

企业家财富传承

Strategies & Cases on  
Corporate Financing and Managing Risks

蒋力飞 / 著

企业  
融资与经营  
风险应对策略及实例精析

实例剖析39个容易被忽略的企业融资、经营风险集中点  
精准提供破解公司管理刑事法律困境的策与术

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

企业家财富传承

Strategies & Cases on  
Corporate Financing and Managing Risks

蒋力飞 / 著

# 企业

## 融资与经营

风险应对策略及实例精析

实例剖析39个容易被忽略的企业融资、经营风险集中点  
精准提供破解公司管理刑事法律困境的策与术

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 企业融资与经营风险应对策略与 实例精析

中国法制出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

企业融资与经营风险应对策略及实例精析/蒋力飞著. —北京: 中国法制出版社, 2016. 5

ISBN 978-7-5093-7575-4

I. ①企… II. ①蒋… III. ①企业融资—研究—中国②企业管理—风险管理—研究—中国 IV. ①F279. 23

中国版本图书馆CIP数据核字 (2016) 第119971号

策划编辑 朱丹颖 责任编辑 李璞娜 封面设计 周黎明

### 企业融资与经营风险应对策略及实例精析

QIYE RONGZI YU JINGYING FENGXIAN YINGDUI CELÜE JI SHILI JINGXI

著者/蒋力飞

经销/新华书店

印刷/

千 开本/700毫米×1000毫米 16开 印张/20 字数/325

刷 版次/2016年7月第1版 2016年7月第1次印

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-7575-4 定价: 68.00元

北京西单横二条2号 值班电话:  
66026508

邮政编码100031 传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com> 编辑部电话: 66060794

市场营销部电话: 66033393 邮购部电话: 66033288

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

# 目 录

## 融资篇

境外融资坎坷路外汇管制对境外融资之影响

转贷困局高利转贷罪评析

贷出来的罪行骗取贷款罪评析

募资陷阱非法吸收公众存款罪评析

售股危机擅自发行股票、公司、企业债券罪评析

境外小金库的秘密逃汇罪评析

洗不白的罪赃洗钱罪评析

互联网融资的风险集资诈骗罪评析

擅处贷款抵押物险遭刑责贷款诈骗罪评析

支票的信用票据诈骗罪评析

人情的代价保险诈骗罪评析

## 经营管理篇

节税有道逃税罪评析

关联交易惹的祸关联交易税务风险

欠税之责逃避追缴欠税罪评析

假贸易，真退税骗取出口退税罪评析

牵线搭桥受牵连虚开增值税专用发票罪评析

不起眼的停车票持有伪造的发票罪评析

清算的责任妨害清算罪评析

PE跟投的代价非国家工作人员受贿罪评析

虚假交易背后的隐情对非国家工作人员行贿罪评析

国企高管，同类营业碰不得非法经营同类营业罪评析

近水楼台惹争议为亲友非法牟利罪评析

国企高管的特殊使命签订、履行合同失职被骗罪评析

隐匿会计资料的苦果隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪评析

糊涂的股东职务侵占罪评析

企业资金挪用不得挪用资金罪评析

傍大款的下场假冒注册商标罪评析

免费“午餐”吃不得销售假冒注册商标的商品罪评析

有些秘密你是不能知道的侵犯商业秘密罪评析

诚信宣传是正道虚假广告罪评析

串通投标，自食恶果串通投标罪评析

欺诈从恶意避债开始合同诈骗罪评析

灰色地带闯不得，合法经营是王道非法经营罪评析

土地上的规矩非法转让、倒卖土地使用权罪评析

海关申报，你知多少企业出口申报的海关风险评析

低价销售，引火上身走私普通货物、物品罪评析

保税货物的保护特殊形式的走私普通货物、物品罪评析

买出来的祸间接走私犯罪评析

任性助人的苦果走私共犯评析

# 融资篇

境外融资坎坷路

转贷困局

贷出来的罪行

募资陷阱

售股危机

境外小金库的秘密

洗不白的罪赃

.....

