

非上市股份公司股权转让股权行为的刑民界限

今日聚焦

◇ 刘娟娟

【各方观点】

擅自发行股票罪属于刑法中的行政犯又称法定犯,即违反国家行政经济管理法规达到一定程度,需要进行刑事评价的行为。究竟何为擅自发行股票,如何界定合法行为与违法犯罪的界限,控辩审三方均有各自的观点。

公诉方指控:被告单位安基公司未经证券监管部门批准,擅自发行股票且数额巨大,被告人郑戈系直接负责的主管人员,其行为均构成擅自发行股票罪。

辩护方认为:国家法律对于非上市股份公司能否转让股权没有明确规定,依据法无明文规定不为罪原则,本案不构成刑事犯罪;股权转让属于安基公司与受让人之间的债权债务纠纷,本案应当作为民事案件处理。

法院判决:被告单位安基公司违反国家政策及相关法律规定,未经证券监管部门的批准,委托他人以公开方式向社会公众发行股票,被告人郑戈系安基公司直接负责的主管人员,其行为均已构成擅自发行股票罪。理由有三:第一,转让非上市股份公司股权的行为违反法律

规定。从1998年案发,国家政策及行政法规都有限制性规定,经历“严令禁止——托管引导——明确规范”三个阶段;第二,到股权托管中心托管不影响本案定性。157名受让人到托管中心登记被列为公司股东,但实质上他们不享受

股东权利和履行股东义务,股权托管的表面形式不能掩盖其行为的违法性;第三,股权转让行为依法构成擅自发行股票罪。被告人郑戈主观上具有犯罪故意,公司在主观上具有违法性认识。被告方擅自发行股票筹集资金达1109万元,但公司财务账目中却不能反映出经营活动

的内容,且事发后未主动退出任何钱款,引起投资者的不满情绪及不断上访现象,完全符合数额巨大与后果严重的情节要件,造成严重的社会危害后果。据此判决,被告单位安基公司犯擅自发行股票罪,判处有期徒刑人民币30万元。被告人郑戈犯擅自发行股票罪,判处有期徒刑二年。

2009年9月宣判后,被告单位与被告人均未上诉,公诉机关未抗诉,本判决已经生效。

被告单位上海安基生物科技股份有限公司(以下简称“安基公司”),注册地上海市张江高科技园区郭守敬路351弄2101室。被告人郑戈系安基公司的法定代表人兼董事长,曾因犯非法经营罪和挪用公款罪被判刑。安基公司于1997年4月成立,注册资金为人民币3400万,股东包括2家单位和16名自然人,郑戈持股比例为44%。安基公司主要从事艾滋病药物的研发生产,成立至今一直处于研发阶段,没有任何生产和销售行为。2001年12月,安基公司为筹集研发资金,

【案情回放】

由郑戈提议经股东会同意,委托中介机构及个人向社会不特定公众转让自然人股东的股权。此后直到2007年8月期间,由郑戈负责联系并先后委托上海新世纪投资有限公司、上海天成投资实业有限公司、王存国、周震平、黄浩等个人,转让郑戈及其他自然人股东的股权。由郑戈和中介人员具体商定每股转让价格为人民币2至4元不等,安基公司与受让人分别签订《股权转让协议书》和《回购承诺书》(承诺如果三年内公司不能上市就

回购股权),并发放自然人股东缴款凭证卡和收款收据。经审计,安基公司向社会公众260余人发行股票计322万股,筹集资金人民币1109万余元,其中有157人在上海股权托管中心有限责任公司(以下简称托管中心)托管,被列入公司股东名册,并在工商行政管理部门备案。上述募集资金全部用于安基公司的经营活动和支付中介代理费。案发后,安基公司不能回购股票,不能退还钱款,仅有土地及房产被查封。

【法官回应】

本案构成擅自发行股票罪

本案为上海首例擅自发行股票案,由上海市浦东新区人民法院审理。本案中,控辩双方对基本事实无争议,但对罪与非罪有重大分歧。如何界定非上市股份公司股权转让行为的刑民分野,笔者作为主审法官,认为应从以下几方面综合判断判定。

