

从证券犯罪视角看非法经营罪

肖飒 张超

近来,公安部门开始集中打击证券犯罪。因此,日常生活中并不常见的内幕交易罪、泄露内幕信息罪、利用未公开信息交易罪、操纵证券市场罪等罪名通过各大媒体走进公众视野,但是其往往忽略证券类犯罪中另一个常见的重要罪名——非法经营罪。笔者将通过分析典型案例,对证券犯罪领域中非法经营罪认定的要点进行梳理。

典型案例

2007 年 3 月 19 日,上海兴旺投资管理有限公司(以下简称“兴旺公司”)经工商管理部门批准注册成立,注册资金人民币 10 万元,刘某某任法定代表人,赵甲任市场部、客服部负责人,杜某某任操作部负责人。期间,为了便于开展非法证券业务,刘某某在互联网上注册设立了“酷爱投”网站,刊登证券投资信息、公开招徕投资者。同年 4 月,被告人赵甲和刘某某、杜某某又先后为兴旺公司租借了办公地点及虚拟办公室。

2007 年 1 月至 7 月间,被告人赵甲伙同刘某某、杜某某在明知兴旺公司未经国家有关主管部门批准,获得从事证券投资咨询业务资格,个人亦不具有从事证券投资咨询业务资质的情况下,仍通过“酷爱投”网站推出了“挖金子”、 “ 胀投资 ” 等投资证券的理财品种广告。以此公开招徕了全国 30 个地区的 600 余名投资者,以兴旺公司名义与投资者签订了《委托理财协议书》,进行投资股票咨询和代理买卖股票等经营活动,并通过兴旺公司的银行账户以及以赵甲、刘某某、杜某某个人名义所设立的银行账户,收取投资者管理费、投资理财利润分成款共计 700 余万元。事后,刘某某从中分得

赃款 180 余万元,杜某某和赵甲从中各分得赃款 130 余万元。

案发后,人民法院经审理认为,被告人赵甲、刘某某、杜某某犯非法经营罪,各判处有期徒刑五年,并处罚金人民币 400 万元。

把握两要点

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:(一)未经国家有关主管部门批准非法经营证券……业务的;”因此,笔者认为,非法经营证券业务构成非法经营罪应当把握以下两个要点。

首先,行为人“违反国家规定”。我国《刑法》第 96 条规定:“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”因此,行为人违反的规定只能是刑法规定的几种规定。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。因此,从本案中被告人的客观行为来看,其违反《证券法》的规定,在未经我国证监会许可、没有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,可以被认定为违反国家规定”。

司法实践中常见的问题是国务院办公厅发布的文件如何认定其性质。在我国,国务院办公厅时常发布打击非法经营证券业务的文件,该文件能否认定为国家规定呢?为了解决这一问题,最高人民法院发布了《关于准确

理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》,其指出:“以国务院办公厅名义制发的文件,符合以下条件的,亦应视为刑法中的“国家规定”: (1)有明确的法律依据或者同相关行政法规不相抵触;(2)经国务院常务会议讨论通过或者经国务院批准;(3)在国务院公报上公开发布。”因此,若国务院办公厅名义制发的文件若符合上述条件,违反这些文件也可以认定为违反国家规定。

其次,行为人未经国家有关主管部门批准,非法经营证券业务。正如前文所述,我国《证券法》第 169 条第一款规定:“投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所从事证券服务业务,必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准。”本案中,数名被告人在未经我国证监会许可、没有取得证券投资咨询业务资格的情况下,仍通过“酷爱投”网站推出“挖金子”、“胀投资”等投资证券的理财品种以非法经营证券投资咨询业务,属于非法经营证券业务。因此,行为人构成非法经营罪。

综上所述,我们认为,非法经营证券业务构成非法经营罪的,要通过两方面进行把握。首先,应当考察行为人的行为是否“违反国家规定”。如果行为人没有违反刑法中的国家规定,仅违反了部门规章或其他省级人民政府等机构颁布的规定,不能够认定为本罪中的“违反国家规定”;其次,行为人未经国家有关主管部门批准,非法经营证券业务。其有两层含义:第一层含义是行为人经营的证券业务必须有许可制度,如果其经营的证券业务没有许可制度,则行为人不可能违反国家规定,不能以本罪定罪处罚;第二层含义是行为人未经证监会批准实行了非法证券业务,这意味着行为人没有取得相关许可非法经营证券业务,符合本罪的犯罪构成。(本案例为虚拟教学案例,如有雷同纯属巧合)

