

TAHO  
TA

[ 刑事合规 ]  
法律信息简刊

民营企业专刊

第 002 期

2019 年 04 月 30 日



主办：泰和泰 | 刑事合规法律中心

顾问：樊光中 | 主编：潘燕 | 编辑：潘燕 袁德强 吴英

## 一、政策速递 |

### 1. 习近平在京主持召开民营企业座谈会并发表重要讲话

2018年11月1日上午，中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平在京主持召开民营企业座谈会并发表重要讲话。他强调，民营经济是我国经济制度的内在要素，民营企业和民营企业家是我们自己人。要保护企业家人身和财产安全。稳定预期，弘扬企业家精神，安全是基本保障。纪检监察机关在履行职责过程中，有时需要企业经营者协助调查，这种情况下，要查清问题，也要保障其合法的人身和财产权益，保障企业合法经营。对一些民营企业历史上曾经有过的一些不规范行为，要以发展的眼光看问题，按照罪刑法定、疑罪从无的原则处理，让企业家卸下思想包袱，轻装前进。

### 2. 郭声琨在中央政法委员会全体会议上强调认真学习贯彻习近平总书记重要讲话精神

2018年11月14日，中共中央政治局委员、中央政法委书记郭声琨主持召开中央政法委员会全体会议，学习贯彻习近平总书记在民营企业座谈会上的重要讲话精神，审议中央政法委员会关于依法保障和服务民营企业健康发展的指导意见。郭声琨指出，各级政法机关要提高政治站位，增强“四个意识”，坚决做到“两个维护”，切实把思想和行动统一到习近平总书记重要讲话精神上来，把依法保障和服务民营企业健康发展作为重要政治任务，创新完善工作机制，优化细化政策措施，加强协调配合，确保党中央决策部署落到实处。

### 3. 最高人民法院党组召开会议学习贯彻习近平总书记重要讲话，强调充分运用司法手段为民营经济发展提供有力司法服务和保障

11月5日上午，最高人民法院党组召开会议，传达学习贯彻习近平总书记

在民营企业座谈会上的重要讲话精神，研究部署贯彻落实措施。最高人民法院党组书记、院长周强主持会议并讲话。会议强调，要深刻领会习近平总书记重要讲话的精神实质和实践要求，切实转变司法理念，依法平等保护民营企业合法权益。

要坚持各类市场主体诉讼地位平等、法律适用平等、法律责任平等，依法保护诚实守信、公平竞争，严格落实罪刑法定、疑罪从无等法律原则和制度，坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理，坚决防止将民事责任变为刑事责任，让民营企业专心创业、放心投资、安心经营，让财产更加安全，让权利更有保障。要全面清理、完善司法政策和司法解释，凡是有悖于平等保护民营经济的条款，要及时废止或调整完善。要加强调查研究，高度关注民营企业股权质押、三角债、互联互通互保等所涉法律问题，合理和准确把握资金借贷的裁判尺度，立足司法职能促进解决民营企业融资难融资贵问题。

#### 4. 最高检党组会传达贯彻习近平总书记在民营企业座谈会上的重要讲话精神

11月6日上午，最高人民检察院党组书记、检察长张军主持党组会，专题传达学习习近平总书记在民营企业座谈会上的重要讲话精神，研究部署贯彻落实的具体措施。

会议强调，支持民营企业发展永远在路上，支持民营经济发展重在务实。检察机关要切实转变司法理念，坚持各类市场主体诉讼地位平等、法律适用平等，严格落实罪刑法定、疑罪从无等法律原则和制度。要进一步加强产权司法保护，妥善办理各类涉产权案件。对于有关部门移送的刑事案件，涉及民营企业行贿人、民营企业家的，要依法审慎采取强制措施，充分考虑保护企业发展需要。要落实好修改后刑事诉讼法有关认罪认罚从宽的规定，对符合改变羁押强制措施的及时改变，对符合从宽处理的案件依法坚决从宽。要始终坚持严格规范文明司法，对包括民营企业在内的涉经济犯罪案件，不该封的账号、财产一律不能封，不该采取强制措施的一律不采取，发现问题的要敢于监督纠正，确保企业正常生产经营秩序，实现办案政治效果、社会效果、法律效果的统一。对申诉要求纠正涉产权刑事、民事等裁判已生效案件，要及时、优先办理，严格依法律和政策提出审查处理意见，确有错误的，坚决依法启动纠错程序，促进依法纠正。



## 二、新法速递

### 1. 《关于加强金融服务民营企业的若干意见》

2019年2月14日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于加强金融服务民营企业的若干意见》，并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。

意见提出，要从实际出发帮助遭遇风险事件的企业摆脱困境。加快实施民营企业债券融资支持工具和证券行业支持民营企业发展集合资产管理计划。研究支持民营企业股权融资，鼓励符合条件的私募基金管理人发起设立民营企业发展支持基金。支持资管产品、保险资金依法合规通过监管部门认可的私募股权基金等机构，参与化解处置民营上市公司股票质押风险。对暂时遇到困难的民营企业，金融机构要按照市场化、法治化原则，区别对待，分类采取支持处置措施。

