

法商之道

企业家法律风险防范36计（修订版）

清华大学出版社
北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目 (CIP) 数据

法商之道：企业家法律风险防范36计 / 年青，年鹤童著. — 修订版. — 北京：清华大学出版社，2018

（法商之道）

ISBN 978-7-302-49437-9

I . ①法… II . ①年… ②年… III . ①企业法—基本知识—中国
IV. ①D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 018910 号

责任编辑：朱玉霞

封面设计：阿 东

版式设计：方加青

责任校对：宋玉莲

责任印制：杨 艳

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社 总 机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：三河市金元印装有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：148mm×210mm 印 张：8 字 数：172 千字

版 次：2016 年 3 月第 1 版 2018 年 2 月第 2 版 印 次：2018 年 2 月第 1 次印刷

印 数：1 ~ 5000

定 价：49.00 元

产品编号：077028-01

法商之道

企业家法律风险防范 36 计（修订版）

序言

凡事预则立，不预则废！

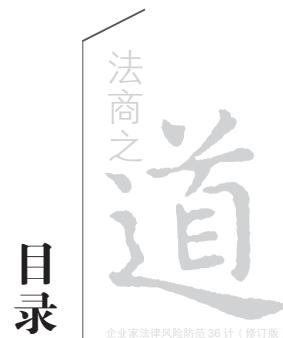
关于医祖扁鹊有这样的故事。魏文王问扁鹊：“你家兄第三个都从医，哪个医术更强？”扁鹊回答：“长兄更强，中兄次之，我最差。”文王不解，又问道：“那为什么你最出名？”扁鹊答：“长兄治病于病情发作之前，一般人不知道他能铲除病因，故而他的名气传不出去；中兄治病在病情初起之时，一般人认为他只能治小病，所以名气也只在乡里。而我所治之病，都是在病情严重之时，人们看到我在经脉上动刀放血，在伤口上敷药，故而误认为我医术高明。其实我的医术是最差的。”

这个故事揭示了处理问题的规律：事后处理不如事中控制，事中控制不如事前防范。对于万事缠身的企业家而言，有风险意识有预见意识对企业的安全和发展至关重要。

张瑞敏有句名言：做企业永远如临深渊，如履薄冰，战战兢兢。

李嘉诚更是把风险永远放在第一位思考，用百分之九十的时间考虑失败后怎么办，难怪获得“李超人”的称号。虽说商海沉浮，市场动荡，但在他六十年的创业时间里，他的个人财富和公司财富每一年都在增加，从没间断。超人的秘密在于他深谙“扁鹊理论”。

本书将从刑事、商事、家事、人事、工业产权及资金链六方面，各选取六个与企业家（企业）最密切相关的法律问题作为关键点，通过案例进行讲解，从概念到法律规定，最后提出律师意见，提醒企业家对类似问题应如何处理、如何防范，以及如何转危为安。



总 则

3 • 一、法商之道

中国需要“依法治国”，你的“财富帝国”亦需“依法治商”。
企业家要想做大做强，必须善于运用法律。

5 • 二、证据为王

法律适用前提是证据确实充分，证据乃诉讼之王。企业家必须
树立证据意识。

10 • 三、律师——企业家的伙伴

“一个成功商人必不可少的两个朋友，一个是律师，一个还是
律师。”

分 则

第一章 刑 事 部 分

- 17 • 一、虚开增值税专用发票罪

2014年企业家犯罪率最高的罪名，你必须引起注意！
- 22 • 二、集资类犯罪

2012年1月18日浙江金华亿万富姐吴某因集资诈骗罪二审维持原判死刑。案件报最高人民法院复核不核准死刑，发回重审。浙江高院终审判决死缓。2014年7月11日，法院裁定吴某从死缓减至无期徒刑。
- 29 • 三、职务侵占罪与挪用资金罪

拿自己公司的钱也构成犯罪，而且罪行的惩罚同贪污没什么两样。
- 35 • 四、逃税罪

对税务机关的缴税通知置之不理，就可能构成犯罪。
- 41 • 五、商业贿赂类犯罪

不仅仅政府部门要打击行贿、受贿，在商业领域一样打击“钱权交易”。
- 50 • 六、合同诈骗罪

合同签订之后无法履行，是民事违约，还是刑事诈骗？划清界限，避免触及刑法“雷区”。

第二章 商 事 部 分

- 57 • 七、公司章程

90%的中小企业家把制定公司章程当作“走形式”，一字不改

- 地适用工商部门提供的范文。其实，章程是最重要的股东协议，岂有不议之理。
- 65 • 八、三大机构
股东(大)会、董事会、监事会三大机构组成了公司的“骨架”，它们到底是干吗的？有着什么样运行规则？
- 73 • 九、隐名股东
用别人的名字做股东登记，做幕后老板存在什么样的风险？
- 78 • 十、小股东权益
小股东如何争取话语权？又享有哪些权益？当大股东倚仗“资本多数决”无视、侵害小股东利益时，小股东应当如何维权？
- 85 • 十一、公司僵局
因股东之间的矛盾造成公司无法做出决策，公司成僵死状态，如何破解？
- 92 • 十二、揭开公司面纱
当股东恶意掏空公司财产，致使公司债权人没法行使债权时，股东“有限责任”制度将会失效——恶意股东要对公司债权人负偿还责任。

第三章 家事部分

- 99 • 十三、婚前财产协议
世界传媒大亨默多克巧用“婚前协议”，拥有130亿资产却只付给邓文迪2000万分手费。
- 103 • 十四、诉讼离婚
在中国50%的离婚不能达成协议，需要通过诉讼解决。企业家离婚可能涉及巨额的财产分配。法院如何判决是否准予离婚？又应如何分配夫妻共同财产与子女的抚养权呢？

109 • 十五、非婚生子女

“私生子”与婚生子女在法律上的地位是平等的。企业家如何保护“私生子”？“私生子”又如何争取自己的合法权益？

115 • 十六、遗产处分

企业家“百年”之后，巨额财富如何分配？给谁、不给谁，给谁多、给谁少，谁说了算？

120 • 十七、信托

在令企业家巨额财富保值、增值的前提下，实现企业家诸多意愿。企业家可以充分利用信托，给子女提供一份安全、可靠、持久、良性的物质保障。

126 • 十八、夫妻债务

创业之初的企业家可能面临大起大落，在人生低谷期甚至可能负债累累。如果在此时婚姻出现变故，那么债务应该如何在夫妻之间进行分配？哪些是共同债务，哪些又是个人债务呢？

第四章 人事部分

133 • 十九、劳动合同

单位不跟员工签合同，就可以否认雇用关系吗？错！不但不能，单位还面临着支付“双倍工资”等风险！

138 • 二十、劳动者权益

法律规定了职工有哪些权益？单位侵害了员工的法定权益将要面临哪些不利后果？在国家倾向性地保护劳动者的今天，这是企业家的必修课。

145 • 二十一、规章制度

规章制度可以对劳动合同的空白领域做出具体补充。企业家要善于巧用规章制度，对员工进行规范化管理。

150 • 二十二、工伤

工伤的范围有哪些？员工受到工伤，企业应承担起哪些责任？

156 • 二十三、竞业限制

辞职员工去了竞争对手的公司？担心商业秘密泄露？“竞业限制条款”帮你防患未然。

160 • 二十四、经济性裁员

企业出现困难需精减人员？产业转型需人才换血？企业不得已进行“裁员”，必须如履薄冰，严格依照法律进行，否则将可能面临一大笔经济赔偿金。

第五章 工业产权部分

167 • 二十五、注册商标

商标只有经过注册才能受到法律的全面保护。企业打造自己的品牌，首先必须打造自己的注册商标。

174 • 二十六、驰名商标

驰名商标受到法律的扩大化保护。与注册商标相比，它有哪些优势呢？

180 • 二十七、商标许可

注册商标所有权与使用权可以分离。准许别人使用自己的注册商标，存在哪些商机与危机？

186 • 二十八、专利权

“科技是第一生产力。”将科技变成金钱，不光需要技术，还离不开法律知识。“创造力”让你打开市场，而“专利”让你称霸市场。

192 • 二十九、职务发明

员工辛辛苦苦搞出的发明创造，企业有权利要求“分一杯羹”吗？员工和企业，谁有资格去申请专利？

197 • 三十、商业秘密

企业的发明创造可以选择“专利”途径保护，也可以选择“商业秘密”途径保护。两者有什么区别，企业又应如何取舍呢？

第六章 资金链部分

205 • 三十一、资金链断裂

资金链断裂是企业的最大危机，也是企业家人身的最大风险。

209 • 三十二、信用风险

企业家应有风险意识，对客户信用等级应心中有数。

214 • 三十三、律师尽职调查

知彼知己，百战不殆。企业家应有情报意识。

219 • 三十四、债权催收

诉讼是最后一道防线，不战而屈人之兵是上上策。

225 • 三十五、债权诉讼时效

过了时效的债权法律上不再保护。通俗点说，别人不主动还钱，债就要不回来了。企业必须及时跟进自己的债权，避免权利“过期不候”。

231 • 三十六、债的担保

为了保障债权到期可以顺利实现，可以在合同中要求债务人提供相应的担保。

241 • 后记

总

则

一、法商之道

近几年企业家到处学习，有关儒家、道家、佛家的理论被企业管理培训大量的运用。从企业战略、品牌营销到团队管理、企业文化不一而足。其实，诸子百家中真正让秦统一天下的理论应当属法家，其代表人物韩非子、商鞅的作为少为企业家所知。

“立木为信”的故事体现了法家的思想：商鞅变法的法令已经准备就绪，但没有公布。他担心百姓不相信自己，就在国都集市的南门外竖起一根三丈高的木头。并贴告示：有谁能把这根木头搬到集市北门，就给他十两黄金。百姓们感到奇怪，没有人敢来搬动。商鞅又出示布告说：“有能搬动的给他五十斤金。”有个人壮着胆子把木头搬到了集市北门，商鞅立刻命令给他五十两黄金。

“法莫如显，而术不见”“圣王者不贵义而贵法，法必明，令必行，则已矣”。100年后秦国兼并六国，一统天下。

新加坡在30年的时间里从落后的第三世界国家一跃成为人均收入超过美国的富裕国家。人民安居乐业，幸福指数也高。其中一个重要原因就是厉行法治，施行“严刑峻法”。

“鞭刑”作为残酷的刑罚能够存在于这个现代富裕的国家，应该说它的作用功不可没。美国少年在新加坡涂鸦而被处以

鞭刑的案例，不仅让国人敬畏法律，也让全世界的人对新加坡这个国家刮目相看。克林顿的求情更是给这个厉行法治的国家做了一个大大的广告。

英美作为典型的法治国家，其国内企业严格守法不足为奇。但它们的企业多美滋和葛兰素史克却在我国大肆违法——实行商业贿赂。看来不是他们比我们的品德高尚，而是他们的国家严格实行法治。可见我国的法治进程不仅令人堪忧而且任重道远。

