

借钱不还 再借很难:保护合法借贷关系是关键

特事特办 解决含障股权

随着证券交易制度的完善及限售股逐步解禁流通及被征纳所得税,含障股权隐舍问题悉数浮出水面。面对未能确权解决的社团法人股个人持有问题,宜采取历史遗留问题特事特办方式解决。

上世纪九十年代,伴随公司股份制试点与改制,出现了一系列不甚规范,以至于到今天都没有清理完毕的含障股权。十多年后,随着证券交易制度的完善及限售股逐步解禁流通及被征纳所得税,使这些含障股权的隐舍问题悉数浮出水面。部分由于清理确认困难、权属关系复杂而成为纠纷因素与社会矛盾,比如截至目前仍在深圳法院诉讼的中国平安职工股纠纷就是代表。

这些含障股权,包括社会化的法人持有个人股、社会化或身份变更后仍持有的内部职工股、公开向社会发行的公司职工股(含之后的股权激励股份与管理层收购股份)、以社团法人名义持有的个人股或内部职工股(如工会、职工持股会)、于法不适的股份合作制股权、超量公开发行且违法拆细转让的非上市公司发起人股与公司职工股及内部职工股(俗称原始股)等等。

法人持有个人股问题,在此不再赘言。这里,重点讨论社团法人股问题。1992年前后的股份制改造中,全国曾出现2000多家定向募集股份有限公司,募资264亿元左右。截至2005年股权分置改革前,在中国上市公司总股份中,社团法人股共有1068.89亿股,占全部股份的16.64%。这一数据实际上并不包括大量未上市的股份公司,仍作为历史遗留问题存在着。社团法人股个人持有的问题,近似于法人股个人持有,但亦有不同之处。社团法人股的许多社团很多从未登记过,就是有登记的,登记机关亦不如工商登记来得规范,保存的材料也因年代久远,管理不善使得证据材料灭失。

在已上市的公司中,对社团法人股个人持有的问题解决办法,在实践上有如下几种方式:首先,被确认为内部职工股上市解决,如天津的滨海能源;其次,以共同诉讼方式通过法院依法确权解决,如福建的中福实业、华映科技;第三,通过法人股协议转让方式解决;第四,通过当事人之间协商解决,由律师出具法律意见书调解解决。

从股份登记的角度分,社团法人股个人持有问题存在两大形态:一是相对规范的第三方登记形态,即这些社团法人股虽以法人机构名义登记于中国证券登记结算股份有限公司中,但背后的实际股东名单也另行登记;二是无相对规范的第三方登记形态,虽然这些法人股同样以社团法人机构名义登记在中国证券登记结算有限责任公司中,但背后的实际股东名单却并不清晰。前一种形态的解决较容易,难度在于对后一种形态的解决。

对前一种形态,如果名义股东与实际出资人之间不存在争议的,或者股东登记名册清晰的,完全可以由双方签订非交易过户,直接向证券登记结算公司提出申请,由证券登记结算公司审批同意予以过户。如果名义股东与实际出资人之间存在争议的,可以通过诉讼或仲裁解决。根据司法鉴定文书向证券登记结算公司申请非交易过户的执行,或者要求代持该股份的社团法人机构,将售出该股票的所得款项归实际出资人所有。

对后一种形态,只有以清查事实、找到证据、特事特办方式加以处置,有关监管机构、登记机关、市场主体、社团及上级单位、档案保管机关应为确权中的实际出资人提供必要的方便,相关法院亦应为这类案件的审理、查证、执行提供有效的保障。

面对未能确权解决的社团法人股个人持有问题,笔者看来,宜采取历史遗留问题特事特办方式解决。社团法人股个人持有问题,一直没有从政策和法律的高度加以理顺和有效处置,为推进中国资本市场繁荣作出贡献的早期投资者的合法权益也没有得到应有的公平维护。因此,证券监管机构、证券交易所与证券登记结算公司应当早日研究出台解决社团法人股历史遗留问题的特殊政策,最高人民法院应当尽快出台法人股个人持有问题的司法解释。

在市场资金不断趋紧、银行贷款审查越来越严、中小企业融资渠道非常狭窄的市场背景下,民间借贷的兴起是市场经济的自然需要,此类纠纷日趋增加也是必然。



根据《合同法》和《担保法》的有关规定,被告汉博公司应当对被告章先生借款不还的违约行为承担连带偿还责任。目前,本案正在进一步审理之中。据悉,8月3日将进行第二次开庭。

民间借贷纠纷日趋增多

民间借贷具有广泛的社会基础,在一定程度上解决了中小企业和部分社会融资需求,增强了经济运行的自我调整 and 适应能力,促进了多层次信贷市场的形成和发展。不过,其也存在着交易隐蔽、风险不易监控等特点,容易引发高利贷、中小企业资金链断裂甚至破产以及非法集资、暴力催收导致人身伤害等违法犯罪问题,对金融秩序、经济发展、社会稳定产生消极影响。一些地方甚至出现了与民间借贷相关的债务不能及时清偿、债务人出逃、中小企业倒闭等事件,对当地经济和社会稳定造成了较大冲击。在市场资金不断趋紧,银行贷款审查越来越严,中小企业融资渠道非常狭窄的市场背景下,民间借贷的兴起是市场经济的自然需要,此类纠纷日趋增加也是必然。

