

第一章

建筑房地产领域刑事法律风险概述

第一节 建筑房地产领域刑事法律风险现状

改革开放三十多年来,尤其是1998年推行房改制度以来,建筑企业和房地产企业如同雨后春笋般冒了出来。除了少数央企和地方支柱国企外,大多数建筑企业和房地产企业都实行了民营化改制。再加上大量新成立的建筑公司和房地产公司,使得建筑业和房地产业获得了飞速的发展。城市乡间,一座座高楼拔地而起,一条条道路纵贯南北,机场、码头、火车站、汽车站、桥梁、一二三线城市的商品房小区、商业配套设施,已经使国家的面貌获得了极大的改善和提升,并推动了经济的发展。毫不夸张地说,建筑业和房地产业已经是国民经济的支柱产业,并带动其他产业的迅猛发展,成为国家经济现代化的重要推动器。虽然目前,房价高企、地价高企,对制造业和其他产业造成挤出效应,使得建筑房地产业存在很大的问题和弊端。并有一种说法是,国民经济已经被房地产业挟持、绑架,进而给国民经济长期可持续性的发展蒙上了一层阴影。但任何事物都有两面性,行业的发展存在各种各样的问题是正常的。问题的关键是要如何改善它,而不是彻底否定它。建筑房地产业带动国民经济的发展,尤其是建筑业解决了大量的农民工的就业问题。其不仅创造了经济价值,还创造了巨大的社会价值。这些都是不可否认的。

建筑房地产业如此重要,各类国有的或民营的建筑企业、房地产企业在经营过程中都面临着各种法律风险。以前大家所说的法律风险,包括建筑企业的签约风险、黑白合同的风险、工期约定的风险、垫资施工的风险、工程款结算的风险,房地产企业的土地收购风险、股权转让风险、工程建造风险、商品房销售风险等。这

些都是建筑企业、房地产企业的民商事风险。防范建筑房地产业的民商事法律风险是一个重要的课题,建筑企业、房地产企业的负责人和管理人员都比较重视。他们在这方面做了大量的工作,也取得了一些成效。但是,目前建筑企业、房地产企业的法律风险防范,主要侧重于民商事法律风险而忽视刑事法律风险,很多企业建立了质量管理体系、落实了合同管理制度、进行法律培训等。这些防控制度都是侧重民商事法律风险的防范,很少涉及刑事法律风险防范的问题。因此,刑事法律风险的防范,已经成为建筑企业、房地产企业的短板。在大中型建筑企业、房地产企业,已经配置有专门的法务人员或企业法律顾问。但他们通常缺少诉讼经验,尤其是刑事诉讼经验。这就导致他们在日常的法务工作尤其是项目方案的审查中,缺少诉讼风险尤其是刑事法律风险的审查,从而使得建筑企业、房地产企业的刑事法律风险居高不下。为此,建筑房地产业的企业家们和管理人员应及时补上“刑事法律风险防控”的缺课。

在中国目前的经济和法律环境下,建筑房地产业既是资金密集型产业,同时也可以说是关系密集型产业。在这种情况下,建筑企业、房地产企业的刑事法律风险不仅存在,而且还险象环生。因此,对建筑房地产业的刑事法律风险进行专门的研究,帮助建筑房地产企业的企业家和管理人员认识刑事法律风险、识别刑事法律风险就显得非常重要。只有这样,才能让他们真正建立法律意识和法律风险意识,并进而防范法律风险。下面,笔者详细列举一下建筑企业和房地产企业可能存在的刑事法律风险。

一、在企业设立时的刑事法律风险

建筑企业、房地产企业的设立就好比一个人的出生获得生命一样,是该企业的生命起点。在这个阶段通常会有虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资罪两个罪名的风险。《刑法》第 158 条规定:“申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本,欺骗公司登记主管部门,取得公司登记,虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。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,处三年以下有期徒刑或者拘役。”《刑法》第 159 条规定:“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权,虚假出资,或者在公司成立后又抽逃其出资,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。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,处五年以下有期徒刑或者拘役。”

不过,在2013年《公司法》第四次修改之后,公司的实缴资本制改为认缴资本制。2014年2月7日,国务院发出公司注册资本制度改革的通知,正式实行注册资本认缴登记制。除法定的27类实行注册资本实缴登记制的公司外,公司实收资本不再作为工商登记事项;公司登记时,无须提交验资报告。于是,自然也就不存在虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪了。2014年4月24日,第十二届全国人大常委会第八次会议通过的《关于刑法第一百五十八条、第一百五十九条的解释》,虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪只适用注册资本实缴登记制的公司。

