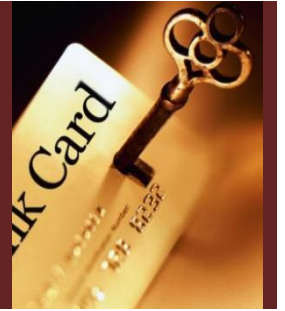


協力法律资讯|财经版

2015 年第 29 期 (总第 155 期)

2015-08-14



本期摘要

最新法律、法规和政策	2
国务院《关于促进融资担保行业加快发展的意见》	2
国务院法制办公室《融资担保公司管理条例（征求意见稿）》	2
国务院法制办公室《非存款类放贷组织条例（征求意见稿）》	3
证监会《关于落实注册资本登记制度改革修改相关规定的决定》	5
最新市场信息	6
上海市发布个体网络借贷平台信息披露指引.....	6
证监会对互联网股权融资机构平台进行专项检查.....	6
资管业“八条底线”细则重修.....	7
金融案例评述	8
未出资股东表决权排除规则的适用.....	8
协力律师说	10
“通道业务”风险与防控.....	10

最新法律、法规和政策

国务院《关于促进融资担保行业加快发展的意见》

【发布单位】国务院
【发文字号】国发[2015]43号
【发布时间】2015-08-13
【实施时间】2015-08-13

【内容提要】2015年8月13日，国务院发布了《关于促进融资担保行业加快发展的意见》（以下简称《意见》），《意见》明确了发展主要服务于小微企业和“三农”的新型融资担保行业的指导思想；确立了坚持政策扶持与市场主导相结合、发展与规范并重的基本原则；制定了小微企业和“三农”融资担保在保户数占比五年内达到不低于60%的目标等。《意见》主要内容如下：

- **政府性融资担保机构**。以省级、地市级为重点，通过新设、控股、参股等方式，发展一批政府出资为主的政府性融资担保机构。支持专注服务小微企业和“三农”、有实力的融资担保机构开展兼并重组。融资担保机构坚守融资担保主业，发展普惠金融。
- **再担保体系**。研究设立国家融资担保基金，推进政府主导的省级再担保机构基本实现全覆盖，构建国家融资担保基金、省级再担保机构、辖内融资担保机构的三层组织体系，有效分散融资担保机构风险，发挥再担保“稳定器”作用。
- **“政银担”三方合作模式**。（1）各省（区、市）人民政府要发挥作用，加大投入，积极探索适合本地区实际的“政银担”合作机制，鼓励有条件的地方设立政府性担保基金，实现小微企业和“三农”融资担保风险在政府、银行业金融机构和融资担保机构之间的合理分担；（2）在与省级再担保机构达成的合作框架下，对合作的融资担保机构，按照市场化原则，提供风险分担、不收或少收保证金、提高放大倍数、控制贷款利率上浮幅度等优惠条件；改进绩效考核和风险问责机制，提高对小微企业和“三农”融资担保贷款的风险容忍度；（3）中国融资担保业协会、中国银行业协会要在有关部门指导下，加快开展融资担保机构信用记录工作。
- **监管职责**。融资性担保业务监管部际联席会议要加强制度建设，推动《融资担保公司管理条例》尽快出台，完善融资担保监管法规体系。
- **加强协作**。（1）落实好融资担保机构免征营业税和准备金税前扣除等相关政策。综合运用资本投入、代偿补偿等方式，加大对主要服务小微企业和“三农”的融资担保机构的财政支持力度；（2）进一步研究完善相关企业会计准则，保证融资担保行业会计信息质量；健全融资担保机构信用记录，并纳入国家统一的信用信息共享交换平台；规范、有序地将融资担保机构接入金融信用信息基础数据库，加强信用管理；依法为融资担保机构进行抵（质）押登记，并为其债权保护和追偿提供必要协助，维护融资担保机构合法权益。

【法规链接】请点击以下网址查看：

http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-08/13/content_10082.htm

[返回目录](#)

国务院法制办公室《融资担保公司管理条例（征求意见稿）》

【发布单位】国务院法制办公室
【发布时间】2015-08-12
【征求意见截止时间】2015-09-12

【内容提要】2015年8月12日，国务院法制办公室发布了《融资担保公司管理条例（征求意见稿）》（以下简称《条例》），向社会公开征求意见。《条例》施行前设立的融资担保公司，不符合规定条件的，应当在监督管理部门规定的期限内达到《条例》规定的条件；公司制以外的融资担保机构参照《条例》执行；融资再担保机构的管理办法，按照国务院的规定另行制定。《条例》主要内容如下：

- **概念界定**。融资担保公司，是指依法设立，主要经营融资担保业务的有限责任公司和股份有限公司。融资担保业务，是指担保人为被担保人进行债务融资提供担保的活动。
- **公司设立**。设立融资担保公司，应当经监督管理部门依法批准。设立融资担保

