

北京律协智库刑事合规专家组第二期研究报告

—高发罪名刑事合规实践



北京律协智库刑事合规专家组

2022年3月

目录

前言:	1
一、虚开增值税专用发票罪	2
1. 简述	2
1.1 虚开增值税专用发票罪犯罪构成	2
1.2 虚开增值税专用发票罪的实务现状	3
2. 典型案例—上海某医疗科技股份公司、某科技有限公司涉嫌虚开增值税专用发票案	5
2.1 基本案情	5
2.2 企业合规整改情况及处理结果	5
2.3 典型意义	6
3. 专家在办案件—某上市企业虚开增值税发票专用罪案件的合规整改	6
3.1 背景情况	6
3.2 有效监管的展开	6
3.3 合规经验启示	9
二、对非国家工作人员行贿罪	10
1. 简述	10
1.1 对非国家工作人员行贿罪犯罪构成	11
1.2 对非国家工作人员行贿罪实务现状	12
2. 典型案例—王某某、林某某、刘某乙对非国家工作人员行贿案	14
2.1 基本案情	14
2.2 企业合规整改情况及处理结果	14
2.3 典型意义	15
3. 专家在办案件—国企反商业贿赂合规体系建设	15
3.1 背景情况	15
3.2 有效监管的开展	15
3.3 合规经验启示	17
三、非法占用农用地罪	19
1. 简述	19
1.1 非法占用农地罪的犯罪构成	20
1.2 非法占用农用地罪的实务现状	21
2. 典型案例—黄某某、张某某非法占用农用地罪案	22
2.1 基本案情	22
2.2 企业合规整改情况及处理结果	22
2.3 典型意义	23
3. 专家在办案件—某大型国企涉非法占用农用地罪合规监管案	23
3.1 基本案情	23
3.2 有效合规监管的展开	24
3.3 典型意义	25
四、污染环境罪	26
1. 简述	26

1.1 污染环境罪犯罪构成	27
1.2 污染环境罪的实务现状	29
2. 典型案例—张家港市 L 公司、张某甲等人污染环境案	31
2.1 基本案情	31
2.2 企业合规整改情况及处理结果	31
2.3 典型意义	32
3. 污染环境罪刑事合规风险防范建议	32
五、内幕交易、泄露内幕信息罪	33
1. 简述	33
1.1 内幕交易、泄露内幕信息罪的构成要件	34
1.2 内幕交易、泄露内幕信息的实务现状	38
2. 典型案例—胡某内幕交易、泄露内幕信息案	40
2.1 基本案情	40
2.2 案例分析	41
3. 内幕交易刑事合规风险防范建议	43
六、侵犯著作权罪	45
1. 简述	45
1.1 侵犯著作权罪的犯罪构成	46
1.2 侵犯著作权罪的实务现状及特点	47
2. 典型案例—上海“乐高”侵犯著作权罪案、吴某深度链接侵犯著作权案	48
2.1 上海“乐高”侵犯著作权罪案	49
2.1.1 基本案情	49
2.1.2 案例分析	49
2.1.3 典型意义	50
2.2 典型案例—吴某深度链接侵犯著作权案	50
2.2.1 基本案情	50
2.2.2 案例分析	51
2.2.3 典型意义	52
3. 侵犯著作权罪刑事合规风险防范建议	52
七、侵犯商业秘密罪	53
1. 简述	53
1.1 侵犯商业秘密罪的构成要件	55
1.2 侵犯商业秘密罪的实务现状及特点	56
2. 典型案例—金义盈侵犯商业秘密案	60
2.1 基本案情	60
2.2 案例分析	62
2.3 典型意义	64
3. 侵犯商业秘密犯罪刑事合规风险防范建议	65
写作团队介绍	68

前言：

涉案企业合规是新时期司法改革重点，对于深入贯彻落实习近平总书记重要讲话精神和党中央重大决策部署具有重大意义。近年来，最高人民检察院高度重视企业发展，制定了一系列检察政策指引，采取了诸多有针对性的举措。2020年3月起，最高人民检察院在上海、江苏、山东、广东的6家基层检察院，试点开展“企业犯罪相对不起诉适用机制改革”。2021年3月，最高人民检察院决定扩大试点范围，部署在北京、上海、江苏、广东等10个省份开展为期一年的第二期试点工作。

涉案企业合规与传统意义上的企业合规是既相互联系又存在区别的一组概念。传统意义上的企业合规，是覆盖公司治理各个方面，以合规风险防控为导向的“大而全”的公司治理体系。而涉案企业合规侧重于在深入分析犯罪原因的基础上，针对涉案企业在生产、经营、管理当中的漏洞及违法犯罪隐患，有针对性地指导企业开展合规整改，完善相关制度，进而弥补漏洞、化解隐患，预防再次发生相同或相似违法犯罪行为。因此，相较于传统的“大而全”的企业合规，涉案企业合规更加注重深入发掘犯罪原因，以犯罪原因为线索发现企业已有的制度漏洞、风险隐患，在此基础上更有针对性地开展合规工作，建章立制，规范经营管理流程。

目前我国合规不起诉改革实践中，主要有“检察建议”和“附条件不起诉”两种模式：一是检察建议模式。即检察院在审查起诉过程中，对于犯罪情节轻微同时认罪认罚的涉案企业，在作出相对不起诉决定之后，通过提出检察建议的方式，责令其建立合规管理体系的制度。二是“附条件”不起诉模式。即检察院在审查起诉过程中，设立一定的考验期，对涉嫌犯罪的企业暂时不予起诉，并对企业建立刑事合规的情况进行监督考察，在期满后根据企业建立合规管理体系的进展情况，对其作出起诉或者不起诉决定的制度。

截至2021年12月底，10个试点省份共办理涉案企业合规案件600余件。北京律协刑事合规智库专家组特别选取了企业高发的部分重点罪名，结合专家组成员近期刊刑事合规实务办案经验，特别编制本报告。本报告将随着企业合规改革的推进和专家组调研成果的增加，陆续增补更多常见罪名的分析。

一、虚开增值税专用发票罪

1. 简述

虚开增值税专用发票罪是企业涉税犯罪案件中的常见类型，也是一个非常复杂的财税兼法律问题，该罪诞生以来，在不同历史阶段有着不同的注解和外延。

1993年颁布的《增值税暂行条例》，标志着我国确立增值税制度。由于增值税专用发票具有可抵扣的性质，因此自增值税制度确立以来，利用增值税专用发票可抵扣特性实施虚开的不法行为屡禁不止，不仅严重扰乱了我国税收征管制度、发票管理制度，给国家造成了税款损失，而且也严重扰乱了市场经济秩序和营商环境。2021年3月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于进一步深化税收征管改革的意见》，要求税务机关强化精准性监管，并进一步强化常态化打击。在税收制度和发票管理制度改革不断推进、稽查力度不断加大的背景下，虚开增值税专用发票罪也成为了当前企业尤其是民营企业在经营过程中面临的主要刑事风险点，因此构建完善的财税管理制度，防范虚开增值税专用发票罪等涉税刑事风险，便成为了企业的当务之急。

自2020年3月最高检在6个基层检察院部署企业刑事合规不起诉改革试点工作以来，全国各地陆续开展合规不起诉实践，其中涉税案件合规不起诉在目前合规不起诉案例中占相当高的比重，最高人民检察院发布的第一批企业合规改革试点典型案例中，就有一起涉虚开增值税专用发票罪企业合规整改案例。因此，以涉案企业合规不起诉改革为依托，推动企业完善财税管理制度，杜绝虚开增值税专用发票等企业涉税违法犯罪行为，是促进企业健康持续发展营造公平、透明税收营商环境的必由之路。本部分将深入发掘虚开增值税专用发票罪的内涵，通过最高人民检察院发布的企业合规改革试点典型案例，并结合专家在办案件，介绍涉虚开增值税专用发票企业合规整改的工作要点。

1.1 虚开增值税专用发票罪犯罪构成

《中华人民共和国刑法》第二百零五条对虚开增值税专用发票罪进行了规定¹，并指出虚开增值税专用发票，是指为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的犯罪。结合《中华人民共和国刑法》第二百零五条与犯罪构成理论，我们可以将虚开增值税专用发票罪的构成要件归纳如下：

(1) 本罪的客观行为表现为行为人为取得非法所得或者牟取其他私利的目的，在本人没有货物销售或没有提供应税劳务的情况下开具专用发票，或者即使有货物销售或者提供了应税劳务但开具内容不实的专用发票给售票方，用以骗取抵扣税款或出口退税的行为。

¹ 《刑法》第二百零五条规定，虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

单位犯本条规定之罪的，对单位判处罚金，并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；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。

(2) 本罪的责任形式为故意。虽然目前并没有明确的法律或司法解释规定虚开增值税专用发票罪以造成税收损失为法定条件,但根据《最高人民法院刑法研究室〈关于如何认定以“挂靠”有关企业名义实施经营活动并让有关企业为自己虚开增值税专用发票行为的性质〉征求意见的复函》(法研[2015]58号)、2018年12月最高人民法院发布第二批典型案例中“张某强虚开增值税专用发票案”案例,以及2020年《最高人民法院人民检察院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》中的相关规定及精神,司法界一般认为该罪应当以行为人具有骗取国家税款之目的,造成国家税款损失结果为构成虚开增值税专用发票罪的条件。目前,在司法实践中此罪也多以主观具有骗取税款的故意和客观上造成可国家税款损失为构成要件。

为防止打击扩大化、避免错案,就虚开增值税专用发票罪的认定而言,实践中值得特别关注的裁判规则主要有:第一,对于有实际生产经营活动的企业基于虚增业绩、上市、融资、贷款、把账目“做平”等并非骗税的考虑,虚开增值税专用发票且未进行抵扣,没有造成税款损失的,不以本罪论处,可以由税务机关给予行政处罚。第二,行为人以其他单位(如被挂靠单位)名义对外签订销售合同,由该单位收取货款、开具增值税专用发票,不具有骗取国家税款的目的,未造成国家税款损失,其行为不构成本罪。第三,认定本罪,需要考虑某些行业的特殊性。例如,废旧物资收购行业、煤炭销售行业的交易行为和开具增值税专用发票行为不能完全对应,但经营单位在开具增值税专用发票时确实收取了同等金额的货款,并确有大致同等数量的货物销售的,其开具增值税专用发票的行为不构成本罪。第四,作为第三方的开票者为交易双方代开发票的,只要交易关系真实,对开票者也不应以本罪追究刑事责任。

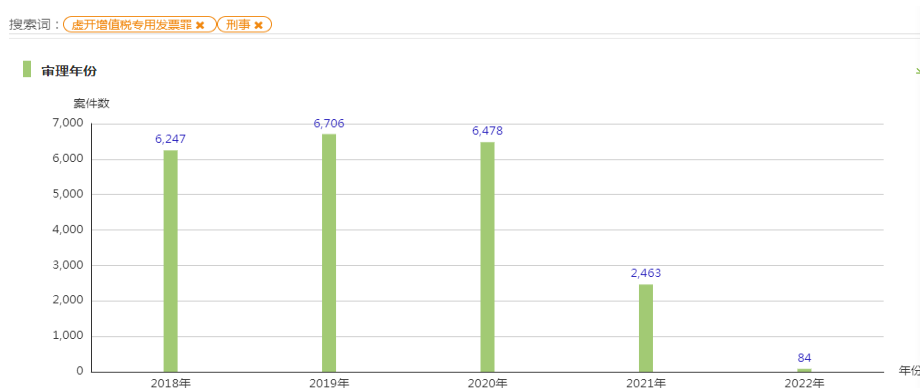
1.2 虚开增值税专用发票罪的实务现状

通过在威科先行法律信息库对虚开增值税专用发票罪进行司法大数据统计检索,我们可以看出近年来虚开增值税专用发票罪有以下两个特点:

一是从案件发生的地域上来看,经济发达省市是虚开增值税专用发票罪案件的高发区域,江苏省、上海市、浙江省、山东省四省市虚开增值税专用发票罪案件数占到全国的55%以上,虚开增值税专用发票罪案件审理的统计见下图:



二是从案件发生时间来看，近几年虚开增值税专用发票罪的案件数量仍然居高不下，特别是2018年至2020年，这三年虚开增值税专用发票罪的审理数量将近占到检索到的案件审理总数（2001年-2022年，约43000余件）的50%。



以上图表数据来源于威科先行法律信息库²。

2021年以来，虚开增值税专用发票罪的案件审理数量呈现出大幅下降趋势，这一方面是由于随着税收监管系统的不断更新，金税四期正式上线运营，税收监管逐渐渗透到企业具体交易的各个环节，迫使企业税务工作更加规范；更重要的，这也是各级人民检察院和人民法院落实2020年3月最高人民检察院涉案违法犯罪依法不捕、不诉、不判处实刑的企业合规监管试点工作以及最高人民检察院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》的成果体现，可以说这是最高人民检察院努力让企业“活下来”、“留得住”、“经营得

²[https://law.wkinfo.com.cn/case-visual/search-detail/all/none?r=49116&q=%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%C7%81bodyExtend:\(%22%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%22\)\)&q=%E5%88%91%E4%BA%8B%C7%81typeOfCase:%E5%88%91%E4%BA%8B](https://law.wkinfo.com.cn/case-visual/search-detail/all/none?r=49116&q=%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%C7%81bodyExtend:(%22%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%22))&q=%E5%88%91%E4%BA%8B%C7%81typeOfCase:%E5%88%91%E4%BA%8B)，访问于2022年3月7日。

好”，落实“少捕”、“少押”、“慎诉”的司法理念在实际工作取得的巨大成果。

通过检索最高人民法院的官方网站，可以查到 23 起虚开增值税专用发票经合规整改最终取得不起诉决定的公开案例。这 23 起案例来自于江苏省、安徽省、湖北省、浙江省、河北省和辽宁省等试点地区，在刑事合规不起诉试点工作开始后，江苏省、浙江省、辽宁省等省市相继出台了地方细化政策，为地方实践提供了参考，也为其他省市开展刑事合规不起诉工作提供了有益的参考和借鉴。

2. 典型案例—上海某医疗科技股份有限公司、某科技有限公司涉嫌虚开增值税专用发票案³

2021 年 6 月，最高人民法院发布第一批企业合规改革试点典型案例共四例，2021 年 12 月 8 日，最高人民法院又发布了第二批企业合规典型案例共六例，这些典型案例不仅是企业合规试点工作过程中的成功经验，而且也为之后涉案企业进行合规整改提供了重要参考。在二批典型案例中，涉及虚开增值税专用发票罪的有一例“上海某医疗科技股份有限公司、某科技有限公司涉嫌虚开增值税专用发票案”，具体介绍如下：

2.1 基本案情

被告单位上海 A 医疗科技股份有限公司（以下简称 A 公司）、上海 B 科技有限公司（以下简称 B 公司），被告人关某某系 A、B 两家公司实际控制人。

2016 年至 2018 年间，关某某在经营 A 公司、B 公司业务期间，在无真实货物交易的情况下，通过他人介绍，采用支付开票费的方式，让他人为两家公司虚开增值税专用发票共 219 份，价税合计 2887 余万元，其中税款 419 余万元已申报抵扣。2019 年 10 月，关某某到案后如实供述上述犯罪事实并补缴涉案税款。

2020 年 6 月，公安机关以 A 公司、B 公司、关某某涉嫌虚开增值税专用发票罪移送检察机关审查起诉。上海市宝山区检察院受理案件后，走访涉案企业及有关方面了解情况，督促企业作出合规承诺并开展合规建设。

2.2 企业合规整改情况及处理结果

检察机关走访涉案企业了解经营情况，并向当地政府了解其纳税及容纳就业情况。经调查，涉案企业系我国某技术领域的领军企业、上海市高新技术企业，科技实力雄厚，对地方经济发展和增进就业有很大贡献。公司管理人员及员工学历普遍较高，对合规管理的接受度高、执行力强，企业合规具有可行性，检察机关遂督促企业作出合规承诺并开展合规建设。同时，检察机关先后赴多地税务机关对企业提供的纳税材料及涉案税额补缴情况进行核实，并针对关某某在审查起诉阶段提出的立功线索自行补充侦查，认为其具有立功情节。

2020 年 11 月，检察机关以 A 公司、B 公司、关某某涉嫌虚开增值税专用发票罪对其提起公诉并适用认罪认罚从宽制度。12 月，上海市宝山区人民法院采纳检察机关全部量刑建议，以虚开增值税专用发票罪分别判处被告单位 A 公司

³ https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202106/t20210603_520232.shtml，访问于 2022 年 3 月 5 日。

罚金 15 万元，B 公司罚金 6 万元，被告人关某某有期徒刑三年，缓刑五年。

法院判决后，检察机关联合税务机关上门回访，发现涉案企业的合规建设仍需进一步完善，遂向其制发检察建议并公开宣告，建议进一步强化合法合规经营意识，严格业务监督流程，提升税收筹划和控制成本能力。检察机关在收到涉案企业对检察建议的回复后，又及时组织合规建设回头看。经了解，涉案企业已经逐步建立合规审计、内部调查、合规举报等有效合规制度，聘请专业人士进行税收筹划，大幅节约生产经营成本，提高市场占有率。

2.3 典型意义

一是检察机关推动企业合规与适用认罪认罚从宽制度相结合。本案中，检察机关在督促企业作出合规承诺并开展合规建设的同时，通过适用认罪认罚从宽制度，坚持和落实能不判实刑的提出判缓刑的量刑建议等司法政策，努力让企业“活下来”“留得住”“经营得好”，取得更好的司法办案效果。

二是检察机关推动企业合规与检察建议相结合。本案中，检察机关会同税务机关在回访过程中，发现涉案企业在预防违法犯罪方面制度不健全、不落实，管理不完善，存在违法犯罪隐患，需要及时消除的，结合合规整改情况，向涉案企业制发检察建议，推动其深化实化合规建设，避免合规整改走过场、流于形式。

3. 专家在办案件—某上市企业虚开增值税专用发票专用罪案件的合规整改

3.1 背景情况

笔者团队目前办理的案件中有一起涉案企业合规案件，在此案件中，笔者团队担任涉案企业合规顾问，指导涉案企业开展合规整改。该涉案企业为一家新三板上市企业，因其存在与上游开票公司签订虚假合同，让上游公司为自己虚开增值税专用发票并进行抵扣的行为，2021 年该企业有关人员因涉嫌虚开增值税专用发票罪被立案。

3.2 有效监管的展开

(1) 收集材料、深入研究企业涉税问题

比起传统意义上的企业合规，涉案企业合规需要合规顾问更加以问题导向，通过收集相关材料，分析案件所暴露出的涉案企业存在的相应合规管理问题，以此为线索指导企业开展合规整改。笔者团队担任合规顾问的过程中，围绕案件情况，重点收集并梳理分析了以下两方面的材料：一是涉案企业的相关材料，二是法律法规、行业标准等监管规定。

涉案企业的相关材料主要包括企业经营状况、组织架构、人员构成情况、财务及业务管理制度、诉讼仲裁及违法犯罪情况说明等方面的资料。在虚开增值税专用发票案中，还需要特别关注企业财税相关的资料，如企业纳税情况说明、纳税记录及财税管理制度等资料。

只有在资料收集环节做到全面无遗漏，才能通过梳理资料对企业存在的风险、问题了然于胸，发现诱发企业犯罪的深层原因，对症下药，避免“盲人摸象”式的合规整改。此外，与传统企业合规不同的是，涉案企业合规整改还要注意搜集

涉案信息，如案件相关的证据资料，这些资料可以更有针对性也更加客观地反映企业所存在的问题。在检察院出具了检察建议的情况下，则需要对检察建议进行深入研究，确保在后续工作中将检察建议的具体要求落到实处。本案中笔者团队与企业保持积极沟通，在整改之初就通过发送合规调查问卷、清单的方式，向企业列举了所需提供的材料，深入了解企业涉案情况，并在后续工作过程中根据实际需要以及企业提供材料的情况不断更新待提供资料清单，确保在资料搜集环节没有遗漏。

尽管涉案企业合规整改源于违反刑事法律规定，但是涉案企业合规整改最终的落脚点并不仅限于合刑事法律之“规”，而且要合乎法律法规、行业标准等相关监管规定。因此担任涉案企业合规整改顾问，需要在依据所搜集到的企业相关资料基础上，结合企业的犯罪成因、犯罪行为模式、经营管理模式，充分了解现有监管规定，分析企业合规差距，发现企业存在的风险和问题。办理本案过程中，笔者团队尤为关注财税方面的法律法规及相关监管规定，如《中华人民共和国会计法》《中华人民共和国税收征收管理法》《中华人民共和国发票管理办法》《国家税务总局关于纳税人虚开增值税专用发票征补税款问题的公告》等规定，同时还需要目光于事实和法律间往复流转，厘清涉案企业的合规差距及所存在的具体涉税问题。

（2）合规访谈

合规访谈的目的主要是全面了解企业经营管理的实际情况，从而全面分析企业犯罪成因及合规风险点。合规访谈与上文所提到的对企业相关材料的收集，共同构成了涉案企业刑事合规尽职调查的两个重要方面。材料收集属于对企业经营管理状况的书面审查，可以在一定程度上发现企业所存在的合规问题。但是在实践中，尤其是中小型民营企业，往往存在着制度落实不到位的问题，即虽然具备相对完备的制度，但是实际操作和制度规定“两张皮”，因此有些合规风险点只能通过现场访谈才能发现。例如在本案中，笔者团队通过对企业核心管理人员访谈了解到：涉案企业虽然有比较完善的财务管理制度，但往往因为某些管理和业务操作的原因导致这些制度无法全面彻底执行。因此，要想全面分析、深入研判企业的合规风险点，还需要律师合规顾问对企业的管理人员、业务人员，甚至在条件允许的情况下对企业的第三方合作伙伴进行访谈，以深入了解企业实际的业务管理模式和运作流程。

此外，合规访谈还是合规顾问与企业管理层及业务人员就合规整改相关事项进行充分交流沟通的过程。尽管涉案企业合规改革试点工作已经启动了相当一段时间，但是中小民营企业管理层对于涉案企业合规的认识并不全面，涉案企业更是将其视为“救命稻草”，仅仅关注通过合规整改能达到何种效果，以致仓促之下出现“纸面合规”的情况。通过合规访谈，律师合规顾问可以更为充分地了解企业管理层的合规意愿，并向企业传达有效合规整改的标准和要求，如此也有利于合规制度最终在企业的落地实施。

（3）合规风险、合规义务识别

无论是企业管理层面的企业合规还是涉案企业合规，识别企业合规风险，明确企业合规义务都是开展合规工作的重中之重。通常企业合规的风险识别主要是根据企业现有制度及实际经营管理流程，结合实践经验和相关合规指引、标准，

厘清合规差距，识别企业潜在合规风险及应落实的合规义务，以预防未然之违法犯罪行为。而开展涉案企业合规的当务之急是“整改”，需要在存在已然之罪的情况下，围绕企业所涉犯罪进行犯罪成因分析，为重点识别与犯罪成因相关的合规风险及相应合规义务提供方向指引，进而进行更有针对性的合规整改。

与笔者团队先前办理的案件不同，在该涉嫌虚开增值税专用发票的案件中，检察机关并未就合规整改出具检察建议，因此需要笔者团队完全以案件材料、企业现有制度和实际经营管理流程为基础，结合既往办案经验，分析其犯罪成因，识别风险，进而比照监管规定厘清合规差距，明确尚未落实的合规义务。通过深入梳理分析企业提供的资料以及开展合规访谈，笔者团队结合涉案企业犯罪动机、犯罪行为的具体表现、企业内控管理制度及实际经营管理流程等因素，对涉案企业的犯罪成因进行了深入剖析。作为合规顾问的律师团队可以重点把握与犯罪成因密切相关的经营管理制度和实际经营管理环节，以此为指引识别企业合规风险和待落实的合规义务。

但应当注意的是，犯罪成因分析只是识别合规风险和合规义务的第一步，识别具体的风险还要以内部制度条款和实际经营情况为依据。更何况在相当一部分案件中，犯罪行为往往距离合规整改的启动已经有相当长的时间，期间涉案企业可能发生了诸多变动，而合规风险的识别始终是随企业自身状况和外部监管环境动态变化的过程，因此针对犯罪行为进行的犯罪成因分析并不能完全替代合规风险的识别。具体到本案，笔者团队在犯罪成因分析的基础上，还结合企业当前的内部具体制度和访谈中获取的当前实际经营管理信息，以风险识别表的形式清晰地呈现出企业合规风险点，并将该合规风险点与外部监管规范相比对，明确企业在合规整改过程中需落实的合规义务。

(4) 制定合规计划

合规计划是指导合规整改实施的纲领和依据，合规计划是否得当直接关乎后续合规整改的能否落地并发挥其效用。律师合规顾问在制定合规计划的过程，通常需要以《合规管理体系 要求及使用指南》国际标准（ISO 37301-2021）、《合规管理体系 指南》中国国家标准（GB/T 35770-2017）等国际和国内标准为指引，明确企业合规管理的基本结构、内容和要求，针对前期识别出的企业合规风险点，结合企业规模、内外环境等具体情况，落实法律法规及相关监管规定所明确的企业合规义务，制定适用于特定企业、可落地的合规整改方案。

在制定涉案企业的合规计划时，除上述内容外，还要特别关注引发企业及责任人员实施犯罪行为的合规风险点。笔者团队为本案中的涉案企业制定合规计划时，除以国际和国内标准为指引，指导企业建立合规管理体系，制定切实符合自身情况的《合规管理制度》外，还在合规计划中专门分析了发生本案的多重原因，有针对性地制定了涵盖完善企业合同管理制度、财务管理制度、票据管理制度及相关业务管理制度的整改方案。就在办案件而言，笔者团队希望通过整改，促使企业在日后的生产经营过程中做到以下几个具体层面的工作：

(a) 合法诚信经营，按照《中华人民共和国发票管理办法》和增值税专用发票开具使用管理方面的具体规定，合法取得、开具与实际交易相符的增值税专用发票，不弄虚作假，注意资金流、发票流、货物流“三流一致”。

(b) 建立健全资本权属清晰、财务关系明确、符合法人治理结构要求的财

务管理制度，严格遵守国家有关内部财务制度、规定和财经纪律，严格控制财税风险。

(c) 完善内部审计，特别是要加强税务审计工作。通过税务审计，严格检查企业纳税各环节，有针对性地采取补短板措施，可以确保企业纳税行为在法律框架内进行，避免企业因违法违规被税务机关处罚。此外，通过税务审计，可以严格监管企业生产经营活动和各项内控管理制度的落实，可以全面评估企业的税务风险，可以及时发现和控制企业违法违规甚至涉税犯罪行为，有助于企业投资者、社会公众及有关监管部门更好地监督企业的经营管理活动，降低企业总体经营风险与涉税刑事案件风险。