实行实缴登记制的27类公司分别是:采取募集方式设立的股份有限公司,商业银行,外资银行,金融资产管理公司,信托公司,财务公司,金融租赁公司,汽车金融公司,消费金融公司,货币经纪公司,村镇银行,贷款公司,农村信用合作联社,农村资金互助社,证券公司,期货公司,基金管理公司,保险公司,保险专业代理机构、保险经纪人,外资保险公司,直销企业,对外劳务合作企业,融资性担保公司,劳务派遣企业,典当行,保险资产管理公司,小额贷款公司。

从上面可以看到,建筑业企业和房地产企业均实行认缴资本制,不实行实缴资本制。因而,就没有虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的两个罪名的刑事风险了。这是在2014年发生的一个重要的变化,值得建筑房地产业的企业家和管理人员注意。

二、在企业终止时的刑事法律风险

建筑企业、房地产企业的终止时,如果忽视法律风险,可能涉及妨害清算罪、虚假破产罪两个罪名。《刑法》第162条规定:“公司、企业进行清算时,隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产,严重损害债权人或者其他利益的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”《刑法》第162条之二规定:“公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产,实施虚假破产,严重损害债权人或者其他利益的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”

在企业终止时,如果建筑企业、房地产企业迫于债务的压力,为了逃避债务,虚假破产、妨害清算的,就面临这两个罪名的风险。因此,准确地认识虚假破产罪和妨害清算罪的构成要件,认清合法行为、违规行为、犯罪行为的边界,对建筑企业、房地产企业的负责人来说,非常重要。

三、建筑企业忽视公共安全而带来的刑事法律风险

建筑企业建筑了道路、桥梁、高楼大厦、商品房小区等,改善了城乡间的面貌,为人民群众尤其是农民工提供了大量的就业机会,对国民经济的贡献居功厥伟。但是,建筑企业必须重视建筑工程的质量。因为一旦工程质量有问题,就可能带来公共安全的问题以及人员的伤亡。对于建筑企业忽视公共安全的,《刑法》规定了如下罪名。

1. 重大责任事故罪:“在生产、作业中违反有关安全管理的规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处三年以上七年以下有期徒刑。”(《刑法》第134条)

2. 重大劳动安全事故罪:“安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定,因而发生重大伤亡事故或者其他严重后果的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处三年以上七年以下有期徒刑。”(《刑法》第135条规定)

3. 工程重大安全事故罪:“建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定,降低工程质量标准,造成重大安全事故的,对直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;后果特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”(《刑法》第137条规定)

根据以上规定,建筑企业如果忽视公共安全,造成重大伤亡事故或者其他严重后果的,其直接负责的主管人员或责任人员,就面临着以上三个罪名的刑事风险。

四、忽视职务廉洁性而带来的刑事法律风险

现代的社会已经是一个讲法治的社会,法律要求建筑企业、房地产企业的负责人和管理人员,在企业的经营管理活动中讲究廉洁操守。如果在行使职务的过程中忽视了廉洁性,将可能导致以下一些罪名的风险。

1. 贪污罪:“国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物的,是贪污罪。受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员,利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有国有财物的,以贪污论。与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”(《刑法》第382条)

对于建筑企业、房地产企业而言,贪污罪名的风险主要适用于国有建筑企业、国有房地产企业或者是受国家机关、国有建筑企业、国有房地产企业的委派,在国

有控股、参股的建筑企业、房地产企业中从事公务的人员。对他(她)们来说,规范自己的行为非常重要。

2. 职务侵占罪:“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,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。”(《刑法》第 271 条)

与贪污罪名一样,职务侵占罪也只是适用与国有建筑企业、国有房地产企业或者是受国家机关、国有建筑企业、国有房地产企业的委派,在国有控股、参股的建筑企业、房地产企业中从事公务的人员。

3. 受贿罪:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。国家工作人员在经济往来中,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,以受贿论处。”(《刑法》第 385 条)

与职务侵占罪名一样,受贿罪也只是适用与国有建筑企业、国有房地产企业或者是受国家机关、国有建筑企业、国有房地产企业的委派,在国有控股、参股的建筑企业、房地产企业中从事公务的人员。

4. 非国家工作人员受贿罪:“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,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中,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,依照前款的规定处罚。”(《刑法》第 163 条)

本罪主要适用非国家工作人员,即民营的建筑企业、房地产企业的工作人员,不适用于国有建筑企业、国有房地产企业或者是受国家机关、国有建筑企业、国有房地产企业的委派,在国有控股、参股的建筑企业、房地产企业中从事公务的人员。

5. 行贿罪:“为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的,是行贿罪。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,或者违反国家规定,给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的,以行贿论处。”“对犯行贿罪的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;因行贿谋取不正当利益,情节严重的,或者使国家利益遭受重大损失的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,或者使国家利益遭受特别重大损失的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”(《刑法》第 389 条、第 390 条)

不论是国有的,还是民营的建筑企业、房地产企业的负责人和管理人员,为了谋取个人的不正当利益,给予国家工作人员以财物或回扣、手续费的,都存在行贿

罪的风险。

6. 单位行贿罪：“单位为了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，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”（《刑法》第393条）