公司，应当具备下列条件：1) 持有 5%以上股权的股东信用记录良好，最近 3 年无重大违法违规记录；2) 注册资本不低于人民币 2000 万元，且为实缴货币资本；3) 拟任董事、监事和高级管理人员符合《条例》规定的任职条件；4) 有健全的业务操作规范、经营风险控制等内部管理制度。

- **需备案公司变更事项。**融资担保公司变更名称、注册资本，变更持有 5%以上股权的股东或者持股比例，变更董事、监事和高级管理人员，以及变更监督管理部门规定的其他事项的，应当自作出变更决定之日起 15 日内向监督管理部门备案。
- **经营业务。**(1) 经监督管理部门批准，融资担保公司可以经营下列部分或者全部融资担保业务：1) 借款担保；2) 票据承兑担保；3) 贸易融资担保；(4) 项目融资担保；5) 信用证担保；6) 债券等金融产品担保；7) 其他融资担保业务。(2) 除前款规定业务外，融资担保公司经批准可以兼营下列部分或者全部业务：1) 投标担保、工程担保、财产保全担保及其他非融资担保业务；2) 与担保业务有关的融资咨询、财务顾问等中介服务；3) 以自有资金进行的资金运用；4) 监督管理部门规定的其他业务。
- **经营规则。**(1) 除国家另有规定外，融资担保公司的融资担保责任余额不得超过其净资产的 10 倍。融资担保公司对单个被担保人及其关联方提供的融资担保责任余额与其净资产的比例不得超过国家规定的上限；(2) 融资担保公司不得为其控股股东、实际控制人提供融资担保；为其他关联方提供融资担保应当经董事会决议，且提供担保的条件不得优于为非关联方提供同类担保的条件；(3) 融资担保公司向被担保人收取反担保保证金的，应当对保证金实行专户管理或者委托第三方存管，保证金的用途仅限于合同约定的违约偿付，不得用于其他用途。
- **经营限制。**融资担保公司不得从事下列活动：1) 吸收存款或者变相吸收存款；2) 发放贷款或者受托发放贷款；3) 受托投资或者受托理财；4) 为违反国家规定发行的金融产品提供担保；5) 法律、行政法规禁止的其他活动。

【法规链接】请点击以下网址查看：

<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xwzx/tpxw/201508/20150800478725.shtml>
<http://yjjian.chinalaw.gov.cn/lisms/action/guestLoginAction.do#>

[返回目录](#)

国务院法制办公室《非存款类放贷组织条例(征求意见稿)》

【发布单位】国务院法制办公室

【发布时间】2015-08-12

【征求意见截止时间】
2015-09-12

【内容提要】2015 年 08 月 12 日，国务院法制办公室发布了《非存款类放贷组织条例(征求意见稿)》(以下简称《条例》)，向社会公开征求意见。《条例》实施之前设立的非存款类放贷组织，应当在《条例》实施之日起 90 日内申请经营放贷业务许可证，逾期未申请或申请未获批准的，不得继续从事放贷业务。非存款类放贷组织通过互联网平台经营放贷业务的，应遵守《条例》有关规定，国务院银行业监督管理机构制定网络小额贷款的监管细则。《条例》主要内容如下：

- **适用范围。**在中华人民共和国境内发生的、不吸收公众存款的放贷业务，适用《条例》。法律、行政法规以及国务院决定对特定组织经营放贷业务另有规定的，从其规定。
- **网络小额贷款适用条例。**非存款类放贷组织通过互联网平台经营放贷业务的，应遵守《条例》有关规定。国务院银行业监督管理机构制定网络小额贷款的监管细则。
- **概念界定。**(1) 放贷，是指向借款人借出本金并按约定收回本金及其收益的行为，包括以各种其他名义支付款项但实质是放贷的行为；(2) 非存款类放贷组织，是指在工商行政管理部门注册登记，并经省级人民政府监督管理部门批准