(作者单位:北京大成律师事务所)



正式处罚落定 两公司股民索赔全面启动

证券时报记者 刘雯亮

多伦股份：控股股东涉嫌短线交易

继多伦股份(现用名匹凸匹)实际控制人鲜某因虚假陈述被处罚后,今年 8 月,多伦股份因涉嫌信披违法,中国证监会上海监管局发布行政处罚决定书。

公告称,公司控股股东原多伦投资(香港)有限公司涉嫌短线交易多伦股份股票一案,中国证监会上海监管局依法对公司做出行政处罚:对多伦投资(香港)给予警告,并处以 10 万元罚款。

其实,早在 4 月 30 日,多伦股份发布公告称,因涉嫌未按规定披露信息被证监会立案调查。公告同时称,如公司违法行为性质恶劣、情节严重、市场影响重大,在行政处罚决定书中被认定构成重大违法行为,公司股票将被实施退市风险警示,并暂停上市。

在 4 月中旬,多伦股份就已收到上海证监局《行政处罚决定书》。上海证监局发现,多伦股份控股子公司荆门汉通置业有限公司违规担保涉及担保范围 8000 多万元,涉及 5500 万元的担保责任诉讼没有及时披露等问题。值得关注的是,在近两年前,公司实际控制人鲜某也曾因信息披露违规被证监会处罚。

2013 年 12 月,多伦股份发布收到行政处罚决定书的公告,上海证监局

认定:2012 年 5 月 21 日,公司原实际控制人李某将其 51%控股股权转让给鲜某,鲜某成为公司实际控制人。鲜某没有根据《上市公司收购管理办法》的有关规定,及时编制权益变动报告书并履行公告、报告等信息披露义务,迟延履行。李某迄今没有履行相关信息披露义务。证监局最终认定李某、鲜某的上述行为违反了《证券法》的相关规定,构成虚假陈述,对二人给予警告,并处以 30 万至 60 万元不等的罚款。

上海市华荣律师事务所许峰律师表示,针对此次行政处罚,其认为在 2013 年 3 月 2 日至 2015 年 4 月 15 日期间买入多伦股份,并且在 2015 年 4 月 15 日后卖出或者继续持有股票受到损失的投资者可发起索赔。而针对鲜某早前的信披违规行为,投资者提起索赔的条件是在 2012 年 5 月 21 日至 2012 年 7 月 21 日期间买入多伦股份,并且在 2012 年 7 月 21 日之后卖出或继续持有股票受到损失的投资者。值得一提的是,针对鲜某的起诉时效,截至 2015 年 12 月 12 日届满。

上海物贸：会计信息虚假记载

2015 年 6 月 12 日,上海物贸发布《关于收到中国证监会上海监管局行政处罚决定书的公告》。经查明,上海物贸存在以下违法事实: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(合并)中资产和利润总额虚增,成本虚减,存在虚假记载。

上海物贸未按《企业会计准则》相关规定,在 2012 年年度报告中对 2008 年至 2011 年年度报告中披露的相关财务数据进行更正,而是将 2008 年至 2011 年隐瞒的所有亏损作为 2012 年当年亏损反映在年度报告中,导致上海物贸 2012 年年度报告存在虚假记载。同时,上海物贸在发现上海燃料发生上述重大亏损时,也未按照《上市公司信息披露管理办法》第 33 条第一款的规定及时履行信息披露义务。

上海物贸上述行为违反《证券法》第 63 条以及第 67 条相关的规定,构成了《证券法》第 193 条第一款规定的“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按照规定披露信息,或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”违法行为。根据《证券法》第 68 条第三款的规定,上市公司董事、监事、高级管理人员应当保证上市公司所披露的信息真实、准确、完整。

