民事上诉状

上诉人(一审原告)：广东梅雁水电股份有限公司

法定代表人：杨钦欢　董事长

住所：广东省梅州市湾水塘梅雁大厦

被上诉人（一审被告)：深圳吉富创业投资股份有限公司

法定代表人：贾自强　董事长

住所：深圳市罗湖区深南中路5045号深业中心2025室

第三人：广州高金技术产业集团有限公司

住所：广州市高新技术产业开发区科学城揽月路80号广州科技创新基地综合服务楼第六层623A 单元

法定代表人：凤翔　　董事长

第三人：普宁市信宏实业投资有限公司

住所：普宁市流沙长春路尾（池尾路段）

法定代表人：马汉耀　　董事长

第三人：宜华企业（集团）有限公司

住所：广东省汕头市澄海区莲下镇大坪工业区

法定代表人：刘绍生　　董事长

第三人：湖北水牛房地产开发有限公司

住所：湖北潜江市园林章华中路

法定代表人：易贤忠　　董事长

上诉人因与被上诉人、第三人等股权转让纠纷一案，不服广东省高级人民法院于2009年5月18日作出的（2008）粤高法民二初字第17号民事判决，现依法提出上诉。

上诉请求：

一、撤销广东省高级人民法院（2008）粤高法民二初字第17号民事判决。

二、判决支持上诉人的一审诉讼请求，即确认本案所涉的股权转让协议及补充协议无效，判令被上诉人、第三人将广发证券股份有限公司（下称广发证券）的8.4%股份返还给上诉人。

三、本案诉讼费用由被上诉人负担。

上诉理由：

一、一审判决严重曲解证券法、合同法的相关规定，其关于涉案股权变动有效的认定违背相关法律规定，明显属于适用法律错误。涉案股权的转让未经中国证券监督委员会（以下简称“中国证监会”）批准，被上诉人及第三人均不符合法定的证券公司股东条件，涉案股权转让行为完全是无效的。

(一)、《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》附件第389项、证券法第一百二十九条规定的中国证监会批准股权变动、股东资格，实质上就是对股权转让协议和受让方主体资格的审核和批准，只有在经过批准后，转让方和受让方才可开始履行股权转让协议，支付价款和变更股东登记。

根据2004年7月1日施行的《中华人民共和国行政许可法》第二条和国务院令第412号《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》附件第389项“证券公司变更股东或者股权审批”之规定，证券公司变更股东或者股权应当经证监会审批。2006年1月1日修改后的证券法第一百二十九条规定，证券公司变更持有百分之五以上股权的股东，必须经国务院证券监督管理机构批准。

本案不容争辩的基本事实是：上诉人向被上诉人转让广发证券8.4%股权，未得到中国证监会的批准；被上诉人的广发证券股东资格，未得到中国证监会的批准；此后被上诉人向第三人转让广发证券

12.55%的股权，以及第三人的广发证券股东资格，也未得到中国证监会的批准。

首先，从客观事实来看，股权转让协议必须经过中国证监会批准。根据中国证监会《证券公司变更持有百分之五以上股权的股东、股权、实际控制人审批》文件要求，证券公司变更持有百分之五以上股权的股东、股权、实际控制人，必须提交申请审批的材料包括股权转让协议或者其他关于股权转让的文件。这一客观事实说明，股权转让协议必须经过中国证监会的审批。

该文件还要求，入股股东必须承诺："本公司将按照《股权转让协议》以来源合法的自有资金按时足额缴纳出资，从以本公司名义开立的银行账户划出资金。"这说明，股权转让协议等文件经过审批在先，履行股权转让协议、交割资金在后。否则，中国证监会就根本不应要求受让方承诺将以自有资金按时、足额付款，而应要求受让方提交已经以自有资金付清股权转让款的证明。

