席执行官吴明辉先生与北京和昶律师事务所邹佳铭律师通过电话进行了访谈。

以下为访谈内容。

邹佳铭：吴总好，很高兴您接受我们的访谈。我们今年关注的一个问题是数据安全或者说个人信息保护，还有一个更本源的问题，就是数据产权。那我们先从数据产权开始，可以吗？

吴明辉：好，应该说数据产权还是非常关键的。首先，不管是作为个人公民还是企业，大家都需要对自己的数据做好保护。从个人角度来讲是隐私的安全，从企业的角度来讲是商业秘密。所以，数据本身就需要被保护起来的，这是第一个核心的原因。

其次，在今天的两会上习近平总书记也讲了，数据其实是我们未来社会的核心的生产要素之一，它跟劳动力、土地、技术并列。政府首次正式将数据这一新型要素列为关键生产要素之一，是系列政策红利的开始，相信后续会有基于该纲要的进一步指导性鼓励政策出台。确权也将越来越重要，但是数据产权确权确实挺难的，保护起来就更难，原因就是它的复制成本相对较低，目前数据确权也存在多种理论，各方还在不断探索中。

但是，我本人和公司都非常支持把数据产权的确权和保护做到位，数据产权是我们整个数字经济、产业发展的基础。未来需要新的思路去规范权利义务边界，有效建立数据的开放、数据交易的规则，使得数据产业健康发展，数据有序流动，有效地配置数据要素。希望能够出台相关指导政策、行业自律规范等，进一步明确和完善数据在各行业中的基础法理，对数据的所有权、使用权、管理权等合理分配，明确权利及相应的责任。

邹佳铭：您作为这个行业的领先者，认为数据产权确权和保护应该遵循哪些基本的原则？

吴明辉：首先，数字经济发展过程中，一方面是数据要被使用；另外一方面，是保护数据产生的安全和数据产权的安全。如果从个人隐私保护的角度来讲，其实核心就是说这个数据的使用不能伤害到个人，这是一个基本原则，那就是数据的使用不能影响到数据的应用者或者数据产生的个体。

数据产权需要平衡数据的价值和使用，包括数字经济的发展以及个人、法人的利益或者说企业权益的保护，它是在这两者之间的平衡。从个人利益的保护，包括商业机构和企业法人的利益的保护而言，在不同的时代、不同的场景下，它的定义也是不一样的。

数据保护（主要指安全保护与合规、隐私保护等）是实施数据要素形态的基础支撑，需要所有的从业者给予高度重视，并且，从业者的所有数据相关操作都应该符合相关政策法规、规范标准。作为大数据公司，我们在数据治理过程中，通过系统化的技术手段，配套公司政策，制订符合业务需求的数据各处理流程规范。重要节点如数据的访问控制、质量监控等会有评估和审计。我们一直十分重视数据安全，由公司最高管理层先后牵头成立了数据安全委员会、数据安全部门和数据安全应急响应中心，制定相关安全保护政策、信息安全规章制度、数据安全服务平台，直属安全部门行使日常监督工作，确保政策能落实到位，执行、监管、审计的责任都落实到人，力求逐步完善企业在数据安全治理上的治理。

邹佳铭：请您谈谈在一些领先行业去做创新的时候，我们怎么把控风险？

吴明辉：首先，我觉得创新非常重要，但是创新实际上是会有风险的，对于企业家来讲，创新最大的风险还真不是来自于跟法律法规相关的风险，而是企业的经营模式、商业模式，各种新的尝试就会有商业的风险，甚至是技术的风险，我认为这两块的风险其实是更大的。

从法律的角度来讲，企业家都一定是要守法经营，在合法性的前提之下经营。当然也有一些领域，可能一开始相关法律法规讲的并不是特别清楚，在这个情况下，我认为企业做创新的时候，可以跟行业的协会、国家相关监管部门保持密切沟通，成立一些行业自律组织，大家率先在符合基本法律的框架下，做一些行业的标准。如果这些行业的标准逐渐地被广泛应用起来，它将也有可能被采纳到国家标准、法律法规里面去，我认为这是企业创新的时候，避免技术风险的一个基本方法。

还要强调的一点是，国家法律法规明确规定的，我们要严格遵守，明确禁止的事绝不能做，这是红线。

邹佳铭：您作为一个数据行业的领跑者，怎么看待个人信息保护和行业发展之间的平衡问题？

吴明辉：我觉得个人信息保护是一个前提，但是我们也要看，有些行业的业务要正常开展，需要使用个人信息或相关的数据，如何合法的使用是关键。这个时候就需要做好个人信息的保护。如果碰到个人信息，就把它当成洪水猛兽不用了，很多金融行业就没法发展，个人也无法享受行业发展带来的红利和便捷。所以，数据一定是在好的商业环境里被合法使用，使用的过程中一定要兼顾个人权利的保障。

