

# 非法经营“荐股软件”风险大

肖飒 张超

随着“牛市”卷土重来,证券投资咨询业务成为股票投资领域的新宠。作为对“牛市”的回应,市场上出现了诸多销售“荐股软件”的经营者,这些“荐股软件”以证券投资咨询软件的形象展示在股民面前。

然而,证券投资咨询业务的准入条件极其严格,只有符合法律、法规、规章的主体才能依法经营。本文将通过分析典型案例,揭示以“荐股软件”的形式非法经营证券投资咨询业务面临的刑事风险。

## 典型案例

2011年8月,被告人李某在某市注册成立利泰科技信息有限公司(以下简称“利泰公司”)后,纠集被告人余某向广东等地的多名股民销售“利泰金融终端系统”软件(该软件的主要作用是向股民提供具体股票的投资分析意见、买卖时机建议,预测具体股票的价格走势)以牟取非法利益。案发后,公安机关于2013年9月3日将被告人李某、余某抓获归案。一审人民法院经审理查明:利泰公司未经中国证监会许可从事证券投资咨询业务,且李某、余某亦不具有证券投资咨询从业资格。经审计,自2013年1月1日至案发,利泰公司销售“利泰金融终端系统”共859套,累计金额人民币1200余万元。故一审人民法院认为被告人未经证监会批准非法经营证券业务,扰乱市场秩序,情节严重,其行为构成

非法经营罪,判处两名被告人有期徒刑四年并处罚金400万元。

后被告人不服,向高级人民法院提起上诉。其上诉理由为:利泰公司的主营业务是销售金融终端系统软件,不是证券投资咨询业务,且被告人主观上没有非法经营证券业务的故意。因此,被告人否认其行为构成犯罪。

## 构成非法经营罪 两点理由

笔者看来,两名被告人的上诉理由没有法律依据,两名被告人的行为构成非法经营罪。理由有以下两个方面:

首先,两名被告人未经证监会许可,非法经营证券投资咨询业务。两名被告人未经证监会许可,通过销售“荐股软件”,向股民提供具体股票的投资分析意见、买卖时机建议,预测具体股票的价格走势,属于非法经营证券投资咨询业务。我国证监会以《证券法》为依据制定的《关于加强利用“荐股软件”从事证券投资咨询业务监管的暂行规定》指出,向投资者销售或者提供“荐股软件”,并直接或者间接获取经济利益的,属于从事证券投资咨询业务,应当经中国证监会许可,取得证券投资咨询业务资格。“本案中,虽然利泰公司的主营业务是销售金融终端系统软件,但该软件的主要作用是向股民提供具体股票的投资分析意见、买卖时机建议,预测具体股票的价格走势,故两名被告人经营的“荐股软件”销售业务的本质是非法经营证券投资咨询业务。

其次,两名被告人非法经营证券投资咨询业务的行为属于非法经营证券业务,符合非法经营罪的犯罪构成。依照《证券法》第169条的规定,证券业务包含证券投资咨询业务。我国《刑法》第225条规定:违反国家规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产……(三)未经国家有关主管部门批准非法经营证券……业务的……”从本案中两名被告人的客观行为来看,其违反《证券法》的规定,在未经中国证监会许可、未取得证券投资咨询业务资格的情况下,以非法经营证券投资咨询业务的方式非法经营证券业务,扰乱市场秩序,情节严重;从本案两名被告人的主观方面来看,其明知利泰公司销售的“荐股软件”具备证券投资咨询的功能,并意图通过销售该软件获取非法利益,具有犯非法经营罪的主观故意。故本案中两名被告人构成非法经营罪。

正是基于这种原因,二审人民法院依法维持原判,驳回被告人上诉。

为了维护市场经济秩序的稳健,建立“经营者许可制度”是世界各国发展市场经济的通行做法。因此,经营者在经营的过程中应当依法取得各类经营许可,这不仅仅是经营者自身合法经营的前提,也是对消费者合法权益的保障,更是市场经济健康发展的重要基石。(本案为拟制案例,如有雷同,纯属巧合)