根据当事人违法行为的事实、性质、情节与社会危害程度,根据《证券法》第 193 条第一款的规定,上海监管局决定对上海物贸责令改正,给予警告,并处以

40 万元罚款;同时,还对相关责任人员处以警告并分别处 3 万至 30 万元罚款。

上海天铭律师事务所宋一欣律师指出,根据行政处罚决定,可以认定上海物贸信披违规行为构成证券虚假陈述,权益受损投资者可向上海二中院起诉索赔损失。早在一年多前,维权律师已开通预征集通道,通过律师的专业判断,提醒投资者预备索赔,如今正式行政处罚决定公布,股民索赔全面启动。

浙江裕丰律师事务所厉健律师进一步指出,上海物贸连续 5 年财务造假,违法情节极其恶劣,在《行政监管措施决定书》、《立案通知书》两份公告发布后首个交易日,上海物贸开盘后股价一度跌停,A 股收盘价为 13.39 元,物贸 B 股收盘价 0.653 美元,投资者损失惨重。

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、厉健律师向曾经购买过上海物贸股票并遭受虚假陈述损害的投资者联合征集诉讼委托,代理投资者索赔。

宋一欣律师表示,根据司法解释规定,符合索赔条件的投资者为:在 2009 年 3 月 17 日至 2013 年 10 月 11 日期间买入上海物贸 A 股或 B 股股票,并在 2013 年 10 月 11 日后卖出或继续持有该股票。

两公司8月二度受罚

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 47 家公司或相关当事人受到交易所处分,其中 17 家为沪市上市公司,其余为深市上市公司。截至目前,8 月新增受处分公司数目与次数分别为 3 家与 5 次,即 *ST 云网、大东南、东方网络。值得一提的是,*ST 云网和东方网络在本月二度二度受罚。相比之下,去年 8 月,两市共有 9 家上市公司受处分。

截至目前,沪市有 17 家公司或相关当事人受处分,8 月暂无新增公司。去年 8 月,有 4 家沪市公司受处分。

深市有 30 家公司或相关当事人受处分,8 月新增 3 家公司 5 次受罚。去年 8 月,有 5 家深市公司受处分。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。

从处分类型看,今年以来新增 15 家公司或相关当事人 16 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(二度)、*ST 舜船相关当事人、齐星铁塔及相关当事人、露笑科技及相关当事人、顾地科技及相关当事人、威华股份相关当事人、亚太实业相关当事人、海润光伏相关当事人、大连控股及相关当事人、多伦股份相关当事人、*ST 安泰及相关当事人和东方网络相关当事人。其中,8 月新增两家公司当事人受公开谴责,即 *ST 云网相关当事人和东方网络相关当事人。

2011 年 11 月 28 日,深交所发布《创业板退市制度意见征求意见稿》,在原有的创业板退市标准体系上,新增在最近 36 个月内累计受到交易所公开谴责三次”条件。2012 年 5 月 1 日开始实施的创业板退市制度中再次重申了上述条件。同样,中小板退市制度沿用这一退市标准,但不适用于主板上市公司。

很明显,创业板退市制度推出后,继振东制药之后,万福生科成为第二家受到公开谴责的创业板公司,而且是在最近 36 个月内累计受到两次公开谴责。

上市公司诚信档案(2015年6月至8月)			
公司简称	处分类别	公司简称	处分类别
德奥通航	通报批评	*ST云网	通报批评
宝美科技	公开谴责	东方网络	通报批评
启明信息	通报批评	华鼎实业	通报批评
顾地科技	通报批评	华海药业	通报批评
	公开谴责	津劝业	通报批评
华仁药业	通报批评	人民同泰	通报批评
威华股份	公开谴责	柳化股份	通报批评
亚太实业	通报批评	力帆股份	通报批评
	公开谴责	丰光股份	通报批评
盛达矿业	通报批评	*ST安泰	通报批评
新中基	通报批评		公开谴责
锦泰新材	通报批评	柳化股份	通报批评
*ST云网	公开谴责	抚顺特钢	通报批评
大东南	通报批评	浪莎股份	通报批评
东方网络	公开谴责		

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

上海市华荣律师事务所 许峰 律师
联系电话: 13701612286
联系地址: 上海市欧阳路568号庐迅大厦23楼