

同行为不同判 委托理财之罪与非罪

肖飒 张超

相信投资人对“委托理财”并不陌生。所谓“委托理财”，是指投资人将其资金委托给理人，由理人进行投资的行为。然而，投资人委托理人投资证券却面临着法律风险。值得指出的是，该种法律风险呈现出一定的不可预测性特点，不同的法律风险将导致理人两种截然不同的后果。

同行为不同判

2001年，被告单位上海某某投资管理有限公司成立。2006年底，王某作为被告单位上海某某投资管理有限公司法定代表人，在未经中国证监会批准的情况下，决定公司利用上海市浦东新区某写字楼办公室作为办公场所，非法开展证券资产管理业务，同时聘用李某为公司总经理。在2007年1月至2月，其全面负责该项非法经营业务。在此期间，被告人王某作为李某助理参与上述经营业务。2007年3月至5月，王某聘用被告人李某担任公司副总经理，具体负责公司该项经营业务。

经查，上海某某投资管理有限公司自2007年1月至6月间，通过在互联网投放广告及非法购买客户电信资料安排业务员拨打电话等方式招揽客户后，先后与谭某等2523名客户签订《委托理财协议书》或《资产管理协议书》，约定以股票账户资产1%至10%收取资产管理费，为客户代理买卖证券，并对证券投资盈利部分按20%提成。被告单位上海某某投资管理有限公司通过上述经营方式，非法获利达人民币1800余万元。后本案案发。

经审理，人民法院认为，《刑法》第二百二十五条第三项的规定：未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的，以非法经营罪论处。被告单位上海某某投资管理有限公司及其直接责任人员被告人王某等人未经国家有关部门批准，非法经营证券业务，扰乱市场秩序，情节特别严重，其行为均已构成非法经营罪，并依法

对被告单位判处罚金，对主要责任人员判处不等的有期徒刑，并处罚金。

然而，类似的案例在北京却得到迥然不同的判决。在北京的一起委托理财合同纠纷案中，廖某一一审诉称：廖某与宗某某于2007年4月8日签订《委托理财顾问协议》，约定宗某某全权委托廖某管理专项资金，即现金5000万元，此专项资金为宗某某委托廖某进行证券市场投资，委托资金放置在某证券公司北京营业部宋某某名下。委托理财顾问费一年结算一次，即从本协议生效之日起一年，并约定了委托理财顾问费计算标准和支付方式。

宗某某于2007年4月11日投入资金2000万元，2007年4月23日投入资金3000万元。廖某负责进行证券市场的操作，至2008年4月7日，账户资产总额为6628.6万元。宗某某于2008年8月25日从资金账户中抽回资金500万元，2009年4月7日账户资产总额为4484.0577万元，2010年1月29日账户资产总额为6628.6420万元。2010年1月29日，双方协商一致，停止委托代理，宗某某于2010年2月9日将资金账户中的6628.6420万元转走。后因宗某某拒绝支付报酬产生纠纷。宗某某一审答辩称，《委托理财顾问协议》无效。该协议是金融类委托理财合同，是管理资金用于证券市场投资，所以廖某从事的是证券业务。《证券法》第122条规定：未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得经营证券业务。廖某从事这一业务违反了法律禁止性规定，合同无效。同时廖某的行为也违反了《刑法》第225条第三项的规定——未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的，以非法经营罪论处。

一审法院在审理期间认为，宗某某没有证据证明廖某与其签署《委托理财顾问协议》违反了相关金融法律法规的禁止性规定或借委托理财之名从事金融违法犯罪活动，其关于合同无效的主张，一审法院不予支持。双方签订合同的意思表示真实，《委托理财顾问协议》的内容不违反国家法律法规的强制性规定，应属合法有效。

判定关键：是否将委托理财作为常态经营

以上两个案例涉及的问题是：为什么两个案例中行为人均实施了委托理财的行为，然而第一个案例中的行为人却以非法经营罪定罪处罚，第二个案例中的行为人却不构成犯罪，且认定委托理财合同合法有效。

我们认为，造成该种现状最主要的原因是，委托理财关系中的受托人是否将委托理财作为一种常态予以经营。就案例一而言，行为人以接受委托理财为业，实际上变相实施了担任与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问的角色。《证券法》第122条规定：未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得经营证券业务。第二百三十一条规定：违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”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”。

该案中，被告公司及其主要责任人员违反《证券法》规定，未经许可从事证券业务，吸纳多名客户资金进行股票交易，其行为相当于将客户资金置于风险之中，扰乱金融市场秩序，构成非法经营罪。

就案例二而言，行为人虽然也实施了委托理财行为，但是该委托理财行为处于民事法律关系中的委托代理关系之中。由于行为人廖某仅对宗某某个人的资金进行管理，虽然廖某实施了代理宗某某买卖股票的行为，但是该行为并没有成为廖某常态的经营，故司法机关不能以非法经营罪追究廖某的刑事责任。

为了维护公共利益，合同自由的原则必须受到必要且合理的限制。由于委托理财具有极强的公共色彩，因此，对于这样的合同司法机关必须保障其履行。一旦这样的业务出现危机，不仅作为合同一方的公众将受到财产损失，甚至可能引起系统性金融风险。故我们认为，上述法院的判决是正确的。

(作者单位:北京大成律师事务所)



