

■原始股维权专题

原始股维权第一案判决

看好维权前景 律师团将积极上诉

◎本报记者 牟敦国

日前,陕西省杨陵区法院对秦先生诉科元公司及其股东孙健红、西安三秦托管公司案作出判决。判决书文号为(2007)杨民初字第000350号,判决时间为2007年12月24日。判决结果认定:原始股权转让合法,驳回秦先生关于返还投资款请求。对于这一判决结果,可能会给不少原始投资者的维权信心带来影响,为此,记者专门采访了原始股维权律师团首席律师杨兆全,请他谈谈杨陵科元案的判决结果对于原始股维权行动的影响。

记者:今年1月2日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证监会监督管理委员会联合发布《关于整治非法证券活动有关问题的通知》(下称“四部门通知”),而杨陵科元案的一审判决时间是在2007年12月24日,会不会出现判决与最新通知精神不符的情况?

杨兆全:在该案中,法院判决认为:“公司法虽然规定可以按国务院规定的其他方式进行,但又没有具体规定。在这种情况下,原告与被告签定股权转让协议,合法有效,应

受法律保护”。这一认识显然与现行法律法规不符,对照四部门的权威理解,原始股转让的违法性得到了确认。通知引用国办发99号文规定:“严禁任何公司股东自行或委托他人以公开方式向社会公众转让股票。”这里面包括了自行转让和委托他人两种方式。但四部门通知代表了权威的法律解释,原始股转让违法性不容置疑。

这次法院的判决,其实也代表了四部门文件出台之前,社会上对原始股问题的一种错误理解。这也是原始股在全国蔓延,特别是在陕西等地泛滥的认识根源。

记者:今后各地法院在审理原始股维权案件时,是不是要以四部门通知作为直接法律依据?

杨兆全:四部门通知出台后,不同法院对原始股的认识将得到统一。杨陵法院的判决不会成为其它法院参照。相反,杨陵法院的这份判决很可能成为直接违反四部门通知的唯一一份错误判决。

记者:我们注意到,本次案件判决只是涉及到一个案件,那么法院受理的杨陵科元其他投资者起诉的案件时,其判决是不是要以四部门通知

精神为依据了?

杨兆全:由于四部门通知对法律解释得非常明确,通知出台之时没判决的案件,应该以四部门的通知精神作出判决。因此,杨陵法院应该不会沿袭2007年12月24日这份判决书的做法。

今年1月2日,四部门文件下发后,杨陵法院对其他案件没有作出判决,我个人认为,法院似乎也正在考虑四部门文件如何适用的问题。如果不考虑四部门文件,杨陵法院应该在2008年1月作出多份判决。

记者:有投资者在起诉中总是担心被告所在地的法院的审判公正性,进而影响到投资者的维权信心,对此,您如何看待?

杨兆全:由于陕西杨陵区涉及原

始股的企业较多,在全国受害人数不少。因此,该案如何判决,对当地经济等各方面应该有不小的影响。该判决书2007年12月24日作出,在1月2日科元公司网站登出该案的判决和判决书文号。而原告律师在最近才收到判决书,送达的速度之慢、时间之长,比较罕见。

记者:原始股第一案的判决结果,对于未来的原始股维权行动有何影响?

杨兆全:在四部门通知出台之前,鉴于我们对公司法和证券法的理解,我们认为原始股销售是非法的,中介机构均应承担民事赔偿责任。基于此,我们发起组建了原始股维权律师团,开展维权行动。现在看来,我们对

法律的理解和认识,与四部门通知的主要内容是完全相符的。

为推动维权行动顺利进行,律师团多次把自己的观点写成报告,提供给有关部门参考。四部门通知的出台,既是原始股维权的重要依据,也是维权行动所产生的重要成果。四部门通知明确了原始股销售的违法性以及中介机构、股份公司、原始股股东的责任,社会各界对原始股法律问题基本达成了共识。因此,我们对维权的前景有充分信心。

在征求原告的意见后,律师团已经对涉案向咸阳市中级人民法院提出了上诉,要求撤销杨陵区法院的错误判决,判令被告退还投资款并赔偿相应损失。

■法律依据

明确法律政策界限 依法打击非法证券活动

(一)关于公司及其股东向社会公众擅自转让股票行为的性质认定。《证券法》第十条第三款规定:“非公开发行证券,不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。”国办发99号文规定:“严禁任何公司股东自行或委托他人以公开方式向社会公众转让股票。向特定对象转让股票,未依法报经证监会核准的,转让后,公司股东累计不得超过200人。”公司、公司股东违反上述规定,擅自向社会公众转让股票,应当追究其擅自发行股票的责任。公司与其股东共同承担责任。