中国证监会关于核准证券公司股东变更的公文格式为："你公司报送的股权变更的申请及相关文件收悉。根据《证券法》、《证券公司管理办法》（证监会令第5号）等有关规定，经审核，现批复如下"，批复结论则为核准股权转让、受让人的股东资格。批文最后还要求："你公司应当根据本批复修改公司章程，并自批复之日起30个工作日内，依法办理上述股权的变更手续"。结合中国证监会要求受让人在股权转让协议通过审批后按时、足额支付股权转让款的规定来看，此处的"变更手续"显然并非仅指"工商变更登记手续"，而是包括履行交割股权转让协议约定的股权转让款手续、办理工商变更登记手续等。因此，中国证监会的批文具有两层含义：其一、股权转让协议等文件已通过审核，批准协议内容生效，批准受让方的受让股权主体资格；其二、要求转让方和受让方履行股权转让协议，交割股权转让款、办理股权过户登记。

其次，从法理上看，股权转让协议必须经过中国证监会批准。证

券法第一百二十九条规定的是“批准”，《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》附件第389项规定的是“审批”。按通常意义上的理解，结合证券法“为了规范证券发行和交易行为，保护投资者的合法权益，维护社会经济秩序和社会公共利益，促进社会主义市场经济的发展”（证券法第一条）的立法宗旨，应解释为在中国证监会审查批准股权转让协议、受让方的股东资格后，当事人双方再履行股权转让协议；而不应解释为在已经履行股权转让协议后，中国证监会对履行结果再进行“事后确认”。否则，不但会导致中国证监会无法及时有效地进行监管，而且会引发大量支付风险、法律纠纷（例如：受让方已经履行股权转让协议约定的支付价款的义务，但中国证监会事后不予“确认”股权、股东变更），从而危及证券市场的行政监管制度、危及正常的金融秩序，损害社会经济秩序和社会公共利益。

再次，从行政法规的明文规定来看，股权转让协议必须经中国证监会批准。《证券公司监督管理条例》第十四条规定：“任何单位或者个人有下列情形之一的，应当**事先告知**证券公司，由证券公司报国务院证券监督管理机构批准：（一）认购或者受让证券公司的股权后，其持股比例达到证券公司注册资本的5%；”此处的事先告知、报批，明白无误地指出是在认购、受让股权前申请批准，而非一审判决所解释的事后申请确认。也就是说，股权转让协议（是股权变动的基础性法律文件）必须经过中国证监会批准后，方可履行；而非一审判决所认定的履行股权转让协议（受让股权）后，再将履行结果向中国证监会申请事后确认。

由此可见，股权转让协议必须经过中国证监会的批准，在得到批准后，转让方、受让方才可开始履行协议、交割资金、变更股东登记。中国证监会批准股权变动、股东资格，并非确认股权转让协议的履行结果（即股权变动）有效，而是股权转让协议的生效要件。一审法院所认定的“证券法第一百二十九条规定的审批针对的是股权变动而非股权转让协议，股权变动是协议的履行而非协议的成立，股权转让协

议的效力与股权变动效力不同，有关法律并未规定股权转让合同须经证券监管机构审批，证券监管机构的审批是限制股东变更的结果而非股东变更的过程"，完全是错误的，据此作出的错误判决应予撤销。

（二）、一审判决将证券法第一百二十九条认定为不属于效力性强制性规定，完全是错误的。该条规定明显属于效力性强制性规定，本案涉及的股权转让因违反该条效力性强制性规定而无效。

将强制性规定分类为管理性强制规范和效力性强制规范的法理依据是，管理性强制规范是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。效力性强制规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范，或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效，但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范，此类规范不仅旨在处罚违反之行为，而且意在否定其民商法上的效力。

证券法第二百一十八条规定，证券公司违反本法第一百二十九条的规定，擅自变更有关事项的，应责令改正并处罚款、警告。“罚款、警告”是行政处罚。“改正”二字，顾名思义就是纠正错误、改至正确。就本案而言，改正只有两种做法：其一、补办审批手续，获得中国证监会批准；其二、在法定时限内未补办申请，或补办申请未获中国证监会批准，就只能恢复原状，即股权、股东变更无效，被上诉人应将股权返还给上诉人，而不能非法行使股东权利，将股权转让给第三人。因此“责令改正”不但包括行政管理性，而且包括对未经批准擅自变更5%以上股权、股东作出的否认其民商法效力的评价。