不论是国有的，还是民营的建筑企业、房地产企业的负责人和管理人员，为了谋取单位的不正当利益，以单位的名义给予国家工作人员以财物或回扣、手续费的，都存在着单位行贿罪的风险。不过单位行贿罪最高量刑也只有五年，其罪名比行贿罪的罪名要轻很多。

7. 挪用公款罪：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。”（《刑法》第384条）

与贪污罪名一样，挪用公款罪也只是适用与国有建筑企业、国有房地产企业或者是受国家机关、国有建筑企业、国有房地产企业的委派，在国有控股、参股的建筑企业、房地产企业中从事公务的人员。

8. 挪用资金罪：“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、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。”（《刑法》第272条）

五、忽视市场秩序而带来的刑事法律风险

建筑企业、房地产企业作为市场经营的主体，毫无疑问应当遵守市场秩序。如果忽视法律对这方面秩序的要求，则可能触犯法律。基于工作实践经验，建筑房地产企业在这方面主要的刑事法律风险主要有以下两个罪名：

1. 串通投标罪：“投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的，依照前款的规定处罚。”（《刑法》第223条）

串通投标罪主要适用于建筑企业不遵守市场秩序、损害招投标制度的行为。当然，如果房地产企业作为招标人，与作为投标人的建筑企业相互串通投标，损害

其他投标人的利益,也可以构成串通投标罪。

2. 合同诈骗罪:“有下列情形之一,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,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产:(一)以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的;(二)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;(三)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;(四)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;(五)以其他方法骗取对方当事人财物的。”(《刑法》第224条)

建筑企业、房地产企业如果在企业经营过程中,不讲诚信、虚构事实、隐瞒真相,骗取对方当事人财物的,那么对于企业直接负责的主管人员和其他直接责任人员,就存在合同诈骗罪的风险。当然,如果仅仅只是违反了诚信原则,虚构了部分事实、隐瞒了部分真相,但不具有非法占有、剥夺对方当事人财产的目的,则不构成合同诈骗罪。这就需要建筑企业、房地产企业的负责人认真学习合同诈骗罪的构成要件,增加法律意识,获取法律知识。

六、忽视社会管理秩序而带来的刑事法律风险

建筑企业、房地产企业作为市场经营的主体,不仅应当遵守市场秩序,还应该遵守社会管理秩序。有些建筑企业人员鱼龙混杂,成分复杂,为了争抢工程,作出一些寻衅滋事、聚众斗殴的行为。甚至有的以企业为载体,形成黑社会性质的组织。下面,本书对这些违反社会管理秩序的刑事法律风险予以分述。

1. 组织、领导、参加黑社会性质组织罪:“组织、领导黑社会性质的组织的,处七年以上有期徒刑,并处没收财产;积极参加的,处三年以上七年以下有期徒刑,可以并处罚金或者没收财产;其他参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,可以并处罚金。”(《刑法》第294条第1款)

无论是建筑企业、房地产企业都要合法经商、遵守社会管理秩序,远离黑社会。不然,都会有这方面的风险。

2. 聚众斗殴罪:“聚众斗殴的,对首要分子和其他积极参加的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;有下列情形之一的,对首要分子和其他积极参加的,处三年以上十年以下有期徒刑:(一)多次聚众斗殴的;(二)聚众斗殴人数多,规模大,社会影响恶劣的;(三)在公共场所或者交通要道聚众斗殴,造成社会秩序严重混乱的;(四)持械聚众斗殴的。聚众斗殴,致人重伤、死亡的,依照本法第二百三十四条、第二百三十二条规定定罪处罚。”(《刑法》第292条)

房地产企业,尤其是建筑企业,不能组织、参与聚众斗殴,否则就会有触犯聚众斗殴罪的刑事风险。

3. 寻衅滋事罪:“有下列寻衅滋事行为之一,破坏社会秩序的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制:(一)随意殴打他人,情节恶劣的;(二)追逐、拦截、辱骂、恐吓他人,情节恶劣的;(三)强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物,情节严重的;(四)在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的。纠集他人多次实施前款行为,严重破坏社会秩序的,处五年以上十年以下有期徒刑,可以并处罚金。”(《刑法》第293条)

房地产企业,尤其是建筑企业,不能组织、参与寻衅滋事。否则,就会有触犯寻衅滋事罪的刑事风险。

七、忽视金融、融资的合法性而带来的刑事法律风险

建筑房地产企业作为市场经营的主体,不仅应遵守市场秩序、社会管理秩序,还应遵守金融融资管理秩序。下面,笔者对金融融资过程中可能涉及的刑事法律风险予以阐述。

1. 集资诈骗罪:“以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额较大的,处五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;数额巨大或者有其他严重情节的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。”(《刑法》第192条)