# 境外融资坎坷路外汇管制对境外融资之影响

## 导 读

近年来，受国内融资渠道较少，融资成本过高等诸多因素影响，许多境内企业将目光投向境外融资借款。然而，由于对国家外债管理制度的不了解，不少境内企业在境外融资路上走了弯路。

## 案情简介

2007年4月，十分看好大陆美容市场的李某向好友严某、宗某提出共同出资设立一家私人美容医院的想法，这一提议得到了严某与宗某的支持，于是三人便展开了美容医院的筹建工作。由于医院建立需要大量的资金，三人暂定公司注册资本金为1000万元，其中李某以自己先前设立经营的A医疗器材公司作为股东认缴美容医院50%的股权。

很快，李某等三人发现，起初计划投资的1000万难以设立并维持一家美容医院的正常运营，仍有大量资金空缺，但三人均已在融资过程中遇到了障碍，难以筹到足够资金。当李某为融资事宜一筹莫展时，突然想到移民美国的同学万某，说不定他可以帮助医院筹到相应款项。于是，李某找到万某提出筹建医院的困难，希望万某能在美国帮忙贷款以度过融资的难关。出于好意，万某同意在美国以自己的名义贷款再借给医院。

8月3日，万某作为乙方与处于筹建中的美容医院、A公司（共同作为甲方）签订《贷款协议》，约定：美容医院委托万某向美国的银行贷款相当于人民币200万元的美元款项，第一期约20万美元于10月份汇到美容医院指定的在国内某银行账户中，第二期约8万美元根据美容医院需要的时间再向美国的银行贷款。贷款利息为年息7%，贷款利息与汇款手续费先行从第一期20万美元贷款中扣除，第一期贷款期限为一年。如有违约情形，则违约方需赔付对方经济损失30%。

贷款协议签订后，万某便以自己的名义向美国的银行贷款20万美元，其在预留相应贷款利息和汇款手续费后，将其中约17万美元分四

次汇至美容医院指定的国内某银行账户。

得到资金支持后，李某等人也加紧了医院的设立进程。2008年6月美容医院注册成立并开业运营。开业后，医院虽运营正常，但远未达到预期盈利状态，只能勉强偿还国内银行的贷款。眼看贷款即将到期，不安的万某要求医院出具相应的保证，于是在2008年7月10日，万某与美容医院签订《还贷计划协议》，约定：万某在美国的银行共借贷20万美元将于2008年10月到期，按美容医院目前实际情况，除支付利息外，美容医院需在2008年8月偿还本金5万美元，9月偿还本金12万美元，10月偿还本金余额3万美元。如条件允许，美容医院可安排提前还款。

2008年8月，美容医院在偿还万某5万美元后，便再无力偿还余下的贷款。虽万某多次找到李某，要求A公司为美容医院偿还贷款，但李某表示A公司是美容医院的股东，且已出资完毕，不再为医院承担清债义务，应当由医院自己承担。无奈之下，为保证自己在美国的银行信用，万某不得不东拼西凑，先行将银行贷款还掉。

2009年10月，万某将美容医院与A公司作为共同被告，诉至法院，要求两被告共同归还借款15万美元，支付自2007年10月5日至判决生效之日止的利息（以20万美元为基数，利率为年息7%，扣除被告已支付的利息3万美元），支付违约金6万美元。

### 法院裁判

一审法院认为，根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）的相关规定，万某与美容医院、A公司之间的《贷款协议》因违反国家外汇管理的相关规定而无效，双方因此而形成的民间借贷关系也无效。关于A公司是否应承担共同还款责任，鉴于A公司虽与处于筹建阶段的美容医院共同作为甲方和万某签订《贷款协议》，但该协议内容所体现的借款人仅为美容医院，并未明确A公司的权利义务或法律地位，且《还贷计划协议》中明确还款义务人系美容医院，因此A公司不应与美容医院共同承担责任。

基于民间借贷协议无效，则因该合同取得的财产应当予以返还，有过错的一方应当赔偿对方因此受到的损失，双方均有过错的，应当各自承担相应的责任。因此，万某与美容医院基于无效《贷款协议》

各自取得的8万美元和17万美元应当相互予以返还，万某关于借款利息及赔偿违约金的诉请无事实和法律依据，不应得到支持。

但鉴于万某系美国公民，对中国相关法律规定不熟悉，签订贷款协议不以赚取利润为目的，美容医院从2007年起占有使用万某提供的17万美元，造成万某的实际经济损失，根据公平合理原则，结合双方当事人的过错等因素，美容医院应承担17万美元自实际交付日起至判决生效之日止的利息损失，年利率酌定为5.6%。