**简评：**该意见与前期民营企业“纾困政策”一脉相承，主要目的在于“疏通货币传导机制，支持实体经济发展，改善民营企业特别是小微企业融资状况”。该意见要求“支持金融机构通过资本市场补充资本”，根据测算2019-2020年银行业或需每年补充1.2-1.5万亿资本和总损失吸收能力（TLAC）工具，预计永续债的发行将加快；通过“制度规范”，将一定程度上提升民营企业获得资金的效率；加大民营企业的担保，有利于民营企业融资；加强清理拖欠民营企业账款。

### 2. 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》

2019年1月30日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》，该意见就办理非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资刑事案件有关问题提出了意见，明确了非法集资的“非法性”认定依据、单位犯罪的认定、涉案下属单位的处理、主观故意的认定、犯罪数额的认定、宽严相济刑事政策适用、管辖、办案工作机制、涉案财物追缴处置、集资

参与人权利保障、行政执法与刑事司法衔接、国家工作人员相关法律责任认定等问题的处理。

**简评：**该意见规定，办理非法集资刑事案件，应当贯彻宽严相济刑事政策，依法合理把握追究刑事责任的范围，综合运用刑事手段和行政手段处置和化解风险，做到惩处少数、教育挽救大多数。要根据行为人的客观行为、主观恶性、犯罪情节及其地位、作用、层级、职务等情况，综合判断行为人的责任轻重和刑事追究的必要性，按照区别对待原则分类处理涉案人员，做到罚当其罪、罪责刑相适应。

### 3. 《关于充分发挥职能作用为民营企业发展营造良好法治环境的意见》

2018年11月11日，司法部下发《关于充分发挥职能作用为民营企业发展营造良好法治环境的意见》该意见指出，认真贯彻落实习近平总书记在民营企业座谈会上的重要讲话精神，充分发挥司法行政职能作用，大力支持和促进民营企业发展壮大，是司法行政机关责无旁贷的职责使命。该意见提出加快推动相关法律法规立改废释，为促进民营企业发展提供有力法律保障。明确了“完善促进民营经济发展的法律法规制度”、“全面清理不利于民营企业发展的法律法规和规范性文件”等20条措施。《意见》明确，在2018年年底集中清理现行法律法规和规范性文件中，有悖于平等保护原则、不利于民营经济发展的相关内容，及时予以废止或调整完善。

**简评：**《意见》为打造民营企业蓬勃发展的法制环境树立了牢固的基础。强调凡无法律依据的，一律不得开展执法检查，严防执法扰企。对民营企业经营中的一般违法行为，要妥善处理。

### 4. 《关于建立健全检察机关与工商联沟通联系机制的意见》

2019年3月3日，最高人民检察院、全国工商联共同出台《关于建立健全检察机关与工商联沟通联系机制的意见》。该意见共13条具体举措，主要包括日常联系机制、联合调研机制、民主监督机制、信息互通共享机制、联合开展宣传

培训和明确责任部门等六个部分。

该意见明确最高检与全国工商联每半年举行一次双方主要领导出席的高层会商，围绕检察机关如何更好地服务保障民营经济发展进行交流，深入了解民营企业家的司法诉求，研究加强和改进工作的有关举措。同时，提出要推动地方检察机关与各级工商联结合本地实际，建立能够满足需求的交流沟通机制。

该意见强调，检察机关在办理涉及民营企业和民营企业家的案件中，应注重倾听企业诉求，认真核查案件线索，正确把握法律政策界限，严格区分罪与非罪的界限，坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理，依法准确适用、及时变更强制措施，保护好民营企业财产权及其经营者的合法权益，促进企业健康发展。对民营企业和民营企业家的意见建议的办理情况，检察机关和工商联应及时互相通报。

**简评：**为更好地贯彻落实党中央关于服务保障民营经济发展的精神，建立健全检察机关与工商联沟通联系机制，为民营经济发展提供优质检察产品和法治保障，强调检察机关在办理涉及民营企业和民营企业家的案件中，坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理，保护好民营企业财产权及其经营者的合法权益。

### 三、域外合规

#### 《联邦量刑指南》对合规与刑罚的规定

1987年，美国联邦量刑委员会制定的《联邦量刑指南》得到实施。最初，这项量刑指南主要适用于那些被宣告有罪的自然人。1991年，联邦量刑委员会发布了《组织量刑指南》，并将其编入《联邦量刑指南》的第八章，以此作为法院对公司犯罪加以量刑的依据。在2005年以前，《联邦量刑指南》对于法官的量刑具有强制约束力。但在那一年，美国联邦最高法院通过美国诉布克案件的裁决，废除了《联邦量刑指南》的强制约束力，将其变成一种建议性的量刑规范，法官在量刑时可以将该项指南作为参考。

根据《组织量刑指南》，一个有效的合规计划，既是检察官决定是否对涉案企业起诉的重要依据，也是法官对犯罪企业进行量刑时的参考因素。而什么是有效的合规计划呢？简而言之，这是指一个合理设计、实施和执行的机制，旨在有效预防和发现犯罪行为。该项指南列出了有效合规的“一般标准”：