建筑业和房地产业都是资金密集型行业。无论是建筑企业还是房地产企业,对资金的需求都非常大。无论资金需求有多大都应该合法融资,而不能搞非法集资。如搞非法集资,则可能会有集资诈骗罪的刑事风险。至于何为集资诈骗罪,集资诈骗罪如何界定,本书将会在相关的章节中予以详述。

2. 非法吸收公众存款罪:“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,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万以下罚金。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。”(《刑法》第176条)

前面说过,建筑业、房地产业是资金密集型行业,对资金的需要非常大。企业如果要融资,需把握融资行为的合法性,不可有非法吸收公众存款的行为。否则,就有非法吸收公众存款罪的刑事风险。至于到底什么是非法吸收公众存款罪,它的犯罪构成要件是什么,如何准确地界定罪与非罪,本书将在相关章节中予以详

细阐述。

3. 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪：“以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者其他特别严重情节的，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。”（《刑法》第175条之一）

建筑企业、房地产企业在向银行贷款，申请票据承兑、金融票证的过程中，无论是否具有非法占有的目的，均不可采取欺骗的手段。如果采取欺骗手段，达到情节严重的程度，则可能构成骗取贷款、票据承兑、金融票证罪。具体阐述内容，详见本书相关章节。

4. 贷款诈骗罪：“有下列情形之一，以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的，处五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；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：（一）编造引进资金、项目等虚假理由的；（二）使用虚假的经济合同的；（三）使用虚假的证明文件的；（四）使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的；（五）以其他方法诈骗贷款的。”（《刑法》第193条）

建筑企业、房地产企业在向银行贷款的过程中，具有非法占有的目的，采取欺骗的手段获得贷款，则可能构成贷款诈骗罪。本罪罪名重于骗取贷款罪，本书将在相关章节中具体阐述。

5. 洗钱罪：“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金：（一）提供资金账户的；（二）协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；（三）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（四）协助将资金汇往境外的；（五）以其他方式掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。”（《刑法》第191条）

洗钱是现代经济犯罪、贪污贿赂犯罪、黑社会犯罪、走私犯罪的孪生儿，也是他们的下游犯罪。对于建筑房地产企业的负责人和管理人员，无论是上游犯罪还是下游犯罪，都应极力避免。至于洗钱罪的内涵、外延是什么，本书将在相关章节

中详细阐述。

八、忽视税务管理的合法性而带来的刑事法律风险

税收是政府对国民经济进行管理的重要活动,是政府赖以生存运转的前提条件。为此,一个国家对税收是最为敏感和重视的。作为建筑企业和房地产企业,对政府的税务管理应高度重视。如果忽视了其税务活动的合法性,将可能带来刑事法律风险。

1. 逃税罪:“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。”(《刑法》第 201 条)

逃税罪是最常见的一种危害税收征管的罪名。作为建筑企业、房地产企业,应当遵守国家的税收管理秩序。如果要想减少纳税数额,则应采取合理合法的避税的技术手段,而不是逃税。

2. 虚开增值税专用发票罪:“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万以下罚金;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万以下罚金或者没收财产。单位犯本条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。”(《刑法》第 205 条)

从今年开始,营业税正式取消,全部改为增值税,增值税成为我们国家最重要的一个税种。增值税普通发票和增值税专用发票是进行增值税征收管理的重要凭证,应当据实开具。否则,就会产生虚开增值税专用发票罪的刑事法律风险。当然,并非所有的虚开行为都构成犯罪,还要看是否具有非法抵扣税款或逃税的目的。具体详见本书相关章节。

3. 虚开发票罪:“虚开本法第二百零五条规定以外的其他发票,情节严重的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节特别严重的,处二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责任人员,依照前款的规定处罚。”(《刑法》第 205 条之一)

除了增值税专用发票不能虚开外,其他普通的发票也不能虚开。如果对其他

普通的发票虚开达到一定的数额,则有构成虚开发票罪的刑事法律风险。具体虚开发票罪的构成要件和罪与非罪的认定标准,详见本书的相关章节。

九、忽视土地使用的合法性而带来的刑事法律风险

房地产企业从事开发经营首先需要获得土地,没有土地就不可能有房地产开发。因此,土地使用权是房地产企业最重要的生产要素之一。但是,我们国家的土地产权制度实行二元制,分别归国家所有和农村集体经济组织集体所有。房地产企业要想进行房地产开发,只能获取土地使用权。但获取土地使用权,也要依据现行的土地管理法律、法规、规章、规范性文件依法获取土地使用权。如果不注意获取土地使用权的合法性,则可能存在以下的刑事法律风险。

1. 非法转让、倒卖土地使用权罪:“以牟利为目的,违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金。”(《刑法》第228条)

