

Legal services

上海国际金融中心建设立法探讨(一)

专家呼吁: 建设上海国际金融中心当务之急需立法

编者按:随着《深圳经济特区金融发展促进条例》于5月23日在深圳市人大常委会会议中通过,深圳成为我国第一个为建设国际金融中心而制定地方性法规的城市。上海作为国务院指定的以建设国际金融中心为目标的城市,却至今没有一部关于这方面的地方性法规。华东政法大学经济法学院院长吴弘等有关法律专家积极呼吁,加强上海国际金融中心立法成为当前上海经济立法的首要任务。

本报记者 张勇军 实习记者 徐振

记者:解决上海国际金融中心立法问题已成为燃眉之急,您能否谈谈立法的紧迫性?

吴弘:金融中心是各种金融机构云集,各类金融活动与交易集中的城市。国内各城市对金融中心的竞争非常激烈,除了上海、北京、深圳外,广州、武汉、重庆等地也纷纷提出要建设区域性金融中心。相比北京、天津、深圳等国内城市,上海金融业并无更多的独特优势。比如,在金融体系建设中,城市本身没有主动权,相应的权利滞留在部委,而各部委派驻上海的下属单位并无比其他地区更多的权限,致使长期以来上海在建设国际金融中心进程中难以展开手脚。上海要想成为国际金融中心就必须开展金融促进立法,创造硬性优惠环境。只有这样,上海才能在竞争中寻求突破,争取亚洲乃至全球国际金融中心的位置。

记者:目前上海在国际金融中心建设方面已开展了哪些立法?

吴弘:上世纪九十年代,我国金融体系和政策逐步调整,确立了以上海为国家金融中心和国际金融中心的战略。上海已经确定了2020年基本建成“四个中心”和社会主义现代化国际大都市的总体目标,并把建设

国际金融中心作为其中的重点。上海已有的关于金融中心的立法比较零散,主要有《关于加强服务,促进金融机构来上海发展的若干政策》、《关于支持金融机构在本市发展的若干意见》及其实施细则等。

记者:作为一位法律专家,您认为,上海进一步加强国际金融中心立法的重要性体现在哪里?

吴弘:上海国际金融中心建设虽然时间不长,但是成效显著。上海已经建立起多个在全国甚至国际上具有重要影响力的金融市场;金融创新产品不断在上海推出;国内外各种金融机构近年来也纷纷抢滩上海,设立中国区总部或分支机构。这些在金融建设方面取得的重要成果和探索得来的先进制度需要通过立法去巩固和发展。同时,上海在建设国际金融中心的过程中尚存许多问题需要通过立法去弥补,比如金融人才的匮乏,就需要完善税收、户籍等相关立法,为金融人才入沪提供便利,解决其后顾之忧。

记者:国内很多城市都提出要建设金融中心,并专门制定了金融发展规划或法律法规,您是怎么看待这些城市的相关立法情况?

吴弘:国内很多城市提出要建设金融中心,并进行了相关立法。如



资料图

北京在《关于促进首都金融业发展的意见》中,首次提出将北京建设成具有国际影响力的金融中心城市。与之类似的,深圳、广州、大连在其目标的表述中也蕴含了区域性金融中心的意义。其他城市,如重庆、天津、西安、郑州等,都提出要建设区域性金融中心的目标。在重庆市的《重庆市人民政府关于促进重庆金融业加快发展的若干意见》、郑州市的《郑州区域性金融中心建设规划纲要》等立法中,都能找到各自关于建设不同区域性金融中心的目标。纵观各地立法,凡是提出建设金融中心的城市都进行了相关立法,区别仅在数量的多少,这方面,深圳、北京、天津等走在全国前列,均制定了一定数量的金融法规。但除了深圳市在今年的5月制定了地方性法规外,其他城市包括上海在内都只是通过政府规范性文件来规范和促

进金融中心的建设,立法的效力层级比较低,而且不够全面系统,这是普遍存在的问题。

记者:各地有关金融中心的立法对上海有什么借鉴意义?

吴弘:我们分析各地关于金融中心的立法可以很明显的看出金融规范建设和金融业发达程度呈现正相关的关系。关于立法,一般的规律是先有政府的规范性文件,在合适的立法时机到来时,上升为地方政府规章、地方性法规的立法层级。深圳市制定了地方性法规,并制订了很多政策性文件,北京、天津等已经制订了较多的金融规范性文件,这几个城市金融业均较发达。上海已经是国内公认的国家金融中心,并且确立了建设国际金融中心的目标,可以部分借鉴深圳的立法模式,制定专门的地方性法规对上海国际金融中心的建设进行指导性、目标

性的规定,具体的实施细则交由地方政府去制定。

记者:上海应如何进一步加强国际金融中心立法?

