

# 三招区分擅自发行股票罪与非法吸收公众存款罪

肖飒 张超

在刑事司法领域,犯罪嫌疑人通过转让股份的方式吸收公众资金构成“擅自发行股票罪”还是“非法吸收公众存款罪”是饱受争议的话题。

笔者将通过真实案例进行分析,勾勒出擅自发行股票罪与非法吸收公众存款罪之间的界线。

## 真实案例分析

2002年1月,被告公司文华信通公司为筹集经营资金,在未经有关部门依法批准的情况下,由李译指使李芙蓉与中大产权公司签订股权转让协议,委托中大产权公司向社会公众转让文华信通公司股东富邦公司及周某某、靳某等人所持的股权,其中,委托中大产权公司转让富邦公司所持的300万股股权。中大产权公司以每股2.8元至5.5元不等的价格向社会公众推销文华信通公司股权,并发放相应的股票持有卡,同时宣传文华信通公司将在2006年三季度以前,以3至5新加坡元的价格海外上市,并承诺如不能上市,将对投资人的投资还本付息。

通过上述方式,文华信通公司共计转让股权1849人次、股权28177920股,大大超出上述股东所持股权数量。其中,中大产权公司向648人次转让富邦公司所持文华信通公司股权362.7万股,超出委托协议约定62.7万股。李芙蓉根据李译的指使,参与办理股权转让登记手续,收取股权转让款,并将所收取的股权转让款以还款名义交给文华信通公司,用于该公司经营支出。

案发后,2009年1月20日,被告人李译、李芙蓉因涉嫌擅自发行股票罪被逮捕。后经某市中级人民法院一审开庭审理,人民法院判决被告单位文华信通公司、被告人李译、被告人犯非法吸

收公众存款罪。后被告单位文华信通公司、被告人李译不服,向某省高级人民法院上诉,其上诉的主要理由为:文华信通公司所转让的股权是真实存在的股权,转让股权收入的所有款项均用于公司经营活动,且对所有股民进行过股利及配股的分配,属于真实的股权转让,文华信通公司的行为属于擅自发行股票的行为,原审判决认定文华信通公司与李译、李芙蓉构成非法吸收公众存款罪属性错误。

## 以对外转让为名 行非法吸收公众存款之实

本案争议的焦点在于被告单位与被告人的行为是属于擅自发行股票还是非法吸收公众存款。笔者认为,被告单位与被告人的行为是非法吸收公众存款,而非擅自发行股票。原因有以下几个方面:

首先,被告单位与被告人的行为是虚假对公众转让股权,不具有发行股票的真实内容。本案中,中大产权公司向公众转让富邦公司所持文华信通公司股权362.7万股,大大超出委托协议约定的62.7万股。可见,该转让行为并非真实的股权转让,而是虚假的股权转让。虽然被告人在缴纳资金时获得了相应的“股票持有卡”,但该“股票持有卡”不具有代表真实股权的效力,不能据此认定被告单位与被告人的行为是发行股票。

其次,被告单位与被告人的行为以对外转让股权为名,行非法吸收公众存款之实。中大产权公司宣传时承诺,如被告公司不能上市,将对投资人的投资还本付息。这意味着被告单位与被告人的行为未经有关部门依法批准,指示中大产权公司公开向社会公众吸收资金,并承诺还本付息,该行为符合非

法吸收公众存款罪的构成要件。

因此,被告单位与被告人的行为构成非法吸收公众存款罪。该省高级人民法院在二审阶段亦据此依法认定,被告单位与被告人的行为构成非法吸收公众存款罪。

## 三方面特征区别

毋庸置疑,擅自发行股票与非法吸收公众存款均属于非法吸收资金的行为。那么,如何区分“擅自发行股票罪”与“非法吸收公众存款罪”呢?我们认为,可以通过以下三个方面进行区分:

其一,考察行为人的客观行为。就非法吸收公众存款而言,行为人未经有关部门依法批准,公开向不特定公众吸收资金,并承诺还本付息或给付回报即可以构成本罪,其行为不具有发行股票的真实内容;就擅自发行股票而言,行为人为具有发行股票的真实内容,不具有还本付息的特征,且行为人不特定多数人擅自发行股票可以构成本罪,向超过200人的特定对象擅自发行股票也可以构成本罪。

其二,考察行为人主体性质。在我国,只有符合特定条件的股份有限公司可以发行股票,因此,擅自发行股票罪只能由股份有限公司构成;有限责任公司等其他单位不能够发行股票,如果以发行股票为名义吸收资金,则属于变相吸收公众存款。

其三,考察行为人的主观方面。就非法吸收公众存款而言,行为人主观上意图吸收资金;就擅自发行股票而言,行为人主观上不仅应具有通过发行股票吸收资金的故意,还应当具备使持股人作为股东的故意。

综上所述,我们认为,司法实践中把握以上三点内容,可以将“擅自发行股票罪”与“非法吸收公众存款罪”有效区别,以达到罚当其罪的司法效果。

(作者单位:北京市大成律师事务所)