(二)关于擅自发行证券的责任追究。未经依法核准,擅自发行证券,涉嫌犯罪的,依照《刑

法》第一百七十九条之规定,以擅自发行股票、公司、企业债券罪追究刑事责任。未经依法核准,以发行证券为幌子,实施非法证券活动,涉嫌犯罪的,依照《刑法》第一百七十六条、第一百九十二条等规定,以非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等罪名追究刑事责任。未构成犯罪的,依照《证券法》和有关法律的规定给予行政处罚。

(三)关于非法经营证券业务的责任追究。任何单位和个人经营证券业务,必须经证监会批准。未经批准的,属于非法经营证券业务,应予以取缔;涉嫌犯罪的,依照《刑法》第二百二十五条之规定,以非法经营罪追究刑事责任。对于中介机构非法代理买卖非上

市公司股票,涉嫌犯罪的,应当依照《刑法》第二百二十五条之规定,以非法经营罪追究刑事责任;所代理的非上市公司涉嫌擅自发行股票,构成犯罪的,应当依照《刑法》第一百七十九条之规定,以擅自发行股票罪追究刑事责任。非上市公司和中介机构共谋擅自发行股票,构成犯罪的,以擅自发行股票罪的共犯论处。未构成犯罪的,依照《证券法》和有关法律的规定给予行政处罚。

(四)关于非法证券活动性质的认定。非法证券活动是否涉嫌犯罪,由公安机关、司法机关认定。

(摘自最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证监会监督管理委员会《关于整治非法证券活动有关问题的通知》)

原始股维权律师团联系方式	
维权热线	北京 010-68004883;68004885 上海 021-9699 9999
维权博客	周晓 http://zhouxiao.blog.cnstock.com 杨兆全 http://wqlaw.blog.cnstock.com
电子邮件	周晓 wq315@cnstock.com 杨兆全 qqlaw@126.com
网站	中国证券网维权频道 http://www.cnstock.com/stock315 中国财经法律网 http://www.qqlaw.cn

■值班手记

从“业绩优良拟境外上市”到无影无踪

国虹信息原始股诉讼希望何在

眼下牵扯原始股转让的股份公司都不清闲,要么忙着应诉,要么发布信息对投资者进行安抚,而像四川国虹信息产业股份有限公司这样不言不语,干脆消失得无影无踪的还确实少见。拨打该公司留下的多个电话号码,永远都是无人接听或空号,就连成都当地的法院,对涉及该公司为他人担保案件的应诉通知,均要通过公告的形式向其送达。据购买国虹信息原始股的投资者反映,开始发现该公司消失是在2007年初,而也就是在2006年6月,该公司还在其网页上发布信息称2005年总利润1.783亿元,净利润3138万元,每股收益0.523元,公司正在走美国上市程序等等。

目前,已有30多位购买国虹信息原始股的投资者委托律师通过诉讼讨回损失。但进一步调查发现,该公司2006年未年检,其银行贷款卡已被暂停使用,这些都使欲进行法律维权的投资者心凉了许多。紧接着又有“原始股维权第一案——杨凌科元案败诉”的坏消息接踵而至,虽然这一败诉的一审判决落款时间是落在了四部门《关于整治非法证券活动有关问题的通知》出台以前,但判决书的送达却是在四部门《通知》之后。固然,原告方尚可通过上诉以纠正一审的错误判决,但客观上的一审败诉无疑对欲进行诉讼的投资者是一种打击,也让更多的投资者开始对是否参与维权产生犹

豫。对于眼前这一幕,人们能从记忆中到似曾相识的感觉。在离此不远的某些虚假陈述民事赔偿案件中,一有投资者提起诉讼,相关法院就暂缓受理,这常常给高涨的起诉热潮当头一瓢冷水,“膛火熄灭,热铁几乎成了冷疙瘩”,再来恢复受理。这就要考验投资者了,只有那些经受得住考验坚持维权的投资者,才有最后获赔的机会。

国虹信息原始股案件中,除该股份公司消失外,连推销其原始股的中介公司也已销声匿迹,这官司怎么打?有人提出了质疑。公司找不到,不是还有公司大股东尤其是控股股东吗?不是还有该原始股股权的托管中心吗?公司的行为在很大程度上是受

