广州市仙源房地产股份有限公司与广东中大中鑫投资策划有限公司、广州远兴房产有限公司、中国投资集团国际理财有限公司股权转让纠纷案

[裁判摘要]  
　　一、合作者一方转让其在中外合作企业合同中的权利、义务，转让合同成立后未报审批机关批准的，合同效力应确定为未生效，而非无效。  
　　二、即使转让合同未经批准，仍应认定“报批”义务在合同成立时即已产生，否则当事人可通过肆意不办理或不协助办理“报批”手续而恶意阻止合同生效，有悖于诚实信用原则。  
　　三、最高人民法院《关于适用<[中华人民共和国合同法](javascript:SLC(21651,0))>若干问题的解释 (二)》第[八条](javascript:SLC(21651,8))规定，有义务办理申请批准手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准手续的，人民法院可以判决相对人自行办理有关手续，对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。据此，人民法院也可以根据当事人的请求判决义务人履行报请审批机关批准的义务。

最高人民法院  
民事裁定书

　　(2009)民申字第1068号

　　再审申请人(一审被告、二审上诉人)：广东中大中鑫投资策划有限公司。  
　　法定代表人：何少流，该公司总经理。  
　　委托代理人：张飚，广东国道律师事务所律师。  
　　委托代理人：柯逸恩，广东国道律师事务所实习律师。  
　　再审被申请人(一审原告、二审被上诉人)：广州市仙源房地产股份有限公司。  
　　法定代表人：温开平，该公司总经理。  
　　委托代理人：安波，广东晟晨律师事务所律师。  
　　委托代理人：冯国斌，广东晟晨律师事务所律师。  
　　原审被上诉人(一审被告)：广州远兴房产有限公司。  
　　法定代表人：林邦，该公司董事长。  
　　原审被上诉人(一审被告)：中国投资集团国际理财有限公司(CHINA INVESTMENT GROUP INT''''L FINANCE LIMITED)。  
　　法定代表人：徐宪驰，该公司董事。  
　　再审申请人广东中大中鑫投资策划有限公司(以下简称中鑫公司)因与再审被申请人广州市仙源房地产股份有限公司(以下简称仙源公司)、原审被上诉人广州远兴房产有限公司(以下简称远兴公司)、原审被上诉人中国投资集团国际理财有限公司 (以下简称理财公司)股权(权益)转让纠纷一案，不服广东省高级人民法院(以下简称二审法院)于2009年3月10日作出的 (2008)粤高法民四终字第323号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查完毕。  
　　仙源公司向广东省广州市中级人民法院(以下简称一审法院)起诉称：中鑫公司和理财公司于2007年1月9日经竞拍获得远兴公司100％的出资额及权益，并在广州产权交易所(以下简称产交所)的见证下，与远兴公司的原出资人签订了《出资额及权益转让合同》。中鑫公司受让上述权益后，于2007年4月28日与仙源公司签订了《广州远兴房产有限公司股权转让及项目合作合同》(以下简称《股权转让及项目合作合同》)，约定中鑫公司将其持有的远兴公司的28．5％的股权转让给仙源公司，并在中鑫公司与远兴公司原股东的过户手续完成后三日内办理相关的工商登记变更手续，如逾期办理，违约金为每天1％。以上合同签订后，仙源公司依约支付了受让股权价款，中鑫公司与远兴公司原股东的股权过户手续亦于2007年7月24日办理完毕，但中鑫公司经仙源公司多次催促，却一直未办理股权变更手续，给仙源公司造成了严重经济损失。请求判令：一、中鑫公司、远兴公司和理财公司立即办理将中鑫公司所持有的远兴公司28．5％的权益变更至仙源公司名下的工商登记变更手续；二、中鑫公司按每天1‰的标准支付逾期履行违约金至办理工商登记变更手续之日(由2007年7月28日起暂计至2007年11月27日的违约金数额为人民币516万元)；三、中鑫公司将远兴公司房产项目有关证照，即该房产项目的国有土地使用权证原件交由仙源公司保管。  
　　一审法院经审理查明：  
　　中鑫公司原名“广东中大中乾投资策划有限公司”(以下简称中乾公司)，2007年1月26日经广东省工商行政管理局核准更名为现名。远兴公司是于1993年8月 18日在广州市注册成立的中外(香港)合作经营房地产开发项目公司．系有限责任公司，经营范围包括“在德政南路19-49号、福行街22-28号地段开发、建设、销售、出租和管理自建的商品楼宇”(以下简称讼争房产项目)，其成立时的中外合作双方分别为广州市二轻房产开发公司(以下简称二轻房产)和香港卓康发展有限公司(以下简称香港卓康)。  
　　2007年1月9日，二轻房产为甲方，香港卓康为乙方，中乾公司为丙方，理财公司为丁方，在产交所的见证下签订了一份《出资额及权益转让合同》。合同称，鉴于甲方作为标的公司(远兴公司)的中方出资人，乙方作为外方出资人，基于其所投入的注册资金和土地使用权等合作条件而分别取得标的公司“环球大厦”项目建成后甲方占40％乙方占60％建筑面积的分配权利，丙、丁两方愿意受让甲、乙两方对标的公司的全部出资额及权益，并同意按照法律规定和合同约定履行义务；转让标的为远兴公司中外合作双方全部出资额与权益及其在远兴公司的章程和合作合同及其相应修改文件项下的全部权利和义务；转让价格为丙、丁方竞买的价格即人民币8500万元，丙、丁方同意于合同签订后20日内付清该款，其中合同签订后10日内付清该款的50％即人民币4250万元；为保证交易的顺利进行，合同四方特委托产交所对交易资金进行监管结算，丙、丁方应按照约定时间将应付款划入产交所的监管账户；除支付转让价款外，丙、丁方还须承担标的公司的债务人民币250万元和支付之前由乙方垫支的标的公司档案保证金和市政管理费合计人民币76．8万元；企业移交日(即丙、丁方付清款后3个工作日内，由产交所组织合同四方办理企业移交手续之日)到产权交割日(即标的公司在工商登记机关登记变更出资人之日)期间，受让方对标的公司的管理和安全负责，标的公司的公章(包括但不限于公章、合同章和财务章)暂交产交所保管；产权交割日起3个工作日内，产交所及甲、乙方结束对标的公司的监管，并向丙、丁方移交公章和证照等。此外，合同还就转让的其他条件、职工安置、资产、债权债务和所有者权益的处理等问题作了约定。  