房地产企业获得土地使用权后,可以自己开发。如果因为某种特殊的情况,也可以转让给其他的企业。但该转让行为,必须合乎土地管理法规。否则,可能会有非法转让、倒卖土地使用权罪的刑事法律风险。具体内容,详见本书相关章节。

2. 非法占用农用地罪:“违反土地管理法规,非法占用耕地、林地等农用地,改变被占用土地用途,数量较大,造成耕地、林地等农用地大量毁坏的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”(《刑法》第342条)

房地产企业必须是在依法获取的建设用地上进行房地产开发,而不能在耕地、林地、草原等农用地上开发。否则,可能会构成非法占用农用地罪。具体内容,详见本书相关章节。

第二节 从知名案例看建筑房地产领域的刑事法律风险

[案例1] 辽宁杨某虚假出资、非法占用农用地、合同诈骗、单位行贿、对单位行贿、伪造金融票证案

被告人杨某,男,1963年2月11日出生,荷兰籍人,护照号:N80033782,汉

族,大学文化,系沈阳欧亚实业有限公司、沈阳欧亚农业发展有限公司董事长、法定代表人。2002年10月4日,其因涉嫌虚假出资、非法占用农用地、合同诈骗、单位行贿、对单位行贿和伪造金融票证犯罪被依法监视居住。同年11月26日,其经沈阳市人民检察院批准被依法逮捕。

被告单位沈阳欧亚实业有限公司,涉嫌非法占用农用地、合同诈骗、单位行贿和对单位行贿罪。被告单位沈阳欧亚农业发展有限公司涉嫌伪造金融票证罪及被告人杨某涉嫌虚假出资、非法占用农用地、合同诈骗、单位行贿、对单位行贿和伪造金融票证罪一案,由辽宁省沈阳市公安局侦查终结,于2003年3月26日移送沈阳市人民检察院审查起诉。2003年5月13日,沈阳市人民检察院依法向沈阳市中级人民法院提起公诉。起诉书认定被告单位沈阳欧亚实业有限公司,被告单位沈阳欧亚农业发展有限公司,被告人杨某的犯罪事实如下:

一、1998年4月22日,被告人杨某以荷兰欧亚国际贸易公司法定代表人的名义,与沈阳靓马集团公司和中国农房东北公司共同出资成立沈阳欧亚实业有限公司。该公司在沈阳市工商管理部门注册登记,并取得临时营业执照,注册资本1.2亿元人民币。三方的出资额及占注册资本的比例分别为:荷兰欧亚国际贸易公司8400万元人民币,占70%;沈阳靓马集团公司3000万元人民币,占25%;中国农房东北公司600万元人民币,占5%。

沈阳欧亚实业有限公司成立以后,被告人杨某为解决8400万元人民币出资问题,与广东英豪公司董事长陈某联系,让陈某向沈阳欧亚实业有限公司转款“走走账”。1998年6月11日至1999年2月23日,陈某安排本公司的财务总监林某等人先后向沈阳欧亚实业有限公司账户通过汇票或电汇等方式转款7150万元人民币。当每笔款项转入沈阳欧亚实业有限公司的账户后,被告人杨某便指使财务人员将款项记入“实收资本”科目。并以该款项作为实收资本,于1999年3月8日进行验资。事实上,该笔资金(7150万元人民币)已于1999年3月1日前分别返还给原公司及其关联公司。

1999年3月8日,吉林正则会计师事务所根据沈阳欧亚实业有限公司提供的,包括上述7150万元在内的,7480万元人民币的往来票据、记账凭证和伪造的115万美元(折合920万元人民币)的温室设备发票及伪造的4份完税证明,出具了吉正则会师验字(1999)6号《验资报告》,称“沈阳欧亚截止到1999年3月8日已收到其股东荷兰欧亚投入的资本金8400万元,其中货币资金7480万元人民币,实物资产920万元人民币。”欧亚实业公司将上述验资报告及其他相关材料提供给工商部门,申领换发了“营业执照”。被告人杨某虚假出资8070万元人民币。

二、2000年12月至2001年7月,被告人杨某以荷兰欧亚国际贸易公司法定

代表人名义,先后与沈阳万博商贸有限公司合资成立沈阳海牙大酒店有限公司;与北陵房产开发有限公司合资成立沈阳荷兰村房产开发有限公司;独资成立沈阳欧亚温室有限公司、沈阳欧亚国际咨询有限公司,并取得工商部门颁发的营业执照。按照合同规定,荷兰欧亚国际贸易公司应在规定期限内对上述四家公司实际认缴出资共计为1583万美元。

2001年7月19日,被告人杨某担任董事会主席的欧亚农业(控股)有限公司在香港上市。7月23日至8月9日,按照杨某授意,欧亚农业(控股)有限公司先后从香港联合银行有限公司汇给上述4个公司设在工商银行沈阳新北支行的外币资本金账户1.255亿元港币,资金入账后记入实收资本账目,资金在账户上停留几日便均被转入沈阳欧亚农业发展有限公司的银行账户。上述四家公司用银行进账单等相关票据及记账凭证进行验资,将上述1.255亿港币作为被告人杨某的实缴出资;并将“验资报告”提供给工商主管部门,取得长期“营业执照”。被告人杨某虚假出资1.255亿港币。