法商——即懂法的商人，可以理解为诚信的商人、守规矩、有底线的商人。中国不缺乏商业奇才，但却缺失法商。法商将是中国社会新一轮财富的拥有者，也将挺起中国未来经济的脊梁。

二、证据为王

适用法律的前提是事实清楚，证据确实充分。所以说，证据是否确实充分决定着案件的成败。

企业家掌握着财产权，你的一言一行都可能作为证据决定着企业财富的聚散。故而证据意识对企业家至关重要。

企业家要注意养成收集和保留证据的好习惯，尤其是对自己有力的证据，一定要做到及时、准确、全面收集。

及时，就是在事情发生的当时就想到如何固定证据，可以采取录音、录像、收集证人证言等方法。避免时过境迁，证据丧失。

举个例子，曾经在飞机上发生过这样一个事：一个法学教授坐在一个抱孩子的妇女身边，孩子晕机呕吐，教授叫空姐给自己换位未果，于是自己起身找位，最终在头等舱找了一个空位坐下。但空姐随即带着一个男性工作人员过来，二话不说一拳打在教授脸上。教授没有争吵，而是拿出笔纸将整个事件的经过写下来，并邀请坐在周围的乘客帮自己作证，大家纷纷签字确认并留下电话。后来教授起诉航空公司，获赔 50 万人民币。

准确，就是证据要能反映事实真相，反映法律关系，说白了就是要收集到有用的信息。这要求企业家能够抓住关键、

重点。

再举个例子，在办理离婚案件中最常见这样一幕：双方在法庭上互相对骂、指责，把所有鸡毛蒜皮的小事都拿出来讲，希望得到法官的同情和支持。殊不知，这些矛盾并不能说明问题，双方的争吵也没什么实质性的意义。最聪明的做法是，拿出证据证明对方有法定过错。比如拿出书证、物证、证人证言等证明对方有婚外情；拿出病历本和照片证明对方长期对自己或其他家庭成员实施家庭暴力或虐待；拿出租房合同证明双方分居已满两年；拿出对方被公安机关处罚的记录证明对方有赌博等恶习并屡教不改等。不需要没完没了的争吵，只要有这些关键证据，法庭自然会支持你的离婚请求。

全面，即从多个角度来反映事实。“孤证”是指只有单一项证据，没有形成一条完整的证据链条。一般情况下，“孤证”的证明力很弱，不易为法庭所采信。所以，为了避免出现“孤证”现象，企业家在对待重要法律事实的时候，要注意全面取证。

举个例子，企业家与合作伙伴签署商品批发合同，一要注意保留合同原件（书证）；二要没有利害关系的第三方在场（人证）；三要保存商品样本（物证）。当有必要时，还可以对双方的商务洽谈过程进行录音、录像（视听资料）。

另一方面，企业家也要有证据防范意识。对自己的言行要谨慎，注意避免留下对自己不利的证据，授人以柄。

那么，都有什么可以作为证据呢？

法律上的证据分为书证、物证、证人证言、视听资料、勘验笔录、鉴定结论、当事人陈述、电子证据等。刑事证据

中还有被害人陈述和犯罪嫌疑人供述和辩解。

1. 书证，指以其内容来证明待证事实的文字材料。内容可以是反映记载人的思想和行为的文字、符号、图案等。如欠条、合同、遗嘱等。

2. 物证，指以其外部特征、物质属性、所处位置以及状态证明案件真实情况的各种物品、物质或痕迹。如凶器、血迹、赃物、指纹等。

3. 证人证言，证人就自己所知道的案件情况所作的陈述。有利害关系的人的证言也是有效的，但其证明力比较弱。比如父亲被指控杀人，女儿可以出庭作证父亲没有杀人，但此证言的证明力较弱。证人证言要被采纳还需要证人出庭接受法庭的询问。

4. 视听资料，指以录音、录像等能证明案件事实的音响、活动影像和图形。如监控拍摄到的影像、当事人的录音或其拍摄的视频等。

5. 勘验笔录，包括勘查笔录和勘验笔录。勘查笔录指由办案人员对案件现场进行勘查所作的记录。比如公安机关对犯罪现场进行勘查所做的记录。勘验笔录指法院指派勘验人员对与案件争议有关的现场、物品或物体进行查验、拍照、测量，并将查验的情况与结果制成的笔录。

6. 鉴定结论，指有资质的鉴定中心对某些专门性问题进行检验、分析后所作出的科学判断。如：笔迹鉴定、DNA 鉴定等。

7. 当事人陈述，指当事人就案件事实所作陈述。

刑事案件的证据还有被害人陈述、嫌疑人供述等。

8. 电子证据，指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊

天记录、博客、微博客、微信、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。

一般情况而言，勘验笔录和鉴定结论的证明效力比较强（因为是国家机关和专业机构作出的），经过公证的证据效力也大于没有经过公证的证据，证据原件的效力也大于证据复印件的效力。企业家要根据需要收集、保留、公证证据，以备不时之需。

那么，证据应该由谁来提供给法庭呢？

这一点，民事案件与刑事案件是不同的。

民事讲“谁主张谁举证”，即是说当事人主张一项法律事实，就要提供证据来支持自己的提法，否则就要承担败诉风险。举例，张三到法院起诉李四，说李四欠钱不还。那么张三要提供证据证明李四欠钱不还，比如拿出来李四的欠条；李四说已经还了钱，那么李四就要提供证据证明已经还钱，比如拿出还钱时张三给自己打的收条。

而刑事讲“无罪推定”，即是说检察机关如果不能提供充分的证据证明嫌疑人有罪，那么就推定他是无罪的。嫌疑人不需要自证无罪。举例，张三向公安局报案说李四杀人了。李四不需要证明自己没杀人，而应该由公安机关去搜集证据证明李四杀人了，证据充足的情况下移交检察院，由检察院向法院起诉李四。如果法院经审理认为检察院提供的证据不足以证明李四杀人，那么李四无罪。

所以，在涉及民商事案件时，企业家要尽最大可能搜集并提供证据，证明自己的主张。而当涉及刑事案件时，要懂得自我保护。

在美国电影里，警察抓住嫌疑人时都会讲：“你可以保持沉默，但你说的每一句话都会成为呈堂证供”。这是米兰达规则，告知嫌疑人有沉默权。很多嫌疑人不懂法。一看到警察就慌了，乱说话，结果反而害了自己。米兰达规则其实正是对嫌疑人的一种保护，预先提醒他们所说的话可能被用来起诉和审判他们自己。

我国法律没有规定犯罪嫌疑人的沉默权，但是作为弥补，法律准许受聘律师在第一时间会见嫌疑人，这对企业家进行自我保护提供了很好的条件。企业家可以第一时间向律师了解涉嫌罪名、罪名构成条件，以及证据情况。

在本书中，证据知识贯穿始终，旨在树立企业家取证意识，提高其法律运用能力。

三、律师——企业家的伙伴

企业家遇到了问题找谁商量？

遇到了刑事追诉，可能只有去找律师；被告了或是打算告别人，也会想到律师；但工作生活中遇到了一般性的问题，往往想不到律师。因为在他们心里，律师就是打官司的。其实，律师的工作不仅仅是打官司。律师接触了大量案件纠纷，形成了很强的风险防范意识。律师解决问题和医生看病一样，“上医治未病”，而好的律师能够帮助企业家预测风险、规避风险。

李嘉诚用 90% 的精力研究风险防范，他创业 60 年来，每一年的公司和个人财富都在不同程度的增长，从未间断。事业的成功律师团队功不可没。而有的企业家却大起大落，根本原因是缺乏风险意识。

企业家经常遇到的风险有企业治理风险、现金流风险、用工风险、知识产权风险、婚姻家庭及刑事风险等，可以说从企业管理到个人生活，都有潜在的危机，稍不留神，可能就触碰了法律的红线。

比如企业股改没有律师指导，就有可能违法违规，甚至触犯金融类犯罪；企业转产裁员没有律师指导，就有可能侵犯职工权益面临一大笔经济赔偿；在企业进行经济往来中，

如何选择合作伙伴？那就需要律师进行尽职调查；如何起草合同？那需要律师有技巧地设计条款、维护企业利益；在企业家面临婚姻感情变故时，离婚是否最佳选择？如何保住婚姻？如何顺利离婚？财产怎样分配？子女抚养权归谁？这都需要律师帮助企业家进行冷静地分析；而一旦企业家涉嫌刑事犯罪，被公安机关采取了强制措施时，哪些话可以讲？哪些话不能乱讲？自己涉嫌什么罪？会判吗？会判多久？这都需要第一时间与律师取得联系，寻求律师帮助。

企业家在经济方面是专家，但未必精于法律；而律师有丰富法律知识和实践经验，能够提醒企业家防患于未然。企业家精神是勇敢和创新，需要义无反顾勇往直前；而律师考虑更多的风险防范，万一失败怎么收场。这两种不同思维相结合，对事情的判断和解决会更有效果。一个好律师，必定是一个好策划师。每一个成功的企业家都需要这样一位律师朋友，协助你平安稳妥地把梦想变作现实。

分

則



第一章

刑事部分

2017 年 4 月 5 日, 北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心发布了《2016 中国企业家犯罪报告》。报告中写明, 602 起企业家犯罪案例中, 国有企业家犯罪或涉嫌犯罪案件 335 起, 民营企业家犯罪或涉嫌犯罪 267 起。其中贿赂犯罪 229 例, 侵吞挪用类犯罪 114 例, 融资犯罪 88 例, 事故类犯罪 40 例, 诈骗类犯罪 28 例等。

“企业家犯罪”已经引起社会的广泛关注和反思。一味看重经济发展的时代已然过去, 在法治越发健全的新形势下, 整个社会对公平、正义的追求已经势不可挡。依法治国的政策给企业家敲响了警钟——违法敛财、唯利是图的结局必然是身陷囹圄, 唯有守法经营、合法取财才是安身立命之本, 才是企业长盛不衰之根。

预防犯罪, 企业家要树立红线意识, 要知法、懂法。本章将结合笔者办案经验, 并参考近 3 年《中国企业家犯罪报告》, 选取民营企业家易发、高发罪名进行一一讲解。

一、虚开增值税专用发票罪

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指违反国家税收征管和发票管理规定，虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，虚开税款或者致使国家被骗税款达到法定数额的行为。