　　2007年4月28日，中乾公司为股权出让方(甲方)，仙源公司为股权受让方(乙方)，理财公司为项目合作方(丙方)共同签订《股权转让及项目合作合同》，称甲方和丙方经产交所在公开市场合法竞拍获得远兴公司100％的股权，甲方占40％股权，丙方占60％股权，该拍卖标的金额为人民币 8500万元，甲方与丙方共同支付该拍卖款项人民币4280万元，出现资金缺口人民币 4591．8万元，经三方协商一致同意实行股权转让，乙方受让甲方所占28．5％的远兴公司股份，形成新的远兴公司股权结构，即乙方占远兴公司28．5％股权，　甲方占 11．5％股权，丙方占60％股权；由于甲、丙方转让标的时出现资金缺口，为了能从产交所将全部股权过户到甲、丙方，乙方代甲方一次性垫付人民币4300万元，并作为乙方受让甲方28．5％股权的对价，该笔资金由甲方及丙方的股权作质押担保并将有关房地产项目的有关证照原件交给乙方作为履约的另一保证，待过户完毕后三日内，甲、乙、丙三方另行签订《股权转让协议》并到市工商行政部门办理股权变更手续，上述质押同时解除；甲、丙双方保证公司及项目用地手续的合法性和产权的清晰性，负责对该项目用地手续及产权纠纷所引起的一切责任；甲、丙方应在远兴公司产权交易完成后，将甲方所占的28．5％股权转让给乙方，并负责将甲方的股权转让到乙方名下；甲、丙方应在本合同签订后20日内完成远兴公司的整体股权变更手续，以保证甲方与乙方的股权转让行为得以尽快履行；甲、乙、丙三方按约定完成本次股权转让的全部法律文件，并到市工商行政部门办理股权变更手续，由乙方根据有关法律及远兴公司章程的规定，按照其所受让的股权比例享有权利并承担相应的义务；若甲、丙方不能按约定完成乙方办理股权转让的全部法律手续，视为甲、丙方违约，甲方无条件退还乙方投资款并承担乙方出资总额每天1％的违约金，并赔偿乙方由此遭受的一切直接和间接损失，而乙方在该公司中占有甲方股份自动转归甲方所有；乙、丙方办理银行贷款后，根据贷款发放金额人民币10 000万元，按乙方占45％的比例及丙方股东占55％的比例归还投资款项，具体返还金额为甲方不少于收回人民币 3000万元，乙方不少于人民币2500万元，余款留作开发项目之用；项目验收完工后，乙方按成本单价5900元／平方米分享建筑面积11 000平方米，包括商业2000平方米、写字楼9000平方米；甲乙双方任何一方未履行约定的权利及义务时，均为违约，守约方有权追究违约方的责任，违约方须赔偿守约方的一切经济损失：若甲方在本合同签订并实施后未使乙方与甲方签订股份转让协议的，乙方有权单方终止本合同并追究甲、丙方经济责任；若乙方不能按本合同约定投入投资款的，甲方有权单方终止本合同及股份转让协议；与本合同有效性、履行、违约及解除等有关争议，各方应友好协商解决，如果协商不成，可向乙方所在地人民法院提起诉讼。次日，以上三方又签订《补充协议》称，由于甲方事先已变更企业名称为中鑫公司，为此三方确认在竞拍及出让股权事项的过程中，各项合法的权利与义务都由甲方与中鑫公司共同连带承担，并增加中鑫公司为主合同的庚方，在工商登记过程中，中乾公司更名为中鑫公司后，将行使甲方的权利与义务。中鑫公司在该补充协议的庚方落款处盖章确认。该补充协议签订的同一天，中乾公司、仙源公司和理财公司还与肖雨田、梁俊贤、何少流签订了《补充协议(保证函)》，约定该三个自然人作为前述股权转让及项目合作的连带责任保证人承担连带保证责任，若中乾公司、理财公司不按时履行合同的全部和部分内容，仙源公司有权要求该三人或其中任何一方履行清偿责任。以上《股权转让及项目合作合同》及相关补充协议签订后，至今尚未报请我国对外经济贸易主管部门审查批准。  
　　2007年4月30日，仙源公司自行划款或通过案外人广东高鑫资产管理有限公司(以下简称高鑫公司)代为付款的方式向中鑫公司指定的产交所账户划付了人民币 4300万元。同年7月20日，中鑫公司向仙源公司开具收据，确认收到仙源公司投资款4300万元。  
　　2007年6月4日，广州市越秀区对外贸易经济合作局以越外经贸复[2007]103号文批准二轻房产、香港卓康与中鑫公司、理财公司签订的《出资额及权益转让合同》以及远兴公司相应的合作合同修正案、章程修正案生效。同年7月24日，广州市工商行政管理局向远兴公司颁发了新的营业执照，远兴公司的合作方(投资者)亦由二轻房产和香港卓康变更为中鑫公司和理财公司，公司的法定代表人和董事会成员也作了相应变更。  
　　由于上述股权变更登记手续完成后，中鑫公司和理财公司并未按照《股权转让及项目合作合同》的约定将中鑫公司所受让40％股权中的28．5％过户到仙源公司名下，仙源公司遂委托广东晟晨律师事务所于2007年8月23日向中鑫公司、理财公司发出律师函，认为后者的行为已构成违约，要求接函后马上着手办理与仙源公司的股权转让手续，并将讼争房产项目已有的证照原件交给仙源公司，尽快推进合作合同的履行。2007年9月2日，中鑫公司和理财公司向仙源公司复函，认为《股权转让及项目合作合同》约定的股权转让存在一定法律障碍，包括：远兴公司作为中外合作经营企业分别是由外方提供注册资本，中方提供土地使用权作为合作条件，公司章程及批准成立文件未对合作各方在公司中所占股权(股份)进行约定或划分，故中方合作者在项目建成后享有物业分配权但不享有股权，因此实际操作中无法向仙源公司转让“股权”，而只能转让项目建成后的部分物业分配权；《股权转让及项目合作合同》未对仙源公司可分享物业的具体楼层、方位、坐向等进行约定，另外有关贷款及分配事项的约定不清楚，缺乏可操作性，对开发资金的来源等问题也未作明确约定等。但仙源公司认为该合同合法有效，是可以履行的，中鑫公司和理财公司应先为其办理股权转让手续，故未就复函中提出的相关问题与后者再行协商，并于2007年9月24日提起了本案诉讼。  