一是建立合规政策和标准，合理预防犯罪行为的发生；二是制定高层人员监督企业的合规政策和标准；

三是禁止向那些可能有犯罪倾向的个人授予重大自主决定权；

四是通过培训等方式向员工普及企业合规的政策和标准；

五是建立有效合规的合理措施，如利用监测、审计系统发现犯罪行为，建立违规举报制度，确保员工举报可能的违规行为；

六是建立惩戒机制，严格执行合规标准；

七是在犯罪行为发生后，采取必要措施应对犯罪行为，预防类似行为再次发生，如修改完善合规计划等。

自1991年开始，联邦检察官在对企业提起公诉时，要在《联邦量刑指南》的框架下，将合规问题作为需要考虑的重要因素。1999年，联邦司法部发布了正式的企业诉讼指南（1999 Holder Memo），列出了检察官在对公司提起公诉时需要考虑的八个重要因素。其中三项属于合规问题：企业违法违规行为的普遍性；

企业是否拥有合规计划；企业是否采取补救措施。根据这一企业诉讼指南，公司仅仅有一个书面的合规计划是不够的，“评估任何机制的关键都在于看它是否是为了充分防止或发现员工的违法违规行而精心设计的，企业的管理运行又是否是在支持、遵循这种机制”，也就是说企业必须具有保障合规计划游戏其运行的机制，而不仅仅有一个书面的合规计划。

合规不仅是检察官对企业决定起诉时的重要考虑因素，而且还是法官在对犯罪企业进行量刑时所要考虑的因素。假如企业拥有有效的合规计划，那么，《联邦量刑指南》允许将罪责指数予以降低，由此可以导致罚金数额降低 30%。通常情况下，一个有效的企业合规计划，可以使涉案企业在被量刑时减少数百万美元的罚金。

## 四、深度剖析

### 专题一：企业合规管理中纪检监察的职责定位

企业合规经营是当今世界普遍趋势，中国政府正在大力引导企业走合规经营的道路。近年来，政府相关部门陆续出台颁布了若干合规管理规定，如《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》《保险公司合规管理办法》《银行业金融机构全面风险管理指引》《企业内部控制基本规范》《商业银行合规风险管理指引》《关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》《合规管理体系指南》《中央企业合规管理指引(试行)》《企业境外经营合规管理指引》等，这些规定对金融机构提出了硬性的合规制度建设要求，为非金融企业提出了合规指引。

此外，国内首个反贿赂管理领域的地方标准——《反贿赂管理体系深圳标准》也于2017年颁布，《深圳标准》包括术语和定义、反贿赂管理体系、管理职责、贿赂风险评估、支持、实施、绩效评估及改进等章节，通过明确企业组织建立和实施反贿赂管理体系的整个流程，以发现、预防和管控贿赂风险，为企业有效发现、预防和管控贿赂风险提供了一个比较完整的管理框架和指南。

诸多文件的出台，对我国企业的合规体系建设产生重大积极影响，可以毫不夸张地说，中国企业业已进入大合规时代，中国企业合规体系建设，将助推企业管理和公司治理上到新台阶，也是中国企业走向国际市场的必由之路。企业的合规管理，纪检监察不仅不能缺位，还要善于找准职责定位，认真履行法律、制度赋予的职责，认真做好合规管理的监督执纪问责。

#### （一）纪检监察参与合规管理的必要性

合规的起源是刑事合规，主要是预防企业和企业经营管理者违反刑事法律规范，后来逐渐演变为重点是反腐败反贿赂，进而发展到企业及员工要遵守法律法规、监管规定、行业准则、企业章程和商业伦理以及国际条约、规则等要求的大合规阶段，无论合规发展的哪个阶段，企业的纪检监察部门在合规管理中都有必要的责任担当。

首先，国有企业纪检监察参与合规管理是《监察法》和《党章》赋予的职责。

《监察法》将包括国有企业管理人员在内的所有行使公权力的公职人员纳入监察对象，破解了过去监察范围过窄的突出问题，确保了监督无盲区，哪里有公权力，哪里就有监督。监察体制改革后，国有企业监察对象主要包括两大群体：一是国有独资企业、国有控股企业(含国有独资金融企业和国有控股金融企业)及其分支机构的领导班子成员。二是对国有资产负有经营管理责任的国有企业中层和基层管理人员。可以看出，监察体制改革主要发生两大变化：一是监察对象大幅增加，由原一级企业领导班子成员扩展至各级领导干部以及中层、基层管理人员，同时参股企业有关人员也纳入其中；二是监察职责拓展延伸，监察机关除了对国有企业监察对象职务违法和职务犯罪进行调查处置外，还要开展廉政教育，对其依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查。

《监察法》第 11 条规定，监察委员会依照本法和有关法律规定履行监督、调查、处置职责。第 12 条规定，各级监察委员会可以向本级中国共产党机关、国家机关、法律法规授权或者委托管理公共事务的组织和单位以及所管辖的行政区域、国有企业等派驻或者派出监察机构、监察专员。《中央企业合规管理指引(试行)》明确要求，监察等部门在职权范围内履行合规管理职责。同时，根据党章规定，党的基层组织的基本任务是监督党员干部和其他任何工作人员严格遵守国家法律法规，严格遵守国家的财政经济法规和人事制度，不得侵占国家、集体和群众的利益。企业纪委在同级党委领导下对企业“党员干部和其他任何工作人员”进行监督符合党内监督专责机关的定位。

