

企业维权

QIYEWEIFQUAN

实务操作全书

SHIWUCAOZUOQUANSHU

孙延祜 主编

中国言实出版社

企业维权

企业维权操作实务指南

实务操作全书

中国法制出版社法律实务操作系列

张瑞强 主编

中国法制出版社

企业维权实务操作全书

孙延祜 主 编

第四卷

中国言实出版社

【案例】

某股份公司收购案

某股份公司(以下简称甲公司)是山东省某市一家以生产磨料、磨具为主的上市公司,曾是国内建厂最早的一个砂轮厂,1996年在沪上市。由于上个世纪90年代末以来磨具磨料行业不景气,产业结构单一的甲公司经营面临很大的困难。因此,公司董事会决定引进有前景的项目进行重组。正巧远在内蒙古通辽市的民营企业乙集团,希望借助资本市场获得更快发展。于是,两家一拍即合。甲公司“果断”做出决定,导入乙集团的生化产业。

1998年11月双方签署协议,乙集团以每股2.02元的价格受让淄博市国资局4000万国家股,同时受让650万股国家股配股权,持股比例占总股本34.48%,成为第一大股东,并承诺三年之内不向他人转让。乙集团的董事长李××当选为甲公司的董事长,另外5名成员也进入董事会。

然而,乙集团入主甲公司之后,所作所为却让人大跌眼镜。首先,它选准甲公司股份配股前夕受让国有股,使所持股份增加了2325万股,使股权升值;其次,乙集团在以8145万元收购甲公司股份股权的同时,先后注入事后证明并不那么值钱的四家下属生化公司的股权9套现5300多万元;其三,利用控股权占用甲公司股份及其子公司的7600多万元欠款,同时,用所持股票去质押获得贷款5000万元。在基本达到目的之后,它又以承债式转让方式,将其股份全部转让出手,这一手“金蝉脱壳”之计,可以说做得干净利落,十分漂亮。而留给甲公司的是:收购乙集团的四个生化厂,已有两个停产,两个虽在正常运转却没有现金回流。

2000年1月16日,甲公司股份的股东们突然接到乙集团的一纸通知,称已将自己的股权转让给了北京丙公司,第一大股东已是丙公司了。而董事长李××已带走巨款在美国定居,这离李××“三年内不转让”股权的承诺仅过了一年零一个月。至此,甲公司人才明白,李××并不是来建设甲公司的,而是来杀鸡取卵的,利用甲公司在股市上的名气大肆圈钱。现在乙集团走了,丙公司来了,职工们便开始怀疑:会不会是走了一个圈钱的,又来了一个挖肉的?因此,丙公司一进入甲公司便遭到了职工们的全面抵制。

甲公司职工虽然抵制丙公司的进入,但丙公司是他们的第一大股东已是既成事实。丙经贸有限公司也是一家民营企业,注册于北京市朝阳区,注册资

本1亿元,主营以微生物工程和酶工程为基础的柠檬酸、纤维素及生物制药产品的生产销售。丙公司在间接成为甲公司第一大股东后,一边履行还款义务,一边要求入主董事会。然而,国资局和甲公司股份称,必须先付清所有欠款才能进入董事会。丙公司要求进入甲公司董事会遭到拒绝。

2000年6月25日,甲公司股份1999年度股东大会在淄博市如期举行。在经过48小时几乎“令人崩溃”的谈判和数度交锋后,双方最终各自退让一步,达成了丙公司承诺排出还款时间表,在年内分四次还清乙集团所欠债务,甲公司方面同意丙公司5名成员进入董事会。来自丙公司的刘×任董事长,原甲公司副总经理柳××任总经理。一个被似乎较为完美的董事会班子诞生了。接下来,丙公司是不是就可以风平浪静地进入甲公司了?然而,事情却远远没有人们想像的那样简单。就在丙公司和甲公司“言和”仅24天后,来自丙公司的刘×董事长提议召开董事会,免去长期主抓生产、在甲公司职工心目中威信极高的柳××的总经理职务和孙××董事的职务,从而爆发了甲公司与丙公司长达几个月的激烈的股权之争。7月19日,在5名董事中途退场、列席会议的监事也中途退场的情况下,甲公司股份董事会形成了罢免公司一名董事、解聘总经理和聘任4人为公司新的经理班子等5项决议。其中,被罢免的董事孙××和被解聘的总经理柳××均系老“甲公司”背景。虽然当时宣布最后通过的决议时仅有两人在场,但该议案仍以6:5通过。

两天后,监事会也发布公告,对董事会的决议提出监督。公告说,免去孙××先生董事职务属无正当理由罢免公司董事,违反了《公司法》第一百一十五条及《公司章程》第七十九条的规定;在未提出任何理由的情况下,轻率地提出罢免总经理,违反《公司法》第一百二十六条第三款和《公司章程》第一百三十五条规定,因此要求董事会予以纠正。

