Corporate Compliance

企业合规

星瀚专刊 2021.6

星瀚律師事務所
RICC & CO.

目录 CONTENTS

风险导向型合规管理体系——以有限资源创造最大价值 P01

2021 一季度上海市反不正当竞争执法情况速递——法规概览与数据分析篇 P05

当我们在谈论数据合规时，我们在谈论什么 P11

经营者反商业贿赂合规管理义务首次明确，企业如何积极应对？ P14

奶茶品牌雇人排队吸引加盟逾千万遭重罚——浅析刷单炒信 P17

“池子事件”对个人金融信息保护的启示 P20

涉税实务中票货分离、挂靠代开之法律风险分析 P25

变名开票风险几何？ P28

逃税罪“初犯免责”制度，你理解对了吗？ P31

“少申报”“不申报”是偷税吗？——浅析实务认定标准 P36

从《关于进一步深化税收征管改革的意见》看未来税收征管对企业的影响 P40

企业收到《税务检查通知书》，应如何应对？ P43

警惕！——以私人账户收付风险巨大！！ P47

“我这样算是虚开增值税专用发票吗？”——参考答案在这里（一） P52

“我这样算是虚开增值税专用发票吗？”——参考答案在这里（二） P56

风险导向型合规管理体系——以有限资源创造最大价值

汪银平、王晨光

引言

企业合规治理的理论基础以及实践经验在我国的发展历程尚短，商业实践中仍时常将合规简单地理解为发展的对立面，时至今日，“先谈发展再论合规”的经营理念已受到诸多挑战，部分企业因合规管理失控遭受重大打击，或因内部舞弊行为而蒙受重大经济损失，或因违反外部规范而受到严厉的行政处罚，甚至涉及刑事法律责任。合规所涉及的问题纷繁复杂，而国际上的一些成熟经验在落地国内时面临适用法律、制度、文化等层面的诸多障碍，因此无法完全照搬适用。

就此，本文将要探讨具有前沿性、实务性的合规目标、合规价值以及合规管理体系的建设方法，希望能够帮助企业形成高效的合规管理体系，以有限资源创造并保护最大价值。

一、 合规目标

合规即“合乎规范”，其所遵循的“规范”大体上可以分为法律规定、行业准则等外部规范，以及企业自行制定的内部规范。就内部规范而言，又可以进一步细分为：（i）为避免发生对外部规范的违反而进行的“外规内化”，通过执行具体的内部规范以实现对外部规范的遵循；以及（ii）为了实现经营目标、报告目标等而设置的其他内部规范，此等内部规范与外部规范之间可能存在较弱的间接关联或甚至完全无关联。

合规目标是企业开展合规管理的风向标，总体而言，可以归纳为以下的两个方面：

1) 使得企业免于因不合规行为而遭受经济损失或承担额外的法律责任；

2) 通过合规管理保障、提升企业经营效率，进而实现价值增值。

前者是传统意义上的狭义的合规目标，也是最为基本的合规目标，是企业正常运行的前提和基础；而后者则是一种更高层级的自我治理目标，其价值也逐渐受到关注和重视。

二、 合规如何创造并保护价值

商业实践中，时有观点简单地将合规理解为发展的对立面，是基于特定的风险偏好而产生的价值取向和管理模式，于价值增值而言造成了某种阻碍或减损，这种观点往往源于个别的特定业务或交易机会的受阻或丧失。

事实上，合规可以在更大的范围和时间周期内有效地创造并保护价值，这种价值创造可能以帮助企业直接避免经济损失的形式体现，也可能是间接的、隐性的，例如：

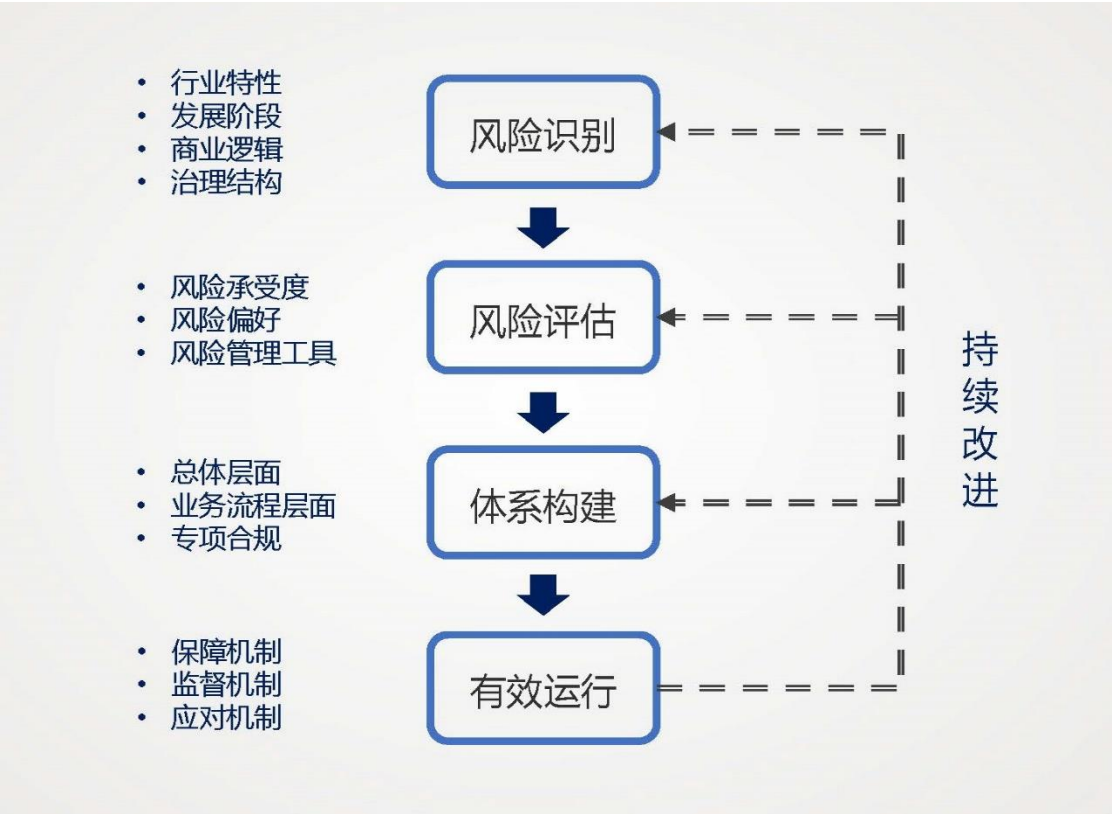
- 使得企业免于因个别员工的不当行为而蒙受财产侵害或经济损失；
- 避免企业因违反外部规范而受到主管行政机关的调查和处罚，甚至涉及刑事法律责任。该项防范功能可能是通过合规管理体系的恰当设计和有效运行而降低发生概率，亦可能是在相关事件发生时作为分割责任的防火墙；
- 通过营造合规文化，有效降低管理成本，提升经营效率；
- 平衡控股股东、中小股东、经营管理者、员工等各相关方的利益，降低因公司治理问题引发风险的发生概率和影响程度；
- 优化资源配置，将有限的资源投入到合规的、可持续发展的业务领域中；
- 支持企业便于获取外部融资机会，向意向的贷款人、债券投资者、股权投资者等相关方传递安全、可持续的积极信号；
- 为企业参与资本市场并进一步实现价值增值提供基础；

➢ 帮助企业建立良好形象及声誉，进而获得更多的客户认可度及业务机会。

三、 基于风险导向的合规管理体系

传统的合规管理体系倾向于首先明确合规管理组织结构，并制定相应的合规管理制度，进而通过“三道防线”予以落地，该种方式在经验上较为成熟，便于短时间内形成具有系统性的合规管理模式。然而，如果企业简单照搬既有模式，而不根据自身的企业特性及其所处的内外部环境予以调整和融合的，则可能出现资源分配不合理、无法全面覆盖重大合规风险、与业务运行无法有效契合等诸多问题。

我们基于中国法律及商业环境，在传统理论的基础上，试对基于风险导向的合规管理体系的建设方法进行初步探索，希望能够帮助企业形成高效的合规管理体系，以有限资源创造并保护最大价值。总体框架如下图所示：



● **合乎规范，也要契合风险**

实践中，合规风险的识别与评估在合规管理体系的构建和运行过程中的受重视程度仍然较低，以致于部分重大的合规风险游离于既有的合规管理体系之外，或可能造成合规管理资源分配不合理等问题。企业所面临的合规风险可能根据其所处的行业、发展阶段及其商业逻辑、组织结构、管理模式、企业文化等因素而存在重大差异，因此，风险识别与评估程序是合规管理体系恰当构建及有效运行的重要基础。

进一步而言，合规风险的识别与评估不能仅仅止步于宽泛的概念或领域，否则，在对合规义务、风险行为、潜在后果等缺乏清晰了解的情况下，必然无法准确锁定相关风险模块所对应的关键控制节点并加以有效管理。

例如：在反商业贿赂合规领域，如果仅是聚焦于“账外暗中”的传统形式，可能会忽视很多形式上的商业合作模式中（如商业赞助、设备投放、外包等）可能隐含的商业贿赂风险；又比如在税务合规领域，如果仅以集团为单位考虑开票、受票合规管理，则可能忽视集团内部各关联主体之间发票往来的税务合规风险。

因此，全面定位合规风险模块并予以准确评价之于高效的合规管理至关重要，以下是一些常见的识别

与评估方法：

- 由董事会、高级管理层或其下属的合规管理部门牵头，经外部专业顾问协助，自上而下对企业合规风险以及相关的内部控制进行系统性审查；
- 由各业务部门以及财务、运营、人事、行政、信息技术等支持部门主动识别并汇报各自领域及所涉工作流程中的相关合规风险，再加以统筹分析和评估；
- 对拟实施的新类型的业务或交易模式、拟收购的业务单位开展专项合规审查；
- 根据新的法规政策、行业准则等外部规范，对合规义务及相关风险进行补充识别与评估；
- 经由合规管理体系的运行，实时反馈合规风险因素。例如：通过合规培训与研讨对业务开展实际方式进行讨论、对内部举报事项开展独立调查、对执行情况进行分析与评价等。

需要注意的是，由于合规风险具有专业性强、跨领域、不时变动等特点，因此有效的识别与评估需要企业内各部门之间以及企业与外部专业顾问之间的有效协同，才有可能合理保证对重大合规风险的全面覆盖。此外，以上所述的风险识别与评估程序并非一劳永逸的工作，而应当是一种动态的工作模式，即定期或不定期地根据企业内外部环境变化以及合规管理执行情况对企业合规风险重点领域进行重新审视和再评价，可以是全面地重新实施识别与评估程序，也可以是针对特定业务单位、部门或工作流程的补充审查。

- **构建合规管理体系应与业务流程有效融合**

合规管理制度如果无法与具体的业务流程进行有效融合，则很可能流于形式，或造成业务部门与法律合规部门之间的对立和冲突，不利于合规管理体系的有效运行，更谈不上实现合规创造价值的最终目标了。因此，在以风险为导向的前提下，合规管理体系应当通过融入具体的业务流程予以落地，将合规要求转化为业务流程中的具体动作，以使得合规要求可理解、可操作、可评价。

举例而言，医药企业为了控制因赞助学会举办学术会议而引发的合规风险时，除了在制度层面对合规义务和禁止性行为进行规定以外，还应将合规管理嵌入赞助实施全流程，例如：事前对会议性质、会议安排以及赞助需求来源进行审查，并以此作为批准实施赞助行为的前提；根据既定的第三方交往政策使用标准化协议文本，或对其他协议文本所涉及的合规风险进行审查；严格控制赞助资金支付及发票获取过程；落实赞助对接责任人并明确对接要求，如不得垫付、不得提供礼品、避免影响参会人员发言内容等具体规定；把控会议召开过程，实时获取并提交会议签到表、会议记录、会议照片或视频等过程性资料，以作为项目妥善结案的支持文件并留存备查等。

此外，企业规模并不是建立合规管理体系的前提，相反地，合规管理可以为企业规模的有序增长提供坚实基础。在资源有限的情况下，尤应倡导以重大的合规风险为导向，同时充分利用企业内部各项控制对合规目标的支持功能和作用，并可借助外部专业顾问提供的跨领域的团队协作支持。应当注意，无论企业规模大小，合规管理均应当是高层级的管理，并具有相对的独立性和权威性。

- **合规管理体系有效运行有赖于保障与监督机制**

适当的保障与监督机制能够促使合规管理体系得以有效运行，其中部分机制可能仅是为了应对合规风险而设置，部分机制则可能归属于人事、财务、行政、信息技术等职能领域，而并非完全服务于合规目标。**如果机制设定完全以管理为导向，可能导致各项机制之间无法实现有效衔接以及资源配置不合理等问题。**例如：若劳动合同与员工手册中仅对合规义务作出原则性规定，与具体的合规管理制度之间缺乏必要连接，可能导致合规管理执行缺乏人力资源层面的有效支持。

合规管理体系相关的保障与监督机制的具体表现形式各异，篇幅所限，本文在此仅作一些方向上的列举：

- 人力资源与绩效考评；
- 合规沟通、培训与宣传；

- 财务流程与税务合规；
- 印章、证照及档案管理；
- 信息技术系统建设与运行；
- 执行评价与持续改进；
- 投诉、举报渠道与处理流程，举报人保护；
- 合规调查与内部审计。

需要注意的是，即便合规管理体系得以恰当构建并有效运行，仍然无法完全保证企业的一切经营活动均是妥当且合规的，因此，企业还应根据自身情况，针对可能出现的重大突发事件（包括但不限于外部举报、政府调查、安全事故、媒体披露、重大资产损失、重要商业秘密泄露等）设置相应的应对机制，以作为合规管理体系的重要组成部分。

（本文首发于 2021 年 3 月 3 日）

2021 一季度上海市反不正当竞争执法情况速递——法规概览与数据分析篇

王晨光、黄璞虑

引言

修订后的《上海市反不正当竞争条例》（以下称为“**《条例》**”）已于 2021 年 1 月 1 日起正式施行，于此同时，上海市市场监督管理局于 2021 年 1 月 20 日发布了《关于开展不正当竞争专项整治行动的通知》（以下称为“**《通知》**”），预期将会对上海地区的反不正当竞争执法产生重要的指引作用。此外，考虑到上海市场监督管理执法的示范作用，以及《条例》中亦新增了关于长三角地区反不正当竞争一体化执法的相关内容，我们理解，上述《条例》以及与之相关的落地执法情况对于长三角地区而言也具有一定的借鉴和参考价值。

《条例》正式施行后的首个季度刚刚过去，《通知》中所提出的专项整治行动已完成初查阶段。**当下，上海市反不正当竞争执法呈何态势？对企业合规管理又有何参考意义？**就此，我们基于《条例》细化内容以及专项整治重点领域，对相关的行政处罚案例进行了数据分析和解读，并试就未来可能的执法趋势提出前瞻性思考。同时，我们亦将针对涉及的相关情形提供初步的合规建议，以期能够帮助企业尽量避免因被认定为不正当竞争而面临额外的法律风险。

一、 《上海市反不正当竞争条例》及专项整治行动概览

2020 年 10 月 27 日，《上海市反不正当竞争条例》由上海市第十五届人大常委会修订通过（已于 2021 年 1 月 1 日起正式施行）。继上位法《中华人民共和国反不正当竞争法》于 2017、2019 年两次修订后，基于上海市反不正当竞争执法实践，《上海市反不正当竞争条例》成为近年来全国首个完成新一轮修订的反不正当竞争地方性法规。就《条例》之于《反不正当竞争法》的具体细化部分，我们在此予以初步梳理，后续将结合案例等作进一步的阐述与分析。

行为类型	《反不正当竞争法》	《条例》	《条例》细化内容概览
混淆行为	第 6 条	第 8 条	• **细化保护对象：**将商品独特形状、节目栏目名称、企业标志、网店名称、自媒体名称或者标志、应用软件名称或者图标等纳入保护范围。 • **明确责任主体：**明确界定“使用行为”，将生产者与销售者一并纳入责任主体。 • **禁止帮助实施混淆行为：**对通过将他人有一定影响的标识与关键字搜索关联等方式进行的帮助实施混淆行为予以规制。
商业贿赂	第 7 条	第 9 条	**增设禁止受贿条款：**任何单位和个人不得收受、承诺收受或者通过他人收受贿赂，为经营者谋取交易机会或者竞争优势。

虚假宣传	第 8 条	第 10 条、第 11 条	• **扩大对象范围：**虚假或引人误解的商业宣传欺骗、误导的对象由“消费者”延伸至“其他相关公众”（以下称为“**虚假宣传**”）。 • **列举商业宣传行为类型**。 • **细化引人误解的商业宣传情形：**对商品作片面的宣传或者对比的；忽略前提条件、必要信息使用或者不完全引用第三方数据、结论等内容的；将科学上未定论的观点、现象作为定论事实的；使用歧义性语言进行宣传的；其他足以引人误解的商业宣传。 • **细化帮助实施虚假宣传的具体情形，**并明确宣传内容包括销售数量、用户评价、应用排名、搜索结果排名等；并明确违法帮助行为一旦实施即可认定，而无论结果是否完成。

行为类型	《反不正当竞争法》	《条例》	《条例》细化内容概览
侵犯商业秘密	第 9 条	第 12 条、第 13 条	• **细化商业秘密界定：**与技术有关的实验（试验）数据、配方、工艺、设计方案、技术诀窍、程序代码、算法、研发记录等信息；与经营活动有关的客户资料、货源情报、产销策略、利润模式、薪酬体系、标书内容等信息。 • **明确自行开发研制及反向工程的合法性**。 • **提出权利人可采取的保密措施**。
违法有奖销售	第 10 条	第 14 条	• **细化有奖销售禁止情形：**包括“信息不明确”“谎称有奖销售”以及“五万元”上限的具体认定标准。 • **不以“销售商品”为目的仍受规制：**为获取竞争优势（不以销售商品为直接目的）而采取的有奖销售行为亦受规制。 • **活动开始后不得擅自变更信息或另加不利条件或限制**。
商业诋毁	第 11 条	第 15 条	• **细化商业诋毁行为的传播方式。** • **明确诋毁商品声誉的方式**。
网络领域不正当竞争	第 12 条	第 16 条	**增设三种以技术手段实施妨碍、破坏行为的具体情形：**无正当理由对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施拦截、关闭等干扰行为；违背用户意愿下载、安装、运行应用程序，影响其他经营者合法提供的设备、功能或者其他程序正常运行；对非基本功能的应用程序不提供卸载功能或者对应用程序卸载设置障碍，影响其他经营者合法提供的设备、功能或者其他程序正常运行。

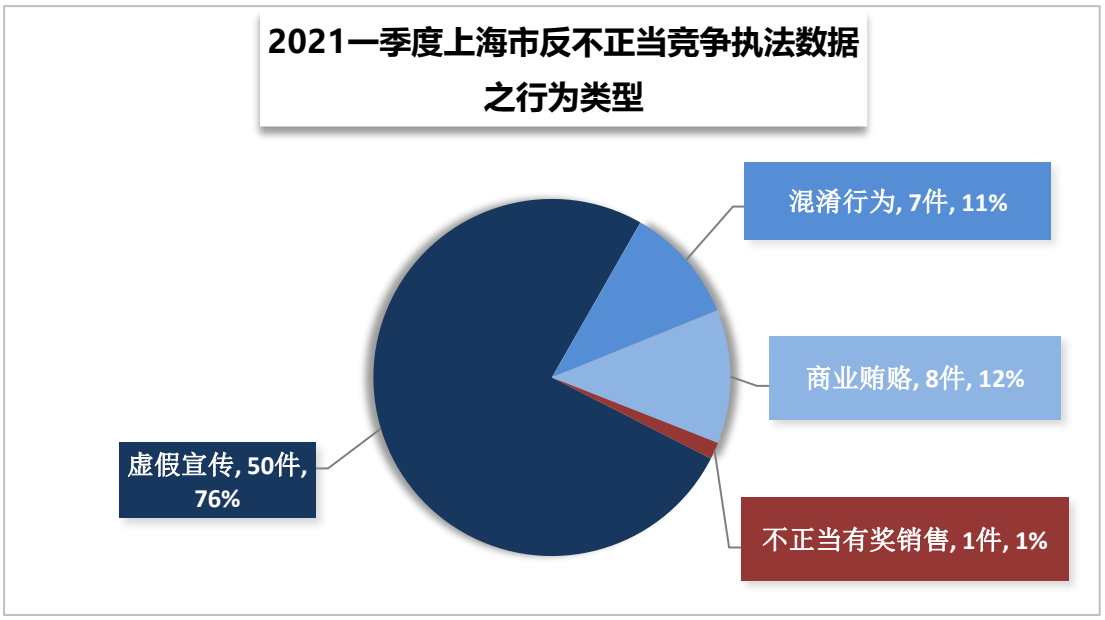
基于《条例》修订实施的契机，上海市市场监督管理局于 2021 年 1 月 20 日发布《关于开展不正当竞争专项整治行动的通知》（沪市监竞争〔2021〕47 号），就全面加强反不正当竞争执法工作、扩大执法覆盖面、挖掘执法深度等方面提出相关要求；**并且，《通知》确立本次专项整治行动的重点打击对象为：互联网平台经济领域、防疫领域、长江禁渔等工作中发现的不正当竞争行为，以及网络购物、网络带货直播等领域中存在的刷单炒信、虚假宣传和商业诋毁等行为。**其主要工作安排如下：