另，国有企业党组织在公司法人治理结构中的法定地位已经得到明确和落实，且企业人员发生职务违法行为的同时必然也违反企业内部规章制度，国有企业党组织有权利也有义务对其进行监督、管理，企业纪委可以协助同级党委对其违规违法行为进行调查核实。因此，在新的监察体制和合规管理新要求的情况下，国有企业纪委监察部门应在上级监察机关和同级党委领导下主动担当，当仁不让，找准合规管理定位，避免合规管理监督“缺位”。

其次，国有企业纪检监察参与合规管理是合规管理的性质所决定的。

合规，是企业及员工的经营管理行为符合基于法律法规、监管规定、行业准则、企业章程和商业伦理以及国际条约、规则等要求的企业系统规章制度，合规管理就是依法治企，合规管理的目的是保障企业健康持续发展。合规管理，是指

以有效防控合规风险为目的,以企业和员工经营管理行为为对象,开展包括制度制定、风险识别、合规审查、风险应对、责任追究、考核评价、合规培训等有组织、有计划的管理活动。在制度制定环节,重要制度的制定属“三重一大”范畴,需要决策程序的合规;在责任追究环节,要强化违规问责,完善违规行为处罚机制,明晰违规责任范围,细化惩处标准,畅通举报渠道,针对反映的问题和线索,及时开展调查,严肃追究违规人员责任。所有这些,都离不开纪检监察的参与并充分发挥其特有作用。

最后,国有企业纪检监察参与合规管理是纪检监察的职责所在。

监督是纪委的基本职责,也是第一职责。在企业,企业“三重一大”决策过程、经营管理行为是否合规、制度执行是否到位等均需要纪检监察的实时监督,通过检查公司党员领导干部决策、审核行为,检查党员领导干部岗位关键权力行使情况或决策业务流程运行情况;如何评价党员领导干部遵守党的章程和其他党内法规、党纪的情况,发现有违反的,及时履行执纪职责;组织协调反腐败工作,检查和处理党的组织和党员违反党的章程和其他党内法规的比较重要或复杂的案件,查处有关党员、党员领导干部腐败问题,并进行“一案双查”,需要纪检监察对当事人严格问责。

## (二) 捋顺合规管理和纪检监察的关系

《中央企业合规管理指引(试行)》《企业境外经营合规管理指引》分别指出,法律事务机构或其他相关机构为合规管理牵头部门,组织、协调和监督合规管理工作,为其他部门提供合规支持,监察部门,在职责范围内履行合规管理职责;企业可结合实际任命专职的首席合规官,也可由法律事务负责人或风险防控负责人等担任合规负责人,合规管理部门与其他具有合规管理职能的监督部门(如审计部门、监察部门等)应建立明确的合作和信息交流机制,加强协调配合,形成管理合力。从两份《指引》中可以看出,一般由法律事务部门牵头合规管理工作,纪检监察部门履行合规监督职责。

合规的管理内容包括反不正当竞争、利益冲突、反贿赂与反腐败、环境保护、数据和隐私保护、知识产权保护、反垄断、反洗钱、贸易管制、财务税收、产品质量责任、员工健康安全等多方面。由于合规的内容中包括了反腐败反贿赂的相关内容,尤其是狭义的合规管理主要侧重在反腐败反贿赂方面,这也说明合规管

理与纪检监察既有区别又有关联。

### （三）合规管理牵头部门和纪检监察部门的联系

首先，两者都属于合规领域，由法律事务主管部门牵头开展的合规管理工作，本身就要求公司各项经营管理活动要依法合规，由纪检监察部门负责的纪检监察工作，同样要求相关人员在公司生产经营管理活动中要遵守规则，也属于合规管理范畴。

其次，两者都重视制度建设与文化建设的统一。合规管理既重视制度、流程和信息化手段的建设，又重视合规文化建设，通过两者的有机结合，一方面用硬的手段保证经营管理活动的合规开展，另一方面用软的手段，通过合规文化建设，使合规的理念内化于心，外化于形。纪检监察工作同样重视制度建设和廉洁文化建设的有机结合，一方面党内法规已形成非常完整的体系，确保了纪检监察工作有章可循；另一方面也要求纪检监察部门开展经常性的廉洁文化建设，让廉洁文化在潜移默化中沁润员工心灵，让纪律内化于心，外化于形。

最后，两者具体的工作方式方法可以相互借鉴。合规管理要将合规的相关要求嵌入企业管理制度、具体工作流程和具体岗位，并通过信息化手段予以固化，使合规管理的相关要求成为生产经营管理各环节不可逾越的节点，通过合规文化的建设，将合规要求转化为员工的自觉行动，从而达到合规经营和依法管理的目标。纪检监察开展的嵌入式廉洁风险防控机制建设，把现代管理科学中的风险管理理论应用于反腐倡廉工作实际，针对因教育、制度、监督不到位和党员干部不能廉洁自律而产生的廉洁风险，以有效防范或及时化解为核心内容，通过采取前期预防、中期监控、后期处理等措施，对预防腐败工作实施科学化管理。