　　本案开庭时，讼争各方一致表示同意适用内地法律作为处理本案争议的准据法。另外，仙源公司、理财公司和远兴公司表示《股权转让及项目合作合同》的审批手续是可以办理的，中鑫公司则明确表示不同意协助办理审批手续，理由是该合同违法无效，中鑫公司的老板也不同意其约定的合作方式。仙源公司和中鑫公司均表示，不同意本案纠纷以中鑫公司向仙源公司退还相关股权转让款及利息的方式解决。  
　　对于本案第三项诉讼请求中的“远兴公司房产项目有关证照原件”，仙源公司庭上确认是指讼争房产项目的国有土地使用权证原件(编号为：穗府国用[2000]字第特 126号)，并主张该证现为中鑫公司所掌控：庭审辩论时表示，同意该证原件交由远兴公司现法定代表人林邦或者由产交所暂时保管。产交所的相关资料显示，该证于 2007年2月2日移交给产交所，由产交所的工作人员高永财接收，之后又于2007年 8月13日由高永财移交给中鑫公司。中鑫公司代理人庭上表示对此不清楚，庭后书面答复称，高永财将该证移交给了远兴公司的董事何祖讳。经查，何祖讳是中鑫公司委派到远兴公司的董事。  
　　一审法院另查明：远兴公司原章程记载的合作双方为二轻房产(甲方)和香港卓康(乙方)，公司注册资本为720万美元，其中甲方提供场地，乙方投入注册资本720万美元；该章程的第十七条规定：“董事会由七名董事组成，其中甲方委派三名，乙方委派四名，董事任期为四年，经委派方继续委派，可以连任。”第十八条规定：“董事会设董事长一人，由甲方委派；副董事长一人，由乙方委派。”第四十二条规定：“大厦建成后，甲乙双方按大厦建成后的实际建筑总面积(含地下室面积在内)各占50％比例进行分配。”第四十三条规定：“在分配时以整座大厦的南北方向垂直中线对称划分，面积对等，甲方分给北面部分，乙方分给南面部分。”第六十五条规定：“有关资财、债权、债务的清理责任，各种用具、设施的归属处理，均按双方签订的合同条款执行。”中鑫公司和理财公司从二轻房产和香港卓康受让取得在远兴公司的投资权益后，远兴公司的章程进行了相应修改，由中鑫公司作为合作甲方，理财公司作为合作乙方，公司注册资本仍为720万美元，其中甲方提供土地使用权为合作条件，乙方出资720万美元现金；同时章程的第十七条修改为：“董事会由三名董事组成，其中甲方委派二名，乙方委派一名，董事任期为三年，经委派方继续委派，可以连任。”第十八条修改为：“董事会设董事长一人，由乙方委派。”第四十二条修改为：“大厦建成后，甲、乙双方按大厦建成后的实际建筑总面积(含地下室面积在内)按4：6的比例进行分配，其中甲方占40％，乙方占60％。”第四十三条修改为：“在分配时以整座大厦的南北方向垂直按6：4划分，甲方分给北面部分，乙方分给南面部分。”第六十五条修改为：“有关资产、债权、债务的清理责任，其财产划分归属按双方签订合同的有关条款执行。合作公司的债权、债务按中国的中外合作经营企业的有关法规和本合同规定，由甲、乙双方按5：5的比例承担相关责任。”  
　　在本案诉讼过程中，中鑫公司还向一审法院出示了落款时间为2007年1月9日的《股权转让协议书》，该协议书由二轻房产、香港卓康与中鑫公司、理财公司共同签订，约定的事项与《出资额及权益转让合同》的主要内容相同。理财公司对该协议书的真实性没有异议，但对于为何会在同一天就同一事项签订两份合同表示不清楚。中鑫公司庭后向一审法院提交书面解释，认为2007年1月9日签订《出资额及权益转让合同》时中鑫公司尚未更名，《股权转让协议书》是其更名后根据产交所的要求再行签订的，落款时间也是应产交所的要求倒签为2007年1月9日。  
　　此外，本案最初由广州市天河区人民法院受理，该院根据仙源公司的财产保全申请和提供的担保，于2007年10月16日作出(2007)天法民三初字第8号民事裁定，冻结中鑫公司在远兴公司28．5％的股东权益，同时查封担保人张智东、张智承共有的坐落在广州市天河区华明路39号 3206房的房屋。  
　　一审法院认为：理财公司是在香港注册成立的公司，故本案属涉港股权转让纠纷，依法应比照涉外案件处理。中鑫公司和远兴公司的住所地均在广州市，根据《[中华人民共和国民事诉讼法](javascript:SLC(98761,0))》第[二十二条](javascript:SLC(98761,22))第二款关于“对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖”的规定，该院作为被告住所地有涉港民商事案件集中管辖权的中级人民法院，对本案依法享有管辖权。又因本案为合同纠纷，讼争各方开庭时已一致同意适用内地法律，根据《[中华人民共和国民法通则](javascript:SLC(2780,0))》第[一百四十五条](javascript:SLC(2780,145))第一款和[最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定](javascript:SLC(96117,0))》第[四条](javascript:SLC(96117,4))第一款的规定，该院确认以内地法律作为解决本案争议的准据法。  