周靖宇/制图

# 违规手法翻新 股民与债民齐维权进行时

证券时报记者 刘雯亮

## \*ST集成: 重大事项未及时披露

2015年4月14日,\*ST集成(原超日太阳)发布公告称,收到中国证监会下发的《行政处罚及市场禁入事先告知书》。

中国证监会认定,超日股份涉嫌存在以下违法行为:第一,公司未披露在海外收购光伏电站项目的情况;第二,公司未按规定披露超日卢森堡向国家开发银行(以下简称国开行)贷款过程中相关股权质押情况;第三,公司未及时披露公司与境外合作方签订的《电站公司管理协议》;第四,公司虚假确认对上海佳途太阳能科技有限公司(以下简称上海佳途)销售收入1.63亿元,导致2012年半年报、第三季度营业收入和利润总额虚假记载;第五,公司提前确认对天华阳光新能源有限公司(以下简称天华新能源)销售收入2.38亿元,导致2012年第三季度报告营业收入、利润总额虚假记载;第六,公司未及时公告对已售太阳能组件调减价格的情况。

具体说来,超日香港系超日股份的全资子公司。2011年7月7日,超日股份通过超日香港出资70%与天华欧洲(占股30%)合资成立海外合资公司,简称为超日卢森堡。

2011年12月19日至2012年11月28日,超日股份的海外合资公司超日卢森堡及其子公司OPEN-

WAVE LTD. 向天华阳光控股有限公司(以下简称天华阳光控股)的海外下属公司收购位于保加利亚和希腊境内的共计22个光伏电站项目,合计金额3.7亿元,达到超日股份2011年经审计净资产的12.69%。超日股份未披露上述交易。

相关项目的收购及谈判由时任超日股份董事长、总经理倪某和天华阳光控股的实际控制人苏某协商确定,相关的收购价格由二人协商确定。双方没有签订合作框架协议等文件,没有经过超日股份董事会及股东会审议。

超日股份2012年年报显示,根据《企业会计准则第33号-合并财务报表》的规定,超日股份将超日卢森堡等四家海外下属公司纳入合并范围并对2011年年报进行追溯调整。

超日股份上述行为违反《证券法》第六十七条第二款(二)项“发生重大事件”的规定,且“发生重大事件”包括:“(一)公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定”;“构成《证券法》第一百九十三条第一款所述‘发行人、上市公司或者其他信息披露义务人……所披露的信息有虚假记载’的情形”。

鉴于此,中国证监会拟决定对超日股份责令改正,给予警告,并处以60万元罚款;对倪某给予警告,并处以30万元罚款;对其他负责人分别给予警告,并处以3万元至30万元罚款。

根据《证券法》及最高法院虚假陈述司法解释规定,上市公司因虚假陈

述受到证监会行政处罚,权益受损的投资者可以向有管辖权的法院提起民事赔偿诉讼。

为维护广大因虚假陈述受损投资者的合法权益,上海天铭律师事务所宋一欣律师、浙江裕丰律师事务所厉健律师向曾经购买过\*ST集成(原超日太阳)股票或Y1超日债“债券”并遭受虚假陈述损害的投资者联合征集诉讼委托,拟代理投资者索赔。

宋一欣律师表示,根据司法解释规定和处罚决定,符合下列条件者可以起诉索赔:在2011年12月19日至2013年1月23日期间买入\*ST集成股票,并且在2013年1月24日之后卖出股票或继续持有股票的投资者;在2012年3月17日至2012年10月16日期间买入\*ST集成股票,并且在2012年10月17日之后卖出股票或继续持有股票的投资者。

与此同时,在2012年4月20日Y1超日债“上市”之日起至2013年1月23日期间买入Y1超日债,并且在2013年1月24日之后卖出债券或继续持有债券的投资者也包括在内。

## 国创能源: 定向增发背后的违规

2015年4月8日,国创能源(原名\*ST国创)发布公告称,公司收到中国证监会贵州证监局《行政处罚事先告知书》,因公司2012年年度财务报告虚假记载构成虚假陈述拟予以行政处罚。

经审理查明,国创能源涉嫌违法的事实如下:2012年5月4日,国创能源与江苏帝普矿业投资有限公司(以下简称“江苏帝普”),陈世达签订《合作备忘录》,约定国创能源推进定向增发股票购买美国TPI公司资产(美国纳西煤矿产)事宜。无论定向增发是否成功,陈世达都承担不超过人民币2000万元相关费用。江苏帝普为收购美国纳西煤矿产的运作平台和定向增发相关工作的实施平台,指定其上海分公司为具体的费用代收方和代付方。

2012年6月20日,陈世达、贵州阳洋矿业投资有限公司(以下简称“阳洋矿业”),国创能源签订《委托融资协议书》,约定陈世达委托阳洋矿业融资10亿元,

用于参与认购国创能源定向增发份额以及定向增发收购资产的费用,国创能源为陈世达提供监管账户,并对此次融资资金进行监管。同日,阳洋矿业、上海优道投资管理有限公司(以下简称“上海优道”)、国创能源签订《融资服务框架协议》,约定阳洋矿业委托上海优道融资10亿元,国创能源为阳洋矿业提供监管账户。