上海
Shanghai

北京
Beijing

苏州
Suzhou

南通
Nantong

长沙
Changsha

无锡
Wuxi

郑州
Zhengzhou

大阪
Osaka

米兰
Milan

巴黎
Paris

取得经营放贷业务许可，经营放贷业务但不吸收公众存款的机构；(3) 经营放贷业务，是指放贷主体以发放贷款为业并从中获取收益的行为，包括虽未宣称但实际从事放贷业务。

- **经批准从事放贷业务及例外情形。**(1) 除依法报经监督管理部门批准并取得经营放贷业务许可的非存款类放贷组织外，任何组织和个人不得经营放贷业务；(2) 下列情形除外：1) 法律、行政法规授权特定组织经营放贷业务；2) 国务院决定可以经营放贷业务的其他情形；(3) 有以下情形之一的，不属于《条例》所称的经营放贷业务：1) 雇主给雇员提供的帮扶性质的贷款；2) 日常业务或主要业务不涉及发放贷款的组织或个人偶尔发放的贷款；3) 集团控股公司成员之间发放的贷款；4) 基于人情往来不以营利为目的发放的贷款；5) 保险公司提供的保单质押贷款；6) 融资租赁业务；7) 其他不以经营为目的的贷款情形。
- **组织形式及最低注册资本。**设立非存款类放贷组织，应当采取有限责任公司、股份有限公司的组织形式。非存款类放贷组织申请经营放贷业务许可，应当具有与业务规模相适应的实缴注册资本，但有限责任公司的注册资本不得低于等值 500 万元人民币，股份有限公司的注册资本不得低于等值 1000 万元人民币。
- **需批准或备案公司变更事项。**(1) 非存款类放贷组织有下列变更事项之一的，应当经监督管理部门批准：1) 变更持有资本、股份或投票权总额 30% 以上的股东；2) 合并或分立。(2) 非存款类放贷组织有下列变更事项之一的，应当自变更事由发生之日起 3 日内向监督管理部门备案：1) 变更董事、监事、高级管理人员；2) 变更名称；3) 变更营业场所；4) 修改章程；5) 监督管理部门规定的其他变更事项。变更事项涉及公司登记事项的，按规定向当地工商行政管理部门申请变更登记；涉及经营放贷业务许可证所载事项的，应当向监督管理部门申请换证。
- **经营规则。**(1) 非存款类放贷组织应当主要运用自有资金从事放贷业务，也可以通过发行债券、向股东或银行业金融机构借款、资产证券化等方式融入资金从事放贷业务；(2) 非存款类放贷组织发放贷款前，应当与借款人签订书面合同；(3) 在贷款存续期内，非存款类放贷组织应当定期向借款人提供书面通知，列明偿还本金及利息的金额、时间、方式以及到期未偿还的责任；非存款类放贷组织将个人债务逾期信息报送金融信用信息基础数据库、市场化征信机构，应当最迟在报送前 5 日书面提示借款人；(4) 非存款类放贷组织经营放贷业务，与借款人自主协商确定贷款利率和综合有效利率，但不得违反法律有关规定。贷款合同中约定的贷款本金额与实际贷出的金额不一致的，以实际贷出的金额作为贷款本金额；(5) 非存款类放贷组织的贷款资产可以转让。

【法规链接】请点击以下网址查看：

<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xwzx/tpxw/201508/20150800478726.shtml>
<http://yjjian.chinalaw.gov.cn/lisms/action/guestLoginAction.do#>

[返回目录](#)

证监会《关于落实注册资本登记制度改革修改相关规定的决定》

【发布单位】中国证券监督管理委员会

【发文字号】证监会公告[2015]20号

【发布时间】2015-07-31

【实施时间】2015-07-31

【内容提要】按照《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》（国发[2014]7号），2015年07月31日，证监会发布了《关于落实注册资本登记制度改革修改相关规定的决定》，对《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定》（证监会公告[2012]32号）和《关于保本基金指导意见》（证监会公告[2010]30号）作出相应修改并重新公布，具体修改内容如下：

被修改法规	修改前	修改后
《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定》（证监会公告[2012]32号）	<p>第九条</p> <p>基金管理公司设立子公司应当以自有资金出资。</p> <p>子公司的注册资本应当不低于2000万元人民币。</p>	<p>第九条</p> <p>基金管理公司设立子公司应当以自有资金出资。</p>
《关于保本基金的指导意见》（证监会公告[2010]30号）	<p>八、非金融机构担任保本基金的担保人或保本义务人的，应当符合以下审慎监管要求：</p> <p>（一）成立并经营满3年以上，具备法人资格的企业；</p> <p>（二）财务状况良好，最近三年连续盈利；</p> <p>（三）注册资本不低于10亿元；</p> <p>（四）上一年度经审计的净资产不低于20亿元；</p> <p>（五）为保本基金承担保证责任或偿付责任的总金额不超过上一年度经审计的净资产的10倍；</p> <p>（六）最近三年未受过重大处罚；</p> <p>（七）中国证监会规定的其他条件。</p> <p>•••••</p>	<p>八、非金融机构担任保本基金的担保人或保本义务人的，应当符合以下审慎监管要求：</p> <p>（一）成立并经营满3年以上，具备法人资格的企业；</p> <p>（二）财务状况良好，最近三年连续盈利；</p> <p>（三）上一年度经审计的净资产不低于20亿元；</p> <p>（四）为保本基金承担保证责任或偿付责任的总金额不超过上一年度经审计的净资产的10倍；</p> <p>（五）最近三年未受过重大处罚；</p> <p>（六）中国证监会规定的其他条件。</p> <p>•••••</p>

【法规链接】请点击以下网址查看：

http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/zjh/201508/t20150807_282508.htm

[返回目录](#)

上海市发布个体网络借贷平台信息披露指引

（摘编自上海金融信息行业协会官网，2015年08月07日）

2015年08月06日，上海市互联网金融行业协会、上海金融信息行业协会联合发布了《上海个体网络借贷（P2P）平台信息披露指引》（以下简称《指引》），以引领网络信贷行业规范发展，同时，为做好信息披露指引的各项工作，上海金融信息行业协会已经启动《上海金融信息共享平台》建设。《指引》主要适用于上海市互联网金融行业协会、上海金融信息行业协会会员单位中从事个体网络借贷（P2P）业务的企业。《指引》未涉及、但不披露可能导致投资者对平台经营管理和风险状况产生错误判断的相关信息，网贷企业应当将其视为重大信息及时予以披露，如果《指引》相关内容与今后国家及本市有关部门出台的监管规定不一致的，以相关监管规定为准。