邹佳铭：作为一个企业家，您是怎么看待诚信的？在这方面您有没有什么好的建议给大家？

吴明辉：作为一家大数据公司，如果数据本身是有问题的、造假的，或者说是被曲解的，那么建立在数据之上的其他东西就都不用看了，数据相关的业务也就做不了了。我们在大数据分析领域类似于会计师领域的四大，数据对我们来讲是最基础、最关键的，数据的准确、科学的解读，是我们业务的基础，所以integrity诚信正直是我们整个价值观体系的第一条。

我们可以看到在当今社会的各行各业，诚信有一个很好的发展，这里面我认为归根结底在于大数据的建设。今天各行各业的数据都越来越多，比如广告行业，在十几年前我们就开始用大数据来解决广告行业的透明问题，作为公正的第三方数据技术服务商，明略参与制定了包括中国互动广告国家标准在内的多项国家及行业标准，对广告营销领域中数据的应用实践提供了范式，推动了行业持续创新和健康发展。有一批公司就像我们一样，通过大数据技术手段把广告投放变得更透明，使得中间造假的成本越来越高、让造假者无处容身。

所以，我认为对于社会的每一个行业，包括国家来讲，就是要通过科技的手段，通过大数据来推高造假和不诚信的成本。就像今天我们每一个消费者用滴滴打车，你下车不付钱你也可以走，但是如果一直不付钱的话，将付出很高的代价，可能以后再也打不了车了，甚至你可能进到失信人名单了，你是不是承受得起这个代价？由此推动我们社会建立诚信观念。

总之，数据或者说一个国家的信用体系的建立，不管是个人还是企业，需要大量的投资，通过数据推动透明化，包括食品安全、食材供应链的透明等。我认为未来肯定是越来越好，原因很简单，是因为数据越来越多、技术也在不断发展。

邹佳铭：您是从数据和技术的助力角度，来预计将来社会应该透明化越高，诚信也会越来越好？

吴明辉：是的。我觉得这个体系是处在一个很快的不断完善的过程中，数字经济是会催生出我们的诚信体系并让它变得越来越强大。

邹佳铭：很感谢您在百忙中间抽出时间跟我们分享了这些很有启发、很有建设性的信息。

通过数据推动社会透明化，数字经济会催生诚信体系。

以发展的眼光看创新、民营企业和资本市场

王斌

翊翎资本董事长。

代表投资项目包括：
奇安信、Happy Easy Go、智
布互联、泰迪熊移动等。

2020年8月10日，北京和昶律师事务所邹佳铭律师与翊翎资本董事长王斌先生对谈，话题聚焦于大数据、人工智能、中国证券市场改革和家族企业公司治理等问题。

以下为对谈全文。

邹佳铭：虚拟货币曾是投资热点，作为一个投资者，您怎么看虚拟货币投资中的风险？

王斌：区块链技术的完善解决了交易流程和交易速度的问题，这并不必然存在法律问题。在技术基础上生长出来的应用及虚拟货币的交易形态，在当时可能使无数人一夜暴富。有人用这一概念驱动了很多衍生产品，风险来源于此，与区块链技术本身并没有直接关系。

法律是滞后的，通常是在创新出现，产生问题之后，法律起规范作用，并不断迭代。创新型企业家如果遵从过去的法律法规，什么风险都防范，可能很多创新未必能尝试，或者是找不到是否“踩线”的边界。

邹佳铭：从投资的角度而言，您怎么寻找这个“踩线”的边界？

王斌：区块链是一个生产关系级别的创新，它是对标生产力级别而言的。谁是生产力级别的？我们说人工智能是生产力级别的创新，区块链是生产关系级别的创新，都是说影响力很大。我们去看人工智能的演进，它花了六十几年的时间才走到了今天这个状态，这里面经历几起几落。

判定一个东西是生产力或者生产关系级别的力量，它可能需要三个“飞轮”的联合驱动：第一，它能创造过去没有发生的一些增量，比如这个商业模式原来没有，通过新技术的出现变得有增量；第二，在原有的体系里面能够提升效率；第三，降低成本。我们把这些新生事物就叫生产力和生产关系级别的创新。