此后,事态发展更具戏剧性。董事会刚聘的4人经理班子中,总经理和两名副总经理先后辞职,另一名副总经理也下落不明,公司管理层实际上出现了真空。由于没有董事长和分管财务的副总经理签字,生产资金无法调度,电力局一度因拖欠付款而停止供电,部分工序因此停产,工厂上下人心惶惶。在此情况下,监事会再度发表公告:建议董事会慎重决策,实事求是地披露中报,提出监事会要独立聘请审计机构,对公司日常财务状况进行监督检查,并要求董事长和分管财务的副总返回公司,维持公司正常运行。

从2000年6月25日~7月19日,新的管理层主持工作才24天,为什么又要改选了呢?为什么要免去甲公司股份元老、名誉董事长孙××和总经理柳××的职务?这冲突的背后究竟存在着什么问题?柳××被免职的真正原

因,在甲股份公司的一份《情况介绍》中是这样表述的:“刘×曾多次指示柳××和财务负责人一定要把中报做得好一点,以达到配股条件。具体办法是把第一大股东的一家已停产多年的淀粉厂,折价 2300 万元给甲公司抵账,同时拿出 2300 万元划到甲公司下属的柠檬酸公司作为利润,并最终在公司中报里体现。而柳××拒绝了这一要求。”当刘×迫切造假以达配股目的的行为遭到有关管理人员的抵制时,双方矛盾不可避免地爆发了。如果配股成功,丙公司能吸纳资金接近 2 个亿,根据甲公司的资格和 1999 年证券市场的表现,2 个亿应当是不成问题的。而当初丙公司承债式收购乙集团 82% 的股权仅花了 1.2 亿多元,如果通过配股实现 2 个亿的话,那么丙公司就可以得到 7000 多万元。然而,摆在丙公司面前的这块肥肉,这次却没有吃成。

为解决危机,董事会于 2000 年 8 月 3 日再次举行会议,会议从早上 9 点一直开到下午 5 点。会议主要内容为:修改公司章程,免去柳××董事职务,董事会办公地址迁址北京,临时股东大会召开日期,建议免除丁××监事会召集人身份,审议总经理辞职报告和公司内部人事调整等八项议案。在会上,几乎每一项议题都遭到反对,最终又都以 6 票赞成、5 票反对通过。

2000 年 8 月 16 日,甲股份有限公司公布了 2000 年度中期报告,公司董事会公告的四项决议再次以 6:5 的微弱多数获得通过。对此,公司监事会认为,公司中期财务报告,不应将由公司第一大股东在转让时承诺的投资收益回报尚未兑现的情况下,作投资收益处理,造成利润不实。在北京丙公司经贸有限公司尚未清偿通辽乙集团所欠甲公司股份巨额欠款情况下,再次形成新的欠款,容易使中小股东对大股东的还款诚意产生误解。于是,监事会同时发布公告,对中报中有关问题提出质疑。此后,董事会和监事会还各自发表了一份针锋相对的声明。

2000 年 9 月 10 日和 11 日召开的 2000 年度第一次临时股东大会上,双方的矛盾更是上升到了白热化的程度,大、小股东发生了激烈的冲突。

这种针锋相对的状况一直持续到了 2001 年 3 月 4 日,甲公司董事会北京会议以多数票通过了更换董事长、证券事务代表和董事会秘书,并将董事会办公地址迁往北京,更换公司董事会印章等一系列决议,因而“流亡政府”从来未能正式进驻甲公司办公。在管理层长时间处于真空的情况下,甲公司股份迟至 2001 年 6 月 2 日才公布了 2000 年的年报,并受到了上证所的公开谴责,同时也出现了上市后的首次亏损。2001 年 6 月 12 日,丙公司黯然退出,将所持甲公司股份 34.8% 的股权转让给山东某投资公司和山东某置业有限公司,其中山东某投资公司受让 29.8% 股权,成为了新的第一大股东。

分析

监事会不是“橡皮图章”

这场曾经闹得沸沸扬扬的“甲公司收购案”虽然已经过去三年多了,但在这场没有硝烟的斗争中,作为公司内部的两大力机构之间针锋相对的场景却让人们记忆犹新,同时,也被南方某刊物列为 2001 年十大股权之争之首。虽然董事会最终以微弱的优势而取得了胜利,但也并没有因此而得到多少实质性的“好处”,煮熟的鸭子飞了,无奈之下,只有黯然退出。那么,在这场权力之争中,双方的是是非非究竟应当如何评价呢?我们认为,应当根据我国的相关法律进行如下分析:

