

非法发行股票债券罪释析

屈学武

非法发行股票、债券罪,是指未经国家有关主管部门批准,擅自发行股票、公司债券,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。本罪曾于1995年2月由全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》所规定。今年3月全国人民代表大会通过的刑法典,将其稍作修改后移植于破坏社会主义市场经济秩序罪专章之中,并在破坏金融管理秩序罪专节中作了规定。

一、本罪构成特征

(一)本罪所侵犯的客体是国家的证券发行管理秩

间接结果持放任态度。例如,武装叛乱、暴乱犯罪,行为人胡乱开枪伤人、肆意放火,对危害结果,持放任态度。同时,如果不承认有间接故意,势必缩小打击面,与立法精神不一致。另外,有人还曾认为,危害国家安全罪也可由过失构成,如泄露国家秘密罪等。由于新修订的刑法已将泄露国家秘密罪移入渎职罪等有关章节中,新规定的危害国家安全罪中的9种具体犯罪,均不存在过失犯罪问题。

三、疑难条款问题

主要涉及的是对第107条的规定如何理解和执行。新修订的刑法第107条规定:“境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施本章第102、第103、第104、第105条规定之罪的,对直接责任人员处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利;情节严重的,处五年以上有期徒刑。”这条规定有两个问题值得研究。其一,本条是否规定了单位犯罪。从条文字面表述来看,即“境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施……之罪的”似乎规定了单位犯罪,但正如前文所述,本条款并未规定单位犯罪。因为刑法分则凡是规定单位犯罪的条款,均明确有对单位判处罚金的规定内容,而本条款只有对自然人的处罚规定,并无对单位判处罚金的内容。所以,反面推断本条并未规定单位犯罪。其二,本条是否规定了新罪。也许有人认为这是新规定的一种资助危害国家安全活动罪,可能因为本条是单独一条,且后部分条款有独立的法定刑。这种见解似有不妥,单独一条及独立的法定刑并不说明行为就是独立的犯罪。笔者认为,本条并未规定新罪,而是对资助实施背叛国家罪、分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权罪的帮助犯或者从犯单独处罚作了规定。即按资助实施的上述某一具体犯罪的罪名来定罪,但处罚按本条规定的法定刑来确定。

(作者单位:

中国人民公安大学;江西省公安专科学校)

序及其社会公众、法人的合法财产权益。根据《中华人民共和国公司法》的规定,凡不具备公司资格者无权发行公司股票、债券;其次,即便是公司、企业要发行股票、债券,也须经由国务院证券管理部门批准。基于此,凡未经国家有关主管部门批准,擅自发行股票、公司债券者,其行为显然侵犯了我国证券管理秩序和认购人(包括法人)的合法财产权益,情节严重者构成本罪。本罪的犯罪对象是公司股票和债券。所谓股票,是指公司签发的证明股东所持股份的凭证;所谓债券,是指公司依照法定程序发行的、约定在一定期限内还本付息的有价证券。本罪的直接危害对象是公司证券的认购人,包括法人、非法人单位和自然人;间接危害对象包括在市场竞争大潮中与本罪行为人竞业的其他特定的或非特定(潜在的)的经济实体。

(二)本罪的犯罪主体,是一般主体,包括自然人和单位。所谓单位,指通过工商登记程序设立的或其他依法成立的“组织”,包括法人、非法人单位,均能成为本罪主体。刑法对本罪的犯罪主体没有身份限制规定,但学理上对本罪单位犯罪主体的有关资格问题,存在分歧。可分为“有资格说”、“无资格说”和“无限制性说”三种观点。第一说认为能够成为本罪主体的只能是有资格发行股票、公司债券的有限责任公司和股份有限公司。第二说持论相反,认为能够成为本罪主体的一般是不具备发行证券资格的单位;第三说则认为本罪主体没有其他资格限制,只要是单位即可。对此三种意见,我们赞成第三种观点。理由是:1.从法律条文看,一般而言,凡属有特定身份要求者,刑法均明文作出特殊主体规定——如新修订刑法上有关公司犯罪专节中所分别规定的虚报注册资本罪、提供虚假财务报告罪、非法清算公司财产罪等即是;另外,新修订刑法上所规定的虚假发行股票、债券罪,虽然条文本身未对犯罪主体作出限制性规定,但因其行为者,必须先经国务院证券管理部门批准其发行股票、债券后,方能行为(制作招股说明书、认股书或公司债券募集办法),因而其犯罪主体实际上也是特定的身份犯。然而,新修订刑法本条所叙明的罪状并未对本罪主体有所限制,因而本罪主体不应当是身份犯。2.从现实的需要看,不仅有真公司未经批准发行公司股票、债券者,也有相当部分假公司、企业未经批准发行公司股票、债券者,且其危害后果往往更加严重,影响也更加恶劣,对此情节严重者,不能不绳以刑罚。3.持有资格论者认为,如无资格者实施了擅自发行股票、债券,情节严重者,可按诈骗罪论处。我们认为此说欠妥,因为在擅自发行股票债券的情况下,无论是有资格者还是无资格者,其发行

假股票、假债券的行为虽然有诈欺公众的一面,但其在主观犯意上,还与诈骗罪有区别。此外,从犯罪客体上看,本罪除公私财产外,还侵犯了其他特定的法律秩序——国家对公司证券的发行管理秩序,因而其直接客体已不单纯是公私财产权,而是双重客体。为此仍按一般诈骗罪处理欠妥何,何况新修订刑法已经将其设定为特别犯罪,更无必要且不当按诈骗罪论处,而宜认定为本罪。