多份文件的出台预示着大合规时代的到来，然而，如何开展合规风险的识别、分析评价、应对和持续改进，如何将合规管理融入业务及经营，如何建立监察、审计、法律、内控、风控一体化的大管理平台，各相关部门如何既有合理分工、并行不悖，又互相协同、合作融合，需要做的工作还有很多，企业开展合规管理工作任重道远，在企业合规管理的道路上，“我们都在努力奔跑，我们都是追梦人”！

## 专题二：特殊受贿行为认定

我国刑法第三百八十五条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”

第三百八十六条规定：“对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。”

第三百八十八条规定：“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。”

随着我国经济社会不断发展，受贿行为也演变成多种形式，而且隐蔽性越来越强。针对这种情况，我国刑法逐渐完善，司法解释也逐步增多。为了帮助读者更准确地认识各种受贿行为，本文梳理了几种常见的特殊受贿行为以及相关司法解释。

### （一）离职国家工作人员收受财物行为的认定

根据最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法发〔2003〕167号），参照《最高人民法院关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》规定的精神，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人事先约定，在其离职后收受请托人财物，构成犯罪的，以受贿罪定罪处罚。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，离职前后连续收受请托人财物的，离职前后收受部分均应计入受贿数额。

对此，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2007〕22号）也有类似的表述，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后，约定在其离职后收受请托人财物，并在离职后收受的，以受贿论处。

### （二）以借款为名索取或者非法收受财物行为的认定

根据最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法发〔2003〕167号），国家工作人员利用职务上的便利，以借为名向他人索取财物，或者非法收受财物为他人谋取利益的，应当认定为受贿。具体认定时，不能仅仅

看是否有书面借款手续，应当根据以下因素综合判定：（1）有无正当、合理的借款事由；（2）款项的去向；（3）双方平时关系如何、有无经济往来；（4）出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；（5）借款后是否有归还的意思表示及行为；（6）是否有归还的能力；（7）未归还的原因；等等。

### （三）涉及股票受贿案件的认定

根据最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法发〔2003〕167号），在办理涉及股票的受贿案件时，应当注意：

（1）国家工作人员利用职务上的便利，索取或非法收受股票，没有支付股本金，为他人谋取利益，构成受贿罪的，其受贿数额按照收受股票时的实际价格计算。

（2）行为人支付股本金而购买较有可能升值的股票，由于不是无偿收受请托人财物，不以受贿罪论处。

（3）股票已上市且已升值，行为人仅支付股本金，其“购买”股票时的实际价格与股本金的差价部分应认定为受贿。

以上第（1）款其实是一个收受干股的问题，根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2007〕22号），干股是指未出资而获得的股份。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。

### （四）关于以交易形式收受贿赂问题

根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2007〕22号），国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以下列交易形式收受请托人财物的，以受贿论处：

- （1）以明显低于市场的价格向请托人购买房屋、汽车等物品的；
- （2）以明显高于市场的价格向请托人出售房屋、汽车等物品的；
- （3）以其他交易形式非法收受请托人财物的。

受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。

前款所列市场价格包括商品经营者事先设定的不针对特定人的最低优惠价格。根据商品经营者事先设定的各种优惠交易条件，以优惠价格购买商品的，不属于受贿。

## 专题三：民营企业腐败犯罪的刑事防控

### （一）民营企业腐败犯罪的现状

在 2014 至 2017 四年中，民营企业腐败犯罪的频次总计 1666 次，共涉及 14 个具体罪名，包括：行贿罪、单位行贿罪、挪用公款罪、对单位行贿罪、贪污罪、介绍贿赂罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪、受贿罪、职务侵占罪、利用影响力受贿罪、对有影响力的人行贿罪、私分国有资产罪。

### （二）民营企业腐败犯罪产生的原因

“有经营业务、钱物来往、权利运行、资源分配的地方，就有贪腐发生的可能。权力机关、社会组织、企业内部都如此，国有企业与非公企业概莫能外。”从前述民营企业腐败犯罪的现状可知，腐败已经逐步渗透到非公有制企业中，如对其置之不理，将会致民营企业及民营企业家逐步走入难以控制的地步。从逻辑层面来说，要想实现对民营企业腐败犯罪问题的有效防控，必须清楚了解诱发民营企业腐败犯罪的原因是什么，并在此基础上采取行之有效的、具体的刑事防控机制，只有从根源抓起，才能实现社会主义市场经济清明、社会安定团结、人民幸福康健的氛围。民营企业腐败犯罪是一种十分复杂的社会现象，导致腐败犯罪的原因也同样具有多样性，笔者认为造成民营企业腐败犯罪高频罪名产生的原因，主要是又有企业内部管理不规范、官商勾结链条未切断、外部监管措施不到位以及法律制度不健全。