工作阶段	时间段	工作内容
初查阶段	2021.1.20-2.28	• 通过分析投诉举报、网络监测、广告监测等方式，主动对接有关部门及主体，广泛、准确搜集违法线索，并进行初步核查。 • 结合前期排摸的具体情况，进一步细化本单位整治重点。
执法阶段	2021.3.1-10.31	• 对于存在问题较为严重的经营者、问题较为集中的行业开展执法行动。应对查实的违法行为及时立案，加快查办进度，并依法从严予以处罚。 • 对其中可能涉及犯罪以及跨部门职能的违法行为，应及时移送有关部门，并通过开展联合执法，精准覆盖打击；对其中跨本市多个区域的违法行为，应及时申请指定管辖或及时通报相关区局同时开展执法行动，防止证据流失，保证全链条打击效果。对于跨长三角区域的违法行为，应依规开展联动执法。
总结阶段	2021.11.1-11.30	• 通过执法经验总结，形成持续打击的高压态势，保证执法效果，防止回潮。 • 对于形成较大社会影响和较大执法成果的典型案例和系列案件，市区两级部门应主动加强宣传，并通报有关部门，增强社会知晓度，震慑违法经营者，使专项整治效果达到最大化。

二、 2021 一季度上海市反不正当竞争执法数据分析

为了对 2021 年第一季度上海市反不正当竞争行政执法情况进行梳理和分析，我们通过“Wolter s Kluwer”法律数据库对上述时间/地点范围内，因构成“不正当竞争”而被行政处罚的案例进行了检索，发现与之相关的行政处罚文书共计 66 份。就此，我们基于行为类型、行为媒介以及罚款金额对相关数据进行了如下梳理。

□ 虚假宣传成为当下执法热点



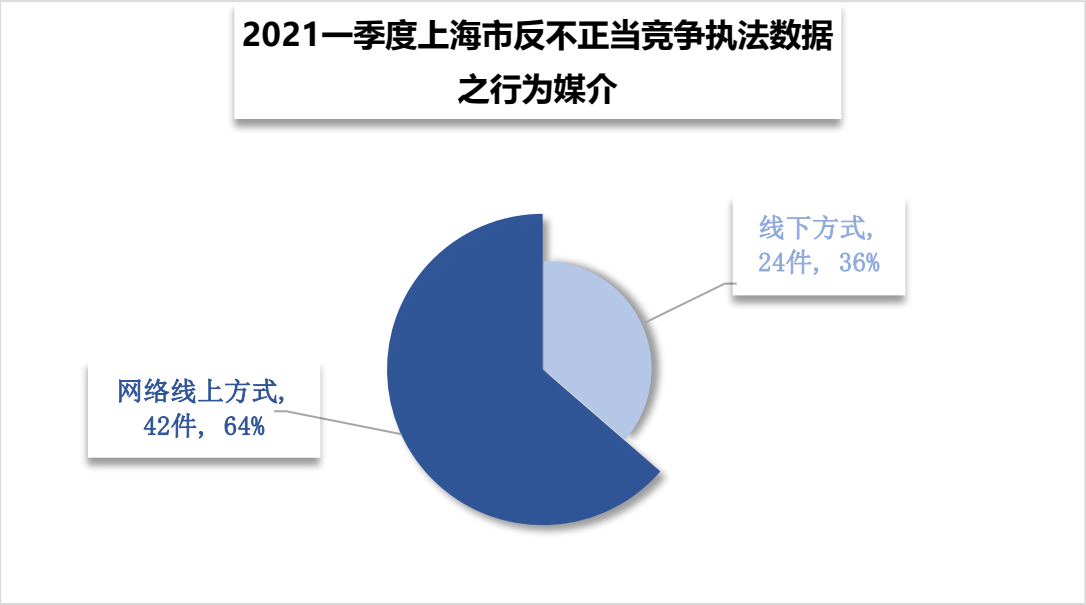
以不正当竞争行为类型划分，虚假宣传相关的行政处罚数量最多，达 50 件，占案件总数的比例为 76%；商业贿赂其次，占比为 12%；混淆行为位居第三，占比为 11%；而在 2021 年第一季度期间内，上海市范围内尚未发现有关于侵犯商业秘密和商业诋毁行为的行政处罚案例。

但需要特别提示的是，上述的案件占比情况并不能作为风险排序的依据。例如：商业贿赂行为一旦被行政处罚，还有可能进一步涉及刑事法律责任；再比如：侵犯商业秘密行为以往虽然较少见于行政处罚案件中，但却有较高的被刑事查处或承担重大民事赔偿责任的法律风险，对此我们将于后续的系列文章中予以详细评述。

对于当下执法热点——虚假宣传行为而言，其在行政处罚案件中呈现出的以下趋势/特征可予关注：

- 执法机构层面，大部分区级市场监督管理局均已对该类行为开展相应执法，其中以松江、奉贤、嘉定三区执法力度最大，合计处罚数量占全部案件的 60%。
- 执法领域层面，网络购物所涉及的商品介绍以及企业网站介绍（如关于高新技术企业资质、行业地位、市场份额等信息的宣传介绍）等成为被查处虚假宣传行为的重要表现形式，涉及行业包括传统制造业、食品餐饮、化妆品等。
- 企业未因虚假宣传而获利并不能成为免责事由。
- 执法机构已实际采取领先的监管方式，综合运用网络/平台监测、广告监测、线上投诉举报分析、电子数据取证等方式广泛收集违法线索并予以高效处理。故此，虚假宣传易于监测、便于取证的特点也是其成为当下执法热点的原因之一。

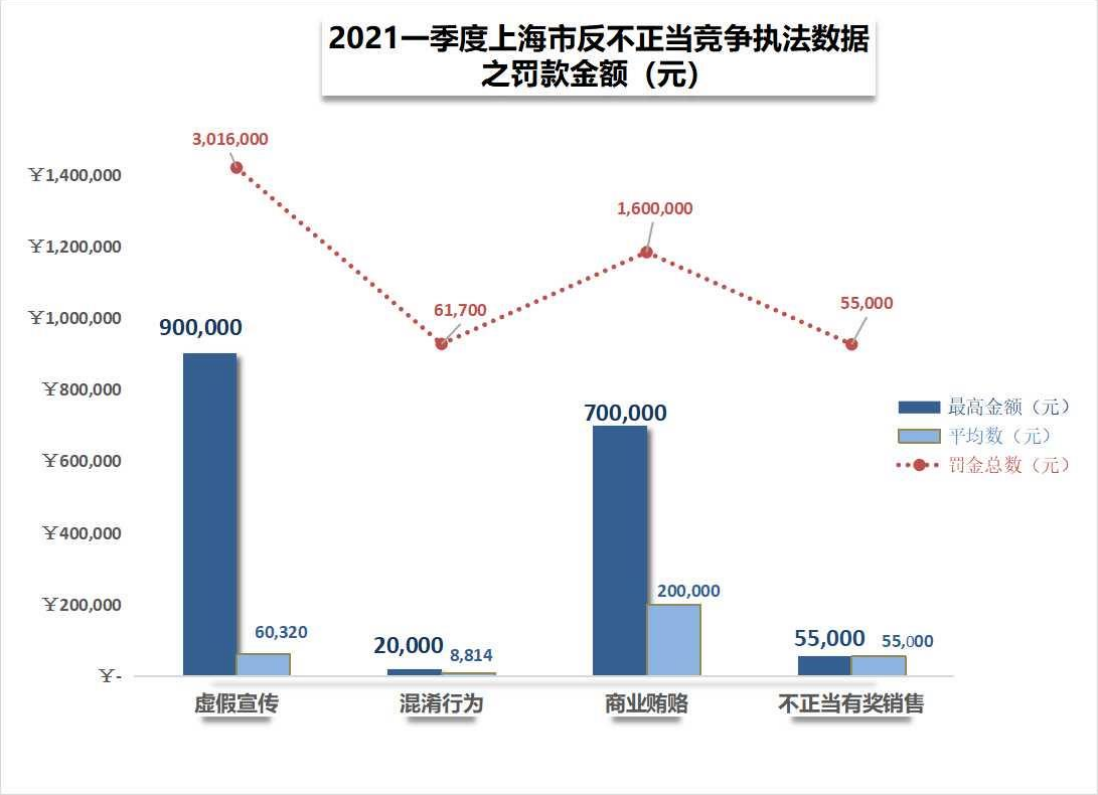
□ 网络领域反不正当竞争执法或将持续保持高压态势



以不正当竞争行为媒介区分，通过线上网络方式实施不正当竞争行为而被行政处罚的案件数量占比高达 64%，《通知》所要求的专项整治行动方才正式进入执法阶段，而其执法重点领域已有体现。**万物互联时代，网络领域已成为商业竞争的主战场之一，可以预见，网络领域反不正当竞争执法亦将长期保持高压态势。**

因此，对于涉及线上业务/推广的各行业企业，目前均应高度关注线上网络领域的合规管理（除本文所述及的反不正当竞争外，还包括反垄断、网络安全以及个人信息保护与数据合规等多个方面），以避免被执法部门认定为不正当竞争，甚至成为典型案例而对企业声誉造成不利影响。

□ 罚款金额差异较大



由上图可见，因虚假宣传而被查处的罚款金额差异较大。执法机构在确定处罚尺度时通常会综合考虑其行为方式及所属行业、违法行为影响范围及程度、危害后果，以及行为主体能否积极配合调查并主动消除或减轻影响等多方面因素。

2021 一季度上海市反不正当竞争行政处罚的单案最高罚款金额为人民币 90 万元，由黄浦区市场监督管理局于 2021 年 2 月 19 日作出，其对应的违法行为类型即为虚假宣传，具体行为方式则是通过“虚假排队刷单”营造虚假的销售状况并拍摄成视频用于对外宣传，从而达到诱导消费、吸引加盟的目的，该案件中仅月余的签约加盟商、意向加盟商达 128 家，涉及加盟费、定金等签约金额更是超过了 1,000 万元人民币，黄浦区市场监督管理局因此按从重情形对违法主体予以处罚。

➢ 提请读者注意，以上数据系我们于第三方平台上通过关键词检索获取，且查得的行政处罚案件信息可能会有迟延或遗漏，因此，本文所涉及的所有数据、信息、分析与结论仅供参考，不应作为正式的意见/建议。

（本文首发于 2021 年 4 月 13 日；实习生庄慧妹对本文亦有贡献）

当我们谈数据合规时，我们在谈论什么

虞杨

数据合规这个词，近几年来越来越多走进企业的视野。很多企业专门成立合规部门，专业中介机构也抓紧开发数据合规的业务，对接客户需求。

究其原因，在于数据的身份和价值发生了变化。过去在商业运营中的数据，更多是统计资料、事实记录、保密对象；但现在数据已经成为相当一部分企业的核心资源或主要生产资料。同时，数据的价值体现方式也发生了变化，不仅来自于本身的内容和规模，而且相当一部分在流通过程中实现。

鉴于数据在国家安全、公共利益、国计民生、个人隐私等方面都扮演着愈发重要的角色，我国也从立法到执法不断加强对数据的监管。

一、 立法现状

1. 关于网络安全的相关立法

《网络安全法》于 2016 年发布，2017 年 6 月正式实施，主要对网络安全等级保护制度、关键信息基础设施（CII）、用户信息保护制度及监测预警和应急处置进行了框架性规定，开启了我国数据合规元年。

针对网络安全等级保护，《网络安全法》第二十一条规定：网络运营者应当按照网络安全等级保护制度的要求，履行安全保护义务，保障网络免受干扰、破坏或者未经授权的访问，防止网络数据泄露或者被窃取、篡改。随后，公安部在 2018 年发布了《网络安全等级保护条例》的征求意见稿，细化了网络安全等级保护的具体做法，虽然目前还不是正式稿，但实践中基本以该条例为操作指引。

对于关键信息基础设施，网络安全法以概括加列举的方式规定："国家对公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施，在网络安全等级保护制度的基础上，实行重点保护。"但 CII 的范围到底有多宽，保护途径究竟有哪些，业内的尺度仍然莫衷一是。一方面，根据上述规定，政府机关、能源、水利、电信这些当然应当属于 CII 的涵摄范围；另一方面，那些掌握着几千万乃至上亿用户信息的规模化互联网公司，是否也应落入"一旦数据泄漏，可能严重危害公共利益"的范围？虽然，网信办于 2017 年发布了《关键信息基础设施安全保护条例》的征求意见稿，信安标委也发布了一系列的条例、标准的讨论稿，但均尚未正式生效。对此，我们认为，网络运行安全需要把握政策监管趋严的趋势，谨慎等待法规落地，提前进行布局。

2. 关于个人信息保护的相关立法

首先，《民法典》在第四编第六章明确规定了隐私权和个人信息保护，确立了个人信息处理应当遵循合法、正当、必要的原则。

其次，近年来的专项整治行动中，大部分是针对 APP 收集个人信息方面。各部门相继也有出台规范和规定，特别是今年即将生效的《APP 必要个人信息范围规定》，这将是运营互联网 APP 功能的企业今年合规的重点准绳。

当然，目前还处于草案阶段的《个人信息保护法》也值得我们关注，其正式生效后将是个人信息保护领域的主要法律依据。

3. 关于数据活动监管的相关立法

包括对数据的收集、存储、使用、加工、提供、交易、公开等全生命周期处理活动的监管。《民法典》在第四编第六章已经有了盖然性的规定，还应重点关注的是《数据安全法》草案，待其生效后，将与《网络安全法》、《个人信息保护法》共同构建数据合规和网络安全的法律体系。

目前，《数据安全法》草案里包括了数据分类分级保护、重要数据保护目录、数据安全风险预警机制、数据安全应急处置机制、数据活动的国家安全审查机制等，是对于数据处理活动合规化的重要指引。

二、 治理情况

1. 执法部门

目前对于网络安全和数据安全的治理，执法机构繁多，执法尺度各异，各自管辖的领域也有重叠，有同行称之为九龙治水。

主要执法部门包括以下四个：其一，网信办，主要针对网络运营者的数据信息和内容合规管理，用户发布的信息、网络实名制等。其二，工信部，主要针对电信行业的监管，包括个人信息收集、保护和使用的情况。其三，公安部，主要关注网络安全运行管理制度，核查网络安全等级保护制度等，打击与网络安全和个人信息保护相关的违法犯罪行为。其四，市监局，主要受理并调查涉及网络安全、个人信息安全的群众投诉、举报案件。

2. 执法重点

近两年的执法重点主要是针对个人信息数据的收集、使用。

2019 年，执法部门针对 APP 违法违规收集使用个人信息进行了专项治理，效果显著。其中有 260 款用户规模大、问题突出的 APP 受到相应处罚措施。在 2020 年的专项治理行动中，在发现、纠正违规行为的基础上，还提供了一些正向引导措施，比如制定审核管理指南、加强个人信息安全评估培训等。以疏代堵，帮助 APP 运营主体合规化。

另外，公安部还针对侵犯公民个人信息的违法犯罪行为发起了“净网”专项治理行动。在“净网 2020”专项治理行动中，共侦办网络犯罪案件 5.6 万起，抓获犯罪嫌疑人 8 万余名。其中，侦办侵犯公民个人信息类案件 6524 起，抓获犯罪嫌疑人 1.3 万名；侦办黑客攻击及新技术犯罪案件 1782 起，抓获犯罪嫌疑人 2975 名；侦办网络黑产类案件 1 万余起，抓获犯罪嫌疑人 1.5 万名，扣押“手机黑卡”548 万余张，查获涉案网络账号 2.2 亿余个，及时阻止 1850 万余张物联网卡流入黑市。可见，公安部对侵犯个人信息犯罪的惩治态度是非常坚决的。

3. 合规风险

违法对个人信息数据进行收集、使用除了面临执法部门的惩处外，还会陷入与用户的民事诉讼，乃至影响整个企业的战略发展。

在“杭州野生动物世界人脸识别案”中，由于杭州野生动物世界强制要求年卡用户注册人脸识别，否则无法正常入园，因而被某年卡用户郭某诉至法院。本案的核心问题在于对经营者处理消费者个人信息，尤其是指纹和人脸等个人生物识别信息行为的评价和规范问题。2021 年 4 月 9 日，杭州中院作出终审判决，判令杭州野生动物世界退还郭某部分年卡费用，赔偿交通费损失，并删除郭某登记的指纹、面部识别信息。本案给我们的启示：首先，收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。其次，经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。再次，经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。同时，配置生物识别技术的信息采集时，应采取审慎态度，并为消费者提供替代方案。此外，制定应急预案，在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。

在“墨迹科技 IPO 被否案”中，北京墨迹风云科技股份有限公司（简称“墨迹公司”）首发申请未通过，证监会在《公告》中指出墨迹公司的用户数据收集及处理合规问题是一大关键问题，墨迹公司通过自主收集

及第三方途径获取用户数据及标签，并利用数据进行商业化变现，其于 2019 年 7 月 16 日收到 App 专项治理工作组发出的《关于 App 收集使用个人信息相关问题的通知》，要求其就收集使用个人信息中存在的问题进行整改。由此可见，针对用户数据收集、处理的合规性，已成为证监会重点关注的问题之一，并成为影响企业上市成功与否的重要因素。因此，对于拟上市的企业，应对数据活动的全生命周期开展治理，其一，应完善内部数据治理体系；其二，要同时紧跟监管步伐。

三、 企业数据合规启示：如何从零到一

首先，应当对企业的日常运营业务流程进行全面梳理。对此，我们律师能够配合企业对业务流程中涉及数据相关的部分进行尽职调查。尽职调查的目标就是检视，企业现有的网络安全制度、数据处理规则与现行法律法规的差距。

其次，需要结合尽调结果和公司自身的实际情况，完善公司内部数据合规制度。这一阶段涉及和涵盖的内容繁多且零散，我们主要沿着数据的全生命周期来提炼每个阶段需要关注的部分。第一，数据收集。制定《个人信息收集使用规则》，告知/确认/签署规则、数据收集取得用户授权、收集的渠道要合法。第二，数据使用。审查未超出双方约定规则的使用范围、有无违法使用场景。第三，数据管理。指定安全管理人员、保障数据主体权利（查看、更正、删除个人信息，注销账户）、采取技术措施确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。第四，数据流转。对数据合作、数据共享、数据跨境传输进行合规性检视。其中，数据共享需要用户知情并同意，数据跨境传输需甄别可传输的信息范围，并进行安全评估。

最后，就是随时跟着立法进度，回看审视现有制度是否紧贴法律法规的规定要求，不断更新制度和文件。

（本文首发于 2021 年 4 月 22 日）

经营者反商业贿赂合规管理义务首次明确，企业如何积极应对？

王晨光、黄璞虑

引言

此前，我们结合新近施行的法规政策，对 2021 一季度上海市反不正当竞争执法相关情况进行了总体梳理，发现针对商业贿赂行为的行政处罚数量在所有执法案件中位居第二，且其单案的处罚金额往往较高，并且，该类型案件集中发生于医疗器械购销等领域（回顾请见《2021 一季度上海市反不正当竞争执法情况速递——法规概览与数据分析篇》）。

于此同时，《上海市反不正当竞争条例》（以下称为**“《条例》”**）中首次对经营者反不正当竞争合规管理的主体责任予以明确，并对建立健全反商业贿赂管理制度等提出具体要求，本文拟就此对反商业贿赂合规管理的相关应对思路予以阐述和分析。

一、 《条例》首次对经营者反商业贿赂合规管理义务予以明确

如我们此前在《风险导向型合规管理体系——以有限资源创造最大价值》一文中所述，合规管理目标包括“避免企业因违反外部规范而受到主管行政机关的调查和处罚，甚至涉及刑事法律责任”，该项防范功能可能是通过合规管理体系的恰当设计和有效运行而降低发生概率，亦可能是在相关事件发生时作为分割责任的防火墙。对于其风险隔离作用的依据，我们可以将《条例》中新增的合规管理相关条款与《反不正当竞争法》第七条规定结合起来看：

- 《反不正当竞争法》第 7 条末款规定“经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外”。
- 《条例》第 24 条规定，“经营者是反不正当竞争第一责任人，应当落实主体责任，加强反不正当竞争内部控制与合规管理，自觉抵制不正当竞争行为。鼓励经营者建立健全反商业贿赂等反不正当竞争管理制度，监督检查部门在查处商业贿赂案件中，应当对经营者落实反商业贿赂管理制度情况开展检查。经营者不正当竞争行为情节轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，依法不予行政处罚。经营者不正当竞争行为情节轻微或者社会危害较小的，依法可以不予行政强制”。