控股股东支配的,而许多投资者是在该原始股买卖中看到了相应托管中心的身影,才下定决心踏入,这些主体要承担相应的责任,将由随后的司法审判用法律来做出答复。

四部门《通知》让深陷原始股的投资者看到了最后一线希望,于是纷纷参与维权以期讨回损失。可以预见,随后大规模的原始股诉讼将就此展开。四部门《通知》明确强调:统一思想,高度重视,各部门密切分工协作,及时查办案件,维护法律尊严,维护社会公平正义,维护投资者的合法权益。但《通知》的精神最终要由司法办案机关来具体落实。希望各原始股案件的最终结果能让保护投资者合法权益落到实处。



上证报投资者维权志愿团成员 福建方圆统一律师事务所 王建徽律师

简介:曾任福州大学法学院专职教师,15年律师执业经验。擅长证券、金融和企业投资、改制过程中的法律业务工作。曾代理ST九州和东方电子虚假陈述民事赔偿案,正在代理国虹信息原始股投资者维权案。

上证维权在线·投资者维权志愿团 每周一刊出



有困难 找周晓 要维权 寻投资者维权志愿团

◎维权热线:021-9699999
◎维权博客:<http://zhouxiao.blog.cnstock.com>
◎邮箱:wq315@cnstock.com
◎维权频道:<http://www.cnstock.com/stock315/index.htm>
◎地址:上海静安路1100号上海证券报网络部(200127)

■周晓信箱

客服有过失 债券基金赎回费该不该免

周晓同志:

我登录了某基金管理公司的网站上“交易热点问题”栏目,经过询问得知该公司的一只债券基金免认购费、免申购费、免赎回费,因此申购了数量可观的基金份额。其后,我在2月1日赎回了一部分。2月5日,我发现并没有按照该栏目里所说的那样免申购和赎回费,而是被扣了0.5%的费用。我打电话给基金公司客户服务部门,对方承认网上信息有误,但拒不承认赎回费。请问,我是否有权要求基金公司免除我的赎回费?

浙江 张先生

张先生:

基金管理公司网站上的“交易热点问题”栏目里的内容不是基金合同的组成部分,本身不具有法律效力,投资者在申购和赎回基金时,应当按照基金合同的约定申购、赎回。

基金管理公司没有做好网上信息发布的工作,有一定的失职。如果基金公司在网上大规模散布错误信息误导消费者,就可能构成欺诈。但如果只是因为小过失造成网上信息失真就很难因此要求其承担民事赔偿。

周晓

■建议呼声

融资审核应增加技术审核关

◎陆向东

包括中国平安在内,短短一个月内共有23家上市公司密集出台再融资方案,涉及资金2043亿元。这里面究竟有多少是真正能为投资者带来合理回报的项目?提出再融资要求的公司其产品技术性能、市场前景如何?风险应对措施是否切实有效?这些都应该从专业技术角度实施甄别把关。但在现行的制度下,从保荐人到监管部门都是力所不能及的。因此,应在融资审核中再增加一道专业技术审核关。具体办法是:由保荐人负责聘请行业内专家组成评审委员会,由该委员会负责对拟融资公司的申报材料从专业技术角度逐一进行“可行性论证”,只有当专家们的质疑均能够获得通过后,方可向证监会提交申报材料。通过这种倒逼机制,有效遏制以往将可行性报告做成“可批性报告”的情况,把那些盲目圈钱者坚决挡在市场外面。同时,为了防止公司商业秘密泄露,更为了强化评委的责任,还应规定,其相应报酬只能以所评审的公司股票等额支付,锁定期不得低于一年。

■法庭传真

4个月亏损20万 委托炒股 损失谁来“埋单”

◎李鸿光

牛市行情吸引了众多新股民投资股票。一些股民除了自己炒股外,还委托“炒股高手”代为炒股。而因双方约定不明,一旦投资发生亏损,就会产生纠纷而起诉到法院。近日,上海静安法院就审理了一起这样的案件。

2007年4月,原告郑芳(化名)经人介绍认识了被告林军(化名),林军称自己是某证券公司上海营业部员工,炒股很有经验,还能获悉证券的内幕消息,鼓动郑芳将存款取出来,委托他炒股,并保证,“我帮你买股票一定会赚钱的”。在林军的再三诱惑下,郑芳拿出自己的全部积蓄委托林军买卖股票。被告特意叮嘱林军炒股要小,“割肉”要经过她的同意,盈利后双方按三、七分成。