人工智能花了60年时间，刚刚走到能创造增量，提升效率这个阶段。在某些行业里开始降低成本，但还不是全行业，这是我们在2018年才看到的。而区块链其实才发展了10年，那在这10年的发展过程中，刚刚提到的这三个“飞轮”暂时还一个都没驱动过。

如何做出这样的判断？第一，它是不是带来了新的增量？没有区块链你就不可以干；第二，它是不是增加了效率？第三，它是不是降低了成本？目前来看好像是降低了效率，增加了成本，所以这三个“飞轮”暂时还没有驱动开。未来随着技术的不断进步和跃升，可以让这些飞轮再次驱动，到那个时候才真正到了产业应用的时期。

邹佳铭：您的意思是，它现在还处于基础研究的时期，还没有成熟到把它产业化？

王 斌：已经在应用，大家都在找应用，技术的应用和迭代是双向驱动的。我们不可能等到它在实验室里已经搞得足够好了再去应用，它一定是这边在拼命研究，那边就开始找应用场景的尝试。一旦找到了突破口，这些技术应用就会驱动另一边的研发再次迭代，这一直是个双向的过程。

邹佳铭：您在投资过程中有没有遇到过，有的创新在法律领域还存在着不确定性的情况？

王 斌：2015年的时候，大数据就很轰轰烈烈，大家都在做跟大数据相关的业务，很多投资公司也在投。但是，在当年很多合规的事情，到了2017年突然间就不合规了。

邹佳铭：比如说？

王 斌：数据安全和数据隐私的问题。

邹佳铭：您主要是指个人信息保护方面？

王 斌：对，国家出了新规之后，原来的方式一下子就都不合规了。但之前没说合不合规，很多人干就干了。一旦国家说这个不合规了，我们回头再去看创业者的态度，就会发现有很大的差异。有的创始人说：“我没办法一下子转身，因为我所有东西都在那里了。”那他可能就会冒相应的风险；有的创始人说：“我要想办法赶快停下来。”他们面临的法律风险就完全不一样。

邹佳铭：互联网普及应用带来的个人信息保护问题，在法律上确实是一种全新的权利，也会产生全新的法律风险。您投人工智能，是因为它已经成熟到市场应用阶段吗？

王 斌：对，人工智能已经融入到了我们的生活，尤其是在2019、2020年，几乎没听身边人把这个东西作为一个新事物拿出来讲了，这说明什么？说明它已经开始融到生活，变成正常的事情了。我们日常刷的头条、抖音等产品，全部是人工智能应用的典范。可能在五年前，大家说精准匹配很稀罕，AlphaGo下围棋赢了人很稀罕，现在这些事情都已经不是什么新闻了。它已经融入到生活，变得平常了，说明这个东西已经开始进产业了。就像当年电刚被发明的时候，说这玩意挺稀罕的，现在谁会说电很稀罕，它已经是生活中的一部分了。这样的创新东西就是生产力级别的。

邹佳铭：您从投资人的角度，怎么看待中国证券市场的发展？

王 斌：我曾经在证券市场做了多年，国内的证券市场起起伏伏，但大方向上，我都长期看好。

邹佳铭：今年在证券市场，从瑞幸咖啡开始，新闻曝光了很多上市公司财务造假的案例。为防范这种情况，法律强化了信息披露制度，具体到这个问题您怎么看？

王 斌：我们经济和企业家的发展是有代际差的。对于60、70年代的企业家，他们人生成长的时代烙印就是“我不够安全，我要努力奋斗解决我自己和家庭的发展和安全问题”，所以“能发展”是第一位的，其他其次。到了我们这拨80后，形势不一样了……

邹佳铭：对于60、70代企业家而言，您刚才说“能发展”是第一位的，是不是就不考虑安全的问题？

王 斌：对，在那一代企业家里面，如果没发展起来，他不会考虑安全问题，我先发展起来再说，这是正常的。到了80、90这一代人，他们渴望被别人尊重，渴望能够向别人证明，但80、90年代基本上还在代际。到了95、00后，这一代有点像美国二战后“婴儿潮”的那一代了，他们的父辈创造了财富，让他们解决了基本的安全问题，这一代人群就会分化。

很多人更倾向于享受安乐生活，我不要努力奋斗，但是里面一定有一些人他不想过这种日子，他要过向前奋进的日子，这些人再往前，他的追求目标大概率就不是创造一家大公司和上市公司了，他们就有机会去做伟大的公司。

