



2022

TRU
SMA
TIC-
LAW
FIRM

REPORT

中国企业家法律风险报告

China's Entrepreneur Legal Risk Report



北京和昶律师事务所
TRUSMATIC LAW FIRM

财富
FORTUNE CHINA



邹佳铭

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

卷首语

邹佳铭

他有典型东北人高大魁梧的身材, 穿着一件白色T恤衫, 站在中间, 慷慨激昂地陈词。最后, 他说: “我前半生的使命是为社会创造财富, 遭此劫难, 我觉得是上天‘苦其心志’, 赋予我后半生的使命, 推动中国法治进步, 让中国企业家有尊严地活着!”

听到这番话, 如果他不是站在法庭被告席上, 你无论如何都想不到, 这是一个被告人在法庭上的自我辩护。作为他的辩护律师, 虽然对他经历过什么, 了如指掌, 但是当他在法庭上一句一句讲出来, 还是让人扼腕叹息。

他从23岁开始创业, 案发前是当地知名的企业家, 连续十年当选中国青年联合会委员, 还是省劳动模范和“十大杰出青年”。

他人生的转折点发生在2007年, 这一年他和朋友投资了7,600万元, 与一家预备上市公司签订对赌协议。但是, 不到一年, 该公司实控人W在欠下数亿赌债后, 留下遗书, 人间蒸发了。他打赢了官司, 但是被执行公司是负资产, 法院说不能执行。15年前的7,600多万元, 也不是一笔小数目, 这个苦果他很难咽下。

“我那时还是太年轻了，认为没有自己迈不过去的坎，我在哪里跌倒的，就在哪里爬起来。法院无法帮我拿回钱，我就再投钱让公司恢复生产，做上市后再退出，这是当时唯一可行的挽回损失的路径。谁知道就是一念之差，让我跳进一个泥沼里，越陷越深。补发拖欠工资、工厂升级改造、借钱运营、对外收购债权……十多年来我一共投入4个多亿。最后落到的下场是，不仅拖累了公司和家人，自己的一只脚也已经踏进了监狱里。”

这是他一审被判15年，我作为二审律师，第一次见到他时，对我说的一番话。这种震撼，让我至今难忘，因为如果不是在看守所，我听到的就是一个企业家再创业的故事。他们不服输，勇敢无畏、下定决心后就像滚滚长江水，一往直前。

但是，一切都在W两年后“死而复生”而改变。W向司法机关举报，在工程改造过程中，利用关联交易，多付工程款，造成公司损失。民事诉讼进行了20多起，W全部败诉。刑事举报在当地两次以专案立案，最后都以证据不足撤案。

第二次撤案的第二天，案件被指定管辖到异地，同时他也被指定居所监视居住，由此开启了他的地狱之旅。在暗无天日的日子里，他曾三次自杀，最严重的时候在当地医院无法救治，被转移到省医院，在重症监护室昏迷了七天之久。后来，公诉机关指控他利用关联交易，涉嫌职务侵占3亿多元。

二审开庭时，正值东北隆冬。他激动而愤慨，汗水湿透了衣衫。最终，法院以“事实不清，证据不足”，将案件发回重审。同时，在司法整顿中，背后主导这个案件指定管辖的公安厅长、办案机关的公安局长、具体负责承办的经侦队长，全部被刑事调查。让我不禁想起一句老话：“不是不报，时候未到。”

他的案件也在发回重审后开庭，法院给予了高度重视，副院长亲自担任审判长主持庭审，不仅调取了之前一直不予出具的对他有利的证据，还让关键证人出庭。证人出庭时谈到一个细节，在最有争议的工程量造假的指控中，控方提供的最关键的证据，是资产评估报告。在评估测量现场，W一直派专人专车陪同办案人员，最初的专业测量人员测出的工程量比结算的可能都高，办案人员就不用这个结论，换人重新测量，并且在测量中明显造假，少算……这就让W与本案理不清的关系逐渐浮出水面。

重审法庭在庭审中务实的态度，让他少了原来的激烈和愤恨，多了些理性和平和。在说完自己的经历之后，他说：“不经历那段生不如死的日子，我无法亲身体会到程序正义的重要性。如果仅强调实体正义，现实中就变成了我说你有罪，你就有罪，什么样的证据都可以通过‘熬’人逼出来。我和证人都是通过指定居所监视居住取证的，我知道他们也和我一样遭遇了什么。指定居所监视居住，本来

是一个人性化的制度，但是在实践中已经变成刑讯逼供的温床，我国的法律应当重新审视并废除指定居所监视居住。”

三年的羁押时间，让他熟读了很多法律书籍，也多了很多深刻的思考。开庭后，他对我说：“我真的想把那些经历都忘掉。每说一次，我就扎心般痛一次。但是，我不说出这些，就没有人知道指控我的那些证据是怎么来的。我只要一个公平的判决，我也希望我的案件能够引起重视。民营企业家也是人，即使涉嫌犯罪，也应当把他当人看待。如果以正当的证据判定我有罪，我就认了，也给其他的企业家一个教训。如果以这些非法证据判我有罪，我死不瞑目。但是，我真的不忍心我七十多岁的老父亲总在为我伸冤的路上，这条路太苦了。”这个以死抗争的男人，说到这里，眼角已经湿润了。

最后，他说：“如果我能出来，一定要和你一起做一些有意义的事。我也希望你把我的故事告诉企业家们，所有的风险，都是来自于人的风险。如果遇到下三滥的对手，一定要及时止损。”

我知道，他的每句话，背后都是血和泪的教训。他找了一个毫不知底细的赌徒合作，这个赌徒，可以赌上自己打拼十多年的企业、信誉还有“生命”，那还有什么是不能出卖的呢？当企业家的勇敢和冒险，遭遇赌徒的孤注一掷，碰撞出来的一定是电光火石的鏖战。但是，胜者不一定是最强大的人，反而是最没底线的人，因为这样的对手为利益可以不讲任何“武德”。尤其是当利益和权力联手，可以说是“所向披靡”，本案中的诸多违反程序的操作就是证明。

如何防止这样的悲剧重演，除了司法坚守底线，就是远离这些人。一个选择的对错，很多时候取决于与谁合作。巴菲特说过：you cannot make a good deal with a bad person。所以，不论是合作，还是竞争，都应该找对人。如果人错了，就应当及时止损。当然，说起来容易做起来难，尤其是企业家都是靠不服输成功的。

他的故事还没有结束，但是我们已经看到了曙光。当地启动了对政法机关损害法治营商环境的整治工作，相关的办案人员被调查，一审法院以全新的态度重新审理该案……我们感受到“民营企业家心无旁骛的干事业创造更多安全感”正在一步步落实。

毫无疑问，这段经历一定是他人生的转折点，就像凤凰涅槃，他从创造财富到创造价值，又何尝不是企业家的自我救赎。中国民营企业家有尊严地活着，需要全社会长期的努力！

邹佳铭

2022年9月

目录

Contents

综述	02
----------	----

企业家十大法律风险

I . 如何避免被指控为犯罪?	05
II . 合规, 到底有什么用?	12
III . 如何建立有效的反腐败合规体系?	20
IV . 税务筹划怎么做?	29
V . 独董怎么当?	36
VI . 元宇宙有哪些“法律元规则”?	43
VII . 企业如何合法营销?	50
VIII . 算法推荐的红线是什么?	57
IX . 私募有哪些常见“雷区”?	64
X . 污染环境, 有哪几重罚?	70

调研数据解读

2022中国企业家法律风险调研数据解读	77
---------------------------	----

综述

2022年,是我们受新冠肺炎疫情持续影响的第三年。面对持续的经济下行压力,政府在积极采取措施,为企业纾难解困的同时,也进行产业方向调整,加强行业监管。这些变化,增加了不确定性,提高了法律风险,值得企业家们重视。

自2019年开始,北京和袒律师事务所与《财富》(中文版)联合发布《中国企业家法律风险报告》。按照年度,我们忠实记录和分析中国企业和企业家的法律风险,希望通过不间断地观察和研究,能够持续为中国企业和企业家画出法律警示红线,守护中国企业的健康发展。

今年,通过截至2022年7月16日的问卷调研,我们发布了中国企业家在2021年至2022年度最应当关注的十大法律风险。该报告是对这些法律风险的回应,尽我们的专业所能,为中国企业家解读风险或提出解决方案。

一、有些经济犯罪的指控是可控的

现代商业社会的大部分犯罪,都起因于经济纠纷或通过不当手段获取经济利益,我们称之为经济犯罪,以此区别于杀人、放火等传统刑事犯罪。抓住“经济利益”这个源头,就可以控制它的发展势头,避免走到指控犯罪这一步。

具体来说,刑事立案的导火索一般是债务纠纷、股东内讧和行政监管。面临这三类问题时,重中之重是避免事态恶化。把握两个重点,第一是“正心诚意”,好的态度,是良性沟通的前提;有沟通,就不会致人于犯罪的死地。第二是“破财消灾”,于对手而言,因钱而起的矛盾,钱就是解药;于监管而言,监督改正是目的。认罚就是最好的认错,都改错了,就没必要移送公安做犯罪惩罚了。

二、合规是公司发展的软实力

合规,对小公司而言,是立好规矩,避免长大后积重难返;对大公司而言,是对抗熵增,避免“三个和尚没水喝”的困境。可以说,任何公司都应当做合规。

但是,合规不是解决问题,而是解决方案,中间的差别就在于落地执行。执行力又来源于公司高层的价值观,它最终决定了合规体系下,公司留下什么样的人,做什么样的事。这就是合规的有效性,也是决定一家公司能否长期健康发展的软实力。

三、合规是企业反腐败的“利器”

企业内部出现腐败，往往是管理问题。所以，建立一套有效的反腐败合规体系，加强内部控制，是预防和治理腐败的高效方式。

合规体系如何建立没有定式，但核心要义是共通的：设合规组织、建合规制度、重制度落实。以此为基础，企业可结合规模大小、具体业务等实际情况，量身定做，并根据实施情况不断调整、完善。合适的、管用的，就是最好的。

四、税务筹划合法优先

税务筹划到底能不能做，取决于企业的初心。记住黄金原则：如果企业的税务筹划优先考虑的是避税、省钱，那大概率就是逃税。但如果企业优先考虑的是尽纳税责任，做到完全合规，不留后患，那踩坑的概率就小了很多。

值得一提的是，金税四期上线，让企业逃税更难。可以说，金税四期是X光机，不管企业穿多么花里胡哨的外衣，都可以看到内里。金税四期不仅查账，更看现金流向。很多企业的垮掉，都是从查税开始的。所以，税务筹划可以做，关键是怎么做。

五、独董要尽勤勉义务

过去，独立董事定位是上市公司的标配“花瓶”。康美药业一案，独董开始为公司的违法行为承担天价的责任，倒逼“花瓶”转型，真正担起监督职责。

怎么当好独董，保护自己免受无妄之灾？免责的关键，是履行法定的“勤勉义务”。很多独董对“勤勉义务”的理解，与法院、证监机构的要求存在偏差。既然是否担责的话语权在于监管和法院，独董就要转换视角。我们将从履职前到履职中，甚至履职后，为独董提供“法定”视角的解读。

六、“元宇宙”也有中国特色

如果问元宇宙到底是什么？绝对是各执一词，没有定论。但是，元宇宙一定不能做什么，反而是十分清楚的。不管是什么宇宙，终归是“人”的宇宙。

中国的元宇宙，就得按照中国的监管来。目前看有六条清晰的红线：第一，元宇宙不能非法集资，要与金融业务绝缘。第二，元宇宙要保护好著作权和数据安全。第三，元宇宙平台要备案，不非法设置交易场所。第四，元宇宙不能使用虚拟货币结算，还要反洗钱。第五，上市公司不能炒作元宇宙概念、操纵股价。第六，不借用元宇宙进行传销、诈骗。

总之，元宇宙的前途美好，但是道路曲折。记住六条底线，才能成为元宇宙的“头号玩家”。

七、广告营销不能违法、违规

商品、服务要做好，广告也要打得好。一个好的广告，宣传效果是其次，不触碰违法违规的底线，避免为企业“反向营销”才是重点。

广告合规的重点，是把握广告文案内容，避免知识产权侵权；坚守商品品质宣传中的真实性，规避背后的民事、行政和刑事三重责任。

八、算法推荐有两大红线

监管之势，从网络、数据、个人信息，蔓延到了算法。面向用户、服务用户的推荐算法，已然必须合规。算法推荐如何合规？监管给算法推荐划了两大红线：一是不得侵犯用户个人信息；二是不得威胁社会稳定和秩序。

而解决问题的方法从问题中来，算法推荐合规的方式正从算法推荐的红线中来：一方面，遵守“告知、同意”；更快、更积极主动的处理侵权信息以保护用户个人信息。另一方面，识别、处理算法推荐的内容；在法律的框架内，平衡好社会责任和商业利益，设计算法推荐的模型，以维护社会稳定和秩序。

九、私募不要踩到“雷区”

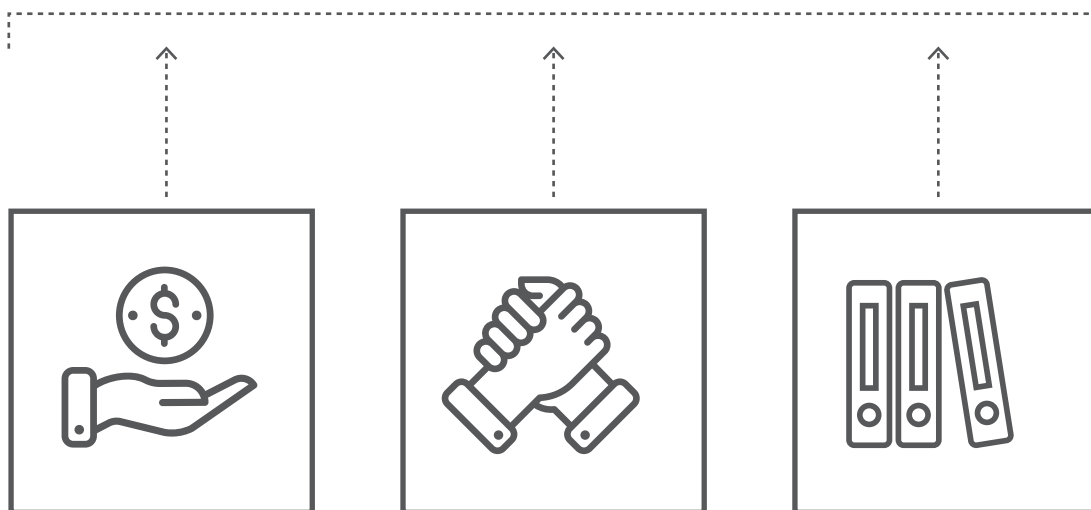
颇为神秘的私募行业，近几年增长的曝光率，常常与刑事案件关联在一起。这是前些年宽松监管环境下，一些惯常做法遗留下的后患。

在国家加强监管的背景下，“别人都这么做”，从来不能减轻责任，盲目“从众”会给自己招来犯罪风险。过去的惯常做法，不论是资金的募集，还是不同类型私募的运作，都对应有严厉的刑事风险。了解私募行业的常见雷区，做出理性应对，才能避免触雷。

十、企业污染环境代价很沉重

国家对环保呈现强监管态势，体现为严格的法律规定和更强执法力度。环境被污染，涉案企业可能要同时承担多重法律责任：行政上被“亮红牌”，刑事上被定罪处罚，民事上巨额赔偿。

如何避免被指控为犯罪？



债务纠纷

- 1、先解除被立案风险
- 2、诚信是处理债务问题的关键

股东内讧

- 找对人是关键：
- 1、有良好的品行
 - 2、志同道合
 - 3、按贡献分利益
 - 4、有内讧，破财消灾

行政监管

- 1、有错认错
- 2、尊重他人和事实
- 3、改错有行动



通过合规提升内控力是根本

如何避免被指控为犯罪？

邹佳铭

作为一名刑辩律师，我们很少有“回头客”，因为一个人遭遇多次刑事指控的可能性微乎其微。但是，一家曾经的上市公司（以下简称“A公司”）却在几年时间里，多次被刑事举报，我也和他们一路经历了这个过程。

A公司的案例很有代表性。很多时候，经济犯罪，外人能看到的仅是露出水面的冰山一角，隐藏在水面下的是庞大的山体。主要包括债务纠纷、股东内讧、行政监管等起因，这才是根源所在。如果我们能事先做出正确的应对，就能避免利益相关方之间剧烈的冲突，将矛盾移交到司法机关，最终矛盾浮出水面，就形成了犯罪。所以，有些犯罪的指控是可以避免的。

一、债务纠纷

第一次，A公司还未退市，有一笔借款到期不能偿还。债权人以A公司没有如实披露财务信息，隐瞒债务，导致其相信A公司具有偿债能力，被骗出借资金为由，举报A公司合同诈骗。

第二次，B公司利用对A公司的应收账款，向一家保理公司融资，因为借款不能按期偿还，保理公司以B公司和A公司合谋串通为由，被举报共同合同诈骗。

第三次，A公司已退市，有一笔在某融资平台的借款没有按期归还。该融资平台涉嫌非法吸收公众存款罪。办案的公安追赃到A公司，在A公司无法偿还这笔借款的情况下，公安说如果查到公司有涉嫌犯罪行为，将被立案调查。不过如果公司把借款还了，就没什么事。

以上三笔债务有一个共同点是，债权人都提起了民事诉讼，法院也支持了债权人请求，只是A公司没有偿债能力。

很明显的是，刑事举报或立案威胁，都是在正常的讨债或追赃程序无望的情况下的“升级”措施。因为只要公安立案，就能抓人，人进去了，钱才能被“逼”出来。这样的例子并不少见。

虽然公安部一再发文,禁止公安机关插手民事纠纷,但是屡禁不绝,足以说明刑事讨债的“有效性”。这一做法在“扫黑除恶”期间又再次“升级”,从举报普通犯罪上升为举报“黑社会”或“恶势力”。

但是,与A公司欠人钱被举报不同。被举报为“黑社会”和“恶势力”的往往是债主。因为讨债难,民间借贷讨债更难,光动嘴没用,动手又可能被抓,很多时候债主就用“撒泼耍赖”的方式,在灰色地带游走。但在“扫黑除恶”的背景下,这些“踩钢丝”的行为,很可能被评价为“软暴力”,这就是“黑社会”或者“恶势力”的特征。

C公司就是如此。它实际上是家族企业,夫妻俩从上世纪九十年代末起,白手起家创业,有一定积累后创办了一家小额贷款公司,将上亿元的资金借贷给一个房地产项目,在经过数次多人的催讨未果后,向法院提起诉讼,并申请诉前财产保全。

法院将要下判之前,他和妻子被债务人举报黑社会,主要的事实就是讨债过程中的“软暴力”,不仅夫妻俩被抓,所有财产被查封,民事诉讼也被中止,他们不仅从债权人变为了被告人,还被指控为黑社会犯罪集团的组织者。当然,债务人的债务也由此被豁免。

再回到A公司案例。它第二次被举报,之所以被和债务人B公司“捆绑”在一起,也是因为上市公司一般具有更强的偿债能力,被债权人拉上“垫背”,就多了些“胜算”。

不论为讨债,还是赖账,还有各种类型的经济纠纷,引发的刑事举报,归根结底都是钱惹的祸,且具有一定的普遍性,因为“天下熙熙皆为利来,天下攘攘皆为利往。”这类犯罪的背后,是复杂的利益纠葛,力量较量。如果及时妥当应对,矛盾可能就不会升级到公安介入这一步。如果你因为债务纠纷被举报,有如下建议:

1、先解除被立案的风险,这是重中之重的工作

公安机关受理刑事举报之后,正式立案之前,都有一个初查程序,一定不能错失这个时机,积极主动向公安机关说明情况,提供相关证据,尤其是证明案件是民事纠纷的证据,说服公安机关认定为民事纠纷,不做刑事立案处理。没有腹背受敌之困,才能赢得与债权人沟通的时间和谈判的空间。

2、诚信,是处理债务问题的关键

社会上流行一句话“欠钱的是大爷,要钱的是孙子”,很形象地描绘了两者之

间的“倒挂”的现象。债务人之所以有恃无恐，是因为我国民事执行力度有限，这也是债权人纷纷“求助”公安的原因。

债权人走到举报这一步，很多时候是与债务人沟通或民事执行无望，看不到希望所致。只要不是金刚不坏之身，都可能被挑出毛病，举报为“犯罪”。我们当然要相信司法机关的公正，但是执法能力、水平不一，仅寄希望司法机关公正执法的风险还是存在的。只要进入刑事程序，企业和个人受到的冲击就是致命的。

所以，还是回到根本，借钱还钱，天经地义。拿出诚意沟通，不仅说困难，更要有行动。不仅要先拿出还钱计划，还要尽可能地先做部分履行，债权人看得到希望，就不会走极端。我们按照这个方案，和A公司一起化解了因债务被立案的风险。

二、股东内讧

2022年3月24日，上市公司吉林华微电子股份有限公司（以下简称“华微电子”）发布一则公告，一起曾经的股东与现股东“厮杀”的内幕被公之于众。

当事人王宇峰，于2006年至2014年担任华微电子副董事长，后辞去所有职务。2015年，王宇峰与华微电子实际控制人曾涛之间因为股权纠纷，进行了数年诉讼，最终法院驳回了王宇峰的全部诉求。

由此，双方转战下半场，王宇峰通过媒体爆料，华微电子实控人收购股权和配股的资金都来源于上市公司。据公告称，王宇峰还持续栽赃捏造上市公司财务造假，引发监管层关注，上交所向华微电子下发了监管工作函。

华微电子及董事长则实名举报王宇峰，在华微电子任职期间，直接实施或指使员工实施侵占公司资产行为。现王宇峰已被吉林警方以涉嫌职务侵占罪立案调查。

这一幕剧情并不陌生。据相关数据统计，在中国，1至3年的企业通常死于现金流，3至10年的企业通常死于股东内讧。也就是说，在穿越头三年的生死线活下来，能够盈利的企业，后面面临的最大考验是，内部如何分配利益。如果做不好这一点，不仅企业走不下去，更危险的是，人也进去了。