第一、非上市股份公司股权转让的法律规范与发展历程

国家法律及相关政策对非上市股份公司的股权能否转让、如何转让,一直都有限制性规定,经历以下三个阶段。

第一阶段,1998年到2002年为严令禁止。1998年国务院《转发证监会关于清理整顿场外非法股票交易方案》的通知》、2003年证监会《关于处理非法代理买卖上市公司股票有关问题的紧急通知》、2004年《关于进一步打击以证券期货投资为名进行违法犯罪活动的紧急通知》均规定,禁止从事非上市公司的股权转让,除进行股权整体转让外,严禁委托代理和买卖非上市公司股票。

第二阶段,2003年到2006年为托管引导。全国一些城市相继开展股权登记托管业务,2003年初上海成立股权托管中心与联合产权交易所。2005年初发布《关于进一步规范本市发起设立股份有限公司审批、登记和备案相关事项的通知》,要求国有股权必须到上海联合产权交易所交易,到托管中心登记,对于私有股权,采取自愿进场交易原则。

第三阶段,2006年至今为明确规范。证券法规定,公开发行证券,必须经国务院证券监督管理机构或国务院授权的部门核准,并指出向不特定对象或向特定对象累计超过200人属于公开发行股票。2006年底《国务院办公厅关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》规定:第一,严禁擅自公开发行股票,向不特定对象或向特定对象累计超过200人为公开发行,应依法报经证监会核准。第二,严禁变相公开发行股票。非公开发行股票及股权转让,不得采用广告、广播、电话、说明会、公开劝诱等方式向社会公众发行。

由此可见,对于非上市公司的股权交易,国家一直以否定评价。本案被告在2001年至2007年8月期间,连续不间断地向社会公众转让股权,均违反上述规定。

第二、被告方转让股权行为的违法性特征

1.受让人属于不特定对象。区分特定对象与不特定对象,应当结合投资者的选择程序、承担风险能力与人数等因素综合分析。通常情况下,出让方委托中介机构面向社会公众采用推广会等方式进行宣传,随后筛选出合适的投资人,审查投资人的资产价值与申报财产内容的真实性,是否具备识别并承担风险能力等内容,明确提示投资风险,有明确的人数和资金总量的限制。对于符合上述条

件的,应当认定为属于特定对象,相反,对于不设定任何标准和人数条件,不考察投资者的具体情况,只要出资即予以接纳的情况,应当认为是属于非特定对象的范围。本案中,安基公司委托中介机构与个人,随机向上海及浙江宁波等地的居民进行推销,不审查财产状况且没有人数限制,受让人属于不特定对象的范围。

2. 转让股权的价格具有不确定性。合法的转让股权应由第三方对公司财务状况进行审计,结合审计结论、运营情况、公司拟上市后的预增利润等因素,由出让方确定统一合理的出让价格,报证券监管部门批准备案后向全社会公布。本案中,股权转让价格未经过任何审计,批准备案、公开的程序,仅由被告人郑戈与中介机构商定,按照注册资本3400万元确定为3400万股,据审计报告显示,每股转让价格从1.5元到4.2元不等,包括12种不同价格。这充分说明,被告方转让股权价格的随意性和不确定性。

3.采用公开形式转让股权。判断公开与非公开方式的标准,是区分信息沟通渠道是否畅通。非公开发行是指基于相互信任与意思自治原则,双方能够获取真实有效的信息,无需借助第三方力量来传递信息达到沟通目的。而公开发行由于面向社会公众且信息不对称,出让方需要借助中介力量,利用广告、公告、广播、电话、推介会、网络等方式传递信息,以达到吸引投资人获取资金的目的。本案中,被告方委托多家中介公司与个人,先采用随机拨打电话的方式,以提供理财帮助为名邀请不特定对象到中介公司,后由业务员介绍并推销股权,对于犹豫不决的客户,业务

