

“对赌收购”过程中,因标的公司业绩造假引发的商事纠纷、刑事犯罪多发,业绩造假属于商事纠纷还是应当纳入刑事打击范围成为该类案件罪与非罪界定的难点——

“对赌收购”中业绩造假是否构成犯罪



北京市人民检察院经济犯罪检察部
副主任、全国十佳公诉人 陈禹潼

随着市场中资产收购盛行,“对赌收购”成为常见的收购类型之一。在“对赌收购”中经常会使用“对赌协议”条款。“对赌协议”,又称“估值调整协议”,是在普通投资合同基础上特别约定和设置对赌条款的投资合同,系指投资者向目标公司进行投资并成为股东、取得股权,同时对目标公司未来经营业绩和公司上市等事项作出约定,在约定目标未能达到或实现时,由目标公司或其股东按约定比例或数额,对投资者进行股权补偿、现金补偿或按约定条件回购股权。

近年来,资本市场“对赌收购”中因业绩造假引发的刑事犯罪越来越多,属于新型、复杂的商事合同纠纷案件,面临着属于商事纠纷还是刑事犯罪的争议。涉企业合同纠纷诈骗犯罪案件中,合同纠纷与违约行为的界限区分,一直是实务难点。本文以一起典型的“对赌收购”型合同纠纷骗案的审查办理为例,提出认定此类收购型合同纠纷诈骗罪的办案思路。

2016年下半年,北京久某软件股份有限公司(下称“久某软件公司”)经第三方介绍,欲收购上海移某网络科技有限公司(下称“上海移某公司”)以获得移某公司客户业务数据资源。2017年1月20日,久某软件公司、北京久某科技投资有限公司(久某软件公司的控股股东,下称“久某科技公司”)与转让方上海移某公司的股东移某网络(香港)有限公司(下称“移某网络公司”)三方签订《收购总协议书》,约定收购总价作价14.5亿元,其中14.4亿元用于现金收购上海移某公司全部股权。上海移某公司作出业绩承诺:2016年税后净利润不得低于8000万元,2017年税后净利润不得低于1.04亿元,2018年税后净利润不得低于1.35亿元。如果上海移某公司无法完成业绩,要依照约定进行赔偿。

在签订、履行《收购总协议书》的过程中,移某网络公司实际控制人宦某(在逃)等人伙同上海移某公司副总经理叶某、上海某投资咨询有限公司负责人杨某等人,在不具备合同履行能力的情况下,通过虚增上海移某公司业绩、伪造客户公司印章并使用等违法犯罪手段,骗取久某软件公司、久某科技公司收购价款人民币14.4亿元,其中11.952亿元既遂,2.448亿元未遂。主要犯罪过程分为两个阶段:

一是2014年至2016年对赌业绩评价期内,移某网络公司及宦某、叶某等人隐瞒上海移某公司长期使用账外支付成本,由公司承担经营性亏损,利用上海移某公司控制的公司来回购账虚构交易等重要事实,并伪造客户印章报备通道等,欺骗被害公司聘请的第三方评估公司,使得上述公司在签订收购

合同时陷入错误认识,被骗交易价款9.504亿元。

二是在2016年至2018年对赌业绩承诺期内,移某网络公司及宦某、叶某等人在履行《收购总协议书》过程中,继续采用前述虚增上海移某公司净利润和业绩规模,使用伪造的客户公司印章向运营商报备通道,制作虚假征询函欺瞒第三方评估机构等经营手段,骗取被害公司交易价款2.448亿元,剩余2.448亿元价款未支付时案发。

案发后,宦某、叶某等人指使上海移某公司员工销毁、删除部分BOSS短信管理系统数据、大量纸质业务合同、业务数据,隐匿、销毁大量伪造的客户公司印章。宦某等4名高管逃匿出境。