(作者单位:北京大成律师事务所)



彭春霞/制图

# 两案同日获受理 有望进入实体审理阶段

证券时报记者 刘雯亮

## 上海家化、上海物贸: 双双被罚

证券时报记者获悉,本周三,投资者诉上海物贸、上海家化虚假陈述案同时被上海市第二中级人民法院受理。上海市华荣律师事务所许峰律师表示,目前投资者维权立案障碍已经消除,不久后两案将正式进入实体审理阶段。

两家公司双双沦为被告,皆因早前的信息披露违法行为所致。2015年6月12日,两公司发布公告称,因公司此前涉嫌违反证券法律法规已由上海证监局调查结束,目前已收到中国证监会上海证监局《行政处罚决定书》。针对两公司虚假陈述行为,上海证监局分别对上海家化及上海物贸予以30万元、40万元的行政处罚。

公告显示,上海证监局对上海家化的立案调查始于2013年11月20日。早在去年12月24日,上海家化就收到上海证监局《行政处罚事先告知书》,因上海家化未披露与吴江市黎明日化用品厂(以下简称“黎明日化”)的关联关系及关联交易等违法行为,上海证监局拟对上海家化处以30万元罚款,并对负有高管予以相应处罚。

针对上述事先告知涉及的信息披露违法行为,上海家化及相关人员因不服处罚曾向上海证监局进行过申辩。他们认为,上海家化与黎明日化并不构成关联关系,认定关联关系的法律适用不当,且其行为动机不存在过错。不过,上海证监局表示,对于相关事实认定和法律适用是清楚和准确的,相关申辩意见不足以推翻上述认定。从最终的行政处罚决定书可以看出,上海证监局仍然维持了原来的处罚结果。

与上海家化违法行为不同的是,上海物贸系因财务虚假记载被行政处罚。上海证监局对上海物贸的行政处罚决定书显示,2008年至2011年期间,上海物贸全资子公司上海燃料采用多种方法少结转成本、虚增年末库存,导致上海物贸2008年至2011年年度报告中资产和利润总额虚增,成本虚减,存在虚假记载。为隐瞒上述虚假记载行为,上海物贸将以前年度所有亏损作为2012年当年亏损反应在

年度报告中,导致2012年年度报告虚假记载。同时,上海物贸在发现上海燃料发生上述重大亏损时,也未及时履行信息披露义务。

与上海家化相似的是,上海物贸在今年2月份收到上海证监局《行政处罚事先告知书》,公司和相关负责人同样进行陈述、申辩,但结果都被上海证监局驳回。

## 索赔正式启动

漫长的等待终于有了实质性的结论,投资者索赔帷幕由此正式拉开。许峰律师介绍,其在两个公司的行政处罚决定书下达的第一时间就将投资者索赔资料递交给了法院。但是法院表示,需要提供证监会行政处罚决定书全文才能予以正式受理。

据了解,许峰律师当天即赶往上海证监局办公地点,并当场递交了信息公开申请表,请求证监局提供相关行政处罚决定书复印件或者尽快将相关文件上传官网供投资者打印,以排除立案障碍。不到两周时间,上海证监局即作出回复,表示处罚决定书已上网公布。许峰律师表示,上海证监局的办事效率的确值得称赞,也着实为投资者解了燃眉之急。在拿到行政处罚决定书后的第二天,我已向法院递交,并得以顺利立案。”

许峰律师进一步表示,根据《证券法》及最高人民法院关于证券虚假陈述的司法解释,上市公司虚假陈述被证监会行政处罚,因虚假陈述行为受到损失的投资者可依法提起索赔,要求上市公司及相关责任人赔偿其投资差额损失。