后万某提起上诉，二审法院驳回了万某的上诉请求。

### 律师评析

为了促进和保障国民经济的健康发展，保证国际收支平衡，我国对外汇管理十分严格，尤其是对外债的管控。

外汇是以外币表示的可以用于国际清偿的支付手段和资产，不仅包括外币现钞，外币支付凭证（如票据、银行存款凭证、银行卡等）、外币有价证券（如债券、股票等）、特别提款权等也属于外汇行列。虽然，国家对经常性国际支付和转移（如普通国际货物贸易等）不作限制，但会对经常项目外汇收支的真实性与一致性进行严格的监督检查，收入与支出都要严格按照国家外汇管理部门的相关规定由专门金融机构进行。国家对于资本项目外汇的管理更加严格与具体，无论是境外机构或个人在境内投资，还是境内机构或个人要境外直接投资，不仅须经有关部门批准，还需按照规定办理登记或备案。外债与对外担保就是两类资本项目外汇。

那么何为外债呢？简言之，就是具有涉外性质的债务。2003年1月，原国家发展计划委员会、财政部与外汇管理局共同发布出台《外债管理暂行办法》，对“外债”作出官方权威的解释，即境内机构对非居民承担的以外币表示的债务。其中，境内机构是指在中国境内依法设立的常设机构，包括政府机关、金融境内机构、企业、事业单位和社会团体；非居民是指中国境外的机构、自然人及其在中国境内依法设立的非常设机构。

按照债务类型划分，外债可分为外国政府贷款（特指中国政府向外国政府举借的官方信贷）、国际金融组织贷款（特指中国政府向世界银行等国际性、地区性金融机构举借的非商业性信贷）和国际商业

贷款（指境内机构向非居民举借的商业性信贷），市场经济活动中比较常见的是国际商业贷款，案例中美容医院与万某的贷款协议实质是境内机构向境外自然人借款，属于典型的国际商业贷款。

为什么美容医院与万某基于双方真实意思表示订立的《贷款协议》最终被法院认定为无效呢？

原来，《中华人民共和国外汇管理条例》（以下简称《外汇管理条例》）对外债的管理作出了明确规定：“国家对外债实行规模管理。借用外债应当按照国家有关规定办理，并到外汇管理机关办理外债登记。”国家外汇管理局制定的《境内机构借用国际商业贷款管理办法》则详细地对国际商业贷款管理作出专门规定：“境内机构借用国际商业贷款应当经外汇局批准。未经外汇局批准而擅自对外签订的国际商业贷款协议无效。外汇局不予办理外债登记。银行不得为其开立外债专用账户。借款本息不准擅自汇出。”而《外债管理暂行办法》更是规定了“境内机构举借外债或对外担保时，未履行规定的审批手续或未按规定进行登记的，其对外签订的借款合同或担保合同不具有法律约束力”。美容医院作为国内合法设立的公司，未经外汇管理机关的批准，径自与美国公民万某签订以美金作为结算货币的《贷款协议》，违反了《外汇管理条例》的规定。根据《合同法》有关合同无效情形的规定，“违反法律、行政法规强制性规定，合同无效”。因此，美容医院与万某的贷款协议被认定为无效。

随着我国改革开放的不断加大和深入，有越来越多的国内企业走出国门，因而更加频繁地接触到外汇，尤其是国际商业贷款。但由于外汇管理属于专业性较强的业务，仍有大量国内企业因不熟悉外汇管理规定而触碰到法律红线，受到“无辜”的行政处罚甚至承担刑事责任。

笔者将从以下几个方面分析国内企业在处理外债时应注意的事项：

### 一、外债的审批机关

根据《境内机构借用国际商业贷款管理办法》的规定，国际商业贷款的审批机关是中国人民银行，但实务操作中具体负责审批、监督和管理机关则是中国人民银行授权的国家外汇管理局及其分局。

《外债管理暂行办法》规定的外债管理部门是国家发展计划委员会（现国家发改委）、财政部和国家外汇管理局。其中，国家发改委与财政部主要负责国际金融组织贷款。而境内中资企业等机构举借中长期国际商业贷款，须经国家发展计划委员会（现国家发改委）批准。对境内中资企业举借短期国际商业贷款实行余额管理，余额由国家外汇管理局核定。