上述《条例》首次对经营者反不正当竞争合规管理的主体责任予以明确，并且，需要特别关注的是，其明确要求监督检查部门在执法时“应当对经营者落实反商业贿赂管理制度情况开展检查”。结合相关的执法实践，我们理解，当发生商业贿赂情形且触及外部调查时，企业反商业贿赂合规管理情况将成为上海地区执法部门判断相关违法行为是否属于企业行为，或确定行政处罚裁量基准的重要考虑因素。

为此，企业在开展反商业贿赂合规管理时应予以充分关注并作出积极应对，我们建议应至少做到以下几点：

- 具有统一的反商业贿赂合规管理制度，能够体现企业关于坚决抵制商业贿赂行为的态度；
- 反商业贿赂管理制度设计有效，能够与实际业务相契合；
- 反商业贿赂管理制度相关内容能够为不同业务单位/部门/层级的员工所知悉和理解，并具有可执行性；
- 反商业贿赂管理制度在企业经营过程中得以一贯执行；
- 反商业贿赂合规管理具有良好的执行评价机制，并能够根据企业内外部环境的变化而持续改进；
- 反商业贿赂合规管理具有充分的保障与监督机制。

二、 企业应重视吹哨人制度建立，加强主动把控风险能力

《条例》第四章“反不正当竞争环境建设”中，除新增关于明确经营者反商业贿赂合规管理义务的相关内容以外，《条例》第二十六条亦再次重申，“本市鼓励、支持和保护一切组织和个人对不正当竞争行为进行社会监督。监督检查部门应当为举报和协助查处不正当竞争行为的组织和个人保密”。

新媒体时代，投诉举报变得轻而易举，各政府部门、行业协会相继设立线上投诉举报平台，而微博、微

信、短视频平台等也可以随时成为投诉举报的公开渠道。**若企业仍然忽视内部投诉举报机制建立，或使其流于形式，则可能促使员工/相关方倾向于直接采取外部举报途径。**结合上海市市场监督管理局于今年年初时发布的《关于开展不正当竞争专项整治行动的通知》中关于违法线索收集的相关内容，以及相关的执法实践显示，**投诉与举报已经成为反不正当竞争行政执法的重要线索来源。**

为此，我们建议企业在开展反商业贿赂合规管理时，亦应关注内部投诉举报机制设立与完善，采取主动态势识别风险并加以有效管控。在建立健全内部投诉举报制度以及与之相关的处理机制时，需要采取适当措施以尽量避免形成如下的不利情形：

- 举报人因担心受到打击报复而对其注意到的不合规行为视而不见；
- 举报人因担心其个人信息被泄露，而更倾向于匿名举报且不提供相关书面资料，导致调查难以推进；
- 举报人认为公司不会认真对待举报信息，因此倾向于外部举报途径；
- 处理流程缺乏体系，未能识别重大的合规风险，并对其实施恰当的评估程序；
- 未能对发现的问题采取恰当的应对措施，导致合规风险仍然存在或未能有效降低。

三、 商业贿赂之行政与刑事责任衔接

此外，《条例》第九条中还引人注目地新增了关于禁止受贿的行政规制条款，在此，我们亦对商业贿赂所涉及的行政与刑事责任衔接相关问题予以初步梳理。

行为主体	行政责任	刑事责任（部分列举）
行贿方	• 规制行为：采用财物或者其他手段贿赂交易相对方的工作人员、受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人，或利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势。 • 处罚依据：《反不正当竞争法》第十九条规定，“经营者违反本法第七条规定贿赂他人的，由监督检查部门没收违法所得，处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照”。	**行贿罪/对有影响力的人行贿罪** - 行为方式：限于以财物方式（含各种名义回扣、手续费） - 对象：国家工作人员[1]/在职或离职国家工作人员的近亲属、其他关系密切人。 - 立案标准：(i)1 万元以上，(ii)不足 1 万，但具有以下情形之一：谋取非法利益；向三人以上行贿；向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿；致使国家或者社会利益遭受重大损失。 **对非国家工作人员行贿罪** - 行为方式：限于财物方式 - 立案标准：个人行贿数额在 1 万元以上的；单位行贿数额在 20 万元以上的。
受贿方	法律层面尚未对此规定明确的行政法律责任。仅由《条例》第 9 条第二款作出禁止性规定，“任何单位和个人不得收受、承诺收受或者通过他人收受贿赂，为经营者谋取交易机会或者竞争优势”。	**受贿罪/利用影响力受贿罪** - 行为主体：国家工作人员/在职或离职国家工作人员的近亲属、其他关系密切人。 - 立案标准：(i)5 千元以上，(ii)不足 5 千元，但具有以下情形之一：因受贿行为而使国家或者社会利益遭受重大损失的；故意刁难、要挟有关

[1] 根据《中华人民共和国刑法》第 93 条规定，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

		单位、个人，造成恶劣影响的；强行索取财物的。 **非国家工作人员受贿罪** - 立案标准：5 千元以上。

事实上，《反不正当竞争法》2017 年修订时，其首版草案就曾尝试引入禁止受贿条款，“*交易相对方或者可能影响交易的第三方不得收受贿赂；经营者违反本法第七条规定贿赂他人或者收受贿赂的，由监督检查部门责令停止违法行为，处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照*”，而最终以上关于禁止受贿的条款经审议后并未写入《反不正当竞争法》。因此根据现行法律，受贿行为若没有达到刑事立案标准，则对其亦缺乏行政处罚依据。

对此，《条例》增设了禁止受贿条款，“任何单位和个人不得收受、承诺收受或者通过他人收受贿赂，为经营者谋取交易机会或者竞争优势”。然而，《条例》中并未同步设置相应的法律责任，而是规定“违反本条例规定的行为，法律、行政法规有处罚规定的，从其规定”，尽管如此，商业交易中的强势方亦应充分关注商业贿赂所涉及的潜在合规风险并积极采取有效措施予以防范。

（本文首发于 2021 年 4 月 29 日；实习生庄慧妹对本文亦有贡献）

奶茶品牌雇人排队吸引加盟逾千万遭重罚——浅析刷单炒信

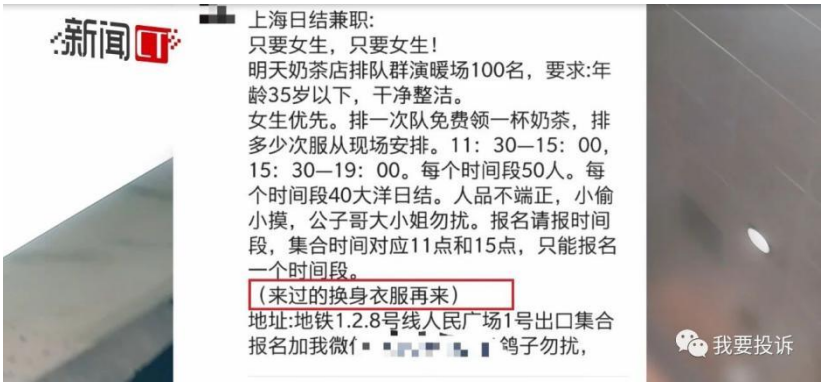
黄璞虑、王晨光

引言

日前，上海市黄浦区市场监督管理局以虚假宣传为由，对某奶茶品牌雇人排队误导消费者、吸引加盟的行为作出重罚，引发社会广泛关注。于此同时，上海市市场监督管理局于 2021 年 1 月发布《关于开展不正当竞争专项整治行动的通知》，其中将网络购物、网络带货直播等领域中存在的刷单炒信、虚假宣传等行为列入重点打击对象。此外我们亦发现，实践中经营者因虚假宣传而遭行政处罚的案例众多，具体可参见《2021 一季度上海市反不正当竞争执法情况速递——法规概览与数据分析篇》。就此，我们对相关典型案例以及“刷单”类型行为所涉及的法律风险予以初步分析。

一、 奶茶品牌雇人排队吸引加盟逾千万遭重罚

2020 年 12 月中旬，一则关于上海“网红”奶茶店雇人排队的消息曝光于各大媒体。



针对该舆情，上海市黄浦区市场监督管理局开展调查并查明：

- **背景：**上海某餐饮管理有限公司（以下称为“**品牌方**”）从事某奶茶品牌的自制饮品经营活动，除直营门店以外，当事人还通过招募品牌加盟商并提供开业指导、选址、制作奶茶的原材料、工具等服务。
- **违法行为：**为制造店铺人气足、销量好的假象，从而诱导消费、吸引加盟，当事人组织开展了上述店铺的虚假排队刷单活动，具体违法行为如下：一是通过刷单领队雇佣群众演员假扮消费者进行排队消费；二是通过在门店收银系统中制造虚假的现金交易记录，虚构营业额，并拍摄成视频用于对外宣传。
- **涉及影响：**自 2020 年 11 月 14 日起至 2020 年 12 月 10 日期间内，品牌方共向刷单领队支付群演费用 130377 元，其中群演人头费用 92750 元，点单费用为 37627 元；同时，通过门店收银系统制造虚假的现金交易记录金额合计为 43 万余元。此外，品牌方自 2020 年 10 月底开始招募品牌加盟商，至 2020 年 12 月中旬，共计签约加盟商、意向加盟商共 128 家，涉及加盟费、定金等签约金额共计 1029 万元。

基于上述调查结果，上海市黄浦区市场监督管理局认定上述情形构成经营者对其商品的销售状况作虚假的商业宣传，欺骗、误导消费者的行为，并于 2021 年 2 月 19 日对品牌方作出行政处罚【沪市监黄处〔2021〕012020001846 号】，其中黄浦区市场监督管理局综合全案情况，决定按从重情形对其予以处罚，罚款金额达 90 万元人民币。

就该案例，需要首先厘清何为“刷单炒信”？可以简单将其归纳为：通过不正当方式或技术手段，针对特定化需求，虚构线上或线下媒介的相关数据量，其欺骗、误导的对象不仅是消费者，亦涉及其他相关公众。具体到本案中，即为有意洽谈合作的意向/潜在加盟商，品牌方为营造该奶茶品牌的虚假销售状况、扩大品

牌影响力，以不正当手段虚构流量，间接挤占其他经营者的市场份额，紊乱正常交易秩序的同时也破坏了市场公平竞争机制。

在上述案件中，监管部门在调查过程中亦重点关注了相关虚假宣传行为对消费者以外第三方的权益、市场竞争秩序的负面影响，并以此作为确定处罚尺度的重要因素。另需注意的是，《上海市反不正当竞争条例》中亦将虚假宣传行为欺骗、误导的对象从消费者扩展到“其他相关公众”。**结合最新的法规政策以及实践案例可以发现，监管部门在对疑似虚假宣传行为进行调查/评价时，相较于以往，更加关注其对于交易安全以及市场公平竞争秩序的负面影响。**

瑞幸事件发生以后，国家市场监督管理总局对瑞幸咖啡（中国）有限公司 、瑞幸咖啡（ 北京）有限公司（以下合称为“**瑞幸公司**”）展开调查并查明：瑞幸公司在多家第三方公司帮助下，采用“个人及企业刷单造假”、“API 企业客户交易造假”，虚增收入，通过开展虚假交易、伪造银行流水、建立虚假数据库、伪造卡券消费记录等手段，累计制作虚假咖啡卡券订单 1.23 亿单；同时，瑞幸公司与多家第三方公司开展虚假交易，通过虚构原材料采购、外卖配送业务，虚增劳务外包业务、虚构广告业务等方式虚增成本支出，平衡业绩利润数据，通过资金不断循环，实现营业收入大幅虚增，最终形成极具吸引力的虚假业绩，欺骗、误导消费者和相关公众。国家市场监督管理总局认定瑞幸公司的上述行为构成虚假宣传行为，并且社会影响恶劣，严重扰乱了市场竞争秩序，因而对其处以 200 万元人民币的顶格罚款。

综上，经营者在开展品牌宣传/业务推广的过程中，应当对上述趋势予以高度关注与合规应对。否则，当涉及政府调查时，经营者仅以其商业宣传行为未对特定消费者造成误解、未侵犯消费者权益为由进行抗辩，将难以获得执法机关/法院的认可。

二、 浅析“刷单炒信”法律风险

结合近年来的商业实践及相关案例，除了前述典型案例中的排队刷单，“刷单炒信”行为亦可能以其他形式出现，例如：虚增某软件产品的下载/访问量以提高排名；虚构文章阅读量、转载量以获取广告位；虚构平台视频点击量；虚增电子商务店家好评量、商品交易成交量、信用度；虚构评价平台上店家好评、用户体验。“刷单炒信”行为涉及主体则可能包括：目标平台（如适用，可能是电子商务平台、数据服务平台、餐饮服务平台、视频平台等）；商品/服务经营者（委托/受益方）；刷单平台、刷手、空包物流平台（承办方）等。其中，各方主体因参与行为与发挥作用存差异，可能涉及的法律风险亦有所差异。对此，我们结合相关行政及司法实践，就“刷单炒信”所涉及的相关法律风险予以进一步阐述：

- **就不正当竞争法律风险而言**，对于组织/委托实施刷单行为的经营者，虚假宣传是其需要面临的首要风险。如前文所述，由于此等刷单行为往往涉及范围较广的相关公众，故而对市场公平竞争秩序造成较为严重的负面影响。因此，其面临的法律风险和行政责任相较于传统意义上的虚假宣传而言更为严重。
- **从企业商誉角度来看**，一旦经营者被认定为构成虚假宣传，根据《反不正当竞争法》第 26 条等规定，相关违法事实将被记入企业信用记录，并通过企业信用信息公示系统等公开平台对外公示，将可能对企业后续经营、融资及涉入资本市场等事宜造成不利影响。

- **从民事法律风险角度看**，一方面，如果刷单行为东窗事发，经营者可能因违反平台规则（如适用）而面临如流量降低、排名下降、违约赔偿等惩罚措施；另一方面，经营者与刷单平台（刷手）之间达成的关于“暗刷流量”的合意可能会被法院认定为违背公序良俗，因而相关的合同/协议亦归于无效，同时法院可能进一步认为，由于暗刷行为主观恶性较大，应避免纵容当事人通过非法行为获利，进而对双方当事人在合同履行过程中的获利予以收缴。

- **对于实际承接/经办刷单业务的相关主体而言**，根据其实施手段，还可能被认定为非法侵入计算机信息系统、非法经营等情形，并因此涉及刑事法律责任。

因此，“刷单炒信”行为在给经营者造成流量红利假象的同时，更将引发多重法律风险，商业中各方主体应充分关注其所面临的相关风险及潜在法律责任，对宣传推广所涉及的合规问题予以充分重视。尤其是组织/委托实施宣传推广的企业，应以实质性标准开展合规审查，以避免在品牌效应、经济利益等层面上反受其害，或因此产生额外的法律责任。

结语

随着反不正当竞争监管趋于精细化与科学化，市场监督管理部门的监管方式更显多元，根据我们对 2021 年第一季度上海市反不正当竞争执法情况的观察发现，虚假宣传类案件中，网络/平台主动监测、线上投诉举报等已成为识别违法线索的重要来源。并且，“虚假宣传”类违法行为由于其易于监测、便于取证的特性，因而成为行政执法及处罚的热点。故此，企业应当对其宣传推广的合规性予以高度重视，并且根据其实际情况，充分关注包括但不限于网络与数据、反不正当竞争、食品、医疗广告等相关领域所涉及的合规义务与监管趋势。

对于企业端，如何预防营销宣传中的各类法律风险，如何在合规宣传下尽量保证营销宣传的灵活性、有效性；对于公众，当消费者权益为企业虚假营销行为所侵害时如何解决，如若您对上述法律问题感兴趣，请持续关注我们。

（本文首发于 2021 年 5 月 10 日；实习生庄慧妹对本文亦有贡献）

“池子事件”对个人金融信息保护的启示

虞杨、洪璐

引言

2020 年 5 月 6 日，知名脱口秀演员池子（本名王越池）在个人微博账号上发长文发称其与笑果文化打官司，笑果文化要求中信银行调取其个人银行账户信息，在未经本人同意及出具法定手续的情况下，中信银行上海虹口支行违规操作将其个人账户交易明细提供给上海笑果文化传媒有限公司。其怒斥中信银行侵犯个人隐私，将他的个人流水信息违法违规提供给第三方。

由此引发的是 2021 年 3 月 17 日，银保监会对中信银行作出的 450 万元行政处罚。

中国银行保险监督管理委员会
China Banking and Insurance Regulatory Commission

繁 | EN

机构概况 | 新闻资讯 | 政务信息 | 在线服务 | 互动交流 | 统计数据 | 专题专栏

当前位置：首页 > 政务信息 > 行政处罚 > 银保监会机关

发布时间：2021-03-19　来源：消保局　文章类型：原创　打印　微博　微信　更多

中国银行保险监督管理委员会行政处罚信息公开表
（银保监罚决字〔2021〕5号）

（中信银行股份有限公司）

行政处罚决定书文号			银保监罚决字〔2021〕5号
被处罚当事人	单位	名称	中信银行股份有限公司
		法定代表人姓名	李庆萍
主要违法违规事实（案由）			一、客户信息保护体制机制不健全；柜面非密查询客户账户明细缺乏规范、统一的业务操作流程与必要的内部控制措施，乱象整治自查不力 二、客户信息收集环节管理不规范；客户数据访问控制管理不符合业务“必须知道”和“最小授权”原则；查询客户账户明细事由不真实；未经客户本人授权查询并向第三方提供其个人银行账户交易信息 三、对客户敏感信息管理不善，致其流出至互联网；违规存储客户敏感信息 四、系统权限管理存在漏洞，重要岗位及外包机构管理存在缺陷
行政处罚依据			《中华人民共和国银行业监督管理法》第二十一条、第四十六条和相关审慎经营规则 《中华人民共和国商业银行法》第七十三条
行政处罚决定			罚款450万元
作出处罚决定的机关名称			中国银行保险监督管理委员会
作出处罚决定的日期			2021年3月17日

无独有偶，农业银行也因“数据安全管理较粗放，存在数据泄露风险”等原因，收到了银保监会 420 万元的行政处罚。

中国银行保险监督管理委员会
China Banking and Insurance Regulatory Commission

繁 | EN |

请输入您要搜索的内容...