员就反复打电话以动员劝诱,这种形式属于公开发售。

4.转让股权的运作模式不规范。笔者认为,由于涉及社会公众权益,转让股权必须接受多方面的监管,要求运作模式必须合法规范,包括中介机构主体资格、签订合同的内容、披露信息的要求、财务情况公开、区分收费账户与公司账户、按约履行权利义务等等。本案中,被告方转让股权没有详细工作计划,没有披露公司财务状况,没有委托固定有资质的中介机构,没有与中介机构签订规范的服务合同,没有设置统一的收费账户。从2002年到2007年8月,被告方频繁地更换中介公司与个人,通过个人账户收取分配转让费用,财务账册中未列明费用的收取支配情况,这种运作模式完全不符合规范。

5. 托管形式不影响行为的违法性。托管中心是从从事非上市股份公司股权集中托管、过户、查询、分红等业务的股权托管登记服务机构,其主要职能是股权托管、登记与服务。本案中,有157名受让人在购买股权后曾到托管中心进行登记领取托管卡,从形式上看,这部分人被列入股东名册且在工商部门备案,但实质上,他们不享受股东权利和履行股东义务。从本案情况分析,到托管中心登记的157人和未登记的106人,他们购买股权的目的完全一致,由于安基公司谎称将在美国上市,股票能获得巨大利润,并承诺如果不能上市将原价回购股票,全体受让人在相信投资能够保本的前提下才会出资,其主观目的都是通过投资直接换取利润,而非成为公司股东。托管中心作为第三方组织,对于股权转让行为只负责登记备案而没有审核及监督义务,托管登记的形式,仅证实双方确有股权转让行为,而不能证明股权转让行为本身的合法与否,因此这一情节不影响本案的定性。

在确认被告方行为违法性的前提下,根据四部委《关于整治非法证券活动有关问题的通知》规定,公司、公司股东违反规定擅自向社会公众转让股票,应当追究擅自发行股票罪的责任。另据《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》,擅自发行股票数额在50万元以上,不能及时清偿或者清退、造成恶劣影响,予以追诉。本案符合上述犯罪构成要件的规定,故依法认定构成擅自发行股票罪。

(作者单位:上海市浦东新区人民法院)

一案一议

【案情】

2009年7月7日18时许,刘某无证驾驶无号牌拖拉机,由某省道路北向南横穿公路时,在路南侧与沿该省道自西向东直行的李某驾驶的无号牌摩托车相撞,造成李某及乘车人周某重伤的交通事故。肇事后,刘某弃车逃离事故现场。公安机关交通警察大队交通事故认定书认定:刘某负事故的全部责任。一审法院经审理认定刘某的行为构成“交通肇事后逃逸”,故判处刘某有期徒刑五年。刘某不服提起上诉,二审法院维持原判。

【评析】

“交通肇事后逃逸”是指在行为人的行为构成交通肇事罪的前提下,为逃避法律追究而逃跑的行为。一般情况下,对交通肇事罪处三年以上有期徒刑或者拘役,交通肇事后逃逸的要在三年以上七年以上有期徒刑的法定刑幅度内处罚。因此,正确认定行为人的行为是否属于

本案是否构成“交通肇事后逃逸”

◇ 岳瑞文

“交通肇事后逃逸”,对于正确处理交通肇事案件具有重要的意义。

对于本案中刘某的行为能否认定为“交通肇事后逃逸”,有人认为是,刘某撞伤两人,并弃车逃离事故现场的行为符合最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款第六项之规定,交通肇事逃逸是定罪情节,故刘某构成交通肇事罪。其因弃车逃离事故现场的行为在定罪时被考虑,就不应再被认定为“交通肇事后逃逸”,否则就违背了禁止重复评价原则。