(三) 在犯罪的客观方面,行为入务必实施了下述择一行为且达到法定后果:(1) 未经国家有关主管部门批准,而擅自发行股票。股票,在我国只能由股份有限公司的发起人或股份公司本身发行。公司尚未正式设立时,由发起人发行股票。其中,凡以募集方式设立的股份有限公司,发起人认购的股份数不得少于公司股份总数的35%,其余股份须经国务院证券管理部门批准后,方能向社会公开募股。其次,股份有限公司设立后欲发行新股者,须由股东大会作出决议并报经国务院证券管理部门批准。基于此,所谓擅自发行股票,包括:股份有限公司发起人未经国务院证券管理机关批准擅自发行股票者;股份有限公司董事会未经国务院证券管理机关批准擅自发行股票者;其他任何单位或个人未经国务院证券管理机关批准擅自发行股票者。(2) 未经国家有关主管部门批准,而擅自发行公司债券。根据公司法的规定,有资格发行公司债券的只能是:股份有限公司;国有独资公司;两个以上的国有企业投资设立的有限责任公司;其他两个以上的国有投资主体设立的有限责任公司。此类公司要发行公司债券,须先由董事会制定方案,股东会作出决议(国有独资公司由国家授权投资的机构或者国家授权的部门决定),并向国务院证券管理部门报请批准后,方能发行。因而所谓擅自发行公司债券,既包括上述股份有限公司、国有独资公司和上述其他国有性质的有限责任公司未经国务院证券管理部门批准擅自发行公司债券者;也包括其他单位或个人未经国务院证券管理部门批准擅自发行公司债券者。除此,新修订刑法还要求:必须发行“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为”,才能成立本罪。即除实施了上述任何一种或两种行为之外,行为者还必须是发行数额巨大、或是后果严重;抑或虽然发行数额够不上巨大、后果够不上严重,但有“其他”严重情节者,才能成立本罪。

(四) 本罪的主观罪过形式是故意。有必要强调的是,虽然在本罪场合,行为人的故意往往表现为(擅自发行)行为上的故意,但刑法上的故意,主要是针对危害后果而言,而不是针对行为本身而言(实际上,过失犯罪的场合,行为人就其“行为”本身而言往往是故意的),因而在主观不法要素上,本罪行为入不仅仅须明知其发行股票、公司债券需经国务院证券管理部门批准,而故意地未予报批,或者申报以后未经批准而擅自发行公司债券或股票;而且必须是明知其擅自发行股票、债券有害于社会而仍然行为者,方能构成本罪的

“故意”。过失实施此类行为者不能成立本罪。例如,在尚待审批过程中,因主观主义地认为先发行一步根本不致危害社会,而轻率地未待批准而先行发行股票、公司债券者,因不具备刑法意义上的“故意”,不能构成本罪。情节严重者,可根据其行为后果及其情节轻重状况认定为其他渎职犯罪或给予有关行政违法处分。

二、认定此罪与彼罪的界限

(一) 应当注意本罪与虚假发行股票债券罪的区别与联系。后罪是新修订刑法在破坏经济秩序罪专章中妨害公司、企业管理秩序罪专节中所规定的犯罪。二罪的主要联系点在于,两者都有诈欺认购人的主观故意;所发行的股票、公司债券都有虚假性。其主要区别点在于,(1) 犯罪主体要求不同。本罪不是身份犯,任何人都能成为本罪主体;而后罪在法人犯罪的场合属身份犯:其行为主体只能是有资格发行股票、公司债券的特定主体。(2) 行为要件不同。本罪行为人所实施的是未经法定机构批准而发行股票、公司债券的行为;后罪行为人所实施的则是制作虚假的招股说明书、认股书或公司债券募集办法等行为。(3) 犯罪对象不同。本罪的行为对象是股票、公司债券;而虚假发行股票债券罪的行为对象则是招股说明书、认股书和公告的公司债券募集办法等。(4) 诈欺的对象范围不同。本罪行为人所诈欺的对象既包括国家证券发行管理机关又包括社会公众;而后罪的诈欺对象主要是广大认购股票、公司、企业债券的社会公众或国家授权投资的机构。(5) 犯罪所侵犯的二级同类客体不同。本罪所侵犯的二级同类客体是国家金融管理秩序,后罪所侵犯的却是公司、企业的管理秩序。

(二) 本罪与集资诈骗罪的区别。后罪是由新修订刑法金融诈骗罪专节所规定的。二罪的主要区别在于:(1) 主观犯意和目的不同。本罪行为入是以诈骗的方法来集资;后罪行为入则是以集资的方法来诈骗。这是区分二罪的本质点。因而本罪行为入虽有非法发行及非法牟利的目的,却没有纯粹的“非法占有”的目的;后罪行为入的行为目的却绝非仅止于非法牟利,而是非法占有。亦即后罪行为入的犯意在于一俟以集资手法诈骗钱款到手,即便逃之夭夭。因而,假如行为入以非法手段发行股票、债券后,即便全盘非法占有,从未打算偿还其“股本、股息”(即便是假股票、假债券),则应认定为集资诈骗罪而非本罪。(2) 犯罪数额要求不同。本罪要求擅自发行公司股票、债券“数额巨大”(或后果严重或有其他严重情节)者,方能构成刑事犯罪,否则应属行政违法行为;集资诈骗罪则不然,只要是为了非法占有而非法集资数额“较大”者,该罪就可,应根据该罪的第一量刑单位给予刑事处罚。而若集资诈骗者诈骗数额达到“巨大”者,则属新修订刑法上对该罪所规定的数额加重犯情况,应按其相应的罪处罚,而不能据此认定为本罪。

(作者:中国社会科学院法学研究所副教授)