机构概况 | 新闻资讯 | 政务信息 | 在线服务 | 互动交流 | 统计数据 | 专题专栏

当前位置：首页 > 政务信息 > 行政处罚 > 银保监会机关

发布时间：2021-01-29　来源：统信部　文章类型：原创　打印　微博　微信　更多

中国银行保险监督管理委员会行政处罚信息公开表
（银保监罚决字〔2021〕1号）

（中国农业银行股份有限公司）

行政处罚决定书文号			银保监罚决字〔2021〕1号
被处罚当事人	单位	名称	中国农业银行股份有限公司
		法定代表人姓名	周慕冰
主要违法违规事实（案由）			（一）发生重要信息系统突发事件未报告 （二）制卡数据违规明文留存 （三）生产网络、分行无线互联网络保护不当 （四）数据安全管理较粗放，存在数据泄露风险 （五）网络信息系统存在较多漏洞 （六）互联网门户网站泄露敏感信息
行政处罚依据			《中华人民共和国银行业监督管理法》第二十一条、第四十六条第五项和相关审慎经营规则
行政处罚决定			罚款420万元
作出处罚决定的机关名称			中国银行保险监督管理委员会
作出处罚决定的日期			2021年1月19日

近期频发的数起商业银行个人金融信息泄露及数据安全事件，不仅引发了监管机构的处罚行动以及公众对于商业银行的信任危机，更使得商业银行建立健全数据风险合规体系迫在眉睫。

因此，本文将从个人金融信息的收集利用原则，浅析商业银行等金融机构在个人信息保护方面所应关注的重点。

一、　何为个人金融信息

根据中国人民银行于 2021 年 4 月 8 日最新发布的《金融数据安全数据生命周期安全规范》第 3.7 条规定，个人金融信息是指：金融业机构通过提供金融产品和服务或者其他渠道获取、加工和保存的个人信息，包括账户信息、鉴别信息、金融交易信息、个人身份信息、财产信息、借贷信息及其他反映特定个人某些情况的信息。

二、　个人金融信息的收集利用原则

1.　“明示同意”原则

收集、利用个人金融信息应获得个人金融信息主体的明示同意。《金融数据安全 数据生命周期安全规范》第 3.12 条规定，明示同意是指个人金融信息主体通过书面声明或主动作出肯定性动作，对其个人金融信息进行特定处理作出明确授权的行为。肯定性动作包括个人金融信息主体主动勾选、主动点击“同意”、

“注册”、“发送”、“拨打”、主动填写或提供等。《个人金融信息保护技术规范》及《金融消费者权益保护实施办法》亦作类似规定。

根据上述规定，商业银行通过格式条款取得个人金融信息书面使用授权或者同意的，应当在条款中明确该授权或者同意所适用的向他人提供个人金融信息的范围和具体情形，应当在协议的醒目位置使用通俗易懂的语言明确向金融消费者提示该授权或者同意的可能后果。例如，当银行向借款客户收集个人信息时，应当向借款客户说明其网络消费、网络交易数据等会被用于分析评定其信用风险等情况。商业银行等金融机构应在设计收集用户信息的告知界面时，针对不同的客户群体有的放矢。

2. “分级保护”原则

《个人金融信息保护技术规范》第 4.2 条规定，根据信息遭到未经授权的查看或未经授权的变更后所产生的影响和危害，将个人金融信息按敏感程度从高到低分为 C3、C2、C1 三个类别：

信息类别	定义及范围
C3	主要为用户鉴别信息。该类信息一旦遭到未经授权的查看或未经授权的变更，会对个人金融信息主体的信息安全与财产安全造成严重危害。
	• 银行卡磁道数据（或芯片等效信息）、卡片验证码（CVN 和 CVN2）、卡片有效期、银行卡密码、网络支付交易密码； • 账户（包括但不限于支付账号、证券账户、保险账户）登录密码、交易密码、查询密码； • 用于用户鉴别的个人生物识别信息。
C2	主要为可识别特定个人金融信息主体身份与金融状况的个人金融信息，以及用于金融产品与服务的关键信息。该类信息一旦遭到未经授权的查看或未经授权的变更，会对个人 金融信息主体的信息安全与财产安全造成一定危害。
	• 支付账号及其等效信息，如支付账号、证件类识别标识与证件信息（身份证、护照等）、手机号码。 • 账户（包括但不限于支付账号、证券账户、保险账户）登录的用户名。 • 用户鉴别辅助信息，如动态口令、短信验证码、密码提示问题答案、动态声纹密码；若用户鉴别辅助信息与账号结合使用可直接完成用户鉴别，则属于 C3 类别信息。 • 直接反映个人金融信息主体金融状况的信息，如个人财产信息（包括网络支付账号余额）、借贷信息。 • 用于金融产品与服务的关键信息，如交易信息（如交易指令、交易流水、证券委托、保险理赔）等。 • 用于履行了解你的客户（KYC）要求，以及按行业主管部门存证、保全等需要，在提供产品和服务过程中收集的个人金融信息主体照片、音视频等影像信息。 • 其他能够识别出特定主体的信息，如家庭地址等。
C1	主要为机构内部的信息资产，主要指供金融业机构内部使用的个人金融信息。该类信息一旦遭到未经授权的查看或未经授权的变更，可能会对个人金融信息主体的信息安全与财产安全造成一定影响。
	• 账户开立时间、开户机构； • 基于账户信息产生的支付标记信息； • C2 和 C3 类别信息中未包含的其他个人金融信息。

《金融数据安全 数据安全分级指南》第 5.3.2 条规定，不同类别的个人金融信息对应不同的数据安全级别，个人金融信息相关数据参照 JR/T 0171-2020 进行定级，并在数据安全定级过程中从高考虑。（数据安全定级规则参考表如下）

最低安全级别参考	数据定级要素		数据一般特征
	影响对象	影响程度	
5	国家安全	严重损害/一般损害/轻微损害	• 重要数据，通常主要用于金融业大型或特大型机构、金融交易过程中重要核心节点类机构的关键业务使用，一般针对特定人员公开，且仅为必须知悉的对象访问或使用。 • 数据安全性遭到破坏后，对国家安全造成影响，或对公众权益造成严重影响。
5	公众权益	严重损害	
4	公众权益	一般损害	• 数据通常主要用于金融业大型或特大型机构、金融交易过程中重要核心节点类机构的重要业务使用，一般针对特定人员公开，且仅为必须知悉的对象访问或使用。 • 个人金融信息中的 C3 类信息。 • 数据安全性遭到破坏后，对公众权益造成一般影响，或对个人隐私或企业合法权益造成严重影响，但不影响国家安全。
4	个人隐私	严重损害	
4	企业合法权益	严重损害	
3	公众权益	轻微损害	• 数据用于金融业机构关键或重要业务使用，一般针对特定人员公开，且仅为必须知悉的对象访问或使用。 • 个人金融信息中的 C2 类信息。 • 数据的安全性遭到破坏后，对公众权益造成轻微影响，或对个人隐私或企业合法权益造成一般影响，但不影响国家安全。
3	个人隐私	一般损害	
3	企业合法权益	一般损害	
2	个人隐私	轻微损害	• 数据用于金融业机构一般业务使用，一般针对受限对象公开，通常为内部管理且不宜广泛公开的数据。 • 个人金融信息中的 C1 类信息。 • 数据的安全性遭到破坏后，对个人隐私或企业合法权益造成轻微影响，但不影响国家安全、公众权益。
2	企业合法权益	轻微损害	
1	国家安全	无损害	• 数据一般可被公开或可被公众获知、使用。 • 个人金融信息主体主动公开的信息。 • 数据的安全性遭到破坏后，可能对个人隐私或企业合法权益不造成影响，或仅造成微弱影响但不影响国家安全、公众权益。
1	公众权益	无损害	
1	个人隐私	无损害	
1	企业合法权益	无损害	

不同数据安全级别的个人金融信息，所应采取的保护措施也不同。根据《金融数据安全 数据生命周期安全规范》第 5.2 条之规定，1 级数据为公开数据，原则上无保密性要求，其安全防护应参考本文件有关完整性及可用性安全要求；2 级至 4 级数据的安全防护应在平衡安全需求与业务需求的基础上，根据数据安全级别不同，有侧重地采取适当的安全防护措施，2 级数据应优先考虑业务需求，4 级数据应优先考虑安全需求，5 级数据的保护按照国家及行业主管部门的有关要求执行。

另外，需要注意的是，两种或两种以上的低敏感程度类别信息经过组合、关联和分析后可能产生高敏感程度的信息。低敏感程度类别的个人金融信息因参与身份鉴别等关键活动导致敏感程度上升的（如，经组合后构成交易授权完整要素的情况），金融机构应提升相应的信息传输、存储保障手段。

3. “限制访问”原则

商业银行等金融机构应当对个人金融信息数据设置访问权限。例如，《金融数据安全 数据生命周期安全规范》第 7.4.2.1 条规定：

数据访问指金融业机构内外部各类主体对数据进行查询和变更的过程，数据访问控制安全要求如下：

a) 应综合考虑主体角色、信用等级、业务需要、时效性等因素，按最小化原则确定 2 级及以上数据的访问权限规则。

b) 3 级及以上数据访问应建立访问权限申请和审核批准机制，并宜通过访问控制组件或访问控制代理技术对访问的终端设备、系统进行控制，以及实际操作和申请操作进行验证，保证实际操作与申请并审批的操作是一致的。

c) 应根据数据的不同安全级别，制定和明确数据访问控制过程中的相关安全措施，保障金融数据在被访问过程中的保密性和完整性，包括但不限于：

   1) 2 级及以上的数据访问应进行身份认证，对访问者实名认证，将数据访问权限与实际访问者的身份或角色进行关联，防止数据的非授权访问。

   2) 2 级及以上的数据访问过程应留存相关操作日志，操作日志应至少包含明确的主体、客体、操作时间、具体操作类型、操作结果等。

   3) 3 级及以上的数据访问应实现多因素认证或二次授权，并应结合业务需要对数据采取脱敏和控制访问数据行数的技术措施，以满足最小化原则要求。

d) 应对数据的访问权限和实际访问控制情况进行定期审计，至少每半年 1 次对访问权限规则和已授权清单进行复核，及时清理已失效的账号和授权。

e) 应通过访问控制等措施限制频繁查询数据人员的数据访问频率，如柜员、客户经理、客服人员等确需批量查询的应通过相应审批并留存相关记录，并宜提供访问控制组件与审批结果的自动联动能力。

反观“池子事件”，暴露的正是账户管理权限问题，即不能人人都拥有广泛查询权限。该案的问题不止在于作出该项行为的银行职员，而是在于银行信息系统操作权限的设定违背了“业务需要”和“最小权限”原则。按照最新发布的《金融数据安全 数据生命周期安全规范》，交易流水属于 C2 类的个人金融信息，对应的最低数据安全级别应为 3 级，而 3 级以上的数据访问应建立访问权限申请和审核批准机制，同时应实现多因素认证或二次授权，并结合业务需要对数据采取脱敏和控制访问数据行数的技术措施，以满足最小化原则要求。

三、 合规建议

侵害个人金融信息可能面临行政、刑事和民事的三重处罚，因此我们建议银行等金融机构根据相关法律法规、国家标准及行业规范建立健全内部控制制度，对易发生个人金融信息泄露的环节进行充分排查，明确规定各部门、岗位和人员的管理责任，加强个人金融信息管理的权限设置，形成相互监督、相互制约的管理机制，切实防止信息泄露或滥用事件的发生。同时，应完善信息安全技术防范措施，确保个人金融信息在收集、传输、加工、保存、使用等环节不被泄露。此外，还要加强对从业人员的培训并签订保密协议，强化从业人员个人金融信息安全意识，防止从业人员非法使用、泄露、出售个人金融信息。

（本文首发于 2021 年 5 月 17 日）

涉税实务中票货分离、挂靠代开之法律风险分析

崔岩双

引言

全国税务工作会议于近期在北京召开，“严打涉税违法行为，大力推进科技稽查、精准稽查、协同稽查，持续形成对虚开骗税等涉税违法行为严厉打击的高压态势”系会议提出的 2021 年度工作重点之一。国家税务总局稽查局局长日前在接受媒体联合采访时进一步透露，2021 年税务稽查的重点是“三假”涉税违法行为，即没有实际经营业务只为虚开发票的“假企业”、没有实际出口只为骗取退税的“假出口”和不具备条件只为骗取疫情防控税收优惠政策的“假申报”。

“严打虚开骗税”虽已被明确列为稽查工作重点，但因虚开骗税的内涵和外延在涉税实务中往往不甚清晰，以致时常出现误解，例如有观点认为，只要有真实交易——即便存在变名开票或从第三方获取发票等情形，都不会构成刑事犯罪或所涉风险较低。就此，我们就涉税实务中存在的诸如票货分离、挂靠经营代开票以及变名开票等情形的法律风险予以分析，并提供初步的税务合规建议。

票货分离

相较于本文第二部分所述的挂靠经营代开发票情形，所谓的“票货分离”安排因通常具有以下特点而存在被认定为虚开增值税专用发票刑事犯罪的较高风险：

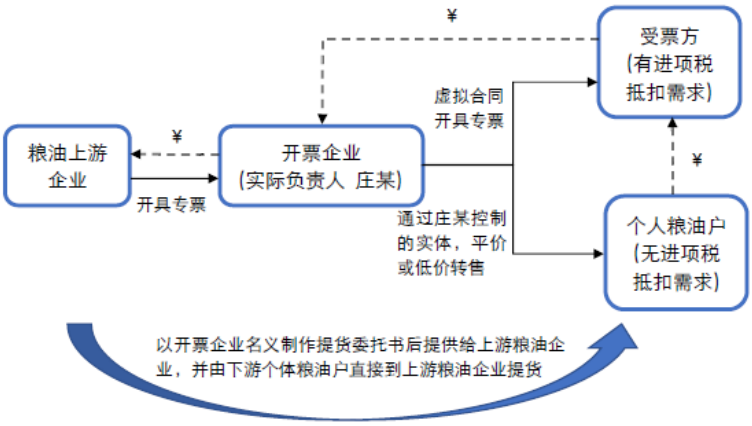
1）开票企业与受票企业之间不具有真实的基础交易；

2）相关的票货分离安排不具有商业上的合理性，仅是为了实现骗取抵扣增值税之非法目的。

就此，我们通过两则近期的法院生效判例，对“票货分离”常见的表现形式，以及法院对该等安排的认定态度予以分析。

案例一：山东省高级人民法院于 2020 年 8 月作出的（2020）鲁刑终 150 号判决

主要交易安排如下图所示：



【图 1-1】

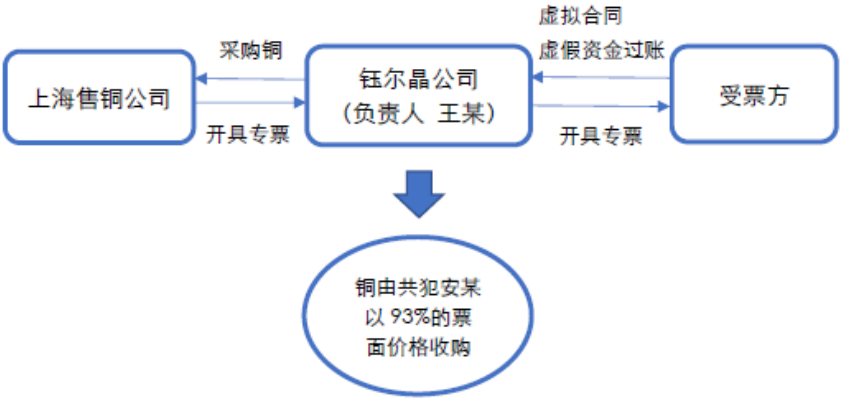
法院认为（篇幅所限，仅摘录关于主要责任人的部分判决内容，下同）：

庄某系根据票贩子确定虚开的金额和点数，再决定从上游企业购买豆油的数量，最后根据赚取的发票点数确定销售价格，将豆油通过其实际控制的合某公司销售给不需要开具发票的下游粮油贸易商。相关证据足以证实庄某对国某、万某、瑞某公司等开票企业，对合某公司等销货企业进行直接管理，对发票的去向以

及合同对应的下游散户系明知，庄某控制虚开犯罪的各个关键环节，主观上为他人有虚开增值税专用发票的故意，客观上侵犯了国家对增值税发票的管理制度，且 5124 份发票税款均已抵扣，造成了国家税款的损失。庄某违反增值税专用发票管理规定，为他人虚开、介绍他人虚开或让他人为自己虚开增值税专用发票，虚开的税款数额巨大，其行为构成虚开增值税专用发票罪，应依法惩处。

案例二：江苏省常州市中级人民法院于 2020 年 11 月 11 日作出的（2020）苏 04 刑终 293 号判决

主要交易安排如下图所示：



【图 1-2】

法院认为：

被告人安某与钰尔晶公司负责人王某（已判刑）共谋，采用票货分离等手段，以钰尔晶公司的名义向上海售铜公司购买铜，该铜再由安某以 93%左右的票面价格收购，即王某以支付 7%左右的票面价格为钰尔晶公司取得增值税进项发票用于对外虚开。2016 年 11 月至 2018 年 9 月被告人安某与王某合作期间，采用上述手段为钰尔晶公司虚开上海青物公司、上海兴栋铝公司、上海铜方公司等单位开具的增值税专用发票后，在无真实货物往来的情况下，采用虚假资金过账、虚拟合同等手段，以钰尔晶公司的名义为常州市涛成机械有限公司等 16 家公司虚开增值税专用发票共计 399 份；另查明，期间经王某介绍，采用上述手段为常州市宇达汽车配件有限公司等受票单位直接虚开上海青物公司、上海铜方公司等单位的增值税专用发票共计 13 份。上述 412 份发票价税合计 46883999.17 元，税款 6804840.76 元，均已抵扣。被告人安某违反增值税专用发票管理规定，虚开增值税专用发票，其行为已构成虚开增值税专用发票罪。

因此，就以上所述的“票货分离”安排，无论形式上如何设计，其实质往往就对应无真实交易而虚开增值税专用发票，一旦涉及税务稽查或公安调查，则将面临重大的刑事法律风险。需要特别提示的是，实践中可能出现另一种误解，即认为只要相关的票货分离安排完全发生在企业集团内部就可以规避风险，这样的理解也是错误的。

挂靠代开

挂靠代开不构成虚开增值税专用发票，但仍应关注因纳税义务承担与分配问题发生争议所导致的涉税法律风险。

尽管近年来企业注册便利程度不断提升，但在部分行业中，以挂靠方式或借助他人名义开展经营活动仍具有一定的普遍性。从形式上看，该等挂靠经营所涉及的开具增值税专用发票事宜符合法发〔1996〕30 号

文中所述的“进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票”的情形，因此曾一度引发挂靠代开是否构成虚开增值税专用发票刑事犯罪的争议。

【最高人民法院关于适用《全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》的若干问题的解释（法发〔1996〕30 号）规定，具有下列行为之一的，属于“虚开增值税专用发票”：（1）没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具增值税专用发票；（2）有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票；（3）进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票。】

对于上述情况，国家税务总局于 2014 年发布《关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告》并对其进行了官方解读，其中提出：

如果挂靠方以被挂靠方名义，向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，应以被挂靠方为纳税人。被挂靠方作为货物的销售方或者应税劳务、应税服务的提供方，按照相关规定向受票方开具增值税专用发票，不属于对外虚开增值税专用发票。

最高人民法院于 2015 年进一步就《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见作出回复，其中提出：

就法发〔1996〕30 号文，应当根据现行刑法第二百零五条关于虚开增值税专用发票罪的规定，合理选择该解释中可以继续参照适用的条文。其中，该解释中关于“进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票”也属于虚开的规定，与虚开增值税专用发票罪的规定不符，不应继续适用；

挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物，被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的，不属于刑法第二百零五条规定的“虚开增值税专用发票”；

行为人利用他人的名义从事经营活动，并以他人名义开具增值税专用发票的，即便行为人与该他人之间不存在挂靠关系，但如行为人进行了实际的经营活动，主观上并无骗取抵扣税款的故意，客观上也未造成国家增值税款损失的，不宜认定为刑法第二百零五条规定的“虚开增值税专用发票”；符合逃税罪等其他犯罪构成条件的，可以其他犯罪论处。

因此，以挂靠方式或借助他人名义开展经营活动过程中，由名义销货方或提供应税劳务、服务主体对外开具增值税专用发票的，理论上不会被认定为虚开增值税专用发票刑事犯罪。

但是，实践中挂靠经营所涉及的相关主体往往就纳税义务承担与分配问题产生分歧，并可能因此导致税收遵从性降低，由此产生偷税之行政法律风险或甚至于逃税罪等刑事法律风险，对此相关主体应予充分关注。

（本文首发于 2021 年 1 月 26 日）

变名开票风险几何？

崔岩双

引言

在上一篇文章中，我们对涉税实务中存在的票货分离、挂靠代开情形所涉及的法律风险进行了分析，本文将进一步对涉税实务中另一项存在争议的问题——变名开票情形所涉及的法律风险进行分析，并提供相关的税务合规初步建议。

为逃避缴纳消费税而变名开具增值税专用发票

由于消费税主要在出厂销售的单一环节征收，并且外购应税消费品连续生产应税消费品时，增值税专用发票亦可作为消费税税款抵扣凭证。部分企业通过“变名开票”、“过票”等方式，隐瞒生产环节或不当抵扣消费税，进而获取少缴或不缴消费税之经济利益。

2017 年前后的石化行业就是一个较为典型的例子，当时，部分炼油生产企业将应税油品以化工产品（非应税消费品）的名义销售给石化贸易企业，石化贸易企业再将其名目变更回应税消费品成品油以销售给用油企业并开具相应的增值税专用发票，借此逃避缴纳生产环节消费税（如图 3-1 所示）。国家税务总局就此开展了专项核查，相关涉事企业由此产生了重大的税务违法行政责任甚至刑事责任。

【图 3-1】

司法实践中，大量涉事主体及其代理人以(i)上述安排具有真实的货物交易基础，(ii)相关行为并非以骗取抵扣增值税税款为目的，客观上也未造成增值税税款损失为由提出抗辩，认为其不构成犯罪，或即便构成犯罪也应以量刑较轻的逃税罪予以定罪。

但是，法院则倾向于认为：上述安排所涉及的中间交易环节都是为了变名开票而人为增设，因此仍然属于没有真实的货物交易而虚开发票；并且，刑法中虚开增值税专用发票罪的构成并不以偷逃增值税为前提。

就上述问题，我们在下图中对相关案例进行了整理，以作参考。

审理法院	案号	法院观点（节选）
浙江省高级人民法院	(2018)浙刑终361号	• 虽然优贸公司、信义公司与宁波腾日石油化工有限公司等供货企业签订购买沥青、重质油的购销合同，优贸公司、信义公司与下家以及其他关联公司之间也均签订购销燃料油的合同，但是大多数合同的两方人员并无直接联系，都是最终下家向宁波腾日石油化工有限公司等供货企业直接购买产品，合同的细节都是宁波方面指定。货物也直接由上游企业直接运输至下家指定的地点。本案中证人均反映只有原始卖家和最某，中间环节均不交付货物。**优贸公司、信义公司始终没有收到或占有过货物，却出具了虚假的入库单、出库单。本案中间的交易环节都是为了变票而人为增设。** • **刑法规定和司法解释均没有明确要求构成虚开增值税专用发票要以偷逃增值税为前提**，被告人陈长青、徐明敏在没有真实货物交易的情况下，为他人虚开增值税专用发票，造成国家巨额税款损失，其行为均已构成虚开增值税专用发票罪，依法应予惩处。
浙江省丽水市中级人民法院	(2018)浙11刑初6号	• 根据相关税收规定，流通企业在购进消费税非应税产品，又以消费税应税产品销售的，视为生产行为，应当缴纳消费税。从丽水虹星公司的进、销项增值税专用发票来看，其进项都是消费税非应税产品化工产品，销售的均是消费税应税产品成品油，按规定应当缴纳消费税。**但实际上，丽水虹星公司并没有真实的购进化工产品和销售成品油，只是通过虚开增值税专用发票帮助其他企业和个人隐藏真实的生产环节，偷逃消费税。故应认定造成消费税损失。** • 虚开增值税专用发票罪属于危害国家税收征管犯罪，**行为人只要有虚开增值税专用发票的行为，并足以危害国家税收征管，造成国家税款损失的，均构成该罪。实际损失的是增值税还是其他税款，并不影响该罪名的成立**。三被告人主观上均具有虚开增值税专用发票的故意，本案犯罪均造成了巨大的消费税损失，这些损失均属于国家税款的损失，依法应当以虚开增值税专用发票罪定罪处罚。
安徽省淮北市中级人民法院	(2019)皖06刑终289号	经查，张杰成立淮北南山公司主要开展“变名开票”业务，没有实际购进、加工、生产燃料油，却为他人虚开销售燃料油的增值税专用发票，淮北南山公司收取每吨50至70元不等的费用，使其他公司逃避缴纳消费税，造成国家税收损失，获取巨额非法利润，侵害国家增值税发票管理制度，符合虚开增值税专用发票罪的构成要件。

