

上市公司 刑事风控二十讲

——典型案例与防范要点

黄秋练 郭红君 / 著

**CRIMINAL RISK
CONTROL FOR LISTED
COMPANIES**

TYPICAL CASES AND PRECAUTIONARY PRINCIPLES



法律出版社 | LAW PRESS

上市公司 刑事风控二十讲

——典型案例与防范要点



黄秋练 郭红君 / 著

**CRIMINAL RISK
CONTROL FOR LISTED
COMPANIES**

TYPICAL CASES AND PRECAUTIONARY PRINCIPLES



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

上市公司刑事风控二十讲：典型案例与防范要点 /
黄秋练, 郭红君著. — 北京：法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2728 - 4

I. ①上… II. ①黄… ②郭… III. ①企业家—刑事
犯罪—风险管理—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第220978号

上市公司刑事风控二十讲
——典型案例与防范要点
SHANGSHI GONGSI XINGSHI FENGKONG ERSHI JIANG
—DIANXING ANLI YU FANGFAN YAODIAN

黄秋练 郭红君 著

策划编辑 杨大康
责任编辑 杨大康
装帧设计 汪奇峰 鲁娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任校对 李景美
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 19
字数 310千
版本 2018年10月第1版
印次 2018年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2728-4

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

张卫平序：一部理性分析与经验之作

虽然我的专业领域是民事诉讼法学、司法制度，上市公司刑事风控自然也并不太熟悉，但由于我曾经在证券公司有一段法律实务工作的经历，与上市公司有些交集，前些年也做过较长时间的上市公司独立董事，因此或多或少知晓上市公司运作情形。总体印象是，我国上市公司的管理和运营还相当不规范，违规、违法的情形层出不穷。近些年来，上市公司老板和高管涉嫌犯罪跑路的也不少。尽管政府加强了监管，但依然没有彻底改变这种现象。

在涉及上市公司的违法行为当中，构成刑事犯罪的情形已不在少数，包括上市公司在证券交易中，其行为构成违规披露、不披露重要信息罪，内幕交易罪，泄露内幕信息罪，利用未公开信息交易罪，编造并传播证券、期货交易虚假信息罪，操作证券、期货市场罪的；上市公司在不正当竞争中，以“极端”的方式抢占竞争优势或获得高额的经济利益构成刑事犯罪的；上市公司高管在经营中受贿、挪用、职务侵占和侵犯上市公司利益构成刑事犯罪的；等等。因此，如何预防上市公司在经营中的刑事犯罪、控制上市公司的刑事风险就成为人们所特别关注的问题。这个问题不仅要求监管者应当注意和了解，公司经营者、与公司营运相关的法律工作者以及股东、股民也应当知晓。

由于上市公司刑事风控涉及许多专业知识，没有扎实的法律功底、长期的钻研和实务经验，是难以揭示和阐明其中的原理和要点的。我推荐的这本书——《上市公司刑事风控二十讲——典型案例与防范要点》，它很好地揭示和阐明了上市公司刑事风控的原理和要点，对于要想充分了解上市公司刑事风控的人们而言，这是一本不可多得的读本。

本书的两位作者都是既具有扎实的法学根底，又具有丰富的法律实务工作经验的法律专家。作者之一——黄秋练律师是我西南政法大学的校友，是一名

非常优秀的律师,在民刑交叉业务方面有着突出的业绩。另一位作者郭红君是“80后”,年轻有为,曾经获得“全国优秀公诉人”称号,尤其擅长分析和处理与上市公司、金融与资本市场相关的复杂、疑难刑事问题。正是两位作者具有扎实的理论功底和丰富的实务经验,才使这本书能够深入浅出,理论与实践相结合,以案例为引导,庖丁解牛般地将上市公司刑事风控的原理和要点阐述得清晰明了。