吴弘:目前上海金融界内各方广泛认为需要更高层级的立法,而且金融立法的局限性已经严重束缚了上海国际金融中心建设,因此上海制定促进国际金融中心建设的法规的时机已经完全成熟。正如我前面所说,上海应该专门制定一部层级较高的地方性法规来统领上海国际金融中心建设,为其他规章的制定确立总体的原则和方向。同时政府部门应该在税收优惠、金融创新以及金融监管等方面完善配套法规,突出上海的金融特色,增强上海对于金融机构的吸引力。只有这样才能建立起一套完整的金融法律体系,为上海建设国际金融中心扫除法律障碍。

实务探讨

股东权益纠纷凸显股东地位不平等

上海天铭律师事务所 陈荣

近年来,随着我国市场经济的迅速发展和经济法制建设的完善,公司作为社会经济的重要主体,其组织管理、生产经营也日渐成熟。但与此同时,也有一些公司在改制或上市过程中,由于违规操作,导致公司大股东与职工小股东之间的矛盾和冲突。如何在《公司法》及相关司法解释的框架内处理此类纠纷,值得在实践中不断进行探讨和探索。

实际出资人“股东资格”引发争议

实际出资人的股东资格确认问题一直是公司纠纷的一个主要类型。股东是公司的核心,股东纠纷不仅影响到实际出资人的权益,也影响到公司的正常运作。

比如,四川宏华石油设备有限公司是中国最大,全球第二的钻机生产商,2008年3月7日借壳宏华集团在香港上市。在上市前后,一场57名职工股东与公司及大股东的股权纠纷导致公司在香港联交所的第一次上市聆

讯未能通过。纠纷的导火线是公司职工作为实际出资人的股东资格不予承认并对其股权强行回购和注销。公司认为:职工股东是以其他自然人代表名义在工商部门进行登记,因此出资职工不具有股东资格。

笔者认为,职工出资时都是真实、自愿、公开的,没有任何需要隐瞒股东身份的理由,无论是公司还是职工个人始终认为出资职工就是股东。根据《公司法》有关股东权利和义务的规定以及相关证据,职工作为实际出资人已经具备了公司股东的主要条件和基本特征,其股东资格应当依法得到确认。公司在事先没有征得同意,事后没有任何告知的情况下,擅自把职工从实名股东变成隐名股东,违背了职工股东的真实意愿,侵犯了职工股东的权利,是无效的。作为公司的实际出资者,股东的权利是法律赋予的,任何人不得侵犯。公司如此单方面暗箱操作不仅剥夺了职工股东的知情权和处置权,而且也是对职工股东和国家工商行政管理机关的双重欺骗和侵权,其法律后果只能由公司及相关人员进行决策和操作的其他个人承担。目前,在这场引起社会及境内

股东会召开及表决程序与内容亟待规范

经过多年的制度建设,作为社会公众公司的上市公司治理结构有了较大改观。然而,占我国公司比例大部分的其他有限公司和股份制企业,其决策和管理依然不够规范,大股东侵犯小股东利益的事件时有发生。

股东会召开及表决程序和内容的不规范是一个比较突出的问题。如:由原国有企业改制成股份合作制的某厂召开股东会时,股东会召开、表决和监票等方面存在着诸多不规范之处:会议通知附件中议案为四项,但表决时议案却有五项,临时增加表决内容;表决时将几项议案合在一张表决票上,进行捆绑式表决,违反了一事一议的原则;参加表决的人有的已退休,已无实际

股东的资格因而并不具备投票表决的资格;投票表决时,监票人不是公开唱票,而是自己看后立即投入同意或反对的票箱。如此股东会,其真实性、合法性理所当然地遭到股东们的强烈质疑。

笔者认为:股东会作为公司的最高权力机构,对公司的重要事项享有决定权,但股东大会的召开程序和决议内容都必须合法,如果存在瑕疵或者违法情形,则股东会决议无效。股东有权根据《公司法》第22条关于“股东会或者股东大会、董事会的召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起60日内,请求人民法院撤销”的规定通过法律程序依法维护自己的合法权益。