根据《指引》，个体网络借贷（P2P）平台需要披露的信息主要包括：（1）主体信息，主要包括基本情况、奖惩情况、主要股东情况、法人治理及董事、监事、高级管理人员情况以及员工情况；（2）产品信息，主要包括主要产品（服务）种类、各类产品（服务）基本情况；（3）业务信息，主要包括交易发生情况、交易余额情况、逾期交易情况；（4）财务信息，主要包括会计报表、审计报告；（5）其他相关信息，主要包括客户资金清结算（存、托管）情况、合作机构情况、信用评级情况（如有）、客户损失代偿备付金相关情况（如有）。

考虑到个体网络借贷（P2P）平台具体情况千差万别，平台不同背景股东对企业应予保守的商业秘密要求也不尽相同，同时，协会层面的行业自律也难以进行“一刀切”式的要求，因此，在《指引》附件《上海个体网络借贷（P2P）平台信息披露指引（试行）规范表》中，对各项信息披露的内容要素赋予了一定的分值权重。各平台可根据《指引》要求、结合自身情况进行必要的信息披露，但行业协会将组织相关方面对各平台的信息披露情况进行评估打分，对信息披露情况得分低于一定标准的个体网络借贷（P2P）企业，协会将采取相应的自律惩戒措施。

[返回目录](#)

证监会对互联网股权融资机构平台进行专项检查

（摘编自证监会官网，2015年08月07日）

2015年08月07日，证监会发布《关于对通过互联网开展股权融资活动的机构进行专项检查的通知》（以下简称《通知》），《通知》明确，股权众筹融资主要是指通过互联网形式进行公开小额股权融资的活动，具体而言，是指创新创业者或小微企业通过股权众筹融资中介机构互联网平台（互联网网站或其他类似的电子媒介）公开募集股本的活动。由于其具有“公开、小额、大众”的特征，涉及社会公众利益和国家金融安全，必须依法监管。未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得开展股权众筹融资活动。目前，一些市场机构开展的冠以“股权众筹”名义的活动，是通过互联网形式进行的非公开股权融资或私募股权投资基金募集行为，不属于《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发[2015]221号）规定的股权众筹融资范围。

《通知》指出，检查目的是摸清股权融资平台的底数，了解股权融资平台的实际运行情况，发现和纠正违法违规行，排查潜在的风险隐患，引导股权融资平台围绕市场需求明确定位，切实发挥服务实体经济的功能和作用。此次检查的对象包括但不限于以“私募股权众筹”、“股权众筹”、“众筹”名义开展股权融资活动的平台。检查的重点内容包括平台上的融资者是否进行公开宣传，是否向不特定对象发行证券，股东人数是否累计超过200人，是否以股权众筹名义募集私募股权投资基金。检查发现股权融资平台或融资者涉嫌非法发行股票或者非法经营证券业务的，按照打击非法证券活动工作机制，及时提请省级人民政府做好案件查处和处置善后工作，发现涉嫌犯罪的，应当及时移送公安机关，依法追究刑事责任，未构成犯罪的，应当责令其限期改正，并依法立案查处。

[返回目录](#)

资管业“八条底线”细则重修

（摘编自《21世纪经济报道》，
2015年08月12日第13版）

21世纪经济报道记者日前从多名券商资管和基金子公司人士处获悉，监管层正计划对《证券期货经营机构落实资产管理“八条底线”禁止行为细则》¹（以下简称《细则》）进行重修，并于08月初已向部分机构进行了小范围的内部意见征询。此次《细则》修订主要体现在三个方面：

第一，“八条底线”的禁止行为或将增加“利用资管计划开展场外配资活动”一项。监管层在拟修订的讨论意见中，初步将四类情况认定为资管计划参与配资活动，这四种情况分别为：以资管计划为个人投资者配资或由个人投资者实质上管理产品账户的、计划仅投资于单只股票或单只债、资产管理计划下设虚拟子账户或交易单元，未实行实名制管理的以及计划交易系统外接未经认证的其他交易系统。需要注意的是，以上四条更为具体的禁止行为中，三条均与账户出借或设立子账户出借有关，这意味着监管层对场外配资的围剿，仍着眼于账户系统的合规。

第二，权益类产品的杠杆倍数最高被限定为3倍。根据初步讨论，修订后的《细则》将会把资管计划区分为权益类、固定收益类、非标类和混合类四种，其中，权益类的投资标的为股票或股票型基金；固收类产品则主要投资银行存款、标准化债券以及债基；非标类产品则是指投资于场外股权、债权的产品。如果资管计划在某一领域的资产占比超过80%，就可定义为相关类型产品；而前述三类定义以外的资管计划，则从属混合类产品。在上述产品分类下，不同类型资管计划的杠杆上限也各不相同，其中，权益类产品的杠杆倍数最高被限定为3倍，而混合类杠杆倍数则被限定为5倍，固定收益类和非标类则仍然维持最高10倍杠杆倍数不变。