【图3-2】

因此，对于通过“变名开票”、“过票”等方式以达到逃避缴纳生产销售环节消费税的行为，即便其形式上依附于真实的基础交易，但仍存在被认定为虚开增值税专用发票刑事犯罪的较高风险。结合2021年度税务稽查重点，我们理解，通过设立无实际经营业务的“空壳公司”作为虚开发票、变名开票、过票的载体，以攫取非法税收利益的所谓的“税务筹划”具有极高的涉税法律风险。

其他变名开票行为

对于其他变名开票行为，例如：就“餐饮”费用开具“住宿费”“会务费”等项目发票；将“借款利息”开具“咨询费”“顾问费”“手续费”等项目发票；就拟发放的员工福利品，向销货方获取“办公用品”项目发票等，其可能涉及的法律风险需要根据具体情况予以分析：

如果仅是为了规避企业所得税抵扣限额，或符合企业关于报销的相关规定，而实施变名开具增值税普通发票或获取该等变名发票的，则主要涉及对发票管理办法的违反并面临行政处罚风险。

《中华人民共和国发票管理办法》第二十二条开具发票应当按照规定的时限、顺序、栏目，全部联次一次性如实开具，并加盖发票专用章。任何单位和个人不得有下列虚开发票行为：（一）为他人、为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；（二）让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；（三）介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。《中华人民共和国发票管理办法》第三十七条违反本办法第二十二条第二款的规定虚开发票的，由税务机关没收违法所得；虚开金额在1万元以下的，可以并处5万元以下的罚款；虚开金额超过1万元的，并处5万元以上50万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。若纳税人利用相关变名开票行为，实现少缴企业所得税之目的，还有可能被认定为“偷税”，并可能面临最高数额为少缴税款5倍的罚款。

如果针对不允许抵扣进项税额的项目，相关主体变更名目开具了增值税专用发票并实现抵扣，还有可能进一步涉及虚开增值税专用发票的刑事犯罪风险。

此外，与变名开票相关的税务风险还包括：

就变更名目开具的增值税专用发票，受票方不能以此抵扣相关的进项税额，税务机关在稽查过程中将以该等发票与实际经营业务不符为由要求受票方将已经抵扣的进项税额予以转出并补缴增值税。

由于变更名目开具的相关发票属于发票管理办法中的“不符合规定的发票”，因此无法作为财务报销凭证，相关的采购成本不能在企业所得税税前列支。

结语

在税务监管趋于严格的大环境下，科技稽查、精准稽查、协同稽查方式将逐渐成为常规监管措施，并且税收违法“黑名单”及联合惩戒制度也在不断实施与完善过程中，涉税违法行为的法律风险及违法成本不容忽视。

就本文所述内容而言，建议企业应当对发票合规管理予以充分重视，建立与合同综合管理、财务管理制度等相适应的发票管理标准化流程，以全面涵盖发票申领、开票、验票、入账抵扣、转出、红冲以及电子化管理等所有环节，并设置相关的自查自审程序，以确保上述流程得以有效运行。

（本文首发于 2021 年 1 月 27 日）

逃税罪“初犯免责”制度，你理解对了吗？

引言

自刑法修正案（七）出台以来，逃税罪中所谓的“初犯免责”制度广为流传，由于对这一制度的基本规定及具体适用缺乏全面、清晰的理解，实践中部分主体将其作为实施税务违法行为的“避风港”，并由此产生了额外的刑事法律风险。为厘清相关法律概念并有助于纳税人避免刑事法律风险，本文就逃税免于刑事追责制度的基本规定（包括为何不建议称之为“初犯免责”制度）及其适用范围，以及与之相关的“提供纳税担保能否免于追究刑事责任”等实务问题予以分析。

一、 逃税免于刑事追责制度

俗称的“初犯免责”制度源于《中华人民共和国刑法修正案（七）》（以下称为“**刑法修正案（七）**”）第三条对原刑法第 201 条的修改及其增设的第四款规定，即：

【纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大[1]并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，依照前款的规定处罚。

对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。

有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。】

就上述规定可如此理解，纳税人实施逃税行为金额达到“数额较大并且占应纳税额百分之十以上的”，本应追究其刑事责任，而 2009 年修订通过的刑法修正案（七）基于宽严相济并保障立法原意得以有效实现之考虑，于第 201 条第四款规定如果“经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的”，则适用“不予追究刑事责任”的特殊制度；同时就其适用进一步规定了例外情形，即对于“五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的”情形，则不适用以上的特殊制度，仍按照第 201 条第一款追究刑事责任。

据此，我们可以发现，将上述的特殊制度称之为“初犯刑事免责”并不贴切，因为：（i）纳税人可能存在多次逃避缴纳税款且金额均达到刑事追诉标准，而仍然适用不予追究刑事责任的情况；（ii）所谓“免责”系以构成犯罪为前提而对处罚结果的豁免，而第 201 条第四款所规定的特殊制度的适用效果应当是无需进入刑事程序或刑事程序终止，即逃税行为不构成犯罪。因此，我们理解将其称之为“逃税免予追究刑事责任制度”或“逃税免于刑事追责制度”更为合适。

就该制度的具体适用，还需注意以下几点：

- 因逃避缴纳税款以外的其他原因被刑事处罚或行政处罚的，不影响逃税免于刑事追责制度的适用；
- 五年的时间限制自刑事处罚判决生效之日或行政处罚作出之日（而非逃税行为实施日）起开始计算。也就是说，如果前次刑事判决生效时间或前两次中任一次行政处罚的作出时间与本次逃税行为实施时

[1] 根据最高人民检察院、公安部于 2010 年 5 月发出的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第五十七条第一款规定，“逃避缴纳税款，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上，经税务机关依法下达追缴通知后，不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的；（二）纳税人五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚，又逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上的；（三）扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的。”

间相隔超过五年的，即便纳税人曾经因逃避缴纳税款受过刑事处罚或二次以上行政处罚的，其仍然可以适用逃税免于刑事追责制度；

- 对于“五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的”，又再次实施逃税行为，仍然需要满足“逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上”条件方可以逃税罪追究其刑事责任，否则对该等多次逃税行为也仅能依据税收征收管理法等对其作出行政处罚；
- 在司法实践中，除个别案例外，法院通常认为不能简单将刑法第 201 条第四款所规定的逃税免于刑事追责制度理解为设置了行政处罚前置程序[2]，结合最高人民检察院、公安部于 2010 年 5 月发出的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第五十七条第二款规定，“纳税人在公安机关立案后再补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的，不影响刑事责任的追究”，也就是说，实践中亦存在公安机关主动对逃避缴纳税款的违法行为介入调查而使得补税免刑的上述制度无法适用，进而直接涉及刑事责任的可能性。

二、 适用范围

从罪名上看，逃税免于刑事追责制度仅仅适用于刑法第 201 条所规定的逃税罪，对于其他类型的危害税收征管犯罪，如骗取出口退税、虚开增值税专用发票、非法出售或购买增值税专用发票等，并无相关的豁免制度。上述结论看似理所应当，但实践中却时有纳税人因对法律规定理解不清，误以为相关的违法犯罪行为只是普通的偷税漏税，认为待税务稽查时补缴即可，而最终涉及刑事处罚。

此外，根据《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第五十七条第一款第（三）项规定，“逃避缴纳税款，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的”。

因此，虽然扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段不缴或者少缴已扣、已收税款的行为适用刑法第 201 条第一款关于逃税罪的规定，但却不能适用第四款中的逃税免于刑事追责制度。这是因为：一方面，虽然从表面上看，纳税人逃税与扣缴义务人不缴、少缴已扣、已收税款都表现为国家税收遭受损失，但是，在前一种情形下，纳税人还没有缴纳税款，在后一种情形下，纳税人已经缴纳了税款；另一方面，纳税人需要从自己的合法收入中拿出一部分上缴国家，而扣缴义务人只是需要将已经向他人扣缴的税款上缴国家，故纳税人与扣缴义务人的期待可能性不同[3]。

例如：以下的案例中，在公司实控人的指使下，被告单位作为扣缴义务人利用设立账外账的欺骗、隐瞒手段，将已经代为扣缴的员工个人所得税截留，多次少缴已扣、已收个人所得税税款，虽然单位事后已根据行政处罚要求按期缴纳了少缴的税款及罚款，但被告单位及其实控人仍然被法院认定构成逃税罪并被追究刑事责任。

---

[2] 包括但不限于湖北省高级人民法院作出的（2010）鄂刑三终字第 48 号判决，山东省枣庄市市中区人民法院作出的（2014）市中少刑初字第 74 号判决，湖北省罗田县人民法院作出的（2018）鄂 1123 刑初 138 号判决、河北省隆化县人民法院作出的（2017）冀 0825 刑初 150 号判决、甘肃省天水市麦积区人民法院作出的（2016）甘 0503 刑初 168 号判决等均持上述观点。

[3] 张明楷，《法律适用》2011 年第八期。

许昌市魏都区人民法院（2019）豫1002刑初17号	
案件事实	- 2014年1月至2018年6月，被告单位许昌市翔远物资贸易有限公司作为扣缴义务人，其公司法定代表人、实际控制人霍某指使公司会计贾某采取设立内、外账的欺骗、隐瞒手段，将代为扣缴的公司员工个人所得税截留，多次少缴已扣、已收个人所得税税款，经国家税务局许昌市税务局稽查局认定，少缴的税款为86768.77元，且各年度占比超过10%。 - 案发后，被告单位将少缴的税款86768.77元及一倍的罚款在规定期限内已全部缴纳。
法院裁判	被告单位许昌市翔远物资贸易有限公司作为扣缴义务人，采取欺骗、隐瞒手段少缴已收个人所得税税款，数额较大，其行为已构成逃税罪。被告人霍某为该公司直接负责的主管人员，采取欺骗、隐瞒手段少缴已收个人所得税税款，数额较大，其行为已构成逃税罪。综合考虑本案被告单位及被告人的犯罪事实、性质、情节及社会危害程度，判决如下： 一、被告单位许昌市翔远物资贸易有限公司犯逃税罪，判处罚金人民币100000元。（已缴纳） 二、被告人霍洪祥犯逃税罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币30000元。（已缴纳）

三、 提供纳税担保能否免于追究刑事责任？

如前所述，刑法第 201 条第四款规定了逃税免于刑事追责制度，即“经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任”。实践中，如果涉及的欠缴税款、滞纳金以及罚款金额较大，可能存在纳税人具有履行意愿但无法立即履行因而向税务机关提供纳税担保的情况，对于该等情形能否适用上述的逃税免于刑事追责制度，实践中存在一定的争议。

从法律规定及立法原意而言，逃税免于刑事追责制度的适用应以国家税收损失得以实际弥补，违法行为的危害后果已经消除为前提；而对于当事人因无力缴纳而提供纳税担保的情况，参照《纳税担保试行办法》第二条中关于纳税担保的定义，“本办法所称纳税担保，是指经税务机关同意或确认，纳税人或其他自然人、法人、经济组织以保证、抵押、质押的方式，为纳税人应当缴纳的税款及滞纳金提供担保的行为”，我们理解不宜将提供纳税担保与“补缴应纳税款，缴纳滞纳金”直接划上等号，因为担保实现尚存较大的不确定性且其进一步给国家造成了资金占用损失。

然而，在司法实践中，如果当事人提供了充分的纳税担保并且被税务机关认可和接受的，则法院仍可能适用刑法第 201 条第四款之规定不予追究当事人刑事责任；即便当事人提供的纳税担保不符合规定或未被税务机关所接受，实践中法院也倾向于在量刑时加以考虑并可能予以从轻处罚。

例如：在以下的案例中，广东省中山市中级人民法院即认为，已向税务机关提供纳税担保的三建公司属于“已经补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚”的情形，因此不构成逃税罪。

广东省中山市中级人民法院 (2016)粤 20 刑再 6 号	
案件事实	- 2013 年 10 月 25 日，兴宁市地方税务局作出税务处理决定书，责令三建公司补缴 2000 年至 2013 年 6 月间应缴、应补扣税款合计 8264180.35 元。 - 2013 年 10 月 30 日，兴宁市地方税务局作出税务行政处罚决定书，决定对三建公司处罚款总计 14243002.74 元。 - 2013 年 10 月 31 日，兴宁市地方税务局作出涉税案件移送意见书，将三建公司涉税一案移交兴宁市公安局审查，所附材料中包括王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。所附材料亦包括三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。 - 2013 年 12 月 16 日，三建公司向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。
法院裁判	本案中，兴宁市地方税务局于 2015 年 10 月 25 日作出税务处理决定书后，王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称土地使用税应当按土地实际拥有人交纳，现 17 项土地中有 12 项土地为金某房地产公司，不应由三建公司交纳；三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司使用税计算表所列 17 宗土地中有 10 宗土地的实际使用权人为金某房地产公司，应在三建公司补缴的税款中扣除；三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。**三建公司遂于 2013 年 12 月 16 日向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。虽然三建公司和王佛鹏遂后提起行政复议及行政诉讼，但提起行政复议及行政诉讼均是行使其合法权利。不影响认定三建公司已经补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚。**因此，不应以逃税罪追究三建公司及王佛鹏的刑事责任，故三建公司和王佛鹏不构成逃税罪。
案件事实	2013 年 10 月 25 日，兴宁市地方税务局作出税务处理决定书，责令三建公司补缴 2000 年至 2013 年 6 月间应缴、应补扣税款合计 8264180.35 元。 2013 年 10 月 30 日，兴宁市地方税务局作出税务行政处罚决定书，决定对三建公司处罚款总计 14243002.74 元。 2013 年 10 月 31 日，兴宁市地方税务局作出涉税案件移送意见书，将三建公司涉税一案移交兴宁市公安局审查，所附材料中包括王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。所附材料亦包括三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。

	2013 年 12 月 16 日，三建公司向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。
法院裁判	本案中，兴宁市地方税务局于 2015 年 10 月 25 日作出税务处理决定书后，王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称土地使用税应当按土地实际拥有人交纳，现 17 项土地中有 12 项土地为金某房地产公司，不应由三建公司交纳；三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司使用税计算表所列 17 宗土地中有 10 宗土地的实际使用权人为金某房地产公司，应在三建公司补缴的税款中扣除；三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。**三建公司遂于 2013 年 12 月 16 日向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。虽然三建公司和王佛鹏遂后提起行政复议及行政诉讼，但提起行政复议及行政诉讼均是行使其合法权利。不影响认定三建公司已经补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚。**因此，不应以逃税罪追究三建公司及王佛鹏的刑事责任，故三建公司和王佛鹏不构成逃税罪。

因此，建议相关纳税人在收到税务机关的追缴通知、行政处罚后，及时予以积极回应，若暂时无力履行补缴税款义务的，也应与税务机关积极协商分期补税方案并提供有效的纳税担保，以尽量避免税务机关直接将案件移送公安部门处理，并导致逃税免于刑事追责制度无法适用。

结语

综上所述，我们建议相关主体应全面关注相关税务违法行为的刑事法律风险，避免因小失大而身陷囹圄。另需注意的是，对于采取欺骗、隐瞒等手段逃避缴纳税款的行为而言，即便能够免于刑事处罚，行政罚款金额仍可能高达不缴或者少缴税款的 5 倍，其对企业发展或个人经济利益的影响不可谓不重大，因此税务合规的重要性不言而喻，建议相关主体应给予充分重视并采取有效行动以规避或控制由此产生的风险因素。

（本文首发于 2021 年 3 月 9 日）

“少申报”“不申报”是偷税吗？——浅析实务认定标准

崔岩双

引言

在税务合规领域，若企业的税务违法行为被认定为偷税的，则将面临较为严重的法律责任。 税收征管法第六十三条对偷税的四种主要行为模式予以规定，但对于实务中俗称的“少申报”或“不申报”情形是否应被认定为偷税，以及相应的界定标准为何，实践中仍存在较大争议。本文现对上述问题予以分析，并就此提供相关的税务合规初步建议。

一、 若税务违法行为被认定为偷税，则将面临较为严重的法律责任

根据《中华人民共和国税收征收管理法》（以下称为“**税收征管法**”）第六十三条规定，“纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，或者在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，是偷税”。

若企业的税务违法行为被认定为偷税的，则可能涉及以下法律责任：

- 追缴税款及滞纳金

从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。

- 按不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的标准处以罚款
- 构成逃税罪的，追究刑事责任

根据《刑法》第二百零一条规定，纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大[1]并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。对多次实施上述行为，未经处理的，按照累计数额计算。经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。

此外，根据《国家税务总局关于未申报税款追缴期限问题的批复》规定，偷税行为不适用于追征期限制，即税务机关可以无限期追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金。

二、 “少申报”是否等同于虚假申报，因而一律属于偷税行为？

实务中俗称的“少申报”并非严格意义上的法律概念，我们可以将其理解为系对因纳税人未足额申报而导致国家税收损失的统称，要对“少申报”进行定性并明确其法律责任，仍应围绕税收征管法第六十三条所规定的偷税行为的定义以及构成要件予以分析。

根据国家税务总局关于偷税行为定性的相关批复（包括国税办函〔2007〕513 号、税总函〔2013〕196 号以及税总函〔2016〕274 号文），以及行政诉讼阶段的相关案例显示，纳税人构成偷税需要具备主观故意、客观手段和行为后果三个构成要件。而税收征管法第六十三条中仅对偷税的行为模式和后果作出规定而并未特别对主观故意要件予以明确，我们理解，这是由于通常认为该条规定所述的四种行为模式，即 1）伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，2）在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，3）经税务机关通知申报而拒不申报，以及 4）进行虚假的纳税申报，已经将偷税的主观故意内化其中。国家税务总局在《关于税务检查期间补正申报补缴税款是否影响偷税行为定性有关问题的批复》中进一步指出，纳税人未在法定的期限内缴纳税款，且其行为符合税收征管法第六十三条规定的构成要件的，即构成偷税，逾期后补缴税款不

[1] 《最高人民检察院、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）》第五十七条规定，逃避缴纳税款，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：
（一）纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上，经税务机关依法下达追缴通知后，不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的；
（二）纳税人五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚，又逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上的；
（三）扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的。
纳税人在公安机关立案后再补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的，不影响刑事责任的追究。

影响行为的定性。

因此，对于实施了税收征管法第六十三条所规定的四种行为并由此造成国家税收损失的纳税人而言，其仅凭纳税申报时不具有偷税的主观故意，或者事后已主动补缴因此不属于偷税等为由进行抗辩很难得到税务机关和法院的认可。

然而，对于其他因“少申报”而导致少缴税款的情形，其是否应被视为等同于虚假纳税申报进而被认定为偷税的关键因素就在于：纳税人是否具有主观上的偷税故意。我们认为，上述问题不可一概而论，而应根据具体情况予以分析：

1. 对于纳税人在申报时对相关纳税义务明确知晓，而以迟延纳税或转移纳税义务等为目的而进行的“少申报”行为，实践中通常认为该等行为具有偷税之主观故意，即构成以虚假纳税申报方式进行的偷税行为。例如：

南京铁路运输法院 (2018)苏 8602 行初 273 号	
背景情况	原南京市国家税务局稽查局认定原告构成少申报构成偷税，是由于其查明原告德嘉公司在 2010 年至 2014 年期间出租自有房产，通过个人银行账户收取部分承租户租金并开具收条，租金收入不入账，从而少申报了租金收入。原告认为其在税务检查前已补缴税款及滞纳金，不存在偷税的主观故意，并且被告并未对原告是否存在主观故意进行举证和论证，属于证据不足，该税务行政处罚决定书应该被撤销。
裁判意见	被告在调查过程中收集的原告与爱康国宾公司等 9 家签订的租赁合同可以证明，原告通过约定的方式转移纳税义务，存在故意不申报纳税的故意。被告对原告的股东、高管及财务人员的调查及银行流水可以证明，原告存在将租金收入打入个人账户，逃避纳税的行为。原告未按规定时限申报纳税，客观上造成了国家税收收入的损失，损害了国家税收征管的秩序。补缴的税款亦未归属到所属年限申报，客观上造成了少缴的后果。原告的行为符合偷税的构成要件，被告认定原告偷税的行为认定事实清楚，适用法律正确。