日前,部分股东已在法律规定的时效之内向法院提起诉讼,要求撤销该厂股东会决议。

建立股东权益平等制度体现法律公平原则

长期以来,由于制度缺陷,一些

公司大股东唯我独大,唯我独尊,漠视小股东权益,特别是在面临公司上市等资产急速膨胀和利益再分配的重大事件时,对小股东的违法侵权情形屡屡发生。

作为上述两起案件的原告代理人,笔者希望通过审理能够对相关案件审判的司法实践有所推动和创新,同时也感到:建立股东权益的平等制度,更好地体现法律的公平原则是法制社会的基本要求,需要我们付出更多的努力。

首先,有关部门应当对《公司法》的相关条款作出更加明确、具体和具有可操作性的规定,同时,相关的司法解释应当及时出台并实施,以避免发生歧义或发生纠纷后法官过度行使自由裁量权。

其次,司法机关的审判工作应当与市场发展的形势相适应,必须真正树立司法公正、执法为民的理念,提高法官专业素质,排除各种干扰,坚持中小股东与公司以及大股东平等保护的法制原则,维护社会的公平和正义,维护法律尊严,保证资本市场的和谐发展。

前沿争鸣

红筹股回归 有法可依但细节不明

华东政法大学 陈岱松 荣华

近年来,随着我国资本市场国际化进程的加快,有关红筹股回归的讨论也日趋激烈。但鉴于红筹股特殊的法律地位,对其回归过程中的一些问题仍需进行法律上的梳理。

“回归”具有法律可行性

《证券法》第二条规定:在中华人民共和国境内,股票、公司债券和国务院认定的其他证券的发行和交易,适用本法”。可见,《证券法》规制的是在中国境内发行和交易证券的行为。至于发行行为的主体,《证券

法》并未予以规定,即《证券法》并未禁止境外公司在中国境内发行股票。根据“法未禁止即允许”之法理,红筹股公司在境内发行股票的行为是合法的。

至于发行股票的上市问题,2006年修订后的《证券法》将股票上市交易的决定权赋予了证券交易所。而《上海证券交易所股票上市规则》中并没有禁止境外公司在中国境内发行的股票在上交所上市的规定。深圳《CDR(China Depository Receipt)》是中国存托凭证的英文简称,发行CDR指在中国境外上市的公司先将部分已发行上市股票托管在当地的托管银行,再由中国境内的存券银行发行CDR,在境内上市交易,以人民币交易结算,供境内投资

者买卖。我国至今尚未有在境内发行CDR的先例。中国联通的上市发行模式,则是通过在中国境内设立一个纯粹以控股为目的的空壳公司作为在A股市场上发行新股的主体。该公司间接控股在香港上市的联通红筹股公司,从而达到红筹股公司间接回归的目的。直接发行A股即直接以红筹股公司为发行主体向境内投资者公开发行A股并上市。

“回归”可采用三种模式

目前,红筹股回归主要有三种可行的方式,分别是发行CDR、联通模式、直接发行A股。

CDR(China Depository Receipt)是中国存托凭证的英文简称,发行CDR指在中国境外上市的公司先将部分已发行上市股票托管在当地的托管银行,再由中国境内的存券银行发行CDR,在境内上市交易,以人民币交易结算,供境内投资

者买卖。我国至今尚未有在境内发行CDR的先例。中国联通的上市发行模式,则是通过在中国境内设立一个纯粹以控股为目的的空壳公司作为在A股市场上发行新股的主体。该公司间接控股在香港上市的联通红筹股公司,从而达到红筹股公司间接回归的目的。直接发行A股即直接以红筹股公司为发行主体向境内投资者公开发行A股并上市。

“回归”遭遇“监管不明”

前已述及,红筹股回归在法律上具有可行性,不存在实质性的障碍。但尽管如此,仍有些细节问题有

待解决。

首先,我国境内法律对于上市公司的监管基本上都是以《公司法》作为依据和蓝本的,而《公司法》仅仅调整境内公司的活动,对于境外公司则无任何规定。因此,在红筹股回归之前,尚需对红筹股公司的监管方式、监管内容、监管措施等方面制定相应的法规予以明确。