张卫平*

2018年8月31日

* 中国法学会常务理事、中国民事诉讼法学研究会会长、中国检察学研究会副会长、清华大学教授、天津大学卓越教授。

前 言

我国资本市场经过近三十年的快速发展,已经具备了相当的规模体量,拥有全球第二大股票市场、第三大债券市场、第二大私募市场和位居全球前列的商品期货市场,基本形成了符合中国特色的多层次资本市场体系和法规制度体系。上市公司作为资本市场的基石,其数量稳步增长,业绩持续改善,呈现出良好的发展态势。截至2017年年底,上市公司家数增加到3485家,排名世界第四位;总市值约57万亿元,位于世界第二位。上市公司和资本市场如同“鱼”和“水”的关系,上市公司在推动我国经济、环境和社会发展方面发挥了“排头兵”作用。资本市场迅猛的发展势头对我国上市公司既是机遇也是挑战,有的公司抓住机遇,勇立潮头,而有的公司在高速度发展中漏洞放大,遭遇困境,甚至高管锒铛入狱,轻则股价受挫,重则公司退市。

长期以来,上市公司都习惯于花费大量的人力物力去应对事后的惩罚,事前预防或风险防控无论在观念还是实践中,都未能得到真正的重视。上市公司的高管们商业风险意识很强,但对分布于公司经营各个环节的刑事风险基本没有概念,各类刑事风险处于任其累积,不断叠加直至爆发的境地,在应对刑事风险方面,尚处于事后救火型阶段,而不是主动防控型。

近年来,监管部门对资本市场类“网格化”的从严监管力度,也使得资本市场刑事司法领域呈现出前所未有的涉刑案件“多”、打击从“严”、刑罚加“重”的态势。上市公司若不提高刑事风险防范意识,加强刑事风险防控,将刑事合规及刑事风险管控作为上市公司日常管理的一部分,那么风险积聚到一定程度,“达摩克利斯之剑”即会落下,承受毁灭性的打击。从被动辩护到主动防范,刑事法律风险防控对于当下的上市公司的重要性和紧迫性不言而喻。

本书共分二十讲,结合作者多年的刑事办案及公司风险管理实务经验,通

过对近些年上市公司高发、易发刑事犯罪种类的大数据统计,精心选取典型案例,采用导读+以案说法+风险提示及防范的模块化体例,深入浅出地解读上市公司在融资、证券交易、日常运营及高管履职中易发的刑事风险,以便于读者理解。同时,结合实务中刑事合规及刑民、刑行交叉法律风险处置经验,充分提示存在的刑事风险点并逐一提出针对性的防控策略,使上市公司的日常自查和风险管理成为可能,以期本书成为上市公司及高管等必备的刑事风险防范手册。

衷心感谢律所、团队及亲人朋友的支持,使这本书可以汇聚精华并如期出版。特别感谢张卫平教授、刘桂明总编、樊光中老师对本书的指导、肯定和推荐!希望本书可以为我国上市公司的健康稳定发展尽到微薄之力!

黄秋练 郭红君

2018年9月

第一讲

从被动辩护到主动防范

001

——刑事法律风险防范的重要性

第一篇 公司上市及融资

第二讲

造假上市惹祸端

013

——欺诈发行股票、债券罪

第三讲

梦想“敛财”实犯法

027

——擅自发行股票、公司、企业债券罪

第四讲

融资方式需谨慎,银行职能仿不得

043

——非法吸收公众存款罪

第五讲

“资本神话”终将破灭

057

——集资诈骗罪

第六讲

规范贷款操作,防招灾祸

075

——骗取贷款、票据承兑、金融票证罪

第七讲

“空手套白狼”式的资本运作风险巨大

089

——合同诈骗罪

第二篇 证券市场交易

第八讲

粉饰业绩,自食“恶果”

105

——违规披露、不披露重要信息罪

第九讲

“似盗非盗、似骗非骗”亦入刑

117

——内幕交易、泄露内幕信息罪、利用未公开信息交易罪

第十讲

股市的“离奇”异动

133

——编造并传播证券、期货交易虚假信息罪

第十一讲

“股市不能你当家”

145

——操纵证券、期货市场罪

第三篇 公司日常运营治理

第十二讲

想要瞒天过海,却难逃法网

159

——逃税罪

第十三讲

貌似“生财之道”,实则违法犯罪

171

——虚开增值税专用发票罪、虚开发票罪

第十四讲

谨防别人偷走你的“核心竞争力”