(5) 下一步工作计划

经过前期对企业的调查、访谈以及企业涉案的成因分析，笔者团队已经初步制定出了涉案企业合规计划，并且在笔者团队的指导之下，企业已经开始了对企业内部规章制度及实际经营管理流程的自查自纠及整改工作，初步制定了《合规管理制度》，明确了企业合规管理组织体系、运行机制和保障机制；修改完善现有的内控管理制度，完善涉税风险控制措施，并明确了相应的奖惩机制，确保制度具有威慑力。围绕具体经营管理流程，企业梳理并识别出了易引发涉税问题的高风险环节，通过明确高风险环节业务人员的行为规范，降低涉税风险。

笔者团队将进一步帮助企业进行合规整改。首先，企业将根据合规计划和有关内控合规管理制度，搭建企业合规管理的组织架构，组织合规委员会，任命首席合规官和其他合规管理人员。在此基础上，企业将落实合规管理运行机制，将合规管理嵌入具体业务流程，加强对第三方合作伙伴的管理，确保第三方合作伙伴依法依规行事，以降低不当商业合作可能带来的涉税风险。而合规计划能否有效实施，不仅取决于合规计划是否合理得当，还取决于全体企业成员能否认同并一以贯之地践行合规计划。

其次，在笔者团队的指导下，企业还将制定合规制度的宣贯培训计划，并建立其相应的咨询、举报、奖惩机制，将有关外部合规政策以及企业的合规制度内化于企业经营管理的具体行为当中，让合规成为企业全员共识及其日常工作中的行为自觉和习惯，以确保合规观念深入人心，使合规成为企业文化不可分割的重要组成部分。

此外，应当认识到合规是一项长效工作，即便是涉案企业通过合规取得了减轻处罚乃至不起诉的成果，也决不能就此为止。无论是企业内部状况还是外部经营环境、监管环境，都是始终处于动态变化之中的，企业也应当将合规作为“持久战”，根据内外部变化及时调整合规工作内容。而笔者团队也将在后期通过调查回访的方式，确保企业能够建立起长效的合规管理机制，而非仅在刑事诉讼程序中“一合了之”。

3.3 合规经验启示

自2020年3月份最高人民检察院启动涉案企业合规改革试点工作至今，已经过去了两年的时间，在这两年中，检察机关将出台了一系列的配套文件，将涉案企业合规与检察建议相结合，与“少捕慎诉慎押”的刑事司法政策相结合，与“挂案”清理相结合，改革成果卓著。下一步，随着涉案企业合规试点工作在全国范

围内铺开，律师也将有更多的机会以涉案企业合规顾问的身份和第三方监督评估组织专业人员的身份参与到涉案企业合规案件中。根据目前的试点情况及最高人民检察院发布的典型案例来看，虚开增值税专用发票罪既是中小企业高发罪名，也是适用涉案企业合规的常见罪名。因此，律师需要尤为关注涉虚开增值税专用发票企业的合规整改工作，把握如下几个工作要点：

无论是开展普通的企业合规亦或是涉案企业合规，通常的工作流程都包括合规内部尽职调查、合规风险点及合规义务的识别，制定合规计划、执行合规计划等环节。但开展涉案企业合规，需要牢牢把握“涉案”二字，将犯罪成因分析、具体涉罪事项整改、预防刑事风险，融入企业合规整改工作流程，确保建立起的合规体系能够有效消除诱发企业及其内部工作人员犯罪的风险点，从而取得减轻量刑乃至暂缓或免于刑事追诉的刑事激励，并防止相同或类似犯罪行为再次发生。在有检察建议的情况下，还需要将检察建议的要求落实到合规整改工作全流程当中。

但在涉案企业合规整改中，强调对涉罪事项的整改和对刑事风险的预防并不意味着可以弱化企业存在的行政违法风险点和行政监管方面的要求。尤其是在涉虚开增值税专用发票罪的企业合规整改中，律师应充分关注税法及税务机关相关监管政策的要求，与税务部门工作人员及税务领域专业人员保持密切沟通。因为作出不起诉决定后，检察机关也可以向税务机关发出检察意见，建议税务机关对企业的违法行为作出行政处罚。因此即便涉案企业通过了合规整改验收，并不意味着合规整改工作可以就此停下脚步。这就要求律师在指导涉案企业合规整改过程中，充分关注行政违法风险点，厘清企业与行政监管规定的合规差距，关注行刑衔接方面的要求。

通常涉案企业合规会被视作争取刑事激励的事后补救措施。尽管涉案企业合规确实发生在企业涉案后，担负着整改具体涉罪事项的使命，但涉案企业合规的根本落脚点还是预防相同或类似犯罪行为的发生。因此，在涉案企业合规中，除对既往存在风险漏洞的管理制度、业务流程采取措施进行整改外，同样需要面向未来，以预防违法犯罪行为为目标，参照国内外标准，建立起符合企业特点的合规管理体系。具体而言，包括建立合规组织架构，制定合规管理运行制度，建立涵盖内部员工培训考核机制、奖惩激励机制及咨询举报机制的合规管理保障机制，在企业内部形成合规文化，实现“大医治未病”的最终目的。

二、对非国家工作人员行贿罪

1. 简述

反商业贿赂是企业刑事合规治理中的一大重点领域。这不仅是因为商业贿赂风险是企业市场交易领域中的高发风险，也因近年来各国都在不断加大对商业贿赂违法犯罪行为的打击力度，对商业贿赂的治理呈现出高压态势。商业贿赂并非刑法概念，在刑法中对应的不是一个条文，而是多个条文。商业贿赂风险体现在刑事领域中，具体可能涉及非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪、受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪等八种

罪名。为营造良好营商环境，维护正常的市场竞争秩序，我国不仅继续严厉打击国家工作人员的腐败贿赂行为，对非国家工作人员的腐败贿赂行为的打击也予以高度重视。非国家工作人员如果实施腐败贿赂行为，主要可能会构成非国家工作人员受贿罪和对非国家工作人员行贿罪两种罪名。

近年来，我国反腐败斗争取得了阶段性的胜利，2021年9月，中央纪委国家监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合印发了《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》(以下简称“《意见》”)，该《意见》指出，各级机关在查办受贿案件的同时，也需加大对行贿的查处力度，因为行贿作为贿赂犯罪发生的主要源头，如果不查处行贿行为，那么就会不断出现受贿行为，因此必须坚持受贿行贿一起查。同时，《意见》要求不仅要坚决查处行贿行为，而且明确了查处行贿行为的五个重点，其中重大商业贿赂行为便是重点查处范围之一，这既是落实《联合国反腐败公约》的要求，也是顺应广大市场主体呼声、营造公平竞争市场环境的重要举措。除此之外，有关行政执法机构和司法机关应将建立对行贿人的联合惩戒机制，研究组织开展对行贿人作出市场准入、资质资格限制等问题，并会进一步探索推行行贿人“黑名单”制度。

该《意见》将打击行贿行为也推向了新高度，也彰显了国家对贿赂零容忍的坚定决心。而商业贿赂又是所有企业在经营过程中，都无法避免的合规风险。在此背景下，在企业内部治理过程中如何防范商业贿赂风险便成为了企业的当务之急。本部分将结合2021年6月最高检发布的第一批企业合规改革试点的四个典型案例中的“王某某、林某某、刘某乙对非国家工作人员行贿案”，从对非国家工作人员行贿罪入手，结合专家在办案件，介绍企业反商业贿赂合规体系的建设。

1.1 对非国家工作人员行贿罪犯罪构成

根据刑法第164条的规定⁴，对非国家工作人员行贿罪，是指自然人或者单位为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的行为。

本罪的客观行为表现为给予公司、企业或者其他单位的工作人员以数额较大的财物。行贿对象是自然人，且只能是非国家工作人员。这里的“财物”既包括金钱和实物，也包括可以用金钱计算数额的财产性利益⁵。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，自然人向非国家工作人员行贿数额在6万元以上的，应当追究刑事责任。根据该解释对非国家工作人员行贿罪中的“数额巨大”的起点为二百万元。如果是单位犯本罪，依照最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》的规定，行贿数额达到20万元，即可立案追诉。

本罪的责任形式是故意，除此之外还要求具有谋取不正当利益的目的。根据《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条规定，谋取不

⁴ 《刑法》第164条：为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

⁵ 根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，商业贿赂中的财物，既包括金钱和实物，也包括可以用金钱计算数额的财产性利益，如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡(券)、旅游费用等。具体数额以实际支付的资费为准。收受银行卡的，不论受贿人是否实际取出或者消费，卡内的存款数额一般应全额认定为受贿数额。使用银行卡透支的，如果由给予银行卡的一方承担还款责任，透支数额也应当认定为受贿数额。

正当利益是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求公司、企业或者其他单位的人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件。违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势的，应当认定为谋取不正当利益。据此，可以将不正当利益归纳为三种情形：一是违反有关规定获取的利益；二是要求受贿人违反规定提供帮助或者方便条件，获得的程序性利益；三是违背公平公正原则获得的竞争优势。⁶而且不管行为人实际上是否获取了不正当利益，均不影响本罪的成立。参照刑法第 389 条的规定，如果是因被勒索给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，没有获得不正当利益的，那么不宜认定为犯罪。

同时，刑法第 164 条对本罪的减轻处罚或免除处罚的情节作了特别规定，行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

1.2 对非国家工作人员行贿罪实务现状

行贿是受贿的源头,行贿不查,受贿不止。为避免企业因商业贿赂带来的法律责任和不良后果,实有必要从实务角度考察对非国家工作人员行贿行为的常见情形及认定要点,以期为企业在刑事合规中反商业贿赂的合规治理与建设提供有效参考。

基于商业活动的灵活性与复杂性,除了直接给予财物外,实践中的行贿行为不仅表现形式十分多样,诸如赠送技术服务、出国考察、旅游度假、安排子女境外读书等。而且,行贿手段往往具有隐蔽性以及行业特点,比如采购销售行业通常会借佣金、折扣、附赠、手续费、促销费、经销费之名,行商业贿赂之实。但是一个企业在实际日常的经营过程中,总会涉及到部分为促进合作关系达成、维护合作关系的支出,例如某些企业在招商引资、经贸洽谈、论坛开幕、庆典剪彩、表彰总结等活动中,邀请有关嘉宾给予的“出场费”、“辛苦费”,以及节假日赠送收受合作对方的各种礼品、礼券等,针对这些行为,有的属于正当商务行为,有的属于商业贿赂,具体应当结合以下因素进行全面分析、综合判断:(1)发生财物往来的背景,如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度;(2)往来财物的价值;(3)财物往来的缘由、时机和方式,提供财物方对于接受方有无职务上的请托;(4)接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

除此之外,结合司法实践情况,对于企业可能面临的行贿风险,需要注意以下几点:

一是无论行贿企业是否实际获得金钱利益,均不影响犯罪行为的认定。例如,(2017)粤 0111 刑初 2536 号等案件判决显示,在行贿人未获利的情况下,其为了谋取不正当利益而进行的行贿行为,已经构成对非国家工作人员行贿罪。

二是如果行贿对象是国有独资或者出资企业员工的,那么首先应对行贿对象进行身份识别。因为在国有独资或者出资企业中,部分员工可能具有国家工作人员的身份,因此该部分人员收受贿赂的,构成犯罪的标准、成立的罪名以及最终的处罚结果都会有明显区别,所以对于企业员工身份的识别显得尤为重要。例如(2016)沪 0112 刑初 1472 号一案中,被告人赵辉在经营盖顿公司期间,为使该公司成为光明乳业公司的供应商并保持业务量,分别向光明乳业公司副总经理、总裁

⁶ 参见孙国祥:《行贿罪中的“为谋取不正当利益”辨析》,载《人民检察》,2016年第11期。

郭某以及技术中心酸奶部项目经理吴某等人行贿，在该案审理过程中，法院对不同受贿人的身份进行了分析，法院认为光明乳业公司作为国有出资企业，而郭某在光明乳业公司担任总裁的职务，系经国有出资方任命或提名，具有一定的组织、领导管理职责，因此应属于国家工作人员；而吴某在光明乳业公司技术中心担任研究员、项目经理等职务，主要从事技术工作，且根据检察机关提出的相关证据尚难证实其具有国家工作人员的身份，故在该案中法院确认吴某属非国家工作人员。鉴于确认吴某为非国家工作人员后，盖顿公司给予郭某等人国家工作人员财物的价值未超过人民币 20 万元，由于没有达到单位行贿罪的入罪标准，因此最终盖顿公司仅构成对非国家工作人员行贿罪。

三是区分个人犯罪和单位犯罪。由于对非国家工作人员行贿罪对个人和单位的追诉标准不同，在多起个人实施的行贿案件中，企业员工常以其行为属于单位犯罪进行抗辩。但是要认定一个企业是否构成对非国家工作人员行贿罪需要判断犯罪行为是否符合单位犯罪的要件。实践中主要从三个要素区分个人犯罪和单位犯罪：

(a) 犯罪体现的是个人意志和单位意志

单位犯罪一般体现的是单位意志，而单位意志主要又是通过单位决策体现出来的，包括单位集体研究决定或者负责人决定。

司法实践中一般认为单位犯罪是由单位的决策机构按照单位的决策程序决定实施的，有的是明示，如公开讲明以上情况，有的是默示，如以公函、署单位印章实施犯罪活动等。据此将盗用、冒用单位名义实施的犯罪行为，或者单位内部成员实施的犯罪行为，或者单位内部成员未经单位决策机构批准、同意或者认可而实施的犯罪行为，或者单位内部成员实施的与其职务活动无关的犯罪行为，也属于个人犯罪。

但是如果单位成员在实施犯罪时未经单位决策机构授权，也未经单位主管人员同意，为单位利益实施犯罪行为以后，单位予以认可的，也应当视为单位行为，符合以单位名义实施犯罪的特征。在这个意义上说，对以单位名义的认定不能满足于形式上的判断，而应当进行实质判断。

(b) 谋取的利益归属于个人或是单位

单位犯罪的利益一般直接归属于单位，也即因犯罪行为所产生的不正当利益归单位获得，在违法所得由实施犯罪的个人私分的情况下，即使犯罪是以单位名义实施的，也不构成单位犯罪。

(c) 是以单位的名义或是个人名义

一般情况下，单位犯罪要求以单位名义实施。但是，对于“以单位名义”应作实质性理解。如果是打着单位旗号，利用单位名义为个人谋利益而非为单位谋利益的不法行为，不能认定为单位犯罪。但是，若公司法定代表人、股东等为了单位谋取利益实施的犯罪行为，在符合前述两个要件的情况下，也能认定构成单位犯罪。

例如，在(2018)沪 0115 刑初 142 号一案中，法院认为行贿人的行为未向领导上报，不能体现单位意志，因行贿获得的利益由行贿人所有，行贿款虽然由行贿人以

工资的名义支取,但单位并不清楚款项的用途,最终认定单位不构成犯罪。

2. 典型案例—王某某、林某某、刘某乙对非国家工作人员行贿案⁷

如前所述,2021年6月,最高检发布第一批企业合规改革试点典型案例共四例,2021年12月8日,最高检又发布了第二批企业合规典型案例共六例,在两批典型案例中,涉及贿赂类犯罪的仅有一例“王某某、林某某、刘某乙对非国家工作人员行贿案”,具体介绍如下:

2.1 基本案情

深圳Y科技股份有限公司(以下简称Y公司)系深圳H智能技术有限公司(以下简称H公司)的音响设备供货商。Y公司业务员王某某,为了在H公司音响设备选型中获得照顾,向H公司采购员刘某甲陆续支付好处费25万元,并在刘某甲的暗示下向H公司技术总监陈某行贿24万余元。由王某某通过公司采购流程与深圳市A数码科技有限公司(以下简称A公司)签订采购合同,将资金转入至A公司账户,A公司将相关费用扣除后,将剩余的资金转入至陈某指定的账户中。Y公司副总裁刘某乙、财务总监林某某,对相关款项进行审核后,王某某从公司领取行贿款项实施行贿。

2019年10月,H公司向深圳市公安局南山分局报案,王某某、林某某、刘某乙及刘某甲、陈某相继到案。2020年3月,深圳市公安局南山分局以王某某、林某某、刘某乙涉嫌对非国家工作人员行贿罪,刘某甲、陈某涉嫌非国家工作人员受贿罪向深圳市南山区检察院移送审查起诉。

2020年4月,检察机关对王某某依据刑事诉讼法第一百七十七条第二款作出不起诉决定,对林某某、刘某乙依据刑事诉讼法第一百七十七条第一款作出不起诉决定,以陈某、刘某甲涉嫌非国家工作人员受贿罪向深圳市南山区法院提起公诉。同月,深圳市南山区法院以非国家工作人员受贿罪判处被告人刘某甲有期徒刑6个月,判处被告人陈某拘役5个月。法院判决后,检察机关于2020年7月与Y公司签署合规监管协议,协助企业开展合规建设。

2.2 企业合规整改情况及处理结果

检察机关在司法办案过程中了解到,Y公司属于深圳市南山区拟上市的重点企业,该公司在专业音响领域处于国内领先地位,已经在开展上市前辅导,但本案暴露出Y公司在制度建设和日常管理中存在较大漏洞。

检察机关与Y公司签署合规监管协议后,围绕与商业贿赂犯罪有密切联系的企业内部治理结构、规章制度、人员管理等方面存在的问题,制定可行的合规管理规范,构建有效的合规组织体系,健全合规风险防范报告机制,弥补企业制度建设和监督管理漏洞,防止再次发生相同或者类似的违法犯罪。

Y公司对内部架构和人员进行了重整,着手制定企业内部反舞弊和防止商业贿赂指引等一系列规章制度,增加企业合规的专门人员。检察机关通过回访Y公司合规建设情况,针对企业可能涉及的知识产权等合规问题进一步提出指导意见,

⁷ https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202106/t20210603_520232.shtml

推动企业查漏补缺并重启了上市申报程序。

2.3 典型意义

本案中，检察机关积极推动企业合规与依法适用不起诉相结合。依法对涉案企业负责人作出不起诉决定，不是简单一放了之，而是通过对企业提出整改意见，推动企业合规建设，进行合规考察等后续工作，让涉案企业既为违法犯罪付出代价，又吸取教训建立健全防范再犯的合规制度，维护正常经济秩序。

3. 专家在办案件—国企反商业贿赂合规体系建设

3.1 背景情况

企业合规的灵魂并不是大而全的合规管理体系，而在于针对企业的“合规风险点”确立专项合规计划。⁸2006年11月，西门子公司因涉嫌商业贿赂而面临刑事追诉，在行贿事件发生后，西门子公司对管理团队做出了大幅度调整，并重新组建了合规团队，建立了独立而权威的合规组织体系。“只有廉洁的业务才是西门子的业务”，西门子针对反海外贿赂问题所建立的专项合规计划已被视作企业合规的样本。西门子的合规体系有两个部分组成：一是商业行为准则，二是三大制度保障，即防范、监控和应对。

2018年是中国的“合规元年”，国有资产管理委员会及国家发展改革委员会相继发布了三大企业合规指引，以推动国有企业全面建立合规管理体系。某国有企业作为国内乳制品行业中的大型头部企业，业务不仅面向国内市场，同时也走向国际市场。在各国商业贿赂案件层出不穷与商业贿赂执法日趋严厉的趋势下，该企业也逐渐意识到建立反商业贿赂合规政策、培训以及相关预警和处理机制的必要性。笔者受邀帮助该企业搭建反商业贿赂板块的合规体系，与该企业的法务部门进行有效联动，发现企业内部可能存在的商业贿赂风险，并通过建立完善的反商业贿赂合规体系，采取有效的合规措施来防范商业贿赂风险。

经过前期梳理该企业初步提供的资料，笔者团队发现该企业缺乏成体系的反商业贿赂制度，对于商业往来行为亦缺少规范性指引。而作为一家集生产、销售全产业链的企业，存在不少需要与外界接触的业务部门，既有可能受到来自外界的“诱惑”，也有可能为谋求优势竞争地位而误入歧途。商业贿赂刑事风险如一颗深埋地下的地雷，随时可能被触发。

3.2 有效监管的开展

(1) 确立反商业贿赂双制度

合规制度是企业开展合规管理工作的核心，无规矩不成方圆，有敬畏才知行止。只有在制度中明确法律红线和行为禁止，才能保证员工在合理合法的维度内行事。根据相关行政法规和刑法的规定，结合实务经验以及企业提供的内部规定，在与企业法务部负责人的充分沟通下，笔者团队帮助企业确立了反商业贿赂双制度。一是《反商业合规管理规定》（以下简称《合规管理规定》），二是《反商业贿赂合规指南手册》（以下简称《合规指南手册》）。这两项制度是合规体系

⁸ 陈瑞华：《企业合规基本理论》，法律出版社，2020年8月第一版，第116页。

的核心环节，所有员工都必须在业务活动中遵守这两项制度的要求。《合规管理规定》作为反商业贿赂的总领性制度，系统地从机构职责、反商业贿赂合规风险识别与防范、风险处置、合规运行与保障四个方面进行了详尽规定。不仅明确了从首席合规官到各个业务部门等不同层级的主体，在反商业贿赂合规管理中应当履行的职责。而且，确立反商业贿赂合规风险的预防、发生、处置的基本制度，为企业进行反商业贿赂合规体系建设提供制度保障。

《合规指南手册》则是对《合规管理规定》的进一步细化，主要是根据企业的实际业务流程来进行商业贿赂风险管控。一方面为企业员工提供必要的和基本的反商业贿赂合规知识，例如商业贿赂的内涵、手段及后果等，另一方面，为员工在业务开展过程中提出基本的行为要求，同时为防范员工利用职务便利谋取利益，以及如何避免在业务活动中收受贿赂提供建议与措施。除此之外，《合规指南手册》还对商业伙伴的管控、反商业贿赂合规文件创建及保管的注意事项，反商业贿赂执法调查应对等方面也提出了指引规范。

（2）合规培训与宣贯

“徒法不足以自行”，合规制度作为企业内部的“法”亦是如此。如果员工不了解合规制度，则再完备的合规制度都只能是一纸空文，束之高阁，难以发挥其效用。因此合规培训与宣贯就显得尤为重要，不仅能让企业员工明晰行为界限，而且通过不断的宣贯培训，也能不断提高企业员工的合规意识，对员工的行为产生潜移默化的影响，长此以往，企业内部也能树立风清气正的良好企业文化的氛围。

企业的合规培训需要针对不同的对象，进行分层分级有针对性地培训，才能达到最好的培训效果。笔者团队为该企业制作全员培训材料及普法 PPT，同时对核心高管层展开专场培训。企业也通过宣传报等方式宣传反商业贿赂，培养企业合规文化。合规培训与宣贯是需要持续进行的工作，通过这一环节既可以在企业所有层级持续传达企业对于反商业贿赂合规的态度，又有利于贯彻杜绝商业贿赂犯罪的合规理念、塑造反商业贿赂的合规氛围。

（3）合规访谈与合规义务风险清单

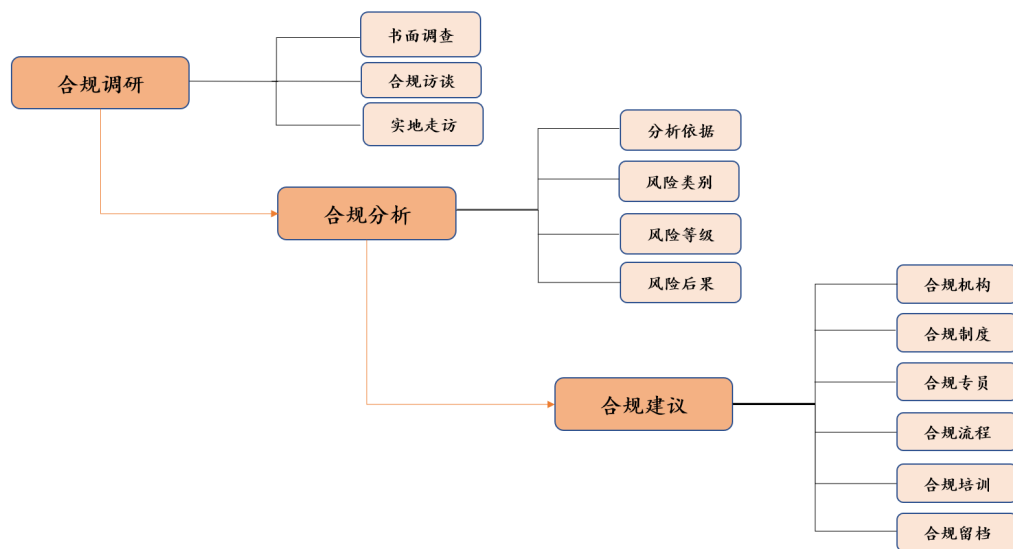
在通过对企业提供的相关制度材料的前期梳理后，笔者团队对该企业的业务部门进行了合规访谈。通过访谈，了解到各个业务部门在业务活动中的商业贿赂风险点以及展开业务工作的痛点及难点。针对该企业所在行业的特点，以及该企业各业务部门的实际情况，在访谈的基础上，梳理并制作了可供该企业落地执行的反商业贿赂合规义务风险清单。合规义务风险清单详细列明了在各类业务中，各类主体应承担的合规义务、可能面临的合规风险，以及相应的合规风险等级和可以采取的合规措施等内容。

反商业贿赂合规体系建设并非一蹴而就的工作，尤其是面对部门众多、机构庞杂的大型企业，合规工作需要持续推进并保证将合规制度落地。同时，作为一家“走出去”的国有企业，面对海外日趋强化的反贿赂和反腐败执法活动，对自身的反商业贿赂合规体系建设应该提出更高要求，不仅要符合国内法律规范要求，同时也要满足海外业务所在国的反商业贿赂要求。

3.3 合规经验启示

我国企业合规“不捕、不诉”试点工作目前已经取得良好成效。但这些成功经验大多是对已经发生违法犯罪行为的企业进行“刑事激励”。而事前预防往往比事后救济更为有效。企业应当开展事前合规防范，进行反商业贿赂合规建设，从源头上杜绝企业员工腐败行为，而不是等到违法犯罪行为发生之后再行弥补。作为律师，在企业合规的事前阶段就可以作为合规顾问为企业提供合规服务，诸如帮助企业确立反商业贿赂风险合规制度，建立风险评估体系，推动、协助有需求的企业建立合规文化环境，防商业贿赂于未然。