　　综合双方的诉辩意见，本案的争议焦点首先在于，中鑫公司(缔约时采用原名中乾公司)与仙源公司和理财公司签订的《股权转让及项目合作合同》的法律效力如何。仙源公司和理财公司、远兴公司均认为合同有效，中鑫公司则以该合同未经审批，违反内地法律的禁止性规定为由主张合同无效。一审法院认为，《股权转让及项目合作合同》是缔约各方的真实意思表示，合同内容除了其中第五条第2款关于仙源公司和理财公司在取得讼争房产项目的银行贷款后可直接从贷款中按比例先行收回部分投资的约定，因违反《[中华人民共和国公司法](javascript:SLC(60597,0))》第[三十六条](javascript:SLC(60597,36))关于“公司成立后，股东不得抽逃出资”的禁止性规定应属无效外，其他条款并未违反内地法律、行政法规的强制性规定，依法不应认定为无效。尽管《[中华人民共和国中外合作经营企业法](javascript:SLC(31466,0))》第[十条](javascript:SLC(31466,10))规定：“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。”但这只是对股权转让的程序予以规范，并未直接规定未经审批的涉外股权转让合同无效，并且现在也没有任何迹象和证据显示，若使本案合同有效将损害国家利益和社会公共利益，鉴此亦不宜以上述法律规定为据否定《股权转让及项目合作合同》在民商法上的效力。更重要的是，从当事人签订《股权转让及项目合作合同》的背景来看，该合同是在中鑫公司和理财公司已经通过竞拍准备受让远兴公司的股权，并与远兴公司的原出资人签订了《出资额及权益转让合同》，但由于出现人民币 4591．8万元的资金缺口以致合同履行出现困难的情况下签订的。仙源公司的及时垫资避免了中鑫公司的违约，并使其成功获取了远兴公司40％的出资权益。在此仙源公司的诚信履约行为值得肯定，其据此所享有的合同权利亦应受到法律的保护。该院同时注意到，在《股权转让及项目合作合同》签订的当时，中鑫公司、理财公司与远兴公司原出资人之间的《出资额及权益转让合同》尚未获得审查批准机关的批准，远兴公司的股权也尚未过户到中鑫公司名下，此时要求《股权转让及项目合作合同》的缔约各方立即将合同报请审查批准机关批准并不现实。在此情况下，如果仅仅因为中鑫公司事后反悔，拒绝将合同报批就否定合同效力，将导致法律适用结果的严重不公平。另外从《股权转让及项目合作合同》的内容来看，仙源公司的义务是一次性垫付人民币4300万元，并以此作为受让中鑫公司28．5％股权的对价，而办理股权转让的全部法律手续，将中鑫公司所占40％股权中的28．5％过户到仙源公司名下则是中鑫公司和理财公司应该承担的义务。换言之，办理股权转让的审批手续在此并非合同的生效要件，而是缔约一方应当履行的合同义务。况且，本案的股权转让只是在中方之间进行，通常不存在审批上的法律障碍。综上，中鑫公司关于合同无效的抗辩没有法律依据，该院不予采纳；《股权转让及项目合作合同》属依法成立的合同(其中第五条第2款除外)，对当事人具有法律约束力，各方当事人均应遵照执行。  
　　《股权转让及项目合作合同》签订后，仙源公司已经及时履行了支付股权转让款的义务，中鑫公司却在取得远兴公司股权后，迟迟未将仙源公司应得的部分转让到仙源公司名下，甚至于本案开庭时，在理财公司和远兴公司均明确表示愿意配合办理股权转让手续的情况下，无正当理由拒绝将合同报请审查批准机关批准，其行为已构成恶意违约，并在客观上影响了讼争房产项目土地的及时开发利用，中鑫公司理应承担相应的民事责任。现仙源公司请求中鑫公司立即办理股权转让手续并支付逾期履行违约金符合法律规定，该院予以支持。远兴公司作为合作企业，理财公司作为外方合作者，均应就股权转让手续的办理给予配合。至于违约金标准，合同中的约定是每天1％，仙源公司起诉时已自行将其调整为每天1‰，这是仙源公司对其诉讼权利的处分，依法应予尊重。而根据《[中华人民共和国合同法](javascript:SLC(21651,0))》第[一百一十四条](javascript:SLC(21651,114))第二款的规定，约定的违约金只有在过分高于违约所造成的损失的情况下，才需要根据当事人的请求予以适当减少。本案中，中鑫公司的行为显然缺乏诚信，现又无证据证明每天1‰的违约金过分高于因中鑫公司违约给仙源公司造成的损失，鉴此，对于中鑫公司关于违约金标准应在每天1‰的基础上再次予以调整的请求，该院不予支持。至于讼争房产项目的国有土地使用权证原件，因其本来就为远兴公司所有，持有该证又是远兴公司进行讼争房产项目开发的必要条件，况且仙源公司开庭时已经表示，同意该证原件交由林邦代表远兴公司或者由产交所暂时保管，有鉴于此，该院对仙源公司和远兴公司的上述意见予以尊重。而产交所的相关资料显示，该证原件现已移交给了中鑫公司，尽管中鑫公司对此答复称接收证件的是远兴公司的董事何祖讳，但由于何祖棉是中鑫公司委派的董事，故证件移交的责任仍应由中鑫公司承担。  
　　根据《[中华人民共和国中外合作经营企业法](javascript:SLC(31466,0))》第[十条](javascript:SLC(31466,10))的规定，讼争各方在办理本案股权转让的工商变更登记手续之前，应到审查批准机关办理相关股权变更手续，包括将《股权转让及项目合作合同》或者依照该合同另行签订的股权转让协议报请审查批准机关批准。根据对外贸易经济合作部和[国家工商行政管理局1997年5月28日颁布的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定](javascript:SLC(18804,0))》，中外合作经营企业在申请办理股权变更的批准和登记手续时，应提交合作企业原合同、章程及其修改协议、企业董事会关于投资者股权变更的决议以及股权变更后的董事会成员名单等法律文件。故在此过程中，缔约各方应遵循诚实信用原则，按照各自所占股权比例，通过友好协商合理确定各方的权利和义务，及时完成相关法律文件。如果其中任何一方不予配合，拒绝协商和签署有关法律文件，则其他方可依照《股权转让及项目合作合同》商定的股权结构，在合理确定各方权利义务的基础上，对远兴公司的合同和章程进行相应的修改(例如可由中鑫公司、仙源公司、理财公司分别作为合作的甲、乙、丙方，公司注册资本仍为720万美元，出资方式为甲方、乙方共同提供土地使用权的合作条件，丙方出资720万美元现金；同时董事会可仍然由三名董事组成，由甲、乙、丙方分别委派，董事长由丙方委派；大厦建成后的实际建筑总面积按甲方占11．5％，乙方占 28．5％，丙方占60％的比例进行分配；分配时以整座大厦的南北方向垂直按11．5： 28．5：60划分，由甲、乙、丙方从北往南依次分得；远兴公司的债权、债务依照有关法律规定及权利义务对等的原则，由甲、乙、丙方按14．375：35．625：50的比例承担责任)，并将修改后的文件、决议及新组成的董事会成员名单等上报有关部门，以办理股权转让的批准和变更登记手续。  