我们熟知的真功夫、雷士照明、爱多VCD等，都是合伙人内讧，把曾经的创业伙伴送进了监狱。还有结局没有这么悲壮的，人保住了，但是公司发展遭遇了重创，比如比特大陆、健力宝、西少爷等。

如果说,为讨债或经济纠纷而起的外部举报,很有“碰瓷”的感觉,毕竟外人对公司内部的信息掌握有限。那么,股东举报,很多时候都是有凭有据,因为是内部人,彼此知根知底。有句话说:“堡垒都是从内部攻破的”,华微电子能把王宇峰送进看守所,一定是用证据说话;王宇峰举报实控人收购和配股资金来源于上市公司,也不会都是空穴来风。

企业家的牢狱之灾,很多时候都来源于身边的人,只不过外人看到的只是他(她)进去了,看不到的是他(她)是如何进去的。

合伙人是事业搭档,但是,这是有前提的,只有合伙时才是“搭档”,闹到散伙的地步,很可能就是你死我活的“对手”。这个对手,与众不同的地方在于,你之前和他(她)肝胆相照,甚至还一起做了“坏事”,所以,他(她)对你的弱点了如指掌。这也是股东内讧往往都是悲剧结局的原因。

避免内讧,重中之重是找对合伙人。就像是婚姻,人对了比努力更重要。在漫长的经营过程中,有分歧,有利益冲突很正常。对的人,合作时共赢,散伙时一别两宽。面对内部利益之争,行为有底线的,不会置人于死地;做事有诚意的,协商才有可能。有几点值得强调:

第一,合伙人要有良好品行。如何在合伙之前作出判断呢?说难也难,说容易也容易,就按照老人看人的两条底线:首先,没有不良恶习,有赌博和吸毒等恶习的人,不仅毁掉自己,身边的人也会“搭进去”,因为他(她)们为了钱不择手段。其次,善待家人。如果不能善待身边的亲人,更不可能善待合伙人。

第二,赚钱和做事业是截然不同的两条路,没有对错,但是目标不一致,路径就不同,志同道合。合伙之前一定要确认双方的最终目标,实现的路径是一致的,这虽然很务虚,但是很重要。

第三,按贡献分配利益,是合伙的基本原则,合伙协议要为利益分配留有腾挪的空间。

第四,因钱而起的纷争,钱就是解决方案。“破财消灾”是股东内讧的万能解药。只要人安好,诚信在,钱还能赚回来。

三、行政监管

再回到A公司,第四次被公安机关调查,涉及到的是四年之前(上市期间)不披露重要信息和违规担保的事件,且涉案事实已经被证监会做出过行政处罚,几年后,证监会将该案线索移送公安机关。

这其实是刑事案件很重要的一类来源,行政监管机关在执法的过程中,将严重的违法行为移送公安机关立案调查,做犯罪处理。比如,税务稽查移送逃税案件、海关移送走私案件、环保部门移送污染案件等等。

这是现代商业社会企业家犯罪的特点,大部分都是所谓的行政犯,也就是以违反行政法规为前提的犯罪。这些行为在进入刑事调查程序之前,很多都被行政机关调查或处罚过,行政监管往往是刑事立案的前置程序。

重要的是,监管机关调查的结论,一般也是刑事审判定性的根据。比如,在证券犯罪中,如果证券监管部门认定相关信息是内幕信息,在刑事诉讼中,司法机关一般会照单全收。要在刑事程序中推翻监管机关的认定,难上加难。所以,一定要重视行政程序,尤其是有听证程序的,应当有理有据地陈述理由,争取最有利的结论。

更为重要的是,行政监管程序还可能成为罪与非罪的“分水岭”。理论上讲,只有情节恶劣、社会危害性严重的违规行为才应移送公安机关做犯罪处理。但是,“恶劣”、“严重”都是主观判断,除了常见的数额之外,主要考察的是认错的态度、改正的行为、造成的后果等。对行政监管程序不同的应对方式,就决定了案件的不同走向。

有一个非法采矿的案件,由当地水务局移交给公安。原因在于,被告单位在河道超范围采砂,被水务局做出罚款处罚,并要求其回填、清理河道,恢复河道生态。但是,被告单位一直回避执法机关,且拖延不履行罚款和其他修复义务,水务局认为其态度恶劣,便将案件移送公安,公安以涉嫌非法采矿罪立案调查。

在这个案件中,不认错和不履行处罚都是致命错误,这足以让行政监管机关做出违法性质恶劣,向公安移送的决定。这就是典型的错失处理最佳时机,让本可以消化在前置程序中的“小事”酿成了大祸。

其实,行政监管和刑事诉讼的目的不同,前者强调的是监管,最终目的是帮助企业纠正错误,面向未来规范经营。后者强调的是惩罚,面对的是过去的错误。在情节不是很严重的情况下,如果企业诚恳接受处罚、积极配合整改,监管的目的达到了,就没有必要置企业于死地。

仍以非法采矿案为例,正确的解题思路是,首先承认超范围采砂是错误的,这是处理问题的基础。其次认罚,应积极主动履行。如果有困难,可以向行政机关反映。老话说:“伸手不打笑面人”,很多时候,态度到了,没有对立,行政机关就会和企业共同解决问题。

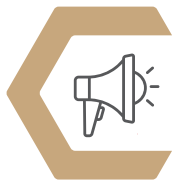
应对行政监管,有如下建议:



第一,行政机关是管理或执法部门,与企业本来就不是对等关系,一切被动和消极的行为,都是挑战权威,结果很可能是鸡蛋碰石头。有错认错,是处理好问题的基础。



第二,监管人员也是人,也会有同理心和情绪,与他(她)们打交道的正确态度,是不要制造对立。尊重他人,尊重事实,才有理性沟通。



第三,改错也很重要,也就是接受处罚。即使履行有困难,也应当在能力范围内先履行。有态度,就会有正反馈,事态才不会升级。

四、合规改革

2020年以来,最高检在全国推行合规不起诉改革试点,提出“办理一起案件、辅助一批企业、规范一个行业”的理念,刑事诉讼的理念从“处罚”向“规范”转变,并且颁布了一系列规章制度,全面开展涉案企业合规改革。同时,刑法和刑诉法也将做相应修改,将合规作为定罪和量刑必须考虑的法定情节。

涉案企业合规整改指的是,企业涉嫌犯罪,检察院如果认为涉案企业值得挽救,可以给一个考察期,指定合规监管人指导、监督涉案企业做合规整改。考察期满后,经检察院审查认为合规整改有效的,可以做出不逮捕或不起诉决定。

这是司法机关执法理念的根本转变,刑罚是往之前看,注重的是惩罚;合规是往之后看,注重的是规范。这对企业而言,绝对是利好消息,企业应该更新观念,与其出现问题后被动应对,不如建立合规管理,事先防范问题出现。

高层做出合规承诺,构建合规组织,落实合规计划,是合规体系有效运行的基础。这不仅能防范法律风险,即使在风险出现后,具备合规体系的涉案企业,更能被检察机关启动整改程序;有合规管理基础,更具备有效整改的能力,避免被处罚。

总而言之,商业社会,“利益”是矛盾的根源。遇到纠纷,破除对立思维,换位思考、让渡利益;遇到执法,有错认错认罚。避免事态往刑事程序转化,就要把问题解决在前端。尤其在合规改革的背景下,企业更应顺应大势,通过合规从根本上提升企业内控力,未雨绸缪好过亡羊补牢。

合规, 到底有什么用?

合规到底有什么用?

- 1、合规是规避风险的必要非充分条件
- 2、合规能提升企业内部控制能力
- 3、内部控制能力支持企业长期健康发展



合规为什么没用?

- 1、合规计划不能落地执行
- 2、风险不仅来自于内部, 还有上下游
- 3、监管是动态的
- 4、企业在发展变化中



合规是什么?

- 1、合规是解决方案, 不是解决问题
- 2、合规的有效性, 在于执行
- 3、执行力, 来自公司高层的价值观

合规，到底有什么用？

邹佳铭

最近，有位做制造业的朋友对我说，他所在的公司去年请律师团队做了合规，但是他觉得没有什么用，这是为什么？

他的疑问，实际涉及到三个问题：第一，合规是什么？第二，如果没用，是什么原因？第三，合规，到底有什么用？

一、合规是解决方案，不是解决问题

合规，是一个很宽泛的概念，可以分为对内和对外两个部分。对内，公司要求员工的行为符合员工手册和规章制度等，违规最直接的后果，是损害公司利益，最典型的的就是内部舞弊和腐败。

对外，合规要求公司管理者的决策，符合国家法律法规和商业伦理。比如，上市公司违规信息披露，企业违规排放污水，食品添加剂超标，等等。这类行为的直接后果是损害消费者权益，破坏社会秩序等，可能招致行政机关的处罚，严重的更是涉嫌犯罪。

感觉合规没用，某种程度上就是合规的有效性问题，这不仅是企业家关心的问题，也是执法机关重点考察的问题。对于企业而言，做合规是为了解决问题，避免被处罚的风险。没有效果，钱就白花了。

对于执法机关而言，最高检实施的合规不起诉改革，将合规的有效性评价，作为是否起诉的依据。因为无效的合规，不能防范再次犯罪，不起诉就没有意义了。

朋友之所以问合规为什么无用，原因在于他首先建立了一个假设：只要做了合规，一切问题就迎刃而解了。但是，这个假设是不成立的，因为合规只是一个解决方案，并不能直接解决问题。

是否有效，首先取决于方案是否对症。这涉及到很多具体信息，我们不在此文中讨论。在合规计划对症的假设之下，合规是否有用，就取决于计划能否落地实施。

就像减肥，虽然方法很多，归根结底无非是少吃、多动。但是，好吃懒做才是人的本性，所以减肥成功的是少数。合规，本质上是内部纠错措施，执行中的困难重重。

二、合规的有效性，取决于公司价值观

有一个常见的误区是，建立了一套合规管理体系，合规就是职能部门或外聘专业人员的工作，公司“坐享其成”就可以了。其实，执行中的障碍，主要涉及到人、财、制度和对外决策四个方面：

1、钱

建立一套完整的合规体系，是一笔不菲的投入。除了前期搭建合规组织，经营过程中仍需要持续投入。

比如，汽车龙头企业——吉利汽车集团，2014年起设立合规管理部门委员会，以反腐败合规为核心，从上到下500余名合规人员，覆盖了企业各个角落，这就是一笔庞大的开支。

同时，在短时期内，反腐合规，必然会导致订单减少。流程控制和岗位制约，也会导致效率降低，这都是消极的投入。

当然，投入也是有回报的。据报道，在十多年时间里，吉利集团已查处了数百起不合规案件，挽回经济损失数亿元。最重要的是，合规管理体系也助力吉利走出国门，是成功收购沃尔沃不可缺少的条件。

问题在于，我们看得见的是真金白银的支出，看不见的是有效合规带来的收益。

2、人

企业内部舞弊和腐败，都是人的问题。除了正向的教育、培训，反向的监督、调查和处罚，是十分重要的，也是最有挑战的。

(1) 高层舞弊

高层舞弊一般是公司内部掌握一定资源的人，要么是公司的“老臣”，要么是公司的“能臣”。他（她）们不仅和公司有千丝万缕的感情联系，也往往在公司的运营中起到举足轻重的作用。

如果他(她)舞弊,对他(她)们的处罚,不仅直接关系到公司的运营和业务,还可能影响公司形象。这不仅需要权衡利弊,还要割舍感情,很多时候是一把手才能做的决定。

(2) 基层舞弊

基层的舞弊,往往发生在特定岗位,比如,仓库保管员、财务人员、运营、采购人员等,这些岗位直接接触财物或者掌控资源,“常在河边走,难免不湿鞋。”

对于人性中幽暗的部分,反向的处罚可能比正向的教育和培训更重要,因为只有处罚是通过行动执行制度,这样才能树立制度的权威。

但是,处罚是建立在内部举报和调查的基础上。很多大公司虽然有举报和内部调查制度,但是收效甚微。因为这都是得罪人的事,如果没有配套的制度保护举报人,清除调查的障碍,公布调查的结果,赢得员工的信任和支持,这些制度就是摆设而已。

3、制度

现代人几乎生活在一个被制度所织就的大网中,大到法律,小到各种规矩,它们无所不在,也很容易成为空气般的存在。除非被处罚过,我们才能认识到它的存在,并成为行为准则。

很明显的例子,就是交规,如果没有罚款和计分制,人们就很难自觉遵守。合规管理也是如此,只有通过处罚建立制度的权威,才是有效的。这就涉及两个方面的问题:

其一,“有要求就有处罚”,比如,公司禁止员工接受供应商的宴请,那么一定要规定违反制度的后果。因为制度都是反人性的,不可能依靠人的自觉。有处罚的制度,才能生出牙齿。

其二,“处罚与行为相当”。如果规定员工接受供应商宴请就开除,这样的处罚太严苛,要么根本无法执行,要么执行效果不好,最终都是不了了之。这样的结局,可能比没有处罚更可怕,因为它释放的信号是,做错事没什么,制度不过是说说而已。

所以,制度不是拍脑袋决定的事,制定前充分调查、论证,制定后严格执行,才能让制度成为行为准则。

4、对外决策

企业的对外决策，必须协调自身与国家、社会公众和其他第三方的利益。如果使他人或国家利益受损，就是风险的来源。

在中国公司目前的发展阶段，对于大多数企业而言，决策都是利益和风险之间的权衡，违规某种程度上就是追求利益付出的成本。在这个计算公式下，对外决策涉及两个问题：

第一，如何看待利益？利益简单来说就是两种：短期利益和长期利益。比如，2022年5月，比亚迪再陷废气排放风波，在疫情期间市场缺货的情况下，比亚迪开足生产力满足市场需求，获得的利益是现成的，这是短期利益。

但是，比亚迪要在长沙长期发展，就必须获得周边社区和当地政府的支持，这就要在周边居民的健康、当地的环保和企业的利益之间进行协调。那么，从长期利益考虑，它就应当克制产能，合法合规地排放。

第二，如何看待风险？利益很多时候是眼前看得见的，违规风险却具有偶然性。就像逃税一定能少交税，被处罚的风险却是概率。

这个概率一方面在于执法的严厉性和公正性，我们不在此讨论。另一方面，则在于决策者的认知。现代商业社会，违法和犯罪，并不仅是我们所熟知的杀人、行贿等，而是由各种法律法规编制的错综复杂的大网，由此产生的犯罪都叫行政犯，它不是一种我们在社会生活中自然知道的恶，而是因为法的制定而产生，具有很强的专业性。不知风险所在，才是真正的风险。

这就需要企业决策之前，能获取充分、专业的法律建议。有专业的合规人员，合规意见能独立地呈现给决策层，是十分重要的。这就需要组织、职权设置等方面的支持，比如，公司赋予合规部门更高的管理层级，实行垂直的考核机制，避免被其他部门所牵制，合规部门应该直接向董事汇报等。这就是合规管理中最为重要的独立性原则。

当然，合规也会遭遇中国公司内部人控制的障碍。但是，合规对标的是行政监管和刑事犯罪的风险，这种风险的背后是国家权力。公司控制人可以无视公司治理规则，因为控制权在握。但是，不可能无视合规风险，因为没有人可以对抗国家权力。就此而言，合规管理比公司治理更有约束权力滥用的强制力。

但是，对于不考虑长远利益和不计风险的决策者而言，合规仍旧是无用的。对一家公司而言，钱花在哪里，留下来的人是谁，对外决策如何平衡社会责任、第三方利益和自己的收益，最终取决于哪些人、哪些事、哪些利益符合公司高层的价值观。所以，归根结底是公司的价值观决定了合规是否有效。

三、合规，不能绝对避免风险

回答了合规为什么没用，我们再来看看合规到底有什么用？很多企业做合规，都是为了避免违规所导致的处罚，这无可厚非。但是，合规的有效性，还存在一个手段和结果的关系。

比如，对于射击运动员而言，专注力就是一种自控力，也是射中目标的核心能力。为获得这种能力，运动员需要接受长期的训练。但是，有了专注力，不等于每次都能射中目标，因为结果受现场的诸多因素的影响。

合规也是如此，合规是提升企业内控力的手段。但是，企业具有内控力，不能保证每次都达成避险目标，它只是达成目标的必要非充分条件。最后的结果，受外在各种因素的影响。

1、风险来源多元

以“老坛酸菜”事件为例，康师傅是被上游供应商所拖累。

完整的合规体系，除了公司内部控制之外，还应辐射到与公司关联的第三方公司，比如，供应商、代理商、渠道商、中介机构等。因为风险是可以传导的，这就是第三方合规。

风险波及更广的案例是，乐视网财务造假被查，连累多个保荐机构，被一同立案调查的北京市金杜律师事务所，被聘的其他IPO或定增计划都被中止审查。这就是由金杜律师事务所服务的一个客户波及到另一个客户，不是“连累”，而是被“株连”了。

除了上游供应商的连累，还有下游代理商的风险。这在医药行业体现得更加明显，国家为了加强反医药贿赂的力度，将与生产企业具有委托代理关系的经销企业和配送企业捆绑在一起，后两者的行贿视为生产企业的行贿，直接影响生产企业在招采中的信用评价。

针对以上监管措施，医药企业的合规中，就有专门的第三方案控，通过尽职调查、定期风险评估等方式，控制上下游的风险。但是，这种控制力终究是有限的，就像我们事后分析康师傅为“老坛酸菜”背的锅，总有点事后诸葛亮。企业在事前堵住所有漏洞，是难上加难。

2、监管是动态的

监管的职责是发现问题，同时也在解决问题中，不断升级监管措施，所以监管是动态的。尤其是强监管行业，比如金融、医药、App等，跟进监管步伐十分重要。

以国家对APP的治理为例,主要针对的是个人信息保护。作为一种全新的权利,法律对个人信息的认识,以及监管对它的保护,都是摸着石头过河,一边总结、一边立法、一边执法。

这几年监管的内容从违规收集、使用个人信息,到强制授权、窃拍、窃录,再到开屏弹窗广告、自动续费等各个方面,涵盖的面越来越广,保护的力度越来越大。

监管部门不仅发布了一系列文件,还展开了持续的“清朗行动”。企业如果不能及时跟进政策或监管动向,就可能撞在枪口上。据报道,2021年国家网信办部署开展15项“清朗”系列专项行动,累计下架应用程序、小程序2,160余款,关闭网站3,200余家,这些都是持续存在的监管风险。

3、风险是随着企业发展变化的

公司在发展的不同阶段,面临的问题和风险也是不相同的。

初创阶段,股权结构最重要,这不仅决定了公司的权力结构,也是公司隐藏在内部的最大风险源,股东内讧是公司解体的最大原因。

发展到成熟期,外部要关注的是融资风险。融资,既可能被雪中送炭,也可能是引“狼”入室;内部则可能因为管理层的固化和信息不对称,存在更大的舞弊空间。

如果发展到上市阶段,监管重点关注的就是财务、信息披露、违规担保、资金占用等问题,合规的重点是防范控股股东和实控人滥用权力,掏空上市公司。

所以,没有一套合规方案可以一劳永逸地解决所有问题,合规总是在发展中完善的,识别风险、监控风险、持续改进是有效合规的必经过程。

四、内控力,企业长期健康发展的核心能力

合规,虽然不能直接避免风险,但是它是通过一套机制,比如:风险识别、监测、应对和持续改进,提升企业控制风险的能力,这种内控力本身就是企业长期健康发展最核心的能力。

1、小公司立好规矩,才有未来

公司有大小之分,就有不同的合规理由和方案。

这里的公司大小,不是指规模,而是指品牌。它们最大的区别是,小公司就像

是企业中的“穷人”，最重要的是活下去，可失去的有限。所以，钱要花在刀刃上，安排专人或外聘专业人员，针对行业高风险点做专项合规，是比较经济可行的方案。

有必要强调的是，如果有把企业做大做强的“野心”，合规越早越好。如果对外不合规，企业可能在中途就夭折了。内部合规，则像是家长给孩子定规矩，从小养成好习惯，总比大了之后纠正坏习惯容易得多。

在实务中，大公司中发现的多人长期舞弊的问题，都是因为有小问题时没有及时解决，某些部门或环节处于一种失控状态，经年累月形成痼疾。2018年大疆发布公告称，内部舞弊导致大疆损失超过10亿元，这个数字触目惊心。这就是公司发展大了再解决问题的代价。

2、大公司不出错，就是发展

大公司就像是企业中的“富人”，不光被人“眼红”，所失去的也要多很多。

“老坛酸菜”事件中，虽然湖南插旗菜业是很多食品生产企业的供应商，但是大众和媒体关注的，主要还是两个大品牌——康师傅和统一方便面。更有律师消费者直接把康师傅诉诸法院，要求赔偿，这就是品牌大惹的祸。