案例

A 是 B 公司的法定代表人和总经理。2012 年 2 月 1 日，A 为了使 B 公司少缴税款，以 B 公司名义从 C 处购买了增值税专用发票两张，价税合计 162 万余元。C 按照 A 的要求，制作了一批虚假的买卖合同及货物单据等凭证，从而将上述增值税专用发票入账并抵扣税金 23.5 万元。不久后，C 因涉嫌销售增值税发票被抓。根据 C 的口供，A 购买增值税专用发票的行为也被曝光。A 和 B 公司均被以虚开增值税专用发票罪起诉。

经审判，A 和 B 公司均被判决犯虚开增值税专用发票罪。A 处有期徒刑 3 年，缓刑 3 年，并处罚金 5 万元；B 公司（在案发后已积极补缴税款及滞纳金）处罚金 20 万元。

增值税专用发票不仅是一个销售凭证，它还是一份可以

抵扣税款的证明。有一些企业为了多抵扣税款，会想方设法把增值税专用发票账面金额做得远高于实际交易金额，甚至根本没有实际交易、凭空捏造一份增值税专用发票（如开篇案例），以此来逃税。

为了保护国家税款、保护我国发票管理制度、惩罚这种作假逃税行为，《刑法》便设置了虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，对虚开增值税专用发票及其他退税、抵税作用发票的行为进行惩罚。

那么我们来看看什么样的行为构成此罪。

构成要件

1. 犯罪主体：单位或个人均可构成本罪。
2. 关键行为是“虚开”，主要体现在所开的票据与实际情况不符、票面金额与实际收取的金额不一致等。

包括为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开等。

3. 本罪在主观方面是故意，即明知有“虚开”行为。

“不懂法、不知道行为违法”“不是为了牟利”“不知道别人是为了牟利”这些理由都不能排除主观故意，因为当事人对“虚开”行为是明知的；而只有“不知道票面金额与实际情况不符”才能证明行为人对“虚开”行为不知情。

举个例子，A 从 B 处买一批建材盖房子，A 让 B 在增值税专用发票上将建材成交价格多写了 200 万，跟 B 说目的不是逃税，而是为了给房主证明建材质量好。B 同意并照 A 要求多写了 200 万，A 用此发票逃避了税款 30 万元。B 虽不知

A 的逃税目的，但其“虚开发票”的行为是故意的，所以依然构成虚开增值税专用发票罪。

假如，还是 A 从 B 处买一批建材盖房子，双方谈好 B 供货 5 吨，总价款 50 万元。但在开增值税专用发票的时候 B 一时着急把总价款错写成 500 万元，A 用此发票逃税。B 由于没有主观故意（不知道自己写错了），不构成虚开增值税专用发票罪。

定 罪 标 准

虚开的税款数额在 1 万元以上或者致使国家税款被骗数额在 5 千元以上的。

量 刑 标 准

1. 构成此罪的，3 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；

2. 数额较大或者情节严重的，3—10 年有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；

数额较大或者情节严重，是指虚开税款数额 10 万元以上，或致使国家税款被骗取 5 万元以上的。

3. 数额巨大或者情节特别严重的，10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。

数额巨大或者情节特别严重，是指虚开税款数额 50 万元以上，或致使国家税款被骗取 30 万元以上的，或虚开税

款数额接近 50 万且有其他严重情节的。

单位犯此罪的，对单位处罚金，对直接负责的主管人员和其他直接责任人处刑罚。

开篇案例中，公司与个人的行为都构成了虚开增值税专用发票罪。公司补缴了上述税款及滞纳金，还被判处了 20 万元罚金；A 自己既被判了处有期徒刑，又判处了罚金，可谓“人财两空”。

所以，在税务问题上，企业家千万不能存有侥幸心理，要严格规范企业，坚决杜绝违法行为。



年律师说法
风险防范第 1 计

1. 虚开的税款数额在 1 万元以上或者致使国家税款被骗数额在 5 千元以上的就可立案侦查。企业一旦涉及此罪，基本涉案金额都会较大，按照司法解释最高可判处无期徒刑。企业家一定要引起注意。

2. 虚开增值税发票案一般都采取双罚制，企业要补缴税款、缴纳滞纳金、缴纳罚金，直接主管人员或直接负责人还要承担刑事责任和罚金。所以，贪图眼前利益铤而走险是得不偿失之举。

3. 案例中销售增值税发票的 C 本身构成了犯罪，其案发后，A 和 B 公司的违法行为被曝光且追究刑事责任。因此，找人虚开增值税专用发票风险巨大。

4. “营改增”企业要注重对财务人员的培训，保证采购

和销售环节发票、合同、交易凭证准确、完整；人员的分工要明确，责任到人，避免出现问题时相互推诿、互不认账；相关人员之间要建立相互制约的监督机制。

5. 企业一旦因涉嫌犯罪被立案侦查，应积极寻找证据证明并未实际造成少缴税款的结果。

例如，证明是因为交易存在居间合同、垫付资金、转让债权等情况导致了票、货、款不一致，且事实并未造成少缴税款的结果，就可能不会被认定为犯罪。

二、集资类犯罪

非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪

非法吸收公众存款罪，是指非法吸收公众存款，或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。

集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资的行为。



案例

浙江亿万富姐吴某，早年靠做生意积累起创业资本。2006年一年之内，吴某就注册成立了12家实业公司。当年，吴某被媒体曝光资产总额达38亿元。但是，出身清贫的她怎么会有这么多资金来进行商业运转呢？2006年12月，吴某被人扣押。公安机关发现这里面有蹊跷，于是展开调查。2007年，吴某因涉嫌非法吸收公众存款罪被逮捕。

法院查明，吴某以高额利息为诱饵，用集资诈骗款虚假注册成立众多公司后，大都未实际经营或亏损经营，吴某在已经负债累累的情况下，依然肆意挥霍财产，故意打造“亿万身家”的富姐形象，并进行“盈利”的虚假宣传，继续向社会大量集资，填补资金黑洞。吴某集资诈骗的受害人，也大都是掮客介绍的放高利贷的人员，吴某明知这些人的资金

也多是非法吸收公众存款而来。

法院认定，被告人吴某以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相、以高额利息为诱饵等手段，向社会公众非法集资人民币 7.7 亿元。案发时尚有 3.8 亿元无法归还，还有大量的欠债。故以集资诈骗罪判处被告人吴某死缓，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

看完这个案例，可能你会产生这样一个疑问：个人（或单位）向社会公众集资犯法吗？

法律对向社会公众集资活动具有严格要求，包括但不限于限制集资人资格、严格行政审批程序、规范信息披露和集资程序、保障履约能力等方面。如果没有经过法定审批程序，没有取得集资资格，那么其集资行为就有可能触犯法律，构成所谓的“非法集资”。

非法集资的行为可能构成非法吸收公众存款罪，也可能构成集资诈骗罪。企业家一定要引起注意。

我们先来了解这两个罪名：

(一) 非法吸收公众存款罪

构 成 要 件

违反国家金融管理法律规定，向社会公众吸收资金。

要同时具备下列条件：

1. 未经有关部门依法批准或借用合法经营形式吸收资金；
2. 通过媒体、推介会、传单、短信等途径向社会公开宣传；

3. 承诺一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或给付回报;
4. 向社会公众 (即社会不特定对象) 吸收资金。

同时, 司法解释进行了排除性规定: 未向社会公开宣传, 在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的, 不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。

由此可见, 此罪的关键, 在于面向“公众”。如果只是特定对象, 那么行为性质应认定为“民间借贷”, 而不属于犯罪。

要注意, 对“变相吸收存款”也要进行处罚。变相, 是指不以“存款”的名义, 而是以投资、购物券、代金券、会员卡等形式, 但本质上仍然是吸收公众存款, 符合定罪标准的仍定此罪。

定罪标准

可以概括为“四大”: 非法吸收公众存款数额大、范围大、造成损失大、社会影响大。符合“四大”之一的(“一大”即可), 应定此罪, 承担刑事责任:

1. 数额大: 个人吸收存款达 20 万元, 单位达 100 万元;
2. 范围大: 个人吸收对象达 30 人, 单位达 150 人;
3. 损失大: 个人吸收存款给存款人造成直接经济损失达 10 万元, 单位达 50 万元;
4. 影响大: 造成恶劣社会影响或其他严重后果的。

量刑标准

1. 构成此罪的, 3 年以下有期徒刑或拘役, 并处或单处

2万—20万元罚金；

2. 数额巨大情节严重的，3—10年有期徒刑，并处5万—50万元罚金。

3. 单位犯此罪的，对单位判处罚金，对直接责任人判处拘役或徒刑。

(二) 集资诈骗罪

构 成 要 件

以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大。简单来说就是以集资名义骗钱。

要注意三点：

1. 有“非法集资”行为，即未经批准向社会公众募集资金的行为。

2. 用“诈骗”方法，即隐瞒真相、虚构事实、编造谎言骗取他人资金。

3. 有“占有”目的，即行为人集资目的是将所集财产据为己有。

对于有以下情形的，推定行为人具有“占有”目的：

(1) 集资后不用于生产经营活动，或用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还；

(2) 肆意挥霍，致使集资款不能返还；

(3) 携款逃匿；

(4) 将集资款用于违法犯罪活动；

(5) 抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避返还资金；

- (6) 隐匿、销毁账目, 或搞假破产、假倒闭, 逃避返还资金;
- (7) 拒不交代资金去向, 逃避返还资金;
- (8) 其他。

另外, 最高院曾发布《会议纪要》表示, 不能仅凭较大数额的非法集资款不能返还, 就推定行为人具有非法占有的目的; 行为人将大部分资金用于投资或生产经营活动, 而将少量资金用于个人消费或挥霍的, 不应仅以此便认定具有非法占有的目的。

定罪标准

满足“数额较大”, “数额较大”是指个人集资额达 10 万元, 单位达 50 万元。

量刑标准

1. 构成此罪的, 5 年以下有期徒刑或者拘役, 并处 2 万—20 万元罚金;
2. 数额巨大或情节严重的, 5—10 年有期徒刑, 并处 5 万—50 万元罚金;
3. 数额特别巨大或情节特别严重的, 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处 5 万—50 万元罚金或没收财产。

这里要提醒大家一点, 在 2015 年 11 月 1 日《刑法修正案 (九)》实施以前, 集资诈骗罪最高可以判死刑 (如开篇吴某)。《刑法修正案 (九)》实施以后, 将集资诈骗罪的