“对赌收购”过程中,因标的公司业绩造假引发的商事纠纷、刑事犯罪多发,业绩造假属于商事纠纷还是应当纳入刑事打击范围成为该类案件罪与非罪界定的难点。同时,“对赌收购”交易模式专业、复杂,在办理过程中应结合收购领域特点、被收购方的经营模式,构建“对赌收购”型合同纠纷骗案证据体系,围绕诈骗手段及非法占有目的等犯罪构成的关键证据引导公安机关侦查取证,补充完善证据体系。

(一) 围绕“对赌收购”刑事案件中“商事造假手段”特征,准确认定虚构事实、隐瞒真相

“对赌收购”型合同纠纷诈骗犯罪案件办理过程中,要厘清收购交易架构,围绕犯罪构成要件调取关键证据。应将“对赌协议”评价期和对赌业绩承诺期的行为总体看待,不能割裂评价;对于本案标的公司这类高增长值、轻资产型的企业,既要考察虚构利润额、交易规模数据对收购决策的影响,也应当综合评价其他违法犯罪手段的作用;积极引导侦查机关调整思路,准确界定审计事项和范围,灵活确定审计思路和方法,为法律适用奠定事实和证据基础。

本案涉及的《收购总协议书》便采取了“对赌协议”的方式,对赌标的的标的公司未来的经营业绩。

检察机关在审查起诉期间,紧紧围绕本案中商事造假手段特征,通过自行补侦、引导侦查,全面查实标的公司在收购前、收购过程中的“虚构事实、隐瞒真相”行为内容。

1. 上海移某公司在收购协议签订、履行过程中持续虚增利润、虚增交易规模的行为,营造了上海移某公司经营业绩良好假象,系使收购方陷入错误认识的根本性欺诈手段。

一是虚增利润使收购方对标的公司盈利能力陷入错误认识。“对赌收购”协议成立的基础在于对标的公司总体价值的认识,对赌业绩评价期的业绩造假行为是导致收购方陷入错误认识,作出收购决定的关键,协议履行期的按期付款也是与收购的总体预期、收购总价款直接相关。因此,检察机关引导侦查机关补充调取收购协议签订前即对赌业绩评价期内标的公司业绩造假的证据,在此基础上补充对对赌业绩评价期虚增利润的委托鉴定事项。

二是虚增交易规模使收购方对标的公司交易规模陷入错误认识。移送审查起诉之时,本案在审计虚增利润时采用的是“将移某公司与核心控制公司经营利润合并计算”的鉴定方法,忽略了“资金倒账”对上海移某公司交易规模的影响,导致久某软件公

司、久某科技公司通过上海移某公司财务报表看到的是虚增的收入、成本,因此,在审查起诉期间,检察机关要求侦查机关增加委托“对虚假交易资金过账行为进行鉴定”的要求。因本案实际控制人宦某等人潜逃前大量销毁了纸质合同和业务系统数据,经与审计人员沟通,将该部分内容采用单独列示部分金额较大的虚假交易资金过账行为的方法予以展示,证明效果良好。

2. 本案中存在大量其他违法犯罪手段,也能间接印证合同纠纷诈骗事实。除虚增业绩外,本案中还存在着伪造客户印章,制作虚假企业征询函,制作虚假业务合同等违法犯罪手段。如在对赌业绩承诺期,上海移某公司组织员工通过加盖虚假客户公司公章、伪造企业征询函,并到客户公司地点以客户公司名义回复的方式应对收购方委托的第三方评估公司审计,避免被害公司对其虚增业绩等实际经营情况的审查。上述违法犯罪手段,都是为了营造虚假的市场竞争优势和业务规模,虽不构成“对赌收购”的根本性诈骗手段,也对合同纠纷诈骗的“虚构事实、隐瞒真相”起到辅助的印证作用。

(二) 围绕合同纠纷诈骗罪“非法占有目的”的认定思路,准确区分商事纠纷与刑事犯罪

划定诈骗罪与合同纠纷界限,既要保持刑法的谦抑性,避免刑事不当介入商事纠纷,也要在遵循罪刑法定原则的前提下,对合同纠纷的构成要件进行实质、合理解释,做到刑事制裁既不越位也不缺位。本案中,应从签订、履行协议的全过程综合审查,判断涉案公司业绩造假是为了获得商事交易机会,还是根本不具有履行合同的能力和意愿,在符合非法占有目的的情况下,应纳入刑事制裁的范围。