183

——侵犯商业秘密罪

第十五讲

法并非不责众,经营创新要谨慎

197

——非法经营罪

第四篇 公司高管职务

第十六讲

高管不忠 祸起萧墙

213

——背信损害上市公司利益罪

第十七讲

私动公款,风险巨大

229

——挪用资金罪、挪用公款罪

第十八讲

“公司不是取款机”

247

——职务侵占罪、贪污罪

第十九讲

谨防跌入权钱交易的深渊

263

——非国家工作人员受贿罪、受贿罪

第二十讲

勿以恶小而为之

279

——行贿罪、单位行贿罪

附 录

上市公司刑事风险防控罪名一览表

295

第一讲

从被动辩护到主动防范
——刑事法律风险防范的重要性

一、近年来上市公司涉案刑事司法现状

证监会姜洋副主席曾言:“经历过 2015 年股市异常波动后,各方都深切感受到,作为一个典型的新兴加转轨市场,如果没有稳定的市场环境,不仅资本市场自身的改革无法顺利推进,服务实体经济也无从谈起。要看到,当前我国资本市场稳定运行的内在基础还不牢靠,股市、债市、期市、汇市等风险关联度明显上升。”司法实践中,我国资本市场与上市公司的快速发展,也确实带来了上市公司刑事犯罪的困境与难题。

(一)上市公司涉刑案件数量明显增多

司法实践中,近年来上市公司涉刑案件数量明显增多。依据《2017~2018 年中国合规及反商业贿赂调研报告暨中国年度合规蓝皮书》统计的数据:“2017 年中国企业受行政处罚和刑事调查的比例分别为 45.45% 和 27.27%,较 2016 年分别上升 10.95 和 20.37 个百分点。企业员工被刑事处罚的比例也由 2016 年的 6.9% 上升至 2017 年的 13.64%,在执法原因方面,反洗钱、反垄断、反腐败是 2017 年中国企业受境外执法最主要的三大原因,占比分别为 39.1%、39.1% 和 26.1%,除此之外,受执法的原因还包括经济制裁、税务、海关、证券舞弊和网络安全。”^[1]

(二)上市公司高管犯罪频发

从上市公司高级管理人员触犯刑事犯罪的发案率看,近年来也频发多发,更呈现出“国企受贿、民企行贿”的怪象。据不完全统计,自 2005 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 15 日的近 11 年时间中,A 股市场上约有 43 家上市公司的董事长及高管涉嫌严重违纪或职务犯罪,其中,民营上市公司为 17 家,国企上市公司为 26 家。从涉嫌犯罪的行为来看,国企上市公司高管多为收受贿赂与挪用公款,民营企业则多涉及行贿与政商关系。从高管涉刑数据上看,43 家企业中有

[1] 参见《中国企业刑事合规风险上升》,载法治周末, http://3g.163.com/news/article_zhwnl/DHHN0A060512CMQF.html,最后访问日期:2018 年 6 月 5 日。

26 家为国企上市公司,涉嫌刑事犯罪高管人数占比高达 57%。在这 26 家企业中,有 9 家企业的董事长及高管涉及收受贿赂,有 7 家公司的董事长及相关人员因行贿、挪用公款涉案。非国企上市公司有 17 家的董事长及高管曾陷司法机关,其中有 10 家公司的相关负责人是因为经济犯罪被抓,这 10 家公司中,又有 5 家公司的董事长因行贿问题被抓,另有 2 家涉嫌挪用公款,1 家涉嫌财务造假等犯罪类目。从主营业务与客户对象来看,参与行贿的 4 家上市民营公司的主要业务对象是大型央企及政府机构。^[1]

(三) 刑罚明显加重

从上市公司涉刑案件的处罚结果上看,从重、加重处罚明显。上市公司及其高管因特殊的犯罪主体身份以及特殊的犯罪环境,一旦涉及刑事犯罪,也可能会因涉案金额巨大、影响重大或情节严重等,被判处较重的刑罚。涉及的刑事案件基本上无“小案”“轻案”,并且在司法实务中通过缓刑慎用、严控减刑等措施,确保严惩的实际执行。