周靖宇/制图

诉讼期有时限 投资者索赔需加快脚步

证券时报记者 刘雯亮

南纺股份：连续五年虚构利润

早在2014年5月，南纺股份公告称，收到中国证监会下发的《行政处罚决定书》。中国证监会认定，南纺股份2006年虚构利润3109.15万元，2007年虚构利润4223.33万元，2008年虚构利润15199.83万元，2009年虚构利润6053.18万元，2010年虚构利润5864.12万元，合计34449.61万元。可见，南纺股份2006年至2010年连续虚构利润，虚构利润占其披露利润的百分比为130%至5500%不等。

中国证监会表示，南纺股份虚构利润的行为违反了《证券法》第63条关于上市公司依法披露的信息，必须真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的规定，构成了《证券法》第193条所述的上市公司报送的报告有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的违法行为。因此，中国证监会给予公司警告，并处以50万元罚款，给予相关负责人警告并罚款。

刘国华律师表示，根据《证券法》及最高人民法院虚假陈述司法解释规定，上市公司因虚假陈述受到中国证监会行政处罚，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。

根据司法解释及公告等材料，符合下列索赔条件的投资者可参加索赔：在2007年3月31日至2012年3月26日期间买入南纺股份，并且在2012年3月27日之后卖出或继续持有该股票的投资者。值得一提的是，该民事索赔案计算损失的基准价仅为

4.63元，这意味着2007年3月31日至2012年3月26日期间买入平均价格高于4.63元者，若持有至今，即使目前账面盈利，仍然可以索赔。由于基准日早过，目前的买卖对索赔并无影响。”刘国华律师提醒。

截至目前，距离南纺股份受处罚已有一年时间，距离诉讼时效截止也仅余一年。对有些投资者担心诉讼需要投入大量时间、精力和金钱，维权成本高昂，刘国华律师表示不必过于担心。目前律师基本采用风险代理方式，投资者需要投入的精力和金钱并不多。而且由于公司虚假陈述的事实有证监会认定，类似案件实践中有着较高的胜诉率。”刘国华律师称。

为维护广大因虚假陈述而受损投资者的合法权益，刘国华律师向曾经购买过“南纺股份”股票并遭受虚假陈述损害的投资者共同征集诉讼委托，代理投资者索赔。

齐星铁塔：会计信息虚假记载

2015年5月30日，齐星铁塔公告称，公司收到山东证监局的行政处罚事先告知书。

因涉嫌信息披露违规，齐星铁塔在今年4月被证监会立案调查。5月28日公司收到山东证监局《行政处罚事先告知书》。经查明，2013、2014年度齐星铁塔与原第一大股东齐星集团有限公司(以下简称“齐星集团”)等关联方之间发生非经营性资金往来业务，借方发生额48331.32万元，贷方发生额49135.25万元，公司未及时履行临时信息披露义务，也没有在2013年中期报告、2013年年度报告及2014年中期报告中披露该重要事项。



此外，2014年度，齐星铁塔对公司的两笔银行贷款业务及其与齐星集团等关联方之间发生的部分非经营性资金往来事项未按规定进行会计确认和计量，导致公司2014年第一季度报告、中期报告、第三季度报告的个别列报项目存在虚假记载。山东证监局决定对齐星铁塔、原实际控制人兼时任董事长赵某、时任董事兼总经理吕某、时任财务负责人刘某、时任监事成某、时任审计总监曲某、时任董事兼董秘刘某给予警告，对部分负责人分别处以罚款3万元至15万元。

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。

为维护投资者合法权益，上海天铭

律师事务所宋一欣律师、浙江裕丰律师事务所房健律师向曾经购买过齐星铁塔股票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，初步确定符合条件的投资者为：在2014年1月1日至2015年4月3日期间买入齐星铁塔，并在2015年4月4日后卖出或继续持有股票的投资者。

房健律师提醒，投资者应提供身份证复印件、深圳证券交易所股东卡复印件、加盖证券公司营业部印章的股票交易对账单原件(从第一次买入股票打印到现在)，联系电话手机及地址邮编。免费审核后，律师将对符合初步索赔条件、有委托意向的投资者进行登记，一旦证监会认定齐星铁塔信息披露违法并作出行政处罚决定，律师将在第一时间代理投资者起诉。

8月3家上市公司 当事人被公开谴责

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49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5家与7次，即*ST云网、大东南、东方网络、宏达新材、勤上光电。值得一提的是，*ST云网和东方网络在本月度二度受罚。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32家公司或相关当事人受处分，8月新增5家公司7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16家公司或相关当事人17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、东方网络相关当事人、勤上光电相关当事人。其中，8月新增3家公司当事人受公开谴责，即中科云网相关当事人、东方网络相关当事人和勤上光电相关当事人。

上市公司诚信档案(2015年7月至8月)			
公司简称	处分类别	公司简称	处分类别
盛达矿业	通报批评	华海药业	通报批评
新中基	通报批评	津劝业	通报批评
烯碳新材	通报批评	人民同泰	通报批评
*ST云网	公开谴责	柳化股份	通报批评
大东南	通报批评	力帆股份	通报批评
东方网络	公开谴责	宝光股份	通报批评
*ST云网	通报批评	柳化股份	通报批评
东方网络	通报批评	抚顺特钢	通报批评
宏达新材	公开谴责	浪莎股份	通报批评
勤上光电	通报批评	*ST安泰	通报批评
华鼎实业	通报批评		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