曾经引起社会高度关注的浙江本色控股集团有限公司法定代表人吴英由死刑到改判死刑,缓期两年执行的集资诈骗案,就是一个民间借贷恶化追索的典型案。如何切实维护正常的经济秩序,维护正常交易的稳定,维护相关各方的合法权益,是亟待解决的课题。最高法院明确“要依法认定民间借贷的合同效力,保护合法借贷关系,切实维护当事人的合法权益,确保案件处理取得良好的法律效果和社会效果”等有关规定,为依法审理因民间借贷而引发的经济纠纷明确了方向。

(上海天铭律师事务所 陈策)

借款违约在先

2008年10月至2009年6月,美籍华人章先生因其投资的上海汉博公司进出口有限公司(原名称上海泛友贸易有限公司)存在资金临时周转需要,向上海周小姐提出借款要求。经协商,周小姐多次向章先生提供借款。但章先生屡次违约,没有按时还款。截至2010年1月2日,累计借款本金及利息共计240万元。

为此,周小姐、章先生及汉博公司经协商,将上述本金及应还利息全部作为本金借款,延长还款期限并重新签订《个人贷款协议》,约定了新的还款期限和违约责任。汉博公司承诺,承担还款的连带偿还责任。不过,章先生再次拖欠借款本金及利息,周小姐多次要求还款未果。同时,汉博公司也未履行连带偿还责任。

2012年3月,周小姐委托笔者向上海市长宁区人民法院提起诉讼,要求判令被告章先生归还借款人民币240万元并支付利息、违约金,并承担本案全部诉讼费,同时要求被告汉博公司承担连带还款责任。

庭审焦点问题

今年4月,该案进行第一次庭审时,原告与被告围绕贷款协议是否合法、原告是否履行协议等多个争议焦点展开辩论。

被告代理人称,贷款协议有瑕疵、不合法。并且被告并没有使用借款,所以不具备还款和支付利息、违约金的义务,汉博公司也不应当承担连带偿还责任。笔者则认为,首先,对于贷款协议是否合法的问题,由于民间贷款协议是双方真实意思的表示,协议内容本不存在与国家法律相悖之处。根据《合同法》和最高法院的有关司法解释,作为民间借贷的个人贷款协议应当受到法律的保护。

其次,对于原告是否履行协议问题,协议签订后,原告经与第三方上海金纯实业有限公司协商确认,以银行转账方式先后通过金纯公司将200万元交给被告。上述事实有原告和被告双方向法庭提交的银行汇款凭证证实,原告已依照约定履行了自己的义务。根据双方约定,40万元利息也作为本金。这部分资金如何处理,应当由法院依法认定。

第三,对于被告以未使用资金为由,否认事实成立问题,被告多次强调,确实收到原告贷款,但当天转出并未实际使用贷款,因此没有还款责任。笔者看来,这是故意混淆资金借贷事实与资金用途的性质和界限。原告与被告签订协议,建立借贷的法律关系。至于被告如何使用资金是被告自己经营范围的事,并不影响双方借贷关系和借贷事实的成立。

第四,对于利息未约定支付,是否应当支付问题,根据《合同法》及相关规定,借款人未按照约定的期限返还借款的,应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。当事人既未约定借期内利率,也未约定逾期利率的,出借人参照中国人民银行同期同类贷款基准利率,主张自逾期还款之日起的利息损失的,依法予以支持。

第五,对于被告是否应当承担违约责任问题,《个人贷款协议》第七条约定了逾期还款的违约责任,违约金每逾期一天按借款总额的千分之三计算,直至借款全部还清”。根据民事法律关系的意思自治原则,双方在协议中的约定理应受到尊重。当事人可以约定,一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。当然,如果约定的违约金低于或者高于造成的损失,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加或者减少。违约责任的承担应当充分体现在对违约行为带有惩罚性赔偿上。

第六,对于被告汉博公司应当承担连带偿还责任问题,笔者看来,被告汉博公司是协议签订方和担保方,也是协议指定的借款用途的借款使用方和还款来源方。

吴比较/制图



在血泪教训中 学会适应国际游戏规则

中国上市公司舆情中心

本周的资本市场可用四字概括:空头凶猛。周一伊始,A股即以“百股跌停”景观,为颓势尽显的市场笼罩几分肃杀氛围。与之相对的是,一改前几周每周3只新股上市节奏,本周新股申购八连发,让许多对市场供求关系感到忧虑的人愁上添愁。

A股惨淡 股民呼吁停发新股

就在此时,投资者对新股停发的呐喊开始逐渐强大,并在互联网上、微博、股吧、证券营业部蔓延,引发了一场“新股究竟该不该停发?”大讨论。在天涯社区一个呼吁千万股民签名停发新股的帖子,本周点击量超过20万次,回复1万多条。