最高刑降为无期徒刑。根据刑法“从旧兼从轻”的原则，在2015年11月1日以后尚未作出判决的，就不会再被判死刑。

至于何为“数额巨大”、何为“数额特别巨大”，刑法是没有规定的，需参照司法解释。当今社会经济高度发达，这些数额标准明显偏低。一旦行为人涉嫌集资诈骗罪，往往能达到“数额特别巨大”的标准，面临着十分严重的刑罚。所以，企业家一定要提高警惕，守住法律的红线。



年律师说法

风险防范第2计

1. 集资分为债权式集资和股权式集资。债权式集资就是以借款并支付利息的方式筹集资金；股权式集资是以吸收股东入股的形式筹集资金。企业家打算面向社会募集资金时，要详询律师和金融监管部门，确保主体资格和募集行为的合法性，并严格遵照金融监管机构的要求运作。

2. 不在公告中做出一定期限内必能返本付息等承诺，这样的承诺是非法吸收公众存款的一个标志。

3. 如果涉嫌“非法吸收公众存款罪”，要尽量提供证据证明自己的资金来自“特定人”，而不是“社会大众”；资金性质是“借款”，而不是“集资”。可以提供双方签订的借款合同，来证明行为性质是民间借贷；也要熟悉“债权人”，能说出“债权人”的姓名、性别等基本信息，从而证明资金确系来自亲朋好友或者企业员工，而非不特定的社会公众。

4. 在对募集而来的资金改变投资渠道和用途时，要按照

与募款相对人签订的合同约定进行。对变更原因、改变情况等进行公示，告知募款相对人，并注意保留证据，以证明自己没有欺瞒的故意。

5. 要尽量提供证据证明自己之所以不能返还集资款，是因为投资失误导致资金亏损，但是自己是打算归还集资款的。要有积极的补救措施，如筹款还钱的行为。

6. 切勿动用集资款来进行个人消费。万不得已时，也要以“借贷”的形式“借钱”，而不是直接从集资款中“拿钱”，并且一要注意分寸，二要及时归还。

7. 如果涉嫌“集资诈骗罪”，要尽量提供证据证明集资额被用在生产经营和投资上，从而证明自己没有非法占有的目的。

三、职务侵占罪与挪用资金罪

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。

挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，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，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。



案例

2012年，国内某知名快餐连锁企业A股份有限公司的董事长、大股东B，因涉嫌“职务侵占罪”与“挪用资金罪”被检察院提起公诉。

法院查明，B拥有A公司近45%的股权，是A公司第一大控股股东。B多次利用职务之便，指使下属虚构合同，将A公司的资金转出到其他公司，再进行套现，供自己或他人使用。

故法院认定B的行为构成职务侵占罪和挪用资金罪，数罪并罚，判决B有期徒刑14年，没收财产100万元。

可能大家会有这样的疑问，公司的老总拿公司的钱，不就相当于自己拿自己的钱吗？为什么还会构成犯罪？

公司在法律上是独立的“人”，有独立的法人财产，公司以自己的财产为限，对公司的债务承担责任。就算公司资不抵债，债权人也只能管公司要债，不能要求股东替公司还钱。同样，股东也不能随便动用公司钱，否则对债权人就不公平了。从公司老总到董事、监事、高管、出纳等工作人员都不能随便动公司财产。职务侵占罪和挪用资金罪的设立目的，就是确保公司、企业和其他单位的财产不受侵犯。

我们先来了解这两个罪名：

(一) 职务侵占罪

构成要件

借着自己工作职务的便利条件，把单位的财物（既可以是“钱”，也可以是“物”）据为己有的行为。

这里有两个关键点：

1. “利用职务上的便利”。职务侵占罪的犯罪手段可以是窃取、骗取单位财物，但区别于盗窃罪、诈骗罪的关键在于，职务侵占罪的犯罪者一定是单位的人员，并且一定是借着职务的便利进行窃取、骗取的。比如董事长借着可以支配资金的便利将单位资金转移给自己，财务人员借着可以接触钱款的便利私自扣留部分钱款，经理借着可以采购电脑的便利自己私扣一批电脑等等。

2. “占为己有”，是指将本单位财物化为私有。如果仅

仅是借用单位的钱款，打算日后归还，就不构成职务侵占罪，但有可能构成挪用资金罪；如果仅仅是借用单位的物品，就不构成犯罪，无须受刑事处罚，但有可能违反单位的规章制度。

定罪标准

达到法定数额，是指数额在五千元至一万元以上的，具体由各省在该范围内自行规定。

量刑标准

1. 构成此罪的，5年以下有期徒刑或拘役；
2. 涉案财物数额巨大的，5年以上有期徒刑，可并处没收财产。

涉案财物达到10万元，可认定为“数额巨大”。

(二) 挪用资金罪

构成要件

利用职务上的便利（与职务侵占罪相同），把单位的钱拿来自己用，或以自己名义借给别人用，但没打算不还钱。

同时还需符合以下三种情况之一：

1. “数额较大，且超过3个月未还”。如果挪用单位小额资金，或数额虽大但已尽快归还的，社会危害性不大，法律不予追究。

2. “数额较大，未超过 3 个月，但进行营利活动”。由于挪用资金 3 个月内归还的不定罪，就有可能有人钻法律的空子，短期挪用为自己谋利。为此，刑法规定就算没有超过 3 个月，挪用大额资金进行营利性活动的，仍要定罪。这里的营利性活动主要指经商、投资、买股票或债券等。

3. 进行非法活动。主要指走私、赌博等行为。

定罪标准

1. “数额较大”，指达到一万至三万元以上。
2. “进行非法活动”，指达到五千至二万元以上。

各省可以在上述幅度内确定具体数额。

量刑标准

1. 构成本罪的，3 年以下有期徒刑或拘役；
2. 数额巨大的，或者数额较大不退还的，3 年以上 10 年以下有期徒刑。

（三）如何判定

两种罪名指向的行为都是公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，侵犯单位财产权的行为。关键在于行为人有没有“占有”财产的主观目的。有，就是职务侵占，没有，就是挪用资金。那么如何判定行为人主观上是否有“占有”目的呢？

主观的东西是无形的，我们只能从行为上进行推断：如果行为人在占用了公司的财物之后不但不及时返还，反而有逃跑、肆意挥霍、做假账填平缺口等行为，或者明知无能力偿还而支走大量资金等情况，在无相反证据的情况下，就可以初步推定行为人具有非法占有财物的目的。

根据“疑罪从无”原则，如果没有充分的证据证明行为人有罪，那么就推定行为人无罪。所以，如果行为人动用了单位资金后，没有以上行为来证明行为人具有“占有”单位财产的目的，就推定行为人没有“占有”财产的目的，从而以“挪用资金罪”定罪。挪用资金罪的刑事处罚比职务侵占罪的处罚要轻很多。



年律师说法

风险防范第3计

1. 企业家要明确公司的财产具有独立性，股东、董事、监事、高管等人均无权随便取用公司的财物。这两个罪名的起刑点和“数额巨大”的标准都偏低，企业家如果有擅自动用单位财物的行为而涉嫌这两个罪名，往往都符合“数额巨大”的标准，面临的刑事处罚往往都很重。所以一定要慎之又慎。

2. 股东少的公司尤其要注意，要有清晰的账目证明公司财产的独立性，证明公司财产与股东个人财产是分离的，没有混同。

3. 向公司借钱，要符合公司章程的规定，不能擅自从公

司拿钱。

4. 情急之下挪用单位资金，要在 3 个月之内及时还清。如果 3 个月内无法还清，要有分期还款的行为，以证明自己没有“非法占有”的目的。

5. 如果亟须资金进行投资经营，从而挪用了单位的资金，要立刻归还，因为这种情况是没有“3 个月”的宽限期的。并且，不要直接用挪用的那一笔资金进行投资经营活动。

6. 如果涉嫌“职务侵占罪”，要提供证据证明自己有归还的意愿。

7. 如果涉嫌“挪用资金罪”，应提供一切有可能的证据，证明被挪用的资金是用在了单位的“公事”上面，只是改变单位的资金用途，就不构成犯罪，否则挪用资金为己所用，就构成犯罪了。

四、逃 税 罪

逃税罪，是指纳税人采取欺骗、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并且占应纳税额10%以上的行为。

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，数额较大的行为。



案例

2007年，中国某知名饮品企业董事长A，被举报涉嫌偷税。举报人称A隐瞒了巨额境外收入，未如实申报个人所得税，逃避缴纳个人所得税达3亿多人民币。2007年11月，A被当地地税局立案调查。但发现，A已于1个月前补缴了2亿多人民币税款，尚余未缴税款仅达几百万人民币。

A表示，其“巨额境外收入”的来源是B公司，但B公司每次向自己支付报酬的时候，数额总是比合同约定的数额少，导致自己认为B公司已经为他缴过税款了。另外，按照中国的法律，个人所得税是由公司代为扣缴，所以自己也认为B公司已经为自己纳过税了。A表示自己是由于疏忽导致没有缴纳税款，不存在主观故意。

同时，A表示，自己在此前已经听说有人要检举自己存

在税务问题，于是引起了重视，立即开展自查，发现自己果然没有缴纳个税。于是积极联系税务部门，补缴所欠税款及产生的滞纳金。至于“尚余未缴纳”的几百万税款，是由于计算错误导致。

最后，A 没有被移交司法机关。

看完这个案例，你可能会产生疑惑，什么样的行为才构成逃税罪？A 欠了那么多税款，为什么不构成犯罪？补缴税款之后是否还要受到刑事处罚？

为了解答第一个问题，我们来了解一下逃税罪：

“逃税罪”的“前身”是“偷税罪”，2009 年《刑法修正案（七）》将“偷税罪”改为现在的“逃税罪”，从此不再有“偷税罪”。

构成要件

1. 犯罪主体：纳税义务人和扣缴义务人。

纳税义务人：税法规定直接负有纳税义务的单位或个人。

扣缴义务人：负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位和个人。既可以是各种类型的企业，也可以是机关、社会团体、非企业单位、部队、学校和其他单位，或者是个体工商户、个人合伙经营者和其他自然人。

2. 逃税行为人必须是具有逃避纳税义务的主观故意。

这也是开篇案例中，A 欠税 3 亿多元却不构成逃税罪的一个原因——没有确切的证据证明 A 具有主观上的故意。

定罪标准

达到法定数额：纳税义务人逃避缴纳税款达到 5 万元并且占应缴税款额达 10%；扣缴义务人不缴、少缴已扣、已收税款数额达到 5 万元。（对扣缴义务人没有“10%”的数额占例限制。）