第三，投资顾问实施交易或被禁止。修订后的《细则》还专门列出一项，对资管业广泛存在的投资顾问的聘用问题进行规范。根据讨论意见，资管机构不得聘用不具备投资咨询、资产管理、基金管理等相应资质的第三方机构担任投资顾问，同时资管计划不得与投资顾问自有或管理资产存在利益输送等违规问题。此外，投资顾问实施投资决策和委托交易、未在资管合同及其他文件中披露和揭示投顾职责及风险、向未提供实质服务的投顾支付费用、投顾费用与资管计划交易量挂钩以及未签订投顾协议或未明确投顾权责的情况也被列入禁止行为清单。

[返回目录](#)

¹ 证监会主席助理张育军在2014年09月12日召开的“资产管理业务座谈会”上首次提出资管业的“八条底线”，其一度成为券商、基金及期货资管所遵循的监管规则。“八条底线”具体包括“不得有非公平交易等损害客户利益行为；不得违规承诺保本保收益；不得不适当地宣传、销售产品，误导欺诈客户；不得开展资金池业务；不得利用资管产品进行商业贿赂；资管产品的杠杆率不得超过十倍；不得投资于高污染、高能耗等国家禁止投资的行业；不得对业务人员、管理团队实施当期激励”。

未出资股东表决权排除规则的适用²

【案情介绍】

上海万禹国际贸易有限公司（以下简称“万禹公司”）系设立于2009年03月11日的有限责任公司，设立时注册资本为100万元，股东为宋某、高某，股权比例分别为60%、40%。2012年08月28日，万禹公司召开股东会会议，决议公司注册资本由100万元增至10000万元；吸收新股东杭州豪旭贸易有限公司（以下简称“豪旭公司”）；增资后股东股权比例为：宋某0.6%、高某0.4%、豪旭公司99%。2012年09月14日，上海大诚会计师事务所出具验资报告，证明万禹公司已收到豪旭公司缴纳的新增注册资本9900万元。2012年09月17日，万禹公司将增资验资款9900万元转入其中国农业银行账户内，同日，万禹公司又从该账户分别汇入两案外人的中国银行账户，两案外人又分别将汇入款汇入两家案外公司的中国建设银行账户。

2013年12月27日，万禹公司向豪旭公司邮寄《催告返还抽逃出资函》，称豪旭公司已抽逃其全部出资9900万元，望其于收函后三日内返还全部抽逃出资，否则，万禹公司将依法召开股东会会议，解除其股东资格。2014年03月06日，万禹公司向豪旭公司邮寄《临时股东会会议通知》，通知其于2014年03月25日上午10点召开股东会，审议关于解除豪旭公司股东资格的事项。

2014年03月25日，万禹公司召开2014年度临时股东会，全体股东均出席，股东会会议记录载明：……5.到会股东就解除豪旭公司作为万禹公司股东资格事项进行表决。6.表决情况：同意2票，占总股数1%，占出席会议有效表决权100%；反对票1票，占总股数99%，占出席会议有效表决权的0%。表决结果：提案通过。豪旭公司代理人在会议记录中载明不认可第六项中“占出席会议有效表决权100%”及“占出席会议有效表决权的0%”的表述。同日，万禹公司出具股东会决议，载明：因股东豪旭公司抽逃全部出资，且经合理催告后仍未及时归还，经其他所有股东协商一致，决议解除其万禹公司股东的资格。豪旭公司拒绝在股东会决议上签字。2014年04月07日，万禹公司再次向豪旭公司发函，通知其股东资格已被解除。因豪旭公司对上述股东会决议不认可，故宋某作为公司股东，向上海市黄浦区人民法院（以下简称“一审法院”）起诉请求确认万禹公司2014年03月25日股东会决议有效。

一审法院认为，**豪旭公司以增资形式进入万禹公司，在公司章程中确认了其股东身份，完成了相应的工商登记，因此，豪旭公司享有万禹公司的股东资格，有权依照规定行使股东权利，表决权正是股东的一项重要权利。在《公司法》没有规定或者公司章程没有约定其他限制股东表决权的情形下，即便豪旭公司作为股东违反出资义务，抽逃出资，其表决权并不因此受到限制。**在万禹公司2014年03月25日的股东会上，投赞成票的宋某、高某享有1%的表决权，投反对票的豪旭公司享有99%的表决权，因此，股东会决议违反了资本多数决原则，驳回宋某的诉讼请求。

宋某、万禹公司不服，向上海市第二中级人民法院（以下简称“二审法院”）上诉称，一审法院并未审查豪旭公司是否抽逃出资，依照原审判决理由，守法股东的基本权利不可能得到有效保护，因此请求撤销原审判决。

二审法院审查后认为，各方当事人之间的争议焦点为：**1.豪旭公司在入股万禹公司9900万元后是否存在抽逃出资的情形；2.应否排除豪旭公司在系争股东会审议中的表决权。**