停发真能救市吗?财经评论人周俊生称:“每一只新股发行都会对交易市场起到资金抽离作用,它的破坏力不仅在于让新股认购者无利可图,更在于它使交易市场行情受到压制,使整个市场的健康机制受到破坏。”这种观点广受投资者拥护。中国上市公司舆情中心一项调查显示,达到

93.7%的网友都支持停发新股,给市场一个休养生息的机会。此外,经济学家华生、财经博主皮海洲等皆给予强烈声援。

反对新股停发的声音同样旗帜鲜明。不少学者认为,一个没有首次公开募股(IPO)的股市是不完备的。融通资金是股市的基本功能之一,那种动不动就要求管制的“政策迷迭”,是逆市场化和逆时代。东方港湾董事长但斌更在微博上大呼:“不赞同停发新股,让暴风雨来得更彻底、更猛烈些吧!”受到了不少网友的批驳。

但这并没有阻挡《第一财经日报》的编委胡润峰放出狠话:“对投资者而言,可悲的不是亏钱,而是找错亏钱的原因。对专家学者而言,可悲的不是不明白道理,而是为了迎合流行的情绪而不讲道理。停发新股救市论,可以休矣。”他认为,股市走熊的根源在于实体经济低迷超过预期,每月公布的经济数据都比预期要低,与胡润峰观点相印证的,是国家统计局在本月13日发布国内生产总值(GDP)数据,上半年中国经济同比增长7.8%,二季度增长7.6%。这是中国经济增速3年以来首次回落至

8%以下。

中概股受狙击 新东方重创

空头势盛,哀鸿遍野。就连走出国门的中概股也未能幸免,本周新东方彻底陷入空头压顶的厄运。由于美国证券交易委员会(SEC)调查,加上国际著名空头机构浑水发布调查报告指其“财报造假”。新东方股价在17日、18日两天内累计重挫57.32%,20亿美元市值瞬间蒸发。在此牵动下,中国概念股集体遭遇投资者抛售,可谓引发一场股市小地震。

SEC的调查主要针对新东方可变利益实体(VIE)结构变动产生的风险。浑水发出长达97页的调查报告则质疑了新东方包括掩盖门店特许经营事实、税收造假和营业收入造假等问题。掌舵者俞敏洪显然无法继续淡定,近两日奔忙于各大媒体之间,对事件做出回应,试图澄清其股权变动不存在风险,同时直斥“浑水只是在写小说”。目前新东方股价已涨回18%,但事件依然在持续。

显然,中概股受空头狙击的事件还会继续发生,不是开始也不是结束。让人欣慰的是,与前不久恒大地产被香橼狙击相比,新东方此次应对少了愤怒,多了心态上的平静。中国企业,一次次尝到了空头绞杀的滋味,或许也在一次次教训中学会适应国际游戏规则。(执笔:彭一郎)

现身说法 Case by Case

欺诈发行股票罪

肖飒

A公司为某省高新技术企业,专注于数据存储设备。2007年,A公司准备上市,但因为销售收入、营业利润等达不到标准,董事会开会决定让其主管会计王某修改利润报表数据30余处,导致后期招股说明书数据与事实严重不符。2010年7月,公司侥幸成功在某证券交易所上市。上市后,公司盈利能力有限,股票走势低迷,股民和网民联合自发搜索公司上市文件,发现粉饰会计报表隐瞒事实真相,遂举报至证监会,后该案进入刑事侦查。

本案涉及欺诈发行股票罪的司法认定及刑事案件立案标准。首先,根据我国刑法第一百六十条之规定,欺诈发行股票罪是指:在招股说明书、认股书中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,发行股票或者公司、企业债券,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

其次,招股说明书中隐瞒编造哪几类信息属于“重要事实”或“重大内容”。因招股说明书直接涉及社会公众利益,证券主管机关不仅对其内容进行实质审查,而且还要向社会公开,因此,招股说明书是发行股票的最基本法律文件。一般而言,依据证监会规定的《招股说明书的内容与格式》,招股说明书正文部分记载关键内容的“主要资料”属于“重要事实”或“重大内容”,具体包括本次发行前已发行股票及本次发行后的股权结构变化、募集资金的运

用、股利分配、风险因素;主要会计数据:资产负债表数据、营运资金、总资产、长期负债、股东权益;利润表数据:销售收入、营业利润、利润总额、净利润等。

第三,欺诈发行股票罪刑事案件的立案标准。根据2010年5月7日最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第五条,行为人涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)发行数额在500万以上的;(二)伪造、变造国家机关公文、有效证明文件或者相关凭证、单据的;(三)利用募集的资金进行违法活动的;(四)转移或者隐瞒募集资金等。

第四,本罪与集资诈骗罪的界限。集资诈骗罪是指以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额较大的行为。首先,两罪的主观要件不同。集资诈骗罪主观上具有非法占有他人财物的目的,本罪不具有此目的;其次,两罪行为方式不尽相同。集资诈骗罪的为人除采用发行股票的方式募集资金,还可能利用共同投资、发放会员卡、产权证等多种形式行骗。本罪行为方式较为单一。

截至目前,本案尚未结案。依据我国刑法规定,行为人如构成犯罪,将处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。单位犯前款罪,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役。

(作者单位:北京市大成律师事务所)