首先,丙公司在没有偿清债务的情况下,是否可以入主甲公司股份的董事会,行使公司的控制权呢?对于这个问题,其实是乙集团“逃离”时留给甲公司的麻烦。根据我国《公司法》第三十五条第二款和第三款规定:“股东向股东以外的人转让其出资时,必须经全体股东过半数同意;不同意转让的股东应当购买该转让的出资,如果不购买转让的出资,视为同意转让。经股东同意转让的出资,在同等条件下,其他股东对该出资有优先购买权。”由此看来,公司的股权转让基本上是自由的,仅受优先购买权的约束。因此,丙公司未还清债务,仅对乙集团应当承担违约责任,其他股东却无追索权,而只是一种监督权,由于我国并无股东派生诉讼制度,这种监督权的行使就欠缺了现实基础。因此,丙公司入主甲公司其实是一种间接控制,而并不是直接的控制,乙集团对甲公司的债务,甲公司可以向乙集团公司追偿,然后通过乙集团公司向丙公司索要欠款。但甲公司不能以丙公司是否清偿债务作为拒绝其进入甲公司的前提,因为出资不足才可以影响股权的控制,而不能清偿债务则不然,这也是合同相对性原则所决定的。就我国现有的法律来看,并无对承债式收购的专门规定,实践中的操作也是很混乱的。但从理论上讲,甲公司和淄博市国资局以偿债不清为理由拒绝丙公司入主公司董事会是没有道理的,虽然丙公司入主甲公司之时“动机不纯”。

其次,通过数轮的艰苦谈判,丙公司终于以“排出还债时间表”的代价入主了甲公司董事会。然而就在公司新的领导班子成立后 24 天,丙公司的“狰狞面目”就暴露出来了,这个我们可以通过那份《情况介绍》得以清晰的了解实情,说到底,丙公司就是要买“壳”圈钱,具体的手法就是虚假陈述,而新任的总

经理柳××和董事孙××竟然如此“不识时务”，拒不执行，那自然是逃脱不了被解聘的命运了。

一般来说，对上市公司进行并购以后会发生两种后果，第一种是善意收购，就是通过对上市公司的资产重组，实现产权和资源的优化配置，从而增强了企业的整体实力，最终实现公司的股票正常升值。另外一种就是恶意收购，收购之初就抱着买“壳”圈钱的目的，在收购后，不仅利用上市公司的资产向银行担保融资，并通过造假等手段在股市圈钱。在这种情况下，一般都会受到被收购公司的内部抵制。本案中甲公司的中小股东和监事会的抵制就证明了这一点。但关键问题在于丙公司控制甲公司的董事会之后，对于甲公司的“元老”进行如此迅速的替换是否合法？根据我国《公司法》第一百一十五条规定，董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。董事在任期届满前，股东大会不得无故解除其职务；第一百一十九条规定，股份有限公司设经理，由董事会聘任或者解聘；第一百二十六条第三款规定，当董事和经理的行为损害公司的利益时，监事会有权要求董事和经理予以纠正。因此，对于公司聘任的经理（自然也包括总经理），公司董事会是予以解聘的，尽管解聘时只是以微弱多数通过，但仍是通过了合法的正当程序。《公司法》确实也规定了经理有损害公司利益的行为，监事会有权要求其纠正，但并没有规定董事会解聘经理必须以监事会要求其纠正为前提条件，所以董事会的决议是合法的。但根据《公司法》第一百零三条第二款的规定，公司董事的罢免是由股东会决定的，并且公司股东会不得无故解除董事的职务。因而，董事会决议罢免一名董事的决议是不合法的，监事会提出的疑义并进行监督也是正确的。并且，公司的新管理层在任命后没有履行职责，出现管理真空的现象，监事会进行催促也是履行正当监督职责。

在遭到公司监事会的坚决抵制之后，甲公司再次召开了董事会，但是，从其会议的主要内容来看，目的只有一个——“排除异己，控制公司”。随后又公布了2000年中期财务报告和四项决议。对于董事会的这一系列行为，监事会表现出了强烈的抵制，并和中小股东及职工联合一起来予以制止，最终董事会的决议在股东大会上并没有得以完全通过，丙公司原先通过收购甲公司向社会融资的梦想彻底破灭了。作为公司实质上的第一大股东，却从来没有一天进驻甲公司办公，确实，这在公司收购中也是罕见的。可以说，监事会和董事会在这场斗争中平分秋色，虽然董事会按照“合法”程序通过了一些决议，但监事会充分行使了监督职能，使得丙公司的恶意并购计划最终流产，双方剑拔弩张的气氛让丙公司在无奈之下只得快快退出。但从根本上来说，甲公司并购案反映了合作