2. 对于纳税人因对法律适用、税收政策、计算方式存在疑惑、误解或笔误，或计算公式运用错误等导致发生“少申报”情形，或者“少申报”系因不可归责于纳税人的客观情况所导致的，如果纳税人能够向税务机关有效解释相关处理的合理性以及不具有偷税的主观故意，则通常认为不应直接将该等“少申报”行为与虚假纳税申报之间划上等号。

即便税务机关仍然将该等情形所涉及的“少申报”行为定性为“偷税”的，则纳税人仍可寻求专业律师协助，通过行政复议、行政诉讼等方式提请上级主管部门或法院予以纠正。例如：

山东省聊城市中级人民法院 （2019）鲁 15 行终 277 号	
背景情况	原东昌府税务稽查局认定被上诉人隆昌公司存在虚假纳税申报的偷税行为，主要是认为隆昌公司未将李庆荣、许效国两案民事判决的逾期利息进行纳税申报。被上诉人认为，根据财政部印发的《金融企业会计制度》和《国家税务总局关于金融企业贷款利息收入确认问题的公告》(国家税务总局公告 2010 年第 23 号)的规定，不应对涉及李庆荣案件、许效国案件逾期应收未收利息征收营业税。为此，2017 年 4 月 11 日原聊城市地方税务局东昌府分局还专门就被上诉人涉税问题向上级有关部门予以请示。
裁判意见	上述事实说明，当事人就被上诉人涉及李庆荣案件、许效国案件逾期应收未收利息是否纳税存在着法律认识上的争议。因此，被上诉人隆昌公司未将逾

	期利息进行纳税申报，不足以认定其具有“虚假纳税申报”的故意。故原东昌府税务稽查局认定被上诉人存在虚假纳税申报的偷税行为，并据此作出行政处罚，属适用法律错误，该处罚决定依法应予撤销。

国家税务总局在《关于税务检查期间补正申报补缴税款是否影响偷税行为定性有关问题的批复》指出，“纳税人在稽查局进行税务检查前主动补正申报补缴税款，并且税务机关没有证据证明纳税人具有偷税主观故意的，不按偷税处理”。

因此，我们建议企业定期对自身税务风险开展主动核查，就存疑的税务处理寻求外部专业意见，适时地对不合规的税务处理予以主动纠正，并于必要时在专业团队的协助下与税务机关进行充分沟通以说明相关行为的合理性，以降低被认定为偷税的风险。

三、 “不申报”不必然构成偷税，但在特定情况下其定性可能发生转化

就“不申报”行为，税收征管法第六十四条第二款规定，“纳税人不进行纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款”。《国家税务总局关于未申报税款追缴期限问题的批复》进一步指出，“税收征管法第六十四条第二款规定的纳税人不进行纳税申报造成不缴或少缴应纳税款的情形不属于偷税、抗税、骗税，其追征期按照税收征管法第五十二条规定的精神，一般为三年，特殊情况[2]可以延长至五年”。

由此可见，“不申报”与“偷税”行为适用不同的法律条款，其适用的法律责任也不尽相同。由于“不申报”情形的发生不排除系因纳税人过失、疏忽或者客观情况所造成的，因此“不申报”并不必然构成偷税，而应结合具体情况予以分析。

尽管如此，我们也注意到，实践中如果纳税人同时存在虚假申报、少申报、不申报等多种税务违法行为的，则税务机关与法院倾向于认为纳税人的该等行为均具有偷税之主观故意，并将上述的税务违法行为一并认定为偷税。例如：

南京铁路运输法院 (2017)苏 8602 行初 43 号	
背景情况	税务稽查局认定原告存在以下违法事实：1）少申报缴纳营业税及附加，包括 2007-2009 年度少申报缴纳销售不动产营业税；金叶花园楼盘自 2004 年开始销售以来，一直未申报缴纳销售不动产营业税；未申报缴纳代理业营业税；2）少申报缴纳企业所得税，包括资产评估增值中将不允许在税前扣除的款项共计 332952997.61 元在企业所得税税前扣除；受托开发建设的五个项目，未结转受托开发建设项目取得的收入，且部分相关支出已在企业所得税税前扣除，受托开发建设项目收入减成本后形成的所得未缴税；将 2007 年度和 2008 年度的改制费用在对应年度企业所得税汇算清缴申报时在税前扣除，导致少缴企业所得税；3）少申报缴纳 2007 年的印花税；4）未履行个人所得税代扣代缴义务。税务稽查局作出《税务处理决定书》，将原告金叶花园以外项目少申报缴纳销售不动产营业税的行为以及委托代建业务少申报缴纳营业税的行为定性为偷税；原告按评估增值后的金额进成本税前扣除的行为、未结转受托开发建设项目取得的收入且部分相关支出已在所得税税前扣除的行为，以及在税前列支与收入无关支出（改制费用）的行为定性为偷税
裁判意见	纳税人无论是伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，还是在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，还是经税务机关通知申报而拒不申报或者进

[2] 《税收征收管理法实施细则》明确税收征管法中的“特殊情况”，是指纳税人或者扣缴义务人因计算错误等失误，未缴或者少缴、未扣或者少扣、未收或者少收税款，累计数额在 10 万元以上的。

	行虚假的纳税申报，主观故意已经内化于其中，无须单独考虑纳税人的主观状态，税务机关一经查实，可以直接认定为偷税。本案中不存在纳税人与税务机关认识有分歧的情形，符合《税收征管法》第六十三条规定的构成要件，构成偷税。被告将原告销售金叶花园以外的不动产项目少缴营业税、委托代建项目未申报缴纳服务业-代理业营业税、少缴企业所得税的行为认定为偷税，于法有据。

结语

随着我国税收征管日趋规范和严格，以及未来“金税四期”系统的全面上线，必将给企业税务合规带来更大的压力。我们建议企业应当提高对税务合规的重视程度，并提前对相关的税务风险进行自查自审，提高税收遵从度，以避免在税务检查中陷于被动并产生额外的法律风险。

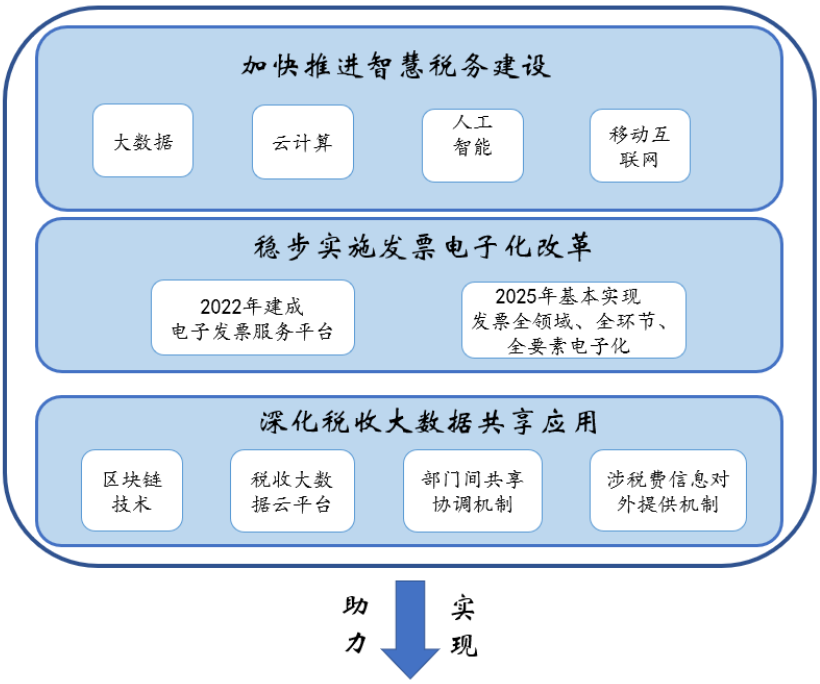
（本文首发于 2021 年 3 月 15 日）

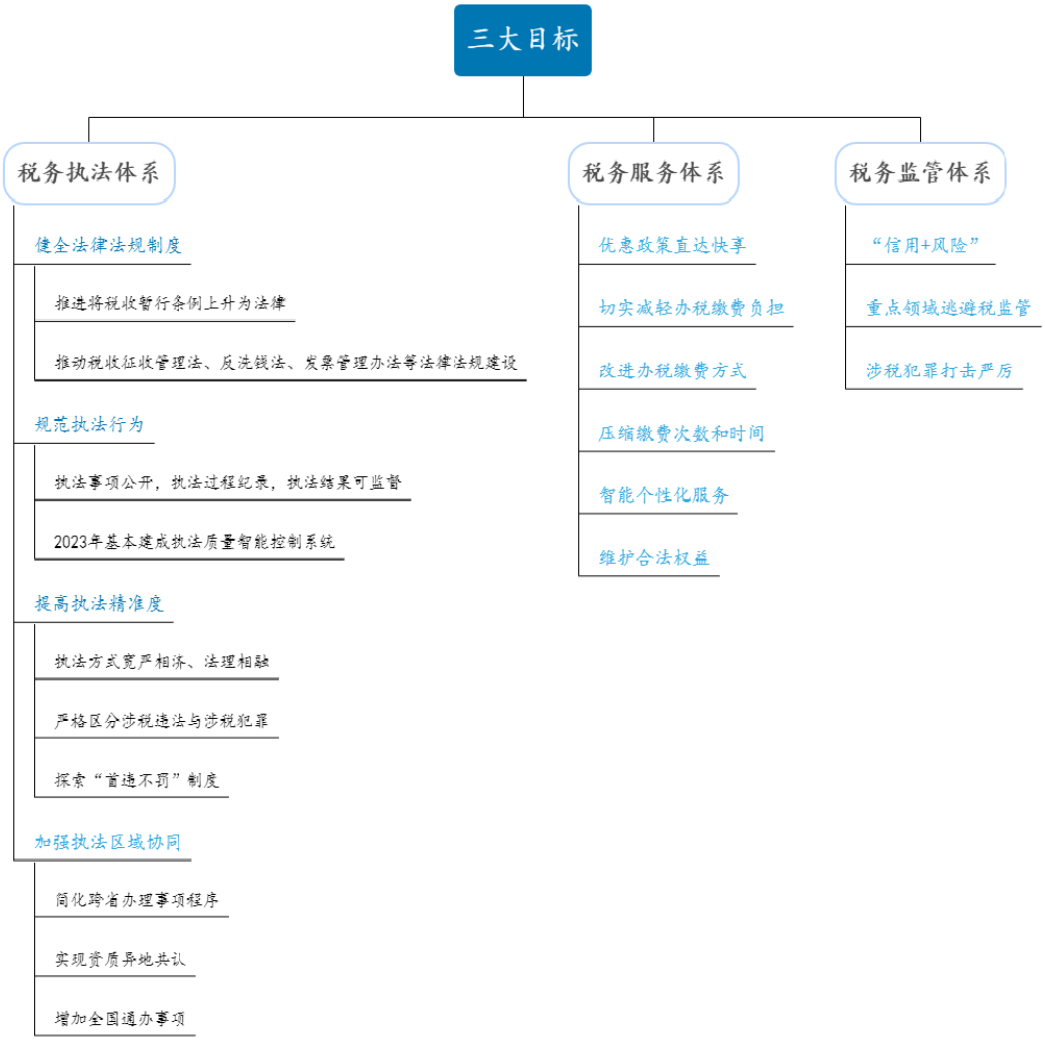
从《关于进一步深化税收征管改革的意见》看未来税收征管对企业的影响

崔岩双

中共中央办公厅、国务院办公厅 2021 年 3 月 24 日印发的《关于进一步深化税收征管改革的意见》（以下简称为“《意见》”），立足于解决当前税收征管中存在的突出问题和深层次矛盾，对进一步深化税收征管改革做出了全面的部署，明确了未来税收征管改革的主要目标。本文拟在梳理《意见》的主要内容，并从企业角度来看未来税收征管对企业的影响及企业的应对策略。

一、 《意见》主要内容梳理


加快推进智慧税务建设
大数据
云计算
人工智能
移动互联网
稳步实施发票电子化改革
2022年建成电子发票服务平台
2025年基本实现发票全领域、全环节、全要素电子化
深化税收大数据共享应用
区块链技术
税收大数据云平台
部门间共享协调机制
涉税费信息对外提供机制
助力
实现


三大目标
税务执法体系
健全法律法规制度
推进将税收暂行条例上升为法律
推动税收征收管理法、反洗钱法、发票管理办法等法律法规建设
规范执法行为
执法事项公开，执法过程记录，执法结果可监督
2023年基本建成执法质量智能控制系统
提高执法精准度
执法方式宽严相济、法理相融
严格区分涉税违法与涉税犯罪
探索“首违不罚”制度
加强执法区域协同
简化跨省办理事项程序
实现资质异地共认
增加全国通办事项
税务服务体系
优惠政策直达快享
切实减轻办税缴费负担
改进办税缴费方式
压缩缴费次数和时间
智能个性化服务
维护合法权益
税务监管体系
“信用+风险”
重点领域逃避税监管
涉税犯罪打击严厉

二、 《意见》中税收征管模式改革对企业的影响及企业的应对策略

总体来说，《意见》中所展现出的改革方向，是以大数据平台建设为导向，通过“一户式”、“一人式”、“一局式”、“一员式”的智能归集，实现自动分析管理；通过发票全要素电子化，降低交易成本；通过与相关部门的协调共享机制，实现数据共享，强化税收大数据的深层次运用。通过上述措施，实现税务执法新体系、税费服务新体系及税务监管新体系的建立，让整个税控体系更加完整智能，全方位提高税务执法、服务、监管能力。

对纳税人来说，改革所带来的办理程序简化、税务服务便捷、办税效率提高等益处自不待言，但与此同时，还应当关注到《意见》中指明的改革方向也暗含着对纳税人财税专业能力、管理能力的要求不断提高。只有深刻把握好监管口径，同步变革方向，才能更大程度上享受到改革红利、提前规避风险，顺利实现企业的不断成长。因此，企业应从下述几方面做好应对：

1.提高专业能力，精进业务水平

《意见》第十二条“**征管操作办法与税费优惠政策同步发布、同步解读，增强政策落实的及时性、确定性、一致性。**”该规定是与“**持续扩大‘自行判别、自行申报、事后监管’范围**”之举措相衔接的，同时办理方式的线上化、电子化变革也表明，更多的操作事项需要企业业务人员自主完成。未来官方将通过出台更加完整全面的政策解读、业务指引方式，引导企业工作人员自行学习相关政策内涵，并自行判断运用应当进行的业务办理流程和手续。这就要求财税人员要拥有对业务进行清晰准确认定的能力，能及时快速掌握税法最新优惠政策，在办理涉税事项时能够正确判别应当采取的流程和操作，实现自行申报准确，以保证在成本核算清晰，资金、成本控制合理情况下，财务、业务处理协同一致，事后监管风险可控。

《意见》第二十二条“**支持第三方按照市场化原则为纳税人提供个性化服务**”也为企业提供了借助外脑提高专业能力的另一途径，企业可在综合比较成本的基础上选择适用外脑提高业务能力，精进业务水平。

2.增强合规意识，加强合规管控

《意见》第十三条规定**“持续扩大涉税资料由事前报送改为留存备查的范围”**，该举欲简化税务办理流程，提高企业办税效率，但与此同时，对企业做好合规管理的要求亦进一步提高。对于该类事项虽然无需事前的报送手续，但对业务办理过程的痕迹保留要求更高，对于档案的留存和管理工作要求亦更高。每笔涉税事项的相关材料应当完整留存，注意做到税收申报全留痕，证据材料数据妥善管理，以便在日后审查之时能够随时还原业务原貌，对业务处理的合法合规证据留存完备。

3.注重信用建设，健全风控体系

第十八条指明要健全**“信用+风险”**的监管体系，纳税缴费引用**信用评价**制度，意味着根据企业信用将更加紧密的与监管口径相联系。信用级别高的企业能够享受更多的便利，级别低的企业会受到更加严厉的监管。

此外，第六条指出 2025 年建设**“税务部门与相关部门常态化、制度化数据共享协调机制”、“健全涉税涉费信息对外提供机制”**，即税收大数据的形成不仅局限于税务部门，而是建立在多部门的共享协作之上。在全面监管之下，对存在逃避税风险的信息抓取会更全面，从“以票控税”向“以数控税”的监管转变也会使得逃避税等税收违法行为无处遁形。因此企业需通过合规方式实现合法节税，同时通过健全资金管理系统、成本管理系统、财务核算系统、风险内控系统等实现风险可控、合规成长。

《意见》绘就的税收征管未来清晰可见，企业应提前认清改革方向，同步变革方向，**提高专业能力、增强合规意识、注重信用建设，健全风控体系。**只有这样，才能更大程度上享受到改革红利，提前规避风险，顺利实现自身的发展。

（本文首发于 2021 年 4 月 12 日）

企业收到《税务检查通知书》，应如何应对？

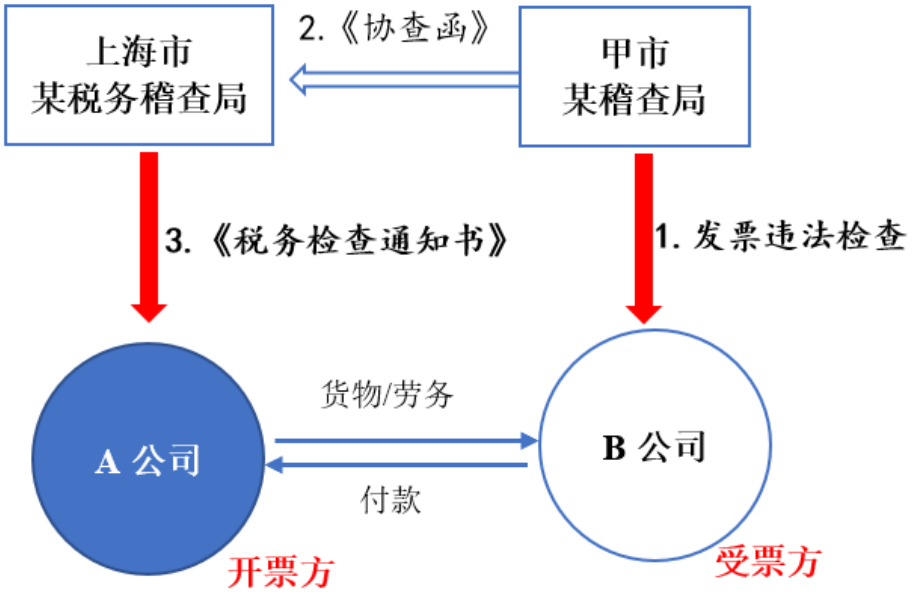
崔岩双

一、 真实案例引入

客户 A 公司在其正常经营过程中收到上海市税务局第*稽查局（以下简称“上海某稽查局”）发来的《税务检查通知书》，通知 A 公司其将对 A 公司 2018 年 1 月 1 日至 2019 年 12 月 31 日期间的涉税情况进行检查。

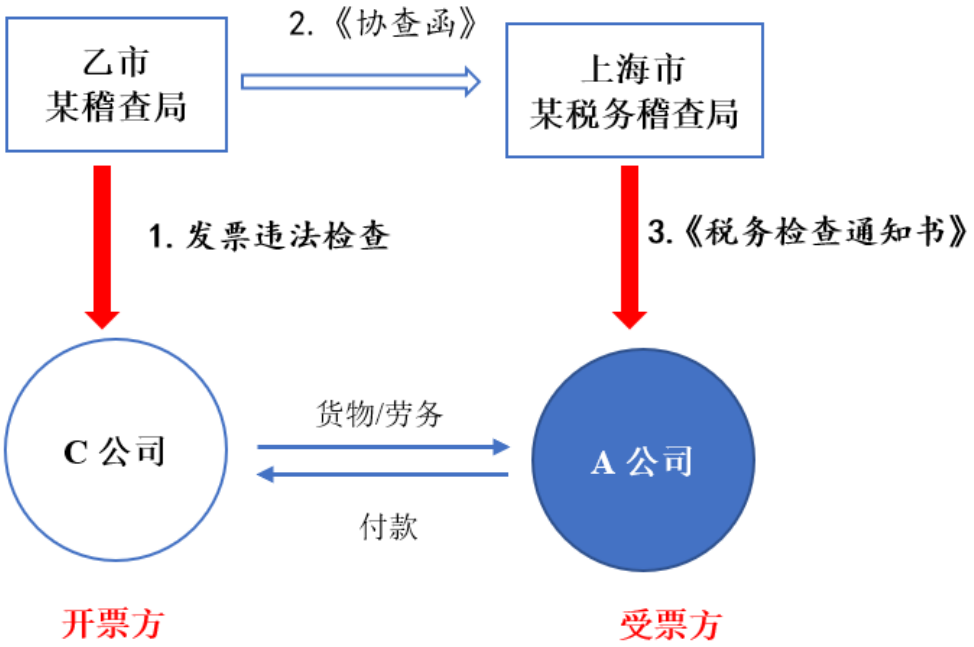
经 A 公司与上海某稽查局沟通得知，该局因分别收到甲市某稽查局和乙市某稽查局发送的《税收违法案件协查函》而欲对 A 公司进行税务检查。