据说，康师傅方便面受“土坑酸菜”事件影响，不仅产品被超市下架，股价在3月16日半天的亏损就高达43亿元。消费者要重拾对酸菜产品的信心，需要更长的时间。

更重要的是，按照熵增定律，公司发展到了特定阶段后，很容易陷入到一种阶层固化、制度叠加导致的混乱，最直接的后果就是内部舞弊和腐败。

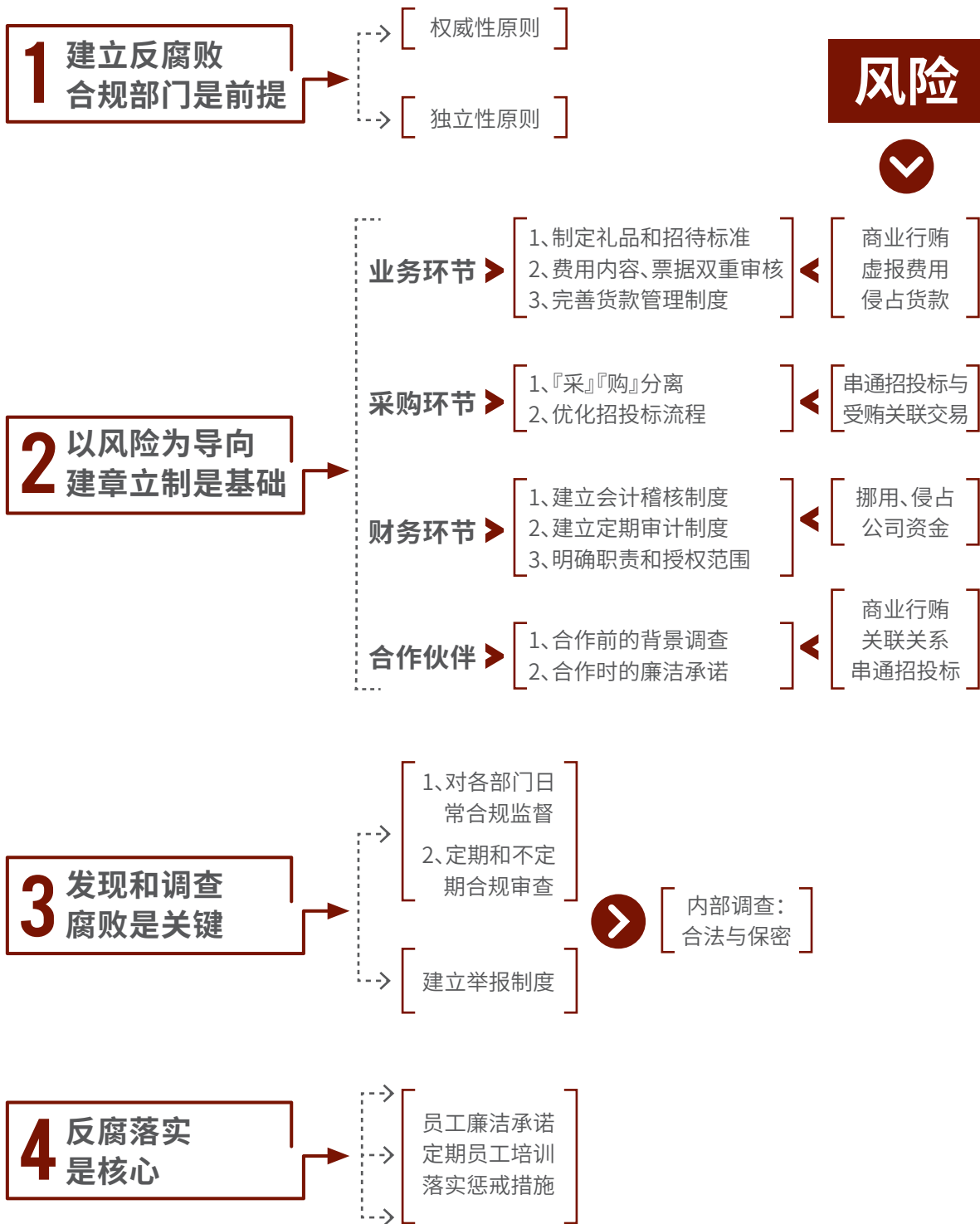
为对抗这种熵增，大公司部门越来越多，制度越来越复杂，流程越来越冗长。但是，如果人不严格执行制度和流程，看似多人负责，实际无人负责，就陷入了典型的“三个和尚没水喝”的状态，制度没有实效。

这个问题的症结在于，违规没有成本，或者制度没有权威。合规管理实际上是一种自我纠错机制，在纠正不合规的行为中树立合规权威，形成合规文化。文化对了，在合规土壤中才能结出合规的果实。

所以，公司越大，合规风险越大，合规收益也越大。对于大公司而言，不出错就是持续发展。

最后，回到最终的问题，合规到底有什么用？合规，通过提升企业的内控力，有助于达成避免法律风险的目标。但是，最终的实际效果，取决于落地实施的情况。是否落地，又取决于企业家奉行的价值观。求仁得仁，合规致远！

如何建立有效的反腐败合规体系？



如何建立有效的反腐败合规体系？

张卫峡

企业内的腐败行为层出不穷，如何进行预防和治理，是很多企业的一项大考。从企业内控角度来说，建立一套有效的反腐败合规体系，包括组织保障、制度建立、发现与调查以及制度落实四个方面，是预防与治理腐败行为，让企业稳健发展最好的方式。

一、组织保障是前提

有反腐败合规部门和人员，反腐败工作才能进行。为了合规工作能有效开展，合规部门应具有权威性和独立性两个原则。

（一）权威性原则

合规部门的权威性直接体现为：部门层级高，直接隶属于董事会或者最高领导者；部门负责人职级高，至少应为高管级别。

合规部门应具有权威性，原因在于：第一，反腐败工作可能直接触及被调查对象的利益，进而产生调查阻力，有权威才能减少甚至消除这种阻力；第二，反腐败工作可能涉及公司财务资料、业务合同、人事信息等核心材料，需要多个部门和人员的配合，只有具备调动上述资源和人员的实际权力，反腐败工作才能落到实处。

（二）独立性原则

独立性是合规部门的生命线。独立，没有利益牵扯，才能不受他人牵制，也才能客观和中立。这就要求企业至少做到以下三点：

（1）人事独立。合规部门要有专门的合规人员，且由部门自行决定招聘和管理。如果公司规模较小，合规人员需要兼任，也不能由销售、采购、财务等业务部门和职能部门的人员担任，避免出现“自己查自己”的情况。

（2）经费独立。经费是开展反腐工作的物质基础，如果需要经过层层审批，势必让反腐败工作因费用问题而受到掣肘。所以，最有效的方法是，由董事会或者最高领导直接审批。

(3) 汇报渠道独立。在各职能和业务部门设立合规岗位, 合规人员由反腐败合规部门直接领导和管理。汇报时, 为防止信息被截留, 合规人员应直接汇报给合规部门, 而非其所在部门领导。

二、以风险为导向建章立制是基础

建立反腐败合规体系的前提是, 知道企业存在哪些腐败风险。企业内部, 业务、采购和财务因接触钱和物最多, 所以也是贿赂、职务侵占等腐败高发的三个环节; 企业外部, 合作伙伴也可能是内部腐败事件的重要参与方。因此, 先对内部三个环节和外部合作伙伴建章立制, 是建立反腐败合规体系的重中之重。

(一) 业务环节

业务环节常见的腐败风险包括: 对外商业行贿、对内侵占公司财物等。商业行贿是业务环节最常见、也是最大的腐败风险。侵占公司利益的方式通常有两种: 一是出差、招待活动等费用虚假报销; 二是私自截留、挪用甚至直接侵占货款。

针对上述风险, 建立反腐败制度时, 主要从明确礼品和招待标准、完善费用报销审核机制以及货款管理三个方面入手。

1、制定礼品和招待标准

(1) 赠送高额礼品和高规格招待, 都可能被认为是商业行贿, 所以要限定礼品价值和招待标准。明确可能构成商业贿赂的具体行为, 一方面有利于引导员工实施合规行为, 另一方面也有利于合规部门根据已有标准进行合规性判断。

(2) 禁止在敏感时期和重要决策阶段送礼或者招待, 一般是指项目招投标期间、客户付款周期等。因为在特殊时期送礼或者招待, 即使是礼节性的商业往来, 也可能对交易相对方作出公平决策产生影响。

2、建立双重审核制度

双重审核制度, 即: 业务主管负责审核费用发生的真实性和合理性; 财务部门是最终付款的部门, 负责审核票据本身真假, 以及票据内容是否符合公司合规制度。

这是因为: 业务费用的审核, 如果完全由业务主管负责, 可能出现其为追求业绩, 而放任手下员工报销高额或者虚假费用的情况; 如果完全交由财务部门负责, 因其不熟知业务, 可能无从审核费用发生的真实性和合理性。

而双重审核有利于对同一笔费用进行全方位审核,预防业务人员通过虚报或者谎报费用,进行商业行贿或者侵占公司资金。

3、完善货款管理制度

业务人员不接触货款,也就没有截留、挪用或者侵占货款的机会。所以原则上,货款应直接进公司账户。如果有销售人员只能以个人账户代收的情况,也要进行明确,而且要尽量减少代收的情形。

销售人员截留货款后,可能导致公司将货款作为呆账、坏账处理。所以,财务部门在处理货款账目时,要能够直接与客户进行沟通,防止销售人员“从中作梗”。

(二) 采购环节

采购环节常见的腐败风险有两个:一是采购人员收受供应商贿赂,与供应商串通招投标;二是采购人员暗中设立公司或者成为其他公司的股东,与所在企业进行关联交易,从中赚取利润。企业可以从以下两方面,预防上述腐败风险:

1、“采”“购”分离

通常的采购,包括从供应商开发到付款全流程的工作。“采”“购”分离,则是对全流程中的“人”“钱”进行分离:“采”负责对供应商的寻源、议价、管理等“人”的工作,“购”负责下单、合同签署、申请付款等“钱”的工作。

权力分散,一方面,能够相互牵制,让员工想腐而不能腐,比如“采”的环节被引入的关联关系,而在“购”的环节,可能被淘汰;另一方面,即使供应商意图行贿,也会增加其行贿的难度,以及通过行贿想要达到的效果。

2、优化招投标流程

企业采取招投标方式采购时,应注重以下三点:

第一,招投标过程要尽可能公开,公开才能透明,才能降低暗箱操作的可能性,而且有利于其他合作伙伴监督和反馈;

第二,评标标准客观、细化,才能减少主观性评价,降低人为干预结果的概率;

第三,严格执行中标结果,才能防止出现擅自改变中标结果的情况。

(三) 财务环节

财务环节最大的腐败风险是,财务人员或者管理人员利用掌管公司账户、印章、管理财务工作等职务便利,挪用甚至侵占公司资金。除了财务环节自身的腐败风险,还有为业务、采购等人员腐败提供便利的风险。

财务环节的腐败,根本原因还是财务管理制度不完善,存在漏洞。完善财务管理制度,可以从以下三点入手:

1、建立会计稽核制度

稽核,就是在财务部门内部设立会计稽核岗位,对企业会计核算进行日常检查和监督,且独立于会计、出纳等岗位。

无论是挪用还是侵占资金,都可能在会计核算中反映出来,即使造假,也会导致会计核算出现异常。会计稽核,则能够审查会计核算是否合法、合规、有异常,以此预防或者及时发现挪用或者侵占资金的行为。

2、建立定期审计制度

审计不同于稽核,是从财务部门外部,对财务报表进行核查。反腐败合规部门设审计人员,对财务报表进行定期审计,不仅能够审查财务报表和账目的处理本身,是否合法、合规,而且能够审查财务数据所反映的有关业务活动,是否合法、合规。

3、明确职责和授权范围

有时候,管理人员可能利用管理财务工作的职务便利,挪用或者侵占公司资金。针对这一问题,要明确会计、出纳等岗位职责,以及管理人员的授权范围,即使管理人员授权,员工也知道哪些可为,哪些不可为。当管理人员授权的事项超出范围时,财务人员就有拒绝或者报告义务。

(四) 合作伙伴

合作伙伴包括供应商、服务提供商、顾问单位等,常见的腐败风险是行贿、串通招投标、利用关联关系获取不当利益等。企业对合作伙伴的反腐败,重在合作前的评估与合作时的承诺约束。

1、合作前的背景调查

选择合作伙伴之前,应进行廉洁方面的背景调查,重点包括:是否与企业员

工有关联关系;与其他企业合作时是否有过腐败行为;是否建立了反腐败制度;如果发生过腐败事件,是怎么处理的,等等。

上述资料能够直观反映出合作伙伴对反腐败的态度,企业可以此预估,与其合作可能发生腐败风险的几率。

2、合作时的廉洁承诺

签署廉洁承诺书的目的有三个:一是倡导合作伙伴廉洁,反对腐败;二是声明,当公司出现可能与合作伙伴相关的腐败事件时,其有配合调查的义务;三是明确出现腐败行为的后果,比如公司可对其延迟付款、经济索赔、终止合作关系等。

三、发现与调查腐败是关键

发生腐败事件,如何发现,以及发现后怎么办,都是反腐败工作的关键问题。关于如何发现线索,通常有两种方式:常规风险监测和举报。

(一) 常规风险监测

常规风险监测有两种方式:

第一,如前文所述,各业务和职能部门设立了合规岗位,合规人员基于其对所在部门的工作比较了解,应负责日常的合规监督,对于存在以及潜在的腐败风险,及时向合规部门汇报;

第二,合规部门进行定期和不定期合规审查,特别是针对腐败风险高发环节,比如:对销售环节的费用报销、合同、发票、发货情况、回款情况进行核查,看是否存在行贿、截留货款等情况;对订单较多的供应商资料进行背景调查,看是否与公司人员存在关联关系;对公司账目、财务报表进行审查,看是否有挪用或者侵占资金的情况,等等。

(二) 建立举报制度

腐败通常比较隐蔽,知情人的举报,往往效果更好。某一个员工的腐败,可能导致其他员工或者合作伙伴利益受损,所以后者也有动力举报。

一个有效的举报制度,至少要包含企业内部和外部举报、畅通的举报渠道、举报线索处理结果的反馈以及对举报人信息严格保密四个方面。

1、鼓励内、外部举报

企业内腐败事件，员工可能知道更多内情，所以要鼓励内部员工举报。

在涉及贿赂相关的腐败事件中，供应商等合作伙伴掌握的证据和信息，可能更加确切和全面，所以也要鼓励外部举报，鼓励方式包括成为战略供应商、为其分配更多订单等，实现内部与外部举报相结合。

2、畅通举报渠道

举报的渠道应多样化，包括电话、微信、邮箱等多种方式，而且要专门为举报而设立，同时配备举报专员，使举报事项能够得到及时处理。这样不仅便于及时处理腐败事件，而且能够体现出公司对反腐败的重视程度。

3、反馈调查结果

如果举报的线索没有被重视，甚至被视而不见，举报人会认为举报制度根本没有作用，打消举报积极性。

所以，反腐败合规部门对于举报线索进行调查后，无论事件是否确实存在，都应予以反馈。当事件可能真实但信息不足时，还可以在反馈的同时，向举报人获取更多信息。

4、严守举报人信息

举报人包括内部员工与外部合作伙伴，其举报的对象，往往是与自己交往密切或者有合作关系的人，如果举报人信息被泄露，其可能会被打击报复，长此以往，举报制度也难以为继。所以，对举报人信息进行严格保密，是举报制度能够长期维系的重要影响因素。

(三) 进行内部调查

无论是常规风险监测中发现的线索，还是举报获取的线索，都需要通过内部调查，查证是否属实。内部调查时，合法性和保密性是两个重要原则。

1、内部调查要合法

企业进行内部调查，最需要注意的是调查过程的合法性。员工的手机、电脑、办公桌等属于个人物品，需要经过员工同意才能检查，否则可能侵犯员工的隐私。

为了内部调查便利，企业可为员工配备手机、电脑、企业社交账号等，并在劳

动合同中提前约定,如果员工涉及腐败事件,公司有权对为其配备的电子设备及有关社交账号进行检查。

2、内部调查要保密

有时候,合规部门取得腐败线索后,急于直接向被调查对象核实,但这往往给了被调查对象反应和应对时间,不利于查出真实情况。

所以,调查要在不“打草惊蛇”的情况下,先搜集资料,对其周围人员进行访谈,过程要保密,特别是对被调查对象保密。在获取尽可能多的信息后,再与被调查对象进行接触。

四、反腐落实是核心

企业落实反腐败制度,包括预防和治理两个层面。预防,即员工自觉遵守,签订廉洁承诺以及定期培训,都是加强自觉性的有效方式。治理层面,首先要承认,再好的制度都无法杜绝腐败,所以当出现腐败事件时,要保证惩戒措施不能缺位。

(一) 员工廉洁承诺

廉洁承诺,需要员工个人签署,是同意自觉遵守廉洁行为的书面形式。签署过,自愿遵守的意愿才更强烈。

廉洁承诺中,应包含违反承诺的惩罚措施,比如罚款、取消奖金等。员工签署,意味着愿意承担违反承诺的后果。

(二) 定期员工培训

培训的目的,是让员工能够熟知企业反腐败制度,了解实际发生的腐败案例,知道腐败的法律后果。

培训应当具有针对性。如前文所述,不同业务、职能部门,以及基层员工、董监高等不同层级的人员,涉及的腐败风险及其影响不同,所以培训的侧重点也应有所不同。

(三) 落实惩戒措施

首先,惩戒要有依据,即企业建立的反腐败合规制度,要有明确的处罚措施。

其次,处罚措施要轻重适当。重行为适用轻处罚,起不到应有的效果,轻行为适用重处罚,员工会有抵触心理,而且可能会违法。特别是适用解除劳动合同的情形,只有腐败行为严重时,才能适用。比如,员工只是侵占了价值不足百元的文具用品,就不能直接无条件解除劳动合同。

再次,避免出现反腐败人员因为包庇、失职等原因,让腐败事件不了了之。这就要求对反腐败合规部门,从是否对线索及时调查、调查过程是否尽职尽责、对腐败人员是否进行处罚等方面,进行业绩考核。

最后,在对腐败事件进行内部调查后,如果有证据或者线索显示,腐败行为已经涉嫌犯罪,要及时移送司法机关。

实践中,不同企业因业务范围、规模大小以及所在行业性质不同,而有所差异,但是反腐败的核心要义和原则是共通的。所以,企业可在文中所述反腐败原则的基础之上,结合企业实际情况,建立个性化的反腐败合规体系。

第一



员工廉洁承诺

第二



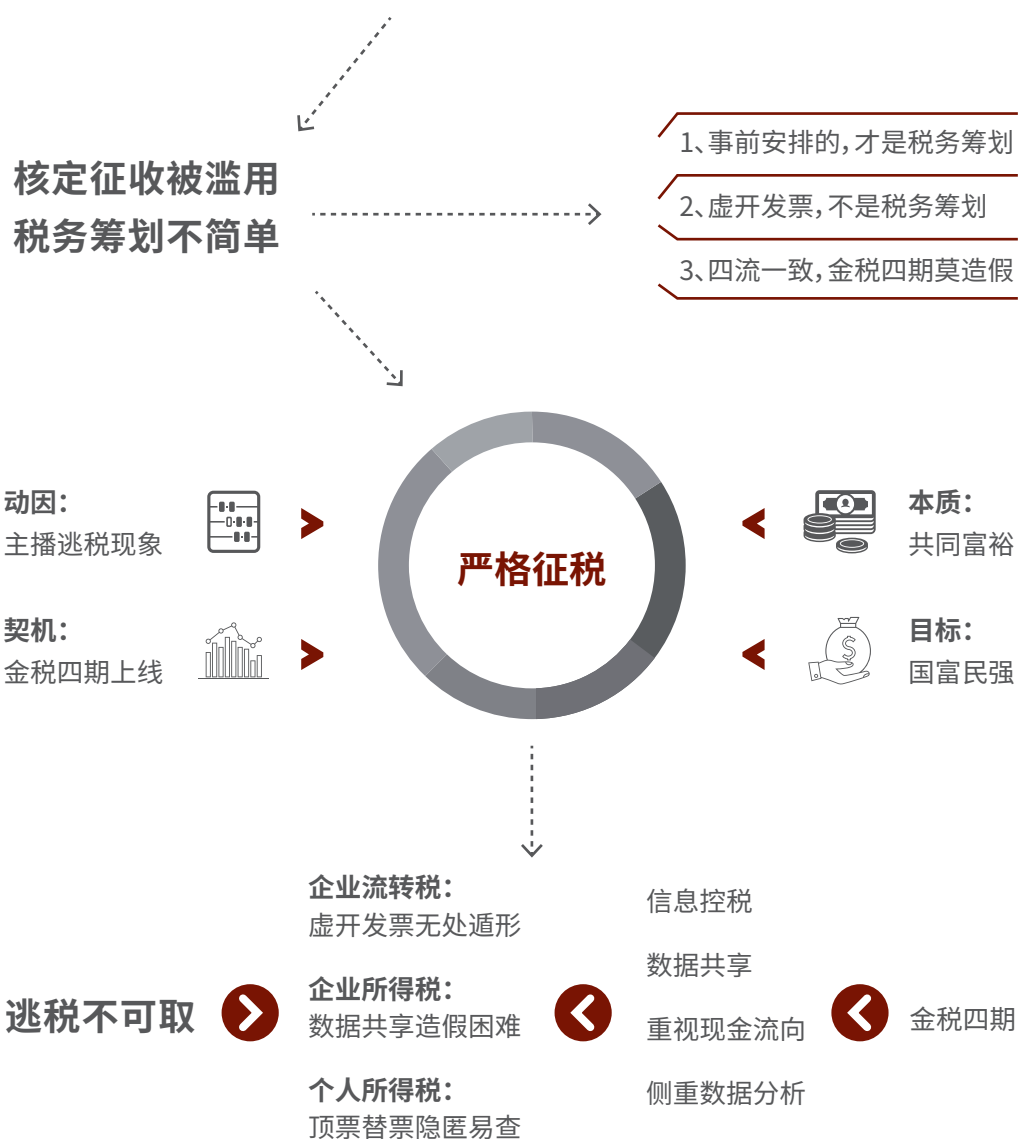
定期员工培训

第三



落实惩戒措施

税务筹划怎么做？



税务筹划怎么做？

王亮亮

“只有死亡和税收，不可避免。”薇娅等电商主播逃税事件，让大家在惊叹主播造富能力的同时，也撕开了“税务筹划”的遮羞布。税务筹划与逃税往往在一线之间。

先说一个黄金原则：如果你的税务筹划优先考虑的是避税，那就大概率会踩坑；如果优先考虑的是尽纳税责任，做到完全合规，不留后患，踩坑的概率就小很多。

一、征税的逻辑与逃税的做法

想做税务筹划，必须得先了解如何征税。企业税负主要为流转税与所得税。流转税以企业收入作为计税依据，所得税以企业收入减去成本、费用后作为计税依据。

（一）流转税的征与逃

流转税的征收核心为交易的增值额。增值税是企业最重要的流转税。企业在销售环节的应纳税额为销项税额减去进项税额的差额。销项税额减去进项税款的过程就是“抵扣”。“抵扣”不是国家退税（返钱）给企业，而是国家少收税。

为什么少收税？因为企业在上一个交易环节已经缴过了增值税（进项税额），所以在销项环节国家再收增值税时，就要减去企业已缴纳的部分（进项税额），这是增值税的征收逻辑。

交易有没有增值，增值多少，以增值税专用发票的记载为准。企业要想少缴增值税，要么降低销项，要么提高进项。

销项作为企业的销售收入，除非不开发票，否则难以否定。而且销项也是企业经营成果的体现。企业融资、上市等都需要收入好看，反而需要“做大”销项，因此很少有企业动歪脑筋。