## 二、符合条件的境内机构

《境内机构借用国际商业贷款管理办法》规定可以对外借用国际商业贷款的境内机构仅限于两类：一是经国家外汇管理局批准经营外汇借款业务的中资金融机构，二是经国务院授权部门批准的非金融企业法人。

对外直接借用国际商业贷款的非金融企业法人应当具备的条件是：（一）最近3年连续盈利，有进出口业务许可，并属国家鼓励行业；（二）具有完善的财务管理制度；（三）贸易型非金融企业法人的净资产与总资产的比例不得低于15%，非贸易型的非金融企业法人的净资产与总资产的比例不得低于30%；（四）借用国际商业贷款与对外担保余额之和不得超过其净资产等值外汇的50%；（五）外汇借款与外汇担保余额之和不超过其上年度的创汇额。

## 三、针对不同期限国际商业贷款的规定

中长期国际商业贷款，主要是指1年期以上（不含1年）的国际商业贷款，包括1年期以上的远期信用证。如借用贷款在1年以上，则将列入国家利用外资计划，即需通过国家发改委的立项审批。且贷款重点用于引进先进技术和设备，以及产业结构和外债结构调整，应严格按照批准的用途使用，不能挪作他用，如需变更用途的应按原程序报批。

短期国际商业贷款，则是1年期以内（含1年）的国际商业贷款，包括同业外汇拆借、出口押汇、打包放款、90天以上、365天以下的远期信用证等。值得注意的是，短期国际商业贷款只能用作流动资金，不能用于长期项目投资、固定资产贷款和其他不正当用途。外汇局对短期国际商业贷款实行的是余额管理，境内机构借用的余额不能超过外汇局核定的指标。另外，一些不实行短贷指标余额管理的非金融企

业法人借用短期国际商业贷款，应当逐笔报外汇局批准，并占用所在地的短贷指标。

除此之外，未经外汇局的批准，不能将借用的国际商业贷款存放境外、在境外直接支付或者转换人民币使用。

#### 四、项目融资

有些国内企业以境内建设项目的名义在境外筹措外汇资金，并仅以项目自身预期收入和资产对外承担债务偿还责任，外汇管理机关对这种项目境外融资作出特别的条件规定：（一）债权人对于建设项目以外的资产和收入没有追索权；（二）不需要境内机构以建设项目以外的资产、权益和收入进行抵押、质押或者偿债；（三）不需要境内机构提供任何形式的融资担保。

涉及项目融资的对外融资规模会被纳入国家借用国际商业贷款指导性计划中，也就是说需通过国家发改委的立项审批，再向国家外汇管理机关进行审批。

#### 五、法律责任

《外债管理暂行办法》规定，境内机构举借外债或对外担保时，未履行规定的审批手续或未按规定进行登记的，其对外签订的借款合同或担保合同不具有法律约束力。正如案例中，万某与美容医院的贷款协议被认定为无效。

《外汇管理条例》规定，有擅自对外借款或者对外提供担保等违反外债管理行为的，由外汇管理机关给予警告，处违法金额30%以下的罚款。对于境内机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，还将给予处分，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《境内机构借用国际商业贷款管理办法》规定，境内机构未经批准，擅自借用国际商业贷款的，由外汇局给予警告，通报批评，并处10万元以上50万元以下的人民币罚款；擅自将借用的国际商业贷款存放境外或者在境外直接支付，或未经批准，擅自将借用的国际商业贷款转换为人民币的，由外汇局责令改正，给予警告，通报批评，并处违法金额30%以上5倍以下的人民币罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 策略提示

鉴于国家对于外债实施严苛的规模管理，专业性非常强，国内企业准备向国外机构或个人进行融资借款时，应当注意如下方面：

### 一、自检是否符合举借外债的条件

《境内机构借用国际商业贷款管理办法》对拟向境外融资借款的国内企业有明确的条件要求，国内企业应当对照这些规定，自行检查是否符合这些条件。

二、涉及境外融资借款的《国际商业贷款合同》等文件往往是由境外贷款人提供，《国际商业贷款合同》是确定举债双方权利义务的重要法律文件。如果国内企业工作人员没有审核、修改这些文件的能力，建议委托国内专业人员对《国际商业贷款合同》等文件进行审核，尤其是对合同的争议解决的方式、争议管辖、争议适用准据法等条款进行谨慎选择。