检察机关认为,既应当遵循刑法的谦抑性原则,不能用刑事手段介入经济纠纷,也应当遵循刑事重实质判断的基本原理,不能一遇到经济纠纷,尤其是较为复杂的新型商事纠纷,就认为不构成刑事犯罪,而应当根据“对赌收购”领域特点、被收购方经营模式的特征,综合分析本案标的公司在整个签订、履行收购协议过程中的商事造假、违法犯罪经营等欺诈手段。

结合本案,从欺骗内容来说,上海移某公司长期、大范围地采取了违法经营、虚增业绩、虚增业务规模等方式,证明其一开始就完全不具备履行合同的诚意;上述造假行为对于收购方产生错误认识及在此基础上作出财产处分决定,产生了根本性影响;事后,上海移某公司也没有弥补被害方损失的行为,而是大量销毁业务资料证据、逃匿出境,符合刑法第224条第(四)项收款后逃匿的行为特征,由此认定行为人具有非法占有目的,在“对赌收购”中的业绩造假行为系虚构事实、隐瞒真相,构成合同纠纷诈骗。

(三) 结合案件特点,准确认定合同纠纷诈骗罪数额

本案犯罪数额认定主要存在两个问题:第一,既遂的犯罪数额是按照被害公司已支付的11.952亿元认定,还是按照“对赌协议”履行期被害公司支付的2.448亿元认定。第二,案发期间被害公司与标的公司之间的资金往来以及案发后被害公司自行挽回的损失金额,是否应当在已认定犯罪数额中扣减。

第一个问题争议点在于犯罪区间的认定。本案由区检察院报送市检一分院审查

起诉时,区检察院认定犯罪数额2.448亿既遂,2.448亿未遂,未被被害公司签订“对赌协议”时支付的9.504亿元纳入犯罪数额。市检一分院将收购款总额14.4亿元认定为犯罪数额,其中既遂11.952亿元,未遂2.448亿元。主要理由是,本案是收购过程中发生的合同纠纷事实,需要整体性考虑“对赌收购”架构对合同“根本性欺诈”犯罪事实认定的影响,从收购方作出收购决定、确定收购总价到按步骤支付价款,认定犯罪数额时,也应当按照确定的总交易价款,包括对赌业绩评价期和承诺期被害公司支付的交易价款,计算诈骗犯罪数额。法院判决支持了总额认定的犯罪数额认定思路。

第二个问题争议点在于双方之间的资金拆借与案发后被害公司自行挽回损失,是否影响诈骗犯罪数额认定。本案中,“对赌协议”履行期间,被害公司曾向上海移某公司拆借资金1.3亿元,签订了相应借款协议和约定借款利息,案发时,上海移某公司实际控制人突然逃匿,被害公司未将该款归还上海移某公司;案发后,被害公司通过及时变更子公司上海移某公司法定代表人、更换银行U盾等方式让银行“止付”,防止上海移某公司在多家银行的未到期理财产品、存款等钱款被转移,自行挽回损失合计2.06亿元。上述3.36亿元是否应当在既遂犯罪数额中扣减,存在争议。

有观点认为,上述金额应当予以扣减,主要依据是1991年最高法院研究室《关于中付强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复》,“在具体认定具体犯罪数额时,把案发前已被追回的被骗款额扣除,按最后实际诈骗所得数额计算”。但承办检察官审查后认为,该文件针对的情形,应当是行为人事后有部分“诈骗所得”退还给被害人,按照存疑时有利于被告人原则,无法认定行为人对该退还钱款的非法占有目的,因此,将该部分数额予以扣减,而不能认为该文件突破了诈骗犯罪既遂和非法占有目的认定的基本法理。本案的3.36亿元均不影响非法占有目的认定,均不应在犯罪数额中扣减。