我们过去没有做伟大公司的原因，是我们的经济体发展的阶段，我们的时代烙印打在这些创始人的身上，他没有办法用更有安全感的思维去解决问题，他只能先发展再安全。而如果更往后的这些年轻人，天然的安全感已经足够，他再来构建事情的时候，就不会说我要先这样后那样。对于更有安全感的人而言，我要做就直接做了，或者我就慢慢过，也比先这样后那样强，这是代际。上市公司老板的年龄也会变的，越来越多的年轻上市公司老板出现了，他们不会只考虑发展的问题。

邹佳铭：您的观点是不是说越来越多的年轻人作为上市公司老板的时候，他可能对利益的考量没有前辈那么多，在解决信息披露或者是诚信的问题上，会做得更好。

王 斌：我举个例子，有些年轻的企业家，你给他投钱的时候，你会觉得这个人特别的高傲。因为他就是这样子的，他的心态是“我不用求你投资人，你投资人怎么看我不重要，我只做我的事而已。”在这种心态状况下，比天天顾虑别人怎么看我的人，他就有条件披露的更充分。

邹佳铭：您的视角很独特。

王 斌：这件事情一旦把周期拉长，不要只看一年，你要看10年、15年的时候，就会发现这批特立独行的、特别坚守价值观去做事情的人，他在长周期股价表现上可能是好的，这样这些人在二级市场资金配置的时候，就会更占优势，这个导向从长期来看不就过来了吗？随着这些人群代际的变化，我们过去担心的问题会逐渐改变的。

邹佳铭：人群代际确实是一个因素，那么在这个转变的过程中，法律将扮演一个怎样的角色？

王 斌：法律我们不怎么懂，但是我们能看到一个纲，法律其实不是一个经济体里面的，不能说先有了法律，再有了经济和人，而是先有了人和经济，才有法律保驾护航。法律是对大多数人的公平保障的一个条件，所以更多的是经济的趋势和人促进了这种改变。

邹佳铭：从您的长的时间维度来看，一个好的市场，法律和政府应当谨守边界，不能干涉太多，问题的解决需要时间。在今年，财务造假是资本市场上的一个关注点，您怎么看上市公司财务造假这个问题？

王 斌：财务造假，其实每行每业都有，只是说上市公司财务造假，带来的舆论影响更多一点。站在法律的角度，我很难谈清楚。如果他是恶意的，这就属于是我们说的重大财务造假。还有一些情况，就是财务偏差，这个偏差再正常不过了。我举个例子，30亿元人民币收入的公司，你问他们老板，你知道下面的每个细节吗？他当然不知道。但是他的本意是什么，那是另一件事。

邹佳铭：这个现象的根源是不是诚信问题？

王 斌：这并不是中国特有的现象，美国那个年代也跟不上来，在高速期的时候就是这样的。

邹佳铭：都要经历一个过程。美国经过了一百多年或者说更长时间的演化、递进。

王 斌：美国整体企业家数量很多，供给充分，这样投资人可选择的机会多，我就选里面更出类拔萃的。国内的上市公司，有能力去找投资或者找钱，共同创造一些所谓的波动。在美国这样做的几率不高，因为不划算，所以变成了波动和交易只能依赖市场，短期的炒作股价没有意义，而是要经得起市场的长期检验，所以才会变成今天的样子。所以不是企业家素质的差别，而是市场的差别。

上市公司老板本质上也是一个投资人，他如何看待自家公司股票的交易波动和套利交易机会，也是投资人心态。当市场和经济体投资人的心态更平稳的时候，大家去做造假事情的几率就会降低。这不是靠严刑峻法能解决的问题，再严格的法律，利益足够大时，也会有人

铤而走险。所以，我们当然要加强立法和执法，但是这并不能解决所有的问题。还要有一个更大的底座上的这一层层的往上迭代，才是一个终极的事情。

邹佳铭：很多问题都是一个体系的问题，比如说财务造假，涉及到中介机构把关，行政监管跟上，如果出问题，也不是某一个环节的问题。

王 斌：中国经济体如此之大，证券市场已经4,000家公司了，未来可能几年会到七八千家公司的体量，七八千家就是一个可循环的大池子了，一千家你循环不了，一旦几家公司出事，都会有影响。七八千家公司的话，就有能力进行更严格的进出制度调控了。原来池子小调控不了，调控完了之后就断水了，如果有更大的池子，可以更严格的调控后，就会看到整个规范的力度会加大，速度会加快。