双方的一种极度的不信任,企业良性运作的另一基础,即合作机制消除殆尽,大股东将董事会变成一个利益争夺的场所,企业独立性更无从谈起,而是长期处于一种拉锯对抗的局面。企业的整体长远利益得不到保障,无论双方如何斗争,都是在对公司的利益进行损害,斗争的时间越长,损害就越大,其结果令人担忧,公司的形象和信誉同时也受到了严重的损害。因此,对公司内部权力运作的制约就显得尤为必要了,只有这样,才能真正保证企业的正常运行。

【案例】

郑百文资产重组案

郑州百文股份有限公司(以下简称“郑百文”)的前身是郑州市百货文化用品公司,1987年6月在郑州百货公司和郑州市钟表文化用品合并的基础上组建成立。1988年12月组建成立郑州市百货文化用品股份有限公司,并公开发行股票400万元,1992年7月在增资扩股后更名为郑州百文股份有限公司(集团),是一家以批发业务为主的商业流通企业,主营家用电器、洗涤化妆、日用百货、文化用品、照相器材等商品的批发业务。1996年4月17日,经证监会批准,郑百文正式成为河南省第一家上市的商业企业。

1996年,郑百文创立了当时广为称颂的被誉为“郑百文经验精华”的“工、贸、银”三角信用销售模式,其基本内容是:郑百文购进四川长虹的产品,由原建设银行郑州分行对四川长虹开出6个月的银行承兑汇票,将郑百文所欠货款直接付给长虹,而郑百文只需在售出长虹产品后将贷款还给建设银行。正是这名噪一时的三角合作关系最终使得银行被深度套牢,骑虎难下,而依赖于这种信用销售发展迅速的家电公司并没有为郑百文带来好运。事实上,郑百文拖欠银行的90%以上的欠款属于其属下的家电公司,2000年,郑百文在公布的财务报告中承认,公司持续亏损、主营业务收入下降主要是因为家电分公司基本处于停业状态。1997年郑百文的财务报表显示,其主营规模和资产收益率等指标均在所有商业上市公司中拔得头筹,进入国内上市企业的100强。1998年,即公司上市后的三年,郑百文在中国股市上创下每股净亏损2.54元的最高记录,年报公布之后郑百文的股票即被特别处理。1999年,郑百文一年亏掉9.8亿元,再创中国股市亏损之最,当年每股收益-4.8435元,每股净资产-6.5766元。1999年12月24日,郑百文贷款本息近20亿元,由建设银行转让给中国信达资产管理公司。2000年3月29日,在资产重组方案未通过

的情况下,刚接过银行债务包袱的信达资产管理公司无奈地向法院申请郑百文破产还债,尽管当时由于各种原因法院没有受理此案,但也开了中国债权人申请上市公司破产的先河。2000年10月,新华社发表声讨郑百文的署名文章,以洋洋4000字长文,历数郑百文“泡沫”的破灭过程。

2000年8月22日,郑百文发布了重大事项公告称,鉴于公司资产重组方案正在拟订中,为保护投资者利益,从即日起至公司资产重组事项确定期间,暂停股票交易。2000年12月1日,郑百文披露了重组预案。按计划,中国信达资产管理公司拟向山东三联集团公司以3亿元的价格出售对郑百文约15亿的债权,三联集团购买上述债权后将全部豁免;在三联集团公司豁免债权的同时,郑百文全体股东包括非流通股和流通股股东需将所持的郑百文股份的50%过户给三联集团公司,不同意将自己股份的50%过户给三联集团公司的股东将由公司按公平价格将其所持股份全部回购;郑百文现有的人、财、物全部由郑州百文集团有限公司承接,三联入主后将注入优质资产2.5亿元。2001年1月3日,郑百文临时股东大会决议通过了《关于公司资产、债务重组原则的议案》,同时郑百文公告称,中国信达资产管理公司与其签署了债务豁免协议,郑百文在协议生效15日内偿还中国信达资产管理公司5000万元,信达豁免郑百文的1.5亿元债务。2001年1月20日,郑百文董事会公告本次重组的详细方案,根据这一方案,三联入主后将注入优质资产不是2.5亿元,而是4亿元;三联购买近15亿元的债权,花的也不是现金,而是重组后拥有的郑百文流通股股权质押。郑州市政府为本次重组也大开方便之门,公布了一系列的优惠政策,如将郑百文富余人员划归郑百文集团,将郑百文其余债务划归郑百文集团等。就在此时,证监会也批准了郑百文从2001年3月5日起停牌,为郑百文资产重组案的关键问题——股权变动程序的启动铺平了道路。