三、1998年12月28日,辽宁省政府以辽政地字(1998)598号文件,划拨1674.5415亩土地使用权给沈阳欧亚实业有限公司,作为“高新农业示范区建设用地”。沈阳欧亚实业有限公司违反土地管理法规,在未依法办理农业用地转建设用地审批手续的情况下,由公司董事长杨某决定,于1998年11月开始在此宗农业用地上修建非农业建筑物,非法占用并毁坏耕地615.264亩。

沈阳欧亚实业有限公司于2001年5月1日、9月12日分两次租赁于洪区北陵乡八家子村耕地,共计277.4165亩。沈阳欧亚实业有限公司违反土地管理法规,在未办理任何审批手续的情况下,由公司董事长杨某决定,在此宗租赁的农业用地上非法修建停车场、加油站,非法占用并毁坏耕地共计51.501亩。

四、2000年5月,被告人杨某请托张某某(辽宁省国土资源厅工作人员,另案处理)为沈阳欧亚实业有限公司找一块已造好的耕地,用于抵顶该公司的建设用地。嗣后,张某某利用其职务上的便利,找到法库县规划土地管理局局长胡某某(另案处理)和时任该局地籍科长的孙某某(另案处理),许诺事成后给付该局人民币100万元。胡某某及孙某某为使本单位获得利益,同意将法库县卧牛石乡苇子沟村一块国家尚未纳入地籍管理的耕地(共1600余亩)作为沈阳欧亚实业有限公司“新开发的耕地”。张某某在向杨某汇报后,按照杨某的旨意起草、填写了《关于沈阳欧亚实业有限公司开发卧牛石乡苇子沟村荒滩的批复》《辽宁省土地开发整理项目呈报表》用于验收,并在沈阳欧亚实业有限公司以法库县规划土地管理局名义起草、填写的《关于沈阳欧亚实业有限公司开发卧牛石乡苇子沟村荒滩的批复》《辽宁省土地开发整理项目呈报表》《改造法库县卧牛石乡苇子沟村荒滩地开发利用协议》等文件,并将时间提前1年。嗣后,张某某再次找到胡某某

和孙某某,由胡某某和孙某某安排,在上述“批复”、“呈批表”上加盖了法库县规划土地管理局公章。并通过卧牛石乡土地所所长李某某找到苇子沟村党支部书记王某某,在上述“荒滩地开发利用协议”上加盖了法库县卧牛石乡苇子沟村的公章,从而使沈阳欧亚实业有限公司取得了证明该公司新开发耕地的虚假证明文件。

同年6月下旬,辽宁省土地整理中心在沈阳欧亚实业有限公司申请下,对该公司所谓“新开发的耕地”进行了验收。在收到该公司提供的上述虚假证明文件后,其轻信了沈阳欧亚实业有限公司确有“新开发的耕地”,出具了《土地开发整理项目验收单》,认为该公司“所造耕地数量质量符合要求,可以抵顶建设占用耕地指标”,并按规定提出收购沈阳欧亚实业有限公司“新开发的耕地”。同年10月下旬,被告人杨某代表沈阳欧亚实业有限公司同辽宁省土地整理中心签订《收购耕地协议》,将所谓的“新开发的耕地”作为“储备耕地”以人民币316.6万元的价格出售。同年11月初,沈阳欧亚实业有限公司向辽宁省土地整理中心缴纳管理费和验收手续费15万元后,收到该中心支付的人民币316.6万元。嗣后,为感谢张某某及法库县规划土地管理局提供的帮助。经被告人杨某决定,沈阳欧亚实业有限公司于2000年12月给予张某某人民币25万元,并根据事先的承诺,于2001年4月、9月分两次给予法库县规划土地管理局共人民币98万元。

五、原辽宁省国土资源厅副厅长李某为帮助沈阳欧亚实业有限公司取得银行贷款,利用职务便利擅自修改辽宁省人民政府辽政地字(1998)598号文件。被告人杨某为感谢李某给予沈阳欧亚实业有限公司的帮助,于2000年12月在李业的办公室送其2万美元(折合人民币16.2万元)。2001年7月,有关部门就沈阳欧亚实业有限公司的非法用地问题开始进行调查。在此情况下,李业于2001年8月将2万美元退还给杨某。

六、沈阳欧亚农业发展有限公司董事长杨某为虚增公司业绩,授意公司财务人员伪造财务账目。在单位组织及被告人杨某参与下,该公司财务人员于2001年4月至2002年6月,共伪造支票、进账单、结汇凭证、电汇凭证等银行结算凭证305张,票面金额共计人民币1786047024.36元。