　　至于诉讼费用的负担问题，鉴于本案纠纷系因中鑫公司的不诚信行为所致，理财公司和远兴公司在合同的履行方面并无过错，故由此产生的诉讼费用依法应由中鑫公司负担。  
　　综上所述，一审法院依照《[中华人民共和国民事诉讼法](javascript:SLC(98761,0))》第[二十二条](javascript:SLC(98761,22))第二款、第[二百三十五条](javascript:SLC(98761,235))，《[中华人民共和国合同法](javascript:SLC(21651,0))》第[六条](javascript:SLC(21651,6))、第[八条](javascript:SLC(21651,8))、第[五十六条](javascript:SLC(21651,56))、第[六十条](javascript:SLC(21651,60))、第[一百零七条](javascript:SLC(21651,107))，《[中华人民共和国中外合作经营企业法](javascript:SLC(31466,0))》第[十条](javascript:SLC(31466,10))之规定，判决：一、中鑫公司于判决生效之日起十日内，就其与仙源公司、理财公司共同签订的《股权转让及项目合作合同》项下的股权转让事宜，报请审查批准机关批准；并在审查批准机关批准之日起十日内，到工商行政管理部门办理该股权变更的登记手续。理财公司、远兴公司对此应予配合。二、中鑫公司于判决生效之日起十日内，向仙源公司支付截至判决生效之日的违约金[违约金以仙源公司已付款人民币4300万元为基数，按每天1‰的标准，自2007年7月28日起计付；之后的违约金以同样的基数和标准计至股权变更的工商登记手续办理完毕之日止(行政机关审批和登记的工作时间予以扣除)]，中鑫公司应在股权变更的工商登记手续办理完毕之日一次性给付。三、中鑫公司于判决生效之日起十日内，将编号为穗府国用 [2000]字第特126号的国有土地使用权证原件移交给远兴公司的法定代表人林邦保管。本案一审案件受理费人民币48 020元，财产保全申请费人民币5000元，均由中鑫公司负担。  
　　中鑫公司不服一审判决，向二审法院提起上诉称，一审判决认定事实不清，适用法律错误，判决结果不当。请求撤销一审判决，驳回仙源公司的全部诉讼请求，本案一、二审案件受理费由仙源公司负担。  
　　二审法院补充查明事实如下：  
　　2007年1月9日，中鑫公司、理财公司与远兴公司原股东二轻房产、香港卓康签订《出资额及权益转让合同》，前者分别从后者受让远兴公司40％、60％的股份后，依据远兴公司修订后的公司章程，中鑫公司委派何少流、何祖祖启袆任远兴公司董事，理财公司委托梁俊贤到远兴公司任董事长。 2007年7月24日，远兴公司领取了新的营业执照，法定代表人为梁俊贤。2007年 11月17日，远兴公司向工商部门提出变更法定代表人申请，将原法定代表人梁俊贤变更为林邦。2008年1月14日，广州市工商行政管理局出具的企业注册基本资料显示：远兴公司法定代表人为林邦。本案一审期间，林邦以远兴公司法定代表人身份委托广东信德盛律师事务所卢健军、巫丽钏律师为远兴公司委托代理人。盖有远兴公司公章的授权委托书显示委托广东华安联合律师事务所律师钟琦、钟华律师为远兴公司委托代理人。一审法院认可卢健军、巫丽钏律师为合法代理人。  
　　二审法院查明的其他事实与一审判决相同，对一审判决认定的事实，二审法院予以确认。  
　　二审法院认为，本案是涉外股权转让纠纷，根据[最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定](javascript:SLC(96117,0))》第[八条](javascript:SLC(96117,8))第(四)项关于“中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同”适用中华人民共和国法律的规定，本案应适用内地法律。一审适用法律正确，二审法院予以支持。  
　　本案二审争议焦点是：中鑫公司是否应按合同约定将其从二轻房产受让的对远兴公司28．5％的股权过户给仙源公司，承担不及时办理股权过户的违约金责任，并将国有土地使用权证原件交由远兴公司法定代表人林邦保管。  
　　关于远兴公司委托代理人资格问题。远兴公司法定代表人由梁俊贤变更为林邦后，林邦作为远兴公司法定代表人，有权以远兴公司名义委托代理人参加诉讼。一审法院认可林邦以远兴公司法定代表人身份委托广东信德盛律师事务所卢健军、巫丽钏律师为远兴公司委托代理人参加本案诉讼，并无不当，二审法院予以支持。中鑫公司上诉主张，一审法院否认广东华安联合律师事务所律师钟琦、钟华律师作为远兴公司委托代理人资格错误，该主张依据不足，二审法院不予支持。  
　　关于《股权转让及项目合作合同》效力问题。合同各方当事人对一审判决认定《股权转让及项目合作合同》第五条第2款属无效条款没有异议，但对合同效力有争议。本案事实表明，远兴公司成立时是中外合作经营企业性质的有限责任公司，2007年 1月9日，中鑫公司、理财公司与远兴公司原股东二轻房产、香港卓康签订《出资额及权益转让合同》，分别从远兴公司的中、外方股东受让40％、60％股权后，2007年4月28日，中鑫公司、理财公司、仙源公司签订《股权转让及项目合作合同》，约定中鑫公司将其受让的远兴公司28．5％的股权转让给仙源公司，仍属中外合作经营企业的股权转让问题，根据《[中华人民共和国中外合作经营企业法](javascript:SLC(31466,0))》第[十条](javascript:SLC(31466,10))关于“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准”的规定，远兴公司的再次股权变更应报国内外资主管部门审查批准。根据《[中华人民共和国合同法](javascript:SLC(21651,0))》第[四十四条](javascript:SLC(21651,44))第一款关于“依法成立的合同，自成立时生效”的规定，以及第二款关于“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”的规定，《股权转让及项目合作合同》因未按法律规定办理批准手续而未生效。但本案事实表明，造成《股权转让及项目合作合同》因未报批而未生效的原因，是在仙源公司、理财公司、远兴公司都愿意履行报批手续以促成合同生效的情形下，中鑫公司明确拒绝配合其他各方完成审批手续以促成合同生效，中鑫公司故意促成合同不生效的行为客观上使得《股权转让及项目合作合同》产生了视为生效的类似法律效果。因此，就《股权转让及项目合作合同》效力而言，除第五条第2款属无效条款外，依法成立未生效，但具有类似生效的法律约束力。中鑫公司上诉认为，一审判决对《股权转让及项目合作合同》效力认定错误，该主张依据不足，该院不予支持。  