三、国内企业应根据国际商业贷款的性质按照《境内机构借用国际商业贷款管理办法》的规定向相关部门立项审批，再向外汇管理机关申请批准和登记。

### 四、充分行使法律赋予的程序和实体权利

实践中，在外汇局对国内企业涉嫌违规借用国际商业贷款行为进行查处时，国内企业对于向外汇局启动听证程序、提起行政复议或行政诉讼往往有所顾忌，生怕得罪外汇局，被加重处罚或穿“小鞋”。事实上，国内企业大可不必多虑，如企业的抗辩得到外汇局的认同和接受，反而会对企业从轻处罚。

#### 1. 如何应对外汇局调查。

当外汇局工作人员上门调查时，应当不少于2名工作人员。企业可以要求其出示“国家外汇管理局检查证”或介绍信。

外汇局工作人员在封存证据时，企业应当对证据进行当场清点，并在封存证据清单上签字，同时企业还应当索取一份“封存证据清单”。

如果外汇局工作人员对企业人员进行询问并制作笔录时，企业人员应当仔细核对笔录内容，如有异议，在予以更正后才能签字确认。

## 2. 对外汇局拟作出行政处罚的应对。

在作出行政处罚决定前，外汇局会将行政处罚告知书送达给企业。企业在收到行政处罚告知书后，应当在七日内就相关意见书面向外汇局反馈。

如果外汇局拟作出如下处罚的，企业有要求举行听证的权利：

- (1) 拟给予暂停或者停止经营结汇、售汇业务处罚的；
- (2) 拟给予暂停或者停止经营外汇业务处罚的；
- (3) 拟给予法人或者其他组织等值100万元人民币以上罚（没）款处罚的；
- (4) 拟给予自然人等值10万元人民币以上罚（没）款处罚的。

## 3. 对外汇局行政处罚决定的应对。

当外汇局对企业作出行政处罚决定后，企业对行政处罚决定不服的，可以依法申请行政复议。

## 4. 对外汇局行政复议的应对。

如果企业对行政复议决定依然不服的，可以向人民法院提起行政诉讼。

当然有一点必须说明，在行政复议或者行政诉讼期间，行政处罚不停止执行。企业应当自收到行政处罚决定书之日起十五日内，到指定的银行缴纳罚（没）款。

其中，需要特别注意的两个方面有：

### (1) 预交案件保证金

《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）第27条规定，当事人主动消除或者减轻违法行为危害后果的，执法机关应当依法从轻或者减轻行政处罚。

实践中，外汇局在对企业涉嫌违法行为进行调查初期，往往会要求企业提供一定数额的案件担保金，在这种情况下，建议企业先行缴纳一定数额的案件担保金，如最终被认定违法事实存在，可以获取从轻或减轻处罚的结果，从而达到减少损失的目的。

## （2）申请延期缴纳罚（没）款

如企业确有困难需要延期、分期或者免除缴纳罚（没）款的，企业可以书面方式向作出行政处罚决定的外汇局提出申请。

### 法律链接

#### 《外汇管理条例》

**第十八条** 国家对外债实行规模管理。借用外债应当按照国家有关规定办理，并到外汇管理机关办理外债登记。

**第四十三条** 有擅自对外借款、在境外发行债券或者提供对外担保等违反外债管理行为的，由外汇管理机关给予警告，处违法金额30%以下的罚款。

#### 《外债管理暂行办法》

**第二条** 本办法所称“外债”，是指境内机构对非居民承担的以外币表示的债务。

**第五条** 按照债务类型划分，外债分为外国政府贷款、国际金融组织贷款和国际商业贷款。

.....

（三）国际商业贷款，是指境内机构向非居民举借的商业性信贷。包括：

1. 向境外银行和其他金融机构借款；
2. 向境外企业、其他机构和自然人借款；
3. 境外发行中长期债券（含可转换债券）和短期债券（含商业票据、大额可转让存单等）；
4. 买方信贷、延期付款和其他形式的贸易融资；
5. 国际融资租赁；
6. 非居民外币存款；
7. 补偿贸易中用现汇偿还的债务；
8. 其他种类国际商业贷款。