进项则不同，进项体现的是企业的成本，最终体现为可抵扣的税款，因此虚开进项、扭曲进项的情况就时有发生。虚开进项是违法犯罪行为，虚开增值税专用发票罪，也是企业最容易触发的罪名。

税务机关“以票控税”已经十分成熟,对上下游环节及现金流进行监控,虚假的发票流,很容易被发现。可以说,凡是虚开进项,税务机关都能发现,只是时间早晚的问题。

更重要的随着金税四期上线,企业即使不虚开进项,只扭曲进项,即用真实进项发票,但张冠李戴,也会被监控。税务机关对进项科目、成本收益比、增值税税负、行业平均税负等进行综合比对分析,就可以对疑点企业重点稽查。

(二) 所得税的征与逃

所得税分为企业所得税和个人所得税,征收逻辑都是收入减去成本或税前扣除的差额。

由此企业隐匿收入,虚增负债、增加成本就成了一般的偷逃企业所得税的做法。个人所得税,企业往往通过顶票、替票、个人账户转账等错误做法为员工降低税负。

这些逃税的做法,没有任何技术含量。可能有人会说,也有部分企业屡试不爽,成功逃税。其实税务系统的智能化,已能轻松识别其中的猫腻。只能说,对于所得税的征收,税务机关采取了“抓大放小”的做法。

企业不要试图挑战税务系统的智能性,也不要“误判”税务稽查人员的智商。税收申报时费用的多少,成本的异常增加,收入的浮动比例……系统后台都可以看得十分清楚,经过比对分析,就能发现其中的蹊跷和嫌疑。没有查,不是企业运气好,而是税务机关精力有限,同时“体谅”公司不易。一旦逃税,企业劣迹就成了随时可能暴雷的隐患。进一步,金税四期会对企业现金流进行监控,企业如何处理隐匿的收入,以及没来由的成本都变得难上加难。

二、金税四期让逃税更难

上面我们已经提到了金税四期。金税四期不是一个软件,而是一套覆盖全国的、统一的税收管理信息系统。它是金税工程的第四代。金税工程迭代至第四期,正是为了严密税网,扩大税基。

税务稽查的核心在于,了解企业的真实经营情况,并在此基础上计算应纳税款,同时给需要帮助或值得鼓励的企业予以相应优惠或补贴。但了解企业真实的经营数据,十分困难,只看发票、账本、纳税申报表,常常雾里看花,极易被蒙蔽。经营数据无从了解,了解之后也无从验证。否则也不会有如此多的企业能够顺利逃税。金税四期要解决的正是这些问题。

(一) 金税四期的新变化

金税三期让国税、地税数据合并、统一，实现了对税务业务全流程的监控。但企业的税务业务、账本是表象，实际的经营状况才是本质。

金税四期不仅关注税务业务，还把“非税”业务纳入其中。它搭建了国家部委、央行以及银行等参与机构之间信息共享和核查的通道，实现了企业相关人员手机号码、企业纳税状态、企业登记注册信息核查的三大功能。企业更多的数据被税务机构掌握，企业会变得越来越透明。

(二) 账本不重要，数据才重要

金税四期不仅看账本，更看数据；不仅看发票，更看现金流。具体来说，它建立了企业信息联网核查系统，抓取全国全网业务数据形成电子底账。不仅打通了社保、银行以及非银支付机构的数据，而且还打通了各个行业在业务上供应关系的数据。数据共享有什么威力呢？

举个例子，一家餐厅，生意很好，但账面收入却不多。税务部门一看，个人有大量收款记录，而且还都是每天饭点，数额很规律地一笔一笔的入账……数据打通共享，不仅看账目，更看现金流。再比如，同一条街有两家饭店，规模差不多，菜品价格差不多，客流差不多，但一家比另一家纳税少很多。你向税务机关解释，你的成本比别人高。但税务机关发现房租、水费、电费、原材料发票并没有多少。你又说员工工资高，税务机关一看，你的社保怎么没交这么多，那你把社保补一下……数据打通共享，不仅看数据，还比对数据。

又比如，一家企业产销严重背离，购进的是钢材，卖的却是手机；一家企业增值税税负比同行业偏低，进项、销项比例异常；一家企业常年亏损，导致企业所得税几乎为零；一家企业存在大量现金交易，对公账户交易少；一家企业存在大量咨询费、服务费、培训费等成本发票……共享数据、数据分析，让企业的逃税行为无处遁形。

金税四期让企业经营数据真正联动、流动起来，帮助税务机关吹开层层迷雾，一窥企业之花真容，最终实现全方位、全业务、全流程、全智能的税务监察。

可见，信息控税，信息共享背景下，企业怎么说、怎么记账不重要，现金流向才重要。这就使得做假账蒙混过关的可能性，几乎为零。企业做账要建立在真实业务的基础上，要反映业务的来龙去脉，回归业务真实的商业本质。无中生有的账务处理和税务处理必将带来巨大的法律风险。

金税四期让企业经营数据真正联动、流动起来



三、税务筹划怎么做

逃税不可取，金税四期让逃税难上加难，唯一的出路就是税务筹划。

但以往税务筹划看似技术含量高，其实做法简单、粗暴。一般利用某些地方或园区的税收优惠政策，成立个人独资企业或合伙企业，搞核定征收。薇娅逃税即是如此。全国性的税收稽查，正是打击核定征收的滥用，这让90%以上的税务筹划变得非法。

(一) 扭曲的税务筹划

核定征收是个什么概念呢？核定征收与查账征收相对应。查账征收，是以账本作为依据计算税款的方式。它要求纳税人得有本账，并且要符合财政、税务部门要求的会计准则。既然有了账本，纳税人每次在规定的期限里，就要根据财务报表，用申报表向税务机关申报应纳税额，然后计算出对应的税种、税目、应纳税款。

而核定征收，就是税务机关觉得小微企业会计账簿不健全，没有能力做账，难以确定纳税人应纳税额，所以索性就根据行业、纳税单位规模等因素，直接估算出收入额度和税款，替纳税人定期申报，并且要求纳税人按“核定”出的税款按期缴纳。

上海是税务筹划的重镇，也是全国“工作室”“管理中心”最多的地方。上海某些园区的税收优惠政策规定，个人独资企业和合伙企业不缴纳企业所得税，只对投资者个人取得的生产经营所得缴纳个人经营所得税、增值税、附加税等，综合税负率一般为3%左右。

众所周知,个人所得税原则上采用超额累进税率,共七档,最高税率45%。如果一个人全年应纳税所得额超过96万元,即采用45%的最高税率。但如果这个人在税收优惠地,比如说上海、江西等园区,成立一家个人独资企业,改变与原工作单位的合作关系,将部分收入以服务费、咨询费名义打入个人独资企业,即可享受3%(甚至更低)的核定征收率,两者的纳税差额之大,令人咋舌。

核定征收是鉴于小微企业会计账簿不健全,但也要纳税的现实,因而出台的一种“惩罚性举措”,但现在被玩坏了,成了故意为之的避税措施。这显然不符合制度设计的初衷,这也是为什么上海、江西、江苏等省市的税收优惠地都大范围地将原来对个人独资企业与合伙企业个人所得税的核定征收调整成了查账征收的原因。

(二) 真正的税务筹划

逃税是事后否认应税事实,逃避纳税义务,不仅要接受税务处罚,严重的还要承担刑事责任。而税务筹划是在遵守税法的前提下,利用税法规则、特例或“缺陷”,通过事先精心安排经营、投资、财务活动,达到减轻、免除税负的目的。可见,真正的税务筹划,首先是要合法合规,其次才是规避涉税风险、省钱。

对于税务筹划,国家是允许的,但并不鼓励。人人都愿意多赚钱,国家收税也是如此。但除了多收税,政府也有其他考量,因此就有了税务筹划的余地。

比如某地需要招商引资,带动当地经济发展,为了吸引企业进来,进行税收返还或税收优惠。又比如某个产业需要扶持,国家针对“高新技术”产业可以享受国家的税务优惠政策。

税务筹划的终极意义是充分了解我国的税法、税制,了解国家的长远规划、发展目标,在政策的扶持下企业进行转型、升级的同时,获得税收优惠。

1、事前的安排才叫税务筹划

税务筹划的是事,而不仅是账。税务筹划要具有合理的商业目的,税务筹划应发生在业务发生之前、之中而不是事后,企业经营行为一旦发生,那么相应的纳税义务就随之产生。不存在事前不计划,年底搞税务筹划的可能。因为税务筹划不是否认应税事实,而是合理安排应税事实如何产生。税务筹划的主体,是商业实体,而不能只是一个空壳。

如上所述,企业税负主要为流转税与所得税。税收筹划的主线,要么是对收入项目适用税率进行合理选择,谋求低税率。要么是对成本(费用)项目进行合理分摊、抵扣,最终合法降低应纳税额。

2、虚开发票不是税务筹划

如实申报、客观呈现是合法纳税的基础。如果所谓的税务筹划是替票、顶票、虚开发票,这不仅没有技术含量,而且还有牢狱之灾。虚开普通发票抵成本,虚开专用发票抵扣税款,都是国家打击的重点,刑法中多达十几个和发票有关的罪名。不管是虚开发票的开票方、使用方还是中介方,都有相应的罪名,换句话说,事后逃税,补缴税款,尚能“初犯免责”,但如果事前通过虚开发票来逃税,那几乎无路可逃。

3、四流一致,认真对待金税四期的稽查

税务筹划不仅看发票流,更看资金流、业务流、合同流,业务虚假一切白搭。四流不一致,是税务部门判断是否偷税漏税的重要依据,可能会被税务稽查。当然在实务过程中,很可能会出现四流不一致的情况,比如代开发票或者代发货等情况的存在。但核心要保证业务真实,只有在这个基础上,才可以通过合同或补充材料来约定,并做好档案备查来规避违法风险。

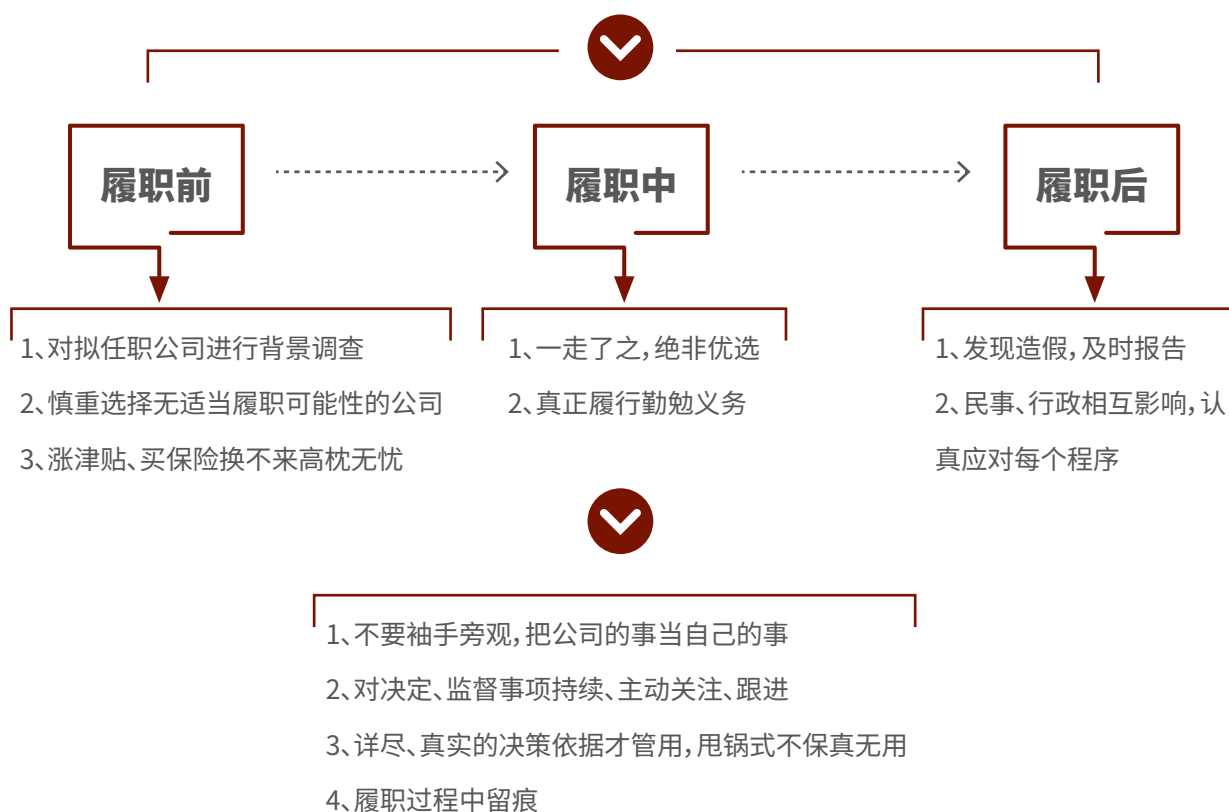
随着金税四期上线,税务稽查的能力进一步提高,资金控税、信息控税逐步实现。税务部门通过与央行等非税部门信息共享,通过对业务、数据和资金流向、企业人员信息的全面监控、追溯,使得不管多么花里胡哨的操作手法,都无处遁形。不管是逃税还是税务筹划,都无法改变资金的源头、去向,只要税务部门有能力监控资金流向,则一切业务外壳,都能穿透。

随着“共同富裕”目标的再次明晰,税收作为分配方式的重要组成部分,必然首当其冲。无论是企业还是个人都要深化对税收的认识,不能逾越法律的红线。

疫情影响下的2022年,大多数企业的生存步履维艰,政府出台了很多减税、退税、留抵退税政策,用以给企业输血。但与此同时,税务机关对企业的监管也会更加严格。

要想看国家对民企的监管态度,最核心就是看“查账户查到了什么程度”。很多企业的垮掉,都是从查账开始的。凡过往必留下痕迹,部分企业心存侥幸,以为逃税占得了便宜,其实早已把企业的命门暴露给了税务机关。换句话说,只有企业诚意正心走正路,真正促进“国富民强”,自然会有税收优惠和扶持政策。但如果企业走邪路,试图违反纳税义务,则无立锥之地。

独董怎么当？



独董怎么当？

张婷婷

作为“资本市场法治建设的新标杆”“维护投资者权益的里程碑”，康美药业一案，以多个标志性第一，入选最高人民法院与中央广播电视总台联合举办的“新时代推动法治进程2021年年度十大案件”。

其中，第一次重罚上市公司独董：康美药业五名独董，需在全部赔偿5%~10%（即1.23亿元~2.46亿元）的范围内承担连带责任，最为“出圈”，引发了社会最热烈的讨论。若说实控人、直接参与造假的人算得上咎由自取，只是兼职、领取几万元钱酬劳的独董需要承担上亿元的责任，多少有点令人咋舌。不少人甚至预言：此案会成为我国独董生态的分水岭，独董从“美差”“闲差”沦为高危职业。独董的职业风险，受到了前所未有的关注。

一、独董的抗争

4,000多家A股上市公司，有近1,4000名独董。康美药业一案，虽身兼多个“第一”，但绝非第一家因信息披露违法而担责的公司，其独董也绝非是第一个因公司造假而受“牵连”的独董。

实际上，对公司的违法行为划定责任人员范围时，“捎带”上独董是司空见惯的事。《每日经济周报》的记者在康美一案判决前，就曾梳理过独董的处罚记录，在其统计的一年内，共有60名独董被罚。康美药业一案只是第一次重罚独董，并非第一次处罚独董。在过往众多的案例中，无论是面对证监会还是法院，独董也曾进行过“抗争”。大同小异的理由，往往也遭遇了殊途同归的回绝。

对比康美独董在集体诉讼中的辩驳：“.....在履职期间认真审阅公司报告，依据个人专业独立形成并明确表达意见。虽然客观上未能识别和发现康美药业案涉年度报告中存在虚假，但已经尽到勤勉义务和对上市公司投资者权利合理关注的审慎注意义务.....对康美药业各类违法行为均不知情，更未从中获益.....结合独董的职能及本案的实际情况，不应当承担连带赔偿责任。”

独董意见：

我不懂，非财务出身，
无能力识别财务造假

没参与，未获利，甚至
连津贴都没有领取。

不知情。任职时间短，
而造假发生在任职前。

都是“信任”惹的祸。
相信了公司及其第三
方机构。

参会、审议、询问，我
尽力了。

证监机构、法院的意见：

1. 独董应当具备的知识能力，不限于具体某个董事所具备的某一方面的专业能力。

2. 独董应当持续学习，了解上市公司的运作和治理的法律框架，具备内控与风险防控的意识，具备基本的阅读和理解财务报表的能力。

1. 处罚独董，并非基于其组织、策划、参与、积极实施了违法行为，而是对其未尽监督职责的处罚。

2. 忠实、勤勉义务与其收入无关，即使未领取津贴，其忠实、勤勉义务并不会因此降低。

1. 独董表决同意涉案年报，意味着对该报告涵盖全年度财务信息的真实性、全面性、准确性负责，而不仅限于任职后的时间。

2. 不知情、不了解，不能成为独董的免责理由，从某种程度来说，甚至反而是未尽勤勉义务的证明。

1. 独董应主动调查、获取决策所需要的资料，积极问询，提出质疑，直至能够独立作出判断的程度。一味地“信任”管理者，就是不尽责的表现。

2. 借助不等于替代。第三方机构不能完全替代独董履职。独董须在第三方报告的基础上进行分析、核实，形成独立判断。

1. 认真参会不能代替持续的了解和关注。

2. 履行一般职责不能逃避履行特别职权。

3. 一般性问询建议不能代替有针对性的调查、核实及其他有效的监督措施。

此番“查重率”近100%的说辞效果，连带责任的确认已经说明一切。我们或可惊讶于康美独董面临的天价赔偿数目，但对于独董可能要为公司的违法行为担责，以及常见说辞可能面临的惨淡结局，应当认知到：这只是常规操作罢了。

二、新“救亡”之路

无论是《证券法》的修改，还是国务院对资本市场违法犯罪行为“零容忍”的表态，都不难判断，康美一案只是证券市场“惩首恶，打帮凶”的开始。无独有偶，另一家曾炙手可热的上市公司——乐视网，目前同样因财务造假遭遇索赔而进入了诉讼程序。21名被告人中，三名独董赫然在列。这次索赔金额更甚，高达45.71亿元。既然常规抗争屡战屡败，职业风险又愈演愈烈，独董应当何去何从，成了迫在眉睫的问题。

新“救亡”之路



任职前

尽职调查

慎重选择



任职中

在其位

谋其政



事后

亡羊补牢

为时未晚

(一) 任职前：尽职调查，慎重选择

1、背景调查

上市公司形式上都具备现代公司的治理结构，股东（大）会、董事会、监事会、经理层，但并非真的就是现代的治理模式。适当履职，必须有合适的土壤。否则，没有股份、没有话语权、不参与经营的独董，很难在先天不足的环境下，真正有效地履职。

慎重选择无适当履职可能性的公司。比如，公司的股权结构如何，是不是存在“一股独大”的情况；实际控制人的行事风格如何，是不是长期的“一言堂”；董事会的人员构成，其他独董的身份，自己会不会“孤军奋战”；公司的内控和风控制度是否完善，履职是否有制度上的保障；是否有过相关舆情，过往独董有无被处罚的情况……等等，都应当去多渠道了解、考察。一心只想要个“花瓶”“摆设”的公司，其履职的困难和风险可想而知。

同时，需要结合自己的精力和时间综合判断。与自己的本职或者其他兼职，有无时间、利益冲突。按时参会不一定会免责，但不按时参会一定是未尽责。

2、津贴、保险换不来高枕无忧

待遇如何、有无保险也是需要考量的因素。**若公司抛出涨津贴、买保险等砝码，因其覆盖风险敞口有限，相较股权结构、治理模式、履职环境等因素来说，不应在决定时起根本性影响。**

首先，津贴相较于天价赔偿是杯水车薪。WIND数据统计中A股上市公司独董中，超过一大半（约80%）的独董的津贴为10万元以下。就算公司愿意涨薪，不论涨薪幅度几何，与妄图填补的动辄上亿元的赔偿来说是鸿沟天堑。

其次，保额较低，因此作用有限。康美药业判决后，董事责任保险的确迎来了一波咨询和购买高峰。已购董事责任保险的数据显示，50%的最高保额在5,000万元人民币以下。若遭遇康美独董的境地，未予覆盖的金额仍骇人听闻。

（二）任职中：在其位，谋其政

1、“逃亡”之路，道阻且长

2022年4月，101家上市公司发布独董辞职报告，单月数量近6年以来首次突破了三位数。业内人士认为，“离职潮”与康美独董的天价赔偿不无关系。“打不过”，就加入“逃亡”大军，并非明智之选。

一走了之，最多只能防患于未然，并不能绝后患。过往案例，包括康美药业，哪个不是在“秋后算账”？追究的都是好几年前违法行为的责任。对于履职期间，签过的字，举过的手，仍算数。就算东窗事发时，独董已经不在任，丝毫不妨碍对其追究责任。

且因“举足轻重”的凑数作用，想走不是易事。北京大学教授蒋大兴，因对年报的财务数据存疑，与审计沟通无果，另聘会计受阻后，向莱宝科技请辞。然而，算上蒋大兴，该公司的独董的人数堪堪够董事会的三分之一，一旦离职，独董配

置比例将“不达标”，其请辞最终“未遂”。北京师范大学公司治理与企业发展研究中心统计表明，我国独董在董事会平均占比36.23%。显而易见，大部分公司就是按照最低要求，“及格万岁”的标准配置的。在这样的普遍配置下，独董请辞必定受阻。

而执意离职，甚至对自己的名誉造成负面影响。2021年11月，开山控股发表申明，称公司的独董史习民，在“康美药业”一审后，以“个人原因”向公司提交辞职报告。在极易误导投资者的情况下，拒绝挽留，执意辞职。给公司造成了极大的负面影响，给投资者带来了损失，公开谴责其职业操守。**一走了之，既有难度，也不能规避掉全部风险，还可能会给自身名誉带来负面影响。**