至此,郑百文资产重组案正式拉开了序幕,三联虽然通过受让中国信达资产管理公司部分债权而成为公司最大债权人,但资产重组也并不是进行得一帆风顺。2002年4月2日,郑百文向上交所提出了公司股票恢复上市的申请未果。郑百文4月9日向上海证券交易所申请将公司暂停上市宽限期延长9个月。公司公告称,鉴于公司此次重组涉及的一些法律问题,有关部门和资深专家反复研究论证,并通过司法介入才得最终解决,致使公司重组延长了9个月,导致公司直到2001年末重组所涉及的股份过户尚未完成,债务尚未得到豁免,重组工作未能全部完成。因此,申请延长宽限期。4月25日,PT郑百文公布2002年第一季度财务报告。报告显示公司在2002年一季度完成主营业务收入26757.2万元,实现主营业务利润1616.4万元、净利润579.3万元。公

司董事会认为 2002 年第一季度公司出现了由亏损到赢利的质的变化。2002 年 6 月 22 日,郑百文 2001 年年度股东大会在济南三联商务中心举行,这是首次在郑百文公司置入业务运作地召开的股东大会,也是在上海证券交易所批准郑百文公司提出“暂停上市宽限期延长 9 个月”申请后的第一次股东大会。大会选出了新的董事会,并通过了《关于公司独立董事津贴事项的议案》。对于郑百文的前途,董事长张继升表现出了极大的信心,并表示在 9 个月以后一定给广大股民一个满意的答案。

分析

剖析银企关系:信用是关键

“郑百文”终于在各方的努力下起死回生了,这也是中国股市的特点——总能够在关键时候“化腐朽为神奇”,让股民满意。就目前郑百文的走势来看,重组成功的可能性应该是很大的,不管怎么说,重组各方包括股民在内都应当是有利可图的。在我们对郑百文和银行之间的问题进行剖析之前,还是应当对重组各方的利益关系有一个清醒的认识:

1999 年底,建行把郑百文的这笔债务和其他 4000 亿的“不良资产”一起,交给信达资产管理公司。这样,信达成为郑百文的第一大债权人。信达的债权约占总股权 90%,而且,这笔巨额债权没有担保,郑百文当年向建行借款时只是凭借自己的信用而已。信达在无奈之下,采取了破釜沉舟的态势,于 2000 年 3 月向郑州市中级人民法院提起了郑百文的破产请求之诉。从某种角度来看,信达其实是在赌,因为对信达来说,破产几乎是最坏的结局。惟一可以进行解释的是,信达这是在玩欲擒故纵,它在赌郑州市的各界都比他自己更不愿意看到郑百文破产。

按照企业破产后的还款顺序,首先应该支付的是破产清算费用;其次是企业职工的工资、劳保;再次是企业所欠税金,然后才是债务人的债务;最后是股东。以郑百文的财务状况,若真的进入破产程序,信达真正能拿到手的钱不会超过 1 亿元。所以,破产并不符合信达的利益。另外,作为一家上市公司,郑百文有所谓的“壳资源”。据说,按照目前的行情,一个上市的“壳”卖个几千万不成问题。如果郑百文宣布破产,它自然要摘牌,“壳资源”也就消失了,而这部分本来是可以成为信达的收益的。

信达赌赢了。虽然信达怕郑百文破产,但是郑州市的各界比信达更怕这

个结果。郑州市方面的忧虑显然更多:一旦郑百文破产,大批的下岗职工安置是一个问题;对郑州市乃至整个河南省上市公司形象的负面影响显然也要考虑;更重要的是,郑百文造假案最终会使其经营班子的一些成员面临民事甚至刑事责任的追究,作为第一大股东和作为郑百文经营班子的实际任命者,郑州市方面也要承担一定的责任。当然,郑百文即便不破产,这些责任依然要追究,只是如果破产的话,问题就会显得更为突出。而且郑百文现有的5万多股民在郑百文破产后的利益保护问题,由于郑百文早已资不抵债,如果郑百文破产的话,这5万人在郑百文上的所有投资将化为乌有。如果以郑百文停牌时的收盘价6.37元计算,社会公众股的股东所持有郑百文的总价值为8亿元。在遭受巨大损失的情况下,股民是有可能出现过激行为的。就当时来说,我国法律对中小股东利益保护机制规定的虽然比较模糊,但毕竟是站在保护中小股东利益的一边,而且在这之前的“上海红光”案的经验也可以让他们借鉴。

在此同时,信达开始了另外一个方案:让郑百文的股东出让一部分权利,以期能把郑百文的“壳资源”卖一个好价钱。这个方案就是我们以上提到的把郑百文的全体股东的50%股权无偿转让给郑百文的重组方。于是,有不少企业对重组郑百文表示了兴趣,其中实力最强、出价最高的就是三联集团,它喊出了3亿元现金的报价。其实,像郑百文这样的“壳”如果按照常规的操作方法,最多只是能够卖个2000万元。就这样,最终信达以15亿元的债权变成3亿元的现金而成交,加上余下的肯定可以收回的约3亿元债权,信达从郑百文总共可收回6亿元债权,占总量的28.9%,已超出了当初的预期。可以说这一结局完全实现了信达最大限度回收不良资产的宗旨。同时,给予郑州市各界及三联来说都是一个“满意”的答案,可谓“三赢”。