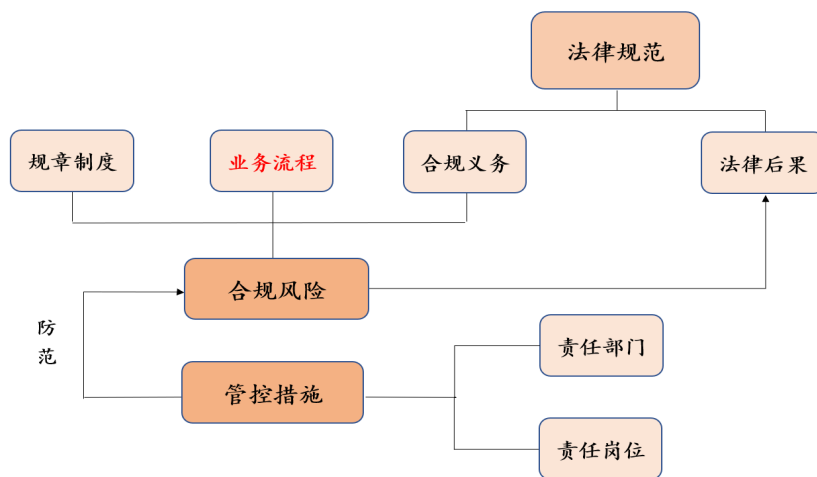
对于律师而言，为企业搭建反商业贿赂合规体系，需要着重关注企业潜在的合规风险点，并通过书面审查、现场访谈等各种方式来发现合规风险所在，并结合企业实际情况评估研判相应合规风险的严重程度及等级大小，最终为企业提出有针对性且有效的合规建议。上述工作一般需要进行如下三步工作：



首先，合规调研。合规调研的目的主要是为了全面了解企业的合规管理现状和业务实际情况，从而研判分析企业可能存在的合规风险点。律师可通过梳理企业现有的管理制度、工作规范，以及对企业的管理人员、核心骨干和重要的第三方合作伙伴进行访谈，详细了解企业业务管理模式、工作流程和对外合作情况。此外，律师还可对企业进行实地走访，从而更为深入的了解企业的日常管理现状。在为企业搭建合规体系初期，通过面对面交谈和实地考察，律师可以深入了解企业当前面临的风险隐患和企业的合规意愿。实地走访是伴随着企业合规体系搭建的一项工作。在协助企业搭建起合规体系之后，随着企业经营的不断转型升级或业务调整，企业所面临的合规风险也在发生变化，所以企业的合规体系也需要根据企业实际情况进行及时调整，因此定期的合规安全审计必不可少。而在定期合规审计过程中，实地走访也是了解当前企业合规管理现状以及合规制度实际落地情况的必要手段。如此一来，通过书面审查、合规访谈、实地走访三维立体式的调研，律师能够更严格的把控风险，从而根据企业可能涉及的刑事罪名，在全面了解各类刑事犯罪的构成要件基础上，梳理每一个工作环节点可能会涉及的刑事罪名和合规风险。

其次，合规分析。合规分析应从现行法律规范入手，律师需要将行政法、刑

法等法律规范中关于企业经营领域的禁止性要求拆分转化成对应的法律义务与相应的法律后果，并将法律规范中的义务要求转化成对企业具体的合规义务要求。最终结合企业的实际经营情况和业务流程，分析企业在哪些业务方面或者业务环节还未履行合规义务要求，从而研判分析其中的合规风险点。



合规风险的识别亦是法律适用的具体表现，同样需要“目光在事实与法律规范间来回穿梭”⁹，即以法律义务的要求为标准，考察企业的业务流程、管理现状是否达到了法律规定的要求。根据前述梳理得出的合规风险点，结合企业的实际情况，对所有合规风险进行分门别类，并根据合规风险的性质及严重程度划分风险等级，绘制风险地图，然后便可依照合规风险等级的不同订立有针对性的合规计划，循序渐进完成风险防控工作，对于极易发生合规风险的业务部门或者岗位人员，将是下一步合规风险防控的重点。

最后，合规建议。律师作为企业的事前合规顾问，最终的目的便是要为企业建立有效的合规风险防范体系。有效的合规体系必须是符合每个企业自身业务性质、管理情况的专项合规体系。有的企业制定的是大而全的综合合规体系，但是因为各个行业涉及的合规风险以及重点风险领域都是不同的，所以这种大而空洞的一揽子合规体系，其实对于很多企业并不适用，也不能起到实际效果。成功有效的合规体系必须是为企业量身打造，符合企业实际情况的专项合规制度。比如说西门子的反商业贿赂合规计划、中国农业银行的反洗钱合规计划，都是针对某一风险领域制定的专项合规计划。一般而言，一个完善的合规体系，至少应包含设置合规机构、制定合规规范、配备合规专员、完善合规流程、协作合规培训、进行合规留档这六个方面。

首先，企业需要设立专门的合规机构，招募专业人员、聘请专业团队来统筹领导企业的合规体系建设，负责对公司的业务经营、工作流程和工作环节进行合规把关。如果没有独立的合规机构去执行合规规范，即使再完善的规范制度也只能停留在表面，不能起到实际作用。其次，制定合规制度。合规制度是防范合规风险的规范基础，也是搭建合规体系的核心，只有先把内部规范明确了，企业员工才能了解到法律的红线以及行为的界限，才能保证员工的行为能够合法合规。

⁹ 参引自[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版。

合规制度的制定也要因地制宜，符合企业实际情况，除了制定适用于全体员工的总体合规制度，对于企业中合规风险高发的重点业务类型或者部门领域，还可以有针对性地制定具体的合规细则，从具体的业务流程或工作环节全面防范合规风险发生的可能性。再次，完善合规流程。合规制度的具体落地需要对企业经营进行全流程的合规监控把关，从反商业贿赂的角度，从供应商寻源、公开招投标、供应商入库、供应商管理考核等每一个环节都需要采取相应的合规措施对可能存在违规行为的环节进行监控，预防其中的商业贿赂风险。不仅是各个业务部门需要对自身的业务行为进行自查，而且需要企业的合规部门进行督察审查，以此保证合规制度在企业运营中得到贯彻。然后，为保证合规制度实际落地，合规体系能够发挥实效，还需要对全体员工进行合规培训，根据员工的管理职级大小以及具体的工作职责内容开展有针对性的、分层级的合规培训。最后，合规留档也是完善的合规体系必须具备的方面，在国家不断对企业经营行为加强监管的大背景下，企业可能随时面临来自执法机构的调查。因此企业必须建立起完善的内部合规档案管理制度，妥善保管企业开展合规工作、进行合规管理的相应文件材料，以留档备查。除此之外，合规体系建设是一个长期推进、动态调整的过程，需要根据企业内外部环境变化随时更新调整合规制度和风险防范体系，以保证合规体系能够一直有效。

即使企业建立了完善的合规体系，但是并不意味着企业就可以一劳永逸，永远不会发生合规风险。搭建合规体系只是在最大程度上降低企业触犯法律法规的可能性，但是无法完全避免。因此，一旦企业面临着行政执法或者司法调查，律师作为企业的合规顾问，还可以协助企业配合有关监管机构的执法调查。因为一般而言，对于行政机关已经启动行政执法程序或者进行行政处罚的企业，一旦被发现可能涉嫌犯罪的，有关机构会将案件移送给公安机关或者其他侦查机关以启动刑事程序。因此，在行政执法或者刑事前期侦查过程中，律师作为合规顾问，就需要协助企业及时作出有效的应对，防止因采取不恰当的应对措施导致更严重的后果。

三、非法占用农用地罪

1. 简述

农用地作为重要的自然资源对人类的生存与发展发挥着至关重要的作用，而对农用地的非法占有与毁坏也将威胁人类的可持续发展。然而我国非法占用农用地的犯罪数量居高不下，打击非法占用农用地，规范土地管理是政府的重要职责。为深入贯彻党中央、国务院决策部署，落实最严格的耕地保护制度和最严格的节约用地制度，坚决遏制耕地“非农化”、防止“非粮化”，牢牢守住 18 亿亩耕地红线，保障国家粮食安全，各级自然资源部各级自然资源主管部门坚持“严起来”的总基调，采取“长牙齿”的硬措施，以“零容忍”的态度严格要求、严查案件、严肃追责，并公开通报 100 起涉刑土地违法案例¹⁰。2020 年，国家自然资源督察

¹⁰ 央广网：《自然资源部公开通报 100 起涉刑土地违法案件》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1720013851013830071&wfr=spider&for=pc>，最后访问：2022 年 3 月 11 日。

机构对全国 31 个省（区、市）和新疆生产建设兵团，开展以耕地保护为重点的土地例行督察。在国家自然资源保护机构严厉打击土地违法行为的态势下，深入解读非法占用农用地罪的内涵，对于筑牢保护农用地的最后一道防线具有现实意义。

1.1 非法占用农地罪的犯罪构成

非法占用农用地罪¹¹是指，违反土地管理法规，非法占用耕地、林地等农用地，改变被占用土地用途，数量较大，造成耕地、林地等农用地大量毁坏的行为以及违反自然保护地管理法规，在国家公园、国家级自然保护区进行开垦、开发活动或者修建建筑物，造成严重后果或者有其他恶劣情节的行为。本罪所保护的法益是国家对耕地、林地等农用地的管理制度。

本罪的客观行为表现为违反土地管理法规非法占用农用地“数量较大”，且造成农用地“大量毁坏”的行为，其中农用地包括耕地、林地等，同时依据最高人民法院 2012 年 11 月 2 日《关于审理破坏草原资源刑事案件应用法律若干问题的解释》，非法占用草地，数量较大且造成草地大量毁坏的，以非法占用农用地罪定罪处罚，因此非法占用耕地、林地、草地都属于非法占用农用地罪的客观行为。关于本罪的客观行为可以从三个层面进行理解。首先，违反土地管理法规是构成本罪的前提条件。根据立法解释，“违反土地管理法规”，是指违反土地管理法、森林法、草原法等法律以及有关行政法规中关于土地管理的规定¹²。其次，必须具有非法占用农用地，改变被占用土地用途的行为，即“占用+改变”。所谓“占用是指未经法定程序审批、登记、核发证书、确认土地使用权而占用农用地的行为。具体而言可以包括未经批准占用、超过批准的数量占用以及采用欺骗手段骗取批转而占用等。而所谓改变是指改变农用地的用途而用作其他方面使用。最后，占用农用地还应符合“数量较大”“造成耕地大量毁坏”两个要件。对于不同类型的农用地，相关解释对“数量较大”“大量毁坏”作出不同规定。第一，最高人民法院 2000 年 6 月 19 日《关于审理破坏土地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对上述标准作出了基本规定，即非法占用农用地“数量较大”是指非法占用基本农田 5 亩以上或者非法占用基本农田意外的其他农用地 10 亩以上，造成农用地“大量毁坏”，是指行为人非法占用农用地建窑、建坟、建房、挖沙、采石、采矿、取土、堆放固体废弃物或者进行其他非农业建设，造成基本农田 5 亩以上或者基本农田以外的农用地 10 亩以上种植条件严重毁坏或者严重污染。第二，对于非法占用林地的行为，最高人民法院 2005 年 12 月 26 日《关于审理破坏林地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，非法占用并毁坏防护林地、特种用途林地数量分别或者合计达到 5 亩以上的非法占用并毁坏其他林地数量达到 10 亩以上的，非法占用并毁坏林地，数量分别达到上述数量标准的 50% 以上的，非法占用并毁坏林地，其中一项数量达到相应规定的数量标准的 50% 以

¹¹ 参见《中华人民共和国刑法》第三百四十二条：非法占用农用地罪是指，违反土地管理法规，非法占用耕地、林地等农用地，改变被占用土地用途，数量较大，造成耕地、林地等农用地大量毁坏的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

第三百四十二条之一：违反自然保护地管理法规，在国家公园、国家级自然保护区进行开垦、开发活动或者修建建筑物，造成严重后果或者有其他恶劣情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

¹² 参见全国人大常委会 2001 年 8 月 31 日《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百二十八条、第三百四十二条、第四百一十条的解释》。

上,且两项数量合计达到该项规定的数量标准的,应以犯罪论处。第三,针对非法占用草地的行为,数量在20亩以上的,或者曾因非法占用草原受过行政处罚,在3年内又非法占用草原,改变被占用草原用途,数量在10亩以上的,应当认定为“数量较大”,存在以下五类情形的,属于“造成耕地、林地等农用地大量毁坏”:(1)开垦草原种植粮食作物、经济作物、林木的;(2)在草原上建窑、建房、修路、挖砂、采石、采矿、取土、剥取草皮的;(3)在草原上堆放或者排放废弃物,造成草原的原有植被严重毁坏或者严重污染的;(4)违反草原保护、建设、利用规划种植牧草和饲料作物,造成草原沙化或者水土严重流失的;(5)其他造成草原严重毁坏的情形。

非法占用农用地的主观要件,刑法学界存在不同的观点,主要有(1)本罪的主观方面为间接故意或过失;(2)本罪主观方面是故意或过失,多位间接故意或过失;(3)本罪主观方面是故意,包括直接故意和间接故意,即明知是耕地而违反土地管理法规予以非法占用改作他用;(4)本罪主观方面为直接故意,并且具有非法占用耕地的目的,间接故意或过失不构成本罪¹³。然而在我国现行的土地管理制度之下,对土地采取严格的规划制度,任何使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地¹⁴,任何单位或个人在对土地进行使用时均应当履行相应手续,因而期主观上应当明知自己的行为属于非法对农用地的占用,并将导致相应的构成要件结果,在这一前提下,单位或个人不会因过失而造成对农用地的占用。因此本罪应当由故意构成。

1.2 非法占用农用地罪的实务现状

结合中国裁判文书网以及威科先行法律信息库两大数据平台对我国非法占用农用地相关裁判文书进行检索,近年来我国非法占用农用地的案件数量居高不下,同时体现出鲜明的地域特征。从时间来看,2014年以前相关案件数量较少,截至2013年,中国裁判文书中显示的裁判文书数量仅有375篇¹⁵,而2014年则直接跃升至进2000,此后2015年-2020年间,非法占用农用地相关案例维持在3000-5000之间,直至2021年出现了显著下滑,体现了2020年自然资源督查机构开展的耕地保护督查的卓越成效。

在地域方面,非法占用农用地犯罪高发地为吉林、内蒙古、云南。上述三个地区均为农用地资源较为丰富的地区,根据第三次全国国土调查主要数据公报显示,我国耕地面积较大的省份为黑龙江、内蒙古、河南、吉林、新疆等5个省份耕地面积较大,占全国耕地的40%,林地面积较大的省份为四川、云南、内蒙古、黑龙江¹⁶,而上述省份中吉林、内蒙古、云南、黑龙江、河南高居案件数量前五名。由此可见,非法占用农用地数量与各地区农用地数量成正相关。

¹³ 转引自孟庆华:《非法占用农用地罪若干适用问题研究》,载《山东农业大学学报(社会科学版)》,2005年第2期,第73页。

¹⁴ 参见《中华人民共和国土地管理法》第四条。

¹⁵ 数据来源:中国裁判文书网,

<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=050b121b809076c3f520df9a226be406&s16=%E9%9D%9E%E6%B3%95%E5%8D%A0%E7%94%A8%E5%86%9C%E7%94%A8%E5%9C%B0%E7%BD%AA&s14=4132>,最后访问:2022年3月11日。

¹⁶ 《第三次全国国土调查主要数据公报》,载中华人民共和国自然资源部官网,http://www.mnr.gov.cn/dt/ywbb/202108/t20210826_2678340.html,最后访问:2022年3月11日。

地域	案件数	占比
吉林	1,895	15.72%
内蒙古	1,867	15.49%
云南	1,223	10.15%
黑龙江	995	8.26%
河南	858	7.12%
河北	516	4.28%
陕西	484	4.02%
湖南	456	3.78%
江苏	422	3.50%
广东	493	4.04%

除此之外，近年来关于非法占用农用地罪的适用已不再单一强调维护农用地的管理秩序，而开始关注农用地的生态保护价值，这也体现了我国刑事司法实践逐步倾向于对农用地进行全方位保护。有学者统计显示，非法占用农用地罪的案件数量从2010年的12件上升至2019年的5929件，其中侵害生态法益的案件数量从1件上升至956件，占比也从8.33%上升至21.86%。由此可见，农用地的生态价值日益凸显¹⁷。

2. 典型案例—黄某某、张某某非法占用农用地罪案

如上所述，近年来对建筑、采矿行业企业适用非法占用农用地罪的趋势明显抬头，如何对相关企业进行合规整改也逐渐进入检察机关刑事合规的视野。

2.1 基本案情

2016年12月至2017年01月期间及2018年07月至10月期间，黄某某与张某某在连州市某矿业有限责任公司分别担任总经理和副总经理职务，并全权负责该公司在广东省连州市连州镇共和村委会龙凤迳村“西岗顶”山林修建道路项目。其在未取得《使用林地审核同意书》的情况下，以连州市某镇某村委会某村民小组的名义，擅自毁坏林地修建道路，造成大面积林地被毁坏，非法占用农用地（林地）面积达21.8亩（14526平方米），其中用材林4.4亩（2903.5平方米），生态公益林17.4亩（11622.5平方米），造成被占用的林地原有植被严重毁坏。

2.2 企业合规整改情况及处理结果

2021年7月，连州市某矿业有限责任公司、黄某某、张某某承诺加强企业合规建设，并已聘请律师作为公司法律顾问，为公司合规管理、消除管理漏洞和减少违法犯罪隐患提供法律意见。连州市某矿业有限责任公司、黄某某、张某某与连州市大路边镇东大村东村江经济合作社签订了《异地复绿协议》，承诺于2022年4月5日前在该村前山岭山林进行异地复绿，并自愿缴纳保证金43600元。

连州市人民检察院认为，连州市某矿业有限责任公司、黄某某、张某某行为触犯了《中华人民共和国刑法》第三百四十二条的规定，涉嫌非法占用农用地罪，但鉴于连州市某矿业有限责任公司及黄某某、张某某犯罪情节较轻，到案后能如

¹⁷ 陈禹衡：《法益重构、解释修正与共犯新探：民法典时代非法占用农用地罪的刑法规制转向》，载《北京化工大学学报(社会科学版)》2021年第2期，第45-55页。

实供述自己的犯罪事实，具有自首情节，并自愿认罪认罚，积极采取措施进行复绿，与大路边镇东村江村签订了《异地复绿协议》并缴纳保证金 43600 元，也作出了企业合规经营的承诺，认罪悔罪态度较好。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十七条第二款的规定，决定对连州市某矿业有限责任公司、黄某某、张某某不起诉。

2.3 典型意义

刑事合规的目的在于，通过对涉嫌轻微犯罪的企业构建完善的合规制度，实现推动企业继续合法合规发展，实现公共利益的最大化。在合规不起诉制度全面推开之前，如果检察机关对涉罪企业构罪即诉，即便最终责任较轻，也容易导致企业商业信誉下降、生产经营陷入困境，进而对企业、员工和社会带来冲击，影响经济发展和社会稳定。但如果仅对涉案企业作出不起诉处理，又会因涉案企业内部管理机制存在缺陷、违法风险并未解除，容易导致企业违法犯罪再次发生。¹⁸

事实上，一些非法占用农用地的行为并不会必然造成不可挽回的损害后果，如果通过合规整改能够使企业积极采取措施修复农用地，达到原本的农用属性和耕作条件，则一方面恢复了环境，最大程度地修复了受损法益；另一方面，也能够给企业以教育警示，引导其及时查补风险隐患，从源头上减少违法犯罪，实现案件办理法律效果、社会效果、生态效果的统一。

3. 专家在办案件—某大型国企涉非法占用农用地罪合规监管案

3.1 基本案情

下述案件是方达律师事务所合规监管团队（下称“方达监管团队”）近期处理的又一起针对“非法占用农用地罪”的合规不起诉案件。受检察机关委托，方达律师事务所担任本案的第三方合规监管人，进行专项合规监管。

甲公司系世界 500 强建筑行业央企的一级子公司，拥有工程设计公路行业甲级资质、工程测量甲级测绘资质，公路工程施工总承包特级资质等各项资质。

2018 年 5 月，甲公司中标某路面工程某标段，并成立甲某标段项目经理部（下称“项目部”）负责具体施工，王某任该项目部党支部书记。2019 年 10 月，为方便项目部作业，王某从他处租用了项目旁地块以堆放石料，该地块性质为林地。

2019 年 12 月，项目部及王某因非法占用林地面积共 17.601 亩，造成涉案地块原有植被灭失，涉嫌构成非法占用农用地罪被当地公安局立案侦查，后移送至检察机关审查起诉。

检察机关经审查认为，涉案犯罪行为系单位犯罪，王某为直接负责的主管人员。因项目部及王某认罪认罚且悔改态度较好，积极修复了被破坏的林地资源，检察机关对王某做出不起诉决定。

¹⁸辽宁日报 | 合规考察：“带病”企业有了“司法康复”机会，载 <https://view.inews.qq.com/a/20220208A08NRS00>，访问时间 2022 年 3 月 12 日。

经检察机关经研究，决定对甲公司适用合规考察，并委托方达律师事务所担任本案的第三方合规监管人，就施工环保、临时用地开展专项合规监管。

3.2 有效合规监管的展开

在合规考察领域，真正专业、有效的合规监管必然是具体的、有针对性的监管。在合规建设过程中，监管人的主要职责之一，就是帮助被监管企业制定、完善专项计划，达到有效合规的目标，避免未来再次触碰法律特别是刑法红线的情形。

在方达监管团队担任合规监管人的案件中，各被监管企业涉及的案情，罪名，企业行业领域、性质、规模等各有不同，这就意味着对每一个个案中的企业，都应量体裁衣。要避免所谓合规的“流程化、标准化”作业，防止被监管企业达不到监管机关的合规要求进而陷入被动局面。

在本案中，综合案情及企业特点，方达监管团队对涉案企业有效的合规监管突显在以下几个方面：

(1) 针对性地剖析案件原因

要进行合规，就要先找到企业不合规的“痛点”，针对性地提出合规整改意见。经过方达监管团队对案件成因以及相关的合规风险的挖掘和分析，在本案中，涉案企业主要存在以下几方面问题。

一是风险识别能力不足。

甲公司在工程建设领域具有多年经验，众多项目中均可能涉及大量临时用地的使用问题。但甲公司却从未及时将其识别为合规管理的重点领域，令临时用地监管环节真空。

综合全案，方达监管团队发现甲公司存在用地选址用量不明、决策审批合一、财务申报简单、审批流程粗放、决策人员未被列为重点人员受到合理监管等制度性缺失问题，导致相关环节风险失控。

二是整体合规意识欠缺。

本案上升到刑事案件的另一原因在于甲公司的合规意识不足，对于可能出现违法苗头的行为及事件没有及时、妥善处理，存在短视的情况。

经方达监管团队深入调查，项目部早在案发前就曾因本项目工程的备料、进度问题与业主方产生争议，且支付了相当数额的罚金，有关部门还曾警示将约谈甲公司法定代表人。但该事件并未引起项目部或甲公司的足够重视，没有考虑到事件延伸可能带来的连锁反应。在此过程中，项目部扩大临时用地面积、占用涉案地块等一系列行为作为事件延长链，在长达近一年的时间内均未引起相应关注，直至被行政部门查处并移送公安机关。

三是决策过度利益化导向。

本案发生的另一个因素在于甲公司在商业决策过程中过度关注利益，未合理屏蔽合规风险。

方达监管团队了解到，甲公司作为涉案标段投标人，对建设经营活动自负盈

亏。为充分争取中标机会，甲公司接受了招标方关于临时用地审批义务的条款，在合同中承担了较重的义务和较高的风险。而在项目前期规划及决策过程中，甲公司仅从控制项目成本的角度出发，并没有预留合理的临时用地及审批周期。因此，当项目进程受阻时，项目部在压力之下冒险非法占用了林地。

(2) 提出有效性监管建议

在对甲公司整体合规监管、向检察机关汇报的过程中，方达监管团队认为，合规制度的建立和健全不仅涉及有无合规整改计划，还应充分考虑合规计划的落地与可行性，即从“形式合规”到“实质合规”、“有效合规”。上述观点得到了检察机关和甲公司的充分肯定与认可。

以本案为例，方达监管团队提出，在建立健全合规机制、制定合规计划时，既要优先保证涉案项目部本身合规整改的针对性和纠错性，也要充分兼顾公司层面合规整改的全面性和预防性，同时还需要考虑合规系统搭建后的实操性与延续性，达到标本兼治、防患未然的实际效果。

因此，在充分剖析案件成因、定位公司的合规风险的基础上，方达监管团队对公司提交的合规整改计划提出了建议与要求，帮助公司进行落地和实操。一方面，我们认为，项目部与甲公司应当从根本上杜绝与本案成因直接相关的行为；另一方面，我们对甲公司在内部治理结构、规章制度、人员管理等方面制度规范进行了全面梳理，就专项监管事项建立、健全了系统的风险防控机制。

比如，在业务开展制度方面，方达监管团队协助被监管企业制定并发布《临时用地管理规定（试行）》，作为临时用地合规体系的基础制度支撑；完善了《项目进场策划管理规定》、《项目策划大纲模板》和《标前策划实施细则（试行）》，将合规管制机制嵌入业务流程。在公司决策、人员责任方面，我们协助制定、修订了《全面风险管理办法》《企业风险管理清单参考表》《生态保护责任制规定》《生态保护工作领导小组办法》等一系列管理办法，以落实管理责任，避免体系化风险。在宣贯培训方面，我们帮助制定了《企业合规建设实施方案》《培训方案实施审批表》加强员工合规意识，打造企业合规文化。

在甲公司向检察机关提交的合规计划中，充分采纳了我们提出的合规整改建议，得到了检察机关的积极反馈。

3.3 典型意义

(1) 案件本身具有行业代表性

从我们的监管经验出发，本案涉及破坏环境资源犯罪，是建筑行业的合规的典型缩影。

与很多类案相似，本案的发生地市正处于基础设施大建设时期，施工企业在作业中未批先建、少批多建、边批边建等情况相对普遍，涉及违法用地的现象也较为频繁，导致非法占用农用地案件呈现较快增长趋势。推进该类案件的刑事合规对引导全行业规范施工及合规用地，具有典型的示范意义。

同时，项目部所属甲公司为央企一级子公司，在国资委要求央企全面加强合规管理的背景下，本次对涉案企业的合规建设与整改具有更深远的、更积极的意义，是落实中央对央企完善内部管理要求的集中体现。

(2) 合规整改具有主体创新性

在本案中，在综合案件具体情况、充分征求涉案单位意见及监管人意见的基础上，检察机关创新性地将合规建设主体拓展至项目部的上级单位，以保证合规整改的有效性。

考虑到甲公司的固定经营模式，检察机关认为，项目部系甲公司的专门机构，相较于甲公司，其结构特点并不具备有效合规的优势。为避免“纸面合规”，贯彻以合规建设预防犯罪的原则，只有推动甲公司而不仅是项目部的合规建设，自上而下地投入合规资源，才能更加深刻地实现合规的实际效用。

此外，我们对甲公司合规风险进行了量化测量，结果显示公司内部的确存在中高级管理层的合规意识不强、缺乏业务风险的针对性培训等一系列问题，对甲公司进行合规整改具有必要性。

因此，我们在合规考察监督过程中，着力提升甲公司内在的合规动力，帮助修订公司合规政策，加强合规宣贯，设置相应前置要求及鼓励、追责政策机制等等，意在突破个案，多管齐下，全方位、深层次地健全公司合规体系。