2、勤勉是第一要义

是否已尽勤勉义务，是独董与相关机构的“兵家必争之地”。独董认为按时参会、审议文件、举手表决，就是尽了勤勉义务。但很明显，证监会、法院并不认同。这样的履职，不是不对，而是不够。

总体来说，独董履职应当有“将心比心”的态度。“尽到如同普通谨慎的人，在管理其类似个人商业事务的情形下，所应有的同等程度的勤勉和注意”。既当作自己的事，就不会当“甩手掌柜”。虽不必事事亲力亲为，但必定持续关注公司动态。既当作自己的事，就不会囫囵吞枣、不清不楚。虽不能全知全能，但当需对利益攸关的事做出决定时，付出收集信息、寻求帮助等努力来确保决定正确，是基本操作。不会在不清楚的情况下，随意决定。

勤勉义务还有过程性、积极性的特征。会议表决那两天的时间和精力远远不够，而应当在任职期间关注持续。康达尔因内讧而无法按时披露年报，其独董在信息披露“难产”的过程中，向股东说明按期披露的重要性，提示不能按期披露可能的责任，尝试说服股东大会通过聘请审计机构的决议，并多次帮助联系合格的审计机构。在上述努力未果后，独董还向监管机构请示以自己的名义聘请会计师。虽仍未按期披露，独董在整个过程中积极主动，被免除处罚。

勤勉义务的履行并不“以成败论英雄”。首先不以发现造假为免责前提，已经适当履职的独董，即使客观上没有发现违法行为，依然可以免责。同时单纯的“不保真”也不能发挥“免死金牌”的功效。“不予肯定”的表态固然重要，但免责的基础并不在于给出否定结果，而是独董为得出弃权/反对的判断时付出的努力、工作。独董即使“不保真”，却不能对“不保真”给出切实、具体理由，同样会被认为只是在“甩锅”而非尽到勤勉义务，依然需要承担责任，秋林集团的独董便是如此。

最后,独董应在履职过程中留痕,包括但不限于会议记录、决策的依据材料、与管理层的沟通、向专业机构咨询等。文峰股份独董范健,事发后以《情况说明》证明已尽勤勉义务。证监会、三级人民法院(包括最高院)均认定该证据是案发后产生的,虽有案外人签字,但没有其他有效证据佐证,不能真实反映情况,不足以达到证明目的,坚持对其处罚。可见,未雨绸缪的证据留存十分重要。

(三) 事后:亡羊补牢,为时未晚

1、事后的弥补与报告

当权机关并非没有注意到独董的“难”,所以特意给独董“亡羊补牢”留了口子——报告免责。舜天船舶的独董,虽然在有问题的报告上签了字,但鉴于其及时向监管机构报告,被免于处罚。报告免责制度已有明确的法律规定,在独董在表决后才发现漏洞的,及时向监督机关报告,即使事后追责仍有豁免的空间。

2、认真应对每个程序

针对上市公司信息披露的违法行为,虽然有行政和民事两套机制,理论上独立运行、互不干涉,民事诉讼也取消了行政前置的要求。但大量的案例表明,无论是民事在前还是行政在前,一旦在其中一个程序中被划定进责任人员范围,大概率另一程序也会顺水推舟,遵循相同逻辑。因此独董应当在每个程序中为自己据理力争,积极应对,提供自己已正确履职的证据。

尤其注意,认真对待行政程序。虽然是康美一案的民事责任引爆关注,多年以来对独董的行政处罚似乎没有掀起什么大浪。诚然,原来针对独董的行政处罚大多集中在三五几万元的金额,有些不痛不痒,但新《证券法》实施之后,明显提高了处罚的力度,行政罚款最高陡升至原来的100倍,可达500万元。行政处罚的力度,早就今非昔比。

康美药业独董的天价民事赔偿,引发了职业群体及社会大众对独董职业风险的担忧和热议。但风险,并非开端于此案,被监管机构、法院认定未履行勤勉义务而惩罚、赔偿的独董历来就有。要说康美一案有什么特殊,只能是金额确实超出了过往。独董过往的履职方式,不是不对,而是不够。在参加会议、审议文件、举手表决的基础上,法律期望独董们能够做得更多。这种期望,带来了行业的阵痛。重罚不是目的,其目的在于真正激发独董的监督职责,重申建立独董制度的初衷。而真正勤勉、独立判断,就是独董独善其身的方式。

元宇宙有哪些「法律元规则」？



元宇宙有哪些“法律元规则”？

王亮亮

元宇宙似乎一夜之间就火遍了中国，有些地方还出现了“元宇宙咖啡馆”“元宇宙饭店”的奇怪招牌。也能理解，现在太缺一个现象级的风口了。至于是能飞上天的风口，还是火山口，考验从业者的智慧。

至少可以明确，不管是什么宇宙，终归是“人”的宇宙。与人有关的“法律元规则”有其底线。这些“法律元规则”，虽然看似枯燥平淡，与元宇宙的狂想格格不入。但一旦违反，所有美好可能都会烟消云散。

法律元规则之一：元宇宙不能非法集资，要与金融业务

NFT是搭建元宇宙的底层技术之一，也是目前元宇宙较为成熟的发展方向。与此同时，问题也最为突出，NFT是元宇宙的“牛鼻子”，监管首当其冲。

本质来看，NFT是一种基于区块链技术，具有不可复制、篡改、分割特征的非同质化数字权益凭证。其中的数字权益既可指向实体产品，如演唱会门票；也可指向图片、音乐、游戏、头像等具有著作权的虚拟资产。NFT铸造对象无所不包，具有广阔前景，是文化数字化转型的基础工具。

目前我国对于NFT的法律性质、监管方式还没有明确规定。但2021年4月13日，中国互联网金融协会、中国银行业协会、中国证券业协会发布的《关于防范NFT相关金融风险的倡议》，先声夺人，可以视为监管的信号：要坚决遏制NFT金融化证券化倾向，从严防范非法金融活动风险。

此外，NFT与虚拟货币（ICO）都基于区块链技术，鉴于中国对虚拟货币的态度（2017年9月4日，中国人民银行等七部委发布《关于防范代币发行融资风险的公告》，宣告了虚拟货币的“死刑”），也能对NFT的监管底线有所把握。

（一）NFT要与“实物”挂钩，数字作品也是一种实物。NFT的铸造对象，必须是真实、有价值的，不能粗制滥造。如果NFT背后的实物没有任何价值，那就是在炒概念、铸造空气NFT。如果还以NFT为幌子，吸收资金，则具有“涉众性”，涉

嫌非法集资。NFT作为一种技术,本身没有任何价值,不能神化。监管层面,必然会警惕NFT成为第二个“币圈”。

(二) NFT对应的底层资产不能是股票、保险、贷款、贵金属等金融资产,当然也不能是房地产。金融是特许业务,需要持牌经营,如果NFT对应的商品是这些,就是变相发行、交易金融产品,是典型的非法经营行为。房地产在中国是敏感产业,“深房理”事件糟粕在前,通过NFT炒作房产,绝不可行。

(三) NFT不能分割所有权,也就是不能把一个NFT分割成多份销售,也不能批量创设NFT。把一个NFT多份额销售或者批量创设NFT,都会使得NFT同质化,这就走向了NFT的反面FT(同质化交易权证)。运用FT的典型例子正是比特币等虚拟货币。直白点说,多份销售、批量创设NFT是一种变相的代币发行(ICO)行为,这已被国家明令禁止。换个NFT的马甲,逃不过穿透式监管。

(四) 虽然可以为NFT提供支付结算服务,但不能给NFT项目进行任何“加杠杆”融资。此外,提供支付结算业务的平台,还需要承担“反洗钱”的任务,至少要建立相关制度,监控、记录资金来源和流向,否则可能涉及“帮信”犯罪。

法律元规则之二：元宇宙要保护著作权和数据安全

目前NFT的发展较为迅速,NFT的著作权问题更加凸显。NFT作为数字凭证(token),只能保证数字作品的信息在链上的唯一性、稀缺性。但数字作品本身是否唯一、是否原创、NFT发行人是否是数字作品著作权人的问题,并不是NFT技术能解决的问题。

(一) 发行人要对数字作品具有著作权。比如你不能用别人的画,发行NFT。也不能把一幅画在多个平台重复发行NFT。

2022年4月20日,杭州互联网法院公开审理了NFT领域侵权第一案——“胖虎案”。原告奇策公司称,被告经营的“元宇宙”平台上,有用户铸造并发布了名为“胖虎打疫苗”的NFT数字作品,而该数字作品与马千里在微博发布的插画图片完全一致,被告作为NFT平台,理应尽到更高的知识产权保护义务。法院支持了原告的请求,要求被告删除作品并赔偿4,000元。

(二) NFT平台要采取措施确保NFT发行人具有著作权或已获得著作权人的许可。平台要建立较为完善的知识产权审查机制,承担更高的审查义务。设立专门的业务部门对NFT作品进行初步审查,要求发行人进行承诺,努力确保NFT不存在侵权风险。如果没有相应的著作权保护制度和做法,就要和NFT发行人一起承担连带责任。

平台不仅要通过用户协议等方式来限制侵权作品上传,而且要采取技术措施持续检测和删除侵权作品。除了不能侵犯著作权,有些禁止性内容,例如暴力、色情、政治、侮辱他人的作品,平台也应禁止铸造NFT。

(三)做到个人信息保护和数据安全合规。NFT本身就是一种数据格式,NFT涉及的数据需要建立保护机制,防止被盗或泄露。NFT平台必然也要收集大量的实名信息和财产信息,这些都是个人敏感信息,不仅收集、使用要经用户同意;而且存储、出境也需要建立数据安全审查机制,主动进行网络安全审查。建立网络安全预警机制,发生事故要能及时处理。

法律元规则之三：元宇宙平台要备案，不非法设置交易场所

国外绝大部分的NFT平台基于以太坊的公链生态。进而形成的去中心化公链发行、与虚拟货币挂钩的运作格局,使得投机炒作、洗钱、黑客盗窃、非法集资等乱象频发。

由于中国境内不允许直接连接到以太坊主网,中国的NFT交易平台只能通过自主开发的区块链或借助其他企业在国内已开发的区块链进行NFT交易。

(一)建立NFT平台要备案。根据网信办发布的《区块链信息服务管理规定》,NFT平台可以被认定为区块链信息服务提供者。因此,要想在境内设立NFT平台,就要根据相关法律法规报国家和省、自治区、直辖市互联网信息办公室进行安全评估,并通过国家互联网信息办公室区块链信息服务备案管理系统填报相关信息,履行备案手续。此外,直接出售NFT的平台还应取得ICP许可。最后,不管认为NFT平台是在销售商品还是提供服务,都符合《电子商务法》对电商平台的定义,因此平台还要受《电子商务法》的制约。

(二)不非法设立交易场所,NFT二级市场需要持牌经营。虽然没有明确,但结合《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》规定,对于提供电子撮合、匿名交易、均等份额发行、标准化合约等内容的交易场所,都需要获得行政许可。

可见,目前中国只允许NFT发行平台的存在,也就是NFT发行人(著作权人)发布电子作品的平台(一级市场)。但涉及二次交易流转、集中竞价、挂牌交易等行为都是非法的。这些行为,极容易诱发炒作投机,很容易形成资金池,从而出现非法集资、自融等问题。未获得许可,不为NFT交易提供集中交易(集中竞价、电子撮合、匿名交易、做市商等)、持续挂牌交易、标准化合约交易等服务,是NFT平台的底线。

当然，NFT二级市场不能非法开展，但并不意味着否定NFT二级市场合法发展的可能性。现在有通过拍卖方式进行NFT流转的先例，因此相关平台就需取得拍卖行牌照或控股、委托具有资质的拍卖机构进行拍卖。至于NFT的一般性二级市场牌照，目前没有法律明确，需要再让子弹飞一会，但切记一定不能擅自开立。

法律元规则之四：元宇宙不能使用虚拟货币结算，还要反洗钱

元宇宙“脱实向虚”的乌托邦气质令人神往。去中心化、重建一套秩序，打造“美丽新世界”的商业愿景，确实值得期待。但是，国家作为主权秩序的最高组织形式仍未改变。可监管、能掌控，是任何政府的当然权力。

（一）不染指虚拟货币，不使用虚拟货币结算。中国不承认虚拟货币的合法性，不容置喙。不管是利用元宇宙销售商品、提供服务、还是铸造NFT，都不能脱离实体金融秩序的监管。如果使用虚拟货币结算，无疑脱离了监管秩序，这是国家不能忍受的。

2022年2月初，美国财政部发布《通过艺术品交易开展洗钱和恐怖融资的研究》，其中把NFT归入新兴在线艺术品市场并明确提示在数字艺术品领域内存在洗钱风险。NFT项目无疑为洗钱提供了绝佳的工具。NFT价值属性飘忽不定，目前缺乏基本的衡量尺度，稀缺性也缺乏公信力。这就导致可以将来源不合法的资金，人为通过NFT交易实现合法化。例如，自卖自买，通过使用两个及以上的账户反复频繁地交易某一NFT，营造NFT或NFT市场虚假繁荣的假象，与此同时，也能洗白资金。

（二）落实NFT发售主体与购买用户实名制。平台要对发行、出售、购买主体进行实名认证，要妥善保存客户身份资料和对发行交易记录进行留痕，积极配合反洗钱工作。事前告知用户平台反洗钱的立场，签署资金来源合法承诺书。还要与提供支付结算的运营者密切配合，建立涉嫌洗钱的“高危行为”联合比对制度。

（三）监控NFT流转过程，处处留痕。在监管机关审查时提供详细报告，这种制度能清楚证明平台具有反洗钱意识，也能证明企业已经合格履行了反洗钱义务。

（四）参照金融机构的反洗钱法律规定自我规范。如有必要，购买反洗钱监测系统，并拒绝为有高洗钱风险的客户提供任何服务。这样做虽然看似提高了平台短期的运营成本，但由于NFT平台的特殊性，监管层面最终都会走向硬约束，还不如未雨绸缪。

此外,只要你是中国人或者在中国有业务,即使通过海外平台进行上述违法操作,中国政府仍然具有管辖权。因此把平台或服务器搭建在境外并没有太大的用处。

法律元规则之五：上市公司不炒作元宇宙概念、操纵股价

作为元宇宙的第一起IPO,Roblox在纳斯达克上市,刺激了海内外市场。国内的上市公司也闻风而动,股价“沾元宇宙就涨”。

(一) 不要强行“蹭”元宇宙概念。沪深交易所曾对中青宝(300052)、智度股份(000676)、国光电器(002045)、数字政通(300075)、山水比德(300844)等多家上市公司发出关注函,要求其说明与元宇宙概念的关联性,是否存在热点炒作、违规买卖股票的行为。

中青宝在一个多月时间,因为元宇宙收购概念,市值就从20亿元涨破百亿元。后深圳证监局对中青宝董事长、总经理、董秘、分别出具警示函,还对公司独董采取监管谈话。2022年2月17日,深交所又向山水比德发出关注函,指出公司公告、公众号中频繁出现元宇宙相关概念,要求公司回复说明是否存在制造热点、博取市场关注等情形。

(二) 借助元宇宙炒作股价,极易构成犯罪。客观来说,作为国际互联网巨头的Meta、微软、苹果等公司,都尚未在元宇宙领域取得突破性进展。很难想象国内上市公司在元宇宙上真正突破(并非歧视)。

如果上市公司明知故犯,借助元宇宙概念,人为市值管理、操纵股价,不仅违反信息披露的相关规定;如果相关人员具体参与交易,还涉嫌构成内幕交易、操纵证券市场等犯罪行为。元宇宙本就是被虎视眈眈的一块肥肉,上市公司又作为被监管的重点对象,更要对其诚心正意、敬而远之。对上市公司的元宇宙概念、业务进行严格监管、密切关注股价异动,是可以预见的趋势。



不要强行“蹭”元宇宙概念



借助元宇宙炒作股价极易构成犯罪

法律元规则之六：不借用元宇宙进行传销、诈骗

2022年2月18日，银保监会发布《关于防范以“元宇宙”名义进行非法集资的风险提示》称，近期，一些不法分子蹭热点，以“元宇宙投资项目”“元宇宙链游”等名目吸收资金，涉嫌非法集资、诈骗等违法犯罪活动。

元宇宙概念天然就是传销、诈骗的温床。可以断言，只要看上去很美，但说不清具体在销售什么东西的元宇宙概念都是骗局，例如元宇宙房地产、元宇宙货币、没有收藏价值的NFT作品等。

由于芯片、算力、网络、VR/AR技术尚未突破技术瓶颈，如果声称投资元宇宙硬件产业一定能赚钱的，也必然是诈骗。对于普通人来说，实物资产一定比虚拟资产可靠。更何况元宇宙还处于概念先行的阶段。如果没有算法的可靠性、公信力，所谓的虚拟资产只是一串可以人工设置的代码，没有任何意义。

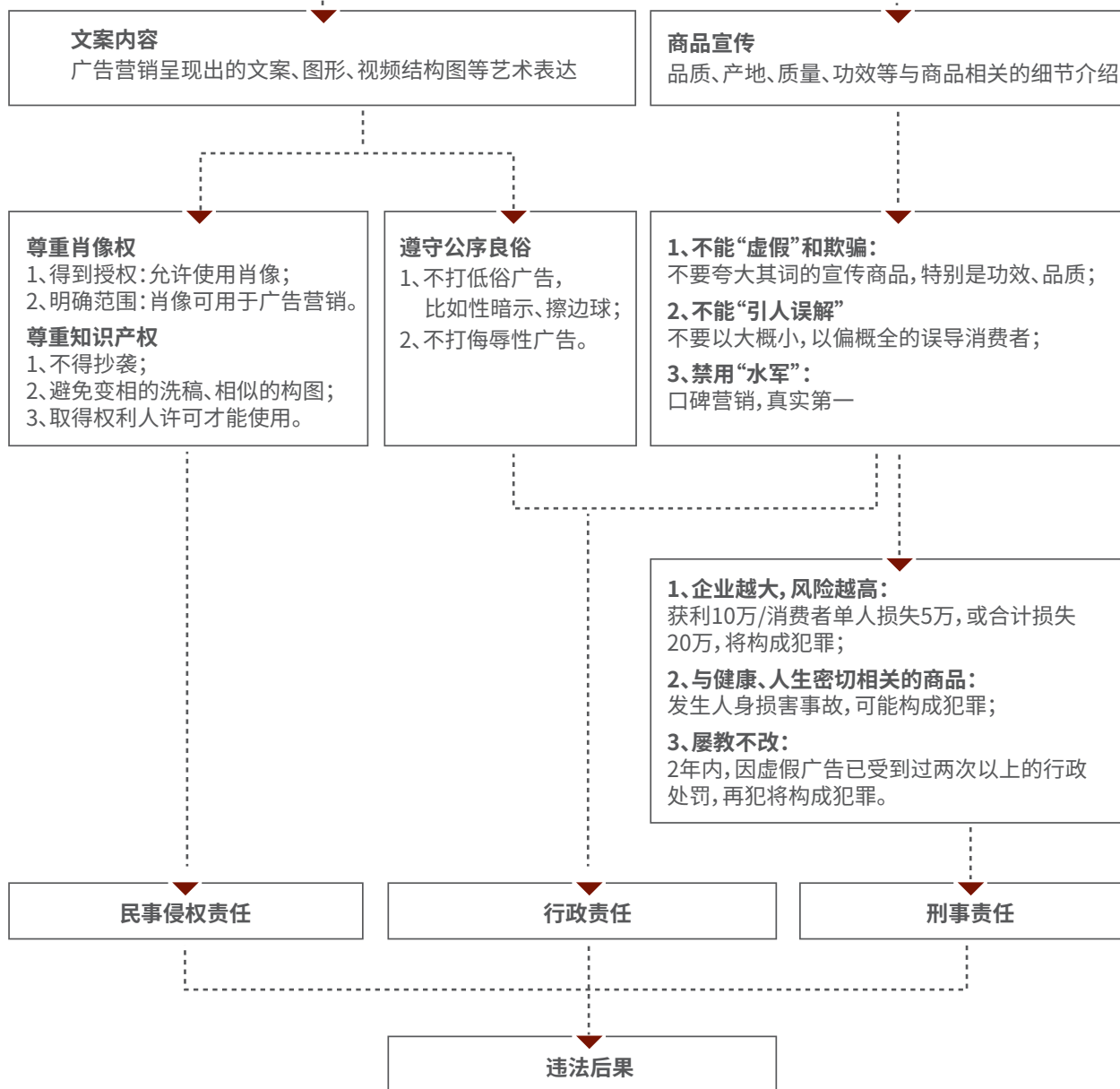
此外，通过组成层级，采取拉人头销售NFT作品，并返还NFT，或者通过拉人头，销售所谓的元宇宙产品，进行返利的，都是传销。

斯皮尔伯格的《头号玩家》是元宇宙在游戏领域的狂想，《侏罗纪世界》或许在不久的将来也会成为现实。元宇宙融合硬科技与软梦想，令人迷恋。但最迷人的往往最危险。拥有雄厚资金、科技实力的巨头尚在试水，罗永浩才刚告别直播，转身AR创业不久，5G网络还未全面普及……这都说明元宇宙的前途光明、道路曲折。

反观国内，元宇宙产业似乎已如火如荼，狼烟四起。这种非理性和不现实都让人想入非非。大家都知道，但不明所以的东西，就是“赚钱”的好机会，现在的元宇宙也有了这种迹象。但是元宇宙背后的人无法脱离法律的检视与监督。不那么美好甚至平庸的六条“法律元规则”需要所有元宇宙的梦想家坚守。

广告营销合规手册

企业，始终是广告营销的第一责任人



企业如何合法营销？

林钰

2022年5月21日，奥迪小满广告陷入“抄袭”风波；6月24日，宝洁因广告违背社会公序良俗被罚款70万元；网信办发布意见、开展清朗行动，持续严监管直播带货。营销看似简单，实则危机四伏，对企业来说，“营销——犯错——道歉——处罚”，似乎成了定式。