问题最终在各方的“努力”下是解决了,但“吃一堑,长一智”,我们理应从中吸取点教训才行。其中,就银行来说,更应当从这起案例中汲取教训。诚然,郑百文案的“罪魁祸首”是造假者,但是,银行最初的不负责任的信贷却让信达资产管理公司在追债中历尽艰辛。银行对不良资产“一剥了之”,最终却苦了信达。其实,在当年郑百文的销售链上,风险最大的就是银行。最初银行只是考虑到这样的合作关系有利于提高存、贷款数量,提高银行的营业收入。但是这种三角合作关系同时也将财务风险完全转嫁给了银行。银行的这种做法有点类似于国外银行开展多年的保理业务,银行最终能否收回贷款完全是建立在对郑百文极大信任和郑百文的“诚信”的基础上,而在目前中国市场经济中尚未建立完善的信用机制,信誉普遍低下的背景下,这种运转模式的采用是要慎重的。作为债权人的银行对郑百文的这一合作关系是充分信任,甚至

在当初的担保人都是郑百文自己。而郑百文在轻而易举获得巨额资金之后,却大量的挪作他用,毫无信誉可言。

或许银行是被郑百文造假后的假相所迷惑,但是法律却并不会因此而迷惑。我国《商业银行法》规定:“商业银行开展信贷业务,应当严格审查借款人的资信,实行担保,保障按期收回贷款。”“商业银行依法向借款人收回到期贷款的本金和利息,受法律保护。”“商业银行贷款,应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。”“商业银行贷款,借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力,抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。”另外,我国的《商业银行内部控制指引》,对银行贷款过程中存在的问题进行了更加详尽的规定。《商业银行内部控制指引》第四十三条规定:“商业银行应当建立统一的授信操作规范,规定贷前调查、贷时审查、贷后检查各个环节的工作标准和操作要求:(一)贷前调查应当做到实地查看,如实报告授信调查掌握的情况,不回避风险点,不因任何人的主观意志而改变调查结论;(二)贷时审查应当做到独立审贷,客观公正,充分、准确地揭示业务风险,提出降低风险的对策;(三)贷后检查应当做到实地查看,如实记录,及时将检查中发现的问题报告有关人员,不得隐瞒或掩饰问题。”由此看来,银行当初与郑百文的合作关系中是存在相当大的违规操作的。在郑百文造假案发之后,建行内部也坦言与郑百文的业务交往存有严重过失,且已有数名与此相关的业务人员和管理人员受到处分。但损失的终究是损失,仅仅几名业务人员与管理人人员事后受到处分也绝不能换回银行的十几亿资产。因此,银行在开展信贷业务时切不能忘记郑百文之“前事之师”。

当然,这也并不是说银行在开展信贷时就要缩手缩脚,商业银行要实现赢利,传统的信贷业务是必不可少的;而企业要发展,也离不开银行的信贷支持。银企之间还是要保持亲密的合作关系,但一定要建立起彼此之间诚信无欺精诚合作的良好关系。同时,这种良好的关系还要体现出具有中国特色的新型银企关系。银行和企业是两个具有各自利益的独立主体,银行与企业之间要遵守基本的商业规则,也就是保证银行授信权力的独立性。新型的银企关系只能建立在互利互信,相互支持,共同发展的基础上,寻找双方的最佳结合点。一是以市场为导向寻找结合点。企业要把握住市场的脉搏,及时调整经营思路,满足不同层次的市场需求。银行要以动态眼光去观察企业、观察市场,否则到时候就会丧失信贷市场的占有份额。二是以效益为中心寻找结合点。银行和企业的共同利益就在于企业的效益,这一点上两者利益是一致的。企业要按照现代企业制度,严格经营管理。银行首先要转变经营观念,提高服务质

量。其次,对资产负债率较高、亏损严重,但部分产品有市场、有效益、有订单企业的流动资金需求,在政府制定出具体的救助方案的前提下,银行应积极以封闭贷款方式给予扶持。再次,要帮助企业盘活资产存量。三是以信用为纽带寻找结合点。银企双方都要在严格遵守法律、法规的前提下,认真履行合同约定的权利和义务。在实施改组、改制、兼并、联合、租赁等过程中,严格按程序进行操作。无论哪种形式的改革,都要事先通知债权银行,并落实还贷责任,签订还贷协议。企业要自觉接受银行监督,按时向贷款银行提供真实准确的财务报表、对外担保和资产抵押情况。