对此,笔者认为,刘某的行为应认定为“交通肇事后逃逸”,此并不违背禁止重复评价原则。理由有二:第一,禁止重复评价原则是指在定罪量刑时,禁止对同一犯罪构成事实予以二次或二次以上的法律评价。应当注意的是,本原则禁止定罪情节重复作为量刑情节适用,应当与定罪情节中的多余事实作为量刑情节裁量区别开来,即定罪情节中的多余事实仍可作为量刑情节予以评价。结合本案看,在不考虑刘某弃车逃离事故现场行为的情况下,其交通肇事致一人以上重伤,因横穿公路承担事故的主要责任,且具有无证驾驶无号牌手扶拖拉机的情形,刘某的行为根据相关法律规定已经构成了交通肇事罪。刘某肇事后弃车逃离事故现场的行为显然是本案“定罪情节中的多余事实”,且符合“交通肇事后逃逸”的构成要件,对他肇事后弃车逃离事故现场的行为评价为“交通肇事后逃逸”并不违背禁止重复评价原则。第二,前种意见没有全面考虑本案的事实和情节,没考虑刘某还具有无证驾驶无号牌手扶拖拉机的情形,仅考虑了刘某弃车逃离事故现场行为,而忽略了刘某其他违章行为造成一人以上重伤已经构成交通肇事罪。刘某肇事后弃车逃离事故现场的行为可以作为一个“定罪情节中的多余事实”,需在量刑时予以另外评价,否则有失全面并会放纵罪犯。

(作者单位:安徽省蚌埠市中级人民法院)

析疑断案

◇ 闵俊伟

【案情】

某资产管理公司为张某购买甲公司的工程机械提供中介服务,并为张某在银行的按揭贷款提供保证担保。事后,张某未如约向甲公司付清购机首付款,也未按期支付银行按揭贷款。资产管理公司在垫付银行按揭贷款之后,以担保权追偿为由,对张某提起诉讼。诉讼中,资产管理公司与张某达成和解协议,在确认双方基于担保权追偿的权利义务关系之外,还约定张某必须向甲公司付清购机首付款,否则应承担相应的违约责任。随后,当事人双方将和解协议递交法庭,要求制作调解书。

【分歧】

在本案的处理过程中有两种意见:意见一,根据合同相对性规则,资产管理公司与张某不得为案外人约定权利和义务,故该条款不应予以确认。如果确认有效,就该条款也难以确定恰当的申请执行人。

意见二,根据鼓励交易和合同自由原则,只要当事人意思表示真实一致,且合同的内容和形式不违反强制性法律规定及社会公共利益,合同即成立生效。故该条款应确认有效。具体执行中,该条款的申请执行人为资产管理公司。

【评析】笔者同意第二种意见。涉他合同,即合同内容涉及到第三方的合同。在涉他合同中,当事人为第三人设定权利或利益的,又被称为利他合同。对于利他合同的效力问题,我国法律并无明确的一般性规定。合同法第六十四条“当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任”虽涉及第三方,但第三方没有独立请求权,因此,并不涉及利他合同的效力评价。

合同是当事人意思表示的合意,是当事人通过自由协商、决定相互间权利义务关系的自主协议。合同法的目标则是赋予当事人的意志以法律效力。依法成立的合同,自成立时生效。即便合同违反了法定的生效要件,法律上还对其进行了可撤销合同、效力待定合同、无效合同的区别。而且,合同部分无效,不影响其他部分的效力,甚至还可以对无效部分予以补正。因此,从鼓励交易和合同自由的原则出发,利他合同为第

三方设定权利和利益,系合同当事人自愿处分其权利和利益、承受义务和不利益状态的决策,不损害第三方利益,不存在违反合同生效要件的情形,理当赋予其法律效力,成为约束合同当事人的法律。

具体到争议案件而言,资产管理公司之所以在担保权追偿纠纷中,提出张某应当向甲公司支付购机首付款,是因为张某确实拖欠甲公司的购机首付款。资产管理公司为张某与甲公司提供引荐、斡旋及担保的中介服务,却因为张某的不诚信违约行为,在垫付按揭贷款之外,还要承受来自甲公司的压力,而且可能遭受与甲公司后续业务的信赖利益损失。因此,资产管理公司在要求张某支付甲公司贷款的这一利他条款上,是存在自身切身利益的,类似保险合同中的保

险利益。张某拖欠贷款在先,自愿承诺支付甲公司贷款在后,其他条款上的意思表示,未损害第三人权利和利益,也未损害自身的任何合法权利和利益。因此,张某对甲公司付款的承诺,构成与资产管理公司的合同内容,合法有效,应予确认。就这一利他条款,资产管理公司对张某享有催告及时履行、主张违约责任及申请强制执行的权利,张某向资产管理公司负担依承诺及时向甲公司付款的义务,及违反承诺时,承受违约金赔偿等不利益状态的法律后果。在强制执行中,资产管理公司可以申请法院将货款直接拨付至甲公司,也可以向法院提存货款,通知甲公司受领。甲公司虽非合同当事人,不能作为申请执行人直接根据利他条款的调解书申请强制执行,但可以据此提起诉讼,要求张某履行债务,或敦促资产管理公司申请执行。当然,甲公司也可以以贷款金额不足或其他任何理由拒绝受领,与张某另行诉讼。