企业营销如何合法合规？请收下这份广告营销的合规实用手册。

一、广告营销，三重责任

简单的一则广告营销，如果违法，可能给企业带来民事、行政和刑事的三重责任，甚至可能同时承担。

无论是企业自己打广告还是交由外包、主播等的第三方，**企业始终是享受告营销最终利益的角色，也因此是责任的最终承担者**。无论营销的形式是传统广告、广告代言人或是新媒体营销，**监管始终强调两个重点：一是广告的文案内容；二是广告对商品的宣传。**

广告的文案内容，指广告营销呈现的文案、图形、视频构图等，其本身艺术设计上的具体内容。广告对商品的宣传，则指广告营销中涉及品质、产地、质量、功效等的与商品相关的细节介绍。前者违法违规可能导致民事和行政责任，后者则可能导致行政，甚至刑事责任。

二、文案内容：尊重肖像权、著作权和公序良俗

广告的文案内容合规的重点，在于两个尊重：**尊重肖像权和著作权，规避侵权；尊重社会公序良俗，规避行政违法。**

（一）民事侵权

1、肖像权：明示地授权用于广告宣传

2021年，明星易烱千玺以人格权（肖像权）侵权起诉霹雳堡，原因是霹雳堡在易烱千玺并未代言该品牌的情况下，使用易烱千玺的照片进行宣传。这是很常见的一种侵权行为。

但是, 该案的特殊之处在于: 霹雳堡背后的公司随后发言称, 公司虽未与易烱千玺签订代言合同, 但其是从合法合规的渠道购买的照片, 也就是说公司所用的宣传照, 已然取得了肖像权的合法授权。

此案提示了广告宣传合规在肖像权上的关键词: “明示”, **即用于广告营销的肖像, 必须获得明示的可用于广告营销的授权。**

易烱千玺诉霹雳堡一案中, 霹雳堡确实合法获得了照片, 但该照片并没有获得易烱千玺本人或者其公司, 明确允许用于“广告宣传”的授权, 企业将其用于广告营销, 就是侵权, 需要承担相应的法律责任。

还有一点值得企业注意的是, **认定广告营销侵犯他人肖像权, 并不需要企业以盈利为目的地使用他人肖像。**

《民法典》修改以前, 侵犯肖像权要以营利为目的。即: 我用你的脸, 是为了从中获取利益。虽然很难说企业在广告营销中使用他人肖像, 不是为了利用该肖像获取利益, 就比如医美、化妆品企业, 使用客户的形象做宣传, 理所当然为了展现商品的功效, 出售更多的商品, 获取更多的利益。但是, 闹上法庭时, 原告还是需要拿出证据证明: 企业是以盈利为目的, 才在广告营销中使用了自己的肖像。

但《民法典》发布以后, 侵犯肖像权不再需要以营利为目的。用通俗的话说: “不准企业用, 用了; 不准用去打广告, 打了; 不管企业赚没赚钱, 想不想赚钱, 都是侵权。”

肖像权不仅明星有, 所有人都有, 因此广告营销针对肖像权的合规, 只需要记住一句话: 不管用谁的脸, 只有他(她)明确同意将其用于商品广告营销, 才能合法。

2、著作权: 以实质审查认定侵权

2022年5月21日, 奥迪联手刘德华发布了一则充斥着高级感的宣传视频, 点赞、转发量超10万, 至此, 从流量上看此次营销已大获成功。但不到24小时, 抖音粉丝超300多万的北大满哥发布对比视频, 称奥迪的文案几乎全部照搬抄袭。

抄袭, 是著作权侵权最典型的场景。**抄袭的范围, 并不仅限于文字, 还有广告中使用的图画、音乐、视频, 这些内容都需要避免抄袭, 或取得著作权人的许可。**

知识产权认定侵权, 更多考虑实质的“接触可能+实质相似”。认定的关键在于: 企业和设计广告的人是不是可能接触过被抄袭的对象, 以及与被抄袭对象之间是不是有实质的相似, 比如图画、音乐的过度重叠; 文案的大段相似。当然, 实质认定给了法官很多自由裁量的空间, 但无论是奥迪这样的大品牌, 还是小企业, 都禁不起“抄袭”的指控对其商业形象、信誉的重大打击。

企业要避免把自己的命运交到法官手里，一定要谨慎挑选合作的广告公司，**并对最终的广告作品进行严格地审查**。如果自己操刀制作，**也一定要避免直接地抄袭，更要避免变相的洗稿、相似的构图，和未告知的拿来就用。**

（二）行政责任

行政机关监管广告文案内容的重点，又是企业经常容易忽视的红线是：公序良俗。简单来说，公序良俗就是广告的文案内容要守道德，道德是一个很大的口袋，但企业常犯的错误可以归纳为两类：

第一，低俗。性暗示、擦边球就是典型的低俗，比如椰树集团，“从小喝到大”的文案，配上身材火辣的女性，大打擦边球，因此常年因广告低俗而被行政处罚。类似的还有711便利店的“她不醉，没机会”、滴滴的顺风车的“你有短裙，我有暖风”等等，充斥着性暗示、性骚扰的广告。

虽然没有赤裸裸地“直说”，但此类广告就是想利用双关的语言、搭配海报和图画，不言自明，让消费者“懂的都懂”，从而达到推销商品的最终目的，既然如此，监管也一定能懂，所以不要对此抱有侥幸心理，“擦边”定会“走火”。

其二，侮辱。侮辱特定的性别、侮辱残疾人、穷人等等，都是比较常见的情形。比如，宝洁集团一则《女性脚臭是男人的5倍？不信现在闻一下》的营销文章，就是典型的侮辱女性，被广州黄埔相关部门立案调查，以违反《广告法》为由，被处以70万元的行政处罚。

这种以“贬低、侮辱或者不客观地评价某一类群体”为噱头的广告营销，就是违背公序良序，将让企业面临行政处罚。

三、商品宣传：不能做虚假和引人误解的虚假广告

监管要求广告营销在宣传商品的内容上，不得做虚假广告，具体来说，有两个“不得”：其一，不得以“虚假”的宣传，欺骗消费者；其二，不得利用“引人误解”的宣传，误导消费者。

（一）商品中不可容忍的“虚假”

总的来说，商品吸引消费者的部分、具有市场竞争力的部分，都不可做虚假或引人误解的宣传。比如：

商品从何而来——产地、成分、性质、生产者

商品用作何用——用途、功能、性能、有效期

商品的竞争力——质量、价格、口碑、曾获荣誉

最值得企业警惕的是商品的口碑，口碑营销是新媒体营销中尤为重要的一环。

企业需要明白：口碑做不得假，真正的商品口碑源于真实的用户体验，这是商品最好的广告，用“水军”刷出来的口碑，比如销量和评价，一方面为《广告法》所不容，另一方面当水军被揭穿，企业形象、消费者对企业的信任都可能因此遭受巨大的打击。

但禁止水军不等于禁止口碑营销，只要遵守“真实”的底线，“真实的用户、真实的使用者、真实的体验”，企业就能合法合规地做好口碑营销。

（二）认定虚假广告的认识

1、虚假：夸大其辞

企业最容易在虚假上犯的错误，是“夸大其辞”。比如，对商品效果、功能、质量上做一些“夸张”的艺术加工，即使只有短短一两句，都是监管所不允许的红线，可能给企业带来严厉的行政处罚。

比如：佳洁士双效炫白牙膏，宣称“只需一天，牙齿真的白了”；健怡牌pm2.5的口罩，宣传“过滤率达99%以上，病毒过滤率达99%以上”。把商品功效说过头的夸张，就会被认定为虚假宣传。

再比如：保健品公司权健，宣传自己的保健品可以治疗癌症、糖尿病等多种疾病，还可以预防中风、猝死、脑溢血等现象，这同样是在功效上做的夸张，而且是国家重点监管的保健品行业，这不仅被认定为虚假广告，还涉嫌虚假广告的刑事犯罪。

还有对商品原料的夸张，比如钟薛高，称冰淇淋“不加一滴水”、“选用特级红提”，实际既用了水，还仅使用一级红提，被市场监管部门以虚假宣传做出了行政处罚。

商品的功效、品质是消费者最关心的问题，也驱使企业在广告上“下足了功夫”，但如果企业花在商品上的“功夫”，与花在广告上的“功夫”有所出入，就将招致监管的严厉处罚。

2、引人误解：以大概小，以偏概全

引人误解就是通过文字游戏混淆概念，有两种典型的手段：

第一，“以大概小”，把小的概念偷换进大的概念进行宣传。这在食品行业的广告营销中十分典型，而食品也是国家重点监管的行业之一。

2018年,元气森林曾因产品包装和标签的问题,被食药监局行政处罚,2021年4月,元气森林再因一款添加了“结晶果糖”的乳茶包装上的“0蔗糖”向公众致歉。

从化学的角度,蔗糖可以分解成果糖,也就是说蔗糖和果糖之间并不是泾渭分明的两种物质,把添加果糖宣传成“0蔗糖”,跟商家把未添加蔗糖的商品,简单粗暴的宣传成“无糖”是类似的,都是常见的引人误解的宣传。

企业需要意识到,更重要的问题在于:在引人误解的问题上,不是企业说了算,而是消费者说了算。行政部门是以消费者的角度,来判断广告营销会不会导致误会,因为消费者并不专业,所以引人误解的认定往往比企业所认为的要严格得多。

广大消费者眼中的0蔗糖,是完全没有添加糖,或者仅添加了代糖,配合元气森林“0蔗糖”宣传语的后半句“低脂肪”,综合来看,消费者并不会把该标语解读为“元气森林没加蔗糖加了果糖”,而是会认为商品完全没加糖,这其实也是企业为了销售商品,刻意为之的“误解”。

第二,“以偏概全”,把商品中“锦上添花”的亮点,宣传成商品的重点或者全部,让消费者误解,并为之买单。比如辛巴团队假燕窝事件,把一款仅含有万分之一唾液酸的风味饮品,宣传成即食燕窝,主播及燕窝商家都被处以行政处罚。

无论是虚假,还是引人误解的广告,都是用广告修饰商品自身的不足,但名不符实的宣传,始终是假的,最终都会变成广告违法的责任,回到企业身上。

(三) 虚假广告的刑事责任

虚假广告,还可能涉嫌刑事犯罪,构成虚假广告罪。虚假广告罪和虚假广告的行政监管,都针对同一个行为,也就是前文中所讲的,虚假和引人误解的“虚假广告”。两种责任的界限和转化,通常有以下几种考量:



第一, 企业越大, 风险越大。企业越大, 商品销量越大, 越容易突破虚假广告罪获利10万元以上的立案标准。

同理, 越贵的商品, 消费者支付的对价越多, 也意味着如果构成虚假广告, 消费者所受的损失越多, 如果单个消费者直接经济损失5万元以上, 或多个消费者累计20万元以上, 也将满足立案标准, 涉嫌虚假广告罪。

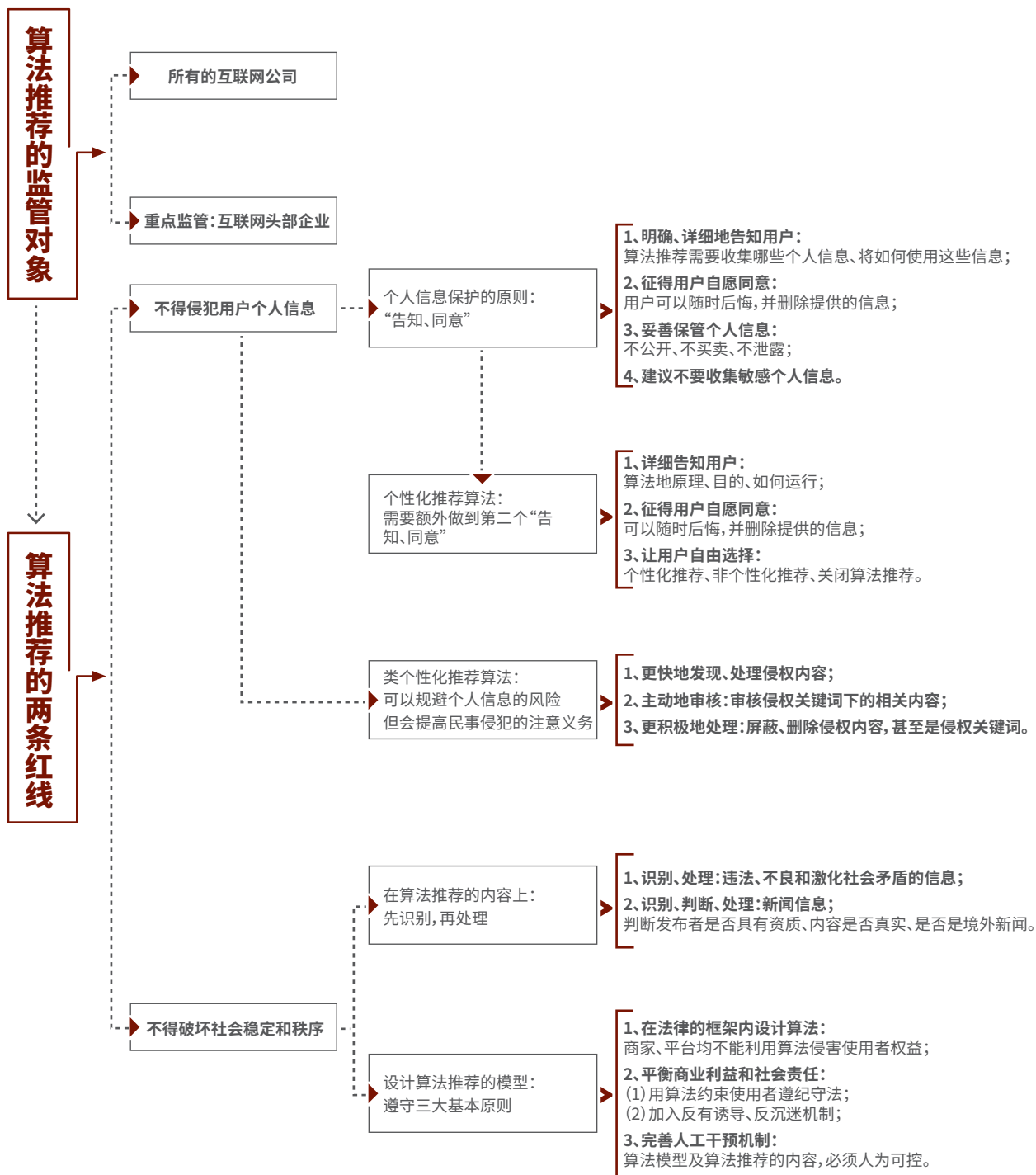
第二, 与健康、人身安全密切相关的商品, 责任重大。人身安全无小事, 此类情形更容易被作为犯罪处理。比如, 在商品的效果、功能、质量上做了虚假宣传, 把不绝缘的手套宣传成防火防电, 导致消费者出现人身损害, 就可能构成虚假广告罪。

第三, 屡教不改, 加重处罚。法律明确规定: 2年内, 因虚假广告已受到2次以上的行政处罚, 再犯就将触犯刑事的底线, 做犯罪处理。

守不住虚假广告的红线, 就防不住广告营销的法律风险。

最后需要强调的是, 公民“食住行”的三大民生行业, 比如, 食品、药品、保健品; 烟、酒; 房屋; 金融、教育、种养殖等等, 法律对其中的广告营销, 还有更细、更严格的规定, 尤其是在食药品的功效上, 金融房产的增值保值问题上, 不能做虚假宣传、过度宣传, 对于烟酒, 不可诱导、怂恿他人尝试。

但无论何种行业, 守好广告营销的两大底线: 文案内容不侵权、不违背公序良俗; 商品的宣传内容, 不做虚假宣传, 就能规避广告营销的法律风险。



算法推荐的红线是什么？

林钰

现在的互联网，是算法的时代。

算法推荐技术应运而生，对互联网公司而言，谁能借助算法推荐技术，把更多、更好、更贴合用户喜好的信息推荐给用户，就能赢得用户，在行业的竞争中胜出。

然而2022年3月1日，正式施行的《互联网信息服务算法推荐管理规定》，以及4月8日，从互联网头部企业开始，全面铺开的算法推荐“清朗行动”，给算法推荐划定了红线。

把握监管的禁区，看清算法推荐的法律红线，对互联网行业而言，尤为重要。

一、监管对象：互联网公司

互联网公司把网络上各种各样的信息，通过技术有针对性地筛选、排序、再呈现给用户，这种技术就叫“算法推荐技术”。算法推荐监管的对象，就是使用了这些技术的企业。

几乎所有的互联网公司，通过网页、App或者小程序向用户呈现信息时，都使用了“检索”、“精选榜单”、“语音助手”、“个性化推荐”中的一种或者几种。因此，不夸张地说，**算法推荐的监管覆盖所有的互联网公司。**

互联网头部企业，更是算法推荐监管的重中之重。如字节跳动、腾讯、美团、滴滴等体量的企业，它们掌握着巨量的用户，和用户们带来的海量信息，同时，它们应用算法推荐技术最深，也获利最多。“力量越大，责任越大”，法律因此要求其承担更高的社会责任，去保护这些信息数据、防止算法推荐技术反过来伤害用户，进而影响社会稳定和秩序。

二、第一条红线：不能侵犯公民个人信息

算法推荐中有一类为人熟知、应用广泛的技术，叫做个性化推荐技术。影视音乐软件里的“猜你喜欢”、短视频软件的“相关视频”、购物软件的商品推荐，以

及那些无处不在的“个性化广告”等等,这些精准捕捉了用户喜好的推荐,多数来自于个性化推荐技术。

这类技术对用户的个人信息需求最大,因此更需要警惕,不能侵犯公民个人信息。

(一) 规避法律风险:双重“告知、同意”

保护个人信息的基本原则是“告知、同意”,个性化算法推荐要规避个人信息的法律风险,需要更加谨慎地做到双重的“告知、同意”。

1、收集阶段:“告知、同意”+用之有道

个性化推荐,通常有两个阶段:

第一个阶段,捕捉用户喜好。互联网公司通过收集用户基本信息,和浏览记录、兴趣爱好等等,以用户模型、用户标签等形式的打造用户画像。收集的信息越多、越详尽,企业建立的用户画像就越精确,以此为基础做出的个性化推荐也更精确,更能吸引、稳固用户,并以此变现。

因此,企业对个人信息的需求是无上限的,甚至可能为了进一步满足个性化推荐的“个性”,收集用户的敏感个人信息,比如:身份、住址、行踪轨迹、生物信息等,与人身、财产密切相关的信息,这无疑会增加用户的人身、财产安全风险。

因此个性化推荐的第一个“告知、同意”,是遵守个人信息保护法的要求,在**“详细地告知、明确自愿地同意”**的基础上,收集用户个人信息,并且最好不要收集用户的敏感个人信息。

第一,企业需要详细地告知用户:收集信息的目的是用于个性化推荐、需要为此收集哪些信息、信息如何用于个性化推荐。

第二,在此基础上,必须征得用户“明确”且“自愿”的同意。这意味着,一方面,用户可以拒绝提供,企业不得因此拒绝提供服务;另一方面,用户可以随时拒绝,企业必须允许用户后悔,还要允许用户彻底的后悔。向用户提供删除服务,删除其提供给企业的个人信息,包括企业利用其个人信息加工形成的各种形式的用户画像。

第三,敏感个人信息的收集门槛极高,只有在具有特定的目的,和充分必要的情况下,才可以适当收集。个性化推荐,并不满足这种充分必要和特定的目的,因此,企业最好不要收集与用户人身和财产密切关联的敏感信息。

收集了用户个人信息之后,企业应“用之有道”。用户对个人信息的授权有范围也有限制,“告知、同意”实际上也是企业向用户做出的,企业将如何使用其个人信息的承诺,不能违背。**因此,以个性化推荐为目的收集的个人信息,不可挪作他用。**

此外,**要注意保管个人信息。**个人信息不能公开、不可买卖、不得泄露,App或者个性化推荐停止服务时,都需要删除基于此收集的用户个人信息,以及以其为基础建立的所有用户画像。

2、使用阶段:“告知、同意”+多重选择

个性化推荐的第二个阶段,是基于用户的个人信息,或者以其为基础建立的用户画像,通过个性化推荐算法向用户进行精准推荐。

在这个阶段,“告知、同意”的内容从个人信息,变成了推荐算法。

企业需要明确、显著地“告知”用户,个性化推荐算法的原理、目的、如何运行,同时征得用户明确且自愿的“同意”。除此之外,**企业还需要给用户提**“多重选择”**：**

第一,使用个性化推荐。在用户同意企业对其进行个性化推荐之后,企业可以为其提供个性化推荐的算法服务。

第二,使用普通推荐。在用户同意企业使用算法推荐,但不同意企业收集个人信息,或不愿意企业对其进行个性化推荐的情况下,企业应当为其提供不针对个人的,普通算法推荐。

第三,关闭算法推荐。在用户不愿意企业对其使用算法推荐的情况下。企业需要向用户提供关闭算法推荐的选项。绝不能因用户拒绝使用算法推荐,而拒绝向用户提供服务。

最后,企业同样需要给予用户后悔的权利,让用户能在三种选择中自由切换,并且配合用户的选择提供及时的删除服务,让用户有权在关闭个性化推荐,选择其他两种推荐方式的情况下,删除企业收集、存储的相关个人信息。

(二) 类个性化推荐:更高的侵权注意义务

还有一条规避个人信息的法律风险的路径,**就是不收集、使用个人信息,用另一种方式实现个性化推荐。**比如“算法推荐首案”中,字节跳动在今日头条上使用的另一种算法推荐技术——信息流推荐服务。

如果说个性化推荐,是基于用户以及与用户相似的人的喜好,搜罗网上的信息呈现给用户。信息流推荐服务,就是把具有相同或者相似关键词的关联信息串在一起,形成信息流,用户浏览一个,就如同踏进了由关联信息组成的河流,无数的关联信息都将涌向用户。

这类型的推荐技术,或许能避免侵犯用户个人信息,也能达到类似个性化推荐的效果,但它们也给企业带来了新的义务和责任:**提高了企业的侵权注意义务。**

“算法推荐首案”很典型地呈现了这种情形:

爱奇艺享有电视剧《延禧攻略》的版权,部分今日头条用户发布的含有《延禧攻略》内容的图文、视频,侵犯了爱奇艺对其享有的知识产权。今日头条使用的信息流推荐技术,又会将这部分侵权的信息,放置在与《延禧攻略》相关的关键词的信息流当中,推送给无数浏览过《延禧攻略》相关信息的用户,极大地放大了侵权的后果。