多次逃避缴税或不缴、少缴税款，未经处理的，数额累计计算。

量刑标准

1. 构成犯罪的，3 年以下有期徒刑或拘役，并处罚金；
2. 数额巨大（没有具体数额规定，看实际情况个案处理）且占应纳税额 30% 的，3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯逃税罪：对单位处罚金，对直接负责的主管人员和其他直接责任人处刑罚。

企业犯逃税罪，不等于企业家犯逃税罪。如果企业家不直接主管财政、税务，也没有指示、参与企业逃税行为，并且对企业逃税行为并不知情，是因为管理疏漏导致财务人员逃税，就不能判处企业家逃税罪，而应该追究其他涉案人员的刑事责任。

例如，2004 年北京晓庆文化艺术责任有限公司被以偷税罪（当年还没有修改为“逃税罪”）判处罚金 710 万元，总经理（主管财务）靖某作为直接责任人，被以偷税罪判处有

期徒刑 3 年。公司法定代表人刘某没有参与偷税, 不构成犯罪, 不承担刑事责任。

3. 不追究刑事责任的情况:

纳税义务人 (不适用于扣缴义务人) 的行为已经构成逃税罪的, 在同时满足 5 个条件时, 不追究刑事责任:

- (1) 足额补缴所欠税款;
- (2) 缴纳滞纳金;
- (3) 积极接受税务机关的行政处罚;
- (4) 在 5 年内没有因逃避缴纳税款受过刑事处罚;
- (5) 在 5 年内没有因逃避缴纳税款被税务机关给予过 2 次或 2 次以上行政处罚。

现在我们来解答案例的后两个问题:

1. A 欠了那么多税款, 为什么不构成犯罪?

A 欠缴个税 3 亿多元, 但 A 在税务机关立案前已经补缴了 2 亿多元, 在税务机关对其进行立案后, 所欠税款仅为几百万元。我们来推算一下, 假如 A 应纳个税为 3 亿元, 那么 3 亿的 10% 是 3000 万元, 大大高于几百万元。A 所欠税额虽然多, 但没有达到应缴税款额的 10%, 没有达到定罪标准。另一方面, 也没有证据证明 A 具有逃税的主观故意, 不符合逃税罪的主观要件。所以 A 的行为不构成犯罪。

那么对 A 拖欠巨额个税的行为就不处罚了么? 当然不是。虽然没有对 A 进行刑事处罚, 但 A 面临着高昂的滞纳金以及税务机关的行政处罚。

2. 补缴税款之后是否还要受到刑事处罚？

不一定。上述 5 个条件全部满足的，就不追究刑事责任了。如果有任意一个不满足的，都要受到刑事处罚。



年律师说法

风险防范第4 计

1. 企业家要依法纳税，并经常对个人税务和企业税务进行自查，避免因管理疏漏出现税务问题。逃税罪的起刑点一个是 5 万元，一个是应缴总额的 10%，两者要同时满足。在自查过程中要以这两个数为节点，时时警惕。

2. 当发现出现税务问题时，要第一时间与税务机关沟通，补缴欠税、滞纳金，接受行政处罚。

在接到税务机关行政处罚决定书之前，尽量保有证据证明自己已经向税务机关做出愿意接受行政处罚的表示，比如向税务机关提交书面的请求等等。

3. 要严肃对待税务机关的追缴通知书。一般情况下，如果欠税额度已经达到定罪标准，税务机关会先下达追缴通知书，要求当事人在一定期限内到税务机关处理。如果当时人逾期未做处理，税务机关就将案件移送公安机关。移送后，税务机关就不再接受补缴（这个在法律上没有明确规定，不排除个别地区税务机关依然接受补缴），这就意味着当事人只能等待着接受刑事处罚。

所以，在接到税务机关的追缴通知书时，必须引起重视，积极联系税务机关，按照追缴通知书的要求进行处理。

4. 如果在是否应该纳税、纳税数额多少方面与税务机关的意见不一致，要按法律程序提出异议或者进行行政诉讼，绝不能因为意见不一致就不交税或不足额交税。

交过的税如果征收不当，是可以通过法律途径要回来的。但是如果还不交、少交，一旦达到法定数额，就可能承担刑事责任，得不偿失。

5. 如果在 5 年之内已经因税务问题（不要求达到逃税罪标准）受到 2 次或 2 次以上税务机关的行政处罚，就一定要高度警惕，此时一旦再出现税务问题，就有可能面临着牢狱之灾。

6. 逃税罪要求行为人主观故意，采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，从而逃避纳税义务。伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入等都可以被认为是“采取欺骗、隐瞒手段”。企业家要注意企业账目。如果企业有虚假做账情况，那么就可能会被推断为具有逃税的主观故意。

五、商业贿赂类犯罪

行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的；在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的；或违反国家规定，给予国家工作人员各种名义的回扣、手续费的行为。

单位行贿罪，是指单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的行为。

对非国家公务人员行贿罪，是指为谋取不正当利益，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。

对单位行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的行为。

非国家公务人员受贿罪，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，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的；或在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的行为。



案例

著名跨国药企葛兰素史克公司因涉嫌商业贿赂被调查。

经公安部门查明，葛兰素史克（中国）投资有限公司的一些高管与几家旅行社勾结，采用虚增会议规模或者虚报会议的方式，通过旅行社套取巨额现金，一部分自己留用，另一部分则用于贿赂一些地方官员、医药行业协会、医院及医生等，从而提高公司产品销量。同时，旅行社为了长期承揽“业务”，还以现金、免费旅游等手段贿赂这些高管。

2014 年 9 月 19 日，长沙市中级人民法院判 GSKCI 对非国家行政人员行贿罪，判处罚金人民币 30 亿元；原 GSKCI 法定代表人、董事长马某等直接责任人有期徒刑三年，缓刑四年，并驱逐出境；收受旅行社贿赂的高管黄某同时触犯非国家工作人员受贿罪，与对非国家行政人员行贿罪数罪并罚，执行有期徒刑三年，缓刑四年。

在分析案例之前，我们先来看看商业贿赂类犯罪的这几个罪名，用简单的话来概括就是：

行贿罪：个人贿赂国家工作人员；单位行贿罪：单位贿赂国家工作人员；对非国家工作人员行贿罪：个人或单位贿赂公司、企业工作人员；对单位行贿罪：个人或单位贿赂单位；非国家工作人员受贿罪：公司、企业工作人员接受他人的贿赂。下面我们逐条了解这几个罪名：

----- (一) 行 贿 罪 -----

构 成 要 件

1. 贿赂对象是“国家工作人员”。
2. 贿赂目的是为个人谋取不正当利益。

不正当利益：指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定；或者要求国家工作人员违反法律、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；或者违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势。

比如，政府招标，几家企业投标。其中一家企业为了中标，私下给政府官员送钱，就是谋取不正当利益的行为。

再如，某企业家与政府官员是多年好友，企业家很有钱，逢年过节会送一些精美礼品给政府官员，但是从来没有要求官员借着职务便利给自己提供任何“方便”。这就只能认定为普通交际馈赠行为，不能认为企业家是为了“谋取不正当利益”而行贿。

3. 因被勒索给予国家工作人员财物，并且没有获得不正当利益的，不是行贿。

注意，如果获得了不正当利益，那么依然要定行贿罪。比如某国家机关招标负责人向本来不能中标的投标公司提出：“你给我10万块钱，我就让你中标。否则我就把你刷掉。”投标公司给了钱，中了标。这种情况下，投标公司已经取得了不正当利益，还是要定行贿罪。

定 罪 标 准

1 万元。

量 刑 标 准

一般犯罪（1万—20万元）的，5年以下有期徒刑或拘役；

情节严重，或使国家利益受重大损失的，5—10年有期徒刑；

认定标准：（1）行贿金额在20万—100万元；（2）行贿金额在10万—20万元，但向3人以上行贿；或将违法所得用于行贿；或为了实施违法犯罪活动向食品、药品、安监、环保等部门行贿，严重危害民生、侵犯公众人身财产安全；或向司法、行政执法部门行贿影响公正司法、执法的；（3）造成的直接经济损失达100万元。

情节特别严重的，10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可并处没收财产；

认定标准：（1）行贿金额在100万以上；（2）行贿金额在50万—100万元，但向3人以上行贿；或将违法所得用于行贿；或为了实施违法犯罪活动向食品、药品、安监、环保等部门行贿，严重危害民生、侵犯公众人身财产安全；或向司法、行政执法部门行贿影响公正司法、执法的。（3）造成的直接经济损失达500万元。

（二）单位行贿罪

构成要件

1. 犯罪主体是单位，包括公司、企业、事业单位、机关、团体等。
2. 贿赂对象是国家工作人员。
3. 贿赂目的是为单位谋取不正当利益。

注意：因行贿获得的违法所得归个人所有的，依照行贿罪定罪处罚。

定罪标准

1. 行贿金额达到 20 万元；
2. 行贿金额 10 万—20 万元，但是向 3 人以上行贿；或将违法所得用于行贿；或向司法、行政执法部门行贿影响公正司法、执法的；或给国家和社会利益造成重大损失的。

量刑标准

1. 对单位判处罚金；
2. 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

(三) 对非国家工作人员行贿罪

构成要件

1. 犯罪主体是经营者。可以是个人，也可以是单位。
 2. 行贿对象是公司、企业里的工作人员，包括国有公司、企业以及其他国有单位中的非国家工作人员。
 3. 贿赂目的是谋取不正当利益，如谋取高于其提供的商品、劳务服务所应得的公平利润，或排除同类竞争者等。
- 此罪规范的是经营者的竞争行为。所以诸如公司职员为了晋升而向老总送礼、学生家长为了关照向教师送礼、病人向医生送礼等行为，不构成此罪。但，教材教具生产供应商为了与学校签订采购合同而向学校负责采购的教师送礼、医

疗器具药品生产供应商为了与医院签订采购合同而向医院负责采购的医生送礼，达到法定数额就要定此罪。

定罪标准

1. 个人行贿金额达 1 万元；
2. 单位行贿金额达 20 万元。

量刑标准

1. 个人犯罪：
数额较大的，3 年以下有期徒刑或者拘役；
数额巨大的，3—10 年有期徒刑，并处罚金。
2. 单位犯罪：对单位判处罚金，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依个人犯罪规定处罚。
“直接负责的主管人员”：指直接策划、组织、指挥或批准犯罪活动的单位领导人员。
“其他直接责任人员”：指直接实施、积极参加犯罪活动，并起重要作用的人员。