关于第一个争议焦点，法院认为，豪旭公司于2012年09月14日将9900万元入股款汇入万禹公司验资账户，并办理完相关验资手续，完成了对万禹公司的出资义务，但在验资后的第三天，9900万元出资款即从万禹公司基本账户转出，最终又回到豪旭公司出资入股前汇集9900万元款项来源的公司。由此可见，豪旭公司应当明知其出资款项在短时间内即被全部抽回，其出资并未由万禹公司使用，没有证据证明该资金流向存在其他合理用途，豪旭公司之后亦未将其出资补足。豪旭公司的行为符合《公司法司法解释三》

² 上海市第二中级人民法院民事判决书（2014）沪二中民四（商）终字第1261号
http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/sh/shsdezjrmfy/ms/201412/t20141204_4485896.htm

第 12 条规定³的情形，即未经法定程序将出资抽回的行为应被认定为股东抽逃出资。

关于第二个争议焦点，根据已查明事实，万禹公司以股东会决议形式解除豪旭公司股东资格的核心要件均已具备，但在股东会决议就股东除名问题进行讨论和决议时，拟被除名股东是否应当回避，各方对此意见不一。《公司法司法解释三》对此未作规定。**法院认为，《公司法司法解释三》第 17 条⁴中规定的股东除名权是公司消除不履行义务的股东对公司和其他股东产生不利影响而享有的一种法定权能，是不以征求被除名股东的意见为前提和基础的。在特定情形下，股东除名决议作出时，会涉及被除名股东可能操纵表决权的情形，故当某一股东与股东会讨论的决议事项有特别利害关系时，该股东不得就其持有的股权行使表决权。本案中，豪旭公司是万禹公司的大股东，万禹公司将召开股东会的通知提前告知了豪旭公司，已尽到对拟被除名股东权利的保护，如前所述，豪旭公司与股东会决议事项具有特别利害关系，因此，应将其股权对应的表决权排除在外。**

【协力评析】

本案涉及公司法理论与实践中的股东除名制度和表决权排除规则。**该案裁判结果确立：有限责任公司股东未按章程约定履行出资义务或抽逃全部出资，经催告后在合理期限内仍未缴纳或返还出资的，公司可以以股东会决议解除该股东的股东资格。对于该股东除名决议，该未出资股东不享有表决权，即便该股东系控股股东。**

关于股东除名制度，本案是适用《公司法司法解释三》第 17 条关于对未出资或抽逃全部出资未出资股东予以除名规定的典型案例。关于表决权排除规则，在我国，股东表决权排除规则主要规定在《公司法》第 16 条⁵以及《上市公司章程指引》（2014 年修订）第 79 条⁶。**虽然法律法规对股东表决权排除规则的规定有限，但这并不表明在法律法规未规定的情形下不能适用股东表决权排除规则，如果出现大股东滥用资本多数决规则通过或阻止通过与其有利害关系的股东会决议，侵害公司或小股东的利益，司法实践可以适用表决权排除规则。**本案在适用《公司法司法解释三》第 17 条关于股东除名制度的同时适用表决权排除规则，有效保护了小股东的利益，使得股东除名制度得以落实，制度功能得以发挥。

2013 年修正后的《公司法》取消了法定最低注册资本制度，取消了股东货币出资最低限额的要求，股东的出资义务更多地由股东依意思自治约定，而非由法律强制规定。对违反出资义务的股东，公司可以解除其股东资格并适用表决权排除规则，以保护公司以及公司债权人利益、维系安全的市场交易环境。

股东除名毕竟是对不履行义务股东的最严厉处罚，在司法适用时应当十分审慎。本裁判案例确认：**法院在适用《公司法司法解释三》第 17 条认可排除利害股东表决权的股东除名决议的效力时，至少应该满足一些程序要件，包括：先行催告出资并给予合理期间；通知未出资股东参加股东会并允许其申辩；判决时要释明股东除名后的后续义务等。**

返回目录

³ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第 12 条规定，公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

⁴ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第 17 条规定，有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。

在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。

⁵ 《公司法》第 16 条规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

⁶ 《上市公司章程指引》（2014 年修订）第 79 条规定，股东大会审议有关关联交易事项时，关联股东不应当参与投票表决，其所代表的有表决权的股份数不计入有效表决总数；股东大会决议的公告应当充分披露非关联股东的表决情况。

“通道业务”风险与防控

（摘编自微信公众号“协力金融法律评论”，2015年08月03日）

【导语】

长久以来，信托公司的通道业务曾被形容为鸡肋，技术含量不高，似乎除了“白赚了通道费”之外，并没有其他风险。从2014年坊间流传至今但未正式出台的《关于调整信托公司净资本计算标准有关事项的通知（征求意见稿）》将信托业务分为事务管理类（通道类）信托业务和非事务管理类信托业务，似有区别监管趋势。在实际案例中，一旦发生兑付危机，信托公司和投资者、资金委托方等主体难免就责任分担问题展开厮杀，信托公司认为通道业务中，信托公司并不承担主动管理责任，不应承担兑付责任，对于这一理由，尚无明确司法判例予以印证。最终，信托公司往往为维护声誉和业务发展以兜底告终息事宁人。面对疯狂的投资者、异化的“资产管理”，通道业务的风险如何识别与防控？请关注本期“协力律师说”。