(3) 合规建设具有高效性

一般而言，囿于刑事诉讼的办案期限，涉案企业合规建设的窗口期相对不长，因此，如何在最短的时间内构建起完善的合规体系、保证其落实过程顺畅有效，也是考验监管人能力的重要问题。

本案的合规考察期限仅三个月，监管人根据检察机关的要求和涉案企业的实际情况，针对性地制定了合规监管方案，将扁平化的单线条推进演化为立体式的多线程处理。监管人基于大量成熟的经验，合理组织专业团队同步进行了文件审阅、法律检索、相关访谈、实地走访等工作，团队之间高效沟通、配合，迅速、准确地定位了涉案企业在各业务线条、环节上可能存在的风险点，在最短的时间内向涉案企业的合规整改提出了扎实有效的建议和意见。同时，监管人团队与检察机关保持密切联系，在“评估—预判—反馈”等各个环节取得了检察机关的充分认可和信任，为进一步提速奠定了基础。

最终，监管人指导甲公司在极其有限的整改期内顺利完成了专项合规体系的搭建，也为甲公司科学管理提供良好的制度保障，获得了检察机关的肯定。

四、污染环境罪

1. 简述

对环境法益的刑法保护，起源于1997年《刑法》在妨害社会管理秩序罪一章中增设的重大污染环境事故罪，2011年《刑法修正案（八）》将重大污染环境事故罪更名为污染环境罪，并在构成要件层面作出了一系列变动，比如，以“其他有害物质”取代“其他危险废物”，扩大了环境污染物质的范围；又如，将“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”的结果要件修改为“严重污染环境”，在一定程度上降低了入罪门槛，更加积极地

保护环境法益。2020年《刑法修正案(十一)》在此基础上对污染环境罪的处罚进一步完善,优化了污染环境罪的法定刑梯度,将污染环境罪的法定最高刑档提高到七年以上有期徒刑,并详细列举了四种适用情形,增强了污染环境罪适用判处七年以上有期徒刑的可操作性,形成了较为科学的三档刑罚处罚体系,此外,还新增了竞合规则的条款,进一步明确和解决了污染环境罪法律适用中的竞合问题。从污染环境罪立法的变迁与完善中可以看出,国家对污染环境罪的打击力度不断加大,企业务必要高度重视。基于此,本文将针对污染环境罪的相关构成要件进行介绍,并结合案例予以进一步分析,最后就污染环境罪的相关刑事合规整改提出具体建议。

1.1 污染环境罪犯罪构成

(1) 主体要件

污染环境罪的犯罪主体为一般主体,凡是达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人,均可构成本罪。单位可以成为本罪主体,依据刑法规定,对于单位犯罪,对单位处以罚金,并追究对其负责的主管人员和其他直接责任人员的责任。

(2) 主观要件

自从《刑法修正案(八)》对污染环境罪修改以来,学界对该罪的罪过形式就产生了分歧,理论上存在“故意说”“过失说”“混合罪过说”等三种观点。

(a) 过失说

“过失说”认为行为人对排污行为本身违法可能有认识,但对造成污染环境的严重后果肯定是不希望或者不放任的,所以污染环境罪的罪过形式只能是过失。高铭暄、马克昌教授主编的《刑法学》教材对污染环境罪的主观罪过一直持过失说,该教材第八版将污染环境罪的主观罪过定义为:“行为人应当预见自己排放、倾倒或者处置有害物质的行为可能造成环境严重污染的后果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免。”¹⁹值得注意的是,过失说明显缩小了本罪的处罚范围,与当前针对环境污染犯罪严厉打击态势不相称。

(b) 故意说

“故意说”认为污染环境罪的主观罪过只能是故意。从行为人是否故意违法实施排污行为的角度看,污染环境罪的主观罪过只能是故意。因为行为人明知排放、倾倒或者处置有害物质违反国家规定,仍有意实施该行为。²⁰故意说虽然立场坚定,但是明确将过失犯罪排除在外明显不合理。

(c) 混合罪过说

“混合罪过说”认为,污染环境罪的主观罪过不能简单地限定为过失,也不宜单纯地限定为故意,而是既可能是故意也可能是过失。²¹污染环境罪的主观罪过查明本身是一个难题,采取“混合罪过说”,可以弥补“过失说”与“故意说”对污染环境罪打击面减小的弊端,不管是故意还是过失都将面临同样的处罚,降低了公诉机关的证明要求,有利于打击环境污染犯罪。

(3) 客体要件

¹⁹参见高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2017年6月第八版,第585页。

²⁰参见陈兴良:《规范刑法学(下册)》,北京:中国人民大学出版社,2013年1月第三版,第1007页。

²¹参见汪维才:《污染环境罪主客观要件问题研究—以〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉为视角》,载《法学杂志》2011年第8期,第71-74页。

犯罪客体是刑法所保护的被犯罪行为所侵害的各种法益，如前所述，关于污染环境罪的犯罪客体历来存在很多争议，但总的来说可以概括为三种观点，即以人类为中心的法益观、以生态为中心的法益观和生态学人类中心法益观²²。

(4) 客观要件

本罪在客观方面表现为违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的行为。

(a) 实施本罪必须违反国家规定

《刑法》第九十六条规定，违反国家规定是指违反全国人大及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定或命令。针对污染环境罪而言，这些国家规定主要包括《环境保护法》《大气污染防治法》《水污染防治法》《固体废物污染环境防治法》等法律，以及《医疗废物管理条例》《污水综合排放标准》等一系列行政法律规范及环境标准。

(b) 实施排放、倾倒和处置行为

2019年两高三部联合印发的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》(以下简称“座谈会纪要”)中明确规定，司法实践中认定非法排放、倾倒、处置行为时，应当根据《固体废物污染环境防治法》和2016年两高联合发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“2016年解释”)的有关规定精神，从其行为方式是否违反国家规定或者行业操作规范、污染物是否与外环境接触、是否造成环境污染的危险或者危害等方面进行综合分析判断。对名为运输、贮存、利用，实为排放、倾倒、处置的行为应当认定为非法排放、倾倒、处置行为，可以依法追究刑事责任。比如，未采取相应防范措施将没有利用价值的危险废物长期贮存、搁置，放任危险废物或者其有毒有害成分大量扬散、流失、泄漏、挥发，污染环境的。

(c) 必须造成了严重污染环境的后果

《刑法》第三百三十八条将“严重污染环境”规定为构成要件内容，但2016年解释第一条对“严重污染环境”的规定内容既包括单纯的行为也包括结果。污染环境罪究竟是行为犯还是结果犯？对于这一颇具争议性的问题，张明楷教授认为²³，需要通过对污染环境罪的法益进行判断之后才可以确定。就污染环境行为对环境法益本身的危害而言，污染环境罪既包括行为犯也包括结果犯；但对人的生命、身体、健康等法益的危害而言，污染环境罪只能是结果犯。对于污染环境罪是危险犯还是实害犯的问题，他认为，一个犯罪究竟是实害犯还是危险犯，同样取决于保护法益的内容。在污染环境的行为对环境本身造成了严重污染，但没有对人的生命、身体、健康、财产等造成实害，却依然成立污染环境罪时，相对于生态学的环境这一法益而言，就是实害犯，但相对于人类中心的法益来说，只能是危险犯²⁴。

(d) 污染环境罪因果关系的判断

污染环境罪要求“严重污染环境”的结果要件，一般情况下，涉及污染环境的犯罪都存在以下因果关系链：排污主体产生污染物→将污染物排放到环境中→污染物在环境中扩散或发生物理、化学反应、生物作用→造成环境要素污染并产

²²有关论述参考下文内容。

²³参见张明楷：《污染环境罪中“严重污染环境”的认定》，载《民主与法制》2022年第5期。

²⁴参见张明楷：《污染环境罪中“严重污染环境”的认定》，载《民主与法制》2022年第5期。

生毒害作用→严重侵害“环境管理秩序、生命健康、公私财产”。因此，整个进程中最为关键的环节是需要对排污行为与危害结果进行实质上的关联性判断，作为定罪量刑的考量。

然而，环境污染行为的认定是一个非常复杂的问题。与传统犯罪相比，污染环境罪的证明涉及更为专业复杂的技术鉴定以及其他自然科学知识，该罪因果关系的认定与刑法领域的一般因果关系认定也有较大的不同。司法实践中，明确、统一的因果关系认定的标准仍处于缺位状态，大部分判决过于依赖鉴定机构所出具的鉴定结论，仅仅对于因果关系进行事实性判断，而忽视了规范性判断。长此以往，司法实务人员会习惯性地避重就轻，将因果关系的判断进行模糊处理，这些问题均严重影响了污染环境罪的司法认定，不利于实体正义的实现。

对此，有学者提出，在判断污染环境罪中因果关系是否成立时，可以先通过事实层面进行归因，筛选出具有强影响力的行为因素，然后在已确定的事实性联系范围内，进行针对性的归责判断，分析实行行为和介入因素的作用力大小，从而排除不具有可归责性的行为事实²⁵。通过这样一种双层次的判断模式，能够达到排除合理怀疑这一证明标准，在一定程度上可以实现实体正义。

1.2 污染环境罪的实务现状

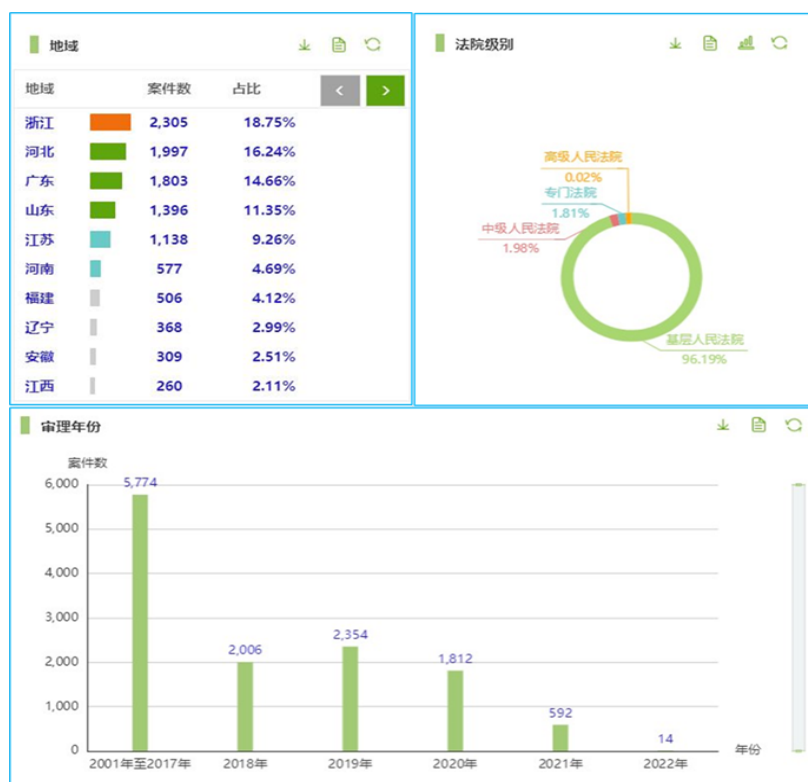
“绿水青山就是金山银山”，近几年来，为贯彻绿色发展理念，国家对生态环境的保护力度不断加大，各级部门坚持以习近平生态文明思想为指引，深入打好污染防治攻坚战。无论是产废企业还是处废企业，都面临日渐增强的环保压力。若企业对环保问题重视程度不足，不仅会受到行政处罚，还可能构成危害生态环境类犯罪，面临刑事处罚。公安机关始终保持对环境违法犯罪的高压打击态势，据公安部消息，2021年，全国公安机关依法严厉打击污染环境、非法占用农用地、非法采矿、破坏森林和野生植物资源等严重危害生态环境犯罪，共侦办危害生态环境刑事案件2.3万余起，抓获犯罪嫌疑人3.1万余名，发起17次集群专项打击，对破坏生态安全犯罪进行全链条打击。

环境污染犯罪行为一般较为隐蔽，难以及时发现。企业常见的环境污染行为主要是非法倾倒处置危险废物、私设暗管、渗坑、未经处理直接排放浓度严重超标的工业废水、废气、废渣以及修改环境在线监测数据等。此外，环境污染犯罪的危害后果持久且不可逆性，一旦发生污染，就很难进行整治和恢复。

污染环境罪的犯罪主体包括自然人和单位，单位犯罪率较高，绝大部分污染行为都是伴随着企业的生产经营发生的。一些企业为追求不当利益，降低生产经营成本而违法排放污水、废弃物或者随意处置废物，并借助单位力量掩盖犯罪事实。《刑法》第三十一条明确规定，对于单位犯罪中的单位和有关责任人员应实行“双罚制”，对所有负有刑事责任的单位和个人都应进行刑事追诉。此外，违法企业多为小作坊、小窝点，没有营业执照、环评审批和预防污染设施，这些小作坊招工门槛低且从业人员缺乏专业技能和环保意识，无证无照的小作坊非法排污构成刑事案件的数量近年来也呈快速上升的趋势。

通过威科先行法律信息库，以污染环境罪为案由检索近年的案例，共检索到12563篇判决书（2001年-2022年），案件审理情况的统计见下图：

²⁵参见马寅翔、蒋昊：《归因与归责：污染环境罪因果关系的判断路径探析》，载《时代法学》2021年第6期，第73-85页。



从图中可以看出，从地域分布方面看，案件审理总数大于500件以上的省份共有7个，其中排在前五位的省份依次为：浙江、河北、广东、山东、江苏，这也符合公众对环境污染犯罪的一般认知，经济发展水平高、工业化程度较高地区的企业数量更多，环境污染事件更多，同时环境污染犯罪作为新型犯罪，与地区执法水平关系大，东部地区环境执法普遍较为严格，并且较早的对环境执法、侦查、起诉、审判的各个环节进行了制度改革探索；从法院审理级别看，绝大多数案件由基层人民法院审理（占比96.19%），中级、高级和专门人民法院审理案件的比例都很少；从案件审理年份看，近几年污染环境罪的案件审理数量仍然居高不下，特别是近四年来（2018-2021），案件审理总数为6764件，将近占到检索到的案件审理总数的54%，其中在2019年达到数量峰值，共计2354件。

2021年以来，污染环境罪的案件审理数量呈现出较大幅度下降趋势，一方面是由于环境监管趋严成为常态，特别是中央生态环境保护督察工作的大力推进，迫使地方政府和相关企业都更加重视环保工作；另一方面，这也归功于最高检自2020年3月起推动的企业合规改革试点工作——在落实少捕慎诉慎押、认罪认罚从宽制度的同时，推动涉案企业开展合规管理，督促涉案企业作出合规承诺、积极整改，举一反三、堵漏建制，促进合规守法经营。

经检索公开资料，笔者搜集到九个污染环境罪涉案企业刑事合规不起诉案例。就地域分布来看，辽宁检察院共做出四例，江苏检察院做出三例，吉林及福建检察院各做出一例，绝大多数位于试点区域且全部位于东部地区。就涉案企业性质来看，多数涉案企业属中小企业，甚至不乏个人独资企业等。

通过对检索到的相关案例进行分析，我们可以看到，检察机关对涉嫌污染环境罪的企业做出涉案企业刑事合规不起诉的决定一般具备如下规律：

- (1) 不起诉决定大多同时惠及案涉企业及相关负责人；
- (2) 不起诉决定多以《刑法》第三十七条、第六十七条、《刑事诉讼法》第

一百七十七条为主要法律依据；

(3) 涉案企业的污染环境行为未对环境及公众生命财产安全造成严重危害；

(4) 涉案企业及相关人员往往具有犯罪情节轻微、坦白、认罪认罚甚至自首、立功等从宽情节；

(5) 涉案企业大多积极修复受损害的生态环境，降低违法犯罪行为对环境造成的损失；

(6) 涉案企业大多具备良好的商誉与守法记录，既往经营过程未触犯国家税收、市场管理等规定；

(7) 检察机关一般会要求涉案企业建立良好的环境合规机制，提升环保设备技术水平。

2. 典型案例—张家港市 L 公司、张某甲等人污染环境案²⁶

2.1 基本案情

江苏省张家港市 L 化机有限公司（以下简称 L 公司）系从事不锈钢产品研发和生产的省级高科技民营企业，张某甲、张某乙、陆某某分别系该公司的总经理、副总经理、行政主管。

2018 年下半年，L 公司在未取得生态环境部门环境评价的情况下建设酸洗池，并于 2019 年 2 月私设暗管，将含有镍、铬等重金属的酸洗废水排放至生活污水管，造成严重环境污染。苏州市张家港生态环境局现场检测，L 公司排放井内积存水样中总镍浓度为 29.4mg/L、总铬浓度为 29.2mg/L，分别超过《污水综合排放标准》的 29.4 倍和 19.5 倍。2020 年 6 月，张某甲、张某乙、陆某某主动向张家港市公安局投案，如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚。

2020 年 8 月，张家港市公安局以 L 公司及张某甲等人涉嫌污染环境罪向张家港市检察院移送审查起诉。张家港市检察院进行办案影响评估并听取 L 公司合规意愿后，指导该公司开展合规建设。

2.2 企业合规整改情况及处理结果

检察机关经审查认为，L 公司及张某甲等人虽涉嫌污染环境罪，但排放污水量较小，尚未造成实质性危害后果，可以进行合规考察监督并参考考察情况依法决定是否适用不起诉。同时经调查，L 公司系省级高科技民营企业，年均纳税 400 余万元、企业员工 90 余名、拥有专利 20 余件，部分产品突破国外垄断。如果公司及其主要经营管理人员被判刑，对国内相关技术领域将造成较大影响。有鉴于此，2020 年 10 月，检察机关向 L 公司送达《企业刑事合规告知书》，该公司在第一时间提交了书面合规承诺以及行业地位、科研力量、纳税贡献、承担社会责任等证明材料。

检察机关在认真审查调查报告、听取行政机关意见以及综合审查企业书面承诺的基础上，对 L 公司作出合规考察决定。随后，L 公司聘请律师对合规建设进行初评，全面排查企业合规风险，制定详细合规计划，检察机关委托税务、生态环境、应急管理等部门对合规计划进行专业评估。L 公司每月向检察机关书面汇

²⁶最高检发布企业合规改革试点典型案例，

https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202106/t20210603_520232.shtml，2022 年 3 月 17 日访问。

报合规计划实施情况。2020年12月，组建以生态环境部门专业人员为组长的评估小组，对L公司整改情况及合规建设情况进行评估，经评估合格，通过合规考察。同月，检察机关邀请人民监督员、相关行政主管部门、工商联等各界代表，召开公开听证会，参会人员一致建议对L公司作不起诉处理。检察机关经审查认为，符合刑事诉讼法相关规定，当场公开宣告不起诉决定，并依法向生态环境部门提出对该公司给予行政处罚的检察意见。2021年3月，苏州市生态环境局根据《水污染防治法》有关规定，对L公司作出行政处罚决定。

通过开展合规建设，L公司实现了快速转型发展，逐步建立起完备的生产经营、财务管理、合规内控的管理体系，改变了野蛮粗放的发展运营模式，企业家和员工的责任感明显提高，企业抵御和防控经济风险的能力得到进一步增强。2021年L公司一季度销售收入同比增长275%，缴纳税收同比增长333%，成为所在地区增幅最大的企业。

2.3 典型意义

一是检察机关积极主动发挥合规主导责任。本案中，检察机关在办理涉企犯罪案件时，主动审查是否符合企业合规试点适用条件，并及时征询涉案企业、个人的意见，做好合规前期准备。在企业合规建设过程中，检察机关会同有关部门，对涉案企业合规计划及实施情况进行检查、评估、考察，引导涉案企业实质化合规整改，取得明显成效。

二是检察机关推动企业合规与检察听证、刑行衔接相结合。本案中，检察机关召开公开听证会，听取各方面意见后对涉案企业依法作出不起诉决定，以公开促公正，提升司法公信力。同时，检察机关结合企业合规情况，主动做好刑行衔接工作，提出检察意见移送有关主管机关处理，防止不起诉后一放了之。

3. 污染环境罪刑事合规风险防范建议

由于涉嫌污染环境罪的案件往往具有很强的专业性，行政监管部门前期的行政认定、调查报告往往会在刑事程序中具有较大的影响力，因此一直以来，污染环境罪的行刑衔接问题都是理论与实践关注的焦点。在参与涉污染环境罪企业合规整改过程中，律师同样应当关注行刑衔接方面的问题，协助企业顺利、有效地完成环保专项合规工作。具体而言，包括如下几个方面的内容：

首先，要发挥行刑衔接在企业申请启动及推进合规整改程序中积极作用。在目前的涉案企业合规整改试点中，是否启动涉案企业合规整改并无明确标准，检察机关往往需结合案件综合情况、涉案企业经营情况、刑事处罚可能带来的影响等因素进行调查评估。由于行政主管部门熟悉涉案企业所处行业背景等信息，因此在启动合规整改程序时，检察机关通常会听取行政监管部门的意见。而《辽宁省人民检察院关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》更是明确规定：“检察机关应当自企业犯罪案件移送审查起诉之日起三十日内，对案件是否适用合规考察制度进行审查，并向涉罪企业、行政监管机关征询是否适用合规考察制度的意见。检察机关经审查认为可以适用合规考察制度，涉罪企业、行政监管机关均同意适用的，应当适用合规考察制度；检察机关经审查认为不应适用合规考察制度，或涉罪企业、行政监管机关不同意适用合规考察制度的，检察机关应按照一般刑事案件处理程序对案件作出处理决定。”这一规定实际上赋予了行政监管机关“一

票否决”的权力。而《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》,将行政主管部门引入到涉案企业合规整改过程中,参与负责相关监督工作。因此,在协助企业申请启动合规整改程序时以及整改过程中,律师应当重点关注生态环境部门前期作出的调查报告、责令改正违法行为决定书等材料,积极与生态环境部门沟通,了解监管实践,依照生态环境部门的监管逻辑和法律法规、相关监管规定的要求,积极采取整改措施,例如对污染措施进行整改,制定突发环境事件应急预案、开展环境风险隐患排查,出具风险防控措施整改方案并邀请专业机构、专家进行评审,改正违法行为,减轻或消除违法后果,以之作为申请启动合规整改程序、顺利通过验收的“筹码”。

其次,在成功启动合规整改程序后,律师也可以通过推动行刑衔接来帮助企业获取更轻缓的行政处罚乃至免除行政处罚。根据《行刑衔接工作规定》,“人民检察院决定不起诉的案件,应当同时审查是否需要对被不起诉人给予行政处罚。对被不起诉人需要给予行政处罚的,经检察长批准,人民检察院应当向同级有关主管机关提出检察意见。”在上文的典型案例中,检察机关在对涉罪企业作出不起诉决定后,向生态环境部门提出对该公司给予行政处罚的检察意见。此外,由于环境污染所造成的后果往往在短期内难以修复,即便争取到了不起诉决定,企业在后续过程中也始终面临较大的行政监管方面的风险。因此,通过涉案企业合规整改验收并完全不意味着律师在此案中的工作画上了“句号”,而且由于检察意见通常并不会明确建议生态环境部门将合规整改成果作为行政处罚的参考依据,而责令关闭、吊销营业执照等“资格罚”严厉程度甚至更甚于刑罚,因此需要律师在协助企业进行环保合规整改过程中,注重建立长效环保合规制度体系及相应机制,确保合规的长效性和有效性,能够有效应对后续的行政监管。根据企业的需求,在通过验收后,律师也可以与企业进一步合作,协助企业积极与生态环境部门对接,根据行政监管要求对合规整改的成果进行及时转化,以相关法律、政策规定及实践中减轻或免除环境行政处罚的案例为指引,有针对性地梳理企业在合规整改过程中所采取的措施及成果,向生态环境部门表明企业为消除或减轻违法后果方面的努力,帮助争取从轻、减轻乃至免除行政处罚。

值得注意的是,在帮助企业尤其是大型企业进行环保专项合规整改的过程中,律师多以《ISO 14001:2015 环境管理体系》参考,协助企业制订并实现其环境管理目标,履行环保合规义务。由于该标准是可认证标准,在合规整改完成后,律师还可以根据企业的需要,协助企业对接认证机构通过环境管理体系认证,以证明企业不仅完成了合规整改,而且在环境管理方面达到了国际水平,这不仅有助于企业树立良好的社会形象,而且合乎长效合规的内在要求。

五、内幕交易、泄露内幕信息罪

1. 简述

根据中国证券监督管理委员会(以下简称“证监会”)《2021年案件办理情况》,证监会全年共办理包括201起内幕交易案件在内的609起证券违法违规案件。同时,证监会在2021年度内依法向公安机关移送涉嫌犯罪案件/线索共计177起,同比增长53%。值得注意的是,证监会移送相关犯罪线索,实际上系公安机关、司法机关侦办、审判内幕交易、泄露内幕信息刑事犯罪的重要案件来源之一,

目前证监会也已经会同公安部、最高检日常性联合部署各类专项执法行动，证券执法、司法机关针对内幕交易等违法犯罪行为的查处合力正在持续不断加强。

尽管相关部门针对内幕交易违法犯罪行为始终保持严厉打击、惩处的态势，但内幕交易却仍处于频发状态，究其原因有三：第一，内幕交易行为通常能在短时间内带来高额回报，对相关主体极具诱惑，目光短视者基于逐利心理仍愿铤而走险；第二，相关主体对内幕交易行为认识不清，未保持审慎态度，主观上误以为其行为并无不当，但实际上却已构成违法犯罪；第三，法人主体未能合理设置、落实针对内幕交易相关的刑事合规制度、防控制度，进而导致涉嫌相关内幕交易违法犯罪行为。

但无论上述哪一种情形，事实上均是相关主体在有意或无意间通过“成本—收益分析”后所决策作出的行为，即其认为内幕交易所带来的收益将高于损失，或其认为内幕交易行为所可能造成的损失将小于其审慎对待、认真防控内幕交易行为所付出的精力、费用等。但事实上，前述分析结论并不明智，主要原因在如下方面：（1）大数据分析系统已广泛应用于内幕交易案件的查处审理，“异常交易”遁形不易，疑似的内幕交易行为均会进入相关部门的排查范围，“伸手必被抓”将成为新常态；（2）内幕交易案件的监管查处、司法追责机制逐渐完善，监管态势不断加强，重惩、重判趋势明显，违法犯罪的代价将远远高于投机收益；（3）针对于上市公司而言，一旦因涉嫌内幕交易被监管立案调查/侦查，则期间内其相关资本运作将直接受限²⁷，且如最终受到行政处罚或刑事判决，也会在此后较长期间内无法进行资本运作，负面影响巨大；（4）有关主体一旦在法律层面坐实内幕交易违法犯罪，相关处罚决定、刑事判决文书将被予以公开，则其个人声誉、商业声誉将严重受损，影响未来发展。