从我国1998年制定的首部证券法到2005年历经两次修订的证券法，第一条均规定了“为了规范证券发行和交易行为，保护投资者的合法权益，**维护社会经济秩序和社会公共利益**，促进社会主义市场经济的发展。”显然，“**维护社会经济秩序和社会公共利益**”是证券法的重要立法宗旨。证券法针对证券公司的监管，所作出的第一百二十九条的相关规定正是为了维护证券市场的规范、健康发展，维护广大公

众投资者的利益，也就是维护社会经济秩序和社会公共利益。

由此可见，证券法虽然没有直接规定“违反第一百二十九条，股权转让协议无效”，但是从证券法第二百一十八条表述的含义完全可以得出违反一百二十九条的民事行为无效的结论，且对证券公司的监管涉及社会公共利益，违反该条规定必将损害社会公共利益。因此，证券法第一百二十九条完全属于效力性强制性规定，合同法第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（五）违反法律、行政法律的强制性规定”，本案两次股权变动涉及的五份股权转让协议均违反了证券法第一百二十九条的效力性强制性规定，显然是无效的。

（三）、即便证券法第一百二十九条不属于效力性规定，那么上诉人与被上诉人签订的股权转让协议，以及被上诉人与第三人签订的股权转让协议，均未经过中国证监会的批准，依照合同法第四十四条第二款及相关司法解释的规定，没有法律效力。

被上诉人在2006年6月13日、19日、20日，先后与四家第三人公司签订四份股权转让协议，共转让广发证券12.55%的股权，其中仅在6月20日一天之内，就签订两份股权转让协议，涉及广发证券5.35%的股权变动,广发证券将这四次股权转让作为对此前上诉人向被上诉人违法转让股权的一次性整改措施，其直接后果就是上诉人占广发证券8.4%股权的股东被变更。依照证券法第一百二十九条、《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》第389项的规定，这四份股权转让协议与此前上诉人、被上诉人签订的股权转让协议一样，涉及5%以上的股权变动，必须经过中国证监会的审核批准。

《合同法》第四十四条第二款规定：“法律、行政法规规定应当办理批准、登记手续生效的，依照其规定”。最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)第九条规定：“依照合同法第四十四条第二款的规定，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。”本案所涉的五份关于《股权转让协议》，不但是在一审法庭辩论终结前，而且至今都未经过中国证监会的批准，应认定合同未生效，其法律后果等同于无效合同。

（四）、被上诉人、第三人均不符合法定的证券公司股东实质条件，其股东资格在程序上没有经过、在实质上也不可能获得中国证监会的批准，本案两次股权变动因此而无效。

根据《行政许可法》和《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》附件第389项之规定，证券公司变更股东或者股权应当经中国证监会审批。中国证监会颁布的《证券公司管理办法》第九条规定：“证券公司的股东资格应当符合法律法规和中国证监会规定的条件。直接或间接持有证券公司5%及以上股份的股东，其持股资格应当经中国证监会认定。有下列情形之一的，不得成为证券公司持股5%及以上的股东：（一）申请前三年内因重大违法、违规经营而受到处罚的；（二）累计亏损达到注册资本百分之五十的；（三）资不抵债或不能清偿到期债务的；（四）或有负债总额达到净资产百分之十的；（五）中国证监会规定的其他情形。”被上诉人在受让股权时刚刚成立，经营不满三年，不具备成为证券公司持股5%及以上的股东的最基本条件。

中国证监会规定的其他情形主要体现在：

1、《证券公司变更持有百分之五以上股权的股东、股权、实际控制人审批》要求，证券公司及主要负责人必须承诺，未在变更持有5%以上股权的股东、实际控制人时为入股股东提供任何形式的财务支持或者担保。广发证券工会为被上诉人预支1000万元借款，支持其收购股权，这是一审已经查明并且没有争议的事实。这说明，上诉人向被上诉人转让涉案股权的协议，以及被上诉人的股东资格根本不可能获得中国证监会的批准。