　　关于中鑫公司是否有义务将其对远兴公司28．5％的股权过户到仙源公司名下的问题。根据《股权转让及项目合作合同》，中鑫公司应在其受让远兴公司股权过户完毕后三日内，与仙源公司、理财公司到工商行政管理部门办理股权变更手续。2007年7月24日，中鑫公司完成股权过户手续，成为远兴公司的登记股东之一。中鑫公司按照《股权转让及项目合作合同》完成股权转让报批手续，将远兴公司28．5％的股权过户给仙源公司，既是遵守《股权转让及项目合作合同》法律约束力的表现，也是民法诚实信用原则的要求。从《股权转让及项目合作合同》签订背景来看，中鑫公司已经通过竞拍受让远兴公司股权，与远兴公司的原出资人签订了《出资额及权益转让合同》，但由于出现人民币4591．8万元资金缺口，合同履行困难。在此情形下，中鑫公司与仙源公司达成协议，以向仙源公司转让远兴公司28．5％股权的形式，获得了仙源公司人民币4300万元的垫资，使中鑫公司成功获得远兴公司40％出资权益，避免了违约行为发生。现中鑫公司在利用仙源公司资金获取远兴公司40％股权后，又拒绝按照《出资额及权益转让合同》(应为《股权转让及项目合作合同》)约定，将远兴公司 28．5％的股权转让给仙源公司，与《[中华人民共和国民法通则](javascript:SLC(2780,0))》第[四条](javascript:SLC(2780,4))关于“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”相悖。基于上述理由，仙源公司有权依据《股权转让及项目合作合同》，要求中鑫公司促成《股权转让及项目合作合同》生效，请求中鑫公司完成远兴公司28．5％的股权过户手续。中鑫公司按照《股权转让及项目合作合同》约定将远兴公司28．5％股权过户给仙源公司，有合理理据。至于中鑫公司应配合仙源公司、理财公司履行《股权转让及项目合作合同》报批手续，为仙源公司提出的中鑫公司应将其对远兴公司 28．5％的股权过户给仙源公司的诉讼请求所涵盖，一审法院判决中鑫公司应配合仙源公司、理财公司履行《股权转让及项目合作合同》报批手续，并无不当。中鑫公司上诉认为，一审法院判决中鑫公司配合仙源公司、理财公司履行《股权转让及项目合作合同》报批手续，明显超越仙源公司诉讼请求，该主张依据不足，该院不予支持。  
　　关于中鑫公司向仙源公司支付违约金的问题。根据《股权转让及项目合作合同》约定，若中鑫公司、理财公司不能按约定完成向仙源公司的股权转让手续，应视为违约，中鑫公司应退还仙源公司投资款并承担按仙源公司出资总额每天1％的违约金。本案事实表明，仙源公司垫付人民币4300万元，中鑫公司受让获得远兴公司40％股权，但中鑫公司拒绝按照合同约定，配合完成将28．5％股权过户给仙源公司的手续。仙源公司有权参照合同约定向中鑫公司主张违约金，仙源公司主动将违约金标准调低为每日1‰，属其行使处分权表现，该院予以支持。一审法院判决中鑫公司按照仙源公司已出资款项人民币4300万元，依据每日1‰标准，自2007年7月28日起，计算违约金，并无不当，二审法院予以支持。中鑫公司上诉主张其并未违约，即使违约，违约金也过高。该主张依据不足，该院不予支持。  
　　关于交付国有土地使用权证作为履约保证的问题。根据《股权转让及项目合作合同》约定，仙源公司代中鑫公司一次性垫付人民币4300万元，仙源公司受让中鑫公司在仙源公司(应为远兴公司)28．5％股权，该笔资金由中鑫公司、理财公司的股权作质押担保，有关房地产项目的有关证照原件交给仙源公司作为履约的另一保证。仙源公司有权请求中鑫公司将有关房地产开发证件交由仙源公司保管，作为中鑫公司的履约保证。本案事实表明，各方争议的编号为穗府国用[2000]字第特126号国有土地使用权证原件已由中鑫公司委派到远兴公司的董事何祖棉领取。中鑫公司应将 [2000]字第特126号国有土地使用权证原件交给仙源公司或仙源公司指定的第三方保管。仙源公司后变更请求中鑫公司该将国有土地使用权证原件交由远兴公司法定代表人林邦保管，属仙源公司处分其民事权利的表现，该院予以支持。一审法院判决中鑫公司将[2000]字第特126号国有土地使用权证原件交给远兴公司法定代表人林邦并无不当。中鑫公司上诉认为，一审判决中鑫公司将国有土地使用权证交由远兴公司法定代表人林邦保管，超过仙源公司诉请，程序违法。该主张依据不足，该院不予支持。  
　　综上，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，处理结果恰当，依法应予维持。中鑫公司上诉理据不足，依法予以驳回。二审法院依照《[中华人民共和国民事诉讼法](javascript:SLC(98761,0))》第[一百五十三条](javascript:SLC(98761,153))第一款第(一)项的规定，判决：驳回上诉，维持原判。本案二审案件受理费人民币48 020元，由中鑫公司负担。  