辽宁省沈阳市中级人民法院依法组成合议庭,公开审理了本案。经审理认为:

被告人杨某作为欧亚实业公司、沈阳海牙大酒店有限公司等5个公司的董事长、法定代表人,在申请外商投资企业登记过程中,违反有关公司登记管理法规,使用虚假证明文件和采取其他欺诈手段,虚报注册资本,取得公司登记,且数额巨大。杨某是上述5个公司虚报注册资本直接负责的主管人员,其行为已构成虚报注册资本罪。被告单位欧亚实业公司违反土地管理法规,在农业用地上非法进行

非农业建设,数量较大,造成耕地大量毁坏;以非法占有为目的,利用签订合同骗取财物,数额特别巨大;为谋取不正当利益给予国家机关及国家机关工作人员财物,情节严重,其行为已分别构成非法占用农地罪、合同诈骗罪、对单位行贿罪、单位行贿罪。被告人杨某系该单位实施上述犯罪直接负责的主管人员,亦构成上述各罪。被告单位欧亚农业公司为虚增该公司业绩,伪造金融票证,情节特别严重,其行为已构成伪造金融票证罪。被告人杨某系该单位实施上述犯罪直接负责的主管人员,亦构成伪造金融票证罪。

2003年7月11日,辽宁省沈阳市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百五十八条、第三百四十二条、第三百四十六条、第二百二十四条第(五)项、第二百三十一条、第三百九十一条、第三百九十三条、第一百七十七条第一款第(二)项和第二款、第三十条、第三十一条、第六十九条之规定,作出判决如下:

一、被告单位沈阳欧亚实业有限公司犯非法占用农地罪,判处罚金人民币120万元;犯合同诈骗罪,判处罚金人民币300万元;犯对单位行贿罪,判处罚金人民币100万元;犯单位行贿罪,判处罚金人民币40万元;数罪并罚,决定执行罚金人民币560万元。

二、被告单位沈阳欧亚农业发展有限公司犯伪造金融票证罪,判处罚金人民币40万元。

三、被告人杨某犯虚报注册资本罪,判处有期徒刑2年;犯非法占用农地罪,判处罚金人民币60万元;犯合同诈骗罪,判处有期徒刑10年,并处罚金人民币150万元;犯对单位行贿罪,判处有期徒刑1年;犯单位行贿罪,判处有期徒刑1年;犯伪造金融票证罪,判处有期徒刑10年,并处罚金人民币20万元;数罪并罚,决定执行有期徒刑18年,罚金人民币230万元。

一审判决后,被告单位沈阳欧亚实业有限公司、沈阳欧亚农业发展有限公司、被告人杨某不服,上诉至辽宁省高级人民法院。

辽宁省高级人民法院二审开庭审理后认为:原判认定上诉单位欧亚实业公司、欧亚农业公司及上诉人杨某所犯各罪的事实清楚,证据确实、充分。原判定罪准确,量刑适当,审判程序合法。随手2003年9月7日,裁定驳回上诉,维持原判。

杨某是21世纪初《福布斯》评选出的中国大陆第2富豪。其控股的“欧亚农业”(HK0932)于2001年在香港主板上市,个人财富达到75亿元。但从上述事实可以看到,他的发迹过程完全是空手套白狼型的。他先虚报注册资本成立公司,再以高新农业示范区的名义获得划拨用地并租赁部分土地,然后违反土地管理法规,在未依法办理农业用地转建设用地审批手续的情况下,在农业用地上搞“荷兰村”房地产项目开发,非法占用并毁坏耕地六百多亩。另外,其还有伪造金融

票证、合同诈骗、单位行贿等行为。杨某案是房地产企业家野蛮生长的一个典型案例。在这个案例中,杨某表现得毫无法律意识和法律概念,更加不知道“房地产企业刑事法律风险防范”为何物,终于酿成祸端。

【案例2】湖南曾某某集资诈骗案

曾某某,男,出生于湖南邵阳新邵县酿溪镇的一个贫困家庭。1986年,曾某某带领50多位老乡到湘西吉首,开始从事房地产业。2003年6月至9月,曾某某为获得湘西自治州图书馆、体育馆、群艺馆、电力宾馆、东方红市场等(以下简称“三馆项目”)开发权,采取瞒报开发资质和资金能力、行贿湘西自治州州长杜某甲的弟弟杜某乙(已判刑),以吉首市国土房屋综合开发公司名义获得“三馆项目”的开发权。

2003年11月,曾某某和范某某在吉首市挂牌成立“三馆建设工程筹建处”后,即开始在当地媒体上以大量广告虚假宣传“三馆项目”已由吉首市国土房屋综合开发公司和邵阳市建筑安装工程公司驻吉首开发部联合开发。同时,曾某某和范某某商议决定,以邵阳市建筑安装工程公司驻吉首开发部为集资主体,依托“三馆项目”,面向社会公众非法集资。同月15日,其正式开始以《关于参与“三馆”开发项目的协议书》的形式,以年回报20%为诱饵,非法向社会不特定公众集资。

