



非法发行股票、债券罪简析

屈学武

非法发行股票、债券罪，指未经公司法规定的有关主管部门批准，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。本罪是由全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》（以下简称《决定》）第7条第一、二款加以规定的。

（一）本罪构成特征

1、本罪所侵犯的客体是国家的证券发行管理制度及其社会公众、法人的合法财产权益。根据公司法的规定，凡不具备公司资格者无资格发行公司股票、债券；其次，即便是公司，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，凡未经公司法规定的有关主管部门批准，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，情节严重者则构成刑事犯罪。

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。

2、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“单位”，包括法人和非法人单位，均能成立本罪主体。

《决定》对本罪的犯罪主体并没有身份限制规定，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、无资格说和无限定性说三种观点。第一说认为能够成立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。（1）第二说持论相反，认为能够成立本罪主体的一般是不具备发行证券资格的单位；（2）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。（3）对此三种意见，我们赞成第三种观点。理由是：

（1）从法律规条看，一般而言，但属有特定身份要求者，《决定》均明文作出特殊主体规定——如《决定》第1条、第2条、第4条、第5条、第6条所分别规定的虚报注册资本罪、虚假出资罪、提供虚假财务报告罪、非法清算公司财产罪等即是；《决定》第3条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，《决定》本条所叙明的罪状却并未对本罪主体有所限制，因而本罪主体不应当是身份犯罪。（2）从现实的需要看，现实经济实践中，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。我们认为此法欠妥，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，对此本文将在后文专论。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恐有欠妥贴，而况《决定》已经将其设定为特别犯罪，更无必要再按诈骗罪论处，而毋宁按本罪论处，既符合立法规定，又方便司法认定，也有利于集中打击违反公司法的犯罪。

3、在犯罪的客观方面，行为人务必实施了下述择一行为且达到法定后果：

第一、未经公司法规定的有关主管部门批准，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，这里所谓擅自发行股票，包括：(1)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；(2)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；(3)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。

第二、未经公司法规定的有关主管部门批准，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：(1)股份有限公司；(2)国有独资公司；(3)两个以上的国有企业投资设立的有限责任公司；(4)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。

除上述行为外，《决定》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。意即，除实施了上述一种或两种行为之外，行为者还必须：(1)发行数额巨大、且后果严重；抑或(2)发行数额虽然够不上巨大，但有其他严重情节行为者，才能成立本罪。

4、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，因而在主观不法要素上，本罪行为人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、或者明知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至危害社会、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，可给予公司违法处分。

（二）有关注意、研讨问题。

1、应当注意本罪与虚假发行股票债券罪的区别与联系。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；其同类客体都是违反公司法律秩序的犯罪。其主要区别点在于，(1)犯罪主体要求不同。本罪不是身份犯，任何人都能成立为本罪主体；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；后罪的行为主体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；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管理机关又包括社会公众；后罪的诈欺对象主要是广大认购股票、公司债券的社会公众或国家授权投资的机构。

2、本罪与集资诈骗罪的区别。后罪是由全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》第8条第一、二款所规定的。后罪场合，行为人往往利用非法发行股票、债券的办法来搞假集资、真诈骗。此种场合，二罪的主要区别在于：主观犯意和目的上的不同。本罪行为人是以诈骗的方法来集资；后罪行为人则是以以集资的方法来诈骗。这是区分二罪的本质点。因而本罪行为人虽有非法发行或非法牟利的目的，却没有非法占有的目的；后罪行为人的行为目的却绝非仅止于非法牟利，而是非法占有。亦即后罪行为人的犯意在于一俟以以集资手法诈骗钱款到手，即便逃之夭夭。因而，假如如行为人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），即应当认定为以集资诈骗罪而非本罪，但在此过程中，要注意将“不拟归还”与“不能归还”区别开来。

3、本罪在犯罪主体上所引起的争论，表明本罪在立法技术上确有缺口。其改进要则在于：其一，宜对犯罪主体作出必要的以规制，免致歧义。其二，可因犯罪主体的不同、在一个法律规条中分列两款设定两种不同的本罪构成标准——主要不同点在于犯罪主体上的以规制不同：一为特别犯亦即身份犯，要求由有资格发行股票、公司债券者构成；另一为一般犯，专对无资格者而言；亦即刑法上专对无资格发行股票、公司债券者设定的擅自发行股票、债券罪。其三，对两种不同犯罪构成规制不同的以量刑单位。对无身份人实施本罪者，由于其主观恶性相对更大，因而其法定刑设置理当更重。

注释：

(1) 参见以娄云生：《法人犯罪》中国政法大学出版社1996年版第424页。

(2) 参见以薛伟宏、辛文：《法人犯罪办案实务432问》人民法院出版社1996年版第200、201页。

(3) 参见以李僚义、李恩民：《中国法人犯罪的罪与罚》中国检察出版社1996年版第316页。

（作者系中国社科院法学研究所研究员、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事）

更新日期：2007-1-17

阅读次数：642

上篇文章：以“转化型故意杀人罪”立论之质疑

下篇文章：以非法吸收公众存款罪探析

 打印 |  关闭

 TOP