根据甲市某税务稽查局发给上海某稽查局《税收违法案件协查函》，该局正在对 B 企业进行发票违法检查。而 A 公司作为与 B 公司业务合作的供应商，是涉案发票的开票方，因而请上海某稽查局对此业务协查。



根据乙市某稽查局发给上海某稽查局《税收违法案件协查函》，乙市税务局正在对 C 企业进行发票违法检查。C 企业为 A 企业的供应商，因此乙市

某稽查局请上海某稽查局对 A 企业作为受票方的业务进行协查。



二、 此类税务稽查的关注重点及企业应对难点

（一）此类税务稽查的关注重点

税务稽查主要有选案、检查、审理、执行四个环节，企业收到《税务检查通知书》，说明稽查已经进入检查环节，该环节是收集、固定证据阶段，对整个案件的走向有着至关重要的作用。对于发票违法的检查，稽查局主要关注如下证据：

1、 涉案企业发票开具或取得情况及证据；

2、 涉案企业资金流情况及证据，包括是否存在资金回流情况等；

3、 核查涉案企业货物（劳务、服务）流情况及证据，包括业务的真实性、具体业务内容，发票开具依据等；

4、 涉案企业生产经营真实性及证据，主要核查企业是否具备相应的服务能力。

因发票违法最打的问题在于虚开。根据《中华人民共和国发票管理办法》第二十二条 任何单位和个人不得有下列虚开发票行为：

（一）为他人、为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；

（二）让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；

（三）介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。

因此，无论是对开票方还是受票方进行检查，税务机关关注的核心都在于“实际经营业务的真实性”，其中包括发票对应的业务是否真实、发票开具内容是否符合业务的实际情况、发票的开具价款与实际提供的服务是否相匹配、是否有相应的证据能够证明等，上述问题成为此类税务稽查的关注重点。

（二）企业应对难点

如被核查的发票对应的业务确为真实业务的，公司在接受税务检查时仍可能面临下述难题：

1、合同履行情况管理混乱，资料档案管理欠缺，难以在税务机关要求的时限内提供材料；

2、因公司人员离职，现有人员对当时业务情况并不了解，对相关业务情况难以作出说明；

3、公司业务人员、财务人员欠缺发现合同履行证据的能力；

4、因项目复杂等因素，合同履行的材料散见于企业多个部门，公司相关人员欠缺将多部门的资料转化为条理清晰、论证充分、足以回应税务稽查部门的书面文本的能力；

5、因经验及专业性的缺乏，在应对时间紧迫的情形下，即便合同履行情况管理及资料档案管理相对完善，仍难以保证应对质量。此外，如公司相关人员欠缺区分必要材料与非必要材料的能力，存在过度提交材料暴露潜在风险等不利的可能性。

三、 税务律师可以提供的服务

本案中，我们提供了下述服务：

（一）充分了解案情、梳理案情

首先，我们要求客户 A 公司提供了关于两笔业务的全部资料，包括但不限于：

1、 企业收到的税务文书；

2、 业务及财务资料，如合同、发票、收付款单据、服务过程及成果的相关证据等；

3、 纳税申报表、财务报表、审计报告等；

4、 企业已向税务局提供的情况说明材料等。

其次，我们在最大限度地了解案件事实的基础上，将书面材料进行了分类整合，最大程度复原了两笔业务的真实情况。在梳理过程中我们不仅就业务本身问题与客户进行沟通核实，也对税务检查中将面临的潜在风险点向客户进行提示说明。最后制定了应对方案并协助客户按照税务机关要求准备了完整的证据材料。

（二）协助客户与税务机关进行沟通、提交材料

在检查过程中，我们接受客户委托积极介入与税务机关的沟通，对案件的进展起到了非常重要的作用。

第一，在检查材料提交之前，税务律师与办案人员进行沟通可以更好的了解案件的具体情况，知晓企业应当注意的重点，以协助客户对检查应对做好更加充分的准备。

第二，从专业角度看，税务律师与办案人员进行沟通往往能够快速、有效抓住稽查人员的关注点和相关要求，能够简单、直接将相关业务的信息传达至税务稽查人员，沟通效果往往更好、更高效，甚至可能直接起到简化流程的效果。如在该案中，律师在提交材料前与税局进行了预沟通，让办案人员提前了解到了公司该笔业务的实际情况，**最终税务办案人员只要求客户提交书面材料即可，无需再进行现场面谈步骤，大大便利了客户。**

第三，能够更及时了解案件目前所处的进程、定性及可能的走向，及时反馈以利于客户节省对此案的投入精力。

本案中，最终因为情况说明材料清晰，证据材料充分，**最终得以“无问题结案”。**客户在本案的处理过程中，因为税务律师的专业帮助节省了大量的时间和精力，且客户认为通过税务律师处理取得了比自己处理更好的效果。

（三）做好复议、诉讼的救济准备

因为每个稽查案件都是经过税局选案部门对案源信息采取计算机分析、人工分析、人机结合分析等多重方法进行结合筛选而来，通常情况下税收违法嫌疑较大的才会被确定为待查对象。

且根据《税务稽查工作规程》第五十五条第一款，审理部门可作出四种处理决定：

①有税收违法行为，应当进行税务处理；

②有税收违法行为，应当进行税务行政处罚；

③税收违法行为轻微，依法可以不予税务行政处罚；

④认为没有税收违法行为。

因此一旦企业被选为稽查对象，即便有税务律师的提前介入帮助企业降低绝大部分法律风险，但由于业务本身存在问题等原因仍旧存在被税务机关做出处理、处罚决定的可能。因此后续的救济措施就显得尤为重要，税务律师可以继续提供包括税务行政处罚听证、税务行政复议、税务行政诉讼等法律服务，最大程度上的为企业争取权益，减少损失。

（四）税务合规咨询

在律师对客户公司该专项检查进行调查过程中，如发现其他涉税风险，可与企业进行进一步的沟通提示，帮助企业进行税务健康检查及合规培训，防范潜在的税务风险。

综上，企业如在经营期间遭受税务稽查，切勿盲目自行应对，应及时寻求专业税务律师帮助，借助外脑力量，制定成熟的应对方案，提高应对效率，最大程度地降低相应风险，争取以“提交充分的书面材料”之方式实现“无问题结案”的最好效果。

（本文首发于 2021 年 4 月 21 日）

警惕！——以私人账户收付风险巨大!!

崔岩双

实践中，有不少企业利用老板、财务人员等私人账户收付以实现少计收入、少缴税的目的；还有不少企业主将企业账户视为自己私人的“钱口袋”，有需要就从“钱口袋”中提；还有企业主因企业对外负债，企业账户被法院依法查封等原因，在经营过程中以个人账户对外收款。如上种种，公司及老板用私人账户收付的情况屡见不鲜，但却对其中涉及到的税务等法律风险视而不见，最终导致被行政处罚，甚至因此构成刑事犯罪而承担刑事责任。

以私人账户收付风险巨大，但相关主体尚不自知。本文拟对以私人账户收付的涉税等法律风险进行解析，以帮助企业主及财务人员厘清相关风险、加强防范意识。

一、 企业账户 vs.个人账户：企业业务应以企业账户进行结算

《现金管理暂行条例》第三条规定“开户单位之间的经济往来，除按本条例规定的范围可以使用现金外，应当通过开户银行进行转账结算。”**因此，企业的交易结算一般情况下均需通过其企业账户进行，用私人账户进行企业业务的收付结算不符合《现金管理暂行条例》等规定。**

企业账户一般分为基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户以及临时存款账户，各个账户因其不同用途而开立。

《人民币银行结算账户管理办法》第三十三条“**基本存款账户**是存款人的主办账户。**存款人日常经营活动的资金收付**及其工资、奖金和现金的支取，**应通过该账户办理**。”

《人民币银行结算账户管理办法》第三十四、三十五、三十六条分别规定了一般存款账户、专用存款账户以及临时存款账户的使用限制。

企业上述银行账户的使用功能如下：

账户名称	使用功能
基本存款账户	日常经营活动的资金收付及其工资、奖金和现金的支取
一般存款账户	用于办理存款人借款转存、借款归还和其他结算的资金收付。该账户可以办理现金缴存，但不得办理现金支取。
专用存款账户	办理各项专用资金的收付（如财政预算外资金、基本建设资金专用存款账户）。单位银行卡账户的资金必须由其基本存款账户转账存入。该账户不得办理现金收付业务。
临时存款账户	用于办理临时机构以及存款人临时经营活动发生的资金收付（如注册验资的临时存款账户）。

而根据《中华人民共和国商业银行法》第四十八条：企业事业单位可以自主选择一家商业银行的营业场所开立一个办理日常转账结算和现金收付的**基本账户**，不得开立两个以上基本账户。**任何单位和个人不得将单位的资金以个人名义开立账户存储**。

由此可见，企业只能有一个基本存款账户，其在日常经营活动的资金收付都应当通过其基本存款账户进行。

此外，公司是独立主体，其财产应当独立，不应与股东或其他高管个人财产混同。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第二项以及第一百七十一条第二款均规定，公司资金、资产不得以任何个人名

义开立账户存储。故公司应以自己名义开设账户，**原则上公司所有的经济往来应通过公司账户结算，一般情况下不会通过私人账户进行。**而以企业主、企业高管、财务人员等私人账户进行结算不符合相关规定，从风险控制的角度看，原则上应避免以私人账户进行企业业务的结算。

二、 以私人账户收付的涉税等法律风险

（一）股东多缴个人所得税的风险

如企业主将企业账户视为自己私人的“钱口袋”，直接从企业账户中提取资金至其个人账户中，一般在企业的账务处理中做借款处理，但往往忽视此处理的税务风险——即可能将该款项认定为企业对个人投资者的红利分配，依照“利息、股息、红利所得”项目计征个人所得税。

> 根据财税〔2003〕158 号第二条规定：纳税年度内个人投资者从其投资企业（个人独资企业、合伙企业除外）借款，在该纳税年度终了后既不归还，又未用于企业生产经营的，其未归还的借款可视为企业对个人投资者的红利分配，依照“利息、股息、红利所得”项目计征个人所得税。

（二）企业构成税法上的偷税、刑法上的逃税罪风险

根据《发票管理办法》第十九条，*一般情形下销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票*。《实施细则》中规定，应于“发生经营业务确认营业收入时”开具发票。而通过私人账户收付的企业目的往往是不开发票、隐匿收入、不进行纳税申报，从而不缴或者少缴应纳税款。

企业主往往有“只有开了票不进行申报才有风险，只要不开票、不做收入就没有税务风险”的想法，**但事实上不论是否开票，只要发生了应税行为，即产生了纳税义务，就必须进行纳税申报**。如发生了应税行为，未进行纳税申报，则会产生税法上的偷税、刑法上的逃税罪风险。

而一旦被稽查出上述行为，则不仅需补缴税款，还会面临滞纳金、罚款，甚至引发刑事责任，相关法律规定及案例整理如下：

> 根据《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条规定：纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，或者在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，是偷税。对纳税人偷税的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

【案例一：锡税一稽罚告（2020）76 号案件】

在锡税一稽罚告（2020）76 号税务行政处罚告知书中，无锡市某科技有限公司在 2017-2018 两个年度中，通过多个个人账户收取大量销售货款，且未入公司账簿、未申报纳税，该隐匿收入、在账簿上少列支出的行为已构成偷税，故除追缴两个年度中未申报的企业所得税 500 多万元外，对于偷税行为还处以应追缴企业所得税 **50%的罚款，近 300 万元**。

【案例二：(2018)苏 01 行终 1027 号案件】

(2018)苏 01 行终 1027 号裁判文书中所公示的案情，南京某置业有限公司 2010 年至 2014 年期间租金收入合计 18,883,287.52 元通过公司员工个人账户收取，亦未在当年度的企业所得税纳税申报中予以申报纳税，

属于设立账外账、少列收入，达到不缴或少缴税款的目的，主观故意明显。据此税务机关认定该行为已构成偷税，并对其处以不缴或少缴税款 3,761,308.31 元的 **0.8 倍的处罚**，计人民币 3,009,046.65 元。

> 根据《中华人民共和国刑法》第二百零一条规定，纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金;数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。
>
> 有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任;但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。

如上，当逃避税款数额及比例符合逃税罪构成要件时，还会引发刑事犯罪。

【案例三：（2018）鄂 0191 刑初 65 号】

根据（2018）鄂 0191 刑初 65 号裁判文书显示，2013 年至 2014 年期间，被告人黄某某担任京通某（武汉）汽车服务有限公司法定代表人，负责该公司的经营管理。其指使该公司财务人员通过个人账户收取营业款项，再以其他凭证代替发票使用的方式逃避缴纳税款共计人民币 1,883,018 元，占该公司同期应缴纳税额的 97.17%，且该公司经税务机关依法下达追缴税款通知后仍未补缴税款。后黄祥耀以犯逃税罪判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币 200,000 元，补缴剩余税款。

（三）董事及高管等以个人账户收付款的法律风险

> ●《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定：
> 董事、高级管理人员不得有下列行为：
> （二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；……
> ●《中华人民共和国刑法》第二百七十二条规定：
> 挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过 3 个月未还的，或者虽未超过 3 个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为。
> ●《中华人民共和国刑法》第二百七十一条规定：
> 职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

实践中有公司董事、高管将企业资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储的，违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，需将违法所得的收入归入公司。进一步的，如公司的董事、高管、法定代表人等利用职权挪用企业资金，符合挪用资金犯罪构成要件，或带有侵占的故意符合职务侵占罪的犯罪构成要件，还存在承担相应刑事责任的风险。

（四）公司及直接责任人触犯拒不执行判决、裁定罪的风险

《刑法》第三百一十三条规定：
对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。
单位犯前款罪的，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，依照前款的规定处罚。

部分企业主之所以以私人账户收付款，有迫不得已的“苦衷”，比如因拖欠债务招致诉讼而使得公司账户被法院依法查封。这时候继续运营，钱也只能进不能出。企业主本应尽快筹款还债，但部分企业主启用个人账户对外收款，且个人账户收到款项后亦未用于还款，而是用于个人消费或公司日常经营。此时，该隐匿收入的行为其实已经涉嫌触犯拒不执行判决、裁定罪。

（五）股东对公司债务承担连带责任的风险

根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号）第 10 条【人格混同】认定公司人格与股东人格是否存在混同，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。（1）股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的；（2）股东用公司的资金偿还股东的债务，或者将公司的资金供关联公司无偿使用，不作财务记载的；
……

股东长期、持续用私人账户进行收付款行为，很大程度上会被认定为财产混同，进而综合其他证据被认定为股东与公司的人格混同。此种情形在一人有限公司中出现的频率更高。如若不能证明公司财产独立于个人财产，股东个人还需对公司债务承担连带责任。

三、 现行税收征管模式下：“以个人账户收付”的风险更易识别

现行税收征管模式下，“以个人账户收付”更易识别，因此带来的涉税等法律风险更为凸显，具体原因如下：

1.全面协作共治，银行、税务等情报交换更彻底

近些年，伴随着技术的更新迭代，税务部门与银行、市场监督管理局、工信部等几大部门在不同维度都已建立信息互通机制，多源头数据的同步共享，增强了税务部门在监管上的统筹能力。如金税三期系统，其本质是通过互联网把各级税务机关以及所有行政管理部门全部打通，将行政监管实现一号连控。金税四期现也在紧锣密鼓的开发之中，功能上将更加强大，不仅将囊括“非税”业务的监控，且信息共享将以“云化”形式与各部委、银行等系统之间打通。征管环境日益全方位、立体化的变化，使得私户避税行为更易识别、无处逃遁。

2.对个人账户监管口径持续收紧，异常更易识别

继 2016 年《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》规定金融机构应当履行大额交易和可疑交易报告义务后，中国人民银行进一步探索大额现金交易管理路径，于 2020 年发布了《中国人民银行关于开展大额现金管理试点的通知》，制定了对于公户、私户大额交易的监管方案，且明确规定，对于个人账户大额用现的管理，要“加强对利用个人账户进行经营性收支行为管控，细分个人账户经营性收支来源与用途。在

监测行业分布的基础上，对一定金额以上的个人账户经营性收支加强真实性审核。对于可能存在风险的现金收支，对个人账户进行风险标注，并持续跟踪监测。探索实现对同一主体对公对私账户的对应监测。”

因此可看出，一旦个人账户被发现异常交易，风险程度升高，将引发银行的长期持续监管。且根据《中国人民银行关于非银行支付机构开展大额交易报告工作有关要求的通知》（银发〔2018〕163 号），“非银行支付机构与银行机构应当加强信息传递，为对方履行大额交易报告义务提供完整、准确、及时的客户身份信息和交易信息，持续完善资金上下游链条信息。”这意味着**即便是通过微信、支付宝这样的第三方平台的转账，也纳入了银行的资金监控系统之中**，之后再与税务同步数据，异常的私户交易也不再是隐蔽的保险箱了。

3.技术升级，大数据的比对分析功能不断加强

在金税三期、四期的监管下，企业的经营是否有异常，发票、申报数据是否真实，税务系统的自动对比分析功能可能会比企业更早的了解其自身的情况。即便收入隐匿不报，但智慧税务也可通过成本费用、进项销项勾稽关系的对比等自动检测手段，轻易识别出异常，并自动预警。例如发现企业自身的收入与费用严重不匹配，利润率远低于行业水平的常亏企业却一直屹立不倒等等。在此灵活全面的动态检测之下，企业的此类涉税风险更易凸显。

因此，在税收监管及现金管理日益严苛的大环境下，企业应当建立并完善资金管理及业务流程内控制度，规范现金与银行存款使用方式，避免公私账户混用情形，切莫因一时贪利而忽视税务等合规，从而为企业、股东、高管等留下无穷风险及隐患。

（本文首发于 2021 年 5 月 12 日）

“我这样算是虚开增值税专用发票吗？”——参考答案在这里（一）

崔岩双

虚开增值税专用发票长期以来都是税务部门密切关注的问题。从目前虚开增值税发票案件的现状来看，虽然税务机关和公安机关通过联合办案，逐步加大了查处打击力度，但虚开增值税发票案件仍处于多发势头，如近期国家税务总局曝光的深圳“护航 1 号”电子普通发票虚开案、北京“8·27”增值税发票虚开案等虚开发票违法典型案例，查处案件的交易规模及涉案金额均巨大。

在严打强压的态势下虚开案件仍屡禁不止，究其根本，主要是因为虚开增值税发票成本低、利润高，存在不被查处的可能性，因而很多人在对法律缺乏认知的情况下心存侥幸，利用虚开以暴利敛财。

因此，本文拟从税法政策分析入手，结合实务中的税务稽查案例，就税法上如何认定虚开、虚开后的**税务行政处罚、惩戒等**进行探讨，以期加深企业的增值税专用发票开具合规意识。

一、 虚开行为之税法规定

（一）对虚开的正面认定标准

关于虚开增值税专用发票的税务规定较多，而最核心的是《中华人民共和国发票管理办法》第二十二条：

> 开具发票应当按照规定的时限、顺序、栏目，全部联次一次性如实开具，并加盖发票专用章。
>
> 任何单位和个人不得有下列虚开发票行为：
>
> （一）为他人、为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；
>
> （二）让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；
>
> （三）介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。

由此可以看出，虚开的实质性判定标准为“开具的发票与实际经营业务情况不符”。因而如何认定开具的发票与实际经营业务情况是否相符成为认定虚开专用发票的核心问题。

（二）不属于虚开的反面规定

国家税务总局关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告（国家税务总局公告 2014 年第 39 号）从反面规定了不属于虚开的情形：

纳税人通过虚增增值税进项税额偷逃税款，但对外开具增值税专用发票同时符合以下情形的，不属于对外虚开增值税专用发票：

一、纳税人向受票方纳税人销售了货物，或者提供了增值税应税劳务、应税服务；

二、纳税人向受票方纳税人收取了所销售货物、所提供应税劳务或者应税服务的款项，或者取得了索取销售款项的凭据；

三、纳税人按规定向受票方纳税人开具的增值税专用发票相关内容，与所销售货物、所提供应税劳务或者应税服务相符，且该增值税专用发票是纳税人合法取得、并以自己名义开具的。

该规定说明对外开具增值税专用发票同时满足下述三个条件则不属于虚开增值税专用发票的行为：

（1）销售方、开票方、收款方是同一主体；

（2）购买方、付款方、受票方是同一主体；

（3）开票方的发票为合法取得；

但是关于《国家税务总局关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告》的解读也明确强调了**“本公告仅仅界定了纳税人的某一行为不属于虚开增值税专用发票，并不意味着非此即彼，从本公告并不能反推出不符合三种情形的行为就是虚开”。**