2004年1月30日,该集资主体变更为湘西吉首三馆房地产联合开发有限公司(以下简称三馆公司)。公司成立后,曾某某便以三馆公司的名义对外集资。在缺乏资金和经营亏损的情况下,曾某某为了保持资金链运转,组织宋某某、曾某(均系同案被告人,已判刑)等人,采取与集资户签订认购协议书、承诺书、投资协议书、投资合同书等形式,并直接向集资户开具借条、收据,发售钻石卡、金卡、银卡、普卡等集资形式向不特定的社会公众集资。从2003年11月至2008年8月,其将集资利率从月息1.67%逐渐提高至10%。2007年9月开始,曾某某又决定按集资款存期不同给予集资户奖励,并支付奖励金额累计11522.36万元。为了最大量地集资,曾某某不顾自身兑付能力,反复多次提高三馆公司的非法集资利率。从2003年11月至2008年8月,曾某某先后将集资利率从月息1.67%逐渐提高至10%。同时,还给三馆公司员工布置了集资任务。2004年10月22日,吉首商贸大世界一期工程正式动工。同年12月9日,一期A栋7339.71㎡面积取得预售许可。至2008年8月28日,该一期工程共计销售回款8400万元,三楼以上的大量商铺房产滞销。2007年9月开始,曾某某又决定按集资款存期不同给予集资户奖励。2007年5月17日至2008年8月19日,三馆公司支付奖励金额累计11522.36万元。曾某某为维系资金链,隐瞒“三馆项目”吉首商贸大世界一

期房产销售的真实情况和项目亏损的事实,项目区域由吉首市拓展到长沙、株洲和邵阳等大中城市,并宣称在三馆公司投资没有任何风险等。此外,曾某某还通过邀请明星参加三馆公司成立周年庆典、大众飙歌、开展情系农民工等活动大肆彰显公司实力,并花钱为三馆公司和曾某某个人换取“湖南商业地产十强”、“第二届中国企业改革十大杰出人物”、“中国诚信企业家”等荣誉。

名利双收后,曾某某便开始使用集资款以他人名义投资和成立公司,转移资产。其集资总额 34.52 亿余元,但是实际投入工程项目支出只有 5.56 亿余元。集资资金被曾某某以他人名义投资公司、项目或直接转移资产,共计 2.64 亿余元。其个人隐匿占有大额集资款 1530 万元,并将资产转移到其妻邓某某名下 1991.768 万元,直接套取 731.99 万元。

2008 年 7 月,三馆公司集资款退本付息出现困难。同年 9 月,三馆公司停止向集资户还本付息。因三馆公司及吉首市其他进行非法集资的公司相继不能兑付到期的集资款本息,2008 年 9 月 5 日吉首市万余名群众围堵铁路及火车站。同月 25 日,数千名集资群众围堵湘西自治州人民政府。

2009 年 1 月 20 日 14 时许,集资户吴某见集资款兑付无望,在湘西自治州人民政府旁的人行道上用汽油当众自焚造成七级伤残。2011 年 5 月 20 日,湖南省长沙市中级人民法院作出一审判决。判决书显示:被告人曾某某、曾某以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,骗取社会公众集资款,数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失,其行为均已构成集资诈骗罪。在集资诈骗共同犯罪中,被告人曾某某组织、指挥犯罪活动,起主要作用,系主犯;被告人曾某起辅助作用,系从犯。被告人邓某某等在被告人曾某某的组织、指挥下,未经金融管理部门批准,非法吸收公众存款,扰乱金融秩序,数额巨大,其行为均已构成非法吸收公众存款罪。在非法吸收公众存款共同犯罪中,被告人邓某某起主要作用,系主犯。判决被告人曾某某犯集资诈骗罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。被告人曾某正犯集资诈骗罪,判处有期徒刑十年,并处罚金人民币五十万元。被告人邓某某犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑十年,并处罚金人民币五十万元。

2011 年 12 月 26 日,湖南省高级人民法院作出二审判决。判决书显示:上诉人曾某某、曾某以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资总金额 345286.45 万元,集资诈骗金额为 82983.67 万元,曾某某、曾某集资诈骗数额特别巨大,且情节严重,曾某某、曾某的行为均已经构成集资诈骗罪。在集资诈骗共同犯罪中,曾某某起主要作用,是主犯,应当按照曾某某所参与的或者组织指挥的全部犯罪处罚;曾某起次要作用,是从犯,可以减轻处罚。上诉人邓某某全权委托曾某某处理三馆公司业务,协助曾某某管理非法集资事务,参与非法吸收公众存款,扰乱金融秩