鉴于上述，故无论个人抑或是法人，均应高度重视防范内幕交易合规风险，有效掌握内幕交易的相关概念与内涵，结合实际情况去理解有关监管、司法实践态度，并时刻警醒自身杜绝发生内幕交易行为，采取相应措施避免涉嫌内幕交易，有效建立内幕交易相关的刑事合规治理制度，最大限度维护自身合法权益。基于此，本文将针对内幕交易、泄露内幕信息罪的相关构成要件进行介绍，并结合案例予以进一步分析，最后就内幕交易的相关刑事合规防控措施提出具体建议。

1.1 内幕交易、泄露内幕信息罪的构成要件

（1）内幕交易、泄露内幕信息行为的基本内涵

根据《刑法》第一百八十条等相关规定²⁸，内幕交易、泄露内幕信息行为（以下简称“内幕交易”或“内幕交易行为”）即为内幕信息知情人与非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前买卖相关证券或期货、泄露该内幕信息，或者建议

²⁷ 相关限制包括但远不限于：（1）立案调查/侦查期间将不得公开发行优先股或发行股份购买资产；（2）立案调查/侦查期间将不得公开发行证券、不得非公开发行股票；如最终被相应给予行政处罚或刑事判决则在三十六个月内不得公开发行证券、不得非公开发行股票；（3）立案调查/侦查期间将不得实施借壳上市的相关重大资产重组。

²⁸ 《刑法》第一百八十条规定：“[内幕交易、泄露内幕信息罪]证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，或者明示、暗示他人从事上述交易活动，情节严重的…”

他人买卖相关证券、期货的行为。进一步地，内幕交易的定义中又包含内幕交易主体、内幕信息、内幕交易行为等要素，每一要素相应也会涉及自身特殊的实践内涵，笔者在后文将进行具体分析阐述。

(2) 内幕交易的主体类型

结合现行法律法规及实务案例来看，内幕交易的主体包括内幕信息知情人、非法获取内幕信息的人。内幕信息知情人主要是指基于工作职责等，知悉内幕信息、参与全部或者部分的内幕信息形成过程的主体，其也称法定内幕信息知情人，《证券法》第五十一条等法规条款²⁹通过“列示+兜底”的方式明确其范围。关于非法获取内幕信息的人，则是指《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称“《内幕交易司法解释》”）第二条³⁰所明确的不该获取、没有任何合理理由或依据获取但却获取了内幕信息的人。

(3) 内幕信息及其期间的判断标准

(a) 内幕信息的判断标准

《证券法》第五十二条规定明确，证券交易活动中涉及发行人的经营、财务或者对该发行人证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息为内幕信息，此外其还进一步通过第八十条第二款、第八十一条第二款³¹以“列示+兜底”的方式对

²⁹ 《证券法》第五十一条 证券交易内幕信息的知情人包括：

（一）发行人及其董事、监事、高级管理人员；（二）持有公司百分之五以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；（三）发行人控股或者实际控制的公司及其董事、监事、高级管理人员；（四）由于所任公司职务或者因与公司业务往来可以获取公司有关内幕信息的人员；（五）上市公司收购人或者重大资产交易方及其控股股东、实际控制人、董事、监事和高级管理人员；（六）因职务、工作可以获取内幕信息的证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；（七）因职责、工作可以获取内幕信息的证券监督管理机构工作人员；（八）因法定职责对证券的发行、交易或者对上市公司及其收购、重大资产交易进行管理可以获取内幕信息的有关主管部门、监管机构的工作人员；（九）国务院证券监督管理机构规定的可以获取内幕信息的其他人员。

³⁰ 《内幕交易司法解释》第二条规定：具有下列行为的人员应当认定为刑法第一百八十条第一款规定的“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”：（一）利用窃取、骗取、套取、窃听、利诱、刺探或者私下交易等手段获取内幕信息的；（二）内幕信息知情人员的近亲属或者其他与内幕信息知情人员关系密切的人员，在内幕信息敏感期内，从事或者明示、暗示他人从事，或者泄露内幕信息导致他人从事与该内幕信息有关的证券、期货交易，相关交易行为明显异常，且无正当理由或者正当信息来源的；（三）在内幕信息敏感期内，与内幕信息知情人员联络、接触，从事或者明示、暗示他人从事，或者泄露内幕信息导致他人从事与该内幕信息有关的证券、期货交易，相关交易行为明显异常，且无正当理由或者正当信息来源的。”

³¹ 《证券法》第八十条第二款 前款所称重大事件包括：（一）公司的经营方针和经营范围的重大变化；（二）公司的重大投资行为，公司在一年内购买、出售重大资产超过公司资产总额百分之三十，或者公司营业用主要资产的抵押、质押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；（三）公司订立重要合同、提供重大担保或者从事关联交易，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；（四）公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；（五）公司发生重大亏损或者重大损失；（六）公司生产经营活动的外部条件发生的重大变化；（七）公司的董事、三分之一以上监事或者经理发生变动，董事长或者经理无法履行职责；（八）持有公司百分之五以上股份的股东或者实际控制人持有股份或者控制公司的情况发生较大变化，公司的实际控制人及其控制的其他企业从事与公司相同或者相似业务的情况发生较大变化；（九）公司分配股利、增资的计划，公司股权结构的重要变化，公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定，或者依法进入破产程序、被责令关闭；（十）涉及公司的重大诉讼、仲裁，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；（十一）公司涉嫌犯罪被依法立案调查，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被依法采取强制措施；（十二）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

内幕信息的具体形态作出规定，依此可以确定相关典型的内幕信息。

综合来看，内幕信息应有如下三个核心特征：(1) 内幕信息应具备非公开性之特征；(2) 内幕消息应有重大性，即对证券交易价格有重大或显著影响，判断重大性时应尽量从严、审慎判断。在事前判断时，对于可能对证券交易价格产生相关影响的信息就应当高度警觉，避免引发内幕交易；(3) 内幕消息应具备相关性，即证券类内幕信息应涉及某特定公司的经营、财务或其证券的价格。同时，上述《证券法》第五十二条第二款建立了与第八十条及第八十一条的联系，而后者规定的是需要临时公告披露的信息，由此可见只要是应当以临时公告披露的信息，均为内幕信息。此外根据相关执法实践，常发的内幕交易集中在重大资产重组、收购（包括股权收购和资产收购）、非公开发行、控制权变更事项。少量涉及重大合同、商业合作、大股东股权转让、业绩盈亏、高送配、总经理变更、战略转型、经营方针变化等。

根据上述，内幕信息的列示在实体法上总体是明确、具体的，应对其保持高度敏感。但列示内容并未穷尽所有内幕信息，仍需要关注相关兜底条款。依照法律条款间的体系解释来看，相关兜底条款所指其他内幕信息应为“证监会规定或认定的，涉及发行人的经营、财务或者对该发行人证券的市场价格有重大影响的尚未公开的其他信息”。从实务角度出发，此处所谓“证监会规定”并非仅指证监会本身所作规定，还需延伸至证监会监督管理的证券交易所等相关机构发布的各项规则，对该问题应作审慎理解。相关执法、司法机关近三年曾经纳入兜底条款的事项包括但不限于股权激励、以保壳为目的的重大资产重组等。此外需要额外说明的是，内幕信息并非必须为利好性质，避损型内幕交易行为同样构成违法犯罪。

(b) 内幕信息形成时点、内幕信息敏感期的判断标准

内幕信息所涉及的事项并非处于静止状态，而通常会经历信息萌芽—形成—发展—持续影响证券/期货交易价格—公开的复杂时间轴，因此就需要在时间轴中判定内幕信息的界限，也即确定内幕信息的形成时点。一旦内幕信息形成就具有敏感性，那么在形成至公开的这段内幕信息敏感期内，任何知悉内幕信息的相关主体均不得进行相关证券买卖，否则即构成内幕交易行为。但是，内幕信息形成时点的认定系技术性极强的实践难题，内幕信息本身的类型复杂性决定了行政司法实践中无法设定统一的判断规则，而相关法规的规定也较为概括、笼统，无法为实操提供明确指引³²。

《证券法》第八十一条第二款 前款所称重大事件包括：（一）公司股权结构或者生产经营状况发生重大变化；（二）公司债券信用评级发生变化；（三）公司重大资产抵押、质押、出售、转让、报废；（四）公司发生未能清偿到期债务的情况；（五）公司新增借款或者对外提供担保超过上年末净资产的百分之二十；（六）公司放弃债权或者财产超过上年末净资产的百分之十；（七）公司发生超过上年末净资产百分之十的重大损失；（八）公司分配股利，作出减资、合并、分立、解散及申请破产的决定，或者依法进入破产程序、被责令关闭；（九）涉及公司的重大诉讼、仲裁；（十）公司涉嫌犯罪被依法立案调查，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被依法采取强制措施；（十一）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

³² 《内幕交易司法解释》第五条：…证券法第六十七条第二款所列“重大事件”的发生时间，第七十五条规定的“计划”、“方案”以及期货交易管理条例第八十五条第十项规定的“政策”、“决定”等的形成时间，应当认定为内幕信息的形成之时。

影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行人员，其动议、筹划、决策或者执行初始时间，应当认定

关于内幕信息形成时点的判断，结合实务案例来判断、归纳，主要包括如下标准：(1) 与重大事项有关主体的“一把手”（即决策人员，往往是上市公司董事长）形成动议、意愿、认可或同意，一般被认定为内幕信息的形成时点；(2) 与重大事项有关主体的重要股东（含其有决策权的人员）形成意向、决策的时点，被认定为内幕信息形成时点；(3) 重大事项有关主体之间有关（初步）意向、方案形成的时点，被认定为内幕信息形成时点；(4) 与重大事项有关的交易对方或中介机构（或该等主体中有决策权的人）出具商业或法律文书的时点，被认定为内幕信息形成时点；(5) 与重大事项有关的主体被要求就特定事项保密（如签署《保密协议》）的时点，被认定为内幕信息形成时点；(6) 与重大事项有关的主体（尤其是“一把手”）向主管政府部门汇报，被认定为内幕信息形成时点；(7) 与上市公司财务报表有关的信息，形成于合并报表启动编制时点；(8) 一个上市公司的内幕信息，形成于另一个关联上市公司的内幕信息形成时点。

此外，相关监管、司法案例还体现出如下认定思路，值得高度关注：(1) 内幕信息种类确定后，在停牌期间内，信息的具体内容发生变化不影响内幕信息形成的时点；(2) 内幕信息形成后，即便随着事项进程发展，该事项最终被终止，但这也不影响一开始的内幕信息形成时点；(3) 内幕信息具有层次性，也即原内幕信息已经公开后不再是内幕信息，但原内幕信息继续发展、推进、延续下去的、未公开的部分，仍旧是内幕信息，不得利用其从事证券、期货交易；(4) 内幕信息形成后，对于不同人的知悉时间可以不同，也即内幕信息的形成是客观的，不同人对此的知悉则是个别的、主观的，可以分别进行认定。

结合上述相关实践标准，需要重点提示的是，内幕信息的形成时点不以确定性为前提，并且司法行政机关在形成时点的认定上具有较大的自由裁量权，故对于内幕信息的形成时间点的把握，务必从严，宜早不宜迟，以便有效防控相关刑事合规风险。

(c) 内幕信息公开的判断标准

内幕信息的公开时点甚为重要，相关主体往往因为主观上误以为内幕信息已公开便进行了证券交易，最终被认定为内幕交易。内幕信息公开的时点总体上是易于判断的，通常为上市公司正式发布公告之时。但是，如果相关信息已经在市场上传播或在例如股吧等坊间流传，该如何判断？对此有如下两个重要结论：(1) 内幕信息的公开，仅指由上市公司将内幕信息在国务院证券、期货监督管理机构指定的报刊、网站等媒体披露；(2) 即便相关信息的部分内容已经成为公开信息，但对于未在国务院证券、期货监督管理机构指定的报刊、网站等媒体披露的其他部分信息，则仍然属于未公开信息，如具备重大性则仍为内幕信息；(3) 内幕信息部分非关键要素的公开，并不当然视为内幕信息整体已经公开。

(d) 内幕交易主体“知悉”内幕信息的判断标准

相关执法、司法机关如欲对某主体进行内幕交易的归责，则必须通过直接或间接的方式证明前述主体“知悉”内幕信息，其对于“知悉”的证成方式主要包括两种：(1) 收集证据证明内幕信息知情人全部或部分地参与了内幕信息的形成或发展过程，进而直接认定相关主体已经知悉内幕信息；(2) “接触或联络+异常”

公式，该公式下执法、司法机关通过审视相关主体的客观行为（包括其与知悉内幕信息者在形式上或实质上存在接触联络、其自身相关证券交易的异常表现），进而推定其在主观上已知悉并利用内幕信息。

1.2 内幕交易、泄露内幕信息的实务现状

（1）常见的内幕交易行为

常见的内幕交易行为包括利用内幕信息买卖证券或从事期货交易、建议他人买卖该证券、期货，以及泄露内幕信息。其中建议他人买卖该证券、期货，实践中包括明示与暗示两种情形，明示是清楚明白的指示，指示的手段没有限制，可以是命令、利诱或胁迫，总之是通过直接表意的方式唆使对方从事交易，但不能具体告知内幕信息的内容。暗示则是用含蓄的言语或示意的举动使人领会，也可以包括消极的不作为甚至是沉默来暗示，只要该言行能让相对人领会到该交易具有内幕信息背景且能通过交易相关标的获得利益或避免损失，即可构成暗示。对关于泄露内幕信息行为，则是指任何知悉内幕信息的主体均不得把内幕信息披露给不具有法定权利或合同权利知悉内幕信息的人，无论是特定人还是不特定人。实践中，泄露行为的认定需要有较明确的证据，比如电子邮件、微信、短信、泄露者自认、接受信息方的供述、其他在场人的证人证言等。鉴于对泄露的取证要求较高，司法行政机关在部分案件中通常根据上述“接触或联络+异常交易”的公式推定行为人实施了内幕交易，但却没有认定存在泄露行为，这与其举证难度或许有关。

（2）关于交易行为的异常性

由于内幕交易行为具有隐蔽性，尤其是主观心理状态上是否“知悉内幕信息”并“利用了内幕信息”，除非行为人自认，否则很难有直接证据予以证明，因此司法行政机关在实践中通常根据客观行为来推定行为人主观状态，也就是通过一系列明显的异常交易事实来构造证据链条，进而推定相关证券、期货交易与内幕信息具有关联性。关于交易行为的“异常性”，相关法律法规已作出初步指引性规定³³，相关实务案例则又进一步显示出其他典型异常表现，具体如下：

第一，证券账户方面的异常，比如突击开立账户，休眠账户突然启动等；第二，涉案资金方面的异常，比如向账户突击转入资金，借入资金买股票（包括向他人借入、利用证券公司融资业务借入等），卖出浮亏的股票换取资金买入另一只股票等；第三，交易时间上的异常，比如交易时间在内幕信息敏感期内，交易时间就在停牌前，交易时间与联络时间紧密相连等；第四，交易风格、交易习惯上的异常，比如与往常交易习惯相比，突然集中交易一只股票，突然交易单只股票的绝对金额特别高、总资产占比特别高、该单只股票持仓市值占比特别高等；

³³ 《内幕交易司法解释》第3条：本解释第2条第二项、第三项规定的“相关交易行为明显异常”，要综合以下情形，从时间吻合程度、交易背离程度和利益关联程度等方面予以认定：

（一）开户、销户、激活资金账户或者指定交易（托管）、撤销指定交易（转托管）的时间与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致的；（二）资金变化与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致的；（三）买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与内幕信息的形成、变化和公开时间基本一致的；（四）买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与获悉内幕信息的时间基本一致的；（五）买入或者卖出证券、期货合约行为明显与平时交易习惯不同的；（六）买入或者卖出证券、期货合约行为，或者集中持有证券、期货合约行为与该证券、期货公开信息反映的基本面明显背离的；（七）账户交易资金进出与该内幕信息知情人员或者非法获取人员有关联或者利害关系的；（八）其他交易行为明显异常情形。

第五，交易品种及基本面方面的异常，比如不顾交易品种明确的利空信息依然买入、交易品种从大盘蓝筹股突然换为一只小盘股、交易一只以前从来没交易过的品种等。

(3) 关于内幕交易、泄露内幕信息的刑事责任

(a) 关于单位法律责任的认定问题

内幕交易行为中交易、泄露或者建议行为通常由自然人决策和实施，但实务中司法行政机关并不将内幕交易的追责对象局限于自然人，而是也包括法人，企业刑事合规治理中应当着重对此加强防范。目前我国相关法律法规并未就单位内幕交易行为专门作出针对性规定，对单位进行归责的标准和考虑因素在实定法层面并不明确，然而司法行政机关在针对单位追责时存在如下从严趋势：(1) 由公司员工知悉内幕信息而进一步认定法人知悉时，公司员工并不仅限于公司董监高，还应扩展至公司相关部门的核心雇员，甚至如果法人的控股股东中的高级管理人员或者核心雇员干预、参与法人证券投资决策较多，也会予以囊括；(2) 公司员工即使并非“在履行公司职责过程中”知悉内幕信息，而是在履行职责过程之外知悉，也同样可推定公司知悉；(3) 关于单位知悉内幕信息的判断，同样需要结合单位在相关证券买卖中发生的异常行为和其他客观证据，采用“返查”、“返证”的方式，综合判定；(4) 认定单位是否构成内幕交易行为，基于实质重于形式的原则，既要考虑内幕交易行为是否由单位负责人决定、是否单位集体研究，又要重点关注内幕交易的账户是否为单位开立、交易资金是否来源于单位、违法犯罪所得是否归属于单位。此外，还需要认识到单位内幕交易行政违法的主观方面并不限于故意，也包括过失，主要是指单位应当为其内部管理不严、信息隔离防火墙不完善等失职行为引发的内幕交易行为承担责任。

从司法行政实践来看，存在相关自然人为逃避法律责任，进而把个人责任主张成单位责任。对此，如有下述情况之一的，司法行政机关可能会认定不属于单位内幕交易：(1) 个人为进行违法活动而设立的公司、企业或者事业单位等实施内幕交易的；(2) 涉嫌内幕交易的公司、企事业单位设立后，以实施违法行为为主要活动的；(3) 借用、盗用单位名义进行违法活动，违法收益由实施违法行为的个人所得或者私分的；(4) 内幕交易防火墙抗辩获得采纳³⁴。此外，结合“法人人格否认”制度，如公司的控股股东或者实际控制人在资产、管理等方面与公司发生严重的人格混同、公司丧失或者严重缺乏独立法人人格的情况下，对于以公司名义实施的内幕交易行为，司法行政部门可能会认定系控股股东或者实际控制人进行了内幕交易。

(b) 关于刑事追责及法律责任的具体标准

依据相关法律法规³⁵，当事人的内幕交易行为必须符合“情节严重”的条件

³⁴ “内幕交易防火墙”在境外资本市场法域已有相关实践，此种抗辩需同时满足两项条件：(1) 代表该法人作出买卖证券投资决策的个人不知悉该重大未公开信息；(2) 该法人在考量其营业的性质后，已实施了合理的政策与程序，确保作出买卖证券投资决策的个人不会违反“禁止利用重大未公开信息进行交易”的规定。此类政策与程序包括在该法人拥有内幕信息时，限制相关证券的交易以及可能导致相关证券交易的行为，或者防止作出投资决策的个人知悉重大未公开信息。尽管我国立法与实践并未明确“内幕交易防火墙”抗辩，但仍不失为相关法人主体用以抗辩的一项内容，当然前提是相关法人主体已按照前述要求对隔离墙制度进行了规定与落实。

³⁵ 《刑法》第一百八十条 【内幕交易、泄露内幕信息罪】证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法

才构成内幕交易、泄露内幕信息罪等刑事罪名，否则该等行为通常则只会受到行政或民事责任的苛责。“情节严重”包括证券交易成交额在五十万元以上的、期货交易占用保证金数额在三十万元以上的、获利或者避免损失数额在十五万元以上的、（相关犯罪行为）三次以上的、具有其他严重情节的。此外，相关法律法规同时还强调“情节特别严重”则应科处更严重的刑罚，此属于在情节严重的基础上的法定刑升格。

此外还需要特别说明的是，刑事案件的证明标准应当达到排除合理怀疑的程度，针对内幕交易行为的刑事案件当然也应适用此标准。因此在实践中，常会出现相关案件符合行政案件的证明标准而由行政机关进行行政处罚，但却因其不符合刑事证明标准而无法追究行为人的刑事责任。但是，目前监管、司法机关打击内幕交易行为的力度日趋加大，刑事追责机制不断完善，切不可因刑事证明标准较高而心存侥幸、忽视刑事合规风险。

2. 典型案例—胡某内幕交易、泄露内幕信息案

2.1 基本案情

（1）检察院指控情况

上市公司四川宏达股份有限公司（以下简称“宏达股份公司”）与中海信托股份有限公司（以下简称中海信托）系四川信托有限公司（以下简称四川信托）股东。2016年6月左右，中海信托欲转让其所持有的四川信托全部股权，并于8月1日向宏达股份公司发函询问是否行使优先购买权，宏达股份公司于8月19日回函表示不放弃。同年9月9日中海信托在北京产权交易所挂牌转让其所持股权，于9月21日再次向宏达股份公司发函提示。宏达股份公司随即策划并实施行使优先购买权竞购重大事项。同年10月20日中海信托再次发函征询是否行使优先购买权，次日因竞购事项可能构成重大资产重组，宏达股份公司发布重大事项停牌公告，宏达股份公司股票（证券代码600331）停牌。后经中介机构与宏达股份公司论证分析，宏达股份公司暂不具备行使优先购买权的交易条件，同年11月18日，宏达股份公司公告放弃行使优先购买权。上述宏达股份公司行使优先购买权竞购中海信托转让四川信托股权信息属于《证券法》规定的内幕信息。内幕信息敏感起点为不晚于2016年9月27日，终点为2016年10月20日下午收市。

被告人胡某时任宏达股份公司董事会办公室主任，在内幕信息敏感期内多次对接中介机构并参加相关会议，为行使优先购买权做筹划准备工作，其系内幕信

获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，或者明示、暗示他人从事上述交易活动，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。

《内幕交易司法解释》第七条 在内幕信息敏感期内从事或者明示、暗示他人从事或者泄露内幕信息导致他人从事与该内幕信息有关的证券、期货交易，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百八十条第一款规定的“情节特别严重”：（一）证券交易成交额在二百五十万元以上的；（二）期货交易占用保证金数额在一百五十万元以上的；（三）获利或者避免损失数额在七十五万元以上的；（四）具有其他特别严重情节的。

息知情人。被告人胡某在此期间控制“刘某6”的证券账户，分别于2016年10月11日、10月19日在德阳、成都连续买入宏达股份公司股票合计889600股，交易金额为人民币（以下币种相同）5468147元，截止2017年11月20日账面亏损96712.81元。被告人胡某于2019年6月13日，经公安机关电话通知到案。

（2）法院查明情况

法院经审理查明的事实与起诉指控的事实一致。公诉机关当庭出示并经庭审质证如下指控证据：（1）立案决定书、受案登记表、到案经过等；（2）胡某基本情况、户籍信息，证实其身份情况；（3）《关于胡某等人涉嫌内幕交易犯罪线索的移送函》《关于对张清等人涉嫌内幕交易犯罪线索依法核查的通知》《关于张清、胡某等人涉嫌内幕交易犯罪线索的移送函》《监督检查通知书》、重庆证监会关于对胡某的《行政处罚决定书》等；（4）宏达股份公司营业执照、章程、组织结构图、董事会议事规则等，证实宏达股份公司的基本情况及相关规定；（5）宏达股份公司内幕信息知情人登记制度等证实；（6）宏达股份公司相关董事会、监事会决议、总经理办公会纪要、专题会会议纪要、固定资产统计表、四川宏达（集团）有限公司与中海信托关于股权转让的相关往来函件、关于赴四川信托有限公司资产评估与尽职调查的函、会议资料、重大资产重组联系表、重大资产重组交易事项进程备忘录、宏达股份公司重大资产重组相关公告、保密协议、情况说明及附表等；（7）宏达股份公司出具的情况说明；（8）刘某6的证券账户委托协议、交易明细、营利计算情况表、对账单、资产账号情况表、历史成交情况、资金变动情况表等；（9）微信群聊天截屏；（10）相关证人证言；（11）被告人胡某的供述辩解。

以上指控证据来源合法，内容客观真实，与案件事实相关联，足以证实被告人胡某的犯罪事实，法院均予以采信。对于辩护人当庭出示的第1、2份辩护证据（刘某6证券账户历史成交查询、建行客户回单），能够证实胡某用于购买股票的账户现状及缴纳罚款的情况，法院予以采信。第3份（证明、荣誉证书等）证实胡某平时表现的品格证据，法院在量刑时酌情予以考虑。第4份辩护证据（常住人口登记卡、残疾人证及病历等）缺乏与本案的关联性及证明力，法院不予采信。

（3）法院认为及裁判结果

被告人胡某作为证券交易内幕信息的知情人，在对证券价格有重大影响的信息尚未公开前，大量买入该证券，交易金额达546万余元，情节特别严重，其行为已构成内幕交易罪。检察院指控胡某犯内幕交易罪的犯罪事实和罪名成立，应予支持。胡某接公安机关电话通知后自动投案，并如实供述了自己的罪行，系自首，依法可减轻处罚。胡某系初犯，归案后自愿认罪认罚，缴纳相应罚款有悔罪表现，可酌情从轻处罚。根据胡某的犯罪情节和悔罪表现，对其判处有期徒刑并宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响，法院依法决定对其适用缓刑。法院相应判决被告人胡某犯内幕交易罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币二十万元。

2.2 案例分析

本案中，胡某时任宏达股份公司董事会办公室主任，并在内幕信息敏感期内根据工作职责参与会议、筹划工作，故其属于法定内幕信息知情人的内幕交易主

体类型。同时，行政司法机关对其“知悉”内幕信息的判定，是基于胡某“全部或部分地参与了内幕信息的形成或发展过程”。相应地，胡某的行为属于《证券法》所明确的法定内幕信息知情人利用内幕信息买卖证券。

本案内幕信息是宏达股份公司行使优先购买权竞购中海信托转让四川信托股权事项，为《证券法》第八十条第二款规定的内幕信息，归属于“公司的重大投资行为”、“公司订立重要合同”，或基于其“涉及发行人的经营、财务或者对该发行人证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息”之特征，至少可归属于“国务院证券监督管理机构规定的其他事项”之兜底条款。

案涉内幕信息形成于“宏达股份公司随即策划并实施行使优先购买权竞购重大事项”之时，公开于“宏达股份公司公告放弃行使优先购买权”之时。据此可见，内幕信息的形成事实上被认定在上市公司实际策划并实施竞购事项的时候，原因在于此时该信息具有内容上的相对实质性、推进上的可能性，具备对证券市场价格有重大影响特征。但是正如笔者此前所述，内幕信息的形成时点不以确定性为前提，并且司法行政机关在该问题上具有较大的自由裁量权，实际上本案内幕信息时点的认定存在被认定于“宏达股份公司于8月19日回函表示不放弃”之时的可能性，有鉴于此，形成时点的判断应务必从严，以降低刑事合规风险。关于案涉内幕信息的公开时点，相关司法行政机关严格遵循了此前所述标准，即指由上市公司将内幕信息在国务院证券、期货监督管理机构指定的报刊、网站等媒体披露，则才视为内幕信息已经公开。