（三）“三流不一致”与虚开的认定

受国税发〔1995〕192 号文“购进货物或应税劳务支付货款、劳务费用的对象。纳税人购进货物或应税劳务，支付运输费用，所支付款项的单位，必须与开具抵扣凭证的销货单位、提供劳务的单位一致，才能够申报抵扣进项税额，否则不予抵扣。”的影响，实践中大众对“三流一致”问题长期存在刻板解读，认为“三流一致”必须是“销售方、开票方、收款方是同一主体，而且购买方、付款方、受票方必须是同一主体”，因此对于付款主体与购货方不一致时发票该开给谁、或付款人与受票人不一致的发票是否能抵扣等问题存有疑惑，**甚至流传着“三流不一致”即为虚开”的观点。但我们认为此观点为上述公告中所称的“非此即彼”的错误观点，三流不一致仅为表象，三流不一致的业务是否为虚开仍旧需结合虚开的判断标准进行认定。**在国家税务总局的 12366 纳税服务平台上亦有因此错误认知引发的相关问答：

【问答一】

问：付款方和实际购买方不一致，发票应该开给谁？

国家税务总局 2021 年 3 月 11 日答：销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，**应按照实际业务由提供服务一方向接受服务一方开具发票。**

【问答二】

问：纳税人取得服务品名为住宿费的增值税专用发票，但住宿费是以个人账户支付的，这种情况能否允许抵扣进项税？是不是需要以单位对公账户转账付款才允许抵扣？

国家税务总局 2016 年 5 月 26 日视频会政策问题解答：其实现行政策在住宿费的进项税抵扣方面，从未作出过类似的限制性规定，纳税人无论通过私人账户还是对公账户支付住宿费，只要其购买的住宿服务符合现行规定，都可以抵扣进项税。而且，需要补充说明的是，**不仅是住宿费，对纳税人购进的其他任何货物、服务，都没有因付款账户不同而对进项税抵扣作出限制性规定。**

根据上述解答可知，第一，国税发〔1995〕192 号文件（号称“三流一致”的出处）并未要求付款方与受票方、购买方的完全一致；第二，发票本质上体现的是原始购销关系，资金或货物流向可能因债权债务的移转、指示交付等法律关系的产生和变更而发生变化，但并不能单纯因此认为三流不一致从而影响发票的抵扣或认定为虚开，仍要取决于发票是否体现交易实质。

二、 虚开行为之税务实务认定

【典型案例】(2019)闽 02 行终 238 号

【基本案情】

卧明公司主要经营业务为钢铁和煤炭贸易，在该起案件中，其号称出售给长江公司的钢材是从上游三钢公司和平潭正源公司购买而来。后原平潭国税稽查局认定平潭正源公司开具给卧明公司的发票为虚开；进一步调查后，厦门市税务稽查局认定卧明公司在没有真实货物交易的情况下为长江公司虚开增值税专用发票 176 份，税额合计 276 万元，价税合计 1900 万元，因而对其虚开增值税专用发票的行为处以 50 万元的罚款。卧明公司不服，经复议维持后，向法院提起行政诉讼。

【税局认定虚开依据】

1.根据卧明公司的相关财务资料和外调资料复印件，证明其下游长江公司收货时间与其上游三钢公司发货时间、发货规格不匹配；

2.根据相关银行流水显示，卧明公司通过其公司的采购和业务负责人黄某甲的父亲黄某乙个人账户向长江公司办公室主任巫某个人银行账户及财务总监吴某个人银行账户转账；

3.平潭宏泰公司及正源公司开具给卧明公司的增值税专用发票已被证实均为虚开。

【法院观点】

一审法院认为：

第一，从货源来看，上游采购的为虚构交易，自然也不存在向下游销售。税局调取了卧明公司的提货明细，并与长江公司提供的收料明细进行比对，二者在钢材数量、规格及发货、到货时间等多个方面存在差异。对上述差异，卧明公司称系因采购自三钢公司的钢材有时经中转仓库中转，故出现收、发货时间不相符等情况，**但卧明公司并没有充分证据证明货物经中转仓库中转的具体情况，**且黄某甲也曾在调查中陈述从三钢公司采购的钢材是直接发往长江公司，与卧明公司的陈述相矛盾。此外，即使有该中转仓库，也仍存在**三钢公司提货明细中根本没有的钢材规格却在长江公司收料明细中出现的情况**。

第二，即便不考虑货源问题，仅从货物交付来看，卧明公司也未能证明其向长江公司交付了案涉钢材。未能提供任何原始送货单据或物流凭证，仅向法庭提供了长江公司自行制作的收料明细表。

第三，资金流转情况，税局认为其存在资金回流，卧明公司认为属于黄某甲与长江公司张某之间的个人资金拆借，与公司购销业务无关。**首先，认定是否构成虚开增值税专用发票，关键在于开具发票时是否存在真实的经营业务**。开具发票是否与实际经营业务相符，前述两点分析已足以认定卧明公司开具了与实际经营业务不相符的发票，**是否存在资金回流只是对该问题的辅助证明。**

二审法院认为：

判断一笔真实交易的完成，除了双方要有交易合同，还要有实际交付合同约定的货物，支付合同约定的价款等实际交易行为。本案中，从形式上看，卧明公司与长江公司签订有钢材买卖合同，长江公司支付了货款，**但卧明公司却在货物的实际交付上不能提供能形成完整证据链的证据证明。**本案买卖双方主体单一，执行同一合同，货物的数量、规格、交提货时间应当是一致的，不可能因为有中转仓库而发生变化，更不可能因管理不善而免除举证责任。作为一个经营钢铁和煤炭贸易多年的公司，卧明公司应该十分了解贸易过程和可能承担的风险，其却主张在无仓储记录的仓储公司储存大量中转钢材，并由无运输轨迹数据的物流

公司运输钢材，其该主张不具有合理性，并不能证明交易真实存在。

由此我们可以看出，虚开发票的本质在于发票所反映的供销关系与实际经营业务情况不符，而无论是税局还是法院，判断的出发点和落脚点都在于查明交易的真实情况。诚然，实务中流传的“三流一致”可能是判断交易是否真实最便捷、明显的表面证据，但这并非说明所有不符合“三流一致”的交易就一定是虚假的。**税务局的稽查方式也不应单单局限于查验三流情况**，在三流不一致的情形下，如有其他证据证明交易真实，也应被认定为真实交易。

三、 虚开之税务行政处罚、惩戒

对于虚开专用发票的行政处罚，主要依据为《中华人民共和国发票管理办法》第三十七条：

> 违反本办法第二十二条第二款的规定虚开发票的，由税务机关没收违法所得；虚开金额在 1 万元以下的，可以并处 5 万元以下的罚款；虚开金额超过 1 万元的，并处 5 万元以上 50 万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

根据上述规定，税务机关可通过**没收违法所得、罚款**等措施对虚开增值税发票的行为进行处罚。

此外，国家税务总局 2012 年第 33 号公告《关于纳税人虚开增值税专用发票征补税款问题的公告》中规定：

> 纳税人虚开增值税专用发票，未就其虚开金额申报并缴纳增值税的，应按照其虚开金额补缴增值税；已就其虚开金额申报并缴纳增值税的，不再按照其虚开金额补缴增值税。纳税人取得虚开的增值税专用发票，不得作为增值税合法有效的扣税凭证抵扣其进项税额。

根据上述规定，**虚开发票者需缴纳增值税，而取得虚开发票的纳税人不能进行增值税进项抵扣。**

国家税务总局 2018 年第 54 号公告关于发布《重大税收违法失信案件信息公布办法》的公告中规定：**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；**虚开普通发票 100 份或者金额 40 万元以上的；具有偷税、逃避追缴欠税、骗取出口退税、抗税、虚开发票等行为，经税务机关检查确认走逃（失联）的，均属于**“重大税收违法失信案件”，需要向社会公布重大税收违法失信案件信息，并将信息通报相关部门，共同实施严格监管和联合惩戒。**

归本溯源，虚开增值税专用发票的实质在于发票反映的交易情况与实际经营业务情况不符。因此，企业财务人员应当关注交易实质，按符合要求的方式正确开具增值税专用发票。此外，在经营过程中，企业应当关注交易履行情况的合规性，注意证据的留痕，即便因错误开具等问题遇税务稽查，也可提供扎实的履行证据从而排除虚开之认定风险。

在税务监管日益严密的环境之下，对虚开发票的打击手段将更加多元、智能，企业切莫为短期利益而心怀侥幸，而将企业推入税务处罚甚至刑事犯罪风险之中。

（本文首发于 2021 年 5 月 24 日）

“我这样算虚开增值税专用发票吗？”——参考答案在这里（二）

崔岩双

虚开增值税专用发票在刑事犯罪中的认定

在同系列上一篇文章中我们探讨了税法上如何认定虚开以及虚开后的税务行政处罚、惩戒等问题，本篇将继续就虚开增值税专用发票的刑事犯罪认定标准问题进行探讨。

一、 行政违法 vs.刑事犯罪

虚开增值税专用发票罪具有行政违法性和刑事违法性的双重属性。即以违反行政法规为前提，只有涉案行为构成税法意义上的“虚开”，才有可能构成刑法上的“虚开”，但这并不代表着具备行政违法性即具备刑事违法性。司法机关曾以前置法作为违法性的判断，而把刑法仅作为量刑的判断，对于存在无货虚开或发票与实质经营业务不符的行为都认定为虚开犯罪，从而将行政违法行为与刑事犯罪行为划上了等号。尤其根据《最高人民法院关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关问题的通知》（法〔2018〕226 号），将“虚开的税款数额”作为量刑依据，也容易产生仅根据行政法的违法性认定犯罪之理解。

> 在新的司法解释颁行前，对虚开增值税专用发票刑事案件**定罪量刑的数额标准，可以参照**《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕30 号）第三条的执行规定，**即虚开的税款数额在五万元以上的，**以虚开增值税专用发票罪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；虚开的税款数额在五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额较大”；虚开的税款数额在二百五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额巨大”。

但该种理解本身属于对法律适用的误读，《刑法》第 205 条对虚开犯罪的刑罚最高可至无期徒刑，其制裁手段之严厉可见一斑，如不遵循刑法判断的独立性原理，则将使实务中的打击范围过大，不符合刑法谦抑性的要求。因此不可在增值税虚开的问题上将行政违法与刑事违法混同。虚开增值税专用发票刑事犯罪应按照刑法上此罪名的构成要件进行判断。

二、 虚开增值税专用发票刑事犯罪的认定标准

对于虚开增值税专用发票罪应当如何入罪刑法学界长期以来存在分歧，主要是对构成要件的性质认定看法不一。而在近年的司法裁判中，秉持刑法谦抑性原则，倾向于对该罪的入罪条件进行目的性限缩：行为人**除存在构成行政违法的虚开行为外，还要求主观上具备骗取抵扣税款的目的、客观上造成国家税款损失的严重后果或至少有造成国家税款损失的具体危险，才构成刑事犯罪。具体来说，构成要件如下：**

（一）具有虚开增值税专用发票的客观行为

就行为方式来看，虚开包括**为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开**四种，由于刑法简单罪状的描述，给刑法条文适用留下了巨大的解释空间。《最高人民法院关于适用<全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定>的若干问题的解释》第一条，基本情形分为“无货虚开”、“有货虚开”、“如实代开”三种。

根据《决定》第一条规定，虚开增值税专用发票的，构成虚开增值税专用发票罪。具有下列行为之一的，属于“虚开增值税专用发票”：（1）没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具增值税专用发票；（2）有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票。（3）进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票。

但该条第（3）条后在最高人民法院研究室《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司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）答复**中认为挂靠代开发票以及据实代开发票行为不适用该条，其他代开发票行为需要具体分析：“**其中，该解释中关于‘进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票’也属于虚开的规定，与虚开增值税专用发票罪的规定不符，不应继续适用；如继续适用该解释的上述规定，则对于挂靠代开案件也要以犯罪论处，显然有失妥当”。由此，显然可看出和行政违法不同，单纯的虚开行为不能认定为构成犯罪，而要结合虚开犯罪的其他构成要件进行综合判断。

（二）客观结果上造成了国家税款的损失

关于如何理解国家税款的损失，则涉及到增值税的缴纳原理。所谓增值税，是指以商品和劳务在流转过程中产生的增值额作为征税对象而征收的一种流转税。在进入最终流通环节之前，环环征税、环环抵扣直至进入消费环节，因此在每一个销售环节上，销售方均按照该环节上的法定增值额进行纳税申报，具体的计算方式为销项税减去进项税。环环相扣后，其征收本质实际上为增值税为最终的消费者所承担。

因此，单纯的虚开行为，不会造成税款的损失，因其原本就没有实质交易、没有销售行为，因而本身就不具备纳税义务，从而在增值税缴纳环节不缴或少缴税款也不会产生国家税款流失的后果。只有在受票方将该不应进行抵扣的发票进行了进项抵扣，或者准备用于抵扣，同时开票方不缴或少缴销项税款，才能产生国家税收损失的后果或危险。在考察虚开行为时，需一并考察下游受票方是否进行抵扣，以及上游销售方是否缴纳了税款。只有在下游受票方已进行抵扣，但上游销售方未缴或少缴税款的情况下，才会造成国家税款的流失。

（三）主观上具有骗取抵扣税款的目的

实际上根据法条的文义解释，并未直接包含主观目的构成要件，但在虚开增值税专用发票罪中，出于刑法的谦抑性考量，还是应该将其解释成需具有“骗取抵扣税款”目的的“非法定目的犯。

如，在经济发展中出现一些仅为“做业绩”而虚开的发票，按照发票进行申报纳税甚至还增加了国家税收，其并不以骗税为目的，不能构成虚开增值税专用发票罪。在最高法、最高检的相关答复中，亦体现出不以骗取税款为目的的虚开增值税专用发票的行为不能以虚开增值税专用发票罪定性的观点。

最高人民检察院发布关于印发《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》的通知（2020.07.22 发布）中表明：“注意把握一般涉税违法行为与以骗取国家税款为目的的涉税犯罪的界限，对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪定性处理，依法作出不起诉决定的，移送税务机关给予行政处罚。”

上述认定标准在实践中的具体案例上亦同样得以体现。如在（2016）京刑终 157 号案中，北京高院认为，**虚开增值税专用发票罪要求行为人在主观上具有为自己或者他人骗取国家税款的目的，且其虚开增值税专用发票的行为在客观上足以造成国家税款损失的后果。**经查，罗某虽然让英爱时代公司为自己开具了增值税专用发票，罗某也为大唐软件公司开具了增值税专用发票，但这种开具增值税专用发票的行为由于不存在任何货物购销或应税服务等经营行为，**因而不存在向国家缴纳税款的事实基础，不会给国家税款造成实际的损失。虚开增值税专用发票给国家造成税款损失，是因为虚开的增值税专用发票被受票方用做在正常经营时向税务机关抵扣自身应纳税款，被实际抵扣的部分即为给国家税款造成的损失。**

三、 量刑标准考量

（一）“虚开的税款数额”成为法定量刑考量依据

自 2011 年 2 月 25 日《刑法修正案（八）》删去了《刑法》第 205 条第 2 款“有前款行为骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”，及最高院出台司法解释法（〔2018〕226 号）后，**“虚开的税款数额”便成为法定量刑的考量依据。即便被告人在立案后判决前补缴税款，减少了国家实际税款损失金额，也不能抵减虚开金额，只能作为酌定量刑情节从轻处罚。**[1]

又例如在(2020)辽刑终 290 号案中，上诉人戴荣耀提出原审认定犯罪数额错误，导致量刑过重，**应依法将未申报抵扣部分从犯罪数额中排除，**辽宁省高级人民法院认为，戴荣耀等人在没有任何真实交易的前提下，为下家虚开增值税专用发票并牟取非法经济利益，放任下家以申报抵扣方式骗取国家税款，犯罪主观故意明确，**应依法按照虚开税款的数额定罪量刑**，原审认定犯罪数额准确。

（二）如何认定虚开金额的问题

由于**“虚开的税款数额”成为法定量刑考量依据，从而如何认定虚开金额便成为司法裁判中的重要问题**。

在《上海市高级人民法院刑庭、上海市人民检察院公诉处刑事法律适用问题解答》中，关于虚开增值税专用发票罪的数额如何认定问题：(1)对于行为人向他人虚开销项增值税专用发票以后,为了掩盖向他人虚开的事实,又让他人为自己或者自己为自己虚开进项增值税专用发票的行为,**应以销项或进项中数额较大的一项作为"虚开的税款数额"。**不能把销项与进项发票上的税款数额累计相加。因为,为掩盖虚开销项增值税专用发票的行为而实施的虚开进项增值税专用发票的行为,并不会造成新的国家税款损失。如果把虚开的进项与销项数额累计相加,则必然发生对一个造成国家税款损失的数额,给予重复计算,从而违反刑法上禁止重复评价原则。(2)对于行为人既实施为他人虚开销项增值税专用发票的行为,又实施为自己或让他人为自己虚开

[1] 韩爱国虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票案，河南省高级人民法院(2019)豫刑终 450 号/2020.11.03。

进项增值税专用发票的行为,二者没有关联,虚开的目的都是为了非法抵扣从事正常生产经营活动应当向国家缴纳的税款数额的,应将所虚开的销项与进项税款累计相加,一并作为"虚开的税款数额"认定。(3)对于行为人在领取增值税专用发票时,按票面金额的一定比例已预交的增值税,应当从造成国家税款损失的数额中扣除,以体现刑法公平原则的要求。

在(2019)豫刑终 450 号案中，国润公司为天华等三家下游公司开具的增值税专用发票即销项票，税额为 53,411,500.24 元，三家公司均进行了抵扣。但天华等三家下游公司通过国润公司从上游药厂实际进货的税额为 14,594,021.39 元，故实际偷逃的税款应为虚开的部分税额 38,817,478.85 元。因国润公司向下游公司开具了虚高的销项票，为了掩盖犯罪行为及少缴税款，又让与其无真实交易关系的百邦等四家公司为自己虚开了增值税专用发票即进项票，税额为 22,268,917.34 元，用于抵扣税款。国润公司已将上述发票入账并进行了抵扣。**对于不具有真实交易的虚开增值税专用发票行为，由于虚开行为人不存在向国家缴税的义务，应以虚开的进项或者销项中较大的数额认定为其犯罪数额。故本案的犯罪数额应认定为 38,817,478.85 元**。

综上，如企业构成虚开的单位犯罪，直接负责的主管人员和其他直接责任人员将被追究刑事责任，最高可面临无期徒刑的刑罚，在众多实务案例中不乏法定代表人、董事长、经理等作为主管人员对公司全部涉及虚开税款数额承担刑事责任的案例。即便未被处以刑事处罚，但如主要责任人在刑事司法程序中被采取刑事强制措施，也将对企业经营产生重大影响，使企业陷入经营危机。

因此，完善企业内控制度、加强合规意识以避免虚开风险成为企业经营中的理性选择，切莫为短期利益而心存侥幸地将企业推入税务行政处罚甚至刑事犯罪风险之中。

（本文首发于 2021 年 6 月 7 日）

星瀚律師事務所
RICC & CO.

星瀚合规法律服务

风险导向型合规体系建设

上海星瀚律师事务所是一家坚持一体化运营的精品律师事务所，并在企业合规、内控和反舞弊等领域具有丰富的商业法律服务经验。

星瀚在为客户提供合规法律服务时，会根据具体的项目情况及客户需求，由多元化背景的专业人士组建“专业+行业+技术”的综合性服务团队，并以及时、高效的法律服务帮助客户达成合规管理及商业目标。

星瀚合规法律服务优势

以风险为导向

星瀚致力于为客户提供基于风险导向的合规法律服务，以有限资源创造并保护最大价值。星瀚律师能够与客户高效协同，有效识别相关的风险模块并予以准确评估，据此锁定相对应的关键控制节点/合规问题并加以有效管理/应对。

贴合业务实际

在以风险为导向的基础上，星瀚注重合规管理与实际业务的契合与协调，并能够协助客户将合规管理体系融入具体的经营活动予以落地，或将合规要求转化为具体的业务动作，以实现合规可理解、可执行、可评价的目标。

一体化服务方案

星瀚的合规律师团队具有多元化的专业背景，熟悉相关的合规管理重点、监管趋势及执法思路，并且在互联网与电子数据等方面拥有专业技术能力，能够为客户提供一体化的合规服务方案。

星瀚合规法律服务流程与企业合规体系构建

风险识别
- 行业特性
- 发展阶段
- 商业逻辑
- 监管趋势

风险评估
- 风险偏好
- 风险承受度
- 风险管理工具

体系构建
- 总体层面
- 业务流程层面

有效运行
- 保障机制
- 监督机制
- 执行评价

星瀚合规法律服务所涉专业版块

反商业贿赂	反垄断	内控与反舞弊	网络安全与数据	个人信息保护
广告与宣传	税务合规	知识产权合规	监管调查应对	劳动人事合规

扫描左侧二维码可以联络律师了解详情，咨询相关法律问题

021 5109 6488

bd@ricc.com.cn

长宁路1193号长宁来福士T3写字楼7楼