　　中鑫公司不服二审判决，向本院申请再审称：(一)《股权转让及项目合作合同》本质上是借款合同，二审法院错误地定性为股权转让纠纷，属于认定基本事实缺乏证据证明。1．从缔约背景和目的来看，签订《股权转让及项目合作合同》本意是通过向仙源公司借款来解决中鑫公司、理财公司在竞拍时出现的资金缺口，以完成受让远兴公司的权益。2．合同第五条第2款并非为仙源公司抽逃出资作出的约定，实际上是仙源公司回收借款的保底条款，保底条款说明该合同本质上是一个借款合同。3．《[担保法](javascript:SLC(12418,0))》第[二条](javascript:SLC(12418,2))第一款规定：“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保”。可见担保的设定是为了保障债权的实现，而不是为了保障股权转让的实现。《补充协议(保证函)》约定由肖雨田等人对合同的履行承担连带保证责任，也说明《股权转让及项目合作合同》是借款合同。(二)若将《股权转让及项目合作合同》认定为股权转让合同，则须经审查批准机关批准才生效，否则，因违反法律强制性规定而无效。二审判决认定合同“成立未生效，但具有类似生效的法律约束力”，没有依据。(三)林邦使用假公章伪造变更登记申请资料骗取了远兴公司法定代表人的地位，其委托的代理人不能代表远兴公司。二审判决认可了林邦委托的代理人，错误认定“远兴公司表示《股权转让及项目合作合同》的审批手续是可以办理的”、“远兴公司同意将土地证交由远兴公司法定代表人林邦保管”。(四)二审判决认定中鑫公司须按每天1‰的标准支付违约金，属于适用法律错误。合同第五条第1款约定的是解除合同的违约金，各方没有约定继续履行合同的违约金标准。既然未约定继续履行合同的违约金标准，则不管是调高或调低都是没有依据的。二审判决认为仙源公司在起诉时主动将标准降低为每天1‰是自身诉讼权利的变更，也因而缺乏依据。综上，二审判决认定的基本事实缺乏证据证明，认定事实的主要证据是伪造的，且适用法律错误。请求撤销二审判决，驳回仙源公司的诉讼请求；本案诉讼费由仙源公司承担。  
　　仙源公司答辩称：(一)《股权转让及项目合作合同》是股权转让合同而非借款合同。各方自始至终都没有借款的意思表示。合同明确了股权转让的前因后果、标的和价款，并明确了相关手续的办理等事项，具有股权转让合同的必备条款。合同中没有任何如借款、利息、还款期限等借款合同应当具备的条款。关于用银行贷款归还投资款项的合同条款是各方当事人因急于先行回收投资而约定的，该条款已被法院认定为无效。该条款也非“保底条款”。因为，仙源公司支付了人民币4300万元转让款，若是借款合同保底条款，仙源公司则应收回全款，而中鑫公司无权收回投资款。况且该条款还明确了银行贷款余款用于项目开发。此外，并非只有在借款关系中才有债务人，债务人在法律上是指在当事人之间产生的特定的权利和义务关系中负有义务的人，保证并非仅限于借款性质的债权。在一、二审的整个过程中，理财公司和远兴公司均确认《股权转让及项目合作合同》是股权转让合同，而不是借款合同，股权转让是各方的真实意思。(二)《股权转让及项目合作合同》未经批准不等于无效。中鑫公司主张无效违反了诚实信用原则。(三)远兴公司的工商登记资料表明林邦是远兴公司的法定代表人，林邦是理财公司根据远兴公司章程指派担任远兴公司董事和董事长的合法人员，有权代表远兴公司签署法律文件。(四)合同约定的违约金是针对逾期办理股权变更登记手续的违约行为的，而选择解除合同或要求继续履行则是守约方的权利。中鑫公司称违约金仅适用于解除合同及退还投资款的情形，属于狡辩。故二审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回中鑫公司的再审申请。  
　　远兴公司陈述称：鉴于梁俊贤的种种行径，理财公司依照章程和法律撤销了对其董事的委派，另行委派林邦为远兴公司的董事和法定代表人，并依法办理了变更手续，在工商部门正式登记。梁俊贤在知道其被撤换后，向法院提交了一份伪造的董事会决议。该决议中理财公司的印章早已作废，且理财公司表示没有参加董事会或作出决议。两审法院对远兴公司代理人身份的认定是正确的。中鑫公司是希望空手套白狼，相反仙源公司一直积极参与远兴公司的运营。一、二审判决正确，请求驳回中鑫公司的再审申请。  
　　理财公司陈述称：梁俊贤在参与远兴公司项目的过程中，采取欺诈和不正当手段，使合作方的权益收到严重损害，将追究其责任。  
　　本院查明：中鑫公司称二审判决认定的基本事实缺乏证据证明，认定事实的主要证据是伪造的，但从其申请再审的具体事由看，中鑫公司对二审判决就合同性质、效力、代理人资格、违约金类型等认定所提出的异议，实质上都是对有关事项在法律上如何认定问题。对二审判决查明的事实本身，中鑫公司实际上并无异议。其他各方当事人也未提出异议。故对二审判决查明的事实，本院予以确认。  
　　本院认为：本案为中外(香港)合作经营企业股权(权益)转让合同纠纷，二审判决依法适用内地法律解决，各方均无异议，本院予以认可。  
　　本案再审审查中的主要争议为：《股权转让及项目合作合同》的性质和效力问题；一、二审中，远兴公司诉讼代理人的资格问题；中鑫公司是否应按仙源公司的请求支付违约金。  
　　(一)关于《股权转让及项目合作合同》的性质。当事人争议的是该合同是股权(权益)转让合同还是借款合同。该合同名称为股权转让和项目合作合同，其内容也是仙源公司受让中鑫公司持有的28．5％股权，股权需变更至仙源公司名下，并约定了未按期完成股权变更的违约责任，故该合同是典型的股权(权益)变更合同。中鑫公司称从《股权转让及项目合作合同》订立的背景和目的看，该合同是借款合同。该合同签订的背景是中鑫公司在竞拍远兴公司权益时出现资金缺口，这是事实。但在现实经济生活中，通过借款来解决资金困难不是唯一的方式，当事人还可以通过转让股权(权益)等方式来筹资。本案当事人选择了转让股权(权益)这种方式来筹资，并无借款的意思表示。中鑫公司称《股权转让及项目合作合同》第五条第2款为保底条款，由此可推断该合同只能是借款合同。按照该合同条款，中鑫公司和仙源公司在远兴公司获得的贷款中提取一部分先行收回投资，该条款是提前收回出资的条款，而不是保底条款，更不能据此认定整个合同是借款合同。中鑫公司称他人为该合同履行提供了担保，故该合同就是借款合同，这是对法律的误解。《[中华人民共和国担保法](javascript:SLC(12418,0))》第[二条](javascript:SLC(12418,2))第一款规定：“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。”该条仅列举了适用担保的部分情形，不能根据该款规定得出只能为借贷、买卖、货物运输、加工承揽提供担保的结论。根据《[中华人民共和国民法通则](javascript:SLC(2780,0))》第[八十九条](javascript:SLC(2780,89))，可以为各类债务的履行设定担保。股权(权益)转让合同属于民法上的债，为其履行设定担保符合法律规定。因此，不能根据肖雨田等人为《股权转让及项目合作合同》的履行提供了担保就认定该合同只能是借款合同。  