【案例】

建材集团担保合同纠纷案

1991年4月11日,中国人民建设银行南县支行(以下简称南县建行)与湖南某建材纸厂(以下简称建材纸厂)签订第一份借款合同,约定:借款金额2000万元,借款期限从1991年4月11日至1997年3月31日,具体还款时间与金额为1993年12月3万元、1994年12月300万元、1995年12月600万元、1996年12月900万元、1997年3月197万元,年利率均为9.54%。某新型建筑材料(集团)公司(以下简称建材集团)出具了一份担保书,承诺贷款到期后,借款方如未偿清本息,同意在接到南县建行通知后三个月内代为偿还。该担保书自签发之日起生效,至建材纸厂还清借款本息时失效。1991年11月1日,南县建行与建材纸厂签订了第二份借款合同,约定:借款金额623万元,借款期限从1991年11月11日至1997年12月21日,年利率8.28%;如建材纸厂不能按期偿还,由担保单位代为偿还。建材集团在借款合同的担保单位栏加盖了公章。1992年4月11日,南县建行南县支行与建材纸厂签订了第三份借款合同,约定:借款金额3000万元,借款期限从1992年4月11日至2005年6月20日,具体还款时间为2001年12月598万元、2002年12月634万元、2003年12月672万元、2004年12月712万元、2005年12月384万元,年利率8.28%。建材集团出具了一份担保书,内容与第一份担保书相同。1993年4月11日,南县建行与建材纸厂签订了第四份借款合同,约定:借款金额1043万元,借款期限从1993年4月11日至2006年12月20日,具体还款时间与金额为2005年12月371万元、2006年12月672万元,年利率为8.28%。建材集团亦出具了一份担保书,约定内容与上述担保书一致。至此,南县建行已按合

同约定将四笔贷款共计 6666 万元全部发放给建材纸厂,其中,第一、二份借款合同均已到还款期限,金额共计 2623 万元;第三、四份借款合同金额共计 4043 万元,尚未到约定的还款期限。

1995 年 8 月 9 日,南县建行向建材集团发出一份“关于催收建材纸厂基建贷款本息的函”,1998 年 5 月 10 日,南县建行再次向建材集团发出一份“关于建材纸厂项目贷款本息清收问题的函”,南县建行保存了当日寄出这两封函件的邮政快件收据与特快专递寄件人存根联,作为该函件已寄给建材集团的证据。1999 年 6 月 10 日,南县建行给建材纸厂发出一份逾期贷款催收通知书,其中包括四笔借款合同所涉贷款,建材纸厂的法定代表人罗雄辉予以签收。1999 年 11 月 29 日,南县建行将其对建材纸厂的借款债权本金 7466 万元(包括本案的 6666 万元)及其利息转让给中国信达资产管理公司(以下简称信达公司),同时通知建材集团将担保权利一并转让给信达公司。建材集团在签收该通知的同时声明:“只同意承担其中依法未超过保证期间的担保义务。”而建材纸厂已被列入 2000 年全国企业兼并破产第三批审查项目名单,调整方式为破产,拟核销额为 1.3 亿元。

因建材纸厂始终未能偿还任何贷款,建材集团亦未代为履行,信达公司于 2000 年 7 月 18 日向湖南省高级人民法院提起诉讼,诉请判令建材纸厂与建材集团连带清偿到期贷款本金 2623 万元、6666 万元贷款到期利息 40761946.33 元(截止到 1999 年 9 月 20 日)、解除尚未到期的 4043 万元借款合同并由建材纸厂与建材集团连带清偿该项贷款。

湖南省高级人民法院经审理认为:南县建行与建材纸厂所签订的四份借款合同及建材集团所提供的担保均系当事人的真实意思表示,应当认定为有效。建材纸厂于 1999 年 6 月签收逾期贷款催收通知书的行为应当视为对已经到期的 2623 万元贷款债务的重新确认,诉讼时效依法应当重新计算,且建材纸厂在本案诉讼中明确承诺归还上述债务,因而,建材纸厂应当归还已经到期的 2623 万元贷款。鉴于建材纸厂未按借款合同规定归还已经到期的贷款,且目前处于停产状态,已被列入 2000 年全国企业兼并破产第三批审查项目名单之中,基本上已经丧失继续履行合同的能力,按照《贷款通则(试行)》第六十二条的规定,南县建行可以提前收回尚未到期的贷款。南县建行已将其债权转让给信达公司。对于信达公司要求建材纸厂归还尚未到期的贷款的诉讼请求,该院予以支持。建材集团所提供的担保均约定在建材纸厂未按期清偿借款本息时,由其代为偿还。该保证是对建材纸厂的金钱债务提供担保。由于金钱是一种可代替物,具有高度流通性,对于金钱债务的履行不可能出现客观