（1）企业内部管理不规范；

（2）官商勾结链条未切断；

（3）外部监管措施不到位；

### （三）民营企业腐败犯罪的刑事防控对策

“纯粹依靠国家专业力量打击犯罪，不但会造成财政紧张，而且也会由于过分强调国家对犯罪打击的主导作用，会无形中排挤其他社会力量参与的积极性。

事实上，民营企业腐败犯罪的刑事防控机制，需要社会多方力量、多个部门共同参与，只有这样，才能肃清企业蛀虫，打击企业腐败犯罪。针对上述民营企业腐败犯罪产生的原因，提出以下几点建议：

- 1、提升民营企业的现代化管理水平；
- 2、切断民营企业家官商勾结的链条；
- 3、加强企业行为的外部监督和控制；
- 4、完善非公领域的反腐败法律体系；
- 5、提高民营企业内部党员的法律意识；
- 6、完善民营企业的合规制度。

## 五、典型案例

党的十八大以来，党中央高度重视产权和企业家合法权益的保护工作。各级法院坚持依法、平等、全面保护的原则，准确把握立法精神，正确适用法律。依法惩治各类侵犯产权犯罪，平等保护各种所有制经济产权。客观看待企业经营的不规范问题，对定罪依据不足的依法宣告无罪。对改革开放以来各类企业特别是民营企业因经营不规范所引发的问题，要以历史 and 发展的眼光客观看待，严格遵循罪刑法定、疑罪从无、从旧兼从轻等原则，依法公正处理。严格区分经济纠纷与刑事犯罪，坚决防止把经济纠纷当作犯罪处理。对在生产、经营、融资等活动中的经济行为，除法律、行政法规明确禁止的，不得以犯罪论处。依法慎用强制措施和查封、扣押、冻结措施，最大限度降低对企业正常生产经营活动的不利影响。严格规范涉案财产的处置，依法维护涉案企业和人员的合法权益。通过多种举措，充分发挥审判职能作用，不断提高依法保护产权和企业家合法权益的司法水平，营造产权保护和企业家合法权益保护的良好司法环境，不断增强全社会和企业家人身及财产安全感，让企业家能安心经营、放心经营、专心经营，促进经济持续平稳健康发展。

### 案例一：黄某、段某职务侵占案——查办企业从业人员职务侵占犯罪，依法保护民营企业财产权

#### 基本案情：

黄某系福建省 A 鞋业有限公司（以下简称“A 公司”）原副总经理，段某系 A 公司原采购部经理，二人因涉嫌职务侵占罪于 2018 年 1 月 6 日被泉州市公安局丰泽分局刑事拘留，同年 2 月 2 日被变更强制措施取保候审。

2017 年 6 月，A 公司受 B 鞋服有限公司（以下简称“B 公司”）委托，由 B 公司提供制鞋原料猪巴革加工生产一批鞋子。加工完成后，剩余部分原料猪巴革。黄某伙同段某，以退还 B 公司的名义，制作虚构的《物品出厂放行单》，将剩余原料中的 1 万余尺猪巴革运至晋江市 C 鞋材贸易有限公司（以下简称“C 公司”）

寄存，7000余尺退还B公司。2017年12月，B公司与A公司再次签订一份鞋业加工合同，双方约定原材料由A公司自行采购。黄某伙同段某借用供料商的名义将寄存于C公司的猪巴革返卖给A公司，获得赃款6.7万元。后该笔赃款被黄某占有，段某未分得赃款。A公司法定代表人朱某于2018年1月6日向福建省泉州市公安局丰泽分局报案。

泉州市公安局丰泽分局于2018年5月22日将黄某、段某以职务侵占罪向泉州市丰泽区人民检察院移送审查起诉。其间经检察机关两次退回补充侦查，查清了黄某、段某二人侵占A公司猪巴革原料事实及数量。

#### 处理意见：

本案办理过程中，一种观点认为黄某等人侵占的猪巴革，系B公司提供的加工原料，不属于A公司所有，不符合职务侵占罪“本单位财物”的构成要件。另一种观点认为，A公司因与B公司的合同关系对猪巴革实施管理、加工，黄某等人侵占该批猪巴革将导致A公司对B公司退赔相应价款，实质上仍然侵犯了A公司财产权，构成职务侵占罪。泉州市丰泽区人民检察院经研究认为，职务侵占罪“本单位财物”包括单位管理、使用中的财物，被告人黄某、段某，身为公司工作人员，利用职务上的便利，将A公司管理的财物非法占为己有，侵害了A公司的合法权益，数额较大，应当以职务侵占罪追究其刑事责任。黄某、段某归案后能如实供述自己的罪行，向公司全额退还违法所得，依法适用认罪认罚从宽制度，于2018年10月9日以职务侵占罪对黄某、段某提起公诉。泉州市丰泽区人民法院于2018年11月15日作出一审判决，采纳了检察机关的量刑建议，以黄某犯职务侵占罪，判处拘役六个月，缓刑一年，以段某犯职务侵占罪，判处拘役五个月，缓刑六个月。