2007年4月20日,郑芳按林军要求,在证券营业部开户打入资金3万元,次日9日又通过银行转账存入27万元。到5月24日,郑芳获利近3万元。郑芳非常高兴,又在5月28日向股票资金账户打入7.1万元。5月30日以后,股票交易印花税调高,股市出现波动。郑芳的账户出现亏损。8月31日,郑芳通过向证券公司查询发现自己已经亏损近20万元。

2007年11月15日,郑芳起诉到法院称,林军在此期间瞒着她,频繁地动用她的股票账户买卖股票,经常高买低抛,还超越委托权限做权宜交易,致使自己亏损197630元。郑芳认为,林军用欺骗手段骗取她的信任,在接受了委托后没有恪守诚实守信的义务,明明买入了多种股票,却一直欺骗她是被上海石化套牢。根据郑芳提供的录音资料显示,林军承认是自己操作的,当时是想快点把损失扳回来,却遇上股市大跌,自己在这过程中有过错,愿意承担30%损失。

双方经过几轮调解,最终达成了协议,由林军给付郑芳9.5万元赔偿款。法院一名资深法官在本案达成调解后表示,社会上类似情况确实存在不少,已经造成了不少纠纷,他不赞同此类炒股方法。因为一旦炒股亏损,双方就会产生经济利益纠纷。如果真要委托他人炒股,双方应当签署详尽的委托合同,规范双方的权利义务。

(作者单位:上海市静安区人民法院)

■维权论坛

认识上市公司委托理财合同的独特性

◎华东政法大学 郭志军

进行委托理财的上市公司都会与受托方签订有关的委托理财合同,我国学界就上市公司委托理财合同的性质存在着不少的争议。笔者认为,我国目前实践中存在的上市公司委托理财合同,具有自身独特的个性,与现存的委托合同、借贷合同、信托合同以及行纪合同各有不同。

上市公司委托理财合同与委托合同的区别

委托合同是指委托人和受托人约定,由受托人处理委托事务的合同。委托合同为诺成合同,不要式合同,自双方当事人协商一致时成立,既可以采用口头形式,也可以采用书面形式。而委托理财合同必须要委托方事先交付一定数额的资金或者证券由受托方进行操纵,否则,就会违反《证券法》中有关不得为客户融资融券或融券交易的禁止性规定。并且,委托理财合同都是通过书面方式订立

的,以此来明确双方的权利义务。

委托合同可以是有偿的,也可以是无偿的。而从委托理财目前的实践来看,都是有偿的,不存在无偿的情况,受托方都要收取一定的管理费用或者是当超过合同规定的收益率时的管理费用加分成。

委托合同通常都是由委托人与受托人双方签订的处理委托事务的合同,一般合同中不会涉及到第三方的问题。而在委托理财合同中,委托人常常会邀请那些诚信度高,具有信息、业务和技术优势的证券、期货公司为自己提供管理服务,因此,在委托理财合同中,常常会涉及第三方监管。

委托合同是当事人之间基于特别信任而订立的。而在委托理财合同中,双方当事人之间并无这种信任关系。

上市公司委托理财合同与信托的区别

根据《中华人民共和国信托法》

第二条的规定:“本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。”

由此可见,首先,信托是委托人基于对受托人的信赖,而将自己所有的财产交由受托人加以管理和运用,体现的是一种财产管理关系,并且不以订立合同为必要。这里所指的财产并不限于金融资产,也包括其他非金融资产等。上市公司委托理财当事人之间形成委托理财合同关系,其中明确记载委托理财的收益率,而且一般都超过收益率的分成条款。其次,我国上市公司委托理财仅限于金融资产,不包括各种非金融资产。

其次,上市公司委托理财合同主要由委托方和受托方双方当事人组成,在有些合同中会涉及到第三方监管,受托理财的收益归属于委托人,受托人获取管理费用或者管理费用加超过一定收益率的分成部分。在信托中,根据《中华人民共和国信托法》

第四章的规定,信托当事人包括委托人、受托人和受益人三方。信托收益归属于受益人,并且,委托人和受托人皆可为受益人,但受托人不得是同一信托的惟一受益人。受托人有权依照信托文件的约定取得报酬。

最后,上市公司委托理财合同中,受托人在一定程度上要受到委托人的监控。而且,委托理财合同中受托方没有资金或者证券的所有权,其只是接受上市公司的委托,将公司的货币资金按照某一协议加以运用或操作,以获取收益。相比较,在信托中,委托人将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,对信托财产进行管理或者处分。在信托文件约定的期限内,受托人对信托财产有名义上的所有权和控制权。

上市公司委托理财合同与行纪合同、借贷合同的区别

根据《合同法》第四百一十四条