尽管字节跳动公司辩称自己采取了删除、屏蔽的措施,法院仍判决其需要为侵权的扩大承担相应的责任。

这则判例说明,在司法实践中,**使用信息流推荐这类技术的企业,对于侵权需要尽到更高的注意义务。**

之前,企业只需在权利人举报侵权的链接之后,及时删除、屏蔽,就算履行了法定的义务。现在,企业不仅需要更快地删除、屏蔽权利人举报的链接,以防其被算法推荐给更多的人,还需要对被举报侵权的关键词,比如《延禧攻略》,进行主动审核,主动识别关键词下的侵权内容并删除、屏蔽,甚至屏蔽相关关键词,以避免可能的民事侵权责任。

三、第二条红线:不得破坏社会稳定和秩序

算法推荐,连通的是数以亿计的用户,如此多的用户背后就是整个社会。美国“推特干预大选”一事,足以说明算法推荐有能力通过信息影响用户,干预大选,威胁社会的稳定和秩序,甚至威胁国家安全。

因此算法推荐的第二条红线,要求企业:**严格管理算法推荐的内容和算法模型,不得破坏社会的稳定和秩序。**

(一) 内容：先识别、再处理

虽然互联网公司只是信息的搬运工，算法推荐也只是搬运信息的手段，但搬运工也必须为搬运的内容负责。

首先，内容不能违法，典型的比如：极端主义、恐怖主义、邪教、宣扬犯罪等等；其次，内容也不能违背公序良俗，典型的比如：淫秽色情、血腥暴力、低俗、擦边球。**除此之外，有两类信息需要企业格外注意：**

一是，激化社会矛盾的信息，不能搬运，需要及时处理。比如激化群体冲突、地域冲突、性别冲突、宗教冲突等等。

二是，新闻信息必须具备资质才可发布。无资质的用户发布的新闻信息、虚假的新闻信息、境外的新闻信息等等需要企业及时发现、及时处理。

为了规避算法推荐的内容可能导致的法律风险，**企业应当先建立起关键词的识别库，精准、全面、及时地识别出这些信息。**在识别出这几类信息之后，企业第一要停止传输、及时消除，防止信息扩散；第二要向网信部门及有关部门报告；第三要防止这些关键词出现在个性化推荐的用户标签里，不得将这些信息的关键词设置为标签选项，如果算法自行归纳出了此类标签，也必须及时删除。

总而言之，企业既不能做被动的搬运工，放纵各种各样的信息无序地扩散，也不能做主动的搬运工，把违法、不良的信息呈现给用户。

(二) 算法模型：平衡商业利益和社会责任

算法模型，始终是算法推荐技术的核心。企业想用算法推荐做什么，从算法模型中一览无余。在算法推荐发展的过程中，分别在社会生活的三大领域，发生了三起重大的社会事件：

第一，消费。2018年，大数据杀熟成为社会生活流行语，携程、飞猪、去哪儿等平台，均被消费者或者相关部门指出，其利用用户大数据，对同一商品针对不同用户进行差异定价。

第二，劳动。2020年，一篇《外卖骑手，困在系统里》，指出了美团、饿了么面向外卖骑手的派单系统，用电动车的平均速度搭配步行路线，压缩骑手的派送时间。导致骑手用逆行、闯红灯等违反交通法规的方式抢时间，也因此造成外卖骑手超高的交通事故率，给他们带来生命危险。

第三,竞争。2016年,魏则西事件,搜索检索被百度做成了生意,搜索引擎的检索结果,不以搜索词的关联性排列,反而被明码标价,竞价排名。

这三件事关联社会生活的三大领域,同时也与算法推荐密切相关。大数据杀熟、派单都依赖算法实现,搜索引擎本身就是算法推荐技术的一类。这些现象的背后,揭示的是企业必须遵守的算法模型三大基本守则:

第一,在法律的框架内编写算法模型。比如大数据杀熟,法律规定商家不得针对不同消费者,对相同的商品差异化地定价。所以,首先,商家不得利用算法技术,自行编写大数据杀熟的算法模型,违反法律规定,侵犯消费者权益;其次,飞猪、携程这类提供平台中介服务的企业,也不得利用算法技术,编写大数据杀熟的算法模型,帮助商家实施差异化定价的侵权行为。

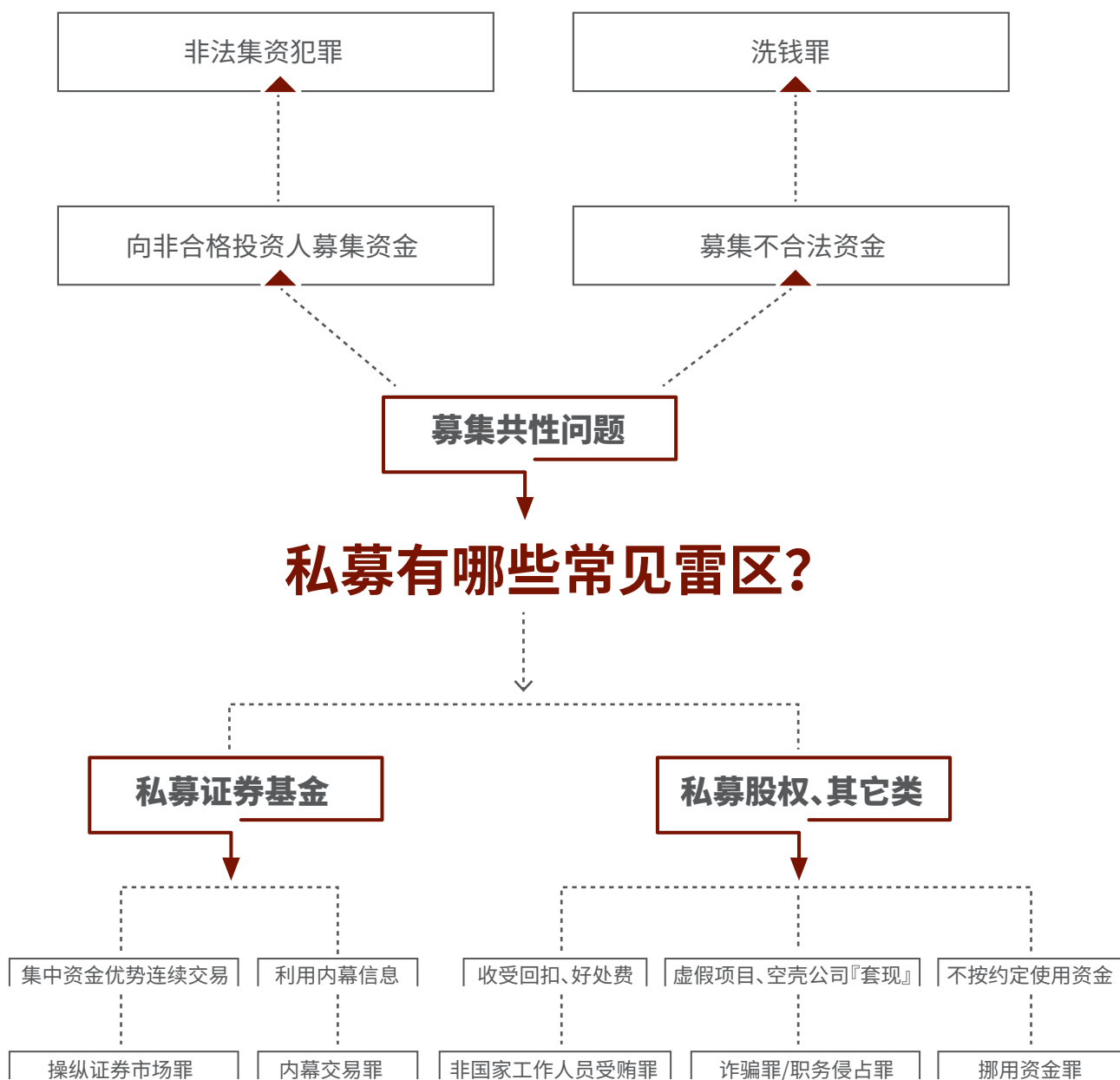
第二,平衡商业利益和社会责任。使用算法推荐的互联网企业,服务着众多用户的同时,逐渐深度地参与、融入了公民的社会生活。它不仅是一家企业,更像是社会的一个基础设施,因此,需要承担更多的社会责任。这要求企业利用算法谋求更多商业利益的同时,必须考虑到算法模型可能对使用者造成的影响。

企业一方面,需要以算法模型约束使用者守法,而非逼迫他们铤而走险。比如派单算法不要设计不合理的派送时间,可以在发现骑手违反道路法规,或者派送时间异常的情况下,及时介入处理。

另一方面,加入反诱导、反沉迷的机制,比如定时弹窗提醒、定时停止服务等,特别是在服务青少年的算法中加入此类机制,以履行企业应尽的社会责任。

第三,完善人工干预机制。假如把算法推荐比作一个自动炒菜机,监管向企业提出了一个重要的要求,炒菜机旁需要始终有一个人,可以随时地对算法模型和算法推荐的内容做出干预,给算法推荐上一层人工的保险。

正如法院在算法推荐首案中所表达的,“更先进和高效的算法推荐技术,帮助用户高效获得信息的同时,也为企业自身获取了更多的流量和市场竞争优势。同时,也提高了用户和社会将面临的一系列风险。”所以,使用算法推荐的企业应当防范系列风险。尤其是保护个人信息和维护社会秩序,始终是企业应严守的两条红线和底线。



私募有哪些常见“雷区”？

张婷婷

失联、跑路、暴雷，近些年成为私募行业相关新闻的高频词汇。私募大V叶飞举报市值管理被“黑吃黑”，后因涉嫌操纵证券市场罪被捕；曾经的华尔街神童汪潮涌“失联”37天，配合公安机关调查；百亿私募前海巨涛资本实控人夫妇一死一伤，确认刑事案件而由经侦、刑侦介入调查……昔日私募大佬们频频事发，把颇为神秘的私募基金行业推向风口浪尖。

最高检案管办负责人2022年4月表示：全国检察机关2022年第一季度起诉涉及私募投资基金的案件197件，同比上升1.1倍。私募行业呈现的刑事高危特征，与近年来私募行业的监管加强不无关系。

一、向非合格投资人募集资金

私募意味着高回报与高风险，需要投资人投得起，也赔得起。因此，私募资金的来源，只能限于特定的合格投资人。这是私募的内核，也是最容易突破的底线。

当管理人忽略对合格投资人的坚守，一系列的问题就会接踵而至。不合格投资人无法拿出足额的资金，导致管理人需要找到并说服更多的不合格投资人，才能实现“质量不够，数量来凑”的效果。而这个过程，极其容易集齐非法集资犯罪的公开性、利诱性、社会性、非法性的“四要素”，导致管理人所涉的刑事犯罪中非法集资犯罪高居榜首。为了避免触雷，要做的其实也简单：至少牢牢坚守住一条底线。具体如下：

（一）不做公开宣传

任何产品、服务的成功推介，当然离不开宣传。但私募的内核决定其宣传是有限制的。可以简单理解为：私募不禁止宣传，但禁止公开宣传。

证监会在相关规定中，列明的公开宣传方式，从电视、报刊到互联网、微信，多达十多种之多。报刊、电视、电台等宣传方式，天然具有公开性，难以控制信息接受人群，基本不适合私募。而电话、互联网、微信、讲座等宣传方式，并非绝对的不可为。只要辅之以限制手段，达到对宣传对象和数量的控制，例如私募官网设

置访问限制,办理讲座是在特定场所并针对特定的人员。回避“公开”,关键考量该特定的宣传方式,是否可通过技术或物理手段实现筛选截流。

(二) 不做刚兑承诺

利诱性的本质在于管理人将私募投资零风险作为卖点,吸引投资人注资。回购协议、第三方担保或者承诺差额补足、定期分红协议等都是利诱的常见手段。而保本保收益的承诺,无论是宣传材料中白纸黑字的“固定收益”“保本结构化理财产品”“预期收益”,还是销售人员明示暗示的口头承诺,都可认定具有利诱性。

回避利诱性的关键在于,无论是口头还是书面,都不能直接或变相给出保本保收益的承诺。管理人应当注意审核合同、文件、宣传材料的内容,并加强对销售人员的话术培训。

(三) 避免募集对象外溢

刑法对私募的资金来源进行穿透式审查,形象点说,就是“摊开来”数人头。将私募收益权进行拆分销售的,拆分后购买的人数要计算;以一人名义汇集多人资金进行代持的,被代持人数要计算;将私募拆分成同质化的多个产品分别募资的,多个产品的投资人共同计算……

只要总体的人数超过法定限制,认定社会性就没有侥幸。管理人在接受投资时,应当让投资人书面承诺没有代持、不会分销,避免被动卷入募集对象向社会公众蔓延。

(四) 别拿私募牌照当免死金牌

依法设立、登记备案是私募合规的形式前提。是否具有“非法性”的判断,刑法遵循的是实质标准。登记备案仅意味着,管理人可以向特定的、合格的投资人吸纳资金。拿什么牌照干什么事,超越经营范围公募或吸储的,在行业协会的登记备案,从来不是非法集资犯罪的免死金牌。公开宣传、超越人数、保本承诺一应俱全,即使已经登记备案,也摆脱不了非法性的认定。

二、募集不合法资金

私募的资金来源不仅要求合格,更需要合法。因颇具私密性,私募成为违法犯罪资金漂白的优选渠道。而漂白违法犯罪而来的资金,会进一步损害金融秩序及司法机关对赃款赃物的追索。刑法打击协助漂白的行为。因此,管理人应证明自己采取了合理手段确保资金合法。

常规情况下,应要求投资人签订承诺书,并查验银行流水等能够体现投资人资金来源及出资能力证明等文件。特殊情形下,例如,针对某些“敏感”职业,需要进一步的“验资”,才能有效隔风险。曾经手的一个案子中,投资人为政务人员,在无其他收入来源的情况下,进行了私募投资。嗣后,因政务人员贪污犯罪,管理人配合调查时向调查机关承认了解资金来源有些“不清不白”。此时,虽同样有承诺书、银行流水,却不能阻碍追究管理人洗钱罪的责任。

三、不同私募的运作“雷区”

有钱才能万事足,所有类型的私募在资金来源上,容易误入的雷区相似:对资金的合法性和合格性坚守不足。而根据投资方向的不同,在运作环节,不同类型的私募,各有其高发的风险领域。

(一)非私募证券类

非私募证券类的高发“雷区”,常因管理人违背信义义务损害投资人利益而触发。受人之托,忠人之事,不忠于投资人的行为也会带来风险。

1、收受“好处费”

2021年,私募投资经理郭某某,受基金项目最终受益方北京暴风集团股份有限公司的请托,收受该公司125万元好处费,承诺加快基金募集事项的推进。被上海第二中院判决构成非国家工作人员受贿罪,没收全部违法所得,判处有期徒刑三年,缓刑三年。

非国家工作人员受贿罪原来的入罪金额是公职人员的两倍。但该标准已被修改,不仅适用国家公务员的同一标准,且将法定最高刑提至无期徒刑,体现出对非国家工作人员职务犯罪的关注。腐败犯罪并非公职人员的专属,管理人的钱权交易同样受处罚。管理人切忌以“权”换钱,哪怕只是加快项目进程的“权”。

2、虚构投资标的“套现”

上海至善投资基金有限公司,累计发行30余只产品,共向3,000余名投资人募集近40亿元资金,通过虚构影视项目、房产项目的方式套现,用于支付利息支撑骗局和个人挥霍。2019年底,东窗事发,未兑付金额多达20多亿元,公司涉罪被查,实控人吕某某及三名高管被刑拘。

刑法对私募的审视,不仅向上穿透投资人,也向下穿透底层资产。底层资产虚假,是最严重的欺骗行为,往往受到最严厉的处罚。

3、挪用资金

统元富邦投资以富邦 I 号名义进行了基金募集。其后,其执行事务合伙人代表郭某,对于富邦 I 号募集的大部分资金,未经过投资决策程序,也未获得其他合伙人同意,自行决定转至与统元富邦投资中心无关的个人或单位账户,超过三个月未还。郭某被认定构成挪用资金罪,获刑四年六个月。

管理人应当按照合同的约定管理运作募集资金。尤其针对内部员工的挪用,不能放松警惕,可通过完善决策机制、审批流程,规范印章管理,强化内部财务纪律,实行日常稽核等方式防范挪用。避免某个产品资金被挪用后,引发对其他产品甚至公司的负面连锁反应。

(二) 私募证券类

私募证券近些年已发展得比较成熟,因资金流动闭环,客观上限制了挪用、侵占的空间。但因管理人的收入小部分来源于管理费,大部分来源于业绩。投资获取的利益越高,管理人的回报随之水涨船高。因此,管理人有强大的动力来把共同的蛋糕做大。因此,该类私募“抄小道”“走捷径”,损害中小投资人利益而触发的雷区较为突出。

1、操纵证券市场

私募大V叶飞,应中间人邀约撮和,联合多家上市公司管理人员对上市公司股价进行“市值管理”。通过控制多个证券账户,集中资金优势,连续买卖上市公司股票等方式,操纵股票供需而影响股票交易价格。事后,因事前许诺的报酬落空,愤而举报,后因涉嫌操纵证券市场被刑事立案。无独有偶,私募一哥徐翔也是因为类似操作,操纵证券市场罪获刑。

2、内幕交易

不同于操纵“做局”,内幕交易则依靠真实信息,侵犯股民平等知情权,实现交易精准“抢跑”“快人一步”而谋利。内幕交易大概率能实现赚多赔少,但并不必然。即使内幕交易赔了,也不影响处罚。

上市清泉投资管理有限公司的法定代表人徐某某作为公司并购信息的知情人员,在信息敏感期内拿着1,000万元做内幕交易,倒亏近200万元。即使这样,徐某某不仅受到了证监会60万元的行政罚款,三年之后还收到了北京法院的刑事判决书:有期徒刑三年,缓行三年,并处罚金2万元。

刑法不仅保护投资人,也保护资本市场的其他参与者。操纵市场、内幕交易损害证券市场的公平交易环境,违背证券市场公开、公平、公正的交易原则,最终损害资本市场的其他参与者。操纵证券市场罪、内幕交易罪对此严阵以待。

总而言之,在刑法的世界里,私募管理人可以募集的对象是特定的,可以挣的钱只能是管理费和业绩提成,可以依靠的手段只能是自身的投资眼光和专业水平。募资对象、收入范围、依靠手段违规的,都可能踩雷。

不同私募的运作“雷区”

非私募证券类

01

收受“好处费”

虚构投资标的“套现”

挪用资金

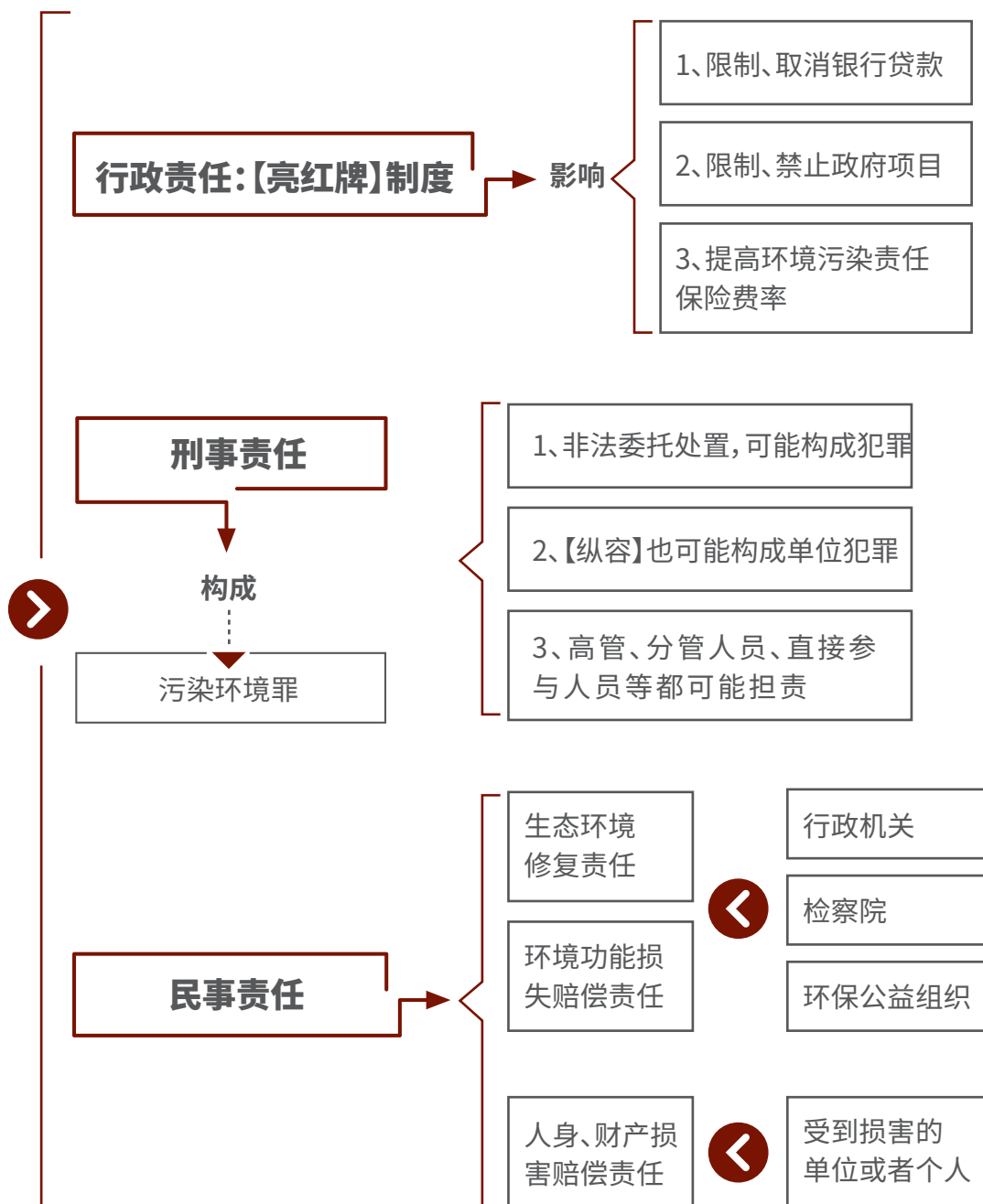
私募证券类

02

操纵证券市场

内幕交易

污染环境，有哪几重罚？



污染环境，有哪几重罚？

张卫峡

有人认为，污染环境司空见惯，不过是被环保部门警告、罚款，或者象征性地整顿一番，无关痛痒。其实不然，现在对污染环境的处罚可能有三重：行政处罚、刑事处罚与民事赔偿。

一、行政处罚：“亮红牌”制度

警告、罚款等是常见的行政处罚措施，但除此之外，还有日趋严格的“亮红牌”制度。

“亮红牌”是指环保部门对企业的日常环境行为进行综合评价，分数位于最低档位，或者企业有超标排放、私设暗管排放废水、废液等特定行为时，将企业列为环保不良企业。“亮红牌”的威力在于，它会对企业日常经营有一系列的限制，比如下面这个案例：