(作者单位:湖南省望城县人民法院)

利他合同的效力认定



人民法院报 2010年2月4日(总第4536期)

满后次日3日内,自动履行生效法律文书确定的义务。逾期仍不履行,本院将依法强制执行。

【山东】潍坊市潍城区人民法院 莱芜市浩岳物资有限公司:本院在执行莱芜新奥经贸有限公司申请执行单位借款纠纷一案中,依法委托对你单位所有的鲁S30018奥迪轿车进行了价格认定,市场价格为6798000元。现依法向你公告送达山东省涉案物品价格鉴定(认证)结论书,自公告之日起60日即视为送达。如你单位对评估报告结果有异议,可在公告期满之日起三日内向本院书面提出,逾期本院将对该车进行拍卖。

【山东】莱芜市莱城区人民法院 王宜梅:山东省莱芜市莱城区(2009)费民初字第2701号民事判决书已立案执行,因你下落不明,现向你公告送达执行通知书,自本公告发出之日起60日即视为送达,并限你于送达执行通知书第3日(遇节假日顺延)到费县人民法院执行三庭履行义务,如逾期本院依法强制执行。

【山东】费县人民法院 程志强、王志爱:本院受理申请执行人王振国与被告程志强、王志爱返还财产纠纷一案,现依法向你公告送达本院(2008)祁民初字第182-6号民事裁定书,裁定书内容为:查封你们所有的位于祁县东观镇财源路南北门内九间,自公告之日起60日则视为送达,逾期本院将对所查封财产依法进行评估、拍卖。

【山西】祁县人民法院 于晋利:本院受理的邱玉宝申请执行(2007)灵民初字第656号民事判决书分期民间借贷一案,兹定于2010年4月10日上午9点30分在灵石县人民法院审判庭,由山西瑞德源拍卖有限责任公司对你所有的启

明巷医院宿舍二楼房屋一套带小院及相邻院落及房产进行拍卖。现告知届期到场,本公告之日起60日即视为送达。

【山西】灵石县人民法院

田应册:本院在执行(2006)铁民一初字第12号民事判决书过程中,申请执行人辽宁安宇消防安设设备有限公司与被执行人姚世刚买卖合同纠纷一案,追加你为本案被执行人,现依法向你公告送达(2007)铁执字第28号执行裁定书。自公告之日起60日内来本院领取执行裁定书,逾期即视为送达。本院将依法强制执行。辽宁省铁岭市中级人民法院

申请宣告失踪、死亡

本院受理申请人周爱芬申请宣告被申请人郑锦国失踪一案,经查:郑锦国,男,1970年10月1日出生,汉族,浙江省温州市人,原住浙江省温州市瓯海区新桥街道新桥街25号,于2004年8月30日在其家新桥街道新桥街25号离家出走,至今下落不明。现发出寻人公告,希望郑锦国本人或知其下落的利害关系人即日起与本院联系。公告期间为三个月,期间届满,本院将依法判决。

【浙江】温州市瓯海区人民法院

送达裁判文书

王志国:本院受理原告沈阳市衡旺运输服务有限公司诉你挂靠经营合同纠纷一案,已审理终结,现依法向你公告送达(2009)东民(三)初字第542号民事判决书。自公告之日起60日内来本院领取民事判决书,逾期即视为送达。如不服本判决,可在公告期满后15日内,向本院递交上诉状及副本,上诉于辽宁省沈阳市中级人民法院。逾期未上诉的,本判决即发生法律效力。

【辽宁】沈阳市大东区人民法院 辽宁环球信息网络集团有限公司、连万友、郭玉波:本院对赵恒华诉辽宁省环球信息网络集团有限公司、连万友、郭玉波民间借贷纠纷一案,现依法向你公告送达(2009)兴民一初字第1090号民事判决书。自公告之日起60日内来本院领取民事判决书,逾期即视为送