其次,由于目前我国仍实行外汇管制的政策,尤其是资本项目下人民币尚不能自由流通兑换,红筹股公司在境内筹集的人民币资金投向也是一个需要解决的问题。

只有解决上述问题,红筹股的回归才能尽快成为现实。

上海证券报法律服务 双周一刊出

上海证券报《法律服务》专版携手中国资本市场法律服务专家顾问团中国资本市场法律服务专家志愿团

专注法律服务 推动法制建设

维权热线:021-96999999 邮箱:fifw@cstock.com 维权频道:http://www.cnstock.com/stock315/index.htm 来信:上海杨高南路1100号上海证券报周晓信箱(200127)

法律服务台

房地产企业 收购重组应注意事项

上海序伦律师事务所 陈少兰

案情简介:

某公司为房地产企业,拟收购一上市公司32%的股份并成为其第一大股东,此后该房地产企业拟将控股的房地产项目公司置入。在此过程中,由于拟收购股份超过30%,触发了要约收购义务,公司应如何处理?同时,房地产企业在重组过程中还有哪些需要注意的事项?

律师分析:

根据上述情况,该公司需注意的主要事项如下:

一、如合并持有上市公司股份超过30%,将触发《证券法》、《上市公司收购管理办法》规定的要约收购义务。实务中,通常采用的解决方式是申请要约收购豁免。根据管理办法,有下列情形之一的,收购人可以向中国证监会提出免于以要约方式增持股份的申报:(一)收购人与出让人能够证明本次转让未导致上市公司的实际控制人发生变化;(二)上市公司面临严重财务困难,收购人提出的挽救公司的重组方案取得该公司股东大会批准,且收购人承诺3年内不转让其在该公司中所拥有的权益;(三)经上市公司股东大会非关联股东批准,收购人取得上市公司向其发行的新股,导致其在该公司拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%,收购人承诺3年内不转让其拥有权益的股份,且公司股东大会同意收购人免于发出要约;(四)中国证监会为适应证券市场发展变化和保护投资者合法权益的需要而认定的其他情形。

二、成为上市公司控股股东后,若拟重组,建议正式的重组行动放在成为控股股东一年之后。根据新的会计准则,非同一控制下的合并将面临按被购买方可辨认净资产公允价值入账的问题。通常情况下,房地产企业在房地产高峰期,有较大的评估增值。如重组后按公允价值入账,则巨大的评估增值将使重组后上市公司的盈利能力面临极大考验。若公司在成为上市公司控股股东一年后再重组,则作为同一控制下的合并,合并方在企业合并中取得的资产和负债,应当按照合并日在被合并方的账面价值计量,不需根据评估后的公允价值入账。

三、当然,在实务中也存在部分公司重组后,控股股东控股时间未满足一年,却由于重组满足反向收购的条件,也按照合并日在被合并方的账面价值计量,而未按评估后的公允价值入账的情况。



近期案例

*ST九发信披违规案

*ST九发8月5日披露了因信息披露违规行为被中国证监会处罚的公告,引发了一起由数十名投资者发起的针对九发股份的民事赔偿诉讼。在2005年和2006年,*ST九发向山东九发集团的关联公司签发数笔共计8亿多元的汇票,均未记账。并且,*ST九发还违反信息披露规定,对其与关联公司的资金往来及重大担保事项未按规定披露。这些都违反了证券法的相关规定,侵害了投资者的权益,其董事长也因此受到了罚款及禁入的处罚。

金园汽车集资诈骗案

西安金园汽车产业发展股份有限公司(金园汽车)以“海外上市”为诱饵非法发行股票案,在西安做出一审判决,其主犯王可、董欣以集资诈骗罪分别判处有期徒刑和有期徒刑十年。从2005年起,董欣与王可合作,对金园汽车虚假出资,并编造海外上市谎言,非法发行股票诈骗,至案发前共累计骗得人民币6000余万元,其中包括从日本人士处骗得的1200万日元。两案犯于2006年9月、10月分别被公安机关抓获。

“公路大王”刘根山案

近日,上海市一中院开庭审理了“公路大王”刘根山案,此次的被告是刘根山所控制的三家公司,原告为中国工商银行上海长宁支行。刘根山于2003年收购了重庆奎星楼项目,并以此作为抵押,向各大银行借款,共计取得2.4亿元贷款,并将资金投入了沪青平高速公路。由于公司长期存在项目资金不到位,拖欠应付工程款等违约行为,上海市市政管理局决定收回该公司的沪青平高速公路收费经营权。于是工行长宁支行因金融借款合同问题将刘根山控制的公司告上法庭。(徐振整理)