二、上市公司涉刑案件高发原因分析

(一) 金融证券领域市场监管从严

2016 年 2 月 20 日,在 A 股市场经历了 2015 年的异常波动后,证监会重拳出击,拉开了证券市场从严监管的序幕。证监会着力从严监管上市公司资产重组、IPO 造假、内幕交易这些雷区众多的领域。据证监会网站公开数据,2016 年,证监会共出台 14 个新规,重点规范上市公司借壳及重大资产重组行为、限制投机、严打内幕交易;2017 年,证监会共出台 21 个新规,其中《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》重点规制内幕交易;2018 年至今,证监会已颁布 8 道证监会令,大力推进《证券法》的修改。

回顾 2016 年至今的监管措施,“从严”一直是主旋律,而且会成为未来的监管方向。在这样的大背景下,2016 年证监会共对 183 起案件作出处罚,罚没款

[1] 参见《上市公司高管犯罪频现》,载发展导报(太原),<http://news.163.com/16/1220/17/C80BUERU00014Q4P.html>,最后访问日期:2018 年 6 月 5 日。

共计42.83亿元,对38人实施市场禁入,在当时,处罚决定数量、罚没款金额以及市场禁入人数达到历史最高;2017年,证监会共作出行政处罚决定224件,罚没款金额74.79亿元,同比增长74.74%,市场禁入44人,同比增长18.91%,行政处罚决定数量、罚没款金额、市场禁入人数再创历史新高。同时,随着证监会对证券市场监管不断变严,行政处罚后移交公安机关立案的情况越来越多,如2016年,内幕交易罪、泄露内幕信息罪的数量达到了10年内的最高峰值,为20件,利用未公开信息交易案件涉刑数量从2016年的7件飙升至2017年的20件。

(二)防范金融风险,惩治金融腐败,资本市场反腐力度加强

2017年4月9日,李克强总理在国务院第五次廉政工作会议上表示,要严厉打击银行违规授信、证券市场内幕交易和利益输送、保险公司套取费用等违法违规行为,对个别监管人员和公司高管监守自盗、与金融大鳄内外勾结等违法行为,必须依法严厉惩处、以儆效尤。严防金融腐败成为监管的主旋律,2018年5月15日,汪洋主持召开“健全系统性金融风险防范体系”专题协商会,再次强调要惩治金融腐败。

在中央反腐力度不断加强的大背景下,党的十八大以来,11名官员被通报,源起于证监会,而后蔓延到保监会和银监会。在高官落马的同时,不少上市公司也纷纷被查,如中国联通公司宗某受贿一案,获刑逾5年,葛兰素史克中国公司行贿案被开出30亿元天价罚单。

上市公司身处金融市场,自身风险变化与金融市场的动态密切相关,也必然要受到监管大环境的影响。在反腐力度不断加强,严惩金融腐败的背景下,上市公司曾经的“违法行为”可能被全盘查出,加上部分上市公司的高管人员忽略环境动态,仍未从根本上做好合规工作,增加了刑事风险暴发的概率。

(三)上市公司的高级管理人员对法律缺乏敬畏之心,法律意识淡薄

从目前来看,相当多的公司、企业的管理人员并不具备法律意识的前瞻性,对经济犯罪的高发态势也缺乏管理者应有的敏感。因而,现实中企业的风险防控呈现双面化的表象——既不进行相关刑事风险的评估,也没有切实可行的刑事风险防控计划可供操作。通常情况下,公司、企业在面临法律风险的时候,都