针对上海家化虚假陈述行为,许峰律师认为,在2008年4月1日至2013年11月20日之间买入上海家化,并在2013年11月20日之后卖出股票或继续持有股票的投资者,可向上海家化提起索赔。针对上海物贸虚假陈述行为,许峰律师则认为,在2009年3月17日到2013年10月11日之间买入上海物贸或物贸B股,并且在2013年10月11日之后卖出股票或继续持有股票的投资者,可向上海物贸提起索赔。

目前许峰律师团队针对上海家化及上海物贸的投资者索赔征集正在进行中,符合上述条件的投资者均可与律师团队取得联系,递交相关索赔资



彭春霞/制图

料,参与维权。

## 华鑫股份:控股股东 未披露重大信息

2013年9月3日,华鑫股份(原股票代码“上海金陵”)发布《关于收到证监会上海证监局对公司行政处罚决定书公告》。中国证监会查明,仪电集团存在以下违法事实:仪电集团通过直接持股以及通过上海兴正投资管理公司(以下简称“兴正投资”)持股上海敏特投资有限公司(以下简称“敏特投资”)、上海华铭投资有限公司(以下简称“华铭投资”),对敏特投资、华铭投资具有控制权关系。此外,仪电集团对敏特投资、华铭投资的人事、财务、投资决策均有控制权。

2008年5月,仪电集团与仪电集团本部工会签订《委托持股协议》,仪电集团本部工会以代持的方式持有仪电集团对兴正投资100%股权。2008年6月2日,仪电集团与敏特投资、华铭投资合计持有“上海金陵”股权比例7.59%(其中仪电集团直接持股0.43%),超过上市公司总股本的5%,仪电集团应当予以披露。2008年6月3日,上海市国资委将所持“上海金陵”股权转让至仪电集团名下后,仪电集团与敏特投资、华铭投资合计持有“上海金陵”股权比例24.95%(其中仪电集团直接持股17.71%),仪电集团仍未对合计持股情况进行披露。2010年5月10日,敏特投资将所持“上

海金陵”股票通过大宗交易转让给仪电集团。

经中国证监会调查,最终认定仪电集团的上述行为违反了《证券法》的相关规定,构成虚假陈述,对其给予警告,并处以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,上市公司控股股东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。

上海天铭律师事务所宋一欣律师指出,根据证监会处罚决定,可以认定仪电集团信息披露违规行为构成证券虚假陈述,权益受损投资者可以向上海一中院起诉仪电集团索赔损失。

为维护广大因虚假陈述受损投资者的合法权益,宋一欣律师向曾经购买过“华鑫股份”股票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。

根据司法解释规定,符合下列索赔条件的投资者即可参加索赔:在2008年6月2日至2010年5月10日期间买入华鑫股份,并且在2010年5月10日之后卖出或继续持有股票的投资者。

投资者应提供身份证复印件、股东卡复印件、加盖证券公司营业部印章的股票交易对账单原件(以首次买入打印到现在)、联系电话手机号码及地址邮编。免费审核后,律师将对符合索赔条件、决定委托诉讼的投资者,进一步提供相关诉讼文件。

# 6月有4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25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4家,为伊立浦、启明信息、华仁药业和亚太实业。相比之下,去年6月,两市共有6家上市公司受处分,同比减少近一半。

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19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12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。

上市公司诚信档案(2015年1月至7月)			
公司代码	公司简称	处分日期	处分类别
002266	浙富控股	2015/1/5	通报批评
002514	宝馨科技	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	中汇中期	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
002359	齐星铁塔	2015/5/8	公开谴责
002260	伊立浦	2015/6/15	通报批评
002232	启明信息	2015/6/18	通报批评
300110	华仁药业	2015/6/23	通报批评
000691	亚太实业	2015/6/29	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
600261	阳光照明	2015/4/23	通报批评
600747	大连控股	2015/4/28	公开谴责
600696	多伦股份	2015/4/28	公开谴责
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 彭春霞/制图