【案例1】2021年3-4月，江苏一建筑公司，因工程项目未经审批而施工被行政处罚，即“亮红牌”。接着，该公司被多家银行催缴和限制贷款，额度近10亿元，且不能参加政府采购、工程招投标，导致出现资金链断裂的风险。

第一，对企业来说，“亮红牌”影响最大的就是银行贷款。案例1中，建筑公司被“亮红牌”后，银行也将此作为审批贷款的重要考核因素，决定不再新增贷款，已有的贷款也被慢慢压缩。对很多企业来说，银行贷款是“生命之源”，没有“源头”，会直接影响生存。

第二，限制或者禁止参与政府相关事项，包括准入、许可类、优惠政策以及评优表彰等。比如上述建筑公司，被禁止参与政府采购、招投标项目。除企业被限制或者禁止之外，单位的相关人员包括单位实控人、主要负责人和直接责任人等，与政府相关的评优表彰等也可能被限制。

第三，提高环境污染责任保险费率。这一保险要求环境高风险企业，比如化学品制造、危废经营等企业，必须参保。虽说不是所有企业参保，但是对上述特定的企业来说，投保费率提高，生产成本自然会增加。

所以,“亮红牌”对企业的影响是多面性的,正所谓“一处失信处处受限”,而且如银行贷款、限制政府采购、项目招投标等,对企业经营甚至是致命性的打击。

企业可能会说,如果不参评,是不是就不会被“亮红牌”? 目前来说,如果不是法律明确必须参评的企业,其他企业不强制参与。但在2022年,国家发布了《关于全面实施环保信用评价的指导意见》(征求意见稿),等这一规定正式实施,就要求所有取得排污许可证的企业,以后都应当参评。这就意味着,只要企业有排污,就得参评;环保不合规,就可能被“亮红牌”。

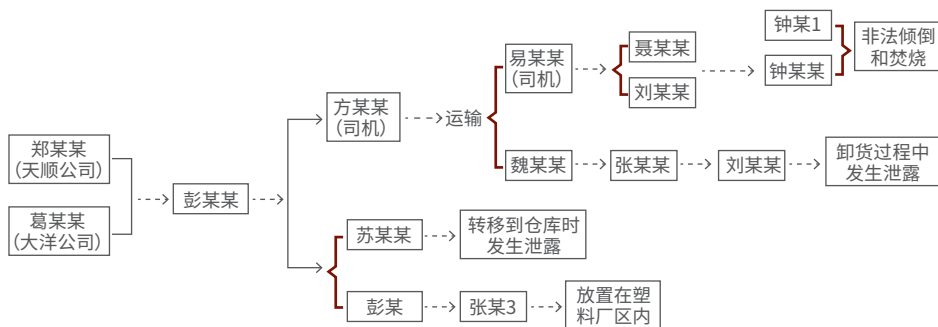
二、刑事处罚

企业污染环境,除了行政处罚以外,如果违反国家规定,非法排放、倾倒或者贮存、焚烧、掩埋有毒有害等特定物质,还可能构成污染环境罪。需要注意的是,不仅自行非法处置有毒有害等特定物质的行为,可能构成犯罪,非法委托第三方处置导致环境污染的,也可能要同时承担刑事责任。企业构成犯罪时,实控人等主要负责人、分管人员等,也都免不了要担责。

(一) 非法委托处置

企业委托第三方处置污染物的情况很普遍,但是委托的第三方要有合法资质,否则就是非法委托。根据法律规定,委托第三方处置的行为,从法律上视为其自身行为,所以当企业非法委托且不进行监督时,就会产生不可控的法律风险。特别是在层层非法委托时,风险更难把控,如果最终非法处理污染物的行为构成犯罪,自己也要受牵连。比如下面的案例:

【案例2】郑某某和葛某某将其公司危险废物,以明显低于市场的价格委托给彭某某处理,中间经过多次转手(如下图),最后危险废物被非法倾倒、焚烧等,造成环境被严重污染。其中,彭某某等人没有危险废物的经营资质,均被认定为污染环境罪。



上图中,危险废物被收购、转卖、处理等,最多经历了五次转手。钟某1、钟某某等人最终处理污染物的行为,构成污染环境罪,位于中间环节的彭某某、方某某等多人也同时构成犯罪。要特别注意的是,郑某某和葛某某是源头,是整个链条的“始作俑者”,即使他们和直接污染人员相隔甚远,其所在单位和本人也难逃刑事责任。

(二)“纵容”也可能构成单位犯罪

一般来说,经过单位集体决策或者法定代表人、实控人等决定,才可能构成单位犯罪。而在污染环境案件中,即便只是纵容,也可能构成单位犯罪。

企业有保证合法排污的义务,即实控人、法定代表人等有义务保证所有员工都合法排污和处理污染物。所以,如果有员工为了工作便利,私自非法排污或者处理污染物,主要负责人发现后,应当进行制止、纠正甚至惩罚。如果放纵这种行为,员工个人的行为便可归责于单位。

(三)单位构成犯罪时的个人责任

【案例3】新天地固废公司的经营范围是对工业固体废物、危险废物综合处置,经营期间对危险废物非法填埋和销售。新天地公司被认定为污染环境单位犯罪,公司所属集团法定代表人(董事长)韩某、副总裁赵某、销售部负责人王某2,以及公司经理王某、副经理孙某、销售部负责人龙某、填埋车间负责人、主任卢某、填埋车间副主任姜某、储运车间负责人孙某、物化车间副主任张某、分管生产副经理王某1等11人,都同时要承担刑事责任。

单位构成犯罪时,“直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”也要承担刑事责任。在污染环境犯罪中,上述人员的认定范围可能会很大,比如案例3中,不仅包括直接非法处置污染物的人员,而且包括分管人员、部门负责人,以及副总裁、董事长等公司高管。

换个角度看,处罚对象不仅包括直接参与非法处置的人员,还包括签字批准或者默认非法处置行为的主管人员,以及应制止而不制止、纵容非法处置污染物的公司主要负责人员。

三、民事责任

污染环境,在承担行政责任和刑事责任之后,可能还会产生民事赔偿责任。环境被污染,不但环境本身受到损害,而且生存在附近的个人或者单位,人身、财产也可能会遭受损害,那么就需要“谁污染,谁修复”,以及“谁污染,谁赔偿”。

（一）环境损害赔偿責任

1、提起诉讼的主体多

可能有人会疑问，如果只是造成环境污染，没有损害特定的单位或者个人，是否就不会被提起诉讼？其实不是。

因为环境是公共利益，所以法律赋予三类特定机构和组织以权利，对损害这种公共利益的行为，提起民事诉讼：

第一，行政部门

在行政监管阶段，环保局、自然资源局等多个行政部门，在与企业磋商不成后，都有权提起诉讼，要求企业对被污染的环境进行修复和赔偿。

第二，检察院

通常认为，检察院只对刑事案件提起诉讼。其实，对于与公共利益相关的非刑事类案件，检察院还能够提起公益诉讼，而环境公益诉讼就是一种重要且常见的情形。

检察机关提起诉讼有两种方式：一是在不构成犯罪时，只提起环境公益诉讼；二是在办理污染环境犯罪案件时，可以在侦查阶段提前介入，发现有环境需要修复或者赔偿的情况，可以同时提起刑事和附带民事公益诉讼。

第三，环保公益组织

环保公益组织专门从事环保公益活动，是从事环保重要的社会力量，较大的组织有中华环保联合会、自然之友等。这些组织分散在全国各地且组成人员多样化，对环境问题较为敏锐，相比于政府部门，往往能更快更准确地发现污染环境的现象以及污染范围。

综上所述，企业如果污染环境，不仅有“人”能对环境损害赔偿提起诉讼，而且主体类型还很多样化。而对企业来说，能够提起诉讼的主体越多，要承担环境损害赔偿的几率也就越大。

2、赔偿责任大

如果上述主体提起民事诉讼，污染企业可能就要同时承担环境修复责任和环境功能损失赔偿责任，比如下面的案例：

【案例4】海德公司将废碱液非法倾倒入长江等水域，导致饮用水供应中断，被江苏省人民政府提起诉讼。海德公司需同时承担环境修复费用3,637.90万元，以及赔偿生态环境服务功能损失1,818.95万元。

环境修复责任，是将环境修复至被污染之前的状态，让其重新发挥应有的功能，这是企业要承担的首要责任。环境被污染后，一般需要几年、十几年甚至更长时间才能修复，对企业来说是一场持久战。即使委托其他主体进行修复，可能会是一笔不小的开支。

环境被破坏后，不能正常为公众提供服务，比如案例4中，海德公司水源被污染，饮用水供应被中断，或者土壤被污染后无法种植农作物等，都是公共利益的损失。在环境被损害之后至修复之前的期间，服务功能的损失，也需要由企业来承担。如果环境无法被修复，企业就得赔偿环境功能永久性丧失的损失。

（二）人身、财产损害赔偿责任

如果因污染环境，造成单位或者个人财产、人身的损害，被损害的对象就可以对企业提起损害赔偿诉讼。比如下面的案例：

【案例5】福建省榕屏化工有限公司排放废水、废气、废渣，而附近居民、村民出现头晕、腹痛等症状，农作物也不能生长。该公司被1,721人提起环境污染损害赔偿，而且败诉。

榕屏公司排放污染物，导致附近居民、村民等1,700多人出现身体健康问题，或者财产受损，被这些人同时提起侵权诉讼。

在这类侵权案件中，企业需要证明损害结果不是自己的排污行为造成的，而这正是一大难点。之所以说是难点，是因为在司法实践中，在排污行为和损害结果同时存在时，很难否定二者之间的因果关系。

比如，在案例5中，榕屏公司为了否定因果关系，提交了企业排污达标、污染物不会对植物造成损害、附近有其他污染源等证据，但却没能说服法官。这是因为：

第一，即使排污达标，也不代表自己就没有责任。排污是否达标，只是关乎行政责任。即使排污达标，也只能说明污染物中的有毒有害物质含量符合法定标准，但这不代表就不会造成人身、财产的损害；

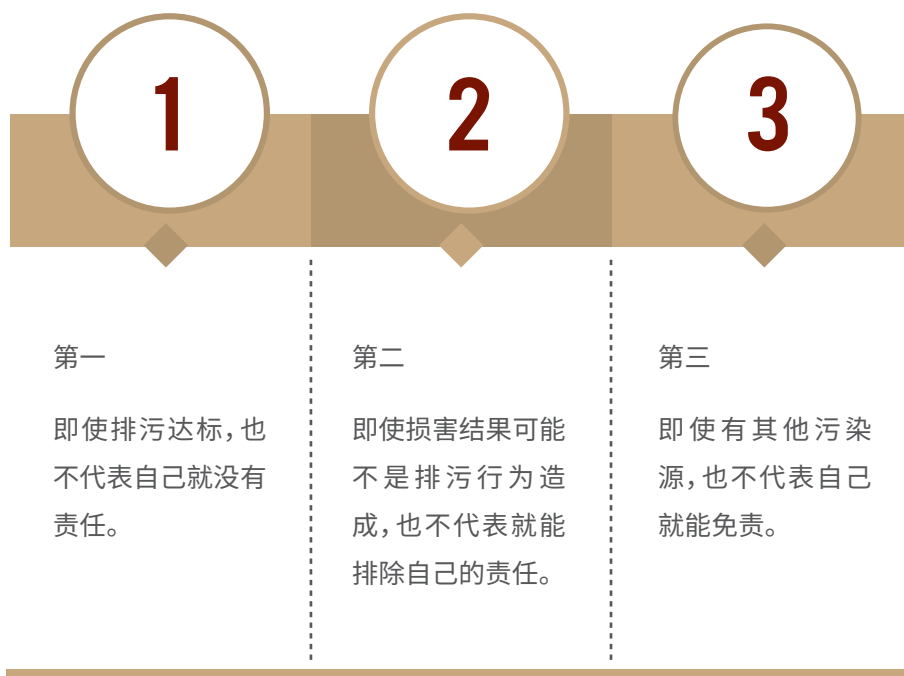
第二,即使损害结果可能不是排污行为造成,也不代表就能排除自己的责任。因为在同时存在污染行为和损害结果时,如果污染物可能会诱发疾病或者植物死亡,就推定因果关系成立。企业只有证明,有毒有害物质一定不会造成损害结果,才有可能切断因果关系;

第三,即使有其他污染源,也不代表自己就能免责。当有多个污染源同时造成了一个损害结果时,这多个污染源要共同承担责任。而企业排除自己责任的有效方法则是,如前文所述,证明自己排放的污染物一定不会造成损害结果。

所以,在民事诉讼中,要否定排污行为与损害结果之间的因果关系,难度很大。这就意味着,企业承担侵权赔偿责任的概率也很大。

最近几年,国家对环保呈现强监管态势,体现为严格法律规定与加强执法力度。所以,企业以为非法排污不会被发现,或者被发现也不会被重罚的观念,应该有所转变。环保强监管之下,企业以环境成本换取经济利益,导致环境被污染后,却可能要同时承担多重法律责任,这说到底并不划算。

人身、财产损害赔偿责任



2022中国企业家法律风险调研数据解读

2019年,北京和昶律师事务所与《财富》(中文版)联合发起了中国企业家法律风险调研,现在已经进行到第四年。已经发布的三份《中国企业家法律风险报告》,连续提示了中国企业管理者的核心关切与终极利益,体现了中国企业管理者对自身可能遇到的法律风险的防范及应对的现实状况,进而对中国企业家群体及个人防范和应对法律风险产生现实指导意义。

2022年,在疫情常态化的背景之下,企业在发展运行中遇到前所未有的挑战,必须面对史上从未经历过甚至从未想象过的变局,而在这一变局中,企业管理者即那些企业家们,除了基础性的法律风险需要持续地关注与防范之外,还必须对新出现的法律风险加以预先警觉和采取措施避免出现极端后果。

本年度的中国企业家法律风险调研从6月15日开始,面向《财富》(中文版)核心高管资源库中的企业管理者发放问卷,历时一个月,共回收完整有效问卷972份。

本年度调研,仍旧从公司规模、企业性质、公司所在行业和是否上市公司这四个维度进行细分数据的提取与分析,一个基本的事实是:以1,000人为区分界限,无论是在这一人数以上还是以下的公司,在调查问卷中的回答,已经不构成重大和明显的差异,这体现了在当前经济环境中,无论大型企业还是中小型企业,其管理者对法律风险的重视程度的普遍提高,以及对规避和防范法律风险的意识已经成为企业家群体的整体共识。

而在其他三个维度,则延续了过去三年一直存在的在具体问题上的关注度差异,这也提示,企业性质、公司所在行业以及是否上市公司这三个维度的属性,决定了企业管理者在法律风险及相关风险防范方面的偏好。

法律风险的防范,仍旧以合规建设为第一要务,这在任何时候都是优先级最高的事项,从2019年到2022年,合规建设,是中国企业管理者正视和应对法律风险时持续稳定的核心关切。

2021年的调研中,在收回的全部1,187份有效问卷中,关于合规建设的意义,“避免法律风险”是受访对象选择最多的答案,其次为“提高公司治理水平”和“形成合规文化”。选择这三项意义的受访对象均超过59%。

2022年,有73.25%的受访者确认企业管理者的安全感主要来源于“公司的合规体系”。“避免法律风险”仍是受访对象选择最多的答案,“提高公司治理水平”和“形成合规文化”依旧排在第二位和第三位,其中“避免法律风险”和“提高公司治理水平”,均获得了超过80%的受访者认可,而对“形成合规文化”的支持率也比去年增加了2个百分点。

针对合规体系建设,企业管理者们在认可其积极意义的同时,也通过问卷表达了对其所谓弊端的关切,成本增加和效率降低是受访者认为在现实中最突出的问题,体现在数值上分别为77.57%和54.01%。外资企业的管理者对成本上升为最敏感,合资企业则是最不敏感的一类企业。具体到行业中,房地产建筑企业的受访者有87.5%对成本上升耿耿于怀,其次是互联网和IT行业,物流交通行业咨询和法律咨询以及银行和金融业的受访者则表现得没有那么“在意”。一个合理的推测是,这两个行业因为自身属性问题,合规建设的完成度较高,并不构成新的成本增加。

从数据上分析,对合规体系建设的负面效应的担心,会在不同行业中表现得更为突出,并呈现出更大的差异化,企业规模和企业属性并不构成真正的影响要素,因为不同行业的合规建设具有各自的难点和亟需解决的问题,而这些难点和问题并不会因为企业规模和企业属性而被大规模放大或缩小。

合规体系不是为企业管理者提供安全感的唯一要素,事实上,在合规体系之外,企业的“合法经营”是比合规体系更受到管理者认可的经营要素,在数值上以74.59%领先合规体系的73.25%。

公正的司法环境,也在为受访者提供安全感,并且在不同行业,对公正的司法环境的需要的迫切度的差异不大,最低的是物流交通行业,为42%,最高的是消费品行业,为59.02%。

受访者在回答公司存在法律风险的主要原因时,聚焦在两个选项上:公司高管不具备应有的法律风险意识和没有完善的公司治理结构。这两个问题分别获得76.95%和70.47%的选择率。说明高级管理者自身的法律风险意识和完善的公司治理结构是公司避免法律风险的主要保证。这一方面是人的问题,一方面是制度的问题。消费品行业和物流交通行业中均有超过80%的受访者更关注人的

问题。在能源矿业金属、消费品和物流交通这三个行业中,各有超过80%的受访者认为公司治理结构缺陷也是产生法律风险的主要原因。

有41.67%的受访者认为营商环境的劣质化,导致了企业的法律风险,这在来自咨询和法律服务以及医疗这两个行业的受访者中获得最多认可。

外部环境是企业一时无法改变的客观因素,但向内加强内部治理,改进有可能引发法律风险的不合规不合理的隐患则是可以以及必须要做的工作。在收回的问卷中,受访者在公司需要改进的工作方面,最为关心的是财务和税务、数据安全以及商务合同这三个方面的问题,占比分别为56.58、46.91以及46.09%,除此之外,劳动用工问题,也有超过40%的受访者进行了关注。

民营公司的受访者中有62.1%认为最应该改进的是财务和税务,如果按照行业划分,消费品和房地产建筑这两个行业是最关注财务和税务改进问题的,均有67%以上的受访者表达这一观点。57.06%的来自上市公司的受访者看重数据安全问题,这一比率比平均值高10.2个百分点,医疗服务行业中有64.52%的受访者提到数据安全性的重要性和改进空间,超过平均值17.6%。

医疗服务行业、房地产建筑行业和消费品行业的受访者,均有超过三成透露企业遭受过来自市场监督管理部门的处罚,制造业的受访者提供的数据显示,他们中的30%以上遭遇过来自环保局的处罚,银保监局以及银保监会的处罚则毫无悬念地更多落在银行和金融业身上,这一行业中有超过38%的受访者承认了这一点。房地产建筑业和文化教育传媒娱乐行业则主要是要应对来自税务局的处罚,其中房地产建筑行业受访者提供的数字是39.76%。

网信办作为今年迅速崛起的权力部门,对所有与互联网有关联的行业和企业都表现出强大的影响力,医疗、互联网和IT以及文化教育传媒娱乐这三个行业是在所有行业中受到网信办处罚最多的三个。

在2021年的调研中,依据调查数据,在引发管理者的刑事法律风险的各种因素中,被受访者列为前三名的分别是:公司被行政直管部门调查、政商关系和公司与合作企业的民事纠纷。2022年,政商关系跃升为第一名,说明过去一年营商环境的变化和波动已经对企业管理者的认知产生了影响,并将影响他们未来的经营活动。

最后,也是最核心的内容,是通过问卷向受访者求证他们认为2021年到2022年度最应该关注的法律风险,这体现的是受访者作为企业管理者,从他们的自我认知以及无法摆脱的行业认识进行的风险判断。

在供选择的法律风险中,国家政策变化带来的法律风险和企业财税不合规的法律风险以超过60%的选择率,分列第一位和第二位。数据安全引发的法律风险、企业个人信息保护的法律风险、企业侵犯知识产权的法律风险,以及上市公司财务不规范的法律风险也都是更受受访者关注的风险点。

在来自银行和金融业的受访者中,有71.59%更担心国家政策变化引发的企业风险,互联网和IT行业则对数据安全引发的风险更为关注,外资企业对于企业个人信息保护的法律风险表达的关切超过其他性质的企业,比平均值高出14.4个百分点。消费品以及医疗行业对企业营销方式的法律风险更为警惕,制造业的受访者在所有受访者中有更高的比率关注企业污染环境的法律风险,上市公司财务不规范的法律风险自然而然地在上市公司的受访中获得最多关注,具体到行业,则集中在银行和金融业、咨询和法律服务,以及消费品行业。

2022年调研数据的一个重要特征,就是细分的行业在组成法律风险画像时,贡献了更多的信息量,这也从侧面印证了一个现实,法律风险已经更多地依据行业特征分布,企业规模和属性的影响已经减弱,同时,政策风险引发的企业法律风险正在蔓延和加剧,这是单纯依靠企业加强合规建设无法规避的。



致企业管理者

感谢您抽出时间阅读“2022 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



北京和昶律师事务所
TRUMATIC LAW FIRM