事实上，对于知悉内幕信息的法定内幕信息知情人，司法行政机关只需举证证明其在内幕信息敏感期内进行了相关证券交易，则可直接依法认定其存在内幕交易行为，只有针对非法获悉内幕信息的人，才需要以“接触或联络+异常交易”公式进行推定。本案中，司法行政机关虽未对胡某交易的异常性进行详细认定，但仍可看到胡某存在借用证券账户、连续买卖、交易金额及股数异常放大等内幕交易案件常见的异常交易特征。

除上述外，本案还有几点值得关注的地方：

第一，本案证据包含《关于胡某等人涉嫌内幕交易犯罪线索的移送函》《关于对张清等人涉嫌内幕交易犯罪线索依法核查的通知》《关于张清、胡某等人涉嫌内幕交易犯罪线索的移送函》《监督检查通知书》、重庆证监会关于对胡某的《行政处罚决定书》等，该等证据体现出本案系由执法机构首先立案调查，并在作出行政处罚后最终向公安机关移送犯罪线索。并且，结合现行执法实践，通常只要交易金额达到50万、获利金额达到15万，执法机构均会向公安机关移送犯罪线索。

此外还需要特别指出的是，证券监管机构可以根据司法机关办案需要，依法就案件涉及的证券期货专业问题向司法机关出具认定意见，该些专业意见经司法机关审查，如具有客观性、真实性和合法性，则可以直接作为定案的证据。

第二，案涉宏达股份公司事实上最后并未最终竞购相关股权。但是，内幕交易的构成与事先获知的内幕信息是否最后兑现无关，在符合内幕信息标准，且相关主体利用内幕信息进行了证券交易，那么即使该信息未兑现，相关主体的行为也仍构成内幕交易。

第三，胡某事实上并未通过内幕交易获得收益，反而是形成亏损。但是，内幕交易的构成与当事人是否获利并无关系，获利与否仅和受到行政处罚的程度、是否应被追究刑事责任及量刑有关，因此相关主体从事内幕交易行为，即使亏损了也具有刑事合规风险。

第四，本案中胡某存在自首情节。具体分析而言，《刑法》第六十七条提及“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首”，但通常在内幕交易类案件中，刑事程序启动之前一般先由证券稽查部门立案稽查，那么此时应当如何理解“自动投案”呢？依据实务经验，当事人主动找所在单位领导或者有关监管、司法机构反映自身情况，随传随到并在自己的住处等候处理结果的，被依法认定为自动投案的概率较高。

此外需要说明的是，根据最高人民法院《关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》，当事人对其行为性质的辩解不影响自首成立。因此，在当事人自首供述内幕交易犯罪行为时，并不需要前置性地对相关机关的认定结论表示认可。

3. 内幕交易刑事合规风险防范建议

防范内幕交易行为，需要从横向充分囊括内幕信息的种类，和可能获取内幕信息的人群和传递渠道，纵向覆盖内幕信息从形成到公开的整个流程，并针对性地涉及纵横交叉的各项内幕交易防控机制，例如重大信息内部报告制度、信息隔离墙和限制交易清单制度、保密制度等，并培养防范内幕交易的合规文化，通过事前相关合规管理，给予特定主体以事前指引，培养合规自觉，一定程度避免内幕交易行为的滋生，防范内幕交易刑事合规风险。

3.1 重大信息内部报告制度

(1) 明确重大信息的范围。重大信息的范围除以《证券法》相关条款为基础外，为提高内幕交易合规风险防范力度，以内幕信息的重大性、非公开性、相关性为原则，还应当尽可能结合包括但不限于《上市公司信息披露管理办法》第三十条所列事项、证监会所监督管理的证券交易所等机构所要求定期或临时披露的事项等，予以调整、完善。明确重大信息的范畴后，通过培训和系统运用让相关人员能够在接触到内幕信息的第一时间有效识别相关信息。对于证券公司、基金公司来说，也有在防控内幕交易的相关制度后附内幕信息指引清单的方式提示内幕信息种类和判断标准。

(2) 设计重大信息内部报告程序。重大信息内部报告制度最核心的内容就是建立报告程序，报告程序又分为报告的时间点、报告的方式、报告的对象等具体要求。为尽早掌握内幕信息，进行有效管控，及时履行信息披露义务，预防内幕交易风险，报告的时间点应当尽可能提前到内幕信息形成的萌芽阶段。由于内幕信息涉及到公司经营的方方面面，因此在萌芽阶段采集信息必须有覆盖各部门的信息汇集网络支撑。此外，还应当与公章管理相结合，守住最后一道防线，防止内幕信息已经发展到需要对外公告披露的阶段却仍未完成采集工作，同时涉及信息披露违法违规风险。

(3) 明确重大信息内部报告的管理责任。支撑重大信息内部报告制度的，

固然有一定的机制，但更重要的是具体报告信息的人。因此，明确具体负责报告的岗位职责，并同时规定未履行职责时的责任后果，才能够保证整个机制的有效运转。

3.2 建立信息隔离墙制度、观察和限制名单制度

“信息隔离墙制度”旨在防止证券公司或基金公司等特定类型公司内，基于职位性质而易于获取内幕信息之主体将内幕信息有意或无意地向投资决策人员、交易人员传递，导致发生内幕交易行为，防止传递的制度工具即为“信息隔离墙”，再辅之以监控和禁止交易内幕信息所涉相关证券的“观察和限制名单”，可一定程度避免发生内幕交易行为。

3.3 保密制度与内幕信息管控的结合

保密制度是很多公司的基本制度之一，一般公司会对商业秘密等敏感信息采取保密措施。但当保密制度与内幕信息相结合时，保密措施的层次将更为丰富。

(1) 确定保密信息范围和等级。对于涉及国家秘密、商业秘密、上市公司内幕信息、交易机会等保密信息，公司根据信息泄露后可能引发的刑事、行政、民事风险类型和风险大小，确定某个事项的保密信息的范围及其保密等级。第一步，确定相关事项是否属于保密信息。对于属于保密信息的事项，按照保密制度规定进行管理。第二步，确定保密信息的保密等级。根据等级划分决定知情人员范围、级别并对其采取相应的保密措施。

(2) 明确保密信息管理部门。与上市公司内幕信息相关的保密信息的管理部门，可以选择董事会办公室（上市公司）或者合规部门、法务部门。明确负责人及具体人员分工及职责。但需要注意的是，保密信息的管理部门需与相关保密信息产生、传输部门分离，才能起到有效的管理、监督作用，例如证券公司的投研部门不能作为保密信息的管理部门，否则在保密信息的判断和措施的采取上，可能会失去中立性。

(3) 保密信息知情人员管理。对于内幕信息来说，所有内幕信息知情人均为保密信息知情人员，应当及时对保密信息知情人员进行登记，即建立、落实内幕信息知情人登记制度。在以任何形式的扩大知情人员范围后，如会议、讨论、文件审阅等，组织者或发起者/发送者有义务将新扩大的知情人员信息提供给保密信息管理部门进行登记和管理。对于保密信息知情人员，需要及时对其进行保密义务的告知，以起到警示作用，必要时可与之签署《保密承诺函》或《保密协议》。此外，对于公司内部保密信息知情人员，必要时应采取一定措施确保其办公区域与其他员工的物理隔离，进一步阻断内幕信息的传递路径。

(4) 保密信息传输途径管理。保密信息传输途径主要分为口头传输、纸质传输和电子传输三种。针对这三种传输途径，可根据划分的不同保密等级采取与其相适应的管控措施。例如针对口头传输途径可采取设置专门的讨论室、电话室、会议室，禁止公开场合谈及保密信息，要求保密信息知情人员定期或不定期提供手机通讯记录或进行通话录音抽查等措施；针对纸质媒介传输途径可采取指定专门的打印室或设置打印设备权限、指定纸质资料可锁闭存储空间并要求带离资料时登记、对传输信封或文件箱封口采取特殊要求等措施；针对电子媒介传输途径可采取加密文档、禁止社交媒体传播并实时监控、抽查微信/短信/邮件记录、特

殊情况下封禁办公电脑的 USB 插口、截图功能和安装软件权限等措施。

此外，对于涉及内幕信息的相关传输载体，在弃置时也应予以妥当销毁。另外需要提醒的是，无论是口头、纸质还是电子传输的路径管理，针对相关业务部门所开展的涉及内幕信息的业务，公司应当提示相关项目组对前述业务使用项目代码，以防内幕信息的不经意外泄。最后，除针对内部员工的保密信息传输途径管理外，还应当注意防范外部访客在进入公司时有意或意外地获取内幕信息，公司应当就涉及内幕信息的办公区域禁止外部访客逗留，或在必要逗留时均确保有内部员工陪同。

3.4 进行内幕交易风险防控培训

公司内部应当定期、不定期对相关主体进行内幕交易风险防控培训。培训针对不同群体采取不同的培训方式，如对上市公司各部门、各子公司的信息报告人、董事会办公室成员、证券公司合规经理和投研部门人员等易于接触内幕信息的人员，采取“培训+考核”的机制，需要熟练掌握内幕信息的判断和管控措施。而对于一般员工，则以更为生动的案例课程完成内幕交易风险防控意识的普及和传递。同时，需要注意培训内容应当随着行政司法机关的思路变化和实践案例情形的增加而不断更新，确保时效性、有效性。

六、侵犯著作权罪

1. 简述

著作权是作者对其创作的艺术、科学技术作品、文学创作作品所享有的专有权利。自 1990 年 9 月 7 日《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)实施以来，确立了我国对著作权保护的客体,主要包括文学作品、艺术作品和科学作品。保护著作权的最终目的是促进知识传播，在保护著作权人权益的同时维护公众获取知识的自由。2020 年 11 月 11 日，《著作权法》经第三次修改，完善了“作品”的定义，新增了“视听作品”类型，增加了侵害著作权的惩罚性赔偿规定，进一步加大了对知识产权的保护力度，助推文化大发展。随着互联网技术的创新发展以及智能手机的普及和应用，知识的传播方式由传统的线下传播转变为线上与线下传播并存。侵犯著作权的行为方式也发生了重大变化，线下的侵犯著作权方式主要是复制与发行盗版书籍、盗版光碟、盗版软件等，线上侵犯著作权的方式主要是未经著作权人许可，通过信息网络向不特定社会公众传播侵权作品。在传统媒体与新媒体并存的特殊环境中，行为人可以通过网络进行上传和下载文字作品、音乐作品、电影作品、计算机软件作品以及其他受著作权保护的作品，进而通过网络传播并谋取经济利益。侵犯著作权作品的复制、传播变得更加容易、更加便捷，侵权行为的实施主体也更加广泛。

我国已经基本建立起保护著作权的法律体系，包括民事、行政、刑事三个层次。由于著作权的私权属性，侵犯著作权一般会产生民事责任，目前我国对著作权的保护绝大多数以民事保护为主，行政保护与刑事保护处于民事保护的补充地位。我国对著作权的刑事保护起步较晚，主要体现在《刑法》、1998 年最高人民法院发布的《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、2004

年最高人民法院、最高人民检察院出台的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、2007年最高人民法院、最高人民检察院出台的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》、2011年最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》、2020年最高人民法院、最高人民检察院出台的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》以及2020年全国人大常委会通过的《刑法修正案（十一）》等法律规定和司法解释中。根据《刑法修正案（十一）》第20条，侵犯著作权罪增设了侵犯与著作权有关的权利亦可构成侵犯著作权罪的规定，明确了未经许可通过信息网络向社会公众传播他人作品等行为构成侵犯著作权罪，新设了“通过信息网络传播”“复制发行录有表演者表演的录音录像制品”两种侵犯著作权的情形，删除了对基本犯可以判处拘役的规定，并将法定最高刑由七年提高至十年有期徒刑，彰显国家对著作权保护的力度和决心。《刑法修正案（十一）》体现了《著作权法》第三次修订的有关内容，包括“视听作品”、技术措施保护等内容。《刑法修正案（十一）》对侵犯著作权罪有关内容的修改，顺应了技术和社会的发展趋势，对作品表述、保护范围都进行了扩大，进一步完善了侵犯著作权罪的表现形式，表明我国保护版权意识逐渐增强，在保障创新驱动发展、威慑侵犯知识产权犯罪的道路上迈出了一大步。

1.1 侵犯著作权罪的犯罪构成

侵犯著作权罪是指以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，或者出版他人享有专有出版权的图书，或者未经录音、录像制作者的许可，复制发行其制作的录音、录像，或者制作、出售假冒他人署名的美术作品，违法所得数额较大或者具有其他严重情节的行为。根据《刑法》第二百一十七条的规定，侵犯著作权罪的犯罪构成要件如下：

（1）本罪的主观构成要件是以营利为目的的直接故意。关于“以营利为目的”的认定问题，根据2011年最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》，以下行为应认定为“以营利为目的”：①销售；②以在他人作品中刊登收费广告、捆绑第三方作品等方式直接或者间接受取费用的；③通过信息网络传播他人作品，或者利用他人上传的侵权作品，在网站或者网页上提供刊登收费广告服务，直接或者间接受取费用的；④以会员制方式通过信息网络传播他人作品，收取会员注册非或者其他费用的；⑤其他利用他人作品牟利的情形。

（2）本罪侵犯的对象是他人的著作权，客观方面主要表现为六种行为方式。《刑法》第217条以列举的方式规定了六种侵犯他人著作权的行为方式，主要包括：①未经著作权人许可，复制发行、通过信息网络向公众传播其文字作品、音乐、美术、视听作品、计算机软件及法律、行政法规规定的其他作品的；②出版他人享有专有出版权的图书的；③未经录音录像制作者许可，复制发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像的；④未经表演者许可，复制发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的；⑤制作、出售假冒他人署名的美术作品的；⑥未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的技术措施的。

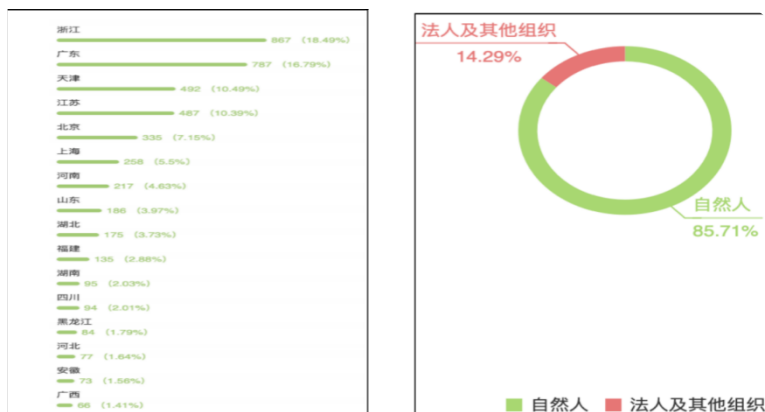
“未经著作权人许可”是指没有得到著作权人的授权或者伪造、涂改著作权人的授权许可文件，或者超出授权许可范围的情形。关于“未经著作权人许可”的认定，一般应当根据著作权人或者其授权代理人、著作权集体管理组织、国家著作权行政管理部门指定的著作权认证机构出具的涉案作品版权认证文书，或者证明出版者、复制发行者伪造、涂改授权许可文件或者超出授权许可范围的证据进行认定。同时，有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行的，且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料的，可以认定为“未经著作权人许可”。但是对于下列三种情况则不需要经过著作权人许可，一是有证据证明权利人放弃权利的；二是涉案作品的著作权不受我国著作权法保护；三是著作权保护期限已经届满。

对于“复制发行”的理解，司法实践中及理论界存在的争议较大，“复制发行”包括复制或者发行以及复制且发行的行为，但是对于发行应当作出限制性解释，因此《刑法》第217条规定的“发行”应包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。非法出版、复制、发行他人作品，侵犯著作权构成犯罪的，按照侵犯著作权罪定罪处罚，不认定为非法经营罪等其他犯罪。复制部分实质性相同的计算机程序文件并加入自行编写的脚本文件形成新的外挂程序后运用的行为，属于侵犯著作权罪中的“复制发行”。

1.2 侵犯著作权罪的实务现状及特点

互联网技术的迅猛发展促使网络数字化快速发展,致使网络著作权保护面临诸多全新的问题。由于网络科学技术的飞速发展以及著作权本身所带来的巨大经济效益,使得许多不法分子将网络科技运用于传播、发行,给著作权造成更大的侵害,也为不法分子带来更大的利润空间,即使各个国家不断加大对著作权的保护力度,不法分子仍然选择逾越法律底线以获取巨额经济利益。因此,除民事侵权纠纷外,侵犯著作权的犯罪数量呈增长趋势,且网络环境下信息作品侵权现象愈演愈烈,对著作权保护也形成巨大挑战。通过在威科先行法律信息库对侵犯著作权罪进行司法大数据统计检索,我们可以看出近年来侵犯著作权罪有以下三个特点:

犯罪地点集中在经济发达的浙江、广东、天津、江苏、北京、上海地区,在利用互联网技术侵犯知识产权犯罪案件中,尤以侵犯著作权犯罪案件居多。网络侵犯著作权犯罪具有更强的隐蔽性、跨地域性等特征,且主要是自然人犯罪,单位犯本罪的比重较小。



以上图表数据来源于威科先行法律信息库³⁶。

侵犯著作权传统罪持续高发，并呈现规模化、复杂化特征。侵犯图书、游戏软件著作权等传统案件依旧多发，复杂程度加深。侵权行为人相互推广侵权游戏、玩具，产业链条更加精细化、完整化、规模化，犯罪行为相互交织，规避法律意图更加明显。例如，侵犯乐高玩具著作权案件中，从购买正品、拆解复制到设计、开模、生产，再到包装、仓储、销售等环节均由专人负责，非法经营额高达数亿元。

违法犯罪行为与互联网高新技术紧密结合。通过深度链接³⁷侵权已成为网络侵犯著作权的主要行为模式之一，网络链接侵权案件持续增长，隐蔽性更强。设置深度链接的网站多为盗版网站，用户不脱离设链网站界面即可获得被链接网站的内容，聚拢了分散的盗版资源，使得规模传播效应更加明显。例如，上海市第三中级人民法院审理的吴某侵犯著作权案，就是一起典型的使用深度链接行为侵犯他人著作权的案件，吴某通过解析播放等技术手段非法获取视频真实播放地址，依托自有服务器、网站向用户免费播放，后吴某被判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币 30 万元，禁止其在缓刑考验期间从事视频网站经营。

侵权行为人利用“爬虫”技术导致侵权行为形态更加多变。目前已有三类利用“爬虫”技术侵犯著作权行为涉嫌侵犯著作权，一是利用“爬虫”抓取客户所需小说内容并发送到服务器，以供客户阅读；二是在抓取文本时对文本进行转码，然后下载至服务器供客户阅读，这样可大幅提高浏览速度；三是“爬虫”抓取与链接行为相结合，在无服务器缓存的状态下侵犯视频、文字等作品的著作权。³⁸鉴于当前依托技术进行合法数据挖掘、利用与数据安全、隐私保护之间的边界并不明确，亦有理论和实务观点主张“爬虫”只是一种中立技术手段，不应追究刑责。

(5)缓刑和罚金的适用较为普遍。法院判处违法行为人罚金的案件达 100%，法官对缓刑的适用也较为普遍，案件未能适用缓刑的原因基本上有三种情况：一是情节过于严重的；二是仅判罚金后再次侵犯著作权构成犯罪的；三是因侵犯知识产权被处罚后再次侵犯著作权构成犯罪的。大部分案件，违法行为人在确有悔罪表示且对其所在社区没有不良影响，都适用了缓刑。

2. 典型案例—上海“乐高”侵犯著作权罪案、吴某深度链接侵犯著作权案

截止到目前，最高人民检察院发布的企业合规改革试点典型案例中没有涉及侵犯著作权罪，故笔者选取了侵犯著作权罪的一般刑事案例进行分析。具体如下：

³⁶[https://law.wkinfo.com.cn/case-visual/search-detail/all/none?r=49116&q=%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%22%81bodyExtend:\(\(%22%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%22\)\)&q=%E5%88%91%E4%BA%8B%22%81typeOfCase:%E5%88%91%E4%BA%8B](https://law.wkinfo.com.cn/case-visual/search-detail/all/none?r=49116&q=%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%22%81bodyExtend:((%22%E8%99%9A%E5%BC%80%E5%A2%9E%E5%80%BC%E7%A8%8E%E4%B8%93%E7%94%A8%E5%8F%91%E7%A5%A8%E7%BD%AA%22))&q=%E5%88%91%E4%BA%8B%22%81typeOfCase:%E5%88%91%E4%BA%8B), 访问于 2022 年 3 月 7 日。

³⁷深度链接是相对于普通链接而言的，普通链接只链接到他人网站的主页，需用户点击链接才能跳转到该主页，属于提供传输通道的技术服务。但深度链接则无需跳到他人网站主页，直接链接到被链网站内容，当用户点击链接时不会发生跳转，而是直接在设链网站进行浏览或下载。

³⁸陆川：《陆川：当前侵犯著作权犯罪特点及刑法保护趋势》，

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1683569665651739071&wfr=spider&for=pc>

2.1 上海“乐高”侵犯著作权罪案

2.1.1 基本案情

“Great Wall of China”拼装玩具等 47 个系列 663 款产品系乐高公司（LEGO A/S）创作的美术作品，乐高公司根据该作品制作、生产了系列拼装玩具并在市场销售。李某指使杜某等人购买新款乐高系列玩具，通过拆解研究、电脑建模、复制图纸、委托他人开制模具等方式，专门复制乐高公司前述拼装积木玩具产品，并冠以“乐拼”品牌通过线上、线下等方式销售。上海市公安局在被告人李某租赁的厂房内查获注塑模具 88 件、零配件 68 件、包装盒 289411 个、说明书 175141 件、销售出货单 5 万余张、复制乐高系列的“乐拼”玩具产品 603875 件。后经中国版权保护中心版权鉴定委员会鉴定，“乐拼”品牌玩具、图册与乐高公司的玩具、图册均基本相同，构成复制关系。

一、二审法院均认为，李某伙同他人以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行乐高公司享有著作权的美术作品，非法经营数额达 3.3 亿余元，杜某作为经销商之一，未经著作权人许可，发行乐高公司享有著作权的美术作品，非法经营数额达 621 万余元，情节均属特别严重，其行为均已构成侵犯著作权罪。法院依法判处主犯李某有期徒刑六年，罚金人民币九千万元，对八名从犯判处有期徒刑四年六个月至三年不等，并处相应罚金，充分体现了人民法院加强刑事保护，严厉打击和震慑侵犯知识产权刑事犯罪的司法导向。

2.1.2 案例分析

(1) “乐高公司被侵权拼装玩具是否属于美术作品”。根据《著作权法》的相关法律法规，“美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或立体的造型艺术作品”。拼装颗粒本身独创性比较低，难以构成作品，但乐拼仿制乐高玩具案是造型图、装配示意图与颗粒组件包一并提供，造型图不仅仅是在纸张上通过线条、色彩、阴影、比例和角度等要素处理成的具体图形，还有被描绘的动漫形象、人物形象、城市形象等等，造型图无论采取立体还是平面的形式，都可以构成美术作品。装配示意图为用户提供拼装指引，根据拼装指引制作立体玩具的行为就属于从平面到立体的复制，三者应作为一个整体，不应分割评判。本案中经拼装完成的立体模型共计 663 款，均为用积木块搭建而成，这些载体所承载的表达，由权利人乐高公司独立创作，具有一定的独创性及独特的审美意义，应当认定为受《著作权法》保护的美术作品。

根据我国《著作权法》第二条第二款规定，“外国人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护”。乐高集团公司是涉案美术作品的著作权人，其所属国为丹麦，丹麦是《伯尔尼公约》和《世界版权公约》成员国，中国于 1992 年加入了这两个公约。基于上述国际公约和中国法律规定，乐高集团公司的涉案美术作品受中国法律的保护。

(2) 如何判断涉案产品是否构成实质性相同？认定侵权产品是否构成对权利人作品的复制发行，核心在于确定侵权产品与权利人作品是否构成实质性相同。要求在符合著作权“独创性”的条件下，基于拼装玩具的整体表现形式予以综合考量。实践中有两种表现形式需要进行甄别，一是典型表现形式：外观无实质差异；涉案玩具的整体造型（并非拼装颗粒）是受《著作权法》保护的作品，平面

设计图只是作品的表现形式，涉案侵权产品与著作权人作品（立体造型与其包装盒上的图示）在外观上不存在显著差异，则构成实质性相同，属于复制行为。由于侵权者自身生产水平不稳定，或是为了节省新开模开支或节省使用新色粉的成本，侵权产品与权利人主张保护的产品之间存在外观上的细微差别，并不影响实质性相同的识别标准判断。二是特殊表现形式：复制积木套装产品中的部分人仔形象。乐高出了积木套装产品，而乐拼只出了其中的单个人仔的产品，即部分产品。立体人仔是整个积木套装作为美术作品中具有独创性的其中一部分，不同于外观设计侵权认定中的覆盖全部设计要点的原则，这种局部的表达也应当得到《著作权法》意义上的保护。本案中，权利人主张保护的大部分产品对应有相同或实质性相同的人物、物品和建筑形象为基础的动画、电影等艺术作品。权利人也提供了相应的授权证明。乐高产品有 15 种拼法，乐拼产品包装图仅复制其中 1 种，乐拼包装上、说明书上已经出现了乐高说明书 15 种拼法中的 1 种，无疑具有特定、明显的侵权故意。乐拼在装配手册中提供了将组件搭建成为涉案 15 种模型作品中任何一种模型的具体实施步骤，按照示意图无需发挥想象力，搭建形成的模型实物，可以认定为系权利产品的复制件。

（3）关于本案是否是单位犯罪的问题？根据《刑法》第 30 条的规定，单位犯罪是指以单位名义实施犯罪违法所得主要归属于单位的犯罪。本案中，李某决定使用复制或者复刻乐高玩具的方式，各个从犯分工负责实施。从生产和销售环节看，乐拼玩具以已经注销的帝豪玩具厂名义生产经营，行为人明显借用单位名义从事生产经营行为。从资金去向来看，生产销售乐拼玩具的收支均通过案外人个人账户进出，违法所得并未归属相关单位，涉案人员领取的工资采用现金形式发放，故本案属于自然人借用单位名义实施，并不符合《刑法》规定的单位犯罪的构成要件。