第一,关于1.3亿元借款。“对赌协议”型收购过程中,标的公司已成为被害公司的(全资)子公司,其间母子公司之间常见有资金拆借活动,但与本案合同纠纷诈骗犯罪事实无关,不影响本案非法占有目的的认定,不应予以扣减。第二,关于2.06亿元自行挽回损失。属于被害公司案发后的“自力救济”,并不影响本案非法占有目的的认定,不应予以扣减。当然,法院在继续追缴赃款退赔被害公司损失时,可以将上述钱款予以扣减。

因此,认定“对赌收购”型合同纠纷诈骗罪数额时,要充分考虑收购方按步骤支付收购款的合同特点,应包括对赌业绩评价期和承诺期被害公司支付的全部交易价款。收购方和被收购方的资金拆借行为,以及案发后立案前被害方自行挽回的损失,如果与本案合同纠纷诈骗犯罪事实无关,或者属于犯罪嫌疑人“来不及转移”、被害公司“自力救济”的,不影响非法占有目的的认定时,不应予以扣减。

以案论法

做实『三个管理』提升履职办案质效



郭建

最高检提出“一取消三不再”、一体抓实“三个管理”重大决策,坚持实事求是,遵循司法规律,是落实党中央关于整治形式主义为基层减负决策部署的重要举措,有助于构建更加科学合理的管理体系,做实高质量办好每一个案件。基层检察机关应当结合自身实际,探索务实管用的举措办法,做实“三个管理”助推检察履职办案提质增效,让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

业务管理必须坚持统一思想、实事求是、遵循规律。业务管理强调的理念引领、业务分析和制度规范。基层检察机关要努力优化工作理念、转变工作习惯,将“业务数据研判”调整为“办案质效分析研判”,同时,探索改进检察业务管理组织体系,促进检察事业行稳致远。一是强化理念引领。通过召开党组会、部门会等多层级会议等方式,深入学习贯彻领会最高检《关于加快推进新时代检察业务管理现代化的意见》等文件精神,引导干警进一步树牢“高质量办好每一个案件”的检察工作理念,增强科学管理意识,促使干警进一步聚焦法律监督主责主业,回归质效履职办案本职本源。二是做好分析研判。利用“每周纪实、每月评议、季度小结、半年评估、年终总结”的及时性总体性反馈方式,综合运用业务分析研判会商等方法,结合本院业务分析研判报告查漏补缺,分部门、分条线对业务情况进行定期分析研判,及时发现并探索解决一个案件、一项业务乃至一个地区中存在的问题,提升监督精准性、规范性和实效性,增强检察履职质效。三是完善管理体系。修订完善新的绩效考核方案,将以考核“数据”向考核“质效”转变,制定正面清单和负面清单。如所办案件被评为典型案例、优秀案件等的,予以加分表彰;办理的案件被评查为瑕疵案件或出现较严重质量问题的,予以扣分处罚。努力建设齐抓共管的案件管理组织体系,发挥案管部门业务管理的枢纽作用,提高分析研判质量;引导员额检察官、办案组、业务部门加强自我管理,让办案人员都有“边办案边管理”的意识和责任,进一步落实司法责任制。

案件管理必须坚持程序与实体并重,确保检察权公正、规范、高效、廉洁运行。检察办案是生产优质检察产品的过程,应当兼顾程序、实体上的全面、动态、闭环管理,推动将司法责任制落实到每一个案件、每一个办案环节、每一个办案组织、每一名检察官。一是强化实体管理。加强院领导、部门负责人对检察办案活动的审核把关责任,压实承办检察官的主体责任,要求检察官加强对办案团队的指导、管理与审核,确保责任落实。二是强化流程管理。案件管理部门抓好“专门管理”,把好案件入口关,提高案件受理质量,强化前端预防;把好案件办理关,健全完善常态化流程监控预警、提醒预警,对发现的各类案卡填录、办案期限、文书制作等不规范问题及时提示,纠正程序瑕疵,强化中端实时监控;把好案件质量关,做实“一案一评查”全覆盖,严肃追究司法责任,强化末端回查。三是强化监督制约。坚持做到管案与管人相结合,建立全流程的追溯、监督、纠错、问责、持续改进机制,切实做好案件质量问题口头提醒、书面预警、个案评价、类案通报、问题移送并向检察长报告等工作。进一步推动案件规范化办理,强化检委会决策把关作用,健全完善决议事项的督办和反馈制度,落实检委会对重大、疑难、复杂案件的决策和业务监督管理职责。