【马晨光 协力上海总所】

在资管行业又一次发展浪潮中，金融创新与法律滞后的矛盾进一步凸显，分业监管和混业经营在撕扯，改革的需求在倒逼制度变革。随着资产管理行业发展进入泛资管时代，在“分业”监管的束缚下，“混业”经营的需求急需破土，“通道业务”由此大量产生。“通道业务”中，信托公司、券商、基金子公司等资管机构通过“出借”牌照收取手续费，并未实际上发挥资产评估、定价和管理的积极作用。

银信合作、FOT等模式的“通道业务”中，往往涉及信托、基金、银行等不同资产管理主体，各主体持有不同的“牌照”、产品和可投资范围不同、适用不同的监管标准，归属于不同的监督管理部门。以上差异产生了大量的套利空间，利用通道实现变相投资，变相降低合格投资者的标准，是“通道业务”激增的常见动因。

统一标准的缺失也给司法实践带来很大的不确定性。发生纠纷后，各家“标准”之争难免，但在统一的、具有更高法律效力的标准出台前，“标准”之争难以分出是非曲直。例如，仅就“合格投资者”的标准而言，集合资金信托计划、私募投资基金以及券商资管计划之间就存在不可调和的差别，最低投资金额、是否需要穿透核查的规定均不一致，适用任何一个标准对其他主体而言都难言公平。

随着监管思路逐渐向功能监管和行为监管转变，行业准入门槛降低、牌照的稀缺性逐渐减小，去通道化是必然趋势。因此，信托业应在“一法三规”的现有法律框架下，理顺法律关系、提升主动管理水平，回归信托本质。

【江航标 协力苏州分所】

在国内经济增长不断放缓的大背景下，很多金融产品的违约风险也不断暴露出来；其中信托界的通道业务产品，也不例外。同时，由于在信托通道业务中，存在权责利不匹配的情况，因此各方对于风险承担都是各执一词。

通道业务，通常是指是指资产和负债项目均由银行发起，经信托的渠道过手，转移到银行表外的业务。具体来说：一，信托的前期尽职调查是银行所做；二，信托的设立、信托资产的运用对象、管理与处分，也是由银行决定；三，信托公司一般履行信托事务的执行职责，不承担主动管理职责；四，信托公司的收益也远低于银行。如此看来，信托公司的通道业务，有点类似银行的委托贷款业务；在后者中，银行一般是不承担贷款损失的风险；以此类推，信托公司的通道业务，一旦出险，也不应该出现银行与信托公司互相推诿的情形；但事实恰恰相反。

个人认为，以下两点，是导致信托公司难以全身而退的重要原因。一方面，正所谓成也萧何败萧何，“刚性兑付”是信托行业内潜规则，该承诺不仅

是对投资人的承诺，同时也使得信托公司与银行之间责任的分配，变得暧昧。另一方面，在通道业务中，采用的文本大多是银行提供的格式文本，信托公司的权益难以得到充分保障；即便可能存在抽屉协议，但该协议的效力如何认定，尚且存疑。

在大资管时代，金融产品日新月异，信托公司通道业务的收益越来越低，通道业务的鸡肋味道越来越浓。若尚未有明确法律或司法解释，能够厘定各方之间的风险，且信托公司无法在书面文本中，明确自己的风险；则信托公司对具体产品的风险必须自行评估，对通道业务应当持谨慎态度。

【祁新 协力无锡分所】

正确认识风险。信托公司首先应该充分认识到，尽管此类信托由银行方面“主导”，但是信托公司作为信托计划的受托人应承担相应的受托人义务。一旦信托计划出现纠纷，信托公司应以积极的态度进行应对，一味的推诿和避让是很难解决问题的。而且如果银行完全隐名，信托公司的推诿一方面很难产生实际效果，另一方面反而可能激化与委托人之间的矛盾。在有上述的认识之后，信托公司应该努力在整个信托计划的设计、尽调、销售和运营过程中，保留银行参与信托计划的证据，以备不时之需。

积极参与前期工作，不能因争取项目而忽视风险防控。在项目前期进行尽职调查的过程中，信托公司应当切实了解项目公司的具体情况，全面评估项目风险，切忌盲目相信主导方对项目公司的口头承诺和保证，并尽量保留银行方面推介项目、参与尽调的证据（如往来邮件、函件，甚至短信等）。

规范推介行为。信托公司应尽量争取按照《营销通知》的规定，与银行签署书面协议，明确各方权利义务关系。同时信托公司也应按照《营销通知》的规定积极履行培训（至少向银行方面发出书面的培训材料，并保留相应的证据）、客户甄别等义务。

加强过程管理，切实履行受托人义务。信托公司在对项目公司的监管过程中，切忌不能因项目由银行推荐而产生依赖心理，必须充分、妥善履行受托人尽职管理的义务。如果银行曾作出关于信托资金使用、信托财产管理等方面的指示，信托公司务必应当保管好相应的函件、指令等材料。