2.1.3 典型意义

一是本案是一起有组织、有分工，被告人之间紧密合作、拆解研究、建模复制的有组织侵害著作权案件。在被告人李某的组织下，各被告人形成分工配合、紧密合作的共同犯罪关系，并有拆解研究、建模复制、注册设立玩具厂、租赁厂房仓库作为制假囤假的窝点，还有专门的申请注册商标、策划监督生产、组织包装、销售等，犯罪行为覆盖了设计、生产、销售等各环节，形成了有组织、系统化的犯罪链条和组织团伙。涉案人数众多、犯罪时间跨度大、犯罪数额庞大，且涉及的绝大部分侵权产品已经流入市场，不仅侵犯了权利人的著作权、给权利人的商业信誉和经济利益造成重大损失，还严重破坏了社会主义市场经济秩序，系犯罪情节特别严重，社会危害性极大。

二是本案具有重大社会影响，是近年来查获的一起典型的侵犯国际知名品牌商品知识产权的案件，涉案金额特别巨大。在实际量刑中，综合考量案件的社会危害性、各被告人在共同犯罪中所起的作用以及自首等情节，9 名被告人中有 7 人被判处实刑，2 人判处缓刑，充分体现了我国保护知识产权的立场和力度，营造法治化、国际化的营商环境。

2.2 典型案例—吴某深度链接侵犯著作权案

2.2.1 基本案情

吴某是某科技公司技术总监。2018 年 2 月起，吴某以营利为目的，先后注

册 www.onlytvb.com 等多个视频网站，在未经著作权人香港电视广播有限公司许可的情况下，在盗版视频网站内搜索该公司电视剧视频链接，采取解析播放等技术手段非法获取视频真实播放地址后，嵌入其租借的云服务器数据库内，通过 www.onlytvb.com 等视频网站向用户免费提供在线播放。为了实现营利目的，吴某还在其经营的上述视频网站页面提供广告服务，通过个人账户收取广告费用。

2019 年 2 月，吴某被公安人员抓获，到案后他如实供述了上述犯罪事实。相关证据显示，截至案发时，www.onlytvb.com 等视频网站内可供播放的盗版电视剧达 685 部，点击播放 4700 万余次，吴某已获取广告收益共计 30 万余元。

法院判决：被告人吴某以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其影视作品，非法经营数额达 30 万余元，属于我国刑法规定的“具有其他特别严重情节”，其行为已构成侵犯著作权罪。法院依法判处被告人吴某有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币 30 万元，禁止其在缓刑考验期间从事视频网站经营。

2.2.2 案例分析

对于深度链接等通过网络传播他人作品的行为是否构成侵犯著作权罪，以及如何进行法律规制等并无明确规定，业界也存在较大争议。针对通过网络实施侵犯知识产权的行为，相关司法解释规定了两种入罪路径：一是明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供互联网接入、网络存储空间、代收费、费用结算等服务的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。二是通过信息网络向公众传播他人作品的行为，应当视为刑法规定的复制发行，情节严重的，构成侵犯著作权罪。因此对于情节严重的深度链接行为，且网络服务提供商明知他人上传的作品是侵权，且对深度链接服务提供者应按侵犯著作权罪的正犯处罚。

深度链接行为是帮助型的间接信息网络传播行为，属于间接侵犯信息网络传播权，可上升为侵犯著作权等犯罪行为，该行为符合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十一条的规定，即通过信息网络向公众传播他人作品的行为，应当视为刑法规定的复制发行，情节严重的，构成侵犯著作权罪。

首先，深度链接行为比普通网络用户上传行为更具社会危害性。一方面，深度链接行为可以将大量分散的侵权作品积聚在同一个网站上，具有社会危害性的叠加、聚拢和倍增效应。实践中，大多数网络用户是分散的个体，就单个的网络用户而言，其实施直接上传作品行为的社会危害性，大都无法达到侵犯著作权犯罪的程度。但借助网络服务提供商提供的平台，大量的知识产权侵权行为将产生规模效应。本案中，截至案发时，www.onlytvb.com 等视频网站内可供播放的盗版电视剧达 685 部，点击播放 4700 万余次，吴某已获取广告收益共计 30 万余元。其危害行为远远大于普通民众的上传或下载行为，侵害著作权的规模性已经达到情节严重的程度。吴某在本案中并不是处于从属于网络用户的地位，而是处于信息网络传播的核心，发挥着主导作用，网络服务提供商不作为的社会危害性也随之增强。

其次，深度链接行为与直接上传侵权作品的做法在刑法评价意义上具有等价性。网络服务提供商虽然没有直接实施作品上传行为，但其完全具备侵犯著作权罪的实行行为的特征，一是网络服务提供商对网络用户上传的侵权作品具有支配性。在网络用户不自行删除的情况下，网络上的侵权作品完全处于网络服务提供商

商的支配之下。第二，网络服务提供商进行深度链接的动机都是为了利用用户上传的侵权作品为其自身服务，其主观故意表现在明知自己利用他人侵权作品会扩大危害社会的结果，而希望或放任该危害结果的发生或扩大。第三，网络服务提供商的服务提供行为与危害后果之间具有因果关系。在明知存在侵权作品的情况下，网络服务提供商却积极通过链接的方式扩大了侵权作品传播的范围，这种行为与危害结果的扩大之间即具有因果关系。本案中，吴某在盗版视频网站内搜索该公司电视剧视频链接，采取解析播放等技术手段非法获取视频真实播放地址后，嵌入其租借的云服务器数据库内，后将盗版视频免费向用户开放，并在通过页面上投放广告谋取个人利益。吴某的行为本质是利用了用户上传的侵权作品，用于谋取个人利益。其主观上对于侵犯著作权人的后果持放任态度，故吴某的行为可以认定为侵犯著作权罪。

2.2.3 典型意义

网络链接技术的发展使得越来越多的文化产品被人们传播与共享，尤其是深度链接技术，免去了用户在不同网页之间跳转的麻烦，直达具体的目标，为人们获取作品带来了极大的便利。但在链接技术日新月异的同时，传统的著作权制度也受到了极大的挑战，著作权人、用户、设链网站之间的利益冲突不断，引起了很多版权方面的侵权纠纷。近年来，深度链接为用户提供便捷服务的同时，由它引起的侵权争议也引发社会关注。特别是近几年各地区法院在司法审判中对于深度链接著作权侵权问题出现了不同认定标准，使得深度链接著作权侵权认定问题一度成为知识产权领域中被热议与争论的话题。本案中，吴某明知从盗版网站上获取的电视剧没有权利人授权，却通过深度链接方式获取片源并在自己网站上对外播放，侵犯了权利人的信息网络传播权。一直以来，司法实践中对于深度链接引起的著作权侵权行为以民事处罚为主。本案吴某明知是侵权作品，且非法经营数额高达30万余元，属于法律规定的“具有其他特别严重情节”，已经符合侵犯著作权罪的入刑条件，运用刑事手段处理，更加有利于保护知识产权。本案对全社会都有警示意义，希望能够引起公众警觉，促使有类似行为的人员立即停止违法行为。

近年来，知识产权的保护越来越成为国家和社会重视的问题，也成为不少企业的重要资产甚至是核心资产，面临的著作权保护和风险防范问题成为法律工作的重中之重。新《著作权法》实施后对企业著作权合规管理影响中，企业法务部门需要重视著作权登记、商务合同的审查、法律风险防范管理，规避企业在著作权保护中的风险。企业在日常经营过程中，无论是编辑公司报道、制作宣传视频、海报，提供企业服务，还是办公软件的使用、产品的生产包装等等，都会越来越多地涉及到作品的利用和著作权保护问题。

3. 侵犯著作权罪刑事合规风险防范建议

知识产权保护对于社会科技创新具有积极推动作用，而著作权又是知识产权保护内容的重中之重，对侵犯知识产权刑事犯罪的打击是知识产权保护的最后防线，企业一旦存在侵犯著作权的刑事风险，不仅会引发单位的刑事责任，单位的主管人员及直接责任人员也有可能受到刑事追究，企业更是面临致命性风险。随着互联网技术的不断发展，侵犯著作权也成为企业经营风险之一。因此构建企业

著作权刑事合规体系对于知识产权保护、企业稳健发展和社会进步具有积极的现实意义和价值。

第一，高度树立著作权保护意识。随着国家不断加大对知识产权的保护力度，相关的法律法规更加完善，企业也将为侵犯著作权的行为支付高额的侵权成本。因此，企业应该提高自己的版权意识，对于侵犯著作权的行为应该持抵制、打击的态度，彻底转变对侵犯著作权行为的高容忍度现状。

第二，认真做好知识产权法律法规的学习和培训工作。特别是随着互联网技术的快速发展，尤其注意防止因互联网引发的侵犯著作权纠纷，例如随意转载他人的作品、以营利为目的使用他人的音乐作品、他人的照片以及侵犯软件著作权等行为，情节严重、性质恶劣的，会引发企业及相关人员的刑事责任风险。因此，企业在做好员工知识产权法律知识培训的前提下，应做到保护著作权“有所为”和侵犯著作权“有所不为”。

第三，企业内部应建立侵犯著作权合规风险评估机制，根据企业著作权的权利享有情况及过往接受处罚情况等列出风险清单，确定风险点，逐项制定详细的核查和追责合规体系，并进一步确定企业刑事风险化解预案。

第四，建立企业著作权合规章程及政策。按照企业发展运营情况，制定专门的防范侵犯著作权的合规章程，写明对著作权的开发、使用、保护的观念、原则、管理、惩处的基本制度以及详细的运作政策体系，并确定内部监管、自我核查的具体周期。

第五，建立著作权专项合规组织体系。确定知识产权合规管理负责人、执行人、监管委员会成员、具体事务管理部门及成员，同时在企业各个部门，以及分公司、子公司等分支机构内部设立知识产权合规专员等，并配合设立内部调查部门，对企业自身及合作伙伴或竞争对手进行知识产权侵权行为的合规尽职调查。

七、侵犯商业秘密罪

1. 简述

商业秘密作为企业重要的财产性权利之一，蕴含着企业成长壮大的关键信息，也是企业谋求未来长远发展的重要依托。从企业经营层面看，商业秘密是企业通过长期研发投入和市场积累所形成的具有知识产权属性的竞争要素，是企业知识产权组成中的核心竞争力。对作为市场主体的企业而言，商业秘密也是企业参与市场竞争的重要手段，是战胜同行业竞争对手的秘密武器，商业秘密一旦被泄露或被他人盗用，难免会给企业造成重大损失。因此，商业秘密的刑事保护也一直是企业关注的热点。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视创新，把加强知识产权保护工作摆在更加突出的位置，制定了一系列重大决策部署，努力打造市场化、法治化、国际化营商环境。2019年4月，习近平主席在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式的主旨演讲中，强调“完善商业秘密保护，依法严厉打击知识产权侵权行为”。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中，进一步强调要加强商业秘密保护。2020年5月28日颁布的《民法典》第123条规定，

商业秘密是知识产权的保护客体之一，权利人对商业秘密享有“专有的权利”。针对侵犯商业秘密行为，我国刑法和反不正当竞争法也予以规制。

2020年9月14日，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》施行。解释第三条规定，采取非法复制、未经授权或者超越授权使用计算机信息系统等方式窃取商业秘密的，应当认定为刑法第二百一十九条第一款第一项规定的“盗窃”。司法解释还明确了不同情形下“重大损失”的计算方式，将侵犯商业秘密罪的重大损失标准由五十万元修改为三十万元，大幅度降低了侵犯商业秘密行为的入罪门槛，从刑事司法角度加大了对侵犯商业秘密犯罪行为的打击力度。

2021年3月1日起施行的《刑法》修正案（十一）第二百一十九条规定，有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

《刑法修正案（十一）》对原侵犯商业秘密罪第二百一十九条的修改有五处值得企业注意：第一，修正案对侵害商业秘密罪入罪门槛，由“给商业秘密的权利人造成重大损失”调整为“情节严重的”。跳档量刑标准由“造成特别严重后果”调整为“情节特别严重的”。现行刑法规定的侵犯知识产权犯罪的七个罪名中，除侵犯商业秘密罪规定给商业秘密权利人造成“重大损失”外，其余犯罪规定是（1）情节严重（假冒注册商标罪、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪和假冒专利罪）；（2）数额较大（销售假冒注册商标的商品罪和销售侵权复制品罪）；（3）违法所得数额较大或者有其他严重情节的（侵犯著作权罪）。此次刑法修正案调整后，七个罪名的入罪标准统一适用“情节严重”和“数额较大”。第二，将侵犯商业秘密罪法定最高刑从七年以下有期徒刑调整为十年以下有期徒刑。现行刑法除销售侵权复制品罪和假冒专利罪外，其余四种侵犯知识产权犯罪与侵犯商业秘密罪一样，都规定了两个法定刑幅度，最高刑都是七年。第三，对其他不正当手段的修改，增加了欺诈和电子侵入两种手段的列举式规定。将违反约定修改为违反保密义务可能涉嫌犯罪的行为。第四，对商业秘密的内涵外延进行修改，均直接采用了反不正当竞争法和中美知识产权保护协议的相关规定，体现了刑法与前置法内容的一致。明确商业秘密是指“不为公众所知悉，具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息等商业信息”。第五，增加刑法第219条之一商业间谍犯罪：“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”

这些强化法律保护的趋势，对商业秘密企业刑事合规制度建设提出了更高的要求，企业不仅需要进一步强化商业秘密法律保护意识，也要树立侵犯商业秘密入刑的刑事合规意识，避免企业经营中侵犯其他企业商业秘密的刑事犯罪风险。

1.1 侵犯商业秘密罪的构成要件

根据我国刑法规定，侵犯商业秘密罪是指以盗窃、利诱、胁迫、披露、擅自使用等不正当手段，侵犯他人商业秘密，给商业秘密权利人造成重大损失的行为。依据《刑法》相关规定，侵犯商业秘密罪的构成要件如下：

(1) 主体要件。侵犯商业秘密罪的犯罪主体是一般主体，既可以是自然人，也可以是公司、企业等单位。我国《刑法》第二百二十条规定，单位犯本节第二百一十三条至第二百一十九条之一规定之罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。在实务中，触犯该罪的多为企业的中高级管理人员、进行技术研发的核心骨干或者是因合作关系而知悉企业商业秘密的交易第三方。

(2) 主观方面。企业或者个人侵犯商业秘密罪的主观过错为故意，过失不构成侵犯商业秘密罪。至于行为人的具体犯罪动机是什么，并不影响侵犯商业秘密罪的成立。在司法实践中，员工通常是为了私利出卖企业的商业秘密，或者利用掌握的商业秘密自己经营同类企业从而获利。而竞争对手为了达到不正当的竞争目的，常常会以高薪聘请竞品公司的核心骨干人员，或以其他方式利诱知情人员泄露企业商业秘密。

(3) 客体要件。侵犯商业秘密罪的客体，是受国家保护的商业秘密管理制度和正常有序的社会主义市场经济秩序。刑法打击侵犯商业秘密犯罪，主要是为了保护权利人对商业秘密享有的合法权益，以及受国家保护的商业秘密管理制度和正常有序的社会主义市场经济秩序。

(4) 客观方面。侵犯商业秘密罪的客观方面主要包括行为对象、行为方式以及行为结果三方面。

(a) 行为对象。侵犯商业秘密罪的行为对象是商业秘密，商业秘密是企业的无形资产，能使企业在激烈的竞争环境中取得竞争优势，商业秘密一旦泄密，将给企业带来不可估量的损失。关于商业秘密的含义，《刑法》第二百一十九条第三款规定，商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。而《反不正当竞争法》第九条第四款规定，商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。虽然不同法律法规中对商业秘密的含义规定并不是完全一致，但是本质内涵其实是一样的，即商业秘密具有秘密性、价值性和保密性三个特征。第一，秘密性。商业秘密必须是不为公众所知悉，仅限一定范围内的人知悉的事项，一般不能从公开渠道直接获取该信息。第二，价值性。商业秘密具有确定的可应用性，即其具有现实、直接的使用价值，能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势。第三，保密性。权利人采取了相应的保密措施，包括但不限于签订保密协议、制定保密制度、标示机密文件等。实际中，商业秘密主要包括技术信息和经营信息两类。最高人民法院《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》中对该两类信息进行了详细解释，技术信息是指与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息，而与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息则属于经营信息。

(b) 行为方式。侵犯商业秘密主要包括三种法定的行为方式：其一是以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人商业秘密的行为。盗窃，一般是指通过窃取商业秘密的载体而获取商业秘密；利诱，是指以金钱、物品或者其他利益为诱饵，使知悉商业秘密内容的人提供商业秘密；胁迫，是指对知悉商业秘密的人进行恐吓、威胁，迫使他人提供商业秘密。其二，是非法披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人商业秘密的行为。这是上述第一种手段的延续。披露，是指将其非法获得的商业秘密告知他人或者公布于众；使用或者允许他人使用，是指将非法获取的商业秘密自己或者允许他人用于生产经营。其三是违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的行为。这指的是合法知悉商业秘密的人实施了侵犯商业秘密的行为。合法知悉人主要包括公司、企业内部的工作人员，曾在公司、企业内工作的调离人员、离退休人员以及与权利人订有保密协议的人员。第三人明知或者应知上述三种违法行为，仍获取、使用或者披露他人商业秘密的行为，同样被视为是侵犯商业秘密的行为。

(c) 行为结果。成立侵犯商业秘密罪，要求侵犯商业秘密行为给权利人造成了重大损失以上的结果。实践中，如果行为人只是单纯获取商业秘密，既没有披露、使用，也没有允许他人使用，那么不会给权利人造成损失，也不构成侵犯商业秘密罪。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》将侵犯商业秘密的重大损失数额标准由五十万元降低至三十万元。除此之外，直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的，或造成商业秘密权利人其他重大损失的，也可构成本罪，在第一档法定刑幅度内判处刑罚，即处三年以下有期徒刑或拘役。如果给商业秘密的权利人造成损失数额在二百五十万元以上，则属于“造成特别严重后果”，应适用升格法定刑，处三年以上七年以下有期徒刑。

需要注意的是，针对侵犯商业秘密行为，我国刑法和反不正当竞争法等均进行了规制。侵犯商业秘密的行为，如果没有给权利人造成重大损失，虽然没有达到刑法入罪标准，不构成刑事犯罪，但是可能属于行政处罚的范畴。若符合《反不正当竞争法》第九条[6]规定的侵犯商业秘密违法行为，则应当依照《反不正当竞争法》第二十一条的规定，由监督检查部门责令侵权人停止违法行为，没收违法所得，处十万元以上一百万元以下罚款；情节严重的，处五十万元以上五百万元以下罚款。

1.2 侵犯商业秘密罪的实务现状及特点

与国外刑法相比较，我国刑法对商业秘密犯罪的处罚力度并不轻，可严重的商业秘密侵权现象仍时有发生。企业成功维护自身权利，追究侵犯商业秘密行为人刑事责任的案例并不是很多，原因在于《刑法》和之前相关司法解释，没有明确规定“重大损失”的认定范围以及符合商业秘密特征的损失计算方式。由于缺失统一的认定标准和基本计算方法，很多侵犯企业商业秘密事件无法明确判定是否构成刑事犯罪。检索中国裁判文书网显示，自 97《刑法》设立侵犯商业秘密罪以来，仅有 123 份一审判决，占知识产权犯罪一审判决总量的 0.46%，上海地区仅有 6 起生效一审判决。

实践中，企业法务和公司律师办理侵犯商业秘密罪案件需要注意下列问题。

(1) 管辖

侵犯商业秘密罪，就地域管辖而言，根据《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》及《公安机关办理刑事案件程序规定》，商业秘密刑事案件可由犯罪行为地、犯罪结果地和犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。《刑事诉讼法》第二十五条规定，刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。刑事诉讼法规定的“犯罪地”，包括犯罪的行为发生地和结果发生地。

具体到商业秘密案件中，犯罪行为地主要是指侵犯他人商业秘密行为的实施地，包括：（a）采用盗窃等不正当手段获取他人商业秘密和披露、使用采用以上手段获取的商业秘密的实施地；（b）共犯为他人犯罪行为提供原材料、机械设备等帮助条件的实施地；（c）通过网络传播、披露他人商业秘密的，上传资料的电脑终端所在地为实施地，终端所在地无法查明时，网络服务器所在地为实施地。犯罪结果地是指犯罪行为直接产生的结果的发生地。需要注意的是，不能认为权利人有权损失，就将其所在地视为犯罪结果地。侵犯商业秘密罪案件的地域管辖较为广泛。刑事控告人应当选择对自己有利的连接点向公安机关经侦部门报案。

就级别管辖而言，目前侵犯商业秘密罪案件的级别管辖各地尚无统一标准。例如，上海市范围内的商业秘密刑事案件由上海市辖区内各公安分局经侦支队管辖；深圳市公安局将办理侵犯商业秘密犯罪的刑事案件集中到市局经侦支队。基于商业秘密案件的复杂性与较低的刑事发案率，区县基层公安机关可能缺乏办理商业秘密案件的专业知识及办案经验，故建议向地区级公安机关报案。

（2）商业秘密鉴定

司法实践中，涉技术信息的商业秘密案件往往需要非公知性鉴定和同一性鉴定，且非公知鉴定意见是公安立案的必备、前置性条件，因此需要先行获取非公知性鉴定意见。侵犯商业秘密罪中的司法鉴定，应当严格遵循“前者须先于后者进行”的鉴定顺序，否则，有可能导致后续刑事追究的失败。（a）非公知性鉴定：对于行为对象是否为商业秘密，实践中通常的做法是委托有资质的知识产权司法鉴定机构进行商业秘密鉴定。（b）同一性比对鉴定：鉴定确定被告使用的技术和客户与权利人的技术信息和经营信息是否具有同一性，通过分析被告生产的产品与原告是否相同。

商业秘密案件中，权利人必须先行明确商业秘密的范围——即明确秘密点。合理确定秘密点是权利人寻求刑事救济的支撑点。所谓秘密点，既可能是单个信息或信息的某个点，也可能是多个信息的组合，还可能是一个整体中的某个组成部分。实践中，自述秘密点范围过小或过大，均可能导致控告方商业秘密信息与被控告方信息无法比对。通常来说，秘密点的确定应当注意三个方面：（a）秘密点必须明确、具体且有载体。控告人应当提供电子文档、合同、账册等文件并说明秘密点的具体构成。（b）秘密点应当符合商业秘密“秘密性、价值性和保密性”的三性要求，否则不应当确定为秘密点。如，已通过公开出版物、公开报告会、展览等方式公开的信息，因缺乏秘密性不能作为秘密点。（c）信息范围大小适当。所谓适当的范围，须比对侵权方的侵权信息合理确定。如控告人无法或暂未获知侵权信息，则只能凭已掌握的信息合理确定。

委托商业秘密司法鉴定时，要注意以下几点：第一，委托事项必须准确无误。须列出商业秘密的具体内容，不应笼统地要求鉴定机构对整体方案进行鉴

定。以设计图纸为例，须指出设计图纸中构成商业秘密的具体内容、环节、步骤。第二，应当委托国家认可的有鉴定资质的鉴定机构鉴定。第三，在公安审查鉴定意见过程中，提前准备关于鉴定结论的针对性说明意见，必要时可以申请鉴定机构作出相应的说明。

（3）立案条件/追诉标准

根据《最高人民法院、公安部关于印发《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》的通知》规定，侵犯商业秘密案（刑法第二百一十九条）侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）给商业秘密权利人造成损失数额在三十万元以上的；（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；（三）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；（四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。前款规定的造成损失数额或者违法所得数额，可以按照下列方式认定：（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定；（二）以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定；（三）违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；（四）明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求披露、使用、允许使用，仍获取、使用或者披露的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；（五）因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定；（六）因披露或者允许他人使用商业秘密而获得的财物或者其他财产性利益，应当认定为违法所得。前款第二项、第三项、第四项规定的权利人因被侵权造成销售利润的损失，可以根据权利人因被侵权造成销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定；销售量减少的总数无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定；权利人因被侵权造成销售量减少的总数和每件产品的合理利润均无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润确定。商业秘密系用于服务等其他经营活动的，损失数额可以根据权利人因被侵权而减少的合理利润确定。商业秘密的权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的补救费用，应当计入给商业秘密的权利人造成的损失。

（4）认定损失的证据收集

认定行为人因侵犯商业秘密的行为给权利人造成了重大损失，依法需要证明有30万元以上损失，且侵权行为与损失有因果关系的证据材料。现实中，侵犯商业秘密行为具有高度隐蔽性，在准备该部分材料时，可以考虑从以下方面入手：一是，在收集“非法获取行为”的材料时，着重收集服务器访问及下载记录、借阅图纸记录、硬盘数据、移动存储介质数据、电子邮件往来、手机短信和照片、聊天历史等材料。二是，在收集“披露行为”的材料时，基于披露与使用的牵连性，着重收集侵权人向他人传递的具体内容、时间、地点、方式、信息的载体等材料。三是，在收集“使用行为”的材料时，着重收集涉及侵权产品、生产操作记录、试验数据，报价记录、客户证言等材料。

关于权利人损失数额的确定：有多种计算方式，商业秘密的合理许可使用费；权利人销售利润的损失；研究开发成本、实施该项商业秘密的收益等。相关证据包括：研发、生产试制的经费材料、人员工资；产品价格；许可使用情况和合同等，证明研发、设计、生产的时间节点等。其中“因被侵权造成销售利润的损失”的材料，重点收集证明涉密产品的利润率、商业秘密对产品技术贡献率、涉密零件是否单独出售或者整体销售、侵权产品的销量、权利人以往的产品销量、市场同类产品的可替代性等方面的材料。

特殊情况下，可提供证明“直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的”相关材料。另一方面，可以参照“重大损失”的危害性的严重程度，从主体、主观方面、客体、客观方面综合考虑，准备报案材料，包括：一是，通过互联网泄露商业秘密进行扩散，彻底丧失秘密性，致使权利人的损失进一步扩大，丧失相关领域的领先性；二是，对因报复陷害，发泄私欲等原因，致使商业秘密损坏或者毁弃，难以取得的；三是，对将在履行职责过程中获得的商业秘密出售或者提供他人，利用职权指使或者强迫他人违反保密规定泄露商业秘密的，经济损失达到15万元以上的；四是，商业秘密被动泄露于境外或者自己准备在国外加以利用，造成或者可能造成危害社会稳定，严重影响国计民生、经济发展、国防安全，或者造成恶劣的国际国内影响。

(5) 如何认定入罪门槛“情节严重”？

何为“情节严重”？传统刑法理论在判断行为是否达到严重的社会危害性时，主要综合考量以下因素：(a) 行为的性质方法手段；(b) 行为是否造成严重后果或者是否可能造成严重危害后果；(c) 行为侵犯的是什么样的社会关系；(d) 行为人本身的情况；(e) 行为人主观方面的情况；(f) 情节是否严重恶劣；(g) 行为实施时的社会形势。综上，“情节严重”是一个综合考量的情节，是对主体、主观方面、客体、客观方面综合考量的情节，并非单纯的“唯数额论”“唯经济损失论”。