质量管理必须坚持专业化、规范化,守牢案件质量“生命线”。质量管理是对具体个案、“检察产品”的品质把控,以切实把高质量办案的实体、程序、效果要求落到实处。基层检察机关要进一步科学设置案件质量管理方式,完善工作机制,提高干警特别是案件评查人员的案件质量意识,以现实案件质量稳中有进。一是坚持问题导向。可以为每个办案组建立案件质量问题档案,每月进行讲评通报并举一反三,对同一类型问题出现两次的,在绩效考核评价中予以双倍扣分,对出现三次的,予以全院通报批评。二是深化评查效果。各院可以成立“案件质量专班”或者“案件质量评查委员会”,以该专班和委员会为抓手,采取自查与交叉评查相结合的方式全面评查案件,对重点案件及案件质量评查情况进行反馈,对案件评查中发现的整体性、趋势性问题,以及暴露出的案件流程管理中的短板漏洞,要针对性提出建议,以评查促进质效履职办案。三是加强协同联系。健全完善疑难复杂案件跨部门会商、内部线索移送、信息共享等机制,注重加强与公安机关、法院、行政机关的信息沟通和司法协作,确保在相互配合、相互制约中凝聚最大合力。同时,在办案实践、典型案例培育等方面积极争取上级指导,发现问题及时纠正,突显亮点及时提炼,切实提高业务能力、提升办案质效。(作者为湖南省炎陵县人民检察院党组书记、检察长)

对于生效裁判实质意义上的错误该如何纠正?

——关于许某运输毒品犯罪再审抗诉案的思考



戚述峰 林建江

2013年10月23日,许某驾驶轿车途经某高速公路收费站时冲卡逃逸,警方在车内查获冰毒3500余克、K粉660余克。经查,涉案车辆为许某租用,车内留有其DNA、烟头等生物痕迹及银行凭证等个人物品。许某归案后始终否认运输毒品罪指控,辩称车辆借给他人驾驶,自己未到过案发地。在本案办理中,司法机关就能否得出运输毒品罪即为许某的唯一性结论产生争议。某鉴定机构出具的鉴定意见直接指向许某并非运毒者,使得二审判决撤销了一审对于许某运输毒品罪的定罪量刑。2021年1月5日,该省检察院认为判决确有错误,提请最高检按照审判监督程序抗诉。最高检抗诉后,办案组通过补充侦查获取新证据:调取案发当晚许某手机通话记录及行车轨迹,确认冲卡前后使用其真实手机;委托司法鉴定机构重新鉴定,否定原审采纳的驾驶员鉴定意见;结合车辆、手机、生物检材等证据形成完整链条,证明许某实施运输毒品行为。2023年9月,某法院再审判改判许某的行为构成运输毒品罪。

对此,笔者认为,对于生效裁判实质意义上的错误该如何予以纠正,主要应进行两个层次的基本判断。

一是纠“错”的必要性判断。法律真实和

实质真实是两个既相互关联又显著区别的概念,法律真实经过充分质证和审慎归入的程序,在理想状态下被认为可达到等同于实质真实,但事实上,反映实质真实的物质材料、生物信息等要素,时刻发生着变化,因此,法律真实总是无限趋近于实质真实,却很难等同于实质真实。基于此,就不难理解,为什么实践中会在司法裁判认定的犯罪情况与客观事实真相相反下的“错误”情形。在追求客观真实的目的驱动下,通过证据所反映的实质内容构成对个案形成权威评价的唯一、合法资料,通过审查运用证据实现对客观真实追求是诉讼参与人共同心愿。所以,对错误的纠正是包含在对客观真实的追求过程中的,二者之间并不存在任何矛盾。