泉州市丰泽区人民检察院对办案发现的A公司仓库和人员管理制度漏洞提出了检察建议，A公司收到检察建议后十分重视，目前已按建议制定了新的仓库出入库管理制度，财务部、采购部运作制度，定期检查和月报制度，并且定期邀请法律人士给公司管理人员上课，警钟长鸣，杜绝相关案件的再次发生。

#### 指导意义：

1.实践中，对职务侵占罪“本单位财物”的认定一直以来存在是单位“所有”还是“持有”的争议。从侵害法益看，无论侵占本单位“所有”还是“持有”财

物，实质上均侵犯了单位财产权，对其主客观行为特征和社会危害性程度均可作统一评价。参照刑法第九十一条第二款对“公共财产”的规定，对非公有制公司、企业管理、使用、运输中的财物应当以本单位财物论，对职务侵占罪和贪污罪掌握一致的追诉原则，以有力震慑职务侵占行为，对不同所有制企业财产权平等保护，切实维护民营企业正常生产经营活动。

2.在依法惩处侵害企业权益犯罪的同时，应当重视企业退赔需求，核实退赔落实情况，帮助民营企业挽回经济损失。

3.要注重发挥检察建议的功能作用，促进民营企业加强防范、抵御风险、化解隐患，帮助民营企业提高安全防范能力。

## 案例二：吴某、黄某、廖某虚开增值税专用发票案——依法及时变更强制措施，帮助民营企业恢复生产经营

### 基本案情：

被告人吴某系广州市A机械设备有限公司（以下简称“A公司”）法定代表人，被告人黄某、廖某系A公司股东，三人另系B机械设备有限公司（以下简称“B公司”）实际控制人。因涉嫌虚开增值税专用发票罪，三人在侦查阶段均被采取逮捕措施。2011年至2016年期间，被告人吴某伙同黄某、廖某经过密谋，在没有货物实际交易的情况下，由吴某联系并指使张某等人（均另案处理），为A公司虚开广州C贸易有限公司等17家公司的增值税专用发票用于抵扣税款，获取的不当利益用于A公司的日常运营以及被告人吴某、黄某、廖某三个股东的利润分配。经鉴定，A公司接受上述17家公司虚开的增值税专用发票271张，金额人民币1977万余元，税额人民币336万余元，价税合计人民币2314万余元。案发后，吴某作为A公司负责人自动投案，如实交代犯罪事实，黄某、廖某到案后如实交代自己知道的犯罪事实。广州市公安局越秀区分局于2017年12月18日将黄某、廖某，于2018年1月10日将吴某，均以涉嫌虚开增值税专用发票罪移送广州市越秀区人民检察院审查起诉。

### 处理意见：

在审查起诉阶段，广州市越秀区人民检察院收到B公司员工的申请书，申请对吴某等三人取保候审，以利于维持公司正常经营。收到申请后，经对案件事实

进行细致审查，并向该公司多名员工核实，查明 B 公司确实存在因负责人被羁押企业失治失控的状况，为了让企业恢复正常经营，稳定员工情绪，经综合评估，广州市越秀区检察院决定对已经逮捕的两名从犯黄某、廖某变更为取保候审。在取保候审之后，越秀区检察院通过对黄某、廖某进行法制教育，一方面敦促其继续开展工作，维护公司的正常经营，另一方面，敦促其多方面筹集资金补缴税款，以挽回国家的经济损失。最终，黄某、廖某向税务机关全额补缴了税款。经到 B 公司实地考察，该企业恢复了正常经营，员工普遍反映良好。

2018 年 6 月 14 日，广州市越秀区人民检察院以虚开增值税专用发票罪向越秀区人民法院依法提起公诉，鉴于吴某、黄某、廖某三人有自首、坦白、案发后积极补缴税款、认罪认罚等情节，提出了从宽处理的量刑建议。

#### 指导意义：

1.对涉嫌犯罪的民营企业经营者，应当依法准确适用强制措施。批准或者决定逮捕，应当将犯罪嫌疑人涉嫌犯罪的性质、情节、后果、认罪态度等情况，作综合考虑；对于涉嫌经济犯罪的民营企业经营者，认罪认罚、真诚悔过、积极退赃退赔、挽回损失，取保候审不致影响诉讼正常进行的，一般不采取逮捕措施；对已经批准逮捕的，应当依法履行羁押必要性审查职责，对有固定职业、住所，不需要继续羁押的，应当及时建议公安机关予以释放或者变更强制措施；对确有羁押必要的，要考虑维持企业生产经营需要，在生产经营决策等方面提供必要的便利和支持。

2.办理涉民营企业案件要全面综合考虑办案效果，既要保证依法惩治犯罪，尽可能地挽回国家损失，又要积极采取措施，帮助企业恢复生产经营，做到法律效果和社会效果的有机统一。