根据司法实践，侵犯商业秘密罪的情节严重情形可从以下五方面考量：

第一，从已有情节的同等严重程度认定情节严重。对“倒闭”含义，知产解释(三)在征求意见稿的背景介绍中说明：本条系落实中办、国办《关于强化知识产权保护的意见》关于“加大刑事打击力度，研究降低侵犯知识产权犯罪入罪标准”的要求，依据最高人民检察院、公安部2010年追诉标准的规定，增加了“违法所得数额”“破产”入罪情形。又考虑到司法实践中，经营困难的企业倒闭往往不通过破产程序，且破产程序耗时较长，影响侵犯商业秘密罪的查处，故将“倒闭”也增加为入罪情形。但实践中还存在“致使权利人丧失竞争优势，倒闭破产”同等严重程度的其他非物质性损害，如停产、清算、解散等，故应将停产、清算、解散等一并列入。

第二，从犯罪手段上认定情节严重。行为的方法手段，能够直观体现行为人的主观恶性。行为人实施侵犯商业秘密行为的次数、手段，行为人侵犯商业秘密的性质(创新程度高低)、持续时间、范围、后果、被告人的过错程度，是完全公开还是仍处于保密状态，泄露商业秘密的内容、方式均影响损害结果的大小。如通过口头传授的方式多是对特定的人，其泄露商业秘密的影响面相对较小；通过书籍、报刊等大众媒体披露商业秘密，影响面相对较广，而利用互联网等高科技手段泄露商业秘密，其危害程度更大。因为网络与传统媒体相比，具有传播速率快、传播范围广、传播门槛低等特点。而阻止网络泄密的力

度较低，且具延迟性。因此，对行为人通过互联网对商业秘密进行扩散，为公众所普遍知悉，使权利人彻底丧失秘密性，导致权利人丧失相关领域领先性的行为应予重点惩处。

第三，从犯罪动机上认定情节严重。犯罪动机是实施犯罪行为的内在冲动或内心起因，能反映行为人的主观恶性程度。司法实践中，侵犯商业秘密案件的案情往往错综复杂，各具特点。有的案件中，侵权行为侵害了商业秘密权利人的技术信息，有的则是经营信息；有的案件中，侵权行为人只是非法获取了权利人的商业秘密并没有进行后续的生产销售，有的则不仅获取了权利人的商业秘密而且生产、销售了大量的侵权产品；有的案件中，侵权行为人仅将非法获取的商业秘密自己使用，没有扩散给第三人，商业秘密的秘密性没有完全丧失；有的则将商业秘密大范围公开，致使其彻底丧失秘密性。更有甚者，因为各种原因，会对商业秘密损坏或者毁弃，致使难以重新取得的。笔者认为，对因报复陷害，发泄私怨，致使商业秘密损坏或者毁弃，难以重新取得的，应予以规制。

第四，从特殊的主体身份认定情节严重。侵犯商业秘密的主体既包括特殊主体，也包括一般主体。就特殊主体而言，包括两类：一类是基于约定负有保守商业秘密义务的单位或者自然人，如在生产经营过程中，与商业秘密的权利人订有保守商业秘密合同的单位或者自然人等；另一类是基于权利人要求负有保守其有关商业秘密责任的单位或者自然人，如经办涉及诉讼、非诉讼业务或者履行监督、管理职责的有关单位或者自然人等。一般主体是指具有刑事责任能力的任何单位或者自然人。针对特殊主体应降低入罪门槛。对将在履行职责过程中获得的商业秘密出售或者提供给他人，利用职权指使或者强迫他人违反保密规定泄露商业秘密的，致使经济损失达到30万元标准一半以上的，可视为情节严重。因为在实际发生的商业秘密案件中，多数都是内部人员作案或者参与作案，若不就此设置特殊标准，将难以惩治此类源头行为。

第五，从泄露对象造成的后果上认定情节严重。向特定的对象泄露商业秘密，在某些情况下会对国家的经济安全 and 经济利益造成更大的损害，对此情形应当认定为“情节严重”。如向国外商贸竞争对手泄露竞争产品的技术值，将导致国家经济利益巨大损失；如向敌对国家泄露商业秘密，使我国的经济、政治、军事、外交等方面的安全处于更加危险之中。需要说明的是，明知将在国外利用和主动为境外提供，是作为增加的条文（商业间谍）予以打击的。但对被动泄露于外国人或者境外或者自己准备在国外加以利用的，造成或者可能造成危害社会稳定、严重影响国计民生及经济发展、国防安全或者造成恶劣的国际国内影响，社会危害性同样严重，同样需要予以刑罚规制。

2. 典型案例—金义盈侵犯商业秘密案

2.1 基本案情

被告人金义盈，1981年生，案发前系温州菲涅尔光学仪器有限公司（以下简称菲涅尔公司）法定代表人、总经理。

温州明发光学科技有限公司（以下简称明发公司）成立于1993年，主要生产、销售放大镜、望远镜等光学塑料制品。明发公司自1997年开始研发超薄型平面放大镜生产技术，研发出菲涅尔放大镜（“菲涅尔放大镜”系一种超薄放大

镜产品的通用名称)批量生产的制作方法——耐高温抗磨专用胶板、不锈钢板、电铸镍模板三合一塑成制作方法和镍模制作方法。明发公司根据其特殊设计,将胶板、模板、液压机分别交给温州市光大橡塑制品公司、宁波市江东精杰模具加工厂、瑞安市永鑫液压机厂生产。随着生产技术的研发推进,明发公司不断调整胶板、模板、液压机的规格和功能,不断变更对供应商的要求,经过长期合作,三家供应商能够提供匹配的产品及设备。

被告人金义盈于2005年应聘到明发公司工作,双方签订劳动合同,最后一次合同约定工作期限为2009年7月16日至2011年7月16日。其间,金义盈先后担任业务员、销售部经理、副总经理,对菲涅尔超薄放大镜制作方法有一定了解,并掌握设备供销渠道、客户名单等信息。金义盈与明发公司签订有保密协议,其承担保密义务的信息包括:(1)技术信息,包括产品设计、产品图纸、生产模具、生产制造工艺、制造技术、技术数据、专利技术、科研成果等;(2)经营信息,包括商品产、供、销渠道,客户名单,买卖意向,成交或商谈的价格,商品性能、质量、数量、交货日期等。并约定劳动合同期限内、终止劳动合同后两年内及上述保密内容未被公众知悉期内,不得向第三方公开上述保密内容。

2011年初,金义盈从明发公司离职,当年3月24日以其姐夫应某甲、应某乙的名义成立菲涅尔公司,该公司2011年度浙江省地方税(费)纳税综合申报表载明金义盈为财务负责人。菲涅尔公司成立后随即向上述三家供应商购买与明发公司相同的胶板、模具和液压机等材料、设备,使用与明发公司相同的工艺生产同一种放大镜进入市场销售,造成明发公司经济损失人民币122万余元。

2018年1月23日,浙江省温州市公安局以金义盈涉嫌侵犯商业秘密罪移送温州市人民检察院(以下简称温州市检察院)审查起诉。1月25日,温州市检察院将本案交由瑞安市人民检察院(以下简称瑞安市检察院)办理。被告人未作有罪供述,为进一步夯实证据基础,检察机关退回公安机关就以下事项补充侦查:金义盈是否系菲涅尔公司实际经营者,该公司生产技术的取得途径,明发公司向金义盈支付保密费情况以及金义盈到案经过等事实。8月16日,瑞安市检察院以被告人金义盈构成侵犯商业秘密罪向浙江省瑞安市人民法院(瑞安市法院)提起公诉。

庭审过程中,检察机关申请两名鉴定人员出庭,辩护人申请有专门知识的人出庭,就《司法鉴定意见书》质证。

被告人金义盈及辩护人提出以下辩护意见:1.鉴定人检索策略错误、未进行技术特征比对、鉴定材料厚度未能全覆盖鉴定结论,故现有证据不足以证明明发公司掌握的菲涅尔超薄放大镜生产工艺属于“不为公众所知悉”的技术信息。2.涉案三家供应商信息属于通过公开途径可以获取的信息,不属于商业秘密。3.菲涅尔公司系通过正常渠道获知相关信息,其使用的生产工艺系公司股东应某甲通过向其他厂家学习、询问而得知,金义盈没有使用涉案技术、经营信息的行为及故意,并提供了8份文献证明涉案技术信息已公开。4.保密协议仅对保密内容作了原则性规定,不具有可操作性,保密协议约定了保密津贴,但明发公司未按约向被告人金义盈发放保密津贴。

公诉人答辩如下:第一,涉案工艺具备非公知性。上海市科技咨询服务中心知识产权司法鉴定所鉴定人通过对现有专利、国内外文献以及明发公司对外

宣传材料等内容进行检索、鉴定后认为，明发公司菲涅尔超薄放大镜的特殊制作工艺不能从公开渠道获取，属于“不为公众所知悉”的技术信息。该《司法鉴定意见书》系侦查机关委托具备知识产权司法鉴定资质的机构作出的，鉴定程序合法，意见明确，具有证据证明力。涉案菲涅尔超薄放大镜的制作工艺集成了多种技术，不是仅涉及产品尺寸、结构、材料、部件的简单组合，无法通过公开的产品进行直观或简单的测绘、拆卸或投入少量劳动、技术、资金便能直接轻易获得，相反，须经本领域专业技术人员进行长期研究、反复试验方能实现。故该辩护意见不能对鉴定意见形成合理怀疑。第二，涉案供应商信息属于商业秘密。供应商、明发公司员工证言等证据证实，三家供应商提供的胶板、模具、液压机产品和设备均系明发公司技术研发过程中通过密切合作，对规格、功能逐步调整最终符合批量生产要求后固定下来的，故相关供应商供货能力的信息为明发公司独有的经营信息，具有秘密性。明发公司会计凭证、增值税专用发票以及供应商、明发公司员工证言证实，涉案加工设备、原材料供应商均系明发公司花费大量人力、时间和资金，根据明发公司生产工艺的特定要求，对所供产品及设备的规格、功能进行逐步调试、改装后选定，能够给明发公司带来成本优势，具有价值性。明发公司与员工签订的《保密协议》中明确约定了保密事项，应当认定明发公司对该供应商信息采取了合理的保护措施，具有秘密性。第三，金义盈在明发公司任职期间接触并掌握明发公司的商业秘密。明发公司员工证言等证据证实，金义盈作为公司分管销售的副总经理，因工作需要熟悉菲涅尔超薄放大镜生产工艺、生产过程、加工流程等技术信息，知悉生产所需的特定设备和原材料的采购信息及销售信息。第四，金义盈使用了明发公司的商业秘密。明发公司的菲涅尔超薄放大镜制作工艺涉及多种技术，加工时的温度、压力、保压时间等工艺参数均有特定化的要求。根据鉴定意见和专家意见，金义盈使用的超薄放大镜生产工艺与明发公司菲涅尔超薄放大镜生产工艺在相关的技术秘点比对上均实质相同，能够认定金义盈使用了商业秘密。第五，现有证据足以排除金义盈通过其他合法渠道获取或自行研发超薄放大镜生产工艺的可能。经对菲涅尔公司账册及企业营收情况进行审计，证实该公司无任何研发资金投入，公司相关人员均无超薄放大镜等同类产品经营、技术研发背景，不具有自行研发的能力和行为。金义盈辩称其技术系由其姐夫应某甲从放大镜设备厂家蔡某处习得，但经调查蔡某并未向其传授过放大镜生产技术，且蔡某本人亦不了解该技术。第六，保密协议约定明确，被告人金义盈应当知晓其对涉案技术信息和经营信息负有保密义务。证人证言、权利人陈述以及保密协议中保密津贴与月工资同时发放的约定，能够证实明发公司支付了保密费。合议庭对公诉意见予以采纳。

2019年9月6日，温州市法院以侵犯商业秘密罪判处被告人金义盈有期徒刑一年六个月，并处罚金70万元。宣判后，被告人提出上诉，温州市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

2.2 案例分析

(1) 律师办理侵犯商业秘密犯罪案件，首先要准确把握商业秘密的界定

商业秘密作为企业的核心竞争力，凝聚了企业和社会活动中创造的智力成果，关系到企业生存与发展。依法保护商业秘密是国家知识产权战略的重要组成部分。律师办理侵犯商业秘密犯罪案件，依法保护刑事被告人诉讼权益，对

保护企业合法权益，营造良好营商环境，推进科技强国均有十分重要的意义。商业秘密是否成立，是认定是否构成侵犯商业秘密罪的前提条件。

为依法保护刑事被告人诉讼权益，律师办理侵犯商业秘密犯罪案件，应着重审查以下方面事实：第一，涉案信息是否不为公众所知悉。注意审查涉案商业秘密是否不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，是否属于《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第四条规定的已为公众所知悉的情形。第二，涉案信息是否具有商业价值。注意审查证明商业秘密形成过程中权利人投入研发成本、支付商业秘密许可费、转让费的证据；审查反映权利人实施该商业秘密获取的收益、利润、市场占有率等会计账簿、财务分析报告及其他体现商业秘密市场价值的证据。第三，权利人是否采取了相应的保密措施。注意审查权利人是否采取了《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条规定的保密措施，并注意审查该保密措施与商业秘密的商业价值、重要程度是否相适应、是否得到实际执行。

(2) 律师办理侵犯商业秘密犯罪案件，要善于运用证据规则，证明被告人合法取得技术秘密或经营信息，依法辩驳犯罪指控

由于商业秘密的非公开性和犯罪手段的隐蔽性，认定被告人是否实施了侵犯商业秘密的行为往往面临证明困境。在被告人不作有罪供述时，公安机关、检察机关为查明犯罪事实，可能引导从被告人使用的信息与权利人的商业秘密是否实质上相同、是否具有知悉和掌握权利人商业秘密的条件、有无取得和使用商业秘密的合法来源，全面客观收集证据。

为依法保护刑事被告人诉讼权益，律师办理侵犯商业秘密犯罪案件过程中，要善于运用证据规则，证明被告人合法取得商业秘密，依法辩驳犯罪指控。特别是要着重审查被告人是否存在合法取得商业秘密的情形，应注意围绕辩方提出的商业秘密系经许可、承继、自行研发、受让、反向工程等合法方式获得的辩解，收集被告人会计账目、支出凭证等能够证明是否有研发费用、资金投入、研发人员工资等研发成本支出的证据；收集被告人所在单位研发人员名单、研发资质能力、实施研发行为、研发过程的证据；收集有关商业秘密的转让合同、许可合同、支付转让费、许可费的证据；收集被告人是否通过公开渠道取得产品并实施反向工程对产品进行拆卸、测绘、分析的证据，以及被告人因传承、承继商业秘密的书证等证据。

通过上述证据之间的相互印证，律师要善于针对公安机关、检察机关提出的侵犯商业秘密犯罪指控，依法运用证据规则，证明被告人合法取得商业秘密，证明被告人获取、使用商业信息或技术秘密来源合法、目的合法、手段合法、结果合法，证实被告人/被告企业没有实施侵犯商业秘密行为，依法辩驳犯罪指控。

(3) 律师办理侵犯商业秘密犯罪案件，应注重对商业秘密鉴定意见的审查，必要时引入有专门知识的人参与案件办理

企业侵犯商业秘密犯罪案件，由于商业秘密的认定，以及是否构成对商业秘密的侵犯，往往具有较强专业性，公安机关、检察机关或人民法院可能委托鉴定机构出具专门的鉴定意见。律师办理侵犯商业秘密犯罪案件，应注重对上述商业秘密鉴定意见的审查，必要时引入有专门知识的技术专家协助参与案件

办理，对公安机关、检察机关办案过程中委托得到的商业秘密鉴定意见予以全面细致审查。

律师办理侵犯商业秘密犯罪案件，对鉴定意见的审查应注意围绕以下方面：一是审查鉴定主体的合法性，包括鉴定机构、鉴定人员是否具有鉴定资质，委托鉴定事项是否符合鉴定机构的业务范围，鉴定人员是否存在应予回避等情形；二是审查鉴定材料的客观性，包括鉴定材料是否真实、完整、充分，取得方式是否合法，是否与原始材料一致等；三是审查鉴定方法的科学性，包括鉴定方法是否符合国家标准、行业标准，方法和标准的选用是否符合相关规定。同时，要注意审查鉴定意见与其他在案证据能否相互印证，证据之间的矛盾能否得到合理解释。必要时，律师可以与被告人或被告企业协商，委托聘请有专门知识的技术专家提供专家意见，对鉴定意见的科学依据以及合理性、客观性发表意见，通过对技术性问题的充分质证，准确认定案件事实，证明涉案经营信息或技术秘密不构成商业秘密，或者证明涉案经营信息或技术秘密不具有同一性，或者证明被告人获取、使用商业信息或技术秘密来源合法，不侵犯其他企业商业秘密；证实被告人/被告企业没有实施侵犯商业秘密行为，依法辩驳犯罪指控，依法保护被告人/被告企业权益，保障民营企业和合法经营者免受侵犯商业秘密刑事指控。

2.3 典型意义

本案入选最高人民检察院第二十六批指导性案例，展现了商业秘密刑事保护的全貌，涉及技术信息、经营信息，技术信息是否不为公众所知悉的鉴定，被诉技术方案与涉案技术信息的比对，对重大损失评估审计报告的分析判断等多个难点问题，是商业秘密刑事保护的典型案例，具有较强的示范意义。

本案被告人及其辩护人均作无罪辩护，法院在审理过程中依法对商业秘密具体秘点的秘密性、保密性、价值性的认定以及被害人重大损失的认定方面，严格按照刑事证据证明标准，对被告人及辩护人的辩护意见一一予以回应，切实保障了被告人的诉讼权利。刑辩律师或者企业法务在办理侵犯商业秘密犯罪案件过程中，为依法保护刑事被告人诉讼权益，要善于运用证据规则，充分收集相关证据财力，证明涉案经营信息或技术秘密不构成商业秘密，或者证明涉案经营信息或技术秘密不具有同一性，或者证明被告人获取、使用商业信息或技术秘密来源合法，不侵犯其他企业商业秘密；证实被告人/被告企业没有实施侵犯商业秘密行为，依法辩驳犯罪指控。

商业秘密的保护与专利权、商标权的保护相比，不仅对司法机关，对律师或企业法务而言都具较高难度，其中难点在于涉案技术秘密或者经营信息是否构成商业秘密的认定问题。

保护商业秘密的前提是认定请求保护的技术信息或者经营信息属于商业秘密，即具有秘密性、保密性、价值性这三个本质特征。

对于技术信息的秘密性可以进行鉴定，法院应对司法鉴定程序和结论进行审查后作出采纳与否的决定，并可以通知鉴定人出庭作证；法院还应认真比对被告人及其辩护人提交的相反证据，以排除所涉技术信息为“公众所知悉”。经营信息的秘密性一般应由法院根据信息本身特点加以认定，对于由多种公知信息组成的采购信息，若其组合和具体采购规格参数不属于为公众所知悉的信息，仍应当认定为具有秘密性。

保密性可以通过审查权利人是否具有将涉案信息作为保密对象的主观意图和客观努力来确定。对于曾经存有雇佣关系的当事人，保密义务不以雇主未支付保密费用而得以免除。请求保护的技术信息和经营信息若能够为权利人带来现实的经济利益或者潜在的竞争优势，就可以认定为具有商业价值性。

刑辩律师或企业法务在办理侵犯商业秘密犯罪案件时，如果被告人作无罪辩解的，首先要准确把握商业秘密的界定，要善于运用证据规则，证明被告人合法取得技术秘密或经营信息，既要注意审查商业秘密的成立及侵犯商业秘密的证据，必要时可聘请或指派有专门知识的人辅助办案，严格按照刑事证据证明标准，对公安机关、检察机关的刑事指控及时依法予以有理有据的回应，依法保护被告人/被告企业权益，保障民营企业和合法经营者免遭侵犯商业秘密犯罪刑事风险。

3. 侵犯商业秘密犯罪刑事合规风险防范建议

近年来，中国企业在海外经营过程中，频繁因侵犯知识产权、窃取商业秘密受到其他国家政府的制裁。在当前的经济环境下，商业秘密保护是企业保持核心竞争力的关键，也是企业利益维护的重心，所以企业更应当注重对侵犯商业秘密刑事风险的事前预防，将商业秘密法律保护纳入企业刑事合规体系建设和机制完善之中。

从企业刑事合规管理角度来看，实务中企业侵犯商业秘密犯罪刑事风险，强化商业秘密法律保护意思，避免企业自身或企业员工因涉嫌侵犯其他企业商业秘密被刑事控告。从流程管理维度分析，企业侵犯商业秘密刑事风险合规，可以依托专业律师合规团队，建立标准化的刑事合规操作流程，结合企业业务实际，建立符合企业自身特点的 SOP 风险管控工作流程。

3.1 侵犯商业秘密犯罪法律风险识别

企业要防范侵犯商业秘密刑事风险，首先需要了解和熟悉与商业秘密有关的法律法规。与商业秘密相关的法律法规包括两部分，一部分是适用于全部商业秘密的综合法律法规，如《刑法》对于侵犯商业秘密罪的构成要件及量刑规定、《反不正当竞争法》对于侵犯商业秘密行为方式的具体规定，以及相应司法解释对于商业秘密范畴、合理保密措施含义、立案标准、法定刑升格条件和数额计算方式等进一步的具体规定。另一部分是针对某些特定商业秘密制定的法律法规，如对于受每一个用户授权委托予以管理保护个人信息的企业而言，个人信息就属于企业的商业秘密，故该企业还应熟悉了解与个人信息内容有关的法律法规，包括《电信和互联网用户个人信息保护规定》、《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》、《关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》等等。再如对于委托开发或合作开发的商业秘密，需要了解《民法典》、《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》等法律法规中对于该商业秘密所有权、使用权等方面的规定。只有在全面了解与自身商业秘密有关的法律法规前提下，企业才能从各个角度入手全方位对商业秘密进行保护。合乎刑事法规范，不仅仅包括刑法，还包括相关的司法解释以及与刑法相衔接的各种部门法等对侵犯商业秘密刑事责任的相关规定。

3.2 涉商业秘密的高风险经营信息/技术信息甄别

从企业刑事合规管理角度来看，对企业内部现有的和近期输入的技术信息和经营信息进行分析整理，以法律规定为依据，以商业秘密的三个特征作为切入点，分类辨别出涉及商业秘密的信息数据，区分信息来源和信息权属，甄别企业自有信息和近期输入信息。重点是对企业近期输入信息，例如社会招聘的新入职员工提供的信息，供应商或业务伙伴提供的信息展开专项清理，明确来源和权属。防范管理人员及技术团队翁某等受高薪利诱，以不正当手段获取权利人的商业秘密，“跳槽”来公司启动了类似项目论证、可行性研究报告拟定、生产线布局规划、设备考察等筹备工作，损害原公司利益。防范企业员工刺探、窃取其他企业经营信息和技术秘密，只有明确保护对象的范围，才能根据不同商业秘密的特征采取适当的刑事风险防范措施。

3.3 涉商业秘密岗位及涉密风险人员管控

从企业刑事合规管理角度，着力避免企业自身或企业员工因涉嫌侵犯其他企业商业秘密被刑事控告，需要根据前述识别的侵犯商业秘密刑事风险和甄别的高风险度商业秘密范围，进一步辨别出企业内部涉及处理商业秘密的重点岗位（Key Position）和涉密风险重点人员（Key Person），严格管控合法知悉商业秘密的主体范围，如因工作便利、职务便利或合作关系能接触到企业商业秘密的管理人员、研发人员、核心技术骨干以及交易对象等。明确负有保密义务的人员范围，相关人员通常包括：1.企业的雇佣人员，如公司高级管理和技术人员、中下层干部、技术工人。2.具有一定业务身份的人员，如专利代理人、税务代理人、律师、企业顾问、社会咨询调查机构的人员。3.具有一定职务身份的人员，如经办涉及诉讼、非诉讼业务或者履行监督、管理职责的企业中高层管理人员等。4.因商业活动而知悉商业秘密的人：如原料供应商、仓储公司、产品销售商、加工承揽商、银行等。5.企业商业秘密被许可人/被许可企业的相关管理人员和直接业务人员。

企业应当结合自身经营业务实际，针对上述涉商业秘密重点工作岗位及涉密风险重点人员分别列出保密事项清单及保密责任清单，对该类主体重点进行保密管理和权限管控。

3.4 建立侵犯商业秘密刑事风险应急机制

当企业内部发现存在侵犯商业秘密现象时，需要有应对机制对违规违法行为为及时进行处理。侵犯商业秘密刑事风险应对机制一般可分为风险调查、应急决策、内控处理、监管应对四个方面。

第一，获悉侵犯商业秘密刑事风险线索后，企业应第一时间启动内部调查程序，不仅要识别涉嫌侵犯商业秘密的行为人，还需要收集与侵权行为相关的证据材料，思考如果商业秘密被公开使用、企业对商业秘密采取了合理保密措施、侵权人明知负有保密义务等有关的书证、证人证言和电子证据等，并根据具体的调查情况及时收集信息出具事实调查报告。

第二，识别侵犯商业秘密刑事风险点和风险主体后，应当及时向管理层、法务团队、专业合规律师顾问团队，沟通了解相应情况，由决策机构按照企业相关处罚规定对侵权人进行处理，包括支付违约金、赔偿损失、解除合同等。

第三，在侵犯商业秘密刑事风险暴露后，企业需要及时准备完整的证据资料，积极寻求民事和解或免于监管立案调查的时间窗口，还需要寻求应对诉讼的保全措施，防止在诉讼过程中，商业秘密犯罪风险进一步扩大。如果行政执法机关已经介入调查，那么企业应该积极配合调查，不能采取对抗的态度，更

不能盲目销毁证据文件。如果是员工实施的侵权行为，并且该行为在员工的职责范围之内，属于日常工作行为，若企业能够根据内部商业秘密管理规定、规范培训记录等，证明已经履行了合理的监管义务和管理职责，则可证实侵权行为属于员工的个人行为，从而免除企业的刑事责任。

第四，侵犯商业秘密犯罪风险处置结束后，企业需要及时分析侵犯商业秘密刑事风险发生的原因，寻找目前商业秘密管理制度中的缺漏和不足之处，完善相应的工作流程和工作环节，将商业秘密保护纳入企业刑事合规管理体系中，防止侵犯商业秘密刑事犯罪风险再次发生。企业可以寻求有刑事合规专长的专业律师团队协助，在刑事合规律师团队的协作下，以系统化方式制定完善的商业秘密保护制度，建立健全侵犯商业秘密刑事风险防范机制和应对机制，保障企业合规经营、健康有序发展。

写作团队介绍

第一部分（虚开增值税专用发票罪）：

王唯宁律师

第二部分（对非国家工作人员行贿罪）：

葛燕律师

第三部分（非法占用农用地罪）：

庄燕君律师

第四部分（污染环境罪）：

王唯宁律师

第五部分（内幕交易、泄露内幕信息罪）：

刘思远律师

第六部分（侵犯著作权罪）

宋伟律师

第七部分（侵犯商业秘密罪）

罗胜华

本报告由赵运恒律师统稿，史倩君、韩希慧协助。