（四）对单位行贿罪

构成要件

1. 犯罪主体可以是个人，也可以是单位。
2. 行贿对象是国家机关、国有公司、企业、事业单位、

人民团体。

3. 贿赂目的是为个人或单位谋取不正当利益。

定罪标准

1. 个人行贿金额达 10 万元；单位行贿金额达 20 万元；
2. 个人行贿金额 8 万—10 万元、单位行贿金额 10 万—20 万元，但是向 3 人以上行贿；或将违法所得用于行贿；或向党政机关、司法、行政执法部门行贿影响公正司法、执法的；或给国家和社会利益造成重大损失的。

量刑标准

1. 个人犯罪的，3 年以下有期徒刑或者拘役。
2. 单位犯罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依个人犯罪规定处罚。

（五）非国家工作人员受贿罪

构成要件

1. 犯罪主体是公司、企业的或其他单位的工作人员，以及国有公司、企业以及其他国有单位中的非国家工作人员。
 2. 犯罪主体必须利用了职务上的便利条件。
 3. 为他人谋取利益。
- 无论“利益”是否合法、正当，也无论有没有实际上为

他人谋得利益，只要有允诺（明示以及默示）行为即可。

定罪标准

5 千元。

量刑标准

1. 构成犯罪的，5 年以下有期徒刑或拘役；
2. 数额巨大的，5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。



年律师说法
风险防范第 5 计

1. 法律对不同种类的商业贿赂行为进行了区分和规定，主要是因为对不同行为的处罚轻重不同。但大致处罚原则就是：贿赂国家工作人员比贿赂非国家工作人员重；为个人利益进行贿赂比为单位利益进行贿赂重。

所以，在犯罪情节一样的情况下，行贿罪比对非国家工作过人员行贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪都判得重。

2. 行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以从轻或减轻处罚。其中犯罪较轻，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或免除处罚。

在《刑法修正案（九）》实施以前，行贿人只要主动交代行贿行为的，就可以从轻或减轻处罚。而《刑法修正案（九）》

将行贿人可以从轻、减轻、免除处罚的要求提高了。这体现了国家对行贿行为的打击力度在加大。所以企业家更要严格自律，避免雷区。

3. 在判断是“行贿”，还是“交际馈赠”时，往往要考虑收受双方关系、感情、交往情况、物品价值、是否有请托等。建议企业注重与客户关系的日常维护，而不要有事情托临时抱佛脚送礼。

4. 行贿数额是累加计算的，不能抱有侥幸心理分批次行贿。

5. 在公司的规章制度以及日常运作中，要做好充分的法律风险防范工作，明确禁止商业贿赂行为，确保公司行为合法性。在公司职员、高管行为涉嫌商业贿赂时，企业要证明公司对此是明文禁止并且不知情的，涉案人员系个人行为，而非公司行为。

6. 企业家要提高警惕，不是只有国家工作人员收钱犯法，企业家收别人钱，利用职务之便为别人谋利的，同样会构成犯罪。企业家同样需要要求自己做到“清廉”。

六、合同诈骗罪

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。



案例

A 公司法定代表人 B，代表 A 公司与某区政府签订工业园区投资开发经营合同，约定由某区政府提供 1500 亩的土地使用权，由 A 公司投资人民币 10 亿元。合同签订两个月后，某区政府按照 A 公司要求，出具了土地使用权证，但声明此证不具有法律效力，有效证件要经过法定审批程序才能取得。

B 在没有经过法定审批程序取得有效证件，10 亿元资金也没有落实到位（经查，当时 A 公司所有的资金不超过 20 万元）的情况下，以 A 公司的名义发布项目招标公告，并以购买标书款和投标保证金为由，骗取投标的 C 公司 52.2 万元。随后 A 公司因未按期年检被吊销营业执照，B 未经开标、评标，直接以其另外一家公司——D 公司的名义，向 C 公司发送中标通知书，通知 C 在 30 日内与 D 公司签署正式合同。C 公司认为此次招标的主体和程序都存在很大的疑点，遂多次要求 B 返还所交款项，B 则以 C 公司中标后未如约签署正式合同构成违约为由，告知 C 公司其投标保证金被没收。

后 C 公司报案。经过法庭审理，判决 B 合同诈骗罪，判处其有期徒刑 11 年，罚金人民币 10 万元，并责令其退赔 C 公司经济损失 52.2 万元。

做生意有风险，不履约就要被判合同诈骗罪吗？当然不是。法律允许投资失败，也允许自愿承担后果的民事违约行为，法律禁止的是借着合同名义骗取他人财物的行为。

我们来了解一下合同诈骗罪的规定。

构 成 要 件

1. 犯罪主体：合同的一方当事人。可以是个人或者单位。
2. 以非法占有他人财物为目的，实施以下行为之一的：
 - (1) 以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；
 - (2) 以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；
 - (3) 没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；
 - (4) 收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；
 - (5) 以其他方法骗取对方当事人财物的。

定 罪 标 准

2 万元。

量刑标准

1. 数额较大：3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；
2. 数额巨大或情节严重：3—10 年有期徒刑，并处罚金；
3. 数额特别巨大或情节特别严重：10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

具体标准各地可以根据经济发展水平自行规定。

那么，合同诈骗罪与我们正常交易中的违约行为有哪些区别呢？关键就在于，是否有“非法占有”他人财物主观目的。

合同诈骗罪中，行为人是通过欺骗、隐瞒、捏造事实等手段骗取对方信任，之后假借经济合同外衣，让对方“自愿”交付货物、货款、定金、保证金等财物，随后侵占财物。签订的经济合同是假的，是行骗的手段，行为人根本没可能或没打算履行合同。

正常交易签订的合同是双方真实意思的表达，双方都有履行合同的意愿。一旦有一方违约，合同无法如约履行，违约方也同意承担违约责任。合同是真的，合同当事人没有非法侵占对方财物的目的。

由于行为人主观上是否有侵占目的很难证明，所以法律罗列了一些客观行为（构成要件中的五种行为），来推断行为人主观上具有侵占目的。当然，在判断时，还要综合考虑行为人在签订合同时有无履行能力、有无诈骗行为、在合同签订后有无履约行为、对取得的财产如何进行处置、违约后有无承担责任意愿、违约原因等。

我们来看开篇的案例：

A 公司没有经过法定审批手续取得有效土地使用权证，也没有落实投资资金，是不具备招标条件的。A 公司明知并隐瞒这一点而进行招标，并收取 C 公司购买标书款和保证金。之后，A 公司被吊销营业执照，B 没有返还款项，也没有告知 C 公司，而是以 D 公司名义通知 C 公司中标。在 C 公司察觉之后，单方没收了保证金。A 公司以及“直接负责的主管人员”B 明知 A 公司不具有资质仍进行招标，骗取 C 公司保证金不予归还的行为构成“合同诈骗罪”。但在案发时，A 公司已经被吊销营业执照，所以只应对 B 追究刑事责任，对 A 公司不再追诉。



1. 交易本着诚信原则，尽量不要用虚假信息。如果在签订合同时确有欺瞒，要尽快进行弥补漏洞，并积极履行合同，保留证据证明自己有履行合同的愿望和行动，“欺瞒”的目的并不是诈骗对方财物。一旦签订合同之后有突发情况导致不能及时履行，要及时与交易方沟通，说明情况，表明愿意依法承担违约责任，并注意保留证据。

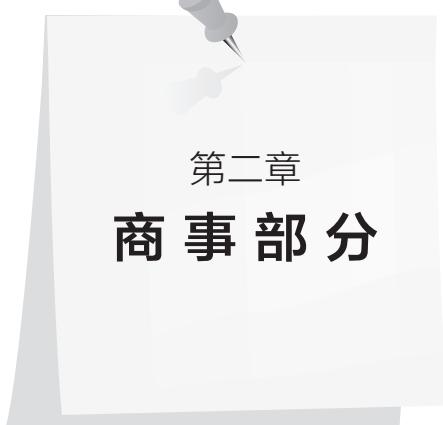
2. 在交易中，要注意核实对方身份信息。要认真审查并前往工商局及对方公司实地查询核实对方公司是否存在、公司的经营范围、成立时间、规模、办公场所所在地、主要业务、

交易记录等。同时要向对方公司核实前来洽谈合同的代表人身份、职务、工作权限，要保留对方公司认可代表人权限、愿意对代表人行为负责的相关声明或其他证据。

3. 在与经常合作的公司进行交易时，也不要麻痹大意。在再次交易时，尤其是交易额增大时，一定要再次确认一下对方公司最近的经营状况是否良好、代表人的工作权限是否有变动等，以此防止对方公司已陷入困境骗钱自救，或代表人已经离职后仍然以原职位名义进行诈骗活动。

4. 在交易中，要警惕对方的反常行为。例如交易额或交易量激增、故意拖延交货或付款时间、经常联系不到对方公司或代表人等。

为避免遭到合同诈骗，建议每一单合同安排专人负责，跟进合同相对方履行合同情况、公司经济状况、经营运转情况等，发现异常情况（如被催债、被控告、转移财产、连续不营业等）及时取证，报告公司研究进一步处理。



第二章

商 事 部 分

商事部分将围绕《公司法》，讲述公司在治理与运作中的一些法律问题。

公司对外关系最主要的原则是“独立身份”。公司一旦成立，就独立于股东，在法律上有独立的主体资格。简言之，公司是公司，股东是股东。公司欠了钱，只能找公司要，而不能让股东还钱；股东出资之后，钱就是公司的了，股东不能往回要。

公司与股东关系最主要的原则是“有限责任”。无论是有限责任公司，还是股份有限公司，股东都以出资额为限，对公司债务承担责任。这意味着，当公司欠债不能还清时，股东最大的损失程度就是“血本无归”，把投给公司的出资全部损失掉，而不会出现“自掏腰包”给公司还债的情况。

所以，与公司进行经济行为，一定要分清公司与股东。股东有钱，并不必然意味着公司经济实力雄厚。欲知公司资产、运作、信用情况如何，还是要去工商部门进行公司基本信息查询，再做定夺。

公司内部关系最主要的原则是“意思自治”。公司的设计、规划、构架、规章制度、人事管理、经营运作、权力分配等几乎所有的内容，只要不违反法律强制性规定，都由《公司章程》说的算。《公司章程》是在公司成立之初，由所有股东共同制定的。所以，股东要抓住这个机会，积极参与各项规章制度制定，最大化体现自己的利益。

七、公司章程

公司章程，是公司必备的调整公司内部组织关系和经营行为的自治规则，内容包括公司基本情况及股东会、董事会、监事会和经理层之间的权利、义务或者利益分配等重大事项。



案例 1

甲、乙、丙三人签订了一份《股东协议书》，约定出资成立公司，其中甲、乙各占 41.5% 的股份，丙占 17%；并约定丙负责出资 100 万元，其余应出资资金由甲、乙双方垫付。