一如既往地秉持“事后补缺”的思维,在解决诉讼纠纷后不了了之。但在刑事法律风险中,这种“亡羊补牢”式的补救措施很难弥补刑事法律风险所带来的严重后果,往往不仅在风险防控效果上大打折扣,也无法为企业商业版图的拓展提供周延的保障,甚至没有“补牢”的机会。随着经济发展市场化、商业化的日渐成熟,一些传统的风险防控手段也开始失灵,越来越难以产生风险防控的功能价值。比如上市公司中设置的董事会的决策机制与相关的财务制度,其在现实中的风险防控效果已近乎失灵。例如,在“张某背信损害上市公司利益罪”一案中,ST 沪科原董事长张某在上市公司实际控制人的要求下,越过了公司董事会的同意,在未告知财务经理资金最终去向的情况下,先后两次指使财务经理将公司账户中的 1.68 亿元划至关联公司账户中,最终导致上市公司利益遭受重大损失。

(四) 刑事合规及风险防范制度不健全

为何上市公司的刑事违法风险会不断攀升?一个最为现实与直接的原因就是许多上市公司没有构建“刑事合规制度”与“刑事危机处理机制”,依据《2017~2018 年中国合规及反商业贿赂调研报告暨中国年度合规蓝皮书》统计的数据,“在参与调查的中国企业中,仅有 19.4% 的企业有全球统一机制,有 24.2% 的企业有针对中国的机制;而更多的企业则没有危机处理机制,35.3% 的企业短期没有制订计划,还有 26.3% 的企业正在准备制定中”。^[1] 就像最高人民检察院理论研究所副所长单民所说,很多企业内部管理制度不完善,往往因为忙于业务而忽视了内部管理制度的健全和完善,为企业犯罪行为的产生创造了条件。一些家族企业,主要靠人情和经验进行管理,没有建立严格意义上的管理制度。管理是柔性的,制度是刚性的,只有树立法律风险防范意识,建立有效的制度才能真正有效地防范刑事法律风险。^[2]

要学会“用经济学语言来描述法律风险,用管理的方法来解决法律问题”。在 2017 年首届全国企业刑事风险防范实务操作论坛中,红豆集团法务部部长、

[1] 参见《中国企业刑事合规风险上升》,载法治周末, http://3g.163.com/news/article_zhwnl/DHHN0A060512CMQF.html,最后访问日期:2018 年 6 月 5 日。

[2] 参见吕斌:《企业刑事风险防控新思路》,载《法人》2017 年第 6 期,第 16~21 页。

安东石油法务经理介绍了通过建立上市公司内部制度来避免销售过程中的行贿、受贿的法律风险。因此,无论是理论界所提出的观点,还是各上市公司的合规实践,都为我们揭示了一个道理,上市公司的各类刑事风险是可以拆分为不同因素导致的,如果可以“对症下药”,了解各类刑事犯罪的构成并深入理解构成要件,就可以从根本上管理刑事风险,使之可防可控。

(五)上市公司涉及的交叉法律风险多,增加了准确识别风险的难度

在同一个案件中出现多种法律关系并存的现象,被称为“交叉法律问题”,在司法实务中是较难处理的法律事务。上市公司的融资上市、证券市场交易过程中涉及的法律法规往往不仅仅只有《刑法》,还有《会计法》《证券法》等专业性较强的法律规定,在监管和执法中涉及行政、司法多个部门。上市公司涉及的许多刑事案件同时要受到行政处罚和进行民事赔偿。典型如违规披露、不披露重要信息罪,除了对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处2万元以上20万元以下罚金的刑事责任外,依据《证券法》第193条的规定,发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按照规定披露信息,或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的,可以依据不同情形并处以30万元以上60万元以下的罚款;又如非法经营罪,是典型的“二次违法”情形,只有先违反行政许可中的特别许可的经营行为,才能后构成非法经营罪,而违反一般许可的经营行为仅具有行政违法性。

上市公司中大量交叉法律问题的存在,造成上市公司的刑事风险点识别难度加大,错综复杂的法律关系要求更为专业的刑事律师才能具备判断、识别及应对能力,但上市公司的法务部门往往不会配备这么专业的人员。

三、从被动辩护到主动防范——上市公司刑事法律风险防范的重要性

(一)刑事法律风险自身灾难性、责任多重性,决定了上市公司必须要有刑事风险防范优先的意识

刑事法律风险可以招致上市公司重创甚至退市、倒闭,可以形成上市公司