2、《证券公司变更持有百分之五以上股权的股东、股权、实际控制人审批》规定，股权受让方不得委托他人或受他人委托持有或管

理证券公司股权。本案的第二次股权转让，即被上诉人转让给第三人，是一次虚假的交易，实质上就是第三人为被上诉人代持。《证券公司监督管理条例》第十四条第二款规定："未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位或者个人不得委托他人或者接受他人委托持有或者管理证券公司的股权"。 因此，第三人不符合法定的证券公司股东条件，不可能获得批准。

二、被上诉人向第三人转让包含涉案股权在内的广发证券的12.55%股权，直接造成广发证券5%以上的股权、股东变更，依法应由中国证监会批准。广东证监局无异议，并不能产生股权、股东变更有效的法律后果。中国证监会至今未批准涉案的股权、股东变更，一审判决认定中国证监会对被上诉人转让包括涉案股权在内的广发证券12.55%股权无异议，完全是错误的。

依据证券法第一百二十九条、《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》第389项的规定，对于证券公司5%以上股权、股东变更，行使审批权的是中国证监会，没有任何法律、行政法规规定中国证监会可以授权下属派出机构审批，中国证监会也没有授权下属派出机构审批。广东证监局是中国证监会驻广东的派出机构，其职责是根据证券法和中国证监会的授权，对辖区内的上市公司、证券期货经营机构、证券投资咨询机构及具有证券期货相关业务许可证的中介机构的证券期货业务活动进行监督管理，依法查处辖区内监管范围的违法、违规案件，调解证券期货业务纠纷和争议。广东证监局根本没有批准证券公司5%以上股权、股东变更的权限。

在本案中，广发证券在向广东证监局提交的《关于深圳吉富公司转让所持广发证券公司股权的请示》中，已表明广发证券的整改措施，即被上诉人向第三人转让股权，将导致广发证券申请12.55%股权、股东的变更，远远超过只需事先向广东证监局报告的上限。广东证监局无异议，并不能产生涉案股权变动有效的法律后果，涉案股权变动是否有效，取决于中国证监会是否批准。

广东证监局在对一审法院的复函中称，中国证监会对广发证券的整改结果即被上诉人向第三人转让股权没有异议，一审判决对此予以采信。上诉人认为，广东证监局复函的此项内容严重违背客观事实，中国证监会至今未批准涉案的五份股权转让协议、两次股权变动以及被上诉人、第三人的广发证券股东资格，就是说明中国证监会对此有异议。而且，证券法第一百二十九条规定的“批准”是一项积极的具体行政许可，需要中国证监会下发有具体许可内容的批文，其结论应当是“批准”或“不予批准”，与广东证监局所称的“无异议”显然是两个不同的概念，二者不能等同。此外，《证券公司监督管理条例》第十六条规定，中国证监会对证券公司审查股东资格的申请应当作出批准或不予批准的决定。上诉人认为，在中国证监会没有下文批准涉案股权、股东变更的情况下，一审判决认定中国证监会无异议显然违背客观事实。

综上所述，上诉人向被上诉人转让涉案股权、以及此后被上诉人向第三人转让涉案股权不但在程序上未经过中国证监会的法定审批，而且被上诉人和第三人在实质标准上也不符合法定的证券公司股东资格条件，本案的两次股权转让显然均为无效，上诉人和第三人理应将其因无效转让而获得的广发证券股权返还给上诉人。一审判决认定涉案股权变动有效严重违背相关法律规定之立法宗旨，判决驳回上诉人诉讼请求理由不当，适用法律错误。上诉人恳请最高人民法院依法公正审理，撤销广东省高级人民法院的一审错误判决，支持上诉人的上诉请求！

(此前提交的上诉状内容，如与本上诉状有冲突，以本上诉状为准)

此致

中华人民共和国最高人民法院

上诉人：广东梅雁水电股份有限公司

法定代表人：

2009年10月20日