后公司注册成立。但在公司登记备案的章程中规定：公司注册资本为 800 万元，甲认缴 400 万元，占公司股权的 50%，乙认缴 264 万元，占公司股权的 33%，丙认缴 136 万元，占公司股权的 17%。股东应缴纳所认缴的出资。甲、乙、丙分别对缴纳时间均作出了承诺。

甲、乙如期按照章程规定缴纳了出资，但丙只缴纳 100 万元，剩余 36 万元迟迟不缴。丙认为，根据《股东协议书》的约定，自己只需出资 100 万元，剩余 36 万元应由甲、乙垫付。三方对簿公堂，最终法院判决丙应按照章程履行出资补缴义务。



案例 2

A 公司欠 B 公司钱, C 公司为 A 公司向 B 公司提供担保。担保合同签字人是 C 公司的法定代表人张某。后 A 公司无法还钱, C 公司也拒绝还款。B 公司将 A、C 公司告上法庭。

C 公司提出,《公司法》中有明确规定,“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议”。依据 C 公司的公司章程,公司为他人提供担保必须经股东会同意。而张某并没有经股东会授权,属擅自与 B 公司签订担保合同的行为无效。B 公司没有审查 C 公司的公司章程,也没有让张某提供股东会的任何决议,就与张某签订合同,没有尽到审查义务,应当承担不利后果。

后法庭判决, C 公司承担连带担保责任。

公司章程是公司内部的“宪法”,是最高的行为准则。在建立公司之初,股东就要制定出章程,体现股东的意志和利益,规范日后公司的运转规则。《公司法》赋予股东很大的自治权,在章程的许多方面都允许由股东协商决定。企业家们要抓住这个机会来最大化自身权益。

我国《公司法》关于“公司章程”的相关规定:

效力范围

设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高管具有约束力。

制定主体

1. 有限责任公司章程，由全体股东共同制定。
2. 一人有限责任公司章程，由股东制定。
3. 股份有限公司章程，由全体发起人制定。如果是募集方式设立的公司，章程还要经创立大会通过。

公司章程应当载明事项

	有限责任公司	股份有限公司
1	名称、住所	名称、住所
2	经营范围	经营范围
3	注册资本	设立方式
4	股东姓名或名称	股份总数、每股金额、注册资本
5	股东出资方式、出资额、出资时间	发起人姓名或名称、认购股份数、出资方式、出资时间
6	公司机构及产生办法、职权、议事规则	董事会的组成、职权、议事规则
7	法定代表人	法定代表人
8	股东会会议认为需要规定的其他事项	监事会的组成、职权、议事规则
9		利润分配方法
10		解散事由与清算办法
11		通知和公告办法
12		股东大会会议认为需要规定的其他事项。

允许约定的事项包括且不限于以下几方面

1. 经营范围

公司经营范围由章程规定，并依法登记。可以修改章程

改变经营范围，但是应办理变更登记。

2. 法定代表人

可由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。变更法定代表人的需要办理变更登记。

3. (有限责任公司) 股东表决权

有限公司股东如何行使表决权，可以由公司章程规定。无规定，则按出资比例行使。

也就是说，有限责任公司中，不一定出资多的表决权就大，股东可以协商每个人的表决权大小。（股份有限公司则不一样，每一股份有一表决权。）

4. 分红比例

公司弥补亏损和提取公积金后所余的税后利润如何分配，可以由公司章程规定。

无规定的，有限责任公司按照实缴出资比例、股份有限公司按照股东持股比例分配。

5. (有限责任公司) 股东优先认股权

章程可以规定有限责任公司股东对公司新增资本优先认股权的比例。没有规定的，按股东实缴出资比例行使。

6. (有限责任公司) 股权转让

章程可以对股东股权转让程序、其他股东的优先购买权的行使进行规定。

如无规定，那么有限责任公司股东之间可以相互转让股权；股东向非股东转让股权应经其他股东过半数同意，不同意的应当购买转让的股权，不购买的视为同意；同等条件下，其他股东有优先购买权；多名股东行使优先购买权的，协商确定购买比例，协商不成按照转让时各自出资比例行使优先

购买权。

7. (有限责任公司) 股权继承

除章程另有规定外, 有限责任公司的自然人股东死亡后, 其合法继承人可以继承股东资格。

也就是说, 章程可以排除“股东资格”的继承。但是, 要将死亡股东的股权折现返还给合法继承人。

8. 三会 (股东会、董事会、监事会) 、三会成员、经理的职权; 董事的任期、董事长、副董事长的产生办法。

9. 对外投资或者提供担保的决定权及限额等。

可以看出, 有限责任公司章程的自治性比股份有限公司更大一些。这是因为有限公司具有人合性, 就是说股东之间存在信任合作关系, 也更具有协商一致的可能性。股份有限公司股东人数多, 具有资合性, 更多的是财富的结合而非“人”的结合, 协商的可能性和必要性都较低。另一方面, 股份有限公司社会影响力往往大大超过有限责任公司, 所以对其进行规范化管理也比较必要。

违反公司章程的法律后果

1. 股东违反公司章程所规定义务, 公司有权要求其履行, 对公司造成损失的, 应该对公司承担赔偿责任。

2. 股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式、决议内容违反公司章程的, 股东可以自决议作出之日起 60 日内, 请求人民法院撤销。

3. 董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反公司章程的规定, 给公司造成损失的, 应当承担赔偿责任。

修改公司章程程序

1. 有限责任公司修改公司章程，须经股东会会议代表 2/3 以上表决权的股东通过；
2. 股份有限公司修改公司章程，须经出席股东大会会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

关联知识——发起人协议

1. 发起人协议，是指各方主体以设立公司为目的，对在公司设立过程中各方的权利义务以及相应的责任所作出的约定。其功能在于调整公司成立之前各方主体的法律关系。
2. 股份公司发起人必须签订发起人协议，有限责任公司可以选择签订发起人协议。
3. 发起人协议是规范公司成立前各方权利义务的；公司章程是规范公司成立后各项事务的。
4. 在公司章程生效后，如果内容与发起人协议有冲突，以章程为准。

结合上述内容，我们先来看案例 1：

《股东协议书》的性质是发起人协议。公司章程生效后，发起人协议的效力自动让位于公司章程。本案中，公司章程对股东出资义务进行了新的规定，应该遵从章程的规定。所以丙应按照章程规定出资。

再看案例 2：

首先《公司法》没有明文规定违反公司章程的担保合同无效。

其次《担保法司法解释》第 11 条规定，法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

再次，公司章程效力及于公司、股东、董事、监事、高管，属于内部规定，对合同相对人不具有约束力。并且法律并没有规定签约方对对方公司章程的审查义务，所以不能因为张某未提供股东会决议而认为 B 公司“知道或应当知道”张某超越权限。

所以，担保合同有效。C 公司应承担保证责任。但 C 公司可依“高级管理人员执行公司职务时违反公司章程规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”的条款，对张某追究责任。



1. 公司在设立时不应直接采用工商局提供的格式文本，应当由律师对公司章程进行特殊设计，达到既有效治理公司，又最大化实现股东利益的目的。

2. 小股东可通过在公司章程中完善股东会的表决权制度、

股东权利救济机制等方式，限制大股东权利，保障小股东的合法权益。

3. 发起人协议的效力低于公司章程。发起人应将个人利益诉求明确写进公司章程，以避免发起人协议因公司成立而失效（案例 1）。

4. 在与公司签合同的时候，尤其涉及重大财产处置、担保、投资等方面时，出于安全起见，最好审查对方公司的章程，避免争议（案例 2）。

八、三大机构

三大机构，是指公司的股东（大）会、董事会、监事会，在公司运转中分别行使决策、执行和监督职能，是公司得以经营运作的主心骨。下面我们就了解一下这三大机构的相关知识。

股东（大）会

1. 工作职责

有限责任公司和股份有限公司的权力机构分别是股东会和股东大会，由全体股东组成。股东（大）会是公司的“大脑”，做出最重要的指示，是公司的“决策机关”。《公司法》规定，股东（大）会行使以下职权：

- (1) 决定公司的经营方针和投资计划；
- (2) 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；
- (3) 审议批准董事会的报告；
- (4) 审议批准监事会或者监事的报告；
- (5) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (6) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；

- (7) 对公司增加或者减少注册资本作出决议;
- (8) 对发行公司债券作出决议;
- (9) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议;
- (10) 修改公司章程;
- (11) 公司章程规定的其他职权。

2. 会议的召开

股东（大）会的分为定期会议和临时会议。定期会议按照公司章程的规定召开（股份有限公司股东大会应当每年召开一次）；临时会议除在章程规定的情况下召开外，还在出现以下情况时召开：

有限责任公司中，代表 1/10 以上表决权的股东、1/3 以上董事、监事会（或不设监事会的公司的监事）提议召开时；

股份有限公司中，出现以下法定情况，应当在 2 个月内召开：

- (1) 董事人数不足 5 人或公司章程规定人数的 2/3 时；
- (2) 公司未弥补的亏损达实收股本总额的 1/3 时；
- (3) 单独或合计持有公司 10% 以上股份的股东请求时；
- (4) 董事会认为必要时；
- (5) 监事会提议时。

3. 召集与主持

股东（大）会会议，由董事会召集、董事长主持（未设董事会的，由执行董事负责召集和主持）；董事长不能或不主持的，由副董事长主持；副董事长不能或不主持的，由 1/2 以上董事共同推举一名董事主持。

董事会或执行董事不能或不履行召集会议职责的，由监

事会（或不设监事会的公司的监事）召集和主持。

监事会或监事不召集和主持的，有限责任公司代表 1/10 以上表决权的股东、股份有限公司连续 90 日以上单独或者合计持有公司 10% 以上股份的股东可以自行召集和主持。

4. 表决权行使与决策

有限责任公司中，公司章程可以规定股东如何行使表决权，如未规定，则按照出资比例行使表决权；股份有限公司中，股东所持每一股份有一表决权。

有限责任公司股东会的议事方式和表决程序由公司章程规定；股份有限公司股东大会作出决议必须经出席会议的股东所持表决权的过半数通过。

我们会发现，《公司法》对股份有限公司的强制性规定更多，而给予有限责任公司更多的自治权。这是因为股份有限公司的“资合性”决定了其在规模、经济基础、股东人数及社会影响力上都更大，国家必须对其进行更严格的管控，来保障社会经济的稳定。

但是，做出修改公司章程、增减注册资本、合并、分立、解散公司、变更公司形式这类重大决议时，《公司法》对两类公司都进行严格的要求——有限责任公司必须经 2/3 以上表决权的股东通过；股份有限公司必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