从现有的规范内容来看,《人民检察院刑事诉讼规则》第591条将“有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误”作为检察机关提出抗诉的明确情形之一,关于“新的证据”,《最高人民法院关于审理人民检察院按照审判监督程序提出的刑事抗诉案件若干问题的规定》第3条提供了一个相对清晰的范围。申言之,即新证据动摇了原生效裁判作出时定论的证据基础,使得该裁判在性质上属于因证据基础达不到定罪标准而按照“疑罪从无”原则推定的无罪,而非有确切证据证明该犯罪嫌疑人无罪的情形,应当按照审判监督程序提出抗诉,但是不应将此处在事实真相层面的实质错误理解为对审判人员追责意义上的错误。

根据《人民检察院刑事诉讼规则》第591条可知,检察机关作为国家法律监督机关,在

追求实质真实的共同目标下,有义务通过审判监督程序向法院提出抗诉,同时也考虑到有时由于司法人员发现真实的能力有所不足,且发现真实的条件受物质因素所限而难以达到客观真实的状态,因此,不宜将此处事实真相层面确有错误的“生效判决”认定为因审判人员工作原因导致的“错误判决”,而是强调此裁判得出所依据的事实存在错误。

二是纠“错”途径的比较判断。司法实践中,由于适用审判监督程序提起抗诉的前提是,认为原判决“确有错误”,而审判机关认为根据当时情况作出的原判决并无不当,为了避免因抗诉被认定为自己作出了“错误判决”,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第219条规定:“依照刑事诉讼法第二百条第三项规定宣告被告人无罪后,人民检察院根据新的事实、证据重新起诉的,应当依法受理。”而鼓励将收集到的新证据另案重新起诉来处理这类案件。因此,实践中针对这类案件主要形成了“重新起诉”和“按照审判监督程序提请抗诉”两种解决方法。从法理原则的角度出发,应当确定在这种情况下下的纠错仅可适用审判监督程序来进行。

首先,刑事诉讼中的诉权属于求刑权,该权力运行须兼顾保障人权和惩罚犯罪两个侧面。重新起诉后或有很大概率仍导致两次求刑结果相互冲突,而且在再次诉讼的场景下,案件管辖、适用程序都是要选定的问题,这种选择显然不利于人权保障的诉讼目的,且在检察一体化的原则下,此类争议较大、关注度高的案件一般均会在省级检察机关的指导下开展审查、公诉工作,但实际上还是在原审事

实的基础上将司法机关各自的观点进行重申,这对核心矛盾的解决并无太大实质意义。但在审判监督程序中,由于需提请上一级检察院抗诉,案件的事实材料已经过了多轮审查,同时,抗诉作为一种法律监督手段也更容易引起审判机关重视,所以,交由更高级别的司法机关办理更有利于得到公正的结果,推动法律真实接近实质真实。

其次,作为求刑权的诉权最终要选择以司法判决作为指向刑罚内容的文书载体,若重新起诉,后起诉案件中的基本事实也只是在原审事实基础上的再发现,只是因为之前发现的程度不够,未得出符合客观真实的判决,所以需要纠正作出原裁判所认定的事实,此时,在后起诉案件中,基于更新后的证据得出的判决必然与原判决相互冲突,或会造成原司法裁判确定力与新裁判未生效之前的公定力和生效后既判力的冲突,影响司法判决的权威。同时,在检察机关指控的主要罪行和刑罚内容承受者均未发生变化的情况下,重新起诉有违一事不再理原则之嫌,而关于既判力原则,目前尚未明文规定在刑事诉讼法中,但是从民法法解释中关于重新起诉的规定所体现的精神来看,违反既判力原则的后果即导致司法判决之间的冲突,有损司法信赖。所以,在此情况下,只能选择审判监督程序来纠正判决作出当时具有合法性、合理性,却因新的证据出现使其与客观事实确实不符所表现出的、原生效裁判背离真相之“错误”。

(作者单位:清华大学法学院、最高人民法院检察院重大犯罪检察厅)