　　(二)关于《股权转让及项目合作合同》的效力。《中华人民共和国中外合作企业法》第十条规定：“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。”对于未经批准的，效力如何，该法没有明确规定。但《[中华人民共和国合同法](javascript:SLC(21651,0))》第[四十四条](javascript:SLC(21651,44))规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”依照[合同法](javascript:SLC(21651,0))该条规定，此类合同虽已成立，但不像普通合同那样在成立时就生效，而是成立但未生效。最高人民法院《关于适用<[中华人民共和国合同法](javascript:SLC(21651,0))>若干问题的解释 (一)》第[九条](javascript:SLC(21651,9))对此类合同的效力则有更明确的解释，即：“依照[合同法](javascript:SLC(21651,0))第[四十四条](javascript:SLC(21651,44))第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效”。因此，二审判决认定《股权转让及项目合作合同》成立未生效是正确的。由于该合同未生效的原因是未经批准，而批准的前提是当事人报批，促成合同生效的报批义务在合同成立时即应产生，否则，当事人可肆意通过不办理或不协助办理报批手续而恶意阻止合同生效，显然违背诚实信用原则。最高人民法院《关于适用<[中华人民共和国合同法](javascript:SLC(21651,0))>若干问题的解释(二)》第[八条](javascript:SLC(21651,8))规定：经批准才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准的，属于[合同法](javascript:SLC(21651,0))第[四十二条](javascript:SLC(21651,42))第(三)项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，人民法院可以判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。既然“相对人”可以自己办理有关手续，而“对方当事人”应对由此产生损失给予赔偿，那么，“相对人”自然也可以要求“对方当事人”办理申请批准手续。二审判决中鑫公司履行报请审查批准机关批准的义务是正确的。  
　　(三)关于代理人资格。远兴公司的法定代表人已由梁俊贤变更为林邦。中鑫公司称林邦系采取欺骗方式取得远兴公司法定代表人资格，但没有证据证明，且在远兴公司原法定代表人梁俊贤提起要求撤销变更登记的行政诉讼中，法院已驳回其请求。此外，根据远兴公司修改后的章程，远兴公司的董事长由理财公司委派，而理财公司在本案诉讼中从未否认林邦为远兴公司的法定代表人，相反却向本院陈述称将追究梁俊贤的责任。《[中华人民共和国民事诉讼法](javascript:SLC(98761,0))》第[四十九条](javascript:SLC(98761,49))规定：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。”根据上述法律规定，远兴公司法定代表人林邦签字委托的诉讼代理人有权代表远兴公司进行诉讼，有关诉讼代理人在诉讼阶段作出的陈述对远兴公司具有约束力。二审判决根据远兴公司诉讼代理人的意见，认定远兴公司表示《股权转让及项目合作合同》的审批手续可以办理、远兴公司同意将土地使用权证交由远兴公司法定代表人林邦保管，是正确的。  
　　(四)关于违约金。《股权转让及项目合作合同》第五条第1款的内容为：若中鑫公司、理财公司不能按约定完成办理股权转让的全部法律手续，视为违约，中鑫公司应无条件退还仙源公司投资款并承担出资总额每天1％违约金。中鑫公司称该条款仅约定了解除合同的违约金，属于理解错误。根据该违约责任条款，只要中鑫公司违约，就应按每日1％支付违约金，仙源公司还可以要求解除合同，至于是选择解除合同还是选择要求继续履行合同，则是仙源公司的法定权利。仙源公司在起诉时主动将违约金标准降低为每天1‰，是对自身权利的处分，不违反意思自治原则。因此，二审判决中鑫公司按每天1‰的标准向仙源公司支付违约金是正确的。  
　　综上，中鑫公司申请再审的理由不能成立，其申请不符合《[中华人民共和国民事诉讼法](javascript:SLC(98761,0))》第[一百七十九条](javascript:SLC(98761,179))第一款规定的情形。依照《[中华人民共和国民事诉讼法](javascript:SLC(98761,0))》第[一百八十一条](javascript:SLC(98761,181))第一款之规定，裁定如下：  
　　驳回广东中大中鑫投资策划有限公司的再审申请。

审　判　长　陈纪忠  
审　判　员　奚向阳  
代理审判员　高晓力  
二00九年十二月三十日  
书　记　员　许英林