董 事 会

1. 工作职责

有限责任公司设董事会，成员 3—13 人（但是股东人数

较少或规模较小的有限责任公司可以设一名执行董事，不设董事会；股份有限公司必须设董事会，成员 5—19 人。成员主要由股东（大）会选举产生。董事会设董事长一人，有限责任公司董事长的产生由公司章程规定；股份有限公司董事长由董事会全体董事的过半数选举产生。

董事会负责执行股东（大）会作出的决策，是公司的“行政机关”。《公司法》规定，董事会对股东（大）会负责，行使以下职权：

- (1) 召集股东（大）会会议，并向股东（大）会报告工作；
- (2) 执行股东（大）会的决议；
- (3) 决定公司的经营计划和投资方案；
- (4) 制订公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (5) 制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (6) 制订公司增、减注册资本以及发行公司债券的方案；
- (7) 制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；
- (8) 决定公司内部管理机构的设置；
- (9) 决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；
- (10) 制定公司的基本管理制度；
- (11) 公司章程规定的其他职权。

可以看出，很多重要的工作制度、项目方案是由董事会来起草的，之后提交股东（大）会审议、表决，最终形成决策，再由董事会来负责执行。

2. 会议的召开

《公司法》规定，在股份有限公司中，董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应于会议召开 10 日前通知全体董事和监事。并且，在代表 1/10 以上表决权的股东、1/3 以上董事、监事会提议时，应当召开董事会临时会议。董事会应有过半数董事出席方可举行。

有限责任公司董事会的召开由公司章程进行规定，《公司法》没有进行强制性规定。

3. 表决权行使与决策

董事会决议表决，实行一人一票制。

有限责任公司可以通过公司章程来规定董事会议事方法和表决程序；股份有限公司董事会作出决议必须经全体董事过半数通过。

监 事 会

1. 工作职责

有限责任公司和股份有限公司设监事会，成员不少于 3 人（但股东人数较少或规模较小的有限责任公司可以设 1—2 名监事，不设监事会）。监事会应当包括股东代表和适当比例公司职工代表，其中职工代表比例不低于 1/3，具体由公司章程确定。

监事会（不设监事会的公司的监事）负责监督公司运行情况、董事与高管的职务行为等，是公司的“督查机关”。为了避免“监守自盗”，《公司法》规定董事、高级管理人员（指公司经理、副经理、财务负责人、上市公司的董秘和

公司章程规定的其他人员) 不得兼任监事。

监事会(不设监事会的公司的监事)行使以下职权:

- (1) 检查公司财务;
- (2) 对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督, 对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议;
- (3) 当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时, 要求董事、高级管理人员予以纠正;
- (4) 提议召开临时股东会会议, 在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议;
- (5) 向股东会会议提出提案;
- (6) 对违反法律、法规或公司章程而损害股东利益的董事、高级管理人员提起诉讼;
- (7) 公司章程规定的其他职权。

监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常, 可以进行调查; 必要时, 可以聘请会计师事务所等协助其工作, 费用由公司承担。

2. 会议的召开

有限责任公司每年度、股份有限公司每 6 个月至少召开一次监事会。监事可以提议召开临时会议。

监事会表决一人一票, 决议过半数通过。

监事还可以列席董事会会议, 并对董事会决议事项提出质询或者建议。



风险防范第8计

1. 建议企业根据需要，在公司章程中补充、细化三大机构职权。一方面便于权力管理与制约，另一方面落实责任到人，便于倒查追责。

2. 根据需要制定三大机构决策规则，尤其在有限责任公司中，最大限度发挥《公司法》赋予企业的自治权。比如，可以借助公司章程分配股东的表决权、确定股东会决策规则、确定三大机构会议召开条件及决议规则等。

3. 董事长是公司的重要职务。《公司法》中没有具体规定董事长的职权职责，所以除了召集、主持股东（大）会、董事会之外，董事长有什么权力、多大权力、承担什么任务，公司可以自己说了算。有的公司董事长掌握实权，而有的公司董事长则只是像“名誉主席”一样起到“象征”作用。每个公司可以自主决定“董事长”一职的地位和作用，并通过公司章程来进行规定。

4. 股东（大）会、董事会的召开要注意程序、内容均需符合法律和公司章程，否则可能会被认定为无效或被撤销——决议内容违法的无效；决议程序违法、决议内容或程序违反公司章程的可撤销。

5. 公司要注意分权与制衡。董事会与监事会都要对股东（大）会负责，体现和维护股东利益。但董事会往往比较强势，权力较大。企业家要注意强化监事部门，落实监督机制。尤其是小股东，一定要懂得借助监事部门维护自身权益。

6.《公司法》规定，具有以下情形之一的人员不能担任公司董事、监事、高管。在任职期间出现以下情况，需要解除职务：

- (1) 无民事行为能力或者限制民事行为能力；
- (2) 因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾 5 年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾 5 年；
- (3) 担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年；
- (4) 担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年；
- (5) 个人所负数额较大的债务到期未清偿。

企业在选聘这些职务的人员时，应注意审查筛选，避免出现以上情况导致选聘无效。

九、隐名股东

隐名股东，又称隐名出资人，是指有限责任公司中实际认购出资，但并不记载于公司章程、股东名册或其他工商登记材料的出资人。

与隐名股东相对应的，实际未出资，但被记载于公司章程、股东名册或其他工商登记材料的人，被称为“显名股东”或“挂名股东”。

案例1

李某系某国家机关领导，属于国家公务人员，想与朋友张某共同出资成立一家有限责任公司，因为身份上的限制，李某就与妻子韩某签订了《隐名出资协议》，约定韩某的出资实际由李某个人财产所出。后来，李某与韩某由于夫妻感情破裂离婚，为争夺财产提起离婚诉讼，李某为了确定股东资格问题，中止了离婚诉讼，向法院提起了确认股东资格的诉讼，诉讼中李某认为公司的股份属于自己个人所有，不是夫妻共同财产，而韩某认为，李某不具有股东资格，经过法庭审理，最后判决由于李某违反了法律的强制性规定，其出资行为无效，不具有股东资格。



案例2

张某、李某系当地富豪，但为人均比较低调。二人与朋友王某共同出资经营宾馆旅店行业，并签订了《合作协议》，约定以王某名义成立一人有限公司，但三人实际上共同经营；如转让股份，需经全体股东协商一致同意。根据该协议，王某向工商局提交了《个人独资企业设立登记申请书》申请成立某宾馆，投资人为王某。

两年后，王某私自将公司转让给朱某，并签订《出资转让协议书》。投资人变更后，张、李两人才知情，与王某理论未果。张、李二人向法院起诉。

法院经审理认为《合作协议》合法有效，宾馆为张、李二人与王某共同出资的企业，王某是显名股东，张某、李某是隐名股东。王某私自转让公司的行为违反了《合作协议》，侵害了张、李合法权益，应赔偿张、李二人损失。

我国法律法规规定，公司的股东应在工商登记材料（公司章程、股东名册等）中进行公示，登记的股东应与实际投资人是同一法人或自然人。但实践中，投资者出于各种各样的目的不愿以真实身份进行投资，从而找“替身”的情况已经很普遍了。

原因有二：一是为规避法律的禁止性规定，该行为由于本身具有违法性，一般会被法院确认无效（如案例一）；二是出于其他合法的原因，比如出资人不愿意公开自身的经济状况，此时法律往往会认定隐名投资行为有效（如案例二）。

司法解释规定，实际出资人未经公司其他股东半数以上

同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。

简言之，隐名股东并不是公司股东。法律虽然认可隐名股东的投资，保护其受益权，但并不承认其股东身份。隐名股东如果想从幕后走到台前，踢走显名股东，自己来做股东的话，则必须经公司其他股东过半数同意。

有些人缺乏法律意识，在进行隐名投资时，没有与显名股东签订合同，或者有合同但内容不规范、不完善，导致日后双方各执一词，一方说这是个隐名投资关系，另一方说这只是个借贷关系。当面临这样的情况时，如何判断？

没有合同时，是否隐名投资关系，要看实际出资人行为：

1. 如果实际出资人从没有主张过股东权利、也没以股东身份参与过公司管理，那么只能认定其是“债权人”，借钱给真正的股东进行出资；如果公司一半以上的其他股东知道并认可实际出资人的股东身份，其也以股东身份参与过公司管理、享受过股东权益，此时应确认实际出资人系隐名股东，并允许其成为公司股东。

2. 除了股权纠纷风险，隐名投资行为还存在着道德风险：显名股东在外在形式上具有完全的股权，其他人有理由相信其为公司股东。如果显名股东隐藏自己真实身份，将名下的股份进行转让、抵押或其他方式处分，相对人很难知道被处分的股权是有瑕疵的。如案例二中，王某将公司所有股权转让给朱某。

3. 此时出于保护“交易安全”考虑，适用“善意取得”制度。即是说，交易相对人对权利瑕疵不知情的话，交易就

是有效的。在案例二中，朱某并不知道王某处分了张、李的股权，是“善意第三人”，交易有效。朱某取得公司的股权。张、李的损失只能去找王某赔偿。

4. 当然，显名股东并不是毫无风险的。股东有按时、足额缴纳出资义务、不得抽逃出资义务等，显名股东必须督促隐名股东出资。如果隐名股东未履行出资义务，公司债权人是可以要求显名股东来承担补偿责任的。



年律师说法
风险防范第 9 计

1. 隐名投资行为不能违反法律强制性规定，为达到违法目的签订的隐名投资合同都是无效的。比如为了规避有限责任公司股东人数（最多 50 人）限制，将一部分股东出资挂在另一部分股东名下；再如有的人面临离婚财产分割时，为了减少名下财产而进行隐名投资等。

2. 当进行隐名投资时，要签订《隐名投资合同》。在合同标题、合同目的以及具体条款中对双方隐名投资关系予以明确，避免日后出现股权纠纷，一方主张以“借贷”。

3. 有的隐名股东不仅仅居于幕后，他们只利用显名股东的名义，但股东权仍由自己行使，公司其他股东都知道其投资行为，也认可其股东地位。这种隐名股东要注意保留自己行使股东权的证据，如参加股东会的会议记录及签名表等，以证明公司其他股东已默示同意其成为股东，便于请求确认股东身份、变更股东登记。

4. 隐名股东要注意监督显名股东的行为，尤其是关注显名股东名下股权变动情况。为了做好预防工作，可以在《隐名投资合同》中进行规定高额的违约金，增加显名股东违约成本。另外也可以在公司中派员监督显名股东行为。
5. 显名股东要监督隐名股东履行出资义务，否则自己可能被起诉出资不实，承担不利法律后果。