我们站在国家角度想，如果一共就1,000家公司，20家有问题，占市值的10%，决策难度好大；但是假如有1万家公司，还是20家公司有问题，扔掉就好了。

邹佳铭：您的观点是说用行政监管淘汰一些劣质公司，市场有一个循环的过程，或者说自己就会迭代。

王 斌：对，只要池子够大，就能解决这个问题。我不是给上市公司造假进行辩护，只是说这件事情可能不是一个个例，也不是一个普遍现象，只是在历史演进过程中必经的一个环节而已。

邹佳铭：作为投资人，您对中国民营企业应该有深刻的认识，如何看待民营企业的公司治理问题？

王 斌：民营企业其实很难，我自己也做了产业创业，在没干产业创业之前，不知道这么难，觉得不就是挑个方向，弄点钱，定好战略去干，就完了嘛。真干下去还真不是这样子，你的生存环境，你的内外部的人，你怎么去梳理，而且这些人要变革迭代的。

说到公司治理的问题，每个老板都想治理好。但有的东西受限于他的认知，受限于他的团队，受限于他的行业，受限于他所在行业的外部环境，不是他一个人的意愿。假设说在竞争中，有的竞争对手不按规则来，我按规则，我可能就被干掉了，所以这不是单个企业家有意愿就能解决的问题。现在金税三期改了，上市公司的《证券法》也改了，说白了就是政府给你堵漏洞，不让不规范的企业有太多造假的空间。同时又给你一个证券出口，你规范了之后可以上市，上市还有好处，你干不干？

路其实给大家都指明了，有认知的就去干了，没有认知的、跟不上的就会慢慢被淘汰。公司治理的外部环境不是很规范，做得到的企业就去做了，做不到的强迫也没用。

邹佳铭：您是说做不到的企业会被市场淘汰，要依靠市场的力量。

王 斌：是。

邹佳铭：我们接触一些民营企业，公司在形式上完全具备完善的公司组织架构，但是决策时实际上还是老板一人说了算。这样的公司，完全按西方公司治理的那一套理论，是不是也不接地气，可能也解决不了问题。我们前几天跟另一位专业人士谈到这个问题，他就认为民营企业家族管理没有什么不好。

王 斌：我完全同意这个观点，一家家族企业怎么能运转的顺畅，我们作为外人给的建议是很有限的，这家企业已经按照家族管理这个路子跑到今天，你换一波思路进去干，还真不一定能守得住，也可能崩掉。如果我们说他干的是全世界最先进的东西，比如互联网或笔记本电脑这类，他就不可能是那样子的，早就迭代过了。

所以我们没有必要把最先进的东西扔到一个最传统的行业里面去，替代的成本可能非常高昂，每个人各算各账，并不代表好的就是适合的。这个很正常，如果这个家族迭代不过去，也没有必要非迭代过去，可以通过投资布局，在一些新的行业里面再创造价值。

我们不要在一个固定的思考框架里去讨论这件事情的对和错，你跳开这个框架就发现有很多选项。很多家族，他们的下一代可能有不喜欢这个体系的，他们自己会想办法变革，他们自己会找出口，这就是一个生态演进过程。

邹佳铭：您是说具体到各个企业，它有它自己的成长路径和生命周期，不能大家都只能在一条跑道上，各自在自己的跑道上找到自己的节奏，才是最适合的。

王 斌：是，而且他按照所谓先进方法搞了，搞不好会把自己搞垮掉的。这是第一个观点。第二个观点，我们整个经济发展是一个单一模式发展，就是很简单的资产负债扩张模式，今天这条路已经不能走了，它必须先投三年、四年甚至五年的研发，行不行不知道，这里充满了不确定性。但是如果它一旦成功了，需要国家和法律能够保护它的知识产权。如果这些都得到保护，经济的转型就自然会发生。

邹佳铭：从法律或者行政监管而言，国家有一个相对统一的规范和指导性的东西，这是完全必要的。但是在一个种类丰富的市场环境里，每一种类型的公司，都有跟它最匹配的组织形式和管理模式，应当保持市场的多样性。

王 斌：对，能保持多样性，是这个经济体的福报，这是我的观点。

邹佳铭：感谢您的时间和分享！

致企业管理者：

感谢您抽出时间阅读“2020中国企业家法律风险报告”，如您对本报告有任何疑问/建议，或者想与我们进一步保持联系和沟通，请邮件我们：haveyoursay@trusmatic.com 我们收到后将及时给您回复，谢谢！



电话：010-6502 5949 / 186 1089 1162

邮箱：haveyoursay@trumatic.com

网址：www.trumatic.com