履行不能的情形。因此,本案代为履行保证中保证人承担赔偿责任的前提条件之一“保证人不能代为履行合同”,在金钱债务的代为履行保证中显然无法成就,保证人不享有先诉抗辩权。故对于建材集团所提出的本案中的保证属于一般保证,应首先强制执行建材纸厂财产的主张,因缺乏法律依据,该院不予支持。建材集团在建材纸厂拒不履行偿还借款本息额义务时,应当代为偿还。由于建材纸厂的违约行为致使信达公司请求提前收回尚未到期的贷款,具有事实和法律依据,建材集团对于已经到期的贷款亦未履行代为偿还的义务,因而,建材集团对于已经到期和尚未到期的贷款均应承担代为偿还义务,其所主张的期限利益因自身的违约行为应当认定已经丧失。保证合同同时约定“自签发之日起生效至还清全部借款本息时失效”,属于约定不明,保证期间应当确认为主债务履行期届满之日起两年。南县建行从1995年7月给建材集团发出催收通知至1998年5月再次发出催收通知,其中有903万元逾期贷款超过两年未主张权利,信达公司请求建材集团承担该部分贷款的连带保证责任,已经超过诉讼时效,该院不予支持。信达公司提供的特快专递存根可以证明已将1998年5月的催收通知邮寄给建材集团,建材集团提出自己没有收到该通知,缺乏事实依据,该院不予采信。最终,该院做出如下判决:①解除南县建行与建材纸厂于1992年4月11日、1993年4月11日所签订的两份借款合同及建材集团相应出具的担保;②建材纸厂偿还信达公司借款本金6666万元及利息40761946.33元,合计107421946.33元。此款限于本判决生效后10日内付清;③如建材纸厂未能在限期内付清,由建材集团代为偿还借款本金5763万元及相应利息。案件受理费547110元,财产保全费537620元,合计4084730元,建材纸厂负担759311元,建材集团负担325419元。

建材集团不服湖南省高级人民法院上述民事判决,遂向最高人民法院提起上诉。2001年8月24日,最高人民法院经开庭审理后,做出了驳回上诉、维持原判的判决。

分析

担保并不意味着“万事无忧”

本案最终以建材集团的败诉而告终。建材纸厂与南县建行、建材集团签订的四份借款担保合同是当事人之间的真实意思表示,内容合法,湖南省高级人民法院的判决认定为合法有效是正确的,当事人应当严格按照合同约定履

行各自的义务。债权人南县建行已按约履行了全部贷款义务,但债务人建材纸厂在第一、二份合同还款期限届满后,不履行还款义务,应承担还款及违约责任。所以,本案的事实是相当简单清楚的,双方对事实也没有过多的争议。对于双方当事人所存在的争议,我们认为,主要涉及了两个焦点问题,只要对这两个问题能够正确认识,本案将会一目了然,存在的争议也会迎刃而解。下面我们就将着重讨论这两个问题。

首先,本案最大的焦点问题在于建材集团应当对信达公司承担一般保证责任还是连带保证责任。倘若建材集团承担的是一般保证责任,根据我国《担保法》的规定,一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。因此,在信达公司未对建材纸厂申请人民法院强制执行之前,建材集团可以以此为由行使检索抗辩权。反之,如果建材集团承担的是连带保证责任,根据《担保法》的规定,连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。因此,信达公司既可以向建材集团主张债权,也可以向建材纸厂主张债权。但由于建材纸厂始终未能按期偿还任何贷款并已濒临破产,被列入2000年全国企业兼并破产第三批审查项目名单,基本上已经丧失继续履行合同的能力。所以,最终履行合同将只能是建材集团。因此,建材集团所承担保证责任的方式是本案的关键。

我们认为,建材集团应当对信达公司承担连带保证责任,原因如下:①从四份保证合同签订的情况来看,双方当事人当初并未对建材集团应当承担的保证责任的方式事先进行约定。根据我国《担保法》的规定,对于当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,则是按照连带责任保证承担保证责任。因此,在建材集团与信达公司事先未约定保证责任方式的情况下,应认定为连带担保责任。②本案四份借款担保合同中建材集团所提供的担保均约定在建材纸厂未按期清偿借款本息时,由其代为偿还,如保证人不自动履约则允许债权人委托有关银行从保证人账户中扣收全部贷款本息,而建材纸厂未能按期还贷、南县建行向建材集团两次催款后,建材集团应当无条件地代建材纸厂偿还贷款,故上述约定应认定为连带责任保证。故湖南省高院的判决是完全正确的,建材集团所提出的本案中的保证属于一般保证,应首先强制执行建材纸厂财产的主张,实是缺乏法律依据,建材集团在建材纸厂拒不履行偿还借款本息义务时,应当代为偿还。

其次,建材集团承担保证责任的期间问题。本案四个借款担保合同的签