2012年2月22日,国创能源五届董事会八次会议审议通过了全资收购江苏帝普的议案。2012年4月1日,江苏帝普在上海设立分公司(法人独资)。国创能源2012年年报中列示江苏帝普为国创能源全资子公司,但国创能源未将江苏帝普上海分公司为实现备忘录和两协议的账户资金往来、费用纳入到会计核算,导致国创能源2012年度合并报表未分配利润增加119.4万元。

2014年4月30日,国创能源对2012年财务报告会计差错进行更正,追溯调整后2012年年报的净利润为165.2万元,调整后2012年公司虚增利润119.4万元,占当期2012年度净利润的72.28%。上述违法事实,有国创能源2012年年报和2013年年报、国创能源的相关协议、相关人员询问笔录等证据证明。

国创能源等的行为违反了《证券法》第六十三条、第六十八条的规定,构成了《证券法》第一百九十三条所述违法行为。中国证监会决定对国创能源给予警告,并处以30万元罚款;对相关责任人给予警告,并处以3万元至20万元罚款。

根据《证券法》及最高法院虚假陈述司法解释规定,上市公司因虚假陈述受到证监会行政处罚,权益受损的投资者可以向有管辖权的法院提起民事赔偿诉讼。

为维护广大因虚假陈述受损投资者的合法权益,上海天铭律师事务所宋一欣律师、浙江裕丰律师事务所厉健律师向曾经购买过国创能源并遭受虚假陈述损害的投资者联合征集诉讼委托,拟代理投资者索赔。

宋一欣律师表示,根据司法解释规定和处罚决定,符合下列条件者可以起诉索赔:在2013年3月12日到2014年3月18日之间期间买入,并在2014年3月19日后卖出或继续持有国创能源股票。

# 6月暂新增1家公司受处分

证券时报记者 刘雯亮

根据深交所、上交所网站显示,2015年以来,两市共有22家公司或相关当事人受到交易所处分,其中6家为沪市上市公司,其余为深市上市公司。截至目前,6月受处分公司数目为1家,为伊立浦。相比之下,去年6月,两市共有6家上市公司受处分。

截至目前,沪市有6家公司或相关当事人受处分,6月并未新增沪市公司受处分。相比之下,去年6月,有6家沪市公司受处分。其中,诸如浙报传媒相关当事人,\*ST成城及相关当事人和博汇纸业及相关当事人受到公开谴责处分。

深市有16家公司或相关当事人受处分。除康达尔或相关当事人、北大

医药或相关当事人、禾盛新材相关当事人,\*ST云网相关当事人,\*ST舜船相关当事人和齐星铁塔及相关当事人受公开谴责处分之外,其他9家公司均受通报批评处分。另外,今年4月,因存在评估时未勤勉尽责的违规事实,北京恒信德律资产评估有限公司及相关当事人被通报批评。去年5月,仅有1家深市公司受处分。

从处分类型看,今年以来新增9家公司或相关当事人9次受到两大交易所公开谴责,即康达尔或相关当事人、北大医药或相关当事人、禾盛新材或相关当事人、中科云网相关当事人,\*ST舜船相关当事人、齐星铁塔及相关当事人、海润光伏相关当事人、大连控股及相关当事人和多伦股份相关当事人。

上市公司诚信档案(2015年1月至6月)			
公司代码	公司简称	处分日期	处分类别
002266	浙江控股	2015/1/5	通报批评
002514	宝鼎科技	2015/1/6	通报批评
002069	獐子岛	2015/1/9	通报批评
000048	康达尔	2015/1/30	公开谴责
000788	北大医药	2015/2/3	公开谴责
002460	赣锋锂业	2015/2/10	通报批评
002290	禾盛新材	2015/2/13	公开谴责
002263	大东南	2015/3/17	通报批评
000007	零七股份	2015/3/19	通报批评
002189	利达光电	2015/3/27	通报批评
000996	中国中期	2015/4/16	通报批评
002306	*ST云网	2015/4/20	公开谴责
000659	*ST中富	2015/4/22	通报批评
002608	*ST舜船	2015/4/27	公开谴责 通报批评
002359	齐星铁塔	2015/5/8	公开谴责 通报批评
002260	伊立浦	2015/6/15	通报批评
600234	山水文化	2015/2/26	通报批评
600401	海润光伏	2015/4/23	通报批评 公开谴责
600261	阳光照明	2015/4/23	通报批评
600747	大连控股	2015/4/28	公开谴责 通报批评
600696	多伦股份	2015/4/28	公开谴责 通报批评
600212	江泉实业	2015/4/28	通报批评

数据来源:上交所、深交所网站 刘雯亮/制表 周靖宇/制图

**友情提示**

**上海天铭律师事务所 宋一欣 律师**  
 联系电话: 021-63140581  
 联系地址: 上海斜土路768号7L

**浙江裕丰律师事务所 厉健 律师**  
 联系电话: 13958118283  
 联系地址: 杭州万塘路18号A501