妥善处理纠纷。一旦此类非典型通道业务发生纠纷，往往会在投资人、信托公司、银行三者之间产生巨大的矛盾。通常大部分投资人首先会找到银行，在发现银行在法律上责任相当有限之后，转而会要求信托公司承担责任。我们建议信托公司充分认识自身作为受托人的责任，摆正心态，在发生纠纷时与银行保持通畅的交流渠道，一方面在交流过程中尽可能生成有利于信托公司的证据，另一方面力争与银行合作应对纠纷。

【张昌同 协力郑州分所】

由于金融通道竞争越来越激烈，信托通道业务利率越来越低；同时，信托收益与风险存在严重不匹配的现象，通道收入微薄，风险却非常大。2014年以来频发的信托兑付危机事件反映出信托公司通道业务中普遍存在的风险，例如中诚信托亿矿产项目、吉林信托的联盛能源项目等信托所做的都是通道业务，即资产和负债项目均由银行发起经信托渠道过手转移到银行表外，一旦融资方出现还款问题，发起方和通道方责任不明晰，导致信托通道业务发生风险时信托公司有苦难言。

银监会下发《关于调整信托公司净资本计算标准有关事项的通知征求意见稿》，这是银监会首次提出调整信托公司净资本计算标准并对信托公司通道类业务的定义及各方所需承担责任予以说明。银监会首次在正式文件中提出信托公司事务管理类通道类业务的涵义即委托人自行负责前期尽职调查及存续期信托财产管理自愿承担信托投资风险受托人仅负责账户管理清算分配及提供或出具必要文件已配合委托人管理信托财产等事务不承担积极主动管理职责。

对很多信托产品的通道业务来说，信托公司并不承担主动管理的责任，相应的尽职调查也没有自己发行产品那样精细，一旦出现风险，如果双方不能达成一致意见，就会出现难以兑付的情况。对于信托通道业务的风险防范来讲，我认为：信托公司作为通道方要在信托合同中明确风险承担主体和通道功能主体，明晰各方责任；发起方和通道方应完善全面尽职管理；发起方作为主动管理方，应尽到尽职调查、风险控制的主动管理职责。

【周丹丹 协力郑州分所】

信托公司拥有信托牌照，把一个产品设计成信托来发行只能是信托公司，但是由于银行等其他金融机构掌握大量的资源，拥有产品渠道和客户渠道，信托公司在整个信托计划中的地位还是相对弱勢的，体现为信托公司在项目选择上自主性受到限制，所能收取的信托报酬较低以及银行作为推介渠道拒绝披露完整的委托人信息等。作为主导方的银行往往向自己的大客户推介自己的信托计划，而信托公司通常无法介入推介过程。银行出于客源保密的考虑，往往不会把客户的准确信息告知信托公司，也不会安排信托公司面签信托合同，导致信托公司无法核实委托人的身份和资格。一旦信托计划出现纠纷，信托公司无法有效联系到委托人的事情时有发生，贻误了宝贵时机。但信托公司仍应以积极的态度进行应对，一味的推诿和避让是很难解决问题的。另外，信托公司摆脱受制于人的根本途径还是要培养和扩展自身的营销渠道，培养出自己的优质客户群体。

【王军彦 协力徐州分所】

信托“通道业务”或“通道类业务”，并不是教科书上的概念，也没有监管文件对其明确界定，只是业内的俗称。近年来，“通道业务”发展迅猛，对于我国分业经营的金融体制中存在的各种限制而言，还是有一定的积极意义的。如银信合作，银行有客户资源，信托公司可以提供更广泛灵活的金融服务，二者功能互补，从而可以实现社会资金有效率的配置。

实现积极效果的前提之一就是保证银信合作法律关系清晰。然而，近日工行与中信所涉的信托纠纷事件，极大地显现了我国银信合作项目中经常模糊不清的基本问题——“谁是通道”。如果双方都主张自己是“通道”，那么也就意味着该信托计划没有实际负责的受托人，更谈不上履行受托义务，对受益人负责了。因此，为了银信能够持续良好合作，建议银信在合同中能够明晰各自的责任，从而能够充分地发挥银行和信托的功能和优势。

[返回目录](#)

使用说明:

《协力法律资讯》由协力并购金融专委会编制，未经书面许可，不得转载、编摘等。
《协力法律资讯》并不代表协力并购金融专委会的正式法律意见。

本资讯所公布的网址通常为官方网址，若需要了解法律、法规或政策的全文内容可以点击链接，或与协力律师事务所联系。

联系邮箱: financelawyer@co-effort.com

本资讯微信平台启用。进入微信点“通讯录——订阅号——右上角‘+’——搜索‘协力金融法律评论’——关注”，即可订阅“协力金融法律评论”；或直接扫描以下二维码，点击“发现——扫一扫——对准二维码扫描——关注”，亦可订阅本资讯微信版。更多精彩解读尽在“协力金融法律评论”，敬请关注。