### 案例三：江苏 A 建设有限公司等七家公司及其经营者虚开发票系列案——对处于从属地位，被动实施共同犯罪的民营企业，依法从宽处理

#### 案情简介：

涉案单位江苏 A 建设有限公司（以下简称“A 公司”）等 7 家公司均为民营

企业，经营建筑工程相关业务。许某等 7 人分别是以上 7 家公司负责人，分别于 2018 年 4 月 25 日至 5 月 2 日被取保候审。

2011 年至 2015 年，陈某在经营昆山 B 置地有限公司、昆山 C 房地产开发有限公司、昆山市 D 房产开发有限公司（陈某及以上 3 家公司另案处理）期间，在开发“某花园”等房地产项目过程中，为虚增建筑成本，偷逃土地增值税、企业所得税，在无真实经营业务的情况下，以支付 6-11% 开票费的方式，要求 A 公司等 7 家工程承揽企业为其虚开建筑业统一发票、增值税普通发票，虚开金额共计 3 亿余元。应陈某要求，为顺利完成房地产工程建设、方便结算工程款，A 公司等 7 家企业先后在承建“某花园”等房地产工程过程中为陈某虚开发票，使用陈某支付的开票费缴纳全部税款及支付相关费用。许某等 7 人在公安机关立案前投案自首，主动上缴违法所得、缴纳罚款。江苏省苏州市公安局直属分局 2018 年 4 月 20 日以涉嫌虚开发票罪对 A 公司等 7 家涉案公司立案侦查，5 月 23 日分别向昆山市人民检察院移送审查起诉。

#### 处理意见：

昆山市人民检察院经审查认为，A 公司等 7 家公司及许某等 7 人实施了刑法第二百零五条之一规定的虚开发票行为，具有自首、坦白等法定从轻或减轻处罚情节，没有在虚开发票过程中偷逃税款，案发后均积极上缴违法所得、缴纳罚款，在犯罪中处于从属地位，系陈某利用项目发包、资金结算形成的优势地位要求其实施共同犯罪，具有被动性。依据刑事诉讼法第一百七十七条第二款规定，昆山市人民检察院于 2018 年 12 月 19 日对 A 公司等 7 家公司及许某等 7 人作出不起诉决定。同时，对陈某及其经营的 3 家公司以虚开发票罪依法提起公诉。

#### 指导意义：

1. 对于在经济犯罪活动中处于不同地位的民营企业经营者，要依法区别对待，充分考虑企业在上下游经营活动中的地位。对在共同犯罪中处于从属地位，主观恶性不大，自首、坦白，积极退赃退赔、认罪认罚的，应当依法从宽处理，促进民营企业恢复正常生产经营活动，维护企业员工就业和正常生活。对于在共同犯罪中，主观恶性较大、情节严重、采取非法手段牟取非法利益的主犯，应当依法追究刑事责任。

2. 检察机关办理涉民营企业经济犯罪案件，要注意保护和促进市场经济秩序

良性发展。对于偷逃税款、虚开发票等严重破坏合法、健康的市场经济秩序，破坏公开、公平、公正的市场竞争秩序的犯罪行为，应当依法追究刑事责任，维护合法经营、公平竞争的市场环境。

#### 案例四：大疆无人机内部合规事件内容

##### 案情简介：

2018年，大疆在创新进行内部管理改革过程中，梳理内部流程，重新设置审批节点，更换和任命一些领导岗位，却意外发现，在供应商引入决策链条中的研发、采购、品控人员存在大量腐败行为。其它体系中也存在销售、行政、售后和工厂等人员，利用手中权力和流程漏洞谋取个人利益的现象。

大疆内部公告表示，供应链贪腐造成采购价格高出20%以上，造成损失超10亿元人民币，这一数字是大疆2017年净利润的四分之一，是2017年大疆所有年终福利的2倍以上。此外，大疆专门设立的反腐小组开始深入调查，已查处45人。其中涉及供应链决策腐败的研发、采购人员最多，共计26人；销售、行政、设计、工厂共计19人；问题严重、移交司法处理的有16人，直接开除的有29人。

据悉，2018年下半年以来公司重拳反贪，处理了不少涉嫌严重贪腐的人员。但这些涉贪人员散布谣言、颠倒是非，直接影响了大疆的声誉和供应链的稳定。为了引以为戒，大疆开展内部调查，公布了几种典型的贪腐主要手段。第一，让供应商报底价，然后伙同供应商接口人往上加价，加价部分双方按比例分成；第二，利用手中权力，以技术规格要求为由指定供应商或故意以技术不达标把正常供应商踢出局，把可以给一定比例回扣的供应商押镖进短名单。长期拿回扣；第三，故意以降价为借口，把所有正常供应商淘汰，让可以给回扣的供应商进短名单。进短名单之后，做成独家垄断，然后涨价，双方分成；第四，利用内部信息和手中权力引入差供应商，并和供应商串通收买研发人员，在品质不合格的情况下不进行物料验证。导致差品质高价格物料长时间独家供应；第五，内外勾结，搞皮包公司，利用手中权力以皮包公司接单，转手把单分给工厂，中间差价分成。

##### 指导意义：

事实上，以权谋私，贪污受贿这个不是新鲜事儿。不论规模大小，企业都可

## TAHOTA LAW FIRM

能存在各种舞弊、贪腐行为。尤其是极速扩张的新秀企业，权力相对分散，更容易滋生腐败。如最初的阿里巴巴、后起之秀乐视和 360，都曾在企业内部刮起“反贪风云”。