送达执行文书

北京百利亿民科技有限公司:本院受理于2010年1月18日对北京市工商行政管理局顺义分局申请你单位虚假宣传纠纷一案,依法作出作出(2010)顺执字第856号行政裁定书,认定北京市工商行政管理局顺义分局于2009年9月25日作出的京工商顺处字(2009)第348号《行政处罚决定书》事实清楚,程序合法,适用法律正确,依法裁定准予强制执行。现在上述内容作为裁定书正本向你公告送达。自公告之日起满60日即视为送达。本裁定一经送达即发生法律效力。

北京市顺义区人民法院

湛江市阳光公寓建设有限公司:本院受理林秀华申请执行(2009)廉民三初字第28号商品房预售合同纠纷一案,依法向你公告送达(2010)廉法执字第55号执行通知书,自公告之日起经过60日,即视为送达。自公告期满后次日五日内,自动履行生效法律文书确定的义务,逾期仍不履行的,本院依法强制执行。

【广东】湛江市霞山区人民法院

湛江市阳光公寓建设有限公司:本院受理蔡烈申申请执行(2009)廉民三初字第240号买卖合同纠纷一案,依法向你公告送达(2010)廉法执字第78号执行通知书,自公告之日起经过60日,即视为送达。自公告期满后次日五日内,自动履行生效法律文书确定的义务,逾期仍不履行的,本院依法强制执行。

【广东】湛江市霞山区人民法院

石胜波、周子良:本院受理申请执行人鄂州市蓝辉铝业化工有限公司申请执行被执行人黄石市天思科技有限公司,被执行人鄂州市冶人化工有限公司与你买卖合同纠纷一案,现依法向你公告送达(2010)梁执字第1-2号民事裁定书。自公告之日起经过60日,即视为送达。本裁定送达后立即生效。

【湖北】鄂州市梁子湖区人民法院

王伟:本院受理崔红申请执行(2009)皇民三初字

达。如不服本判决,可在公告期满后15日内,向本院递交上诉状及副本,上诉于盘锦市中级人民法院。逾期未上诉的,本判决即发生法律效力。

【辽宁】盘锦市兴隆台区人民法院

轮台合盛元超市有限公司:本院受理原告西子奥的斯电梯有限公司与被告轮台合盛元超市有限公司买卖合同纠纷一案,已经审理终结。现依法向你方公告送达本院(2009)杭江民初字第1169号民事判决书。判决如下:一、轮台合盛元超市有限公司支付给西子奥的斯电梯有限公司货款人民币8000元。二、轮台合盛元超市有限公司支付给西子奥的斯电梯有限公司违约金人民币2099.2元(自2007年10月19日起暂算至2009年8月4日,按每天万分之四计算。此后另算,以合同总价5%即7950元为限)。三、上述一、二项合计人民币10099.2元,轮台合盛元超市有限公司应于本判决生效后十日内付清。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务,依法规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费人民币52元,减半收取人民币26元,财产保全费人民币140元,公告费人民币300元,合计人民币466元,由被告轮台合盛元超市有限公司负担。如不服本判决,可在判决书送达之日起15日内向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数提出副本,上诉于浙江省杭州市中级人民法院。

【浙江】杭州市江干区人民法院 曾令生:本院受理陈贻东申请再审审查一案,已经复查终结。现依法向你公告送达本院(2009)成民申字第140号民事裁定书。裁定书内容为:本案由本院提审;再审期间中止(2009)成民初字第1076号民事调解书的执行。自发出本公告之日起经过60日即视为送达。

四川省成都市中级人民法院 本院受理彭伟申请宣告李寿山死亡一案,现已审理终结,依法作出(2008)威环特字第4号民事判决书,宣告李寿山死亡。本判决为终审判决。【山东】威海市环翠区人民法院 本院受理葛晓英申请宣告张孟良死亡一案,现已审理终结,依法作出(2008)威海特字第1号民事判决书,宣告张孟良死亡。本判决为终审判决。【山东】威海市环翠区人民法院